TH□NG RA M□T K□
11(331)
2015
N□M TH□ 44

TỔNG BIÊN TẬP
L□ MAI THANH

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP
GS.TSKH. □ÀO TR□□C
PGS.TS. B□I XUÂN □□C
PGS.TS. PH□M H□NG H□I
PGS.TS. TR□N □□NH H□O
PGS.TS. HÀ TH□MAI HI□N
PGS.TS. PH□M H□U NGH□
PGS.TS. NGUYỄN NH□ PH□T
PGS.TS. L□ MINH THẮNG
PGS.TS. NGUYỄN TRUNG TÍN
GS.TS. V□ KH□NH VINH
PGS.TS. □INH NG□C V□□NG

Trụ sở Toà soạn:
27 Trần Xuân Soạn
Hà Nội

Tel: 04.39713333
Fax: 04.39764534
Email:
tcnnpl@isl.gov.vn

Gi□y ph□p ho□t □□ng b□o ch□ s□ 121/GP-BTTTT, ngày 22/4/2013

In tại Công ty in Thủy lợi

Gi□: 20.000□

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

MỤC LỤC

GÓP Ý KIẾN VÀO DỰ THẢO CÁC VĂN KIỆN TRÌNH ĐẠI HỘI XII CỦA ĐẢNG

❖ PHẠM HỮU NGHỊ – TÔ VĂN ĐỒNG: Về phát huy dân chủ, đấu tranh phòng, chống tham nhũng trong các Dự thảo văn kiện Đại hội XII của Đảng Cộng sản Việt Nam 3

❖ NGUYỄN ĐỨC MINH: Bàn về phát huy dân chủ xã hội chủ nghĩa trong Dự thảo Báo cáo chính trị của Ban Chấp hành Trung ương Đảng khóa XI 12

LUẬT HIẾN PHÁP, LUẬT HÀNH CHÍNH

❖ TRƯƠNG HỒNG QUANG: Một số góp ý cho Dự thảo Luật về Hội 19

❖ CAO VŨ MINH: Hoàn thiện các biện pháp ngăn chặn và bảo đảm xử lý vi phạm hành chính trong Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 theo tinh thần Công ước của Liên hợp quốc về chống tra tấn và các hình thức đối xử hoặc trừng phạt tàn bạo, vô nhân đạo hoặc hạ nhục con người 25

LUẬT HÌNH SỰ, LUẬT TỐ TỤNG HÌNH SỰ

❖ NGUYỄN NGỌC HÒA: Nội dung riêng biệt và tính thống nhất của Bộ luật Hình sự trong hệ thống pháp luật Việt Nam 35

❖ LÊ CẢM: Hoàn thiện chế định tội phạm trong Phần chung Dự thảo Bộ luật Hình sự (sửa đổi) theo định hướng tăng cường hơn nữa việc bảo vệ các quyền con người 43

❖ NGUYỄN ANH TUẤN: Góp ý hoàn thiện quy định về các tội xâm phạm an ninh quốc gia trong Dự thảo Bộ luật Hình sự (sửa đổi) 51

❖ VÕ THỊ KIM OANH – LÊ THỊ THÙY DƯƠNG: Một số góp ý về thủ tục tố tụng đối với người chưa thành niên trong Dự thảo Bộ luật Tố tụng Hình sự (sửa đổi) 56

LUẬT DÂN SỰ, LUẬT SỞ HỮU TRÍ TUỆ, LUẬT LAO ĐỘNG

❖ NGÔ QUỐC CHIẾN: Một vài góp ý đối với Phần thứ 5 Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi) 61

❖ PHAN QUỐC NGUYÊN: Hoàn thiện các quy định pháp luật về điều kiện bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp đối với sáng chế ở Việt Nam 69

❖ LÊ THỊ HOÀI THU: Bất cập trong áp dụng các quy định pháp luật về thủ tục giải quyết tranh chấp lao động tập thể ở Việt Nam hiện nay 74

LUẬT QUỐC TẾ

❖ LÊ THỊ ANH ĐÀO: Hoàn thiện các quy định về phê chuẩn, phê duyệt và gia nhập Điều ước quốc tế trong Luật Ký kết, gia nhập và thực hiện Điều ước quốc tế năm 2005 79

MONTHLY ISSUE
11(331)
2015
44TH YEAR

EDITOR IN CHIEF
LE MAI THANH

EDITORIAL BOARD
DAO TRI UC
BUI XUAN DUC
PHAM HONG HAI
TRAN DINH HAO
HA THI MAI HIEN
PHAM HUU NGHI
NGUYEN NHU PHAT
LE MINH THONG
NGUYEN TRUNG TIN
VO KHANH VINH
DINH NGOC VUONG

Office of the Editorial Board:
27 Tran Xuan Soan
Ha Noi

Tel: 04.39713333
Fax: 04.39764534
Email: tcnnpl@isl.gov.vn

Licence for Press Activities No. 121/GP-BTTTT dated 22 April 2013

Printed by Water Resources Printing Company

Price: 20.000 VND

STATE AND LAW

CONTENTS

COMMENTS ON THE DRAFT DOCUMENTS SUBMITTED TO THE 12TH NATIONAL CONGRESS

❖ PHAM HUU NGHI – TO VAN DONG: On promoting democracy and anti-corruption in the Draft Documents of the 12th National Congress of the Communist Party of Vietnam 3

❖ NGUYEN DUC MINH: On promoting socialist democracy in the Draft Political Report of the 11th Party Central Committee 12

CONSTITUTIONAL LAW, ADMINISTRATIVE LAW

❖ TRUONG HONG QUANG: Some comments on the Draft Law on Associations 19

❖ CAO VU MINH: Improving the measures to prevent administrative violations and ensure the handling of administrative violations provided for in the 2012 Law on Handling of Administrative Violations in the spirit of the United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment 25

CRIMINAL LAW, CRIMINAL PROCEDURE LAW

❖ NGUYEN NGOC HOA: Dependency and consistency of the Penal Code in Vietnamese legal system 35

❖ LE CAM: Improving provisions on crime in the General Part of the Draft Penal Code (Amendment) under the direction to enhance the protection of human rights 43

❖ NGUYEN ANH TUAN: Some comments for improving the provisions on the crimes of infringing upon national security in the Draft Penal Code (Amendment) 51

❖ VO THI KIM OANH – LE THI THUY DUONG: Some comments on the procedure for minors under the Draft Criminal Procedure Code (Amendment) 56

CIVIL LAW, INTELECTUAL PROPERTY LAW, LABOUR LAW

❖ NGO QUOC CHIEN: Some comments on the Part V of the Draft Civil Code (Amendment) 61

❖ PHAN QUOC NGUYEN: Improving provisions on protection conditions for inventions in Vietnam 69

❖ LE THI HOAI THU: Some shortcomings in the application of legal provisions on the collective labor disputes settlement procedure in Vietnam at present 74

INTERNATIONAL LAW

❖ LE THI ANH DAO: Improving the provisions on ratification, approval and accession to international treaties under the 2005 Law on conclusion, accession to and implementation of treaties 79

VỀ PHÁT HUY DÂN CHỦ, ĐẤU TRANH PHÒNG, CHỐNG THAM NHŨNG TRONG CÁC DỰ THẢO VĂN KIỆN ĐẠI HỘI XII CỦA ĐẢNG CỘNG SẢN VIỆT NAM

Phạm Hữu Nghị [*]
Tô Văn Đồng [**]

Tóm tắt: *Bài viết nêu và phân tích các luận điểm về phát huy dân chủ, giám sát, phản biện xã hội và về đấu tranh phòng, chống tham nhũng trong các dự thảo văn kiện trình Đại hội XII Đảng Cộng sản Việt Nam; phân tích, đánh giá thực trạng dân chủ và thực trạng tham nhũng ở nước ta; đưa ra một số kiến nghị về việc chỉnh sửa, bổ sung cách đánh giá thực trạng dân chủ và tham nhũng trong các văn kiện - Đại hội XII; đề xuất giải pháp thực thi dân chủ và đấu tranh phòng, chống tham nhũng ở nước ta.*

Abstract: *The article presents and analyses the positions on promoting democracy, social supervision and criticism, and anti-corruption in the draft documents submitted to the 12th National Congress of Communist Party of Vietnam; analyses and assesses the current situation of democracy and of corruption in Vietnam; makes recommendations on amending and supplementing methods to assess the democracy and corruption situation in the draft documents of the 12th National Congress; and makes proposals to improve the implementation of democracy and anti-corruption in Vietnam.*

Trong Dự thảo Báo cáo chính trị của Ban Chấp hành Trung ương khóa XI và Dự thảo Báo cáo đánh giá kết quả thực hiện nhiệm vụ phát triển kinh tế - xã hội năm 2011-2015 và phương hướng, nhiệm vụ phát triển kinh tế - xã hội 5 năm 2016-2020 sẽ được trình ra Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XII của Đảng, các nội dung về phát huy dân chủ, giám sát, phản biện xã hội và về đấu tranh phòng, chống tham nhũng là hai chủ đề nổi bật và được đề cập nhiều lần.

Trong bài viết này, chúng tôi điểm lại các nội dung về phát huy dân chủ, giám sát, phản biện xã hội và về đấu tranh phòng, chống tham nhũng trong hai dự thảo nêu trên[1]; phân tích, đánh giá thực trạng dân chủ và thực trạng tham nhũng ở nước ta; đưa ra một số kiến nghị về việc chỉnh sửa, bổ sung cách đánh giá thực trạng dân chủ và tham nhũng trong các văn kiện Đại hội XII và giải pháp thực thi dân chủ và đấu tranh phòng, chống tham nhũng ở nước ta.

1. Về phát huy dân chủ

Dự thảo Báo cáo chính trị của Ban Chấp hành Trung ương khóa XI tại Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XII của Đảng có đánh giá: "Dân chủ xã hội chủ nghĩa và sức mạnh đại đoàn kết dân tộc tiếp tục được

[*] PGS.TS., Viện Nhà nước và Pháp luật.
[**] ThS., Trường Đại học Cảnh sát nhân dân.

[1] Các luận điểm về dân chủ, giám sát, phản biện xã hội và phòng, chống tham nhũng trích dẫn trong bài viết này được lấy từ Mục Dự thảo các văn kiện Đại hội lần thứ XII đăng tại trang web của Đảng Cộng sản Việt Nam - Đại hội XII, theo đường dẫn sau đây: http://daihoi12.dangcongsan.vn/Modules/News/ListObjectNews.aspx?co_id=28340689

nâng cao". Đồng thời, Dự thảo Báo cáo chính trị cũng chỉ ra hạn chế: "Dân chủ xã hội chủ nghĩa và sức mạnh đại đoàn kết dân tộc chưa được phát huy đầy đủ".

Nhìn lại 30 năm đổi mới, Dự thảo Báo cáo chính trị rút ra bài học: Đổi mới phải luôn quán triệt quan điểm "dân là gốc", vì lợi ích của nhân dân, dựa vào nhân dân, phát huy vai trò làm chủ, tinh thần sáng tạo và mọi nguồn lực của nhân dân; phát huy sức mạnh đoàn kết dân tộc.

Một trong những mục tiêu tổng quát trong 5 năm tới là: Phát huy sức mạnh toàn dân tộc và dân chủ xã hội chủ nghĩa.

Một trong 12 nhiệm vụ tổng quát của giai đoạn 2016-2020 là: Hoàn thiện, phát huy dân chủ và quyền làm chủ của nhân dân; không ngừng củng cố, phát huy sức mạnh của khối đại đoàn kết toàn dân tộc; tăng cường sự đồng thuận xã hội; tiếp tục đổi mới nội dung và phương thức hoạt động của Mặt trận Tổ quốc và các đoàn thể nhân dân.

Dự thảo Báo cáo Chính trị đưa ra nhận định: Sự tham gia giám sát của Mặt trận Tổ quốc, của các tổ chức chính trị - xã hội và nhân dân đối với hoạt động quản lý nhà nước còn hạn chế.

Trong các phương hướng, nhiệm vụ 5 năm tới, Dự thảo Báo cáo chính trị có đưa ra phương hướng, nhiệm vụ đổi mới, hoàn thiện cơ chế, chính sách để phát huy vai trò làm chủ của nhân dân; bảo đảm quyền tự do, dân chủ trong hoạt động kinh tế của người dân theo quy định của Hiến pháp, pháp luật và sự tham gia của Mặt trận Tổ quốc và các tổ chức chính trị - xã hội trong xây dựng và giám sát việc thực hiện thể chế kinh tế và phát triển kinh tế - xã hội.

Trong phần thứ XII: Phát huy sức mạnh đại đoàn kết dân tộc, Dự thảo Báo cáo chính trị có nêu nhiệm vụ: Coi trọng tư vấn, phản biện, giám định xã hội của các cơ quan nghiên cứu khoa học trong việc hoạch định đường lối, chủ trương của Đảng, chính sách, pháp luật của Nhà nước và các dự án phát triển kinh tế, văn hóa, xã hội.

Tiếp tục tăng cường củng cố tổ chức, đổi mới nội dung và phương thức hoạt động của Mặt trận Tổ quốc và các đoàn thể nhân dân. Mặt trận Tổ quốc đóng vai trò nòng cốt trong tập hợp, phát huy sức mạnh đại đoàn kết dân tộc, thực hiện dân chủ, tăng cường đồng thuận xã hội; tham gia xây dựng Đảng, Nhà nước, hoạt động ngoại giao nhân dân góp phần xây dựng và bảo vệ Tổ quốc.

Trong phần thứ XIII: Phát huy dân chủ xã hội chủ nghĩa, bảo đảm quyền làm chủ của nhân dân, Dự thảo Báo cáo chính trị đã đánh giá tình hình: "Đảng và Nhà nước tiếp tục ban hành nhiều chủ trương, chính sách, pháp luật nhằm phát huy dân chủ xã hội chủ nghĩa, bảo đảm thực hiện quyền làm chủ của nhân dân. Quyền con người, quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân được xác định đầy đủ hơn trong Hiến pháp năm 2013 và trong hệ thống pháp luật. Khẳng định rõ các quyền con người, quyền công dân về chính trị, dân sự, kinh tế, văn hoá, xã hội được công nhận, tôn trọng, bảo vệ, bảo đảm theo Hiến pháp và pháp luật; gắn quyền công dân với nghĩa vụ và trách nhiệm đối với xã hội. Ý thức về quyền và nghĩa vụ công dân, năng lực làm chủ, tham gia quản lý xã hội của nhân dân, ý thức về dân chủ trong xã hội được nâng lên. Việc thực hiện Quy chế dân chủ ở cơ sở và Pháp lệnh Thực hiện dân chủ ở xã, phường, thị trấn có tiến bộ. Quyền làm chủ của nhân dân được phát huy tốt hơn trong các lĩnh vực của đời sống xã hội bằng dân chủ trực tiếp và dân chủ đại diện, nhất là trong lĩnh vực chính trị và kinh tế. Nhiều

cấp uỷ đảng, chính quyền đã lắng nghe, tăng cường tiếp xúc, đối thoại với nhân dân, tôn trọng các loại ý kiến khác nhau".

Tuy nhiên, theo Dự thảo Báo cáo chính trị, nhận thức về dân chủ trong một bộ phận cán bộ, đảng viên và nhân dân còn hạn chế. Tình trạng tách rời, thậm chí đối lập giữa dân chủ và kỷ cương pháp luật trong xây dựng và thực hiện dân chủ còn tồn tại ở nhiều nơi. Quyền làm chủ của nhân dân ở nhiều nơi, nhiều lĩnh vực còn bị vi phạm. Có lúc, có nơi, việc thực hiện dân chủ còn hạn chế hoặc mang tính hình thức; có tình trạng lợi dụng dân chủ gây chia rẽ, làm mất đoàn kết nội bộ, gây rối, ảnh hưởng đến an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội.

Những hạn chế, khuyết điểm nêu trên do nhiều nguyên nhân: Hệ thống pháp luật, cơ chế, quy chế, tổ chức và các điều kiện để thực thi dân chủ, quyền làm chủ của nhân dân còn thiếu và chưa đồng bộ. Không ít cấp uỷ đảng, cơ quan nhà nước, cán bộ, đảng viên chưa là tấm gương về phát huy dân chủ trong xã hội.

Về phương hướng và nhiệm vụ trong 5 năm tới, Dự thảo Báo cáo chính trị xác định: Tiếp tục phát huy dân chủ xã hội chủ nghĩa, bảo đảm tất cả quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân. Mọi đường lối, chủ trương của Đảng, chính sách, pháp luật của Nhà nước đều xuất phát từ nguyện vọng, quyền và lợi ích chính đáng của nhân dân, được nhân dân tham gia ý kiến. Dân chủ phải được thực hiện đầy đủ, nghiêm túc trên tất cả các lĩnh vực của đời sống xã hội. Bảo đảm để nhân dân tham gia ở tất cả các khâu của quá trình đưa ra những quyết định liên quan đến lợi ích, cuộc sống của nhân dân, từ nêu sáng kiến, tham gia thảo luận, tranh luận đến giám sát quá trình thực hiện. Tập trung xây dựng những văn bản pháp luật liên quan trực tiếp đến quyền làm chủ của nhân dân. Cụ thể hoá và nâng cao chất lượng các hình thức thực hiện dân chủ trực tiếp và dân chủ đại diện. Thực hiện quyền con người, quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân, theo tinh thần của Hiến pháp năm 2013; gắn quyền với trách nhiệm, nghĩa vụ, đề cao đạo đức xã hội. Tiếp tục thực hiện tốt Quy chế dân chủ ở cơ sở và Pháp lệnh Thực hiện dân chủ ở xã, phường, thị trấn. Đảng và Nhà nước có cơ chế, chính sách bảo vệ và bảo đảm thực hiện tốt quyền con người, quyền công dân. Thể chế hoá và thực hiện tốt phương châm: "Dân biết, dân bàn, dân làm, dân kiểm tra, giám sát".

Như vậy, trong Dự thảo các báo cáo tại Đại hội XII của Đảng, vấn đề dân chủ, giám sát và phản biện xã hội dành được sự quan tâm rất lớn và được khắc họa khá đậm nét.

Dưới đây, chúng tôi có một số trao đổi về dân chủ và thực trạng dân chủ ở nước ta làm tiền đề đề xuất một số kiến nghị.

Ở Việt Nam cũng như ở các nước xã hội chủ nghĩa trước đây thường nói về tính ưu việt của dân chủ xã hội chủ nghĩa. Đây là nền dân chủ dành cho tuyệt đại đa số nhân dân chứ không phải là nền dân chủ dành cho thiểu số như ở các nước tư bản chủ nghĩa. Nền dân chủ xã hội chủ nghĩa có tính ưu việt, tính thống nhất ở cơ sở kinh tế là chế độ sở hữu công cộng về tư liệu sản xuất, ở sự lãnh đạo của Đảng Cộng sản, ở mục tiêu xây dựng xã hội chủ nghĩa, ở sự thống nhất ý chí và hành động của toàn bộ hệ thống chuyên chính vô sản (nay đã được gọi là hệ thống chính trị) và của toàn dân.

Có một thời kỳ, ở các nước xã hội chủ nghĩa không nói hoặc nói rất ít, nói không đầy đủ về các giá trị phổ quát của dân chủ như: Bầu cử tự do; tự do tư tưởng, tự do ngôn luận, tự do báo chí, tự do lập hội; bảo

đảm các quyền tự do dân chủ của con người, của công dân; trưng cầu ý dân; giám sát xã hội, dư luận xã hội, phản biện xã hội của tổ chức xã hội và công dân đối với tổ chức và hoạt động của đảng cầm quyền, của bộ máy nhà nước; văn hóa chính trị, văn hóa pháp lý.

Ở nước ta, không phải đến các dự thảo văn kiện Đại hội XII vấn đề dân chủ và thực thi dân chủ mới được quan tâm, mà trong các nghị quyết của Đảng trong các thời kỳ đều rất quan tâm đến vấn đề dân chủ. Đảng ta nêu rõ mục tiêu phấn đấu là xây dựng nước ta thành một nước dân giàu, nước mạnh, dân chủ, công bằng, văn minh.

Nói về dân chủ, theo Chủ tịch Hồ Chí Minh, trước hết là nói về quyền được làm chủ, quyền được thụ hưởng nền dân chủ của người dân trong một thể chế chính trị - xã hội. Trong Tuyên ngôn độc lập ngày 02/9/1945 tại Ba Đình (Hà Nội), Chủ tịch Hồ Chí Minh đã trích dẫn Tuyên ngôn Độc lập năm 1776 của nước Mỹ: "Tất cả mọi người đều sinh ra có quyền bình đẳng. Tạo hoá cho họ những quyền không ai có thể xâm phạm được; trong những quyền ấy, có quyền được sống, quyền tự do và quyền mưu cầu hạnh phúc". Tiếp đó, Người trích dẫn Tuyên ngôn Nhân quyền và Dân quyền của Cách mạng Pháp năm 1789: "Người ta sinh ra tự do và bình đẳng về quyền lợi; và phải luôn luôn được tự do và bình đẳng về quyền lợi".

Dân chủ luôn luôn là khát khao, nguyện vọng của con người, của mọi dân tộc trong mọi thời đại. Nó cần như cơm ăn, áo mặc, nước uống hằng ngày. Dân chủ là thước đo nền văn minh xã hội và năng lực lãnh đạo của một đảng cầm quyền, năng lực quản lý của một Nhà nước.

Thực tiễn các quốc gia trên thế giới và thực tiễn ở Việt Nam đều chứng minh chân lý: Dân chủ không phải tự nhiên mà có. Ai cũng thấu hiểu: Muốn có một xã hội thực sự dân chủ, thực sự văn minh, lành mạnh phải đấu tranh, kể cả phải hy sinh xương máu. Dân chủ và cuộc đấu tranh vì dân chủ, hòa bình, độc lập dân tộc, hợp tác và phát triển là một xu thế của thời đại.

Ở nước ta hiện nay, dân chủ trở thành mục tiêu và động lực của công cuộc đổi mới. Vấn đề dân chủ ngày càng có tầm quan trọng trong quá trình phát triển kinh tế - xã hội, đẩy mạnh công nghiệp hóa, hiện đại hóa và hội nhập quốc tế. Những thành tựu của quá trình dân chủ hóa đang góp phần tích cực vào sự nghiệp xây dựng và bảo vệ Tổ quốc.

Mặt khác, chúng ta đều ý thức được rằng, nhận thức về vấn đề dân chủ, hiểu biết về dân chủ đã khó khăn và phức tạp, nhưng thực hiện dân chủ trong đời sống còn khó khăn và phức tạp hơn nhiều lần.

Những vấn đề về mục tiêu, nguyên tắc, động lực, nội dung, hình thức, phương pháp và bước đi của dân chủ luôn là những vấn đề khó khăn và mới mẻ, đòi hỏi phải giải quyết một cách đồng bộ, cần sự hợp lực rộng lớn của các thành phần trong xã hội để làm chuyển biến, thay đổi từ tư duy, nếp nghĩ, thói quen, lối sống đến những hành động trong thực tế cuộc sống.

Dân chủ cần được hiểu là dân chủ trong Đảng và dân chủ toàn xã hội, dân chủ ngay trong các cộng đồng dân cư, dân chủ trong mọi lĩnh vực của đời sống xã hội. Thế nhưng, có một thực tế phải thừa nhận là phần đông trong xã hội, từ cán bộ, đảng viên đến người lao động đều chưa thực sự biết sử dụng và phát huy quyền dân chủ của mình.

Hiện nay, có một thực trạng xã hội đáng buồn: Người ta ít quan tâm đến việc phát huy quyền dân chủ, mà nặng chú ý những

gì có lợi trực tiếp cho bản thân. Cán bộ có chức, có quyền do động cơ vun vén lợi ích cá nhân mà vi phạm dân chủ, dọa nạt, ức hiếp, trù dập, trả thù những người dân tố cáo sai phạm. Những cán bộ này rất sợ dân chủ, tìm cách né tránh dân chủ. Bởi lẽ, nếu thực hiện dân chủ thực sự thì làm sao họ có thể qua mặt nhân dân để mưu lợi ích cá nhân và lợi ích nhóm bất hợp pháp.

Trong nhân dân, trong xã hội, trong Đảng có tình trạng người ta chỉ biết lo cho cái tôi bé nhỏ, từ đó co lại, trùm chăn an phận, sống theo kiểu "mũ ni che tai, đèn nhà ai nhà ấy rạng". Từ đây, nảy sinh hiện tượng lối sống vô cảm. Tâm lý sợ bị trù dập, sợ trả thù, hoặc tâm lý tự ti không dám lên tiếng phê bình, khiếu nại, tố cáo khá phổ biến trong xã hội.

Vậy ra, thực hiện quyền dân chủ, đấu tranh vì nền dân chủ thực sự rất cần bản lĩnh, dũng khí, chính kiến rõ ràng. Chính mỗi cán bộ, đảng viên và người dân cần phát huy quyền dân chủ của mình. Vô cảm trước những đau khổ, thiệt thòi, oan khốc của người khác; không dám đấu tranh với các vi phạm dân chủ một cách trắng trợn, tưởng như được an toàn cho bản thân, gia đình, nhưng đến lúc nào đó cái oan khổ, cái hại sẽ đến với chính mình. Nếu như mọi cán bộ, đảng viên và người dân biết hưởng quyền dân chủ đã được Hiến pháp thừa nhận và bảo vệ, biết và dám sử dụng quyền dân chủ, có bản lĩnh, ý chí đấu tranh chống mọi sự bất công thì sẽ tạo sức mạnh tổng hợp toàn xã hội để vươn tới xây dựng được một xã hội dân chủ, công bằng, văn minh.

Có như vậy mới tránh được nguy cơ sụp đổ của chính quyền và những trở ngại khác đối với một cuộc sống công bằng, với cơ hội sống an khang, thịnh vượng cho tất cả mọi người. Chỉ có sự tham gia công bằng, tự do và dân chủ của người dân vào đời sống chính trị - xã hội và kinh tế của một quốc gia hay một cộng đồng mới có thể tăng cường an ninh, an toàn cho cuộc sống và mỗi con người. Chỉ có đảm bảo đầy đủ các quyền con người, tôn trọng dân chủ, quản lý nhà nước với sự tham gia của người dân thì mới có an ninh cho mỗi cá nhân và cộng đồng, mới đi tới phát triển xã hội thực sự dân chủ, công bằng, văn minh.

Từ những vấn đề đã trình bày trên đây, chúng tôi có một số ý kiến về thực thi dân chủ ở nước ta như sau:

Thứ nhất, để thực hiện dân chủ trong xã hội, trước hết phải bảo đảm phát huy dân chủ thực sự trong Đảng là hạt nhân để phát huy đầy đủ dân chủ trong xã hội. Mọi chủ trương, đường lối về phát triển đất nước phải được bàn bạc, trao đổi rộng rãi trong toàn Đảng. Cơ quan, tổ chức Đảng có thẩm quyền cần xây dựng nhiều phương án để đưa ra thảo luận. Hiện nay, còn khá nhiều vấn đề chưa được làm sáng tỏ như các dự thảo văn kiện đã nêu. Trong bối cảnh đó, chỉ có thực hành dân chủ thực sự trong Đảng, trong toàn xã hội mới phát huy được trí tuệ của toàn Đảng để giải quyết các vấn đề đang đặt ra rất cấp bách ở nước ta.

Thứ hai, trong thực hành dân chủ ở nước ta, lời nói phải đi đôi với việc làm. Không thể để tình trạng: Chủ trương, đường lối thì nêu cần phát huy dân chủ, dân chủ vừa là mục tiêu vừa là động lực của sự nghiệp đổi mới, nhưng khi các đảng viên đưa ra các ý kiến đóng góp xây dựng đất nước với nhiều phương án khác nhau thì lại bị quy là trái đường lối, chính sách của Đảng, là suy thoái. Không có tự do tư tưởng, tự do sáng tạo, không có giám sát, phản biện xã hội thực sự trong môi trường áp đặt về tư tưởng như thế. Xã hội sẽ lâm

vào tình trạng trì trệ khi không có tự do tư tưởng, tự do sáng tạo, không có giám sát, phản biện xã hội thực sự.

Thứ ba, thực hiện đúng nguyên tắc pháp quyền trong đời sống xã hội, Hiến pháp và các đạo luật có vai trò tối thượng trong đời sống xã hội. Dân chủ gắn bó mật thiết với pháp luật. Một khi pháp luật chưa thực sự được coi trọng trong xã hội, trong hoạt động quản lý của Nhà nước, trong hoạt động cầm quyền của đảng cầm quyền thì tình trạng xâm hại các quyền tự do, dân chủ của công dân luôn có nguy cơ rất lớn.

Một Nhà nước được coi là Nhà nước pháp quyền, một xã hội được coi là dân chủ khi tất cả quyền lực trong nước đều thuộc về nhân dân. Nhân dân phải là chủ thể thực sự xây dựng, đóng góp ý kiến, phản biện, giám sát chính quyền và đảng cầm quyền. Chỉ khi đó chúng ta mới có được một chính quyền mạnh mẽ, sáng suốt của nhân dân như ước nguyện của Chủ tịch Hồ Chí Minh.

2. Về đấu tranh phòng, chống tham nhũng trong bộ máy nhà nước

Dự thảo Báo cáo chính trị của Ban Chấp hành Trung ương khóa XI tại Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XII của Đảng có ghi nhận: "Tình trạng suy thoái về tư tưởng chính trị, đạo đức, lối sống của một bộ phận cán bộ đảng viên và tệ quan liêu, tham nhũng, lãng phí… chưa được đẩy lùi".

Một trong những bài học được rút ra sau 5 năm thực hiện Nghị quyết Đại hội XI của Đảng là: Cần đẩy mạnh phòng, chống quan liêu, tham nhũng, lãng phí.

Một trong 12 nhiệm vụ tổng quát của giai đoạn 2016-2020 là: Đẩy mạnh đấu tranh phòng, chống tham nhũng, lãng phí, quan liêu, tệ nạn xã hội và tội phạm.

Tại phần thứ XIV: Hoàn thiện Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa của Dự thảo Báo cáo chính trị có đưa ra nhận định: "Công tác phòng, chống tham nhũng, lãng phí trong các cơ quan nhà nước, trong đội ngũ cán bộ, công chức chưa đạt yêu cầu đặt ra. Tham nhũng, lãng phí vẫn còn nghiêm trọng".

Tại mục 7 (Hiệu lực, hiệu quả quản lý nhà nước) của phần II Dự thảo Báo cáo Đánh giá kết quả thực hiện nhiệm vụ phát triển kinh tế xã hội 5 năm 2011-2015 và phương hướng, nhiệm vụ phát triển kinh tế - xã hội 5 năm 2016-2020 có đánh giá: "Công tác phòng, chống tham nhũng chưa đạt yêu cầu đề ra là ngăn chặn, từng bước đẩy lùi. Kê khai tài sản còn hình thức. Hoạt động giám sát, kiểm tra, thanh tra hiệu quả còn thấp".

Trên cơ sở đánh giá những yếu kém của công tác phòng, chống tham nhũng, Dự thảo Báo cáo Đánh giá kết quả thực hiện nhiệm vụ phát triển kinh tế - xã hội 5 năm 2011-2015 và phương hướng, nhiệm vụ phát triển kinh tế - xã hội 5 năm 2016-2020 đưa ra nhiệm vụ và giải pháp chủ yếu phòng, chống tham nhũng như sau:

Tiếp tục hoàn thiện thể chế, luật pháp, cơ chế, chính sách, bảo đảm chặt chẽ, công khai, minh bạch và thực hiện đồng bộ các giải pháp về phòng, chống tham nhũng, thực hành tiết kiệm, chống lãng phí, tập trung vào các lĩnh vực dễ phát sinh tiêu cực. Kiện toàn tổ chức bộ máy phòng, chống tham nhũng. Thực hiện nghiêm quy định về kê khai, kiểm soát kê khai tài sản, thu nhập của đội ngũ cán bộ, công chức, viên chức. Chú trọng giáo dục phẩm chất đạo đức và trách nhiệm công vụ. Đề cao trách nhiệm của tổ chức đảng và người đứng đầu cơ quan, tổ chức, đơn vị trong phòng, chống tham nhũng, lãng phí.

Nâng cao hiệu lực, hiệu quả công tác kiểm tra, thanh tra, kiểm toán, điều tra, truy tố, xét xử và xử lý nghiêm, đúng pháp luật các hành vi tham nhũng, lãng phí. Tăng cường giám sát và phòng, chống tham nhũng trong các cơ quan bảo vệ pháp luật.

Thiết lập cơ chế giám sát và kiểm soát quyền lực hiệu quả. Phát huy vai trò giám sát của cơ quan dân cử, Mặt trận Tổ quốc, các đoàn thể nhân dân trong phòng, chống tham nhũng, lãng phí. Làm tốt công tác tiếp nhận thông tin và xử lý khiếu nại, tố cáo. Có cơ chế hữu hiệu bảo vệ người phát hiện, tố cáo tham nhũng. Phát huy vai trò và trách nhiệm của cơ quan thông tin, truyền thông trong phòng, chống tham nhũng, lãng phí. Nghiêm trị những hành vi lợi dụng chống tham nhũng để vu khống, tố cáo sai sự thật. Đẩy mạnh hợp tác quốc tế trong phòng, chống tham nhũng.

Trong phần thứ XII: Phát huy sức mạnh đại đoàn kết dân tộc, Dự thảo Báo cáo chính trị có nêu nhiệm vụ: Đảng và Nhà nước có cơ chế, chính sách, tạo điều kiện, đồng thời động viên các cựu chiến binh… tích cực tham gia phòng, chống quan liêu, tham nhũng, lãng phí, tội phạm và các tệ nạn xã hội; góp phần xây dựng và củng cố cơ sở chính trị, xây dựng Đảng, chính quyền trong sạch, vững mạnh.

Nghiên cứu các dự thảo văn kiện, trước hết, chúng tôi nhận thấy trong dự thảo các báo cáo trình Đại hội lần thứ XII, Đảng ta đã thừa nhận cuộc đấu tranh phòng, chống tham nhũng chưa đạt yêu cầu đặt ra; tình trạng tham nhũng còn nghiêm trọng.

Sự tự đánh giá của Đảng ta là trùng hợp với đánh giá của các tổ chức quốc tế, trong đó có đánh giá của Tổ chức Minh bạch quốc tế. Ngày 3 tháng 12 năm 2014, Tổ chức Minh bạch quốc tế công bố Chỉ số Cảm nhận Tham nhũng 2014 (CPI 2014), xếp hạng 175 quốc gia và vùng lãnh thổ dựa trên cảm nhận của các doanh nhân và các chuyên gia trong nước về tham nhũng trong khu vực công ở mỗi quốc gia/vùng lãnh thổ.

Năm 2014, Việt Nam đạt 31/100 điểm, đứng thứ 119 trên bảng xếp hạng toàn cầu và thứ 18 trên tổng số 28 quốc gia và vùng lãnh thổ được đánh giá trong khu vực châu Á – Thái Bình Dương. Một điều đáng chú ý là, điểm số CPI của Việt Nam không thay đổi trong ba (03) năm liên tiếp (2012-2014) và tham nhũng trong khu vực công vẫn là một vấn đề nghiêm trọng của quốc gia chúng ta.

Trong khi Việt Nam không có thay đổi về điểm số, các quốc gia láng giềng lại đang cải thiện kết quả CPI của họ. Trong số 9 quốc gia Đông Nam Á được đánh giá năm nay, Việt Nam đứng thứ 6, chỉ xếp hạng trên Lào, Cam-pu-chia và Mi-an-ma. Đa số các quốc gia trong khu vực đều có cải thiện về mặt điểm số (tăng từ 1 đến 3 điểm), ngoại trừ Mi-an-ma là nước cũng không có thay đổi nào về điểm số, Lào (giảm 1 điểm) và Xinh-ga-po (giảm 2 điểm).

Tổ chức Hướng tới Minh bạch (TT), Cơ quan đầu mối quốc gia của Tổ chức Minh bạch quốc tế tại Việt Nam, ghi nhận các quyết tâm và nỗ lực của Đảng Cộng sản Việt Nam, Quốc hội và Chính phủ Việt Nam trong lĩnh vực phòng, chống tham nhũng. Tuy nhiên, trước thực tế cảm nhận về tham nhũng không thay đổi, được phản ánh qua thực trạng người dân Việt Nam thiếu tin tưởng vào hiệu quả của các nỗ lực phòng, chống tham nhũng quốc gia, TT quan ngại rằng điều này thể hiện công cuộc đấu tranh và đẩy lùi tham nhũng ở Việt Nam chưa đạt được những bước tiến cần thiết.

Để có được niềm tin và sự ủng hộ của người dân, cũng như để xây dựng uy tín cho Việt Nam như một điểm đến đầu tư an toàn và hấp dẫn, Việt Nam cần cho thấy những kết quả cụ thể trong công cuộc phòng, chống tham nhũng. Điều này đòi hỏi một phương pháp đấu tranh tập trung và hướng tới các kết quả cụ thể hơn.

Tình hình tham nhũng ở Việt Nam là nghiêm trọng, với những biểu hiện vừa tinh vi, phức tạp, vừa trắng trợn, lộ liễu, xảy ra trên nhiều lĩnh vực, nhiều cấp, nhiều ngành, có những điểm giống và khác nhau so với tình hình tham nhũng ở các nước khác, nhưng đặc điểm nổi bật là tính phổ biến. Trước đây, tham nhũng chủ yếu xảy ra trong các lĩnh vực kinh tế, nhưng ngày nay đã lan sang các lĩnh vực vốn được coi trọng về đạo lý như giáo dục, y tế, thực hiện chính sách xã hội, nhân đạo, từ thiện, phòng, chống dịch bệnh… Tham nhũng xảy ra ngay trong các cơ quan bảo vệ pháp luật, là những cơ quan cầm cân, nảy mực, đại diện cho công lý và công bằng xã hội, như: Công an, Viện kiểm sát, Tòa án... Những trường hợp thanh tra viên, điều tra viên, kiểm sát viên, thẩm phán tòa án nhận hối lộ đã xuất hiện ở nhiều nơi. Không ít cán bộ, công chức và người dân coi việc hối lộ cho công chức và việc công chức nhận hối lộ khi giải quyết công việc là "chuyện bình thường". Tình trạng tham nhũng "vặt" và tham nhũng "nhỏ, lẻ", mà nhiều người gọi là "những nhiễu" hay "chi phí không chính thức", tuy thiệt hại không lớn, có khi chỉ vài chục nghìn đồng mỗi vụ, nhưng diễn ra một cách tràn lan ở nhiều nơi, khiến người dân vô cùng bức xúc. Số đối tượng tham nhũng là cán bộ, công chức, viên chức có chức vụ thấp hoặc không có chức vụ lãnh đạo, quản lý, như: nhân viên cảnh sát, thuế vụ, bác sỹ, y tá... chiếm tỷ lệ khá cao; trong khi ở nhiều nước khác, đối tượng tham nhũng chủ yếu là các chính khách, các quan chức và doanh nhân. Mấy năm gần đây đã xuất hiện một số vụ tham nhũng liên quan đến yếu tố nước ngoài.

Các nguyên nhân của tham nhũng và hiệu quả rất thấp của hoạt động phòng, chống tham nhũng thường được nêu ra là:

- Một bộ phận không nhỏ cán bộ, đảng viên, công chức, trong đó có những đảng viên giữ vị trí lãnh đạo, quản lý, suy thoái về tư tưởng chính trị, đạo đức, lối sống, sa vào chủ nghĩa cá nhân ích kỷ, cơ hội, thực dụng, chạy theo danh lợi, tiền tài, thiếu tu dưỡng, rèn luyện, giảm sút ý chí chiến đấu, quên đi trách nhiệm, bổn phận trước Đảng, trước nhân dân. Một số cán bộ lãnh đạo, quản lý ở các cấp, các ngành, kể cả cấp trung ương và địa phương chưa nêu gương về đạo đức, lối sống và chưa kiên quyết đấu tranh chống tham nhũng.

Trong khi đó, đất nước ta đang trong thời kỳ đẩy mạnh công nghiệp hóa, hiện đại hóa, hội nhập quốc tế, xây dựng, phát triển với quy mô ngày càng lớn, một bộ phận cán bộ lãnh đạo, quản lý nắm giữ khối lượng tài sản, nguồn vốn lớn của tập thể, của Nhà nước, đó là môi trường để chủ nghĩa cá nhân vụ lợi, thực dụng phát triển.

- Công khai, minh bạch, dân chủ trong xã hội và trong hoạt động của hệ thống chính trị còn nhiều bất cập, hạn chế. Việc công khai, minh bạch trong các hoạt động có liên quan đến người dân, doanh nghiệp, trong quản lý tài chính, tài sản của Nhà nước, trong công tác cán bộ... vẫn còn nhiều hạn chế. Tình trạng lạm dụng quy định về bí mật nhà nước để không công khai, minh bạch còn khá phổ biến. Quyền tiếp cận thông tin của người dân, doanh nghiệp chưa được bảo đảm. Nhiều quy định của Luật Phòng,

chống tham nhũng về công khai, minh bạch chưa được thực hiện đầy đủ như: công khai quy hoạch sử dụng đất, công khai giá đất; công khai dự phòng ngân sách; công khai đầu tư, mua sắm công; công khai công tác cán bộ; công khai hoạt động thanh tra, giải quyết khiếu nại, tố cáo và kết luận thanh tra; công khai, minh bạch các quyết định trong điều tra, truy tố, xét xử, thi hành án...

Dân chủ trong xã hội nói chung và trong hoạt động của hệ thống chính trị nói riêng tuy có nhiều tiến bộ nhưng vẫn còn nhiều hạn chế. Tình trạng quan liêu, độc đoán, chuyên quyền, vi phạm quyền dân chủ của người dân vẫn diễn ra ở nhiều nơi. Thiếu công khai, minh bạch và dân chủ là mảnh đất màu mỡ cho tham nhũng tồn tại và phát triển.

- Một số biện pháp phòng ngừa tham nhũng còn mang tính hình thức, hiệu quả thấp: việc kê khai tài sản, thu nhập của cán bộ, công chức, viên chức (lý do là chưa công khai kết quả kê khai, Nhà nước chưa kiểm soát được tài sản trong xã hội, việc kiểm tra, xác minh để bảo đảm tính trung thực của việc kê khai còn ít); việc trả lương qua tài khoản; việc chuyển đổi vị trí công tác của cán bộ, công chức, viên chức.

- Một số biện pháp phòng, chống tham nhũng được nhiều nước trên thế giới thực hiện và đánh giá tốt nhưng vẫn chưa được áp dụng ở Việt Nam (trách nhiệm giải trình, xử lý đơn tố cáo nặc danh, áp dụng kỹ thuật điều tra đặc biệt, cách ly đối tượng có dấu hiệu tham nhũng để hạn chế khả năng đối phó, xử lý hành vi làm giàu bất hợp pháp, xử lý trách nhiệm của pháp nhân…).

- Tham nhũng ở Việt Nam mang tính phổ biến; xảy ra ở hầu hết các ngành, các cấp, thậm chí xảy ra ngay trong các cơ quan có chức năng chống tham nhũng, nên việc đấu tranh, ngăn chặn và xử lý rất khó khăn.

Đối tượng tham nhũng lại là người có chức vụ, quyền hạn, nên thường là những người có nhận thức sâu rộng, am hiểu pháp luật, được tiếp cận nhiều thông tin, có điều kiện kinh tế, có quan hệ rộng; một số người có công lao đóng góp lớn cho xã hội, có uy tín với quần chúng... nên rất khó phát hiện và xử lý.

- Cơ chế, chính sách về quản lý kinh tế - xã hội còn nhiều sơ hở, bất cập, thiếu công khai, minh bạch và nhất quán, dễ bị lợi dụng để tham nhũng, nhất là các cơ chế, chính sách về quản lý, sử dụng đất đai, tài nguyên, khoáng sản; thu - chi ngân sách; đầu tư, mua sắm công; quản lý doanh nghiệp nhà nước; quan hệ giữa cơ quan quản lý nhà nước với người dân, doanh nghiệp. Chế độ tiền lương của công chức, viên chức chưa hợp lý, thu nhập của cán bộ, công chức, viên chức còn thấp, không bảo đảm cho cuộc sống.

- Chưa huy động được sức mạnh to lớn của quần chúng vào cuộc đấu tranh chống tham nhũng. Thiếu cơ chế giám sát có hiệu lực, hiệu quả của Quốc hội, Hội đồng nhân dân, Mặt trận Tổ quốc và các tổ chức thành viên đối với hoạt động của bộ máy nhà nước nói chung và hoạt động phòng, chống tham nhũng nói riêng; thiếu quy định cụ thể để bảo vệ người tố cáo tham nhũng cũng như nghiêm trị hành vi đe dọa, trả thù người tố cáo.

- Tổ chức và hoạt động của cơ quan, đơn vị có chức năng phòng, chống tham nhũng chưa thật hợp lý; điều kiện hoạt động, chế độ đãi ngộ đối với cán bộ, công chức trong cơ quan, đơn vị này còn nhiều bất cập, chưa bảo đảm cho việc "dưỡng liêm"

(Xem tiếp trang 18)

BÀN VỀ PHÁT HUY DÂN CHỦ XÃ HỘI CHỦ NGHĨA TRONG DỰ THẢO BÁO CÁO CHÍNH TRỊ CỦA BAN CHẤP HÀNH TRUNG ƯƠNG ĐẢNG KHÓA XI

Nguyễn Đức Minh*

Tóm tắt: *Dự thảo Báo cáo chính trị của Ban Chấp hành Trung ương Đảng khóa XI đang được đưa ra lấy ý kiến rộng rãi của nhân dân. Trong nội dung của Dự thảo đã thể hiện rất rõ bản chất dân chủ của Đảng và Nhà nước. Bài viết phân tích, trao đổi, bình luận, làm rõ thêm tinh thần và nội dung Dự thảo về phát huy dân chủ xã hội chủ nghĩa ở nước ta.*

Abstract: *The Draft Political Report of the 11th Party Central Committee is now available for public comments. The content of the Draft has expressed clearly the democratic nature of the Party and the State. This article analyses, discusses, makes comments and clarifies the spirit and content of the Draft on promoting socialist democracy in our country.*

Tổng kết thực hiện Nghị quyết Đại hội XI và nhìn lại 30 năm Đổi mới ở nước ta, Dự thảo Báo cáo chính trị của Ban Chấp hành Trung ương Đảng khóa XI (dưới đây gọi tắt là Dự thảo Báo cáo chính trị)[1] đã có những đánh giá khách quan về những thành tựu và hạn chế trong phát huy dân chủ xã hội chủ nghĩa. Trong Dự thảo Báo cáo chính trị, Đảng ta đã rút ra nhiều bài học kinh nghiệm, trong đó có phát huy dân chủ và vai trò làm chủ của nhân dân. Ngoài ra, trong dự báo tình hình thế giới, Dự thảo Báo cáo chính trị cũng đã nhận định dân chủ cùng với hoà bình, độc lập dân tộc, hợp tác và phát triển vẫn là xu thế lớn của thế giới trong những năm sắp tới.

Vai trò của dân chủ và yêu cầu phát huy dân chủ xã hội chủ nghĩa đã được chú ý và thể hiện rõ trong tinh thần cũng như trong nội dung của Dự thảo Báo cáo chính trị.

So với Báo cáo chính trị của Ban Chấp hành Trung ương Đảng khoá X tại Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XI của Đảng (gọi tắt là Đại hội XI), trong Dự thảo Báo cáo chính trị từ "dân chủ" được nhắc đến (69 lần) nhiều hơn so với trong Báo cáo chính trị của Ban Chấp hành Trung ương Đảng khoá X tại Đại hội XI (46 lần).

Điểm mới dễ nhận thấy nhất trong Dự thảo Báo cáo chính trị là phát huy dân chủ xã hội chủ nghĩa đã được đưa vào chủ đề của Đại hội. Cùng với đó, dân chủ xã hội chủ nghĩa sẽ được Đảng ta coi là yếu tố nền tảng của tư tưởng, định hướng hành động và là một trong những mục tiêu cơ bản nhất cần được thực hiện trong nhiệm kỳ tới.

Phương hướng, nhiệm vụ phát huy dân chủ xã hội chủ nghĩa cũng được xác định rõ

*PGS.TS., Viện trưởng, Viện Nhà nước và Pháp luật.

[1] Nội dung Dự thảo Báo cáo chính trị của Ban Chấp hành Trung ương Đảng khóa XI tại Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XII của Đảng lấy về từ Báo điện tử Đảng Cộng sản Việt Nam http://daihoi12.dangcongsan.vn/Modules/News/NewsDetail.aspx?coid=28340728&cn_id=400849, ngày 15/9/2015.

ràng, cụ thể hơn trong Dự thảo Báo cáo chính trị[2].

Dự thảo Báo cáo chính trị đã tiếp cận hợp lý trong thể hiện quan điểm và phương hướng phát huy dân chủ xã hội chủ nghĩa.

Giống như Báo cáo chính trị của Đại hội XI, Dự thảo Báo cáo chính trị cũng dành riêng một mục lớn (mục XIII) đánh giá tình hình, đề ra phương hướng, nhiệm vụ phát huy dân chủ xã hội chủ nghĩa, bảo đảm thực hiện quyền làm chủ của nhân dân. Ngoài ra, Dự thảo Báo cáo chính trị còn nêu ra định hướng bảo đảm và phát huy dân chủ trong một số khía cạnh và lĩnh vực cụ thể như: hoàn thiện thể chế, phát triển kinh tế thị trường; giáo dục và đào tạo; khoa học và công nghệ; xây dựng con người; văn hóa, văn học, nghệ thuật, báo chí; xây dựng Nhà nước pháp quyền; xây dựng Đảng.

Dự thảo Báo cáo chính trị đã đề ra phương hướng, nhiệm vụ rõ ràng về phát huy dân chủ[3]. Ở đây, chúng tôi chỉ phân tích, hệ thống hóa và làm rõ thêm quan điểm của Ban Chấp hành Trung ương Đảng khóa XI trong dự thảo về phát huy dân chủ và bàn về một số giải pháp để thực thi phương hướng, nhiệm vụ đó[4]:

Thứ nhất, tiếp tục phát huy dân chủ xã hội chủ nghĩa, bảo đảm tất cả quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân. Như vậy, Dự thảo Báo cáo chính trị vừa kế thừa nghị quyết Đại hội XI, vừa phát triển quan điểm[5] và thể hiện rõ quyết tâm thực hành dân chủ của Đảng ta.

Chúng tôi cho rằng, vấn đề mấu chốt và điều kiện quan trọng nhất để thực hành và phát huy dân chủ là phải đảm bảo tất cả quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân. Chủ tịch Hồ Chí Minh quan niệm: dân chủ là dân là chủ và dân làm chủ[6]. Chế độ chính trị đa nguyên, đa đảng không phải là bảo đảm quan trọng nhất cho dân chủ. Nhà nước pháp quyền của Nhân dân, do Nhân dân, vì Nhân dân, được tổ chức và hoạt động theo nguyên tắc tất cả quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân mới là bảo đảm đầy đủ và quan trọng nhất cho thực hành và phát huy dân chủ. Không ít quốc gia có chế độ đa đảng nhưng ở đó dân chủ trên thực tế không tồn tại khi các quyết định quan trọng được đưa ra bởi một nhóm người có quyền lực hình thành không phải do bầu cử, hoặc bầu cử không được tổ chức một cách minh bạch, tự do và công bằng[7], hoặc ở đó cơ chế thực thi quyền lực chính trị khó tạo cho các đảng đối lập hoặc đảng đại diện cho người lao động giành được thắng lợi trong các cuộc bầu cử[8].

---

[2] So sánh nội dung mục XIII Dự thảo Báo cáo chính trị với nội dung mục X Báo cáo chính trị của Ban Chấp hành Trung ương Đảng khoá X tại Đại hội XI. Xem thêm Báo điện tử Đảng Cộng sản Việt Nam, Những nội dung cốt lõi trong Dự thảo các Văn kiện trình Đại hội XII của Đảng, http://daihoi12.dangcongsan.vn/Modules/News/NewsDetail.aspx?co_id=28340728&cn_id=401248, ngày 02/10/2015.

[3] Ngoài Dự thảo Báo cáo chính trị, xem thêm những nội dung cốt lõi trong Dự thảo các Văn kiện trình Đại hội XII của Đảng đăng trên Báo điện tử Đảng Cộng sản Việt Nam, tài liệu đã dẫn ở trên.

[4] Xem thêm: Nguyễn Đình Minh, *Về vấn đề phát huy dân chủ xã hội chủ nghĩa, Tạp chí Quốc phòng toàn dân*, http://tapchiqptd.vn/vi/tien-toi-dai-hoi-xii-cua-dang/ve-van-de-phat-huy-dan-chu-xa-hoi-chu-nghia/7792.html, ngày 20/7/2015.

[5] Báo cáo chính trị của Đại hội XI ghi: "Tiếp tục xây dựng và hoàn thiện nền dân chủ xã hội chủ nghĩa, bảo đảm tất cả quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân".

[6] Hồ Chí Minh, Toàn tập, Tập 6, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội 1996, tr. 515.

[7] Dẫn chứng của Phạm Văn Đức (chủ biên), *Thực hành dân chủ trong điều kiện xây dựng Nhà nước pháp quyền, phát triển kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa*, Nxb. Khoa học xã hội, Hà Nội 2015, tr. 96.

[8] Dẫn chứng bởi Phạm Văn Đức (chủ biên), *Thực hành dân chủ trong điều kiện xây dựng Nhà nước pháp quyền, phát triển kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa*, tài liệu đã dẫn ở trên, tr. 101.

Ngược lại, dân chủ vẫn tồn tại trong chế độ chính trị một Đảng cầm quyền, khi ở đó tất cả quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân[9].

Chúng tôi chia sẻ quan điểm của Dự thảo Báo cáo chính trị rằng, mọi chủ trương, đường lối, chính sách của Đảng và pháp luật của Nhà nước phải xuất phát và phù hợp với lợi ích, ý chí, nguyện vọng của nhân dân, được nhân dân tham gia ý kiến và đem lại quyền lợi cho nhân dân[10]. Để thực hiện được điều đó thì các cấp ủy Đảng, chính quyền cần thường xuyên tiếp xúc, đối thoại với nhân dân, lắng nghe tâm tư, nguyện vọng, ý kiến của nhân dân, quan tâm giải quyết yêu cầu, đòi hỏi chính đáng của nhân dân[11].

Dự thảo Báo cáo chính trị chủ trương "cụ thể hoá và nâng cao chất lượng các hình thức thực hiện dân chủ trực tiếp và dân chủ đại diện". Nhân dân thực hiện quyền lực nhà nước bằng dân chủ trực tiếp và bằng dân chủ đại diện. Dân chủ trực tiếp được thực hiện thông qua các hình thức như bầu cử, ứng cử; biểu quyết khi nhà nước trưng cầu ý kiến; tham gia quản lý nhà nước; bãi miễn đại biểu dân cử; giám sát hoạt động của các cơ quan nhà nước, cán bộ, công chức nhà nước; thực hiện dân chủ ở cơ sở[12]. Đại hội XI đã tạo ra cơ chế khá cụ thể để nhân dân thực hiện trên thực tế quyền làm chủ trực tiếp và quyền làm chủ thông qua các cơ quan đại diện của mình[13]. Vì vậy, có thể kế thừa và tiếp tục triển khai thực hiện cơ chế đó về phát huy dân chủ xã hội chủ nghĩa. Hiến pháp năm 2013[14] đã chú ý nhiều hơn hình thức thực hiện dân chủ trực tiếp. Trên cơ sở Hiến pháp hiện hành, vừa qua Quốc hội đã thông qua Luật Bầu cử đại biểu Quốc hội và đại biểu Hội đồng nhân dân[15]. Dự kiến trong kỳ họp thứ 10, Quốc hội khóa XIII lần này, Quốc hội sẽ tiếp tục thông qua Luật Trưng cầu ý dân, Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội và Hội đồng nhân dân. Trong Hiến pháp hiện hành, dân chủ đại diện được thực hiện không chỉ thông qua Quốc hội và Hội đồng nhân dân như trước đây mà còn thông qua các cơ quan khác của Nhà nước. Một trong những nhiệm vụ quan trọng hiện nay và trong thời gian tới của các cơ quan nhà nước là phải tiếp tục hiện thực hóa các quy định của Hiến pháp và các đạo luật đã được ban hành về dân chủ và quyền con người, quyền công dân[16]. Ngoài ra, để nâng cao năng lực thực hành dân chủ đại diện ở nước ta, cần tăng cường tiếp xúc trực tiếp giữa cử tri với các đại biểu Quốc hội và đại biểu Hội đồng nhân dân.

Phần về dân chủ ở cơ sở và vai trò của Mặt trận Tổ quốc, các đoàn thể nhân dân trong phát huy dân chủ như trong Dự thảo Báo cáo chính trị theo cách kế thừa và cụ

[9] Xem khoản 2 Điều 2 Hiến pháp hiện hành của nước ta.

[10] Xem thêm: Đảng Cộng sản Việt Nam, *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XI,* tài liệu đã dẫn ở trên, tr. 47-48.

[11] Chia sẻ ý kiến của ông Đỗ Duy Thường, Ủy viên Đoàn Chủ tịch Ủy ban Trung ương Mặt trận Tổ quốc Việt Nam, trên Báo ảnh dân tộc và miền núi, http://dantocmiennui.vn/gop-y-du-thao-van-kien-dai-hoi-xii-cua-dang/gop-y-du-thao-van-kien-dai-hoi-xii-cua-dang-phat-huy-dan-chu-trong-xa-hoi-thuc-hien-quyen-lam-chu-cua-nhan-dan/4432.html, ngày 15/10/2015.

[12] Tào Thị Quyên, *Phát triển các hình thức dân chủ và dân chủ trực tiếp,* Tạp chí Lý luận chính trị, số 2/2014, tr. 55-59.

[13] 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. 47-48.

[14] Được Quốc hội khóa XIII, kỳ họp thứ 6 thông qua ngày 28/11/2013.

[15] Luật số 85/2015/QH13 ngày 25/6/2015.

[16] Xem thêm: Đinh Thanh Phương, *Hoàn thiện hệ thống pháp luật đảm bảo các quyền dân chủ trực tiếp của nhân dân*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 6/2015, tr. 17-23.

thể hóa hơn các văn kiện của Đảng đã ban hành là hợp lý[17].

Dự thảo Báo cáo chính trị đã thể hiện rất rõ tinh thần dân chủ trong quan điểm "Bảo đảm để nhân dân tham gia ở tất cả các khâu của quá trình đưa ra những quyết định liên quan đến lợi ích, cuộc sống của nhân dân, từ nêu sáng kiến, tham gia thảo luận, tranh luận đến giám sát quá trình thực hiện".

Thứ hai, thực hành và phát huy dân chủ xã hội chủ nghĩa cần đặt trong quan hệ với sự lãnh đạo và cầm quyền duy nhất của Đảng Cộng sản, gắn với Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa, kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa, bảo đảm, bảo vệ và phát triển quyền con người, quyền và nghĩa vụ của công dân, hội nhập quốc tế. Ngược lại, nâng cao năng lực lãnh đạo và sức chiến đấu của Đảng, tiếp tục đẩy mạnh xây dựng Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa, phát triển kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa, bảo đảm, bảo vệ và phát triển quyền con người, quyền và nghĩa vụ của công dân, hội nhập quốc tế cũng được thực hiện trong sự gắn kết với phát huy dân chủ xã hội chủ nghĩa.

Thứ ba, thực hiện quyền con người, quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân theo tinh thần của Hiến pháp năm 2013.

Ghi nhận như vậy của Dự thảo Báo cáo chính trị là cần thiết và đầy đủ. So với các bản hiến pháp trước đây, Hiến pháp hiện hành có nhiều điểm mới và giá trị nổi bật trong quy định về quyền con người, quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân. Cùng với phát huy dân chủ, bảo đảm chủ quyền nhân dân thì bảo đảm thực hiện tốt hơn quyền con người, quyền công dân cũng là một trong những mục tiêu quan trọng nhất của Hiến pháp năm 2013[18]. Điều 3 của Hiến pháp ghi nhận cam kết của Nhà nước bảo đảm và phát huy quyền làm chủ của nhân dân; công nhận, tôn trọng, bảo vệ và bảo đảm quyền con người, quyền công dân. Dân chủ và quyền con người luôn gắn với mối quan hệ giữa nhà nước và công dân. Không thể có nền dân chủ và Nhà nước pháp quyền khi tự do và quyền con người không được tôn trọng, bảo đảm và bảo vệ. Cơ chế thực thi dân chủ phải đảm bảo sự bình đẳng để mọi công dân đều có thể tham gia vào tiến trình thực hành dân chủ mà không phụ thuộc vào nguồn lực tài chính của họ. Nói cách khác, mọi công dân đều có thể thực hành dân chủ và thực hiện được quyền công dân của mình mà không bị cản trở bởi yếu tố chi phí.

Thứ tư, Nhà nước thực hiện dân chủ trong tổ chức và hoạt động của mình như ghi nhận trong Dự thảo Báo cáo chính trị là cần thiết[19].

Dân chủ vừa là đặc trưng, vừa là yêu cầu của Nhà nước pháp quyền. Nhà nước pháp quyền vừa là cách thức tổ chức nhà nước dựa trên nền tảng dân chủ, vừa là biểu hiện trình độ phát triển cao của dân chủ.

[17] So sánh mục XIII đoạn 2 của Dự thảo Báo cáo chính trị với mục X đoạn 1 Báo cáo chính trị của Ban Chấp hành Trung ương Đảng khoá X tại Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XI của Đảng và Nghị quyết số 12-NQ/TW Hội nghị lần thứ 4 ngày 26-31/12/2011 của Ban Chấp hành Trung ương Đảng (khóa XI) về một số vấn đề cấp bách về xây dựng Đảng hiện nay.

[18] Xem thêm: Chu Hồng Thanh, Một số điểm mới về quyền con người, quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân trong Hiến pháp nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam, trên Cổng thông tin điện tử Bộ Tư pháp http://moj.gov.vn/npl/Pages/dm-tai-lieu-tham-khao.aspx?ItemID=19, ngày 20/9/2015.

[19] Xem phương hướng, nhiệm vụ hoàn thiện Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa ở mục XIV đoạn 2 của Dự thảo Báo cáo chính trị.

Phát huy dân chủ, tôn trọng và bảo đảm quyền con người, quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân, giới hạn và kiểm soát quyền lực nhà nước, bảo đảm tính tối cao của Hiến pháp và các đạo luật được thừa nhận là những giá trị phổ biến của Nhà nước pháp quyền. Muốn thực hành dân chủ cần thiết phải xây dựng Nhà nước pháp quyền. Ngược lại, Nhà nước pháp quyền là điều kiện để thực hành dân chủ. Thuận lợi trong thực hành dân chủ ở nước ta là Nhà nước pháp quyền đã và đang được tiếp tục đẩy mạnh xây dựng.

Ở đây, chúng tôi chia sẻ phương hướng, nhiệm vụ của Dự thảo Báo cáo chính trị về hoàn thiện Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa[20]. Theo đó, cần xác định rõ hơn vị trí, chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn riêng của từng cấp chính quyền, của từng cơ quan nhà nước, cũng như những lĩnh vực, vấn đề, công việc cần có sự phối hợp giữa các cơ quan trong thực hiện quyền lập pháp, quyền hành pháp và quyền tư pháp. Phân định rõ hơn nhiệm vụ, quyền hạn, trách nhiệm giữa tổ chức và cá nhân. Tăng cường yếu tố phối hợp và kiểm soát giữa các cơ quan nhà nước trong quy định cũng như trong thực tiễn thực hiện.

Việc phân cấp và tăng thẩm quyền cho chính quyền địa phương cần gắn với phát huy sự năng động, vai trò và trách nhiệm của nhân dân địa phương, cũng như sự giám sát của chính quyền trung ương đối với hoạt động của các cơ quan nhà nước ở địa phương.

Tập trung xây dựng những văn bản pháp luật liên quan trực tiếp đến quyền làm chủ của nhân dân như ghi trong Dự thảo Báo cáo chính trị là cần thiết. Khoản 2 Điều 119 Hiến pháp năm 2013 đặt ra yêu cầu xây dựng cơ chế bảo vệ Hiến pháp và nhiệm vụ này cần được thực hiện.

Thứ năm, bảo đảm phát huy dân chủ trong Đảng là hạt nhân để phát huy đầy đủ dân chủ trong xã hội. Quan điểm như vậy của Đảng trong Dự thảo Báo cáo chính trị là rất đúng đắn.

Ở nước ta, Đảng Cộng sản Việt Nam là lực lượng lãnh đạo Nhà nước và xã hội. Có bảo đảm, phát huy dân chủ trong Đảng mới bảo đảm, phát huy dân chủ trong xã hội. Có bảo đảm, phát huy dân chủ trong Đảng mới làm cho Đảng gắn bó mật thiết với nhân dân, chịu sự giám sát của nhân dân. Đồng thời, dân chủ trong Đảng tạo niềm tin cho xã hội và cùng với đó tạo sự đồng thuận để thực hiện mục tiêu dân giàu, nước mạnh, dân chủ, công bằng, văn minh. Phát huy dân chủ trong Đảng trên nguyên tắc tập trung dân chủ; đề cao phê bình và tự phê bình.

Thứ sáu, phát huy dân chủ cần gắn với tăng cường pháp chế, gắn quyền với trách nhiệm, nghĩa vụ, đề cao trách nhiệm công dân, giữ vững kỷ luật, kỷ cương và đề cao đạo đức xã hội.

Không có dân chủ không có giới hạn. Dân chủ vượt ra ngoài giới hạn hoặc dân chủ không trong khuôn khổ pháp luật là dân chủ quá trớn và đó là biểu hiện của không dân chủ. Nhà nước tạo môi trường, điều kiện để người dân thực hành dân chủ, nhưng cũng có quyền đòi hỏi mỗi công dân có trách nhiệm với mình và với xã hội. Cần lên án và trừng trị những hành vi vi phạm quyền làm chủ của nhân dân, những hành vi lợi dụng dân chủ gây chia rẽ, làm mất đoàn kết nội bộ, gây rối, làm tổn hại đến lợi ích

[20] Xem phương hướng, nhiệm vụ hoàn thiện Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa ở mục XIV đoạn 2 của Dự thảo Báo cáo chính trị.

quốc gia, dân tộc, gây mất an ninh, trật tự, an toàn xã hội[21].

Thứ bảy, chống quan liêu, tham nhũng là điều kiện không thể thiếu để thực hành dân chủ, bởi lẽ quan liêu, tham nhũng đối lập với dân chủ và cản trở việc thực hiện quyền dân chủ của nhân dân[22]. Theo Chủ tịch Hồ Chí Minh: "chống tham ô, lãng phí, quan liêu là dân chủ"[23].

Thứ tám, thường xuyên học tập và tiếp tục hiện thực hóa tư tưởng Hồ Chí Minh về dân chủ.

Chủ tịch Hồ Chí Minh đã có những quan niệm, quan điểm rõ ràng, sâu sắc, phù hợp thực tiễn Việt Nam và xu hướng phát triển hiện nay của thế giới về các giá trị của dân chủ và cách thức phát huy dân chủ[24]. Trên thực tế, Chủ tịch Hồ Chí Minh cũng là người gương mẫu thực hành dân chủ. Việc tiếp tục đẩy mạnh việc học tập và làm theo tư tưởng và tấm gương đạo đức Hồ Chí Minh là rất cần thiết.

Thứ chín, thừa nhận những giá trị phổ biến và đặc thù của dân chủ.

Giống như quyền con người, dân chủ có những giá trị phổ biến được nhiều quốc gia thừa nhận và có những đặc thù do các yếu tố giai cấp, truyền thống lịch sử… tác động[25]. Thừa nhận tính phổ biến của dân chủ là thừa nhận sự tồn tại khách quan của nó như một xu thế phát triển của xã hội loài người; gắn dân chủ với Nhà nước pháp quyền và quyền con người, đặc biệt gắn dân chủ với việc đảm bảo tất cả quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân[26]. Tuy nhiên, do đặc thù của dân chủ nên không thể có mô hình dân chủ đủ khả năng làm khuôn mẫu cho mọi quốc gia. Cũng như vậy, không thể lấy quan niệm về dân chủ của một giai cấp, của một nhóm người ở quốc gia này làm tiêu chí, tiêu chuẩn dân chủ áp cho quốc gia khác.

Thứ mười, nâng cao kiến thức, kỹ năng thực hành dân chủ của người dân, cán bộ, công chức, viên chức và đảng viên[27].

Nâng cao kiến thức về dân chủ có thể thực hiện thông qua giáo dục, tuyên truyền về dân chủ. Nelson Mandela đã nói: "Giáo dục là vũ khí tối thượng nhất bạn có thể dùng để thay đổi thế giới"[28]. Kiến thức xã hội, giáo dục phổ thông, kinh nghiệm sống, sự tiếp nhận thông tin qua các phương tiện

---

[21] Đảng Cộng sản Việt Nam, *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XI*, tài liệu đã dẫn ở trên, tr. 47-48.

[22] Cùng quan điểm, Đỗ Thị Thạch, *Thực hành dân chủ là sức mạnh của mọi thắng lợi - Tư tưởng cơ bản trong Di chúc của Chủ tịch Hồ Chí Minh*, http://baotintuc.vn/thoi-su/thuc-hanh-dan-chu-la-suc-manh-cua-moi-thang-loi-20140831103157305.htm, ngày 31/8/2014.

[23] Hồ Chí Minh, Toàn tập, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 1995, tập 4, tr. 494.

[24] Chi tiết xem: Hoàng Chí Bảo, Tư tưởng dân chủ của Hồ Chí Minh, Tạp chí Cộng sản, http://www.tapchicongsan.org.vn/Home/Ho_Chi_Minh/2013/23208/Tu-tuong-dan-chu-cua-Ho-Chi-Minh.aspx, ngày 23/8/2013.

[25] Về tính phổ quát của dân chủ và tính đặc thù của dân chủ ở Việt Nam, xem Phạm Văn Đức (chủ biên), *Thực hành dân chủ trong điều kiện xây dựng Nhà nước pháp quyền, phát triển kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa*, tài liệu đã dẫn ở trên, tr. 27 và 42-48.

[26] Cùng quan điểm, Phạm Văn Đức (chủ biên), *Thực hành dân chủ trong điều kiện xây dựng Nhà nước pháp quyền, phát triển kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa*, tài liệu đã dẫn ở trên, tr. 42.

[27] Giải thích kiến thức, kỹ năng, thái độ về dân chủ, xem Nguyễn Hùng Cường, *Nâng cao năng lực thực hành dân chủ của cán bộ, đảng viên*, Tạp chí Cộng sản điện tử, ngày 25/7/2014 tại địa chỉ : http://www.tapchicongsan.org.vn/Home/PrintStory.aspx?distribution=28317&print=true

[28] Trích theo Huỳnh Mai, *Những câu nói để đời của huyền thoại Nelson Mandela*, Báo Thanh niên điện tử ngày 18/7/2015, http://www.thanhnien.com.vn/doi-song/nhung-cau-noi-de-doi-cua-huyen-thoai-nelson-mandela-586356.html

thông tin chưa đủ để giúp con người có hiểu biết đầy đủ về dân chủ và thực hành dân chủ. Những người không được giáo dục và đào tạo tri thức tối thiểu về dân chủ thì sẽ không thể thực hiện được dân chủ một cách đầy đủ và đúng đắn. Như vậy, giáo dục dân chủ là thiết yếu và trở thành một phần của sự phát triển dân chủ. Giáo dục dân chủ giúp cho người được giáo dục nhận thức được giá trị, bản chất, tính phổ biến và tính đặc thù của dân chủ. Qua giáo dục dân chủ giúp người được giáo dục nhận thức rõ chủ thể của dân chủ và cách thức làm chủ của người dân. Quá trình giáo dục không chỉ mang lại những hiểu biết thực tế về nội dung dân chủ, mà cả hiểu biết về thủ tục, cách thức và năng lực thực thi dân chủ trên bình diện địa phương, quốc gia và quốc tế. Vì vậy, giáo dục về dân chủ được xem là điều kiện, tiền đề cho sự duy trì và thực thi dân chủ. Giáo dục dân chủ được lồng ghép trong nội dung của giáo dục chính trị và mục tiêu của nó góp phần hình thành văn hóa chính trị, cũng như sự phát triển chính trị của các cá nhân. Giáo dục dân chủ cần được gắn với giáo dục quyền con người và ý thức, trách nhiệm của công dân. Ngoài ra, giáo dục dân chủ cần cung cấp cho người được giáo dục kiến thức và tri thức để họ làm chủ bản thân, bởi muốn làm chủ được xã hội, trước hết mỗi người phải làm chủ được bản thân mình.

(Tiếp theo trang 11 – Về phát huy dân chủ, đấu tranh …)

và tạo điều kiện cho đội ngũ này yên tâm công tác; công tác quản lý, giáo dục độingũ cán bộ, trong đó có việc kiểm tra, giám sát và phòng, chống tham nhũng trong nội bộ các cơ quan thanh tra, kiểm tra, kiểm toán, điều tra, kiểm sát và tòa án chưa được chú trọng. Ban chỉ đạo phòng, chống tham nhũng ở Trung ương và cấp tỉnh với tổ chức và cơ chế hoạt động như mấy năm vừa qua là một ví dụ.

Từ những điều phân tích trên đây, chúng tôi đề nghị:

Thứ nhất, cần đề cập rõ hơn vấn đề tham nhũng trong Báo cáo chính trị tại Đại hội lần thứ XII. Theo chúng tôi, trong Báo cáo chính trị cần vạch ra những nguyên nhân cuộc đấu tranh phòng, chống tham nhũng không đạt yêu cầu đề ra.

Thứ hai, cần chỉ ra những hạn chế, thiếu sót trong tổ chức và hoạt động của Ban chỉ đạo phòng, chống tham nhũng các cấp, nhất là cấp trung ương.

Thứ ba, nếu cơ chế, chính sách, các giải pháp về phòng, chống tham nhũng trong thời gian qua không phát huy tác dụng thì phải đổi mới cơ chế, chính sách và phải tìm ra các giải pháp mới để bảo đảm cuộc đấu tranh phòng, chống tham nhũng đạt được kết quả như sự mong muốn của nhân dân.

Khi tham nhũng đã trở thành quốc nạn đe dọa sự sống còn của Đảng cầm quyền, của chế độ, xâm hại đến quyền con người, quyền công dân thì cần có cơ chế đặc thù, cần có những biện pháp mạnh mẽ mới có thể xoay chuyển được tình hình trong cuộc đấu tranh phòng, chống tham nhũng.

MỘT SỐ GÓP Ý CHO DỰ THẢO LUẬT VỀ HỘI

Trương Hồng Quang*

Tóm tắt: *Bài viết góp ý một số nội dung của dự thảo Luật về Hội do Bộ Nội vụ soạn thảo và công bố lấy ý kiến Bộ, ngành, địa phương và nhân dân vào tháng 5 năm 2015*[1].

Abstract: *The article makes comments on some contents of the Draft Law on Associations prepared and announced by the Ministry of Home Affairs for receiving comments from ministries, agencies, localities and people in May, 2015.*

1. Về tên gọi của dự thảo Luật

Hiện nay, dự thảo được xây dựng với tên gọi "Luật về Hội". Tuy nhiên, chúng tôi cho rằng nên có sự thay đổi tên gọi này cho phù hợp hơn.

Cùng với quyền tự do ngôn luận, quyền tự do báo chí, quyền tự do hội họp, quyền biểu tình, thì quyền tự do lập hội là những quyền tự do chính trị cơ bản của con người, không những trong các văn kiện quốc tế, mà trong các bản Hiến pháp nước ta đều đã ghi nhận, khẳng định. Những quyền này, suy cho cùng là để đảm bảo vai trò của mỗi cá nhân trong xã hội. Mỗi cá nhân đều có quyền thể hiện những điều mình nghĩ, có quyền liên kết tự do và độc lập giữa người dân với nhau trong từng vấn đề xã hội, tôn giáo, chính trị, văn hóa. Tuy nhiên, nếu chỉ là những cá nhân đơn độc, bị xé lẻ, bị cô lập thì sự ảnh hưởng, tác động của họ đối với Nhà nước khó có thể có hiệu quả và họ cũng không thể tự làm chủ xã hội. Thông qua quyền lập hội, các tổ chức xã hội được thành lập và đó là tiếng nói của những người dân được tập hợp lại với nhau để tạo thành một sức mạnh, cùng Nhà nước thực hiện những mục tiêu của hệ thống chính trị, để kiểm soát Nhà nước, để bảo vệ mình, để chống lại những tiêu cực trong xã hội như tham nhũng, nhũng nhiễu, quan liêu, hách dịch, cửa quyền; để tự mình giải quyết những công việc mà không cần thông qua Nhà nước…

Chính vì vậy, cần phải tôn trọng tính "xã hội" của các tổ chức này. Theo chúng tôi, tên gọi *Luật về Hội* vẫn chưa nêu bật lên được tính xã hội của các hội và với tên gọi như vậy thì Luật này vẫn hàm chứa việc Nhà nước sẽ quản lý và điều phối hoạt động của hội. Do đó, Luật này nên được đổi tên thành *Luật về lập hội*, như vậy mới nêu bật được quyền và sự tự chủ của người dân khi tham gia vào việc lập, quản lý hoạt động của hội. Tương tự như vậy, nội dung của nó phải theo hướng tạo điều kiện, thúc đẩy quyền được lập hội của công dân, và tạo điều kiện cho các hoạt động của hội được độc lập, tự chủ và không nên thiết lập các quy định mang tính hành chính nhà nước cho các hoạt động thành lập, tổ chức và hoạt động của các tổ chức xã hội.

2. Về phạm vi điều chỉnh, đối tượng áp dụng và khái niệm về hội (Điều 1, 2 của dự thảo)

Thứ nhất, về vấn đề Mặt trận Tổ quốc Việt Nam và các tổ chức thành viên có

* Viện Khoa học pháp lý, Bộ Tư pháp.

[1] Xem dự thảo tại đây: http://moha.gov.vn/van-ban-du-thao.html?id=16480

thuộc phạm vi điều chỉnh của dự thảo Luật về Hội hay không?

Hiện nay, dự thảo Luật đang được xây dựng theo hướng không điều chỉnh đối với các tổ chức nêu trên. Các tổ chức chính trị - xã hội (Mặt trận Tổ quốc Việt Nam và các thành viên) của Việt Nam được sinh ra cùng/trước với chính quyền, từ trước đến nay vẫn gắn bó với chính quyền (có tính lịch sử nhất định). Vì vậy, nhiều ý kiến cho rằng, không thể đối xử với những cơ quan này như một hội bình thường mà phải có sự khác biệt. Ngược lại, những người ủng hộ xã hội dân sự cho rằng, những tổ chức này phải là hội, một thành tố quan trọng của xã hội dân sự. Vấn đề này, theo chúng tôi cần tiếp tục được bàn luận kĩ và thống nhất quan điểm trong thời gian xây dựng Luật về Hội. Nếu tiếp tục giữ nguyên quan điểm không điều chỉnh đối với các tổ chức này thì cũng cần quan tâm đến thực tế "hành chính hóa" các tổ chức chính trị - xã hội đang diễn ra khá phổ biến tại Việt Nam thời gian qua. Bên cạnh đó, một vấn đề cần phải thừa nhận đó là, cho dù các tổ chính trị - xã hội hiện nay không được xếp vào đối tượng điều chỉnh của Luật về Hội, thì các công dân vẫn có quyền thành lập các tổ chức hội có tính chất chính trị - xã hội như công đoàn, đoàn thanh niên… nếu đáp ứng đủ điều kiện luật định.

Thứ hai, dự thảo Luật nên có sự điều chỉnh đối với các quỹ, trung tâm, viện nghiên cứu (không do hội thành lập) và các tổ chức phi chính phủ hay không?

Trong quá trình xây dựng dự án Luật về Hội trước đây, một số ý kiến cho rằng, hội nên được hiểu bao gồm các quỹ, trung tâm, viện nghiên cứu... (trừ các quỹ, trung tâm do hội lập ra), các tổ chức phi chính phủ. Các ý kiến này xuất phát từ quan điểm: Hội bao gồm cả hội có hội viên và hội không có hội viên (các quỹ, trung tâm, viện nghiên cứu...). Chúng tôi cho rằng, đây cũng là một vấn đề cần được cân nhắc kĩ lưỡng, liệu có cần một quan điểm đầy đủ hơn trong cách hiểu về hội hay không. Nếu loại trừ các tổ chức phi chính phủ, quỹ, viện, trung tâm độc lập thì có lẽ đã loại trừ đi một số thành tố quan trọng của bất cứ một xã hội dân sự nào. Nếu Luật về Hội điều chỉnh đối với các đối tượng này thì khái niệm về hội tại Điều 2 của dự thảo nên được sửa đổi theo hướng "hội có thể có hội viên hoặc không có hội viên".

Thứ ba, về vấn đề hội có tư cách pháp nhân và hội không có tư cách pháp nhân.

Khoản 2 Điều 2 của dự thảo quy định hội bao gồm hội có tư cách pháp nhân và hội không có tư cách pháp nhân. Trong đó, điểm b của khoản này quy định hội không có tư cách pháp nhân là hội chưa được cơ quan nhà nước có thẩm quyền cấp đăng ký hoạt động theo quy định của pháp luật. Chúng tôi nhận thấy, không phải bất cứ tổ chức nào đăng ký thành lập hoạt động với cơ quan nhà nước cũng sẽ có tư cách pháp nhân. Do vậy, nếu quy định hội không có tư cách pháp nhân chỉ là những hội chưa được cơ quan nhà nước có thẩm quyền cấp đăng ký hoạt động là chưa thực sự đầy đủ.

Bên cạnh đó, khoản 3 Điều 2 chỉ ra rằng, Chính phủ sẽ quy định chi tiết điểm b nói trên (về hội không có tư cách pháp nhân), theo chúng tôi là hơi "bó" đối với các tổ chức hội. Việc điều chỉnh đối với cả hội không có tư cách pháp nhân dễ dẫn đến tình trạng Nhà nước can thiệp quá sâu vào hoạt động của các loại tổ chức hội. Hơn nữa, cũng không rõ Chính phủ sẽ quy định chi

tiết như thế nào đối với loại hội không có tư cách pháp nhân này?

Thứ tư, cân nhắc bổ sung đối tượng điều chỉnh của Luật về Hội bao gồm cả cá nhân, tổ chức nước ngoài hoạt động hợp pháp trên lãnh thổ Việt Nam.

Trên thực tế đã có nhiều hiệp hội được thành lập theo tinh thần Nghị định số 08/1998/NĐ-CP ngày 22/01/1998 của Chính phủ về quy chế thành lập hiệp hội doanh nghiệp nước ngoài tại Việt Nam. Qua thông tin đánh giá của Bộ Nội vụ thì các hiệp hội này hoạt động đúng pháp luật, phát huy tác dụng tốt. Trong khi đó, nước ta cũng đã tham gia Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị, Tuyên ngôn quốc tế nhân quyền của Liên hợp quốc, trong đó có quy định "ai cũng có quyền tự do lập hội, kể cả quyền thành lập và gia nhập các nghiệp đoàn để bảo vệ quyền lợi của mình" và "mọi người đều có quyền tự do hội họp và lập hội một cách hoà bình". Như vậy, công dân của các nước khi cư trú hợp pháp tại nước đã ký kết tham gia Công ước thì có quyền lập hội tại các nước này. Nếu chúng ta không quy định vấn đề này thì công dân nước ngoài, đặc biệt là công dân của nước đã ký Công ước không được quyền lập hội tại Việt Nam. Điều này có thể sẽ dẫn đến ý kiến cho rằng, không cho phép người nước ngoài có quyền thành lập hội ở Việt Nam đồng nghĩa với việc chúng ta không quản lý, giám sát được hoạt động của họ theo pháp luật. Chính vì vậy, chúng tôi đề nghị Ban soạn thảo nên cân nhắc vấn đề này trong dự thảo Luật về Hội.

Thứ năm, chúng tôi cho rằng, cần cân nhắc đưa vào Điều 2 của dự thảo một yếu tố quan trọng khi xác định một tổ chức là "hội", đó là *"hoạt động thường xuyên, liên tục*". Bởi vì, tính thường xuyên và liên tục trong hoạt động là tiêu chí quan trọng để thể hiện sự tồn tại của "hội", tránh trường hợp nhiều tổ chức được thành lập và hoạt động một thời gian, sau đó hầu như chỉ hoạt động mang tính chất "cầm chừng".

3. Về chính sách của Nhà nước (Điều 4 dự thảo)

Hiện nay, khoản 2 Điều 4 dự thảo quy định Nhà nước "*ban hành cơ chế, chính sách để hội tham gia xã hội hóa các hoạt động cung cấp dịch vụ, tư vấn; thực hiện chương trình, dự án, đề tài và các hoạt động khác theo quy định của pháp luật*". Chúng tôi cho rằng, quy định này chưa thực sự đầy đủ, chỉ mới nhấn mạnh việc hội thực hiện các dịch vụ, tư vấn, chương trình do Nhà nước đặt hàng, *chưa đề cập đến chức năng phản biện xã hội của hội*. Đây là một vấn đề rất quan trọng đối với các tổ chức hội, góp phần thể hiện sự tham gia quản lý nhà nước của các tổ chức xã hội. Nếu không quy định chức năng phản biện xã hội của hội đối với các chính sách, pháp luật của Nhà nước thì sẽ không đảm bảo được giá trị của các hội. Vì vậy, chúng tôi đề nghị phải bổ sung chức năng phản biện xã hội của hội vào quy định của khoản 2 Điều 4 nói trên.

4. Về các hành vi bị nghiêm cấm (Điều 8 dự thảo)

Hiện nay, khoản 2 Điều 8 dự thảo quy định nghiêm cấm hành vi "*thành lập, hoạt động trái pháp luật, trái quy tắc đạo đức xã hội, xâm phạm quyền và lợi ích hợp pháp của Nhà nước, cộng đồng, tổ chức, cá nhân; gây phương hại đến lợi ích, chủ quyền, an ninh quốc gia, an toàn xã hội, khối đại đoàn kết dân tộc, quyền con người, quyền công dân*". Chúng tôi cho rằng, quy định này là khá mơ hồ, khó xác định ranh giới giữa

hành vi hợp pháp và bất hợp pháp. Vì vậy cần làm rõ quy định này để tránh sự tùy tiện, gây ảnh hưởng đến quyền công dân trong thực tiễn áp dụng luật; góp phần bảo đảm tinh thần của Hiến pháp năm 2013.

5. Về quyền thành lập hội và quản lý nhà nước về hội

Quyền lập hội gồm ba lĩnh vực cơ bản là: 1) Quyền thành lập hội; 2) Quyền gia nhập hội; 3) Hoạt động, điều hành các hội. Quyền thành lập và gia nhập các hội là nội dung chủ yếu của quyền tự do lập hội. Thực tiễn xây dựng pháp luật ở nhiều nước trên thế giới cho thấy, mối quan hệ giữa quyền thành lập hội và vấn đề quản lý nhà nước về hội là vấn đề mấu chốt của Luật về hội, ảnh hưởng đến nội dung, cách thức quy định về quyền lập hội. Liên quan đến vấn đề này, dự thảo Luật có các quy định khá chặt chẽ về vấn đề đăng ký thành lập hội, phê duyệt điều lệ hội..., và dành riêng Chương VII để quy định về "Quản lý nhà nước về hội". Mặc dù về từ ngữ, dự thảo Luật đã thay cụm từ "xin phép thành lập hội" bằng cụm từ "đăng ký thành lập hội". Tuy nhiên, về bản chất thì vẫn chưa có sự thay đổi trong tư tưởng xây dựng luật. *Dự thảo luật vẫn nặng về tư tưởng chỉ xem hội là đối tượng chịu sự quản lý nhà nước, chưa chú trọng đến góc độ hội, hay rộng hơn là các tổ chức xã hội chính là đối tác phát triển của Nhà nước.* Bên cạnh đó, việc quy định thủ tục thành lập hội cũng thể hiện tính bất cân xứng trong xây dựng thể chế của Nhà nước. Ví dụ như cùng là "quyền tự do", nhưng đối với quyền tự do kinh doanh lại được pháp luật hiện hành quy định rất "mở" về ngành nghề cấm kinh doanh, đăng ký kinh doanh (thủ tục thành lập doanh nghiệp hiện nay theo Luật Doanh nghiệp năm 2014 và văn bản hướng dẫn thi hành chỉ mất 03 ngày làm việc). Quyền tự do lập hội thể hiện vai trò quan trọng của các hội trong sự phát triển của xã hội, do đó rất nên được tạo điều kiện để phát triển.

Xuất phát từ những điểm trên, chúng tôi cho rằng, dự thảo Luật nên có sự đơn giản hóa trong quy trình thành lập hội, không cần có quy định cấp có thẩm quyền phê duyệt điều lệ hội. Cách thức quy định này sẽ giảm bớt sự hành chính hóa đối với việc thành lập các tổ chức xã hội. Thủ tục này càng đơn giản, càng tiết kiệm thời gian và chi phí càng tốt. Một số ví dụ như việc thành lập hội không mất chi phí gì (ở Bulgary), rất nhanh chóng (ở Nhật Bản, việc nộp đơn có thể qua mạng Internet)... Chuyên gia của Liên hợp quốc khuyến nghị rằng, một "thủ tục thông báo" thì tốt hơn, phù hợp với luật nhân quyền hơn là một "thủ tục cho phép trước" đòi hỏi phải có sự chấp thuận của cơ quan nhà nước để thiết lập một pháp nhân. Trong thủ tục thông báo, các hội tự động được trao tư cách pháp nhân ngay khi nhà chức trách nhận được thông báo bởi các sáng lập viên rằng hội đã được lập ra. Tại hầu hết các quốc gia, việc thông báo này được thực hiện bằng văn bản, bao gồm một số nội dung thông tin mà luật yêu cầu rõ ràng, nhưng đây không phải là điều kiện cho việc hiện diện một hội. Văn bản này cơ bản là một thông báo để các cơ quan thống kê có thông tin về hội. Hệ thống thông báo này đang hoạt động tại ở nhiều quốc gia (Marốc, Bồ Đào Nha, Senegal, Thụy Sỹ, Urugoay...)[2].

[2] Theo Báo cáo viên đặc biệt về tự do hội họp và lập hội Maina Kiai (Báo cáo về năm hoạt động đầu tiên 1/5/2011 – 30/4/2012, A/HCR/20/27, đoạn 58).

Bên cạnh đó, Điều 9 của dự thảo quy định 6 điều kiện để thành lập hội, trong đó có điều kiện: "*Lĩnh vực hoạt động chính không trùng lặp với lĩnh vực hoạt động chính của hội đã được thành lập hợp pháp trước đó trong cùng phạm vi hoạt động*". Chúng tôi cho rằng, quy định này sẽ làm hạn chế sự phát triển đa dạng của các hội, làm giảm tính cạnh tranh giữa các hội. Chính vì vậy, chúng tôi đề nghị nên bỏ điều kiện này trong quy định về thành lập hội.

Song song với việc đơn giản hóa thủ tục thành lập hội, Nhà nước nên tập trung thúc đẩy cơ chế tự chịu trách nhiệm và tự giám sát hoạt động của hội thông qua quản trị nội bộ hơn là qua cơ chế báo cáo và giám sát của cơ quan nhà nước[3]. Đây là điều quan trọng vì trong cuộc sống đa dạng với hàng trăm nghìn hội được thành lập và hoạt động, việc quản lý giám sát của các cơ quan hành chính nhà nước là rất tốn kém, nếu như không nói là không xuể. Chính vì vậy, Luật về Hội cần quy định rõ ràng các hội sẽ phải có cơ chế quản trị nội bộ minh bạch, trách nhiệm giải trình rõ ràng với cơ quan cấp phép hoạt động (Bộ Nội vụ/Sở Nội vụ), với công chúng, các nhà tài trợ và các thành viên của hội. Có như vậy, trách nhiệm và hoạt động minh bạch, hiệu quả và quyền độc lập tự chủ của hội mới được đảm bảo.

6. Về vấn đề quản lý tài trợ nước ngoài đối với hội

Vấn đề này hiện nay chưa được quy định trong dự thảo Luật. Trong bối cảnh hội nhập và mở cửa như hiện nay, việc quản lý các nguồn tài trợ, các nguồn kinh phí từ cá nhân người nước ngoài, các tổ chức quốc tế cho hội là tương đối khó khăn. Trên thực tế, hầu như chúng ta mới quản lý vấn đề "đầu vào" của các nguồn tài trợ, còn khi đã tiếp nhận kinh phí, tài trợ của nước ngoài thì việc các hội sử dụng như thế nào, có đúng mục đích, đúng pháp luật hay không là một vấn đề còn bỏ ngỏ. Bên cạnh đó, việc có rất nhiều kênh tài trợ từ nước ngoài cho hội hiện nay cũng dẫn đến việc quản lý tài chính đối với hội khó khăn do công tác phối hợp giữa các cơ quan quản lý nhà nước còn chưa chặt chẽ, tiềm ẩn những nguy cơ khó lường về an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội. Bài học của một số nước Đông Âu đã cho thấy, chiêu bài lợi dụng hoạt động của các tổ chức phi chính phủ trong nước và quốc tế để tài trợ cho các hoạt động chính trị, lật đổ chính quyền vẫn còn hiện hữu.

Theo kinh nghiệm của một số nước, sử dụng công cụ quản lý tài chính là rất quan trọng để giám sát hoạt động của các hội, tránh việc các hội lợi dụng sự buông lỏng giám sát tài chính từ nhà nước để thực hiện những hoạt động trái với mục đích, điều lệ hội. Do đó, chúng tôi đề nghị cần bổ sung cụ thể các quy định về quản lý tài trợ nước ngoài đối với hội nhằm tăng cường hiệu quả giám sát, quản lý nhà nước đối với hội, tránh việc sử dụng tài trợ sai mục đích, trái pháp luật; đồng thời bảo đảm cho hội hoạt động đúng định hướng, phục vụ lợi ích của hội viên và góp phần phát triển đất nước.

7. Bổ sung chính sách về thuế đối với các hội

Chúng tôi cho rằng, cần bổ sung các chính sách về thuế rõ ràng để hỗ trợ cho hoạt động của hội. Có hai chính sách thuế cần xây dựng: Một là cho các hoạt động kinh tế của hội được hưởng ưu đãi thuế (vì

[3] Nói như vậy không có nghĩa là bỏ hoàn toàn hình thức báo cáo và giám sát của Nhà nước. Nhà nước vẫn phải thực hiện các hoạt động này, đặc biệt là giám sát tài chính.

lợi nhuận được sử dụng cho hoạt động của hội), và hai là miễn thuế cho các đóng góp tài chính và hiện vật của cá nhân, doanh nghiệp cho hội (khấu trừ vào tổng thu nhập tính thuế). Đây là điều kiện để tăng sự tham gia của người dân và trách nhiệm xã hội của các doanh nghiệp trong việc giải quyết các vấn đề của xã hội, môi trường và bảo vệ quyền con người.

8. Về vấn đề liên quan đến các hội có tính chất đặc thù

Trong nội dung dự thảo Tờ trình, Ban soạn thảo có nêu thực trạng các văn bản quy phạm pháp luật về hội do Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ ban hành thời gian qua trong quá trình thực hiện có nhiều vấn đề vướng mắc, trong đó có liên quan đến hội có tính chất đặc thù và số biên chế giao cho các hội này là rất lớn (6.771 biên chế)[4]. Tờ trình cũng nhấn mạnh, việc tiếp tục thực hiện quy định về hội có tính chất đặc thù làm số biên chế ngày càng lớn hơn, không phù hợp với lộ trình tinh giản biên chế trong giai đoạn hiện nay.

Theo thông tin từ Bộ Nội vụ, hiện nay có 28 hội có tính chất "đặc thù". Cụ thể, ở trung ương có 28 hội được giao 679 biên chế. Ở địa phương, đến 31/3/2013 có 62 tỉnh, thành xác định được 8.966 hội hoạt động trong phạm vi địa phương cũng là hội có tính chất "đặc thù"[5]. Với 6.771 biên chế hiện tại sẽ gia tăng trong thời gian tới; tuy nhiên, trong dự thảo Luật về Hội vẫn chưa giải quyết vấn đề này. Chương "Điều khoản thi hành" cũng không đề cập đến việc có tiếp tục thực hiện Nghị định số 45/2010/NĐ-CP và Quyết định số 68/2010/QĐ-TTg về việc quy định hội có tính chất đặc thù hay không. Vì vậy, Dự thảo Luật phải quy định cụ thể đối với các hội có tính chất đặc thù, từ đó có định hướng sửa đổi, bổ sung hoặc hủy bỏ Quyết định số 68/2010/QĐ-TTg của Thủ tướng Chính phủ. Nếu vẫn quy định về hội có tính chất đặc thù thì nên có quy định thu gọn các loại hội này, góp phần tinh giản biên chế trong bối cảnh cải cách hành chính.

Bên cạnh đó, Tờ trình cũng nêu bất cập liên quan đến người làm việc tại hội: Đối tượng được hưởng thù lao chỉ là những người đã nghỉ hưu, còn người chưa về hưu được tín nhiệm bầu giữ chức danh lãnh đạo hội lại chưa được hưởng hoặc hưởng với mức thấp hơn[6]. Chúng tôi đề nghị dự thảo Luật nên quy định vấn đề này, từ đó có cơ sở để Thủ tướng Chính phủ ban hành quyết định cụ thể có liên quan đến chế độ thù lao đối với đối tượng nêu trên.

[4] Xem Tờ trình dự án Luật, tr. 2.

[5] Nguồn: "Tránh hành chính hóa các Hội quần chúng", http://thutuong.chinhphu.vn/Home/Tranh-hanh-chinh-hoa-cac-Hoi-quan-chung/20136/18900.vgp, ngày 27/6/2013.

[6] Ví dụ: xem phản ánh tình trạng này tại tỉnh Thái Nguyên năm 2014: http://baothainguyen.org.vn/tin-tuc/xa-hoi/bat-cap-trong-quy-dinh-huong-thu-lao-o-cac-hoi-dac-thu-217124-85.html.

HOÀN THIỆN CÁC BIỆN PHÁP NGĂN CHẶN VÀ BẢO ĐẢM XỬ LÝ VI PHẠM HÀNH CHÍNH TRONG LUẬT XỬ LÝ VI PHẠM HÀNH CHÍNH NĂM 2012 THEO TINH THẦN CÔNG ƯỚC CỦA LIÊN HỢP QUỐC VỀ CHỐNG TRA TẤN VÀ CÁC HÌNH THỨC ĐỐI XỬ HOẶC TRỪNG PHẠT TÀN BẠO, VÔ NHÂN ĐẠO HOẶC HẠ NHỤC CON NGƯỜI

Cao Vũ Minh*

Tóm tắt: *Ngày 28/11/2014, Việt Nam đã phê chuẩn Công ước của Liên hợp quốc về chống tra tấn và các hình thức đối xử hoặc trừng phạt tàn bạo, vô nhân đạo hoặc hạ nhục con người. Bài viết phân tích các khía cạnh pháp lý và thực tiễn của việc áp dụng các biện pháp ngăn chặn và bảo đảm xử lý vi phạm hành chính nhằm ngăn ngừa hành vi tra tấn, trừng phạt tàn bạo có thể xảy ra theo tinh thần của Công ước trong Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012.*

Abstract: *On 28 November 2014, Vietnam ratified the United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CAT). The article analyses legal aspects and the application of measures to prevent administrative violations and ensure the handling of administrative violations in order to prevent possible acts of torture and cruel punishment in the spirit of the Convention and of the Law on Handling of Administrative Violation.*

1. Định nghĩa và các dấu hiệu đặc trưng của tra tấn trong Công ước của Liên hợp quốc về chống tra tấn và các hình thức đối xử hoặc trừng phạt tàn bạo, vô nhân đạo hoặc hạ nhục con người

Tra tấn và hành vi "thứ cấp" của nó là trừng phạt, đối xử tàn bạo, vô nhân đạo hoặc nhục hình là vấn đề vừa mang tính pháp lý, vừa mang tính đạo đức, văn hóa. Ở góc độ đạo đức, văn hóa, Liên hợp quốc lên án tra tấn như là một trong những hành vi vô nhân đạo và đê hèn nhất mà con người phạm phải với đồng loại, bởi tra tấn phủ nhận phẩm giá, hủy hoại cả thể chất và tâm hồn của nạn nhân - những người ở trong hoàn cảnh không thể chống cự. Ở góc độ pháp lý, theo Luật nhân quyền quốc tế, tra tấn là một trong những hình thức vi phạm nhân quyền nghiêm trọng nhất, bị chỉ trích gay gắt nhất[1].

Nhằm chấm dứt hành vi tra tấn, trừng phạt tàn bạo, vô nhân đạo, ngày 10/12/1984, Công ước về chống tra tấn và các hình thức đối xử hoặc trừng phạt tàn bạo, vô nhân đạo hoặc hạ nhục con người

* ThS., Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.

[1] Đào Trí Úc, Vũ Công Giao, Pháp luật về phòng chống tra tấn và những yêu cầu đặt ra trong quá trình cải cách tư pháp ở Việt Nam, Tạp chí Nhà nước và pháp luật số 10, năm 2008.

(gọi tắt là CAT) đã chính thức được Liên hợp quốc thông qua và có hiệu lực từ ngày 26/6/1987. Đến nay đã có 154 quốc gia phê chuẩn[2].

Khoản 1, Điều 1 của CAT định nghĩa: *"Vì mục đích của Công ước này, thuật ngữ "tra tấn" có nghĩa là bất kỳ hành vi nào* cố ý *gây ra đau đớn hoặc đau khổ nghiêm trọng về thể xác hay tinh thần mà chủ ý áp dụng đối với một người, nhằm rút ra từ người đó hay một người thứ ba thông tin hay lời tự thú, hay để trừng phạt người đó vì một hành vi mà người đó hay người thứ ba gây ra hay bị nghi ngờ gây ra, hoặc để hăm dọa hay cưỡng bức người đó hay người thứ ba, hoặc vì bất kỳ một lý do nào dựa trên sự phân biệt đối xử nào đó; do một công chức hay người nào khác hành động với tư cách hay sự xúi giục hay với sự đồng tình, ưng thuận của một công chức, tiến hành. Khái niệm tra tấn không bao gồm những đau đớn hay đau khổ chỉ do hậu quả tất nhiên hay ngẫu nhiên của các trừng phạt hợp pháp"*[3].

Từ định nghĩa về tra tấn và các điều khoản liên quan trong CAT, có thể rút ra những đặc điểm sau đây về tra tấn:

Thứ nhất, hành vi tra tấn là bất kỳ hành vi nào cố ý gây ra đau đớn hoặc đau khổ nghiêm trọng về thể xác hay tinh thần mà chủ ý áp dụng đối với một người.

Thứ hai, hành vi tra tấn luôn được thực hiện với lỗi cố ý.

Thứ ba, tra tấn có thể thực hiện dưới nhiều hình thức khác nhau như tra tấn về thể chất hay tra tấn về tinh thần. Tra tấn về thể chất là gây ra đau đớn hoặc đau khổ nghiêm trọng về thể xác như đánh, đấm, đá vào ngực, treo ngược, lấy vật sắc nhọn đâm vào người, dùng điện giật… Tra tấn tinh thần như khủng bố tâm lý, tra tấn bằng tiếng ồn, bắt giam trong phòng tối không có ánh sáng, "tra tấn trắng"… khiến nạn nhân trở nên điên loạn, mất trí, khai thông tin hoặc nhận tội vô điều kiện.

Thứ tư, mục đích, động cơ của tra tấn là để lấy lời thú tội, lấy thông tin, trừng phạt, hăm dọa, cưỡng bức hay phân biệt đối xử.

Thứ năm, chủ thể thực hiện hành vi tra tấn là chủ thể đặc biệt. Đó phải là hành vi của một công chức hay một người khác hành động theo sự xúi giục hoặc ưng thuận của công chức đó. Đây là dấu hiệu rất quan trọng, giúp loại trừ khỏi phạm vi điều chỉnh của CAT những hành vi cũng gây đau đớn hoặc đau khổ nghiêm trọng về thể xác hay tinh thần cho người khác nhưng lại được tiến hành không phải bởi chủ thể đặc biệt.

Như vậy, có thể nhận thấy, dấu hiệu quan trọng nhất để xác định hành vi tra tấn theo định nghĩa của CAT, trước tiên đó phải là những hành vi có chủ đích gây ra đau đớn và đau khổ nghiêm trọng về thể xác hay tinh thần cho nạn nhân; thứ hai là người thực hiện hành vi có mối liên hệ với quyền lực nhà nước. Ngoài hai dấu hiệu trên, những dấu hiệu còn lại như mục đích, động cơ tra tấn, nạn nhân tra tấn… không mang ý nghĩa quyết định trong việc xác định có hay không việc xảy ra hành vi tra tấn[4]. Tuy nhiên, những dấu hiệu này vẫn

[2] Báo điện tử Vietnamnet, Việt Nam tham gia công ước chống tra tấn của Liên hợp quốc, ngày 08/11/2013.

[3] Trung tâm nghiên cứu quyền con người (Học viện Chính trị quốc gia Hồ Chí Minh), Các văn kiện quốc tế cơ bản về quyền con người, Hà Nội, 2002, tr. 358.

[4] Lê Thị Hồng Nhung, Tra tấn theo công ước quốc tế của Liên hợp quốc về chống tra tấn và các hình thức

mang giá trị nhất định trong quá trình điều tra về hành vi tra tấn cụ thể, giúp xác định được tính chất, mức độ của vụ tra tấn cũng như việc đưa ra những giải pháp ngăn chặn, khắc phục.

2. Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 với việc chống tra tấn khi áp dụng các biện pháp ngăn chặn và bảo đảm xử lý vi phạm hành chính

Các biện pháp ngăn chặn và bảo đảm việc xử lý vi phạm hành chính là những biện pháp được áp dụng nhằm hạn chế tối đa những hành vi vi phạm pháp luật, ngăn chặn hậu quả thiệt hại do vi phạm hành chính gây ra hoặc để bảo đảm cho việc xử lý vi phạm hành chính được triệt để, nghiêm minh. Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 quy định cụ thể 9 biện pháp ngăn chặn và bảo đảm việc xử lý vi phạm hành chính:

1. Tạm giữ người;

2. Áp giải người vi phạm;

3. Tạm giữ tang vật, phương tiện vi phạm hành chính, giấy phép, chứng chỉ hành nghề;

4. Khám người;

5. Khám phương tiện vận tải, đồ vật;

6. Khám nơi cất giấu tang vật, phương tiện vi phạm hành chính;

7. Quản lý người nước ngoài vi phạm pháp luật Việt Nam trong thời gian làm thủ tục trục xuất;

8. Giao cho gia đình, tổ chức quản lý người bị đề nghị áp dụng biện pháp xử lý hành chính trong thời gian làm thủ tục áp dụng biện pháp xử lý hành chính;

9. Truy tìm đối tượng phải chấp hành quyết định đưa vào trường giáo dưỡng, đưa vào cơ sở giáo dục bắt buộc, đưa vào cơ sở cai nghiện bắt buộc trong trường hợp bỏ trốn.

Các biện pháp này chỉ được áp dụng khi có dấu hiệu khẳng định có vi phạm hành chính xảy ra (tức đang xảy ra hoặc tin chắc sẽ xảy ra) nhằm mục đích ngăn chặn kịp thời vi phạm hoặc để bảo đảm việc xử lý. Đồng thời, việc thực hiện phải tuân thủ các nguyên tắc: pháp chế, công khai, nhân đạo; tôn trọng quyền, tự do và lợi ích hợp pháp của công dân (như quyền bất khả xâm phạm về thân thể, chỗ ở, tài sản; tôn trọng danh dự, nhân phẩm công dân)[5]. Đối chiếu với các dấu hiệu đặc trưng của CAT, người bị áp dụng các biện pháp thứ 1, thứ 2, thứ 7, thứ 9 có nhiều khả năng bị tra tấn, trừng phạt tàn bạo, vô nhân đạo. Các biện pháp thứ 3, thứ 4, thứ 5, thứ 6 không bao gồm các hành vi cố ý gây ra đau đớn hoặc đau khổ nghiêm trọng về thể xác hay tinh thần cho người bị áp dụng nên khả năng người đó bị tra tấn, trừng phạt tàn bạo là rất thấp. Biện pháp thứ 8 được áp dụng nhưng không nhằm mục đích để lấy lời thú tội, lấy thông tin, trừng phạt, hăm dọa, cưỡng bức hay phân biệt đối xử vì khi áp dụng biện pháp này, cá nhân đã được xác định có hành vi vi phạm pháp luật và đang "chờ" quyết định đưa vào trường giáo dưỡng, đưa vào cơ sở giáo dục bắt buộc, đưa vào cơ sở cai nghiện bắt buộc của Tòa án[6].

Với khả năng bị tra tấn, trừng phạt tàn bạo, vô nhân đạo, bài viết chủ yếu phân

đối xử hay trừng phạt dã man, vô nhân đạo hay hạ nhục con người, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 3, năm 2011.

[5] Nguyễn Cửu Việt (2013), Giáo trình Luật Hành chính Việt Nam, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, tr. 526.

[6] Xem thêm Điều 131 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012.

tích các khía cạnh pháp lý của việc áp dụng các biện pháp thứ 1, thứ 2, thứ 7 và thứ 9 nhằm ngăn ngừa hành vi này có thể xảy ra.

Biện pháp thứ nhất: Tạm giữ người theo thủ tục hành chính

Theo quy định pháp luật, người bị tạm giữ theo thủ tục hành chính phải khai báo thành khẩn những hành vi vi phạm pháp luật của mình và của những người khác có liên quan[7]. Như vậy, trong quá trình lấy lời khai, người bị tạm giữ có thể bị chủ thể thực thi quyền lực nhà nước tra tấn nhằm mục đích rút ra từ người đó thông tin hay lời tự thú[8].

Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 quy định việc tạm giữ người theo thủ tục hành chính chỉ được áp dụng trong trường hợp cần ngăn chặn, đình chỉ ngay những hành vi gây rối trật tự công cộng, gây thương tích cho người khác. Thời hạn tạm giữ người theo thủ tục hành chính không được quá 12 giờ; trong trường hợp cần thiết, có thể kéo dài hơn nhưng không được quá 24 giờ; đối với người vi phạm quy chế biên giới hoặc vi phạm hành chính ở vùng rừng núi xa xôi, hẻo lánh, hải đảo thì có thể kéo dài hơn nhưng không được quá 48 giờ, kể từ thời điểm bắt đầu giữ người vi phạm. Như vậy, khoảng thời gian tạm giữ người theo thủ tục hành chính tương đối ngắn, phù hợp với tính chất, mức độ nguy hiểm cho xã hội của vi phạm hành chính. Nơi tạm giữ người theo thủ tục hành chính là nhà tạm giữ hành chính hoặc buồng tạm giữ hành chính được bố trí tại trụ sở cơ quan, đơn vị nơi làm việc của người có thẩm quyền ra quyết định tạm giữ người vi phạm hành chính. Trong trường hợp không có nhà tạm giữ hành chính hoặc buồng tạm giữ hành chính thì có thể tạm giữ tại phòng trực ban hoặc phòng khác tại nơi làm việc, nhưng phải đảm bảo các quy định chung. Nghiêm cấm việc giữ người vi phạm hành chính trong các phòng tạm giữ hình sự, phòng tạm giam hình sự hoặc những nơi không bảo đảm vệ sinh, an toàn cho người bị tạm giữ. Nhằm đảm bảo về nơi tạm giữ người theo thủ tục hành chính, Nghị định số 112/2013/NĐ-CP ngày 02/10/2013 quy định: *"Nhà tạm giữ hành chính hoặc buồng tạm giữ hành chính phải có khóa cửa, bảo đảm ánh sáng, thoáng mát, vệ sinh và an toàn về phòng cháy, chữa cháy, thuận tiện cho việc trông coi, bảo vệ. Người bị tạm giữ qua đêm phải được bố trí giường hoặc sàn nằm và phải có chiếu, chăn, màn; chỗ nằm tối thiểu cho mỗi người là 2 m^2"*.

Người bị tạm giữ theo thủ tục hành chính được Nhà nước bảo đảm chế độ ăn uống theo tiêu chuẩn. Những quy định này rất nhân văn, nhằm đảm bảo cho người bị

[7] Điểm c, khoản 2 Điều 18 Nghị định số 112/2013/NĐ-CP của Chính phủ ngày 02/10/2013 quy định: *"Người bị tạm giữ có nghĩa vụ khai báo thành khẩn những hành vi vi phạm pháp luật của mình và của những người khác có liên quan"*.

[8] Ví dụ, ngày 13/2/2014, lúc 15h, ông Huỳnh Tấn Du (35 tuổi) phát hiện ông Huỳnh N (39 tuổi) thôn Quảng An, xã Đạo Nghĩa đang hái trộm tiêu trong rẫy của mình nên bắt trói ông Huỳnh N và báo công an xã. Đến 17h30 cùng ngày, ông N bị giải về trụ sở Công an xã Đạo Nghĩa để làm việc. Ba công an xã tên Nguyễn Hữu Tuyến (27 tuổi), Lê Văn Tâm (46 tuổi) và Trần Văn Công (38 tuổi) đã có hành vi tra tấn ông N. Sau đó, Trưởng công an xã Đạo Nghĩa đã thừa nhận với Cơ quan Cảnh sát Điều tra tỉnh Đăk Nông rằng, trong lúc lấy lời khai, vì cho rằng ông Huỳnh N gian dối trong việc khai nhận hành vi trộm cắp nên công an xã đã dùng dùi cui, nắm đấm đánh ông N nhiều lần. Đến khoảng 7h30 tối 13/2/2014, ông N được cho về nhà và hẹn sáng hôm sau 14/2/2014 sẽ làm việc tiếp. Tuy nhiên, khoảng 9h sáng 14/2/2014 thì ông N chết. Theo ghi nhận khám nghiệm tử thi, có 33 vết thương, vết bầm tím trên cơ thể, trong đó có 9 vết bầm tím trên đầu, mặt.

tạm giữ không bị tra tấn, đối xử vô nhân đạo.

Tuy nhiên, Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 và Nghị định số 112/2013/NĐ-CP ngày 02/10/2013 vẫn tồn tại nhiều quy định không rõ ràng. Điều này không chỉ ảnh hưởng đến tính minh bạch của văn bản quy phạm pháp luật mà tiềm ẩn khả năng người bị tạm giữ có thể bị tra tấn, đối xử vô nhân đạo. Cụ thể:

Một là, về thời điểm bắt đầu tính thời hạn giữ người. Theo Điều 122 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012, thời hạn tạm giữ được tính từ *"thời điểm bắt đầu giữ người vi phạm"*. Việc hiểu và vận dụng hợp lý nguyên tắc này trên thực tế là vấn đề hết sức khó khăn. Làm thế nào để xác định *"thời điểm bắt đầu giữ người vi phạm"*? Đó là thời điểm cơ quan chức năng phát hiện, đình chỉ, giữ và áp giải người vi phạm về trụ sở cơ quan, hay là thời điểm đưa người vi phạm về đến trụ sở cơ quan và bắt đầu ra quyết định tạm giữ? Giả sử, anh A và anh B có hành vi gây rối trật tự công cộng tại phường X, Quận Y. Để ngăn chặn, đình chỉ hành vi gây rối trật tự công cộng, lực lượng công an đã tạm giữ anh A và anh B lúc 9 giờ. Sau đó, lực lượng công an đã áp giải người vi phạm về trụ sở cơ quan. Lúc 11 giờ cùng ngày, Trưởng Công an phường X, Quận Y ra quyết định tạm giữ anh A và anh B bằng văn bản. Trong trường hợp này, thời điểm bắt đầu tính thời hạn tạm giữ được xác định như thế nào?

Quan điểm 1: thời điểm bắt đầu được tính từ lúc 9 giờ, vì đây là thời điểm mà hành vi vi phạm bị đình chỉ, ngăn chặn. Điều này hoàn toàn phù hợp với mục đích áp dụng biện pháp tạm giữ người – một biện pháp ngăn chặn vi phạm hành chính. Tuy nhiên, như vậy sẽ dẫn đến tình trạng những người không có thẩm quyền vẫn có thể áp dụng biện pháp tạm giữ người. Điều này không phù hợp với Điều 123 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 về thẩm quyền tạm giữ người theo thủ tục hành chính.

Quan điểm 2: thời điểm bắt đầu được tính từ lúc 11 giờ, vì đây là thời điểm người có thẩm quyền ra quyết định tạm giữ người bằng văn bản. Tuy nhiên, cách tính này cũng có điều chưa hợp lý bởi trên thực tế, người vi phạm đã bị hạn chế tự do ngay tại thời điểm bị bắt giữ (lúc 9 giờ). Xem xét khoản 2 Điều 122 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012: *"Mọi trường hợp tạm giữ người đều* ***phải có quyết định bằng văn bản*** *và phải giao cho người bị tạm giữ một bản"*; khoản 3 Điều 14 Nghị định số 112/2013/NĐ-CP: *"Trong mọi trường hợp, việc tạm giữ người theo thủ tục hành chính phải có quyết định bằng văn bản của người có thẩm quyền.* ***Nghiêm cấm việc tùy tiện tạm giữ người không có quyết định bằng văn bản****"*. Như vậy, "ngụ ý" của quy định là *"thời điểm bắt đầu giữ người vi phạm"* được tính từ lúc người vi phạm thực tế bị tạm giữ tại nơi tạm giữ, vì lúc này người có thẩm quyền mới ra quyết định tạm giữ bằng văn bản. Nếu vậy, khoảng thời gian từ 9 giờ đến 11 giờ được gọi là gì? Trên thực tế, khoảng thời gian này người vi phạm đã bị hạn chế một số quyền, lợi ích hợp pháp và có thể cũng bị tra tấn, đối xử tàn bạo, vô nhân đạo. Điều đáng nói là, khi không được quy định cụ thể thì rất khó xác định cơ chế chịu trách nhiệm. Bên cạnh đó, quy định không rõ ràng còn tiềm ẩn nguy cơ áp dụng pháp luật không thống nhất của các chủ thể có thẩm quyền.

Hai là, Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 và Nghị định số 112/2013/NĐ-CP ngày 02/10/2013 quy định: *"Trong trường hợp không có nhà tạm giữ hành chính hoặc buồng tạm giữ hành chính thì có thể tạm giữ tại phòng trực ban hoặc* ***phòng khác*** *tại nơi làm việc,* ***nhưng phải đảm bảo các quy định chung****"*. Thế nhưng, trong cả Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 và các văn bản hướng dẫn thi hành đều không có quy định giải thích *"****phòng khác***" là phòng gì. Đó có thể là nhà kho… hay không, vì pháp luật chỉ nghiêm cấm tạm giữ người vi phạm trong các phòng tạm giữ hình sự, phòng tạm giam hình sự hoặc những nơi không bảo đảm vệ sinh, an toàn cho người bị tạm giữ. Bên cạnh đó, tiêu chí *"****phải đảm bảo các quy định chung****"* có phải là những tiêu chuẩn được nêu ở khoản 1, Điều 19 Nghị định số 112/2013/NĐ-CP như có khóa cửa, bảo đảm ánh sáng, thoáng mát, vệ sinh… hay không? Tuy nhiên, các tiêu chuẩn này chỉ áp dụng đối với nhà tạm giữ hành chính hoặc buồng tạm giữ hành chính chứ không áp dụng đối với ***"phòng khác"*** được nêu ở trên.

Ba là, theo quy định, thời hạn tối đa tạm giữ người theo thủ tục hành chính không được quá 48 giờ kể từ thời điểm bắt đầu giữ người vi phạm. Tuy nhiên, trên thực tế vẫn có trường hợp thời hạn tạm giữ người vượt quá 48 giờ kể từ thời điểm bắt đầu giữ người vi phạm, như trường hợp người bị tạm giữ trên tàu bay, tàu biển khi tàu bay chưa đến sân bay, tàu biển chưa cập cảng. Trường hợp này, chỉ huy tàu bay, thuyền trưởng quyết định nơi tạm giữ và phân công người thực hiện việc tạm giữ. Như vậy, với thời gian tạm giữ dài, nơi tạm giữ mang tính tương đối bí mật nên khả năng người bị tạm giữ bị tra tấn, bị trừng phạt tàn bạo là hoàn toàn có khả năng xảy ra. Trên thực tế, nạn nhân của tra tấn thường là những đối tượng như tù nhân hay những người đang bị tạm giữ, tạm giam.

Biện pháp thứ hai: Áp giải người vi phạm

Áp giải người vi phạm được áp dụng nhằm cưỡng chế đưa người vi phạm về trụ sở cơ quan nhà nước có thẩm quyền khi người vi phạm không tự nguyện chấp hành yêu cầu của người có thẩm quyền trong các trường hợp:

- Bị tạm giữ theo thủ tục hành chính;

- Đưa trở lại trường giáo dưỡng, cơ sở giáo dục bắt buộc, cơ sở cai nghiện bắt buộc theo quy định tại khoản 2 Điều 132 Luật Xử lý vi phạm hành chính;

- Người bị trục xuất không tự giác chấp hành quyết định xử phạt trục xuất hoặc có hành vi chống đối, bỏ trốn.

Áp giải người vi phạm là biện pháp mới được quy định trong Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012. Về nội dung, biện pháp này được áp dụng cho cả đối tượng bị xử phạt hành chính và đối tượng bị áp dụng biện pháp xử lý hành chính.

Thuật ngữ "áp giải" được sử dụng với tính chất là biện pháp dẫn giải có vũ trang để buộc đối tượng đi đến một địa điểm đã định theo lệnh của cơ quan nhà nước có thẩm quyền hoặc trong trường hợp khác do pháp luật quy định. Áp giải thường được áp dụng đối với người có lệnh gọi của nhà chức trách nhưng họ không tự nguyện đến hoặc có cơ sở để nghi ngờ họ sẽ trốn chạy[9].

[9] Trương Thị Phương Lan, Hoàn thiện pháp luật về các biện pháp ngăn chặn vi phạm hành chính và bảo đảm việc xử lý vi phạm hành chính, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 20, năm 2011.

Khoản 1 Điều 29 Nghị định số 112/2013/NĐ-CP quy định: *"Trường hợp người bị áp giải có hành vi chống đối thì cán bộ áp giải giải thích quy định của pháp luật, yêu cầu họ chấp hành quyết định;* ***trường hợp cần thiết*** *cán bộ áp giải có quyền sử dụng vũ lực, trói, khóa tay, chân, sử dụng vũ khí, công cụ hỗ trợ theo quy định của pháp luật để khống chế vô hiệu hóa hành vi chống đối của người bị áp giải"*. Việc sử dụng vũ lực, trói, khóa tay, chân, sử dụng vũ khí, công cụ hỗ trợ đúng pháp luật có thể gây đau đớn cho người chống đối nhưng không thể xem là hành vi tra tấn vì đây là hậu quả tất nhiên của các trừng phạt hợp pháp đã được nhắc đến trong CAT. Tuy nhiên, việc sử dụng vũ lực, trói, khóa tay, chân, sử dụng vũ khí, công cụ hỗ trợ chỉ được xem là hợp pháp khi được xác định đây là ***trường hợp cần thiết*** và để khống chế, vô hiệu hóa hành vi chống đối của người bị áp giải.

Theo quy định thì việc sử dụng vũ lực, trói, khóa tay, chân, sử dụng vũ khí, công cụ hỗ trợ có thời điểm bắt đầu khi người có thẩm quyền xác định là ***"trường hợp cần thiết"*** và có thời điểm kết thúc khi đã khống chế, vô hiệu hóa hành vi chống đối của người bị áp giải. Chúng tôi không cho rằng, việc sử dụng vũ lực, trói, khóa tay, chân, sử dụng vũ khí, công cụ hỗ trợ có thời điểm bắt đầu khi có hành vi chống đối vì theo quy định, mặc dù đã có hành vi chống đối nhưng người áp giải vẫn có thể giải thích, thuyết phục, yêu cầu người bị áp giải chấm dứt hành vi chống đối. Việc sử dụng vũ lực, trói, khóa tay, chân, sử dụng vũ khí, công cụ hỗ trợ chỉ được thực hiện sau khi người áp giải đã giải thích, thuyết phục, nhưng hành vi chống đối vẫn chưa chấm dứt và người có thẩm quyền phải xác định được đây là ***"trường hợp cần thiết"***. Tuy nhiên, việc xác định ***"trường hợp cần thiết"*** là không đơn giản.

Dưới góc độ pháp lý, việc sử dụng vũ khí, công cụ hỗ trợ phải tuân thủ các quy định trong Pháp lệnh Quản lý, sử dụng vũ khí, vật liệu nổ và công cụ hỗ trợ năm 2011 (sửa đổi, bổ sung năm 2013). Ví dụ, việc nổ súng được thực hiện khi đối tượng đang đánh tháo người bị giam, người bị dẫn giải do phạm tội đặc biệt nghiêm trọng; người bị giam, giữ, bị dẫn giải, bị áp giải do phạm tội đặc biệt nghiêm trọng đang chạy trốn… Tương tự, việc sử dụng công cụ hỗ trợ được thực hiện nhằm ngăn chặn người đang có hành vi đe doạ trực tiếp đến tính mạng, sức khoẻ của người khác hay bắt giữ người theo quy định của pháp luật[10]… Tuy nhiên, thời điểm nào người áp giải có thể sử dụng vũ lực đối với người bị áp giải thì không được quy định cụ thể. Đặc biệt, nếu việc dùng vũ lực được tiến hành không đúng thời điểm, không phù hợp với tính chất, mức độ nguy hiểm của hành vi chống đối lại có thể chứa đựng dấu hiệu của hành vi tra tấn, trừng phạt tàn bạo, vô nhân đạo đối với người bị áp giải. Trên thực tế, nhiều trường hợp người bị áp giải bị đánh, dẫn đến thương tích, cá biệt có người còn bị chết… Câu hỏi đặt ra là, hành vi chống đối của họ có thực sự ở vào ***"trường hợp cần thiết"*** phải dùng vũ lực hay chưa? Nếu không được trả lời minh thị thì hậu quả pháp lý bất lợi của việc sử dụng vũ lực luôn thuộc về đối tượng bị áp giải.

[10] Xem thêm các Điều 22, 24, 33 Pháp lệnh Quản lý, sử dụng vũ khí, vật liệu nổ và công cụ hỗ trợ năm 2011 (sửa đổi, bổ sung năm 2013).

Biện pháp thứ ba: Quản lý người nước ngoài vi phạm pháp luật Việt Nam trong thời gian làm thủ tục trục xuất

Biện pháp này được áp dụng đối với người nước ngoài khi có căn cứ cho rằng, người đó sẽ trốn tránh hoặc cản trở việc thi hành quyết định xử phạt trục xuất hoặc để ngăn chặn người đó tiếp tục thực hiện hành vi vi phạm pháp luật.

Khoản 2 Điều 130 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 quy định, người có thẩm quyền ra quyết định quản lý đối với người nước ngoài vi phạm pháp luật trong thời gian làm thủ tục trục xuất bằng các biện pháp sau đây:

a) Hạn chế việc đi lại của người bị quản lý;

b) Chỉ định chỗ ở của người bị quản lý;

c) Tạm giữ hộ chiếu hoặc giấy tờ tùy thân khác thay hộ chiếu.

Để hướng dẫn thi hành Điều này, khoản 2 Điều 30 Nghị định số 112/2013/NĐ-CP quy định về các trường hợp quản lý đối với người nước ngoài vi phạm pháp luật trong thời gian làm thủ tục trục xuất bằng các biện pháp:

a) Hạn chế việc đi lại của người bị quản lý;

b) Chỉ định chỗ ở của người bị quản lý;

c) Tạm giữ hộ chiếu hoặc giấy tờ tùy thân khác thay hộ chiếu;

d) Bắt buộc lưu trú tại cơ sở lưu trú do Bộ Công an quản lý.

Như vậy, so với khoản 2 Điều 130 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012, khoản 2 Điều 30 Nghị định số 112/2013/NĐ-CP đã bổ sung thêm biện pháp "*Bắt buộc lưu trú tại cơ sở lưu trú do Bộ Công an quản lý"*, được áp dụng đối với trường hợp người bị trục xuất không có hộ chiếu hoặc giấy tờ thay thế hộ chiếu; không có nơi thường trú, tạm trú; có hành vi bỏ trốn, chuẩn bị bỏ trốn… So với 3 biện pháp được nêu ở khoản 2 Điều 130 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012, thì biện pháp *"Bắt buộc lưu trú tại cơ sở lưu trú do Bộ Công an quản lý"* mang tính khắc nghiệt nhất vì người bị áp dụng bị hạn chế đáng kể các quyền và lợi ích hợp pháp.

Về bản chất, biện pháp buộc người bị trục xuất trong thời gian làm thủ tục trục xuất phải lưu trú tại cơ sở lưu trú do Bộ Công an quản lý không khác chế độ "bắt giam người không thông qua thủ tục xét xử". Ngoài ra, do tính chất khép kín nên cơ sở lưu trú do Bộ Công an quản lý có "nguy cơ" rất cao xảy ra những hành vi liên quan đến tra tấn, trừng phạt, xâm phạm quyền con người.

Biện pháp thứ tư: Truy tìm đối tượng phải chấp hành quyết định đưa vào trường giáo dưỡng, đưa vào cơ sở giáo dục bắt buộc, đưa vào cơ sở cai nghiện bắt buộc trong trường hợp bỏ trốn

Biện pháp này được áp dụng đối với đối tượng đã có quyết định đưa vào trường giáo dưỡng, đưa vào cơ sở giáo dục bắt buộc, đưa vào cơ sở cai nghiện bắt buộc trong trường hợp bỏ trốn. Nhìn chung, biện pháp này mang tính cưỡng chế cao, thủ tục áp dụng và thực tế thi hành phức tạp. Vì vậy, Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 cần có những quy định cụ thể. Hiện nay, Điều 132 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 quy định về biện pháp này rất sơ sài. Để làm rõ, Chính phủ ban hành hai Nghị định hướng dẫn thi hành là Nghị định số 02/2014/NĐ-CP ngày 10/01/2014 quy định chế độ áp dụng, thi hành biện

pháp xử lý hành chính đưa vào trường giáo dưỡng và cơ sở giáo dục bắt buộc và Nghị định số 221/2013/NĐ-CP ngày 30/12/2013 quy định chế độ áp dụng biện pháp xử lý hành chính đưa vào cơ sở cai nghiện bắt buộc. Điều 7 Nghị định số 02/2014/NĐ-CP và Điều 17 Nghị định số 221/2013/NĐ-CP quy định: Người đã có quyết định đưa vào trường giáo dưỡng, cơ sở giáo dục bắt buộc, đưa vào cơ sở cai nghiện bắt buộc chưa thi hành quyết định tại trường giáo dưỡng, cơ sở giáo dục bắt buộc, cơ sở cai nghiện bắt buộc mà bỏ trốn thì cơ quan Công an cấp huyện nơi đã lập hồ sơ ra quyết định truy tìm. Học sinh bỏ trốn thì Hiệu trưởng trường giáo dưỡng ra quyết định truy tìm; trại viên bỏ trốn thì Giám đốc cơ sở giáo dục bắt buộc ra quyết định truy tìm; trường hợp người đang chấp hành tại cơ sở cai nghiện bắt buộc bỏ trốn thì Giám đốc cơ sở cai nghiện bắt buộc ra quyết định truy tìm đối tượng.

Cơ quan đã ra quyết định truy tìm có trách nhiệm tổ chức truy tìm đối tượng bỏ trốn; nếu đối tượng có hành vi chống đối thì được áp dụng biện pháp cưỡng chế cần thiết theo quy định của pháp luật. Trường hợp tìm được người bị áp dụng biện pháp đưa vào trường giáo dưỡng, cơ sở giáo dục bắt buộc, cơ sở cai nghiện bắt buộc bỏ trốn mà không tự nguyện chấp hành yêu cầu của cơ quan có thẩm quyền thì bị áp giải đưa trở lại theo quy định tại Nghị định số 112/2013/NĐ-CP ngày 2/10/2013. Khi bị áp giải đưa trở lại trường giáo dưỡng, cơ sở giáo dục bắt buộc, cơ sở cai nghiện bắt buộc, nếu đối tượng có hành vi chống đối thì cán bộ áp giải giải thích quy định của pháp luật, yêu cầu họ chấp hành quyết định; ***trường hợp cần thiết*** cán bộ áp giải có quyền sử dụng vũ lực, trói, khóa tay, chân, sử dụng vũ khí, công cụ hỗ trợ. Như đã trình bày, pháp luật hiện hành không giải thích cụ thể *"**trường hợp cần thiết** cán bộ áp giải có quyền sử dụng vũ lực"* là như thế nào. Nói cách khác, đây là một quy định mang tính tùy nghi. Chính vì vậy, mỗi chủ thể có cách nhận định khác nhau. Chính những quy định tùy nghi này nếu không được kiểm soát chặt chẽ có thể dẫn đến hành vi bạo lực dã man đối với đối tượng bị áp dụng.

3. Một số kiến nghị

Trong bối cảnh Việt Nam đã gia nhập CAT thì các văn bản pháp luật có liên quan trong lĩnh vực này cũng phải có sự sửa đổi, bổ sung cho phù hợp. Trên cơ sở phân tích những bất cập của Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012, chúng tôi có một số kiến nghị như sau:

Thứ nhất, đối với biện pháp tạm giữ người, do pháp luật chưa quy định cụ thể về thời điểm bắt đầu tính thời hạn tạm giữ theo thủ tục hành chính nên việc áp dụng trên thực tế chưa thống nhất ở các địa phương. Hiện nay, Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 và các văn bản hướng dẫn thi hành có "ngụ ý" thời điểm tạm giữ được tính từ lúc người vi phạm thực tế bị tạm giữ tại nơi tạm giữ vì lúc này người có thẩm quyền mới ra quyết định tạm giữ bằng văn bản. Tuy nhiên, lại không được quy định rõ ràng nên vẫn chưa mang tính chuẩn mực chung[11]. Theo chúng tôi, nên quy định thời hạn tạm giữ được tính từ

[11] Khoản 2 Điều 14 Nghị định số 112/2013/NĐ-CP quy định: *"Thời hạn tạm giữ phải được ghi cụ thể trong quyết định tạm giữ người theo thủ tục hành chính, tạm giữ trong thời gian bao nhiêu giờ; bắt đầu từ giờ nào đến giờ nào của ngày, tháng, năm ra quyết định tạm giữ"*.

thời điểm thực sự giữ người tại nơi tạm giữ (lúc này đã có quyết định tạm giữ người bằng văn bản). Ngoài ra, để đảm bảo quyền của người bị tạm giữ, nên chăng quy đổi khoảng thời gian từ khi người vi phạm thực sự bị bắt giữ đến khi thực sự bị tạm giữ với hệ số nhất định để tính vào thời hạn tạm giữ, như 2 giờ trong khoảng thời gian đó được trừ đi 1 giờ tạm giữ[12].

Bên cạnh đó, cần phải làm rõ nội hàm *"**phòng khác**"* và *"**đảm bảo các quy định chung**"* liên quan đến nơi tạm giữ. Đây đều là những quy định tùy nghi, khó có cách hiểu và áp dụng thống nhất nếu không được giải thích rõ ràng. Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 vừa có hiệu lực pháp lý nên việc sửa đổi, bổ sung chưa thể thực hiện trong thời gian ngắn. Do đó, Chính phủ nên ban hành nghị định hướng dẫn chi tiết về vấn đề này. Trong nghị định phải giải thích rõ "phòng khác" là gì và những tiêu chuẩn chung của một phòng tạm giữ đối với người vi phạm hành chính. Ngoài ra, cũng phải quy định cụ thể về nơi tạm giữ trên tàu bay, tàu biển và chế độ ăn uống của người bị tạm giữ trên những phương tiện này.

Thứ hai, đối với biện pháp áp giải người vi phạm và biện pháp truy tìm đối tượng phải chấp hành quyết định đưa vào trường giáo dưỡng, đưa vào cơ sở giáo dục bắt buộc, đưa vào cơ sở cai nghiện bắt buộc trong trường hợp bỏ trốn, cần quy định cụ thể những trường hợp được phép sử dụng vũ lực. Theo chúng tôi, nên quy định chỉ cho phép dùng vũ lực khi hành vi chống đối mang tính côn đồ, hung hãn hay đối tượng có hành vi xâm hại sức khỏe, tính mạng của người dân hoặc của chính mình… Trong bất kỳ trường hợp nào, nếu đối tượng không tấn công vũ lực thì người có thẩm quyền cũng không được phép sử dụng vũ lực. Phải quán triệt tinh thần việc sử dụng vũ lực chỉ nhằm mục đích cuối cùng khống chế đối tượng chứ không phải là trừng trị. Ngoài ra, pháp luật cũng nên quy định ngoại lệ những trường hợp tuyệt đối không được dùng vũ lực như: phụ nữ có thai, người mắc bệnh hiểm nghèo hay mắc bệnh nguy hiểm đến tính mạng...

Thứ ba, liên quan đến biện pháp quản lý người nước ngoài vi phạm pháp luật Việt Nam trong thời gian làm thủ tục trục xuất thì như đã trình bày, việc Chính phủ "tự ý" quy định thêm biện pháp *"Bắt buộc lưu trú tại cơ sở lưu trú do Bộ Công an quản lý"* là trái với quy định của Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012. Theo chúng tôi, cần bãi bỏ quy định tại điểm d khoản 2 Điều 30 Nghị định số 112/2013/NĐ-CP.

Cuối cùng, cần tăng cường các hoạt động giáo dục pháp luật. Theo chúng tôi, cần có sự kết hợp chặt chẽ giữa chế tài pháp lý và tuyên truyền, giáo dục pháp luật. Một mặt, nhà nước tăng cường và xử lý thật nghiêm minh các hành vi tra tấn, bức cung, nhục hình nhưng mặt khác, cũng cần tăng cường các hoạt động giáo dục pháp luật cho các đối tượng có liên quan, đặc biệt là những người thực thi pháp luật. Bởi để có được kết quả thực hiện pháp luật tốt và bền vững, phải chú trọng nâng cao ý thức tôn trọng pháp luật của con người, chứ không thể chỉ dựa vào sự cưỡng chế của Nhà nước.

[12] Bùi Thị Đào, Vấn đề bảo đảm quyền công dân trong pháp luật về tạm giữ người theo thủ tục hành chính, Tạp chí Luật học số 4, năm 2011.

NỘI DUNG RIÊNG BIỆT VÀ TÍNH THỐNG NHẤT CỦA BỘ LUẬT HÌNH SỰ TRONG HỆ THỐNG PHÁP LUẬT VIỆT NAM

Nguyễn Ngọc Hòa*

Tóm tắt: *Bài viết phân tích tính thống nhất cũng như sự phụ thuộc giữa Bộ luật Hình sự Việt Nam với các luật phòng, chống (tội phạm và vi phạm) cũng như với các luật chuyên ngành, đồng thời đưa ra các yêu cầu đối với hoạt động xây dựng cũng như rà soát sửa đổi Bộ luật Hình sự để đảm bảo tính thống nhất giữa Bộ luật Hình sự với các luật khác trong hệ thống pháp luật Việt Nam.*

Abstract: *The article analyses the consistency as well as the dependency of the Vietnam Penal Code with the crime prevention and combat laws (crime and violations) and with other specific laws. On that basis, it then provides some requirements for preparation, review and amendment of the Penal Code in order to ensure consistency between the Penal Code and other laws in Vietnam legal system.*

1. Đặt vấn đề

Một trong những đặc điểm cơ bản của hệ thống pháp luật nói chung cũng như hệ thống pháp luật Việt Nam nói riêng là tính thống nhất. Tất cả các văn bản quy phạm pháp luật đều phải tuân thủ các nguyên tắc chung của pháp luật cũng như thể hiện các nguyên tắc riêng của mỗi ngành luật để đảm bảo pháp luật có vai trò là *"công cụ của Nhà nước để quản lí xã hội, công cụ hướng dẫn và bảo đảm, bảo vệ các quyền và lợi ích chính đáng của cá nhân"*[1].

Bộ luật Hình sự (BLHS) là văn bản quy phạm pháp luật của pháp luật hình sự - ngành pháp luật độc lập có đối tượng và phương pháp điều chỉnh riêng, có chức năng bảo vệ qua việc xác định tội phạm và hình phạt. BLHS có thể là nguồn duy nhất được quy định tội phạm và hình phạt như quan niệm hiện nay của Việt Nam, hoặc chỉ là nguồn chính quy định tội phạm và hình phạt theo xu hướng chung của thế giới[2]. Dù có ý nghĩa là nguồn duy nhất hay chỉ là một nguồn chính quy định tội phạm và hình phạt, BLHS luôn phải phù hợp với Hiến pháp và có sự thống nhất với các luật khác để đảm bảo tính thống nhất của hệ thống pháp luật, trong đó chủ yếu liên quan đến nội dung quy định về các hành vi phạm tội cụ thể. Tính thống nhất theo pháp luật hình sự Việt Nam bao gồm:

- Tính thống nhất giữa BLHS với các luật phòng, chống (tội phạm và vi phạm) như Luật Phòng chống ma tuý; Luật Phòng chống mua bán người;... (dưới đây được viết tắt là các luật phòng, chống);

* GS.TS., Đại học Luật Hà Nội.

[1] Khoa Luật, Đại học quốc gia Hà Nội, *Giáo trình lí luận về nhà nước và pháp luật*, Nxb. Đại học quốc gia Hà Nội, 2007, tr. 352.

[2] Về vấn đề này có thể xem: Nguyễn Ngọc Hòa, "Nguồn của pháp luật hình sự - Những yêu cầu được đặt ra cho pháp luật hình sự Việt Nam", *Tạp chí Luật học*, số 7/2011.

- Tính thống nhất giữa BLHS với các luật thuộc các lĩnh vực quản lí khác nhau, trong đó có điều luật xác định các hành vi vi phạm có thể bị truy cứu trách nhiệm hình sự (TNHS) như Luật Đất đai; Luật Bảo vệ môi trường... (dưới đây được viết tắt là các luật chuyên ngành).

Theo xu hướng lập pháp hình sự của nhiều quốc gia khác, tính thống nhất của BLHS còn có thể bao gồm:

- Tính thống nhất giữa BLHS với các luật hình sự riêng lẻ (luật về các tội hoặc nhóm tội riêng lẻ, hoặc vấn đề khác của ngành pháp luật hình sự, như Pháp lệnh trừng trị tội hối lộ năm 1981 của Việt Nam trước đây);

- Tính thống nhất giữa BLHS với luật hình sự phụ (tổng hợp các quy phạm pháp luật xác định tội phạm và hình phạt trong các luật thuộc các lĩnh vực quản lí khác nhau, như quy phạm pháp luật xác định tội phạm và hình phạt trong luật về ngân hàng; luật về an toàn thực phẩm; ...).

** Về tính thống nhất giữa BLHS với các luật phòng, chống*

Về nguyên tắc, mỗi BLHS đều có 2 phần:

- Phần thứ nhất: quy định những vấn đề chung về tội phạm và hình phạt (Phần chung);

- Phần thứ hai: xác định, đặt tên cũng như mô tả những hành vi bị coi là tội phạm và quy định các khung hình phạt có thể áp dụng cho những hành vi phạm tội đó (Phần các tội phạm)[3].

Các nội dung thuộc hai phần trên đây của BLHS đều hướng tới việc hình thành cơ sở pháp lí cho hoạt động chống tội phạm và qua đó góp phần phòng ngừa tội phạm[4].

Khác với BLHS, các luật phòng, chống hướng tới phòng ngừa và chống các hành vi bị pháp luật cấm nói chung, bao gồm cả hành vi bị coi là tội phạm và hành vi chưa bị coi là tội phạm mà mới chỉ là vi phạm. Cụ thể, các luật phòng, chống có các nội dung:

- Quy định các vấn đề thuộc về công tác phòng ngừa các hành vi bị pháp luật cấm (có thể là vi phạm hoặc tội phạm);

- Xác định trách nhiệm pháp lí, trong đó có TNHS đối với các hành vi bị pháp luật cấm (quy định việc chống vi phạm và tội phạm). Ở Việt Nam, việc xác định này chỉ có nội dung mang tính nguyên tắc; các luật phòng, chống không có các điều luật quy định tội phạm và khung hình phạt mà chỉ có điều luật chỉ dẫn tới BLHS. Trong khi đó, ở nhiều nước khác, các luật này cũng có thể trực tiếp quy định tội phạm cũng như hình phạt và được coi là các luật hình sự riêng lẻ[5].

Như vậy, giữa BLHS và các luật phòng, chống có một phần nội dung trùng nhau là chống tội phạm. Nội dung trùng nhau này không được mâu thuẫn mà phải thống nhất với nhau. Ở Việt Nam, tính thống nhất này đòi hỏi BLHS phải thể hiện được những quy định về chống tội phạm trong các luật phòng, chống (qua các tội danh chung hoặc các tội danh có tính riêng biệt). Trái lại, ở các nước mà việc quy định tội phạm không chỉ trong BLHS, tính thống nhất lại đòi hỏi

[3] BLHS có thể không đặt tên cho các hành vi phạm tội như BLHS của Trung Quốc hiện nay.

[4] Về mối quan hệ giữa chống tội phạm và phòng ngừa tội phạm có thể tham khảo: Nguyễn Ngọc Hòa, *Tội phạm và cấu thành tội phạm,* Nxb. Tư pháp, 2015, tr. 310 và các trang tiếp theo.

[5] Về khái niệm luật hình sự riêng lẻ, có thể tham khảo: Nguyễn Ngọc Hòa (chủ biên), *Sửa đổi Bộ luật Hình sự - Những nhận thức cần thay đổi*, Nxb. Tư pháp, 2015, tr. 19 và các trang tiếp theo.

những quy định về tội phạm và hình phạt trong các luật phòng, chống phải tuân thủ các quy định chung về tội phạm và hình phạt trong BLHS.

** Về tính thống nhất giữa BLHS và các luật chuyên ngành*

Các luật chuyên ngành có nội dung rất đa dạng để thực hiện chức năng điều chỉnh hoạt động của các chủ thể trong mọi lĩnh vực của đời sống xã hội (qua việc xác định quyền và nghĩa vụ của các chủ thể), đảm bảo quyền và lợi ích chính đáng của các chủ thể cũng như trật tự và an toàn xã hội.

Khác với các luật chuyên ngành, BLHS không điều chỉnh những quan hệ xã hội thuộc các lĩnh vực khác nhau của đời sống xã hội, nhưng có nhiệm vụ bảo vệ các quan hệ xã hội này bằng chế tài hình sự trong trường hợp cần thiết. Cùng với BLHS, luật chuyên ngành cũng có những quy định xác định TNHS nói riêng cũng như trách nhiệm pháp lí nói chung đối với các hành vi bị các luật này cấm. Ở Việt Nam, các luật chuyên ngành không quy định tội phạm cũng như khung hình phạt mà chỉ quy định có tính nguyên tắc về khả năng truy cứu TNHS những hành vi bị cấm và dành quyền quy định tội phạm và hình phạt cho BLHS. Trái lại, ở nhiều quốc gia khác, các luật này đều có thể trực tiếp quy định tội phạm và hình phạt. Khi đó, những quy định này hợp thành một dạng nguồn trực tiếp của ngành pháp luật hình sự là luật hình sự phụ[6].

Như vậy, giữa BLHS và các luật chuyên ngành có một phần nội dung trùng nhau là xác định TNHS; nội dung trùng nhau này không được mâu thuẫn mà phải thống nhất, phù hợp với nhau. Ở Việt Nam, BLHS phải tội phạm hoá các hành vi bị các luật chuyên ngành cấm và bị đe dọa phải chịu TNHS. Việc tội phạm hoá ở đây có thể qua tội danh chung hoặc qua tội danh riêng cho từng lĩnh vực. Trái lại, ở các nước chấp nhận luật hình sự phụ, những quy định về tội phạm và hình phạt cụ thể trong các luật chuyên ngành phải tuân thủ quy định chung về tội phạm và hình phạt trong BLHS.

** Về tính thống nhất giữa BLHS với luật hình sự riêng lẻ và luật hình sự phụ*

Vấn đề này được đặt ra đối với các quốc gia mà ở đó, nguồn trực tiếp của pháp luật hình sự được mở rộng, không chỉ bao gồm BLHS mà còn bao gồm cả luật hình sự riêng lẻ và luật hình sự phụ. Theo đó, luật hình sự riêng lẻ cũng như luật hình sự phụ phải tuân thủ các nguyên tắc cũng như những quy định chung về tội phạm và hình phạt đã được xác định trong BLHS. Luật hình sự riêng lẻ và luật hình sự phụ phải phù hợp với BLHS không chỉ về nội dung mà còn cả về kĩ thuật lập pháp.

Từ nhận thức chung như vậy có thể làm rõ nội dung riêng biệt và tính thống nhất của BLHS Việt Nam như sau:

2. Về nội dung riêng biệt của Bộ luật Hình sự Việt Nam

Là một Bộ luật nên cũng như các Bộ luật thuộc các ngành pháp luật khác, BLHS có đủ các quy phạm pháp luật có tính chất chung của ngành pháp luật hình sự, bao gồm những chế định liên quan đến TNHS, hơn nữa vì là văn bản luật duy nhất được phép xác định hành vi nhất định là tội phạm và quy định hình phạt cụ thể cho hành vi bị xác định là tội phạm nên BLHS cũng phải có đủ những quy định về tất cả các tội danh đáp ứng yêu cầu chống và phòng ngừa tội

[6] Về khái niệm luật hình sự phụ, có thể tham khảo: Nguyễn Ngọc Hòa (chủ biên), *Sửa đổi Bộ luật Hình sự - Những nhận thức cần thay đổi*, sđd, tr. 32 và các trang tiếp theo; Hạ Dũng, "Luật hình sự phụ của Trung Quốc", *Tạp chí Luật học*, số 1/2013.

phạm trên mọi lĩnh vực của đời sống xã hội, từ các tội phạm có tính "truyền thống" đến các tội phạm gắn liền với các lĩnh vực mới phát triển. Đây vừa là nét riêng nhưng cũng vừa là hạn chế của BLHS Việt Nam[7]. Trước khi có BLHS năm 1985, hệ thống các văn bản quy phạm pháp luật quy định về tội phạm và hình phạt tương đối đa dạng. BLHS năm 1985 ra đời đã khẳng định, tội phạm chỉ có thể được quy định trong Bộ luật này. BLHS năm 1999 thay thế BLHS năm 1985 tiếp tục khẳng định như vậy, mặc dù trong thời gian xây dựng có nhiều ý kiến cho rằng phải mở rộng nguồn được quy định tội phạm.

Với việc xác nhận "đặc quyền" của BLHS trong việc quy định tội phạm, các luật phòng, chống như Luật Phòng, chống mua bán người hay Luật Phòng chống ma tuý đều không được phép tự xác định các tội danh cũng như các khung hình phạt cho các tội danh. Do vậy, các luật phòng, chống không thể là cơ sở pháp lí trực tiếp cho việc chống tội phạm. Tương tự như vậy, các luật chuyên ngành nếu muốn dùng chế tài hình sự để "răn đe", bảo đảm cho các quy định của luật được tuân thủ, cũng chỉ có thể "trông chờ" vào BLHS. Trong cả luật phòng, chống và các luật chuyên ngành đều chỉ có thể có một quy định chung về vấn đề TNHS: *"... tuỳ theo tính chất, mức độ vi phạm, bị áp dụng các hình thức xử lí kỉ luật, xử lí hành chính hoặc truy cứu trách nhiệm hình sự theo quy định của pháp luật"*[8].

Với chức năng có tính "độc quyền" như vậy, BLHS có ý nghĩa đặc biệt trong hệ thống pháp luật về phòng, chống tội phạm nói riêng cũng như hệ thống pháp luật nói chung. Tất cả các luật phòng, chống cũng như các luật chuyên ngành (dưới đây được viết tắt là các luật khác) muốn truy cứu TNHS hành vi vi phạm pháp luật thuộc lĩnh vực riêng biệt của mình đều phải thông qua BLHS. Trong khi đó, theo xu hướng của thế giới, BLHS chỉ "độc quyền" với các quy định chung của ngành pháp luật hình sự như quy định về nguyên tắc xử lí, về các chế định liên quan đến tội phạm, về hệ thống hình phạt... cũng như với quy định về các nhóm tội phạm thông thường. BLHS còn có thể "san sẻ" với các luật khác trong việc quy định những nhóm tội phạm có tính đặc thù của từng lĩnh vực.

BLHS Việt Nam tuy giữ vai trò quan trọng như vậy, nhưng không có nghĩa Bộ luật này "chi phối" các luật khác. Khi các luật khác được phép quy định tội phạm và hình phạt thuộc lĩnh vực của mình như xu hướng chung trên thế giới thì các luật này phụ thuộc vào BLHS. Các quy định về tội phạm và hình phạt đều phải phù hợp với BLHS về nội dung cũng như kĩ thuật lập pháp. Các luật này là "cánh tay nối dài" phục vụ BLHS. Trong trường hợp này, BLHS "chi phối" các luật khác. Còn ngược lại, khi BLHS giữ vị trí "độc quyền" trong quy định tội phạm và hình phạt thì BLHS lại phụ thuộc vào các luật khác để phục vụ các luật này. Như vậy, trong cả hai trường hợp, giữa BLHS và các luật khác đều có mối quan hệ phụ thuộc và đòi hỏi phải có sự thống nhất, nhưng quan hệ phụ thuộc và sự thống nhất này cần được hiểu khác nhau. Mối quan hệ và sự thống nhất ở cả hai trường hợp tuy đều có tính hai chiều nhưng chiều chủ yếu ở mỗi trường hợp là khác nhau. Do thuộc trường hợp thứ hai nên ở

[7] Về các hạn chế này có thể xem: Nguyễn Ngọc Hòa, "Nguồn của pháp luật hình sự - Những yêu cầu được đặt ra cho pháp luật hình sự Việt Nam", *Tạp chí Luật học*, số 7/2011.

[8] Điều 35 Luật Phòng, chống rửa tiền.

Việt Nam, sự phụ thuộc và sự thống nhất chủ yếu theo chiều BLHS phải phù hợp với các luật khác. Từ đó có thể nói, ở Việt Nam, BLHS phải có tính thống nhất với các luật khác. Theo chiều ngược lại, các luật khác phải phù hợp với BLHS chỉ xảy ra trong số ít trường hợp. Đó có thể là trường hợp: Các luật ghi nhận lại hành vi đã được BLHS tội phạm hoá trong nội dung quy định của mình. *Ví dụ:* Điều 3 Luật Phòng, chống mua bán người ghi nhận: *"Mua bán người theo quy định tại Điều 119 và Điều 120 của Bộ luật Hình sự"* là một trong các dạng hành vi bị cấm. Trường hợp thứ hai có thể là trường hợp quy định của luật khác không phù hợp với thực tiễn trong khi BLHS đã tiến hành tội phạm hoá/phi tội phạm hoá theo thực tiễn nên dẫn đến sự không thống nhất giữa BLHS với luật khác. Trong trường hợp này, luật khác cần phải được sửa đổi để phù hợp với BLHS và thực chất là để phù hợp với thực tiễn.

Tóm lại, có thể nói, nội dung riêng biệt của BLHS Việt Nam đòi hỏi tính thống nhất của chính nó với các luật phòng, chống cũng như các luật chuyên ngành. Yêu cầu này có ý nghĩa chi phối quá trình xây dựng cũng như quá trình rà soát, sửa đổi BLHS.

3. Về tính thống nhất của Bộ luật Hình sự với các luật phòng, chống và các luật chuyên ngành

Để làm rõ yêu cầu về tính thống nhất được đặt ra cho BLHS cần xuất phát từ mối quan hệ giữa BLHS với các luật phòng, chống cũng như các luật chuyên ngành trong hệ thống pháp luật Việt Nam.

Các luật phòng, chống và các luật chuyên ngành là các luật về từng lĩnh vực cụ thể. Do vậy, lĩnh vực điều chỉnh tuy hẹp nhưng nội dung điều chỉnh lại tương đối toàn diện, đồng bộ và chi tiết. Trong các luật phòng, chống, không chỉ các hành vi cần phòng, chống được liệt kê cụ thể mà trách nhiệm phòng, chống các hành vi này cũng được xác định tương đối rõ ràng. *Ví dụ:* Luật Phòng, chống ma tuý có nội dung điều chỉnh được xác định tại Điều 1: "*Luật này quy định về phòng ngừa, ngăn chặn, đấu tranh chống tệ nạn ma tuý; kiểm soát các hoạt động hợp pháp liên quan đến ma tuý; trách nhiệm của cá nhân, gia đình, cơ quan, tổ chức trong phòng, chống ma tuý".* Trong đó, tệ nạn ma tuý được hiểu là tình trạng nghiện ma tuý, tội phạm về ma tuý và các hành vi trái phép khác về ma tuý. Điều 3 của Luật liệt kê tương đối cụ thể 9 nhóm hành vi cần phòng, chống[9]. Từ Điều 6 đến Điều 14 xác định rõ trách nhiệm phòng, chống ma tuý của các chủ thể, từ gia đình đến nhà trường và các cơ quan nhà nước. Tương tự, trong các luật chuyên ngành, không chỉ các quy tắc xử sự được xác định cho các chủ thể mà để đảm bảo luật được thực thi, các hành vi vi phạm cần bị xử lí bằng biện pháp pháp luật cũng được liệt kê rõ ràng. *Ví dụ:* Luật Bảo vệ môi trường quy định rất nhiều nội dung về hoạt động bảo vệ môi trường, trong đó có nội dung về

[9] Đó là các hành vi: 1. Trồng cây có chứa chất ma tuý; 2. Sản xuất, tàng trữ, vận chuyển, bảo quản, mua bán, phân phối, giám định, xử lí, trao đổi, xuất khẩu, nhập khẩu, quá cảnh, nghiên cứu trái phép hoặc chiếm đoạt chất ma tuý, tiền chất, thuốc gây nghiện, thuốc hướng thần; 3. Sử dụng, tổ chức sử dụng trái phép chất ma tuý; xúi giục, cưỡng bức, lôi kéo, chứa chấp, hỗ trợ việc sử dụng trái phép chất ma tuý; 4. Sản xuất, tàng trữ, vận chuyển, mua bán phương tiện, dụng cụ dùng vào việc sản xuất, sử dụng trái phép chất ma tuý; 5. Hợp pháp hoá tiền, tài sản do phạm tội về ma tuý mà có; 6. Chống lại hoặc cản trở việc cai nghiện ma tuý; 7. Trả thù hoặc cản trở người có trách nhiệm hoặc người tham gia phòng, chống ma tuý; 8. Lợi dụng chức vụ, quyền hạn, nghề nghiệp để vi phạm pháp luật về phòng, chống ma tuý; 9. Các hành vi trái phép khác về ma tuý.

quyền, nghĩa vụ và trách nhiệm của cơ quan, tổ chức, hộ gia đình và cá nhân trong bảo vệ môi trường (Điều 1). Đồng thời, Luật cũng xác định 16 nhóm hành vi bị cấm và cần bị truy cứu trách nhiệm pháp luật, trong đó có TNHS[10].

Tóm lại, các luật phòng, chống và các luật chuyên ngành cùng nghị định về xử phạt hành chính kèm theo đều xác định các hành vi vi phạm cụ thể cần phòng ngừa và chống bằng biện pháp pháp luật. BLHS là cơ sở pháp lí chống các tội phạm bằng biện pháp hình sự và qua đó góp phần phòng ngừa các hành vi vi phạm cũng như tội phạm đã được các luật phòng, chống cũng như các luật chuyên ngành xác định. Trong mối quan hệ này, BLHS phải đáp ứng được yêu cầu chống tội phạm của các luật phòng, chống và các luật chuyên ngành. Các hành vi vi phạm đã được xác định trong các luật này đủ điều kiện cần phải được BLHS tội phạm hoá. Đồng thời, các quy định của BLHS cũng phải phù hợp với nội dung xác định, mô tả và đánh giá mức độ nghiêm trọng của các hành vi vi phạm trong các luật phòng, chống và các luật chuyên ngành trong mối liên hệ với các nghị định xử phạt hành chính. Theo đó, BLHS không những phải tội phạm hoá mà còn phải phi tội phạm hoá và điều chỉnh mức độ TNHS để đảm bảo các quy định của BLHS luôn phù hợp với các luật phòng, chống cũng như các luật chuyên ngành, cùng với các luật này tạo thành cơ sở pháp lí thống nhất, đầy đủ, có tính hệ thống cho chống và phòng ngừa tội phạm.

4. Về hoạt động nhằm đảm bảo tính thống nhất của Bộ luật Hình sự

4.1. Đảm bảo tính thống nhất khi xây dựng Bộ luật Hình sự

Khi xây dựng BLHS, cần tổng hợp tất cả các hành vi bị cấm, cần phòng, chống trong các luật phòng, chống và các luật chuyên ngành. Trên cơ sở đó, rà soát để xác định và sắp xếp thành 3 nhóm hành vi khác nhau để có kĩ thuật xử lí phù hợp:

1) Nhóm các hành vi có thể xử lí về hình sự theo tội danh chung được áp dụng cho các lĩnh vực khác nhau;

2) Nhóm hành vi cần bị xử lí về hình sự theo tội danh riêng;

[10] Đó là các hành vi: 1. Phá hoại, khai thác trái phép nguồn tài nguyên thiên nhiên; 2. Khai thác nguồn tài nguyên sinh vật bằng phương tiện, công cụ, phương pháp huỷ diệt, không đúng thời vụ và sản lượng theo quy định của pháp luật; 3. Khai thác, kinh doanh, tiêu thụ các loài thực vật, động vật hoang dã thuộc danh mục loài nguy cấp, quý, hiếm được ưu tiên bảo vệ do cơ quan nhà nước có thẩm quyền quy định; 4. Vận chuyển, chôn lấp chất độc, chất phóng xạ, chất thải và chất nguy hại khác không đúng quy trình kĩ thuật về bảo vệ môi trường; 5. Thải chất thải chưa được xử lí đạt quy chuẩn kĩ thuật môi trường; các chất độc, chất phóng xạ và chất nguy hại khác vào đất, nguồn nước và không khí; 6. Đưa vào nguồn nước hoá chất độc hại, chất thải, vi sinh vật chưa được kiểm định và tác nhân độc hại khác đối với con người và sinh vật; 7. Thải khói, bụi, khí có chất hoặc mùi độc hại vào không khí; phát tán bức xạ, phóng xạ, các chất ion hoá vượt quá quy chuẩn kĩ thuật môi trường; 8. Gây tiếng ồn, độ rung vượt quá quy chuẩn kĩ thuật môi trường; 9. Nhập khẩu, quá cảnh chất thải từ nước ngoài dưới mọi hình thức; 10. Nhập khẩu, quá cảnh động vật, thực vật chưa qua kiểm dịch; vi sinh vật ngoài danh mục cho phép; 11. Sản xuất, kinh doanh sản phẩm gây nguy hại cho con người, sinh vật và hệ sinh thái; sản xuất, sử dụng nguyên liệu, vật liệu xây dựng chứa yếu tố độc hại vượt quá quy chuẩn kĩ thuật môi trường; 12. Phá hoại, xâm chiếm trái phép di sản thiên nhiên, khu bảo tồn thiên nhiên; 13. Xâm hại công trình, thiết bị, phương tiện phục vụ hoạt động bảo vệ môi trường; 14. Hoạt động trái phép, sinh sống ở khu vực được cơ quan nhà nước có thẩm quyền xác định là khu vực cấm do mức độ đặc biệt nguy hiểm về môi trường đối với con người; 15. Che giấu hành vi huỷ hoại môi trường, cản trở hoạt động bảo vệ môi trường, làm sai lệch thông tin dẫn đến gây hậu quả xấu đối với môi trường; 16. Lợi dụng chức vụ, quyền hạn, vượt quá quyền hạn hoặc thiếu trách nhiệm của người có thẩm quyền để làm trái quy định về quản lí môi trường.

3) Nhóm hành vi có thể bị xử lí về hình sự trong trường hợp nghiêm trọng theo tội danh riêng.

* *Về nhóm hành vi thứ nhất*: Đây là những hành vi phạm tội liên quan đến các hành vi bị pháp luật cấm có tính đặc thù của lĩnh vực được luật phòng, chống và luật chuyên ngành điều chỉnh. Về bản chất, đây chỉ là các hành vi phạm tội có tính chất chung xảy ra trong lĩnh vực cụ thể. Do vậy, về nguyên tắc, các hành vi thuộc nhóm này đều có thể quy về tội danh chung. *Ví dụ:* Điều 7 Luật Bảo vệ môi trường quy định *"che giấu hành vi huỷ hoại môi trường,…"* là một dạng hành vi bị cấm. Dạng hành vi này có thể bị truy cứu TNHS về tội danh chung là tội che giấu tội phạm mà không cần có tội danh riêng.

Như vậy, đối với nhóm hành vi này, chỉ cần xác định tội danh chung được áp dụng cho tất cả các lĩnh vực. Tuy nhiên, trong trường hợp cá biệt vẫn có thể quy định tội danh riêng nếu xét thấy cần thiết do tính đặc thù của lĩnh vực nhất định.

* *Về nhóm hành vi thứ hai:* Đây là những hành vi được xác định trong các luật phòng, chống và các luật chuyên ngành do tính nguy hiểm "đáng kể" cho xã hội của tội phạm nên có thể bị coi là tội phạm mà không thể là vi phạm. *Ví dụ như* "Các hành vi khủng bố, tài trợ khủng bố…" được xác định tại Điều 6 Luật Phòng, chống khủng bố.

Đối với nhóm hành vi này, yêu cầu được đặt ra là đánh giá để khẳng định một cách chắc chắn hành vi phải được tội phạm hoá.

* *Về nhóm hành vi thứ ba:* Đây là những hành vi được xác định trong các luật phòng, chống và các luật chuyên ngành có mức độ của tính nguy hiểm cho xã hội từ "không đáng kể" đến "đáng kể", từ tính nguy hiểm của vi phạm đến tính nguy hiểm của tội phạm. *Ví dụ:* Hành vi tham ô được xác định tại Điều 3 Luật Phòng, chống tham nhũng.

Đối với nhóm hành vi này, yêu cầu được đặt ra là phải xác định ranh giới giữa trường hợp có tính nguy hiểm của tội phạm và trường hợp chỉ có tính nguy hiểm của vi phạm hành chính hoặc vi phạm kỉ luật để tội phạm hoá những hành vi có tính nguy hiểm "đáng kể" cho xã hội.

Ở đây có 2 vấn đề được đặt ra: 1) Xác định tính nguy hiểm "đáng kể" cho xã hội của hành vi; 2) Xác định các điều kiện cho phép tội phạm hoá các hành vi có tính nguy hiểm "đáng kể" cho xã hội.

- *Về việc xác định tính nguy hiểm "đáng kể"*

Khi hành vi được các luật phòng, chống hoặc các luật chuyên ngành xác định là hành vi bị cấm mà tính nguy hiểm của nó tuỳ thuộc vào trường hợp cụ thể, có thể là có tính nguy hiểm "đáng kể" của tội phạm hoặc có tính nguy hiểm "chưa đáng kể" của vi phạm thì yêu cầu được đặt ra là phải xác định các dấu hiệu của những trường hợp bị coi là nguy hiểm "đáng kể" để có căn cứ cho việc tội phạm hoá hành vi này trong BLHS. Để xác định các dấu hiệu cụ thể này cần dựa trên lí luận về tính nguy hiểm cho xã hội, trong đó chú ý trước hết đến các yếu tố có thể ảnh hưởng đến mức độ của tính nguy hiểm. Theo đó, cùng dạng hành vi bị cấm nhưng khi có dấu hiệu nhất định thì hành vi có tính nguy hiểm cho xã hội của tội phạm và ngược lại, khi không có dấu hiệu đó, hành vi chỉ có tính nguy hiểm cho xã hội của vi phạm hành chính hay vi phạm kỉ luật. Theo lí thuyết chung, những yếu tố có thể ảnh hưởng đến tính nguy hiểm cho xã hội của hành vi bị pháp luật cấm có thể là:

+ Mức độ/tính chất của thiệt hại mà hành vi bị pháp luật cấm gây ra;

+ Mức độ/tính chất của hành vi (tính chất của phương pháp, phương tiện thực hiện hành vi bị pháp luật cấm);

+ Tính chất và mức độ lỗi của người thực hiện hành vi bị pháp luật cấm;

+ Động cơ của người thực hiện hành vi bị pháp luật cấm;

+ Các dấu hiệu khác như thời gian, địa điểm thực hiện hành vi bị pháp luật cấm.

Các yếu tố trên đây chỉ có tính định hướng, việc xác định dấu hiệu cụ thể là dấu hiệu định tội - dấu hiệu phân biệt tội phạm với vi phạm cần dựa vào đặc điểm từng hành vi bị pháp luật cấm cụ thể và tình hình thực tế.

- Về việc xác định điều kiện để tội phạm hoá hành vi có tính nguy hiểm "đáng kể" cho xã hội

Tội phạm phải có tính nguy hiểm "đáng kể" cho xã hội, nhưng điều đó không có nghĩa tất cả các hành vi có tính nguy hiểm như vậy đều phải được tội phạm hoá mặc dù tính nguy hiểm "đáng kể" là yếu tố tiên quyết. Việc tội phạm hoá hành vi cụ thể còn phụ thuộc vào nhiều yếu tố khác. Trong đó, đặc biệt chú ý là tình hình của hành vi bị pháp luật cấm, xét về thực trạng và diễn biến cũng như hiệu quả của các biện pháp xử lí phi hình sự[11].

4.2. Rà soát sửa đổi Bộ luật Hình sự để đảm bảo tính thống nhất của Bộ luật

Về lí thuyết, BLHS có sự ổn định hơn so với các luật phòng, chống cũng như các luật chuyên ngành. Tuy nhiên, khi các luật này có sự thay đổi, BLHS cũng cần được rà soát để đánh giá lại tính thống nhất của Bộ luật[12]. Trên cơ sở kết quả đánh giá, có thể phải thực hiện việc tội phạm hoá cũng như phi tội phạm hoá đối với một số hành vi. Cụ thể:

- Khi các luật phòng, chống hoặc các luật chuyên ngành bổ sung hành vi bị pháp luật cấm hoặc có sự đánh giá lại theo hướng nghiêm trọng hơn đối với hành vi bị pháp luật cấm nhất định, BLHS có thể phải tội phạm hoá các hành vi này khi các điều kiện tội phạm hoá khác cũng thoả mãn.

- Khi các luật phòng, chống hoặc các luật chuyên ngành loại bỏ hành vi bị pháp luật cấm hoặc có sự đánh giá lại theo hướng giảm nhẹ đối với hành vi bị pháp luật cấm nhất định, BLHS cần phải hoặc có thể phi tội phạm hoá các hành vi này.

Việc tội phạm hoá cũng như việc phi tội phạm hoá trên đây xuất phát từ sự thay đổi của các luật phòng, chống và các luật chuyên ngành. Bên cạnh đó, quá trình này cũng có thể được thực hiện không phụ thuộc vào sự thay đổi của các luật đó trên cơ sở tình hình tội phạm, kết quả chống tội phạm cũng như sự thay đổi điều kiện tội phạm hoá ở một số hành vi phạm tội cụ thể.

5. Kết luận

Hiện nay, Việt Nam đang xây dựng Dự thảo BLHS (sửa đổi) trên cơ sở tổng kết thực tiễn áp dụng BLHS 1999. Tuy nhiên, trong tổng kết không có sự đánh giá về tính thống nhất của BLHS 1999 với các luật phòng, chống và các luật chuyên ngành mà phần lớn trong số đó ra đời sau BLHS. Điều này đòi hỏi cần có sự đánh giá bổ sung nhằm phục vụ việc xây dựng BLHS mới.

(Xem tiếp trang 50)

[11] Về các yếu tố của quá trình tội phạm hoá có thể tham khảo: Lê văn Cảm, *Những vấn đề cơ bản trong khoa học luật hình sự (Phần chung)*, Nxb. Đại học quốc gia Hà Nội, 2005, tr. 63 và các trang tiếp theo.

[12] Ở các quốc gia mà các luật khác cũng được quy định tội phạm thì việc thay đổi các luật này không ảnh hưởng đến BLHS như ở Việt Nam. Đây cũng là một trong các lí do mà BLHS của Việt Nam không ổn định như của một số quốc gia khác.

HOÀN THIỆN CHẾ ĐỊNH TỘI PHẠM TRONG PHẦN CHUNG DỰ THẢO BỘ LUẬT HÌNH SỰ (SỬA ĐỔI) THEO ĐỊNH HƯỚNG TĂNG CƯỜNG HƠN NỮA VIỆC BẢO VỆ CÁC QUYỀN CON NGƯỜI

Lê Cảm*

Tóm tắt: *Bài viết đề cập việc xây dựng mô hình lý luận để đưa ra các kiến giải lập pháp đối với những điều khoản về tội phạm trong Phần chung Dự thảo Bộ luật Hình sự (sửa đổi) nhằm tăng cường hơn nữa việc bảo vệ các quyền con người bằng pháp luật hình sự.*

Abstract: *The article mentions the building of the theoretical paradigm to make proposals to improve the provisions in the General Part under the Draft Penal Code (amendment) in order to further strengthen the protection of human rights through criminal law.*

1. Một số nhận xét đối với các quy định về tội phạm trong Phần chung Dự thảo Bộ luật Hình sự (sửa đổi)

Việc nghiên cứu các quy định về tội phạm tại Chương III "Tội phạm" với 12 điều luật (các Điều từ 8-19) trong Phần chung Dự thảo Bộ luật Hình sự (BLHS) bản sửa đổi tháng 7/2015 để đưa ra lấy ý kiến nhân dân, viết tắt là Dự thảo tháng 7/2015, cho thấy 3 điểm ưu việt có ý nghĩa nhận thức và thực tiễn quan trọng, góp phần làm sâu sắc xu hướng nhân đạo hóa pháp luật hình sự (PLHS), tăng cường hơn nữa việc bảo vệ các quyền con người. Lần đầu tiên (kể từ năm 1985 đến nay) nhà làm luật Việt Nam đã:

- Đưa chế định phân loại tội phạm (PLTP) với tư cách là một chế định độc lập ra khỏi Điều 8 "Khái niệm tội phạm" để xây dựng thành một điều riêng biệt (Điều 9 mới).

- Khắc phục được sự bất hợp lý và phi khoa học đã tồn tại suốt mấy chục năm qua trong BLHS năm 1985 và sau đó cả trong BLHS năm 1999 hiện hành là: đưa các quy định về những trường hợp không phải là tội phạm (như: sự kiện bất ngờ, phòng vệ chính đáng, tình thế cấp thiết,...) ra khỏi Chương III "Tội phạm" để ghi nhận riêng các quy định này trong một Chương độc lập và hoàn toàn mới - Chương IV "Những trường hợp loại trừ trách nhiệm hình sự " (TNHS) với 7 điều luật (các Điều từ 22-28). Mặc dù ở đây để bảo đảm tính chính xác hơn về mặt khoa học, cần phải thay thuật ngữ "TNHS" bằng thuật ngữ "tính chất tội phạm" của hành vi (vì "TNHS" là hậu quả chỉ có sau khi thực hiện "hành vi" có tính chất tội phạm).

- Phi tội phạm hóa (dù chưa được hoàn toàn đối với tất cả các loại tội phạm trong BLHS) hành vi che giấu tội phạm của những người thân thích gần (như: ông bà-cháu, cha mẹ-con, vợ-chồng, anh-chị-em ruột).

* GS.TSKH., Khoa Luật trực thuộc Đại học Quốc gia Hà Nội.

Tuy nhiên, bên cạnh những ưu điểm lớn đã phân tích trên đây, cũng cần phải chỉ ra rằng, các quy định trong Chương III "Tội phạm" của Dự thảo tháng 7/2015 vẫn còn tồn tại rất nhiều khiếm khuyết của PLHS Việt Nam hiện hành.

2. Vấn đề hoàn thiện chế định tội phạm trong Phần chung Dự thảo Bộ luật Hình sự (sửa đổi) nhằm tăng cường hơn nữa việc bảo vệ các quyền con người

Trong bài viết này, chúng tôi chỉ cố gắng tập trung vào việc xây dựng mô hình lý luận (MHLL) của các kiến giải lập pháp (KGLP) cụ thể (tương ứng với các điều, khoản) nhằm góp phần khắc phục các nhược điểm và hoàn thiện hơn nữa Chương về tội phạm trong Phần chung Dự thảo tháng 7/2015.

Như chúng ta đã biết, cùng với 4 chế định cơ bản khác trong Phần chung luật hình sự như: Đạo luật hình sự, TNHS, hình phạt và các biện pháp tha miễn, *tội phạm* là một trong các chế định quan trọng trong Phần chung BLHS nên các quy phạm của nó phải *bảo vệ được một cách hữu hiệu các quyền của con người và của công dân bằng PLHS*. Có nghĩa là các điều luật phải được xây dựng sao cho *khoa học và lô gic, đầy đủ và chặt chẽ* chứ không nên theo kiểu *chung chung, qua quýt* dẫn đến việc chỉ sau vài năm đã phải sửa luật.

Chúng tôi cho rằng, nội dung các điều khoản về chế định tội phạm trong Phần chung (nói riêng) và cả BLHS Việt Nam (nói chung) cần phải bảo đảm tốt *năm* tiêu chí đã *được thừa nhận chung* của một văn bản lập pháp là: *1) Chính xác về mặt khoa học, 2) Lô gic về mặt pháp lý, 3) Chặt chẽ về mặt kỹ thuật lập pháp, 4) Khả thi về mặt thực tiễn và, 5) Đơn giản, dễ hiểu về mặt ngôn ngữ,* chứ không chỉ có 12 điều luật như trong Dự thảo tháng 7/2015.

Từ những suy nghĩ trên đây, theo quan điểm của chúng tôi, MHLL của các KGLP *cụ thể* đối với các điều, khoản của Chương III "*Về tội phạm*" trong Phần chung BLHS Việt Nam cần phải được soạn thảo *hết sức thận trọng, kỹ lưỡng và đầy đủ* trong 23 điều luật (tăng 11 điều so với 12 điều trong Chương III Dự thảo tháng 7/2015) . Vì vậy, nên chăng Chương III cần có cơ cấu sao cho khoa học và hợp lý theo hướng *gộp các điều có cùng bản chất pháp lý hoặc cùng một chế định nhỏ (trong chế định lớn là tội phạm) thành các Mục* với tổng số sẽ gồm 5 Mục nhỏ tương ứng với 23 điều luật (để *tạo điều kiện thuận lợi và đầy đủ* cho các cơ quan bảo vệ pháp luật và Tòa án trong thực tiễn áp dụng luật) với các quy phạm như sau:

"Chương III

VỀ TỘI PHẠM

Mục…

Khái niệm tội phạm và phân loại tội phạm

Điều 8. Khái niệm tội phạm

Hướng thứ nhất (không coi pháp nhân là chủ thể của TNHS):

1. * Phương án I (Ghi nhận *cụ thể* các khách thể loại bị xâm hại khi liệt kê toàn bộ các khách thể loại được bảo vệ tại Điều về nhiệm vụ của BLHS Việt Nam):

Tội phạm là hành vi nguy hiểm cho xã hội (hành động hoặc không hành động) được quy định trong Bộ luật này do người có năng lực trách nhiệm hình sự và *đủ tuổi chịu trách nhiệm hình sự* thực hiện một cách có lỗi (cố ý hoặc vô ý), xâm phạm đến *những cơ sở của chế độ hiến pháp Việt*

Nam, nhân thân[1]*, các quyền và tự do của con người và của công dân, cũng như hòa bình và an ninh của nhân loại* tránh khỏi sự xâm hại của tội phạm.

***** Phương án II (Ghi nhận *ngắn gọn* các khách thể loại bị xâm hại):

Tội phạm là hành vi nguy hiểm cho xã hội (hành động hoặc không hành động) được quy định trong Bộ luật này do người có năng lực trách nhiệm hình sự và *đủ tuổi chịu trách nhiệm hình sự* thực hiện một cách có lỗi (cố ý hoặc vô ý), xâm phạm đến *các lợi ích được bảo vệ bằng pháp luật hình sự*[2].

2. *Hành vi nguy hiểm cho xã hội được quy định trong pháp luật hình sự là hành vi (bằng hành động hoặc không hành động) gây nên thiệt hại hoặc tạo ra sự đe dọa thực tế gây nên thiệt hại cho các lợi ích được bảo vệ bằng các quy định của Bộ luật này* (mới).

Hướng thứ hai (coi pháp nhân là chủ thể của TNHS):

1. ... (khi do *thể nhân* thực hiện thì có thể giữ nguyên theo như 2 Phương án của hướng thứ *nhất* đã nêu trên đây).

2. ... (khi do *pháp nhân* thực hiện vì lợi ích của pháp nhân thì có thể quy định như sau):

Tội phạm *còn là hành vi nguy hiểm cho xã hội được ghi nhận trong những trường hợp cụ thể của Bộ luật này do người đại diện cho pháp nhân hoặc nhân danh pháp nhân thực hiện vì lợi ích của pháp nhân.*

3. ... (giữ nguyên như khoản 2 Hướng thứ nhất trên đây).

Điều 9. Phân loại tội phạm

1. *Căn cứ vào tính chất, mức độ nguy hiểm cho xã hội và hình thức lỗi của chủ thể*[3] *khi thực hiện hành vi, các tội phạm trong Bộ luật này được phân thành bốn loại tương ứng tại các khoản 2-5 Điều luật này* (mới).

2. Tội phạm ít nghiêm trọng là tội gây nguy hiểm không lớn cho xã hội *và bao gồm tội cố ý mà hình phạt do Bộ luật này quy định là tù không quá 5 năm hoặc hình phạt khác nhẹ hơn, cũng như tội vô ý mà hình phạt do Bộ luật này quy định là tù không quá 7 năm hoặc hình phạt khác nhẹ hơn.*

3. Tội phạm *nghiêm trọng* là tội gây nguy hiểm lớn cho xã hội và *bao gồm tội cố ý mà hình phạt do Bộ luật này quy định là tù trên 5 năm đến 10 năm, cũng như tội vô ý mà hình phạt do Bộ luật này quy định là tù trên 7 năm đến 15 năm.*

4. Tội phạm *rất nghiêm trọng* là tội gây nguy hiểm *rất lớn* cho xã hội *và chỉ bao gồm tội cố ý mà hình phạt do Bộ luật này quy định là tù trên 10 năm đến 15 năm.*

5. Tội phạm *đặc biệt nghiêm trọng* là tội gây nguy hiểm *đặc biệt lớn* cho xã hội *và chỉ bao gồm tội cố ý mà hình phạt do Bộ luật này quy định là tù trên 15 năm hoặc hình phạt khác nặng hơn.*

Mục…

Đa tội phạm (mới)

Điều 10. Phạm tội nhiều lần (mới)

1. *Phạm tội nhiều lần là thực hiện tội phạm từ hai lần trở lên mà các tội ấy được quy định tại cùng một điều hoặc cùng một khoản của Điều trong Bộ luật này.*

---

[1] Hoặc cụ thể hóa phạm trù "*nhân thân*" bằng nhóm khách thể loại của nó (bao hàm 4 khách thể trực tiếp sẽ được ghi nhận trong Phần riêng BLHS) là "*tính mạng, sức khỏe, danh dự, nhân phẩm*".

[2] Hoặc có thể thay phạm trù "*bằng pháp luật hình sự*" bằng các từ "*trong Bộ luật này*".

[3] Thuật ngữ "*chủ thể*" ở đây có thể được mặc định hiểu cả trong 2 trường hợp: *coi* (hoặc *không coi*) pháp nhân là chủ thể của TNHS.

2. *Đối với những trường hợp thực hiện tội phạm từ hai lần trở lên mà những tội ấy được quy định tại các điều khác nhau của Bộ luật này, thì chỉ khi nào do các điều tương ứng trong Phần các tội phạm Bộ luật này quy định riêng mới phải bị coi hoặc có thể bị coi là phạm tội nhiều lần.*

3. *Đối với tội được thực hiện trước đây mà người phạm tội đã được miễn trách nhiệm hình sự, miễn hình phạt, miễn chấp hành hình phạt, xóa án tích hoặc đã chấp hành xong hình phạt theo các quy định của Bộ luật này, thì không được tính để xác định là phạm tội nhiều lần.*

Điều 11. Phạm nhiều tội (mới)

1. *Phạm nhiều tội là khi tội phạm được thực hiện thuộc một trong ba trường hợp sau đây và người phạm tội chưa bị xét xử về tội nào trong số những tội đã phạm:*

a) Phạm từ hai tội trở lên mà những tội ấy được quy định tại các điều khác nhau của Bộ luật này;

b) Phạm từ hai tội trở lên mà đối tượng của những tội ấy khác nhau và được quy định tại các khoản khác nhau trong cùng một điều của Bộ luật này;

c) Trong cùng một hành vi có các dấu hiệu của từ hai tội trở lên mà những tội ấy được quy định tại các điều khác nhau của Bộ luật này.

2. *Việc quyết định hình phạt đối với người phạm nhiều tội phải tuân thủ theo những quy định chung tại các điều tương ứng và quy định riêng tại Điều... Bộ luật này (tức Điều 50 BLHS năm 1999).*

Điều 13. Phạm tội có tính chất chuyên nghiệp (mới)

Phạm tội có tính chất chuyên nghiệp là phạm tội từ hai lần trở lên, có tính chất liên tục và nhằm mục đích vụ lợi hay làm giàu bất chính mà hoạt động phạm tội đã trở thành hệ thống và tạo nên nguồn thu nhập cơ bản hoặc nguồn sống chủ yếu của người phạm tội.

Điều 14. Tái phạm

1. Tái phạm là phạm tội do cố ý trong khi chưa được xóa án tích về tội do cố ý đã phạm trước đây.

2. Tái phạm nguy hiểm là:

a) Phạm tội do cố ý mà bị xử phạt tù trong khi đã tái phạm và chưa được xóa án tù về tội do cố ý.

b) Phạm tội nghiêm trọng do cố ý trong khi chưa được xóa án tù về tội nghiêm trọng do cố ý đã phạm trước đây.

3. Phương án I (Trên cơ sở phân loại tội phạm theo Dự thảo BLHS tháng 7/2015):

Tái phạm đặc biệt nguy hiểm là:

a) Phạm tội do cố ý mà bị xử phạt tù trong khi đã tái phạm nguy hiểm và chưa được xóa án tích về tội nghiêm trọng do cố ý.

b) Phạm tội nghiêm trọng do cố ý trong khi đã tái phạm và chưa được xóa án tích về tội nghiêm trọng do cố ý hoặc tội rất nghiêm trọng do cố ý.

c) Phạm tội rất nghiêm trọng do cố ý trong khi chưa được xóa án tích về tội nghiêm trọng do cố ý hoặc tội rất nghiêm trọng do cố ý đã phạm trước đây.

d) Phạm tội đặc biệt nghiêm trọng do cố ý trong khi chưa được xóa án tích về tội rất nghiêm trọng do cố ý hoặc tội đặc biệt nghiêm trọng do cố ý đã phạm trước đây.

Phương án II (Trên cơ sở phân loại tội phạm như trong MHLL của bài viết này):

Tái phạm đặc biệt nguy hiểm là (mới)*:*

a) (Như phương án I trên đây).

b) Phạm tội nghiêm trọng do cố ý trong khi đã tái phạm và chưa được xóa án tích về

tội nghiêm trọng do cố ý hoặc tội rất nghiêm trọng.

c) Phạm tội đặc biệt nghiêm trọng do cố ý trong khi chưa được xóa án tích về tội rất nghiêm trọng hoặc tội đặc biệt nghiêm trọng đã phạm trước đây.

Mục…

Lỗi (mới)

Điều 15. Lỗi trong việc thực hiện tội phạm, người có lỗi trong việc thực hiện tội phạm (mới)

1. *Lỗi trong việc thực hiện tội phạm là trạng thái tâm lý của chủ thể được biểu hiện dưới hình thức cố ý hoặc vô ý đối với hành vi trái pháp luật hình sự do mình thực hiện và đối với hậu quả do hành vi đó gây nên.*

2. *Người có lỗi trong việc thực hiện tội phạm là người đã cố ý hoặc vô ý thực hiện (bằng hành động hoặc không hành động) tội phạm được quy định trong Bộ luật này.*

Điều 16. Phạm tội do cố ý

1. *Phạm tội do cố ý là phạm tội trong trường hợp chủ thể thực hiện (bằng hành động hoặc không hành động) tội phạm được quy định trong Bộ luật này với sự cố ý trực tiếp hoặc cố ý gián tiếp* (mới).

2. *Phạm tội do cố ý trực tiếp là phạm tội trong trường hợp chủ thể* nhận thức rõ tính chất trái pháp luật hình sự của hành vi mà mình thực hiện (bằng hành động hoặc không hành động), thấy trước khả năng gây nên hoặc tính tất yếu gây nên hậu quả của hành vi đó và mong muốn cho hậu quả xảy ra.

3. *Phạm tội do cố ý gián tiếp là phạm tội trong trường hợp chủ thể* nhận thức rõ tính chất trái pháp luật hình sự của hành vi mà mình thực hiện (bằng hành động hoặc không hành động), thấy trước khả năng gây nên hậu quả của hành vi đó và tuy không mong muốn nhưng có ý thức để mặc cho hậu quả xảy ra hoặc có thái độ thờ ơ đối với hậu quả.

Điều 17. Phạm tội do vô ý

1. *Chỉ trong trường hợp có điều tương ứng tại Phần các tội phạm Bộ luật này quy định riêng thì hành vi nguy hiểm cho xã hội mà chủ thể thực hiện (bằng hành động hoặc không hành động) do sự vô ý mới bị coi là tội phạm* (mới).

2. *Phạm tội do vô ý là phạm tội trong trường hợp hành vi trái pháp luật hình sự được thực hiện (bằng hành động hoặc không hành động) vì sự chủ quan hoặc vì sự cẩu thả của chủ thể* (mới).

3. *Phạm tội do vô ý vì chủ quan là phạm tội trong trường hợp chủ thể thấy trước khả năng gây nên hậu quả của hành vi trái pháp luật hình sự do mình thực hiện (bằng hành động hoặc không hành động) nhưng thiếu các căn cứ mà tự tin vào việc ngăn ngừa được hậu quả đó.*

4. *Phạm tội do vô ý vì cẩu thả là phạm tội trong trường hợp chủ thể không thấy trước khả năng gây nên hậu quả của hành vi trái pháp luật hình sự do mình thực hiện (bằng hành động hoặc không hành động) mặc dù với sự chú ý cần thiết phải thấy trước và có thể thấy trước hậu quả đó.*

Điều 18. Phạm tội với hai hình thức lỗi (mới)

1. *Phạm tội với hai hình thức lỗi là phạm tội trong trường hợp chủ thể có lỗi cố ý đối với việc thực hiện hành vi trái pháp luật hình sự và lỗi vô ý đối với hậu quả nghiêm trọng xảy ra. Về cơ bản, phạm tội với hai hình thức lỗi cũng là phạm tội do cố ý.*

2. *Nếu do hành vi phạm tội cố ý mà hậu quả nghiêm trọng xảy ra và vì vậy, điều tương ứng trong Phần các tội phạm Bộ luật này quy định hình phạt tăng nặng, thì vấn*

đề trách nhiệm hình sự của chủ thể được giải quyết như sau:

a) *Nếu lỗi của chủ thể đối với hậu quả nghiêm trọng xảy ra cũng là cố ý, thì chủ thể phải chịu trách nhiệm hình sự trên những cơ sở chung*;

b) *Nếu lỗi của chủ thể đối với hậu quả nghiêm trọng xảy ra là vô ý, thì chủ thể phải chịu hình phạt tăng nặng ấy*.

Mục…

Các giai đoạn thực hiện tội phạm (mới)

Điều 19. Tội phạm hoàn thành (mới)

1. *Tội phạm được coi là hoàn thành khi trong hành vi do người phạm tội thực hiện có tất cả các dấu hiệu của cấu thành tội phạm cụ thể được quy định tại điều tương ứng trong Phần các tội phạm Bộ luật này.*

2. *Nếu không có căn cứ để áp dụng quy phạm nào đó trong Phần chung Bộ luật này, thì trách nhiệm hình sự đối với tội phạm hoàn thành được xác định theo điều cụ thể tương ứng trong Phần các tội phạm Bộ luật này.*

Điều 20. Tội phạm chưa hoàn thành (mới)

1. *Tội phạm chưa hoàn thành là hành vi chuẩn bị phạm tội và phạm tội chưa đạt.*

2. *Trách nhiệm hình sự đối với tội phạm chưa hoàn thành do hành vi chuẩn bị phạm tội rất nghiêm trọng hoặc tội đặc biệt nghiêm trọng được xác định theo điều tương ứng về tội phạm hoàn thành trong Phần các tội phạm Bộ luật này, đồng thời viện dẫn Điều 21 và Điều… Bộ luật này* (tức là Điều 52 BLHS năm 1999).

3. *Trách nhiệm hình sự đối với tội phạm chưa hoàn thành do hành vi phạm tội chưa đạt được xác định theo điều tương ứng về tội phạm hoàn thành trong Phần các tội phạm Bộ luật này, đồng thời viện dẫn Điều 22 và Điều… Bộ luật này* (tức là Điều 52 BLHS năm 1999).

Điều 21. Chuẩn bị phạm tội

1. Chuẩn bị phạm tội là hành vi tìm kiếm hoặc sửa soạn công cụ hay phương tiện thực hiện tội phạm, *cũng như tìm kiếm những người đồng phạm, cấu kết với nhau* hoặc cố ý tạo ra những điều kiện cần thiết khác để thực hiện tội phạm, nhưng đã không thực hiện được đến cùng vì những nguyên nhân ngoài ý muốn của người phạm tội.

2. (Giữ nguyên như quy định tại đoạn 2 Điều 17 BLHS năm 1999).

Điều 22. Phạm tội chưa đạt

1. Phạm tội chưa đạt là hành vi cố ý để thực hiện tội phạm nhưng tội phạm đã không được thực hiện đến cùng vì những nguyên nhân ngoài ý muốn của người phạm tội.

2. (Giữ nguyên theo quy định tại đoạn 2 Điều 18 BLHS năm 1999).

Điều 23. Tự ý chấm dứt tội phạm

1. Tự ý chấm dứt tội phạm là *trường hợp mà trong đó mặc dù người phạm tội có đầy đủ điều kiện khách quan thực hiện được tội phạm đến cùng nhưng đã tự mình đình chỉ hành vi chuẩn bị phạm tội hoặc hành vi cố ý để thực hiện tội phạm*, tuy không có gì ngăn cản.

2. Người tự ý nửa chừng chấm dứt tội phạm *không phải chịu trách nhiệm hình sự* đối với tội định phạm.

3. Người tự ý nửa chừng chấm dứt tội phạm phải chịu trách nhiệm hình sự nếu hành vi thực tế do người đó thực hiện có tất cả các dấu hiệu của một cấu thành tội phạm khác.

4. *Người tổ chức và người xúi giục không phải chịu trách nhiệm hình sự nếu bằng các biện pháp mà họ áp dụng đã ngăn*

chặn được việc thực hiện tội phạm đến cùng của người thực hành (mới).

5. *Nếu những hành vi của người tổ chức hoặc người xúi giục được quy định tại khoản 4 của Điều này đã không ngăn chặn được việc thực hiện tội phạm đến cùng của người thực hành, thì các biện pháp mà họ đã áp dụng có thể được coi là tình tiết để miễn trách nhiệm hình sự hoặc giảm nhẹ hình phạt* (mới).

6. *Người giúp sức không phải chịu trách nhiệm hình sự nếu đã tích cực áp dụng tất cả các biện pháp phụ thuộc vào mình để ngăn chặn việc thực hiện tội phạm* (mới).

Mục…

Đồng phạm (mới)

Điều 24. Khái niệm đồng phạm

Đồng phạm là hình thức phạm tội *do cố ý* được thực hiện với sự *cố ý cùng tham gia* vào việc thực hiện tội phạm của từ hai người trở lên.

Điều 25. Các hình thức đồng phạm (mới)

1. *Căn cứ vào tính chất và mức độ cố ý cùng tham gia vào việc thực hiện tội phạm do cố ý của những người phạm tội, đồng phạm được phân thành ba hình thức: đồng phạm đơn giản; đồng phạm phức tạp và đồng phạm đặc biệt.*

2. *Đồng phạm đơn giản là hình thức phạm tội không có thông mưu trước và có sự cấu kết không chặt chẽ của những người cùng thực hiện tội phạm.*

3. *Đồng phạm phức tạp là hình thức phạm tội có thông mưu trước và có sự cấu kết tương đối chặt chẽ của những người cùng tham gia vào việc thực hiện tội phạm.*

4. *Đồng phạm đặc biệt là hình thức phạm tội có tổ chức và có sự cấu kết chặt chẽ của những người cùng tham gia vào việc thực hiện tội phạm hoặc của những thành viên thuộc một tổ chức tội phạm.*

Điều 26. Tổ chức tội phạm (mới)

1. *Tổ chức tội phạm là một nhóm người có tổ chức hoặc là một liên minh (hợp nhất) của các nhóm người có tổ chức đó, được thành lập dựa trên sự nhất trí và cấu kết chặt chẽ với nhau nhằm mục đích thực hiện tội phạm rất nghiêm trọng hay tội phạm đặc biệt nghiêm trọng.*

2. *Người thành lập hay lãnh đạo tổ chức tội phạm phải chịu trách nhiệm hình sự về việc thành lập hay lãnh đạo tổ chức tội phạm trong những trường hợp do các điều tương ứng tại Phần các tội phạm Bộ luật này quy định.*

3. *Người thành lập hay lãnh đạo tổ chức tội phạm không phải chịu trách nhiệm hình sự về các tội phạm do tổ chức đó thực hiện mà không có sự cùng cố ý tham gia của mình.*

4. *Những thành viên khác tham gia tổ chức tội phạm phải chịu trách nhiệm hình sự trong những trường hợp do các điều tương ứng tại Phần các tội phạm Bộ luật này quy định.*

Điều 27. Các loại người đồng phạm

1. (Giữ nguyên như đoạn 1 khoản 2 Điều 20 BLHS năm 1999).

2. Người thực hành là người trực tiếp thực hiện tội phạm, *trực tiếp tham gia vào việc thực hiện tội phạm cùng với những người khác hoặc thực hiện tội phạm bằng thủ đoạn sử dụng những người mà theo các quy định của Bộ luật này không phải chịu trách nhiệm hình sự.*

3. Người tổ chức là người chủ mưu, cầm đầu hay chỉ huy việc thực hiện tội phạm, hoặc thành lập hay lãnh đạo tổ chức tội phạm.

4. Người xúi giục là người kích động, dụ dỗ, mua chuộc, đe dọa hoặc bằng các thủ đoạn khác thúc đẩy người khác thực hiện tội phạm.

5. Người giúp sức là người tạo điều kiện cho việc thực hiện tội phạm bằng cách cung cấp các thông tin, phương tiện hay công cụ thực hiện tội phạm, hoặc hứa hẹn trước về việc che giấu người phạm tội hay các dấu vết của tội phạm hoặc những tài sản hay đồ vật do phạm tội mà có, cũng như hứa hẹn trước về việc mua, bán hoặc tiêu thụ những tài sản hay đồ vật đó.

Điều 28. Hành vi thái quá của người thực hành (mới)

1. *Hành vi thái quá của người thực hành là việc tự thực hiện tội phạm của bản thân người đó mà không có sự cố ý tham gia của những người đồng phạm khác.*

2. *Những người đồng phạm khác không phải chịu trách nhiệm hình sự về hành vi thái quá của người thực hành.*

Điều 29. Che giấu tội phạm

…

(Có thể giữ nguyên như 2 khoản tại Điều 18 Dự thảo BLHS tháng 7/2015).

Điều 30. Không tố giác tội phạm

…

(Có thể giữ nguyên như 3 khoản tại Điều 18 Dự thảo BLHS tháng 7/2015).

(Tiếp theo trang 42 – Nội dung riêng biệt …)

Tiếp đó, cũng cần đánh giá tính thống nhất của BLHS mới để phục vụ cho việc triển khai thi hành. Trong nội dung đánh giá cần trả lời một số câu hỏi chủ yếu dưới đây:

- Những hành vi bị pháp luật cấm nào đã được xác định trong các luật phòng, chống và các luật chuyên ngành cần được/đã được tội phạm hoá? Các dấu hiệu được dùng để tội phạm hoá và phân biệt với vi phạm?

- Những hành vi bị pháp luật cấm nào đã được xác định trong các luật phòng, chống và các luật chuyên ngành chưa được tội phạm hoá hoặc được tội phạm hoá chưa đúng?

- Những hành vi bị pháp luật cấm nào đã được xác định trong các luật phòng, chống và các luật chuyên ngành cần phải được tội phạm hoá bổ sung hoặc cần được phi tội phạm hoá?

- Các dấu hiệu định khung hình phạt nào liên quan đến các hành vi phạm tội trên đây cần sửa đổi, bổ sung hay loại bỏ?

- Những nội dung nào trong các luật phòng, chống và các luật chuyên ngành cần sửa đổi?

- Các hạn chế về kĩ thuật lập pháp nào cần khắc phục?

GÓP Ý HOÀN THIỆN QUY ĐỊNH VỀ CÁC TỘI XÂM PHẠM AN NINH QUỐC GIA TRONG DỰ THẢO BỘ LUẬT HÌNH SỰ (SỬA ĐỔI)

Nguyễn Anh Tuấn*

Tóm tắt: *Vừa qua, Dự thảo Bộ luật Hình sự (sửa đổi) đã được đưa ra lấy ý kiến nhân dân. Trong bài viết, tác giả phân tích và đề xuất một số kiến nghị nhằm hoàn thiện quy định về các tội xâm phạm an ninh quốc gia của bản Dự thảo này.*

Abstract: *Recently, the Draft Criminal Code (Amendment) has been posted for public comments. In the article, the author analyses and proposes some recommendations for improving the regulations on the crimes of infringing upon national security of this Draft.*

1. Trong Dự thảo Bộ luật Hình sự (BLHS) (sửa đổi) lấy ý kiến nhân dân, các tội xâm phạm an ninh quốc gia (ANQG) được quy định từ Điều 108 đến Điều 122 có một số sửa đổi, bổ sung như sau:

Một là, Dự thảo BLHS (sửa đổi) đã phi tội phạm hóa đối với hành vi hoạt động phỉ quy định tại Điều 83 BLHS hiện hành.

Hai là, thay đổi tên tội danh của Tội tuyên truyền chống Nhà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa (XHCN) Việt Nam (Điều 88 BLHS hiện hành) thành Tội làm, phát tán thông tin, tài liệu nhằm chống Nhà nước Cộng hoà XHCN Việt Nam (Điều 117 Dự thảo BLHS (sửa đổi).

Ba là, tách khoản 2 Điều 91 (BLHS hiện hành) thành một tội danh độc lập là Tội tổ chức, cưỡng ép, xúi giục người khác trốn đi nước ngoài hoặc trốn ở lại nước ngoài nhằm chống chính quyền nhân dân (CQND) (Điều 120 Dự thảo BLHS (sửa đổi); đồng thời vẫn quy định tội trốn đi nước ngoài hoặc trốn ở lại nước ngoài nhằm chống CQND (Điều 121 Dự thảo BLHS (sửa đổi).

Bốn là, quy định về chuẩn bị phạm tội đối với một số tội phạm cụ thể và mức hình phạt cụ thể đối với hành vi chuẩn bị phạm các tội đó như: Tội phản bội Tổ quốc, Tội hoạt động nhằm lật đổ CQND, Tội gián điệp, Tội xâm phạm an ninh lãnh thổ, Tội bạo loạn, tội khủng bố nhằm chống CQND, Tội phá hoại cơ sở vật chất - kỹ thuật của nước Cộng hoà XHCN Việt Nam, Tội làm, phát tán thông tin, tài liệu nhằm chống Nhà nước Cộng hoà XHCN Việt Nam, Tội phá rối an ninh và Tội chống phá trại giam.

Năm là, quy định bổ sung về trường hợp miễn trách nhiệm hình sự (TNHS) đối với các trường hợp phạm tội phản bội Tổ quốc và Tội hoạt động nhằm lật đổ CQND cùng với Tội gián điệp (Điều 80 BLHS hiện hành).

2. Để góp phần hoàn thiện hơn nữa quy định về các tội xâm phạm ANQG trong Dự thảo BLHS (sửa đổi), chúng tôi đề xuất một số kiến nghị như sau:

Thứ nhất, đối với việc phi tội phạm hóa hành vi hoạt động phỉ (xóa bỏ Tội hoạt động phỉ) trong Dự thảo BLHS (sửa đổi). Quan điểm của Ban soạn thảo BLHS cho

* ThS., Học viện Chính trị Công an nhân dân.

rằng: Tội bạo loạn quy định tại Điều 112 và Tội khủng bố nhằm chống CQND quy định tại Điều 113 Dự thảo BLHS (sửa đổi) đã bao quát trường hợp phạm tội được quy định tại Điều 83 BLHS hiện hành về Tội hoạt động phỉ. Theo đó, người nào nhằm chống CQND mà hoạt động vũ trang ở vùng rừng núi, vùng biển, vùng hiểm yếu khác sẽ bị truy cứu TNHS về Tội bạo loạn - Điều 112 Dự thảo BLHS (sửa đổi), vì theo quy định tại Điều 112 thì người nào hoạt động vũ trang hoặc dùng bạo lực có tổ chức nhằm chống CQND, bất kể ở khu vực nào, đều bị truy cứu TNHS về tội này. Đối với người nhằm chống CQND mà thực hiện hành vi giết người, cướp phá tài sản sẽ bị truy cứu TNHS về Tội khủng bố nhằm chống CQND quy định tại Điều 113 Dự thảo BLHS (sửa đổi)[1]. Việc đề nghị phi tội phạm hóa đối với hành vi hoạt động phỉ cũng đã từng được đề cập khi sửa đổi, bổ sung BLHS năm 1999 vào năm 2009.

Chúng ta biết rằng, bản chất của hoạt động phỉ là hoạt động theo toán, nhóm phỉ, giết người cướp phá tài sản một cách manh động, chớp nhoáng để quấy nhiễu nhân dân, gây sức ép với chính quyền và lực lượng vũ trang, nên không thể truy cứu trách nhiệm hành vi hoạt động phỉ về các tội bạo loạn và khủng bố nhằm chống CQND. Bởi vì, các loại tội phạm này diễn ra với quy mô lớn hơn, thường diễn ra ở những trung tâm chính trị, kinh tế, văn hóa - xã hội ở trung ương hoặc ở các địa phương. Hơn nữa, xuất phát từ thực tiễn cách mạng Việt Nam thì các tổ chức Fulro ở trong nước và các tổ chức Fulro lưu vong ở nước ngoài được sự hậu thuẫn của các thế lực thù địch luôn có âm mưu gây phỉ để chống Đảng và Nhà nước ta. Năm 2012, đã xảy ra 01 vụ hoạt động phỉ có đến 23 đối tượng phạm tội bị điều tra, truy tố, xét xử về tội này. Do đó, việc tiếp tục quy định tội hoạt động phỉ trong nhóm tội xâm phạm ANQG tạo cơ sở pháp lý quan trọng cho công tác phòng ngừa và đấu tranh với loại tội phạm này là rất cần thiết.

Thứ hai, theo quy định tại khoản 1 Điều 117 Dự thảo BLHS (sửa đổi) thì dấu hiệu của tội làm, phát tán thông tin, tài liệu nhằm chống Nhà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam được mô tả như sau: *"Người nào có một trong những hành vi sau đây nhằm chống Nhà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam, thì bị phạt tù từ 03 năm đến 12 năm: a) Làm, tàng trữ, phát tán thông tin, tài liệu có nội dung phỉ báng chính quyền nhân dân; b) Làm, tàng trữ, phát tán thông tin, tài liệu gây hoang mang trong nhân dân"*.

Trước hết, cần giữ nguyên tên tội danh như quy định của BLHS hiện hành. Có như vậy mới thể hiện rõ bản chất của loại tội phạm phá hoại tư tưởng này và phù hợp với lịch sử lập pháp hình sự Việt Nam. Tội tuyên truyền chống Nhà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam là loại tội phạm đặc biệt nguy hiểm, cần phải trừng trị nghiêm khắc bởi pháp luật hình sự. Việc giữ nguyên tên tội danh này trước hết khẳng định lập trường, quan điểm của Nhà nước ta luôn bảo đảm thực thi tốt nhất các quyền tự do, dân chủ của công dân, cũng như trừng trị nghiêm khắc các hành vi lợi dụng quyền tự do, dân chủ của công dân xâm phạm lợi ích của Nhà nước, của nhân dân ta. Qua đó đập tan âm mưu của các thế lực thù địch lợi dụng việc góp ý Dự thảo BLHS (sửa đổi) đòi xóa bỏ quy định tại Điều 88 và Điều 258 BLHS hiện hành, góp phần làm thất bại âm mưu và hoạt động "diễn biến hòa bình" của

[1] Ban soạn thảo Bộ luật Hình sự (sửa đổi), *Bản thuyết minh chi tiết về Dự thảo Bộ luật Hình sự (sửa đổi),* tháng 4/2015, Hà Nội, tr. 33-34.

các thế lực thù địch đối với Việt Nam trên lĩnh vực lập pháp.

Đặc biệt, với tên tội danh được quy định trong Dự thảo BLHS (sửa đổi) sẽ không khái quát hết được nội hàm của loại tội phạm này cũng như chưa bảo đảm tính khoa học về kỹ thuật lập pháp, vì quy định của điều luật thể hiện sự trùng lặp thuật ngữ *"làm, tàng trữ, phát tán thông tin, tài liệu"*. Thực tiễn điều tra, truy tố và xét xử cho thấy, việc quy định dấu hiệu *"gây hoang mang trong nhân dân"* trong BLHS hiện hành cũng như trong Dự thảo BLHS (sửa đổi) rất khó chứng minh. Đồng thời, khoản 2 của điều luật cũng cần quy định rõ về dấu hiệu định khung. Vì vậy, theo chúng tôi cần sửa đổi Tội tuyên truyền chống Nhà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam như sau:

"Điều 88: Tội tuyên truyền chống Nhà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam

1. Người nào nhằm chống Nhà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam mà thực hiện một trong các hành vi sau đây thì bị phạt tù từ ba năm đến mười hai năm:

a) Xuyên tạc, phao tin bịa đặt, phỉ báng chính quyền nhân dân;

b) Làm ra, tàng trữ, lưu hành, phát tán thông tin, tài liệu có nội dung chống Nhà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam.

2. Người nào phạm tội có nhiều tình tiết tăng nặng trách nhiệm hình sự quy định tại Điều... của Bộ luật này thì bị phạt tù từ mười năm đến hai mươi năm".

Thứ ba, Ban soạn thảo BLHS (sửa đổi) cho rằng: Hành vi tổ chức, xúi giục hoặc cưỡng ép người khác trốn đi nước ngoài hoặc trốn ở lại nước ngoài nhằm mục đích chống CQND nguy hiểm hơn hành vi trốn đi nước ngoài hoặc trốn ở lại nước ngoài nhằm mục đích chống CQND[2].

Việc luận giải về cơ sở của việc tách hai tội danh như trên là chưa thật sự thuyết phục, bởi lẽ: Quy định của BLHS hiện hành đã bảo đảm nguyên tắc phân hóa TNHS đối với hai trường hợp phạm tội khác nhau mặc dù được quy định trong cùng một điều luật, theo đó *"người tổ chức, người cưỡng ép, người xúi giục thì bị phạt tù từ năm năm đến mười lăm năm*", trong khi đó đối với *"người trốn đi nước ngoài, trốn ở lại nước ngoài nhằm chống chính quyền nhân dân thì bị phạt tù từ ba năm đến mười hai năm"* (Điều 91 BLHS hiện hành). Hơn nữa, việc quy định thêm tội danh trong Chương các tội xâm phạm ANQG hiện nay là không cần thiết và nhạy cảm.

Từ những phân tích trên, chúng tôi cho rằng, việc giữ nguyên quy định của BLHS hiện hành về tội trốn đi nước ngoài hoặc trốn ở lại nước ngoài nhằm chống CQND là phù hợp, đáp ứng yêu cầu về kỹ thuật lập pháp cũng như thực tiễn phòng ngừa và đấu tranh chống loại tội phạm này.

Thứ tư, quy định: *"Người chuẩn bị phạm tội này bị phạt tù từ 01 năm đến 05 năm"* tại các điều 108 đến 114 và 117, 118 trong Dự thảo BLHS (sửa đổi) là chưa thật sự phù hợp. Bởi vì, một mặt, quy định về truy cứu TNHS đối với trường hợp chuẩn bị phạm tội đã được quy định trong Phần chung của Dự thảo BLHS (sửa đổi) tại Điều 14; mặt khác, quy định tại Điều 14 về các trường hợp chuẩn bị phạm tội cũng chưa khái quát đầy đủ các trường hợp chuẩn bị phạm tội cần phải truy cứu TNHS như các tội phạm về ma túy, các tội phạm do pháp nhân thực hiện...

[2] Ban soạn thảo Bộ luật Hình sự (sửa đổi), *Bản thuyết minh chi tiết về Dự thảo Bộ luật Hình sự (sửa đổi)*, Hà Nội, tháng 4/2015, tr.33.

Qua nghiên cứu cho thấy, kỹ thuật lập pháp về việc truy cứu TNHS đối với trường hợp chuẩn bị phạm tội trong Luật hình sự của các nước trên thế giới có sự khác nhau. BLHS của Liên bang Nga quy định tương tự như trong BLHS hiện hành của Việt Nam về chuẩn bị phạm tội[3]. BLHS của nước Cộng hòa nhân dân Trung Hoa cũng quy định tương tự[4]. Còn trong BLHS của Thụy Điển quy định một chương riêng về phạm tội chưa đạt, chuẩn bị phạm tội, âm mưu phạm tội và đồng phạm. Đây là quy định mang tính nguyên tắc khi truy cứu TNHS đối với các trường hợp này. Đồng thời, BLHS của Thụy Điển cũng quy định chuẩn bị phạm tội một tội phạm cụ thể với tư cách là một tội danh độc lập ngay sau tội danh ở giai đoạn tội phạm hoàn thành[5]. Tuy nhiên, BLHS của Thụy Điển không quy định tên tội danh cụ thể như BLHS của Việt Nam mà điều luật chỉ đề cập đến nội dung cấu thành tội phạm cũng như hình phạt áp dụng đối với loại hành vi đó. Trong khi đó, BLHS của Nhật Bản thì không quy định về chuẩn bị phạm tội ở phần chung mà quy định tại chương các tội phạm cụ thể với điều luật riêng[6]. BLHS của Cộng hòa Liên bang Đức cũng có quy định tương tự như trong BLHS của Nhật Bản, song lại quy định một tội danh riêng về chuẩn bị phạm tội một tội phạm cụ thể như: chuẩn bị một cuộc chiến tranh xâm lược (Điều 80), chuẩn bị hoạt động phản bội nhà nước (Điều 83), chuẩn bị một hành vi bạo lực nghiêm trọng gây nguy hại cho nhà nước (Điều 89a)...[7].

Như vậy, kỹ thuật lập pháp hình sự về việc truy cứu TNHS đối với trường hợp chuẩn bị phạm tội được quy định trong Luật hình sự của các nước đều có hạt nhân hợp lý nhất định, song không có quy định trong BLHS của nước nào giống với quy định trong Dự thảo BLHS (sửa đổi) về trường hợp chuẩn bị phạm tội. Do đó, chúng tôi kiến nghị, giữ nguyên quy định về chuẩn bị phạm tội như trong BLHS hiện hành là hoàn toàn khoa học, đáp ứng yêu cầu thực tiễn hoạt động phòng ngừa và đấu tranh chống tội phạm ở nước ta.

Thứ năm, chúng tôi đồng tình với việc bổ sung các quy định về miễn TNHS đối với các tội xâm phạm ANQG, bên cạnh quy định tại khoản 3 Điều 80 của BLHS hiện hành. Thực tiễn khi áp dụng quy định của BLHS để miễn TNHS hoặc miễn hình phạt đối với người phạm tội xâm phạm ANQG, các cơ quan tiến hành tố tụng có thể áp dụng các quy định miễn TNHS (Điều 25) và miễn hình phạt (Điều 54), song những quy định đó được áp dụng đối với mọi loại tội phạm nên chưa thể hiện rõ chính sách hình sự của Nhà nước ta trong đấu tranh đối với các đối tượng phạm tội xâm phạm ANQG. Vì vậy, để đảm bảo nguyên tắc phân hóa TNHS và thực hiện hiệu quả hơn nữa chính sách hình sự của Nhà nước ta trong điều tra

[3] Xem Điều 30 BLHS Liên bang Nga: "Chuẩn bị phạm tội chỉ phải chịu trách nhiệm hình sự về tội rất nghiêm trọng và đặc biệt nghiêm trọng", Trường Đại học Luật Hà Nội, *Bộ luật Hình sự Liên bang Nga,* Nxb. Công an nhân dân, 2011, Hà Nội, tr.42.

[4] Xem Điều 22, Đinh Bích Hà, *Bộ luật Hình sự của nước Cộng hòa nhân dân Trung Hoa,* Nxb. Tư pháp, 2007, Hà Nội, tr.46.

[5] Xem Điều 10, 11, Trường Đại học Luật Hà Nội, *Bộ luật Hình sự Thụy Điển,* Nxb. Công an nhân dân, 2010, Hà Nội, tr.82.

[6] Xem Điều 88 BLHS Nhật Bản: "Người nào chuẩn bị hoặc âm mưu thực hiện các hành vi quy định tại Điều 81 và Điều 82 thì bị phạt tù trên 1 năm đến dưới 10 năm", Dịch giả Trần Thị Hiền, *Bộ luật Hình sự Nhật Bản,* Nxb. Từ điển Bách khoa, 2011, Hà Nội, tr.88.

[7] Trường Đại học Luật Hà Nội, *Bộ luật Hình sự Cộng hòa Liên bang Đức,* tr.160,162,176, Nxb. Công an nhân dân, 2011, Hà Nội.

tội phạm xâm phạm ANQG, đòi hỏi Dự thảo BLHS (sửa đổi) cần quy định thêm những trường hợp miễn TNHS đối với các tội phạm cụ thể xâm phạm ANQG khác.

Theo chúng tôi, quy định về trường hợp miễn TNHS đối với các tội xâm phạm ANQG có thể theo hai hướng sau: *Một là,* quy định trực tiếp tại điều luật về các tội phạm cụ thể như trong Dự thảo BLHS (sửa đổi) và gồm một số tội sau đây: Tội phản bội Tổ quốc, Tội hoạt động nhằm lật đổ CQND, Tội bạo loạn, Tội khủng bố nhằm chống CQND và Tội gián điệp như quy định của BLHS hiện hành; *hai là,* quy định trong một điều luật riêng về miễn TNHS tại Chương các tội xâm phạm ANQG, cụ thể là: *"Người nào phạm tội trong các trường hợp quy định tại các Điều... của Bộ luật này mà không tiếp tục thực hiện hành vi phạm tội và tự thú, thành khẩn khai báo với cơ quan nhà nước có thẩm quyền thì được miễn trách nhiệm hình sự"*.

Thứ sáu, đồng thời với những kiến nghị trên đây, chúng tôi cho rằng, Ban soạn thảo BLHS (sửa đổi) cần nghiên cứu sửa đổi, bổ sung các dấu hiệu định khung và hình phạt của một số tội xâm phạm ANQG nhằm đáp ứng tốt hơn nữa các nguyên tắc của Luật hình sự như nguyên tắc phân hóa TNHS, nguyên tắc công bằng và nguyên tắc nhân đạo XHCN.

Theo đó, khi quy định về dấu hiệu định khung giảm nhẹ hoặc tăng nặng trong các điều luật này, nhà làm luật sẽ không mô tả dấu hiệu "loại người đồng phạm", "phạm tội trong trường hợp ít nghiêm trọng", "phạm tội trong trường hợp đặc biệt nghiêm trọng", mà tùy theo tính chất của từng loại tội nên lựa chọn các tình tiết giảm nhẹ quy định tại Điều 46 hoặc các tình tiết tăng nặng được quy định tại Điều 48 của BLHS để quy định là dấu hiệu định khung giảm nhẹ hoặc tăng nặng. Điều này vừa đảm bảo được sự tương thích với các quy định khác trong BLHS, đồng thời bảo đảm tính lôgíc và khoa học hơn. Sở dĩ như vậy, vì khi xây dựng cấu thành tội phạm (CTTP) của một loại tội nào đó cần phải dựa vào tính chất của hành vi phạm tội, mà không căn cứ vào vai trò của người thực hiện hành vi phạm tội. Quy định theo hướng đó cũng thể hiện được sự thay đổi rõ ràng về *"mức độ của tính nguy hiểm cho xã hội của hành vi phạm tội giảm xuống một cách đáng kể"*, đồng thời tạo điều kiện thuận lợi cho quá trình chứng minh trong điều tra tội phạm xâm phạm ANQG.

Hình phạt tù chung thân và tử hình là những hình phạt đặc biệt có tính nghiêm khắc rất cao, vì vậy, việc quy định hình phạt này trong khung hình phạt có mức tối thiểu là mười hai năm tù như trong điều luật quy định đối với một số tội phạm xâm phạm ANQG là không hợp lý. Chỉ nên quy định loại hình phạt tù chung thân và tử hình trong các khung hình phạt có mức hình phạt thấp nhất của khung là từ mười lăm năm tù trở lên. Tuy nhiên, việc quy định hình phạt có khoảng mức hợp lý chỉ có thể được thực hiện trên cơ sở sự điều chỉnh về CTTP, bởi sự phù hợp giữa tính nghiêm khắc của chế tài với tính nguy hiểm cho xã hội của tội phạm, phụ thuộc độ rộng của khung chế tài vào độ rộng của CTTP tương ứng. Điều này đòi hỏi việc hoàn thiện quy định của BLHS về hình phạt đối với các tội xâm phạm ANQG không chỉ sửa đổi về mức hình phạt ở từng khoản của điều luật mà cần nghiên cứu bổ sung, sửa đổi dấu hiệu định tội, định khung của CTTP các tội xâm phạm ANQG. Vì vậy, đối với CTTP của các tội xâm phạm ANQG cần sửa đổi theo hướng, mô tả rõ ràng dấu hiệu định khung nhằm bảo đảm sự nhận thức và áp dụng thống nhất.

MỘT SỐ GÓP Ý VỀ THỦ TỤC TỐ TỤNG ĐỐI VỚI NGƯỜI CHƯA THÀNH NIÊN TRONG DỰ THẢO BỘ LUẬT TỐ TỤNG HÌNH SỰ (SỬA ĐỔI)

Võ Thị Kim Oanh*
Lê Thị Thùy Dương**

Tóm tắt: *Bài viết đánh giá các quy định của Dự thảo Bộ luật Tố tụng Hình sự (sửa đổi) về thủ tục tố tụng đối với người chưa thành niên, đồng thời đưa ra một số đề xuất nhằm hoàn thiện.*

Abstract: *The article evaluates the provisions on procedures for minors under the Draft Criminal Procedure Code (Admentment). On that basis, it then makes some proposes to improve these regulations.*

Thực hiện Chương trình xây dựng luật, Pháp lệnh của Quốc hội, ngày 11/08/2015, Dự thảo Bộ luật Tố tụng Hình sự (BLTTHS) (sửa đổi) đã được trình Quốc hội xin ý kiến tại kỳ họp thứ 9, Quốc hội khóa XIII. Dự thảo có 483 Điều, chia thành 9 Phần, 38 Chương. Thủ tục tố tụng đối với người chưa thành niên được xây dựng ở Chương XXXII, Phần thứ bảy, gồm 15 Điều; nội dung được chia thành hai phần: Những quy định chung và Thủ tục tố tụng.

Theo đó, Dự thảo BLTTHS (sửa đổi) có nhiều thay đổi trong các quy định về thủ tục tố tụng hình sự (TTHS) đối với người chưa thành niên như: phạm vi áp dụng không chỉ dành cho người bị tạm giữ, bị can, bị cáo mà mở rộng cho cả người bị hại, người làm chứng (Điều 406); bổ sung nguyên tắc chung, chỉ đạo quá trình giải quyết vụ án hình sự đối với người chưa thành niên. Đây được xem như đường lối xử lý chung đối với những vụ án có người bị buộc tội, người bị hại, người làm chứng là người chưa thành niên (Điều 407); bổ sung điều kiện đối với những người tiến hành tố tụng khi tham gia giải quyết vụ án có người chưa thành niên (Điều 408); bổ sung cách xác định tuổi của người bị buộc tội, người bị hại là người chưa thành niên (Điều 410, Điều 411); sử dụng cụm từ "người đại diện theo pháp luật" thay thế cho "đại diện gia đình, người đỡ đầu" khi quy định về trách nhiệm giám sát người chưa thành niên cũng như quy định về việc tham gia tố tụng của người đại diện theo pháp luật, nhà trường, tổ chức (Điều 412, Điều 414); quy định về việc áp dụng các biện pháp cưỡng chế thay cho việc áp dụng các biện pháp ngăn chặn như trước đây, đồng thời quy định thêm điều kiện "có căn cứ cho rằng việc áp dụng các biện pháp ngăn chặn khác không hiệu quả" khi áp dụng biện pháp tạm giam đối với bị can, bị cáo là người chưa thành niên (Điều 413); quy định quyền và nghĩa vụ tham gia vào các hoạt động như lấy lời khai người bị tạm giữ, người làm chứng, người bị hại, hỏi cung bị can của người đại diện theo pháp luật, người bào

* TS., Khoa Luật Hình sự, trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.
** ThS., Khoa Luật Hình sự, trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.

chữa, người bảo vệ quyền lợi cho họ, đồng thời quy định cụ thể về thời gian lấy lời khai, hỏi cung người chưa thành niên: không quá 2 lần/1 ngày và không quá 2 giờ/lần (Điều 415); vụ án có bị cáo là người chưa thành niên phải được xét xử ở Tòa án gia đình và người chưa thành niên; thành phần Hội đồng xét xử vụ án có bị cáo, bị hại không bắt buộc phải có giáo viên, cán bộ Đoàn Thanh niên mà chỉ yêu cầu phải có một Hội thẩm là người có kinh nghiệm, hiểu biết tâm lý người chưa thành niên, đồng thời quy định phải xét xử kín trừ một số trường hợp "cần thiết vì mục đích giáo dục, phòng ngừa chung" (Điều 417). Dự thảo cũng bổ sung thêm quy định mới về áp dụng biện pháp thay thế xử lý hình sự, phù hợp với xu hướng thế giới.

Tuy nhiên, theo chúng tôi Dự thảo BLTTHS (sửa đổi) vẫn chưa thực sự hoàn thiện, chưa bảo đảm được tốt nhất quyền và lợi ích của người chưa thành niên, thể hiện ở một số nội dung sau:

Thứ nhất, về người tiến hành tố tụng

Theo Dự thảo BLTTHS (sửa đổi), người tiến hành tố tụng trực tiếp tham gia vào việc giải quyết vụ án không chỉ bao gồm Điều tra viên, Kiểm sát viên, Thẩm phán mà còn bao gồm Hội thẩm, Cán bộ điều tra, Kiểm tra viên. Tuy nhiên, Điều 408 của Dự thảo chỉ đặt ra yêu cầu *"được đào tạo hoặc đã có kinh nghiệm về điều tra, truy tố, xét xử đối với người chưa thành niên về tâm lý học, khoa học giáo dục cũng như hoạt động đấu tranh phòng, chống tội phạm liên quan đến người chưa thành niên"* đối với Điều tra viên, Kiểm sát viên, Thẩm phán. Đây là sự thiếu chặt chẽ trong quy định về người tiến hành tố tụng đối với những vụ án có người tham gia là người chưa thành niên.

Thứ hai, về đối tượng cần phải chứng minh

Dự thảo chỉ mới quy định cách thức xác định tuổi của người bị buộc tội và người bị hại là người chưa thành niên, mà chưa quy định cách xác định tuổi của người làm chứng, trong khi thủ tục này là thủ tục đặc biệt dành cho cả người làm chứng là người chưa thành niên.

Thứ ba, về giám sát đối với bị can, bị cáo là người chưa thành niên

- Dự thảo quy định việc giao người chưa thành niên cho người đại diện theo pháp luật của họ giám sát để đảm bảo sự có mặt của người chưa thành niên khi có giấy triệu tập của cơ quan tiến hành tố tụng, nhưng chưa dự liệu trường hợp người chưa thành niên là đối tượng lang thang, cơ nhỡ, không có người thân thích, không có người đại diện theo pháp luật.

- Ngoài ra, thực tế cho thấy không phải lúc nào việc giao người chưa thành niên cho người đại diện hợp pháp cũng mang lại hiệu quả bởi có những trường hợp, người đại diện theo pháp luật của người chưa thành niên lại có nhân thân xấu; không quan tâm, lo lắng cũng như bỏ mặc các em; hoặc người đại diện theo pháp luật không có điều kiện để giám sát người chưa thành niên. Vậy trong những trường hợp này sẽ giao cho ai giám sát?

Thứ tư, về áp dụng các biện pháp cưỡng chế

- Điều 413 Dự thảo quy định: *"Chỉ áp dụng biện pháp cưỡng chế đối với bị can, bị cáo là người chưa thành niên trong trường hợp cần thiết"*. Như vậy có thể hiểu, việc xét đến yếu tố "cần thiết" hay không "cần thiết" chỉ khi áp dụng biện pháp cưỡng chế đối với bị can, bị cáo. Còn đối với người

làm chứng, người bị hại là người chưa thành niên khi họ không có mặt theo giấy mời, giấy triệu tập của cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng mà không có lý do được quy định tại khoản 2 Điều 101[1] của Dự thảo sẽ bị áp dụng biện pháp dẫn giải (một trong những biện pháp cưỡng chế) trong mọi trường hợp, và thủ tục dẫn giải sẽ như đối với người đã thành niên. Như vậy, sẽ không đảm bảo sự phân hóa trong việc áp dụng biện pháp cưỡng chế đối với người chưa thành niên và người đã thành niên.

- Thời hạn áp dụng biện pháp tạm giữ, tạm giam đối với bị can, bị cáo là người chưa thành niên không được quy định một cách cụ thể. Vậy có thể hiểu, thời hạn tạm giữ, tạm giam đối với người đã thành niên và người chưa thành niên là như nhau. Theo quan điểm của chúng tôi, quy định như vậy sẽ không đảm bảo thủ tục dành cho người chưa thành niên bởi biện pháp tạm giữ, tạm giam là những biện pháp ngăn chặn mang tính nghiêm khắc rất cao. Việc áp dụng biện pháp này quá lâu sẽ ảnh hưởng đến tâm lý, sự phát triển bình thường của người chưa thành niên.

Thứ năm, về việc tham gia tố tụng của người đại diện theo pháp luật, nhà trường, tổ chức

Điều 413 Dự thảo quy định: *"Thầy giáo, cô giáo, đại diện của nhà trường, Đoàn thanh niên, tổ chức khác nơi người chưa thành niên học tập, lao động hoặc sinh hoạt có quyền và nghĩa vụ tham gia tố tụng theo quyết định của Cơ quan điều tra, Viện kiểm sát, Toà án"*. Như vậy, Dự thảo không trao cho người đại diện theo pháp luật của người chưa thành niên được quyền cũng như có nghĩa vụ tham gia tố tụng theo quyết định của các cơ quan có thẩm quyền. Theo chúng tôi, điều này không hợp lý bởi vì ngoài "*Thầy giáo, cô giáo, đại diện của nhà trường, Đoàn thanh niên, tổ chức khác"* thì người đại diện theo pháp luật cũng là một chủ thể quản lý, giám sát, chịu trách nhiệm giáo dục người chưa thành niên, cũng có thể là người gần gũi với người chưa thành niên nhất. Vì vậy, họ cần có quyền và có nghĩa vụ tham giao tố tụng theo yêu cầu của cơ quan có thẩm quyền.

Thứ sáu, về hoạt động lấy lời khai của người bị bắt, bị tạm giữ, người bị hại, người làm chứng, hỏi cung bị can; đối chất

- Điều 415 Dự thảo quy định thời gian lấy lời khai, hỏi cung *"không được quá hai giờ trong một lần, không được quá hai lần trong một ngày"*, theo chúng tôi quy định như vậy là phù hợp. Tuy nhiên, nếu không quy định khoảng thời gian giữa hai lần hỏi cung, lấy lời khai thì sẽ dễ dẫn đến hiện tượng hỏi cung thông qua giờ trưa, bỏ đói người bị tạm giữ, bị can (một hình thức nhục hình biến tướng), hoặc mặc dù vẫn đảm bảo việc lấy lời khai, hỏi cung hai lần trong một ngày nhưng thời gian quá sát nhau và hình thức được thể hiện bằng biên

[1] Điều 101. Bắt buộc phải có mặt theo giấy mời, giấy triệu tập (mới)

1. Khi tiến hành điều tra, truy tố, xét xử, những người có thẩm quyền quy định tại các điều 19, 21, 22, 24, 27 của Bộ luật này có quyền mời người làm chứng; triệu tập người bị tố giác, báo tin về tội phạm, kiến nghị khởi tố, bị can, bị cáo, bị hại, người chứng kiến và những người tham gia tố tụng khác. Những người được mời, triệu tập bắt buộc phải có mặt theo giấy mời, giấy triệu tập.

2. Khi có sự kiện bất khả kháng hoặc trở ngại khách quan cản trở việc có mặt theo giấy mời, giấy triệu tập, những người được quy định tại khoản 1 Điều này có nghĩa vụ kịp thời trình bày lý do và xuất trình cho cơ quan đã mời, triệu tập mình tài liệu, chứng cứ (nếu có) để chứng minh lý do không có mặt theo giấy mời, giấy triệu tập.

bản lấy lời khai, hỏi cung. Điều này làm ảnh hưởng nghiêm trọng đến sức khỏe, tinh thần của người chưa thành niên. Do đó, cần bổ sung khoảng cách giữa hai lần hỏi cung, lấy lời khai để đảm bảo tính chặt chẽ.

- Bên cạnh đó, mặc dù Dự thảo BLTTHS (sửa đổi) đã quy định việc người bào chữa, người đại diện theo pháp luật, người bảo vệ quyền lợi của họ phải tham gia vào hoạt động lấy lời khai, hỏi cung của cơ quan tiến hành tố tụng, nhưng vẫn chưa đưa ra cách xử lý khi những chủ thể này vắng mặt. Việc lấy lời khai, hỏi cung sẽ được tiếp tục mà không có người bào chữa, người đại diện theo pháp luật hoặc người bảo vệ quyền lợi của họ hay sẽ hoãn, hay sẽ được tiến hành với sự tham gia của đại diện nhà trường, Đoàn thanh niên, cơ quan, tổ chức khác? Vấn đề này chưa được Dự thảo ghi nhận.

Thứ bảy, về hoạt động xét xử

Dự thảo đã có một bước tiến khi quy định *"Vụ án có bị cáo, bị hại là người chưa thành niên được xét xử kín. Trong trường hợp cần thiết vì mục đích giáo dục, phòng ngừa chung, Toà án có thể quyết định xét xử công khai".* Tuy nhiên, theo quan điểm của chúng tôi thì việc xét xử kín nên áp dụng trong mọi trường hợp khi có bị cáo, người bị hại là người chưa thành niên mà không có ngoại lệ. Bởi công tác giáo dục, phòng ngừa vẫn có thể được thực hiện dưới hình thức khác, cách thức khác chứ không nhất thiết phải là xét xử công khai; việc xét xử công khai đối với người chưa thành niên rất dễ gây ảnh hưởng về mặt tâm lý và việc tái hòa nhập cộng đồng sau này của họ.

Ngoài ra, Dự thảo còn một số hạn chế khác như sau:

- Các quy định về thủ tục đối với người chưa thành niên trong Dự thảo mặc dù đã có sự điều chỉnh về phạm vi áp dụng, đã bổ sung thêm một số điều luật liên quan đến người làm chứng và người bị hại, nhưng nếu so sánh về số lượng thì các quy định dành cho bị can, bị cáo vẫn nhiều hơn dành cho người làm chứng, người bị hại, vì vậy, thiếu vắng các quy định hướng đến việc bảo vệ quyền, lợi ích của đối tượng này. Mặt khác, Dự thảo cũng đã bổ sung thêm *cá nhân tố giác, báo tin về tội phạm, kiến nghị khởi tố* là người tham gia tố tụng *(Điều 38),* nhưng lại chưa có cơ chế bảo vệ đặc biệt nếu như người tố giác, báo tin về tội phạm là người chưa thành niên.

- Các quy định liên quan đến thủ tục dành cho người chưa thành niên vẫn chưa có sự phân hóa với người đã thành niên. Các quy định về điều tra, truy tố, xét xử cơ bản không có sự khác biệt nhiều, như về thời hạn tố tụng, về cơ quan tiến hành tố tụng, về quyền và nghĩa vụ của người chưa thành niên trong các giai đoạn nói trên.

Trên cơ sở phân tích những điểm còn hạn chế của Dự thảo BLTTHS (sửa đổi) nêu trên, chúng tôi xin đưa ra một số góp ý cho việc xây dựng thủ tục điều tra, truy tố, xét xử đối với người chưa thành niên như sau:

Một là, cần quy định tất cả những người tiến hành tố tụng trong vụ án liên quan đến người chưa thành niên đều phải đáp ứng yêu cầu *"được đào tạo hoặc đã có kinh nghiệm về điều tra, truy tố, xét xử đối với người chưa thành niên về tâm lý học, khoa học giáo dục cũng như hoạt động đấu tranh phòng chống tội phạm liên quan đến người chưa thành niên"* giống như Điều tra viên, Kiểm sát viên, Thẩm phán.

Hai là, quy định rõ cách thức xác định tuổi của người làm chứng là người chưa thành niên khi cơ quan tiến hành tố tụng đã áp dụng các biện pháp hợp pháp mà không xác định được.

Ba là, quy định cơ quan, tổ chức, cá nhân chịu trách nhiệm giám sát người chưa thành niên trong trường hợp họ không còn cha mẹ, không có người đại diện theo pháp luật, không có nơi cư trú rõ ràng hoặc người lang thang, cơ nhỡ, không nơi nương tựa mà không xác minh được lý lịch cũng như gia đình của họ, hay trường hợp người đại diện theo pháp luật không đủ điều kiện để giám sát người chưa thành niên.

Bốn là, bổ sung thêm "người làm chứng" cũng là đối tượng cần phải xem xét khi áp biện pháp cưỡng chế tương tự như với bị can, bị cáo. Đồng thời xác định rõ thời hạn áp dụng biện pháp tạm giữ, tạm giam đối với người chưa thành niên là bao lâu, hay là áp dụng tương tự như người đã thành niên.

- Pháp luật nên có quy định về thời hạn bắt, tạm giữ, tạm giam người chưa thành niên theo hướng có lợi cho họ, nghĩa là thời hạn này phải thấp hơn thời hạn bắt, tạm giữ, tạm giam người thành niên. Cần quy định chính xác về khoảng thời gian này, có như vậy mới bảo vệ được người chưa thành niên trước những biện pháp ngăn chặn hạn chế tự do. Đồng thời, quy định cụ thể về chế độ giam, giữ đối với người chưa thành niên bị áp dụng biện pháp tạm giữ, tạm giam.

Năm là, bổ sung thêm *"Người đại diện theo pháp luật"* của người chưa thành niên cũng là người có quyền và nghĩa vụ tham gia tố tụng theo quyết định của Cơ quan điều tra, Viện kiểm sát, Toà án nhằm đảm bảo quyền và lợi ích hợp pháp của người chưa thành niên.

Sáu là, quy định cụ thể khoảng thời gian giữa hai lần hỏi cung, lấy lời khai để tránh các trường hợp tiêu cực, làm ảnh hưởng đến bị can, người được lấy lời khai.

Đồng thời, cần quy định rõ việc xử lý khi người bào chữa, người đại diện theo pháp luật, hoặc người bảo vệ quyền lợi của họ vắng mặt trong những lần hỏi cung, lấy lời khai. Theo đó, có thể bổ sung vào Điều 415 Dự thảo: *"Trong trường hợp người bào chữa của người bị bắt, người bị tạm giữ, bị can vắng mặt thì cơ quan tiến hành tố tụng phải hoãn việc lấy lời khai, hỏi cung. Trong trường hợp người bảo vệ quyền lợi hoặc đại diện theo pháp luật của người chưa thành niên vắng mặt thì cơ quan tiến hành tố tụng phải mời đại diện nhà trường, Đoàn thanh niên hoặc tổ chức khác nơi người chưa thành niên học tập, lao động và sinh hoạt tham dự"*.

Bảy là, quy định những vụ án có bị cáo, người bị hại là người chưa thành niên cần xét xử kín trong mọi trường hợp. Không tiến hành xét xử công khai, xét xử lưu động để đảm bảo sự phát triển bình thường về mặt tâm lý cũng như tạo điều kiện cho việc tái hòa nhập cộng đồng sau này của người chưa thành niên.

Tám là, bổ sung thêm các quy định, các cơ chế bảo vệ đặc biệt đối với người bị hại, người làm chứng và các cá nhân tố giác, báo tin về tội phạm, kiến nghị khởi tố là người chưa thành niên.

Cuối cùng, cần có những quy định liên quan đến thủ tục điều tra, truy tố, xét xử dành riêng cho người chưa thành niên nhằm có sự phân hóa với người đã thành niên.

MỘT VÀI GÓP Ý ĐỐI VỚI PHẦN THỨ 5 DỰ THẢO BỘ LUẬT DÂN SỰ (SỬA ĐỔI)

Ngô Quốc Chiến*

Tóm tắt: *Phần thứ 5 của Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi) về pháp luật áp dụng cho quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài sau nhiều lần chỉnh lý[1] có thể được đánh giá là tốt hơn cả so với các phần còn lại của Dự thảo Bộ luật[2]. Tuy nhiên, Phần này vẫn còn một số thiếu sót cần phải chỉnh sửa, đặc biệt liên quan đến quyền lựa chọn pháp luật áp dụng đối với quan hệ hợp đồng có yếu tố nước ngoài. Bài viết phân tích, tập trung ở 6 nhóm vấn đề chính sau: 1) Thứ tự ưu tiên áp dụng pháp luật; 2) Loại trừ áp dụng pháp luật nước ngoài; 3) Pháp luật áp dụng để xác định quốc tịch của các chủ thể; 4) Định danh tài sản; 5) Quyền lựa chọn pháp luật áp dụng cho quan hệ hợp đồng; 6) Bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng.*

Abstract: *Part V of the Draft Civil Code (Amendment) on civil relations involving foreign elements after several revisions is considered better than the remaining parts of the Draft. However, this Part remains some shortcomings which need to be revised, in particular the right to choose the applicable law for contractual relations with foreign elements. The article analyses six main issues as follows: 1) the priority order of applicable laws; 2) the exclusion of foreign law; 3) law applied to determine the nationality of the holder; 4) Identification of the assets; 5) the right to choose applicable law for contractual relations and 6) damages compensation outside contract.*

1. Thứ tự ưu tiên áp dụng pháp luật

Liên quan đến thứ tự ưu tiên áp dụng pháp luật đối với các quan hệ dân sự (QHDS) có yếu tố nước ngoài, khoản 2 Điều 683 Dự thảo quy định: "*2. Trừ trường hợp quy định tại khoản 1 Điều này, pháp luật áp dụng đối với quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài được xác định theo điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên hoặc pháp luật Việt Nam"*. Liên từ "hoặc" trong Dự thảo cho phép lựa chọn một trong hai: hoặc là theo điều ước quốc tế (ĐƯQT) hoặc là theo pháp luật Việt Nam. Quy định này vô hình trung đã phá vỡ nguyên tắc ưu tiên áp dụng ĐƯQT được thiết lập tại Điều 684. Vì vậy, theo chúng tôi khoản 2 Điều 683 Dự thảo nên được viết lại như sau: "*2. Trừ trường hợp quy định tại khoản 1 Điều này, pháp luật áp dụng đối với quan hệ dân sự có yếu*

* TS., Khoa Luật, Trường Đại học Ngoại thương.

[1] Bài viết này dựa trên Bản Dự thảo đã được chỉnh lý trình Quốc hội sau khi tiếp thu ý kiến nhân dân.

[2] Báo cáo tổng hợp ý kiến của các vị đại biểu Quốc hội thảo luận ở Tổ và Hội trường trong Kỳ họp Quốc hội vừa qua về dự án Bộ luật Dân sự (sửa đổi) cho thấy, các phần khác của Dự thảo Bộ luật có rất nhiều ý kiến trái chiều, còn đối với Phần thứ 5 chỉ có 01 ý kiến đề nghị quy định rõ hơn về việc đăng ký, hoạt động, công nhận và những vấn đề có liên quan trong quan hệ dân sự của pháp nhân được thành lập ở nước ngoài đến hoạt động ở Việt Nam. Giới nghiên cứu cũng có những ý kiến rất khác nhau liên quan đến Phần thứ 2 và Phần thứ 3 của Dự thảo. Xem chẳng hạn: Dương Đăng Huệ, *Nên sử dụng khái niệm vật quyền trong Bộ luật Dân sự,* Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 13 (293) tháng 7 năm 2015; Ngô Huy Cương, *Bình luận chế định quyền sở hữu trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi)*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 13 (293) tháng 7 năm 2015.

tố nước ngoài được xác định theo điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên hoặc pháp luật Việt Nam nếu không có điều ước quốc tế về xác định pháp luật áp dụng".

Điều 684 quy định:*"1. Trường hợp điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên có quy định về quyền và nghĩa vụ của các bên tham gia quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài thì quy định của điều ước quốc tế đó được áp dụng.*

2. Trường hợp điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên có quy định khác với quy định của Phần này và luật khác về pháp luật áp dụng đối với quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài thì quy định của điều ước quốc tế đó được áp dụng".

Cả khoản 1 và khoản 2 của Điều này đều dẫn tới kết quả như nhau là ưu tiên áp dụng ĐƯQT so với pháp luật Việt Nam. Vậy nên có thể gộp hai khoản này làm một, không cần phân biệt ĐƯQT về xung đột luật và ĐƯQT quy định về quyền và nghĩa vụ của các bên tham gia QHDS có yếu tố nước ngoài.

2. Về loại trừ áp dụng pháp luật nước ngoài

Điểm a, khoản 1, Điều 689 Dự thảo quy định pháp luật nước ngoài được dẫn chiếu đến nhưng thuộc một trong các trường hợp sau đây thì không được áp dụng:

"a) Hậu quả của việc áp dụng pháp luật nước ngoài vi phạm trật tự công. Việc từ chối áp dụng pháp luật nước ngoài phải dựa vào bản chất của quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài và không được chỉ dựa vào sự khác biệt của hệ thống pháp luật, chính trị, kinh tế, văn hóa, xã hội của nước có liên quan với hệ thống pháp luật, chính trị, kinh tế, văn hóa, xã hội của Việt Nam".

Theo các quy định của Bộ luật Dân sự (BLDS) hiện hành, pháp luật nước ngoài sẽ không được áp dụng nếu việc áp dụng hoặc hậu quả của việc áp dụng pháp luật đó "trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam". Điều này dẫn tới hệ quả là, pháp luật nước ngoài gần như không bao giờ được áp dụng trong thực tế. Thay "các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam" bằng khái niệm "trật tự công", Dự thảo đã đưa Tư pháp quốc tế (TPQT) Việt Nam gần gũi hơn với các hệ thống pháp luật trên thế giới. Tuy nhiên, cũng phải thấy rằng bên cạnh "trật tự công" vốn rất khó xác định và áp dụng[3], nhiều quốc gia còn quy định loại trừ áp dụng pháp luật nước ngoài khi QHDS có yếu tố nước ngoài thuộc phạm vi điều chỉnh của các quy phạm áp dụng bắt buộc của nước nơi có Tòa án giải quyết vụ việc. Tiêu biểu trong số đó là Pháp, Bỉ, EU, Bộ nguyên tắc Unidroit... Nghị định CE số 593/2008 về luật áp dụng cho các nghĩa vụ hợp đồng (thường được gọi tắt là Nghị định Rome I) có hai điều khoản hạn chế áp dụng luật được lựa chọn là Điều 9 về "quy phạm bắt buộc ưu tiên" (overriding mandatory provisions) và Điều 21 về "chính sách công của nước tòa án" (public policy of the forum). Khoản 1, Điều 3 BLDS Pháp và Điều 20 Bộ luật TPQT Bỉ quy định loại trừ áp dụng pháp luật nước

[3] Một báo cáo so sánh luật của Tổng cục chính sách nội khối Nghị viện châu Âu về trật tự công trong khuôn khổ của Liên minh châu Âu cho thấy, bản thân các quốc gia thành viên của các Nghị định châu Âu có quy định về trật tự công cũng có cách hiểu khác nhau về hình thức biểu hiện của trật tự công (trật tự công về hình thức và trật tự công về nội dung) và nội hàm của khái niệm trật tự công. Xem: Nghị viện châu Âu, *Interprétation de l'exception d'ordre public telle que prévue par les instruments du droit international privé et du droit procédural de l'Union européenne (Diễn giải khái niệm trật tự công nêu tại các quy phạm về tư pháp quốc tế và tố tụng của Liên minh châu Âu)*, 2011.

ngoài khi cần áp dụng các "quy phạm áp dụng bắt buộc" (règles impératives) hoặc trái với trật tự công.

Rõ ràng, nhà lập pháp châu Âu, Bỉ hay Pháp đều thấy rằng "trật tự công" là một công cụ cần nhưng chưa đủ, và khó áp dụng. Hơn nữa, để biết pháp luật nước ngoài có vi phạm trật tự công hay không thì thẩm phán phải làm một công việc đó là so sánh hệ thống luật của nước ngoài với pháp luật của nước mình. Tuy nhiên, một trong những nguyên tắc cơ bản của TPQT đó là không được coi pháp luật nước nào "cao" hơn, đáng được áp dụng hơn pháp luật của nước nào. Quy phạm áp dụng bắt buộc cho phép giải quyết nhược điểm này, vì nó không buộc thẩm phán phải "so sánh luật". Thực tiễn xét xử cho thấy, Tòa án Pháp có xu hướng ưu tiên quy phạm áp dụng bắt buộc hơn là trật tự công để từ chối áp dụng pháp luật nước ngoài[4], bởi xác định thế nào là "quy phạm áp dụng bắt buộc" dễ dàng hơn nhiều so với "trật tự công". Các quy phạm áp dụng bắt buộc là các quy phạm có tính trị nội lãnh thổ tuyệt đối mà các thỏa thuận hợp đồng không thể loại trừ. Có thể nhận diện các quy phạm áp dụng bắt buộc thông qua hình thức của quy phạm (bản thân quy phạm nêu rõ đó là quy phạm áp dụng bắt buộc) hoặc suy đoán dựa vào bản chất pháp lý của quy phạm. Quy phạm áp dụng bắt buộc tồn tại trong các văn bản về lao động, về cạnh tranh, về sở hữu trí tuệ, về bảo vệ môi trường...

Bổ sung trường hợp loại trừ áp dụng pháp luật nước ngoài cho phép tránh được các nhược điểm của Điều 702 (chúng tôi sẽ phân tích dưới đây).

Vì vậy, chúng tôi khuyến nghị bổ sung vào khoản 1 Điều 689 Dự thảo quy định sau: "*Quan hệ dân sự thuộc phạm vi điều chỉnh của các quy phạm áp dụng bắt buộc theo pháp luật Việt Nam*".

3. Pháp luật áp dụng để xác định quốc tịch của các chủ thể tham gia quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài

Điều 691 Dự thảo quy định các căn cứ xác định pháp luật áp dụng đối với người không quốc tịch, người có nhiều quốc tịch. Tuy nhiên, trước khi xác định áp dụng pháp luật của nước mà một cá nhân có quốc tịch, trước hết cần phải xác định người đó có thực sự có quốc tịch của nước đó hay không. Vấn đề này chưa được Luật Quốc tịch 2008 (sửa đổi 2014) quy định. Chúng ta hãy xét một ví dụ sau: Anh A, tự xưng là người Pháp, yêu cầu tòa án Việt Nam xác định quan hệ cha con với một người Việt Nam. Trước khi áp dụng pháp luật của Pháp để biết anh A có năng lực như thế nào, cần phải xác định áp dụng pháp luật của nước nào để biết anh A có thực sự là người Pháp không.

Vì vậy, chúng tôi khuyến nghị bổ sung một khoản vào Điều 691 Dự thảo với nội dung như sau: *"Việc xác định một cá nhân có quốc tịch của một nước phải tuân theo pháp luật của nước đó".*

4. Định danh tài sản

Về vấn đề định danh tài sản, Điều 696 Dự thảo quy định: "*Việc định danh tài sản là động sản hoặc bất động sản được xác định theo pháp luật của nước nơi có tài sản".*

Việc tách vấn đề định danh tài sản ra khỏi Điều 766 để trở thành một điều riêng giúp cho quy định trở nên rõ ràng hơn. Nội dung của quy định cũng hợp lý, nhưng chưa

[4] Về vấn đề này, xem chẳng hạn: Đỗ Văn Đại và Mai Hồng Quỳ, Tư pháp quốc tế Việt Nam - Quan hệ dân sự, lao động, thương mại có yếu tố nước ngoài, Nxb. Chính trị quốc gia, 2010, tr. 183 và tiếp theo.

cho phép giải quyết hết được các vấn đề về định danh tài sản. BLDS hiện hành cũng như Dự thảo BLDS (sửa đổi) mới chỉ phân loại tài sản thành động sản và bất động sản. Tuy nhiên, tài sản còn có thể được phân loại thành tài sản hữu hình và tài sản vô hình. Việc phân loại này không chỉ có ý nghĩa học thuật, mà còn có giá trị thực tế[5], bởi không xác định được "nơi có tài sản". Vì vậy, chúng tôi khuyến nghị bổ sung một khoản vào Điều này, với nội dung sau: "*2. Việc định danh tài sản vô hình được xác định theo pháp luật của nước nơi có yêu cầu định danh tài sản đó"*.

5. Về khả năng lựa chọn pháp luật áp dụng cho quan hệ hợp đồng

Điều 702 Dự thảo đã có tiến bộ khi nêu rõ trong khoản 1 nguyên tắc "Các bên trong quan hệ hợp đồng được thỏa thuận lựa chọn pháp luật áp dụng đối với hợp đồng". Sự tự do này chỉ bị hạn chế khi đối tượng của hợp đồng liên quan đến bất động sản. Bởi theo khoản 4 Điều này, "*Trường hợp hợp đồng có đối tượng là bất động sản, pháp luật của nước nơi có bất động sản được áp dụng đối với bất động sản đó"*.

Tuy nhiên, cũng cần phải thấy rằng đúng là nguyên tắc tự do lựa chọn luật áp dụng cho hợp đồng có yếu tố nước ngoài đã được ghi nhận tại rất nhiều hệ thống TPQT tiên tiến, nhưng các hệ thống này không chỉ dừng lại ở việc nêu nguyên tắc tự do lựa chọn pháp luật áp dụng, mà còn có nhiều quy định để hạn chế sự tự do này (đặc biệt đối với hợp đồng tiêu dùng, hợp đồng vận chuyển hành khách, hợp đồng lao động…). Nói cách khác, đây không phải là một tự do tuyệt đối, mà có rất nhiều hạn chế, chứ không phải chỉ có một hạn chế như nêu trong Dự thảo.

Theo quy định của Dự thảo, đối với tất cả các loại hợp đồng có yếu tố nước ngoài không có đối tượng là bất động sản thì các bên đều được tự do lựa chọn pháp luật áp dụng. Đây là một quy định không hợp lý, đặc biệt đối với lĩnh vực lao động, bởi người lao động hầu như không có cơ hội để đàm phán các nội dung của hợp đồng. Quy định của Dự thảo sẽ cho phép người sử dụng lao động đưa vào trong hợp đồng điều khoản lựa chọn áp dụng hệ thống luật có lợi nhất cho mình, ảnh hưởng đến quyền lợi của người lao động.

Có thể có ba cách giải quyết vấn đề này: *Thứ nhất*, bổ sung quy định về loại trừ áp dụng pháp luật nước ngoài khi quan hệ dân sự thuộc phạm vi điều chỉnh của các quy phạm áp dụng bắt buộc của Việt Nam (đã nêu tại mục 2 bình luận Điều 689 ở trên). Quy định này sẽ là một "chốt chặn" không chỉ cho lĩnh vực hợp đồng lao động, mà còn cả trong các lĩnh vực khác như hợp đồng tiêu dùng, cạnh tranh, sở hữu trí tuệ… Giải pháp này hợp lý khi chúng ta chưa xây dựng được các quy định chuyên biệt về lựa chọn pháp luật áp dụng cho các quan hệ hợp đồng cụ thể. Tuy nhiên, giải pháp này có nhược điểm là có nguy cơ triệt tiêu một nguyên tắc quan trọng của TPQT về tự do lựa chọn pháp luật áp dụng trong lĩnh vực hợp đồng vốn được tất cả các hệ thống pháp luật tiên tiến thừa nhận, và có nguy cơ bị lạm dụng bởi cơ quan tư pháp. *Thứ hai,* không cho phép các bên lựa chọn pháp luật áp dụng trong quan hệ hợp đồng khi hợp đồng đó được thực hiện trên lãnh thổ Việt Nam. Nhưng quy định này sẽ khiến pháp luật Việt Nam xa rời với các hệ thống pháp luật tiên

[5] Về vấn đề này, xem chẳng hạn: Ngô Huy Cương, *Những sai lầm khi xây dựng chế định tài sản trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi)*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 07 (287), tháng 4 năm 2015, tr. 14-22.

tiến trên thế giới, gây tâm lý lo ngại cho các nhà đầu tư nước ngoài khi hoạt động tại Việt Nam. *Thứ ba*, bổ sung quy định hạn chế đối với pháp luật áp dụng trong lĩnh vực hợp đồng lao động theo hướng, pháp luật do các bên lựa chọn không được ảnh hưởng đến các quyền lợi tối thiểu của người lao động do pháp luật lao động của Việt Nam quy định. Giải pháp này sẽ chỉ liên quan đến hợp đồng lao động và không làm ảnh hưởng đến khả năng lựa chọn pháp luật áp dụng cho các loại hợp đồng khác. Chúng tôi ủng hộ giải pháp thứ ba này.

Khoản 3 Điều 702 Dự thảo có hai vấn đề: *Thứ nhất,* Điều luật rất khó hiểu do gộp nhiều trường hợp vào trong cùng một khoản. Có ít nhất ba trường hợp được nêu nhưng chỉ có một giải pháp được đưa ra cho cả ba trường hợp là không hợp lý. *Thứ hai*, phải lựa chọn pháp luật của nước có mối liên hệ gắn bó nhất trong số pháp luật có mối liên hệ gắn bó nhất với hợp đồng. Không hiểu tòa án sẽ xác định pháp luật gắn bó nhất trong số pháp luật gắn bó nhất như thế nào? Theo chúng tôi, nên tách riêng các trường hợp và đề ra các giải pháp cho từng trường hợp.

Như vậy, Điều 702 nên được viết lại như sau:

Điều 702. Hợp đồng

1. Các bên trong quan hệ hợp đồng được thỏa thuận lựa chọn pháp luật áp dụng đối với hợp đồng, trừ trường hợp quy định tại khoản 4 và khoản 5 Điều này. Trường hợp các bên không có thoả thuận về pháp luật áp dụng, pháp luật của nước có mối liên hệ gắn bó nhất với hợp đồng đó được áp dụng.

2. Pháp luật của nước sau đây được coi là pháp luật của nước có mối liên hệ gắn bó nhất với hợp đồng:

a) Pháp luật của nước nơi người bán cư trú nếu là cá nhân, hoặc nơi thành lập nếu là pháp nhân đối với hợp đồng mua bán hàng hóa;

b) Pháp luật của nước nơi người cung cấp dịch vụ cư trú nếu là cá nhân, hoặc nơi thành lập nếu là pháp nhân đối với hợp đồng dịch vụ;

c) Pháp luật của nước nơi người nhận quyền cư trú nếu là cá nhân, hoặc nơi thành lập nếu là pháp nhân đối với hợp đồng chuyển giao quyền sử dụng hoặc chuyển nhượng quyền sở hữu trí tuệ;

d) Pháp luật của nước nơi người lao động thường xuyên thực hiện công việc đối với hợp đồng lao động. Nếu người lao động thường xuyên thực hiện công việc tại nhiều nước khác nhau hoặc không xác định được nơi người lao động thường xuyên thực hiện công việc thì pháp luật của nước có mối liên hệ gắn bó nhất với hợp đồng lao động là pháp luật của nước nơi người sử dụng lao động cư trú đối với cá nhân, hoặc thành lập đối với pháp nhân;

đ) Pháp luật của nước nơi người tiêu dùng cư trú đối với hợp đồng tiêu dùng.

3. Trường hợp một hợp đồng thuộc nhiều loại được nêu từ điểm a đến điểm đ khoản 2 Điều này dẫn đến nhiều hệ thống pháp luật khác nhau có thể được áp dụng thì pháp luật áp dụng là pháp luật của nước nơi có mối liên hệ gắn bó nhất với hợp đồng đó.

Trường hợp một hợp đồng thuộc nhiều loại được nêu từ điểm a đến điểm đ khoản 2 Điều này nhưng chứng minh được pháp luật của nước khác với pháp luật được nêu tại khoản 2 Điều này có mối liên hệ gắn bó hơn với hợp đồng đó thì pháp luật áp dụng là pháp luật của nước nơi có mối liên hệ gắn bó hơn với hợp đồng đó.

Trường hợp hợp đồng không thuộc các trường hợp nêu từ điểm a đến điểm đ khoản 2 Điều này thì pháp luật áp dụng là pháp luật của nước nơi có Tòa án giải quyết tranh chấp liên quan đến hợp đồng đó.

4. Trường hợp hợp đồng có đối tượng là bất động sản, pháp luật của nước nơi có bất động sản được áp dụng đối với bất động sản đó.

5. Pháp luật do các bên lựa chọn trong hợp đồng lao động và hợp đồng tiêu dùng không được ảnh hưởng đến các quyền lợi tối thiểu của người lao động và người tiêu dùng do pháp luật Việt Nam quy định.

6. Các bên có thể thoả thuận thay đổi pháp luật áp dụng đối với hợp đồng nhưng việc thay đổi đó không được ảnh hưởng đến quyền và lợi ích hợp pháp của người thứ ba được hưởng trước khi thay đổi pháp luật áp dụng, trừ trường hợp người thứ ba đồng ý.

7. Hình thức của hợp đồng được xác định theo pháp luật áp dụng đối với hợp đồng đó. Trường hợp hình thức của hợp đồng không phù hợp với hình thức hợp đồng theo pháp luật áp dụng đối với hợp đồng đó, nhưng phù hợp với hình thức hợp đồng theo pháp luật của nước nơi giao kết hợp đồng hoặc pháp luật Việt Nam, hình thức hợp đồng đó được công nhận tại Việt Nam.

6. Về khả năng lựa chọn pháp luật áp dụng cho bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng

Xác định pháp luật áp dụng cho vấn đề bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng có yếu tố nước ngoài chưa bao giờ là công việc dễ dàng, đặc biệt trong bối cảnh toàn cầu hóa, với sự dịch chuyển nhanh chóng của các thể nhân khiến cho nơi xảy ra hành vi vi phạm và nơi phát sinh hậu quả trong thực tế có thể không ở cùng một quốc gia.

Trong khi TPQT của Việt Nam và của đa số các quốc gia trên thế giới sử dụng đồng thời hai hệ thuộc - luật nơi xảy ra hành vi và nơi phát sinh hậu quả thực tế của hành vi vi phạm đó, thì Điều 706 của Dự thảo lại ưu tiên sử dụng hệ thuộc luật nơi xảy ra thiệt hại. Điều 706 của Dự thảo quy định:

"1. Các bên được thỏa thuận lựa chọn pháp luật áp dụng cho việc bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng, trừ trường hợp quy định tại khoản 2 Điều này. Trường hợp không có thỏa thuận, pháp luật của nước nơi phát sinh hậu quả của hành vi gây thiệt hại được áp dụng. Nếu không xác định được nơi phát sinh hậu quả thì pháp luật của nước nơi xảy ra hành vi gây thiệt hại được áp dụng.

2. Trường hợp bên gây thiệt hại và bên bị thiệt hại có nơi cư trú đối với cá nhân hoặc nơi thành lập đối với pháp nhân tại cùng một nước, pháp luật của nước đó được áp dụng".

Quy định này có điểm mới là cho phép các bên được tự do lựa chọn áp dụng pháp luật cho quan hệ bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng. Tuy nhiên, nó có điểm hạn chế là làm cho hệ thuộc luật nơi xảy ra hành vi, vốn là căn cứ hợp lý nhất để xác định yếu tố lỗi dẫn đến bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng, gần như sẽ không được áp dụng trên thực tế. Ngoài ra, các quy định của Dự thảo cũng chưa giúp giải quyết các vấn đề trong thực tế vốn đang trở nên phức tạp hơn với sự xuất hiện của Internet và kéo theo đó là các vi phạm và hậu quả mà chúng gây ra cũng không có phạm vi lãnh thổ[6].

[6] Về vấn đề này xem chẳng hạn: Ngô Quốc Chiến, *Thẩm quyền của Tòa án Việt Nam xét xử bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng có yếu tố nước ngoài*, Tạp chí Tòa án nhân dân, số 7, tháng 4/2015.

Quy định của Dự thảo rất gần gũi với các quy định của Nghị định Rome năm 2007 về luật áp dụng cho nghĩa vụ ngoài hợp đồng (thường được gọi tắt là Nghị định Rome II). Nghị định Rome II ưu tiên áp dụng hệ thuộc luật nơi xảy ra thiệt hại bởi theo quan điểm của châu Âu, cần tạo điều kiện thuận lợi cho người bị thiệt hại. Tuy nhiên, khi thiệt hại xảy ra đồng thời ở nhiều quốc gia khác nhau thì hệ thuộc luật nơi xảy ra thiệt hại nhanh chóng tỏ ra bất cập vì khi đó cơ quan giải quyết tranh chấp sẽ không biết phải áp dụng pháp luật nước nào trong số các nước nơi hiện diện hậu quả trong thực tế. Bản thân Nghị định Rome II sau ba năm thi hành đã có báo cáo đề xuất sửa đổi[7].

Nhiều quốc gia như Pháp, Đức, Tây Ban Nha… mặc dù đã tham gia Nghị định Rome II, nhưng trong hệ thống luật quốc gia các nước này vẫn áp dụng song song cả hai hệ thuộc luật là nơi xảy ra sự kiện gây thiệt hại và nơi phát sinh thiệt hại trong thực tế, giống như quy định tại Điều 773 BLDS hiện hành. Tại các nước này, thẩm phán là người được trao quyền lựa chọn một trong hai hệ thuộc luật cho phù hợp với hoàn cảnh cần giải quyết. Ở Pháp, thẩm phán có xu hướng ưu tiên áp dụng hệ thuộc luật nơi xảy ra thiệt hại trên thực tế, nhưng cũng không loại trừ áp dụng hệ thuộc luật nơi xảy ra sự kiện gây thiệt hại. Ở Đức, thẩm phán lại có xu hướng ưu tiên áp dụng hệ thuộc luật nơi xảy ra hành vi, vì lỗi vẫn là một căn cứ để xác định bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng[8]. Vậy để xác định lỗi thì phù hợp nhất vẫn là phải xác định theo pháp luật của nước nơi xảy ra hành vi. Các trường hợp bồi thường thiệt hại không cần tính đến yếu tố lỗi chỉ là ngoại lệ.

Quy định của Nghị định Rome II ưu tiên hệ thuộc luật nơi xảy ra thiệt hại có thể phù hợp với các nước châu Âu vốn khá tương đồng về điều kiện chính trị và pháp lý, nhưng không hoàn toàn phù hợp với Việt Nam. Ngoài ra, cũng cần lưu ý rằng ngoài quy định chung (Điều 4) về luật áp dụng cho bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng, Nghị định Rome II còn có một loạt các quy định cho các lĩnh vực chuyên biệt mà ở đó không phải lúc nào hệ thuộc luật nơi xảy ra thiệt hại cũng được ưu tiên. Ví dụ: liên quan đến trách nhiệm sản phẩm, Điều 5 Nghị định quy định áp dụng hệ thuộc luật nơi người bị thiệt hại có nơi cư trú hoặc nếu không xác định được nơi cư trú, thì áp dụng pháp luật của nước nơi nguyên đơn đã mua sản phẩm (khoản 1) hoặc pháp luật của nước khác có mối liên hệ gắn bó nhất (khoản 2); liên quan đến bồi thường thiệt hại do hành vi cạnh tranh không lành mạnh gây ra, Điều 6 quy định áp dụng pháp luật của nước có thị trường bị ảnh hưởng (khoản 1); liên quan đến bồi thường thiệt hại do hành vi xâm phạm môi trường gây ra, Điều 7 quy định có thể áp dụng pháp luật của nước xảy ra hành vi theo yêu cầu của nguyên đơn; liên quan đến bồi thường thiệt hại do xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ, Điều 8 quy định áp dụng pháp luật của nước nơi nộp đơn yêu cầu…

Chúng ta cũng thấy, các quy định tương tự trong các Bộ luật TPQT của Bỉ hay của

[7] Ủy ban pháp luật của Nghị viện châu Âu, Báo cáo khuyến nghị Ủy ban châu Âu sửa đổi Nghị định số 864/2007 về luật áp dụng cho các nghĩa vụ ngoài hợp đồng (Rome II), mã số A7-0152/2012, công bố: 02/05/2012.

[8] Marie Tixier, *Les règles de conflit de droit international privé français et allemand appliquées aux cyberdélits*, (Các quy định về xung đột pháp luật trong tư pháp quốc tế Pháp và Đức áp dụng cho bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng mà hành vi vi phạm được thực hiện thông qua internet, Université Paris Ouest, Nanterre La Défense, 2011.

Thụy Sỹ. Các Bộ luật này cũng ưu tiên áp dụng pháp luật của nước nơi xảy ra hành vi. Ngoài ra, các Bộ luật này không chỉ dừng lại ở việc nêu các nguyên tắc chung, mà còn có một loạt các quy định chuyên biệt về lựa chọn pháp luật áp dụng cho quan hệ bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng trong các lĩnh vực chuyên biệt cho phù hợp với tính chất của từng lĩnh vực.

Tham khảo kinh nghiệm của các nước có hệ thống TPQT phát triển là điều rất đáng làm trong bối cảnh hội nhập quốc tế vốn đòi hỏi pháp luật của mỗi quốc gia phải hài hòa với các nguyên tắc được thừa nhận rộng rãi trên thế giới. Tuy nhiên, việc tham khảo không đầy đủ các quy định tiên tiến của nước ngoài dẫn tới các quy định của chúng ta không hợp lý, đôi khi còn gây khó khăn trong việc áp dụng các quy tắc của TPQT.

Ngoài ra, chúng ta cũng nên cân nhắc giới hạn pháp luật mà các bên có thể lựa chọn. Nếu như trong quan hệ hợp đồng thì việc cho phép các bên lựa chọn bất kỳ hệ thống pháp luật nào là phù hợp, thì quy định như vậy đối với bồi thường ngoài hợp đồng lại tỏ ra chưa hợp lý. Một trong những nguyên tắc cơ bản trong lựa chọn pháp luật áp dụng là phải dựa trên mối liên hệ gắn bó nhất, chứ không phải pháp luật bất kỳ[9]. Vì vậy, chúng ta nên giới hạn pháp luật mà các bên có thể lựa chọn là pháp luật của nước nơi xảy ra sự kiện gây thiệt hại hoặc nước nơi phát sinh hậu quả trong thực tế.

Từ các phân tích ở trên, chúng tôi kiến nghị: Do chưa xây dựng được các quy định chuyên biệt về bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng trong các lĩnh vực chuyên biệt, chúng ta không nên quy định trong Điều 706 Dự thảo ưu tiên cứng nhắc hệ thuộc luật nơi xảy ra thiệt hại.

Và Điều 706 này nên được viết lại như sau:

"1. Các bên được thỏa thuận lựa chọn pháp luật của nước nơi xảy ra sự kiện gây thiệt hại hoặc của nước nơi phát sinh hậu quả thực tế của sự kiện gây thiệt hại áp dụng cho việc bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng, trừ trường hợp quy định tại khoản 3 Điều này.

2. Trường hợp không có thỏa thuận thì pháp luật áp dụng là pháp luật của nước nơi xảy ra sự kiện gây thiệt hại hoặc nơi phát sinh hậu quả thực tế của sự kiện gây thiệt hại. Việc lựa chọn áp dụng pháp luật của nước nơi xảy ra sự kiện gây thiệt hại hoặc nơi phát sinh hậu quả thực tế của sự kiện gây thiệt hại phải dựa vào mối liên hệ gắn bó nhất với nội dung của tranh chấp.

3. Trường hợp người gây thiệt hại và người bị thiệt hại có nơi thường trú đối với cá nhân hoặc nơi đăng ký đối với pháp nhân tại cùng một nước thì pháp luật áp dụng là pháp luật của nước đó".

Quy định mà chúng tôi đề xuất phù hợp với tư tưởng chủ đạo coi "mối liên hệ gắn bó nhất" là nguyên tắc bao trùm việc lựa chọn áp dụng pháp luật điều chỉnh quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài. Cơ quan giải quyết tranh chấp sẽ là người xác định mối liên hệ gắn bó nhất là nơi xảy ra hành vi hay nơi xảy ra thiệt hại cho phù hợp với từng vụ việc cụ thể.

[9] Chẳng hạn, Điều 5 Nghị định số 1259/2010 ngày 20/12/2010 của Hội đồng châu Âu về thúc đẩy hợp tác trong lĩnh vực luật áp dụng cho ly hôn và ly thân quy định các bên có thể lựa chọn pháp luật áp dụng cho quan hệ ly hôn và ly thân của mình, nhưng pháp luật mà các bên lựa chọn phải: hoặc là luật của nước vợ chồng cư trú chung, hoặc luật của nước một trong các bên cư trú cuối cùng, hoặc luật của nước mà một trong các bên có quốc tịch, hoặc luật của nước có tòa án giải quyết vụ việc.

HOÀN THIỆN CÁC QUY ĐỊNH PHÁP LUẬT VỀ ĐIỀU KIỆN BẢO HỘ QUYỀN SỞ HỮU CÔNG NGHIỆP ĐỐI VỚI SÁNG CHẾ Ở VIỆT NAM

Phan Quốc Nguyên*

Tóm tắt: *Nhằm thúc đẩy việc bảo hộ và khai thác sáng chế, pháp luật về sở hữu trí tuệ nói chung và pháp luật về bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp đối với sáng chế nói riêng của Việt Nam đã đưa ra các điều kiện bảo hộ được cho là phù hợp với quy định của pháp luật quốc tế. Tuy nhiên, bài viết sẽ chỉ ra một số bất cập trong các quy định hiện hành về vấn đề này dẫn đến việc số lượng sáng chế được bảo hộ còn rất khiêm tốn, ảnh hưởng đến việc khai thác thương mại đối với sáng chế, đồng thời đề xuất một số giải pháp khắc phục.*

Abstract: *In order to promote the protection and exploitation of patent, Vietnamese laws on intellectual property in general and on industrial property protection for patent in particular stipulate the protection conditions which are considered as suitable with the international laws. However, the article analyses relevant laws and regulations to show several shortcomings leading to moderate number of protected inventions and affecting the commercial exploitation of inventions, and thereby recommends some solutions.*

Sáng chế là một trong những đối tượng quan trọng của quyền sở hữu công nghiệp (SHCN); là nhân tố then chốt, động lực để phát triển kinh tế. Bảo hộ sáng chế không những tạo động lực cho nghiên cứu khoa học (NCKH) và đổi mới sáng tạo (ĐMST), mà còn góp phần thúc đẩy chuyển giao công nghệ (CGCN). Đáp ứng nhu cầu hội nhập kinh tế quốc tế (HNKTQT), pháp luật về SHTT đã quy định điều kiện bảo hộ phù hợp tiêu chuẩn của pháp luật quốc tế có liên quan nhằm thúc đẩy việc bảo hộ và khai thác sáng chế. Tuy nhiên, một số bất cập trong việc hiểu và thực hiện các quy định này đã khiến cho mục tiêu của các nhà làm luật vẫn chưa đạt được.

1. Một số bất cập

1.1. Tính mới của sáng chế

Một giải pháp kỹ thuật muốn được bảo hộ sáng chế phải đáp ứng tính mới. Đây là một trong những điều kiện căn bản nhất trong các quy định về điều kiện bảo hộ sáng chế.

Vậy thế nào gọi là mới? Theo ngôn ngữ của sáng chế và theo quy định pháp luật của các nước trên thế giới, tính mới của sáng chế được hiểu là giải pháp kỹ thuật mới tuyệt đối so với thế giới.

Quy định của pháp luật về điều kiện bảo hộ sáng chế ở Việt Nam không định nghĩa trực tiếp thế nào là tính mới mà chỉ quy định những điều kiện có thể làm mất tính mới của sáng chế. Theo khoản 1, Điều 60 Luật Sở hữu trí tuệ (SHTT), sáng chế được coi là có tính mới nếu chưa bị *bộc lộ công khai* dưới hình thức sử dụng, mô tả bằng

* Đại học quốc gia Hà Nội.

văn bản hoặc bất kỳ hình thức nào khác ở trong nước hoặc ở nước ngoài trước ngày nộp đơn đăng ký sáng chế hoặc trước ngày ưu tiên trong trường hợp đơn đăng ký sáng chế được hưởng quyền ưu tiên.

Vấn đề ở chỗ, nội dung của sáng chế xin cấp bằng độc quyền được phổ biến đến giới hạn nào thì được coi là đã bị *bộc lộ công khai*? Điều 60 của Luật SHTT mới chỉ đề cập đến phạm vi không gian - ở trong nước hoặc ngoài nước, giải pháp kỹ thuật bị bộc lộ và các hình thức bộc lộ sáng chế (dưới hình thức sử dụng, mô tả bằng văn bản, hoặc bất kỳ hình thức nào khác), nhưng chưa quy định cụ thể mức độ bộc lộ của sáng chế.

Nguyên tắc mang tính chất định tính này của sáng chế có ưu điểm là khái quát hóa cao, phù hợp với các quy định của nhiều nước châu Âu lục địa. Tuy nhiên, nguyên tắc này có điểm yếu là gây ra sự khó khăn khi thẩm định nội dung sáng chế dẫn đến tranh cãi giữa tác giả sáng chế và thẩm định viên về tính mới của sáng chế. Sự bất cập này vô hình trung sẽ dẫn đến việc tác giả sáng chế ngại không muốn sửa đổi đơn và do vậy đơn đăng ký sáng chế bị hủy bỏ giữa chừng. Kết quả là số lượng đơn đăng ký sáng chế tại Việt Nam sẽ giảm đi.

1.2. Trình độ sáng tạo của sáng chế

Giống như điều kiện về tính mới của sáng chế, điều kiện về trình độ sáng tạo cũng mang nặng tính chất định tính. Theo Điều 61 Luật SHTT, sáng chế được coi là có trình độ sáng tạo nếu căn cứ vào các giải pháp kỹ thuật đã được bộc lộ công khai dưới hình thức sử dụng, mô tả bằng văn bản hoặc dưới bất kỳ hình thức nào khác ở trong nước hoặc ở nước ngoài trước ngày nộp đơn hoặc trước ngày ưu tiên của đơn đăng ký sáng chế thể hiện một bước tiến sáng tạo; không thể được tạo ra một cách dễ dàng đối với người có hiểu biết trung bình về lĩnh vực kỹ thuật tương ứng.

Trình độ sáng tạo là kết quả của sự nỗ lực trí tuệ và không nảy sinh một cách hiển nhiên đối với người có trình độ trung bình trong cùng lĩnh vực kỹ thuật. Sáng tạo có nghĩa là việc tạo ra một cái mới, khác với phát minh là chỉ tìm ra một cái mới. Vậy sáng chế đó cần có được đồng thời hai (02) đặc tính: là kết quả của một khám phá mới và là một bước tiến tương đối so với tình trạng kỹ thuật[1].

Bên cạnh đó, Luật SHTT và các văn bản dưới luật của Việt Nam chưa giải thích cụ thể khái niệm thế nào là người có trình độ trung bình trong lĩnh vực kỹ thuật tương ứng. Thực tế, việc đánh giá khả năng đáp ứng điều kiện về trình độ sáng tạo của sáng chế là một công việc rất phức tạp và phụ thuộc chủ yếu vào ý kiến chủ quan của thẩm định viên. Đây cũng là một lý do quan trọng dẫn đến việc các tác giả sáng chế có tiềm năng ngại không đi đăng ký xác lập quyền. Việc thẩm định nội dung sáng chế kéo dài so với quy định trong Luật SHTT là một nguyên nhân dẫn đến số lượng đơn đăng ký và bằng sáng chế được cấp không nhiều trong thời gian qua.

1.3. Khả năng áp dụng công nghiệp của sáng chế

Tương thích với pháp luật các nước, pháp luật Việt Nam cũng quy định, giải pháp kỹ thuật đăng ký bảo hộ phải đáp ứng điều kiện về khả năng áp dụng công nghiệp.

[1] Japan Patent Office, *Sách giáo khoa chuẩn về quyền sở hữu công nghiệp – Yêu cầu cấp Bằng độc quyền sáng chế (Patent) tại Nhật Bản*, Japan Patent Office và Cục Sở hữu công nghiệp Việt Nam, Hà Nội, 2001, tr. 40.

Theo Điều 62 Luật SHTT Việt Nam, sáng chế được coi là có khả năng áp dụng công nghiệp nếu có thể thực hiện được việc chế tạo, sản xuất hàng loạt sản phẩm hoặc áp dụng lặp đi lặp lại quy trình là nội dung của sáng chế và thu được kết quả ổn định.

Khái niệm "*công nghiệp*" được sử dụng trong Điều 62 Luật SHTT dùng để phản ánh khả năng thực hiện giải pháp kỹ thuật đăng ký bảo hộ sáng chế bằng những phương tiện kỹ thuật ở một quy mô nhất định; có thể thực hiện hoặc sử dụng sáng chế trong thực tiễn.

Hơn nữa, khái niệm "*công nghiệp*" được quy định trong Điều 62 Luật SHTT được hiểu là khả năng áp dụng của sáng chế một cách rộng rãi trong tất cả lĩnh vực kỹ thuật của đời sống.

Ngoài ra, "công nghiệp" cần được hiểu theo nghĩa rộng, bao gồm mọi lĩnh vực kỹ thuật ứng dụng hoặc thực hành[2]. Tài liệu Hướng dẫn về xét nghiệm sơ bộ quốc tế đơn PCT[3] cũng quy định rằng, "*công nghiệp*" được hiểu bao hàm tất cả các hoạt động thực tiễn của xã hội, trừ những hoạt động mang tính chất nghệ thuật và thuộc về tinh thần.

Một số nước trên thế giới thay cụm từ "*khả năng áp dụng công nghiệp*" bằng "*tính hữu ích*". Những thuật ngữ này là đồng nghĩa nhưng áp dụng không hoàn toàn giống nhau[4]. Ví dụ, căn cứ khả năng áp dụng công nghiệp phần mềm máy tính ít có khả năng được bảo hộ độc quyền sáng chế tại Việt Nam, nhưng lại được bảo hộ tại Mỹ và một số nước khác căn cứ vào điều kiện về tính hữu ích.

Từ những phân tích ở trên, có thể rút ra kết luận: những quy định hiện hành về các điều kiện bảo hộ sáng chế của chúng ta vẫn còn chung chung, chưa được cụ thể hóa bằng các văn bản dưới luật và chưa đầy đủ để phục vụ việc đánh giá, thẩm định. Do vậy, việc thẩm định sáng chế phụ thuộc rất nhiều vào trình độ chuyên môn của thẩm định viên sáng chế. Hơn nữa, các quy định pháp luật này còn có hạn chế là chỉ nhấn mạnh khả năng áp dụng thực tế của giải pháp kỹ thuật xin bảo hộ mà không xem xét đến tính hữu ích và khả năng khai thác thương mại của sáng chế dẫn đến việc loại bỏ các sáng chế có giá trị kinh tế-xã hội. Đây cũng có thể được coi là một nguyên nhân chính dẫn đến số lượng đơn đăng ký và bằng sáng chế được cấp tại Việt Nam còn rất hạn chế trong thời gian qua.

2. Kiến nghị

Từ những phân tích ở trên, tác giả xin kiến nghị một số giải pháp hoàn thiện pháp luật về điều kiện bảo hộ sáng chế như sau:

Thứ nhất, sửa khoản 1 Điều 60 Luật SHTT

Quy định về tính mới của sáng chế cần phải sửa đổi theo hướng, xác định rõ mức độ giới hạn bộc lộ công khai.

Kinh nghiệm pháp luật các nước cho thấy, việc đánh giá mức độ giới hạn bộc lộ công khai nội dung sáng chế quy định rất cụ thể. Theo pháp luật của Vương quốc Anh, giải pháp kỹ thuật tương tự sáng chế dù đã được bộc lộ công khai bằng văn bản nhưng việc bộc lộ này sẽ không làm mất tính mới của sáng chế nếu giải pháp tương tự đó không được phổ biến tại Anh (ví dụ như

[2] WIPO, *Patent Drafting Manual*, WIPO Publication No. 687, 2010, tr. 110 và 111.

[3] Tên tiếng Anh là PCT International Search and Preliminary Examination Guidelines, xem chi tiết trên trang web www.wipo.int

[4] WIPO, *Patent Drafting Manual*, tài liệu đã dẫn, 2010, tr. 7.

giải pháp đó chỉ được bộc lộ ở nước ngoài mà không dễ dàng tiếp cận nội dung ở Anh hoặc chỉ được trưng bày trong viện bảo tàng ở Anh)[5].

Do vậy, tác giả kiến nghị sửa đổi, bổ sung khoản 1 Điều 60 Luật SHTT: *"Sáng chế được coi là có tính mới nếu chưa bị bộc lộ công khai dưới hình thức sử dụng, mô tả bằng văn bản hoặc bất kỳ hình thức nào khác ở trong nước hoặc ở nước ngoài trước ngày nộp đơn đăng ký sáng chế hoặc trước ngày ưu tiên trong trường hợp đơn đăng ký sáng chế được hưởng quyền ưu tiên"* thành *"Sáng chế... quyền ưu tiên*. ***Tuy nhiên, trong trường hợp sáng chế mặc dù đã bị bộc lộ bằng văn bản nhưng cũng sẽ không bị mất tính mới nếu giải pháp tương tự đó không được phổ biến tại Việt Nam***".

Thứ hai, sửa khoản 3 Điều 60 Luật SHTT

Cần bổ sung quy định thêm thời gian để sáng chế mặc dù được bộc lộ công khai, nhưng vẫn không mất tính mới.

Pháp luật của nhiều quốc gia như Nhật Bản, Hoa Kỳ, Canada, Nga... đã quy định rằng, việc bộc lộ công khai nội dung của sáng chế trước ngày ưu tiên của đơn vẫn không làm mất tính mới của sáng chế trong một khoảng thời gian nhất định. Cụ thể là, quy định khoảng thời gian ân hạn từ sáu (06) đến mười hai (12) tháng kể từ ngày nội dung của giải pháp được công bố công khai để chủ sở hữu sáng chế có thể hoàn thiện thêm sáng chế và xem xét, quyết định khả năng tiến hành nộp đơn yêu cầu bảo hộ sáng chế sau đó. Các quy định nới rộng thời gian nộp đơn đăng ký sáng chế sau khi sáng chế đã được công bố này đã phát huy hiệu quả và đóng góp phần nào vào việc thúc đẩy khoa học và công nghệ (KHCN) của các quốc gia[6]. Điều này cho thấy xu thế mới trong các quy định pháp luật về bảo hộ sáng chế của các quốc gia trên thế giới khi các hạn chế nghiêm ngặt về việc bộc lộ nội dung của sáng chế trước ngày ưu tiên dần được nới lỏng hơn nhằm tạo điều kiện tối đa cho việc phổ biến và thúc đẩy KHCN phát triển. Do vậy, cần tăng thời gian ân hạn lên 12 tháng đối với sáng chế bị bộc lộ trước ngày ưu tiên hoặc trước ngày nộp đơn mà không bị mất tính mới. Cụ thể, khoản 3 Điều 60 Luật SHTT: "*Sáng chế không bị coi là mất tính mới nếu được công bố trong các trường hợp sau đây với điều kiện đơn đăng ký sáng chế được nộp trong thời hạn sáu (06) tháng kể từ ngày công bố:…"* cần được sửa đổi thành: "*Sáng chế không bị coi là mất tính mới nếu được công bố trong các trường hợp sau đây với điều kiện đơn đăng ký sáng chế được nộp trong thời hạn* ***mười hai (12) tháng*** *kể từ ngày công bố:…*".

Thứ ba, bổ sung một số quy định trong Nghị định 103/2006/NĐ-CP[7] và Thông tư 01/2007/TT-BKHCN[8]

Việc đánh giá trình độ sáng tạo cần được sửa đổi, bổ sung theo hướng quy định cụ thể về mức độ tương tự của giải pháp kỹ thuật đăng ký bảo hộ sáng chế; về "*người có trình độ trung bình trong lĩnh vực kỹ thuật*

[5] Xem thêm Trần Trung Kiên, *Điều kiện bảo hộ sáng chế trong pháp luật Việt Nam,* Luận văn thạc sĩ, Khoa Luật, Đại học quốc gia Hà Nội, 2007, tr. 24 và 25.

[6] Trần Trung Kiên, *Điều kiện bảo hộ sáng chế trong pháp luật Việt Nam,* tài liệu đã dẫn, tr. 25.

[7] Nghị định số 103/2006/NĐ–CP của Chính phủ ngày 22/09/2006 quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật SHTT về SHCN.

[8] Thông tư số 01/2007/TT–BKHCN của Bộ Khoa học và Công nghệ ngày 14/02/2007 hướng dẫn thi hành Nghị định số 103/2006/NĐ-CP ngày 22/9/2006 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật SHTT về SHCN.

tương ứng".

Liên quan đến tình trạng kỹ thuật để xác định mức độ tương tự của sáng chế, cần xác định rõ những trường hợp nào là hiển nhiên, không có "*bước tiến sáng tạo*". Khoản 2 Điều 29 Luật Sáng chế của Nhật Bản năm 1959 đã quy định cụ thể: nếu người có kỹ năng thông thường hoặc người có trình độ kỹ thuật trung bình trong lĩnh vực kỹ thuật tương ứng có thể thực hiện một cách dễ dàng thì sáng chế đó không có tính sáng tạo. Theo cách diễn giải của Luật Sáng chế Nhật Bản, những sáng chế không có tính sáng tạo là những giải pháp kỹ thuật được kết hợp, pha trộn, thay thế hoặc chuyển đổi một cách đơn giản, thuần túy các kỹ thuật, công nghệ đã biết rộng rãi trước đó[9]. Do đó, kiến nghị bổ sung vào Nghị định 103/2006/NĐ-CP hoặc Thông tư 01/2007/TT-BKHCN các quy định rằng, nếu chỉ là việc kết hợp, pha trộn, thay thế hoặc chuyển đổi một cách đơn giản thuần túy các kỹ thuật, công nghệ đã biết đến rộng rãi thì giải pháp đó không có trình độ sáng tạo.

Liên quan đến cách hiểu về thuật ngữ "*người có hiểu biết trung bình trong lĩnh vực kỹ thuật tương ứng*", xin kiến nghị bổ sung như sau: họ là những người có kiến thức thông thường về toàn bộ lĩnh vực kỹ thuật sáng chế; có khả năng suy luận lôgic từ những kiến thức vốn có để giải quyết vấn đề kỹ thuật tương ứng; đồng thời họ cũng có khả năng, trình độ đủ để cập nhật những kiến thức mới nhất liên quan đến lĩnh vực kỹ thuật có liên quan tính đến ngày nộp đơn hoặc ngày ưu tiên của đơn đăng ký sáng chế. Những người có trình độ cao đẳng hoặc đại học trong một lĩnh vực kỹ thuật nhất định, ví dụ như kỹ sư cơ khí, kỹ sư điện tử, kỹ sư hóa học... có thể được coi là những người có trình độ trung bình trong lĩnh vực kỹ thuật tương ứng.

Thứ tư, bổ sung thêm điều kiện bảo hộ về tính hữu ích trong Luật SHTT và trong các văn bản dưới luật

Pháp luật cần ghi nhận tính hữu ích của sáng chế; coi đó là điều kiện thứ ba để bảo hộ sáng chế. Để có thể đề cao vai trò tính thương mại của sáng chế, quy định của Luật SHTT hiện hành cần được sửa đổi, bổ sung thêm điều kiện tính hữu ích của giải pháp. Vậy, ngoài tính mới, trình độ sáng tạo, có thể lựa chọn một trong hai tiêu chí "khả năng áp dụng công nghiệp" hoặc "tính hữu ích" để quyết định cấp bằng sáng chế.

Cụ thể, kiến nghị sửa đổi Điều 58 Luật SHTT từ "… *có khả năng áp dụng công nghiệp*" thành *có khả năng áp dụng công nghiệp* ***hoặc có tính hữu ích****",* và bổ sung thêm quy định về khái niệm tính hữu ích trong Luật SHTT như sau: *"Sáng chế được coi là có tính hữu ích nếu có khả năng thực hiện được đồng thời đạt được một mục đích cụ thể nào đó trên thực tế, đem lại lợi ích nhất định về mặt kinh tế-xã hội".*

[9] Theo Bài giảng về Luật Sáng chế của Nhật Bản ngày 28 tháng 06 năm 2012 do GS. Masayoshi Shunida, Trường Đại học Luật Tokai soạn thảo.

BẤT CẬP TRONG ÁP DỤNG CÁC QUY ĐỊNH PHÁP LUẬT VỀ THỦ TỤC GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP LAO ĐỘNG TẬP THỂ Ở VIỆT NAM HIỆN NAY

Lê Thị Hoài Thu*

Tóm tắt: *Bài viết trình bày và phân tích một số bất cập trong thực tiễn áp dụng các quy định pháp luật về thủ tục giải quyết tranh chấp lao động tập thể, nhận diện nguyên nhân và đề xuất giải pháp hoàn thiện.*

Abstract: *The article presents and analyses some shortcomings in the practical application of provisions on the collective labor disputes settlement procedure, identifies the causes and makes proposals to improve those provisions.*

Theo quy định tại khoản 7 Điều 3 Bộ luật Lao động năm 2012, tranh chấp lao động *là tranh chấp về quyền, nghĩa vụ và lợi ích phát sinh giữa các bên trong quan hệ lao động*. Tranh chấp lao động bao gồm: tranh chấp lao động cá nhân giữa người lao động với người sử dụng lao động và tranh chấp lao động tập thể giữa tập thể lao động với người sử dụng lao động.

Bộ luật Lao động năm 2012 chia tranh chấp lao động tập thể thành hai loại: tranh chấp lao động tập thể về quyền và tranh chấp lao động tập thể về lợi ích.

Tranh chấp lao động tập thể về quyền là tranh chấp giữa tập thể lao động với người sử dụng lao động phát sinh từ việc giải thích và thực hiện khác nhau quy định của pháp luật về lao động, thoả ước lao động tập thể, nội quy lao động, quy chế và thoả thuận hợp pháp khác (khoản 8 Điều 3).

Tranh chấp lao động tập thể về lợi ích là tranh chấp lao động phát sinh từ việc tập thể lao động yêu cầu xác lập các điều kiện lao động mới so với quy định của pháp luật về lao động, thoả ước lao động tập thể, nội quy lao động hoặc các quy chế, thoả thuận hợp pháp khác trong quá trình thương lượng giữa tập thể lao động với người sử dụng lao động (khoản 8 Điều 3).

Trên cơ sở phân loại tranh chấp lao động tập thể, Bộ luật Lao động quy định cụ thể về thủ tục giải quyết tranh chấp lao động tập thể về quyền và thủ tục giải quyết tranh chấp lao động tập thể về lợi ích.

1. Thực trạng áp dụng các quy định về thủ tục giải quyết tranh chấp lao động tập thể

Trên thực tế, không có con số thống kê cụ thể và chính xác về tranh chấp lao động tập thể. Thông thường, tranh chấp lao động tập thể được phản ánh qua tình hình đình công. Các cuộc đình công xảy ra bao gồm cả đình công về quyền (phát sinh từ tranh chấp lao động tập thể về quyền) và đình công về lợi ích (phát sinh từ tranh chấp lao động tập thể về lợi ích). Xu hướng chung trong những năm gần đây là đình công về quyền giảm, đình công về lợi ích tăng lên. Điều này cũng phần nào phản ánh diễn biến tình hình tranh chấp lao động tập thể trên thực tế đang nghiêng dần sang tranh chấp lao động tập thể về lợi ích.

* PGS.TS., Khoa Luật – Đại học quốc gia Hà Nội.

Hàng năm, không có cơ quan nào chịu trách nhiệm chung trong việc thống kê về tình hình giải quyết tranh chấp lao động tập thể. Không có báo cáo tập trung, thống nhất về tình hình giải quyết tranh chấp lao động tập thể bởi chủ thể có thẩm quyền giải quyết tranh chấp lao động thuộc các cơ quan khác nhau quản lý. Hầu như rất ít và có thể nói là không có vụ tranh chấp lao động tập thể nào được đưa ra giải quyết theo thủ tục đã được quy định (thông thường, khi có tranh chấp lao động tập thể người lao động lựa chọn một trong hai hình thức: ngừng việc tập thể hoặc tổ chức đình công để gây sức ép với hy vọng các yêu sách được giải quyết một cách nhanh chóng. Nếu các cơ quan nhà nước đứng ra giải quyết thì cũng theo cơ chế liên ngành, đó là Tổ công tác liên ngành[1]). Theo báo cáo hàng năm của Tòa án nhân dân tối cao, từ năm 2005 (năm Bộ luật Tố tụng Dân sự bắt đầu có hiệu lực thi hành) cho đến hết năm 2014, tòa án chỉ nhận được đơn yêu cầu giải quyết 02 vụ tranh chấp lao động tập thể (Tòa án nhân dân thành phố Hà Nội thụ lý 01 vụ và Tòa án nhân dân thành phố Hải Phòng thụ lý 01 vụ). Tuy nhiên, các tòa án đều phải ra quyết định đình chỉ giải quyết vụ án vì chưa đảm bảo các thủ tục trước khi khởi kiện ra tòa hoặc đã hết thời hiệu khởi kiện. Tình trạng này dẫn đến thực tế, khi Hội đồng trọng tài lao động (là một trong những chủ thể có thẩm quyền giải quyết tranh chấp lao động tập thể về lợi ích theo quy định của Bộ luật Lao động hiện nay) hết nhiệm kỳ đã không được thành lập lại với lý do: thành lập ra cũng không có việc gì để làm.

Mặc dù dường như không có các vụ tranh chấp lao động tập thể được đưa ra giải quyết theo thủ tục luật định, nhưng thực tế thì tình hình tranh chấp lao động tập thể có biểu hiện ngày càng phức tạp, nhất là tranh chấp lao động tập thể về lợi ích (được phản ánh qua tình hình đình công)[2]. Như vậy, có thể khẳng định rằng các quy định về thủ tục giải quyết tranh chấp lao động nói chung, thủ tục giải quyết tranh chấp lao động tập thể về quyền tại tòa án nhân dân (hiện nay đang áp dụng theo thủ tục giải quyết các vụ án dân sự được quy định tại Bộ luật Tố tụng Dân sự)

[1] Các Tổ công tác tiến hành giải quyết tranh chấp lao động tập thể không cần có yêu cầu chính thức của các bên. Thông thường, Tổ công tác sẽ chủ động xuống doanh nghiệp để giải quyết tranh chấp khi nhận được thông báo về vụ đình công từ công đoàn cơ sở, Ủy ban nhân dân địa phương hoặc công an địa phương. Ưu tiên của Tổ công tác là thuyết phục người lao động quay lại làm việc, bảo đảm an ninh trật tự và tránh tình trạng lây lan đình công. Tổ công tác sẽ tổ chức một cuộc họp với những người lao động tham gia đình công để lắng nghe các yêu cầu của họ. Sau đó, Tổ công tác sẽ tiến hành chọn ra những yêu cầu chính đáng và trình bày lại với người sử dụng lao động để tìm kiếm một giải pháp cho vụ việc. Các cuộc đàm phán giữa Tổ công tác và người sử dụng lao động thường được tiến hành mà không có sự tham gia của đại diện người lao động. Thông thường, các yêu cầu của người lao động đều được doanh nghiệp đáp ứng khá nhanh chóng.

Ban đầu, biện pháp giải quyết tranh chấp lao động tập thể thông qua Tổ công tác liên ngành không được quy định trong pháp luật. Trong những năm gần đây, biện pháp này đã từng bước được luật hóa. Tuy nhiên, biện pháp giải quyết tranh chấp tình thế này cũng chứa đựng rất nhiều điểm bất cập, như nó có thể khuyến khích người lao động tiếp tục đình công trái pháp luật, làm suy yếu vai trò của tổ chức công đoàn cơ sở, không giải quyết triệt để các mâu thuẫn, bất đồng giữa các bên, có thể ảnh hưởng tiêu cực đến thương lượng tập thể… Vì thế, biện pháp này không thể được áp dụng một cách thường xuyên và lâu dài trong việc giải quyết các tranh chấp lao động tập thể.

[2] Theo số liệu tổng kết từ năm 1995 đến 2013, đã diễn ra tổng cộng 5.273 vụ đình công gây thiệt hại cho nền kinh tế cũng như ảnh hưởng trực tiếp tới doanh nghiệp và người lao động. Trong năm 2013, cả nước có 351 vụ đình công xảy ra, nhiều nhất là ở các tỉnh Bình Dương, Hải Dương, Hải Phòng, Đồng Nai, TP. Hồ Chí Minh, Tây Ninh, Vĩnh Phúc – nơi tập trung nhiều khu công nghiệp.

nói riêng, nhìn chung chưa phát huy hiệu quả trên thực tế, nói cách khác là các quy định này chưa thực sự đi vào cuộc sống.

Tình trạng trên do nhiều nguyên nhân, trong bài viết này chúng tôi chỉ phân tích nguyên nhân từ góc độ quy định của pháp luật và thực tiễn thi hành pháp luật về giải quyết tranh chấp lao động tập thể.

a) Về phương diện pháp luật: có thể thấy rằng, quy định về trình tự, thủ tục giải quyết tranh chấp lao động của Bộ luật Lao động năm 1994 (sửa đổi, bổ sung năm 2002, 2006) đã được Bộ luật Lao động năm 2012 khắc phục một bước cơ bản những hạn chế, nhất là việc loại bỏ quy định về Hội đồng hòa giải lao động cơ sở, sửa quy định về cách thức giải quyết của Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp huyện… Tuy nhiên, xét ở tính khả thi của pháp luật và hiệu quả triển khai thực hiện thì các quy định về giải quyết tranh chấp lao động tập thể vẫn còn một số bất cập. Cụ thể:

Thứ nhất, Bộ luật Lao động năm 2012 vẫn chưa tạo ra cơ chế để các bên tranh chấp có quyền lựa chọn hòa giải viên lao động; thiếu cơ chế bảo đảm thi hành biên bản hòa giải thành. Vì vậy, trên thực tế khi có tranh chấp lao động tập thể, nếu các bên không yêu cầu hòa giải viên lao động tiến hành hòa giải thì vụ tranh chấp cũng không thể "đi tiếp" theo thủ tục giải quyết được Bộ luật Lao động quy định.

Thứ hai, Bộ luật Lao động năm 2012 tiếp tục quy định thẩm quyền giải quyết tranh chấp lao động tập thể về quyền của Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp huyện. Chúng tôi cho rằng, quy định này là không hợp lý, vì: Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp huyện là người đứng đầu cơ quan quản lý hành chính cấp huyện, có chức năng quản lý chung tất cả các lĩnh vực của đời sống xã hội trên địa bàn, trong khi giải quyết tranh chấp lao động tập thể là hoạt động nghiệp vụ thuần túy, cần giao cho cơ quan chuyên môn của Ủy ban nhân dân về lĩnh vực lao động thực hiện; tranh chấp lao động tập thể là tranh chấp thuộc lĩnh vực dân sự, trong khi Chủ tịch Ủy ban nhân dân lại sử dụng thủ tục và quyết định hành chính để giải quyết tranh chấp này; với vị trí đứng đầu một cơ quan có chức năng quản lý chung thì Chủ tịch Ủy ban nhân dân khó có kiến thức chuyên sâu và kỹ năng để giải quyết tranh chấp lao động chuyên nghiệp… Bên cạnh đó, Bộ luật Lao động cũng không quy định giá trị pháp lý của quyết định giải quyết tranh chấp lao động của Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp huyện, không quy định về cơ chế bảo đảm thi hành quyết định này.

Thứ ba, Bộ luật Lao động năm 2012 tiếp tục quy định chức năng của Hội đồng trọng tài lao động chỉ là hòa giải, mà không có chức năng xử lý và ra quyết định trọng tài. Vì vậy, đã làm cho Hội đồng trọng tài lao động không khác một Hội đồng hòa giải lao động, làm cho quá trình giải quyết tranh chấp lao động tập thể kéo dài không cần thiết. Bên cạnh đó, Bộ luật quy định Hội đồng trọng tài lao động có quyền ra quyết định công nhận sự thỏa thuận của các bên trong trường hợp hòa giải thành, nhưng lại không quy định trách nhiệm của các bên trong việc thực hiện quyết định này (khoản 3 Điều 206 Bộ luật).

Thứ tư, quy định về thời hiệu yêu cầu giải quyết tranh chấp lao động tập thể chưa đầy đủ, minh bạch dẫn đến những cách hiểu và áp dụng khác nhau.

Hiện nay, Bộ luật Lao động năm 2012 không quy định thời hiệu yêu cầu giải quyết tranh chấp lao động tập thể về lợi ích. Điều 207 Bộ luật chỉ quy định chung về thời hiệu yêu cầu giải quyết tranh chấp lao động tập thể về quyền là 01 năm kể từ ngày phát hiện

ra hành vi mà mỗi bên cho rằng quyền và lợi ích hợp pháp của mình bị vi phạm. Thủ tục giải quyết tranh chấp lao động về quyền có thể phải trải qua đầy đủ các bước: i) Hòa giải viên lao động tiến hành hòa giải; ii) Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp huyện giải quyết; iii) Tòa án nhân dân giải quyết. Tuy nhiên, Điều 207 lại không quy định cụ thể thời hiệu cho mỗi thủ tục trong quy trình này. Vậy thời hiệu 01 năm sẽ được hiểu là thời hiệu để yêu cầu hòa giải viên lao động tiến hành hòa giải, yêu cầu Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp huyện giải quyết, hay đó là tổng thời hiệu để khởi kiện ra tòa án nhân dân? Đây là quy định thiếu tính minh bạch và khó hiểu, khó áp dụng thống nhất trên thực tế.

Thứ năm, thủ tục giải quyết tranh chấp lao động tập thể khá rườm rà, làm mất nhiều thời gian và mất cơ hội của các bên.

Tranh chấp lao động tập thể về quyền phải trải qua hai loại thủ tục bắt buộc trước khi được khởi kiện ra tòa án nhân dân bởi các chủ thể "không chuyên" về giải quyết tranh chấp lao động (hòa giải viên lao động và Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp huyện) và kết quả giải quyết không được bảo đảm thi hành, không có giá trị pháp lý. Thủ tục giải quyết tranh chấp này tại tòa án nhân dân được áp dụng theo thủ tục chung quy định trong Bộ luật Tố tụng Dân sự có thể bị kéo dài trong nhiều tháng. Điều này không thực sự phù hợp với yêu cầu về việc giải quyết nhanh chóng loại tranh chấp này (tranh chấp thường phức tạp, ảnh hưởng lớn đến nhiều người lao động, có thể đe dọa đến hoạt động sản xuất kinh doanh, sự bình ổn của doanh nghiệp, thậm chí có thể ảnh hưởng tiêu cực trên một diện rộng…).

Tương tự, tranh chấp lao động tập thể về lợi ích cũng phải trải qua hai thủ tục bắt buộc trước khi tập thể lao động có quyền tiến hành đình công bởi các chủ thể "không chuyên" về giải quyết tranh chấp lao động (hòa giải viên lao động và Hội đồng trọng tài lao động), và kết quả giải quyết không được đảm bảo thi hành, không có giá trị pháp lý. Điều bất hợp lý hơn là, xét về bản chất hai thủ tục này giống nhau (đều là hòa giải).

b) Về phương diện thực tiễn thi hành pháp luật: sự hiểu biết về pháp luật giải quyết tranh chấp lao động tập thể còn hạn chế, thậm chí các chủ thể không biết quy định của pháp luật về vấn đề này khi có tranh chấp lao động tập thể phát sinh. Số ít do ý thức pháp luật chưa tốt, thay vì thực hiện theo các quy định của pháp luật thì họ lại hành động theo cách khác với hy vọng nhanh chóng mang lại lợi ích cho mình.

2. Một số kiến nghị

Một là, quy định theo hướng chuyên nghiệp hóa đội ngũ cán bộ làm công tác giải quyết tranh chấp lao động tập thể đáp ứng yêu cầu của việc giải quyết loại tranh chấp lao động phức tạp này. Trước mắt, nên tiêu chuẩn hóa đội ngũ làm hòa giải viên lao động, trọng tài viên lao động và có cơ chế để đảm bảo đội ngũ này hoạt động một cách chuyên nghiệp. Đồng thời, nên quy định lại thẩm quyền của Hội đồng trọng tài lao động để đảm bảo đúng chức năng trọng tài. Bên cạnh quyền tiến hành hòa giải, Hội đồng trọng tài lao động có quyền ra phán quyết về vụ tranh chấp giữa các bên. Về lâu dài, nên nghiên cứu thành lập Ủy ban về tranh chấp lao động và đình công (theo khu vực) với chức năng hòa giải và trọng tài các tranh chấp lao động và công nhận hình thức trọng tài lao động theo vụ việc (khi thành lập Ủy ban về tranh chấp lao động và đình công, công nhận hình thức trọng tài theo vụ việc thì sẽ bãi bỏ quy định về Hội đồng trọng tài lao động như hiện nay).

Bên cạnh đó, cần cân nhắc, bãi bỏ quy định về thẩm quyền giải quyết tranh chấp

lao động của Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp huyện bởi tính bất hợp lý của quy định này như chúng tôi đã phân tích. Thành phần của Hội đồng xét xử tranh chấp lao động tập thể về quyền tại tòa án nhân dân cũng cần được cân nhắc để đảm bảo sự tham gia đầy đủ thành phần của các bên liên quan (Nhà nước, tập thể lao động và người sử dụng lao động). Cùng với việc xây dựng và phát triển hệ thống án lệ ở nước ta trong thời gian tới, có thể giao cho tòa án nhân dân giải quyết cả tranh chấp lao động về lợi ích.

Hai là, cần quy định cơ chế bảo đảm thi hành biên bản hòa giải thành của hòa giải viên lao động, quyết định công nhận sự thỏa thuận của các bên và phán quyết của trọng tài lao động. Chỉ khi có cơ chế này mới bảo đảm giá trị pháp lý của kết quả giải quyết tranh chấp lao động và mới tạo được lòng tin cho các bên tranh chấp khi lựa chọn cơ chế giải quyết tranh chấp lao động tập thể theo quy định của pháp luật.

Ba là, cần bổ sung quy định về thời hiệu yêu cầu giải quyết tranh chấp lao động về lợi ích và quy định cụ thể hơn về thời hiệu yêu cầu giải quyết tranh chấp lao động tập thể về quyền, nhất là quy định thời hiệu yêu cầu đối với từng thủ tục trong trình tự giải quyết.

Bốn là, cần nghiên cứu sửa đổi thủ tục giải quyết tranh chấp lao động tập thể theo hướng gọn nhẹ và linh hoạt hơn.

Cùng với việc nghiên cứu, bãi bỏ quy định về thẩm quyền của Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp huyện cũng cần bãi bỏ quy định về thủ tục giải quyết tranh chấp lao động tập thể về quyền do Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp huyện thực hiện.

Thủ tục giải quyết tranh chấp lao động tập thể tại tòa án nhân dân cần được sửa đổi theo hướng, rút ngắn để bảo đảm giải quyết nhanh chóng đối với loại tranh chấp này, sớm ổn định quan hệ lao động, ổn định hoạt động sản xuất, kinh doanh cho doanh nghiệp và ổn định thị trường lao động.

Khi Ủy ban về tranh chấp lao động và đình công được thành lập (theo kiến nghị trên đây) thì trong thủ tục giải quyết tranh chấp lao động tập thể (cả tranh chấp lao động tập thể về quyền và tranh chấp lao động tập thể về lợi ích) đều không nhất thiết phải qua thủ tục hòa giải tại cơ sở, và trong trình tự giải quyết tranh chấp lao động tập thể về lợi ích sẽ không có thủ tục giải quyết tại Hội đồng trọng tài lao động như hiện nay. Lúc đó, thủ tục giải quyết tranh chấp lao động tập thể có thể được phác thảo như sau:

+ Bước 1: Tự thương lượng tại nơi xảy ra tranh chấp (*không bắt buộc*).

+ Bước 2: Các bên tự lựa chọn giải quyết theo thủ tục hoà giải (tại Uỷ ban về tranh chấp lao động và đình công hoặc hòa giải viên lao động), hoặc giải quyết theo thủ tục trọng tài (tại Ủy ban về tranh chấp lao động và đình công hoặc trọng tài lao động vụ việc).

+ Bước 3: Giải quyết tại toà án.

Điểm khác biệt giữa việc giải quyết tranh chấp lao động tập thể về quyền và tranh chấp lao động tập thể về lợi ích theo mô hình này là nếu giải quyết tranh chấp lao động tập thể về quyền ở bước 2 không thành công thì các bên có thể yêu cầu tòa án giải quyết mà không có quyền đình công; còn nếu giải quyết tranh chấp lao động tập thể về lợi ích ở bước 2 không thành công thì các bên có quyền yêu cầu tòa án giải quyết hoặc tập thể lao động có quyền tiến hành đình công (việc người sử dụng lao động yêu cầu tòa án nhân dân giải quyết không ảnh hưởng đến quyền đình công của tập thể lao động).

HOÀN THIỆN CÁC QUY ĐỊNH VỀ PHÊ CHUẨN, PHÊ DUYỆT VÀ GIA NHẬP ĐIỀU ƯỚC QUỐC TẾ TRONG LUẬT KÝ KẾT, GIA NHẬP VÀ THỰC HIỆN ĐIỀU ƯỚC QUỐC TẾ NĂM 2005

Lê Thị Anh Đào*

Tóm tắt: *Bài viết trình bày và phân tích những bất cập trong các quy định về phê chuẩn, phê duyệt và gia nhập Điều ước quốc tế của Luật Ký kết, gia nhập và thực hiện Điều ước quốc tế năm 2005, từ đó đề xuất một số kiến nghị hoàn thiện.*

Abstract: *The article presents and analyses some shortcomings in the provisions on ratification, approval and accession to treaties under the 2005 Law on conclusion, accession to and implementation of treaties. On the basis, it then makes some proposes to improve these provisions.*

1. Bất cập trong các quy định về phê chuẩn, phê duyệt gia nhập Điều ước quốc tế trong Luật Ký kết, gia nhập và thực hiện Điều ước quốc tế năm 2005

1.1. Về thẩm quyền phê chuẩn, phê duyệt và gia nhập Điều ước quốc tế

Theo quy định của Luật Ký kết, gia nhập và thực hiện Điều ước quốc tế năm 2005 (Luật ĐƯQT năm 2005), thẩm quyền quyết định phê chuẩn ĐƯQT thuộc về Quốc hội và Chủ tịch nước (Điều 2.7 và Điều 32); thẩm quyền phê duyệt ĐƯQT thuộc về Chính phủ (Điều 2.8 và Điều 44) và tùy từng loại ĐƯQT mà Quốc hội, Chủ tịch nước và Chính phủ đều có thẩm quyền quyết định gia nhập (Điều 2.10 và Điều 50).

Các quy định này là phù hợp với Công ước Viên năm 1969 về Luật ĐƯQT giữa các quốc gia, đồng thời, đảm bảo gắn kết việc phê chuẩn, phê duyệt và gia nhập ĐƯQT với Chương trình xây dựng luật, pháp lệnh của Quốc hội, Ủy ban Thường vụ Quốc hội (UBTVQH); phù hợp với chức năng, quyền hạn của Chính phủ; tạo điều kiện thuận lợi cho việc thực hiện có hiệu quả các cam kết quốc tế của Việt Nam. Tuy nhiên, quá trình thực hiện các quy định trên cho thấy một số điểm bất cập như sau:

- *Thứ nhất*, Luật ĐƯQT năm 2005 (cũng như Hiến pháp năm 1992) chưa thể hiện rõ thẩm quyền của Quốc hội trong việc quyết định phê chuẩn, gia nhập ĐƯQT. Theo Luật ĐƯQT năm 2005, một số ĐƯQT "về quyền con người, quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân, ĐƯQT có quy định trái luật, nghị quyết của Quốc hội" có thể do Chủ tịch nước phê chuẩn hoặc Chính phủ phê duyệt. Đây là điểm bất hợp lý, bởi vì: (i) Xét về tính phức tạp và tổng hợp thì các ĐƯQT thuộc loại này cần được xem xét, phân tích và đánh giá ở mức

* ThS., Khoa Pháp luật quốc tế, Đại học Luật Hà Nội.

độ chi tiết và thận trọng; (ii) Xét về ý nghĩa, tầm quan trọng và phạm vi điều chỉnh thì các ĐƯQT này cần được Quốc hội - cơ quan đại diện cao nhất của nhân dân phê chuẩn; (iii) Với tính chất là cơ quan lập pháp, Quốc hội phải là cơ quan duy nhất có thẩm quyền quyết định phê chuẩn hoặc gia nhập các ĐƯQT có nội dung chưa phù hợp hoặc chưa được quy định trong các văn bản quy phạm pháp luật của Quốc hội/UBTVQH. Điều này cũng góp phần đảm bảo tính thống nhất giữa ĐƯQT và pháp luật quốc gia, tạo điều kiện thuận lợi cho việc thực hiện ĐƯQT của Việt Nam.

- *Thứ hai,* Luật ĐƯQT năm 2005 chỉ quy định chung những ĐƯQT cần phê chuẩn hoặc gia nhập[1] mà không phân định rõ phạm vi thẩm quyền của Quốc hội và Chủ tịch nước trong lĩnh vực này. Do đó, các cơ quan hữu quan rất lúng túng trong việc xác định những ĐƯQT nào thì Chủ tịch nước đề nghị Quốc hội quyết định phê chuẩn, gia nhập. Trên thực tế, việc đề nghị Quốc hội phê chuẩn hoặc quyết định gia nhập ĐƯQT chưa thực sự được tiến hành theo quy củ và cũng rất ít ĐƯQT được Chủ tịch nước đề nghị Quốc hội phê chuẩn. Theo thống kê của Bộ Ngoại giao, cho đến trước thời điểm Hiến pháp năm 2013 có hiệu lực (từ 1/1/2014) thì Chủ tịch nước mới trình Quốc hội phê chuẩn 6 ĐƯQT quan trọng về biên giới lãnh thổ hoặc có quy định trái/chưa được quy định trong văn bản quy phạm pháp luật của Quốc hội[2].

Hiến pháp năm 2013 của Việt Nam đã quy định: Một số ĐƯQT trước kia cần phê chuẩn bởi Chủ tịch nước hoặc Quốc hội thì nay bắt buộc phải trình Quốc hội phê chuẩn. Cụ thể, theo khoản 14 Điều 70 Hiến pháp năm 2013, Quốc hội có thẩm quyền "phê chuẩn, quyết định gia nhập hoặc chấm dứt hiệu lực của ĐƯQT liên quan đến chiến tranh, hòa bình, chủ quyền quốc gia, tư cách thành viên của Việt Nam tại các tổ chức quốc tế và khu vực quan trọng, các ĐƯQT về quyền con người, quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân và các ĐƯQT khác trái với luật, nghị quyết của Quốc hội".

Như vậy, khoản 14 Điều 70 Hiến pháp năm 2013 đã quy định rõ các điều ước buộc phải được Quốc hội phê chuẩn mà không phụ thuộc đó là ĐƯQT nhân danh Nhà nước hay nhân danh Chính phủ. Quy định cụ thể này có thể giúp cơ quan hữu quan tháo gỡ khó khăn khi xác định loại ĐƯQT nào cần trình Quốc hội quyết định phê chuẩn, gia nhập. Tuy nhiên, cách thức quy định theo phương pháp liệt kê như trên sẽ dẫn đến tình trạng "bỏ lọt" những điều ước quốc tế quan trọng, nhưng lại không được Quốc hội phê chuẩn. Hơn nữa, hiện nay chưa có văn bản quy phạm pháp luật

[1] Theo quy định tại Điều 31 của Luật ĐƯQT năm 2005, ĐƯQT phải được phê chuẩn bao gồm: (i) ĐƯQT có quy định phải phê chuẩn; (ii) ĐƯQT được ký nhân danh Nhà nước; (iii) ĐƯQT được ký nhân danh Chính phủ có quy định trái với quy định trong các văn bản quy phạm pháp luật của Quốc hội, UBTVQH hoặc có quy định liên quan đến ngân sách nhà nước.

[2] Bao gồm Công ước của Liên hợp quốc về Luật Biển năm 1982, Hiệp ước về biên giới trên đất liền Việt Nam - Trung Quốc, Hiệp định Thương mại giữa Việt Nam - Hoa Kỳ, Nghị định thư về việc Việt Nam gia nhập Tổ chức thương mại thế giới, Hiệp định phân định Vịnh Bắc Bộ Việt Nam - Trung Quốc, Hiệp ước bổ sung Hiệp ước biên giới Việt Nam – Campuchia.

nào hướng dẫn, giải thích Hiến pháp năm 2013 về các khái niệm "ĐƯQT về quyền con người, quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân", "ĐƯQT trái luật, nghị quyết của Quốc hội". Trên thực tế, từ ngày 01/01/2014 đến nay đã có khoảng 10 ĐƯQT liên quan đến lĩnh vực này vẫn chưa được phê chuẩn/phê duyệt và đang chờ ý kiến chính thức của UBTVQH giải thích cụ thể hơn về khái niệm "ĐƯQT về quyền con người, quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân"[3].

1.2. Về trình tự, thủ tục phê chuẩn, phê duyệt, gia nhập Điều ước quốc tế

Nhìn chung, trình tự phê chuẩn ĐƯQT (được quy định trong 12 điều, từ Điều 30 đến Điều 41) theo Luật ĐƯQT năm 2005 là khá chặt chẽ và thể hiện được sự phân công, phối hợp giữa các cơ quan hữu quan trong lĩnh vực ĐƯQT. Tuy nhiên, về mặt nội dung, Điều 33 quy định chỉ những "ĐƯQT trình Quốc hội phê chuẩn phải được thẩm tra" là quá hẹp bởi những ĐƯQT do Chủ tịch nước phê chuẩn nhân danh Nhà nước cũng có tầm quan trọng không kém. Ví dụ như, vấn đề thương mại, tương trợ tư pháp, chống ô nhiễm môi trường, hợp tác khoa học và công nghệ… Vì vậy, những ĐƯQT này cũng cần phải được thẩm tra trước khi phê chuẩn; nếu không việc phê chuẩn của Chủ tịch nước sẽ mang tính hình thức và không thể hiện được ý chí đại diện của nhân dân. Về kỹ thuật lập pháp, quy trình thủ tục phê chuẩn ĐƯQT đã được quy định tập trung trong các Điều 27, 29, 34 và Điều 38 tổng hợp lại tạo ra sự rườm rà, không cần thiết về mặt hình thức của văn bản luật.

Cũng giống như trình tự thủ tục phê chuẩn ĐƯQT, trình tự phê duyệt ĐƯQT được quy định cụ thể tại các Điều 42, 44, 46, và Điều 45 tổng hợp lại. Hơn nữa, hồ sơ và quyết định phê duyệt ĐƯQT (khoản 2 Điều 44) bao gồm những nội dung tương tự như hồ sơ và quyết định phê chuẩn ĐƯQT (khoản 3 Điều 32). Việc lặp lại này hoàn toàn không cần thiết.

Luật ĐƯQT năm 2005 cũng dành 5 điều (từ Điều 49 đến Điều 53) quy định về trình tự gia nhập ĐƯQT. Nhìn chung, các quy định này là phù hợp với Hiến pháp năm 2013, nhưng về phương diện kỹ thuật lập pháp còn hạn chế. Ví dụ, trừ trường hợp Quốc hội quyết định gia nhập ĐƯQT nhiều bên tại kỳ họp Quốc hội (khoản 7 Điều 51), các quy định còn lại về trình tự, thủ tục gia nhập ĐƯQT nhiều bên (từ khoản 1 Điều 51 đến khoản 6 Điều 51) là sự nhắc lại trình tự phê chuẩn, phê duyệt ĐƯQT mà Điều 38 và Điều 45 đã quy định. Mặt khác, trách nhiệm đề xuất gia nhập ĐƯQT nhiều bên của Bộ Ngoại giao đã được quy định chung trong khoản 1, 2 Điều 49, nên sự nhắc lại trong khoản 3 cũng là không cần thiết.

Ngoài ra, Luật ĐƯQT năm 2005 quy định tất cả các ĐƯQT, bất kể do cơ quan nào phê chuẩn, phê duyệt hay quyết định gia nhập đều phải tiến hành thủ tục "thông

[3] Thừa ủy quyền của Thủ tướng Chính phủ, Phó Thủ tướng, Bộ trưởng Bộ Ngoại giao Phạm Bình Minh đã ký Tờ trình số 313/TTr-CP lên UBTVQH kiến nghị UBTVQH giải thích khoản 14 Điều 70 Hiến pháp liên quan đến thẩm quyền của Quốc hội quyết định phê chuẩn, gia nhập, chấm dứt hiệu lực ĐƯQT về quyền con người, quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân.

báo" đối ngoại. Trong Luật ĐƯQT năm 2005, thủ tục đối ngoại được quy định rải rác ở các chương, mục khác nhau với nội dung tương tự nhau (Điều 41, 47 và 53): sau khi có quyết định của cơ quan có thẩm quyền, Bộ Ngoại giao làm thủ tục đối ngoại về ĐƯQT, trừ trường hợp ĐƯQT có quy định khác, cơ quan đề xuất cần phối hợp với Bộ Ngoại giao để cung cấp các thông tin cần thiết. Việc thực hiện thủ tục đối ngoại theo các quy định này không có vướng mắc, tuy nhiên, do quy định lặp lại ở nhiều chương, mục nên làm cho Luật rườm rà, cồng kềnh.

2. Một số đề xuất

Sau 10 năm thi hành, Luật ĐƯQT năm 2005 đã tạo khuôn khổ pháp lý cho việc phê chuẩn, phê duyệt và gia nhập ĐƯQT của Việt Nam. Các quy định về loại ĐƯQT, thẩm quyền và trình tự thủ tục phê chuẩn, phê duyệt, gia nhập ĐƯQT... đã tạo điều kiện cho Việt Nam có thể xem xét hoặc kiểm tra lại việc ký kết của những đại diện đàm phán ĐƯQT và ban hành những văn bản quy phạm pháp luật cần thiết cho việc thực thi ĐƯQT đó ở trong nước. Tuy nhiên, Hiến pháp năm 2013 đã có quy định mới so với Hiến pháp năm 1992 và Luật ĐƯQT năm 2005 về thẩm quyền của Quốc hội, Chủ tịch nước, Chính phủ và Thủ tướng Chính phủ trong lĩnh vực ĐƯQT. Hơn nữa, quá trình thực hiện Luật ĐƯQT năm 2005 đã bộc lộ một số hạn chế do nội dung và kỹ thuật lập pháp của Luật này. Thực tế đó đã đặt ra nhu cầu cần thiết phải tổng kết việc thi hành, đánh giá lại các quy định của Luật ĐƯQT 2005 về phê chuẩn, phê duyệt và gia nhập ĐƯQT để có phương án sửa đổi, bổ sung phù hợp nhằm đáp ứng các mục tiêu và yêu cầu sau:

- Triển khai thực hiện các quy định mới của Hiến pháp năm 2013.

- Nội dung các quy định về phê chuẩn, phê duyệt và gia nhập trong Luật ĐƯQT phải bảo đảm tính đồng bộ, phù hợp với luật pháp quốc tế và các luật liên quan; đảm bảo thủ tục chặt chẽ nhưng đơn giản, dễ hiểu và thống nhất thực hiện; kế thừa, tiếp tục hoàn thiện và phát triển những quy định của Luật ĐƯQT năm 2005 còn phù hợp với thực tế.

Từ mục tiêu và yêu cầu đó, chúng tôi đề xuất hai nhóm kiến nghị nhằm sửa đổi, bổ sung các quy định trong Luật ĐƯQT năm 2005 về phê chuẩn, phê duyệt và gia nhập ĐƯQT. Cụ thể như sau:

2.1. Kiến nghị nhằm hoàn thiện về nội dung

Thứ nhất, về thẩm quyền phê chuẩn, phê duyệt và gia nhập ĐƯQT

Cần sửa đổi khoản 3 Điều 31; khoản 1 Điều 32 và khoản 1 Điều 50, trong đó quy định rõ Quốc hội có quyền quyết định phê chuẩn, gia nhập: "*Điều ước quốc tế liên quan đến chiến tranh, hòa bình, chủ quyền quốc gia, tư cách thành viên của Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam tại các tổ chức quốc tế và khu vực quan trọng; các điều ước quốc tế trực tiếp điều chỉnh về quyền con người, quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân và điều ước quốc tế khác trái với luật, nghị quyết của Quốc hội hoặc pháp lệnh, nghị quyết của UBTVQH*".

Phương án sửa đổi như trên không những phù hợp với khoản 14 Điều 70 Hiến

pháp năm 2013 mà còn cụ thể hóa những điểm còn chưa rõ ràng trong Hiến pháp: *Một là,* phương án này giải thích rõ khái niệm điều ước *trực tiếp điều chỉnh* về quyền con người. *Hai là*, phương án đề xuất ĐƯQT có quy định trái với văn bản của UBTVQH phải được Quốc hội phê chuẩn. Hiến pháp năm 2013 không quy định thẩm quyền của Quốc hội phê chuẩn ĐƯQT có nội dung trái với quy định trong pháp lệnh (do UBTVQH ban hành). Tuy nhiên, pháp lệnh của UBTVQH được ban hành để "quy định những vấn đề được Quốc hội giao, sau một thời gian thực hiện trình Quốc hội xem xét, quyết định ban hành luật" (Điều 12 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật). Như vậy, cho tới khi được thay thế bởi luật thì pháp lệnh là văn bản có giá trị pháp lý cao nhất về vấn đề liên quan mà UBTVQH được Quốc hội giao ban hành.

Thực tiễn cho thấy, có trường hợp ĐƯQT không trái luật, nghị quyết của Quốc hội hoặc văn bản của UBTVQH, nhưng để thực hiện ĐƯQT đó phải sửa đổi, bổ sung, ban hành luật, nghị quyết, pháp lệnh. Ví dụ, ĐƯQT có quy định phải hình sự hóa một hành vi chưa được quy định trong Bộ luật Hình sự... Do đó, bổ sung khoản 4 Điều 31 với nội dung: "4. Điều ước quốc tế mà *việc thực hiện* cần sửa đổi, bổ sung, ban hành luật, nghị quyết của Quốc hội hoặc pháp lệnh, nghị quyết của UBTVQH".

Nếu theo phương án đề xuất trên thì một số điều khoản khác có liên quan trong Luật ĐƯQT năm 2005 cũng cần bổ sung, chỉnh sửa nhằm đảm bảo tính nhất quán của Luật. Cụ thể như sau:

- Bổ sung khoản 1 Điều 43: *"Trừ trường hợp thuộc thẩm quyền phê chuẩn của Quốc hội theo quy định của Luật này,* những điều ước quốc tế sau đây phải được phê duyệt…" nhằm loại trừ trường hợp điều ước quốc tế nhân danh Chính phủ nhưng là nhóm vấn đề thuộc thẩm quyền phê chuẩn của Quốc hội và phù hợp với kiến nghị sửa đổi khoản 3 Điều 31 đã nêu ở trên.

- Bổ sung Điều 33, những ĐƯQT cần thẩm tra là "ĐƯQT trình Quốc hội *hoặc Chủ tịch nước phê chuẩn*".

- Bỏ khoản 5 Điều 3, vì theo Hiến pháp năm 2013, các ĐƯQT quan trọng bắt buộc phải được Quốc hội phê chuẩn, do đó, việc hỏi ý kiến UBTVQH trước khi ký, phê chuẩn, gia nhập theo khoản 5 Điều 3 không còn cần thiết.

- Sửa khoản 2 Điều 7 theo hướng: "**2.** Điều ước quốc tế được ký kết hoặc gia nhập nhân danh Nhà nước trong các trường hợp sau đây: a) Điều ước quốc tế do Chủ tịch nước trực tiếp ký với người đứng đầu Nhà nước khác; b) Điều ước quốc tế *liên quan đến chiến tranh, hòa bình, chủ quyền quốc gia;* c) Điều ước quốc tế *trực tiếp điều chỉnh về quyền con người***,** quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân; d) Điều ước quốc tế *liên quan đến tư cách thành viên của Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam tại tổ chức quốc tế và khu vực quan trọng;* đ) Điều ước quốc tế được ký kết nhân danh Nhà nước theo thỏa thuận với bên ký kết nước ngoài". Việc sửa đổi này sẽ thống

nhất một số loại ĐƯQT quan trọng được ký kết nhân danh Nhà nước thuộc thẩm quyền phê chuẩn của Quốc hội (Điều 70 Hiến pháp năm 2013).

Những sửa đổi thống nhất như trên sẽ tạo lập sự phân công khoa học, hợp lý về nhiệm vụ, quyền hạn của Quốc hội, Chủ tịch nước, Chính phủ và Thủ tướng Chính phủ trong lĩnh vực ĐƯQT.

Thứ hai, về trình tự, thủ tục phê chuẩn, phê duyệt và gia nhập ĐƯQT

- Bỏ quy định chi tiết về quy trình, thủ tục, thời hạn phê chuẩn, phê duyệt, gia nhập ĐƯQT (Điều 38; Điều 45; Điều 51, từ khoản 1 đến khoản 6) vì nội dung này chủ yếu đã thể hiện tại các quy định về thẩm quyền. Việc quy định trình tự "cứng" sẽ làm cho thủ tục không linh hoạt. Hơn nữa, thời hạn quy định trong các điều khoản này ít có tính khả thi.

- Cân nhắc về thời hạn thẩm tra ĐƯQT theo Điều 36 nhằm đảm bảo tính khả thi. Nếu cần, có thể quy định về thời hạn này trong nghị định hướng dẫn thi hành Luật.

- Hồ sơ đề nghị phê chuẩn, phê duyệt (Điều 40 và Điều 46) và nội dung phê chuẩn, phê duyệt (khoản 3 Điều 32 và khoản 1 Điều 44) có nội dung hoàn toàn giống nhau nên cần dẫn chiếu để văn bản Luật gọn nhẹ hơn.

2.2. Kiến nghị nhằm hoàn thiện về mặt kỹ thuật lập pháp

- Điều 33 Luật ĐƯQT năm 2005 chỉ bao gồm một câu ngắn gọn "Điều ước quốc tế trình Quốc hội phê chuẩn phải được thẩm tra". Nội dung này hoàn toàn có thể gộp vào Điều 34 để hạn chế sự cồng kềnh của văn bản;

- Các quy định về đề xuất phê chuẩn, phê duyệt, gia nhập ĐƯQT (khoản 1 Điều 30; Điều 42 và Điều 49) xác định trách nhiệm của Bộ Ngoại giao phải lấy ý kiến các cơ quan, tổ chức hữu quan. Do đó, có thể bỏ đoạn "…trong trường hợp Bộ Ngoại giao…." ở các điều khoản nêu trên;

- Nên kết cấu một chương, mục riêng về thông báo về phê chuẩn, phê duyệt, gia nhập ĐƯQT.