

# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

ISSN 1859 - 2953

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

**VĂN PHÒNG QUỐC HỘI**

Số 3(211) / Tháng 2/2012

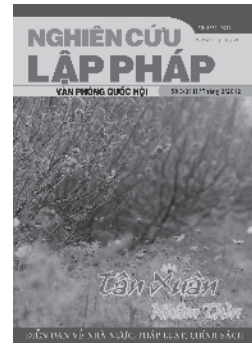


**Tân Xuân**  
**Nhân Thìn**

DIỄN ĐÀN VỀ NHÀ NƯỚC, PHÁP LUẬT, CHÍNH SÁCH

# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn



## Mục lục

### NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT BÀN VỀ LẬP HIẾN

- 5** Kiến nghị sửa đổi Chương I Hiến pháp 1992  
**PGS, TS. Nguyễn Minh Đoan**
- 10** Sửa đổi, bổ sung Chương V Hiến pháp 1992: từ góc nhìn so sánh  
**ThS. Vũ Kiều Oanh**
- 16** Chuyên chính trong Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam  
**TS. Vũ Anh Tuấn**
- 19** Kế thừa các quy định tiến bộ, nhân văn đối với những người bị thiệt thòi trong Quốc triều hình luật  
**ThS. Lương Văn Tuấn**

### BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 26** Công khai, minh bạch để bảo vệ quyền lợi của người bị thu hồi đất  
**PGS, TS. Nguyễn Quang Tuyến**
- 34** Dự thảo luật giá dưới góc độ pháp luật cạnh tranh  
**TS. Nguyễn Ngọc Sơn**

### CHÍNH SÁCH

- 42** Hạn chế của công tác xóa đói giảm nghèo và giải pháp đổi mới  
**ThS. Nguyễn Thị Nhung**

### THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 47** Xem xét yếu tố đóng góp tiêu cực và bạo lực gia đình trong phân chia tài sản khi ly hôn  
**Đình Thanh Phương**
- 50** Điều hòa lợi ích giữa chủ nợ và con nợ thông qua thủ tục phá sản  
**ThS. Trần Anh Tú – Nguyễn Văn Giang**

### KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 58** Án lệ ở Anh quốc: lịch sử, khái niệm nguyên tắc và cơ chế thực hiện  
**ThS. Nguyễn Đức Lam**

#### HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

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

#### TỔNG BIÊN TẬP

TS. PHẠM VĂN HÙNG

#### PHÓ TỔNG BIÊN TẬP:

NGUYỄN QUANG MINH

#### TRỤ SỞ:

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

#### THIẾT KẾ:

NGUYỄN ANH VŨ

#### GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

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

#### PHÁT HÀNH:

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

#### TÀI KHOẢN:

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

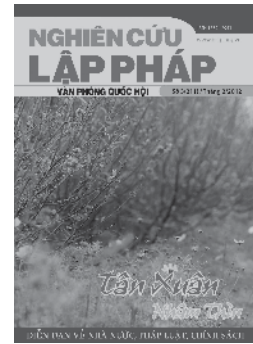
IN TẠI CÔNG TY CP IN KHKT

**GIÁ: 15.000 ĐỒNG**

Ảnh bìa: Mùa Xuân  
Tác giả: Anh Vũ

# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn



## Legis 2/2012

### STATE AND LAW

#### DISCUSSION ON CONSTITUTION

- 5** Proposal to amend Chapter I of the Constitution 1992  
**Prof. Dr. Nguyen Minh Doan**
- 10** Amending and supplementing Chapter V of the Constitution 1992: from a comparative view  
**LLM. Vu Kieu Oanh**
- 16** Dictatorship in Vietnam socialist law – governed state  
**Dr. Vu Anh Tuan**
- 19** Inheritance progressive, humane rules for those who are disadvantaged in the Le's Penal Code  
**LLM. Luong Van Tuan**

### DISCUSSION OF BILLS

- 26** Disclosure and transparency to protect the rights of people whose land was being acquired  
**Prof. Dr. Nguyen Quang Tuyen**
- 34** Draft law on price - under the view of competition law  
**Dr. Nguyen Ngoc Son**

### POLICIES

- 42** Limitations of the poverty reduction and innovative solutions  
**LLM. Nguyen Thi Nhung**

### LEGAL PRACTICE

- 47** Considering factors of negative contribution and domestic violence in the property division upon divorce  
**Dinh Thanh Phuong**
- 50** Harmonize interest between creditors and debtors through bankruptcy procedures  
**LLM. Tran Anh Tu - Nguyen Van Giang**

### FOREIGN EXPERIENCE

- 58** UK case law: history, concepts principles and implementation mechanisms  
**LLM. Nguyen Duc Lam**

#### EDITORIAL:

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

#### EDITOR-IN-CHIEF:

Dr. PHAM VAN HUNG

#### VICE EDITOR-IN-CHIEF:

NGUYEN QUANG MINH

#### OFFICE:

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

#### DESIGN:

NGUYEN ANH VU

#### LICENSE OF PUBLISMENT:

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

#### DISTRIBUTION:

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

#### ACCOUNT NUMBER:

0011000467735  
LEGISLATIVE STUDY MAGAZINE  
VIETCOMBANK

PRINTED IN SCIENCE TECHNOLOGY  
PRINTING COMPANY

Price: 15,000 VND

# KIẾN NGHỊ SỬA ĐỔI CHƯƠNG I HIẾN PHÁP 1992

■ NGUYỄN MINH ĐOÀN\*

**Nghị quyết Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XI của Đảng Cộng sản Việt Nam đã khẳng định: “Khẩn trương nghiên cứu, sửa đổi, bổ sung Hiến pháp năm 1992 (đã được sửa đổi, bổ sung năm 2001) phù hợp với tình hình mới”. Với tinh thần đó, chúng tôi xin mạnh dạn đưa ra một số ý kiến sửa đổi về chương I của Hiến pháp.**

Chương I của Hiến pháp quy định về Chế độ chính trị nên nội dung của Chương I phải tập trung vào việc xác định chủ quyền quốc gia, hình thức nhà nước mà đặc biệt là hình thức chính thể (quyền lực tối cao của Nhà nước được trao cho ai? trình tự, thủ tục trao quyền; mối quan hệ giữa các cơ quan cao nhất của Nhà nước với nhau và quan hệ của Nhà nước với nhân dân. Ngoài ra còn đề cập tới quan hệ giữa Nhà nước với các tổ chức khác (Đảng, các tổ chức xã hội); quan hệ giữa nước Việt Nam với các nước khác; các nguyên tắc cơ bản trong tổ chức và hoạt động của Nhà nước nếu thấy cần thiết. Do vậy, về cấu tạo của chương I nên tập trung vào các vấn đề sau đây:

1) Các quy định khẳng định chủ quyền quốc gia của Việt Nam, vấn đề này đã được thể hiện ở Điều 1 là phù hợp, nên vẫn giữ nguyên.

2) Các quy định xác định mối quan hệ giữa Nhà nước và nhân dân để thể hiện chủ quyền nhân dân, Nhà nước của nhân dân, do nhân dân, vì nhân dân. Trong nhóm này gồm các quy định sau:

*a. Về bản chất Nhà nước*

Điều 2 Hiến pháp sửa đổi nên quy định như sau: “Nhà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là Nhà nước pháp quyền của nhân dân, do nhân dân, vì nhân dân mà nền tảng là liên minh giữa công nhân với nông dân và trí thức”. Sở dĩ có sự đề xuất như vậy là vì những lý do sau:

*Thứ nhất*, so với quy định cũ thì “Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa” đã bỏ đi tính từ “xã hội chủ nghĩa” vì Nhà nước Việt Nam đã là Nhà nước xã hội chủ nghĩa nên việc nhắc lại chữ “xã hội chủ nghĩa” trong trường hợp này là không cần thiết.

(\*) PGS.TS, Đại học Luật Hà Nội.



*Thứ hai*, việc quy định Nhà nước Việt Nam là Nhà nước của nhân dân, do nhân dân, vì nhân dân đã thể hiện chủ quyền nhân dân. Bởi: “Nhà nước của nhân dân” được lý giải là tất cả quyền lực nhà nước xuất phát từ nhân dân, thuộc về nhân dân. Các cơ quan nhà nước nhận quyền từ nhân dân, thay mặt nhân dân thực hiện quyền lực nhà nước; “Nhà nước do nhân dân” được lý giải là nhân dân tổ chức thành nhà nước. Cụ thể là nhân dân trực tiếp hoặc gián tiếp lập ra các cơ quan nhà nước và cũng chính đại diện của nhân dân làm việc trong các cơ quan nhà nước; “Nhà nước vì nhân dân” được lý giải là mọi hoạt động của nhà nước đều vì lợi ích và nhằm phục vụ nhân dân. Do vậy, việc quy định thêm: “Tất cả quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân” là thừa. Nếu giữ lại quy định: “Tất cả quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân” thì nên bỏ quy định: “Nhà nước của nhân dân, do nhân dân, vì nhân dân”. Tuy nhiên, quy định: “Nhà nước của nhân dân, do nhân dân, vì nhân dân” thì hay hơn và đầy đủ hơn.

- *Thứ ba*, khi đã quy định: “Nhà nước của nhân dân, do nhân dân, vì nhân dân” thì thiết nghĩ không nên dùng thuật ngữ giai cấp ở đây nữa mà chỉ dùng “nền tảng là liên minh giữa công nhân với nông dân và trí thức” thì sẽ phù hợp hơn.

*b. Về việc nhân dân sử dụng quyền lực nhà nước:*

Đề nghị quy định như sau: “Nhân dân sử dụng quyền lực nhà nước thông qua các cơ quan nhà nước do nhân dân trực tiếp hoặc gián tiếp bầu ra và thông qua việc nhân dân quyết định trực tiếp. Các cơ quan nhà nước đại diện cho ý chí và nguyện vọng của nhân dân, chịu trách nhiệm trước nhân dân”. Quy định như vậy là vì:

*Thứ nhất*, nhân dân sử dụng quyền lực nhà nước thông qua tất cả các cơ quan nhà nước chứ không chỉ thông qua Quốc hội và Hội đồng nhân dân.

*Thứ hai*, ngoài hình thức sử dụng quyền lực

nhà nước thông qua các cơ quan nhà nước thì nhân dân còn có thể trực tiếp thực hiện quyền lực nhà nước thông qua việc phúc quyết hoặc trưng cầu dân ý. Nếu nhân dân chỉ 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.

*Thứ ba*, tất cả các cơ quan nhà nước đều đại diện cho ý chí, nguyện vọng của nhân dân và đều phải chịu trách nhiệm trước nhân dân chứ không chỉ có Quốc hội và Hội đồng nhân dân.

3) Các quy định xác định quyền lực nhà nước được giao cho những cơ quan nào thực hiện? trình tự, thủ tục giao quyền? mối quan hệ giữa các cơ quan nhà nước với nhau; việc kiểm soát quyền lực nhà nước. Nhóm này gồm các quy định sau:

*a. Quyền lực nhà nước được phân công cho các cơ quan nhà nước thực hiện 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”. Sở dĩ chúng tôi đề xuất như vậy, vì:

*Thứ nhất*, quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân nên việc phân công thực hiện quyền lực nhà nước phải do nhân dân tiến hành thông qua Hiến pháp.

*Thứ hai*, việc phân công rõ ràng như trên sẽ tránh được sự phụ thuộc quá mức của Chính phủ vào Quốc hội như trước đây Hiến pháp quy định: “Chính phủ là cơ quan chấp hành của Quốc hội”. Việc Hiến pháp 1992 quy định Quốc hội là cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất là không chính xác<sup>1</sup>. Việc quy định như vậy cũng là điều kiện để các cơ quan nhà nước

(1) Xem, Nguyễn Minh Đoàn, *Đổi mới tổ chức bộ máy nhà nước trong hiến pháp sửa đổi*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp tháng 8/2011.

có thể kiểm soát lẫn nhau (kiểm soát trong) trong việc thực hiện quyền lực nhà nước, đặc biệt là đối với Quốc hội.

*Thứ ba*, việc bổ sung yêu cầu kiểm soát quyền lực nhà nước giữa các cơ quan nhà nước và sự kiểm soát của nhân dân đối với các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện quyền lực nhà nước là vô cùng cần thiết khi xây dựng Nhà nước pháp quyền và điều này cũng phù hợp với tinh thần của Nghị quyết Đại hội Đảng lần thứ XI: “Nghiên cứu xây dựng, bổ sung các thể chế và cơ chế vận hành cụ thể để bảo đảm nguyên tắc tất cả quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân và nguyên tắc 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 và tư pháp”<sup>2</sup>.

*Thứ tư*, quyền lực nhà nước có thể phân ra thành ba loại quyền lực là quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp, nhưng cũng có thể phân ra thành nhiều loại quyền nữa như quyền lập pháp, quyền hành pháp, quyền tư pháp và quyền nguyên thủ quốc gia, quyền giám sát... Do vậy, nếu viết chung chung là thực hiện quyền lực nhà nước thì sẽ khái quát hơn.

*b. Về trách nhiệm của các cơ quan nhà nước, cán bộ, công chức, viên chức nhà nước*

Đề nghị bổ sung thêm từ “công chức” vào nội dung Điều 8, vì những người làm việc trong bộ máy nhà nước không chỉ có cán bộ, viên chức mà còn có cả công chức. Việt Nam đã ban hành Luật Cán bộ, công chức (13/11/2008) và Luật Viên chức (15/11/2010) trong đó đã có sự phân biệt cán bộ, công chức với viên chức nhà nước. Do vậy, Điều 8 sẽ được quy định như sau: “Các cơ quan nhà nước, cán bộ, công chức, viên chức nhà nước phải tôn trọng nhân dân, tận tụy phục vụ nhân dân, liên hệ chặt chẽ với nhân dân, lắng nghe ý kiến và chịu sự giám sát của nhân dân; kiên quyết đấu tranh chống tham nhũng, lãng phí và mọi biểu hiện quan liêu, hách dịch, cửa quyền”.

4) Về các nguyên tắc tổ chức và hoạt động của các cơ quan nhà nước

Trong Hiến pháp cũ chỉ quy định ở Điều 6 về nguyên tắc tập trung dân chủ, còn các nguyên tắc khác đều được quy định với phương thức biểu hiện khác nên có nhiều người cho rằng các cơ quan nhà nước chỉ tổ chức và hoạt động theo nguyên tắc tập trung dân chủ. Để tránh hiểu nhầm, chúng tôi cho rằng, hoặc là quy định tên tất cả các nguyên tắc hoặc là không nên quy định cụ thể tên nguyên tắc nào cả. Tốt nhất là không nên quy định tên cụ thể của các nguyên tắc tổ chức và hoạt động của các cơ quan nhà nước. Bởi các nguyên tắc này cũng thay đổi theo thời gian và chúng được thể hiện thông qua toàn bộ các quy định liên quan đến tổ chức và hoạt động của các cơ quan nhà nước. Chẳng hạn, nguyên tắc 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 và tư pháp trước đây không được quy định trong Hiến pháp; các nguyên tắc như nguyên tắc tập trung dân chủ, nguyên tắc tất cả quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân và nguyên tắc 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 và tư pháp... đều được thể hiện ở hầu hết nội dung các quy định của Hiến pháp liên quan đến tổ chức và hoạt động của các cơ quan nhà nước.

5) Các quy định xác định mối quan hệ của Nhà nước với các tổ chức khác trong xã hội (với Đảng Cộng sản, với các tổ chức khác).

*a. Về hệ thống chính trị ở Việt Nam*

Có thể khẳng định rằng, những năm tới ở Việt Nam cũng vẫn chỉ có một đảng cầm quyền là Đảng Cộng sản Việt Nam. Trong điều kiện chỉ có một đảng, không có đảng đối lập, và như vậy, cũng không có lực lượng đối lập trong Quốc hội, thì rất dễ dẫn đến tình trạng hoạt động xuôi chiều. Xu hướng phát triển tất yếu là xã hội sẽ ngày càng dân chủ hơn, hệ thống chính trị cũng sẽ ngày càng dân chủ hơn và tất yếu xã hội dân sự sẽ phải được củng cố và phát triển. Trong quá trình dân chủ hóa đời

(2) Đảng Cộng sản Việt Nam, Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XI, Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội 2011, tr.247.



sống nhà nước và xã hội, tất yếu sẽ xuất hiện và hình thành các tổ chức thuộc xã hội dân sự (các tổ chức, thiết chế xã hội tự nguyện, không phụ thuộc vào hình thức pháp lý, hoạt động không vì mục đích chính trị (hoạt động nhằm giành, nắm giữ, lãnh đạo và thực hiện quyền lực nhà nước), không vì mục đích lợi nhuận (hoạt động vì lợi ích kinh tế, vì lợi nhuận) cùng tự nguyện tham gia vào các hoạt động vì những giá trị, mục tiêu, lợi ích chung của cộng đồng, xã hội... Các tổ chức thuộc xã hội dân sự sẽ một mặt hỗ trợ cho Nhà nước trong việc đưa ra và thực hiện các chính sách phát triển đất nước, mặt khác cũng có thể thực hiện việc kiểm tra, giám sát hoạt động của các cơ quan, cán bộ, công chức nhà nước, tư vấn cho các cơ quan nhà nước, can gián các cơ quan nhà nước, thậm chí phản đối các cơ quan nhà nước trong những trường hợp vì những lý do nào đó mà họ có những việc làm có thể gây tổn hại đến lợi ích chung của cộng đồng, của cả xã hội. Vì vậy, không nên thể chế hóa tất cả các tổ chức phi nhà nước vào Hiến pháp như hiện nay, mà nên chỉ tập trung vào hai tổ chức quan trọng là Đảng Cộng sản Việt Nam và Mặt trận Tổ quốc Việt Nam. Điều đó góp phần củng cố, nâng cao vị thế của các tổ chức phi nhà nước,

làm cho hệ thống chính trị không bị nhà nước hóa, hành chính hóa trong quá trình vận hành. Đồng thời cũng tránh được hiện tượng lấn át của Nhà nước đối với các tổ chức phi nhà nước, tạo ra sự cân bằng làm nền tảng cho sự phát triển xã hội bền vững.

*b. Về mối quan hệ giữa Nhà nước với Đảng Cộng sản Việt Nam*

Thiết nghĩ, trong Hiến pháp sửa đổi nên bỏ đoạn: “Đội tiên phong của giai cấp công nhân Việt Nam, đại biểu trung thành quyền lợi của giai cấp công nhân, nhân dân lao động và của cả dân tộc, theo chủ nghĩa Mác- Lênin và tư tưởng Hồ Chí Minh”. Việc bỏ đoạn trên có những lý do sau:

*Thứ nhất*, việc quy định Đảng Cộng sản Việt Nam là đội tiên phong của giai cấp công nhân Việt Nam, đại biểu trung thành quyền lợi của giai cấp công nhân, nhân dân lao động và của cả dân tộc, theo chủ nghĩa Mác- Lênin và tư tưởng Hồ Chí Minh (của ai, đại diện cho ai) điều này thuộc nhiệm vụ của Điều lệ Đảng, được quy định trong Điều lệ của Đảng, đó không phải nhiệm vụ của Hiến pháp, không phải việc của Nhà nước. Nếu quy định như trên tức là Hiến pháp đã làm thay Điều lệ của Đảng.

*Thứ hai*, do sự phát triển của tình hình chính trị trong và ngoài nước, những quy định trên trong Điều lệ Đảng có thể thay đổi. Chẳng hạn, trong Văn kiện đại hội Đảng lần thứ X đã xác định lại là “Đảng Cộng sản Việt Nam là đội tiên phong của giai cấp công nhân, đồng thời là đội tiên phong của nhân dân lao động và của dân tộc Việt Nam; đại biểu trung thành quyền lợi của giai cấp công nhân, nhân dân lao động và của cả dân tộc”. Do vậy, nếu quy định như cũ thì có thể dẫn đến tình trạng mỗi khi Đảng sửa đổi Điều lệ thì Nhà nước lại phải sửa đổi Hiến pháp.

Vì thế, Hiến pháp sửa đổi chỉ cần quy định: “Đảng Cộng sản Việt Nam là lực lượng lãnh đạo Nhà nước và xã hội. Mọi tổ chức của Đảng và các cá nhân đảng viên hoạt động trong khuôn khổ Hiến pháp và pháp luật”.

Việc quy định như vậy đã đạt được mục đích là củng cố cơ sở pháp lý và hợp pháp hóa vai trò lãnh đạo của Đảng Cộng sản Việt Nam đối với Nhà nước và xã hội. Đồng thời cũng thể hiện sự gương mẫu của các tổ chức của Đảng và các cá nhân đảng viên trong việc tôn trọng và thực hiện Hiến pháp và pháp luật, tránh được hiện tượng các tổ chức của Đảng và một số cá nhân đảng viên xem nhẹ vai trò của Hiến pháp và pháp luật.

*c. Về mối quan hệ của Nhà nước với Mặt trận Tổ quốc Việt Nam và các tổ chức khác trong xã hội*

Trong Hiến pháp sửa đổi cũng không nên xác định Mặt trận là ai, của ai, và làm gì, vì những điều đó cũng đã được Điều lệ của Mặt trận quy định. Nếu Hiến pháp quy định quá chi tiết, cụ thể như hiện nay, vô hình chung, Hiến pháp đã làm thay nhiệm vụ của Điều lệ Mặt trận, dễ dẫn đến tình trạng vênh nhau giữa Điều lệ của Mặt trận Tổ quốc với Hiến pháp và nếu Điều lệ của Mặt trận sửa đổi thì có thể lại phải sửa đổi Hiến pháp. Do vậy, trong Hiến pháp chỉ cần quy định Nhà nước thừa nhận sự tồn tại và hoạt động của Mặt trận Tổ quốc Việt Nam và các tổ chức xã hội khác trong đất nước. Ngoài ra còn xác định mối quan hệ giữa

Nhà nước với Mặt trận và các tổ chức xã hội khác là như thế nào. Như vậy, sẽ tiện cho việc tổ chức và hoạt động của Mặt trận cũng như của Nhà nước. Hiến pháp sửa đổi chỉ cần quy định ngắn gọn: “Mặt trận Tổ quốc Việt Nam và các tổ chức xã hội khác là cơ sở chính trị của chính quyền nhân dân. Nhà nước tạo điều kiện để Mặt trận Tổ quốc Việt Nam và các tổ chức xã hội khác hoạt động có hiệu quả”.

*d. Về tổ chức Công đoàn và các tổ chức xã hội khác*

Đối với tổ chức Công đoàn và các tổ chức xã hội khác, không nên có quy định trong Hiến pháp sửa đổi vì những lý do sau:

- Hiến pháp quy định về tổ chức Công đoàn mà không quy định về các tổ chức khác thì không toàn diện và không bao quát hết các tổ chức chính trị - xã hội khác trong xã hội Việt Nam hiện nay. Còn nếu Hiến pháp quy định về tất cả những tổ chức thì nội dung của Hiến pháp lại quá nhiều, quá cồng kềnh, không đúng với tư cách là luật cơ bản.

- Công đoàn và các tổ chức chính trị - xã hội khác trong mối quan hệ với Nhà nước sẽ được quy định bằng những đạo luật thông thường mà không cần phải quy định trong Hiến pháp.

Tóm lại, Chương I Hiến pháp chỉ nên tập trung quy định về chính thể Nhà nước. Đối với các tổ chức phi nhà nước (Đảng, Mặt trận Tổ quốc và các tổ chức chính trị - xã hội khác) thì Nhà nước chỉ nên xác định địa vị pháp lý của mỗi tổ chức, mối quan hệ pháp lý cơ bản giữa Nhà nước với các tổ chức đó. Không nên quy định (có tính chất can thiệp) quá sâu vào những vấn đề thuộc nội bộ của các tổ chức, Hiến pháp không nên làm thay Điều lệ của mỗi tổ chức. Bởi như vậy, mỗi khi có những biến đổi, Điều lệ của một tổ chức nào đó thay đổi thì Nhà nước lại phải sửa đổi Hiến pháp.

Hiến pháp là luật cơ bản của Nhà nước - một văn bản luật không chỉ có hiệu lực pháp lý cao nhất mà còn phải là một văn bản mẫu mực về kỹ thuật lập pháp, tồn tại trong một thời gian khá dài, nên các quy định cần phải được thể hiện ngắn, gọn, súc tích, dễ hiểu. ■



# SỬA ĐỔI, BỔ SUNG CHƯƠNG V HIẾN PHÁP 1992: TỪ GÓC NHÌN SO SÁNH

■ VŨ KIỀU OANH\*

Trước những vận động mau chóng của đời sống kinh tế, chính trị, văn hóa, xã hội..., quá trình nước ta chủ động hội nhập quốc tế và đặc biệt là nhận thức chung của xã hội ngày càng sâu sắc về vấn đề quyền con người, quyền công dân, thì chế định quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân trong Chương V Hiến pháp 1992 (đã được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2001) đã bộc lộ một số bất cập, đòi hỏi phải có sự điều chỉnh, nhất là khi chúng ta đang bắt tay vào việc sửa đổi Hiến pháp năm 1992. Qua nghiên cứu so sánh chế định này của một số nước có tính chất điển hình, chúng tôi xin góp tiếng nói hoàn thiện việc sửa đổi, bổ sung Chương V Hiến pháp 1992.

**T**rong xã hội hiện đại, chế định quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân trong hiến pháp các nước được xuất phát từ quan điểm gốc về quyền con người. Đây là điểm căn bản thể hiện tính chính đáng và nhân văn trong chế định. Từ quan điểm đó, quyền con người ghi nhận vào nội dung chế định, tùy thuộc vào các điều kiện chính trị, kinh tế, xã hội, văn hóa, truyền thống, tôn giáo, các lý thuyết chính trị - pháp lý... ở nước mình. Do đó, chế định này trong hiến pháp các nước vừa có tính phổ quát, vừa có tính đặc thù; trong đó, tính phổ quát của quyền con người là giá trị có tính nền tảng và được đề cao. Trong một chế độ dân chủ, chính quyền không ban phát những quyền và tự do

cho công dân mà ngược lại, trách nhiệm của nó là phải ghi nhận, bảo đảm các quyền và tự do vốn có ấy.

Ở Việt Nam, trong suốt một thời gian dài, đã có lúc người ta nghĩ rằng quyền con người chỉ là vấn đề thuần túy của chủ nghĩa tư bản, nảy sinh trong cuộc đấu tranh giữa chủ nghĩa tư bản và chế độ phong kiến; không thuộc phạm trù của chủ nghĩa xã hội cần phải giải quyết<sup>1</sup>. Nhưng thực ra, quyền con người là vấn đề chung của nhân loại, của mọi chế độ xã hội. Thực tiễn ở các nước và kinh nghiệm cho thấy, quyền con người không tự đến mà là kết quả của sự đấu tranh, phấn đấu. Chủ nghĩa xã hội vẫn có vấn đề về quyền con người, mà trên nguyên tắc, quyền đó phải phải được giải

(\*) ThS. Viện Thông tin Khoa học xã hội.

(1) Nguyễn Đăng Dung, *Chế ước quyền lực nhà nước*, Nxb. Đà Nẵng, 2008, tr. 165-166.

quyết sao cho đạt đến trình độ cao hơn các xã hội trước đó.

Đối với nước ta, Hiến pháp hiện hành đã trực tiếp ghi nhận quyền con người tại Điều 50. Đây là một bước tiến đặc biệt quan trọng về nhận thức và thể chế. Tuy nhiên, cũng như mọi hiện tượng chính trị - pháp lý khác, quyền con người nằm trong quá trình dần được hoàn thiện và phát triển cùng với sự vận động và phát triển của đời sống xã hội. Trong bối cảnh hiện nay, theo chúng tôi, Hiến pháp hiện hành cần xem xét việc sửa đổi, bổ sung chế định quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân trên một số điểm sau đây:

### **1. Quy định quyền công dân theo tinh thần dân chủ, đề cao quyền vốn có của con người**

Nghiên cứu cách thức quy định quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân trong Hiến pháp nước ta, có ý kiến cho rằng, do chịu ảnh hưởng của tư tưởng Nho giáo nên cách ghi nhận quyền cho công dân mang tính chất ban phát. Ý kiến này có lẽ chưa thật chính xác. Đúng hơn, cách ghi nhận như vậy là do ảnh hưởng của việc quá đề cao vai trò trung tâm của Nhà nước tương ứng với giai đoạn lịch sử chiến tranh và nền kinh tế tập trung kế hoạch hoá, sự tập trung này tác động đến cả đời sống chính trị - xã hội mà dư âm của nó vẫn còn để lại khi Nhà nước ta đã tiến hành đổi mới. Lấy ví dụ quy định quyền về tôn giáo để so sánh. Điều 70 Hiến pháp nước ta quy định: “Công dân có quyền tự do tín ngưỡng, tôn giáo, theo hoặc không theo một tôn giáo nào”. Trong khi đó, cũng quyền này, Hiến pháp Đức ghi nhận như lẽ đương nhiên đối với công dân và bên kia là trách nhiệm của Nhà nước và xã hội, người khác đối với quyền đó: “Tự do tín ngưỡng, tôn giáo hay ý thức hệ là không thể xâm phạm”<sup>2</sup>. Hoặc Hiến pháp Mỹ lại có lối quy định có khả năng ngăn chặn sự vi phạm quyền: “Quốc hội sẽ không

được ban hành một đạo luật nào nhằm thiết lập tôn giáo hoặc ngăn cấm tự do tín ngưỡng, hạn chế tự do ngôn luận, tự do báo chí và quyền của dân chúng được hội họp trong ôn hoà và kiến nghị lên Chính phủ các điều khẩn cầu, để bày tỏ những bất bình của họ”<sup>3</sup>.

Theo tinh thần tôn trọng quyền vốn có của con người, Hiến pháp một số nước cũng có quy định tương tự ở những quyền khác. Ví dụ, Hiến pháp Venezuela ghi: “Không luật nào được lập các điều khoản làm ảnh hưởng đến tính chất tiến bộ về quyền và lợi ích lao động”<sup>4</sup>, Hiến pháp Canada: “Không gì có thể xoá bỏ hoặc làm hạn chế các đặc quyền hay quyền ưu đãi được đảm bảo bởi Hiến pháp dành cho công dân”<sup>5</sup>.

Những dẫn chứng trên đây cho thấy, các nước đã thể hiện quan điểm tôn trọng quyền con người một cách dứt khoát, mạch lạc và khả năng bảo đảm quyền cũng dứt khoát và mạch lạc. Đây là một kinh nghiệm lập hiến quý báu có thể gợi mở cho việc sửa đổi, bổ sung Chương V của Hiến pháp 1992 trong ý nghĩa thực sự tôn vinh và bảo đảm thực hiện trên thực tế quyền con người, quyền công dân.

### **2. Diễn đạt đúng mối tương quan giữa quyền công dân với quyền con người**

Hiến pháp hiện hành đã đề cập đến quyền con người tại Điều 50: “Ở nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam, các quyền con người về chính trị, dân sự, kinh tế, văn hoá và xã hội được tôn trọng, thể hiện ở các quyền công dân và được quy định trong Hiến pháp và luật”. Diễn đạt như vậy có thể dẫn đến cách hiểu “quyền con người” chỉ được thể hiện ở các “quyền công dân”; trong khi quyền công dân về nguyên tắc không bao giờ bao quát hết được quyền con người. Mặt khác, nếu chỉ thừa nhận các quyền dưới hình thức là quyền công dân (cho công dân Việt Nam) thì các quyền tối thiểu đối với người không phải là công

(2) Điều 4 Hiến pháp Cộng hoà liên bang Đức 1949.

(3) Tu chính án thứ 01 (thông qua 15/12/1791), Hiến pháp Hợp chúng quốc Hoa Kỳ 1787.

(4) Điều 89 Hiến pháp Venezuela 1999.

(5) Điều 29 Hiến pháp Canada 1982.

dân Việt Nam đã không được thể hiện trong quy định này. Đây là vấn đề không phù hợp trong bối cảnh toàn cầu hoá. Trong các bản hiến pháp các nước, không thấy có hiến pháp nào quy định theo cách đó. Vì vậy, Hiến pháp 1992 nên thay đổi bằng cách ghi nhận các quyền dưới hình thức là “quyền con người” theo hướng mặc nhiên thừa nhận chứ không chỉ đơn thuần là “quyền công dân” (trừ một số quyền trong lĩnh vực chính trị chỉ dành cho công dân Việt Nam)<sup>6</sup>. Theo đó, Điều 50 Hiến pháp có thể sửa thành: “Ở nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam, các quyền con người về chính trị, dân sự, kinh tế, văn hoá và xã hội được Nhà nước tôn trọng và bảo đảm trong Hiến pháp và luật”.

### 3. Quy định về tương quan giữa các quyền và nghĩa vụ cơ bản với các quyền và nghĩa vụ không cơ bản

Các quyền và nghĩa vụ cơ bản là các quyền và nghĩa vụ thiết yếu đối với công dân. Nhưng các quyền và nghĩa vụ không cơ bản xét về ý nghĩa và giá trị đối với cuộc sống của họ thì cũng rất quan trọng. Không có pháp luật nước nào khi chú trọng ghi nhận quyền, nghĩa vụ cơ bản lại “quên” đi các quyền, nghĩa vụ không cơ bản. Điều đó tránh cho việc làm nghèo đi địa vị pháp lý của công dân hoặc hiểu sai trong việc ghi nhận và bảo đảm thi hành đối với các quyền và nghĩa vụ không cơ bản. Một số nước đã xử lý hài hòa mối quan hệ giữa hai loại quyền và nghĩa vụ trên. Hiến pháp Mỹ, sau khi đã liệt kê các quyền thiết yếu cơ bản trong 8 Tu chính án, Tu chính thứ 9 quy định: “Việc liệt kê một số quyền trong Hiến pháp không có nghĩa là phủ nhận hoặc làm giảm đi giá trị của các quyền khác của người dân”<sup>7</sup>. Còn theo Hiến pháp Nga, “Việc ghi nhận các quyền và tự do cơ bản trong Hiến pháp Cộng hoà liên

bang Nga không có nghĩa là phủ định hay hạ thấp các quyền và tự do khác của người dân”<sup>8</sup>.

Quy định như trong hai bản hiến pháp của Mỹ và Nga về quyền, nghĩa vụ cơ bản và không cơ bản của người dân là rất tinh tế, có tính thực tiễn cao, có ý nghĩa đối với đời sống công dân, trong kỹ thuật lập pháp và cả việc thi hành pháp luật. Nó là điểm rất hay cần được nghiêm túc nghiên cứu và có thể bổ sung vào chế định hiến pháp về quyền và nghĩa vụ công dân nước ta.

### 4. Xác định về nguyên tắc ranh giới của quyền cũng như nghĩa vụ của công dân

Khi trả lời câu hỏi thế nào là tự do, Montesquieu đã viết: “... tự do chính trị tuyệt đối không phải là muốn làm gì thì làm. Trong một nước có pháp luật, tự do chỉ có thể là được làm những cái nên làm và không bị ép buộc làm điều không nên làm... Tự do là quyền được làm tất cả những điều mà luật cho phép. Nếu một công dân làm điều trái luật thì anh ta không còn được tự do nữa; vì nếu để anh ta tự do làm thì mọi người đều được làm trái luật cả”<sup>9</sup>. Tinh thần này của nhà tư tưởng đã được thể hiện trong hiến pháp rất nhiều nước mà rõ nét nhất là trong Tuyên ngôn Nhân quyền và Dân quyền của Pháp (một bộ phận cấu thành Hiến pháp Pháp) rằng: “Tự do bao gồm sự tự do để làm tất cả mọi thứ mà không làm tổn hại đến bất cứ người nào khác, vì vậy, việc thực hiện các quyền tự nhiên của mỗi con người là không giới hạn trừ những người mà phải đảm bảo cho các thành viên khác của xã hội được hưởng các quyền đó”<sup>10</sup>, “không điều gì có thể bị ngăn chặn nếu không bị cấm bởi pháp luật và không ai có thể bị buộc làm bất cứ điều gì mà không quy định trong pháp luật”<sup>11</sup>.

Theo một cách khác, Hiến pháp Đức ghi nhận nguyên tắc: “Mỗi người đều có quyền

(6) Nguyễn Đăng Dung, Trương Đắc Linh, Nguyễn Mạnh Hùng, Lưu Đức Quang, Nguyễn Văn Trí, *Xây dựng và bảo vệ hiến pháp- Kinh nghiệm thế giới và Việt Nam*, Nxb. Giáo dục, 2010, tr. 237.

(7) Tu chính án thứ 9 (thông qua ngày 15/12/1791), *Hiến pháp Hợp chúng quốc Hoa Kỳ 1787*.

(8) Điều 55 *Hiến pháp Cộng hoà liên bang Nga 1993*.

(9) Montesquieu, *Tinh thần pháp luật*, Nxb. Giáo dục, 1996, tr. 99.

(10) Điều 4 *Tuyên ngôn nhân quyền và dân quyền Pháp 1789*.

(11) Điều 5 *Tuyên ngôn nhân quyền và dân quyền Pháp 1789*.

phát triển tự do nhân cách của mình đến mức không vi phạm các quyền của người khác hoặc xúc phạm, chống lại trật tự hiến pháp hoặc chuẩn mực đạo đức”<sup>12</sup>. Hiến pháp Braxin lại ghi: “Không ai có nghĩa vụ làm hoặc không làm điều gì đó trừ khi pháp luật có quy định về điều đó”<sup>13</sup>.

Một quy định chung về giới hạn của quyền là cần thiết. Đó là nguyên tắc để xác lập các quyền và nghĩa vụ công dân, đặc biệt là trường hợp khi pháp luật không hoặc chưa thể điều chỉnh hết được thì đó sẽ là cơ sở để phán xét về tính hợp hiến, hợp pháp của việc quy định hay đánh giá hành vi cụ thể liên quan đến quyền con người. Nên chăng, Hiến pháp Việt Nam cần bổ sung một quy định tương tự?

### **5. Quy định trực diện một số quyền công dân**

Trong Hiến pháp hiện hành, có một số quyền công dân như: quyền nghỉ ngơi, quyền được hưởng chế độ bảo hiểm, quyền kết hôn, quyền bãi nhiệm các đại biểu dân cử... thật ra là quyền cơ bản riêng biệt của con người cần phải được thể hiện rõ ràng thì lại được hiểu gián tiếp hay “giấu mình” trong quy định khác. Việc xác định rõ ràng đó là quyền cơ bản hay không không chỉ là vấn đề của kỹ thuật lập pháp mà quan trọng hơn, đó là vấn đề của nhận thức và khả năng thực hiện quyền. Vì thế, đề xuất về việc ghi nhận các quyền đó một cách rõ ràng, trực diện, không hiểu gián tiếp thông qua nghĩa vụ của Nhà nước, hay tồn tại dưới dạng “ẩn” là hoàn toàn có cơ sở<sup>14</sup>.

### **6. Ghi nhận một số quyền công dân với tư cách là quyền cơ bản**

Rà soát tổng thể các quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân của một số nước, có thể cần nhắc khả năng ghi nhận, bổ sung vào Hiến pháp nước ta với tư cách là quyền cơ bản, các quyền như: quyền về quốc tịch, quyền đình

công, quyền chống độc quyền, quyền được sống trong môi trường an toàn, trong sạch, xác nhận người nội trợ được hưởng quyền an sinh xã hội như là một trong những người lao động tạo ra giá trị gia tăng cho xã hội... Thực tiễn vận động của đời sống xã hội diễn ra trong những năm qua cho thấy, đã đến lúc chúng ta có thể cảm nhận, đánh giá được tầm quan trọng của các quyền này.

Hiến pháp một số nước đã có các quy định về quyền này. Chẳng hạn, Hiến pháp Đức, Mỹ, Braxin, Venezuela có những quy định tương đối cụ thể quyền về quốc tịch, có sự phân biệt giữa người nhập tịch và người có quốc tịch gốc và điều kiện nhập tịch. Trong khi đó, Hiến pháp Việt Nam chỉ ghi nhận tại Điều 49: “Công dân nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là người có quốc tịch Việt Nam” mà không xác định đó là quyền.

### **7. Tạo cơ sở có tính định hướng hoặc nguyên tắc để quy định chi tiết hay cụ thể hoá quyền cơ bản của công dân**

Ở nước ta, hầu hết các quy định hiến pháp về quyền và nghĩa vụ của công dân đều cần có sự cụ thể hoá. Rất khó có thể thực hiện trực tiếp được trong đời sống các quyền hay nghĩa vụ đó. Ví dụ, quyền lao động được thể hiện trong Bộ luật Lao động,...; quyền khiếu nại và tố cáo của công dân được cụ thể hoá trong Luật Khiếu nại, tố cáo; quyền tự do thân thể của công dân được quy định trong một số văn bản, trong đó có Bộ luật Tố tụng hình sự; quyền tự do tôn giáo được quy định trong Pháp lệnh Tôn giáo v.v.. Điều đó có nghĩa, lời văn hoặc tinh thần của quy định về quyền hay nghĩa vụ cơ bản trong Hiến pháp mặc dù có giá trị pháp lý<sup>15</sup> nhưng khó có thể trực tiếp thực hiện trong thực tế, mà cần phải có sự cụ thể hoá.

Hiện nay, vẫn còn một số quyền hiến định như: trưng cầu ý dân, biểu tình, lập hội... chưa được cụ thể hoá hoặc cụ thể hoá không dưới

(12) Điều 2 Hiến pháp Đức 1949.

(13) Điều 5 Hiến pháp Braxin 1988.

(14) Nguyễn Văn Động, *Các quyền hiến định về chính trị của công dân Việt Nam*, Nxb. Tư pháp, 2006, tr. 157.

(15) Đây là cơ sở để các thiết chế bảo hiến có thể xác định các vụ việc pháp lý nào đó có hợp hiến hay không.



hình thức luật. Một trong những khó khăn của việc cụ thể hoá các quy định này là do Hiến pháp cũng chỉ xác định là có quyền nhất định, nhưng không xác định về nguyên tắc hoặc định hướng là quyền đó được hành xử như thế nào. Vì thế, khi xây dựng luật để cụ thể hoá các quyền, trong rất nhiều trường hợp gần như là chỉ có các cơ sở tư tưởng cơ bản, nhưng thiếu nhiều vấn đề nguyên tắc có tính chất định hướng cực kỳ quan trọng. Nên chăng, chế định về quyền hay nghĩa vụ công dân trong Hiến pháp

cần có các quy định tính đến thực tế đó. Hiến pháp một số nước cũng tính đến yếu tố này để bảo đảm cho quy định hiến pháp không bị hiểu sai và có tính định hướng. Đây là vấn đề lớn trong điều chỉnh pháp luật về quyền công dân nhằm rút ngắn khoảng cách giữa quy định hiến pháp với cụ thể hoá quy định đó, đồng thời là khả năng thực hiện thực tế quyền.

### 8. Thực hiện cao nhất khả năng nội luật hoá các quy định của điều ước quốc tế về quyền con người mà Việt Nam đã gia nhập

Hiện nay, Việt Nam đã gia nhập một số các Điều ước quốc tế về quyền con người. Nhân quyền ngày nay đã không còn bó gọn trong phạm vi quốc gia mà trở thành vấn đề chung mang tính toàn cầu. Yêu cầu đặt ra là Nhà nước phải “nội luật hoá” những nội dung quyền con người trong các điều ước quốc tế vào Hiến pháp, để các quyền đó thật sự đến được với người dân. Các quyền được ghi nhận phải vừa bảo đảm được tính phổ quát, vừa có tính đặc thù, nhưng tính đặc thù không được lấn át tính phổ quát.

Về vấn đề này, có thể tham khảo kinh nghiệm ở các nước. Ví dụ, pháp luật Braxin quy định các điều ước quốc tế về nhân quyền



nếu được phê chuẩn bởi Quốc hội, qua hai vòng với 3/5 số phiếu thông qua của các nghị sĩ thì sẽ có giá trị tương đương với Hiến pháp.

### 9. Các bảo đảm thực hiện quyền công dân có tính cụ thể

Nghiên cứu chế định quyền và nghĩa vụ của công dân trong hiến pháp một số nước còn thấy có những quy định mang tính chất bảo đảm thực hiện quyền công dân có tính cụ thể, thiết thực như: đời sống của các ứng cử viên vào các vị trí chủ chốt của Nhà nước phải được công khai hoá, để cho các cuộc bầu cử không chịu ảnh hưởng của kinh tế; Nhà nước có trách nhiệm phải cung ứng trợ giúp pháp lý đầy đủ và miễn phí cho những người không có đủ nguồn lực kinh tế; quy định việc nộp đơn khởi kiện lên Toà án đối với những vụ kiện nhằm bảo vệ các quyền lợi ích hợp pháp của công dân là miễn phí; người nghèo không phải nộp lệ phí giấy khai sinh, giấy chứng tử; Nhà nước hỗ trợ về vật chất bình đẳng như nhau đối với những vận động viên tham gia hoạt động thể thao vì Nhà nước mà không phân biệt cấp loại; ban giám đốc của các đơn vị khu vực công phải có ít nhất 50% công nhân; nữ tù nhân sẽ được bảo đảm các điều kiện đủ để ở với con

cái của họ trong thời gian con họ còn ở độ tuổi mẫu giáo; mọi chi phí về sự đi lại hầu toà của nhân chứng do Nhà nước đài thọ...

Nếu xem xét Chương V. Quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân của Hiến pháp nước ta thì có thể thấy, quy định loại như trên hầu như không có hoặc có không đáng kể. Một số ví dụ được nêu ở trên có thể gợi mở cho các nhà làm luật khả năng lựa chọn việc ghi nhận những quy định bảo đảm cho việc thực hiện quyền ngay trong Hiến pháp.

**10. Giới hạn sự can thiệp của Nhà nước vào việc công dân thực hiện các quyền, nghĩa vụ; quy định trách nhiệm của Nhà nước đối với việc bảo đảm cho công dân thực hiện quyền**

Từ lâu, các nước tư sản xem các quyền và nghĩa vụ trong lĩnh vực kinh tế - xã hội là lĩnh vực thuộc về tự do cá nhân, sự can thiệp của Nhà nước chỉ nên dừng ở mục đích bảo đảm cho các quyền tự do cá nhân không bị vi phạm. Thực tế cho thấy, quan niệm như vậy là đúng, vì chính họ đã qua trải nghiệm rằng sự can thiệp của Nhà nước vào việc công dân thực hiện quyền hay nghĩa vụ, sẽ rất có thể dẫn đến sự vi phạm quyền công dân.

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”. Nhà nước không can thiệp sâu vào các hoạt động cụ thể của công dân, xã hội. Vận động của đời sống là do chính người dân thực hiện. Hiện nay, trong lĩnh vực quyền công dân, có một số quan điểm cho rằng, chúng ta nên tập trung vào việc quy định hạn chế quyền lực nhà nước và bảo đảm

quyền công dân<sup>16</sup>. Quyền lực của Nhà nước càng được chế ước vừa đảm bảo sự điều tiết của Nhà nước, vừa có sự giới hạn nhất định đối với quyền lực nhà nước thì quyền con người càng nhiều, quyền công dân càng dễ dàng thực hiện hơn trong thực tế<sup>17</sup>. Có thể khẳng định đây là các quan điểm đúng đắn. Không những hạn chế quyền lực nhà nước mà còn xác định quyền lực ấy có trọng trách phải bảo đảm việc thực hiện các quyền công dân. Đồng thời, Nhà nước cũng không thể để mặc công dân thực hiện quyền như thế nào, nó cần phải thực hiện sự trợ giúp cho công dân trong các trường hợp cần thiết.

Trên tinh thần thượng tôn hiến pháp, để hạn chế sự can thiệp của cơ quan nhà nước có thể thu hẹp hay làm méo mó các quy định hiến pháp nói chung, các quyền hiến định của công dân nói riêng, chúng ta có thể tham khảo kinh nghiệm lập hiến các nước. Điều sửa đổi thứ 14 Hiến pháp Hoa Kỳ chỉ rõ trách nhiệm của chính quyền các bang trong việc bảo vệ quyền công dân như sau: “Không một bang nào được ban hành hoặc thực thi bất cứ đạo luật nào nhằm hạn chế quyền ưu tiên hoặc quyền bất khả xâm phạm của công dân Hoa Kỳ, cũng như không một bang nào có thể tước đoạt tính mạng, tự do hay tài sản của một cá nhân mà không tuân theo thủ tục pháp lý thích hợp hoặc phủ nhận quyền của các cá nhân được bảo vệ bình đẳng trước pháp luật”<sup>18</sup>. Hiến pháp Nhật Bản quy định: “Quốc hội không thể biểu quyết một đạo luật đặc biệt áp dụng cho một tập thể địa phương nếu đa số cử tri của địa phương đó không tán thành”<sup>19</sup>. Quy định trên của hai bản hiến pháp có khác nhau, nhưng đều có điểm chung là bảo đảm thực hiện quyền hiến định của con người và có thể là kinh nghiệm tốt về thể hiện vai trò và giới hạn của Nhà nước trong quan hệ Nhà nước - công dân trong hiến pháp, xét về phương diện kỹ thuật lập pháp. ■

(16) Nguyễn Đăng Dung, *Chế ước quyền lực nhà nước*, Nxb. Đà Nẵng, 2008, tr. 138-140.

(17) Trên thực tế “Một Nhà nước dân chủ và pháp quyền về thực chất không có lợi ích của riêng mình. Sứ mệnh lịch sử của Nhà nước dân chủ là phục vụ xã hội dân sự, phụng sự lợi ích và bảo vệ quyền và lợi ích của người dân”. Xem: Lê Minh Thông, *Hoàn thiện cơ chế pháp lý bảo đảm quyền con người ở nước ta*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, 8/2000, tr. 8.

(18) Tu chính án thứ 14 (thông qua 9/7/1968), *Hiến pháp Hợp chúng quốc Hoa Kỳ*.

(19) Điều 95 Hiến pháp Nhật Bản 1946.

# CHUYÊN CHÍNH TRONG NHÀ NƯỚC PHÁP QUYỀN XÃ HỘI CHỦ NGHĨA VIỆT NAM

■ VŨ ANH TUẤN\*

1. Hành trình đến Nhà nước pháp quyền (NNPQ) xã hội chủ nghĩa (XHCHN) ở Việt Nam mang theo một câu hỏi lớn: cùng với nhu cầu mở rộng và phát huy dân chủ thì chuyên chính cần được nhận thức và thực thi như thế nào cho đúng đắn? Phải chăng, trong điều kiện của nước ta hiện nay thì chuyên chính vô sản sẽ tất yếu đi tới một nền chuyên chính pháp quyền XHCHN? Đây là câu hỏi đã nhiều người tìm cách trả lời song thiết nghĩ, không vì thế mà không cần có những luận bàn tiếp theo.

Trước hết, với bản chất của mình thì CCVS từ chỗ khởi đầu là nền chuyên chính của giai cấp công nhân phải trở thành nền chuyên chính của toàn thể nhân dân. Đây không đơn thuần chỉ là ý muốn của giai cấp cầm quyền mà còn là đòi hỏi khách quan khi thực thi chức năng xã hội của một Nhà nước có bản chất “của dân, do dân, vì dân”. Lẽ đương nhiên, nền chuyên chính ấy phải là của số đông dân cư chống lại những hành vi ngược lại ý chí và lợi ích của họ. Ở Việt Nam, do mối liên hệ cội nguồn rất đặc biệt giữa giai cấp công nhân với giai cấp nông dân và đội ngũ trí thức, nên nền chuyên chính của Nhà nước phải lấy liên minh của

ba bộ phận cư dân nói trên làm nền tảng. Tuy không bao hàm hết ý chí, lợi ích của mọi bộ phận cư dân, nhưng nếu được tổ chức thực thi có hiệu quả thì nền chuyên chính ấy có khả năng đại diện cho nhân dân và do vậy, có được sứ mệnh cao cả và sức mạnh rất tiềm tàng. Đó là lý do để Đảng cộng sản Việt Nam khẳng định: NNPQ XHCHN Việt Nam phải “thực hiện đầy đủ quyền làm chủ của nhân dân, giữ nghiêm kỷ cương xã hội, chuyên chính với mọi hành động xâm phạm lợi ích của Tổ quốc và nhân dân”. Đây là hai mặt của một vấn đề cho dù xem xét nó dưới góc độ dân chủ hay chuyên chính ở Việt Nam, ngay cả khi không có tính từ “vô sản” đi kèm. Có thể coi đó như sự “mềm hóa” một khái niệm vốn được đồng nhất với bạo lực, cưỡng chế và dễ bị hiểu lầm.

Trong thời đại ngày nay, quan niệm và thực thi chuyên chính nói chung hay CCVS nói riêng không thể chỉ dừng lại ở hình thức bạo lực cho dù nó vẫn là một công cụ không thể thay thế. Những ý kiến chê bai hoặc phản bác Mác – Ăngghen về vấn đề này luôn cố tình cắt xén những luận điểm quan trọng để nhằm kết tội các ông đã tuyệt đối hóa đấu tranh giai cấp,

(\*) TS. Học viện Chính trị - Hành chính khu vực III.

(1) Xem: [www.chungta.com](http://www.chungta.com): Tương Lai, Hành trình từ CCVS đến làm chủ tập thể và NNPQ.

(2) Đảng cộng sản Việt Nam, Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ VIII, Nxb CTQG, HN, 1996, tr.129.

chuyên chính bằng bạo lực. Thực ra, không chỉ trong “Tuyên ngôn của Đảng cộng sản” mà ở nhiều tác phẩm khác, Mác và Ăngghen chưa bao giờ phủ nhận các hình thức, phương pháp đấu tranh hòa bình, bằng việc nâng cao năng suất lao động, bằng con đường văn hóa XHCN và bằng những cải tạo xã hội tích cực khác. Một điều quan trọng nữa là chính các ông cũng đã từng lưu ý rằng việc sử dụng các hình thức, phương pháp chuyên chính như thế nào trong những hoàn cảnh cụ thể là không có khuôn mẫu chung. Đành rằng trên thực tế, đã có không ít những sai lầm, thậm chí rất nghiêm trọng trong nhận thức và thực thi CCVS trong phong trào cộng sản và công nhân trên thế giới. Nhưng nếu chỉ căn cứ vào những trường hợp như thế để quy kết về tính sai lầm tuyệt đối của nó thì đó là sự thiếu chính xác về tư duy và không công bằng với lịch sử.

**2. Tuy nhiên, vấn đề đặt ra là: hình thức, phương pháp của CCVS sẽ thay đổi như thế nào khi Nhà nước vô sản chuyển hóa thành NN PQ XHCN?**

- NN PQ với những đặc trưng của mình luôn là một phương thức hữu hiệu cho việc tổ chức và thực thi quyền lực của giai cấp công nhân và nhân dân lao động trong điều kiện mới. Do vậy, chúng tôi cho rằng, chuyên chính trong điều kiện xây dựng NN PQ ở Việt Nam hiện nay là hình thức chuyển tiếp từ CCVS sang một nền chuyên chính pháp quyền XHCN. Đó không phải là sự từ bỏ chuyên chính của giai cấp công nhân và nhân dân lao động; lại càng không phải do “áp lực” từ những giọng điệu chỉ trích, phê phán của những kẻ đang mong chúng ta vấp phải sai lầm. Trái lại, nó khởi phát từ những thách thức đối với CCVS trong điều kiện mới không chỉ từ phương diện lý luận mà chủ yếu là từ thực tiễn. Nếu pháp quyền vừa là biểu hiện quyền lực tối cao của pháp luật trong đời sống xã hội lại vừa là phương cách hữu hiệu bảo vệ quyền con người thì có lẽ, không có một công cụ chuyên chính nào tốt hơn về

mục tiêu và phương thức so với nó. Vì thế, một nền chuyên chính pháp quyền không hề đoạn tuyệt với bạo lực nhưng do lấy pháp quyền làm cơ sở, phương thức nên sẽ tạo ra những ưu thế đặc biệt của nó.

*Thứ nhất*, nếu thừa nhận “pháp luật là Kinh thánh của tự do” (chữ của Mác) thì chỉ có trong NN PQ, tự do, dân chủ và quyền con người mới có cơ hội đảm bảo và phát triển nhiều nhất. Một điều rất dễ hiểu là nếu tự do, dân chủ và quyền con người không được pháp định cụ thể, khả thi thì luôn có nguy cơ trở thành những phạm trù đạo đức, chính trị thuần túy và do vậy, thật khó hình dung về tính hiện thực của chúng. Pháp quyền không chỉ ghi nhận các phạm trù ấy dưới những hình thức pháp lý xác thực mà hơn thế, còn tạo ra thiết chế, cơ chế để đảm bảo cho chúng được thực thi. Mặt khác, nói tới đảm bảo tự do, dân chủ và quyền con người thì không thể không thừa nhận vai trò của pháp quyền với tư cách công cụ hợp pháp và hiệu quả để chống lại áp bức, bất công cũng như những hành vi lợi dụng tự do, dân chủ, nhân quyền. Đó là lý do khiến người ta tin rằng: nếu tự do, dân chủ và quyền con người trước tiên không được đảm bảo bằng pháp quyền thì con người tất yếu “buộc phải nổi dậy chống lại sự tàn bạo và áp bức như là phương cách cuối cùng”<sup>2</sup>. Cho nên, càng hoàn thiện chế độ pháp quyền bao nhiêu thì Nhà nước XHCN càng có điều kiện để thực thi hiệu quả nền chuyên chính của mình bấy nhiêu.

*Thứ hai*, ngoại trừ những trường hợp đặc biệt cần tới bạo lực vũ trang thì chuyên chính trong NN PQ trước tiên và chủ yếu phải được tổ chức thực thi bằng pháp luật. Với những thuộc tính cơ bản của mình (nhất là tính cưỡng chế), pháp luật luôn là một vũ khí hữu hiệu để trấn áp những hành vi vượt ra ngoài khuôn khổ của nó, trái với ý chí và lợi ích chung. Theo cách đó, chuyên chính bằng pháp quyền dù không thể thay thế được những hình thức chuyên chính khác song vì nó nhân danh ý chí, quyền lực của đa số và đại diện cho công lý,

(2) Đại hội đồng Liên hiệp quốc, Tuyên ngôn thế giới về quyền con người, 1948.



nên quyền uy và sự cưỡng chế của nó khó bị quy kết là không khách quan. Bằng cách đó, trong NN PQ XHCN, một nền chuyên chính pháp quyền sẽ dần thay thế cho những hình thức, phương pháp chuyên chính chưa nhiều tính pháp quyền của thời kỳ trước nó. Theo đó, những mưu toan đã kích vào chủ nghĩa Mác nói chung, vào đấu tranh giai cấp và CCVS nói riêng càng ít có cơ hội hơn để lợi dụng.

*Thứ ba*, trong NN PQ XHCN, chuyên chính hiểu theo nghĩa đầy đủ còn gắn với các nhu cầu khách quan về tổ chức, thực thi quyền lực nhà nước theo hướng hạn chế tối đa những biểu hiện chuyên quyền, lạm quyền hoặc phân tán quyền lực; với việc thiết lập cơ chế bình đẳng và ràng buộc về quyền và nghĩa vụ giữa Nhà nước với công dân; giải quyết hài hòa các mối quan hệ quốc tế - quốc gia trong xu thế hội nhập ngày càng rộng rãi. Do vậy, khi được hiện thực hóa, NN PQ XHCN hoàn toàn có khả năng phúc đáp những nhu cầu trên thông qua những nguyên tắc tổ chức và hoạt động cơ bản của nó, đó là: quyền lực nhà nước phải thống nhất nhưng có phân công và phối hợp giữa các cơ quan nhà nước; thực hiện nguyên tắc tập trung dân chủ một cách hợp lý; sử dụng pháp luật làm công cụ chủ yếu để tổ chức và điều hành hoạt động chung của toàn xã hội trên cơ sở phát huy vai trò hỗ trợ của các công cụ quản lý khác như đạo đức, phong tục, tập quán, luật tục và các định chế xã hội; bằng việc thực hiện nghiêm túc các cam kết theo luật pháp và thông lệ quốc tế...

*Thứ tư*, trong NN PQ XHCN, sự lãnh đạo của Đảng cộng sản đối với Nhà nước và xã hội là một yêu cầu khách quan. Tuy nhiên, đây lại là vấn đề thường bị các thế lực thù địch và chống đối lợi dụng để đã kích, chống phá nhiều nhất. Trong đó, mối quan hệ giữa tính pháp quyền (được xem là đại diện cho ý chí chung, cho tính khách quan) với sự lãnh đạo của Đảng cộng sản (được coi là nhân tố chủ quan, không đại diện cho ý chí của toàn thể dân cư) luôn được họ khai thác triệt để bằng cách đem đối lập chúng theo luận cứ: pháp quyền phải tuân



thủ “đảng quyền”!? Hơn thế, họ cho rằng, vai trò độc tôn lãnh đạo của Đảng là sản phẩm của sự áp đặt, được thực hiện bằng CCVS chứ không phải bằng sự tự nhận thức và lựa chọn của toàn thể dân chúng như là nhu cầu khách quan của lịch sử. Ngay cả việc vai trò lãnh đạo của Đảng được quy định trong Hiến pháp thì những người theo đuổi mục đích nói trên vẫn cho rằng đó chỉ đơn thuần là “thủ thuật pháp lý - chính trị nhất thời”, rằng suy cho cùng, đó vẫn là một nền chuyên chính “đảng trị”!? Cho dù những luận điệu nói trên không thể thay đổi được lịch sử, song khách quan mà nói, có những vấn đề cần được nhận thức thấu đáo và giải quyết hợp lý trong công cuộc xây dựng NN PQ XHCN Việt Nam. Đó là: tiếp tục phân định rõ ràng và hợp lý hơn giữa vai trò lãnh đạo chính trị của Đảng với chức năng quản lý, điều hành của Nhà nước; là giải quyết đúng đắn mối quan hệ giữa Đảng, Nhà nước với các thiết chế chính trị - xã hội khác; là nhu cầu cấp bách nhằm tìm kiếm những hình thức, phương pháp có hiệu quả để tổ chức thực hiện quyền làm chủ của nhân dân, nhất là trong hoạt động giám sát và phản biện xã hội... Liên quan đến những vấn đề đó, có căn cứ để tin rằng, pháp quyền lại một lần nữa phát huy vai trò của mình trong việc tạo ra khuôn khổ pháp lý và cơ chế hoạt động cho toàn bộ hệ thống chính trị của đất nước để hệ thống đó vừa mở rộng và phát huy dân chủ lại vừa thực hiện chuyên chính có hiệu quả hơn. Nhờ đó, có thể hạn chế đến mức tối đa những biểu hiện cực đoan, nguy hiểm như: dân chủ không gắn với chuyên chính, kỷ cương hoặc chuyên chính bị lạm dụng hay bị buông lỏng. ■

# KẾ THỪA CÁC QUY ĐỊNH TIẾN BỘ, NHÂN VĂN ĐỐI VỚI NHỮNG NGƯỜI BỊ THIỆT THỜI TRONG QUỐC TRIỀU HÌNH LUẬT

■ LƯƠNG VĂN TUẤN\*

Quốc triều Hình luật (QTHL) là một bộ luật điển hình, hoàn thiện nhất trong lịch sử nhà nước phong kiến Việt Nam. “Bộ luật chứa đựng nhiều nội dung tiến bộ, nhân văn sâu sắc, kỹ thuật pháp lý hoàn thiện hơn so với các Bộ luật cùng thời; có những điểm tiếp cận với kỹ thuật pháp lý hiện đại”<sup>1</sup>, làm cho nhiều nhà nghiên cứu đã “đi từ sự ngạc nhiên này đến sự ngạc nhiên khác”<sup>2</sup>. Các nhà nghiên cứu đều thống nhất với nhau ở một nhận xét rằng, mặc dù chịu sự chi phối của triết lý Nho giáo - hệ tư tưởng thống trị trong xã hội thời Lê - và chịu ảnh hưởng mạnh mẽ của các bộ luật Trung Quốc trước đó và tồn tại cùng thời, nhưng QTHL vẫn có những nét riêng biệt của nền cổ luật Việt Nam trong việc quy định bảo vệ quyền lợi của phụ nữ, trẻ em và điều này đã làm cho địa vị pháp lý của người phụ nữ Việt Nam so với người phụ nữ Trung Quốc và các nước khác trên thế giới cùng thời được nâng lên rõ rệt.

## 1. Quy định tiến bộ, nhân văn đối với các đối tượng xã hội bị thiệt thòi trong Quốc triều hình luật

*Quốc triều Hình luật thể hiện truyền thống kính già, yêu trẻ và tôn trọng phụ nữ của người Việt Nam*

Phụ nữ nói chung, trẻ em gái nói riêng là đối tượng được hưởng sự điều chỉnh đặc biệt của pháp luật nhà Lê.

Trong quan hệ cha mẹ, các con, điểm đặc biệt đầu tiên là mặc dù tư tưởng, tâm lý trọng nam khinh nữ “nhất nam viết hữu, thập nữ viết vô” dưới ảnh hưởng của Nho giáo đã tác động mạnh mẽ đến xã hội Việt Nam đương thời,

nhưng trong QTHL, con trai, con gái vẫn được coi như nhau trong nhiều quyền lợi và nghĩa vụ. Về bổn phận tình cảm, nếu “gọi là con thì trai gái giống nhau” trong việc chịu tang ông bà, cha mẹ (Điều 42); về nghĩa vụ hiếu đễ trong thể hiện truyền thống “kính già” thì con cháu đều có bổn phận không được tố cáo tội lỗi của ông bà, cha mẹ, trừ khi họ phạm vào “tội mưu phản, đại nghịch...” (Điều 504); không được vui chơi đàn hát khi “ông bà, cha mẹ... phạm tội tử hình còn đang phải giam...” (Điều 130). Về quyền lợi vật chất của trẻ nhỏ, Chương Điền sản trong QTHL đã dành nhiều điều luật quy định rất chi tiết về việc bảo vệ

(\*) *ThS,LS. Giám đốc Công ty Tân Luật, Hà Nội.*

(1) *Quốc triều Hình luật, Nxb Pháp lý, Hà Nội, 1991, tr.1.*

(2) *Phạm Văn Đồng, Văn hoá và đổi mới, Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội 1995, tr.27.*

quyền thừa kế di sản của các con khi chẳng may bố mất sớm: “...chồng chết, con còn nhỏ, mẹ tái giá mà lại đem bán di sản của con thì bị xử phạt 50 roi...” (Điều 377) hay khi “ông bà, cha mẹ chết cả mà người trưởng họ bán di sản của con cháu không có lý do chính đáng thì bị xử phạt 60 trượng, biếm hai tư, trả lại tiền cho người mua và lại phải trả thêm một lần tiền mua nữa để chia cho người mua và con cháu mỗi bên một nửa; di sản thì phải trả cho con cháu. Người biết mà cứ mua thì mất tiền mua...” (Điều 378).

Tư tưởng chủ đạo của Nho giáo là thiết lập quyền uy tối cao của người cha, nhưng trong QTHL vẫn có những quy định để đảm bảo mối quan hệ trách nhiệm qua lại giữa các thành viên trong gia đình theo các chuẩn mực đạo đức truyền thống dân tộc. Cha mẹ không chỉ có quyền mà còn phải chịu trách nhiệm hoàn toàn về hành xử của các con “nếu các con còn ở nhà với cha mẹ mà đi ăn trộm thì cha mẹ bị xử tội biếm; ăn cướp thì cha mẹ bị xử tội đồ; nặng thì xử tăng thêm tội và đều phải bồi thường thay cho con những tang vật ăn trộm, ăn cướp. Nếu con đã ra ở riêng thì cha mẹ không bị tội...” (Điều 457).

Trong khi pháp luật thừa nhận việc sử dụng con người như một loại hàng hóa, có thể đem giao dịch “cầm bán” trong quan hệ dân sự: “Những kẻ đem người thân cầm bán nhiều tầng thì phải biếm một tư...” (Điều 312). Tuy nhiên, QTHL cũng có những quy định nhằm hạn chế việc lạm dụng loại giao dịch này để làm hại đến những đối tượng có sự yếu thế (về giới tính, về độ tuổi) để sao cho có thể đảm bảo cao nhất quyền và lợi ích của người con gái, trẻ em mồ côi: “Con gái và những trẻ mồ côi tự bán mình mà không có ai bảo lãnh thì người mua cùng người viết văn khế, người làm chứng đều xử tội xuy, trượng như luật, đòi lại tiền trả cho người mua và hủy bỏ văn khế...” (Điều 313). Điều này không áp dụng với người từ 15 tuổi trở lên, người cô độc và cùng khốn.

Khi con gái đến tuổi lấy chồng, luật không

chỉ tôn trọng phong tục hôn nhân truyền thống của dân tộc như việc đính hôn, cưới xin phải tuân theo sự sắp đặt, lựa chọn của cha mẹ vì lợi ích của gia tộc, làng xã, mà hơn thế nữa để bảo vệ các nguyên tắc đạo đức và tôn ti theo trật tự Nho giáo trong gia đình, xã hội, đồng thời cũng bảo vệ chính người phụ nữ trước khi bước vào hôn nhân mà họ không tự định đoạt được, QTHL đã quy định các hình phạt áp dụng với những kẻ bội tín trong hôn ước như phạt người kết hôn không đem đủ sính lễ mà đã thành hôn với nhau một cách cầu thả (Điều 314); phạt nhà gái nếu đã nhận đồ sính lễ rồi mà không gả nữa (Điều 315). QTHL cũng cho phép người con gái đã hứa gả chồng rồi nhưng chưa thành hôn được kêu quan trả lại đồ sính lễ trong trường hợp người con trai bị ác tật, vi phạm pháp luật, hay trở thành kẻ phá tán gia sản. Còn trong trường hợp ngược lại, bản thân người con gái bị ác tật hoặc phạm tội thì không phải trả đồ lễ: “Con gái hứa gả chồng mà chưa thành hôn, nếu người con trai có ác tật hay phạm tội hoặc phá tán gia sản thì cho phép người con gái được kêu quan mà trả đồ lễ. Nếu người con gái bị ác tật hay phạm tội thì không phải trả đồ lễ...” (Điều 322).

Nhìn chung, trong quan hệ hôn nhân gia đình, “sự điều chỉnh của Bộ luật đối với những quan hệ qua lại giữa vợ và chồng là có giới hạn, bởi lẽ các chuẩn mực đạo đức Nho giáo và các phong tục tập quán cũng đã đủ độ khắt khe nghiêm ngặt ràng buộc, rất chi tiết mà vợ chồng phải tuân theo. Bộ luật chỉ xác định những vấn đề chung, chỉ can thiệp vào đời sống vợ chồng khi có sự vi phạm xét theo quan niệm đạo đức Nho giáo và làm phương hại đến lợi ích quốc gia”<sup>3</sup>.

Trong QTHL cũng có nhiều quy định tiến bộ nhằm bảo vệ quyền lợi vật chất và tinh thần của người vợ trong quan hệ hôn nhân. QTHL quy định hai trường hợp mà người vợ được quyền đệ đơn xin ly hôn. Thứ nhất, nếu người chồng vi phạm nghĩa vụ phải thực hiện đầy đủ quan hệ vợ chồng (Điều 308): “...đã bỏ lửng

(3) Hoàng Thị Kim Quế, Lê Thánh Tông (1442-1497) - Con người và sự nghiệp, NXB Đại học quốc gia Hà Nội, H. 1997, tr. 132.

vợ 5 tháng không đi lại (vợ được trình với quan sở tại và xã quan làm chứng) thì mất vợ. Nếu vợ đã có con thì cho hạn một năm...”. Ngay cả khi người chồng quá say đắm nàng hầu mà thờ ơ với vợ thì người vợ cũng có quyền thừa quan bất tội chồng (Điều 309). Quy định này cho thấy nhà nước phong kiến đã đề cao trách nhiệm của người đàn ông và nâng trách nhiệm đó lên thành một “nghĩa vụ” là phải chăm lo đời sống của gia đình, vợ con mình. Trong quan hệ hôn nhân và gia đình nếu quyền lợi của người vợ không được đảm bảo thì người vợ cũng không buộc phải phục tùng người chồng theo quan điểm “tam tòng” của Nho gia nữa mà có quyền chủ động đệ đơn xin ly hôn. Thứ hai, người phụ nữ cũng có thể xin ly hôn với chồng khi mà người chồng đã có hành vi cư xử vô phép xâm hại tới danh dự nhân phẩm của cha mẹ mình. Nếu “...con rể lấy chuyện phi lý mà mắng nhiếc cha mẹ vợ, đem việc thừa quan sẽ cho ly dị” (Điều 333). Trường hợp này thì không những là bất hiếu đối với cha mẹ vợ mà còn là kẻ bất nghĩa đối với vợ.

Quyền yêu cầu xử lý hôn với chồng là một nét đặc sắc của QTHL, nó thể hiện tư duy tiến bộ của các nhà lập pháp thế kỷ XV. Trong xã hội phong kiến trọng nam khinh nữ, quyền lợi cơ bản và tối thiểu nhất của người phụ nữ đã được quan tâm ghi nhận và bảo vệ bằng luật pháp nhà nước. Điều đặc sắc nhất trong việc bảo vệ quyền lợi của phụ nữ, trẻ em trong quan hệ hôn nhân gia đình là quy định của QTHL về chế độ điền sản của vợ và chồng. Ngay từ thế kỷ XV, QTHL đã thừa nhận sự phân biệt ba loại điền sản là phu điền sản (điền sản bên nhà chồng cho), thê điền sản (điền sản bên nhà vợ cho) và tân tạo điền sản (điền sản do hai vợ chồng cùng tạo lập), đồng thời quy định rất chi tiết quyền sở hữu riêng, sở hữu chung của vợ, chồng đối với từng loại điền sản, cách phân loại tài sản này theo các nguyên tắc như vợ, chồng đều có quyền sở hữu riêng đối với tài sản của mình nhưng trong thời gian hôn nhân thì các tài sản này

được quản lý chung, lợi tức hưởng chung; vợ chồng có quyền ngang nhau đối với tài sản chung, kể cả quyền định đoạt - việc mua, bán tài sản chung đều phải có sự thỏa thuận của cả vợ và chồng, quyền đó được thể hiện cụ thể là “...nếu chồng tự tiện bán tài sản của vợ thì cha mẹ vợ có thể truy tố, cho nên những tài sản ấy bán mà vợ không ký tên hay điếm chỉ vào văn khế thì không ai dám mua”<sup>24</sup>.

Người chồng góa hay người vợ góa không có con được hưởng toàn bộ điền sản của riêng mình, một phần điền sản chung (tân tạo), được hưởng hoa lợi từ phần còn lại của điền sản chung. Điền sản riêng của người vợ hay người chồng đã chết được chuyển cho cha mẹ của họ, nếu cha mẹ đã mất thì người chồng góa hay vợ góa không con lại được hưởng hoa lợi của một phần điền sản này. Nếu người vợ góa chết hay cải giá thì quyền hưởng hoa lợi này cũng chấm dứt. Tuy nhiên, điều này không áp dụng đối với trường hợp chồng đi lấy vợ khác. Người chồng góa, hay người vợ góa có con được quyền quản lý toàn bộ tài sản chung của vợ chồng cho đến khi người đó chết mới phân chia cho các con. Tuy nhiên, luật không cho phép người chồng góa hay người vợ góa quyền đem bán tài sản ấy của con nếu không có lý do chính đáng và nếu không được họ hàng bằng lòng cho bán. Quy định này nhằm đảm bảo quyền lợi cho người con khi chưa trưởng thành.

Trong hôn nhân, người vợ có quyền có tài sản riêng giống như người chồng nên phụ nữ Việt Nam sau khi đã kết hôn vẫn có thể tham gia các hoạt động kinh tế nhằm tạo ra của cải vật chất cho gia đình, đồng thời họ vẫn được đảm bảo có tài sản riêng để duy trì đời sống của mình và con cái sau khi chồng chết hoặc ly hôn. Đây là điều kiện quan trọng để nâng cao vị thế của phụ nữ trong gia đình và ngoài xã hội. Đây là điểm khác biệt rất lớn trong địa vị pháp lý của người phụ nữ Việt Nam so với phụ nữ Trung Hoa và các nước khác cùng thời.

Nhìn chung, trong lĩnh vực hôn nhân gia đình là lĩnh vực có nhiều gắn bó mật thiết với

(4) Đào Duy Anh, *Việt Nam văn hoá sử cương*, Nxb Văn hoá - Thông tin, Hà Nội, 2002, tr. 123.



đạo đức, phong tục tập quán cổ truyền của dân tộc, QTHL chỉ điều chỉnh những quan hệ cơ bản mang ý nghĩa quốc gia nhằm củng cố, bảo vệ quyền của người gia trưởng, nền tảng đạo đức Nho giáo trong gia đình và xã hội. Còn lại, các hành vi xử sự cụ thể trong hôn nhân gia đình, nhà làm luật đã nhường chỗ cho phong tục tập quán và đạo đức điều chỉnh. QTHL nhìn tổng thể chỉ quy định những vấn đề cơ bản nhất của đời sống hôn nhân và gia đình như: quan hệ về kết hôn, ly hôn, các điều kiện kết hôn, các duyên cớ cho ly hôn hay buộc phải ly hôn, thủ tục bắt buộc khi kết hôn, ly hôn và hậu quả pháp lý của các quan hệ đó; các quan hệ nhân thân và tài sản giữa vợ chồng, cha mẹ và con cái, giữa những người thân thuộc trong đại gia đình truyền thống của người Việt Nam.

QTHL còn bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của phụ nữ, trẻ em trong các quy định ở lĩnh vực hình sự. Trong lĩnh vực hình sự, nơi chịu sự chi phối mạnh nhất của triết lý Nho giáo thì các nhà lập pháp triều Lê vẫn dành cho phụ nữ, trẻ em và cả người già, người tàn tật những chính sách khoan hồng, nhân đạo đặc biệt. Những chính sách đó đã thể hiện được tinh thần nhân đạo và truyền thống đạo lý của dân tộc Việt Nam là kính già, yêu trẻ, tôn trọng phụ nữ, curu mang và đùm bọc người tàn tật.

Các nhà lập pháp thời Lê đã xây dựng nguyên tắc hồi tố trong các chế định về hình sự. Theo nguyên tắc này thì pháp luật sẽ “xử tội theo luật già cả, tàn tật, còn nhỏ” đối với những người: khi phạm tội chưa già cả, tàn tật đến khi già cả, tàn tật mới phát giác thì vẫn được xử tội theo luật già cả, tàn tật; khi còn nhỏ phạm tội đến khi lớn mới phát giác thì xử theo luật khi còn nhỏ. Quy định này được thể hiện như sau:

- Từ 70 tuổi trở lên, 15 tuổi trở xuống, những người bị ác tật: phạm từ tội lưu trở xuống đều cho chuộc tội bằng tiền (không áp dụng với phạm tội thập ác);

- Từ 80 tuổi trở lên, 10 tuổi trở xuống, những người bị ác tật: phạm tội phản nghịch, giết người đáng phải tội chết thì phải tâu vua để xét định; ăn trộm và đánh người bị thương

thì cho chuộc, còn ngoài ra không bắt tội;

- Từ 90 tuổi trở lên, 7 tuổi trở xuống: dầu có bị tội chết cũng không hành hình, nếu có kẻ xui xiêm thì bắt tội kẻ xui xiêm, nếu ăn trộm có tang vật thì kẻ nào chứa chấp tang vật ấy phải bồi thường.

Việc tất cả người già cả, trẻ em trong độ tuổi từ 15 trở xuống, 70 tuổi trở lên không phân biệt địa vị xã hội cao hay thấp, sang hay hèn, trai hay gái, nếu phạm tội đều được hưởng chính sách khoan hồng của nhà nước đã cho chúng ta thấy rõ tính giáo dục, tính nhân đạo, tính cảm hóa lòng người của các nhà lập pháp triều Lê. Đây là một nét nhân văn cao cả trong QTHL và nó phần nào làm mờ đi ranh giới phân biệt đẳng cấp trong quy định Bát nghị của pháp luật thời đó. Đối với đàn bà mà phạm tội, pháp luật nhà Lê không cho áp dụng một số hình phạt nghiêm khắc vốn có như trượng hình (đánh gậy), và riêng đối với hình phạt lưu thì đàn bà chỉ bị đánh roi, thích chữ vào mặt, bắt phải làm việc nhưng không bắt phải đeo xiềng như đàn ông (Điều 1). Tinh thần nhân đạo trong QTHL thông qua việc thi hành án đối với phụ nữ, trẻ em cũng được thể hiện rõ nét tại quy định: “Đàn bà phải tội tử hình trở xuống, nếu đang có mang thì phải đẻ sinh đẻ sau một trăm ngày mới đem hành hình” (Điều 680). Nếu ngục quan làm trái luật mà thực hiện hình phạt đối với đàn bà có mang chưa sinh hoặc sinh con chưa đủ 100 ngày thì tùy theo mức độ phải chịu tội.

Trong QTHL đã dành hẳn một chương “Thông gian” để quy định các biện pháp trừng trị nghiêm khắc của pháp luật đối với các loại tội này. Theo pháp luật, tội gian dâm với vợ người khác hay quyến rũ con gái chưa chồng đều bị xử tội đồ hay lưu và phải nộp tiền tạ, kẻ dắt mối cũng phải chịu tội. Một điểm đáng lưu ý trong QTHL đó là quy định về việc gian dâm với con gái nhỏ từ 12 tuổi trở xuống thì dù cho là người con gái đó có thuận tình thì kẻ thực hiện hành vi gian dâm đó cũng bị xử lý bằng các chế tài ngang với tội hiếp dâm (Điều 401, 404). Nhằm củng cố các quan điểm về luân lý và duy trì thuần phong mỹ tục, cũng là hành

vi gian dâm nhưng nếu kẻ thực hiện với người phụ nữ là vợ kế, vợ lẽ của ông, cha hay với mẹ nuôi, mẹ kế, bác gái, thím, cô dì, chị em gái, vợ của con cháu, con gái của anh em thì bị xử tội nặng hơn (tội chém) so với việc gian dâm với các đối tượng khác, và người đàn bà, con gái có hành vi gian dâm đó sẽ bị lưu đi châu xa. Đối với những đối tượng là ngục quan và ngục lại, QTHL thể hiện rõ thái độ rất nghiêm khắc nếu họ có các hành vi gian dâm với đàn bà, con gái có việc kiện. Trường hợp này xảy ra thì sẽ xử tội nặng hơn tội gian dâm thường một bậc.

***Quốc triều Hình luật đặc biệt bảo vệ người dân lương thiện, người già cả cô đơn không nơi nương tựa***

Để bảo vệ con gái lương dân khỏi sự cày quyền thế của gia nhân những nhà công hầu, Điều 336 QTHL quy định: “Những tội tở của nhà công hầu... cày quyền thế chiếm ruộng đất của người ta hay bắt ép lấy con gái nhà dân... đều xử tội đồ”, và Điều 338 quy định “những nhà quyền thế mà ức hiếp để lấy con gái kẻ lương dân thì xử tội phạt, biếm hay đồ”.

Đối với người đau ốm, lang thang, cơ nhỡ, không nơi nương tựa, phát huy truyền thống nhân đạo của dân tộc, QTHL định rõ trách nhiệm của quan lại phải thực hiện việc giúp đỡ họ “Trong kinh thành hay phường, ngõ và làng xóm có kẻ đau ốm mà không ai nuôi nấng, nằm đường sá, cầu, điếm, chùa, quán thì xã quan ở đó phải dựng lều lên mà giữ gìn, săn sóc và cho họ cơm cháo, thuốc men, cốt sao cứu cho họ sống, không được để mặc cho họ rên rĩ khôn khổ. Nếu không may mà họ chết thì phải trình quan trên và tùy điều kiện chôn cất, không được để phơi lộ thi hài. Nếu trái lệnh này thì quan phường, xã phải tội biếm hay bãi chức. Nếu người ốm đau đến ở chùa quán mà người trụ trì chùa quán không trình lên quan biết mà tùy tiện nuôi nấng, giữ gìn cho người ta thì cũng phải phạt” (Điều 294).

“Những người góa vợ, góa chồng, mồ côi và người tàn tật nặng, nghèo khổ không có người thân thích để nương tựa, không thể

tự mình mưu sống được, quan sở tại phải thu nuôi họ, mà lại bỏ rơi họ thì bị xử phạt đánh 50 roi, biếm một tư. Nếu họ được cấp cơm áo mà quan lại ăn bớt đi, thì phải khép vào tội như người giữ kho ăn trộm của công” (Điều 295). Muốn duy trì kỷ cương xã hội, không chỉ có pháp luật nghiêm mà cần phải nghiêm chỉnh thực thi pháp luật. Chính sách thưởng phạt nghiêm minh đối với các quan trong bộ máy chính quyền ở cấp hành chính lộ, huyện cũng chính là một trong những yếu tố quan trọng đảm bảo tính hiệu lực thực tế của pháp luật nhà Lê trong đời sống xã hội. Điều 297 quy định trách nhiệm của quan lại trong việc phát hiện tâu lên vua những người đàn bà trình liệt để nhà nước có biện pháp khen thưởng các tâm gương điển hình đó và khuyến khích những người khác hướng thiện, đồng thời cũng phải tâu lên những kẻ loạn luân trái đạo để nhà nước nghiêm trị nhằm răn đe những kẻ khác không được làm càn: “Có những người hiếu hữu, cùng đàn bà trình liệt, mà không tâu lên để ban thưởng, hay có những kẻ loạn luân trái đạo, mà không tâu lên để trị tội, thì quan lộ, quan huyện bị xử tội biếm hay phạt”.

**2. Kế thừa các giá trị nhân văn của Quốc triều Hình luật trong quá trình xây dựng Nhà nước pháp quyền ở nước ta**

Bảo vệ quyền lợi của phụ nữ, trẻ em, người già cả và tàn tật không nơi nương tựa trong QTHL đã thể hiện tư tưởng pháp lý tiến bộ và tinh thần nhân văn cao cả của các nhà lập pháp triều Lê. Điều này không chỉ có giá trị về mặt lịch sử mà còn có giá trị đương đại trong việc xây dựng mô hình gia đình truyền thống, giáo dục tình thương yêu, trách nhiệm giữa các thành viên gia đình. Đây là điều kiện quan trọng để xây dựng lối sống phù hợp đạo đức, tuân thủ pháp luật, xây dựng nền văn hóa đậm đà bản sắc dân tộc và hiện đại. Trong quá trình nghiên cứu giá trị lịch sử và giá trị đương đại của QTHL, chúng ta không thể không nhận thấy ở đây một mối quan hệ tác động đa chiều và có quan hệ biện chứng của QTHL đối với việc xác lập và bảo vệ quyền của phụ nữ, trẻ



em, người tàn tật, người già cả cô đơn không nơi nương tựa trong nền văn hóa pháp lý dân tộc Việt Nam.

QTHL “mang đậm dấu ấn giai cấp và cũng mang sắc thái rất Việt Nam”<sup>5</sup> và “dưới triều Lê Thánh Tông, tuy chưa nhiều những điều luật bảo vệ quyền lợi của phụ nữ, nhưng chùng đó những quy định tiến bộ đã phần nào bảo vệ quyền lợi của người phụ nữ vốn là lực lượng luôn chịu mọi thiệt thòi trong xã hội phong kiến”<sup>6</sup>. Phát huy truyền thống này, Việt Nam đã tham gia nhiều công ước quốc tế về quyền con người, trong đó có Công ước về xóa bỏ mọi hình thức phân biệt đối xử với phụ nữ và Công ước về Quyền trẻ em, hệ thống pháp luật Việt Nam được các Ủy ban của Liên hiệp quốc về thực hiện các Công ước quyền con người đánh giá là tiến bộ, thể hiện các nguyên tắc cơ bản được cộng đồng quốc tế thừa nhận rộng rãi

về bảo vệ quyền con người.

Tuy nhiên, trên thực tế vẫn còn khoảng cách giữa những quy định và hiệu lực thực tế của pháp luật trong việc bảo vệ quyền của phụ nữ và trẻ em. Điều này chúng ta có thể tìm thấy trong các hoạt động thực tiễn của xã hội, ví dụ như trong lĩnh vực lao động, mặc dù pháp luật lao động của nước ta công nhận sự bình đẳng giữa lao động nam và lao động nữ, quyền lợi và nghĩa vụ của lao động nữ được đảm bảo ngang bằng với lao động nam, nhưng trên thực tế, quyền lợi của lao động nữ khó mà được đảm bảo ngang bằng với lao động nam. Do đặc điểm sinh học tự nhiên, người phụ nữ tất yếu phải trải qua giai đoạn sinh con để thực hiện thiên chức làm mẹ, nhưng nó cũng trở thành rào cản cho người phụ nữ khi tham gia vào quan hệ lao động. Giới chủ thường không muốn nhận lao động là nữ vì họ không muốn

(5) Trần Thị Tuyết, Lê Thánh Tông (1442-1497) - Con người và sự nghiệp, *Sđđ*.

(6) Trần Thị Tuyết, Lê Thánh Tông (1442-1497) - Con người và sự nghiệp, *Sđđ*.

thực hiện các chế độ đối với người nữ trong thời kỳ thai sản.

Trong lĩnh vực gia đình, quyền lợi của trẻ em cũng chưa thực sự được quan tâm đúng mức mặc dù chúng ta đã có luật để bảo vệ trẻ em. Tình trạng trẻ em bị ngược đãi, hành hạ, bóc lột sức lao động và bị xâm hại về tình dục... đã, đang và ngày càng trở nên nhức nhối và có xu hướng phát triển rộng. Có điều đáng bàn là chỉ khi các hiện tượng đó xảy ra và kéo dài rất lâu mới được xã hội lên tiếng bảo vệ, trong khi đối tượng là trẻ em lại rất dễ bị tổn thương và chưa có đủ nhận thức cũng như các biện pháp để tự phòng vệ mình.

Thời đại của QTHL tuy đã cách xa chúng ta hơn 500 năm, nhưng những kinh nghiệm quý báu về lập pháp, đặc biệt là đối với việc ghi nhận các quyền lợi của phụ nữ, trẻ em vẫn còn nguyên giá trị. Vì sự tiến bộ, phát triển của phụ nữ cũng như sự tồn tại lâu dài của mô hình quan hệ gia đình truyền thống Việt Nam trong bối cảnh hội nhập quốc tế hiện nay, theo chúng tôi, cần nghiên cứu, kế thừa chọn lọc các quy định nhân văn, tiến bộ của pháp luật nhà Lê trong việc bảo vệ quyền của người phụ nữ và trẻ em, người tàn tật, người già cả, cô đơn không nơi nương tựa. Trong lĩnh vực hôn nhân và gia đình cần phải học tập kinh nghiệm của các nhà lập pháp triều Lê khi xây dựng các quy định của pháp luật về trách nhiệm pháp lý giữa các thành viên trong gia đình như quan hệ giữa vợ chồng, ông bà, cha mẹ với các con cháu. Con cháu phải cư xử lễ phép với ông bà, cha mẹ; ông bà, cha mẹ phải nuôi dạy con cháu đúng mực; vợ chồng phải thương yêu và chăm sóc lẫn nhau. Đặc biệt cần xây dựng những chế tài đủ mạnh đối với những vi phạm từ trong gia đình mà gây ảnh hưởng cho sự phát triển bình thường của người phụ nữ, trẻ em. Qua đó, xây dựng ý thức chấp hành pháp luật từ trong gia đình khi ứng xử với những đối tượng xã hội dễ bị tổn thương như phụ nữ, trẻ em, người tàn tật, người già cả.

Cần kết hợp giáo dục pháp luật với giáo dục đạo đức truyền thống trong các môi trường là gia đình, đoàn thể, cộng đồng dân cư và toàn thể xã hội để cho mọi người dân đều nắm bắt được các quy định của pháp luật cũng như hiểu rõ tinh thần nhân văn cao đẹp của dân tộc nói chung và trong lĩnh vực bảo vệ quyền của phụ nữ và trẻ em nói riêng. Khi xảy ra các vấn đề xâm hại đến quyền lợi của người phụ nữ, trẻ em, người già cả cô đơn, người tàn tật... phải xác định rõ trách nhiệm cụ thể thuộc về cá nhân, tổ chức nào. Đồng thời có các chế tài đủ mạnh đối với những cá nhân, tổ chức không thực hiện đúng trách nhiệm của mình trong việc giải quyết những vấn đề có liên quan đến trẻ em, phụ nữ, người tàn tật, người già cả... Như vậy sẽ tránh được tình trạng, khi có vấn đề thuộc chức trách của mình nhưng không giải quyết, giải quyết sai hoặc giải quyết không triệt để, gây ra sự vô hiệu hóa đối với các quy định của pháp luật nhà nước và sau đó cũng trở thành người vô can, vẫn được biểu dương thành tích, khen thưởng... gây ra bất bình trong xã hội và làm giảm niềm tin tưởng của quần chúng nhân dân vào pháp luật nhà nước và công bằng xã hội.

Trong bối cảnh hội nhập quốc tế, xây dựng nhà nước pháp quyền, bảo vệ các giá trị văn hóa đạo đức truyền thống, nâng cao vai trò của gia đình trong đời sống xã hội, việc nghiên cứu, kế thừa các giá trị của QTHL có ý nghĩa to lớn để góp phần “đề cao vai trò của gia đình trong đời sống xã hội, giữ gìn và phát huy truyền thống và những phong tục, tập quán tốt đẹp của dân tộc Việt Nam... và để nâng cao trách nhiệm của công dân, Nhà nước và xã hội trong việc xây dựng, củng cố chế độ hôn nhân và gia đình Việt Nam”<sup>77</sup> vì “gia đình là tế bào của xã hội, là cái nôi nuôi dưỡng con người, là môi trường quan trọng hình thành và giáo dục nhân cách... gia đình tốt thì xã hội mới tốt, xã hội tốt thì gia đình càng tốt”<sup>78</sup>. ■

(7) Trần Thị Tuyết, *Lê Thánh Tông (1442-1497) Con người và sự nghiệp*, Nxb Đại học quốc gia Hà Nội, Hà Nội 1997, tr. 232-240.

(8) Trần Thị Tuyết, *Lê Thánh Tông (1442-1497) Con người và sự nghiệp*, sđd.



# CÔNG KHAI, MINH BẠCH

## ĐỂ BẢO VỆ QUYỀN LỢI CỦA NGƯỜI BỊ THU HỒI ĐẤT

■ NGUYỄN QUANG TUYẾN\*

Thu hồi đất (THĐ) không chỉ là một phương thức thực hiện quyền đại diện chủ sở hữu toàn dân về đất đai của Nhà nước mà còn là giải pháp đáp ứng các nhu cầu sử dụng đất (SDĐ) của quá trình công nghiệp hóa - hiện đại hóa đất nước. Trên thực tế, THĐ là hoạt động khó khăn, phức tạp và dễ phát sinh tham nhũng, tranh chấp, khiếu kiện, bởi hoạt động này trực tiếp đụng chạm đến lợi ích của nhiều chủ thể khác nhau: Nhà nước, xã hội, lợi ích của người bị thu hồi đất và lợi ích của người được hưởng lợi từ việc Nhà nước thu hồi đất... Trong nhiều trường hợp, người bị THĐ không đồng thuận với việc thu hồi và phương án bồi thường, hỗ trợ, tái định cư (TĐC) do cơ quan nhà nước có thẩm quyền xác định. Một trong những nguyên nhân của tình trạng này là do sự thiếu công khai, minh bạch trong quá trình thực hiện việc THĐ.

### 1. Sự công khai, minh bạch trong các quy định về bồi thường, hỗ trợ, tái định cư khi Nhà nước thu hồi đất

#### a. Ưu điểm trong các quy định về bồi thường, hỗ trợ, tái định cư khi Nhà nước thu hồi đất

Nội dung các quy định về bồi thường, hỗ trợ, TĐC khi Nhà nước THĐ (sau đây gọi là các quy định về bồi thường, giải phóng mặt bằng - GPMB) nhìn dưới góc độ công khai, minh bạch cho thấy, lĩnh vực pháp luật này đang có những ưu điểm cơ bản sau:

*Thứ nhất*, nội dung các quy định về bồi thường, GPMB đã thể hiện tương đối rõ nét tính cụ thể, rõ ràng, rành mạch:

- Luật Đất đai năm 2003 (LĐĐ 2003) quy

định cụ thể những trường hợp Nhà nước THĐ do lỗi của người SDĐ gây ra hoặc những trường hợp THĐ vì lý do đương nhiên như đất giao sử dụng có thời hạn mà không được Nhà nước gia hạn khi hết thời hạn SDĐ; người SDĐ chết mà không có người thừa kế tiếp tục SDĐ... tại Điều 38 và những trường hợp THĐ vì lý do khách quan, đó là trường hợp Nhà nước THĐ vì mục đích quốc phòng an ninh, lợi ích quốc gia, lợi ích công cộng và mục đích phát triển kinh tế tại Điều 39. Trên cơ sở đó, Nhà nước thực thi chính sách bồi thường, hỗ trợ, TĐC không giống nhau đối với các trường hợp THĐ: (i) trường hợp THĐ sử dụng vào mục đích quốc phòng, an ninh, lợi ích quốc gia, lợi ích công cộng và mục đích

(\*) PGS, TS. Đại học Luật Hà Nội.



phát triển kinh tế thì người bị THĐ được Nhà nước bồi thường về đất và bồi thường thiệt hại về tài sản gắn liền với đất bị thu hồi. Đối với trường hợp thu hồi đất ở (THĐO), người bị THĐ ngoài việc được Nhà nước bồi thường về đất và tài sản gắn liền với đất bị thu hồi còn được hưởng chính sách TĐC. Trường hợp THĐ nông nghiệp của người trực tiếp sản xuất nông nghiệp mà không có đất để giao cho họ tiếp tục sản xuất, người bị THĐ nông nghiệp ngoài việc được bồi thường về đất và tài sản trên đất còn được Nhà nước hỗ trợ trong việc ổn định cuộc sống, đào tạo, chuyển đổi nghề nghiệp; (ii) trường hợp THĐ do lỗi của người SĐĐ gây ra thì người bị THĐ không được bồi thường về đất mà chỉ được bồi thường thiệt hại về tài sản gắn liền với đất bị thu hồi.

- LĐĐ 2003 quy định cụ thể thời hạn thông báo cho người bị THĐ biết về quyết định THĐ nhằm tạo điều kiện để họ chủ động trong việc thu hoạch mùa màng, thu dọn đồ đạc, di chuyển chỗ ở để sớm bàn giao mặt bằng cho chủ đầu tư “trước khi THĐ, chậm nhất là 90 ngày đối với đất nông nghiệp và 180 ngày đối với đất phi nông nghiệp, cơ quan nhà nước (CQNN) có thẩm quyền phải thông báo cho người bị

THĐ biết lý do thu hồi, thời gian và kế hoạch di chuyển, phương án tổng thể về bồi thường, GPMB, TĐC” (khoản 2 Điều 39).

- LĐĐ 2003 quy định cụ thể các trường hợp Nhà nước THĐ để sử dụng vào mục đích phát triển kinh tế và các trường hợp SĐĐ vào mục đích sản xuất - kinh doanh, chủ dự án phải thỏa thuận với người SĐĐ về việc nhận chuyển nhượng quyền SĐĐ: “1. Nhà nước thực hiện việc THĐ để sử dụng vào mục đích phát triển kinh tế trong trường hợp đầu tư xây dựng khu công nghiệp, khu công nghệ cao, khu kinh tế và các dự án đầu tư lớn theo quy định của Chính phủ ...; 2. Đối với dự án sản xuất, kinh doanh phù hợp với quy hoạch SĐĐ đã được xét duyệt thì nhà đầu tư được nhận chuyển nhượng, thuê quyền SĐĐ, nhận góp vốn bằng quyền SĐĐ của các tổ chức kinh tế, hộ gia đình, cá nhân mà không phải thực hiện thủ tục THĐ” (Điều 40).

- LĐĐ 2003 quy định cụ thể chức năng quản lý quỹ đất thu hồi đã thực hiện bồi thường, GPMB nhưng chưa có dự án đầu tư; cụ thể: “1. Nhà nước quyết định THĐ và giao đất cho tổ chức phát triển quỹ đất do Ủy ban nhân dân (UBND) tỉnh, thành phố trực thuộc

trung ương thành lập để thực hiện việc THĐ, bồi thường, GPMB và trực tiếp quản lý quỹ đất đã thu hồi sau khi quy hoạch, kế hoạch SĐĐ được công bố mà chưa có dự án đầu tư” (Điều 41). Đối với đất đã thu hồi thuộc khu vực nông thôn được giao cho UBND xã quản lý. Việc quy định minh bạch vấn đề này góp phần vào việc tạo lập quỹ đất “sạch” nhằm đáp ứng nhu cầu SĐĐ của các doanh nghiệp và nhà đầu tư.

- LDD 2003 quy định cụ thể điều kiện được bồi thường khi Nhà nước THĐ tại khoản 1 Điều 42. Điều này góp phần làm giảm những tranh chấp, khiếu kiện không cần thiết xung quanh việc bồi thường khi Nhà nước THĐ.

- LDD 2003 quy định rõ nguyên tắc: “Người bị thu hồi loại đất nào thì được bồi thường bằng việc giao đất mới có cùng mục đích sử dụng, nếu không có đất để bồi thường thì được bồi thường bằng giá trị quyền SĐĐ tại thời điểm có quyết định thu hồi” (khoản 2 Điều 42). Quy định này nhằm ngăn ngừa tình trạng người bị THĐ đòi hỏi giá bồi thường quá cao do giá trị của đất đai tăng lên từ việc chuyển mục đích SĐĐ hoặc do sự đầu tư của Nhà nước mang lại.

- Pháp luật đất đai hiện hành quy định rõ ràng trách nhiệm của Ủy ban nhân dân (UBND) tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương trong việc lập và thực hiện các dự án TĐC trước khi THĐ để bồi thường bằng nhà ở, đất ở cho người bị THĐ mà phải di chuyển chỗ ở. Khu TĐC được quy hoạch chung cho nhiều dự án trên cùng một địa bàn và phải có điều kiện phát triển bằng hoặc tốt hơn nơi ở cũ (khoản 3 Điều 42 LDD 2003).

*Thứ hai*, các quy định hiện hành về bồi thường, GPMB được công bố rộng rãi cho mọi người dân biết thông qua những hình thức như: (i) công bố toàn văn nội dung LDD 2003 trên các phương tiện thông tin đại chúng như báo, đài, truyền hình; trên cổng thông tin điện tử của Chính phủ, của Bộ Tài nguyên và Môi trường và trên cổng thông tin điện tử của UBND cấp tỉnh v.v.; (ii) tổ chức các lớp tập huấn, tuyên truyền về LDD 2003 và các văn bản hướng dẫn thi hành; (iii) tổ chức các

cuộc thi tìm hiểu LDD 2003, phát tờ rơi tuyên truyền về nội dung những chế định cụ thể của LDD 2003 v.v.; (iv) lồng ghép việc công bố các quy định về bồi thường, GPMB khi Nhà nước THĐ vào công tác tư vấn, trợ giúp pháp lý, công tác hòa giải, giải quyết tranh chấp đất đai, v.v.. đã tạo điều kiện cho người dân dễ dàng tiếp cận, tra cứu, tìm hiểu.

*Thứ ba*, các quy định về bồi thường, GPMB của LDD 2003 và các văn bản hướng dẫn thi hành đã dự liệu tương đối toàn diện các trường hợp phát sinh từ việc Nhà nước THĐ gây ra. Điều này thể hiện, pháp luật hiện hành đã quy định cụ thể các trường hợp bồi thường về đất và bồi thường thiệt hại về tài sản gắn liền với đất; những trường hợp không được bồi thường về đất mà chỉ được bồi thường thiệt hại về tài sản gắn liền với đất và các trường hợp THĐ không được bồi thường cũng như những quy định về TĐC, hỗ trợ ổn định cuộc sống và đào tạo chuyển đổi nghề cho người nông dân bị THĐ nông nghiệp không có đất để sản xuất, v.v..

### **b. Những hạn chế**

Bên cạnh những thành công về tính công khai, minh bạch trong các quy định hiện hành về bồi thường, GPMB, lĩnh vực pháp luật này vẫn bộc lộ một số hạn chế sau đây:

*Thứ nhất*, khoản 2 Điều 42 LDD 2003 quy định thời điểm bồi thường cho người bị THĐ là thời điểm có quyết định THĐ. Trên thực tế, việc áp dụng quy định này đã bộc lộ một số điểm chưa hợp lý: một là, trong việc bồi thường, giải tỏa, đa số các khiếu nại của người dân đều liên quan đến giá đất, mà giá đất được bồi thường phải theo phương án do CQNN phê duyệt khi có quyết định THĐ, nhưng từ lúc có quyết định THĐ cho đến khi cơ quan chức năng hoàn thành thủ tục để người dân nhận tiền bồi thường là quá dài, có khi là ba năm hoặc năm năm. Khi đó, tại thời điểm nhận tiền bồi thường, giá đất đã khác xa so với giá đất tại thời điểm có quyết định THĐ (do giá đất và cả chính sách bồi thường về đất đai đã thay đổi, đồng tiền giảm giá trị, cơ hội đầu tư kinh doanh hay cơ hội có nhà ở của người dân

cũng bị mất...). Vì vậy, người bị THĐ luôn chịu thiệt thòi. Hai là, việc THĐ nông nghiệp chuyển sang sử dụng vào mục đích phi nông nghiệp (đặc biệt là xây dựng các khu đô thị, xây dựng khu nhà ở thương mại) thì người bị THĐ chỉ được bồi thường theo giá đất nông nghiệp (thông thường giá đất này rất thấp, chỉ vài chục ngàn đến vài trăm ngàn đồng/m<sup>2</sup>). Sau đó, diện tích đất này được giao cho các công ty đầu tư, kinh doanh xây dựng nhà ở. Họ tiến hành san lấp nền và xây dựng nhà để bán, mỗi m<sup>2</sup> đất lúc này có giá trị lên đến vài triệu hoặc vài chục triệu đồng. Người bị THĐ có sự so sánh về sự chênh lệch giữa giá đất mình được bồi thường với giá đất mà các chủ đầu tư bán cho người mua nhà, cho rằng dường như mình bị “ăn cướp” đất và họ không được lợi gì từ việc bị THĐ, nên đã phát sinh tranh chấp, khiếu kiện kéo dài gây ảnh hưởng đến tiến độ thực thi các dự án.

*Thứ hai*, Điều 40 LĐĐ 2003 quy định Nhà nước thực hiện việc THĐ để sử dụng vào mục đích phát triển kinh tế trong trường hợp đầu tư xây dựng khu công nghiệp, khu công nghệ cao, khu kinh tế và các dự án đầu tư lớn theo quy định của Chính phủ. Đối với dự án sản xuất, kinh doanh phù hợp với quy hoạch SĐĐ đã được xét duyệt thì nhà đầu tư được nhận chuyển nhượng, thuê quyền SĐĐ, nhận góp vốn bằng quyền SĐĐ của các tổ chức kinh tế, hộ gia đình, cá nhân mà không phải thực hiện thủ tục THĐ. Như vậy, theo pháp luật hiện hành, có hai cơ chế THĐ được thực thi: một là, cơ chế hành chính, Nhà nước thực hiện THĐ sử dụng vào mục đích phát triển kinh tế đối với các dự án đầu tư lớn; hai là, cơ chế thỏa thuận (cơ chế thị trường) do nhà đầu tư tự thỏa thuận với người SĐĐ để có được đất thực hiện dự án sản xuất, kinh doanh phù hợp với quy hoạch SĐĐ đã được xét duyệt. Thực tế cho thấy việc thực hiện song song hai cơ chế THĐ này đưa đến những tình huống rất khó giải quyết sau: (i) việc thực hiện cơ chế thỏa thuận gặp rất nhiều khó khăn do người SĐĐ đưa ra những yêu cầu về giá bồi thường quá cao so với khả

năng tài chính của chủ đầu tư. Kết quả là nhiều dự án không thể triển khai thực hiện do không thỏa thuận được giá bồi thường và người SĐĐ không bàn giao đất cho chủ đầu tư. Để có thể tiếp cận được đất đai, chủ đầu tư có quyền đề nghị Nhà nước hỗ trợ trong việc THĐ hay không? Giải pháp xử lý tình huống này chưa được quy định cụ thể trong LĐĐ 2003 và các văn bản hướng dẫn thi hành; (ii) đối với những mảnh đất liền kề nhau, có mảnh đất bị Nhà nước thu hồi để sử dụng vào mục đích công cộng, lợi ích quốc gia..., người bị THĐ được bồi thường theo giá đất do UBND cấp tỉnh quy định tại thời điểm thu hồi mà thông thường giá đất này lại thấp hơn nhiều so với giá đất hình thành trên thị trường. Ngược lại, với mảnh đất liền kề, khi chủ đầu tư lấy đất để thực hiện dự án sản xuất, kinh doanh, người SĐĐ được chủ đầu tư bồi thường theo giá đất thị trường, và giá trị bồi thường cao hơn nhiều so với các chủ SĐĐ bị Nhà nước THĐ. Từ đó phát sinh sự so bì, khiếu kiện.

*Thứ ba*, giá đất do Nhà nước xác định là căn cứ để tính bồi thường khi Nhà nước THĐ, nhưng khi triển khai lại không nhận được sự đồng thuận của người bị THĐ, do giá đất Nhà nước xác định thường thấp hơn nhiều so với giá chuyển nhượng quyền SĐĐ trên thị trường. Để khắc phục tình trạng này, Điều 56 LĐĐ 2003 đã quy định các nguyên tắc trong việc định giá đất của Nhà nước. Tiếp đó, Nghị định số 69/2009/NĐ-CP ngày 13/08/2009 quy định bổ sung về quy hoạch SĐĐ, giá đất, THĐ, bồi thường, hỗ trợ và TĐC (Nghị định số 69) quy định khi Nhà nước giao đất có thu tiền SĐĐ không thông qua hình thức đấu giá quyền SĐĐ hoặc đấu thầu dự án có SĐĐ, cho thuê đất... mà giá đất do UBND cấp tỉnh quy định tại thời điểm giao đất, cho thuê đất... chưa sát với giá chuyển nhượng quyền SĐĐ thực tế trên thị trường trong điều kiện bình thường, thì UBND cấp tỉnh căn cứ vào giá chuyển nhượng quyền SĐĐ thực tế trên thị trường để xác định lại giá đất cụ thể cho phù hợp (Điều 11). Tuy nhiên, việc xác định lại giá đất trong trường hợp này



lại không hề đơn giản; bởi lẽ, quy định “... sát với giá chuyển nhượng quyền SDD thực tế trên thị trường trong điều kiện bình thường” là một quy định có tính “định tính” mà không mang tính “định lượng”, trong khi đó việc xác định giá đất lại phải căn cứ vào việc định lượng rất cụ thể “sát giá chuyển nhượng quyền SDD thực tế trên thị trường trong điều kiện bình thường” là bao nhiêu % thì mới thực hiện được và hiểu thế nào là “thị trường trong điều kiện bình thường”. Đây là những vấn đề không hề đơn giản. Hơn nữa, giá chuyển nhượng quyền SDD trên thị trường trong điều kiện bình thường lại mang tính cá biệt và hàm chứa các yếu tố “ảo”. Nó phụ thuộc vào thị trường ở từng khu vực cụ thể và chịu ảnh hưởng của tâm lý, thị hiếu, sở thích v.v. của từng nhóm dân cư khác nhau trong xã hội. Điều đáng nói là hiện nay, chưa có cơ quan, đơn vị pháp nhân nào khẳng định giá thị trường là bao nhiêu. Trên thực tế, để xác định được giá đất trong trường hợp này, UBND quận Thủ Đức (thành phố Hồ Chí Minh) đã thuê công ty tư vấn về giá đất xác định giá đất căn cứ theo giá chuyển nhượng quyền SDD thực tế trên thị trường. Kết quả là doanh nghiệp muốn lấy đất sử dụng vào mục đích sản xuất, kinh doanh phải nộp một khoản tiền SDD quá lớn, vượt quá khả năng tài chính của họ, dẫn đến việc xác định giá đất để tính tiền SDD khi giao đất theo Nghị định 69 chưa nhận được sự đồng thuận của các doanh nghiệp đầu tư, kinh doanh BĐS.

*Thứ tư*, khoản 3 Điều 42 LDD 2003 quy định đối với trường hợp THĐ mà người SDD phải di chuyển chỗ ở thì trước khi THĐ, UBND cấp tỉnh có trách nhiệm xây dựng khu TĐC, khu TĐC được quy hoạch chung cho nhiều dự án trên cùng một địa bàn và phải có điều kiện phát triển bằng hoặc tốt hơn nơi ở cũ. Tuy nhiên, các văn bản hướng dẫn thi hành LDD 2003 chưa có quy định hướng dẫn cụ thể thế nào là “có điều kiện phát triển bằng hoặc tốt hơn nơi ở cũ”. Điều này không chỉ gây khó khăn cho việc triển khai thực hiện mà còn tạo ra những cách hiểu khác nhau giữa các địa phương khi xây dựng khu TĐC với chất lượng không giống nhau.

## **2. Thực trạng công khai, minh bạch trong thực thi các quy định về bồi thường, giải phóng mặt bằng**

### **a. Ưu điểm**

Việc thực thi các quy định về bồi thường, GPMB dưới khía cạnh công khai, minh bạch trong thời gian qua cho thấy những ưu điểm nổi bật cơ bản sau đây:

*Thứ nhất*, nhận thức được ý nghĩa và tầm quan trọng của lĩnh vực pháp luật này đối với sự phát triển kinh tế - xã hội của đất nước, Đảng và Nhà nước đã chỉ đạo các cấp, các ngành thực hiện việc tuyên truyền, phổ biến, giáo dục nâng cao nhận thức của người dân về LDD 2003 nói chung và các quy định về bồi thường, GPMB nói riêng. Ở tất cả các địa phương đều thành lập Hội đồng phổ biến giáo dục pháp luật do người đứng đầu cơ quan hành chính các cấp làm Chủ tịch Hội đồng, ngành tư pháp đóng vai trò cơ quan thường trực. Hội đồng phổ biến giáo dục pháp luật đã chỉ đạo, điều phối các hoạt động tuyên truyền phổ biến giáo dục pháp luật nâng cao nhận thức của người dân về pháp luật đất đai.

*Thứ hai*, trước khi thực hiện việc THĐ, bồi thường, GPMB, các địa phương đều triển khai công tác tuyên truyền, giáo dục, vận động nhân dân hiểu và chấp hành chủ trương, chính sách, pháp luật của Đảng và Nhà nước về THĐ. Điều này đã góp phần nâng cao sự đồng thuận của người dân với quyết định THĐ của Nhà nước.

*Thứ ba*, trong THĐ, các địa phương đều công khai phương án tổng thể về bồi thường, GPMB tại trụ sở UBND hoặc trên các phương tiện truyền thông để mọi người dân được biết. Hơn nữa, chính quyền cấp cơ sở còn tổ chức nhiều cuộc họp, đối thoại với người dân nhằm tạo điều kiện để họ được bàn bạc, góp ý về phương án bồi thường cũng như lắng nghe tâm tư, nguyện vọng của người bị THĐ. Trên cơ sở đó, CQNN có thẩm quyền kịp thời điều chỉnh, sửa đổi phương án bồi thường, GPMB cho phù hợp.

Tính minh bạch còn được thể ở hiện ở việc đại diện của những người bị THĐ tham gia vào Hội đồng bồi thường, GPMB nhằm bảo

vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người SDD khi Nhà nước THĐ. Ở hầu hết các địa phương, quy trình, thủ tục THĐ, bồi thường, GPMB được công bố công khai để mọi người dân biết và giám sát thực hiện.

*Thứ tư*, hầu hết mọi tranh chấp, khiếu kiện của người dân liên quan đến việc bồi thường, GPMB đều được các CQNN có thẩm quyền tiếp nhận, giải thích và xử lý kịp thời. Các nguyên tắc công khai, minh bạch, bình đẳng, dân chủ và đúng pháp luật được các CQNN có thẩm quyền tuân thủ nên đã tạo ra sự đồng thuận tương đối cao của người dân.

*Thứ năm*, bên cạnh việc giải quyết bồi thường cho người bị THĐ, các địa phương còn chú trọng thực hiện những chính sách hỗ trợ, TĐC cho người bị THĐ, người bị mất đất sản xuất nhằm giúp họ nhanh chóng ổn định đời sống và sản xuất. Hơn nữa, thông qua việc thi hành pháp luật về bồi thường, GPMB, các cơ quan thực thi đã phát hiện và kiến nghị Nhà nước kịp thời sửa đổi, bổ sung các quy định bất hợp lý, mâu thuẫn, chồng chéo nhằm nâng cao tính công khai, minh bạch của lĩnh vực pháp luật này.

### **b. Những hạn chế**

Bên cạnh những kết quả đạt được, quá trình thực thi pháp luật về bồi thường, GPMB xem xét dưới khía cạnh công khai, minh bạch vẫn bộc lộ một số hạn chế cơ bản sau:

*Thứ nhất*, một số địa phương vẫn chưa thực hiện đúng quy định của LĐĐ 2003 và các văn bản hướng dẫn thi hành về bồi thường, GPMB khi Nhà nước THĐ trong việc xây dựng khu TĐC trước khi THĐ. Nói cách khác, vẫn còn tồn tại tình trạng UBND cấp tỉnh ra quyết định THĐ trong khi chưa thực hiện việc xây dựng khu TĐC. Điều này gây khó khăn về đời sống cho người dân bị THĐ. Hơn nữa, trên thực tế chất lượng của các khu nhà ở TĐC còn kém và bị xuống cấp nghiêm trọng, chưa bảo đảm nguyên tắc “nơi ở mới phải bằng hoặc tốt hơn nơi ở cũ” mà LĐĐ 2003 đã quy định. Thực trạng các khu TĐC ở Dịch Vọng - Cầu Giấy, khu TĐC Đền Lừ - quận Hai Bà Trưng (Hà Nội), v.v.. là những ví dụ điển hình.

*Thứ hai*, việc xác định giá đất để tính bồi thường, hỗ trợ, TĐC khi Nhà nước THĐ một số địa phương không hợp lý. Giá đất được xác định trong các trường hợp cụ thể thường chỉ bằng 80% khung giá đất do Nhà nước quy định. Điều này làm cho quyền và lợi ích hợp pháp của người SDD không được bảo đảm, dẫn đến sự không đồng thuận và phát sinh tranh chấp, khiếu kiện kéo dài. Ví dụ, việc THĐ của các hộ dân ở khu vực quy hoạch giải tỏa đường vành đai 3 quận Thanh Xuân để xây dựng đường Khuất Duy Tiến đã bị kéo dài trong nhiều năm mà nguyên nhân chủ yếu do người dân chưa đồng thuận với phương án bồi thường của UBND thành phố Hà Nội. Phải sau nhiều năm giải quyết rất ráo với nhiều lần điều chỉnh, bổ sung giá bồi thường của UBND thành phố Hà Nội, việc GPMB ở đây mới được giải quyết dứt điểm.

*Thứ ba*, trong một số trường hợp THĐ nông nghiệp, Hội đồng bồi thường GPMB dường như mới chỉ thực hiện việc bồi thường về đất và bồi thường thiệt hại về tài sản gắn liền với đất bị thu hồi mà dường như chưa chú trọng đến việc hỗ trợ, đào tạo, chuyển đổi nghề cho người trực tiếp sản xuất nông nghiệp, bị mất đất sản xuất. Điều này khiến sự đồng thuận của người dân đối với việc Nhà nước THĐ không cao. Trường hợp THĐ nông nghiệp ở thị trấn Hồ (huyện Thuận Thành, tỉnh Bắc Ninh) để triển khai dự án xây dựng khu đô thị là một ví dụ. Do chưa nhất trí với phương án bồi thường, hỗ trợ đào tạo chuyển đổi nghề, những hộ bị THĐ đây vẫn dằng dặc trong việc bàn giao mặt bằng; tranh chấp, khiếu kiện xung quanh vấn đề này kéo dài.

*Thứ tư*, công tác bồi thường, GPMB chưa giải quyết hiệu quả sự chênh lệch về địa tô được tạo ra từ đất đai do sự chuyển đổi mục đích SDD hoặc không do đầu tư của người SDD mang lại. Điều này vi phạm nguyên tắc công bằng xã hội, gây ra những bất bình trong nội bộ nhân dân giữa người bị THĐ phải di chuyển chỗ ở với người không bị THĐ hoặc giữa người bị THĐ với doanh nghiệp được hưởng lợi từ việc THĐ. Trường hợp THĐ để



xây dựng đường Kim Liên - Ô Chợ Dừa, Hà Nội là một ví dụ tiêu biểu. Trong khi Nhà nước đầu tư hàng trăm triệu đô la Mỹ thông qua việc vay vốn ODA của Chính phủ Nhật Bản vào công tác bồi thường, GPMB và xây dựng con đường này, hàng trăm hộ dân bị mất nơi ở do bàn giao mặt bằng xây dựng đường phải di chuyển chỗ ở và TĐC tại các khu chung cư, thì ngược lại, hàng trăm hộ gia đình có nhà ở trong ngõ nay trở thành nhà mặt đường. Giá trị bất động sản của họ tăng lên hàng trăm lần, hàng tháng họ còn thu lợi hàng chục triệu đồng qua việc cho thuê nhà. Lợi thế sinh lời từ mảnh đất của họ được tạo ra từ sự đầu tư của Nhà nước, xã hội, nhưng họ lại không phải đóng một khoản tiền nào từ nguồn lợi thu được này vào ngân sách nhà nước. Đây quả là một điều hết sức phi lý.

*Thứ năm*, vẫn tồn tại một số trường hợp THĐ không công khai, minh bạch. Điều này thể hiện: (i) CQNN có thẩm quyền THĐ không thông báo cho người bị THĐ biết lý do thu hồi,

phương án tổng thể về bồi thường, GPMB, thời gian, kế hoạch di chuyển; (ii) người bị THĐ không được bàn bạc, trao đổi về phương án bồi thường, GPMB; (iii) các khiếu nại, thắc mắc của người bị THĐ không được CQNN có thẩm quyền giải quyết thỏa đáng, kịp thời; (iv) quá trình thực hiện bồi thường, GPMB còn vi phạm nguyên tắc công bằng, bình đẳng, đúng pháp luật và còn tồn tại tình trạng nhũng nhiễu, tham nhũng, tiêu cực, cảm tính chủ quan hoặc định kiến ở một bộ phận cán bộ thực thi nhiệm vụ giải quyết bồi thường, v.v..

### **3. Một số giải pháp nhằm nâng cao tính công khai, minh bạch trong các quy định về bồi thường, hỗ trợ, tái định cư khi Nhà nước thu hồi đất**

Để nâng cao tính công khai, minh bạch trong nội dung các quy định về bồi thường, hỗ trợ, TĐC khi Nhà nước THĐ, chúng tôi cho rằng, một số quy định hiện hành cần được sửa đổi, bổ sung theo hướng sau:

*Thứ nhất*, bổ sung yếu tố công khai trong nguyên tắc THĐ; theo đó: “Việc THĐ chỉ được thực hiện sau khi quy hoạch SĐĐ, kế hoạch SĐĐ đã được CQNN có thẩm quyền xét duyệt và công khai”;

*Thứ hai*, theo LDD 2003 và các văn bản hướng dẫn thi hành, Nhà nước chỉ thực hiện việc THĐ sử dụng vào mục đích quốc phòng, an ninh, lợi ích quốc gia, lợi ích công cộng và sử dụng đất vào mục đích phát triển kinh tế có tầm quan trọng đặc biệt đối với đất nước, còn đối với các dự án phát triển kinh tế khác thì cho phép nhà đầu tư thỏa thuận việc bồi thường với người SĐĐ. Tuy nhiên, trên thực tế, việc nhà đầu tư thỏa thuận bồi thường với người SĐĐ thường là rất khó thực hiện do những đòi hỏi về giá bồi thường quá cao so với khả năng tài chính của doanh nghiệp. Hơn nữa, việc bồi thường theo giá thỏa thuận sẽ tạo ra sự “so bì” về giá bồi thường giữa trường hợp người bị Nhà nước THĐ với trường hợp doanh nghiệp tự thỏa thuận giá bồi thường với người SĐĐ. Điều này tác động làm cho người bị Nhà nước THĐ chậm bàn giao đất để triển khai dự án. Để khắc phục tình trạng này, cần sửa đổi cơ chế THĐ theo hướng quy định Nhà nước THĐ và giao cho Tổ chức Phát triển quỹ đất thực hiện. Việc này sẽ có các lợi ích như: khi Nhà nước thực hiện THĐ, sẽ chuyển toàn bộ địa tô chênh lệch của đất đai vào ngân sách nhà nước thay vì khoản lợi nhuận địa tô này rơi vào tay các nhà đầu tư nếu để họ thỏa thuận bồi thường với người SĐĐ như quy định hiện nay; việc giao cho Nhà nước THĐ tức là Nhà nước đảm nhiệm việc chuẩn bị, cung cấp nguồn “đất sạch” cho nhu cầu của các doanh nghiệp. Điều này sẽ tạo điều kiện thuận lợi cho các nhà đầu tư tiếp cận được với đất đai, không để doanh nghiệp “đói đầu” với người dân trong việc bồi thường, GPMB vốn rất khó khăn, phức tạp trên thực tế.

*Thứ ba*, cần xã hội hóa việc bồi thường, GPMB thông qua việc xác lập cơ chế pháp lý đầy đủ, đồng bộ cho việc ra đời và hoạt động

của các doanh nghiệp làm dịch vụ bồi thường, GPMB. Sự ra đời loại hình doanh nghiệp này không chỉ góp phần giảm áp lực cho các cơ quan công quyền trong việc thực hiện bồi thường, GPMB mà còn đẩy nhanh tiến độ thực hiện công tác này.

*Thứ tư*, cần sửa đổi quy định về thời điểm bồi thường cho phù hợp hơn, cụ thể:

- Nên quy định việc tính giá bồi thường theo thời điểm trả tiền bồi thường trên thực tế.

- Đối với trường hợp THĐ nông nghiệp của nông dân thì ngoài việc họ được bồi thường theo giá đất nông nghiệp tại thời điểm thu hồi, cần quy định một tỷ lệ hỗ trợ để thưởng khuyến khích đối với những người bị THĐ chấp hành nghiêm chỉnh, nhanh chóng việc bàn giao mặt bằng cho các nhà đầu tư. Khoản hỗ trợ này trích từ khoản chênh lệch giữa giá đất bồi thường với giá đất sau khi đã chuyển mục đích SĐĐ nông nghiệp. Ví dụ, người bị THĐ nông nghiệp được bồi thường theo giá đất nông nghiệp 200.000 đồng/m<sup>2</sup>. Sau đó, đất này được giao cho nhà đầu tư xây dựng nhà ở chung cư thương mại và được bán 10 triệu đồng/m<sup>2</sup>. Khoản thưởng cho người bị THĐ nghiêm chỉnh chấp hành việc bàn giao mặt bằng được trích từ sự chênh lệch giữa 2 loại giá đất này là 9,8 triệu đồng/m<sup>2</sup>. Có như vậy mới tạo thêm nhiều sự đồng thuận và giảm các khiếu kiện liên quan đến việc bồi thường đất.

- Bổ sung quy định hướng dẫn chi tiết về điều kiện phát triển “bằng hoặc tốt hơn ở nơi cũ” của khu TĐC mới tại khoản 3 Điều 42 LDD 2003.

*Thứ năm*, bên cạnh các quy định giải quyết vấn đề công ăn việc làm bảo đảm đời sống của người nông dân bị mất đất sản xuất, cần bổ sung quy định về việc thành lập quỹ trợ cấp thất nghiệp, quỹ giải quyết việc làm cho người nông dân bị mất đất nông nghiệp. Một phần kinh phí để thành lập các quỹ này do các doanh nghiệp được hưởng lợi từ việc THĐ của người nông dân đóng góp. ■



# DỰ THẢO LUẬT GIÁ DƯỚI GÓC ĐỘ PHÁP LUẬT CẠNH TRANH

■ NGUYỄN NGỌC SƠN\*

Nhà nước ta đã và đang xây dựng hành lang pháp lý can thiệp vào sự vận hành của thị trường để tạo sự ổn định và ngăn chặn mọi thế lực lũng đoạn thị trường, hạn chế khuyết tật của thị trường. Trong đó, cơ chế quản lý giá là một ví dụ. Đến nay, pháp luật về quản lý giá đang trong giai đoạn chuyển mình bằng quá trình soạn thảo Luật Giá thay thế cho Pháp lệnh Giá của cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Dự thảo Luật Giá được soạn thảo trong bối cảnh pháp luật cạnh tranh đã hình thành và đang được áp dụng trên thực tế. Sự tương quan về nhiệm vụ quản lý giá và quản lý môi trường cạnh tranh sẽ ảnh hưởng đến cơ chế, nội dung của hai lĩnh vực pháp luật này. Trong đó, ngoài những vấn đề mang tính kỹ thuật trong việc quản lý giá, Dự thảo Luật Giá (Dự thảo) đưa ra một số nguyên tắc, khái niệm liên quan đến pháp luật cạnh tranh và có ảnh hưởng đến môi trường cạnh tranh về giá.

## 1. Bình luận các nguyên tắc của Dự thảo Luật Giá

### 1.1. Nguyên tắc áp dụng luật

Theo Khoản 2 Điều 3 của Dự thảo, trường hợp các luật chuyên ngành có quy định về giá và quản lý giá đối với hàng hóa, dịch vụ chuyên ngành cụ thể hoặc có quy định về thẩm định giá không trái với nguyên tắc quy định của luật này thì áp dụng quy định của luật chuyên ngành đó. Trường hợp có sự khác nhau giữa quy định của luật chuyên ngành về giá, thẩm định giá và luật này thì áp dụng quy định của luật này. Từ đó, chúng tôi có một số bình luận sau:

*Thứ nhất*, có thể ý định lập pháp của Ban soạn thảo là đảm bảo tính thống nhất của

pháp luật về quản lý giá. Tuy nhiên, điều này dường như trái với nguyên lý thông thường về mối quan hệ giữa luật chung và luật chuyên ngành. Nếu Luật Giá được coi là luật chung thì luật này đặt ra những nguyên lý chung về quản lý giá. Những nguyên lý này không thể giải quyết tất cả các vấn đề mang tính đặc thù của việc quản lý giá trong mọi lĩnh vực kinh tế. Tính trừu tượng của các quy định trong Luật Giá đương nhiên sẽ cao hơn so với các quy định trong luật chuyên ngành. Nếu một lĩnh vực nào đó cần thiết phải sử dụng đến công cụ quản lý giá của Nhà nước thì với những điều kiện đặc thù của nó, pháp luật chuyên ngành sẽ có những quy định, đặt ra những giải pháp và thiết kế trình tự quản

(\*) TS. Đại học Kinh tế - Luật, Đại học Quốc gia Tp. Hồ Chí Minh.

lý phù hợp. Khi đó, pháp luật chuyên ngành cần được áp dụng cho dù có sự khác biệt với những quy định trong Luật Giá (với tư cách là luật chung). Với Khoản 2 Điều 3 của Dự luật, Ban soạn thảo dường như đã phủ nhận và đi ngược lại nguyên lý cơ bản này.

*Thứ hai*, pháp luật giá và pháp luật cạnh tranh có quan hệ tương đồng với nhau khi cùng có các quy định về những hành vi cạnh tranh bị cấm trong lĩnh vực giá. Điều này thể hiện ở Điều 28 Pháp lệnh Giá, Điều 10 Dự thảo Luật Giá và Khoản 1, Khoản 6, Khoản 7 Điều 8 và Khoản 1, 2, 6 Điều 13 Luật Cạnh tranh năm 2004 (LCT). Mặc dù có thể có sự tương đồng về ý tưởng lập pháp, song về câu chữ và điều kiện để cấu thành những hành vi vi phạm pháp luật của các văn bản này là khác nhau. Vì vậy, khi hành vi có cùng biểu hiện khách quan xảy ra trong quan hệ cạnh tranh liên quan đến giá, chắc chắn sẽ phát sinh những xung đột về điều kiện cấu thành sự vi phạm, cơ quan có thẩm quyền xử lý và thủ tục xử lý. Trong trường hợp này, cần phải có nguyên tắc để lựa chọn văn bản pháp luật được áp dụng để giải quyết. Từ Khoản 2 Điều 3 của Dự thảo, chúng tôi có hai giả định:

1) Nếu cho rằng LCT là luật chuyên ngành điều chỉnh hành vi cạnh tranh trong lĩnh vực giá để áp dụng nguyên tắc trên của Dự luật Giá thì có thể nảy sinh những vấn đề phức tạp cả về lý luận lẫn thực tiễn pháp luật. Về lý luận, pháp luật cạnh tranh và pháp luật quản lý giá thiết lập khung pháp lý về quản lý nhà nước cho hai khía cạnh khác nhau của thị trường. Đây là hai lĩnh vực pháp luật khác nhau về mục đích và phạm vi điều chỉnh. LCT là công cụ pháp lý để Nhà nước điều tiết hành vi cạnh tranh trên thị trường. Nhiệm vụ quản lý cạnh tranh được thực hiện thông qua việc tôn trọng quyền tự do cạnh tranh, xóa bỏ những hành vi cạnh tranh tiêu cực của doanh nghiệp (bao gồm cả các hành vi cạnh tranh liên quan đến

giá của sản phẩm). Pháp luật giá quy định về cơ chế quản lý giá. Trong cơ chế này, Nhà nước không can thiệp vào cơ chế hình thành giá của thị trường mà chỉ đơn giản là thiết lập khung pháp lý để ngăn chặn những khuyết tật có thể xảy ra trong những lĩnh vực thị trường quan trọng, có ảnh hưởng đến ổn định chung của nền kinh tế, đến đời sống của xã hội... Pháp luật giá đặt ra những biện pháp can thiệp của Nhà nước vào cơ chế hình thành giá sản phẩm trong những điều kiện đặc biệt của thị trường hoặc trong những thị trường đặc thù. Sự phân định rõ về mục đích và phương thức quản lý đã làm cho pháp luật giá và pháp luật cạnh tranh không có quan hệ luật chung - luật chuyên ngành với nhau. Vì vậy, theo chúng tôi, Ban soạn thảo Luật Giá đã mở rộng phạm vi điều chỉnh của đạo luật này sang phần phạm vi của LCT. Dưới góc độ thực tiễn pháp luật, Điều 5 LCT quy định trường hợp có sự khác nhau giữa quy định của luật này với quy định của luật khác về hành vi hạn chế cạnh tranh, cạnh tranh không lành mạnh thì áp dụng quy định của luật này<sup>1</sup>. Do đó, nếu khẳng định mối quan hệ luật chung - luật chuyên ngành giữa hai lĩnh vực pháp luật này thì sẽ có sự xung đột về hiệu lực giữa Điều 5 LCT và Khoản 2 Điều 3 Dự thảo Luật Giá.

2) Nếu khẳng định pháp luật cạnh tranh và pháp luật giá không có quan hệ luật chung - luật chuyên ngành thì Khoản 2 Điều 3 Dự thảo Luật Giá không thể là căn cứ để giải quyết những vấn đề phát sinh khi có sự khác nhau giữa LCT và Luật Giá về hành vi cạnh tranh bị cấm trong lĩnh vực giá. Vấn đề này chắc chắn sẽ tạo ra những tranh luận không có hồi kết về cấu thành pháp lý của một hành vi cụ thể, thẩm quyền xử lý các vụ việc có liên quan.

### **1.2. Nguyên tắc quản lý, điều hành giá**

Khoản 2 Điều 5 Dự thảo Luật quy định Nhà nước bảo hộ và khuyến khích cạnh tranh về giá của các tổ chức, cá nhân sản xuất kinh

(1) Trong giới luật học đã từng có ý kiến phân bác quy định trên. Cụ thể là ý kiến của PGS,TS. Nguyễn Như Phát trong Hội thảo về xây dựng thể chế cạnh tranh tại Việt Nam do Viện Nghiên cứu thương mại - Bộ Công thương tổ chức ngày 16/01/2006 tại Hà Nội. Theo PGS,TS. Nguyễn Như Phát, Điều 5 Luật Cạnh tranh không phù hợp với nguyên tắc luật chung - luật chuyên ngành khi xác định hiệu lực áp dụng của các văn bản pháp luật đang có hiệu lực.

doanh thông qua cơ chế tôn trọng quyền định giá, thỏa thuận giá, đấu thầu, đấu giá theo quy định của pháp luật. Vấn đề cần bình luận là cụm từ “tôn trọng quyền định giá, thỏa thuận giá”. Theo thiên ý của chúng tôi, có lẽ ý định của Ban soạn thảo khi sử dụng cụm từ này chỉ để nhấn mạnh quyền thỏa thuận giá sản phẩm giữa người bán và người mua trong các giao dịch trên thị trường. Tuy nhiên, thỏa thuận giá là nội hàm rất rộng, bao gồm: thỏa thuận giá giữa người bán và người mua; thỏa thuận giá giữa những người bán với nhau; thỏa thuận giá giữa những người mua với nhau và thỏa thuận giá bán lại giữa nhà sản xuất với những nhà phân phối... Dưới góc độ cạnh tranh, quy định trên sẽ phát sinh những vấn đề sau:

*Thứ nhất*, tôn trọng quyền thỏa thuận giá có nghĩa là các hành vi thỏa thuận ấn định giá theo chiều ngang sẽ được xem là hợp pháp. Thỏa thuận giá theo chiều ngang là việc các doanh nghiệp có cùng thị trường liên quan thống nhất ấn định giá mua hoặc giá bán hàng hóa, dịch vụ mà họ kinh doanh. Trong pháp luật cạnh tranh, sự liên kết về giá giữa các doanh nghiệp hoạt động trên cùng một thị trường luôn bị giám sát theo hai khía cạnh: (1) giám sát các thỏa thuận giá nhằm mục đích bóc lột người tiêu dùng. Khoản 1 Điều 8 LCT quy định hành vi thỏa thuận ấn định giá là thỏa thuận hạn chế cạnh tranh. Theo Khoản 2 Điều 9 LCT, thỏa thuận này bị cấm khi thị phần kết hợp của các doanh nghiệp tham gia chiếm từ 30% trở lên trên thị trường liên quan. (2) giám sát các thỏa thuận giá nhằm mục đích ngăn cản sự tham gia thị trường hoặc mở rộng hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp khác, nhằm loại bỏ doanh nghiệp khác ra khỏi thị trường. Theo Khoản 1 Điều 9 LCT, các thỏa thuận trên bị cấm trong mọi trường hợp. Như vậy, quyền thỏa thuận giá nếu nhìn dưới góc độ của sự liên kết định giá giữa các doanh nghiệp trên thị trường thì luôn được đặt trong phạm vi giám sát của pháp luật cạnh tranh bằng các quy định cấm đoán và xử lý nếu có vi phạm. Vì vậy, pháp luật về giá không thể đặt quyền tự do thỏa thuận giá là một nguyên tắc cơ bản của nó khi pháp luật

có những bộ phận kiểm soát đương nhiên và cấm đoán mặc nhiên (cấm đoán không cần điều kiện).

*Thứ hai*, thỏa thuận giá có thể xảy ra theo chiều dọc khi doanh nghiệp sản xuất cùng với các đại lý cùng nhau ấn định giá bán lại cho khách hàng. Khoản 2 Điều 13 LCT cấm doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường, vị trí độc quyền ấn định giá bán lại gây thiệt hại cho khách hàng. Khoản 3 Điều 27 Nghị định 116/2005/NĐ-CP quy định 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 thấp hơn mức giá đã quy định trước. Trong thực tế, hành vi này được thực hiện bằng các thỏa thuận phân phối hoặc hợp đồng đại lý giữa các doanh nghiệp với nhà phân phối hoặc đại lý của họ. Như vậy, thỏa thuận (cho dù có dấu hiệu của sự áp đặt từ nhà sản xuất có vị trí thống lĩnh, vị trí độc quyền) về giá bán lại có thể vi phạm pháp luật cạnh tranh.

Từ quan hệ giữa LCT và pháp luật giá, chúng ta có thể thấy thỏa thuận giá có thể được hiểu theo nhiều khía cạnh với những quan hệ khác nhau trên thị trường. Nếu pháp luật giá đặt ra nguyên tắc tôn trọng thỏa thuận giá giữa các doanh nghiệp thì nguyên tắc này sẽ tạo ra những xung đột giữa Luật Giá và pháp luật cạnh tranh. Mặt khác, theo chúng tôi, cụm từ Nhà nước khuyến khích cạnh tranh về giá... thông qua các cơ chế tôn trọng quyền tự định giá, thỏa thuận giá... trong Khoản 2 Điều 5 Dự thảo Luật Giá có những xung đột về ý tưởng. Bởi lẽ, với những phân tích trên, việc tôn trọng sự thỏa thuận giá có thể làm phát sinh những hành vi hạn chế cạnh tranh về giá (thậm chí là hủy diệt cạnh tranh) giữa các doanh nghiệp tham gia thì không thể dùng nó làm khẩu hiệu cho công tác khuyến khích cạnh tranh.

Cũng có thể có quan điểm lập luận bảo vệ cho nguyên tắc này theo tinh thần pháp luật tôn trọng quyền thỏa thuận giá theo quy định của pháp luật. Chúng tôi cho rằng đã thừa nhận tôn trọng thỏa thuận giá như một nguyên tắc thì sự thỏa thuận đó đương nhiên là quyền của

doanh nghiệp. Chỉ trong những tình huống đặc biệt, quyền thỏa thuận giá có thể bị hạn chế. Đối chiếu với pháp luật cạnh tranh, có nhiều tình huống việc thỏa thuận giá đương nhiên là hành vi phạm pháp luật. Những tình huống này không phải là cá biệt và không theo bất kỳ điều kiện đặc biệt nào của thị trường. Vì vậy, không thể khẳng định quyền thỏa thuận giá là một nguyên tắc luật định.

## 2. Các khái niệm được sử dụng trong Dự thảo Luật Giá

### 2.1. Khái niệm giá độc quyền

Khoản 6 Điều 4 của Dự thảo Luật giá định nghĩa giá độc quyền là giá của hàng hóa, dịch vụ do tổ chức, cá nhân có vị trí độc quyền sản xuất, kinh doanh quy định, nếu không có tổ chức, cá nhân sản xuất kinh doanh nào khác cạnh tranh về hàng hóa, dịch vụ mà tổ chức, cá nhân đó kinh doanh trên thị trường liên quan (thị trường liên quan theo quy định của pháp luật về cạnh tranh). Chúng tôi cho rằng, Ban soạn thảo đã đưa ra định nghĩa bằng cách lấp ghép ngữ nghĩa của hai từ giá và độc quyền nên đã hình thành một khái niệm hẹp về giá độc quyền. Dựa vào toàn văn của Dự thảo, có thể nhận thấy Ban soạn thảo đưa ra khái niệm giá độc quyền nhằm thiết lập các cơ chế quản lý giá. Theo Dự luật, khả năng tồn tại độc quyền và giá độc quyền là cơ sở để áp dụng các biện pháp hiệp thương giá (Điều 20), biện pháp kiểm soát các yếu tố hình thành giá (Khoản 3 Điều 23), các biện pháp kiểm soát giá độc quyền (Điều 26). Khi giá cạnh tranh không thể hình thành do thị trường cạnh tranh có khiếm khuyết, cơ quan nhà nước có thể can thiệp để loại trừ khả năng doanh nghiệp thực hiện các hành vi lũng đoạn giá hàng hóa, dịch vụ. Từ cách tiếp cận này, giá độc quyền cần phải được hiểu theo đúng nghĩa rộng của khái niệm. Theo đó, giá độc quyền là giá được hình thành trong điều kiện không có cạnh tranh (không gắn liền khái niệm giá độc quyền với sự tồn tại của chủ thể độc quyền trên thị trường liên quan). Với cách hiểu này, chúng ta có thể liệt kê một số trường hợp điển hình làm xuất hiện giá độc

quyền như: giá của hàng hóa, dịch vụ do doanh nghiệp độc quyền sản xuất, kinh doanh hàng hóa, dịch vụ đó; giá của hàng hóa, dịch vụ do doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh trên thị trường liên quan của hàng hóa, dịch vụ đó với điều kiện vị trí thống lĩnh đủ để doanh nghiệp ấn định giá thị trường; giá của hàng hóa, dịch vụ được ấn định bởi doanh nghiệp không độc quyền trên thị trường hàng hóa, dịch vụ đó nhưng lại độc quyền cung cấp nguyên liệu chủ yếu; giá của hàng hóa, dịch vụ do các doanh nghiệp trên thị trường thỏa thuận ấn định (thỏa thuận hạn chế cạnh tranh của tất cả các doanh nghiệp trên thị trường liên quan có nội dung là ấn định giá mua, giá bán hàng hóa, dịch vụ)....

Những tình huống hình thành giá độc quyền kể trên không đương nhiên làm cho giá độc quyền trở nên bất chính (trừ trường hợp thỏa thuận ấn định giá của tất cả các doanh nghiệp hoạt động trên cùng một thị trường liên quan). Ngay cả khi có sự tồn tại của doanh nghiệp độc quyền, giá độc quyền vẫn có thể là mức giá hợp lý nếu doanh nghiệp có ý thức kinh doanh lành mạnh (không có ý định lạm dụng vị trí độc quyền để đặt giá bóc lột khách hàng hoặc giá nhằm mục đích loại bỏ đối thủ). Có lẽ, lý do mà Nhà nước cần kiểm soát giá độc quyền là sự khiếm khuyết về cạnh tranh của thị trường hàng hóa, dịch vụ.

Từ nhu cầu điều tiết giá độc quyền, cần hiểu giá độc quyền theo nghĩa rộng và đặt ra cơ chế nghiên cứu, phân loại từng cơ chế hình thành giá độc quyền để đề xuất những giải pháp quản lý thích hợp. Còn nếu Ban soạn thảo có ý định kiểm soát các doanh nghiệp độc quyền trong việc định giá hàng hóa, dịch vụ thì cần phải sử dụng cụm từ kiểm soát việc định giá của các doanh nghiệp độc quyền. Trong trường hợp này, Nhà nước không thể giả định giá mà doanh nghiệp độc quyền đặt ra là giá bất chính để trừng phạt hay không chế quyền kinh doanh của doanh nghiệp đó. Ở đây, Nhà nước chỉ có thể áp dụng cơ chế không chế sự lạm dụng của doanh nghiệp này trong việc định giá bóc lột khách hàng hoặc định giá ngăn cản sự hình thành cạnh tranh.





thỏa thuận về giá bán lại là thỏa thuận hạn chế cạnh tranh mà quy định hành vi ấn định giá bán lại thuộc nhóm hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường, vị trí độc quyền theo Khoản 2 Điều 13. Do đó, khi đã dẫn chiếu đến LCT, Ban soạn thảo cần phải sử dụng đúng tên gọi của hành vi được quy định trong LCT và xác định cụ thể thỏa thuận giá được gọi là liên kết giá độc quyền bao gồm thỏa thuận dọc và thỏa thuận ngang hay chỉ giới hạn trong phạm vi

## **2.2. Khái niệm liên kết độc quyền về giá**

Khoản 7 Điều 4 Dự thảo Luật Giá định nghĩa liên kết độc quyền về giá là thỏa thuận giữa các tổ chức, cá nhân sản xuất, kinh doanh có vị trí thống lĩnh trên thị trường theo quy định của pháp luật về cạnh tranh ấn định một mức giá để chiếm lĩnh thị trường, gây thiệt hại đến lợi ích hợp pháp của tổ chức, cá nhân sản xuất, kinh doanh khác, của người tiêu dùng và lợi ích của Nhà nước. Trong khái niệm trên, Ban soạn thảo có dẫn chiếu đến các quy định của LCT. Đối chiếu với các quy định của pháp luật cạnh tranh, chúng tôi thấy:

*Một là*, LCT và các lý thuyết liên quan đến pháp luật cạnh tranh không sử dụng cụm từ liên kết giá độc quyền để mô tả thỏa thuận giá giữa các doanh nghiệp. Khái niệm tương ứng được sử dụng là thỏa thuận hạn chế cạnh tranh về giá. Trong lý thuyết về cạnh tranh, thỏa thuận giá có thể bao gồm thỏa thuận ấn định giá giữa các doanh nghiệp cùng hoạt động trên một thị trường liên quan (giữa các đối thủ cạnh tranh) hoặc thỏa thuận giá bán lại giữa doanh nghiệp và các nhà phân phối (thỏa thuận dọc). Tuy nhiên, LCT không quy định

thỏa thuận ngang.

*Hai là*, Ban soạn thảo mô tả hình thức và chủ thể của liên kết độc quyền về giá bằng cụm từ là thỏa thuận giữa các tổ chức, cá nhân sản xuất, kinh doanh có vị trí thống lĩnh trên thị trường theo quy định của pháp luật cạnh tranh ấn định một mức giá. Với ngữ nghĩa của cụm từ, có thể hiểu rằng chủ thể tham gia liên kết độc quyền là các doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường (từng doanh nghiệp tham gia phải có vị trí thống lĩnh thị trường). Do đó, thỏa thuận ấn định giá giữa những doanh nghiệp không có vị trí thống lĩnh thị trường sẽ không coi là liên kết độc quyền về giá (cho dù thị phần kết hợp của họ đạt đến ngưỡng đa số hoặc tuyệt đối trên thị trường liên quan). Điều này không phù hợp với mục đích của quy định về liên kết độc quyền về giá và không tương thích với pháp luật cạnh tranh. Cụ thể:

1) Chắc rằng các quy định kiểm soát liên kết độc quyền về giá được xây dựng nhằm ngăn chặn những tình huống không có doanh nghiệp nào có vị trí độc quyền nhưng các doanh nghiệp đã cùng nhau chi phối giá thị trường bằng cách thỏa thuận giá hàng hóa,

dịch vụ mà họ kinh doanh. Trong tình huống này, sự liên kết của họ đã chấm dứt khả năng cạnh tranh về giá giữa các doanh nghiệp tham gia. Nhìn dưới góc độ cạnh tranh, nó tạo nên sức mạnh chung cho các doanh nghiệp tham gia. Nếu sức mạnh liên kết đủ để chi phối thị trường thì giá thỏa thuận có thể sẽ trở thành giá thị trường của hàng hóa, dịch vụ đó. Khả năng tạo nên giá độc quyền không dựa trên sức mạnh thị trường của từng doanh nghiệp mà là của nhóm doanh nghiệp tham gia thỏa thuận. Sự liên kết đó cũng đủ để làm cho giá thị trường không còn là giá mua bán có tính cạnh tranh.

2) Pháp luật cạnh tranh tiếp cận khả năng chi phối giá thị trường bằng quy định về hai nhóm hành vi là thỏa thuận giá gây hạn chế cạnh tranh và hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường, vị trí độc quyền liên quan đến giá để hạn chế cạnh tranh. Theo LCT, chỉ với những hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường, vị trí độc quyền để hạn chế cạnh tranh, pháp luật đòi hỏi chủ thể thực hiện hành vi phải có vị trí thống lĩnh trên thị trường hoặc có vị trí độc quyền. Trong các quy định về thỏa thuận hạn chế cạnh tranh (hiểu theo Dự thảo Luật Giá là liên kết độc quyền về giá), LCT không đòi hỏi doanh nghiệp tham gia phải có vị trí thống lĩnh thị trường. Theo Khoản 1, 2 Điều 9 LCT, vị trí thống lĩnh thị trường của doanh nghiệp không phải là căn cứ để xác định thỏa thuận ấn định giá và không là cơ sở để pháp luật xác định thỏa thuận đó có gây hậu quả hạn chế cạnh tranh hay không. Vị trí thống lĩnh thị trường của doanh nghiệp là căn cứ để xác định hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường để hạn chế cạnh tranh. Với những phân tích trên, chúng tôi cho rằng, sự dẫn chiếu đến LCT trong khái niệm trên đơn giản chỉ là sự lắp ghép câu chữ một cách vụng về và cho thấy sự hiểu chưa thấu đáo về LCT của Ban soạn thảo Dự luật Giá.

*Ba là*, dựa vào mục đích, hậu quả của liên kết độc quyền về giá và đối chiếu với lý thuyết về cạnh tranh, khái niệm trên đã đưa ra hai

nhóm liên kết là (1) liên kết ấn định giá để chiếm lĩnh thị trường; (2) liên kết ấn định giá để gây thiệt hại cho khách hàng, cho người tiêu dùng (bóc lột khách hàng). Đối chiếu với pháp luật cạnh tranh, hai nhóm liên kết này tương ứng với hai nhóm thỏa thuận hạn chế cạnh tranh: Nhóm thứ nhất, thỏa thuận ấn định giá bán, giá mua hàng hóa, dịch vụ một cách trực tiếp hoặc gián tiếp là những thỏa thuận nhằm thống nhất về mức giá hoặc cách thức tính giá... gây thiệt hại cho khách hàng (đặt ra mức giá có lợi cho doanh nghiệp). Loại thỏa thuận này sẽ gây hại cho khách hàng khi khách hàng không còn khả năng (hoặc bị hạn chế) lựa chọn nguồn cung ứng hoặc nguồn tiêu thụ khác (thị trường cạnh tranh bị hạn chế). Đặc biệt, nếu các doanh nghiệp tham gia hoàn toàn chi phối được thị trường thì tạo ra giá độc quyền trên thị trường (cho dù không tồn tại doanh nghiệp độc quyền trên thị trường liên quan). Trong khi đó, nhóm thứ hai thỏa thuận về giá nhằm ngăn cản, kìm hãm hoặc loại bỏ doanh nghiệp khác là thỏa thuận ấn định mức giá cạnh tranh có sức hủy diệt đối thủ hoặc ngăn cản đối thủ. Giá hàng hóa, dịch vụ được ấn định trong thỏa thuận này không phải là giá độc quyền mà là giá cạnh tranh. Người tiêu dùng (khách hàng) được lợi (dù có thể ngăn hạn) từ mức giá cạnh tranh có mục đích ngăn cản hoặc loại bỏ đối thủ cạnh tranh của các doanh nghiệp tham gia thỏa thuận. Chúng ta không thể gọi loại thỏa thuận giá nhằm chiếm lĩnh thị trường là liên kết giá độc quyền. Do đó, Ban soạn thảo cần lưu ý hai vấn đề sau khi đưa ra khái niệm liên kết giá độc quyền:

- Không thể có loại thỏa thuận giá vừa nhằm chiếm lĩnh thị trường, gây thiệt hại cho các tổ chức, cá nhân kinh doanh khác và vừa gây thiệt hại cho người tiêu dùng, cho khách hàng.

- Khái niệm giá độc quyền không bao gồm loại thỏa thuận ấn định giá nhằm loại bỏ đối thủ, ngăn cản hoặc kìm hãm đối thủ cạnh tranh vì loại thỏa thuận này đã sinh ra một mức giá cạnh tranh rất gay gắt trên thị trường liên quan.

### **3. Đánh giá về cơ chế kiểm soát giá độc quyền**

Kiểm soát giá độc quyền là một trong những bộ phận quan trọng của cơ chế quản lý giá được quy định trong mục V của Dự luật. Tuy nhiên, các quy định về kiểm soát giá độc quyền còn có những điểm chưa phù hợp cả về lý luận lẫn khả năng đem lại hiệu quả cho nền kinh tế:

*Một là*, theo Điều 27 Dự thảo Luật Giá, đối tượng của biện pháp kiểm soát giá độc quyền là những doanh nghiệp có vị trí đặc biệt trên thị trường bao gồm: các doanh nghiệp độc quyền nhà nước, doanh nghiệp sản xuất, cung ứng sản phẩm công ích, doanh nghiệp độc quyền hoặc doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh trên thị trường. Về nguyên tắc, doanh nghiệp có quyền tự do kinh doanh và tự do cạnh tranh trong khuôn khổ pháp luật. Pháp luật không thể tùy tiện đặt ra giới hạn cho doanh nghiệp và cho phép các cơ quan quản lý can thiệp sâu vào nền kinh tế khi chưa có những căn cứ cho thấy sự cấp thiết vì lợi ích chung của thị trường và xã hội. Dù có quyền lực thị trường, các doanh nghiệp độc quyền hoặc thống lĩnh vẫn cần được pháp luật và Nhà nước tôn trọng quyền tự chủ trong kinh doanh và tự do cạnh tranh (hiểu theo nghĩa rộng). Doanh nghiệp độc quyền có thể có thêm những trách nhiệm tôn trọng sự hình thành cạnh tranh hoặc tôn trọng hiệu quả giả định của cạnh tranh (những quyền mà doanh nghiệp không có quyền lực thị trường không phải thực hiện). Sự tồn tại quyền lực trên một thị trường nhất định chỉ tạo ra khả năng lạm dụng của doanh nghiệp và nguy cơ người tiêu dùng bị bóc lột nếu doanh nghiệp độc quyền hoặc thống lĩnh thực hiện hành vi định giá độc quyền (giá bất lợi cho người tiêu dùng). Nhà nước và pháp luật chỉ nên xuất hiện khi và chỉ khi có dấu hiệu chắc chắn về khả năng lạm dụng nói trên. Do đó, các biện pháp kiểm soát giá độc quyền chỉ có thể được áp dụng theo tình huống (khi có hành vi hoặc chắc chắn có dấu hiệu về hành vi lạm dụng) mà không thể áp dụng theo đối tượng

(khi có doanh nghiệp độc quyền hoặc thống lĩnh trên thị trường).

*Hai là*, về các trường hợp áp dụng các biện pháp kiểm soát giá độc quyền, Điều 26 Dự thảo Luật Giá dự liệu cơ quan có thẩm quyền quản lý nhà nước về giá tiến hành việc kiểm soát giá thành sản xuất, kinh doanh, giá hàng hóa, dịch vụ của tổ chức, cá nhân khi phát hiện có dấu hiệu liên kết độc quyền về giá hoặc khi cần phải xem xét việc hình thành giá độc quyền. Như vậy, có hai tình huống áp dụng các biện pháp kiểm soát giá độc quyền: (1) có dấu hiệu liên kết độc quyền về giá; hoặc (2) khi cơ quan quản lý nhà nước về giá nhận thấy cần xem xét việc hình thành giá độc quyền. Chúng tôi cho rằng, quy định về các trường hợp áp dụng biện pháp kiểm soát giá như trên sẽ phát sinh những mâu thuẫn ngay trong quy định của Dự luật giá và gây ra những hậu quả khó lường đối với sự vận hành của thị trường:

- Nếu hiểu liên kết độc quyền về giá theo Khoản 7 Điều 4 Dự thảo như đã nêu thì điều kiện để có một liên kết độc quyền giá tồn tại là phải có ít nhất hai tổ chức, cá nhân kinh doanh tham gia. Do đó, việc áp dụng biện pháp kiểm soát giá độc quyền trong trường hợp thứ nhất chỉ đặt ra đối với đối tượng là các doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh trên thị trường mà không áp dụng đối với các doanh nghiệp độc quyền. Dựa vào suy luận này, có thể kết luận rằng các biện pháp kiểm soát giá độc quyền sẽ chỉ áp dụng đối với các doanh nghiệp độc quyền khi thuộc tình huống thứ hai. Như vậy, các tình huống áp dụng biện pháp kiểm soát giá độc quyền cũng gắn liền với những đối tượng áp dụng.

- Tình huống thứ nhất để áp dụng biện pháp kiểm soát giá độc quyền là có dấu hiệu của liên kết độc quyền về giá. Tuy nhiên, các quy định trong Dự thảo Luật Giá chưa làm rõ thế nào là có dấu hiệu của liên kết độc quyền về giá. Chúng tôi cho rằng, dấu hiệu này phụ thuộc vào quan niệm về vai trò của các biện pháp kiểm soát giá độc quyền đối với việc xử lý liên kết độc quyền về giá.

(1) Nếu quan niệm kiểm soát giá độc quyền

là biện pháp kiểm soát bổ sung đối với các thỏa thuận giá vi phạm pháp luật thì dấu hiệu liên kết độc quyền giá được xác định từ quyết định xử lý các thỏa thuận giá vi phạm pháp luật. Khi liên kết giá vi phạm LCT, các doanh nghiệp tham gia sẽ bị xử lý bằng các biện pháp xử phạt hành chính theo Nghị định 120/2005/NĐ-CP của Chính phủ ngày 30/09/2005 quy định về xử lý vi phạm pháp luật trong lĩnh vực cạnh tranh. Do đó, cơ sở pháp lý vững chắc nhất để khẳng định sự tồn tại của liên kết giá độc quyền là quyết định xử lý vi phạm hành chính trong lĩnh vực cạnh tranh của Hội đồng cạnh tranh đối với các doanh nghiệp tham gia thỏa thuận ấn định giá. Nhưng quyết định xử lý của Hội đồng cạnh tranh có phải là cơ sở duy nhất để kết luận có dấu hiệu của liên kết giá độc quyền? Nếu dựa vào quyết định xử lý của Hội đồng cạnh tranh để khẳng định có dấu hiệu liên kết độc quyền giá thì các biện pháp kiểm soát giá độc quyền sẽ trở thành biện pháp kiểm soát bổ sung đối với các doanh nghiệp đã có hành vi xâm hại quyền lợi hợp pháp của khách hàng thông qua định giá độc quyền. Vấn đề cần giải quyết trong trường hợp này là cơ chế phối hợp giữa Hội đồng cạnh tranh và cơ quan quản lý nhà nước về giá để ra quyết định áp dụng biện pháp kiểm soát giá sau khi có quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh.

(2) Nếu quan niệm biện pháp kiểm soát giá độc quyền là công cụ ngăn chặn khả năng hình thành giá độc quyền thì các biện pháp này cần được áp dụng trước khi thỏa thuận giá giữa các doanh nghiệp được thực hiện trên thực tế. Khi đó, dấu hiệu về liên kết độc quyền giá sẽ không dựa trên bất kỳ quyết định xử lý nào của cơ quan cạnh tranh mà do cơ quan quản lý nhà nước về giá xác định. Việc áp dụng các biện pháp kiểm soát giá độc quyền hoàn toàn phụ thuộc vào kết quả đánh giá của cơ quan quản lý nhà nước về giá đối với các bằng chứng, các thông tin liên quan đến liên kết độc quyền về giá của các doanh nghiệp. Trong tình huống này, có nhiều rủi ro cho doanh nghiệp bởi sự sai lầm hay chủ quan của các cán bộ trong cơ quan quản lý nhà nước về giá khi đánh giá

dấu hiệu tồn tại của liên kết độc quyền về giá không chỉ xâm phạm đến quyền kinh doanh của doanh nghiệp mà còn làm cản trở sự phát triển lành mạnh và linh hoạt của thị trường.

Chúng tôi cho rằng, khi đặt ra căn cứ áp dụng biện pháp kiểm soát giá độc quyền dựa trên dấu hiệu về liên kết giá, pháp luật chỉ nên cho phép cơ quan quản lý giá áp dụng biện pháp này khi có quyết định xử lý của cơ quan cạnh tranh khẳng định sự tồn tại của một thỏa thuận ấn định giá độc quyền vi phạm pháp luật. Với tư cách là những biện pháp giới hạn quyền định giá (một phần rất quan trọng của quyền tự chủ kinh doanh), các biện pháp kiểm soát giá độc quyền chỉ có thể được áp dụng khi các doanh nghiệp bị áp dụng đã có hành vi vi phạm pháp luật và Nhà nước chỉ can thiệp khi có căn cứ pháp lý rõ ràng về khả năng xâm hại đến quyền lợi của cộng đồng. Việc giới hạn quyền hợp pháp của tổ chức, cá nhân kinh doanh không thể dựa trên sự nghi ngờ của một cơ quan nhà nước hoặc một số cán bộ quản lý nhà nước nào đó bởi ngay cả khi họ mắc cán với công việc thì sự sai lầm vẫn có thể xảy ra tùy theo năng lực và sự phức tạp của vụ việc. Mặt khác, việc xác định các dấu hiệu của một thỏa thuận hạn chế cạnh tranh không đơn giản, nhất là với các thỏa thuận ngầm. Sự phức tạp của các chứng cứ và sự mơ hồ của các loại thỏa thuận ngầm có lẽ vượt quá khả năng của cơ quan quản lý giá (vốn có chỉ có chuyên môn về việc hoạch định và thực thi các biện pháp quản lý nghiệp vụ về giá trên thị trường). Trong điều kiện đó, sự tùy tiện, chủ quan và sai lầm rất dễ xảy ra.

- Tình huống thứ hai để áp dụng biện pháp quản lý giá là cơ quan quản lý nhà nước về giá xét thấy cần phải xem xét việc hình thành giá. Ở đây, cơ quan quản lý nhà nước về giá có toàn quyền quyết định lý do và biện pháp kiểm soát giá của sản phẩm trên thị trường. Trong tình huống này, căn cứ để áp dụng các biện pháp kiểm soát giá là mơ hồ và mang nặng tính chủ quan của cơ quan quản lý nhà nước về giá. Trong môi trường pháp lý không rõ ràng và vững chắc như vậy thì sự tùy tiện sẽ có cơ hội tồn tại và sinh sôi. ■



# HẠN CHẾ

## CỦA CÔNG TÁC XÓA ĐÓI GIẢM NGHÈO VÀ GIẢI PHÁP ĐỔI MỚI

■ NGUYỄN THỊ NHUNG\*

Xóa đói giảm nghèo (XDGN) là chủ trương chính sách lớn của Đảng và Nhà nước ta. Trong những năm qua, Đảng, Nhà nước và nhân dân ta đã tập trung vào XDGN và thu được những thành quả không nhỏ, đưa nước ta trở thành một nước có thành công ấn tượng trên trường quốc tế về chống đói nghèo, là một trong bốn nước có tỷ lệ giảm nghèo nhanh nhất thế giới, làm tăng vị thế và uy tín của Việt Nam trên toàn cầu trong quá trình hội nhập kinh tế quốc tế. Tỷ lệ hộ nghèo trong cả nước đã giảm xuống nhanh chóng từ 37,4% năm 1998 xuống còn 9,45% năm 2010<sup>1</sup>. Việc xây dựng và thực hiện các chương trình XDGN như tập trung nguồn lực vào các xã, huyện nghèo nhất; phân cấp cho cơ sở và tăng cường sự tham gia của người dân... là một trong những bài học kinh nghiệm quý báu cho các nước trong cuộc tấn công vào đói nghèo và thực hiện các mục tiêu Thiên niên kỷ trên toàn cầu.

**T**hực hiện các chương trình XDGN trong giai đoạn 2006-2010 đã góp phần ổn định xã hội, thúc đẩy tăng trưởng kinh tế và phát triển bền vững. Một bộ phận dân cư nghèo đã được cải thiện về điều kiện sống, tiếp cận tốt hơn các nguồn lực của phát triển, tạo nhiều việc làm và tăng thêm thu nhập; một số nhu cầu xã hội thiết yếu của người nghèo cơ bản được đáp ứng như nhà ở, nước sinh hoạt, khám chữa bệnh, học tập... Tác động của chương trình đã giúp người nghèo có được cơ hội tự vươn lên, tạo thu nhập để phát triển, vượt qua tình trạng nghèo đói, tự giải quyết những nhu cầu thiết yếu của cá nhân và gia đình. Kết quả giảm nghèo đạt bình quân

giảm 2%/năm đã góp phần nâng cao chất lượng cuộc sống của người nghèo cũng như việc nhận thức rõ trách nhiệm của bản thân để chủ động tiếp nhận các chính sách và nguồn lực hỗ trợ của Nhà nước, của cộng đồng vươn lên thoát nghèo. Điều tra mức sống các hộ gia đình năm 2008 cho thấy, tỷ lệ chi tiêu cho lương thực, thực phẩm đã giảm từ 60% xuống còn 55%; tỷ lệ chi tiêu cho nhu cầu phi lương thực, thực phẩm đã tăng từ 40% lên 45%; chứng tỏ đời sống của người nghèo đã được cải thiện một bước<sup>1</sup>. Bên cạnh những thành tựu đạt được trong thời gian qua, chúng ta vẫn còn nhiều hạn chế, bất cập cần được quan tâm và khắc phục trong giai đoạn tiếp theo. Đó là:

(\*) *ThS. Vụ Kế hoạch-Tài chính, Văn phòng Quốc hội.*

(1) Nguồn <http://www.gso.gov.vn>.

(2) Nguồn Bộ Lao động Thương binh và Xã hội.

*Thứ nhất*, những bất cập trong chính sách, dự án. Tuy chúng ta đã ban hành nhiều chính sách hỗ trợ người nghèo từ nguồn vốn ngân sách nhà nước (NSNN), nhưng chưa thực sự cân đối với khả năng của NSNN, do đó ít nhiều đã tạo áp lực trong việc bố trí dự toán NSNN hàng năm. Các chính sách, dự án chưa tạo được sự gắn kết chung trong giảm nghèo, thiếu đi sự liên kết, phối hợp chặt chẽ, nhịp nhàng và còn có sự chồng chéo như Chương trình mục tiêu quốc gia giảm nghèo và các chương trình hỗ trợ giảm nghèo khác như Chương trình 135 giai đoạn II, Nghị quyết 30a... Các chính sách hỗ trợ người nghèo của các chương trình giảm nghèo chưa coi trọng chính sách hỗ trợ người nghèo việc đa dạng hóa sinh kế. Chưa có chính sách khuyến khích và hỗ trợ người nghèo, cận nghèo, để giúp họ chủ động vươn lên thoát nghèo, làm giàu. Một số chính sách ban hành mang tính ngắn hạn, tình thế, nên chưa tập trung đúng mức vào giải quyết nguyên nhân của đói nghèo. Các chính sách cũng chưa thật sự hướng vào mục tiêu nâng cao năng lực thị trường cho người nghèo và hỗ trợ họ tiếp cận

thị trường, mà còn mang nặng tính bao cấp nên phát sinh tư tưởng ỷ lại của các cấp cũng như của người nghèo, tạo ra xu hướng nhiều địa phương, hộ dân muốn được vào danh sách nghèo để được trợ giúp. Các chính sách hỗ trợ nhóm hộ cận nghèo chưa được quan tâm đúng mức, nên có sự mất công bằng giữa những hộ nghèo và cận nghèo, tạo ra tâm lý bức xúc của nhóm hộ cận nghèo khi đời sống của họ lại trở nên khó khăn hơn những hộ nghèo sau khi được chương trình giảm nghèo hỗ trợ.

Ví dụ: Theo số liệu điều tra, khảo sát của chúng tôi đối với 560 hộ dân thuộc 27 xã ở 9 huyện thuộc 4 tỉnh Tây Bắc (Điện Biên, Lai Châu, Sơn La và Hòa Bình) và 130 người là đại biểu Quốc hội và cán bộ quản lý các cấp ở một số cơ quan của Quốc hội; Bộ Lao động Thương binh và Xã hội; Bộ Kế hoạch và Đầu tư; Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông thôn và ở 4 tỉnh Tây Bắc cho thấy, chỉ có 12/24 chính sách XĐGN thời gian qua là có tác động mạnh, 12/24 chính sách còn lại có tác động nhưng không nhiều đến sản xuất và đời sống của người nghèo ở Tây Bắc.

**Bảng tổng hợp kết quả điều tra 560 hộ gia đình về Tác động của các chính sách XĐGN đến hoạt động sản xuất và đời sống ở Tây Bắc**

Đơn vị: Tỷ lệ %

		Tổng số ý kiến trả lời	Trong đó			
			Tốt	Khá	Trung bình	Yếu
1	<i>Chính sách (CS) hỗ trợ tín dụng</i>	560	39,7%	29,9%	23,8%	4,9%
2	<i>CS hỗ trợ đồng bào định canh định cư</i>	560	16,7%	23,7%	45,9%	9,6%
3	<i>CS ổn định và phát triển sản xuất nông lâm nghiệp gắn với chế biến và tiêu thụ sản phẩm</i>	560	13,0%	21,4%	33,6%	26,6%
4	<i>CS giao đất giao rừng cho hộ gia đình</i>	560	22,4%	26,0%	30,9%	14,0%
5	<i>CS hỗ trợ đất sản xuất và đất</i>	560	21,2%	19,1%	37,6%	14,8%
6	<i>CS trợ cước, trợ giá</i>	560	13,6%	26,6%	39,1%	16,1%
7	<i>CS khoa học phục vụ người nghèo</i>	560	13,6%	26,6%	39,1%	16,1%

8	CS đầu tư xây dựng trung tâm cụm xã	560	17,9%	26,0%	32,7%	19,8%	
9	CS. đầu tư xây dựng giao thông, cầu, đường,...	560	23,5%	27,0%	32,8%	11,6%	
10	CS đầu tư xây dựng trường, trạm	560	25,1%	28,4%	34,8%	7,8%	
11	CS cấp thẻ bảo hiểm y tế	560	63,3%	17,8%	14,0%	3,0%	
12	CS hỗ trợ người nghèo về nhà ở	560	39,5%	27,8%	24,0%	6,8%	
13	CS cung cấp nước sạch	560	17,6%	18,6%	34,4%	20,2%	
14	CS hỗ trợ xây dựng nhà vệ sinh	560	14,9%	16,8%	36,4%	24,5%	
15	CS hỗ trợ xây dựng chuồng trại hợp vệ sinh	560	12,5%	16,7%	33,1%	28,4%	
16	CS kế hoạch hóa gia đình	560	41,2%	36,1%	17,4%	3,9%	
17	CS giáo dục và đào tạo	560	36,0%	41,9%	19,4%	2,2%	
18	CS xóa mù	560	26,6%	32,4%	31,5%	5,8%	
19	CS dạy nghề và giải quyết việc làm	560	17,4%	21,8%	31,5%	21,8%	
20	CS hỗ trợ tiếp cận dịch vụ điện	560	27,1%	26,9%	29,6%	11,6%	
21	CS trợ giúp xã hội	560	27,1%	21,9%	40,5%	8,0%	
22	CS trợ giúp về pháp lý	560	24,0%	30,1%	31,1%	13,8%	
23	CS. Văn hóa truyền thông	560	23,8%	29,8%	33,7%	11,5%	
24	CS cán bộ cho các xã, bản	560	24,9%	28,0%	32,9%	13,3%	

*Nguồn: Tổng hợp điều tra khảo sát của tác giả*

Hơn nữa, do thủ tục hành chính phức tạp, phiền hà, hệ thống cung cấp dịch vụ chưa đáp ứng nhu cầu hoặc phát sinh nhiều chi phí vượt quá khả năng thanh toán của người nghèo... nên người nghèo vẫn khó tiếp cận với các dịch vụ như: y tế, giáo dục, dạy nghề, khuyến nông, nhà ở, trợ giúp pháp lý... cũng như các dịch vụ an sinh xã hội khác.

Mặt khác, trong việc tổ chức thực hiện các chính sách cũng còn nhiều hạn chế, như: vẫn còn tình trạng học sinh nghèo chưa được thực hiện chính sách miễn, giảm học phí, nhất là khi học ở các trường ngoài công lập; người nghèo còn khó tiếp cận với dịch vụ kỹ thuật y tế ở tuyến trên; mức hỗ trợ về nhà ở từ NSNN còn hạn hẹp và chưa huy động thêm được nguồn đóng góp của xã hội, cộng đồng nên chất lượng nhà ở cho người nghèo còn thấp.

*Thứ hai*, trong phân cấp quản lý, chưa

khuyến khích vai trò và tính chủ động của địa phương. Trong việc thực hiện chương trình XDGN vừa qua, từ trung ương đến địa phương đều rất thiếu cán bộ, đồng thời nguồn lực phân bổ cho chương trình chưa dựa trên kết quả đầu ra và không đáp ứng nhu cầu của thực tế: đầu tư còn phân tán, dàn trải; công tác xã hội hóa để huy động nguồn lực từ cộng đồng còn hạn chế, lại thiếu cơ chế điều tiết nên chưa hướng đúng mục tiêu giảm nghèo nhanh và bền vững. Việc phân bổ kinh phí của chương trình phụ thuộc chủ yếu vào khả năng cân đối của NSNN, đa số các địa phương không chủ động được nguồn lực để thực hiện. Mặt khác, việc giao kế hoạch và nguồn lực giảm nghèo cho các địa phương theo kiểu mệnh lệnh hành chính “từ trên xuống” làm hạn chế đi tính chủ động, sáng tạo của địa phương; trong khi đó, các tỉnh có tỷ lệ nghèo cao thường có nguồn

thu chủ yếu từ trợ cấp cân đối ngân sách trung ương nên khả năng bố trí vốn cho chương trình giảm nghèo cũng hết sức hạn hẹp.

Tiếp đó là nhiều vấn đề còn bất cập như do trình độ năng lực quản lý của cấp xã hầu như còn hạn chế, nên việc phân cấp quản lý đầu tư cho cấp xã chưa thể triệt để; việc phân bổ dự toán ở nhiều địa phương còn mang tính bình quân, dàn trải và còn chậm; phần lớn công trình đầu tư đưa vào sử dụng không bố trí kinh phí duy tu, bảo dưỡng cũng như thiếu quy chế quản lý, dẫn đến xuống cấp nhanh.

*Thứ ba*, trong cơ chế điều phối và phối hợp chưa thật sự gắn kết chặt chẽ giữa các đơn vị. Nhiều dự án, chương trình chia thành các hợp phần do các Bộ, ngành thực hiện độc lập và không qui định quy chế phối hợp. Trong khi vai trò và quyền hạn thực tế của cơ quan thường trực Chương trình, sự phối hợp giữa các bộ, ngành trong xây dựng, ban hành chính sách giảm nghèo, đánh giá và kiểm tra, quản lý đối tượng và xây dựng cơ sở dữ liệu về nghèo đói còn hạn chế. Cơ quan thường trực chương trình chưa có đủ thẩm quyền trong điều phối và giám sát các hợp phần khác, mà chủ yếu chỉ làm nhiệm vụ tổng hợp báo cáo. Một số địa phương chưa có cán bộ chuyên trách để hỗ trợ Ban Chỉ đạo, mà chỉ làm kiêm nhiệm, không bố trí biên chế cho cán bộ giảm nghèo.

*Thứ tư*, trong cơ chế quản lý và lồng ghép giữa các Chương trình, dự án còn nhiều hạn chế và bất cập. Chương trình giảm nghèo, tuy có nhiều chính sách nhưng cơ chế phân cấp, quản lý không thống nhất, có sự chòng chéo giữa chương trình mục tiêu giảm nghèo và các chương trình hỗ trợ giảm nghèo khác (như Chương trình 135 giai đoạn II và Nghị quyết 30a để hỗ trợ 62 huyện nghèo) dẫn đến hiệu quả không cao trong việc sử dụng các nguồn lực cho giảm nghèo, đồng thời phát sinh vấn đề phức tạp và mất nhiều thời gian cho các cơ quan quản lý cấp huyện, cấp tỉnh đối với việc quản lý các chương trình.

*Thứ năm*, công tác theo dõi, giám sát, báo cáo, đánh giá kết quả thực hiện cũng còn nhiều điểm hạn chế. Công tác giám sát, đánh giá của

chương trình rất thiếu thông tin và không được cập nhật kịp thời, đầy đủ, chính xác và mới chỉ quan tâm đến các chỉ tiêu định lượng mà chưa quan tâm đến kết quả hoặc tác động của các hoạt động dự án đối với chất lượng công tác XDGN. Chưa xây dựng được cơ sở dữ liệu phục vụ cho công tác quản lý đối tượng; tổ chức kiểm tra, đánh giá chủ yếu là dựa vào báo cáo của các ngành và địa phương, trong khi vẫn còn tình trạng báo cáo thiếu thông tin hoặc địa phương không gửi, gửi chậm báo cáo.

*Thứ sáu*, hạn chế trong nhận thức của các cấp và người dân về chương trình. Có nhiều chính sách hỗ trợ trực tiếp đối với hộ nghèo nên chưa tạo được ý thức chủ động của các cấp và người dân. Trong khi các hoạt động truyền thông XDGN còn hạn chế nên người dân chưa có nhận thức đúng nhu cầu trong việc thực hiện mục tiêu giảm nghèo. Một bộ phận không nhỏ người nghèo, xã nghèo vẫn còn tư tưởng ỷ lại, trông chờ vào sự hỗ trợ của Nhà nước, chưa chủ động vươn lên thoát nghèo. Mặt khác, bệnh thành tích đã khiến một số địa phương không chế tỷ lệ nghèo thấp hơn so với thực tế, dẫn đến một số người nghèo chưa tiếp cận được các chính sách, gây ra những hiểu biết sai lệch về chính sách của Nhà nước.

*Thứ bảy*, hạn chế về phát triển nguồn nhân lực để giảm nghèo. Các huyện nghèo hầu như chưa được đầu tư trung tâm dạy nghề. Địa phương nào có rồi thì hiệu quả đào tạo thấp; các hình thức dạy nghề chưa phù hợp, chưa góp phần thay đổi tập quán sản xuất lạc hậu của người dân. Lao động địa phương chủ yếu là chưa qua đào tạo, không có tay nghề, nên rất khó tạo được việc làm tại chỗ cũng như tham gia thị trường lao động trong và ngoài nước. Đội ngũ cán bộ có chuyên môn kỹ thuật chưa có hoặc chưa đủ để có thể hướng dẫn người dân tiếp thu và áp dụng kỹ thuật mới vào sản xuất, nên chưa đưa được các chương trình hỗ trợ dịch vụ sản xuất, khuyến nông, lâm, thú y, bảo vệ thực vật đến với người dân. Hệ thống giáo dục phổ thông tuy đã được quan tâm đầu tư nhưng chưa đáp ứng được yêu cầu nâng cao dân trí, chuyển biến nhận thức của người



dân; các lớp học mẫu giáo, các điểm trường tiểu học và nhà ở cho học sinh còn rất thiếu thốn. Chưa quan tâm đào tạo giáo viên người dân tộc tại chỗ, đối với giáo viên ở miền xuôi lên vùng khó khăn công tác thì chưa có chính sách khuyến khích thỏa đáng động viên, nên không đảm bảo sự gắn bó lâu dài. Chương trình đào tạo cử tuyển với mục đích đào tạo con em đồng bào dân tộc, người địa phương để trở về phục vụ địa phương vẫn còn tình trạng ưu tiên con em cán bộ có điều kiện, nên một bộ phận không nhỏ sau khi được đào tạo theo hệ cử tuyển đã không trở lại địa phương công tác.

Ngoài ra việc huy động vốn để thực hiện chương trình cũng chưa đáp ứng được yêu cầu, phân bổ nguồn lực chưa hợp lý cũng như tính bền vững của các dự án, chương trình chưa cao, tái nghèo còn nhiều... cũng là những vấn đề cần được quan tâm giải quyết. Để đạt được hiệu quả cao nhất trong chương trình giảm nghèo thời gian tới, chúng ta cần có sự nhìn nhận thẳng vào những vấn đề còn hạn chế, bắt cập để khắc phục triệt để và điều chỉnh trong tất cả các khâu từ định hướng, lập kế hoạch, triển khai thực hiện cho đến việc đánh giá, kiểm tra thực hiện chương trình. Để khắc phục những tồn tại trên cần có những giải pháp hữu hiệu về huy động nguồn lực vốn, lao động cũng như các giải pháp hoạch định và tổ chức thực hiện chính sách, khai thác tài nguyên, ứng dụng khoa học công nghệ. Trong đó, giải pháp huy động nguồn lực vốn có thể thực hiện bằng nhiều cách, như:

- Thực hiện quy hoạch lại dân cư các vùng khó khăn, vùng sâu, thôn bản nghèo để việc đầu tư vừa tiết kiệm vừa phát huy tối đa hiệu quả đồng vốn.

- Để các tổ chức, cá nhân, doanh nghiệp cùng gánh vác trách nhiệm với NSNN thì cần phải đẩy mạnh xã hội hóa trong công tác XDGN. Ngoài việc huy động các nguồn vốn đóng góp tự nguyện của các cá nhân, tập thể, tổ chức, doanh nghiệp..., Nhà nước cần có những quy định cụ thể về trách nhiệm đối với cộng đồng của các doanh nghiệp, các đơn vị, tổ chức, cá nhân... trong toàn xã hội bằng cách hình thành

một “Quỹ vì người nghèo” để tạo nguồn vốn cho XDGN. Cụ thể: đối với các tổ chức kinh doanh, các cá nhân kinh doanh và các doanh nghiệp, nên có chế tài ràng buộc trách nhiệm bằng cách quy định các doanh nghiệp phải thực hiện trích một tỉ lệ nhất định cho Quỹ vì người nghèo từ chênh lệch thu chi, trước khi các doanh nghiệp phân phối lợi nhuận vào các quỹ của doanh nghiệp; đối với các ngân hàng thương mại, do cũng thực hiện chức năng kinh doanh như các doanh nghiệp kinh doanh khác nên các ngân hàng này đều phải có nghĩa vụ trích một phần lợi nhuận của mình đóng góp cho “Quỹ vì người nghèo” trước khi chia lợi nhuận vào các quỹ của mình. Mặt khác, Nhà nước cần sớm có quy định đối với các ngân hàng thương mại về nghĩa vụ cho vay của các ngân hàng này đối với người nghèo. Các ngân hàng này phải có trách nhiệm cùng với Ngân hàng Chính sách xã hội thẩm định những dự án vay vốn của người nghèo, người cận nghèo để cấp vốn cho họ làm ăn theo mức lãi suất ưu đãi và mức lãi suất thấp nhất mới có thể đảm bảo được nhu cầu vay vốn phát triển sản xuất của các hộ gia đình. Thực hiện được giải pháp này, các ngân hàng thương mại đã góp phần hỗ trợ người nghèo vươn lên thoát nghèo, người cận nghèo không bị rơi xuống dưới ngưỡng nghèo. Đồng thời giảm bớt gánh nặng cho Ngân hàng Chính sách xã hội, cũng là giảm bớt gánh nặng cho NSNN trong việc bố trí vốn cho các Chương trình XDGN; mặt khác, để tăng thêm nguồn vốn cho XDGN cần quy định bắt buộc thực hiện huy động đối với các trường học, nhất là các trường ở những vùng đô thị, vùng phát triển. Quy định các bậc phụ huynh, thầy cô giáo và các em học sinh thực hiện quyền góp hàng quý cho Quỹ hỗ trợ học sinh nghèo. Đẩy mạnh công tác tuyên truyền đến học sinh và gia đình để mọi người đều có thể hiểu rõ hoàn cảnh khó khăn của các em học sinh nghèo và hiểu được sự đóng góp tự nguyện này cũng là nghĩa vụ xã hội của gia đình mình

*(Xem tiếp trang 57)*

# XEM XÉT YẾU TỐ ĐÓNG GÓP TIÊU CỰC VÀ BẠO LỰC GIA ĐÌNH

## TRONG PHÂN CHIA TÀI SẢN KHI LY HÔN

■ ĐINH THANH PHƯƠNG\*

Các quy định trong Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000 đã góp phần rất lớn vào việc xây dựng, “đề cao vai trò của gia đình trong đời sống xã hội, giữ gìn và phát huy truyền thống và những phong tục, tập quán tốt đẹp của dân tộc Việt Nam, xoá bỏ những phong tục, tập quán lạc hậu về hôn nhân và gia đình”<sup>1</sup>. Tuy nhiên, trong quá trình áp dụng có những quy định của luật cần được làm rõ hơn và có những điều luật cần được bổ sung để giúp cho luật ngày càng được hoàn thiện. Bài viết đề cập đến nguyên tắc “xem xét ... công sức đóng góp của mỗi bên”<sup>2</sup> trong phân chia tài sản chung của vợ chồng sau khi ly hôn (Điều 95). Tuy nhiên, “công sức đóng góp” có nên được xem xét dưới ý nghĩa tiêu cực hay không? Hay chỉ nên xem xét theo nghĩa tích cực như cách hiểu thông thường hiện nay? Bài viết cũng sẽ bàn về sự liên quan của hành vi bạo hành gia đình đến việc xem xét phân chia tài sản chung của vợ chồng khi ly hôn.

### 1. Tài sản hôn nhân và nguyên tắc phân chia tài sản chung của vợ chồng khi ly hôn

#### 1.1. Tài sản hôn nhân

Trong thời kỳ hôn nhân<sup>3</sup>, giữa vợ và chồng tồn tại ba khối tài sản: tài sản riêng của vợ, tài sản riêng của chồng và tài sản chung. Trong đó tài sản riêng của vợ và tài sản riêng của chồng được gọi chung là tài sản riêng.

Tài sản chung của vợ chồng được liệt kê tại khoản 1 Điều 27 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000, bao gồm các loại tài sản sau:

- Tài sản chung của vợ chồng gồm tài sản do vợ, chồng tạo ra, thu nhập do lao động, hoạt động sản xuất, kinh doanh và những thu nhập hợp pháp khác của vợ chồng trong thời kỳ hôn nhân; tài sản mà vợ chồng được thừa kế chung hoặc được tặng cho chung và những tài sản khác mà vợ chồng thoả thuận là tài sản chung.

- Quyền sử dụng đất mà vợ chồng có được sau khi kết hôn là tài sản chung của vợ chồng. Quyền sử dụng đất mà vợ hoặc chồng có được trước khi kết hôn, được thừa kế riêng chỉ là tài

(\*) *Khoa Luật, Đại học Cần Thơ.*

(1) *Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000, Lời nói đầu, đoạn 2.*

(2) *Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000, Điều 95, khoản 2, điểm a.*

(3) *Thời kỳ hôn nhân là khoảng thời gian tồn tại quan hệ vợ, chồng, tính từ ngày đăng ký kết hôn đến ngày chấm dứt hôn nhân. (Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000, Điều 8, khoản 7).*

sản chung khi vợ chồng có thỏa thuận.

Tài sản chung của vợ chồng thuộc sở hữu chung hợp nhất.

Tài sản riêng của vợ chồng được định nghĩa tại khoản 1, Điều 32 như sau: “Tài sản riêng của vợ, chồng gồm tài sản mà mỗi người có trước khi kết hôn; tài sản được thừa kế riêng, được tặng cho riêng trong thời kỳ hôn nhân; tài sản được chia riêng cho vợ, chồng theo quy định tại khoản 1 Điều 29 và Điều 30<sup>4</sup> của Luật này; đồ dùng, tư trang cá nhân”.

Qua các quy định trên chúng ta thấy, tài sản riêng được giới hạn trong một số lượng tài sản nhất định, trong khi đó, với quy định “tài sản chung gồm tài sản do vợ chồng tạo ra thu nhập do lao động, hoạt động sản xuất, kinh doanh và những thu nhập hợp pháp khác của vợ chồng trong thời kỳ hôn nhân”, thì tài sản chung có xu hướng mở rộng và không bị giới hạn trong một con số nhất định. Do đó, có thể thấy rằng, tài sản riêng là cơ sở để xác định tài sản chung, theo đó, tất cả các tài sản hôn nhân mà không phải là tài sản riêng là tài sản chung. Trong trường hợp này thì có vẻ quy định về tài sản chung tại khoản 1 Điều 27 có vẻ không cần thiết.

Theo cách phân chia tài sản hôn nhân như trên thì có thể thấy, Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000 đã ít nhiều dựa trên lý thuyết về cộng đồng tài sản<sup>5</sup>. Tất cả tài sản được tạo ra trong thời kỳ hôn nhân đều thuộc sở hữu chung của vợ chồng cho dù tài sản đó được tạo ra bởi cá nhân người vợ hay người chồng và khối tài sản này, khi vợ chồng ly hôn, phải được chia đôi<sup>6</sup>.

### **1.2. Nguyên tắc phân chia tài sản chung của vợ chồng khi ly hôn**

Trong các khối tài sản của vợ chồng trong thời kỳ hôn nhân thì chỉ có khối tài sản chung

là phải phân chia khi ly hôn và việc phân chia này dựa trên nguyên tắc nền tảng là sự thỏa thuận của vợ chồng<sup>7</sup>. Chỉ trong trường hợp vợ chồng không đạt được sự thỏa thuận thì Tòa án mới đứng ra phân chia căn cứ vào nguyên tắc: Tài sản chung của vợ chồng về nguyên tắc được chia đôi, nhưng có xem xét hoàn cảnh của mỗi bên, tình trạng tài sản, công sức đóng góp của mỗi bên vào việc tạo lập, duy trì, phát triển tài sản này. Lao động của vợ, chồng trong gia đình được coi như lao động có thu nhập (Điều 95 khoản 2, điểm a).

Như vậy, Tòa án sẽ chia đôi tài sản chung trên cơ sở xem xét một số yếu tố. Trong đó, yếu tố đóng góp của vợ hoặc chồng cả về mặt tài chính lẫn phi tài chính (lao động trong gia đình) là yếu tố vô cùng quan trọng trong việc xem xét phân chia tài sản.

### **1.3. Xem xét đóng góp tiêu cực của vợ, chồng vào khối tài sản chung**

Một cách cơ bản nhất thì cụm từ “đóng góp” bao gồm hai ý nghĩa: đóng góp một cách tích cực và đóng góp một cách tiêu cực<sup>8</sup>. Đóng góp tích cực vào khối tài sản chung nghĩa là người vợ hoặc người chồng bằng hành động của mình góp phần vào việc “tạo lập, duy trì, phát triển tài sản”<sup>9</sup>. Việc đóng góp này có thể dưới hình thức tài chính hoặc phi tài chính. Ngược lại, đóng góp tiêu cực là việc vợ hoặc chồng bằng hành động của mình gây ra sự giảm sút khối tài sản về mặt số lượng hoặc chất lượng<sup>10</sup>. Trong trường hợp này thì có thể xem đóng góp tiêu cực là hành vi có lỗi của vợ hoặc chồng làm nghèo đi khối tài sản chung. Các đóng góp tiêu cực có thể bao gồm các hình thức sau đây:

- Trực tiếp làm hư hỏng hoặc làm mất tài sản chung;
- Vi phạm nghĩa vụ bảo quản tài sản chung;

(4) Quy định về việc chia tài sản trong thời kỳ hôn nhân.

(5) Ngược với lý thuyết cộng đồng tài sản là lý thuyết tách biệt tài sản. Theo lý thuyết này thì cá nhân vợ và chồng sở hữu riêng những tài sản do mình tạo ra trước và trong thời kỳ hôn nhân. Xem Tom Altobelli, *Family Law in Australia: Principles and Practice* (2003), tr. 353.

(6) Xem Tom Altobelli, *Family Law in Australia: Principles and Practice* (2003), tr. 353.

(7) Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000, Điều 95, khoản 1.

(8) Xem Nguyễn Ngọc Điện, *Giáo trình Luật Hôn nhân và gia đình 2* (2004), tr. 78.

(9) Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000, Điều 95, khoản 2, điểm a.

(10) Nguyễn Ngọc Điện, *sdd*.

(11) Xem Dorothy Kovacs, *Family Property Proceedings in Australia* (1992), trang 206.

- Có lỗi trong việc làm giảm sút nguồn thu nhập của bản thân<sup>11</sup>.

Tuy nhiên, với quy định tại điểm a khoản 2 Điều 95, khi xem xét về đóng góp của vợ, chồng, Tòa án “xem xét... công sức đóng góp của mỗi bên vào việc tạo lập, duy trì, phát triển tài sản”, thì rõ ràng Tòa án chỉ có thể xem đóng góp của vợ chồng dưới khía cạnh tích cực và bỏ qua yếu tố tiêu cực. Bởi vì, một đóng góp tiêu cực không thể nào góp phần vào việc tạo lập, duy trì, phát triển tài sản được. Trong khi đó, như đã phân tích, đóng góp tiêu cực là hành vi có lỗi của một bên gây ra giảm sút khối tài sản (thiệt hại) của bên còn lại sau khi phân chia tài sản chung. Do đó, một cách công bằng và khách quan hơn thì đóng góp tiêu cực của một bên vợ hoặc chồng cần phải được đưa ra xem xét trong việc phân chia tài sản chung khi ly hôn và người thực hiện việc đóng góp đó phải gánh chịu sự giảm sút tài sản do hành vi của mình gây ra.

## 2. Mối liên quan giữa bạo lực gia đình và phân chia tài sản chung

Về lý thuyết thì giữa việc phân chia tài sản chung của vợ chồng khi ly hôn và bạo lực gia đình có vẻ như không liên hệ với nhau. Nhưng nếu phân tích một cách cặn kẽ thì trên thực tế, bạo lực gia đình có ảnh hưởng một cách tiêu cực đến phân chia tài sản chung. Bởi vì bạo lực gia đình giữa vợ và chồng thường sẽ dẫn đến sự kết thúc là ly hôn và khi ly hôn thì tài sản chung phải được phân chia. Bên cạnh đó, bạo lực gia đình có thể làm sụt giảm khối tài sản chung của vợ chồng.

Bạo lực gia đình là hành vi cố ý của thành viên gia đình gây tổn hại hoặc có khả năng gây tổn hại về thể chất, tinh thần, kinh tế đối với thành viên khác trong gia đình (khoản 2 Điều 1 Luật Phòng, chống bạo lực gia đình năm 2007). Theo định nghĩa này, nạn nhân của bạo lực gia đình có thể bao gồm tất cả các thành viên trong gia đình. Nhưng trên thực tế, thì khoảng 97% nạn nhân của bạo lực gia đình là

phụ nữ<sup>12</sup>. Ở đây, chúng tôi chỉ xin đề cập nạn nhân của bạo lực gia đình là người vợ trong gia đình.

Nạn nhân của bạo lực gia đình có thể bị tổn hại về nhiều mặt. Những tổn hại này có thể dẫn đến những hệ quả sau: (i) khả năng lao động, cả lao động trong gia đình và lao động ngoài xã hội của nạn nhân sẽ bị giảm sút. Điều này dẫn đến sự đóng góp tích cực của người này vào khối tài sản chung cũng sẽ bị giảm sút; (ii) nạn nhân bị thiệt hại về mặt kinh tế, do đó, sự đóng góp tích cực của họ về mặt vật chất vào khối tài sản chung sẽ bị giảm sút; (iii) những tổn hại của nạn nhân có thể cần phải sử dụng khối tài sản chung để khắc phục. Ví dụ, chi trả viện phí, tiền thuốc chữa trị các tổn thương cho người bị bạo lực gia đình.

Trong trường hợp thứ nhất và thứ hai, do khả năng đóng góp của nạn nhân bị giảm sút cho nên tài sản họ nhận được khi phân chia cũng sẽ bị giảm sút. Trong trường hợp thứ ba, khối tài sản chung bị giảm sút do chi phí để khắc phục hậu quả của bạo lực gia đình. Vì vậy, sau khi phân chia, nạn nhân cũng sẽ nhận được phần tài sản ít hơn so với trường hợp bạo lực gia đình không xảy ra.

Như vậy, trong cả ba trường hợp nạn nhân đều phải chịu thiệt hại kép. Vừa bị thiệt hại do bạo lực gia đình, vừa bị thiệt hại do khối tài sản sau phân chia khi ly hôn bị giảm sút. Và mọi sự thiệt hại này đều xuất phát từ hành vi bạo lực gia đình. Sẽ là bất công nếu như người thực hiện hành vi bạo lực gia đình lại không phải gánh chịu trách nhiệm trong việc gây ra sự giảm sút khối tài sản chung.

Nhằm tạo sự công bằng và góp phần ngăn chặn hành vi bạo lực gia đình cũng như nâng cao quyền bình đẳng giới, khi quyết định cho ly hôn, Tòa án nên xem mối liên quan giữa hành vi bạo lực gia đình và sự đóng góp vào khối tài sản chung của vợ, chồng là một căn cứ quan trọng khi phân chia tài sản chung của vợ chồng khi ly hôn. ■

(12) Số liệu năm 1997 từ Thúy Nga, “Báo động đỏ về bạo hành gia đình” (19/7/2008), báo điện tử Dân trí <<http://dantri.com.vn>>



# ĐIỀU HÒA LỢI ÍCH GIỮA CHỦ NỢ VÀ CON NỢ THÔNG QUA THỦ TỤC PHÁ SẢN

■ TRẦN ANH TÚ\*  
■ NGUYỄN VĂN GIANG\*\*

## 1. Đặt vấn đề

Tự do cạnh tranh và phá sản là những thuộc tính vốn có của kinh tế thị trường. Trong nền kinh tế thị trường, doanh nghiệp nào không đáp ứng được những đòi hỏi nghiệt ngã của thương trường, của sức ép cạnh tranh sẽ bị đào thải. Để loại bỏ những doanh nghiệp làm ăn thua lỗ kéo dài, mất khả năng thanh toán các khoản nợ đến hạn, đồng thời phòng ngừa, khắc phục những hậu quả, rủi ro mà những doanh nghiệp này có thể gây ra cho nền kinh tế, mỗi quốc gia đều phải xây dựng và thực thi một cơ chế phá sản có hiệu quả. Tuy nhiên, do tính chất nhạy cảm và mức độ ảnh hưởng rộng tới nhiều đối tượng khác nhau trong đời sống kinh tế nên cơ chế phá sản luôn đòi hỏi sự can thiệp mềm dẻo, linh hoạt của Nhà nước, phù hợp với những yêu cầu thực tiễn mà hoạt động kinh doanh đặt ra. Bên cạnh những mục tiêu dài hạn mà pháp luật phá sản hiện đại thường hướng đến (tái cấu trúc nền kinh tế thông qua việc đào thải các doanh nghiệp thua lỗ, sử dụng hiệu quả các nguồn lực kinh tế và xã hội, bảo

vệ quyền và lợi ích của người lao động...) còn có mục tiêu quan trọng nhất - điều hòa lợi ích giữa chủ nợ và con nợ.

Một đạo luật phá sản hiện đại thường hướng đến rất nhiều mục tiêu điều chỉnh khác nhau, là công cụ bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho nhiều loại chủ thể khác nhau từ chủ nợ, con nợ cho tới người lao động và đồng thời cũng là một công cụ hiệu quả trong điều tiết kinh tế. Tuy nhiên, xét về bản chất pháp lý, thủ tục phá sản luôn được xem là một thủ tục đòi nợ tập thể. Pháp luật phá sản ra đời cung cấp thêm cho các chủ nợ một công cụ đòi nợ mới tồn tại song hành nhưng có tính chất khác biệt hoàn toàn so với thủ tục tố tụng dân sự.

Khi phải giải quyết mối quan hệ nợ nần giữa một con nợ với nhiều chủ nợ ở trạng thái mà sản nghiệp còn lại của con nợ không còn đủ để thực hiện đầy đủ nghĩa vụ với tất cả các chủ nợ, thì thủ tục dân sự đã thể hiện một số khiếm khuyết như:

*Thứ nhất*, nếu sử dụng thủ tục lấy nợ dân sự trong trường hợp một con nợ có nhiều chủ nợ

(\*) ThS. Giảng viên Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội.

(\*\*) Lớp Cao học luật khóa 14, Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội.

thì sẽ có sự xuất hiện đồng thời của nhiều vụ kiện dân sự trên thực tế và điều này dẫn đến hệ quả là sự quá tải của hệ thống Tòa án cũng như chi phí đòi nợ lớn sẽ làm tiêu hao sản nghiệp vốn đã hạn hẹp của con nợ và trực tiếp ảnh hưởng đến lợi ích của các chủ nợ.

*Thứ hai*, thủ tục dân sự chỉ cho phép chủ nợ thực hiện quyền đòi nợ của mình khi khoản nợ đã đáo hạn. Vì vậy, khi các khoản nợ không đáo hạn cùng một lúc sẽ dẫn đến tình trạng “lo âu” của các chủ nợ có các khoản nợ đáo hạn sau khi mà họ nhìn thấy sản nghiệp của con nợ đã không còn hoặc còn rất ít và chắc chắn sẽ không đủ để thực hiện nghĩa vụ thanh toán đối với mình. Ngay cả khi các khoản nợ đáo hạn cùng một lúc thì theo thủ tục dân sự, cơ quan tài phán cũng chỉ có thể ra phán quyết buộc con nợ có nghĩa vụ phải thanh toán chứ không thể giải quyết thỏa đáng vấn đề con nợ không còn khả năng thực hiện đồng thời tất cả các nghĩa vụ tài sản của mình.

Tất cả những khiến khuyết kể trên của thủ tục dân sự chỉ có thể được “khỏa lấp” bằng cơ chế lấy nợ tập thể của thủ tục phá sản. Để đảm bảo sự công bằng cho các chủ nợ có vị thế giống nhau khi tiếp cận tài sản của con nợ, thay vì việc để cho các chủ nợ có thể kiện đòi nợ một cách riêng rẽ, thủ tục phá sản tạo ra một cơ chế lấy nợ tập thể giữa một bên là toàn bộ các chủ nợ (nhiều hơn một chủ nợ) đối với một con nợ duy nhất.

Trong điều kiện sản nghiệp của con nợ không còn đủ để đồng thời thanh toán hết tổng số nợ, dù con nợ có trao toàn bộ sản nghiệp của mình cho các chủ nợ thì rủi ro vẫn là quá lớn đối với các chủ nợ. Nếu có thể, bằng một giải pháp nào đó và với sự trợ giúp của các chủ nợ, mà con nợ còn có thể tiếp tục tồn tại thì cơ hội để thu hồi đủ số nợ cho các chủ nợ lại trở lên khả quan hơn. Như vậy, việc tối đa hóa trong thu hồi nợ không thể tách rời khỏi vai trò và sự thiện chí của chính con nợ. Bên cạnh đó, con nợ, khi không còn khả năng phục hồi nhưng đã thiện chí trả nợ, đáng được pháp luật bảo vệ để có thể rút lui một cách an toàn khỏi

thị trường, được giải phóng nợ để có thể tạo lập cho mình một sản nghiệp mới. Tính chất này của thủ tục phá sản cho thấy, trọng tâm của việc giải quyết một vụ việc phá sản chính là việc giải quyết mối quan hệ giữa một bên là các chủ nợ với một bên là con nợ. Như vậy, pháp luật phá sản, như chức năng tự thân của nó, có nghĩa vụ đảm bảo việc thu hồi nợ một cách tối đa và công bằng cùng lúc cho nhiều chủ nợ nhưng đồng thời cũng phải đảm bảo tính nhân văn trong mối quan hệ với con nợ.

Phá sản là hiện tượng kinh tế khách quan trong nền kinh tế thị trường mà hậu quả của nó là sự xung đột lợi ích của các bên tham gia quan hệ kinh doanh. Phá sản không chỉ là sự xung đột lợi ích giữa con nợ mất khả năng thanh toán với các chủ nợ của nó mà còn dẫn đến sự xung đột với lợi ích của tập thể người lao động làm việc tại cơ sở của con nợ, đến lợi ích chung của xã hội, đến tình hình trật tự trị an tại một địa phương, vùng lãnh thổ nhất định nào đó. Trên thế giới, pháp luật phá sản có hai xu hướng khác nhau. Xu hướng thứ nhất có mục tiêu là “hướng vào con nợ” nhằm tập trung giải cứu các con nợ thoát khỏi tình trạng khó khăn về tài chính, bảo đảm việc làm cho người lao động, tránh bất ổn kinh tế thông qua việc tổ chức lại con nợ. Xu hướng thứ hai có mục tiêu “hướng vào chủ nợ” bằng cách tạo điều kiện cho các chủ nợ cùng nhau sai áp đối với phần sản nghiệp còn lại của con nợ. Tuy nhiên, trong những năm gần đây dường như đã có sự kết hợp cả hai mục tiêu này theo hướng nghiêng về mục tiêu “hướng vào con nợ”, vì người ta nhận thấy rằng tạo điều kiện cho sự tiếp tục tồn tại của con nợ sẽ có lợi hơn cho nền kinh tế trong tình trạng thất nghiệp cao.

Trong nền kinh tế thị trường, việc doanh nghiệp phá sản là điều khó tránh khỏi, đòi hỏi phải có sự can thiệp của Nhà nước vào hiện tượng này nhằm hạn chế tối đa những hậu quả tiêu cực và khai thác những mặt tích cực của nó. Thông qua pháp luật phá sản, Nhà nước có thể can thiệp vào quá trình hoạt động kinh doanh của các doanh nghiệp một cách năng

động và mềm dẻo. Để đảm bảo điều đó, thủ tục phá sản cũng phải linh hoạt, mềm dẻo trong việc điều tiết hiệu quả mối quan hệ về lợi ích giữa các chủ nợ và con nợ nhằm đạt được các chức năng điều chỉnh của mình.

Như vậy, việc điều hòa lợi ích giữa chủ nợ và con nợ thông qua thủ tục phá sản được hiểu là thông qua thủ tục phá sản, pháp luật phá sản phải tạo ra một cơ chế đồng bộ để điều tiết một cách hài hòa mối quan hệ về lợi ích giữa các chủ nợ và con nợ, đảm bảo tối ưu hóa các quyền và lợi ích hợp pháp của họ, đồng thời, qua đó còn tính toán việc cân bằng các lợi ích khác mà pháp luật hướng tới bảo vệ như lợi ích người lao động, lợi ích nền kinh tế và xã hội nói chung.

## **2. Các nội dung cơ bản của việc điều hòa lợi ích giữa chủ nợ và con nợ**

### **2.1. Tối đa hóa việc thu hồi nợ cho các chủ nợ thông qua việc bảo toàn và phát triển sản nghiệp phá sản của con nợ**

Tồn tại song hành cùng với thủ tục đòi nợ dân sự, thủ tục phá sản cũng có bản chất là một công cụ đòi nợ chỉ khác ở tính chất “tập thể” của nó. Do đó, chức năng đầu tiên gắn với sự ra đời của pháp luật phá sản chính là chức năng thu hồi nợ cho các chủ nợ. Thông qua thủ tục phá sản, các chủ nợ đều có mục đích chung là nhằm có được sự bảo đảm về quyền chủ nợ của mình một cách tốt nhất. Tuy nhiên, ở thủ tục phá sản, việc lấy nợ của các chủ nợ bị ảnh hưởng trực tiếp bởi các yếu tố sau: một là, sự tồn tại cùng lúc của nhiều chủ nợ có quyền chủ nợ trên một sản nghiệp duy nhất của con nợ và sản nghiệp đó không thể đồng thời thanh toán đủ cho tất cả các khoản nợ; hai là, khi hoạt động kinh doanh đã đổ vỡ đến mức không còn có khả năng vẫn hồi, thương nhân vỡ nợ hoặc những người quản lý sản nghiệp của thương nhân vỡ nợ thường có xu hướng thực hiện những hành vi làm tiêu tán sản nghiệp của mình.

Như vậy, để đảm bảo tính hiệu quả cho việc thu hồi nợ của các chủ nợ thì pháp luật phá sản của bất kỳ quốc gia nào cũng đều chú trọng tới

việc bảo toàn và phát triển sản nghiệp của con nợ. Chế định quản lý sản nghiệp phá sản luôn là một chế định không thể thiếu của mỗi đạo luật về phá sản. Quản lý sản nghiệp của con nợ là việc bảo quản, gìn giữ sản nghiệp của con nợ bị lâm vào tình trạng phá sản, bảo đảm cho sản nghiệp đó không bị tiêu tán, thất thoát và phải được sử dụng một cách hợp lý, hiệu quả. Đồng thời, nếu còn có khả năng thì bằng mọi biện pháp làm cho sản nghiệp đó tăng lên vì lợi ích của các chủ nợ và các chủ thể có quyền lợi liên quan khác. Để việc quản lý sản nghiệp của con nợ đạt được những nội dung như trên, pháp luật phá sản cho phép các chủ thể tham gia quản lý có thể sử dụng nhiều công cụ khác nhau như:

(i) Xem xét lại giá trị hiệu lực của một số giao dịch đã được xác lập trong một khoảng thời gian xác định trước khi thủ tục phá sản được mở. Những giao dịch nào có tính chất tiêu tán tài sản, làm tiêu tán sản nghiệp một cách không chính đáng sẽ bị tuyên bố là vô hiệu bởi Tòa án để phục hồi lại nguyên trạng giá trị của sản nghiệp.

(ii) Cấm con nợ thực hiện một số hành vi nhất định. Những hành vi này là những hành vi có mục đích cất giấu, tiêu tán tài sản hoặc làm thay đổi tính chất của các khoản nợ hoặc ngầm tạo ra sự bất bình đẳng giữa các chủ nợ.

(iii) Buộc con nợ khi thực hiện một số hành vi nhất định phải đặt dưới sự giám sát của thẩm phán như: giao kết hợp đồng mới, thanh toán nợ mới, bán tài sản, cho thuê tài sản...

(iv) Cho áp dụng một hoặc một số các biện pháp khẩn cấp tạm thời như: kê biên, niêm phong tài sản; phong tỏa tài khoản; thu giữ sổ sách chứng từ; bán các tài sản có nguy cơ mất giá trị...

(v) Đình chỉ việc thực hiện các hợp đồng đã được xác lập song không có lợi cho việc bảo toàn và phát triển sản nghiệp của con nợ (trong khi vẫn khuyến khích việc tiếp tục xác lập và thực hiện các giao dịch có khả năng làm tăng giá trị của sản nghiệp phá sản)...

### **2.2. Đưa ra những cơ hội cho việc phục hồi lại con nợ**

Đưa ra những cơ hội cho việc phục hồi lại con nợ khi mà quyền lợi của chủ nợ và nhu cầu xã hội có thể được đáp ứng tốt hơn bằng cách duy trì hoạt động của con nợ chứ không phải là thanh lý sản nghiệp của con nợ.

Đối với các chủ nợ, khi con nợ lâm vào tình trạng phá sản, việc thu hồi và phát mãi sản nghiệp phá sản của con nợ để phân chia không phải là một lựa chọn tối ưu, bởi khi đó, với phần sản nghiệp còn lại của mình, con nợ sẽ không có khả năng thanh toán toàn bộ số nợ cho các chủ nợ. Nói cách khác trong trường hợp này, phần nhận được của các chủ nợ sẽ nhỏ hơn trái quyền mà đáng ra họ được hưởng. Nếu bằng một giải pháp nào đó, con nợ có thể phục hồi hoạt động kinh doanh và khả năng tài chính của mình thì đó mới là giải pháp tốt nhất cho việc lấy nợ từ các chủ nợ. Tuy nhiên, khi con nợ đã lâm vào khủng hoảng tới mức mất khả năng thanh toán, sẽ thật khó cho con nợ bằng khả năng của chính mình có thể tự phục hồi thành công. Để cứu lấy “sự sống” cho một thương nhân vỡ nợ, nhất thiết cần tới sự trợ giúp rất lớn từ phía các chủ nợ và trên thực tế sự trợ giúp này hoàn toàn phù hợp với lợi ích của chính các chủ nợ. Quá trình phục hồi hoạt động kinh doanh cho một con nợ lâm vào tình trạng phá sản chính là một cuộc “phẫu thuật” nhằm “cấu trúc lại” con nợ với vai trò chính yếu của các chủ nợ. Trong quá trình “cấu trúc lại” con nợ đó, các chủ nợ có thể đóng nhiều vai trò khác nhau như: hỗ trợ về tài chính, công nghệ, thị trường...; tham gia trực tiếp vào quá trình quản trị hay thậm chí có thể chuyển đổi vai trò từ chủ nợ sang chủ sở hữu thông qua quá trình chuyển nợ thành vốn góp (thâu tóm con nợ).

Tuy nhiên, cũng cần lưu ý rằng, khả năng phục hồi thành công hoạt động kinh doanh cho một con nợ phụ thuộc vào rất nhiều các yếu tố khác nhau từ “năng lực” hiện có của con nợ cho tới thiện chí của chính con nợ cũng như các chủ nợ. Theo quy định chung của nhiều nước trên thế giới, sau khi xác định doanh nghiệp

không còn khả năng thanh toán nợ đến hạn, tức là đã lâm vào tình trạng phá sản thì Tòa án sẽ tiến hành xem xét tình trạng tài chính và khả năng phục hồi hoạt động của doanh nghiệp để áp dụng một trong các thủ tục: phục hồi hoạt động kinh doanh; thanh toán tài sản cho phù hợp với doanh nghiệp đó. Điều đó có nghĩa là, Tòa án cũng có thể tuyên bố phá sản, thực hiện ngay việc phân chia tài sản của con nợ cho các chủ nợ nếu đã có đủ chứng cứ để chứng minh được rằng trên thực tế đã không còn khả năng cứu vớt con nợ<sup>1</sup>.

Hiện nay, các đạo luật phá sản được coi là hiện đại trên thế giới đều rất coi trọng việc cứu vãn hoạt động kinh doanh của con nợ. Tòa án chỉ tuyên bố phá sản con nợ trong những trường hợp bất đắc dĩ, khi các biện pháp khôi phục hoạt động kinh doanh và khả năng thanh toán của con nợ không thành công vì việc phục hồi hoạt động kinh doanh của con nợ không chỉ có ý nghĩa đối với bản thân con nợ mà còn có ý nghĩa lớn đối với các chủ nợ, người lao động, các đối tác, đặc biệt là đối với sự ổn định của nền kinh tế. Xét về mặt lý luận, Luật Phá sản 2004 của Việt Nam đang theo đuổi triết lý này, mặc dù trên thực tế tính hiệu quả của thủ tục phục hồi theo pháp luật phá sản hiện nay ở Việt Nam không cao.

### **2.3. Tôn trọng sự tự do ý chí của chủ nợ và con nợ trong việc thỏa thuận để giải phóng nợ**

Trọng tâm của việc giải quyết một vụ phá sản chính là giải quyết mối quan hệ giữa các chủ nợ với con nợ liên quan đến vấn đề thanh toán nợ. Ngoại trừ những trường hợp man trá, sự đổ vỡ trong kinh doanh của một doanh nghiệp là điều không mong muốn của tất cả các chủ nợ, bạn hàng và chính bản thân doanh nghiệp đó. Cầu viện tới sự can thiệp của Luật Phá sản là một điều bất đắc dĩ của tất cả các chủ nợ hay con nợ. Thông qua thủ tục phá sản, mối quan tâm của các chủ nợ không phải nhằm chấm dứt sự tồn tại của con nợ mà luôn hướng đến việc thu hồi nợ một cách hiệu quả nhất và

(1) Xem Dương Đăng Huệ, *Pháp luật phá sản Việt Nam năm 2005*, Nxb Tư Pháp, Hà Nội, tr.74.



nhanh nhất có thể. Về phía con nợ, một con nợ thiện chí cũng luôn mong muốn có thể đáp ứng các quyền chủ nợ một cách tốt nhất trong khả năng có thể của mình để rồi sau đó được giải phóng khỏi nghĩa vụ trả nợ. Xuất phát từ những mong muốn đích thực như vậy của cả chủ nợ và con nợ khi tham gia vào thủ tục phá sản, một đạo luật phá sản chỉ được xem là hiệu quả và hấp dẫn đối với giới thương nhân nếu nó chú trọng đúng mức tới khía cạnh cấu trúc lại các khoản nợ bằng sự tự định đoạt của chính bản thân các chủ nợ và con nợ.

Trong quá trình giải quyết vụ việc phá sản, sự tự do ý chí của các chủ nợ và con nợ trong việc thỏa thuận, dàn xếp các khoản nợ luôn được tôn trọng và khuyến khích. Tuy nhiên, sự tự do thỏa thuận giữa chủ nợ và con nợ để giải phóng nợ, qua đó chấm dứt vụ kiện đòi nợ trong thủ tục phá sản có những đặc trưng riêng cần được phân biệt với thủ tục đòi nợ thông thường (thủ tục dân sự). Theo tính chất của luật tư, đương nhiên, quyền quyết định “số phận” của khoản nợ hoàn toàn thuộc về ý chí đơn phương của chủ nợ. Chủ nợ và con nợ hoàn toàn có quyền tự do thỏa thuận để dàn xếp nợ bằng các biện pháp như xóa nợ, hoãn nợ, mua bán nợ, chuyển đổi nợ thành vốn góp... Tuy nhiên, một khi Tòa án đã ra quyết định mở thủ tục phá sản đối với con nợ thì mọi sự thỏa thuận riêng rẽ này sẽ chỉ được chấp nhận nếu nó không chống lại hay làm tổn hại đến lợi ích của các chủ nợ khác. Nói cách khác, tính chất “lấy nợ tập thể trên cùng một sản nghiệp” của thủ tục phá sản luôn đòi hỏi một sự tập trung ý chí của các chủ nợ trong các quyết định liên quan đến con nợ.

#### **2.4. Quy định cách thức đối xử một cách công bằng giữa các chủ nợ**

Trong một vụ “đòi nợ tập thể” thông qua thủ tục phá sản có rất nhiều chủ nợ. Các chủ nợ này được phân thành nhiều loại với những đặc điểm khác nhau nhưng cùng có quyền chủ nợ trên sản nghiệp của con nợ. Chính vì vậy, pháp luật phá sản trên cơ sở sự phân loại chủ nợ và đánh giá tính chất của từng loại khoản nợ để xác định các quyền cho từng nhóm chủ

nợ một cách thích hợp, qua đó, tạo ra một cơ chế lấy nợ công bằng và hiệu quả. Pháp luật phá sản ở mỗi quốc gia có thể không đồng nhất trong việc phân loại chủ nợ và đánh giá mức độ ưu tiên của họ trong cơ chế lấy nợ chung, song thông thường đều có sự cân nhắc tới các loại chủ nợ: chủ nợ đối với khoản nợ đến hạn và chưa đến hạn; chủ nợ có bảo đảm và chủ nợ không có bảo đảm; chủ nợ mới và chủ nợ cũ (trước và sau khi mở thủ tục phá sản); nợ thương mại và các khoản nợ thuế, phí...; nợ người lao động; các khoản nợ có tính chất khác nhau.

Chủ nợ cũ được hiểu là các chủ nợ đã có tên trong danh sách chủ nợ được lập khi thẩm phán ra quyết định mở thủ tục phá sản với con nợ. Tuy nhiên, do thiên hướng phục hồi con nợ của một đạo luật phá sản hiện đại, kể từ thời điểm này không có nghĩa là danh sách các chủ nợ đã được đóng lại. Trong khoảng thời gian kể từ sau khi có quyết định mở thủ tục phá sản tới khi có quyết định thanh lý tài sản (trong trường hợp không còn giải pháp nào khác), các hoạt động của con nợ vẫn tiếp tục diễn ra dù trong một trạng thái bị kiểm soát đặc biệt bởi thẩm phán, quản tài viên. Đặc biệt, nếu con nợ được áp dụng thủ tục phục hồi thì trong giai đoạn đó sự xuất hiện của các chủ nợ mới là điều tất yếu và cần được khuyến khích. Tuy nhiên, do nhận thức được rằng doanh nghiệp đó là một con nợ đang đứng trước nguy cơ bị tuyên bố phá sản sẽ khiến cho các đối tác của nó thực sự e ngại trong việc cấp tín dụng cũng như các quan hệ làm ăn khác. Vì vậy, trong trường hợp này pháp luật phá sản cần tính toán những ưu đãi đặc biệt dành cho các chủ nợ mới. Có như vậy, mới có thể khuyến khích họ tích cực hỗ trợ cho con nợ hòng mang lại những kết quả tốt nhất cho thủ tục phục hồi.

Trong số các chủ nợ cùng tham gia vào thủ tục phá sản, pháp luật phá sản cũng cần có sự phân biệt giữa loại nợ thương mại phát sinh trong hoạt động thương mại của con nợ và loại nợ chính phủ phát sinh từ các nghĩa vụ đóng góp bắt buộc của con nợ đối với Chính phủ (thuế, phí) để có những cách thức đánh giá

mức độ ưu tiên trong thứ tự lấy nợ. Trước đây, pháp luật phá sản của nhiều quốc gia - trong đó có Việt Nam (Luật Phá sản 1993) coi các khoản nợ thuế, phí của Nhà nước là khoản nợ đặc biệt được ưu tiên lấy nợ trước các khoản nợ thương mại khác. Tuy nhiên, theo tiến trình cải tổ của các đạo luật phá sản, hiện nay đa phần các quốc gia đã có sự thay đổi trong cách nhìn nhận về các khoản nợ này và xếp nó hoàn toàn bình đẳng bên cạnh các khoản nợ thương mại khác.

Ngoài những loại chủ nợ có tính chất “đặc biệt” nhưng khá phổ biến như đã nêu ở trên, trong thủ tục phá sản, pháp luật phá sản của nhiều quốc gia còn quan tâm đến sự khác biệt của các khoản nợ xuất phát từ cơ sở pháp lý hay căn cứ xuất hiện của chúng. Chẳng hạn như: các khoản nợ bảo hiểm có thể được ưu tiên thanh toán trước các khoản nợ không bảo đảm khác; các khoản nợ xuất phát từ trách nhiệm phát sinh ngoài hợp đồng của con nợ...

### **2.5. Đem tới cơ hội bắt đầu lại cho các con nợ trung thực sau khi bị đổ vỡ**

Một nội dung không kém phần quan trọng trong việc điều tiết lợi ích giữa chủ nợ và con nợ thông qua thủ tục phá sản là việc bảo đảm cho con nợ được rút lui một cách “an toàn” và có cơ hội để làm lại sự nghiệp kinh doanh của mình, tạo lập cho mình một sản nghiệp mới sau khi vụ kiện phá sản đã chấm dứt. Nói cách khác, pháp luật phá sản phải đưa ra những đảm bảo cần thiết cho tương lai của con nợ thông qua thủ tục phá sản. Các đảm bảo đó bao gồm:

*Thứ nhất*, nếu con nợ không có cơ hội phục hồi và buộc phải áp dụng thủ tục thanh toán tài sản thì những tài sản tối thiểu để duy trì cuộc sống dành cho các con nợ là cá nhân hoặc những người mà họ có trách nhiệm cấp dưỡng... được loại trừ khỏi khối tài sản phá sản. Đối với các con nợ là cá nhân phải chịu trách nhiệm vô hạn về mọi khoản nợ bằng tài sản của chính mình như thương nhân đơn lẻ,



thành viên hợp danh trong các công ty hợp danh, công ty đối vốn đơn giản thì khi tiến hành việc thu hồi, phát mại sản nghiệp để thanh toán nợ, pháp luật của các quốc gia thường thể hiện tính nhân văn của mình bằng việc loại trừ cho họ một số tài sản nhất định để duy trì cuộc sống cho bản thân và những người mà anh ta có nghĩa vụ nuôi dưỡng hay trợ cấp.

*Thứ hai*, sau khi quyết định tuyên bố phá sản được Tòa án đưa ra, thương nhân vỡ nợ đã phải mang toàn bộ sản nghiệp thương mại của mình để thực hiện việc thanh toán các khoản nợ. Tuy nhiên, nếu các khoản nợ đó vẫn chưa được thanh toán đủ (và điều này là đương nhiên nếu quyết định tuyên bố phá sản của Tòa án là chính xác) thì các chủ nợ có tiếp tục được đòi nợ nữa hay không? Nói cách khác, trong trường hợp này, quyền chủ nợ có còn tồn tại nữa hay không? Câu trả lời hoàn toàn phụ thuộc vào tính chịu trách nhiệm về mặt tài sản mà con nợ phải gánh chịu trên cơ sở các quy định pháp luật về quy chế thương nhân của nó. Nếu con nợ là một pháp nhân độc lập và chủ sở hữu hoặc các đồng chủ sở hữu của nó chỉ phải chịu trách nhiệm về toàn bộ mọi khoản nợ của con nợ trong phạm vi phần vốn đã góp khi tạo lập pháp nhân thì đương nhiên sau quyết định tuyên bố phá sản của con nợ, pháp nhân đó tiêu vong và các trái chủ sẽ không còn người

thụ trách để duy trì quyền đòi nợ. Nếu con nợ là một thể nhân và chủ sở hữu của nó phải chịu trách nhiệm vô hạn về mọi khoản nợ (trường hợp chủ doanh nghiệp tư nhân) hay con nợ mặc dù là một pháp nhân nhưng các đồng chủ sở hữu của nó có nghĩa vụ bảo lãnh cho nghĩa vụ trả nợ của con nợ (trường hợp thành viên hợp danh trong công ty hợp danh và công ty hợp vốn đơn giản) thì sau khi con nợ bị tuyên bố phá sản, việc chủ sở hữu con nợ có phải gánh vác nghĩa vụ tiếp tục thanh toán những phần khoản nợ chưa được thanh toán hay không phụ thuộc vào quan niệm của pháp luật mỗi quốc gia về vấn đề “trách nhiệm vô hạn”. Đa số các nước trên thế giới hiện nay đều nhìn nhận khái niệm “trách nhiệm vô hạn về mặt tài sản” là sự không có giới hạn của nghĩa vụ trả nợ trong phạm vi toàn bộ sản nghiệp của người có nghĩa vụ và do vậy nếu chủ doanh nghiệp tư nhân hay thành viên hợp danh đã mang toàn bộ sản nghiệp của mình để trả nợ (trong thủ tục thanh lý) thì đương nhiên họ sẽ được Tòa án tuyên bố là hết trách nhiệm trả nợ (tuyên bố về sự miễn trách của Tòa án). Một số quốc gia khác thì lại hiểu “trách nhiệm vô hạn về mặt tài sản” là sự không có giới hạn của nghĩa vụ trả nợ<sup>2</sup>, do đó, ngay cả khi sản nghiệp không còn thì nghĩa vụ trả nợ vẫn không chấm dứt. Có thể dễ nhận thấy, động lực rất lớn để các con nợ chủ động tìm tới thủ tục phá sản (phá sản tự nguyện) chính là cơ may để được giải phóng khỏi các nghĩa vụ trả nợ và tạo lập một sản nghiệp mới. Do đó, đối với cá nhân vỡ nợ, cần nhấn mạnh tuyên bố miễn trách, xoá nợ, tạo cho họ cơ may lập nghiệp mới, một hệ quả đặc biệt mang tính nhân đạo của phá sản cá nhân so với phá sản công ty<sup>3</sup>. Nếu thủ tục phá sản làm được điều này thì đó cũng chính là một thành công lớn trong việc điều hòa lợi ích giữa chủ nợ và con nợ. Thật đáng tiếc khi pháp luật phá sản Việt Nam hiện nay không mang lại cơ hội giải phóng nợ cho chủ doanh nghiệp

tư nhân và thành viên hợp danh trong công ty hợp danh khi các doanh nghiệp đó bị tuyên bố phá sản<sup>4</sup>.

*Thứ ba*, những người đã từng là chủ sở hữu hay tham gia quản trị một doanh nghiệp bị tuyên bố là phá sản có được quyền tiếp tục tạo lập các tổ chức kinh doanh mới hay không? Về nguyên tắc, khi để cho con nợ lâm vào tình trạng phá sản đương nhiên những đối tượng trên đã có “lỗi” (trừ trường hợp phá sản vì lý do bất khả kháng). Yếu tố lỗi ở đây thể hiện trong sự yếu kém về năng lực quản lý, điều hành, khả năng trong hoạt động kinh doanh của chủ sở hữu và những người quản lý, điều hành con nợ. Do đó, thái độ mà Nhà nước thể hiện trong trường hợp này là không cho phép họ được tiếp tục khởi nghiệp kinh doanh hoặc tham gia quản lý điều hành một cơ sở kinh doanh khác trong một khoảng thời gian nhất định. Hết thời hạn này, các hạn chế mặc nhiên được xóa bỏ. Đối với các trường hợp mà Tòa án xác định là phá sản vì lý do bất khả kháng thì tất cả các hạn chế kể trên không được đặt ra. Điều này thể hiện tính nhân văn của luật pháp, đồng thời khuyến khích chủ sở hữu, những người đã tham gia quản lý điều hành con nợ tích cực hợp tác trong suốt quá trình diễn ra thủ tục phá sản.

### 3. Kết luận

Luật Phá sản là một đạo luật dành cho sự thất bại trong kinh doanh. Cầu viện tới thủ tục phá sản là điều không hề mong muốn của giới thương nhân. Tuy nhiên, pháp luật phá sản lại là một bộ phận vô cùng quan trọng nếu không muốn nói là không thể thiếu trong khung pháp lý của một nền kinh tế thị trường. Sự thiếu hiệu quả của pháp luật phá sản sẽ tác động xấu đến cấu trúc của nền kinh tế và làm giảm tính hấp dẫn của môi trường đầu tư.

Có nhiều nguyên nhân làm giảm hiệu quả áp dụng của pháp luật phá sản. Một trong

(2) Xem Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội (2006), *Giáo trình Luật doanh nghiệp: tình huống - bình luận - phân tích*, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, tr. 40.

(3) Xem Phạm Duy Nghĩa (2003), *Đi tìm triết lý của Luật Phá sản*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 11 (34).

(4) Xem Điều 90, Luật Phá sản 2004.

những nguyên nhân được xem là quan trọng nhất chính là khả năng hấp dẫn của thủ tục phá sản đối với giới thương nhân. Doanh nhân chỉ sử dụng trình tự phá sản khi niềm tin vào Tòa án gia tăng. Ở địa vị các chủ nợ, chùng nào cơ hội đòi nợ đọng từ doanh nghiệp mắc nợ thông qua thủ tục phá sản còn thấp thì trình tự phá sản chưa thể hấp dẫn các chủ nợ. Trong bối cảnh pháp luật kế toán và kiểm toán mới bắt đầu được xây dựng, kỷ luật khai báo sổ sách trung thực của doanh nhân thấp, hệ thống đăng ký bất động sản sơ khai, các dòng tiền chưa tập trung qua hệ thống ngân hàng, sự hoán đổi nợ thành cổ phần trong doanh nghiệp mắc nợ chưa diễn ra thuận tiện... trình tự phá sản chưa thể nhanh chóng trở thành một công cụ hiệu quả bảo vệ lợi ích các chủ nợ<sup>5</sup>. Đứng ở địa vị của các con nợ, thủ tục phá sản hiện nay hầu như không mang lại một lợi ích đáng kể nào

dành cho họ, vì vậy, động lực để họ tự nguyện tìm đến với thủ tục phá sản là không nhiều.

Khi giải quyết một vụ việc phá sản trên thực tế, pháp luật phá sản phải cân nhắc, tính toán tới lợi ích của các chủ thể khác nhau như lợi ích của các chủ nợ, con nợ, người lao động, Nhà nước. Tuy nhiên, nếu xét từ bản chất của một công cụ lấy nợ tập thể thì nội dung cốt lõi nhất mà thủ tục phá sản phải chú trọng tới chính là mối quan hệ giữa các chủ nợ với con nợ. Chính vì vậy, việc nâng cao hiệu quả áp dụng của pháp luật phá sản ở Việt Nam hiện nay sẽ không thể thành công nếu chúng ta không thể điều tiết một cách hợp lý nhất mối quan hệ về mặt lợi ích giữa các chủ nợ và con nợ. Hoàn thiện các quy định pháp luật phá sản không thể không chú trọng tới việc hoàn thiện các quy định về điều hòa lợi ích giữa chủ nợ và con nợ trong thủ tục phá sản. ■

(5) Xem Phạm Duy Nghĩa (2003), *Tlđđ*.

## HẠN CHẾ CỦA CÔNG TÁC XÓA ĐÓI GIÀM NGHÈO...

(Tiếp theo trang 46)

đối với trẻ em nghèo. Mặt khác cũng là để trẻ em con em các gia đình khá giả và cả trẻ em con em các gia đình nghèo có thể hiểu được giá trị của những thứ mà trẻ đang được hưởng thụ và ý nghĩa của sự tương trợ truyền thống của dân tộc ta “lá lành đùm lá rách”, tránh xu hướng phát triển ý thức vô cảm với cộng đồng. Để trong tương lai, đất nước chúng ta có thể có được một thế hệ trẻ phát triển toàn diện hơn, hoàn hảo hơn về nhân cách và trách nhiệm với cộng đồng.

- Lồng ghép các chương trình XDGN trong các chương trình phát triển kinh tế - xã hội khác nhằm tăng thêm nguồn lực vốn cho XDGN từ các nguồn vốn khác. Giải pháp này rất cần phải có sự rà soát để phù hợp với Chương trình

tổng thể về XDGN, không để xảy ra tình trạng chồng chéo với chương trình XDGN.

- Kêu gọi viện trợ của các Chính phủ, các tổ chức quốc tế, các cá nhân, cộng đồng người Việt ở nước ngoài hỗ trợ vốn cho vay, cho không đối với người nghèo nhằm tăng thêm nguồn lực vốn cho XDGN.

- Ngoài việc huy động các nguồn vốn từ bên ngoài, việc khai thác và phát huy tối đa nguồn vốn nội lực cũng là giải pháp quan trọng. Thực hiện giải pháp này bằng cách tuyên truyền vận động các hộ dân cư trong thôn, bản và trên địa bàn góp vốn xây dựng các mô hình tổ chức sản xuất kinh doanh như mô hình cộng đồng giúp đỡ lẫn nhau ở Ấn Độ. Người có vốn góp vốn, người nghèo góp sức lao động. Đặc biệt là các gia đình nghèo có con em đi xuất khẩu lao động có vốn tích lũy gửi về, không gửi tiết kiệm ở ngân hàng mà tự tổ chức các mô hình sản xuất hoặc góp vốn với mọi người xây dựng các mô hình sản xuất có năng suất, hiệu quả để phát huy tối đa hiệu quả của đồng vốn, góp phần đẩy lùi nhanh nghèo đói và thúc đẩy phát triển kinh tế - xã hội ở địa phương. ■



# ÁN LỆ Ở ANH QUỐC:

## LỊCH SỬ, KHÁI NIỆM, NGUYÊN TẮC VÀ CƠ CHẾ THỰC HIỆN

■ NGUYỄN ĐỨC LAM\*

**Đ**ối với các nước thuộc hệ thống thông luật - Common Law - (như Anh, Mỹ, Australia, Canada, New Zealand...), thì án lệ là nguồn chủ yếu và quan trọng, được dẫn chiếu khi xét xử. Ở Việt Nam, khả năng áp dụng án lệ bắt đầu được bàn đến trong một vài năm gần đây<sup>1</sup>. Nghị quyết số 49-NQ/TW ngày 2/6/2005 của Bộ Chính trị về Chiến lược Cải cách tư pháp đến năm 2020, có nêu: “Toà án nhân dân tối cao (TANDTC) có nhiệm vụ tổng kết kinh nghiệm xét xử, hướng dẫn áp dụng thống nhất pháp luật, phát triển án lệ và xét xử giám đốc thẩm, tái thẩm”. Trong Dự án Luật sửa đổi một số điều của Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2010, TANDTC đã đề xuất cho phép được xét xử theo án lệ (nhưng Ủy ban Thường vụ Quốc hội chưa tán thành, chưa đưa ra Quốc hội bàn và quyết).

Sự thận trọng nói trên là cần thiết vì nói chung, ở Việt Nam, khái niệm án lệ còn mới không chỉ đối với các nhà thực thi pháp luật mà còn đối với cả các nhà khoa học, nên hiện

nay còn nhiều quan điểm nhìn nhận khác nhau, nhiều câu hỏi đặt ra mà chưa có câu trả lời rõ ràng. Trong bối cảnh đó, bài viết cung cấp một số thông tin tham khảo về án lệ ở Anh quốc<sup>2</sup>.

### 1. Lịch sử pháp luật và hệ thống tòa án Anh quốc

Việc nghiên cứu án lệ Anh đòi hỏi phải đặt trong quá trình ra đời, phát triển của pháp luật nước này và hệ thống tòa án Anh.

#### 1.1. Lịch sử pháp luật Anh quốc

Hệ thống thông luật trên toàn thế giới bắt nguồn từ Anh quốc vào giai đoạn phát triển về kinh tế, xã hội, chính trị và pháp luật dưới chế độ phong kiến<sup>3</sup>. Một trong những đặc điểm ở Anh lúc đó là các tranh chấp được giải quyết hoàn toàn trong phạm vi hẹp của các lãnh địa mà không quan tâm đến các vùng khác giải quyết như thế nào. Khi nhà vua muốn thiết lập quyền lực tập trung, ý định này gặp phải sự phản kháng từ các vị lãnh chúa. Mặc dù vậy, nhà vua vẫn thành lập các tòa án của mình và cử các thẩm phán đi

(\*) **ThS. Văn phòng Quốc hội.**

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

(2) Bài viết chỉ đề cập đến Anh và Xứ Uên, bởi lẽ những lãnh thổ khác của Liên hiệp Anh như Scotland không theo thông luật, mà theo dân luật (civil law).

(3) Joseph Dainow, *The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison*, 15 *American Journal of Comparative Law* 419, 1967, p. 421-422; 425-426.

xét xử lưu động trên toàn vương quốc với thẩm quyền về một số loại vụ việc, chứ không phải có thẩm quyền chung. Bằng các phán quyết của mình có tính chất chung, thông lệ (common) trên toàn vương quốc, các tòa án hoàng gia đã tạo nên những luật lệ thống nhất đầu tiên, tạo nền tảng cho sự thống nhất của cả trật tự pháp lý<sup>4</sup>. Từ đây xuất hiện khái niệm “thông luật”- common law, tức là pháp luật có tính chất chung trên toàn vương quốc Anh.

Đáng nói là, quá trình phát triển và tập trung hóa hệ thống pháp luật ở Anh diễn ra sớm hơn nhiều so với sự phát triển của nghị viện Anh. Trong suốt quá trình song hành, luôn diễn ra sự xung đột giữa luật của tòa án và luật thành văn, phản ánh mâu thuẫn giữa vương quyền và nghị viện<sup>5</sup>. Khi luật thành văn có thể áp dụng trực tiếp cho một tình huống cụ thể, tòa án phải ra phán quyết theo quy định thành văn; nhưng khi có sự nghi ngờ, văn bản pháp luật do nghị viện ban hành sẽ được giải thích một cách rất hạn hẹp nhằm giảm thiểu tối đa sự “xâm chiếm” của văn bản và dành cho tòa án thẩm quyền tối đa. Hệ thống các quy phạm pháp lý đã định hình cơ bản dựa trên các phán quyết của tòa án. Cần biết đặc điểm này để hiểu được bản chất của thông luật nói chung và án lệ nói riêng ở Anh quốc, nhất là đặt trong mối quan hệ giữa án lệ và luật thành văn.

Nguyên tắc stare decisis, theo đó, nghĩa vụ của thẩm phán Anh quốc phải tuân theo những quy tắc có trong những quyết định tòa án được đưa ra trước đó bắt đầu ăn sâu ở Anh chỉ từ nửa sau thế kỷ XIX<sup>6</sup>. Việc ban hành “Luật về Tổ chức tòa án” vào thời điểm này làm cho cấu trúc của hệ thống tòa án trở nên rõ ràng, chặt chẽ hơn và việc nâng cao chất lượng của các tuyển tập án lệ đã hỗ trợ đáng kể cho quy tắc án lệ được đưa vào thực tế nhiều hơn.

## 1.2. Hệ thống tòa án Anh quốc<sup>7</sup>

Hệ thống tòa án Anh chia ra xét xử cấp cao (senior courts), với đỉnh là Tòa án tối cao Liên hiệp Anh (Supreme Court of the UK) và xét xử cấp thấp do số lượng lớn các tòa cấp dưới và những cơ quan bán pháp lý tương đương thực hiện. Tuy nhiên, từ góc độ nghiên cứu án lệ, phần này của bài viết chỉ đề cập đến hoạt động của các tòa cấp cao bởi những tòa đó không chỉ xem xét các vụ việc cụ thể mà còn đưa ra quyết định thường vượt ra khỏi khuôn khổ của vụ án và trong những điều kiện nhất định tạo ra tiền lệ cho những vụ việc sau này.

Các quan tòa những tòa án cấp cao ở Anh có vị trí quan trọng và vai trò của họ rất to lớn. Ở Anh tồn tại một quyền lực tư pháp thực thụ mà về uy tín lẫn ý nghĩa đều không thua kém quyền lực lập pháp và hành pháp.

### 1.2.1. Tổ chức của các tòa cấp cao ở Anh (senior courts)

Theo Luật về Tòa án năm 1971 của Anh, các tòa cấp cao ở Anh gồm: Tòa tối thượng Công lý (Hight Court of Justice), Tòa Vương miện (Crown Court) và Tòa phúc thẩm (Court of Appeal).

Tòa tối thượng gồm ba bộ phận: bộ phận Hoàng gia (Queen’s Bench Division), Tòa đại pháp - bộ phận xét xử theo luật công lý (Chancery Division) và bộ phận về luật gia đình (Family Division). Trong khuôn khổ của bộ phận Hoàng gia có Tòa Đô đốc và Tòa Thương mại; trong khuôn khổ Tòa đại pháp có Tòa môn bài.

Tòa tối thượng có gần 100 quan tòa (mang danh hiệu “Justices”) cộng với Chánh án (Lord) đứng đầu bộ phận Hoàng gia, Phó pháp quan (Vice Chancellor) đứng đầu Tòa đại pháp và quan tòa đứng đầu bộ phận luật gia đình. Các quan tòa được bổ nhiệm từ những luật sư mà

(4) Konrad Zweigert and Hein Kotz, *Introduction to Comparative Law, third revised ed, translated from the German by Tony Weir, Clarendon Press, Oxford, 1998, pp. 180-205; David R., Các hệ thống pháp luật chính trong thế giới hiện đại, sách dịch từ tiếng Nga, người dịch: Nguyễn Sĩ Dũng và Nguyễn Đức Lam, Nxb. TP. Hồ Chí Minh, 2003: Chương III: Hệ thống thông luật; Joseph Dainow, tldđ, tr. 421-422; 425-426.*

(5) Joseph Dainow, tldđ, tr. 422.

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

(7) Phần này tổng hợp từ các tài liệu: David R., tldđ; Konrad Zweigert and Hein Kotz, tldđ, tr. 206-21; Richard Ward & Amanda Wragg, *English Legal System, 9th Ed, Oxford University Press, 2005, pp. 93-102.*

đối với họ, trở thành quan toà là đỉnh cao trong đường sự nghiệp. Những vụ việc ở cấp sơ thẩm do một quan toà xét xử. Hiện nay, bồi thẩm đoàn chỉ tham gia vào những vụ việc dân sự trong những trường hợp ngoại lệ.

Toà Vương miện - một tổ chức mới do Luật về Toà án 1971 lập ra. Toà xem xét những vụ án hình sự. Thành phần của toà đa dạng hơn. Phụ thuộc vào dạng tội phạm, vụ án có thể do quan toà của Toà tối thượng, hoặc quan toà hạt (phải là quan toà chuyên nghiệp, thường xuyên làm việc), hoặc luật sư - recorders (barristers, solisitors) tạm thời gánh trách nhiệm của quan toà xem xét. Nếu bị cáo không chịu công nhận mình có tội, bồi thẩm đoàn sẽ tham gia xét xử - điều hiếm thấy hiện nay.

Toà phúc thẩm gồm có hai bộ phận: bộ phận dân sự (Civil Division) và hình sự (Criminal Division); các quan toà được gọi là pháp quan (lord - justices) và do người đứng đầu bộ phận dân sự (Master of the Rolls) lãnh đạo. Các vụ án do hội đồng gồm ba thẩm phán xem xét. Đơn kháng án sẽ bị bãi bỏ nếu đa số họ phủ quyết. Một trong những hội đồng của toà án chỉ chuyên phụ trách các vụ án hình sự - bộ phận hình sự của Toà phúc thẩm. Hội đồng này thường hoạt động với thành phần một pháp quan và hai thẩm phán từ bộ phận Vành móng ngựa hoàng gia. Khác với những hội đồng xem xét các vụ án dân sự, ở đây không chấp nhận đề ý kiến của các thẩm phán thiểu số được tuyên bố công khai.

### 1.2.2. Toà án Tối cao của Liên hiệp Anh (Supreme Court of UK)<sup>8</sup>

Trước đây, Viện Nguyên lão (Thượng viện Anh) là cấp xét xử cao nhất và chung thẩm trên toàn bộ lãnh thổ Liên hiệp Anh<sup>9</sup>. Từ tháng 10/2009, theo quy định của Luật Cải cách hiến pháp năm 2005, Toà án Tối cao của Liên hiệp Anh (UKSC) được thành lập thay thế Viện

Nguyên lão thực hiện công việc này<sup>10</sup>. Mười hai thẩm phán của UKSC do Nữ hoàng bổ nhiệm theo giới thiệu của Thủ tướng sau khi được một Ủy ban tuyển chọn đề xuất theo một quy trình phức tạp.

Luật pháp Anh không huỷ bỏ quyết định và trả vụ việc về để xử lại. Cả Toà án Tối cao hiện nay (Viện Nguyên lão trước đây) lẫn Toà phúc thẩm đều luôn đưa ra phán quyết về những vụ việc bị kháng án.

### 1.2.3. Hội đồng cơ mật

Các thẩm phán của Toà án tối cao Liên hiệp Anh đồng thời cũng là thành viên Ủy ban Tư pháp thuộc Hội đồng cơ mật có thẩm quyền xem xét những đơn kháng án đối với các quyết định của các toà án tối cao ở các lãnh thổ hải ngoại thuộc Liên hiệp Anh hoặc các nhà nước thành viên của Khối thịnh vượng chung, vì những nhà nước này không loại trừ khả năng của những đơn kháng án như thế (New Zealand, Gambia, Sirea - Leone...). Như vậy, các thẩm phán thường phải áp dụng luật pháp nước khác. Các quyết định của Ủy ban dựa trên thông luật có uy tín như những quyết định của Viện Nguyên lão trước đây và Toà án tối cao hiện nay<sup>11</sup>. Chúng đều được xuất bản trong cùng những tuyển tập về thực tiễn tòa án.

### 1.2.4. Xét xử các vụ việc hành chính

Ở Anh không có hệ thống đẳng cấp các toà án hành chính, cũng như không có “cấp toà cao nhất” chuyên trách xem xét những vụ việc trong đó một trong các bên là cơ quan nhà nước. Những nỗ lực thành lập “bộ phận hành chính” ở Toà án tối cao đều gặp phải sự phản kháng của những ai không muốn phát triển luật hành chính theo mẫu lục địa, tức là ngoài khuôn khổ của thông luật. Tuy vậy, từ 1981 bắt đầu có danh mục những vụ việc hành chính do các cấp toà tối cao xem xét. Những vụ việc này do 9 thẩm phán của bộ phận đặc biệt thuộc Toà

(8) Xem thêm: *The Supreme Court Annual Report and Accounts 2009-2010*, có tại website của Toà án Tối cao Liên hiệp Anh <http://www.supremecourt.gov.uk>, truy cập ngày 15/4/2011.

(9) Xin lưu ý, không phải toàn thể Viện nguyên lão tham gia xét xử, mà 12 thẩm phán chuyên nghiệp được bầu vào Viện thực hiện công việc này (12 vị này mang danh hiệu *Lords of Appeal in Ordinary*, được gọi nôm na là các vị nguyên lão pháp luật - Law Lords).

(10) Điều đó được lý giải nhằm tách biệt chức năng tư pháp ra khỏi chức năng lập pháp của Thượng viện Anh, đảm bảo sự độc lập hoàn toàn của tư pháp, thực hiện nguyên tắc phân chia quyền lực.

(11) Vào năm 1990 Ủy ban đưa ra hơn 50 phán quyết.

Hoàng gia xét xử. Có những vụ án thuộc thẩm quyền Toà phúc thẩm. Vào năm 1980 đã xác định được thủ tục chính để xem xét những yêu cầu về bãi bỏ các quyết định của cơ quan quản lý và toà cấp dưới.

## 2. Án lệ ở Anh: khái niệm và ý nghĩa

### 2.1. Khái niệm

Án lệ là “vụ án đã được giải quyết tạo cơ sở cho việc xét xử các vụ án sau này mà có những sự kiện hoặc vấn đề pháp lý tương tự”<sup>12</sup>. Trong đó, án lệ cũng được áp dụng đối với việc giải thích luật thành văn, có nghĩa là tòa cấp dưới phải tuân theo cách giải thích luật của tòa cấp trên.

Cần lưu ý rằng, về mặt kỹ thuật, nói một cách chặt chẽ, khi xét xử, các thẩm phán không phải tuân theo quyết định (decision) được đưa ra trong vụ án trước, mà chỉ phải tuân theo quy tắc pháp lý trong phần luận cứ chính (ratio decidendi) được đưa ra trong bản án trước<sup>13</sup>.

Án lệ về hình thức là những bản án đã trở thành luật, tạo thành một thứ luật có tên gọi là luật án lệ (case law) hay luật do thẩm phán làm ra (judge-made law), bên cạnh luật do nghị viện ban hành (legislation hay statutory law). Tuy nhiên, như Blackstone lưu ý, luật và ý kiến của thẩm phán thể hiện trong án lệ không phải lúc nào cũng là một, vì có lúc thẩm phán cũng nhầm lẫn về luật<sup>14</sup>. Do đó, án lệ không phải là tuyệt đối tuân theo đối với tòa án và thẩm phán trong các vụ án tương tự sau này, khi họ cho rằng, án lệ đã không còn phù hợp với bối cảnh mới hoặc không bảo vệ được công lý.

Về bản chất, án lệ là một nguyên tắc tổ tụng, theo đó: những bản án sắp sửa được tuyên không được trái với những bản án mà tòa cùng cấp hay tòa cấp trên đã tuyên và có hiệu lực trước đó nếu như tình tiết của các vụ án giống

hoặc tương tự nhau.

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

- Khi chưa có luật nhưng tòa vẫn phải xử để bảo đảm công lý và bản án đó trở thành án lệ (precedent), nghĩa là trở thành luật cho những vụ việc tương tự. Khi phán quyết đã được tuyên, nó phải được coi là giải pháp cho vấn đề tương tự sau này; thẩm phán phải tuân theo phán quyết của vụ án tương tự được xử trước đó<sup>15</sup>.

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

- Đã có luật nhưng phát sinh tình huống mới mà luật chưa dự liệu được nên thẩm phán phải vận dụng luật hiện hành cho tình huống mới đó.

Ở Anh cũng phân biệt án lệ “phải tuân thủ” (binding precedent) và án lệ “cần tôn trọng và cân nhắc cân trọng” hay còn gọi là án lệ có sức thuyết phục (persuasive precedent).

### 2.2. Ý nghĩa, tầm quan trọng của án lệ ở Anh

Ở Anh người ta coi trọng án lệ, vì cho rằng đây là phương thức đạt được công lý<sup>16</sup>. Đó là khi các bên đương sự trong các vụ án tương tự phải nhận được những phán quyết tương tự, nếu không pháp luật trở nên bất công và tùy tiện; pháp luật được đặt ra và áp dụng một cách công bằng, nhất quán và xác đáng hay thỏa đáng. Khi một nền pháp luật tạo ra và bảo đảm được ba giá trị đó thì xã hội sẽ có công lý.

Khi xã hội có công lý thì người dân sẽ được an toàn bởi các quan hệ xã hội sẽ trở nên “có thể tiên liệu” và ổn định. Theo các nhà nghiên cứu, một vấn đề trung tâm của án lệ là nó tạo ra sự nhất quán trong khi giải thích luật đối với các vụ án, kèm theo đó là sự ổn định, tiên liệu của hệ thống pháp luật trải qua thời gian<sup>17</sup>. Nhờ có tính

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

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

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

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

(16) Stefanie Lindquist & Frank Cross, *Empirically Testing Dworkin's Chain Novel Theory: Studying the Path of Precedent*.

(17) Stefanie Lindquist & Frank Cross, *tdđ*.



ổn định, tiên liệu được, các bên trong giao dịch pháp lý sẽ lên kế hoạch hành động được tốt hơn.

Từ nhận thức ấy, có một nguyên tắc mà đến nay đã trở thành tiêu chí ở Anh quốc: trong cùng một quốc gia, không thể xử những vụ án giống nhau bằng những bản án khác nhau. Nguyên tắc này là nền tảng cho “sự thống trị của luật” (rule of law), là bức tường thành chống đỡ sự xét xử tùy tiện hoặc độc đoán của cá nhân, chống lại “sự thống trị của cá nhân”<sup>18</sup>.

Án lệ tạo nên hiệu suất trong hoạt động của tòa án khi tránh cho tòa không phải mất công sức quá nhiều vào việc nghiên cứu, xem xét lại những vấn đề cũ, cũng như tiết kiệm công sức cho các bên có tranh chấp trên phương diện này.

Cần lưu ý rằng giá trị của án lệ nằm ở phần tinh túy nhất của nó: Phần luận cứ, tức là những quan điểm, nguyên tắc, lý lẽ mà dựa vào đó các thẩm phán đưa ra phán quyết. Trong các án lệ được công bố, không chỉ có luận cứ của các thẩm phán đa số mà có cả luận cứ của thẩm phán thiểu số. Như vậy, giá trị của một án lệ chính là trí tuệ, kinh nghiệm, tâm huyết của các thẩm phán trong việc vận dụng pháp luật, đúc kết lên thành những luận cứ có sức thuyết phục cao, làm nền tảng cho phán quyết của mình.

Như đã trình bày, ở Anh quốc, án lệ được phổ biến công khai, ai cũng có thể đọc và tìm hiểu vì sao các thẩm phán lại phán quyết như vậy. Các sinh viên luật khi học trong trường là học những tinh hoa được chưng cất từ thực tiễn ấy chứ không chỉ học lý thuyết suông. Một bản án được xét xử nghiêm túc, đúng đắn chứa đựng tinh hoa của trí tuệ và lương tâm của thẩm phán. Những giá trị ấy phải được kế thừa và lan truyền, được tôn trọng, bổ sung và hoàn thiện.

Tầm quan trọng của án lệ ở chỗ, khi áp dụng án lệ, thực tiễn tòa án ở Anh còn tạo ra quy phạm pháp luật<sup>19</sup>. Những quy tắc trong các quyết định tòa án cần được áp dụng trong tương lai, nếu khác đi sự ổn định của thông luật sẽ bị phá vỡ và sự tồn tại của nó sẽ bị đe dọa. Các

luật gia Anh xem xét luật pháp nước mình chủ yếu như luật pháp của tòa án.

Các quy phạm của luật pháp Anh - đó là những quy tắc pháp lý lấy từ phần luận cứ chính (ratio decidendi) trong các quyết định do các tòa cấp cao nước Anh đưa ra. Người Anh tiếp nhận những quy phạm do nhà lập pháp tạo ra chỉ trong trường hợp chúng đã qua thực tiễn tòa án, dù cho chúng có như thế nào đi chăng nữa.

### 3. Cơ chế thực hiện án lệ ở Anh

#### 3.1. Quy tắc án lệ ở Anh

Án lệ vận hành dựa trên hệ thống thứ bậc của tòa án Anh quốc<sup>20</sup>. Về tổng thể, quy tắc án lệ ở Anh gồm các nội dung sau: 1) Những án lệ do Tòa án tối cao Liên hiệp Anh (trước đây là Viện Nguyên lão) đưa ra có tính chất bắt buộc đối với mọi tòa án cấp thấp hơn; 2) Những án lệ do Tòa phúc thẩm đưa ra có tính chất bắt buộc đối với mọi tòa cấp dưới và (ngoài luật hình sự) đối với chính tòa đó; 3) Những án lệ do Tòa tối thượng đưa ra có tính chất bắt buộc đối với mọi tòa cấp dưới và có ý nghĩa quan trọng, thường được sử dụng để hướng dẫn cho các bộ phận của Tòa tối thượng và Tòa Vương miện.

Để minh họa cho quy tắc này, xin lấy vụ án *Attia kiện Công ty cung cấp gas Anh* làm ví dụ (xem *Hộp 1*).

Trước năm 1966, người ta cho rằng Viện Nguyên lão chịu ràng buộc chặt chẽ với những án lệ của mình, thậm chí nếu chúng tạo nên “sự bất công” hoặc “hạn chế sự phát triển của pháp luật”<sup>21</sup>. Nhưng trong Tuyên bố Thực tiễn (Practice Statement) vào năm 1966, thẩm phán Gardiner thay mặt cho 12 vị Nguyên lão pháp luật (Law Lords) đề nghị và được Viện Nguyên lão chấp nhận rằng, từ nay Viện sẽ không tuân thủ các án lệ trước đó của Viện trong những trường hợp “Viện nhận thấy làm như thế là đúng”. Đối với các tòa cấp thấp hơn, các án lệ đó vẫn có tính chất bắt buộc tuân thủ nếu chưa có án lệ mới của Viện Nguyên lão đưa ra.

(18) Earl Maltz, *The Nature of Precedents*, 66 N.C.L.Rev. 367, 1988, p.371.

(19) David R., *tlđđ*.

(20) Xem chi tiết về tính chất bắt buộc của án lệ theo hệ thống thứ bậc của tòa án Anh quốc trong: Michael Zander QC, *The Law-Making Process*, 6th Ed, Cambridge University Press, 2004, pp. 216-256.

(21) David R., *tlđđ*.

**Hộp 1:**

Năm 1987 Toà phúc thẩm của Anh xử vụ bà Attia kiện Công ty cung cấp gas Anh (British Gas). Theo truyền thống xét xử của Anh, Toà phúc thẩm khi xử vụ này đã dựa trên quyết định của vụ MacLoughlin kiện O'Brian do Viện Nguyên lão Anh xét xử.

- Vụ Attia kiện Công ty cung cấp gas Anh: Attia gọi người của Công ty đến lắp hệ thống sưởi ấm cho nhà bà, nhưng trong lúc làm việc, do sơ ý, họ để lửa bén vào gác xép. Khi đội cứu hỏa đến, lửa đã lan khắp nhà, và bốn tiếng sau, ngọn lửa thiêu rụi toàn bộ ngôi nhà cùng tài sản trong đó. Bà Attia đệ đơn lên toà với hai khoản kiện: đòi bồi thường thiệt hại ngôi nhà và tài sản; đòi bồi thường thiệt hại do bị sốc về tinh thần khi phải chứng kiến ngôi nhà của mình bị thiêu rụi. Công ty cung cấp gas đồng ý bồi thường thiệt hại về tài sản, nhưng từ chối bồi thường cho cú sốc tinh thần. Toà sơ thẩm cũng đồng ý với lập luận của bị đơn và bác khoản kiện thứ hai của bà. Bà Attia kiện tiếp lên Toà phúc thẩm của Anh. Toà này đã chấp thuận khoản kiện và buộc bị đơn phải bồi thường thiệt hại tinh thần cho bà Attia.

- Vụ MacLoughlin kiện O'Brian: O'Brian là tài xế xe tải, do sơ ý đã đụng phải chiếc xe con do ông MacLoughlin lái chở ba người con. Kết cục là ông MacLoughlin và hai người con bị thương nặng, người con thứ ba chết ngay. Bà MacLoughlin lúc ấy đang ở nhà cách đó hai dặm, được một người đi mô tô đến báo và chở bà đến bệnh viện. Bà MacLoughlin đã kiện O'Brien phải bồi thường thiệt hại tinh thần do bà bị sốc khi nghe tin dữ, sau đó càng sốc hơn khi thấy một đứa con chết, tình cảnh chồng và hai đứa con khác bị thương nặng đang đau đớn, kêu la. Toà sơ thẩm và Toà phúc thẩm đều bác đơn kiện của bà, nhưng Viện Nguyên lão đã chấp thuận, buộc bị đơn phải bồi thường cho bà.

**Hộp 2:****Cấu trúc của quyết định tòa án ở Anh**

(1) Quyết định của tòa án trước hết trình bày một cách có hệ thống tất cả các sự kiện pháp lý (legal facts) dẫn đến xung đột, tranh chấp, làm cơ sở cho việc phân tích vấn đề pháp lý.

(2) Phân tích các vụ án trước đây tương tự như vụ đang xử, nhất là các vụ án được các bên viện dẫn. Phần này nhằm xác định vụ án nào tương tự, vụ nào cần “khu biệt”; áp dụng án lệ nào, áp dụng ở mức độ nào; xác định các nguyên tắc pháp lý được áp dụng.

(3) Ra phán quyết dựa trên (1) và (2)<sup>22</sup>.

**3.2. Hình thức của những quyết định tòa án Anh**

Để hiểu được thế nào là tiền lệ bắt buộc, cần phải xem xét những quyết định (decision) của tòa án Anh được cấu tạo như thế nào (xem Hộp 2).

Quyết định của tòa án Anh, nói một cách chặt chẽ được rút lại thành những công thức đơn giản: X phải trả số tiền nào đó cho Y, hợp đồng đã ký kết giữa X và Y phải hủy bỏ, di sản của X cần phải thuộc về ai đó...

**3.3. Một số khái niệm liên quan đến án lệ**

Ratio decidendi và obiter dicta

Nguyên tắc án lệ đòi hỏi ở luật gia Anh sự phân tích kỹ lưỡng các quyết định tòa án trước đó để phân biệt đâu là quy tắc pháp lý trong quyết định (ratio decidendi) và đâu là phần luận cứ phụ (obiter dictum)<sup>23</sup> trong lời giải thích (reason) của quan tòa đưa ra biện luận cho quyết định của mình. Ratio decidendi sẽ tạo nên quy tắc pháp lý bắt buộc được đưa vào thành phần

(22) Joseph Dainow, *ttđđ*, tr.432; Richard Ward & Amanda Wrang, *English Legal System*, 9th Ed, Oxford University Press, 2005, tr. 81.

(23) *Black's Law Dictionary*: “Obiter dictum là bình luận của thẩm phán đưa ra khi trình bày ý kiến của mình, nhưng không nhất thiết là phần quyết trong vụ án, do đó, không có tính chất án lệ”; *Black's Law Dictionary* 1102, Bryan A. Garner ed., 8th ed., 2004.

của luật pháp Anh và vì vậy cần được tuân theo trong tương lai.

Những gì thuộc luận cứ phụ (*obiter dicta*) không có ý nghĩa như thế; mục đích của nó là tạo ra tính thuyết phục cho quyết định của toà án. Có hai loại *obiter dicta*<sup>24</sup>: loại thứ nhất là các quy tắc được thẩm phán đưa ra mà không dựa trên các sự kiện pháp lý của vụ kiện; loại thứ hai là các quy tắc pháp lý do thẩm phán đưa ra dù đã dựa trên các sự kiện pháp lý của vụ kiện, nhưng không phải là cơ sở của quyết định tòa án, ví dụ như quy tắc do thẩm phán thiếu số đưa ra.

Cần phân biệt rằng, bản thân quan tòa khi ra quyết định không xác định cái gì là chính yếu, còn cái gì là phụ. Điều đó sẽ do quan tòa khác làm khi xem xét quyết định có phải là án lệ cho vụ việc ông ta đang giải quyết hay không.

### *Tiền lệ bắt buộc*

Những tiền lệ bắt buộc phải tuân thủ sau này đều do các quyết định từ những tòa án cao nhất - các tòa cấp cao và Tòa án tối cao (trước đây là Viện Nguyên lão) tạo ra trong các luận cứ chính (*ratio decidendi*). Nếu đối chiếu với ba thành tố tạo nên một quyết định của tòa án trong vụ kiện, thì chỉ có thành tố (2) mới là tiền lệ bắt buộc, tức là quy tắc pháp lý được thẩm phán áp dụng để giải quyết vấn đề pháp lý xuất hiện từ các sự kiện pháp lý của vụ kiện<sup>25</sup>. Còn thành tố (1) - việc phân tích sự kiện pháp lý không có tính chất bắt buộc tuân thủ với bất kỳ ai; thành tố (3) - phán quyết của tòa chỉ bắt buộc với các bên.

Cần lưu ý, ngay cả khi các sự kiện pháp lý trực tiếp của vụ kiện giống hệt các sự kiện của vụ kiện trước đó, tòa án cũng không phải đưa ra quyết định tương tự. Chẳng hạn, trong vụ *Qualcast (Wolverhampton) Ltd v Haynes*<sup>26</sup>, một người làm công việc chủ không tạo điều kiện làm việc an toàn. Ở cấp sơ thẩm, thẩm phán tòa địa hạt đã tuân theo một số vụ kiện trước mà ở

đó các chủ lao động cũng ứng xử như vậy và bị xử có lỗi. Tuy nhiên, đến cấp phúc thẩm, Viện Nguyên lão tuyên rằng, cách tiếp cận này của tòa sơ thẩm là không đúng, vì thẩm phán đã dựa trên các sự kiện pháp lý giống nhau, chứ không phải dựa trên các quy tắc pháp lý.

### *Tiền lệ tham khảo*

Những trường hợp sau đây được coi là tiền lệ tham khảo, không có tính chất bắt buộc trong thực tiễn xét xử ở Anh:

- *Obiter dicta*: Các luận cứ phụ của tòa cấp cao hơn không có tính chất bắt buộc, nhưng là một nguồn tham khảo mạnh đối với các tòa cấp thấp hơn trong những vụ kiện khó<sup>27</sup>. Điển hình nhất là quy tắc pháp lý do đại thẩm phán Atkin đưa ra trong vụ *Donoghue (or M'Alister) v Stevenson*<sup>28</sup>. Quy tắc này vượt ra ngoài phạm vi của vụ kiện rất nhiều, do đó, chỉ được coi là *obiter dictum*, nhưng lại được viện dẫn và áp dụng rất nhiều trong các vụ kiện sau này và đã trở thành nền tảng của pháp luật hiện đại về bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng do lỗi cấu thả (*tort of negligence*) ở các nước thông luật hiện nay.

- *Những quyết định của tòa ngang hàng, tòa cấp thấp hơn* có thể được tham khảo ở tòa cao hơn ở Anh. Chẳng hạn, các quyết định của Tòa phúc thẩm Anh được coi là nguồn có tính thuyết phục đối với Viện Nguyên lão.

- *Các quyết định của Ủy ban tư pháp thuộc Viện Cơ mật* không có tính chất bắt buộc đối với các tòa án ở Anh, thậm chí cả tòa sơ thẩm. Tuy nhiên, trên thực tế, các quyết định đó có uy tín rất cao vì các đại thẩm phán của Viện Nguyên lão (Tòa án tối cao thay thế hiện nay) cũng chính là thành viên của Ủy ban này. Chẳng hạn, Tòa phúc thẩm Anh đã nhiều lần áp dụng quyết định của Viện Cơ mật, chứ không theo quyết định trước đó của chính Tòa này<sup>29</sup>. Nhưng vì không có tính chất bắt buộc, cũng đã

(24) *Richard Ward & Amanda Wragg, tldđ, tr. 82.*

(25) *Richard Ward & Amanda Wragg, tldđ, tr. 81.*

(26) *Đăng trong các tuyển tập: [1959] AC 743, [1959] 2 All ER 38.*

(27) *Richard Ward & Amanda Wragg, tldđ, tr. 85.*

(28) *Đăng trong tuyển tập: [1932] AC 562. Đây là một trong những vụ kiện nổi tiếng, điển hình không chỉ ở Anh, mà ở tất cả các nước thông luật. Quyết định của tòa trong vụ này đã thành kinh điển, hầu như luôn được viện dẫn trong các vụ kiện tương tự sau này.*

(29) *Richard Ward & Amanda Wragg, tldđ, tr. 86.*

có những trường hợp quyết định của Viện Cơ mật không được Viện Nguyên lão và Tòa phúc thẩm Anh áp dụng.

- Các quyết định của Tòa án châu Âu về quyền con người: Điều 2, Luật về quyền con người năm 1998 của Anh quy định, tất cả các tòa án khi giải quyết một vấn đề pháp lý liên quan đến quyền con người phải xem xét bất kỳ phán quyết, quyết định hoặc ý kiến tư vấn của Tòa án châu Âu về quyền con người với tư cách là một án lệ tham khảo. Tuy nhiên, các quyết định đó không có tính chất bắt buộc phải tuân theo, mà các tòa án Anh có thẩm quyền có tuân theo các quyết định đó hay không.

- Các quyết định tòa án nước ngoài: Các thẩm phán và luật sư Anh quốc có xu hướng ngày càng tăng viện dẫn các quyết định của tòa án nước ngoài, nhất là từ Scotland, Ireland, Mỹ, Úc, Canada, New Zealand<sup>30</sup>. Như Chánh án Tòa phúc thẩm thừa nhận, “các vụ án đã được xét xử ở các nước khác nếu được sử dụng đúng sẽ là một nguồn pháp luật có giá trị”. Mặt khác, nhằm hạn chế việc viện dẫn quá nhiều luật nước ngoài, Tòa phúc thẩm Anh đã ra văn bản quy định một số trường hợp không được viện dẫn.

- Quy tắc pháp lý được đưa ra thiếu căn trong: Tòa phúc thẩm trong vụ Young v. Bristol Aeroplane Co Ltd<sup>31</sup> tuyên rằng, Tòa có quyền không tuân theo một trong những quyết định trước đó của chính Tòa này, với lý do Tòa đã đưa ra quyết định đó ter incuriam, tức là do thiếu căn trọng. Mặc dù án lệ này nguyên thủy chỉ áp dụng cho chính Tòa phúc thẩm, nhưng các tòa án khác cũng áp dụng nó. Chẳng hạn, trong vụ R v. Northumberland Compensation Appeal Tribunal, ex parte Shaw, một nhánh tòa của Bộ phận Hoàng gia thuộc Tòa tối thượng (High Court) đã không áp dụng một quyết định của Tòa phúc thẩm với lý do quyết định đó

được đưa ra thiếu căn trọng, Tòa phúc thẩm đã bỏ sót không viện dẫn một quyết định có liên quan của Viện Nguyên lão.

*Các kỹ thuật tuân thủ, khu biệt, bác bỏ*

Khi tình huống mới phát sinh tương tự như trong vụ việc trước đây, nhưng không hoàn toàn như vậy, thẩm phán ở Anh có ba lựa chọn<sup>32</sup>: một là, nếu thẩm phán cho rằng, cách giải quyết trong án lệ là chấp nhận được về mặt xã hội, ông/bà ta sẽ tuân thủ (follows) và áp dụng nó (applies). Hai là, nếu thẩm phán không cho là như vậy, ông/bà ta sẽ “khu biệt” (distinguishes) phán quyết trước, tức là chỉ áp dụng án lệ đối với một số sự kiện trong vụ án đang xét xử. Ba là, trong một số trường hợp, nếu thẩm phán thấy án lệ không còn phù hợp, ông/bà ta có thể bác bỏ (overrules) và đưa ra phán quyết khác với quyết định trong án lệ trước đó.

Theo các nhà nghiên cứu<sup>33</sup>, cách tiếp cận tuân thủ và áp dụng chính là để bảo đảm tính tiếp nối, bền vững, đoán định trước của pháp luật; còn kỹ thuật khu biệt và bác bỏ nhằm dành đất cho thẩm phán linh hoạt sáng tạo để bắt kịp với sự phát triển của xã hội, của cuộc sống, cũng tức là làm cho pháp luật phát triển.

### 3.4. Xác định “sự tương tự”

Như đã trình bày, án lệ là “vụ án đã được giải quyết tạo cơ sở cho việc xét xử các vụ án sau này mà có những sự kiện hoặc vấn đề pháp lý tương tự”. Dĩ nhiên không thể có hai vụ án giống nhau hoàn toàn, do đó, việc xác định tính chất “tương tự” là vấn đề trung tâm trong án lệ. Yếu tố then chốt của án lệ thể hiện ở chỗ rút ra từ những vụ án trước đó những nguyên tắc được coi là “học thuyết chung” để hướng dẫn những phán quyết sau này<sup>34</sup>. Để có cái nhìn đúng đắn hơn về cách mà tòa án Anh xác định tính chất tương tự, chúng ta thử quay lại với ví dụ về vụ án Attia kiện Công ty cung cấp gas Anh nói trên.

(30) Richard Ward & Amanda Wrang, *tlđđ*, tr. 87.

(31) Đăng trong các tuyển tập: [1944] KB 718, [1944] 2 All ER 293.

(32) Joseph Dainow, *tlđđ*, tr. 425. Xem chi tiết hơn về kỹ thuật khu biệt và bác bỏ trong Richard Ward & Amanda Wrang, *tlđđ*, tr. 90 - 92; Michael Zander QC, *tlđđ*, tr. 275-277.

(33) Joseph Dainow, *tlđđ*, tr. 425. Xem chi tiết hơn về kỹ thuật khu biệt và bác bỏ trong Richard Ward & Amanda Wrang, *tlđđ*, tr. 90 - 92; Michael Zander QC, *tlđđ*, tr. 275-277.

(34) Stefanie Lindquist & Frank Cross, *Empirically Testing Dworkin's Chain Novel Theory: Studying the Path of Precedent*, tr. 4/63.



Điều đáng nói ở đây là, có vẻ như hai vụ kiện này khác nhau khá xa: một bên là sóc do chứng kiến những người thân thiết nhất trong gia đình bị mất và bị thương nặng; một bên là sóc do chứng kiến ngôi nhà bị thiêu rụi. Thế nhưng, Tòa phúc thẩm lại lấy vụ kia làm cơ sở để xử vụ này. Tại sao? Tòa dựa vào đâu để coi đó là án lệ tương tự?

Câu trả lời nằm ở hai chữ “house” và “home”. Cả hai đều nghĩa là nhà. Nhưng khi mô tả về sự việc ngôi nhà bị cháy, Tòa phúc thẩm dùng từ “house”, có thể dịch là ngôi nhà. Còn khi nói về mối liên hệ giữa bà Attia và ngôi nhà của bà, Tòa lại dùng từ “home”, có thể dịch là tổ ấm. Trong tiếng Anh, house - ngôi nhà để chỉ gạch, ngói, gỗ..., những thứ vật chất đã dựng nên nền, tường, mái để con người chui ra chui vào tránh mưa, tránh nắng, tránh thú dữ... Còn khi nói đến home - tổ ấm, từ xa xưa người Anh nghĩ đến cái gì đấy khác, lớn lao hơn, thiêng liêng hơn. “Home” là bầu không khí bên lò sưởi ấm áp, sự an toàn, sự thư giãn, nghỉ ngơi, tình yêu, tụ họp, tiếng cười, nơi gìn giữ kỷ vật, gia sản cha ông...<sup>35</sup>. Bởi vậy, khi bất lực chứng kiến tổ ấm bị thiêu rụi dần trong ngọn lửa, bà Attia cảm thấy như bà đang bị mất đi cái gì đấy thân thương, yêu quý nhất, như mất đi người thân của mình mà mình lại không có cách gì cứu được. Đây là lý do tại sao Tòa phúc thẩm lại dựa vào quyết định của Viện Nguyên lão, coi đó là án lệ tương tự để xử vụ kiện đang thụ lý.

### 3.5. Kỹ thuật ngoại lệ

Tuần thủ án lệ khi xét xử, nhưng trong vài chục năm gần đây ở Anh có xu hướng (không làm giảm ý nghĩa của quy tắc án lệ) tăng số lượng các ngoại lệ lên hoặc xác định rõ ràng hơn những trường hợp quy tắc án lệ được áp dụng đến<sup>36</sup>. Kỹ thuật vận dụng ngoại lệ cho thấy sự lão luyện của một thẩm phán Anh, thể hiện trong việc nắm vững kỹ thuật này, nhận biết mọi khả năng cũng như phạm vi áp dụng của nó.

Tuy nhiên, vận dụng ngoại lệ nhưng ở Anh không hề nói đến việc thay đổi thực tiễn tòa án, mà chỉ nói về sự phát triển luật pháp bằng cách áp dụng kỹ thuật này. Trên thực tế, khi sử dụng kỹ thuật ngoại lệ, người ta vẫn đi đến những kết quả cần thiết mà không phá bỏ tòa nhà pháp luật.

Cũng như ở lục địa châu Âu, ở Anh có những lĩnh vực mà các quy phạm có tính ổn định cao hơn, và những lĩnh vực chúng kém ổn định hơn. Khả năng phát triển có thể bị hạn chế hoặc thậm chí bị kìm hãm hoàn toàn trong một thời kỳ nào đó do một luật hay một quyết định tòa án nào đó gây ra. Nhiều điều cũng phụ thuộc cả vào tâm lý của quan tòa khi cần phải đưa ra những quyết định về vụ việc. Ở Anh có những thẩm phán mạnh dạn cho phép những ngoại lệ và như vậy tạo ra những cơ sở cho sự phát triển tiếp theo của luật pháp. Những thẩm phán khác bảo thủ hơn, nhiệm vụ của họ là giảm bớt sự nhiệt tình trong các đồng nghiệp.

Kỹ thuật ngoại lệ gắn liền với khái niệm của Anh về quy phạm pháp luật (legal rule). Với sự hỗ trợ của ngoại lệ, các luật gia Anh ngày càng cố gắng hạn chế phạm vi áp dụng và nội dung của những quy phạm mà đối với họ, chúng quá chung chung ở dạng ban đầu.

### 3.6. Công bố và trích dẫn án lệ

Không thể có án lệ nếu chúng không được lưu giữ. Ở Anh (cũng như các nước thông luật khác), án lệ được đăng tải trong các tuyển tập tòa án (Law Reports) và lưu giữ qua hàng trăm năm. Tuy nhiên, không phải mọi quyết định của tòa đều trở thành án lệ. Quy tắc án lệ có ít nhiều bị suy giảm do những điều kiện công bố các quyết định tòa án trong các tuyển tập bản án. Khi công bố có sự loại trừ nhất định: công bố 75% các quyết định của Viện Nguyên lão (hiện nay: của Tòa án Tối cao), 25% các quyết định của Tòa phúc thẩm và chỉ 10% của Tòa tối thượng. Như vậy, hoàn toàn có thể gạt ra những

(35) Chỉ vài câu ngạn ngữ phổ biến sau cũng đủ nói lên nhiều điều: “Home follows the family”- Tổ ấm do gia đình mang lại, “Home is where the heart is”- Tổ ấm là nơi trú ngụ của con tim, “Love makes a house a home”- Tình yêu biến ngôi nhà thành tổ ấm, “there’s no place like home”- Không đâu bằng nhà mình, “An Englishman’s home is his castle”- Đối với người Anh, nhà là pháo đài, “everybody wants to go home”- Ai cũng muốn về nhà, “give a dog a home”- Cho người ta tổ ấm trú ngụ, “Home Sweet Home”- Nhà, ôi Ngôi nhà thân thương...

(36) David R., t.lđd.

quyết định không được đăng tải trong các tuyển tập thực tiễn tòa án, vì chúng không được coi là án lệ. Cách làm này giảm bớt số lượng khổng lồ của những quyết định có thể làm lạc hướng luật gia Anh và làm suy yếu uy tín của án lệ.

Những tuyển tập được trọng dụng nhất hiện nay là “Law Reports” có những loạt sau: các quyết định của Viện Nguyên lão (từ năm 2009: của Tòa án tối cao) và Ủy ban tòa án thuộc Hội đồng Cơ mật và các quyết định của ba tòa cấp cao. Ngoài ra, người ta cũng thường viện đến “All England Law Reports” và “Weekly Law Reports”.

Các quyết định tòa án ở Anh được trích dẫn đúng như sau: *Read v. Lyons* (1947) A.C. 156. Trong đó, *Read* - nguyên đơn, *Lyons* - bị đơn. Chữ cái *v.* ở giữa - viết tắt của “versus” - “chống lại, kiện”. Những dữ liệu tiếp theo cho thấy quyết định đó đăng tải trong tuyển tập “Law Reports”, ở loạt A.C. -Appeal Cases (các quyết định của Tòa phúc thẩm), ở tập xuất bản năm 1947, ở trang 156<sup>37</sup>.

### 3.7. Quy tắc án lệ và luật thành văn (Statue law)

Quy tắc án lệ được áp dụng trong việc giải thích luật thành văn. Nhiều tác giả phê phán thực tiễn như vậy<sup>38</sup>. Bởi lẽ, những điều khoản của luật bị chìm trong vô số các quyết định của thực tiễn tòa án. Tinh thần chung và mục đích của luật có nguy cơ bị lãng quên và mất hút trong vô số quyết định tòa án mà mỗi trong số đó chỉ giải quyết vấn đề riêng rẽ. Phương thức áp dụng luật của Anh ở các tòa án gây ra những e ngại cho nhà lập pháp, và Nghị viện đã thông qua những biện pháp loại bỏ sự giám sát của các tòa án cấp cao đối với các tòa án cấp dưới về việc việc giải thích luật ở những tòa án này.

## 4. Án lệ - tầm minh triết của pháp luật

Chúng ta hãy quay trở lại với vụ *Attia* kiện Công ty cung cấp gas Anh. Để xác định đúng tính chất tương tự giữa hai vụ kiện, các thẩm phán Tòa phúc thẩm không chỉ máy móc dựa

trên kiến thức, kinh nghiệm pháp lý. Họ đã vận dụng cả những vùng tri thức khác, trong trường hợp này là văn hoá, văn hoá Anh nói chung và văn hoá pháp lý Anh quốc nói riêng. Những thẩm phán trong vụ *Attia* là những nhà ngôn ngữ tinh tế - cách họ dùng “house” và “home” đủ để nói lên điều đó. Nhưng để là nhà ngôn ngữ tinh tế đến mức ấy, họ có một vốn văn hoá thật dày, thật minh triết. Họ đã biết cách dùng cái vốn ấy một cách uyển chuyển vào việc xét xử, chứ không chỉ máy móc dựa trên luật án lệ (case law) về bồi thường (torts) và về tài sản (property). Đây chính là thẩm quyền và cách sáng tạo pháp luật của thẩm phán Anh quốc, cũng như ở các nước thông luật khác.

Tiếp theo là chuyện pháp luật bảo vệ “tổ ấm” của mỗi con người thế nào. Người Anh luôn luôn tự nhủ, nhà ta là pháo đài của ta. Pháp luật Anh mới bảo: OK, anh cứ yên tâm, ta sẽ biến ngôi nhà của anh thành pháo đài thực thụ. Trong lịch sử pháp luật Anh quốc, không ít lần thẩm phán Anh đã bảo vệ tính chất thiêng liêng, bất khả xâm phạm của ngôi nhà - tổ ấm.

Theo truyền thống cổ luật Anh, nếu bị can giết người để tự vệ chính đáng, anh ta vô tội, tuy nhiên lại bị tước hết những quyền về tài sản. Nhưng trong vụ *Semayne* năm 1605, bị can không bị tước những quyền đó, vì thẩm phán lập luận, anh ta buộc phải giết người để bảo vệ home - tổ ấm của mình. Hoặc vào năm 1606, thẩm phán trong một vụ khác đã tuyên bố, gió hay mưa có thể lọt vào nhà, nhưng Vua cũng không được vào nhà thường dân nếu chưa được chủ nhà cho phép. Còn trong vụ *Entick* kiện *Carrington* năm 1765, cái tinh thần “nhà là pháo đài bất khả xâm phạm” đã được thẩm phán viện dẫn để xét xử.

Nói tóm lại, “home” - tổ ấm là một cái gì đó thật đặc biệt tại chốn pháp đình xứ sở sương mù. Bởi vậy, lịch sử pháp luật Anh quốc là một lý lẽ nữa để giải thích tại sao Tòa phúc thẩm lại dựa vào vụ *McLoughlin* để xử cho bà *Attia* thắng kiện. Như vậy, đây không còn là chuyện

(37) Viện Nguyên lão không cho phép trích dẫn những quyết định chưa được công bố của mình mà chưa xin phép trước (điều đó có thể làm được bằng cách sử dụng cơ sở dữ liệu).

(38) David Rene, *ttđđ*.

ngôi nhà nữa. Đây đã là niềm tin mà pháp luật cố gắng tạo ra ở người dân đối với pháp luật. Trên thực tế thì pháp luật ở Anh, mà đại diện là thẩm phán, đã tạo được niềm tin như thế.

Cuối cùng, khi nói đến pháp luật, tiếng Việt chúng ta có từ “nghiêm minh” - pháp luật nghiêm minh. “Minh” có thể hiểu là “minh bạch”; hiểu như thế cũng được, nhất là hiện nay chúng ta đang muốn pháp luật minh bạch hơn. Nhưng chúng tôi nghiêng về “minh triết” nhiều hơn. Pháp luật không những cần nghiêm khắc, tội nào (trong luật hình sự), lỗi nào (trong luật dân sự) ra tội ấy, lỗi ấy; tội mức nào, lỗi mức nào thì chịu xử mức ấy. Pháp luật còn cần phải minh triết nữa. Trong tác phẩm “Một bậc minh triết thì vô ý” (Nguyễn Ngọc dịch)<sup>39</sup>, triết gia người Pháp Francois Julien có đưa ra những nhận định lý thú về minh triết Á Đông: minh triết quan tâm đến sự ngộ, đối tượng của ngộ là những gì đã biết, biết dễ, ngộ khó; minh triết quan tâm đến sự thoả đáng, điều tiết cũng làm sao cho thoả đáng; minh triết quan tâm đến tổng thể, nhờ cách nhìn nhận tổng thể mà minh triết nhạy cảm hơn với những sự bất trắc, những sự khôn lường trong tồn tại...

Thú vị là trong vụ kiện nói trên, có lẽ các vị thẩm phán Anh đã nghĩ và làm theo kiểu “minh triết” phương Đông. Một thẩm phán có thể biết rất nhiều điều luật, nhiều án lệ liên quan đến nhà cửa - house, tuy nhiên chưa chắc ông đã ngộ ra được cái hồn của tổ ấm - home. Nhưng trong vụ này, có lẽ các thẩm phán đã ngộ ra điều ấy. Họ nhìn vào vụ kiện từ một tầm tổng thể hơn tầm của pháp luật về bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng và pháp luật tài sản của Anh quốc. Có lẽ họ thấy, nếu chỉ đơn giản xử như toà sơ thẩm thì không thoả đáng đối với bà chủ nhà. Nghĩa là minh triết đã giúp pháp luật soi rọi vào những góc ngách, những góc khuất của cuộc đời muôn hình vạn dạng. Minh triết giúp pháp luật trở nên dễ được chấp nhận hơn trong con mắt người dân; hay nói cách khác, pháp luật điều tiết làm sao cho thoả đáng hơn. Nói tóm lại, sự uyển chuyển, cái nhìn vượt ra ngoài pháp luật, tầm minh triết khi áp dụng án lệ đã giúp làm cho con đường đến

với công lý bớt nhọc nhằn và bớt xa xôi đi hơn nhiều lần.

### Kết luận

Án lệ đã ăn sâu vào thực tiễn xét xử của tòa án Anh quốc, trở thành một nguồn pháp luật quan trọng hàng đầu ở nước này. Mặt khác, hiện nay luật thành văn trong pháp luật Anh không còn là nguồn luật có ý nghĩa thứ yếu. Có nhiều lĩnh vực của đời sống xã hội ở Anh mà các nguyên tắc về trật tự pháp lý liên quan chỉ có thể tìm thấy trong luật thành văn. Hơn nữa, trong những trường hợp cần thiết, nghị viện có thể ban hành văn bản bãi bỏ án lệ.

Đến lượt mình, nhà lập pháp Anh không tạo ra được những quy phạm pháp luật có tính chất tổng quát. Nhà lập pháp Anh cố gắng đứng vững ở tầm cao của các quy phạm do thực tiễn tòa án tạo ra vì chỉ có những quy phạm đó được coi là những quy phạm thực sự<sup>40</sup>. Về mặt khác, những nguyên tắc trong luật thành văn được các luật gia Anh công nhận hoàn toàn và hoà nhập vào hệ thống thông luật sau khi được áp dụng, khảo cứu và phát triển bởi thực tiễn tòa án.

Án lệ vừa bảo đảm sự ổn định, tính tiên liệu được của pháp luật, đồng thời dành đất cho sự sáng tạo, linh hoạt. Quy tắc án lệ không phải được áp dụng một cách máy móc và làm cản trở sự phát triển của luật pháp Anh. Lịch sử đã bác bỏ cái nhìn đó<sup>41</sup>. Quy tắc án lệ không có mục đích nào khác ngoài việc tạo ra cho luật pháp Anh những khuôn khổ nhất định, giữ cơ cấu truyền thống. Nếu như vào thế kỷ XIX, quy tắc án lệ được tuân thủ quá sát sao cũng chỉ vì những điều kiện thời đó đòi hỏi như vậy. Hiện nay, sự phát triển xã hội đòi hỏi nhiều hơn sự mềm dẻo do nhịp độ biến đổi của xã hội. Tại Anh, quy tắc án lệ vẫn còn có hiệu lực, nhưng ở lĩnh vực cần thiết người ta đã thích ứng với những yêu cầu của thời đại. Đặc biệt, án lệ sống được, bền rễ được sâu như thế ở Anh chắc là nhờ có tầm văn hóa, tầm minh triết của những người sáng tạo ra nó - các thẩm phán Anh quốc. ■

(39) Trong sách: Francois Julien, *Triết học phương Tây và minh triết phương Đông*, sách dịch, Nxb. Đà Nẵng, 2004.

(40) David R., *tlđđ*.

(41) David R., *tlđđ*.