



Những hướng dẫn thiết thực về xây dựng hiến pháp

Markus Böckenförde
Nora Hedling
Winluck Wahiu

NHÓM BIÊN DỊCH

Nguyễn Lệ Thu

Nguyễn Bích Thảo

Đỗ Giang Nam

HIỆU ĐÍNH

Nguyễn Đức Lam

Dương Thủy Dung

This is a direct translation of the English version of "A Practical Guide to Constitution Building", published by the International Institute for Electoral Assistance (International IDEA) in 2011. The accuracy of the translated text has not yet been verified by the publisher. In case of doubt, the original English version prevails (ISBN 978-91-86565-38-1).

Những hướng dẫn thiết thực về xây dựng hiến pháp

© Viện Nghiên cứu quốc tế về Dân chủ và Trợ giúp Bầu cử (*International Institute for Democracy and Electoral Assistance - International IDEA*), 2011

Ấn phẩm này không phụ thuộc vào những lợi ích chính trị hay quốc gia. Các quan điểm nêu trong ấn phẩm này không nhất thiết phản ánh quan điểm của International IDEA, ban lãnh đạo của Viện hoặc Hội đồng các quốc gia thành viên của Viện, hoặc của các nhà tài trợ.

Để xin phép sử dụng tất cả hay một phần của ấn phẩm này, liên hệ với:

Viện quốc tế về Dân chủ và Trợ giúp Bầu cử (*International IDEA*)

Strömsborg, SE -103 34 Stockholm, Thụy Điển

Tel: +46-8-698 37 00; Fax: +46-8-20 24 22

Email: info@idea.int; Website: www.idea.int

Thiết kế và dàn trang: Turbo Design, Ramallah

Thiết kế bìa: Turbo Design, Ramallah

Minh họa bìa: Sharif Sarhan



Việc xuất bản cuốn sách này là kết quả của sự phối hợp giữa

VĂN PHÒNG QUỐC HỘI

(Trung tâm Thông tin, Thư viện và Nghiên cứu khoa học)

CHƯƠNG TRÌNH PHÁT TRIỂN LIÊN HỢP QUỐC

(Dự án tăng cường năng lực cho các cơ quan đại diện ở Việt Nam)

ĐẠI HỌC QUỐC GIA HÀ NỘI

(Khoa luật)

VỚI SỰ CHO PHÉP CỦA IDEA

LỜI TỰA

Những bản hiến pháp đầu tiên trên thế giới được soạn thảo vào thế kỷ XVII và được ví như là những văn kiện có tính cách mạng, bởi chúng đánh dấu sự khởi đầu của các thể chế chính trị hoàn toàn mới. Từ đó đến nay, thế giới đã chứng kiến sự ra đời của nhiều kiểu hiến pháp khác nhau. Nhiều hiến pháp được xây dựng sau khi chiến tranh lạnh kết thúc vào năm 1989 được coi là những bản hiến pháp mang tính chất cải cách, bởi chúng nhằm tới mục tiêu hoàn thiện các định chế dân chủ.

Một trong những chức năng cơ bản của bất kỳ một bản hiến pháp nào là thiết kế tổ chức các cơ quan trong bộ máy nhà nước và xác định chủ thể nào thực hiện quyền lực nhà nước, thực hiện bằng phương thức nào và nhằm mục đích gì. Tuy nhiên, hiến pháp không bỗng dưng “từ trên trời rơi xuống” hay “mọc từ dưới đất lên”. Hiến pháp là sản phẩm sáng tạo của con người và chịu sự chi phối của tập quán, bối cảnh lịch sử và cuộc đấu tranh chính trị ở mỗi quốc gia; nó là sự lựa chọn của bản thân con người.

Trong chế độ dân chủ, cội nguồn của quyền lực xuất phát từ nhân dân. Hiến pháp chính là hiện thân của một khế ước xã hội trong đó giới hạn việc sử dụng quyền lực của nhà nước nhằm đem lại lợi ích cho nhân dân; đổi lại, nhà nước có được sự trung thành và ủng hộ của nhân dân. Toàn bộ ý tưởng về hạn chế quyền lực của nhà nước được gói gọn trong thuật ngữ “chủ nghĩa hợp hiến” (constitutionalism).

Tuy nhiên, tầm quan trọng của hiến pháp ngày nay còn vượt xa khỏi ý nghĩa cơ bản nói trên. Hiến pháp trở thành mối quan tâm chung của công chúng khi đến lúc cần chuyển sang một thể chế chính trị tốt hơn. Mọi người tìm kiếm một bản hiến pháp mà có thể thúc đẩy việc giải quyết các vấn đề mới phát sinh của nhà nước và quản trị hiện đại. Ngày nay, những vấn đề này ngày càng phức tạp, đa diện và mang tính chất toàn cầu – từ tham nhũng đến khủng hoảng tài chính trầm trọng, từ suy thoái môi trường đến di cư trên quy mô lớn. Một điều dễ hiểu là tại sao người dân đòi hỏi được tham gia vào việc xây dựng các điều khoản cụ thể của hiến pháp, đòi hỏi các quy trình soạn thảo hiến pháp phải đảm bảo sự tham gia rộng rãi và dân chủ. Thuật ngữ “chủ nghĩa hợp hiến mới” (new constitutionalism) đã đi vào từ điển chính trị học như là một bằng chứng rõ ràng về ý nghĩa mới của hiến pháp. Thách thức đặt ra là làm thế nào để những nhóm yếu thế nhất trong xã hội được có tiếng nói trong quá trình xây dựng hiến pháp như phụ nữ, thanh niên, những nhóm người bị thiệt thòi và bị gạt ra ngoài lề xã hội.

Chiến tranh, xung đột vẫn luôn là kẻ thù của hiến pháp. Các bản hiến pháp cũ là sản phẩm của cuộc chiến với chủ nghĩa thực dân; các bản hiến pháp mới nhằm vào mục tiêu chấm dứt xung đột, nội chiến bạo lực giữa các phe phái với chính kiến trái ngược nhau về nhà nước và chủ nhân của quyền lực nhà nước. Đương nhiên, các bản hiến pháp mới này chứa chan sự kỳ vọng rằng chúng sẽ mở ra một kỷ nguyên mới hòa bình và dân chủ, chấm dứt chế độ độc tài, chuyên chế và tình trạng bất ổn chính trị. Hiến pháp ngày nay được soạn thảo trong bối cảnh các chuẩn mực và các nguyên tắc của quản trị tốt (good governance) đã được phổ biến rộng rãi ở khắp các châu lục trên thế giới. Quá trình xây dựng hiến pháp sẽ có thể kéo dài hơn nếu thiếu đi vai trò của các tổ chức quốc tế, đặc biệt là Liên Hợp Quốc và các tổ chức khác như International IDEA. Một điều đáng chú ý là giảm bớt mức độ xung đột bạo lực giữa các quốc gia cũng đồng thời thúc đẩy đối thoại mang tính quốc tế về các giá trị chung phổ biến như quyền con người, nhà nước pháp quyền, tự do, chủ nghĩa hợp hiến, công lý, minh bạch và tính chịu trách nhiệm. Tất cả các giá trị này đều là thành phần quan trọng cấu thành nên bất kỳ một chế độ hiến pháp nào. Các giá trị chung cho phép các tổ chức như Liên minh châu Phi (African Union) và Tổ chức các nước châu Mỹ (Organization of American States) trở thành các chủ thể có lợi ích liên quan trong một nền quản trị dựa trên hiến pháp ở các nước thành viên, và có quyền can thiệp một cách chính đáng khi hiến pháp không được tôn trọng, chẳng hạn như trong việc nắm giữ và chuyển giao quyền lực sau các cuộc tổng tuyển cử tự do.

Tôi khuyến khích các nhà soạn thảo hiến pháp nên tận dụng những bài học kinh nghiệm và những lựa chọn mà các quốc gia khác và các tổ chức quốc tế đưa ra. Sẽ không cần thiết phải làm mới từ đầu khi giải quyết các vấn đề như đưa quyền con người vào hiến pháp, bảo đảm tính độc lập của nhánh tư pháp, đặt các lực lượng an ninh dưới sự kiểm soát dân chủ, và bảo đảm cho mỗi công dân được thực hiện quyền bỏ phiếu một cách tự do, công bằng và đáng tin cậy. Tuy nhiên, một sai lầm thường hay mắc phải là coi những giá trị chung được công nhận bởi các quốc gia là đủ để thiết kế một bản hiến pháp theo một khuôn mẫu nhất định. Mặc dù các quốc gia đều thừa nhận các chuẩn mực và giá trị chung, nhưng cũng không thể bỏ qua một thực tế rằng các nhà soạn thảo hiến pháp ở mỗi quốc gia đã vừa làm vừa học hỏi để tìm ra đáp án phù hợp cho quốc gia mình. Mỗi giai đoạn của quá trình xây dựng hiến pháp sẽ đặt ra những vấn đề hóc búa cần có lời giải, ví dụ, làm thế nào khi những người cầm quyền đương nhiệm từ chối rời bỏ quyền lực và tìm mọi thủ đoạn, phương thức để duy trì địa vị thống trị của mình. Gần đây, tập trung quyền lực, sau biến cố trong thập kỷ 1990, thực sự là nguy cơ đối với nền dân chủ lập hiến ở khắp nơi trên toàn cầu.

Thế giới đang biến đổi nhanh chóng. Các nhà soạn thảo hiến pháp ngày nay có lợi thế hơn hẳn so với những người tiền nhiệm của họ. Hiến pháp của các quốc gia đã trở thành một nguồn tư liệu có thể truy cập trên toàn cầu để tìm hiểu các giá trị chung phổ biến của nhân loại. Với sự phát triển của công nghệ thông tin hiện nay, chỉ cần một cái nhấp chuột, các nhà soạn thảo hiến pháp có thể ngay lập tức tiếp cận với các lựa chọn xây dựng hiến

pháp vô cùng phong phú, đa dạng. Điều mà cuốn sách mới này của International IDEA mang đến cho bạn đọc – những người tham gia vào quá trình xây dựng hiến pháp – là sự gợi mở ra các phương pháp có hệ thống hơn để xem xét lại hiến pháp. Đồng thời, cuốn sách cũng nhấn mạnh rằng không có một thể chế hiến pháp nào mang tính bất biến hay vượt trội hơn thể chế khác, và cũng không có một công thức hay mô hình nào phù hợp cho tất cả các quốc gia. Cuốn sách đặc biệt lưu ý rằng mỗi quốc gia phải tìm ra con đường riêng cho mình trong việc soạn thảo hiến pháp. Ngoài ra, xây dựng hiến pháp không phải là một bài toán thuần túy mang tính học thuật trong đó các nhà lập hiến tìm kiếm một giải pháp về mặt kỹ thuật tốt nhất cho nước họ. Các nhà thương lượng và soạn thảo hiến pháp đồng thời chính là các chủ thể chính trị hướng tới mục tiêu chuyển hóa các chương trình chính sách của mình vào ngôn từ của bản hiến pháp. Do vậy, các bản văn hiến pháp hiếm khi là giải pháp tốt nhất về mặt kỹ thuật, nhưng lại là sự thỏa hiệp hiến pháp tối ưu nhất có thể đạt được. Cuốn sách nhằm thúc đẩy các cuộc tranh luận hiến pháp để tìm kiếm một mô hình phản ánh được tốt nhất nhu cầu của một quốc gia trên cơ sở sự thỏa hiệp về chính trị. Hướng tới đối tượng độc giả là các nhà soạn thảo hiến pháp trên toàn cầu, cuốn sách sẽ trở nên hữu ích nhất nếu được sử dụng ở giai đoạn đầu của quá trình xây dựng hiến pháp. Nó cung cấp thông tin phục vụ cho những tranh luận ban đầu về các phương án soạn thảo hiến pháp và đặc biệt hữu dụng để bước đầu dẫn dắt người đọc tìm hiểu về lĩnh vực xây dựng hiến pháp – một lĩnh vực vô cùng phức tạp.

Thế giới trong tương lai gần có thể sẽ chứng kiến một làn sóng xây dựng hiến pháp dân chủ ở cấp độ khu vực sau những biến động gần đây ở thế giới Ả-rập. Vì vậy, cuốn sách này được xuất bản rất đúng lúc.

*Cassam Uteem,
Cựu Tổng thống Mauritius*

LỜI NÓI ĐẦU

Trong những thập niên gần đây, các quốc gia ở tất cả các châu lục đều đã tiến hành cải cách hiến pháp. Chỉ riêng trong 5 năm trở lại đây, Bolivia, Ecuador, Ai Cập, Iceland, Kenya, Myanmar, Nepal, Sri Lanka, Sudan, Thái Lan và Tunisia đã thực hiện ở giai đoạn này hay giai đoạn khác của quá trình xây dựng hiến pháp. Sau các cuộc chính biến do nhân dân lãnh đạo ở thế giới Ả-rập vào năm 2011, việc xây dựng hiến pháp đóng vai trò nền tảng trong việc thiết lập một nền dân chủ bền vững ở khu vực này. Xây dựng hiến pháp thường diễn ra trong các bối cảnh biến đổi chính trị rộng hơn, có thể liên quan đến lập lại hòa bình, xây dựng nhà nước, cũng như nhu cầu hòa giải dân tộc, tăng cường sự tham gia của nhân dân, và phân bổ nguồn lực công bằng ở thời kỳ sau khủng hoảng. Nhiều hiến pháp ngày nay không chỉ thuần túy là thiết kế tổ chức quyền lực nhà nước mang tính cơ học như trước đây, mà còn là câu trả lời cho các thách thức mới đặt ra theo một cách thức được cho là chính đáng và được chấp nhận rộng rãi. Do yêu cầu đối với hiến pháp ngày càng cao, hiến pháp đã trở nên ngày càng phức tạp và chứa đựng nhiều nội dung hơn; vì thế, việc xây dựng và thực thi hiến pháp cũng càng khó khăn hơn. Bởi vậy, những người tham gia vào việc soạn thảo hiến pháp cần phải được tiếp cận tới nguồn tri thức rộng lớn, mang tính chất đa ngành và thực tiễn về các quy trình và phương án xây dựng hiến pháp.

Một trong những mảng hoạt động chủ yếu của International IDEA là chia sẻ và phổ biến các tri thức về xây dựng hiến pháp dưới góc độ so sánh, và lần đầu tiên các tri thức này được tập hợp trong một ấn phẩm mang tên “Hướng dẫn xây dựng hiến pháp một cách thực tế”, với sự biên soạn cẩn thận, công phu của các tác giả - các chuyên gia về hiến pháp.

Cuốn sách này nhằm góp phần làm phong phú thêm kiến thức của các chính trị gia, các nhà hoạch định chính sách và các nhà hoạt động thực tiễn – những chủ thể hiện đang trực tiếp tham gia vào việc xây dựng hiến pháp. Mục tiêu chính của cuốn sách là cung cấp một công cụ tham khảo tốt nhất trên cơ sở rút ra các bài học từ thực tiễn và xu hướng gần đây về xây dựng hiến pháp. Cuốn sách được chia thành các chương, mỗi chương có thể được đọc và tham khảo một cách độc lập. Tuy nhiên, việc các tác giả sử dụng một khung phân tích nhất quán giữa các chương cung cấp cho người đọc hiểu biết sâu hơn về hàng loạt các vấn đề phát sinh trong quá trình xây dựng hiến pháp.

Cuốn sách “Những hướng dẫn thiết thực về xây dựng hiến pháp” phản ánh tầm quan trọng của xây dựng hiến pháp đối với việc thiết lập một nền dân chủ bền vững. Xây dựng hiến pháp là một quá trình mang tính lịch sử và lâu dài, và không chỉ giới hạn ở khoảng

thời gian thực tế mà hiến pháp được soạn thảo. Mặc dù bản văn hiến pháp là trọng tâm được đề cập trong cuốn sách, nhưng các tác giả cũng nhấn mạnh việc tìm hiểu các thể chế hiến pháp một cách tổng thể và toàn diện, bao gồm các nguyên tắc cơ bản (chương 2) và nhu cầu xây dựng một nền văn hóa quyền con người (chương 3), cũng như các điều khoản cụ thể về thiết kế tổ chức nhà nước (từ chương 4 đến chương 6) và các hình thức phi tập trung hóa nhà nước (chương 7). Cuốn sách không nhằm cung cấp một bản vẽ thiết kế hay mô hình chung cho mọi hiến pháp, mà nhằm rút ra bài học từ thực tiễn gần đây. Một trong những bài học đáng lưu ý là hiến pháp có thể quy định rất hay trên giấy, nhưng trong thực tiễn lại có thể diễn ra hoàn toàn khác.

Tôi muốn bày tỏ lời cảm ơn chân thành tới các tác giả, các nhà hoạt động thực tiễn – những người đã đóng góp những hiểu biết sâu sắc từ chính kinh nghiệm của họ, và tới Chính phủ Na Uy về sự hỗ trợ để cuốn sách được xuất bản. Cuốn sách “Hướng dẫn xây dựng hiến pháp một cách thực tế” sẽ không thể trở thành hiện thực nếu thiếu họ.

Vidar Helgesen

Tổng Thư ký, International IDEA

LỜI CẢM ƠN

Tài liệu này không thể hoàn thành nếu không có sự giúp đỡ và hỗ trợ của một số cá nhân và tổ chức.

Chúng tôi chân thành cảm ơn sự đóng góp của các tác giả và những người sau đây: Markus Böckenförde, Hassen Ebrahim, Nora Hedling, Sakuntala Kadirgamar-Rajasingham, Paulos Tesfagiorgis, và Winluck Wahiu.

Chúng tôi cũng bày tỏ sự biết ơn với Bipin Adhikari, Steffan Gomez-Campos, Solanda Goyes, Shireen Hassim, Torquato Jardim và Wilfrido Villacorta vì những góp ý quan trọng của họ.

Chúng tôi cảm ơn Tek Prasad Dhungana, Carlos Alberto Goitia, Noria Mashumba, Christina Murray, Jenny Tuhaika and Jayampathy Wickramaratne - những người đã đọc bản thảo và cho chúng tôi những ý kiến góp ý toàn diện và chuyên sâu. Chúng tôi đặc biệt cảm ơn Katia Papagianni vì sự hỗ trợ của cô trong việc hoàn thiện các bản thảo. Chúng tôi cũng bày tỏ sự biết ơn tới nhiều cá nhân khác đã đóng góp những bình luận và góp ý sâu sắc vào việc xây dựng tài liệu, cụ thể là Raul Avila Ortiz, Andrew Bradley, Andrew Ellis, Cheryl Saunders, Leena Rikkilä Tamang và những người khác, bao gồm nhiều cán bộ của IDEA mà chúng tôi không thể nêu hết tên ở đây.

Chúng tôi biết ơn đối tác Interpeace vì vai trò quan trọng trong dự án này và đánh giá cao sự hợp tác với các chuyên gia của Interpeace bao gồm Michele Brandt, Jill Cottrell, Yash Ghai và Anthony Regan.

Bên cạnh đó, chúng tôi bày tỏ lòng biết ơn tới Emily Benz, Müge Fazlioglu, Eve Grina, Snow Li, Jan Ortgies, Abrak Saati, Ann-Katrin Siekemeier, Katja Stockburger, Ana Maria Vargas và Felipe Winsberg – những người đã hỗ trợ chúng tôi trong việc thực hiện nghiên cứu này.

Chúng tôi cảm ơn J. Matthew Strader và Eve Johansson đã biên tập một cách chuyên nghiệp và những nỗ lực của bộ phận xuất bản xuất sắc của IDEA quốc tế, đặc biệt là Nadia Handal Zander. Chúng tôi cũng bày tỏ lòng biết ơn với sự tận tụy, hết mình của nhóm Các quá trình xây dựng hiến pháp, cụ thể bao gồm Melanie Allen, Jenny Fandialan Isberg, Rosinah Ismail-Clarke và Tayuh Ngenge, vì đã hỗ trợ và đưa ra nhiều góp ý giá trị cho chúng tôi trong việc thực hiện dự án này. Cuối cùng, chúng tôi xin bày tỏ lòng biết ơn chính phủ Naury đã hỗ trợ tài chính cho dự án này, mà nếu không có sự hỗ trợ đó, dự án đã không thể thực hiện được.

Từ và cụm từ viết tắt

CEDAW	Công ước về xóa bỏ tất cả các hình thức phân biệt đối xử đối với phụ nữ (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women)
CERD	Công ước về xóa bỏ tất cả các hình thức phân biệt đối xử về chủng tộc (International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination)
ECOSOC	Hội đồng Kinh tế-Xã hội của Liên hợp quốc (Economic and Social Council)
FYROM	Nước cộng hòa Macedonia thuộc Liên bang Nam Tư cũ (Former Yugoslav Republic of Macedonia)
ICCPR	Công ước quốc tế về các quyền dân sự, chính trị (International Covenant on Civil and Political Rights)
ICESCR	Công ước quốc tế về các quyền kinh tế, xã hội và văn hóa (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)
International IDEA	Viện nghiên cứu quốc tế về dân chủ và trợ giúp bầu cử (International Institute for Democracy and Electoral Assistance)
NGO	Tổ chức phi chính phủ (Non-governmental Organization)
UK	Liên hiệp Vương quốc Anh (United Kingdom)
UN	Liên hợp quốc (United Nations)
UNDP	Chương trình Phát triển Liên hợp quốc (United Nations Development Programme)
USIP	Viện nghiên cứu hòa bình Hoa Kỳ (United States Institute of Peace)
USA	Hợp chúng quốc Hoa Kỳ (United States of America)

MỤC LỤC

CHƯƠNG 1

CHƯƠNG 1



Giới thiệu

Winluck Wahiu

1. Tổng quan

1.1. Mục đích của chương

Các nhà lập hiến mong muốn đảm bảo rằng các kết quả của quá trình xây dựng hiến pháp có tính chính danh và được công nhận rộng rãi. Kết quả đó là chính danh khi Hiến pháp được công nhận rộng rãi và là ý chí của cả dân tộc. Nhưng xây dựng hiến pháp là một quá trình lâu dài mang tính lịch sử chính trị có thể gây nhiều tranh cãi, nhất là từ kinh nghiệm của những cuộc xung đột nặng nề và sự chia rẽ kéo dài, sâu rộng trong xã hội. Tính chính danh của kết quả xây dựng hiến pháp về mặt quy trình và lựa chọn nội dung sẽ phụ thuộc nhiều vào quyết định của các nhà lập hiến ngay từ giai đoạn đầu. Bằng phương pháp so sánh, chương này mong muốn giúp các nhà lập hiến suy nghĩ và lên kế hoạch cho một khởi đầu tốt đẹp. Chương này bắt đầu bằng việc nhấn mạnh rằng xây dựng hiến pháp là một quá trình mang tính chủ quyền, được thực hiện khác nhau tại các vùng và quốc gia khác nhau. Nội dung chương này làm rõ một số thách thức mà nhà lập hiến phải đối mặt trong hoàn cảnh nhiều xung đột. Quan điểm ở đây là tính chính danh của việc xây dựng hiến pháp và kết quả của nó có thể được cải thiện thông qua sự tham gia rộng khắp của mọi thành phần trong xã hội vào quá trình này.

Ở giai đoạn khởi đầu, nhà lập hiến phải đưa ra hai dạng quyết định: những quyết định liên quan đến các yếu tố cụ thể của quy trình, ví dụ như thủ tục, thể chế, quy định, thời gian và trách nhiệm ra quyết định; và hai là các quyết định liên quan đến nội dung của

văn bản. Trong bối cảnh chịu ảnh hưởng của xã hội xung đột, tính chính danh của quá trình xây dựng Hiến pháp thường phụ thuộc vào hai loại quyết định này. Chương này cũng nhấn mạnh tầm quan trọng của bối cảnh như một hướng then chốt cho nhà lập hiến bắt đầu công việc của mình. Chương được kết cấu như sau:

(a) Đầu tiên, những đánh giá tổng quan và những giả định chính sẽ được làm rõ;

(b) Thứ hai, dựa vào cái nhìn toàn cảnh về thực tiễn xây dựng hiến pháp trên thế giới, chương này sẽ giới thiệu những thách thức chung của quá trình này trong bối cảnh chịu ảnh hưởng của những mối xung đột và mâu thuẫn;

Xây dựng hiến pháp được xem như một quá trình lâu dài. Đó không phải là một sự kiện và không thể đánh đồng với việc viết ra một bản hiến pháp. Quá trình này bao gồm việc hình thành các thể chế, thủ tục, quy định cho việc soạn thảo, ban hành và áp dụng hiến pháp.

(c) Ba là, chương này sẽ bàn đến các nội dung cụ thể của quá trình nhằm đảm bảo tính chính danh của kết quả;

(d) Bốn là, chương này sẽ thảo luận về những nội dung có thể xuất hiện trong quá trình xây dựng hiến pháp;

(e) Năm là, chương này sẽ giới thiệu cách thức sử dụng tài liệu hướng dẫn này, nội dung và toàn cảnh về các chương khác trong tài liệu.

1.2. Những đánh giá tổng quan

1. Xây dựng hiến pháp được định nghĩa rộng rãi là *một quá trình dài lâu và mang tính lịch sử*. Đó không phải là một sự kiện và không đồng nhất với việc viết ra một bản hiến pháp – giai đoạn mà hiến pháp được soạn thảo. Trong chương này, xây dựng hiến pháp bao gồm nhiều bước sau: (a) thống nhất về sự cần thiết phải thay đổi mang tính hiến định và phạm vi thay đổi, trên thực tế thường là một phần của những thay đổi lịch sử rộng hơn trong một quốc gia; (b) theo những nguyên tắc phù hợp, thiết lập các cơ quan, thủ tục, quy định tổng quan về soạn thảo hiến pháp, có thể bao gồm cả những biện pháp tạm thời; (c) công nhận hiệu lực pháp lý của hiến pháp hoặc việc phê chuẩn hiến pháp; và (d) giai đoạn thực thi – giai đoạn đặc biệt quan trọng, nhất là những năm đầu sau khi hiến pháp được phê chuẩn.

2. *Xây dựng hiến pháp thường theo hướng “kiến thiết lại toàn bộ”, soạn thảo tổng thể cùng với việc thực thi hiến pháp mới*. Bên cạnh đó, cũng có trường hợp chỉ chỉnh sửa lại những điều khoản cơ bản của hiến pháp hiện hành. Đây chính là những trường hợp xây dựng hiến pháp trong giai đoạn sau 1990.

3. Các nhà lập hiến mong muốn đạt được những kết quả hiến định chính danh, chứ không chỉ là một văn bản hiến pháp đơn thuần. *Tính chính danh của một bản hiến pháp được đo bằng nhiều cách khác nhau, bao gồm:*

Chính danh về mặt pháp lý – thể hiện ở việc hiến pháp được xây dựng phù hợp với các quy phạm và nguyên tắc pháp lý;

Chính danh về mặt chính trị - thể hiện ở việc hiến pháp thể hiện được ý chí quốc gia hoặc sự độc lập về chủ quyền của nhân dân, người thông qua Hiến pháp, với nghĩa là tập hợp của số đông các nhóm người trong xã hội; và

Chính danh về mặt đạo đức – thể hiện ở việc hiến pháp thiết lập được mối quan hệ chặt chẽ giữa nội dung của nó và các giá trị được thừa nhận tạo nên nền tảng đạo đức của quốc gia; ngoài ra, hiến pháp có thể hướng đến các mục tiêu như tái hòa hợp xã hội, sự khoan dung sau một thời gian dài hận thù, thu hút xã hội, tái tạo đời sống tinh thần của quốc gia đó.

4. Tính chính danh của bản hiến pháp có thể được củng cố thêm bởi chính cách thức mà nó được xây dựng. Bản hiến pháp đó cũng có thể lớn dần lên với thời gian khi nó được thực thi, được công nhận rộng khắp và trở thành một văn kiện hữu ích trong đời sống của một đất nước. Cả quá trình xây dựng hiến pháp và nội dung cơ bản của hiến pháp là hai chìa khóa dẫn đến tính chính danh của nó. Tuy vậy, mỗi yếu tố lại có những thách thức riêng trong hoàn cảnh mà việc xây dựng hiến pháp chịu sự tác động của những mâu thuẫn trong xã hội. Bằng cách vượt qua những trở ngại và đáp ứng yêu cầu của thực tiễn, các nhà lập hiến có thể thiết kế nên một bản hiến pháp đảm bảo tính chính danh hơn.

Cả quá trình xây dựng hiến pháp và nội dung của hiến pháp là hai yếu tố then chốt đối với tính chính danh của nó.

1.3. Những giả định chính

Những giả định chính trong cách tiếp cận của cả tài liệu và của chương này là:

Bối cảnh, và đặc biệt là *sự vận hành của quyền lực trong bối cảnh đó*, là điều đặc biệt quan trọng.

Mục tiêu của xây dựng hiến pháp trong những xã hội bị ảnh hưởng bởi mâu thuẫn và chia rẽ là đảm bảo tính dân chủ của bản hiến pháp.

Sự đa dạng về mặt xã hội, một khi bị chia rẽ bởi những khác biệt chính trị, là thách thức chính cần phải vượt qua để thiết lập sự đồng thuận trong dự thảo và thi hành hiến pháp.

Sự xuất hiện của các lực tác động dẫn đến thay đổi ở trong và ngoài nhà nước là yếu tố chính ảnh hưởng đến quá trình xây dựng hiến pháp.

Xây dựng hiến pháp thường diễn ra tại các quốc gia đã có kinh nghiệm về hiến pháp, về sự chuyển đổi của hiến pháp và về quản lý nhà nước bằng hiến pháp; hiếm có trường hợp xây dựng các bản hiến pháp từ đầu.

Các nhà nước chịu ảnh hưởng bởi mâu thuẫn có thể tham gia vào sự vận động thay đổi nội bộ của nước khác trong hoặc sau khi xảy ra các tranh chấp bạo lực. Phần lớn những tranh chấp bạo lực toàn cầu lớn đều xảy ra giữa các nhà nước.

Ghi nhận xu hướng và sự chuyển dịch toàn cầu hướng đến chủ nghĩa hợp hiến và dân chủ hóa.

1.4. Toàn cảnh về thực tiễn xây dựng hiến pháp

Thực tiễn xây dựng hiến pháp rất đa dạng trong một quốc gia, cũng như giữa các quốc gia và vùng lãnh thổ khác nhau. Việc xây dựng hiến pháp tại châu Mỹ Latinh diễn ra trước các khu vực châu Phi và châu Á, thậm chí trước cả một phần của châu Âu, ví dụ như

ta Rica và Bolivia, hai quốc gia có bản hiến pháp đầu tiên vào các năm 1825¹ và 1826². Trong những năm 1990, hiến pháp của nhiều nước Nam Mỹ được soạn thảo lại, ví dụ như Colombia, Paraguay và Peru, hoặc sửa đổi căn bản như Argentina và Uruguay. Ecuador và Bolivia cũng tiến hành soạn thảo lại hiến pháp trong suốt thập kỷ đó. Những thất bại rút ra từ giai đoạn trước – bao gồm chất lượng của việc huy động sự tham gia của tất cả các nhóm xã hội vào việc quyết định hiến pháp – đã được điều chỉnh trong các bản hiến pháp mới ở khu vực này. Gần đây hơn, mức độ thấp kỷ lục trong sự tin tưởng của công chúng vào các thể chế chính trị trở nên điển hình trong quá trình xây dựng hiến pháp của Nam Mỹ. Ở khu vực này, những động lực chính ảnh hưởng mạnh đến xây dựng hiến pháp là các phong trào xã hội và chính trị đối lập với chính quyền được bầu. Ngược lại, đa số trong nghị viện lại là lực lượng chính tạo ra sự thay đổi hiến pháp tại các nước Đông Âu trong cuối những năm 1980 và những năm 1990, thúc đẩy quá trình chuyển tiếp dân chủ và việc tiếp thu đầy đủ các quan điểm về hiến pháp của châu Âu, ví dụ như nền kinh tế thị trường tự do và sở hữu tư nhân.³ Tại Hungary (hiến pháp sửa đổi các năm 1989-1990) và Bungari (1989-1991), quá trình sửa đổi hiến pháp đã góp phần chuyển đổi các đảng cộng sản trước đây thành những đảng xã hội dân chủ. Như được bàn luận dưới đây, những mâu thuẫn và tranh chấp vũ trang đã ảnh hưởng đến việc xây dựng các hiến pháp ở châu Phi trong giai đoạn gần đây, cụ thể như tại Angola, Burundi, Chad, Cộng hòa Dân chủ Congo, Ethiopia, Mozambique, Namibia, Niger, Nigeria, Nam Phi, Sudan và Uganda. Mặt khác, tại Kenya, Zambia và Zimbabwe, nội dung mang tính quy phạm đã giúp quá trình xây dựng hiến pháp chuyển biến theo hướng dân chủ hóa.

Những hoàn cảnh thực tiễn xảy ra ngay trước khi thay đổi hiến pháp thường xác định nhu cầu và nguyên nhân cần có một bản hiến pháp. Trên thực tế, một bản hiến pháp tự nó không thể đạt được những mục tiêu như hòa bình, dân chủ hoặc phát triển kinh tế. Hiến pháp không thể tự vận động; để đạt được những mục tiêu mong muốn, các nhóm lợi ích phải thúc đẩy mạnh mẽ, phải thương lượng và đòi hỏi các điều kiện đã được thống nhất trong bản hiến pháp. Một bản hiến pháp sẽ thiết lập khuôn khổ để đạt những mục tiêu

1. Những số liệu sau cho thấy quá trình xây dựng hiến pháp kể từ khi Costa Rica giành được độc lập: Độc lập khỏi sự thống trị của Tây Ban Nha vào 1821; Trở thành thành viên của Cộng hòa Liên bang Trung Mỹ từ 1823 đến 1840; Hiến pháp năm 1825 (*Ley fundamental del estado libre de Costa Rica*); Hiến pháp 1844 (*Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Costa Rica*); Hiến pháp 1847 (*Constitución Política de Costa Rica*); Hiến pháp 1848, hay còn gọi là “hiến pháp sửa đổi”; Các bản hiến pháp về sau: 1859, 1869, 1871, 1917, 1949. Nguồn: Universidad de Costa Rica, *Constituciones políticas de Costa Rica 1821-2010* (2010) (<<http://esociales.fcs.ucr.ac.cr/index.php?option=com>>)

2. Hiến pháp đầu tiên của Bolivia được thông qua vào ngày 19/11/1826 bởi Hội đồng lập hiến (Congreso General Constituyente de la República Boliviana). Các bản hiến pháp sau lần lượt ra đời vào các năm 1831, 1834, 1839, 1843, 1851, 1861, 1868, 1871, 1875, vv. Xem tại <<http://www.constituyentesoberana.org/info/?q=historia-constituciones-bolivia>> and <<http://www.cervantesvirtual.com/porta/constituciones/constituciones.shtml>>

3. Các nước Đông Âu ngày càng chủ động trong việc xây dựng hiến pháp và nhiều quốc gia đã thông qua hiến pháp mới trong vòng hai thập kỷ qua, ví dụ như Belarus, Cộng hòa Séc, Estonia, Kazakhstan, Lithuania, Romania, Russia, and Slovenia. Xem Ludwikowski, Rett R., *Soạn thảo hiến pháp ở các nước thuộc Liên bang Xô-viết cũ* (Durham, NC: Duke University Press, 1996).

Hiến pháp không thể tự nó đạt được những mục tiêu mong muốn như hòa bình, dân chủ và phát triển kinh tế. Hiến pháp không thể tự vận động. Cả những người lãnh đạo và công dân phải cam kết tham gia vào xây dựng hiến pháp. Những cam kết đó được tài liệu này coi là “xây dựng hiến pháp”.

nhất định. Đó thông thường là vấn đề thể chế, nhưng cũng có thể là những vấn đề mà cả những người lãnh đạo và người dân trong đất nước đều thấy cần thiết đưa vào hiến pháp.

Tài liệu này nhìn nhận những sự tham gia đó như là “xây dựng hiến pháp”. Nhiều nhà cải cách có quan

điểm dài hạn về các vấn đề của hiến pháp, nhưng có những người có những mục tiêu ngắn hạn – ví dụ như tái bầu cử vào các cơ quan, hưởng nguồn lợi, gìn giữ các đặc quyền, miễn trừ truy cứu hình sự - thường có nhiều ảnh hưởng đến quá trình này. Theo nghĩa đó, xây dựng hiến pháp là quá trình chính trị trong đó có người thắng và kẻ thua. Nếu có những mâu thuẫn dữ dội về lợi ích giữa những đòi hỏi ngắn và dài hạn, các nhà lập hiến có thể phải tỏ ra “vô cảm” và bỏ qua những lợi ích ngắn hạn.

Các kết quả mang tính nhân nhượng có thể không đạt được xét từ góc độ chính trị. Kinh nghiệm thực tế cho thấy, các nhà lập hiến cũng thường không thông qua những điều khoản mang tính lâu dài nếu như chúng đối nghịch sâu sắc với những lợi ích ngắn hạn. Do đó, những người linh hoạt thường chọn cách xây

Theo kinh nghiệm, những người xây dựng hiến pháp sẽ không thông qua những điều khoản có tính lâu dài mà xung đột sâu sắc với những lợi ích ngắn hạn quan trọng. Ví thể, nhiều người có quan điểm thực tế đã chọn cách xây dựng hiến pháp vì những mục tiêu trước mắt song song với việc đạt được những mục tiêu lâu dài thông qua các biện pháp quá độ và chuyển đổi.

dựng hiến pháp nhằm thỏa mãn mục tiêu ngắn hạn song song với việc ngày càng đáp ứng những mục tiêu dài hạn, bằng cách đưa ra những biện pháp quá độ, chuyển đổi.

2. Những thách thức chung của nhà lập hiến

Có hai loại thách thức chính mà các nhà lập hiến phải quan tâm đến là:

- (a) Xây dựng hiến pháp trong hoàn cảnh xung đột bạo lực gia tăng, dẫn đến hậu quả là khả năng chính trị và thể chế rất yếu kém trong việc hỗ trợ xây dựng hiến pháp; và
- (b) Xây dựng hiến pháp nhằm giải tỏa mâu thuẫn bằng cách thiết lập chế độ dân chủ và dân chủ hóa.

2.1 Thách thức của xung đột bạo lực

Tài liệu này coi mâu thuẫn như là yếu tố đặc biệt quan trọng trong mỗi xã hội và giả định rằng hiến pháp nhằm đạt mục tiêu giải quyết xung đột lợi ích giữa các nhóm xã hội và các cá nhân bằng những quy định công bằng và thiết chế trung lập. Nhận diện chính xác bản chất và loại hình xung đột sẽ giúp cho các nhà lập hiến tìm ra được giải pháp hiến định phù hợp liên quan đến những xung đột đó. Mâu thuẫn bạo lực được xem như làm một dạng đặc biệt của xung đột. Quá trình xây dựng hiến pháp thường phải bao gồm cả những nhân tố

tham gia vào xung đột bạo lực, có thể không có một người chiến thắng quân sự cụ thể, hoặc là khi mà những thỏa thuận hòa bình giữa những nhân tố trong chính phủ, những nhóm đối nghịch và quân nổi dậy vũ trang có yêu cầu sửa đổi hiến pháp. Nhiều xung đột nội bộ lại

Việc xây dựng Hiến pháp thường phải có sự tham gia của các bên đã tham gia vào xung đột khi mà không có một bên thắng cuộc rõ ràng hoặc khi hiệp định hoà bình yêu cầu phải có sự thay đổi Hiến pháp

kéo theo những biến đổi trong khu vực liên quan đến ủng hộ chính trị, đào tạo và trang bị vũ trang. Để đàm phán đưa ra những giải pháp về hiến pháp cho những tranh chấp vũ trang tại Colombia, Cộng hòa Dân chủ Congo, Nepal, Sri Lanka và Sudan, các nhà lập hiến phải chuyển

từ đối thoại song phương truyền thống sang thương lượng với các nhóm ly khai nhằm đảm bảo quá trình xây dựng hiến pháp gắn liền với ưu tiên về an ninh và ổn định.

Xung đột bạo lực cũng ảnh hưởng nghiêm trọng đến mối quan hệ quyền lực trong mỗi tương quan về sự thống nhất – ly khai. Các biện pháp về mặt hiến pháp thời kì hậu chiến ở Angola, Colombia và Mozambique xây dựng nên những nhà nước hành pháp trung ương thông qua các quyền sử dụng lực lượng an ninh và ra tuyên bố khẩn cấp quốc gia và kí kết hiệp ước hòa bình của các nhánh hành pháp. Những vi phạm quyền con người nghiêm trọng đã khẳng định vai trò của những nỗ lực giải quyết tranh chấp. Ví dụ, trong chế độ diệt chủng Campuchia và Rwanda và quá trình giải quyết tranh chấp sau đó, các biện pháp pháp lý bảo vệ quyền công dân đã được thiết lập như là hệ quả của mối quan ngại về việc sử dụng những biện pháp chính trị trong vấn đề dân tộc, sắc tộc.

Một cách tổng quát, nếu những xung đột về lợi ích được đề cập đến từ cả góc độ pháp lý (cụ thể như quyền của người thiểu số, quyền tự trị) và chính trị, thì sẽ tạo ra xu hướng giảm thiểu hoặc loại bỏ yếu tố “người thắng có tất cả” trong chính trị. Kinh nghiệm cho thấy tầm quan trọng của việc thiết lập cơ cấu tiền đề thay vì sử dụng xung đột như là nền tảng để bắt đầu cải tổ hiến pháp. Thất bại trong việc có thể chế tốt có thể ảnh

Nhiều khả năng không thể bắt đầu xây dựng hiến pháp trước khi có hiệp ước hòa bình hoặc tình trạng an ninh được thiết lập tạm thời, nhưng nếu đặt ưu tiên cao nhất cho việc đạt được hòa bình bằng mọi giá cũng sẽ gây nhiều rủi ro cho việc xây dựng hiến pháp, như ví dụ về Hiệp định Hòa bình Dayton.

hưởng xấu đến việc xây dựng hiến pháp và tái lập xung đột.

Bạo lực leo thang trong xã hội có thể làm phương hại đến năng lực của chính phủ và thể chế bởi vì xung đột đã làm mất đi các nguồn lực hoặc loại

bỏ những người điều hành có năng lực. Bạo lực cũng có thể khiến cho chính phủ mặc dù vẫn có thể điều hành được đất nước nhưng lại thiếu đi tính chính danh cần thiết. Cả hai trường hợp đều khiến cho công dân không được đảm bảo các nhu cầu tối thiểu, và khiến họ dễ bị tổn thương với những biến động bao gồm cả thiên tai, dẫn đến tình trạng nghèo đói và sống trong vòng luẩn quẩn của xung đột bạo lực.

Những thách thức bao gồm:

- Nhiều khả năng không thể bắt đầu xây dựng hiến pháp trong một đất nước trước khi có hiệp ước hòa bình hoặc tình trạng an ninh được đảm bảo tạm thời để ngăn ngừa những xung đột bạo lực và tạo điều kiện cho những nhà lập pháp bắt đầu công việc. Việc tái thiết hòa bình trước khi xây dựng hiến pháp có nhiều hình thức khác nhau, nhưng một cách tổng quan, nó cần có để đảm bảo quá trình đó được tiến hành, hoặc thậm chí đi xa hơn đến các chi tiết được ghi nhận trong hiến pháp. Xây dựng hiến pháp tại Afghanistan là ví dụ cho cách thứ nhất: Hiệp ước Bonn năm 2001 đã được đề cập đến việc xây dựng hiến pháp như là bước thứ tư trong lộ trình hòa bình để tái lập thể chế ổn định cho quốc gia này. Tại Nepal, một Hiến pháp Lâm thời được các đảng phái chính trị thông qua vào năm 2006 đã đề ra những mục tiêu cụ thể cho nhà lập hiến, gọi là khung hiến pháp cho một nền cộng hòa dân chủ liên bang. Mozambique có thể coi là một ngoại lệ vì từ khi chính phủ được thành lập đã đưa ra một bản hiến pháp dân chủ hơn vào năm 1990 để gây áp lực lên lực lượng chống đối và tiến một bước xa hơn trong việc đàm phán. Trên thực tế, Nghị định thư tổng quan về hòa bình và được kí kết sau năm 1991 đã có giá trị hơn về mặt chính trị nhưng lại có hiệu lực thấp hơn một bản Hiến pháp.

- Khả năng tiếp cận dễ dàng với các nguồn cung cấp vũ khí rộng khắp khiến cho chi phí để tiến hành các hoạt động bạo lực giảm đi và có thể châm ngòi cho những bất đồng trong quá trình xây dựng hiến pháp.

- Việc ưu tiên để có hòa bình bằng mọi giá có thể kéo theo những rủi ro cho quá trình xây dựng hiến pháp. Ví dụ, ưu tiên giải quyết bạo lực và bất ổn bằng phương thức đồng thuận có thể ảnh hưởng đến cả quá trình xây dựng hiến pháp. Các đảng phái trong Hiệp ước Hòa bình Dayton năm 1995 đồng ý rằng Hiến pháp của Bosnia và Herzegovina là một phụ lục đính kèm hiệp ước hòa bình. Đổi lại, cách tiếp cận này không tạo cơ hội cho người dân và những nhà soạn thảo hiến pháp có những cân nhắc cần thiết về mặt chính trị, và có thể coi là yếu tố gây nên khó khăn trong việc thực thi hiến pháp tại đây.

- Việc ghi nhận những mong mỏi của những người mà quyền con người bị xâm phạm nghiêm trọng và của những người quan tâm đến các biện pháp tái lập cuộc sống và công lý trong bản hiến pháp cũng có thể gây nhiều thách thức. Nhiều công dân có thể ở trong hoặc ngoài lãnh thổ, do vậy, để có sự tham gia của họ vào việc xây dựng hiến pháp, chi phí an ninh và hậu cần có thể tăng lên.

- Mặc dù xây dựng hiến pháp đòi hỏi sự kiên nhẫn, nhưng mối đe dọa về bạo lực khiến cho một số vấn đề cần được giải quyết nhanh chóng. Khung thời gian cho quá trình hòa bình và những cột mốc quan trọng cần phải được cung cấp cho đông đảo người dân và tăng cường sự trao đổi trong nhân dân để có những giải pháp cho hiến pháp, như đã làm tại Iraq (trong quá trình xây dựng Hiến pháp 2005).

- Các nhà lập hiến nếu chỉ đề cập đến hóa giải xung đột để tránh đổ vỡ trong xây dựng chính phủ sẽ phải đối mặt với thách thức lớn, bao gồm việc quá tập trung vào phân chia quyền lực nhằm xoa dịu các nhóm vũ trang và quân nổi dậy, do đó hi sinh tính giải trình trong bầu cử để bảo vệ sự ổn định. Ngoài ra, tham nhũng và lạm quyền cũng có sẽ trở

nên nghiêm trọng hơn nếu chỉ chú trọng hướng về giảm bạo lực hơn là quan tâm đến xây dựng hiến pháp cho một chính phủ có trách nhiệm hơn.

• Với mọi nỗ lực tập trung vào giảm thiểu tính dễ đổ vỡ của một chính phủ, các nhà lập hiến có thể có ít thời gian hơn để hình thành một khung pháp lý định hướng cho

Các nhà lập hiến nếu quá quan tâm đến việc hóa giải xung đột vì sợ sự đổ vỡ của chính phủ thì sẽ phải đối mặt với thách thức lớn, bao gồm việc quá tập trung vào chia sẻ quyền lực nhằm xoa dịu các nhóm vũ trang và quân nổi dậy. Khi có thể, việc tái thiết hòa bình nên tách rời khỏi việc xây dựng hiến pháp.

những yếu tố khác tham gia vào quá trình này. Ngược lại, trong một số hoàn cảnh, các nội dung của xây dựng hiến pháp lại là tiền đề cho việc giảm thiểu tính dễ đổ vỡ này.

• Trong hoàn cảnh tiến hành xây dựng hiến pháp khi bạo lực vẫn hoành hành thì trong giai đoạn khởi động, những người xây dựng hiến pháp sẽ phải đối mặt

với khó khăn trong việc đảm bảo rằng việc thiết lập hòa bình, theo một nghĩa hẹp là ngừng tranh chấp vũ trang, không chi phối toàn bộ thỏa thuận cuối cùng về hiến pháp. Kinh nghiệm cho thấy có những cách giải quyết tốt như trong hộp.

Gợi ý một số thực tiễn tốt

- Thiết kế quá trình xây dựng hiến pháp thành hai bước: (i) Lập kế hoạch xây dựng hiến pháp lâm thời hoặc chuyển đổi, chú ý tính ổn định và gồm cả quá trình thiết lập hòa bình; và (ii) xây dựng hiến pháp cuối cùng với trọng tâm đặt vào những mục tiêu dài hạn về thể chế.
- Xác định xem liệu một số giải pháp về hiến pháp riêng biệt nào đó nhằm ngăn chặn hoặc phòng ngừa bạo lực có đồng thời giải quyết hiệu quả những vấn đề hiến pháp khác hay không, ví dụ như phòng chống tham nhũng, bảo đảm tính tin cậy của chính phủ và ngăn ngừa những vi phạm quyền con người nghiêm trọng.
- Khi có thể, nên tách biệt quá trình thiết lập hòa bình khỏi quá trình xây dựng hiến pháp nhằm ngăn ngừa việc lấn át và giúp cho công tác chuyên môn được tập trung và mọi vấn đề hiến pháp đều nhận được sự quan tâm thích đáng. Những người thực hiện cũng nên cho môi giới quyền lực kiểm tra một vài vấn đề sau đó.

2.2. Nhu cầu về dân chủ

Dân chủ là một yếu tố quan trọng của một bản hiến pháp chính danh và cần phải được đề cập một cách hệ thống trong suốt quá trình xây dựng hiến pháp nhằm giải quyết

các tranh chấp xã hội. Ở mức độ thấp nhất, dân chủ đảm bảo sự bình đẳng giữa các công dân và sự tham gia hiệu quả của họ vào việc điều hành chính phủ, thông qua cơ chế đại diện hoặc tham dự vào quy trình đưa ra quyết định của chính phủ. Cuốn “Công cụ đánh giá thực trạng dân chủ” do Viện quốc tế về dân chủ và hỗ trợ bầu cử (IDEA quốc tế) đã đưa ra bộ 14 câu hỏi để các nhà lập hiến có thể hình dung các phương diện khác nhau trong việc thiết kế bản hiến pháp.

• Mỗi tương tác giữa những chủ thể gây thay đổi và những lợi ích thể chế của họ có thể tác động đến quá trình dân chủ hóa. Tại Ấn Độ, đại diện theo tỉ lệ của các nhóm thiểu số tại Quốc hội Lập hiến phải chịu sự áp đảo của Quốc hội Ấn Độ, song đã thành công trong việc đưa một số điều khoản vào Hiến pháp của Ấn Độ (1949). Những điều khoản này theo thời gian đã được mở rộng thêm bởi các phong trào đòi công lý xã hội mà cũng được chính hiến pháp này cho phép. Như vậy, xây dựng hiến pháp mà bao gồm và cho phép sự tham gia của mọi nhóm hợp pháp, các nhân tố khác nhau thì có thể dẫn đến những lựa chọn hợp thức nhằm củng cố hơn là làm phương hại đến dân chủ hóa. Những chủ thể tham gia này có thể đề ra những tiêu chí để đánh giá hiệu quả hoặc mức độ dân chủ của việc xây dựng hiến pháp.

Việc xây dựng Hiến pháp bao gồm và cho phép sự tham gia của tất cả các nhóm, các bên hợp pháp thường dẫn đến việc lựa chọn thiết chế tăng cường quá trình dân chủ hoá.

Có những cách thức và quá trình đặc biệt về mặt thể chế góp phần củng cố tính dân chủ, mặc dù còn phụ thuộc nhiều vào từng bối cảnh. Những cách thức và quá trình này bao gồm việc bảo vệ quyền con người, cụ thể như khả năng tiếp cận thông tin chính thức, mức độ tập trung và phân quyền về chính trị, hành chính và kinh tế, mối quan hệ giữa các nhánh quyền lực hành pháp và lập pháp, tất cả sẽ được nói đến trong các chương tiếp theo của Tài liệu này. Những khó khăn trong việc thực hiện những thể chế ở giai đoạn ban đầu thường bao gồm:

- Khó khăn do thiếu các thể chế dân chủ để bắt đầu xây dựng hiến pháp.
- Thông thường, cần quan tâm chú ý rất nhiều đến hệ thống bầu cử để thể hiện tính đại diện trong quá trình xây dựng hiến pháp. Những xung đột mới có thể nảy sinh trong quá trình chọn lựa.
- Cần có một khung pháp lý mới về việc bầu thành viên các cơ quan chính xây dựng hiến pháp; tuy nhiên, trong những cơ quan đó, các quy định về thủ tục cần phải được đề cao nhằm đảm bảo quá trình đưa ra quyết định được dân chủ.
- Trong một số trường hợp, xây dựng hiến pháp cần có biện pháp thỏa hiệp với phe bảo thủ nhằm thúc đẩy quá trình chuyển đổi. Tuy vậy, những thỏa hiệp này lại có thể dẫn đến việc không đảm bảo được tính dân chủ của bản hiến pháp. Nếu các thành viên của nhóm bảo thủ đòi hỏi các giải pháp đôi bên cùng có lợi trong bản hiến pháp mới, vai trò của họ trong vị trí lãnh đạo thường làm giảm đi cơ hội cho những người khác. Thỏa thuận này cũng có thể đi ngược lại những cam kết mang tính nguyên tắc, làm tổn hại nhiều điều khoản và thậm chí là bất công.

• Không phải tất cả mọi thành viên tham gia đều mong muốn xây dựng hiến pháp gắn liền với dân chủ ngay cả khi họ đồng ý tham gia vào quá trình dân chủ trong xây dựng hiến pháp. Họ có thể làm tổn hại đến quá trình dân chủ hóa để có nhiều quyền lực hơn là quan tâm đến quá trình thúc đẩy khả năng kiểm soát chính phủ của người dân.

• Các nhà lập hiến cũng cần biết rằng những phe phái chính trị khác nhau cũng có thể sử dụng quá trình xây dựng hiến pháp để tăng cường lợi ích trong thể chế nhà nước mới. Một mối nguy hại ngày càng lớn đối với nền dân chủ nằm ở chỗ những thể chế mới có thể được sử dụng để tạo ra các khuôn khổ hiến định cho đặc quyền, và hệ quả có thể là những xung đột về lợi ích lại gia tăng.

• Cuối cùng, dân chủ hóa có thể được xây dựng ngay cả khi soạn thảo hiến pháp bị kiểm soát bởi một đảng phái hoặc nhóm chính trị riêng lẻ. Trong một số trường hợp, một đảng đa số đề ra các nguyên tắc cho hiến pháp hoặc tự mình soạn thảo bản hiến pháp.

Điều đáng lo ngại là khi đó, toàn bộ quá trình này sẽ chỉ tập trung vào quyền lực và đặc quyền cho nhóm đa số hơn là giải quyết những vấn đề cân bằng lợi ích trong hiến pháp.

Cần phải nhấn mạnh rằng mối quan hệ qua lại của nền dân chủ cũng rất quan trọng trong việc xây dựng hiến pháp. Nếu các nhà lập hiến hướng đến việc gắn liền dân chủ hóa với phát triển kinh tế, câu hỏi đặt ra sẽ là: liệu xây dựng hiến pháp có giúp gì cho người nghèo? Câu trả lời có thể phụ thuộc vào việc liệu xây dựng hiến pháp là nhằm giữ nguyên trạng hay là hướng đến những quan hệ chính trị, xã hội và kinh tế mới, ví dụ như phá bỏ chế độ cai trị phong kiến hoặc đặt ra các mục tiêu chính trị liên quan đến quyền lợi kinh tế của nhóm yếu thế. Nếu trong quá trình xây dựng hiến pháp, dân chủ được sử dụng để định hướng trong giải quyết các xung đột thì cần phải có quan điểm dài hơi hơn là chỉ đáp ứng những nhu cầu tức thời của một nhóm nào đó. Những bất công tồn đọng từ bản hiến pháp cũ có thể là dấu hiệu của sự thất bại cho việc xây dựng một bản hiến pháp mới.

Trong một số trường hợp, xây dựng hiến pháp đòi hỏi phải có những thỏa hiệp với phe bảo thủ nhằm thúc đẩy sự chuyển đổi, nhưng sự thỏa hiệp này lại có thể làm tổn hại đến nền dân chủ. Các phe phái chính trị khác nhau có thể tận dụng quá trình xây dựng hiến pháp để tăng cường lợi ích của bản thân họ.

Ưu tiên cho bầu cử ngay sau khi thông qua hiến pháp có thể dẫn đến rủi ro biến quá trình dân chủ hóa thành cạnh tranh trong bầu cử. Dân chủ hóa trong hoạt động xây dựng hiến pháp là một quá trình phức tạp hơn, đòi hỏi sự đồng thuận của nhiều nhóm lợi ích.

3. Thách thức trong việc thiết kế quá trình xây dựng hiến pháp

Thời điểm bắt đầu xây dựng hiến pháp thường được xem như “sự khởi đầu mới”. Đây cũng là thời điểm tương đối hiếm hoi để mọi người coi như cơ hội lịch sử nhằm tái thiết những nguyên tắc nền tảng và cơ bản về chính quyền và các “định hướng chính trị”. Tiến trình xây dựng hiến pháp cũng được phân tách khỏi một quá trình bao quát hơn của chuyển đổi sau xung đột hay dân chủ hóa như đã đề cập ở trên.

Để có được kết quả tốt nhất, yêu cầu đặc biệt quan trọng là phải có các quyết định về cả lộ trình thay đổi hiến pháp và hoạch định những vấn đề căn bản ngay tại giai đoạn khởi đầu trong việc xây dựng hiến pháp. Một số vấn đề đặt ra có thể là:

Những quyết định trong giai đoạn đầu của quá trình xây dựng Hiến pháp cả về quy trình lẫn nội dung đều có ý nghĩa then chốt.

- Mức độ thay đổi
- Việc sử dụng các phương thức chuyển giao lâm thời
- Các vấn đề về công lý trong giai đoạn chuyển đổi
- Yếu tố dân chủ trong quá trình
- Sự tham gia của người dân; và
- Vai trò của các nhân tố bên ngoài.

3.1. Mức độ sửa đổi

Các nhà lập hiến có thể thiết kế những thay đổi lớn khi soạn thảo một bản hiến pháp mới thay thế cho bản cũ, tạo lập trật tự hiến pháp mới. Trong các trường hợp ngược lại, thay đổi hiến pháp được tiến hành dần dần bằng việc điều chỉnh hiến pháp hiện hành. Những cải cách dần dần sẽ tích tụ và nhất định phải phản ánh trật tự hiến pháp mới, hoặc ít nhất một trật tự hiến pháp khác biệt cơ bản.

Thay đổi hiến pháp có thể là sự thiết lập một hiến pháp hoàn toàn mới thay thế cho bản cũ, nhất là khi quốc gia đó trải qua một quá khứ cần đoạn tuyệt, hoặc là sự thay đổi dần dần bản hiến pháp hiện hành.

Những trải nghiệm về xung đột hoặc chế độ độc tài có thể được đề cập đến để củng cố thêm nhu cầu đoạn tuyệt với quá khứ. Nam Phi đã từng trải qua một quá khứ của sự chia rẽ chủng tộc dưới thời Apartheid, hoặc Campuchia và Rwanda đã từng gánh chịu nạn diệt chủng, đó là những ví dụ rõ ràng về một quá khứ không ai muốn quay trở lại. Tại Iraq, chính quyền bị tiêu diệt bằng các biện pháp quân sự. Xây dựng hiến pháp được kì vọng là biểu tượng, nếu không nói là sự thể hiện của việc đoạn tuyệt với quá khứ. Trong các trường hợp này, mức độ thay đổi trở nên rất quan trọng trong việc tái thiết các thể chế nhà nước. Một số quốc gia khác cũng có nhu cầu về mức độ thay đổi tương tự do trải qua những thất bại trong xây dựng nhà nước, ví dụ như Afghanistan.

Ngược lại, cũng có những trường hợp sau chế độ độc tài hoặc sau xung đột, nhà lập hiến phải đáp ứng yêu cầu thay đổi và nhận diện bản chất của sự thay đổi, hoặc là khôi phục các truyền thống cũ hoặc giữ lại một vài yếu tố của bản hiến pháp cũ trong bản hiến pháp mới. Indonesia trong giai đoạn cải tổ đã quay trở lại bản Hiến pháp 1945 với những nguyên tắc chung của nó (xem chương 2), và sửa đổi hiến pháp rất nhiều lần, điều chỉnh chứ không hoàn toàn vứt bỏ những nội dung cũ.

Do đó, mức độ thay đổi có thể được xem như nội dung về việc thay đổi hoàn toàn hoặc thay đổi tuần tự dần dần. Điều đó phụ thuộc vào cách thức nào để thực hiện trong các hoàn cảnh cụ thể. Tại Afghanistan, những tranh luận ở Đại hội đồng lập hiến diễn ra các năm 2003 và 2004, với các ý tưởng ban đầu ủng hộ chế độ bán-tổng thống với cả tổng thống và thủ tướng, dần chuyển dịch sang quan điểm ủng hộ chế độ tổng thống. Sự biến

chuyển đó rõ ràng nhằm đảm bảo hoạt động hành pháp, mặc dù nhiều người tham gia xây dựng hiến pháp cho rằng chế độ nghị viện sẽ tạo nên nền tảng vững chắc hơn cho việc điều hành đất nước về lâu dài. Tại lễ công bố Hiến pháp mới, Tổng thống đã đề nghị, phạm vi thay đổi trong thời gian đầu cần tập trung vào việc xây dựng nhà nước và thiết kế chính phủ theo chức năng, bên cạnh đó, trong vòng 10 năm sau, các vấn đề này có thể được xem xét lại nếu thực tiễn cho thấy cần lựa chọn chế độ nghị viện. Như vậy, tại Afghanistan, trên thực tế, câu hỏi về mức độ thay đổi và khoảng thời gian diễn ra thay đổi xuất phát từ những quan ngại hiện tại hơn là do cái nhìn lâu dài về các nhu cầu của Afghanistan đã được đề cập trong Hiến pháp. Thực tế đó cũng chứng minh rằng mức độ thay đổi hiến pháp do yêu cầu cần thỏa hiệp với các yếu tố cũ còn tồn tại và sự phát triển lớn mạnh của các nhóm đa số đang ngày càng tham gia mạnh mẽ vào chính trường.

Trong trường hợp của Kenya, nhu cầu về sự thay đổi tổng thể nội dung hiến pháp đã đề ra từ năm 1997. Một ủy ban đã được thành lập để thu thập các quan điểm và soạn thảo hiến pháp. Năm 2004, Hội nghị quốc gia được thành lập gồm các nghị sỹ và đại diện của các nhóm khác nhau để thảo luận về dự thảo hiến pháp. Trong giai đoạn này, những bất đồng về nội dung chính ngày càng gay gắt khiến cho nhiều bên tham gia đã rút khỏi cơ quan này. Hệ quả là, đảng của chính phủ đã thay đổi nội dung dự thảo hiến pháp, đặc biệt là thay đổi chế độ bán-tổng thống bởi chế độ tổng thống toàn diện và hạn chế phân quyền, và đưa dự thảo ra trưng cầu dân ý. Tháng 11 năm 2005, dự thảo đưa ra trưng cầu dân ý bị từ chối với 58% phiếu chống. Sau sự kiện bạo lực liên quan đến bầu cử năm 2008, một chính phủ đại liên minh được thành lập để chia sẻ quyền lực. Trong giai đoạn cải tổ nhằm ngăn ngừa bạo lực tiếp diễn, việc hoàn thành sửa đổi hiến pháp là ưu tiên thứ tư. Một ủy ban các chuyên gia được thành lập để điều hòa những khác biệt về các vấn đề chính yếu đang tranh cãi. Một lần nữa, chế độ bán-tổng thống lại được đưa ra, nhưng lần này đã bị ủy ban quốc hội của liên minh chính phủ bác bỏ, thay vào đó là chế độ tổng thống toàn diện, nhưng cam kết sẽ tăng cường sự phân quyền về thể chế và dịch vụ. Hiến pháp được thông qua bằng cuộc trưng cầu dân ý năm 2010 với gần 70% những người tham gia ủng hộ. Trường hợp này cho thấy, hiến pháp được định hướng thay đổi căn bản nhưng vẫn phụ thuộc vào các thỏa hiệp chính trị của tất cả những ai muốn chế độ cũ tiêu vong. Tại Kenya, việc đi đến thống nhất giữa các tầng lớp chính trị phải trải qua cả thập kỷ và được đẩy mạnh bởi nhu cầu ngăn ngừa bạo lực sau sự kiện năm 2008. Tại Nam Phi, việc thống nhất về mức độ thay đổi hiến pháp cũng phải mất 6 năm từ 1990 đến 1996 mới hoàn thành và trải qua hai hiệp ước dân chủ thất bại, một hiến pháp lâm thời và chính phủ của nhà nước thống nhất theo hiến pháp lâm thời đó. Tại Guatemala, thất bại trong việc lôi kéo các nhóm vũ trang vào hội đàm khiến cho quá trình cải tổ hiến pháp không thể hoàn thành và tranh chấp xã hội lại tiếp diễn làm cho các bên không thể ngồi lại để bàn về mức độ cải tổ hiến pháp. Như vậy, câu hỏi về mức

Mức độ thay đổi hiến pháp phụ thuộc vào yếu tố nào là căn bản trong từng trường hợp cụ thể. Mức độ thay đổi phụ thuộc vào thời gian và sự đồng thuận của các bên chủ chốt trong việc chấp thuận các quy tắc, thể chế và quy trình mới.

độ thay đổi chỉ có thể được giải đáp nếu gắn nó với sự linh hoạt về thời gian và cần phải có sự đồng thuận của các đảng phái chính trong việc cải tổ hiến pháp về những quan điểm, thể chế và quá trình mới.

Trong một số trường hợp, nhà lập hiến cũng có thể tận dụng những thể chế và nguyên tắc hiện hành để hỗ trợ công việc của mình. Điều này đặc biệt hữu ích khi có nghị viện hiện hành với tính chất chính danh của mình có thể thúc đẩy quá trình đi đến đích.

Bảng 1. Tiến trình xây dựng hiến pháp từ 1975 đến 2002: Các sự kiện hoặc thể chế khởi động quá trình

Loại quá trình	Tỉ lệ phần trăm
a. Chịu ảnh hưởng của hành pháp	23%
b. Thương lượng hòa bình/bàn tròn	5,6%
c. Hội nghị quốc gia/cơ quan lập pháp chuyển đổi	7,2%
d. Cơ quan lập pháp hoặc Quốc hội lập hiến	62,2%

Nguồn: Jennifer Widner, Đại học Princeton.

Điều đáng chú ý là nghị viện có thể là chủ thể đưa ra được con đường duy nhất để thay đổi hiến pháp. Lợi thế của nghị viện ở chỗ các nhà lập hiến không phải tập trung vào việc hình thành các thể chế mới với sự ủng hộ chính trị của các bên hiện hành hoặc mới xuất hiện. Nghị viện có thể tạo nên một môi trường ổn định cho sự chuyển giao, thiết lập hoặc duy trì tính pháp lý bên cạnh tính chính danh. Tuy nhiên, những nghị viện như vậy cũng có ba hạn chế sau. *Thứ nhất*, nghị viện, như bất kỳ một chủ thể nào khác cùng tham gia quá trình thương lượng về hiến pháp, đều có những lợi ích về mặt thể chế khi nắm quyền kiểm soát đối với quá trình này, tuy không phải luôn luôn, nhưng cũng gây thiệt thòi cho các chủ thể khác. Nguy cơ ở chỗ nghị viện sẽ chỉ tập trung vào củng cố quyền lực của mình. *Thứ hai*, nghị viện tập hợp các đảng chính trị. Trong nhiều trường hợp, các đảng phái này thiếu cơ chế dân chủ nội bộ và rất dễ bị áp đảo bởi nhóm nhỏ lãnh đạo. Do tầm quan trọng của xây dựng hiến pháp, các bên liên quan có thể phản đối việc các nhóm nhỏ đưa ra các quyết định về các vấn đề quan trọng. Thứ ba, các đảng chính trị trong nghị viện thường ủng hộ cơ chế đảng phái và cơ chế bầu cử có lợi cho họ trong bầu cử. Do cơ chế đảng phái và bầu cử sẽ quyết định việc phân chia quyền lực, thái độ đó sẽ làm méo mó khuôn khổ hiến pháp, làm tổn hại dân chủ và sự ổn định, đặc biệt nếu các bên bị loại bỏ quay lại với tranh chấp vũ trang và bạo lực.

Thậm chí các cơ quan hoàn toàn mới được thành lập để xây dựng hiến pháp cũng nhắm đến những lợi ích thể chế của riêng mình. Ví dụ, Quốc hội lập hiến được bầu ở Ấn Độ và Israel đã cùng

Những người xây dựng hiến pháp cần đoán định được các lợi ích thể chế để lựa chọn theo đó mà đạt được các mục tiêu về Hiến pháp. Nghị viện hiện hành mặc dù có thể bảo đảm tính pháp lý và hợp lệ cho quá trình xây dựng hiến pháp, nhưng vẫn muốn có lợi ích thể chế của mình, cũng như các cơ quan mới được thành lập để xây dựng hiến pháp.

có thêm quyền lập pháp trước khi chuyển sang cơ quan lập pháp thông thường. Do vậy, các nhà thực tiễn cần biết trước là sẽ có những lợi ích về thể chế nhằm đến các mục tiêu hiến định. Còn các nhà lập hiến cũng cần nhận biết những lợi ích riêng của mình trong xây dựng hiến pháp, điều mà có thể ảnh hưởng đến việc thiết kế các thể chế và quá trình xây dựng hiến pháp.

3.2. Thỏa thuận tạm thời

Có hiến pháp được xây dựng trong hoàn cảnh chịu ảnh hưởng của tranh chấp hoặc sau thời gian khủng hoảng kéo dài - thời điểm không phải là cơ hội tốt để soạn thảo hiến pháp. Khó khăn ở đây là làm sao thay đổi càng nhiều càng tốt và thể hiện sự đoạn tuyệt với quá khứ. Trong bối cảnh này, có các thỏa thuận tạm thời dưới nhiều hình thức và trong một số trường hợp có thể coi là biện pháp chuyển đổi.

Các biện pháp tạm thời chỉ trong ngắn hạn: chúng được đưa ra để (a) giúp cho các nhà lập hiến làm công việc của mình dựa trên nền tảng của một khung pháp lý và chính trị mới để thay đổi nhưng ít đổ vỡ, và (b) mở ra một môi trường xây dựng hiến pháp với các điều kiện ổn định để tăng cơ hội hoàn thành và phát triển hiến pháp mới.

Các thỏa thuận tạm thời có thể giúp các bên định hình hiến pháp. Nhưng để có thỏa thuận được chấp thuận là thách thức lớn. Tương tự, cũng sẽ gặp khó khăn trong việc thống nhất về lộ trình và thời hạn của thỏa thuận tạm thời, bao gồm cả mối quan hệ giữa thỏa thuận này với những thỏa thuận về hiến pháp trong dài hạn. Bản thỏa thuận cuối cùng có thể được hình thành nên chủ yếu từ đây, với các nguyên tắc và định hướng cần thiết, và thậm chí với mức độ cam kết sâu rộng hơn. Bản Hiến pháp tạm thời của Nepal (2007), là sự thỏa thuận nhằm chấm dứt 10 năm tranh chấp vũ trang, cũng đã chuyển đổi cấu trúc nhà nước từ phong kiến thống nhất thành cộng hòa liên bang và định hướng cho việc bầu cử quốc hội để soạn thảo hiến pháp mới. Tại Nam Phi, bản Hiến pháp tạm thời ghi nhận 34 nguyên tắc cho bản Hiến pháp cuối cùng.

Thời điểm mà sự thù địch hoặc cuộc khủng hoảng vừa kết thúc không phải là thích hợp nhất để soạn thảo Hiến pháp. Thỏa thuận tạm thời có thể thúc đẩy việc định hình một bản Hiến pháp giữa các xung đột, nhưng việc xây dựng một bản Hiến pháp sẽ là một thử thách.

Tùy hoàn cảnh mà thời hạn cho các thỏa thuận tạm thời được đưa ra. Nepal và Nam Phi có thời gian là hai năm để soạn thảo hiến pháp (tại Nepal có sự gia hạn thời gian). Các quốc gia khác có thể có khoảng thời gian ngắn hoặc dài hơn. Mặc dù việc xác định thời gian chủ yếu là từ những đòi hỏi thực tiễn, các nhà lập hiến phải dự trù khoảng thời gian hợp lý cho những thương lượng chính trị mà thiếu chúng thì rủi ro thất bại sẽ tăng lên đáng kể.

Cả hai cách thức thay đổi tổng thể hoặc tuần tự đều đòi hỏi phải có thời gian chuyển giao để hoàn thành. Sự tuần tự cũng rất quan trọng trong việc giúp cho các đảng phái tập trung hơn vào mục tiêu lâu dài và đi đến thống nhất lợi ích bởi vì đang cùng chung tay lo xây dựng hiến pháp. Nhiều người đã cố gắng tách biệt từng giai đoạn theo trật tự để đạt

mục đích này, và họ lựa chọn hoặc loại bỏ một số nhóm lợi ích trong các giai đoạn khác nhau. Chiến lược này luôn gặp trở ngại vì sẽ khiến cho một số nhóm không nắm được toàn cảnh vấn đề.

3.3. Công lý trong giai đoạn chuyển giao

Giải quyết ôn hòa yêu cầu về công lý trong giai đoạn chuyển giao có thể làm phức tạp hơn quá trình xây dựng hiến pháp vốn đã khó khăn sau xung đột hoặc chia rẽ sâu sắc. Vấn đề đặt ra ở đây bao gồm: Chúng ta phải giải quyết như thế nào với quá khứ? Chúng ta học được gì từ việc cùng chung sống với kẻ thù cũ hoặc tội phạm? Làm sao chúng ta có thể tái hòa nhập hoặc tha thứ? Sau xung đột, các nhà lập hiến chứng kiến sự chia rẽ giữa những nhà lãnh đạo cũ, những chiến binh, nạn nhân của vi phạm quyền con người và những người ủng hộ họ, có thể là gia đình, bạn bè và các tổ chức xã hội dân sự. Sự hàn gắn này đòi hỏi phải quên đi những mối hận thù và bi kịch sâu sắc, xem xét lại các yếu tố lịch sử dẫn đến quá trình phạm tội, có thể như là một phần của quá trình tái hòa nhập hoặc giải pháp công lý cơ bản đối với bạo lực và tội ác. Thách thức thực sự ở đây là cần phải phục hồi thành công toàn bộ xã hội mà không chia cắt đất nước, đặc biệt là khi xung đột lâm vào thế bất phân thắng bại, buộc các bên phải giải quyết bằng thương lượng.

3.4. Tính đại diện

Trong xây dựng hiến pháp, có được sự đại diện đầy đủ là một điều lý tưởng. Về lý thuyết, yếu tố đó rất quan trọng để bảo đảm tính chính danh của quá trình. Xây dựng hiến pháp dân chủ được coi là gắn liền với ổn định cũng như các thành quả phải được đồng đạo người dân công nhận và nhờ đó thì hiến pháp mới có thể được thực thi và trường tồn. Những nhà lập hiến nào đã tập trung vào việc tăng tỉ lệ đại diện thì cũng sẽ từ chối việc soạn thảo và thông qua hiến pháp một cách bí mật. Thay vào đó, các phương án khác nhau được bàn luận để có được đại diện của mọi tầng lớp xã hội, chẳng hạn như Quốc hội lập hiến Nepal. Xây dựng hiến pháp dân chủ được xem như một quá trình trao đổi, cần một khoảng thời gian thích hợp và các điều kiện ổn định.

Hiến pháp dân chủ có thể được xây dựng thông qua thể chế và thủ tục. Trong số các công cụ về thể chế có các diễn đàn trao đổi dạng hội nghị quốc gia như một số nơi ở châu Phi. Các diễn đàn đó đã được các đảng phái chính trị tại Benin, Ghana và Mali tổ chức và coi như một cách thức để có tiếng nói đại diện của các nhóm trong việc sửa đổi hiến pháp theo hướng dân chủ hơn. Khi việc quá trình này không được bảo đảm và các cuộc đối thoại không hiệu quả, xung đột sẽ gia tăng như trường hợp của Mali. Trong trường hợp của Benin, nơi mà những thảo luận về hiến pháp thành công hơn, kết quả của các cuộc thảo luận đó sẽ đóng góp nhiều hơn vào việc quản lý đất nước theo hướng dân chủ.

Tính đại diện đầy đủ trong quá trình xây dựng Hiến pháp là rất quan trọng đối với tính chính đáng của tiến trình. Đại diện thiên lệch sẽ kèm theo các rủi ro khi mà các cuộc thảo luận có thể bị khống chế bởi quyền lợi thiên lệch của một phe đa số hoặc bị méo mó xung quanh quyền lực và đặc quyền của nhóm đa số.

Hội nghị lập hiến cũng là yếu tố cần được xem xét. Hội nghị được xem là nơi thể hiện tính đại diện cao bởi được tổ chức thông qua lựa chọn hoặc chỉ định với mục tiêu duy nhất là soạn thảo, tranh luận và thống nhất về hiến pháp. Nó khác với quốc hội lập hiến là cơ quan được bầu ra với mục đích xây dựng hiến pháp nhưng đồng thời cũng để thực hiện chức năng lập pháp, giám sát quyền hành pháp, bảo đảm tính giải trình. Các quốc gia chịu ảnh hưởng của cách tiếp cận xây dựng hiến pháp của người Pháp thường sử dụng quốc hội lập hiến; và đây cũng được coi là cách thức truyền thống xây dựng hiến pháp ở châu Mỹ Latinh. Với tính chất của hai cơ quan khác nhau vận hành cùng nhau, quốc hội lập hiến có thể có cách tiếp cận vì mục tiêu lâu dài khi giải quyết các vấn đề của hiến pháp, không bị ảnh hưởng bởi chức năng lập pháp và chính trị thông thường. Tuy nhiên, mâu thuẫn giữa quốc hội lập hiến và cơ quan lập pháp có thể gây ra sự tê liệt về thể chế hoặc của chính phủ, thậm chí dẫn đến xung đột bạo lực. Điều đó đã xảy ra ở một số nước châu Mỹ Latinh, khi các quốc hội lập hiến được bầu riêng so với quốc hội lập pháp đã tìm cách tạo vị thế cao hơn và thậm chí là kiểm soát lại quốc hội lập pháp. Mặt khác, một cơ quan bao gồm cả quốc hội lập hiến và lập pháp cũng có thể gặp phải trở ngại trong hoạt động. Tại Nepal, do quốc hội lập hiến cũng đồng thời là cơ quan lập pháp, nó được giao chức năng sau đó là thành lập chính phủ - một nhiệm vụ vô cùng phức tạp bởi những khó khăn cần giải quyết về phân chia quyền lực và khả năng đồng thuận trong các quyết định. Cả hai chức năng này đều đòi hỏi mất thời gian, dẫn đến việc kéo dài quá trình soạn thảo hiến pháp ở Nepal.

Vấn đề cốt lõi đối với các diễn đàn nói trên là tính đại diện. Trong một số trường hợp, một đảng chiếm tỉ lệ đại diện cao sẽ áp đảo trong các cuộc thảo luận – đó là trường hợp của Mặt trận Cách mạng vì một Đông Timor độc lập (*Frente Revolucionaria de Timor-Leste Independente, Fretilin*) tại Đông Timor, Đảng Quốc đại ở Ấn Độ (1947-1949), Mặt trận yêu nước Rwanda và Mặt trận giải phóng người dân Eritrean tại Ethiopia. Sự đại diện phiến diện đó có thể dẫn đến nguy cơ các nhóm áp đảo sẽ chi phối các cuộc thảo luận, hoặc chỉ thảo luận về quyền lực và đặc quyền cho những nhóm áp đảo mà thôi. Để giải quyết vấn đề này, hệ thống bầu cử để lựa chọn thành viên cho cơ quan này trở nên rất quan trọng. Các quy định về bầu cử và tổ chức của Quốc hội lập hiến phải đầy đủ, chi tiết về tiêu chuẩn cho những công dân muốn trở thành thành viên của các tổ chức, đảng phái chính trị, liên kết lãnh thổ hoặc nhóm thiểu số hay những tiêu chuẩn nhận diện chính trị khác. Hệ thống bầu cử phải giải quyết cả vấn đề số lượng thành viên của cơ quan này. Quốc hội lập hiến của Bolivia được thành lập năm 2006 với 301 thành viên trong khi ở Nepal, con số này là 601 vào năm 2008. Tại Nam Phi, nơi mà Nghị viện quốc gia áp đảo Quốc hội lập hiến, các đảng thiểu số đã thành công trong việc yêu cầu Tòa án Hiến pháp có quyền thẩm định chứng thực mọi kết quả của Quốc hội lập hiến.

3.5. Sự tham gia của người dân

Vai trò của việc người dân tham gia vào quá trình xây dựng hiến pháp ngày càng được ghi nhận. Quan điểm chung cho rằng tính hợp thức của quá trình xây dựng hiến pháp và kết quả của nó chỉ có được khi người dân được tham vấn và ý kiến của họ được quan tâm. Tại Nam Phi, 2 triệu bản ý kiến được thu thập từ người dân khi xây dựng hiến pháp mới.

Những lợi ích của việc người dân tham gia xây dựng hiến pháp:

- Việc người dân có thể tham gia một cách dân chủ vào xây dựng hiến pháp sẽ cải thiện mối quan hệ giữa họ và chính phủ.
- Một cuộc trưng cầu dân ý sẽ làm tăng tính minh bạch và tin cậy bằng cách chia sẻ thông tin về hiến pháp cũng như quá trình xây dựng hiến pháp với cộng đồng.
- Người dân có thể tiếp cận và làm quen với nội dung của những vấn đề trong hiến pháp trước khi bỏ phiếu.

Những bất lợi:

- Sự tham gia của người dân vào quá trình này đòi hỏi chi phí tương đối cao, có thể tiêu tốn nguồn kinh phí vốn hạn hẹp mà có khả năng không tạo nên tính chính danh của bản hiến pháp.
- Các lực lượng chính trị có thể thao túng việc tham gia này bằng cách định hướng các câu hỏi cho cộng đồng hoặc thông qua những chiến dịch tác động đến việc bầu cử.
- Trong những xã hội đã bị chia rẽ bởi phân biệt chính trị, sự tham gia của người dân trở nên khó khăn, thì nhóm đa số về dân tộc hoặc tôn giáo có thể chấp nhận hoặc bác bỏ những đề xuất hiến pháp mà không cần đến ý kiến của nhóm còn lại.
- Sự tham gia của người dân có thể tăng thêm tính hợp thức cho các biện pháp dân túy nhưng lại xâm phạm quyền của các nhóm thiểu số.

Chất lượng thấp của việc người dân tham gia xây dựng hiến pháp tại các quốc gia vừa chầm dứt xung đột và những nơi mà người dân xa lạ với sự quản lý của chính phủ cho thấy cần phải có một chiến dịch giáo dục phổ thông. Cụ thể ở đây là giáo dục cho người dân có thể tăng cường chia sẻ quan điểm về bản dự thảo hiến pháp ở giai đoạn bắt đầu. Chất lượng của việc dân chúng tham gia vào quá trình có thể cao hơn nếu việc giáo dục được tiến hành bởi một cơ quan trung lập hơn là một phe phái tham gia xây dựng hiến pháp, bao gồm cả chính phủ. Tại Bolivia, Quốc hội lập hiến tổ chức cho người dân tham gia vào quá trình và thành lập các ủy ban thu thập các ý kiến công dân. Ở một số nơi khác, ví dụ như ở Uganda, một ủy ban độc lập được thành lập để giáo dục người dân và thu thập các quan điểm khác nhau.

Sự tham gia rộng rãi của công chúng ngày càng được xem là tăng thêm tính chính đáng cho quá trình xây dựng Hiến pháp, nhưng không có nghĩa nó sẽ tạo ra tính chính đáng tiếp theo của bản Hiến pháp; và nó cũng dễ bị thao túng.

Vai trò của cộng đồng cũng được ghi nhận rõ ràng ở giai đoạn thông qua hiến pháp. Một vài quy trình cho phép người dân tham gia ở giai đoạn trưng cầu dân ý để phê chuẩn hiến pháp cũng như thu thập ý kiến, ví dụ ở Afghanistan hay Kenya, nơi mà những lần phê chuẩn trước chỉ hoàn toàn do Quốc hội thực hiện. Tuy nhiên, việc tổ chức trưng cầu dân ý trong hoàn cảnh xã hội bị chia rẽ nghiêm trọng cũng cần sự chuẩn bị kỹ lưỡng để không làm tăng thêm sự chia rẽ đó trong cộng đồng.

Thực tế cho thấy là các nhóm đa số thường ảnh hưởng đến việc xây dựng hiến pháp, nên việc có được ý kiến và quan điểm của nhiều bên trong các thỏa thuận về hiến pháp sẽ phụ thuộc chủ yếu vào khung pháp lý và chính trị đảm bảo các cơ hội tốt cho các nhóm

thiếu số tham gia vào việc hình thành bất kỳ nội dung nào của hiến pháp. Tuy nhiên, ngay cả khi có một cơ chế mở cho các tranh luận chính trị, các nhóm đa số cũng vẫn kiểm soát các thỏa thuận về hiến pháp. Nếu quá trình này không có những đối thoại mở hoặc người dân không được tham gia phê chuẩn, việc xây dựng hiến pháp sẽ là sự phân chia quyền lực của các nhóm đa số theo lợi ích riêng của mình. Nếu sự ảnh hưởng của nhóm có quyền lực đến việc xây dựng hiến pháp là một vấn đề chính trị, thì kinh nghiệm cho thấy việc đối thoại mở có thể tăng cường tính chính danh của hiến pháp. Mặt khác, mở rộng “ngôi nhà” còn có thể thay đổi sự cân bằng và cấu trúc quyền lực thực sự mà các nhóm nắm quyền không tính đến hoặc không mong muốn.

Xây dựng hiến pháp không thể thiếu vai trò của người lãnh đạo. Câu hỏi đặt ra là làm thế nào để thúc đẩy vai trò của người lãnh đạo cấp cao trong suốt quá trình xây dựng hiến pháp mà không hạn chế vai trò của những người khác. Đó có thể là ví dụ về các nguyên tắc sử dụng vai trò lãnh đạo trong những thời điểm chiến lược hơn là trong những phiên làm việc cụ thể. Hoặc đó có thể là ví dụ về sự lãnh đạo nhằm thúc đẩy phát triển hoặc tạo nên sự ngưng trệ. Hơn thế nữa, người lãnh đạo còn phải đáp ứng những đòi hỏi của nhóm và người ủng hộ họ. Có rất nhiều người lãnh đạo ảnh hưởng đến quá trình xây dựng hiến pháp mặc dù họ không xuất phát từ hoạt động chính trị, điển hình là những thủ lĩnh phiến quân, thủ lĩnh tôn giáo, lãnh đạo cơ quan truyền thông và các doanh nghiệp. Các nhà lập hiến cần hiểu rằng trong từng trường hợp, tại sao có những người ủng hộ, cũng có những người phản đối hoặc ngần ngại trong quá trình này và với những điều kiện thỏa hiệp nào giữa các bên thì có thể đảm bảo hoàn thành việc xây dựng hiến pháp.

3.6. Vai trò của những nhân tố bên ngoài

Mặc dù khẳng định nguyên tắc rằng việc xây dựng hiến pháp là công việc của mỗi quốc gia, các nhà lập hiến cũng có thể vận dụng hiệu quả sự ủng hộ từ các nhân tố bên ngoài. Các nhân tố này rất đa dạng: họ bao gồm những nhà tài trợ cung cấp các nguồn kinh phí hỗ trợ, ví dụ như hỗ trợ cho việc người dân tham gia vào quá trình này, hay cho việc giáo dục người dân và các chương trình học hỏi giao lưu hiệu quả; các chuyên gia trong các lĩnh vực cụ thể có thể được mời đến để đưa ra những lời tư vấn; các dự án hợp tác đa và song phương nhằm cung cấp một cơ chế dung hòa trung lập lợi ích để thúc đẩy các buổi trao đổi nhạy cảm; những người đảm bảo an ninh; các tổ chức quốc tế mà quốc gia đó là thành viên là chủ thể có thể sử dụng các nguyên tắc và tuyên bố quan trọng để ngăn chặn một số hoạt động tại quốc gia đó; các tổ chức xã hội dân sự quốc tế có thể giúp những công cụ tư vấn và cơ chế độc lập hiệu quả. Các nhân tố bên ngoài cũng có thể được sử dụng để khơi thông thể bế tắc cụ thể giữa các nhân tố trong nước. Trong quá trình xây dựng hiến pháp mà có sự áp đảo của một đảng hoặc một nhóm nào đó, các nhân tố bên ngoài cũng có thể được tham vấn để đưa ra những phương thức giải quyết nhằm tiếp tục quá trình này.

Điều quan trọng là các nhà lập hiến phải hiểu rằng vai trò của đa số, nếu không nói là tất cả, nhân tố bên ngoài không phải là vô giá trị hoặc trung lập. Một mặt, các tổ chức đa phương như Liên hợp quốc (LHQ) nơi mà đa số các quốc gia đều là thành viên, đều có thể

mang đến những giá trị hữu ích cho quá trình xây dựng hiến pháp. Đó là trường hợp khi các đảng phái quốc gia của Namibia thỏa thuận với phe nhóm vũ trang về nguyên tắc tự quyết dựa trên nghị quyết của Hội đồng Bảo an LHQ. Trong lịch sử, LHQ đã có mặt tại Namibia trước khi quốc gia này giành được độc lập năm 1990, tạo nền tảng cho các nhà lãnh đạo trong nước xây dựng các nguyên tắc của hiến pháp để trở nên hợp thức cả trong nước lẫn theo tiêu chuẩn quốc tế. Mặt khác, LHQ cũng dựa trên các cam kết quốc tế về quyền con người như là yếu tố quan trọng để tham gia vào quá trình xây dựng hiến pháp, thông qua Tổng thư ký LHQ (xem tài liệu *Hướng dẫn về vai trò của LHQ trong xây dựng hiến pháp*).⁴

Các nhân tố bên ngoài có thể cung cấp tài chính, chuyên gia, sự hoà giải hoặc tạo vai trò trung gian và bảo đảm an ninh; nhưng vai trò của đa số các nhân tố này không phải là không có lợi ích và trung lập. Trong một số trường hợp, giá trị mà họ ủng hộ trái với mục tiêu, mong muốn hoặc ưu tiên của các nhà lập hiến trong nước.

Trong một số trường hợp, những giá trị mà các nhân tố bên ngoài mang đến có thể mâu thuẫn một cách rõ ràng hoặc gián tiếp với mục tiêu, sự kì vọng và các vấn đề ưu tiên của các nhà lập hiến trong nước. Ví dụ, các nhân tố bên ngoài có thể xác định lộ trình và thời gian cho việc xây dựng hiến pháp khi tập trung vào giai đoạn soạn thảo. Tại Campuchia, Hiệp ước Hòa bình Paris (1991) yêu cầu phải hoàn thành việc soạn thảo hiến pháp trong vòng 90 ngày dẫn đến sự ra đời của Hiến pháp 1993. Nhiều người Campuchia có thể phản đối rằng khoảng thời gian đó quá hạn chế; và ở mức độ nào đó, cuộc chính biến năm 1997 chứng minh sự cảnh báo đúng đắn rằng còn thiếu một số chủ thể tham gia xây dựng hiến pháp. Quyết định về lộ trình và khoảng thời gian xây dựng hiến pháp vẫn nên là một trong những vấn đề cần được chính những bên tham gia của quốc gia đó quyết định.

Trong các trường hợp khác, các nhà lập hiến phải lựa chọn một số vấn đề căn bản của hiến pháp dưới áp lực hoặc ảnh hưởng của các nhân tố bên ngoài. Đây có thể là một vấn đề liên quan đến tính chính danh, còn hậu quả thực tiễn tức thời của nó có thể là việc không thể thi hành hoặc thất bại do không phù hợp với hoàn cảnh. Để ngăn chặn việc đó, các nhân tố bên ngoài thường được cảnh tỉnh tránh đóng vai trò định hướng khi đi đến những quyết định hoặc vận hành những nguyên tắc hoặc khung tiêu chuẩn chưa thực sự minh bạch. Chính các nhà lập hiến trong một quốc gia mới phải có trách nhiệm trong việc định hình quá trình này theo cách đảm bảo tính hợp thức cũng như những tiêu chí căn bản của nó. Một khởi đầu tốt là xác định được các ưu tiên và mục tiêu quốc gia, sau đó gắn kết những nhân tố bên ngoài vào khung chương trình đó. Tuy nhiên, việc phê phán vai trò của các nhân tố bên ngoài cũng sẽ không hiệu quả bởi việc đó không giải quyết được bản chất vấn đề mà còn làm phương hại đến những đóng góp ý nghĩa của các nhân tố này đối với việc xây dựng hiến pháp.

4. United Nations, ‘United Nations Assistance to Constitution-making Processes’, Guidance Note of the Secretary-General (April 2009; no document number), available at <http://www.unrol.org/doc.aspx?n=Guidance_Note_United_Nations_Assistance_to_Constitution-making_Processes_FINAL.pdf>.

4. Các vấn đề về nội dung của Hiến pháp

Nhiều nhóm lợi ích thường không chắc chắn họ sẽ ủng hộ khía cạnh nào trong một vấn đề. Tình trạng này có thể ảnh hưởng đến việc đạt được sự đồng thuận về nội dung hiến pháp. Muốn mức độ thống nhất càng cao bao nhiêu thì người tham gia càng cần nhiều thời gian để đưa ra quyết định và chi phí cho quá trình đó càng tốn kém bấy nhiêu. Thêm vào đó, nhiều nhóm với những lợi ích và xuất phát điểm khác nhau sẽ tính toán làm sao để tối đa hóa quyền lợi của họ từ những lựa chọn mang tính thể chế trong xây dựng hiến pháp.

Một bản hiến pháp không thể giải quyết tất cả các vấn đề quan trọng. Nhà lập hiến phải cân nhắc nội dung nào cần đưa vào hiến pháp và mức độ cụ thể ra sao. Trong một quá trình ở cấp quốc gia, họ hoàn toàn tự do thiết kế hiến pháp phù hợp với những quan điểm của quốc gia đó. Khi vấn đề gây nhiều tranh cãi và khó giải quyết, nguy cơ về người ngáng

Hiến pháp có thể không giải quyết được tất cả mọi vấn đề quan trọng.

đường tăng dần. Đó là những người có thể khiến các điều khoản của hiến pháp không thể thực thi bởi họ sẽ bác bỏ hoặc ngày càng công kích. Để chọn lựa được những nội dung quan trọng, các nhà lập

hiến thường cần thời gian để điều hòa những người ngáng đường này bằng các thỏa hiệp hoặc thuyết phục làm sao để hiến pháp có hiệu lực với sự thông qua, nhằm đảm bảo sự ổn định của các thể chế công và chính phủ. Vào thời điểm đó, nhà lập hiến cũng cần điều hòa các kì vọng, đặc biệt là những người đã bị gạt sang bên lề.

Một số vấn đề thường gây nhiều tranh cãi hơn. Nhìn chung, lĩnh vực mà các nhà lập hiến thường phải có hướng dẫn hoặc cần nhiều thời gian để chọn lọc phần quan trọng là liên quan đến cơ chế quyền lực – ai có nó, có bao nhiêu và với mục đích gì – cũng như câu hỏi về quyền, đặc biệt là trong việc xem xét đến những quan điểm và tập quán phổ biến nhưng trái ngược, sự đa dạng của các phe phái chính trị, bao gồm sự khác biệt và những quan điểm phản đối để có được khung pháp lý hiệu quả nhằm phòng ngừa sự lạm dụng của người quản lý và kiểm tra ưu đãi miễn trừ trách nhiệm. Thách thức ở đây là giải quyết tranh chấp liên quan đến những vấn đề được nêu ra dưới đây.

4.1. Xây dựng thể chế

Các nhà lập hiến phải trao đổi kỹ lưỡng về việc xây dựng thể chế để làm sao hóa giải xung đột. Việc thiết kế về mặt thể chế trong hiến pháp thường được lý thuyết hóa từ thực tiễn hiến pháp vốn mâu thuẫn; nhất là vì lý do xung đột, thực tiễn đó trở nên đặc biệt nhạy cảm với hoàn cảnh. Tài liệu này đưa ra lý thuyết trong xây dựng thể chế dựa trên nền tảng của thực tiễn và xu hướng xây dựng hiến pháp. Các vấn đề lý luận lớn gồm có: (a) tập trung hay là phân tán “quyền lực” và (b) pháp lý hóa các vấn đề trong hiến pháp trong sự so sánh với mong muốn đưa thêm yếu tố chính trị vào hiến pháp. Ngoài ra, mối quan hệ giữa văn bản hiến pháp và mục đích rộng hơn cũng sẽ được đề cập đến.

4.1.1. Cấu trúc hiến pháp

Cấu trúc hiến pháp là thuật ngữ thể hiện mối quan hệ giữa văn bản hiến pháp với những chức năng và ý định ẩn tàng sau đó. Các yếu tố ghi nhận trong hiến pháp liên quan chặt chẽ với mục đích xây dựng nó. Sau này, ở giai đoạn thực thi hiến pháp, việc hiểu cấu trúc của hiến pháp sẽ là chỉ dẫn hữu ích cho việc giải thích văn bản hiến pháp. Sự lựa chọn về cấu trúc được coi là công cụ “dựng khung” cho hiến pháp. Sau khi được thiết kế, văn bản chỉ còn bao gồm những vấn đề và nguyên tắc mang tính định hướng và quan trọng để đạt được sự đồng thuận. Khung hiến pháp đó có thể gồm nhiều vấn đề chưa được thông nhất, mặc dù những nguyên tắc cơ bản vẫn được ghi nhận để làm định hướng cho hoạt động lập pháp. Nếu các nhà lập hiến tại Nepal hiện nay đồng ý thông qua khung Hiến pháp 2010 và lộ trình lập pháp, họ có thể tránh được hai năm chậm trễ của quốc hội lập hiến. Cái giá phải trả có khi là sự chậm trễ của những vấn đề khác, ví dụ như hoàn tất một giai đoạn tìm kiếm hòa bình.

Cách tiếp cận “cấu trúc căn bản” thường đưa ra phương án theo đó các nhà lập hiến sẽ tập trung vào chức năng của nhà nước và ưu tiên vào việc thành lập các thể chế thực hiện quyền lực nhà nước, cụ thể là ba nhánh quyền lực nhà nước – quyền hành pháp, lập pháp và tư pháp. Cách tiếp cận này cũng có thể bao gồm các mức độ phân quyền. Giả định ở đây là chính phủ có chủ quyền hành động trừ phi có sự giới hạn bởi hiến pháp hoặc luật khác. Cấu trúc chính phủ theo cách khác có thể tạo nên ưu thế của các nhánh quyền lực khác trong một số lĩnh vực cụ thể, ví dụ như hạn chế hoặc kiểm tra quyền lực của chính phủ, bảo vệ quyền tự do cá nhân và tạo ra một thể cân bằng chính trị.

Các yếu tố trong một bản hiến pháp liên quan chặt chẽ đến mục đích mà nó hướng tới. Một lựa chọn là xem xét nó như một công cụ “định khung” bao gồm không chỉ các quy phạm và nội dung mà còn các nguyên tắc theo đó các sự đồng thuận có thể tồn tại.

Các tiếp cận “dựa trên quyền” cũng cần được đề cập đến. Được hình thành chủ yếu từ cuộc Cách mạng Pháp 1789, cách tiếp cận này cho rằng nhà nước được thành lập để bảo vệ quyền và tài sản của công dân. Chính phủ được thành lập để các quyền đó có hiệu lực như các quyền ưu tiên. Cách tiếp cận này tập trung vào văn hóa hiến pháp pháp lý và thiết lập các điều khoản để thực thi các quyền này. Cách tiếp cận này đã thấm dần vào vào bản hiến pháp sử dụng quyền như là căn nguyên cho những thay đổi căn bản. Các nhà lập hiến đã nhấn mạnh cách tiếp cận này bằng cách đặt các quy định về quyền lên đầu văn bản hiến pháp. Điều khoản đầu tiên của Hiến pháp Guatemala (1985) nhận định rằng Hiến pháp là nền tảng cho việc thành lập Chính phủ với nghĩa vụ bảo vệ cá nhân và gia đình. Bản hiến pháp cụ thể này đã chấm dứt

Một lựa chọn nữa là cách tiếp cận “xuất phát từ các quyền”, tập trung vào văn hóa hiến pháp pháp lý, đưa ra các nội dung về việc công nhận về mặt pháp lý và hành chính đối với các quyền, thể hiện mức độ cam kết bảo vệ quyền.

một trong những cuộc nội chiến đẫm máu nhất của khu vực Trung Mỹ, từ 1962 đến 1985, nhưng cấu trúc và phong cách thì tương tự truyền thống xây dựng hiến pháp của các nước châu Mỹ từng là thuộc địa của Tây Ban Nha. Cách tiếp cận này cũng làm rõ mức độ cam kết đối với các quyền của người dân. Ví dụ, Hiến pháp Nam Phi (1996) ghi nhận các quyền kinh tế xã hội và văn hóa, áp dụng các quy định về quyền “theo chiều dọc” trong mối quan hệ giữa các công dân và nhà nước, và nó ghi nhận cả quyền đình công của thành viên lực lượng vũ trang. Mỗi thành viên trong xã hội đều có quyền đình công, và việc bao gồm cả yếu tố đó là một phần nguyên nhân vì sao hiến pháp này được coi là tôn trọng các quyền nhiều nhất.

4.1.2. Hiến pháp “pháp lý” và Hiến pháp “chính trị”

“Hiến pháp pháp lý” (*‘legal constitution’*) tập trung vào yếu tố tối cao của luật hiến pháp, đặt hiến pháp cao hơn các dạng luật khác, áp đặt các nghĩa vụ pháp lý và đối tượng chịu sự phán quyết của tòa án. Mặt khác, một “hiến pháp chính trị” (*‘political constitution’*)

“Hiến pháp pháp lý” nhấn mạnh tính tối thượng của Hiến pháp và coi Hiến pháp là đối tượng bảo vệ của tòa án. Các cơ chế bảo vệ cần phải ngăn ngừa các nhóm đa số nhất thời dễ dàng biến đổi các nguyên tắc hiến định nền tảng. Ngược lại, “Hiến pháp chính trị” coi trọng việc giải quyết vấn đề thông qua các quá trình chính trị và trong bối cảnh chính trị rộng lớn hơn.

ghi nhận ưu thế trong giải quyết các vấn đề thông qua quá trình chính trị và trong khuôn khổ chính trị, đặc biệt là dưới thẩm quyền của một thể chế chính trị như cơ quan lập pháp hoặc hội đồng nhà nước.

Hiến pháp pháp lý và chính trị xuất phát từ chiến lược của các phe phái liên quan. Người ủng hộ hiến pháp pháp lý muốn ổn định pháp lý để bảo vệ

quyền lợi của họ không bị ảnh hưởng bởi những thỏa hiệp chính trị trong tương lai. Lựa chọn giải quyết tranh chấp theo hướng pháp lý có thể giúp những đối tượng này tránh được những đấu tranh chính trị thực sự hoặc tiềm ẩn. Ví dụ, các thành viên Quốc hội lập hiến Nam Phi (1994-1996) đã cố tình chuyển quyền quyết định về xóa bỏ án tử hình được người dân ủng hộ rộng rãi cho Tòa hiến pháp vừa thành lập. Bỏ qua sự ủng hộ đó của người dân, Tòa tuyên bố rằng án tử hình là trái với hiến pháp, đưa ra quyết định dựa trên nội dung về quyền con người trong bản Hiến pháp Tạm thời (1994-1996). Tài liệu này tạm gọi cách tiếp cận giải quyết tranh chấp pháp lý này là “pháp lý hóa”.

Nhà lập hiến theo hướng “pháp lý hóa” thường lập luận rằng:

- Một chế độ cầm quyền không hẳn đã là nền dân chủ của đa số (nó có thể là chính phủ thiểu số hoặc chính phủ đa số phiến diện), do vậy, hiến pháp luôn cần phải có cơ chế kiểm soát pháp lý đối với các nhà cầm quyền và chính trị gia.
- Bất kỳ thay đổi căn bản nào cũng đều cần có sự thống nhất cao, điều khó có thể đạt được sau quá trình xây dựng hiến pháp. Một khi đã đồng ý về hiến pháp, các cơ chế phòng vệ trong Hiến pháp cần ngăn chặn các nhóm đa số dễ dàng thay đổi các nguyên tắc căn bản.
- Trong một xã hội bị chia rẽ sâu sắc, những người ủng hộ quan điểm chính trị về hiến pháp thường giành chiến thắng và thắng thế tại các thể chế chính trị - nhánh lập pháp

và hành pháp, và các đảng chính trị - vì lợi ích của nền tảng quyền lực; trong khi đó, “pháp lý hóa” có tính trung dung hơn.

- Tính rõ ràng trong hiến pháp có thể cải thiện trách nhiệm giải trình của các quan chức chính quyền. Ví dụ, một điều khoản yêu cầu cảnh sát có trách nhiệm xác định hành vi và các yếu tố phạm tội trong vòng 48 giờ kể từ khi bắt một người; bởi cuộc sống và tự do rất dễ bị xâm phạm, nên cần thiết phải có sự rõ ràng ở đây. Các nhóm thiểu số có thể đòi hỏi việc xây dựng các quyền của người thiểu số một cách chi tiết nhằm giảm khả năng can thiệp của lập pháp trong tương lai.

Một vài hiến pháp trong hoàn cảnh xã hội chia rẽ vẫn quy định việc ra quyết định phụ thuộc vào cơ chế đa số chính trị thuần túy. Trong trường hợp như vậy, để có biện pháp bảo vệ thực sự, cần phải có cơ chế kiểm tra và cân bằng thực sự hữu hiệu. Nguyên tắc của hiến pháp về sự hạn chế quyền lực của bất kỳ nhóm đa số nào là rất quan trọng trong một nhà nước đa văn hóa và đa dân tộc. Trong hoàn cảnh đó, ý thức coi hiến pháp là luật tối cao có ý nghĩa đặc biệt quan trọng.

Đồng thời, hiến pháp thể hiện các ý tưởng và thỏa thuận như là những thỏa hiệp chính trị, thể hiện sự cân bằng quyền lực. Không hiếm trường hợp những thỏa thuận này là cách thức phù hợp và khả thi nhất về mặt chính trị để có thể chuyển đổi từ chế độ cũ sang chế độ mới. Việc thúc đẩy quan điểm chính trị vốn trái ngược với quá trình pháp lý hóa và sự mở rộng của nhánh tư pháp. Các

nhà lãnh đạo và các đảng phái chính trị đương nhiệm thường cho mình quyền hoặc thậm chí là nghĩa vụ giải thích hiến pháp dựa trên sự ủy quyền do bầu cử mà có của họ. Những người ủng hộ cách tiếp cận chính trị mong muốn chính phủ hoặc nhánh hành pháp có thể tận dụng nhiều hơn tính hợp hiến của các hoạt động chính trị. Hơn thế nữa, họ đề xuất

Hiến pháp thể hiện các tư tưởng và dàn xếp thương lượng chính trị, phản ánh tương quan lực lượng khi chúng được thống nhất. Một bản hiến pháp có thể phản ánh các nguyên tắc chung và để cho thông lệ chính trị, tập quán bổ sung những nội dung chưa được quy định. Cách tiếp cận mang tính chính trị này nhấn mạnh sự đối thoại hơn là phán xử các vấn đề về hiến pháp.

giới hạn thẩm quyền của chính phủ không chỉ cần được ghi nhận trong hiến pháp mà còn cả trong luật, nơi mà các nhóm nắm quyền sau có thể thay đổi. Hiến pháp của Cộng hòa Dân chủ Liên bang Ethiopia (1995) ghi nhận tính tối cao của Hiến pháp, nhưng khi tranh chấp xảy ra buộc phải giải thích Hiến pháp thì Hội đồng Hiến pháp phải xem xét và khuyến nghị lên Hạ viện, cơ quan duy nhất có thể quyết định những tranh chấp liên quan đến hiến pháp.

Những người ủng hộ cách tiếp cận chính trị đưa ra quan điểm sau:

- Thay vì cụ thể các điều khoản pháp lý, hiến pháp nên thể hiện các nguyên tắc chung mang tính trừu tượng, làm sao để các thỏa thuận chính trị và tập quán có thể bổ trợ, ví dụ như thỏa thuận rằng một tiểu bang không thể tách ra khỏi liên bang (Hoa Kỳ) hoặc các phe phái miền Nam và miền Bắc thay nhau nắm chức Tổng thống (Nigeria).

- Chỉ những thành viên được bầu mới có thể ra quyết định cuối cùng về các vấn đề hiến pháp. Việc sửa đổi phải theo cơ chế dân chủ trực tiếp và từ những đề xuất của người dân theo cách thức xây dựng hiến pháp thông qua những tranh luận chính trị.

• Một bên dân chủ hiến định giải quyết đa phần các tranh chấp bằng tranh luận chính trị và biểu quyết.

• Các thẩm phán thường thiếu thông tin cần thiết để đi đến quyết định. Ví dụ, hậu quả sẽ ra sao nếu một thẩm phán phải tuyên bố hiệp ước hòa bình giữa một chính phủ được bầu và phiến quân vũ trang là vô hiệu bởi nó vi phạm điều khoản của hiến pháp yêu cầu tính bất khả chia rẽ và thống nhất của nhà nước? Hay câu hỏi nếu thẩm phán thấy rằng một chính phủ đã được bầu cần phải từ chức bởi thành viên của đảng cầm quyền đã gian lận bầu cử? Khác với những nhà lập pháp khi phải đưa ra các quyết định tương tự gây nhiều tranh cãi, thẩm phán sẽ không phải đối mặt với hệ quả về bầu cử từ những quyết định của họ. Ngay cả khi được giải quyết ở tòa án hiến pháp, bản chất của vấn đề chính trị vẫn yêu cầu tòa án phải đưa ra quyết định chính trị.

• Văn hóa pháp lý có thể còn yếu để hỗ trợ việc thực thi pháp luật trong những vấn đề gây nhiều tranh cãi.

Cách tiếp cận chính trị nhấn mạnh đến sự đối thoại hơn là phán xử về các vấn đề hiến pháp. Từ góc độ này, các cơ chế tham vấn phủ khắp hiến pháp bằng các hình thức như: hội đồng hiến pháp, hội đồng an ninh, các ủy ban trong nghị viện, hành pháp hai đầu, chia sẻ quyền lực theo hiến pháp, chia sẻ quyền lực theo chế độ bầu cử, thượng viện với vai trò rõ rệt, hội đồng kinh tế và vv. Ngoài ra, còn có nhiều ví dụ trong các hiến pháp trả lời cho câu hỏi “như thế nào” không chỉ đối với các quy trình, thủ tục lập pháp, mà còn đòi hỏi các quyết định của hành pháp cũng phải tuân theo các hình thức nhất định. Các quy định thúc đẩy sự đồng thuận và một chính phủ hợp tác cũng có thể đưa vào Hiến pháp. Tất cả những điều này thực ra là những phương án củng cố sự đối thoại chính trị.

Cần nhấn mạnh rằng hiến pháp pháp lý và hiến pháp chính trị có mối quan hệ qua lại lẫn nhau. Việc khảo sát kỹ lưỡng hơn cho thấy, nhiều nhà lập hiến sử dụng cả hai cách tiếp cận pháp lý và chính trị. Một cách tiếp cận chủ yếu để giải quyết một số vấn đề (ví dụ như quyền con người, giải thích hiến pháp) và cách tiếp cận kia được sử dụng cho những vấn đề khác (ví dụ như quan hệ quốc tế, quản lý kinh tế). Tuy nhiên, xu hướng xây dựng hiến pháp hiện tại thiên về tính pháp lý hơn, thể hiện bởi các chi tiết trong hiến pháp, sự mở rộng của quyền tư pháp trong một số vấn đề, và việc thành lập tòa án hiến pháp, gần đây nhất là ở Indonesia, Mông Cổ và Thái Lan.

Bảng 2. Hiến pháp pháp lý và hiến pháp chính trị

Hiến pháp pháp lý	Hiến pháp chính trị
<ul style="list-style-type: none">• Nhấn mạnh các giới hạn đối với hành động của chính phủ.• Kiểm tra của tư pháp về tính hợp hiến trong hành động của chính phủ.• Ý tưởng về tính tối cao của tư pháp; toà án hiến pháp là cơ quan độc lập bảo vệ hiến pháp.• Các cơ quan giám sát hiến định độc lập ngày một quan trọng hơn.	<ul style="list-style-type: none">• Giả định chắc chắn về tính hợp hiến trong hành động của chính phủ.• Ý tưởng về quyền tối cao của nhánh lập pháp.• Rất ít các cơ quan giám sát hiến định bên ngoài và độc lập.• Tranh luận chính trị về các vấn đề hơn là xét xử tư pháp.

<ul style="list-style-type: none"> • Nhiều vấn đề hơn thuộc quyền xem xét của tư pháp, mở rộng hơn thẩm quyền xét xử của tòa về các vấn đề trong hiến pháp. • Tính rõ ràng và chi tiết trong hiến pháp tăng khả năng thực thi. • Mở rộng các quyền và khả năng hưởng quyền. • Hiến pháp quy định nhiều về các quyền, do vậy, hiến pháp dài hơn. • Hiến pháp và tòa án giải quyết ngày càng nhiều các vấn đề thay cho chính trị. • Các quy tắc ngặt nghèo trong sửa đổi hiến pháp; trung cầu dân ý được sử dụng nhằm làm cho thủ tục sửa đổi khó khăn hơn. 	<ul style="list-style-type: none"> • Các nguyên tắc chung hơn là chi tiết trong hiến pháp; ngôn ngữ trừu tượng. • Việc thực thi các quyền phân biệt các quyền tự do căn bản với các quyền cần phải có biện pháp chính trị. • Hiến pháp ngắn gọn súc tích, bao gồm khung hiến pháp và cấu trúc hiến pháp căn bản. • Dân chủ trực tiếp và các đề xuất của người dân cũng sẽ giải quyết các vấn đề trong hiến pháp.
---	--

4.1.3. Tập trung và phân tán quyền lực

Một mặt, nền dân chủ cần có sự đa nguyên về ý kiến chính trị, cơ chế kiểm soát và cân bằng giữa các thiết chế chính quyền. Điều làm tổn hại đến nền dân chủ chính là việc quyền lực tập trung trong tay số ít người. Do đó, trong một hệ thống dân chủ, việc xây dựng thể chế cần hỗ trợ thiết lập nhiều trung tâm quyền lực ở cấp quốc gia, và thậm chí theo chiều dọc giữa cấp quốc gia và cấp địa phương.

Xu hướng hiện nay thiên về cách tiếp cận mang tính pháp lý, thể hiện qua tính chất quy định cụ thể trong hiến pháp, coi trọng vị thế tối thượng của tư pháp trong việc giải quyết nhiều vấn đề, và việc thiết lập các tòa án hiến pháp.

Phân tán quyền lực là thuật ngữ dùng để chỉ hệ quả của việc trao quyền đưa ra các quyết định ở tầm hiến pháp cho tay các cơ quan hiến định độc lập với nhau. Trong trường hợp cần thiết, quyền lực sẽ được chia sẽ theo chiều ngang (phân chia quyền lực, tăng số lượng các cơ quan giám sát hiến định) hoặc theo chiều dọc (các hình thức phi tập trung hóa từ phân quyền cho đến cơ chế liên bang). Quyền lực cũng có thể bị phân chia, đồng thời vẫn thiết lập các thiết chế quốc gia mạnh, nơi mà những nhà lập pháp, hành pháp, tư pháp và các cơ quan giám sát khác kiểm soát được lẫn nhau. Quyền lực cũng có thể được phân chia trong nội bộ hành pháp, cụ thể nó được chia sẽ giữa tổng thống và thủ tướng cùng với chính phủ, và thông qua hội đồng hiến pháp để tác động đến nhánh hành pháp.

Mặt khác, một quốc gia ban đầu theo xu hướng dân chủ cũng có thể tiến đến sự tập trung quyền lực trong tay nhánh hành pháp do xung đột hoặc khủng hoảng liên quan đến vai trò của tổng thống, ví dụ như sau một thời gian dài duy trì tình trạng khẩn cấp. Các hiệp ước hòa bình cần phải được kí kết trước khi quyền lực được tái tập trung trong tay nhánh hành pháp. Sự tập trung quyền lực là thuật ngữ dùng để chỉ hệ quả của việc giảm số lượng các nhân tố hoặc chức danh độc lập có thẩm quyền đưa ra các quyết định liên quan đến

hiến pháp. Đó cũng được xem như là việc cho phép một số cơ quan hiến định có quyền đơn phương hành động mà không gặp sự phản đối đáng kể nào từ bất kỳ nhánh quyền lực khác.

Các nhà lập hiến cũng có thể đặt mục tiêu tối đa hóa việc sử dụng quyền lực nhằm đạt được sự thịnh vượng chung trong hoàn cảnh xã hội còn nhiều chia rẽ. Muốn thế, các lựa chọn trong hiến pháp cần tạo điều kiện cho chính phủ có được quyền lực và sự ủy thác hợp lệ để hành động. Tập trung quyền lực được xem xét chủ yếu về phạm vi và trong một nhóm hoặc thể chế nhất định nào đó. Hệ quả rõ ràng là các cơ quan cao nhất sẽ có thẩm quyền hành động rộng lớn hơn liên quan đến rất nhiều vấn đề, và quyền lực được tập trung vào những nhóm thu hẹp có nhiều quyền lực bởi sự liên kết hơn là khi chúng đứng tách biệt.

Nghị viện Westminster của Anh là ví dụ cho việc tập trung quyền lực. Trên bình diện các nhóm, quyền lực được thu hẹp dần trong tay một chủ thể chính trị duy nhất; còn về phạm vi quyền lực của Nghị viện gồm Nữ hoàng, Nội các và cơ quan lập pháp, cơ quan này có vị trí tối cao trong mọi lĩnh vực. Có những nhà vận động thay đổi hiến pháp đã lập luận rằng nhà nước hiện đại phải đối mặt với những vấn đề đòi hỏi chính phủ phải có khả năng tốt hơn trong giải quyết các tình huống phức tạp, mang tính quốc tế và kỹ thuật cao. Điều đó bao gồm những nội dung được đưa ra trước đây về xây dựng hiến pháp vì mục tiêu dân chủ hóa – đó là tạo ra sự bình đẳng giữa các nhóm, cung cấp một cơ chế phù hợp để giảm thiểu tổn thương, để đảm bảo rằng không có mối quan hệ quyền lực quan trọng nào tách rời khỏi chính trị hiến pháp. Người dân chủ yếu kì vọng chính phủ chấm dứt những vấn đề hậu xung đột, bao gồm cả những tội phạm hình sự nghiêm trọng, những quan chức chính phủ không tuân thủ pháp luật, và trong những trường hợp đó, chính phủ càng phải có nhiều năng lực để giải quyết hơn.

Tập trung quyền lực sẽ được chấp nhận hơn nếu trong nhân dân có sự kết nối về xã hội, văn hóa và kinh tế để thậm chí các nhóm người khác biệt trong xã hội như phụ nữ, dân tộc thiểu số, thiểu số tôn giáo

Dân chủ cần sự đa dạng về tư tưởng chính trị, kiểm soát và cân bằng trong quan hệ giữa các thiết chế chính quyền. Sự tập trung quyền lực trong tay của một nhóm nhỏ sẽ làm tổn hại dân chủ.

muốn được đối xử công bằng sẽ được tạo cơ hội bình đẳng ngay trong hệ thống, chứ không phải ngoài hệ thống. Lúc đó, sự tập trung quyền lực cũng dễ thực hiện hơn vì quyền lực không chỉ

trở nên hiệu quả trong việc dẫn dắt lộ trình cải cách vì lợi ích chung, mà còn phù hợp với những tính toán hợp lý, có tính hiệu năng cao hơn. Các phương án tập trung quyền lực trong điều kiện các mối ràng buộc còn chưa mạnh có thể dẫn đến nguy cơ lạm quyền của một số nhóm; họ hưởng lợi từ việc nắm quyền lực, nhưng lại tổn hại quyền lợi các nhóm khác.

Tập trung quyền lực cũng có thể được thúc đẩy bởi chính các nhà lập hiến, thường là trong trường hợp nhận thức chính trị và hiểu biết của người dân còn thấp. Đó cũng là cách để định hướng xây dựng năng lực của nhà nước bằng các biện pháp chính sách cụ thể được thông qua nhằm tăng cường năng lực của chính phủ trong việc đáp ứng nhu cầu của người dân. Các chính trị gia thường có xu hướng muốn có các chức vụ nhiều quyền và

danh tiếng hơn. Họ thường viện dẫn sự xung đột trước hết như là nguyên nhân cần phải tập trung quyền lực nhà nước trong hiến pháp và sau đó cần phải trao quyền cho chính phủ để vượt qua khủng hoảng và quản lý rủi ro tốt hơn.

Tập trung và phân tán quyền lực thể hiện tính động chứ không tĩnh. Ở những quốc gia với sự đa dạng về văn hóa, sắc tộc nhưng chung sống trong hòa bình, ví dụ như Tây Ban Nha, có xu hướng ghi nhận sự phân tán quyền lực trong hiến pháp. Còn kinh nghiệm từ những xung đột hoặc các khủng hoảng dân tộc tại các quốc gia đa sắc tộc, ví dụ như

Một cách tiếp cận phổ biến trong vài thập kỷ gần đây là thành lập chính phủ dân tộc thống nhất hoặc liên minh trong quá trình xây dựng hiến pháp. Cách tiếp cận này đạt được mức thành công rất hạn chế.

Ecuador, lại thúc đẩy xu hướng tập trung quyền lực trong tay nhánh hành pháp. Việc toàn cầu hóa các điều kiện tiếp nhận hay loại bỏ đã thúc đẩy lựa chọn cơ chế phân chia quyền lực. Các quy định về quốc tịch kép đã cụ thể hóa yếu tố này ở mức độ cá nhân. Bên cạnh

đó, toàn cầu hóa cũng cho thấy Nhà nước yếu đi, nhưng việc tập trung quyền lực là thực tế, trừ khi quyền lực được tập trung trong tay tư nhân - các nhóm kinh tế, những gia đình giàu có, nhóm tôn giáo hoặc giới truyền thông quốc tế. Để đáp lại, tại một số quốc gia có xu hướng đưa quyền lực trở lại với khu vực công và làm cho nó hiệu quả hơn, dẫn đến sự tập trung quyền lực. Tất cả tạo nên một vòng tròn năng động.

4.2. Hệ thống chính quyền

Trong quá trình xây dựng hiến pháp, một xu thế chung trong một vài thập kỷ gần đây là thành lập chính phủ thống nhất quốc gia hoặc liên minh lớn để giám sát toàn bộ quá trình. Theo cách tiếp cận này, đại diện thành phần của nhánh hành pháp không chỉ dựa trên đa số giản đơn, hơn thế, sự thống nhất của quốc gia đòi hỏi rằng mọi lợi ích phải được tính đến. Kết quả là nhánh hành pháp bao gồm các đảng khác nhau với trách nhiệm được chia sẻ. Mặc dù cách tiếp cận này rất phổ biến bởi vì nó tạo không gian cho các nhà lãnh đạo cấp cao, nhưng lại đạt được thành tựu rất khiêm tốn theo các nghiên cứu khảo sát. Nếu đạt được thiết kế kiểu này trong hiến pháp, có thể dẫn đến kết quả nhánh hành pháp sẽ là nơi cho những cuộc đấu đá chính trị không có hồi kết và điều đó có thể làm phương hại đến một chính phủ vận hành tốt.

Theo một cách tiếp cận khác, đa số lãnh đạo quốc gia có thể tập trung trong một cơ quan lập pháp mở rộng. Nếu cơ quan lập pháp theo dạng này dẫn dắt quá trình xây dựng hiến pháp, có thể dẫn đến thỏa thuận chính trị về một chính thể nghị viện thể hiện tính đại diện cao nhất. Cơ cấu đại diện theo tỉ lệ với ngưỡng thấp có thể được áp dụng cho phép các đảng phái tham gia nghị viện. Tuy nhiên, nguy cơ ở đây là cơ cấu đại diện của các đảng phái tại nghị viện làm phương hại đến khả năng và năng lực của nghị viện trong việc thực hiện các chức năng chính, trong đó có làm luật. Trong hệ thống này, nhánh hành pháp có thể trở thành con tin cho nền chính trị đảng phái trong nghị viện.

Các nhà lập hiến cũng cần phải cân nhắc đến hậu quả của việc xây dựng hệ thống chính phủ trong mối quan hệ với quy mô của chính phủ đó, và theo đó là vấn đề chi phí. Hậu quả dễ thấy nhất là một chính phủ càng lớn thì chi phí càng cao. Tuy nhiên, chính phủ lớn cũng có nghĩa là nhiều lợi ích sẽ được ra hơn.

4.3. Vai trò của quyền con người

Dân chủ với tư cách là một khuôn khổ có tính quy phạm đòi hỏi nhà lập hiến phải ủng hộ và đảm bảo các quyền dân sự và chính trị. Vì các quyền này không thể tách rời, việc thừa nhận các quyền kinh tế, xã hội, văn hóa hoặc quyền tập thể sẽ hỗ trợ cho các quyền chính trị và làm cho quyền này dễ thực hiện hơn. Trong bối cảnh một xã hội đa dạng như được giới thiệu dưới đây, việc bảo vệ các quyền hiến định một cách rộng khắp và bình đẳng cho tất cả mọi người là điều không khả thi, trừ khi trên cơ sở các quyền bình đẳng và quyền không bị phân biệt đối xử. Quyền con người cũng giúp cho quá trình xây dựng hiến pháp loại bỏ những sự bất bình đẳng không thể chấp nhận được. Các quyền của phụ nữ, trẻ em và những người khuyết tật là ví dụ về các quyền không phân biệt giữa các tôn giáo và các nhóm người, cần phải được bảo đảm do tính dễ bị tổn thương của các nhóm người này, nhất là càng chịu ảnh hưởng bởi xung đột bạo lực và chia rẽ.

Việc thừa nhận các quyền kinh tế, xã hội, văn hóa và các quyền tập thể hỗ trợ và góp phần hiện thực hóa các quyền dân sự, chính trị.

4.4. Thừa nhận sự đa dạng

Một bản hiến pháp hợp thức trong một xã hội chia rẽ sâu sắc và đa dạng không thể được xây dựng mà không có sự tham gia đầy đủ của các nhóm tiềm ẩn nguy cơ xung đột trong quốc gia đó. Ngay cả các nhóm thiểu số cũng phải có quyền đại diện và tham gia xây dựng hiến pháp. Do vậy, cần lên kế hoạch tính đến sự đa dạng đó ở ngay giai đoạn ban đầu. Nhà lập hiến phải lựa chọn các phương án bầu cử để chọn lựa thành phần các cơ quan tham gia soạn thảo hiến pháp; các phương án tăng cường sự tham gia của các nhóm ít được đại diện trong cơ quan soạn thảo. Đặc biệt, cần bảo đảm tính đa dạng trong cơ quan trực tiếp phụ trách soạn thảo, có thể một ủy ban hoặc một ban thay cho cả phiên toàn thể của một Quốc hội hay Hội nghị lập hiến.

Nội dung dân chủ còn đòi hỏi phải có quy trình để xác lập ý chí chung. Nhưng không có gì khó khăn hơn việc đảm bảo cách thức dân chủ trong một quốc gia chịu ảnh hưởng bởi xung đột và phân hóa nhằm xác định ý chí chung, nhất là khi nó được thể hiện qua đa số trong lập pháp hoặc trong bầu cử. Trong bối cảnh mà các đặc thù chính trị đã ăn sâu và không dễ thay đổi, bản thân các cuộc bầu cử cũng không dễ thể hiện ý chí chung và kết quả bầu cử thường bị phản đối. Các quyết định được số đông đưa ra cũng có thể không hợp pháp nếu nó vi phạm các cam kết hiến định; nhưng để đạt được sự thống nhất về những cam kết đó thì cần có sự thống nhất lớn hơn, đòi hỏi thời gian hơn trong bối cảnh chia rẽ sâu sắc. Ấn Độ, nền dân chủ lớn nhất thế giới là một trong những nhà nước đa dạng nhất.

Cho đến nay, Ấn Độ đã nỗ lực giải quyết các thách thức từ sự đa dạng bằng các quyền tự do cá nhân, đồng thời xác định vị thế hiến định của các nhóm thiểu số dựa trên nhận thức rằng mọi quyền đều xuất phát từ hiến pháp.

Các nhóm sắc tộc, dân tộc, đẳng cấp và các nhóm khác thường dao động trong việc ủng hộ dân chủ hóa và xây dựng hiến pháp tùy thuộc vào việc họ coi đó là thắng hay bại.

Không có gì khó khăn hơn việc đảm bảo biện pháp dân chủ trong một nhà nước chịu ảnh hưởng của xung đột và chia rẽ trong việc thể hiện ý chí chung, đặc biệt là khi nó còn chịu ảnh hưởng bởi đa số trong bầu cử và nhánh lập pháp. Trong một xã hội chia rẽ và đa dạng, không thể xây dựng một bản hiến pháp chính danh nếu không có sự tham gia đầy đủ của các nhóm tiềm ẩn nguy cơ xung đột trong quốc gia đó.

Việc ghi nhận trong hiến pháp các nguyên tắc liên quan đến tính đa dạng là điểm khởi đầu. Tuy nhiên, để thực sự đảm bảo rằng các hành động chính thức đúng đắn sẽ được thực hiện nhằm bảo vệ tính đa dạng, cần có những phương án về mặt nội dung. Quyền con người có thể là một con đường tốt để bảo đảm thực sự đối với tính đa dạng và hiện nay được phát triển tốt trong mối quan

hệ với các dân tộc bản địa và các nhóm thiểu số. Sự ghi nhận tính đa nguyên về mặt pháp lý hoặc tư pháp cũng có ích, mặc dù các nhà lập hiến sẽ phải tính đến việc giải quyết sự xung đột giữa hệ thống pháp lý. Việc giải quyết vấn đề đại diện của các nhóm đa dạng ở cấp quốc gia và các cấp chính quyền khác có thể đòi hỏi phải có các quy tắc bầu cử thích hợp và các thỏa thuận chia sẻ quyền lực. Như vậy, việc xây dựng thể chế đó sẽ có nhiều lựa chọn để cân nhắc.

Để chắc chắn rằng các biện pháp chính thức được thực hiện nhằm bảo vệ tính đa dạng, các quyền hợp thức phải được bảo đảm. Quyền con người có thể là một cơ chế thực sự bảo vệ tính đa dạng, nhất là cần phát triển các quyền của các nhóm thiểu số và các dân tộc bản địa.

Cuối cùng, câu hỏi then chốt trong việc xác định phương án phù hợp phụ thuộc vào mục tiêu: có nên công nhận tính đa dạng theo hướng phát triển một nền tảng chung với những hành động chính thức của các nhóm dựa theo một cơ chế chung; hay là ghi nhận sự đa dạng theo cách gìn giữ những đặc trưng của từng khu vực, từ đó bảo tồn các không

Tính đa dạng có thể được thừa nhận bằng cách xây dựng một nền tảng bản sắc chung với tất cả các nhóm trong xã hội đều chung một dòng chảy, hoặc bằng cách ghi nhận sự khác biệt bằng các biện pháp như bảo tồn và quyền tự trị. Dân chủ trong một bối cảnh phân hóa với những đặc tính không dễ thay đổi vừa là giải pháp cho vấn đề, vừa là nguồn cội của vấn đề mới.

gian riêng biệt mà ở đó các nhóm khác nhau cùng chung sống. Dân chủ trong bối cảnh phân hóa và bản sắc đã ăn sâu vừa là giải pháp của vấn đề, vừa là cội nguồn của các vấn đề mới. Các nhà lập hiến trong bối cảnh này phải chú ý đến các nguyên tắc, quy tắc, thể chế cần phải được gìn giữ và bảo vệ

trước nền chính trị theo đa số trong một xã hội đa dạng. Tóm lại, thực tế cho thấy những đề xuất phổ biến cần phải xác định các yếu tố nhận diện đặc trưng, bao gồm cả đặc trưng về lãnh thổ đối với các nhóm tôn giáo, dân tộc, sắc tộc và các nhóm tương tự khác trong khuôn khổ chế độ hiến pháp quốc gia là rào cản đáng kể trong giải quyết vấn đề, bởi lẽ chúng sẽ ngăn cản sự hợp tác trong xây dựng hiến pháp và không tạo động lực để hợp tác tập thể. Các phong trào xã hội từ dưới lên và việc hình thành các đảng phái chính trị thường xoay quanh tính đặc thù công dân chứ không phải đặc thù sắc tộc. Thứ hai, các liên minh đảng chính trị và các tổ chức tự bảo vệ quyền lợi với mục tiêu giải quyết các bất bình đẳng phổ biến thông qua chính trị thường sẽ phát triển và có ảnh hưởng hơn khi dựa vào ý niệm công dân hơn là dựa vào các bộ tộc hoặc dân tộc bản địa.

4.5. Pháp quyền

Cuối cùng, một mục đích quan trọng nhất của xây dựng hiến pháp là thể chế hóa các thỏa thuận vào văn bản pháp lý mà tòa án có thể thực thi như là luật tối cao trong quốc gia. Đó là một phần của việc xây dựng pháp quyền. Pháp quyền rất quan trọng trong việc đảm bảo quá trình xây dựng hiến pháp không chỉ là sự chia sẻ các quyền lợi giữa các nhóm chính trị khác nhau. Pháp quyền cần phải được tuân thủ nhằm áp đặt những giới hạn cho các hoạt động chính trị. Nếu hoạt động xây dựng hiến pháp chịu dẫn dắt chỉ bởi lợi ích chính trị của các nhóm chính trị, hệ quả sẽ là việc không có yếu tố nào giới hạn quyền lực của họ. Do đó, điều rất quan trọng là cần thiết lập tính pháp lý để đảm bảo rằng ngay cả quá trình xây dựng hiến pháp cũng phải tuân theo khuôn khổ của những quy tắc pháp lý đã định sẵn. Khi áp dụng, điều đó sẽ giúp tạo ra sân chơi bình đẳng khi tất cả đều phải tuân thủ các quy định chung.

Từ góc độ nội dung, pháp quyền được xác định dựa trên tính tối cao của hiến pháp trong mọi mặt của đời sống. Trên nguyên tắc, mỗi quốc gia đều phải có khung hay hệ thống pháp luật xác định cách thức hiến pháp trở thành luật tối cao. Nếu còn hiệu lực, khung pháp lý đó có thể được dùng để tác động đến quá trình thương thảo về thay đổi hiến pháp. Nếu đó là một khung pháp lý yếu hoặc không tồn tại, một khung pháp lý thay thế khác, ví dụ như hiến pháp lâm thời hoặc hiến pháp sơ bộ có thể phải được nhanh chóng soạn thảo. Khung pháp lý hiện hành có thể tạo cơ sở cho các bên có quan tâm hoặc những người mới tham gia nêu nghi ngờ về tính hợp pháp và hợp lệ của các đề xuất thay đổi hiến pháp, do đó giảm được tính độc quyền của lực lượng chính trị trong quá trình này.

Các nhà lập hiến có thể lựa chọn một cơ quan được ủy quyền cao nhất về mặt pháp lý để xây dựng hiến pháp, ví dụ như Quốc hội lập hiến của Nepal và Nam Phi. Hoạt động của cơ quan này thể hiện chủ quyền nguyên thủy xuất phát từ nhân dân, do vậy, hiến pháp do cơ quan này ban hành hàm ý đã được chuẩn y bởi quyền lực nhân dân và được coi là luật tối cao của quốc gia. Hệ quả này chỉ loại trừ trường hợp chính hiến pháp ghi nhận tính tối cao của một luật khác, như thường thấy trong các cuộc thảo luận về quyền con người. Trong các trường hợp khác, nhà lập hiến có thể sử dụng các cuộc trưng cầu dân ý để thể hiện ý chí tối cao của nhân dân bằng việc bỏ phiếu công nhận hiến pháp là luật tối cao. Ở

Kenya, một cuộc trưng cầu dân ý đã được tổ chức mặc dù không có tiền lệ như vậy tại quốc gia này, bởi lẽ họ cho rằng hành pháp và lập pháp hiện hành do chính hiến pháp lúc đó thiết lập, không có sự ủy quyền về mặt pháp lý để thay thế toàn bộ Hiến pháp. Chỉ có nhân dân mới có thể làm điều này xuất phát từ tư tưởng chủ quyền thuộc về nhân dân. Cũng có thể áp dụng phương án này để sửa đổi một số nội dung quan trọng của hiến pháp.

Một vấn đề khác cần được giải đáp là cần làm gì khi hiến pháp mới loại trừ khả năng kế thừa các luật hiện hành. Một thách thức ở đây là liệu có nên loại bỏ các luật hiện hành ngay lập tức, để thay vào đó là hệ thống pháp luật hoàn toàn mới hay không. Nếu một số luật được giữ lại thì đó là luật nào và nên giữ lại trong bao lâu? Tại Nam Phi, một trong những vấn đề đầu tiên của việc thực thi Hiến pháp mới là câu hỏi về tính liên tục của luật. Theo Hiến pháp mới, các quy định cũ về chính quyền địa phương không còn hiệu lực, nhưng các cơ quan mới lại chưa có đủ thời gian để ban hành quy định mới cho chính quyền địa phương hoạt động. Trong trường hợp này, Tổng thống Nelson Mandela đã sử dụng quyền hành pháp để đưa ra các quy định mới cho phép cơ quan chính quyền địa phương hoạt động. Hành động này đã bị kiện ra tòa sau đó ít lâu về tính hợp hiến, chủ yếu là do Hiến pháp ghi nhận sự phân chia quyền lực như là nguyên tắc căn bản, có nghĩa là lập pháp không thể ủy quyền quyền làm luật của mình. Để ngăn ngừa khả năng đó, một số hiến pháp đã ghi nhận thẩm quyền của hành pháp trong việc ban hành văn bản tạm thời có hiệu lực của luật cho đến khi lập pháp ban hành luật để giải quyết vấn đề đó. Trong trường hợp nếu luật cũ không còn hiệu lực, có thể chỉ còn cách duy nhất là đưa ra các biện pháp tạm thời thông qua sắc lệnh. Trong trường hợp hiến pháp loại trừ luật trước đây, các nhà lập hiến có thể phải xem xét đến các biện pháp chuyển đổi tạm thời như là những điều khoản *hoàng hôn* và *bình minh* của Nam Phi.

Vô hiệu hóa luật cũ có những hệ quả sau: Trật tự xã hội có thể phụ thuộc vào những quyết định pháp lý được đưa ra dưới thể chế cũ. Với mục tiêu vì quản trị tốt và pháp quyền, hiến pháp có thể phủ định mọi luật cũ những vẫn công nhận một số quyết định được đưa ra theo các luật đó. Các nhà lập hiến có thể chỉ định một ủy ban chuyên trách hoặc tòa án để đánh giá hiệu lực của các quyết định này theo từng vụ việc hơn là áp dụng như những nguyên tắc chung cho tất cả.

Ngay cả khi một số hiến pháp thiết lập trật tự hiến pháp mới, luôn cần có sự kế thừa về mặt pháp lý trong một số lĩnh vực. Ví dụ, hiến pháp mới có thể tiếp tục công nhận quyền công dân trong các đạo luật cũ. Đa phần hệ thống pháp luật đều có quy định về các quyền con người mà các nhà lập hiến cũng không thể tước bỏ một cách chuyên quyền, nhất là những quyền đã được bảo hộ theo các thỏa thuận quốc tế hoặc khu vực đã có trước cả hiến pháp mới. Đồng thời với viết lại luật nội dung, vì lý do thể chế hoặc pháp quyền, các nhà lập hiến cũng nên duy trì các quy trình, thủ tục thích hợp, ví dụ như những phiên tranh tụng tại tòa án xác định các quyền phát sinh. Nếu chỉ cải cách luật nội dung, các chủ thể như thẩm phán hay quân nhân có thể tiếp tục áp dụng các thẩm quyền cũ nhất định ngay cả khi hiến pháp mới đã điều chỉnh thể chế của họ.

5. Sử dụng Tài liệu này

5.1. Mục đích của Tài liệu này

Tài liệu này được viết để hướng đến đối tượng là những người tham gia vào việc xây dựng hiến pháp trong một quốc gia. Đây là tài liệu được phát triển từ thành quả có được trong lịch sử xây dựng hiến pháp rộng khắp, trong đó phần lớn các quốc gia được khảo sát có kinh nghiệm trong công việc này. Mục đích của tài liệu là chia sẻ những hiểu biết về xây dựng hiến pháp cho những người thực hiện công việc này.

Tài liệu này quan trọng vì trước hết nó là một trong số ít các tài liệu dạng này đã được xuất bản dành cho các nhà thực tiễn. Thứ hai, khi giải quyết các vấn đề, nó nhấn mạnh tầm quan trọng của bối cảnh hơn là áp dụng cách tiếp cận duy nhất cho tất cả trường hợp. Tầm quan trọng của nó có thể kiểm chứng qua việc các nhà lập hiến sử dụng tài liệu để tìm kiếm những lời giải đáp cho công việc của họ.

5.2. Cách tiếp cận của tài liệu

Tài liệu này nhấn mạnh tầm quan trọng của bối cảnh trong việc xác định quá trình xây dựng hiến pháp và thành quả của nó. Đây không phải là một kế hoạch cho việc xây dựng hiến pháp hay một bản hướng dẫn duy nhất thích hợp cho tất cả mà các nhà lập hiến phải tham khảo. Ngược lại, tài liệu này chỉ nhằm đưa ra một số lựa chọn mà các nhà lập hiến đã từng cân nhắc hoặc có thể sẽ cân nhắc liên quan đến những vấn đề hiến pháp quan trọng khi phải xây dựng hiến pháp trong bối cảnh chịu nhiều ảnh hưởng từ xung đột.

Trong khi tài liệu này tập trung vào hiến pháp như là một văn bản quan trọng của hệ thống chính trị, cách tiếp cận lại nhấn mạnh đến việc nhận diện toàn bộ hệ thống hiến pháp nói chung. Tài liệu này cũng khuyến khích các nhà lập hiến phân biệt giữa nội dung của hiến pháp và sự vận hành thực sự của nó. Ví dụ nêu trong tài liệu này được rút ra từ các bản hiến pháp trên toàn thế giới. Các ví dụ này không nên được coi là minh chứng cho bất kỳ hiến pháp nào hoặc cho các điều khoản được giới thiệu ở đây. Thay vào đó, các nhà lập hiến nên sử dụng các ví dụ này để suy nghĩ về những phương án phù hợp với bối cảnh riêng của quốc gia mình.

Vì các vấn đề hiến pháp có liên quan đến nhau, ý nghĩa của một điều khoản có thể được phản ánh trong một điều khoản khác của hiến pháp. Để có được cái nhìn tổng thể về hiến pháp, khi đề cập đến một thiết chế cụ thể, mỗi chương sẽ tiếp cận theo cách đặt nó trong mối quan hệ với các thiết chế khác. Do vậy, mỗi chương có thể đứng độc lập, cho phép người đọc có thể sử dụng riêng rẽ khi cần.

Tài liệu này là một tài liệu tham khảo. Nó nhận được sự hỗ trợ từ những chuyên gia của IDEA quốc tế thông qua trợ giúp trực tiếp, đào tạo và các website bổ ích.

5.3. Tổng quan về các chương

5.3.1. Chương 1: Giới thiệu

Khi bắt đầu, các nhà lập hiến thường có hai dạng câu hỏi: thứ nhất là câu hỏi liên quan đến quy trình như cách thức, thể chế, nguyên tắc, thời gian, trách nhiệm đưa ra quyết

định... Thứ hai là những câu hỏi liên quan đến nội dung. Trong bối cảnh xã hội chịu tác động bởi các xung đột, tính hợp lệ của hiến pháp thường được ẩn chứa trong các vấn đề này. Chương này tập trung vào tầm quan trọng của bối cảnh xã hội như là một yếu tố mà các nhà lập hiến phải quan tâm khi bắt đầu quá trình. Nó được thiết kế như sau.

- Đầu tiên, những quan sát tổng quan và một số giả định cơ bản sẽ được ghi nhận trong chương này.

- Thứ hai, dựa vào toàn cảnh công cuộc xây dựng hiến pháp trên thế giới, những thách thức chung trong xây dựng hiến pháp trong bối cảnh chịu tác động của xung đột sẽ được đề cập.

- Phần thứ ba thảo luận về các khía cạnh của quá trình nhằm bảo đảm tính hợp pháp của các kết quả đầu ra.

- Thứ tư là những tranh luận liên quan đến một vài nội dung thường gặp trong quá trình xây dựng hiến pháp.

- Thứ năm, giới thiệu Tài liệu và cách sử dụng nó, cũng như giới thiệu tổng quan về các chương khác trong tài liệu.

5.3.2. *Chương 2: Các nguyên tắc và các chủ đề liên kết*

Hiến pháp đóng vai trò quan trọng trong việc xây dựng và phát triển một số nguyên tắc làm trung tâm cho sự hình thành khái niệm về sự thống nhất và các giá trị chung. Tuy vậy, ý nghĩa của nó không chỉ mang tính biểu tượng. Các nguyên tắc có khả năng chiếu rọi vào ý nghĩa và cách vận dụng hiến pháp. Chương này làm rõ các nguyên tắc hiến pháp phát triển như thế nào, có phải thông qua các cuộc thương lượng và được thể hiện trực tiếp trong hiến pháp, hay là nổi lên từ tinh thần văn bản hiến pháp, cấu trúc và thực thi hiến pháp. Chương này cũng làm rõ vai trò của các nguyên tắc hiến pháp trong một chính thể - liệu chúng có hỗ trợ cho việc giải thích hiến pháp hoặc đưa ra một số chỉ dẫn cho những nhà hoạch định chính sách không. Chương này còn tìm hiểu mối liên hệ giữa những nguyên tắc với một số nội dung đa lĩnh vực trong hiến pháp. Các nội dung đó là pháp quyền, tính đa dạng, bình đẳng giới, tôn giáo và quan hệ quốc tế - và tại sao hiến pháp lại phải đề cập đến những nội dung này, bằng tinh thần chung hoặc bằng các điều khoản cụ thể. Chương này còn tìm hiểu xem các nhân tố và xu hướng mang tính bối cảnh trong một quốc gia có thể ảnh hưởng như thế nào đến hình thức và ý nghĩa của các nguyên tắc và những điều khoản hiến pháp liên quan đến các nguyên tắc đó.

5.3.3. *Chương 3: Xây dựng văn hóa quyền con người*

Có rất nhiều lý do để đưa quyền con người vào hiến pháp; nội dung đó giới hạn quyền lực nhà nước, một phần của dân chủ, hình thành nền tảng cho văn hóa quyền con người và là một phần không thể tách rời khỏi tính chính danh của hiến pháp. Văn hóa quyền con người cho phép các cá nhân và các nhóm có không gian để tổ chức và tập hợp lợi ích của mình. Đó còn là cơ chế cho phép người dân bình thường có quyền yêu cầu đối với các nhân viên hoặc cơ quan nhà nước. Chương này trình bày quyền con người “vận hành” như thế nào và do đó, ngoài hiến pháp ra, nó còn liên quan đến nhiều khía cạnh phức tạp của xã

hội. Từ góc độ luật quốc tế, quyền con người mang tính phổ quát, không thể chuyển giao và không thể phân chia. Tuy vậy, lý do để đưa vào và bảo vệ một số quyền trong hiến pháp cũng luôn gây tranh cãi như chính bản chất và mục đích của hiến pháp. Thách thức chính ở đây không phải chỉ là thống nhất về các quy định liên quan đến quyền, mà còn là sử dụng các cơ chế bảo vệ quyền con người để góp phần tạo nên môi trường chung sống hòa bình giữa nhiều nhóm người đa dạng khác nhau về mặt xã hội vốn từng chịu tác động của xung đột. Mục tiêu này không phải luôn được ủng hộ, như có thể thấy từ những tranh luận gay gắt về các vấn đề quyền con người giữa những nhóm xã hội trong quá trình xây dựng hiến pháp. Trong số đó có các nội dung về quyền của các nhóm thiểu số được hưởng một số biện pháp đặc biệt, các quyền kinh tế đối với các nguồn lực quốc gia, quyền của phụ nữ được bình đẳng trong quan hệ gia đình... Khó khăn nữa là khi thực thi các quyền chắc chắn cần có sự đảm bảo bằng thể chế. Trong khi các quyền căn bản được thực thi ở hầu hết các truyền thống pháp lý, các nhà lập hiến phải linh hoạt trong việc áp dụng khung pháp lý để dành chỗ cho ý kiến của các nhà chính trị, nhằm mục tiêu có sự thống nhất sâu rộng hơn trong vấn đề quyền con người.

5.3.4. Chương 4: Xây dựng nhánh Hành pháp

Theo các giáo trình, nhánh hành pháp đại diện cho một trong ba nhánh của chính quyền, có chức năng truyền thống là thực thi và áp dụng luật được soạn thảo bởi nhánh lập pháp và giải thích bởi nhánh tư pháp. Trong thực tế hoạt động, nhánh hành pháp có thể giữ vai trò quyền lực độc nhất và thường được xem như là người lãnh đạo hay người cầm quyền mang tính chất tự nhiên của một quốc gia, là hiện thân của hình ảnh quốc gia cả về mặt đối nội và đối ngoại. Do vậy, không có gì là ngạc nhiên khi các cuộc bầu cử người đứng đầu nhánh hành pháp luôn là sự kiện quan trọng có thể gây ra những bất hòa lớn, nhất là tại các xã hội thời kỳ hậu xung đột với ý thức sắc tộc sâu sắc. Trên thực tế, nhiều xung đột nội bộ thường bắt nguồn từ cuộc đấu tranh nhằm duy trì, tích tụ và/hoặc mở rộng quyền hành pháp trong khuôn khổ hiến pháp hay thậm chí vượt ra ngoài khuôn khổ hiến pháp.

Quá trình soạn thảo hiến pháp không thuần túy là một bài toán mang tính học thuật trong đó các nhà soạn thảo tìm kiếm giải pháp kỹ thuật tốt nhất cho quốc gia mình. Các nhà soạn thảo hiến pháp và các nhà thương lượng cũng đồng thời là những chủ thể/đảng phái chính trị nhằm tới mục tiêu đưa được các chương trình, chính sách của riêng mình vào văn bản hiến pháp. Do đó, các định hướng xây dựng hiến pháp thường thể hiện sự thỏa hiệp giữa các chủ thể có những lợi ích và nguyện vọng khác nhau.

Bằng cách đưa ra các phương án soạn thảo hiến pháp theo cách có sự so sánh, có tổ chức và thống nhất, chương về nhánh hành pháp mong muốn hỗ trợ cho những chủ thể liên quan về cách thể hiện quan điểm của mình trong văn bản hiến pháp cũng như cách dàn xếp các lợi ích trái chiều nhằm đạt được một sự thỏa hiệp hiến pháp mang tính khả thi. Chương này chủ yếu tập trung vào phương án hiến định nhằm tới việc phân tán bớt quyền lực của hành pháp. Không bỏ qua những lợi ích tiềm tàng của nền hành pháp mạnh trong một số trường hợp cụ thể, trong chương này, tác giả cho rằng nhiều cuộc xung đột bạo lực

ít nhất cũng có một phần nguyên nhân từ một nền hành pháp tập trung quá mức, trong đó quyền lực nằm trong tay số ít và loại bỏ số đông. Mục tiêu của việc phân tán bớt quyền lực của hành pháp là tạo điều kiện cho nhiều chủ thể hơn tham gia vào quá trình ra quyết định, trong phạm vi nội bộ nhánh hành pháp hoặc trong toàn bộ cơ chế kiểm chế đối trọng với các nhánh khác của chính quyền.

5.3.5. Chương 5: Xây dựng nhánh Lập pháp

Ba chức năng cơ bản của nhánh lập pháp là đại diện, xây dựng pháp luật và giám sát. Là thiết chế mang tính đại diện rõ nét nhất, khi thực hiện tốt nhất chức năng đại diện, nhánh lập pháp cung cấp một đầu trường chính trị mà ở đó có sự cọ xát giữa các luồng chính kiến khác nhau trong xã hội. Trong bối cảnh quốc gia thời kỳ hậu xung đột, các nhóm trước đây có xung đột nay đấu tranh để thay thế bạo lực và hận thù bằng đấu tranh chính trị. Khi đó, thiết lập cơ quan lập pháp có thể giúp cho quá trình đổi mới này thông qua việc tạo ra một diễn đàn để bày tỏ, xem xét và chấp nhận các quan điểm khác nhau.

Nói một cách thực tế hơn thì các định hướng xây dựng hiến pháp thường thể hiện sự thỏa hiệp giữa các chủ thể có những lợi ích và nguyện vọng khác nhau. Một số chủ thể còn lại sau các cuộc xung đột như phiến quân hoặc những nhóm bạo lực sẽ đòi hỏi lợi ích của họ được phản ánh trong hiến pháp. Vì vậy, các nhà soạn thảo hiến pháp có thể sẽ không xây dựng được một bản hiến pháp tốt nhất về mặt kỹ thuật, nhưng lại thành công trong việc đạt được một sự thỏa hiệp tối ưu nhất về hiến pháp. Do các đảng phái chính trị thường chiếm tuyệt đại đa số trong cơ quan lập pháp, không chỉ có quan điểm của người lãnh đạo đảng mà cả lợi ích của các đảng này cũng thường chiếm ưu thế trong quá trình thành lập cơ quan lập pháp. Các đảng chiếm đa số có thể thỏa thuận với nhau về nguyên tắc “được ăn cả, ngã về không” (*winner takes all*) không chỉ trong bầu cử, mà cả trong việc thiết kế nhánh lập pháp – tập trung quyền lập pháp bằng việc cho phép các quyền hạn lớn có thể được thực thi chỉ với đa số quá bán. Các đảng đại diện cho một nhóm thiểu số, như nhóm tôn giáo hoặc văn hóa, có thể muốn một phương án thiết kế khác.

Thông thường, các nhóm lợi ích đều đặt kỳ vọng lớn vào nghị viện và vai trò của cơ quan này trong cấu trúc bộ máy nhà nước. Đặc biệt, trong bối cảnh người dân vừa phải trải qua chế độ độc tài cai trị đất nước trên cơ sở một nền hành pháp tập trung cao độ thì nghị viện mạnh là điều họ mong đợi. Những người trung thành với chế độ dân chủ có thể sẽ cho rằng một nghị viện mạnh với quyền lực tập trung là không có gì bất cập. Nghị viện, cơ quan làm việc theo chế độ hội nghị, thực hiện mọi hoạt động theo trình tự: thương lượng, thỏa hiệp và biểu quyết thông qua.

Tuy nhiên, thiết kế nhánh lập pháp của nhà nước cũng có khá nhiều thách thức. Các nhà soạn thảo hiến pháp có lẽ nên cân nhắc khả năng rằng quyền lập pháp nếu không bị hạn chế với nguyên tắc quyết định theo đa số thì cũng có thể dẫn đến nguy cơ các nhóm thiểu số không được đại diện đầy đủ sẽ bị áp chế.

Chương này tìm hiểu các phương án khác nhau thiết kế nhánh lập pháp trong hiến pháp và được kết cấu dựa theo ba chức năng cơ bản của lập pháp: đại diện, giám sát, và xây

dựng luật. Chương này bổ sung hai yếu tố nữa, đó là: mức độ độc lập của lập pháp và các nhiệm vụ khác của lập pháp bên cạnh chức năng làm luật.

5.3.6. *Chương 6: Xây dựng nhánh Tư pháp*

Hiến pháp ghi nhận nhánh tư pháp có trách nhiệm giải quyết tranh chấp và giải thích luật. Đa số hiến pháp cho nhánh tư pháp quyền bảo hiến như là biện pháp bảo vệ để bảo đảm rằng nhánh lập pháp và chính phủ tuân thủ những yêu cầu của hiến pháp. Quyền và quá trình tài phán hiến pháp được các bản hiến pháp quy định rất khác nhau. Chương này đề cập đến một số vấn đề liên quan đến tài phán hiến pháp. Ngoài ra, chương này còn bàn đến sự cân bằng quyền lực giữa tư pháp và các nhánh quyền lực khác. Khi sự độc lập tư pháp được bảo đảm, tính tin cậy và minh bạch của pháp luật cũng trở nên quan trọng. Cuối cùng, chương này sẽ đề cập đến một số cấu trúc nội tại của nhánh tư pháp trong hoàn cảnh chia rẽ: đa nguyên pháp luật và khả năng tồn tại hòa hợp trong một hệ thống pháp lý đa dạng với một hiến pháp duy nhất.

5.3.7. *Chương 7: Các hình thức phi tập trung hóa của chính quyền*

Phi tập trung hóa thông thường xuất hiện bởi hai nguyên nhân: (a) để sắp đặt việc cung cấp dịch vụ gần gũi hơn với người dân, đáp ứng yêu cầu tính hiệu quả và tính giải trình trách nhiệm và (b) để thúc đẩy sự hài hòa giữa các nhóm đa dạng trong một quốc gia, cho phép họ một mức độ tự trị nhất định. Đặc biệt trong các xã hội chia rẽ bởi những xung đột bạo lực, sự phi tập trung hóa sẽ hỗ trợ sự cùng chung sống hòa bình giữa các nhóm đa dạng về văn hóa và tôn giáo.

Phi tập trung hóa bao gồm yếu tố hình thức và nội dung. Trong khi yếu tố hình thức đặt vấn đề về hình thức cấu trúc của chính quyền, yếu tố nội dung quan tâm đến mức độ phi tập trung hóa thực tế, mà có lẽ phương cách tốt nhất là trên phương diện phi tập trung hóa hành chính, chính trị và tài chính.

6. Kết luận

Xây dựng hiến pháp là một quá trình chính trị và có thể bị tổn hại bởi các bối cảnh khác nhau. Mặc dù các nhà lập hiến rất nỗ lực thiết kế những quá trình và các nội dung có tính hợp thức, giải quyết các vấn đề ngắn và dài hạn, tương lai của công cuộc này vẫn khó dự đoán. Thành công của việc xây dựng hiến pháp có thể phụ thuộc vào các yếu tố nằm ngoài hiến pháp. Tuy nhiên, các nhà lập hiến cũng có thể can thiệp vào công cuộc này, đặc biệt là thu hút sự tham gia của nhiều chủ thể khác nhau và làm giảm thiểu khả năng một số nhóm nắm độc quyền chính trị. Sự khởi đầu đúng đắn sẽ tạo lực đẩy lớn đối với việc hoàn thành xây dựng hiến pháp thành công, dẫn đến thực thi hiến pháp theo đúng chức năng của nó.

Khi bắt đầu xây dựng hiến pháp, các nhà lập hiến cần nhận diện được các khó khăn có thể dưới nhiều dạng thức khác nhau. Những khó khăn đó có thể khác nhau tùy hoàn cảnh, bắt rễ từ lịch sử hoặc những tình huống hiện tại ảnh hưởng đến quá trình xây dựng hiến pháp, và một số yếu tố xuất hiện trong quá trình này. Các nhà lập hiến cần nhận diện những khó khăn chung và riêng, sau đó lập kế hoạch giải quyết chúng ngay từ lúc khởi đầu. Tiến trình xây dựng hiến pháp nếu thu hút được các nhóm, các chủ thể hợp pháp vì mục

tiêu dân chủ chung sẽ hướng đến các lựa chọn về thể chế nhằm củng cố quá trình xây dựng hiến pháp theo hướng dân chủ hóa. Nếu nhận diện được những yếu tố này, các nhà lập hiến có thể ở vị thế đề ra các tiêu chí về chất lượng hoặc mức độ xây dựng hiến pháp dân chủ, với sự tham gia đại diện của đông đủ các thành phần trong xã hội.

Trích dẫn người làm thực tiễn

“Soạn thảo hiến pháp là công việc cho các nhà sử học, xã hội học, nhân chủng học, triết học, nhà văn và nhà thơ - cho tất cả những người từng phải chịu sự bất công qua bao thế hệ và dám thể hiện ý chí của mình, chuyển chúng thành những ngôn từ có giá trị bất buộc; nếu để việc này cho các chính trị gia chuyên nghiệp tức là cho phép tai ương đạo đức; nếu để việc này riêng cho các thẩm phán tức là cho phép sự trù tượng thiếu sức sống của quy phạm. Khó có thể có bài học lịch sử đau đớn hơn thế”.

Torquato Jardim, cựu Bộ trưởng và tư vấn hiến pháp của Ủy ban Hiến pháp, Braxin

Một hiến pháp có thể không giải quyết được tất cả vấn đề. Các nhà lập hiến có thể tranh luận vấn đề nào nên đưa vào hiến pháp và đưa vào ở mức độ nào. Đương nhiên, các nhà lập hiến có quyền tự do xây dựng hiến pháp phù hợp với nhận định về bối cảnh quốc gia. Họ cần dàn xếp sao cho hiến pháp có hiệu lực với sự tham gia của hầu hết các đảng phái, đảm bảo vững chắc cho các thể chế công và chính phủ. Cuối cùng, các nhà lập hiến cần phải dàn xếp những mong đợi khác nhau, đặc biệt là của các nhóm yếu thế: trong khi để có được sự ủng hộ của họ đòi hỏi cần mở rộng mạng lưới an sinh chính thức, việc thu hút họ tham gia là một việc rất tốn thời gian.

Các từ khóa:

Thỏa thuận lâm thời, vai trò của các nhân tố quốc tế, các nhân tố bên ngoài, nhà nước non yếu, tính non yếu của nhà nước, sự công bằng trong giai đoạn chuyển giao, chính quyền của nhà nước thống nhất, đạo luật, trưng cầu dân ý, ban hành luật, sự tham gia, hội đồng bầu cử.

Các nguồn bổ sung

Nhiều thể chế tham gia vào nghiên cứu và cung cấp kiến thức một cách công khai để các bên có thể thảo luận. Một số trong các nhân tố đó tập trung đặc biệt và nội dung chính sách hoặc chỉ làm việc về một vùng riêng biệt. Các nguồn khác có thể hỗ trợ công việc cho những người thực hiện bao gồm các nguồn sau:

• Chương trình phòng ngừa và khắc phục khủng hoảng của UNDP

<<http://www.undp.org/cpr/>>

Chương trình Phòng ngừa và Khắc phục khủng hoảng của Chương trình Phát triển của LHQ (UNDP) nhằm giúp các quốc gia giải quyết các xung đột và bạo lực bằng cách giảm rủi ro, ngăn ngừa và hỗ trợ phục hồi. Websites có những chương trình và nguồn lực liên quan đến phụ hồi khủng hoảng ở giai đoạn đầu, bình đẳng giới, pháp quyền và xây dựng nhà nước. Website cũng có “Hướng dẫn thực hiện” để đánh giá tình hình giai đoạn sau xung đột.

• **Trung tâm Hòa bình sau xung đột và Ổn định USIP**

<<http://www.usip.org/programs/centers/center-post-conflict-peace-and-stability-operations>>

Học viện Hoa Kỳ về Hòa bình (USIP), một tổ chức độc lập được Quốc hội Hoa Kỳ thành lập, xây dựng nên Trung tâm Hòa bình hậu xung đột và ổn định để tiến hành các nghiên cứu, tìm ra các cách thức tốt nhất, hỗ trợ các nỗ lực đào tạo và giáo dục, và phát triển các công cụ giúp cho quản lý đất nước giai đoạn sau xung đột và gìn giữ hòa bình. USIP cũng có chương trình và các tài liệu công bố về xây dựng hòa bình, pháp quyền và xây dựng hiến pháp để thúc đẩy sự ổn định trong những khu vực bị tác động bởi xung đột trên thế giới.

ConstitutionNet

<<http://www.constitutionnet.org>>

Mạng lưới Hiến pháp, một nguồn online toàn cầu được thành lập bởi sáng kiến của cả IDEA quốc tế và Interpeace và được IDEA quốc tế duy trì với nguồn kinh phí từ chính phủ Na Uy. Mục tiêu của nguồn này là phục vụ cho nhu cầu tìm hiểu kiến thức của các nhóm liên quan đến xây dựng hiến pháp. Nguồn này cung cấp các ấn phẩm online của tài liệu này, cũng như cách tiếp cận và thông tin về các công cụ kiến thức khác, bao gồm các tài liệu tập huấn, bản thảo luận và thư viện ảo của các tài liệu được thu thập từ một tiến trình chọn lọc toàn cầu đặc biệt.

Viện quốc tế về Dân chủ và hỗ trợ Bầu cử

<<http://www.idea.int>>

Viện quốc tế về Dân chủ và Hỗ trợ bầu cử (IDEA quốc tế) là một tổ chức liên chính phủ hỗ trợ nền dân chủ bền vững trên toàn thế giới. Nhiệm vụ của nó là hỗ trợ những thay đổi dân chủ bền vững bằng cách so sánh kiến thức, thúc đẩy cải tổ dân chủ, và tác động đến chính sách và chính trị. Website của IDEA cung cấp thông tin về tiến trình xây dựng hiến pháp ở các khu vực, các bài phỏng vấn những người thực hiện công việc này ở cấp quốc gia, và các công cụ của Nhà nước Dân chủ mà những người thực hiện có thể sử dụng để đánh giá quan điểm của người dân về sự thiếu dân chủ, bao gồm cả từ góc độ hiến pháp.

ConstitutionMaking.org

<<http://www.constitutionmaking.org/>>

ConstitutionMaking.org là một dự án kết hợp giữa Dự án hiến pháp so sánh (Comparative Constitutions

Project (CCP)) và USIP. Mục tiêu của nó là cung cấp những nội dung thông tin một cách hệ thống về cách thiết kế cũng như hoàn cảnh xây dựng hiến pháp. Website của tổ chức bao gồm các nguồn, báo cáo về xu hướng xây dựng hiến pháp, và tạo nên một diễn đàn cho các cuộc thảo luận về các vấn đề hiến pháp, cũng như cơ sở dữ liệu của hiến pháp. Đó cũng là nơi tích lũy thông tin về sự phát triển hiến pháp trên toàn thế giới

Hội đồng Venice

<http://www.venice.coe.int/site/main/Presentation_E.asp>

Ủy ban Châu Âu về Dân chủ thông qua Pháp luật là cơ quan pháp lý độc lập nền tảng giải quyết những công việc quản lý khủng hoảng, ngăn ngừa xung đột và xây dựng hiến pháp. Nó được thành lập để thúc đẩy các ý tưởng pháp lý của châu Âu, bao gồm dân chủ, quyền con người và pháp quyền, bằng cách tư vấn các quốc gia về những vấn đề pháp lý. Website cung cấp các ý kiến của các quốc gia cụ thể và các nghiên cứu so sánh về tiến trình xây dựng hiến pháp ở châu Âu.

• **Đại học Richmond**

<<http://confinder.richmond.edu/>>

Đại học Richmond, đặt ở Richmond, Virginia là nơi phát sinh ra công cụ Tìm kiếm Hiến pháp. Cơ sở dữ liệu dựa vào tìm kiếm này về hiến pháp, các chương, sửa đổi và các tài liệu liên quan khác tạo ra các đường dẫn để các thành viên chính phủ có thể gửi các tài liệu quốc gia.

Danh mục sách tham khảo

Về bản chất chính trị của hiến pháp

Griffith, J. A. G., ‘Hiến pháp chính trị’, *Tạp chí Luật hiện đại (Modern Law Review)*, 42/1 (1979), trang 1-21 (về sự phân biệt giữa hiến pháp chính trị và hiến pháp pháp lý)

Tribe, Laurence, *Hiến pháp vô hình* (Oxford and New York: Oxford University Press, 2008), trang 18-19 và 25-51 (phân tích tầm quan trọng của Hiến pháp ‘bất thành văn’ của Hoa Kỳ)

Về phân thiết kế nội dung hiến pháp dẫn đến bất ổn trong tương lai

Balkin, Jack M. và Siegel, Reva B. (eds), *Hiến pháp năm 2020* (Oxford and New York: Oxford University Press, 2009), trang 1-7 (đánh giá toàn cảnh Hiến pháp Hoa Kỳ vào năm 2010)

Benomar, J., ‘Soạn thảo hiến pháp sau xung đột: Bài học từ Iraq’, *Tạp chí Dân chủ (Democracy Journal)*, 15/2 (2004)

Fukuyama, F., *Sự chấm dứt của Lịch sử và con người cuối cùng* (London: Penguin Books, 1992), trang 199-208 (về tác động của đặc thù chính trị lên các nhà nước đa dạng và đồng nhất)

Hazell, Robert (ed.), *Đánh giá lại Tương lai của hiến pháp: Hiến pháp Vương quốc Anh tới năm 2020* (Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2008), trang 1-25 (về kiến thiết nền tảng của tăng cường và phân tán quyền lực)

Về tầm quan trọng của ‘tiến trình’ xây dựng hiến pháp

Andolina, R., ‘Chủ quyền và tác động của nó: Hội đồng bầu cử và các hoạt động của người bản địa tại Ecuador’, *Tạp chí nghiên cứu của Mỹ Latin*, 35/4 (2003), trang 721-50 (bàn về việc pháp điển hóa tiến trình xây dựng hiến pháp 1997-8 của những người bản địa)

Austin, G., *Hiến pháp Ấn Độ, Nền móng Quốc gia* (Oxford: Oxford University Press, 1966; 1999 edn), trang 308-29 (tóm tắt quá trình xây dựng Hiến pháp 1949 của Ấn Độ)

Berhanu, Kassahun, ‘Người Ethiopia lựa chọn một Hội đồng bầu cử’, *Tạp chí về Kinh tế chính trị châu Phi (Review of African Political Economy)*, 22/63 (1995), trang 129-35,

downloaded từ JSTOR vào 18/11/2009 (về tiến trình tại Ethiopia theo Mặt trận dân chủ cánh mạng của người Ethiopia)

Bhattarai, Hari P. Và Subedi, Jhalak (eds), *Xây dựng Hiến pháp Dân chủ: Kinh nghiệm từ Nepal, Kenya, Nam Phi và Sri Lanka* (Kathmandu: Nepal South Asia Center, 2007), trang 105-38, có thể tìm ở http://nesac.org.np/main/publications/democracy_constitution.html (về đánh giá so sánh về một quá trình có sự tham gia của các bên)

Culic, I., 'Xây dựng Nhà nước và Soạn thảo Hiến pháp ở Trung và Đông Âu sau 1989', *Regio Yearbook*, 3 (2003), trang 38-58

Elster, Jon, 'Các động lực và cơ chế trong tiến trình Xây dựng hiến pháp', *Tạp chí Luật Duke (Duke Law Journal)*, 45 (1995-6) (thảo luận về cách thức một tiến trình nhất định lựa chọn tăng cường những lợi ích thể chế nhất định) (có thể tìm thấy ở HeinOnline, được tải về vào ngày 27/5/2009)

Furley, O. and Katalikawe, J., 'Cải cách Hiến pháp ở Uganda: Cách tiếp cận mới', *Vụ việc châu Phi (African Affairs)*, 96/383 (tháng 4 1997), trang 243-60 (bàn về tác động của tiến trình tham vấn theo Hoạt động phản kháng quốc gia (National Resistance Movement)

Ghai, Y., *Vai trò của các Hội đồng bầu cử lên xây dựng hiến pháp* (Stockholm: IDEA quốc tế, 2006), có thể xem tại <http://www.constitutionnet.org>

Ghai, Y. and Galli, G *Tiến trình xây dựng Hiến pháp và Dân chủ hóa* (Stockholm: IDEA quốc tế, 2006), có thể xem tại http://www.idea.int/publications/cbp.../upload/cbp_democratization_eng.pdf

Hart, V., *Xây dựng Hiến pháp dân chủ*, Báo cáo đặc biệt số 107 (Washington, DC: Học viện Hoa Kỳ về Hòa bình, 2003), trang 4-11, có thể xem tại <http://www.usip.org> (về tầm quan trọng của tiến trình)

Hassen, E., *Tinh thần của một Dân tộc: Xây dựng hiến pháp ở Nam Phi* (Oxford và CapeTown: Oxford University Press, 1999), đặc biệt chương 14

Klug, H., *Hiến pháp hóa Dân chủ: Luật, Toàn cầu hóa và Tái cấu trúc chính trị ở Nam Phi* (Cambridge: Cambridge University Press, 2000), trang 93-117 (về quá trình chuyển đổi ở Nam Phi)

Lawoti, N. (ed.), *Chính sách nhiều tranh cãi và Dân chủ hóa tại Nepal* (Sage Publications India and Bhrikuti Academic Publications, Nepal, 2007), trang 48-72 (thảo luận về tiến trình dẫn đến Hiến pháp 1990)

Phongpaichit, P. and Baker, C., *Khủng hoảng của Thái Lan* (Singapore: Học viện nghiên cứu về Nam Á, 2001), trang 116-27 (về tiến trình soạn thảo Hiến pháp 1997)

Về tầm quan trọng của việc ghi nhận dân chủ để cân bằng các lợi ích và ý tưởng đối kháng

Cowen, D.V., 'Xây dựng hiến pháp cho nền Dân chủ', *African Affairs*, 59/238 (1961), trang 77-108, tải về từ JSTOR 16/10/2007 (bàn về các thách thức về dân chủ hóa ở Nam Phi những năm 1960, kỉ nguyên độc lập của châu Phi)

Dahl, Robert, *Dân chủ và những điểm phê phán* (New Haven, Conn. and London: Yale University Press, 1989), trang 135-92 (một trao đổi biện chứng về các vấn đề của tiến trình dân chủ)

Elster, Jon, Offe, Claus and Preuss, Ulrich, *Thiết kế các thể chế trong xã hội hậu chủ nghĩa Cộng sản: Tái lập con tàu trên biển* (Cambridge: Cambridge University Press, 1998), trang 63-108 (về xây dựng hiến pháp tại Đông Âu)

McWhinney, E., *Xây dựng hiến pháp: Nguyên tắc, Tiến trình, thực tiễn* (Toronto: University of Toronto Press, 1981), trang 67-125 (về xây dựng các thể chế theo hiến pháp và tiến trình)

Murphy, W., *Dân chủ trong Hiến pháp* (Baltimore, Md: Johns Hopkins University Press, 2007), phần 1 (về xây dựng dân chủ hiến pháp) Học viện Hà Lan về Dân chủ đa đảng, Trung tâm Tri thức NIMD cho nền Dân chủ đa đảng (for Multiparty Democracy, NIMD Knowledge Centre), ‘Lịch sử thành văn của quốc gia: Một phân tích so sánh về các tiến trình cải tổ hiến pháp’, 2009, có thể tìm thấy ở <<http://www.nimd.org>> (thực tiễn sửa đổi hiến pháp tại năm quốc gia)

Ramaphosa, C. and Motala, Z., *Luật Hiến pháp: So sánh và các trường hợp* (Cape Town: Oxford University Press Southern Africa, 2002), trang 1-12 (về xây dựng hiến pháp 1996 của Nam Phi)

Sartori, G., *Hoạt động xây dựng hiến pháp so sánh*, 2nd edn (New York: New York University Press, 1996), pp. 195-201 (tổng quan về việc áp dụng các nội dung vào xây dựng hiến pháp)

Smith, S. A. de and Brazier, R., *Luật Hiến pháp và hành chính*, 8th edn (London: Penguin Books, 1998), trang 6-13 (về những nội dung nào cần ghi trong hiến pháp) và trang 27-46 (về các hiệp ước hiến pháp)

Sunstein, C. R., *Kiến thiết nền dân chủ: Hiến pháp cần làm gì* (Oxford and New York: Oxford University Press, 2001), trang 13-47 (bàn về việc thiết kế các thể chế tại các quốc gia thống nhất và phân cực)

Tilly, Charles, *Những tranh cãi và dân chủ tại châu Âu: 1650-2000* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), pp. 42-69 (về các chế độ và tranh cãi giữa những người tham gia tiến trình và quá trình dân chủ hóa)

Tully, J., *Strange Multiplicity: Chủ nghĩa hiến pháp trong thời đại của sự đa dạng* (Cambridge: Cambridge University Press, 1995), trang 183-212.

Các vụ việc của IDEA quốc tế, International IDEA, *Dân chủ trong xây dựng: Những nội dung quan trọng của tiến trình Dân chủ hóa tại Iraq* (Stockholm: International IDEA, 2005), có thể xem tại <http://www.idea.int/publications/democratization_iraq/index.cfm>

IDEA quốc tế và Viện Caucasus về Hòa bình, Dân chủ và Phát triển, *Tiến trình cải tổ Hiến pháp và chính trị tại Georgia, Armenia và Azerbaijan* (Stockholm: International IDEA, 2005), có thể xem tại <http://www.idea.int/publications/cprp_georgia/en.cfm>

Slatina, Senad, ‘Phân tích cuối cùng về Tiến trình xây dựng Hiến pháp tại Bosnia và Herzegovina’, vụ việc của IDEA quốc tế, [1996], có thể xem tại <<http://www.constitutionnet.org/vl/item/final-analytical-report-constitutional-building-processes-bosnia-and-herzegovina>>.

CHƯƠNG 2

CHƯƠNG 2

Các nguyên tắc và nội dung đa lĩnh vực

Nora Heding

1. Tổng quan

Chương này sẽ đề cập đến những cách thức khác nhau mà các nhà lập hiến sử dụng để thiết lập và phát triển một số nguyên tắc hiến định. Nội dung của chương cũng bao gồm mối quan hệ giữa các nguyên tắc với nội hàm của hiến pháp cũng như cách hiến pháp vận hành. Chương sẽ nghiên cứu xem các nguyên tắc này được phát triển như thế nào, thông qua thương lượng và được thể hiện trực tiếp trong hiến pháp, hay là chúng được làm nổi rõ về sau từ văn bản, cấu trúc và việc áp dụng hiến pháp. Hơn thế, chương sách này còn nhìn nhận xem các nguyên tắc hiến pháp này có thể định hướng cho các chính sách của chính phủ hoặc hỗ trợ việc thiết lập một số quyền hoặc cấu trúc pháp lý căn bản như thế nào. Cuối cùng, nội dung của chương sẽ đề cập đến một số nội dung liên quan đến nhiều lĩnh vực thường thấy trong sự phát triển của hiến pháp. Sáu nội dung đó là: quản trị dân chủ, pháp quyền, điều hòa tính đa dạng, bình đẳng giới, tôn giáo và các nguyên tắc trong luật quốc tế. Qua việc bàn luận ngắn gọn về cách thức hiến pháp ghi nhận những khái niệm này, chương sách đánh giá xem các lực lượng và xu thế trong một quốc gia có thể ảnh hưởng như thế nào đến định dạng và ý nghĩa của các nguyên tắc và điều khoản hiến pháp liên quan. Nó đưa ra các ví dụ về nguyên tắc hiến pháp trong các hiến pháp và quá trình xây dựng hiến pháp khác nhau như là các ví dụ, chứ không phải nhất thiết là các khuyến nghị. Nhà lập hiến cần tiếp tục tìm hiểu hiến pháp và bối cảnh của những ví dụ cụ thể, và lưu ý rằng các điều khoản được vận dụng khác nhau trong các hoàn cảnh khác nhau nên không thể sao chép từ hiến pháp này sang hiến pháp khác mà không có sự cân nhắc cẩn trọng.

Các ý tưởng chính

- Một văn bản hiến pháp chứa đựng một số tiêu chuẩn tinh thần và đạo đức, các giá trị dưới hình thức các nguyên tắc hiến pháp, thường được thể hiện trực tiếp hoặc trong nhiều trường hợp có được nhờ hoạt động giải thích hiến pháp của tòa án. Các nguyên tắc hiến pháp có thể đề ra các quy tắc có tính chất bắt buộc chung hoặc được hiểu như là các tiêu chuẩn có tính khát vọng cao nhất cần đạt được. Hiến pháp là văn bản pháp lý được soạn thảo, thực thi, giải thích và công nhận theo các nguyên tắc được thể hiện trực tiếp hoặc gián tiếp.
- Chương này sẽ bàn về các nguyên tắc được minh thị trong hiến pháp hoặc được hỗ trợ, phát triển từ hiến pháp. Tuy nhiên, các giá trị xã hội từ các nguồn khác nhau, ví dụ như các quy phạm tôn giáo hoặc văn hóa và các giá trị của luật quốc tế, cũng có thể ảnh hưởng đến việc áp dụng hiến pháp, bất kể những giá trị đó có được ghi nhận trong hiến pháp hay không.
- Những người soạn thảo có thể ghi nhận các nguyên tắc hiến pháp một cách trực tiếp trong văn bản hiến pháp. Các nguyên tắc này cũng có thể được ngụ ý hoặc đúc rút từ cấu trúc hoặc sự tương tác giữa các điều khoản. Những lựa chọn chính trị và các cuộc thương lượng trong quá trình xây dựng hiến pháp thường xác định liệu các nguyên tắc trên có được ghi nhận trực tiếp hay không.
- Trong hoàn cảnh xung đột nghiêm trọng, những thỏa thuận về các giá trị chung giữa các cá nhân hoặc nhóm từng trải qua bạo lực, tình trạng vô pháp luật và các vi phạm về quyền con người trở nên khó khăn hơn. Trong một số trường hợp, khi hiến pháp đã được thực thi, các nguyên tắc hiến pháp được đề cao như là nền tảng ngay cả khi người soạn thảo không chủ đích như vậy. Các nguyên tắc hiến pháp có thể thể hiện ở một số điều khoản cụ thể và các cam kết trong hiến pháp, cũng như cách hiểu truyền thống và các quy phạm của luật quốc tế.
- Các nguyên tắc của hiến pháp được hiểu là những giá trị chung cho tất cả, và vì vậy tạo nên một khung tổng quan để điều hòa sự khác biệt trong xã hội, ngay cả khi có sự phân hóa sâu sắc. Khi không thể có sự thống nhất về một số điều khoản cụ thể, nhà lập hiến có thể đồng ý về những nguyên tắc chung nhất, với hi vọng rằng các thẩm phán hoặc cơ quan lập pháp sẽ phát triển nó đầy đủ hơn. Ví dụ, các bên có thể cùng cam kết về sự bình đẳng nhưng không đồng ý về câu chữ trong các điều khoản cụ thể thể hiện tính bình đẳng. Tuy nhiên, sự thỏa thuận về các nguyên tắc đã là một thành tựu lớn. Tại các quốc gia chịu ảnh hưởng của xung đột, thất bại trong việc thống nhất về các giá trị và các nguyên tắc chung thường làm cho việc xây dựng hiến pháp trở thành một quá trình chia sẻ hơn là thống nhất.
- Nhiều nguyên tắc hiến pháp liên quan đến địa vị hiến định của bản sắc. Đa dân tộc, đa sắc tộc, đa tôn giáo, đa văn hóa... là các cụm từ thường thấy trong hiến pháp của một quốc gia có nhiều thành phần. Các cụm từ này cho thấy các khái niệm khác nhau trong mối quan hệ giữa các nhóm và nhà nước. Vấn đề về bản sắc cũng được đặt ra trong mối quan hệ của hiến pháp với tôn giáo cũng như cách đề cập đến bình đẳng giới.

2. Vai trò của các nguyên tắc hiến pháp

Mỗi bản hiến pháp là một tập hợp các nguyên tắc giải thích mục tiêu và các quy tắc nền tảng và giúp có được cách hiểu tổng thể hiến pháp. Các nguyên tắc này thường bắt nguồn từ kinh nghiệm lịch sử của quốc gia đó, thể hiện các giá trị được tôn trọng rộng rãi trong nhân dân. Các nguyên tắc có thể thể hiện và bao gồm các tiêu chuẩn quốc tế và khu vực hoặc theo nghĩa bắt buộc hoặc nghĩa mong muốn. Các nguyên tắc khác thường đề cập đến những vấn đề mà quốc gia đang gặp phải. Một số khác xuất phát từ thực tế xung đột và mong muốn thiết lập hòa bình.

2.1. Các giá trị nội tại

Một cách tổng quan, các nguyên tắc được ghi nhận trong hiến pháp được coi là khái niệm về mục đích và mục tiêu của chính phủ. Các nguyên tắc trong hiến pháp có thể phản ánh hệ tư tưởng hoặc đặc trưng của nhà nước. Như vậy, ở mức độ căn bản nhất, các nguyên tắc được coi là biểu tượng nội tại, cũng như sự cam kết của xã hội với một ý tưởng, giá trị hoặc một cách sống nào đó. Tương tự vậy, các nguyên tắc được sử dụng vì mục tiêu giáo dục. Đồng đảo người dân và các thể chế chính phủ khác cũng sẽ hiểu về mục tiêu của hiến pháp và chính phủ. Là sự phát triển và biểu tượng của các giá trị chung, các nguyên tắc trong hiến pháp có thể góp phần tạo nên tinh thần thống nhất. Hơn nữa, các nguyên tắc khi tuyên bố rõ ràng về mục tiêu và ưu tiên của hiến pháp, có thể làm tăng niềm tin của người dân vào những cam kết trong hiến pháp, một yếu tố đặc biệt quan trọng để thực thi hiến pháp thành công.

2.2. Tạo sự đồng thuận

Các nguyên tắc của hiến pháp có thể giúp thống nhất một xã hội đa tầng đa cấp với những lợi ích trái chiều nhau. Chúng giúp cho các bên có thể tìm kiếm tiếng nói chung trong một cuộc xung đột bằng cách cụ thể hóa các giá trị chung hoặc thể hiện tinh thần của hiến pháp ở mức độ phổ quát mà các nhóm đều cảm thấy chấp nhận được. Các nguyên tắc được sử dụng để định hướng, và trong một số trường hợp là giới hạn các cuộc thương lượng. Các cam kết về một số nguyên tắc, ví dụ như một hình thái nhất định của chính phủ, có thể giảm bớt nội dung thảo luận, hạn chế sự ảnh hưởng của các nhóm phản đối nguyên tắc này. Một cam kết về một số nguyên tắc nhất định có thể là công cụ phá vỡ thế

Các nguyên tắc hiến định có thể hỗ trợ cho việc thương thảo trong bối cảnh xung đột bằng cách kết nối các giá trị và ý nguyện chung ở mức độ tổng thể mà các nhóm khác nhau có thể chấp nhận. Sự cam kết đối với những nguyên tắc nhất định cũng có thể là công cụ phá vỡ sự bế tắc về chính trị và tạo nên sự đồng thuận.

bế tắc chính trị và thiết lập sự đồng thuận về căn bản, để từ đó tiếp tục có những thương lượng trong quá trình soạn thảo. Một khi nguyên tắc chung được thông qua, sự cam kết về xây dựng hiến pháp theo các nguyên tắc đó có thể được coi là lời đảm bảo cho các nhóm khác nhau. Kinh nghiệm soạn thảo hiến pháp ở Nam Phi được coi như một ví dụ về việc các

nguyên tắc được coi như lời cam kết, khi mà các nguyên tắc được coi như là sự thỏa thuận giữa các bên liên quan. Tất cả các bên được đảm bảo rằng sự thỏa thuận sẽ không bị rút lại. Do đó, các nguyên tắc đã được thống nhất có giá trị ràng buộc pháp lý, được coi là nền tảng cho xây dựng hiến pháp (xem hộp 1).

Hộp 1. Nam Phi: các nguyên tắc dẫn đường cho quá trình phát triển hiến pháp

Các nguyên tắc của hiến pháp đóng vai trò quan trọng trong sự phát triển và thực thi hiến pháp ở Nam Phi. Các cuộc thương lượng chính trị trước đó đi đến thỏa thuận về 34 nguyên tắc nền tảng và có giá trị pháp lý, bao gồm cam kết về một nhà nước đơn nhất với quốc tịch chung, bình đẳng về tôn giáo và giới, tính tối cao của hiến pháp. Các nguyên tắc này đã được sử dụng không chỉ là nền tảng cho Hiến pháp lâm thời mà còn là cơ sở cho các thương lượng và soạn thảo Hiến pháp 1996. Trước khi Hiến pháp 1996 có hiệu lực, Hiến pháp lâm thời yêu cầu thành lập Tòa Hiến pháp để chứng thực rằng Hiến pháp 1996 phù hợp với tất cả 34 nguyên tắc nền tảng. Các cam kết có tính bắt buộc đối với các nguyên tắc này là ví dụ thể hiện rằng các đảm bảo pháp lý có thể thiết lập một số quy tắc trong trật tự hiến pháp: 34 Nguyên tắc trong Hiến pháp lâm thời đã định hướng và quan trọng hơn, giới hạn khuôn khổ các cuộc thương lượng liên quan đến dự thảo lần cuối của Hiến pháp 1996.

Tòa án Hiến pháp Nam Phi bác bỏ dự thảo đầu tiên của Hiến pháp 1996 bởi vì nó không thể hiện đầy đủ 34 Nguyên tắc. Ví dụ như, dự thảo đã không thể hiện việc chuyển giao quyền lực cho chính quyền địa phương một cách phù hợp.* Trong quá trình soạn thảo, nhiều đảng phái chính trị phản đối kịch liệt việc phân quyền: Đảng Dân chủ và Đảng Tự do Inkatha ủng hộ quá trình phân quyền trong khi đảng đa số, Nghị viện Quốc gia châu Phi (ANC) lại ủng hộ một nhà nước tập quyền**. ** Dự thảo Hiến pháp trình lên Tòa án hiến pháp tháng 5 năm 1996 nghiêng về hình thức tập quyền, thể hiện lợi ích của ANC. Trong khi đó, 34 Nguyên tắc nhấn mạnh vào sự cần thiết của “tự trị địa phương hợp pháp” và tuyên bố rõ ràng rằng “quyền lực và chức năng của địa phương được ghi nhận trong Hiến pháp... sẽ không bị giảm đi hoặc thấp hơn một cách căn bản với quyền lực được ghi nhận trong Hiến pháp [lâm thời] này.”*** Tòa án Hiến pháp đã bác bỏ mô hình tập quyền của ANC. Khi ủng hộ nguyên tắc phân quyền, Tòa Hiến pháp đã đưa ra bảo đảm pháp lý chống lại nguyên tắc đa số. Cam kết có tính ràng buộc đối với 34 Nguyên tắc thể hiện việc các bảo đảm pháp lý có thể tạo lập nên những quy tắc trong hiến pháp.

*Chứng thực Hiến pháp Cộng hòa Nam Phi, 1996. Tòa án Hiến pháp Nam Phi, vụ CCT 23/96, đoạn 471-81.

** Sarkin, Jeremy, “Vai trò chính trị của Tòa án Hiến pháp Nam Phi”, Tạp chí Luật học Nam Phi, 114 (1997), trang 138.

*** Nguyên tắc 20, đoạn 4 của Hiến pháp Cộng hòa Nam Phi, Luật số 200 năm 1993 và Nguyên tắc 18, đoạn 4 của Hiến pháp Cộng hòa Nam Phi, Luật số 200 năm 1993, được sửa đổi tại khoản 13(a) của Luật số 2 của 1994. Xem thêm ở phụ lục.

Với tư cách là các điểm hội tụ của sự thống nhất, các nguyên tắc tạo ra nền tảng để xây dựng một chính phủ hiệu quả. Như đã đề cập đến ở phần trên, các nguyên tắc đó thậm chí còn tạo lập các giới hạn và định hướng cho sự phát triển và thực thi hiến pháp. Tuy nhiên, các nguyên tắc không chỉ có ý nghĩa trong việc thể hiện các giá trị chung và là điểm đồng thuận của các bên khác nhau. Các nguyên tắc đó nhìn chung không phải chỉ phục vụ cho những ý tưởng mà nó thể hiện. Chúng còn có ý nghĩa đối với các vấn đề nảy sinh trong tương lai khi mà những người đưa ra quyết định phụ thuộc vào các nguyên tắc này để xác định hành động của mình, đặc biệt là khi hiến pháp không đưa ra những chỉ dẫn cụ thể.

Các nguyên tắc hiến định tạo nền tảng để xây dựng chính phủ hiệu quả.

Hơn thế, hàm ý nội dung của một nguyên tắc trong hiến pháp sẽ trở nên rõ ràng khi các quyết định về quyền lực và chính sách quan trọng nào đó dựa trên một số

nguyên tắc hiến định nhất định. Đến lượt mình, sự rõ ràng này lại có thể làm tăng ảnh hưởng của nguyên tắc đó như là một căn cứ hiến pháp đáng tin cậy. Như được đề cập đến trong các phần sau, các nguyên tắc của hiến pháp có thể ảnh hưởng khá nhiều đến cả tòa án và chính phủ khi các nhân tố này dựa vào nguyên tắc của hiến pháp để đưa ra các quyết sách.

2.3. Chuyển tải hồn cốt của hiến pháp

Các nguyên tắc của hiến pháp định hướng cho các quyết định và hành động của thể chế chính phủ, các thành viên nhánh hành pháp và lập pháp, giúp cho các thẩm phán có thể giải thích hiến pháp. Về bản chất, hiến pháp không thể mang lại mọi quy định chi tiết cho mọi tranh chấp hoặc vấn đề phát sinh trong quá trình thực thi. Do vậy, đôi khi các nguyên tắc chung là căn cứ duy nhất để hiểu các yêu cầu và đòi hỏi của hiến pháp trong một trường

Hiến pháp không thể có các quy định chi tiết cho từng tình huống tranh chấp hoặc vấn đề nổi lên trong quá trình thực thi hiến pháp. Đôi khi các nguyên tắc chung là cơ sở duy nhất để nắm bắt được những yêu cầu của hiến pháp trong một tình huống cụ thể.

hợp cụ thể. Thêm vào đó, ngôn ngữ hiến pháp trừu tượng hoặc sự thiếu vắng những chỉ dẫn về một vấn đề nhất định nào đó là đặc tính của hiến pháp. Tính chất mơ hồ có thể là do các nhà lập hiến không đạt được sự thống nhất, và để quá trình xây dựng hiến pháp

không bị trì hoãn, đã lựa chọn cách để lại một số vấn đề còn gây tranh cãi cho những người thực thi hiến pháp. Khi hiến pháp không rõ ràng về một vấn đề cụ thể nào đó, các nguyên tắc của hiến pháp sẽ là nguồn chính để định hướng các quyết định sau này.

Các nguyên tắc, dù có được viết ra hay không, đều định hướng cách thức để tòa án và chính phủ phản ứng trước các vấn đề không lường trước hoặc không được ghi nhận cụ thể trong hiến pháp. Một ví dụ về ý nghĩa của các nguyên tắc khi không có các chỉ dẫn cụ thể là trường hợp của Canada, khi mà Tòa án Tối cao nước này dựa vào các nguyên tắc của hiến pháp để giải quyết tình huống về khả năng tách khỏi liên bang của Quebec.⁵ Bởi vì

5. McLachlin, Beverley, “Các nguyên tắc bất thành văn của hiến pháp: Câu chuyện sẽ đi đến đâu?”, được ghi lại bởi Thẩm phán Beverley McLachlin, Tòa tối cao Canada. Trình bày tại buổi giảng Lord Cooke 2005, Wel-

hiến pháp không đề cập đến nội dung ly khai một cách rõ ràng, Tòa đã phân tích Hiến pháp và tìm thấy bốn nguyên tắc nền tảng của hiến pháp, mặc dù là bất thành văn là: chủ nghĩa liên bang, nền dân chủ, pháp quyền và tôn trọng nhóm thiểu số. Tòa khẳng định rằng các nguyên tắc này “không chỉ mang tính mô tả, mà... còn có hiệu lực điều chỉnh mạnh, cả tòa và chính phủ đều phải tuân thủ”. Theo cách phân tích đó, Tòa thấy rằng, mặc dù việc đơn phương ly khai không được ghi nhận trong hiến pháp, các nguyên tắc cho thấy chính quyền liên bang và tỉnh phải thương lượng nếu công dân của Quebec ủng hộ việc ly khai.

Một ví dụ nữa cho sự phụ thuộc vào các nguyên tắc hiến pháp trong việc giải quyết những vấn đề tranh chấp là Tòa Hiến pháp Nam Phi, trong việc đưa ra một quyết định quan trọng cấm án tử hình, đã viện dẫn đến và dựa vào nguyên tắc *ubuntu*.⁶ *Ubuntu* là một khái niệm triết học về sự tồn tại và mối quan hệ tương tác giữa con người với nhau. Nó là định hướng cho sự phát triển chính trị quốc gia và là trung tâm của nhiều cuộc tranh luận chính trị, bao gồm những tranh luận về hòa hợp dân tộc và mối quan hệ lao động.⁷ Mặc dù Hiến pháp hiện hành không đề cập rõ ràng về câu hỏi tại sao án tử hình lại bị coi là sự vi phạm nghiêm trọng quyền con người, nó cũng thể hiện nguyên tắc *ubuntu* trong phần kết luận,⁸ định hướng quyết định của Tòa về vấn đề này: án tử hình không phù hợp với nguyên tắc *ubuntu* và trái hiến pháp. Do đó, nguyên tắc trên trở thành công cụ quan trọng để hiểu ý nghĩa của hiến pháp đối với một vấn đề khó khăn và gây nhiều tranh cãi.

Nội dung của các nguyên tắc hiến pháp thường trở nên rõ ràng nhờ các quyết định sau này coi các nguyên tắc đó là căn cứ của các chính sách hoặc thẩm quyền quan trọng.

3. Phát triển và thực thi các nguyên tắc của hiến pháp

Như đã đề cập đến ở trên, các nguyên tắc có thể xuất hiện trong quá trình thương lượng, từ những ý kiến của các nhóm khác nhau tham gia vào quá trình xây dựng hiến pháp. Mặc dù đôi khi thể hiện lợi ích của các nhóm chiếm ưu thế, các nguyên tắc thường thể hiện sự thỏa hiệp giữa các thành viên tham gia. Các nguyên tắc có thể được định hình từ những quy tắc và giá trị xuất phát từ lĩnh vực văn hóa, truyền thống, tôn giáo, kinh tế và chính trị. Chấp nhận những tranh luận gay gắt và khuyến khích sự tham gia của nhiều tiếng nói và ý kiến trái chiều về các giá trị căn bản của quốc gia có thể hình thành nên các nguyên

Các nguyên tắc hiến pháp thường phản ánh sự thỏa hiệp giữa các nhóm tham gia vào quá trình xây dựng hiến pháp. Sự tranh luận sôi nổi, việc thu hút những tiếng nói, ý kiến khác nhau có thể góp phần tạo ra các nguyên tắc hiến pháp có ý nghĩa và bền lâu.

lington, New Zealand, 2005. Có thể tra cứu tại webstie http://www.canadianjusticereviewboard.ca/NZ_Speech.pdf.

6. *The State vs T Makwanyane and M Mchunu*. Toà án hiến pháp của Cộng hòa Nam Phi, Vụ số CCT/3/94

7. Masina, Nomonde, ‘Xhosa Practices of Ubuntu for South Africa’, in William Zartman (ed.), *Hạt nhân truyền thống của tranh chấp hiện đại: tranh chấp tại châu Phi* (London: Lynne Rienner, 2000).

8. Xem Act 200/1993, Hiến pháp lâm thời Nam Phi, Đoạn (251). Xem thêm phụ lục

tắc hiến pháp ý nghĩa và trường tồn. Giống như những người tham gia soạn thảo đều nhận thấy rằng việc đồng ý ở mức độ chung sẽ dễ hơn rất nhiều, các nhân tố khác gồm cả các công dân sẽ sẵn sàng đóng góp ý kiến về những vấn đề tổng quát mà các nguyên tắc hiến pháp đề cập đến. Một khi các nguyên tắc đã được xác định và thống nhất theo cách này, chúng sẽ soi sáng việc soạn thảo các điều khoản của hiến pháp, đảm bảo tính nhất quán và hài hòa xuyên suốt. Các nguyên tắc cũng thường được thể hiện trong một số điều khoản cụ thể của hiến pháp, trong một số trường hợp còn có những chỉ dẫn thực thi các nguyên tắc tương ứng.

Các nguyên tắc của hiến pháp có thể dưới dạng các điều khoản nền tảng được thể hiện trong bản văn hoặc lời nói đầu của hiến pháp; hoặc các nguyên tắc mang tính định hướng đặt ra mục tiêu căn bản của Nhà nước; hoặc các nguyên tắc ẩn dấu dưới tầng nghĩa sâu của văn bản.

Tuy nhiên, không phải mọi nguyên tắc của hiến pháp được xác định rõ ràng trong hiến pháp. Chúng có thể không được đề cập đến một cách trực tiếp trong quá trình thương lượng, trong các cuộc tranh luận và trong quá trình tham gia của người dân. Thay vào đó, chúng có

thể được xác định từ cách hiểu sâu sắc và sự phát triển của hiến pháp trong giai đoạn thực thi và các điều khoản được áp dụng. Đoạn này sẽ bàn về các cách phát triển cũng như áp dụng hiến pháp.

3.1. Các điều khoản nền tảng

Một số hiến pháp có mục riêng để quy định về các nguyên tắc của hiến pháp. Ví dụ, trong chương đầu tiên của Hiến pháp Nam Phi có Các điều khoản nền tảng (xem phụ lục). Các điều khoản này thiết lập các giá trị nền tảng của nhà nước và đưa ra các cam kết về nhân phẩm con người, quyền bình đẳng, quyền con người và tự do, không phân biệt chủng tộc và

Các điều khoản nền tảng tạo cơ hội để thiết lập các cam kết chung nhất về các giá trị trọng tâm của hiến pháp và nhà nước, mang lại định hướng rõ ràng cho việc giải thích và thực thi hiến pháp sau này.

giới tính, tính tối cao của Hiến pháp, bầu cử phổ thông, thường xuyên, hệ thống đa đảng trong một chính quyền dân chủ. Mục này cũng quy định các ngôn ngữ chính thức và kêu gọi tăng cường sử dụng các ngôn ngữ đó, cũng như tôn trọng và thúc đẩy mọi ngôn

ngữ thông dụng tại Nam Phi.⁹ Hiến pháp của Thổ Nhĩ Kỳ cũng có phần ngay sau Lời nói đầu đề cập đến Các nguyên tắc chung, ghi nhận mô hình và đặc thù của nhà nước, mô tả các mục tiêu và trách nhiệm căn bản, bao gồm bảo đảm dân chủ và gìn giữ sự thịnh vượng, hòa bình và hạnh phúc của người dân và xã hội.¹⁰ Các phần như vậy về các nguyên tắc nền tảng là cơ hội đưa ra các cam kết rõ ràng đối với các giá trị trọng tâm của hiến pháp và nhà nước, định hướng rõ ràng cho việc giải thích và áp dụng hiến pháp sau này.

9. Chương 1 (§1-6) của Hiến pháp Cộng hòa Nam Phi (1996 và được sửa đổi năm 2007). Xem phụ lục

10. Điều 5 Hiến pháp Cộng hòa Thổ Nhĩ Kỳ (1982 và sửa đổi năm 2007). Xem phụ lục

3.2. Lời nói đầu

Những người soạn thảo thường ghi nhận các nguyên tắc trong lời nói đầu của hiến pháp hoặc trong phần về các nguyên tắc nền tảng. Lời nói đầu đề cập đến mục tiêu và tinh thần của văn bản hiến pháp, thể hiện các quy tắc, giá trị và nguyên tắc, thường là đề cập đến các giá trị được vun đắp trong suốt lịch sử dân tộc. Các nhà soạn thảo và các thẩm phán ít khi gắn các quyền con người được thực thi về mặt pháp lý với những nguyên tắc này, do vậy, lời mở đầu thường được coi là tiêu chuẩn

Lời nói đầu của hiến pháp thiết lập các mục đích và mong muốn của bản hiến pháp, thể hiện những quy phạm, giá trị và các nguyên tắc thường đã được phát triển trong suốt lịch sử đất nước. Các nhà soạn thảo và thẩm phán hiếm khi gắn các quyền có giá trị pháp lý với các nguyên tắc trong lời nói đầu, nhưng cũng có những thẩm phán đã từng dựa vào đó để lập luận cho việc tìm hiểu các quy định khác của hiến pháp.

chung để các thiết chế chính trị và các quan chức hướng tới, nhưng không nhất thiết là công nhận như là nguồn của luật. Tuy vậy, các thẩm phán ở các nước đã từng dựa vào lời nói đầu để củng cố cách hiểu về các điều khoản khác của hiến pháp. Ví dụ, Tòa án Tối cao Ấn Độ đã viện dẫn đến Lời nói đầu trong Hiến pháp Ấn Độ khi giải thích các điều khoản của Hiến pháp, do vậy, mang lại cho Lời nói đầu ít nhiều giá trị pháp lý. Ví dụ, trong vụ *Kesavananda*, Tòa án Tối cao đã phán quyết rằng Điều 368 quy định về quy trình sửa đổi Hiến pháp không cho phép những sửa đổi thay đổi cấu trúc nền tảng của Hiến pháp.¹¹ Tòa đã dựa vào các quy tắc được đưa ra trong Lời nói đầu để đi đến quyết định này. Do vậy, mặc dù không có hiệu lực pháp lý trực tiếp, lời nói đầu có thể ảnh hưởng đến cách giải thích luật. Hơn thế nữa, mặc dù thực tế cho thấy lời nói đầu thường không có hiệu lực pháp lý nhưng không phải lúc nào cũng vậy. Trừ phi có một quy định rõ ràng trong hiến pháp rằng không thể áp dụng các nguyên tắc nền tảng của lời nói đầu trong giải thích hiến pháp, nhánh tư pháp mới là người quyết định tầm ảnh hưởng và việc áp dụng các nguyên tắc trong lời nói đầu. Hơn thế, các nguyên tắc trong lời nói đầu thường có ý nghĩa trong việc đưa ra các định hướng về giá trị của hiến pháp và là biểu tượng hình thành một số cách hiểu chung về ý tưởng của hiến pháp.

3.3. Các nguyên tắc chi phối

Các nguyên tắc của hiến pháp cũng có thể được ghi nhận trong một phần gọi là nguyên tắc chi phối,¹² đưa ra các mục tiêu nền tảng của nhà nước và thường đề cập đến cách thức chính phủ sử dụng để đạt các mục tiêu đó. Các nguyên tắc chi phối định hướng và thúc đẩy chính sách lập pháp, cũng như tạo lực đẩy cải cách. Các nguyên tắc có thể đề cập hoặc ảnh hưởng đến rất nhiều vấn đề hiến pháp, bao gồm cả sự phát triển kinh tế - xã hội, hòa giải giữa

11. *His Holiness Kesavananda Bharati v. The State of Kerala and Others*, Tòa tối cao của Ấn Độ (AIR 1973 SC 1461). Ví dụ, xem việc Hội đồng Hiến pháp Cộng hòa pháp dựa vào Lời nói đầu và Tuyên ngôn quyền con người và quyền công dân được dẫn chiếu trong Lời nói đầu, là có hiệu lực pháp lý: Quyết định 77-44 DC 16 /7/1971.

12. Xem, ví dụ, I-XXIX của Hiến pháp Cộng hòa Uganda (1995 và được sửa đổi năm 2005). Xem phần IV của Hiến pháp Cộng hòa Ấn Độ (1950 và được sửa đổi năm 1995)

các nhóm xung đột, đạo đức công vụ, phát triển văn hóa hoặc các vấn đề môi trường. Các nguyên tắc chi phối thường thúc đẩy các chính sách kinh tế xã hội để định hướng hơn là áp đặt tương lai của chính phủ.

Các nguyên tắc chi phối chủ yếu để định hướng hoặc gây ảnh hưởng đến quyền lực chính trị. Nếu các nguyên tắc này được công nhận rộng rãi về mặt chính trị, chúng sẽ

Các nguyên tắc chi phối đề cập đến các mục tiêu căn bản của nhà nước. Chúng chỉ dẫn hoặc khởi nguồn cho chính sách và thường có tính chất định hướng (nhưng không bắt buộc) cho chính phủ tương lai. Thông thường, chúng không được coi là có giá trị pháp lý ở tòa, nhưng có thể được sử dụng để làm rõ hơn việc giải thích tính hợp hiến của các luật.

được thực thi về mặt chính trị, bởi lẽ các chính trị gia sẽ gặp rủi ro nếu làm trái với các nguyên tắc này. Trừ phi được cụ thể hóa bởi cơ quan lập pháp, các nguyên tắc chi phối này thường không được coi là có giá trị

pháp lý ở tòa án. Tuy nhiên, một số trường hợp khác lại không thế: các nguyên tắc chi phối có thể có giá trị pháp lý mà không cần có các quy định của lập pháp. Ví dụ, Tòa án tối cao Ghana, trong phán quyết của vụ *Lotto*, xác định rằng mọi điều khoản của hiến pháp, bao gồm cả các nguyên tắc chi phối, đều có giá trị pháp lý trừ phi hiến pháp có quy định khác.¹³ Cũng tương tự vậy, các nguyên tắc chi phối có thể được sử dụng để giải thích tính hợp hiến của luật. Tòa án Tối cao Sri Lanka và Ấn Độ đều ghi nhận giá trị hiến pháp của các nguyên tắc chi phối.¹⁴

Cho dù có giá trị pháp lý hay có ảnh hưởng đến quyết định chính trị hay không, các nguyên tắc chi phối đều có thể cho thấy vai trò của mình bằng các cách khác. Các nguyên tắc có thể làm cho cử tri hiểu rõ hơn về trách nhiệm của chính phủ, đưa ra các tiêu chuẩn để đánh giá nỗ lực và tiến triển công việc của chính phủ. Ngoài ra, chúng cũng có thể tập hợp sự ủng hộ về mặt chính trị đối với việc cụ thể hóa các nguyên tắc trong các luật nhất định. Tính năng này đặc biệt hiệu quả khi các nguyên tắc đề cập đến các vấn đề về sự thịnh vượng và phát triển kinh tế của người dân. Mặt khác, các nguyên tắc chi phối lại không giúp gì nhiều cho những nhóm yếu thế bởi họ thiếu những hỗ trợ chính trị cần thiết để thúc đẩy các hành động theo các nguyên tắc này.

3.4. Các nguyên tắc phái sinh

Văn bản hiến pháp có thể không ghi nhận mọi quy tắc đủ cho việc giải thích hiến pháp. Nhưng tổng thể các điều khoản của hiến pháp hoặc cấu trúc của nó có thể cho thấy sự tồn tại của một số nguyên tắc quan trọng ẩn tàng sau đó. Khi các nguyên tắc này được công nhận rộng rãi – thông qua các quyết định của tòa án, đánh giá về học thuật hoặc được công nhận chung – nó sẽ có ảnh hưởng đáng kể đến sự vận hành của nhà nước, tác động

13. *Ghana Lotto Operators Association v. National Lottery Authority*. Tòa Tối cao Ghana [2007-2008] SCGLR 1088.

14. Xem , *Re the Thirteenth Amendment to the Constitution Bill*, [1987] 2 Sri LR 312; *His Holiness Kesavananda Bharati v. The State of Kerala and Others*; và *Minerva Mills v. Union of India* (AIR 1980 SC 1789), 1981 SCR (1) 206

lên các thông lệ, thực tiễn và những cân nhắc của các nhân tố chính trị. Hơn thế nữa, các quy tắc phái sinh cũng có thể có hiệu lực pháp lý. Khi nhánh tư pháp ghi nhận các quy tắc hiến pháp, các quy tắc này có thể giúp giải thích hiến pháp và thậm chí chi phối cả các phán quyết pháp lý.¹⁵ Ví dụ, các chính trị gia và thẩm phán có thể giải thích cấu trúc liên bang trong hiến pháp dựa vào các cam kết về nguyên tắc chủ nghĩa liên bang, mặc dù có thể người soạn thảo hiến pháp không chủ đích như vậy. Vụ việc của Tòa án Tối cao Canada là một ví dụ về việc áp dụng các nguyên tắc đó như đã được đề cập.

Tính chính danh của các nguyên tắc hiến pháp ẩn ý, còn gọi là các nguyên tắc bất thành văn, không được công nhận rộng rãi. Mặc dù đa phần những người quan sát đều đồng ý rằng tòa án và các chủ thể khác cũng có tham chiếu đến các nguyên tắc ẩn ý, một số vẫn đặt vấn đề là liệu họ có nên làm như thế không. Thực tiễn này còn gây tranh luận vì được coi là thiếu dân chủ. Các thẩm phán thường không phải do bầu cử mà có, vì vậy không thể hiện ý chí dân chủ. Hơn thế, khi hiến pháp được thông qua, người ta không rõ thông qua những gì nếu các nguyên tắc bất thành văn chỉ xuất hiện trong tương lai. Mặt khác, bởi lẽ tương lai có rất nhiều yếu tố không thể lường trước được, tòa án cần phải dựa vào những giá trị ẩn danh của hiến pháp để đi đến quyết định. Vấn đề này không phải do người soạn thảo giải quyết nhưng nên lưu ý về nó. Bởi tòa án diễn giải các nguyên tắc từ hiến pháp, người soạn thảo và các nhà lập hiến khác không thể hoàn toàn kiểm soát hoặc biết và cân nhắc thận trọng về sự tồn tại của các nguyên tắc đó vốn phụ thuộc vào sự phát triển của xã hội nói chung và các sự việc trong từng vụ việc cụ thể. Tuy nhiên, những người soạn thảo và xây dựng hiến pháp nên biết về các nguyên tắc đã hỗ trợ và kết nối các điều khoản của hiến pháp, cũng như các khung hành động của chính phủ do Hiến pháp đặt ra, tạo nên nền tảng cho việc giải thích hiến pháp.

Các nguyên tắc phái sinh của hiến pháp được hiểu là những nguyên tắc bất thành văn ẩn ý. Văn bản hiến pháp có thể không ghi nhận tất cả những quy tắc phù hợp cho việc giải thích hiến pháp nhưng các giá trị ẩn tàng sau đó có thể được đúc kết để giúp đưa ra các quyết định trong tương lai. Các quy tắc này có thể có giá trị pháp lý.

Hộp 2. Các nguyên tắc chi phối trong Hiến pháp Ấn Độ

Điều 37 của Hiến pháp Ấn Độ năm 1950 ghi nhận rằng các Nguyên tắc định hướng về chính sách của Nhà nước sẽ không được bất kỳ tòa án nào công nhận hiệu lực. Thay vào đó, các nguyên tắc này là những chỉ dẫn về kinh tế - xã hội (chứ không phải các bảo đảm pháp lý) mà chính phủ phải hướng tới – một cương lĩnh chính trị để xây dựng các chính sách chính phủ. Mặc dù các nguyên tắc chi phối nói trên ảnh hưởng đến việc Tòa án Tối cao giải thích các quyền con người cơ bản,

15. Ví dụ Tòa Hiến pháp Hungary cũng dựa vào khái niệm về hiến pháp chung Châu Âu để đưa ra các quyết định. Xem Scheppele, Kim Lane, ‘Tuyên ngôn độ lập: Các phản ứng tư pháp trước áp lực chính trị’, in Stephen B. Burbank and Barry Friedman (eds), *Độc lập tư pháp trong giai đoạn chuyển giao: Một cách tiếp cận đa diện* (Thousand Oaks, CA: Sage, 2002), trang 258.

chúng cũng chỉ đóng vai trò là các bảo đảm chính trị, định ra các tiêu chuẩn để cử tri áp đặt trách nhiệm giải trình đối với các đại diện chính trị. Các nguyên tắc chi phối đó bao gồm quyền tiếp cận công bằng đối với tài sản, chống phân biệt về giới và chủng tộc, sự độc lập của nhánh tư pháp, đại diện theo tỷ lệ và phân quyền cho chính quyền địa phương.

Chúng ta thử xem xét lĩnh vực giáo dục, nơi mà các nguyên tắc chi phối có ảnh hưởng lớn đến xã hội và luật pháp Ấn Độ. Một trong số các nguyên tắc đó ghi nhận rằng luật phải bảo đảm cho mọi trẻ em dưới 14 tuổi được đi học miễn phí và bắt buộc.** Trong vụ *Unni Krishman Jp kiện Bang Andhara Pradesh*, Tòa án Tối cao đã viện dẫn nguyên tắc này để biện luận cho phán quyết của mình rằng trẻ em dưới 14 tuổi có quyền phải được thực thi là đi học miễn phí.*** Sau khi có phán quyết này, các tổ chức phi chính phủ (NGOs) và các tổ chức độc lập khác đã nỗ lực vận động hành lang nhằm có luật ghi nhận quyền đi học là quyền cơ bản. Họ đã thành công vào năm 2001, khi điều khoản bổ sung Hiến pháp được thông qua thừa nhận quyền đi học là quyền cơ bản. Ví dụ này chứng minh rằng, ngay cả khi không được thực thi trực tiếp bởi tòa án, các nguyên tắc chi phối vẫn có thể ảnh hưởng đến giải thích hiến pháp của tòa án và việc ban hành luật. Ví dụ này cũng cho thấy, bằng các hoạt động chính trị và pháp lý tích cực, các quy phạm và nguyên tắc có thể thay đổi luật pháp như thế nào.

* Điều 37 của Hiến pháp Cộng hòa Ấn Độ (1950, sửa đổi năm 1995)

** Điều 45 của Hiến pháp Cộng hòa Ấn Độ (1950, sửa đổi năm 1995)

*** *Unni Krishman J.P v. State of Andhra Pradesh*, 1993 SCC (1) 645. Xem phụ lục

4. Phân tích một số nội dung chọn lọc

Ngoài việc phân tích bản chất và mục đích của các nguyên tắc hiến pháp, chương này xem xét một số nội dung thường được Hiến pháp đề cập. Chương này nghiên cứu một số nội dung đa lĩnh vực và bàn về cách thức mà hiến pháp nên đề cập đến các vấn đề liên quan đến các nội dung đó trong khuôn khổ các nguyên tắc hiến định cũng như các điều khoản khác. Các nội dung này bao gồm quản trị nhà nước dân chủ, pháp quyền, tính đa dạng, giới, tôn giáo và các nguyên tắc của luật quốc tế. Khi bàn về từng vấn đề, mục này sẽ đề cập đến hai yếu tố thuộc khung phân tích của cuốn sách này. Thứ nhất là liệu các nhân tố liên quan trong quá trình sửa đổi hiến pháp có sử dụng quá trình này để tăng cường hoặc giảm bớt quyền lực của nhà nước trung ương hoặc của một thiết chế nhà nước cụ thể nào đó. Yếu tố thứ hai là liệu các nhà lập hiến có áp dụng cơ chế pháp lý hay dựa vào trách nhiệm chính trị để thực thi các cam kết và nguyên tắc hiến pháp.

4.1. Quản trị nhà nước dân chủ

Cam kết về quản trị nhà nước dân chủ tồn tại trong hầu khắp các hiến pháp hiện đại. Nguyên tắc chủ quyền thuộc về nhân dân, hay là quản lý nhà nước do nhân dân, coi nhân dân là cội nguồn của quyền lực nhà nước và mang lại sự hợp pháp cho việc thực thi quyền lực. Nhiều hiến pháp có những cam kết trực tiếp về nguyên tắc này. Hiến pháp Nga 1993 tuyên bố nhân dân đa sắc tộc là người nắm giữ chủ quyền và là cội nguồn của quyền lực ở Liên bang Nga.¹⁶ Điều khoản này vừa ghi nhận sự đa dạng trong nhà nước vừa xác nhận nhân dân là nguồn gốc của quyền lực nhà nước. Trong các hiến pháp khác, sự cam kết về quản trị nhà nước dân chủ được ghi nhận qua các cơ chế như dân chủ trực tiếp hoặc hệ thống đại diện thông qua bầu cử. Các nhà soạn thảo có thể thừa nhận chủ quyền nhân dân thông qua cơ chế bầu cử hoặc bằng tuyên bố rằng một chính phủ chính danh phải phải phục vụ ý chí của nhân dân. Ví dụ như điều 7 Hiến pháp Đông Timor đảm bảo quyền bầu cử và nhấn mạnh giá trị của hệ thống đa đảng.¹⁷

Các cam kết về quản trị nhà nước dân chủ trong hiến pháp có thể giúp xây dựng chính phủ với nhiều hình thức. Một số hiến pháp đòi hỏi quản trị nhà nước dân chủ bằng hình thức liên bang và có sự phân quyền cho các cấp địa phương. Các hiến pháp khác có thể thiết lập cơ chế quản trị dân chủ thông qua hình thức

Nhiều hiến pháp ghi nhận trực tiếp nguyên tắc về quản trị nhà nước dân chủ. Điều này dẫn đến hình thành nhiều dạng chính phủ như liên bang, nhà nước đơn nhất tập quyền, và các điều khoản phân một số quyền lập pháp và hành chính cho chính quyền vùng hoặc địa phương.

nhà nước đơn nhất tập trung vào cơ quan hành pháp hoặc lập pháp được bầu. Khi xu hướng tập trung quyền lực xuất hiện, các nhà lập hiến sẽ hướng đến tăng quyền lực ở cấp quốc gia, thường thì trong khuôn khổ các thể chế nhất định. Ví dụ như, những người ủng hộ quan điểm tăng cường quyền lực có thể ủng hộ hệ thống nhà nước đơn nhất và sự tập trung quyền quyết định vào nhánh lập pháp hoặc hành pháp, cơ quan này cũng kiểm soát quân đội hoặc các nguồn tài nguyên thiên nhiên của quốc gia. Ngược lại, những người soạn thảo có thể phân tán quyền lực thông qua các điều khoản chia sẻ quyền lập pháp và hành chính cho chính quyền cấp vùng hoặc địa phương. Khi đó, quá trình đưa ra quyết định sẽ được tăng cường ở các cấp chính quyền thấp hơn. Chính quyền vùng hoặc địa phương có thể hành động độc lập hoặc liên kết với chính quyền liên bang trong những vấn đề như lực lượng cảnh sát hoặc hệ thống giáo dục. Việc phân tán này có thể đòi hỏi cả việc chia sẻ quyền lực trong các nhánh khác nhau của chính phủ ở cấp trung ương – thường được biết đến là phân chia quyền lực. Một sự phân chia quyền lực sâu rộng phản ánh không chỉ một trung tâm quyền lực duy nhất, ngay cả nếu như hiến pháp không phân tán quyền lực cho chính quyền vùng hoặc địa phương.

Quản trị nhà nước dân chủ đòi hỏi các đảm bảo cả về chính trị và pháp lý để nó vận hành hiệu quả. Những đảm bảo chính trị bao gồm các cuộc bầu cử định kỳ để thông qua đó nhân dân có thể áp đặt trách nhiệm giải trình của các dân biểu trong việc xây dựng luật và

16. Điều 3 Hiến pháp Liên bang Nga (1993). Xem phụ lục

17. Điều 7 Hiến pháp Cộng hòa Dân chủ Đông Timor (2002). Xem phụ lục

áp dụng chính sách. Viễn cảnh đánh mất quyền lực trong cuộc bầu cử tiếp theo được lịch sử chứng minh tỏ ra hiệu quả trong việc ràng buộc các nhân vật được bầu coi trọng lợi ích của cử tri. Vì vậy, những cuộc bầu cử công bằng vừa được coi là sự thể hiện ý chí của nhân dân, vừa là cơ chế kiểm tra quyền lực của nhà nước. Một số hiến pháp cho phép các nhân vật và thiết chế được bầu có quyền tự quyết rộng hơn khi thực thi quyền lực nhà nước và trao vào tay cử tri quyền điều chỉnh bất kỳ sai sót nào. Dân chủ trực tiếp cũng là biện pháp bảo đảm chính trị: hiến pháp có thể yêu cầu hoặc cho phép các cuộc trưng cầu dân ý để giải quyết một số vấn đề chính trị nhất định nào đó.

Quản lý nhà nước dân chủ đòi hỏi các bảo đảm chính trị và pháp lý. Các bảo đảm chính trị bao gồm các cuộc bầu cử định kỳ. Nhưng cách tiếp cận hoàn toàn chính trị cũng chưa đủ để ngăn chặn các lợi ích chính trị có thể ảnh hưởng đến chính yếu tố dân chủ. Các bảo đảm pháp lý như công nhận các quyền, hạn chế quyền lực nhà nước có thể ngăn ngừa điều này vì được giám sát bởi các cơ quan độc lập.

Tuy vậy, lịch sử chỉ ra rằng cách tiếp cận chính trị cũng tồn tại một số yếu điểm. Nền dân chủ nếu lệ thuộc hoàn toàn vào cơ chế kiểm tra và cân bằng mang tính chính trị có thể tạo điều kiện cho các nhóm lợi ích hùng mạnh – dù đó là các tập đoàn, quân đội, chính phủ nước ngoài hoặc các chính trị gia – thao túng chính sách công bằng cách gây ảnh hưởng lên cử tri hoặc các dân biểu. Nếu có những cơ quan độc lập giám sát ở đây thì có thể hạn chế nguy cơ ảnh hưởng này. Ngoài ra, các lợi ích thiểu số thường bị thua thiệt trong quá trình bầu cử hoàn toàn dựa trên biểu quyết của đa số. Các bảo đảm pháp lý ghi nhận các quyền, cũng như việc hạn chế quyền lực nhà nước, có thể là đối trọng của thành kiến đa số kể trên. Các đảm bảo pháp lý thường được ghi nhận trong các điều khoản có giá trị pháp lý đảm bảo quyền cá nhân chống lại sự vi phạm của chính phủ cũng như sự phân chia và giới hạn quyền lực nhà nước. Trong một hệ thống có sự kiểm soát pháp lý, các nhà lập hiến sẽ cần phải thiết kế hình thức nhà nước, các quyền lực cụ thể của từng thể chế, và bảo vệ các quyền cá nhân của công dân, không để những vấn đề đó phụ thuộc vào sự tùy nghi của các nhân tố chính trị. Cơ quan giám sát – chủ yếu là tòa án – thường thực thi các điều khoản này.

4.2. Các nguyên tắc liên quan đến pháp quyền

Một nguyên tắc nữa mà hầu hết các nền dân chủ hiện đại đều đề cập đến trong hiến pháp là pháp quyền. Pháp quyền đòi hỏi rằng các luật thành văn đầy đủ và dễ tiếp cận, dù là hiến pháp hay là luật, phải định hướng các quyết định và hành động của chính quyền.

Hiến pháp là đạo luật cơ bản và tối thượng của Nhà nước; pháp quyền đòi hỏi việc thực thi các nguyên tắc đó trên hết mọi đạo luật khác.

Hơn thế, chính quyền phải áp dụng luật một cách bình đẳng và phù hợp với mọi người, bao gồm cả thành viên chính phủ và tất cả mọi người đều có quyền tiếp cận công lý và thực thi pháp luật. Do vậy,

cam kết về pháp quyền đòi hỏi sự đấu tranh mạnh mẽ chống lại tham nhũng chính trị và lạm dụng quyền lực, những điều có thể làm tổn hại xã hội và chính phủ cả về chính trị, kinh tế và xã hội.

Một quan niệm về pháp quyền được ghi nhận rộng rãi, có tính thực tiễn hơn là một vấn đề lý thuyết còn bao gồm cả yếu tố của công lý. Theo đó, ngoài việc luật phải dự đoán được, có thể tiếp cận được và được áp dụng như nhau, pháp quyền đòi hỏi phải có hệ thống pháp luật công bằng. Hơn thế, pháp quyền đòi hỏi không chỉ tuân thủ luật và ban hành luật một cách hợp pháp, nó còn bao gồm cả sự bình đẳng và quyền con người, không phân biệt giữa các tầng lớp xã hội.

Hiến pháp gìn giữ các giá trị và nguyên tắc căn bản bằng cách quy định về quy trình sửa đổi ngặt nghèo. Một số hiến pháp khác cấm sửa đổi một số nguyên tắc và giá trị nhất định.

Nhiều hiến pháp thể hiện trực tiếp cam kết về nguyên tắc pháp quyền. Hiến pháp có thể thúc đẩy pháp quyền theo một số cách, chủ yếu là thông qua khung pháp luật nhất quán. Học thuyết về tính tối cao của hiến pháp, tài phán hiến pháp, các cơ quan giám sát độc lập sẽ tạo nên khung pháp luật đó. Đảm bảo việc thực thi các bảo đảm trong hiến pháp cũng là yếu tố nền tảng. Nhiều hiến pháp có các điều khoản thể hiện tính tối cao của Hiến pháp. Ví dụ như Hiến pháp Rwanda trong Lời nói đầu và có một điều riêng tuyên bố về tính tối cao của Hiến pháp¹⁸. Bất kỳ luật nào xung đột với hiến pháp đều vô hiệu. Hiến pháp Thái Lan có điều khoản ghi nhận rằng bất kỳ luật nào cũng sẽ bị tuyên vô hiệu nếu không phù hợp với hiến pháp.¹⁹ Tính tối cao bảo vệ các cơ chế pháp quyền như các cấu trúc pháp lý, kiểm tra và đối trọng và đảm bảo các quyền con người.

Nhánh tư pháp áp dụng luật ở từng trường hợp cụ thể. Do vậy, một nhánh tư pháp hoạt động độc lập và hiệu quả là tiền đề cho pháp quyền, đòi hỏi một hệ thống pháp luật nhất quán, quyền được xét xử công bằng và tiếp cận công lý.

Hiến pháp cũng bảo tồn các nguyên tắc và giá trị căn bản bằng cách làm cho quy trình sửa đổi Hiến pháp trở nên ngặt nghèo. Tiêu chuẩn cao hơn đối với sửa đổi hiến pháp quá trình thông qua luật thông thường sẽ ngăn chặn những thay đổi vội vã trong đạo luật cơ bản. Theo nhiều hiến pháp, ví dụ như của Braxin, bất kỳ sự thay đổi nào cũng cần sự ủng hộ của đại đa số.²⁰ Các hiến pháp khác cũng bảo vệ tính trường tồn của một số nguyên tắc và giá trị khỏi quá trình sửa đổi. Ví dụ như Hiến pháp của Đức bảo vệ một số nguyên tắc, bao gồm cam kết về quyền con người, dân chủ và sự phân chia quyền lực.²¹ Pháp quyền không chỉ cần những nguyên tắc được bảo vệ; thay vào đó, những điều khoản được bảo vệ chỉ là một trong vô số cách hiến pháp đảm bảo pháp quyền. Những hiến pháp quy định đầy đủ và có những điều khoản cụ thể hơn có thể được hưởng lợi từ quy trình sửa đổi ít ngặt nghèo hơn trong một số lĩnh vực, tạo điều kiện cho sự phát triển và hoàn thiện theo thời gian. Mặt khác, các hiến pháp ngắn hơn có thể hưởng lợi từ những tiêu chuẩn sửa đổi cao hơn vì có thể bảo vệ các quyền và nguyên tắc căn bản.

Do nhánh tư pháp áp dụng luật vào từng vụ việc riêng lẻ, nên có thể đóng vai trò là người bảo vệ pháp quyền. Vì vậy, một nhánh tư pháp độc lập và vận hành đúng đắn sẽ

18. Điều 200 và Lời nói đầu, Hiến pháp Cộng hòa Rwanda (2003). Xem phụ lục

19. Điều 6, Hiến pháp của Vương quốc Thái Lan (1997). Xem phụ lục

20. Điều 60, Hiến pháp của Cộng hòa Liên bang Brazil (1988 và sửa đổi năm 1993) Xem phụ lục

21. Điều 79 của Luật Cơ bản của Cộng hòa Liên bang Đức (1949 và sửa đổi 2006). Xem phụ lục

tạo ra tiền đề cho pháp quyền. Pháp quyền cũng đòi hỏi quyền được xét xử công bằng và tiếp cận công lý. Thủ tục tư pháp, bao gồm cả tài phán hiến pháp, đảm bảo rằng các nhánh của chính phủ đều phải tuân thủ pháp quyền. Chương 6 của cuốn sách này sẽ tập trung vào nhánh tư pháp và xem xét nội dung này cụ thể hơn.

Pháp quyền cũng liên quan chặt chẽ đến cuộc chiến chống tham nhũng. Tăng cường tính minh bạch trong các cơ quan và các nhánh chính quyền, đảm bảo tính độc lập của cơ quan giám sát tham nhũng như báo chí và các tổ chức xã hội dân sự, và thành lập cơ quan chuyên trách chống tham nhũng – là những biện pháp giảm tham nhũng hiệu quả. Cơ chế kiểm chế và đối trọng giữa các nhánh của chính quyền cũng góp phần chống tham nhũng bằng cách khi các nhánh và cơ quan giám sát lẫn nhau.

4.3. Các nguyên tắc liên quan đến tính đa dạng

Bối cảnh hậu xung đột thường đòi hỏi các nguyên tắc hiến pháp đề cập đến tính chất đa dạng của xã hội và phát triển được khái niệm bản sắc. Nguyên tắc về sự đa dạng và bản sắc đặc biệt quan trọng ở một quốc gia bị chia rẽ bởi các nhóm dân tộc và tôn giáo. Tuy

Bối cảnh hậu xung đột đòi hỏi các nguyên tắc hiến pháp phải đề cập đến cách ứng xử với sự đa dạng, đặc biệt là giữa các nhóm chia rẽ về tôn giáo và dân tộc. Tuy vậy, chưa có một quan điểm thống nhất về cách hiến pháp tiếp cận tính đa dạng. Một cách tiếp cận là phát triển các quy phạm công nhận tính đa dạng; hoặc trao một số quyền dựa trên đặc tính riêng biệt của từng nhóm.

nhiên, chưa có sự thống nhất về việc hiến pháp nên đề cập đến tính đa dạng như thế nào, và vẫn còn nhiều quan niệm khác nhau ảnh hưởng đến cả nội dung của hiến pháp cũng như sự vận hành của chính phủ.

Một cách tiếp cận là xuất phát từ quy tắc ghi nhận tính đa dạng, mặc dù các tiếp cận này không xem những

quy tắc đó là yếu tố quyết định trong điều hành đất nước. Mỗi quan tâm ở đây tập trung vào việc xây dựng khối thống nhất hơn là trao quyền cho các nhóm dựa vào các đặc tính riêng của họ. Các quy tắc này nhấn mạnh rằng chính phủ nên dàn xếp sự khác biệt bằng cách nhấn mạnh vào bản sắc chung hơn là phân biệt. Từ góc độ đó, cũng có quan điểm cho rằng nên đảm bảo sự bình đẳng giữa các nhóm thông qua các chính sách như không phân biệt đối xử. Đặc biệt với xu hướng tập quyền – điều có thể đe dọa các nhóm thiểu số hoặc các nhóm yếu thế ít có khả năng tiếp cận quyền lực - khái niệm về tính đa dạng cần có nhiều bảo đảm

Số ghế dành riêng cho nhóm thiểu số hoặc cơ chế số ghế phân bổ theo định mức và một số biện pháp khác có thể đảm bảo sự tham gia và đại diện chính trị của các nhóm quan trọng trên cơ sở đặc trưng từng nhóm.

pháp lý để bảo vệ sự bình đẳng. Một đạo luật về các quyền và cơ chế giám sát như của nhánh tư pháp có thể là những bảo đảm như thế.

Cách tiếp cận thứ hai cho rằng, các quy phạm không chỉ cần thừa nhận tính đa dạng mà còn đảm bảo một số

quyền hoặc quyền lực cho từng nhóm đặc thù. Các quy tắc này thường thúc đẩy việc phân chia quyền lực hơn là tập trung, cho các khu tự trị hoặc chính quyền địa phương nhiều quyền hơn. Canada đã áp dụng cách tiếp cận này và cho phép mức độ tự trị nhất định trên

cơ sở dân tộc, tạo thành cơ chế phân quyền bất đối xứng. Phân quyền bất đối xứng chia sẻ quyền lực không bình đẳng hoặc khác nhau giữa chính quyền các vùng khác nhau. Điều đó có nghĩa là không phải mọi địa phương hoặc vùng lãnh thổ nắm trong tay quyền lực như nhau. Một vùng có thể có đặc thù riêng và nhu cầu riêng. Do vậy, hiến pháp có thể trao quyền cho khu vực đó – và chỉ khu vực đó thôi – để đáp ứng các nhu cầu trên. Tại Canada, sau phong trào dân tộc tại Quebec, khung hiến pháp đã cho phép phân quyền một số quyền cho Quebec nhưng không cho các vùng khác.²²

Những dàn xếp trong việc chia sẻ quyền lực cũng nằm trong góc độ tiếp cận này của vấn đề, tạo ra một số quyền hoặc quyền lực đặc biệt dựa trên cơ sở là tính đặc thù của các chủ thể liên quan. Ví dụ, tại Bosnia và Herzegovina, Hiến pháp quy định Tổng thống tập thể gồm ba thành viên được bầu, một người Bosnia, một người Croatia và một người Serbia. Mỗi thành viên giữ vai trò chủ tịch theo chế độ luân phiên.²³ Cơ cấu này nhằm đảm bảo sự tham gia và đại diện về mặt chính trị của các nhóm khác nhau trên cơ sở đặc thù của từng nhóm. Các quốc gia khác cũng áp dụng các chính sách về đa ngôn ngữ, hệ thống bầu cử theo tỉ lệ, hoặc cấu trúc chính phủ nhằm thúc đẩy việc các nhóm thiểu số có đại diện – ví dụ như số ghế dành riêng cho nhóm thiểu số hoặc cơ chế số ghế phân bổ theo định mức. Ví dụ, theo Hiến pháp Pakistan, 10 ghế của Quốc hội dành cho những người không theo đạo Hồi.²⁴

Quản lý nhà nước dân chủ đòi hỏi các các bảo đảm chính trị và pháp lý. Các bảo đảm chính trị bao gồm các cuộc bầu cử định kỳ. Nhưng cách tiếp cận hoàn toàn chính trị cũng chưa đủ để ngăn chặn các lợi ích chính trị có thể ảnh hưởng đến chính yếu tố dân chủ. Các bảo đảm pháp lý như công nhận các quyền, hạn chế quyền lực nhà nước có thể ngăn ngừa điều này và được giám sát bởi các cơ quan độc lập.

Nhà lập hiến phải sử dụng cả hai cơ chế bảo đảm về chính trị và pháp lý để thúc đẩy tư tưởng về quốc gia đa dạng. Những nỗ lực chính trị có thể dựa vào các nguyên tắc chi phối của Hiến pháp hoặc những chỉ dẫn khác không mang tính bắt buộc. Các đạo luật và các quyết định hành chính tiếp theo sẽ cụ thể hóa ý nghĩa của các điều khoản này và những gì phải quy định tiếp – ví dụ như phân quyền, các quyền con người và bảo đảm có hiệu lực pháp lý, cơ chế bảo vệ cao hơn đối với ngôn ngữ thiểu số thông qua giáo dục. Các nhà lập hiến cũng cần lưu ý rằng các nguyên tắc hiến pháp trừu tượng phải cần đến sự hỗ trợ chính trị, do việc thực thi tư pháp và chính trị sẽ ảnh hưởng đến ý nghĩa của các điều khoản tương ứng trong cuộc sống hàng ngày. Chẳng

Cơ chế pháp lý để điều hòa tính đa dạng có thể cấm hình thức phân biệt đối xử dựa trên các yếu tố dân tộc, giới tính hoặc giới; trao một số quyền cho các nhóm từng bị đàn áp hoặc yếu thế, ví dụ như các điều khoản phân biệt đối xử một cách tích cực, hoặc tạo ra các quyền bảo vệ tự do tôn giáo hoặc văn hóa.

22. Béland, Daniel and Lecours, André, ‘Chủ nghĩa liên bang, chủ nghĩa dân tộc và chính sách xã hội trong phân quyền tại Canada và Bỉ’, *Nghiên cứu Vùng và Liên bang*, 17/4 (2007), trang. 405-19, và trang 412

23. Chương V Hiến pháp Bosnia Herzegovina (1995). Xem phụ lục

24. Điều 51(4) Hiến pháp Pakistan (1973 được sửa đổi 2004). Xem phụ lục

hạn, Điều 125 của Hiến pháp Iraq đảm bảo “các quyền hành chính, chính trị, văn hóa, giáo dục của các dân tộc khác nhau, như là người Turkomen, Chaldeans, Assyrian và các nhóm người khác”.²⁵ Mặc dù các điều khoản này có thể được xem như các bảo đảm trực tiếp và sâu rộng, nhưng do thiếu cụ thể nên còn rất nhiều câu hỏi liên quan đến mức độ và cách thức thực thi cho các cơ quan chính trị trong việc ban hành, thực thi các quy định tương ứng trong luật và dưới luật. Nếu không có các quy định do lập pháp ban hành hoặc thiếu giải thích tư pháp, với bản chất mở, các điều khoản sẽ không trách khỏi nghi ngại về việc chúng sẽ được áp dụng như thế nào.²⁶

Hiến pháp cũng có thể tạo nên một cơ chế pháp lý để điều chỉnh tính đa dạng, thường là dưới dạng các điều khoản rõ ràng và cụ thể đề cập đến sự bình đẳng và quyền được công nhận đặc thù riêng. Cơ chế này cấm các hình thức phân biệt đối xử dựa trên nguồn gốc dân tộc, định hướng giới tính hoặc giới; tạo cơ hội cho các nhóm từng bị chèn ép hoặc yếu thế có các quyền – ví dụ như điều khoản phân biệt đối xử tích cực, các quyền tự do tôn giáo hoặc văn hóa. Các nỗ lực pháp lý bao gồm cả các điều khoản hiến pháp đảm bảo các quyền nhằm gìn giữ giá trị văn hóa – ví dụ như bảo đảm việc giáo dục bằng ngôn ngữ bản địa. Các biện pháp kiểm soát pháp lý cũng có thể được ghi nhận trong các điều khoản hiến pháp ghi nhận sự đại diện theo đặc thù riêng, thông qua số ghế dành riêng trong nghị viện chỉ có thể do thành viên các nhóm yếu thế chiếm giữ, hoặc hệ thống phân bổ ghế theo định mức dành một số vị trí chính phủ nhất định cho các nhóm yếu thế.

Hộp 3: Xử lý tính đa dạng: Nhà nước đa dân tộc của Bolivia

Năm 2006, Bolivia, quốc gia có số lượng người bản địa đông nhất Nam Mỹ, bầu Tổng thống người bản địa đầu tiên là Evo Morales. Ông nhận được sự ủng hộ của người dân như nhờ một phần vào phong trào bản địa toàn quốc với mục đích tái lập các quyền của người bản địa và sửa đổi Hiến pháp. Sau khi nhậm chức, ông Morales tiến hành rất nhiều thay đổi chính trị nhằm phân tán quyền lực cho các cộng đồng người bản địa. Hiến pháp năm 2009 đã nhấn mạnh đặc tính “Nhà nước đa dân tộc”. Với tên gọi “Hiến pháp của Nhà nước Bolivia đa dân tộc”, Hiến pháp này đã nêu bật tầm quan trọng của sự đa dạng ở Bolivia. Một nguyên tắc trong Lời nói đầu nhắc lại các nguồn gốc đa dạng của Bolivia và các yếu tố khác của văn hóa người bản địa, ví dụ như mối liên hệ mật thiết với đất đai và lãnh thổ.

Hiến pháp cũng đề cập cụ thể hơn vấn đề về tính đa dạng trong một nhà nước thống nhất. Đối diện với lịch sử của bất bình đẳng, các nhà lập hiến đã ghi nhận nhiều cam kết liên quan đến việc trao quyền cho dân tộc thiểu số tại Bolivia. Hiến pháp tập trung vào đảm bảo các quyền của người dân tộc thông qua một chương trọn vẹn được dịch là “Quyền của các Dân tộc và Người bản địa”. Ngoài việc ghi nhận chính thức các nhóm dân tộc và ngôn ngữ của họ, Hiến pháp còn mở rộng quyền tự trị về đất đai, quyền tự quyết bằng cách trao nhiều quyền cho chính quyền khu vực của người dân tộc trong khi vẫn tạo ra nhiều cơ chế chia sẻ giữa chính quyền vùng với chính quyền trung ương. Quyền lực được mở rộng cho chính quyền địa phương thể hiện sự phân chia đáng kể quyền lực nhằm bảo vệ các nhóm yếu thế.

*Chương 4 Hiến pháp về Nhà nước đa dân tộc của Bolivia, 2009

25. Hiến pháp của Cộng hòa Iraq (2005).

26. McGarry, John and O’Leary, Brendan, ‘Hiến pháp Iraq 2005: Tự do liên kết chính trị’, Tạp chí quốc tế về Luật Hiến pháp 5/4 (2007), trang 670-98.

Một đặc tính căn bản của kiểm soát pháp lý là sự thực thi pháp luật của tư pháp hoặc một cơ quan giám sát độc lập điều chế quyền lực chính trị, trong cả trường hợp phân quyền hoặc tản quyền. Ngay cả nếu một số vùng nào đó có quyền tự trị, hiến pháp có thể đòi hỏi mọi thể chế chính phủ tôn trọng tính đa dạng và bảo đảm công bằng. Khi các quyền không được bảo vệ, các nạn nhân có thể đưa vụ việc của họ ra tòa án hoặc một thể chế phi chính trị nào đó như là một thanh tra nghị viện, người có trách nhiệm điều tra và đại diện quyền lợi cho họ.

4.4. Các nguyên tắc liên quan đến giới

Các nhà lập hiến cũng nên cân nhắc yếu tố bình đẳng giới và các quyền của phụ nữ. Mặc dù những quy định về bình đẳng giới đã rất phổ biến, hình thức công nhận loại quyền này còn rất khác nhau trong các hiến pháp. Một vài hiến pháp cấm phân biệt đối xử. Một số khác ghi nhận các hành động ủng hộ hoặc chính sách chống phân biệt đối xử để hỗ trợ sự tham gia của phụ nữ. Theo một số hiến pháp, các điều khoản về bình đẳng giúp cho các cơ quan chính trị thông qua các biện pháp cụ thể. Ngoài ra, các điều khoản còn liên quan trực tiếp đến bình đẳng giới, các nguyên tắc của hiến pháp liên quan đến giới được thể hiện trong các điều khoản về quyền con người, bình đẳng giới, quyền công dân và thậm chí trong ngôn ngữ các điều khoản.

Các nhà lập hiến pháp nên cân nhắc yếu tố bình đẳng giới và quyền của phụ nữ - trong một số trường hợp là cam kết về chống phân biệt đối xử, trong số khác là những hành động cụ thể hoặc chính sách chống phân biệt đối xử để hỗ trợ sự tham gia của phụ nữ.

4.4.1. Ngôn ngữ của hiến pháp

Để thể hiện các nguyên tắc về bình đẳng giới, một cách nhanh chóng và đơn giản là sử dụng ngôn ngữ trung tính về giới trong văn bản hiến pháp. Việc sử dụng ngôn ngữ trung tính về giới sẽ thể hiện quan điểm rõ ràng về sự bình đẳng giữa nam giới và phụ nữ. Mặc dù việc ưu tiên sử dụng ngôn ngữ “nam tính” so với ngôn ngữ trung tính về giới được coi là sự quay trở lại với hệ thống tôn ti trật tự coi đàn ông cao hơn phụ nữ, cách thể hiện này vẫn thường thấy trong các hiến pháp và các văn bản chính thức khác. Đại từ “anh/ông”

Việc sử dụng ngôn ngữ trung tính về giới trong hiến pháp cho thấy sự cam kết rõ ràng về bình đẳng giữa nam và nữ.

thường được sử dụng khi đề cập đến các cá nhân được quy định trong hiến pháp. Quả thực, dạng ngôn ngữ “nam tính” đó vẫn xuất hiện nhiều lần trong hiến pháp dưới dạng các thuật ngữ như “loài người nam giới” (mankind)²⁷ hoặc “những

người cha lập quốc” (founding fathers). Mặc dù nhiều người quan điểm rằng các đại từ nam tính bao hàm cả nam giới và nữ giới, nhưng việc sử dụng quá nhiều những đại từ này có thể làm tổn hại và làm giảm sự tham gia của giới nữ, bởi vì trong đa phần các bối cảnh

27. Mankind dịch sang tiếng Việt có nghĩa là “loài người”, nhưng trong gốc tiếng Anh được ghép bởi hai từ “man”- đàn ông và kind-loài, dạng; mankind còn có nghĩa chỉ đàn ông nói chung (chú thích của người hiệu đính).

khác, bao gồm cả ngôn ngữ thường ngày, đại từ nam giới chỉ để dùng cho đàn ông.²⁸ Do đó, một số hiến pháp hiện đại khi đề cập đến cả các nhóm và cá nhân đều không sử dụng các đại từ hoặc sử dụng đại từ liên quan đến cả hai giới – ví dụ, “ông/bà”, “mọi người” - để giảm thiểu mọi yếu tố bất bình đẳng giới. Các hiến pháp sử dụng ngôn ngữ trung tính về giới bao gồm Fiji, Nam Phi, Thụy Sĩ và Uganda.²⁹

4.4.2. Các quyền bình đẳng

Các điều khoản về quyền bình đẳng tạo ra cơ hội khác cho bình đẳng giới. Theo nhiều hiến pháp, sự bảo đảm quyền bình đẳng không tách rời khỏi bình đẳng giới, mà là một biện pháp đảm bảo thực thi quyền cho mọi người, bao gồm phụ nữ. Các điều khoản cấm phân biệt chủng tộc dựa trên đặc thù riêng, bao gồm giới, thường được ghi nhận trong các điều khoản này. Các hiến pháp khác đặc biệt đề cập đến phụ nữ trong những tranh luận về bình đẳng nói chung hoặc các lĩnh vực đặc thù như quyền trong gia đình và quyền lao động. Hiến pháp Thụy Sĩ có điều khoản đảm bảo quyền bình đẳng nói chung và nghiêm cấm phân biệt đối xử vì một số lý do, bao gồm, dân tộc, nguồn gốc, giới tính và phong cách sống (xem phụ lục). Điều khoản này cũng nhấn mạnh quyền bình đẳng giữa nam và nữ, ghi nhận rằng “Nam giới và nữ giới có quyền bình đẳng. Luật ghi nhận sự bình đẳng pháp lý và thực tế, đặc biệt trong gia đình, giáo dục và nơi làm việc. Nam và nữ giới đều có quyền bình đẳng trong việc nhận lương đối với cùng loại công việc”.³⁰ Một số khác các hiến pháp có các điều khoản dẫn chiếu đến quyền của phụ nữ, bao gồm yêu cầu chính phủ phải thực hiện một số việc, ví dụ như thúc đẩy bình đẳng giới “với các điều kiện và cơ chế phù hợp hơn để thực thi quyền bình đẳng trên thực tế và loại bỏ những rào cản trong việc thực thi quyền này, cũng như thúc đẩy sự tham gia của nữ giới vào mọi lĩnh vực của đời sống”.³¹

4.4.3. Đại diện

Sự tham gia và đại diện bình đẳng trong chính trị là một nội dung quan trọng khác của hiến pháp. Nhiều hiến pháp đã sử dụng hệ thống phân bổ chỉ tiêu số ghế để đảm bảo sự tham gia của nữ giới trong các cơ quan lập pháp, cũng như các thiết chế chính quyền khác. Hệ thống này đòi hỏi sự tham gia của nữ giới vào quá trình chính trị và quản lý nhà nước. Một số ghế trong nhánh lập pháp hoặc cơ quan chính phủ phải được dành cho nữ giới. Hiến pháp lâm thời của Nepal yêu cầu rằng ít nhất 1/3 thành viên Hội đồng Lập hiến, cơ quan chịu trách nhiệm soạn thảo Hiến pháp mới, phải là phụ nữ.³² Hiến pháp Rwanda cũng có những điều khoản tương tự, dành 24 trên tổng số 80 ghế cho hạ viện cũng như 30% số ghế trong thượng viện cho phụ nữ.³³ Số lượng phụ nữ được bầu trong quốc hội khác nhau ở

28 Irving, Helen, *Vấn đề giới và Hiến pháp: Bình đẳng và các cơ quan trong thiết chế hiến pháp so sánh* (Cambridge: Cambridge University Press, 2008), trang 41, Sandra Petersson.

29 Hiến pháp Cộng hòa của Thụy Sĩ (1999), Hiến pháp của Cộng hòa Nam Phi (1996 sửa đổi năm 2007), Hiến pháp của Cộng hòa Uganda (1995 và sửa đổi 2005), Hiến pháp (sửa đổi) 1997 của Cộng hòa đảo Fiji (1997 và sửa đổi 1998).

30 Điều 8(3) của Hiến pháp Liên bang Thụy Sĩ (1999). Xem phụ lục

31 Điều 48 của Hiến pháp Paraguay (1992). Xem phụ lục

32 Điều 63 Hiến pháp lâm thời của Cộng hòa Dân chủ Nepal (2003), 2007. Xem phụ lục

33 Điều 76 và 82 của Hiến pháp Cộng hòa Rwanda (2003). Xem phụ lục

từng quốc gia và thường vượt quá định mức ấn định. Không lâu sau khi ấn định định mức trên, phụ nữ chiếm 56,3% số ghế trong Quốc hội Rwanda, mức cao nhất trên toàn thế giới.³⁴

Một hình thức đặt định mức khác có hiến pháp quy định rằng cần phải có số lượng phụ nữ tối thiểu tham gia tranh cử. Để tránh việc các đảng phái chính trị đặt phụ nữ ở cuối danh sách đề cử, nhằm làm giảm cơ hội của họ, nhiều hiến pháp còn yêu cầu thêm về một tỉ lệ nhất định số phụ nữ tranh cử trong danh sách hoặc ở đầu danh sách của từng đảng. Hệ thống này xuất hiện ở Argentina, nơi mà điều khoản của hiến pháp ghi nhận các biện pháp đảm bảo cơ hội bình đẳng trong các cuộc tranh cử và áp dụng cơ chế đảm bảo rằng mọi đảng phái đều có ứng cử viên nữ.³⁵ Định mức có thể được dùng để có thể đại diện một cách bình đẳng ngoài cơ quan lập pháp. Một số hiến pháp yêu cầu hệ thống định mức trong nhiều lĩnh vực của chính phủ. Hiến pháp Pakistan ghi nhận dành ghế cho phụ nữ ở các khu vực bầu cử nông thôn.³⁶ Hiến pháp Colombia cũng có các điều khoản kêu gọi “sự tham gia chủ động và hiệu quả cả phụ nữ ở các cấp lãnh đạo trong hệ thống hành chính công”.³⁷

Điều đáng ghi nhận là, nhiều quốc gia áp dụng chế độ định mức do luật quy định hoặc do các đảng phái chính trị đề ra chứ không phải do hiến pháp quy định. Điều đó cho thấy, hiến pháp không nhất thiết phải là nơi duy nhất để đưa ra hệ thống này. Hơn nữa, hệ thống định mức này tự bản thân nó không thể đảm bảo được sự tham gia đầy đủ của phụ nữ vào đời sống chính trị. Thường có rất nhiều yếu tố xã hội, văn hóa và kinh tế có thể gây nên sự mất cân đối về giới trong các cơ quan đại diện. Để hiến pháp giải quyết tốt vấn đề bình đẳng giới, cần tập trung vào việc nhận diện các yếu tố hạn chế sự tham gia của phụ nữ, cũng như thúc đẩy cơ chế tích cực để hỗ trợ họ.³⁸ Tuy nhiên, mặc dù hệ thống này mới có những hỗ trợ rất hạn chế đến sự tham gia của nữ giới, nó đã cho thấy số lượng ngày càng tăng của nữ giới tham gia và chính trị và cơ hội của họ ngày càng được cải thiện.

Sự tham gia và đại diện của phụ nữ trong chính trị là mối quan tâm chủ chốt của hiến pháp. Nhiều hiến pháp quy định về hạn ngạch nhằm bảo đảm đại diện của phụ nữ trong các cơ quan lập pháp (cũng như trong các chính đảng và chính quyền các cấp); nhưng điều này vẫn chưa thể đảm bảo sự tham gia đầy đủ của phụ nữ vào đời sống chính trị.

Sự phân tán quyền lực nhà nước thông qua phân quyền và một số biện pháp khác có thể là những yếu tố phức tạp tác động lên bình đẳng giới. Như đã đề cập, phân quyền có thể là một biện pháp hữu hiệu trao quyền cho các nhóm yếu thế. Tuy nhiên, bởi vì phụ nữ không phải là một nhóm tập hợp cụ thể mà có mặt trong mọi tầng lớp xã hội, nhóm dân tộc và tôn giáo, nên việc phân quyền có thể không mấy thành công trong việc thúc đẩy nữ quyền như có thể tạo ra cho nhóm thiểu số. Nói theo cách khác, hệ thống phân quyền có thể cho các nhóm thiểu số nhiều quyền tự trị hơn, nhưng tác động đó không có nghĩa là trực

34 2008. <<http://www.quotaproject.org/aboutQuotas.cfm>>, truy cập 27/8/2010

35 Điều 37 của Hiến pháp Quốc gia Argentina (1994) (xem phụ lục); và Điều 4, Nghị định 1246

36 Điều 106 (1), Hiến pháp Cộng hòa Hồi giáo Pakistan (1973 và sửa đổi 2004). Xem phụ lục

37 Điều 40, Hiến pháp chính trị của Colombia (1991 và sửa đổi 2005). Xem phụ lục

38 Irving, *Giới và Hiến pháp*, trang 115.

tiếp lên vai trò của nữ giới. Ngược lại, trong một số trường hợp, những bước tiến của nữ quyền lại đòi hỏi sự tập trung quyền lực ở cấp quốc gia. Một số chuyên gia kết luận rằng phân quyền có thể bỏ qua nhu cầu của các nhóm không được xác định theo vùng hoặc lãnh thổ.³⁹ Hơn nữa, những thói quen truyền thống hoặc theo tôn giáo có thể loại bỏ sự tham gia của nữ giới vì lý do giới tính, nhưng việc gìn giữ những giá trị đó trên thực tế lại đang giúp cho phát triển quyền lực. Như vậy, chính quyền địa phương sẽ tập trung vào các thói quen truyền thống hơn là bình đẳng giới, đặc biệt trong trường hợp hai nguyên tắc này xung đột với nhau. Ngoài ra, trong hệ thống quyền lực bị phân tán, các nỗ lực thực hiện bình đẳng giới có thể được nhìn nhận rất khác nhau ở các vùng khác nhau, phụ thuộc vào các quyết định của các tổ chức khác nhau. Mặt khác, trong một số chính phủ phân quyền có thể có nhiều thông tin và khả năng hơn trong việc đáp ứng một số nhu cầu cụ thể của phụ nữ trong một vùng nhất định. Mặc dù có thể thấy không có sự liên quan, nhưng mức độ tập trung và phân tán quyền lực chính phủ sẽ có tác động đến việc bảo vệ và thúc đẩy sự bình đẳng cho nữ giới. Chỉ với lý do này thôi cũng đủ để nhà lập hiến quan tâm đến các vấn đề này.

Một cơ chế thực thi cũng cần phải có kèm theo các điều khoản về bình đẳng giới. Một số điều khoản nghiêm cấm các chính phủ hoặc các bên tư nhân thực hiện một số hành vi nhất định, và việc này có hiệu lực trước tòa. Các điều khoản này thường đề cập đến chống phân biệt đối xử dựa trên dân tộc, tín ngưỡng, định hướng giới tính và giới tính. Hoặc ví dụ như

Cơ chế thực thi cũng cần phải đi cùng với các điều khoản của hiến pháp về bình đẳng giới. Cơ chế này có thể phụ thuộc vào các biện pháp pháp lý và/hoặc chính trị, được công nhận giá trị pháp lý hoặc phụ thuộc vào sự ủng hộ về mặt chính trị.

hiến pháp của Ba Lan đảm bảo không phân biệt đối xử trong dịch vụ công, ví dụ như giáo dục.⁴⁰ Các điều khoản cụ thể này có thể khiến cách hành vi phân biệt đối xử trong khu vực tư trở thành vi phạm pháp luật, ví dụ như hiến pháp Mexico yêu cầu công bằng trong trả lương cho cùng loại công việc.⁴¹ Các điều khoản

khác đòi hỏi hành động cụ thể từ chính phủ, ví dụ hạn ngạch ghế hoặc giữ ghế cho phụ nữ như đã đề cập; chúng có giá trị pháp lý ở tòa án buộc chính phủ phải có những hành động thực thi quy định của hiến pháp. Đặc biệt trong một chính phủ được cho là có quyền lực phân tán, các điều khoản như vậy có thể hỗ trợ tạo ra tiêu chuẩn thống nhất trong bình đẳng giới, một tiêu chuẩn sàn cho nhiều vùng và các thiết chế chính quyền phải tuân theo.

Mặt khác, các biện pháp của hiến pháp nhằm đảm bảo bình đẳng giới có thể phải phụ thuộc vào các nỗ lực chính trị. Ví dụ, các điều khoản yêu cầu phải có hành động thực hiện hoặc phân biệt đối xử một cách tích cực nhưng lại không quy định hệ thống cụ thể để thực thi điều khoản này và để ngỏ cho các nhân tố chính trị lựa chọn cách thức áp dụng. Cũng cần xem xét các nguyên tắc định hướng, thể hiện sự cam kết của chính phủ và định hướng

39 Irving, *Giới và Hiến pháp*, trang 82, citing Jill Vickers.

40 Điều 33 Hiến pháp của Cộng hòa Ba Lan (1997). Xem phụ lục

41 Đoạn 6 (Lao động và An ninh xã hội), Điều 123 (A)(VII) trong Hiến pháp chính trị của Hợp chúng quốc Mexico (1917, sửa đổi 2007). Xem phụ lục

cho các chính sách, nhưng lại không bị bắt buộc áp dụng. Những điều khoản chung chung đó cho thấy sự ghi nhận của hiến pháp về bình đẳng giới nhưng lại để cho các nhân tố chính trị quyết định xem đáp ứng bình đẳng như thế nào. Hình thức thực thi phụ thuộc vào sự hỗ trợ chính trị, ví dụ tạo điều kiện ra đời các nhóm lợi ích trong thúc đẩy bình đẳng,; các vị dân biểu thông qua các quy định thúc đẩy bình đẳng giới và quyền của phụ nữ.

Hộp 4: Nền tảng của bình đẳng giới: Hiến pháp 2008 của Ecuador

Bình đẳng giới và quyền của phụ nữ là một vấn đề khó giải quyết ở Ecuador. Theo Văn phòng về giới thuộc Bộ Chính phủ, phụ nữ là nạn nhân của 50.794 vụ xâm hại tình dục, tinh thần và thể chất chỉ riêng trong năm 2000.* Năm 2009, việc phân biệt trong mức lương giữa nam và nữ đã là 30%.** Maria Soledad Vela bắt đầu đưa vấn đề nữ quyền ra tranh luận tại Quốc hội lập hiến Ecuador và mở rộng trong suốt quá trình soạn thảo Hiến pháp 2008. Vấn đề này nhận được sự quan tâm trong bối cảnh những thất bại liên tiếp trong việc thực thi bình đẳng giới sau Hiến pháp 1998 và Đạo luật về định mức, kéo theo nhiều tiếng nói đòi hỏi từ phía các tổ chức xã hội dân sự và khu vực công vụ.***

Kết quả là, Hiến pháp không chỉ đảm bảo quyền được đối xử công bằng giữa nam và nữ trong giáo dục, chăm sóc sức khỏe, bầu cử, an sinh xã hội và việc làm, mà còn ghi nhận quyền được bảo vệ khỏi xâm hại tình dục, quyền trong sinh sản, quyền sở hữu và sự bình đẳng trong gia đình. Hơn thế, Hiến pháp cũng nghiêm cấm phân biệt đối xử và thái độ thiếu khoan dung đối với phụ nữ trên các phương tiện truyền thông đại chúng. Hiến pháp thừa nhận phụ nữ là nhóm dễ bị tổn thương, đặc biệt là phụ nữ mang thai, nạn nhân của bạo lực gia đình, trẻ em bị lạm dụng tình dục, phụ nữ cao tuổi.****

Quan trọng hơn, Hiến pháp ghi nhận nguồn gốc của phân biệt đối xử là sự phân biệt về giới và đặc thù giới tính.***** Qua việc thừa nhận nhận các xu hướng tình dục khác nhau cũng như quy định đầy đủ các quyền của phụ nữ, Hiến pháp đã tối đa hóa các cơ hội thực thi hiệu quả quyền bình đẳng, là bước tiến trong bảo vệ quyền con người.

*Bộ Nội vụ Hoa Kỳ, Báo cáo quốc gia về hoạt động quyền con người 2002, , Ecuador, 31/3/2003, xem tại <<http://www.state.gov/g/drl/rls/hrrpt/2002/18330.htm>>.

** Ngành lập pháp Ecuador đối mặt với khó khăn trong đảm bảo bình đẳng giới”, có thể xem ở <http://www.idea.int/>

americas/ecuador/legislators_face_gender.cfm.

*** Rosero, Rocío and Goyes, Solanda, ‘Los derechos de las mujeres en la constitución del 2008’, La Tendencia: Revista de Analisis Politico, 8 (10,11/2008) trang 77-82, có thể xem <<http://library.fes.de/pdf-files/bueros/quito/05108/tendencia2008,8.pdf>>.

**** Xem ví dụ như Điều 11(2) của Hiến pháp Ecuador (2008) trong phụ lục của chương này

***** Rosero Garcés, Rocío and Goyes Quelal, Solanda, ‘Los derechos de las mujeres en la constitucion del 2008’, Xem Hiến pháp Ecuador 2008, Điều 11(2)

4.5. *Mối quan hệ giữa hiến pháp và tôn giáo*

Đức tin tôn giáo tạo nên những bản sắc riêng cho các nhóm và cá nhân, cũng như toàn thể xã hội. Nhìn vào lịch sử, có thể thấy tôn giáo là nền tảng để nhiều hệ thống pháp luật phát triển. Do mối liên hệ sâu sắc đó giữa tôn giáo và xã hội, tôn giáo cũng có thể góp phần vào xây dựng hiến pháp. Tuy nhiên, trong hoàn cảnh hậu xung đột, đức tin tôn giáo có thể là nguồn gốc của xung đột và do vậy trở thành vấn đề quan trọng cần giải quyết trong quá trình xây dựng hiến pháp.

Niềm tin tôn giáo là nền tảng cho nhiều hệ thống pháp luật hình thành và phát triển, do vậy, cũng có thể góp phần xây dựng hiến pháp, nhưng đó cũng có thể là nguồn gốc của mâu thuẫn do vậy được coi là một nội dung quan trọng cần giải quyết trong quá trình xây dựng hiến pháp.

giáo và tự do tôn giáo. Khi các đức tin tôn giáo đa dạng hoặc có xung đột về tôn giáo, các nhà lập hiến phải đề cập đến nội dung này sao cho tạo ra một xã hội mà mọi cá nhân với những đức tin khác nhau có thể chung sống hòa bình.

Các điều khoản của hiến pháp liên quan đến tôn giáo phản ánh lịch sử, văn hóa, truyền thống và hệ thống đức tin của một quốc gia. Chúng cũng đề cập đến mối quan hệ giữa tôn giáo với hiến pháp và luật hiến pháp. Có nhiều cách thức khác nhau để hiến pháp quy định về tôn giáo và các nguyên tắc tôn giáo, nhưng một nội dung cần quan tâm trong việc nhận thức về

Hiến pháp quy định về tôn giáo hoặc các nguyên tắc của tôn giáo theo nhiều cách khác nhau, nhưng một trong các trọng tâm là mức độ hiến pháp ràng buộc pháp luật đối với tôn giáo. Câu hỏi ở đây là các nguyên tắc của tôn giáo có ảnh hưởng như thế nào đến pháp luật.

Các nhà lập hiến có nhiều cách khác nhau để đưa vấn đề tôn giáo vào trong hiến pháp. Hiến pháp có thể đề cập đến một hoặc nhiều tôn giáo, có thể đưa việc giảng dạy tôn giáo vào quy định pháp luật và sử dụng hệ tư tưởng của tôn giáo để định hướng pháp luật; hoặc hiến pháp có thể chỉ đơn giản công nhận tôn giáo và tự do tôn giáo. Khi các đức tin tôn giáo đa dạng hoặc có xung đột về tôn giáo, các nhà lập hiến phải đề cập đến nội dung này sao cho tạo ra một xã hội mà mọi cá nhân với những đức tin khác nhau có thể chung sống hòa bình.

Các điều khoản của hiến pháp liên quan đến tôn giáo phản ánh lịch sử, văn hóa, truyền thống và hệ thống đức tin của một quốc gia. Chúng cũng đề cập đến mối quan hệ giữa tôn giáo với hiến pháp và luật hiến pháp. Có nhiều cách thức khác nhau để hiến pháp quy định về tôn giáo và các nguyên tắc tôn giáo, nhưng một nội dung cần quan tâm trong việc nhận thức về mối quan hệ giữa tôn giáo và hiến pháp là mức độ mà hiến pháp ràng buộc luật với tôn giáo. Câu hỏi ở đây là các nguyên tắc của bất kỳ một tôn giáo có ảnh hưởng như thế nào đến luật. Một Hiến pháp có thể có liên quan mật thiết đến một tôn giáo nhất định nào đó. Ngược lại, một hiến pháp khác có thể ghi nhận nhiều tôn

giáo, có thể không đề cập đến tôn giáo, mà cũng có thể quy định rạch ròi ranh giới giữa tôn giáo và nhà nước.

Ở một thái cực, một hệ thống pháp luật có thể hoàn toàn gắn với một tôn giáo cụ thể. Một số hiến pháp lại ưu tiên hoặc thiên vị một tôn giáo hơn các tôn giáo khác. Thực tế nhiều quốc gia đã công nhận một tôn giáo chính thức trong hiến pháp. Theo hiến pháp của Costa Rica, Thiên chúa giáo là tôn giáo chính thức.⁴² Nhưng ngay tại quốc gia đã công nhận một tôn giáo chính thống, tầm ảnh hưởng của tôn giáo đến nhà nước cũng khác nhau nhiều. Một số hiến pháp ghi nhận rằng hệ thống pháp luật phải phù hợp với nguyên tắc

42. Điều 75 của Hiến pháp Cộng hòa Costa Rica (1949 và được sửa đổi năm 2003): ‘Đạo Catholic và Apostolic là tôn giáo của Nhà nước, góp phần gìn giữ nhà nước mà không hạn chế bất kỳ quyền tự do tập tục tôn giáo và truyền thống tốt đẹp nào.’. Xem phụ lục và điều 2 của Hiến pháp Vương quốc Naury (1814 và sửa đổi 1996) như trong phụ lục

của một tôn giáo nhất định. Các tổ chức hoặc nhân tố tôn giáo có thể tương tác với chính phủ hoặc can thiệp như một cơ quan chính phủ, như trường hợp của Iran.⁴³ Ở các quốc gia khác, một khi tôn giáo được coi như nền tảng của hệ thống pháp luật, hiến pháp có thể trở thành một nhánh độc lập khỏi luật tôn giáo, như trường hợp của Iraq.⁴⁴ Ngoài ra, tại các quốc gia khác, việc ghi nhận tôn giáo chính thống cũng chỉ mang tính biểu tượng hoặc do lịch sử để lại, về người đứng đầu tôn giáo không can thiệp vào chính sách của chính phủ. Một ví dụ khác của phân tán quyền lực xảy ra tại Indonesia, đất nước công nhận đa tôn giáo mà không ưu tiên bất kỳ tôn giáo nào.⁴⁵

Một hiến pháp có thể gắn kết mật thiết với một tôn giáo nhất định nào đó, hoặc ghi nhận nhiều tôn giáo, hoặc không đề cập đến tôn giáo và chỉ ra ranh giới giữa tôn giáo và nhà nước. Nguyên tắc tự do tôn giáo được ghi nhận trên toàn thế giới như là một quyền con người cơ bản, và mối quan hệ giữa nhà nước và tôn giáo cần phải được hiểu bao gồm cả không phân biệt đối xử đối với những người không theo hay theo tôn giáo nào.

Nhiều hiến pháp không ghi nhận bất kỳ một tôn giáo chính thức nào. Hiến pháp của một số quốc gia, như Pháp, nhấn mạnh tính thế tục, tạo nên sự tách biệt rõ ràng giữa tôn giáo với hệ thống pháp luật và đời sống công cộng.⁴⁶ Mặc dù hiến pháp đảm bảo tự do tôn giáo, nó cũng tách tôn giáo sang khu vực tư và bảo vệ hệ thống pháp luật khỏi ảnh hưởng của tôn giáo. Các chính sách của chính phủ hoặc luật đề cập đến tôn giáo và định ra những ranh giới giữa lĩnh vực công và tư. Một việc thực thi các đức tin tôn giáo vượt qua ranh giới này, tòa án có thể được viện cầu làm trọng tài xét xử.

Một khía cạnh quan trọng khác của mối quan hệ giữa tôn giáo và nhà nước là hình thành khái niệm tự do tôn giáo. Bất kể hiến pháp có ghi nhận tôn giáo chính thức hay không, có định hướng hoặc xây dựng luật từ những giáo lý tôn giáo hay không, hay hạn chế tối đa tầm ảnh hưởng của tôn giáo vào hoạt động của chính phủ, một hiến pháp dân chủ phải ghi nhận và bảo vệ quyền tự do tôn giáo. Tự do tôn giáo được công nhận phổ biến trên toàn thế giới là một quyền con người cơ bản được bảo vệ bởi Công ước Quốc tế về các quyền dân sự và chính trị (ICCPR).⁴⁷ Mối quan hệ của nhà nước với tôn giáo không được hạn chế bất kỳ quyền nào được ghi nhận trong Công ước, bao gồm tự do tôn giáo và quyền hoạt động tôn giáo, cũng như không có bất kỳ sự phân biệt nào chống lại người không phải là thành viên hoặc không tham gia một tôn giáo nhất định nào.⁴⁸

Hiến pháp các nước ghi nhận về luật quốc tế và quan hệ quốc tế rất khác nhau. Một vài hiến pháp coi nghĩa vụ quốc tế là một phần của luật gia. Số khác nội luật hóa một số phần của luật quốc tế. Một số lại yêu cầu các nghĩa vụ quốc tế phải được nội luật hóa trong luật quốc gia để chúng có giá trị pháp lý

43. Hiến pháp Cộng hòa Hồi giáo Iran (1979 và sửa đổi năm 1989).

44. Điều 2 của Hiến pháp Cộng hòa Iraq (2005). Xem phụ lục

45. Chương XI, Điều 29 của Hiến pháp Cộng hòa Indonesia (1945 và sửa đổi 2002). Xem phụ lục

46. Điều 1 của Hiến pháp Cộng hòa Pháp, 4/10/1958 (1958 và sửa đổi 23/7/2008). Xem phụ lục

47. Điều 18 và 27 của Công ước Quốc tế về các quyền Dân sự và Chính trị, 1966. Xem phụ lục

48. LHQ, Cơ quan Cao ủy LHQ về Nhân quyền, Báo cáo tổng quan số 22: Quyền tự do tư tưởng, và tôn giáo

Hộp 5. Tổng nhất một quốc gia chia rẽ về tôn giáo: Pancasila của Indonesia

Lời nói đầu trong Hiến pháp 1945 của Indonesia nhắc đến pancasila, triết lý về nhà nước được coi là nền tảng của pháp luật Indonesia. Khi soạn thảo năm nguyên tắc theo pancasila, Tổng thống Sukarno dự định thống nhất các hòn đảo riêng lẻ của Indonesia theo các nguyên tắc quốc gia cụ thể và đưa ra giải pháp cho mối quan hệ giữa đạo Hồi và nhà nước. Năm nguyên tắc của pancasila là: (1) một và chỉ một Đấng tối cao; (2) tinh thần nhân văn công bằng và văn minh; (3) sự thống nhất của Indonesia; (4) dân chủ; và (5) công bằng xã hội. Nói cách khác, tổng thể các nguyên tắc này nhằm đạt được sự thống nhất trong khi vẫn công nhận sự đa dạng ở Indonesia. Mặc dù có nguồn gốc từ lâu, pancasila và các nguyên tắc truyền thống của nó vẫn tồn tại đến ngày nay: Quốc hội Tư vấn Nhân dân đã tái thông qua các nguyên tắc này trong quá trình sửa đổi hiến pháp gần đây (1999-2002) với lý do rằng pancasila là biểu tượng của truyền thống và thống nhất dân tộc.* Khi Quốc hội bắt đầu quá trình sửa đổi hiến pháp năm 1999, cơ quan này đã đưa ra một quyết định quan trọng là sửa đổi Hiến pháp thay vì soạn thảo một bản mới, trong đó giữ lại Lời nói đầu, bao gồm pancasila, và giữ lại hệ tư tưởng nhà nước tôn giáo.**

* Morfit, Michael, ‘Pancasila: Hệ tư tưởng Nhà nước Indonesia theo trật tự chính phủ mới’, *Asian Survey*, 21/8 (1981), trang 838-51; Weatherbee, Donald E., in *Asian Survey*, 25/2 (1985), pp. 187-97; Prawiranegara, Sjafruddin, ‘Pancasila như là nền tảng duy nhất’,

Indonesia, 38, Southeast Asia Program Publications at Cornell University (1984), trang. 74-83; và Denny Indrayana, Kompas, ‘Sửa đổi Hiến pháp Indonesia’, 1999-2002: Một đánh giá về sửa đổi hiến pháp trong giai đoạn chuyển đổi, Sách xuất bản tại Jakarta, tháng 12/2008 có thể xem tại <http://www.kas.de/wf/doc/kas_19023-544-1-30.pdf>.

**Morfit, ‘Pancasila: Hệ tư tưởng Nhà nước Indonesia theo trật tự chính phủ mới’; Xem tại *Asian Survey*, 25/2; Prawiranegara, ‘Pancasila như là nền tảng duy nhất’; và Denny Indrayana, ‘Cải tổ Hiến pháp Indonesia, 1999-2002’.

4.6. Các nguyên tắc liên quan đến luật quốc tế

Luật quốc tế có nhiều nguyên tắc ảnh hưởng đến hiến pháp hiện đại. Để đạt được tính chính danh trong cộng đồng quốc tế, hiến pháp phải tuân thủ hầu hết các quy tắc nền tảng của luật quốc tế, ví dụ như tôn trọng quyền con người cơ bản. Tuy nhiên, vượt ra ngoài việc tuân thủ các nguyên tắc tối thiểu đó để có được sự công nhận quốc tế, hiến pháp phải giải quyết nhiều vấn đề về luật quốc tế và quan hệ quốc tế.

Hiến pháp thường ghi nhận cách thức nhà nước tuân thủ các nghĩa vụ theo điều ước, nhưng cách thức đó cũng khác biệt trong các hiến pháp khác nhau, thường thể hiện cái quan điểm về mối quan hệ giữa nhà nước và pháp luật quốc tế. Một vài hiến pháp ghi nhận trực tiếp rằng các nghĩa vụ quốc tế là một phần trực tiếp của hệ thống pháp luật quốc gia. Hiến pháp của Đông Timor ghi nhận rằng các quy định trong luật quốc tế được áp dụng trên lãnh thổ quốc gia “nếu được sự phê chuẩn, kí kết hoặc tham gia của các cơ quan có thẩm quyền, và sau khi được công bố trên công báo”.⁴⁹ Quan niệm

(Điều 18) CCPR/C/21/Rev.1/Add.4)

49 Điều 9(2) của Hiến pháp Cộng hòa Dân chủ Đông Timor, 2002. Xem phụ lục

này về nghĩa vụ quốc tế, thường được gọi là *nhất nguyên luận*, có thể hiểu là nghĩa vụ quốc tế có giá trị cao hơn luật nội địa. Đó là trường hợp của Hiến pháp Cộng hòa Séc, ghi nhận rằng các hiệp ước “là một phần của luật nội địa” và các điều khoản của điều ước quốc tế cần được áp dụng ngay cả khi chúng “xung đột với luật quốc gia.”⁵⁰ Hiến pháp của Hungary cũng ghi nhận trực tiếp các nghĩa vụ quốc tế nhưng không coi chúng có giá trị pháp lý cao hơn. Thay vào đó, hiến pháp quy định rằng luật quốc gia phải hài hòa hóa với các nghĩa vụ quốc tế.⁵¹ Hơn thế, Tòa án Hiến pháp Hungary cũng khẳng định rằng Hiến pháp và luật quốc gia nên được giải thích theo cách mà luật quốc tế

Hộp 6: Quan điểm về luật quốc tế ở cấp độ quốc gia	
Nhất nguyên luận là quan điểm cho rằng luật quốc tế và luật quốc gia được hợp nhất trong một hệ thống duy nhất	Nhị nguyên luận trong luật quốc tế cho rằng hệ thống pháp luật quốc tế và quốc gia tách biệt với nhau
Luật quốc tế không cần phải chuyển hóa sang luật quốc gia mới có hiệu lực	Luật quốc tế bắt buộc phải được đưa vào luật quốc gia để có hiệu lực ở cấp độ quốc gia
Phê chuẩn luật quốc tế, ví dụ bằng điều ước, đã hàm ý hợp nhất luật quốc tế vào hệ thống quốc gia	Phê chuẩn luật quốc tế không đủ để tạo ra hiệu lực ở cấp độ quốc gia. Luật quốc gia phải thích ứng để phù hợp với luật quốc tế để điều ước có hiệu lực
Luật quốc tế đã được chấp nhận ở quốc gia có thể được thẩm phán áp dụng và được công dân quốc gia đó viện dẫn	Thẩm phán và công dân phải dựa vào luật quốc gia công nhận hiệu lực của luật quốc tế, hơn là trực tiếp sử dụng luật quốc tế
Tại một số quốc gia theo nhất nguyên luận, luật quốc tế cao hơn luật quốc gia Tại một số quốc gia, các điều ước đã được phê chuẩn bình đẳng với luật quốc gia và theo chế độ áp dụng cái mới hơn	Nếu luật quốc gia xung đột với nghĩa vụ theo điều ước quốc tế, luật quốc gia vẫn có hiệu lực tại quốc gia đó, ngay cả khi xung đột đó dẫn đến vi phạm luật quốc tế

công nhận.⁵² Theo một số hiến pháp khác, ví dụ như của Đức, tập quán quốc tế có giá trị ưu tiên so với luật quốc gia, nhưng các nghĩa vụ theo điều ước thì lại được coi như luật quốc gia. Khi có sự xung đột giữa nghĩa vụ theo điều ước và luật quốc gia, điều khoản nào mới hơn sẽ được áp dụng.⁵³

Mặt khác, một số hiến pháp ghi nhận cái gọi là thuyết *nhị nguyên luận*, theo đó,

50 Điều 10 của Hiến pháp Cộng hòa Séc (1992 và sửa đổi 2009). Xem phụ lục

51 Điều 7 của Hiến pháp Cộng hòa Hungary (1949 và sửa đổi năm 2003). Xem phụ lục.

52 Quyết định của Tòa Hiến pháp số 53/1993. (X.13) AB.

53 Ginsburg, Tom, Elkins, Zachary and Chernykh, Svitlana, ‘Cam kết và Chia tách: Bằng cách nào và tại sao Hiến pháp quốc gia hợp nhất luật quốc tế’, *University of Illinois Law Review*, 2008, p. 205, citing Cassese.

chính phủ phải nội luật hóa các nghĩa vụ quốc tế vào luật quốc gia để chúng có giá trị pháp lý. Yêu cầu này đòi hỏi nhánh lập pháp phải ban hành luật để điều ước có hiệu lực trong nước, mặc dầu theo luật quốc tế, điều ước đó đã có hiệu lực bắt buộc đối với quốc gia nói đến.

Đa số hiến pháp không chỉ tạo cơ sở để phê chuẩn và thực thi các điều ước, mà nhiều hiến pháp còn hợp nhất một số văn kiện của luật quốc tế - ví dụ như về quyền con người, hoặc một số điều khoản mẫu trong các văn kiện đó, tất cả có thể chi phối hoạt động của chính phủ về mặt pháp lý. Một số hiến pháp dẫn chiếu đến các điều ước cụ thể, số khác hợp nhất một số văn kiện của luật quốc tế vào hiến pháp. Theo Hiến pháp Nicaragua, toàn bộ các quyền được ghi nhận trong nhiều văn kiện, kể cả Công ước Quốc tế 1948 về Nhân quyền và Tuyên ngôn châu Mỹ về Quyền và Nghĩa vụ của người dân (cũng được thông qua năm 1948) được áp dụng cho tất cả các thiết chế chính phủ.⁵⁴ Tương tự như vậy, Hiến pháp Ghana yêu cầu chính phủ “tuân thủ các nguyên tắc được thể hiện trong các điều ước cũng như các tổ chức quốc tế khác mà Ghana là thành viên.⁵⁵ Hiến pháp cũng có thể viện dẫn đến một số điều ước cụ thể. Ví dụ, Lời nói đầu trong Hiến pháp của Cameroon khẳng định “sự tôn trọng đối với các tự do cơ bản được thể hiện trong Tuyên ngôn Nhân quyền quốc tế, Hiến chương LHQ và Hiến chương Châu Phi về quyền con người”.⁵⁶

Trong lĩnh vực quan hệ quốc tế, hành pháp quốc gia thường được cho là có thẩm quyền tham gia hoặc rút khỏi một thỏa thuận quốc tế. Tuy nhiên, một số hiến pháp yêu cầu sự thông qua của nhánh lập pháp về điều ước, thậm chí là sự tham gia của nhánh tư pháp. Một giới hạn khác đối với hành pháp trong lĩnh vực này có thể là một cuộc trưng cầu dân ý bắt buộc hoặc không bắt buộc để giải quyết vấn đề quan hệ quốc tế - ví dụ như tham gia một tổ chức siêu quốc gia như Cộng đồng chung châu Âu.

Trong cấu trúc hiến pháp phân tán quyền lực của chính phủ, các nguyên tắc liên quan đến quan hệ quốc tế có thể phải có sự tham gia hoặc thậm chí kiểm soát bởi chính quyền vùng hoặc địa phương. Trong một số trường hợp, hiến pháp có thể cho phép chính quyền vùng tham gia vào hiệp ước quốc tế. Ví dụ Hiến pháp Argentina ghi nhận rằng các tỉnh có thể tham gia điều ước trong một số trường hợp cụ thể, nhưng không được trái với chính sách đối ngoại quốc gia hoặc luật quốc gia.⁵⁷ Các hành vi và các thỏa thuận mâu thuẫn giữa các vùng có thể là vấn đề nghiêm trọng và chính phủ trung ương lo ngại đối mặt với rủi ro sụp đổ nếu các vùng được đảm bảo quá nhiều quyền tự trị trong quan hệ quốc tế, do vậy, đa số quốc gia giữ lại ở cấp quốc gia quyền quyết định trong hoạt động quan hệ quốc tế và kiểm soát quân đội.

54 Ginsburg, Elkins and Chernykh, ‘Cam kết và Chia tách’, trang 207, Điều 46 Hiến pháp Nicaragua

55 Điều 40(d), Hiến pháp Cộng hòa Ghana (1992 sửa đổi 1996). Xem phụ lục

56 Lời nói đầu, Hiến pháp của Cộng hòa Cameroon (1972 và sửa đổi 1996). Xem phụ lục

57 Điều 124-125 của Hiến pháp Argentina (1994).

Hộp 7. Luật quốc tế như là cơ chế để tản quyền: Nicaragua và quyền của người bản địa

Năm 1986, Hiến pháp Chính trị của Cộng hòa Nicaragua đã có những bước tiến lớn trong việc chuyển hóa các nguyên tắc quyền con người vào luật quốc gia bằng cách áp dụng Tuyên ngôn Nhân quyền thế giới, Tuyên ngôn châu Mỹ về Quyền và nghĩa vụ của con người, Công ước quốc tế về quyền Dân sự và chính trị, Công ước châu Mỹ về Nhân quyền của tổ chức các quốc gia châu Mỹ.* Các nguyên tắc quyền con người trong các điều ước này đều tạo nên những yếu tố đáng kể trong thúc đẩy quyền của người bản địa ở Nicaragua. Theo các điều ước này, Hiến pháp 1986 đã đảm bảo các quyền của người bản địa và kiến lập cơ cấu quản trị phân quyền cho các cộng đồng của họ.** Qua việc tuân thủ các luật quốc tế về quyền con người, tòa án Nicaragua đã thúc đẩy chính sách phân quyền trong hiến pháp.

Tác động của luật quốc tế thể hiện rõ ràng trong vụ *Awat Tingni v. Nicaragua*. *Awat Tingni*, một nhóm người dân bản địa cư trú tại vùng Bờ biển Đại Tây Dương. Năm 1995, chính phủ Nicaragua đã cấp quyền đốn gỗ cho một công ty tư nhân hoạt động tại lãnh thổ của *Awat Tingni*, một hành động bị nhóm này coi rằng là vi phạm quyền của họ đối với đất đai và các nguồn tài nguyên. Sau khi nhận được nhiều sự thông hiểu và hỗ trợ từ phía quốc tế, đặc biệt là từ các NGOs, nhóm *Awat Tingni* đã giành thắng lợi tại Tòa án tối cao Nicaragua. Tòa án tối cao đã xác nhận các quyền sở hữu dựa trên Công ước châu Mỹ về Nhân quyền và hơn nữa, phán quyết rằng chính phủ không có thẩm quyền quyết định số phận của những khu đất đã được cho là của người bản địa. Vụ việc này không những xác nhận sự hiện diện của luật quốc tế trong một quốc gia, mà còn làm tăng tính tự quyết của người bản địa.

* Điều 46, Hiến pháp chính trị Cộng hòa Nicaragua (1986 và sửa đổi năm 2005)

** Điều 181, Hiến pháp chính trị của Cộng hòa Nicaragua (1986 và sửa đổi năm 2005)

5. Kết luận

Các nguyên tắc của hiến pháp đề cập đến những ý tưởng và mục tiêu căn bản của xã hội, hỗ trợ cho việc giải thích và thực thi hiến pháp. Các nguyên tắc của hiến pháp đóng vai trò quan trọng khác nhau – từ biểu tượng hoặc biểu đạt lý tưởng, đến việc trao quyền hoặc định hướng cho các nhân tố chính trị hoặc đảm bảo sự tuân thủ hệ thống pháp lý và các quyền. Thông thường, các nguyên tắc giống nhau có thể biểu đạt các ý nghĩa khác nhau, phụ thuộc vào xu hướng trong quá trình xây dựng hiến pháp hoặc sự năng động chính trị xuất hiện trong quá trình này, ví dụ như các chủ thể tham gia mong muốn tập quyền hay tản quyền. Tác động của các quy tắc hiến pháp cũng phụ thuộc vào các bảo đảm pháp lý và chính trị kèm theo - liệu hiến pháp có yêu cầu thiết chế chính quyền đảm bảo và thực thi nguyên tắc không, hay là chỉ có tính chất định hướng. Câu trả lời cho câu hỏi này thường phụ thuộc vào ngôn ngữ và việc bố trí các nguyên tắc này trong hiến pháp. Một ngôn ngữ trừu tượng hoặc việc đặt các nguyên tắc trong lời nói đầu thường có nghĩa rằng chúng được xem như các chỉ dẫn. Tương tự như vậy, một số nguyên tắc được hiểu là “định hướng”, thường chỉ được thực hiện thông qua các biện pháp chính trị chứ không phải là pháp lý. Tuy nhiên, như đã đề cập ở trên, sự phân biệt giữa chính trị và pháp lý thường không rõ

ràng, ngay cả mối tương quan giữa nguyên tắc định hướng và việc thực thi về chính trị. Các nguyên tắc chính trị cũng có thể phát triển như là hệ quả tự nhiên của việc thiết kế hiến pháp và tất cả các điều khoản hoặc từ cách đánh giá kỹ lưỡng hơn thông qua việc giải thích luật của tòa án. Những nguyên tắc định hướng kể trên, mặc dù không được viết trong hiến pháp, cũng có thể có tác động thực tế lên ý nghĩa của hiến pháp, do đó, người soạn thảo nên ý thức về những giá trị biểu đạt có thể có, những cách hiểu và ý nghĩa sâu xa của hiến pháp thường vượt qua những nguyên tắc và cơ chế được nêu ra.

Một số nguyên tắc hiến pháp hoặc các cam kết cho thấy toàn bộ trật tự hiến pháp của một quốc gia. Làm sao để quản lý tính đa dạng? Làm sao để tất cả mọi người có quyền bình đẳng, bất kể là giới tính nào? Các câu hỏi này và những mối quan tâm căn bản khác cần được các nhà lập hiến tính đến và được đề cập trong hiến pháp với sự cân nhắc thận trọng về việc các điều khoản khác nhau có thể thúc đẩy sự thay đổi tích cực và thực thi các giá trị của hiến pháp trong hoàn cảnh cụ thể của một quốc gia.

Các từ khóa quan trọng

Các nguyên tắc hiến định, Các giá trị chia sẻ, Quản trị nhà nước (Governance), Pháp quyền, Tính đa dạng, Bình đẳng giới, Quyền của phụ nữ, Tôn giáo, Quan hệ quốc tế, Các nguyên tắc trực ngôn, Các nguyên tắc hàm ngôn, Lời nói đầu, Các nguyên tắc định hướng, Các điều khoản nền tảng.

Các nguồn thông tin bổ sung

- **Pháp quyền của LHQ (United Nation Rule of Law)**

<http://www.unrol.org/article.aspx?article_id=31>

Pháp quyền của LHQ nhằm củng cố pháp quyền ở cấp quốc gia và quốc tế. Việc xây dựng hiến pháp là một trong những nội dung cụ thể được đề cập đến trong trang này, bao gồm mối liên hệ giữa các tài liệu về hỗ trợ và xây dựng hiến pháp trong hoàn cảnh hậu xung đột.

- **Chính trị iKnow (iKnow politics)**

<<http://www.iknowpolitics.org/>>

Mạng lưới Tri thức toàn cầu về Phụ nữ trong Chính trị, chính trị iKnow, là một mạng lưới tương tác của phụ nữ trong lĩnh vực chính trị từ khắp thế giới chia sẻ kinh nghiệm, tiếp cận các nguồn lực và dịch vụ tư vấn, và kết nối và hợp tác trong những vấn đề cùng quan tâm.

- **Dự án định mức (Quota Project)**

<<http://www.quotaproject.org/>>

Cơ sở dữ liệu toàn cầu về Định mức cho nữ giới bao gồm thông tin về việc sử dụng cơ chế bầu cử định mức cho nữ giới, bao gồm cả bầu cử theo định mức trong hiến pháp. Webstie cung cấp một cơ sở dữ liệu có thể tra cứu được về việc sử dụng định mức cho phụ nữ ở các nước trên thế giới.

- **Phòng ngừa và vượt qua Khủng hoảng của UNDP: Giới và khủng hoảng**

<http://www.undp.org/cpr/how_we_do/gender.shtml>

Thông qua chương trình nghị sự Tám điểm cho Sự phát triển của phụ nữ và bình đẳng giới trong khuôn khổ Phòng ngừa và vượt qua khủng hoảng, Chương trình phát triển LHQ (UNDP) tập trung vào sự khác biệt tích cực trong đời sống của phụ nữ và thiếu nữ bị ảnh hưởng bởi khủng hoảng

• **Cơ quan LHQ về bình đẳng giới và sự phát triển của phụ nữ**

<http://www.un-instraw.org/>

Phụ nữ LHQ nhằm tăng cường sự phát triển tiến tới mục tiêu bình đẳng giới và phát triển phụ nữ. Cơ quan này cung cấp sự hỗ trợ cho các cơ quan liên chính phủ về việc xây dựng chính sách, tiêu chuẩn toàn cầu, các quy tắc, và nhằm giúp các quốc gia thành viên đáp ứng các tiêu chuẩn này. Tổ chức này cũng nhằm cung cấp các biện pháp hỗ trợ kỹ thuật và tài chính cho các quốc gia cần để xây dựng sự hợp tác hiệu quả với xã hội dân sự.

Học viện Hoa Kỳ về Hòa bình

<http://www.un-instraw.org/>

Học viện Hoa Kỳ về Hòa bình (USIP) cung cấp các phân tích, khóa đào tạo và công cụ nhằm ngăn ngừa và chấm dứt xung đột và thúc đẩy sự ổn định. Một nhu cầu cụ thể có thể là sự lựa chọn của trang này là phần dành cho những vấn đề trong lĩnh vực pháp quyền, thanh niên và phụ nữ.

Quỹ Westminster vì Dân chủ

<http://wfd.org>

Quỹ Westminster vì Dân chủ (WFD) thúc đẩy sự tham gia vào các tiến trình chính trị. Như là một phần của nỗ lực này, việc khuyến khích phụ nữ tham gia vào tiến trình ra quyết định, cùng với sự hỗ trợ để phát triển môi trường ở đó đảm bảo sự tham gia của họ, là ưu tiên của Quỹ. WFD cũng hỗ trợ các công việc liên quan đến pháp quyền.

• **Liên minh Liên Nghị viện, Phụ nữ trong chính sách**

<http://www.ipu.org/iss-e/women.htm>

Liên minh Liên Nghị viện là điểm trọng tâm trong các cuộc thảo luận giữa các nghị viện (quốc hội) các nước với cam kết đảm bảo vững chắc tính dân chủ đại diện. Trang này bao gồm các mục tập trung vào vai trò của phụ nữ trong nhánh lập pháp

• **Hệ thống các Hiệp ước của LHQ**

<<http://www.ipu.org/iss-e/women.htm>>

Trang này cung cấp một cơ sở dữ liệu có thể tra cứu được và đường nối đến các bản đầy đủ của mọi điều ước đa phương, cũng như một số điều ước song phương, được trao gửi cho Tổng thư ký LHQ và trước đây được để ở Hội quốc liên.

Trung tâm nghiên cứu Luật và Tôn giáo

<http://cslr.law.emory.edu/>

Trung tâm nghiên cứu về Luật và Tôn giáo (CSLR) được thành lập để nghiên cứu về các khía cạnh tôn giáo của pháp luật và các khía cạnh pháp luật của tôn giáo và sự tương tác của các ý tưởng tôn giáo và pháp luật và thể chế, quy tắc và thực tiễn.

• **Tổ chức LHQ về Giáo dục, Khoa học và Văn hóa**

<<http://www.unesco.org/most/tr2nat.htm>>

Cơ quan quản lý chương trình Chuyển đổi Xã hội (MOST) là Tổ chức LHQ về Giáo dục, khoa học và văn hóa (UNESCO) nhằm củng cố và tăng cường các nghiên cứu khoa học xã hội. Để tăng cường quan điểm so sánh về các nghiên cứu khọc học xã hội về quản trị nhà nước trong những xã hội đa niềm tin (multi-faith societies) cũng như việc hoạch định chính sách, chương trình MOST đã thu thập các điều khoản hiến định ghi nhận về các quyền không bị phân biệt đối xử và bình đẳng, quyền tự do tôn giáo và tín ngưỡng, và quyền của một cá nhân thuộc về nhóm thiểu số tôn giáo.

Phụ lục: Các điều khoản hiến định và luật định được trích dẫn trong chương này

Những văn bản này xuất hiện theo trật tự được trích dẫn trong phần chú thích và trong cả chương. Các điều khoản hiến định được ghi lại tại đây từ Dự án Luật Hiến pháp quốc tế (<<http://www.servat.unibe.ch/icl/info.html>>), trừ phi được ghi chú khác.

Nguyên tắc 20, mục 4 của hiến pháp Cộng hòa Nam Phi (Act 200) năm 1993.

Mỗi cấp độ của chính phủ sẽ có quyền và chức năng lập pháp và hành pháp trong thích giúp cho mỗi cấp sẽ thực hiện công việc hiệu quả. Việc trao quyền giữa các cấp độ khác nhau của chính phủ sẽ được tiến hành dựa trên nền tảng về khả năng tài chính và triển khai của mỗi cấp để có được nền hành chính công hiệu quả, và ghi nhận các mong muốn ủng hộ và thúc đẩy thống nhất dân tộc và chủ quyền địa phương hợp thức cũng như ghi nhận tính đa dạng văn hóa.

Nguyên tắc 18, mục 4 của Hiến pháp Cộng hòa Nam Phi (Act 200) năm 1993, được sửa đổi bởi phần 13(a) của Luật số 2 (Act 2) của năm 1994.

Quyền lực, các giới hạn và chức năng của chính phủ quốc gia và địa phương sẽ được xác định trong Hiến pháp. Việc sửa đổi Hiến pháp nhằm thay đổi quyền lực, các giới hạn, chức năng hoặc các thể chế của các địa phương sẽ được bổ sung thêm cho không một tiến trình nào khác ngoài tiến trình được ghi nhận trong Hiến pháp về sửa đổi hiến pháp, yêu cầu phải có sự thông qua của đa số đặc biệt của nhánh lập pháp tại các địa phương, hoặc, nếu có một Hội đồng (chamber), thì đa số 2/3 của Hội đồng Nghị viện bao gồm các đại diện của địa phương, và nếu như việc sửa đổi chỉ liên quan đến một số địa phương nhất định, thì cần phải có sự thông qua của nhánh hành pháp của các địa phương đó. Các điều khoản sẽ được xây dựng để đạt được quan điểm rằng nhánh lập pháp địa phương liên quan đến mọi sửa đổi hiến pháp về quyền lực, các giới hạn và chức năng của chính nó.

Từ Act 200/1993, Hiến pháp lâm thời của Nam Phi, phần 251

Việc thông qua Hiến pháp này tạo ra một nền tảng đảm bảo cho người dân của Nam Phi về việc sẽ vượt qua quá khứ của chia rẽ và xung đột, điều làm gia tăng những vi phạm quyền con người, vi phạm các nguyên tắc nhân đạo trong những xung đột vũ trang và truyền lại lòng hận thù, sợ hãi, phạm tội và trả thù.

Những điều này giờ đây có thể được đề cập dựa trên nền tảng về nhu cầu thấu hiểu chứ không phải sự trả thù, mong muốn về những bồi thường thiệt hại hơn là những tranh giành thù hận, về ubuntu chứ không phải là trừng phạt.

Chương 1 (§1-6) của Hiến pháp Cộng hòa Nam Phi (1996 và được sửa đổi năm 2007)

Đoạn 1 Cộng hòa Nam Phi

Cộng hòa Nam Phi là một nền nhà nước dân chủ có chủ quyền được thành lập dựa trên các giá trị sau:

(a) Phẩm giá con người, mục tiêu đạt được sự bình đẳng và phát triển quyền con người và tự do

(b) Không phân biệt đối xử và thành kiến giới tính

(c) Tính tối cao của hiến pháp và pháp quyền

(d) Bầu cử toàn thể, bầu cử chung cấp quốc gia, bầu cử đều đặn và hệ thống đa đảng của chính phủ dân chủ, đảm bảo tính chịu giải trình, tính chịu trách nhiệm và tính mở.

Đoạn 2 Tính tối cao của Hiến pháp

Hiến pháp là luật tối cao của Cộng hòa; luật hoặc các hành vi trái với hiến pháp đều bị coi là vô hiệu, và trách nhiệm quy định theo hiến pháp phải được thực hiện.

Đoạn 3 Tư cách công dân

(1) Công nhận tư cách công dân Nam Phi chung

(2) Mọi công dân là:

(a) Được hưởng các quyền, ưu tiên và lợi ích của công dân một cách bình đẳng; và

(b) Bình đẳng về nghĩa vụ và trách nhiệm của công dân.

(3) Hệ thống lập pháp quốc gia phải quy định việc xác lập, mất và tái lập tư cách công dân

Đoạn 4 Quốc ca

Quốc ca của nước Cộng hòa được Tổng thống tuyên bố xác định.

Đoạn 5 Quốc kỳ

Quốc kỳ của nước Cộng hòa màu đen, vàng, xanh lá, trắng, đỏ và xanh dương, như được phác họa trong Schedule 1.

Đoạn 6 Ngôn ngữ

(1) Ngôn ngữ chính thức của nước Cộng hòa là Sepedi, Sesotho, Setswana, siSiwati, Tshivenda, Xitsonga, Afrikaans, tiếng Anh, isiNdebele, isiXhosa và isiZulu.

(2) Ghi nhận việc sử dụng và vai trò suy giảm của ngôn ngữ bản địa của người dân, nhà nước phải có những biện pháp thực tế và tích cực để phát triển vị thế và tăng cường việc sử dụng các ngôn ngữ này.

(3) Chính quyền địa phương và quốc gia có thể sử dụng các ngôn ngữ chính thống cụ thể này với mục đích của chính phủ, có tính đến việc sử dụng, thực hành, chi phí, các hoàn cảnh địa phương và sự cân đối với nhu cầu và ưa thích của tổng thể dân cư hoặc ở địa phương tương ứng, miễn sao không có chính quyền quốc gia và địa phương nào chỉ sử dụng được một ngôn ngữ chính thức. Các khu tự trị phải quan tâm đến việc sử dụng ngôn ngữ và sự lựa chọn ưa thích của cư dân.

(4) Chính quyền quốc gia và địa phương, bằng các biện pháp pháp lý và biện pháp khác, phải quy định và điều chỉnh việc các chính quyền sử dụng ngôn ngữ chính thức.

Không tách rời khỏi ý nghĩa được ghi nhận trong phân đoạn (2), mọi ngôn ngữ chính thức phải được tôn trọng như nhau và phải được đối xử bình đẳng.

(5) Hội đồng Ngôn ngữ Nam Phi (Pan South African Language Board) phải:

(a) Thúc đẩy và tạo điều kiện cho việc sử dụng

(i) Mọi ngôn ngữ chính thức;

(ii) Ngôn ngữ Khoi, Nama và San; và

(iii) Ngôn ngữ cử chỉ.

(b) Thúc đẩy và đảm bảo sự tôn trọng đối với ngôn ngữ, bao gồm cả tiếng Đức, tiếng Hi Lạp, Gujarati, Hindi, tiếng Bồ Đào Nha, Tamil, Telugu, Urdu và các ngôn ngữ khác được sử dụng rộng rãi trong các cộng đồng ở Nam Phi, Ả rập, Hebrew, Sanskrit và các ngôn ngữ khác được sử dụng vì mục đích tôn giáo.

Điều 5 của Hiến pháp Cộng hòa Thổ Nhĩ Kỳ (1982 và sửa đổi năm 2007)

Mục tiêu và nhiệm vụ căn bản của Nhà nước

Mục tiêu và nhiệm vụ căn bản của Nhà nước là: đảm bảo nền độc lập và tính toàn vẹn của Dân tộc Thổ Nhĩ Kỳ, tính không thể chia cắt của đất nước, nền Cộng hòa và dân chủ, nhằm đảm bảo sự thịnh vượng, hòa bình, hạnh phúc cho cá nhân và xã hội, nỗ lực loại bỏ các rào cản chính trị, xã hội và kinh tế hạn chế các quyền cơ bản và tự do của cá nhân theo cách không tương xứng với các nguyên tắc về công bằng và nhà nước xã hội được điều hành bởi pháp quyền, và nhằm tạo các điều kiện cần thiết cho sự phát triển tinh thần và vật chất của các cá nhân.

Điều 37 của Công ước Công hòa Ấn Độ (1950 và sửa đổi năm 1995)

Phần IV Các nguyên tắc định hướng của chính sách nhà nước

Các điều khoản ghi nhận trong phần này sẽ không cần bất kỳ tòa án nào làm cho có hiệu lực, nhưng mặc dù vậy các nguyên tắc trong đây vẫn là nền tảng cho việc điều hành đất nước và Nhà nước có nhiệm vụ áp dụng các nguyên tắc này khi xây dựng luật.

Điều 45 của Hiến pháp Công hòa Ấn Độ (1950 và sửa đổi năm 1995)

Các điều khoản về giáo dục miễn phí và bắt buộc cho trẻ em

Nhà nước sẽ có nhiệm vụ cung cấp, trong khoảng thời gian mười năm từ khi bắt đầu Hiến pháp này, giáo dục miễn phí và bắt buộc cho mọi trẻ em cho đến khi hết tuổi 14.

(Ghi chú rằng điều khoản này đã được sửa đổi)

Điều 3 của Hiến pháp Liên bang Nga (1993)

(1) Mọi người dân đa dân tộc của Liên bang Nga là biểu trưng cho chủ quyền và là nguồn quyền lực duy nhất của Liên bang Nga.

(2) Người dân Liên bang Nga thực hiện các quyền một cách trực tiếp, và cũng thông qua các cơ quan quyền lực nhà nước và các cơ quan tự quản địa phương.

(3) Trưng cầu dân ý và tự do bầu cử là biểu hiện trực tiếp tối cao của quyền lực nhân dân.

(4) Không ai có thể tự cho là quyền lực của Liên bang Nga. Việc chiếm quyền hoặc chiếm lĩnh thẩm quyền quyền lực đều bị truy tố theo luật liên bang.

Điều 7 của Hiến pháp Cộng hòa Dân chủ Đông Timor (2002)*

Điều 7: Bầu cử toàn dân và hệ thống đa đảng

1. Người dân thực hiện quyền chính trị thông qua bầu cử toàn dân, tự do, bình đẳng, trực tiếp, bí mật và định kỳ và thông qua các cách thức khác được ghi nhận trong Hiến pháp.

2. Nhà nước sẽ ghi nhận sự đóng góp của các đảng chính trị để có sự thể hiện tiếng nói có tổ chức của ý chí người dân và để có sự tham gia dân chủ của người dân vào điều hành đất nước.

*Ghi lại và có thể xem tại <http://www.constitutionnet.org>

Từ Điều 200 và Lời nói đầu của Hiến pháp của Cộng hòa Rwanda (2003)*

Điều 200

Bất kỳ luật nào trái với Hiến pháp sẽ bị tuyên vô hiệu

Lời nói đầu

Theo sự ghi nhận ở đây, bằng cuộc trưng cầu dân ý, Hiến pháp sẽ là luật tối cao của Cộng hòa Rwanda.

*Ghi lại và có thể xem tại <http://mhc.gov.rw>

Khoản 6 của Hiến pháp Vương quốc Thái Lan (1997)

Hiến pháp là luật tối cao của Nhà nước. Các điều khoản của bất kỳ luật, quy định, nguyên tắc nào mà trái với hoặc không tương thích với Hiến pháp sẽ không có giá trị bắt buộc pháp lý.

Điều 60 của Hiến pháp Cộng hòa Liên bang Brazil (1988 và sửa đổi 1993)

Sửa đổi Hiến pháp

(0) Hiến pháp có thể được sửa đổi dựa theo đề xuất của

I. Ít nhất một phần ba thành viên của Hạ viện (House of Representative) hoặc của Thượng viện Liên bang (Federal Senate);

II. Tổng thống nước Cộng hòa

III. Quá bán Hội đồng lập pháp (Legislative Assemblies) của các đơn vị của liên bang, mỗi đơn vị phải tự thể hiện quan điểm bằng đa số các thành viên (simple majority of its members)

(1) Hiến pháp có thể không bị sửa đổi trong quá trình can thiệp của liên bang, nhà nước tự vệ và nhà nước bị bao vây (state of siege)

(2) Đề xuất được thảo luận và bỏ phiếu tại mỗi Viện của Quốc hội, qua hai vòng, và được coi là thông qua nếu đạt được tỉ lệ 3/5 số phiếu của các thành viên tương ứng tại mỗi vòng và được coi là thông qua nếu đạt được tỉ lệ 3/5 số phiếu của các thành viên tương ứng tại mỗi vòng.

(3) Việc sửa đổi Hiến pháp được Hội đồng chủ tọa của Hạ viện và của Nghị viện Liên bang ban hành, với các tỉ lệ tương ứng.

(4) Không giải pháp nào được bàn đến liên quan đến các đề xuất sửa đổi nếu có xu hướng loại bỏ:

I. Hình thức liên bang của Nhà nước;

II. Bầu cử trực tiếp, bí mật, toàn thể và định kỳ

III. Sự phân chia các nhánh của Chính phủ;

IV. Quyền cá nhân và các bảo đảm.

(5) Nội dung mà một đề xuất sửa đổi cần giải quyết để loại bỏ hoặc xem xét không thể là nội dung của một đề xuất nào khác về khía cạnh lập pháp.

Điều 79 của Luật Cơ bản của Cộng hòa Liên bang Đức (1949 và sửa đổi 2006)

Việc sửa đổi Luật cơ bản

(1) Hiến pháp có thể được sửa đổi bởi các văn bản luật thể hiện rõ ràng việc sửa đổi hoặc bổ sung văn bản ghi nhận trong hiến pháp. Liên quan đến các hiệp ước quốc tế với nội dung là các biện pháp hòa giải hòa bình, sự chuẩn bị cho hòa giải hòa bình hoặc chấm dứt chế độ chiếm đóng, hoặc được dùng để Cộng hòa Liên bang tự vệ, và với mục đích làm sáng tỏ rằng các điều khoản của Hiến pháp không ngăn việc kí kết và công nhận hiệu lực của các hiệp ước đó, thì đủ căn cứ để sửa đổi văn bản Hiến pháp trong phạm vi những sáng tỏ này.

(2) Bất kỳ luật nào yêu cầu có sự ủng hộ của 2/3 thành viên Hạ viện [Bundestag] và 2/3 thành viên Thượng viện [Bundesrat]

(3) Những sửa đổi của Hiến pháp ảnh hưởng đến sự phân chia Liên bang thành các tiểu bang (Federation in States) [Länder], việc tham gia theo nguyên tắc của Tiểu bang trong hệ thống lập pháp, hoặc các nguyên tắc ghi nhận trong Điều 1 và 20 thì không được chấp nhận.

Từ điều V của Hiến pháp Bosnia và Herzegovina (1995)

Vị trí Tổng thống của Bosnia và Herzegovina sẽ bao gồm ba thành viên: một là người Bosnia, một người Croat, mỗi người được bầu cử trực tiếp từ lãnh thổ của liên bang; và một người Serbi được bầu cử trực tiếp ở lãnh thổ Cộng hòa Srpska.

Điều 51 của Hiến pháp Pakistan (1973 và được sửa đổi 2004)*

51. Quốc hội

(1) Sẽ có 342 ghế thành viên Quốc hội, bao gồm các ghế dành riêng cho phụ nữ và người không theo đạo Hồi.

(2) Một người được quyền bỏ phiếu nếu –

(a) anh ta là công dân của Pakistan;

(b) anh ta không nhỏ hơn 18 tuổi;

(c) tên của anh ta có ở danh sách cử tri; và

(d) anh ta không bị một tòa án có thẩm quyền tuyên bố trí lực không minh mẫn

(3) Số ghế của Quốc hội nhắc đến trong đoạn (1), trừ phi được ghi nhận trong điều (4), sẽ được phân chia cho từng vùng, cho các Khu vực Bộ lạc được chính quyền Liên bang quản lý và Thủ đô Liên bang như sau:

	Tổng số ghế	Phụ nữ	Tổng
Balachistan	14	3	17
Khyber Pakhtunkhwa	35	8	43
Punjab	148	35	183
Sindh	61	14	75
Khu vực bộ lạc được chính quyền liên bang quản lý	2	-	2
Thủ đô Liên bang	2	-	2
Tổng số	272	60	332

(4) Ngoài số ghế được nêu trong khoản (3), sẽ có 10 ghế trong Quốc hội dành cho những người không theo đạo Hồi

(5) Số ghế trong Quốc hội sẽ được phân chia cho từng Vùng, từng Khu vực Bộ lạc được chính quyền liên bang quản lý và Thủ đô Liên bang trên cơ sở dân số phù hợp với sự thống nhất đã được chính thức công bố trước đó.

(6) Với mục đích của cuộc bầu cử Quốc hội:

(a) Các khu vực bầu cử cho các ghế chung sẽ khu vực bầu cử theo lãnh thổ và bầu ra một thành viên, các thành viên ngồi vào các ghế trên sẽ được bầu thông qua bỏ phiếu trực tiếp và tự do phù hợp với quy định pháp luật;

(b) Mỗi Vùng sẽ là một khu vực bầu cử riêng lẻ cho tất cả các ghế dành cho phụ nữ được phân chia cho Vùng đó theo khoản (3)

(c) Khu vực bầu cử cho các ghế dành cho người không theo đạo Hồi là toàn bộ đất nước;

(d) Thành viên cho các ghế dành cho phụ nữ được phân chia cho một Vùng theo khoản (3) sẽ được bầu phù hợp với luật thông qua một hệ thống đại diện theo tỉ lệ của danh sách các ứng cử viên của các đảng chính trị trên cơ sở tổng số ghế chung mà mỗi đảng chính trị có được trong từng Vùng trong Quốc hội;

Với điều kiện là, riêng đối với tiểu khoản này, tổng số ghế chung mà mỗi đảng chính trị giành được phải bao gồm cả một hoặc nhiều ứng cử viên độc lập quay trở lại mà có thể tham gia đầy đủ đảng chính trị đó trong vòng ba ngày công bố trên Công báo về tên của những ứng cử viên đó.

(e) Thành viên các ghế dành cho người không theo đạo Hồi sẽ được bầu phù hợp với pháp luật thông qua hệ thống đại diện theo tỷ lệ của danh sách các ứng cử viên của các đảng phái chính trị trên cơ sở tổng số ghế chung mà mỗi thành viên giành được trong Quốc hội;

Với điều kiện là, trong mục tiêu của tiểu khoản này tổng số ghế chung mà mỗi đảng chính trị giành được bao gồm cả một hoặc nhiều ứng cử viên độc lập quay trở lại mà có thể tham gia đầy đủ đảng chính trị đó trong vòng ba ngày công bố trên Công báo về tên của những ứng cử viên đó.

*Ghi lại và có thể xem ở <http://pakistani.org>

Điều 125 của Hiến pháp thường trực của Cộng hòa Iraq (2005)*

Hiến pháp này sẽ đảm bảo các quyền hành chính, chính trị, văn hóa và giáo dục cho đa dạng các chủng tộc như người Turkomen, Chaldeans, Assyrians và các khu vực bầu cử khác, và sẽ được quy định bởi luật.

*Ghi lại và có thể xem được ở <http://aceproject.org>

Điều 8 của Hiến pháp Liên bang của Liên bang Thụy Sĩ (Swiss Confederation) (1999 và sửa đổi năm 2010)

Bình đẳng

(1) Mọi người đều bình đẳng trước pháp luật.

(2) Không ai có thể bị phân biệt do nguồn gốc, chủng tộc, giới tính, tuổi, ngôn ngữ, vị trí xã hội, cách sống, việc tham gia tôn giáo, triết lý hoặc chính trị của người đó, hoặc bởi vì bị khuyết tật về thể chất lẫn tinh thần.

(3) Nam giới và nữ giới có các quyền bình đẳng với nhau. Luật ghi nhận sự bình đẳng pháp lý và thực tế, đặc biệt trong gia đình, trong giáo dục và tại nơi làm việc. Nam giới và nữ giới có quyền được trả lương bình đẳng cho công việc và giá trị tương đương.

(4) Luật ghi nhận các biện pháp giảm thiểu thiệt thòi cho người khuyết tật.

Điều 48 của Hiến pháp Paraguay (1992)

Về Quyền bình đẳng cho nam giới và nữ giới

Nam giới và nữ giới có các quyền dân sự, chính trị, xã hội và văn hóa bình đẳng. Nhà nước sẽ tạo điều kiện và thiết lập các cơ chế phù hợp để tạo nên sự bình đẳng thực sự và hiệu quả bằng cách loại bỏ những rào cản cản trở hoặc làm lu mờ quá trình hiện thực hóa quyền này, cũng như thúc đẩy sự tham gia của nữ giới vào các lĩnh vực trong đời sống quốc gia.

Điều 63 của Hiến pháp lâm thời của Liên bang Dân chủ Cộng hòa của Nepal (2063), 2007*

Thành lập Quốc hội lập hiến (Constituent Assembly)

(1) Sẽ có một Quốc hội lập hiến được thành lập để định hình một bản Hiến pháp mới do chính người dân Nepal, chiếu theo các điều khoản của Hiến pháp này

(2) Sau khi bắt đầu Hiến pháp này, việc Bầu cử Quốc hội lập hiến sẽ được tổ chức vào ngày cụ thể do Chính quyền Nepal ấn định.

(3) Quốc hội lập hiến sẽ bao gồm 425 thành viên, trong đó 409 thành viên sẽ được bầu thông qua Hệ thống bầu cử hỗn hợp và 16 thành viên còn lại sẽ được chỉ định, theo quy định của luật:

(a) 205 thành viên sẽ được bầu từ những ứng cử viên được chọn dựa trên hệ thống người về trước thắng cử từ mỗi Khu vực bầu cử có sẵn phù hợp với luật trước khi Hiến pháp này ra đời.

(b) 204 thành viên sẽ được bầu theo hệ thống bầu cử tỷ lệ trên có sở số phiếu trao cho

mỗi đảng chính trị, và coi toàn bộ đất được là một khu vực bầu cử.

(c) 16 thành viên được chỉ định bởi Hội đồng Bộ trưởng lâm thời, trên cơ sở đồng thuận, là những cá nhân nổi trội trong đời sống quốc gia.

(4) Nguyên tắc bao gồm sẽ được tính đến song hành với việc các đảng chính trị sẽ lựa chọn các ứng cử viên theo mục (a) của khoản (3) bên trên, các đảng chính trị sẽ phải đảm bảo việc đại diện theo tỷ lệ của phụ nữ, người Dalit, các bộ lạc đối kháng/bản địa, những người bị tụt hậu (backwards), Madhesi và các nhóm khác, phù hợp với quy định pháp luật.

Bất kể nội dung nào trong khoản này, cần phải có ít nhất 1/3 là phụ nữ trong tổng số đại diện bằng cách bổ sung số ứng cử viên theo mục (a) khoản (3) và tỷ lệ đại diện theo mục (b) khoản (3).

(5) Việc bầu cử thành viên của Quốc hội lập hiến sẽ được tổ chức thông qua việc bỏ phiếu kín, phù hợp với quy định của luật.

(6) Với mục đích của bầu cử Quốc hội lập hiến, mọi công dân Nepal đủ 18 tuổi tính đến cuối năm Mangsir, 2063 (15/12/2006) sẽ có quyền bầu cử, phù hợp với quy định pháp luật.

(7) Chiều theo các điều khoản của điều này, việc bầu cử Quốc hội lập hiến và các vấn đề liên quan theo đó phải được điều chỉnh bởi luật.

*Ghi lại từ và có thể xem được tại <http://www.constitutionnet.org>

Điều 76 và 82 của Hiến pháp Cộng hòa Rwanda (2003)*

Điều 76

Hạ nghị viện (Chamber of Deputies) bao gồm 80 thành viên như sau:

1. 53 được bầu theo điều khoản của điều 77 của Hiến pháp này
2. 24 phụ nữ; bao gồm 2 người cho mỗi Vùng và thành phố của Kigali. Họ sẽ được bầu bởi một hội đồng liên hợp bao gồm thành viên của các Khu vực, Khu tự trị; Thị trấn hoặc thành phố Kigali tương ứng và thành viên của Ủy ban hành pháp (Executive committees) của tổ chức phụ nữ tại cấp Vùng, thành phố Kigali, Khu vực, Khu tự trị, Thị trấn;
3. 2 thành viên được bầu từ Hội đồng thanh niên quốc gia
4. 1 thành viên được bầu từ Liên đoàn các Hiệp hội của người khuyết tật.

Điều 82

Nghị viện bao gồm 26 thành viên với nhiệm kỳ 8 năm và ít nhất 30% là phụ nữ. Ngoài ra, nguyên Lãnh đạo nghị viện sẽ là thành viên của Nghị viện theo đề nghị của họ và như được quy định trong đoạn 4 của điều này.

26 thành viên sẽ được bầu hoặc chỉ định như sau:

1. 12 thành viên đại diện cho mỗi Vùng và Thành phố của Kigali sẽ được bầu thông qua bỏ phiếu kín bởi các thành viên của Ủy ban Hành pháp của Quận, Khu tự trị, Thị trấn hoặc Hội đồng thành phố của mỗi Vùng và thành phố của Kigali;
2. 8 thành viên sẽ được Tổng thống chỉ định nhằm đảm bảo sự đại diện cho các cộng đồng bị thiệt thòi trong lịch sử;

3. 4 thành viên sẽ được chọn từ Diễn đàn của các tổ chức chính trị;

4. 1 giảng viên đại học ít nhất ở cấp Phó Giáo sư hoặc nhà nghiên cứu được các thành viên nghiên cứu của các đại học công lập và các đơn vị nghiên cứu khoa học cao cấp lựa chọn;

5. 1 giảng viên đại học ít nhất ở cấp Phó Giáo sư hoặc nhà nghiên cứu của các đại học tư thục và các đơn vị nghiên cứu khoa học cao cấp lựa chọn.

Cơ quan có trách nhiệm chỉ định nghị sĩ sẽ phải tính đến sự thống nhất dân tộc và sự đại diện bình đẳng từ hai giới.

Nguyên lãnh đạo nghị viện hoàn thành xuất sắc nhiệm kỳ của mình hoặc tự từ chức sẽ thành thành viên của Nghị viện bằng cách đề nghị lên Tòa Tối cao.

Tranh chấp liên quan đến áp dụng điều 82 và 83 của Hiến pháp này có thể phát sinh và sẽ được giải quyết tại Tòa Tối cao.

*Ghi lại và có thể xem tại <http://mhc.gov.rw>

Điều 37 của Hiến pháp quốc gia Argentina (1994)

(1) Hiến pháp này đảm bảo đầy đủ các quyền chính trị, phù hợp với nguyên tắc chủ quyền của nhân dân và theo luật. Các cuộc bầu cử theo nguyên tắc phổ thông, bình đẳng, bỏ phiếu kín và bắt buộc.

(2) Sự bình đẳng thực sự về cơ hội cho nam giới và nữ giới trong các vị trí được bầu và đảng phái chính trị sẽ được bảo đảm bằng các biện pháp hành động tích cực trong quy định về các đảng chính trị và hệ thống bầu cử.

Điều 106(1) của Hiến pháp Cộng hòa Hồi giáo Pakistan 1973 và sửa đổi 2004)*

106 Hiến pháp của các Hội đồng Địa phương

(1) Mỗi Hội đồng địa phương gồm các ghế chung và các ghế dành riêng cho phụ nữ và người không theo đạo Hồi như được cụ thể dưới đây:

	Ghế chung	Phụ nữ	Người không theo đạo Hồi	Tổng số
Balochistan	51	11	3	65
Khyber Pakhtunkhwa	99	2	3	124
Punjab	297	66	8	371
Sindh	130	29	9	168

(2) Một người có quyền bầu cử nếu:-

(a) Anh ta là công dân Pakistan;

(b) Anh ta không ít hơn 18 tuổi

- (c) Anh ta có tên trong danh sách cử tri
- (d) Anh ta không bị tòa án có thẩm quyền tuyên bố rằng không còn minh mẫn
- (d) Với mục đích bầu cử Hội đồng địa phương –

(3) Các khu vực bầu cử sẽ là khu vực bầu cử theo lãnh thổ và bầu một thành viên và các thành viên của các ghế đó sẽ được bầu trực tiếp qua bỏ phiếu trực tiếp và tự do;

(a) Mỗi Vùng sẽ có một khu vực bầu cử riêng để bầu tất cả các ghế dành cho phụ nữ và người không theo đạo Hồi được phân bổ cho từng vùng tương ứng theo khoản (1);

(b) Các thành viên giữ các ghế dành riêng cho phụ nữ và người không theo đạo Hồi được phân bổ cho một Vùng theo khoản (1) sẽ được bầu phù hợp với quy định pháp luật thông qua hệ thống đại diện theo tỉ lệ của danh sách các ứng cử viên của các đảng chính trị trên cơ sở tổng số ghế chung mà mỗi đảng chính trị giành được trong Hội đồng Địa phương

(c) Với điều kiện là, trong mục đích của tiểu đoạn này, tổng số ghế chung mà mỗi đảng chính trị giành được sẽ phải bao gồm một hoặc các ứng cử viên độc lập quay trở lại mà có thể tham gia đầy đủ đảng chính trị đó trong vòng ba ngày công bố tên của những ứng cử viên này trên Công báo.

*Ghi lại và có thể xem được tại <http://www.pakistani.org>

Điều 40 của Hiến pháp Chính trị của Colombia (1991 và sửa đổi 22005)*

Điều 40. Bất kỳ công dân nào cũng có quyền tham gia vào việc thành lập, thực hiện và kiểm soát quyền lực chính trị. Để thực hiện có hiệu quả việc này công dân có thể:

1. Bỏ phiếu và ứng cử
2. Tham gia vào bầu cử, bỏ phiếu toàn dân, trưng cầu dân ý, tham vấn người dân và các hình thức tham gia dân chủ khác
3. Tham gia thành lập các đảng, các phong trào chính trị hoặc các nhóm không bị giới hạn bởi bất kỳ đầu gì được tự do tham gia vào và phát biểu ý kiến trong các chương trình của họ.
4. Chấm dứt nhiệm kỳ của những người được bầu trong các trường hợp phù hợp và theo cách thức quy định trong Hiến pháp và luật.
5. Hoạt động trong các cơ quan công
6. Đề trình các hoạt động công để bảo vệ Hiến pháp và pháp luật
7. Tham gia cơ quan công, trừ trường hợp là công dân Colombia, người bản địa hoặc người nhập cư mà có hai quốc tịch. Luật sẽ quy định ngoại lệ này và xác định các trường hợp áp dụng

Các cơ quan có thẩm quyền sẽ đảm bảo sự tham gia hiệu quả và thích đáng của phụ nữ trong quá trình ra quyết định ở cấp độ hành chính công.

*Ghi lại và có thể xem được ở <http://confinder.richmond.edu>

Điều 33 của Hiến pháp Cộng hòa Ba Lan (1997)

(1) Nam giới và nữ giới có quyền bình đẳng nhau trong đời sống gia đình, xã hội và kinh tế ở Cộng hòa Ba Lan.

(2) Nam giới và nữ giới có các quyền bình đẳng nhau, đặc biệt, liên quan đến giáo dục, việc làm và cơ hội thăng tiến, và sẽ có quyền được trả công bình đẳng cho cùng công

việc, được an ninh xã hội, lãnh đạo và nhận sự ghi nhận của xã hội đối với thành tựu của mình.

Danh hiệu thứ 6 (the Sixth Title) (Lao động và an ninh xã hội), Điều 123 (A)(VII) trong Hiến pháp Chính trị của Nhà nước Mexico thống nhất (1917 và sửa đổi 2007)*

Mọi người đều có quyền làm việc theo một cách xứng đáng và hữu ích cho xã hội, nhằm tăng cường quyền này thì cần thúc đẩy việc tăng việc làm và tổ chức lao động theo đúng pháp luật.

Theo quy tắc của điều khoản này, Quốc hội sẽ ban hành luật lao động để điều chỉnh: Hợp đồng lao động – bao gồm những hợp đồng mà các bên là công nhân, người lao động, người giúp việc và thợ thủ công – ghi nhận rằng:

VII. Nguyên tắc bình đẳng trong trả lương giữa nam giới và nữ giới cho cùng công việc mà không có bất kỳ sự phân biệt nào dựa trên giới tính hoặc dân tộc, sẽ được công nhận;

*Ghi lại và có thể xem được ở <http://biblio.juridicas.unam.mx> do Carlos Perez Vazquez dịch

Điều 11 của Hiến pháp Ecuador (2008)*

Việc thực thi các quyền sẽ bị điều chỉnh bởi các nguyên tắc sau:

1. Các quyền có thể được thực thi, thúc đẩy hoặc công nhận cho do từng cá nhân hoặc tập thể trước cơ quan có thẩm quyền. Các cơ quan này sẽ đảm bảo việc thực thi các quyền.

2. Mọi người đều bình đẳng và hưởng quyền, nghĩa vụ và cơ hội giống nhau.

Không một ai có thể bị phân biệt đối xử vì lý do dân tộc, nơi sinh, tuổi, giới tính, định dạng giới, định dạng văn hóa, vị trí dân sự, ngôn ngữ, tôn giáo, tư tưởng, mối quan hệ chính trị, hồ sơ pháp lý, các điều kiện xã hội kinh tế, vị trí nhập cư, xu hướng tình dục, tình trạng sức khỏe, nhiễm HIV, khuyết tật, có sự khác biệt về thể chất hoặc bất kỳ yếu tố mang tính phân biệt nào, dù là cá nhân hay tập thể, tạm thời hay cố định, có thể nhằm đến hoặc gây hệ quả làm giảm hoặc xóa bỏ sự ghi nhận, hưởng hoặc thực thi các quyền này. Mọi hình thức phân biệt đều bị trừng phạt theo pháp luật.

Nhà nước sẽ thông qua các biện pháp tích cực nhằm thúc đẩy sự bình đẳng thực sự vì quyền lợi của những người hưởng quyền đang chịu tình trạng bất bình đẳng.

*Ghi lại và có thể xem ở Cơ sở Dữ liệu của Americas (<http://pdba.georgetown.edu/>)

Điều 75 của Hiến pháp Cộng hòa Costa Rica (1949 và sửa đổi năm 2003)

Đạo Thiên chúa giáo Roman (Roman Catholic) và Tôn giáo Apostolic là tôn giáo của Nhà nước, góp phần gìn giữ Nhà nước mà không ảnh hưởng đến hoạt động tự do của nền Cộng hòa của các hình thức tín ngưỡng khác mà không đối nghịch với tư tưởng toàn dân hoặc các tập quán tốt

Điều 2 của Hiến pháp Vương quốc Na uy (1814 và sửa đổi 1996)

(1) Mọi cư dân của vương quốc sẽ có quyền tự do theo đuổi tôn giáo của mình.

(2) Tôn giáo Evangelical-Lutheran là tôn giáo chính thức của Nhà nước. Những người theo đạo đó thì phải nuôi dạy con cái theo đạo đó.

Điều 2 của Hiến pháp Cộng hòa Iraq (2005)*

Đầu tiên: Đạo Hồi là tôn giáo chính thức của Nhà nước và nguồn căn bản nhánh lập pháp:

A. Không luật nào được ban hành trái với các điều khoản của đạo Hồi

B. Không luật nào được ban hành trái với nguyên tắc dân chủ

C. Không luật nào được ban hành trái với các quyền và tự do căn bản được ghi nhận trong hiến pháp này.

Thứ hai: Hiến pháp này bảo đảm đặc trưng Hồi giáo của đa số người Iraq và đảm bảo quyền tôn giáo đầy đủ và tự do tôn giáo tín ngưỡng và hoạt động tôn giáo của mọi cá nhân theo đạo Cơ đốc, Yazidis và Namdean Sabeans.

*Ghi lại và có thể xem được ở <http://www.uniraq.org>

Chương XI, Điều 29 của Hiến pháp Cộng hòa Indonesia (1945 và sửa đổi 2002)

(1) Nhà nước dựa trên niềm tin vào Một và Chỉ Một Đấng tối cao (God)

(2) Nhà nước đảm bảo rằng mọi người có tự do thực hành tín ngưỡng, phụ thuộc vào tôn giáo hoặc tín ngưỡng của người đầy.

Điều 1 của Hiến pháp của Cộng hòa Pháp (1958 và sửa đổi 2008)

(1) Nước Pháp là một nền Cộng hòa không thể chia cắt, trường tồn, dân chủ và xã hội. Nó đảm bảo sự bình đẳng của mọi công dân trước pháp luật, không có sự phân biệt về nguồn gốc, chủng tộc hoặc tôn giáo. Nó tôn trọng mọi tín ngưỡng. Nó được tổ chức trên nền tảng tập trung.

(2) Luật thúc đẩy khả năng tiếp cận bình đẳng cho nam giới và nữ giới trong các văn phòng bầu cử cũng như các vị trí nghề nghiệp và xã hội.

Điều 18 của Hiệp ước Quốc tế về các Quyền Dân sự và chính trị*

1. Mọi người đều có quyền tự do tư tưởng, suy nghĩ và tôn giáo. Quyền này bao gồm cả tự do có hoặc gia nhập một tôn giáo hoặc tín ngưỡng theo sự lựa chọn, và tự do, cá nhân hoặc cùng cộng đồng ở nơi công cộng hoặc tư gia, thể hiện tôn giáo hoặc tín ngưỡng bằng các hoạt động cầu nguyện, kỉ niệm, thực hiện hoặc giảng dạy.

2. Không ai phải chịu sự đàn áp có thể làm tổn hại đến quyền tự do có hoặc ra nhập một tôn giáo hoặc tín ngưỡng theo lựa chọn của mình.

3. Tự do thể hiện tôn giáo hoặc tín ngưỡng có thể chịu duy nhất giới hạn được quy định theo luật và là cần thiết để bảo vệ an ninh, trật tự, sức khỏe công cộng, hoặc các quyền tinh thần cơ bản và tự do của người khác.

4. Các quốc gia thành viên của Hiệp ước phải tôn trọng sự tự do của cha mẹ, và trong trường hợp thay thế, người giám hộ hợp pháp đảm bảo giáo dục tôn giáo và tinh thần cho trẻ em phù hợp với niềm tin của họ.

*Ghi lại và có thể xem được tại <http://www.ohchr.org>

Điều 27 của Hiệp ước lâm thời về các Quyền Dân sự và Chính trị*

Tại các Quốc gia mà có thiểu số dân tộc, tôn giáo và ngôn ngữ, những người thuộc nhóm thiểu số sẽ không bị từ chối quyền, phù hợp với các thành viên của nhóm, được gìn giữ văn hóa riêng, được thể hiện và hoạt động tôn giáo riêng, hoặc được sử dụng ngôn ngữ riêng.

*Ghi lại và có thể xem được ở <http://www.ohchr.org>

Điều 9(2) của Hiến pháp của Cộng hòa Dân chủ Đông Timor (2002)*

Khoản 9 (Luật Quốc tế)

1. Hệ thống pháp lý của Đông Timor sẽ chuyển hóa các nguyên tắc chung và tập quán của luật quốc tế.

2. Các quy định ghi nhận trong hiệp ước, hiệp định và thỏa thuận quốc tế sẽ được áp dụng trong hệ thống pháp luật quốc gia của Đông Timor với sự thông qua, phê chuẩn hoặc gia nhập của cơ quan có thẩm quyền tương ứng và sau khi được đăng trên công báo.

3. Mọi quy định trái ngược với các hiệp định, hiệp ước và thỏa thuận quốc tế áp dụng trong hệ thống pháp luật quốc gia của Đông Timor sẽ bị vô hiệu.

*Ghi lại và có thể xem được ở www.constitutionnet.org

Điều 10 của Hiến pháp Cộng hòa Séc (1992 và sửa đổi 2009)*

Các thỏa thuận quốc tế được ban hành, việc phê chuẩn thỏa thuận đó sẽ do Quốc hội và có hiệu lực với Cộng hòa Séc, sẽ là một phần của hệ thống pháp luật, trong trường hợp thỏa thuận quốc tế có điều khoản mâu thuẫn với một luật, điều khoản quốc tế sẽ được áp dụng.

*Ghi lại và có thể xem được ở <http://hrad.cz/en/czech-republic/index.shtml>

Điều 7 của Hiến pháp Cộng hòa Hungary (1949 và sửa đổi 2003)

(1) Hệ thống pháp luật của Cộng hòa Hungary chấp nhận các nguyên tắc được công nhận rộng rãi của luật quốc tế, và sẽ hài hòa hóa luật nội địa với các nghĩa vụ theo luật quốc tế.

(2) Tiến trình pháp điển hóa sẽ được quy định bởi luật, và đề thông qua thì cần đa số 2/3 phiếu ủng hộ của các thành viên Quốc hội có mặt.

Điều 40 của Hiến pháp Cộng hòa Ghana (1992 và sửa đổi 1996)*

40. QUAN HỆ QUỐC TẾ

Trong mối quan hệ với các quốc gia khác, Chính phủ sẽ -

(a) Thúc đẩy và bảo vệ quyền lợi của Ghana;

(b) Tìm cách thiết lập trật tự kinh tế và xã hội quốc tế công bằng và hợp lý

(c) Thúc đẩy sự tôn trọng luật pháp quốc tế, các nghĩa vụ theo điều ước và các cơ chế giải quyết tranh chấp quốc tế bằng các biện pháp hòa bình;

(d) Tôn trọng các nguyên tắc được ghi nhận trong hoặc trong trường hợp cần thiết, tôn trọng các tôn chỉ và lý tưởng của -

(i) Hiến chương LHQ

(ii) Hiến chương của Tổ chức Châu Phi thống nhất

(iii) Khôi thịnh vượng chung

(iv) Hiệp ước về Cộng đồng Kinh tế của các Nhà nước Tây Phi; và

(v) Bất kỳ một tổ chức quốc tế nào mà Ghana là thành viên.

* Tải về và có thể xem ở www.constitutionnet.org

Lời nói đầu, Hiến pháp của Cộng hòa Cameroon (1972 và sửa đổi 1996)*

Chúng tôi, người dân của Cameroon,

Tự hào về sự đa dạng ngôn ngữ và văn hóa, một đặc tính quý báu của đặc trưng dân tộc chúng tôi, nhưng cũng nhận thức sâu sắc về nhu cầu thiết yếu về tăng cường sự thống

nhất, tuyên bố trọng thể rằng chúng tôi xây dựng một Dân tộc chung, cùng một số phận, khẳng định quyết tâm xây dựng Tổ quốc Cameroon trên nền tảng về tình anh em, công bằng và phát triển;

Giữ gìn và nỗ lực bảo tồn nền độc lập khó khăn giành được của chúng tôi; tin tưởng rằng sự giải pháp của Châu Phi nằm ở tình đoàn kết ngày càng lớn mạnh giữa những người dân châu Phi, khẳng định khao khát của chúng tôi là xây dựng một châu Phi tự do và thống nhất, trong khi vẫn gìn giữ mối quan hệ hòa bình như tình anh em với các quốc gia khác trên thế giới, phù hợp với các nguyên tắc của Hiến chương LHQ;

Quyết tâm khai thác nguồn tài nguyên thiên nhiên nhằm đảm bảo cuộc sống tốt cho mọi công dân mà không có sự phân biệt, bằng cách nâng cao điều kiện sống, tuyên bố quyền được phát triển của chúng tôi cũng như khẳng định dành mọi nỗ lực để có điều đó và tuyên bố sự sẵn sàng trong hợp tác với mọi Nhà nước mong muốn tham gia vào công cuộc về vang quốc gia này với sự tôn trọng chủ quyền và nền độc lập của Nhà nước Cameroon.

Chúng tôi, những người Cameroon,

Tuyên bố rằng con người, không phân biệt nguồn gốc, tôn giáo, giới tính hoặc tín ngưỡng, đều có các quyền không thể tách rời và cao quý;

Khẳng định mối liên quan với tự do cơ bản được ghi nhận trong Tuyên bố Quốc tế về Nhân quyền, Hiến chương LHQ và Hiến chương Châu Phi về Con người và Quyền con người, và mọi hiệp ước quốc tế đã được phê chuẩn đầy đủ theo đó, đặc biệt là các nguyên tắc sau:

Mọi người đều có quyền và nghĩa vụ bình đẳng. Nhà nước sẽ tạo điều kiện cần thiết cho mọi công dân phát triển.

Nhà nước sẽ bảo vệ các nhóm thiểu số và tôn trọng quyền của người bản địa theo luật định;

Tự do và an ninh sẽ được đảm bảo cho mọi cá nhân, phù hợp với sự tôn trọng quyền của người khác và lợi ích cao hơn của Nhà nước;

Mọi người sẽ có quyền được cư trú ở bất kỳ nơi nào và dịch chuyển tự do, tuân theo các điều khoản của luật liên quan đến luật và trật tự công, an ninh và yên bình.

Nhà cửa sẽ không bị xâm phạm. Không bị lục soát trừ phi theo yêu cầu của luật;

Không người nào bị bắt buộc làm điều gì mà luật không đề cập đến;

Không ai bị truy tố, bắt giữ hoặc giam cầm trừ trường hợp phù hợp với cách thức luật định;

Luật không có tính hồi tố. Không ai có thể bị xét xử và chịu phạt, trừ trường hợp theo quy định của luật đã ban hành và công bố trước khi hành vi phạm tội xảy ra;

Luật sẽ đảm bảo quyền của mọi người trong việc được xét xử công bằng trước tòa;

Mọi người bị kết tội đều được coi là vô tội cho đến khi được chứng minh là có tội bởi một phiên tòa phù hợp và đảm bảo quyền bào chữa;

Mọi người có quyền được sống, được nguyên vẹn thân thể và tinh thần và được đối xử nhân văn trong mọi trường hợp. Không với bất kỳ lý do nào mà một người bất kỳ có thể bị tra tấn, hoặc chịu các cách cư xử tàn nhẫn, phi nhân tính và đê hèn;

Không ai bị quấy rối vì lý do nguồn gốc, tôn giáo, các quan điểm triết học hoặc chính trị hoặc tín ngưỡng, trên cơ sở tôn trọng chính sách công;

Nhà nước là phi tôn giáo. Tính trung lập và độc lập của Nhà nước khỏi mọi tôn giáo sẽ được đảm bảo;

Tự do tôn giáo và thực hành tín ngưỡng sẽ được đảm bảo;

Tự do thông tin, ngôn luận, báo chí, tụ họp, lập hội, lập công đoàn cũng như các quyền đình công khác sẽ đượ đảm bảo dựa trên các điều kiện luật định;

Nhà nước sẽ bảo vệ và thúc đẩy gia đình được coi là nền tảng tự nhiên của xã hội loại người. Nhà nước sẽ bảo vệ phụ nữ, trẻ em, người già và khuyết tật.

Nhà nước sẽ đảm bảo quyền trẻ em được đi học. Giáo dục tiểu học là bắt buộc. Tổ chức và kiểm tra giáo dục ở mọi cấp là nghĩa vụ bắt buộc của Nhà nước;

Quyền sở hữu nghĩa là quyền đảm bảo cho mọi người, theo luật định, sử dụng, hưởng thụ và quyết định tài sản của mình. Không ai bị tước đoạt quyền đó, trừ mục đích công và tuân theo quy định về chi trả đền bù theo luật định;

Quyền của người sở hữu không thể được thực hiện mà xâm phạm đến lợi ích công hoặc theo cách mà được tiên liệu rằng sẽ xâm phạm an ninh, tự do, sự tồn tại hoặc tài sản của người khác;

Mọi người đều có quyền hưởng một môi trường tốt cho sức khỏe. Việc bảo vệ môi trường là nghĩa vụ của mọi công dân. Nhà nước sẽ đảm bảo việc bảo vệ và cải thiện môi trường;

Mọi người đều có quyền và nghĩa vụ làm việc;

Mọi người đều chia sẻ gánh nặng chi tiêu công phù hợp với nguồn lực tài chính của mình;

Mọi công dân đều đóng góp vào việc bảo vệ Tổ quốc;

Nhà nước sẽ đảm bảo rằng mọi công dân thuộc bất kỳ giới nào quyền và tự do được ghi nhận trong Lời nói đầu của Hiến pháp

* Tải về và có thể xem tại <http://confinder.richmond.edu>

Điều 46 và 181 của Công ước Chính trị của Công hòa Nicaragua (1986 và sửa đổi 2005)

Điều 46

Trong lãnh thổ quốc gia, mọi cá nhân đều được hưởng sự bảo vệ và ghi nhận của Nhà nước về các quyền không tách rời của cá nhân, sự tôn trọng tối đa, thúc đẩy và bảo vệ quyền con người và hưởng đầy đủ các quyền theo Công ước quốc tế về Nhân quyền, trong tuyên bố châu Mỹ về Quyền và nghĩa vụ của con người, trong Công ước quốc tế về các quyền kinh tế, xã hội và văn hóa, trong Công ước quốc tế về các quyền Dân sự và chính trị của các tổ chức của LHQ, và Công ước châu Mỹ về Nhân quyền của Tổ chức các quốc gia châu Mỹ.

Điều 181

Nhà nước sẽ tổ chức, thông qua pháp luật, hệ thống tự trị cho người bản địa và cộng đồng dân tộc vùng Bờ biển Đại Tây Dương, bao gồm, với các điều khoản khác, quyền quản lý, mối quan hệ với chính quyền hành pháp và lập pháp địa phương, việc thực hiện các quyền. Luật này, để ban hành và sửa đổi, cần có sự ủng hộ đa số tương đương với sửa đổi luật hiến pháp.

Sự nhượng quyền và các hợp đồng về khai thác hợp lý nguồn tài nguyên thiên nhiên của Nhà nước trong các khu tự trị vùng Bờ biển Đại Tây Dương phải được chấp thuận bởi Hội đồng khu vực tự trị tương ứng.

Thành viên của các Hội đồng khu vực tự trị vùng Bờ biển Đại Tây Dương sẽ mất vai trò này trên theo các căn cứ và quy trình do luật định.

CHƯƠNG 3

CHƯƠNG 3

Xây dựng văn hóa quyền con người

Winluck Wahiu

1. Tổng quan

Có nhiều lý do để quy định về quyền con người trong hiến pháp; các quy định đó sẽ giới hạn quyền lực nhà nước, là một phần của dân chủ, thiết lập nền tảng cho văn hóa quyền con người và góp phần tạo nên tính hợp thức của hiến pháp. Văn hóa quyền con người tạo không gian cho mọi cá nhân và các nhóm có thể tổ chức và tìm kiếm lợi ích của mình. Nó cho phép những người dân bình thường có thể thách thức các quan chức và các thiết chế chính quyền. Điều đó cho thấy quyền con người “vận hành” như thế nào và do đó đi xa hơn một bản hiến pháp và chạm đến các khía cạnh phức tạp hơn của xã hội.

Từ góc độ luật quốc tế, quyền con người có tính phổ quát, không thể tách rời và không thể chuyển giao. Tuy vậy, có những tranh cãi rằng lý do để đưa một số quyền nào đó vào trong hiến pháp phải xuất phát từ bản chất và mục tiêu của chính bản hiến pháp. Trong những xã hội chịu ảnh hưởng của xung đột, các nhà lập hiến phải đối mặt với việc kiến thức về các quyền căn bản thường chỉ đến từ những điều ước quốc tế mà đã được nhà nước đó phê chuẩn. Nhưng thách thức ở đây không chỉ là soạn thảo một văn bản pháp lý hiện đại về các quyền mà phải sử dụng vấn đề bảo vệ quyền con người để thiết lập một xã hội hòa bình cho các nhóm đa dạng và mâu thuẫn nhau.

Tiến trình thông qua hiến pháp cũng như loại hiến pháp được xây dựng là một trong những yếu tố đầu tiên ảnh hưởng đến khái niệm văn hóa quyền con người. Mục tiêu của văn hóa quyền con người không phải là tránh né sự căng thẳng như đã thấy trong những cuộc tranh luận nảy lửa về các vấn đề quyền con người giữa những nhóm khác nhau trong xã hội trong suốt quá trình xây dựng hiến pháp ở các nước. Các vấn đề đó bao gồm bảo đảm quyền của người thiểu số bằng một số biện pháp đặc biệt, quyền kinh tế từ tài nguyên quốc gia, quyền bình đẳng của phụ nữ trong gia đình... Sự căng thẳng xuất hiện từ nhu cầu

cân bằng giữa việc bảo vệ quyền con người và việc giải quyết bạo lực trong quá khứ, trong mối tương quan với hệ thống phân chia quyền lực và các nghĩa vụ quyền con người quốc tế phải thực thi, cũng như mâu thuẫn với các nguồn của luật quốc gia.

Một khó khăn dễ thấy nữa là thực thi các quyền này; điều mà đòi hỏi phải có những đảm bảo về thể chế. Tuy vậy, khó xác định chính xác hiệu quả của việc áp dụng này khi các nhóm khác nhau tìm kiếm lợi ích bằng cách vận dụng các quyền với các toan tính được mất. Do đó, quy định về quyền lực và phân chia trách nhiệm trong việc đưa ra các quyết định liên quan đến quyền con người cần được thực hiện một cách cẩn trọng. Mặc dù việc thực thi các quyền căn bản trở thành quen thuộc trong truyền thống pháp lý, các nhà lập hiến vẫn phải tìm kiếm một khung pháp lý linh hoạt để thực thi các quyền đó mà vẫn dành chỗ cho chính trị tham gia vào để đạt được sự đồng thuận tốt hơn về quyền con người. Vì vậy, các nhà lập hiến cần cân nhắc cách thức nào để đạt được sự cân bằng giữa quan điểm pháp lý về quyền con người và yêu cầu có sự thống nhất về chính trị?

2. Định nghĩa về văn hóa quyền con người

Tuyên ngôn toàn thế giới về quyền con người năm 1948 đã ghi nhận trong đoạn 1 của Lời nói đầu về giá trị tuyệt đối và các quyền bình đẳng không thể chuyển giao của mọi thành viên trong cộng đồng như là nền tảng cho tự do, công bằng và hòa bình trên thế giới. Nhân quyền là những ghi nhận pháp lý và đạo đức được coi là nền tảng để nhà nước thực thi quyền lực, đặc biệt là để hạn chế việc sử dụng quyền lực chống lại công dân. Từ quan điểm tôn giáo, quyền con người xuất phát từ giá trị nội tại thiêng liêng của con người – một sự sáng tạo về tinh thần và lý trí. Từ góc độ thế tục hoặc đạo đức, quyền con người phát triển từ luật tự nhiên như là những gì được làm nhằm bảo vệ nhân phẩm của mỗi cá nhân. Trong cả hai trường hợp, quyền con người là quan niệm về những gì đương nhiên được làm mà mỗi cá nhân hoặc nhóm có thể đòi hỏi cho dù luật do con người tạo nên cho phép hay không cho phép. Do đó, các quyền này không thể bị tách rời bởi luật. Đồng thời, các quyền được hiến pháp công nhận lại là sản phẩm của luật. Thông thường, chúng duy trì mối quan tâm và niềm tin rằng một xã hội coi bản sắc và việc xây dựng cộng đồng chính trị là nền tảng của xã hội đó.

Theo quan niệm về chủ quyền nhân dân, nhân dân giao thẩm quyền và quyền lực vào tay các thiết chế nhà nước để quản lý đất nước chứ không phải nhận từ nhà nước các quyền đó. Hiến pháp là một công cụ pháp lý và chính trị, thông qua đó, việc ủy quyền và bảo lưu quyền được thực hiện. Do đó, một nền văn hóa quyền con người được thể hiện trong các nội dung của Hiến pháp, nhưng cũng có thể thấy nằm ngoài các điều khoản cụ thể. Quyền con người được ghi nhận trực tiếp hoặc gián tiếp trong hiến pháp. Quy định trong hiến pháp về quyền con người không phải là mục đích cuối cùng, mà mới chỉ là sự khởi đầu để ghi nhận và bảo vệ lợi ích các cá nhân và nhóm người.

Quyền con người là những gì đáng được hưởng về mặt pháp lý và đạo đức và được coi là cơ sở để xác định việc quyền lực nhà nước được sử dụng như thế nào, và đặc biệt là để hạn chế việc sử dụng quyền lực chống lại công dân. Nếu thiếu đi văn hóa tôn trọng quyền con người, các bảo đảm của hiến pháp sẽ không còn ý nghĩa.

Văn hóa quyền con người là dạng văn hóa theo đó xã hội coi trọng quyền con người ở mức độ mà hầu hết nếu không phải là mọi quyết định của nhà nước đều phải tối đa hóa các quyền đó. Một văn hóa quyền con người mạnh mẽ sẽ phát triển khi các hoạt động của các quan chức, thiết chế công hoặc của những nhân tố uy tín khác trong xã hội ngăn chặn bạo lực và hỗ trợ nạn nhân. Thiếu đi văn hóa tôn trọng các quyền, các bảo đảm trong hiến pháp trở nên vô nghĩa.

Hộp 1. Các nguyên tắc quyền con người

- Các quyền xuất phát từ bản chất phổ quát của loài người;
- Các quyền được ghi nhận bởi luật nhưng không bị từ chối hoặc xâm phạm bởi luật;
- Các quyền coi mọi con người đều được bình đẳng về nhân phẩm;
- Các quyền liên kết và phụ thuộc vào nhau, do đó không thể chia tách.

Lý do để ghi nhận quyền con người trong hiến pháp, và đặc biệt là mục tiêu điều chỉnh các quyền này vẫn còn gây nhiều tranh cãi. Nguyên do là vì các quyền này động chạm đến những cốt lõi trong tâm thức xã hội. Trong một số trường hợp, những cuộc tranh cãi làm tăng thêm cảm nhận về sự thù địch và chia rẽ, dẫn đến những rủi ro về bạo lực xã hội. Các nhà lập hiến cũng ngày càng có xu hướng đưa các quyền vào hiến pháp với mục đích lớn hơn việc giới hạn truyền thống đối với quyền lực nhà nước. Họ mong muốn sử dụng quyền con người để liên kết các thể chế và cơ quan quyền lực được thiết lập trong hiến pháp nhằm cùng theo đuổi mục tiêu công bằng, hòa bình, tái hòa hợp, thịnh vượng và lợi ích chung.

Quyền con người được xem là quyền mà các cá nhân và nhóm người có thể đòi hỏi bất chấp có hay không có hệ thống pháp luật do con người lập ra. Đồng thời, các quyền được hiến pháp ghi nhận là sản phẩm của pháp luật.

Ngày nay, nhiều hiến pháp sử dụng ngôn ngữ quyền con người, các nội dung chính và cách thức thực hiện được quy định như các nghĩa vụ trong luật quốc tế về quyền con người. Liên hợp quốc cũng góp phần vào quá trình quốc tế hóa này, đặc biệt là thông qua bảy văn kiện quyền con người toàn cầu (xem hộp 2).

Hộp 2: Các văn kiện chính về quyền con người được Liên hợp quốc thông qua:

- Tuyên ngôn quyền con người thế giới (UDHR), 1948 (không phải là điều ước có giá trị pháp lý bắt buộc)
- Công ước quốc tế về việc xóa bỏ mọi hình thức phân biệt chủng tộc (CERD), 1965
- Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị (ICCPR), 1966
- Công ước quốc tế về các quyền kinh tế, xã hội và văn hóa (ICESCR), 1966
- Công ước về hạn chế mọi hình thức phân biệt đối xử với phụ nữ (CEDAW), 1979

- Công ước về quyền trẻ em (CRC), 1989
- Công ước chống mọi hình thức tra tấn và các hình thức trừng phạt tàn bạo, phi nhân tính và đê hèn (CAT), 1984

3. Cách thức xây dựng hiến pháp và các phương án về quyền con người

Trong quá trình xây dựng hiến pháp, các phương án về quyền con người và từ đó, văn hóa quyền con người được hình thành bởi:

- Dạng (loại hình) quá trình xây dựng hiến pháp.
- Bản chất hoặc loại hình hiến pháp.

3.1. Loại quá trình

Có nhiều loại quá trình xây dựng hiến pháp được các quốc gia khác nhau sử dụng để đi đến thống nhất về nội dung cơ bản ghi nhận trong hiến pháp. Một quá trình với những cải cách dần dần có thể giúp cho các nhóm khác nhau nhận được sự thừa nhận quyền con người từ xã hội, nhưng vẫn trong khuôn khổ các nguyên tắc của hiến pháp hiện hành. Còn trong quá trình mà ở đó một nhóm chỉ phối áp đặt mọi điều kiện hoặc những điều kiện then chốt đối với việc xây dựng hiến pháp thì cũng nhóm đó xác định quyền con người cho các nhóm khác trong xã hội. Trong một số trường hợp, xây dựng hiến pháp là sự thỏa thuận giữa các nhóm trong cuộc xung đột không có kẻ thắng hoặc thiếu thủ lĩnh chính trị. Trong đa phần các trường hợp đó, mối quan tâm lớn nhất là về giải quyết tranh chấp và thiết lập hòa bình dẫn đến phạm vi của quyền con người. Mỗi dạng quá trình trong bối cảnh đặc thù của nó đều có hàm ý thực tế đối với những ai được coi là “kẻ thắng” hoặc “người thua”, tùy thuộc vào việc quyền của họ được đưa vào hiến pháp hay bị bỏ qua.

Trong một số trường hợp, việc xây dựng hiến pháp là quá trình thương lượng giữa các nhóm tham gia vào xung đột mà không có bên thắng cuộc rõ ràng hoặc không có lãnh đạo chính trị. Một số nhóm sẽ được coi là “người thắng”, “kẻ thua” phụ thuộc vào việc quyền của ai được đưa vào hay bỏ qua trong hiến pháp.

Đòi hỏi về sự tham gia của công chúng vào xây dựng hiến pháp ngày càng tăng cao. Trong một số trường hợp, sự tham gia của công chúng đã thúc đẩy sự đồng thuận về tầm quan trọng của các quyền và mang đến tính hợp thức cho hiến pháp. Trong các trường hợp khác, sự tham gia này bị thu hẹp theo quan điểm của nhóm đa số chi phối và tạo nên nhiều bất đồng về các bảo đảm trong hiến pháp. Ví dụ, tại El Salvador, các nhà lãnh đạo quốc gia đã cố gắng soạn thảo một hiến pháp hợp thức thể hiện văn hóa quốc gia và những quan điểm chính trị và dựa vào mong muốn của người dân, hầu hết theo Thiên chúa giáo. Đa số người dân đòi hỏi phải ghi

Trong một số trường hợp, sự tham gia của người dân vào xây dựng hiến pháp tạo nên nhiều tính hợp pháp hơn cho bản hiến pháp. Trong các trường hợp khác, tác động của nó không được rõ, hoặc giới hạn các quyền theo quan điểm của một số nhóm và tạo nên nhiều bất đồng liên quan đến các bảo đảm hiến định.

nhận quyền-được-sống vào Hiến pháp để hình sự hóa nạn phá thai. Trên thực tế, điều khoản của Hiến pháp 1999 đã thay đổi, theo đó định nghĩa cuộc sống bắt đầu từ thời điểm thụ thai. Một số nhà lãnh đạo có thể phản đối điều khoản này nếu họ có ý định tranh cử theo Hiến pháp mới. Như vậy, hiệu quả của việc người dân tham gia còn chưa rõ ràng, phụ thuộc vào các yếu tố như ảnh hưởng của tôn giáo đến xã hội, tình hình kinh tế, nạn mù chữ, hậu quả của xung đột và lịch sử lập hiến của đất nước.

3.2. Loại hiến pháp

Đặc điểm và bản chất của hiến pháp và xã hội ảnh hưởng rất nhiều đến việc hình thành, giới hạn và hiện thực hóa văn hóa quyền con người. Khó có thể hiểu được các yếu tố then chốt này nếu chỉ đọc các quy định về quyền con người trong các hiến pháp khác nhau thường thể hiện bằng những công thức giống nhau ngay cả trong các truyền thống pháp luật và hệ thống hiến pháp khác nhau.

Có những loại hình hiến pháp khác nhau và hiến pháp có ý nghĩa khác nhau đối với các nhóm khác nhau. Một số người nhìn nhận hiến pháp như một “thực thể sống” bởi chúng bắt rễ và phát triển từ những thông lệ, truyền thống pháp lý lâu dài, ví dụ như của Vương quốc Anh. Các hiến pháp khác được coi là nền tảng khung cho các thể chế của

Đặc tính và bản chất của hiến pháp và xã hội rất quan trọng trong việc làm nổi bật hình hài, mức độ và hiện thực hóa văn hóa quyền con người. Mỗi loại hiến pháp hỗ trợ và được hỗ trợ bởi các lựa chọn và giá trị tinh thần, bởi cách mà ngôn từ của luật được áp dụng trong một bối cảnh thực tế.

chính phủ và cách thức liên hệ giữa các cơ quan trong hệ thống chính phủ. Các bản hiến pháp đó chủ yếu quy định về quyền con người như là cơ chế bảo đảm chống lại lạm dụng quyền lực công. Một ví dụ nổi tiếng là Hiến pháp hơn 200 năm tuổi của Hoa Kỳ (1789), do các đại biểu đại diện cho 13 tiểu bang lúc bấy giờ soạn thảo. Các bản hiến pháp có thể được mô tả là có “tính cách mạng” bởi vì hướng tới đạt các kết quả nhất định về mặt xã hội, và được coi là căn cứ để sắp xếp lại nhà nước và xã hội. Hiến pháp mới của Bolivia (2009) do Tổng thống người bản địa đầu tiên chủ trì soạn thảo đã đặt ra mục tiêu “tái lập” tính hợp pháp của nhà nước không chỉ dựa trên sự thừa nhận các dân tộc khác nhau, mà còn đòi hỏi sự tham gia sâu rộng hơn của các dân tộc bản địa vào sự phát triển kinh tế, chính trị nói chung. Một Quốc hội lập hiến đã xây dựng nên Hiến pháp Nam Phi (1996) để loại bỏ trật tự cũ và thay đổi hoàn toàn trật tự trong quốc gia với tiêu chí dân chủ dựa trên sự “không phân biệt chủng tộc và giới tính” (Điều 1(b)). Sau 6 năm nội chiến, năm 2007, Nepal ban hành Hiến pháp lâm thời thành lập nền cộng hòa liên bang thay thế 240 năm chế độ phong kiến. Hiến pháp lâm thời này cho phép xây dựng một bản hiến pháp chính thức để “tái cấu trúc” đất nước.

Bolivia, Nepal và Nam Phi là một số trong các quốc gia cho thấy nhu cầu căn bản trong xây dựng hiến pháp để tạo nên một thỏa thuận xã hội giải quyết những vấn đề liên quan đến đặc thù nhà nước và công dân. Các hiến pháp đó sử dụng quyền con người như một kênh trung gian của quyền lực xã hội, trong một số trường hợp, quyền con người còn được sử dụng để thể hiện bức tranh lý tưởng về nhà nước. Cuối cùng, hiến pháp của châu

Âu lục địa còn được gọi là “bộ luật” nhằm nhấn mạnh rằng thẩm quyền nhà nước được ủy thác và giới hạn bởi đạo luật tối cao.

Mỗi loại hiến pháp hỗ trợ và được hỗ trợ bởi những lựa chọn và giá trị đạo đức nhất định. Các nhà lập hiến có thể cần biết về đòi hỏi này để không chỉ quan tâm đến việc đưa các quyền này vào hiến pháp mà bỏ qua thực tế rằng ngôn từ của luật còn được áp dụng trong hoàn cảnh thực tế. Những trụ cột tinh thần của các bản hiến pháp có thể được gói gọn trong các từ như “nền dân chủ không phân biệt chủng tộc” ở Nam Phi, “tính đa nguyên dân tộc” ở Bolivia và Ecuador, và “tái cấu trúc” tại Nepal. Những khái niệm mang tính định hướng đó ảnh hưởng đến hành vi chính trị trong hệ thống hiến pháp, thể hiện văn hóa chính trị của đối tượng nó phục vụ và cho phép các nhà lập hiến tham chiếu đến như là “một văn bản sống”. Văn hóa quyền con người chắc chắn không thể tách biệt khỏi hiến pháp.

Phần dưới đây sẽ tập trung vào xây dựng văn hóa quyền con người khi xây dựng hiến pháp trong một nhà nước chịu ảnh hưởng của xung đột. Các hiến pháp này thường đòi hỏi sự thống nhất rõ ràng trong hoàn cảnh khó khăn. Chúng được xây dựng để khắc phục trật tự xã hội cũ, các nhóm lãnh thổ với những hệ thống quyền lực sâu rộng, các nguồn quy phạm pháp lý và giá trị đối nghịch nhau.

4. Một nền văn hóa quyền con người trong xây dựng hiến pháp chịu ảnh hưởng của xung đột

Có rất nhiều áp lực đặt ra cho việc lựa chọn ngôn ngữ quyền con người trong hiến pháp. Nguồn gốc của những áp lực và bất đồng đó bao gồm:

- (a) Yêu cầu giải quyết sự vi phạm sâu rộng quyền con người trong quá khứ;
- (b) Hệ thống phân bổ quyền lực nói chung;
- (c) Quan điểm pháp lý và chính trị về hiến pháp; và
- (d) Quy phạm pháp lý trong nước và luật quốc tế.

4.1. Giải quyết sự vi phạm quyền con người trong quá khứ

Không chỉ cần nhận thức rằng sự vi phạm quyền con người diễn ra rộng khắp trong các cuộc xung đột đã qua, mà chúng còn cần được giải quyết bằng các cách thức khác với tố tụng ở tòa án. Trong một số trường hợp, kế hoạch xây dựng hiến pháp chỉ khả thi nếu việc đầu tiên, hoặc ít nhất là đồng thời phải giải quyết vấn đề bất công trong quá khứ. Nguy cơ thất bại trong giải quyết các vi phạm đó có thể làm phương hại đến các nỗ lực xây dựng hiến pháp, đến tạo dựng nền tảng cho văn hóa quyền con

Có những Hiến pháp lớn mạnh một cách “hữu cơ” nhờ phát triển trong một thời gian dài dựa trên những thông lệ và truyền thống lâu đời, hoặc Hiến pháp có thể đặt mục tiêu tạo nền móng để tái thiết xã hội và Nhà nước. Những Hiến pháp khác có thể sử dụng quyền con người như một chất xúc tác của việc trao quyền nhân dân.

Trong nhiều trường hợp, quá trình xây dựng hiến pháp phải rất chú trọng việc giải quyết xung đột và xây dựng hòa bình, và việc xây dựng hiến pháp chỉ khả thi nếu trước hết hoặc đồng thời giải quyết sự bất công do lịch sử để lại. Các nạn nhân của quá khứ cũng là những nhân tố quan trọng trong quá trình xây dựng hiến pháp.

người. Tuy nhiên, các nỗ lực giải quyết sự bất công trong lịch sử lại có thể gây tổn hại đến việc thiết lập hòa bình và khơi dậy sự chia rẽ sâu sắc.

Sự phân biệt đối xử có hệ thống dựa vào các đặc tính riêng cùng với một nhà nước chuyên chế, với thời gian dài áp dụng các quy định khẩn cấp, hoặc bạo lực của nhà nước đối với công dân có thể là sự vi phạm quyền con người nghiêm trọng. Tại Trung Mỹ và Mỹ La-tinh, khi quá trình tìm kiếm sự thật và hòa giải được khởi động, bạo lực của nhà nước và các trường hợp “mất tích” do nhà nước là trọng tâm của những cuộc đối thoại về hiến pháp. Tại Rwanda, trải nghiệm về nạn diệt chủng 1994 đã tác động đến cách thức quy định về quyền con người trong Hiến pháp 2003, cũng tương tự như trường hợp của Campuchia. Tại Iraq, các nhà lập hiến vào năm 2005 phải chịu áp lực từ các nhóm từng chịu đàn áp thô bạo. Ngoài ra, nạn nhân của những vụ xâm phạm quyền con người bởi các chủ thể nhà nước hoặc phi nhà nước, cùng với những người ủng hộ các nạn nhân là những nhân tố quan trọng mới xuất hiện trong quá trình xây dựng hiến pháp.

Trong bối cảnh trên, một số quốc gia đã thiết lập nhiều cơ chế khác nhau trong các giai đoạn đầu xây dựng hiến pháp nhằm mục đích hòa giải và giải quyết vấn đề công lý giai đoạn chuyển đổi. Rất nhiều cơ chế đã được áp dụng, bao gồm ủy ban hòa giải và tìm kiếm sự thật, các cuộc điều tra tội phạm trong quá khứ, các biện pháp “hàn gắn quá khứ”, ưu đãi hoặc ân xá có điều kiện, tòa án hình sự, các luật tạm thời để khắc phục tình trạng các quy định cũ không còn hiệu lực và chưa có các biện pháp pháp lý mới thay thế.

4.2. Hệ thống phân bổ quyền lực nói chung

Hiến pháp phân bổ quyền lực và thẩm quyền, cho nên người ta mới tranh đấu vì nó, nhất là khi các kết quả chủ yếu vẫn được thể hiện bằng các thuật ngữ phân định kẻ thắng người thua. Về căn bản, xây dựng hiến pháp liên quan nhiều đến chính trị. Hệ thống quyền lực được hình thành từ những

Xây dựng hiến pháp về cơ bản có tính chính trị. Hệ thống quyền lực chịu ảnh hưởng của những xung đột và chia rẽ trước đó. Các vấn đề về quyền con người có thể được xác định bởi những nội dung liên quan đến sự vận hành rộng hơn của quyền lực.

xung đột và chia rẽ trước đó. Tiến trình xây dựng hiến pháp gần đây của Ecuador chứng minh cho quan điểm này. Đứng trước thực tế đáng buồn của hệ thống chính trị với 8 đời tổng thống trong khoảng 11 năm từ 1995 đến 2006, 82% người dân Ecuador đã bỏ phiếu thành lập Quốc hội lập hiến vào tháng 4 năm 2007 để soạn thảo hiến pháp mới. Hiến pháp mới đã đưa ra nhiều thay đổi nhằm khơi thông thể bế tắc giữa nhóm hành pháp và lập pháp bằng cách tăng quyền lực cho nhánh hành pháp để nhánh này có thể giải tán Quốc hội một lần trong mỗi nhiệm kỳ với điều kiện Tổng thống cũng từ chức và kêu gọi tổng tuyển cử. Cũng theo Hiến pháp mới, Tổng thống có thể có nắm quyền nhiều nhiệm kỳ 4 năm liên tục và có quyền kiểm soát Ngân hàng trung ương, cơ quan ngày càng có quyền về nguồn thu, bao gồm cả quyền tăng thuế và tái phân phối đất đai phi sản xuất. Để đảm bảo dân chủ cho người dân và phân quyền cho địa phương, hội đồng nhân dân được thành lập ở cấp địa phương. Ngoài ra, nhà nước cũng được tổ chức lại bao gồm các thành phần các dân tộc,; chính quyền trung ương phải tham vấn nhưng không bắt buộc phải nhận được sự chấp

thuận của người bản địa trước khi tiến hành khai khoáng trên các vùng đất truyền thống của họ. Trong cuộc trưng cầu ý kiến người dân, 63,9% người Ecuador ủng hộ bản Hiến pháp mới.

Vấn đề quyền con người có thể được hiểu rõ hơn khi đặt câu hỏi về sự vận hành rộng hơn của quyền lực, ví dụ như, liệu một quốc gia cần phải có trung tâm quyền lực mạnh hoặc một văn hóa quyền con người quốc gia để điều tiết sự chia rẽ sâu sắc trong xã hội hay không? Hay là các nhóm khác nhau chỉ thể hiện sự trung thành đối với các tổ chức đại diện của mình, củng cố quá trình phân quyền ở cấp địa phương, trao cho các địa phương quyền quyết định về văn hóa quyền con người?

4.3. *Quan điểm “pháp lý” hay “chính trị” về hiến pháp*

Hiến pháp ít khi quy định cụ thể về các nội dung của văn hóa quyền con người. Thay vào đó, hiến pháp là công cụ tổng quát tạo cơ hội cho việc giải thích pháp luật, đặc biệt là khi các điều khoản được hiểu khác nhau. Các nhà lập hiến phải giải quyết được câu hỏi ai là người xây dựng văn hóa quyền con người thông qua quyền giải thích các điều khoản về quyền con người.

Trên nguyên tắc, các đạo luật về quyền (*bills of rights*) được thực thi về mặt pháp lý và do vậy, là nơi hữu hiệu nhất ghi nhận các điều khoản về quyền con người. Ngày nay, đa phần các nền dân chủ đều viện dẫn đến hiến pháp như là luật tối cao và thể hiện xu hướng khuyến khích người dân sử dụng nhánh tư pháp để bảo vệ quyền lợi của mình chống lại những hành động của công quyền, bao gồm cả các hoạt động “tranh chấp về lợi ích công”. Xu hướng này thể hiện quan điểm pháp lý về văn hóa quyền con người. Các tác nhân thay đổi đứng đằng sau quan điểm này là những nhóm lo sợ rằng những thay đổi chính trị trong tương lai có thể gây tác hại đến các yêu sách của họ. Các đạo luật về quyền ngày càng mở rộng và dài hơn, ổn định hơn vì chúng ngày càng khó sửa đổi hơn so với các điều khoản khác của Hiến pháp. Ngày càng nhiều quốc gia phê chuẩn các văn kiện quốc tế về quyền con người; tác động nhiều đến việc pháp lý hóa văn hóa quyền con người. Trên thực tế, pháp lý hóa văn hóa quyền con người có hạn chế riêng: nó chỉ mở rộng được nếu có tư pháp độc lập, tự chủ và có năng lực, và người được hưởng lợi thực sự có thể chỉ là người có nguồn lực để khởi kiện và thắng kiện trong từng trường hợp riêng lẻ.

Các nhà hoạt động thực tiễn cũng thừa nhận rằng, trong bối cảnh chia rẽ sâu sắc, khả năng của hiến pháp trong việc khắc phục các quy phạm đang tồn tại trong xã hội và đời sống chính trị trước đó phụ thuộc vào việc có đạt được sự thống nhất về các vấn đề giữa các nhóm và nhân tố khác nhau. Mà đó

Hiến pháp ít khi đề cập các nội dung cụ thể của văn hóa quyền con người; thay vào đó, hiến pháp là những công cụ chung để dành chỗ cho giải thích pháp luật. Nhưng ai/yếu tố nào sẽ tạo nên văn hóa quyền con người thông qua quyền giải thích các điều khoản quyền con người?

Có xu hướng phát triển văn hóa quyền con người theo quan điểm pháp lý, thông qua khiếu kiện; nhưng khả năng của hiến pháp trong giải quyết sự chia rẽ của xã hội lại phụ thuộc vào việc có đạt được sự đồng thuận giữa các nhóm khác nhau hay không, và đó lại là quá trình chính trị hơn là pháp lý.

lại là một quá trình chính trị hơn là pháp lý. Sự tham gia của người dân trong xã hội vào việc xây dựng hiến pháp cũng cho thấy quá trình này không chỉ là việc của các luật sư. Trên thực tế, người dân cùng tham gia có nghĩa là quyền con người được xem xét cả bên ngoài địa hạt pháp lý. Tại những quốc gia bị chia rẽ sâu sắc, các nhà lập hiến cũng nhận thấy hạn chế của các thủ tục pháp lý trong giải quyết những nguyên nhân và hậu quả của sự chia rẽ, ví dụ như bất bình đẳng xã hội do chỉ có một số lượng rất ít luật sư và thẩm phán đạt tiêu chuẩn. Những chính trị gia và lực lượng ủng hộ có thể có quan điểm cho rằng việc quyết định liên quan đến nội dung quan trọng cần phải là một quá trình dân chủ cho phép các bên thống nhất về giá trị xã hội chung, với các chức danh được bầu và bị bãi nhiệm chịu trách nhiệm về các quyết định.

4.4. Các quy phạm nội luật và luật quốc tế về quyền con người

Đa số quy định về quyền con người trong các hiến pháp có hiệu lực hiện nay được xây dựng dựa trên Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị (ICCPR) năm 1966 và Công ước quốc tế về các quyền kinh tế, xã hội và văn hóa (ICESCR) 1966. Các quốc gia theo đạo Hồi thường có hiến pháp dựa vào Tuyên bố Cairo về Nhân quyền trong đạo Hồi (1990). Các nhà lập hiến các nước đã đặt mục tiêu đưa các tiêu chuẩn quyền con người quốc tế vào hiến pháp quốc gia mình. Đồng thời, tại các quốc gia có sự chia rẽ sâu sắc, hiến pháp thường được sử dụng để ghi nhận và đưa các nguồn pháp luật nội địa như tập quán và tôn giáo vào hệ thống hiến pháp chính thức. Kết quả là hiến pháp chuyển hóa luật quốc tế về quyền con người và thúc đẩy các giá trị nội địa bằng cách ghi nhận những nguồn pháp luật quốc gia. Trên thực tế, các quy phạm quyền con người quốc tế và quốc gia có những đối tượng khác nhau. Theo các văn kiện quốc tế, quyền con người là bình đẳng, phổ quát và không thể chuyển giao của mỗi cá nhân. Ngược lại, luật tục dựa trên các giá trị truyền thống và thường thể hiện sự phân chia đẳng cấp trong xã hội. Do đó, hiến pháp là một cơ chế dung hòa hai quan niệm khác nhau này.

Những người xây dựng hiến pháp hướng đến việc đưa các quy tắc quyền con người quốc tế vào hiến pháp quốc gia, nhưng có thể mâu thuẫn với nguồn luật nội địa, ví dụ như tập quán hoặc tôn giáo. Nếu luật tập quán được ghi nhận và chuyển hóa vào hiến pháp, hiến pháp sẽ trở thành nơi giao tranh giữa hai cách tiếp cận.

Các nhà lập hiến có thể đưa ra chỉ dẫn cho việc cân nhắc giữa Hiến pháp và các nguồn luật khác. Nhiều hiến pháp đã thực hiện điều này bằng cách ghi nhận rõ ràng rằng hiến pháp là luật tối cao. Ngoài ra, các hiến pháp này còn có các điều khoản quy định các quy phạm pháp luật mâu thuẫn với hiến pháp sẽ bị tuyên vô hiệu. Mặt khác, có thể các điều khoản khác của hiến pháp ghi nhận các nguồn pháp lý khác dưới dạng ngoại lệ.

5. Dân chủ và quyền con người

Dân chủ là một hệ thống hoặc một mô hình chính quyền mà ở đó người dân có điều kiện buộc các quan chức chính quyền phải có trách nhiệm giải trình. Quá trình xây dựng hiến pháp có thể thể hiện dân chủ hóa

Xây dựng hiến pháp có thể song hành cùng dân chủ hóa thông qua việc xây dựng các thiết chế và quy trình bảo vệ sự đa nguyên chính trị. Xây dựng hiến pháp có thể được sử dụng để bảo vệ các quyền chính trị và dân sự.

thông qua việc xây dựng các thể chế và cách thức bảo vệ đa nguyên chính trị. Đó là những biện pháp như hạn chế thời gian tại vị của hành pháp, bảo đảm tự do hoạt động chính trị của các đảng phái, cơ quan bầu cử và giải quyết tranh chấp bầu cử độc lập, kiểm soát dân sự đối với các lực lượng vũ trang và cơ quan thực thi pháp luật, sự cân bằng giữa nhánh hành pháp và lập pháp, kiểm chế sử dụng tình trạng khẩn cấp, bảo đảm truyền thông tự do và độc lập, các biện pháp yêu cầu chính phủ giải trình và minh bạch.

Sự tham gia vào “thị trường các ý tưởng chính trị” có thể là bất khả thi nếu không có quyền bầu cử thực sự, quyền tự do tham gia các tổ chức chính trị, tự do ngôn luận và thông tin, tự do đi lại (để vận động và truyền tải các thông điệp chính trị), và các bảo đảm về thể chế để có truyền thông tự do và độc lập. Yêu cầu về “quyền chính trị” trên thực tế rất phổ biến trong quá trình xây dựng hiến pháp tại nhiều quốc gia trong giai đoạn chuyển đổi theo hướng dân chủ từ 1989.

Hiến pháp ngày càng theo xu hướng đề cập đến các quyền đã được ghi nhận trong các văn kiện quốc tế về quyền con người. Đây là lợi thế bởi vì hiến pháp viện dẫn các quyền từ nguồn “trung tính”, do đó không một nhóm nào có thể phản đối vì lý do văn hóa, tôn giáo và tập quán của họ.

Dân chủ lớn mạnh khi công dân chủ động và được thông tin về chính trị, điều chỉ có trong một xã hội dân sự mở. Xây dựng hiến pháp còn có thể thúc đẩy quá trình bảo vệ các quyền dân sự như: tự do không bị phân biệt đối xử, bình đẳng trước pháp luật, quyền tự do thân thể và danh dự, quyền riêng tư, quyền đối với tài sản, quyền được xét xử công bằng và thực thi công lý, bảo vệ khỏi lao động cưỡng bức, tự do không bị tra tấn, suy đoán vô tội và quyền được áp dụng thủ tục tố tụng đúng đắn trong mọi trường hợp mà quyền của cá nhân có nguy cơ bị xâm phạm.

Trong vài thập niên gần đây, tầm quan trọng của việc người dân tham gia vào các thể chế chính trị ngày càng được công nhận. Điều đó được thể hiện trong các khái niệm phổ biến như dân chủ trực tiếp và dân chủ với sự tham gia của người dân (*participatory democracy*). Cả hai khái niệm này đều liên quan đến việc người dân được tham gia trực tiếp vào việc ra quyết định hơn là đơn thuần dựa vào những người đại diện. Các nhà lập hiến có thể thể hiện các ý tưởng bằng cách mở rộng hoặc tăng số trường hợp áp dụng trung cầu dân ý. Ngoài ra, việc thiết kế hiến pháp để có nền dân chủ tham gia bao gồm những cách làm mới như các hội đồng lập pháp của công dân, người dân tham gia vào quản lý nguồn tài nguyên, thường là ở cấp địa phương. Thậm chí trong những lĩnh vực dành riêng cho các chuyên gia như là ngành tư pháp cũng có thể cho phép người dân tham gia sâu rộng hơn thông qua việc mở rộng bồi thẩm đoàn, cũng như thừa nhận tòa do người dân lập ra, các tòa truyền thống, tòa cộng đồng và tòa xử theo luật tục.

6. Các phương án về quyền con người trong hiến pháp

Một cách thức đơn giản là ghi nhận các quyền đã được công nhận trong các văn kiện quốc tế. Nếu chúng ta so sánh các quyền được quy định trong hiến pháp với các văn kiện quốc tế thì sẽ dễ dàng nhận thấy đây là cách làm khá phổ biến. Việc phê chuẩn các văn kiện quốc tế có tác động thực tiễn đến việc ghi nhận quyền con người trong hiến pháp. Từ cách

tiếp cận này, các quyền dân sự, chính trị là quyền của cá nhân đối kháng với nhà nước. Chúng được gọi là các quyền phủ định (negative rights) bởi mục tiêu của chúng là ngăn chặn nhà nước không được làm những việc tổn hại, ví dụ như hạn chế tự do ngôn luận hoặc tự do hội họp. Các quyền này cũng được xem là các quyền thuộc nhóm đầu tiên trong lịch sử các quyền. Các quyền kinh tế, xã hội và văn hóa đòi hỏi chính phủ phải làm những việc tích cực nhất định. Vì lý do này, chúng được coi là những quyền tích cực, ví dụ như quyền được học tập đối với mọi người hoặc quyền được trợ cấp đối với những ai cần. Dạng quyền thứ ba được coi có ý nghĩa quan trọng đối với xã hội và cộng đồng, còn thường được gọi là các quyền đoàn kết, bao gồm các quyền của người dân tộc thiểu số, quyền của các nhóm tôn giáo, nhóm thiểu số, phụ nữ, trẻ em...

Các quyền dân sự và chính trị là những quyền cá nhân đối với nhà nước. Mặt khác, các quyền kinh tế, xã hội và văn hóa đòi hỏi nhà nước phải chủ động làm điều gì đó, ví dụ như cung cấp giáo dục cho mọi người hoặc trợ cấp cho những người cần đến nó. Nhóm quyền thứ ba là những quyền được coi là quan trọng đối với xã hội, cộng đồng, và được gọi là các quyền phụ thuộc lẫn nhau như các quyền của người bản địa, các dân tộc thiểu số, các nhóm tôn giáo, nhóm thiểu số, phụ nữ, trẻ em...

Với những quốc gia bị chia rẽ sâu sắc bởi mâu thuẫn, phương án trên có những lợi ích thực tế sau. Thứ nhất, các nội dung đã được quy định sẵn và chỉ cần chuyển hóa thành luật nội địa nếu cần. Thứ hai và có thể quan trọng hơn, theo phương án này, các quyền được coi là xuất phát từ những nguồn “trung tính” nên không có nhóm nào có thể đòi hỏi các quyền đó phải dựa trên văn hóa, tôn giáo và tập quán của riêng họ. Trong khi hiến pháp thường tuyên bố một cách rõ ràng hoặc ẩn ý vị thế tối thượng của mình trong hệ thống pháp luật quốc gia, nhưng vẫn cần phải tính đến luật quốc tế về quyền con người và luật nhân đạo quốc tế đang tạo nên ngày càng nhiều những nghĩa vụ mà nhà lập hiến phải thừa nhận. Thực tiễn quốc tế không chấp nhận các cơ chế hiến định được viện dẫn để bảo vệ những hành vi vi phạm các quyền đã được công nhận là một phần của luật tập quán quốc tế. Luật căn bản này dựa trên sự đồng thuận rộng rãi của nhiều quốc gia, theo đó một số hành động luôn luôn bị cấm bao gồm tra tấn, nô lệ, diệt chủng, tội phạm chiến tranh và tội phạm chống lại loại người. Một số hiến pháp mới đã trực tiếp đặt mình dưới các văn kiện quốc tế, ví dụ như Bolivia (điều 257), Ecuador (điều 11) và Guantamala (điều 46).

Các nhà lập hiến cũng cần cân nhắc đến quyền nào cần quy định dựa trên yếu tố lịch sử. Đó thường là những quyền xuất hiện từ những cuộc đấu tranh chính trị trong một quốc gia đôi khi kéo dài hàng năm. Ví dụ, tại Ấn Độ và Nepal, quyền được bảo vệ khỏi những người thuộc đẳng cấp tiện dân được quy định trong hiến pháp. Tương tự, nhiều quốc gia đã bảo vệ quyền giáo dục bằng tiếng mẹ đẻ. Tại Ecuador, các nhà môi trường đã thành công khi đòi hỏi việc ghi nhận “quyền của tự nhiên” không thể chuyển giao trong Hiến pháp 2008, còn các nhà hoạt động môi trường ở Bolivia đã đòi quyền của Mẹ Trái đất. Các quyền được ghi nhận trong hiến pháp nhờ các cuộc xung đột sẽ duy trì lâu dài nếu người dân tranh đấu và sẵn lòng chiến đấu để

Một số quyền cần phải được ghi trong hiến pháp vì lý do lịch sử, ví dụ các quyền do đấu tranh chính trị trong một thời gian dài.

bảo vệ chúng. Cuối cùng, để đạt được sự đồng thuận trong xã hội, một số nhà lập hiến thừa nhận tầm quan trọng của việc quy định các quyền khác của cá nhân hoặc tập thể, ví dụ các quyền liên quan đến người già, trẻ em, người khuyết tật, thanh niên hoặc thậm chí tù nhân.

Hai vấn đề về quyền con người thường xuất hiện trong quá trình xây dựng hiến pháp trong các bối cảnh khác nhau là:

- (a) Phân biệt quyền công dân và quyền con người; và
- (b) Phân biệt các quyền cơ bản hoặc nền tảng với các quyền nói chung.

6.1. Phân biệt quyền công dân và quyền con người

Mặc dù các thuật ngữ quyền công dân (*citizen rights*), quyền cơ bản (*fundamental rights, basic rights*) và quyền con người (*human rights*) thường được những người ngoại đạo cho là đồng nghĩa, các nhà lập hiến cần hiểu sự khác nhau của các quyền này để xác định thứ tự ưu tiên. Do ảnh hưởng của xung đột, các nhà lập hiến thường chú ý sử dụng từ “quyền công dân” để khẳng định tính

Quyền công dân, quyền cơ bản và quyền con người mang các ý nghĩa khác nhau, và việc định nghĩa chính xác để xác định thứ tự ưu tiên là điều rất cần thiết cho người xây dựng hiến pháp. Do ảnh hưởng của tranh chấp, các nhà lập hiến đã sử dụng quyền công dân để củng cố tính dân tộc khi giữ gìn, bảo vệ hoặc xác định lại khái niệm “cương vị quốc gia”.

dân tộc- quốc gia, mặc dù họ có thể giữ, ủng hộ hoặc định nghĩa lại khái niệm “tính nhà nước”. Đa phần các nước cộng hòa Đông Âu xây dựng hiến pháp sau 1989 để khẳng định khái niệm dân tộc như là một dấu hiệu của quốc tịch. Tình huống này phản ánh tình thế lưỡng nan của Hy Lạp vào thời điểm mới thành lập như một nhà nước, tóm lược trong dòng chữ “thành lập xong Hy Lạp độc lập, để chúng tôi tìm lại thần Hellenes.”⁵⁸ Một số quốc gia

như Bungary, Georgia, Hungary và Ucraina vẫn là các quốc gia duy nhất cố gắng tạo dựng đặc thù dân tộc qua các quyền về quốc tịch, một mặt ghi nhận quyền của những công dân lưu vong trở về nước, trong khi đó vẫn áp dụng các luật đồng hóa để phủ nhận quyền con người của các nhóm thiểu số như là người Roma. Ví dụ, Hiến pháp Hungary (1949, sửa đổi 1989) có quy định: “*Cộng hòa Hungary phải chịu trách nhiệm về số phận của mọi người Hungary sinh sống*

Có sự khác biệt rõ ràng giữa một bên là bản sắc hiến định được thể hiện qua các ngôn ngữ chính thức và các tôn giáo truyền thống, với một bên là các đặc tính dân tộc. Tại châu Phi, nơi mà các dân tộc thiểu số sống giao thoa ở vùng biên giới, việc xác định ai thuộc về đâu trở nên khó khăn với người xây dựng hiến pháp, và khái niệm quốc tịch tiếp tục là tiêu chí chính được sử dụng để xác định cá nhân nào thuộc về nước nào.

ngoài lãnh thổ và thúc đẩy mối liên hệ của họ với đất nước” (Điều 6). Điều khoản này hình thành nên nguyên tắc cơ bản cho việc xây dựng hiến pháp mới, phản chiếu điều khoản trong Luật Căn bản của Đức ghi nhận người Đức bao gồm cả người có nguồn gốc Đức trở

⁵⁸ Glenny, Misha, *The Balkans 1804-1999: Chủ nghĩa dân tộc, chiến tranh và quyền lực tối cao* (London: Granta, 2000), trang. 32-38

về đất nước trong hoàn cảnh sau thế chiến II (Điều 116). Không giống các ví dụ trên, Liên bang Nam Tư và Tiệp Khắc bị chia tách thành các nhà nước mới.

Đối với các quốc gia này đã tự nguyện theo các quy tắc của châu Âu với tư cách là các thành viên mới hoặc thành viên tiềm năng của Liên minh châu Âu, xuất hiện sự mâu thuẫn rõ ràng giữa một bên là bản sắc hiến định được thể hiện qua các ngôn ngữ chính thức và các tôn giáo truyền thống, với bên kia là các đặc tính đa dân tộc. Một vấn đề tương tự xảy ra ở các nước vùng Ande với các dân tộc thiểu số bản địa khá lớn bị lãng quên: các nhà lập hiến đã sử dụng nội dung quyền con người để củng cố các quyền về quốc tịch của các cộng đồng trước đây bị đẩy ra rìa. Tại châu Phi, việc xác định đối tượng công dân vẫn gây khó khăn cho các nhà xây dựng hiến pháp và tư cách công dân vẫn được sử dụng như là tiêu chí chính để xác định đối tượng thuộc về một quốc gia trong bối cảnh các dân tộc thiểu số vẫn đi về giữa các đường biên giới quốc gia và trên thực tế nhà nước chỉ tồn tại ở trung ương. Những cuộc xung đột gần đây càng làm phức tạp thêm khái niệm quốc tịch, bởi thực tế nhiều người di cư đã dời bỏ đất nước họ, và cũng do số lượng người đồng đảo sống rải rác đến từ các quốc gia khác.

Hệ thống hiến pháp có thể ưu tiên bảo vệ quyền con người thông qua việc bảo đảm quốc tịch chung chứ không chỉ chú ý đến một nhóm cụ thể nào đó. Việc phân biệt này sẽ có ý nghĩa khi những người xây dựng hiến pháp định tước bỏ một số quyền khỏi những người không phải công dân, có thể gây ra hệ quả là phân biệt đối xử.

Hệ thống hiến pháp có thể ưu tiên bảo vệ quyền con người thông qua việc bảo đảm quốc tịch chung cho tất cả chứ không chỉ chú ý đến một nhóm nhất định nào đó. Sự phân biệt này có vấn đề khi các nhà lập hiến định tước bỏ một số quyền khỏi những người không phải là công dân, dẫn đến sự phân biệt đối xử. Ở Colombia, người ngoại quốc cũng có quyền dân sự giống như công dân, nhưng quyền chính trị chỉ dành cho công dân (mặc dù hệ thống lập pháp có thể mở rộng và trao một số quyền bầu cử cho người nước ngoài). Công dân có thể hưởng các quyền đó ở bên ngoài lãnh thổ quốc gia. Có một số rủi ro khi sử dụng tiêu chí sinh sống tại lãnh thổ làm căn cứ để ghi nhận quyền đối với một số nhóm nào đó mà không phải nhóm khác trong việc xây dựng hiến pháp. Ở đây cần lưu ý đến sự biến đổi về dân số do xung đột gây ra dưới hình thức thay đổi chỗ ở, di dân ồ ạt hoặc bất kỳ thay đổi lớn nào về số lượng và thành phần dân cư.

Trong một số trường hợp, nhà lập hiến coi quyền con người như là quyền bổ sung cho quyền công dân. Ví dụ, các nhà lập hiến Brazil (Hiến pháp 1988) xác định rằng, ngoài quyền công dân hiện có, các nhóm dân tộc thiểu số và người bản địa có quyền sử dụng một ngôn ngữ thiểu số nhất định, có quyền gìn giữ đất đai và tập quán riêng. Trong Hiến pháp lâm thời của Nepal (2007), nội dung tương tự cũng được sử dụng để phát triển một “nguyên tắc định hướng” về tầng lớp tiện dân trong Hiến pháp cũ 1990 thành quyền cơ bản có hiệu lực thực thi trực tiếp. Trong một số trường hợp, nội dung quyền con người được sử dụng để cho phép những người không phải công dân trên thực tế có thể có quyền cư trú mà không bị phân biệt, ví dụ như ở Nam Phi, nơi mà Tòa án Hiến pháp phủ nhận quan điểm rằng người không phải là công dân thì không được tuyển dụng dài hạn để dạy trong trường công lập.

Từ góc độ khác của vấn đề, quá trình xây dựng hiến pháp cũng có thể điều chỉnh cách hiểu về quyền con người, dẫn đến việc một số quyền từng được thừa nhận trước đây nay “bị bỏ qua” hoặc “hạ bậc”, ví dụ như “quyền được làm việc” không còn trong Hiến pháp Hungary thời kỳ hậu cộng sản, mà được Quốc hội ghi nhận là “mục tiêu của Nhà nước” trong Hiến pháp mới.

Những người xây dựng hiến pháp khi quy định về các quyền về quốc tịch cần cân trọng cân nhắc những bảo đảm cho những công dân thiếu giấy tờ chứng minh và quy định các thủ tục thích hợp để công dân nhận được quốc tịch. Quá trình hình thành các thủ tục trên có rủi ro tạo cơ hội cho một số nhóm chính trị tỏ thái độ bài ngoại trong việc xác định tư cách công dân, cổ vũ cho quan điểm chủ nghĩa dân tộc về các quyền và chống lại sự mở rộng quyền cho người không phải là công dân, người nước ngoài và công dân không có giấy tờ hợp pháp. Nếu chính phủ không thể dễ dàng xác định tư cách công dân hoặc nếu các bên phản đối tư cách công dân của một nhóm nào đó sẽ dẫn đến xung đột mới. Nếu hiến pháp gắn các quyền với tư cách công dân, các quan chức chính phủ có thể đòi hỏi bằng chứng về tư cách công dân mà không quan tâm đến những người thiếu giấy tờ phù hợp. Để tránh những rủi ro đó, hiến pháp có thể mở rộng quyền về quốc tịch cho cả những người mà bố mẹ là hoặc đã từng là công dân của quốc gia đó, cấp quốc tịch kép, thiết lập chế định suy đoán tư cách công dân, cấp lại quốc tịch cho những người trở về nước, tính không thể hủy bỏ của quốc tịch.

6.2. Sự phân biệt giữa quyền cơ bản và các quyền khác

“Quyền cơ bản” (*‘fundamental rights’* hoặc *‘basic rights’*) được bảo vệ khỏi những can thiệp chính trị bởi một cơ quan tư pháp độc lập. Ngoài ra, các nhà lập hiến đã xây dựng những rào cản chống lại sự can thiệp chính trị đối với các quyền cơ bản, thường là bằng cách kèm theo đạo luật về quyền với quy trình sửa đổi khó khăn hơn. “Quyền con người” là một thuật ngữ chung; nó bao hàm nội dung của hiến pháp được thể hiện trong đạo luật về quyền có hiệu lực trực tiếp, nhưng còn được mở rộng ra ngoài đạo luật đó. Quyền con người liên quan đến các nội dung trong lời nói đầu, các nguyên tắc theo đó nhà nước vận hành, quốc tịch, các thiết chế, chế độ bầu cử, lĩnh vực an ninh và thậm chí là các điều khoản về tài chính.

Các quyền cơ bản còn thách thức cả hệ thống lập pháp do không xuất phát từ luật, do đó, có thể được sử dụng để kiểm soát các hành vi chính trị và các hành động của công quyền trong khuôn khổ pháp quyền. Thủ tục tố tụng đúng đắn, bình đẳng theo pháp luật, bảo vệ để không bị phân biệt đối xử và các quyền

Các quyền cơ bản thách thức cả hệ thống lập pháp do không xuất phát từ luật, do đó chúng có thể được sử dụng để hạn chế các hành vi chính trị và hành động của chính quyền trong khuôn khổ pháp quyền. Các quyền “cơ bản” được bảo vệ khỏi sự can thiệp chính trị thông qua việc thực thi pháp luật bởi một cơ quan tư pháp độc lập.

Không phải mọi quyền cơ bản đều có thể bị vi phạm ngay cả trong tình trạng khẩn cấp. Hiến pháp cần quy định rõ trong trường hợp nào các quyền cơ bản có thể bị hạn chế, ví dụ như việc hạn chế quyền tự do ngôn luận để ngăn ngừa phát ngôn gây hận thù.

cơ bản tương tự tạo nên các tiêu chuẩn pháp lý mà cơ quan hành chính phải tuân theo. Việc xác định xem liệu những tiêu chuẩn này có được tuân theo hay không trong trường hợp xảy ra tranh chấp là vấn đề tư pháp chứ không phải là chính trị.

Việc hạn chế hoặc tạm đình chỉ thực hiện các quyền cơ bản cần phải được hiến pháp quy định rõ ràng trong các trường hợp khẩn cấp, nhưng ngay cả lúc đó không phải

Câu hỏi về cách giải quyết đối với các quyền không căn bản mà lại gây tranh cãi khiến cho các nhà lập hiến phải đau đầu.

mọi quyền cơ bản đều có thể bị hạn chế. Ví dụ, luật quốc tế không cho phép hạn chế quyền tự do không bị tra tấn. Các quốc gia khác nhau có các quy định khác nhau về quyền nào có thể bị hạn chế trong trường hợp khẩn cấp và điều kiện áp dụng trong trường hợp đó. Còn có phương án khá phổ biến ở các nước là cho phép cơ quan tư pháp xem xét lại trong trường hợp các quyền cơ bản này bị vi phạm trực tiếp khi thực thi tình trạng khẩn cấp và khi có một cá nhân chỉ được ra rằng quyền của họ bị vi phạm trực tiếp. Hạn chế quyền là một biện pháp đình chỉ không áp dụng một hoặc một vài điều khoản về các quyền ít nhất là trên cơ sở tạm thời. Không được áp dụng nó như một biện pháp phân biệt đối xử, nhất là khi tình trạng khẩn cấp được áp dụng cho một phần nào đó chứ không phải toàn thể lãnh thổ quốc gia trong một thời gian dài. Những giới hạn đối với các quyền cơ bản theo hiến pháp, ví dụ như đối với quyền tự do ngôn luận để ngăn ngừa việc phát ngôn gây hận thù cần được coi là các tiêu chuẩn pháp lý. Nếu tiêu chuẩn đó không được đảm bảo, hệ quả (lấy phát ngôn gây hận thù làm ví dụ) có thể gây rủi ro tạo điều kiện cho các nhà chính trị thiên lệch biến hoạt động tranh cử không còn bình đẳng bằng cách xâm phạm quyền tự do ngôn luận khi cho rằng một bài diễn thuyết thường là của đối thủ có tính chất gây hận thù.

Có thể là cần có sự đồng thuận về chính trị khi cần mở rộng quyền cơ bản, mà sự đồng thuận này lại phụ thuộc một phần lớn, nếu không nói là phụ thuộc toàn bộ vào hệ thống chính trị lập pháp. Các nhà lập hiến có thể rất muốn tránh việc “*tư pháp hóa chính trị*” khi mà các thẩm phán đề xuất giải quyết vấn đề chính trị bằng những giải pháp kỹ thuật pháp lý. Điều đó không chỉ làm tăng lên những tranh chấp về thể chế giữa cơ quan tư pháp và các nhánh khác của chính phủ; nó còn mang đến rủi ro về sự bất ổn chính trị một cách nguy hiểm làm phương hại đến các thể chế dân chủ vốn đã dễ tổn thương sau thời hậu chiến và không còn là một kênh giải quyết các bất đồng căn bản nữa. Câu hỏi về việc làm thế nào để giải quyết các quyền còn gây tranh luận nhưng không nhất thiết là quyền căn bản gây khó khăn cho nhiều nhà lập hiến.

7. Thực thi các quyền

Một khi các quyền đã được quy định trong hiến pháp, liệu nó có hiệu lực thực tế? Như đã đề cập, hầu hết các hiến pháp trên thế giới đều ghi nhận các quyền. Nhưng việc ghi nhận các quyền trong hiến pháp không phải lúc nào cũng dẫn đến văn hóa tôn trọng quyền, mà nhiều khi vẫn tồn tại khoảng cách rộng lớn giữa quyền trong hiến pháp và quyền trên thực tế. Mặc dù quyền con người được ghi nhận trong văn bản hiến pháp mang đến các lợi ích nhất định, nhưng với sự phát triển của quyền lực, các nhà lập hiến vẫn cần phải cân nhắc kỹ lưỡng khía cạnh thứ hai của ghi nhận quyền là việc thực thi các quyền này.

Theo luật quốc tế, thực thi các quyền con người trước hết là trách nhiệm của nhà nước là chủ thể đảm bảo pháp quyền. Nghĩa vụ của nhà nước là phải đưa ra các biện pháp nhằm đảm bảo hiệu lực của các quyền và đảm bảo sự tiếp cận hệ thống pháp lý để các nạn nhân có thể đòi hỏi các biện pháp khắc phục hiệu quả.

Những người xây dựng hiến pháp ở các nước có xu hướng định hướng tòa án có những thủ tục đơn giản và tạo cơ hội tiếp cận tòa để dàng hơn.

Mặc dù hiến pháp có thể ghi nhận các quyền và mở rộng các quyền này một cách đáng kể, trên thực tế không có nhiều biện pháp thực thi. Mặc dù vậy, các nhà lập hiến cần dự liệu các biện pháp để thực thi và đảm bảo hiệu lực của các quyền.

7.1. Hỗ trợ giải thích hiến pháp

Bản thân hiến pháp không thể giải quyết các vấn đề về nội dung của quyền con người. Mặc dù một số điều khoản của quyền con người trong hiến pháp được ghi nhận cụ thể, nhiều điều khoản khác chỉ mang tính nguyên tắc và trừu tượng. Tính chất chung chung này có thể là do truyền thống soạn thảo luật, hoặc là kết quả của sự thỏa hiệp. Tuy nhiên, việc thực thi các quy định có tính chất chung chung là một vấn đề khó khăn vì nó đòi hỏi việc giải thích hiến pháp. Các nhà lập hiến cần đưa ra hướng dẫn trong việc giải thích hiến pháp. Đó có thể là các nguyên tắc và tuyên bố trong lời nói đầu. Đề ra nền tảng đạo đức của hiến pháp cũng là một lựa chọn nữa, nhưng lựa chọn đó có thể gây rắc rối nếu đạo lý đó không phổ biến trong nội bộ quốc gia hoặc mâu thuẫn với các điều khoản khác của hiến pháp. Một số hiến pháp có các điều khoản đòi hỏi việc giải thích phải liên kết với các điều khoản khác và với dự định mang lại cho việc giải thích đó hiệu lực áp dụng có chủ đích. Một số nhà lập hiến đã nỗ lực thúc đẩy việc thực thi hiến pháp sau này bằng cách soạn thảo hiến pháp như một bản hướng dẫn pháp lý một cách các chi tiết, ví dụ một nhóm thiểu số thì có những quyền nào.

7.2. Quy trình, thủ tục thực thi các điều khoản về quyền con người

Tòa án không chỉ có xét xử những vụ việc tranh chấp rõ ràng về quyền con người; một phần quan trọng trong công việc của tòa án là giải quyết những mảng mờ của quyền con người còn thiếu rõ ràng, chắc chắn và còn có nhiều quan điểm khác nhau. Trong quá trình đàm phán về Hiến pháp mới tại Nam Phi (1994-1996), các nhà lãnh đạo của Quốc hội lập hiến thống nhất rằng án tử hình vi phạm các nguyên tắc của quyền con người. Nhưng án tử hình lúc đó vẫn còn rất phổ biến; nếu đưa ra trưng cầu dân ý thì người dân có thể ủng hộ biện pháp này. Những người soạn thảo chọn cách để việc giải quyết vấn đề này cho Tòa án Hiến pháp vừa mới thành lập. Theo thủ tục hợp pháp, Tòa tuyên bố rằng án tử hình là vi hiến và vi phạm nguyên tắc quyền con người. Tính hợp pháp của tòa, mặc dù mới được thành lập và bất chấp thái độ không tin tưởng khắp xã hội đối với các thiết chế nhà nước đã giúp cho tòa đóng vai trò trọng tài với kết cục được chấp rộng rãi. Tuy nhiên, điều này không làm cho vấn đề lắng xuống và trong chiến dịch tranh cử năm 2005, một số nhà lãnh đạo đã nêu vấn đề trưng cầu dân ý về án tử hình nhằm gây dựng lòng tin rằng họ cương quyết đấu tranh chống tội phạm.

Các tòa án tham gia vào hoạt động này có thể được coi là “làm luật” hơn là giải thích luật. Điều này trở nên quan trọng khi có sự thay đổi hoặc sửa đổi hiến pháp thiếu sự chấp thuận một cách dân chủ. Các chủ thể chính trị lại nhìn nhận việc tòa án tuyên về các quyền của các nhóm thiểu số hoặc các nhóm ngoài rìa với thái độ nghi ngại, một phần vì họ

muốn độc quyền trong “làm luật” và một phần vì điều đó nằm ngoài vòng kiểm soát của họ về mặt đảng phái đối với cử tri. Để duy trì sự cân bằng mỏng manh trong hiến pháp về vấn đề dân tộc liên quan đến quyền con người được thừa nhận thuộc về một quốc gia và dân tộc, Hiến pháp Ethiopia đã quy định rõ ràng nhánh lập pháp là cơ quan duy nhất có quyền giải thích bất kỳ điều khoản nào của hiến pháp, bao gồm cả các nội dung tranh chấp tại tòa án.

7.3. Thủ tục khiếu kiện về quyền trong hiến pháp

Ai là người có quyền khiếu kiện và yêu cầu thực thi các quyền? Đó chỉ có thể là cá nhân mà quyền bị trực tiếp vi phạm, hay một nhóm có quan tâm có thể thay mặt cá nhân đó theo đuổi vụ việc? Một nhóm bất kỳ nhân danh lợi ích công? Đây là những câu hỏi quan trọng khi đề cập đến việc thực thi quyền con người ở tòa án. Trong khi đó, các quy định về thủ tục tiếp cận tòa án để thực thi quyền con người chỉ được khái quát hóa ở mức độ cao trong hiến pháp. Có lẽ mức độ quy định chi tiết về vấn đề này không được tính đến. Các nhà lập hiến có xu hướng khuyến khích tòa án có những thủ tục đơn giản và tạo cơ hội tiếp cận tòa để dàng hơn. Các bản Hiến pháp thường quy định rõ ràng quyền của cá nhân được khiếu kiện liên quan đến những vi phạm về quyền của họ hơn là đẩy việc này cho luật hoặc thủ tục của tòa trong tương lai.

7.4. Những bảo đảm về thể chế

Ủy ban quốc gia về quyền con người đang ngày càng trở nên phổ biến ở các nước, phần lớn tuân theo những hướng dẫn của Liên hợp quốc liên quan đến cơ quan quốc gia về quyền con người. Vấn đề chính là cơ quan này có thẩm quyền đến đâu trong việc tạo ra các “biện pháp khắc phục hữu hiệu” để các cá nhân và nhóm có thể khiếu kiện về vi phạm quyền. Có nhiều phương án khác nhau về các cơ quan này, từ những ủy ban có thẩm quyền áp đặt các biện pháp khắc phục, bao gồm cả bồi thường, cho đến những cơ quan chỉ có quyền đưa ra các khuyến nghị cho các thiết chế công khác trong lĩnh vực này.

8. Các quan điểm mâu thuẫn về một số quyền cụ thể

Trong quá trình xây dựng hiến pháp, việc phân hóa các nhóm theo cách xác định quyền “của chúng ta” và “của người khác” cho thấy một số quyền gây nhiều mâu thuẫn và

Tòa án được mong đợi phán quyết những nội dung chưa rõ ràng về quyền con người nếu tính chắc chắn không cao và có nhiều quan điểm trái ngược. Các nhân tố chính trị lại nhìn nhận một cách nghi ngại đối với việc tòa án tuyên về các quyền của các nhóm thiểu số và các nhóm ngoài rìa.

Những người xây dựng hiến pháp cần cân nhắc cẩn trọng về việc thực thi các quyền được ghi nhận trong hiến pháp. Nhà nước có nghĩa vụ bảo vệ các quyền nhưng không có nhiều biện pháp thực thi quyền.

Một số quyền sẽ gây nhiều mâu thuẫn và gây căng thẳng hơn cá quyền khác. Đó là quyền của nhóm thiểu số, quyền của phụ nữ và quyền kinh tế, xã hội, văn hóa.

căng thẳng hơn các quyền khác. Đó là các quyền:

- (a) Quyền của các nhóm thiểu số;
- (b) Quyền của phụ nữ; và
- (c) Các quyền kinh tế và xã hội.

8.1. Quyền của các nhóm thiểu số

Những tranh cãi trong việc ghi nhận pháp lý và chính trị của các nhóm và nhân tố khác nhau trong xây dựng hiến pháp thường được biểu hiện thông qua hình thức tranh cãi về quyền con người của các nhóm thiểu

Khái niệm về quyền con người của các nhóm thiểu số có thể áp dụng không chỉ cho cá nhân thuộc về nhóm thiểu số được hưởng quyền tương tự như mọi công dân khác, mà còn có nghĩa rằng một nhóm thiểu số có thể đòi hỏi một quyền nhất định

số khác nhau và người dân tộc bản địa. Ở Brazil (1988), Bolivia (2009) và Ecuador (2008), đã có những cuộc vận động về việc ghi nhận quyền của người dân tộc bản địa trong hiến pháp. Tại Indonesia, tranh luận về cải cách hiến pháp được lồng ghép với khái niệm pancasila về các nền văn hóa đa nguyên và các quyền thiểu số của người bản địa vùng Aceh và các vùng lãnh thổ khác (xem chương 2 của cuốn sách này, phần về các nguyên tắc và một số nội dung đa lĩnh vực). Trong quá trình xây dựng hiến pháp hiện thời của Nepal sau 10 năm xung đột vũ trang kết thúc vào năm 2006, những đòi hỏi của các dân tộc thiểu số cũng trở thành tâm điểm chú ý. Ở Ethiopia, quá trình xây dựng Hiến pháp năm 1994 chủ yếu xuất phát từ đòi hỏi việc thừa nhận quyền tự trị của các nhóm dân tộc thiểu số đặc thù. Tại Nam Phi, sự tranh luận giữa quyền của chủng tộc đa số và chủng tộc thiểu số là tâm điểm của thương lượng những năm 1990 – 1996 dẫn đến Hiến pháp dân chủ “không phân biệt chủng tộc” năm 1996. Ở Afganistan, quyền của các phe phái tôn giáo và phụ nữ làm nóng các cuộc thảo luận năm 2003 trong Quốc hội lập hiến hay còn gọi là Loya Jirga. Sự phân biệt đối xử trong quá khứ và những sự phân loại về bản sắc đã có tác động lớn đến nhu cầu sửa đổi hiến pháp. Trong nhiều trường hợp, giải quyết những tranh chấp về quyền của nhóm thiểu số trở thành tiêu điểm trong quá trình xây dựng hiến pháp và là nguyên nhân chính gây căng thẳng.

Khái niệm quyền con người của người thiểu số có thể hàm ý hai yếu tố. Thứ nhất, cá nhân được xác định thuộc về một nhóm thiểu số nào đó được hưởng các quyền như người khác, trên cơ sở bình đẳng không biệt đối xử, và hai, một nhóm thiểu số có thể đòi hỏi một cách hợp pháp về một quyền cụ thể nào đó. Một cách tiếp cận khác về yếu tố thứ hai kể trên là cá nhân có thể có hoặc mất đi một quyền cụ thể nào đó thông qua việc tham gia hoặc thuộc về một nhóm thiểu số.

Vấn đề quyền thiểu số rất đa tầng và phức tạp. Các nhà lập hiến cần xác định các vấn đề chính thông qua các câu hỏi như: Bản chất của vấn đề “thiểu số” là gì? Tại sao vấn đề “thiểu số” lại là vấn đề quốc gia và cần điều chỉnh ở cấp độ hiến pháp? Hiến pháp cần có những cách thức giải quyết nào và những cách thức đó giải quyết vấn đề ra sao?

8.1.1. Ai là “thiểu số”?

Ngay việc xác định ai là thiểu số đã là một thách thức. Không chỉ một số nhóm phản

đổi vì thuật ngữ này mang tính coi thường, mà ngay cả các nhà lập hiến cũng thấy “ranh giới” có vẻ rõ ràng trong việc xác định nhận dạng lại tỏ ra mập mờ. Hơn thế, đa phần việc phân biệt các nhóm này chủ yếu theo các tiêu chuẩn và khái niệm trong xã hội học hoặc nhân chủng học có thể có những ảnh hưởng pháp lý và chính trị mâu thuẫn với nhau trong các hiến pháp khác nhau. Điều tương tự có thể xảy ra đối với việc xếp loại chung chung hoặc rất khái quát khi vấn đề ai là ai được đưa ra theo những tiêu chí như vậy cũng gây xung đột.

Tính chính danh trong việc tự xác định nhóm thiểu số cũng có thể bị nghi ngờ hoặc thường không được các đối tượng bên ngoài công nhận. Nhóm thiểu số tự xác định, ngoài yêu cầu quyền pháp lý, còn cần vượt qua những định kiến cho rằng họ là người “lầm đường lạc lối”. Thậm chí những

Việc xác định ai là nhóm thiểu số cũng là một thách thức. Tính hợp thức của nhóm thiểu số tự xác định cũng có thể bị các đối tượng bên ngoài phủ nhận. Ngay cả khi các tiêu chuẩn trong đối “khách quan” của nhóm thiểu số, ví dụ như số lượng thành viên, cũng vẫn cần xem xét lại. Luật quốc tế là một nguồn tốt nhưng không phải luôn phù hợp.

tiêu chí tương đối “khách quan” về nhóm thiểu số, ví dụ như số lượng dân cư, cũng vẫn có thể có tính tùy tiện. Khi xây dựng các biện pháp đặc biệt nhằm bảo vệ các nhóm thiểu số, Quốc hội lập hiến Ấn Độ năm 1949 không coi người đạo Hồi Ấn Độ là nhóm thiểu số mặc dù về số lượng nhóm này là thiểu số. Ngược lại những người đạo Hindu đẳng cấp thấp và tầng lớp tiện dân được coi là nhóm thiểu số mặc dù đứng từ góc độ tôn giáo, họ thuộc về nhóm đa số theo đạo Hindu. Tương tự, nếu những tranh cãi về hiến pháp chỉ tập trung vào yếu tố số lượng trong xác định nhóm thiểu số thì sẽ dễ mắc phải việc bỏ qua các nguyên tắc quan trọng khác trong việc tính toán sự phân rẽ giữa các nhóm và việc xác định này lại phản tác dụng. Luật quốc tế có thể là một nguồn hướng dẫn nhưng không thực sự phù hợp bởi vì nó ghi nhận các nhóm thiểu số thông qua các tiêu chí được định nghĩa không cụ thể giống nhau. Ví dụ, “dân tộc bản địa” được định nghĩa tốt hơn “nhóm dân tộc” trong Tuyên ngôn của Liên hợp quốc về các quyền của người thuộc về nhóm thiểu số dân tộc, tôn giáo hoặc ngôn ngữ. Ở một số quốc gia chịu tác động của xung đột giữa các dân tộc, nhóm áp đảo lại là nhóm thiểu số về dân số. Còn trong các trường hợp khác, nhóm áp đảo về số lượng bị đẩy vào thế thu thiệt về mặt chính trị vì các nhóm thiểu số liên minh với nhau trong các cuộc bầu cử.

Các nhà lập hiến cũng cần tránh những mảng nội dung gây nên căng thẳng kéo dài trong việc định nghĩa nhóm thiểu số và các yếu tố đặc thù của từng nhóm. Liên quan đến nhóm thiểu số, điều quan trọng là ghi nhận rằng các yếu tố đặc thù thường đa dạng như cách xác định nhóm đa số. Ví dụ như trường hợp của Bolivia, toàn bộ dân cư bản địa gốc có thể được coi là một nhóm riêng. Kết quả là một số tộc người hợp thành nhóm người này không được coi là thiểu số trong bối cảnh cụ thể đó, dẫn đến việc hạn chế một số quyền của họ. Việc phân loại chung chung rõ ràng cũng làm cho các nhóm thiểu số hoặc đa số bị loại trừ mà không được để ý đến.

Hơn thế, các nhà lập hiến cũng có thể kỳ vọng thay đổi tiêu chí phân loại các nhóm

nhằm phá bỏ vòng tròn luẩn quẩn của xung đột. Quyền con người cũng có thể là một lựa chọn để hài hòa các nhóm. Việc này có thể thực hiện bằng cách công nhận sự khác biệt trong hiến pháp và nghiêm cấm phân biệt đối xử. Trên thực tế, những thuật ngữ này có thể giúp giảm đi các tranh chấp về thiểu số - đa số. Ví dụ, có thể sử dụng các tiêu chí phân biệt về nguồn gốc, tuổi tác và thậm chí giới tính để cấm phân biệt đối xử, cho dù có thể xảy ra trường hợp đa số là người trẻ và phụ nữ bị coi là yếu thế trong mối tương quan với số lượng người già và nam giới ít hơn. Cuối cùng, còn lại một vấn đề liên quan đến giả định về tính thống nhất. Trên thực tế, mọi nhóm “thiểu số” đều biến động và có thể bao gồm các nhóm thiểu số nhỏ trong nhóm thiểu số lớn. Sự phân loại một số nhóm thiểu số có thể giúp củng cố các nhóm khác.

Việc huy động các nhóm thiểu số trong xây dựng hiến pháp nhằm đòi hỏi quyền cụ thể nào đó đã trở thành yếu tố phổ biến ở các nước chịu ảnh hưởng của xung đột và chia rẽ. Nhóm thiểu số có thể tách biệt hoặc tập trung trong một lãnh thổ

Các nhà lập hiến có thể đặt mục tiêu thay đổi tiêu chí phân loại các nhóm nhằm phá bỏ vòng tròn luẩn quẩn của xung đột, nhưng họ cần tránh tạo ra những lĩnh vực tranh luận kéo dài sự căng thẳng xuất phát từ việc định danh các nhóm đa dạng và các yếu tố làm nên bản sắc của họ.

xác định, ví dụ người dân tộc bản địa hoặc rải rác trên khắp lãnh thổ, ví dụ như người đồng tính. Trong hoàn cảnh xã hội chia rẽ sâu sắc, nhóm thiểu số có thể được xác định bởi một số ranh giới cụ thể để dựa vào đó các nhà lập hiến có các phương án về quyền, ví dụ như:

- Nhóm thiểu số về tôn giáo: Giả định rằng một cơ chế hiến định bảo vệ một tôn giáo nhất định đã được chấp thuận, các nhà lập hiến đã có một số biện pháp nhất định để bảo vệ thiểu số về tôn giáo. Sự bảo vệ đặc biệt đối với nhóm thiểu số đã được quy định trong các hệ thống hiến pháp thế tục không thừa nhận các quyền bắt nguồn từ tôn giáo. Như vậy, rõ ràng là cần các biện pháp khác, bởi các nhà lập hiến phải chịu áp lực phải xác định một tôn giáo nào là “chính thống” hoặc “truyền thống” hoặc do ảnh hưởng thực tế từ một tôn giáo nhất định nào trong xã hội. Các biện pháp có thể rõ ràng hơn là chỉ ghi nhận các nguyên tắc như quyền tự do tín ngưỡng. Ví dụ, quyền của các nhóm tôn giáo tổ chức trường học riêng và các dịch vụ cộng đồng khác (ví dụ y tế, thờ tự...) là quan trọng và rõ ràng, ghi nhận rằng tại một số quốc gia chịu nhiều xung đột, vai trò của nhóm tôn giáo là nhân danh cộng đồng của mình hỗ trợ dịch vụ công. Các biện pháp áp dụng luật tôn giáo cũng cần được tính đến ở những nơi mà các nhóm tôn giáo có khung quy phạm riêng biệt. Trong hệ thống pháp luật chính thức cũng cần phải có chỗ cho việc ghi nhận và thực thi những quy phạm tôn giáo có lợi cho một số nhóm cụ thể hoặc áp dụng hệ thống pháp lý song hành. Việc thừa nhận cả luật đạo Hồi trong hệ thống pháp luật chính thức theo Hiến pháp mới của Kenya (2010) là một trong những vấn đề gây

Các biện pháp bảo vệ các nhóm thiểu số đã được ghi nhận trong hệ thống hiến pháp trên danh nghĩa có tính thế tục và không ghi nhận các quyền bắt nguồn từ tôn giáo. Các biện pháp khác cũng cần đưa vào, bởi lẽ những người xây dựng hiến pháp phải chịu áp lực trong việc ghi nhận một tôn giáo nhất định nào là “chính thống” hoặc “truyền thống” hoặc bởi vì sự ảnh hưởng từ một nhóm tôn giáo nào đó trong xã hội.

nhiều tranh cãi và khó giải quyết nhất. Như là một biểu hiện tôn trọng và ghi nhận đạo Hồi của quốc gia này chiếm gần 9% dân số cả nước, Hiến pháp mới cho phép thành lập tòa Kadhi trong khuôn khổ hệ thống tòa án chính thức để chuyên giải quyết những tranh chấp về luật gia đình mà các bên liên quan đều là người theo đạo Hồi. Tại nhiều quốc gia, có nhiều thảo luận về chủ nghĩa thế tục và việc áp dụng nó.

• *Thiếu số về chủng tộc.* Luật quốc tế về quyền con người liên quan đến phân biệt đối xử về chủng tộc là một trong những nội dung xuất hiện sớm nhất với sự xuất hiện của Công ước quốc tế về xóa bỏ mọi hình thức phân biệt chủng tộc (CERD), có hiệu lực vào năm 1969 như là biện pháp đáp trả nạn phân biệt người Semite đang hoành hành. Điều 1 của CERD định nghĩa phân biệt chủng tộc là “bất kỳ một sự phân biệt, loại bỏ, giới hạn hoặc ưu tiên nào dựa vào chủng tộc, màu da, nguồn gốc, hoặc dân tộc hoặc nguồn gốc dân tộc mà mục đích hoặc có tác động nhằm xóa bỏ hoặc tổn hại đến việc ghi nhận, hưởng và sử dụng trên cơ sở bình đẳng quyền con người và tự do căn bản liên quan về chính trị, kinh tế, xã hội, văn hóa hoặc bất kỳ lĩnh vực nào khác của đời sống xã hội”. Văn kiện này không phân biệt rõ ràng sự khác nhau giữa “chủng tộc” và “nguồn gốc dân tộc”. Theo CERD, việc nhận diện, chia tách theo chủng tộc hoặc chủ nghĩa phân biệt chủng tộc ở Nam Phi đều không thể chấp nhận. Ở cấp độ quốc gia, một vài quốc gia đã cho phép các nhóm được tập hợp lại theo “chủng tộc” mặc dù các nhà lập hiến cho rằng đó là một tiêu chí phân biệt không thể chấp nhận được. Nam Phi là một ví dụ. Hiến pháp 1996 ghi nhận cụ thể rằng nhà nước Nam Phi là “một nền dân chủ không phân biệt chủng tộc”. Trong những tranh cãi dẫn đến thành lập Quốc hội lập hiến 1994, thuật ngữ “đa chủng tộc” đã được cân nhắc và loại bỏ bởi vì điều đó có thể tạo cơ sở phân biệt chủng tộc, từ đó giúp cho sự phân biệt dưới thời chủ nghĩa phân biệt chủng tộc được hợp thức hóa ít nhiều, điều mà các nhà lập hiến chủ định loại bỏ một cách tuyệt đối. Nguyên tắc của hiến pháp do vậy được thống nhất giữa các phe phái chính rằng Hiến pháp được xây dựng làm sao để có thể thiết lập nền dân chủ không phân biệt chủng tộc. Trong khi đó, việc cân nhắc về tính bất bình đẳng giữa những người da trắng thiểu số và đa số người da đen không bị từ chối. Trên thực tế, kể từ khi xây dựng Hiến pháp, Nam Phi đã theo đuổi chính sách gây nhiều tranh cãi và phản đối, hướng đến việc tăng quyền cho “người da đen Nam Phi” như là một yếu tố chủng tộc. Các chính sách này tương tự với mô hình của Malaysia ưu tiên coi người Malay là nhóm chủng tộc, theo đó mô hình trao quyền kiểm soát kinh tế cho nhóm chủng tộc đa số. Cuối cùng, một số hiến pháp đặc biệt nghiêm cấm phát ngôn phân biệt chủng tộc và/hoặc không thừa nhận các đảng phái chính trị không bảo đảm sự dung hòa về chủng tộc.

• *Thiếu số về dân tộc.* Nếu các nhà lập hiến muốn tránh “xây dựng quốc gia” bằng cách đồng hóa, thì việc tổ chức hoặc tập hợp mọi người để tham gia vào hoạt động công cộng theo tiêu chí dân tộc là điều cần được chấp nhận. Ví dụ, các nhà lập hiến có

Hiến pháp các nước đã ghi nhận các nhóm thiểu số về dân tộc có các quyền về ngôn ngữ, hưởng lợi từ các lãnh địa riêng, được đại diện trong quá trình ra quyết định ở mọi cấp chính quyền sử dụng luật và tập quán riêng, gìn giữ mô hình quản lý truyền thống trong hoặc ngoài hệ thống chính thức của nhà nước. Tuy nhiên, các biện pháp này còn rất phụ thuộc vào từng hoàn cảnh.

thể cho phép các nhóm dân tộc thiểu số sử dụng quyền đối với ngôn ngữ, hưởng lợi từ các khu bảo tồn với những tài nguyên mà họ khai thác được, được đại diện trong các quá trình ra quyết định ở mọi cấp chính quyền, được sử dụng luật và tập quán riêng, được gìn giữ những hình thức quản lý truyền thống trong hoặc ngoài hệ thống chính thức của nhà nước. Những biện pháp đó phụ thuộc nhiều vào hoàn cảnh; trong một số trường hợp, tác động của những nhà lãnh đạo dân tộc rất đáng kể đối với chính phủ trên thực tế, mặc dù hiến pháp coi họ thuộc xã hội dân sự, ví dụ như ở Nigeria. Trong các trường hợp khác, việc này tác động lên hệ thống chính quyền là rất ít, ngay cả khi hiến pháp công nhận chính thức vai trò của họ, ví dụ như ở Nam Phi. Để đưa ra được lựa chọn, các nhà lập hiến nên cân nhắc mục tiêu của mình là cho phép những nhóm thiểu số dân tộc được ảnh hưởng đến chính trị quốc gia hay chỉ là nói lòng sự khác biệt văn hóa trong xã hội. Với lựa chọn thứ nhất, hiến pháp cần tạo điều kiện cho việc đại diện và tham gia của người dân vào chính phủ ở các cấp độ khác nhau.

- *Người bản địa.* Sự ghi nhận trong hiến pháp về người bản địa trong một số trường hợp cũng trùng khớp với nội dung về dân tộc thiểu số. Người bản địa có thể được phân biệt bằng cách chỉ ra họ là “những cư dân đầu tiên” ở một khu vực. Điều này có nghĩa là ghi nhận rằng họ là những người đầu tiên định cư một vùng lãnh thổ (toàn bộ hoặc một phần) mà bây giờ đã được nhập vào nhà nước hiện đại. Đa phần nội dung hiến pháp về nhóm người này đều liên quan chặt chẽ với vấn đề quyền sở hữu và kiểm soát đất đai và quyền tự quyết về văn hóa. Hai nội dung trên là các yếu tố tương quan gắn liền với nhau tạo nên sự thể hiện của đặc tính bản địa. Trong các trường hợp khác, ví dụ như ở Philippines, đòi hỏi của những cư dân đầu tiên có thể mở rộng đến những vấn đề chính trị. Việc phân biệt những đòi hỏi về văn hóa với chính trị có thể là một trong những giải pháp đối với các đòi hỏi như vậy, và luật quốc tế, đặc biệt là Công ước số 169 của Tổ chức Lao động quốc tế (ILO) đã được sử dụng để làm căn cứ giải quyết. Mặt khác, những đòi hỏi về chính trị cũng liên quan đến quyền tự trị thực sự và/hoặc sự tham gia và được đại diện trong đời sống công. Rất đáng được xem xét những gì sẽ xảy ra nếu những nguồn tài nguyên quý giá được phát hiện hoặc được khai thác trên vùng đất của người bản địa vì đó thường là nguyên nhân của những xung đột nghiêm trọng. Hơn thế, nhà lập hiến còn có thể lựa chọn biện pháp tái định cư người dân đến vùng đất có giá trị tương đương hoặc khi môi trường bị tổn hại và không còn sinh sống ở vùng đất cũ được nữa. Những nội dung này có thể bao gồm cả quyền được bồi thường nếu đất đai của họ bị cưỡng chế. Những cách thức khác bao gồm các biện pháp tham vấn bắt buộc hoặc không bắt buộc sẽ giúp cho người bản địa có tiếng nói (và lợi ích) từ việc khai thác đất đai của họ.

- *Người tị nạn và người mất chỗ ở.* Một điều đáng ngạc nhiên là nhiều hiến pháp không hề đề cập gì đến quyền của người tị nạn và người mất chỗ ở do các cuộc xung đột. Điều này đáng ngạc nhiên bởi vì trên thực tế số lượng những người này có thể rất lớn ở các nước nhiều xung đột. Một phần của vấn đề là tình trạng này thường được coi là vấn đề hành chính “tạm thời” và sẽ được giải quyết khi người dân tái định cư ở đâu đó. Một phần nữa là do chính sách lấy lòng người dân thông qua việc ghi nhận các quyền. Nhưng

bên cạnh xung đột, nhiều người còn phải rời bỏ quê hương khi tư cách công dân của họ bị từ chối. Nếu một hình hiến pháp chủ yếu ghi nhận quốc tịch cho cá nhân theo tiêu chí kế thừa các thế hệ trong gia đình và nơi sinh, rất nhiều người di cư và người tị nạn chỉ có ít cơ hội. Ngoài ra, khả năng họ tác động lên các nhà lập hiến là rất khiêm tốn trên thực tế, bởi quan điểm rằng tư cách công dân là điều kiện để tham gia về chính trị. Điều này đòi hỏi nhà lập hiến phải có cách tiếp cận đổi mới và tích cực trong việc sử dụng hiến pháp để bù đắp yếu tố dễ bị tổn thương của những nhóm thiểu số này.

Sự tập hợp của các nhóm thiểu số trong quá trình xây dựng hiến pháp nhằm đòi hỏi một số quyền cụ thể là hiện tượng phổ biến ở các quốc gia chia rẽ sâu sắc bởi xung đột.

8.1.2. Việc nghiêm cấm phân biệt đối xử và điều khoản về các biện pháp đặc biệt

Phụ thuộc vào các yêu sách của các nhóm dẫn đến các thay đổi trong hiến pháp theo hướng ghi nhận các quyền của nhóm thiểu số, và theo đó là những điều nghiêm cấm, các nhà lập hiến có thể cân nhắc hai cách tiếp cận. Đó là bảo vệ các nhóm thiểu số bằng cách:

- Nghiêm cấm phân biệt đối xử
- Các điều khoản về các quyền và biện pháp đặc biệt (không được nhằm với các đặc quyền ưu tiên)

Nghiêm cấm phân biệt đối xử

Việc được hưởng quyền không phân biệt đối xử hoặc được đối xử công bằng về bản chất rất rõ ràng. Hầu hết mọi hiến pháp đều thống nhất ghi nhận điều khoản nghiêm cấm phân biệt đối xử dựa vào nguồn gốc, ngôn ngữ, giới tính, tuổi, dân tộc, chủng tộc và vân vân... Các nhà lập hiến cũng mong muốn thay đổi thuật ngữ ghi nhận sự khác biệt từ những thuật ngữ cố định về bản sắc sang những thuật ngữ linh hoạt hơn. Một ví dụ là việc nghiêm cấm việc tự xác định trong các thuật ngữ về dân tộc hay việc cấm các đảng phái chính trị thuần nhất về mặt dân tộc. Việc này có thể thực hiện cùng lúc với việc hiến pháp thúc đẩy thành lập các hiệp hội công dân, nhằm hưởng các quyền mà các hiệp hội khác không có. Ý tưởng ở đây là mọi cá nhân đều có thể hưởng các quyền tương tự nhau bằng cách thành lập các liên kết tự nguyện thay vì chỉ cho phép những người thuộc một nhóm nhất định cùng một nguồn gốc có quyền được đòi các quyền đó. Kết quả là hiến pháp là căn cứ chung duy nhất được công nhận để hưởng quyền và là nguồn duy nhất của quyền, chứ không phải là tập quán hay tôn giáo. Thứ hai, cách tiếp cận này còn mang tính tích hợp: việc bảo vệ các nhóm thiểu số là một phần của gói các biện pháp bảo vệ đối với tất cả mọi người, trong đó bao gồm việc yếu tố bảo vệ này có thể khiến cho việc đi đến thống nhất dễ dàng hơn trong quá trình thảo luận hơn là các biện pháp đặc biệt để mang đến lợi ích cho một nhóm nhất định nào đó.

Bên cạnh việc nghiêm cấm phân biệt đối xử dựa trên nguồn gốc, ngôn ngữ, giới tính, tuổi, chủng tộc và..., những người xây dựng hiến pháp còn phải hướng đến mục tiêu thay đổi thuật ngữ về ghi nhận sự khác biệt từ thuật ngữ cố định sang một thuật ngữ linh hoạt, ví dụ, bằng cách nghiêm cấm tự xác định đặc thù dân tộc hoặc các đảng phái chính trị đơn sắc tộc.

Việc dựa vào các điều khoản về bình đẳng đòi hỏi công chúng có kiến thức đầy đủ và có thể tiếp cận tòa án; điều đó cũng có nghĩa là những nhóm thiểu số phải đối mặt với bạo lực cũng cần được biết về các quyền này và có thể tìm đến tòa hiến pháp để có biện pháp giải quyết.

Các điều khoản về các quyền và biện pháp đặc biệt

Trong xã hội bị ảnh hưởng bởi xung đột, việc ghi nhận quyền của nhóm thiểu số có thể đòi hỏi các biện pháp đặc biệt để bảo vệ các nhóm nhất định khỏi sự ngược đãi hoặc tạo điều kiện cho họ thoát khỏi vị thế yếu và tham gia vào dòng chảy của xã hội. Các quyền đặc biệt được bảo đảm nhằm tạo điều kiện cho nhóm thiểu số gìn giữ đặc thù, bản sắc và truyền thống riêng của họ. Các bảo đảm về quyền đặc biệt cho thấy rằng các nhà lập hiến cần chuẩn bị để chấp nhận kết quả là sự khác biệt trong đối xử với người thuộc nhóm thiểu số và số còn lại trong xã hội. Sự khác biệt trong đối xử này có thể được coi là để thúc đẩy sự bình đẳng hiệu quả và thịnh vượng của cả cộng đồng, phù hợp với quan điểm chung của xây dựng hiến pháp.

Một số biện pháp đặc biệt có thể gồm nhiều hình thức, nhà lập hiến có thể tùy vào hoàn cảnh mà lựa chọn biện pháp phù hợp. Nhìn chung, chúng bao gồm:

- Tự trị về lãnh thổ hoặc phân quyền hoặc “chia sẻ quyền lực theo chiều dọc” (xem chương 7 của tài liệu này về phân quyền);

- Các cách thức chia sẻ quyền lực (xem chương 4 về nhánh hành pháp)

- Đa nguyên pháp lý (xem chương 6 về tư pháp)

- Tự trị về văn hóa (hoặc sự ghi nhận của hiến pháp và công nhận đa dạng văn hóa)

- Thỏa hiệp (là dạng đặc biệt của chia sẻ quyền lực trong các quốc gia chịu ảnh hưởng của xung đột).

- Chia sẻ quyền lực dựa vào hệ thống bầu cử (đặc biệt là hình thức tăng cường của đại diện theo tỉ lệ - xem ấn phẩm về thiết kế hệ thống bầu cử của IDEA quốc tế);⁵⁹

- Quyền tự quyết và

- Các quy tắc và chính sách khẳng định hành động.

Quyền tự quyết

Tự quyết không đồng nghĩa với độc lập. Luật quốc tế ghi nhận quyền tự quyết trong một nhà nước hiện hành. Hệ quả là, một nhóm chính danh có quyền lựa chọn số phận của họ, nhưng sự lựa chọn đó không nhất thiết phải tuân theo một cách thức cụ thể nào. Khái niệm này có thể bao gồm các yêu cầu về các loại hình tự trị khác nhau; có thể bao gồm sự tách biệt toàn bộ và ly khai ở mức độ cao nhất cho đến các hình thức tự trị hạn chế hơn. Trên

Các biện pháp đặc biệt có thể là bảo đảm nhằm tạo điều kiện cho các nhóm thiểu số gìn giữ đặc thù, đặc điểm và truyền thống riêng nếu những người xây dựng hiến pháp được chuẩn bị để chấp nhận những sự khác biệt trong đối xử giữa người thiểu số với phần còn lại của xã hội. Sự khác biệt trong đối xử có thể được hiểu là thúc đẩy sự bình đẳng và thịnh vượng của cả cộng đồng.

⁵⁹ Sách của IDEA quốc tế, *Thiết kế hệ thống bầu cử: sách chỉ dẫn của IDEA quốc tế* (Stockholm: IDEA quốc tế, 2005)

thực tế, bất kỳ đề nghị tự trị nào cũng có thể gây nhiều tranh cãi về hình thức. Điều này bao gồm tự trị văn hóa của nhóm thiểu số khi nó được coi có tác động tiêu cực đối với lợi ích của những người không thuộc nhóm thiểu số. Tuy nhiên, mặc dù quyền tự quyết không mặc nhiên được hiểu là độc lập, nhưng cũng không phủ định khả năng tìm kiếm và đạt được mục tiêu độc lập.

Các xung đột về tự quyết mà có những yêu cầu về ghi nhận quốc tế đối với cương vị quốc gia vốn dĩ rất đa dạng và đặc biệt phức tạp, trải qua nhiều năm và thường phải có một bên quốc tế thứ ba để giải quyết vấn đề. Trong một số trường hợp, cách giải quyết đạt được sau

Luật quốc tế ghi nhận quyền tự quyết trong một quốc gia. Khái niệm này có thể bao gồm các hình thức tự trị khác nhau, từ việc chia tách và lý khai đến các hình thức tự trị bị giới hạn khác. Trên thực tế, bất kỳ yêu cầu nào về tự trị đều gây nhiều tranh cãi về hình thức của nó.

nhiều năm tranh cãi căng thẳng, kết quả là chấm dứt xung đột vũ trang, và với hình thức tự trị và chia sẻ quyền lực vẫn đang trong giai đoạn thực hiện. Ví dụ là Hiệp ước Ngày thứ sáu tốt lành (“*Good Friday Agreement*”) giữa Bắc Ai Len và Vương quốc Anh ký năm 1998; tính phức tạp của hai chủ thể như Bosnia và Herzegovina (Liên bang Bosnia và Herzegovina và Republika Srpska) sau khi ký Hiệp ước Dayton năm 1995; chia sẻ quyền lực và hiệp ước tự trị năm 2001 của khu tự trị Bougainville từ Papua New Guinea và hiệp ước tự trị 2006 của Nam Sudan và cuộc bỏ phiếu hòa bình cho độc lập thông qua trưng cầu dân ý năm 2011. Trong các trường hợp khác, tình hình vẫn chưa được giải quyết. Đó là sự tự quyết của người Albania ở Kosovo năm 2008, và tương tự là việc tách Nam Ossetia và Abkhazia ra khỏi Georgia. Các vụ việc này có thể hữu ích cho các nhà lập hiến trong việc đánh giá những yếu tố quan trọng liên quan đến các biện pháp hiến pháp nhằm giải quyết yêu cầu của nhóm thiểu số trong việc tự quyết, trong hoàn cảnh đất nước bị chia rẽ sâu sắc bởi xung đột. Giả sử rằng nguy cơ xung đột là cao nhất trong thời gian gần đây trong điều kiện một quốc gia dễ bị tổn thương – dù là nước lớn hay nhỏ - việc xây dựng những biện pháp hiệu quả trong hiến pháp có thể vận hành trong các hoàn cảnh khác nhau có ý nghĩa đặc biệt hữu ích.

Bằng cách đảm bảo quyền tự quyết cho nhóm thiểu số, Hiến pháp của Ethiopia thông qua tháng 12/1994 đã được coi là một hiến pháp vì thiểu số. Hiến pháp này do Quốc hội lập hiến được bầu xây dựng, trên thực tế bị chi phối bởi một nhóm vũ trang sau khi nhóm này sử dụng sức mạnh quân sự để hạ bệ một hội đồng điều hành theo chủ nghĩa Mác-xít. Quốc hội lập hiến, với mục tiêu xây dựng tính hợp pháp chính trị giữa các nhóm dân tộc khác nhau tại Ethiopia, mà số đông trong đó liên quan đến những hoạt động chống lại nhà nước, đã quyết định xây dựng lại một nhà nước Ethiopia đơn nhất thành nhà nước liên bang các dân tộc. Hiến pháp mới cũng ghi nhận quyền từ tự quyết đến lý khai cho mọi nhóm dân tộc được chính thức công nhận tại Ethiopia (Điều 39.1). Hiến pháp ghi nhận rất nhiều các quyền con người của cá nhân và tập thể theo các hiệp ước mà

Các cuộc xung đột liên quan đến quyền tự quyết với các yêu sách được công nhận tư cách quốc gia trên trường quốc tế thường có tính chất đa trị và rất phức tạp, kéo dài nhiều năm và thường có các bên thứ ba tham gia giải quyết.

Ethiopia đã phê chuẩn. Đồng thời, Hiến pháp cũng công nhận rằng “các dân tộc, sắc tộc và nhân dân” của Ethiopia là các phân cấu thành tối thiểu của đất nước trong mối tương quan với các cá nhân. Khi được thực thi, Hiến pháp đã ghi nhận rõ ràng rằng sắc tộc là dấu hiệu phù hợp nhất để xác định bản sắc trong một nhà nước. Do quyền lực tập trung nhiều vào tay Thủ tướng, người mà Nội các phải có trách nhiệm giải trình và đứng đầu mọi lực lượng vũ trang, văn hóa quyền con người trong nhà nước đó được coi là phụ thuộc vào các thỏa thuận chính trị với lãnh đạo nhà nước. Để củng cố các yếu tố chính trị, Hiến pháp đã trao mọi thẩm quyền giải thích điều khoản của Hiến pháp, bao gồm cả các tranh chấp tại tòa, cho Quốc hội. Cách tiếp cận của Ethiopia về tự quyết khá đặc biệt với sự thừa nhận phạm vi của tự quyết có thể mở rộng đến khả năng ly khai.

Tây Ban Nha có cách tiếp cận khác. Quốc gia này được hình thành từ ba “dân tộc trong lịch sử” – Catalonia, xứ Bass và Galicia – mỗi dân tộc này có đặc thù và các phong trào dân tộc riêng. Hiến pháp của Tây Ban Nha (1978) nỗ lực tạo ra chính quyền tự trị của ba dân tộc và mở rộng nguyên tắc này cho bất kỳ khu vực nào mong muốn điều đó. Hiến pháp đã ghi nhận các mức độ tự trị khác nhau tại vùng của ba dân tộc và phần còn lại của Tây Ban Nha, mặc dù trên nguyên tắc, mọi khu vực có thể có mức độ tự trị như nhau. Các phong trào tự trị nhanh chóng phát triển và 17 chính quyền tự trị đã xuất hiện. Bất chấp việc ghi nhận bản chất của ba dân tộc này, các nhà lập hiến đã chắc chắn bác bỏ bất kỳ một tranh cãi nào rằng bất kỳ nhóm nào cũng có các quyền pháp lý hơn những quyền đã có trong hiến pháp.

Như vậy, mặc dù các hoàn cảnh để ghi nhận việc tự quyết chịu tác động bởi các nhân tố khác nhau nhằm thay đổi hiến pháp, trên thực tế, các nhà lập hiến vẫn xem tự quyết là một khung pháp lý chính trị linh hoạt theo đó việc thể hiện các quyền cơ bản cũng có nhiều khác biệt. Trong những hoàn cảnh như vừa nêu, các nhà lập hiến có thể lựa chọn các yếu tố tác động qua lại lẫn nhau, vừa tập trung vào tự trị phân tán và sự tương đồng chặt chẽ ở mức cần thiết. Điều cốt lõi ở đây là các nhà lập hiến cần tính đến những khó khăn trong áp dụng khi đưa ra các biện pháp để giải quyết những tranh chấp giữa các chủ thể tự trị có quyền tự quyết và các chủ thể khác liên quan trong những hoàn cảnh phức tạp.

Hành động hỗ trợ/phân biệt tích cực

Các hành động hỗ trợ có thể dưới nhiều hình thức – đối xử ưu tiên cho nhóm thiểu số trong giáo dục công và việc làm, các biện pháp văn hóa như những hỗ trợ từ nhà nước cho giáo dục bằng tiếng địa phương; hoặc những biện pháp mang tính biểu tượng như những lời xin lỗi chính thức. Trong những hình thức đó, có thể phân biệt cụ thể hơn. Đầu tiên, nhà nước có thể để cho một nhóm hưởng lợi mà không ảnh hưởng đến các nhóm khác – ví dụ như cung cấp dịch vụ giáo dục bằng ngôn ngữ địa phương – hoặc thực hiện phân biệt tích cực, theo đó phân bổ nguồn tài nguyên hữu hạn cho nhóm ưu tiên và do đó làm ảnh hưởng tương đối đến nhóm khác.

Các hành động hỗ trợ có thể dưới nhiều hình thức. Nhà nước có thể giúp cho một nhóm hưởng lợi mà không ảnh hưởng đến các nhóm khác – ví dụ như cung cấp dịch vụ giáo dục bằng ngôn ngữ địa phương – hoặc thực hiện phân biệt tích cực, theo đó phân bổ nguồn tài nguyên hữu hạn cho nhóm ưu tiên và do đó làm ảnh hưởng tương đối đến nhóm khác.

chia nguồn tài nguyên có hạn – như suất học đại học – cho nhóm được ưu tiên, do đó sẽ ảnh hưởng đến các nhóm khác. Do nhà nước đang phân bổ lại các nguồn lực cho các nhóm, các vấn đề này cũng gây nhiều thách thức về mặt chính trị.

Những câu hỏi trọng điểm đầu tiên bao gồm: nhà nước đã từng loại bỏ một nhóm nào trong lịch sử hay chưa? Nếu có, liệu các biện pháp trong hiến pháp có thể điều chỉnh lại và đảm bảo bình đẳng không? Đây là những nội dung tối ưu của hiến pháp cho các biện pháp này – các biện pháp thực thi pháp lý hay chủ quyền thông qua hệ thống lập pháp về các biện pháp chuyên biệt đáp ứng yêu cầu về chính trị và phù hợp với các nguồn lực?

Nếu các hành động hỗ trợ đã được lên lộ trình, vấn đề đặt ra là loại hình nào là phù hợp nhằm đạt được những mục tiêu đề ra. Các nhà lập hiến có thể cân nhắc những vấn đề sau:

- Hiến pháp có nên đặt ra các định mức hoặc dành ghế cho các nhóm thiểu số? Liệu những biện pháp này nên bắt buộc hay tự nguyện?
- Các hành động hỗ trợ này nên dưới hình thức nào? Chương trình này có nên cố định về thời gian hay để mở? Các cách thức nào để xác định người thụ hưởng? Hay chỉ đơn giản là thuộc về một nhóm nhất định nào?
- Liệu nhiều nhóm có thể cùng hưởng lợi từ các hành động hỗ trợ vào cùng thời điểm không?
- Tòa án có nên công nhận giá trị pháp lý hoặc đề ra các giới hạn cho hành động hỗ trợ không?

Định mức ghế và dành riêng ghế trong nghị viện là các cơ chế phổ biến trong hiến pháp đối với các hành động hỗ trợ. Cả hai cách này đều đề cập đến vị trí đặc biệt cho các nhóm cụ thể nhưng có các chức năng khác nhau. Định mức ghế có thể đòi hỏi hiệu lực của nguyên tắc bình đẳng về cơ hội, để cho mọi cá nhân thuộc nhóm thiểu số cụ thể nhất định có thể “bắt kịp”. Định mức sẽ làm giảm đi những lo lắng việc bị phân biệt và thúc đẩy sự hợp tác bởi vì giúp cho thành viên nhóm tham gia vào cơ cấu quyền lực. Việc dành riêng ghế trong nghị viện cho các nhóm này không ảnh hưởng đến quyền lực. Chúng tạo nên các vùng riêng biệt mà nhóm thiểu số là những người chơi duy nhất.

Hiến pháp có thể phân biệt giữa bình đẳng về cơ hội và bình đẳng về kết quả. Trên thực tế, các nhà lập hiến hướng đến cơ chế hành động hỗ trợ bình đẳng về mặt thủ tục tức là bình đẳng về cơ hội hơn là bình đẳng về kết quả.

Thực thi các biện pháp hỗ trợ

Các biện pháp hỗ trợ vẫn gây nhiều tranh cãi. Trên thực tế, nhiều chính sách hành động hỗ trợ đã gây nhiều tranh cãi trong khoảng thời gian dài. Theo một nghĩa, chúng mâu thuẫn với mục đích của những tham vọng trong hiến pháp là loại bỏ sự phân chia xã hội theo đặc thù riêng. Các nghiên cứu cũng cho thấy các kết quả

Các biện pháp hành động hỗ trợ thiểu số vẫn bị phản đối dữ dội. Nhiều chính sách gây nhiều tranh cãi trong thời gian dài. Các nghiên cứu cho thấy những kết quả đan xen nhau. Một khi chúng được hiến pháp ghi nhận thì vẫn cần có sự thúc đẩy của chính trị, và có rủi ro trong việc phân chia các nhóm thành kẻ thắng/người thua.

khác nhau trong việc thực hiện các mục tiêu cụ thể nhằm hỗ trợ nhóm nào đó. Bất kể việc thực thi là biện pháp pháp lý hay chương trình chính trị, trên thực tế, các xung đột pháp lý vẫn thường hay xảy ra hơn.

Cách thực thi thứ hai được là xem khi các hành động hỗ trợ được hiến pháp công nhận thì cũng cần sự hỗ trợ chính trị. Hệ quả là việc thực hiện sẽ gặp khó khăn nếu không sát cánh cùng động lực chính trị, mặc dù vẫn còn những nghi ngờ về sự cần thiết. Một khi chúng được thực hiện – ví dụ như ở Malaysia, nơi mà các nhà lập hiến đầu tiên chủ định kéo dài những hành động hỗ trợ tới 30 năm – dưới áp lực của người dân có thể giúp chương trình này phát triển: chương trình ở Malaysia kéo dài 40 năm và vẫn còn đang tiếp tục.

Cách thực thi thứ ba cần phải thực hiện với “luật về những kết quả không mong muốn”. Thay vì mang đến sự hòa giải, các chính sách này có thể có rủi ro tạo ra sự chia rẽ giữa các nhóm như là sự phân định kẻ thắng/người thua trong các trường hợp cụ thể. Các tiêu chuẩn thấp hơn cho việc tham gia của một nhóm nào đó, ví dụ như vào các công việc công, có thể làm giảm chất lượng dịch vụ, gây nên nhiều phản đối tập thể. Mặc dù có những chương trình hành động, sự bất bình đẳng vẫn tồn tại, khiến cho những người chịu ảnh hưởng phải không hài lòng rằng các biện pháp thực thi hiến pháp kéo dài quá lâu để giải quyết khó khăn của họ, dẫn đến việc phủ nhận tính hợp thức của hiến pháp. Các nhà lập hiến có thể cần tạo ra hệ thống đánh giá phản hồi đối với chương trình hành động hỗ trợ các nhóm thiểu số, dù được hiến pháp công nhận hoặc không, nhằm đảm bảo rằng chương trình vẫn là động lực phát triển của các nhóm yếu thế về mặt lịch sử.

Cuối cùng, tại một số quốc gia – ví dụ như Bolivia, Malaysia và Nam Phi – các nhóm bị phân biệt trong lịch sử và bị tước bỏ các cơ hội về kinh tế trở thành đa số về số lượng. Các hành động hỗ trợ áp dụng cho đa số hơn là nhóm thiểu số có các tác động xã hội khác xa so với các tác động đối với thiểu số.

8.2. Quyền của phụ nữ

Những yêu cầu về bảo đảm của hiến pháp đối với quyền của phụ nữ cũng không tránh khỏi gây căng thẳng. Trên thực tế, những căng thẳng như thế này không chỉ có trong xây dựng hiến pháp ở các nước hậu chiến hoặc bị tác động bởi xung đột. Nhiều quyền trong số các quyền này thường được ghi nhận trong khuôn khổ luật quốc tế về quyền của cá nhân, đặc biệt là Công ước của Liên hợp quốc về xóa bỏ mọi hình thức phân biệt đối với phụ nữ (CEDAW), có hiệu lực ngày 3/9/1981 (xem hộp 3).

Mảng nội dung gây căng thẳng nhất là số lượng và bản chất của những điều khoản mà quốc gia bảo lưu trong CEDAW, với những nội dung bảo lưu chủ yếu trong nội dung sự bình đẳng trong đời sống chính trị và công cộng, bình đẳng việc làm, bình đẳng trước pháp luật và bình đẳng trong hôn nhân và quan hệ gia đình.

Hộp 3: Công ước về xóa bỏ mọi hình thức phân biệt đối xử với phụ nữ

CEDAW ghi nhận rằng:

- Ghi nhận sự bình đẳng giữa phụ nữ và đàn ông trong hiến pháp quốc gia và các luật khác (bao gồm cả việc thực thi trên thực tế).
- Điều chỉnh các mô hình văn hóa với quan điểm loại bỏ mọi định kiến chống lại phụ nữ và các suy nghĩ rập khuôn về vị trí thấp hơn của nữ giới.
- Loại bỏ mọi hình thức buôn bán, khai thác hoặc bóc lột tình dục phụ nữ.
- Đảm bảo sự tham gia bình đẳng của phụ nữ vào đời sống chính trị và công cộng;
- Quyền bình đẳng trong tiếp nhận, giữ và thay đổi quốc tịch (bao gồm quyền bình đẳng trong việc xác định quốc tịch cho con cái)
- Quyền bình đẳng trong giáo dục
- Xóa bỏ mọi hình thức phân biệt trong việc làm
- Không phân biệt dựa trên tình trạng hôn nhân và thai sản
- Quyền bình đẳng trong tiếp cận dịch vụ y tế (bao gồm cả vấn đề kế hoạch hóa gia đình)
- Có quyền bình đẳng trước pháp luật; và
- Bình đẳng trong hôn nhân và quan hệ gia đình.

8.2.1. Sự bình đẳng trong đời sống chính trị

Sự bình đẳng giữa nam và nữ có vẻ nhìn chung được công nhận; các điều khoản về bình đẳng xuất hiện ở hầu khắp các hệ thống hiến pháp khác nhau. Hiến pháp của Ai-cập (1971) ghi nhận sự bình đẳng nam nữ và thậm chí đảm bảo sự bình đẳng của nữ giới trong các lĩnh vực chính trị, kinh tế, xã hội, mặc dù vẫn tuân theo những triết lý đạo Hồi. Hiến pháp của Hy Lạp (1975), quy định Nhà thờ Chính thống giáo là tôn giáo áp đảo, đồng thời quy định rằng nam giới và nữ giới Hy Lạp bình đẳng về quyền và nghĩa vụ. Trong một Hiến pháp tương đối mới của Swaziland (2005), được xây dựng theo chế độ quân chủ cha truyền con nối, phụ nữ cũng có quyền và được đối xử công bằng, quyền được có các cơ hội công bằng trong các dịch vụ chính trị, kinh tế và xã hội. Ngoài ra, Hiến pháp còn ghi nhận rằng không ai có thể ép buộc phụ nữ phải tuân theo một tập quán nào mà cô ta không muốn. Hiến pháp của Đông Timor (2002), xây dựng cho một quốc gia mà một số phụ nữ còn tham gia lực lượng vũ trang để giải phóng dân tộc, ghi nhận rằng nam giới và nữ giới bình đẳng về quyền và nghĩa vụ trong mọi mặt của đời sống gia đình và các lĩnh vực chính trị, kinh tế, xã hội và văn hóa. Trên thực tế, việc áp dụng các điều khoản này lại khác nhau, thực tế được giải thích bởi sự tác động của quyền lực và mức độ mà hiến pháp tác động lên đời sống xã hội văn hóa và kinh tế.

Xu hướng hiện nay là khuyến khích cách sử dụng ngôn ngữ trung lập về giới trong hiến pháp. Ví dụ, các hiến pháp thường sử dụng các thuật ngữ “giới” để cấm phân biệt đối xử mà không nhằm định nghĩa thuật ngữ này một cách chính xác. Các nhà lập hiến có thể đi xa hơn thế. Các đề xuất trình lên Quốc hội lập hiến Nepal, nếu được thông qua, sẽ vượt qua cả những nội dung về hai giới thông thường – nam và nữ - và bao gồm cả khái niệm “giới tính thứ ba”, và “chuyển giới”. Những nội dung trung lập về giới như vậy không đủ để quy định về quyền mà phụ nữ thực sự được hưởng.

Một rào cản và thách thức trong thực tế là sự tham gia bình đẳng của phụ nữ vào chính trị hơn là tôn giáo và văn hóa xã hội, là thái độ của các đảng phái chính trị tại nhiều quốc gia. Trước đây, hiến pháp không điều chỉnh các đảng phái chính trị. Một vài đảng phái đã làm như vậy, ví dụ như tại Brazil và Rwanda (nơi mà hiện nay có tỉ lệ nữ rất cao trong hệ thống lập pháp). Các nhà lập hiến có thể cần cân nhắc nội dung ảnh hưởng đến việc lựa chọn ứng cử viên của các đảng phái chính trị và sự phát triển của phụ nữ như là một nhân tố chính trị, với những chế tài thực sự dành cho các đảng không tuân thủ. Ngoài ra, định mức về tỉ lệ đại diện là nữ giới, mặc dù không phải là giải pháp cho mọi vấn đề, nhưng cũng có thể giúp tăng sự hiện diện của nữ giới ở cấp quốc gia, ngay cả khi không có sự ủng hộ ở cấp địa phương, để tham gia vào việc ra quyết định trong các vấn đề chính trị và pháp lý, là một ghi nhận hữu hiệu.

Một rào cản và thách thức thực sự với sự tham gia bình đẳng về chính trị là thái độ của các đảng phái chính trị tại nhiều quốc gia chứ không phải các yếu tố tôn giáo và văn hóa xã hội.

Hạn mức dành cho đại diện của phụ nữ trong chính trị mặc dù không phải là phương thuốc bách bệnh nhưng cũng đã tạo điều kiện cho phụ nữ hiện diện trong đời sống chính trị ở cấp quốc gia.

8.2.2. Sự bình đẳng trong hôn nhân và các quan hệ gia đình

Sự căng thẳng ở đây giữa một bên là những cam kết về sự bình đẳng nam nữ trong đời sống gia đình và một bên là những cam kết ghi nhận những tập quán pháp lý mâu thuẫn nhau trên thực tế đang ảnh hưởng đến sự bất bình đẳng nam nữ trong đời sống gia đình. Như đã nêu ở trên, các nhà lập hiến nên sử dụng hiến pháp để ghi nhận những cam kết quốc tế, ví dụ như cam kết trong CEDAW. Tương tự, các giải pháp của xung đột, đặc biệt là yêu cầu về sự ghi nhận dân tộc, chủng tộc hoặc nhóm tôn giáo nhằm có được sự ủng hộ từ các nhân tố chính trong xã hội, có thể dẫn đến việc nội dung hiến pháp mâu thuẫn nhau.

Các nhà lập hiến có thể có lựa chọn sử dụng nguyên tắc tính tối cao của hiến pháp để vượt qua những tập quán pháp lý kể trên. Điều đó có thể được xem xét dựa trên các giải pháp giải quyết tranh chấp, như là một động lực để hài hòa các cách thức tác động của nhà nước lên các nhóm khác nhau. Điểm khởi đầu có thể là liệt kê những nguyên tắc pháp lý với sự nghi nhận rằng những nguyên tắc nào trái ngược với hiến pháp thì sẽ bị vô hiệu. Do đó, trong lĩnh vực pháp lý, một bảo đảm về thể chế có thể trao quyền cho tòa án phá vỡ các nguyên tắc đó trên cơ sở của sự không tương thích pháp lý. Các nhà lập hiến có thể sử dụng

cách tiếp cận đảm bảo rằng các hành động của tòa được xem xét về tính hợp thức bởi các nhóm quan ngại về sự tồn tại và tôn trọng các quy phạm pháp lý phi chính thức. Một cách tiếp cận nữa của Hiến pháp Nam Phi tiếp nhận từ thực tế của hiến pháp một số nước Châu Mỹ latin về quyền của người bản địa là tích hợp các nội dung gây tranh cãi thành một vấn đề pháp lý được giải quyết ở hệ thống tư pháp chính thống. Điều đó có nghĩa là sự tương đồng trong giải thích luật được bảo đảm và mọi nguyên tắc pháp lý được xem xét cẩn trọng. Trong ví dụ về châu Mỹ La-tinh, việc xem xét áp dụng luật của người bản địa là một phần của công việc tư pháp. Trong ví dụ về Nam Phi, Tòa án hiến pháp có quyền “phát triển” luật tập quán là luật chủ yếu dựa trên chế độ gia trưởng. Trong một vụ việc nổi tiếng, Tòa án sử dụng quyền này để bác bỏ tập tục về vị trí của con trưởng – truyền lại tài sản cho con trai – và yêu cầu các nhóm liên quan điều chỉnh tập tục này theo đó cho phép con gái cũng hưởng thừa kế. Để tòa án có tính chính danh thực hiện công việc này, các nhà lập hiến cần giải quyết vấn đề về thành phần của tòa. Việc thiếu đại diện của một số nhóm trong ghế quan tòa có thể được lợi dụng để bác bỏ các quyết định được đưa ra bởi các thẩm phán không được đào tạo ở hoặc có thiện cảm với những nguyên tắc luật liên quan hoặc cùng quyền lợi với nhóm liên quan.

Một số hàm ý

Cơ chế bảo vệ quyền của phụ nữ trong hiến pháp cần đạt được điều gì? Khi khởi đầu, sự tham gia của nữ giới trong xây dựng hiến pháp sẽ đem đến nhiều kết quả: nếu phụ nữ được huy động để quyết định những nội dung của hiến pháp, nhìn chung, họ có thể đảm bảo rằng hiến pháp đề cập đến những nội dung liên quan trực tiếp đến vị thế pháp lý và xã hội của phụ nữ. Các nhóm này thường tạo ra lộ trình giải quyết vấn đề của phụ nữ, gồm những cuộc thương thảo khó khăn thời hậu xung đột.

Có thể có sự mâu thuẫn giữa một bên là các cam kết trong các văn kiện quốc tế đối về sự bình đẳng giữa nam và nữ trong đời sống gia đình và một bên là những cam kết ghi nhận tập quán trên thực tế nhiều khi thể hiện sự bất bình đẳng nam nữ trong đời sống gia đình.

Quyền của phụ nữ có thể được cải thiện nếu chính quyền quốc gia cam kết về điều đó như một mục tiêu và nếu họ phụ thuộc vào tập quán và luật giới địa phương bắt chấp sự phản đối từ những người lãnh đạo truyền thống. Nếu một xã hội bị rạn nứt do sự đa sắc tộc, các nhà chính trị quốc gia có thể ít mong muốn hoặc cam kết thúc đẩy về mặt pháp lý một số loại đời sống văn hóa/xã hội lên cấp quốc gia.

Nếu các kênh chính trị gần gũi với phụ nữ, các nhà lập hiến có thể cân nhắc cho phép họ chuyển chúng thành các biện pháp pháp lý để tạo cơ hội đòi hỏi quyền lợi. Một quyết định pháp lý trong một số trường hợp cũng có giá trị chính trị, khiến cho các chính trị gia ủng

Nữ quyền có thể được cải thiện nếu chính quyền quốc gia cam kết về điều đó và nếu họ không phụ thuộc vào tập quán hay luật về giới của địa phương bắt chấp sự phản đối của những người lãnh đạo truyền thống. Nếu một xã hội bị rạn nứt bởi sự đa dạng của các dân tộc và bộ lạc, các nhà chính trị quốc gia có thể ít cam kết hơn trong việc thúc đẩy về mặt pháp lý một số dạng thức của đời sống văn hóa/xã hội ở cấp quốc gia.

hộ những quan điểm pháp lý, khi mà một quyết định tương tự bởi một cơ quan chính trị sẽ châm ngòi cho những phản đối dữ dội. Do đó, các nhà lập hiến cần cân nhắc tự xuất hiện và phạm vi của những ngoại lệ trong điều khoản về sự bình đẳng trong hiến pháp.

Nếu hệ thống hiến pháp đặt mục đích mở rộng số lượng các trung tâm quyền lực, việc áp dụng quyền của phụ nữ càng đa dạng. Phụ nữ cần thỏa thuận về quyền này ở cả cấp quốc gia và địa phương. Đặc biệt là trường hợp mà chính quyền địa phương độc

Các quyền của phụ nữ có thể phụ thuộc vào các tập quán địa phương và quan điểm chính trị khu vực. Việc bảo vệ các quyền này khác nhau ở các vùng khác nhau. Việc tăng cường sự tham gia của phụ nữ vào quá trình ra quyết định chính trị ở địa phương và sự tập hợp từ dưới lên trên có thể củng cố vị thế của họ.

lập tương đối và có khả năng phản kháng lại sự quản lý của chính quyền quốc gia. Quyền của phụ nữ có thể là tâm điểm của tập quán địa phương và những nội dung chính trị vùng miền. Việc bảo vệ quyền của họ cũng có nhiều khác biệt ở các vùng khác nhau. Trong một số trường hợp, sự xuất hiện của những nguyên tắc hiến pháp chung liên quan đến nữ quyền có thể là nền tảng để vận động chính quyền địa phương tuân thủ. Sự tham gia ngày càng tăng của phụ nữ trong các quyết định chính trị sẽ củng cố vị thế của phụ nữ. Và một “cuộc chạy đua chính phục đỉnh cao” có thể phát sinh, bởi các vùng thường xem những chính sách hành động ủng hộ của địa phương khác là “phương thức tốt nhất”. Sự vận động các quyền của phụ nữ ở đây có thể từ dưới lên như ở Bolivia. Khi không có sự đồng thuận ở cấp quốc gia về quyền của phụ nữ, các nhà lập hiến ở mỗi cấp phải cân nhắc liệu có nên ghi nhận những thói quen mang tính phân biệt ở địa phương vào trong hiến pháp.

8.3. Các quyền kinh tế, xã hội và văn hóa

Trong quá trình xây dựng hiến pháp ở một xã hội chịu ảnh hưởng nhiều của xung đột, những thỏa thuận về vai trò, vị thế và thực thi các quyền kinh tế, xã hội và văn hóa (ECOSOC) cũng phải đối mặt với những căng thẳng. Các quyền ECOSOC dẫn đến sự đối kháng bởi vì chúng liên quan đến những người phải

Các quyền ECOSOC có thể làm gia tăng sự đối kháng bởi liên quan đến những người phải chia sẻ nguồn tài nguyên ít ỏi. Hầu hết các quốc gia với nguồn lực giới hạn chỉ đảm bảo cho công dân những nhu cầu cấp thiết như tiếp cận giáo dục, chăm sóc sức khỏe và nhà ở.

chia sẻ các nguồn tài nguyên ít ỏi, mặc dù nếu các nguồn tài nguyên này phù hợp thì chúng có thể hạn chế được sự đối kháng này. Hiến pháp Iraq đảm bảo thực thi các quyền ECOSOC này – bao gồm quyền được giáo dục miễn phí, chăm sóc sức khỏe cả trẻ em và người lớn, môi trường an toàn (mặc dù chưa được định nghĩa), an ninh xã hội, thu nhập ổn định, nhà ở phù hợp và các điều kiện sống tối thiểu cho mọi người Iraq – không kể đến khả năng thực tế về nguồn lực, một phần bởi vì quốc gia này có nguồn thu từ dầu mỏ. Ngoài ra, Hiến pháp còn đề cập đến việc xóa bỏ hoàn toàn nạn mù chữ. Ngược lại, một số quốc gia dựa vào nguồn lực của mình chỉ đảm bảo cho công dân những nhu cầu khẩn thiết như tiếp cận giáo dục, chăm sóc sức khỏe và nhà ở.

8.3.1. Nên bao gồm những nội dung gì?

Những xung đột kéo dài và không giải quyết được có thể dẫn tới việc ghi nhận các quyền kinh tế, xã hội và văn hóa trong hiến pháp nhằm:

- Tạo ra một khuôn khổ trong đó các quyết định ảnh hưởng đến sự phát triển, sử dụng và phân bổ nguồn tài nguyên phải được đánh giá, đặc biệt là khi có thể gây ra xung đột liên quan đến những người có quyền tiếp cận và hưởng lợi từ nguồn tài nguyên quốc gia;

- Ràng buộc các quyền lập pháp và hoạch định chính sách và quá trình ra quyết định với các tiêu chuẩn hiến pháp mới về sử dụng nguồn tài nguyên.

- Thể hiện rằng các cơ quan kinh tế, xã hội và văn hóa của các cá nhân là một phần quan trọng của vị trí công dân trong quốc gia, và việc hưởng các quyền này của không dân không bị coi là phụ thuộc vào dân tộc, tông giáo, nhóm người, đảng chính trị hoặc các hiệp hội khác.

- Thúc đẩy sự hòa hợp thông qua công nhận quyền ECOSOC của các nhóm cụ thể mà bị buộc liên quan vào các xung đột với chính phủ do việc quy định sai trái và kéo dài liên quan đến các vấn đề kinh tế, xã hội và văn hóa của quốc gia; và

- Như các quyền con người khác, đây là khái niệm về một quyền không thể chia tách, tính hợp pháp của hiến pháp thể hiện qua các quyền ECOSOC và sự tôn trọng “hợp đồng xã hội” mới.

Các quyền ECOSOC cơ bản được ghi nhận trong Công ước quốc tế của LHQ – ICESCR, có hiệu lực ngày 3/1/1976 (xem hộp 4)

Hộp 4: Công ước quốc tế về các quyền kinh tế, xã hội và văn hóa (ICESCR)

Công ước ICESCR ghi nhận rằng:

- Quyền của người dân được tự quyết (bao gồm quyền sở hữu và kiểm soát nguồn tài nguyên tự nhiên và phương tiện sinh sống của họ)
- Quyền làm việc (bao gồm quyền được tự do lựa chọn nghề nghiệp)
- Quyền được có các điều kiện làm việc công bằng và thuận lợi (bao gồm việc được trả lương công bằng, trả lương bình đẳng với cùng công việc, an toàn lao động, điều kiện làm việc tốt, được thăng tiến dựa trên khả năng và thời gian nghỉ/nghỉ lễ phù hợp).
 - Quyền được thành lập và tham gia công đoàn và các hiệp hội (bao gồm quyền đình công phù hợp với pháp luật)
 - Quyền hưởng an ninh xã hội (hưu trí, bảo hiểm xã hội)
 - Bảo vệ gia đình (nghỉ thai sản được chi trả và hợp lý, đền bù cho những trẻ em và người chưa thành niên bị bóc lột về xã hội và kinh tế)
 - Quyền được có điều kiện sống hợp lý (không bị đói, có đủ thực phẩm, quần áo và nhà cửa)

- Hưởng các tiêu chuẩn cao nhất có thể về sức khỏe tinh thần và thể chất (bao gồm các biện pháp y tế và dịch vụ cho mọi trường hợp đau ốm)
- Quyền được hưởng chế độ giáo dục (bao gồm giáo dục bắt buộc và miễn phí ở cấp tiểu học cho tất cả mọi người); và
- Tham gia vào đời sống văn hóa và các cơ hội hưởng lợi từ các thành quả khoa học (bao gồm việc bảo vệ các quyền khoa học, văn học và nghệ thuật của tác giả).

Do đa phần các quốc gia hiện nay đã phê chuẩn công ước này, việc ghi nhận các quyền kinh tế, xã hội và văn hóa trong hiến pháp trong quá trình xây dựng hiến pháp gần đây trở thành phổ biến hơn

Việc quy định các quyền kinh tế, xã hội và văn hóa trong hiến pháp trong giai đoạn xây dựng hiến pháp trở nên phổ biến hơn là ngoại lệ.

là ngoại lệ. Nhiều điều khoản của hiến pháp đã sử dụng ngôn ngữ quyền con người của ICESCR. Thậm chí có những quốc gia ví dụ như Ấn Độ, nơi mà Hiến pháp còn ra đời trước ICESCR (1949), cũng đã tìm ra cách “hiến pháp hóa” những quyền này thông qua các quyết định của Tòa án Tối cao tại quốc gia này rằng các quyền này liên quan đến yêu cầu cơ bản để đưa quyền vào cuộc sống và được Hiến pháp bảo vệ. Các quyền ICESCR đòi hỏi các quốc gia phải loại bỏ các rào cản để có thể thực thi ngay các quyền. Mặc dù một số quyền ngày càng được công nhận, rào cản và sự phân biệt cũng nên được loại bỏ ngay. Chính quyền cũng vẫn vi phạm Công ước nếu họ không đạt được các tiêu chuẩn về quyền con người trong chính phương thức và khả năng của mình. Trong quá trình công nhận các quyền, những giới hạn vẫn cần phải được giữ để kiểm tra và tránh sự cắt xén khi mà các nguồn lực trở nên ít ỏi, và các quyền này cần có sự cải thiện tình hình thực tế và bắt đầu quá trình ghi nhận ngay khi các nguồn lực cho phép.

Hơn là một bản kế hoạch hành động, ICESCR để cho các chủ thể quốc gia tự xác định mức độ đa dạng theo tình hình riêng của mình, hệ thống pháp lý và các cách thức họ có. Các nhà lập hiến có thể mở rộng để quy định các quyền bổ sung không ghi nhận trong văn kiện này, ví dụ như quyền có nước sạch trong Hiến pháp lâm thời của Nepal.

Việc đề cập trong hiến pháp các quyền ECOSOC không nhất thiết là phải áp dụng một hệ thống kinh tế đặc biệt (nền kinh tế tự do hay tập trung), mà nó có thể là kết quả rõ ràng hoặc ngầm hiểu của những cách thức được áp dụng phù hợp với hiến pháp. Những câu hỏi quan trọng dành cho bất kỳ an tham gia vào soạn thảo văn bản hiến pháp là liệu có nên sử dụng con người như là biện pháp để đạt được các mục tiêu kinh tế trung và dài hạn không. Nhiều nhà lập hiến không ủng hộ quan điểm này và

Các quyền kinh tế, xã hội và văn hóa đòi hỏi những hành động có hệ thống của chính phủ và phụ thuộc vào sự sẵn có của các nguồn lực để thực thi. Theo ICESCR, các quyền này có thể được thực thi theo tiến trình tùy thuộc vào các nguồn lực, nhưng các quốc gia phải có nghĩa vụ có các bước dỡ bỏ ngay các rào cản và những yếu tố phân biệt đối xử.

phản đối vì rằng các mục tiêu kinh tế được đáp ứng khi các quyền và điều kiện sống của con người do đó bị ảnh hưởng tiêu cực.

8.3.2. Một số vấn đề cần cân nhắc

Yêu cầu về việc bảo vệ các quyền này thông qua hiến pháp vẫn còn nhiều tranh cãi, đặc biệt là câu hỏi làm cách nào các quyền này sẽ được thực thi và công nhận hiệu lực.

Ai sẽ là người thụ hưởng “thực sự” các quyền này?

Xuất phát điểm để cân nhắc nội dung này là các quyền này sẽ được thực thi trên danh nghĩa của ai? Liệu các nhóm mà các nhà lập hiến chú ý muốn trao quyền hưởng quyền này có cần một hoàn cảnh cụ thể nào hay không? Ví dụ, các cá nhân và nhóm sống trong diện đặc biệt nghèo đói? Chẳng hạn, để giải quyết vấn đề suy dinh dưỡng thường xuyên của vùng núi Bolivia, quyền có thực phẩm được ghi trong Hiến pháp với chủ định sử dụng sự phân bổ lại nguồn thu từ thuế để cung cấp thực phẩm cho người dân. Hoặc liệu các quyền xã hội có nhằm củng cố yêu cầu của xã hội đối với mạng lưới an sinh xã hội được sử dụng để giảm sự bất bình đẳng xã hội và giới? Đó thường là trường hợp các nhóm yêu cầu ghi nhận những quyền này trong hiến pháp, nhìn nhận đây là biện pháp để kết thúc mọi vấn đề. Các nhà lập hiến có thể lựa chọn cân nhắc các điều khoản trong hiến pháp quy định các quyền như là điểm xuất phát cần được cụ thể hóa. Ví dụ, việc bảo đảm quyền giáo dục có thể được củng cố bởi cam kết về mục tiêu đạt phổ cập giáo dục tiểu học. Điều này có thể dẫn đến một cơ chế liên kết giữa các quyền được bảo đảm trong hiến pháp và một sự phát triển lớn hơn trong các mục tiêu của nhà nước cũng như những ưu tiên chính yếu được ghi nhận trong hiến pháp.

Câu hỏi liệu các quyền này có nên gắn liền với tư cách công dân hay không là điều không dễ giải quyết. Các quyền được ghi nhận trong hiến pháp nên có sự áp dụng chung cho mọi người và hiến pháp nên hướng đến chống phân biệt đối xử giữa các cá nhân và nhóm mà không có căn cứ xác đáng. Tương tự vậy, vấn đề ai là người thụ hưởng các quyền kinh tế và xã hội đang được tranh cãi rất nhiều. Ví dụ, liệu một người không phải là công dân cũng có thể có quyền làm việc hoặc tiếp cận với chỗ ở phù hợp hay không? Khi cân nhắc về bản chất của các nghĩa vụ, để đáp ứng thì cần yêu cầu về sự phân phối xác đáng về tài sản và tài nguyên của nhà nước, các cán bộ thường muốn giới hạn các quyền cho công dân. Quan điểm này nhận được sự ủng hộ mạnh mẽ của những người theo chủ nghĩa quốc gia và các nhóm liên quan và thường là nhân tố chính gây nên thái độ bài ngoại và chống người nhập cư. Do đó, việc ghi nhận các quyền này thường được xem như các khế ước xã hội giữa công dân, như là nguồn đóng thuế chính yếu, với chính quyền - người đảm bảo các dịch vụ công cho người đóng thuế. Từ góc độ chính trị, những sắp xếp này giúp đảm bảo sự ủng hộ và lòng trung thành của những người đóng thuế cho nhà nước là bên cung cấp dịch vụ thông qua thuế. Nhưng điều này lại loại bỏ những người không chứng minh được quốc tịch hoặc không phải là công dân, ví dụ như người tị nạn và những người nước ngoài khác.

Ngoài ra, ngay cả khi việc sử dụng các quyền này như là một thuộc tính quan trọng của tư cách công dân cũng không giải quyết được tranh cãi giữa các nhóm khác nhau trong một quốc gia. Các cán bộ công chức thường phản đối việc thành viên lực lượng vũ trang

hoặc dịch vụ công có quyền biểu tình. Tại một số quốc gia, các nhà lập hiến đã sử dụng phần mở đầu của ICESCR để xác định ai là người có thể hưởng những quyền này. Có rất nhiều lựa chọn khác nhau. Ở Nam Phi, cơ quan tư pháp đã ghi nhận rằng thành viên của lực lượng vũ trang có thể biểu tình; tại các quốc gia khác, quy định này bị loại bỏ. Trong hoàn cảnh chịu ảnh hưởng của xung đột, quan điểm rằng các thành viên của lực lượng vũ trang có quyền biểu tình có thể lạ lẫm, đặc biệt khi các nhà lập hiến đang dự tính về nghĩa vụ quân sự của công dân.

Các quyền này sẽ được thực thi như thế nào?

Các nhà lập hiến có thể cân nhắc các lựa chọn để công nhận giá trị và thực thi các quyền thông qua các biện pháp (a) pháp lý và (b) chính trị.

Những phê phán phổ biến quá trình hiến định các quyền kinh tế và xã hội có thể được tóm tắt như sau. Đầu tiên, vì những quyền này đòi hỏi phải có các hành động tổng thể của chính phủ, rõ ràng là chúng phụ thuộc vào tính sẵn có của các nguồn lực để thực hiện. Nhưng các nguồn này có thể rất hiếm. Nhìn lại đánh giá của Ngân hàng thế giới rằng các xung đột có thể làm thụt lùi sự phát triển từ 10-15 năm, có thể giả định rằng quá trình xây dựng hiến pháp tại các quốc gia chịu ảnh hưởng của xung đột phải đối phó với hoàn cảnh các nguồn lực thậm chí còn khan hiếm hơn bởi xung đột. Thứ hai, việc xác định cách thức sử dụng và phân bổ các nguồn tài nguyên hiếm hoi là một quá trình chính trị giữa các quan điểm mâu thuẫn nhau về cuộc sống tốt đẹp. Từ cách tiếp cận này, nỗ lực nhằm xác định “nội dung chính tối thiểu” của các quyền liên quan đến các nguồn lực này gây nhiều tranh cãi trong việc có ghi nhận là một quyền hiến định hay không. Thứ ba, ngay cả khi các tài sản và tài nguyên của nhà nước được coi là nên sử dụng trên nguyên tắc dựa vào quyền, thì đòi hỏi liên quan đến quyền của các nhóm khác nhau cũng mâu thuẫn với nhau và hiến pháp không nên đề cao một đòi hỏi nào cao hơn đòi hỏi khác. Thứ tư, những thẩm phán không do bầu cử nên sẽ không thể quyết định về những tranh chấp khác nhau phát sinh. Hơn thế nữa, họ thiếu thông tin đầy đủ về chính sách có liên quan, ví dụ như số liệu khảo sát để có các quyết định chính xác.

Bất chấp những phê phán này, nhiều cá nhân và nhóm dễ bị tổn thương mà việc tiếp cận và tham gia vào quá trình chính trị hạn chế khả năng rằng các quyền lợi của họ được bảo đảm, đã có xu hướng sử dụng việc xây dựng hiến pháp để yêu cầu thực thi các

quyền của họ. Đối nghịch lại với họ là các nhóm nhiều lợi ích, vì nhiều lý do, biết rằng quá trình hiến pháp hóa, bản thân nó không thể chấm dứt các tranh chấp. Tuy nhiên, nhìn chung, một số quyền được công nhận giá trị pháp lý, có thể trong sự nhìn nhận tác động của luật quốc tế theo ICESCR. Các mối quan hệ lao động và các quyền liên quan (quyền biểu tình, thành lập công đoàn và các tổ chức, không bị ép buộc lao động, được bảo vệ khỏi các rủi ro liên quan đến công việc, vv) là những quyền được công nhận giá trị pháp lý.

Các quyền kinh tế, xã hội và văn hóa sẽ được thực thi như thế nào? Chỉ mỗi việc đưa các quyền này vào hiến pháp sẽ không chấm dứt sự tranh cãi giữa các quan điểm khác nhau.

Thực thi về mặt pháp lý

Hệ quả trực tiếp của việc thực thi về mặt pháp lý là các thẩm phán có thể được yêu cầu giải quyết việc thực thi các quyền ECOSOC khi có những tranh chấp phát sinh liên quan đến các quyền này giữa các bên liên quan. Để thúc đẩy quá trình này, các nhà lập hiến cần cân nhắc như sau:

- Liệt kê rõ ràng các quyền ECOSOC trong các đạo luật về quyền mà không có bất kỳ sự phân biệt nào và với các hạn chế chính trị ít nhất có thể;
- Ghi nhận thẩm quyền của các cơ quan tư pháp, ví dụ tòa án hiến pháp trong việc giải quyết các tranh chấp liên quan đến bất kỳ điều khoản nào của hiến pháp;
- Ghi nhận rằng người dân không chịu bất kỳ phân biệt đối xử nào trong việc hưởng các quyền ECOSOC; không phân biệt đối xử trong hưởng quyền ECOSOC được ghi nhận ngay lập tức trong ICESCR;
- Trao quyền và nhiệm vụ trực tiếp cho nhánh lập pháp ban hành luật để làm cho các điều khoản ECOSOC đi vào cuộc sống. trong một số ít trường hợp, cần có khung thời gian;
- Ghi nhận các nguyên tắc và tiêu chí định hướng cho nhánh lập pháp về các quyền ECOSOC nhằm củng cố sự xem xét kỹ lưỡng của nhánh tư pháp về các quyền này.
- Thể hiện rõ ràng sự ủng hộ với các nhóm theo xu hướng dân sự để họ có các căn cứ pháp lý để thúc đẩy và tham gia các vụ việc tại tòa; và
- Thể hiện mối liên hệ với luật quốc tế để củng cố luật quốc gia.

Nội luật hóa

Theo luật quốc tế, các nghĩa vụ pháp lý để thực thi các quyền kinh tế, xã hội và văn hóa gắn liền với các tiêu chuẩn tối thiểu về “nội dung cốt lõi”. Một mục tiêu chính là để đạt được các tiêu chuẩn toàn cầu đối với các cách thức để các quốc gia khác nhau với hệ thống pháp luật khác nhau ghi nhận các quyền này. “Nội dung cốt lõi” là cơ sở để thực hiện theo tiến trình luật quốc tế trong tương lai. Mặc dù ICESCR cho phép “thực hiện theo tiến trình” các quyền trong Công ước, có hai nghĩa vụ cần phải áp dụng đầy đủ và ngay lập tức đối với mọi quyền kinh tế, xã hội và văn hóa bất kể khả năng về nguồn lực ra sao: nghĩa vụ đảm bảo không phân biệt đối xử và nghĩa vụ “từng bước” hiện thực hóa các quyền.

Việc thực thi các quyền con người cũng đòi hỏi phải ban hành một số văn bản lập pháp mới về nội dung này. Các nhà lập hiến cũng nên tránh dùng ngôn ngữ trong hiến pháp dẫn đến sự chậm trễ vô hạn định trong việc ban hành các văn bản cần thiết. Việc vi phạm ICESCR có thể xảy ra dù Công ước đã bắt buộc tiến hành nội luật hóa nếu các quốc gia thành viên không có các biện pháp trong khuôn khổ các công cụ hiện có để đạt được mục tiêu này. Tiến trình chuẩn hóa rộng hơn về các quyền này ở mức độ toàn cầu cũng được nhắm tới thông qua việc làm rõ bản chất nghĩa vụ của các quốc gia theo ICESCR. Các quốc gia có nghĩa vụ thực hiện các biện pháp, áp dụng các cách thức để thực thi các quyền này, ví dụ như ban hành các văn bản pháp luật cần thiết. Đó là *nghĩa vụ thực hiện*. Ngoài ra, việc thực hiện các quyền này được ghi nhận trong các kết quả cụ thể của các vụ việc nhất định, bao gồm các quyền mà Ủy ban ICESCR yêu cầu các quốc gia thành viên phải thực hiện khi xem xét các báo cáo của họ. Theo đó, đây là *nghĩa vụ về kết quả*. Trong khi xem xét đưa

ICESCR vào hiến pháp, các nhà lập hiến có thể thấy cần phải đánh giá bản chất của nghĩa vụ mà họ muốn quy định.

Việc thực thi các quyền về mặt pháp lý trong hiến pháp quốc gia có thể cho phép nhánh tư pháp song hành cùng sự phát triển của luật quốc tế, hoặc phát triển theo hướng riêng của họ trong việc áp dụng luật vì tính chính danh trong các hành động của họ. Điều đó có nghĩa là sẽ có nhiều cách thức khác nhau trong thực thi pháp luật vì phụ thuộc vào hệ thống và truyền thống pháp lý của mỗi quốc gia.

Nam Phi là một ví dụ về phương án thực thi các quyền trên phương diện pháp lý. Hiến pháp 1996 của nước này không chỉ ghi nhận các quyền kinh tế, xã hội và văn hóa; mà còn quy định về chúng trong Đạo luật về quyền có hiệu lực thi hành ở tòa án, thành lập Tòa án Hiến pháp bảo vệ Đạo luật về quyền. Từ 1996, Tòa đã đưa ra các phán quyết thực thi các quyền liên quan đến nơi ở phù hợp, tiếp cận y tế chữa HIV, và quyền có nước sạch để uống trong một vụ kiện mà Tòa thậm chí còn phán quyết cá nhân có quyền nhận bao nhiêu lít nước mỗi ngày. Một trong số những quyết định đầu tiên của mình, Tòa đã xuất phát từ nguyên tắc “nội dung cốt lõi tối thiểu” của Công ước và áp dụng tiêu chuẩn tư pháp mới về “tính hợp lý”. Theo đó, khi xem xét những hành động của chính phủ liên quan đến một trong các quyền này, Tòa sẽ cân nhắc xem liệu điều đó có phù hợp với bối cảnh xung quanh không. Tính hợp lý là cách tiếp cận khá phổ biến của các quốc gia theo hệ thống thông luật với quan điểm rằng bản thân các quyền không có cái gọi là “nội dung tối thiểu”. Hiến pháp của Nam Phi được chứng thực bởi chính Tòa án Hiến pháp như là kết quả của quá trình thương lượng về Hiến pháp này trước khi nó được ban hành. Tòa đã có một cơ hội tốt để nghiên cứu kỹ vấn đề giá trị pháp lý của các quyền ECOSOC, nhờ đó một phần mà các quyền này có tính hiệu lực pháp lý trong bối cảnh Nam Phi. Theo quan điểm của Tòa trong suốt quá trình chứng thực Hiến pháp, các quyền chỉ phát triển nhờ được các công dân sử dụng và nội dung của chúng được làm rõ thông qua giải thích pháp luật của tòa án. Tòa đã đề cập đến quyền tự do ngôn luận như là ví dụ của một quyền phát triển thông qua giải thích pháp luật. Tòa cũng nhấn mạnh rằng, ít nhất tại Nam Phi, khi xét xử về các quyền, các Tòa án tuân theo nguyên tắc chủ chốt rằng không phán quyết định điều gì quá mức cần thiết trong từng trường hợp tranh chấp cụ thể giữa các bên. Do vậy, vấn đề mấu chốt đối với các tòa án trong việc thực thi pháp lý về quyền nằm ở yêu cầu về tính chính danh nội địa đối với vai trò của họ, chứ không phụ thuộc vào cơ chế thực thi quyền được đề cập trong pháp luật quốc tế.

Tại Ấn Độ, trong quá trình pháp lý hóa văn hóa quyền con người, được phát triển nhờ vai trò đặc biệt của cơ chế khiếu kiện vì lợi ích công cộng, Tòa án tối cao đã phát triển cách tiếp cận của Ấn Độ đối với việc thực thi quyền. Hiến pháp Ấn Độ 1949 ra đời trước cả ICESCR cho nên không có gì ngạc nhiên khi không ghi nhận các quyền kinh tế, xã hội và văn hóa. Thay vào đó, Quốc hội lập hiến thống nhất về việc tác động lên các nhà hoạch định chính sách sau này bằng cách quy định các nguyên tắc định hướng chính sách để thúc đẩy giai đoạn chuyển giao xã hội chủ nghĩa của quốc gia mới. Nhưng Tòa Tối cao cũng đã phán quyết, những quyền này được ghi nhận như là yêu cầu tối thiểu của bất kỳ cá nhân và

là một phần không thể tách rời của các quyền được sống. Quan điểm của Tòa án Tối cao về vai trò của mình không khỏi gây tranh cãi; trên thực tế, những xung đột về thể chế giữa Tòa án Tối cao và cơ quan lập pháp ở Ấn Độ xung quanh thực thi quyền con người không phải là chuyện mới. Chẳng hạn, một xung đột giữa Tòa án Tối cao và cơ quan lập pháp nảy sinh sau khi Tòa áp dụng cách tiếp cận pháp lý để bác bỏ luật tài sản mang tính chất tái phân phối. Do những tranh cãi gay gắt, Quốc hội lập hiến Ấn Độ đã chọn cách công nhận quyền tài sản trong nội dung liên quan đến “các nguyên tắc định hướng” chứ không đưa vào Đạo luật về quyền có giá trị pháp lý. Cơ quan lập pháp lớn tiếng phản đối phán quyết của Tòa án Tối cao trong vụ *Sankari Prasad Singh kiện Union of India*, khẳng định rằng Hiến pháp Ấn Độ không bảo vệ bản thân quyền sở hữu tư nhân, mà thay vào đó là thúc đẩy các biện pháp cho phép những người nghèo Ấn Độ có quyền tiếp cận tài sản theo cách công bằng. Để ngăn ngừa sự can thiệp của tòa án vào quá trình cải cách ruộng đất, cơ quan lập pháp đã thông qua Sửa đổi lần thứ chín năm 1951 đối với Hiến pháp Ấn Độ hạn chế quyền tài phán của tòa án trong lĩnh vực này và các lĩnh vực khác.

Trong quá trình pháp lý hóa các quyền, các nhà lập hiến cũng cần cân nhắc đến hệ quả của những giới hạn được phép trong hiến pháp đối với các quyền. Những giới hạn về quyền trong hiến pháp có thể được chấp nhận; đa phần các hiến pháp có những điều khoản đề cập đến tiêu chí áp dụng các biện pháp giới hạn. Một vài trong số các tiêu chuẩn đó liên quan đến một số quyền cụ thể và mục đích của sự giới hạn.

Tòa án không phải luôn ở vị trí giải quyết các vụ việc phát sinh từ các quyền kinh tế, văn hóa xã hội. Những người xây dựng hiến pháp cũng có thể dựa vào các nhân tố chính trị để đề cập đến các quyền này, nhưng vẫn cần đến thủ tục thực thi các quyền này.

Một vấn đề cần lưu ý là việc pháp lý hóa các quyền kinh tế, xã hội và văn hóa sẽ làm cho tòa án quá tải với khiếu kiện. Trong trường hợp của Nam Phi, khi mà các quyền được công nhận giá trị pháp lý, khối lượng công việc của các tòa án, tính cả các quyết định của Tòa án Hiến pháp từ 1996 cho thấy, một tỉ lệ lớn các vụ việc là có liên quan các quyền dân sự và chính trị, đặc biệt là các quyền trong tố tụng hình sự. Tuy nhiên, những người xây dựng hiến pháp nên hiểu rằng, pháp lý hóa không phải luôn có nghĩa rằng tòa án sẽ ở vị trí giải quyết tất cả mọi vấn đề phát sinh. Họ có thể cần dựa vào các nhân tố chính trị để giải quyết các quyền ECOSOC.

Các lựa chọn chính trị

Nhiều vấn đề phát sinh từ những tranh cãi về các quyền kinh tế, xã hội và văn hóa đã vượt quá khuôn khổ hiến pháp; đặc biệt là vai trò và tác động của phát triển kinh tế và toàn cầu hóa từ 1990 không thể xem nhẹ. Một mặt, một số nguồn lực quốc tế mà các quốc gia chịu ảnh hưởng của xung đột có thể dựa vào để củng cố các quyền kinh tế và xã hội đang bị suy giảm. Mặt khác, trong hoàn cảnh hệ tư tưởng phổ biến là thúc đẩy các quốc gia áp dụng lựa chọn thị trường tự do trong đó các nhân tố tư nhân chứ không phải nhà nước giữ trách nhiệm lớn hơn trong việc cung cấp các định vụ theo các quyền nêu trên. Nếu như sự thật là việc nhà nước giảm thiểu việc điều chỉnh đối với công nghiệp, tư nhân hóa tài sản

nhà nước, chính sách thuế hỗ trợ nhà đầu tư, chính sách khắc khổ chi tiêu công, thị trường việc làm linh hoạt, thì mức độ các quyền ECOSOC được các nhà xây dựng hiến pháp xác định như thế nào? Bao nhiêu phần của hoạt động công dùng để hỗ trợ mọi tầng lớp của xã hội để tham gia đầy đủ vào đời sống kinh tế của nhà nước, bao gồm sự lựa chọn các chính sách kinh tế, khi mà chủ quyền của nhà nước về kinh tế bị chia sẻ với những chủ thể siêu quốc gia? Những loại câu hỏi này sẽ khó được trả lời. Chúng cần có những biện pháp hiến pháp, nhưng cũng có lý do hợp lý để đưa những việc này cho các nhân tố chính trị và dành nhiều đất cho những chính trị gia thương thảo về cách giải quyết phù hợp.

Ngay cả khi việc giải quyết vấn đề về các quyền ECOSOC trong hiến pháp dựa trên nền tảng chính trị nhiều hơn pháp lý, nó vẫn đòi hỏi trình tự thực thi. Các nhà lập hiến các nước đã cân nhắc nhiều lựa chọn với đặc điểm chung là phụ thuộc và thủ tục thực thi phi tư pháp. Các lựa chọn đặt ra bao gồm:

- Các quyền ECOSOC được ghi nhận trong hiến pháp, bao gồm Đạo luật về quyền, nhưng có các hạn chế rõ ràng đối với thực thi bằng tư pháp.

- Các quyền được ghi nhận như là “các nguyên tắc định hướng của chính sách quốc gia” cho các nhân tố chính trị và những nhà hoạch định chính sách.

- Các quyền ECOSOC có thể được củng cố bởi các quyền khác có tính chất thực thi về mặt pháp lý. Do việc hưởng các quyền này phụ thuộc vào các chính sách, cũng như việc sử dụng tiền thuế, các nhà lập hiến có thể cân nhắc tạo điều kiện cho công dân giám sát chính sách và việc chi tiêu của chính phủ gắn với thực thi các quyền ECOSOC. Điều này có thể được thực hiện thông qua các quy định của hiến pháp công nhận quyền tiếp cận thông tin chính thức và giao cho nhánh lập pháp quy định cụ thể.

- Một công việc khác trong thực thi là thành lập một thiết chế có thể hỗ trợ công dân khi cần giúp đỡ. Một cách lý tưởng, thiết chế này độc lập khỏi những nhà hoạch định chính sách của nhánh hành pháp và lập pháp. Đặc tính nổi trội của cơ quan này ở chỗ đây không phải là tư pháp. Thanh tra nghị viện là một thiết chế bảo vệ công như thế. Tại nhiều quốc gia, thanh tra nghị viện có thể tiến hành điều tra những vi phạm quyền ECOSOC và đưa ra khuyến nghị cải tổ pháp lý và hành chính.

Những lựa chọn này có thể làm rõ ai là người phải giải trình về việc không thực thi các quyền này. Ngôn từ của các nguyên tắc định hướng có thể ghi nhận rõ ràng ai là người chịu trách nhiệm; ví dụ, nếu hiến pháp quy định rõ cần phải ban hành tiếp các đạo luật, có thể sử dụng quy định đó để vận động hành lang và theo dõi hoạt động của các nghị

Hiến pháp có thể không giải quyết cụ thể vấn đề các quyền kinh tế, xã hội và văn hóa nhưng nó có thể đưa ra các nguyên tắc để giúp cho người ra quyết định. Nếu chúng gây ra nhiều tranh cãi về nội dung và tác động, việc ghi nhận các quyền này trong hiến pháp có thể gây phản tác dụng.

sĩ trên phương diện này. Chẳng hạn, ở châu Mỹ Latinh, các nhóm xã hội dân sự vận động “tư cách công dân kinh tế” cho người bản địa và các nhóm dễ tổn thương đã sử dụng các điều khoản trong các nguyên tắc định hướng để yêu cầu đánh giá tác động về quyền con người trong các dự án phát triển chính thức. Đối với các nhóm dân tộc, các quyền ECOSOC

có thể là cơ chế cụ thể để xem xét các khiêu kiện về sự phân biệt đối xử, làm rõ sự khác nhau giữa nhận thức về phân biệt đối xử với các hành vi mang tính phân biệt thực tế.

Một văn hóa quyền con người ổn định và linh hoạt có thể đòi hỏi tòa án và nhánh lập pháp phải tạo sự cân bằng giữa cơ chế bảo vệ quyền về pháp lý và chính trị. Các nhà lập hiến cũng có thể kết nối các mục tiêu phát triển với các quyền ECOSOC và thiết lập hội đồng kinh tế để khuyến nghị cơ quan hành pháp hoặc mọi cơ quan công quyền khác về các chính sách kinh tế, bao gồm thực thi các quyền nói trên.

Hiến pháp có thể không giải quyết triệt để một vấn đề nhưng có thể đề ra các nguyên tắc cho người có quyền quyết định. Nếu họ mâu thuẫn gay gắt về nội dung và hậu quả, việc ghi nhận các quyền ECOSOC trong hiến pháp có thể là phản tác dụng. Mâu thuẫn này sẽ còn kéo dài trừ phi các điều kiện kinh tế và vật chất được cải thiện cho người nghèo, điều mà có lẽ nằm ngoài tầm với của hiến pháp. Việc ghi nhận quyền có thể làm tăng các xung đột thể chế giữa nhánh hành pháp và tư pháp hoặc giữa tòa án và quốc hội. Không có một con đường duy nhất để thực thi toàn bộ các quyền ECOSOC, sự thành công cũng như thất bại đã xảy ra ở các hệ thống hiến pháp khác nhau.

9. Kết luận

Mối quan hệ giữa văn hóa quyền con người và xây dựng hiến pháp rất phức tạp trong bối cảnh các đòi hỏi về quyền cũng như những cuộc tranh cãi về chúng luôn là tâm điểm trong xung đột và chia rẽ xã hội. Nhân quyền đóng vai trò trọng tâm trong giải quyết xung đột giữa các nhóm, nhưng việc ghi nhận chúng trong hiến pháp ở một quốc gia

Quyền con người đóng vai trò trung tâm trong việc giải quyết xung đột giữa các nhóm, nhưng việc ghi nhận chúng trong hiến pháp của một quốc gia chịu ảnh hưởng của xung đột không hẳn là tránh được sự tranh cãi. Trong một nhà nước đa dạng về mặt xã hội, chia rẽ sâu sắc và chịu ảnh hưởng của xung đột, hiến pháp trở thành khuôn khổ cho các quan điểm về cách thức mà xã hội và cá nhân sống cuộc sống của mình.

chịu ảnh hưởng của xung đột sẽ không tránh khỏi căng thẳng. Cùng với thời gian, mức độ và ý nghĩa của quyền con người đã mở rộng hơn. Chúng không chỉ giới hạn ở mối quan hệ giữa quyền lực của nhà nước đối với cá nhân trong một xã hội tự do; các nhóm và cá nhân ngoài rìa cũng đã sử dụng cơ chế này để đòi hỏi sự tham gia và các hoạt động chính trị và kinh tế. Trong một xã hội đa dạng, bị chia rẽ sâu sắc bởi xung đột, hiến pháp là khuôn khổ gây nhiều tranh cãi về con đường mà các cá nhân và nhóm người sống cuộc sống của mình. Mục đích của hiến pháp vượt ra khỏi giới hạn của một luật. Bởi vì hiến pháp không thể bảo đảm mọi sự bảo vệ, mà cần có ý chí chính trị và các thiết chế để có thể hành động, các nhà lập hiến cần không chỉ cần tập trung vào việc ghi nhận các quyền. Có thể là cần quan tâm nhiều hơn để xác định các biện pháp trong hiến pháp hỗ trợ các quyền trong khuôn khổ hệ thống quyền lực hiện có chứ không tách biệt khỏi nó. Các nhà lập hiến cũng cần cân nhắc các thiết kế khác nhau về thể chế đã phân bổ quyền lực chính trị như thế nào, những cách nhìn khác nhau về hiến pháp đã góp phần xây dựng văn hóa quyền con người ra sao. Theo cách đó, các quyền sẽ là một phần hữu cơ trong nền tảng đạo đức đối với cơ chế pháp lý và chính trị của hệ thống hiến pháp chứ không tách biệt khỏi nó.

Thực tế là các xung đột và chia rẽ sâu sắc có thể làm trầm trọng hơn vấn đề xây dựng văn hóa quyền con người với một hiến pháp ổn định. Trải nghiệm về chủ nghĩa độc tài, chia rẽ dân tộc, bạo lực, tình trạng khẩn cấp được áp dụng trong thời gian dài với các quyền bị đình chỉ, một văn hóa giám sát bằng tư pháp yếu ớt và thiếu kiến thức pháp lý trong người dân, thiếu từ các nhóm áp lực mạnh vì không được thừa nhận hoặc khuyến khích, các tổ chức liên quan đến quyền chỉ quan tâm ở mức độ vừa đủ để làm sao thu hút những người ủng hộ họ, v.v. và vv... tất cả các yếu tố này đều cho thấy các khó khăn mà nhiều quốc gia phải đối mặt và giải quyết trong quá trình xây dựng hiến pháp. Những người xây dựng hiến pháp buộc phải tìm kiếm sự cân bằng, trong khi thừa nhận những giới hạn của hiến pháp và quyền con người, nhưng cũng cần xem các khả năng mở ra cho những gì chưa xuất hiện trước đó và huy động các nhóm vào công việc công là điều không thể trước đây.

Bảng 1: Những vấn đề được đề cập trong chương này

Vấn đề	Câu hỏi
<p>1. Định nghĩa văn hóa quyền con người</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Tại sao hiến pháp nên quy định về quyền con người? • Hiến pháp sẽ quy định những quyền nào? • Kinh nghiệm về xung đột và hoàn cảnh thực tiễn sẽ xác định như thế nào về các quyền sẽ được ghi hoặc không ghi trong hiến pháp? • Những quan điểm về văn hóa quyền con người hơn là chỉ tập trung vào nội dung quyền con người trong hiến pháp sẽ hỗ trợ nhà lập hiến như thế nào trong cách tiếp cận các quyền một cách chính thống và toàn diện?
<p>2. Tiến trình xây dựng hiến pháp và văn hóa quyền con người</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Tiến trình sử dụng để xây dựng hiến pháp liên quan như thế nào đến nội dung quyền con người? • Bản chất hoặc lý lẽ của hiến pháp và loại hình hệ thống chính trị tạo ra khung văn bản như thế nào để xác định các nội dung của quyền con người?
<p>3. Văn hóa quyền con người trong hoàn cảnh xung đột</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Những nhà lập hiến phải coi văn hóa của sự vi phạm quyền con người trên diện rộng tổng quát như thế nào để có thể xây dựng văn hóa hiến định về quyền con người? • Hệ thống phân bổ quyền lực chịu tác động của xung đột xã hội sẽ hình thành văn hóa hiến định về quyền con người như thế nào? • Liệu việc thực thi quyền con người có là vấn đề không nêu hiến pháp thúc đẩy đối thoại chính trị hoặc (một cách thay thế) áp dụng cách tiếp cận tư pháp và pháp lý như là tiến trình ưu tiên để giải quyết xung đột xã hội nghiêm trọng? • Xung đột giữa luật quốc gia và quyền con người quốc tế sẽ ảnh hưởng như thế nào đến văn hóa quyền con người?

<p>4. Quyết định về các nội dung quyền con người trong hiến pháp</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Các nhà lập hiến dựa vào tiêu chuẩn nào để quyết định về nội dung quyền con người ghi nhận trong hiến pháp? • Sự phân biệt giữa cá nhân, nhóm và người dân có hàm ý gì trong ngôn ngữ về quyền con người của hiến pháp?
<p>5. Thực thi quyền con người</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Tại sao việc các nhà lập hiến phải suy nghĩ cẩn trọng về vấn đề thực thi khi đề cập đến nội dung quyền con người trong hiến pháp lại là điều đặc biệt quan trọng? • Những vấn đề sẽ phát sinh liên quan đến thực thi quyền con người
<p>6. Quyền con người như là yếu tố của mâu thuẫn xã hội</p>	<ul style="list-style-type: none"> • * Liệu một bảo đảm hiến định về quyền con người có gây rủi ro về việc làm tăng xung đột trong xã hội, thay vì giảm thiểu nó? • Những loại căng thẳng nào sẽ phát sinh trong những thảo luận về quyền con người trong xây dựng hiến pháp? • Những nội dung nào thường gây nhiều căng thẳng hơn trong xây dựng hiến pháp trong hoàn cảnh chia rẽ? • Những rủi ro nào đi kèm với thực thi hiến pháp khi nó đảm bảo các quyền gây nhiều tranh cãi, và làm thế nào để giảm thiểu mâu thuẫn này?
<p>7. Sự đồng thuận trong văn hóa quyền con người giữa sự chia rẽ trong một số quyền cụ thể</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Đâu là những quyền thường gây ra sự chia rẽ hơn so với các quyền khác? • Những chia rẽ nào do việc đảm bảo quyền của nhóm thiểu số có thể gây nên và các nhà lập hiến có thể làm như thế nào để tăng khả năng đồng thuận về các quyền này? • Những căng thẳng nào do việc đảm bảo quyền của phụ nữ gây nên và các nhà lập hiến có thể làm gì để tăng khả năng đồng thuận về các quyền này. • Những căng thẳng nào do việc đảm bảo các quyền kinh tế, xã hội và văn hóa gây nên và các nhà lập hiến có thể làm gì để tăng khả năng đồng thuận về các quyền này.
<p>8. Kết luận</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Khi đi đến việc sử dụng tiến trình xây dựng hiến pháp để xây dựng văn hóa quyền con người, các nhà lập hiến phải nhận biết những điều quan trọng nào?

Từ khóa:

Quyền con người, Các quyền cơ bản, Tự do dân sự, Tiêu chuẩn quốc tế, Văn hóa quyền con người, Các quyền dân sự, Các quyền chính trị, Các quyền văn hóa, Các quyền kinh tế, Các quyền xã hội, Các quyền ECOSOC, Tư cách công dân, Hành động khẳng định, Phân biệt tích cực, Quyền của phụ nữ, Các quyền tôn giáo, Các quyền của nhóm đa số, Nhà nước trong tình trạng nguy cấp, Người kiểm tra, Ủy ban Nhân quyền, Nhóm dễ bị tổn

thương, Cộng đồng bị tụt hậu, Vi phạm diện rộng, Sự ân xã, Miễn trừ trách nhiệm, Công ty chuyển giao (transitional justice)

Các nguồn tham khảo bổ sung:

• **Văn phòng của Cao ủy LHQ về Quyền con người**

<http://www.ohchr.org/EN/Pages/WelcomePage.aspx>

Cao Ủy là cơ quan quyền con người chính của LHQ và dẫn đầu các nỗ lực về quyền con người bằng cách tiến hành nghiên cứu, giáo dục và truyền bá thông tin cộng đồng. Trang web có chương trình thực thi quyền con người và các nguồn lực về quyền con người, cũng như các tài liệu tâm huấn và là diễn đàn để giải quyết các thách thức quyền con người hiện nay.

• **Hội đồng Nhân quyền LHQ**

<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil>

Hội đồng Nhân quyền là một cơ quan liên chính phủ trong hệ thống LHQ bao gồm 47 quốc gia có trách nhiệm củng cố sự phát triển và bảo vệ quyền con người trên toàn thế giới. Hội đồng được thành lập trong cuộc họp Đại hội đồng LHQ vào ngày 15/3/2006 với mục đích chính là đề cập đến tình trạng vi phạm quyền con người và làm các khuyến nghị về tình trạng đó.

• **Chương trình phát triển Quản trị dân chủ tập trung vào Nhân quyền của LHQ**

http://www.undp.org/governance/focus_human_rights.shtml

Chương trình Phát triển của LHQ (UNDP) hỗ trợ sự phát triển quyền con người bằng cách tăng cường khả năng của các hệ thống và thể chế quyền con người, cam kết cùng các tổ chức quốc tế, và thúc đẩy ngành tư pháp cấp quốc gia. Trang web của UNDP cung cấp các tài liệu và có chương trình hỗ trợ với những người hoạt động trong lĩnh vực quyền con người.

• **Ủy ban châu Phi về Con người và Quyền con người**

<http://www.achpt.org/>

Ủy ban được thành lập theo Hiến chương châu Phi về con người và quyền con người nhằm đảm bảo việc tuân thủ Hiến chương của các quốc gia thành viên.

• **Hiến chương về các Quyền cơ bản của Liên minh châu Âu**

http://europa.eu/lisbon_treaty/glance/rights_value/index_en.htm

Mọi quốc gia thành viên của Liên minh châu Âu (EU) đều phải tuân thủ Hiến chương về các quyền cơ bản, có hiệu lực từ 2007. Các giá trị cốt lõi của EU đều được ghi nhận trong Hiệp ước Lisbon và bao gồm nhân phẩm con người, tự do, dân chủ, bình đẳng, pháp quyền và tôn trọng quyền con người.

• **Danh mục Nhân quyền của Ả Rập**

<http://www.arabhumanrights.org/en/>

Danh mục Nhân quyền của các nước Ả Rập, được tài trợ bởi Chương trình phát triển của LHQ về Quản trị Nhà nước tại vùng Ả Rập (UNDP- POGAR), là nơi lưu trữ toàn bộ văn kiện của LHQ liên quan đến quyền con người và các văn bản phúc đáp, bao gồm các bảo lưu, do các quốc gia thành viên Ả Rập đệ trình lên ủy ban để điều chỉnh các hiệp ước quyền con người quốc tế căn bản.

- **Ủy ban liên Mỹ về Nhân quyền (Inter-American Commission of Human Rights)**

<http://www.cidh.oas.org/what.htm>

Ủy ban Liên Mỹ về quyền con người (IACHR) là một trong hai cơ quan trong hệ thống liên Mỹ để thúc đẩy và bảo vệ quyền con người dưới sự ảnh hưởng của Tổ chức các quốc gia châu Mỹ (<http://www.oas.org>). Ủy ban có trụ sở đặt tại Washington DC. Cơ quan quyền con người khác là Tòa án Nhân quyền Liên Mỹ, được đặt tại San Jose, Costa Rica.

- **Liên minh Liên Nghị viện**

<http://www.ipu.org/english/whatipu.htm>

Liên minh Liên Nghị viện (IPU) là một điểm trọng tâm trong các diễn đàn cấp nghị viện trên toàn thế giới và làm việc vì hòa bình và hợp tác giữa mọi người và cho sự hình thành vững chắc của nền dân chủ đại diện. IPU gánh vác công việc về quyền con người.

- **Học viện Thông tin pháp lý toàn cầu**

<http://www.worldlii.org/>

Học viện Thông tin pháp lý toàn cầu chưa đựng danh mục phong phú về hệ thống lập pháp và các quyết định tư pháp quan trọng của các quốc gia khác nhau. Danh mục này có thể tìm kiếm theo tên nước và vấn đề liên quan.

- **Mạng lưới thông tin pháp lý chính phủ**

<http://www.glin.gov/search.action>

Thư viện Luật của Nghị viện Hoa Kỳ bao gồm mạng lưới onlien có thông tin về nhánh lập pháp từ nhiều quốc gia trên thế giới và có thể tìm kiếm theo chủ đề.

- **Mạng lưới quốc tế về các quyền Kinh tế, xã hội và văn hóa**

<http://www.escr-net.org>

ESCR xây dựng mối liên hệ giữa quyền con người và công bằng kinh tế và xã hội nhằm giảm thiểu nghèo đói và bất công bằng cách cung cấp nguồn lực cho các nhân tố trong nước để đạt được các chuẩn mực quốc tế và tiếp cận đề xuất các nội dung. Tổ chức phi lợi nhuận, phi chính phủ cung cấp trong trang web của họ một mạng lưới tương tác giữa các chuyên gia và người hoạt động trong việc hỗ trợ phát triển các quyền kinh tế, xã hội văn hóa và quyền con người trên toàn thế giới.

- **Hội đồng châu Âu**

<http://www.coe.int>

Hội đồng châu Âu nhằm phát triển thông qua các nguyên tắc về một châu Âu chung và dân chủ dựa trên Hiệp ước châu Âu về quyền con người và các văn kiện dẫn chiếu khác về bảo vệ cá nhân. Trang web này có nguồn dữ liệu, các bài báo, các tài liệu đào tạo nhằm củng cố việc thực thi quyền con người.

- **HUDOC: Các vụ việc pháp lý của Tòa án Nhân quyền châu Âu**

<http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HHDOC+database>

HUDOC là cơ sở dữ liệu về các vụ việc và các quyết định của Tòa án Nhân quyền châu Âu và Ủy ban Nhân quyền châu Âu trước đây.

- **Trung tâm nguồn luật ASIAN**

<http://www.alrc.net>

Tổ chức phi chính phủ Trung tâm nguồn luật Asian (ALRC) thúc đẩy các quyền văn hóa, kinh tế và xã hội song song cùng kết hợp chặt chẽ với các nhân tố trong và ngoài nước và nhằm mạnh mẽ và quyền tự trị quốc gia. Trang web này cung cấp nguồn dữ liệu và đào tạo cho các chuyên gia pháp lý nhằm củng cố quyền con người và pháp quyền.

• **Trung tâm quốc tế về Công bằng thời kì chuyển giao**

<http://ictj.org>

Trung tâm quốc tế về Công bằng thời kỳ chuyển giao (ICTJ) là một tổ chức phi lợi nhuận quốc tế làm việc nhằm giúp các xã hội đề cập đến vi phạm quyền con người bằng cách xây dựng niềm tin và các thể chế nhà nước cũng như những bảo đảm quyền con người. Trang web này khuyến khích các quốc gia và nhà hoạch định chính sách về các vấn đề của công lý trong giai đoạn chuyển giao và quyền con người và cung cấp thư viện các tài liệu liên quan đến nghiên cứu về cùng nội dung.

• **Liên kết vì Nhân quyền**

<http://www.humanrights.com/home.html>

Liên kết vì Nhân quyền (UHR) làm việc ở cấp độ quốc tế, quốc gia và địa phương nhằm áp dụng Tuyên ngôn Nhân quyền quốc tế bằng cách cung cấp các tài liệu giáo dục và thông tin về lịch sử, các nỗ lực, các thuật ngữ về quyền con người, cùng với cơ sở dữ liệu của các tổ chức chuyên biệt về vấn đề quyền con người.

Danh mục tài liệu tham khảo

Abdullah, F., ‘Chính sách hành động khẳng định tại Malaysia: Đề tái cấu trúc xã hội, để xóa đói nghèo’, 1997, có thể xem ở <http://www.ices.lk/publications/esr/articles_jul97/Esr-Abdullah.PDF>

Andolina, R., ‘Chủ quyền và cái bóng của nó: Quốc hội lập hiến và các hoạt động của người bản địa tại Ecuador’, *Báo nghiên cứu châu Mỹ Latin*, 35 (2003), trang 721- 50, tải về từ Cambridge Journals ngày 18/11/2009, bàn về thể chế hóa của tiến trình xây dựng hiến pháp 1997-8 giữa những người bản địa Austin, Granville, *Làm việc về hiến pháp dân chủ* (Oxford and New Delhi: Oxford University Press, 1999), trang 99-122, về xung đột giữa Quốc hội và nhánh tư pháp về các quyền cơ bản

Bajpai, R., ‘Những tranh luận của Quốc hội lập hiến và quyền của nhóm thiểu số’, *Economic and Political Weekly*, 35 (21/22/5 2000), trang 1836-45, được thấy ở JSTOR vào 18/11/2009, về việc thiết lập các biện pháp đặc biệt cho những người chịu thiệt thòi trong quá khứ tại Ấn Độ

Hiến chương Canada về các quyền và tự do, có thể xem được tại http://www.charterofrights.ca/en/26_00_01

Carter Center, ‘Báo cáo cuối cùng về Bầu cử Quốc hội lập hiến ở Ecuador vào 30/9/2007’, 2007, trang 2, có thể xem được tại <http://aceproject.org/regions-en/countries-and-territories/EC/reports/ecuadors-constituent-assembly-elections-2007-final>>

Dower, J. W., *Thất bại trong hổ: Nhật Bản sau Thế chiến II* (New York: Norton & Co., 2000), trang 364-73, miêu tả tác động của việc soạn thảo Đạo luật về quyền.

Glenny, M., *Vùng Balkans 1804-1999: Chủ nghĩa dân tộc, chiến tranh và quyền lực tối cao* (London: Granta, 2000), trang 32-38

Hart, H. L. A., *Khái niệm của Luật*, Clarendon Law Series (Oxford: Oxford University Press, 1961), pp. 195-207, về luật tự nhiên, giá trị pháp lý và tinh thần

Hart, V., *Xây dựng hiến pháp dân chủ*, Special Report 107 (Washington, DC: United States Institute of Peace, 2003), trang 4-11, tải về từ <<http://www.usip.org>>, về cách tiếp cận dựa vào quyền trong xây dựng hiến pháp

Hunt, Lynn, *Phát minh ra Nhân quyền: Một lịch sử* (New York: Norton & Co., 1997), trang 26-34, về cách các quyền trở thành “tự chứng minh”.

Kennedy, David, *Mặt trái của tác dụng: Đặt lại vấn đề chủ nghĩa nhân đạo quốc tế* (Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2004), trang 3-35, về nhận định vấn đề nhân quyền như là một phần của khó khăn

McWhinney, E., *Xây dựng hiến pháp: Nguyên tắc, Tiến trình và Thực tiễn* (Toronto: University of Toronto Press, 1981), trang 67-125, về thiết kế các thể chế và tiến trình hiến định

Mahmoudi, S., ‘Nội dung Shari’a trong Hiến pháp mới của Afghanistan: Điềm trái ngược hoặc Lời tán dương?’, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Heidelberg Journal of International Law, Học viện Max Planck về Luật công và luật quốc tế so sánh)*, 64 (2004), trang 867-80 (bản PDF thuộc về tác giả)

Steiner, J. and Alston, P., *Nhân quyền quốc tế trong hoàn cảnh thực tiễn: Luật, chính sách, tư tưởng, tái bản 2nd* (Oxford: Oxford University Press, 2000), trang 243-319, về các quyền kinh tế và xã hội, và 324-402 về quyền và chủ nghĩa tương đối văn hóa

Tully, J., *Sự vô số khác lạ: Chủ nghĩa hiến pháp trong giai đoạn đa dạng* (Cambridge: Cambridge University Press, 1995), trang 183-212, về tổng quan các lập luận ủng hộ và phản đối việc hiến pháp ghi nhận đa dạng văn hóa

Các hiến pháp

(Bản tiếng anh có thể tải về từ <<http://confinder.richmond.edu>>)

Hiến pháp của Brazil, 1988

Hiến pháp của Colombia, 1991

Hiến pháp của Cộng hòa Bolivarian của Venezuela, 1999

Hiến pháp của Ecuador, 2008

Hiến pháp của Bolivia, 2009

Hiến pháp của Ấn Độ, 1949

Hiến pháp của Malaysia, 1957

Hiến pháp của Đông Timor, 2002

Hiến pháp của Afghanistan, 2004

Hiến pháp lâm thời của Nepal, 2007

Hiến pháp của Iraq, 2005, Điều 20, 30, 37

Hiến pháp của Hungary, 1949, bản sửa đổi 1989

Luật cơ bản, Đức, 1949

Hiến pháp của Hi Lạp, 1975

Hiến pháp của Tây Ban Nha, 1978

Hiến pháp của Ai Cập, 1971

Hiến pháp của Ethiopia, 1994

Hiến pháp của Nam Phi, 1996

Hiến pháp của Nigeria, 1996

CHƯƠNG 4

CHƯƠNG 4

Thiết kế nhánh hành pháp

Markus Böckenförde

1. Dẫn nhập

Nhánh hành pháp là một trong ba nhánh của chính quyền. Việc thiết kế ba nhánh cơ quan này là trọng tâm của việc thiết kế mô hình tổ chức chính quyền trong hiến pháp. Sự phân công quyền lực và mối quan hệ qua lại giữa ba nhánh hành pháp, lập pháp và tư pháp là các yếu tố căn bản của cấu trúc đó. Để thiết kế sự cân bằng hợp lý giữa ba nhánh chính quyền, ngoài điểm khác biệt chung và tổng quát là cơ quan lập pháp làm luật và thông qua ngân sách, cơ quan hành pháp thi hành pháp luật, và cơ quan tư pháp xét xử và giải thích luật, còn có rất nhiều vấn đề cần được xem xét và giải đáp một cách thỏa đáng. Mức độ phân chia quyền lực giữa ba nhánh cơ quan cũng như mức độ kiểm soát và đối trọng lẫn nhau giữa ba nhánh là vấn đề luôn luôn gây tranh luận trong quá trình soạn thảo hiến pháp hoặc sửa đổi hiến pháp. Do đó, việc thiết kế nhánh hành pháp không thể được xem xét một cách biệt lập, mà đòi hỏi sự hiểu biết tổng thể về cấu trúc bộ máy nhà nước mà nhánh hành pháp là một bộ phận.

Trước khi đi vào trình bày chi tiết các phương án thiết kế nhánh hành pháp, cần có một cái nhìn tổng quan về mối quan hệ qua lại giữa ba nhánh quyền lực. Đặc biệt, sự cân bằng về cấu trúc giữa nhánh hành pháp và nhánh lập pháp đặt ra rất nhiều phương án sắp xếp và thiết kế tổ chức khác nhau. Những học giả nghiên cứu và tranh luận về hiến pháp thường phân loại các mô hình tổ chức quyền lực vốn rất đa dạng thành ba nhóm chủ yếu: mô hình tổng thống, mô hình nghị viện và mô hình hỗn hợp. Sự khác biệt

Việc phân bổ quyền lực và mối quan hệ qua lại giữa ba nhánh hành pháp, lập pháp và tư pháp là yếu tố chính để thiết kế mô hình tổ chức chính quyền trong hiến pháp. Mỗi bản hiến pháp thiết kế sự cân bằng giữa ba nhánh này theo cách thức riêng và phù hợp với điều kiện cụ thể của mỗi quốc gia.

để nhận thấy giữa mô hình tổng thống và mô hình nghị viện là ở chỗ: trong mô hình tổng thống, cả nghị viện và người đứng đầu chính phủ đều được bầu trực tiếp theo một nhiệm kỳ xác định, trong khi đó, ở mô hình nghị viện, chỉ có nghị viện được bầu trực tiếp còn người đứng đầu chính phủ được lựa chọn hoặc được bầu ra bởi nghị viện và cần có sự ủng hộ của nghị viện. Giữa các mô hình này còn có nhiều điểm khác biệt, nhưng

các quan điểm hiện nay không thống nhất là liệu những điểm khác biệt đó có phải là đặc trưng thuộc về một mô hình nhất định là mô hình tổng thống, mô hình nghị viện, hoặc mô hình hỗn hợp hay không.

2. Các mô hình tổ chức quyền lực nhà nước và ảnh hưởng của chúng

Vấn đề trọng tâm của việc xây dựng một hiến pháp dân chủ là thiết kế tổ chức quyền lực nhà nước.

Nhìn chung, các bản hiến pháp thường không tuyên bố một cách rõ ràng rằng mô hình tổ chức quyền lực nào được áp dụng: mô hình tổng thống, mô hình nghị viện, hay mô hình hỗn hợp. Mỗi bản hiến pháp thiết kế mối quan hệ giữa hai nhánh lập pháp và hành pháp theo cách thức riêng và phù hợp với điều kiện cụ thể của mỗi quốc gia, và sau này, các nhà khoa học chính trị xếp cách thức tổ chức theo hiến pháp đó vào một mô hình nhất định. Do mỗi học giả dựa vào các tiêu chí khác nhau để xác định các mô hình tổ chức quyền lực, nên xảy ra trường hợp cùng một quốc gia được xếp vào các mô hình khác nhau bởi các học giả khác nhau. Sự không rõ ràng này khiến cho việc đánh giá các điểm mạnh và điểm yếu của mỗi mô hình là rất khó khăn, thậm chí là không thể thực hiện được.⁶⁰ Vì vậy, phần viết dưới đây sẽ giới thiệu vắn tắt về các mô hình và cung cấp một cái nhìn tổng quan. Các đặc điểm được các học giả thừa nhận chung là đặc trưng của mỗi mô hình tổ chức quyền lực sẽ được trình bày bằng phong chữ đậm từ Hộp 1 đến Hộp 3. Các đặc điểm được một số nhà nghiên cứu đề cập nhưng bị một số khác cho là không điển hình cũng sẽ được trình bày dưới đây, mặc dù những đặc điểm này không được coi là yếu tố có tính định nghĩa một mô hình nhất định.

Việc thiết kế một bản hiến pháp ổn định, dân chủ nhằm thiết lập chính quyền hòa bình và vận hành hiệu quả thường gắn liền với việc đánh giá các ưu điểm và nhược điểm của các mô hình tổ chức quyền lực khác nhau.

2.1. Mô hình tổng thống (presidential system)

Hộp 1. Các đặc trưng của mô hình tổng thống

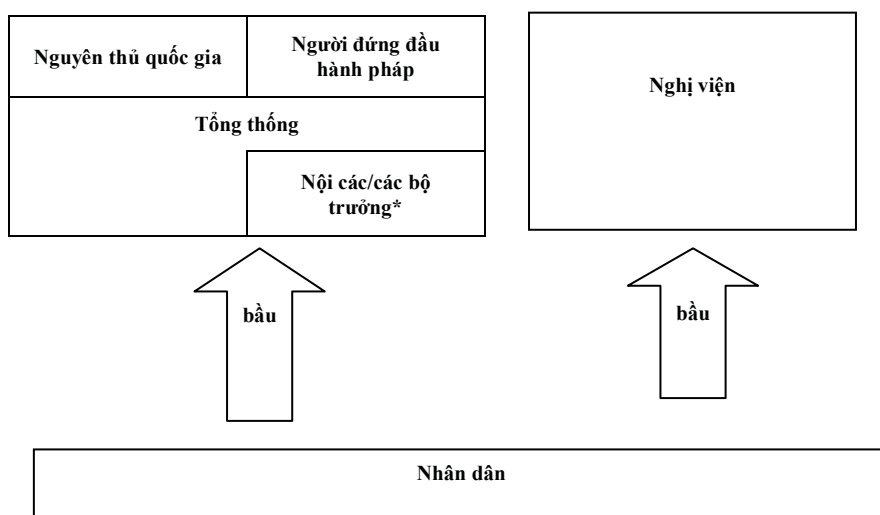
Đặc trưng cơ bản của mô hình tổng thống là: cơ quan hành pháp và cơ quan lập pháp là những đại diện độc lập của cử tri, do đó, nguồn gốc hình thành và sự tồn tại của các cơ quan này độc lập với nhau (điều này có khả năng gây ra sự bế tắc giữa hai nhánh cơ quan này nếu thiếu đi một công cụ hiến pháp để giải tỏa thế bế tắc).

- Tổng thống vừa là nguyên thủ quốc gia, vừa là người đứng đầu chính phủ.

60 Xem Mainwaring, S. và Shugart, M. S., 'Juan Linz, Presidentialism, and Democracy: A Critical Appraisal' (Juan Linz, Mô hình tổng thống và Dân chủ), *Comparative Politics (Tạp chí Chính trị học so sánh)*, 29/4 (1997), tr. 449–71.

- Tổng thống được bầu thông qua bỏ phiếu phổ thông (hoặc bằng một định chế trung gian có tính chất phổ thông).
- Tổng thống có nhiệm kỳ xác định (không có cơ chế bỏ phiếu bất tín nhiệm). Tổng thống không chịu trách nhiệm chính trị trước cơ quan lập pháp, và cũng không phụ thuộc vào sự ủng hộ của đảng mình để duy trì địa vị Tổng thống.
- Thông thường, quyền lực Nội các bắt nguồn từ Tổng thống.
- Tổng thống thường có ảnh hưởng mang tính chính trị đối với quy trình xây dựng luật.

Hình 1: Tổ chức nhà nước theo mô hình Tổng thống



* Các bộ trưởng được người đứng đầu chính phủ bổ nhiệm/bãi nhiệm, trong một số trường hợp phải có sự chấp thuận của nghị viện

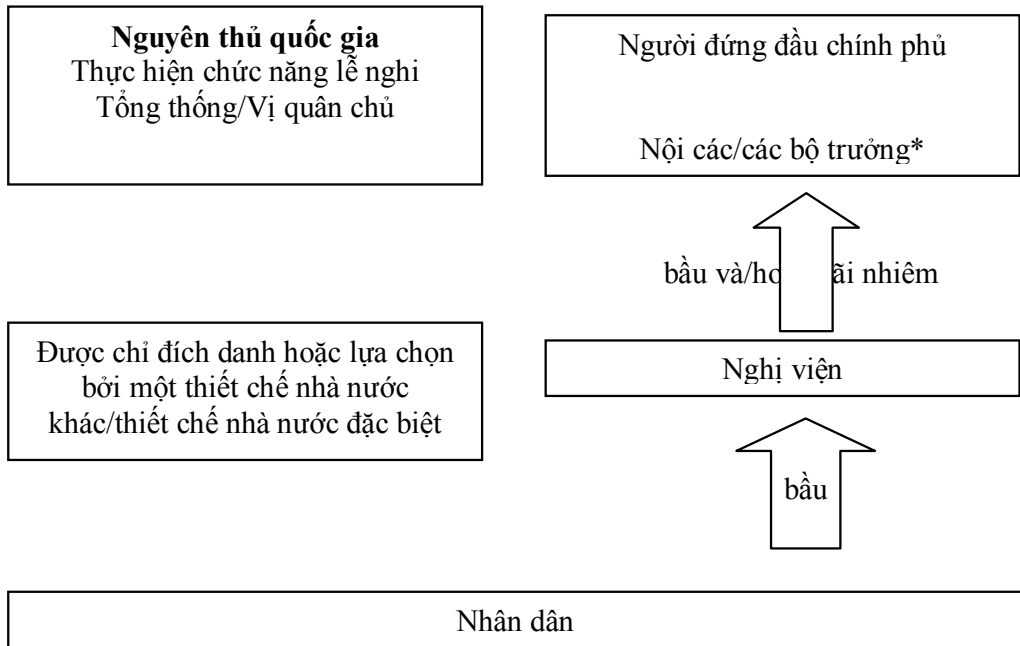
2.2. Mô hình nghị viện (parliamentary system)

Hộp 2. Các đặc trưng của mô hình nghị viện

Đặc trưng cơ bản là sự thống nhất về mặt quyền lực: cơ quan hành pháp là cấp dưới của cơ quan lập pháp theo thứ bậc, do đó, sự hình thành và tồn tại của hành pháp phụ thuộc vào cơ quan lập pháp.

- Người đứng đầu chính phủ do cơ quan lập pháp bầu ra.
- Người đứng đầu chính phủ chịu trách nhiệm trước Nghị viện (thông qua cơ chế bỏ phiếu bất tín nhiệm) và phụ thuộc vào sự ủng hộ của đảng mình.
- Thông thường, nguyên thủ quốc gia không đồng thời là người đứng đầu chính phủ.

Hình 2: Tổ chức nhà nước theo mô hình nghị viện



2.3. Mô hình hỗn hợp (thường được gọi là “mô hình tổng thống bán phần” (semi-presidential system))

Hộp 3. Các đặc trưng của mô hình hỗn hợp

Đặc trưng cơ bản của mô hình hỗn hợp là chế độ hành pháp lưỡng đầu. Nó là sự kết hợp mối quan hệ phối hợp theo chiều ngang giữa hành pháp và lập pháp với mỗi quan hệ thứ bậc theo chiều dọc giữa hai nhánh cơ quan này.

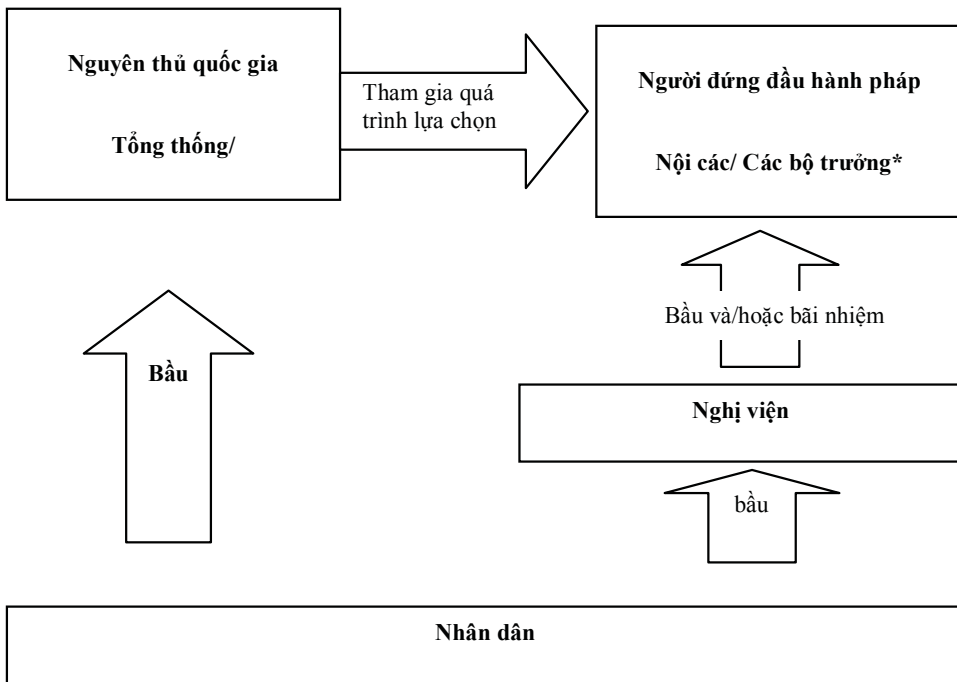
- Tổng thống là nguyên thủ quốc gia, được bầu trực tiếp thông qua bỏ phiếu phổ thông.

- Cả Tổng thống và nghị viện đều không nắm quyền kiểm soát toàn bộ việc lựa chọn/bổ nhiệm và cách chức Thủ tướng.

- Thủ tướng là người đứng đầu chính phủ, chịu trách nhiệm trước Nghị viện (thông qua cơ chế bỏ phiếu bất tín nhiệm).

- Thông thường, Tổng thống nắm giữ quyền hành pháp khá lớn.

Hình 3. Tổ chức nhà nước theo mô hình hỗn hợp



* Các bộ trưởng được người đứng đầu chính phủ bổ nhiệm/bãi nhiệm, trong một số trường hợp phải có sự chấp thuận của nghị viện

2.4. Những ưu điểm và hạn chế có thể có của các mô hình tổ chức nhà nước

Các nhà soạn thảo hiến pháp luôn được kỳ vọng là sẽ thiết kế một bản hiến pháp đem lại hòa bình, ổn định, hòa hợp dân tộc và (thường là) đem lại sự chuyển giao dân chủ, cũng như tạo ra một chính quyền có đủ năng lực, hoạt động có hiệu quả và không lạm dụng quyền lực. Việc tìm kiếm một mô hình tổ chức nhà nước phù hợp thường đi đôi với việc đánh giá những điểm mạnh và điểm yếu của mỗi mô hình nhằm đạt được những mục tiêu trên. Thật vậy, đã có rất nhiều công trình nghiên cứu về vấn đề này. Bảng 1 minh họa những ưu điểm và những hạn chế của các mô hình tổ chức nhà nước.

Bảng 1. Những ưu điểm và hạn chế các mô hình tổ chức nhà nước

St	Ưu điểm	Hạn chế
<p>Mô hình tổng thống</p>	<p>Ủy quyền trực tiếp. Cơ chế ủy quyền trực tiếp cung cấp cho người dân nhiều lựa chọn hơn, cho phép họ có thể lựa chọn người đứng đầu chính phủ và các thành viên của nghị viện những người do gần dân hơn nên có thể đại diện tốt hơn cho những lợi ích và nguyện vọng cụ thể của người dân; hơn nữa, mô hình này cung cấp cho người dân một cơ chế trực tiếp buộc nhánh hành pháp chịu trách nhiệm trước dân chúng.</p> <p>Tính ổn định. Do Tổng thống có nhiệm kỳ xác định nên quy trình hoạch định chính sách đảm bảo tính có thể dự đoán trước và tính ổn định hơn so với mô hình nghị viện, vì trong mô hình nghị viện, việc giải tán và tái lập Chính phủ diễn ra thường xuyên hoặc sự bất ổn của Nội các có thể gây phương hại đến việc thực thi các chương trình chính phủ, gây bất ổn cho hệ thống chính trị.</p> <p>Phân chia quyền lực. Nhánh hành pháp và lập pháp độc lập với nhau và kiểm soát lẫn nhau. Mô hình này bảo đảm sự tranh luận, phản biện về chính sách tự do hơn so với mô hình nghị viện, bởi lẽ sự phản đối với chính phủ không gây nguy hiểm đến sự tồn tại của chính phủ cũng như không dẫn đến việc kêu gọi bầu cử để thành lập chính phủ mới.</p>	<p>Xu hướng độc đoán chuyên quyền. Do tính chất “được ăn cả, ngã về không” (<i>winner-takes-all</i>) của cuộc bầu cử tổng thống, tổng thống thường chỉ đắc cử với đa số phiếu xuất sắc, nhưng lại giành được quyền nắm giữ cương vị chính trị danh giá nhất và quyền lực nhất của đất nước trong một khoảng thời gian xác định. Mặc dù đôi khi đắc cử với số phiếu xuất sắc, việc trở thành người đại diện cho toàn quốc gia có thể khiến cho Tổng thống trở nên không khoan nhượng đối với sự chống đối, có xu hướng lạm dụng quyền hành pháp nhằm được tái đắc cử, hoặc thậm chí tạo cảm giác đứng trên cả luật pháp.</p> <p>Bé tắc về chính sách. Sự phân quyền cứng rắn thường dẫn đến bé tắc về chính sách khi Tổng thống không thể đạt được đa số phiếu cần thiết để các chương trình nghị sự của Tổng thống được Nghị viện thông qua.</p>
<p>Mô hình nghị viện</p>	<p>Tính chất rộng rãi. Mô hình nghị viện thường đem lại khả năng thiết lập một chính phủ rộng rãi trong một xã hội phân hóa sâu sắc.</p> <p>Tính linh hoạt. Người đứng đầu chính phủ có thể bị bãi nhiệm bất kỳ lúc nào nếu các chương trình, chính sách của người đó đưa ra không còn phản ánh được ý chí của đa số. Người đứng đầu chính phủ có thể kêu gọi tiến hành một cuộc bầu cử mới nếu người đó thiếu sự ủng hộ của Nghị viện.</p> <p>Tính hiệu quả. Quy trình lập pháp có thể được đẩy nhanh hơn do không có cơ chế phủ quyết của hành pháp cản trở quy trình này.</p>	<p>Sự bất ổn. Chính phủ có thể bị đánh đổ khi có đa số phiếu; đặc biệt, các chính phủ liên minh có thể gặp khó khăn trong việc duy trì sự tồn tại của nội các.</p> <p>Thiếu sự phân chia quyền lực. Do mối quan hệ gần gũi giữa nghị viện và chính phủ, nghị viện thường không chỉ trích chính phủ; tuy nhiên, có nguy cơ là chính phủ không đưa ra được các chương trình và chính sách mạnh mẽ do lo sợ bị nghị viện đánh đổ.</p>

Mô hình hỗn hợp	<p>Tính chất rộng rãi. Mô hình hỗn hợp có thể cho phép một mức độ chia sẻ quyền lực nhất định giữa các lực lượng đối lập. Một đảng có thể nắm giữ ghế tổng thống, đảng khác nắm giữ ghế thủ tướng, và do đó, cả hai đảng đều có phần trong hệ thống tổ chức quyền lực nhà nước. Trong trường hợp mô hình hỗn hợp được vận dụng thành công nhất, nó có thể kết hợp những điểm mạnh của cả hai mô hình còn lại.</p>	<p>Bé tắc về chính sách. Trong mô hình hỗn hợp, có khả năng xảy ra xung đột trong nội bộ nhánh hành pháp giữa Tổng thống và Thủ tướng, đặc biệt trong các thời kỳ họ phải “cùng chung sống” khi Tổng thống và Thủ tướng là người của các đảng khác nhau. Trong thời kỳ “cùng chung sống” này, cả Tổng thống và Thủ tướng đều có quyền tuyên bố rằng họ có đủ thẩm quyền phát ngôn nhân danh dân chúng (trương tự như mô hình tổng thống). Trong trường hợp xấu nhất, mô hình hỗn hợp có thể chứa đựng những hạn chế của cả hai mô hình còn lại.</p>
------------------------	--	--

2.5. Việc đánh giá điểm mạnh và hạn chế của các mô hình tổ chức nhà nước chỉ có ý nghĩa ở mức độ khiêm tốn

Việc dự đoán tác động của một mô hình tổ chức nhà nước đối với đời sống chính trị của một quốc gia là một nhiệm vụ khó khăn. Bảng 1 tập hợp các ý kiến khác nhau của nhiều tác giả về những ưu điểm và hạn chế của các mô hình, và cần được đọc và suy ngẫm một cách thận trọng bởi các lý do sau đây.

Thứ nhất, như trên đã nói, các học giả chưa có sự thống nhất về định nghĩa từng mô hình. Hiện tại, có ít nhất ba định nghĩa khác nhau về mô hình hỗn hợp/tổng thống bán phần, và theo mỗi định nghĩa, các quốc gia được phân loại khác nhau. Chẳng hạn, một số quốc gia vẫn được xếp vào mô hình nghị viện hoặc đã có những yếu tố của mô hình tổng thống bán phần (Áo, Ailen) hoặc được xếp vào mô hình tổng thống chứ không phải tổng thống bán phần (như Cộng hòa Triều Tiên hay Hàn Quốc), tùy thuộc từng cách định nghĩa. Để tranh luận rằng mô hình tổng thống hay mô hình tổng thống bán phần khả năng sẽ có nhiều hạn chế hơn là điều không hề đơn giản, bởi không có một định nghĩa chung về từng khái niệm.

Thứ hai, ngay trong cùng mô hình tổng thống cũng có rất nhiều biến thể khác nhau, mỗi biến thể chứa đựng mức độ khác nhau về quyền hạn của tổng thống và tính chịu trách nhiệm. Nếu tư duy về mô hình tổng thống theo cách phân loại chung và cố gắng khái quát hóa các hệ quả của việc áp dụng mô hình này sẽ có thể dẫn đến nhận thức không chính

Các chính thể nhà nước đa dạng thường được chia thành ba loại: mô hình tổng thống, mô hình nghị viện, và mô hình hỗn hợp với những đặc trưng của cả hai mô hình trên. Các học giả hiện chưa có sự thống nhất về định nghĩa từng mô hình.

xác. Lý giải các hệ quả chính trị đòi hỏi có nghiên cứu sâu hơn về cấu trúc chi tiết của bộ máy nhà nước.

Thứ ba, nếu chỉ dựa vào một tiêu chí về chính thể để khẳng định sức sống của một bản hiến pháp và khả năng bảo đảm một chính quyền ổn định và hiệu quả thì có thể dẫn đến nhầm lẫn. Thí dụ, các mô hình nghị viện với hệ thống đảng phái chính trị có kỷ luật cao và áp dụng chế độ bầu cử theo đó đơn vị bầu cử bỏ phiếu chọn một người trúng cử trên nguyên tắc đa số (single-member plurality electoral districts) thậm chí còn ủng hộ mạnh mẽ nguyên tắc “được ăn cả, ngã về không” (winner-takes-all) hơn so với nhiều mô hình tổng thống. Thật vậy, xuất phát từ các luận điểm trên đây, hiện vẫn còn tranh cãi về tác động thực sự của mô hình tổ chức nhà nước đối với diễn biến chính trị. Trong

Nếu chỉ dựa vào một tiêu chí về thiết chế (mô hình tổ chức chính quyền) để khẳng định sức sống của một bản hiến pháp và khả năng bảo đảm một chính quyền ổn định và hiệu quả sẽ có thể dẫn đến nhầm lẫn.

khi một số nhà nghiên cứu cho rằng mô hình tổng thống có nhiều khả năng dẫn đến đổ vỡ và bị thay thế bởi chế độ độc tài hơn so với mô hình nghị viện,⁶¹ một số khác lập luận ngược lại,⁶² và có

một số học giả khác nữa lại cho rằng không có mối liên hệ ảnh hưởng nào giữa mô hình tổ chức nhà nước và diễn biến chính trị.⁶³

Thứ tư, bên cạnh yếu tố bối cảnh cụ thể của mỗi quốc gia, nhân tố cá nhân cũng đóng vai trò quan trọng. Chẳng hạn, nước Nga thực hiện chế độ hành pháp lưỡng đầu bao gồm cả Tổng thống và Thủ tướng. Trong khi một số thủ tướng dưới thời Tổng thống Boris Yeltsin có khả năng gây ảnh hưởng tới các định hướng chính sách của chính phủ, thì các thủ tướng dưới thời Tổng thống Vladimir Putin chỉ đóng vai trò thực thi các quyết sách của Tổng thống. Mặc dù về mặt hình thức, Nga được xếp vào mô hình hỗn hợp, nhưng các nhà khoa học chính trị vẫn xác định chính quyền của Putin là chính quyền “siêu tổng thống” (*hyper-presidentialist*). Nhận định này một lần nữa lại thay đổi khi Putin trở thành Thủ tướng và Dmitriy Medvedev được bầu làm Tổng thống. Tuy Hiến pháp Nga không có bất kỳ sửa đổi nào, nhưng quyền hành pháp trên thực tế có sự dịch chuyển phụ thuộc vào việc ai là người nắm giữ chức vụ Tổng thống và Thủ tướng.

Thứ năm, các nhà soạn thảo hiến pháp không nhất thiết phải lựa chọn một mô hình chính thể nhất định. Trong thế giới thực, vấn đề thường không phải là nên chọn mô hình tổng thống hay mô hình nghị viện, mà là tìm kiếm mô hình phù hợp và hiệu quả với quốc

61 Linz, J. J., ‘The Perils of Presidentialism’ (Những nguy cơ của mô hình tổng thống), *Journal of Democracy* (Tạp chí Dân chủ), 1/4 (1990), tr. 51-69.

62 Horowitz, D., ‘Constitutional Design: Proposals Versus Processes’ (Xây dựng Hiến pháp: Các đề xuất và quy trình thực hiện), trong cuốn: A. Reynolds (ed.), *The Architecture of Democracy: Constitutional Design, Conflict Management, and Democracy* (Thiết kế nền dân chủ: Xây dựng Hiến pháp, Quản lý xung đột, và Dân chủ) (Oxford and New York: Oxford University Press, 2002), tr. 15-36.

63 Carey, J. and Shugart, M. S., *Presidents and Assemblies: Constitutional Design and Electoral Dynamics* (Tổng thống và Quốc hội: Xây dựng Hiến pháp và Diễn biến bầu cử) (Cambridge: Cambridge University Press, 1992).

gia mình. Thông thường, các yếu tố về bối cảnh, lịch sử và biểu trưng quy định sự tồn tại của một mô hình tổ chức nhà nước nhất định ở một quốc gia, và chỉ trong những hoàn cảnh rất đặc biệt mới có sự thay đổi lớn từ mô hình này sang mô hình khác.

Các nhà soạn thảo hiến pháp không nhất thiết phải lựa chọn một mô hình chính thể nhất định. Trong thế giới thực, vấn đề thường không phải là nên chọn mô hình tổng thống hay mô hình nghị viện, mà là tìm kiếm mô hình phù hợp và hiệu quả đối với quốc gia mình xét trong mỗi cảnh cụ thể của quá trình lập hiến..

Từ những nhận định trên đây, chương này sẽ đi vào xác định các khía cạnh cụ thể của việc thiết kế tổ chức bộ máy nhà nước phản ánh sự tương tác trong phạm vi một nhánh chính quyền và giữa các nhánh chính quyền với nhau. Bằng việc xem xét các công cụ hiến pháp cụ thể (như việc giải tán nghị viện, việc lựa chọn Nội các, giới hạn nhiệm kỳ Tổng thống, phương thức tổ chức và hoạt động của nghị viện lưỡng viện, v.v...), chương này thừa nhận rằng các khía cạnh nói trên gắn bó chặt chẽ trong một chính thể thống nhất. Cách thức chúng vận hành và tương tác với nhau phụ thuộc bối cảnh tổng thể mà trong đó chúng được áp dụng. Tuy nhiên, nghiên cứu trước hết từng khía cạnh riêng lẻ và từng vấn đề ở cấp độ bộ phận có thể giúp xác định mô hình nào đáp ứng được tốt nhất các nhu cầu thực tế. Khi đã có sự thống nhất về quyền hạn của từng thiết chế, về các cơ chế kiểm soát quyền lực giữa các thiết chế, và các quy trình ra quyết định trong nội bộ từng thiết chế, nghĩa là lúc đó một bức tranh tổng thể đã được hình thành từ những mảnh ghép khác nhau. Cách tiếp cận theo lối quy nạp này tuy không phải là phương pháp duy nhất được áp dụng, nhưng nó có thể giúp cho các nhà soạn thảo hiến pháp tránh được sự bế tắc ngay từ đầu khi tranh luận về việc lựa chọn mô hình tổ chức nhà nước.

Một nhân tố khác tuy không được đề cập khi phân tích các mô hình tổ chức nhà nước nhưng đóng vai trò quan trọng trong bức tranh tổng thể về kiểm soát và cân bằng quyền lực cũng như phân chia quyền lực, đó là vai trò của tư pháp, sự độc lập của tư pháp, bao gồm cả quy trình bổ nhiệm thẩm phán, quyền hạn của tư pháp trong việc xem xét tính hợp hiến, hợp pháp của các đạo luật, thậm chí còn kiểm tra tính hợp hiến của các sửa đổi hiến pháp. Đây là vấn đề sẽ được bàn luận ở chương 6 của tài liệu này.

3. Mục tiêu/Tổng quan

Theo các giáo trình, hành pháp là một trong ba nhánh của chính quyền, với chức năng truyền thống là thực thi pháp luật được soạn thảo bởi cơ quan lập pháp và được giải thích bởi cơ quan tư pháp. Trên thực tế, nhánh hành pháp có thể giữ vai trò quyền lực độc nhất và thường được xem như là người lãnh đạo hay người cầm quyền mang tính chất tự nhiên của một quốc gia, là hiện thân của hình ảnh quốc gia cả về mặt đối nội và đối ngoại. Do vậy, không có gì là ngạc nhiên khi các cuộc bầu cử người đứng đầu nhánh hành pháp luôn là sự kiện quan trọng có thể gây ra những bất hòa lớn, nhất là tại các xã hội thời kỳ hậu xung đột với ý thức sắc tộc sâu sắc.

Mỗi cuộc bầu cử đều phân định người thắng - kẻ thua, và người thua cuộc thường lo ngại rằng người lãnh đạo mới có thể sẽ thiên vị những người ủng hộ ông ta và do vậy sẽ thiệt thòi cho phe đối lập hoặc thậm chí cho bất kỳ ai không thuộc liên minh của đảng cầm quyền.

Trên thực tế, nhiều xung đột nội bộ thường bắt nguồn từ cuộc đấu tranh nhằm duy trì, tích tụ và/hoặc mở rộng quyền hành pháp trong khuôn khổ hiến pháp hay thậm chí vượt ra ngoài khuôn khổ hiến pháp.

Tuy nhiên, quá trình soạn thảo hiến pháp không thuần túy là một bài toán mang tính học thuật trong đó các nhà soạn thảo tìm kiếm giải pháp kỹ thuật tốt nhất cho quốc gia mình. Các nhà soạn thảo hiến pháp và các nhà thương lượng cũng đồng thời là những chủ thể/đảng phái chính trị nhằm tới mục tiêu đưa được các chương trình, chính sách của riêng mình vào văn bản hiến pháp. Do đó, các định hướng xây dựng hiến pháp thường thể hiện sự thỏa hiệp giữa các chủ thể có những lợi ích và nguyện vọng khác nhau.

Một số chủ thể còn lại sau các cuộc xung đột như phe quân hoặc những nhóm bạo lực sẽ đòi hỏi lợi ích của họ được phản ánh trong hiến pháp. Vì vậy, các nhà soạn thảo hiến pháp có thể sẽ không xây dựng được một bản hiến pháp tốt nhất về mặt kỹ thuật, nhưng lại thành công trong việc đạt được một sự thỏa hiệp tối ưu nhất về hiến pháp. Do đó, các thiết kế hiến pháp phụ thuộc vào việc quốc gia đó có một nhánh hành pháp mạnh hay không và có ảnh hưởng như thế nào đến quy trình soạn thảo hiến pháp.

Bằng cách đưa ra các phương án soạn thảo hiến pháp theo cách có sự so sánh, có tổ chức và thống nhất, chương về nhánh hành pháp mong muốn hỗ trợ cho những chủ thể liên quan về cách thể hiện quan điểm của mình trong văn bản hiến pháp cũng như cách dàn xếp các lợi ích trái chiều nhằm đạt được một sự thỏa hiệp hiến pháp mang tính khả thi. Chương này chủ yếu tập trung vào phương án hiến định nhằm tới việc phân tán bớt quyền lực của hành pháp. Không bỏ qua những lợi ích tiềm tàng của nền hành pháp mạnh trong một số trường hợp cụ thể, trong chương này, tác giả cho rằng nhiều cuộc xung đột bạo lực ít nhất cũng có một phần nguyên nhân từ một nền hành pháp tập trung quá mức, trong đó quyền lực nằm trong tay số ít và loại bỏ số đông. Mục tiêu của việc phân tán bớt quyền lực của hành pháp là tạo điều kiện cho nhiều chủ thể hơn tham gia vào quá trình ra quyết định, trong phạm vi nội bộ nhánh hành pháp hoặc trong toàn bộ cơ chế kiểm chế đối trọng với các nhánh khác của chính quyền.

Tuy nhiên, đưa thêm nhiều chủ thể vào việc vận hành nhánh hành pháp hoặc kiểm soát quyền hành pháp cũng sẽ tạo thêm nhiều chủ thể có quyền phủ quyết, làm chậm trễ quá trình ra quyết định. Vì vậy, khi thiết kế nhánh hành pháp, cần cân bằng một cách cẩn trọng tính chất trao quyền rộng rãi với tính hoạt động hiệu quả của nhánh cơ quan này.

Hình 4 tô đậm những điểm khác biệt giữa các phương án thiết kế nhánh hành pháp được đề cập trong chương này và được chia làm hai phần. Phần thứ nhất minh họa phương

Việc bầu cử người đứng đầu nhánh hành pháp luôn là một sự kiện quan trọng có thể gây ra những mối bất hòa lớn trong xã hội, đặc biệt là ở những quốc gia vốn có mâu thuẫn dân tộc sâu sắc.

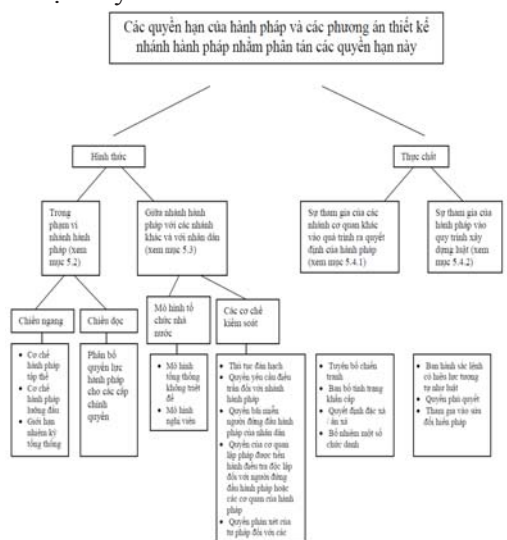
Mục tiêu của việc phân tán bớt quyền lực của hành pháp là tạo điều kiện cho nhiều chủ thể tham gia vào quá trình ra quyết định trong phạm vi nội bộ nhánh hành pháp hoặc trong toàn bộ cơ chế kiểm chế đối trọng với các nhánh khác của chính quyền.

án thiết kế về cấu trúc (tổ chức bộ máy) của nhánh hành pháp, và phần thứ hai tập trung vào các quyền hạn thực tế được giao cho hành pháp trong thiết kế tổ chức bộ máy đó.

1. Ở phần thứ nhất, hai khía cạnh của tổ chức nhà nước được nhấn mạnh: tổ chức nhánh hành pháp và mối quan hệ giữa nhánh hành pháp với các nhánh còn lại của chính quyền. Tổ chức nhánh hành pháp được thiết kế theo hai chiều: chiều ngang và chiều dọc. Chiều ngang thể hiện các phương án phân tán quyền lực của nhánh hành pháp ở cấp trung ương, thông qua việc thiết lập chế độ hành pháp tập thể (*collegial presidency*) (có hơn một người tham gia vào các công việc của tổng thống), chế độ hành pháp lưỡng đầu (Tổng thống và Thủ tướng), hoặc việc quy định những giới hạn đối với nhiệm kỳ Tổng thống. Chiều dọc phản ánh việc phân bổ quyền hành pháp theo các cấp chính quyền thông qua các hình thức phi tập trung hóa (*decentralization*) khác nhau. Bên cạnh việc thiết kế tổ chức bên trong nhánh hành pháp, các mối quan hệ giữa các nhánh của chính quyền cũng có tầm quan trọng rất lớn. Các mô hình tổ chức nhà nước khác nhau sẽ có tác động khác nhau lên nhánh hành pháp xét trong bối cảnh tổng thể của cơ chế phân chia quyền lực, kiểm chế đối trọng. Ngoài ra, các phương án thiết kế cụ thể hơn về tổ chức bộ máy nhà nước sẽ cung cấp nhiều khả năng khác nhau về kiểm soát việc thực hiện quyền hành pháp ở các mức độ khác nhau.

2. Các quyền hạn cụ thể được giao cho người đứng đầu nhánh hành pháp quyết định mức độ tập trung của quyền hành pháp trên thực tế. Chúng ta có thể phân biệt giữa các quyền hạn truyền thống thường được gán cho hành pháp như ban bố tình trạng khẩn cấp, quyết định đặc xá hoặc ân xá, tuyên bố chiến tranh, và các nhiệm vụ vốn dĩ thuộc quyền hạn của cơ quan lập pháp, nhưng có sự tham gia của hành pháp. Trong số các quyền hạn mang tính chất lập pháp của người đứng đầu hành pháp có quyền phủ quyết các dự luật đã được cơ quan lập pháp phê chuẩn, ban hành luật dưới hình thức sắc lệnh, đưa ra sáng kiến của hành pháp trong một số vấn đề chính sách, quyền kêu gọi trung cầu ý dân hoặc lấy ý kiến toàn dân, và quyền dự thảo ngân sách.

Hình 4. Các quyền hạn của hành pháp và các phương án thiết kế nhánh hành pháp nhằm phân tán các quyền hạn này



4. Bối cảnh quốc gia

Đã có rất nhiều công trình nghiên cứu đề ra các giả thuyết và dự đoán về tác động của các phương án thiết kế hiến pháp về mô hình tổ chức nhà nước đối với hành vi chính trị, chính sách công, ổn định chính trị và sự gắn kết xã hội, v.v...⁶⁴ Nhưng thực

tế chứng minh rằng có rất ít công trình khái quát được một cách chính xác tác động của hiến pháp về những vấn đề này. Như một tác giả đã nêu, đã có rất nhiều dự đoán sai về tác động của các phương án thiết kế hiến pháp kéo theo những hệ quả không mong muốn.⁶⁵ Nguyên nhân dẫn đến tình trạng này là do có quá nhiều yếu tố biến thiên chi phối (chính trị, kinh tế, xã hội), tạo ra khoảng cách giữa ngôn từ của một bản hiến pháp và tác động hay hiệu quả của nó trên thực tế. Thừa nhận những yếu tố biến động nói trên, chương này trình bày dưới dạng phân tích so sánh các lựa chọn hiến pháp của các quốc gia trên văn bản khi hiến pháp được soạn thảo và ban hành, chứ không cố gắng lý giải căn nguyên về mặt lịch sử của các quy định cụ thể trong bối cảnh quốc gia cụ thể, bởi lẽ cùng một quy phạm, khi áp dụng vào các bối cảnh khác nhau, sẽ đem lại kết quả khác nhau và ngược lại, các quy phạm trái ngược nhau lại cho ra kết quả giống nhau.

Bởi không có hai bản hiến pháp nào hoàn toàn giống nhau, những bài học từ việc xây dựng bản hiến pháp này có thể được áp dụng theo một cách thức khác trong một bối cảnh khác, với một dân tộc khác, hoặc trên một nền tảng văn hóa khác. Một số mô hình cấu trúc có thể hoạt động rất tốt trong bối cảnh xã hội này lại có thể trở nên vô ích, thậm chí có hại trong bối cảnh xã hội khác. Hiến pháp có thể đặt ra các luật lệ và nguyên tắc, nhưng bản thân các luật lệ và nguyên tắc không thể làm thay đổi xã hội.

Chẳng hạn, Hiến pháp Thái Lan trao cho Nhà Vua vai trò chủ yếu mang tính tượng trưng, lễ nghi; tuy nhiên, nhân dân Thái Lan vẫn dành cho Nhà Vua tình cảm yêu quý và kính trọng đặc biệt. Chính điều này đã khiến cho Nhà Vua có được quyền lực không chính thức rất lớn trong việc định hướng đời sống chính trị của Thái Lan. Tương tự như vậy, các tập quán pháp lý và chính trị không chính thức ở các quốc gia khác có thể đóng vai trò phân bổ lại quyền lực nhà nước vượt ra ngoài khuôn khổ hiến pháp, mà người nước ngoài nếu chỉ nghiên cứu hiến pháp trên văn bản sẽ không thể hiểu được. Mặc dù không hề được hiến

*“Giai điệu của pháp luật thay đổi khi nhạc cụ và nhạc công không còn như trước nữa”*Damaška, Mirjan (Giáo sư luật, Đại học Yale), trong bài “Số phận bấp bênh của pháp luật du nhập: Các thí nghiệm kiểu Anh – Hoa Kỳ và châu Âu lục địa”, Tạp chí *Luật So sánh Hoa Kỳ*, số 45, tr. 839 (1997).

Có quá nhiều yếu tố biến thiên chi phối (chính trị, kinh tế, xã hội), tạo ra khoảng cách giữa ngôn từ của một bản hiến pháp và tác động hay hiệu quả của nó trên thực tế. Cùng một quy phạm, khi áp dụng vào các bối cảnh khác nhau, sẽ đem lại kết quả khác nhau.

64 Simeon, R., ‘Constitutional Design and Change in Federal Systems: Issues and Questions’ (Xây dựng Hiến pháp và Thay đổi tổ chức chính quyền liên bang: Các vấn đề và câu hỏi đặt ra), *Publius: The Journal of Federalism*, 39/2 (2009), tr. 241–61.

65 Horowitz, ‘Constitutional Design: Proposals Versus Processes’ (Xây dựng Hiến pháp: Các đề xuất và quy trình thực hiện).

pháp quy định hay ủng hộ, các tập quán này có khả năng quy định và chi phối các hành động chính trị. Điều này thể hiện rất rõ ở một số nước thuộc Khối Thịnh vượng chung: cuộc khủng hoảng chính trị và hiến pháp lớn nhất ở Australia – “Sa thải” (*the*

Dismissal)⁶⁶ – tuy không chính thức cấu thành một hành vi vi hiến, nhưng thực tế đã bị coi là vi hiến, bởi nó chứa đựng những hành vi đi ngược lại các tập quán lâu đời ở Australia, mặc dù về mặt kỹ thuật, những hành vi đó là hợp hiến.

Mô hình tổ chức nhà nước có thể định hình cấu trúc quyền lực hành pháp theo cách thức riêng, nhưng chỉ có thể phản ánh quyền lực bắt nguồn từ bối cảnh thực tế. Các tập quán pháp lý và chính trị không chính thức có thể đóng vai trò phân bổ lại quyền lực nhà nước vượt ra ngoài khuôn khổ hiến pháp, mà người nước ngoài nếu chỉ nghiên cứu hiến pháp trên văn bản sẽ không thể hiểu được.

Mô hình tổ chức nhà nước có thể định hình cấu trúc của quyền hành pháp theo cách thức riêng, nhưng chỉ có thể phản ánh quyền lực bắt nguồn từ bối cảnh thực tế. Một Tổng thống dù được hiến pháp trao cho nhiều quyền lực vẫn có thể bị suy yếu trong bối cảnh hệ thống đảng phái chính trị rời rạc và thiếu một nền tảng ủng hộ vững chắc từ phía cơ quan lập pháp. Tương tự, một Tổng thống mặc dù chỉ nắm giữ quyền lực hạn chế theo quy định của hiến pháp lại có thể làm chủ quy trình hoạch định chính sách nếu đảng của Tổng thống đó chiếm đa số ghế trong cơ quan lập pháp và có tính kỷ luật cao. Mặt khác, kể cả trong mô hình nghị viện mà đảng chiếm đa số trong nghị viện có quyền lựa chọn Thủ tướng, các đảng phái chính trị khi cạnh tranh với nhau trong bầu cử nghị viện thường gắn chiến dịch vận động tranh cử với hình ảnh của cá nhân thủ lĩnh đảng hơn là với các chương trình hành động cụ thể của đảng. Khi công bố kết quả bầu cử, các phương tiện thông tin đại chúng cũng thường tôn vinh một cá nhân là “người chiến thắng”. Vai trò của cá nhân cũng rất quan trọng khi chúng ta nói đến việc thiết kế quyền lực trên thực tế, như ví dụ về nước Nga ở trên.

Khi xem xét mối quan hệ tương tác giữa các nhân tố quy định ảnh hưởng thực tế của các quy phạm hiến pháp, chúng ta khó có thể dự đoán trước được tác động của các quy phạm này nếu thiếu hiểu biết sâu sắc về bối cảnh cụ thể của quốc gia. Nếu chỉ đưa ra lý thuyết trừu tượng về mô hình nào là tốt nhất thì sẽ thất bại ngay từ đầu, bởi thiếu sự hiểu biết thấu đáo về bối cảnh mà trong đó một quy phạm cụ thể được hình thành cũng như được áp dụng. Vì vậy, mặc dù phần viết dưới đây nhằm bổ sung thêm kiến thức về thiết kế hiến pháp đối với nhánh hành pháp, tác giả không có tham vọng cung cấp các nghiên cứu trường hợp cụ thể hay đưa ra lời khuyên cụ thể, mà chỉ khuyến nghị rằng chúng ta cần nghiên cứu sâu hơn về bối cảnh cụ thể của một

Chúng ta khó có thể dự đoán trước được tác động của các quy phạm hiến pháp nếu thiếu hiểu biết đầy đủ về bối cảnh cụ thể của quốc gia.

66 Xem phân tích sâu hơn về cuộc “đảo chính mềm” trong cuốn: Kelly, P., *The Dismissal* (Melbourne: Angus & Robertson, 1983). Cuộc tranh chấp nghị viện ở Canada năm 2008-09 cũng xuất phát từ nguyên nhân tương tự, trong đó các đảng đối lập trong Hạ viện khởi xướng tranh chấp bằng việc ủng hộ yêu cầu bỏ phiếu bất tín nhiệm đối với chính phủ thiểu số.

quốc gia một khi lựa chọn hiến pháp của quốc gia đó đã được đánh giá bước đầu là thành công.

5. Các phương án thiết kế nhánh hành pháp

5.1. Hành pháp tập trung trong bối cảnh dân chủ

Trong một nền hành pháp tập trung, quyền lực tập trung vào một cá nhân ở cấp chính quyền trung ương, cá nhân đó vừa đại diện cho chính phủ vừa đại diện cho quốc gia. Về mặt chính trị, quyền lực của người đứng đầu hành pháp không bắt nguồn từ nhánh lập pháp, vì vậy cơ quan lập pháp không có quyền bãi nhiệm người đứng đầu hành pháp bằng cơ chế bỏ phiếu bất tín nhiệm. Không những vậy, người đứng đầu hành pháp có toàn quyền kiểm soát Nội các. Do đó, người đứng đầu hành pháp hầu như không chịu sự giám sát về mặt chính trị, ngoại trừ tại các cuộc bầu cử thường kỳ, và chỉ bị chất vấn bởi cơ quan lập pháp ở mức độ hạn chế. Các đặc điểm này thường được thể hiện ở mô hình tổng thống. Tuy nhiên hành pháp tập trung không chỉ có ở các nước theo mô hình tổng thống. Một phần bởi lẽ mức độ tập trung của hành pháp không chỉ phụ thuộc vào mô hình tổ chức nhà nước, mà còn phụ thuộc vào thực lực và cấu trúc của hệ thống đảng phái chính trị (xem mục 2.5) hoặc tính chất độc đoán của chính phủ. Mặt khác, cấu trúc của các thiết chế khác nhau trong mô hình nghị viện cũng có thể có tác động đến sự tập trung hóa hành pháp. Thí dụ, mức độ toàn quyền và độc quyền kiểm soát Nội các của Thủ tướng trong mô hình nghị viện (xem thêm mục 5.3.2). Vì vậy, mặc dù cốt lõi của mô hình nghị viện là sự phụ thuộc về mặt chính trị của cơ quan hành pháp vào cơ quan lập pháp, nhưng sẽ có sự khác biệt đáng kể nếu cá nhân Thủ tướng có toàn quyền thành lập Nội các (chẳng hạn như ở Đức).⁶⁷ Bên cạnh cấu trúc của các thiết chế, các nhiệm vụ, quyền hạn được giao cho người đứng đầu hành pháp cũng góp phần ảnh hưởng đến mức độ tập trung thực tế của quyền hành pháp: mức độ tham gia của người đứng đầu hành pháp trong việc ban bố tình trạng khẩn cấp (và các quyền hạn của hành pháp đi đôi với quyền ban bố tình trạng khẩn cấp), quyết định đặc xá hoặc ân xá, tuyên bố chiến tranh, v.v... Các yếu tố nói trên, cùng với mức độ ảnh hưởng của người đứng đầu hành pháp lên quy trình xây dựng luật, chính là các tiêu chí đánh giá độ mạnh yếu của nhánh hành pháp.

Một nền hành pháp mạnh về bản chất không có hại. Nó có thể bảo đảm sự ổn định và đoàn kết dân tộc ở những quốc gia có nhiều lực lượng chia rẽ (như trường hợp của Brazil). Nó cũng có thể củng cố vị thế của hành pháp, bảo đảm sự nhất quán của các chính sách và tạo thuận lợi cho việc xây dựng kế hoạch dài hạn. Chẳng hạn, ở Hoa Kỳ, một số thách thức mà chính quyền Tổng thống Barack Obama đang phải đối mặt liên quan đến việc thực thi các chương trình cải cách đã được hứa hẹn tại chiến dịch vận động tranh cử có nguyên do từ sự phản đối của

Thách thức chủ yếu đối với một nền hành pháp mạnh là phải ngăn chặn được nguy cơ chuyển sang một nền cai trị chuyên quyền và phản dân chủ. Kiểm soát khuynh hướng chuyên quyền là một thách thức lớn hơn nữa nếu quyền hành pháp hầu như không chịu sự giám sát về mặt pháp lý và/hoặc có mối liên hệ quá gần gũi giữa các thẩm phán tòa án tối cao và nhánh hành pháp.

⁶⁷ Điều 64 Đạo luật cơ bản của Đức (1949), bản sửa đổi năm 2009.

Nghị viện. Ví dụ này cho thấy thách thức đặt ra cho nhánh hành pháp là phải dung hòa được với các chủ thể có

quyền phủ quyết ở các nhánh khác của chính quyền. Thách thức chủ yếu đối với một nền hành pháp mạnh là phải ngăn chặn được nguy cơ trượt sang một nền cai trị chuyên quyền và phản dân chủ. Kiểm soát khuynh hướng chuyên quyền là một thách thức lớn hơn nữa nếu quyền hành pháp hầu như không chịu sự giám sát về mặt pháp lý và/hoặc có mối liên hệ quá gần gũi giữa các thẩm phán tòa án tối cao và nhánh hành pháp do quy trình bổ nhiệm thẩm phán chịu sự chi phối của nhánh hành pháp.

Hiến pháp Ai Cập với sự phát triển trong hơn 40 năm qua là minh chứng rõ nét những thách thức đối với một nền hành pháp quá tập trung. Ngay từ đầu, thiết kế nền hành pháp tập trung đã tạo điều kiện cho chế độ chuyên quyền nảy sinh, sau đó lại được củng cố thêm bởi những sửa đổi hiến pháp thiên về tăng cường quyền lực của hành pháp dẫn đến mất cân bằng trong tổ chức quyền lực nhà nước. Sau lần sửa đổi năm 2007, Hiến pháp Ai Cập không những tập trung quyền hành pháp vào Tổng thống và không có giới hạn về nhiệm kỳ (mặc dù về mặt hình thức Ai Cập được xếp vào mô hình tổng thống bán phần), mà còn trao cho Tổng thống quyền giải tán nghị viện nếu xét thấy cần thiết, và quyền bổ nhiệm một số thành viên trong viện thứ nhất của nghị viện và 1/3 số thành viên trong viện thứ hai. Hơn thế nữa, Hiến pháp còn trao cho Tổng thống quyền hạn khá lớn trong việc phủ quyết các đạo luật và thẩm quyền rất rộng dưới cái mác “chống khủng bố”, gần như là tổng tư lệnh tối cao của các lực lượng vũ trang và chỉ huy tối cao của lực lượng cảnh sát. Do vậy, đối với các nước hiện có cấu trúc quyền lực nhà nước tương tự như Ai Cập, khi sửa đổi hiến pháp, nên tập trung vào các phương thức và biện pháp phân tán bớt quyền lực của hành pháp.

5.2. Các phương thức phân tán quyền lực trong nội bộ nhánh hành pháp

Các nhà soạn thảo hiến pháp có thể phân tán bớt quyền lực trong nội bộ nhánh hành pháp bằng hai phương thức: (a) theo chiều ngang, bằng cách thiết kế cơ chế hành pháp tập thể hoặc hành pháp lưỡng đầu, và (b) theo chiều dọc, bằng cách phân cấp cho chính quyền địa phương.

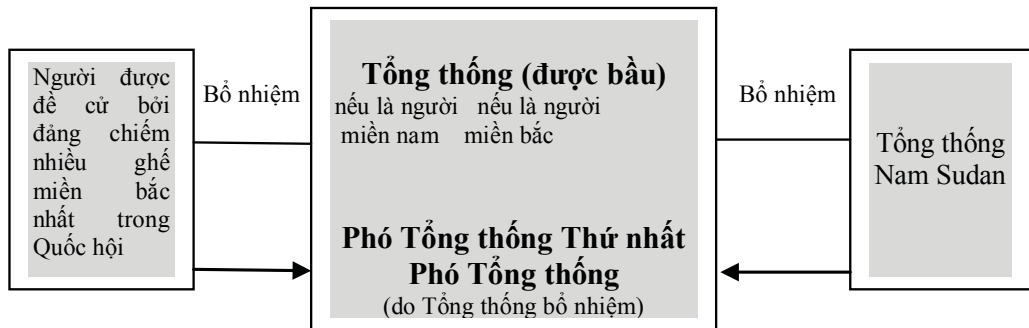
Quyền hành pháp có thể được phân tán bằng cách thiết kế cơ chế hành pháp tập thể hoặc hành pháp lưỡng đầu, hoặc bằng cách phân cấp cho chính quyền địa phương.

5.2.1. Cơ chế hành pháp tập thể

Cơ chế hành pháp tập thể có nghĩa là một tập thể người cùng giữ cương vị nguyên thủ quốc gia / người đứng đầu hành pháp. Cơ chế hành pháp tập thể có nhiều hình thức thể hiện khác nhau. Ví dụ, sau khi Nghị định thư hòa bình được ký kết năm 2004, Sudan thiết lập một cơ chế hành pháp tập thể tương đối mềm dẻo gồm một Tổng thống, một Phó Tổng thống Thứ nhất và một Phó Tổng thống với thứ bậc rõ ràng (xem Hình 5). Trước khi Nam Sudan giành độc lập vào tháng 7/2011, Tổng thống Sudan là nguyên thủ quốc gia duy nhất, nhưng một số quyết định vẫn phải tham vấn hoặc thậm chí phải được sự đồng ý của Phó Tổng thống Thứ nhất. Mặc dù Tổng thống bổ nhiệm cả hai vị trí Phó Tổng thống dưới

quyền đó, nhưng một vị phải là người miền bắc Sudan, và vị còn lại phải là người miền nam Sudan (nay là quốc gia Nam Sudan độc lập). Ngoài ra, Phó Tổng thống Thứ nhất không thể là người xuất thân từ cùng một vùng miền với Tổng thống. Nhiệm kỳ của Phó Tổng thống Thứ nhất không được xác định theo ý chí của Tổng thống, mà do Hiến pháp quy định theo các phương thức khác.

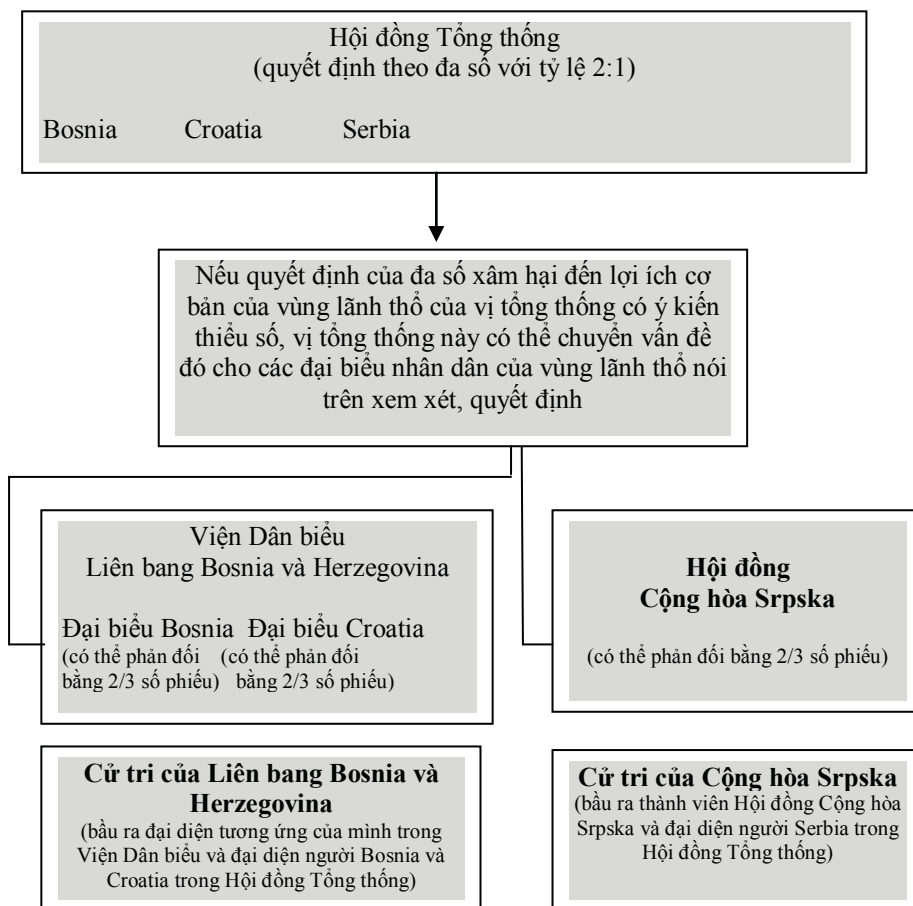
Hình 5. Cơ chế hành pháp tập thể ở Sudan trước khi quốc gia này bị chia cắt



Các nhà soạn thảo hiến pháp Bosnia và Herzegovina thiết kế một cơ chế hành pháp tập thể mạnh hơn, với quyền lực được chia sẻ đều cho ba người đứng đầu hành pháp (xem Hình 6). Nguồn gốc dân tộc quyết định tư cách thành viên Hội đồng Tổng thống: mỗi vùng lãnh thổ bầu ra một đại diện - một người phải là người Croatia, người thứ hai phải là người Serbia, và người thứ ba phải là người Bosnia. Một người sẽ giữ vai trò Tổng thống trên danh nghĩa, đại diện cho quốc gia về mặt đối ngoại, nhưng mỗi người đảm nhiệm chức năng thực sự của Tổng thống theo cơ chế luân phiên (*primus inter pares*). Hội đồng Tổng thống phải ra hầu hết các quyết định theo nguyên tắc đồng thuận nếu có thể và nếu không thì theo nguyên tắc đa số. Tuy nhiên, nguyên tắc đồng thuận vẫn được ưu tiên hơn, bởi vị tổng thống có ý kiến thiểu số có quyền tuyên bố một quyết định là “xâm hại” đến lợi ích cơ bản của vùng lãnh thổ của ông ta. Cơ quan lập pháp của vùng lãnh thổ này sau đó có thể bỏ phiếu ngăn không cho thi hành quyết định đó nếu đạt được 2/3 số phiếu.

Cả hai mô hình hành pháp tập thể theo Hình 5 và 6 đều là kết quả của các hiệp ước hòa bình được ký kết sau những cuộc nội chiến khốc liệt giữa các dân tộc (Hiệp ước Hòa bình Toàn diện năm 2005 về vấn đề Sudan và Hiệp ước Hòa bình Dayton năm 1995 về vấn đề Bosnia và Herzegovina). Trong cả hai trường hợp, các chủ thể đàm phán không thể đi tới một thỏa ước hòa bình nếu không có đại diện của các dân tộc trong nhánh hành pháp ở cấp cao nhất. Tuy sự thỏa hiệp này vô cùng quan trọng nhằm chấm dứt sự thù địch giữa các phe phái gây chiến, nhưng nó lại khiến cho việc quản trị quốc gia thêm phần khó khăn. Đặc biệt, ở Bosnia và Herzegovina, sự ngờ vực lẫn nhau giữa các nhóm dân tộc vẫn còn nặng nề, gây trở ngại đáng kể cho quá trình phát triển đất nước theo một con đường chung.

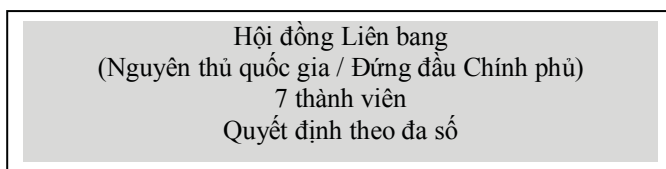
Hình 6. Cơ chế Hội đồng tổng thống ở Bosnia và Herzegovina



Mô hình thứ ba về hành pháp tập thể hiện đang được áp dụng ở Thụy Sĩ (xem Hình 7). Hội đồng Liên bang là thiết chế hành pháp cao nhất ở Thụy Sĩ, đây chính là chính phủ ở cấp trung ương và đồng thời là nguyên thủ quốc gia tập thể. Hội đồng bao gồm 7 thành viên, 7 người này phải là người đến từ các bang (canton) khác nhau và phải đại diện thích hợp cho các cộng đồng ngôn ngữ khác nhau.⁶⁸ Bảy ủy viên Hội đồng Liên bang được bầu riêng rẽ bởi Quốc hội Liên bang (cơ quan lập pháp) với nhiệm kỳ 4 năm và không bị ràng buộc bởi cơ chế bỏ phiếu bất tín nhiệm. Họ được bầu ra với vị trí bình đẳng như nhau, mặc dù mỗi năm một người trong số họ sẽ được chỉ định làm Tổng thống, chủ yếu nhằm phục vụ cho mục đích đại diện và nghi lễ. Hội đồng Liên bang ra quyết định với tư cách là một thực thể đơn nhất. Mỗi ủy viên Hội đồng quản lý một lĩnh vực cụ thể thuộc thẩm quyền của Hội đồng Liên bang. Từ năm 1959, bốn đảng lớn nhất liên tục có đại diện trong Hội đồng Liên bang, mặc dù điều này không được quy định trong Hiến pháp. Cơ sở hình thành cơ chế liên minh này xuất phát từ các thiết chế dân chủ trực tiếp rất mạnh ở Thụy Sĩ.

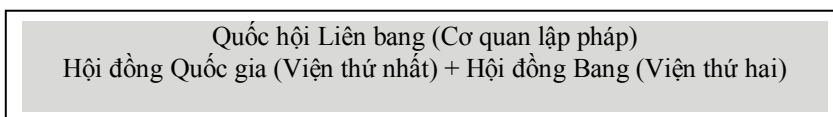
⁶⁸ Điều 175 Hiến pháp Thụy Sĩ.

Hình 7. Cơ chế hành pháp tập thể ở Thụy Sĩ



Bầu

(mỗi bang chỉ có 1 thành viên: đại diện thích hợp cho các cộng đồng ngôn ngữ)



Như ba ví dụ minh họa trên đây, cơ chế hành pháp tập thể không gắn với bất kỳ mô hình tổ chức chính quyền nhất định nào. Nó được áp dụng cả trong mô hình tổng thống (Sudan), mô hình tổng thống bán phần (Bosnia và Herzegovina), và mô hình gần như nghị viện (*quasi-parliamentary system*) (Thụy Sĩ).

5.2.2. Hành pháp lưỡng đầu

Phân tán quyền hành pháp theo chiều ngang cũng có thể thực hiện bằng việc thiết lập một cơ chế hành pháp lưỡng đầu gồm nguyên thủ quốc gia và người đứng đầu chính phủ. “Hành pháp lưỡng đầu” theo nghĩa đen đã có truyền thống từ lâu đời và rất phổ biến. Thí dụ, ở nhiều quốc gia, người đứng đầu chính phủ quản lý các công việc của chính phủ và hoạch định chính sách, còn nguyên thủ quốc gia, thường là Tổng thống hoặc một vị quân chủ, nắm giữ một vị trí mang tính lễ nghi với rất ít thực quyền về mặt chính trị (nguyên thủ quốc gia “trị vì”, còn thủ tướng “cai trị” đất nước). Trong hai thập kỷ qua, mô hình hành pháp lưỡng đầu với quyền lực được phân bổ đều hơn giữa “hai đầu” – thường được gọi là mô hình tổng thống bán phần đang trở nên ngày càng phổ biến. Cơ chế hành pháp lưỡng đầu trong mô hình tổng thống bán phần chia nhánh hành pháp thành hai thiết chế chính thống độc lập và riêng rẽ theo quy định hiến pháp: Thủ tướng - người đứng đầu chính phủ - được lựa chọn theo phương thức gián tiếp, chịu trách nhiệm trước nghị viện thông qua cơ chế bỏ phiếu tín nhiệm, và Tổng thống – nguyên thủ quốc gia – được bầu trực tiếp bằng bỏ phiếu phổ thông. Sự cân bằng quyền lực giữa hai đầu của hành pháp ở các nước theo mô hình này có sự khác biệt khá lớn. Tùy thuộc vào mức độ cân bằng quyền lực giữa hai đầu của hành pháp, một số nước có nhiều đặc điểm của mô hình tổng thống hơn, trong khi một số nước khác lại có nhiều đặc điểm của mô hình nghị viện. Chẳng hạn, ở Ai Cập, Hiến pháp năm 2007 xác định chính phủ là cơ quan hành pháp và hành chính cao nhất của nhà nước, đứng đầu chính phủ là Thủ tướng. Tuy nhiên, quy định này không thể che đậy được một thực tế là chức năng chủ yếu của chính phủ chỉ là giúp Tổng thống thực thi các chính sách của Tổng thống. Quyền quyết định cao nhất về tất cả các vấn đề chính sách quan trọng thuộc về Tổng thống.

Thủ tướng không những phụ thuộc vào sự tín nhiệm của cơ quan lập pháp, mà còn phụ thuộc vào sự tín nhiệm của Tổng thống. Ở một thái cực khác, Hiến pháp Ailen quy định các quyền hạn và chức năng được trao cho Tổng thống – người được dân bầu trực tiếp – “phải được Tổng thống thực hiện trên cơ sở

“Hành pháp lưỡng đầu” theo nghĩa đen đã có truyền thống từ lâu đời và rất phổ biến. Ở nhiều quốc gia, người đứng đầu chính phủ quản lý các công việc của chính phủ và hoạch định chính sách, còn nguyên thủ quốc gia, thường là Tổng thống hoặc một vị quân chủ, nắm giữ một vị trí mang tính lễ nghi với rất ít thực quyền về mặt chính trị.

tư vấn của Chính phủ, và Tổng thống chỉ được tự mình hành động trong những trường hợp cụ thể do Hiến pháp quy định”. Trong cả hai trường hợp nói trên, mỗi đầu của hành pháp không có quyền phủ quyết đối với đầu còn lại trong phạm vi nhánh hành pháp. Nhiều nước khác đã lựa chọn phương án bảo đảm sự cân bằng hơn khi phân bổ quyền lực cho hai đầu của hành pháp. Bên cạnh các quyền hạn thực tế (các chức năng được coi là để thực hiện chức năng của Tổng thống và của Chính phủ), sự tham gia của Tổng thống trong quá trình lựa chọn hoặc cách chức Thủ tướng và Nội các cũng có ý nghĩa rất quan trọng. Do Thủ tướng chịu trách nhiệm trước cơ quan lập pháp, nên việc thiết kế cơ chế hành pháp lưỡng đầu cũng sẽ được đề cập ở mục 5.3.1 (Quyền bổ nhiệm/lựa chọn/cách chức người đứng đầu chính phủ (Thủ tướng)).

Mong chờ vào khả năng về tác dụng phân tán quyền lực của cơ chế hành pháp lưỡng đầu, một số quốc gia đã áp dụng cơ chế này như một giải pháp tạm thời để làm lắng dịu xung đột sau các cuộc bầu cử gây tranh cãi và để thiết lập một “chính phủ liên minh”. Thí dụ, ở Kenya (2008) và Zimbabwe (2008), các biện pháp tạm thời được áp dụng như bổ nhiệm thủ lĩnh đảng đối

Trong hai thập kỷ qua, mô hình hành pháp lưỡng đầu với quyền lực được phân bổ đều hơn giữa “hai đầu” – thường được gọi là mô hình tổng thống bán phần, đang trở nên ngày càng phổ biến. Các nhà soạn thảo hiến pháp gần đây cũng đã áp dụng cơ chế hành pháp lưỡng đầu như một giải pháp tạm thời để làm lắng dịu xung đột sau các cuộc bầu cử gây tranh cãi và để thiết lập một chính phủ liên minh.

lập làm thủ tướng, nhưng tổng thống các nước này vẫn nắm giữ chức năng của cả nguyên thủ quốc gia và người đứng đầu chính phủ. Thay vì cùng nhau cầm quyền trong một chính phủ liên minh, thủ tướng bị lấn át trong một tổ chức chính quyền nghiêng về tổng thống với rất ít thực quyền hành pháp.

Từ năm 1996 đến năm 2001, chính quyền Israel được thiết kế dựa trên mô hình hành pháp lưỡng đầu với cơ chế bầu cử ngược (*reverse electoral approach*): nguyên thủ quốc gia (một vị trí chủ yếu mang tính lễ nghi) do nghị viện bầu ra, còn người đứng đầu chính phủ (Thủ tướng) được nhân dân bầu trực tiếp cùng lúc với bầu cử nghị viện. Ở Israel, do cơ cấu nghị viện rất rời rạc, phân tán, mô hình này không thể tạo lập một chính phủ ổn định, vì đảng của Thủ tướng có vị thế quá yếu trong nghị viện nên không thể bảo đảm sự ổn định của chính phủ.

Mô hình bầu cử ngược này có thể có tác dụng tích cực trong một bối cảnh chính trị

khác (chẳng hạn như với một quang cảnh khác về mối quan hệ cân bằng giữa các đảng phái), nhưng Israel không phải là một trường hợp thành công.

5.2.3. Giới hạn nhiệm kỳ của tổng thống

Thời gian cầm quyền cũng có thể được coi là một yếu tố quan trọng phân tán bớt quyền lực hành pháp của một cá nhân bằng cách hiến định nội dung nhiệm kỳ của người đứng đầu hành pháp. Mặc dù giới hạn về nhiệm kỳ nhìn bề ngoài có vẻ như là hạn chế quyền dân chủ của người dân trong việc lựa chọn nhà cầm quyền nào mà họ mong muốn, trên thực tế, đây lại là một trong những công cụ quan trọng nhất để thúc đẩy cải biến dân chủ trong các chế độ bầu cử độc đoán hoặc hỗ trợ các nền dân chủ non trẻ. Như hai tác giả đã nhận định, “sự kết hợp giữa giới hạn về nhiệm kỳ và các cuộc bầu cử được tổ chức thường xuyên đã thay thế vai trò của các cuộc đảo chính để trở thành phương thức chủ yếu để thay đổi chế độ và thay đổi người lãnh đạo ở châu Phi hiện nay”.⁶⁹ Đáng lưu ý là Hiến pháp Tunisia và Ai Cập đều không có quy định về giới hạn nhiệm kỳ của tổng thống.

Việc thay thế luân phiên người đứng đầu hành pháp có ý nghĩa quan trọng bởi nhiều lý do. Nhìn bề ngoài, giới hạn nhiệm kỳ chỉ hạn chế thời gian cầm quyền của người đứng đầu hành pháp, chứ không hạn chế quyền hành của người đó trong thời gian đương nhiệm. Tuy nhiên, nếu không có giới hạn nhiệm kỳ, người đứng đầu

Giới hạn nhiệm kỳ là một trong những công cụ quan trọng nhất để thúc đẩy cải biến dân chủ trong các chế độ bầu cử độc đoán hoặc hỗ trợ các nền dân chủ non trẻ. Nếu không có giới hạn nhiệm kỳ, người đứng đầu hành pháp thường không cưỡng lại được cám dỗ sử dụng quyền lực của mình tạo để môi trường bảo đảm cho việc tái cử nhiều lần dưới một chế độ cai trị chuyên quyền.

hành pháp thường không cưỡng lại được cám dỗ sử dụng quyền lực của mình để tạo môi trường bảo đảm cho việc tái cử nhiều lần dưới một chế độ cai trị chuyên quyền. Vì vậy, giới hạn nhiệm kỳ có ý nghĩa mấu chốt trong việc ngăn chặn người đứng đầu hành pháp được tái cử với số lần không hạn chế. Có hai phương thức giới hạn nhiệm kỳ. Phương thức thứ nhất là hạn chế số nhiệm kỳ liên tiếp mà người đứng đầu hành pháp được phép nắm giữ chức vụ. Thí dụ, Nga⁷⁰ và Áo⁷¹ chỉ cho phép Tổng thống giữ chức vụ không quá hai nhiệm kỳ liên tiếp, nhưng không cấm cựu Tổng thống ra tranh cử lại sau khi đã nghỉ một nhiệm kỳ; ở Panama⁷², thời gian nghỉ này được quy định là hai nhiệm kỳ tiếp theo. Phương thức thứ hai là đặt ra hạn chế tuyệt đối về tổng số nhiệm kỳ Tổng thống có thể đảm nhiệm. Một số quốc gia chỉ cho phép một người được giữ chức vụ Tổng thống trong một nhiệm kỳ duy nhất (như Paraguay⁷³, Hàn Quốc⁷⁴), đa số các quốc gia còn lại cho

69 Posner, D. N. và Young, D. J., ‘The Institutionalization of Political Power in Africa’ (Thế chế hóa quyền lực chính trị ở châu Phi), *Journal of Democracy (Tạp chí Dân chủ)*, tháng 7- 2007, tr. 131.

70 Điều 81 (3) Hiến pháp Liên bang Nga (1993), bản sửa đổi năm 2008.

71 Điều 60 (5) Hiến pháp Cộng hòa Áo (1920), bản sửa đổi năm 2004.

72 Điều 178 Hiến pháp Cộng hòa Panama (1972), bản sửa đổi năm 2004.

73 Điều 229 Hiến pháp Paraguay 1992.

74 Điều 70 Hiến pháp Cộng hòa Triều Tiên (1948), bản sửa đổi năm 1987.

phép một người được giữ chức vụ Tổng thống trong hai nhiệm kỳ (như Nam Phi⁷⁵, Thổ Nhĩ Kỳ⁷⁶).

Có lẽ trên thế giới, không một quy định hiến pháp nào được sửa đổi, bãi bỏ, giải thích lại một cách thường xuyên như quy định về giới hạn nhiệm kỳ của tổng thống (như ở Algeria, Belarus, Burkina Faso, Bờ biển Ngà, Gabon, Kazakhstan, Namibia, Peru, Sri Lanka, Uganda). Mặc dù về mặt pháp lý, các tổng thống hiếm khi tham gia với tư cách là chủ thể quan trọng trong quá trình sửa đổi hiến pháp, nhưng trên thực tế, nhiều tổng thống đã xoay sở để sắp xếp được việc sửa đổi quy định hiến pháp về giới hạn nhiệm kỳ tổng thống. Để hạn chế tình trạng này, một số nhà soạn thảo hiến pháp đã bổ sung những biện pháp bảo đảm. Ở El Salvador,⁷⁷ Honduras⁷⁸ và Niger,⁷⁹ quy định về nhiệm kỳ của tổng thống trong hiến pháp không thể được thay đổi, và ở Honduras,⁸⁰ quân đội thậm chí được trao quyền bảo đảm rằng điều khoản quy định nhiệm kỳ của tổng thống không bị sửa đổi. Hiến pháp Hàn Quốc⁸¹ lại có cách tiếp cận khác: việc sửa đổi Hiến pháp về kéo dài nhiệm kỳ của Tổng thống sẽ không có hiệu lực đối với Tổng thống đương nhiệm tại thời điểm đề xuất sửa đổi đó được đưa ra.

5.2.4. Phân bổ quyền hành pháp cho các cấp chính quyền thông qua cơ chế phân cấp (phi tập trung hóa)

Cơ chế hành pháp tập thể hoặc hành pháp lưỡng đầu tạo điều kiện để phân tán quyền hành pháp cao nhất ở cấp chính quyền trung ương cho hai người trở lên, bằng quy trình ra quyết định chung hoặc phân bổ các quyền hạn khác nhau cho những người khác nhau. Thêm vào đó hoặc thay vào đó, quyền hành pháp cũng có thể được phân tán theo chiều dọc bằng cách phân bổ quyền hành pháp cho các cấp chính quyền. Thiết lập các thực thể hành pháp ở các cấp chính quyền khác nhau (vùng, tỉnh, làng xã v.v...) cũng là một cách để đưa thêm nhiều chủ thể tham gia vào nhánh hành pháp. Bằng việc ủy quyền hay chuyển giao bớt một số quyền hạn cho cấp hành chính/chính quyền thấp hơn, trách nhiệm và quyền lực thực chất được phân tán bớt từ chính quyền trung ương xuống địa phương. Chẳng hạn, Hiến pháp Hoa Kỳ phân bổ phần lớn quyền ban hành luật hình sự cho các đơn vị trực thuộc (các bang). Do đó, thống đốc các bang phải giải quyết các yêu cầu đặc xá, bao gồm cả yêu cầu của những người phạm tội bị áp dụng hình phạt tử hình ở các bang vẫn áp dụng hình phạt này. Tuy pháp luật không công khai tước bỏ quyền quyết định đặc xá của Tổng thống, và Tổng thống vẫn có quyền quyết định đặc xá đối với tội phạm các tội liên quan đến an ninh quốc gia, nhưng việc chuyển giao quyền lực cho các bang đã góp phần phân tán bớt quyền hành của Tổng thống Hoa Kỳ.

75 Điều 88 (2) Hiến pháp Nam Phi (1996), bản sửa đổi năm 2007.

76 Điều 101 (2) Hiến pháp Cộng hòa Thổ Nhĩ Kỳ (1982), bản sửa đổi năm 2008.

77 Điều 248 Hiến pháp El Salvador (1983).

78 Điều 374 Hiến pháp Honduras (1982).

79 Điều 36 và 136 Hiến pháp Niger (1999).

80 Điều 272 Hiến pháp Honduras (1982).

81 Điều 128 (2) Hiến pháp Cộng hòa Triều Tiên (1948), bản sửa đổi năm 1987.

Các hình thức phân cấp⁸² khác nhau có thể có tác động không giống nhau lên nhánh hành pháp. Mức độ phân cấp phụ thuộc vào hai yếu tố: thứ nhất, hiến pháp quy định loại quyền hạn nào được chuyển giao xuống cho các cấp hành chính/chính quyền cấp dưới, và thứ hai, cơ quan hành pháp ở trung ương giữ lại quyền giám sát ở mức độ nào. Các quyền hạn hành pháp được chuyển giao càng thuộc loại quan trọng như luật hình sự hoặc quyền lực của cảnh sát thì mức độ phân cấp càng cao.

Mức độ phân cấp ở các quốc gia trên thế giới có thể được minh họa bởi một trục biến thiên với hai đầu, đi từ mức tập trung hóa cao độ đến mức phi tập trung hóa cao.

Quyền hành pháp có thể được phân phối lại bằng cách phân bổ quyền hành cho các cấp chính quyền. Thiết lập các thực thể hành pháp ở các cấp chính quyền khác nhau (vùng, tỉnh, làng xã v.v..) cũng là một cách để đưa thêm nhiều chủ thể tham gia vào nhánh hành pháp

Để đo lường chính xác hơn mức độ phân cấp, cần đánh giá ba yếu tố cơ bản của phân cấp: phân cấp về hành chính, phân cấp về chính trị, và phân cấp về tài chính. Phân cấp về hành chính liên quan đến mức độ tự chủ mà các thực thể chính quyền không thuộc

Phân cấp hành chính có thể được hiểu là tản quyền, ủy quyền và trao quyền.

cấp trung ương có được trong mối tương quan so sánh với chính quyền trung ương. Phân cấp về chính trị liên quan đến mức độ chính quyền trung ương cho phép các đơn vị chính quyền cấp dưới thực hiện các chức năng quản trị mang tính chính trị, ví dụ như chức năng đại diện. Phân cấp về tài chính liên quan đến mức độ chuyển giao trách nhiệm về tài chính từ chính quyền trung ương cho các đơn vị chính quyền cấp dưới. Ba yếu tố này của phân cấp sẽ được trình bày kỹ hơn ở Chương 7, mục 3.2.1.

Mặc dù việc phân biệt ba yếu tố nói trên giúp cho việc đo lường mức độ phân cấp, một cơ chế phân cấp hiệu quả đòi hỏi sự phối hợp của cả ba yếu tố. Phân cấp sẽ chỉ được thực hiện ở mức độ hời hợt nếu, ví dụ, phân cấp về hành chính và về tài chính không hỗ trợ cho phân cấp về chính trị và không thực hiện cùng với phân cấp về chính trị.

5.3. Cơ chế kiểm soát bằng thiết chế đối với nhánh hành pháp

Một cách thức khác để kiểm soát quyền hành pháp là thiết kế hệ thống kiểm soát và phụ thuộc vào các nhánh chính quyền khác. Như đã phân tích ở phần đầu của chương này, hai mô hình tổ chức nhà nước đặc biệt phù hợp với việc kiểm soát quyền hành pháp là mô hình nghị viện và cơ chế hành pháp lưỡng đầu trong mô hình tổng thống bán phần. Nhằm duy trì quyền lực chính trị trong cả hai mô hình này, nhánh

Một cách thức khác để kiểm soát quyền hành pháp là thiết kế một hệ thống kiểm soát và phụ thuộc vào các nhánh cơ quan khác. Hai mô hình tổ chức nhà nước đặc biệt phù hợp với việc kiểm soát quyền hành pháp là mô hình nghị viện và cơ chế hành pháp lưỡng đầu trong mô hình tổng thống bán phần.

82 Thuật ngữ “tản quyền” (de-concentration) được dùng ở đây là thuật ngữ chuyên ngành để mô tả một mức độ cụ thể của phi tập trung hóa. Nếu được sử dụng trong văn cảnh không liên quan đến phân cấp hành chính, thuật ngữ này được hiểu theo nghĩa rộng hơn.

hành pháp không thể tách biệt với nhánh lập pháp. Trong mô hình nghị viện, quyền lực của hành pháp phái sinh từ nghị viện, và có thể bị nghị viện bãi nhiệm bằng cơ chế bỏ phiếu bất tín nhiệm. Các cơ chế này tạo nên một mối quan hệ thứ bậc trên dưới giữa các nhánh của chính quyền theo hướng có lợi cho nhánh lập pháp. Quyền lực của hành pháp thậm chí có thể bị kiểm soát chặt chẽ hơn nữa nếu nghị viện có ảnh hưởng trực tiếp đến việc thành lập Nội các. Cơ chế hành pháp lưỡng đầu trong mô hình tổng thống bán phần chia nhánh hành pháp thành hai thiết chế chính thống độc lập và riêng rẽ theo quy định của hiến pháp: Thủ tướng – người đứng đầu chính phủ - được bầu gián tiếp và chịu trách nhiệm trước cơ quan lập pháp theo cơ chế bỏ phiếu bất tín nhiệm, và Tổng thống – nguyên thủ quốc gia – được dân bầu trực tiếp.

Mức độ cân bằng quyền lực giữa nhánh hành pháp và lập pháp ở mỗi quốc gia có thể có sự khác biệt lớn. Bốn yếu tố có thể giúp đánh giá mức độ kiểm soát lẫn nhau giữa quyền hành pháp và lập pháp là: (a) quyền bổ nhiệm/lựa chọn/cách chức người đứng đầu chính phủ (Thủ tướng) trong cơ chế hành pháp lưỡng đầu; (b) sự chi phối đối với Nội các; (c) sự tồn tại của cơ chế bỏ phiếu bất tín nhiệm/khiển trách (censure) đối với người đứng đầu chính phủ; (d) khả năng giải tán nghị viện.

5.3.1. Quyền bổ nhiệm/lựa chọn/cách chức người đứng đầu chính phủ (Thủ tướng)

Nhiều bản hiến pháp đi theo cơ chế hành pháp lưỡng đầu đều quy định Tổng thống có quyền lựa chọn Thủ tướng (ví dụ, Hiến pháp Pháp, Mông Cổ, Mozambique, Namibia, Peru, Ba Lan, Nga, Senegal). Ở một số quốc gia, quyền hạn này của Tổng thống phần nào bị hạn chế bởi quy định của hiến pháp: Tổng thống phải “tham

Một tiêu chí đánh giá độ mạnh của hành pháp và mức độ kiểm soát của lập pháp đối với hành pháp chính là quyền bổ nhiệm/lựa chọn/cách chức người đứng đầu chính phủ của Tổng thống trong mô hình hành pháp lưỡng đầu

khảo ý kiến của các đảng có đại diện trong Quốc hội và cân nhắc một cách hợp lý kết quả tổng tuyển cử” (Bồ Đào Nha).⁸³ Thông thường, quyền bãi nhiệm Thủ tướng là đặc quyền nghị viện với đa số phiếu tán thành (ví dụ như Pháp, Bồ Đào Nha, Senegal). Do đó, Tổng thống không thể bảo đảm rằng người mà Tổng thống lựa chọn có thể giữ được chức Thủ tướng. Sự lựa chọn của Tổng thống bị giới hạn ở chỗ Tổng thống phải lựa chọn người mà Tổng thống kỳ vọng rằng sẽ giành được sự ủng hộ (hay ít nhất là sự ngầm ủng thuận) của nghị viện. Ngoài ra, một khi Thủ tướng đã được lựa chọn, Thủ tướng không còn chịu sự chi phối và kiểm soát của Tổng thống nữa, mà chịu sự kiểm soát của nghị viện và do đó có xu hướng đưa ra các chính sách phù hợp với đường lối của nghị viện. Một số hiến pháp tìm cách tránh xu hướng này và tăng cường quyền lực của Tổng thống bằng cách trao cho Tổng thống quyền cách chức Thủ tướng (ví dụ Mozambique, Namibia, Peru, Nga). Vì vậy, Thủ tướng bị “kẹp ở giữa” và phụ thuộc vào cả Tổng thống và nghị viện cũng như chiến lược chính trị của hai thiết chế này.

Phương thức lựa chọn Thủ tướng ở các quốc gia theo mô hình nghị viện cũng có sự

83 Điều 187 (1) Hiến pháp Bồ Đào Nha (1976), bản sửa đổi năm 2004.

khác nhau, mặc dù xét cho cùng, việc lựa chọn Thủ tướng đều phụ thuộc vào ý chí của nghị viện. Ở một số quốc gia, việc lựa chọn Thủ tướng hoàn toàn thuộc quyền của nghị viện. Chẳng hạn, ở Thụy Điển, Chủ tịch nghị viện bổ nhiệm Thủ tướng. Ở các quốc gia khác, Thủ tướng do Tổng thống bổ nhiệm, nhưng nghị viện có thể lựa chọn một người khác nếu ứng cử viên do Tổng thống lựa chọn không được đa số tuyệt đối trong nghị viện bỏ phiếu thông qua (ví dụ ở Đức). Tổng thống sau đó buộc phải bổ nhiệm người do nghị viện lựa chọn. Song hiến pháp một số quốc gia quy định Tổng thống buộc phải bổ nhiệm Thủ tướng thuộc đảng chiếm được nhiều ghế nhất trong cuộc bầu cử nghị viện (Hy Lạp). Hiến pháp một số quốc gia khác quy định nguyên thủ quốc gia phải bổ nhiệm người do nghị viện lựa chọn, và thậm chí có hiến pháp còn quy định người do nghị viện lựa chọn sẽ mặc nhiên trở thành Thủ tướng nếu Tổng thống không bổ nhiệm người đó sau một khoảng thời gian nhất định (Ethiopia).

5.3.2. Sự chi phối đối với Nội các

Thiết kế cơ chế chi phối Nội các là một phương thức khác để gây ảnh hưởng hay để điều chỉnh mối quan hệ giữa hành pháp và lập pháp. Tại hầu hết các quốc gia theo mô hình tổng thống, Nội các do Tổng thống bổ nhiệm và hoàn toàn chịu sự chỉ đạo của Tổng thống. Tuy nhiên, một số quốc gia cũng cho phép nghị viện có quyền can thiệp về mặt chính trị vào việc thành lập Nội các. Thí dụ, ở Colombia, cá nhân các bộ trưởng phải chịu sự khiển trách (censure) của nghị viện⁸⁴ và điều này cũng được áp dụng đối với Chủ tịch Hội đồng Bộ trưởng ở Argentina.⁸⁵ Trong mô hình hành pháp lưỡng đầu, thách thức đặt ra là phải bảo đảm sự cân bằng hợp lý về ảnh hưởng của Tổng thống, Thủ tướng và nghị viện trong việc lựa chọn/cách chức các thành viên Nội các. Theo Hiến pháp của Pháp, Thủ tướng đề xuất với Tổng thống ứng cử viên bổ nhiệm hoặc cách chức để Tổng thống quyết định. Cơ chế nghị viện bỏ phiếu bất tín nhiệm chỉ áp dụng đối với tập thể chính phủ chứ không phải đối với từng cá nhân thành viên Nội các. Ở Peru, nghị viện có quyền khiển trách (censure) các cá nhân thành viên Nội các, do đó Thủ tướng có vị thế yếu hơn. Ở Mông Cổ, Thủ tướng đề xuất thành phần Nội các sau khi đã tham khảo ý kiến của Tổng thống, và Nghị viện phê chuẩn từng thành viên. Như vậy, cơ quan lập pháp có thể định hướng hành pháp thông qua các ảnh hưởng đối với quá trình thành lập Nội các.

Hiến pháp Lâm thời của Nam Phi (1994-96) có cách tiếp cận khác: thành phần của nghị viện quyết định thành phần của Nội các, và Nội các lựa chọn ra Tổng thống. Đảng nào chiếm hơn 5% tổng số ghế trong nghị viện có quyền có một vị trí trong Nội các.⁸⁶ Mục đích của quy định này là nhằm thiết lập một chính phủ có thành phần rộng rãi sau thời kỳ cai trị của chế độ phân biệt chủng tộc.

5.3.3. Bỏ phiếu bất tín nhiệm

Quyền phê phán (censure) người đứng đầu chính phủ của nghị viện với vai trò là một phần của bối cảnh chính trị cũng có thể được thiết kế theo nhiều cách thức khác nhau

84 Điều 135 (9) Hiến pháp Colombia (1991), bản sửa đổi năm 2005.

85 Điều 101 Hiến pháp Argentina (1994).

86 Điều 88 Hiến pháp lâm thời của Nam Phi (1994-96).

nhằm điều chỉnh các nguy cơ tiềm ẩn. Hiến pháp một số quốc gia đưa ra những hạn chế đối với quyền bỏ phiếu bất tín nhiệm của nghị viện đối với Thủ tướng. Ở Nga, Tổng thống có quyền bác bỏ việc bỏ phiếu bất tín nhiệm của Nghị viện, và sau đó 3 tháng Nghị viện sau đó có thể thực hiện bỏ phiếu bất tín nhiệm. Các phương án khác là nghị viện chỉ có quyền bãi nhiệm Thủ tướng sau khi Thủ tướng đã tại vị được một khoảng thời gian nhất định, hoặc Nghị viện chỉ được giải tán một số lượng thành viên nội các nhất định trong một nhiệm kỳ.⁸⁷ Một số bản hiến pháp còn đi xa hơn, quy định rằng việc bỏ phiếu bất tín nhiệm phải mang tính “xây dựng”, nghĩa là khi đa số trong nghị viện bỏ phiếu cách chức Thủ tướng thì phải đồng thời lựa chọn Thủ tướng mới (Đức,⁸⁸ Hungary,⁸⁹ Lesotho,⁹⁰ Ba Lan,⁹¹ Tây Ban Nha⁹²). Do đó, việc bỏ phiếu bất tín nhiệm không đương nhiên buộc Nội các phải từ chức hay phải bầu Nội các mới. Thay vào đó, Thủ tướng có thể tiếp tục là người lãnh đạo của chính phủ thiểu số nếu đảng đối lập không thể thống nhất lựa chọn người kế nhiệm. Đối với quốc gia theo mô hình hành pháp lưỡng đầu (Ba Lan), việc bỏ phiếu bất tín nhiệm mang tính xây dựng có hai ý nghĩa: nó cho phép Tổng thống có nhiều quyền tự do hơn trong việc bổ nhiệm ban đầu đối với các chức vụ Thủ tướng/thành viên Nội các việc nghị viện bãi nhiệm Thủ tướng/Nội các khó khăn hơn. Mặt khác, sau khi bỏ phiếu bất tín nhiệm, Tổng thống sẽ đứng ngoài quá trình thành lập chính phủ mới.

5.3.4. Giải tán nghị viện

Quyền giải tán nghị viện của Tổng thống cũng là một vấn đề quyết định mối quan hệ giữa hành pháp và lập pháp. Trao cho Tổng thống quyền giải tán nghị viện tức là cho phép Tổng thống rút ngắn nhiệm kỳ của nghị viện mà vốn dĩ được cử tri trao cho nghị viện. Tùy thuộc vào việc quyền giải tán nghị viện được thiết kế như thế nào, quyền này có thể có ảnh hưởng đáng kể đến sự cân bằng quyền lực: nếu không có hạn chế nào trong mô hình hành pháp lưỡng đầu, Tổng thống có thể bổ nhiệm chính phủ mà không cần sự chấp thuận của nghị viện, và đe dọa giải tán nghị viện nếu nghị viện dự định bỏ phiếu bất tín nhiệm, do đó ngầm triệt tiêu ý nghĩa của bỏ phiếu bất tín nhiệm. Quyền giải tán nghị viện cũng cho phép Tổng thống điều chỉnh thời điểm bầu cử nghị viện cho phù hợp với đường lối chính trị của mình. Trong các mô hình tổ chức chính quyền mà người đứng đầu chính phủ do nghị viện lựa chọn, quyền giải tán nghị viện có thể trở thành một công cụ mang tính chiến thuật hữu hiệu hơn nhằm làm tăng khả năng tái bổ nhiệm của người đứng đầu chính phủ (thông qua đảng chiếm đa số trong nghị viện). Ví dụ, ở Nhật Bản, Hạ viện có thể bị giải tán bất cứ lúc

Thiết kế cơ chế chi phối Nội các là một phương thức khác để gây ảnh hưởng hay để điều chỉnh mối quan hệ giữa hành pháp và lập pháp. Bằng việc gây ảnh hưởng lên việc thành lập Nội các, nghị viện có thể định hướng hoạt động của nhánh hành pháp.

87 Điều 87 Hiến pháp Ucraina (1996), bản sửa đổi năm 2004.

88 Điều 67-68 Luật Cơ bản của Đức (1949), bản sửa đổi năm 2009.

89 Điều 39 A Hiến pháp Hungary (1949), bản sửa đổi năm 2007.

90 Điều 87 (8) Hiến pháp Lesotho (1993).

91 Điều 158 (1) Hiến pháp Ba Lan (1997)

92 Điều 113 Hiến pháp Tây Ban Nha (1978), bản sửa đổi năm 1992.

nào theo đề xuất của Thủ tướng (mà tiếp theo đó chỉ là động tác mang tính nghi thức của Nhật Hoàng), nhưng Hạ viện phải giải tán chậm nhất là cuối nhiệm kỳ 4 năm của nghị viện. Trong hơn 60 năm, chỉ có một lần Hạ viện Nhật Bản bị giải tán vào cuối nhiệm kỳ 4 năm; trong tất cả các lần khác, Hạ viện đều giải tán trước khi hết nhiệm kỳ.

Trước những thách thức nêu trên, hiến pháp một số quốc gia trao cho Tổng thống thẩm quyền giải tán Nghị viện, nhưng phải tuân theo những điều kiện và hạn chế nhất định, chẳng hạn như: hạn chế về thời điểm giải tán (ở Bồ Đào Nha, Tổng thống không được giải tán nghị viện trong vòng 6 tháng sau khi bầu cử nghị viện); về số lần giải tán nghị viện (ở Pháp là một lần trong một năm, ở Gabon là một lần một năm nhưng không được quá hai lần trong một nhiệm kỳ tổng thống); về lý do giải tán nghị viện (ở Áo, nghị viện chỉ có thể bị giải tán một lần về cùng một lý do); hoặc có hiến pháp quy định điều kiện tiên quyết để giải tán nghị viện là phải có một hành động (hay không hành động) sai trái của nghị viện (Mozambique, Ba Lan). Ở một số quốc gia, việc Tổng thống giải tán nghị viện cũng đồng thời dẫn đến bầu cử tổng thống trước thời hạn (Namibia⁹³); ở một số quốc gia khác, Tổng thống chỉ được giải tán nghị viện sau khi có quyết định cuối cùng của cử tri thông qua trưng cầu ý dân (Ai Cập 2005⁹⁴).

5.3.5. Thủ tục luận tội (Impeachment)

Thủ tục luận tội cũng là một phương thức để kiểm soát nhánh hành pháp. Đối lập với cơ chế kiểm soát mang tính *chính trị* thông qua bỏ phiếu bất tín nhiệm, thủ tục luận tội cho phép bãi nhiệm người đứng đầu hành pháp trên cơ sở hành vi trái pháp

Thủ tục luận tội – phê truất người đứng đầu hành pháp trên cơ sở hành vi trái pháp luật của người đó - cũng là một phương thức để kiểm soát nhánh hành pháp. Ở các mô hình mà trong đó cơ quan lập pháp không có quyền bãi nhiệm người đứng đầu hành pháp, thủ tục luận tội có ý nghĩa đặc biệt quan trọng.

luật của người đó. Trong mô hình tổng thống không có cơ chế bãi nhiệm người đứng đầu hành pháp bởi cơ quan lập pháp do đó thủ tục luận tội có ý nghĩa đặc biệt quan trọng. Nhìn chung, có hai yếu tố cần được xem xét khi thiết kế cơ chế luận tội: loại vi phạm pháp luật nào có thể áp dụng thủ tục luận tội, và sự tham gia của các nhánh quyền lực khác vào việc áp dụng thủ tục này. Một số bản hiến pháp giới hạn việc áp dụng thủ tục luận tội chỉ đối với các vi phạm nghiêm trọng như tội phản quốc. Một số bản hiến pháp khác quy định phạm vi áp dụng rộng hơn, chỉ cần tổng thống vi phạm hiến pháp hoặc vi phạm bất kỳ luật nào trong khi đang tại vị (Hungary).

Hiến pháp Tanzania có quy định rộng nhất, theo đó, mọi hành vi của tổng thống làm tổn hại đến sự tôn nghiêm của địa vị tổng thống có thể bị áp dụng thủ tục luận tội. Quy định tiêu chí rộng và/hoặc không rõ ràng như vậy có nguy cơ biến thủ tục luận tội trở thành một công cụ chính trị, nhất là khi nghị viện có toàn quyền quyết định áp dụng thủ tục này (như ở Moldova). Tuy nhiên, nhìn chung, nhánh tư pháp sẽ giữ vai trò “người gác cổng” thông qua phán xét về tính hợp hiến hành vi của Tổng thống hoặc thông qua việc tham gia vào công

93 Điều 57 Hiến pháp Namibia (1990), bản sửa đổi năm 1998.

94 Điều 136 Hiến pháp Ai Cập (1971), bản sửa đổi năm 2005 (trước lần sửa đổi năm 2007).

việc của ủy ban điều tra. Honduras áp dụng một phương thức đặc biệt: nếu Tổng thống gây tổn hại đến trật tự hiến pháp ví dụ như sửa đổi các hạn chế về nhiệm kỳ Tổng thống, lực lượng vũ trang có thể can thiệp theo Điều 272(2) của Hiến pháp nước này: “Họ [quân đội] được thành lập để bảo vệ chủ quyền và toàn vẹn lãnh thổ của nước Cộng hòa, gìn giữ hòa bình, trật tự công cộng và trật tự Hiến pháp, các nguyên tắc về tự do bỏ phiếu và *nguyên tắc luân phiên trong việc đảm nhiệm chức vụ Tổng thống* của nước Cộng hòa (những chữ in nghiêng là những chỗ tác giả nhấn mạnh).

5.3.6. *Quyền bãi miễn của công dân (citizen’s recall)*

Bên cạnh việc kiểm soát về mặt tổ chức trong phạm vi nhánh hành pháp hoặc giữa các nhánh chính quyền với nhau, quyền của công dân trong việc bãi miễn người đứng đầu hành pháp trước khi hết nhiệm kỳ cũng là một phương thức để kiểm soát quyền hành pháp. Nhìn chung, có hai phương thức bãi miễn ở cấp độ quốc gia: bãi miễn không triệt để (*mixed recall*) và bãi miễn triệt để (*full recall*). Bãi miễn triệt để nghĩa là công dân có toàn quyền đề xuất cũng như ra quyết định cuối cùng về việc bãi miễn. Đối với nhánh hành pháp, phương thức bãi miễn này ít phổ biến hơn và chỉ được áp dụng ở một số quốc gia châu Hoa Kỳ Latinh (như ở Ecuador⁹⁵). Bãi miễn không triệt để là quy trình trong đó công dân chỉ tham gia vào một bước của quy trình, có thể là bước đề xuất hoặc bước ra quyết định thông qua trung cầu ý dân. Ở một số nước thì công dân tham gia vào một bước của thủ tục tạm đình chỉ chức vụ do hành vi sai trái của tổng thống (như ở Rumania⁹⁶), trong khi hầu hết các trường hợp, công dân tham gia tranh luận chính trị để phê chuẩn việc bãi miễn Tổng thống (như ở Áo⁹⁷ và Iceland⁹⁸).

Cơ chế bãi miễn của công dân cần phải cân bằng các nguyên tắc bảo đảm sự tham gia của công dân và quản trị hiệu quả với nhu cầu về sự hài hòa giữa thủ tục bãi miễn của công dân và các thiết chế dân chủ đại diện. Một mặt, việc nhân dân bỏ phiếu bãi miễn quá thường xuyên có thể làm xói mòn nguyên tắc dân chủ đại diện, và cản trở nhánh hành pháp thực thi các chương trình chính sách trung hạn và dài hạn. Mặt khác, nếu thiết kế quy trình bãi miễn quá phức tạp nhằm tránh sự lạm dụng thì lại có thể hạn chế mục đích ban đầu của cơ chế này là cho phép công dân có thể trực tiếp buộc những người đại diện cho mình phải chịu trách nhiệm.

5.4. *Quy định các quyền hạn cụ thể của nhánh hành pháp*

Ngoài việc phân tán bớt quyền lực của hành pháp thông qua các thiết kế về tổ chức quyền lực như đã bàn luận ở trên, các nhà soạn thảo hiến pháp cũng có thể kiểm soát quyền hành pháp bằng việc đưa thêm các chủ thể khác vào quy trình ra quyết định. Có hai sự lựa chọn có thể xem xét: thứ nhất là đưa các chủ thể khác tham gia vào các quy trình ra quyết định mà theo truyền thống là thuộc quyền chi phối của hành pháp; và thứ hai là hạn chế ảnh hưởng của hành pháp đối với các lĩnh vực thuộc về các nhánh khác của chính quyền.

95 Điều 105 Hiến pháp Cộng hòa Ecuador (1998), bản sửa đổi năm 2008.

96 Điều 95 Hiến pháp Rumania (1991), bản sửa đổi năm 2003.

97 Điều 60 (6) Hiến pháp Cộng hòa Áo (1920), bản sửa đổi năm 2004.

98 Điều 11 Hiến pháp Cộng hòa Iceland (1944), bản sửa đổi năm 1999.

5.4.1. Đưa các chủ thể khác tham gia vào các quy trình ra quyết định của hành pháp

Loại thứ nhất – giảm bớt quyền ra quyết định của hành pháp – có thể áp dụng đối với các quyết định liên quan đến ban bố tình trạng khẩn cấp, quyết định đặc xá hoặc ân xá, hoặc tuyên bố chiến tranh. Thẩm quyền ban bố tình trạng khẩn cấp và quyết định đặc xá hoặc ân xá sẽ được phân tích kỹ ở chương 5, mục 4.3.1 và 4.3.2.

Quyền lực của nhánh hành pháp có thể được kiểm soát thông qua việc đưa các chủ thể khác tham gia vào quy trình ra quyết định (ví dụ, quyền ban bố tình trạng khẩn cấp), hoặc bằng việc hạn chế ảnh hưởng của hành pháp vào các lĩnh vực hoạt động của các nhánh khác của chính quyền (chẳng hạn như quyền xây dựng luật).

Loại thứ hai – bảo vệ các quyết định mà về mặt truyền thống là của lập pháp trước những ảnh hưởng của hành pháp, chẳng hạn như hạn chế khả năng của hành pháp trong việc ban hành các văn bản pháp lý hoặc chỉ thị có hiệu lực như đạo luật, hoặc hạn chế hành pháp trong việc thao túng quy trình làm luật chính thức.

Tình trạng khẩn cấp

Các câu hỏi đặt ra như *ai* có thể ban bố tình trạng khẩn cấp và ban bố bằng *phương thức* nào đòi hỏi mức độ tham gia khác nhau của các thiết chế ngoài hành pháp. Hiến pháp có thể chỉ rõ trong những trường hợp nào – và chỉ trong những trường hợp đó – chính phủ có thể ban bố tình trạng khẩn cấp, chẳng hạn như khi có ngoại xâm hoặc thảm họa thiên nhiên. Tuy nhiên, các nhà soạn thảo hiến pháp có thể muốn dành khoảng trống cho người có thẩm quyền cân nhắc ra quyết định ban bố tình trạng khẩn cấp, ví dụ như trường hợp đe dọa đến sức khỏe cộng đồng hoặc trật tự an ninh quốc gia. Việc cố gắng liệt kê tất cả các trường hợp là không khả thi và cũng không khôn ngoan. Một thiết chế nào đó phải có quyền quyết định khi nào thì một mối nguy hiểm đạt đến mức độ tình trạng khẩn cấp, và để tránh lạm dụng, cần phải có một thiết chế khác có quyền đánh giá quyết định của thiết chế nói trên. Hiến pháp Peru quy định phải có sự phê chuẩn của Nội các trước khi người đứng đầu hành pháp ban bố tình trạng khẩn cấp. Đây là cơ chế phân tán quyền lực nội bộ bên trong nhánh hành pháp. Hiến pháp Malawi cho phép nhánh hành pháp có quyền ban bố tình trạng khẩn cấp, nhưng phải được sự phê chuẩn có hiệu lực hồi tố của nghị viện trong một khoảng thời gian xác định. Hiến pháp Ethiopia và Fiji quy định phải có sự phê chuẩn của nghị viện trước khi nhánh hành pháp ban bố tình trạng khẩn cấp. Hiến pháp Mông Cổ quy định chỉ Nghị viện mới có quyền ban bố tình trạng khẩn cấp. Đây là mô hình ở đó nghị viện có quyền hạn rộng nhất về vấn đề này. Chỉ khi Nghị viện không họp thì Tổng thống mới có quyền tự quyết định, nhưng khi đó quyết định ban bố tình trạng khẩn cấp chỉ có hiệu lực trong thời gian 7 ngày và sau đó tự động hết hiệu lực nếu Nghị viện vẫn đang nghị họp.

Việc ban bố tình trạng khẩn cấp có khả năng tập trung quyền lực hơn bất kỳ hành vi nào khác của hành pháp, theo đó các hàng rào kiểm soát được dỡ bỏ và ban bố tình trạng khẩn cấp trở thành hành động đơn phương. Nhiều quốc gia sau chiến tranh đã phải gánh chịu hậu quả nặng nề của việc lạm dụng quyền ban bố tình trạng khẩn cấp. Nhận biết rõ hậu quả đó, nhiều nhà soạn thảo hiến pháp đã cố gắng sửa chữa, nhưng đi quá xa, khi quy

định các điều kiện tiên quyết để một quyết định ban bố tình trạng khẩn cấp có hiệu lực ngắt nghèo quá mức. Trong trường hợp khẩn cấp thực sự, việc thiếu vắng các định chế quyết định về vấn đề này có thể khiến cho các điều kiện này không thể đáp ứng được. Thí dụ, ở Haiti, việc ban bố tình trạng khẩn cấp gần đây đòi hỏi phải có ý kiến phản hồi của Thủ tướng và tất cả các bộ trưởng, ngoài một quyết định tức thì của Nghị viện về phạm vi và sự cần thiết của quyết định ban bố tình trạng khẩn cấp của Tổng thống. Gần đây, cũng theo Hiến pháp Haiti, chỉ trường hợp ngoại xâm và nội chiến mới được coi là tình trạng khẩn cấp, còn thiên tai không được xếp vào tình trạng khẩn cấp. Do quy định quá hẹp này của Hiến pháp và tính chất cấp bách của tình hình thực tế – như khi xảy ra trận động đất khủng khiếp chưa từng có và khi xảy ra cái chết của nhiều bộ trưởng và nghị sĩ – chính phủ Haiti đã phải bất chấp quy định của Hiến pháp và ban bố tình trạng khẩn cấp để bảo vệ chủ quyền đất nước dù buộc phải không tuân theo các nguyên tắc của một nền pháp quyền.

Quyền quyết định đặc xá/ân xá

Một chức năng khác về mặt truyền thống cũng do nhánh hành pháp đảm nhận là quyết định đặc xá hoặc ân xá. Ở những quốc gia thời kỳ hậu xung đột, các quy phạm hiến pháp nhằm xây dựng một nền tư pháp chuyển đổi, trong đó có các quy định về ân xá, có ý nghĩa tối quan trọng và thường là điều kiện tiên quyết để bắt đầu một thời kỳ mới hòa bình. Ân xá với tư cách là một phần của nền tư pháp chuyển đổi sau các cuộc xung đột bạo lực sẽ không được đề cập trong chương này. Chương này chỉ xem xét các quy định về ân xá và đặc xá được áp dụng trong điều kiện xã hội bình thường. Nhưng kể cả trong bối cảnh bình thường, quyền quyết định ân xá/đặc xá cũng là một quyền mang tính nhạy cảm và chứa đựng nguy cơ ảnh hưởng đến việc tổ chức nền tư pháp trên diện rộng nếu quyền này được sử dụng không đúng đắn. Vì vậy, xác định mức độ cân bằng hợp lý giữa các chủ thể tham gia vào quy trình ra quyết định ân xá/đặc xá có ý nghĩa rất quan trọng. Về vấn đề này, cũng

Việc ban bố tình trạng khẩn cấp có khả năng tập trung quyền lực hơn bất kỳ hành vi nào khác của hành pháp. Nhiều nhà soạn thảo hiến pháp đã cố gắng sửa chữa, nhưng đi quá xa, khi quy định các điều kiện tiên quyết để một quyết định ban bố tình trạng khẩn cấp có hiệu lực ngắt nghèo quá mức.

Ở những quốc gia mới trải qua chiến tranh, các quy phạm hiến pháp về ân xá có ý nghĩa tối quan trọng và thường là điều kiện tiên quyết để bắt đầu một thời kỳ mới hòa bình. Quyền quyết định ân xá/đặc xá cũng là một quyền mang tính nhạy cảm và chứa đựng nguy cơ ảnh hưởng đến nền tư pháp trên quy mô lớn nếu quyền này được sử dụng không đúng đắn.

có nhiều phương án lựa chọn cho các nhà soạn thảo hiến pháp, với hai thái cực đối lập là trao toàn quyền cho nhánh hành pháp trong việc quyết định ân xá (Burkina Faso, Cộng hòa Séc) hoặc đặc xá (Grudia, Kenya), hoặc hoàn toàn không cho nhánh hành pháp tham gia vào việc quyết định ân xá

(Hungary). Các phương án trung gian giữa hai thái cực này là: cả nhánh hành pháp và lập pháp đều có quyền bình đẳng như nhau trong việc quyết định đặc xá và ân xá (Mozambique

1990), hoặc việc quyết định ân xá hay đặc xá phải có sự phê chuẩn đồng thời của cả nhánh hành pháp và lập pháp (Indonesia, Hàn Quốc); hoặc có sự kết hợp của cả hai phương án trên, ví dụ như ở Hy Lạp, chỉ có tội phạm chính trị mới được ân xá và chỉ được ân xá khi có sự phê chuẩn của cả hành pháp và lập pháp.

5.4.2. Hạn chế sự tác động của hành pháp lên các hoạt động xây dựng luật

Về mặt truyền thống, quyền soạn thảo luật thuộc về cơ quan lập pháp chứ không phải hành pháp. Tuy nhiên, trên thực tế, hành pháp có thể ngăn cản, kiểm soát hoặc gây ảnh

Điều chỉnh mức độ ảnh hưởng của hành pháp lên quy trình làm luật cũng là một vấn đề cần lưu tâm khi thiết kế nhánh hành pháp.

hưởng tới hoạt động của các nhánh khác của chính quyền như hoạt động xây dựng luật. Do đó, điều chỉnh mức độ ảnh hưởng của hành pháp lên quy trình làm luật cũng là một vấn đề cần lưu tâm khi thiết kế nhánh hành pháp. Có hai phương thức tham gia của hành pháp vào hoạt động xây dựng luật: (a) quyền lập pháp của hành pháp dưới hình thức ban hành sắc lệnh; và (b) sự tham gia của hành pháp vào quy trình xây dựng luật.

Lập pháp dưới hình thức ban hành sắc lệnh

Trước hết cần phân biệt quyền ban hành sắc lệnh mang tính hành chính hoặc lập quy với quyền lập pháp dưới hình thức sắc lệnh. Đa số nhánh hành pháp ở các nước, ít nhất là ở các nước có người đứng đầu được dân bầu trực tiếp, có quyền ban hành các lệnh để thi hành các chương trình chính sách. Trong một số trường hợp, Tổng thống có quyền tự quyết rất lớn trong việc giải thích ý chí của cơ quan lập pháp trong khi thi hành luật.⁹⁹

Lập pháp dưới hình thức sắc lệnh có hai dạng thức: (a) quyền thứ phát do được cơ quan lập pháp ủy quyền; hoặc (b) là quyền được quy định trong hiến pháp. Ở dạng thức thứ nhất, cơ quan lập pháp kiểm soát việc thực hiện quyền lập pháp của hành pháp và có thể thu hồi lại sự ủy quyền vào bất kỳ lúc nào (Croatia). Nếu quyền lập pháp được ủy quyền tạm thời cho hành pháp bởi đa số phiếu trong nghị viện và phạm vi ủy quyền được giới hạn chặt chẽ thì điều này giúp luật hóa các biện pháp chính sách trong một lĩnh vực cụ thể một cách hiệu quả hơn. Đối với quyền lập pháp được trực tiếp trao cho hành pháp, cần cân nhắc hai khía cạnh sau đây: thứ nhất, hành pháp chỉ có quyền lập pháp trong những trường hợp ngoại lệ, và thứ hai, hành pháp chỉ có quyền lập pháp đối với một số vấn đề cụ thể. Trường hợp ngoại lệ thường gặp là hành pháp thực hiện quyền lập pháp trong thời gian cơ quan lập pháp không họp. Tuy nhiên, các sắc lệnh được ban hành trong những trường hợp này thông thường sẽ hết hiệu lực nếu không được cơ quan lập pháp chuẩn y trong một khoảng thời gian nhất định sau khi cơ quan này nhóm họp trở lại (ví dụ ở Brazil). Một ngoại lệ khác là

Lập pháp dưới hình thức sắc lệnh có thể là quyền thứ phát do được cơ quan lập pháp ủy quyền, hoặc là quyền được quy định trong hiến pháp.

⁹⁹ Payne, J. M. et al., *Democracies in Development: Politics and Reform in Latin America (Các nền dân chủ đang phát triển: Chính trị và Cải cách ở châu Hoa Kỳ Latinh)*, (Washington, DC: Inter-American Development Bank, International IDEA et al., 2007).

trong tình trạng khẩn cấp. Tuy nhiên, nếu quy định này không được thiết kế một cách thận trọng (xem chương 5, mục 4.3.1 và 4.3.2), nó có thể sẽ mở đường cho việc lạm dụng quyền lập pháp của hành pháp, như có thể thấy ở Ai Cập, Sudan và một số nơi khác.

Một lựa chọn khác là hiến pháp có thể chỉ cho phép nhánh hành pháp ban hành sắc lệnh có hiệu lực như đạo luật trong một số lĩnh vực cụ thể, và do đó hạn chế quyền lập pháp của cơ quan lập pháp trong những lĩnh vực đó (ví dụ ở Pháp).

Sự tham gia của hành pháp vào quy trình xây dựng luật

Quy trình lập pháp bao gồm nhiều giai đoạn, khởi đầu là giai đoạn sáng kiến lập pháp và kết thúc bằng việc một dự luật được ban hành thành luật. Sự tham gia của hành pháp vào quy trình này có thể diễn ra ở hai giai đoạn: (a) ở giai đoạn đầu tiên và (b) sau khi cơ quan lập pháp thông qua dự luật.

(a) Sáng kiến lập pháp

Hầu hết các bản hiến pháp quy định cơ quan lập pháp có quyền không hạn chế trong việc khởi xướng quy trình xây dựng luật trong tất cả các lĩnh vực, và đôi khi quyền này mang tính chất đặc quyền của cơ quan lập pháp (ví dụ ở Hoa Kỳ). Tuy nhiên, ở nhiều nước, quyền trình dự luật ít nhất là được chia sẻ một phần với hành pháp. Theo một số bản hiến pháp, hành pháp thậm chí có đặc quyền trình các dự luật về ngân sách, điều ước quốc tế, các dự luật về thương mại và thuế quan. Quyền này của nhánh hành pháp cũng có thể mở rộng sang các lĩnh vực chính sách khác (như ở Brazil, Chile và Columbia). Chức năng “gác cổng” như vậy cho phép cơ quan hành pháp có thể duy trì được trật tự trong những lĩnh vực chính sách nhất định. Một Tổng thống có thể ngăn chặn nghị viện do đảng đối lập chiếm đa số thay đổi luật pháp trong một lĩnh vực nào đó bằng việc từ chối trình dự luật ra nghị viện.

(b) Quyền phủ quyết của Tổng thống

Như quy định của nhiều bản hiến pháp, sau khi cơ quan lập pháp thông qua một dự luật, Tổng thống có thể gây ảnh hưởng, gây khó khăn, hoặc thậm chí ngăn cản không cho dự luật đó trở thành luật. Do đó, việc hiến pháp quy định quyền phủ quyết như thế nào cũng có tác dụng tập trung hoặc phân tán quyền lực. Có hai hình thức can thiệp của Tổng thống: Tổng thống có thể (a) bác bỏ hoàn toàn một dự luật vì lý do chính trị, hoặc (b) đề nghị xem xét lại tính hợp hiến của dự luật. Hình thức thứ nhất được gọi là phủ quyết mang *tính chính trị*, còn hình thức thứ hai được gọi là phủ quyết dựa trên *tính hợp hiến* của dự luật. Phủ quyết chính trị thường được áp dụng phổ biến hơn trong mô hình tổng thống và mô hình tổng thống bán phần, vì trong các mô hình này, cử tri chứ không phải nghị viện trực tiếp bầu ra Tổng thống. Nếu nghị viện có thể bác lại phủ quyết của Tổng thống với đa số phiếu

Sự tham gia của hành pháp vào quy trình làm luật có thể là quyền trình dự án luật hoặc quyền phủ quyết. Ở nhiều nước, quyền trình dự án luật có thể được chia sẻ một phần với hành pháp, hoặc phủ quyết có thể bị bác bỏ trong những điều kiện nhất định.

bằng hoặc lớn hơn số phiếu tán thành thông qua dự luật (ví dụ ở Botswana, Ấn Độ, Thổ Nhĩ Kỳ), thì khi đó quyền phủ quyết của Tổng thống yếu và chỉ có tác dụng như quyền trì hoãn việc ban hành luật. Phủ quyết của tổng thống có thể yêu cầu nghị viện chỉ

được xem xét lại một dự luật sau một khoảng thời gian nhất định. Trong khoảng thời gian này, dự luật có thể được thảo luận thêm hoặc đưa ra truyền thông (ví dụ Uruguay). Tiêu chí đề nghị viện bác phủ quyết của Tổng thống càng ngặt nghèo thì quyền phủ quyết của Tổng thống càng có ý nghĩa quan trọng. Tiêu chí này ở mỗi nước cũng khác nhau, biến thiên từ đa số tuyệt đối (Peru), tới chỉ đòi hỏi 60% (Ba Lan), hoặc 67% (Chile) tổng số thành viên có mặt của nghị viện, hoặc 67% tổng số thành viên của nghị viện (Ai Cập). Tùy thuộc vào thành phần của nghị viện và thực lực của đảng đối lập, quyền phủ quyết của Tổng thống có thể tương đương với quyền phủ quyết tuyệt đối thực tế (de facto absolute veto), tức là có thể ngăn cản mọi đề xuất lập pháp. Hiếm khi có quyền phủ quyết tuyệt đối luật định (de jure absolute veto); nếu có, nó chỉ được áp dụng hạn chế trong một số lĩnh vực (ví dụ ở đảo Síp).

Ngoài quyền “phủ quyết toàn thể” (*package veto*), tức là quyền của Tổng thống được ghi ý kiến “có” hoặc “không” đối với toàn bộ dự luật, còn có quyền “phủ quyết bộ phận” (*partial veto*), tức là quyền của Tổng thống được phép phản đối một phần dự luật (Uruguay). Quyền phủ quyết bộ phận cho phép Tổng thống tham gia sâu sát hơn vào quy trình làm luật bằng việc can thiệp, dù hạn chế, vào từng phần chi tiết của dự luật. Sự can thiệp hạn chế này nếu cộng dồn lại có thể có ảnh hưởng lớn đến bản dự thảo cuối cùng của đạo luật. Một lựa chọn khác cho phép Tổng thống can thiệp sâu vào quá trình xây dựng pháp luật là đặt ra điều kiện cao hơn để dự luật được phê chuẩn. Nhánh hành pháp có thể gây ảnh hưởng đến quy trình lập pháp bằng việc đưa dự luật ra trưng cầu ý dân để thông qua hoặc bác bỏ bằng đa số phiếu trực tiếp của cử tri (Pháp, Peru). Quyền trưng cầu ý dân có thể là một công cụ quan trọng mà Tổng thống sử dụng để gây áp lực đối với nghị viện nhằm buộc nghị viện đồng ý với các đề xuất chính sách của Tổng thống. Ngoài ý nghĩa tạo cơ hội thảo luận kỹ hơn về nội dung của dự luật, quyền trưng cầu ý dân còn có thể được các tổng thống sử dụng với ý nghĩa tái khẳng định vị thế được nhân dân ủy quyền trực tiếp cũng như tính chính danh của Tổng thống.

Hiến pháp có thể trao cho Tổng thống quyền đề nghị xem xét tính hợp hiến của dự luật bằng việc đưa vấn đề này ra một tòa án thích hợp để phán xét (Croatia, Nam Phi). Khi đó, việc Tổng thống nêu ra vấn đề tính hợp hiến của đạo luật sẽ làm trì hoãn, và thậm chí chấm dứt quy trình lập pháp dựa trên cơ sở pháp lý chứ không phải do những lý lẽ chính trị, nếu tòa án có thẩm quyền phán xét rằng dự luật đó là vi hiến. Việc Tổng thống có quyền phủ quyết dự luật chỉ dựa trên tính hợp hiến của dự luật cho phép việc kiểm soát về mặt pháp lý ngay từ sớm.

6. Kết luận

Có rất nhiều cách khác nhau để thiết kế nhánh hành pháp; các phương án được trình bày trên đây chỉ là một vài trong số rất nhiều sự lựa chọn đa dạng. Các đề xuất khác nhau về cách thiết kế mô hình phân tán quyền hành pháp sẽ giúp ích trong quá trình thảo luận nhằm chuyển hóa các ý tưởng chính trị vào bối cảnh pháp lý. Tuy nhiên, thiết lập mối quan hệ giữa các định chế hiến pháp nhằm bảo đảm cân bằng quyền lực trong nội bộ nhánh hành pháp và giữa ba nhánh quyền lực với nhau mới chỉ là bước đầu. Các động lực chính trị và chủ thể chính trị luôn tìm cách lách các quy định của hiến pháp và đưa tới các kết quả

trái ngược với ý định ban đầu của các nhà soạn thảo hiến pháp. Đôi khi, cần có sự ủng hộ thường xuyên và sự cần trọng cần thiết của các chủ thể chính trị có liên quan nhằm tránh việc giải thích luật quá rộng của hành pháp. Thí dụ, Hiến pháp Brazil quy định Tổng thống có quyền ban hành “các biện pháp tạm thời” trong các trường hợp “xác đáng và cấp bách”. Theo quy định của Hiến pháp năm 1988, các biện pháp này hết hiệu lực sau 30 ngày, trừ trường hợp được thông qua theo quy định của luật. Tuy nhiên, quy định này đã được giải thích theo hướng tổng thống có quyền gia hạn các biện pháp tạm thời với thời hạn không xác định. Lần sửa đổi hiến pháp năm 2001 đã tăng khoảng thời gian có hiệu lực lên 60 ngày, nhưng quy định rõ các biện pháp tạm thời chỉ được gia hạn một lần. Tuy nhiên, đôi khi các nguyên tắc phân quyền, kiểm chế đối trọng được thiết kế nhằm kiểm soát nhánh hành pháp có thể trở nên bất cập nếu Thủ tướng là người có vai trò chi phối thực tế đối với đảng của ông ta.

Vấn đề khó xử của hiến pháp là làm sao ngăn chặn được tình trạng người đứng đầu hành pháp kéo dài nhiệm kỳ vượt quá quy định của hiến pháp. Điều này cũng cho thấy tác động hạn chế của các quy định hiến pháp khi thiếu sự ủng hộ về mặt chính trị: mặc dù hiếm khi tham gia vào quá trình sửa đổi hiến pháp, người đứng đầu hành pháp thường xuyên khởi xướng và định hướng quá trình này nhằm kéo dài nhiệm kỳ của mình (Burkina Faso, Bờ biển Ngà, Gabon, Uganda). Để tránh tình trạng này, Hiến pháp một số nước đã tuyên bố quy định về nhiệm kỳ tổng thống trong Hiến pháp không thể bị sửa đổi (El Salvador, Honduras, Niger), Hiến pháp Honduras thậm chí còn trao cho quân đội quyền thực thi quy định nói trên (xem phần trình bày ở trên). Có thể không đơn thuần là sự trùng hợp khi các tổng thống ở Honduras và Niger thất bại và bị bãi nhiệm khi tìm cách kéo dài nhiệm kỳ tổng thống. Việc vi phạm trắng trợn quy định này và phớt lờ sự can thiệp nhằm bảo đảm thực hiện quy định này của các nhánh quyền lực khác chỉ dẫn đến sự phản kháng và chống đối. Cuối cùng, hành động liều lĩnh của các tổng thống ở hai nước này đều bị dập tắt ở các giai đoạn khác nhau bằng sự can thiệp của quân đội.

Bảng 2. Các nội dung cơ bản của chương này

Vấn đề	Câu hỏi đặt ra
<p>1. Mô hình tổ chức nhà nước</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Người đứng đầu chính phủ có nên là người được dân bầu trực tiếp theo nhiệm kỳ xác định, hay là người có quyền lực xuất phát từ cơ quan lập pháp, và phụ thuộc vào cơ quan lập pháp? • Nguyên thủ quốc gia có nên đồng thời là người đứng đầu chính phủ? Nếu có, nguyên thủ quốc gia nên được dân bầu trực tiếp (mô hình tổng thống) hay do cơ quan lập pháp bầu ra (Nam Phi, Botswana)? • Có nên thiết kế cơ chế hành pháp lưỡng đầu với nguyên thủ quốc gia do dân bầu trực tiếp và người đứng đầu chính phủ được lựa chọn bởi nguyên thủ quốc gia và cơ quan lập pháp?

<p>2. Thiết kế nhánh hành pháp ở cấp trung ương</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Vị trí người đứng đầu chính phủ (và nguyên thủ quốc gia) nên do một cá nhân hay một tập thể gồm nhiều thành viên đảm nhiệm? • Nếu áp dụng cơ chế hành pháp tập thể, nên thiết kế cho tất cả thành viên của hội đồng tổng thống có quyền hạn như nhau, hay nên để cho họ có quyền hạn khác nhau, và quy định hội đồng tổng thống quyết định tập thể chỉ đối với những vấn đề quan trọng? • Trong mô hình hành pháp lưỡng đầu, có nên để cho nguyên thủ quốc gia có quyền bổ nhiệm/lựa chọn/cách chức người đứng đầu chính phủ? • Trong mô hình hành pháp lưỡng đầu, nguyên thủ quốc gia có nên tham gia vào việc bổ nhiệm và/hoặc cách chức các thành viên Nội các, hay nên để cho người đứng đầu chính phủ có toàn quyền trong việc này?
<p>3. Giới hạn nhiệm kỳ của tổng thống</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Có nên có giới hạn về nhiệm kỳ đối với tổng thống do dân bầu trực tiếp? Làm thế nào để tránh việc sửa đổi tùy tiện quy định về giới hạn nhiệm kỳ của tổng thống?
<p>4. Phi tập trung hóa quyền hành pháp</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Có nên tổ chức các cấp chính quyền khác nhau theo chiều dọc trong một quốc gia? • Nếu có, người đứng đầu chính quyền ở mỗi cấp nên do dân bầu trực tiếp hay là nên được bổ nhiệm bởi người đứng đầu hành pháp ở cấp trung ương? • Người đứng đầu chính quyền ở mỗi cấp chỉ nên thực thi các chính sách của trung ương hay nên trao cho người đó quyền tự chủ trong việc quyết định các chính sách về những vấn đề cụ thể (có thể là một mình người đó quyết định hoặc thông qua cơ quan lập pháp ở cấp chính quyền đó) và quyền đại diện cho cấp chính quyền đó? • Mỗi cấp chính quyền có nên được tự chủ thu ngân sách hay không?
<p>5. Các quyền hạn mang tính tổ chức của hành pháp</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Người đứng đầu chính phủ có nên có quyền giải tán nghị viện? Nếu có thì trong hoàn cảnh nào?
<p>6. Kiểm soát đối với hành pháp</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Người đứng đầu chính phủ có nên chi phối toàn bộ Nội các hay nên chia sẻ quyền chi phối này với nghị viện? • Có nên quy định cơ chế bỏ phiếu bất tín nhiệm của nghị viện đối với người đứng đầu chính phủ? • Ai có thể tham gia vào quá trình áp dụng thủ tục luận tội đối với nguyên thủ quốc gia/người đứng đầu chính phủ? • Có nên tạo cơ hội cho công dân có quyền bãi miễn nguyên thủ quốc gia trong những trường hợp nhất định?

<p>7. Các quyền hạn thực chất của hành pháp</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Nhánh hành pháp có nên được toàn quyền ban bố tình trạng khẩn cấp hay các chủ thể khác (ví dụ như nghị viện) cũng nên được tham gia? • Nhánh hành pháp có nên được toàn quyền tuyên bố chiến tranh hay các chủ thể khác (ví dụ như nghị viện) cũng nên được tham gia? • Nhánh hành pháp có nên được toàn quyền ra quyết định đặc xá/ ân xá hay các chủ thể khác (ví dụ như nghị viện) cũng nên được tham gia? • Nhánh hành pháp có nên tham gia vào quy trình xây dựng luật? Nếu có, có nên để hành pháp có quyền lập pháp dưới hình thức ban hành sắc lệnh, và nếu như vậy thì cần có những hạn chế gì? • Nhánh hành pháp có nên có quyền khởi xướng quy trình lập pháp, và có quyền này trong một số lĩnh vực? • Nhánh hành pháp có nên có quyền phủ quyết dự luật? Nếu có, liệu đây là phủ quyết thuần túy mang tính tạm thời, hay phải cần nghị viện bỏ phiếu theo đa số tuyệt đối để bác bỏ phủ quyết của tổng thống, hoặc có nên có phủ quyết tuyệt đối trong một số lĩnh vực? • Nhánh hành pháp có nên được quyền đặt vấn đề xem xét tính hợp hiến của một dự luật trước khi nó trở thành luật?
--	--

Từ khóa

Hành pháp tập thể (Collegial executive), Hành pháp lưỡng đầu (Dual executive), Phân chia quyền hành pháp theo chiều dọc (Vertical separation of executive powers), Sự phụ thuộc về mặt tổ chức (Institutional Dependence)

Các nguồn tài liệu tham khảo thêm

• **Sáng kiến tái lập hòa bình (Peacebuilding Initiative)**

<<http://www.peacebuildinginitiative.org/index.cfm?pageId=1759>>

Trang web này cung cấp cái nhìn sâu sắc về các vấn đề dân chủ và quản trị trong bối cảnh lập lại hòa bình sau các cuộc xung đột. Trang web đưa ra các định nghĩa và đề cập các vấn đề lý luận liên quan đến khái niệm dân chủ, quản trị và pháp quyền. Trang web cũng tìm hiểu quản trị dân chủ đã trở thành khuôn khổ chính trị trung tâm để lập lại hòa bình sau xung đột trong vòng hai thập kỷ qua như thế nào, và chứa đựng các tranh luận cụ thể về hiến pháp.

• **Mạng tri thức về bầu cử ACE (ACE Electoral Knowledge Network)**

<http://aceproject.org/ero-en/index_html?filter&topic=&country=&type=Essays and Papers>

Cổng Thông tin tri thức về bầu cử (ACE Electoral Knowledge Portal) – một sáng kiến chung của IDEA quốc tế, Viện Bầu cử Nam Phi (EISA), Tổ chức Bầu cử Canada, Viện Bầu cử liên bang Mexico, Tổ chức quốc tế về các hệ thống bầu cử (IFES), Cơ quan về các vấn đề kinh tế và xã hội của Liên Hợp Quốc (UNDESA), Chương trình phát triển Liên Hợp Quốc (UNDP) và Tiểu ban Hỗ trợ bầu cử Liên Hợp Quốc (UNEAD) – là một kho tri thức trực tuyến cung cấp nhiều dịch vụ đa dạng liên quan đến kiến thức bầu cử, hỗ trợ bầu cử và phát triển năng lực. Trang web này chứa đựng các bài viết sâu sắc, các số liệu và dữ liệu thống kê toàn cầu, một bách khoa toàn thư về bầu cử, các thông tin về hỗ trợ bầu cử, giám sát bầu cử và phát triển năng lực, các nguồn tư liệu phân theo khu vực và quốc gia, thông tin bầu cử hàng ngày, lịch bầu cử, các câu hỏi về bầu cử và các mạng lưới chuyên gia về bầu cử.

- **Viện Nghiên cứu về chủ nghĩa liên bang (Institute of Federalism)**

<<http://www.federalism.ch/index.php?page=22&lang=0>>

Viện Nghiên cứu về chủ nghĩa liên bang là trung tâm nghiên cứu lý luận chuyên sâu về chủ nghĩa liên bang (federalism) và đa dạng văn hóa. Trang web của Viện cung cấp một trung tâm nghiên cứu và tư vấn quốc tế về tái lập hòa bình ở các quốc gia đa dạng về văn hóa.

- **Trung tâm Geneva về kiểm soát các lực lượng vũ trang bằng phương thức dân chủ (Centre for the Democratic Control of Armed Forces)**

<<http://www.dcaf.ch/>>

Trung tâm kiểm soát các lực lượng vũ trang bằng phương thức dân chủ (DCAF) là một tổ chức quốc tế ủng hộ việc phát triển các lực lượng an ninh chịu trách nhiệm trước nhà nước và công dân. Trang web của Trung tâm chứa đựng nhiều ấn phẩm, bao gồm một bài luận về tình trạng khẩn cấp – “Bảo đảm dân chủ? Phân tích so sánh về quyền ban bố tình trạng khẩn cấp ở châu Âu” (Securing Democracy? A

Comparative Analysis of Emergency Powers in Europe) (2009).

- **Viện Dân chủ quốc gia (National Democratic Institute)**

<<http://www.ndi.org/>>

Viện Dân chủ quốc gia (NDI) là một tổ chức phi lợi nhuận, phi đảng phái, hướng tới mục tiêu hỗ trợ các định chế dân chủ trên toàn cầu thông qua việc thúc đẩy sự tham gia của công dân, tính minh bạch và tính chịu trách nhiệm của chính quyền. Trang web của Viện cung cấp một thư viện chứa các tài liệu quan trọng và các ấn phẩm khác.

- **Cơ quan về các định chế dân chủ và nhân quyền thuộc Tổ chức an ninh và hợp tác châu Âu (Organization for Security and Co-operation in Europe Office for Democratic Institutions and Human Rights)**

<<http://www.osce.org/odihr>>

Tổ chức an ninh và hợp tác châu Âu (OSCE) là tổ chức an ninh cấp khu vực có mục tiêu cung cấp một diễn đàn cho các đàm phán chính trị và hoạch định chính sách trong các lĩnh vực cảnh báo sớm (early warning), phòng ngừa xung đột, quản lý khủng hoảng và phục hồi sau xung đột. Hoạt động dựa trên đóng góp của các nước thành viên, tổ chức này góp phần biến ý chí chính trị của các quốc gia thành viên trở thành hiện thực thông qua mạng lưới các tiểu ban chuyên môn của tổ chức. Trang web của OSCE chứa đựng các nguồn tư liệu đa phương tiện, dịch vụ thông tin, cơ sở dữ liệu và một thư viện tài liệu.

- **Trang web Semi-presidential One**

<http://www.sempresidentialism.com/The_Semi-presidential_One/Blog/Blog.html>

Trang web này chứa các bài viết về mô hình tổng thống không triệt để và về các nhà nước áp dụng mô hình này của nhà chính trị học Robert Elgie.

CHƯƠNG 5

CHƯƠNG 5

Thiết kế nhánh lập pháp

Markus Böckenförde

1. Dẫn nhập và tổng quan

Sự phân công quyền lực và mối quan hệ qua lại giữa ba nhánh quyền lực – hành pháp, lập pháp, tư pháp – là những yếu tố căn bản của việc thiết kế tổ chức quyền lực trong một bản hiến pháp. Cũng giống như nhánh hành pháp, việc thiết kế nhánh lập pháp không thể được xem xét một cách biệt lập, mà cần có hiểu biết tổng thể về cấu trúc bộ máy nhà nước mà trong đó nhánh lập pháp vận hành. Chương 4 bàn về thiết kế nhánh hành pháp trong một bản hiến pháp, đã đề cập các vấn đề về chính thể nhà nước, với các mô hình tổng thống, mô hình nghị viện và mô hình hỗn hợp. Đặc trưng của các mô hình này được khái quát ở hình 1-3 và các hộp 1-3 ở chương 4, cũng như các ưu điểm và hạn chế của từng mô hình được thể hiện ở bảng 1 trong chương 4. Chương này sẽ bàn luận về nhánh lập pháp.

Ba chức năng cơ bản của nhánh lập pháp là đại diện, xây dựng pháp luật và giám sát. Là thiết chế mang tính đại diện rõ nét nhất, khi thực hiện tốt nhất chức năng đại diện, nhánh lập pháp cung cấp một đầu trường chính trị mà ở đó có sự cọ xát giữa các luồng chính kiến khác nhau trong xã hội. Trong bối cảnh một quốc gia thời kỳ hậu xung đột, các nhóm trước đây có xung đột nay đấu tranh để thay thế bạo lực và hận thù bằng đấu tranh chính trị. Trong bối cảnh đó, thiết lập cơ quan lập pháp có thể giúp cho quá trình đổi mới này thông qua việc tạo ra một diễn đàn để bày tỏ, xem xét và chấp nhận các quan điểm khác nhau.

Nói một cách thực tế hơn thì các định hướng xây dựng hiến pháp thường thể hiện sự thỏa hiệp giữa các chủ thể có những lợi ích và nguyện vọng khác nhau. Một số chủ thể còn lại sau các cuộc xung đột như phiến quân hoặc những nhóm bạo lực sẽ đòi hỏi lợi ích của họ được phản ánh trong hiến pháp. Vì vậy, các nhà soạn thảo hiến pháp có thể sẽ không xây dựng được một bản hiến pháp tốt nhất về mặt kỹ thuật, nhưng lại thành công trong việc đạt được một sự thỏa hiệp tối ưu nhất về hiến pháp. Do các đảng phái chính trị thường chiếm

tuyệt đại đa số trong cơ quan lập pháp, không chỉ có quan điểm của người lãnh đạo đảng mà cả lợi ích của các đảng này cũng thường chiếm ưu thế trong quá trình thành lập cơ quan lập pháp. Các đảng chiếm đa số có thể thỏa thuận với nhau về nguyên tắc “được ăn cả, ngã về không” (*winner takes all*) không chỉ trong bầu cử, mà cả trong việc thiết kế nhánh lập pháp – tập trung quyền lập pháp bằng việc cho phép các quyền hạn lớn có thể được thực thi chỉ với đa số quá bán. Các đảng đại diện cho một nhóm thiểu số, như nhóm tôn giáo hoặc văn hóa, có thể muốn một phương án thiết kế khác.

Thông thường, các nhóm lợi ích đều đặt kỳ vọng lớn vào nghị viện và vai trò của cơ quan này trong cấu trúc bộ máy nhà nước. Đặc biệt, trong bối cảnh người dân vừa phải trải qua chế độ độc tài cai trị đất nước trên cơ sở một nền hành pháp tập trung cao độ thì nghị

Ba chức năng cơ bản của nhánh lập pháp là đại diện, xây dựng pháp luật và giám sát. Là thiết chế mang tính đại diện rõ nét nhất, khi thực hiện tốt nhất chức năng đại diện, nhánh lập pháp cung cấp một đấu trường chính trị mà ở đó có sự cọ xát giữa các luồng chính kiến khác nhau trong xã hội.

viện mạnh là điều họ mong đợi. Những người trung thành với chế độ dân chủ có thể sẽ cho rằng một nghị viện mạnh với quyền lực tập trung là không có gì bất cập. Nghị viện, cơ quan làm việc theo chế độ hội nghị, thực hiện mọi hoạt động theo trình tự: thương lượng, thỏa hiệp và biểu quyết thông qua. Tuy nhiên, thiết kế nhánh lập pháp của nhà nước cũng có khá nhiều thách thức. Các nhà soạn thảo hiến pháp có lẽ nên cân nhắc khả năng rằng quyền lập pháp nếu không bị hạn chế với nguyên tắc quyết định theo đa số thì cũng có thể dẫn đến nguy cơ các nhóm thiểu số không được đại diện đầy đủ sẽ bị áp chế.

Chương này tìm hiểu các phương án khác nhau thiết kế nhánh lập pháp trong hiến pháp và được kết cấu dựa theo ba chức năng cơ bản của lập pháp: đại diện, giám sát, và xây dựng luật.

“Nếu như mọi người đều thừa nhận rằng một cá nhân nắm trong tay quyền lực tuyệt đối có thể lạm dụng quyền lực đó bằng cách chơi xấu các đối thủ của anh ta, vậy tại sao một nhóm đa số lại không phải chịu trách nhiệm về một hành vi như thế? Con người không thay đổi bản chất khi họ liên kết lại với nhau; và sự kiên nhẫn của con người khi thấy chướng ngại vật cản đường họ cũng không hề tăng lên cùng với sự gia tăng sức mạnh nhờ liên kết giữa người với người. Về phần mình, tôi không thể tin là điều đó xảy ra; quyền được làm tất cả những gì mình muốn, một khi tôi đã từ chối trao cho một trong số những người ngang hàng với mình, thì tôi sẽ không bao giờ trao cho một nhóm người trong số họ”.

Nguồn: Alexis de Tocqueville, ‘Tyranny of the Majority’ (Sự chuyên chế của đa số), chương XV, Quyển I, Democracy in America (Dân chủ ở Hoa Kỳ).

Chương này bổ sung hai yếu tố nữa, đó là: mức độ độc lập của lập pháp và các nhiệm vụ khác của lập pháp bên cạnh chức năng làm luật. Hình 1 thể hiện cấu trúc của chương một cách chi tiết hơn.

Mục 3 của chương này xem xét việc thiết kế nhánh lập pháp và giải quyết ba vấn đề: (a) các cách tổ chức bộ máy cơ quan lập pháp khác nhau cho phép các hình thức đại

diện khác nhau, (b) tổ chức bộ máy cơ quan lập pháp nhằm thực hiện chức năng giám sát/kiểm soát đối với nhánh hành pháp, và (c) các hình thức kiểm soát đối với nhánh lập pháp.

(a) Để thiết kế cấu trúc nhánh lập pháp nhằm bảo đảm tính đại diện nhân dân rộng rãi, có thể xem xét dưới nhiều góc độ khác nhau. Một là nhìn dưới góc độ thành phần của nghị viện, phụ thuộc vào chế độ bầu cử chuyển lá phiếu của công dân thành ghế trong nghị viện. Hai là vấn đề liệu có nên quy định cứng về hạn mức ứng cử viên hoặc về việc bảo lưu một số ghế nghị viện nhất định hay không. Ba là liệu nghị viện có nên áp dụng công cụ bảo vệ thiểu số trong quy trình biểu quyết của nghị viện bằng cách cho phép sử dụng các phương thức kiểm phiếu khác nhau (biểu quyết hai lần). Bốn là liệu nghị viện nên được cấu trúc theo một viện hay hai viện. Việc có viện thứ hai sẽ cho phép thiết lập một hình thức đại diện khác viện thứ nhất. Ngoài việc tăng tính đại diện của nghị viện bằng việc thiết lập viện thứ hai trong cơ quan lập pháp ở trung ương, các nhà soạn thảo hiến pháp cũng có thể xem xét việc thiết lập cơ quan lập pháp ở các cấp chính quyền khác (cấp tỉnh, cấp địa phương), mỗi cơ quan này được trao những quyền hạn riêng biệt.

(b) Giám sát/kiểm soát là một nhiệm vụ khác của nghị viện, dưới nhiều dạng thức thể hiện khác nhau: (i) mối quan hệ đặc biệt giữa lập pháp và hành pháp trong đó nguồn gốc hình thành và sự tồn tại của hành pháp phụ thuộc vào lập pháp; (ii) một phần của cơ chế có tích chất tư pháp: cơ chế xử lý các hành vi trái pháp luật của hành pháp (thủ tục luận tội); hoặc (iii) một phần của cơ chế kiểm tra trách nhiệm giải trình thường nhật của hành pháp.

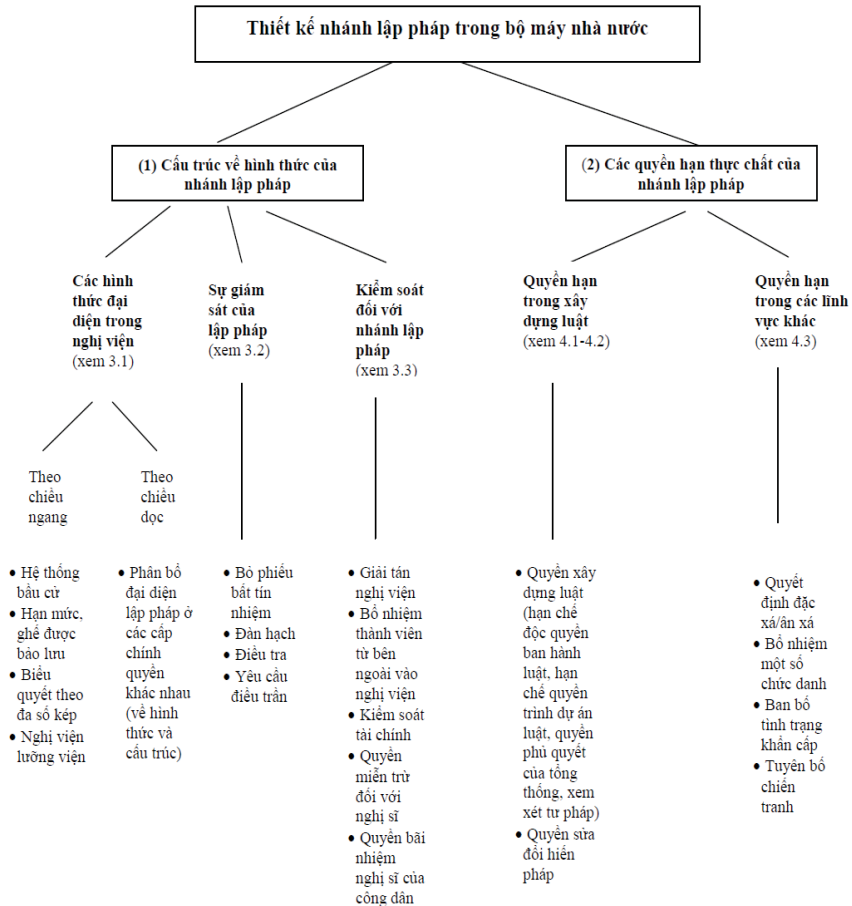
(c) Mặt khác, cũng cần xác định rõ mức độ độc lập của nghị viện. Có nhiều phương pháp và cách thức khác nhau để kiểm soát hoặc gây ảnh hưởng đối với cơ quan lập pháp trong tổng thể hệ thống kiểm chế đối trọng.

Mục 4 sẽ tập trung vào các quyền hạn cụ thể mang tính thực chất của cơ quan lập pháp, trong đó chủ yếu là quyền xây dựng luật, bao gồm cả quyền sửa đổi hiến pháp. Quyền này có thể là đặc quyền của riêng cơ quan lập pháp, hoặc có thể được chia sẻ với các thiết chế khác. Tuy nhiên, quyền của cơ quan lập pháp không chỉ giới hạn ở quyền làm luật. Do đó, các quyền hạn của nghị viện trong các lĩnh vực khác cũng sẽ được đề cập trong chương này.

Thông thường, nhân dân đặt kỳ vọng lớn vào cơ quan lập pháp, nhất là trong bối cảnh họ vừa phải trải qua chế độ độc tài cai trị đất nước. Tuy nhiên, quyền lập pháp nếu không bị hạn chế với nguyên tắc quyết định theo đa số thì cũng có thể dẫn đến nguy cơ các nhóm thiểu số không được đại diện đầy đủ sẽ bị áp chế.

Các định hướng xây dựng hiến pháp thường thể hiện sự thỏa hiệp giữa các chủ thể có những lợi ích và nguyện vọng khác nhau. Một số chủ thể còn lại sau các cuộc xung đột như phiến quân hoặc những nhóm bạo lực sẽ đòi hỏi lợi ích của họ được phản ánh trong hiến pháp. Vì vậy, các nhà soạn thảo hiến pháp có thể sẽ không xây dựng được một bản hiến pháp tốt nhất về mặt kỹ thuật, nhưng lại thành công trong việc đạt được một sự thỏa hiệp tối ưu nhất về hiến pháp.

Hình 1. Thiết kế nhánh lập pháp trong bộ máy nhà nước



2. Bối cảnh quốc gia

Có nhiều cách thức đặt ra khi muốn thiết kế một nghị viện hoạt động hiệu quả trong bối cảnh quốc gia thời kỳ hậu xung đột. Nếu chỉ tập trung tiếp cận dưới góc độ tổ chức bộ máy, theo đó xác định các dạng cấu trúc của cơ quan lập pháp và các nhánh khác của chính quyền và mối liên hệ về mặt hiến pháp giữa chúng với nhau, chúng ta sẽ không xem xét được các nhân tố khác ngoài hiến pháp, chẳng hạn như kỷ luật đảng và vai trò của thủ lĩnh đảng. Thí dụ, mô hình nghị viện trên lý thuyết cho phép nghị viện trực tiếp lựa chọn và bãi nhiệm người đứng đầu hành pháp. Tuy nhiên, trên thực tế, bên cạnh rất nhiều yếu tố khác, tổ chức và hoạt động của hệ thống đảng phái chính trị thường định hướng đường lối quản trị của nghị viện. Ở nhiều quốc gia, các đảng phái chính trị có kỷ luật cao đã làm giảm bớt “tính tối cao của nghị viện” – bởi thủ lĩnh của đảng chiếm đa số trong nghị viện đặt ra chính sách, dựa trên cơ sở sự ủng hộ của các thành viên đảng mình để thông qua các đạo luật thay vì chất vấn chương trình chính sách của hành pháp.

“Vì có sự kết hợp của yếu tố các đảng phái có kỷ luật cao, chế độ bầu cử theo đơn vị bầu cử bỏ phiếu chọn một người trúng cử trên nguyên tắc đa số (single member plurality electoral districts) và thủ tướng có quyền giải tán nghị viện nên ở mô hình Westminster, sự kiểm soát của nghị viện đối với thủ tướng là rất yếu. Về nguyên tắc, các nghị sĩ của đảng chiếm đa số sẽ kiểm soát nội các nhưng trên thực tế, họ thường ủng hộ các sáng kiến lập pháp của đảng mình bất kể nội dung của đề xuất lập pháp đó, bởi số phận chính trị của họ có liên hệ chặt chẽ với số phận chính trị của thủ lĩnh đảng”.

Nguồn: Mainwaring, Scott and Shugart, Matthew J., “Juan Linz, Presidentialism, and Democracy: A Critical Appraisal” (Juan Linz, Chế độ tổng thống và Dân chủ: đánh giá dưới góc nhìn phê phán), Tạp chí Comparative Politics (Chính trị học so sánh), 29/4 (tháng 7/1997).

Thông thường, không phải cương lĩnh đảng của người sẽ làm Thủ tướng mà chính tính cách và thái độ ứng xử của cá nhân người đó có vai trò quyết định đối với kết quả bầu cử nghị viện. Các chiến dịch vận động tranh cử nghị viện quảng bá hình ảnh của người đứng đầu hành pháp trong tương lai nếu đảng này giành được đa số ghế trong nghị viện có thể phản ánh sự cân bằng quyền lực trên thực tế giữa hành pháp và lập pháp. Ngay cả trong mô hình tổng thống, nếu một vị Tổng thống được hiến pháp trao cho các quyền hạn rất lớn nhưng lại ở trong một hệ thống đảng phái chính trị phân tán, rời rạc và không có được sự ủng hộ vững chắc của nghị viện thì có ít thực quyền hơn so với một vị Tổng thống dù có ít quyền hạn hiến định nhưng lại có sự ủng hộ của đảng chiếm đa số trong nghị viện với kỷ luật đảng chặt chẽ. Hơn nữa, không thể cho rằng một quy định hiến pháp tự thân nó có thể “hô biến” ra được các điều kiện xã hội tiên quyết đảm bảo cho sự thành công dù quy định đó là đúng đắn, phù hợp. Các chuẩn mực văn hóa và tập quán không chính thức có thể gây ảnh hưởng đáng kể đến phương thức sử dụng quyền lực của nghị viện. Chẳng hạn, Hiến pháp Canada trao cho thượng viện quyền phủ quyết tuyệt đối, nhưng theo tập quán, thượng viện hầu như không sử dụng quyền phủ quyết này trên thực tế.¹⁰⁰ Nói tóm lại, các nhà soạn thảo hiến pháp cần lưu ý rằng một giải pháp thiết kế tổ chức quyền lực vay mượn từ một quốc gia nào đó có thể dẫn đến những chuyển biến và hệ quả chính trị khác biệt so với kết quả mà thiết kế tổ chức quyền lực đó mang lại cho quốc gia gốc. Ngược lại, những giải pháp không đem lại hiệu quả ở một quốc gia này lại có thể rất phù hợp trong bối cảnh của một quốc gia khác. Vì vậy, phân tích và hiểu rõ bối cảnh của quốc gia

Bối cảnh quốc gia. Các nhân tố ngoài hiến pháp như hoạt động của hệ thống đảng phái chính trị, kỷ luật đảng và vai trò của thủ lĩnh đảng, tính cách cá nhân, các chuẩn mực văn hóa và tập quán không chính thức có thể gây ảnh hưởng đáng kể. Một giải pháp thiết kế tổ chức quyền lực vay mượn từ một quốc gia nào đó có thể dẫn đến những chuyển biến và hệ quả chính trị khác biệt so với kết quả mà thiết kế tổ chức đó mang lại cho quốc gia gốc.

¹⁰⁰ Böckenförde, M. et al., *Max Planck Manual on Different Forms of Decentralization* (Cẩm nang của Viện Max Planck về các hình thức phi tập trung hóa), in lần thứ 3, (Heidelberg: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2008).

gốc và so sánh với bối cảnh của quốc gia vay mượn là một bước không thể thiếu trong quá trình soạn thảo hiến pháp.

3. Các phương án thiết kế nhánh lập pháp

3.1. Các hình thức đại diện trong nghị viện

Một trong những nhiệm vụ hàng đầu của một cơ quan lập pháp dân chủ là đại diện cho nhân dân. Việc thiết kế nhánh lập pháp không thể không đề cập các khía cạnh của chức năng đại diện. Chức năng này có thể được thể hiện dưới nhiều hình thức khác

nhau. Có thể dưới hình thức đại diện về mặt địa lý, tức là có sự liên hệ giữa người đại diện với một khu vực địa lý cụ thể và với các đơn vị cử tri nằm trong khu vực địa lý đó. Có thể dưới hình thức đại diện về mặt dân tộc, bộ tộc hoặc các đặc điểm nhân học khác. Có thể dưới hình thức là đại diện về mặt đảng phái chính trị hoặc mang tính miêu tả, trong đó bảo đảm thành phần của nghị viện được bầu ra có cả nữ giới và nam giới. Việc thiết kế nhánh lập pháp phụ thuộc vào việc lựa chọn hình thức đại diện nào là quan trọng nhất, phù hợp với bối cảnh lịch sử và văn hóa của quốc gia. Cơ quan đại diện cho nhân dân ở cấp độ quốc gia có thể là nghị viện với cơ cấu một viện. Trong viện đó, một đảng đa số có thể nắm quyền kiểm soát, được củng cố thêm sức mạnh bởi chế độ bầu cử theo nguyên tắc “được ăn cả, ngã về không” và không thực hiện bảo lưu ghế trong nghị viện cho các nhóm thiểu số hoặc nữ giới. Đặc biệt, ở một quốc gia đa dạng về thành phần và đã trải qua nhiều xung đột do các nhóm thiểu số không được quyền tham gia, hình thức đại diện nói trên không phản ánh được cơ cấu xã hội và các lợi ích đa dạng trong quốc gia đó.

Việc thiết kế nhánh lập pháp phụ thuộc vào việc lựa chọn hình thức đại diện nào là quan trọng nhất, phù hợp với bối cảnh lịch sử và văn hóa của quốc gia.

Các nhà soạn thảo hiến pháp có thể phân tán quyền lực của nhánh lập pháp bằng nhiều phương thức khác nhau: (a) thiết kế khung hiến pháp đòi hỏi nghị viện phải phản ánh được sự đa dạng về thành phần trong một quốc gia, không chỉ bằng cách bắt buộc có đại diện thích hợp của các nhóm thiểu số trong nghị viện, mà còn quy định các nhóm này phải có tiếng nói trong những lĩnh vực lập pháp nhạy cảm; hoặc (b) hạn

chế việc thành lập chính phủ một đảng thông qua một chế độ bầu cử thích hợp. Các nhà soạn thảo hiến pháp cũng có thể thiết kế được sự phân tán quyền lực lập pháp và dư địa chính thức nhằm đảm bảo được các khía cạnh khác nhau của đại diện như (c) phân tán theo chiều ngang trong nội bộ nghị viện bằng việc thành lập viện thứ hai, hoặc (d) phân tán theo chiều dọc giữa các cấp chính quyền bằng việc thiết lập các cơ quan lập pháp cấp vùng.

Đại diện có thể được thể hiện dưới nhiều hình thức khác nhau. Đại diện có thể dựa trên cơ sở địa lý, dân tộc, bộ tộc hoặc các đặc điểm nhân học khác. Ở một quốc gia đa dạng về thành phần và đã trải qua nhiều xung đột do các nhóm thiểu số không được quyền tham gia, chế độ bầu cử theo nguyên tắc “được ăn cả, ngã về không” không phản ánh được cơ cấu xã hội và các lợi ích đa dạng trong quốc gia đó.

3.1.1. Thiết kế cơ chế đại diện thông qua hệ thống bầu cử

Nhiệm vụ của hệ thống bầu cử là nhằm chuyển hóa lá phiếu của công dân thành ghế

trong nghị viện. Việc thiết kế hệ thống bầu cử các đại biểu cơ quan lập pháp đại diện cho nhân dân có tác động tới việc các đảng phái nào giành được sự đại diện và tỷ lệ ghế của mỗi đảng giành được trong nghị viện tương ứng tới mức nào với tỷ lệ phiếu bầu. Chẳng hạn, theo nguyên tắc “người về đầu trúng cử” (“*First Past The Post*”) trong đó một nghị sĩ trúng cử khi đạt số phiếu cao nhất ở đơn vị bầu cử, gây ra ảnh hưởng trực tiếp, đó là các đảng thiểu số không được đại diện một cách thích hợp. Kể cả khi các đảng thiểu số cố gắng giành được 10-20% tổng số phiếu phổ thông, họ vẫn có thể không giành được ghế nào trong nghị viện nếu như số phiếu ủng hộ của các đảng này và các đảng khác được phân bổ đều trên toàn quốc.¹⁰¹ Ngược lại, các hệ thống bầu cử dựa trên nguyên tắc đại diện tỷ lệ sẽ thúc đẩy tính đa dạng hơn bằng việc cho phép nhiều đảng phái chính trị đều có chỗ trong nghị viện, tức là tạo điều kiện cho việc thành lập các liên minh đảng phái. Tuy nhiên, nếu có quá nhiều đảng phái có đại diện trong nghị viện, đảng cầm quyền sẽ rất khó giành được sự ủng hộ vững chắc từ phía nghị viện. Điều đó sẽ khiến cho các nghị sĩ gặp khó khăn hơn trong việc đạt được mức độ tán thành cần thiết để thông qua các chương trình cải cách. Do đó, các hệ thống bầu cử dựa trên nguyên tắc đại diện tỷ lệ cần bảo đảm cân bằng ở mức độ nhất định giữa tính đại diện và tính hiệu quả. Các hệ thống này thường đặt ra một ngưỡng đại diện tối thiểu. Ngưỡng này cần phải được xác định một cách thận trọng nhằm tránh làm triệt tiêu mục đích ban đầu là đạt được tính đại diện rộng rãi. Nếu không, như ở Thổ Nhĩ Kỳ (2002), ngưỡng đại diện tối thiểu là 10% đã gạt bỏ đại đa số đảng phái và gần như 46% tổng số phiếu bầu. Ở một thái cực khác như Israel, ngưỡng đại diện tối thiểu 2% (trước năm 1992 là 1% và từ năm 1992 đến 2005 là 1.5%) đã cho phép tới 12 đảng có chỗ trong nghị viện (Knesset) với tổng số 120 thành viên; điều này đã khiến cho việc thành lập một chính phủ ổn định là cực kỳ khó khăn.

Sự khác biệt này không chỉ là kết quả của sự khác biệt về tỷ lệ phần trăm, mà còn liên quan đến tương quan lực lượng giữa các đảng phái và chế độ bầu cử được lựa chọn. Viện Quốc tế về Dân chủ và Hỗ trợ Bầu cử đã xuất bản một cuốn Cẩm nang về hệ thống bầu cử, trong đó lý giải tầm quan trọng của các chế độ bầu cử và nhấn mạnh về tác động của các chế độ bầu cử khác nhau ở các quốc gia khác nhau.¹⁰²

Các nhà soạn thảo hiến pháp có thể bảo đảm tính đại diện rộng rãi theo nhiều cách thức khác nhau. Một trong số đó là thông qua hệ thống bầu cử. Trong khi hệ thống “người về đầu trúng cử” có xu hướng khiến cho các đảng thiểu số không được đại diện đầy đủ thì hệ thống bầu cử dựa trên nguyên tắc đại diện tỷ lệ lại cần phải bảo đảm sự cân bằng giữa tính đại diện và tính hiệu quả.

3.1.2. Dành ghế trong nghị viện

Một phương thức khác để tăng sự đại diện của các nhóm thiểu số hoặc nữ giới trong nghị viện là đặt ra quy định về bảo lưu ghế trong nghị viện hoặc quy định về hạn mức đại

101 Payne, J. M. et al., *Democracies in Development: Politics and Reform in Latin America* (Các nền dân chủ đang phát triển: Chính trị và Cải cách ở châu Mỹ Latinh) (Washington, DC: Inter-American Development Bank, International IDEA et al., 2007).

102 International IDEA, *Electoral System Design: The New International IDEA Handbook* (Thiết kế hệ thống bầu cử: Cẩm nang mới của International IDEA) (Stockholm: International IDEA, 2005).

diện. Bảo lưu ghế trong nghị viện có nghĩa là dành ra một số lượng ghế nhất định cho các nhóm thiểu số/nữ giới trong nghị viện. Phương thức này đã được sử dụng ở nhiều nước có tính đa dạng cao như Colombia (bảo lưu ghế cho cộng đồng người da đen), Croatia (bảo lưu ghế cho các dân tộc thiểu số), Ấn Độ (bảo lưu ghế cho các tộc người và đẳng cấp nhất định), Jordan (bảo lưu ghế cho những người theo đạo Cơ đốc và người Circassian), Niger (bảo lưu ghế cho người Tuareg), và Pakistan (bảo lưu ghế cho nữ giới và người không theo đạo Hồi). Những đại biểu nắm giữ các ghế được bảo lưu thường được bầu theo cách thức giống như các đại biểu khác, nhưng đôi khi chỉ được bầu bởi thành viên của một cộng đồng thiểu số được chỉ định rõ trong luật bầu cử hoặc trong hiến pháp.¹⁰³ Điều 51 Hiến pháp Pakistan minh họa quy định của hiến pháp về bảo lưu ghế trong nghị viện và việc tích hợp quy định này vào hệ thống bầu cử nói chung (xem Hộp 1).

Hộp 1: Bảo lưu ghế trong Quốc hội Pakistan

Điều 51 Hiến pháp Pakistan

Quốc hội

(1) Quốc hội có tổng số 342 ghế, bao gồm cả các ghế được bảo lưu cho nữ giới và người không theo đạo Hồi.

(1A)

(3) Các ghế trong Quốc hội nêu ở khoản (1), trừ trường hợp quy định ở khoản (2A), được phân bổ cho mỗi Tỉnh, Khu vực Dân tộc do Liên bang quản lý, và Thủ phủ của Liên bang như sau:

	Ghế thông hường	Nữ giới	Tổng
Balochistan	14	3	17
Tỉnh vùng biên giới Tây Bắc	35	8	43
Tỉnh Punjab (miền đông)	148	35	183
Sindh	61	14	75
Các khu vực dân tộc do Liên bang quản lý	12	–	12
Thủ phủ của Liên bang	2	–	2
Tổng	272	60	332

¹⁰³ International IDEA, *Electoral System Design* (Thiết kế hệ thống bầu cử).

(2A) Ngoài số ghế nêu ở khoản (1A), sẽ có 10 ghế trong Quốc hội được bảo lưu dành cho người không theo đạo Hồi.

...

(4) Nhằm phục vụ cho mục đích bầu cử Quốc hội—

(a) các đơn vị bầu cử ghế thông thường sẽ là đơn vị bầu cử theo lãnh thổ bỏ phiếu bầu chọn một người trúng cử, và các nghị sĩ được bầu theo nguyên tắc bỏ phiếu trực tiếp và tự do theo quy định của pháp luật;

(b) mỗi Tỉnh là một đơn vị bầu cử duy nhất đối với tất cả các ghế được bảo lưu cho nữ giới, các ghế này được phân bổ cho các Tỉnh tương ứng theo quy định tại khoản (1A);

(c) đơn vị bầu cử đối với tất cả các ghế được bảo lưu cho người không theo đạo Hồi là toàn thể nước Pakistan;

(d) các nghị sĩ giữ ghế được bảo lưu cho nữ giới theo sự phân bổ cho Tỉnh theo quy định tại khoản (1A) được bầu chọn theo quy định của pháp luật thông qua cơ chế đại diện tỷ lệ áp dụng đối với danh sách ứng cử viên của các đảng chính trị trên cơ sở tổng số ghế nghị sĩ thông thường trong Quốc hội mà mỗi đảng chính trị ở Tỉnh đó giành được:

Để phục vụ mục đích của khoản này, tổng số ghế thông thường mà một đảng chính trị giành được bao gồm cả ứng cử viên độc lập tái ứng cử hoặc ứng cử viên có thể gia nhập đảng này trong vòng đủ 3 ngày từ ngày danh sách ứng cử viên tái ứng cử được đăng trên Công báo.

(e) các nghị sĩ nắm giữ ghế được bảo lưu cho người không theo đạo Hồi được bầu chọn theo quy định của pháp luật thông qua cơ chế đại diện tỷ lệ áp dụng đối với danh sách ứng cử viên của các đảng chính trị trên cơ sở tổng số ghế nghị sĩ thông thường trong Quốc hội do mỗi đảng chính trị giành được:

Để phục vụ mục đích của khoản này, tổng số ghế thông thường mà một đảng chính trị giành được bao gồm cả ứng cử viên độc lập tái ứng cử hoặc ứng cử viên có thể gia nhập đảng này trong vòng đủ 3 ngày kể từ khi danh sách ứng cử viên tái ứng cử được đăng trên Công báo.

Nguồn: Hiến pháp Pakistan; bản do tác giả tự lập.

Có nhiều ý kiến khác nhau về tác dụng của việc bảo lưu ghế nghị viện. Một mặt, đây được coi là một giải pháp tốt để bảo đảm sự đại diện trong nghị viện của các nhóm thiểu số; mặt khác, có lập luận cho rằng tốt hơn là thiết kế một nghị viện có tính đại diện rộng rãi mà không thao túng hệ thống bầu cử, bởi các ghế được bảo lưu có thể gây ra sự bất bình từ phía đa số và tạo ra sự ngờ vực giữa các nhóm dân cư khác nhau.

3.1.3. Hạn mức ứng cử viên

Hạn mức ứng cử viên thường được áp dụng để tăng sự đại diện của nữ giới. Hạn mức này định ra cụ thể tỷ lệ phần trăm tối thiểu các ứng cử viên là nữ, và áp dụng đối với danh sách ứng cử viên của các đảng phái chính trị. Hạn mức ứng cử viên phần lớn được không được quy định trong hiến pháp, mà được quy định trong luật bầu cử.

Cuốn sách “Thiết kế hệ thống bầu cử: Cẩm nang mới của International IDEA” (2005)¹⁰⁴ trình bày sâu hơn về bảo lưu ghế trong nghị viện và hạn mức ứng cử viên. Về vấn đề đại diện của nữ giới trong nghị viện, International IDEA đã xuất bản một cuốn cẩm nang khác cũng rất đáng đọc: “Phụ nữ trong Nghị viện: Đẳng sau những con số” (1998, tái bản 2005).

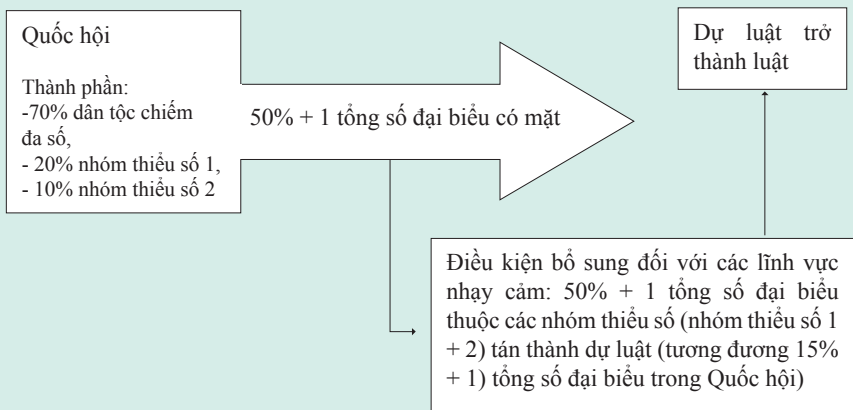
3.1.4. Biểu quyết theo đa số kép (double majority)

Ngoài thành phần của nghị viện, việc thiết kế quy trình biểu quyết trong nghị viện cũng có thể bảo đảm sự tham gia của các nhóm thiểu số vào các vấn đề nhạy cảm như ngôn ngữ, văn hóa, v.v...: Hiến pháp có thể quy định một vấn đề phải được đa số thông thường (đa số thành viên trong nghị viện) tán thành và trong đó, phải có đa số của các thành viên thiểu số trong nghị viện tán thành. Biểu quyết theo đa số kép như vậy trao cho các nhóm thiểu số quyền phủ quyết đối với đa số thông thường. Hộp 2 minh họa cơ chế biểu quyết theo đa số kép ở nước Cộng hòa Macedonia thuộc Nam Tư cũ (FYROM). Cơ chế này cũng được áp dụng ở Bỉ (đối với các luật liên quan đến xác định ranh giới giữa các cộng đồng ngôn ngữ).

Hộp 2. Cơ chế bỏ phiếu đa số kép ở nước Cộng hòa Macedonia thuộc Nam Tư cũ

Hiến pháp Macedonia Điều 69 (2)

Đối với luật có ảnh hưởng trực tiếp đến vấn đề văn hóa, sử dụng ngôn ngữ, giáo dục, hồ sơ cá nhân, và sử dụng các ký hiệu, Quốc hội ra quyết định bằng cách biểu quyết theo đa số đại biểu có mặt, trong đó, phải có đa số phiếu của các đại biểu có mặt là người thuộc các cộng đồng thiểu số ở Macedonia. Mọi tranh chấp liên quan đến việc áp dụng quy định này được giải quyết bởi Ủy ban về Quan hệ giữa các cộng đồng.



104. International IDEA, *Electoral System Design* (Thiết kế hệ thống bầu cử).

3.1.5. Nghị viện lưỡng viện

Thành lập viện thứ hai là một phương án khác để các nhà soạn thảo hiến pháp bảo đảm các hình thức đại diện khác nhau trong nghị viện. Viện thứ nhất (hạ viện) thường áp dụng cơ chế đại diện tỷ lệ và trên cơ sở số dân, với mỗi đại biểu (trong trường hợp lý tưởng) đại diện cho cùng một số lượng cư dân, còn trong viện thứ hai (thượng viện), thường áp dụng cơ chế đại diện theo tầng lớp, lãnh thổ hoặc các nhóm lợi ích. Nghị viện lưỡng viện là một mô hình khá phổ biến trong hiến pháp các nước trên thế giới, với khoảng 80 nước áp dụng. Về mặt lịch sử, các nhà soạn thảo hiến pháp đề ra mô hình này nhằm giải quyết vấn đề phân chia lợi ích giữa giới quý tộc và giới bình dân. Như viện thứ hai – Thượng nghị viện (House of Lords) - ở Anh Quốc được thành lập với mục đích đó, tuy nhiên theo thời gian, chính phủ Anh đã thu hẹp đáng kể quyền lực của Thượng viện, biến nó trở thành một thiết chế chủ yếu mang tính chất tư vấn. Ngoài nước Anh, mô hình thượng viện phần nào mang tính chất “quý tộc” vẫn còn tồn tại ở một số nước (như Lesotho).

Cũng có thể tăng cường tính đại diện qua việc phân tán quyền lập pháp theo chiều ngang bằng cách thành lập viện thứ hai trong nghị viện (thượng viện), hoặc theo chiều dọc bằng cách thành lập cơ quan lập pháp cấp vùng/ địa phương. Các đơn vị lãnh thổ là cơ sở xác lập tính đại diện trong thượng viện phổ biến nhất ở các nước trên thế giới.

Gần đây, các thượng viện đảm nhận vai trò đại diện cho một số nhóm xã hội nhất định. Ví dụ, các thành viên được bầu và được cử ra từ các bộ tộc truyền thống cấu thành Thượng viện (House of Chiefs)

ở Botswana. Mặc dù Thượng viện Botswana chỉ có quyền lập pháp hạn chế, Hạ viện vẫn phải tham vấn Thượng viện về các vấn đề dân tộc và các đề xuất sửa đổi Hiến pháp. Ở Maroc, công đoàn và các đại diện công nông lựa chọn 2/5 tổng số thành viên của Thượng viện. Ở Ailen, các ngành văn hóa, giáo dục, nông nghiệp, lao động, công thương, hành chính và dịch vụ xã hội lựa chọn 70% số thành viên của Thượng viện. Ở Malawi, khoảng 1/3 số thành viên của Thượng viện là thủ lĩnh các bộ tộc, được bầu chọn tại cuộc họp kín của các thủ lĩnh bộ tộc ở các khu vực tương ứng, và 1/3 được lựa chọn từ danh sách ứng cử viên được đề cử bởi các nhóm lợi ích (các tổ chức phụ nữ, người khuyết tật, y tế, giáo dục, nông nghiệp và khối doanh nghiệp, công đoàn), cũng như những người có uy tín trong xã hội và các nhóm tôn giáo.

Tuy nhiên, các đơn vị lãnh thổ vẫn là cơ sở xác lập tính đại diện trong thượng viện phổ biến nhất ở các nước trên thế giới. Ở tất cả các nhà nước liên bang có nghị viện lưỡng viện, đại diện của các bang, tỉnh hoặc vùng xác định tư cách thành viên của thượng viện. Cơ chế này cũng được áp dụng ở khoảng 1/4 tổng số nhà nước đơn nhất.

Trong những năm gần đây, nhiều nước đã thành lập thêm thượng viện trong nghị viện như một trong những cải cách hiến pháp (Cộng hòa Séc, Ba Lan). Đồng thời, một số quốc gia khác lại xóa bỏ thượng nghị viện (Croatia, Kyrgyzstan, Senegal). Vì vậy, việc quyết định có hay không có thượng nghị viện, và nếu có thì nên thiết kế như thế nào, cũng là vấn đề phụ thuộc rất lớn vào bối cảnh cụ thể của quốc gia. Bảng 1 dưới đây tóm tắt các ưu điểm của nghị viện đơn viện và nghị viện lưỡng viện.

Bảng 1. Ưu điểm của nghị viện một viện và nghị viện lưỡng viện

Nghị viện lưỡng viện có thể...	Nghị viện đơn viện có thể...
Tăng các hình thức đại diện hoặc ít nhất là cung cấp một giải pháp về mặt tổ chức mang tính tiện lợi hơn, linh hoạt hơn so với việc cố gắng đa dạng hóa các hình thức đại diện trong khuôn khổ chật hẹp của một viện duy nhất.	Tăng tính chịu trách nhiệm của các đại biểu, bởi các đại biểu không thể đổ lỗi cho viện còn lại khi một đạo luật không thể được thông qua, hoặc khi lợi ích của công dân bị bỏ mặc.
Ngăn chặn việc thông qua các đạo luật được soạn thảo một cách vội vàng do sự ngẫu hứng nhất thời; tạo điều kiện để thảo luận dự luật kỹ hơn và thẩm định chặt chẽ hơn.	Ban hành luật nhanh chóng, hiệu quả hơn.
Tránh được sự chuyên chế của đa số.	Cho phép các đạo luật được thông qua đúng như nó được soạn thảo nhằm thực thi các chương trình chính sách quan trọng, tránh việc các dự luật bị chỉnh sửa quá nhiều qua nhiều vòng thỏa hiệp.
Tăng cường sự giám sát và kiểm soát đối với hành pháp.	Nhân dân dễ kiểm soát nghị viện hơn vì có ít đại biểu hơn.
Phản ứng tốt hơn đối với các nhóm lợi ích mạnh. Khi quyền lực được chia sẻ, trong mô hình nghị viện lưỡng viện, các nhà vận động hành lang của các nhóm lợi ích mạnh sẽ phải giành được sự ủng hộ của nhiều người lãnh đạo hơn.	Sự minh bạch của mô hình nghị viện đơn viện có thể làm giảm bớt ảnh hưởng của các nhà vận động hành lang của các nhóm lợi ích mạnh.

Để bảo đảm tính đại diện cho các nhóm lợi ích khác nhau một cách hiệu quả thông qua thượng nghị viện, cần xem xét hai tiêu chí khi thiết kế nghị viện lưỡng viện: *Thứ nhất*, phương thức lựa chọn đại biểu cho thượng viện do hiến pháp quy định; *Thứ hai*, các quyền

Để bảo đảm tính đại diện cho các nhóm lợi ích khác nhau một cách hiệu quả thông qua thượng nghị viện, cần xem xét hai tiêu chí: phương thức lựa chọn đại biểu cho thượng viện và các quyền hạn mà hiến pháp trao cho thượng viện.

hạn mà hiến pháp trao cho thượng viện. Nếu một chế độ bầu cử được áp dụng chung cho cả hai viện, thượng viện sẽ thuần túy chỉ củng cố thêm quyền lực của đa số trong hạ viện. Điều này càng dễ xảy ra nếu các cuộc bầu cử hai viện diễn ra đồng thời. Vì vậy, để phân chia quyền lập pháp một cách thực chất đòi hỏi phải có cơ chế riêng để lựa chọn

đại biểu cho thượng viện. Các quyền hạn thực tế mà hiến pháp trao cho thượng viện cũng quyết định mức độ phân tán quyền lực của nhánh lập pháp. Để đánh giá quyền lực của

thượng viện, chương này sẽ không tập trung vào các quyền hạn trong tương quan so sánh với các nhánh khác của chính quyền (chẳng hạn như quyền của Thượng nghị viện

Hoa Kỳ trong việc phê chuẩn các chức danh thẩm phán Tòa án Tối cao và các quan chức hành pháp cấp cao), mà sẽ tập trung vào sự tham gia mang tính chất định tính của thượng viện trong việc thực hiện các chức năng của lập pháp như thông qua dự luật hoặc sửa đổi hiến pháp.

Lựa chọn thành viên thượng nghị viện

Về cơ bản, có bốn phương thức lựa chọn thành viên thượng nghị viện.

1. Đại diện của các đơn vị hành chính cấp dưới (bang hoặc vùng), được nhân dân của bang hoặc vùng đó bầu trực tiếp, cấu thành nên thượng viện (Argentina, Australia, Indonesia, Italia, Nigeria, Thụy Sĩ, Hoa Kỳ). Bầu cử trực tiếp có hai hình thức. Thí dụ, ở Nigeria, Hiến pháp chia các đơn vị hành chính cấp dưới thành ba khu vực bầu cử thượng nghị sĩ; đối với mỗi khu vực, ứng cử viên có số phiếu cao nhất sẽ trúng cử. Ngược lại, ở Australia, nhân dân mỗi bang bầu ra 6 thành viên thông qua hệ thống tỷ lệ; 6 ứng cử viên có số phiếu cao nhất sẽ trúng cử thượng nghị sĩ.

2. Ở nhiều quốc gia, cơ quan lập pháp của các đơn vị hành chính cấp dưới bầu ra thành viên thượng viện. Các đại biểu này không nhất thiết phải là thành viên cơ quan lập pháp của các đơn vị hành chính cấp dưới (ví dụ Áo,¹⁰⁵ Ethiopia,¹⁰⁶ Ấn Độ¹⁰⁷). Phương thức này cũng có hai biến thể. Ở một số quốc gia, thành viên thượng viện trúng cử khi có đa số phiếu trong cơ quan lập pháp của đơn vị hành chính cấp dưới; do đó, các đảng chiếm đa số trong cơ quan lập pháp của đơn vị hành chính cấp dưới (một đảng đa số hoặc liên minh đảng đa số) có độc quyền bầu các thành viên của đảng mình. Một số quốc gia đã tìm cách tránh tình trạng này bằng việc áp dụng phương pháp tỷ lệ: các đảng chính trị có đại diện trong cơ quan lập pháp của đơn vị hành chính cấp dưới lựa chọn ứng cử viên của họ, ứng cử viên này sẽ đại diện cho đơn vị hành chính đó trong thượng viện (ví dụ, nếu đơn vị hành chính có 3 ghế trong thượng viện, 3 đảng mạnh nhất có đại diện trong cơ quan lập pháp của đơn vị này có quyền lựa chọn ứng cử viên đại diện cho đơn vị đó ở thượng viện). Nước Pháp lại có một biến thể từ phương pháp này: các thượng nghị sĩ được bầu bởi một hội đồng bầu cử gồm các đại diện của các hội đồng lập pháp (hoặc có tính chất gần như lập pháp) ở các cấp chính quyền (chính quyền trung ương, cấp khu hành chính (départements), cấp vùng, cấp thành phố trực thuộc trung ương). Trên thực tế, 95% số thành viên của hội đồng bầu cử đến từ cấp thành phố trực thuộc trung ương.

3. Ở một số quốc gia khác, chính quyền bang bổ nhiệm thành viên vào thượng viện (chẳng hạn như ở Đức).

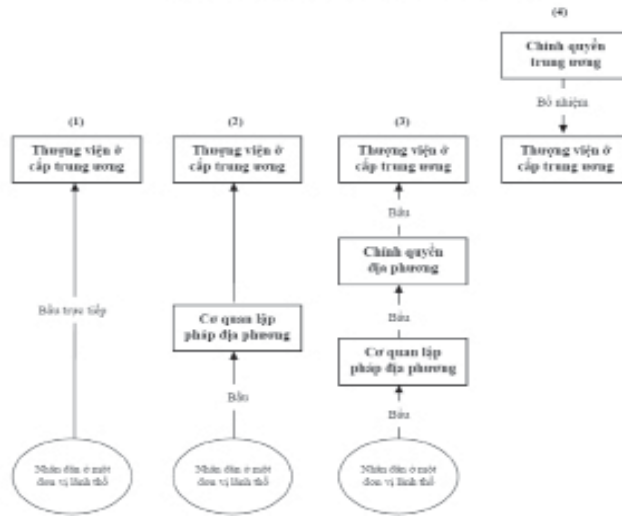
4. Trên cơ sở đề cử của chính quyền bang, chính quyền liên bang bổ nhiệm thành viên vào thượng viện (Canada).

105. Điều 34 Hiến pháp của Áo (1920), bản sửa đổi năm 2008.

106. Điều 61 Hiến pháp Ethiopia (1995).

107. Điều 80 và Phụ lục số 4 Hiến pháp Ấn Độ (1950), bản sửa đổi năm 2005.

Hình 2. Việc lựa chọn các thành viên của thượng nghị viện



Nguồn: hình do tác giả vẽ dựa trên cuốn sách của Böckenförde, M., (Cẩm nang của UNDP về mô hình nghị viện lưỡng viện trong nhà nước liên bang: Phân tích so sánh với trung tâm là Sudan) (Khartoum: UNDP, 2007).

Các phương thức lựa chọn thành viên thượng viện có thể dẫn đến sự khác biệt về mức độ trung thành của các thành viên. Câu hỏi đặt ra là các thành viên thượng viện đại diện cho lợi ích của ai, hoặc theo nhận thức của công chúng, các thành viên này đại diện cho lợi ích của ai. Các thành viên được bầu trực tiếp của thượng viện (cột (1) của Hình 2) có thể đảm nhận vai trò đại diện cho nhân dân hơn là đại diện cho chính quyền địa phương; vì vậy, có nhiều khả năng họ không hình thành các quan điểm mang tính chất địa phương, mà sẽ có thiên hướng đại diện cho các đảng phái chính trị của họ. Ngược lại, các thành viên được bầu từ cơ quan lập pháp của đơn vị hành chính cấp dưới (cột (2)) thường có mối liên hệ về mặt tổ chức với chính quyền địa phương, vì vậy các thành viên này có thể đồng thời đại diện cho cả lợi ích quốc gia và lợi ích địa phương. Tuy nhiên, quyền đại diện kép dẫn đến trách nhiệm kép, và điều này có thể làm hạn chế tính hiệu quả của các thành viên khi đại diện cho từng lợi ích nói trên. Tạo lập mối liên hệ chặt chẽ với chính quyền địa phương thông qua thành phần của thượng viện có thể củng cố địa vị chính trị của chính quyền địa phương ở cấp trung ương.

Các phương thức lựa chọn thành viên thượng viện có thể dẫn đến sự khác biệt về mức độ trung thành của các thành viên. Câu hỏi đặt ra là các thành viên thượng viện đại diện cho lợi ích của ai, hoặc theo nhận thức của công chúng, các thành viên này đại diện cho lợi ích của ai.

Nếu chính quyền bang giới thiệu và bổ nhiệm thành viên vào thượng viện (cột (3)), các thành viên này sẽ chủ yếu đại diện cho quan điểm của chính quyền địa phương, chủ yếu đóng vai trò như những cán bộ hành chính quan liêu hơn là đại diện cho nhân dân. Khi chính quyền trung ương bổ nhiệm thành viên vào thượng viện (cột (4)), các thành viên này

sẽ không có vị thế chính trị của người đại diện và phát ngôn cho các đơn vị hành chính cấp dưới, do đó, cả cử tri và chính quyền địa phương sẽ chỉ coi các thành viên này thuần túy như người đại diện thừa lệnh của chính quyền trung ương.

Nhận thức được các ưu điểm và hạn chế của các phương thức lựa chọn thành viên của thượng viện nói trên, nhiều nước đã kết hợp hai hoặc nhiều phương thức bỏ phiếu khác nhau ở mức độ khác nhau. Trong khi Nam Phi (60% : 40%), Nga (50% : 50%) và Ấn Độ (95% : 5%) kết hợp phương thức (2) và (3), Tây Ban Nha (80% : 20%) kết hợp phương thức (1) và (2), và Malaysia (37% : 63%) kết hợp phương thức (2) và (4). Áp dụng đồng thời nhiều phương thức không những có thể giảm thiểu một số hạn chế như đã nêu trên, mà còn cho phép các đại biểu thượng viện có thể bảo đảm hài hòa lợi ích của các chủ thể chính trị khác nhau cùng một lúc.

Hình 3. Ví dụ về lựa chọn thành viên của thượng nghị viện



Nguồn: hình do tác giả vẽ dựa trên cuốn sách của Böckenförde, M., (Cẩm nang của UNDP về mô hình nghị viện lưỡng viện trong nhà nước liên bang: Phân tích so sánh với trọng tâm là Sudan) (Khartoum: UNDP, 2007).

Nếu đơn vị hành chính cấp dưới trực tiếp bầu các thành viên thượng viện, cần có phương pháp phân bổ ghế thượng viện khác so với hạ viện nếu như áp dụng phương thức đại diện khác với hạ viện. Thông thường, mỗi đơn vị hành chính cấp dưới có số lượng đại biểu bằng nhau, bất kể quy mô hay dân số của đơn vị đó. Một số ý kiến chỉ trích rằng việc phân bổ ghế thượng viện theo kiểu “cào bằng” như vậy vi phạm nguyên tắc dân chủ: cơ quan lập pháp ở cấp trung ương phải đại diện cho mỗi công dân như nhau. Ví dụ như ở Thụy Sĩ, 23 thượng nghị sĩ đến từ các bang (canton) nhỏ nhất (chỉ đại diện cho 20% dân số) có thể phủ quyết bất kỳ nghị quyết nào của nghị viện.

Trao quyền hạn của nhánh lập pháp cho thượng viện

Tham gia vào quy trình lập pháp

Một trong những lý do thành lập thượng viện là nhằm tăng tính đại diện trong nghị viện, do đó, vấn đề đặt ra là hiến pháp giải quyết các quan điểm và lợi ích khác nhau giữa

hạ viện và thượng viện như thế nào. Liệu thượng viện có nên được thiết kế như một chủ thể có quyền phủ quyết tuyệt đối, theo đó mọi đạo luật đều phải được thượng viện thông qua, hay thượng viện chỉ nên có quyền phủ quyết đối với các đạo luật liên quan đến một số lợi ích cụ thể? Hay thượng viện chỉ nên đóng vai trò tư vấn, tạo một diễn đàn thảo luận rộng rãi hơn, đưa ra các quan điểm khác nhau, chứ không có quyền ngăn cản hay trì hoãn việc thông qua các quyết định của nghị viện? Hay thượng viện không nên có bất kỳ vai trò gì? Ở hầu hết các quốc gia, quy trình lập pháp thường có sự tham gia của thượng viện, dù là vai trò tư vấn, hay trì hoãn việc thông qua các đạo luật, hay phủ quyết các đạo luật. Một số nước cho phép thượng viện có quyền trình dự án luật, mặc dù quyền này thường chỉ giới hạn ở các đạo luật có ảnh hưởng trực tiếp đến lợi ích của các đơn vị hành chính cấp dưới (Nam Phi), và không có quyền trình các dự luật về ngân sách. Ngoài quyền phủ quyết tuyệt đối cho phép thượng viện ngăn cản quy trình thông qua luật, có nhiều cách khác nhau để động viên quy trình lập pháp.

1. Khi thượng viện bác bỏ, không thông qua một dự luật, hạ viện phải biểu quyết lại về việc thông qua dự luật (Áo và Nam Phi, quy định này áp dụng đối với các dự luật không ảnh hưởng đến lợi ích của các bang).

2. Một số bản hiến pháp khác cũng quy định việc biểu quyết lần thứ hai để thông qua dự luật, nhưng chỉ được tiến hành sau một khoảng thời gian nhất định (ví dụ ở Malaysia là 1 năm). Mục đích là nhằm tạo điều kiện cho việc thảo luận công khai dự luật và đưa ra các góc nhìn mới về dự luật. Quy định này chỉ làm chậm lại quá trình lập pháp chứ không đặt ra yêu cầu nào cao hơn buộc hạ viện phải vượt qua.

Hình 4: Các ví dụ về quyền lập pháp của thượng viện



3. Trưng cầu ý dân cũng đã giải quyết được tranh chấp ở nhiều nước. Ở Ailen, nếu thượng viện biểu quyết bác bỏ một dự luật, và điều này được 1/3 hạ viện ủng hộ với tư cách là một vấn đề có tầm quan trọng quốc gia, trưng cầu ý dân sẽ được tiến hành để quyết định dự luật có được thông qua và trở thành luật hay không.

4. Mô hình thứ tư là cho phép hạ viện có quyền bác bỏ phủ quyết của thượng viện bằng đa số 2/3 (Nga), hoặc bằng một tỷ lệ phần trăm số phiếu ngang với tỷ lệ phần trăm

số phiếu mà thượng viện đã đạt được để bác dự luật (ví dụ như ở Đức, đối với các dự luật không ảnh hưởng đến lợi ích của các bang).

5. Cuối cùng, một số nước khác giải quyết sự phản đối của thượng viện thông qua phiên họp toàn thể cả hai viện, trong đó cho phép một số lượng nghị sĩ có mặt của thượng viện ít hơn quy định thông thường (ví dụ ở Ấn Độ và Nigeria (đối với các dự luật về tài chính)).

Nguồn: hình do tác giả vẽ dựa trên cuốn sách của Böckenförde, M., (Cẩm nang của UNDP về mô hình nghị viện lưỡng viện trong nhà nước liên bang: Phân tích so sánh với trung tâm là Sudan) (Khartoum: UNDP, 2007).

Trường hợp thượng viện nắm quyền phủ quyết tuyệt đối, có ba chiến thuật khác nhau để chấm dứt thế bế tắc trong nghị viện:

- Chuyển vấn đề đến một ủy ban hòa giải sau khi thượng viện thực hiện quyền phủ quyết tuyệt đối. Khi thượng viện bác bỏ một dự luật, một ủy ban hòa giải sẽ được thành lập, gồm thành viên của cả hai viện với số lượng ngang nhau. Ủy ban này sẽ cố gắng đi đến một thỏa thuận thỏa hiệp về dự luật để mỗi viện thông qua. Nếu ủy ban hòa giải không tìm ra được giải pháp cho thế bế tắc sau một khoảng thời gian nhất định hoặc sau một số lần họp nhất định, dự luật sẽ “chết” (như ở Đức và Nam Phi, đối với các dự luật ảnh hưởng đến lợi ích của các bang; ở Thụy Sĩ cũng tương tự như vậy).

- Sử dụng cơ chế “con thoi” (shuttle system) sau khi thượng viện thực hiện quyền phủ quyết tuyệt đối. Sau khi thượng viện bác một dự luật, dự luật sẽ được chuyển qua chuyển lại giữa hai viện cho tới khi mỗi viện thông qua dự luật với nội dung như nhau, hoặc dự luật sẽ “chết” (Canada, Italia, Nigeria, Hoa Kỳ).

- Giải tán hai viện sau khi thượng viện thực hiện quyền phủ quyết tuyệt đối. Sự bất đồng giữa hai viện có thể dẫn đến hậu quả nghiêm trọng như ở Australia: nếu một dự luật rơi vào bế tắc, và nếu thượng viện không thông qua được một dự luật do hạ viện chuyển sang sau hai lần biểu quyết, cả hai viện có thể bị dồn vào thế giải tán và một cuộc tổng tuyển cử sẽ được tổ chức để bầu lại nghị sĩ của cho hai viện.

Sự tham gia của thượng viện vào quy trình sửa đổi hiến pháp

Đối với việc sửa đổi hiến pháp, thượng viện thường có quyền hạn lớn hơn – dưới hình thức phủ quyết tuyệt đối – so với khi thông qua dự luật thông thường. Tuy nhiên, một số bản hiến pháp quy định dự thảo sửa đổi hiến pháp chỉ cần được sự tán thành của thượng viện trong trường hợp sửa đổi đó ảnh hưởng đến lợi ích của các bang (Áo, Nam Phi). Hiến pháp cũng có thể đặt ra các yêu cầu khác ngoài yêu cầu về sự tán thành của đa số trong cả hai viện (xem mục 4 về phân chia nhiệm vụ giữa hai viện).

3.1.6. Cơ quan lập pháp ở các cấp chính quyền địa phương

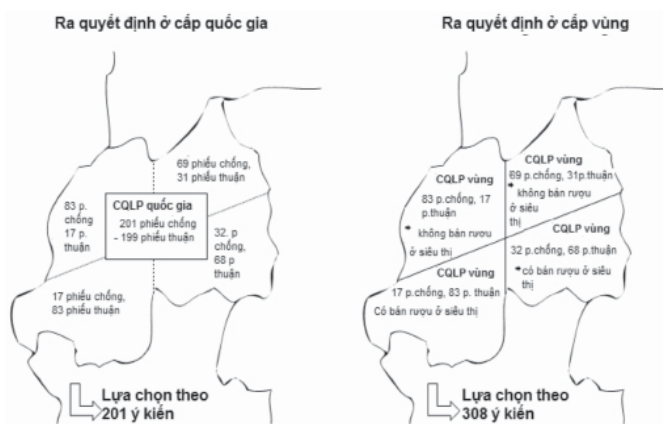
Các nhà soạn thảo hiến pháp có thể thiết lập nhiều hình thức đại diện khác nhau bằng nhiều cách, không chỉ bằng cách lập thêm viện thứ hai trong nghị viện ở cấp chính quyền trung ương, mà còn có thể lập ra cơ quan lập pháp ở các cấp chính quyền địa phương. Đặc biệt, ở quốc gia có thành phần dân cư đa dạng, lợi ích của các nhóm thiểu số có thể được bảo đảm tốt hơn thông qua việc tạo cho họ cơ hội có đại diện ở một cơ quan lập pháp

địa phương và quyền ban hành các quy định luật phản ánh các tập quán hoặc lợi ích cụ thể của từng vùng miền. Hình 5 minh họa việc cơ quan lập pháp cấp địa phương có thể bảo đảm đại diện cho các lợi ích khác nhau như thế nào. Hình bên trái minh họa trường hợp quốc gia có các đạo luật về những vấn đề liên quan đến lợi ích của các nhóm thiểu số chỉ thuộc quyền ban hành của cơ quan lập pháp cấp trung ương. Mặc dù các vùng miền khác nhau có các quan điểm khác nhau, đạo luật của quốc gia áp dụng cho cả bốn vùng, bất kể sự khác biệt ý kiến đa số ở mỗi vùng miền. Do đó, quyết định được đưa ra gây bất lợi cho tới gần một nửa dân số (199/400). Ngược lại, nếu quyền lập pháp về cùng một vấn đề nêu trên được chuyển giao cho cơ quan lập pháp cấp địa phương (xem hình bên phải), quyết định được đưa ra chỉ gây bất lợi cho dưới 1/4 dân số (98/400). Xem xét ví dụ sau đây: Quốc gia X có hai nhóm tôn giáo, một nhóm chủ yếu hoạt động ở miền bắc, nhóm còn lại ở miền nam. Phù hợp với văn hóa của nhóm tôn giáo ở miền bắc, đa số dân cư miền bắc muốn hạn chế việc bày bán rượu trong các siêu thị. Ngược lại, đa số dân cư miền nam có quan điểm cởi mở hơn và muốn mua được rượu ở siêu thị. Nếu quyền lập pháp để điều chỉnh vấn đề này thuộc về cơ quan lập pháp cấp trung

Các nhà soạn thảo hiến pháp có thể thiết lập nhiều hình thức đại diện khác nhau không chỉ bằng cách lập ra cơ quan lập pháp ở các cấp chính quyền địa phương. Ở quốc gia có thành phần dân cư đa dạng, lợi ích của các nhóm thiểu số có thể được bảo đảm tốt hơn thông qua việc tạo cho họ cơ hội có đại diện ở một cơ quan lập pháp địa phương và quyền ban hành các quy định luật phản ánh các tập quán hoặc lợi ích cụ thể của từng vùng miền.

ương, lợi ích của một nhóm tôn giáo sẽ không được bảo đảm. Tuy nhiên, nếu cơ quan lập pháp ở mỗi vùng tương ứng có thẩm quyền quyết định vấn đề này, một lượng lớn dân cư ở mỗi vùng đều sẽ được thỏa mãn nhu cầu của họ.

Hình 5. Đại diện lập pháp ở cấp địa phương



Có ba yếu tố xác định phạm vi và mức độ chuyển dịch quyền lập pháp từ cấp trung ương xuống các cấp chính quyền địa phương (xem thêm chương 7 về phi tập trung hóa):

(a) các quyền hạn mà hiến pháp phân bổ cho cơ quan lập pháp ở cấp vùng hoặc địa phương; (b) mối quan hệ thứ bậc giữa quyền lập pháp của trung ương và của địa phương trong một số lĩnh vực cụ thể được luật điều chỉnh: lĩnh vực nào chỉ thuộc quyền điều chỉnh của trung ương hoặc của địa phương, lĩnh vực nào có thể đồng thời được điều chỉnh bởi cả trung ương và địa phương, luật nào có hiệu lực cao hơn trong trường hợp có mâu thuẫn, chồng chéo?; và (c) mức độ độc lập về mặt pháp lý của cơ quan lập pháp cấp vùng hoặc địa phương.

(1) Phạm vi quyền hạn được chuyển giao

Việc phân bổ quyền lập pháp cho chính quyền cấp dưới phụ thuộc vào mức độ đa dạng của một quốc gia. Các yếu tố về địa lý, lịch sử, tôn giáo, kinh tế, nhân khẩu... có tác

Việc phân bổ quyền lập pháp cho chính quyền cấp dưới phụ thuộc vào mức độ đa dạng của một quốc gia. Việc phân cấp trong nhiều lĩnh vực chính sách phụ thuộc vào bối cảnh cụ thể của quốc gia và sự cân bằng lợi ích giữa các nhóm có liên quan.

động mạnh mẽ đến việc thương lượng, thỏa hiệp và soạn thảo hiến pháp, quyết định mức độ phi tập trung hóa quyền lập pháp trên thực tế.

Một số vấn đề - như quan hệ quốc tế, quốc phòng, tiền tệ, quốc tịch - thường thuộc đặc quyền lập pháp của

cấp trung ương, nhưng việc phân cấp trong nhiều lĩnh vực chính sách phụ thuộc vào bối cảnh quốc gia và sự cân bằng lợi ích giữa các nhóm có liên quan. Ở Brazil, Ấn Độ và Nam Phi, hiến pháp phân bổ một số quyền lập pháp cụ thể xuống tới cấp chính quyền thứ ba ở địa phương.

(2) Các biến thể về hình thức phân bổ quyền lập pháp

Hiến pháp có thể trao quyền lập pháp cho riêng chính quyền trung ương hoặc chính quyền địa phương. Tuy nhiên, việc trao đặc quyền lập pháp như vậy đặt ra hai thách thức. Thứ nhất, các phe cánh đối lập sẽ không đồng ý trao quyền lực cho riêng một cấp chính quyền nào, nhất là ở các quốc gia mới trải qua xung đột bạo lực phát sinh do một số vùng miền không được tham gia vào cơ cấu quyền lực nhà nước. Thách thức thứ hai còn thể hiện rõ hơn: trao quyền lực riêng cho một cơ quan sẽ dẫn đến việc bỏ qua một tất yếu là đối với nhiều lĩnh vực quan hệ xã hội cần điều chỉnh, luôn có sự chồng chéo về nội dung và thẩm quyền giữa các cơ quan ở các cấp chính quyền khác nhau. Để bảo đảm tính linh hoạt, nhiều bản hiến pháp đã lựa chọn phương án

Quyền lập pháp nên được phân bổ như thế nào giữa chính quyền trung ương và chính quyền địa phương? Khi có sự chồng lấn về quyền lập pháp giữa cơ quan lập pháp ở cấp trung ương và địa phương, vấn đề đặt ra là luật của cấp chính quyền nào có hiệu lực cao hơn.

Việc phân bổ quyền lập pháp đồng thời cho cơ quan lập pháp ở các cấp chính quyền có thể thực hiện bằng nhiều cách khác nhau. Khi có sự chồng

lấn về quyền lập pháp giữa cơ quan lập pháp ở cấp trung ương và địa phương, vấn đề đặt ra là luật của cấp chính quyền nào có hiệu lực cao hơn. Thông thường, hiến pháp quy định luật của cơ quan lập pháp cấp trung ương có hiệu lực cao hơn. Những người phê phán quan điểm cục

bộ địa phương có thể lập luận rằng những lĩnh vực thuộc quyền lập pháp của cả trung ương và địa phương thường là những lĩnh vực mà luật của trung ương chiếm ưu thế và

về lâu dài sẽ triệt tiêu luật của địa phương. Tuy nhiên, luật của trung ương chỉ có hiệu lực cao hơn trong một số điều kiện cụ thể, ví dụ như Hiến pháp Đức

quy định luật của nhà nước liên bang có hiệu lực cao nhất chỉ trong trường hợp “cần thiết” và “vì lợi ích của quốc gia”: “...nếu và trong chừng mực việc thiết lập các quy định đời sống công bằng trong lãnh thổ liên bang hoặc việc duy trì sự thống nhất về pháp luật hoặc kinh tế vì lợi ích chung của toàn thể nhà nước đòi hỏi cần thiết phải có sự điều chỉnh của pháp luật liên bang”.¹⁰⁸

Một số hiến pháp lại có quy định khác. Ví dụ, Canada quy định một ngoại lệ duy nhất đối với hiệu lực tối cao của pháp luật liên bang: khi có mâu thuẫn giữa luật của liên bang và luật của các tỉnh bang - chẳng hạn như luật về lương hưu cho người già - thì luật của tỉnh bang sẽ được ưu tiên áp dụng.¹⁰⁹ Một cách tiếp cận khác là trao cho nghị viện ở cấp trung ương quyền soạn thảo khung pháp luật và cho phép chính quyền địa phương quy định chi tiết phù hợp với điều kiện cụ thể của địa phương (đôi khi phương thức này được gọi là “ban hành luật khung” (*framework legislation*)). Một số hiến pháp khác lựa chọn cách tiếp cận thứ ba, đó là về cơ bản cho phép chính quyền ở cả cấp trung ương và địa phương ban hành luật điều chỉnh cùng một vấn đề. Trường hợp luật của trung ương và địa phương trực tiếp mâu thuẫn với nhau thì các biện pháp giải quyết tranh chấp trên cơ sở hiến pháp được sử dụng và sẽ được thẩm phán áp dụng theo từng trường hợp cụ thể (như Sudan). Hiến pháp Nam Phi quy định rất cụ thể về việc giải quyết các mâu thuẫn có khả năng phát sinh trong những lĩnh vực thuộc quyền lập pháp của cả trung ương và địa phương (xem chương 7, hộp 5).

(3) Sự độc lập về mặt pháp lý của cơ quan lập pháp ở địa phương

Yếu tố thứ ba xác định mức độ phân tán quyền lập pháp là mức độ bảo vệ của hiến pháp đối với việc phân bổ quyền lực. Ở một số quốc gia, cơ quan lập pháp trung ương đã ủy quyền cho cơ quan lập pháp địa phương và do đó có thể đơn phương rút lại sự ủy quyền đó khi có đủ số đại biểu biểu quyết tán thành. Mặc dù việc rút lại sự ủy quyền lập pháp có thể dẫn đến sự phản kháng về chính trị, nhưng không có quy định luật nào ngăn cản việc rút lại sự ủy quyền. Ngay cả khi theo ngôn từ của hiến pháp, sự phân công quyền lập pháp theo chiều dọc giữa trung ương và địa phương được bảo vệ thì các quy định này cũng không có nhiều ý nghĩa nếu chỉ có các chủ thể cấp trung ương có quyền sửa đổi hiến pháp còn các đại diện của địa phương thì không. Để có sự bảo hộ thực chất về mặt pháp lý đối với việc phân cấp quyền lập pháp cho địa phương, cần có quy định cụ thể rằng việc tái cơ cấu quyền lực,

Hiến pháp bảo vệ việc phân bổ quyền lực cho cơ quan lập pháp địa phương như thế nào? Ở một số quốc gia, các thiết chế của trung ương có thể bãi bỏ luật của địa phương trong những trường hợp nhất định.

108. Điều 72 Hiến pháp của Đức (1949), bản sửa đổi năm 2010.

109. Điều 94 A Hiến pháp Canada (Các đạo luật về hiến pháp từ năm 1867 đến 1982, bộ pháp điển hiện hành năm 2008).

giảm bớt thẩm quyền của cơ quan lập pháp cấp địa phương nhất thiết phải được sự đồng ý của địa phương.

Ở một số quốc gia, ngay cả khi hiến pháp có quy định cụ thể chống lại việc đơn phương rút lại quyền lập pháp của địa phương, các thiết chế của trung ương vẫn có thể bãi bỏ luật của địa phương trong những trường hợp nhất định. Tuy vậy, vẫn có thể đặt ra giới hạn đối với quyền này của trung ương. Ví dụ, chính quyền trung ương ở Nam Phi chỉ có thể bãi bỏ luật của các tỉnh khi luật đó đe dọa sự thống nhất dân tộc hoặc các chuẩn mực của quốc gia.

3.2. Sự giám sát của lập pháp

Một thước đo độ mạnh yếu của quyền lập pháp là quyền giám sát các nhánh khác của chính quyền, đặc biệt là nhánh hành pháp. Ngoài sự kiểm soát mang tính chính trị của lập pháp đối với hành pháp, thể hiện ở quyền bổ nhiệm hoặc bãi nhiệm đối với người đứng đầu hành pháp, còn có thể có sự kiểm soát mang tính pháp lý hoặc ít nhất là gần như có tính pháp lý: ví dụ, hiến pháp có thể trao quyền cho nghị viện tiến hành các cuộc điều tra, trong đó có quyền triệu tập các quan chức hành pháp và tham gia vào thủ tục luận tội. Các công cụ giám sát khác của lập pháp đối với hành pháp có thể là triệu hồi hoặc điều tra hoạt động của hành pháp; các công cụ này liên quan chặt chẽ hơn đến công việc hàng ngày của lập pháp. Quyền của nghị viện trong việc phê bình (censure) người đứng đầu chính phủ thông qua bãi nhiệm bất tín nhiệm và thông qua thủ tục luận tội được trình bày chi tiết ở chương 4, các mục 5.3.3 và 5.3.5.

Hầu hết các hiến pháp đều quy định nghị viện có quyền chất vấn hành pháp và buộc hành pháp giải trình về các chính sách của mình. Một số hiến pháp quy định rõ khoảng thời gian cụ thể mà hành pháp phải trả lời các câu hỏi chất vấn của nghị viện (Albania).¹¹⁰ Hiến pháp nhiều nước quy định nghị viện có thể tiến hành điều tra độc lập đối với hành pháp. Ở một số quốc gia, hiến pháp quy định khi có một số lượng nghị sĩ nhất định yêu cầu (thông thường từ 10% đến 30%), nghị viện buộc phải thành lập ủy ban điều tra. Đảng đối lập trong nghị viện có quyền khởi xướng việc điều tra đối với hành pháp khi đạt được sự ủng hộ của một số lượng nghị sĩ nhất định, và ngưỡng này được quy định tương đối thấp. Đây có thể là một công cụ kiểm soát quan trọng ở các nước có sự hình thành và tồn tại của hành pháp phụ thuộc vào đảng chiếm đa số trong nghị viện, và do đó nghị viện thường có xu hướng ủng hộ và bảo vệ chính phủ “của đảng mình”. Ở một

số nước khác lại áp dụng hình thức kiểm soát yếu hơn: nghị viện phải chuyển vụ việc sang một thiết chế khác

(ví dụ: Ủy ban Thanh tra (*Ombudsman Commission*) được thành lập để thực hiện nhiệm vụ điều tra nhánh hành pháp khi có khiếu nại (Papua New Guinea).

3.3. Kiểm soát tính độc lập của lập pháp

Khác hẳn với nhánh hành pháp trong mô hình nghị viện, không có một mô hình nhà nước dân chủ nào trong đó nhánh lập pháp không được bầu trực tiếp từ nhân dân (ít

110 Điều 80 Hiến pháp Albania (1998).

nhất cũng phải có một viện là do dân bầu trực tiếp). Các mô hình chính quyền dựa toàn bộ (hoặc ít nhất là dựa một phần) vào việc bầu trực tiếp người đứng đầu hành pháp thường tăng quyền lực cho hành pháp và/hoặc tách hành pháp ra khỏi sự kiểm soát của lập pháp. Sự phụ thuộc về mặt tổ chức của lập pháp vào hành pháp xảy ra ở mức độ và quy mô nhỏ hơn và chỉ trong những lĩnh vực đặc biệt. Sau đây là bốn hình thức phụ thuộc/can thiệp về mặt tổ chức của hành pháp đối với lập pháp tương đối phổ biến: giải tán nghị viện (mục 3.3.3), bổ nhiệm thành viên nghị viện bởi các thiết chế ngoài nghị viện (mục 3.3.2), kiểm soát về tài chính phục vụ hoạt động của nghị viện (mục 3.3.3), và quyền miễn trừ đối với các hành vi được thực hiện trong phạm vi công việc thông thường của nghị viện (mục 3.3.4). Một số hiến pháp cho phép cử tri kiểm soát nghị viện ngoài thời gian bầu cử.

Nghị viện có thể phụ thuộc vào nhánh hành pháp nếu nghị viện có thể bị giải tán, nếu nhánh hành pháp có thể bổ nhiệm thành viên nghị viện; nếu đề xuất về tài chính của nghị viện phải được hành pháp phê chuẩn; và sự phụ thuộc này còn thể hiện ở mức độ hưởng quyền miễn trừ tư pháp của các nghị sĩ.

Phần viết dưới đây sẽ không đề cập đến việc phân tán các quyền hạn của lập pháp về mặt nội dung như quyền soạn thảo luật và sửa đổi hiến pháp.

3.3.1. Giải tán nghị viện

Quyền giải tán nghị viện xâm phạm rõ ràng tính độc lập về mặt tổ chức của nghị viện. Giải tán nghị viện có ba hình thức (không kể việc nghị viện tự giải tán), phụ thuộc vào căn nguyên dẫn đến việc giải tán nghị viện. *Thứ nhất*, giải tán nghị viện có thể là một thủ tục bắt buộc của một quy trình đặc biệt. Ví dụ, ở Bỉ và Hà Lan, sửa đổi hiến pháp sẽ dẫn đến việc giải tán nghị viện ngay lập tức. Tuy nhiên, sau khi tiến hành bầu cử lại, nghị viện mới phải phê chuẩn hiến pháp sửa đổi với 2/3 số phiếu biểu quyết. *Thứ hai*, một thiết chế nhà nước, thường là hành pháp, khởi xướng việc giải tán nghị viện. Hành pháp có thể giải tán nghị viện sau khi nghị viện bỏ phiếu bất tín nhiệm đối với các bộ trưởng thuộc nhánh hành pháp (Peru) hoặc đối với Thủ tướng (Estonia), hoặc khi nghị viện không thể thành lập được chính phủ (Đức). Mặc dù trong trường hợp này, nhánh hành pháp thực hiện quyền giải tán nghị viện, nhưng trên thực tế, chính việc nghị viện hành động hoặc không hành động đã dẫn đến sự giải tán nghị viện. Để chống lại việc hành pháp lạm dụng quyền giải tán nghị viện như một công cụ mang tính cưỡng bức, các nhà soạn thảo hiến pháp phải quy định rõ ràng trong những trường hợp nào, việc giải tán nghị viện là thích hợp. *Thứ ba*, giải tán nghị viện thứ ba do các chủ thể khác tiến hành. Một số hiến pháp trao cho Tổng thống quyền giải tán nghị viện (ví dụ như ở Ấn Độ).

Bằng việc quy định rõ ràng trong những trường hợp nào, việc giải tán nghị viện là thích hợp, các nhà soạn thảo hiến pháp có thể chống lại việc hành pháp lạm dụng quyền giải tán nghị viện như một công cụ mang tính cưỡng bức.

3.3.2. Bổ nhiệm thành viên nghị viện bởi các thiết chế ngoài nghị viện

Việc hiến pháp cho phép hành pháp (chứ không phải cử tri) có quyền bổ nhiệm thành

viên của nghị viện sẽ làm giảm tính độc lập về mặt tổ chức nói riêng và tính độc lập nói chung của nghị viện. Có nhiều hình thức thực hiện quyền bổ nhiệm nói trên, và chúng có ảnh hưởng khác nhau tới các hoạt động của nghị viện. Hình thức thứ nhất chỉ có ảnh hưởng rất nhỏ không đáng kể, bởi người được bổ nhiệm không có quyền biểu quyết (ví dụ như các con của Nhà Vua Bỉ trong Thượng viện Bỉ), hoặc người được bổ nhiệm là thành viên của một thượng viện chủ yếu mang tính nghi thức và chỉ thực hiện chức năng tư vấn (Lesotho). Hình thức thứ hai có ảnh hưởng lớn hơn, vì người được bổ nhiệm là thành viên của một thượng viện có vai trò tác động nhất định đến chức năng lập pháp, mặc dù thượng viện chỉ mang tính chất phụ trợ cho hạ viện (Ailen, Malaysia). Ở hình thức thứ ba, hành pháp có quyền bổ nhiệm các thành viên của một thượng viện có ảnh hưởng lớn đến quy trình lập pháp thông qua việc thực hiện quyền phủ quyết tuyệt đối (Canada, Italia), hoặc bổ nhiệm một số thành viên của nghị viện đơn viện (Gambia). Hình thức bổ nhiệm thứ ba thể hiện mức độ xâm phạm lớn nhất tính độc lập về tổ chức của nghị viện.

Việc hiến pháp cho phép hành pháp (chứ không phải cử tri) có quyền bổ nhiệm thành viên của nghị viện sẽ làm giảm tính độc lập về mặt tổ chức của nghị viện. Có nhiều hình thức thực hiện quyền bổ nhiệm nói trên.

3.3.3. Kiểm soát đối với các vấn đề tài chính của nghị viện

Quyền đánh thuế và quyết định chi ngân sách là một phần thiết yếu của quyền lập pháp. Ở những nước mà đề xuất về tài chính của nghị viện phải được hành pháp phê chuẩn (như Cameroon, Lào, Nga), hành pháp có thể có ảnh hưởng đáng kể đến hoạt động của nghị viện.

3.3.4. Quyền miễn trừ của nghị viện

Để bảo đảm tính độc lập về tổ chức của nghị viện, các thành viên của nghị viện phải được hưởng quyền miễn trừ. Nguy cơ phải chịu chế tài pháp lý có thể sẽ ngăn cản các nghị sĩ tự do phát ngôn, tranh luận và biểu quyết, và điều này gây tác hại đáng kể đến quy trình lập pháp. Ở nhiều nước, chỉ có bản thân nghị viện mới có thể tước quyền miễn trừ lập pháp (Estonia).

Để bảo đảm tính độc lập về tổ chức của nghị viện, các thành viên của nghị viện phải được hưởng quyền miễn trừ.

Một số nước quy định nhánh tư pháp có quyền tước quyền miễn trừ lập pháp của nghị viện (ví dụ ở Guatemala), và đây cũng là một hình thức bảo vệ nghị viện khá mạnh.

3.3.5. Quyền bãi miễn của cử tri

Bên cạnh sự kiểm soát về mặt tổ chức giữa các thiết chế trong bộ máy nhà nước, một số hiến pháp còn cho phép cử tri bãi miễn các đại biểu trong cơ quan lập pháp trước khi hết nhiệm kỳ. Nhìn chung, có hai hình thức bãi miễn: bãi miễn triệt để (*full recall*) và bãi miễn không triệt để (*mixed recall*). Bãi miễn không triệt để là quy trình trong đó công dân chỉ tham gia vào một bước của quy trình, có thể là bước đề xuất hoặc bước ra quyết định bãi miễn thông qua trưng cầu ý dân. Bãi miễn triệt để nghĩa là công dân có toàn quyền quyết định đề xuất cũng như ra quyết định cuối cùng về việc bãi miễn. Đối với nghị viện, hình

thức bãi miễn triệt để phổ biến hơn là bãi miễn triệt để (ở Uganda áp dụng hình thức bãi miễn không triệt để nhưng chỉ với tư cách là một phần của thủ tục luận tội).

Về mặt lý luận, thủ tục bãi miễn xuất phát từ ý niệm rằng các đại biểu trong nhánh lập pháp phải luôn luôn chịu trách nhiệm trước nhân dân – những người đã trực tiếp bầu ra họ.

Các điều kiện để bãi miễn đại biểu ở các quốc gia khác nhau cũng rất khác nhau. Trong khi một số quốc gia cho phép đơn vị bầu cử trưng ứng bãi miễn cá nhân đại biểu (Bolivia, Ecuador, Ethiopia, Nigeria, Venezuela), một số quốc gia khác lại chỉ cho phép cử tri bỏ phiếu giải tán toàn thể nghị viện thông qua trưng cầu ý dân (ví dụ ở Liechtenstein). Nhìn chung, có ba vấn đề xác định điều kiện bãi miễn:

Thủ tục bãi miễn xuất phát từ ý niệm rằng các đại biểu trong nhánh lập pháp phải luôn luôn chịu trách nhiệm trước nhân dân – những người đã trực tiếp bầu ra họ.

(a) tỷ lệ cử tri tối thiểu tán thành đề xuất bãi miễn (dao động từ 10% (Ecuador) đến 50% + 1 (Nigeria) tổng số cử tri có đăng ký trong một đơn vị bầu cử);

(b) kiểu “đa số” nào được áp dụng và số cử tri có mặt cần thiết để thực hiện việc bãi nhiệm, dao động từ đa số đơn giản (Micronesia) tới đa số tuyệt đối (Ecuador), hoặc một số lượng phiếu bằng hoặc lớn hơn số lượng cử tri đã bầu ra ra đại biểu bị bãi miễn, nếu số cử tri có mặt đạt ít nhất 25% (Venezuela) hoặc đạt đa số quá bán (trên 50%) tổng số cử tri có đăng ký ở đơn vị bầu cử có liên quan) (Nigeria); và

(c) khoảng thời gian nào có thể thực hiện việc bãi miễn. Đề xuất bãi miễn có thể đưa ra bao lâu sau khi bầu cử nghị viện và phải trước cuộc bầu cử tiếp theo ít nhất là bao lâu? Ở Bolivia, việc bãi miễn chỉ có thể được tiến hành một lần trong một nhiệm kỳ và chỉ sau khi đã hết một nửa nhiệm kỳ, và không được tiến hành vào năm cuối cùng của nhiệm kỳ. Ở Ecuador cũng có quy định tương tự: đề xuất bãi miễn chỉ có thể được chấp nhận sau khi đã kết thúc năm đầu tiên của nhiệm kỳ và phải trước năm cuối cùng của nhiệm kỳ. Có nhiều quan điểm khác nhau phản đối hoặc ủng hộ quy định về bãi miễn. Theo quan điểm phản đối, cơ chế bãi miễn là một cơ chế cực đoan, không chỉ gây ra sự phản ứng nghiêm trọng mà còn gây cản trở đến hoạt động bình thường của các đại biểu dân cử trong nhiệm kỳ của họ. Theo quan điểm ủng hộ, thủ tục bãi miễn cung cấp cho công dân một cơ chế giám sát chặt chẽ hơn đối với các nghị sĩ, do đó thiết lập một cơ chế chịu trách nhiệm theo chiều dọc hữu hiệu.

Cơ chế bãi nhiệm là một cơ chế khá cực đoan, gây ra sự phản ứng nghiêm trọng và cản trở đến hoạt động bình thường của các đại biểu dân cử. Theo quan điểm ủng hộ cơ chế này, thủ tục bãi nhiệm cung cấp một cơ chế giám sát chặt chẽ hơn của công dân đối với các nghị sĩ, do đó thiết lập một cơ chế chịu trách nhiệm hữu hiệu theo chiều dọc. Thủ tục bãi nhiệm cần phải đảm bảo sự cân bằng giữa nguyên tắc tham gia của nhân dân và nguyên tắc quản trị hiệu quả.

Nói tóm lại, thủ tục bãi miễn cần phải bảo đảm sự cân bằng giữa nguyên tắc tham gia của nhân dân và nguyên tắc quản trị hiệu quả. Việc bảo đảm sự cân bằng này là không đơn giản, và sự mất cân bằng sẽ dẫn đến những hậu quả nghiêm trọng. Như đã trình bày trong cuốn *Direct Democracy: The International IDEA Handbook* (Dân chủ trực tiếp: Cẩm nang của International IDEA), “một mặt, việc bãi miễn đại biểu quá dễ dàng sẽ dẫn đến việc tầm thường hóa cơ chế bãi miễn; mặt khác, quy định điều kiện quá khắt khe sẽ khiến cho thủ tục này mất đi tính hiệu quả bởi công dân sẽ ngần ngại không sử dụng thủ tục này vì khó có thể đáp ứng đủ các điều kiện luật định cần thiết để bãi nhiệm một đại biểu thông qua lá phiếu của họ”.¹¹¹

4. Các quyền hạn thực chất của nghị viện

Nghị viện có hai nhóm quyền hạn cơ bản:

Quyền lập pháp và nhóm các quyền hạn khác. Về quyền lập pháp, các nhà soạn thảo hiến pháp phải xác định phạm vi sự can thiệp của các nhánh khác của chính quyền đối với các công việc mà về mặt truyền thống

Thuộc thẩm quyền nghị viện. Thứ hai, hiến pháp có thể trao cho nghị viện một số quyền hạn chế trong những lĩnh vực chính sách mà về mặt truyền thống thuộc về các nhánh khác của chính quyền, như quyền ban bố tình trạng khẩn cấp, tuyên bố chiến tranh, hoặc quyết định đặc xá hay ân xá.

Nghị viện có hai nhóm quyền hạn cơ bản: nhóm quyền hạn về xây dựng luật và nhóm các quyền hạn khác. các nhà soạn thảo hiến pháp phải xác định phạm vi sự can thiệp của các nhánh quyền lực khác đối với các công việc về lập pháp mà về mặt truyền thống thuộc nghị viện.

4.1. Quyền lập pháp

Chức năng cơ bản của nghị viện là lập pháp. Về mặt lịch sử, quyền lập pháp mang tính chất tuyệt đối, không chủ thể khác trong chính quyền có quyền can thiệp, là đặc quyền của Nghị viện Anh. Hiện nay, hầu như không còn tồn tại độc quyền trong lập pháp, bởi ở hầu hết các bản hiến pháp đều có sự phân tán quyền lập pháp theo nhiều cách thức khác nhau.

Nhìn chung, có 5 hình thức can thiệp từ bên ngoài vào quyền lập pháp của nghị viện: (a) hạn chế độc quyền lập pháp của nghị viện bằng việc phân bổ một phần quyền này cho nhánh hành pháp; (b) chuyển giao quyền sáng kiến lập pháp (trình dự án luật) cho hành pháp: nếu hiến pháp trao quyền này cho riêng hành pháp thì nghị viện không soạn thảo dự luật mà chỉ được quyền xem xét thông qua, khi đó, nghị viện mất đi một quyền hạn khá lớn; (c) ngăn cản việc thông qua dự luật, có thể trực tiếp thông qua phủ quyết của tổng thống hoặc gián tiếp bằng việc chuyển dự luật sang cho nhánh tư pháp xem xét hoặc cho cử tri để trưng cầu ý dân; (d) ngoài nhánh hành pháp, công dân cũng có thể can thiệp vào quy trình làm luật thông qua trưng cầu ý dân để bác bỏ dự luật hoặc bãi bỏ một đạo luật; (e) tài phán hiến pháp (judicial review) – tức là nhánh tư pháp xem xét lại tính hợp hiến của đạo luật trước hoặc sau khi đạo luật được ban hành.

111. International IDEA, *Direct Democracy: The International IDEA Handbook* (Dân chủ trực tiếp: Cẩm nang của International IDEA) (Stockholm: International IDEA, 2008), tr. 123.

4.1.1. Hạn chế độc quyền xây dựng luật của nghị viện

Hiến pháp có thể cho phép nghị viện ủy thác một số quyền hạn về lập pháp cho nhánh hành pháp. Do nghị viện chi phối và có thể rút lại sự ủy quyền này bất kỳ lúc nào, việc phân tán quyền lập pháp theo hình thức này chỉ thuần túy mang tính chính trị (Croatia). Một số hiến pháp khác trao cho hành pháp quyền lập pháp chỉ trong những trường hợp đặc biệt, như trong tình trạng khẩn cấp hoặc khi nghị viện không nhóm họp. Tuy nhiên, nếu luật (dưới hình thức sắc lệnh) do cơ quan hành pháp ban hành trong những trường hợp này không được nghị viện phê chuẩn sau một khoảng thời gian nhất định thì sẽ đương nhiên bị vô hiệu (Brazil). Hoặc

Quyền xây dựng luật của nghị viện có thể bị hạn chế bằng cách: phân bổ một phần quyền này cho nhánh hành pháp, chia sẻ quyền trình dự án luật với hành pháp và/hoặc công dân thông qua các sáng kiến về chính sách của hành pháp hoặc trưng cầu ý dân; cho phép Tổng thống gây ảnh hưởng hoặc gây khó khăn hoặc ngăn cản quá trình thông qua luật; hoặc thiết lập cơ chế tài phán hiến pháp.

hiến pháp có thể cho phép nhánh hành pháp ban hành sắc lệnh có hiệu lực như luật trong một số lĩnh vực chính sách cụ thể. Quyền hạn này hợp nhất chức năng của

lập pháp vào hành pháp, hình thành một hình thức tập trung quyền hành pháp ở mức cực đoan. Quy trình làm luật thông qua trưng cầu ý dân cũng là một hình thức phân tán cao độ quyền lập pháp. Ở một số

quốc gia, hiến pháp cho phép công dân khởi xướng quy trình làm luật bằng việc trình dự thảo luật về những vấn đề cụ thể và dự luật đó phải được trưng cầu ý dân trước khi được ban hành nếu như không được nghị viện thông qua (ví dụ ở Latvia).¹¹²

4.1.2. Hạn chế quyền trình dự án luật

Quyền trình dự án luật là một trong số các quyền hạn về xây dựng luật. Trong hầu hết các hiến pháp, nghị viện có quyền không hạn chế trong việc khởi xướng quy trình làm luật về tất cả các vấn đề, và đôi khi quyền này là độc quyền của nghị viện (Hoa Kỳ). Tuy nhiên, ở nhiều quốc gia, quyền trình dự án luật được chia sẻ một phần cho hành pháp và/hoặc công dân. Hiến pháp có thể đưa ra các hạn chế chung hoặc hạn chế trong một số lĩnh vực cụ thể đối với quyền này của nghị viện. Ví dụ, hành pháp có thể có độc quyền trình dự luật về ngân sách, điều ước quốc tế, thương mại quốc tế và thuế quan. Quyền này cũng có thể mở rộng ra các lĩnh vực khác (Brazil, Chile, Colombia). Chức năng “gác cổng” này giúp cho hành pháp có thể duy trì sự ổn định chính sách trong một số lĩnh vực nhất định.

4.1.3. Quyền phủ quyết của tổng thống

Nhiều hiến pháp quy định sau khi nghị viện thông qua một dự luật, Tổng thống có quyền gây ảnh hưởng, gây khó khăn hoặc ngăn cản không cho dự luật trở thành luật. Tổng thống có thể sử dụng quyền này như một công cụ kiểm soát về chính trị hoặc về mặt pháp lý. Tổng thống có thể (a) bác bỏ hoàn toàn dự luật vì lý do chính trị, hoặc (b) đề nghị xem xét lại tính hợp hiến của đạo luật. Phủ quyết mang tính chính trị thường phổ biến hơn trong mô hình tổng thống và mô hình tổng thống bán phần, bởi trong các mô hình này, cử tri,

112. Điều 78 Hiến pháp của Latvia (1922), bản sửa đổi năm 2005.

chứ không phải nghị viện, trực tiếp bầu Tổng thống. Nếu nghị viện có thể bác lại phủ quyết của Tổng thống với đa số phiếu bằng hoặc lớn hơn đa số phiếu tán thành thông qua dự luật (ví dụ ở Botswana, Ấn Độ, Thổ Nhĩ Kỳ), thì khi đó quyền phủ quyết của Tổng thống bị yếu đi và chỉ có tác dụng như quyền trì hoãn việc ban hành luật. Tiêu chí để nghị viện bác phủ quyết của Tổng thống càng ngặt nghèo, thì quyền phủ quyết của Tổng thống càng có ý nghĩa quan trọng. Tiêu chí này ở mỗi nước cũng khác nhau, biến thiên từ đa số tuyệt đối (Peru), 60% (Ba Lan), hoặc 67% (Chile) tổng số thành viên có mặt của nghị viện, hoặc 67% tổng số thành viên của nghị viện (Ai Cập). Tùy thuộc vào thành phần của nghị viện và thực lực của đảng đối lập, quyền phủ quyết của Tổng thống có thể tương đương với quyền phủ quyết tuyệt đối thực tế (*de facto absolute veto*), tức là có thể ngăn cản mọi sáng kiến lập pháp. Hiếm khi có quyền phủ quyết tuyệt đối luật định (*de jure absolute veto*); nếu có, nó chỉ được áp dụng hạn chế trong một số lĩnh vực (ví dụ ở đảo Síp).

Ngoài quyền “phủ quyết toàn thể” (*package veto*), tức là quyền của Tổng thống được ghi ý kiến “có” hoặc “không” đối với toàn bộ dự luật, còn có quyền “phủ quyết bộ phận” (*partial veto*), tức là quyền của Tổng thống được phép phản đối một phần của dự luật. Quyền phủ quyết bộ phận cho phép Tổng thống tham gia sâu sát hơn vào quy trình làm luật bằng việc can thiệp, dù hạn chế, vào từng phần chi tiết của dự luật. Sự can thiệp hạn chế này nếu cộng dồn lại có thể có ảnh hưởng lớn đến bản dự thảo cuối cùng của đạo luật. Một lựa chọn khác cho phép Tổng thống can thiệp sâu vào quá trình xây dựng pháp luật là đặt ra điều kiện cao hơn để dự luật có thể được phê chuẩn, điều này khiến cho Tổng thống có ảnh hưởng lớn đến quy trình lập pháp.

Hiến pháp có thể trao cho Tổng thống quyền đề nghị xem xét lại tính hợp hiến của dự luật bằng việc đưa vấn đề này ra một tòa án thích hợp để phán xét (Croatia, Nam Phi). Việc Tổng thống nêu ra vấn đề tính hợp hiến của đạo luật sẽ làm trì hoãn, và thậm chí chấm dứt quy trình lập pháp dựa trên cơ sở pháp lý chứ không phải do những lý lẽ chính trị, nếu tòa án có thẩm quyền phán quyết rằng dự luật đó là vi hiến.

4.1.4. Quyền của công dân bác bỏ dự luật hoặc bãi bỏ một đạo luật

Hiến pháp một số nước trao cho công dân quyền bác bỏ một dự luật trước khi dự luật được ban hành (Thụy Sĩ), hoặc quyền yêu cầu bãi bỏ một đạo luật thông qua trưng cầu ý dân theo sáng kiến của chính công dân đó. Ở Uruguay,¹¹³ kiến nghị nghị trưng cầu ý dân để bãi bỏ luật phải được đưa ra trong vòng 1 năm kể từ khi đạo luật được ban hành. Song ở Italia, quyền này của công dân chỉ được thực hiện ít nhất 1 năm sau khi đạo luật có hiệu lực. Mặc dù quy định ở các nước là khác nhau, nhưng đều có ý tưởng chung là tạo điều kiện cho công dân có tiếng nói trong quy trình làm luật bên cạnh việc bỏ phiếu khi bầu cử, và thông qua đó, phân tán bớt quyền lập pháp của nghị viện.

4.1.5. Tài phán hiến pháp (*Judicial Review*)

Quyền phủ quyết của tổng thống và quyền bác bỏ dự luật hoặc bãi bỏ một đạo luật của công dân thể hiện sự phân tán quyền lập pháp về phương diện chính trị. Bên cạnh đó, hiến pháp cũng có thể quy định sự phân tán quyền lập pháp về phương diện pháp lý dưới

113. Điều 79 Hiến pháp Cộng hòa Uruguay (1966), bản sửa đổi năm 1996.

hình thức tài phán hiến pháp (*judicial review*). Mặc dù hình thức này rõ ràng là sự kiểm soát về mặt pháp lý nhưng cũng không nên bỏ qua tính chất chính trị ẩn chứa trong cơ chế xem xét lại tính hợp hiến của đạo luật. Một ví dụ điển hình là phán quyết của Tòa án Hiến pháp Nam Phi về tính vi hiến của hình phạt tử hình. Mặc dù Hiến pháp Nam Phi không hề có quy định nào về hình phạt tử hình, Tòa án Hiến pháp đã bãi bỏ quy định về hình phạt này trong Luật Tố tụng hình sự dựa trên cơ sở các giá trị nhân quyền, tiền lệ pháp quốc tế và tiền lệ của các nước khác, cũng như dựa trên triết lý về tính thực tế của việc xét xử (*judicial pragmatism*).¹¹⁴ Các bản hiến pháp cũng cho phép áp dụng thủ tục tài phán hiến pháp trước khi một đạo luật được ban hành nếu hành pháp có yêu cầu (xem thêm phần trên). Một số hiến pháp quy định nghị viện phải chuyển dự luật sang một cơ quan tư pháp thích hợp để xem xét trước khi ban hành (Pháp). Tuy nhiên, phổ biến hơn cả vẫn là cơ chế tài phán hiến pháp sau khi đạo luật được ban hành. Một số hiến pháp cho phép tòa án tự mình xem xét tính hợp hiến của đạo luật kể cả khi không có tranh chấp (*in abstracto*) (Đức). Ngược lại, ở một số nước khác, tòa án chỉ có thể xem xét tính hợp hiến của đạo luật khi vấn đề này được nêu ra trong quá trình xét xử vụ án hay giải quyết tranh chấp cụ thể.

4.2. Quyền sửa đổi hiến pháp

Về mặt truyền thống, chỉ nghị viện có quyền sửa đổi hiến pháp. Ngày nay, hầu hết các nước vẫn trung thành với nguyên tắc đó, mặc dù hiến pháp một số nước quy định việc sửa đổi hiến pháp phải được sự phê chuẩn của cơ quan lập pháp ở cả ba cấp chính quyền (chính quyền trung ương – bao gồm cả hai viện – và chính quyền bang hoặc địa phương (Mexico, Nigeria, Nga, Hoa Kỳ)). Quy trình sửa đổi hiến pháp thông thường đòi hỏi điều kiện cao hơn về số phiếu biểu quyết, thường ngang với số phiếu cần thiết để nghị viện bác lại phủ quyết của tổng thống (nếu có). Ở những nước này, quyền phủ quyết thường chỉ làm trì hoãn việc thông qua sửa đổi hiến pháp, bởi điều kiện thông qua sửa đổi hiến pháp và điều kiện bác phủ quyết của tổng thống là như nhau. Tuy nhiên, một số nước áp dụng quy trình sửa đổi hiến pháp khác. Như ở Italia, sửa đổi hiến pháp đòi hỏi phải được cả hai viện thông qua với đa số tuyệt đối bỏ phiếu tán thành. Tuy nhiên, chỉ có 20% tổng số nghị sĩ có thể đề xuất trung cầu ý dân, trừ khi đề xuất này bị bác bỏ bởi cả hai viện với 2/3 số phiếu. Quy trình sửa đổi hiến pháp như vậy vẫn chủ yếu mang tính chất của quy trình lập pháp, và do đó không có ảnh hưởng đáng kể trong việc phân tán quyền lập pháp. Ở nhiều nước khác, sửa đổi hiến pháp phải được phê chuẩn thông qua trung cầu ý dân (Guatemala, Thụy Sĩ). Ở Pháp, Tổng thống có thể bỏ qua điều kiện này nếu được 60% nghị sĩ ủng hộ.

4.3. Các quyền hạn khác của nghị viện

Trong khá nhiều quy trình ra quyết định mà về mặt truyền thống thuộc thẩm quyền của hành pháp, hiến pháp quy định sự tham gia của nghị viện ở các mức độ khác nhau. Quyền lực của nghị viện càng được củng cố hơn nếu tăng phạm vi, mức độ ảnh hưởng của nghị viện đối

Quyền lực của nghị viện càng được củng cố hơn nếu tăng phạm vi, mức độ ảnh hưởng của nghị viện đối với những vấn đề như ban bố tình trạng khẩn cấp, tuyên bố chiến tranh, quyết định đặc xá hoặc ân xá.

114. Xem vụ *State v. Makwanyane & Anr*, số hiệu CCT/3/94.

với những vấn đề như ban bố tình trạng khẩn cấp, tuyên bố chiến tranh, quyết định đặc xá hoặc ân xá.

4.3.1. Ban bố tình trạng khẩn cấp

Các câu hỏi đặt ra về mặt hiến định như ai có thể ban bố tình trạng khẩn cấp và ban bố bằng phương thức nào đòi hỏi mức độ tham gia khác nhau của các thiết chế ngoài hành pháp. Hiến pháp có thể chỉ rõ trong những trường hợp nào – và chỉ trong những trường hợp đó – chính phủ có thể ban bố tình trạng khẩn cấp, như khi có ngoại xâm hoặc thảm họa thiên nhiên.

Tuy nhiên, các nhà soạn thảo hiến pháp có thể muốn để dành khoảng trống cho người có thẩm quyền cân nhắc ra quyết định ban bố tình trạng khẩn cấp, ví dụ như trường hợp đe dọa đến sức khỏe cộng đồng hoặc trật tự an ninh quốc gia. Việc cố gắng liệt kê tất cả các trường hợp là không khả thi và cũng không khôn ngoan. Một thiết chế nào đó phải có quyền quyết định khi nào một mối nguy hiểm đạt đến mức độ tình trạng khẩn cấp, và để tránh lạm dụng, cần phải có một thiết chế khác có quyền đánh giá quyết định của thiết chế nói trên. Trong một số bản hiến pháp, quyền ban bố tình trạng khẩn cấp được trao hoàn toàn cho nhánh hành pháp, đôi khi quyền này được đặt dưới sự kiểm soát trong nội bộ nhánh hành pháp. Ví dụ, Hiến pháp Peru quy định phải có sự phê chuẩn của Nội các trước khi người đứng đầu hành pháp ban bố tình trạng khẩn cấp. Ở các nước khác, nghị viện không tham gia vào quy trình ra quyết định, nhưng quyết định đó phải được sự phê chuẩn có hiệu lực hồi tố của nghị viện trong một khoảng thời gian xác định (Malawi). Hiến pháp Ethiopia và Fiji quy định phải có sự phê chuẩn của nghị viện trước khi nhánh hành pháp ban bố tình trạng khẩn cấp. Hiến pháp Mông Cổ quy định chỉ Nghị viện mới có quyền ban bố tình trạng khẩn cấp. Đây là mô hình mà ở đó nghị viện có quyền hạn rộng nhất về vấn đề này. Chỉ khi Nghị viện không họp thì Tổng thống mới có quyền tự quyết định, nhưng quyết định ban bố tình trạng khẩn cấp chỉ có hiệu lực trong thời gian 7 ngày và sau đó tự động hết hiệu lực nếu Nghị viện vẫn đang nghị họp.

Việc ban bố tình trạng khẩn cấp có khả năng tập trung quyền lực hơn bất kỳ hành vi nào khác của hành pháp. Vì vậy, nhiều nhà soạn thảo hiến pháp đã quy định các điều kiện rất ngặt nghèo đối với một quyết định ban bố tình trạng khẩn cấp.

Việc ban bố tình trạng khẩn cấp có khả năng tập trung quyền lực hơn bất kỳ hành vi nào khác của hành pháp, theo đó các hàng rào kiểm soát được dỡ bỏ và ban bố tình trạng khẩn cấp trở thành hành động đơn phương. Nhiều quốc gia sau chiến tranh đã phải gánh chịu hậu quả nặng nề của việc lạm dụng quyền ban bố tình trạng khẩn cấp. Nhận biết rõ hậu quả đó,

nhiều nhà soạn thảo hiến pháp đã cố gắng sửa chữa, nhưng đi quá xa, khi quy định các điều kiện tiên quyết để một quyết định ban bố tình trạng khẩn cấp có hiệu lực ngặt nghèo quá mức. Trong trường hợp khẩn cấp thực sự, việc thiếu vắng các định chế quyết định về vấn đề này có thể khiến cho các điều kiện này không thể đáp ứng được. Thí dụ, ở Haiti, việc ban bố tình trạng khẩn cấp đòi hỏi phải có ý kiến phản hồi của Thủ tướng và tất cả các bộ trưởng, ngoài một quyết định tức thì của Nghị viện về phạm vi và sự cần thiết của quyết định ban bố tình trạng khẩn cấp của

Tổng thống. Gần đây, cũng theo Hiến pháp Haiti, chỉ trường hợp ngoại xâm và nội chiến mới được coi là tình trạng khẩn cấp, còn thảm họa thiên tai không được xếp vào tình trạng khẩn cấp. Do quy định quá hẹp này của Hiến pháp và tính chất cấp bách của tình hình thực tế – như khi xảy ra trận động đất khủng khiếp chưa từng có và khi xảy ra cái chết của nhiều bộ trưởng và nghị sĩ – chính phủ Haiti đã phải bất chấp quy định của Hiến pháp và ban bố tình trạng khẩn cấp để bảo vệ chủ quyền đất nước dù buộc phải không tuân theo các nguyên tắc của một nền pháp quyền.

4.3.2. *Quyết định đặc xá hoặc ân xá*

Một chức năng khác về mặt truyền thống cũng do nhánh hành pháp đảm nhận là quyết định đặc xá hoặc ân xá. Ở những quốc gia thời kỳ hậu xung đột, các quy phạm hiến pháp nhằm xây dựng một nền tư pháp chuyên đổi, trong đó có các quy định về ân xá, có ý nghĩa tối quan trọng và thường là điều kiện tiên quyết để bắt đầu một thời kỳ mới hòa bình. Ân xá với tư cách là một phần của nền tư pháp chuyên đổi sau các cuộc xung đột bạo lực sẽ không được đề cập trong chương này. Chương này chỉ xem xét các quy định về ân xá và đặc xá được áp dụng trong điều kiện xã hội bình thường. Nhưng kể cả trong bối cảnh bình thường, quyền quyết định ân xá/đặc xá cũng là một quyền mang tính nhạy cảm và chứa đựng nguy cơ ảnh hưởng đến việc tổ chức nền tư pháp trên diện rộng nếu quyền này được sử dụng không đúng đắn. Vì vậy, xác định mức độ cân bằng hợp lý giữa các chủ thể tham gia vào quy trình ra quyết định ân xá/đặc xá có ý nghĩa rất quan trọng. Về vấn đề này, cũng có nhiều phương án lựa chọn cho các nhà soạn thảo hiến pháp, với hai thái cực đối lập là trao toàn quyền cho nhánh hành pháp trong việc quyết định ân xá (Burkina Faso, Cộng hòa Séc) hoặc đặc xá (Grudia, Kenya), hoặc hoàn toàn không cho nhánh hành pháp tham gia vào việc quyết định ân xá (Hungary). Các phương án trung gian giữa hai thái cực này là: cả nhánh hành pháp và lập pháp đều có quyền bình đẳng như nhau trong việc quyết định đặc xá và ân xá (Mozambique 1990), hoặc việc quyết định ân xá hay đặc xá phải có sự phê chuẩn đồng thời của cả nhánh hành pháp và lập pháp (Indonesia, Hàn Quốc); hoặc có sự kết hợp của cả hai phương án trên, ví dụ như ở Hy Lạp, chỉ có tội phạm chính trị mới được ân xá và chỉ được ân xá khi có sự phê chuẩn của cả hành pháp và lập pháp.

5. Kết luận

Các bản hiến pháp trên thế giới đưa ra rất nhiều phương án lựa chọn khác nhau cho việc thiết kế nhánh lập pháp. Sự đa dạng này cho thấy một nhu cầu thường trực về việc thiết

lập nền dân chủ không chỉ dừng lại ở nguyên tắc đa số đơn giản. Bảo đảm sự tham gia của các nhóm lợi ích khác nhau trong nghị viện, vốn là cơ quan được lập ra để đại diện cho nhân dân, là một thách thức đối với các nhà soạn thảo hiến pháp. Phân tán quyền lực lập pháp trong nội bộ nhánh lập pháp không phải là mục đích tự thân, mà nhằm mục tiêu bảo đảm sự phản ánh chính xác hơn các lợi ích

Ở những quốc gia thời kỳ hậu xung đột, các quy phạm hiến pháp về ân xá có ý nghĩa tối quan trọng và thường là điều kiện tiên quyết để bắt đầu một thời kỳ mới hòa bình. Quyền quyết định ân xá/đặc xá là một quyền mang tính nhạy cảm và chứa đựng nguy cơ ảnh hưởng đến nền tư pháp trên quy mô lớn nếu quyền này được sử dụng không đúng đắn.

khác nhau của dân chúng, cũng như bảo đảm tính đa dạng, vượt ra ngoài nguyên tắc đa số thông thường.

Bảng 2. Các nội dung cơ bản của chương này

Vấn đề	Câu hỏi đặt ra
<p>1. Mô hình tổ chức nhà nước</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Việc lựa chọn người đứng đầu chính phủ, cũng như sự tồn tại của chức danh này, có nên phụ thuộc vào nghị viện? • Hoặc, nếu nguyên thủ quốc gia đồng thời là người đứng đầu chính phủ, có nên quy định người đó phải phụ thuộc vào ý chí của nghị viện hay không (Botswana, Nam Phi)? • Hoặc, trong mô hình hành pháp lưỡng đầu, với quyền hành pháp được chia sẻ giữa nguyên thủ quốc gia do dân bầu trực tiếp và người đứng đầu chính phủ, nghị viện nên đóng vai trò gì trong việc lựa chọn/bãi nhiệm người đứng đầu chính phủ? Nghị viện có tham gia vào quy trình lựa chọn này hay không? Có nên trao quyền bãi nhiệm người đứng đầu chính phủ cho riêng nghị viện hay không? • Hoặc, liệu người đứng đầu hành pháp (vừa là nguyên thủ quốc gia vừa là người đứng đầu chính phủ) có nên được tách bạch với nghị viện và do dân bầu trực tiếp?
<p>2. Thiết kế thành phần của nghị viện: các hệ thống bầu cử, bảo lưu ghế trong nghị viện, hạn mức ứng cử viên, bổ nhiệm từ bên ngoài</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Nghị viện nên được thành lập dựa theo hệ thống bầu cử nào? Nên áp dụng chế độ bầu cử theo đó đơn vị bầu cử bỏ phiếu chọn một người trúng cử trên nguyên tắc đa số hay chế độ bầu cử theo nguyên tắc đại diện tỷ lệ, hay áp dụng chế độ bầu cử có tính chất hỗn hợp? • Có nên bảo lưu ghế nghị viện cho các nhóm thiểu số và nữ giới hay không, và nếu có, các đại biểu nắm giữ các ghế này được lựa chọn như thế nào? • Có nên đặt ra hạn mức ứng cử viên đối với ứng cử viên là nữ hay không? • Nghị viện nên được nhân dân bầu toàn bộ, hay nên dành ra một số ghế nghị viện cho các đại biểu được bổ nhiệm (trong mô hình nghị viện đơn viện)?
<p>3. Thiết kế quy trình biểu quyết</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Tất cả các đạo luật nên được thông qua dựa trên nguyên tắc biểu quyết theo đa số đơn giản/đa số tuyệt đối của các thành viên nghị viện, hay nên quy định nguyên tắc biểu quyết theo đa số kép đối với một số vấn đề nhạy cảm nhằm bảo vệ các nhóm thiểu số?

<p>4. Thiết kế viện thứ hai trong nghị viện (thượng viện)</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Cơ quan lập pháp ở cấp trung ương nên được cấu trúc gồm một viện hay hai viện? Nếu có viện thứ hai, đối tượng nào sẽ được đại diện bởi viện này? Các đơn vị lãnh thổ, các thủ lĩnh bộ tộc và các chức sắc tôn giáo, các nhóm lợi ích, hay cả ba nhóm nêu trên? • Các thành viên thượng viện nên được lựa chọn như thế nào? Họ nên được bầu bởi các nhóm tương ứng hay bởi dân cư của đơn vị lãnh thổ tương ứng, hay được bổ nhiệm bởi chính quyền trung ương, hay áp dụng cơ chế hỗn hợp giữa bầu và bổ nhiệm? • Nếu thượng viện đại diện cho các đơn vị lãnh thổ, tất cả các đơn vị lãnh thổ có nên được đại diện ngang nhau (ví dụ, mỗi đơn vị có 2 đại biểu, bất kể quy mô và dân số khác nhau)? • Thượng viện có những quyền hạn gì trong mối quan hệ với hạ viện? • Về quy trình lập pháp, cả hai viện có nên có quyền hạn ngang nhau (thượng viện nắm quyền phủ quyết tuyệt đối) hay không? Hay thượng viện chỉ nên nắm quyền làm trì hoãn quy trình thông qua luật? Hay việc quy định này nên tùy thuộc vào từng lĩnh vực mà luật điều chỉnh?
<p>5. Phi tập trung hóa quyền lập pháp</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Theo chiều dọc, có nên thành lập cơ quan lập pháp ở các cấp chính quyền khác nhau trong một quốc gia? • Nếu có, những quyền hạn nào nên được chuyển giao cho chính quyền cấp dưới? • Quyền lập pháp nên được chia sẻ như thế nào? Liệu có nên trao một số đặc quyền nhất định cho cơ quan lập pháp cấp vùng, hay thậm chí cấp địa phương hay không? Hay nên quy định quyền lập pháp trong cùng một lĩnh vực cho cả chính quyền trung ương và chính quyền cấp dưới, hoặc có sự chia sẻ giữa các cấp? Luật nào được ưu tiên áp dụng trong trường hợp cả luật của trung ương và cấp vùng đều điều chỉnh? • Những quyền hạn nào có ý nghĩa đặc biệt quan trọng đối với các cấp chính quyền cấp dưới, ví dụ, các quyền nhằm bảo vệ bản sắc của vùng miền?

<p>6. Các quyền hạn mang tính tổ chức của nghị viện</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Nghị viện có nên có quyền bãi nhiệm người đứng đầu chính phủ vì lý do chính trị hay không? • Nghị viện có nên có đặc quyền bãi nhiệm người đứng đầu hành pháp do hành vi trái pháp luật của người đó (luận tội) hay không? Hay ít nhất là nghị viện có nên tham gia vào thủ tục luận tội hay không? • Nghị viện có nên có quyền triệu tập các thành viên của hành pháp hoặc thậm chí là tiến hành điều tra hay không? • Nghị viện có nên có quyền chi phối trực tiếp đối với thành phần của Nội các hay không?
<p>7. Kiểm soát đối với nghị viện</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Có nên quy định Nghị viện có thể bị giải tán trước khi hết nhiệm kỳ hay không? • Nếu có, việc giải tán nghị viện nên dựa trên cơ sở hành động (không hành động) của nghị viện, hay dựa hoàn toàn vào ý chí của người đứng đầu hành pháp? • Có nên tạo cơ hội cho công dân có quyền bãi nhiệm các đại biểu trong nghị viện trong những trường hợp cụ thể hay không?
<p>8. Các quyền hạn về xây dựng luật của nghị viện</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Nghị viện nên là chủ thể duy nhất có quyền lập pháp, hay nên tạo cơ hội cho hành pháp ban hành luật dưới hình thức sắc lệnh trong một số lĩnh vực? • Nghị viện có nên là chủ thể duy nhất tham gia vào quy trình lập pháp? Hay nên quy định cho hành pháp có quyền phủ quyết dự luật? Nếu vậy, quyền phủ quyết này nên được quy định theo hướng: là một quyền thuận túy có tác dụng trì hoãn việc thông qua dự luật, hoặc cần có đa số tuyệt đối trong nghị viện để bác lại phủ quyết của tổng thống, hoặc là quyền phủ quyết tuyệt đối trong một số lĩnh vực? • Hành pháp có nên có quyền đề nghị xem xét lại tính hợp hiến của dự luật trước khi nó trở thành luật hay không?
<p>9. Sự tham gia của nghị viện trong các vấn đề khác</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Nghị viện có nên tham gia vào việc ban bố tình trạng khẩn cấp hay không? • Nghị viện có nên tham gia vào việc tuyên bố chiến tranh hay không? • Nghị viện có nên tham gia vào việc quyết định đặc xá hoặc ân xá hay không?

Từ khóa

Các mô hình tổ chức nhà nước (Systems of government); Mô hình tổng thống (Presidential system); Mô hình nghị viện (Parliamentary system); Mô hình hỗn hợp (Mixed system); Mô hình bán tổng thống (Semi-presidential system); Hệ thống bầu cử (Electoral system); Các ghế nghị viện được bảo lưu (Reserved seats); Hạn mức ứng cử viên (Candidate quotas); Nghị viện lưỡng viện (Bicameral legislature); Các hình thức đại diện trong nghị viện (Types of legislative representation); Biểu quyết theo đa số kép (Dual majority voting); Phi tập trung hóa quyền lập pháp/đại diện (Decentralization of legislative powers/representation); Giám sát của lập pháp (Legislative oversight); Quy trình đàn hạch (Impeachment); Bỏ phiếu bất tín nhiệm (Vote of no confidence); Yêu cầu điều trần trước nghị viện (Summons); Điều tra (Investigation); Giải tán nghị viện (Dissolution of the legislature); Bổ nhiệm thành viên bên ngoài vào nghị viện (External appointments to the legislature); Độc lập về tài chính (Financial autonomy); Quyền miễn trừ của nghị viện (Legislative immunity); Quyền bãi nhiệm của cử tri (Recall by the electorate); Phủ quyết của tổng thống (Presidential veto); Thủ tục kiểm hiến của tư pháp (Judicial review); Tình trạng khẩn cấp (State of emergency); Quyết định ân xá/đặc xá (Granting Amnesty/pardon); Các quyền hạn về xây dựng luật (Law-making powers).

Các nguồn tư liệu tham khảo thêm

• **Cổng thông tin Agora về phát triển nghị viện (Agora Portal for Parliamentary Development)**

<<http://www.agora-parl.org/>>

Cổng thông tin Agora về phát triển nghị viện là một sáng kiến đa phương nhằm mục tiêu chia sẻ kiến thức về phát triển nghị viện. Trang web này cung cấp một mạng lưới nhằm điều phối thông tin về các nhà tài trợ và các nhà hoạt động thực tiễn, với các tài liệu do các chuyên gia cung cấp, và thông tin liên hệ của các chuyên gia này. Trang web cũng chứa đựng một thư viện ảo về phát triển nghị viện, các mô-đun kiến thức với các tính năng đa phương tiện, và một lịch liệt kê các sự kiện sắp diễn ra liên quan đến phát triển nghị viện.

• **Nhóm đặc trách về phát triển nghị viện thuộc Tiểu ban về Quản trị Dân chủ của UNDP (UNDP Democratic Governance Focus on Parliamentary Development)**

<http://www.undp.org/governance/focus_parliamentary_dev.shtml>

Phát triển nghị viện là một lĩnh vực trọng tâm của Tiểu ban về Quản trị Dân chủ thuộc Chương trình phát triển Liên Hợp Quốc (UNDP). UNDP cung cấp hỗ trợ kỹ thuật để xây dựng năng lực cho các nghị sĩ và thúc đẩy cải cách về thể chế. Trang web này chứa đựng các ấn phẩm quan trọng cũng như các nguồn tư liệu và chương trình về phát triển các cơ cấu và chức năng của nghị viện trong tổng thể bộ máy nhà nước.

• **Diễn đàn Nghị viện thuộc Cộng đồng Phát triển Nam Phi (Southern African Development Community Parliamentary Forum)**

<<http://www.sadcpf.org/index.php>>

Diễn đàn Nghị viện thuộc Cộng đồng Phát triển Nam Phi (SADC) là một tổ chức liên nghị viện cấp khu vực bao gồm 13 nghị viện của các nước trong khu vực SADC. Nhiệm vụ của tổ chức này là cung cấp một diễn đàn cho các nghị viện và nghị sĩ nhằm thúc đẩy hội nhập khu vực và tăng cường mối liên hệ giữa các nhà hoạt động thực tiễn trong khu vực để chia sẻ các kinh nghiệm thực tiễn tốt nhất về phát triển nghị viện. Trang web cung cấp các báo cáo và các tài liệu quan trọng khác thuộc lĩnh vực chuyên môn của Diễn đàn, một luật mẫu về AIDS, và thông tin liên hệ về nghị viện của các nước thành viên.

• **Liên minh nghị viện (Inter-Parliamentary Union)**

<<http://www.ipu.org/english/home.htm>>

Liên minh nghị viện (IPU) là một tổ chức quốc tế hoạt động dựa trên kinh phí đóng góp của các nghị viện thành viên. Tổ chức này hợp tác chặt chẽ với Liên Hợp Quốc và một trong những mục tiêu của IPU là nhằm thiết lập các tiêu chuẩn cho các nền dân chủ đại diện và hỗ trợ các quốc gia phát triển nghị viện của họ. Trang web của tổ chức này tập hợp các văn kiện quan trọng, các hướng dẫn, bảng câu hỏi, tài liệu dự án và các ấn phẩm khác.

• **Nhóm đặc trách về các quy trình và hệ thống bầu cử thuộc Tiểu ban về Quản trị dân chủ thuộc UNDP (UNDP Democratic Governance Focus on Electoral Systems and Processes)**

<http://www.undp.org/governance/focus_electoral.shtml>

Các quy trình và hệ thống bầu cử là một trong những lĩnh vực trọng tâm của Tiểu ban về Quản trị dân chủ thuộc UNDP. UNDP nhằm vào mục tiêu hỗ trợ mang tính chiến lược thông qua chu trình bầu cử để đạt được các cuộc bầu cử tự do và công bằng. Trang web trên tập hợp các nguồn tư liệu như các hướng dẫn và thông tin về phát triển các hệ thống bầu cử dân chủ.

• **Tiểu ban về các quy trình bầu cử và các đảng phái chính trị thuộc Sáng kiến tái lập hòa bình (Peace Building Initiative Electoral Processes and Political Parties)**

<<http://www.peacebuildinginitiative.org>>

Các quy trình bầu cử và các đảng phái chính trị là một trong những lĩnh vực chuyên môn của Sáng kiến Tái lập hòa bình, một dự án của HPCR International với đối tác là Cơ quan Hỗ trợ Tái lập hòa bình của Liên Hợp Quốc và có sự hợp tác của Chương trình Nghiên cứu về Chính sách nhân đạo và xung đột (HPCR) của Đại học Harvard. Mục tiêu chính của sáng kiến này là nhằm tạo lập và chia sẻ các tri thức và kinh nghiệm về tái lập hòa bình giữa các chủ thể có liên quan, đồng thời cung cấp các góc nhìn đa dạng về tái lập hòa bình. Trang web trên cung cấp các nguồn tư liệu và các nghiên cứu tình huống về bầu cử trên

toàn thế giới, cũng như các thông tin về thành lập và hoạt động của các đảng phái chính trị và các chủ thể khác có liên quan.

- Ủy ban Venice thuộc Hội đồng châu Âu (Council of Europe Venice Commission)
<<http://www.venice.coe.int/default.asp?L=E>>

Ủy ban châu Âu về Dân chủ thông qua pháp luật là cơ quan tư vấn cho Hội đồng châu Âu về các vấn đề hiến pháp, đồng thời là một tổ chức nghiên cứu pháp luật độc lập về các vấn đề quản lý khủng hoảng, phòng ngừa xung đột và xây dựng hiến pháp. Mục tiêu của Ủy ban là thúc đẩy các lý tưởng pháp luật của châu Âu, bao gồm dân chủ, nhân quyền và pháp quyền, bằng việc tư vấn cho các quốc gia về các vấn đề hiến pháp. Trang web của Ủy ban cung cấp các ý kiến bình luận về từng quốc gia và các nghiên cứu so sánh về quá trình xây dựng hiến pháp, bầu cử và các đảng phái chính trị ở châu Âu.

- ACE

<http://aceproject.org/ero-en/index_html?filter&topic=&country=&type=Essays and Papers>

Công Thông tin tri thức về bầu cử (ACE Electoral Knowledge Portal) – một sáng kiến chung của International IDEA, Viện Bầu cử Nam Phi (EISA), Tổ chức Bầu cử Canada, Viện Bầu cử liên bang Mexico, Tổ chức quốc tế về các hệ thống bầu cử (IFES), Cơ quan về các vấn đề kinh tế và xã hội của Liên Hợp Quốc (UNDESA), Chương trình phát triển Liên Hợp Quốc (UNDP) và Tiểu ban Hỗ trợ bầu cử Liên Hợp Quốc (UNEAD) – là một kho tri thức trực tuyến cung cấp nhiều dịch vụ đa dạng liên quan đến kiến thức bầu cử, hỗ trợ bầu cử và phát triển năng lực. Trang web này chứa đựng các bài viết sâu sắc, các số liệu và dữ liệu thống kê toàn cầu, một bách khoa toàn thư về bầu cử, các thông tin về hỗ trợ bầu cử, giám sát bầu cử và phát triển năng lực, các nguồn tư liệu phân theo khu vực và quốc gia, thông tin bầu cử hàng ngày, lịch bầu cử, các câu hỏi về bầu cử và các mạng lưới chuyên gia về bầu cử.

- Trung tâm Tư liệu về quản trị và phát triển xã hội (Governance and Social Development Resource Centre)

<<http://www.gsdrc.org/>>

Trung tâm Tư liệu về quản trị và phát triển xã hội (GSDRC), được thành lập năm 2005 bởi Cơ quan Phát triển quốc tế của Vương quốc Anh (DFID), nhằm vào mục tiêu chia sẻ kiến thức giữa các cơ quan và cung cấp thông tin hỗ trợ cho các dự án phát triển quốc tế, lập kế hoạch chương trình, hoạch định chính sách và các hoạt động khác trong lĩnh vực này. Trang web của Trung tâm bao gồm một thư viện tài liệu và các dịch vụ hỗ trợ nghiên cứu đa dạng, cũng như các hướng dẫn theo chủ đề.

- Viện Dân chủ quốc gia (National Democratic Institute)

<<http://www.ndi.org/>>

Viện Dân chủ quốc gia (NDI) là một tổ chức phi lợi nhuận, phi đảng phái, hướng tới mục tiêu hỗ trợ các định chế dân chủ trên toàn cầu thông qua việc thúc đẩy sự tham gia của công dân, tính minh bạch và tính chịu trách nhiệm của chính quyền. Trang web của Viện cung cấp một thư viện chứa các tài liệu quan trọng và các ấn phẩm khác.

• **Cơ quan về các định chế dân chủ và nhân quyền thuộc Tổ chức an ninh và hợp tác châu Âu (Organization for Security and Co-operation in Europe Office for Democratic Institutions and Human Rights)**

<<http://www.osce.org/odihr>>

Tổ chức an ninh và hợp tác châu Âu (OSCE) là tổ chức an ninh cấp khu vực có mục tiêu cung cấp một diễn đàn cho các đàm phán chính trị và hoạch định chính sách trong các lĩnh vực cảnh báo sớm (early warning), phòng ngừa xung đột, quản lý khủng hoảng và phục hồi sau xung đột. Hoạt động dựa trên đóng góp của các nước thành viên, tổ chức này góp phần biến ý chí chính trị của các quốc gia thành viên trở thành hiện thực thông qua mạng lưới các tiểu ban chuyên môn của tổ chức. Trang web của OSCE chứa đựng các nguồn tư liệu đa phương tiện, dịch vụ thông tin, cơ sở dữ liệu và một thư viện tài liệu.

CHƯƠNG 6

CHƯƠNG 6



Thiết kế nhánh tư pháp

Nora Hedling

1. Tổng quan

Chương này xem xét vai trò của nhánh tư pháp trong khuôn khổ nền dân chủ hợp hiến, tập trung vào những chủ đề liên quan đến sự phân định quyền tư pháp trong những nhà nước vốn có sự chia rẽ sâu sắc. Chức năng căn bản nhất của nhánh tư pháp là giải quyết tranh chấp và thực thi công lý thông qua việc áp dụng pháp luật đối với những vụ việc cụ thể. Để thực hiện chức năng đó và duy trì nguyên tắc pháp quyền (xem thêm chương 2 của tài liệu này), hệ thống tư pháp và các cơ quan tư pháp phải được thiết kế nhằm bảo đảm nền công lý có thể tiếp cận được và không có sự thiên vị. Chương này không có tham vọng bàn luận một cách toàn diện về tất cả các khía cạnh của việc thiết kế nhánh tư pháp, mà tập trung vào ba vấn đề chính yếu cần được hiến định: quyền lực tư pháp, trong đó có quyền kiểm hiến; sự độc lập của tư pháp và đa nguyên pháp luật.

Với vai trò việc thực thi công lý, Hiến pháp thường trao cho tư pháp chức năng thi hành việc bảo vệ Hiến pháp. Chức năng này đôi khi đòi hỏi cần thực hiện chức năng giám sát các đối tượng, cơ quan công quyền khác cũng như giám sát các hoạt động nhà nước. Ví dụ, hầu hết các nhánh tư pháp được trao quyền tài phán hiến pháp (*constitutional review*), chức năng cho phép họ kiểm tra tính hợp hiến của các hành vi của nhánh lập pháp và hành pháp. Thông qua quá trình kiểm hiến, tư pháp thực hiện sự kiểm chế quan trọng mang tính hiến định đối với các nhánh quyền lực chính trị của chính quyền. Tuy nhiên, tư pháp hiếm khi có toàn quyền: hầu hết các hệ thống hiến pháp đều giới hạn sự độc lập của nhánh tư pháp ở một mức độ nào đó bằng việc cho phép các nhánh chính quyền khác có sự ảnh hưởng nhất định đối với nhánh tư pháp. Do đó, việc thiết kế nhánh tư pháp là một cơ hội quan trọng đối với nhà lập hiến để bảo vệ và bảo đảm sự thi hành của Hiến pháp. Bên cạnh đó, việc thiết kế nhánh tư pháp, cũng giống như các nhánh

quyền lực khác, cần có sự cân nhắc cẩn trọng về mức cân bằng quyền lực hợp lý giữa các nhánh chính quyền.

Cũng như vậy, thiết kế cấu trúc nhánh nội bộ nhánh tư pháp mà đặc biệt là kết hợp với hệ thống pháp lý đa nguyên, mang lại những cơ hội nhưng cũng chứa đựng nhiều thách thức. Bối cảnh của quá trình xây dựng hiến pháp - hoàn cảnh và lịch sử quốc gia - cần phải được đặt tại vị trí trung tâm của việc thiết kế nhánh tư pháp.

Việc thiết kế nhánh tư pháp là một cơ hội quan trọng đối nhà lập hiến bảo vệ và bảo đảm sự thi hành của Hiến pháp. Bên cạnh đó, việc thiết kế nhánh tư pháp, cũng giống như các nhánh quyền lực khác, cần có cân nhắc cẩn trọng về mức cân bằng quyền lực hợp lý giữa các nhánh chính quyền.

Những phần tiếp theo đây phác thảo những mô hình thiết kế hiến pháp khác nhau cho nhánh tư pháp, chỉ ra cho các nhà soạn thảo những vấn đề đáng lưu tâm. Sau khi phác thảo sơ lược những lựa chọn đó, chương này phân tích chúng thông qua lăng kính của hai nhân tố cấu thành nên khuôn khổ phân tích nền tảng của Tài liệu này. Thứ nhất là việc thiết kế nhánh tư pháp có theo hướng phi tập trung hóa quyền lực hay tập trung hóa quyền lực nhà nước (*disaggregate or centralize governmental power*), ở cả nhánh tư pháp lẫn các nhánh quyền lực khác. Thứ hai là trong khi thi hành tư pháp có thể được xem như là hình thức bảo vệ pháp lý tinh túy nhất và là khiên đỡ cuối cùng chống lại sự xâm phạm quyền của cá nhân, điều quan trọng cần nhớ là những lực lượng chính trị luôn hiện diện trong tất cả các nhánh quyền lực và trong bộ máy chính quyền. Mặc dù thẩm phán được yêu cầu phải đưa ra những quyết định chỉ trên cơ sở thực thi hiến pháp và luật, nhưng thẩm phán cũng là con người, với những kinh nghiệm và niềm tin riêng – những yếu tố gần như không thể tách bạch hoàn toàn trong quá trình giải thích và áp dụng pháp luật của thẩm phán. Do đó, các lựa chọn cũng cần phải được xem xét dưới lăng kính của cả những tác nhân chính trị và pháp lý có khả năng định hình chức năng của tư pháp và tạo sự ảnh hưởng tới nhánh tư pháp.

Để đạt tới sự cân bằng tối ưu về quyền lực, các nhà lập hiến phải xem xét cẩn trọng cả yếu tố mục tiêu và bối cảnh. Chương này không đưa ra một mô hình duy nhất áp dụng cho tất cả các hệ thống mà thảo luận một vài yếu tố cơ bản của việc thiết kế nhánh tư pháp, mỗi yếu tố được xem xét dưới góc độ ưu điểm và nhược điểm của nó. Ngoài ra, khi xem xét nhánh tư pháp, các nhà lập hiến phải lưu ý rằng trong khi những nguyên tắc được thảo luận dưới đây có thể có sự hữu ích nào đó, việc đạt được những mục tiêu cụ thể - ví dụ sự độc lập tư pháp, có thể đòi hỏi phải được xem xét kỹ lưỡng hơn về bố cục và cấu trúc của toàn bộ bản hiến pháp đối với cả những nội dung ngoài nội dung về nhánh tư pháp. Nói cách khác, không một nhánh chính quyền đơn lẻ nào có thể vận hành tách biệt. Phần lớn các ví dụ được đưa ra là để thảo luận những quy định hiến pháp minh thị trao quyền cho nhánh tư pháp. Tuy nhiên, điều quan trọng cần nhớ rằng việc thiếu vắng những quy định trao quyền minh thị trong hiến pháp không đồng nghĩa với việc nhánh tư pháp không có thẩm quyền tài phán. Quyền lực tư pháp có thể được thiết lập bằng các đạo luật, đặc biệt trong các nước theo thông luật, nó có thể được xác lập thông qua hệ thống án lệ. Chẳng hạn, một số bản

hiến pháp không điều chỉnh trực tiếp vấn đề tài phán hiến pháp của Tòa án, nhưng quyền lực này vẫn được thực thi bởi Tòa án và được coi như hoạt động có hiệu lực về mặt hiến pháp. Trong vụ án kinh điển Marbury kiện Madison, Tòa án tối cao Hoa Kỳ đã thiết lập một cách vững chắc tính hợp hiến của quyền tài phán hiến pháp của tòa án, hay còn được biết dưới cái tên quyền kiểm hiến, như là một hệ quả logic của sự phân chia quyền lực trong hiến pháp¹¹⁵.

Vì vậy, các nhà lập hiến phải thận trọng xem xét không chỉ các điều khoản minh thị trong hiến pháp, mà cả những thực tế, truyền thống và các tiền lệ đã được chấp nhận hoặc được cho phép, cũng như những hệ quả có thể có từ bố cục hiến pháp và những nguyên tắc được phản ánh trong hiến pháp đó. Các điều khoản hiến pháp không

Việc đạt được những mục tiêu cụ thể - ví dụ sự độc lập tư pháp, có thể đòi hỏi phải được xem xét kỹ lưỡng hơn về bố cục và cấu trúc của toàn bộ bản hiến pháp đối với cả những nội dung ngoài nội dung về nhánh tư pháp. Không một nhánh quyền lực nào có thể hoạt động tách biệt được.

vận hành một cách cô lập mà tương tác với những điều khoản hiến pháp khác, những nguồn luật khác cũng như các tình huống có liên quan, cả về mặt lịch sử và chính trị, trong bối cảnh xã hội của nước đó. Chuẩn mực xã hội và truyền thống cũng như những nguồn luật khác - như luật thành văn, thông luật, tập quán hoặc thói quen - sẽ có thể đưa ra thông tin về ngữ nghĩa, cách hiểu được chấp nhận chung và về sự thi hành những điều khoản hiến pháp cụ thể.

• **Hộp 1. Nhánh tư pháp: Những ý tưởng nền tảng**

• Nhánh tư pháp là nhánh quyền lực có chức năng truyền thống là giải thích luật – hơn là “tạo ra” hoặc thi hành luật. Trong các bản hiến pháp hiện đại, chức năng này có thể bao hàm nhiều quyền lực, nhưng ở mức độ căn bản nhất, là quyền của tư pháp trong việc giải quyết các tranh chấp và thực thi công lý bằng việc xem xét các tình tiết và sau đó áp dụng luật thực định đối với những tình tiết đó.

• Kiểm hiến là hòn đá tảng của quyền lực tư pháp trong hầu hết các nền dân chủ hiện đại. Kiểm hiến đặt ra yêu cầu cần bảo đảm rằng luật và các hành vi của chính quyền phải tuân thủ hiến pháp, cho dù nội dung luật và các hành vi đó liên quan đến vấn đề thẩm quyền của chính quyền để hành động, đến cấu trúc chính quyền, đến sự phân chia quyền lực hay những điều bị cấm thực hiện như vi phạm quyền tự do cá nhân được ghi nhận bởi Hiến pháp. Phạm vi quyền tài phán, cũng như sự liên quan của các nhánh quyền lực khác, rất đa dạng.

• Tư pháp hiện đại cũng thực hiện một số quyền lực khác, rất nhiều trong số đó cấu thành nên cơ chế kiểm chế các nhánh quyền lực khác hoặc các cơ chế giám sát khác, có thể bao gồm những quyền lực như khả năng chỉ phối, điều hành việc bầu cử hoặc các đảng phái chính trị.

• Bảo đảm sự độc lập của tư pháp là yếu tố thiết yếu để gìn giữ pháp quyền và để bảo đảm một hệ thống tòa án thực hiện đúng chức năng của mình và vô tư không thiên vị. Đồng thời, hiến pháp phải thúc đẩy xây dựng hệ thống tư pháp có khả năng chịu trách nhiệm và minh bạch. Việc

¹¹⁵ Marbury v. Maldison 5 U.S. 137 (1803)

thiết kế nhánh tư pháp cần phải được xem xét để duy trì sự cân bằng giữa những giá trị đôi khi đối lập, cạnh tranh nhau này. Việc thiết kế phải có thể bao hàm nội dung thúc đẩy tính rõ ràng và đồng nhất về thủ tục và chuẩn mực tư pháp, quyền được xét xử công khai và khả năng tiếp cận các thông tin tư pháp cũng như cơ chế kiểm soát việc thực thi quyền lực của tư pháp, như hoạt động của hệ thống tòa phúc thẩm, và sự giám sát của những nhánh quyền lực khác dưới dạng thức quy trình bổ nhiệm (thẩm phán) và bãi nhiệm (thẩm phán). Vấn đề cốt yếu trong việc xác định cơ chế nào sẽ vận hành thành công để đạt tới sự cân bằng nằm ở bối cảnh xã hội mà hiến pháp đó được thực thi.

- Đa nguyên pháp luật (legal pluralism) khuyến khích sự vận hành của nhiều hệ thống pháp luật trong cùng một trật tự hiến pháp. Nói cách khác, nó tạo ra khả năng cho phép kết hợp những quy phạm và hệ thống pháp luật đã có vào trật tự hiến pháp đó và cung cấp sự tự chủ pháp lý cho những nhóm người bản xứ và các nhóm tôn giáo. Tuy nhiên, đa nguyên pháp lý cũng đặt ra một câu hỏi quan trọng về thẩm quyền tài phán ở mỗi hệ thống đó và thứ bậc pháp lý của các hệ thống pháp luật trong trật tự hiến pháp đó. Đa nguyên pháp lý cũng đưa ra những thách thức lớn đối với việc thi hành các quyền hiến pháp xuyên suốt tất cả các hệ thống pháp luật đó.

2. Quyền lực tư pháp

Chức năng cơ bản của tòa án là áp dụng pháp luật không thiên vị đối với các tranh chấp đưa ra trước tòa. Chức năng này có mối liên hệ mật thiết với sự ổn định và tính chính danh của nhánh tư pháp và trật tự hiến pháp. Sự không thiên vị là yếu tố nền tảng. Theo đó, các thẩm phán phải xem xét các tình tiết trước họ một cách không định kiến và áp dụng pháp luật công bằng, không bị ảnh hưởng bởi các quan điểm chính trị hay thiên kiến cá nhân. Sự không thiên vị không chỉ tạo khả năng tốt nhất cho việc bảo đảm công lý trong việc xử lý tranh chấp mà nó còn tạo lập sự tin cậy và niềm tin cho thiết chế tư pháp. Sự không thiên vị đồng thời tạo chuẩn mực cho các thẩm phán thực hiện các chức năng khác, bao gồm cả chức năng quan trọng là bảo vệ tính vẹn toàn của hiến pháp.

Tuy nhiên, thẩm phán cũng là con người và rất có thể hai thẩm phán cùng xét xử không thiên vị nhưng lại đi đến những phán quyết khác nhau đối với những vụ việc có tình tiết như nhau. Áp dụng pháp luật cho các tình tiết để giải quyết một tranh chấp hoặc một vụ án cụ thể yêu cầu việc

Chức năng cơ bản của tòa án - áp dụng pháp luật không thiên vị đối với các tranh chấp đưa ra trước tòa - có mối liên hệ mật thiết với sự ổn định và tính hợp pháp của nhánh tư pháp và trật tự hiến pháp. Sự không thiên vị là yếu tố nền tảng.

giải thích pháp luật hoặc việc tìm hiểu xem luật đòi hỏi điều gì trong một tình huống cụ thể mà có thể không lường trước đó. Trách nhiệm áp dụng pháp luật do đó đòi hỏi một mức độ quyền lực nhất định trong việc xem xét ngữ nghĩa của luật. Thẩm phán vì vậy cần phải có chức năng sáng tạo nhất định, tuy nhiên chức năng đó không khi nào là tuyệt đối. Một số công cụ khác, như cơ chế phúc thẩm, những đạo luật chi tiết hay việc tôn trọng các tiền lệ được thiết lập trong các vụ án trước đã kiểm chế chức năng sáng tạo của thẩm phán và giúp duy trì sự áp dụng pháp luật thống nhất trong toàn nhánh tư pháp.

Tuy nhiên, hoạt động giải thích và áp dụng pháp luật được xem là một quyền lực thiết yếu của nhánh tư pháp và cũng là nội dung thiết yếu đối với khái niệm pháp quyền.

Khái niệm này đặt ra nhiều tiêu chí, trong đó có tiêu chí về sự bình đẳng trước pháp luật, sự công bằng trong việc áp dụng pháp luật và khả năng tiếp cận các thiết chế công lý như tòa án hiệu năng. Chức năng áp dụng pháp luật cũng đề cập những hoạt động cơ bản của các nhánh quyền lực khác, đặc biệt là các hoạt động trong quá trình lập pháp. Bên cạnh chức năng thường xuyên là thực thi công lý, nhánh tư pháp cũng là một nhánh chính quyền. Hiến pháp trao quyền cho nhánh tư pháp và các nhánh chính quyền khác với tư cách là bộ phận được thiết kế nhằm tạo ra một hệ thống chính quyền hiệu năng. Do đó, nhánh tư pháp có mối quan hệ với các nhánh quyền lực khác. Nhánh tư pháp kiểm soát hoạt động của các nhánh quyền lực khác, đồng thời nó cũng theo nghĩa nào đó bị định hình bởi các nhánh quyền lực đó. Phần còn lại của chương này sẽ tập trung vào vai trò của tư pháp trong việc duy trì trật tự hiến pháp và cách thức nhánh tư pháp tương tác với các nhánh quyền lực khác. Bên cạnh đó, chương này cũng nghiên cứu bộ máy tổ chức nhánh tư pháp và đặc biệt là khả năng nhiều hệ thống tòa án và pháp luật vận hành cùng nhau dưới một hiến pháp.

2.1. Kiểm hiến

Một trong những vai trò chủ yếu của tư pháp hiện đại là duy trì các bảo đảm về mặt hiến pháp. Nhánh tư pháp thực hiện chức năng này thông qua kiểm hiến, còn được gọi là tài phán hiến pháp. Kiểm hiến được thể hiện dưới nhiều dạng thức khác nhau và có thể liên quan đến nhiều cơ chế giám sát khác nhau, nhưng mục tiêu của chúng trong các hệ tài phán là giống nhau – duy trì nguyên tắc và điều khoản hiến định, không cho phép bất cứ đạo luật, văn bản pháp quy hay hành vi nào của chính quyền trái với hiến pháp. Nếu đạo luật hoặc hành vi nào trái với hiến pháp, Tòa án sẽ tuyên đạo luật hoặc hành vi đó vô hiệu. Hiến pháp là luật tối cao mà theo đó tất cả các luật và các hành vi của chính quyền đều phải tuân thủ. Nhánh tư pháp bảo đảm thi hành trật tự đó bằng việc tham gia vào quá trình kiểm hiến. Trong khi các bản hiến pháp thường trao quyền làm luật cho nhánh lập pháp, sự phân bổ quyền lực này có điều kiện là sự ban hành luật không được trái hoặc khước từ các điều khoản và nguyên tắc hiến pháp. Kiểm hiến là một cơ chế duy trì và thực thi hiến pháp. Đây là phương tiện đem lại tính có hiệu lực cho các điều khoản hiến pháp và ngăn ngừa các đạo luật khác vi phạm các điều khoản này.

Hầu hết các hệ thống tư pháp được trao những dạng thức quyền lực khác nhau để kiểm tra tính hợp hiến các hành vi của lập pháp và hành pháp.

1.1.1. Đối tượng kiểm hiến

Kiểm hiến có thể mở rộng phạm vi đối tượng đến rất nhiều dạng văn bản pháp luật. Ở cấp độ cơ bản, kiểm hiến cho phép nhánh tư pháp xem xét tính phù hợp với các yêu cầu của hiến pháp của các đạo luật. Tuy nhiên, phạm vi kiểm hiến thường mở rộng tới cả việc kiểm tra tính phù hợp với hiến pháp của các văn bản khác hoặc các hành vi khác, như các quyết định hành chính hay các văn bản mang tính hành pháp. Ví dụ, Hiến pháp một số quốc gia cho phép thực hiện tài phán hiến pháp đối với các văn bản luật được ban hành trên cơ sở các điều ước quốc tế¹¹⁶. Kiểm hiến có thể mở rộng phạm vi đối tượng không chỉ bao gồm

¹¹⁶ Xem, ví dụ, điều 121 Hiến pháp Afghanistan 2004

những đạo luật ở cấp quốc gia mà còn bao gồm cả các văn bản luật do chính quyền cấp dưới ban hành. Ở Nam Phi, quyền kiểm hiến của Tòa án tối cao theo Hiến pháp năm 1996 mở rộng tới tất cả các cấp chính quyền, bao gồm cả hiến pháp các tỉnh. Những văn bản này đều phải tuân theo Hiến pháp quốc gia¹¹⁷. Tương tự, theo Hiến pháp Serbia, Tòa án Hiến pháp có quyền tài phán xem xét tính hợp hiến của các văn bản chung của các tỉnh tự trị và các đơn vị tự quản địa phương¹¹⁸.

Nhánh tư pháp cũng có thể xem xét tính hợp hiến của các hành vi của nhánh lập pháp và hành pháp khi những hành vi này gây ra mối quan ngại về sự phân chia quyền lực đã được thiết lập trong hiến pháp. Hoạt động kiểm hiến này nhằm mục đích giải quyết các tranh chấp giữa các nhánh chính quyền và cơ quan nhà nước - để xác định thẩm quyền của các nhánh chính quyền, bao gồm cả thẩm quyền của bản thân nhánh tư pháp, chứ không giải quyết các tranh chấp tư mà. Tòa án Hiến pháp nước Cộng hòa Hàn Quốc có quyền xem xét tính hợp hiến của sự phân chia quyền lực giữa các nhánh chính quyền¹¹⁹. Tòa cũng có thể có quyền kiểm tra sự phân chia quyền lực giữa các cấp chính quyền, chẳng hạn như giữa chính quyền vùng và chính quyền quốc gia. Ví dụ, Hiến pháp Cameroon trao cho nhánh tư pháp quyền giải quyết tranh chấp giữa nhà nước trung ương và chính quyền cấp vùng cũng như giữa chính quyền các vùng với nhau¹²⁰. Hiến pháp của Ấn Độ, Malaysia, Mexico và Nigeria cũng cho phép việc xem xét tính hợp hiến của sự phân chia quyền lực giữa các cấp chính quyền¹²¹.

Cuối cùng, các nhà soạn thảo Hiến pháp có thể cho phép nhánh tư pháp xem xét tính hợp hiến của việc không hành động của chính quyền, ngoài việc xem xét tính hợp hiến của những hoạt động của chính quyền. Ở Uganda, Tòa Phúc thẩm, giữ vai trò như Tòa án Hiến pháp, có thẩm quyền như vậy. Điều 137 (3)¹²²

Kiểm hiến có phạm vi không chỉ xem xét tính hợp hiến của các đạo luật mà còn kiểm tra các văn bản pháp luật, các hành vi khác, sự phân chia quyền lực giữa các cấp chính quyền, và cả khả năng kiểm tra việc không hành động của chính quyền.

cho phép cá nhân được kiện ra Tòa về việc vi phạm hiến pháp của “bất cứ hành vi hay bất hành vi nào của bất cứ người nào hoặc cơ quan quyền lực nào. Nếu như đơn kiện đó được xem là đủ căn cứ, Tòa án có thể đưa ra những biện pháp xử lý.

2.1.2. Chủ thể kiểm hiến

Quy trình kiểm hiến cũng như phạm vi kiểm hiến có sự khác nhau giữa các quốc gia. Quy trình kiểm hiến liên quan mật thiết, nếu không muốn nói là hết sức chặt chẽ, với các hình thức tổ chức tòa án được thiết lập bởi hiến pháp và hệ thống pháp luật đang vận

117 Điều 167, 143, 144 Hiến pháp Cộng hòa Nam Phi 1996

118 Điều 167(4) Hiến pháp Cộng hòa Serbia 2006

119 Điều 111(1) Hiến pháp Hàn Quốc 1948, sửa đổi năm 1987

120 Điều 47(1) Hiến pháp Cameroon 1972, sửa đổi năm 1996

121 Điều 232 Hiến pháp Cộng hòa Liên bang Nigeria 1999, Điều 131 Hiến pháp Cộng hòa Ấn Độ 1950 sửa đổi năm 1996, Điều 128 của Hiến pháp Malaysia 1957 sửa đổi năm 1994, Điều 105 Hiến pháp chính trị của Liên bang Mexico 1917 sửa đổi năm 2007

122 Điều 137(3) Hiến pháp cộng hòa Uganda 1995

hành ở quốc gia đó. Cái được gọi là mô hình kiểm hiến Hoa Kỳ khác biệt so với cái được gọi là mô hình Châu Âu ở yếu tố trao quyền cho các thiết chế khác nhau tham gia vào việc kiểm hiến. Theo mô hình Hoa Kỳ, các tòa án thường trong nhánh tư pháp có thẩm quyền đương nhiên tham gia vào việc kiểm hiến. Nói cách khác, thậm chí tòa án cấp dưới cũng có thể phán xét rằng đạo luật hay một hành vi của chính quyền là vi phạm hiến pháp. Khi đưa ra phán quyết như vậy, tòa án phải quyết định vụ án trên cơ sở đối chiếu với các yêu cầu của hiến pháp và từ chối áp dụng đạo luật đang được xem xét căn cứ vào tính hợp hiến hay không của đạo luật.

Những phán quyết này có thể được kháng cáo, nhưng dù vậy thì một dạng thức của kiểm hiến cũng đã được thi hành. Tòa án Tối cao, là tòa phúc thẩm tối cao, thường nằm ở trên đỉnh của hệ thống tư pháp, sẽ có tiếng nói cuối cùng về tính hợp hiến của đạo luật đang được xem xét. Bởi phần lớn Tòa án Tối cao ở các quốc gia theo mô hình Hoa Kỳ thường chỉ xem xét một số nhỏ trong số các vụ việc cần xem xét tính hợp hiến, các tòa án cấp dưới quyết định phần lớn những tranh chấp hiến pháp. Hiến pháp của Estonia áp dụng mô hình tài phán hiến pháp cho phép tòa án cấp dưới có thể xem xét các vấn đề mang tính hiến pháp¹²³. Bồ Đào Nha mặc dù có hệ thống Tòa án Hiến pháp nhưng cũng cho phép các tòa án cấp dưới tham gia kiểm hiến¹²⁴. Việc trao quyền cho các tòa án cấp dưới như vậy có thể được xem như một phương thức tản quyền đối với quyền kiểm hiến của nhánh tư pháp (xem chương 7 Tài liệu này về sự phi tập trung hóa quyền lực). Tuy nhiên, cuối cùng thì sự tản quyền này cũng vẫn yêu cầu tòa án các cấp phải đưa ra phán quyết phù hợp với hiến pháp, và do vậy ở mức độ nào đó đã giới hạn nguồn của những phán quyết đó về một quyền lực tập trung – chính là bản thân hiến pháp. Ưu điểm của mô hình kiểm hiến này là khả năng kháng cáo đối với phán quyết của tòa án. Cả tòa án cấp dưới và tòa án cấp trên sẽ cùng xem xét vấn đề và đánh giá, cân nhắc về tính hợp hiến trước khi đưa ra quyết định cuối cùng. Quá trình này đòi hỏi dành thời gian lớn, tuy nhiên đó lại là sự bất lợi. Theo mô hình này, có thể phải mất nhiều năm trước khi những vấn đề xem xét về tính hợp hiến được chuyển tới tòa án cấp cao nhất và quyết định chung thẩm được đưa ra. Nó cũng dẫn tới sự thiếu nhất quán giữa các tòa cấp dưới cho đến khi phán quyết cuối cùng được tòa án cấp cao nhất đưa ra, do các tòa án cấp dưới có thể quyết định khác nhau về các vụ việc có tình tiết tương tự nhau.

Mô hình kiểm hiến thay thế khác là mô hình Châu Âu, trong đó có sự tách bạch chức năng kiểm hiến khỏi hệ thống tòa án thường. Theo mô hình này, một Tòa án Hiến pháp có thẩm quyền riêng đối với tất cả các yêu cầu, khiếu kiện liên quan đến Hiến pháp. Một số chuyên gia lập luận rằng mô hình này - không giao thẩm quyền kiểm hiến cho các tòa án thường - bảo đảm tốt hơn nguyên tắc phân quyền. Theo cách nhận thức này, Tòa án Hiến pháp được xem như một cơ quan giám sát tách bạch với tất cả các nhánh quyền lực, với nhiệm vụ duy nhất là gìn giữ những đòi hỏi, yêu cầu của hiến pháp. Do vậy, xét về mặt lý

123 Điều 152 Hiến pháp Estonia 1992

124 Điều 204 Hiến pháp Cộng hòa Bồ Đào Nha 1976 sửa đổi năm 2005. Xem thêm trang Tòa án hiến pháp <http://www.concourts.net/>

thuyết, cơ chế này không cho phép bất cứ nhánh quyền lực nào nắm quá nhiều quyền lực đối với các nhánh khác, do đó bảo đảm sự phân quyền rõ ràng. Hơn nữa, nó không trao cho một nhánh quyền nào năng lực quyết định về tính hợp hiến. Trái ngược với mô hình Hoa Kỳ, mô hình Châu Âu tập trung quyền kiểm hiến trao cho một tòa án duy nhất, do không một cơ quan tư pháp nào khác có thể phán quyết về tính hợp hiến. Những ví dụ về Tòa án Hiến pháp theo mô hình Châu Âu có thể được tìm thấy ở Benin, CHLB Đức, Liên bang Nga, Thổ Nhĩ Kỳ và Ukraina¹²⁵. Một số quốc gia khác thiết lập thiết chế tương tự như tòa án hiến pháp để thực hiện việc kiểm hiến

Bảng 1 : Mô hình kiểm hiến Hoa Kỳ và châu Âu

Mô hình kiểm hiến Hoa Kỳ	Mô hình kiểm hiến Châu Âu
Việc kiểm hiến được phi tập trung hóa: tất cả các tòa án đều có thẩm quyền tuyên vô hiệu hoặc từ chối áp dụng các đạo luật nếu nó vi phạm hiến pháp	Thẩm quyền kiểm hiến được tập trung hóa: chỉ có Tòa án Hiến pháp có thể tuyên vô hiệu đạo luật vì lý do vi hiến
Tòa án tối cao là tòa án phúc thẩm cấp cao nhất trong hệ thống pháp luật, không chỉ đối với những vấn đề mang tính hiến pháp	Thẩm quyền của Tòa án Hiến pháp bị giới hạn, chỉ giải quyết các tranh chấp mang tính hiến pháp
Việc xem xét tính hợp hiến mang tính “thực tế, cụ thể”: được tiến hành theo quy trình tố tụng thông thường	Kiểm hiến mang tính “trừu tượng” điển hình: Tòa án Hiến pháp trả lời những câu hỏi về tính hợp hiến được đưa ra bởi các thẩm phán hoặc các dân biểu.

Nguồn: Adapted from Sweet, Alex Stone, ‘Hiến pháp và quyền lực tư pháp’, trong Daniele Caramani (ed.), *Chính trị So sánh* (Oxford and New York: Oxford University Press, 2008), Hộp 9.1, tr. 222.

2.1.3. Hoàn cảnh và thời điểm kiểm hiến

Thời điểm kiểm hiến và hoàn cảnh diễn ra việc kiểm hiến là hai yếu tố khác có tác động tới quy trình kiểm hiến. Những quy tắc về việc khi nào và trong hoàn cảnh nào tòa án được phép xem xét tính hợp hiến có nhiều khả năng mở rộng hoặc hạn chế độ mạnh yếu của quyền kiểm hiến. Hiến pháp các quốc gia quy định về thời điểm và hoàn cảnh kiểm hiến rất khác nhau. Về yếu tố thời điểm, trong khi một

Những quy tắc về việc khi nào và trong hoàn cảnh nào tòa án được phép xem xét tính hợp hiến có nhiều khả năng mở rộng hoặc hạn chế độ mạnh yếu của quyền kiểm hiến. Ở một số quốc gia, việc kiểm tra tính hợp hiến của các dự luật chỉ có thể được thực hiện trước khi nó trở thành luật; theo một số bản hiến pháp khác, kiểm hiến chỉ được tiến hành khi có một vụ việc, tranh chấp cụ thể.

¹²⁵ Mavcic, Arne, Constitutional Review 2001, xem <http://www.concourts.net/>

số tòa án có quyền tiếp cận tính hợp hiến của các dự luật trước khi nó được thông qua và trở thành luật, một số khác lại chỉ có thể thực hiện quyền này sau khi luật được ban hành. Hiến pháp Sri Lanka cho phép Tòa án Tối cao được xem xét tính hợp hiến và bác bỏ dự luật nhưng Tòa không thể xem xét tính hợp hiến của các đạo luật một khi nó đã được ban hành¹²⁶. Những người ủng hộ kiểm hiến chỉ áp dụng đối với các dự luật coi trọng tính xác định chắc chắn của văn bản ngay khi nó chỉ là dự luật. Tuy nhiên ở khía cạnh khác, hiệu quả và tác động của đạo luật chỉ có thể được hiểu và cảm nhận một cách đầy đủ sau khi được ban hành. Chính vì vậy, một số nhà nghiên cứu khác coi trọng hơn việc xem xét tính hợp hiến của luật sau khi đã ban hành.

Tương tự như vậy, một số bản hiến pháp trao cho tư pháp quyền tự chủ đáng kể trong việc quyết định khi nào cần kiểm hiến, một số bản hiến pháp khác trao quyền tự chủ đó cho các cơ quan khác hoặc chỉ cho phép kiểm hiến khi một số sự kiện nhất định phát sinh. Một số bản hiến pháp tự động thực hiện kiểm hiến đối với đạo luật trước khi thi hành. Ví dụ, Hiến pháp Pháp yêu cầu xem xét tính hợp hiến của các “đạo luật mang tính thiết chế” – là những đạo luật được hiến pháp đặc biệt yêu cầu ban hành để cụ thể hóa một số điều khoản trong hiến pháp - trước khi được ban hành¹²⁷. Tương tự, ở Chi-lê, Hội đồng Hiến pháp kiểm tra tính hợp hiến của tất cả các đạo luật cơ bản trước khi được ban hành¹²⁸. Trong một số bản hiến pháp khác, kiểm hiến chỉ thực hiện khi có một vụ việc hoặc tranh chấp cụ thể. Theo một số bản Hiến pháp, quy trình kiểm hiến được thực hiện khi có một cá nhân khiếu kiện trực tiếp tới Tòa án Hiến pháp về hành vi vi phạm hiến pháp¹²⁹. Trong bối cảnh có rất nhiều sự lựa chọn như vậy, có rất nhiều cách kết hợp để thiết lập các quy tắc kiểm hiến. Mặc dù những quy trình này có thể vận hành khác nhau ở các bối cảnh quốc gia khác nhau, một số quốc gia cho phép sự tự do và cơ hội lớn hơn trong việc kiểm hiến, theo đó mở rộng thẩm quyền tư pháp đối với vấn đề về tính hợp hiến. Mức độ tự do và cơ hội lớn hơn cho nhánh tư pháp được thực hiện việc kiểm hiến cũng thể hiện mức độ tập trung quyền lực lớn hơn trong nhánh tư pháp.

Các quốc gia cũng có sự điều chỉnh quy định về quyền kiểm hiến qua thời gian. Ví dụ như Hội đồng Bảo hiến (Conseil Constitutionnel) ở Pháp. Trước đây, Hội đồng Bảo hiến có thể kiểm tra tính hợp hiến của các đạo luật chỉ trước khi Tổng thống ký ban hành. Ngoài giới hạn về mặt thời gian, thời điểm tiến hành kiểm hiến, Tòa án cũng chỉ có thể kiểm tra tính hợp hiến của các văn bản lập pháp khi có đề xuất của các nhánh chính quyền khác – Tổng thống, Thủ tướng, Chủ tịch Thượng viện (Sénat) hay Hạ viện (Assemblée Nationale), hoặc bởi 60 thành viên Thượng viện hoặc Hạ viện. Tuy nhiên, kể từ tháng 3/2010, các bên tranh chấp cũng có thể yêu cầu Hội đồng Hiến pháp kiểm tra tính hợp hiến của các đạo luật đang được xem xét¹³⁰. Thời điểm kiểm hiến do đó cũng thay đổi. Bên cạnh việc kiểm tra

126 Điều 80(3) và Điều 120 Hiến pháp Cộng hòa xã hội dân chủ Srilanka 1978 sửa đổi năm 2000.

127 Điều 46(5) và 61 Hiến pháp Cộng hòa Pháp 1958 sửa đổi năm 2005

128 Điều 82 Hiến pháp chính trị của cộng hòa Chi Lê 1980

129 Điều 32/A (3) Hiến pháp Cộng hòa Hungary 1949 sửa đổi năm 2007; Điều 167(6) Hiến pháp Cộng hòa Nam Phi 1996 sửa đổi năm 2007

130 Xem Conseil Constitutionnel of France

tính hợp hiến của các luật trước khi được ban hành, nay Hội đồng Hiến pháp cũng có thể thụ lý các yêu cầu liên quan đến tính hợp hiến của đạo luật đã có hiệu lực. Bằng việc mở rộng phạm vi thẩm quyền kiểm hiến của Hội đồng Hiến pháp, cơ quan lập pháp Pháp đã tập trung nhiều quyền lực cho Hội đồng. Hơn thế nữa, cơ quan lập pháp cũng đã đưa Pháp tới gần hơn với mô hình làm luật mang tính pháp lý (*legal model of law-making*), tức là lệ thuộc ít hơn vào trách nhiệm giải trình mang tính chính trị để hủy bỏ các đạo luật vi hiến.

Đáng chú ý là chủ thể và hoàn cảnh của việc kiểm hiến không phải luôn luôn được điều chỉnh trong Hiến pháp. Thậm chí ở các quốc gia mà sự tồn tại của kiểm hiến được thừa nhận và bảo vệ bởi Hiến pháp, nhiều bản hiến pháp đưa ra rất ít quy định chỉ dẫn quy trình hoạt động của nó. Thay vào đó, Hiến pháp quy định quy trình kiểm hiến cụ thể do luật định. Hungary là một ví dụ về sự ảnh hưởng của lập pháp đối với quy trình kiểm hiến: dù Điều 32(A) Hiến pháp Hungary thiết lập Tòa án Hiến pháp và trao cho nó quyền thực thi việc kiểm hiến có hiệu lực bắt buộc, nhưng phạm vi và các dạng thức khác nhau của kiểm hiến được quy định trong một đạo luật. Đạo luật 32 năm 1989 quy định về phạm vi kiểm hiến trong những điều khoản chi tiết về các vấn đề như: thẩm quyền, cơ cấu và quy trình thủ tục của Tòa án Hiến pháp¹³¹.

2.1.4 Sự thiếu vắng “chức năng” kiểm hiến

Cuối cùng, một số quốc gia không trao quyền kiểm hiến cho nhánh tư pháp. Những quốc gia này bảo đảm thẩm quyền tuyệt đối của nhánh lập pháp, việc ban hành luật của nhánh lập pháp không chịu sự giám sát của một thiết chế độc lập nào. Trong một hệ thống như vậy, mặc dù hiện nay không nhiều quốc gia áp dụng hệ thống đó, nhánh lập pháp, cùng với các nhánh quyền lực khác và chủ thể quyền lực nhà nước khác, có nhiệm vụ tự bảo đảm sự tuân thủ hiến pháp của mình. Đó là trường hợp của Hiến pháp Hà Lan, trong đó quy định: “Tính hợp hiến của các đạo luật và hiệp ước không chịu sự xem xét lại của tòa án”¹³². Một số hiến pháp khác cho phép các cơ quan tư vấn đặt vấn đề về tính hợp hiến nhưng không yêu cầu cơ quan lập pháp bị ràng buộc bởi những ý kiến đó. Ở Phần Lan, Ủy ban Luật hiến pháp đưa ra các phúc trình về tính hợp hiến và sự phù hợp với các công ước về quyền con người của các dự luật và về một số vấn đề khác cần họ tư vấn cho cơ quan lập pháp¹³³. Tuy nhiên, lập pháp vẫn giữ quyền thông qua dự luật đó bất kể quan điểm của Ủy ban luật hiến pháp như thế nào cũng như bất kể việc Tổng thống có từ chối chứng thực (*confirmation*) đạo luật đó hay không. Nếu Tổng thống từ chối chứng thực, Nghị viện có thể tái thông qua dự luật và trong trường hợp này sự thông qua không cần sự chứng thực của Tổng thống¹³⁴.

2.1.5 Một số phân tích tiếp theo

Các nội dung trong Tài liệu được tiếp cận theo hướng xác định mức độ của khuynh hướng tập trung hay phân tán quyền lực của những điều khoản Hiến pháp và những hệ thống

131 Đạo luật số 32 về Tòa án Hiến pháp, 19 tháng 10 năm 1989

132 Điều 120 Hiến pháp Vương quốc Hà Lan 1983 sửa đổi năm 2002

133 Điều 74 Hiến pháp Cộng hòa Phần Lan 2000 sửa đổi năm 2007

134 Điều 77 Hiến pháp Cộng hòa Phần Lan 2000 sửa đổi năm 2007

tổ chức chính quyền khác nhau. Cách tiếp cận này cũng phù hợp để phân tích vấn đề “kiểm hiến”. Việc kiểm hiến tự bản thân nó hàm chứa sự tập trung quyền lực vào nhánh tư pháp, nơi sẽ đưa ra tiếng nói cuối cùng về những yêu cầu của hiến pháp, bao gồm cả việc giải thích những yêu cầu đó có nghĩa gì đối với các nhánh quyền lực khác. Ở một mức độ nhất định, các nhánh chính quyền

Việc kiểm hiến tự bản thân nó hàm chứa sự tập trung quyền lực vào nhánh tư pháp, nơi sẽ đưa ra tiếng nói cuối cùng về những yêu cầu của hiến pháp, bao gồm cả việc giải thích những yêu cầu đó có nghĩa gì đối với các nhánh quyền lực khác.. Xét dưới góc độ rộng lớn hơn, việc kiểm hiến đã phân tán một cách hiệu quả quyền lực giữa các nhánh chính quyền để không nhánh nào có quá nhiều thẩm quyền mà không có sự liên đới của các nhánh quyền lực khác. phần lớn các hiến pháp hiện hành đều thiết kế sao cho kiểm hiến có thể thực hiện được cả việc tập trung quyền lực lẫn việc phân tán quyền lực giữa các nhánh quyền.

khác phải giải trình trước nhánh tư pháp. Tuy nhiên, xét dưới góc độ rộng lớn hơn, việc kiểm hiến đã phân tán một cách hiệu quả quyền lực giữa các nhánh chính quyền để không nhánh nào có quá nhiều thẩm quyền mà không có sự liên đới của các nhánh quyền lực khác. Các nhánh chính trị của chính quyền soạn thảo và thi hành luật, kiểm soát thuế và chi tiêu, thống lĩnh quân đội và điều hành phần lớn các thiết chế chính quyền. Kiểm hiến cho phép nhánh tư pháp tham gia cùng hoặc giám sát một số các quy trình đó. Tuy nhiên, cách thiết kế hoạt động kiểm hiến thường cũng tạo giới hạn về phạm vi kiểm hiến của nhánh tư pháp bằng việc đặt ra yêu cầu về điều kiện phát sinh kiểm hiến hay bằng việc giới hạn đối tượng chịu sự kiểm hiến. Trong một số trường hợp, tư pháp chỉ có thể xem xét các vụ án hoặc vấn đề tranh cãi một khi nó được các bên tranh tụng hoặc các nhánh quyền lực khác đưa ra trước tòa án. Theo một số hiến pháp khác, tư pháp bị giới hạn trong việc chỉ kiểm tra một số loại văn bản nhất định. Do đó, ngay cả khi nhánh tư pháp độc lập thì nó cũng chỉ có quyền lực hữu hạn. Chính vì vậy, trong khi quy trình kiểm hiến được xem như một công cụ tập trung hay phân tán quyền lực giữa các nhánh quyền lực, phần lớn các hiến pháp hiện hành đều thiết kế sao cho kiểm hiến có thể thực hiện được cả 2 nội dung này. Nếu thiết kế được sự cân bằng hợp lý giữa 2 nội dung này thì có thể có tác dụng cải thiện hoạt động của chính quyền cũng như tăng cường tính hợp pháp, chính danh của các hành vi của các nhánh chính quyền khác.

Phần lớn cách thiết kế mô hình kiểm hiến đều tạo dựng dạng thức bảo vệ pháp lý mạnh. Vì mỗi nhánh quyền lực đều được giao nhiệm vụ áp dụng hiến pháp một cách thống nhất và không thiên vị, sự giám sát của tư pháp được coi như sự bảo vệ mang tính pháp lý chống lại sự vi phạm hiến pháp. Tuy nhiên, tư pháp không vận hành một cách cô lập và miễn dịch khỏi những lực lượng chính trị. Các tác nhân chính trị nói chung bỏ nhiệm vụ thẩm phán, và thẩm phán sẽ không bỏ qua việc xem xét ý kiến người dân hoặc khả năng thi hành phán quyết của hành pháp.

Phần lớn cách thiết kế mô hình kiểm hiến đều tạo dựng dạng thức bảo vệ pháp lý mạnh. Vì mỗi nhánh quyền lực đều được giao nhiệm vụ áp dụng hiến pháp một cách thống nhất và không thiên vị, sự giám sát của tư pháp được coi như sự bảo vệ mang tính pháp lý chống lại sự vi phạm

hiến pháp. Tuy nhiên, như chương này đã đề cập, các nhà lập hiến không nên cho rằng tư pháp sẽ không bị ảnh hưởng bởi các sức ép về mặt chính trị. Mặc dù có những cơ chế giảm thiểu ảnh hưởng chính trị lên nhánh tư pháp, tư pháp không vận hành một cách cô lập và miễn dịch khỏi những lực lượng chính trị. Các tác nhân chính trị nói chung bổ nhiệm thẩm phán và việc họ lựa chọn những cá nhân chia sẻ các quan điểm chính trị với họ cũng là dễ hiểu. Dù thẩm phán sẽ phải áp dụng luật để phân tích các dữ liệu thực tế nhưng việc áp dụng luật cho phép các thẩm phán có sự tự do nhất định khi đưa ra phán quyết. Và khi phán quyết, thẩm phán sẽ không bỏ việc cân nhắc ý kiến của người dân hoặc khả năng thi hành phán quyết của hành pháp. Vì những lý do nêu trên, kiểm hiến mang tính chất của cả những hành vi pháp lý và hành vi chính trị. Một lần nữa, cũng cần nhấn mạnh rằng, cần thiết để sự cân bằng hợp lý về phạm vi kiểm hiến cũng như dạng thức kiểm hiến phù hợp với bối cảnh cụ thể của mỗi quốc gia.

2.2 Các thẩm quyền khác

Bên cạnh kiểm hiến, hiến pháp còn có thể trao cho tòa án quyền tác động đến việc làm luật thông qua những phương tiện khác. Một trong số đó là quyền đưa ra các ý kiến tư vấn về tính hợp hiến của đạo luật, trước hoặc sau khi nó được ban hành. Phương cách thứ hai là cho phép sự tham gia của tư pháp

Bên cạnh việc kiểm hiến, hiến pháp còn trao cho tòa án những phương tiện khác để tác động đến việc làm luật, ví dụ đưa ra các ý kiến tư vấn về tính hợp hiến của đạo luật hoặc trước hoặc sau khi nó được ban hành, hay việc cho phép sự tham gia của tư pháp vào quá trình sửa đổi hiến pháp.

vào quá trình sửa đổi hiến pháp. Tư pháp còn có thể có cả quyền giám sát chung đối với các nhánh quyền khác hoặc đối với các cơ quan hành chính. Hiến pháp có thể trao cho tư pháp vai trò nhất định trong quá trình luận tội nguyên thủ quốc gia hay trong việc giải tán quốc hội. Ngoài ra, Tòa án còn có thể điều hòa các đảng phái chính trị hoặc giám sát quá trình bầu cử. Một số hiến pháp – để duy trì trật tự và tránh lạm quyền trong thời gian khủng hoảng - yêu cầu nhánh hành pháp phải có sự đồng thuận của tư pháp trước khi tuyên bố tình trạng khẩn cấp.

2.2.1 Ý kiến tư vấn

Ý kiến tư vấn (*advisory opinions*) có thể được xem như một dạng kiểm hiến không có tính bắt buộc phải thi hành. Đây là một phương tiện mà qua đó tòa án có thể tư vấn cho các nhánh quyền lực khác về tính hợp hiến của các hành vi mà tòa án đang xem xét nhưng không buộc các nhánh quyền đó phải tuân theo những ý kiến của tòa. Ví dụ, lập pháp có thể xin ý kiến tư vấn khi đang thảo luận về một đạo luật. Bởi ý kiến tư vấn không có tính bắt buộc phải thi hành nên nó thiếu chế tài pháp lý. Ý kiến tư vấn do đó tạo ra sự bảo vệ mang tính chính trị hơn là sự bảo vệ mang tính pháp lý đối với hiến pháp. Tuy nhiên, với tư cách là một phương sách chính trị, các ý kiến tư vấn của tòa án có thể có ảnh hưởng đáng kể đối với quy trình làm luật. Khi được trang bị thêm ý kiến tư vấn trong đó bày tỏ sự nghi ngờ về tính hợp hiến của một đạo luật cụ thể, các bên phản đối đạo luật đó có thể dựa vào ý kiến tư vấn để củng cố tính chính đáng, thuyết

phục cho các lập luận của mình, từ đó tạo ra tác động chính trị đáng kể. Tương tự, ý kiến tư vấn theo hướng khẳng định tính hợp hiến của một đạo luật cụ thể có thể giúp đạo luật thoát khỏi những lập luận bác bỏ của các lực lượng chính trị phản đối đạo luật đó. Tuy nhiên, vì ý kiến tư vấn vẫn thiếu tính ràng buộc pháp lý, những ý kiến đó không phải là tiếng nói cuối cùng. Các tác nhân chính trị có thể vượt qua ảnh hưởng của kết luận về tính hợp hiến hay vi hiến mà ý kiến tư vấn đó đưa ra. Ví dụ như ở Canada: bên cạnh thẩm quyền kiểm hiến, Tòa án tối cao có thể ban hành các ý kiến tư vấn không có hiệu lực pháp lý ràng buộc để trả lời những “câu hỏi tham vấn” của chính quyền, thông thường liên quan đến tính hợp hiến của luật¹³⁵.

2.2.2 Sửa đổi hiến pháp

Quyền lực tư pháp cũng có thể bao gồm cả quyền tham gia vào quá trình sửa đổi hiến pháp. Sửa đổi hiến pháp cho phép các tác nhân chính trị có thể thay đổi căn bản khuôn khổ pháp lý và chính trị của chính quyền. Để thúc đẩy sự ổn định, phần lớn các hiến pháp thiết kế một quy trình sửa đổi rất phức tạp, khó khăn; trong đó, có sự tham gia của các cơ quan chính quyền, thiết chế chính trị và các nhánh quyền lực. Một số hiến pháp thậm chí yêu cầu sự tham gia của nhánh tư pháp. Theo Hiến pháp Nam Phi, Tòa án Hiến pháp có thể xem xét tính hợp hiến của sự sửa đổi Hiến pháp¹³⁶. Các nhà lập hiến có thể mong muốn tư pháp có vai trò quan trọng như vậy trong quá trình sửa đổi hiến pháp, nhấn mạnh tầm quan trọng đặc biệt của các nguyên lý hiến pháp. Thậm chí, nếu không có sự ủng hộ của tư pháp, các tác nhân chính trị có thể không được sửa đổi một số điều khoản nhất định, bất kể các điều khoản đó có bị phản đối về mặt chính trị đến đâu đi chăng nữa. Cách thiết kế này đã loại trừ một số vấn đề nhất định khỏi quy trình chính trị, thay vào đó dựa vào tư pháp để có hiệu ứng về những thay đổi về mặt hiến pháp, và nó cũng tạo nên sự tập trung quyền lực nhất định cho nhánh tư pháp. Ukraine là nước đưa có quy trình sửa đổi hiến pháp với tính chất như vậy.¹³⁷

2.2.3 Tình trạng khẩn cấp

Để đưa ra một phản ứng mau chóng và hiệu quả trong thời gian khủng hoảng, rất nhiều bản hiến pháp trao cho một nhánh quyền hoặc một chủ thể quyền tuyên bố tình trạng khẩn cấp (*state of emergency*) hoặc thiết quân luật. Quyền lực đó thường được trao cho nhánh hành pháp vì đây là nhánh quyền lực được cho là có khả năng nhất trong việc đưa ra phản ứng nhanh nhạy và kịp thời. Quyền tuyên bố tình trạng khẩn cấp là một quyền rất quan trọng, thông thường cho phép tạm thời đình chỉ hiệu lực của một số điều khoản hiến pháp, bao gồm cả việc hạn chế một số quyền và tự do nhất định. Do đó, để tránh khả năng lạm dụng quyền này, phần lớn các bản hiến pháp giới hạn khả năng của hành pháp tuyên bố tình trạng khẩn cấp bằng việc đưa ra các điều kiện giới hạn những hoàn cảnh nào đủ để được coi là tình trạng khẩn cấp hoặc yêu cầu cần có sự ủng hộ của các nhánh quyền khác, bao gồm nhánh tư pháp. Ví dụ, Hiến pháp Thái Lan trao cho nhánh tư pháp khả năng tạm

135 Điều 53 Đạo luật Tòa án Tối cao Canada 1985

136 Điều 167(4) Hiến pháp Cộng hòa Nam Phi 1996 sửa đổi năm 2007

137 Điều 157 và 159 Hiến pháp của Ukraine 1996

dừng tuyên bố tình trạng khẩn cấp của nhánh hành pháp¹³⁸. Mặc dù Nhà Vua Thái Lan có thể ban bố sắc lệnh về tình trạng khẩn cấp, sắc lệnh đó không có hiệu lực nếu không có sự ủng hộ của Hội đồng chính phủ và Quốc hội. Một số lượng thành viên Quốc hội nhất định, có thể đưa vấn đề này ra Tòa án Hiến pháp, cơ quan này sẽ quyết định sắc lệnh của Nhà Vua có đáp ứng được yêu cầu của hiến pháp hay không. Tuy nhiên, ở một mức độ nào đó, Hiến pháp cũng giảm khả năng của Tòa án Hiến pháp trong việc ngừng sắc lệnh tuyên bố tình trạng khẩn cấp bằng việc quy định sắc lệnh tuyên bố tình trạng khẩn cấp bị ngừng chỉ khi có sự đồng thuận của 2/3 thẩm phán của tòa¹³⁹. Mặc dù vậy, khả năng kiềm chế chắc chắn cũng làm giảm sự tự do của hành pháp trong việc ban bố tình trạng khẩn cấp.

2.2.4 Quy trình luận tội

Tư pháp cũng có thể thực thi sự bảo vệ mang tính pháp lý chống lại việc sử dụng sai quy trình luận tội (*impeachment process*) hay lạm quyền giải tán quốc hội của hành pháp. Một lần nữa, chỉ riêng việc tư pháp có khả năng can thiệp vào quy trình này cũng

Nhánh tư pháp có thể có quyền hạn can thiệp vào quy trình luận tội nguyên thủ quốc gia hay quy trình giải tán quốc hội, quy định, điều chỉnh các đảng phái chính trị hay giám sát quy trình bầu cử, hay phê chuẩn việc ban bố tình trạng khẩn cấp.

có thể giảm thiểu số lượng các vụ việc lập pháp sử dụng quy trình luận tội để loại bỏ nhánh hành pháp mà không đưa ra được lý do chính đáng, tương tự, sự tham gia của tư pháp cũng đặt ra những trở ngại làm cho nhánh hành pháp khó khăn hơn nếu muốn giải tán quốc hội. Sự chỉ trích của tư pháp đối với lập pháp hoặc tư pháp chắc chắn sẽ gây ảnh hưởng chính trị xấu cho các nhánh quyền này. Sự bảo vệ mang tính pháp lý này, do đó, cải thiện tính chính xác trong các lời cáo buộc nhằm loại bỏ nhánh hành pháp hoặc trong các lý lẽ cho việc giải tán Quốc hội. Nhánh tư pháp ở Afghanistan và Sudan là những ví dụ minh họa cho thấy tư pháp đóng vai trò quan trọng trong quy trình luận tội.¹⁴⁰

2.2.5 Giám sát quy trình bầu cử

Tư pháp cũng có thể có một mức độ ảnh hưởng đối với các hoạt động chính trị thông qua trợ giúp cho việc quản lý, giám sát quy trình bầu cử hoặc quy định, điều chỉnh các đảng phái chính trị. Ví dụ, Hiến pháp CHLB Đức, Hàn Quốc và Thổ Nhĩ Kỳ trao cho tòa án việc quy định, điều chỉnh cách hoạt động đảng phái và thậm chí, trong một số trường hợp, cấm các đảng phái chính trị¹⁴¹. Tòa án ở một số quốc gia như Pháp và Mông Cổ, được hiến pháp trao quyền cho giám sát quá trình bầu cử và trung cầu ý dân¹⁴². Hội đồng Hiến pháp có ảnh hưởng đặc biệt đối với các hoạt động chính trị ở Pháp: với tư cách là người bảo vệ bảo đảm cuộc bầu cử diễn ra công bằng, Hội đồng Hiến pháp có thể tuyên bố một cuộc bầu cử không

138 Điều 185 Hiến pháp Thái Lan 2007

139 Điều 185 Hiến pháp Thái Lan 2007

140 Điều 69 Hiến pháp Cộng hòa Hồi giáo Afghanistan 2004; Điều 60(2) Hiến pháp quốc gia tạm thời Cộng hòa Sudan 2005

141 Điều 69 Hiến pháp Cộng hòa Thổ Nhĩ Kỳ 1982 sửa đổi năm 2007; Điều 21 của Luật cơ bản của Cộng hòa liên bang Đức 1949 sửa đổi 2006; Điều 8(4) Hiến pháp Cộng hòa Hàn Quốc 1948 sửa đổi năm 1987

142 Điều 58 của Hiến pháp Cộng hòa Pháp 1958 sửa đổi năm 2008; Điều 66(2)(2) Hiến pháp Mông Cổ 1992

có hiệu lực pháp lý. Nó cũng giám sát việc thực thi các luật thủ tục có tác động đến các đảng phái chính trị, bao gồm quy định về vận động tài chính cho bầu cử.

3. Sự độc lập và tính chịu trách nhiệm của tư pháp

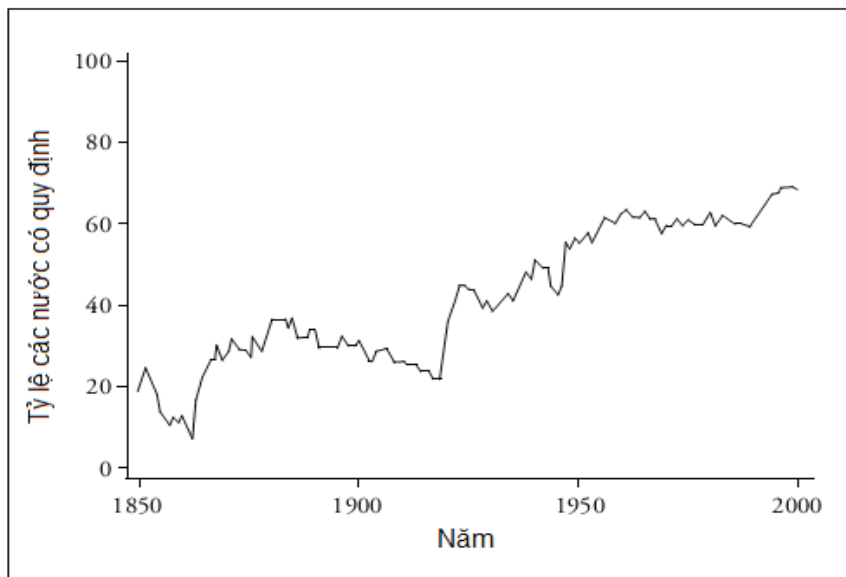
Phần trước chương này đã phác thảo vài nét về các thẩm quyền có thể có của tư pháp, phần này sẽ chuyển sang thảo luận về tầm quan trọng của sự độc lập của tư pháp và các cơ chế hiến pháp mà theo đó các nhánh quyền khác có thể có ảnh hưởng hoặc giám sát nhánh tư pháp. Sự độc lập của tư pháp, bất kể các quyền lực và nhiệm vụ cụ thể mà hiến pháp trao cho nó, là một phần thiết yếu bảo đảm hiến pháp được thi hành đúng. Sự độc lập của tư pháp là hòn đá tảng của pháp quyền, theo đó, đòi hỏi sự áp dụng và giải thích luật bình đẳng và không thiên vị. Đây cũng là yêu cầu thiết yếu cho việc thực thi các điều khoản về quyền con người cũng như các bảo đảm khác của hiến pháp, nó cũng tăng cường khả năng của tư pháp tham gia một cách độc lập và có ý nghĩa vào việc giải quyết các tranh chấp và vào quá trình kiểm hiến.

Sự độc lập của tư pháp là hòn đá tảng của pháp quyền.

Nhiều bản Hiến pháp quy định rõ về việc cam kết tuân thủ nguyên tắc độc lập của tư pháp. Trong số các hiến pháp hiện hành, có tới 65% hiến pháp chứa đựng các quy định như vậy¹⁴³. Số lượng này cũng đang tăng dần. Bảng 1 chỉ ra xu hướng ghi nhận rõ trong Hiến pháp cam kết tuân thủ nguyên tắc độc lập của tư pháp.

Nhiều bản Hiến pháp quy định rõ về việc cam kết tuân thủ nguyên tắc độc lập của tư pháp. Trong số các hiến pháp hiện hành, có tới 65% hiến pháp chứa đựng các quy định như vậy¹⁴³. Số lượng này cũng đang tăng dần. Bảng 1 chỉ ra xu hướng ghi nhận rõ trong Hiến pháp cam kết tuân thủ nguyên tắc độc lập của tư pháp.

Bảng 1: Tỷ lệ phần trăm hiến pháp có quy định cụ thể về tính độc lập của các cơ quan tư pháp trung ương, tính theo năm (số hiến pháp được khảo sát là 550)



Nguồn: constitutionmaking.org, Báo cáo về độc lập tư pháp, tại <http://www.constitutionmaking.org/reports.html>

¹⁴³ Constitutionmaking.org Báo cáo về sự độc lập tư pháp

Một nhánh tư pháp phụ thuộc và dễ sai khiến sẽ dẫn đến việc các nhánh chính trị có những quyền lực không bị kiểm chế, làm suy yếu sự bảo vệ quyền của các cá nhân và tạo cơ hội cho tham nhũng. Tuy nhiên, một nhánh tư pháp quá mạnh mẽ cũng sẽ làm tổn hại đáng kể tính tự trị và trách nhiệm chính trị của nhánh chính trị. Bên cạnh đó, để duy trì sự bảo vệ pháp quyền, nhánh tư pháp phải có trách nhiệm trong việc thực thi công lý một cách hiệu quả và kịp thời. Vì vậy, Hiến pháp phải tạo ra một mức độ ảnh hưởng hoặc giám sát của các nhánh chính trị hoặc các cơ quan giám sát, chẳng hạn như hội đồng tư pháp, đối với nhánh tư pháp để bảo đảm yêu cầu về tính chịu trách nhiệm của nhánh tư pháp. Để tạo ra sự cân bằng hợp lý giữa sự độc lập và khả năng chịu trách nhiệm của tư pháp, các nhà lập hiến phải xem xét cân trọng bối cảnh cụ thể của quốc gia. Có rất nhiều nhân tố, kể cả trong phạm vi văn bản hiến pháp lẫn bên ngoài, có ảnh hưởng đến sự độc lập của tư pháp. Phần này sẽ tập trung vào ba khả năng có thể lựa chọn khi thiết kế hiến pháp khi muốn có sự tác động trực tiếp đến tính độc lập và tính chịu trách nhiệm của nhánh tư pháp.

Đầu tiên là thông qua việc lựa chọn thẩm phán. Đây là công cụ đặc biệt hữu hiệu mà qua đó, các nhánh quyền lực khác có thể gây ảnh hưởng đối với tư pháp. Ở nhiều quốc gia, đây là một vấn đề dễ gây tranh cãi. Vấn đề thứ hai liên quan đến sự độc lập của tư pháp là giới hạn nhiệm kỳ của thẩm phán. Một nhiệm kỳ dài hạn có thể giúp thẩm phán tránh khỏi sự trả đũa chính trị do có những quyết định không được các nhánh quyền lực khác ủng hộ; thẩm phán sẽ giảm bớt được những mối quan ngại mang tính cá nhân khi đưa ra phán quyết, và điều đó cũng trao cho thẩm phán sự tự chủ và độc lập dựa trên những nền tảng pháp lý thay vì chính trị. Nhưng mặt khác, một nhiệm kỳ dài hạn cũng có thể xem như tiến trình thay đổi và tiến triển của luật bị giới hạn. Vấn đề cuối cùng là việc bãi nhiệm thẩm phán. Hiến pháp có nhiều cách thức khác nhau để chống lại sự bãi nhiệm thẩm phán tùy tiện hoặc bãi nhiệm dựa trên những động cơ chính trị.

3.1 Lựa chọn thẩm phán

Như đã thảo luận ở phần trên, quyền chọn lựa thẩm phán có ảnh hưởng đáng kể đến sự cân bằng quyền lực. Phần lớn các Hiến pháp trao các quyền này cho các nhánh chính trị mà thường là Tổng thống hay Thủ tướng, nhưng hiếm khi Hiến pháp cho phép Tổng thống và Thủ tướng quyền quyết định này mà không có sự ủng hộ, đề xuất hay phê chuẩn của một nhánh quyền lực khác. Mặc dù vậy, nhánh hành pháp vẫn có khá nhiều quyền lực trong lĩnh vực này. Ở Zimbabwe, Tổng thống, với sự tư vấn của Hội đồng Nhân sự Tư pháp (Judicial Service Commission), có quyền bổ nhiệm thẩm phán¹⁴⁴. Tuy vậy, Tổng thống cũng là người bổ nhiệm phần lớn các thành viên của Hội đồng này, do đó ở một mức độ nhất định, quy định này đã phá vỡ mục đích phân tán quyền bổ nhiệm thẩm phán.

Tại một số quốc gia khác, lập pháp có nhiều kiểm soát hơn đối với việc bổ nhiệm thẩm phán. Ở nước Cộng hòa Macedonia (Nam Tư cũ), lập pháp bầu ra các thành viên của cả Tòa án Hiến pháp và Hội đồng Tư pháp – các cơ quan sẽ đề xuất việc bầu chọn và bãi nhiệm thẩm phán, đánh giá năng lực và giám sát việc xem xét trách nhiệm giải trình của

144 Điều 84 Hiến pháp Cộng hòa Zimbabwe 1979

thẩm phán¹⁴⁵. Trong nhiều bản hiến pháp, nhánh hành pháp và lập pháp đều tham gia vào quá trình bổ nhiệm thẩm phán của các tòa án cấp cao nhất. Tại Hungary, nhánh lập pháp bổ nhiệm thẩm phán Tòa án Hiến pháp, trong khi đó Tổng thống bổ nhiệm thẩm phán Tòa án Tối cao¹⁴⁶. Tại Indonesia, nhánh lập pháp và hành pháp đều tham gia vào quá trình bổ nhiệm các thẩm phán Tòa án Tối cao, Hội đồng Tư pháp và Tòa án Hiến pháp¹⁴⁷.

Ba khả năng có thể lựa chọn khi thiết kế hiến pháp khi muốn có sự tác động trực tiếp đến tính độc lập và tính chịu trách nhiệm của nhánh tư pháp là thông qua cách thức lựa chọn và bổ nhiệm thẩm phán, giới hạn nhiệm kỳ thẩm phán và quy trình bãi nhiệm thẩm phán.

Ngay cả khi thẩm phán cố gắng gạt ra ngoài những quan điểm chính trị hoặc cá nhân khi giải thích pháp luật thì kinh nghiệm và định hướng của bản thân thẩm phán cũng vẫn tất yếu có ảnh hưởng tới các quyết định được đưa ra. Các tác nhân chính trị khi bổ nhiệm thẩm phán theo lẽ thường sẽ cố lựa chọn những người có cùng nguyên tắc chính trị. Do vậy, quyền bổ nhiệm, khi có sự tham gia của nhánh hành pháp hoặc lập pháp, là sự kiểm soát mang tính chính trị đối với nhánh tư pháp. Vì vậy, hiến pháp quốc gia nào cho phép các nhánh chính trị bổ nhiệm thẩm phán thì chính là quốc gia đó ủng hộ quan điểm đặt ảnh hưởng chính trị lên đặc tính và kết cấu của tư pháp.

Quyền bổ nhiệm thẩm phán của nhánh hành pháp hoặc lập pháp là sự kiểm soát mang tính chính trị đối với nhánh tư pháp.

Bằng việc trao trách nhiệm lựa chọn thẩm phán cho nhiều chủ thể, hiến pháp có thể làm giảm thiểu rủi ro rằng bất cứ cá nhân nào cũng có thể có ảnh hưởng quá nhiều đối với sự phát triển của luật. Một hệ thống như vậy cũng có thể loại bỏ những thẩm phán có ý thức hệ quá cực đoan, bởi phần lớn các ứng cử viên được lựa chọn sau khi đã đạt được thỏa hiệp thông qua thương lượng chính trị. Ví dụ, theo Hiến pháp Ethiopia và Nam Phi, Hội đồng Tư pháp có tham gia vào quá trình lựa chọn thẩm phán Tòa án Hiến pháp¹⁴⁸. Ở Brazil, Tổng thống lựa chọn các ứng cử viên cho nhánh tư pháp, sau đó họ cần được cơ quan lập pháp phê chuẩn¹⁴⁹. Để tối đa hóa tính đa dạng của các quan điểm trong nhánh tư pháp, Hiến pháp Italia trao cho Tổng thống, Nghị viện và các tòa án cấp dưới, mỗi cơ quan được lựa chọn 1/3 số thành viên của Tòa án Hiến pháp¹⁵⁰.

Sự bảo vệ pháp lý có thể củng cố sự độc lập của tư pháp. Nhiều hiến pháp quy định rõ những tiêu chuẩn lựa chọn để giới hạn số lượng các ứng viên thẩm phán tiềm năng. Tiêu chuẩn này bao gồm giới hạn độ tuổi, dân tộc, nguồn gốc tôn giáo, trình độ pháp luật và kinh

145 Điều 104 và Điều 109 Hiến pháp Cộng hòa Macedonia 1991 sửa đổi năm 2005

146 Điều 19(3)(k), Điều 32A(4) và Điều 48 Hiến pháp Cộng hòa Hungary 1949 sửa đổi năm 2003

147 Điều 24A-C Hiến pháp Cộng hòa Indonesia 1945 sửa đổi năm 2002

148 Điều 174 Hiến pháp Cộng hòa Nam Phi 1996; Điều 81 Hiến pháp Liên bang dân chủ cộng hòa Ethiopia 1995

149 Điều 101 Hiến pháp Cộng hòa Liên bang Brazil 1998

150 Điều 135 Hiến pháp Cộng hòa Italia 1948 sửa đổi năm 2003

nghiệm công tác¹⁵¹. Các nhà lập hiến có thể lựa chọn một số tiêu chuẩn nhất định để đạt tới sự cân bằng trong nhánh tư pháp, bảo đảm sự đa dạng về quan điểm, hoặc để khuyến khích tính chuyên nghiệp hơn là tính chính trị trong nhánh tư pháp.

Một cách thức bảo vệ pháp lý khác đối với sự độc lập của tư pháp là sự tham gia của một cơ quan độc lập, không thiên vị trong quá trình chọn lựa thẩm phán. Hiến pháp Bosnia và Herzegovina trao cho một cơ quan quốc tế, Tòa án Nhân quyền Châu Âu, lựa chọn 3 trong số 9 thẩm phán của Tòa án Hiến pháp¹⁵². Một số hiến pháp khác trao cho cơ quan độc lập (nội địa) quyền lựa chọn thẩm phán, mặc dù những cơ quan này thường hoạt động song song cùng các nhánh chính trị. Ví dụ, ở Uganda, Hội đồng Nhân sự Tư pháp (Judicial Service Commission) chỉ định thẩm phán tòa án cấp dưới nhưng khi bổ nhiệm thẩm phán của tòa án cấp cao nhất, vai trò của Hội đồng chỉ dừng lại ở việc tư vấn cho Tổng thống bổ nhiệm và sau đó cần có sự phê chuẩn từ Nghị viện¹⁵³. Sự tham gia của các hội đồng tư pháp hoặc hội đồng nhân sự tư pháp độc lập có thẩm quyền bổ nhiệm thẩm phán sẽ bảo vệ chắc chắn hơn và thậm chí tăng cường sự độc lập của nhánh tư pháp bằng cách giảm thiểu đánh kể sự kiểm soát chính trị đối với vấn đề này.

Một cách thức bảo vệ pháp lý khác đối với sự độc lập của tư pháp là sự tham gia của một cơ quan độc lập, không thiên vị trong quá trình chọn lựa thẩm phán.

Bản thân nhánh tư pháp cũng có thể tham gia hoặc thậm chí có sự kiểm soát tuyệt đối trong quá trình bổ nhiệm thẩm phán. Cách thiết kế quy trình bổ nhiệm thẩm phán theo hướng này sẽ tối đa hóa sự độc lập của tư pháp, nhưng đồng thời cũng tạo ra sự tập trung quyền lực vào nhánh tư pháp. Trong khi nhánh tư pháp, khi so sánh với các nhánh chính trị, có khả năng chọn lựa được các thẩm phán vô tư và có năng lực hơn - mặc dù cũng không có bằng chứng nào cho lập luận này - thì điều đó cũng có khả năng dẫn tới việc lựa chọn những thẩm phán có tính đại diện kém hơn. Hơn thế nữa, việc trao quyền bổ nhiệm chỉ riêng cho nhánh tư pháp sẽ bỏ qua sự kiểm tra chính trị quan trọng lên tư pháp - thiết chế vốn không mang tính chính trị, và có thể có lúc lại xâm phạm chính sự độc lập của tư pháp dưới hình thức là phương thức đối phó. Theo Hiến pháp Bồ Đào Nha, các thẩm phán được bầu được trao quyền bổ nhiệm một bộ phận thành viên cho hội đồng xét xử¹⁵⁴. Ở Bulgaria, nhánh tư pháp cũng có quyền bổ nhiệm thẩm phán: thẩm phán của các tòa án cao nhất có thể bổ nhiệm thành viên của tòa án cấp thấp hơn¹⁵⁵. Tương tự, theo Hiến pháp Afghanistan, Tòa án Tối cao đề cử các thẩm phán cho các án cấp dưới¹⁵⁶. Bảng 2 minh họa quy trình bổ nhiệm thẩm phán trong một số bản hiến pháp.

151 Điều 118 Hiến pháp Cộng hòa Hồi giáo Afghanistan 2004; Điều 182(VI) Hiến pháp nhà nước Bolivia 2009; Điều 106 và 135 Hiến pháp Cộng hòa Italia 1948 sửa đổi năm 2003

152 Điều VI(1)(a) Hiến pháp Bosnia và Herzegovina 1995

153 Điều 142 và 148 Hiến pháp Cộng hòa Uganda 1995

154 Điều 222 Hiến pháp Cộng hòa Bồ Đào Nha 1976 sửa đổi năm 2005

155 Điều 147 Hiến pháp Cộng hòa Bulgaria 1991; Điều 135 Hiến pháp Cộng hòa Italia 1948 sửa đổi năm 2003

156 Điều 132 Hiến pháp Cộng hòa Hồi giáo Afghanistan 1994

Bảng 2: Lựa chọn thẩm phán

Hành pháp bổ nhiệm bởi một ủy ban	Hành pháp bổ nhiệm không có ủy ban	Một ủy ban bổ nhiệm	Lập pháp bổ nhiệm	Bổ nhiệm suốt đời
Afghanistan	Albania	Algeria	Trung Quốc	Pháp
Argentina	Angola	Bulgaria	Cuba	Đức
Australia	Canada	Croatia	Lào	Italy
Bangladesh	CH Dominica	Síp	Macedonia	Nhật Bản
Belarus	Anh và Xứ Uên	Li Băng	Mexico	Bồ Đào Nha
Bi	Hy Lạp	Tây Ban Nha	Montenegro	
Campuchia	Israel	Yemen	Rwanda	
Chad	Namibia			
CH Séc	Ba Lan			
New Zealand	Nga			
Thổ Nhĩ Kỳ	Nam Phi			
Uzbekistan	Zimbabwe			

3.2 Nhiệm kỳ thẩm phán

Nhiệm kỳ phục vụ của thẩm phán cũng có ảnh hưởng tới sự độc lập của tư pháp, bởi lẽ khi được bảo đảm về công việc, thẩm phán có thể đưa ra phán quyết mà không phải bận tâm tới phúc lợi cá nhân và nghề nghiệp của mình. Sự bảo vệ mang

Khi được bảo đảm về công việc, thẩm phán có thể đưa ra phán quyết mà không phải bận tâm tới phúc lợi cá nhân và nghề nghiệp của mình,, nhưng một nhiệm kỳ dài cũng có thể làm suy yếu tính chịu trách nhiệm giải trình của tư pháp đối với cả các nhánh quyền lực khác và với cử tri.

tính chính trị ở đây không đóng vai trò gì và có thể phá vỡ mục tiêu sự độc lập tư pháp. Dạng thức mạnh mẽ nhất của sự bảo vệ mang tính pháp lý trong trường hợp này là nhiệm kỳ suốt đời, như được ghi nhận trong Hiến pháp Argentina¹⁵⁷ và Estonia¹⁵⁸. Dạng thức bảo vệ ở cấp độ thấp hơn là tiêu chuẩn về độ tuổi về hưu, tiêu chuẩn này thúc đẩy sự độc lập của tư pháp bằng cách loại bỏ quan ngại của thẩm phán về việc tái bổ nhiệm¹⁵⁹. Các dạng

157 Điều 110 Hiến pháp Argentina 1994

158 Điều 147 Hiến pháp Cộng hòa Estonia 1992

159 Điều 77 Hiến pháp Chính trị của Cộng hòa Chi Lê; Điều 291 Hiến pháp Cộng hòa Liên bang Nigeria 1999

thức khác bao gồm quy định về nhiệm kỳ dài hạn, hoặc quy định về nhiệm kỳ khởi đầu ngắn và sau đó nhiệm kỳ tiếp theo kéo dài suốt đời¹⁶⁰.

Mặc dù quy định thẩm phán có nhiệm kỳ dài sẽ tăng cường sự độc lập của tư pháp, nó cũng có thể làm suy yếu tính chịu trách nhiệm giải trình của tư pháp đối với cả các nhánh quyền lực khác và với cử tri. Một nhiệm kỳ ngắn và chế độ tái bổ nhiệm hiển nhiên có hiệu ứng trái ngược: thẩm phán sẽ cần phải công tác có hiệu quả để giữ công việc của mình - điều sẽ được quyết định bởi cơ quan bổ nhiệm hoặc tái bổ nhiệm - nhánh hành pháp hoặc đôi khi là cử tri. Ở Guatemala, thẩm phán Tòa án tối cao có nhiệm kỳ 5 năm, sau đó họ phải được tái bầu bởi quốc hội để tiếp tục công việc¹⁶¹. Ở Nhật Bản, thẩm phán Tòa án Tối cao được bổ nhiệm bởi Nội các, nhưng được người dân xem xét lại sau khi được chọn và cứ 10 năm tiếp theo đó¹⁶². Cuối cùng, một cách thiết kế khác về giới hạn nhiệm kỳ của thẩm phán trong tòa án cấp cao nhất là quy định về việc không được bầu lại hoặc bổ nhiệm lại. Đây là trường hợp của các thành viên của Tòa án Hiến pháp Đức, họ sẽ phục vụ nhiệm kỳ 12 năm mà không có khả năng được bầu lại (các quy định này được tìm thấy trong luật liên bang quy định về Tòa án Hiến pháp chứ không phải trong Hiến pháp Đức).¹⁶³

3.3 Bãi nhiệm thẩm phán

Vấn đề bằng cách thức nào hoặc trong hoàn cảnh nào một thẩm phán bị bãi nhiệm cũng có ảnh hưởng đáng kể đến sự độc lập của tòa án. Để duy trì việc áp dụng pháp luật khách quan và không thiên vị, thẩm phán phải không bị ảnh hưởng bởi khả năng bị bãi nhiệm hoặc chuyển tùy tiện. Tuy nhiên, bởi cũng

Càng có nhiều các chủ thể tham gia, càng có khả năng các lực lượng chính trị đang cạnh tranh nhau có thể ngăn chặn sự bãi nhiệm không chính đáng. Có sự tham gia của nhánh tư pháp trong quy trình bãi nhiệm cũng là một cách bảo vệ sự độc lập của tư pháp. Các dạng thức bảo vệ pháp lý khác ngăn ngừa sự bãi miễn tùy tiện bao gồm việc trao quyền giám sát quá trình bãi nhiệm cho một cơ quan độc lập.

có trường hợp thẩm phán thực sự đáng bãi nhiệm, nhiều hiến pháp quy định một cách rõ ràng nhưng giới hạn những trường hợp thẩm phán có thể bị bãi nhiệm. Một số bản hiến pháp trao cho các chủ thể chính trị thẩm quyền phù hợp để bãi nhiệm thẩm phán. Ví dụ như Hiến pháp Albania cho phép cơ quan lập pháp có thể ảnh hưởng đến sự bãi nhiệm đó¹⁶⁴. Ở Gambia, Tổng thống, với sự tư vấn của Hội đồng Nhân sự Tư pháp có thể chấm dứt sự bổ nhiệm của một thẩm phán tòa án tối cao, trong khi Quốc hội được trao quyền trong quá trình xem xét để bãi nhiệm thẩm phán trên cơ sở những vi phạm của họ.¹⁶⁵

Càng có nhiều các chủ thể tham gia, càng có khả năng các lực lượng chính trị đang cạnh tranh nhau có thể ngăn chặn sự bãi nhiệm không chính đáng các chức danh thẩm phán. Ở Ấn Độ, việc bãi nhiệm thẩm phán đòi hỏi phải có sự phê chuẩn của cả Nghị viện

160 Điều 105 Hiến pháp Cộng hòa Hàn Quốc 1948 sửa đổi năm 1987

161 Điều 207 và 215 Hiến pháp Cộng hòa Guatemala 1985 sửa đổi năm 1993

162 Điều 79 Hiến pháp Nhật Bản 1946

163 Điều 4 Đạo luật Tòa án Hiến pháp Liên bang 1951 sửa đổi năm 2009

164 Điều 128 Hiến pháp Anbania 1998

165 Điều 141 Hiến pháp Gambia 1997

và nhánh hành pháp¹⁶⁶. Mặc dù cách quy định này không loại trừ những khả năng có sự lạm dụng chính trị, việc yêu cầu cần có sự thỏa hiệp giữa các nhánh quyền lực sẽ làm giảm thiểu khả năng lạm dụng đó.

Có sự tham gia của nhánh tư pháp trong quy trình bãi nhiệm cũng là một cách bảo vệ sự độc lập của tư pháp. Hội đồng tư pháp hoặc hội đồng nhân sự tư pháp có thẩm quyền trong việc bổ nhiệm thẩm phán, có thể đóng vai trò như người gác cổng ngăn chặn sự bãi nhiệm dựa trên những động cơ chính trị¹⁶⁷. Một cách thức tham gia khác của tư pháp trong quá trình bãi nhiệm - theo đó bảo vệ sự độc lập của tư pháp và sự tập trung hóa quyền lực của nhánh tư pháp - là, như Thụy Điển, yêu cầu sự bãi nhiệm cần phải có sự ủng hộ của nhánh tư pháp¹⁶⁸. Hiến pháp Đức tạo ra sự bảo

Để duy trì việc áp dụng pháp luật khách quan và không thiên vị, thẩm phán phải không bị ảnh hưởng bởi khả năng bị bãi nhiệm hoặc chuyển tùy tiện. Nhiều hiến pháp quy định một cách rõ ràng nhưng giới hạn những trường hợp thẩm phán có thể bị bãi nhiệm.

Sự độc lập của tư pháp đòi hỏi không chỉ những quy định chính thức nêu trên mà còn cần có sự cam kết của nhà lãnh đạo chính trị đối với pháp quyền – cam kết chịu sự ràng buộc bởi những điều khoản hiến pháp và các quyết định tư pháp. Các nhánh quyền lực khác cũng phải thực thi những biện pháp để chống tham nhũng, thi hành các quyết định tư pháp và củng cố niềm tin của cộng đồng đối với nhánh tư pháp.

vệ pháp lý tương tự để bảo đảm sự độc lập của tư pháp bằng cách quy định rằng việc bãi nhiệm, chuyển hoặc đình chỉ thẩm phán không thể được thực hiện nếu không có một quyết định tư pháp ủng hộ sự bãi nhiệm đó hoặc nếu không tuân thủ chặt chẽ quy trình bãi nhiệm¹⁶⁹. Việc luận tội một thẩm phán liên bang Đức – bãi nhiệm một thẩm phán đã vi phạm những nguyên tắc của Luật Cơ bản (Hiến pháp) hoặc của trật tự hiến pháp – yêu cầu sự tham gia của lập pháp và sự ủng hộ của hai phần ba thành viên Tòa án Hiến pháp đối với sự bãi nhiệm đó. Như vậy, Đức đã xây dựng một hàng rào quan đáng kể - bao gồm sự phân tán quyền lực cho nhiều cơ quan, cũng như cả sự bảo vệ pháp lý lẫn chính trị - ngăn chặn việc bãi nhiệm thẩm phán chỉ dựa trên những động cơ chính trị, từ đó tăng cường đáng kể sự độc lập tư pháp.

Các dạng thức bảo vệ pháp lý khác ngăn ngừa sự bãi nhiệm tùy tiện bao gồm việc trao quyền giám sát quá trình đó cho một cơ quan độc lập và tạo ra những sự bảo vệ mang tính miễn trừ. Croatia chỉ định các cơ quan độc lập để quyết định những trường hợp bãi nhiệm thẩm phán như trên.¹⁷⁰ Những điều khoản trao quyền miễn trừ cho thẩm phán khi họ hành động trong phạm vi thẩm quyền của mình cũng đồng thời nhắm tới việc ủng hộ quá

166 Điều 124 Hiến pháp Cộng hòa Ấn Độ 1950 sửa đổi năm 1995

167 Điều 123 Hiến pháp Cộng hòa Croatia 1990 sửa đổi năm 2001; Điều 105 Hiến pháp Cộng hòa Italia 1948 sửa đổi năm 2003

168 Chương 12, Điều 48 Sweden's Instrument of Government 1975 sửa đổi năm 2002

169 Điều 97 và 98 Luật cơ bản của Cộng hòa Liên bang Đức 1975 sửa đổi năm 2009

170 Điều 122 Hiến pháp Cộng hòa Croatia 1990 sửa đổi năm 2001

trình ra quyết định độc lập của tư pháp¹⁷¹. Mặt khác, điều khoản miễn trừ nếu được áp dụng không chính xác sẽ có thể làm gia tăng tham nhũng và ngăn ngừa tính chịu trách nhiệm giải trình của tư pháp.

Sự độc lập của tư pháp đòi hỏi không chỉ những quy định chính thức nêu trên mà còn cần có sự cam kết của các nhà lãnh đạo chính trị đối với pháp quyền – cam kết chịu sự ràng buộc bởi những điều khoản hiến pháp và các quyết định tư pháp. Các nhánh quyền lực khác cũng phải tránh viện tới sự tham gia của tư pháp vào việc giải quyết các tranh chấp chính trị hoặc các hoạt động khác ngoài phạm vi thẩm quyền chủ yếu của tư pháp là giải quyết các tranh chấp và giải thích luật.

Nhánh tư pháp độc lập và thực hiện đúng chức năng của mình cũng đòi hỏi cần xem xét yếu tố thực tế cần thiết, chẳng hạn như cần có sự hỗ trợ tài chính thích hợp. Trong khi những điều khoản hiến pháp ủng hộ sự độc lập và không thiên vị của tư pháp, nhánh hành pháp cũng phải thực thi những biện pháp để chống tham nhũng, thi hành các quyết định tư pháp và củng cố niềm tin của cộng đồng đối với nhánh tư pháp. Trong khi hiến pháp thường đề cao tính minh bạch khi nói đến chức năng của nhánh tư pháp – như quyền được xét xử công khai – các biện pháp của lập pháp và hành chính cũng phải đồng thời củng cố tính minh bạch đó, đặc biệt về khía cạnh thủ tục tư pháp và quá trình chọn lựa và bổ nhiệm thẩm phán.

4. Đa nguyên pháp luật

Phần cuối cùng của chương này sẽ xem xét khái niệm đa nguyên pháp luật (*legal pluralism*). Sự đa nguyên pháp luật thường được quy định trong hiến pháp các quốc gia có sự chia rẽ xã hội, nơi mà các nhóm

Sự đa nguyên pháp luật thường được quy định trong hiến pháp các quốc gia có sự chia rẽ xã hội, nơi mà các nhóm khác nhau ủng hộ các quy phạm hoặc hệ thống pháp luật đối chọi nhau, ví dụ như những hệ thống dựa trên những quy phạm tôn giáo hoặc tập quán bản địa.

khác nhau ủng hộ các quy phạm hoặc hệ thống pháp luật đối chọi nhau. Bằng việc công nhận nhiều quy phạm pháp luật, nhiều hệ thống pháp luật và nhiều nguồn luật cùng tồn tại trong một quốc gia, hiến pháp có thể tạo một địa vị pháp lý đặc thù cho những nhóm nhất định hoặc những khu vực nhất định. Sự đa nguyên pháp luật cũng cho phép các nhà lập hiến thừa nhận những hệ thống pháp luật “bên lề” – những hệ thống dựa trên những quy phạm tôn giáo hoặc tập quán bản địa – và tạo cơ hội trao quyền cho những nhóm thiểu số và dễ hợp pháp hóa và lưu giữ những chuẩn mực và truyền thống văn hóa. Đặc biệt, trong bối cảnh hậu xung đột, việc công nhận của hiến pháp đối với nhiều nguồn luật có thể giải quyết cơ bản các căng thẳng, mâu thuẫn xã hội. Hơn thế nữa, bởi đa nguyên pháp luật không chỉ cho phép sự tồn tại của nhiều nguồn pháp luật mà còn sự hiện diện của nhiều hệ thống tòa án, nó tạo cơ hội cho sự đa dạng khi thực thi công lý. Bằng việc phi tập trung hóa việc thực thi công lý, đa nguyên pháp luật cũng tăng khả năng cho công lý được thực thi tại cấp vùng hoặc địa phương thông qua tòa án nơi có sự gắn bó hơn đối với cộng đồng mà họ phục vụ. Tuy nhiên đa nguyên pháp luật cũng đem lại những thách thức: các nhà lập pháp xây dựng

171 Điều 134 Hiến pháp Cộng hòa Slovenia 1991 sửa đổi năm 2003

một khuôn khổ hiến pháp và một hệ thống pháp luật đồng bộ từ những hệ thống pháp luật khác hẳn nhau, đôi khi xung đột nhau. Để cho nhiều tiểu hệ thống pháp luật cùng hoạt động tốt, các nhà lập hiến phải xác định phạm vi của mỗi hệ thống pháp luật và xác định được các quyền cơ bản có thể được áp dụng tại tất cả hệ thống. Trước khi đi tìm lời giải đáp cho những câu hỏi này, đầu tiên chúng ta cần khảo sát các nguồn luật đa dạng có thể tạo nên một hệ thống pháp luật.

Đối lập với đa nguyên pháp luật là hệ thống pháp luật thống nhất - sự công nhận mang tính hiến pháp đối với chỉ một hệ thống pháp luật. Mặc dù các nhà lập hiến có thể tìm ra trong hệ thống pháp luật thống nhất đó các quy phạm pháp luật ở nhiều nguồn khác nhau, bao gồm cả các quy phạm tôn giáo và luật quốc tế, nhưng trong hệ thống này, hiến pháp chỉ hợp pháp hóa một cơ chế giải thích và thực thi pháp luật.

Đặc biệt, trong bối cảnh hậu xung đột, việc công nhận của hiến pháp đối với nhiều nguồn luật có thể giải quyết cơ bản các căng thẳng, mâu thuẫn xã hội. Bằng việc phi tập trung hóa việc thực thi công lý, đa nguyên pháp luật cũng tăng khả năng cho công lý được thực thi tại cấp vùng hoặc địa phương thông qua tòa án nơi có sự gắn bó hơn đối với cộng đồng mà họ phục vụ.

Hệ thống pháp luật Châu Âu lục địa/dân luật (civil law) là hệ thống pháp luật phổ biến nhất, trong đó luật thành văn là nguồn luật chủ yếu. Các thẩm phán trong hệ thống pháp luật này áp dụng các điều khoản hiến pháp và các các đạo luật để đưa ra phán quyết. Trái lại, trong hệ thống pháp luật Anh - Mỹ/thông luật (common law), thẩm phán không chỉ căn cứ các đạo luật và các điều khoản hiến pháp mà còn dựa vào các tiền lệ pháp lý bao gồm các quan điểm pháp lý của các thẩm phán và là án lệ có tác dụng ràng buộc thẩm phán tòa án cấp dưới khi gặp những tình tiết tương tự. Mặc dù vậy, có trường hợp không phải tuân theo các tiền lệ này và các vụ án có tình tiết khác biệt dù nhỏ không bị buộc áp dụng các tiền lệ đó. Trong hệ thống thông luật, luật pháp là tập hợp các án lệ đối với một vấn đề cụ thể. Theo nghĩa đó, thông luật tự thay đổi hoặc phát triển qua thời gian.

Hệ thống tập quán, thường là không thành văn, phát triển từ các chuẩn mực xã hội, các thói quen, các tục lệ của một cộng đồng nhất định, chẳng hạn như luật của người bản địa (luật tục) hay luật tôn giáo - dựa trên các giáo lý và thực hành tôn giáo. Hệ thống luật tôn giáo có phạm vi rộng lớn nhất đó là Sharia hay luật Hồi giáo, nguồn chủ yếu của nó là Kinh Qur'an và các lời dạy của Sunnah¹⁷². Dù Sharia là nguồn pháp

Đa nguyên pháp luật cũng đồng thời tạo ra các thách thức lớn lao. Thứ nhất là vấn đề thẩm quyền: tòa án nào sẽ có thẩm quyền để phán xử những vụ án loại và đối với chủ thể nào. Đôi khi hệ thống pháp luật chỉ có thể được áp dụng trong một khu vực nhất định; một hay nhiều hệ thống pháp luật có thể được áp dụng riêng cho một nhóm người dựa trên tư cách thành viên; luật tôn giáo có thể áp dụng cho các tranh chấp giữa các thành viên của một tôn giáo nhất định trong một số lĩnh vực pháp luật, chẳng hạn như luật gia đình và luật thừa kế.

¹⁷² Otto, Jan Michiel, Sharia và Luật quốc gia trong các quốc gia Hồi giáo : Mâu thuẫn và Cơ hội cho chính sách đối ngoại của Hà Lan và EU (Leiden : Leiden University Press, 2008)

luật duy nhất ở nhiều quốc gia, nó thường tồn tại song hành với các hệ thống khác trong khuôn khổ của đa nguyên pháp luật.

Đa nguyên pháp luật còn thúc đẩy tính chính danh của tư pháp¹⁷³. Nhiều hệ thống pháp luật có thể tồn tại trong một quốc gia bất kể có sự công nhận của hiến pháp hay không, đặc biệt là ở các quốc gia có sự đa dạng về tôn giáo hoặc dân tộc. Các hệ thống đó có nguồn gốc lâu đời và được áp dụng bởi cộng đồng dân cư. Tương tự, những quốc gia từng là thuộc địa thường có nhiều hệ thống pháp luật cùng vận hành bởi chính quyền thực dân đã áp dụng phần nào hệ thống pháp luật của họ, như áp dụng các quy định luật thương mại, trong khi vẫn tiếp tục duy trì hệ thống pháp luật truyền thống của quốc gia đó. Do vậy, phần lớn các bản hiến pháp trong thực tế không áp đặt hoặc thiết lập đa nguyên pháp luật, mà đúng hơn là chấp nhận hoặc đưa nhiều hệ thống pháp luật vào trật tự hiến pháp hiện hành. Sức mạnh và tính chính danh của nhánh tư pháp chủ yếu dựa vào sự nhìn nhận của các nhánh chính trị và người dân. Sự nhìn nhận thức đó sẽ bị ảnh hưởng khi trật tự hiến pháp không công nhận hệ thống pháp luật thực tế đang được sử dụng và được người dân chấp hành - và sẽ làm suy yếu hiệu lực thi hành của các quyết định tư pháp, vốn dựa trên trật tự hiến pháp được thiết lập trước đây. Chính vì vậy, đa nguyên pháp luật có thể thúc đẩy quyền lực của nhánh tư pháp.

Tuy nhiên, như đã được đề cập trên đây, đa nguyên pháp luật cũng đồng thời tạo ra những thách thức lớn lao. Thứ nhất là vấn đề thẩm quyền: tòa án nào sẽ có thẩm quyền phán xử những vụ án nào và đối với chủ thể nào? Đôi khi một hệ thống pháp luật như vậy chỉ có thể được áp dụng trên cơ sở các yếu tố tôn giáo. Điều này thường xuất hiện trong hệ thống liên bang, nơi mà mỗi khu vực áp dụng một hệ thống pháp luật riêng, và mỗi khu vực có thẩm quyền đối với những vấn đề trong phạm vi khu vực đó mà không thuộc thẩm quyền của chính quyền liên bang. Trong một dạng thức khác của đa nguyên pháp luật, một hay nhiều hệ thống pháp luật có thể được áp dụng riêng cho một nhóm người dựa trên tư cách thành viên. Cách quy định như vậy có thể, nhưng không phải lúc nào cũng vậy, có yếu tố khu vực. Ví dụ, các nhóm người bản xứ có thể có quyền duy trì và áp dụng luật bản xứ đó như một phần của việc hiến pháp trao cho lãnh thổ đó quyền tự trị. Trong một số hiến pháp khác, việc áp dụng luật tôn giáo để giải quyết các tranh chấp

Tuy nhiên đa nguyên pháp luật cũng đem lại những thách thức: các nhà lập hiến phải xây dựng một khuôn khổ hiến pháp và một hệ thống pháp luật đồng bộ từ những hệ thống pháp luật khác hẳn nhau, đôi khi xung đột nhau. Để cho nhiều tiểu hệ thống pháp luật hoạt động tốt, các nhà lập hiến phải xác định phạm vi của mỗi hệ thống và xác định được các quyền cơ bản có thể áp dụng được trong tất cả hệ thống.

Nếu các quyền cơ bản được bảo vệ trong hiến pháp xung đột với các hệ thống pháp luật được công nhận bởi hiến pháp đó, các nhà lập hiến phải quyết định quy định nào sẽ được áp dụng hoặc quyết định về vấn đề này sẽ được đưa ra như thế nào.

¹⁷³ Lee Van Cort, “Một phân tích chính trị về đa nguyên pháp luật tại Bolivia và Colombia”, Tạp chí nghiên cứu châu Mỹ Latinh, 32 (2000), trang 207-34

giữa các thành viên của tôn giáo đó được cho phép, ví dụ như ở Ấn Độ¹⁷⁴. Việc áp dụng một hệ thống pháp luật cũng chỉ giới hạn đối với một số lĩnh vực pháp luật có phát sinh tranh chấp¹⁷⁵. Ví dụ, luật tôn giáo và tòa án tôn giáo có thể quy định về các vấn đề nhất định trong luật gia đình.

4.1 Đa nguyên pháp luật và xung đột hiến pháp

Ngay cả khi Hiến pháp chỉ rõ trường hợp nào hoặc chủ thể nào mà được áp dụng các hệ thống pháp luật khác nhau, xung đột vẫn có thể xảy ra. Nếu các quyền cơ bản được hiến pháp bảo vệ xung đột với các hệ thống pháp luật được công nhận

Nhiều hiến pháp ghi nhận nguyên tắc tối cao của hiến pháp, tuyên bố rằng khi luật hoặc các nguyên tắc trong các hệ thống pháp luật đã được thừa nhận xung đột với các điều khoản hiến pháp thì các điều khoản hiến pháp sẽ được áp dụng.

bởi hiến pháp đó, các nhà lập hiến phải quyết định điều gì sẽ có ưu thế hoặc việc quyết định sẽ được thực hiện như thế nào. Các nhà phân tích cũng chỉ rõ đa nguyên pháp luật có thể đe dọa quyền của các nhóm yếu thế, đặc biệt là phụ nữ. Trong một số hệ thống pháp luật, những chuẩn mực về bình đẳng giới dù đã được thừa nhận trong các hiến pháp hoặc các công ước quốc tế nhưng không được bảo đảm thực hiện. Khó khăn có thể nảy sinh, đặc biệt trong những vấn đề xã hội và liên quan đến luật gia đình. Ủy ban Xóa bỏ sự Phân biệt đối xử đối với Phụ nữ [của Liên hợp quốc] là một trong những cơ quan bày tỏ quan ngại về đa nguyên pháp luật về những vấn đề có liên quan đến phân biệt đối xử¹⁷⁶. Mặc dù nhiều hiến pháp đã nỗ lực giải quyết xung đột giữa hiến pháp và các giá trị pháp luật đó nhưng chưa có một cách tiếp cận thống nhất nào cho vấn đề đó được đưa ra. Các nhà lập hiến đã trao sự tự chủ ở các mức độ khác nhau cho các tiêu hệ thống pháp luật.

Nhiều hiến pháp chấp nhận nguyên tắc tối cao của hiến pháp, tuyên bố rằng nếu luật hoặc các nguyên tắc trong các hệ thống pháp luật đã được thừa nhận xung đột với các điều khoản hiến pháp, các điều khoản hiến pháp sẽ được áp dụng. Luật quốc tế cũng khuyến nghị cách

Một số hiến pháp có những điều khoản loại trừ, công nhận quyền tự trị toàn diện của các hệ thống pháp luật riêng rẽ đối với một số lĩnh vực pháp luật nhất định, chẳng hạn như loại trừ một số lĩnh vực pháp luật, thường là luật gia đình, khỏi sự bảo vệ hiến pháp trước sự phân biệt đối xử.

174 Lubin, Timothy, Davis, Donald R. Jr (eds), Giới thiệu Hindu và Luật (Cambridge : Cambridge University Press, 2010)

175 Xem điều 121 và “State list” của Hiến pháp Malaysia 1957 sửa đổi năm 1994 trao những thẩm quyền tài phán đối với những vấn đề nhất định cho tòa án Syariah.

176 Xem báo cáo hàng năm của CEDAW, tài liệu của UN A/58/38, 18 tháng 8 năm 2003, trang 160, bình luận báo cáo của Cộng hòa Congo : “ Ủy ban bày tỏ sự quan ngại với sự tiếp tục tồn tại của đa nguyên pháp luật, trong đó có những yếu tố phân biệt đối xử và các điều khoản lạc hậu thuộc cả tập quán pháp và luật thành văn, gồm có các quy định luật hình sự liên quan đến ngoại tình; luật lao động và luật thuế; luật gia đình, đặc biệt liên quan đến sự khác biệt về độ tuổi mà nam và nữ kết hôn”

tiếp cận này¹⁷⁷. Hiến pháp của Mozambique thừa nhận đa nguyên pháp luật chỉ khi các hệ thống pháp luật không trái với các nguyên tắc cơ bản và các giá trị hiến pháp¹⁷⁸. Để thi hành thứ bậc hiệu lực pháp lý như vậy, một điều khoản khác quy định về mối liên hệ giữa tòa án và các thiết chế khác có mục đích, chức năng giải quyết xung đột lợi ích và tìm giải pháp cho các tranh chấp¹⁷⁹ – điều khoản cho phép luật pháp bảo đảm rằng tòa án quốc gia (thường là tòa hiến pháp) có thể xem xét lại các quyết định của tòa án của người bản địa hoặc tòa án tôn giáo.

Colombia đưa ra một ví dụ khác về việc Tòa án Hiến pháp thực thi một cách hạn chế nguyên tắc tối cao. Hiến pháp Colombia năm 1991 đã trao quyền tự trị đáng kể cho các nhóm bản địa, bao gồm cả quyền áp dụng những luật lệ riêng trong phạm vi lãnh thổ của họ¹⁸⁰. Trong một số vụ việc, Tòa án Hiến pháp đã cân bằng việc trao quyền tự chủ này với các quyền cá nhân được thừa nhận trong hiến pháp. Năm 1996, Tòa án đã đưa ra quyết định về vụ *Gonzalez Wasorna v. Asamblea General de Cabildos Indigenas Region Chami y Cabildo Mayor*, trong đó thừa nhận nguyên tắc tối cao của các quyền cơ bản nhưng hạn chế sự can thiệp vào các luật lệ riêng của người bản địa chỉ trong một số trường hợp nhất định¹⁸¹. Cụ thể, Tòa án cho rằng sự việc hạn chế luật bản địa phải thỏa mãn hai điều kiện: cần thiết để bảo vệ những giá trị tối quan trọng được hiến pháp bảo vệ và được thực hiện theo cách thức hạn chế nhất. Tòa án giải thích thêm rằng sự bảo đảm ‘tối cao’ về mặt hiến pháp đó chỉ áp dụng với những giá trị con người cao nhất – đó là quyền được sống, cấm tra tấn và cấm tình trạng nô lệ.

Trái ngược hoàn toàn với xu hướng trên, nhiều bản hiến pháp công nhận – trong những điều khoản mà say đây được gọi là điều khoản loại trừ - không phải tính tối cao của hiến pháp mà là quyền tự trị toàn diện của các hệ thống pháp luật riêng rẽ đối với một số lĩnh vực pháp luật. Quan điểm này thể hiện sự phân quyền đáng kể quyền lực của tư pháp và quyền lực quốc gia. Về mặt văn bản mà nói, điều khoản loại trừ quy định ngoại lệ đặc biệt đối với một số lĩnh vực pháp luật nhất định, mà thường là luật gia đình, không được hiến pháp bảo vệ trước sự phân biệt đối xử. Hiến pháp Lesotho năm 1993 là một ví dụ: điều 18(4b) cấm bất cứ luật nào được phân biệt đối xử dựa trên (chủng tộc, màu da, giới tính, ngôn ngữ, tôn giáo, quan điểm chính trị và địa vị sinh thành) nhưng điều khoản đó không áp dụng cho các luật liên quan đến việc kết hôn, li hôn, sự phân chia tài

177 Yrigoyen Fajardo, Raquel, đa nguyên pháp luật, Luật của người bản địa và quyền tài phán đặc biệt tại các nước Andean, *Beyond law, Informal Justice and Legal Pluralism in the Global South*, 10/27 2004, trích Thỏa ước 169 của Nhóm công tác Quốc tế về vấn đề Người bản địa và các Bộ tộc ở các Quốc gia Độc lập, trong đó nhận định rằng không nên có sự không thống nhất giữa các tập quán pháp và các quyền cơ bản được ghi nhận trong hệ thống pháp luật quốc gia cũng như các quyền con người được quốc tế công nhận,

178 Điều 4 Hiến pháp Cộng hòa Mozambique (16 tháng 11 năm 2004),

<<http://www.unhcr.org/refworld/docid/4a1e597b2.html>>

179 Điều 212(3) Hiến pháp Cộng hòa Mozambique

<<http://www.unhcr.org/refworld/docid/4a1e597b2.html>>

180 Điều 246 Hiến pháp chính trị Colombia 1991 sửa đổi năm 2005

181 *González Wasorna v. Asamblea General de Cabildos Indígenas región Chamí y Cabildo Mayor Único*, Decision, T 349/96.

sản khi chết hoặc các vấn đề khác thuộc các luật liên quan đến quyền nhân thân của con người đã được đề cập ở trên. Hiến pháp của Botswana và Gambia cũng có những điều khoản tương tự¹⁸².

Điều khoản loại trừ ngăn chặn sự bảo vệ của hiến pháp trong một số lĩnh vực, như luật gia đình, di chúc và di sản. Do đó, sự phân biệt đối xử dù bị cấm nhưng vẫn hoàn toàn có thể xảy ra. Chính vì khả năng này mà điều khoản loại trừ bị chỉ trích là không tương thích với các yêu cầu của các công ước quốc tế về quyền con người, như Công ước về Xóa bỏ mọi Hình thức của sự Phân biệt đối xử chống lại Phụ nữ (CEDAW)¹⁸³. Tuy nhiên, điều đó không có nghĩa là một hệ thống pháp luật riêng rẽ nào có quyền tuyệt đối đối với sự đánh giá quyền bình đẳng. Cũng như không có nghĩa rằng đa nguyên pháp luật cũng như một hiến pháp rộng lớn hơn - bao hàm cả các giá trị đa nguyên về văn hóa nhất thiết xung đột với việc bảo vệ quyền bình đẳng đó[□]. Kết quả của việc lựa chọn trong số nhiều thiết kế nhánh tư pháp và thiết kế hiến pháp khác phải được các nhà lập hiến xem xét với sự quan tâm thích đáng về hoàn cảnh lịch sử, xã hội, chính trị của đất nước họ.

5. Kết luận

Nhánh tư pháp là một phần không thể thiếu trong sự vận hành hiệu quả của nền dân chủ hợp hiến. Pháp quyền không thể được duy trì nếu không có nhánh tư pháp giải quyết các tranh chấp bằng việc áp dụng pháp luật không thiên vị. Nhánh tư pháp cũng đóng vai trò thiết yếu trong việc duy trì trật tự hiến pháp và bảo vệ hiến pháp bằng việc thực thi việc kiểm hiến - quyền lực vốn được trao cho nhánh tư pháp để bảo đảm rằng các nhánh quyền lực khác phải hoạt động trong khuôn khổ hiến pháp. Để thực hiện trách nhiệm nặng nề này, nhánh tư pháp đòi hỏi phải có mức độ độc lập và tự do nhất định. Nhưng sự độc lập của tư pháp không đồng nghĩa với sự tự trị của tư pháp hay pháp trị của thẩm phán. Các nhánh chính trị đồng thời cũng đòi hỏi tính chịu trách nhiệm và sự minh bạch từ phía nhánh tư pháp, chủ yếu để bảo đảm tư cách tư pháp của nhánh tư pháp. Các nhà lập hiến cũng phải xem xét cẩn trọng cấu trúc bên trong và tổ chức của nhánh tư pháp để bảo đảm không chỉ sự vận hành đồng bộ của pháp luật mà cả tính chính danh của nó. Sự công nhận của hiến pháp đối với sự tồn tại song hành của nhiều hệ thống pháp luật có thể thúc đẩy tính chính danh của tư pháp, đồng thời thể hiện sự tôn trọng văn hóa, truyền thống và các quy phạm trong một xã hội chia rẽ. Tuy nhiên, đa nguyên pháp luật cũng tạo ra những thách thức to lớn đối với trật tự hiến pháp. Do đó, trước khi chấp nhận đa nguyên pháp luật, các nhà lập hiến phải làm rõ vấn đề thẩm quyền tài phán, trật tự thứ bậc có hiệu lực của các quy định pháp luật và việc bảo vệ các quyền hiến định.

182 Điều 15(4)(c) Hiến pháp Botswana (1966); Điều 7(f) Hiến pháp Gambia (1997).

183 Điều 2(f), 5, 16 Công ước Xóa bỏ mọi Hình thức Phân biệt đối xử với Phụ nữ 1981 (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women)

Bảng 3 Những vấn đề được nhấn mạnh trong chương này

Vấn đề	Câu hỏi
1. Vai trò của tư pháp	<ul style="list-style-type: none"> * Vai trò của nhánh tư pháp là gì? * Nhánh tư pháp đóng góp cho việc bảo vệ pháp quyền như thế nào? * Sự kiềm chế và đối trọng tồn tại giữa nhánh tư pháp và các nhánh khác là gì?
2. Kiểm hiến	<ul style="list-style-type: none"> * Vai trò của nhánh tư pháp với việc bảo vệ Hiến pháp là gì? * Những loại văn bản luật và quyết định nào có thể bị kiểm tra trong quy trình kiểm hiến? * Tòa án nào sẽ thực hiện việc kiểm hiến? * Trong hoàn cảnh nào việc kiểm hiến sẽ được tiến hành? * Khi nào việc kiểm hiến sẽ diễn ra?
3. Quyền lực tư pháp	<ul style="list-style-type: none"> * Tư pháp đóng vai trò gì đối với việc làm luật? * Tư pháp đóng vai trò gì trong việc sửa đổi Hiến pháp? * Tư pháp có thể thực hiện việc kiểm tra đối với các nhánh quyền lực khác như thế nào? * Nhánh tư pháp tham gia vào việc quản lý, giám sát quá trình bầu cử và các đảng phái chính trị như thế nào?
4. Sự độc lập và tính chịu trách nhiệm của tư pháp	<ul style="list-style-type: none"> * Tại sao sự độc lập tư pháp lại quan trọng? * Có cơ chế nào để bảo đảm tính chịu trách nhiệm của tư pháp? * Thẩm phán được lựa chọn như thế nào? Ai lựa chọn họ? Với những tiêu chuẩn nào? * Thẩm phán có thể phục vụ với nhiệm kỳ bao lâu? * Thẩm phán bị bãi nhiệm như thế nào?
5. Đa nguyên pháp luật	<ul style="list-style-type: none"> * Bằng cách nào một hiến pháp có thể duy trì nhiều hệ thống pháp luật khác nhau? * Đa nguyên pháp luật có đóng góp như thế nào đối với tính chính danh của hệ thống pháp luật? * Điều gì sẽ xảy ra nếu các hệ thống pháp luật xung đột nhau cùng tồn tại trong một hiến pháp?

Từ khóa

Tư pháp (Judiciary), Quyền lực tư pháp (Judicial Power), Hệ thống tư pháp (Judicial System), Kiểm hiến (Constitutional review), Sự kiểm tra thực tế (Concrete review), Sự kiểm tra trừu tượng (Abstract review), Ý kiến tư vấn (Advisory opinions), Câu hỏi tham vấn (Reference questions), Sửa đổi hiến pháp (Constitutional amendment), Sự độc lập tư pháp (Judicial Independence), Tính chịu trách nhiệm của tư pháp (Judicial accountability), Sự bổ nhiệm tư pháp (Judicial appointment), Giới hạn nhiệm kỳ (Term limits), Pháp quyền (Rule of law), Hệ thống pháp luật (Legal system), Chủ nghĩa đa nguyên pháp luật (Legal pluralism), Xung đột pháp luật (Conflict of laws), Luật bản địa/Luật tục (Indigenous law), Luật truyền thống (Traditional law), Sự bảo vệ pháp lý (Legal safeguards), Kiểm chế và đối trọng (Checks and balances), Sự phân chia quyền lực (Separation of powers), Chủ nghĩa tư pháp tích cực (Judicial activism), Giải thích pháp luật (Legal interpretation), Tiếp cận tư pháp (Judicial access), Tòa án tối cao (Supreme Court), Tòa án Hiến pháp (Constitutional Court), Tòa án cấp cao (High Court), luật thành văn (Civil law), thông luật (Common law)

Các nguồn bổ sung

Các nguyên tắc căn bản của Liên hợp quốc về sự độc lập của tư pháp

<http://www.abanet.org/rol/docs/judicial_reform_un_principles_independence_judiciary_english.pdf>

Tài liệu này gồm các thông tin về các Nghị quyết của Liên hợp quốc, được ban hành năm 1985, phân tích các nguyên tắc nền tảng để bảo vệ và thúc đẩy sự độc lập của nhánh tư pháp trong cấu trúc quyền lực nhà nước.

Tòa án Hiến pháp : phân tích so sánh Hiến pháp

<http://www.concourts.net/index.php>

Trang web này có các nghiên cứu so sánh về các hệ thống kiểm hiến tại hơn 150 quốc gia. Nó cung cấp các sơ đồ, bảng biểu, hộp, cũng như giải thích các khía cạnh khác nhau của kiểm hiến.

Lập hiến

<<http://www.constitutionmaking.org/>>

Constitutionmaking.org là dự án chung giữa Dự án so sánh Hiến pháp (CCP) và Viện hòa bình Hoa Kỳ (USIP). Mục đích của nó là cung cấp cho các nhà thiết kế thông tin một cách có hệ thống về các sự lựa chọn thiết kế cũng như các văn bản hiến pháp, được tạo ra bởi hệ thống cơ sở dữ liệu của CCP về đặc trưng của các hiến pháp kể từ năm 1789.

Cơ quan phát triển thế giới của Hoa Kỳ (Hướng dẫn thúc đẩy sự độc lập và sự không thiên vị của tư pháp)

<http://www.usaid.gov/our_work/democracy_and_governance/technical_areas/rule_of_law/>

Chương trình pháp quyền của cơ quan phát triển thế giới Hoa Kỳ cung cấp các dữ liệu về vấn đề pháp quyền cho USAID, các thiết chế khác của chính quyền Hoa Kỳ và các thiết chế dân chủ, cộng đồng tự quản rộng lớn khác. Trang này bao gồm các thông tin về các chương trình và các đường link tới một số ấn phẩm có liên quan bao gồm Hướng dẫn thúc đẩy sự độc lập và sự không thiên vị của tư pháp)

Cải cách pháp luật và cải cách tư pháp tại Trung Âu và các nước từng thành viên liên bang Xô viết

<<http://www.wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/>

WDSP/IB/2003/08/08/000094946_03073004032060/Rendered/PDF/multi0page.pdf>

Báo cáo này được tạo lập trên cơ sở các kinh nghiệm của các thẩm phán, luật sư, nhà lập pháp, doanh nhân và các viên chức hỗ trợ phát triển khác, những người đang làm việc hàng ngày để đem lại sự cải cách pháp luật trong 5 nước đang chuyển đổi trên.

Phụ lục. Các điều khoản trong hiến pháp và các đạo luật được tham chiếu trong chương này.

Những điều khoản này được sắp xếp theo thứ tự mà nó được tham chiếu trong các trích dẫn và các nội dung văn bản của chương này. Các điều khoản Hiến pháp được in lại tại đây lấy từ nguồn dự án Luật hiến pháp quốc tế, trừ khi được chỉ dẫn khác.

Điều 121 Hiến pháp Afghanistan (2004)

Tòa án tối cao, theo yêu cầu của chính phủ hoặc các tòa án khác, có thể kiểm tra tính hợp hiến của Luật, văn bản lập pháp, các điều ước quốc tế, các công ước quốc tế và giải thích chúng theo luật định.

Điều 167 Hiến pháp Cộng hòa Nam Phi (1996)

- (1) Tòa án Hiến pháp bao gồm Chủ tịch, Phó Chủ tịch và 9 thẩm phán khác
- (2) Một vấn đề đưa ra trước Tòa án Hiến pháp cần được xem xét bởi ít nhất 8 thẩm phán
- (3) Tòa án Hiến pháp –
 - (a) Là tòa án tối cao trong tất cả các vụ việc Hiến pháp
 - (b) Có thể quyết định chỉ những vụ việc Hiến pháp, các vấn đề liên quan đến những quyết định về vụ việc Hiến pháp, và
 - (c) Đưa ra phán quyết cuối cùng rằng đây có phải là vụ việc Hiến pháp hay không hoặc đây có phải là vấn đề liên quan đến một quyết định về vụ việc Hiến pháp không
- (4) Chỉ có Tòa án Hiến pháp có thể-
 - (a) Quyết định các tranh chấp giữa các cơ quan nhà nước ở phạm vi quốc gia hay tỉnh về địa vị hiến định, quyền lực, hay các chức năng của một trong các cơ quan này.
 - (b) Quyết định về tính hợp hiến của bất cứ dự luật của quốc gia hay cấp tỉnh nào, nhưng chỉ thực hiện trong những hoàn cảnh dự liệu trước trong các điều 79 hay 121
 - (c) Quyết định về sự áp dụng được quy định trong điều 80 hoặc 122
 - (d) Quyết định về tính hợp hiến của bất cứ điều sửa đổi Hiến pháp nào
 - (e) Quyết định rằng Nghị viện hay Tổng thống đã không thực thi các nghĩa vụ Hiến pháp hoặc
 - (f) Phê chuẩn Hiến pháp cấp tỉnh theo điều 144.
- (5) Tòa án Hiến pháp ra phán quyết cuối cùng về tính hợp hiến của các đạo luật của Nghị viện, các đạo luật của tỉnh hay các hành vi của Tổng thống và phải xác nhận bất kỳ

quyết định tuyên vô hiệu hóa được đưa ra bởi Tòa án phúc thẩm tối cao, tòa án cấp cao hay một tòa án có địa vị tương tự trước khi quyết định đó có hiệu lực.

(6) Đạo luật quốc gia hay các quy tắc về Tòa án Hiến pháp phải cho phép một cá nhân, khi vì lợi ích của công lý

(a) Đưa trực tiếp vụ việc đó ra trước Tòa án Hiến pháp

(b) Kháng cáo trực tiếp tới tòa án Hiến pháp từ bất cứ Tòa án nào khác

(7) Các vụ việc Hiến pháp bao gồm bất cứ vấn đề gì liên quan đến việc giải thích, bảo vệ và thực thi Hiến pháp

Điều 143 Hiến pháp Cộng hòa Nam Phi 1996

Hiến pháp của tỉnh, hay sự sửa đổi Hiến pháp phải không được trái với Hiến pháp này, nhưng có thể quy định

Cấu trúc và quy trình thủ tục của nhánh lập pháp hoặc hành pháp cấp tỉnh khác với những điều khoản được quy định trong chương này, hoặc

Thiết chế, vai trò, thẩm quyền và địa vị của vị tù trưởng truyền thống, khi được áp dụng

Các điều khoản trong Hiến pháp tỉnh hay sự sửa đổi Hiến pháp liên quan đến đoạn

(a) hoặc (b) của tiểu mục (1)-

Phải tuân thủ những giá trị ghi nhận trong phần 1 chương 3 và

Không được chuyển giao cho cấp tỉnh bất cứ quyền lực hay chức năng nào mà

Nằm ngoài phạm vi thẩm quyền cấp tỉnh được quy định trong mục 4 và mục 5 hoặc

Nằm ngoài những quyền lực và chức năng được chuyển giao cho cấp tỉnh trong các phần khác của Hiến pháp

Điều 144 Hiến pháp Cộng hòa Nam Phi (1996)

Nếu Nghị viện cấp tỉnh thông qua sửa đổi hiến pháp, Chủ tịch Nghị viện phải đệ trình bản văn Hiến pháp hoặc Hiến pháp sửa đổi cho Tòa án Hiến pháp chứng nhận

Không có một bản văn Hiến pháp hoặc sự sửa đổi nào Hiến pháp nào trở thành luật cho tới khi Tòa án Hiến pháp chứng nhận rằng

Bản văn đã được thông qua đó phù hợp với Điều 142

Tòan văn Hiến pháp phù hợp với điều 143

Điều 167(1)(4) Hiến pháp Cộng hòa Serbia (2006)

Điều 167. Thẩm quyền

Tòa án Hiến pháp quyết định :

4. Sự phù hợp của đạo luật và đạo luật chung về các tỉnh tự trị và các địa phương tự quản với Hiến pháp và luật,....

Điều 111(1) Hiến pháp Cộng hòa Hàn Quốc (1948 sửa đổi năm 1987)

Tòa án Hiến pháp có thẩm quyền đối với các vấn đề sau :

Tính hợp hiến của một luật theo yêu cầu của các Tòa án khác

Sự dàn hạch

Sự giải thể một đảng chính trị

Tranh chấp về thẩm quyền giữa các cơ quan nhà nước, giữa cơ quan nhà nước ở trung ương và chính quyền địa phương, hoặc giữa các chính quyền địa phương và

Các yêu cầu có tính hiến pháp được xác định bởi Đạo luật (cụ thể)

In lại từ trang Constitutional Court's website <Error! Hyperlink reference not valid.>

Điều 47(1) Hiến pháp Cameroon (1972 sửa đổi năm 1996)

Điều 47(1) Hội đồng Hiến pháp sẽ đưa ra phán quyết cuối cùng về :

Tính hợp hiến của luật, hiệp ước và các thỏa thuận quốc tế

Tính hợp hiến của các lệnh của Nghị viện trước khi thi hành

Sự xung đột quyền lực giữa các thiết chế nhà nước, giữa trung ương và các khu vực, giữa các khu vực với nhau

Điều 232 Hiến pháp Cộng hòa liên bang Nigeria 1999

Tòa án tối cao, mà không phải là bất cứ tòa án nào khác, có thẩm quyền sơ thẩm đối với bất cứ tranh chấp nào giữa nhà nước liên bang và tiểu bang và giữa các tiểu bang với nhau, nếu và cho đến khi tranh chấp đó liên quan đến bất cứ câu hỏi nào (hoặc là luật hoặc là sự kiện) theo đó có sự tồn tại hoặc mở rộng tới sự ảnh hưởng của các quyền pháp lý.

Bên cạnh thẩm quyền được quy định trong tiểu mục (1), Tòa án tối cao cũng có thẩm quyền sơ thẩm như vậy nếu nó được quy định trong bất cứ đạo luật nào của Nghị viện.

Không thẩm quyền sơ thẩm nào được trao cho Tòa án tối cao trong các vụ việc hình sự.

Điều 131 Hiến pháp của Cộng hòa Ấn Độ (1950 sửa đổi năm 1996)

Thẩm quyền sơ thẩm của Tòa án tối cao

Liên quan đến các điều khoản của Hiến pháp này, tòa án tối cao, mà không phải bất cứ tòa án nào khác, sẽ có thẩm quyền sơ thẩm đối với bất cứ tranh chấp nào :

Giữa chính quyền trung ương Ấn Độ và một hay nhiều bang

Giữa chính quyền trung ương Ấn Độ, một hay nhiều bang ở cùng một bên và một hay nhiều bang ở phía bên kia.

Giữa hai hay nhiều bang

Nếu và cho đến khi nào tranh chấp đó liên quan đến bất cứ câu hỏi nào (hoặc là luật hoặc là sự kiện) theo đó có sự tồn tại hoặc mở rộng tới sự ảnh hưởng của các quyền pháp lý.

Thẩm quyền đó không được mở rộng tới các tranh chấp nảy sinh từ bất cứ hiệp ước, điều ước, thỏa thuận, cam kết hoặc các hình thức tương tự mà đã được ký kết hoặc thực thi trước sự ra đời của Hiến pháp này, tiếp tục được áp dụng sau khi có sự ra đời Hiến pháp hoặc quy định rằng thẩm quyền nói trên không mở rộng tới các tranh chấp như vậy.

Điều 128 Hiến pháp Malaysia (1957 sửa đổi năm 1994)

Tòa án tối cao, mà không phải là bất cứ tòa án nào khác, sẽ có thẩm quyền để quyết định, dựa trên các quy tắc tòa án điều chỉnh sự thực hiện thẩm quyền như vậy –

Bất cứ câu hỏi nào xem xét liệu một luật được ban hành bởi Quốc hội hay Nghị viện của một bang có vô hiệu hay không trên cơ sở xem xét nó đã ban hành những điều khoản liên quan đến các vấn đề mà Quốc hội hay Nghị viện bang đó không có quyền ban hành hay không

Các tranh chấp giữa các bang với nhau và tranh chấp giữa bang với nhà nước liên bang

Không có sự ảnh hưởng nào tới thẩm quyền phúc thẩm của Tòa án tối cao, nơi mà trong bất cứ quy trình đưa ra trước một tòa án khác câu hỏi nảy sinh về hiệu lực của bất cứ điều khoản Hiến pháp nào, Tòa án tối cao có thẩm quyền (theo các quy tắc tòa án điều chỉnh sự thực thi thẩm quyền này) để quyết định câu hỏi đó và gửi vụ án đó về khác tòa án để xử lý theo yêu cầu của quyết định đó.

Thẩm quyền của Tòa án tối cao xét xử phúc thẩm các vụ việc của Tòa án cấp cao hay của một thẩm phán và đó phải được xem như vấn đề được quy định bởi luật liên bang.

Điều 105 Hiến pháp chính trị của Nhà nước liên bang Mexico (1917 sửa đổi năm 2007)

Tòa án tối cao công lý sẽ xử lý, theo các quy định liên bang, các vấn đề pháp lý sau đây:

I. Các tranh chấp Hiến pháp- trừ những vấn đề liên quan đến tranh chấp về bầu cử- giữa

- a. Nhà nước liên bang và tiểu bang hay Quận liên bang
- b. Nhà nước liên bang và một vùng
- c. Nhánh hành pháp của chính quyền liên bang và Nghị viện : Nhánh hành pháp của chính quyền liên bang và ít nhất một viện hoặc giữa nhánh hành pháp của chính quyền liên bang với Ủy ban thường trực hoạt động như là đại diện của liên bang hay Quận liên bang
- d. Các tiểu bang
- e. Một bang và Quận liên bang
- f. Quận liên bang và vùng
- g. Hai vùng đóng tại các bang khác nhau
- h. Các quyền lực trong một bang mà bất đồng với nhau về tính hợp hiến của các hành vi của họ hay là lệnh của hành pháp.
- i. Một bang và một vùng đóng trong bang đó mà bất đồng với nhau về tính hợp hiến của các hành vi của họ hay là lệnh của hành pháp.
- j. Một bang và một vùng đóng trên một bang khác mà bất đồng với nhau về tính hợp hiến của các hành vi của họ hay là lệnh của hành pháp.
- k. Các cơ quan chính quyền của Quận liên bang mà bất đồng với nhau về tính hợp hiến của các hành vi của họ hay là lệnh của hành pháp.

Quyết nghị được đưa ra bởi đa số 8 phiếu bầu của các thẩm phán Tòa án tối cao sẽ tuyên bố vô hiệu hóa một cách chung (tuyệt đối) đối với các lệnh hành pháp nếu vấn đề tranh chấp đó được đưa ra bởi hành pháp bang hoặc vùng bị kháng cáo bởi nhà nước liên bang, hoặc lệnh hành pháp của vùng bị kháng cáo bởi bang hoặc áp dụng các đoạn c., h., k., của điều khoản này.

Trong các vụ việc khác, hiệu lực của quyết nghị của Tòa án tối cao sẽ chỉ ảnh hưởng tới các bên tranh chấp.

II. Yêu cầu tuyên không hợp hiến được đưa ra để giải quyết những sự xung đột giữa quy phạm chung và Hiến pháp này.

Yêu cầu tuyên không hợp hiến phải được đưa ra trước Tòa án tối cao công lý trong khoảng thời gian 30n ngày tính kể từ thời điểm quy phạm chung đó được công bố. Những thực thể có thể nại ra yêu cầu trên bao gồm :

33% tổng số thành viên của viện dân biểu đang phúc khảo luật được ban hành bởi quốc hội bang gồm cả đạo luật của Quận liên bang;

33% tổng số thành viên của viện nguyên lão đang phúc khảo luật được ban hành bởi quốc hội, bao gồm cả đạo luật của Quận liên bang hoặc đang phúc khảo điều ước quốc tế đã được phê chuẩn bởi nhà nước Mexico

Trưởng công tố đang phúc khảo đạo luật liên bang hoặc bang, bao gồm cả đạo luật của Quận liên bang, hay các điều ước quốc tế được phê chuẩn bởi nhà nước Mexico

33% tổng số thành viên của Nghị viện bang đang phúc khảo đạo luật được ban hành bởi nghị viện bang

33% tổng số thành viên của Viện dân biểu Quận liên bang đang phúc khảo đạo luật được ban hành bởi cơ quan đó.

Chủ tịch đảng của các đảng phái chính trị được đăng ký tại Cơ quan bầu cử liên bang đang phúc khảo các luật bầu cử của liên bang và bang, chủ tịch đảng của các đảng chính trị được đăng ký tạo cơ quan bầu cử bang cũng có quyền yêu cầu xem xét luật bầu cử được ban hành bởi Viện dân biểu bang. Những điều này chỉ là những thủ tục để yêu cầu tuyên không hợp hiến các luật bầu cử mà thôi.

Các đạo luật bầu cử của cả liên bang và cơ sở phải được công bố và ban hành ít nhất 9 ngày trước khi bắt đầu ngày bầu cử. Trong suốt cuộc bầu cử, luật bầu cử không thể được chỉnh sửa.

Quyết nghị của Tòa án tối cao công lý khi được đưa ra bởi đa số 8 thẩm phán sẽ tuyên vô hiệu các quy phạm được xem xét.

III.Sự kháng nghị đưa ra bởi Hội đồng phúc thẩm đơn nhất hay Trưởng công tố chống lại quyết định của Tòa án cấp quận giải quyết vụ việc trong đó Liên bang là một bên tranh chấp và vấn đề đó là đặc biệt quan trọng. Thủ tục tương tự được áp dụng đối với những kháng nghị được chọn lựa bởi bản thân Tòa án tối cao.

Việc tuyên vô hiệu hóa mà đoạn I và II điều khoản này đề cập tới, không có hiệu lực hồi tố trừ những vấn đề liên quan đến quyết nghị về tội phạm hình sự được điều chỉnh bởi nguyên lý chung và luật hình sự

Bất cứ sự chống đối nào đối với các quyết nghị được đề cập trong đoạn I và II của điều này sẽ bị trừng phạt theo điều 107, đoạn 16, phân đoạn 1 và 2 của Hiến pháp này.

Điều 137(3) Hiến pháp công hòa Uganda (1995)

Câu hỏi về việc giải thích hiến pháp

Một người có thể nại ra rằng

Một đạo luật của quốc hội hay bất cứ luật nào khác hay bất cứ điều gì được thực hiện theo thẩm quyền của bất cứ luật này

Bất cứ hành động hay sự không hành động của bất cứ người nào hoặc thực thể quyền lực nào mà không tuân thủ hoặc trái với một điều khoản của Hiến pháp, có thể đệ đơn lên Tòa án Hiến pháp để đưa ra tuyên bố về hiệu lực của nó và để có sự khắc phục phù hợp.

Điều 152 Hiến pháp Công hòa Estonia 1992

Nếu bất cứ luật nào hoặc bất cứ hành vi pháp lý nào mà xung đột với Hiến pháp, nó sẽ không được áp dụng bởi Tòa án đang xử lý vụ việc

Nếu bất cứ luật nào hoặc bất cứ hành vi pháp lý nào mà xung đột với các điều khoản hoặc tinh thần Hiến pháp, nó sẽ bị tuyên bố vô hiệu bởi tòa án quốc gia.

Điều 204 Hiến Pháp Công hòa Bồ Đào Nha (1976 sửa đổi năm 2005)

Sự phù hợp với Hiến pháp

Trong những vấn đề được đưa ra trước tòa, tòa án sẽ không áp dụng những luật lệ mà trái với các điều khoản của Hiến pháp cũng như những nguyên tắc mà nó soi chiếu.

Điều 80(3) Hiến pháp của Công hòa Xã hội dân chủ Srilanka (1978 sửa đổi năm 2000)

80. Khi một dự luật trở thành luật

(3) Một dự luật trở thành luật khi có sự xác nhận của Tổng thống hoặc của Chủ tịch nghị viện, và khi có một vụ việc, áp dụng luật đó, không có tòa án hay hội đồng xét xử nào có thể xem xét và tuyên bố dưới bất cứ hình thức gì về tính hiệu lực của đạo luật đó dựa trên bất cứ cơ sở nào.

Điều 120 Hiến pháp của Công hòa Xã hội dân chủ Srilanka

Tòa án Tối cao có thẩm quyền duy nhất và riêng biệt để quyết các câu hỏi về việc liệu bất cứ một dự luật hay một điều khoản nào theo đó không tuân thủ Hiến pháp không?

Quy định rằng

Trong trường hợp một dự luật diễn tả trong tiêu đề dài như để sửa đổi bất kỳ một điều khoản nào của Hiến pháp hay để bãi bỏ và thay thế một Hiến pháp, câu hỏi duy nhất mà Tòa án tối cao quyết định là liệu những dự luật này có yêu cầu phải có sự đồng ý của nhân dân tại cuộc trưng cầu dân ý theo đúng yêu cầu của Điều 83 hay không

Khi mà Nội các của Chính phủ xác nhận rằng dự luật được diễn tả trong một tiêu đề dài như để sửa đổi bất kỳ một điều khoản nào của Hiến pháp hay để bãi bỏ và thay thế một Hiến pháp, với ý định được thông qua bởi một đa số đặc biệt theo yêu cầu của Điều 83 và được đệ trình cho nhân dân để trưng cầu ý kiến, Tòa án Tối cao không có thẩm quyền nào đối với dự luật đó.

Khi mà Nội các của Chính phủ xác nhận rằng bất cứ điều khoản nào của dự luật

không được diễn tả trong một tiêu đề dài như để sửa đổi bất kỳ một điều khoản nào của Hiến pháp, hay để bãi bỏ và thay thế một Hiến pháp với ý định được thông qua bởi một đa số đặc biệt theo yêu cầu của Điều 84, câu hỏi duy nhất mà Tòa án tối cao quyết định là liệu những dự luật này có yêu cầu phải có sự đồng ý của nhân dân tại cuộc trưng cầu dân ý theo đúng yêu cầu của Điều 83 hay không hoặc liệu dự luật đó được yêu cầu tuân thủ đoạn 1 và 2 của Điều 82 hoặc

Khi mà Nội các của Chính phủ xác nhận rằng bất cứ điều khoản nào của dự luật không được diễn tả trong một tiêu đề dài như để sửa đổi bất kỳ một điều khoản nào của Hiến pháp, hay để bãi bỏ và thay thế một Hiến pháp với ý định được thông qua bởi một đa số đặc biệt theo yêu cầu của Điều 84, câu hỏi duy nhất mà Tòa án tối cao quyết định là liệu những dự luật này có yêu cầu phải có sự đồng ý của nhân dân tại cuộc trưng cầu dân ý theo đúng yêu cầu của Điều 84 hay không hoặc là liệu những dự luật này có yêu cầu phải có sự đồng ý của nhân dân tại cuộc trưng cầu dân ý theo đúng yêu cầu của Điều 83 hay không, hoặc liệu dự luật đó được yêu cầu tuân thủ đoạn 1 và 2 của Điều 82

Điều 46 (5) Hiến pháp Cộng hòa Pháp (1958 sửa đổi năm 2005)

Các đạo luật mang tính thiết chế không được ban hành cho đến khi Hội đồng Hiến pháp tuyên bố nó phù hợp với Hiến pháp

Điều 61 Hiến pháp Cộng hòa Pháp (1958 sửa đổi năm 2005)

Các luật tổ chức, trước khi ban hành; các dự luật của thành viên tư pháp được đề cập trong điều 11 trước khi được đệ trình trưng cầu dân ý, và các lệnh thường trực của Nghị viện trước khi được thi hành, phải được đệ trình cho Hội đồng Hiến pháp để xem xét tính hợp hiến của nó.

Tương tự như vậy, các đạo luật của Nghị viện, trước khi được ban hành, có thể được đệ trình lên Hội đồng Hiến pháp bởi Tổng thống, Thủ tướng, Chủ tịch Hạ Viện, Chủ tịch Thượng Viện, 60 hạ nghị sỹ, hoặc 60 thượng nghị sỹ.

Trong những trường hợp được quy định trong hai đoạn trên, Hội đồng Hiến pháp phải quyết định trong vòng một tháng. Tuy nhiên, theo yêu cầu của chính phủ, quá trình đó có thể giảm xuống còn 8 ngày nếu đó là vấn đề khẩn cấp.

Đối với những trường hợp trên, việc đệ trình lên Hội đồng Hiến pháp đình chỉ thời gian giới hạn để ban hành.

Điều 82 Hiến pháp Cộng hòa Chile (1980)

Điều 82- Thẩm quyền của Tòa án Hiến pháp là:

Thực thi việc kiểm soát tính hợp hiến của các luật tổ chức Hiến pháp trước khi ban hành và các luật giải thích một vài nguyên tắc của Hiến pháp

Xử lý các câu hỏi về tính hợp hiến có thể nảy sinh trong suốt quá trình soạn thảo các luật hay sự sửa đổi Hiến pháp và các hiệp ước được đệ trình cho Nghị viện để phê chuẩn

Xử lý các câu hỏi nảy sinh về tính hợp hiến của các Nghị định có hiệu lực như luật

Xử lý các câu hỏi nảy sinh về tính hợp hiến khi trưng cầu dân nguyện, mà không ảnh hưởng tới quyền lực của Tòa án về chất lượng bầu cử.

Xử lý các yêu cầu trong trường hợp Tổng thống của nền cộng hòa không ban hành luật khi mà ông ta phải ban hành, hoặc khi mà ông ta ban hành một văn bản khác với văn bản hợp hiến, hoặc khi ông ta ban hành sắc lệnh vi hiến

Quyết định, khi có yêu cầu của Tổng thống theo quy định tại Điều 88, về tính hợp hiến của các sắc lệnh hay quyết nghị của Tổng thống mà Văn phòng của Tổng kiểm toán nghi ngờ về tính hợp hiến của nó.

Tuyên bố vi hiến đối với các tổ chức, cuộc vận động, các đảng phái chính trị theo điều 8 của hiến pháp này

Tuyên bố, theo điều 8 Hiến pháp, trách nhiệm của cá nhân đã cố tình chống lại trật tự thiết chế của nền cộng hòa. Tuy nhiên, nếu cá nhân đó là Tổng thống, tuyên bố trên cần yêu cầu có sự đồng ý của Thượng nghị Viện, được đưa ra bởi đa số thành viên

Báo cáo với Thượng nghị viện về các vụ việc được đề cập tại Điều 49.7 của Hiến pháp này

Quyết định về sự không đủ năng lực theo Hiến pháp và luật của một cá nhân để ngăn chặn sự bổ nhiệm chức Bộ trưởng, được tiếp tục giữ vị trí đó, hoặc được thực hiện các chức năng khác một cách đồng thời.

Tuyên bố về sự không đủ năng lực, khả năng và căn cứ để chấm nhiệm kỳ của các nghị sỹ.

Quyết định về tính hợp hiến của các sắc lệnh tối cao được ban hành bởi Tổng thống trong phạm vi quyền ban hành văn bản dưới luật của Tổng thống, nếu sắc lệnh đó được ban hành về các vấn đề được dự trữ cho luật mà được ủy quyền tại điều 60

Tòa án Hiến pháp phải phân tích một cách cẩn trọng các sự kiện khi xem xét quyền lực được chỉ dẫn trong đoạn 7,8,9 và 10, cũng như khi xử lý các căn cứ cho việc chấm dứt vai trò của các nghị sỹ

Đối với vụ việc trong đoạn 1, Hạ nghị viện phải chuyển cho Tòa án Hiến pháp các dự luật tương ứng trong thời gian 5 ngày, kể từ ngày hoàn tất thông qua tại Nghị viện

Đối với vụ việc trong đoạn 2, Tòa án chỉ xem xét vấn đề theo yêu cầu của Tổng thống, hoặc của một trong hai viện, hoặc của ¼ thành viên của viện đó, và yêu cầu phải được đưa ra trước khi luật được thông qua

Tòa án phải đưa ra quyết định trong thời gian 10 ngày tính từ ngày nhận được yêu cầu, trừ khi quyết định trì hoãn tiếp 10 ngày nữa đối với các vụ việc nghiêm trọng hoặc lý do chính đáng. Việc yêu cầu không đình chỉ việc xem xét dự luật, phần dự luật bị phản đối không được ban hành cho đến khi thời hạn nói trên chấm dứt, trừ khi đó là dự luật về Ngân sách hoặc dự luật liên quan đến việc tuyên bố tình trạng chiến tranh được đưa ra bởi Tổng thống nền Cộng hòa

Đối với vụ việc trong đoạn 3, các câu hỏi phải được đưa ra bởi Tổng thống trong phạm vi 10 ngày, kể từ khi Tổng kiểm toán phản đối sắc lệnh có hiệu lực như luật trên cơ sở sự vi hiến. Câu hỏi có thể được đưa ra bởi một trong hai viện hoặc bởi ¼ thành viên trong

trường hợp Văn phòng của Tổng kiểm toán đã đăng ký sắc lệnh đó có hiệu lực như luật phản đối tính vi hiến đó. Yêu cầu phải được đưa ra trong thời hạn 30 ngày kể từ thời điểm công bố sắc lệnh có hiệu lực như luật đó.

Đối với vụ việc trong đoạn 4, câu hỏi được đưa ra theo yêu cầu của Thượng viện hay của Hạ Viện trong thời hạn 10 ngày kể từ ngày công bố sắc lệnh mà đã đưa ra ngày trưng cầu dân ý đó. Tòa án thiết lập văn bản của câu hỏi để đệ trình trưng cầu dân ý khi thích hợp. Nếu quyết định được ban hành ít hơn 30 ngày trước ngày ma cuộc trưng cầu dân ý được tổ chức, Tòa án phải thiết lập một ngày mới, trong phạm vi từ 30 tới 60 ngày kể từ khi có quyết định đó.

Đối với vụ việc trong đoạn 5, câu hỏi được đưa ra bởi một trong hai viện hoặc bởi ¼ thành viên, trong thời gian 30 ngày kể từ ngày công bố hoặc ban hành văn bản bị phản đối đó, hoặc trong vòng 60 ngày kể từ ngày Tổng thống phải ban hành luật đó. Nếu Tòa án chấp nhận yêu cầu đó, Tòa án phải đưa ra công bố trong quyết định của mình, luật nào không được ban hành hay sửa chữa sự ban hành không chính xác trong đó.

Đối với vụ việc trong đoạn 9, Tòa án chỉ xem xét vấn đề theo yêu cầu của hạ viện, hoặc ¼ thành viên của nó. Công chúng có thể đệ trình lên thỉnh nguyện thư lên Tòa xem xét các quyền lực được đề cập đến trong đoạn 7,8,10 của điều này. Tuy nhiên, trong những trường hợp ở đoạn 8, nếu cá nhân bị ảnh hưởng là Tổng thống của nền cộng hòa, đơn yêu cầu phải được nộp bởi Hạ viện hay ¼ thành viên của nó.

Đối với các vụ việc trong đoạn 11, Tòa án chỉ xem xét các vấn đề theo yêu cầu của Tổng thống hoặc của ít nhất 10 Nghị sỹ đương nhiệm

Đối với các vụ việc trong đoạn 11, Tòa án chỉ xem xét các vấn đề theo yêu cầu của một trong hai viện trong phạm vi 30 ngày kể từ ngày công bố hay ban hành các văn bản bị phản đối

Điều 32/A(3) Hiến pháp Cộng hòa Hungary (1949 sửa đổi 2007)

Mọi cá nhân có quyền đệ đơn lên Tòa án Hiến pháp trong những vụ việc được quy định cụ thể bởi luật

Điều 167(6) Hiến pháp cộng hòa Nam Phi (1996 sửa đổi năm 2007)

Điều 167 Tòa án Hiến pháp

(6).Đạo luật hay các quy tắc của Tòa án Hiến pháp phải cho phép một cá nhân, khi vì lợi ích của công lý và sự cho phép của Tòa án Hiến pháp-

(a) đưa trực tiếp vấn đề đó ra Tòa án Hiến pháp

(b) kháng cáo trực tiếp lên Tòa án Hiến pháp từ các Tòa án khác

Điều 120 Hiến pháp Vương quốc Hà Lan (1983 sửa đổi năm 2002)

Tính hợp hiến của luật và các điều ước không thể bị kiểm tra bởi các Tòa án

Điều 74 Hiến pháp Cộng hòa Phần Lan (2000 sửa đổi năm 2007)

Điều 74 Kiểm tra tính hợp hiến

Ủy ban Luật Hiến pháp phải đưa ra các phúc trình về tính hợp hiến của các đề xuất lập pháp và các vấn đề khác được đưa ra xem xét, cũng như mối quan hệ của nó với các điều ước nhân quyền quốc tế.

Điều 77 Hiến pháp Cộng hòa Phần Lan (2000 sửa đổi năm 2007)

Điều 77 Xác nhận đạo luật

Một đạo luật được ban hành bởi Nghị viện phải được đệ trình lên Tổng thống của nền cộng hòa để xác nhận. Tổng thống phải quyết định việc xác nhận trong vòng 3 tháng kể từ ngày đệ trình. Tổng thống có thể yêu cầu một phúc trình về đạo luật từ Tòa án Tối cao hay từ Tòa án hành chính tối cao

Nếu Tổng thống không xác nhận đạo luật, nó sẽ được đưa trở lại xem xét tại Nghị viện. Nếu Nghị viện tái thông qua đạo luật mà không có sự chỉnh sửa đáng kể, nó sẽ có hiệu lực mà không cần có sự xác nhận. Nếu Nghị viện không tái thông qua đạo luật, nó sẽ bị coi như là thất bại.

Điều 53 Đạo luật Tòa án tối cao Canada 1985

Thẩm quyền đặc biệt

53(1) Toàn quyền của Hội đồng có thể yêu cầu Tòa án xem xét các câu hỏi quan trọng về luật hoặc về sự kiện liên quan tới

Sự giải thích các đạo luật Hiến pháp

Tính hợp hiến của việc giải thích bất cứ các đạo luật cấp liên bang hay cấp tỉnh

Thẩm quyền phúc thẩm liên quan vấn đề giáo dục theo Đạo luật Hiến pháp, 1867, hay các đạo luật khác trao quyền cho Toàn quyền của Hội đồng hay

Quyền lực của Nghị viện Canada, hoặc các cơ quan lập pháp cấp tỉnh khác, hoặc của chính quyền trung ương về việc liệu có một quyền lực cụ thể nào đã được hoặc được đề xuất để thực thi

Điều 167 (4) Hiến pháp cộng hòa Nam Phi (1996 sửa đổi năm 2007)

(4).Chỉ Tòa án Hiến pháp mới có thể

(d) quyết định về tính hợp hiến của bất cứ một sự sửa đổi Hiến pháp nào

Điều 157 và 159 Hiến pháp Ukraine (1996)

Điều 157

Hiến pháp Ukraine sẽ không được sửa đổi, nếu như sự sửa đổi dẫn tới sự bãi bỏ hay hạn chế quyền con người và quyền công dân, hoặc nếu nó được định hướng tới sự xóa bỏ nền độc lập hay vi phạm sự bất khả xâm phạm về lãnh thổ của Ukraine

Hiến pháp của Ukraine sẽ không được sửa đổi trong điều kiện tuyên bố chiến tranh hay một tình trạng khẩn cấp

Điều 159

Dự thảo luật đề giới thiệu Sự sửa đổi Hiến pháp Ukraine phải được xem xét bởi Verkhovana Rada của Ukraine và có ý kiến của Tòa án Hiến pháp đối với sự phù hợp của dự luật với yêu cầu của Điều 158 và Điều 159 Hiến pháp này

Điều 185 Hiến pháp Thái Lan (2007)

Trước khi Hạ Viện hay Thượng Viện phê chuẩn sắc lệnh về tình trạng khẩn cấp theo điều 184 đoạn 3, số hạ nghị sỹ hay số thượng nghị sỹ không ít hơn 1/5 tổng số thành viên của mỗi viện có quyền đưa ra quan điểm cho Chủ tịch của mỗi viện mà họ là thành viên rằng Sắc lệnh tình trạng khẩn cấp không tuân thủ điều 184 đoạn 1 và đoạn 2, và sau đó Chủ tịch của viện đó trong thời gian 3 ngày từ khi nhận được yêu cầu đệ trình vấn đề đó lên Tòa

án Hiến pháp để quyết định. Sau khi Tòa án Hiến pháp ra quyết định, Tòa án phải thông báo quyết định đó cho Chủ tịch của viện đã đệ trình

Khi Chủ tịch của hạ nghị viện hay Chủ tịch của thượng nghị viện nhận được ý kiến từ các thành viên của các viện đó theo đoạn 1, việc xem xét Sắc lệnh tình trạng khẩn cấp được dừng lại cho đến khi có sự thông báo của Tòa án Hiến pháp.

Trong trường hợp Tòa án Hiến pháp quyết định rằng Sắc lệnh tuyên bố tình trạng khẩn cấp không tuân thủ quy định tại Điều 184 đoạn 1 hoặc đoạn 2, Sắc lệnh tình trạng khẩn cấp đó không có hiệu lực của luật. Quyết định của Tòa án Hiến pháp rằng Sắc lệnh tuyên bố tình trạng khẩn cấp không tuân thủ quy định tại Điều 184 đoạn 1 hoặc đoạn 2 phải được đưa ra bởi hình thức bỏ phiếu, với số phiếu của không ít hơn 2/3 tổng số thành viên của tòa án Hiến pháp.

Điều 69 Hiến pháp Cộng hòa Hồi giáo Afghanistan 2004

Tổng thống chịu trách nhiệm trước quốc gia và Hạ Nghị viện theo điều này

Việc cáo buộc tội phạm chống lại loài người, tội phản quốc hoặc tội phạm được đưa ra chống lại Tổng thống được đưa ra bởi 1/3 thành viên của Hạ nghị viện

Nếu 2/3 thành viên của Hạ nghị viện bỏ phiếu để buộc tội, hạ Nghị viện phải tổ chức Hội đồng tộc trưởng trong vòng 1 tháng

Nếu Hội đồng tộc trưởng phê chuẩn cáo buộc bằng 2/3 tổng số phiếu bầu, Tổng thống sẽ bị miễn nhiệm và vụ việc sẽ được chuyển sang cho một tòa án đặc biệt

Tòa án đặc biệt bao gồm 3 thành viên của Hạ nghị viện, và 3 thành viên của Tòa án tối cao được chỉ định bởi Hội đồng tộc trưởng và chủ tịch Thượng nghị viện

Việc buộc tội được thực hiện bởi một người do Hội đồng tộc trưởng bổ nhiệm

Trong trường hợp này điều 67 của Hiến pháp được áp dụng.

Điều 60(2) Hiến pháp quốc gia lâm thời của Cộng hòa Sudan 2005

Điều 60 Sự miễn trừ và đàn hạch Tổng thống và Phó tổng thống thứ nhất

(2).Không bị ảnh hưởng bởi tiểu mục (1) trên đây, trong trường hợp có sự phản quốc, vi phạm nghiêm trọng Hiến pháp hoặc có hành xử xấu nghiêm trọng đối về các vấn đề quốc gia, Tổng thống hoặc Phó tổng thống thứ nhất có thể bị buộc tội trước Tòa án Hiến pháp khi có một nghị quyết được thông qua bởi 3/4 tổng số thành viên của Nghị viện

Điều 69 Hiến pháp của Cộng hòa Thổ Nhĩ Kỳ (1982 sửa đổi năm 2007)

Điều 69 Các nguyên tắc được các đảng phái chính trị tuân thủ

Quyết định giải tán một đảng phái chính trị do có những hoạt động vi phạm các quy định tại đoạn 4 điều 68 mà được đưa ra chỉ khi Tòa án Hiến pháp quả quyết rằng đảng phái đó là trung tâm hoạt động của những hoạt động đó.

Những hoạt động, quy tắc tổ chức và hoạt động của các đảng phái chính trị phải tuân thủ những nguyên lý dân chủ. Sự áp dụng các nguyên lý này được điều chỉnh bởi luật

Các đảng phái chính trị không được tham gia các hoạt động thương mại

Thu nhập và chi tiêu của đảng phái chính trị phải phù hợp với mục tiêu của chúng. Sự áp dụng quy tắc này được điều chỉnh bởi luật. Việc kiểm toán những thu nhập và chi tiêu và hành vi mua bán của đảng phái chính trị bởi Tòa án Hiến pháp cũng như sự thiết lập

theo luật về những thu nhập hay chi tiêu, phương pháp kiểm toán và chế tài được áp dụng phải được điều chỉnh bởi luật. Tòa án Hiến pháp sẽ được trợ giúp để thực hiện nhiệm vụ kiểm toán bởi Tòa án kiểm toán. Phán quyết của Tòa án hiến pháp về kết quả kiểm toán là phán quyết cuối cùng

Việc giải thể các đảng phái chính trị phải được quyết định sủa cùng bởi Tòa án Hiến pháp sau khi có đơn kiện của Văn phòng Trưởng Công tố của nền cộng hòa

Việc giải thể dài hạn một đảng phái chính trị phải được quyết định khi có cơ sở rằng cương lĩnh và chương trình của đảng phái chính trị vi phạm quy định đoạn 4 của Điều 68.

Việc quyết định giải thể vĩnh viễn một đảng phái chính trị với lý do các hoạt động đó vi phạm các quy định đoạn 4 của điều 68 được đưa ra chỉ khi Tòa án Hiến pháp quả quyết rằng đảng phái đó đã là trung tâm điều hành của những hoạt động đó. Một đảng chính trị có thể được coi là trung tâm điều hành của những hoạt động đó chỉ khi mà những hành động được thực hiện một cách tích cực bởi các thành viên của đảng phái đó hoặc trong một tình huống được sự ủng hộ minh thị hay mặc thị của đại hội Đảng, của chủ tịch đảng hay của trung ương đảng, hay của cơ quan hành chính của đảng hay của cuộc họp chung hay của nhóm điều hành tại Đại hội người Thổ Nhĩ Kỳ hay khi những hoạt động đó được tiến hành trực tiếp bởi các cơ quan đảng được đề cập trên đây.

Thay vì việc giải thể đảng phái đó vĩnh viễn theo quy định của đoạn trên, Tòa án Hiến pháp có thể phán quyết rằng đảng phái đó sẽ bị tước quyền nhận sự hỗ trợ của nha nước một cách toàn bộ hay một phần tùy theo tính tích chất của các hành động mà được xem xét trước tòa.

Đảng phái được giải thể vĩnh viễn không thể được thành lập lại dưới một tên mới

Các thành viên, bao gồm những người sáng lập của đảng chính trị đó mà hành vi hay tuyên bố của họ đã gây ra việc đảng đó bị giải thể không thể trở thành người sáng lập, thành viên, người điều hành hay giám sát của một đảng khác trong thời gian 5 năm kể từ ngày công bố quyết định của Tòa án Hiến pháp.

Các đảng phái chính trị mà nhận sự hỗ trợ tài chính của nước ngoài, các tổ chức quốc tế và các cá nhân tổ chức nước ngoài phải bị giải thể vĩnh viễn.

Sự thành lập và hoạt động của các đảng phái chính trị, việc giám sát và giải thể hay việc tước quyền nhận hỗ trợ một phần hay toàn bộ của nhà nước cũng như việc bầu cử, chi tiêu, các thủ tục của đảng phái chính trị và các ứng viên, được điều chỉnh bởi luật theo những nguyên tắc được đề cập trên đây.

Điều 21 Luật cơ bản của Cộng hòa Liên bang Đức (1949 sửa đổi năm 2006)

Điều 21 Đảng phái chính trị

Các đảng phái chính trị tham gia vào các định hình các ý chí chính trị của người dân. Chúng được thành lập một cách tự do. Cơ cấu tổ chức bên trong của chúng phải tuân theo nguyên lý dân chủ. Chúng phải giải thích công khai về các nguồn lực và việc sử dụng các quỹ và các tài sản khác.

Các đảng ma có mục tiêu hay những hành động của họ, muốn làm giảm hay bãi bỏ các trật tự cơ bản của nền dân chủ tự do hay đe dọa sự tồn tại của Cộng hòa liên bang Đức là vi hiến. Tòa án Hiến pháp liên bang sẽ quyết định về sự vi hiến này

Các quy định chi tiết được điều chỉnh trong đạo luật liên bang

Điều 8(4) Hiến pháp Cộng hòa Hàn Quốc (1948 sửa đổi năm 1987)

Nếu mục đích và hoạt động của một đảng phái chính trị trái với trật tự dân chủ căn bản, Chính phủ có thể đưa vụ kiện ra Tòa án Hiến pháp để giải thể nó, và đảng phái chính trị bị giải thể theo quyết định của Tòa án Hiến pháp

Điều 58 Hiến pháp Cộng hòa Pháp 1958 sửa đổi năm 2008

Hội đồng Hiến pháp đảm bảo sự điều hành cuộc bầu cử tổng thống nền cộng hòa

Nó xem xét các khiếu kiện về kết quả bầu cử.

Điều 66(2)(2) Hiến pháp Mông Cổ 1992.

Điều 66 (2) Tòa án Hiến pháp, theo quy định tại khoản 1, đưa ra phúc trình cho quốc hội là:

2) Tính hợp hiến của việc trưng cầu dân ý và các quyết định của cơ quan bầu cử trung ương đối với việc bầu cử quốc hội và các thành viên cũng như bầu cử tổng thống.

Điều 84 Hiến pháp Cộng hòa Zimbabwe (1979)

Bổ nhiệm Thẩm phán

Chánh án, Phó chánh án, Chủ tịch hội đồng thẩm phán và các thẩm phán khác của Tòa án Tối cao và Tòa án cấp cao được bổ nhiệm bởi Tổng thống sau khi tham vấn ý kiến của Ủy ban phục vụ Tư pháp

Nếu việc bổ nhiệm Chánh án, Phó chánh án, chủ tịch hội đồng thẩm phán hoặc một thẩm phán khác không tương thích với khuyến nghị của Ủy ban phục vụ tư pháp theo quy định tại khoản 1, Tổng thống buộc phải thông báo cho Thượng nghị viên ngay khi có thể

Việc bổ nhiệm thẩm phán theo yêu cầu của điều khoản này, cho dù trước hay sau ngày bắt đầu Hiến pháp sửa đổi của Zimbabwe 1984, được thực hiện trong một khoảng thời gian xác định và bất cứ thẩm phán nào được bổ nhiệm, bất kể thời gian bổ nhiệm đã hết hạn, phục vụ tiếp như một thẩm phán để đưa ra các phán quyết hoặc các vấn đề khác liên quan thủ tục được tiến hành bởi thẩm phán đó khi tại vị

Điều 104 Hiến pháp Cộng hòa Macedonia (1991 sửa đổi năm 2005)

Hội đồng tư pháp cộng hòa bao gồm 7 thành viên.

Quốc hội bầu chọn các thành viên của hội đồng

Các thành viên của Hội đồng được bầu dựa trên thứ tự các thành viên xuất sắc về nghề nghiệp cho nhiệm kỳ 6 năm, và có thể được tái bổ nhiệm

Các thành viên của Hội đồng tư pháp cộng hòa có quyền được miễn trừ. Quốc hội quyết định về sự miễn trừ của họ

Thành viên của Hội đồng tư pháp Cộng hòa không đồng thời thực hiện các chức vụ công, các công việc mang tính chuyên nghiệp hay là thành viên của đảng phái chính trị

Điều 109 Hiến pháp Cộng hòa Macedonia (1991 sửa đổi năm 2005)

Tòa án Hiến pháp của Cộng hòa Macedonia bao gồm 9 thẩm phán

Nghị viện sẽ bầu thẩm phán của Tòa án Hiến pháp theo đa số các hạ nghị sỹ. Nhiệm kỳ của thẩm phán là 9 năm, và không được tái bầu lại.

Tòa án Hiến pháp bầu Chủ tịch từ các thành viên cho một nhiệm kỳ 3 năm và không được tái bầu lại.

Thẩm phán của Tòa án Hiến pháp được bổ nhiệm từ các thành viên xuất sắc về chuyên môn nghề nghiệp.

Điều 193(3)(k) Hiến pháp Cộng hòa Hungary (1949 sửa đổi năm 2003)

Trong phạm vi quyền lực của mình, Nghị viện

(k) bầu Tổng thống nền cộng hòa, thủ tướng, các thành viên của Tòa án Hiến pháp, cơ quan giám sát quốc hội, chủ tịch và chủ tịch Kiểm toán nhà nước, Chủ tịch Tòa án tối cao và Trưởng công tố,

Điều 32A(4) Hiến pháp Cộng hòa Hungary (1949 sửa đổi năm 2003)

Tòa án Hiến pháp bao gồm 11 thành viên được bầu chọn bởi Quốc hội. Các thành viên của Tòa án Hiến pháp được lựa chọn bởi Ủy ban lựa chọn bao gồm 1 thành viên của mỗi đảng chính trị trong Nghị viện. Một đa số 2/3 tổng số phiếu của các thành viên của Nghị viện được yêu cầu để bầu một thành viên của Tòa án Hiến pháp.

Điều 48 Hiến pháp của Cộng hòa Hungary (1949 sửa đổi năm 2003)

Dựa trên sự tiến cử của Tổng thống của nền cộng hòa, Nghị viện bầu ra chủ tịch của Tòa án tối cao, dựa trên sự tiến cử của chủ tịch Tòa án tối cao, Tổng thống của nền cộng hòa bổ nhiệm Phó chủ tịch tòa án tối cao. Một đa số 2/3 tổng số phiếu của các thành viên của Nghị viện được yêu cầu để bầu Chủ tịch tòa án tối cao.

Tổng thống của nền cộng hòa phải bổ nhiệm những thẩm phán chuyên nghiệp theo quy định cụ thể của luật

Thẩm phán chỉ bị bãi nhiệm trên cơ sở và theo những quy trình thủ tục theo quy định chi tiết của luật

Điều 24A-C Hiến pháp Cộng hòa Indonesia (1945 sửa đổi năm 2002)

Điều 24A

(3) Các ứng viên thẩm phán của Tòa án tối cao được đề cử bởi Ủy ban Tư pháp cho DPR phê chuẩn và sau đó được bổ nhiệm chính thức bởi tổng thống

Điều 24 B

(3). Các thành viên của Ủy ban Tư pháp được bổ nhiệm và bãi nhiệm bởi Tổng thống với sự phê chuẩn của DPR

Điều 24C

(3) Tòa án Hiến pháp bao gồm 9 thành viên là thẩm phán hiến pháp và được phê chuẩn bởi Tổng thống, trong đó 3 thành viên được bổ nhiệm bởi Tòa án tối cao, 3 thành viên được bổ nhiệm bởi DPR và 3 thành viên được bổ nhiệm bởi Tổng thống.

Điều 174 Hiến pháp Cộng hòa Nam Phi 1996

Điều 174 Sự bổ nhiệm thẩm phán

Bất cứ một người nữ giới hay nam giới nào đủ tiêu chuẩn là những người thích hợp có thể được bổ nhiệm là thẩm phán. Bất cứ người nào được bổ nhiệm vào Tòa án Hiến pháp phải là công dân của Nam Phi

Yêu cầu về nhánh tư pháp phản ánh được thành phần rộng lớn về chủng tộc và giới phải được xem xét khi bổ nhiệm thẩm phán.

Tổng thống-người đứng đầu hành pháp, sau khi tham vấn Ủy ban phục vụ tư pháp và

lãnh đạo các đảng phái trong quốc hội, bổ nhiệm Chủ tịch và phó chủ tịch của Tòa án Hiến pháp, và sau khi tham vấn Ủy ban phục vụ Tư pháp, bổ nhiệm Chánh án và Phó chánh án tòa án tối cao.

Các thẩm phán khác của tòa án Hiến pháp được bổ nhiệm bởi Tổng thống- người đứng đầu hành pháp, sau khi tham vấn Chủ tịch tòa án Hiến pháp và lãnh đạo các đảng chính trị trong quốc hội. theo những quy trình thủ tục sau:

Ủy ban phục vụ Tư pháp phải chuẩn bị danh sách các ứng viên, trong đó có số dư 3 người cho tổng số thẩm phán cần bổ nhiệm và đệ trình danh sách đó cho tổng thống

Tổng thống sẽ quyết định bổ nhiệm dựa trên danh sách đó, và phải gửi tới Ủy ban phục vụ tư pháp lý do, nếu có bất cứ ứng viên nào không được chấp nhận và các sự bổ nhiệm khác đã được thực hiện

Ủy ban phục vụ tư pháp phải bổ sung vào danh sách các ứng viên khác và tổng thống phải tiếp tục bổ nhiệm dựa trên danh sách trên.

Tại mọi thời điểm, ít nhất 4 thành viên của Tòa án Hiến pháp phải là những người đã là thẩm phán vào thời điểm được bổ nhiệm vào Tòa án Hiến pháp

Tổng thống phải bổ nhiệm thẩm phán của các Tòa án khác dựa trên tư vấn của Ủy ban phục vụ tư pháp.

Các thẩm phán khác phải được bổ nhiệm theo đạo luật của Quốc hội trong đó đảm bảo rằng sự bổ nhiệm, thăng chức, chuyển giao, hay bãi nhiệm, các các sự kỷ luật thẩm phán được thực hiện không có sự thiên vị hay định kiến gì

Trước khi thẩm phán bắt đầu thực hiện nhiệm vụ, họ phải tuyên thệ hoặc khẳng định theo quy định điều 2 rằng họ sẽ duy trì và bảo vệ Hiến pháp.

Điều 81 Hiến pháp Cộng hòa dân chủ Liên bang Ethiopia 1995

Điều 81 Bổ nhiệm thẩm phán

Chủ tịch và Phó chủ tịch của Tòa án tối cao liên bang, theo sự khuyến nghị của Thủ tướng, được bổ nhiệm bởi hạ Nghị viện

Đối với các thẩm phán liên bang khác, thủ tướng đệ trình lên Nghị viện bổ nhiệm những ứng viên được lựa chọn bởi Hội đồng hành chính Hiến pháp

Hội đồng bang, theo đề xuất của Trưởng hành pháp bang, bổ nhiệm Chánh án và phó chánh án của Tòa án tối cao bang

Thẩm phán tòa án tối cao bang và các tòa án cấp cao khác, theo khuyến nghị của Hội đồng hành chính tư pháp bang, được bổ nhiệm bởi hội đồng bang. Hội đồng hành chính tư pháp bang, trước khi đệ trình các ứng viên lên Hội đồng bang, có trách nhiệm xin khuyến nghị từ Hội đồng hành chính tư pháp liên bang về các ứng cử viên và chuyển những ý kiến đó cùng ý kiến của mình. Nếu Hội đồng hành chính tư pháp liên bang không đưa ra ý kiến của mình trong thời hạn 3 tháng, Hội đồng bang được quyền bổ nhiệm

Thẩm phán của Tòa án cấp sơ thẩm, theo sự khuyến nghị của Hội đồng hành chính tư pháp bang, được bổ nhiệm bởi hội đồng bang.

Các vấn đề về bộ chuẩn ứng xử nghề nghiệp và kỷ luật cũng như sự chuyển chuyên thẩm phán của các tòa án được quyết định bởi Hội đồng hành chính tư pháp

Điều 101 Hiến pháp của Cộng hòa Liên bang Brazil (1988)

Các thẩm phán của Tòa án tối cao liên bang được bổ nhiệm bởi tổng thống của nền cộng hòa, sau khi sự lựa chọn đó đã được phê chuẩn bởi đa số tuyệt đối ở Thượng Nghị Viện liên bang

Điều 135 Hiến pháp Cộng hòa Italia (1948 sửa đổi năm 2003)

Tòa án Hiến pháp bao gồm 15 thẩm phán, 1/3 số đó được bổ nhiệm bởi tổng thống, 1/3 được bổ nhiệm bởi nghị viện trong phiên họp chung và 1/3 còn lại được bổ nhiệm bởi các tòa án tối cao thông thường và hành chính

Các thẩm phán được lựa chọn từ các thẩm phán bao gồm cả những người đã về hưu, từ các tòa án thông thường và hành chính, từ các giáo sư thực thụ của các trường đại học, và từ những luật sư đã ít nhất 20 năm kinh nghiệm

Các thẩm phán được bổ nhiệm nhiệm kỳ 9 năm, nhiệm kỳ của họ bắt đầu từ ngày họ tuyên thệ và họ không được tái bổ nhiệm.

Vào cuối nhiệm kỳ, các thẩm phán phải dòi nhiệm sở và không thực hiện chức năng nào nữa

Tòa án bầu trong số các thành viên và theo các quy tắc được thiết lập bởi luật chủ tịch người sẽ tại vị 3 năm và có thể được tái bầu, nhưng không thể vượt quá nhiệm kỳ của thẩm phán

Thẩm phán không đồng thời là thành viên của nghị viện hoặc hội đồng vùng, hay thực hiện các công việc pháp lý khác hay bất cứ vị trí nào khác theo quy định của luật

Khi đưa ra quyết định đàn hặc tổng thống, Tòa án gồm thêm 16 thành viên người được chọn bằng lá thăm từ danh sách các công dân được bầu chọn bởi nghị viện 9 năm một, từ những người thỏa mãn tiêu chuẩn để được bầu chọn bvaof thượng viên, theo đúng thủ tục như bổ nhiệm các thẩm phán khác

Điều 118 Hiến pháp Cộng hòa Hồi giáo Afghanistan 2004

Thành viên của Tòa án Tối cao phải thỏa mãn những tiêu chuẩn sau:

Độ tuổi của người đứng đầu Tòa án tối cao và các thành viên của nó không được ít hơn 40 vào thời điểm bổ nhiệm

Phải là công dân của Afghanistan

Phải có bằng sau đại học về luật hay về luật Hồi giáo, và phải có đủ chuyên môn và kinh nghiệm trong hệ thống tư pháp Afghanistan

Phải có chuẩn mực đạo đức tốt và có danh tiếng tốt

Phải không bị kết án về tội chống lại loài người, hoặc là tội phạm, hay là bị xử tước quyền công dân bởi tòa án

Phải không được là thành viên của bất cứ đảng phái chính trị nào trong suốt nhiệm kỳ công tác

Điều 182 (VI) Hiến pháp nhà nước Bolivia 2009

Để trở thành một thẩm phán của Tòa án tối cao công lý, người đó phải thỏa mãn những yêu cầu chung đòi hỏi với những công chức : từ 30 tuổi, có bằng luật, đã thực hiện các chức năng tư pháp, làm việc như một luật sư hay là một giáo sư đại học, trung thực,

đạo đức, trong vòng 8 năm không bị phạt bởi Hội đồng tư pháp. Việc quyết định những tiêu chuẩn trên cần tính tới sự thực hiện các nhiệm vụ xét xử ban đầu trong hệ thống tư pháp

Điều 106 Hiến pháp của Cộng hòa Italia (1948 sửa đổi năm 2003)

Sự bổ nhiệm trong nhánh tư pháp dựa trên một kỳ thi cạnh tranh

Luật về tổ chức tư pháp phải quy định các thẩm phán cao cấp, phải thực hiện nhiệm vụ như một thẩm phán

Theo đề xuất của Hội đồng cao cấp tư pháp, các giáo sư thực thụ cũng như các luật sư với ít nhất 15 năm kinh nghiệm đăng ký hoạt động tại tòa án cấp cao, có thể được bổ nhiệm vào tòa pháp án vì những phẩm chất đặc biệt của họ

Điều 135 Hiến pháp Cộng hòa Italia (1948 sửa đổi năm 2003)

Tòa án Hiến pháp bao gồm 15 thẩm phán, 1/3 số đó được bổ nhiệm bởi tổng thống, 1/3 được bổ nhiệm bởi nghị viện trong phiên họp chung và 1/3 còn lại được bổ nhiệm bởi các tòa án tối cao thông thường và hành chính

Các thẩm phán được lựa chọn từ các thẩm phán bao gồm cả những người đã về hưu, từ các tòa án thông thường và hành chính, từ các giáo sư thực thụ của các trường đại học, và từ những luật sư đã ít nhất 20 năm kinh nghiệm

Các thẩm phán được bổ nhiệm nhiệm kỳ 9 năm, nhiệm kỳ của họ bắt đầu từ ngày họ tuyên thệ và họ không được tái bổ nhiệm.

Vào cuối nhiệm kỳ, các thẩm phán phải dời nhiệm sở và không thực hiện chức năng nào nữa

Tòa án bầu trong số các thành viên và theo các quy tắc được thiết lập bởi luật chủ tịch người sẽ tại vị 3 năm và có thể được tái bầu, nhưng không thể vượt quá nhiệm kỳ của thẩm phán

Thẩm phán không đồng thời là thành viên của nghị viện hoặc hội đồng vùng, hay thực hiện các công việc pháp lý khác hay bất cứ vị trí nào khác theo quy định của luật

Khi đưa ra quyết định đàn hạc tổng thống, Tòa án gồm thêm 16 thành viên người được chọn bằng lá thăm từ danh sách các công dân được bầu chọn bởi nghị viện 9 năm một, từ những người thỏa mãn tiêu chuẩn để được bầu chọn bvaof thượng viên, theo đúng thủ tục như bổ nhiệm các thẩm phán khác

Điều 6(1)(a) Hiến pháp Bosnia và Herzegovina 1995

1)Tòa án Hiến pháp của Bosnia và Herzegovina gồm có 9 thành viên.

(a) Bốn thành viên được chọn lựa bởi Hạ Nghị Viện liên bang, hai thành viên bởi Hội đồng Cộng hòa Srpska. Ba thành viên còn lại được chọn lựa bởi Chủ tịch của Tòa án nhân quyền châu Âu sau khi có sự tư vấn của Tổng thống

Điều 142 Hiến pháp Cộng hòa Uganda 1995

142. Bổ nhiệm thẩm phán

(1) Chánh án, Phó chánh án, Tòa án tỉnh, thẩm phán Tòa án tối cao, thẩm phán tòa Phúc thẩm, Tòa án của Tòa án cấp cao được bổ nhiệm bởi Tổng thống, dựa trên sự tư vấn của Ủy ban phục vụ tư pháp và sự phê chuẩn của Nghị viện

(2) Nơi nào

(a) Vị trí thẩm phán Tòa án tối cao hoặc Thẩm phán tòa phúc thẩm hay Tòa án cấp cao bị khuyết

(b) Thẩm phán của Tòa án tối cao hay Thẩm phán tòa phúc thẩm hay Tòa án cấp cao vì một lý do nào đó không thể thực hiện được chức năng của mình

(c) Chánh án tư vấn cho Ủy ban phục vụ tư pháp về công tác của Tòa án tối cao, Tòa án phúc thẩm, Tòa án cấp cao khi có yêu cầu, Tổng thống, theo sự tư vấn của Ủy ban phục vụ Tư pháp, bổ nhiệm người đủ tiêu chuẩn làm thành viên của tòa án tối cao hay tòa án phúc phẩm hay tòa án cấp cao ngay cả khi người đó đã đạt tới độ tuổi phải nghỉ hưu

(3) Người đã được bổ nhiệm theo khoản 2 là thẩm phán của Tòa án tối cao, Thẩm phán của Tòa phúc thẩm hay thẩm phán của Tòa án cấp cao sẽ tiếp tục làm việc trong thời gian bổ nhiệm hoặc, nếu thời gian đó không được quy định chi tiết, cho đến khi sự bổ nhiệm bị hủy bỏ bởi Tổng thống, trên cơ sở tham vấn của Ủy ban phục vụ Tư pháp, tùy theo việc nào xảy ra sớm hơn.

Điều 148 Hiến pháp Cộng Hòa Uganda 1995

148 Sự bổ nhiệm các chức vụ tư pháp khác

Theo quy định của những điều khoản Hiến pháp, Ủy ban phục vụ Hiến pháp có thể bổ nhiệm chức vụ tư pháp khác hơn là các vị trí được quy định tại Điều 147(3) của Hiến pháp và xác nhận sự bổ nhiệm cũng như thực hiện việc kiểm soát kỷ luật đối với những người đang giữ chức vụ đó hay bãi miễn những người đó khỏi vị trí đương nhiệm

Điều 222 Hiến pháp Bồ Đào Nha (1976 sửa đổi năm 2005)

Điều 222 Thành phần và địa vị thẩm phán

Tòa án Hiến pháp bao gồm 13 thẩm phán, 10 người trong số đó được bổ nhiệm bởi Nghị viện và 3 người còn lại được lựa chọn bởi 10 người đó

Sáu thẩm phán được bổ nhiệm bởi Nghị viện hoặc được lựa chọn sẽ phải được lấy từ những thẩm phán của những tòa án còn lại, những người khác lấy từ các luật gia

Nhiệm kỳ của thẩm phán của tòa án Hiến pháp là 9 năm và không thể được tái bổ nhiệm

Các thẩm phán của Tòa án Hiến pháp sẽ bầu ra Chủ tịch

Các thẩm phán của Tòa án Hiến pháp sẽ có được sự bảo đảm về sự độc lập, an toàn về nhiệm kỳ, vô tư, không phải chịu trách nhiệm cá nhân cũng như không được làm các công việc khác giống như thẩm phán của các Tòa khác.

Điều 147 Hiến pháp Cộng hòa Bulgaria (1991)

Tòa án Hiến pháp bao gồm 12 thẩm phán, 1/3 số đó được bầu ra bởi Quốc hội, 1/3 được chỉ định bởi Tổng thống, và 1/3 được bầu tại phiên họp chung của Tòa pháp án và Tòa hành chính tối cao

Thẩm phán Tòa án Hiến pháp được bầu hoặc chỉ định trong một nhiệm kỳ 9 năm và không thể được bầu lại hoặc tái chỉ định. Sự bổ xung cho Tòa án Hiến pháp phải được thực hiện 3 năm một cho mỗi vị trí, theo những trật tự tuần tự theo luật

Thẩm phán của Tòa án Hiến pháp phải là luật sư có trình độ chuyên nghiệp cao và tư cách đạo đức tốt với ít nhất 15 năm kinh nghiệm

Thẩm phán của Tòa án Hiến pháp sẽ bầu bằng lá thăm bí mật chủ tịch Tòa án Hiến pháp cho một nhiệm kỳ 3 năm

Khi giữ địa vị của Thẩm phán Tòa án Hiến pháp, Thẩm phán không được đồng thời là người đại diện dân cử, hay giữ bất cứ chức vụ nhà nước nào hay là thành viên của các đảng phái chính trị hoặc công đoàn, hay tham gia các hoạt động thương mại hay hoạt động được trả lương khác mang tính chất nghề nghiệp

Thẩm phán của Tòa án Hiến pháp sẽ được hưởng quyền miễn trừ như là đại biểu quốc hội

Điều 135 Hiến pháp Cộng hòa Italia (1948 sửa đổi năm 2003)

Tòa án Hiến pháp bao gồm 15 thẩm phán, 1/3 số đó được bổ nhiệm bởi tổng thống, 1/3 được bổ nhiệm bởi nghị viện trong phiên họp chung và 1/3 còn lại được bổ nhiệm bởi các tòa án tối cao thông thường và hành chính

Các thẩm phán được lựa chọn từ các thẩm phán bao gồm cả những người đã về hưu, từ các tòa án thông thường và hành chính, từ các giáo sư thực thụ của các trường đại học, và từ những luật sư đã ít nhất 20 năm kinh nghiệm

Các thẩm phán được bổ nhiệm nhiệm kỳ 9 năm, nhiệm kỳ của họ bắt đầu từ ngày họ tuyên thệ và họ không được tái bổ nhiệm.

Vào cuối nhiệm kỳ, các thẩm phán phải dòi nhiệm sở và không thực hiện chức năng nào nữa

Tòa án bầu trong số các thành viên và theo các quy tắc được thiết lập bởi luật chủ tịch người sẽ tại vị 3 năm và có thể được tái bầu, nhưng không thể vượt quá nhiệm kỳ của thẩm phán

Thẩm phán không đồng thời là thành viên của nghị viện hoặc hội đồng vùng, hay thực hiện các công việc pháp lý khác hay bất cứ vị trí nào khác theo quy định của luật

Khi đưa ra quyết định đàn hạc tổng thống, Tòa án gồm thêm 16 thành viên người được chọn bằng lá thăm từ danh sách các công dân được bầu chọn bởi nghị viện 9 năm một, từ những người thỏa mãn tiêu chuẩn để được bầu chọn bvaof thượng viên, theo đúng thủ tục như bổ nhiệm các thẩm phán khác.

Điều 132 Hiến pháp Cộng hòa Hồi giáo Afghanistan 2004

Các thẩm phán được bổ nhiệm theo sự khuyến nghị của Tòa án tối cao và sự phê chuẩn của Tổng thống.

Sự bổ nhiệm, chuyển, thăng cấp hay phạt cũng như đề xuất thẩm phán nghỉ hưu nằm trong phạm vi quyền lực của Tòa án tối cao theo quy định của luật này

Tòa án tối cao sẽ thành lập Văn phòng hành chính chung của quyền lực tư pháp với mục đích tổ chức tốt hơn công việc hành chính và các vấn đề tư pháp khác và đảm bảo các sự tiến bộ theo yêu cầu

Điều 110 Hiến pháp của nước Argentine 1994

Thẩm phán của Tòa án tối cao và thẩm phán của tòa án cấp dưới phải hành xử tốt

trong suốt nhiệm kỳ, và nhận được khoản lương dựa trên sự phục vụ của họ theo quy định của luật, và điều đó sẽ không bị thuyên giảm vì bất cứ lý do nào

Điều 147 Hiến pháp Cộng hòa Estonia 1992

Thẩm phán sẽ được bổ nhiệm suốt đời. Nhữn căn cứ và quy trình bãi nhiệm sẽ được quy định bởi luật

Thẩm phán chỉ bị bãi nhiệm theo quyết định của Tòa án

Thẩm phán không được nắm các vị trí do được bầu hay bổ nhiệm khác trừ trường hợp do pháp luật quy định

Việc bảo vệ sự độc lập và địa vị pháp lý của thẩm phán do pháp luật quy định

Điều 77 Hiến pháp Chính trị của Cộng hòa Chi Lê 1980

Cho đến khi thẩm phán thực hiện nhiệm vụ của mình một cách đúng đắn, thẩm phán sẽ tiếp tục vị trí của mình; tuy nhiên, các thẩm phán tòa án cấp dưới phải thực hiện công việc tập sự thẩm phán trong một thời gian luật định.

Bất kể tới các quy định trên, Thẩm phán kết thúc nhiệm vụ của mình, khi tròn 75 tuổi, từ chức hoặc là hoặc đột ngột mất năng lực hành vi hoặc trong trường hợp họ buộc phải từ nhiệm theo một chế tài pháp luật nào đó. Quy định về độ tuổi thông áp dụng với Chủ tịch của Tòa án Hiến pháp, ông ta sẽ tiếp tục vị trí của mình cho đến khi kết thúc nhiệm kỳ.

Theo đòi hỏi của Tổng thống, yêu cầu của các đảng chính trị hay một thỉnh nguyện thư chính thức, Tòa án tối cao tuyên bố Thẩm phán đã không thực hiện những nhiệm vụ của mình đúng mực, và dựa trên tuyên bố của bị đơn và báo cáo từ Tòa án phúc thẩm, đa số thành viên có thể đồng ý để bãi miễn thẩm phán đó. Sự nhất trí đó phải được chuyển cho Tổng thống để có hiệu lực.

Tổng thống, theo đề xuất hay quyết định của Tòa án tối cao, có thể thuyên chuyển hoặc ra lệnh thuyên chuyển các thẩm phán hoặc các viên chức khác hay các nhân viên tư pháp khác từ một vị trí này sang vị trí tương đương.

Điều 291 Hiến pháp cộng hòa liên bang Nigeria

Viên chức tư pháp được bổ nhiệm tại Tòa án tối cao hoặc Tòa án phúc thẩm có thể về hưu khi tròn 65 tuổi và chấm dứt nắm giữ vị trí đó khi tròn 67 tuổi.

Viên chức tư pháp được bổ nhiệm tại các tòa án khác những tòa án được xác định trong khoản 1 có thể về hưu khi tròn 60 tuổi và chấm dứt nắm giữ vị trí đó khi tròn 65 tuổi

Bất cứ người nào cũng có thể giữ vị trí viên chức tư pháp

Trong một thời hạn không ít hơn 15 năm, nếu về hưu tại hoặc sau độ tuổi 65 nếu là Chánh án tòa án tối cao Nigeria, thẩm phán Tòa án tối cao, Chủ tịch Tòa án phúc thẩm, thẩm phán tòa án phúc thẩm hoặc là sau độ tuổi 60 đối với các trường hợp khác, có quyền nhận lương hưu suốt đời theo tỷ lệ tương đương với lương năm cuối cùng và các quyền lợi khác

Trong một thời hạn không ít hơn 15 năm,, nếu về hưu tại hoặc sau độ tuổi 65 hoặc độ tuổi 60, theo các trường hợp trên, có quyền nhận lương hưu theo tỷ lệ như trong đoạn (a) trong tương quan với giai đoạn 15 năm đó, và tất cả các quyền lợi khác được hưởng theo nhiệm kỳ.

Trong các trường hợp khác, được hưởng lương và các lợi ích khác được điều chỉnh bởi đạo luật của Quốc hội hoặc luật của Nghị viện bang

Không có quy định trong Hiến pháp loại trừ việc áp dụng các điều khoản của các luật khác quy định về lương hưu, phụ cấp hoặc các lợi ích khác cho những người trong lĩnh vực phục vụ công tại cấp bang hay liên bang

Điều 105 Hiến pháp Cộng hòa Hàn Quốc (1948 sửa đổi năm 1987)

Nhiệm kỳ của Chánh án tòa án tối cao là 6 năm và không thể được tái bổ nhiệm

Nhiệm kỳ của Thẩm phán của tòa án tối cao là 6 năm và họ được tái bổ nhiệm theo quy định của luật

Nhiệm kỳ của các thẩm phán khác là 10 năm và họ có thể được tái bổ nhiệm theo những điều kiện luật định

Tuổi về hưu của thẩm phán do luật quy định

Điều 207 Hiến pháp của Cộng hòa Guatemala (1985 sửa đổi năm 1993)

Điều 207 Điều kiện của “Magistrate-quan tòa” và thẩm phán

Quan tòa và Thẩm phán phải là người gốc Guatemala, có tư cách công dân và là những luật sư được đăng ký, ngoại trừ những trường hợp ngoại lệ do luật quy định liên quan đến yêu cầu về các thẩm phán cụ thể trong các lĩnh vực tư và thẩm phán của các tòa án cấp thấp

Luật sẽ quy định cụ thể về số lượng thẩm phán cũng như tổ chức và chức năng của tòa án và các thủ tục phải tuân thủ, theo những vấn đề cụ thể.

Quan tòa không thể làm các nghề nghiệp khác, với vai trò lãnh đạo trong các công đoàn, đảng phái chính trị hay mục sư của các tôn giáo.

Quan tòa của Tòa án tối cao công lý phải tuyên thệ trước quốc hội, thề phải thực thi công lý một cách đầy đủ và miễn cưỡng. Các quan tòa khác và các thẩm phán, phải tuyên thệ trước Tòa án tối cao

Điều 215 Hiến pháp Cộng hòa Guatemala (1985 sửa đổi năm 1993)

Quan tòa của Tòa án tối cao phải được bầu lên bởi Quốc hội trong thời hạn 5 năm, từ danh sách 26 ứng cử viên được đề xuất bởi ủy ban tiền cử bao gồm đại diện cho Hiệu trưởng các trường đại học, người mà là chủ tịch ủy ban, hiệu trưởng trường luật, và các khoa khoa học xã hội khác từ mỗi trường đại học trong toàn quốc, một số lượng tương tự các đại diện được bầu bởi liên đoàn các hiệp hội luật sư và công chứng của Guatemala và một số lượng tương tự các đại diện được bầu bởi các quan tòa khác của Tòa phúc thẩm và các tòa khác được đề cập trong điều 217 Hiến pháp này.

Sự lựa chọn ứng viên yêu cầu số phiếu bầu của 2/3 số thành viên của ủy ban

Khi bầu tại Ủy ban tiền cử, không có sự đại diện nào được chấp nhận

Các quan tòa của Tòa án tối cao sẽ bầu ra trong số các thành viên, bằng tỷ lệ phiếu bầu 2/3, Chánh án, người sẽ giữ nhiệm kỳ 1 năm và không được bầu lại.

Điều 79 Hiến pháp Nhật Bản (1946)

(1). Tòa án Tối cao sẽ bao gồm Chánh án, và số lượng các thẩm phán được xác định theo quy định của pháp luật, tất cả các thẩm phán, ngoại trừ Chánh án được bổ nhiệm Nội các.

(2). Việc bổ nhiệm các thẩm phán của Tòa án tối cao phải được kiểm tra bởi người dân tại các cuộc tổng tuyển cử đầu tiên bầu các thành viên của Hạ nghị viện, sau sự bổ

nhiệm đó, và được kiểm tra một lần nữa tại cuộc tổng tuyển cử đầu tiên bầu các thành viên của Hạ viện nghi sau kết thúc thời hạn mười năm, theo cách thức tương tự

(3). Trong trường hợp nêu ở đoạn trên, khi đa số cử tri ủng hộ việc bãi nhiệm thẩm phán, ông ta phải bị bãi nhiệm.

(4). Các vấn đề liên quan đến việc kiểm tra theo quy định của pháp luật.

(5). Các thẩm phán của Tòa án Tối cao sẽ được nghỉ hưu khi đạt độ tuổi theo quy định của luật.

(6) Tất cả các thẩm phán sẽ nhận được, trong khoảng thời gian thường xuyên quy định, tiền lương hợp lý và không bị giảm trong suốt nhiệm kỳ.

Điều 4 Đạo luật Tòa án Hiến pháp Liên bang Đức (1951 sửa đổi năm 2009)

(1) Nhiệm kỳ của các thẩm phán là mười hai năm, không vượt ra ngoài tuổi nghỉ hưu.

(2) Việc tái bầu cử ngay lập tức các thẩm phán không được cho phép.

(3) Tuổi nghỉ hưu sẽ là thời điểm kết thúc của tháng mà các thẩm phán đạt đến tuổi 68.

(4) Sau khi hết nhiệm kỳ của mình, thẩm phán có trách nhiệm tiếp tục thực hiện chức năng cho đến khi người kế nhiệm được chỉ định.

Điều 128 Hiến pháp Albania (1998)

Các thẩm phán của Tòa án Hiến pháp có thể bị bãi nhiệm bởi Quốc hội nếu được 2/3 tất cả các thành viên của nó đồng ý, do có các hành vi vi phạm Hiến pháp, hành vi phạm tội, không đủ năng lực hành vi hoặc thể chất, hành vi làm mất uy tín nghiêm trọng vị trí và danh tiếng của một thẩm phán. Quyết định của quốc hội được xem xét bởi Tòa án Hiến pháp, theo đó, sau khi xác minh sự tồn tại của một trong những căn cứ trên, tuyên bố loại bỏ chức vụ là thành viên của Tòa án Hiến pháp.

Điều 141 Hiến pháp của Gambia (1997) *

141. Nhiệm kỳ của thẩm phán

(1) Không có vị trí của thẩm phán sẽ được loại bỏ, trong khi có các thẩm phán giữ các vị trí đó.

(2) Theo quy định của phần này, một thẩm phán của Tòa án tối cao

(a) có thể nghỉ hưu hưởng lương hưu bất cứ lúc nào sau khi đạt 65 năm tuổi;

(b) sẽ không phải giữ vị trí của thẩm phán khi đạt được 70 tuổi.

(c) có thể chấm việc bổ nhiệm bởi Tổng thống sau khi có sự tư vấn của Ủy ban phục vụ tư pháp.

(3) Bất kể rằng ông đã đến tuổi mà theo đó bị yêu cầu rời khỏi chức vụ theo quy định trong phần này, người đang nắm giữ các vị trí thẩm phán có thể tiếp tục giữ vị trí đó trong một thời gian sáu tháng sau khi đạt tới độ tuổi đó, để cho phép thẩm phán đó phán xử những bản án hoặc làm bất cứ điều gì khác liên quan đến thủ tục tố tụng được bắt đầu xử lý trước đây bởi thẩm phán đó

(4). Chánh án, thẩm phán Tòa án Tối cao, Tòa án cấp phúc thẩm và Tòa án cấp cao, và các thành viên của Tòa án hình sự đặc biệt chỉ có thể được từ nhiệm khi không có khả năng thực hiện các chức năng tư pháp của mình, cho dù có từ thương tật về cơ thể hay tinh thần, hoặc vì hành vi sai trái nào đó.

(5) Một thẩm phán có thể miễn nhiệm nếu có thông báo bằng văn bản gửi cho Chủ tịch Nghị Viện, có chữ ký của không ít hơn một nửa của tất cả các thành viên có quyền biểu quyết của Nghị viện, nại ra rằng thẩm phán không thể thực hiện các chức năng của mình dựa trên bất kỳ các căn cứ nêu trong tiểu mục (4) và đề xuất rằng vấn đề sẽ được điều tra theo mục này.

(6) Trường hợp thông báo về đơn đó được nhận bởi Chủ tịch Nghị viện theo tiểu mục (5), Chủ tịch Nghị Viện sẽ ngay lập tức tổ chức một cuộc bỏ phiếu được thực hiện trên đơn đó mà không cần tranh luận gì.

(7) Nếu đơn yêu cầu đó được thông qua bởi lá phiếu của không 2/3 tất cả các thành viên của Nghị viện

(a) Nghị viện, bằng một nghị quyết, thành lập một tòa án bao gồm ba người, ít nhất một trong số đó giữ chức vụ tư pháp cao sẽ là Chủ tịch của tòa đó;

(b) Tòa án sẽ điều tra sự việc và sẽ báo cáo Nghị viện thông qua Chủ tịch Nghị viện bất cứ kết luận rằng cáo buộc đó có cơ sở chứng minh hay không.

(c) Nếu tòa án báo cáo với Nghị viện rằng bất kỳ phần cáo buộc nào cũng không đủ cơ sở để chứng minh, không có thủ tục tố tụng tiếp tục được thực hiện theo mục này đối với các cáo buộc đó;

(d) Nếu tòa án báo cáo với Nghị viện rằng mà một phần cáo buộc như vậy đã được chứng minh, Nghị viện sẽ xem xét các báo cáo tại phiên họp đầu tiên thuận tiện và nếu cáo buộc được ủng hộ bởi không ít hơn 2/3 tất cả các thành viên, Nghị viện sẽ kết luận rằng thẩm phán bị cách chức, và thẩm phán đó ngay lập tức chấm dứt nhiệm vụ.

(8) Trong trường hợp tòa án được thành lập theo mục này đối với thẩm phán bất kỳ, Thẩm phán đó bị tạm đình chỉ công tác. Việc tạm đình chỉ chấm dứt hiệu lực nếu tòa án báo cáo rằng không có cáo buộc chống lại thẩm phán đã được chứng minh hay nếu cáo buộc yêu cầu cách chức thẩm phán không đáp ứng theo quy định tại khoản (d) của tiểu mục (7).

(9) Tất cả các thủ tục tố tụng tại tòa án theo mục này sẽ được ghi lại bằng camera và thẩm phán có liên quan có quyền xuất hiện và được đại diện hợp pháp trước tòa.

Điều 124 của Hiến pháp nước Cộng hoà Ấn Độ (1950 sửa đổi năm 1995)

Điều 124 Thành lập Tòa án Tối cao

(1) Tòa án Tối cao của Ấn Độ bao gồm một Chánh án và, cho đến khi Quốc hội theo quy định của pháp luật quy định một số lượng lớn hơn, không quá bảy thẩm phán khác.

(2) Tất cả các Thẩm phán của Tòa án Tối cao được bổ nhiệm bởi Tổng thống, sau khi tham vấn ý kiến với các Thẩm phán Tòa án Tối cao và Tòa án cấp cao tại các bang mà Tổng thống có thể cho là cần thiết cho mục đích này. Thẩm phán nắm giữ chức vụ cho đến khi đạt tuổi 65 năm:

Với điều kiện là trong trường hợp chỉ định một Thẩm phán khác hơn Chánh Án, Chánh Án của Tòa án tối cao Ấn Độ luôn luôn được tham vấn

Cung cấp thêm rằng –

(a) Thẩm phán có thể, bằng cách viết văn bản gửi Tổng thống, từ chức;

(b) một thẩm phán có thể bị bãi miễn theo cách thức quy định tại khoản (4).

(2A) Độ tuổi của một Thẩm phán của Tòa án tối cao sẽ được xác định của cơ quan đó và theo cách thức như Nghị viện quy định dưới hình thức luật.

(3) Một người không có đủ điều kiện để được bổ nhiệm là Thẩm phán của Tòa án tối cao trừ khi anh ta là một công dân của Ấn Độ và

(a) đã cho ít nhất năm năm là Thẩm phán của Tòa án cấp cao hoặc của hai hoặc nhiều Toà án kế tiếp;

(b) đã được ít nhất mười năm là luật sư của một Tòa án cấp cao hoặc của hai hoặc nhiều Toà án kế tiếp ;

(c), theo ý kiến của Tổng thống, là một luật gia xuất sắc.

Giải thích I: Trong khoản này “Tòa án cấp cao” có nghĩa là Tòa án cấp cao thực hiện, hoặc tại bất kỳ thời gian trước khi sự bắt đầu của bản Hiến pháp này thực hiện, thẩm quyền tài phán trong bất kỳ một phần của lãnh thổ nào của Ấn Độ.

Giải thích II: Theo mục đích của điều khoản này về cách tính thời gian trong đó một người đã là một luật sư, thì bất kỳ khoảng thời gian trong đó một người đã giữ vị trí tư pháp không thấp hơn một thẩm phán cấp quận và sau đó trở thành luật sư cũng được tính tới.

(4) Thẩm phán của Tòa án Tối cao sẽ không bị bãi miễn, ngoại trừ theo lệnh của Tổng thống đưa ra sau khi được mỗi Viện ủng hộ bởi đa số các thành viên của Viện đó và bằng đa số của không ít hơn hai phần ba của các thành viên tham dự phiên họp và bỏ phiếu trong cùng một phiên cho việc bãi nhiệm đó trên cơ sở đã chứng minh hành vi sai trái hoặc người đó không đủ năng lực.

(5) Nghị viện bằng văn bản luật có thể quy định thủ tục xử lý vụ việc và việc điều tra và bằng chứng về hành vi sai trái hoặc không đủ năng lực của một Thẩm phán theo quy định tại khoản (4).

(6) Mỗi người được bổ nhiệm làm Thẩm phán của Tòa án tối cao, trước khi nhận nhiệm vụ, trình diện và tuyên thệ trước Tổng thống, hoặc một số người được bổ nhiệm thay mặt, hoặc xác nhận theo quy chuẩn của Biểu thứ ba.

(7) Không có người nào giữ vị trí Thẩm phán của Tòa án tối cao được bào chữa hoặc có hành vi khác trong bất kỳ tòa án nào trước khi bất kỳ cơ quan nào trong lãnh thổ của Ấn Độ.

Điều 123 Hiến pháp của Cộng hòa Croatia (1990 sửa đổi năm 2001)

(1) Thẩm phán, theo Hiến pháp và luật, được bổ miễn nhiệm nhiệm vụ bởi Hội đồng tư pháp quốc gia, nơi cũng sẽ quyết định tất cả các vấn đề liên quan đến trách nhiệm kỷ luật của họ.

(2) Trong quá trình bổ nhiệm và miễn nhiệm các thẩm phán, Hội đồng tư pháp quốc gia phải xin ý kiến của ủy ban có thẩm quyền của Quốc hội Croatia.

(3) Hội đồng tư pháp quốc gia sẽ bao gồm mười một thành viên được bầu ra bởi Quốc hội phù hợp với quy định của luật, trong số các thẩm phán danh dự, luật sư và giáo sư luật. Đa số các thành viên của Hội đồng tư pháp quốc gia được chọn từ hàng ngũ các thẩm phán.

(4) Chủ tịch của Toà án không được bầu làm thành viên của Hội đồng tư pháp quốc gia

(5) Thành viên của Hội đồng tư pháp quốc gia được bầu cho một nhiệm kỳ bốn năm và không ai có thể là một thành viên của Hội đồng tư pháp quốc gia quá hai nhiệm kỳ liên tiếp.

(6) Chủ tịch Hội đồng tư pháp quốc gia sẽ được bầu bằng cách bỏ phiếu kín bởi đa số các thành viên của Hội đồng tư pháp quốc gia cho một nhiệm kỳ hai năm.

(7) Thẩm quyền và thủ tục tố tụng của Hội đồng tư pháp quốc gia được quy định bởi luật.

Điều 105 Hiến pháp Cộng hòa Ý (1948 sửa đổi năm 2003)

Hội đồng cao cấp của ngành tư pháp, theo quy định của luật tổ chức, có thẩm quyền độc quyền bổ nhiệm, chuyển, thăng cấp, và kỷ luật các thành viên của ngành tư pháp.

Chương 12, Điều 8 của Luật Cơ sở của chính quyền Thụy Điển (1975 sửa đổi năm 2002)

(1) Vụ kiện theo pháp luật hình sự về một hành vi phạm tội được thực hiện bởi một thành viên của Tòa án tối cao hoặc Tòa án Tối cao hành chính trong khi thực thi các chức năng chính thức, sẽ được đưa ra trước Tòa án Tối cao bởi một thanh tra quốc hội hoặc bởi Trưởng Công lý.

(2) Tòa án Tối cao tương tự có trách nhiệm kiểm tra và xác định liệu, theo các quy định đã được nêu, một thành viên của Tòa án tối cao hoặc Tòa án hành chính tối cao có phải bị miễn nhiệm hoặc đình chỉ thi hành nhiệm vụ, hoặc có nghĩa vụ trải qua một cuộc kiểm tra y tế không.

Quy trình đó sẽ được khởi sướng bởi một thanh tra quốc hội hay của Trưởng Công lý

Điều 97 Luật cơ bản của Cộng hòa Liên bang Đức (1949 sửa đổi năm 2009)

Sự độc lập của các thẩm phán

(1) Các thẩm phán độc lập và chỉ tuân theo pháp luật.

(2) Thẩm phán được bổ nhiệm lâu dài, toàn thời gian vào một vị không thể, trái với ý muốn của họ, bị miễn nhiệm hoặc lâu dài hoặc tạm đình chỉ chức vụ hoặc được đưa tới vị trí khác hoặc nghỉ hưu trước khi hết hạn nhiệm kỳ của họ ngoại trừ bằng một quyết định tư pháp và chỉ căn cứ vào các quy định của đạo luật. Đạo luật có thể giới hạn tuổi nghỉ hưu của thẩm phán được bổ nhiệm suốt đời. Trong trường hợp có sự thay đổi trong cơ cấu của Tòa án hoặc ở các huyện của họ, các thẩm phán có thể được chuyển tới tòa án khác hoặc từ nhiệm, nhưng họ vẫn được nhận toàn bộ tiền lương.

Điều 98 Luật cơ bản của Cộng hòa Liên bang Đức (1949 sửa đổi năm 2009)

(1) Địa vị pháp lý của thẩm phán liên bang được quy định bởi một đạo luật liên bang đặc biệt.

(2) Trường hợp một thẩm phán liên bang, với tư cách chính thức hoặc không chính thức, vi phạm các nguyên tắc của Hiến pháp này hoặc trật tự hiến pháp của bang, Tòa án Hiến pháp Liên bang có thể quyết định theo đa số hai phần ba, theo yêu cầu của Hạ viện Bundestag, theo đó thẩm phán được chuyển vị trí khác hoặc nghỉ hưu. Trong một trường hợp vi phạm cố ý, việc miễn nhiệm thẩm phán đó có thể được đưa ra.

(3) Địa vị pháp lý của các thẩm phán ở Bang được quy định bởi đạo luật đặc biệt của bang trong chừng mực Điều 74 I 27 không quy định khác.

(4) Các bang có thể quy định rằng Bộ trưởng Bộ Tư pháp Bang cùng với một ủy ban tuyển chọn thẩm phán quyết định về việc bổ nhiệm các thẩm phán ở bang.

(5) Các bang, liên quan đến thẩm phán của bang, ban hành quy định tương ứng với đoạn II. Luật hiến pháp bang vẫn không bị ảnh hưởng. Các quyết định trong trường hợp đàn hạch một thẩm phán thuộc thẩm quyền của Tòa án Hiến pháp Liên bang.

Điều 122 Hiến pháp nước Cộng hòa Croatia (1990 sửa đổi năm 2001)

(1) Vị trí tư pháp là vĩnh viễn.

(2) Ngoại trừ phần 1 của Điều này, với giả định nhiệm vụ tư pháp được thực hiện lần đầu tiên, Thẩm phán được bổ nhiệm cho một nhiệm kỳ năm năm. Sau khi gia hạn bổ nhiệm, quan tòa giữ nhiệm vụ vĩnh viễn.

Thẩm phán sẽ bị miễn nhiệm:

- Theo yêu cầu riêng của thẩm phán,
- Nếu thẩm phán vĩnh viễn mất khả năng nhiệm vụ của mình,
- Nếu thẩm phán đã bị kết án về một tội hình sự mà làm cho thẩm phán đó không xứng đáng nắm giữ chức vụ tư pháp,
- Nếu, phù hợp với pháp luật, do đó, theo quyết định của Hội đồng tư pháp quốc gia, bởi đã thực hiện một hành vi vi phạm nghiêm trọng kỷ luật,
- Khi đạt bảy mươi năm tuổi.

(3) Nếu chống lại quyết định được miễn nhiệm, thẩm phán có quyền kháng cáo lên Tòa án Hiến pháp của cộng hòa Croatia trong thời hạn 15 ngày kể từ ngày quyết định được đưa ra. Tòa án Hiến pháp quyết định xem xét các kháng cáo về thủ tục và cách thức được xác định bởi Đạo luật Hiến pháp về Tòa án Hiến pháp của Cộng hòa Croatia.

(4) Nếu chống lại quyết định của Hội đồng tư pháp quốc gia về trách nhiệm kỷ luật, thẩm phán có quyền kháng cáo lên Tòa án Hiến pháp của nước Cộng hòa Croatia trong thời hạn 15 ngày, kể từ ngày quyết định được đưa ra. Tòa án Hiến pháp quyết định xem xét các kháng cáo về thủ tục và cách thức được xác định bởi Đạo luật Hiến pháp về Tòa án Hiến pháp của Cộng hòa Croatia.

(5) Trong trường hợp ở phần 4 và 5 Điều này, Tòa án Hiến pháp quyết định trong thời hạn không quá 30 ngày kể từ ngày kháng cáo đã được đệ trình. Quyết định của Tòa án Hiến pháp không bao gồm quyền khiếu nại hiến pháp.

(6) Một thẩm phán sẽ không bị chuyển trái với ý muốn của mình, ngoại trừ trong trường hợp Toà án bị bãi bỏ hoặc tổ chức lại theo quy định của luật.

(7) Một thẩm phán không được thực hiện công việc khác theo quy định của pháp luật là không phù hợp với vị trí tư pháp của mình.

Điều 134 Hiến pháp nước Cộng hòa Slovenia (1991 sửa đổi năm 2003)

(1) Không ai trong khi đưa ra các quyết định tư pháp có thể phải chịu trách nhiệm cho ý kiến bày tỏ trong quá trình ra quyết định tại tòa án.

(2) Nếu một thẩm phán bị nghi ngờ phạm tội hình sự trong việc thực hiện của chức năng tư pháp, ông không thể bị giam giữ, cũng như không thủ tục tố tụng hình sự nào có thể được bắt đầu chống lại ông mà không có sự đồng ý của Quốc hội.

Điều 121 Hiến pháp Malaysia (1957 sửa đổi năm 1994)

(1) Theo quy định tại khoản (2) quyền lực tư pháp của Liên bang được trao cho Tòa án cấp cao với thẩm quyền và địa vị phối hợp, cụ thể là

(a) một tại bang của Malaya, được biết đến như là Tòa án cấp cao ở Malaya và có trụ sở được đăng ký tại Kuala Lumpur;

(b) một tại các bang Sabah và Sarawak, được biết đến như là Tòa án cấp cao Borneo và có trụ sở được đăng ký ở các bang Sabah và Sarawak do Yang di-Pertaun Agong xác định;

(c) (bỏ)

Các tòa án cấp dưới được quy định bởi luật liên bang.

(2) Thẩm quyền sau đây được trao cho một Tòa án được gọi là Agung Mahkamah (Tòa án Tối cao) và có trụ sở đăng ký tại Kuala Lumpur,

(a) Độc quyền xem xét kháng cáo các quyết định của Tòa án cấp cao hoặc một thẩm phán của Tòa đó (trừ quyết định của Tòa án Cấp cao được đưa ra bởi một thư ký hoặc của các viên chức khác của Tòa án và có thể kháng cáo theo quy định của pháp luật liên bang tới thẩm phán của Tòa án);

(b) quyền tài phán ban đầu hoặc tư vấn được quy định tại các Điều 128 và 130; và

(c) các thẩm quyền khác theo quy định của pháp luật liên bang.

(3) Tuân thủ các hạn chế được áp đặt bởi luật liên bang, bất kỳ sắc lệnh, nghị định, bản án hoặc quá trình tố tụng của các tòa án nêu tại khoản (1) hoặc của bất kỳ thẩm phán nào có trách nhiệm (cho đến khi bản chất của nó cho phép) có hiệu lực trên toàn Liên bang, và có thể được thực hiện hoặc thi hành tại bất kỳ phần nào của Liên bang; luật liên bang quy định các tòa án trong một khu vực của Liên bang, hoặc các công chức phải trợ giúp các tòa án trong khu vực khác.

(4) Khi xác định nơi đăng ký trụ sở của Tòa án Tối cao ở Borneo, Yang di-Pertuan Agong sẽ hành động theo sự tư vấn của Thủ tướng- người có trách nhiệm tham khảo ý kiến các Bộ trưởng các bang Sabah và Sarawak và Chánh án của Tòa án cấp cao.

Điều 4 Hiến pháp Cộng hòa Mozambique (16 tháng 11 năm 2004)

Nhà nước công nhận các văn bản quy phạm khác nhau và các hệ thống giải quyết tranh chấp khác nhau cùng tồn tại trong xã hội Mozambique, trong chừng mực chúng không trái với các nguyên tắc cơ bản và giá trị của Hiến pháp.

Điều 213(3) Hiến pháp Cộng hòa Mozambique (16 tháng 11 năm 2004)

Luật có thể thiết lập cơ chế thể chế và thủ tục cho các liên kết giữa tòa án và các diễn đàn khác mà mục đích là xử lý tranh chấp quyền lợi và đưa ra giải pháp cho các tranh chấp.

Điều 246 Hiến pháp chính trị của Colombia (1991 sửa đổi năm 2005)

Các cơ quan có thẩm quyền của người bản địa có thể thực hiện chức năng thẩm quyền tài phán của họ trong phạm vi quyền tài phán lãnh thổ theo quy định của pháp luật và thủ tục riêng của mình miễn là không trái với Hiến pháp và pháp luật của nền Cộng hòa. Pháp luật sẽ thiết lập các hình thức phối hợp các thẩm quyền đặc biệt này với hệ thống tư pháp quốc gia.

Điều 15 (4) (c) của Hiến pháp Botswana (1966)

15. Bảo vệ khỏi sự phân biệt đối xử trên cơ sở chủng tộc, vv

(1) Theo quy định của tiểu mục (4), (5) và (7) của phần này, không có luật được thiết lập bất kỳ điều khoản nào được phân biệt đối xử, của chính bản văn đó hoặc dựa trên hiệu lực của nó.

(2) Theo quy định của tiểu mục (6), (7) và (8) của phần này, không người nào sẽ bị đối xử một cách phân biệt bởi bất kỳ người nào hành động theo các văn bản luật viết, hoặc trong việc thực hiện các chức năng của công chức hoặc cơ quan có thẩm quyền công cộng.

(3) Trong phần này, khái niệm “phân biệt đối xử” có nghĩa là cho phép sự đối xử khác nhau đối với các người khác nhau, do toàn bộ hoặc chủ yếu là các đặc trưng chủng tộc, bộ lạc, nơi xuất xứ, quan điểm chính trị, màu da hoặc tín ngưỡng. Theo đó, nhưng người bị mô tả là có khuyết tật hoặc hạn chế mà người khác mô tả như vậy không thực hiện các quyền ưu đãi hoặc lợi thế thì không phải là những người bị phân biệt đối xử.

(4) Tiểu mục (1) của phần này không áp dụng bất cứ luật nào cho đến khi là luật đó có điều khoản-

(a) đối với việc thu các nguồn thu chung hoặc các quỹ công cộng khác;

(b) đối với những người không phải là công dân của Botswana;

(c) liên quan đến nhận con nuôi, kết hôn, ly hôn, chôn cất, phân chia di sản hoặc những luật nhân thân khác;

Điều 7(f) Hiến pháp Gambia 1997

7. Pháp luật của Gambia

Bên cạnh Hiến pháp, pháp luật của Gambia bao gồm

(a) Đạo luật của Quốc hội được thực hiện theo Hiến pháp này và các văn bản lập pháp bổ sung được xây dựng theo các đạo luật này

(b) Bất kỳ lệnh, quy tắc, văn bản hướng dẫn hay các văn bản lập pháp khác được ban hành bởi một người hoặc cơ quan có thẩm quyền được trao bởi Hiến pháp này hoặc luật khác;

(c) Luật thực định bao gồm tất cả các nghị định được thông qua bởi Hội đồng lực lượng vũ trang cầm quyền lâm thời;

(d) Thông luật, nguyên tắc chung của công bằng

(e) Luật tục cho đến khi các thành viên của các cộng đồng của nó áp dụng;

(f) Luật Hồi giáo liên quan vấn đề về kết hôn và ly hôn, thừa kế giữa các thành viên của cộng đồng mà nó được áp dụng

CHƯƠNG 7

CHƯƠNG 7



Các hình thức phi tập trung hóa của chính quyền

Markus Böckenförde

1. Mục đích và tổng quan

1.1. Phi tập trung hóa là gì?

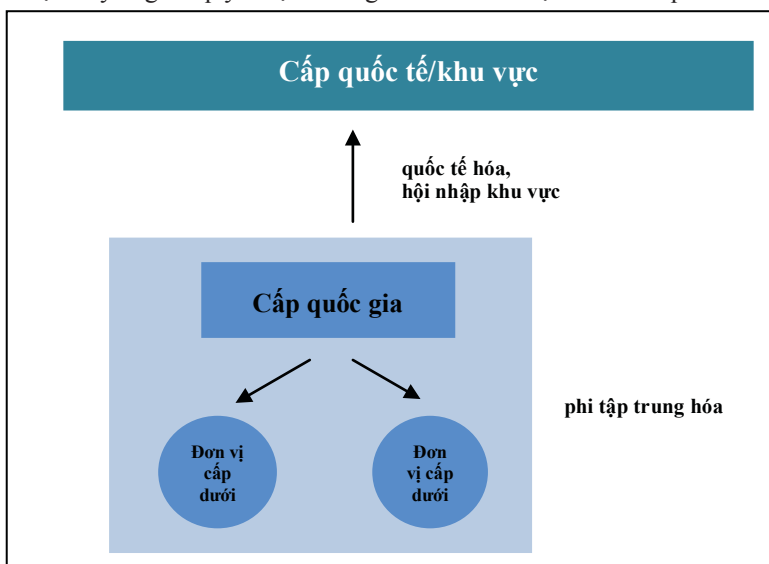
Thuật ngữ phi tập trung hóa (*decentralization*) có thể chứa đựng nhiều hiện tượng khác nhau. Các tác nhân chính trị, những chủ thể tham gia và các thiết chế đa phương coi phi tập trung hóa là giải pháp cho nhiều vấn đề quốc gia, đặc biệt là ở những quốc gia hậu xung đột. Do đó, có nhiều khái niệm khác nhau được sử dụng cùng với thuật ngữ „phi tập trung hóa“. Hơn thế nữa, nhiều chuyên gia còn đúc kết khái niệm này với nhiều nghĩa khác. Chính sự mơ hồ này đã làm phức tạp hóa nhiệm vụ phân tích và việc áp dụng khái niệm phi tập trung hóa trong bối cảnh xây dựng hiến pháp.

Chương này nói riêng và Tài liệu này nói chung hiểu „phi tập trung hóa“ là thuật ngữ bao quát chỉ sự phân tán quyền lực từ chính quyền trung ương cho các thiết chế ở các cấp chính quyền¹⁸⁴ hoặc hành chính¹⁸⁵ khác nhau. Phi tập trung hóa do đó được hiểu là khái niệm mang tính lãnh thổ. Thẩm quyền và quyền lực được phân cấp cho các cấp vùng, tỉnh và cơ sở (xem sơ đồ 1)

<> Thuật ngữ “cấp chính quyền” đề cập đến một phần của cả hệ thống thứ bậc mà thông qua đó quyền lực nhà nước được thực hiện tại một khu vực nhất định trong trật tự theo chiều dọc của một quốc gia. Các cấp ở đây có thể là cấp quốc gia (trung ương), cấp vùng, hoặc cấp địa phương.

185 Thuật ngữ “cấp hành chính” diễn tả một thiết chế được thiết lập để hỗ trợ về mặt hành chính việc thi hành các chính sách của chính quyền tại cấp vùng hay cấp địa phương. Cấp hành chính khác với cấp chính quyền ở chỗ nó không hoạch định các chính sách mà chỉ thực thi chính sách.

Sơ đồ 1: Sự chuyển giao quyền lực hướng lên trên cho một thiết chế quốc tế hoặc khu vực



Nguồn: Böckenförde, M., *Phi tập trung hóa dưới góc độ Pháp lý: Lựa chọn và Thách thức* (Gießen: TransMIT, 2010).

Phi tập trung hóa gồm có hai chiều. Các chuyên gia sử dụng thuật ngữ này chủ yếu để mô tả sự chuyển giao quyền lực và thẩm quyền từ cấp trung ương cho cấp vùng hoặc cấp cơ sở trong phạm vi quốc gia, nhưng phi tập trung hóa cũng có thể diễn ra

“Phi tập trung hóa” là thuật ngữ bao quát chỉ sự phân tán quyền lực từ chính quyền trung ương cho các thiết chế ở các cấp chính quyền hoặc hành chính khác nhau.

thông qua sự chuyển giao quyền lực từ cấp quốc gia cho các tổ chức quốc tế và khu vực¹⁸⁶. Cách thức phi tập trung hóa hướng lên trên như vậy thông thường được hiểu như một quá trình hội nhập khu vực hoặc quốc tế hóa một số quyền lực nhất định. Mặc dù sự chuyển giao quyền lực cho các tổ chức quốc tế cũng hàm ý yếu tố chuyển dịch quyền lực tập trung, nhưng chương này tập trung phân tích khía cạnh phi tập trung hóa trong phạm vi một quốc gia và chỉ nêu vắn tắt những hiệu ứng của quá trình phi tập trung hóa hướng lên trên và những yếu tố liên quan cho các nhà lập hiến (xem hộp 1).

- Hộp 1: Hội nhập khu vực và quốc tế hóa

- Phi tập trung hóa không chỉ tạo cơ hội phân tán quyền lực trong phạm vi một quốc gia, nó cũng cho phép sự chuyển giao quyền lực tới cấp quốc tế hoặc khu vực. Trong phần lớn các điều ước khu vực hoặc quốc tế, khi được thông qua, các quốc gia đã tự cam kết thực thi những yêu cầu quốc tế hoặc khu vực được quy định rõ trong các điều ước đó, thông qua những cơ chế và thiết

¹⁸⁶ Thuật ngữ “khu vực” đề cập đến (a) trong bối cảnh quốc tế hay khu vực, một khu vực quốc tế (ví dụ, Châu Âu, Đông Phi...) hoặc (b) trong bối cảnh địa phương hay khu vực, một đơn vị cấp dưới, nằm ở giữa cấp trung ương và cấp địa phương- khu vực tương đồng với “tỉnh” hoặc “bang”.

chế được thực hiện tại quốc gia đó. Tuy nhiên, một số điều ước quốc tế cũng thiết lập những thiết chế khu vực hoặc quốc tế mang tính thường trực để thực thi những chức năng nhất định mà các quốc gia thành viên chuyển giao cho nó (ví dụ như Liên minh Châu Phi (AU), Hiệp hội các Quốc gia Đông Nam Á (ASEAN), Thỏa thuận tự do thương mại Bắc Mỹ (NAFTA), Cộng đồng Đông Phi, Liên đoàn Ả rập...). Qua thời gian, một số thiết chế khu vực hoặc quốc tế thậm chí đã tiến hóa phát triển thành những dạng thức gần như chính phủ. Trong vài thập kỉ gần đây, Liên minh Châu Âu (EU) đã liên tục giành được thêm nhiều quyền lực từ các quốc gia thành viên, sự chuyển dịch quyền lực đó đã tạo nên một chính quyền siêu quốc gia với thẩm quyền hành pháp, lập pháp và tư pháp. Nhìn vào lịch sử, quá trình phi tập trung hóa hướng lên trên đã tạo ra những quốc gia như Thụy Sĩ, Các Tiểu vương quốc Ả rập thống nhất và Hoa Kỳ.

- Sự quốc tế hóa và quá trình hội nhập khu vực sẽ chỉ có những tác động gián tiếp và ảnh hưởng không lớn khi một hiến pháp mới đang được bàn luận và phác thảo. Nhìn chung, các chính phủ và quốc hội được thành lập sau đó – hơn là một quốc hội lập hiến – sẽ xem xét việc kí kết và phê chuẩn những điều ước quốc tế chuyển giao quyền lực cho các thực thể siêu quốc gia. Tuy nhiên, ví dụ như Tây Ban Nha, hai vấn đề trên có thể cần phải được xử lý đồng thời: Sau cái chết của tướng Franco, các nhà lập hiến trong giai đoạn 1975-1978 ở nước này đã phải xem xét những điều kiện của hiến pháp tương lai cho việc gia nhập Cộng đồng kinh tế châu Âu (EC) sau khi đã nộp đơn xem xét tư cách thành viên vào năm 1976.

- Ngoài sự hội nhập khu vực, vấn đề trên vẫn rất quan trọng cho các nhà lập hiến ở phạm vi quốc tế. Ví dụ, tiêu chuẩn cho việc gia nhập Tổ chức Thương mại Quốc tế (WTO) hoặc quy chế Roma của Tòa án hình sự quốc tế yêu cầu các thành viên thông qua một cấu trúc hiến pháp đặc thù. Để đáp ứng các yêu cầu của Quy chế Roma cũng như sự hội nhập vào Liên minh Châu Âu, nước Đức đã phải điều chỉnh những điều khoản của hiến pháp liên quan đến sự dẫn độ công dân Đức. Điều 16 (2)* của Luật Cơ bản (Hiến pháp) hiện hành quy định: “Không người Đức nào có thể bị dẫn độ tới quốc gia nước ngoài. Một đạo luật có thể có quy định khác về việc dẫn độ tới một quốc gia thành viên của Liên minh châu Âu hoặc tới một tòa án quốc tế, nếu các nguyên tắc cơ bản của quốc gia được điều chỉnh bởi luật này được bảo đảm”. Một cách khái quát hơn, một vài bản hiến pháp cũng chứa đựng những điều khoản quy định rõ việc chuyển giao chủ quyền cho các thiết chế quốc tế, ví dụ như các Điều 23, 24 của Hiến pháp Đức**. Điều 7 Hiến pháp Singapore***, Điều 70 Hiến pháp Cộng hòa Trung Phi (2004), Điều 2A Hiến pháp Hungary****.

- Bên cạnh việc xem xét những triển vọng trong tương lai cho việc “quốc tế hóa” và “hội nhập khu vực” trong khi soạn thảo hiến pháp, các nhà lập hiến cũng phải thừa nhận những thẩm quyền đã được chuyển giao cho những thiết chế quốc tế và khu vực trước đó. Trong bối cảnh hậu xung đột (kết thúc nội chiến) hoặc trong những hoàn cảnh khác khi có những sự thay đổi mang tính chất quyết định (ví dụ như chuyển sang chế độ dân chủ), theo luật quốc tế, các nhà lập hiến và chính quyền mới phải bị ràng buộc bởi các nghĩa vụ quốc tế đã tham gia trước đó. Do đó, các nhà lập hiến phải hiểu rằng những nghĩa vụ hiệp ước đó sẽ tiếp tục ràng buộc chính phủ mới.

- * Luật cơ bản (Hiến pháp) nước Cộng hòa Liên bang Đức (1949) sửa đổi, bổ sung năm 2010.

- ** Như trên.

- *** Hiến pháp Cộng hòa Singapore (1965) sửa đổi, bổ sung năm 2008.

- **** Hiến pháp Cộng hòa Hungary (1949) sửa đổi, bổ sung năm 2007.

Phi tập trung hóa có thể liên quan đến hai khía cạnh: Thứ nhất là chuyển giao cho chính quyền cấp dưới những yếu tố của sự tự trị, theo đó, chính quyền cấp dưới có thể dùng các quyền lực này để tự mình điều chỉnh và/hoặc thực thi những chức năng hoặc dịch vụ công nhất định (ví dụ như chăm sóc y tế và giáo dục cơ bản, v.v...). Thứ hai, bằng việc thiết lập hệ thống những “luật lệ chung” cho phép các thiết chế cấp dưới tham gia vào quá trình làm luật ở phạm vi quốc gia, thường thông qua viện thứ hai trong nhánh lập pháp hoặc bằng cách cung cấp một danh mục những “quyền lực chung” cho phép nhiều cấp chính quyền cùng nhau điều tiết một lĩnh vực nhất định. Thông thường quá trình phi tập trung hóa bao gồm cả hai khía cạnh trên.

1.2. Mục tiêu của phi tập trung hóa

Mặc dù động lực của việc phi tập trung hóa thường rất đa dạng, hai mục tiêu sau đây đóng vai trò chủ chốt:

- Thiết kế một hệ thống cung cấp dịch vụ công hiệu quả dựa trên nguyên lý hỗ trợ: các dịch vụ có thể được thực hiện một cách có hiệu quả bởi những chính quyền cấp dưới nên giao cho chính quyền cấp đó chịu trách nhiệm; phân bổ quyền lực công một cách rộng rãi để xây dựng một chính quyền hiệu quả; tăng cường khả năng tiếp cận các dịch vụ của chính quyền và nguồn lực kinh tế; khuyến khích sự tham gia một cách rộng rãi của công chúng.
- Xây dựng cấu trúc chính quyền trong đó các nhóm đa dạng có thể chung sống một cách hòa bình; cho phép những người tham gia đại diện cho một cộng đồng thiểu số hoặc các khu vực “bên lề” có được những vị trí nhất định trong hệ thống đó, thông qua đó tăng cường sự ổn định của quốc gia bằng việc thuyết phục họ giữ vững sự trung thành.

Những mục tiêu này khi được áp dụng trong hoàn cảnh cụ thể sẽ ảnh hưởng tới việc thiết kế các nỗ lực phi tập trung hóa. Nhiều tài liệu khuyến nghị rằng việc chuyển giao nghĩa vụ từ cấp trung ương về cấp *địa phương* có thể cải thiện việc cung cấp dịch vụ và tính giải trình trách nhiệm, trong khi đó việc chuyển giao thẩm quyền cho cấp *vùng, tỉnh* hoặc *bang* có thể là sự dàn xếp tối ưu khi có sự đa dạng sắc tộc. Tuy nhiên, đặc biệt là trong các xã hội hậu xung đột, cần phải cảnh giác và cẩn trọng khi thiết kế hình thức phi tập trung hóa phù hợp, tránh phản tác dụng: địa phương có cấu trúc không vững chắc và thiếu nguồn nhân lực có trình độ có thể tạo ra chính quyền địa phương không hiệu quả và tham nhũng, trong khi đó sự phi tập trung hóa trên cơ sở các yếu tố sắc tộc không được thiết kế phù hợp có thể dẫn đến sự li khai sâu sắc hơn.

Chương này đề xuất một số lựa chọn cho sự phi tập trung hóa nhằm thúc đẩy sự nghiên cứu và thảo luận để thiết kế một mô hình phi tập trung hóa hợp lý. Phi tập trung hóa không phải là ưu tiên cho tất cả các thực thể chính trị. Một số tác nhân chính trị trong quá trình xây dựng hiến pháp có thể mong muốn một quyền lực tập trung. Kiểm soát

nhà nước thường tạo ra khả năng tiếp cận những lợi ích kinh tế bởi chính quyền – đặc biệt ở những nước đang phát triển và đang chuyển đổi – là nơi tập trung chủ yếu của nguồn lực. Do đó, những người nắm giữ quyền lực thường cạnh tranh quyết liệt để

“Phi tập trung hóa” là thuật ngữ bao quát chỉ sự phân tán quyền lực từ chính quyền trung ương cho các thiết chế ở các cấp chính quyền hoặc hành chính khác nhau.

kiểm soát bộ máy nhà nước, bất chấp hiệu quả của việc cung cấp các dịch vụ tại cấp vùng hoặc địa phương. Thậm chí việc cô lập hóa các nhóm bên lề cũng là một nguyên nhân gây ra xung đột nội bộ.

Thách thức thứ hai phát sinh từ những cố gắng để xây dựng các biểu tượng quốc gia gắn với các yếu tố tôn giáo, đặc trưng hoặc ruyền thống của một cộng đồng hoặc sắc tộc nhất định. Những hành vi khiêu khích như vậy cho phép nhà cầm quyền tăng cường quyền lực nhưng đã loại bỏ những cộng đồng khác trong quá trình đó. Những biểu tượng trung dung hay những cam kết mạnh mẽ với luật chống phân biệt đối xử sẽ có tác động ngược lại, nhưng lại có thể không khuyến khích được sự trung thành từ những người ủng hộ hoặc từ công chúng nói chung.¹⁸⁷

1.3 Các thành phần và khía cạnh của phi tập trung hóa

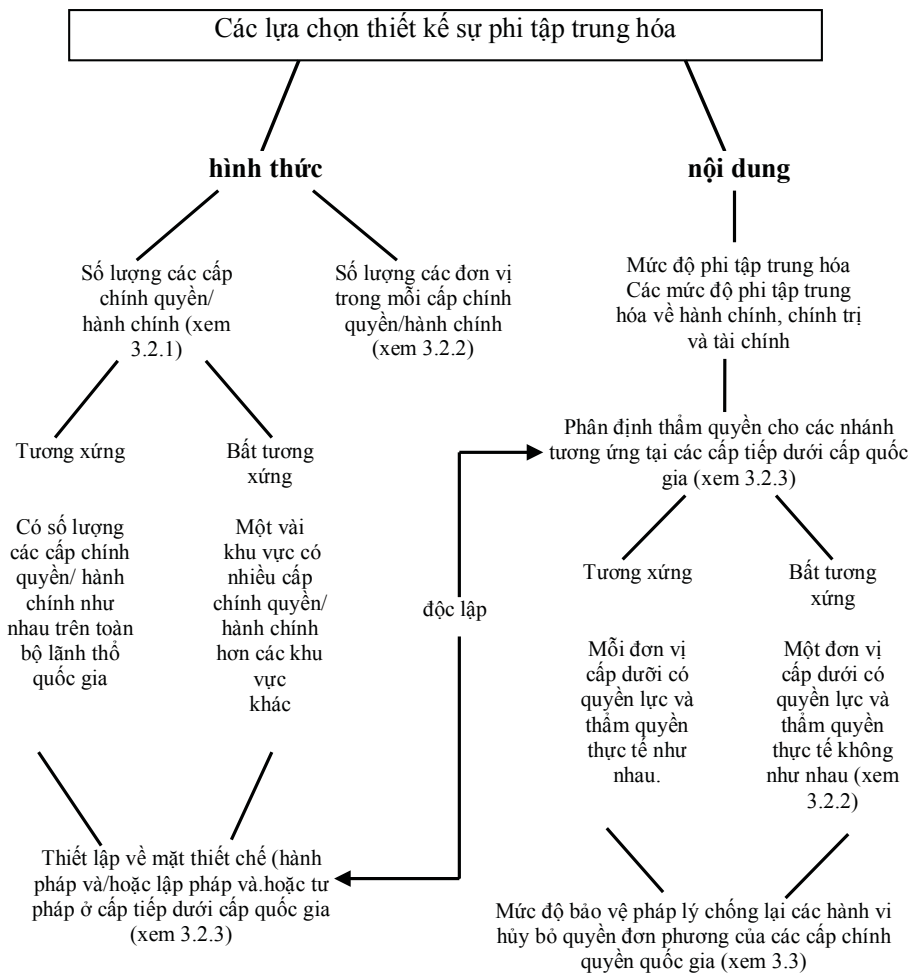
Dạng thức thuần túy của một chính quyền là tập trung quyền lực và nguồn lực trên cả hai khía cạnh, lãnh thổ và chức năng. Một chính quyền tập trung thuần túy như vậy hiếm khi tồn tại – ngoại trừ trường hợp của nhà nước Vatican và các

Mục tiêu của phi tập trung hóa là xây dựng một cấu trúc chính quyền trong đó các nhóm đa dạng có thể chung sống một cách hòa bình và cho phép những người tham gia đại diện cho một cộng đồng thiểu số hoặc các khu vực “bên lề” có được những vị trí nhất định trong hệ thống đó.

nhà nước nhỏ khác. Một khi chính quyền trung ương tạo ra hệ thống cấp dưới hoặc chuyển giao bất cứ quyền lực, nguồn lực nào cho các hệ thống cấp dưới đang tồn tại thì khi đó, một dạng thức của phi tập trung hóa đã được hình thành. Phi tập trung hóa thể hiện dưới rất nhiều dạng thức, đáp ứng những thách thức khác nhau. Có rất nhiều dạng thức tồn tại đáp ứng được hai mục tiêu nói trên, mỗi mô hình thường bao hàm yếu tố nội dung và yếu tố hình thức. Chương này sẽ thảo luận những vấn đề được đặt ra trong Hình 2.

¹⁸⁷ Ghai, Y., “Cấu trúc nhà nước: Chủ nghĩa liên bang và sự tự chủ”, trong IDEA, Dân chủ và Mậu thuẫn sâu xa: Lựa chọn cho các nhà thương thảo hiến pháp (Stockholm: IDEA, 2003) pp 155-68

Hình 2: Các lựa chọn thiết kế sự phi tập trung hoá



Yếu tố hình thức của sự phi tập trung hoá (đôi khi được đề cập tới như “sự phi tập trung hoá về địa lý”) xử lý vấn đề cấu trúc chính quyền bằng việc xác định các cấp chính quyền từ địa phương tới trung ương và số lượng các đơn vị trong mỗi cấp chính quyền (nhìn vào cột bên trái của bảng 2). Nói cách khác, nó trả lời cho các câu hỏi sau: Một quốc gia nên có mấy cấp chính quyền hoặc mấy cấp hành chính? (xem mục 3.1.1). Trong mỗi cấp chính quyền hoặc hành chính, cần thiết lập bao nhiêu đơn vị, ví dụ ở cấp vùng? (xem mục 3.1.2). Mỗi câu hỏi có thể xác định cấu trúc chính quyền bất cân xứng, nghĩa là một số cấp chính quyền hoặc hành chính có thể không tồn tại ở toàn bộ quốc gia đó mà chỉ xuất hiện ở một số khu vực nhất định. Nhiệm vụ tiếp theo, cụ thể hơn, là về việc thành lập những thiết chế thực tế trong các đơn vị: Có nên chỉ có nhánh hành pháp/hành chính ở cấp dưới để thực thi những chính sách quốc gia không? Hay cũng nên có những cơ quan lập pháp để thông qua những chính sách ở cấp vùng hoặc thậm chí có nhánh tư pháp để xét xử theo luật của mỗi vùng? (xem mục 3.2.3).

Những sự thỏa hiệp trước đó và những sự kiện lịch sử có thể quyết định cấu trúc lãnh thổ của quốc gia. Tuy nhiên, đặc biệt là sau xung đột vũ trang hoặc là sau khủng hoảng nội bộ, các nhà lập hiến nên tái cơ cấu lãnh thổ để phản ánh những sự thỏa hiệp hoặc cải cách mới. Ví dụ, nước Đức sau Chiến tranh thế giới thứ 2 và Nam Phi sau chế độ Apartheid.

Yếu tố nội dung của sự phi tập trung hóa (xem cột bên phải bảng 2) xác định xem cấu trúc hình thức đã thực sự được lấp đầy bởi những quyền lực thực chất tới mức độ nào? (đôi khi được đề cập tới như “sự phi tập trung hóa về chức năng”). Quyền lực thực chất nào đã

Yếu tố hình thức của sự phi tập trung hóa xử lý vấn đề cấu trúc chính quyền bằng việc xác định các cấp chính quyền từ địa phương tới trung ương và số lượng các đơn vị trong mỗi cấp chính quyền cũng như các thiết chế thực sự được thành lập ở mỗi đơn vị đó. Chúng có sự phụ thuộc lẫn nhau.

được giao cho chính quyền cấp dưới? Một số quốc gia có thể có cấu trúc hình thức giống nhau nhưng có sự khác biệt đáng kể về những thẩm quyền được trao cho các cấp chính quyền cấp dưới (thường được đề cập đến như là “mức độ của sự phi tập trung hóa”).

Mức độ phi tập trung hóa trả dài từ sự tập trung cao độ cho đến phi tập trung hóa mạnh mẽ. Phân biệt ba khía cạnh sau đây của sự phi tập trung hóa sẽ trợ giúp đáng kể cho việc đánh giá mức độ phi tập trung hóa – phi tập trung hóa về mặt hành chính, phi tập trung hóa về mặt chính trị và phi tập trung hóa về mặt tài chính (xem mục 3.2.1). Các quốc gia có ý định phi tập trung hóa đến đâu?

Mặc dù cấu trúc hình thức chính thức của sự phi tập trung hóa khó có thể xác định mức độ phi tập trung hóa nhưng nó giới hạn lựa chọn nội dung của sự phi tập trung hóa. Như diễn tả qua những mũi tên ở bảng 2, cấu trúc hình thức và những quyền lực nội dung có sự phụ thuộc lẫn nhau, việc trao quyền lực lớn cho các chính quyền cấp dưới đòi hỏi phải có sự thiết lập những thể chế hiệu quả ở cấp đó. Ví dụ như nếu cấu trúc hình thức không tạo ra những cơ quan lập pháp được bầu ở đơn vị cấp dưới, quyền lực lập pháp sẽ không thể trao cho cấp đó. Do đó, việc thiết lập các nhánh chính quyền riêng rẽ – hành pháp, lập pháp hoặc tư pháp - ở cấp dưới sẽ ảnh hưởng tới mức độ phi tập trung hóa theo bất cứ cách đánh giá nào (xem mục 3.2)

Khả năng chung của sự phi tập trung hóa nói chung phụ thuộc không chỉ vào cấu trúc và mức độ phân tán quyền lực mà còn phụ thuộc vào việc các nhà lập hiến có tạo ra sự bảo vệ pháp lý đối với sự phân tán quyền lực, tránh nguy cơ đơn phương hủy bỏ sự phân tán quyền lực của chính quyền trung ương hay không (xem mục 3.3). Ở đây, thuật ngữ “chủ nghĩa liên bang (federalism)” được xem như một dạng thức cụ thể của phi tập trung hóa quyền lực. Có thể đặc tính đặc trưng nhất của cấu trúc liên bang là sự bảo vệ pháp lý cho các đơn vị cấp dưới – bảo vệ thông qua một khuôn khổ pháp lý mà chính quyền trung ương không thể bỏ qua chính quyền cấp dưới mà

Yếu tố nội dung của sự phi tập trung hóa xác định xem cấu trúc hình thức đã thực sự được lấp đầy bởi những quyền lực thực chất tới mức độ nào – hay còn gọi là độ sâu của sự phi tập trung hóa. Mức độ phi tập trung hóa có thể được đo lường bằng việc xem xét ba khía cạnh: phi tập trung hóa hành chính, chính trị và tài chính.

sửa đổi một cách dễ dàng, và thông qua một cơ chế giám sát về mặt pháp lý - thông thường được thực hiện bởi nhánh tư pháp – để thực thi những thỏa hiệp mang tính hiến pháp về sự phi tập trung hóa quyền lực. Do đó, một cấu trúc hiến pháp tạo ra mối quan hệ pháp lý liên bang giữa các cấp chính quyền khác nhau có thể ủng hộ bất cứ sự thỏa hiệp hiến pháp, chống sự thay đổi đơn phương từ chính quyền trung ương.

Khả năng chung của phi tập trung hóa phụ thuộc không chỉ vào cấu trúc và mức độ phân tán quyền lực mà còn phụ thuộc vào việc các nhà lập hiến có tạo ra một sự bảo vệ pháp lý đối với sự phân tán quyền lực, tránh nguy cơ đơn phương hủy bỏ nó của chính quyền trung ương hay không.

2. Vấn đề bối cảnh

Các chuyên gia có thể chỉ ra các cách thức phi tập trung hóa khác nhau, theo đó sự phi tập trung hóa quyền lực có thể được thiết kế để giải quyết những thách thức tại các quốc gia dễ xung đột. Tuy nhiên, bối cảnh cụ thể của quốc gia hay khu vực có thể có những tác động ngược và có thể trung hòa những tác động tích cực của sự phi tập trung hóa quyền lực đối với những xung đột (xem bảng 1). Những nghiên cứu thực tế đã nhấn mạnh rằng trong khi một số quốc gia có thể giải quyết thành công những xung đột trước đó bằng cơ chế phi tập trung hóa quyền lực, một số quốc gia khác đã thất bại, đôi khi còn rơi vào tình trạng xung đột trầm trọng hơn. Xác định được dạng thức và thiết kế hợp lý sự phi tập trung hóa quyền lực có thể là một nhiệm vụ khó khăn nhất đặt ra cho các nhà lập hiến. Sự thành công phụ thuộc không chỉ vào những đặc trưng của quốc gia hay sự xung đột ở đó. Nó còn có thể phụ thuộc vào các nhóm quyền lực liên quan và những cam kết của họ đối với việc xây dựng quốc gia. Những vấn đề nội dung có thể khác nhau phụ thuộc vào mức độ phi tập trung hóa quyền lực. Trong khi việc chuyển giao thẩm quyền cho cấp vùng, bang hoặc tỉnh thường gắn liền với sự đấu tranh giữa việc kiểm soát và cân bằng quyền lực, phi tập trung hóa quyền lực cho các chính quyền địa phương thường quan tâm hơn đến yếu tố cung cấp dịch vụ công.

Văn hóa chính trị cũng có thể ngăn cản sự phi tập trung hóa, đặc biệt khi nó coi trọng ý niệm về thẩm quyền cuối cùng – thẩm quyền cuối cùng được trao cho những thể chế chính quyền nhất định hay cho cả “quốc gia”. Ý niệm rằng luật pháp phải được áp dụng thống nhất cho tất cả mọi người, bất kể đó là vấn đề gì, có thể làm phức tạp hơn quá trình phi tập trung hóa quyền lực, vì họ có thể cho rằng công dân chỉ phải trung thành với duy nhất chính quyền trung ương. Lợi ích cá nhân của các lãnh đạo chính trị cũng có thể làm trầm trọng thêm vấn đề này. Để xác lập được sự phi tập trung hóa hiệu quả, các lãnh đạo ở mỗi cấp chính quyền phải cam kết tôn trọng sự phi tập trung hóa này, đặc biệt là những người lãnh đạo tâm quốc gia, những người mà phải từ bỏ một phần quyền lực của mình. Những lãnh đạo chính trị của những nhóm thiểu số hay của các vùng có thể đánh đổi sự đấu tranh chống lại chính quyền cấp trên – thậm chí có thể bao gồm đánh đổi cả mong muốn về sự kế thừa quyền lực – để đổi lại những cơ hội được tham gia một cách hòa bình và có tính xây dựng vào việc quản lý nhà nước đó, cho dù chỉ ở chính quyền cấp dưới.

Như bảng 1 đã minh họa, những ảnh hưởng tích cực của sự phi tập trung hóa có thể trở thành tiêu cực nếu như các nhà lập hiến phớt lờ những bối cảnh cụ thể của quốc gia hoặc không thực hiện cam kết tôn trọng sự phi tập trung hóa.

Bảng 1
Hiệu ứng tích cực và tiêu cực của sự phi tập trung hóa

Tích cực: Việc phi tập trung hóa quyền lực có thể...	Tiêu cực: Việc phi tập trung hóa quyền lực có thể tạo ra...
<p><i>...Giới hạn sự toàn trị ở cấp trung ương.</i></p> <p>Một số dạng thức phi tập trung hóa yêu cầu sự chia sẻ quyền lực, do đó khuyếch tán quyền lực theo chiều dọc.</p>	<p><i>...Tăng thêm sức mạnh cho các lãnh đạo địa phương, những người có thể sử dụng sai quyền lực.</i></p> <p>Những nhóm lợi ích có quyền lực có thể sử dụng sai cộng đồng hoặc chính quyền địa phương vì lợi ích cá nhân. Tham nhũng có thể rất khó loại bỏ ở chính quyền địa phương cấp thấp và chính quyền có nguy cơ hoạt động không hiệu quả.</p>
<p><i>...Tăng cường năng lực phản ứng đối với những đòi hỏi và quan tâm của người dân.</i></p> <p>Chính quyền cộng đồng cơ sở hơn ai hết là người có thể phản ứng kịp thời, đáp ứng những đòi hỏi của cộng đồng.</p>	<p><i>...Sự thiếu hiệu quả do thiếu nguồn nhân lực và tài chính.</i></p> <p>Các cộng đồng có thể quá nhỏ để có thể thực hiện những chức năng của mình bởi họ không có đủ nguồn nhân lực và tài chính.</p>
<p><i>...Điều hòa những mâu thuẫn hoặc những xung đột tiềm tàng trong một quốc gia đa dạng về yếu tố dân cư.</i></p> <p>Sự phi tập trung hóa có thể cho phép những nhóm thiểu số có một mức độ tự quản nhất định cũng như thừa nhận địa vị đa số của họ trong khu vực đó. Nhà lãnh đạo chính trị của những nhóm thiểu số có thể có những vị trí lãnh đạo được thừa nhận một cách chính thức ở cấp vùng.</p>	<p><i>...Những lãnh đạo địa phương hoặc các chính trị gia có thể đòi hỏi một sự tự trị lớn hơn.</i></p> <p><i>...Sự thiết lập của một cộng đồng đa số mới ở địa phương.</i></p> <p>Trao địa vị đa số cho những nhóm thiểu số trong một khu vực nhất định có thể tạo ra một nhóm thiểu số mới, do đó chỉ thay đổi chứ không giải quyết được vấn đề.</p>
<p><i>...Khuyến khích sự tiếp cận tích cực và chủ động tới nội dung xây dựng chính quyền và phát triển chính sách.</i></p> <p>Bằng việc thiết lập các nguồn thẩm quyền thay thế, sự phi tập trung hóa thúc đẩy sự cạnh tranh chính sách và sự thử nghiệm về chính sách, cũng như sự sáng tạo về chính sách.</p>	<p><i>...Sự cạnh tranh có hại giữa các khu vực.</i></p> <p>Phi tập trung hóa có thể dẫn tới sự bất bình đẳng và sự ganh đua giữa các khu vực bởi các nguồn lực tự nhiên, các ngành công nghiệp và cơ hội việc làm có sự khác nhau giữa các khu vực. Hơn thế, “cuộc chạy đua tới đáy” có thể dẫn đến kết quả là các khu vực sẽ có suy yếu để thu hút vốn và đầu tư.</p>

...Cấu trúc phức hợp của chính quyền.

Bằng việc phân bổ những quyền lực hợp lý cho chính quyền cấp vùng và địa phương, sự phi tập trung hóa quyền lực giúp san sẻ gánh nặng của chính quyền và cho phép chính quyền trung ương tập trung vào những thách thức và ưu tiên căn bản.

...Phức tạp hóa công việc và làm tăng chi phí hoạt động. Sự phi tập trung hóa có thể làm suy yếu các chức năng của chính quyền và tạo ra sự không hiệu quả, chồng lấn hoặc là đối lập chính sách tại các khu vực khác nhau của quốc gia. Một hệ thống phi tập trung hóa cần khoản chi phí lớn hơn do phải trang trải cho một số lượng lớn cán bộ làm việc tại các cấp khác nhau của chính quyền.

Một vấn đề quan trọng khác liên quan đến yếu tố bối cảnh quốc gia có ảnh hưởng tới tính hiệu quả của sự phi tập trung hóa là tính đa dạng của hệ thống đảng phái chính trị trong quốc gia đó – đặc biệt là vấn đề liệu những đảng đó có được khu vực hóa hay không. Ví dụ, mức độ khu vực hóa của những đảng mang tính quốc gia hoặc mức độ chi phối môi trường chính trị đối với một khu vực nào đó của những đảng mang tính khu vực có thể quyết định mức độ phi tập trung hóa, bởi việc thiết kế hiến pháp là biện pháp hiện thực hóa sự phi tập trung hóa các quyền lực chính trị¹⁸⁸.

3. Những lựa chọn thiết kế sự phi tập trung hóa

3.1. Hình thức phi tập trung hóa: Thiết lập cấu trúc hình thức

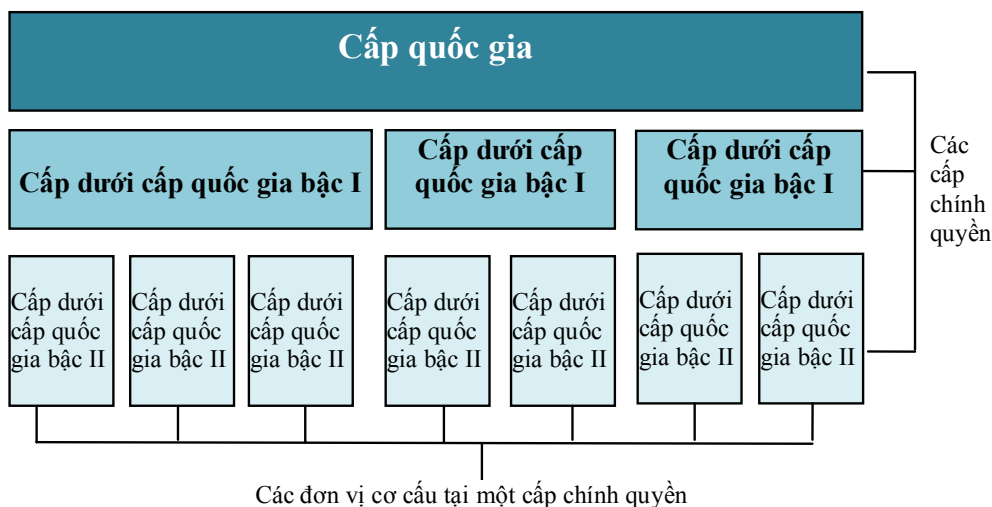
Mô hình phi tập trung hóa tạo nên cấu trúc lãnh thổ của quốc gia. Một số câu hỏi liên quan đến khía cạnh này cần được đặt ra là:

Xác định được một mô hình hợp lý để thiết kế sự phi tập trung hóa quyền lực có thể là một trong những nhiệm vụ khó khăn nhất đặt ra cho các nhà lập hiến. Sự thành công phụ thuộc vào các nhóm quyền lực liên quan, sự năng động của hệ thống đảng phái chính trị trong quốc gia đó.

- Quốc gia đó nên tổ chức thành mấy cấp chính quyền? Có lý do nào cho việc tăng thêm hoặc bãi bỏ những cấp chính quyền mới so với cấu trúc chính quyền trước đó? Hậu quả của sự thay đổi là gì?
- Tất cả các vùng lãnh thổ của quốc gia đó có phải thực thi một cấu trúc hình thức chính quyền đồng nhất hay không?
- Mỗi cấp chính quyền nên có bao nhiêu đơn vị cử tri? Ví dụ ở cấp cơ sở thì bao nhiêu cử tri là hợp lý cho việc tối đa hóa việc cung cấp các dịch vụ ở mức chi phí thấp nhất?
- Các nhà lập hiến có thể và nên trì hoãn một số khía cạnh của sự phi tập trung hóa để cân nhắc vào các giai đoạn sau hay không?
- Tại các giai đoạn sau, có những sự lựa chọn nào để điều chỉnh cấu trúc phi tập trung hóa?

188 Brancati, D., “Phi tập trung hóa- Nhiên liệu cho ngọn lửa hay sự làm nguội ngọn lửa- của sự xung đột dân tộc và ly khai, 60 (2006), pp 651-85.

Hình 3: Các cấp chính quyền

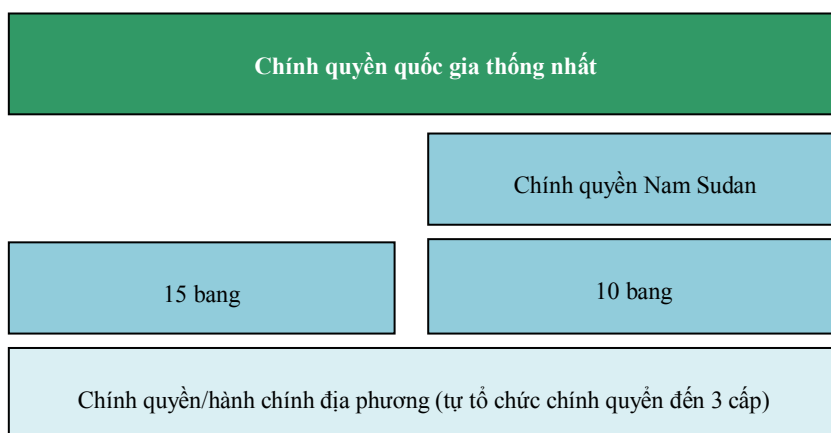


3.11. Số lượng các cấp chính quyền

Phần thảo luận sau đây chủ yếu nhấn mạnh tổ chức chính quyền thành ba cấp: cấp quốc gia (trung ương), cấp vùng/tỉnh/bang và cấp địa phương. Tuy nhiên, thực tế không hoàn toàn đơn giản như vậy, bởi lẽ, chẳng hạn, cấp địa phương có thể bao gồm rất nhiều cấp chính quyền/ hành chính thấp hơn.

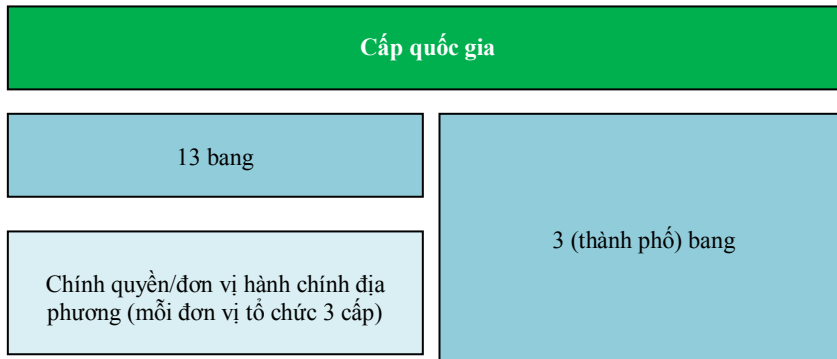
Những thỏa hiệp trước đó hoặc các sự kiện lịch sử có thể sẽ quyết định số lượng các cấp chính quyền. Các cấp chính quyền thường được tổ chức một cách cân xứng trong phạm vi cả nước. Tuy nhiên, đôi khi các quốc gia có thể chọn lựa một cấu trúc hình thức bất cân xứng, tạo ra nhiều cấp chính quyền hơn tại một số khu vực của quốc gia đó (xem Hình 4).

Hình 4: Các cấp chính quyền ở Sudan



Trong một số quốc gia, cấp chính quyền ngay tiếp dưới cấp trung ương chỉ có tại một số vùng lãnh thổ (ví dụ, Sudan từ năm 2005 đến 2011¹⁸⁹ và Tanzania¹⁹⁰). Tại Sudan, Hiến pháp lâm thời tạo ra một cấp chính quyền bổ sung và duy nhất với thẩm quyền tài phán chỉ đối với miền Nam Sudan (xem Hình 4). Trong các cuộc thương lượng hòa bình dẫn tới Hiến pháp Lâm thời mới, lực lượng nổi dậy ở miền Nam đã yêu cầu một tầng chính quyền bổ sung, sau nhiều thập niên chiến tranh, để bảo đảm một khu vực chung cho người Nam Sudan.

Trong một số quốc gia khác, cấp chính quyền đô thị được sắp xếp chỉ ngay dưới chính quyền trung ương mà không có cấp chính quyền trung gian nào ở giữa. Tại Đức, vì lý do lịch sử, có ba thành phố được xem như cả cấp thành phố trực thuộc trung ương và cấp bang, tức là đã loại bỏ cấp chính quyền thứ ba hiện có trong các phần lãnh thổ khác của nước Đức (Thủ hiến của thành phố - bang Hamburg đồng thời là Thị trưởng thành phố Hamburg) (xem Hình 5).



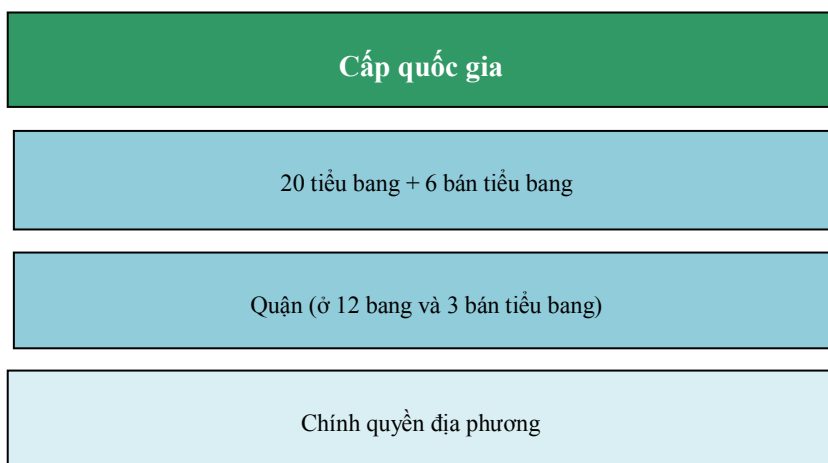
Điều quan trọng là chỉ với cấu trúc bất cân xứng ở các cấp chính quyền hay các cấp hành chính không đương nhiên cho thấy mức độ của sự phi tập trung hóa: Trong khi các cấp chính quyền bổ sung tại Nam Sudan ảnh hưởng mạnh mẽ lên sự cân bằng về chính trị, bởi nó có rất nhiều quyền và đây là điều kiện tiên quyết cho một thỏa thuận hòa bình; thì các cấp hành chính bất cân xứng tại Thụy Sĩ lại không có một sự ảnh hưởng thực chất nào.

Các nhà lập hiến có thể xác lập các đơn vị hành chính cấp dưới trên cơ sở tính khả thi về mặt kinh tế hoặc hành chính, hoặc trên cơ sở hiệu quả hoạt động hoặc đặc điểm nhận dạng của mỗi đơn vị. Một hiệp ước hòa bình có thể yêu cầu thiết lập các đơn vị hành chính cấp dưới dựa trên đặc điểm nhận dạng của các đơn vị đó.

189 Điều 24 Hiến pháp quốc gia lâm thời của cộng hòa Sudan 2005.

190 Điều 2 Hiến pháp Tanzania 1977.

Hình 6: Các cấp chính quyền/hành chính ở Thụy Sĩ



3.1.2. Thiết kế các đơn vị (hành chính) theo lãnh thổ trong cùng một cấp chính quyền

Bên cạnh số lượng các cấp chính quyền/hành chính, các nhà lập hiến cũng cần quyết định số lượng các đơn vị hành chính ở mỗi cấp chính quyền. Vấn đề đặc biệt quan trọng là tiêu chuẩn mà các nhà lập hiến sử dụng để xây dựng các đơn vị đó. Mặc dù những tiêu chuẩn này thường được định hình trước bởi đặc điểm của các xung đột trước đó, các nhà lập hiến có thể thiết lập những đơn vị mới trên cơ sở tính khả thi về mặt kinh tế hay hành chính, hoặc trên cơ sở hiệu quả hoạt động hay đặc điểm nhận dạng của mỗi đơn vị. Sự chọn lựa chỉ dựa trên giá trị của một yếu tố có thể không mang tính quyết định bởi lẽ sự phê chuẩn hiến pháp có thể phụ thuộc vào sự thành công của các hiệp ước hòa bình mà bản thân hiệu ước yêu cầu về việc thiết lập đơn vị hành chính dựa trên đặc điểm nhận dạng của các đơn vị (ví dụ như các trường hợp Bosnia và Herzegovina, Sudan...). Việc quyết định các đơn vị dựa trên tiêu chuẩn đặc điểm nhận dạng có thể tạo ra vòng lặp đi lặp lại của sự phân tán quyền lực trung ương, bởi lẽ một đơn vị thường sẽ liên tục yêu cầu thỏa hiệp để tăng cường đặc điểm nhận dạng của đơn vị đó (ví dụ như trường hợp vùng Catalonia ở Tây Ban Nha). Các đơn vị hành chính được thành lập trên cơ sở đặc điểm nhận dạng có thể tạo ra một cộng đồng thiểu số mới, bởi các đơn vị lãnh thổ hiếm khi chỉ có một đặc trưng duy nhất. Không xem xét thích đáng lợi ích của cộng đồng thiểu số mới sẽ có thể làm nảy sinh xung đột. Mặt khác, lựa chọn một đơn vị theo yêu cầu “tối ưu hóa” lợi ích kinh tế, chỉ dựa trên các tiêu chuẩn như cơ sở hạ tầng, địa lý, các nguồn lực và tiềm lực không nhất thiết bảo đảm sự vận hành hiệu quả và tối ưu của đơn vị đó. Nếu các xung đột chính trị sắc tộc và sự cách ly sắc tộc được sao chép y nguyên ở cấp chính quyền thấp hơn theo các địa giới hành chính thì sẽ không giải quyết được sự xung đột mà chỉ chuyển sự xung đột đó tới các cấp chính quyền thấp hơn. Do đó, kết hợp các cách tiếp cận để thiết lập các đơn vị hoạt động đem lại hiệu quả kinh tế hơn, có cơ cấu dân số thích hợp hơn là điều cần thiết¹⁹¹. Phần thảo luận tiếp theo đây liên quan đến tiêu chuẩn

191 Baechler, G., “Chủ nghĩa liên bang theo lãnh thổ, dân tộc và cá nhân: các vấn đề đặt ra và thực tiễn”, 2008.

xác định phạm vi địa giới đơn vị hành chính ở Nepal sẽ minh họa cho các thách thức kèm theo việc giải quyết những vấn đề này (xem hộp 2)

Hộp 2. Thảo luận về hình thức phi tập trung hóa hệ thống chính quyền tại Nepal (Xem: Trung tâm đối thoại Hiến pháp Nepal (Center for Constitutional Dialogue Nepal), *Cập nhật về quá trình xây dựng Hiến pháp và Trung tâm đối thoại Hiến pháp Nepal, 18/01/2010*)

Tại Nepal, Ủy ban Tái cơ cấu và Phân bổ quyền lực Nhà nước (Committee on State Restructuring and Distribution of State Power) đã tranh luận về số lượng, tên và biên giới của các bang trong cấu trúc phi tập trung hóa/liên bang trong tương lai. Cuộc thảo luận đã đi đến kết luận: việc xác định phạm vi các đơn vị hành chính cần dựa trên đặc điểm nhận dạng, hiệu quả kinh tế và hành chính, sự phân bổ nguồn lực và các yếu tố khác. Hai bản đồ đã được chuẩn bị theo các tiêu chí này - một bản với 14 tỉnh, bản khác với chỉ 6 tỉnh.

Một vấn đề quan trọng khác là liệu hiến pháp có nên đưa ra khả năng điều chỉnh các địa giới hành chính sau khi nó đã được phê chuẩn hay không? Và nếu như vậy, ai có thể tham gia vào quá trình này? Càng nhiều các đơn vị tự trị được tạo ra hơn so với số các quận hành chính thì câu hỏi này càng trở nên nhạy cảm. Quá trình này liên quan đến hai khía cạnh: quyền được khởi xướng và quyền được quyết định. Trong một cơ chế tập trung quyền lực mạnh mẽ, cả hai khía cạnh trên đều thuộc về một thiết chế quốc gia - ví dụ như quốc hội khởi xướng và thông qua như các luật thông thường (Benin¹⁹²). Hiến pháp quốc gia khác có thể xác định rằng luật điều chỉnh địa giới hành chính đòi hỏi không chỉ đa số phiếu trong quốc hội mà còn cần 2/3 số phiếu của những đại biểu đại diện cho những khu vực bị ảnh hưởng bởi sự điều chỉnh đó (Bi¹⁹³). Hiến pháp của một số quốc gia khác nữa yêu cầu cần phải có cơ quan lập pháp của các khu vực bị ảnh hưởng đồng thuận với luật đó (Malaysia¹⁹⁴). Bên cạnh yêu cầu quốc hội biểu quyết ở cấp quốc gia và cấp thấp hơn, có hiến pháp cũng đồng thời yêu cầu trung cầu ý dân để có được sự ủng hộ của dân cư của đơn vị đó (Thụy Sĩ¹⁹⁵).

3.2. Quyết định mức độ phi tập trung hóa

Ngoài cấu trúc hình thức về sự phi tập trung hóa, các nhà lập hiến cũng cần xem xét mức độ phi tập trung hóa. Mức độ phi tập trung hóa (sau đây trong chương này được gọi là sự phi tập trung hóa về nội dung) được quyết định bởi quyền lực thực tế được chuyển giao từ chính quyền trung ương cho các chính quyền cấp dưới. Trong quá trình nghiên cứu này, các vấn đề sau đây cần được xem xét cẩn trọng:

- Các chức năng hành chính, chính trị và tài chính nào nên được các nhà lập hiến phi tập trung hóa và trao cho chính quyền cấp nào?
- Các nhà lập hiến có nên trao quyền một cách công bằng trong phạm vi cả nước

192 Điều 159 Hiến pháp Cộng hòa Benin 1990

193 Điều 4 Hiến pháp Vương quốc Bi 1994

194 Điều 2 Hiến pháp Malaysia 1957

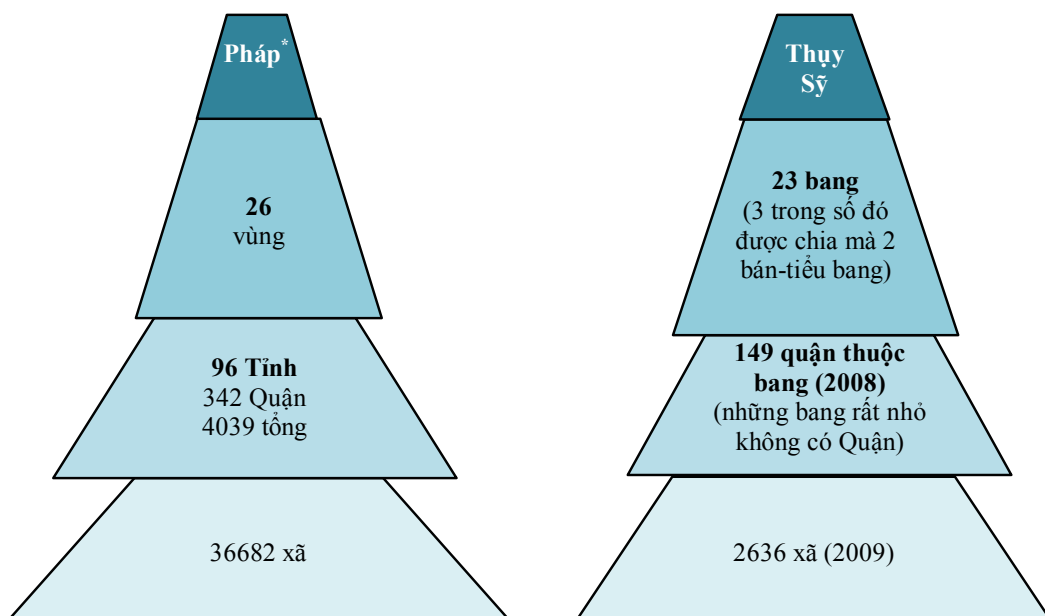
195 Điều 53 Hiến pháp Liên bang Thụy Sĩ 1990

hay có thể có sự bất cân xứng dựa trên bối cảnh cụ thể (phân bố dân cư, cộng đồng thiểu số...)?

- Một số cấp chính quyền có nên chỉ được xem là đại diện hành chính thuần túy của chính quyền cấp cao hơn? Một số cấp chính quyền có nên có quyền lực tự trị không?
- Nhánh quyền lực nào trong ba nhánh quyền lực mà các nhà lập hiến nên thiết lập ở chính quyền cấp thấp?

Biểu đồ 7 phản ánh cấu trúc hình thức của sự phi tập trung hóa quyền lực tại Pháp và Thụy Sĩ. Mặc dù nhìn có vẻ tương tự nhau, nhưng Pháp - thậm chí sau khi thực hiện cải cách về phi tập trung hóa quyền lực năm 1982 - có một chính quyền tập trung hóa ở mức độ cao hơn so với Thụy Sĩ, nơi mà nhiều người coi là một trong những nước phi tập trung hóa quyền lực nhất thế giới. Hình tháp dưới đây phản ánh rằng cấu trúc hình thức của chính quyền không quyết định mức độ phi tập trung hóa; mà mức độ phi tập trung hóa được quyết định bởi việc các quyền lực và nguồn lực nào đã được trao cho các cấp chính quyền khác nhau. Ví dụ, cấp bang (*canton*) ở Thụy Sĩ có quyền lực và quyền tự chủ đáng kể hơn cấp vùng (*region*) ở Pháp, chẳng hạn về thẩm quyền thu thuế. Mặc dù các quận của Thụy Sĩ chủ yếu là các đơn vị hành chính thuần túy để thực thi các chính sách của bang, lãnh đạo của quận được dân bầu ra, trong khi đó Tổng thống Pháp chỉ định các “*prefects*” - người có chức năng là đại diện - tại các quận (*département*) để thực thi chính sách của chính quyền trung ương.

Hình 7: Cấu trúc phi tập trung hóa ở Pháp và Thụy Sĩ



*. Không tính các xã lãnh thổ hải ngoại

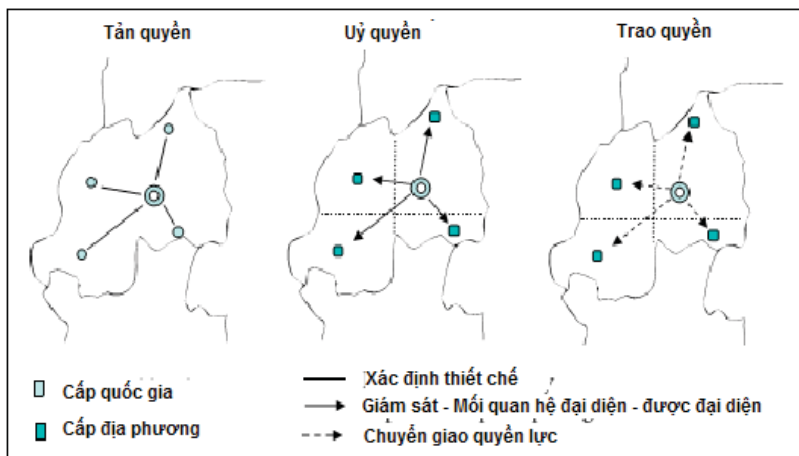
3.2.1. Các khía cạnh hành chính, chính trị và tài chính của sự phi tập trung hóa

Sự phi tập trung hóa nội dung là sự chuyển giao thẩm quyền và quyền lực cho các cấp chính quyền khác nhau. Mức độ phi tập trung hóa trải từ sự tập trung hóa cao độ cho đến sự phi tập trung hóa mạnh mẽ. Để đo lường mức độ phi tập trung hóa chính xác hơn, chúng ta cần xem xét ba yếu tố căn bản - sự phi tập trung hóa hành chính, sự phi tập trung hóa chính trị và sự phi tập trung hóa tài chính. Sự phi tập trung hóa hành chính đề cập đến mức độ tự chủ mà các thiết chế nhà nước không thuộc chính quyền trung ương thực tế kiểm soát trong tương quan với chính quyền trung ương. Sự phi tập trung hóa chính trị đo lường mức độ mà chính quyền trung ương cho phép các đơn vị chính quyền cấp dưới thực hiện các chức năng chính trị của quản trị nhà nước ví dụ như chức năng đại diện. Cuối cùng, sự phi tập trung hóa tài chính là mức độ mà chính quyền trung ương miễn trừ các trách nhiệm tài chính cho chính quyền cấp dưới. Trong khi sự phân biệt giữa ba yếu tố trên có thể giúp nhận biết mức độ phi tập trung hóa, một sự phi tập trung hóa hiệu quả đòi hỏi sự kết hợp của cả ba yếu tố trên. Sự phi tập trung hóa về thẩm quyền sẽ tiếp tục mờ nhạt nếu, ví dụ như, sự phi tập trung hóa hành chính và tài chính không ủng hộ và phù hợp với sự phi tập trung hóa chính trị. Cả ba yếu tố trên sẽ được thảo luận chi tiết dưới đây.

Phi tập trung hóa hành chính

Sự phi tập trung hóa hành chính được thể hiện dưới ba dạng – tản quyền (*deconcentration*), ủy quyền (*delegation*) và trao quyền (*devolution*) - trong đó (lần lượt) mỗi dạng hàm chứa một mức độ tự chủ về hành chính cao hơn (xem biểu đồ 8).

Hình 8. Tản quyền, ủy quyền và trao quyền



Nguồn: Böckenförde, M., *Phi tập trung hóa dưới góc độ Pháp lý: Lựa chọn và Thách thức* (Gießen: TransMIT, 2010).

Tản quyền diễn ra khi chính quyền trung ương chuyển giao trách nhiệm thực thi một chính sách cho các đơn vị phụ trách lĩnh vực đó. Quá trình chuyển giao này thay đổi sự phân bổ địa lý về thẩm quyền, nhưng trách nhiệm và quyền lực vẫn nằm ở cấp trung ương.

Tân quyền không chuyển giao quyền lực thực tế cho các chính quyền cấp thấp hơn và do đó không thiết lập một cấp chính quyền bổ sung nào. Ví dụ, trường trung học là một vấn đề quốc gia, được điều chỉnh bởi luật quốc gia và các cơ quan nhà nước thi hành. Việc xây dựng trường học, quản lý trường học, thiết lập khung chương trình, thuê mướn trả lương giáo viên, tóm lại là tất cả mọi việc đều được thực thi bởi cấp trung ương. Tuy nhiên, bởi trường trung học không chỉ có ở thủ đô mà trải rộng trong phạm vi cả nước, do đó các công chức nhà nước và giáo viên được gửi tới các địa phương để vận hành chúng, nhưng ở đây không có sự thay đổi về bản chất của thiết chế mang tính quốc gia.

Sự phi tập trung hóa hành chính được thể hiện dưới ba dạng – tân quyền, ủy quyền và trao quyền.

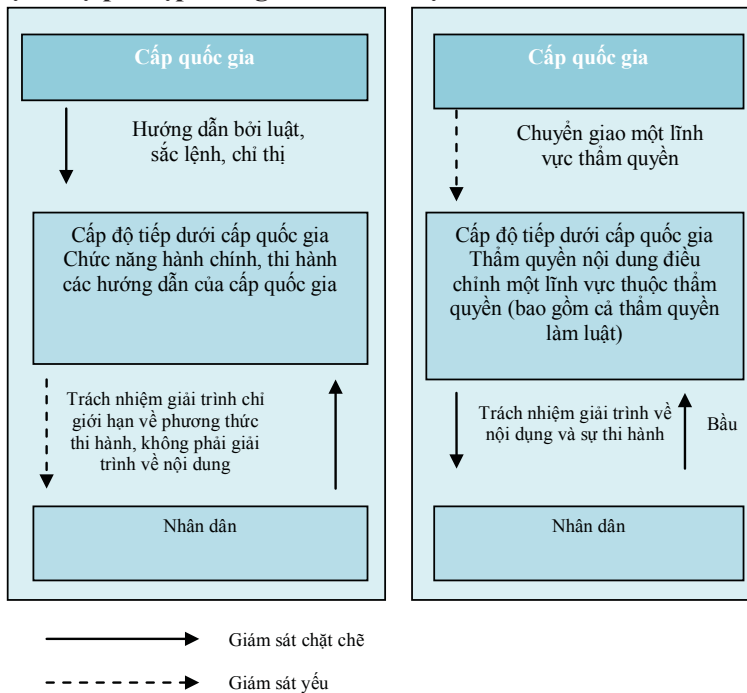
Sự ủy quyền đòi hỏi chính quyền trung ương chuyển việc ra quyết định và trách nhiệm hành chính thực hiện các chức năng công cộng cho chính quyền cấp dưới. Sự ủy quyền mang những đặc trưng của quan hệ giữa người được đại diện và người đại diện, trong đó chính quyền trung ương đóng vai trò là người được đại diện và các thiết chế địa phương là người đại diện. Mức độ giám sát rất đa dạng và có thể bao gồm sự kiểm soát đáng kể ở cấp trung ương - chỉ cho phép một mức độ tự quyết rất nhỏ của chính quyền cấp dưới. Trái lại, mặc dù việc thực thi những điều trên đây được thực hiện theo quy định của những hướng dẫn mang tính chính thức, chính quyền trung ương có thể trao trọn vẹn thẩm quyền quản lý hành chính và thực thi chính sách cho các hệ thống chính quyền cấp dưới. Ví dụ, trường trung học tuy vẫn là thể chế mang tính quốc gia và được điều chỉnh bởi luật quốc gia nhưng việc thực thi lại do chính quyền cấp dưới thực hiện, dưới sự giám sát của Bộ Giáo dục quốc gia. Trao quyền là dạng thức phi tập trung hóa mạnh mẽ nhất, thể hiện ở việc chuyển giao một loạt các thẩm quyền cho chính quyền vùng hoặc địa phương. Một lần nữa cần nhấn mạnh là có nhiều mô hình tồn tại dưới dạng thức này. Tập hợp các thẩm quyền được chuyển giao có thể bao gồm các quyền lực, dù bị hạn chế, để thi hành một số luật quốc gia liên quan đến một lĩnh vực đặc thù - với quyền tự quyết đáng kể khi thi hành - hoặc có thể gần tới mức quyền tự trị, theo đó chính quyền cấp dưới có thể thực hành các quyền lập pháp – thông qua các quy tắc và chuẩn mực và tạo ra các chính sách và chiến lược. Tùy thuộc vào mức độ trao quyền, chính quyền trung ương chỉ can thiệp, nếu có, ở một phạm vi hạn chế. Mức độ phi tập trung hóa về chính trị thường đi cùng với sự trao quyền. Trong bối cảnh chính quyền trung ương không còn ra lệnh cho chính quyền cấp dưới, các cử tri phải gánh vác trách nhiệm đó bằng việc bỏ phiếu trong các buổi lấy phiếu biểu quyết của toàn dân. Ví dụ, trường trung học giờ đây là vấn đề địa phương, được điều chỉnh bởi luật địa phương và được thi hành bởi các cơ quan địa phương. Việc xây dựng, quản lý trường học, thiết lập khung chương trình, thuê mướn và trả lương giáo viên, tóm lại là mọi thứ được thực hiện bởi cấp chính quyền địa phương. Các đơn vị này phối hợp với nhau xây dựng chính sách giáo dục đồng bộ trong phạm vi cả nước.

Phi tập trung hóa chính trị

Sự phi tập trung hóa về chính trị liên quan đến hai yếu tố: (a) chuyển giao quyền lực lựa chọn và chỉ định viên chức địa phương từ chính quyền trung ương cho chính quyền địa phương và (b) chuyển giao thẩm quyền tổ chức chính quyền cho chính quyền cấp vùng

hoặc địa phương. Yếu tố thứ nhất có thể được gọi là sự phi tập trung hóa về bầu cử, theo đó cho phép công dân có thể bầu các đại diện cho họ tại các chính quyền cấp vùng hoặc địa phương. Mặc dù có khả năng để bầu cử viên chức địa phương, công dân cũng chỉ có thể ảnh hưởng đến chính sách ở một mức độ hạn chế nếu chính sách đó vẫn được quyết định ở chính quyền cấp cao hơn. Ví dụ, trong khi các cư dân bầu Quận trưởng tại Thụy Sĩ, thẩm quyền của ông ta chỉ mới dừng mức thực thi các chỉ thị hành chính từ các bang (canton - xem phần trên). Các công dân do đó chỉ có trách nhiệm đối với việc thực thi chính sách đó, chứ không phải đối với bản thân các chính sách ở cấp bang. Việc thúc đẩy yếu tố thứ hai của phi tập trung hóa quyền lực chính trị trong đó yêu cầu - bên cạnh việc cho phép các cử tri được chọn lựa các lãnh đạo địa phương - một sự sắp xếp về cấu trúc và thực hiện mà theo đó cũng trao cho cấp chính quyền cấp dưới quyền tạo lập, giám sát và đánh giá những nhiệm vụ đã được chuyển giao từ chính quyền trung ương. Điều đó có thể được thực hiện bởi cơ quan lập pháp hoặc cơ quan gần cơ quan như lập pháp, nơi mà phạm vi của nó mở rộng tới mức bao hàm cả quyền thiết kế và tổ chức thực hiện các vấn đề chính sách được chuyển giao từ chính quyền trung ương.

Hình 9. Ví dụ về sự phi tập trung hóa chính trị



Sự phi tập trung hóa tài chính quyết định mức độ tự chủ về tài chính. Nếu không có nguồn lực tài chính đầy đủ, các chính quyền khu vực hoặc địa phương sẽ không thể thực hiện được một cách đầy đủ những

Việc bỏ qua hoặc trì hoãn sự phi tập trung hóa về tài chính, hơn thế nữa, thường làm cho các khía cạnh khác của sự phi tập trung hóa không hiệu quả. Việc chuyển giao trách nhiệm chi tiêu phải đi đôi với việc chuyển giao các nhiệm vụ và thẩm quyền.

nhiệm vụ mới được giao, do đó sẽ làm giảm tính chịu trách nhiệm và tính chính danh. Việc bỏ qua hoặc trì hoãn sự phi tập trung hóa về tài chính, hơn thế nữa, thường làm cho các khía cạnh khác của sự phi tập trung hóa không hiệu quả.

Khi thiết kế cơ cấu tài chính cho nhà nước phi tập trung hóa, cần chú ý đến ba yếu tố cơ bản sau đây : (a) chuyển giao trách nhiệm chi tiêu – cấp nào chi trả; (b) chuyển giao trách nhiệm thu ngân sách - cấp nào đánh thuế; (c) chuyển giao trong nội bộ chính quyền - các cấp chính quyền chia sẻ nguồn thu và cân bằng ngân sách như thế nào. Để bảo đảm một nền hành chính

Thông thường các chính quyền cấp dưới không có cùng khả năng thu ngân sách, và sự chuyển giao nội bộ trong chính quyền - từ chính quyền trung ương đến các chính quyền cấp dưới, hoặc giữa các cấp chính quyền cấp dưới với nhau - có thể là cần thiết.

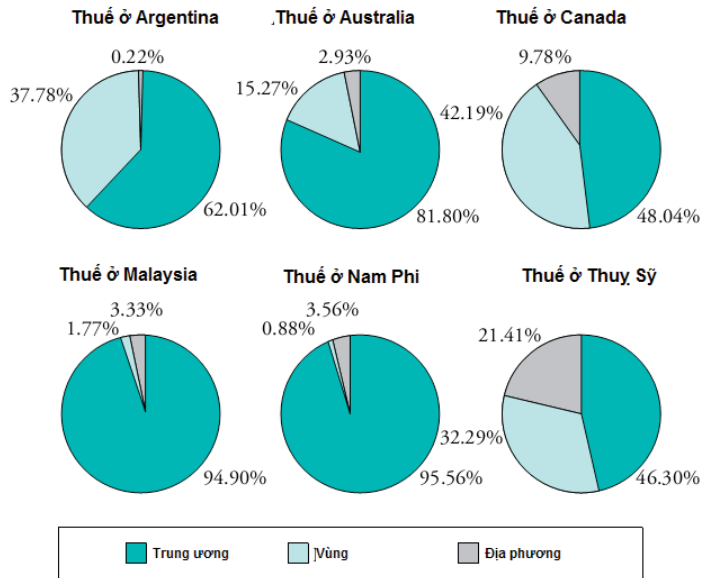
hiệu quả, khả năng chuyển giao các nhiệm vụ và thẩm quyền phải đi đôi với việc chuyển giao trách nhiệm chi tiêu - cấp chính quyền nào thực hiện nhiệm vụ nào thì phải chi trả cho nhiệm vụ đó. Có thể cho rằng trách nhiệm chi tiêu thường liên quan đến trách nhiệm tăng nguồn thu hay quyền đánh thuế, nhưng điều đó không xảy ra ở mọi nơi. Có một số lý do chính đáng để đạt sự cân bằng ở nội dung này. Nếu hiến pháp trao một phần lớn thẩm quyền về thuế cho chính quyền khu vực hoặc địa phương, chính quyền trung ương sẽ thiếu công cụ thuế cần thiết cho việc quản lý vĩ mô. Trong khi đó, việc trao tất cả thẩm quyền về thuế cho chính quyền trung ương sẽ dẫn đến kết quả không mong muốn: tách bạch việc chi tiêu ra khỏi trách nhiệm tăng nguồn thu sẽ làm mờ nhạt mối liên hệ giữa lợi ích của những khoản chi tiêu công và chi phí cho nó - chính là thuế được áp dụng để quay lại cấp tài chính cho các khoản chi tiêu công - và vì vậy sự tách bạch này không thúc đẩy được trách nhiệm tài chính giữa các nhà chính trị địa phương/ khu vực và cử tri của họ.

Các nhà lập hiến do đó phải tuân thủ hai nguyên tắc sau đây khi quyết định có nên trao quyền thu thuế và chi tiêu cho chính quyền khu vực hoặc địa phương hay không: (a) ngân sách phải được trao cho chính quyền địa phương ở mức đầy đủ - ít nhất cho các chính quyền ở khu vực địa phương giàu có - để bảo đảm cấp đủ tài chính cho tất cả các dịch vụ được cung cấp chủ yếu làm lợi cho cư dân địa phương đó, và (b) chính quyền địa phương phải lấy nguồn thu từ chính các cư dân địa phương được thụ hưởng những lợi ích từ các dịch vụ công của chính quyền. Bảo đảm sự liên hệ giữa việc đóng thuế và những lợi ích nhận được sẽ làm tăng tính chịu trách nhiệm của các công chức địa phương, đồng thời giúp cung cấp dịch vụ công hiệu quả.

Như đã nhấn mạnh trên đây, thường có sự bất cân xứng giữa việc thu thuế và việc chi tiêu, theo đó cấp quốc gia thương thu phần lớn thuế nhưng chuyển giao phần lớn trách nhiệm chi tiêu cho cấp vùng hoặc địa phương, các cấp chính quyền này sẽ phải chi nhiều hơn nguồn thu mà họ có được. Khi đó, tình trạng thâm hụt tài chính trước khi chuyển giao, còn gọi là sự bất cân xứng theo chiều dọc, nảy sinh. Sự bất cân xứng theo chiều ngang giữa các chính quyền địa phương cũng tồn tại. Thông thường các chính quyền cấp dưới không có cùng khả năng thu ngân sách, bởi công dân giàu có không thể sinh sống trong tất cả khu vực, cũng như họ không chi tiêu như nhau - một số khu vực cung cấp các dịch vụ bổ sung, hoặc có nhiều người sinh sống ở đó hơn các khu vực khác. Sự bất cân xứng như vậy dẫn tới sự

chuyển giao nội bộ trong chính quyền - theo chiều dọc nếu sự chi trả được chuyển giao từ chính quyền trung ương đến các chính quyền cấp dưới, hoặc theo chiều ngang nếu sự chi trả được chuyển giao giữa các cấp chính quyền cấp dưới với nhau - là cần thiết. Thuật ngữ “trao” (“grant”) bao hàm sự chuyển dịch trong nội bộ chính quyền từ cấp cao hơn tới cấp chính quyền thấp hơn. Tùy thuộc vào các loại trao - trao chung, trao theo mục đích, trao cụ thể, trao viện trợ, hay trao bổ sung - và những điều kiện đi kèm với nó, sự chuyển giao này có thể làm tăng cường sự tự chủ của chính quyền cấp dưới.

Sơ đồ 10. Thẩm quyền thu ngân sách: ví dụ từ 6 quốc gia



Nguồn: Quỹ Tiền tệ thế giới IMF, Niên giám Thống kê Tài chính Quốc gia 2008. XXXII (Washington DC., IMF, 2008)

3.2.2. Sự phi tập trung hóa cân xứng và bất cân xứng

Mức độ phi tập trung hóa dưới góc độ hành chính, chính trị và tài chính không nhất thiết cần có sự cân xứng trong phạm vi toàn quốc. Sự phi tập trung hóa cân xứng có thể chứng tỏ nó là một công cụ chính sách hiệu quả. Nếu các nhà lập hiến nhất trí rằng sự phi tập trung hóa là để hạn chế các xung đột nội bộ giữa các khu vực nhất định, việc trao quyền tự chủ chỉ cho những khu vực như vậy là hoàn toàn hợp lý. Ví dụ như Phần Lan (vùng Aland), Indonesia (vùng Aceh), Italy (vùng Nam Tyrol), Malaysia (vùng Borneo), Philippines (vùng Mindanao), Sudan (vùng Nam Sudan) và Tanzania (vùng Zanzibar). Một số mô hình lại cho thấy kết hợp sự khác biệt về mức độ phi tập trung hóa về nội dung với một cấu trúc hình thức bất cân xứng, chẳng hạn như ở Sudan và Tanzania. Tuy nhiên, hiến pháp thường cho phép một số khu vực có mức độ quyền lực lớn hơn đối với vấn đề ngôn ngữ hay văn hóa, trong khi vẫn duy trì một cấu trúc tổ chức chính quyền cân xứng, ví dụ như tại Indonesia¹⁹⁶ hoặc Philippine[□]. Những người theo thiên hướng quốc gia chủ nghĩa thường

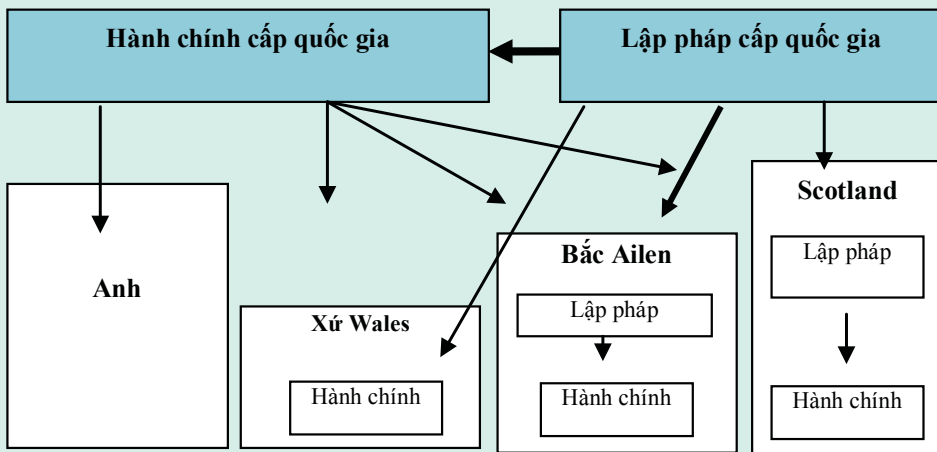
196 Điều 18 A/B Hiến pháp Cộng hòa Indonesia.

phản đối cấu trúc bất cân xứng vốn có sự phân biệt giữa các khu vực dựa trên yếu tố dân tộc hay tôn giáo, vì họ cho rằng cấu trúc như vậy sẽ làm gia tăng nguy cơ chia rẽ, thậm chí gia tăng các tranh chấp lãnh thổ. Tuy nhiên, các khu vực thiểu số có lịch sử bị phân biệt đối xử thường yêu cầu một địa vị tự chủ như là điều kiện để họ ủng hộ bản hiến pháp. Tùy thuộc vào sức mạnh chính trị tương ứng của các bên liên quan, cũng có nhiều dạng cấu trúc bất cân xứng khác nhau. Một số quốc gia thiết kế các dạng phi tập trung hóa khác nhau cho các khu vực khác nhau. Vương quốc Anh và Tây Ban Nha là những ví dụ điển hình cho sự đa dạng về các mô hình lựa chọn thiết kế phi tập trung hóa (xem các hộp 3 và hộp 4).

Hộp 3. Nghiên cứu tình huống: sự phi tập trung hóa bất cân xứng tại Vương quốc Anh.



Vương quốc Anh áp dụng những mô hình phi tập trung hóa quyền lực khác nhau cho các vùng Scotland, Wales và Bắc Ireland. So với Anh (England), nơi mà Nghị viện Anh quốc (British Parliament) thông qua luật để thực thi việc quản lý hành chính nhà nước, 3 khu vực còn lại được ủy quyền ở những mức độ khác nhau.



Scotland có một Nghị viện và một cơ quan hành pháp phát triển từ mô hình Westminster. Theo Luật Scotland năm 1998, Nghị viện Scotland có thể thông qua các đạo luật* và nhánh hành pháp có thể ban hành các văn bản hành chính (thường gọi là lập pháp phái sinh) trong tất cả các lĩnh vực không thuộc quyền của Nghị viện Anh quốc. Mặc dù đạo luật này cho phép Nghị viện Anh quốc có quyền lập pháp đồng thời ở những lĩnh vực đã trao quyền cho Nghị viện Scotland, tuy nhiên điều này chỉ có thể thực hiện được khi có sự yêu cầu của Nghị viện Scotland (Theo Công ước Sewel).

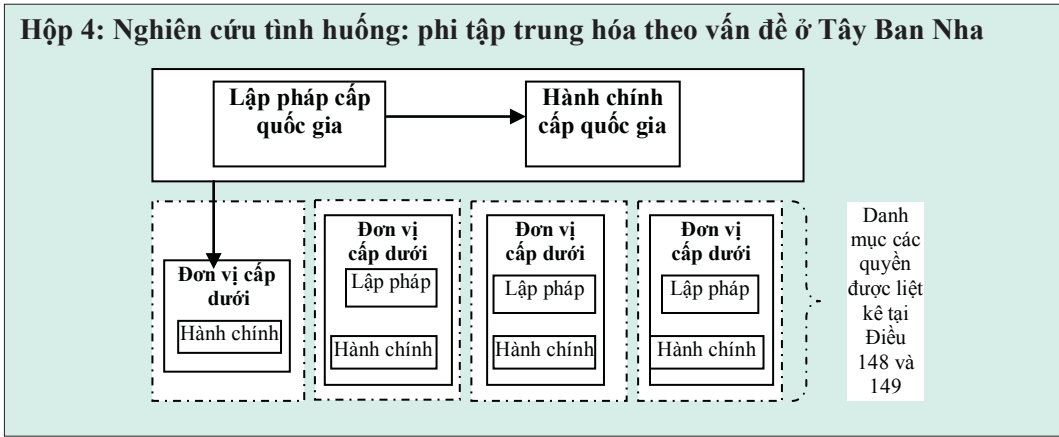
Luật Chính quyền xứ Wales 1998 trao quyền trong một số lĩnh vực cho Quốc hội xứ Wales, quyền lực mà trước đây được thực thi bởi các Bộ trưởng của Anh quốc. Tuy nhiên Nghị viện Liên hiệp Anh vẫn tiếp tục ban hành những luật cơ bản cho xứ Wales ngay cả trong những lĩnh vực đã được ủy quyền hạn chế cho Quốc hội xứ Wales ban hành các lệnh hành chính và các văn bản hướng dẫn.

Sự trao quyền ở Bắc Ireland có sự ràng buộc tất yếu với diễn biến thương lượng hòa bình. Có những vấn đề đã dẫn tới việc Nghị viện Anh quốc đình chỉ hoạt động của Quốc hội Bắc Ireland và nhánh Hành pháp ở đây 4 lần, lần gần đây nhất là tháng 10 năm 2002. Khi hoạt động, Quốc hội Bắc Ireland chỉ có thể ban hành các luật cơ bản và thực hiện quyền lập pháp ủy quyền trong những lĩnh vực chính sách được chuyển giao từ Nghị viện Anh quốc. Còn lại, Nghị viện Liên hiệp Anh vẫn giữ quyền lập pháp trong những lĩnh vực “ngoại trừ” (“excepted”) hoặc trường hợp “được bảo lưu” (“reserved”). Trừ khi Nghị viện Anh quốc sửa đổi Luật Bắc Ireland năm 1998, thì nó vẫn tiếp tục điều chỉnh những đối tượng thuộc lĩnh vực “ngoại trừ” như vậy. Trái lại, Nghị viện Anh quốc có thể chuyển giao quyền lực đối với những nội dung thuộc lĩnh vực được “bảo lưu” nếu sau đó có sự đồng thuận từ các cộng đồng. Việc chia 3 trách nhiệm như vậy chỉ có ở sự trao quyền cho Bắc Ireland.

* Thêm vào đó, Nghị viện Scotland có quyền điều chỉnh thuế suất tiêu chuẩn của thuế thu nhập cá nhân thêm 3% so với mức thuế suất của Vương quốc Anh (mặc dù quyền này chưa từng được sử dụng trong thực tế). Xem Böckenförde, M., Schmidt, J. and Wiesner, V., Max Planck, Cẩm nang về Các dạng thức khác nhau của sự Phi tập trung hóa, 3rd edn (Heidelberg: Max Planck Học viện So sánh Luật công và Luật Quốc tế, 2009), trang 46

Hiến pháp Tây Ban Nha đưa ra một cách tiếp cận khác được gọi là “phi tập trung hóa theo vấn đề” (“*decentralization a’ la carte*”). Sau 40 năm tồn tại của chế độ tập trung toàn trị độc tài dưới thời tướng Franco, các nhà lập hiến nước này đã thiết lập một cơ chế đặc trưng để đáp ứng sự đa dạng của đất nước trong Hiến pháp 1978. Sự sáng tạo chủ yếu của Hiến pháp Tây Ban Nha là tạo lập một chế độ hiến pháp mà trong đó các tỉnh/vùng khác nhau có sự tự chủ cao ở các mức độ khác nhau, một phần phụ thuộc vào đề xuất của chính nơi đó. Xét về tính lãnh thổ, Tây Ban Nha được tổ chức thành “thành phố trực thuộc trung ương, tỉnh và bất cứ cộng đồng tự trị có thể được tạo ra” (Điều 137). Theo cách tiếp cận coi quyền tự trị như là quyền tự do cho các thành phố trực thuộc trung ương và các tỉnh, Hiến pháp cụ thể hóa phương thức thực thi các quyền đó và địa vị có thể đạt được của cộng đồng tự trị. Danh mục các quyền của cộng đồng tự trị được liệt kê tại Điều 148. Bên cạnh đó, theo Điều 150, chính quyền trung ương còn có thể chuyển giao những quyền lực của nó được liệt kê tại Điều 149 cho các cộng đồng tự trị.¹⁹⁷

¹⁹⁷ Harty, S. ‘Spain’ in Ann L. Griffith (ed.). Cẩm nang về các nước liên bang - Handbook of Federal Countries



3.2.3. Những loại quyền nào gắn với cấp chính quyền nào?

Các nhà lập hiến sẽ quyết định mức độ phi tập trung hóa và cấu trúc tổ chức thiết chế nhà nước bằng cách chuyển quyền lực cho cả ba nhánh quyền lực ở cấp vùng hoặc địa phương. Bước đi đầu tiên, như đã đề cập ở trên, là đưa ra quyết định xem nhánh quyền lực nào sẽ được thiết lập ở cấp chính quyền hoặc hành chính nào (xem bảng 2). Chỉ khi sự thiết kế thể chế thiết lập cơ quan lập pháp hoặc cơ quan tư pháp ở địa phương, quyền lực thực chất mới được chuyển giao cho cấp đó.

Bảng 2. Loại quyền nào được giao cho cấp chính quyền nào?

	Hành pháp	Lập pháp	Tư pháp
Cấp quốc gia	√	√	√
Cấp 2 (ví dụ như cấp tiếp dưới cấp quốc gia, cấp vùng, v.v...)	?	?	?
Cấp 3 (ví dụ như cấp địa phương)	?	?	?

Như đã minh họa ở Vương quốc Anh, cấp chính quyền thứ hai có thể chỉ có cơ quan hành chính, ví dụ như ở xứ Wales, hoặc bao gồm cả cơ quan lập pháp và hành pháp như ở Scotland. Ở các quốc gia khác, như Ấn Độ và Hoa Kỳ, ở các cấp chính quyền thấp hơn thiết lập nhánh tư pháp tự trị riêng, có trách nhiệm xét xử các vấn đề và giải quyết các tranh chấp liên quan đến luật pháp ở cấp đó.

Ở bước thứ hai, hiến pháp phải xác định những nhiệm vụ và quyền lực mà cơ quan hành pháp, lập pháp, tư pháp mang tính tự trị sẽ thực hiện.

Các nhà lập hiến có thể cần thiết kế quyền hành pháp lập pháp và tư

Cấp chính quyền nào có thể được trao quyền làm luật? Quyền làm luật nên giao cho chỉ một cấp chính quyền hay có thể chia sẻ giữa nhiều cấp chính quyền? Sau các cuộc xung đột bạo lực có nguồn gốc từ sự cô lập hóa hay sự phân biệt đối xử đối với các khu vực lãnh thổ nhất định, các nhóm chính trị có thể sẽ không đồng ý với việc trao quyền tuyệt đối về lập pháp cho bất cứ cấp chính quyền nào.

pháp tại nhiều cấp chính quyền khác nhau. Việc phân bổ hợp lý các trách nhiệm đó phụ thuộc vào nhiệm vụ được xem xét và vào việc nhiệm vụ đó có sự liên hệ gần với chức năng soạn thảo luật (chức năng lập pháp), thực thi luật (chức năng hành pháp), hay giải thích và áp dụng luật (chức năng tư pháp).

Phi tập trung hóa quyền lực lập pháp

Sự phi tập trung hóa chức năng lập pháp yêu cầu xem xét cấp chính quyền nào nên có quyền soạn thảo luật liên quan đến những nhiệm vụ đặc thù (ví dụ như dịch vụ công cộng) và quyền đó có nên là tuyệt đối hay có thể chia sẻ giữa các cấp chính quyền.

Hiến pháp có thể trao chức năng lập pháp chỉ riêng cho cấp trung ương hoặc chỉ cho các chính quyền cấp dưới. Tuy nhiên, sự phân quyền như vậy đối diện với hai thách thức. Thứ nhất là sau các cuộc xung đột bạo lực có nguồn gốc từ sự cô lập hóa hay sự phân biệt đối xử đối với các khu vực lãnh thổ nhất định, các nhóm chính trị có thể sẽ không đồng ý với việc trao quyền tuyệt đối về lập pháp cho bất cứ cấp chính quyền nào. Thách thức thứ hai cho việc bố trí quyền tuyệt đối về lập pháp mang tính thực tiễn hơn: việc chỉ dựa vào quyền lực mang tính tuyệt đối thường bỏ qua thực tế là hiến pháp có những vấn đề và thẩm quyền chồng lấn giữa các cấp chính quyền. Nhiều hiến pháp, với mục tiêu đạt tới sự linh hoạt, đã chọn lựa sự phân bổ quyền lập pháp đồng thời cho cả cấp trung ương và cấp vùng.

Tuy nhiên, quyền lập pháp chung đó có thể vận hành khác nhau. Trong bối cảnh có sự chồng chéo theo chiều dọc của quyền lực chung giữa cơ quan lập pháp trung ương và khu vực, câu hỏi đặt ra là văn bản của ai sẽ có hiệu lực pháp lý cao hơn. Nói chung, hiến pháp ưu tiên cơ quan lập pháp trung ương. Một nhà phê bình theo khuynh hướng khu vực chủ nghĩa lập luận rằng, lĩnh vực thẩm quyền chung đơn giản là những lĩnh vực mà văn bản luật quốc gia chiếm ưu thế và về mặt lâu dài có hiệu lực pháp lý cao hơn các văn bản pháp luật địa phương. Tuy nhiên, một số điều kiện nhất định có thể đi kèm với sự ưu tiên cho trung ương: ví dụ, Hiến pháp Đức trao quyền tối cao cho nghị viện Đức chỉ khi đó là “cần thiết” và vì “lợi ích quốc gia”. Cụ thể, Hiến pháp Đức quy định: “Nếu và trong chừng mực việc thiết lập các điều kiện sống bình đẳng trong lãnh thổ liên bang hoặc duy trì sự thống nhất về pháp luật hoặc kinh tế thì mới làm cho pháp luật liên bang cần thiết vì lợi ích quốc gia”¹⁹⁸.

Một số hiến pháp có quan điểm khác. Canada là một trường hợp ngoại lệ đáng chú ý cho vấn đề tính tối cao của trung ương: khi luật pháp các tỉnh và quốc gia xung đột nhau – ví dụ như luật liên quan tuổi nghỉ hưu - thì luật của cấp tỉnh sẽ có hiệu lực pháp lý cao hơn¹⁹⁹. Một cách tiếp cận khác trao cho cơ quan lập pháp quốc gia soạn thảo các khuôn khổ (luật) chung cho cả nước, trong khi cho phép các cơ quan lập pháp vùng được ban hành các quy định chi tiết phù hợp với bối cảnh địa phương (đôi khi được đề cập tới như khuôn khổ lập pháp hay sự chia sẻ quyền lực). Một số hiến pháp khác đưa ra cách tiếp cận thứ ba để sắp

Các nhà lập hiến cần quyết định việc thiết kế cơ quan lập pháp, hành pháp và tư pháp tại các cấp chính quyền khác nhau. Việc phân bổ hợp lý các trách nhiệm đó phụ thuộc vào nhiệm vụ của mỗi cấp chính quyền.

198 Điều 72 Hiến pháp Đức 1949

199 Điều 19A Hiến pháp Canada.

xếp quyền lực chung, theo đó về cơ bản cho phép các cấp chính quyền cùng điều chỉnh vấn đề đó. Chỉ khi đạo luật quốc gia và khu vực xung đột trực tiếp với nhau, các phương pháp giải quyết tranh chấp theo hiến pháp mới có hiệu lực và được áp dụng bởi các thẩm phán dựa trên từng vụ việc cụ thể (Sudan).

Hiến pháp Nam Phi có một điều khoản được soạn thảo rất chi tiết liên quan đến cách thức xử lý các xung đột tiềm tàng trong những lĩnh vực chức năng mà quyền lực chung được áp dụng (Hộp 5)

Hộp 5 : Quyền lực chung: Ví dụ Nam Phi

Điều 146 Hiến pháp Nam Phi

Xung đột giữa văn bản luật quốc gia và văn bản luật của tỉnh.

- (1) Điều khoản này được áp dụng cho những xung đột giữa văn bản luật cấp quốc gia và cấp tỉnh trong những lĩnh vực được liệt kê tại mục 4 [những quyền lực chung]
- (2) Văn bản luật quốc gia được áp dụng thống nhất trong phạm vi cả nước có hiệu lực pháp lý cao hơn văn bản luật cấp tỉnh nếu một trong các điều kiện sau đây được thỏa mãn:
 - (a) Văn bản luật quốc gia điều chỉnh những vấn đề không thể được điều chỉnh hiệu quả bởi văn bản luật được ban hành bởi chỉ một tỉnh tương ứng;
 - (b) Văn bản luật quốc gia điều chỉnh những vấn đề mà nếu được điều chỉnh hiệu quả thì cần phải áp dụng thống nhất trong phạm vi cả nước, và văn bản luật quốc gia cung cấp sự thống nhất bằng cách thiết lập:
 - (i) Những quy phạm và tiêu chuẩn
 - (ii) Khuôn khổ hoặc
 - (iii) Chính sách quốc gia
 - (c) Văn bản luật quốc gia cần thiết cho
 - (i) Duy trì an ninh quốc gia
 - (ii) Duy trì sự thống nhất kinh tế
 - (iii) Bảo vệ một thị trường chung dưới khía cạnh lưu thông hàng hóa, dịch vụ, vốn và lao động
 - (iv) Thúc đẩy các hoạt động thương mại liên tỉnh
 - (v) Thúc đẩy các cơ hội bình đẳng hoặc tiếp cận bình đẳng đối với dịch vụ của chính quyền
 - (vi) Bảo vệ môi trường
- (3) Văn bản luật quốc gia có hiệu lực pháp lý cao hơn văn bản luật của tỉnh nếu văn bản luật quốc gia có mục đích là để ngăn ngừa các hành động bất hợp lý của một tỉnh mà:
 - (a) Gây tổn hại đến kinh tế, y tế hoặc lợi ích an ninh của một tỉnh khác, hoặc của quốc gia nói chung,
 - (b) Ngăn cản sự thực thi chính sách kinh tế quốc gia

- (4) Khi có sự tranh chấp về việc văn bản luật quốc gia có cần thiết cho những mục đích được quy định tại tiểu mục (2) (c) không và tranh chấp đó được đưa ra tòa để tìm giải pháp, Tòa án phải xem xét cẩn trọng sự phê chuẩn hay bãi bỏ đạo luật đó của Hội đồng Quốc gia của các tỉnh.
- (5) Văn bản luật của tỉnh sẽ được áp dụng nếu không áp dụng khoản (2) và (3).
- (6) Một luật được tạo ra dưới dạng một đạo luật của Quốc hội hay một đạo luật của một tỉnh có được áp dụng chỉ khi luật đó được sự phê chuẩn của Hội đồng Quốc gia của các tỉnh.
- (7) Nếu Hội đồng Quốc gia của các tỉnh không đưa ra phán quyết trong thời gian 30 ngày hợp sau khi luật đó được đệ trình, luật đó sẽ được xem xét trên cơ sở tất cả những mục đích để có được sự phê chuẩn của Hội đồng.
- (8) Nếu Hội đồng Quốc gia của các tỉnh không phê chuẩn những luật được đề cập trong khoản (6), trong vòng 30 ngày từ khi đưa ra quyết định, Hội đồng phải đưa ra lý do không phê chuẩn luật cho cơ quan có thẩm quyền mà luật đó đề cập tới.

Nguồn: Hiến pháp Nam Phi (1996), sửa đổi, bổ sung năm 2007 <<http://www.constitutionnet.org>>.

Để tránh tình huống trong đó không có cấp chính quyền nào có quyền lực đảm đương một nhiệm vụ nhất định, một trong các cấp chính quyền thông thường được trao cho quyền lực chung hay quyền lực còn (dư) lại. Ở một số quốc gia, cấp trung ương được trao quyền lực còn (dư) lại đó (Canada, Ấn Độ), trong khi ở một số nơi khác quyền lực còn lại được trao cho cấp dưới (Đức, Hoa Kỳ).

Có những phương thức khác để phân bổ quyền lực trong hiến pháp. Một số quốc gia áp dụng một hệ thống các quyền được liệt kê, theo đó hiến pháp liệt kê các quyền của trung ương. Quyền lực còn lại thuộc chính quyền cấp dưới, do đó hiến pháp không nhất thiết phải liệt kê lại chi tiết các quyền của cấp dưới. Có lẽ phương thức chung hơn là một hệ thống các bảng danh mục: Hiến pháp liệt kê những quyền riêng biệt của cấp trung ương và của cả cấp dưới trung ương, một danh mục các quyền lực chung và những quyền lực được chia sẻ và có thể đề xuất một danh mục cho cấp chính quyền thấp hơn nữa.

Mức độ phân định nội dung của các quyền cho nhánh lập pháp cấp dưới trung ương phụ thuộc vào sự đa dạng của từng quốc gia. Rất nhiều tiêu chí – về địa lý, lịch sử, tôn giáo, kinh tế và dân cư - có thể ảnh hưởng đến các nhà thương thảo hiến pháp và quyết định mức độ phi tập trung hóa thực chất của quyền lực lập pháp. Mặc dù một vài vấn đề của lập pháp – quan hệ quốc tế, phòng thủ quốc gia, tiền tệ và tư cách công dân - thường được trao cho cấp trung ương, sự phân tán của nhiều khu vực chính sách phụ thuộc vào bối cảnh có liên quan và sự cân bằng của các lợi ích đang bị đe dọa. Tại Brazil, Ấn Độ và Nam Phi, Hiến pháp cũng phân bổ những quyền lực cụ thể cho nhân tố thứ ba là cấp chính quyền cơ sở.

Sự phi tập trung hóa chức năng hành pháp

Các chuyên gia nhìn chung đều nhất trí rằng để bảo đảm việc cung cấp dịch vụ công hiệu quả nhất, năng suất cao nhất, các nhà lập hiến nên trao quyền cung cấp các dịch vụ đó cho cấp chính quyền đại diện gần gũi nhất - và cũng có thể chịu trách nhiệm gần gũi nhất - cho những người thụ hưởng.

Trước khi phi tập trung hóa chức năng hành pháp, các nhà lập hiến phải xem xét liệu cơ quan hành pháp địa phương hay khu vực sẽ thực thi và thi hành: (a) chỉ luật pháp quốc gia bởi sự vắng mặt của cơ quan lập pháp tại cấp vùng hay địa phương; (b) chỉ luật của khu vực hay vùng được soạn thảo bởi cơ quan lập pháp

Các nhà lập hiến cũng có thể đồng ý rằng chính quyền trung ương có khả năng tốt hơn trong việc cung cấp một số dịch vụ công, chẳng hạn như lương hưu và phúc lợi thất nghiệp cho tất cả công dân, vì lý do công bằng, những dịch vụ này nên được tiếp cận bình đẳng cho dù họ sinh sống ở bất cứ đâu, chi tiêu nhất định mà có ảnh hưởng đặc biệt lên nhu cầu tổng thể hoặc làm bất ổn biến đổi theo chu kỳ kinh tế.

vùng, khu vực, với điều kiện cơ quan hành chính quốc gia sẽ quyền tuyệt đối trong thực thi luật pháp quốc gia; hoặc (c) một phần đáng kể luật pháp quốc gia bên cạnh luật địa phương hay khu vực – nếu, ví dụ, cấp vùng hoặc địa phương thực hiện văn bản hành chính của quốc gia hiệu quả hơn (thường được đề cập với tên gọi “sự phi tập trung hóa hợp tác” hay “liên bang hợp tác”). Các chuyên gia nhìn chung đều nhất trí rằng để bảo đảm việc cung cấp dịch vụ công hiệu quả nhất, năng suất cao nhất, các nhà lập hiến nên trao quyền cung cấp các dịch vụ đó cho cấp chính quyền đại diện gần gũi nhất - và cũng có thể chịu trách nhiệm gần gũi nhất - cho những người thụ hưởng (thường gọi là nguyên lý của sự hỗ trợ²⁰⁰). Cách quy định như vậy sẽ tăng cường tính minh bạch và tính giải trình trách nhiệm bởi lẽ các công dân có thể dễ dàng nhận biết ai đang chi tiền của mình và chi như thế nào. (Lập

luận này không luôn luôn dẫn tới kết luận là chính quyền cấp dưới sẽ cung cấp những dịch vụ đặc thù: việc quyết định mô hình hiệu quả nhất của một chương trình có thể cũng dẫn tới việc xem xét cấp chính quyền nào nên cung cấp dịch vụ đó. Ví dụ, một số chương trình, chẳng hạn như dự báo thời tiết, có lẽ hoạt động hiệu quả chỉ khi được cung cấp trên phạm vi toàn quốc.)

Mỗi quan tâm riêng trong từng khu vực cũng có ảnh hưởng đến việc cấp chính quyền nào nên cung cấp một dịch vụ công nhất định. Chẳng hạn, nhiều vùng có thể mong muốn nhiều hơn các vùng khác về một chương trình giáo dục tiểu học, bao gồm việc dạy ngôn ngữ và văn hóa địa

Nếu phi tập trung hóa quyền lực tư pháp, thì một lựa chọn là mỗi cấp chính quyền trung ương và cấp bang có hệ thống tòa án riêng. Tòa án bang chỉ áp dụng pháp luật bang trong khi pháp luật quốc gia được áp dụng bởi tòa án quốc gia trong quá trình xét xử. Các tòa án địa phương ở cấp liên bang áp dụng pháp luật quốc gia được bố trí rải rác trên lãnh thổ quốc gia.

phương, nội dung này chính quyền cấp dưới cấp quốc gia đó có thể cung cấp hiệu quả hơn. Mặt khác, các nhà lập hiến cũng có thể đồng ý rằng chính quyền trung ương có khả năng tốt hơn trong việc cung cấp một số dịch vụ công, chẳng hạn như lương hưu và phúc lợi thất nghiệp cho tất cả công dân, vì lý do công bằng, những dịch vụ này nên được tiếp cận bình đẳng cho dù họ sinh sống ở bất cứ đâu. Hơn nữa, để tránh các bất ổn về kinh tế và sự thâm hụt ngân sách, chính quyền trung ương có thể giữ lại những trách nhiệm chi tiêu nhất định có ảnh hưởng đặc biệt lên nhu cầu tổng thể hoặc làm biến đổi theo chu kỳ kinh tế, như phúc

²⁰⁰ Cf Ter-Minassian, T., “Quan hệ tài chính trong nội bộ chính quyền dưới góc nhìn kinh tế vi mô : tổng quan”, 1997, trang 4

lợi thất nghiệp. Nhu cầu chung của cộng đồng về những chuẩn mực tối thiểu trong phạm vi cả nước cũng đặt ra với một số dịch vụ công nhất định, chẳng hạn như y tế hay giáo dục, có thể đòi hỏi cần có sự điều chỉnh ở tầm quốc gia, những quy định mà theo đó có thể chỉ thiết lập các hướng dẫn quốc gia cho chính quyền khu vực thực thi chương trình đó.

Sự phân bổ quyền lực tư pháp trong một hệ thống phi tập trung hóa: hai mô hình²⁰¹.

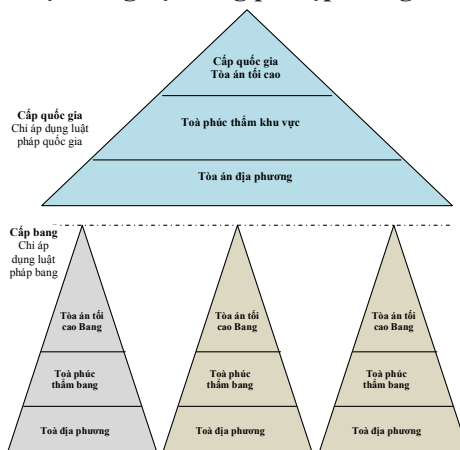
Tương tự, câu hỏi về có nên phi tập trung hóa quyền tư pháp hay không sẽ yêu cầu các nhà lập hiến xem xét liệu các tòa án quốc gia đặt trên toàn quốc hay các tòa án của vùng được thành lập bởi chính quyền vùng sẽ có quyền giải thích và áp dụng luật của khu vực/địa phương. Trong một hệ thống phi tập trung hóa, thông thường tồn tại nhiều loại luật: luật quốc gia được ban hành bởi cơ quan lập pháp quốc gia và các luật của các đơn vị cấp thấp hơn được soạn thảo bởi các thiết chế tương ứng ở cấp vùng hoặc thậm chí cấp địa phương. Vì vậy, câu hỏi cốt yếu là các loại luật khác nhau đó sẽ được áp dụng như thế nào trong quá trình xét xử, hay nói cách khác, những loại hệ thống tòa án nào sẽ bảo đảm cách thức hữu hiệu và minh bạch để áp dụng cho việc xét xử dựa trên các hệ thống luật khác nhau đó. Do vậy, có hai mô hình cơ bản trong nhà nước phi tập trung hóa cao về quyền lực: Mô hình tách biệt/lưỡng hệ và mô hình hợp nhất. Cả hai đều lựa chọn những cách thức chia sẻ thẩm quyền tài phán trong một hệ thống phi tập trung hóa mạnh mẽ.

Mô hình tách biệt/ lưỡng hệ*

Theo mô hình tách biệt/lưỡng hệ, như được áp dụng tại Hoa Kỳ, cả cấp liên bang và cấp bang đều có một hệ thống tòa án tổ chức 3 cấp (tòa án địa phương, tòa án phúc thẩm và tòa án tối cao) (xem biểu đồ 11). Các tòa án bang thông thường áp dụng luật của riêng bang đó, trong khi luật quốc gia được tòa án

liên bang áp dụng trong quá trình xét xử. Hệ quả là các tòa án địa phương ở cấp liên bang áp dụng pháp luật liên bang được bố trí rải rác trong phạm vi toàn liên bang. Mô hình tách biệt này cũng ảnh hưởng tới yếu tố tài chính và quản lý hành chính của tòa án. Trong khi tòa án quốc gia được cung cấp tài chính và quản lý bởi cấp quốc gia, các tòa án bang được cung cấp tài chính bởi các bang tương ứng.

Sơ đồ 11. Mô hình tách biệt trong hệ thống phi tập trung hóa: được áp dụng tại Hoa Kỳ

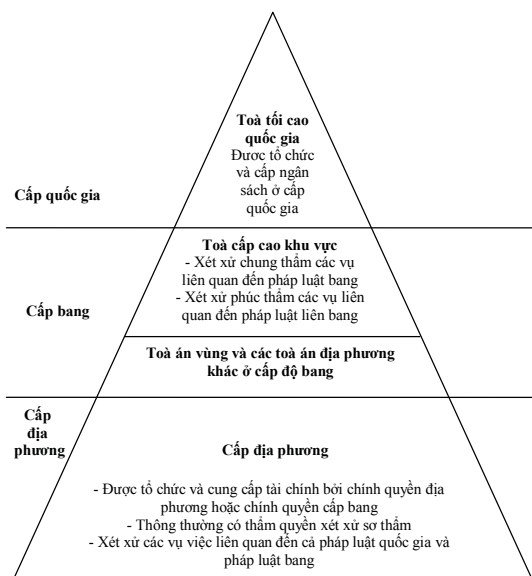


201 Bockenforde, M et al., Max Planck, Cẩm nang về xây dựng Hiến pháp : Các lựa chọn cho cấu trúc của tư pháp, 2009

Mô hình hợp nhất*

Trong mô hình hợp nhất (như tên gọi đã gợi ý), tòa án quốc gia và tòa án bang được hợp nhất vào một hệ thống chung. Trong khi tòa án cấp cao nhất của quốc gia chỉ có một, các tòa án cấp thấp hơn là những tòa án của các bang tương ứng nơi nó được đặt trụ sở. Các tòa án có quyền và năng lực giải quyết những vụ án liên quan đến cả luật của bang và luật quốc gia. Thẩm phán được trao quyền và đủ khả năng để xét xử cả hai loại luật: luật quốc gia và luật bang tương ứng. Trong những quốc gia mà mô hình hợp nhất được áp dụng, tòa án cấp cao nhất của quốc gia chỉ có thẩm quyền đối với các vụ án liên quan luật quốc gia, trong khi đó các tòa án cấp cao nhất của bang là tòa án cấp sau cùng đối với vụ việc liên quan luật của bang (như ở Đức, Sudan). Trong một số hệ thống khác, cả hai loại vụ việc, cả những vụ liên quan đến luật bang lẫn vụ liên quan luật liên bang, đều có thể được kháng cáo trước tòa án tối cao, ví dụ như Ấn Độ.

Sơ đồ 12: Mô hình hợp nhất



Trích từ: Diehl, Katharina et al., *Max Plank Manuals on Constitution Building: Structures and Principles of a Constitution*, 2nd edn (Heidelberg: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2009). Xem thêm Bockenforde, M et al. *Max Plank Manuals on Constitution Building: Options for Structure of the Judiciary* (Chưa xuất bản, 2009).

Lợi thế của mỗi mô hình

Mỗi mô hình đều có những lợi thế nhất định so với mô hình kia. Hệ thống tòa án hợp nhất thường ít có xung đột hơn về thẩm quyền tài phán hoặc thẩm quyền của các tòa án khác nhau. Nó cũng ít tốn kém hơn bởi vì số lượng tòa án và

Trong mô hình hợp nhất, tòa án quốc gia và tòa án cấp dưới được hoạt động trong một hệ thống chung. Trong khi tòa án cấp cao nhất của quốc gia chỉ có một, các tòa án cấp thấp hơn là những tòa án của các bang tương ứng nơi nó được đặt trụ sở. Các tòa án có quyền và năng lực giải quyết những vụ án liên quan đến cả luật của bang và luật quốc gia. Thẩm phán được trao quyền và đủ khả năng để xét xử cả hai loại luật: luật quốc gia và luật bang tương ứng.

thẩm phán hơn ít hơn. Với mô hình hợp nhất, các luật được áp dụng thống nhất hơn và do đó cung cấp mức độ lớn hơn khả năng dự đoán trước được của các quyết định tư pháp. Ngược

lại, mô hình tách biệt bảo đảm nhiều hơn sự độc lập và đa dạng cho tòa án. Các thực thể khác nhau (bang, bộ lạc hay khu vực) có nhiều tự do hơn để phát triển hệ thống án lệ của mình. Điều này thậm chí rất quan trọng tại các quốc gia áp dụng các hệ thống pháp luật khác nhau (thông luật và luật thành văn, ví dụ như ở Canada và Hoa Kỳ). Vì vậy, trong một quốc gia, các hệ thống luật và chuẩn mực khác nhau có thể cùng lúc cùng tồn tại tại các bang khác nhau. Mô hình tách biệt cung cấp khả năng cạnh tranh nhau về trật tự pháp lý giữa các bang khác nhau.

3.3. *Sự bảo vệ pháp lý đối với các quy định về sự phi tập trung hóa: một khía cạnh chủ yếu của chế độ liên bang*

3.1.1. Giới thiệu

Các nhà lập hiến có thể đánh giá mức độ phi tập trung hóa quyền lực bằng việc kiểm tra xem quyền lực và thẩm quyền chủ yếu nào đã được chuyển giao cho chính quyền cấp dưới. Một cách tiếp cận khác nữa là: các nhà lập hiến có thể đánh giá quan hệ pháp lý giữa các cấp chính quyền, bao gồm đánh giá cam kết pháp lý đối với sự phi tập trung hóa. Các câu hỏi liên quan bao gồm: Cơ quan quyền lực quốc gia có

Quan hệ pháp lý giữa các cấp chính quyền khác nhau là một phương diện quan trọng. Cơ quan quyền lực quốc gia có quyết định tuyệt đối trong việc quyết định ủy quyền, chuyển giao hay rút lại quyền tự chủ của các địa phương hoặc khu vực không? Cơ quan lập pháp quốc gia có thể đơn phương hạn chế hay thậm chí bãi bỏ quy chế tự chủ của các địa phương hoặc khu vực hay không? Hay Hiến pháp có bảo vệ một số yếu tố của sự phi tập trung hóa hay không?

Các nhà lập hiến có thể tạo lập một quan hệ đối tác như vậy bằng việc bảo đảm rằng sự sửa đổi đối với các điều khoản về phi tập trung hóa chỉ được tiến hành khi có sự đồng thuận của chính quyền cấp dưới.

quyền tuyệt đối trong việc quyết định ủy quyền, chuyển giao hay rút lại quyền tự chủ của các địa phương hoặc khu vực không? Cơ quan lập pháp quốc gia có thể đơn phương hạn chế hay thậm chí bãi bỏ quy chế tự chủ của các địa phương hoặc khu vực theo ý chí của mình không (mặc dù việc này có thể gặp những khó khăn về chính trị)? Hay Hiến pháp có bảo vệ một số yếu tố của sự phi tập trung hóa - ví dụ, yêu cầu cần có sự sửa đổi hiến pháp để xóa bỏ quyền lực của địa phương - hay không? Hiến pháp có xác định rõ ràng một khuôn khổ pháp lý cho sự phi tập trung hóa có khả năng hướng dẫn các thiết chế chính quyền tiến hành phi tập trung hóa hay không? Nói ngắn gọn là, các thiết chế chính trị - ở cả cấp trung ương hay cấp vùng - hoặc các thiết chế pháp lý, được hướng dẫn bởi khuôn khổ pháp lý rõ ràng, có kiểm soát sự phi tập trung hóa không?

Không có gì đáng ngạc nhiên khi các hiến pháp trên thế giới xử lý vấn đề phi tập trung hóa khác nhau. Một số đã thất bại trong việc đề cập tới tất cả các cấp chính quyền đang được áp dụng và chỉ cung cấp một số lượng ít ỏi các hướng dẫn đối với việc các cấp chính quyền

đó nên hoạt động như thế nào²⁰². Một cách mặc định, các hiến pháp cho phép cơ quan lập pháp quốc gia được quyền thiết kế một khuôn khổ, hoặc là khuôn khổ pháp lý hay khuôn khổ chính trị cho sự phi tập trung hóa. Một số hiến pháp khác liệt kê rõ ràng các cấp chính quyền, thiết kế các thông số của sự phi tập trung hóa và đưa ra các hướng dẫn cho cơ quan lập pháp quốc gia²⁰³. Có những bản hiến pháp vẫn đặt ra một khuôn khổ cho sự phi tập trung hóa giữa chính quyền trung ương và các chính quyền cấp dưới trực tiếp mà không cấm đoán cũng như không thúc đẩy một sự phi tập trung hóa tiếp theo. Trong hoàn cảnh sắp xếp như vậy, cơ quan lập pháp quốc gia có lẽ sẽ quyết định một sự mở rộng hơn nữa sự phi tập trung hóa.

Nhiều hiến pháp xác định cấp chính quyền cấp dưới là đại diện của chính quyền trung ương được thiết lập với mục đích duy nhất là thực hiện công việc quản lý hành chính²⁰⁴. Ở một thái cực khác, hiến pháp thiết lập quan hệ đối tác giữa chính quyền trung ương và các chính quyền cấp dưới với mục đích chia sẻ các nhiệm vụ và các thách thức trong quá trình điều hành. Các nhà lập hiến có thể tạo lập một quan hệ đối tác như vậy bằng việc bảo đảm rằng sự sửa đổi đối với các điều khoản về phi tập trung hóa chỉ được tiến hành khi có sự đồng thuận của chính quyền cấp dưới, được biểu hiện thông qua một viện thứ hai đại diện cho các địa phương trong cơ quan lập pháp quốc gia, hay bằng hội nghị lập pháp ở cấp dưới đó.

3.3.2.(Nhà nước) Liên bang hay đơn nhất, sự tập trung hóa hay phi tập trung hóa: những sự khác biệt pháp lý

Hai khái niệm khác biệt và riêng rẽ sau đây có thể làm phức tạp hóa quá trình thảo luận về sự phân tán quyền lực theo chiều dọc: Khi thiết kế một cấu trúc chính quyền đa tầng, các nhà lập hiến phải quyết định không chỉ việc tập trung hóa hay phi tập trung hóa quyền lực mà đồng thời phải quyết định một cấu trúc nhà nước đơn nhất hay liên bang. Các nhà nghiên cứu thường sử dụng hai khái niệm này thay thế nhau: chủ nghĩa liên bang với ý nghĩa là một hình thức cao độ của sự phi tập trung hóa, và nhà nước đơn nhất với ý nghĩa là một dạng thức điển hình của sự tập trung quyền lực ở cấp trung ương. Tuy nhiên, trong khi chủ nghĩa liên bang vốn yêu cầu một mức độ phi tập trung hóa và do đó là một dạng thức của sự phi tập trung hóa, nó đồng thời có một ngữ nghĩa đặc trưng, hiểu được sự khác biệt đó sẽ có thể khiến cho các lập luận sắc bén hơn và làm rõ hơn quan điểm của các nhà thương thảo hiến pháp.

Các nhà lập hiến có thể đo lường mức độ phi tập trung hóa bằng sự phân bố quyền lực thực

202 Pháp có 6 cấp chính quyền khác nhau, trong đó 4 cấp được quy định trong Hiến pháp. Bên cạnh cấp trung ương, Hiến pháp chỉ quy định chi tiết thêm 1 cấp chính quyền.

203 Tiếp theo cấp trung ương, Hiến pháp Peru liệt kê vùng, khu (departments), tỉnh, quận như là các tầng cấp của sự phi tập trung hóa và quy định hẳn một chương với các điều khoản rất chi tiết. Hiến pháp Hy Lạp quy định tại Điều 101 và 102 về “Cơ cấu tổ chức hành chính” trong đó xác định ít nhất 2 cấp của chính quyền địa phương. Nam Phi đưa ra 3 cấp chính quyền trong Hiến Pháp (chính quyền trung ương, tỉnh, địa phương) được quy định khá chi tiết. Chính quyền địa phương cũng được Hiến pháp chia tiếp thành các cấp khác nhau, do đó tạo ra một cấp chính quyền nữa. Xem Hiến Pháp Mông Cổ 2000, Chương 4, Điều 57-63, Đơn vị hành chính và lãnh thổ và các cơ quan của nó.

204 Điều 3 Hiến pháp Liberia quy định rằng Liberia là nhà nước đơn nhất (chủ quyền) được chia thành các địa phương vì mục đích hành chính.

tế về hành chính, chính trị và tài chính từ chính quyền trung ương cho chính quyền các cấp thấp hơn. Ngược lại, thuật ngữ “đơn nhất” và “liên bang” biểu thị một *mối quan hệ* pháp lý giữa các cấp chính quyền với nhau. Năm yếu tố sau đây là những đặc trưng của nhà nước liên bang - chủ yếu lấy cảm hứng từ sự sáng lập của các nhà nước liên bang như Thụy Sĩ và Hoa Kỳ, nơi mà các thực thể trước đây độc lập nhưng có liên kết chủ quyền lỏng lẻo đã thiết lập nên nhà nước mới dưới hình thức nhà nước liên bang:²⁰⁵

- Ít nhất có hai cấp chính quyền thực thi chủ quyền đối với cùng một lãnh thổ và cùng một tập hợp dân cư.

- Cả chính quyền trung ương ở cấp quốc gia (liên bang) lẫn chính quyền khu vực ở cấp ngay tiếp theo (bang) đều sở hữu các quyền lực mang tính tuyệt đối có quan hệ tương tác lẫn nhau trong đó bao hàm cả các phương thức tự chủ về lập pháp và hành pháp hoặc có sự độc lập về tài chính.²⁰⁶

- Có văn bản pháp lý quy định rằng không cấp chính quyền nào có thể đơn phương sửa đổi nhiệm vụ và thẩm quyền của các cấp chính quyền khác.

- Thiết chế ra quyết định ở tầm quốc gia bao gồm cả các đại diện của khu vực, những người có thể nắm quyền trong một viện thứ hai của cơ quan lập pháp (sự cai trị được chia sẻ).

- Hiến pháp cung cấp một cơ chế trọng tài - có thể là tòa án hiến pháp hoặc cơ chế trung cầu dân ý - để có thể giải quyết tranh chấp giữa chính quyền liên bang và chính quyền bang. Từ năm yếu tố trên đây, chúng ta có thể công thức hóa một tiền đề cho nhà nước liên bang: một cấp chính quyền không thể đơn phương bãi bỏ sự phân bổ quyền lực đang tồn tại, trong đó bao gồm cả thẩm quyền mang tính tuyệt đối của cấp dưới cấp quốc gia. Hơn thế, bất kỳ sự điều chỉnh thẩm quyền nào giữa các cấp chính quyền đều yêu cầu phải có sự đồng thuận của tất cả các cấp bị ảnh hưởng. Loại hiệp ước hay quan hệ đối tác này (*foedus* theo tiếng La-tinh), thực tế được đặt tên là chủ nghĩa liên bang (*federalism*). Trong phần lớn các nhà nước liên bang, những người đại diện cho các đơn vị địa phương trong viện thứ hai của cơ quan lập pháp quốc gia thỏa mãn các tiêu chuẩn này thông qua sự tham gia của họ vào quá trình sửa đổi hiến pháp.

Hộp 6. Chủ nghĩa liên bang cá nhân

Trong một số năm gần đây, thuật ngữ chủ nghĩa liên bang cá nhân (*personal federalism*) đã giành được sự chú ý. Bởi chủ nghĩa liên bang là một dạng cụ thể của sự phi tập trung hóa và sự phi tập trung hóa được định nghĩa trên đây như một khái niệm mang tính lãnh thổ (xem mục 1.1), thuật ngữ này có thể tạo nên sự nhầm lẫn. Lý lẽ của “chủ nghĩa liên bang cá nhân” là sự công nhận một cộng đồng được nhận dạng bởi các đặc trưng văn hóa, tôn giáo hoặc ngôn ngữ hơn là yếu tố lãnh thổ, và hiến pháp của cộng đồng đó dựa trên đặc tính và sự lựa chọn của từng cá nhân hơn là dựa trên cơ sở lãnh thổ cư trú.* Do

205 Xem Chương trình phát triển Somalia “liên bang và sự phi tập trung hóa quyền lực : Lựa chọn cho Somalia”, 2008, trang 10.

206 Heywood, Những khái niệm chính trị nền tảng, New York, 2000, trang 141

đó, một số quyền và quyền lực nhất định được trao cho không phải một vùng lãnh thổ cụ thể mà cho một nhóm người (cộng đồng) thường không tập trung theo lãnh thổ mà phân bố trên cả nước.

Những cộng đồng như vậy thậm chí có những thiết chế riêng để điều chỉnh một số vấn đề của họ, chủ yếu liên quan đến các lĩnh vực mang tính định dạng (văn hóa, giáo dục, ngôn ngữ và/hoặc tôn giáo). Ví dụ, trong đế chế Ottoman, một số vấn đề được dành cho các cộng đồng tôn giáo (*millets*) quyết định. Ở Ấn Độ, Israel và Lebanon, các vấn đề hôn nhân vẫn tiếp tục được quyết định bởi các cộng đồng tôn giáo khác nhau. Fiji công nhận quyền của người bản xứ đối với việc quản lý hành chính của họ. Bì áp dụng cách tiếp cận hỗn hợp và chia ra thành khu vực và cộng đồng.** Các yếu tố của “chủ nghĩa liên bang cá nhân” có thể thúc đẩy các nhóm dân tộc-văn hóa, nhưng cũng tạo ra những thách thức trong việc thi hành: có thể rất khó khăn để đạt được một mức độ tổ chức cần thiết và để cung cấp có hiệu quả các dịch vụ cho các nhóm bị phân tán, v.v.... Các khía cạnh của “chủ nghĩa liên bang cá nhân” được phản ánh trong một số lựa chọn thiết kế cho sự đại diện của cộng đồng thiểu số ở trong các chương về nhánh hành pháp và lập pháp của tài liệu này (chương 4 và chương 5).

* Thalmann, U. and Widrig, C., *Sự đa dạng đương đại và Liên bang Thụy Sĩ*, Các xu hướng mới của chủ nghĩa liên bang Bài nghiên cứu đang tiến hành số 2 (Fribourg: Học viện Chủ nghĩa liên bang 2004), <<http://www.federalism.ch/files/>

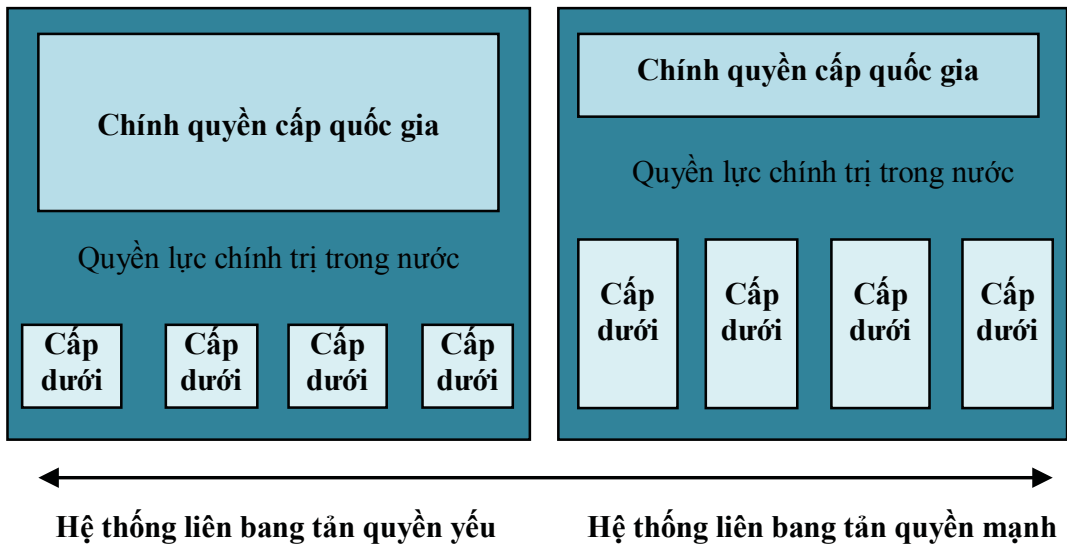
documents/New_trends_in_federalism_WP2.pdf>

** Baechler, G., *Chủ nghĩa liên bang theo lãnh thổ, dân tộc và cá nhân: các vấn đề đặt ra và thực tiễn*, Cơ quan Phát triển và Hợp tác Thụy Sĩ (2008), <http://www.swiss-cooperation.admin.ch/nepal/en/Home/Document_Archive>

Có hai vấn đề quan trọng tiếp theo. Đầu tiên là, do chủ nghĩa liên bang đề cập tới một định nghĩa pháp lý về mối quan hệ tương tác giữa các cơ quan chính quyền, nó đòi hỏi mối quan hệ giữa các cấp chính quyền phải phù hợp với các điều kiện tiên quyết nêu trên liên quan đến việc hủy bỏ quyền. Ví dụ, tất cả các nhà nước liên bang trên thế giới đều thiết lập mối quan hệ giữa chính quyền trung ương và khu vực, tỉnh hay bang. Tuy nhiên, không có nước nào thiết lập mối quan hệ giữa chính quyền trung ương hay chính quyền vùng với chính quyền địa phương. Thậm chí ở Nam Phi, nơi mà chính quyền địa phương được bảo đảm một vai trò quan trọng trong hiến pháp, các sửa đổi hiến pháp về việc bãi bỏ tất cả các chính quyền địa phương không có một ý kiến nào từ chính quyền địa phương đó. Việc sử dụng thuật ngữ “chủ nghĩa liên bang theo ba cấp” thỉnh thoảng vẫn xảy ra, và do đó có sự hiểu lầm. Thứ hai, chỉ riêng sự tồn tại mối quan hệ giữa các cấp chính quyền không nói lên điều gì về mức độ phi tập trung hóa thực sự - khối lượng quyền lực mà được hiến pháp trao cho các đơn vị cấp dưới.

Sơ đồ 13: Tản quyền ở hệ thống liên bang

Tản quyền ở hệ thống liên bang



Do đó, những thuật ngữ như nhà nước liên bang tập trung hóa hay nhà nước đơn nhất phi tập trung hóa không phải là tự mâu thuẫn, mà nó chỉ chỉ ra mức độ thực sự của sự phi tập trung hóa quyền lực hay bản chất của sự bảo vệ pháp lý bảo đảm mối quan hệ tương quan trong chính quyền tại quốc gia đó. Chẳng hạn, quyền lực và thẩm quyền mà Nghị viện Anh quốc trao cho Scotland có thể rộng hơn quyền lực được trao cho các đơn vị cấp dưới trong chế độ liên bang. nhưng Vương quốc Anh không phải là nhà nước liên bang bởi vì Nghị viện Anh quốc - nơi không tổ chức viện thứ hai có sự tham gia của các đại diện người Scotland - có thể đơn phương bãi bỏ tất cả các quyền lực đã trao cho cơ quan lập pháp hoặc hành pháp Scotland. Một chính phủ liên bang cũng không tồn tại ở Tanzania bởi chính quyền trung ương có thể bãi bỏ tất cả các quyền lực đã trao cho tất cả các khu vực, trừ đảo Zanzibar. Do đó, ở Tanzania không có hai cấp chính quyền vận hành trong phạm vi cả nước.

Việc phân biệt chính xác giữa liên bang và đơn nhất và phân biệt giữa tập trung hóa và phi tập trung hóa quyền lực sẽ tránh được sự nhầm lẫn, làm phức tạp hóa thêm nhiệm vụ vốn đã rất khó khăn trong việc chọn lựa một cấu trúc chính quyền tốt nhất. Một cam kết sớm đối với cấu trúc liên bang trong nghị trình chuyển đổi – như đã diễn ra tại Nepal và Somalia - có thể tước bỏ khả năng xây dựng nhà nước phi tập trung hóa bất cân xứng khỏi sự lựa chọn các nhà soạn thảo khi mà mô hình đó có thể phản ánh tốt hơn bối cảnh cảnh và các thách thức của quốc gia đó.

Hộp 7. Quá trình kiểm tìm lựa chọn tối ưu cho sự phi tập trung hóa của Sudan

“Chúng ta không sử dụng bất kỳ từ ngữ chính thống nào trong CPA (Comprehensive Peace Agreement - Thỏa thuận Hòa bình Toàn diện) để miêu tả dạng thức quản trị mà chúng ta đã thương lượng và đồng thuận. Có lẽ chúng ta được hướng dẫn bởi việc người Châu Phi không đặt tên đứa trẻ trước khi nó sinh ra [...] Trong quá trình hòa bình, IGAD (Intergovernmental Authority on Development - Cơ quan Liên chính phủ về Phát triển), SPLM (Sudan People’s Liberation Movement - Mặt trận Giải phóng Dân tộc Sudan) và GOS (Chính phủ Sudan) đã ngồi xuống để [...] thương lượng và giải quyết những vấn đề hệ trọng về chiến tranh và hòa bình thay vì sa lầy vào việc liệu chúng ta sẽ có một liên hiệp, liên đoàn hay một liên bang thực sự. Giờ đây, khi đứa trẻ đã chào đời, các nhà nghiên cứu có thể đặt cái tên mà họ tin tưởng sẽ miêu tả tốt nhất sự sắp xếp mà người Sudan đã nhất trí trong CPA.”

John Garang, Cựu Tổng thống Nam Sudan và Phó Tổng thống Thứ nhất Sudan - Trích từ bài phát biểu của Chủ tịch Mặt trận Giải phóng Dân tộc Sudan nhân Hội nghị lần thứ ba về Chủ nghĩa liên bang, Brussels, Bỉ, trong ‘Tầm nhìn Sudan’, 12/3/2005 <<http://www.sudanvisiondaily.com/modules.php?name=News&file=article&sid=5800>> (Truy cập ngày 22/5/2010)

4. Kết luận

Phi tập trung hóa thông thường xuất hiện bởi hai nguyên nhân : (a) để sắp đặt việc cung cấp dịch vụ gần gũi hơn với người dân, đáp ứng yêu cầu tính hiệu quả và tính giải trình trách nhiệm và (b) để thúc đẩy sự hài hòa giữa các nhóm đa dạng trong một quốc gia, cho phép họ một mức độ tự trị nhất định. Đặc biệt trong các xã hội chia rẽ bởi những xung đột bạo lực, sự phi tập trung hóa sẽ hỗ trợ sự cùng chung sống hòa bình giữa các nhóm đa dạng về văn hóa và tôn giáo.

Phi tập trung hóa bao gồm yếu tố hình thức và nội dung. Trong khi yếu tố hình thức đặt vấn đề về hình thức cấu trúc của chính quyền, yếu tố nội dung quan tâm đến mức độ phi tập trung hóa thực tế, mà có lẽ phương cách tốt nhất là trên phương diện phi tập trung hóa hành chính, chính trị và tài chính. Hai khái niệm nhà nước “liên bang” và “đơn nhất” không thể hiện độ mạnh yếu của sự phi tập trung hóa trong một quốc gia; mà nó chỉ miêu tả một quan hệ pháp lý giữa các cấp chính quyền khác nhau. Chủ nghĩa liên bang thường yêu cầu một sự bảo đảm pháp lý cho việc thực thi và bảo vệ sự tự chủ và sự cai trị được chia sẻ.

Bảng 3 : Những vấn đề được nhấn mạnh trong chương này

Vấn đề	Câu hỏi
<p>1. Các cấp chính quyền</p>	<p>*Nên có bao nhiêu cấp chính quyền và tại sao? Chỉ nên có chính quyền trung ương và chính quyền khu vực hay nên có một cấp chính quyền bổ sung (ví dụ chính quyền địa phương)?</p> <p>*Nên có bao nhiêu cấp hành chính để thúc đẩy sự thực thi chính sách của chính quyền?</p> <p>*Nên thiết kế một cấp chính quyền thống nhất trong phạm vi cả nước hay có sự bất cân xứng chỉ trong một số khu vực?</p> <p>*Nếu có nhiều hơn hai cấp chính quyền (cấp trung ương và khu vực), Hiến pháp có nên thiết lập và điều chỉnh trực tiếp tất cả các cấp chính quyền không?</p> <p>*Hay là chính quyền cấp vùng nên có quyền quyết định các chính quyền cấp dưới hay các cơ quan hành chính, xác định địa giới, trao cho nó thẩm quyền hoặc chuyển giao nguồn lực?</p> <p>*Hay là nên có một cách tiếp cận trung gian – một số quy tắc tổ chức bắt buộc hay được lựa chọn trong Hiến pháp cũng như một mức độ linh hoạt nhất định cho các vùng?</p>
<p>2. Sự phân định địa giới vùng</p>	<p>*Tiêu chí nào nên được sử dụng (dân tộc, ngôn ngữ, tôn giáo, địa lý, lịch sử, kinh tế, các đơn vị hành chính trước đó, khả năng xảy ra xung đột, các yếu tố khác, hay sự kết hợp giữa các yếu tố này)?</p> <p>* Có nên có những yêu cầu tối thiểu (số lượng vùng tối thiểu, dân số tối thiểu, mức nguồn lực tối thiểu)?</p> <p>* Địa giới vùng có nên được quy định trong hiến pháp hay chỉ quy định những tiêu chí phân định địa giới vùng trong Hiến pháp?</p> <p>* Dân cư của các tỉnh dự tính được thành lập trong tương lai có được tham gia ý kiến vào quá trình phân định này không? Các cộng đồng thiểu số trong những khu vực dự định trong tương lai có được tham gia ý kiến vào quá trình phân định này không?</p> <p>*Có nên có một lịch trình trong hiến pháp (các điều khoản tạm thời) để quyết định việc thiết lập các tỉnh không?</p> <p>*Hiến pháp có nên quy định một quy trình thủ tục cho việc thay đổi địa giới khu vực, thiết lập các khu vực mới, hay sáp nhập các khu vực hay không?</p> <p>*Nếu có, ai và bằng cách nào sự thay đổi địa giới sẽ được đề xuất?</p> <p>* Ai sẽ có tiếng nói trong quá trình này- chính quyền cấp trung ương, cấp vùng có liên quan, các cộng đồng thiểu số trong khu vực đó, hay tất cả những thực thể nói trên?</p> <p>*Có nên có những tiêu chí cụ thể, ví dụ dân số, khả năng kinh tế để giới hạn sự thay đổi địa giới không?</p> <p>*Có nên yêu cầu một tỷ lệ đa số đặc biệt, một quá trình tư vấn hay sự trung cầu dân ý không?</p>

<p>4. Tổ chức của sự phi tập trung hóa</p>	<ul style="list-style-type: none"> * Nếu chính quyền cấp dưới có quyền tự tổ chức, hiến pháp có cung cấp một sự tổ chức tạm thời cho đến khi các tỉnh đó có thể quyết định được tổ chức của mình hay không? * Hay liệu tổ chức bên trong của đơn vị cấp dưới có được quy định trong hiến pháp (và luật quốc gia) hay không? * Hay liệu hiến pháp có thiết lập những chuẩn mực và hướng dẫn cho đơn vị cấp dưới cách thức tổ chức chính quyền hoặc cung cấp các dạng thức khác nhau cho đơn vị cấp dưới lựa chọn hay không? * Loại quyền lực riêng nào mà cấp trung ương, cấp vùng hay thậm chí cấp cơ sở nên có? * Loại quyền lực nào nên thực hiện chung? Luật nào có hiệu lực pháp lý cao hơn trong trường hợp cả cấp trung ương lẫn cấp vùng đều điều chỉnh vấn đề đó? * Có nên có những loại quyền lực được chia sẻ, ví dụ cấp trung ương sẽ xác định chính sách hay chuẩn mực, trong khi cấp vùng sẽ thực thi? * Tiêu chí nào sẽ được áp dụng cho sự phân bổ quyền lực? Ai là người quyết định? * Quyền lực nào đặc biệt quan trọng với chính quyền cấp dưới, ví dụ để bảo vệ những đặc điểm nhận dạng của họ? * Tất cả các đơn vị cấp dưới nên có một khối lượng quyền lực ngang nhau hay là có thể có một sự bất cân xứng? * Ai sẽ có những quyền lực còn lại (quyền lực quyết định về những vấn đề mà hiến pháp không quy định), trung ương hay địa phương? * Các quyền lực nên được liệt kê trong hiến pháp như thế nào, ví dụ trong một danh mục? * Liệu tất cả các quyền lực có nên được chia sẻ theo hướng cơ quan lập pháp quốc gia sẽ có quyền soạn thảo luật, trong khi đó, thẩm quyền của cơ quan hành chính cấp cơ sở là thực thi những luật đó? * Chính quyền trung ương có bao nhiêu khả năng ủy quyền cho các đơn vị cấp dưới? Liệu chính quyền trung ương có khả năng chỉ ủy quyền cho một số khu vực lựa chọn không? Các đơn vị cấp dưới có bao nhiêu khả năng để ủy quyền cho chính quyền trung ương hay cho chính quyền các cấp thấp hơn nữa? * Liệu có nên có nhánh tư pháp tại các đơn vị cấp dưới? * Nếu có, nhánh tư pháp nên được tổ chức như thế nào? Mối quan hệ giữa tư pháp khu vực với tư pháp trung ương (phần lớn là tách biệt hay tất cả đã được thiết lập theo luật quốc gia, hay các tòa án cấp thấp được thiết lập bởi các tỉnh và các tòa án cấp cao hơn bởi trung ương).
<p>5. Sự bảo vệ pháp lý cho sự tổng thể phi tập trung hóa</p>	<ul style="list-style-type: none"> * Có nên thiết lập một cơ chế yêu cầu sự đồng thuận của các vùng nếu tổng thể phi tập trung hóa bị điều chỉnh? * Nếu quyền lực đáng kể thực sự được chuyển giao cho cấp địa phương, có nên yêu cầu có sự đồng thuận đối với việc thay đổi sự chuyển giao đó hay không?
<p>6. Cơ chế giải quyết xung đột cho tổng thể phi tập trung hóa</p>	<ul style="list-style-type: none"> * Cơ chế giải quyết tranh chấp nào sẽ được cung cấp? Liệu nó nên do những tòa án đặc biệt, tòa án thường giải quyết hay tòa án tối cao có thẩm quyền trực tiếp đối với tranh chấp cụ thể?

* Được điều chỉnh và thiết kế lại trên cơ sở bảng “con đường dẫn tới chủ nghĩa liên bang” trong [Töpperwien, Nicole], Bài dẫn đề về chủ nghĩa liên bang, Tập bài nghiên cứu về Chủ nghĩa liên bang chuẩn bị cho Diễn đàn Thụy Sĩ về Chủ nghĩa Liên bang (Cơ quan Phát triển và Hợp tác Thụy Sĩ, 2007-08), <http://www.swiss-cooperation.admin.ch/nepal/en/Home/.../resource_en_178456.pdf> (28/5/2011).

CÁC THUẬT NGỮ TRONG CUỐN SÁCH

Phủ quyết tuyệt đối (Absolute veto)	Một hình thức phủ quyết để ngăn chặn việc thông qua một quyết định và phủ quyết này không thể bị bác bỏ bởi bất kỳ một chủ thể nào khác (chương 5)
Phi tập trung hóa về mặt hành chính (Administrative decentralization)	Mức độ tự chủ mà chính quyền địa phương có được trong mối tương quan với chính quyền trung ương khi điều hành các công việc của nhà nước. Các hình thức phân cấp hành chính thường bao gồm tản quyền (de-concentration), ủy quyền (delegation) và trao quyền (devolution) (chương 7).
Ý kiến tư vấn (Advisory opinions)	Ý kiến không có hiệu lực bắt buộc thi hành do Tòa án Hiến pháp ban hành nhằm tư vấn cho nghị viện về tính hợp hiến của một dự luật (chương 6)
Hành động phân biệt đối xử tích cực (Affirmative action)	Một loạt các biện pháp được phép sử dụng dựa trên cơ sở pháp luật hoặc trên cơ sở một chính sách, thường là trong một khoảng thời gian nhất định, nhằm đem lại sự đối xử ưu đãi hơn cho một số cá nhân hoặc nhóm cụ thể để họ có thể đạt được địa vị bình đẳng với các cá nhân hoặc nhóm khác, mà không nhằm mục đích gây bất lợi cho các cá nhân hoặc nhóm khác (chương 3).
Tích tụ quyền lực (Aggregation)	Hệ quả của việc tập trung hoặc tập trung hóa quyền lực, thường là tạo ra các trật tự thứ bậc về quyền lực (chương 1, 2)
Ân xá/đặc xá (Amnesty/pardon)	Việc tha miễn cho các hành vi phạm tội chính trị hoặc phi chính trị chống lại nhà nước và xóa bỏ các hình phạt có liên quan (chương 4, 5)
Phân quyền bất đối xứng (Asymmetric decentralization)	Thiết kế tổ chức quyền lực trong đó phân bổ quyền lực không cân bằng hoặc khác nhau giữa chính quyền các vùng khác nhau (chương 2, 7)
Cách tiếp cận theo cấu trúc căn bản (Basic structure approach)	Cách tiếp cận đối với việc xây dựng hiến pháp trong đó tập trung vào các chức năng cơ bản của nhà nước và ưu tiên cho việc lập ra các thiết chế thực hiện quyền lực nhà nước (chương 1)
Nghị viện lưỡng viện (Bicameral legislature)	Nghị viện được cấu thành bởi hai viện (chương 5)
Các nhánh của nhà nước (Branches of government)	Các thành tố khác nhau của quyền lực trong cấu trúc tổng thể của nhà nước. Thông thường, trong một nhà nước hiện đại có ba nhánh quyền lực (hành pháp, lập pháp và tư pháp) (chương 1, 2, 4, 5)
Hạn mức ứng cử viên (Candidate quotas)	Một cơ chế tự nguyện hoặc do pháp luật quy định, trong đó yêu cầu phải có một tỷ lệ phần trăm xác định trên tổng số ứng cử viên trong một cuộc bầu cử là thành viên thuộc một nhóm chủ thể nhất định trong xã hội, như người dân tộc thiểu số, phụ nữ, nhóm tôn giáo, hoặc một cộng đồng ngôn ngữ (chương 5)

Kiểm chế và đối trọng (Checks and balances)	Một hệ thống cho phép mỗi nhánh của nhà nước thực hiện sự kiểm soát trong giới hạn nhất định đối với các nhánh còn lại nhằm bảo đảm cho ba nhánh đều hành xử đúng đắn và hợp pháp, cũng như nhằm cân bằng quyền lực và ảnh hưởng chính trị (chương 1, 2, 4, 5)
Quyền công dân (Citizen rights)	Các quyền mà một cá nhân có được trên cơ sở mối liên hệ gắn bó với một nhà nước nhất định (chương 3)
Quốc tịch (Citizenship)	Địa vị về mặt hình thức hoặc về mặt pháp lý, trên cơ sở mối liên hệ gắn bó với một nhà nước, thông thường có được từ khi sinh ra hoặc do được trao cho thông qua các thủ tục chính thức (chương 3)
Hệ thống dân luật (Civil law)	Hệ thống pháp luật nhấn mạnh việc pháp điển hóa (chương 6)
Quyền dân sự (Civil rights)	Các quyền liên quan đến việc tham gia vào một xã hội dân sự mở, ví dụ: quyền không bị phân biệt đối xử, quyền được đối xử bình đẳng trước pháp luật, quyền tự do thân thể và bảo vệ sự toàn vẹn thân thể, quyền riêng tư, quyền đối với tài sản, quyền được xét xử công bằng và bảo đảm công lý, quyền được bảo vệ chống lại chế độ lao dịch và lao động cưỡng bức, quyền chống lại sự tra tấn, quyền được suy đoán vô tội, quyền được áp dụng thủ tục đúng đắn (due process) trong mọi trường hợp khi các quyền của cá nhân bị xâm phạm (chương 3)
Cơ chế tổng thống tập thể (Collegial presidency)	Cơ chế có từ hai người trở lên tham gia thực hiện các công việc của tổng thống, thường được sử dụng như một biện pháp để bảo đảm lợi ích của các nhóm khác nhau (chương 4)
Thông luật (Common law)	Hệ thống pháp luật nhấn mạnh vào việc tuân thủ tiền lệ từ các phán quyết có trước để xét xử các vụ việc (chương 6)
Các quyền hạn của chính quyền trung ương và địa phương trong cùng một lĩnh vực (Concurrent powers)	Các quyền hạn được chia sẻ giữa chính quyền trung ương và chính quyền cấp dưới theo quy định của hiến pháp. Khi pháp luật trong một lĩnh vực thuộc quyền điều chỉnh của cả chính quyền trung ương và chính quyền cấp dưới mâu thuẫn với nhau, pháp luật của chính quyền trung ương thường có hiệu lực cao hơn (chương 7)
Xung đột pháp luật (Conflict of laws)	Tình huống xảy ra khi nội dung điều chỉnh của các hệ thống pháp luật khác nhau trong cùng một quốc gia về một vấn đề có sự mâu thuẫn với nhau (chương 6)
Quốc hội lập hiến (Constituent Assembly)	Một cơ quan gồm những người đại diện, thường được dân bầu, nhằm mục đích soạn thảo hoặc thông qua hiến pháp. Cơ quan này cũng có thể có chức năng lập pháp nhằm tránh sự tồn tại đồng thời của hai nghị viện (xem thêm Hội nghị lập hiến (Constitutional Convention) (chương 1)
Xây dựng hiến pháp (Constitutional building)	Các quy trình bao gồm thương lượng, tư vấn, soạn thảo, thực thi và sửa đổi hiến pháp (chương 1, 2, 3)
Quy trình sửa đổi hiến pháp (Constitutional amendment process)	Phương thức để thay đổi một bản hiến pháp, có thể là sửa đổi, thêm, hoặc bớt các điều khoản (chương 6)

Hội nghị lập hiến (Constitutional Convention)	Hội nghị chính thức của các đại diện nhân dân, được triệu tập nhằm mục đích soạn thảo hoặc sửa đổi hiến pháp, nhưng khác với Quốc hội lập hiến, Hội nghị lập hiến không phải là một cơ quan mang tính tự quản hoặc độc lập về mặt pháp lý, mà hoạt động dưới sự chỉ đạo hoặc phân công cụ thể của một cơ quan khác (chương 1)
Tòa án Hiến pháp	Tòa án cấp cao chịu trách nhiệm chủ yếu trong việc giải thích hiến pháp và phán xét một đạo luật là hợp hiến hay vi hiến. Tòa án Hiến pháp thường là một tòa án chuyên trách, không xét xử các loại việc khác không liên quan trực tiếp đến hiến pháp (chương 6)
Kiểm hiến (Constitutional review) (còn gọi là judicial review)	Các quyền hạn của tòa án trong việc phán xét tính hợp hiến của một đạo luật do cơ quan lập pháp ban hành hoặc một văn bản do nhánh hành pháp ban hành, và có thể tuyên hủy văn bản đó nếu tòa án xác định văn bản đó trái với các điều khoản hoặc các nguyên tắc của hiến pháp (chương 6)
Luật tập quán quốc tế (Customary international law)	Các quy tắc của luật nhân quyền quốc tế và luật nhân đạo quốc tế được chấp nhận rộng rãi trên toàn cầu và do đó có hiệu lực pháp lý bắt buộc trong mọi trường hợp, ví dụ, quy tắc cấm nô lệ (chương 3)
Luật tập quán (Customary law)	Các quy phạm pháp luật, thường là bất thành văn, phát triển từ các chuẩn mực xã hội, tập quán và thói quen của một cộng đồng cụ thể (chương 6)
Phi tập trung hóa (Decentralization)	Sự phân tán quyền lực nhà nước từ chính quyền trung ương xuống các cơ quan ở các cấp chính quyền khác, ví dụ, cấp vùng, cấp tỉnh, hoặc cấp địa phương. Vì vậy, phi tập trung hóa được hiểu là một khái niệm mang tính lãnh thổ. Ba yếu tố cơ bản của phi tập trung hóa là phi tập trung hóa về hành chính (administrative decentralization), về chính trị (political decentralization) và về tài chính (fiscal decentralization) (chương 4, 5, 7)
Tân quyền (De-concentration)	Một hình thức phi tập trung hóa trong đó chính quyền trung ương phân tán trách nhiệm thực thi chính sách mà không chuyển giao quyền lực (chương 4, 7)
Ủy quyền (Delegation)	Một hình thức phi tập trung hóa trong đó chính quyền trung ương chuyển giao quyền ra quyết định và trách nhiệm quản lý trong một số lĩnh vực công cho các cấp chính quyền, nhưng có thể rút lại sự ủy quyền. Mức độ giám sát ủy quyền có thể khác nhau ở mỗi nước, chính quyền trung ương có thể kiểm soát chặt chẽ, hoặc giao toàn bộ trách nhiệm quản lý và thực thi chính sách cho chính quyền cấp dưới (chương 7)
Dân chủ (Democracy)	Một mô hình chính quyền do nhân dân và vì nhân dân. Theo nghĩa đen, “dân chủ” được hiểu là “nhân dân làm chủ”. Ở mức độ tối thiểu, dân chủ đòi hỏi (a) chế độ phổ thông đầu phiếu; (b) bảo đảm bầu cử tự do, cạnh tranh và công bằng; (c) có nhiều hơn một đảng chính trị hoạt động thực chất; (d) có các nguồn thông tin đa dạng. Đây là một mô hình chính quyền trong đó công dân có thể buộc các cán bộ công quyền phải chịu trách nhiệm (chương 1, 2, 3)

Dân chủ hóa (Democratization)	Quá trình xây dựng hoặc hoàn thiện nền dân chủ, trong đó hiến pháp đóng góp một phần lớn bằng việc thiết kế tổ chức nhà nước và các quy trình thủ tục bảo đảm sự kiểm soát của nhân dân, bình đẳng về chính trị và <i>quyền con người</i> (chương 3)
Mức độ phi tập trung hóa (Depth of decentralization) Các nguyên tắc được rút ra từ suy luận (Derived principles) Trao quyền (Devolution)	Tiêu chí đo lường mức độ chuyển giao quyền lực thực tế từ chính quyền trung ương xuống chính quyền cấp dưới (chương 7) Xem Các nguyên tắc ngầm định (Implied principles) Hình thức phi tập trung hóa cao nhất trong đó có sự chuyển giao quyền lực đáng kể cho chính quyền cấp vùng hoặc địa phương (chương 7)
Các nguyên tắc chỉ đạo (Directive principles) Chia nhỏ quyền lực (Disaggregation)	Các chỉ dẫn đặt ra mục tiêu cơ bản của nhà nước và sơ thảo các phương thức để chính quyền đạt được những mục tiêu đó (chương 2) Hệ quả của việc phân tán quyền lực, thường là giữa các nhánh của nhà nước, các chủ thể chính trị, hoặc các cấp chính quyền (chương 1, 2)
Phân tán quyền lực (Dispersal of power)	Hệ quả của việc phân công hoặc phân bổ quyền lực cho nhiều thiết chế, cơ quan hoặc cấp hành chính khác nhau, mỗi thiết chế tương đối độc lập với các thiết chế khác, nhằm tạo ra nhiều đòn bẩy quyền lực khác nhau và tránh sự tập trung quyền lực (chương 1)
Giải tán nghị viện (Dissolution)	Việc chính thức bãi nhiệm toàn bộ nghị viện. Có ba hình thức giải tán nghị viện (không kể việc nghị viện tự giải tán), sự phân biệt giữa các hình thức này là ở nguồn gốc dẫn đến việc giải tán nghị viện: có thể là thủ tục bắt buộc của một quy trình nhất định, có thể do một thiết chế khác ngoài nghị viện khởi xướng, hoặc có thể do các chủ thể chính trị khác khởi xướng (chương 4, 5)
Tính đa dạng (Diversity)	Sự tồn tại của các nhóm dân cư khác biệt về chính trị, kinh tế, xã hội, văn hóa và các đặc điểm nhân học trong cùng một xã hội (chương 1)
Biểu quyết theo đa số kép (Double majority voting)	Quy trình biểu quyết trong đó đòi hỏi hai loại đa số: thứ nhất là đa số thông thường và thứ hai là đa số của các thành viên thiểu số trong nghị viện. Quy trình biểu quyết này thường được áp dụng với những vấn đề mang tính nhạy cảm (chương 5)
Hành pháp lưỡng đầu (Dual executive) Quan điểm nhị nguyên (Dualism)	Hình thức tổ chức nhánh hành pháp có cả Tổng thống và Thủ tướng (chương 4) Quan điểm về luật quốc tế trong đó cho rằng hệ thống pháp luật quốc gia và hệ thống pháp luật quốc tế là các hệ thống riêng biệt (chương 2)
ECOSOC rights	Cách viết tắt (theo tiếng Anh) của các quyền kinh tế, xã hội và văn hóa, như các quyền được nêu trong Công ước quốc tế về các quyền kinh tế, xã hội và văn hóa và các văn kiện quốc tế về quyền con người khác. Các quyền này liên quan đến sự thịnh vượng về kinh tế, phúc lợi xã hội và việc thụ hưởng văn hóa (chương 3)
Hệ thống bầu cử/Chế độ bầu cử (Electoral system)	Một bộ phận của pháp luật và quy chế về bầu cử, xác định quy trình để các đảng phái và các ứng cử viên được bầu vào một cơ quan đại diện. Ba yếu tố quan trọng nhất cấu thành một hệ thống bầu cử là công thức bầu cử, cơ cấu phiếu bầu, và độ lớn của khu vực bầu cử (chương 5)

Cơ chế thực thi hiến pháp (Enforcement mechanism)	Các quy định pháp luật trao cho các cán bộ nhà nước quyền hạn cần thiết để bảo đảm rằng các quy phạm hiến pháp được thực thi (chương 2)
Các quyền hạn hiến định (Enumerated powers)	Các quyền hạn được ghi rõ trong hiến pháp. Chính quyền cấp dưới có các quyền hạn còn lại, vì vậy không cần thiết phải liệt kê các quyền hạn của chính quyền cấp dưới (chương 7)
Nhánh hành pháp (Executive branch) Bổ nhiệm thành viên bên ngoài vào nghị viện (External appointments) Nhà nước liên bang (Federal system)	Nhánh hành pháp là một trong ba nhánh của chính quyền. Nhiệm vụ chính của nó là thi hành pháp luật (chương 4) Quyền của nhánh hành pháp trong việc bổ nhiệm thành viên vào nghị viện, do đó giảm bớt quyền tự quyết về mặt tổ chức và tính độc lập của nghị viện (chương 6) Một hình thức cấu trúc nhà nước bao gồm một liên hiệp các tổ chức hoặc tiểu bang, các tiểu bang này vẫn giữ các quyền độc lập của mình, nhưng nhường lại quyền lực cho chính quyền liên bang cấp trung ương trong một số lĩnh vực nhất định. Một cấp chính quyền không thể đơn phương thay đổi cơ chế phân công quyền lực hoặc các quyền hạn riêng biệt của chính quyền cấp dưới. Mọi thay đổi về phân công quyền lực giữa các cấp đều phải có sự tán thành của tất cả các cấp chính quyền có liên quan (chương 7)
Hệ thống “Người về đầu trúng cử” (First Past the Post electoral system) Phi tập trung hóa/phân cấp về tài chính (Fiscal decentralization) Các quy định nền tảng (Founding provisions) Hiến pháp khung (Framework constitutions)	Một hệ thống bầu cử trong đó ứng cử viên nào được nhiều phiếu bầu nhất là người trúng cử (chương 5) Mức độ mà chính quyền cấp dưới có thể đảm đương các nhiệm vụ về tài chính, như tăng thu ngân sách và chi tiêu công (chương 7) Các quy định hoặc các phần trong hiến pháp đặt ra các giá trị nền tảng của một nhà nước (chương 2) Hiến pháp với rất ít điều khoản, có thể có tác dụng lớn trong việc thiết lập cơ chế bảo vệ mạnh đối với các quyền và các nguyên tắc cơ bản, còn các thủ tục và các nội dung chi tiết được cụ thể hóa sau này thông qua các quy trình mang tính chính trị hoặc tư pháp (chương 2)
Bãi nhiệm triệt để (Full recall)	Trong các bản hiến pháp có quy định về bãi nhiệm triệt để, quyền khởi xướng cũng như quyền quyết định cuối cùng về việc bãi nhiệm hoàn toàn thuộc về công dân (chương 4)
Chính phủ liên hiệp quốc gia (Government of national unity) Thiết kế từng bước (Graduated design)	Một liên minh đảng cầm quyền, thường là trong các nền dân chủ đang chuyển đổi hoặc trong các tình huống khẩn cấp, được thiết lập nhằm duy trì ổn định của quốc gia (chương 1) Một cách tiếp cận đối với việc sửa đổi hiến pháp, theo đó, các sửa đổi hiến pháp được thực hiện thông qua nhiều giai đoạn, diễn ra trong thời gian dài, nhằm giải quyết riêng một hay một số vấn đề tại một thời điểm, thường liên quan đến cải cách lớn hoặc cải cách mang tính chất lặp đi lặp lại (chương 1)
Thiết kế tổng thể (Grand design)	Một cách tiếp cận về xây dựng hiến pháp trong đó hướng tới việc thiết kế một bản hiến pháp toàn diện bằng một quy trình tổng thể, một lần, chứ không thực hiện nhiều lần cải cách khác nhau trong một thời gian dài (chương 1)

Vi phạm nhân quyền thô bạo (Gross violations)	Xâm phạm quyền con người trên quy mô lớn hoặc có hệ thống, thường gắn liền với hành động trấn áp hoặc bạo lực của nhà nước đối với dân thường (chương 3)
Phân chia quyền lực theo chiều ngang (Horizontal separation of authority)	Các phương án phân tán quyền lực, có thể là trong nội bộ một nhánh của chính quyền (ví dụ, cơ chế hành pháp tập thể trong nhánh hành pháp hoặc thành lập viện thứ hai trong nghị viện), hoặc giữa các nhánh của chính quyền với nhau ở cấp trung ương (chương 4)
Quyền con người/Nhân quyền (Human rights)	Các quyền được thụ hưởng hoặc các đòi hỏi mà các cá nhân có và được hưởng trên cơ sở nhân phẩm, nhân tính và tự do cá nhân của họ (chương 1, 2, 3)
Văn hóa quyền con người (Human rights culture)	Một môi trường trong đó người dân thường xuyên ở vị trí thách thức lại các cán bộ công quyền, còn nhà cầm quyền biết tôn trọng quyền con người trên thực tế (chương 3)
Luận tội (Impeachment)	Quy trình pháp lý để luận tội một quan chức nhà nước cấp cao, nhân viên công quyền hoặc thẩm phán, và từ đó có thể dẫn đến bãi nhiệm người đó (chương 4)
Các nguyên tắc ngầm định (rút ra từ suy luận) (Implied (derived) principles)	Các nguyên tắc không được công khai thể hiện trong ngôn từ của hiến pháp, mà thường được suy luận ra từ việc hiểu được “ý nghĩa đích thực” hay tinh thần của bản văn hiến pháp (chương 2)
Lợi ích của các thiết chế (Institutional interests)	Các lợi ích của các thiết chế khác nhau trong chính quyền, và các thiết chế đó muốn thúc đẩy những lợi ích này trong quá trình xây dựng hiến pháp. Thông thường, điều này được biểu hiện ở việc một cơ quan nhà nước hoặc một chủ thể khác tìm cách tối đa hóa hay bảo vệ quyền lực của mình (chương 1)
Mô hình tòa án tích hợp (Integrated model)	Các tòa án cấp trung ương và các tòa án cấp dưới được hợp nhất trong một hệ thống. Tòa án có quyền và có năng lực xử lý các vụ việc căn cứ vào pháp luật của chính quyền trung ương cũng như pháp luật của chính quyền cấp dưới. Thẩm phán có quyền và có năng lực xét xử dựa trên cả hai hệ thống pháp luật: pháp luật của trung ương và pháp luật của chính quyền cấp dưới tương ứng (chương 7)
Hiến pháp lâm thời (Interim constitution)	Hiến pháp chỉ có hiệu lực trong một khoảng thời gian nhất định, thường được sử dụng làm bước đệm để thúc đẩy việc xây dựng hiến pháp chính thức (chương 1)
Quốc tế hóa quyền lực (Internationalization)	Sự chuyển giao quyền lực theo chiều đi lên từ quốc gia cho một thiết chế mang tính quốc tế, ví dụ như Liên Hợp Quốc, Tòa án Hình sự Quốc tế (chương 7)
Điều tra (Investigation)	Một công cụ giám sát của nghị viện, cho phép nghị viện tiến hành điều tra chính thức hoặc điều tra một cách có hệ thống đối với các hoạt động của nhánh hành pháp. Quyền này thường được thực hiện thông qua một ủy ban đặc biệt (chương 5)
Tính chịu trách nhiệm của tư pháp (Judicial accountability)	Một nguyên tắc để bảo đảm rằng nhánh tư pháp tuân thủ pháp quyền, nguyên tắc này được thực thi bởi các nhánh quyền lực khác thông qua giám sát và cơ chế <i>kiểm chế và đối trọng</i> (chương 6)
Bổ nhiệm thẩm phán (Judicial appointment)	Cơ chế lựa chọn các thành viên của nhánh tư pháp. Thông thường, nhánh hành pháp đề cử với nghị viện các ứng cử viên dự kiến sẽ bổ nhiệm, và nghị viện có quyền phê chuẩn hoặc bác bỏ các ứng cử viên đó (chương 6)

<p>Tính độc lập của tư pháp (Judicial independence)</p>	<p>Quyền của tư pháp không chịu ảnh hưởng của các nhánh khác của chính quyền hoặc các chủ thể khác; tính độc lập của tư pháp được coi là nền tảng của một nền tư pháp có hiệu lực và một xã hội dân chủ (chương 6)</p>
<p>Quyền kiểm hiến của tư pháp (Judicial review/constitutional review)</p>	<p>Quyền của tòa án trong việc phán xét tính hợp hiến của một đạo luật của nghị viện hoặc một văn bản của nhánh hành pháp và bãi bỏ văn bản luật đó nếu tòa án xác định văn bản đó trái với các điều khoản hoặc các nguyên tắc của hiến pháp (chương 6)</p>
<p>Hệ thống tư pháp (Judicial system)</p>	<p>Toàn bộ khuôn khổ tư pháp của một quốc gia, bao gồm hệ thống tòa án, các chuẩn mực và thực tiễn tư pháp, và pháp luật (chương 6)</p>
<p>Nhánh tư pháp (Judiciary)</p>	<p>Một nhánh của chính quyền được trao quyền giải thích pháp luật, phân xử các tranh chấp và bảo đảm công lý (chương 6)</p>
<p>Hiến pháp mang tính pháp lý (Legal constitution)</p>	<p>Hiến pháp được nhấn mạnh là đạo luật cao nhất, đứng trên tất cả các luật và các nguồn khác, đặt ra các nghĩa vụ pháp lý và được thực thi bằng con đường tư pháp (chương 1)</p>
<p>Giải thích pháp luật (Legal interpretation)</p>	<p>Hoạt động hoặc quy trình xác định ý nghĩa đích thực của một văn bản, chẳng hạn như hiến pháp, luật, hợp đồng, chứng thư chuyển nhượng bất động sản, hoặc di chúc (chương 6)</p>
<p>Tính chính danh về mặt pháp lý của chính quyền (Legal legitimacy)</p>	<p>Sự tồn tại của chính quyền hoặc nhà cầm quyền được thừa nhận là hợp pháp do tuân thủ đúng quy định pháp luật hoặc các quy trình, thủ tục pháp lý (chương 2)</p>
<p>Đa nguyên pháp luật (Legal pluralism)</p>	<p>Sự tồn tại của nhiều hệ thống pháp luật trong cùng một bản hiến pháp, thường biểu hiện ở sự tồn tại nhiều hệ thống tòa án khác nhau và biệt lập với nhau ở cấp vùng hoặc tòa án chuyên trách (chương 6)</p>
<p>Các bảo đảm pháp lý (Legal safeguards)</p>	<p>Các quy tắc pháp lý được đặt ra để ngăn chặn sự lạm quyền của các nhánh quyền lực, thường dưới hình thức <i>kiểm chế và đối trọng</i> của một nhánh này đối với các nhánh kia (chương 6)</p>
<p>Ban hành luật dưới hình thức sắc lệnh (Legislating by decree)</p>	<p>Khả năng của nhánh hành pháp trong việc xây dựng luật, được thể hiện ở quyền xây dựng luật thứ phát do nghị viện ủy quyền, hoặc quyền xây dựng luật nguyên phát do hiến pháp quy định. Nếu là quyền thứ phát, nghị viện chi phối và có thể rút lại sự ủy quyền bất kỳ lúc nào. (chương 4)</p>
<p>Cơ quan lập pháp/ngị viện (Legislature)</p>	<p>Một trong ba nhánh của nhà nước. Các nhiệm vụ nổi bật nhất của nghị viện là làm luật và sửa đổi luật, và phê chuẩn ngân sách trung ương. (chương 5)</p>
<p>Ủy ban hòa giải (Mediation committee)</p>	<p>Một ủy ban gồm một số lượng thành viên như nhau của cả hai viện trong nghị viện, được lập ra nhằm mục đích soạn thảo một dự luật mang tính thỏa hiệp để mỗi viện thông qua (chương 5)</p>
<p>Quyền của các nhóm thiểu số (Minority rights)</p>	<p>Các quyền của cá nhân áp dụng đối với thành viên của các nhóm thiểu số về sắc tộc, dân tộc, tầng lớp xã hội, tôn giáo, ngôn ngữ, hoặc giới tính; các quyền mang tính tập thể được trao cho các nhóm thiểu số (chương 3)</p>
<p>Bãi nhiệm không triệt để (Mixed recall)</p>	<p>Trong cơ chế bãi nhiệm không triệt để, công dân chỉ tham gia vào một giai đoạn của quy trình bãi nhiệm, có thể là giai đoạn khởi xướng hoặc giai đoạn ra quyết định bằng trưng cầu ý dân (chương 4)</p>

Mô hình hỗn hợp (Mixed system)	Mô hình thiết kế nhánh hành pháp kết hợp các đặc điểm của cả mô hình tổng thống và mô hình nghị viện (chương 4)
Quan điểm nhất nguyên (Monism)	Quan điểm về luật quốc tế, cho rằng pháp luật quốc gia và pháp luật quốc tế là một hệ thống đơn nhất (chương 2)
Tính chính danh về mặt đạo lý của chính quyền (Moral legitimacy)	Sự tồn tại của chính quyền hoặc nhà cầm quyền được thừa nhận là hợp đạo lý do có được sự ủng hộ trung thành của nhân dân về mặt đạo đức, tôn giáo hoặc tập quán (chương 1)
Các quyền mang tính thụ động (Negative rights)	Các quyền của người dân được bảo vệ chống lại các hành vi và quyết định không đúng đắn của cán bộ công quyền (chương 3)
Nghĩa vụ hành động (Obligation of conduct)	Nghĩa vụ của nhà nước phải thực hiện các biện pháp và cung cấp các phương tiện để thúc đẩy việc hưởng thụ các quyền kinh tế, xã hội, văn hóa (chương 3)
Nghĩa vụ đạt được kết quả mục tiêu (Obligation of outcome)	Nghĩa vụ của nhà nước phải bảo đảm rằng các biện pháp được thực hiện có tác dụng thực tế thúc đẩy việc hưởng thụ các quyền kinh tế, xã hội, văn hóa, nghĩa là đạt được kết quả như mong muốn (chương 3)
Thanh tra nghị viện (Ombudsman)	Một công chức được ủy quyền nhận đơn khiếu nại của công dân và có quyền được điều tra về vụ việc bị khiếu nại, thông thường có liên quan đến hành vi của các quan chức công quyền (chương 3)
Phủ quyết toàn bộ (Package veto)	Quyền phủ quyết cho phép Tổng thống tán thành hoặc bác bỏ toàn bộ dự luật (chương 5)
Mô hình nghị viện (Parliamentary system)	Mô hình tổ chức nhà nước trong đó người đứng đầu chính phủ do nghị viện bầu ra và chịu trách nhiệm trước nghị viện (chương 4)
Phủ quyết bộ phận (Partial veto)	Quyền phủ quyết cho phép Tổng thống bác bỏ một phần của dự luật nhưng không có quyền ngăn cản việc thông qua toàn bộ dự luật (chương 5)
Personal federalism (chủ nghĩa liên bang cá nhân)	Hệ thống trong đó các quyền không được trao cho một lãnh thổ cụ thể, mà cho một nhóm người (cộng đồng) thông thường không cư trú tập trung về mặt lãnh thổ, mà phân tán trên khắp cả nước (chương 7)
Hiến pháp mang tính chính trị (Political constitution)	Hiến pháp được nhấn mạnh là một sự dàn xếp về mặt chính trị, được thực thi bởi thiết chế nắm quyền lực chính trị lớn nhất, thường là nghị viện (chương 1)
Phi tập trung hóa/phân cấp về mặt chính trị (Political decentralization)	Mức độ mà chính quyền cấp dưới được thực hiện các chức năng chính trị như chức năng đại diện (chương 7)
Tính chính danh về mặt chính trị của chính quyền (Political legitimacy)	Sự tồn tại của chính quyền được thừa nhận là chính đáng chủ yếu do chính quyền đó giành được sự ủng hộ của đa số (chương 1)
Các quyền chính trị (Political rights)	Các quyền liên quan đến sự tham gia vào đời sống chính trị như quyền bầu cử, quyền ứng cử và được bầu cử, quyền tự do thành lập và tham gia các tổ chức chính trị, quyền tự do bày tỏ quan điểm và tự do thông tin, quyền được bảo đảm tự do báo chí (chương 3)
Sự tham gia rộng rãi của dân chúng (Popular participation)	Sự tham gia của nhân dân vào quá trình xây dựng hiến pháp, thông qua các cơ chế như các cuộc họp tham vấn, nghe báo cáo công khai, và trưng cầu ý dân (chương 1)

Phân biệt đối xử tích cực (Positive discrimination)	Thực hiện các biện pháp phân biệt đối xử nhằm đem lại lợi thế cho một nhóm nhất định, mặc dù điều này gây bất lợi cho các nhóm khác, thông thường được lý giải bởi nhu cầu xóa bỏ và chống lại sự bất bình đẳng bất hợp lý (chương 3)
Các quyền mang tính chủ động (Positive rights)	Quyền yêu cầu cán bộ công quyền thực hiện những hành động nhất định nhằm thúc đẩy việc hưởng thụ các quyền tự do được bảo đảm bởi luật hoặc hiến pháp (chương 3)
Lời nói đầu hiến pháp (Preamble)	Phần mở đầu của một bản hiến pháp, thông thường trình bày mục đích của hiến pháp (chương 3)
Mô hình tổng thống (Presidential system)	Mô hình tổ chức nhà nước trong đó nguyên thủ quốc gia và người đứng đầu chính phủ thường là cùng một người do dân bầu trực tiếp với nhiệm kỳ xác định (chương 4)
Phủ quyết của tổng thống (Presidential veto)	Quyền của Tổng thống trong việc ngăn cản quy trình ban hành chính sách của nghị viện. Tổng thống có thể bác bỏ một dự luật hoàn toàn vì lý do chính trị, hoặc đề nghị xem xét lại tính hợp hiến của đạo luật (chương 5)
Ban hành (Promulgation)	Một thủ tục pháp lý, thường là một tuyên bố chính thức về việc hiến pháp mới hoặc một đạo luật mới có hiệu lực (chương 1)
Đại diện theo tỷ lệ (Proportional representation)	Một hệ thống bầu cử nghị viện trong đó số ghế được phân bổ cho một đảng nào đó được xác định bằng tỷ lệ phần trăm số phiếu bầu mà đảng đó giành được (chương 5)
Quyền bãi nhiệm (Recall)	Khả năng của cử tri trong việc bãi nhiệm những người đại diện cho mình trong nghị viện hoặc trong nhánh hành pháp trước khi hết nhiệm kỳ. Tùy thuộc vào mức độ tham gia của công dân, có hai hình thức bãi nhiệm là bãi nhiệm triệt để và bãi nhiệm không triệt để (chương 4, 5)
Trung cầu ý dân (Referendum)	Một quy trình trong đó nhân dân biểu quyết để tán thành hay phản đối một đề xuất sửa đổi hiến pháp hoặc luật. Kết quả trung cầu ý dân có thể có hiệu lực ràng buộc hoặc chỉ mang tính tham khảo. Trung cầu ý dân còn được gọi là lấy ý kiến toàn dân (plebiscite) (chương 1)
Hội nhập khu vực (Regional integration)	Sự chuyển giao quyền lực theo chiều đi lên từ cấp độ quốc gia cho một thiết chế mang tính khu vực, ví dụ, Liên minh châu Âu (EU) hoặc Cộng đồng kinh tế các nước Tây Phi (ECOWAS) (chương 7)
Các ghế nghị viện được bảo lưu (Reserved seats)	Các ghế được dành riêng cho các nhóm thiểu số và/hoặc phụ nữ trong nghị viện. Các đại biểu nắm giữ các ghế này thường được bầu theo phương thức giống như các đại biểu khác, nhưng đôi khi họ được bầu theo phương thức riêng được quy định trong luật bầu cử hoặc trong hiến pháp, theo đó, chỉ có thành viên của một cộng đồng thiểu số nhất định bầu ra các đại biểu này (chương 2, 5)
Cách tiếp cận dựa trên quyền (Rights-based approach)	Một cách tiếp cận đối với xây dựng hiến pháp dựa trên triết lý nhà nước tồn tại nhằm bảo vệ các quyền và phúc lợi của công dân. Cách tiếp cận này ưu tiên bảo đảm các quyền của công dân
Pháp quyền (Rule of law)	khí thiết kế tổ chức nhà nước và hiến pháp (chương 1). Một học thuyết hoặc một trạng thái xã hội trong đó không có chủ thể nào, cá nhân hay nhà nước, được đứng trên pháp luật, và mọi người đều bình đẳng trước pháp luật, bất kể địa vị xã hội khác nhau. Đó là một trạng thái mà mọi thành viên trong xã hội, bao gồm cả nhà cầm quyền, đều thừa nhận hiệu lực điều chỉnh của pháp luật (chương 1, 2)

Quyền tự quyết (Self-determination)	Khả năng của một nhóm người trong việc tự điều chỉnh hoặc đòi hỏi quyền tự mình ra các quyết định độc lập về phúc lợi chung và số phận chính trị của nhóm (chương 3)
Tự quản (Self-rule)	Chính quyền cấp dưới cấp quốc gia được quyền tự mình ban hành các quy định và/hoặc thực thi chính sách về những vấn đề cụ thể (chương 7)
Mô hình tòa án kép (Separated/dual model)	Cả chính quyền cấp trung ương và cấp dưới đều có hệ thống tòa án riêng (thường tổ chức theo 3 cấp – tòa án địa phương, tòa án phúc thẩm khu vực, và Tòa án Tối cao). Các tòa án thuộc hệ thống tòa án của chính quyền cấp dưới thường chỉ áp dụng pháp luật của tiểu bang/vùng tương ứng, trong khi tòa án trung ương áp dụng pháp luật của chính quyền trung ương khi xét xử (chương 6)
Phân chia quyền lực (Separation of power)	Sự phân bổ quyền lực nhà nước giữa các nhánh của chính quyền và các chủ thể sao cho không có nhánh nào có thể thực hiện các quyền hạn được trao riêng cho một nhánh khác (các chương 1, 2, 4, 6)
Luật lệ chung (shared rule)	Các thiết chế cấp dưới tham gia vào việc xây dựng luật quốc gia (chương 7)
Các quyền cộng đồng (Solidarity rights)	Các quyền cần được thụ hưởng và được đòi hỏi bởi một cộng đồng hoặc trên cơ sở là thành viên trong một cộng đồng, nhóm hay hiệp hội (chương 3)
Các chủ thể phá hoại (Spoilers)	Những chủ thể chống lại hay cản trở việc đạt được thỏa thuận, trong đó có thỏa thuận về các điều khoản hiến pháp (chương 1)
Tình trạng khẩn cấp (State of emergency)	Một giai đoạn tạm thời trong đó các quyền hạn đặc biệt được trao cho một thiết chế, thường là nhánh hành pháp, nhằm làm dịu bớt tình hình trong bối cảnh được coi là mang tính cấp bách (chương 4, 5)
Phi tập trung hóa về thực chất (Substantive decentralization)	Việc phân công quyền lực cho các cấp chính quyền khác nhau. Yếu tố thực chất của phi tập trung hóa xem xét việc các thiết chế thực chất được trao các quyền hạn như thế nào (đôi khi được gọi là phi tập trung hóa về mặt chức năng – functional decentralization) (chương 7)
Yêu cầu giải trình (Summons)	Một công cụ giám sát của nghị viện, cho phép nghị viện nêu ra các câu hỏi và nhánh hành pháp buộc phải trả lời hay giải trình (chương 5)
Tòa án Tối cao (Supreme Court)	Thông thường, đây là tòa án cao nhất trong hệ thống tòa án, thường là tòa án phúc thẩm với quyền lực lớn và thẩm quyền rộng trong phạm vi thẩm quyền (chương 6)
Nền công lý chuyển đổi (Transitional justice)	Tổng hợp các biện pháp pháp lý và các biện pháp chế tài khác nhằm bù đắp thiệt hại do những hành vi sai trái gây ra trong quá khứ, như vi phạm quyền con người hoặc tham nhũng, thông thường các biện pháp này được sử dụng trong những thời kỳ có sự thay đổi lớn về chính trị (chương 1)
Nghị viện một viện (Unicameral legislature)	Nghị viện được cấu thành chỉ bởi một viện (chương 5)
Nhà nước đơn nhất (Unitary system)	Nhà nước trong đó một cấp chính quyền có thể đơn phương rút lại hệ thống phân công quyền lực hiện hành, bao gồm cả các quyền hạn riêng của chính quyền cấp dưới (chương 7)

<p>Phân quyền theo chiều dọc (Vertical separation of authority)</p> <p>Quyền phủ quyết (Veto)</p>	<p>Các phương án phân bổ quyền lực giữa các cấp chính quyền thông qua các hình thức phi tập trung hóa (chương 4)</p>
<p>Các chủ thể có quyền phủ quyết (Veto players)</p> <p>Bỏ phiếu bất tín nhiệm (Vote of no confidence)</p>	<p>Khả năng của một người hay một cơ quan trong việc ngăn chặn, cản trở hay trì hoãn việc ra quyết định hay việc thông qua một đạo luật (chương 4, 5)</p> <p>Các chủ thể chính trị như thượng nghị viện hay tổng thống có quyền phủ quyết các giải pháp lập pháp (chương 4, 5)</p> <p>Quyền hạn của nghị viện trong việc rút lại sự ủng hộ đối với chính phủ và/hoặc cá nhân các quan chức hành pháp và phê phán các thiết chế này. Ở một số nước, hiến pháp quy định việc bỏ phiếu bất tín nhiệm mang tính chất xây dựng (constructive), tức là trước khi thông qua việc bỏ phiếu bất tín nhiệm, nghị viện phải chỉ định một Thủ tướng mới (chương 5)</p>
<p>Quyền của phụ nữ (Women's rights)</p>	<p>Các quyền liên quan đến phụ nữ như quyền bình đẳng về chính trị và trong các hoạt động ngoài xã hội, bình đẳng về việc làm, bình đẳng trước pháp luật, bình đẳng trong hôn nhân và quan hệ gia đình (chương 3)</p>

Vài nét về các tác giả

Markus Böckenförde hiện là Trưởng nhóm tư vấn cho Cơ quan hoạch định chính sách thuộc Bộ Hợp tác và Phát triển kinh tế của Cộng hòa Liên bang Đức, đồng thời là nghiên cứu viên cao cấp của Viện Phát triển Đức. Từ năm 2009 đến tháng 4 năm 2011, ông là cán bộ chương trình và có một thời gian là Quyền Giám đốc điều hành Chương trình xây dựng hiến pháp của Viện International IDEA, Thụy Điển. Trước khi gia nhập IDEA, ông là Trưởng Dự án châu Phi và Nghiên cứu viên cao cấp tại Viện Max Planck về nghiên cứu so sánh luật công và luật quốc tế (MPIL) ở Heidelberg (2001-2008). Trong các năm 2006-2007, ông được Bộ Ngoại giao Đức cử tham gia vào Ủy ban Đánh giá (AEC) ở Sudan với tư cách là chuyên gia pháp lý. AEC có nhiệm vụ hỗ trợ và giám sát việc thực thi Hiệp định Hòa bình toàn diện của Sudan. Từ năm 1995 đến năm 1997, ông là trợ lý nghiên cứu cho Thẩm phán Tòa án tối cao, Giáo sư Helmut Steinberger, đại biểu của Đức tại Ủy ban Venice (cơ quan tư vấn về các vấn đề hiến pháp của Hội đồng châu Âu)

Tiến sĩ Böckenförde có bằng cử nhân luật và bằng tiến sĩ của Đại học Heidelberg và bằng thạc sĩ luật của Đại học Minnesota, và một bằng tương đương với bằng cử nhân khoa học chính trị của Đại học Freiburg. Ông đã tham gia vào quá trình xây dựng hiến pháp ở Sudan và Somalia, làm việc cùng với Quốc hội lập hiến của các nước này, và cũng đã tham gia vào quá trình xây dựng hiến pháp ở Afghanistan và Nepal. Ông đã xuất bản nhiều ấn phẩm trong lĩnh vực luật hiến pháp và xây dựng hiến pháp, và là đồng tác giả của nhiều cuốn cẩm nang của Viện Max Planck được sử dụng làm tài liệu giảng dạy trong các dự án của Max Planck. Ông từng là chuyên gia tư vấn cho Chương trình Phát triển Liên Hợp Quốc (UNDP), Hiệp hội về Hợp tác Kỹ thuật của Đức (Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit, GTZ, nay là

Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit, GIZ), Bộ Ngoại giao Đức, Quỹ Konrad Adenauer và Quỹ Friedrich Ebert.

Nora Hedling là thành viên chủ chốt của Chương trình xây dựng hiến pháp của International IDEA, với nhiệm vụ chủ yếu là phát triển các công cụ truyền thông. Bà từng nghiên cứu trong lĩnh vực luật bầu cử và cải cách tư pháp tại Đại học Minnesota và Bộ Ngoại giao Hoa Kỳ. Bà cũng từng làm việc trong các tổ chức phi lợi nhuận và trong lĩnh vực giáo dục. Bà Hedling có bằng Cử nhân khoa học xã hội tại Đại học Tuft và bằng tiến sĩ luật (Juris Doctor) tại Trường Luật của Đại học Minnesota, và là thành viên của Đoàn luật sư tiểu bang Minnesota. Gần đây nhất, bà được nhận bằng thạc sĩ về Pháp luật châu Âu tại Đại học Stockholm, tại đây bà được trao Giải thưởng Sách Pháp luật của Nhà xuất bản Đại học Oxford.

Winluck Wahiu gia nhập International IDEA năm 2006. Năm 2008, ông là Quyền Trưởng nhóm đặc nhiệm của IDEA tại Nepal, tại đây, ông đã tham gia thiết lập một chương trình hỗ trợ quy trình tham gia của công dân vào việc xây dựng hiến pháp ở Nepal. Ông cũng tham gia vào quá trình chuẩn bị cho việc xây dựng hiến pháp mới ở Kenya trong những năm 2004-2005, với vai trò chủ yếu là cố vấn pháp lý cho Bộ Tư pháp và Ủy ban Lựa chọn thành viên nghị viện – các cơ quan chịu trách nhiệm xây dựng hiến pháp. Ông cũng từng tư vấn cho tổ chức nhân quyền ở Uganda (2004) và Hiệp hội Pháp luật Swaziland (2004) về quy trình thay đổi hiến pháp ở các nước này. Từ năm 2001 đến năm 2005, Winluck phối hợp với Chương trình Nhân quyền và Tiếp cận công lý châu Phi, một sáng kiến chung của Tiểu ban Kenya và Thụy Điển thuộc Ủy ban Luật gia Quốc tế cùng với Ban Thư ký của Chương trình này tại Geneva, trong việc hỗ trợ thực thi ở cấp độ quốc gia các chuẩn mực nhân quyền thông qua tổ tụng hiến pháp ở 16 quốc gia tiểu vùng Sahara. Ông là luật sư chuyên về tổ tụng hiến pháp, là cựu sinh viên của Đại học Nairobi, và đã được vinh dự biểu dương bởi Hiệp hội Pháp luật Kenya năm 2005 về vai trò của ông trong quá trình xây dựng hiến pháp của quốc gia này.

Vài nét về Viện Quốc tế về Dân chủ và Trợ giúp bầu cử (International IDEA)

Sứ mệnh

Trong một thế giới mà dân chủ không thể đạt được bằng cách ban phát, sứ mệnh của Viện Quốc tế về Dân chủ và Trợ giúp bầu cử (International IDEA) là: *ủng hộ những cải cách dân chủ mang tính bền vững thông qua việc cung cấp các tri thức dưới góc độ so sánh, hỗ trợ cải cách dân chủ và gây ảnh hưởng lên chính sách và chính trị*. Để làm tròn sứ mệnh này, Viện tập trung vào phát triển năng lực của các định chế dân chủ trong việc đem lại một thể chế chính trị bảo đảm sự tham gia rộng rãi của công chúng, một chính quyền đại diện cho nhân dân và biết chịu trách nhiệm, đáp ứng kịp thời các nhu cầu và nguyện vọng của nhân dân, một nền pháp quyền trong đó mọi công dân đều có quyền bình đẳng.

Viện thực hiện sứ mệnh của mình thông qua ba lĩnh vực hoạt động:

- **Cung cấp các kiến thức và kinh nghiệm** dưới góc độ so sánh, xuất phát từ kinh nghiệm thực tiễn về quá trình xây dựng nền dân chủ ở các quốc gia với bối cảnh khác nhau trên thế giới.
- **Hỗ trợ các chủ thể chính trị** trong việc cải cách các quy trình và các định chế dân chủ, và tham gia vào các quá trình chính trị khi được yêu cầu; và
- **Gây ảnh hưởng lên các chính sách xây dựng dân chủ** thông qua việc cung cấp các

nguồn lực tri thức so sánh và hỗ trợ các chủ thể chính trị.

Hoạt động của Viện tuân thủ hai nguyên tắc cơ bản:

- Chúng tôi là những người tiêu biểu cho các cải cách dân chủ. Bản chất của dân chủ là phát triển và điều chỉnh các hệ thống quản trị nhằm đáp ứng nhu cầu của một xã hội không ngừng biến đổi.
- Chúng tôi là những người ủng hộ sự thay đổi. Các tác nhân đưa đến sự thay đổi phải xuất phát từ bên trong mỗi quốc gia.

Chương trình hoạt động của Viện

Dân chủ không thể được “nhập khẩu” hay “xuất khẩu”, nhưng có thể được hỗ trợ. Bởi các chủ thể đấu tranh cho dân chủ có thể được khích lệ bởi các hoạt động mà những người khác đang tiến hành ở khắp nơi trên thế giới, Viện International IDEA đóng vai trò quan trọng trong việc hỗ trợ cho các sáng kiến dân chủ bằng cách:

Cung cấp các tri thức và kinh nghiệm dưới góc độ so sánh về:

- * bầu cử và trưng cầu ý dân
- * hiến pháp
- * các đảng phái chính trị
- * vấn đề giới trong dân chủ và các quyền chính trị của phụ nữ
- * tự đánh giá mức độ dân chủ
- * dân chủ và phát triển

Giúp đỡ các chủ thể chính trị trong các quy trình cải cách ở mỗi quốc gia

Do các thay đổi dân chủ diễn ra đối với công dân ở cấp trung ương và địa phương, theo yêu cầu và trong phạm vi chương trình hoạt động của mình, Viện hỗ trợ cho các quy trình cải cách ở mỗi quốc gia ở các khu vực:

- * Châu Phi
- * Châu Á – Thái Bình Dương
- * Châu Mỹ Latinh và khu vực Caribbean
- * Tây Á và Bắc Phi

Gây ảnh hưởng lên các chính sách dân chủ

Một đặc điểm cơ bản của việc tăng cường các quy trình xây dựng dân chủ là trao đổi kiến thức và kinh nghiệm giữa các chủ thể chính trị. Viện hỗ trợ các hoạt động giao lưu, trao đổi này thông qua:

- * đối thoại
- * tọa đàm và hội thảo
- * phát triển năng lực

Nỗ lực phát triển và định hướng nhận thức về các vấn đề cơ bản

Do các thiết chế và quy trình dân chủ vận hành trong bối cảnh chính trị của quốc gia và quốc tế, Viện đang phát triển và định hướng nhận thức về mối quan hệ tác động qua lại giữa dân chủ với:

- * phát triển
- * xung đột và an ninh
- * giới
- * tính đa dạng

Cách tiếp cận của Viện

Dân chủ phát triển từ trong lòng mỗi xã hội và là một quy trình năng động, không ngừng biến đổi. Dân chủ không bao giờ đạt đến trạng thái ổn định cuối cùng. Điều này được phản ánh trong hoạt động của Viện: khi hỗ trợ cho các đối tác đang nỗ lực thực hiện các cải cách không ngừng trong các quy trình dân chủ, chúng tôi tiến hành từng bước một với một tầm nhìn dài hạn.

Chúng tôi phát triển hợp tác với các chủ thể tham gia vào các quy trình cải cách dân chủ - các thực thể chính trị cấp khu vực (ví dụ như Liên minh châu Âu (EU), Tổ chức các nước châu Mỹ (OAS), và Liên minh châu Phi (AU)), các nhà hoạch định chính sách, các chính trị gia, các đảng phái chính trị, các thiết chế điều hành bầu cử, các tổ chức xã hội dân sự - và phát triển quan hệ đối tác chiến lược với các định chế đa phương/song phương cấp khu vực, quốc tế ủng hộ các thay đổi dân chủ, và nhiều cơ quan của Liên Hợp Quốc.

Chúng tôi đem đến kinh nghiệm và các phương án lựa chọn, nhưng không áp đặt giải pháp. Chúng tôi trung thành với nguyên tắc: chính công dân ở mỗi quốc gia và các đại diện do họ lựa chọn mới là người ra quyết định trong một nền dân chủ.

International IDEA là một tổ chức liên chính phủ ủng hộ vì nền dân chủ bền vững trên toàn cầu. Các nước thành viên của International IDEA là tất cả các nền dân chủ, và ủng hộ cho hoạt động của Viện cả về mặt chính trị và tài chính. Thành viên của Viện bao gồm Australia, Barbados, Bỉ, Botswana, Canada, Cape Verde, Chile, Costa Rica, Đan Mạch, Cộng hòa Dominica, Phần Lan, Đức, Ghana, Ấn Độ, Mauritius, Mexico, Mông Cổ, Namibia, Hà Lan, Na Uy, Peru, Bồ Đào Nha, Nam Phi, Tây Ban Nha, Thụy Điển, Thụy Sĩ và Uruguay. Nhật Bản hiện là quan sát viên.

NHỮNG HƯỚNG DẪN THIẾT THỰC VỀ XÂY DỰNG HIẾN PHÁP

Chịu trách nhiệm xuất bản

.....

Biên tập

.....

Thiết kế

.....

In 1.000 cuốn khổ 16x24cm tại
Giấy phép xuất bản số... cấp ngày ...
In xong và nộp lưu chiểu quý