



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 “tù 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)

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/portal/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 là 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 chấm 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

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

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.

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

đanh 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

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.

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.

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

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.

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

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 biên 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. Mọi 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 Nauy (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 quốc 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, Trị 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) Khối 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.

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.

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

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.

hại đến các nỗ lực xây dựng hiến pháp, đến tạo dựng nền tảng cho văn hóa quyền con

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, kiềm 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 Hellens.”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 giáo dục công bằng tiếng 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/ngỉ 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"> • Đây 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 kỳ 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