ISBN 1859 - 2953
http://lapphap.vn

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

VIỆN NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP THUỘC ỦY BAN THƯỜNG VỤ QUỐC HỘI

- CẢI TIẾN, ĐỔI MỚI CÁCH THỨC LÀM VIỆC CỦA CHÍNH PHỦ, THỦ TƯỚNG CHÍNH PHỦ ĐÁP ỨNG YÊU CẦU CỦA TÌNH HÌNH MỚI
- MỘT SỐ VẤN ĐỀ LIÊN QUAN ĐẾN CHỦ THỂ LÀ TỔ CHỨC KHÔNG CÓ TƯ CÁCH PHÁP NHÂN
- XỬ PHẠT VI PHẠM HÀNH CHÍNH ĐỐI VỚI CÁC HÀNH VI VI PHẠM TRONG BỐI CẢNH NGĂN CHẶN DỊCH BỆNH COVID-19 Ở VIỆT NAM

SỐ 18 (442)
THÁNG 9/2021

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

http://lapphap.vn

VIỆN NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP THUỘC ỦY BAN THƯỜNG VỤ QUỐC HỘI

Mục lục Số 18/2021

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

3 Cải tiến, đổi mới cách thức làm việc của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ đáp ứng yêu cầu của tình hình mới

Nguyễn Phước Thọ

13 Bàn về sự sẵn sàng của các chủ thể tham gia hoạt động cải cách hành chính nhà nước

ThS. Nguyễn Ngọc Toán

18 ASEAN và vấn đề an ninh mạng

ThS. Đặng Nhật Duy

25 Một số vấn đề liên quan đến chủ thể là tổ chức không có tư cách pháp nhân

LS. Trương Nhật Quang

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

34 Tiêu chuẩn bảo hộ kiểu dáng công nghiệp trong CPTPP, EVFTA và yêu cầu đối với Việt Nam

TS. Phan Quốc Nguyên

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

39 Xử phạt vi phạm hành chính đối với các hành vi vi phạm trong bối cảnh ngăn chặn dịch bệnh Covid-19 ở Việt Nam

TS. Thái Thị Tuyết Dung

47 Biện pháp xử lý hành chính đưa vào cơ sở cai nghiện bắt buộc và những nội dung cần hướng dẫn thi hành

TS. Hà Quang Thanh

51 Hoàn thiện các quy định của pháp luật về điều kiện, hồ sơ của người nhận con nuôi

ThS. Nguyễn Thị Hải Yến

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

56 Pháp luật về tình trạng khẩn cấp ở một số nước Châu Âu và kinh nghiệm cho Việt Nam

PGS. TS. Vũ Công Giao - Nguyễn Anh Đức

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

TS. Nguyễn Văn Hiển (Chủ tịch)
TS. Nguyễn Văn Giàu
PGS. TS. Nguyễn Thanh Hải
PGS. TS. Đinh Văn Nhã
TS. Nguyễn Văn Luật
TS. Lê Hải Đường
TS. Lương Minh Tuân (Thư ký)
PGS. TS. Vũ Công Giao
PGS. TS. Ngô Huy Cương
PGS. TS. Vũ Hồng Anh

PHÓ TỔNG BIÊN TẬP PHỤ TRÁCH:

TS. LƯƠNG MINH TUÂN

TRỤ SỞ:

35 NGÔ QUYỀN - HOÀN KIẾM - HÀ NỘI.
ĐT: 0243.2121204/0243.2121206
FAX: 0243.2121201
Email: nclp@quochoi.vn
Website: http://lapphap.vn

THIẾT KẾ:

TẠ ÁNH, HOÀNG TUẤN

GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

Số 438/GP-BTTTT NGÀY 29-10-2013
CỦA BỘ THÔNG TIN VÀ TRUYỀN THÔNG

PHÁT HÀNH - QUẢNG CÁO

HÀ NỘI: 0243.2121202

TÀI KHOẢN:

0991000023097
VIỆN NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP
NGÂN HÀNG THƯƠNG MẠI CỔ PHẦN
NGOẠI THƯƠNG VIỆT NAM
(VIETCOMBANK), CHI NHÁNH TÂY HỒ

MÃ SỐ THUẾ: 0104003894

IN TẠI NHÀ MÁY IN BỘ QUỐC PHÒNG

GIÁ: 25.000 ĐỒNG

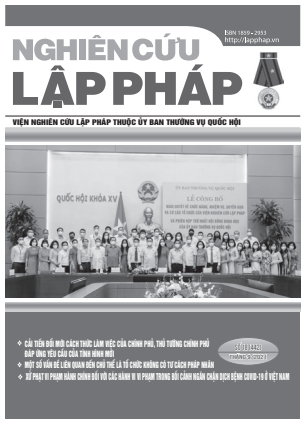
Ảnh bìa: Chủ tịch Quốc hội Vương Đình Huệ, các đồng chí Lãnh đạo Quốc hội và các đại biểu chụp ảnh lưu niệm với tập thể Viện Nghiên cứu lập pháp

Ảnh: Minh Thành

LEGISLATIVE STUDIES

http://lapphap.vn

INSTITUTE FOR LEGISLATIVE STUDIES UNDER THE STANDING COMMITTEE OF THE NATIONAL ASSEMBLY OF THE S.R. VIETNAM



Legis No 18/2021

STATE AND LAW

3 Improvements and Renovation of Working Method of the Government and the Prime Minister under the New Circumstance

Nguyen Phuoc Tho

13 Discussion of the Willingness of Concerned Actors in Administrative Reform

LLM. Nguyen Ngoc Toan

18 ASEAN and Discussions of Cybersecurity

LLM. Dang Nhat Duy

25 Discussions of Concerned Matters to Entities without Legal Personality

Lawyer Truong Nhat Quang

DISCUSSION OF BILLS

34 Protection Standards for Industrial Design under CPTPP, EVFTA and Requirements for Vietnam

Dr. Phan Quoc Nguyen

LEGAL PRACTICE

39 Administrative Sanctions for Violations in the Circumstance of the Covid-19 Epidemic Prevention in Vietnam

Dr. Thai Thi Tuyet Dung

47 Administrative Handling Measures for Compulsory Detoxification and Relevant Provisions needing Further Guidance for Enforcement

Dr. Ha Quang Thanh

51 Improvements of Legal Provisions on Conditions and Dossiers of the Adopters

LLM. Nguyen Thi Hai Yen

FOREIGN EXPERIENCE

56 Laws on State Emergency in European Countries and Lessons learned for Vietnam

Prof. Dr. Vu Cong Giao - Nguyen Anh Duc

EDITORIAL BOARD:

Dr. Nguyen Van Hien (Chairman)
Dr. Nguyen Van Giau
Prof. Dr. Nguyen Thanh Hai
Prof. Dr. Dinh Van Nha
Dr. Nguyen Van Luat
Dr. Le Hai Duong
Dr. Luong Minh Tuan (Secretary)
Prof. Dr. Vu Cong Giao
Prof. Dr. Ngo Huy Cuong
Prof. Dr. Vu Hong Anh

CHIEF EDITOR IN CHARGE:
Dr. LUONG MINH TUAN

OFFICE:
35 NGO QUYEN - HOAN KIEM - HANOI.
ĐT: 0243.2121204/0243.2121206
FAX: 0243.2121201
Email: nclp@quochoi.vn
Website: http://lapphap.vn

DESIGN:
TA ANH, HOANG TUAN

LICENSE OF PUBLISHMENT:
N° 438/GP-BTTTT DATE 29-10-2013
MINISTRY OF INFORMATION
AND COMMUNICATION

DISTRIBUTION
HA NOI: 0243.2121202

ACCOUNT NUMBER:
0991000023097
THE INSTITUTE FOR LEGISLATIVE STUDIES
JOINT STOCK COMMERCIAL BANK FOR
FOREIGN TRADE OF VIETNAM
(VIETCOMBANK).

TAX CODE: 0104003894

PRINTED BY

PRICE: 25.000 VND

CẢI TIẾN, ĐỔI MỚI CÁCH THỨC LÀM VIỆC CỦA CHÍNH PHỦ, THỦ TƯỚNG CHÍNH PHỦ ĐÁP ỨNG YÊU CẦU CỦA TÌNH HÌNH MỚI

Nguyễn Phước Thọ*

**Vụ Pháp luật, Văn phòng Chính phủ*

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ, Quy chế làm việc của Chính phủ

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 14/7/2021
Biên tập : 03/8/2021
Duyệt bài : 06/8/2021

Tóm tắt:

Quy chế làm việc của Chính phủ đang được tổng kết, đánh giá để sửa đổi, bổ sung. Trong phạm vi bài viết này, tác giả trình bày một số vấn đề cơ bản của Quy chế làm việc của Chính phủ cần được sửa đổi, bổ sung theo các hướng cải tiến, đổi mới cách thức làm việc của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ nhằm đáp ứng yêu cầu của tình hình mới.

Article Infomation:

Keywords: The Government; the Prime Minister; the working regulations of the Government.

Article History:

Received : 14 Jul. 2021
Edited : 03 Aug. 2021
Approved : 06 Aug. 2021

Abstract:

The working regulations of the Government are being reviewed with proper assessments for further amendments and improvements. Within the scope of this article, the author provides discussions on the working regulations of the Government that need to be amended in the orientation of the improvements and renewals of the working methods of the Government and the Prime Minister in order to meet the requirements of the new circumtance.

Ngay sau khi được kiện toàn tại kỳ họp thứ 11 Quốc hội khóa XIV, Chính phủ đã chỉ đạo[1] tổng kết, đánh giá việc thực hiện Quy chế làm việc của Chính phủ[2] để sớm xây dựng, ban hành Quy chế làm việc mới, trên cơ sở bám sát tình hình và yêu cầu thực tiễn, kế thừa những ưu điểm, khắc phục những bất cập, hạn chế, phát huy những bài học kinh nghiệm quý trong quá trình tổ chức thực hiện. Sau đây là một số vấn đề cơ bản của Quy chế làm việc của Chính phủ cần được sửa đổi, bổ sung theo các hướng cải tiến, đổi mới cách thức làm việc của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ nhằm đáp ứng yêu cầu của tình hình mới.

[1] Nghị quyết số 45/NQ-CP ngày 16/4/2021 về Phiên họp triển khai công việc của Chính phủ sau khi được kiện toàn tại Kỳ họp thứ 11 Quốc hội khóa XIV.

[2] Được ban hành kèm theo Nghị định số 136/2016/NĐ-CP ngày 01/10/2016 của Chính phủ.

1. Đổi mới công tác xây dựng và thực hiện chương trình công tác của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ

Xây dựng, tổ chức thực hiện Chương trình công tác của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ có vị trí, vai trò và ý nghĩa hết sức quan trọng đối với hiệu lực, hiệu quả công tác chỉ đạo, điều hành của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ. Hoạt động này cần phải được thực hiện một cách khoa học và chuyên nghiệp để các đề án, dự án được xây dựng, ban hành hoặc để Chính phủ trình các cơ quan có thẩm quyền bảo đảm kịp thời, có chất lượng, có tính khả thi, đáp ứng yêu cầu của thực tiễn.

Về nhận thức, quan điểm chỉ đạo, việc xây dựng Chương trình công tác hàng năm không chỉ tính cho trước mắt, cho từng năm, mà còn phải có tầm nhìn chiến lược, cơ bản, lâu dài. Chương trình không đơn giản là bảng tập hợp danh mục các đề án, dự án phải xây dựng, ban hành trong một năm, năm nào biết năm đó. Chương trình công tác của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ phải thực sự phản ánh không chỉ những yêu cầu quản lý điều hành của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ cần phải tính đến những nhu cầu mang tính chiến lược, toàn diện trong công tác quản lý điều hành xuyên suốt nhiều năm, trong một nhiệm kỳ và các nhiệm kỳ. Theo đó, cần khắc phục một cách tiếp cận không đúng là cắt khúc, biệt lập trong xây dựng và thực hiện Chương trình công tác, theo kiểu chương trình năm nào biết năm đó, quý nào biết quý đó, mà không thấy được tính chiến lược dài hạn, gắn kết, liên thông giữa các chương trình công tác hàng năm trong một nhiệm kỳ Chính phủ, thậm chí giữa các nhiệm kỳ Chính phủ.

Chính phủ là trung tâm của hệ thống chính trị, đặt dưới sự lãnh đạo của Đảng; Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ có mối quan hệ chặt chẽ với các cơ quan của Đảng, các cơ quan, tổ chức trong bộ máy nhà nước (ở trung ương và địa phương) và cả hệ thống chính trị. Do vậy, Chương trình công tác của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ không chỉ liên quan đến nội bộ Chính phủ mà còn phải bảo đảm sự kết nối, phối hợp, liên thông, thống nhất với chương trình làm việc của Ban chấp hành Trung ương, Bộ Chính trị, Ban Bí thư, chương trình xây dựng luật, pháp lệnh của Quốc hội, chương trình công tác của Quốc hội, Ủy ban thường vụ Quốc hội, các cơ quan của Quốc hội, chương trình công tác của Chủ tịch nước, chương trình công tác của Mặt trận Tổ quốc Việt Nam...

Cơ sở quan trọng nhất của đổi mới cách thức làm việc của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ là xác lập các chuẩn mực pháp lý đồng bộ trong việc xây dựng chương trình công tác của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ theo hướng chặt chẽ, chuyên nghiệp, xác định được những ưu tiên, trọng tâm trong quản lý điều hành đất nước trong từng thời gian cụ thể, từng thời kỳ, từng giai đoạn; đồng thời, phải bảo đảm tính tổng thể, bao quát chung của hoạt động chỉ đạo, điều hành của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ và mối quan hệ với các thiết chế trong bộ máy nhà nước và hệ thống chính trị. Trên thực tế, việc thiếu vắng một khuôn khổ pháp lý đầy đủ, đồng bộ là một trong những nguyên nhân quan trọng của những bất cập, hạn chế hiện nay trong việc xây dựng, tổ chức thực hiện Chương trình công tác của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ. Ngay từ năm 1997, Văn phòng Chính phủ đã đề xuất "xây dựng và ban hành quy chế về xây dựng chương trình làm việc của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ"[3]. Rất tiếc một Quy chế như vậy cho đến nay vẫn chưa được xây dựng, ban hành.

[3] Báo cáo kiểm điểm chỉ đạo, điều hành năm 1996 và Chương trình công tác của Chính phủ năm 1997 (Báo cáo số 01/HCP ngày 02/01/1997 của Văn phòng Chính phủ).

Trong sửa đổi Quy chế làm việc của Chính phủ lần này cần bổ sung, hoàn thiện đồng bộ các quy định về xây dựng, tổ chức thực hiện Chương trình công tác của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ, theo hướng sửa đổi, bổ sung các quy định mang tính nguyên tắc về các vấn đề cơ bản sau đây:

- Các tiêu chí, điều kiện của một đề án, dự án được xem xét, đưa vào Chương trình công tác hàng năm của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ;

- Yêu cầu về tính trọng tâm, thứ tự ưu tiên của đề án, dự án trong Chương trình công tác. Xác định rõ vai trò, trách nhiệm của Văn phòng Chính phủ trong việc chủ động nghiên cứu, kiến nghị những vấn đề trọng tâm, ưu tiên trong Chương trình công tác hàng tuần, hàng tháng, hàng quý, hàng năm của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ.

- Trách nhiệm, trình tự, thủ tục xây dựng, ban hành Chương trình công tác; điều chỉnh, bổ sung Chương trình. Trong đó, cần phải quy định quy trình thẩm tra, đánh giá chặt chẽ, khách quan, minh bạch của Văn phòng Chính phủ đối với từng đề án, dự án được bộ, ngành, địa phương đề nghị đưa vào Chương trình.

- Cơ chế phối hợp giữa Văn phòng Chính phủ với Văn phòng Trung ương, Văn phòng Quốc hội và Văn phòng Chủ tịch nước trong xây dựng, ban hành và tổ chức thực hiện Chương trình công tác cũng cần quy định đầy đủ.

- Cơ chế theo dõi, đôn đốc, kiểm tra, đánh giá việc thực hiện Chương trình công tác. Trong đó, Văn phòng Chính phủ có vai trò, trách nhiệm hàng đầu trong việc theo dõi, đôn đốc, kiến tra các bộ, ngành, cơ quan chuẩn bị kịp thời, đúng tiến độ, có chất lượng các đề án, dự án trình Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ.

Trên cơ sở quy định có tính nguyên tắc trên đây, cần quy định chi tiết, cụ thể và biện pháp thi hành dưới hình thức một văn bản quy phạm pháp luật. Một văn bản như vậy sẽ tạo cơ sở cho việc hình thành cơ chế đồng bộ, bảo đảm thực hiện đầy đủ, nghiêm túc các nguyên tắc, tiêu chí, chuẩn mực, quy trình trong xây dựng, tổ chức thi hành chương trình công tác của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ. Cơ chế này bao gồm: Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ đưa ra quan điểm, tư tưởng chỉ đạo trong việc xây dựng Chương trình công tác cả nhiệm kỳ và hàng năm, xác định những ưu tiên, trọng tâm; phân công nhiệm vụ, quyền hạn, xác lập trình tự, thủ tục chặt chẽ, gắn liền với trách nhiệm cụ thể của các bộ, ngành, địa phương trong suốt quy trình từ khâu chuẩn bị đề xuất, tập hợp đề nghị xây dựng đề án, dự án của từng bộ, ngành, xem xét, thông qua và tổ chức thực hiện Chương trình, bảo đảm tính công khai, minh bạch, tính chủ động và trách nhiệm giải trình của từng chủ thể. Trong đó coi trọng và đề cao vai trò thẩm tra, theo dõi, kiểm tra, đánh giá của Văn phòng Chính phủ đối với việc xây dựng và thực hiện chương trình công tác.

Nội dung Chương trình và việc điều chỉnh Chương trình cần thực hiện bằng quyết định của Thủ tướng Chính phủ (không ban hành văn bản hành chính của Văn phòng Chính phủ).

2. Cải tiến mạnh mẽ nội dung, cách thức tổ chức phiên họp của Chính phủ

Đối với tập thể Chính phủ, vấn đề lớn nhất là nâng cao hơn nữa chất lượng công tác hoạch định và điều hành chính sách (trong đó có phản ứng chính sách), giải quyết các vấn đề có tính chiến lược, bảo đảm tính nhạy bén, kịp thời, và khả thi của các chủ trương, chính sách được ban hành. Trong thời gian qua, công tác này thực hiện chưa được đầy đủ theo trách nhiệm và chức năng, nhất là trong việc giải quyết những vướng mắc của quá trình đổi mới; việc nghiên cứu hoạch định cơ chế, chính sách của Chính phủ còn phụ thuộc quá nhiều vào

đề xuất, tham mưu và sự chuẩn bị của các bộ, ngành.

2.1. Chất lượng và hiệu quả của các phiên họp Chính phủ cần phải được cải tiến hơn để bảo đảm nhiều vấn đề quan trọng được bàn bạc, thảo luận một cách thấu đáo, thực chất và thông qua tại các phiên họp Chính phủ.

Để nâng cao chất lượng, hiệu quả của các phiên họp Chính phủ, cần thực hiện một số biện pháp sau:

- Cần xác định số lượng hợp lý và rà soát, chuẩn bị thật kỹ lưỡng từng đề án, dự án trình mỗi phiên họp. Đối với những đề án, dự án chưa được nghiên cứu, soạn thảo đúng trình tự, thủ tục, không đầy đủ hồ sơ theo quy định, hoặc có nhiều vấn đề cơ bản chưa rõ, còn nhiều ý kiến khác nhau thì kiên quyết không đưa ra phiên họp Chính phủ để thảo luận, thông qua.

- Trên cơ sở, số lượng, tính chất quan trọng, phức tạp của các đề án, dự án của mỗi phiên họp, trình tự, thủ tục xem xét, thảo luận đối với từng đề án, dự án mà đề xuất với Thủ tướng quyết định thời gian hợp lý đối với mỗi phiên họp Chính phủ (không quá 2 ngày, trường hợp đặc biệt, không quá 3 ngày). Với thời gian như vậy, để bảo đảm chất lượng thảo luận của Chính phủ, đối với những đề án, dự án lớn, quá phức tạp, trong thảo luận còn nhiều ý kiến khác nhau thì không nhất thiết Chính phủ phải xem xét, thông qua tại một phiên họp mà có thể tại nhiều phiên họp, hoặc kết hợp với các cách thức khác (ví dụ, không đưa vấn đề này ra phiên họp tiếp theo của Chính phủ mà Chính phủ có thể ủy quyền cho Thủ tướng chỉ đạo gửi phiếu xin ý kiến các Thành viên Chính phủ để xem xét, trước khi quyết định hoặc yêu cầu cơ quan chủ trì tiếp thu ý kiến các thành viên Chính phủ tại phiên họp, hoàn thiện đề án, dự án, trình Thủ tướng xem xét, quyết định).

- Tuân thủ đầy đủ, nghiêm túc trình tự, thủ tục thảo luận thông qua một đề án, dự án theo quy định, bảo đảm sự thảo luận dân chủ, thực chất của các Thành viên Chính phủ. Khắc phục tình trạng trình bày quá tóm tắt, cùng một lúc nhiều đề án, dự án, sau đó thảo luận và thông qua cả gói các đề án, dự án.

- Cần nhận thức cho đúng đắn tính chất và ý nghĩa của việc lấy ý kiến các Thành viên Chính phủ đối với các đề án trình ra phiên họp Chính phủ. Kết quả lấy ý kiến về các vấn đề của đề án, dự án chỉ có tính chất tham khảo, phục vụ chủ yếu cho việc thẩm tra của Văn phòng Chính phủ, nói cách khác, kết quả tổng hợp ý kiến các thành viên Chính phủ trong trường hợp này không có giá trị bắt buộc, không thể áp đặt kết quả này thành ý kiến của Chính phủ; cần phân biệt việc này với việc một số đề án, dự án mà Thủ tướng nhận thấy không cần thiết phải đưa tra xem xét, thông qua tại phiên họp Chính phủ, và đã quyết định gửi lấy ý kiến các Thành viên Chính phủ, nếu đa số đồng ý thông qua thì trình Thủ tướng ký ban hành.

- Ngoài các phiên họp thường kỳ, cần tổ chức nhiều hơn các phiên họp chuyên đề để tập trung thời gian và trí tuệ tập thể để thảo luận, cho ý kiến, thông qua đối với những vấn đề lớn, phức tạp hoặc đối với nhiều dự án luật, dự thảo nghị quyết, báo cáo trình Quốc hội, Ủy ban thường vụ Quốc hội.

Tập thể Chính phủ cần tập trung, giành thời gian nhiều hơn cho công tác xây dựng, hoàn thiện thể chế, pháp luật. Trong nhiều năm gần đây, công tác xây dựng, hoàn thiện thể chế, pháp luật được Chính phủ quan tâm, giành nhiều thời gian, đã tổ chức một số phiên họp chuyên đề xây dựng pháp luật. Tuy nhiên, so với yêu cầu của cuộc sống thì công tác này còn một số bất cập, hạn chế, tiến độ ban hành văn bản quy phạm pháp luật đôi khi còn chậm, nhất là chất lượng của văn bản có trường hợp còn thấp, chưa đáp ứng yêu cầu công tác quản lý, điều hành của Chính phủ. Các nội dung các phiên họp

chuyên đề cần tập trung cho xem xét, cho ý kiến đối với các đề nghị xây dựng luật; các dự án luật, các dự thảo nghị định của Chính phủ; thảo luận, cho ý kiến về những vấn đề cơ bản, chiến lược, cũng như những vướng mắc, bất cập trong công tác xây dựng, hoàn thiện hệ thống pháp luật và tổ chức thi hành pháp luật thuộc thẩm quyền của Chính phủ như rà soát, hệ thống hóa, pháp điển, kiểm tra xử lý văn bản...

- Đối với phiên họp riêng (họp kín) của Chính phủ, cần tuân thủ nguyên tắc không có khách mời, trừ thành phần phải mời trong một số trường hợp theo quy định[4], không cho phóng viên báo chí vào phòng họp trong thời gian Chính phủ thảo luận; kiểm soát chặt chẽ việc truyền trực tuyến ra ngoài các phòng họp của Văn phòng Chính phủ; chỉ một số rất hạn chế các công chức Văn phòng Chính phủ được vào phòng họp Chính phủ để phục vụ; vào phòng dự phiên họp Chính phủ không được mang điện thoại và các thiết bị điện tử ghi âm, ghi hình. Kết quả phiên họp sẽ được Người phát ngôn Chính phủ họp báo để thông báo cho công luận. Đây là thông lệ phổ biến trên thế giới để bảo đảm Tập thể Chính phủ thảo luận thật sự dân chủ, các thành viên Chính phủ phát huy tối đa tự do tư tưởng, trao đổi thẳng thắn để Chính phủ đi đến quyết định có chất lượng những vấn đề mang tính chính sách, trong đó có không ít chính sách lớn, phức tạp, nhạy cảm.

2.2. Một số kiến nghị sửa đổi, bổ sung các quy định của Quy chế làm việc về phiên họp Chính phủ

Để nâng cao chất lượng và hiệu quả của các phiên họp Chính phủ, tác giả kiến nghị sửa đổi quy định của Quy chế làm việc của Chính phủ về phiên họp của Chính phủ (từ Điều 24 đến Điều 31) với các nội dung sau đây:

(1) Theo quy định của khoản 1 Điều 44 Luật Tổ chức Chính phủ năm 2014 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2020 (Luật Tổ chức Chính phủ), Chính phủ có 3 loại phiên họp: (i) Phiên họp thường kỳ hàng tháng; (ii) Phiên họp chuyên đề; (iii) Phiên họp để giải quyết công việc phát sinh đột xuất.

Quy chế làm việc cần bổ sung quy định cụ thể về điều kiện, nội dung của từng loại phiên họp nêu trên, đặc biệt cần quy định theo hướng thúc đẩy việc có nhiều hơn, thường xuyên hơn phiên họp chuyên đề.

(2) Để bảo đảm phù hợp với các quy định của Hiến pháp năm 2013 và Luật Tổ chức Chính phủ về thẩm quyền quyết định hoặc yêu cầu tổ chức phiên họp Chính phủ, Quy chế làm việc của Chính phủ cần bổ sung quy định cụ thể về trường hợp Chủ tịch nước yêu cầu và trường hợp một phần ba thành viên Chính phủ yêu cầu. Đồng thời, cũng cần quy định rõ trách nhiệm của các cơ quan liên quan; trình tự, thủ tục chuẩn bị nội dung và quy trình tiến hành các phiên họp Chính phủ trong các trường hợp này.

(3) Bãi bỏ nội dung: "*Đối với những vấn đề rõ ràng, không có ý kiến khác nhau giữa các bộ, cơ quan, thuộc thẩm quyền quyết định của Chính phủ, Bộ trưởng, Chủ nhiệm Văn phòng Chính phủ trình bày báo cáo tổng hợp nội dung các vấn đề trình Chính phủ xem xét, biểu quyết thông qua*"[5] trong Quy chế hiện hành. Bởi lẽ, nội dung quy định này không phù hợp với nguyên tắc hoạt động của Chính phủ; theo đó, mọi vấn đề đã đưa ra phiên họp Chính phủ là phải được thảo luận và phải tuân thủ trình tự, thủ tục bảo đảm dân chủ. Mặt khác, Chính phủ có nhiều phương thức hoạt động, ngoài phiên họp, vấn đề nêu ra còn có thể gửi xin ý kiến

[4] Điều 47 Luật Tổ chức Chính phủ năm 2015.

[5] Khoản 4 Điều 29 Quy chế làm việc của Chính phủ ban hành kèm theo Nghị định số 136/2016/NĐ-CP ngày 01/10/2016 của Chính phủ.

thành viên Chính phủ biểu quyết thông qua hoặc Chính phủ ủy quyền cho Thủ tướng Chính phủ xem xét, quyết định.

3. Bổ sung, hoàn thiện các quy định về ủy quyền của Chính phủ và Thủ tướng Chính phủ

3.1. Ủy quyền của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ là thành phần quan trọng của các mối quan hệ quản lý, điều hành của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ

Trong các mối quan hệ quản lý, điều hành của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ, ủy quyền được thực hiện ngày càng trở nên phổ biến, dưới những hình thức khác nhau, như những cách thức thực hiện quyền lực khác nhau, đa dạng và linh hoạt. Cùng với phân cấp, phân quyền, đổi mới và đẩy mạnh ủy quyền hợp lý đang trở thành một nhân tố quan trọng trong đổi mới, bảo đảm tính linh hoạt, nâng cao hiệu lực, hiệu quả công tác quản lý, điều hành của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ.

Cần phải nhận thức đúng và thống nhất về khái niệm, bản chất của ủy quyền trong quản lý. Ủy quyền ở đây được hiểu là giải quyết công việc của mình thông qua người khác, là *"giao cho người khác sử dụng một số quyền mà pháp luật đã giao cho mình"*[6]. Khái niệm ủy nhiệm cũng có nội hàm tương tự: "*giao cho người khác làm thay một nhiệm vụ thuộc trách nhiệm hoặc quyền của mình*"[7]. Trong quản lý nhà nước, khác với phân cấp, phân quyền, khi một nhiệm vụ, quyền hạn được thực hiện bằng ủy quyền thì người ủy quyền không mất đi nhiệm vụ, quyền hạn này (đã được pháp luật quy định) và do vậy, họ vẫn phải chịu trách nhiệm trước pháp luật về việc thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn này; ngược lại, người được ủy quyền có trách nhiệm phải tuân thủ các điều kiện do người ủy quyền yêu cầu và phải chịu sự kiểm tra, giám sát của người ủy quyền.

Liên quan đến ủy quyền, cần khắc phục thực tế là việc sử dụng thuật ngữ không chính xác. Chẳng hạn, khoản 4 Điều 3 Quy chế làm việc hiện hành của Chính phủ quy định "*Chính phủ phân công Thủ tướng Chính phủ thay mặt Chính phủ xem xét, quyết định những vấn đề đột xuất, cấp bách cần phải xử lý gấp thuộc thẩm quyền của Chính phủ hoặc những vấn đề đã được Chính phủ thống nhất về nguyên tắc. Thủ tướng Chính phủ báo cáo tại phiên họp Chính phủ gần nhất về những vấn đề đã quyết định*". Trong quy định này, việc sử dụng "*phân công*" là không chính xác trên 2 khía cạnh: *thứ nhất*, Chính phủ không thể phân công nhiệm vụ cho Thủ tướng. Bởi lẽ, Thủ tướng là một thiết chế hiến định độc lập tương đối với thiết chế Chính phủ, Thủ tướng không phải là cấp dưới của Chính phủ; *thứ hai*, nội dung và tinh thần của quy định này thực chất là ủy quyền, không phải là phân công, vì nhiệm vụ được phân công sẽ được người được phân công thực hiện theo thẩm quyền quy định và tự chịu trách nhiệm, không có việc phải báo cáo lại người phân công như quy định.

Trong khi đó, khoản 5 Điều 3 Quy chế làm việc của Chính phủ quy định về Chính phủ ủy quyền cho chính quyền địa phương[8], nhưng về thực chất, việc sử dụng "ủy quyền" trong quy định này là không chính xác, không minh bạch. Bởi lẽ, về nguyên tắc, theo quy định của Hiến pháp và Luật tổ chức Chính phủ, giữa Chính phủ và các cấp chính quyền không có mối

[6] Từ điển Bách khoa toàn thư Việt Nam, Nxb. Từ điển Bách khoa, Hà Nội - 2005, Tập 4, tr.764.

[7] Từ điển bách khoa Việt Nam, Tập 4, tr.763.

[8] "Chính phủ phân cấp, ủy quyền cho chính quyền địa phương quyết định hoặc thực hiện một số nhiệm vụ quản lý nhà nước thuộc ngành, lĩnh vực trên địa bàn quản lý phù hợp với quy định của pháp luật và điều kiện, khả năng của chính quyền địa phương".

quan hệ ủy quyền, thay vào đó là mối quan hệ phân cấp, phân quyền. Hơn nữa, khái niệm chính quyền địa phương bao gồm Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân cấp tỉnh, cấp huyện, cấp xã. Thực hiện ủy quyền cho chính quyền địa phương rộng như vậy và không có giới hạn cụ thể về người được ủy quyền, thì Chính phủ sẽ không kiểm soát được việc thực hiện các nhiệm vụ, quyền hạn được ủy quyền. Tuy nhiên, trong một số trường hợp nhất định, Chính phủ có ủy quyền cụ thể cho một hoặc một số Hội đồng nhân dân hoặc UBND cấp tỉnh thực hiện những nhiệm vụ, quyền hạn nhất định của Chính phủ để xử lý, giải quyết một số công việc cụ thể, cùng cơ chế kiểm tra, giám sát, kiểm soát chặt chẽ. Bởi lẽ, Chính phủ phải chịu trách nhiệm cuối cùng về kết quả thực hiện các nhiệm vụ, quyền hạn được ủy quyền (không thể có việc chính quyền địa phương tự chủ, tự chịu trách nhiệm trước pháp luật về việc thực hiện các nhiệm vụ, quyền hạn được Chính phủ ủy quyền).

3.2. Bổ sung, hoàn thiện quy định về ủy quyền của Chính phủ

Ủy quyền của Chính phủ cho Thủ tướng Chính phủ là một cách thức giải quyết công việc của Chính phủ. Vì vậy, khoản 2 Điều 3 Quy chế làm việc của Chính phủ, cần được bổ sung cách thức giải quyết thông qua ủy quyền cho Thủ tướng Chính phủ. Theo đó, Chính phủ sẽ có 3 cách thức làm việc (cách thức giải quyết công việc): (i) Thảo luận và quyết nghị tại phiên họp Chính phủ; (ii) Gửi phiếu lấy ý kiến các thành viên Chính phủ; (iii) Ủy quyền cho Thủ tướng Chính phủ, ủy quyền cho Hội đồng nhân dân, Ủy ban nhân dân cấp tỉnh.

Quy chế làm việc của Chính phủ cần quy định rõ về phạm vi ủy quyền; trình tự, thủ tục ủy quyền; trách nhiệm trong thực hiện ủy quyền; cơ chế kiểm tra, giám sát, đánh giá kết quả thực hiện ủy quyền.

3.3. Tăng cường ủy quyền của Thủ tướng cho Phó Thủ tướng; đề cao trách nhiệm của Phó Thủ tướng trong giải quyết các công việc do Thủ tướng phân công

Khoản 3 Điều 95 Hiến pháp năm 2013 quy định: "*Phó Thủ tướng giúp Thủ tướng làm nhiệm vụ theo sự phân công của Thủ tướng Chính phủ và chịu trách nhiệm trước Thủ tướng Chính phủ về nhiệm vụ được phân công. Khi Thủ tướng Chính phủ vắng mặt thì một Phó Thủ tướng Chính phủ được Thủ tướng Chính phủ ủy nhiệm thay mặt Thủ tướng Chính phủ lãnh đạo công tác của Chính phủ*". Quy định của Hiến pháp đã xác định rõ nguyên tắc của mối quan hệ giữa Thủ tướng với Phó Thủ tướng, đó là nguyên tắc ủy quyền, trong đó người ủy quyền là Thủ tướng, người được ủy quyền là Phó Thủ tướng. Phó Thủ tướng không có nhiệm vụ, quyền hạn riêng; nhiệm vụ, quyền hạn của Phó Thủ tướng được hình thành trên cơ sở ủy quyền (ngôn ngữ của Hiến pháp diễn đạt là phân công) của Thủ tướng. Do vậy, Phó Thủ tướng phải chịu trách nhiệm trước Thủ tướng về việc thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn được ủy quyền, song về nguyên tắc, Thủ tướng phải chịu trách nhiệm cuối cùng về việc thực hiện các nhiệm vụ, quyền hạn đã được uỷ quyền cho Phó Thủ tướng thực hiện. Nói cách khác, quyền hạn của Phó Thủ tướng là quyền hạn của Thủ tướng được Thủ tướng ủy quyền cho Phó Thủ tướng thực hiện. Phó Thủ tướng xử lý công việc là thay mặt Thủ tướng và chịu trách nhiệm trước Thủ tướng. Cần khắc phục một thực tế là một việc phải trình cả Phó Thủ tướng và Thủ tướng để xem xét, quyết định (biến Phó Thủ tướng thành một khâu trung gian).

Cần phải thực hiện triệt để nguyên tắc, việc nào đã được Thủ tướng phân công Phó Thủ tướng xử lý thì Phó Thủ tướng thay mặt Thủ tướng Chính phủ có toàn quyền quyết định và chịu trách nhiệm trực

tiếp, toàn diện về mọi mặt trước pháp luật và trước Thủ tướng. Thủ tướng không xử lý hoặc tham gia xử lý những nhiệm vụ, lĩnh vực công tác, công việc đã phân công cho Phó Thủ tướng.

Vấn đề đặt ra, có nhiệm vụ, quyền hạn nào của Thủ tướng mà Thủ tướng không được phép ủy quyền? Theo quy định nêu trên của Hiến pháp và quy định của Luật tổ chức Chính phủ, không có nhiệm vụ, quyền hạn nào của Thủ tướng bị cấm không được phép ủy quyền cho Phó Thủ tướng. Tuy nhiên, với quy định của Hiến pháp "*Khi Thủ tướng Chính phủ vắng mặt thì một Phó Thủ tướng Chính phủ được Thủ tướng Chính phủ ủy nhiệm thay mặt Thủ tướng Chính phủ lãnh đạo công tác của Chính phủ*", có thể hiểu rằng, quyền lãnh đạo Chính phủ gắn liền với chức danh Thủ tướng, là cốt lõi của thẩm quyền Thủ tướng nên chỉ khi vắng mặt, Thủ tướng mới ủy quyền cho một Phó Thủ tướng thay mặt mình thực hiện để bảo đảm tính liên tục của nền hành chính. Điều này cho thấy có một nguyên tắc, khi không vắng mặt thì Thủ tướng không được ủy quyền việc lãnh đạo Chính phủ cho Phó Thủ tướng. Nhiệm vụ, quyền hạn lãnh đạo công tác của Chính phủ và lãnh đạo việc xây dựng chính sách và tổ chức thi hành pháp luật được quy định tại khoản 1 Điều 98 Hiến pháp năm 2013. Hai loại nhiệm vụ, quyền hạn này cùng với nhiệm vụ, quyền hạn Thủ tướng về phòng, chống quan liêu, tham nhũng, lãng phí đã được cụ thể hóa thành 6 nhiệm vụ, quyền hạn cụ thể tại khoản 1 Điều 28 Luật Tổ chức Chính phủ. Với cách thể hiện của điều luật, khó có thể xác định chính xác các nhiệm vụ, quyền hạn cụ thể của Thủ tướng về lãnh đạo công tác của Chính phủ. Mặc dù vậy, sử dụng nguyên tắc nêu trên, có thể nhận biết được một số quyền hạn lâu nay được mặc định là Thủ tướng không được phép ủy quyền cho Phó Thủ tướng Chính phủ như quyền của Thủ tướng thay mặt Chính phủ ký ban hành các nghị định của Chính phủ, các nghị quyết của Chính phủ.

3.4. Quy định chế độ trách nhiệm đầy đủ, cụ thể, minh bạch trong ủy quyền

Cơ chế chịu trách nhiệm trong ủy quyền là một vấn đề phức tạp, bởi ủy quyền liên quan đến chuyển giao quyền hạn, là sự phân bố lại quyền lực theo hướng phi tập trung - là những mối quan hệ rất phức tạp với nhiều loại chủ thể khác nhau. Do vậy, việc xác định cụ thể, rõ ràng chế độ trách nhiệm của các chủ thể được ủy quyền đòi hỏi phải được xác định rõ ràng, minh bạch. Đó chính là động lực quan trọng bảo đảm cho việc huy động và phát huy, quản lý được các nguồn lực trong quản lý một cách có hiệu lực, hiệu quả. Không có chế độ trách nhiệm cụ thể thì mục tiêu của ủy quyền sẽ không đạt được như mong muốn. Trách nhiệm chính là công cụ kiểm soát đối với ủy quyền.

Hoàn thiện các công cụ hướng dẫn, theo dõi, kiểm tra, giám sát của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ đối với các chủ thể trong việc thực hiện các nhiệm vụ, quyền hạn được ủy quyền là yêu cầu quan trọng để bảo đảm chế độ trách nhiệm đối với cả người ủy quyền và người được ủy quyền.

Một trong những nguyên tắc quan trọng trong ủy quyền là đối tượng được ủy quyền phải có đủ năng lực và các điều kiện để thực hiện được sự ủy quyền; đồng thời bảo đảm ủy quyền không được dẫn đến lạm quyền hoặc không thực hiện được nhiệm vụ, quyền hạn được ủy quyền. Mặt khác, thông qua công cụ theo dõi, kiểm tra, giám sát được thực hiện thường xuyên, Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ có thể kiểm soát được quyền lực được ủy quyền, phòng ngừa sự lạm quyền của người được ủy quyền. Trong ủy quyền, đồng thời với việc chuyển giao nhiệm vụ,

quyền hạn, thì không thể không xác định cụ thể, đầy đủ trách nhiệm của chủ thể được ủy quyền trong quá trình thực hiện ủy quyền về việc thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn được ủy quyền. Đó có thể là trách nhiệm phải định kỳ báo cáo Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ về kết quả thực hiện, thực hiện công khai, minh bạch, là tổng kết, đánh giá... Thông qua đó để chính chủ thể được ủy quyền tự kiểm soát quyền lực, đồng thời các chủ thể khác có liên quan có thể kiểm soát quyền lực đối với người được ủy quyền.

Bộ máy làm việc của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ là Văn phòng Chính phủ cần được tiếp tục đổi mới, tăng cường năng lực để có thể giúp Chính phủ, Thủ tướng trong hướng dẫn, kiểm tra, giám sát việc thực hiện các nhiệm vụ, quyền hạn của Chính phủ, Thủ tướng được ủy quyền cho Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ, Ủy ban nhân dân và Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh và các chủ thể khác.

4. Xác định đúng đắn mối quan hệ giữa Thủ tướng Chính phủ với các Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ

4.1. Đề cao vai trò, trách nhiệm của Bộ trưởng trong việc độc lập quyết định giải quyết các vấn đề thuộc lĩnh vực, ngành mình được phân công phụ trách. Bảo đảm tư cách độc lập, chủ động, tự chịu trách nhiệm toàn diện của Bộ trưởng khi xử lý các vấn đề thuộc thẩm quyền. Thủ tướng có quyền nhắc nhở, phê bình, thậm chí tạm đình chỉ chức vụ hoặc đề nghị cách chức đối với Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ nếu họ thiếu trách nhiệm, không hoàn thành nhiệm vụ hoặc vi phạm pháp luật.

Để phát huy đầy đủ vai trò, trách nhiệm của cả Thủ tướng và của Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ trong quản lý điều hành thì cần phải kiên quyết chấm dứt tình trạng các Bộ trưởng dồn các công việc thuộc thẩm quyền của mình lên cho Thủ tướng giải quyết; đồng thời, cũng cần khắc phục tình trạng có những việc thuộc thẩm quyền và trách nhiệm giải quyết của các Bộ, ngành nhưng Thủ tướng trực tiếp chỉ đạo giải quyết. Yêu cầu này phải trở thành một quan điểm chỉ đạo khi sửa đổi, bổ sung Quy chế làm việc của Chính phủ. Theo hướng này, không nên kế thừa nội dung quy định tại điểm e khoản 2 Điều 5 Quy chế làm việc của Chính phủ; đồng thời có thể khôi phục lại quy định: *"Thủ tướng Chính phủ không xử lý các công việc thuộc thẩm quyền giải quyết của Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ, cơ quan thuộc Chính phủ, Chủ tịch Ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương"* tại Quy chế làm việc của Chính phủ ban hành kèm theo Nghị định số 23/2003/NĐ-CP của Chính phủ.

4.2. Thủ tướng Chính phủ đóng vai trò rất quan trọng trong việc lãnh đạo, điều hành các hoạt động chung của Chính phủ, là nhân tố điều hoà các mục tiêu chung và thúc đẩy toàn bộ hoạt động của Chính phủ và hệ thống hành chính trong việc thực hiện các chức năng, thẩm quyền theo quy định của pháp luật.

Trong mối quan hệ với Bộ trưởng, Thủ tướng tập trung vào việc chỉ đạo, điều phối công việc giữa các Bộ, giải quyết các vấn đề vượt quá thẩm quyền của Bộ trưởng và trực tiếp chỉ đạo xử lý đối với một số công việc lớn, đột xuất, các sự cố nghiêm trọng như thiên tai, dịch bệnh lớn... vượt khỏi tầm giải quyết của một Bộ, ngành, cần thiết phải sử dụng quyền lực của Thủ tướng để tập trung, phối hợp các nguồn lực từ nhiều Bộ, ngành, địa phương mới có thể giải quyết một cách có hiệu quả trong một thời gian nhất định.

Với vai trò và thẩm quyền như vậy, Thủ tướng, Phó Thủ tướng cần làm đầy đủ trách nhiệm trong việc xử lý kịp thời, đúng đắn những việc mà Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ, Thủ trưởng cơ quan thuộc

Chính phủ, Ủy ban nhân dân cấp tỉnh trình xin ý kiến chỉ đạo thuộc thẩm quyền giải quyết của Thủ tướng. Có khó khăn, vướng mắc, không rõ trong chỉ đạo, điều hành thì cấp dưới mới trình xin ý kiến chỉ đạo của Thủ tướng, nhưng nếu Thủ tướng có ý kiến chỉ đạo không rõ hoặc chỉ đạo "thực hiện theo quy định của pháp luật" hoặc lại giao các bộ, ngành liên quan nghiên cứu, trả lời thì càng làm cho cấp dưới lúng túng, khó khăn. Có trường hợp để hàng mấy tháng, thậm chí gần một năm mới họp hoặc họp đi, họp lại để cho ý kiến xử lý dẫn đến những thiệt hại vật chất rất lớn cho Nhà nước và doanh nghiệp, hoặc Phó Thủ tướng không thể giải quyết, tiếp tục đẩy lên Thủ tướng, Thủ tướng phải họp Thường trực Chính phủ nghe lại để xem xét, giải quyết...

4.3. *Cụ thể hóa quy định có tính nguyên tắc của Luật Tổ chức Chính phủ về một số nhiệm vụ, quyền hạn của Thủ tướng liên quan đến vai trò, trách nhiệm của Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ như: vấn đề quan trọng liên ngành, xử lý những vấn đề thiên tai, dịch bệnh, thảm họa vượt quá thẩm quyền xử lý của người đứng đầu bộ, ngành, chính quyền địa phương....*

Đồng thời, quy định rõ trình tự, thủ tục, trách nhiệm, thời gian Thủ tướng cần phải giải quyết. Cùng với đó là quy định về yêu cầu cụ thể trong việc xem xét, quyết định của Thủ tướng, Phó Thủ tướng trực tiếp xử lý, theo hướng ý kiến chỉ đạo xử lý phải bảo đảm kịp thời, cụ thể, rõ ràng, minh bạch, dứt điểm, giải quyết bằng được vấn đề, việc nào xong việc đó, không giao lại cho Bộ, ngành nghiên cứu, báo cáo lại, vòng đi, vòng lại, kéo dài thời gian xử lý. Đây phải là một cách thức làm việc mới của Thủ tướng. Và chính Thủ tướng cũng đã yêu cầu đối với Văn phòng Chính phủ là "*khi làm việc với các bộ, ngành phải thể hiện sự chia sẻ, tháo gỡ khó khăn với tinh thần 3 không: không nói không, không nói khó, không nói có mà không làm*"[9]. Để đáp ứng mục tiêu, yêu cầu của cách thức làm việc này, Văn phòng Chính phủ có vai trò, trách nhiệm rất quan trọng trong việc điều phối, hỗ trợ giúp Thủ tướng, Phó Thủ tướng không chỉ về hồ sơ, tài liệu có liên quan, mà quan trọng hơn là làm việc trực tiếp, cụ thể, kịp thời, liên tục với các bộ, ngành, địa phương, cơ quan, tổ chức liên quan để có đầy đủ cơ sở, đầy đủ thông tin trong việc tham mưu, đề xuất các phương án xử lý vấn đề vướng mắc.

5. Thay lời kết luận

Để thay đổi cách thức làm việc của Chính phủ thì việc sửa đổi, bổ sung Quy chế làm việc của Chính phủ là việc đầu tiên cần thiết phải làm. Tuy nhiên, Văn phòng Chính phủ là một nhân tố quan trọng trong cơ chế làm việc của tập thể Chính phủ, Thủ tướng, nên để bảo đảm đồng bộ và hiệu quả thì không chỉ sửa đổi, bổ sung Quy chế làm việc, mà cần sửa đổi, bổ sung cả chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của Văn phòng Chính phủ. Nhiều vấn đề về chức năng, thẩm quyền và cách thức làm việc của Văn phòng Chính phủ cần được sửa đổi, bổ sung để thích ứng và bảo đảm đồng bộ với cách thức làm việc mới của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ.

Đương nhiên, cách thức làm việc của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ còn bị chi phối, ràng buộc bởi nhiều quy định của các đạo luật hiện hành chưa sửa đổi, bổ sung được ngay. Do vậy, sửa đổi, bổ sung Quy chế làm việc của Chính phủ lần này cũng phải tính đến bước đi phù hợp để bảo đảm tính khả thi và tính hợp pháp, đồng bộ, thống nhất với hệ thống pháp luật hiện hành.■

[9] Phát biểu chỉ đạo của Thủ tướng Phạm Minh Chính tại buổi gặp mặt cán bộ, công chức, viên chức, người lao động Văn phòng Chính phủ ngày 16/4/2021.

BÀN VỀ SỰ SẴN SÀNG CỦA CÁC CHỦ THỂ THAM GIA HOẠT ĐỘNG CẢI CÁCH HÀNH CHÍNH NHÀ NƯỚC

Nguyễn Ngọc Toán*

**ThS. GVC. Phân viện Học viện Hành chính quốc gia tại TP. Hồ Chí Minh*

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Sự sẵn sàng chủ động, cải cách hành chính nhà nước.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 13/04/2021
Biên tập : 12/06/2021
Duyệt bài : 14/06/2021

Tóm tắt:

Sự sẵn sàng tâm lý và chủ động tích cực tham gia cải cách hành chính nhà nước của các chủ thể trong hệ thống chính trị và các chủ thể có liên quan sẽ góp phần quan trọng cho cải cách hành chính nhà nước đạt kết quả tốt đẹp. Trong phạm vi bài viết này, tác giả trình bày, phân tích một số khía cạnh liên quan đến sự sẵn sàng của các chủ thể tham gia cải cách hành chính nhà nước hiện nay và đưa ra các kiến nghị nhằm góp phần khơi dậy sự sẵn sàng của các chủ thể chưa sẵn sàng cải cách hành chính nhà nước.

Article Infomation:

Keywords: Psychological willingness; administrative reform.

Article History:

Received : 13 Apr. 2021
Edited : 12 Jun. 2021
Approved : 14 Jun. 2021

Abstract:

Psychological willingness and active participation by concerned actors of the political system in administrative reform and the related ones may provide a significant contribution to the administrative reform with good achievements. Within the scope of this article, the author provides discussions and analysis of a number of aspects related to the psychological willingness entities participating in the current administrative reform and also provides a number of recommendations so that it is to raise the psychological willingness of those who are non-active actors of administrative reform.

1. Sự sẵn sàng của Đảng và Chính phủ cho cải cách hành chính

Sự sẵn sàng tâm thế và ý chí của Đảng ta trong lãnh đạo cải cách hành chính nhà nước thể hiện rõ nét và phát triển dần qua thời gian.

Về chính trị, lịch sử hiện đại nước Việt Nam cho thấy, mọi hoạt động về chính trị, quản trị công đều đặt dưới sự lãnh đạo của Đảng. Nhà nước thể chế hóa quan điểm, đường lối của Đảng thành pháp luật. Cải cách hành chính được Đảng ta đặc biệt quan tâm kể từ sau đổi mới 1986. Để cải cách hành chính được cam kết lâu dài và hiệu quả, sự chuẩn bị về chính trị và pháp lý một cách vững chắc là rất cần thiết.

Sự chuẩn bị của Đảng ta cho cải cách hành chính là tích cực, nhất quán và xuyên suốt từ khi đổi mới đến nay. Điều này thể hiện trong các quan điểm của Đảng được ghi nhận trong các văn bản chủ yếu như[1]:

- *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XI:* Báo cáo chính trị của Ban Chấp hành Trung ương (BCHTW) tại Đại hội XI

[1] http://caicachhanhchinh.gov.vn/Plus.aspx/vi/News/71/0/101/%20/%20/, truy cập ngày 17/12/2014.

của Đảng; Chiến lược phát triển kinh tế - xã hội 2011-2020; Cương lĩnh xây dựng đất nước trong thời kỳ quá độ lên chủ nghĩa xã hội; Nghị quyết Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XI của Đảng;

- *Nghị quyết số 17-NQ/TW ngày 1/8/2007 Hội nghị lần thứ năm của Ban Chấp hành Trung ương khóa X:* Về đẩy mạnh cải cách hành chính, nâng cao hiệu lực, hiệu quả quản lý của bộ máy nhà nước;

- *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ VI (15-18/12/1986):* Báo cáo chính trị của Ban Chấp hành Trung ương Đảng tại Đại hội Đại biểu toàn quốc lần thứ VI;

- *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ VII (24-27/6/1991):* Báo cáo chính trị của Ban Chấp hành Trung ương Đảng tại Đại hội đại biểu toàn quốc lần thức VII; *Văn kiện Hội nghị đại biểu toàn quốc giữa nhiệm kỳ khóa VII 20-25/1/1994:* Báo cáo chính trị của Ban Chấp hành Trung ương (khóa VII); *Nghị quyết Hội nghị lần thứ 8 Ban Chấp hành Trung ương Đảng (khóa VII) ngày 23/01/1995:* về tiếp tục xây dựng và hoàn thiện Nhà nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam, trọng tâm là cải cách một buớc nền hành chính;

- *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ VIII (28/6 - 1/7/1996):* Báo cáo chính trị của Ban Chấp hành Trung ương Đảng tại Đại hội đại biểu toàn quốc lần thức VIII của Đảng; *Nghị quyết Hội nghị lần thứ 3 Ban Chấp hành Trung ương Đảng (khóa VIII) ngày 18/6/1997:* Nghị quyết về phát huy quyền làm chủ của nhân dân, tiếp tục xây dựng Nhà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam trong sạch, vững mạnh; *Nghị quyết Hội nghị lần thứ 7 Ban Chấp hành Trung ương Đảng (khóa VIII) ngày 16/8/1999:* Nghị quyết về một số vấn đề về tổ chức, bộ máy và tiền lương, trợ cấp xã hội thuộc ngân sách nhà nước;

- *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ IX:* Phát huy sức mạnh toàn dân tộc, tiếp tục đổi mới, đẩy mạnh công nghiệp hoá, hiện đại hóa, xây dựng và bảo vệ Tổ quốc Việt Nam xã hội chủ nghĩa (Báo cáo chính trị của Ban Chấp hành Trung ương Đảng khóa VIII tại Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ IX của Đảng*; Nghị quyết Hội nghị lần thứ 5 Ban Chấp hành Trung ương Đảng (khóa IX), ngày 18/3/2002: Nghị quyết về đổi mới và nâng cao chất lượng hệ thống chính trị ở cơ sở xã, phường, thị trấn.*

Về sự sẵn sàng của Nhà nước mà trung tâm là Chính phủ trong công cuộc cải cách hành chính thể hiện rõ nét nhất về phương diện lập pháp và hành chính.

Về phương diện lập pháp, việc xây dựng hệ thống pháp luật phục vụ cải cách hành chính luôn được quan tâm ở mức độ cao, hầu như các đạo luật được ban hành từ những năm 2000 trở lại đây đều có nội dung hướng đến phục vụ mục tiêu cải cách hành chính nhà nước, chủ yếu thể hiện trong các điều khoản về đơn giản hóa thủ tục giải quyết các công việc quản lý hoặc công khai, minh bạch trong các quy trình hoạt động của Nhà nước…

Về phương diện hành chính, việc chỉ đạo, điều hành của Chính phủ có thể nói là hết sức quy mô và có hệ thống.

Trước đây, chúng ta cũng đã có Chương trình cải cách hành chính giai đoạn 2001 - 2010 đã được triển khai và nay tiếp tục thực hiện chương trình mới theo Nghị quyết số 30c/NQ-CP, ngày 08/11/2011 của Chính phủ ban hành Chương trình tổng thể cải cách hành chính nhà nước giai đoạn 2011 - 2020. Vừa qua, chúng ta đã tổng kết Chương trình cải cách hành chính theo Nghị quyết số 30c/NQ-CP và đang chuẩn

bị tiếp tục ban hành chương trình cải cách hành chính trong giai đoạn mới.

Như vậy, điểm qua các tình tiết trên cho thấy, sự sẵn sàng của Đảng và Nhà nước trong cải cách hành chính nhà nước đã tạo ra sự chuẩn bị về chính trị và pháp lý cho cải cách hành chính ở Việt Nam là tương đối chu đáo và công phu; đặc biệt là sau giai đoạn 2001 - 2010 khi mà chúng ta triển khai chương trình cải cách hành chính nhà nước thứ hai 2011 - 2020.

Sự sẵn sàng của các chủ thể đảm trách các phương diện về chính trị và pháp lý nêu trên kéo theo hệ quả tất yếu là cá nhân, tổ chức và doanh nghiệp trong lòng xã hội cũng như toàn bộ hệ thống chính trị, trung tâm là bộ máy hành chính nhà nước phải chuẩn bị tâm thế sẵn sàng cho cải cách hành chính, phải chuẩn bị về tinh thần và vật lực cho tiến trình cải cách hành chính nhà nước.

2. Các chủ thể đã sẵn sàng và đang nỗ lực cải cách hành chính

Những cơ quan, đơn vị được giao nhiệm vụ trực tiếp và có liên quan đến cải cách hành chính được mô tả trong Nghị quyết số 30c/NQ-CP, ngày 08/11/2011 của Chính phủ ban hành Chương trình tổng thể cải cách hành chính nhà nước giai đoạn 2011 - 2020, đặc biệt là hệ thống các cơ quan thuộc ngành nội vụ và các đơn vị có chức năng nội vụ trong các cơ quan quản lý theo các ngành trong hệ thống hành chính và trong bộ máy nhà nước.

Sự sẵn sàng và sự nỗ lực cải cách hành chính của các cơ quan, đơn vị này thể hiện trong chương trình công tác và các kế hoạch cụ thể, các báo cáo kết quả cải cách hành chính và những đóng góp, thành công nhất định cho công cuộc cải cách hành chính của đất nước ta thời gian qua[2].

Những cán bộ, công chức công tâm vì công vụ và hết lòng vì nhân dân phục vụ. Những chủ thể này, trên từng vị trí công việc họ luôn có ý thức hướng đến sự thuận lợi cho nhân dân khi giao dịch với hệ thống các cơ quan nhà nước; những chủ thể này luôn lấy lợi ích của nhân dân làm 'chuẩn' từ khi soạn thảo các văn bản quy định về quy trình, thủ tục giao dịch cho đến trực tiếp thực hiện, tiếp xúc, tiếp nhận và giải quyết các yêu cầu của nhân dân.

Có thể nói, toàn thể hệ thống các bộ phận hợp thành bộ máy nhà nước ta từ trung ương đến địa phương đều có những chủ thể như vậy và chiếm đa số hiện nay.

Nhìn chung, những chủ thể đã sẵn sàng, luôn sẵn sàng và sẽ tiếp tục sẵn sàng cải cách hành chính nêu trên đã có những đóng góp to lớn vào sự thành công của sự nghiệp cải cách hành chính ở nước ta thời gian qua, góp phần thúc đẩy phát triển kinh tế - xã hội, đem lại sự hài lòng cho nhân dân và sự bình yên cho xã hội. Tuy vậy, vẫn còn không ít những chủ thể chưa thật sự sẵn sàng cho công cuộc cải cách hành chính.

3. Các chủ thể chưa sẵn sàng cải cách hành chính

Nhìn tổng thể, hầu như tất cả các chủ thể trong đời sống chính trị - xã hội đều đã sẵn sàng tham gia cải cách hành chính. Tuy vậy qua quan sát, tác giả cho rằng vẫn còn hai nhóm chủ thể sau chưa thật sự sẵn sàng cho công cuộc cải cách hành chính.

Nhóm thứ nhất: Những chủ thể "thoái hoá biến chất" trong hệ thống chính trị và nhất là trong bộ máy hành chính xem việc thực thi công vụ là cơ hội để tham nhũng, tư lợi.

[2] Xem các Báo cáo kết quả cải cách hành chính cho thấy, sự nhiệt tình và chất lượng của rất nhiều cơ quan, đơn vị và địa phương trong cải cách hành chính, http://caicachhanhchinh.gov.vn.

Những chủ thể này chưa bao giờ sẵn sàng muốn cải cách hành chính thực sự; đối với họ, quy định về quy trình, thủ tục thực thi công vụ càng rắc rối, phức tạp, tù mù thì họ càng thích. Vì rằng, trong tình cảnh như vậy, trong thực thi công vụ, khi quan hệ với khu vực tư nhân hay thuộc cấp trong nội bộ nhà nước, họ có thể "tự tung tự tác" và "vin" vào lý do rằng thủ tục hành chính phức tạp nên cá nhân, tổ chức, doanh nghiệp hay cấp dưới… muốn được giải quyết công việc cho nhanh thì phải "bôi trơn", "chạy chọt", "lót tay"… cho cán bộ, công chức hay cấp trên giải quyết công việc cho mình.

Những chủ thể này dường như có ở mọi cấp hành chính, từ Trung ương đến địa phương, từ chuyên viên cho đến lãnh đạo các đơn vị trong các cơ quan hành chính nhà nước. Trong thi hành công vụ, dường như họ lờ đi những hoạt động cải cách hành chính và thực hiện cho có, chiếu lệ.

Dù số lượng chưa được thống kê chính xác, chỉ được phát hiện qua sự phản ánh của nhân dân, báo chí và gắn với những vụ việc cụ thể đã được "phanh phui", mà hầu như không ngày nào chúng ta không thấy trên các phương tiện truyền thông phản ánh, đưa tin.

Nhóm thứ hai: Những chủ thể là bên thứ 2 trong giao dịch với cơ quan nhà nước có thẩm quyền trong thực thi công vụ như cá nhân, tổ chức, doanh nghiệp hay cấp dưới có sự không minh bạch, thực hiện không đúng các yêu cầu của pháp luật trong giao dịch công để thu lợi bất chính.

Những cá nhân, tổ chức, doanh nghiệp hoặc cấp dưới không đáp ứng các điều kiện để thực hiện các giao dịch công (thậm chí có khi họ không có quyền được thực hiện…), nhưng họ vẫn được đáp ứng và thường là từ những chủ thể thuộc nhóm thứ nhất nêu trên. Những chủ thể này thường có tâm lý giống với nhóm chủ thể thứ nhất vì họ biết rằng nếu theo "chuẩn mực" của pháp luật thì họ sẽ không bao giờ được giải quyết nguyện vọng, yêu cầu như cá nhân, tổ chức khác, nên họ thường không thích công khai, minh bạch giao dịch của họ; họ thích đi "cửa sau" và "len lén giữa khuya" để thực hiện việc bôi trơn, lót tay… nên thường được gọi là "đi đêm" khi giao dịch với cơ quan công quyền (ở đây cần phân biệt với những chủ thể khi giao dịch dù đủ điều kiện theo quy định nhưng vẫn cứ bôi trơn vì nghĩ đơn giản là thấy người ta làm thì cũng làm theo)[3].

Hai nhóm chủ thể chưa sẵn sàng cải cách hành chính nêu trên có quan hệ mật thiết với nhau và có liên quan đến công tác phòng, chống tham nhũng nhất định, chính các chủ thể này làm ảnh hưởng nghiêm trọng và suy giảm hiệu quả của cải cách hành chính nước ta nên cần được nhanh chóng thay đổi mức độ sẵn sàng của họ trong cải cách hành chính. Cũng từ những chủ thể này đã để lại những cảm xúc tiêu cực[4] trong lòng nhân dân về nền hành chính quốc gia và nhiều khi không dễ để chỉ ra sự thiếu thiện chí, thiếu tích cực trong thực thi công vụ và cải cách hành chính.

[3] Một nghiên cứu do World Bank tài trợ ở Việt Nam đã chỉ ra rằng, *có 17% số người được hỏi cho rằng "không đưa tiền thì không xong việc", 41% chỉ vì thấy người khác cũng làm thế*, http://thoibaokinhdoanh.vn/441/news-detail/1188757/dien-dan/mat-tien-con-hon-duong-dau-voi-thu-tuc-rac-roi-.html, truy cập ngày 20/10/2014.

[4] Xem những câu chuyện thực tế: *Tấn công thủ tục hành dân; Cán bộ quan liêu, dân khổ!,* http://www.thanhnien.com.vn/news1/pages/200947/20091116011420.aspx, truy cập ngày 09/4/2021; *Nhập hộ khẩu trễ hạn cho trẻ, thủ tục quá rắc rối*, http://tuoitre.vn/tin/ban-doc/20120907/nhap-ho-khau-tre-han-cho-tre-thu-tuc-qua-rac-roi/510406.html,, truy cập ngày 08/4/2021.

4. Một số kiến nghị nhằm góp phần khơi dậy sự sẵn sàng của chủ thể chưa sẵn sàng cải cách hành chính

Một là, cần kiên nhẫn thay đổi nhận thức, tư duy của các chủ thể chưa sẵn sàng cải cách hành chính về sứ mệnh của nền công vụ.

Vì rằng *"tư tưởng không thông vác bình tông cũng nặng"*; do đó, cần tiếp tục tuyên truyền, tổ chức học tập, đào tạo, bồi dưỡng, giúp đỡ… để nhóm chủ thể thứ nhất học cách thay đổi và cùng với nhóm chủ thể thứ hai thay đổi tư duy về cải cách hành chính và nền công vụ, giao dịch công vụ mà mình đảm nhận giải quyết hoặc tham gia.

Hai là, xử lý nghiêm minh, triệt để hơn nữa các chủ thể vi phạm công vụ.

Chiếu theo chức trách trong Luật cán bộ, công chức và các quy định có liên quan buộc họ phải thực thi những yêu cầu, nhiệm vụ của cải cách hành chính. Thường thì hai nhóm chủ thể nêu trên tận dụng những thiếu sót về quy định thực thi công vụ để cùng nhau có lợi; song xu hướng chung là các chủ thể ấy sẽ bất chấp chuẩn mực của pháp luật trượt dài trên lợi ích bất chính của mình mà không có điểm dừng, nên khi phát hiện chúng ta cần xử lý nghiêm minh để phòng ngừa cho lần sau và cho chủ thể khác.

Ba là, thủ trưởng các cơ quan hành chính nhà nước cần phát huy vai trò của mình là người đứng đầu nhằm phát hiện và phân hoá hai nhóm chủ thể nêu trên để xử lý, theo hướng cán bộ, công chức phải xử lý thật nghiêm minh, thậm chí loại khỏi bộ máy, thay thế những người khác. Mặt khác, cần khước từ, thậm chí loại bỏ ra khỏi các giao dịch công những chủ thể trong khu vực tư nhân có biểu hiện lợi dụng sơ hở của các quy định để trục lợi khi tham gia các giao dịch công.

Bốn là, công khai, minh bạch thường xuyên và thực chất, phổ biến những trường hợp vi phạm trong giao dịch hành chính công, những người có biểu hiện chưa sẵn sàng cải cách hành chính để Nhân dân được biết. Trong các nền hành chính tiên tiến, kinh nghiệm cho thấy, áp lực từ dư luận xã hội là một động cơ thúc đẩy cán bộ, công chức thực hiện đúng chức trách nhiệm vụ và thẩm quyền được trao, nhiều khi có tác dụng mạnh mẽ hơn sự trừng phạt từ phía Nhà nước..

Hình phạt có thể hà khắc nhưng nếu áp dụng và thực thi hình phạt một cách "âm thầm" và "lặng lẽ" thì các đối tượng vi phạm có thể bất chấp để tái phạm và có thể làm giảm tác dụng phòng ngừa, nhưng khi những vi phạm được công khai, có thể họ chùn bước trước dư luận xã hội, đồng nghiệp, gia đình và hàng xóm.

Chúng ta đang tiếp tục trên hành trình gia tăng tốc độ cải cách hành chính nhà nước, chương trình cải cách hành chính mới sắp được ban hành, việc số hóa nền quản trị quốc gia đang bắt đầu, nên có thể nói đây là cơ hội có một không hai để xây dựng thành công chính phủ liêm chính, kiến tạo phát triển. Do vậy, việc nhận diện những ai chưa sẵn sàng và tích cực cho công cuộc cải cách hành chính nước nhà để làm thay đổi, "cải thiện" sự sẵn sàng cải cách hành chính của họ là vấn đề cần quan tâm thường xuyên và thấu đáo.■

ASEAN VÀ VẤN ĐỀ AN NINH MẠNG

Đặng Nhật Duy*

**ThS. Thư ký tòa soạn Tạp chí Đời sống và Pháp luật*

Thông tin bài viết:

Từ khóa: ASEAN; an ninh mạng; tội phạm mạng; chiến tranh mạng; đội ứng cứu khẩn cấp sự cố máy tính; Hiệp định khung e-ASEAN, Đông Nam Á.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 09/9/2021

Biên tập : 18/9/2021

Duyệt bài : 21/9/2021

Tóm tắt:

Trong những năm gần đây, an ninh mạng là vấn đề an ninh phi truyền thống mà các quốc gia thường xuyên phải đối mặt. ASEAN nhận thấy sự cần thiết của việc đảm bảo an ninh mạng khỏi các mối đe dọa phổ biến như sự xâm nhập mạng xuyên quốc gia của các tổ chức tội phạm và khủng bố. Lý do vì không gian mạng không có biên giới lãnh thổ nên việc các quốc gia ban hành chính sách pháp luật đơn lẻ sẽ không thể giải quyết được những vấn đề an ninh mạng phát sinh trong thực tiễn. Chính vì vậy, vai trò của ASEAN là một cộng đồng chung trong việc đảm bảo an toàn trên không gian mạng cần được nâng cao hơn nữa.

Article Infomation:

Keywords: ASEAN; cybersecurity; cybercrime; cyber warfare; computer incident emergency response team; e-ASEAN Framework Agreement, Southeast Asia.*Article History:*

Received : 09 Sep. 2021

Edited : 18 Sep. 2021

Approved : 21 Sep. 2021

Abstract:

In recent years, cybersecurity is a non-traditional security concern that several countries have been frequently facing. The ASEAN recognizes the need to ensure cybersecurity from common threats such as transnational cyber intrusions by criminal and terrorist organizations. Territorial borderless of cyberspace is confirmed as the reason, so the enactment of a single legal policy by countries will not be able to solve the cybersecurity problems arising in practices. Therefore, the role of ASEAN as a common community in ensuring safety in cyberspace needs to be further enhanced.

1. Sự cam kết của ASEAN về vấn đề an ninh mạng

ASEAN bắt đầu thể hiện sự quan tâm của mình đối với vấn đề không gian mạng thông qua Sáng kiến e-ASEAN năm 1999, với trọng tâm là xây dựng cơ sở hạ tầng công nghệ thông tin thông qua việc xúc tiến hoạt động thương mại điện tử, thương mại, đầu tư và nâng cao năng lực. Tại Hội nghị cấp cao ASEAN không chính thức lần thứ IV được tổ chức ở Singapore năm 2000, các quốc gia thành viên ASEAN đã ký kết Hiệp định khung e-ASEAN. Đây là cơ sở pháp lý để đưa sáng kiến đi vào áp dụng thực tiễn một cách có hệ thống[1]. Hiệp định yêu cầu các nước thành viên "thông qua các khuôn khổ pháp lý và luật lệ về thương mại điện tử nhằm tạo dựng lòng tin và sự tin cậy cho người tiêu dùng cũng như tạo thuận lợi cho việc sắp xếp lại các doanh

[1] Được thông qua ngày 24/11/2000 (chưa có hiệu lực do Hiệp định yêu cầu lưu chiểu văn kiện bởi phê chuẩn hoặc chấp nhận bởi tất cả các quốc gia ký kết để có hiệu lực). Ngày 1/9/2018, Campuchia, Lào, Malaysia và Việt Nam chưa phê chuẩn hoặc chấp nhận Hiệp định này.

nghiệp hướng phát triển e-ASEAN"[2]. Tuy nhiên, cùng với sự phát triển không ngừng của cơ sở hạ tầng công nghệ thông tin và sự lệ thuộc vào công nghệ của chính phủ cũng như toàn thể xã hội (mà tiêu biểu có thể kể tới Singapore, Thái Lan và Lào) là những lo ngại về khả năng "dễ bị tổn thương" của chính phủ các nước về vấn đề không gian mạng.

ASEAN vốn được thành lập với mục đích thúc đẩy sự tăng trưởng kinh tế, tiến bộ xã hội và phát triển văn hóa trong khu vực; thúc đẩy hòa bình và ổn định khu vực bằng việc tôn trọng công lý và nguyên tắc luật pháp trong quan hệ giữa các nước trong vùng và tuân thủ các nguyên tắc của Hiến chương Liên hợp quốc. Do đó, ASEAN đã sớm nhận thấy tình trạng "dễ bị tổn thương" của các chính phủ trong không gian mạng. Tuy nhiên, việc công nhận không gian mạng là khu vực chiến tranh thứ năm[3] đã đặt ra những thách thức đối với sự phát triển khu vực của cấu trúc an ninh mạng trong khuôn khổ pháp lý ASEAN. Sử dụng không gian mạng với mục đích thù địch hoặc gây hấn, tiềm ẩn nguy cơ gia tăng căng thẳng địa chính trị vốn đã tồn tại trong khu vực và thậm chí có thể gây ra những cuộc xung đột không có hồi kết. Hiện nay, để bảo vệ an ninh mạng trong nội bộ ASEAN và thông qua quan hệ ngoại giao với các cường quốc khác trên thế giới có ba hoạt động đang được triển khai.

Thứ nhất, phát triển khuôn khổ khu vực chung về nâng cao năng lực bảo vệ an ninh mạng với trọng tâm là thành lập Đội ứng cứu khẩn cấp sự cố máy tính quốc gia (Computer Emergency Response Teams ("CERTs")) như được đưa ra tại Tuyên bố Singapore năm 2003[4]. Văn kiện này thúc đẩy việc chia sẻ kiến thức chuyên môn về không gian mạng, những mối đe doạ trên không gian mạng cũng như những thông tin bị đánh giá là "dễ bị tấn công" nhằm mục đích "hỗ trợ phát triển chính sách an ninh mạng và trao đổi kinh nghiệm thực tiễn về các vấn đề liên quan đến an ninh mạng"[5]. Điều này có ý nghĩa quan trọng với công tác bảo vệ an ninh mạng ở các nước Đông Nam Á (vốn là những nước kém phát triển và có nguy cơ cao bị tấn công mạng) trong việc yêu cầu hợp tác khu vực để nâng cao năng lực kết hợp cùng những phương pháp bảo vệ an ninh mạng khác nhằm giảm thiểu tối đa các "mắt xích yếu kém"[6]. Do khu vực ASEAN có sự phân chia kỹ thuật số rõ ràng nên Chiến lược tổng thể ASEAN ICT năm 2015 đã kêu gọi các nước thiết lập tiêu chuẩn tối thiểu chung cho việc bảo vệ an ninh mạng, thúc đẩy hợp tác CERT cũng như việc chia sẻ kiến thức chuyên môn và kinh nghiệm thực tiễn[7].

[2] Tlđd, khoản 1 Điều 5.

[3] Huma Siddiqui, *Cyberspace: The fifth domain of warfare*, https://www.financialexpress.com/industry/technology/cyberspace-the-fifth-domain-of-warfare/175397/, truy cập ngày 01/9/2021, Pierluigi Paganini, *NATO officially recognizes cyberspace a warfare domain* https://securityaffairs.co/wordpress/48484/cyber-warfare-2/nato-cyberspace-warfare-domain.html, truy cập ngày 01/9/2021.

[4] Singapore Declaration, thông qua tại cuộc họp thứ 3 Bộ trưởng Bộ Thông tin và Truyền thông các nước ASEAN, 19/09/2003.

[5] Joint Media Statement of the Third ASEAN Telecommunications & IT Ministers, Singapore, 19 September 2003, đoạn 4. Xem thêm, ASEAN Economic Community Blueprint, adopted at the 13th ASEAN Summit, Singapore, 20 November 2007, đoạn 51.

[6] Caitríona H. Heinl, *Regional Cyber Security: Moving towards a Resilient ASEAN Cyber Security Regime* (Working Paper No. 263, S Rajaratnam School of International Studies, 9 September 2013) 12, https://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.396.9799&rep=rep1&type=pdf, truy cập ngày 02/9/2021.

[7] ASEAN ICT Masterplan 2015, adopted at the 10th Meeting of ASEAN Telecommunications & IT Ministers, Kuala Lumpur, Malaysia, 13–14 January 2011, Initiative 4.2. Xem thêm, ASEAN ICT Masterplan 2020, adopted at the 15th Meeting of ASEAN Telecommunications & IT Ministers, Da Nang, Vietnam, 27 November 2015, Initiatives 8.1 and 8.2.

Thứ hai, ASEAN đang tìm kiếm phương thức xử lý tình trạng bất ổn an ninh mạng xuất phát từ những đối tượng phi chính phủ cùng với các thách thức an ninh mạng khác trong khu vực thông qua Cộng đồng Chính trị - An ninh ASEAN. Trong đó, chủ đề về chống khủng bố và tội phạm xuyên quốc gia và các vấn đề liên quan đến an ninh mạng luôn được ưu tiên thảo luận tại Diễn đàn khu vực ASEAN (ASEAN Regional Forum - ARF). Từ năm 2004, Diễn đàn khu vực ASEAN thường xuyên tổ chức các toạ đàm và hội thảo về không gian mạng, ứng phó sự cố, nâng cao năng lực và mối nguy đến từ nhân tố máy chủ proxy[8]. Năm 2006, các nước thành viên của Diễn đàn khu vực ASEAN đưa ra Tuyên bố Hợp tác chống lại tấn công mạng và khủng bố lạm dụng không gian mạng[9]. Tuyên bố khuyến khích các nước thành viên nâng cao thể chế trong nước và khu vực để bảo vệ an ninh mạng vì "để cuộc chiến chống tấn công mạng và khủng bố lạm dụng không gian mạng đạt được thành công thì đòi hỏi luật pháp và các hình thức hợp tác khác phải luôn được cập nhật nhanh chóng và hoạt động hiệu quả"[10]. Chính sách này đã được đề cập tại Kế hoạch Hành động Hà Nội để thực hiện Tuyên bố Tầm nhìn của Diễn đàn khu vực ASEAN trong Cuộc họp các quan chức cấp cao tại Diễn đàn này vào tháng 5/2010[11]. Năm 2012, Diễn đàn khu vực ASEAN đưa ra Tuyên bố Hợp tác duy trì an ninh mạng với mục tiêu phát triển kế hoạch làm việc cụ thể.

Thứ ba, ASEAN đã và đang triển khai những diễn đàn tập trung thảo luận về những mối đe doạ và năng lực ứng phó của quân đội để bảo vệ an ninh mạng thông qua các Hội nghị Bộ trưởng Quốc phòng các nước thành viên ASEAN (ASEAN Defence Ministers Meeting - ADMM), các cuộc họp của ASEAN, các cuộc đối thoại với cường quốc ngoài khu vực. Mặc dù nền móng hợp tác bảo vệ an ninh mạng đã được đề ra trong Tuyên bố an ninh mạng của Diễn đàn khu vực ASEAN năm 2006, nhưng Tuyên bố Hợp tác duy trì an ninh mạng năm 2012 lại một lần nữa khẳng định mối quan hệ ngày càng khăng khít giữa không gian mạng và vấn nạn an ninh quốc gia[12]. Tháng 8/2013, tại Hội nghị Bộ trưởng Quốc phòng ASEAN mở rộng (ADMM Plus) lần thứ II, các Bộ trưởng Quốc phòng các nước thành viên ASEAN và 8 đối tác đối thoại chính thức của ASEAN thảo luận về vai trò của Bộ Quốc phòng trong việc giải quyết các vấn đề an ninh phi truyền

[8] Ví dụ: ARF Workshop on Operationalising Confidence Building Measures for Cooperation during Cyber-incident Response, Kuala Lumpur, Malaysia, 2–3 March 2016; ARF Seminar on Operationalizing Cyber CBMs in the ARF, Singapore, 21–22 October 2015; ARF Workshop on Cyber Security Capacity Building, Beijing, PRC, 29–30 July 2015; ARF Workshop on Cyber Confidence Building Measures, Kuala Lumpur, Malaysia, 25–26 March 2014. See also, Co-Chairs' Summary Report of the Thirteenth ASEAN Regional Forum Inter-Sessional Meeting on Counter-Terrorism and Transnational Crime, Nanning, PRC, 14–15 May 2015, section 5.1.3.

[9] ASEAN, *Statement On Cooperation In Fighting Cyber Attack And Terrorist Misuse Of Cyber Space* https://www.mofa.go.jp/region/asia-paci/asean/conference/arf/state0607-3.html, truy cập ngày 02/9/2021.

[10] Tlđd.

[11] Hanoi Plan of Action to Implement the ASEAN Regional Forum Vision Statement, adopted at the 17th ARF Meeting, Hanoi, Vietnam, 20 May 2010, đoạn 2, https://aseanregionalforum.asean.org/wp-content/uploads/2019/01/Hanoi-Plan-of-Action-to-Implement-ARF-Vision-Statement-2010.pdf, truy cập ngày 02/9/2021.

[12] ARF Statement on Cooperation in Ensuring Cyber Security, lời mở đầu đoạn 9 (nhấn mạnh "nhu cầu đối thoại hơn nữa về việc phát triển các biện pháp xây dựng lòng tin và minh bạch khác để giảm nguy cơ nhận thức sai, leo thang và xung đột").

thống, trong đó bao gồm cả vấn đề về an ninh mạng[13]. Tháng 10/2020, Hội nghị Bộ trưởng ASEAN về An ninh mạng lần thứ 5 (AMCC-5) đã thông qua Tuyên bố Chủ tịch AMCC 2020, đồng thời hướng tới xây dựng bộ quy tắc, tiêu chuẩn chung của khu vực[14]. Gần đây nhất, tháng 08/2021, trong khuôn khổ Chương trình nghị sự, Đại hội đồng liên nghị viện Hiệp hội các quốc gia Đông Nam Á lần thứ 42 (AIPA-42) đã thông qua Nghị quyết tăng cường an ninh mạng và bảo vệ dữ liệu hướng tới một không gian mạng tự cường trong ASEAN, và Nghị quyết thúc đẩy an ninh con người trong lĩnh vực kỹ thuật số bao trùm cho ASEAN[15].

2. Pháp luật và chính sách An ninh mạng ở các quốc gia thành viên ASEAN

Theo Tuyên bố Singapore năm 2003, các đội ứng cứu khẩn cấp sự cố máy tính của các quốc gia thành viên ASEAN lần lượt được thành lập, bắt đầu từ năm 2005 và kết thúc vào tháng 02/2012 là Đội ứng cứu khẩn cấp sự cố máy tính quốc gia Lào. Cũng trong năm 2012, Cộng đồng ASEAN đối với an ninh mạng (ASEAN Network Security Action Council) ra đời nhằm thúc đẩy hợp tác giữa các đội ứng cứu khẩn cấp sự cố máy tính quốc gia và xúc tiến hoạt động chia sẻ kiến thức chuyên môn qua những cuộc họp thường niên[16]. Tuyên bố Mactan Cebu được thông qua năm 2012 nhằm tăng cường bảo vệ an ninh mạng bằng việc nâng cao năng lực các đội ứng cứu khẩn cấp sự cố máy tính quốc gia. Cụ thể, qua hoạt động Diễn tập ứng cứu sự cố an ninh mạng (ASEAN CERT Incident Drills - ACID) để nâng cao khả năng "điều tra và phối hợp xử lý sự cố giữa các đội ứng cứu khẩn cấp sự cố máy tính của những quốc gia thành viên ASEAN với các đội đến từ những khu vực khác trên thế giới"[17].

Mặc dù vậy, những nỗ lực nhằm thiết lập khuôn khổ khu vực toàn diện dựa trên các chương trình an ninh mạng cấp quốc gia vẫn tồn tại từng phần riêng và rời rạc cho thấy sự đoàn kết ở cấp khu vực vẫn còn hạn chế[18].

Mặc dù Hiệp định khung e-ASEAN năm 2000 chưa có hiệu lực pháp lý[19] nhưng phần lớn các quốc gia thành viên ASEAN đã ban hành quy định về giao dịch điện tử và tội phạm mạng, đặc biệt trong các quy định liên quan đến phòng, chống và tội phạm hoá hành vi xâm nhập, chặn kết nối, chỉnh sửa và sử dụng trái phép dữ liệu và dịch vụ máy tính[20].

Quốc gia đầu tiên ban hành luật về không gian mạng là Singapore với Luật lạm dụng máy tính và an ninh mạng năm 1993. Văn bản này chính là hình mẫu cho ra đời Luật Tội phạm trên mạng của Malaysia và Luật Lạm dụng máy tính năm 2000 của Brunei. Năm 2000, Philippines đưa ra những quy định

[13] ASEAN Secretariat, *ASEAN Defence Ministers and their Plus Counterparts Reaffirm Commitment for Regional Peace and Security at the 2nd ADMM- Plus*, ASEAN Secretariat News, 3 September 2013, http://asean.org/asean-defence-ministers-and-their-plus-counterparts-reaffirm-commitment-for-regional-peace-and-security-at-the-2nd-admm-plus/, truy cập ngày 02/09/2021.

[14] Anh Minh, *Hội nghị Bộ trưởng ASEAN về An ninh mạng lần thứ 5 (AMCC-5)*, http://bocongan.gov.vn/tintuc/Pages/lists.aspx?Cat=20&ItemID=28915, truy cập ngày 02/09/2021.

[15] *Tú Giang*, *Hợp tác an ninh mạng và bảo vệ dữ liệu trong ASEAN*, https://dangcongsan.vn/thoi-su/hop-tac-an-ninh-mang-va-bao-ve-du-lieu-trong-asean-588950.html, truy cập ngày 02/09/2021.

[16] Caitríona H. Heinl, 'Regional Cyber Security: Moving towards a Resilient ASEAN Cyber Security Regime' (Working Paper No. 263, S Rajaratnam School of International Studies, 9 September 2013), 29.

[17] Mactan Cebu Declaration: 'Connected ASEAN – Enabling Aspirations', thông qua vào Cuộc họp lần thứ 12 các Bộ trưởng Thông tin và truyền thông, Mactan Cebu, Philippines, 15–16 November 2012, đoạn 16.

[18] Heinl, Caitríona H. *Regional Cybersecurity: Moving Toward a Resilient ASEAN Cybersecurity Regime*. Asia Policy, no. 18 (2014): 131-60, http://www.jstor.org/stable/24905282, truy cập ngày 05/09/2021.

[19] ASEAN Legal Instruments, http://agreement.asean.org/search.html?q=e-ASEAN, truy cập ngày 04/09/2021.

[20] Tlđd, ngày 1/9/2018, Campuchia là quốc gia duy nhất không có luật về không gian mạng.

của pháp luật điều chỉnh hoạt động sử dụng công nghệ thông tin cho giao dịch thương mại và phi thương mại[21]. Những quy định này có phần toàn diện hơn so với những văn bản đã ra đời trước đó. Ngay sau đó, Brunei Darussalam, Myanmar, Indonesia, Thái Lan và Lào cũng lần lượt ban hành Luật Giao dịch điện tử[22]. Điển hình là Luật Giao dịch điện tử năm 2004 của Myanmar. Theo đó, Luật quy định việc sử dụng công nghệ thông tin để thực hiện hành vi "gây thiệt hại cho an ninh quốc gia; hoặc vi phạm pháp luật; hoặc gây rối trật tự và an ninh công cộng; hoặc phương hại đến sự đoàn kết dân tộc, nền kinh tế quốc tế hoặc bản sắc văn hoá đất nước" là hành vi cấu thành tội phạm[23]. Quy định này là phần mở rộng của pháp luật điều chỉnh không gian mạng có tính cưỡng chế đang được áp dụng tại Myanmar[24].

Năm 2014, Lào ban hành Nghị định số 327 để mở rộng quyền kiểm soát của Chính phủ trên không gian mạng bằng việc bổ sung những loại tội phạm mới, như tuyên truyền thông tin sai sự thật, xuyên tạc chống đối Nhà nước hay trao thẩm quyền cho các ban ngành liên quan để có thể giám sát hoạt động diễn ra trực tuyến[25]. Campuchia cũng xây dựng dự thảo luật tội phạm mạng hướng đến mục tiêu tăng cường khuôn khổ pháp lý và thể chế trong công tác ứng phó với tất cả các loại tội phạm có liên quan đến hệ thống máy tính[26]. Tuy nhiên, quá trình thông qua dự thảo này phải tạm hoãn bởi sau khi được công bố vào tháng 4/2014 đã gặp phải làn sóng phản ứng của dư luận[27].

Như đã đề cập ở trên, khi hoạch định pháp luật và xây dựng chính sách chống khủng bố, những yếu tố đặc thù như lịch sử, tình hình chính trị và áp lực quốc tế sẽ được ưu tiên xem xét trước những sáng kiến khu vực. Trong những sáng kiến bảo vệ an ninh mạng, ASEAN đã khuyến khích các nước thành viên tự phát triển những công cụ pháp lý, trước hết để giải quyết vấn đề về an ninh của mỗi quốc gia, sau đó trở thành một phần của chương trình an ninh khu vực điều

[21] Act Providing and Use of Electronic Commercial and Non-Commercial Transactions, Penalties for Unlawful Use Thereof, and Other Purposes 2000 (Philippines).

[22] Luật Giao dịch điện tử Brunei năm 2001 (sửa đổi năm 2008); Luật Giao dịch điện tử Thái Lan năm 2001 (sửa đổi năm 2008); Luật Giao dịch điện tử Myanmar năm 2004; Luật Giao dịch và Thông tin điện tử Indonesia năm 2008; Luật Giao dịch điện tử CHND Lào năm 2012.

[23] Điều 33(a) Luật Giao dịch điện tử Myanmar năm 2004 (Myanmar).

[24] Amnesty International, *Myanmar: Amnesty International Submission to the UN Universal Periodic Review* (presented at the 10th session of the Universal Periodic Review Working Group, January 2011) 2, http://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/Documents/Session10/MM/AIAmnestyInternational_eng.pdf, truy cập ngày 04/09/2021

[25] Decree No. 327 on Internet-Based Information Control and Management 2014 (Lao PDR) arts. 9 and 19. For criticisms, see Report of the Working Group on the Universal Periodic Review: Lao People's Democratic Republic, UN Doc A/HRC/29/7 (23 March 2015) đoạn 53, 70, 101; Mong Palatino, 'Laos' Internet Law Undermines Free Speech', *The Diplomat*, 5 November 2014, http://thediplomat.com/2014/11/laos-internet-law-undermines-free-speech/, truy cập ngày 04/09/2021

[26] Mong Palatino, 'Cambodia's "Cyber War" Legislation Targets Online Critics', *The Diplomat,* 27 May 2015, http://thediplomat.com/2015/05/cambodias-cyber-war-legislation-targets-online-critics/, truy cập ngày 04/09/2021; Joshua Wilwohl and Hul Reaksmey, *Cybercrime Law May Silence Critics, NGOs Say*, *The Cambodia Daily,* 10 April 2014, www.cambodiadaily.com/archives/cybercrime-law-may-silence-critics-ngos-say-56288/, truy cập ngày 04/09/2021.

[27] Chris Mueller and Khuon Narim, *Controversial Cybercrime Law "Scrapped"*, The Cambodia Daily, 12 December 2014, www.cambodiadaily.com/news/controversial-cybercrime-law-scrapped-74057/, truy cập ngày 04/09/2021. Sự gia tăng của cuộc tấn công phần mềm độc hại vào hệ thống máy tính đã tạo động lực cho việc soạn thảo một dự luật mới vào năm 2017,: Chea Vannak, *Cybercrime Law on the Way*, Khmer Times, 3 July 2017, www.khmertimeskh.com/news/39866/cybercrime-law-on-the-way/, truy cập này 4/9/2021.

chỉnh hoạt động thương mại điện tử cũng như quy định pháp luật xử lý tội phạm mạng[28]. Tuy nhiên, không phải quốc gia thành viên ASEAN nào cũng có chính sách và chiến lược an ninh mạng chính thức. Nhận thức và thiện chí sẵn sàng bảo vệ an ninh mạng khỏi các mối đe doạ từ bên ngoài của mỗi quốc gia là khác nhau. Brunei nhận thấy "những mối đe doạ với hệ thống thông tin có thể được xếp sau lợi thế cạnh tranh và khả năng rò rỉ thông tin nội bộ, bí mật nhà nước" vì Brunei tin tưởng việc mình tập trung phát triển hàng rào phòng thủ vững chắc cho hệ thống viễn thông có thể hoạt động hiệu quả dù trong bất cứ tình huống khẩn cấp nào[29]. Trong khi đó, Malaysia và Philippines nhận định, an ninh mạng cần được quốc gia bảo vệ chặt chẽ trước mọi nguy cơ đến từ sự cố bất ngờ, tình trạng gián đoạn, hay tấn công khủng bố, khủng bố mạng và chiến tranh trên không gian mạng[30]. Đối với Thái Lan, trọng tâm của pháp luật và chính sách an ninh mạng đã chuyển dịch từ bảo vệ hệ thống thông tin khỏi tội phạm và khủng bố[31] sang hướng bảo vệ an ninh mạng ở tầm cỡ quốc gia dưới chế độ quân sự, bao gồm an ninh quân sự, trật tự xã hội và ổn định kinh tế[32]. Tại buổi khai mạc Tuần lễ an ninh mạng quốc tế, diễn ra vào tháng 10/2016, Singapore đã đề ra Chiến lược an ninh mạng quốc gia. Chiến lược cho thấy lộ trình toàn diện thông qua việc bảo đảm các dịch vụ cần thiết, duy trì mạng lưới Chính phủ an toàn và thiết lập không gian mạng được bảo vệ an ninh mạng chuyên nghiệp dựa trên bốn trụ cột chính: xây dựng một cơ sở hạ tầng có khả năng phục hồi, tạo ra một không gian mạng an toàn hơn, phát triển một hệ sinh thái an ninh mạng sôi động và tăng cường quan hệ đối tác quốc tế. Cùng lúc đó, Singapore cũng phối hợp với các nước ASEAN khác xây dựng lộ trình bảo vệ an ninh mạng khu vực[33]. Đây cũng là lần đầu tiên Singapore đưa ra một chiến lược toàn diện về an ninh mạng. Năm 2020, Singapore đã đưa ra Kế hoạch tổng thể về không gian mạng an toàn hơn 2020, được xây dựng dựa trên trụ cột thứ hai của Chiến lược An ninh mạng Singapore năm 2016 và vạch ra một kế hoạch hướng tới việc tạo ra một không gian mạng an toàn hơn và bảo mật hơn ở Singapore[34]. Kế hoạch tổng thể này nhằm mục đích nâng cao mức độ chung về an ninh mạng ở Singapore, cho người dùng cá nhân, cộng đồng, doanh nghiệp và tổ chức.

3. Vai trò của ASEAN trong chiến tranh mạng

Đối với vấn đề hiệp định khu vực về an ninh mạng, khi có thêm sự tham gia của những cường quốc trên thế giới thì sẽ có lợi cho toàn bộ khu vực. Bởi lẽ, ASEAN luôn đứng ở vị trí trung lập nên ASEAN có thể dễ dàng làm dịu căng thẳng giữa các thế lực đang đối chọi gay gắt. Trên thực tế, lợi ích về mặt chính trị mà các nước thành viên ASEAN

[28] ASEAN Declaration to Prevent and Combat Cybercrime, được thông qua vào Hội nghị ASEAN lần thứ 31, Manila, Philippines, 13 November 2017, đoạn 1 (thừa nhận tầm quan trọng của việc hài hòa các luật liên quan đến tội phạm mạng và bằng chứng điện tử).

[29] Defence White Paper 2011: Defending the Nation's Sovereignty, Expanding Roles in Wider Horizons (Brunei Darussalam, 2011) 7, 16, 36.

[30] Chính sách an ninh mạng quốc gia Malaysia năm 2006; Kế hoạch an ninh mạng quốc gia Philippines năm 2004 1–2.

[31] Second Thailand Information and Communication Technology (ICT) Master Plan 2009–2013 (Thailand, 2009) 25.

[32] Luật Tội phạm mạng năm 2007 (sửa đổi năm 2017) (Thailand) ss. 12 and 14(2); Dự luật An ninh mạng quốc gia Thái Lan 2015 ss. 3 and 5.

[33] Chiến lược an ninh mạng của Singapore năm 2016, https://www.itu.int/en/ITU-D/Cybersecurity/Documents/National_Strategies_Repository/singapore_2016_cybersecuritystrategy.pdf, truy cập ngày 04/09/2021.

[34] Singapore's Safer Cyberspace Masterplan 2020, https://www.csa.gov.sg/news/publications/safer-cyberspace-masterplan, truy cập ngày 04/09/2021, tr.6.

đạt được trong các thoả thuận quốc tế về không gian mạng thường ít hơn so với lợi ích các nước được nhận từ các vụ kiện mà họ là nguyên đơn (như vụ tranh chấp biển Đông). Tuy nhiên, như đã đề cập, do những vấn đề xuất phát từ nguyên nhân nội tại, các nước thành viên ASEAN chưa sẵn sàng đối mặt với các mối đe doạ an ninh thách thức đến cộng đồng đa quốc gia trên không gian mạng.

Vì không có một thoả thuận khu vực cụ thể, nên bất cứ hành động sử dụng không gian mạng với mục đích quân sự ở trong nội bộ ASEAN hay chống lại ASEAN đều được coi là vi phạm các quy định chung của luật pháp quốc tế, cụ thể là quy định liên quan đến trách nhiệm quốc gia, sử dụng vũ lực và luật nhân đạo quốc tế[35]. Câu hỏi được đặt ra là: Khi các quốc gia có đủ khả năng sử dụng không gian mạng vì mục đích quân sự thì ASEAN sẽ áp dụng những biện pháp nào để đảm bảo các nguyên tắc của Cộng đồng vẫn được tôn trọng và tuân thủ? Do ASEAN có nguyên tắc tôn trọng chủ quyền của các quốc gia thành viên được quyết định vận mệnh của mình mà không có sự can thiệp, lật đổ và áp đặt từ bên ngoài[36] nên với bản chất xâm nhập và phá huỷ, việc sử dụng không gian mạng có khả năng sẽ vi phạm nguyên tắc này.

Khi cơ sở hạ tầng công nghệ thông tin ngày càng phát triển và xã hội kết nối với nhau qua mạng thường xuyên hơn, ASEAN và các nước thành viên sẽ nhận thấy mình dễ dàng trở thành nạn nhân của các vụ tấn công mạng bí mật[37]. Trong một số trường hợp, sau khi những vụ tấn công được điều tra và xem xét dưới góc nhìn địa chính trị, quốc gia là nạn nhân của vụ tấn công lại đưa ra đánh giá sai lầm về tình hình và có phản ứng gay gắt với quốc gia bị tình nghi là chủ mưu khiến cho quan hệ các nước đó leo thang căng thẳng.

Nguy cơ này đã được nêu ra trong Tuyên bố Hợp tác duy trì an ninh mạng năm 2012 của Diễn đàn khu vực ASEAN. Tuyên bố này kêu gọi những nước thành viên ASEAN nhận thức tính thiết yếu của "việc xây dựng lòng tin và sử dụng các phương pháp minh bạch" trong việc "giảm thiểu nguy cơ nhận thức sai lệch, căng thẳng leo thang và xung đột" [38]. Tuyên bố cho thấy, nếu các nước ASEAN gác lại sự khác biệt về lợi ích chính trị, cân nhắc chiến lược và tính bất định của không gian mạng, xây dựng lòng tin và sử dụng các phương pháp minh bạch hiệu quả thì có thể bảo vệ cơ sở hạ tầng công nghệ thông tin ở trong nội bộ các nước thành viên ASEAN.

Vì ASEAN là một tổ chức hợp tác nhằm thúc đẩy hòa bình và ổn định khu vực, không phải là tổ chức được thành lập để giải quyết tranh chấp giữa các quốc gia, xung đột khu vực với những cường quốc trên thế giới[39]. Hãy để ASEAN thực thi thẩm quyền của mình trong việc phát triển lộ trình pháp lý, đặc biệt là ở mảng dẫn độ và điều tra tội phạm, như ASEAN đã từng làm trước đây với tội phạm khủng bố và tội phạm buôn bán người trái phép[40]. Điều này phù hợp với các nguyên tắc an ninh toàn diện, trách nhiệm tập thể của ASEAN và hướng tới an ninh khu vực. Khi thực hiện được như vậy, chắc chắn mang lại nhiều lợi ích hơn so với việc khuyến khích các quốc gia đơn phương triển khai phương án bảo vệ an ninh mạng.■

[35] Michael N. Schmitt (ed.) *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations* Cambridge: Cambridge University Press, 2017, Chương 4, 14 và 16–20.

[36] Charter of the Association of Southeast Asian Nations, adopted 20 November 2007, 2624 UNTS 223 (entered into force 15 December 2008) Điều 2(f).

[37] Về tính hợp pháp của gián điệp mạng, Michael N. Schmitt (ed.) *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations* Cambridge: Cambridge University Press, 2017, tr.168–74.

[38] ARF Tuyên bố về hợp tác đảm bảo an ninh mạng, Lời nói đầu đoạn 9.

[39] Hitoshi Nasu, Rob McLaughlin, Donald R. Rothwell, See Seng Tan, *The Legal Authority of ASEAN as a Security Institution*, Introduction, tr.1 -13.

[40] Tlđd, Chương 3.2 và Chương 6.2.

MỘT SỐ VẤN ĐỀ LIÊN QUAN ĐẾN CHỦ THỂ LÀ TỔ CHỨC KHÔNG CÓ TƯ CÁCH PHÁP NHÂN

Trương Nhật Quang*

**LS. Công ty luật TNHH YKVN*

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Tổ chức không có tư cách pháp nhân; năng lực chủ thể; thẩm quyền đại diện; trách nhiệm của các bên tham gia giao dịch; tư cách tham gia tố tụng; Bộ luật Dân sự năm 2015; Bộ luật Dân sự năm 2005, Bộ luật Dân sự năm 1995, Luật Thương mại năm 2005

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 11/7/2021

Biên tập : 16/8/2021

Duyệt bài : 18/8/2021

Tóm tắt:

Trong phạm vi bài viết này, tác giả trình bày, phân tích các quy định và thực tiễn về chủ thể là tổ chức không có tư cách pháp nhân dưới bốn góc độ là (i) năng lực chủ thể, (ii) thẩm quyền đại diện, (iii) trách nhiệm của các bên tham gia giao dịch và (iv) tư cách tham gia tố tụng.

Article Infomation:

Keywords: Entities without legal personality; capcacity; authority; liability towards third parties; standing in legal proceedings; Civil Code of 2015; Civil Code of 2005; Civil Code of 1995; Law *on Commerce of 2005.*

Article History:

Received : 11 Jul. 2021

Edited : 16 Aug. 2021

Approved : 18 Aug. 2021

Abstract:

Within the scope of this article, the author provides discussions and analysis of the regulations and practices on the subject being an entity without legal personality under four aspects, namely (i) capacity, (ii) authority, (iii) liability towards to third parties và (iv) standing in legal proceedings.

1. Quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015 về hộ gia đình và tổ hợp tác

Hộ gia đình[1] và tổ hợp tác[2] là các ví dụ điển hình về tổ chức không có tư cách pháp

[1] Nếu khái quát hoá thì có thể hiểu hộ gia đình (i) là những người có quan hệ hôn nhân, huyết thống hoặc nuôi dưỡng, (ii) đang sống chung trong gia đình và (iii) có tài sản chung. Hộ gia đình không được định nghĩa tại BLDS năm 2015 nhưng được quy định ở Điều 106 BLDS năm 2005 và khoản 29 Điều 3 Luật Đất đai năm 2013.

[2] Theo khoản 1 Điều 3 của Nghị định số 77/2019/NĐ-CP ngày 10/10/2019 của Chính phủ về tổ hợp tác, tổ hợp tác là "tổ chức không có tư cách pháp nhân, được hình thành trên cơ sở hợp đồng hợp tác, gồm từ 02 cá nhân, pháp nhân trở lên tự nguyện thành lập, cùng đóng góp tài sản, công sức để thực hiện những công việc nhất định, cùng hưởng lợi và cùng chịu trách nhiệm".

nhân trong quan hệ dân sự. Theo Báo cáo của Ủy ban Thường vụ Quốc hội (UBTVQH) về Dự thảo Bộ luật Dân sự năm 2015 (BLDS năm 2015), Dự thảo BLDS năm 2015 "xác định rõ chủ thể của quan hệ pháp luật dân sự bao gồm cá nhân và pháp nhân" và trong trường hợp "hộ gia đình, tổ hợp tác, tổ chức khác không có tư cách pháp nhân tham gia quan hệ dân sự thì các thành viên của hộ gia đình, tổ hợp tác, tổ chức khác không có tư cách pháp nhân là chủ thể tham gia xác lập, thực hiện giao dịch dân sự hoặc ủy quyền cho người đại diện tham gia xác lập, thực hiện giao dịch dân sự".

Cơ sở của cách tiếp cận này là chủ thể cần được xem xét dưới góc độ năng lực chủ thể (kể cả quyền giao kết và thực hiện hợp đồng), quyền kiện và bị kiện, và trách nhiệm với bên thứ ba. Khi lấy ý kiến các đại biểu Quốc hội, chuyên gia và nhà khoa học, đa số ý kiến cho rằng: "chủ thể của quan hệ pháp luật dân sự theo quy định của luật phải có đầy đủ quyền, nghĩa vụ chủ thể, phải chịu trách nhiệm về việc tham gia quan hệ dân sự của mình, vì vậy, chỉ có cá nhân và pháp nhân là chủ thể của quan hệ pháp luật dân sự". Ngoài ra, theo tổng kết thi hành BLDS 2005, "sự tham gia của hộ gia đình, tổ hợp tác trong quan hệ dân sự thường được thực hiện thông qua các thành viên cụ thể"[3]. Nếu xem xét Báo cáo của UBTVQH, điều tương đối rõ ràng về ý định của nhà làm luật là hộ gia đình và tổ hợp tác không phải là chủ thể của BLDS năm 2015.

1.2. Văn phòng đại diện, chi nhánh, doanh nghiệp tư nhân và quỹ đầu tư

Mặc dù chủ yếu hướng tới đối tượng là hộ gia đình và tổ hợp tác, các quy định mới tại Chương VI của BLDS năm 2015 không chỉ giới hạn ở hộ gia đình và tổ hợp tác mà còn áp dụng với các tổ chức không có tư cách pháp nhân nói chung. Việc áp dụng các quy định mới trong bối cảnh hộ gia đình và tổ hợp tác dường như không tạo ra vấn đề lớn. Tuy nhiên, việc áp dụng các quy định này trong các giao dịch thương mại của các tổ chức khác không có tư cách pháp nhân có những điểm bất hợp lý, gây ra xáo động trên thị trường.

Các loại hợp đồng thương mại thông dụng thường gặp trên thực tế bao gồm hợp đồng mở tài khoản, hợp đồng vay, hợp đồng bảo đảm hoặc hợp đồng mua bán cổ phần. Khi các hợp đồng này được giao kết bởi một tổ chức không có tư cách pháp nhân như văn phòng đại diện, chi nhánh, doanh nghiệp tư nhân hoặc quỹ đầu tư không có tư cách pháp nhân, các hợp đồng này sẽ được điều chỉnh bởi các quy định mới trên. Trên thực tế, văn phòng đại diện thường xuyên mở tài khoản ngân hàng; chi nhánh ngân hàng và doanh nghiệp tư nhân tham gia vào các giao dịch cho vay và bảo đảm; và quỹ đầu tư không có tư cách pháp nhân là nhà đầu tư trong các giao dịch mua bán cổ phần.

Bốn loại tổ chức không có tư cách pháp nhân kể trên có thể được chia làm hai nhóm là (i) văn phòng đại diện và chi nhánh; và (ii) doanh nghiệp tư nhân và quỹ đầu tư không có tư cách pháp nhân. Văn phòng đại diện và chi nhánh được coi là một bộ phận của pháp nhân và pháp nhân "có quyền, nghĩa vụ dân sự phát sinh từ giao dịch dân sự do chi nhánh, văn phòng đại diện xác lập, thực hiện"[4]. Nói cách khác, văn phòng đại diện và chi nhánh giao kết và thực hiện giao dịch dân sự thay mặt cho pháp nhân. Ở một khía cạnh khác, bản thân doanh nghiệp tư nhân[5] và quỹ

[3] Báo cáo số 1002/BC-UBTVQH13 của UBTVQH gửi đại biểu Quốc hội giải trình Dự thảo BLDS năm 2015 ngày 22 tháng 11 năm 2015, Mục 1.

[4] Khoản 6 Điều 84 BLDS năm 2015.

[5] Doanh nghiệp tư nhân không có tư cách pháp nhân và theo khoản 1 Điều 188 Luật Doanh nghiệp năm 2020, thì doanh nghiệp tư nhân là "doanh nghiệp do một cá nhân làm chủ và tự chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình về mọi hoạt động của doanh nghiệp".

đầu tư[6] là các chủ thể được quy định riêng theo pháp luật chuyên ngành và có thể tham gia giao dịch theo pháp luật chuyên ngành. Doanh nghiệp tư nhân và quỹ đầu tư không phải là một bộ phận của pháp nhân và là một chủ thể độc lập.

1.3. Pháp luật chuyên ngành và thực tiễn áp dụng

Ngoài các quy định tại BLDS năm 2015, pháp luật chuyên ngành cũng có các quy định về chủ thể và các quy định này chấp nhận các cách tiếp cận khác nhau về chủ thể là tổ chức không có tư cách pháp nhân. Cách tiếp cận chủ thể chỉ bao gồm pháp nhân đã được áp dụng trong luật chuyên ngành trước khi BLDS năm 2015 ra đời. Ví dụ, Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định tổ chức không có tư cách pháp nhân không có quyền thành lập và quản lý doanh nghiệp và chỉ có pháp nhân mới có quyền này[7]. Ở chiều ngược lại, ngay cả sau khi BLDS năm 2015 ra đời, cũng có luật chuyên ngành vẫn tiếp tục quy định chủ thể bao gồm pháp nhân và tổ chức không có tư cách pháp nhân. Ví dụ, theo Luật Đầu tư năm 2020, nhà đầu tư có thể là cá nhân và tổ chức và không loại trừ nhà đầu tư là tổ chức không có tư cách pháp nhân[8].

Thực tiễn áp dụng pháp luật cũng không rõ ràng. Đối với tranh chấp liên quan đến văn phòng đại diện, chi nhánh và doanh nghiệp tư nhân, các tòa án cũng có cách tiếp cận không đồng nhất cả trước và sau khi BLDS năm 2015 ra đời. Trong một số trường hợp, các tòa án chỉ chấp nhận doanh nghiệp có văn phòng đại diện hoặc chi nhánh và chủ doanh nghiệp tư nhân làm nguyên đơn và bị đơn. Trong một số trường hợp khác, các tòa án chấp nhận chính văn phòng đại diện hoặc chi nhánh và doanh nghiệp tư nhân làm nguyên đơn và bị đơn[9].

Như vậy, có thể thấy vẫn có sự giao thoa và không rõ ràng giữa các cách tiếp cận khác nhau về chủ thể là pháp nhân và tổ chức không có tư cách pháp nhân cả từ góc độ lý thuyết và thực tiễn trước và sau khi BLDS năm 2015 ra đời. Tại thời điểm hiện nay, các khía cạnh chủ yếu cần xem xét liên quan đến chủ thể là tổ chức không có tư cách pháp nhân bao gồm: (i) năng lực chủ thể, (ii) thẩm quyền đại diện, (iii) trách nhiệm của các bên tham gia giao dịch và (iv) tư cách tham gia tố tụng.

2. Năng lực chủ thể

Sự thay đổi về cách tiếp cận đối với tổ chức không có tư cách pháp nhân được quy định tại Điều 101 BLDS năm 2015 có tiêu đề "Chủ thể trong quan hệ dân sự có sự tham gia của hộ gia đình, tổ hợp tác, tổ chức khác không có tư cách pháp nhân". Liên quan đến năng lực chủ thể, Điều 101 quy định:

"1. Trường hợp hộ gia đình, tổ hợp tác, tổ chức khác không có tư cách pháp nhân tham gia quan hệ dân sự thì các thành viên của hộ gia đình, tổ hợp tác, tổ chức khác không có tư cách pháp nhân là chủ thể tham gia xác lập, thực hiện giao dịch dân sự hoặc ủy quyền cho người đại diện tham gia xác lập, thực hiện giao dịch dân sự. Việc ủy quyền phải được lập thành văn bản, trừ trường hợp có thỏa thuận khác. Khi có sự thay đổi người đại diện thì phải thông báo cho bên tham gia quan hệ dân sự biết.

[6] Pháp luật Việt Nam nói chung không quy định cụ thể về quỹ đầu tư. Đã có quy định cho thấy có những loại quỹ đầu tư thành lập ở Việt Nam không có tư cách pháp nhân (ví dụ, Thông tư số 99/2020/TT-BTC ngày 16 tháng 11 năm 2020 của Bộ trưởng Bộ Tài chính hướng dẫn hoạt động của công ty quản lý quỹ đầu tư chứng khoán, Phụ lục VI).

[7] Khoản 2(đ) Điều 18 Luật Doanh nghiệp năm 2014. Khoản 2(đ) Điều 17 Luật Doanh nghiệp năm 2020 tiếp tục quy định như vậy.

[8] Khoản 18 Điều 3 Luật Đầu tư năm 2020.

[9] Hướng dẫn số 29/HD-VKSTC ngày 25 tháng 9 năm 2020 của VKSNDTC về một số nội dung trong công tác kiểm sát việc giải quyết các vụ án kinh doanh, thương mại, Mục 5.

Trường hợp thành viên của hộ gia đình, tổ hợp tác, tổ chức khác không có tư cách pháp nhân tham gia quan hệ dân sự không được các thành viên khác ủy quyền làm người đại diện thì thành viên đó là chủ thể của quan hệ dân sự do mình xác lập, thực hiện.

2. Việc xác định chủ thể của quan hệ dân sự có sự tham gia của hộ gia đình sử dụng đất được thực hiện theo quy định của Luật Đất đai".

Như trình bày ở trên, nếu xem xét Báo cáo của UBTVQH, điều tương đối rõ ràng về ý định của nhà làm luật là hộ gia đình và tổ hợp tác không phải là chủ thể của BLDS năm 2015. Tuy nhiên, nếu áp dụng cách tiếp cận này vào các tổ chức không có tư cách pháp nhân khác như văn phòng đại diện, chi nhánh, doanh nghiệp tư nhân và quỹ đầu tư không có tư cách pháp nhân thì có những điểm bất hợp lý.

2.1. Thông tư số 32/2016/TT-NHNN

Vấn đề phát sinh từ Điều 101 BLDS năm 2015 đã gây sự lúng túng giữa Bộ Tư pháp (BTP) và Ngân hàng Nhà nước (NHNN) liên quan đến Thông tư số 32/2016/TT-NHNN (Thông tư số 32) do NHNN ban hành quy định các đối tượng được mở và sử dụng tài khoản thanh toán tại ngân hàng và các đối tượng này không bao gồm tổ chức không có tư cách pháp nhân[10]. Dựa trên cách hiểu tổ chức không có tư cách pháp nhân không có năng lực chủ thể, Thông tư số 32 coi việc mở và sử dụng tài khoản ngân hàng là một giao dịch dân sự và theo đó, tổ chức không có tư cách pháp nhân không được mở và sử dụng tài khoản ngân hàng. Việc mở và sử dụng tài khoản ngân hàng phải được thực hiện bởi thành viên của tổ chức không có tư cách pháp nhân. Ví dụ theo quy định trên, văn phòng đại diện và doanh nghiệp tư nhân không được phép mở tài khoản tại ngân hàng.

Khi xem xét tính pháp lý của Thông tư số 32, BTP cho rằng, quy định của NHNN đã hạn chế quyền của các tổ chức không có tư cách pháp nhân và trái với Hiến pháp năm 2013[11]. BTP cũng cho rằng, BLDS năm 2015 không nên được giải thích là hạn chế chủ thể của quan hệ dân sự ở cá nhân và pháp nhân và tổ chức không có tư cách pháp nhân vẫn có tư cách chủ thể[12]. BTP dường như có cách tiếp cận thực tế để xử lý tình huống phát sinh, tránh gây xáo động trong hoạt động tài khoản của tổ chức không có tư cách pháp nhân. Thông tư số 32 sau đó đã được bãi bỏ và thay thế bởi Thông tư số 02/2019/TT-NHNN của NHNN ngày 28 tháng 2 năm 2019 hướng dẫn việc mở và sử dụng tài khoản thanh toán tại tổ chức cung ứng dịch vụ thanh toán, hiệu lực từ ngày 1 tháng 3 năm 2019. Theo Thông tư mới này, các tổ chức không có tư cách pháp nhân được mở tài khoản thanh toán và tham gia xác lập và thực hiện các giao dịch liên quan đến tài khoản đó[13].

Mặc dù NHNN chấp nhận tổ chức không có tư cách pháp nhân có thể mở tài khoản,

[10] Điều 11 Thông tư số 32/2016/TT-NHNN ngày 26 tháng 12 năm 2016 của NHNN về sửa đổi, bổ sung một số điều của Thông tư số 23/2014/TT-NHNN ngày 19 tháng 8 năm 2014 của NHNN hướng dẫn việc mở và sử dụng tài khoản thanh toán tại tổ chức cung ứng dịch vụ thanh toán, hiệu lực từ ngày 1 tháng 3 năm 2017.

[11] Khoản 2 Điều 14 Hiến pháp năm 2013. Theo Hiến pháp năm 2013, quyền công dân chỉ có thể bị hạn chế bởi luật và không thể bị hạn chế bởi văn bản dưới luật như một thông tư của NHNN. Dường như BTP áp dụng nguyên tắc trên đối với tổ chức không phải pháp nhân trên cơ sở tương tự.

[12] Kết luận kiểm tra số 05/KL-KTrVB của Cục Kiểm tra Văn bản quy phạm pháp luật của BTP về Thông tư số 32/2016/TT-NHNN ngày 16 tháng 12 năm 2016 sửa đổi, bổ sung một số điều của Thông tư số 23/2014/TT-NHNN ngày 19 tháng 8 năm 2014 của NHNN hướng dẫn việc mở và sử dụng tài khoản thanh toán tại tổ chức cung ứng dịch vụ thanh toán.

[13] *Xem* Trương Nhật Quang (2020), *Pháp luật về hợp đồng – Các vấn đề pháp lý cơ bản*, Nxb. Dân Trí, từ tr. 41 đến tr. 44.

NHNN chỉ cho phép cá nhân và pháp nhân là bên vay trong quan hệ tín dụng với ngân hàng. Tổ chức không có tư cách pháp nhân không thể là bên vay[14], tức là tại thời điểm hiện nay, NHNN có cách tiếp cận khác nhau đối với chủ thể trong quan hệ mở tài khoản và quan hệ cho vay.

2.2. Hai cách hiểu Điều 101 BLDS năm 2015

Vấn đề phát sinh từ Thông tư số 32 liên quan đến việc mở tài khoản và cách hiểu của BTP đã đặt lại câu hỏi về năng lực chủ thể theo quy định tại Điều 101 BLDS năm 2015 và sự không rõ ràng trong các quy định của BLDS năm 2015. Khi vấn đề phát sinh, có hai luồng ý kiến về cách hiểu quy định Điều 101 BLDS năm 2015.

Theo luồng ý kiến thứ nhất, Điều 101 BLDS năm 2015 quy định tổ chức không có tư cách pháp nhân không được tự mình giao kết và thực hiện hợp đồng, mà chủ thể giao kết và thực hiện hợp đồng phải là các thành viên của tổ chức không có tư cách pháp nhân đó. Nói cách khác, tổ chức không có tư cách pháp nhân không có năng lực chủ thể. Nếu theo logic này thì các thành viên phải là cá nhân hoặc pháp nhân. Trong trường hợp thành viên của tổ chức không có tư cách pháp nhân, về logic, Điều 101 BLDS năm 2015 sẽ tiếp tục áp dụng và thành viên đó không thể là chủ thể giao kết và thực hiện hợp đồng, mà phải hành động thông qua các thành viên là cá nhân hoặc pháp nhân của thành viên đó. Trong trường hợp này, các thành viên của tổ chức không có tư cách pháp nhân giao kết và thực hiện hợp đồng với tư cách của bản thân mình mà không đại diện hoặc nhân danh cho tổ chức không có tư cách pháp nhân mà họ là thành viên. Ủng hộ quan điểm này, PGS,TS. Nguyễn Ngọc Điện cho rằng, tổ chức không có tư cách pháp nhân không có tư cách chủ thể và đây là quan điểm "tương đồng với luật của các nước và hoàn toàn phù hợp với thông lệ quốc tế"[15].

Theo luồng ý kiến thứ hai, bản thân Điều 101 BLDS năm 2015 vẫn quy định "trường hợp hộ gia đình, tổ hợp tác, tổ chức khác không có tư cách pháp nhân tham gia quan hệ dân sự", ngầm hiểu là tổ chức không có tư cách pháp nhân có tư cách chủ thể tham gia quan hệ dân sự. Như phân tích dưới đây, Điều 103 BLDS năm 2015 cũng quy định về tài sản chung của tổ chức không có tư cách pháp nhân khi xác định "nghĩa vụ dân sự phát sinh từ việc tham gia quan hệ dân sự của hộ gia đình, tổ hợp tác, tổ chức khác không có tư cách pháp nhân". Trong trường hợp tài sản chung không đủ thực hiện nghĩa vụ thì các thành viên tổ chức liên đới chịu trách nhiệm bằng tài sản riêng của mình. Cách quy định trên cho thấy, tổ chức không có tư cách pháp nhân vẫn có năng lực chủ thể và các thành viên giao kết và thực hiện hợp đồng với tư cách đại diện hoặc nhân danh cho tổ chức không có tư cách pháp nhân mà họ là thành viên.

2.3. Cách hiểu phù hợp

Hiện nay, cách hiểu nào trong hai cách hiểu trên là cách hiểu đúng vẫn chưa hoàn toàn rõ ràng. BTP ủng hộ cách hiểu thứ hai và đây được cho là cơ sở áp dụng cách hiểu thứ hai. NHNN cũng chấp nhận quan điểm này đối với vấn đề mở tài khoản, nhưng vẫn giữ nguyên quan điểm giới hạn chủ thể ở pháp nhân trong giao dịch cho vay.

Nếu chỉ đọc riêng câu chữ của Điều 1 và Điều 101 BLDS năm 2015, có lẽ cách hiểu thứ nhất phù hợp hơn với ý định trong

[14] Khoản 3(a) Điều 2 Thông tư số 39/2016/TT-NHNN của NHNN ngày 30 tháng 12 năm 2016 quy định về hoạt động cho vay của tổ chức tín dụng chi nhánh ngân hàng nước ngoài đối với khách hàng, hiệu lực từ ngày 15 tháng 3 năm 2017.

[15] Nguyễn Ngọc Điện, "*Chủ thể theo BLDS năm 2015 – giải pháp của sự hội nhập*", Thời báo Kinh tế Sài Gòn, truy cập ngày 20 tháng 6 năm 2020.

Báo cáo của UBTVQH khi trình Dự thảo BLDS năm 2015. Tuy nhiên, cách quy định trong BLDS năm 2015 không rõ ràng và gây ra tranh cãi. Quan trọng hơn là đứng từ góc độ thực tiễn, cho đến khi vấn đề trên được UBTVQH hoặc TANDTC giải thích rõ ràng thì rủi ro áp dụng cách hiểu thứ nhất, đặc biệt là bởi các cơ quan xét xử, không thể bị loại trừ. BTP không có chức năng giải thích BLDS năm 2015 mặc dù BTP là cơ quan chủ trì soạn thảo BLDS năm 2015. Đây là một rủi ro lớn và có thể ảnh hưởng đến hiệu lực của giao dịch nếu bên tham gia giao dịch không có năng lực chủ thể[16]. Như trình bày tại phần 5 dưới đây, đứng từ góc độ tư cách tham gia tố tụng, các cơ quan xét xử có xu hướng đã chấp nhận cách tiếp cận thứ nhất. Điều đó cũng cho thấy, cách tiếp cận thứ nhất có lẽ sẽ dần dần thay thế cách tiếp cận thứ hai về lâu dài nếu việc áp dụng không gây xáo động trong hoạt động của tổ chức không có tư cách pháp nhân như đối với trường hợp mở tài khoản.

3. Thẩm quyền đại diện

Năng lực chủ thể và thẩm quyền đại diện là hai vấn đề khác nhau nhưng thường có liên quan đến nhau. Việc xác định năng lực chủ thể sẽ giúp xác định ai là bên tham gia quan hệ hợp đồng mà cụ thể hơn ai là bên giao kết và thực hiện hợp đồng. Trong quan hệ đại diện, bên tham gia quan hệ hợp đồng cũng là bên có thể ủy quyền cho cá nhân hoặc pháp nhân giao kết và thực hiện hợp đồng thay mặt cho bên đó.

3.1. Bên ủy quyền và bên được ủy quyền

Theo cách hiểu thứ nhất, tổ chức không có tư cách pháp nhân không phải là bên giao kết và thực hiện hợp đồng, cá nhân và pháp nhân là thành viên của tổ chức đó mới là bên giao kết và thực hiện hợp đồng. Quan hệ đại diện theo ủy quyền phải được phát sinh từ cá nhân và pháp nhân là thành viên của tổ chức đó chứ không phát sinh từ tổ chức đó. Ví dụ, khi xem xét quan hệ cho vay giữa một chi nhánh ngân hàng và một doanh nghiệp tư nhân, bên giao kết và thực hiện hợp đồng vay, hay nói một cách dễ hiểu là bên cho vay và bên vay là bản thân ngân hàng (chứ không phải chi nhánh ngân hàng) và chủ doanh nghiệp tư nhân (chứ không phải là doanh nghiệp tư nhân). Trong trường hợp này, quan hệ đại diện theo ủy quyền phát sinh trên cơ sở ngân hàng ủy quyền cho giám đốc chi nhánh là người đại diện được ủy quyền để ký kết hợp đồng và chi nhánh là bên thực hiện cấp vốn và thu hồi nợ.

Theo cách hiểu thứ hai, bản thân chi nhánh ngân hàng có thể là bên cho vay và giám đốc chi nhánh có thể không cần ủy quyền của ngân hàng để ký hợp đồng. Trong ví dụ trên, có lẽ vấn đề không quá phức tạp và trên thực tế, một số ngân hàng đã dần chuyển sang hướng đáp ứng yêu cầu theo cách hiểu thứ nhất vì không tốn quá nhiều thời gian, chi phí của các ngân hàng và cũng an toàn hơn cho các ngân hàng. Đơn giản là bên cho vay trong các hợp đồng được quy định là ngân hàng chứ không phải chi nhánh và có thêm các ủy quyền từ ngân hàng cho người đại diện của chi nhánh để người đại diện có thể ký kết hợp đồng thay mặt ngân hàng. Bên vay cũng là chủ doanh nghiệp tư nhân chứ không phải là doanh nghiệp tư nhân.

[16] Trong một số bản án mà chúng tôi thu thập được từ trang https://congbobanan.toaan.gov.vn/ thì khi gặp các hợp đồng mà chủ thể ký kết là hộ gia đình, tổ hợp tác hay doanh nghiệp tư nhân thì các tòa án không nhận định đó là vi phạm pháp luật hay tuyên vô hiệu các hợp đồng đó trên cơ sở chủ thể không có quyền tham gia giao dịch mặc dù các tòa án có thể xác định thành viên hộ gia đình, thành viên tổ hợp tác hay chủ doanh nghiệp tư nhân là đương sự trong vụ kiện.

Trong nhiều trường hợp khác, việc tuân thủ cách tiếp cận thứ nhất không dễ dàng. Ví dụ về việc mở tài khoản theo Thông tư số 32 của NHNN như phân tích ở trên là một ví dụ điển hình. Một trường hợp khác rất phức tạp hiện đang phát sinh là hợp đồng mua bán cổ phần của một quỹ đầu tư không có tư cách pháp nhân để đầu tư vào một công ty Việt Nam. Quỹ đầu tư có thể là quỹ thành viên hoặc quỹ đại chúng. Công ty quản lý quỹ đóng vai trò quản lý quỹ đầu tư và được hưởng phí quản lý. Trên thực tiễn, quỹ đầu tư có thể là bên giao kết hợp đồng và công ty quản lý quỹ đại diện cho quỹ đầu tư trong quá trình thực hiện hợp đồng. Cổ phiếu được ghi dưới tên quỹ đầu tư với tư cách là cổ đông và công ty quản lý cử người để đại diện cho quỹ đầu tư thực hiện quyền cổ đông. Bản thân công ty quản lý không phải là cổ đông. Thực tiễn này thể hiện cách tiếp cận thứ hai. Nếu chuyển sang cách tiếp cận thứ nhất thì các nhà đầu tư phải ủy quyền cho công ty quản lý quỹ là bên giao kết và thực hiện hợp đồng, kể cả việc đứng tên cổ đông trong cổ phiếu. Một điều cần lưu ý là thông tin về quỹ thường hạn chế do công ty quản lý quỹ và các nhà đầu tư không muốn tiết lộ về cơ cấu quỹ. Cơ chế ủy quyền cho công ty quản lý quỹ cũng thường không được quy định tại một văn bản rõ ràng như yêu cầu tại Điều 101 BLDS năm 2015. Trong trường hợp quỹ đại chúng, việc buộc tất cả các thành viên quỹ (có thể thay đổi liên tục) ủy quyền còn phức tạp hơn. Do vậy, nếu chuyển sang cách tiếp cận thứ nhất thì có thể gây nhiều xáo động trên thị trường.

3.2. Hậu quả pháp lý khi không có quyền đại diện hoặc vượt quá phạm vi đại diện

Điều 104 BLDS năm 2015 quy định hậu quả pháp lý đối với giao dịch dân sự do thành viên không có quyền đại diện hoặc vượt quá phạm vi đại diện xác lập, thực hiện:

"1. Trường hợp thành viên không có quyền đại diện mà xác lập, thực hiện giao dịch dân sự nhân danh các thành viên khác của hộ gia đình, tổ hợp tác, tổ chức khác không có tư cách pháp nhân hoặc người đại diện xác lập, thực hiện vượt quá phạm vi đại diện thì hậu quả pháp lý của giao dịch được áp dụng theo quy định tại các điều 130, 142 và 143 của Bộ luật này.

2. Giao dịch dân sự do bên không có quyền đại diện hoặc vượt quá phạm vi đại diện xác lập, thực hiện mà gây thiệt hại cho thành viên khác của hộ gia đình, tổ hợp tác, tổ chức khác không có tư cách pháp nhân hoặc người thứ ba thì phải bồi thường cho người bị thiệt hại".

Điều 104 BLDS năm 2015 dẫn chiếu đến các quy định chung về đại diện và hậu quả của việc đại diện khi không có quyền đại diện hoặc vượt quá phạm vi đại diện theo các Điều 130, 142 và 143 của BLDS năm 2015. Theo các quy định trên, khi giao dịch dân sự do thành viên không có quyền đại diện hoặc vượt quá phạm vi đại diện xác lập và thực hiện thì (i) việc xác lập và thực hiện như vậy không làm phát sinh quyền và nghĩa vụ của các thành viên khác của tổ chức không có tư cách pháp nhân đối với toàn bộ giao dịch hoặc đối với phần giao dịch vượt quá phạm vi đại diện và (ii) thành viên đó phải chịu trách nhiệm đối với toàn bộ giao dịch hoặc đối với phần giao dịch vượt quá phạm vi đại diện. Ngoài ra, thành viên đó phải bồi thường thiệt hại cho các thành viên khác hoặc bên thứ ba (ví dụ, bên còn lại trong hợp đồng).

4. Trách nhiệm của các bên tham gia giao dịch

Để làm rõ trách nhiệm phát sinh từ "việc tham gia quan hệ dân sự của hộ gia đình, tổ hợp tác, tổ chức khác không có tư cách pháp nhân," Điều 103 BLDS năm 2015 quy định:

"1. Nghĩa vụ dân sự phát sinh từ việc tham gia quan hệ dân sự của hộ gia đình, tổ hợp tác, tổ chức khác không có tư cách pháp nhân được bảo đảm thực hiện bằng tài sản chung của các thành viên.

2. Trường hợp các thành viên không có hoặc không đủ tài sản chung để thực hiện

nghĩa vụ chung thì người có quyền có thể yêu cầu các thành viên thực hiện nghĩa vụ theo quy định tại Điều 288 của Bộ luật này.

3. Trường hợp các bên không có thỏa thuận, hợp đồng hợp tác hoặc luật không có quy định khác thì các thành viên chịu trách nhiệm dân sự quy định tại khoản 1 và khoản 2 Điều này theo phần tương ứng với phần đóng góp tài sản của mình, nếu không xác định được theo phần tương ứng thì xác định theo phần bằng nhau".

Như lưu ý ở trên, việc Điều 103 BLDS năm 2015 dẫn chiếu đến nghĩa vụ phát sinh từ "việc tham gia quan hệ dân sự của hộ gia đình, tổ hợp tác, tổ chức khác không có tư cách pháp nhân" ngầm chỉ là các tổ chức không có tư cách pháp nhân mới là chủ thể của giao dịch. Tuy nhiên, nếu gạt điều này sang một bên, vấn đề quan trọng hơn cần lưu ý là trách nhiệm của các thành viên trong quan hệ với bên còn lại trong hợp đồng. Các thành viên có thể phải chịu trách nhiệm vô hạn. Theo quy định của Điều 103 BLDS năm 2015:

- Trước hết, các thành viên của tổ chức không có tư cách pháp nhân chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản chung của các thành viên. Hiểu một cách đơn giản, tài sản chung của các thành viên là tài sản do các thành viên đóng góp hoặc cùng nhau tạo lập hoặc bằng cách khác được xác định theo thỏa thuận của các thành viên (ví dụ theo điều lệ hoặc hợp đồng hợp tác của tổ chức không có tư cách pháp nhân) hoặc theo quy định của pháp luật[17].

- Nếu tài sản chung của các thành viên không có hoặc không đủ để thực hiện nghĩa vụ theo hợp đồng, bên còn lại trong hợp đồng có thể yêu cầu các thành viên thực hiện nghĩa vụ trên cơ sở trách nhiệm liên đới nếu hợp đồng quy định cụ thể về vấn đề này. Nói cách khác, bên còn lại trong hợp đồng có quyền yêu cầu một thành viên chịu toàn bộ nghĩa vụ theo hợp đồng[18].

- Nếu thành viên được yêu cầu không thực hiện toàn bộ nghĩa vụ theo hợp đồng, các thành viên sẽ chịu trách nhiệm riêng theo phần nếu hợp đồng không quy định về trách nhiệm của các thành viên. Trách nhiệm riêng theo phần được xác định theo thỏa thuận của các thành viên (ví dụ theo điều lệ hoặc hợp đồng hợp tác của tổ chức không có tư cách pháp nhân) hoặc theo quy định của pháp luật áp dụng cho loại hình tổ chức không có tư cách pháp nhân có liên quan. Trong trường hợp không có thỏa thuận hoặc quy định có liên quan, trách nhiệm của các thành viên là theo phần bằng nhau[19].

Trên thực tế, việc xác định tài sản chung của các thành viên của tổ chức không có tư cách pháp nhân rất phức tạp và thường không được quy định trong điều lệ hoặc hợp đồng hợp tác của tổ chức không có tư cách pháp nhân. Văn phòng đại diện và chi nhánh là một bộ phận của pháp nhân và không đặt ra vấn đề tài sản chung của văn phòng đại diện và chi nhánh. Sẽ rất khó xác định tài sản chung của doanh nghiệp tư nhân hay quỹ đầu tư. Doanh nghiệp tư nhân có điều lệ nhưng điều lệ thường không xác định tài sản chung của chủ sở hữu doanh nghiệp tư nhân[20]. Đối với quỹ đầu tư, tài sản chung của các thành viên có thể hiểu là các khoản đóng góp vào quỹ để công ty quản lý đầu tư. Do vậy, các thành viên có thể phải chịu trách nhiệm vô hạn trên cơ sở liên đới hoặc trách nhiệm riêng theo phần.

[17] Điều 102 BLDS năm 2015.

[18] Khoản 2 Điều 103 và 288 BLDS năm 2015.

[19] Khoản 3 Điều 103 BLDS năm 2015.

[20] Tài sản chung của doanh nghiệp tư nhân có thể là vốn đầu tư được ghi nhận trong giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp. Khoản 4 Điều 28 Luật Doanh nghiệp 2020.

5. Tư cách tham gia tố tụng

Tư cách tham gia tố tụng liên quan đến tổ chức không có tư cách pháp nhân không được quy định trong BLDS năm 2015. Liên quan đến quyền khởi kiện, điều đáng lưu ý là Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015 không loại trừ tổ chức không có tư cách pháp nhân là bên khởi kiện. Điều 186 Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015 quy định:

"Cơ quan, tổ chức, cá nhân có quyền tự mình hoặc thông qua người đại diện hợp pháp khởi kiện vụ án (sau đây gọi chung là người khởi kiện) tại Tòa án có thẩm quyền để yêu cầu bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình".

Trên thực tiễn, dường như tòa án chấp nhận cả cách tiếp cận thứ nhất và cách tiếp cận thứ hai. Tuy nhiên, Tòa án nhân dân tối cao (TANDTC) đã có quan điểm, phải áp dụng cách tiếp cận thứ nhất là thành viên của tổ chức không có tư cách pháp nhân mới có tư cách tham gia tố tụng, còn bản thân tổ chức không có tư cách pháp nhân không có tư cách tham gia tố tụng.

Cụ thể đã có một bản án của tòa án cấp tỉnh tuyên liên quan đến tranh chấp theo hợp đồng tín dụng xác nhận nguyên đơn là một chi nhánh của Ngân hàng Nông nghiệp và Phát triển nông thôn Việt Nam và bị đơn là một doanh nghiệp tư nhân. Bản án này đã bị hủy bởi Quyết định giám đốc thẩm ngày 19 tháng 11 năm 2015 của Ủy ban thẩm phán TANDTC. Một trong những nguyên nhân bị hủy là do tòa án cấp tỉnh xác định sai nguyên đơn và bị đơn. Theo Ủy ban thẩm phán TANDTC, nguyên đơn là Ngân hàng Nông nghiệp và Phát triển nông thôn Việt Nam và bị đơn chủ doanh nghiệp tư nhân. Đồng ý với Quyết định của Ủy ban thẩm phán TANDTC, Viện Kiểm sát nhân dân tối cao (VKSNDTC) hướng dẫn về nguyên đơn và bị đơn trong hợp đồng có liên quan đến văn phòng đại diện, chi nhánh và doanh nghiệp tư nhân thì nguyên đơn và bị đơn phải là pháp nhân có văn phòng đại diện hoặc chi nhánh và chủ doanh nghiệp tư nhân[21].

Cách tiếp cận của TANDTC và VKSNDTC áp dụng đối với văn phòng đại diện, chi nhánh và doanh nghiệp tư nhân. Nếu khái quát hóa nguyên tắc áp dụng cho các tổ chức không có tư cách pháp nhân nói chung thì có thể kết luận là các thành viên của tổ chức không có tư cách pháp nhân mới có tư cách tham gia tố tụng. Bản thân tổ chức không có tư cách pháp nhân không có tư cách tham gia tố tụng.

6. Kết luận

Từ sự phân tích ở trên, có thể thấy vẫn có sự không rõ ràng giữa các cách tiếp cận khác nhau về chủ thể là tổ chức không có tư cách pháp nhân. Tại thời điểm hiện nay, các cơ quan nhà nước có cách tiếp cận thực tế để xử lý tình huống phát sinh mà chưa có sự thống nhất về vấn đề này. Về lâu dài, cách tiếp cận chủ thể tham gia giao dịch dân sự không bao gồm tổ chức không có tư cách pháp nhân có lẽ sẽ dần thay thế cách tiếp cận chủ thể tham gia giao dịch dân sự bao gồm tổ chức không có tư cách pháp nhân. Đã đến lúc UBTVQH hoặc TANDTC cần tổng kết và có quan điểm chính thức về vấn đề này để tránh rủi ro cho các bên tham gia giao dịch. Cho đến khi có quan điểm chính thức này, các bên tham gia giao dịch nên áp dụng cách tiếp cận chủ thể tham gia giao dịch dân sự không bao gồm tổ chức không có tư cách pháp nhân.■

[21] Hướng dẫn số 29/HD-VKSTC ngày 25 tháng 9 năm 2020 của VKSNDTC về một số nội dung trong công tác kiểm sát việc giải quyết các vụ án kinh doanh, thương mại, Mục 5.

TIÊU CHUẨN BẢO HỘ KIỂU DÁNG CÔNG NGHIỆP TRONG CPTPP, EVFTA VÀ YÊU CẦU ĐỐI VỚI VIỆT NAM

Phan Quốc Nguyên*
**TS. Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội*

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Kiểu dáng công nghiệp, tiêu chuẩn bảo hộ kiểu dáng công nghiệp, CPTPP, EVFTA, Việt Nam.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 17/8/2021
Biên tập : 06/9/2021
Duyệt bài : 08/9/2021

Tóm tắt:

Trong thời gian gần đây, Việt Nam đã tham gia ký kết Hiệp định Đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương (CPTPP) và Hiệp định thương mại tự do Việt Nam - EU (EVFTA). Đây là hai hiệp định tự do thế hệ mới điều chỉnh nhiều vấn đề quan trọng về thương mại, đầu tư, môi trường, tài chính,... và đặc biệt là vấn đề sở hữu trí tuệ. Tiêu chuẩn bảo hộ kiểu dáng công nghiệp quy định trong hai Hiệp định này không cao nhưng lại có một số điểm khác biệt, cụ thể hơn so với quy định hiện hành của Việt Nam. Điều này dẫn đến hệ quả là bên cạnh những thuận lợi và cơ hội, các tiêu chuẩn bảo hộ kiểu dáng công nghiệp quy định trong những Hiệp định lớn này còn đặt ra một số yêu cầu đối với Việt Nam.

Article Infomation:

Keywords: Industrial design; standards for industrial design protection; CPTPP; EVFTA, Vietnam

Article History:

Received : 17 Aug. 2021
Edited : 06 Sep. 2021
Approved : 08 Sep. 2021

Abstract:

In recent years, Vietnam has entered CPTPP and EVFTA. Both new generation free trade agreements govern important matters such trade, investment, environment, finance, etc. and intellectual property in particular. Standards of industrial design protection in the Agreements are not high but more detailed and little bit different from that of Vietnam. Besides the opportunities, these standards of industrial design protection which are regulated in these agreements put some challenges for Vietnam.

1. Tiêu chuẩn bảo hộ kiểu dáng công nghiệp theo quy định của Việt Nam

1.1. Khái niệm kiểu dáng công nghiệp

Kiểu dáng công nghiệp là hình dáng bên ngoài của sản phẩm được thể hiện bằng hình khối, đường nét, màu sắc hoặc sự kết hợp những yếu tố này[1]. Bên cạnh những sự sáng tạo mang tính kỹ thuật còn tồn tại những sự sáng tạo mang tính chất trang trí mà mục tiêu là mang lại tính thẩm mỹ. Tuy nhiên, trên thực tế, sự sáng tạo mang tính thẩm mỹ này lại được áp dụng vào các sản phẩm công nghiệp. Đẹp, độc đáo và khả năng áp dụng công nghiệp chính là các tiêu chí đi kèm khi nói đến kiểu dáng công nghiệp. Chính mối quan hệ chặt chẽ giữa tính chất mỹ học và tính hiệu quả về mặt kỹ thuật cùng nằm trong một sản phẩm đã tạo cơ sở cho một

[1] Điều 4.13, Luật SHTT.

cơ chế bảo hộ đặc biệt đối với kiểu dáng công nghiệp. Kiểu dáng được bảo hộ chính là quyền độc quyền đối với hình dáng bên ngoài của sản phẩm mang kiểu dáng đó.

1.2. Điều kiện chung đối với kiểu dáng công nghiệp được bảo hộ

Hệ thống bảo hộ kiểu dáng công nghiệp có vai trò ngăn chặn sự giả mạo các sản phẩm mới được sáng tạo ra mang tính thẩm mỹ nguyên gốc. Do vậy, đối tượng được bảo hộ phải là các kiểu dáng có tính nguyên gốc và có tính thẩm mỹ liên quan đến hình dáng bên ngoài, kiểu cách hay màu sắc của sản phẩm. Hơn nữa, kiểu dáng được bảo hộ phải là những sản phẩm bắt nguồn từ những ý tưởng và hoạt động sáng tạo do con người thực hiện có giá trị về mặt thẩm mỹ.

Theo quy định của Điều 63 Luật Sở hữu trí tuệ năm 2005[2] (Luật SHTT), kiểu dáng công nghiệp được bảo hộ nếu đáp ứng các điều kiện sau đây:

a) Có tính mới;

b) Có tính sáng tạo;

c) Có khả năng áp dụng công nghiệp.

Có thể thấy rằng, điều kiện chung đối với kiểu dáng công nghiệp được bảo hộ không khác gì so với điều kiện chung đối với sáng chế được bảo hộ. Tuy nhiên, cách tiếp cận ở đây là khác nhau và đương nhiên, từng tiêu chuẩn sẽ được quy định cụ thể khác nhau giữa điều kiện bảo hộ sáng chế và điều kiện bảo hộ kiểu dáng công nghiệp.

1.3. Tính mới của kiểu dáng công nghiệp

Theo quy định của Điều 65 Luật SHTT, kiểu dáng công nghiệp được coi là có tính mới nếu kiểu dáng công nghiệp đó *khác biệt đáng kể* với những kiểu dáng công nghiệp đã được bộc lộ công khai dưới hình thức sử dụng, mô tả bằng văn bản hoặc bất kỳ hình thức nào khác ở trong nước hoặc ở nước ngoài trước ngày nộp đơn, hoặc trước ngày ưu tiên, nếu đơn đăng ký kiểu dáng công nghiệp được hưởng quyền ưu tiên. Tính mới đối với sáng chế sẽ khác tính mới đối với kiểu dáng công nghiệp như sau:

- Hai kiểu dáng công nghiệp không được coi là khác biệt đáng kể với nhau nếu chỉ khác biệt về những đặc điểm tạo dáng không dễ dàng nhận biết, ghi nhớ và không thể dùng để phân biệt tổng thể hai kiểu dáng công nghiệp đó.

- Kiểu dáng công nghiệp được coi là chưa bộc lộ công khai nếu chỉ có *một số người có hạn được biết* và có nghĩa vụ giữ bí mật về kiểu dáng công nghiệp đó.

Kiểu dáng công nghiệp không bị coi là mất tính mới nếu được công bố trong các trường hợp sau đây với điều kiện đơn đăng ký kiểu dáng công nghiệp được nộp trong thời hạn sáu (06) tháng kể từ ngày công bố:

a) Kiểu dáng công nghiệp bị người khác công bố nhưng không được phép của người có quyền đăng ký quy định tại Điều 86 Luật SHTT về *quyền đăng ký sáng chế, kiểu dáng công nghiệp, thiết kế bố trí;*

b) Kiểu dáng công nghiệp được người có quyền đăng ký quy định tại Điều 86 Luật SHTT công bố dưới dạng báo cáo khoa học;

c) Kiểu dáng công nghiệp được người có quyền đăng ký quy định tại Điều 86 Luật SHTT trưng bày tại cuộc triển lãm quốc gia của Việt Nam hoặc tại cuộc triển lãm quốc tế chính thức hoặc được thừa nhận là chính thức.

1.4. Tính sáng tạo và khả năng áp dụng công nghiệp của kiểu dáng công nghiệp

Theo quy định của Điều 66 Luật SHTT, kiểu dáng công nghiệp được coi là có tính sáng tạo nếu căn cứ vào các kiểu dáng công nghiệp đã được bộc lộ công khai dưới hình thức sử dụng, mô tả bằng văn bản hoặc bất

2. Luật Sở hữu trí tuệ năm 2005 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2009 và năm 2019.

kỳ hình thức nào khác ở trong nước hoặc ở nước ngoài trước ngày nộp đơn hoặc trước ngày ưu tiên của đơn đăng ký kiểu dáng công nghiệp trong trường hợp đơn được hưởng quyền ưu tiên, kiểu dáng công nghiệp đó không thể được tạo ra một cách dễ dàng đối với người có hiểu biết trung bình về lĩnh vực tương ứng.

Tương tự quy định về tiêu chuẩn tính mới, tiêu chuẩn về trình độ sáng tạo liên quan đến kiểu dáng công nghiệp có sự khác biệt với tiêu chuẩn về trình độ sáng tạo đối với sáng chế.

Theo quy định của Điều 67 Luật SHTT, kiểu dáng công nghiệp được coi là có khả năng áp dụng công nghiệp nếu có thể dùng làm mẫu để chế tạo hàng loạt sản phẩm có hình dáng bên ngoài là kiểu dáng công nghiệp đó bằng phương pháp công nghiệp hoặc thủ công nghiệp. Có thể thấy, sự khác biệt trong quy định về tiêu chuẩn "khả năng áp dụng công nghiệp" của kiểu dáng công nghiệp với quy định về tiêu chuẩn cùng loại của sáng chế.

1.5. Đối tượng không được bảo hộ với danh nghĩa kiểu dáng công nghiệp

Theo quy định của Điều 64 Luật SHTT, các đối tượng sau đây không được bảo hộ với danh nghĩa kiểu dáng công nghiệp:

a) Hình dáng bên ngoài của sản phẩm do đặc tính kỹ thuật của sản phẩm bắt buộc phải có;

b) Hình dáng bên ngoài của công trình xây dựng dân dụng hoặc công nghiệp;

c) Hình dáng của sản phẩm không nhìn thấy được trong quá trình sử dụng sản phẩm.

1.6. Thời hạn bảo hộ kiểu dáng công nghiệp

Theo quy định của Điều 93 Luật SHTT, bằng độc quyền kiểu dáng công nghiệp có hiệu lực từ ngày cấp và kéo dài đến hết năm (05) năm kể từ ngày nộp đơn, có thể gia hạn hai (02) lần liên tiếp, mỗi lần năm (05) năm.

2. Tiêu chuẩn bảo hộ kiểu dáng công nghiệp trong CPTPP

Hiệp định CPTPP[3] không định nghĩa khái niệm kiểu dáng công nghiệp. Ngoài ra, tiêu chuẩn bảo hộ kiểu dáng công nghiệp trong CPTPP cũng không được quy định cụ thể. Điều 18.55 Hiệp định quy định về việc bảo hộ kiểu dáng công nghiệp như sau:

"1. Mỗi Bên phải bảo đảm sự bảo hộ đầy đủ và có hiệu quả đối với kiểu dáng công nghiệp và cũng khẳng định rằng việc bảo hộ kiểu dáng công nghiệp cũng được áp dụng cho những kiểu dáng nào:

(a) Được thể hiện ở một phần của một sản phẩm; hoặc, thay vào đó,

(b) [Liên quan đặc biệt đến]/[có điểm nhấn vào], nếu phù hợp, một phần của một sản phẩm trong tổng thể của toàn bộ sản phẩm,

2. Điều này phụ thuộc vào Điều 25 và 26 của Hiệp định TRIPS".

Có thể thấy rằng, tiêu chuẩn bảo hộ kiểu dáng công nghiệp theo CPTPP phù hợp với các quy định trong Hiệp định TRIPS[4] trong khi Việt Nam đã gia nhập WTO từ 2007. Do vậy, quy định về điều kiện bảo hộ kiểu dáng công nghiệp trong pháp luật hiện hành của Việt Nam phù hợp quy định có liên quan trong CPTPP.

Cụ thể, khoản 1 Điều 18.55 CPTPP đã yêu cầu các quốc gia thành viên phải bảo

[3] CPTPP "Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership" - Hiệp định Đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương, gồm 11 thành viên trong đó có Việt Nam. Xem phiên bản tiếng Anh tại https://www.mfat.govt.nz/assets/CPTPP/Comprehensive-and-Progressive-Agreement-for-Trans-Pacific-Partnership-CPTPP-English.pdf.

[4] Xem phiên bản đầy đủ tiếng Anh của Hiệp định tại https://www.wto.org/.

đảm sự bảo hộ đầy đủ và có hiệu quả các kiểu dáng công nghiệp đăng ký bao gồm kiểu dáng của sản phẩm hay một phần của sản phẩm. Theo cách hiểu này, các kiểu dáng công nghiệp nộp đơn, dù là sản phẩm hay một phần của sản phẩm, nếu đáp ứng đủ điều kiện được quy định theo pháp luật quốc gia thì sẽ được cấp văn bằng bảo hộ kiểu dáng công nghiệp. Như đã nêu ở trên, theo quy định của Điều 63 Luật SHTT, kiểu dáng công nghiệp, dù được nộp đơn từ bất kỳ cá nhân, tổ chức nào, sẽ được bảo hộ tại Việt Nam nếu đáp ứng đủ ba điều kiện: tính mới; tính sáng tạo và khả năng áp dụng công nghiệp. Hơn nữa, khoản 2 Điều 18.55 CPTPP cũng dẫn chiếu đến Điều 25 Hiệp định TRIPS. Khoản 1 Điều 25 Hiệp định TRIPS chỉ yêu cầu bảo hộ các kiểu dáng công nghiệp được tạo ra một cách độc lập nếu chúng đáp ứng yêu cầu về tính mới và tính độc đáo. Tính độc đáo theo Hiệp định TRIPS được hiểu là tương đương với tính sáng tạo quy định trong Luật SHTT. Tuy nhiên, Việt Nam đã đặt ra điều kiện bảo hộ kiểu dáng công nghiệp cao hơn so với CPTPP, thêm điều kiện thứ ba là "có khả năng áp dụng công nghiệp". Về thời hạn bảo hộ, Việt Nam cũng đưa ra thời hạn bảo hộ dài hơn so với quy định của CPTPP. CPTPP có dẫn chiếu đến thời hạn bảo hộ kiểu dáng công nghiệp theo Điều 26 Hiệp định TRIPS. Điều 26 Hiệp định TRIPS chỉ quy định thời hạn bảo hộ kiểu dáng công nghiệp tối thiểu cho các quốc gia thành viên là 10 năm trong khi Điều 93 Luật SHTT cho phép một kiểu dáng công nghiệp với tối đa hai lần gia hạn có thể được bảo hộ tại Việt Nam lên đến 15 năm.

3. Tiêu chuẩn bảo hộ kiểu dáng công nghiệp trong EVFTA

Giống với CPTPP, Hiệp định EVFTA[5] cũng không định nghĩa kiểu dáng công nghiệp. Tuy nhiên, khác với CPTPP, Hiệp định EVFTA quy định rất cụ thể về tiêu chuẩn bảo hộ kiểu dáng công nghiệp. Điều 7.2 Hiệp định EVFTA quy định:

"1. Các Bên quy định việc bảo vệ kiểu dáng công nghiệp được tạo ra một cách độc lập mới hoặc độc đáo. Việc bảo vệ này được thực hiện bởi việc đăng ký và dành quyền độc quyền đối với người nắm giữ các quyền và đăng ký theo quy định tại điều này.

2. Một kiểu dáng được áp dụng hoặc kèm theo một sản phẩm mà tạo thành một bộ phận cấu thành của một sản phẩm phức tạp thì chỉ được coi là mới và độc đáo:

(a) Nếu các thành phần cấu thành, đã được tích hợp vào các sản phẩm phức tạp, vẫn được nhìn thấy trong quá trình sử dụng bình thường các sản phẩm phức tạp, và

(b) Đến mức mà những tính năng hữu hình của bản thân các thành phần cấu thành đạt được những yêu cầu để đạt được sự mới lạ và độc đáo.

3. <*Sử dụng bình thường*> tại đoạn 2 (a) được hiểu là sử dụng bởi người dùng cuối, không bao gồm bảo trì, bảo dưỡng hoặc sửa chữa.

4. Chủ sở hữu của một kiểu dáng đã đăng ký có quyền ngăn chặn các bên thứ ba thực hiện hoặc yêu cầu mua bán, nhập khẩu hoặc tàng trữ để bán hàng mang một sản phẩm có kiểu dáng hoặc thể hiện các biểu hiện kiểu dáng được bảo vệ khi hành vi đó được thực hiện cho mục đích thương mại.

5. Thời hạn bảo vệ được tính ít nhất là 15 năm".

Về tổng quan, có thể thấy rằng, quy định của pháp luật SHTT Việt Nam đã đáp ứng yêu cầu của EVFTA dù còn có một số điểm khác biệt, cụ thể:

[5] EVFTA (European-Vietnam Free Trade Agreement). Hiệp định EVFTA hay còn được gọi là *Hiệp định thương mại tự do Việt Nam - EU,* là thỏa thuận được ký kết giữa 28 nước thành viên liên minh châu Âu và Việt Nam. Xem phiên bản tiếng Anh tại http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1437.

Thứ nhất, EVFTA chỉ yêu cầu tiêu chí bảo hộ là mới hoặc độc đáo, hoàn toàn giống với Điều 25.1 của Hiệp định TRIPS, trong khi Điều 63 Luật SHTT quy định cả 03 điều kiện: mới, sáng tạo và có khả năng áp dụng công nghiệp. Do vậy, về nguyên tắc, Việt Nam đã đặt ra điều kiện cao hơn so với EVFTA, thêm điều kiện thứ ba là "có khả năng áp dụng công nghiệp".

Thứ hai, nội hàm của yêu cầu về tính mới và trình độ sáng tạo không được quy định cụ thể trong TRIPS cũng như trong EVFTA, các quốc gia có thể tùy nghi quy định. Việt Nam lựa chọn quy định tách riêng hai tiêu chí này như điều kiện cần và đủ phải đáp ứng đồng thời. Đây cũng là phương án lựa chọn phổ biến phù hợp thông lệ quốc tế theo quy định của TRIPS. Do vậy, quy định của pháp luật SHTT của Việt Nam vẫn được xem là tương thích với TRIPS và EVFTA.

Thứ ba, theo Điều 93 Luật SHTT, thời hạn bảo hộ của kiểu dáng công nghiệp của Việt Nam là 05 năm, được gia hạn không quá 02 lần liên tiếp, nghĩa là tổng thời hạn bảo hộ kiểu dáng công nghiệp ở Việt Nam tối đa là 15 năm, trong khi thời hạn theo Hiệp định này quy định tối thiểu là 15 năm, nên về căn bản, quy định của pháp luật SHTT của Việt Nam vẫn phù hợp EVFTA.

Bên cạnh đó, chúng ta cần lưu ý một số điểm khác biệt trong quy định về tiêu chuẩn bảo hộ kiểu dáng công nghiệp theo EVFTA so với quy định hiện hành của Việt Nam như sau:

- EVFTA đã đề cập cụ thể về việc bảo hộ kiểu dáng công nghiệp riêng rẽ cho một bộ phận của một sản phẩm. Trong khi Việt Nam chưa có quy định riêng về việc bảo hộ kiểu dáng công nghiệp riêng rẽ một bộ phận của một sản phẩm; vì vậy, cần sửa đổi Luật SHTT theo hướng bổ sung quy định riêng về việc bảo hộ kiểu dáng công nghiệp cho phù hợp với EVFTA.

- EVFTA đã đề cập tới tiêu chí bảo hộ kiểu dáng công nghiệp của linh kiện. Hiệp định yêu cầu cụ thể là linh kiện khi đã được lắp vào sản phẩm hoàn chỉnh phải bảo đảm điều kiện là nhìn thấy được, đồng thời các đặc điểm tạo dáng nhìn thấy được này của linh kiện phải cùng lúc thỏa mãn điều kiện về tính mới và trình độ sáng tạo. Pháp luật SHTT của Việt Nam mới chỉ quy định gián tiếp về điều kiện nhìn thấy được trong Thông tư số 01/2007/TT-BKHCN[6] mà chưa quy định chi tiết, cụ thể vấn đề này trong Luật SHTT. Cụ thể, điểm 35.3.b.(iii) Thông tư số 01/2007/TT-BKHCN quy định, đối tượng nêu trong đơn đăng ký xác lập quyền kiểu dáng công nghiệp bị coi là không phù hợp với loại văn bằng bảo hộ kiểu dáng công nghiệp nếu đối tượng nêu trong đơn là hình dáng bên trong (phần không nhìn thấy được) trong quá trình sử dụng sản phẩm (khai thác công dụng của sản phẩm theo cách thức thông thường, được thực hiện bởi bất kỳ người sử dụng nào, không kể các công việc bảo trì, bảo dưỡng hoặc sửa chữa sản phẩm). Để bảo đảm phù hợp với EVFTA về tiêu chí bảo hộ kiểu dáng công nghiệp của linh kiện, cần sửa đổi Luật SHTT theo hướng bổ sung quy định tiêu chí bảo hộ kiểu dáng công nghiệp của linh kiện.■

[6] Thông tư số 01/2007/TT-BKHCN của Bộ KHCN ngày 14/02/2007 hướng dẫn thi hành Nghị định số 103/2006/NĐ-CP ngày 22/9/2006 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật SHTT về SHCN. (Thông tư số 01/2007/TT-BKHCN đã được sửa đổi, bổ sung bằng Thông tư số 16/2016/TT-BKHCN ngày 30/6/2016 về việc sửa đổi, bổ sung một số điều của Thông tư số 01/2007/TT-BKHCN ngày 14/02/2007).

XỬ PHẠT VI PHẠM HÀNH CHÍNH ĐỐI VỚI CÁC HÀNH VI VI PHẠM TRONG BỐI CẢNH NGĂN CHẶN DỊCH BỆNH COVID-19 Ở VIỆT NAM

Thái Thị Tuyết Dung*

**TS. Trường Đại học Kinh tế - Luật, Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh*

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Covid-19; xử phạt vi phạm hành chính.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 09/9/2021

Biên tập : 18/9/2021

Duyệt bài : 19/9/2021

Tóm tắt:

Dịch bệnh Covid-19 đã làm thay đổi nhiều vấn đề trong đời sống xã hội, các hành vi vi phạm hành chính diễn ra thường xuyên trước đây không còn nhiều do áp dụng các quy định về cách ly và giãn cách; ngược lại, nhiều hành vi vi phạm liên quan đến việc tuân thủ các quy định về phòng, chống dịch bệnh xảy ra thường xuyên hơn. Trong phạm vi bài viết này, tác giả phân tích khía cạnh pháp lý trong hoạt động xử phạt vi phạm hành chính trong giai đoạn dịch bệnh Covid-19 xảy ra ở Việt Nam. Đó là các hành vi: ra đường không có lý do cần thiết; đưa thông tin sai sự thật trên mạng xã hội liên quan đến công tác phòng, chống dịch bệnh Covid-19; không cài app điện tử (bluezone) trong điện thoại thông minh; từ chối tiêm vắc xin; từ chối xét nghiệm để tìm ca nhiễm Covid-19.

Article Infomation:

Keywords: Covid-19; administrative violations.

Article History:

Received : 09 Sep. 2021

Edited : 18 Sep. 2021

Approved : 19 Sep. 2021

Abstract:

The Covid-19 epidemic has made several change in in social life, there are few previously frequent administrative violations occuring due to the application of regulations on self isolation and social distancing; on the contrary, several violations related to compliance with regulations on disease prevention and control have occurred more frequently. Within the scope of this article, the author provides analysis of the legal aspects of administrative violation sanctioning activities during the period of the Covid-19 epidemic in Vietnam. These are the behaviors: going out without approriate reasons; posting false information on social networks related to the prevention and control of the Covid-19 epidemic; no installation of electronic apps (bluezone) in smartphones; vaccination refusal; refusal of Covid-19 infection test.

1. Xử phạt hành vi ra đường không có lý do cần thiết

Vào tháng 4/2020, tại Phường Trúc Bạch, Thành phố Hà Nội đã xử phạt hai người đi câu cá và một người đi bán bông vì hành vi ra đường không có lý do cần thiết[1] theo điểm a khoản 1 Điều 11 Nghị định số 176/2013/NĐ-CP ban hành ngày 14/11/2013 của Chính phủ quy định xử phạt vi phạm hành chính (VPHC) trong lĩnh vực y tế (Nghị định số 176). Đó là hành vi "không thực hiện biện pháp để bảo vệ cá nhân đối với người có nguy cơ mắc bệnh dịch theo hướng dẫn của các cơ quan y tế với

[1] Danh Trọng, *Ba người đầu tiên ở Hà Nội bị phạt vì ra đường không có lý do cần thiết,* https://tuoitre.vn/3-nguoi-dau-tien-o-ha-noi-bi-phat-vi-ra-duong-khong-co-ly-do-can-thiet-20200405125413398.htm, truy cập ngày 10.5.2021.

mức phạt tiền từ 100.000 đồng đến 300.000 đồng". Tại thời điểm này, có nhiều ý kiến không đồng tình về việc xử phạt này, vì tính chất của hành vi vi phạm không tương thích với quy định của pháp luật. Bởi lẽ, theo quy định của pháp luật, để xử phạt hành vi trên cần đủ 2 điều kiện sau:

(i) Người bị xử phạt phải là "người có nguy cơ mắc bệnh dịch", tức là người tiếp xúc với người bệnh, có mang mầm bệnh, đã từng đến vùng có dịch, ổ dịch, còn người đi ra đường nếu không thuộc trường hợp trên mà có xét nghiệm âm tính… thì về nguyên tắc không được xem là người có nguy cơ mắc bệnh dịch.

(ii) Người bị xử phạt không thực hiện biện pháp bảo vệ cá nhân theo hướng dẫn của các cơ quan y tế. Cụ thể, những người này không thực hiện các biện pháp bảo vệ cá nhân theo hướng dẫn của các cơ quan y tế, tức không thực hiện yêu cầu 5K của Bộ Y tế (không đeo khẩu trang, không giữ khoảng cách đúng quy định, không khử khuẩn, tập trung đông người, không khai báo y tế).

Như vậy, trong thời gian từ tháng 4/2020, nếu một người đi ra đường vì một lý do như đi thăm bệnh, bán bông để mua lương thực… mà luôn đeo khẩu trang, giữ khoảng cách đúng quy định, khai báo đầy đủ thì không thể áp dụng điểm a khoản 1 Điều 11 Nghị định số 176 để xử phạt.

Ngày 28/9/2020, Chính phủ ban hành Nghị định số 117/2020/NĐ-CP quy định xử phạt VPHC trong lĩnh vực y tế (Nghị định số 117) để thay thế Nghị định số 176; trong đó, nhiều điều khoản xử phạt liên quan về dịch bệnh có hiệu lực từ ngày ký (các điều khoản khác có hiệu lực từ ngày 15/11/2020). Điểm lưu ý, Nghị định số 117 có 2 điều khoản liên quan đến xử phạt hành vi ra ngoài không cần thiết sau đây:

- Điểm a khoản 1 Điều 12 quy định: "Phạt tiền từ 1.000.000 đồng đến 3.000.000 đồng đối với hành vi không thực hiện biện pháp bảo vệ cá nhân đối với người tham gia chống dịch và người có nguy cơ mắc bệnh dịch theo hướng dẫn của cơ quan y tế". Quy định này tương tự quy định của điểm a khoản 1 Điều 11 Nghị định số 176, khác nhau ở mức phạt được tăng lên gấp 10 lần trước đây.

- Khoản 2 Điều 14 quy định phạt tiền từ 5.000.000 đồng đến 10.000.000 đồng đối với hành vi không chấp hành các biện pháp phòng, chống dịch bệnh truyền nhiễm theo yêu cầu của cơ quan, tổ chức có thẩm quyền, trừ các trường hợp đã quy định cụ thể tại một số điều trong Nghị định này.

Đây là điều khoản hoàn toàn mới với tính chất là "điều khoản quét", tức là dự liệu những vi phạm không được liệt kê trong Nghị định nhưng được quy định trong các văn bản do cơ quan khác của Nhà nước ban hành. Quy định này nhằm đảm bảo xử phạt nghiêm các hành vi vi phạm quy định về phòng, chống dịch bệnh ở từng địa phương. Cụ thể, khi dịch bệnh bùng phát ở các tỉnh phía nam từ tháng 7/2021, nhiều địa phương đã ban hành văn bản quy định các biện pháp phòng, chống lây lan dịch bệnh như hạn chế ra ngoài, doanh nghiệp áp dụng phương thức "3 tại chỗ" mới được hoạt động sản xuất…, cá nhân, tổ chức nào vi phạm thì sẽ bị xử phạt.

Tuy nhiên, trên thực tế, các địa phương đã áp dụng cho thấy, việc xử phạt người ra đường không vì lý do cần thiết đã gây nhiều tranh cãi[2]. Ví dụ, khi người dân ra khỏi nhà rút tiền ở ATM, hoặc đi mua bánh mì…

[2] Bị phạt khi ra khỏi nhà rút tiền ở ATM, hoặc đi mua bánh mì…,
https://tuoitre.vn/di-ra-atm-rut-tien-mua-do-an-bi-phat-1-trieu-dung-hay-sai-20210713161510737.htm;
https://laodong.vn/xa-hoi/chu-tich-tpnha-trang-xin-loi-cong-nhan-bi-phat-khi-ra-duong-mua-banh-mi-932418.ldo;
https://hochiminhcity.gov.vn/-/tphcm-thuc-hien-gian-cach-theo-chi-thi-15-cua-thu-tuong-chinh-phu-them-2-tuan.

nếu xử phạt theo điểm a khoản 1 Điều 11 Nghị định số 176 thì mức phạt sẽ từ 1-3 triệu đồng, nếu áp dụng khoản 2 Điều 14 thì mức phạt sẽ từ 5-10 triệu. Nhiều địa phương áp dụng khoản 2 Điều 14 Nghị định số 117 xử phạt hành vi đi về từ vùng dịch mà không khai báo[3], hành vi trốn khỏi khu vực phong tỏa[4], hành vi không đảm bảo giãn cách, không ghi chép thông tin về khách hàng[5], hành vi lén lút chở người từ vùng dịch qua mặt chốt kiểm soát y tế[6].

Đặc biệt, có địa phương bổ sung thêm biện pháp cưỡng chế mà Nghị định số 117 không quy định. Ví dụ, Ủy ban nhân dân (UBND) Thành phố Biên Hòa, tỉnh Đồng Nai ban hành văn bản Công văn số 13035/UBND-THNC ngày 29/8/2021 quy định các trường hợp vi phạm về giãn cách xã hội, tức ra đường không thiết yếu thì ngoài việc bị xử phạt VPHC, thì bổ sung thêm biện pháp đưa người VPHC vào khu cách ly để xét nghiệm PCR, sau khi có kết quả âm tính thì mới giải quyết cho về gia đình tiếp tục theo dõi; người vi phạm phải trả mọi chi phí kể cả chi phí ăn ở trong thời gian cách ly. Rõ ràng, việc các địa phương đưa thêm biện pháp cưỡng chế trong xử phạt VPHC là không đúng quy định của pháp luật; chưa kể, về thẩm quyền thì UBND cấp huyện không được trao quyền cho việc ban hành các quy định về hạn chế quyền trong thời gian dịch bệnh đang xảy ra.

Như vậy, trước thời điểm có hiệu lực của Nghị định số 117 (20/11/2020), chưa có căn cứ pháp lý để xử phạt hành vi ra ngoài đường không thực sự cần thiết trong thời gian dịch bệnh, nên việc UBND phường Trúc Bạch, Hà Nội áp dụng điểm a khoản 1 Điều 11 Nghị định số 176 để xử phạt VPHC nêu trên là chưa phù hợp. Sau thời điểm này, để đảm bảo áp dụng thống nhất pháp luật, việc xử lý hành vi ra ngoài đường không thực sự cần thiết trong giai đoạn dịch bệnh cần áp dụng khoản 2 Điều 14 Nghị định số 117.

2. Xử phạt hành vi đưa thông tin sai sự thật trên mạng xã hội liên quan đến công tác phòng, chống dịch bệnh Covid-19

Trong thời gian phòng, chống dịch bệnh, người dân phải hạn chế ra ngoài nên việc tiếp nhận thông tin chủ yếu qua không gian mạng. Trong thông tin tiếp nhận, có tin đúng, có tin sai sự thật gây hoang mang dư luận, thậm chí nhiều người lợi dụng mạng xã hội để đưa tin sai sự thật, hoặc tin chưa kiểm chứng và bị xử phạt VPHC. Tuy nhiên, thực tiễn cho thấy, việc áp dụng quy định của pháp luật để xử phạt hành vi vi phạm này ở các địa phương là không thống nhất, dù tính chất hành vi như nhau, dẫn đến mức tiền phạt không giống nhau, gây khó khăn cho công tác tuyên truyền về chính sách phòng, chống Covid-19. Cụ thể, đối với hành vi "cung cấp, chia sẻ thông tin giả mạo, thông tin sai sự thật", các địa phương áp dụng các mức phạt sau:

- Ở Hà Nội, bà VPA bị phạt 12,5 triệu đồng đưa tin trên mạng xã hội về việc được lựa chọn vaccine để tiêm bị phạt với hành vi đưa thông tin sai sự thật trên trang thông tin điện tử (căn cứ điểm a khoản 3 Điều 99 Nghị định số 15/2020/NĐ-CP ban hành ngày 03/02/2020 quy định xử phạt VPHC

[3] Đức Trí, *"Phạt 7,5 triệu đồng vì phớt lờ khai báo y tế"*, http://cand.com.vn/y-te/Phat-7-5-trieu-dong-nguoi-dan-ong-di-tu-vung-dich-ve-phot-lo-khai-bao-y-te-643492/.

[4] Hữu Toàn, *"Trốn khỏi khu vực phong tỏa, hai người bị xử phạt 10 triệu đồng"*, http://cand.com.vn/y-te/Tron-ra-khoi-khu-vuc-phong-toa-hai-nguoi-bi-xu-phat-10-trieu-dong-649417/.

[5] Quyên Lưu, *"Xử phạt nhà hàng không chấp hành các quy định về phòng, chống dịch Covid-19"*, https://dms.gov.vn/tin-chi-tiet/-/chi-tiet/xu-phat-nha-hang-khong-chap-hanh-cac-quy-%C4%91inh-ve-phong-chong-dich-covid-19-32572-4.html.

[6] Anh Tuấn, *"Xử lý nghiêm hành vi "thông chốt" kiểm dịch"*, https://dangcongsan.vn/phap-luat/xu-ly-nghiem-hanh-vi-thong-chot-kiem-dich-583299.html.

trong lĩnh vực bưu chính, viễn thông, tần số vô tuyến điện, công nghệ thông tin và giao dịch điện tử (Nghị định số 15)); bà N.T.K.T cũng bị phạt 12,5 triệu đồng khi đưa tin sai sự thật về phòng, chống dịch COVID-19[7].

- Ở Ninh Bình, bà Nguyễn Thị T, SN 1965, trú tại phường Yên Bình, thành phố Tam Điệp bị phạt 10 triệu đồng với hành vi cung cấp, chia sẻ thông tin sai sự thật trên mạng xã hội (căn cứ điểm a khoản 1 Điều 101 Nghị định số 15)[8].

- Ở Đồng Nai, bà V.K.L. (32 tuổi, ngụ xã Lộc Hòa, huyện Long Hồ) bị phạt 7.5 triệu đồng với hành vi cung cấp, chia sẻ thông tin sai sự thật trên mạng xã hội, gây hoang mang xã hội (căn cứ điểm a khoản 1 Điều 101 Nghị định số 15)[9].

- Ở Bà Rịa - Vũng Tàu, ông N.N.Đ (32 tuổi), ngụ xã Sơn Bình, huyện Châu Đức, bị phạt 5 triệu đồng với hành vi đăng tải thông tin sai sự thật về tình hình dịch COVID-19 trên mạng xã hội Facebook (căn cứ điểm a khoản 1 Điều 101 Nghị định số 15)[10].

Như vậy, cũng hành vi cung cấp, chia sẻ thông tin giả mạo, thông tin sai sự thật trên mạng xã hội nhưng mức xử phạt VPHC ở các địa phương là khác nhau. Điều này xuất phát từ quy định của Nghị định số 15/2020/NĐ-CP ngày 15/4/2020 về xử phạt hành chính trong lĩnh vực bưu chính, viễn thông, tần số vô tuyến điện, công nghệ thông tin và giao dịch điện tử (Nghị định số 15). Điểm a khoản 1 Điều 101 Nghị định về "Vi phạm quy định về trách nhiệm sử dụng dịch vụ mạng xã hội" quy định: "Phạt tiền từ 10-20 triệu đồng đối với hành vi lợi dụng mạng xã hội để thực hiện việc cung cấp, chia sẻ thông tin giả mạo, thông tin sai sự thật, xuyên tạc, vu khống, xúc phạm uy tín của cơ quan, tổ chức, danh dự, nhân phẩm của cá nhân". Đây là mức phạt với tổ chức, nên cá nhân thì bị phạt từ 5 đến 10 triệu đồng. Ngoài phạt tiền, còn áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả là buộc gỡ bỏ thông tin sai sự thật hoặc gây nhầm lẫn hoặc thông tin vi phạm pháp luật. Bên cạnh đó, điểm a khoản 3 Điều 99 Nghị định số 15 về "Vi phạm quy định về trang thông tin điện tử" quy định: "Phạt tiền từ 20-30 triệu đồng đối với hành vi đưa thông tin sai sự thật, xuyên tạc, vu khống, xúc phạm uy tín của tổ chức, danh dự và nhân phẩm của cá nhân". Ngoài bị xử phạt chính, người vi phạm hành vi này còn bị áp dụng hình thức xử phạt bổ sung là tịch thu tang vật, phương tiện VPHC; bị áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả buộc gỡ bỏ đường dẫn đến thông tin sai sự thật hoặc gây nhầm lẫn, thông tin vi phạm pháp luật đối hoặc buộc thu hồi hoặc buộc hoàn trả tên miền do thực hiện hành vi vi phạm quy định.

Như vậy, với căn cứ nêu trên, Điều 99 Nghị định số 15 xử lý hành vi vi phạm về trang thông tin điện tử; còn Điều 101 xử lý hành vi vi phạm trên mạng xã hội. Vậy, trang thông tin điện tử và "mạng xã hội" giống nhau hay khác nhau. Theo khoản 17 Điều 4 Luật Công nghệ thông tin năm 2006 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2017 (Luật CNTT), trang thông tin điện tử (Website) là trang thông tin hoặc một tập hợp trang thông tin trên môi trường mạng phục vụ cho việc cung cấp, trao đổi thông tin. Theo quy định của Điều 23 Luật CNTT, việc thiết lập trang

[7] Trường Phong, *"Người tung tin 3.000 chốt kiểm soát ở Hà Nội bị phạt 12,5 triệu đồng"*, https://tienphong.vn/nguoi-tung-tin-3-000-chot-kiem-soat-o-ha-noi-bi-phat-12-5-trieu-dong-post1360264.tpo.

[8] Tố Uyên, *"Bị phạt 10 triệu đồng vì đăng tin chữa khỏi COVID-19 bằng Pháp luân công"*, https://cand.com.vn/Ban-tin-113/bi-phat-10-trieu-dong-vi-dang-tin-chua-khoi-covid-19-bang-phap-luan-cong-i624227/.

[9] Chí Hạnh, *"Bị phạt 7,5 triệu đồng vì đăng phương pháp chữa COVID-19 tại nhà"*, https://tuoitre.vn/bi-phat-7-5-trieu-dong-vi-dang-phuong-phap-chua-covid-19-tai-nha-20210731123130 78.htm.

[10] Phú Lữ, Trí Bình, *"Bị phạt 5 triệu đồng vì đăng tin sai sự thật về COVID-19"*, https://cand.com.vn/Xa-hoi/Bi-phat-5-trieu-dong-vi-dang-tin-sai-su-that-ve-COVID-19-i617657/.

thông tin điện tử có thể sử dụng tên miền. Điều này có nghĩa là, trang thông tin điện tử là một cổng website chứ không phải một tài khoản trên mạng xã hội. Theo quy định của khoản 22 Điều 3 Nghị định số 72/2013/NĐ-CP ban hành ngày 15/7/2013 của Chính phủ về quản lý, cung cấp, sử dụng dịch vụ Internet và thông tin trên mạng đã được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 27/2018/NĐ-CP (Nghị định số 72), mạng xã hội (social network) là hệ thống thông tin cung cấp cho cộng đồng người sử dụng mạng các dịch vụ lưu trữ, cung cấp, sử dụng, tìm kiếm, chia sẻ và trao đổi thông tin với nhau, bao gồm dịch vụ tạo trang thông tin điện tử cá nhân, diễn đàn (forum), trò chuyện (chat) trực tuyến, chia sẻ âm thanh, hình ảnh và các hình thức dịch vụ tương tự khác (như Facebook, twitter, tiktok…). Nghị định số 72 cũng dành Mục 2 Chương 3 (gồm 13 điều) để quy định về trang thông tin điện tử và mạng xã hội. Từ các phân tích trên cho thấy, việc áp dụng điểm a khoản 3 Điều 99 Nghị định số 15 để xử phạt hành vi thông tin sai sự thật trên mạng xã hội là không phù hợp, mà cần phải áp dụng Điều 101 Nghị định số 15. Do vậy, các địa phương cần chấn chỉnh công tác áp dụng pháp luật trong xử lý hành vi vi phạm phổ biến này, tránh gây hoang mang dư luận về sự bất bình đẳng, cũng như khiếu nại từ phía người dân.

3. Về xử phạt hành vi không cài app điện tử (như bluezone) trong điện thoại thông minh trong thời gian dịch bệnh xảy ra

Ngày 29/5/2021, Bộ trưởng Bộ Y tế ban hành Quyết định số 2666/QĐ-BYT về việc hướng dẫn sử dụng các ứng dụng khai báo y tế và phát hiện tiếp xúc gần phục vụ phòng, chống dịch bệnh Covid-19 (Quyết định số 2666). Quyết định yêu cầu "người dân có điện thoại thông minh khi đến nơi công cộng, tập trung đông người phải cài đặt ứng dụng phát hiện tiếp xúc gần (Bluezone) và bật chế độ Bluetooth"; yêu cầu Ủy ban nhân dân cấp tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương "chỉ đạo, tổ chức triển khai thực hiện nghiêm việc cài đặt, sử dụng ứng dụng khai báo y tế và phát hiện tiếp xúc gần, xử phạt các trường hợp có điện thoại thông minh nhưng không thực hiện cài đặt, sử dụng ứng dụng theo quy định trên cơ sở tình hình dịch COVID-19 và điều kiện thực tế tại địa phương". Nhiều địa phương chưa rõ về tính hợp pháp và hợp lý của quy định này. Bởi lẽ, nếu tuân thủ quy định trên thì áp dụng căn cứ nào để xử phạt, và thủ tục xử phạt như thế nào. Thực tế, điện thoại là tài sản cá nhân, việc cài bluezone trong điện thoại hay không là tùy chọn của chủ sở hữu, nên chỉ khuyến khích, không nên bắt buộc để xử phạt.

Bên cạnh đó, việc yêu cầu xử phạt hành vi trên, thủ tục xử phạt sẽ vướng ngay đến quy định về quyền riêng tư, đó là thủ tục mở điện thoại của người khác để kiểm tra, ban hành quyết định về việc khám phương tiện vận tải, đồ vật theo thủ tục hành chính (Điều 128 Luật Xử lý VPHC), ... Quy định này áp dụng sẽ dẫn đến sự bất bình đẳng trong xử phạt VPHC, tức là chỉ xử phạt khi biết rõ người đó sở hữu điện thoại thông minh, còn người không có điện thoại thông minh, hoặc không thể biết họ đang sở hữu thì sẽ không bị xử phạt.

4. Quy định về xử phạt đối với hành vi từ chối tiêm vaccine và từ chối xét nghiệm để tìm ca nhiễm Covid-19

Để ngăn chặn làn sóng lây lan dịch Covid-19 bao trùm khắp mọi nơi, nhiều quốc gia đã đưa ra nhiều giải pháp trong đó tiêm phòng vaccine là một trong những biện pháp hữu hiệu để ngăn ngừa những hậu quả xấu do Covid-19 gây ra, Việt Nam không phải ngoại lệ. Tuy nhiên, thực tiễn có nhiều ý kiến liên quan đến việc có xử phạt VPHC được không đối với người từ chối tiêm vaccine, từ chối tham gia xét nghiệm cộng đồng.

4.1. Từ chối tiêm vaccine

Vaccine là chế phẩm chứa kháng nguyên tạo cho cơ thể khả năng đáp ứng miễn dịch, được dùng với mục đích phòng bệnh, khoản 2, khoản 3 Điều 27, khoản 1 Điều 28 Luật Phòng, chống bệnh truyền nhiễm năm 2007 quy định nguyên tắc sử dụng vaccine: "… được sử dụng theo hình thức tự nguyện hoặc bắt buộc; được sử dụng đúng mục đích, đối tượng, thời gian, chủng loại và quy trình kỹ thuật sử dụng…" và "mọi người có quyền sử dụng vaccine, sinh phẩm y tế để bảo vệ sức khỏe cho mình và cho cộng đồng". Điều 29 Luật này quy định về sử dụng vaccine, sinh phẩm y tế bắt buộc như sau: "Người có nguy cơ mắc bệnh truyền nhiễm tại vùng có dịch và đến vùng có dịch bắt buộc phải sử dụng vaccine, sinh phẩm y tế đối với các bệnh có vắc xin, sinh phẩm y tế phòng bệnh" và "trẻ em, phụ nữ có thai phải sử dụng vắc xin, sinh phẩm y tế bắt buộc đối với các bệnh truyền nhiễm thuộc Chương trình tiêm chủng mở rộng". Như vậy, theo quy định của pháp luật nước ta, trừ một số trường hợp bắt buộc sử dụng vaccine, còn lại là tự nguyện sử dụng. Trước đây, các hành vi vi phạm Luật Phòng, chống bệnh truyền nhiễm năm 2007 được quy định tại Nghị định số 176, nay là Nghị định số 117. Điểm a khoản 2 Điều 9 Nghị định số 117 quy định: Phạt tiền từ 1.000.000 đồng đến 3.000.000 đồng đối với hành vi "không sử dụng hoặc cản trở việc sử dụng vắc xin, sinh phẩm y tế đối với các bệnh có vắc xin, sinh phẩm y tế phòng bệnh trong trường hợp có nguy cơ mắc bệnh truyền nhiễm tại vùng có dịch hoặc đến vùng có dịch theo yêu cầu, hướng dẫn của cơ quan có thẩm quyền".

Như vậy, theo quy định của pháp luật, điều kiện để xử phạt hành vi từ chối sử dụng vaccine là (1) "người có nguy cơ mắc bệnh truyền nhiễm tại vùng có dịch hoặc đến vùng có dịch"; và (2) "có yêu cầu, hướng dẫn của cơ quan có thẩm quyền".

- Đối với điều kiện nguy cơ mắc bệnh truyền nhiễm, theo Quyết định số 219/QĐ-BYT ngày 29/01/2020 của Bộ trưởng Bộ Y tế đã bổ sung bệnh viêm đường hô hấp cấp do chủng mới của vi rút Corona (nCoV) gây ra vào danh mục các bệnh truyền nhiễm nhóm A, và thực tế vùng có dịch thì nhiều địa phương, khu vực đã được cơ quan có thẩm quyền xác định, vấn đề này đã rõ.

- Đối với quy định cơ quan có thẩm quyền yêu cầu bắt buộc tiêm vaccine, đến nay Bộ trưởng Bộ Y tế chưa có quy định bắt buộc tiêm vaccine mà chỉ kêu gọi mọi người tiêm.

Tuy nhiên, nội dung của Điều 9 Nghị định số 117 cho thấy[11], mục đích của quy

[11] Điều 9. Vi phạm quy định về sử dụng vắc xin, sinh phẩm y tế

1. Cảnh cáo hoặc phạt tiền từ 300.000 đồng đến 500.000 đồng đối với một trong các hành vi sau đây: a) Không thực hiện hoặc cản trở trẻ em, phụ nữ có thai sử dụng vắc xin, sinh phẩm y tế bắt buộc đối với bệnh truyền nhiễm thuộc chương trình tiêm chủng mở rộng; b) Không tư vấn cho người được tiêm chủng, cha, mẹ hoặc gia đình, người giám hộ của trẻ được tiêm chủng trước khi tiêm chủng; không tư vấn về lợi ích và rủi ro có thể gặp khi tiêm chủng; c) Không hướng dẫn người được tiêm chủng hoặc gia đình trẻ được tiêm chủng cách theo dõi, xử trí phản ứng sau tiêm chủng; d) Không báo cáo hoặc báo cáo không đầy đủ về hoạt động tiêm chủng theo quy định của pháp luật.

2. Phạt tiền từ 1.000.000 đồng đến 3.000.000 đồng đối với một trong các hành vi sau đây: a) Không sử dụng hoặc cản trở việc sử dụng vắc xin, sinh phẩm y tế đối với các bệnh có vắc xin, sinh phẩm y tế phòng bệnh trong trường hợp có nguy cơ mắc bệnh truyền nhiễm tại vùng có dịch hoặc đến vùng có dịch theo yêu cầu, hướng dẫn của cơ quan có thẩm quyền; b) Không cấp và ghi sổ theo dõi tiêm chủng cá nhân hoặc sổ tiêm chủng điện tử cho người đến tiêm tại cơ sở tiêm chủng; c) Không thống kê danh sách đối tượng đã tiêm chủng tại cơ sở tiêm chủng; d) Không theo dõi người được tiêm chủng ít nhất 30 phút sau tiêm chủng và hướng dẫn gia đình hoặc đối tượng tiêm chủng tiếp tục theo dõi ít nhất 24 giờ sau tiêm chủng…

định này là xử phạt hành vi vi phạm của nhân viên y tế và cơ quan y tế không sử dụng hoặc cản trở việc sử dụng vắc xin chứ không áp dụng cho người dân. Vì vậy, dù theo cách hiểu nào, hiện nay chưa thể xử phạt trong trường hợp từ chối tiêm vaccine phòng chống Covid-19.

4.2 Từ chối xét nghiệm để tìm ca nhiễm Covid-19

Theo quy định của Điều 21 Luật Phòng, chống bệnh truyền nhiễm năm 2007, việc lấy mẫu xét nghiệm đối với người bị nghi ngờ mắc bệnh truyền nhiễm là một trong những nội dung giám sát bệnh truyền nhiễm được phép thực hiện. Theo điểm a khoản 2 Điều 7 Nghị định số 117, hành vi không thực hiện xét nghiệm theo yêu cầu của cơ quan y tế có thẩm quyền trong quá trình thực hiện giám sát bệnh truyền nhiễm sẽ bị phạt tiền từ 1 đến 3 triệu đồng. Ở một số nước, cũng có chế tài khi từ chối xét nghiệm Covid-19 nhưng đối tượng áp dụng khác nhau, như ở nước Anh, người chống đối không làm xét nghiệm bắt buộc khi nhập cảnh sẽ bị phạt 1.000 bảng Anh. Mức phạt sẽ tăng lên gấp đôi nếu không tiến hành xét nghiệm lần thứ hai[12]. Ở Hy Lạp, tất cả mọi nhân viên làm việc trong lĩnh vực công hay tư nhân đều phải tự xét nghiệm mỗi tuần 2 lần, với kết quả âm tính mới được rời nhà đi làm, các bộ dụng cụ xét nghiệm được cung cấp miễn phí ở các hiệu thuốc; nếu phát hiện nhân viên nào không tiến hành xét nghiệm sẽ bị phạt số tiền là 1.500 Euro[13].

Gần đây, nhiều người dân ở các vùng có dịch bệnh từ chối tham gia xét nghiệm do lo lắng sợ bị nhiễm Covid-19, bởi nơi xét nghiệm quá đông người, không đảm bảo quy định giãn cách, nhiều nơi người tiến hành thực hiện quy trình lấy mẫu là người tình nguyện, không phải là những nhân viên y tế chuyên nghiệp về phòng chống dịch[14].

Thực tiễn, tại Thành phố Đà Nẵng, ngày 18/8/2021 bà Đ.T.X.L (51 tuổi) và ông P.Đ.S (52 tuổi) ở phường Chính Gián, Quận Thanh Khê không thực hiện xét nghiệm dù lực lượng chức năng đã vận động xét nghiệm nhưng cả hai người đều không chấp hành, do đó Công an phường đã lập biên bản vi phạm về việc không thực hiện xét nghiệm theo yêu cầu của cơ quan y tế có thẩm quyền trong quá trình giám sát bệnh truyền nhiễm, đồng thời mỗi người bị xử phạt 2 triệu đồng. Tại tỉnh Cà Mau, vào

3. Phạt tiền từ 3.000.000 đồng đến 5.000.000 đồng đối với một trong các hành vi sau đây:
a) Không khám sàng lọc hoặc khám sàng lọc không đầy đủ cho đối tượng được tiêm chủng; b) Không thực hiện đúng quy định của pháp luật về tiếp nhận, vận chuyển và bảo quản vắc xin; c) Không thực hiện đúng quy định của pháp luật và hướng dẫn chuyên môn về an toàn tiêm chủng, quản lý đối tượng tiêm chủng; d) Không dừng ngay buổi tiêm chủng khi đang triển khai tiêm chủng mà xảy ra tai biến nặng sau tiêm chủng; đ) Không thống kê đầy đủ thông tin liên quan đến trường hợp tai biến nặng theo quy định của Bộ trưởng Bộ Y tế và báo cáo cho Sở Y tế trong thời hạn 24 giờ kể từ thời điểm xảy ra tai biến; e) Không tổ chức tiêm chủng chống dịch khi cơ quan nhà nước có thẩm quyền yêu cầu đối với cơ sở khám bệnh, chữa bệnh đã đăng ký với Sở Y tế sở tại để thực hiện tiêm chủng vắc xin trong Chương trình tiêm chủng mở rộng…

[12] How to quanrantine when you arrive in England? https://www.gov.uk/guidance/how-to-quarantine-when-you-arrive-in-england.

[13] Hy Lạp phạt nặng người không xét nghiệm Covid-19, https://cand.com.vn/do-day/Hy-Lap-phat-nang-nguoi-khong-xet-nghiem-COVID-19-i615239/.

[14] BS. CKII Nguyễn Thành Phong - Trưởng khoa nhiễm D Bệnh viện Bệnh nhiệt đới (TP.HCM) - Cảnh báo việc không giữ khoảng cách tối thiểu 2m dẫn tới khả năng lây lan virus rất cao. Với khoảng cách dưới 1m, virus dễ dàng lây qua các giọt bắn mà ở khoảng cách trên 2m, các giọt bắn không thể tới, https://tuoitre.vn/chen-chuc-lay-mau-xet-nghiem-covid-19-tiem-an-nguy-co-lay-lan-dich-20210531114900214.htm.

ngày 01/9/2021, khi ông Trần Tô Ân C (sinh năm 1972, cư ngụ khóm 3, phường 1, Thành phố Cà Mau) không hợp tác lấy mẫu test sàng lọc COVID-19 trong cộng đồng, hành vi này bị Chủ tịch UBND phường 1 ra Quyết định cưỡng chế cách ly tập trung ông C[15]. Hành vi không hợp tác lấy mẫu test COVID-19 sẽ bị xử phạt theo quy định nêu trên, nhưng điều khoản này không quy định hình thức phạt bổ sung hay áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả như cách ly y tế tập trung, nên việc áp dụng biện pháp cưỡng chế là không phù hợp. Vì vậy, cần thiết phải bổ sung biện pháp khắc phục hậu quả là buộc phải tham gia xét nghiệm trong điều kiện an toàn thì đảm bảo hiệu quả, mục đích của việc xử phạt.

5. Một số nhận xét và kiến nghị

Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Xử lý VPHC năm 2020 sửa đổi khoản 6 Điều 12 Luật Xử lý VPHC năm 2012 về những hành vi bị nghiêm cấm trong xử phạt VPHC từ *"Áp dụng hình thức xử phạt, biện pháp khắc phục hậu quả không đúng, không đầy đủ đối với hành vi VPHC"* thành *"Xác định hành vi VPHC không đúng; áp dụng hình thức xử phạt, mức xử phạt, biện pháp khắc phục hậu quả không đúng, không đầy đủ đối với hành vi VPHC"*. Tức là Luật đã bổ sung thêm một hành vi cấm, đó là: Cơ quan có thẩm quyền xử phạt xác định hành vi VPHC không đúng. Điều này, đòi hỏi các chủ thể có thẩm quyền xử phạt VPHC khi ra quyết định xử phạt cần xem xét hành vi vi phạm trên thực tế có tương thích với hành vi được mô tả trong các quy phạm pháp luật không. Bởi lẽ, từ những gì xảy ra trong thực tế xử phạt các hành vi vi phạm nêu trên, rõ ràng cùng một hành vi vi phạm, nhiều địa phương đã xác định căn cứ pháp lý khác nhau, dẫn đến áp dụng chế tài không thống nhất, gây ảnh hưởng đến hiệu quả và hiệu lực trong quản lý nhà nước.

Bên cạnh đó, tác giả kiến nghị:

Thứ nhất, đối với hành vi vi phạm ra đường không có lý do cần thiết, cần áp dụng xử phạt theo khoản 2 Điều 14 Nghị định số 117.

Thứ hai, đối với hành vi đưa thông tin sai sự thật trên mạng xã hội nói chung và liên quan đến công tác phòng, chống dịch bệnh covid-19 nói riêng, cần áp dụng căn cứ xử phạt là điểm a khoản 1 Điều 101 "Vi phạm quy định về trách nhiệm sử dụng dịch vụ mạng xã hội" Nghị định số 15.

Thứ ba, đối với hành vi không cài app điện tử trong điện thoại thông minh trong thời gian xảy ra dịch bệnh, không xử phạt VPHC mà chỉ nên khuyến khích mọi người dân có điều kiện sử dụng, trừ trường hợp Nhà nước cung cấp miễn phí một thiết bị điện tử để quản lý công dân.

Thứ tư, đối hành vi từ chối tiêm vaccine phòng, chống covid-19 chỉ xử phạt khi Bộ Y tế quyết định tiêm bắt buộc. Đồng thời, cần sửa đổi Nghị định số 117 theo hướng ban hành một điều luật riêng áp dụng cho hành vi này, không nhập chung với nhóm các cơ quan y tế tại khoản 2 Điều 9.

Thứ năm, đối với hành vi từ chối xét nghiệm để tìm ca nhiễm Covid-19, xử phạt vi phạm theo điểm a khoản 2 Điều 7 Nghị định số 117, nhưng không được áp dụng biện pháp cưỡng chế như buộc đi cách ly. Đồng thời cần sửa đổi Điều 7 Nghị định số 117 theo hướng bổ sung biện pháp khắc phục hậu quả là "buộc phải tham gia xét nghiệm trong điều kiện an toàn".■

[15] Văn Đum, *"Cưỡng chế cách ly tập trung người đàn ông không chấp hành xét nghiệm Covid-19"*, http://baocamau.com.vn/tin/cuong-che-cach-ly-tap-trung-nguoi-dan-ong-khong-chap-hanh-xet-nghiem-covid-19-70098.html.

BIỆN PHÁP XỬ LÝ HÀNH CHÍNH ĐƯA VÀO CƠ SỞ CAI NGHIỆN BẮT BUỘC VÀ NHỮNG NỘI DUNG CẦN HƯỚNG DẪN THI HÀNH

Hà Quang Thanh*

**TS. Quyền Giám đốc Phân viện Học viện Hành chính Quốc gia tại TP. Hồ Chí Minh*

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Vi phạm hành chính, biện pháp xử lý hành chính, cơ sở cai nghiện bắt buộc

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 12/7/2021
Biên tập : 06/8/2021
Duyệt bài : 08/8/2021

Tóm tắt:

Ngày 13/11/2020, Quốc hội đã thông qua Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 (Luật Xử lý VPHC), có hiệu lực từ ngày 01/01/2022. Trong đó, nhiều nội dung quan trọng liên quan đến biện pháp "đưa vào cơ sở cai nghiện bắt buộc" như đối tượng bị áp dụng, lập hồ sơ đề nghị áp dụng biện pháp đưa vào cơ sở cai nghiện bắt buộc… đã được sửa đổi, bổ sung. Tuy nhiên, để bảo đảm cho việc thi hành Luật Xử lý VPHC về biện pháp "Đưa vào cơ sở cai nghiện bắt buộc" được thống nhất, phát huy hiệu lực, hiệu quả, một số quy định của Luật cần được tiếp tục hướng dẫn cụ thể.

Article Infomation:

*Keywords:*Administrative violations; administrative handling measures; compulsory detoxification establishments

Article History:

Received : 03 Jul. 2021
Edited : 12 Aug. 2021
Approved : 15 Aug. 2021

Abstract:

The National Assembly approved the Law on amendment of a number of articles of the Law on Handling of Administrative Violations of 2012 (Law on Handling Administrative Violations), effective from January 1, 2022. In which, several important contents related to the measure of "consignment to compulsory detoxification establishments" such as subjects being applied; dossiers for application of measure for compulsory detoxification establishments, etc., have been included with proper amendments. However, in order to ensure that the implementation of the Law on Handling of Administrative Offenses on the measure of "consignment to compulsory detoxification establishments" is unified, effective and efficient, a number of provisions of the law need to be further provided with specific instructions.

1. Khái quát về biện pháp xử lý hành chính đưa vào cơ sở cai nghiện bắt buộc

Các biện pháp xử lý hành chính lần đầu tiên được quy định cụ thể trong Pháp lệnh Xử lý vi phạm hành chính (VPHC) năm 1995. Theo đó, các biện pháp xử lý hành chính bao gồm: giáo dục tại xã, phường, thị trấn; đưa vào trường giáo dưỡng; đưa vào cơ sở giáo dục; đưa vào cơ sở chữa bệnh; quản chế hành chính. Đến năm 2002, Ủy ban Thường vụ Quốc hội đã ban hành Pháp lệnh Xử lý VPHC năm 2002. Pháp lệnh này được sửa đổi, bổ sung vào các năm 2007, 2008.

Luật Xử lý VPHC năm 2012 về cơ bản vẫn giữ lại bốn biện pháp xử lý hành chính như Pháp lệnh Xử lý VPHC năm 2002. Tuy nhiên, Luật Xử lý VPHC năm 2012 đã đổi tên biện pháp *"Đưa vào cơ sở chữa bệnh"* thành *"Đưa vào cơ sở cai nghiện bắt buộc"* cho phù hợp với đối tượng áp dụng.

Biện pháp xử lý hành chính đưa vào cơ sở cai nghiện bắt buộc có đặc điểm sau đây:

Thứ nhất, biện pháp đưa vào cơ sở cai nghiện bắt buộc là một biện pháp cưỡng chế hành chính đặc biệt của Nhà nước.

Cưỡng chế hành chính được phân chia thành bốn nhóm cụ thể có tính chất khác nhau bảo đảm trật tự và kỷ luật trong quản lý nhà nước[1]. Biện pháp đưa vào cơ sở cai nghiện bắt buộc nằm trong số các biện pháp cưỡng chế hành chính đặc biệt[2]. Tính chất đặc biệt thể hiện ở những góc độ về phạm vi, đối tượng, điều kiện, thẩm quyền và thủ tục áp dụng. Cụ thể, các vi phạm pháp luật bị áp dụng biện pháp đưa vào cơ sở cai nghiện bắt buộc không phải là tội phạm, nghĩa là không đủ yếu tố cấu thành tội phạm vì chưa đủ dấu hiệu chịu trách nhiệm hình sự. Các vi phạm pháp luật bị áp dụng biện pháp đưa vào cơ sở cai nghiện bắt buộc cũng không đơn thuần là vi phạm hành chính nên không thể chỉ áp dụng việc xử phạt vi phạm hành chính là xong. Như vậy, đặc điểm phạm vi áp dụng biện pháp này là những người nghiện ma túy từ đủ 18 tuổi trở lên mà theo quy định của pháp luật thuộc trường hợp cần áp dụng biện pháp đưa vào cơ sở cai nghiện bắt buộc.

Xét về bản chất, biện pháp xử lý hành chính đưa vào cơ sở cai nghiện bắt buộc có tính pháp lý bởi nó được quy định cụ thể trong các văn bản quy phạm pháp luật, được các cơ quan, cá nhân có thẩm quyền áp dụng. Tính cưỡng chế hành chính của biện pháp xử lý hành chính đưa vào cơ sở cai nghiện bắt buộc thể hiện ở chỗ, biện pháp này mang tính bắt buộc thực hiện đối với người bị nghiện ma túy, nó hạn chế quyền tự do của người bị áp dụng trong một thời gian nhất định[3].

Xét về mục đích, biện pháp xử lý hành chính đưa vào cơ sở cai nghiện bắt buộc được áp dụng để cách ly người nghiện ma túy từ đủ 18 tuổi trở lên ra khỏi cộng đồng xã hội trong một thời gian nhất định. Người vi phạm phải chấp hành quyết định đưa vào cơ sở cai nghiện bắt buộc, nếu không tự giác chấp hành quyết định hoặc chống đối thì cơ quan chức năng có quyền áp dụng biện pháp ngăn chặn và cưỡng chế cần thiết theo quy định của pháp luật để buộc người đó phải chấp hành[4].

Thứ hai, biện pháp đưa vào cơ sở cai nghiện bắt buộc mang tính chất khắc nghiệt cao hơn so với các biện pháp cưỡng chế hành chính khác.

Đối với người bị áp dụng biện pháp đưa vào cơ sở cai nghiện bắt buộc phải bị cách ly khỏi xã hội một thời gian từ 12 tháng đến 24 tháng để giúp họ chữa bệnh, lao động, học văn hóa, học nghề dưới sự quản lý, giáo dục của cơ sở cai nghiện. Xét về bản chất, việc xử lý hành chính dù sao cũng nhẹ hơn việc bị xử lý hình sự. Tuy nhiên, xét ở góc độ về thời gian cách ly khỏi xã hội của biện pháp này còn cao hơn so với một số trường hợp tội phạm bị áp dụng hình phạt tù có thời hạn theo quy định của Bộ luật Hình sự.

Thứ ba, biện pháp đưa vào cơ sở cai nghiện bắt buộc được áp dụng đối với cá nhân là công dân Việt Nam.

Pháp luật quy định xử phạt vi phạm hành chính được áp dụng đối với đối tượng cá nhân, tổ chức. Tuy nhiên, biện pháp xử lý hành chính đưa vào cơ sở cai nghiện bắt buộc chỉ áp dụng đối với cá nhân là công dân Việt Nam. Cụ thể, biện pháp đưa vào cơ sở cai nghiện bắt buộc này chỉ áp dụng đối với người mang quốc tịch Việt Nam trên 18 tuổi nghiện ma túy[5]. Biện pháp xử lý hành chính

[1] Nguyễn Cửu Việt (2013), *Giáo trình Luật hành chính Việt Nam,* Nxb. Chính trị quốc gia, tr. 375.

[2] Nguyễn Cảnh Hợp (2017), *Giáo trình Luật hành chính Việt Nam,* Nxb. Hồng Đức, tr. 549 - 555.

[3] Đào Thị Thu An (2011), *"Biện pháp đưa vào cơ sở chữa bệnh trong dự thảo luật xử lý vi phạm hành chính",* Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, (20).

[4] Trần Thanh Hương (2005), *"Quyền công dân, quyền con người và chỗ đứng của các biện pháp xử lý hành chính khác trong pháp luật về vi phạm hành chính",* Tạp chí Dân chủ và pháp luật, (11).

[5] Khoản 2 Điều 5 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2020 quy định: *"Biện pháp xử lý hành chính không áp dụng đối với người nước ngoài".*

đưa vào cơ sở cai nghiện bắt buộc mang tính trực tiếp hạn chế hoặc tước bỏ quyền tự do trong một giai đoạn nhất định bằng hình thức cách ly người vi phạm ra khỏi cộng đồng xã hội thời gian từ 12 tháng đến 24 tháng. Trong thời gian này, người nghiện ma túy phải học văn hóa, học nghề dưới sự quản lý, giáo dục của cơ sở cai nghiện.

Thứ tư, việc áp dụng biện pháp xử lý hành chính đưa vào cơ sở cai nghiện bắt buộc thuộc thẩm quyền của Tòa án nhân dân cấp huyện, được thực hiện theo thủ tục chặt chẽ[6].

Theo Luật Xử lý VPHC năm 2012, việc áp dụng biện pháp đưa vào cơ sở cai nghiện bắt buộc thuộc thẩm quyền của Tòa án nhân dân cấp huyện. Đây là đặc điểm rất quan trọng để phân biệt biện pháp đưa vào cơ sở cai nghiện bắt buộc với việc áp dụng các hình thức xử phạt vi phạm hành chính và với các biện pháp cưỡng chế hành chính khác như các biện pháp ngăn chặn và bảo đảm xử lý vi phạm hành chính. Việc hạn chế quyền của con người là hết sức quan trọng, vì vậy cần phải thực hiện theo một thủ tục chặt chẽ. Điều này bảo đảm tính minh bạch trong xử lý, bảo đảm quyền con người.

2. Những nội dung cần hướng dẫn thi hành liên quan đến biện pháp đưa vào cơ sở cai nghiện bắt buộc

Ngày 13/11/2020, Quốc hội đã thông qua Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012, có hiệu lực từ ngày 01/01/2022. Trong đó, nhiều nội dung quan trọng liên quan đến biện pháp *"Đưa vào cơ sở cai nghiện bắt buộc"* như đối tượng bị áp dụng, lập hồ sơ đề nghị áp dụng biện pháp đưa vào cơ sở cai nghiện bắt buộc… đã được sửa đổi, bổ sung. Để bảo đảm cho quy định của Luật Xử lý VPHC về biện pháp *"Đưa vào cơ sở cai nghiện bắt buộc"* phát huy hiệu lực, được áp dụng thống nhất, tác giả cho rằng, cần hướng dẫn cụ thể một số vấn đề sau đây:

Thứ nhất, quy định về đối tượng áp dụng.

Theo quy định của khoản 1 Điều 96 Luật Xử lý VPHC, *Đối tượng áp dụng biện pháp đưa vào cơ sở cai nghiện bắt buộc là người nghiện ma túy từ đủ 18 tuổi trở lên thuộc trường hợp bị áp dụng biện pháp đưa vào cơ sở cai nghiện bắt buộc theo quy định của Luật Phòng, chống ma túy.* Như vậy, Luật Xử lý VPHC không quy định cụ thể đối tượng bị áp dụng biện pháp đưa vào cơ sở cai nghiện bắt buộc mà viện dẫn sang Luật Phòng, chống ma túy năm 2021. Đối chiếu với Điều 32 Luật Phòng, chống ma túy năm 2021, đối tượng áp dụng biện pháp đưa vào cơ sở cai nghiện bắt buộc là người nghiện ma túy từ đủ 18 tuổi trở lên thuộc một trong các trường hợp sau đây: i) Không đăng ký, không thực hiện hoặc tự ý chấm dứt cai nghiện ma túy tự nguyện; ii) Trong thời gian cai nghiện ma túy tự nguyện bị phát hiện sử dụng trái phép chất ma túy; iii) Người nghiện ma túy các chất dạng thuốc phiện không đăng ký, không thực hiện hoặc tự ý chấm dứt điều trị nghiện các chất dạng thuốc phiện bằng thuốc thay thế hoặc bị chấm dứt điều trị nghiện các chất dạng thuốc phiện bằng thuốc thay thế do vi phạm quy định về điều trị nghiện; iv) Trong thời gian quản lý sau cai nghiện ma túy mà tái nghiện.

Như vậy, khác với Luật Xử lý VPHC, Luật Phòng, chống ma túy năm 2021 không căn cứ vào yếu tố có nơi cư trú ổn định hay không có nơi cư trú ổn định để áp dụng biện pháp đưa vào cơ sở cai nghiện bắt buộc. Việc không căn cứ vào "có nơi cư trú ổn định" hay không để áp dụng biện pháp đưa vào cơ sở cai nghiện bắt buộc sẽ khắc phục tình trạng xung đột về thẩm quyền, đồng thời hạn chế tình trạng đùn đẩy trách nhiệm. Tuy nhiên, hiện nay, việc quản lý cư dân vẫn dựa trên nền tảng đăng ký thường trú, tạm trú. Do đó, việc bỏ quy định *"có nơi cư trú ổn định"* hay không để áp dụng biện

[6] Khoản 2 Điều 105 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2020.

pháp đưa vào cơ sở cai nghiện bắt buộc cần được giải thích cụ thể.

Thứ hai, quy định tình tiết "côn đồ hung hãn" áp dụng cho việc đưa người nghiện ma túy vào cơ sở giáo dục bắt buộc.

Khoản 2 Điều 118 Luật Xử lý VPHC quy định: *"Trường hợp người thực hiện hành vi vi phạm pháp luật vừa thuộc đối tượng đưa vào cơ sở giáo dục bắt buộc vừa thuộc đối tượng đưa vào cơ sở cai nghiện bắt buộc thì áp dụng biện pháp đưa vào cơ sở cai nghiện bắt buộc. Trường hợp người nghiện ma túy thuộc loại côn đồ hung hãn thì áp dụng biện pháp đưa vào cơ sở giáo dục bắt buộc. Cơ sở giáo dục bắt buộc thực hiện việc cai nghiện cho đối tượng này"*. Quy định này cho thấy, tùy thuộc vào yếu tố nhân thân, một người vừa thuộc đối tượng đưa vào cơ sở giáo dục bắt buộc vừa thuộc đối tượng đưa vào cơ sở cai nghiện bắt buộc thì có thể bị đưa vào cơ sở giáo dục bắt buộc hoặc đưa vào cơ sở cai nghiện bắt buộc. Tiêu chí để xác định giữa hai cơ sở này là *"côn đồ hung hãn"*. Tuy nhiên, Luật Xử lý VPHC và các văn bản pháp luật hiện hành đều không giải thích rõ thế nào là *"côn đồ hung hãn"*. Để bảo đảm áp dụng thống nhất pháp luật, tác giả cho rằng, cần ban hành văn bản giải thích rõ khái niệm thế nào là *"côn đồ hung hãn"*.

Thứ ba, quy định về cách xác định thời hạn áp dụng biện pháp đưa vào cơ sở cai nghiện bắt buộc.

Theo Luật Xử lý VPHC, thời hạn áp dụng biện pháp đưa vào cơ sở cai nghiện bắt buộc là từ 12 tháng đến 24 tháng. Thời hạn tối đa và tối thiểu được quy định như vậy nhằm mục đích tạo cho Tòa án sự lựa chọn áp dụng biện pháp này phù hợp với tính chất và mức độ của hành vi vi phạm. Tuy nhiên, câu hỏi đặt ra ở đây là: Tòa án sẽ căn cứ vào tiêu chí nào để quyết định *"thời hạn đưa vào cơ sở cai nghiện bắt buộc"*? Để bảo đảm cho các Tòa án áp dụng thống nhất quy định này, tác giả cho rằng, Tòa án nhân dân tối cao cần ban hành văn bản hướng dẫn cách xác định thời hạn áp dụng biện pháp đưa vào cơ sở cai nghiện bắt buộc.

Thứ tư, quy định về hoãn hoặc tạm đình chỉ chấp hành quyết định áp dụng biện pháp đưa vào cơ sở cai nghiện bắt buộc.

Điều 113 Luật Xử VPHC quy định: *"Người được hoãn hoặc được tạm đình chỉ chấp hành quyết định đưa vào cơ sở cai nghiện bắt buộc có trách nhiệm trình diện với Ủy ban nhân dân cấp xã nơi họ cư trú. Trong thời gian được hoãn hoặc được tạm đình chỉ chấp hành quyết định đưa vào cơ sở cai nghiện bắt buộc mà người đó tiếp tục sử dụng ma túy hoặc có căn cứ cho rằng người đó bỏ trốn thì Tòa án nhân dân cấp huyện đã ra quyết định hoãn hoặc tạm đình chỉ hủy bỏ quyết định đó và ra quyết định buộc chấp hành quyết định đưa vào cơ sở cai nghiện bắt buộc"*.

Theo quy định nêu trên, điều kiện để Tòa án hủy bỏ quyết định hoãn hoặc tạm đình chỉ là khi đối tượng đó: i) *Tiếp tục sử dụng ma túy;* ii) *Có căn cứ cho rằng người đó bỏ trốn*. Điều kiện *"tiếp tục sử dụng ma túy"* đề cập đến hành vi cụ thể nên dễ xác định. Trong khi đó, điều kiện *"có căn cứ cho rằng người đó bỏ trốn"* rất khó xác định và phụ thuộc vào nhận định của người có thẩm quyền. Trong trường hợp này, người có thẩm quyền chỉ cần xác định *"có căn cứ cho rằng người đó bỏ trốn"*, không cần phải đợi đến *"có hành vi bỏ trốn trên thực tế"* là đã thỏa mãn điều kiện để Tòa án hủy bỏ quyết định cho phép hoãn hoặc tạm đình chỉ. Trong trường hợp này, Tòa án sẽ tự chứng minh và tự quyết định hay Ủy ban nhân dân cấp xã nơi đối tượng cư trú sẽ chứng minh rồi gửi hồ sơ yêu cầu Tòa án ra quyết định? Để bảo đảm cho pháp luật được áp dụng thống nhất, cần bổ sung quy định cụ thể những chứng cứ nào để xác định *"có căn cứ cho rằng người đó bỏ trốn"*, chủ thể nào có thẩm quyền chứng minh và đề nghị Tòa án hủy bỏ quyết định cho phép hoãn hoặc tạm đình chỉ việc áp dụng biện pháp *"Đưa vào cơ sở cai nghiện bắt buộc"*.■

HOÀN THIỆN CÁC QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT VỀ ĐIỀU KIỆN, HỒ SƠ CỦA NGƯỜI NHẬN CON NUÔI

ThS. Nguyễn Thị Hải Yến*

**ThS. Phòng Quản lý khoa học và Hợp tác quốc tế, Trường Đại học Kiểm sát Hà Nội*

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Luật Nuôi con nuôi năm 2010, nuôi con nuôi, điều kiện người nhận con nuôi

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 20/8/2021

Biên tập : 12/9/2021

Duyệt bài : 15/9/2021

Tóm tắt:

Nuôi con nuôi là vấn đề nhân đạo sâu sắc, thể hiện tình yêu thương, tinh thần trách nhiệm cao cả giữa con người với con người. Luật Nuôi con nuôi năm 2010 quy định khá cụ thể về điều kiện, hồ sơ của người nhận con nuôi. Tuy nhiên, một số quy định về điều kiện, hồ sơ của người nhận con nuôi còn hạn chế, bất cập. Trong phạm vi bài viết này, tác giả phân tích một số hạn chế, bất cập trong các quy định của pháp luật về điều kiện, hồ sơ của người nhận con nuôi, và đề xuất hướng hoàn thiện.

Article Infomation:

Keywords: The Law on Adoption of 2010; child adoption; the conditions of the adopters.

Article History:

Received : 20 Aug. 2021

Edited : 12 Sep. 2021

Approved : 15 Sep. 2021

Abstract:

Adoption is a deeply humanitarian matter, showing love and great responsibility between people. The Law on Adoption of 2010 stipulates specific provisions on the conditions and dossiers of the adopters. However, a number of provisions on the conditions and dossiers of the adopters contain shortcomings and inadequacies. Within the scope of this article, the author gives out an analysis of a number of shortcomings and inadequacies in the legal provisions on conditions and dossiers of the adopters, and proposes recommendations for further improvements.

1. Các quy định của pháp luật về điều kiện, hồ sơ của người nhận con nuôi

Nuôi con nuôi là vấn đề nhân đạo sâu sắc, thể hiện tình yêu thương, tinh thần trách nhiệm cao cả và mối quan hệ tương thân, tương ái, giúp đỡ lẫn nhau giữa con người với con người. Nhìn chung, nuôi con nuôi là một trong những quan hệ góp phần củng cố và thúc đẩy sự phát triển xã hội. Để tạo cơ sở cho sự phát triển lành mạnh của quan hệ nuôi con nuôi và bảo đảm quản lý nhà nước về nuôi con nuôi, ngày 17/6/2010, tại Kỳ họp thứ 7, Quốc hội khóa XII đã thông qua Luật Nuôi con nuôi có hiệu lực thi hành từ ngày 01/01/2011 (Luật Nuôi con nuôi).

Theo quy định của Điều 14 Luật Nuôi con nuôi năm 2010, người nhận con nuôi phải có đủ các điều kiện: i) Có năng lực hành vi dân sự đầy đủ; ii) Hơn con nuôi từ 20 tuổi trở lên; iii) Có điều kiện về sức khỏe, kinh tế, chỗ ở bảo đảm việc chăm sóc, nuôi dưỡng, giáo dục con nuôi; iv) Có tư cách đạo đức tốt. Trong trường hợp cha dượng nhận con riêng của vợ, mẹ kế nhận con riêng của chồng làm con nuôi hoặc cô, cậu, dì, chú, bác ruột nhận cháu làm con nuôi thì chỉ cần thỏa mãn đồng thời hai

điều kiện là *"có năng lực hành vi dân sự đầy đủ"* và *"có tư cách đạo đức tốt"*.

Bên cạnh những yêu cầu về điều kiện đối với người nhận con nuôi, Luật Nuôi con nuôi cũng quy định những trường hợp không được nhận con nuôi. Điều đó có nghĩa là, có những người tuy thỏa mãn điều kiện nuôi con nuôi nhưng nếu rơi vào những trường hợp loại trừ thì cũng không được nhận con nuôi. Cụ thể, những người không được nhận con nuôi bao gồm: a) Người đang bị hạn chế một số quyền của cha, mẹ đối với con chưa thành niên; b) Người đang chấp hành quyết định xử lý hành chính tại cơ sở giáo dục, cơ sở chữa bệnh; c) Người đang chấp hành hình phạt tù; d) Người chưa được xóa án tích về một trong các tội cố ý xâm phạm tính mạng, sức khỏe, nhân phẩm, danh dự của người khác; ngược đãi hoặc hành hạ ông bà, cha mẹ, vợ chồng, con, cháu, người có công nuôi dưỡng mình; dụ dỗ, ép buộc hoặc chứa chấp người chưa thanh niên vi phạm pháp luật; mua bán, đánh tráo, chiếm đoạt trẻ em.

Theo quy định của Điều 17 Luật Nuôi con nuôi, để nhận nuôi con nuôi, người nhận con nuôi phải gửi hồ sơ đến cơ quan nhà nước có thẩm quyền, hồ sơ của người nhận con nuôi gồm có: i) Đơn xin nhận con nuôi; ii) Bản sao Hộ chiếu, Giấy chứng minh nhân dân hoặc giấy tờ có giá trị thay thế; iii) Phiếu lý lịch tư pháp; iv) Văn bản xác nhận tình trạng hôn nhân; v) Giấy khám sức khỏe do cơ quan y tế cấp huyện trở lên cấp; văn bản xác nhận hoàn cảnh gia đình, tình trạng chỗ ở, điều kiện kinh tế do Ủy ban nhân dân cấp xã nơi người nhận con nuôi thường trú cấp. Trường hợp cha dượng nhận con riêng của vợ, mẹ kế nhận con riêng của chồng làm con nuôi hoặc cô, cậu, dì, chú, bác ruột nhận cháu làm con nuôi thì không cần Giấy khám sức khỏe do cơ quan y tế cấp huyện trở lên cấp; văn bản xác nhận hoàn cảnh gia đình, tình trạng chỗ ở, điều kiện kinh tế do Ủy ban nhân dân cấp xã nơi người nhận con nuôi thường trú cấp.

Thực tiễn thi hành Luật Nuôi con nuôi cho thấy, quy định của Luật về điều kiện, hồ sơ người nhận con nuôi còn một số bất cập sau đây :

Thứ nhất, về điều kiện người nhận nuôi "có điều kiện về sức khỏe, kinh tế, chỗ ở bảo đảm việc chăm sóc, nuôi dưỡng, giáo dục con nuôi"

Trên thực tế, đối với điều kiện về sức khỏe thì có thể căn cứ vào xác nhận của cơ quan y tế, đối với điều kiện về chỗ ở thì có thể căn cứ vào nơi đăng ký thường trú, tạm trú hoặc nơi sinh sống thực tế. Tuy nhiên, đối với nhiều kiện về kinh tế của người nhận nuôi thì không có tiêu chí cụ thể để đánh giá. Mặt khác, mặt bằng thu nhập cũng như mức sống mỗi địa phương có sự khác nhau giữa đồng bằng, trung du, miền núi, vùng cao, hải đảo; ví dụ, với mức thu nhập là 5 triệu đồng/tháng thì ở khu vực đô thị sẽ không đủ điều kiện để nhận con nuôi nhưng ở khu vực nông thôn với mức thu nhập này thì có thể đáp ứng được. Do đó, việc xác định điều kiện kinh tế của người nhận nuôi tại các địa phương chưa được thực hiện một cách thống nhất. Công tác kiểm tra việc giải quyết nuôi con nuôi của cơ quan quản lý nhà nước về nuôi con nuôi cho thấy, việc đánh giá điều kiện kinh tế của người nhận con nuôi có phần tùy tiện, chưa thống nhất giữa các địa phương do không có tiêu chí cụ thể để đánh giá; nhiều hồ sơ đăng ký nuôi con nuôi trong nước do Ủy ban nhân dân cấp

xã (UBND) giải quyết chỉ có bản tự khai về hoàn cảnh gia đình mà không có xác nhận của cơ quan có thẩm quyền hoặc có trường hợp người nhận con nuôi không có thu nhập ổn định, điều kiện kinh tế không bằng người cho con nuôi nhưng vẫn được nhận con nuôi dẫn đến việc giải quyết nuôi con nuôi không đúng quy định của pháp luật[1].

Thứ hai, về điều kiện người nhận nuôi "có tư cách đạo đức tốt"

Hiện nay, Luật Nuôi con nuôi và các văn bản hướng dẫn thi hành không giải thích thế nào là "có tư cách đạo đức tốt". Điều này dẫn đến các địa phương hiểu theo các cách khác nhau khi giải quyết thủ tục đăng ký nuôi con nuôi:

Cách hiểu thứ nhất, người nhận con nuôi "có tư cách đạo đức tốt" là người được xác nhận "không có án tích" (thể hiện thông qua Phiếu lý lịch tư pháp và phiếu này là giấy tờ pháp lý xác nhận người nhận con nuôi "có tư cách đạo đức tốt").

Cách hiểu thứ hai, người nhận con nuôi "có tư cách đạo đức tốt" là người không thuộc trường hợp quy định tại khoản 2 Điều 14 Luật Nuôi con nuôi, tức là những người không đang bị hạn chế một số quyền của cha, mẹ đối với con chưa thành niên; không đang chấp hành quyết định xử lý hành chính tại cơ sở giáo dục, cơ sở chữa bệnh (nay là cơ sở cai nghiện); không đang chấp hành hình phạt tù; đã được xóa án tích về một trong các tội cố ý xâm phạm tính mạng, sức khỏe, nhân phẩm, danh dự của người khác; ngược đãi hoặc hành hạ ông bà, cha mẹ, vợ chồng, con, cháu, người có công nuôi dưỡng mình; dụ dỗ, ép buộc hoặc chứa chấp người chưa thanh niên vi phạm pháp luật; mua bán, đánh tráo, chiếm đoạt trẻ em.

Cách hiểu thứ ba cho rằng, "có tư cách đạo đức tốt" là một khái niệm rộng, người không thuộc trường hợp quy định tại khoản 2 Điều 14 Luật Nuôi con nuôi năm 2010 chỉ là một trong những trường hợp được xem là "có tư cách đạo đức tốt" và người nhận con nuôi "có tư cách đạo đức tốt" phải được hiểu bao gồm cả những người không thuộc một trong các trường hợp có các hành vi bị nghiêm cấm theo quy định của Luật Nuôi con nuôi[2].

Với cách hiểu khác nhau như trên đã dẫn đến thực trạng và mỗi địa phương vận dụng quy định của pháp luật theo cách riêng, không bảo đảm sự thống nhất trên phạm vi cả nước.

Thứ ba, về các trường hợp không được nhận con nuôi

Luật Nuôi con nuôi quy định một trong những nguyên tắc giải quyết việc nuôi con nuôi là: *"Việc nuôi con nuôi phải bảo đảm quyền, lợi ích hợp pháp của người được nhận làm con nuôi và người nhận con nuôi, tự nguyện, bình đẳng, không phân biệt nam nữ, không trái pháp luật và đạo đức xã hội"*[3]. Đồng thời, điểm d khoản 2 Điều 14 Luật Nuôi con nuôi chỉ giới hạn về các trường hợp không được nhận con nuôi đối với những người bị kết án và chưa được xóa án tích về các tội

[1] Nguyễn Thanh Hà (2020), *"Một số bất cập qua kiểm tra công tác nuôi con nuôi trong nước",* Tạp chí Dân chủ và pháp luật, (số chuyên đề tháng 1).

[2] Nguyễn Thị Minh Phượng (2019), *"Phiếu lý lịch tư pháp theo quy định của Luật Lý lịch tư pháp và quy định của Luật Nuôi con nuôi về điều kiện, hồ sơ đối với người nhận con nuôi trong nước",* Tạp chí Nghề luật, (1).

[3] Khoản 2 Điều 4 Luật Nuôi con nuôi năm 2010.

phạm sau đây: cố ý xâm phạm tính mạng, sức khỏe, nhân phẩm, danh dự của người khác; ngược đãi hoặc hành hạ ông bà, cha mẹ, vợ chồng, con, cháu, người có công nuôi dưỡng mình; dụ dỗ, ép buộc hoặc chứa chấp người chưa thành niên vi phạm pháp luật; mua bán, đánh tráo, chiếm đoạt trẻ em. Tuy nhiên, thực tiễn cho thấy, ngoài các tội danh kể trên còn có một số tội phạm khác theo quy định của Bộ luật Hình sự năm 2015, sửa đổi, bổ sung năm 2017 (BLHS năm 2015) cũng có ảnh hưởng rất lớn tư cách đạo đức, tâm sinh lý của người nhận nuôi con nuôi như: Tội tổ chức tảo hôn (Điều 183); Tội tổ chức sử dụng trái phép chất ma túy (điểm c khoản 2, điểm d khoản 3 Điều 255); Tội vi phạm quy định về sử dụng người lao động dưới 16 tuổi (Điều 296); Tội mua dâm người dưới 18 tuổi (Điều 329)[4]… Có thể thấy rằng, những người phạm một trong các tội trên đây đã có sự xâm phạm đến sức khỏe, danh dự, nhân phẩm, quyền lợi hợp pháp của trẻ em ở những mức độ nhất định. Do vậy, nếu để cho các trường hợp này nhận nuôi con nuôi sẽ dẫn đến hệ quả là không bảo đảm được lợi ích chính đáng của trẻ em được nhận nuôi.

Thứ tư, về thành phần hồ sơ của người nhận con nuôi

Thực tế thi hành Luật Nuôi con nuôi cho thấy, trong hồ sơ của người nhận con nuôi, Phiếu lý lịch tư pháp của người nhận con nuôi là vấn đề phát sinh nhiều vướng mắc. Theo quy định của Luật Lý lịch tư pháp năm 2009, Phiếu lý lịch tư pháp là phiếu do cơ quan quản lý cơ sở dữ liệu lý lịch tư pháp cấp có giá trị chứng minh cá nhân có hay không có án tích; bị cấm hay không bị cấm đảm nhiệm chức vụ, thành lập, quản lý doanh nghiệp, hợp tác xã trong trường hợp doanh nghiệp, hợp tác xã bị Tòa án tuyên bố phá sản[5]. Phiếu lý lịch tư pháp được chia làm hai loại là Phiếu lý lịch tư pháp số 1 và Phiếu lý lịch tư pháp số 2. Trong đó, Phiếu lý lịch tư pháp số 1 cấp cho công dân Việt Nam, người nước ngoài đã hoặc đang cư trú tại Việt Nam có quyền yêu cầu cấp Phiếu lý lịch tư pháp của mình; cơ quan nhà nước, tổ chức chính trị, tổ chức chính trị - xã hội có quyền yêu cầu cấp Phiếu lý lịch tư pháp để phục vụ công tác quản lý nhân sự, hoạt động đăng ký kinh doanh, thành lập, quản lý doanh nghiệp, hợp tác xã. Phiếu lý lịch tư pháp số 2 cấp cho Cơ quan tiến hành tố tụng có quyền yêu cầu cấp Phiếu lý lịch tư pháp để phục vụ công tác điều tra, truy tố, xét xử và cấp theo yêu cầu của cá nhân để người đó biết được nội dung về lý lịch tư pháp của mình[6].

Theo quy định hiện hành, nội dung ghi trong Phiếu lý lịch tư pháp số 1 và Phiếu lý lịch tư pháp số 2 là khác nhau. Phiếu lý lịch tư pháp số 1 chỉ ghi những án tích chưa được xóa (những án tích đã được xóa không ghi), không ghi thông tin về cấm đảm nhiệm chức vụ, thành lập, quản lý doanh nghiệp, hợp tác xã nếu cá nhân, cơ quan, tổ chức không có yêu cầu. Phiếu lý lịch tư pháp số 2 ghi đầy đủ thông tin của cá nhân, bao gồm các thông tin về án tích (đối với người đã bị kết án thì ghi đầy đủ án tích đã được xóa, thời điểm được xóa

[4] Nguyễn Thị Minh Phượng (2019), *"Phiếu lý lịch tư pháp theo quy định của Luật Lý lịch tư pháp và quy định của Luật Nuôi con nuôi về điều kiện, hồ sơ đối với người nhận con nuôi trong nước"*, Tạp chí Nghề luật, (1).

[5] Khoản 4 Điều 2 Luật Lý lịch tư pháp năm 2009.

[6] Điều 41 Luật Lý lịch tư pháp năm 2009.

án tích, án tích chưa được xóa, ngày, tháng, năm tuyên án, số bản án, Toà án đã tuyên bản án, tội danh, điều khoản luật được áp dụng, hình phạt chính, hình phạt bổ sung, nghĩa vụ dân sự trong bản án hình sự, án phí, tình trạng thi hành án) và thông tin về việc cấm đảm nhiệm chức vụ, thành lập, quản lý doanh nghiệp, hợp tác xã[7].

Luật Nuôi con nuôi chỉ quy định chung là người nhận con nuôi phải có Phiếu lý lịch tư pháp mà không quy định cụ thể là Phiếu lý lịch tư pháp số 1 hay Phiếu lý lịch tư pháp số 2. Trong khi đó, theo quy định của Luật Lý lịch tư pháp năm 2009 thì cá nhân có quyền yêu cầu Sở Tư pháp cấp cả hai loại Phiếu lý lịch tư pháp. Tuy nhiên, căn cứ quy định của Luật Lý lịch tư pháp năm 2009, có thể hiểu trường hợp này là yêu cầu về Phiếu lý lịch tư pháp số 1. Mặc dù Luật Lý lịch tư pháp năm 2009 quy định, Phiếu lý lịch tư pháp số 2 cấp theo yêu cầu của cá nhân để người đó biết được nội dung về lý lịch tư pháp của mình. Tuy nhiên, thực tiễn giải quyết thủ tục đăng ký nuôi con nuôi cho thấy, vẫn còn tình trạng UBND xã yêu cầu người nhận con nuôi cung cấp Phiếu lý lịch tư pháp số 2. Điều này gây ảnh hưởng đến quyền bí mật cá nhân của người nhận con nuôi.

2. Kiến nghị

Để khắc phục những hạn chế, bất cập trong các quy định của pháp luật về điều kiện và hồ sơ người nhận con nuôi, tác giả đề xuất một số kiến nghị như sau:

Thứ nhất, ban hành văn bản hướng dẫn xác định điều kiện người nhận con nuôi quy định tại:

- Điểm c khoản 1 Điều 14 Luật Nuôi con nuôi: *"Có điều kiện về sức khỏe, kinh tế, chỗ ở bảo đảm việc chăm sóc, nuôi dưỡng, giáo dục con nuôi"* theo hướng, căn cứ vào vùng miền, mức thu nhập bình quân tại từng địa phương để quy định các điều kiện cụ thể về kinh tế của người nhận con nuôi nhằm để áp dụng thống nhất trên phạm vi cả nước, tránh sự tùy tiện trong việc xác định điều kiện của người nhận con nuôi như hiện nay.

- Điểm d khoản 1 Điều 14 Luật Nuôi con nuôi: *"Có tư cách đạo đức tốt"* theo hướng, xác định người nhận con nuôi không thuộc các trường hợp bị nghiêm cấm nhận con nuôi theo quy định của Điều 13, khoản 2 Điều 14 Luật Nuôi con nuôi và bổ sung thêm một số tội danh liên quan đến xâm phạm trẻ em mà chưa được xóa án tích. Theo đó, cần tiến hành rà soát các tội phạm quy định trong Luật Nuôi con nuôi với quy định của BLHS năm 2015 để bổ sung một số tội danh chưa được quy định nhưng có tính chất xâm phạm đến quyền lợi hợp pháp của trẻ em, trong đó, đặc biệt lưu ý đối với các tội phạm có liên quan đến người chưa thành niên chưa được xóa án tích.

Thứ hai, sửa đổi khoản 3 Điều 17 Luật Nuôi con nuôi theo hướng quy định rõ nội dung Phiếu lý lịch tư pháp nhằm xác nhận về tình trạng không có án tích của người nhận con nuôi. Theo đó, khoản 3 Điều 17 được sửa đổi như sau *"3. Phiếu lý lịch tư pháp xác nhận về tình trạng không có án tích của người nhận con nuôi"*.

Thứ ba, đẩy mạnh thực hiện các biện pháp tuyên truyền, phổ biến pháp luật về nuôi con nuôi tại địa phương để nâng cao ý thức chấp hành pháp luật của người dân.■

[7] Điều 43 Luật Lý lịch tư pháp năm 2009.

PHÁP LUẬT VỀ TÌNH TRẠNG KHẨN CẤP Ở MỘT SỐ NƯỚC CHÂU ÂU VÀ KINH NGHIỆM CHO VIỆT NAM

Vũ Công Giao*
Nguyễn Anh Đức**
** PGS.TS. Khoa Luật Đại học Quốc gia Hà Nội.*
***NCS. Khoa Luật Đại học Quốc gia Hà Nội.*

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Tình trạng khẩn cấp, pháp luật về tình trạng khẩn cấp, quyền con người, châu Âu, Việt Nam.

Lịch sử bài viết:
Nhận bài : 03/8/2021
Biên tập : 15/9/2021
Duyệt bài : 18/9/2021

Tóm tắt:

Tình trạng khẩn cấp là những tình huống bất thường và bất lợi có nguyên nhân từ con người hoặc tự nhiên, mà có thể xảy ra ở bất kỳ quốc gia nào, gây ra những hậu quả to lớn về chính trị, kinh tế, xã hội cho người dân và nhà nước. Để đối phó hiệu quả với tình trạng khẩn cấp, pháp luật cần có quy định đầy đủ và hợp lý, đặc biệt là về sự cân xứng giữa các biện pháp mà nhà nước có thể và cần phải thực hiện để khắc phục hậu quả của tình trạng khẩn cấp, với các quyền và tự do cơ bản của con người. Trong phạm vi bài viết này, các tác giả trình bày, phân tích các quy định về tình trạng khẩn cấp trong pháp luật ở một số nước châu Âu và đưa ra các gợi mở cho việc hoàn thiện pháp luật Việt Nam về vấn đề này.

Article Infomation:

Keywords: State of emergency, law on the state of emergency, human rights, Europe, Vietnam

Article History:
Received : 03 Aug. 2021
Edited : 15 Sep. 2021
Approved : 18 Sep. 2021

Abstract:

State of emergency is an abnormal and adverse situation which is man-made or natural disaster. State of emergency may occur in any country, causing serious political, economic, and social consequences for the people and the state. To effectively deal with the state of emergencies, the law needs to have adequate and reasonable provisions, especially on the balance between the measures that the state can and should take to overcome the consequences of the emergency, with basic human rights and fundamental freedoms. This paper analyzes the legal regulations on the state of emergency of some European countries, and on that basis, suggests some reference values for the improvement of regulations on the state of emergency in Vietnamese law.

1. Lịch sử và các nội dung của pháp luật về tình trạng khẩn cấp ở một số nước châu Âu

Trong Hiến pháp các quốc gia, thuật ngữ "tình trạng khẩn cấp" được sử dụng dưới nhiều dạng thức nhằm phân biệt giữa các mức độ (hoàn cảnh) khẩn cấp khác nhau. Chẳng hạn, Hiến pháp Bồ Đào Nha phân biệt giữa "tình trạng bị bao vây" và "tình trạng khẩn cấp" mà khái niệm thứ hai được xem là ít nghiêm trọng hơn. Hiến pháp Ba Lan lại phân biệt theo các mối đe dọa từ

quốc gia bên ngoài (tình trạng thiết quân luật), từ bất ổn nội địa (tình trạng khẩn cấp) hoặc từ tự nhiên (tình trạng thiên tai)[1].

- Vương quốc Anh

Ở nước Anh vào cuối thế kỷ 19, giữa lúc bạo loạn, Chính phủ đã phải ban hành một sắc lệnh đặc biệt: *Peace Preservation Acts* (Sắc lệnh Duy trì Hoà bình), sau đó được Quốc hội Anh biểu quyết thành luật vào năm 1920, với tên gọi được thay đổi thành Luật Quyền lực trong tình trạng khẩn cấp (*Emergency Power Acts*)[2] có hiệu lực đến năm 2004. Văn bản luật này cho phép Chính phủ tuyên bố tình trạng khẩn cấp trong trường hợp xảy ra đình công trên diện rộng hay bạo loạn làm tê liệt các hoạt động xã hội thông thường hoặc gây rối loạn an ninh. Bên cạnh đó, văn bản luật này cũng cho phép Chính phủ sử dụng tất cả các biện pháp cần thiết để vãn hồi trật tự công cộng[3].

Hiện nay, Luật Dự phòng dân sự năm 2004 (Civil Contingencies Act of 2004)[4] đã thay thế các văn bản luật khẩn cấp ra đời trước đó. Luật Dự phòng dân sự năm 2004 định nghĩa tình trạng khẩn cấp rất rõ ràng, bao gồm các sự kiện hay tình huống đe dọa gây thiệt hại tới đời sống bình yên của con người (human welfare) hay tới môi trường ở từng khu vực hay trên toàn quốc, hay chiến tranh hoặc chủ nghĩa khủng bố là mối đe dọa lớn tới đất nước[5]. Thiệt hại cho đời sống bình yên con người hay cho môi trường được định nghĩa chi tiết bao gồm sự mất mát thực tế và tiềm tàng về sinh mạng, ốm đau hay thương tật, vô gia cư, thiệt hại về tài sản, sự gián đoạn trong cung ứng các hàng hóa cơ bản hay dịch vụ sức khỏe, sự gián đoạn trong hệ thống thông tin hay giao thông, hoặc trong trường hợp về môi trường, ô nhiễm đất đai, nguồn nước hay không khí với các chất sinh học, hóa học hoặc phóng xạ hay sự phá vỡ hay phá hủy đời sống động thực vật. Đây là định nghĩa rất rộng về tình trạng khẩn cấp[6].

Tình trạng khẩn cấp được Nữ hoàng tuyên bố theo đề nghị của Chính phủ. Trong trường hợp quy trình như vậy không thể được tuân theo, Thủ tướng hay bất kỳ bộ trưởng có thể quyết định về các quy định khẩn cấp[7]. Quyết định này phải được Nghị viện Anh phê chuẩn sau 7 ngày; trường hợp Nghị viện thông qua, Quyết định về tình trạng khẩn cấp sẽ hết hiệu lực[8].

---

[1] Elliot Bulmer, *Emergency Powers: International IDEA Constitution - Building Primer 18*, International IDEA, p.17.

[2] Emergency Powers Act of the United Kingdom, https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1920/55/pdfs/ukpga_19200055_en.pdf.

[3] Bùi Đức Mãn, Lịch sử nước Anh, Nxb. Tổng hợp Tp. Hồ Chí Minh, năm 2002, tr.140.

[4] Civil Contingencies Act 2004, http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2004/20040036.htm. Relevant in this context is mainly Part 2 of that Act, entitled "Emergency Powers", theo Anna Khakee (2009), p.27.

[5] Anna Khakee (2009), *Securing Democracy? A Comparative Analysis of Emergency Powers in Europe*, Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces, Policy Paper – №30, p.27.

[6] Các nhà phân tích chỉ trích "Triple Lock", nhưng nhấn mạnh rằng nó không rõ ràng sinh ra từ đạo luật, và rằng 3 điều kiện đều không cần phải được quyết định một cách khách quan. Walker, Clive and James Broderick (2006). The Civil Contingencies Act 2004 Risk, Resilience and the Law in the United Kingdom Oxford University Press. pp.154, 158 and 160, theo Anna Khakee (2009), p.27.

[7] Điều 20, Civil Contingencies Act 2004.

[8] Điều 27(1), Civil Contingencies Act 2004.

- Thụy Sĩ [9]

Hiến pháp Thụy Sĩ không định nghĩa về tình trạng khẩn cấp mà sử dụng các thuật ngữ như: "các mối đe dọa nghiêm trọng tới an ninh trong nước", "tình trạng ngoại lệ", "tình trạng khẩn cấp", "thảm họa" và "sự can thiệp đe dọa nghiêm trọng tới trật tự công cộng, an ninh bên trong và bên ngoài". Trước đây, các văn bản luật của Thụy Sĩ có quy định về tình trạng khẩn cấp, nhưng vào năm 2003, Quốc hội Thụy Sĩ đã bãi bỏ quy định có liên quan trong 23 văn bản luật, với lý do là chúng đã cũ và mất mục đích (purposeless – sans objet),[10] việc đưa ra một quy định mới về tình trạng khẩn cấp trên cơ sở Hiến pháp sẽ là "tốn công sức, vô nghĩa và hàm chứa rủi ro",[11] một quy định như vậy có nguy cơ làm chậm quá trình ra quyết định trong các tình huống mà cần phải đưa ra các biện pháp một cách nhanh chóng và có mối quan ngại rằng, các quy tắc thành văn liên quan tới tình trạng khẩn cấp sẽ khiến chính quyền ít e dè hơn trong việc sử dụng chúng trong các tình huống ngoại lệ[12].

Như vậy, Thụy Sĩ đã vận dụng học thuyết về sự cần thiết (*droit de nécessité*). Học thuyết này có thể được áp dụng trong các tình huống khủng hoảng nghiêm trọng như chiến tranh hay thảm họa tự nhiên trên diện rộng, điều khiển các cơ quan cao nhất, đặc biệt là Quốc hội không thể hoạt động bình thường[13]. Theo học thuyết này, Quốc hội, nếu có thể được triệu tập, sẽ quyết định về tình trạng khẩn cấp và về việc chuyển giao quyền lực cho Chính phủ liên bang. Nếu Quốc hội không thể được triệu tập, Chính phủ liên bang có thể tự tuyên bố tình trạng khẩn cấp và ban hành các quyết định cần thiết, kể cả các quyết định trái Hiến pháp (unconstitutional)[14]. Tuy nhiên, quyết định của Chính phủ liên bang về tình trạng khẩn cấp bị giới hạn về thời gian, thời hạn thông thường là 01 năm[15].

- Cộng hòa Liên bang Đức[16]

Điều 48 Hiến pháp Weimar 1919 trao cho Tổng thống Đức thẩm quyền rộng lớn trong việc ban hành tình trạng khẩn cấp, trong đó có quyền ban hành quy định hạn chế hay đình chỉ một số quyền cơ bản của con người và sử dụng các lực lượng vũ trang. Trong những năm trước và trong Chiến tranh thế giới thứ II, Điều 48 Hiến pháp Weimar đã được viện dẫn tới 250 lần,[17] và trong năm 1933, Hitler đã tuyên bố tình trạng khẩn cấp

[9] Anna Khakee (2009), p.19.

[10] "Une nouvelle réglementation du droit de nécessité ne s'impose pas" Communiqués, Federal Department of Justice and Police, 16 June 2006 http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/dokumentation/mi/2006/2006-06-160.html, theo Anna Khakee (2009), p.19.

[11] Anna Khakee (2009), p.19.

[12] Anna Khakee (2009), p.19.

[13] Bellanger, François (2001). "Droit de nécessité et état d'exception" in Daniel Thürer, Jean F. Aubert Jörg P. Müller och Oliver Diggelmann (Eds.), Verfassungsrecht der Schweiz, pp.1268-9; "Une nouvelle réglementation..." opt cit, theo Anna Khakee (2009), p.19.

[14] Venice Commission opt cit "Concept of public emergency", Bellanger, François opt cit p.1269, theo Anna Khakee (2009), p.19.

[15] Hiến pháp Thụy Sĩ, các điều 140 (1)(c), 141(1)(b), 165, và 185.

[16] Anna Khakee (2009), pp.20-21.

[17] Scheppele, Kim opt cit., p. 1008, theo Anna Khakee (2009), p.20.

kéo dài tới hết cuộc chiến vào năm 1945[18]. Sau Chiến tranh thế giới thứ hai, Nhà nước Đức rất cẩn trọng trong việc đưa ra bất kỳ quy định Hiến pháp nào về tình trạng khẩn cấp.

Các tu chính án (amendments) với Luật cơ bản của Đức (Hiến pháp Đức) đều rất chi tiết. Chúng kết hợp các nội dung của biện pháp khẩn cấp mà ít hiến pháp của nước khác đề cập tới, ví dụ như các nhiệm vụ nhất định có thể chuyển giao cho lực lượng vũ trang trong thời gian áp dụng tình trạng khẩn cấp, việc chuyển giao quyền lập pháp nhất định và các quyền kiểm soát lực lượng cảnh sát từ cấp bang tới cơ quan liên bang, các quy tắc liên quan tới tài chính trong tình trạng khẩn cấp, việc ban hành tuyên bố tình trạng phòng vệ...

Trong bối cảnh châu Âu, tính chất độc đáo của nước Đức thể hiện ở chỗ, quy định hiến pháp vô cùng chi tiết, khiến các đạo luật bổ sung của Liên bang hầu như không còn cần thiết[19]. Những quy định này cũng cho phép tạo một cơ chế bảo vệ từ xa, nhằm đảm bảo sự liên tục của hệ thống dân chủ, với vai trò cốt yếu của nghị viện trong việc tuyên bố và chấm dứt tình trạng khẩn cấp, các quyền hiến định liên quan tới các hoạt động tiếp theo của Tòa án hiến pháp, Hạ viện và Thượng viện Đức, sự thay thế 2 viện bởi Ủy ban Hỗn hợp để đảm bảo sự giám sát tối thiểu của nghị viện trong những thời điểm khủng hoảng nghiêm trọng khi không thể triệu tập cả 2 viện, sự duy trì hoạt động của Tòa án Công lý liên bang như là tòa cao nhất cho kháng cáo, v.v..

- Na Uy[20]

Hiến pháp Na Uy, tương tự như của Thụy Sĩ, đề cập rất ít tới tình trạng khẩn cấp. Tuy nhiên, ngược lại với Thụy Sĩ, Na Uy có một Đạo luật Dự phòng (Beredskapsloven) chứa các quy định về quyền ra quyết định và phân chia quyền lực trong tình huống khủng hoảng nghiêm trọng như chiến tranh hay có sự đe dọa chiến tranh[21]. Đạo luật Dự phòng quy định rằng, nếu Nghị viện (Storting) không thể hoạt động bình thường do chiến tranh, Nhà Vua (thực tế là Chính phủ) được trao quyền đưa ra tất cả các quyết định mà được xem là cần thiết để bảo vệ lợi ích quốc gia. Nghị viện sẽ được thông báo về các quyết định đó sớm nhất có thể, và ngay lập tức sau phiên họp tiếp theo của nghị viện, các quyết định đó sẽ tự động bị hủy bỏ. Trong thời chiến hay khi đất nước đối diện với chiến tranh cận kề hay mối nguy hại tới an ninh, chủ quyền quốc gia, Nhà Vua có quyền ban hành các

[18] Schweiger, Gaëlle (2005). "Die Notstandsverfassung" Studienarbeit GRIN Verlag für akademische Texte, Dokument Nr. V56999, Chapter. 1; Benda, Ernst "Notstandsverfassung" Bundeszentrale für politische Bildung, http://www.bpb.de/wissen/018008359428752749169934270850 23,0,0,Notstandsverfassung.html; Jakab, András (2006). "Luật hiếp pháp Đức và học thuyết về tình trạng khẩn cấp - German Constitutional Law and Doctrine on State of Emergency – Paradigms and Dilemmas of a Traditional (Continental) Discourse" German Law Journal Nr. 5, 1 May, theo Anna Khakee (2009), p.20.

[19] Do đó, chỉ có 1 loạt các luật công nghệ về cung cấp năng lượng và điện, giao thông đường không, đường sắt và đường biển, dịch vụ bưu chính v.v.. (Notstandsgesetze, http://www.rechtliches.de/Gesetze_17.html) cũng như các quy định về hoạt động của nghị viện và Ủy ban Hỗn hợp trong thời gian biện pháp khẩn cấp. (Geschäftsordnung für das Verfahren nach Artikel 115 d des Grundgesetzes, Geschäftsordnung für den Gemeinsamen Ausschuss), theo Anna Khakee (2009), p.21.

[20] Anna Khakee (2009), pp.21-22.

21 Lov 1950-12-15 nr 07: Lov om særlige rådgjerder under krig, krigsfare og liknende forhold, http://www.lovdata.no/all/hl-19501215-007.html, theo Anna Khakee (2009), p.21.

quy định mang tính bắt buộc để đảm bảo an ninh quốc gia, trật tự và sự thịnh vượng của cộng đồng, các nhu yếu phẩm, và việc phòng vệ quân sự và dân sự. Những quy định như vậy có thể trái với các đạo luật hiện hành, nhưng Nghị viện cần được thông báo về chúng sớm nhất có thể và sẽ ngay lập tức được triệu tập. Nghị viện có thể hủy bỏ các quy định như vậy, nhưng nếu họ chọn cách không hủy bỏ thì các quy định đó cần được chuyển thành đạo luật theo trình tự lập pháp của nghị viện. Đạo luật đó cũng chứa các quy định cụ thể áp dụng cho các khu vực mà Nhà nước mất khả năng kiểm soát do chiến tranh hay do những khủng hoảng nghiêm trọng khác. Luật hình sự cũng có thể thay đổi trong những tình huống chiến tranh, có sự đe dọa chiến tranh, hay khi an ninh và chủ quyền quốc gia bị đe dọa. Tuy nhiên, đạo luật không đề cập tới các quyền và tự do nào được bảo đảm trong các tình trạng như vậy, hay liệu nó có bao gồm các điều khoản cụ thể với mục đích bảo vệ sự sống còn của trật tự hiến pháp hay không.

Mặc dù Đạo luật Dự phòng trao cho Chính phủ quyền lực to lớn trong thời gian khủng hoảng, Na Uy vẫn sử dụng học thuyết về sự cần thiết. Theo học thuyết này, "tình trạng khẩn cấp hợp pháp hóa hành vi mà trong các trường hợp thông thường sẽ là vi phạm hiến pháp"[22]. Học thuyết về sự cần thiết chỉ có thể được dùng trong tình trạng khẩn cấp nghiêm trọng, khi mà các lợi ích cốt lõi của quốc gia sẽ bị xâm hại nếu chỉ gắn chặt với các biện pháp thông thường. Nói chung, ở đây ngụ ý rằng quyền lực của Chính phủ có thể được mở rộng, trong khi quyền lực của nghị viện bị giảm sút hoặc thậm chí là bị triệt tiêu, và những quy tắc thông thường cho việc ra quyết định của Chính phủ là không cần thiết phải tuân theo. Các vi phạm hiến pháp và vi phạm Đạo luật Dự phòng là được phép[23]. Do đó, có thể thấy cơ chế của Na Uy về biện pháp khẩn cấp là sự lai ghép 2 mặt: một mặt, hệ thống quy định hợp pháp, dành cho Nghị viện vai trò quan trọng trong giám sát hành động của Chính phủ trong tình trạng khẩn cấp; và mặt khác, trong bối cảnh khủng hoảng cực kỳ nghiêm trọng, học thuyết về sự cần thiết cho phép tập trung gần như toàn bộ quyền lực nhà nước vào tay Chính phủ.

- Cộng hoà Pháp[24]

Ngược lại với Na Uy và Thụy Sĩ, Pháp không sử dụng học thuyết về sự cần thiết, nhưng những quyền lực đặc biệt của Tổng thống (presidential pouvoirs exceptionnels) lại rất rộng và ít được quy định cụ thể, cho nên trên thực tế, chúng tương tự như học thuyết về sự cần thiết. Điểm khác biệt quan trọng là những quyền lực to lớn này của Tổng thống không nằm ngoài Hiến pháp, mà được quy định bởi Điều 16 Hiến pháp Cộng hoà Pháp năm 1958[25].

Theo Hiến pháp Cộng hoà Pháp năm 1958, Tổng thống, sau khi hỏi ý kiến chính thức của Thủ tướng, Chủ tịch hai Viện và Hội đồng Hiến pháp, có thể áp dụng các biện pháp đối phó với tình trạng khẩn cấp mà đe dọa nghiêm trọng, trực tiếp hay làm đình trệ

[22]. Andenæs, Johs. och Arne Fliflet (2006). Statsforfatningen i Norge, 10. utg. Oslo: Universitetsforlaget, p. 502, bản dịch của Anna Khakee, theo Anna Khakee (2009), p.22.

[23] Andenæs och Fliflet, opt cit., pp.503-6, theo Anna Khakee (2009), p.22.

[24] Anna Khakee (2009), pp.22-24.

[25] Để có cái nhìn toàn diện về cách thức xếp loại cơ chế của Pháp về quyền lực khẩn cấp, xem Saint-Bonnet, François (2001). L'Etat d'exception Paris: Presses Universitaires de France, pp. 5-28, theo Anna Khakee (2009), p.22.

"*những định chế của chính thể Cộng hòa, nền độc lập của quốc gia, sự toàn vẹn lãnh thổ hay việc thi hành các hiệp ước quốc tế và sự điều hành của các cơ quan công quyền do Hiến pháp quy định*". Tổng thống có nghĩa vụ tuyên bố tình trạng khẩn cấp và thông báo với quốc dân các biện pháp sẽ được áp dụng bởi các chủ thể công quyền để đối phó với tình trạng khẩn cấp[26].

Pháp luật của Pháp quy định 3 cấp độ của tình trạng khẩn cấp. Ngoài quyền lực đặc biệt, còn có tình trạng phong tỏa (a state of siege) được quy định trong đoạn 36 Hiến pháp và Luật Quốc phòng (Defence Law),[27] và tình trạng khẩn cấp (state of emergency), quy định trong *Loi instituant un état d'urgence* of 1955 (đạo luật này có trước Hiến pháp)[28]. Tình trạng phong tỏa được tuyên bố khi có mối đe dọa trực tiếp do chiến tranh từ bên ngoài (a foreign war - guerre étrangère) hay do cuộc nổi dậy vũ trang. Quyết định được đưa ra bởi Chính phủ, nhưng bất kỳ sự kéo dài nào trên 12 ngày cũng phải được cho phép bởi Nghị viện. Tác động chủ yếu của tình trạng phong tỏa là để chuyển giao một số quyền lực nhất định từ các cơ quan dân sự tới các thể chế quân sự. Những quyền này bao gồm: thẩm quyền về cảnh sát và trách nhiệm bảo đảm trật tự công cộng (bao gồm các quyết định về hạn chế quyền tự do hội họp và áp dụng quyền kiểm duyệt báo chí); các quyền tư pháp trong các vụ án hình sự và trong các trường hợp mà thẩm quyền quân sự suy yếu; và tăng thêm quyền kiểm soát, ví dụ như quyền được khám xét nơi ở của người dân bất kể ngày hay đêm. Tất cả các quyền khác vẫn được trao cho các cơ quan dân sự, và các quyền hiến định và quyền tự do khác của con người vẫn có hiệu lực.

Luật về tình trạng khẩn cấp quy định rằng tình trạng khẩn cấp có thể được tuyên bố bởi Chính phủ cho toàn bộ hay một phần của lãnh thổ quốc gia (bao gồm những bộ phận không thuộc chính quốc) trong trường hợp nguy hiểm trực tiếp do các vụ tấn công nghiêm trọng vào trật tự xã hội hay trong tình huống thiên tai. Tình trạng khẩn cấp có nhiều điểm giống với tình trạng phong tỏa (trên phương diện tuyên bố, kéo dài, và những hạn chế trong những quyền tự do nhất định); điểm khác biệt là trong tình trạng khẩn cấp thì không có quyền hạn nào được tự động chuyển giao cho các cơ quan quân sự[29].

Tình trạng phong tỏa và tình trạng khẩn cấp trao cho Chính phủ (hay các cơ quan quân sự trong tình trạng phong tỏa) quyền hạn quan trọng, nhưng quyền đó cũng bị giới hạn. Ngược lại, quyền hạn đặc biệt (*pouvoirs exceptionnels)*, được quy định tại đoạn 16 Hiến pháp Pháp, về cơ bản trao cho Tổng thống đặc quyền *(carte blanche*) về lập pháp và hành pháp[30]. Nếu có mối đe dọa nghiêm trọng và trực tiếp tới các thể

[26] Tuyển tập Hiến pháp các nước trên thế giới, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, 2010.

[27] Code de la défense, parti 2, livre I titre II http://www.defense.gouv.fr/defense/content/download/86693/779255/file/ code_defense_legislatif_2007.pdf, theo Anna Khakee (2009), p.22.

[28] Loi numéro 55-385 du 3 avril 1955 instituant un état d'urgence, http://www.libertysecurity.org/IMG/pdf/loidu3avril1955EtatDUrgence.pdf, theo Anna Khakee (2009), p.23.

[29] Thénault, Sylvie (2007). "L'état d'urgence (1955-2005): de l'Algérie coloniale à la France contemporaine" Mouvement social P 8° 1233 n°218, pp.63-78, theo Anna Khakee (2009), p.23.

[30] Ackerman opt cit., pp.1038-9; footnote 19, theo Anna Khakee (2009), p.24.

chế của nước Pháp, tới sự độc lập, toàn vẹn lãnh thổ hoặc việc thực hiện các cam kết quốc tế của Pháp, và các cơ quan chính phủ theo Hiến pháp không thể hoạt động bình thường, Tổng thống có thể quyết định sử dụng quyền hạn đặc biệt. Nhưng trước khi đưa ra quyết định trên, Tổng thống phải tham vấn Thủ tướng Chính phủ cũng như Chủ tịch của 2 Viện, và Tòa án Hiến pháp.

Tóm lại, cơ chế của Pháp kết hợp 2 mô hình rất khác biệt về quyền hạn khẩn cấp: một mặt, những tình trạng khẩn cấp và tình trạng phong tỏa được quy định tương đối tốt xét về sự kiểm tra và cân bằng quyền lực, và về việc đảm bảo các quyền con người, và mặt khác, trong những khủng hoảng nghiêm trọng, cho phép Tổng thống có những quyền hạn đặc biệt và rất lớn mà không được quy định cụ thể nhưng không có bất kỳ cơ chế đối lập thực sự nào để cân bằng.

- Tây Ban Nha

Hiến pháp Tây Ban Nha có những quy định tương đối chi tiết về việc tuyên bố và kéo dài 3 loại biện pháp khẩn cấp đó là: tình trạng báo động, tình trạng khẩn cấp, và tình trạng phong tỏa *(estado de alarma, estado de excepción và estado de sitio)*. Nhưng khác với Đức, quy định của Hiến pháp Tây Ban Nha không toàn diện, và 3 tình huống khẩn cấp được quy định cụ thể hơn trong một đạo luật cơ bản là Ley Orgánica năm 1981. Đạo luật này giải thích chi tiết các trường hợp mà theo đó thiết lập nên 3 dạng biện pháp khẩn cấp khác nhau đó là: (i) Tình trạng báo động được tuyên bố ở một phần hay toàn quốc trong các tình huống thiên tai hoặc tai nạn như động đất, lũ lụt hay hỏa hoạn trên diện rộng; bệnh dịch; sự gián đoạn trong các dịch vụ công thiết yếu; và sự thiếu hụt trong việc cung ứng các nhu yếu phẩm; (ii) Tình trạng khẩn cấp được tuyên bố khi hệ thống chính trị hoặc trật tự công cộng bị phá vỡ nghiêm trọng, và (iii) Tình trạng phong tỏa trong tình huống thực hay nguy cơ có bạo loạn hay các hành vi vũ trang trực tiếp chống lại chủ quyền, độc lập, toàn vẹn và trật tự hiến pháp của quốc gia.

Trong các tình huống nêu trên, tình trạng khẩn cấp tác động tới những quyền và tự do cá nhân ở mức độ rộng hơn. Đạo luật cơ bản quy định cụ thể mức độ mà các quyền và tự do có thể bị hạn chế trong tình trạng khẩn cấp, trong đó bao gồm khả năng và điều kiện được khám xét nhà ở; kiểm duyệt báo chí; và việc hạn chế quyền tự do hội họp, v.v..

Tóm lại, cơ chế pháp lý về tình trạng khẩn cấp của Tây Ban Nha được quy định tương đối chặt chẽ, tập trung vào việc bảo đảm các quyền con người và duy trì vai trò của Nghị viện thậm chí trong thời gian áp dụng biện pháp khẩn cấp. Song hệ thống của Tây Ban Nha không chặt chẽ như hệ thống của Đức khi xét tới cơ chế bảo vệ các thể chế dân sự.

- Phần Lan[31]

Phần Lan giống Anh ở các điểm chung cơ bản đó là: Cả hai nước đưa ra rất ít hoặc không có quy tắc hiến định nào về tình trạng khẩn cấp. Nước Anh với lý do đơn giản là vì không có một bản Hiến pháp thành văn, nhưng Phần Lan thì có Hiến pháp nhưng cũng không có quy định về tình trạng khẩn cấp. Thay vào đó, Phần Lan có những đạo luật với những nội dung chi tiết về các biện pháp khẩn cấp.

Hai đạo luật của Phần Lan gần đây là đạo luật Dự phòng (Contingency Law)

[31] Anna Khakee (2009), pp.26-27.

và đạo luật về tình trạng phòng vệ (Law on the State of Defence),[32] đưa ra các quy định rất chi tiết để áp dụng trong các tình huống khẩn cấp. Hai đạo luật quy định hai hình thức và hai cấp độ của biện pháp khẩn cấp. Thứ nhất là "các tình trạng ngoại lệ" (exceptional circumstances), và thứ hai là tình trạng phòng vệ. Điều này có nghĩa là trong tình trạng phòng vệ, đạo luật Dự phòng (điều chỉnh các tình trạng ngoại lệ) cũng sẽ được áp dụng, trừ khi đạo luật về tình trạng phòng vệ có quy định khác. "Các tình trạng ngoại lệ" được giải thích khá chi tiết. Chúng bao gồm chiến tranh và tình trạng sau xung đột, nguy cơ chiến tranh (nội chiến hay mang tính quốc tế), mối đe dọa nghiêm trọng tới đời sống và nền kinh tế quốc gia, các tai nạn nghiêm trọng… Tình trạng phòng vệ có thể được đưa ra trong trường hợp bạo động hoặc chiến tranh trực tiếp xảy ra tại Phần Lan.

Xét tổng quát, các quy định của pháp luật về tình trạng khẩn cấp của Phần Lan rất chi tiết, kết hợp những danh mục dài các biện pháp cụ thể mà Chính phủ có thể áp dụng và những điều khoản liên quan tới các quyền con người không thể bị hạn chế trong trong tình trạng khẩn cấp.

2. Những giá trị tham khảo cho Việt Nam

Từ việc nghiên cứu các quy định của pháp luật về tình trạng khẩn cấp ở một số quốc gia châu Âu nêu trên, có thể rút ra một số giá trị tham khảo cho việc hoàn thiện pháp luật về vấn đề này ở Việt Nam.

Về cơ bản, có thể khẳng định rằng, trong tình trạng khẩn cấp, nhánh hành pháp của Nhà nước thường được ưu tiên trao quyền hành động so với các nhánh quyền lực khác. Điều này là hợp lý để có thể nhanh chóng hóa giải những nguy cơ đe dọa đến sự tồn vong của quốc gia. Tuy nhiên, nó cũng tạo ra rủi ro lớn về sự lạm quyền của nhánh hành pháp. Vì vậy, trong việc hoàn thiện pháp luật về tình trạng khẩn cấp, cần chú trọng xây dựng, củng cố cơ chế giám sát, kiềm chế quyền lực của nhánh hành pháp. Ngay cả ở những quốc gia cho phép nhánh hành pháp thực hiện những biện pháp vượt khỏi khuôn khổ thông thường của Hiến pháp trong tình trạng khẩn cấp, các luật hoặc quyết sách đặc biệt đó vẫn phải chịu giới hạn bởi những nguyên tắc chung về hạn chế quyền con người hoặc hạn định về thời gian đã được Hiến pháp xác quyết. Một số biện pháp có thể được cân nhắc như sau:

Thứ nhất, để phòng ngừa, ngăn chặn sự lạm quyền của nhánh hành pháp trong bối cảnh khẩn cấp, cần xác lập các quy tắc hiến định và luật định rõ ràng về thẩm quyền, điều kiện, nội dung, phạm vi… của việc tuyên bố và thực thi các biện pháp ứng phó tình trạng khẩn cấp. Đặc biệt, cần quy định rõ các nguyên tắc hạn chế quyền con người trong tình trạng khẩn cấp, cùng với các quyền có thể bị hạn chế, các quyền không thể bị hạn chế, cũng như cách thức hạn chế quyền con người. Cũng cần lưu ý là những hạn chế về quyền con người không được đi ngược với bản chất pháp lý của quyền ấy và không được gây ảnh hưởng đến việc thụ hưởng các quyền và tự do khác mà không bị hạn chế bởi tình trạng khẩn cấp.

Thứ hai, cần xác lập các cơ chế (thiết chế và thể chế) ngăn chặn và xử lý hành động lạm quyền vi phạm nhân quyền trong

[32] Beredskapslagen http://www.finlex.fi/sv/laki/ajantasa/1991/19911080, Lagen om försvarstillstånd http://www.finlex.fi/sv/laki/ajantasa/1991/19911083, theo Anna Khakee (2009), p.26.

tình trạng khẩn cấp. Trong vấn đề này, cơ chế bảo hiến có vai trò đặc biệt quan trọng trong việc xử lý những vi phạm đã xảy ra. Trong khi đó, cơ chế phân quyền và kiểm soát lẫn nhau giữa các cơ quan lập pháp, hành pháp và tư pháp có ý nghĩa ngăn chặn những hành động mà có thể xảy ra trong thực tế. Tất cả các cơ chế này đều cần được vận dụng để nâng cao hiệu quả bảo đảm quyền con người trong tình trạng khẩn cấp. Ngay cả với những trường hợp trao quyền tuyệt đối cho nhánh hành pháp trong tình trạng khẩn cấp (như Thụy Sĩ), quyền lực đó vẫn bị kiểm soát bởi các nguyên tắc hiến định về thời hạn và trưng cầu dân ý. Hơn nữa, bản thân việc nhánh lập pháp có thể trao quyền tuyệt đối cho nhánh hành pháp cũng phải được hiến định.

Thứ ba, cần củng cố các thiết chế và thể chế dân chủ trong xã hội (các tổ chức xã hội, tổ chức phi chính phủ, các cơ quan báo chí, các diễn đàn công dân…) để hỗ trợ Nhà nước trong việc thực hiện quyền lực, và giám sát sự lạm quyền trong bối cảnh khẩn cấp. Bên cạnh đó, cũng cần tận dụng các cơ chế quốc tế và khu vực để ngăn chặn và xử lý những vi phạm nhân quyền trong tình trạng khẩn cấp, khi mà đã vận dụng hết những cơ chế trong nước để giải quyết vấn đề mà không đạt hiệu quả.

Trong quá trình xây dựng cả ba biện pháp nêu trên, để hạn chế sự lạm dụng quyền lực, bảo vệ hiệu quả nền dân chủ trong những tình huống khẩn cấp, cần chú ý đến các khía cạnh cụ thể như:

- Xây dựng một hệ thống quy định chặt chẽ cho việc tuyên bố, kéo dài và chấm dứt biện pháp khẩn cấp, trong từng trường hợp đều cần gắn với vai trò của Quốc hội. Nếu không thể triệu tập họp Quốc hội để bàn về việc tuyên bố áp dụng biện pháp khẩn cấp thì có thể xây dựng một cơ chế dự phòng với sự tham gia của nhiều cơ quan (ví dụ như Ủy ban thường vụ Quốc hội, Chính phủ, Chủ tịch nước, ..). Cơ chế này sẽ thích hợp hơn việc cho phép cơ quan hành pháp mặc nhiên đưa ra quyết định của riêng mình.

- Cần quy định phải có sự cho phép của Quốc hội mới có thể kéo dài thời hạn của biện pháp khẩn cấp. Điều này giúp Quốc hội có khả năng thường xuyên và công khai cân nhắc tính cần thiết của việc duy trì tình trạng khẩn cấp. Bên cạnh đó, cũng cần quy định về một quy trình lập pháp nhanh hơn trong tình trạng khẩn cấp, nhằm phòng ngừa việc viện dẫn tình trạng khẩn cấp để bỏ qua quyền ra quyết định của Quốc hội;

- Cần có quy định bắt buộc triệu tập Quốc hội ngay sau khi tuyên bố tình trạng khẩn cấp, và kéo dài nhiệm kỳ Quốc hội cho tới khi tình trạng khẩn cấp kết thúc. Thêm vào đó, cần có cơ chế đảm bảo việc thực thi Hiến pháp và các luật, kể cả trong tình trạng khẩn cấp, bằng cách cấm việc sửa đổi hay vô hiệu hoá những văn bản này ngay trước, trong hoặc ngay sau tình trạng khẩn cấp.

- Cần thiết lập và duy trì hoạt động của thiết chế bảo hiến (nếu được xây dựng) và các tòa án theo các quy tắc thông thường kể cả trong tình trạng khẩn cấp. Bên cạnh đó, cần xây dựng một cơ chế mạnh mẽ để bảo vệ quyền con người cả trong tình trạng khẩn cấp theo hướng các quyết định của hành pháp mang tính cá biệt đều có thể bị khởi kiện ra trước tòa án.■

TẠP CHÍ NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP 35 NGÔ QUYỀN - HOÀN KIẾM - HÀ NỘI *Tel: 0243.2121204/0243.2121206 *Email: nclp@quochoi.vn *http://lapphap.vn