ISBN 1859 - 2953
http://lapphap.vn

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

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

- QUỐC HỘI LẬP PHÁP HAY LÀ HÃM LẬP PHÁP
- NÂNG CAO NĂNG LỰC HOẠCH ĐỊNH CHÍNH SÁCH CỦA ĐẠI BIỂU QUỐC HỘI TRONG HOẠT ĐỘNG LẬP PHÁP
- QUY ĐỊNH VỀ THANH TOÁN QUA VÍ ĐIỆN TỬ CỦA MỘT SỐ NƯỚC, NHỮNG GỢI MỞ CHO VIỆT NAM

SỐ 11 (435)
THÁNG 6/2021

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

http://lapphap.vn

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

Mục lục Số 11/2021

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

3 Quốc hội lập pháp hay là hãm lập pháp

GS. TS. Nguyễn Đăng Dung

8 Công ước La Hay năm 1996 - Sự cần thiết đối với việc nghiên cứu khả năng gia nhập của Việt Nam

ThS. Lê Xuân Tùng

15 Xu hướng xóa bỏ hình phạt tử hình trên thế giới và ở Việt Nam

Vũ Đình Hoàng

CHÍNH SÁCH

24 Nâng cao năng lực hoạch định chính sách của đại biểu Quốc hội trong hoạt động lập pháp

Nguyễn Anh Phương

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

34 Hoàn thiện các quy định của Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 về biện pháp khám xét, thu giữ, tạm giữ tài liệu, đồ vật

TS. Lê Thái Sơn

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

39 Trách nhiệm pháp lý tiền hợp đồng ở một số nước trên thế giới

TS. Nguyễn Văn Nghĩa
ThS. Phạm Thị Nga

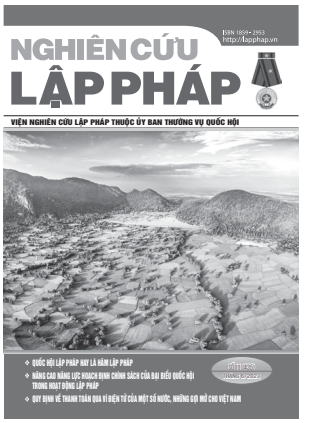
48 Quy định về thanh toán qua ví điện tử của một số quốc gia, những gợi mở cho Việt Nam

ThS. Nguyễn Thị Anh Thơ - Nguyễn Thùy Anh, Phạm Thị Bích Ngọc, Trịnh Kim Khánh

CHÍNH QUYỀN ĐỊA PHƯƠNG

57 Đổi mới tổ chức cơ quan chuyên môn thuộc ủy ban nhân dân trong mô hình chính quyền thành phố Thủ Đức thuộc Thành phố Hồ Chí Minh

ThS. Phan Nguyễn Phương Thảo



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

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

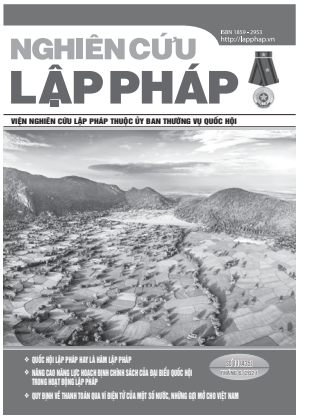
GIÁ: 25.000 ĐỒNG

Ảnh bìa: Cánh đồng Tà Pạ, An Giang
Ảnh: ST

LEGISLATIVE STUDIES

http://lapphap.vn

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



Legis No 11/2021

STATE AND LAW

3 The National Assembly with Legislation Power or Delaying Legislation Process

Prof. Dr. Nguyen Dang Dung

8 The Hague Convention of 1996 - The Accession Possibility of Vietnam

LLM. Le Xuan Tung

15 The Abolition Trend of Death penalty in the World and Vietnam

Vu Dinh Hoang

POLICY

24 Enhancement of the Policy-making Competency of the National Assembly Deputies in Legislative Performance

Nguyen Anh Phuong

LEGAL PRACTICE

34 Improvements of the Criminal Procedure Code of 2015 on Measures to Search, Seize, and Custody Documents and Objects

Dr. Le Thai Son

FOREIGN EXPERIENCE

39 Pre-contractual Liability in Foreign Countries in the World

Dr. Nguyen Van Nghia
LLM. Pham Thi Nga

48 Regulations on Payments via E-wallets of Foreign Countries and Recommendations for Vietnam

LLM. Nguyen Thi Anh Tho, Nguyen Thuy Anh
PhamThi Bich Ngoc, Trinh Kim Khanh

LOCAL GOVERNMENT ADMINISTRATION

57 Renovation the Organization of Specialized Agencies under the People's Committee in the model of government in Thu Duc city of Ho Chi Minh City

LLM. Phan Nguyen Phuong Thao

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

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

QUỐC HỘI LẬP PHÁP HAY LÀ HÃM LẬP PHÁP[1]

Nguyễn Đăng Dung
GS. TS. Đại học Quốc gia Hà Nội

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Quốc hội, lập pháp, hãm lập pháp.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 11/5/2021
Biên tập : 22/5/2021
Duyệt bài : 27/5/2021

Tóm tắt:

Lập pháp là quyền làm luật của Quốc hội, nhưng quyền này không đơn giản chỉ là việc thông qua các dự án luật, mà còn bao hàm cả quyền hãm lập pháp. Trong nhiều trường hợp, quyền hãm làm luật còn quan trọng hơn cả quyền thông qua luật một khi dự án luật do Chính phủ hành pháp chuẩn bị, và một khi cần dự luật phản ánh đúng ý muốn của thực tế cuộc sống của người dân.

Article Infomation:

Keywords: National Assembly; legislation; legislation delay.

Article History:

Received : 11 May 2021
Edited : 22 May 2021
Approved : 27 May 2021

Abstract:

Legislation is the law-making power of the National Assembly. This legislative power is not simple limited to the appraisal and approval of the bills, but also the power to delay the legislative process. In several cases, the legislative power to delay the law- makings is more important than the it is to approve the bill of law when a bill is prepared by the executive agency of the Government and when it is necessary to accurately reflect the realistic needs of the people.

Những năm gần đây xảy ra tình trạng, nhiều dự luật đã được thông qua, chuẩn bị thi hành, nhưng do sự phản ứng của dư luận xã hội, Quốc hội đã phải xem xét lại. Bên cạnh Bộ luật Hình sự năm 2015 đã phải hoãn thi hành, còn có một số dự án luật khác liên tiếp không được trình ra Quốc hội. Nguyên nhân của tình trạng này nằm ở chất lượng làm luật. Việc tạm dừng các dự luật sửa đổi khi không đảm bảo chất lượng cũng là một việc cần thiết. Đứng trước thực trạng này đòi hỏi cần phải xem xét một cách thấu đáo quyền lập pháp từ khái niệm, phạm vi cho đến cách thức thực hiện.

Lập pháp là một trong ba nhánh quyền do các nhà tư tưởng - triết học thời kỳ Khai sáng J. Locke, S. Montesquieu tạo lập ra. Trong một nền dân chủ, quyền lực nhà nước phải thuộc về nhân dân, không thể khác, rồi thứ mới đến là của đại diện cho người dân, người nhận được sự ủy thác của người dân. Cái thứ nhất thì quá tốt nhưng thực sự khó làm, với số lượng quá đông có quốc gia lên đến hơn tỷ người, và với lãnh thổ quá rộng so với nền dân chủ của các quốc gia cổ đại, nơi có nền dân chủ đầu tiên của nhân loại - nhà nước thành bang (Citystate). Vì vậy, về cơ bản mọi quốc gia hiện nay đều lựa chọn cách thứ hai, trừ một số trường hợp đặc biệt như thông qua Hiến pháp mới, hay tách nhập các phần lãnh thổ quốc gia, bằng biện pháp phúc quyết của người dân …

Nhưng ngày nay, làm luật không phải là một công việc đơn giản, ngay cả cho những đại biểu/nghị sĩ lành nghề chuyên nghiệp.

[1] Bài viết có sử dụng kết quả nghiên cứu của Đề tài cấp Bộ (QG21.49 - Đại học Quốc gia Hà Nội) do GS, TS. Nguyễn Đăng Dung làm Chủ nhiệm.

Bởi lẽ, phạm vi lập pháp của Nghị viện/ Quốc hội là quá rộng. Do vậy, không phải bất cứ một đại biểu nào cũng có khả năng nắm vững được tất cả các dự thảo luật của Quốc hội cần phải thảo luận thông qua. Ngay từ năm 1861 khi viết chuyên khảo nổi tiếng *Chính thể đại diện*, nhà triết học người Anh J. S. Mill đã cảnh cáo sự khó khăn của vấn đề lập pháp của Nghị viện:

"Công việc làm luật cần thiết phải được thực hiện bởi các trí tuệ, không những phải được rèn luyện và kinh qua thử thách, mà còn phải được huấn luyện làm nhiệm vụ nghiên cứu lâu dài và cần cù; khó tìm thấy một loại công việc nào khác có sự đòi hỏi nhiều đến như vậy đối với người thực hiện. Giá như không có các lý do nào khác nữa, thì đây chính là lý do đó giải thích tại sao công việc ấy không bao giờ được thực hiện tốt được, trừ khi có một tiểu ban ít người đảm nhiệm nó. Một lý do nữa không kém phần quan trọng là mỗi điều khoản của bộ luật cần phải đặt trong khuôn khổ với một sự nhận thức chính xác, có tầm nhìn xa, thấy rõ được sự tác động của nó lên tất cả các điều khoản khác. Những điều kiện như thế không sao có thể đáp ứng ở bất cứ mức độ nào, khi mà người ta bỏ phiếu thông qua các bộ luật từng điều khoản tại một hội đồng hỗn tạp"[2].

Từ những phân tích xác đáng trên, Ông đề xuất, Quốc hội/ nghị viện tốt nhất là việc chỉ ra những người, một tập thể nào đáng được làm những việc khó khăn ấy và thay cho chức năng lập pháp không hoàn toàn thích hợp với mình, chức năng đích thực của Quốc hội đại diện là giám sát và kiểm soát Chính phủ, soi ánh sáng của tính công khai nên các hành vi cai trị buộc Chính phủ phải giải trình tất cả các hành vi ấy[3].

Những gì dự đoán của J.S. Mill đã diễn ra gần tương tự như hiện nay ở Quốc hội các nước tư bản phát triển. Lập pháp tức là việc Quốc hội bàn bạc biểu quyết thông qua luật. Việc thông qua dự luật hay không thông qua dự luật, là 2 mặt của một vấn đề - quyền lập pháp. Nhất là trong điều kiện dự luật lại là do Chính phủ - hành pháp soạn thảo, hay còn được gọi là sáng quyền lập pháp thuộc về Chính phủ. Điều này, về mặt hình thức, dường như mâu thuẫn với nguyên tắc của học thuyết phân quyền của nền dân chủ phương Tây.

Ở Việt Nam, cho dù Quốc hội, cũng như Nghị viện của các nước phương Tây, không hoàn toàn thực hiện các khâu từ dự thảo/soạn thảo, thảo luận, tranh luận đến thông qua dự luật, nhưng quyền thông qua luật của Quốc hội không thể chia sẻ với một chủ thể nào khác. Đây là một thành công của sự phát triển dân chủ của nhân loại, sau nhiều năm đấu tranh từ lý luận cho đến thực tiễn mới giành được.

Với tinh thần của chủ nghĩa hợp hiến, một phần quan trọng của nhà nước pháp quyền, mọi quyền lực của nhà nước phải bị giới hạn, kể cả trong nhà nước dân chủ hiện nay. Bên cạnh quyền biểu quyết thông qua dự luật là quyền không biểu quyết dự luật thành luật. *Trong trường hợp này, quyền lập pháp trở thành quyền hãm lập pháp.* Quốc hội trở thành cơ quan hãm quyền lập pháp có cơ sở ở nó:

Chỉ làm luật một khi cuộc sống cần. Trước hết phải xuất phát từ nhận thức, chúng ta phải xoay lại cách làm luật hiện tại theo "kiểu vá xăm xe đạp". Cái xăm còn nguyên đang đi được thì cứ để thế mà đi đừng chọc ra để vá. Cuộc sống đang bình yên thì hãy cứ để chúng bình yên, sự yên lành có giá trị của nó. Vì chúng được hình thành hàng nhiều năm, trải qua không biết bao nhiêu những quy luật khách quan đã được tích tụ lại, hình thành ra cuộc sống yên lành của người dân. Chỉ khi nào cuộc sống bình yên không được bảo đảm

[2] J. S. Mill: *Chính thể đại diện.* Nxb. Tri thức, Hà Nội 2008, tr.163-164.

[3] J. S. Mill: Sđd.171- 172.

thì mới cần có tác động theo ý chí chủ quan của con người. Phải đưa *cuộc sống vào pháp luật, mà không phải là ngược lại là đưa pháp luật vào cuộc sống*.

Vì vậy, việc làm luật phải bắt đầu các công việc nhận biết vấn đề của cuộc sống. Khi nhận biết được vấn đề, phải tìm ra nguyên nhân của vấn đề. Mỗi một nguyên nhân có nhiều biện pháp giải quyết. Luật pháp chỉ là biện pháp cuối cùng để giải quyết nguyên nhân của vấn đề - đó là (một giải pháp chính sách được lựa chọn để giải quyết vấn đề) giải quyết vấn đề. Đây là trách nhiệm cần có của cơ quan hành pháp, cơ bản là do các bộ, ngành thực hiện. Tuy nhiên, thực tế cho thấy, nhiều bộ, ngành chưa dành cho hoạt động xây dựng chính sách pháp luật sự quan tâm cần thiết. Đây là nguyên nhân chính của việc các bộ, ngành chậm trễ hướng dẫn thi hành luật. Không trăn trở với vấn đề, với chính sách để giải quyết vấn đề, thì không thể xây dựng dự thảo luật tốt và hướng dẫn luật thi hành tốt được.

Làm luật phải đáp ứng được sự mong muốn của người dân. Làm luật như là bác sĩ chữa bệnh, trước khi kê đơn thuốc để chữa bệnh. thì phải khám theo phương pháp của Tây y và bắt mạch theo phương pháp của Đông y. Nếu không chữa đúng bệnh, bệnh tình không những không được chữa mà còn nặng thêm[4]. Khi cuộc sống có vấn đề thì phải có nhiều cách giải quyết, ví dụ, động viên, cung cấp tài chính, quy phạm đạo đức…. Ban hành luật chỉ là biện pháp giải quyết khi mà những biện pháp trên không giải quyết được.

Mặc dù Luật ban hành văn bản quy phạm pháp luật đã có nhiều quy định, dự thảo luật phải có ý kiến của người dân. Trong quy trình xây dựng luật, dự thảo luật được sửa đi sửa lại nhiều lần, rồi đánh giá tác động, nhưng luật vẫn không đi vào cuộc sống. Có rất nhiều lý do, nhưng lý do căn bản nằm ở chỗ: Luật chưa đáp ứng được nhu cầu của xã hội, chưa thể hiện được sự mong đợi của người dân. Hơn nữa, với hơn 80% các dự luật do Chính phủ trình, lẽ đương nhiên, dự thảo luật phải thể hiện nhu cầu của hành pháp. Vì vậy, khi bỏ phiếu thông qua, các đại biểu Quốc hội cần phải xem xét cẩn trọng nhu cầu của xã hội, mong muốn của cử tri bầu, tính hãm lập pháp cần phải được các đại biểu cân nhắc.

Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 phân tách giai đoạn xây dựng chính sách thành giai đoạn riêng - tách khỏi giai đoạn quy phạm hóa. Ở Quốc hội cũng có giai đoạn quyết định chính sách như ở Chính phủ, nhưng giữa chúng phải có sự khác nhau. Giai đoạn biểu quyết chính sách là giai đoạn các đại biểu Quốc hội cần có mục tiêu khác hơn với giai đoạn hoạch định chính sách của Chính phủ. Và giai đoạn được gọi là *thẩm định chính sách* của Quốc hội[5] là giai đoạn quan trọng nhất để lấy ý kiến rộng rãi các bên có lợi ích liên quan bị tác động. Ở giai đoạn này, việc lấy ý kiến của các tổ chức xã hội, hội đoàn, tổ chức phi chính phủ cần được làm thực chất và nghiêm túc. Hội đoàn, tổ chức xã hội là những người gần nhất, hiểu nhất, có nguồn lực và năng lực đại diện tốt nhất cho tiếng nói và lợi ích của các nhóm người dân, đặc biệt là tiếng nói của các nhóm yếu thế.

Theo chuyên gia người Mỹ R. Seidman có tới 4 lý thuyết lập pháp: (i) Lý thuyết lớn; (ii) Lý thuyết mục tiêu - phương tiện; (iii) Lý thuyết gia tăng từ từ; (iv) Lý thuyết từ yêu cầu của cuộc sống[6]. Trong 4 lý thuyết này, ông cho rằng, lý thuyết thứ tư là quan trọng hơn cả.

[4] Nguyễn Sĩ Dũng, Triết lý lập pháp, *Tia sáng* số 7 năm 2003.

[5] Xem, Nguyễn Sĩ Dũng, Tlđd.

[6] Assessing Legislation - A manual for legislators written by Ann Seidman, Robert Seidman, and Nalin Abeysekere February 2003 Boston, Masachsetts. Coopyright by the Authors p. 64- 70.

Vấn đề đầu tiên của hoạt động lập pháp phải gắn liền với cuộc sống. Cuộc sống có thể đang đặt ra những vấn đề nóng bỏng, nhưng chúng ta không phản ứng được. Do đó, nhiều vấn đề mang tính thời sự nhưng chưa được đưa vào chương trình xây dựng pháp luật, mặc dù chương trình xây dựng pháp luật được xây dựng hằng năm. Bên cạnh đó, các cơ quan có liên quan lại phải tập trung mọi nỗ lực để hoàn thành chương trình xây dựng pháp luật theo kế hoạch đã được thông qua, nên sẽ không còn nguồn lực để xử lý những vấn đề nóng mới phát sinh. Sự chậm trễ và bất tương ứng như vậy có thể làm cho nền quản trị quốc gia của chúng ta trở nên kém hiệu năng.

Nguồn động lực rất lớn để hình thành nên chương trình xây dựng pháp luật là mong muốn có thêm quyền năng của các bộ, ngành. Mà các bộ, ngành càng có thêm quyền năng, thì người dân càng ít tự do và càng phải xin phép nhiều hơn. Bên cạnh đó, vẫn còn tình trạng, sau khi đã đưa được tên dự luật vào chương trình, bộ, ngành mới tìm kiếm nội hàm chính sách cho chúng. Đây quả thực là cách làm ngược. Thẩm định về sự cần thiết của một lúc hàng chục dự luật là rất khó khăn. Trên thực tế, điều này là không thể làm được. Mà như vậy, thì rủi ro của việc hoạt động lập pháp bị tách khỏi cuộc sống thật lại càng lớn hơn[7].

Cách hợp lý nhất là nên dành cho Chính phủ có quyền chủ động nhiều hơn. Chính phủ sẽ lên kế hoạch thực hiện các nhiệm vụ và định hướng xây dựng pháp luật và trình ra Quốc hội theo tiến độ công việc của mình. Một khái niệm chúng ta cũng nên trang bị ở đây là: ưu tiên của hành pháp. Ưu tiên cho hành pháp là một trong những yêu cầu của cuộc sống. Chính phủ phải có quyền ưu tiên trong việc xác lập chương trình nghị sự của Quốc hội. Vấn đề là ở chỗ Chính phủ phải thấy được yêu cầu của cuộc sống của người dân, mà không phải là yêu cầu của chính bản thân Chính phủ.

Sau khi chương trình xây dựng pháp luật được thông qua, các cơ quan hữu quan tiến hành soạn thảo các dự luật. Và các dự luật được soạn thảo xong trình ra các ủy ban tương ứng của Quốc hội để được thẩm tra. Sau khi các ủy ban thẩm tra xong thì trình ra Quốc hội. Theo quy định của Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật hiện hành, các dự luật được thông qua ở hai lần đọc theo cách gọi của các nước có nền văn hóa nghị viện, tương ứng với hai lần trình ra phiên họp toàn thể của Quốc hội[8]. Ở lần đọc thứ nhất, Chính phủ trình dự luật ra trước Quốc hội, ủy ban Quốc hội trình ý kiến thẩm tra của mình đối với dự luật. Quốc hội thảo luận về những vấn đề còn có ý kiến khác nhau. Ở lần đọc thứ hai, Ủy ban thường vụ Quốc hội trình dự luật ra trước Quốc hội, sau khi đã tiếp thu ý kiến của các vị đại biểu Quốc hội và hoàn thiện dự thảo văn bản. Nếu kể cả lần đầu tiên của việc thông qua chương trình làm luật hàng năm thì cũng có thể tính tới 3 lần đọc, gần như 3 lần đọc của các nước phương Tây.

Triết lý của 3 lần đọc ở Việt Nam là rất khác với thế giới. Vì ở họ thường thông qua một dự luật qua ba lần đọc: *Lần đọc thứ nhất* để thẩm định sự cần thiết của dự luật (ở Việt Nam thông qua chương trình lập pháp hàng năm). Nếu đa số các vị đại biểu Quốc hội thấy dự luật là không cần thiết, thì dự luật sẽ chết yểu sau lần đọc thứ nhất; *Lần đọc thứ hai* - để thẩm định chính sách lập pháp được đề ra trong dự luật, nếu đa số các vị đại biểu Quốc hội không đồng ý với chính sách lập pháp được đề ra, thì dự luật sẽ chết yểu sau lần đọc thứ hai; *Lần đọc thứ ba* - để thông qua dự luật sau khi ủy ban có liên quan đã thẩm tra về mặt kỹ thuật và hoàn chỉnh văn bản. Nếu đa số đại biểu Quốc hội tán thành dự luật, thì dự luật mới được thông qua.

[7] Xem, Nguyễn Sĩ Dũng, *Lập pháp - những vấn đề về quy trình, Tia sáng Số 15 - 2016.*

[8] Nguyễn Sĩ Dũng, Sđd.

So với trước đây, việc thông qua dự luật theo hai lần đọc của chúng ta đã một tiến bộ và có ưu điểm so với phương Tây là rút ngắn thời gian. Tuy vậy, cách làm này không phải là không có vấn đề. Nếu như cách làm luật của họ phải trải qua nhiều cửa hãm lại, thì của Việt Nam lại quá đơn giản, thậm chí trong nhiều trường hợp không có một chốt hãm nào. Đây cũng là lý do tại sao chất lượng hệ thống pháp luật của chúng ta còn chưa đáp ứng được yêu cầu và cũng là nguyên nhân dẫn đến các trường hợp đã nêu ở trên.

Điều rất dễ nhận thấy nhất là Chính phủ không được theo đuổi dự luật đến cùng. Vai trò của Chính phủ trong hoạt động lập pháp thì cũng giống như trong nhiều hoạt động mang tính chất quản trị quốc gia khác. Ở đó, Chính phủ đề xuất chính sách lập pháp, soạn thảo thành văn bản trình Quốc hội thẩm định và thông qua. Tuy nhiên, chúng ta hiện nay chưa thực sự minh định rõ giữa quy trình chính sách và quy trình soạn thảo, giữa chức năng trình chính sách của Chính phủ và thẩm định chính sách của Quốc hội. Cách làm này không tạo được cho Chính phủ cơ hội giải trình và bảo vệ chính sách lập pháp trước Quốc hội.

Theo quy định hiện hành, Chính phủ chỉ được giải trình một lần duy nhất khi trình dự luật ra trước Quốc hội. Sau đó, việc hoàn thiện dự luật được giao lại cho Ủy ban thường vụ Quốc hội (UBTVQH). Sở dĩ như vậy là vì hiện nay, vẫn phổ biến quan điểm cho rằng, lập pháp là quyền của Quốc hội, nên việc sửa đổi, hoàn thiện văn bản, điều chỉnh chính sách như thế nào là quyền của Quốc hội. Thực ra quan niệm này chỉ phản ánh một thứ lôgíc hình thức về quyền lập pháp. Nó hoàn toàn không phản ánh đúng động lực thật của quy trình lập pháp[9]. Đây là một trong những biểu hiện sự không phân biệt rõ ràng giữa quyền hành pháp và quyền lập pháp theo cách hiểu của hiện đại. Ở đây cần phải nhận thấy, nếu như giao trách nhiệm hoàn thiện dự luật cho UBTVQH thì UBTVQH phải đứng ra giải trình với Quốc hội. Cơ quan trực thuộc lập pháp giải trình trước lập pháp. Các nước phát triển quan niệm rất khác, giải trình chính sách với lập pháp phải thuộc về hành pháp (Chính phủ), việc thẩm định chính sách mới thuộc về lập pháp. Sự đổi vai như vậy cũng không đáng quan ngại, nếu như các chính sách mới hoặc những sửa đổi, bổ sung không làm thay đổi bản chất chính sách của dự luật. Nếu điều ngược lại xảy ra, tức là UBTVQH, trong quá trình thảo luận lại sửa lại hoặc đưa ra các chính sách hoàn toàn khác với đề xuất của Chính phủ, thì việc triển khai thực hiện dự luật trong cuộc sống sẽ hết sức khó khăn. Một khi các chính sách mới chưa được nghiên cứu, chưa phân tích và chưa được đánh giá tác động, rất khó được thực thi. Trong khi đó, chính sách mà Chính phủ đề ra để xử lý vấn đề đặt ra thì lại bị bỏ ngỏ. Đây cũng là một trong những nguyên nhân sâu xa làm cho việc ban hành nghị định để triển khai thi hành luật, pháp lệnh bị chậm trễ, kéo dài[10].

Ngoài ra, một vấn đề nữa đặt ra trong hoạt động lập pháp của Quốc hội hiện nay đó là sự phân định không rõ ràng giữa vấn đề chính sách và vấn đề kỹ thuật. Ở nhiều nước trên thế giới, các đại biểu thường chỉ quan tâm thảo luận các vấn đề chính sách mà không đi sâu vào các vấn đề kỹ thuật. Các phiên họp toàn thể có mục tiêu tranh luận về chính sách, mà không phải về kỹ thuật, câu chữ, dấu chấm, dấu phẩy. Việc sử dụng phiên họp toàn thể để thảo luận và quyết định cả những vấn đề kỹ thuật như ở ta là rất rủi ro, và mất rất nhiều thời gian. Các vấn đề kỹ thuật là công việc của các chuyên gia, hơn là của các vị đại biểu. Lý do là vì không thể thảo luận và quyết định theo đa số các vấn đề kỹ thuật được ■

[9] Xem, Nguyễn Sĩ Dũng, Sđd.

[10] Xem, Nguyễn Sĩ Dũng, Sđd.

CÔNG ƯỚC LA HAY NĂM 1996 - SỰ CẦN THIẾT ĐỐI VỚI VIỆC NGHIÊN CỨU KHẢ NĂNG GIA NHẬP CỦA VIỆT NAM

Lê Xuân Tùng*

**ThS. Viện khoa học pháp lý, Bộ Tư pháp*

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Công ước La Hay năm 1996, tư pháp quốc tế, trẻ em.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 30/3/2021

Biên tập : 18/4/2021

Duyệt bài : 21/4/2021

Tóm tắt:

Trong khuôn khổ Hội nghị La Hay, các vấn đề liên quan đến trẻ em có yếu tố nước ngoài đặc biệt được các quốc gia thành viên dành sự quan tâm rất lớn. Các khía cạnh về bảo vệ trẻ em được đề cập đến trong Hội nghị La Hay cho đến thời điểm hiện tại bao gồm: nghĩa vụ cấp dưỡng, nuôi con nuôi quốc tế, hành vi bắt cóc trẻ em và đặc biệt là bảo vệ trẻ em. Trong đó, Công ước La Hay năm 1996 về quyền tài phán, luật áp dụng, công nhận, thi hành và hợp tác liên quan đến trách nhiệm của cha mẹ và các biện pháp bảo vệ trẻ em (Công ước La Hay năm 1996) được đánh giá là Công ước tiên tiến khi mục tiêu của Công ước nhằm bảo vệ trẻ em trong các tình huống có tính chất quốc tế và tránh các xung đột pháp luật liên quan có thể xảy ra đối với các biện pháp bảo vệ trẻ em. Do đó, việc nghiên cứu Công ước La Hay năm 1996 để tiến đến khả năng gia nhập là cần thiết cho Việt Nam trong thời điểm hiện tại.

Article Infomation:

Keywords: Hague Conference of 1996; private international law; children.

Article History:

Received : 30 Mar. 2021

Edited : 18 Apr. 2021

Approved : 21 Apr. 2021

Abstract:

Within the framework of Hague Conference, issues related to children with foreign elements are especially concerned by contracting members. Aspects of child protection covered in the Hague Conference up to present include: support obligations, international adoption, child abduction and especially children protection. Among them, the Hague Convention of 1996 is considered as an advanced Convention when its aim is to protect children in international situations and avoid possible conflicts of law related to child protection measures. Therefore, it is extremely necessary to review the Convention towards the possibility of accession of Viet Nam at present.

Việt Nam cũng như các quốc gia trên thế giới luôn coi nhiệm vụ bảo vệ, chăm sóc và giáo dục trẻ em là nội dung trọng yếu trong chiến lược phát triển đất nước[1]. Trẻ em là công dân đặc biệt được gia đình cũng như xã hội quan tâm, bảo vệ, chăm sóc. Trẻ em còn non nớt về thể chất và tinh thần nên các em không thể tự mình thực hiện đầy đủ các quyền mà hầu hết phải dựa vào người lớn là cha mẹ hoặc người giám hộ. Khi thực hiện pháp luật về bảo đảm các quyền trẻ em, các quốc gia luôn đặt lên

[1] Xem tại: https://laodong.vn/thoi-su/cham-soc-bao-ve-tre-em-la-mot-nhiem-vu-chien-luoc-trong-tam-de-phat-trien-dat-nuoc-623607.ldo, truy cập ngày 12/9/2020.

hàng đầu nguyên tắc bảo vệ những lợi ích tốt nhất dành cho trẻ em *(ensure the best interests)* tương ứng với từng độ tuổi phát triển về thể chất và tinh thần của trẻ. Trong bối cảnh hội nhập quốc tế gia tăng, các vấn đề về bảo vệ trẻ em, đặc biệt là trẻ em có yếu tố nước ngoài cần sự chung tay hợp tác của các quốc gia trên thế giới thông qua các điều ước song phương hay đa phương[2].

Năm 1990, Việt Nam là quốc gia đầu tiên ở khu vực châu Á, là nước thứ hai trên thế giới đã phê chuẩn Công ước của Liên hợp quốc về quyền trẻ em năm 1989[3]. Đặc biệt, kể từ ngày 10/4/2013, Việt Nam đã trở thành thành viên chính thức của Hội nghị La Hay về tư pháp quốc tế. Với tư cách thành viên, Việt Nam sẽ được tham gia quyết định chính sách, xây dựng các công ước hợp tác về các vấn đề tư pháp quốc tế và phương hướng tương lai của Hội nghị La Hay. Trong khuôn khổ Hội nghị La Hay, các vấn đề liên quan đến trẻ em có yếu tố nước ngoài đặc biệt được các quốc gia thành viên danh sự quan tâm rất lớn[4]. Các khía cạnh về bảo vệ trẻ em được đề cập đến trong Hội nghị La Hay bao gồm: Các nghĩa vụ cấp dưỡng, nuôi con nuôi quốc tế, hành vi bắt cóc trẻ em và đặc biệt là bảo vệ trẻ em. Trong đó, Công ước La Hay năm 1996 được đánh giá[5] là công ước tiên tiến khi mục tiêu của Công ước nhằm bảo vệ trẻ em trong các tình huống có tính chất quốc tế và tránh các xung đột pháp luật liên quan có thể xảy ra đối với các biện pháp bảo vệ trẻ em.

1. Công ước La Hay năm 1996

1.1. Tổng quan về Công ước La Hay năm 1996

Vào thập niên 80 của thế kỷ 20, khi mà các vấn đề liên quan đến trẻ em có yếu tố nước ngoài đặc biệt bùng nổ, bộ ba Công ước về trẻ em của Hội nghị La Hay đã được phát triển trong khoảng thời gian 16 năm, từ năm 1980 đến năm 1996 với một mục đích cơ bản là cung cấp một cơ chế thiết thực cho phép các quốc gia thành viên chung tay trong việc hợp tác bảo vệ trẻ em[6]. Đầu tiên là *Công ước năm 1980* về các khía cạnh dân sự của hành vi bắt cóc trẻ em với mong muốn bảo vệ trẻ em trên phạm vi quốc tế khỏi các ảnh hưởng xấu do bị mang đi hoặc bị giữ lại trái phép. Sau đó, *vào năm 1993, Công ước* về bảo vệ trẻ em và hợp tác trong lĩnh vực nuôi con nuôi có yếu tố nước ngoài được thiết lập

[2] Xem http://trogiupphaply.gov.vn/nghien-cuu-trao-doi/phap-luat-va-nguyen-tac-quoc-te-ve-quyen-tre-em, truy cập ngày 15/10/2020.

[3] Unicef Việt Nam, Kỷ niệm 30 năm Công ước Liên hợp quốc về quyền trẻ em, xem https://www.unicef.org/vietnam/vi/nh%E1%BB%AFng-c%C3%A2u-chuy%E1%BB%87n/k%E1%BB%B7-ni%E1%BB%87m-30-n%C4%83m-c%C3%B4ng-%C6%B0%E1%BB%9Bc-li%C3%AAn-h%E1%BB%A3p-qu%E1%BB%91c-v%E1%BB%81-quy%E1%BB%81n-tr%E1%BA%BB-em.

[4] Elisabeth J. Ryan, *For the Best Interests of the Children: Why the Hague Convention of Intercountry Adoption Needs to Go Farther, as Evidenced by Implementation in Romania and the United States,* Boston College International and Comparative Law Review.

[5] Henry Setright QC & Marcus Scott-Manderson QC, 4 PAPER BUILDINGS, 1996 Hague Convention Seminar, https://www.4pb.com/wp-content/uploads/2012/06/Hague_Seminar_Final_Draft.pdf, truy cập ngày 31/10 /2020.

[6] Xem tại:https://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed105739, truy cập ngày 12/8/2020.

để điều chỉnh việc nuôi con nuôi quốc tế trong việc bảo vệ quyền và lợi ích của trẻ em ở cả nước nhận và nước gốc. *Công ước năm 1996* về quyền tài phán, luật áp dụng, công nhận, thực thi và hợp tác liên quan đến trách nhiệm của cha mẹ và các biện pháp bảo vệ trẻ em có phạm vi rộng hơn so với hai công ước trước đó khi bao trùm được một lượng lớn các phương pháp dân sự trong công tác bảo vệ trẻ em.

Tính đến tháng 9/2019, đã có tổng cộng 123 quốc gia trở thành thành viên của Công ước La Hay năm 1993[7]. Đáng chú ý, 52 quốc gia thành viên phần lớn đến từ các nước châu Âu và châu Mỹ; châu Phi có một quốc gia là Ma-rốc còn châu Á chưa có bất kỳ thành viên nào. Mỹ đã ký Công ước La Hay từ năm 2010 nhưng quá trình phê chuẩn Công ước vẫn còn đang bị bỏ ngỏ[8]. Đây cũng là một điểm đáng chú ý khi xem xét khả năng gia nhập của Việt Nam từ kinh nghiệm của các quốc gia trong và ngoài khu vực.

Công ước La Hay năm 1996 gồm 63 điều, được chia làm 7 chương[9] bao gồm: (i) Phạm vi công ước, (ii) Quyền tài phán, (iii) Luật áp dụng, (iv) Công nhận và thi hành, (v) Hợp tác, (vi) Những quy định chung, (vii) Điều khoản cuối cùng.

Các quy định được nêu trong Công ước La Hay năm 1996 có tính thống nhất cao, tránh khả năng xảy ra các quyết định gây nên xung đột. Công ước xác định trách nhiệm của cơ quan nơi trẻ em thường trú *(habitual residence),* trách nhiệm của quốc gia nơi trẻ em đang tạm trú phải có những biện pháp cần thiết bảo vệ trẻ em.

Điều 3 Công ước La Hay năm 1996 tuy không nêu rõ định nghĩa về các biện pháp bảo vệ nhưng quy định các vấn đề cụ thể mà biện pháp bảo vệ có thể được áp dụng nằm trong phạm vi Công ước. Quan trọng hơn, những điều khoản về hợp tác của Công ước tạo ra một khung pháp lý cơ bản cho việc trao đổi thông tin và phối hợp giữa các cơ quan hành chính nhà nước tại các quốc gia khác nhau.

Công ước La Hay năm 1996 không ràng buộc các quốc gia thành viên phải sửa đổi luật pháp quốc nội trong cho phù hợp với Công ước, nhưng trên thực tế, các quốc gia thành viên đều có những bổ sung, hoàn thiện pháp luật trong nước để tạo điều kiện thuận lợi cho việc thực hiện Công ước.

Công ước La Hay năm 1996 đã xây dựng một thiết chế để giải quyết các vấn đề về quyền nuôi dưỡng có thể phát sinh khi cha mẹ ly thân và sống ở các quốc gia khác nhau, tránh việc cơ quan tài phán ở nhiều quốc gia có thẩm quyền để quyết định vụ việc.

[7] Xem tại: https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=70, truy cập lần cuối ngày 14/10/2020.

[8] Xem tại: Linda Silberman. "The 1996 Hague Convention on the Protection of Children: Should the United States Join?" *Family Law Quarterly* 34, no. 2 (2000): 239-70, truy cập lần cuối ngày 24/5/2021, http://www.jstor.org/stable/25740289 và https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=70, truy cập lần cuối ngày 24/5/2021.

[9] Xem https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=70, truy cập lần cuối vào 15/9/2020.

Những điều khoản của Chương công nhận và thực thi của Công ước được thiết kế nhằm mục đích tránh việc tranh chấp hay khởi kiện lại việc cấp dưỡng và liên lạc, đồng thời đảm bảo rằng, các quyết định tại nơi trẻ có thường trú được hưởng ưu tiên.

Những điều khoản của Chương hợp tác khuyến khích việc trao đổi thông tin một cách cần thiết và có thể trở thành một kênh hữu hiệu cho việc tìm kiếm các giải pháp, chẳng hạn như hòa giải…

2. Mối quan hệ của Công ước La Hay năm 1996 với các điều ước quốc tế liên quan

Công ước La Hay năm 1996 được nhận xét là có nhiều điểm tương đồng với Quy chế Brussell II (Quy chế). Cả hai công cụ đều chứa các quy tắc về quyền tài phán, công nhận và thực thi các quyết định về trách nhiệm của cha mẹ. Nếu một vụ việc xảy ra thì Quy chế sẽ chiếm ưu thế hơn Công ước trong quan hệ giữa các quốc gia thành viên về các vấn đề thuộc phạm vi điều chỉnh của Quy chế. Do đó, Quy chế chiếm ưu thế trong các vấn đề về thẩm quyền, công nhận và thực thi. Mặt khác, Công ước La Hay năm 1996 được áp dụng trong quan hệ giữa các quốc gia thành viên về các vấn đề luật áp dụng, vì vấn đề này không được quy định trong Quy chế[10].

So với Công ước La Hay năm 1980 về các khía cạnh dân sự của hành vi bắt cóc trẻ em, Công ước La Hay năm 1996 bổ sung, củng cố bằng cách nhấn mạnh và làm rõ vai trò của các cơ quan tại nơi mà trẻ thường trú với việc quyết định bất kỳ biện pháp nào cần thiết để bảo vệ trẻ em lâu dài[11]. Các thủ tục về hợp tác trong Công ước La Hay năm 1996 đóng vai trò quan trọng trong các trường hợp trẻ chưa thành niên không có người đi kèm đi qua biên giới của các quốc gia khác. Dù cho trẻ thành niên không có người đi kèm là người tị nạn, xin tị nạn hay người bỏ trốn ở tuổi thành niên, Công ước hỗ trợ bằng cách hợp tác trong việc xác định vị trí của đứa trẻ, bằng cách xác định quốc gia nào có thẩm quyền để thực hiện bất kỳ biện pháp bảo vệ cần thiết. Công ước La Hay năm 1996 dựa trên quan điểm cho rằng các điều khoản về bảo về trẻ em nên tạo thành một thể thống nhất. Điều này cũng giải thích lý do phạm vi Công ước khá rộng khi Công ước khắc phục sự không chắc chắn *(uncertainty)* phát sinh nếu các quy tắc riêng áp dụng cho các loại biện pháp bảo vệ khác nhau. Đồng thời, Công ước La Hay năm 1996 tính đến sự đa dạng của các thể chế pháp lý và hệ thống bảo vệ trẻ em tồn tại trên khắp thế giới.

3. Một số thuật ngữ đáng chú ý trong Công ước La Hay năm 1996

- Habitual Residence (Nơi thường trú)

Công ước La Hay năm 1996 không đưa ra định nghĩa cụ thể về nơi thường trú. Bản chất của các quy định và sự sắp xếp

[10] Practice Guide for the application of the new Brussels II Regulation, xem file:///C:/Users/MyPC/Downloads/guide_new_brussels_ii_EU_en.pdf, truy cập ngày 15/9/2020.

[11] Seventh Meeting of the Special Commission on the Practical Operation of the 1980 Child Abduction Convention and the 1996 Child Protection Convention, xem https://www.hcch.net/en/publications-and-tudies/details4/?pid=6545&dtid=57, truy cập ngày 10/11/2020.

được mô tả trong Công ước phụ thuộc vào nơi một đứa trẻ "thường trú". Nguyên tắc chung là quốc gia mà đứa trẻ thường trú là quốc gia có quyền tài phán đối với đứa trẻ và có quyền thực hiện và quyết định các thủ tục tố tụng để bảo vệ quyền lợi của đứa trẻ đó. Thiết lập nơi ở theo thói quen của trẻ thường là một giai đoạn quan trọng trong việc đánh giá tình hình của trẻ.

Nơi thường trú của một đứa trẻ không đương nhiên là của người chăm sóc chính của chúng, cũng không liên quan đến quốc tịch của đứa trẻ. Nếu một đứa trẻ bị chuyển từ quốc gia này sang quốc gia khác mà không có sự đồng ý của người hoặc cơ quan có quyền nuôi dưỡng, thì nơi thường trú của trẻ sẽ không thay đổi. Tuy nhiên, nếu một đứa trẻ đã sống ở một quốc gia trong một năm và định cư ở đó, nơi thường trú của trẻ sẽ là quốc gia đó với điều kiện không có cá nhân hoặc cơ quan nào đưa ra yêu cầu hợp lệ để trả lại đứa trẻ. Nếu một đứa trẻ bị chuyển từ quốc gia này sang quốc gia khác mà không có sự đồng ý của người hoặc cơ quan có quyền nuôi dưỡng, thì nơi thường trú của trẻ sẽ không thay đổi.

Trong trường hợp một đứa trẻ là người tị nạn hoặc rời khỏi đất nước của mình, thì quốc gia mà đứa trẻ đó hiện diện thực tế sẽ có quyền tài phán. Nếu không rõ trẻ thường trú ở đâu, thì cần tư vấn pháp lý.

- Parental Responsibility (Trách nhiệm của cha mẹ)

Trách nhiệm của cha mẹ được quy định tại khoản 2 Điều 1 Công ước La Hay năm 1996, bao gồm: Thẩm quyền của cha mẹ hoặc bất kỳ mối quan hệ tương tự nào về thẩm quyền xác định quyền; quyền hạn và trách nhiệm của cha mẹ, người giám hộ hoặc người đại diện hợp pháp khác liên quan đến đứa trẻ. Khi trách nhiệm của cha mẹ đã được thiết lập ở một quốc gia, người nắm giữ nó sẽ tiếp tục giữ trách nhiệm của cha mẹ sau khi chuyển sang một quốc gia khác. Bất kỳ sự bổ sung trách nhiệm của cha mẹ chỉ có thể được thực hiện theo luật của quốc gia mà đứa trẻ thường trú tại thời điểm đó. Quyền giám hộ là một dạng trách nhiệm đặc biệt của cha mẹ, thay thế trách nhiệm của cha mẹ hoặc những người khác có trách nhiệm.

Sổ tay của Hội nghị La Hay về Hướng dẫn thực thi Công ước xác định khái niệm "trách nhiệm của cha mẹ" có thể được hiểu tùy theo pháp luật của mỗi quốc gia thành viên. Pháp luật Việt Nam quy định khá đầy đủ về quyền và nghĩa vụ của cha mẹ và người giám hộ, người đại diện theo pháp luật đối với nhân thân cũng như tài sản của trẻ em.

- Urgent cases (Trường hợp khẩn cấp)

Công ước La Hay năm 1996 không đưa ra định nghĩa thế nào là "trường hợp khẩn cấp". Do đó, vấn đề được đặt ra đối với các cơ quan tư pháp/hành chính tại nước ký kết chính là việc xác định xem một tình huống cụ thể có phải là "khẩn cấp" hay không.

Căn cứ vào Báo cáo Giải thích Công ước La Hay năm 1996, tình huống khẩn cấp có thể được xác định trong trường hợp biện pháp bảo vệ được áp dụng theo quy định từ Điều 5 đến Điều 10[12] khi trẻ

[12] Quy định về những cơ sở chung

có thể phải chịu những tổn hại không thể khắc phục được hoặc trong trường hợp lợi ích của trẻ có thể bị xâm phạm[13]. Chính vì vậy, cơ quan có thẩm quyền tại các quốc gia thành viên cần tiến hành xem xét liệu đứa trẻ có khả năng phải chịu những tổn hại không thể khắc phục được hay không hoặc các lợi ích của chúng bị tổn hại nếu một biện pháp bảo vệ không được thực hiện[14].

4. Sự cần thiết Việt Nam gia nhập Công ước La Hay năm 1996

Trong suốt 30 năm kể từ khi gia nhập Công ước của Liên hợp quốc về quyền trẻ em, Việt Nam đã nỗ lực trong công tác xây dựng pháp luật hài hòa với các quy định của Công ước. Luật Trẻ em năm 2016 (Luật Trẻ em), về cơ bản phù hợp với mục tiêu của Công ước cũng như các Điều ước quốc tế liên quan mà Việt Nam là thành viên. Luật Trẻ em dành một chương riêng (chương VI từ Điều 79 đến Điều 102) xác định cụ thể trách nhiệm của các cơ quan nhà nước, tổ chức chính trị - xã hội, tổ chức kinh tế, cơ sở giáo dục và trên hết là trách nhiệm của gia đình, mà đặc biệt là cha mẹ. Gia đình có vai trò, trách nhiệm quan trọng trong việc thực hiện quyền trẻ em (nuôi dưỡng, chăm sóc, giáo dục, phát triển, hình thành nhân cách của trẻ em). Vì vậy, Luật Trẻ em quy định cụ thể trách nhiệm bảo đảm cho trẻ em sống với cha, mẹ (Điều 96), khai sinh cho trẻ em (Điều 97), bảo đảm chăm sóc, nuôi dưỡng trẻ em (Điều 98), giáo dục trẻ em, bảo đảm quyền học tập, phát triển năng khiếu, vui chơi, giải trí, hoạt động văn hóa, thể thao, du lịch của trẻ em (Điều 99); bảo vệ tính mạng, thân thể, nhân phẩm, danh dự của trẻ em (Điều 100); bảo đảm quyền dân sự (Điều 101).

Tuy nhiên, các biện pháp bảo vệ được đề cập trong pháp luật hiện hành mới chỉ giới hạn phạm vi trong nước mà chưa tính đến các vụ việc có yếu tố nước ngoài với tính chất phức tạp. Có thể kể đến những vụ ly hôn có yếu tố nước ngoài, việc cha/mẹ đưa con đến một quốc gia khác mà không có sự xin phép của người còn lại hay trẻ em là đối tượng của những vụ buôn bán người qua biên giới... Việc xác định nơi thường trú của trẻ em trong nhiều trường hợp cũng gặp nhiều khó khăn khi có những mâu thuẫn, xung đột trong pháp luật quốc gia. Chính vì vậy, khi tính đến khả năng gia nhập Công ước La Hay năm 1996, các luật liên quan đến việc bảo vệ lợi ích tốt nhất cho trẻ cũng như trách nhiệm của cha mẹ bao gồm: Luật Tương trợ tư pháp, Luật Trợ giúp pháp lý, Luật Cư trú… cũng cần được xem xét sửa đổi, bổ sung…

Việt Nam đã là thành viên của Công ước năm 1993 và trong thời gian sắp tới sẽ hoàn tất thủ tục gia nhập Công ước năm 1980.

[13] Báo cáo giải thích Công ước, tr.68.

[14] Giai đoạn này diễn ra trước khi các cơ quan có thẩm quyền theo Điều 5 đến Điều 10 Công ước La Hay năm 1996 có thể thực hiện các biện pháp bảo vệ cần thiết. Sổ tay Công ước đưa ra các ví dụ sau: i) Trẻ đang ở bên ngoài quốc gia nơi thường trú của mình và cần phải điều trị y tế khẩn cấp; (ii) Tài sản thuộc về trẻ em cần được bán; hoặc (iii) Đã xảy ra việc đưa đi hoặc giữ trẻ một cách bất hợp pháp và, trong bối cảnh tố tụng được tiến hành theo Công ước La Hay năm 1980 về bắt cóc trẻ em, các biện pháp cần được thực hiện khẩn cấp để đảm bảo đưa trẻ trở lại quốc gia thành viên một cách an toàn.

Nhìn một cách tổng quan, việc gia nhập Công ước La Hay sẽ đem lại nhiều lợi ích cho Việt Nam, không chỉ tăng cường hợp tác quốc tế trong việc bảo vệ trẻ em mà còn có khả năng giải được bài toán lớn trong tư pháp quốc tế, đó là xác định được những xung đột của pháp luật bao gồm: quyền tài phán, luật áp dụng, công nhận và thực thi. Việc tiếp cận những vấn đề này từ góc độ dân sự cũng còn khá mới mẻ tại Việt Nam đồng nghĩa với việc sẽ có những khác biệt hay khoảng trống so với các quy định của Công ước.

Một vấn đề khác được đặt ra liên quan đến bảo vệ trẻ em và trách nhiệm của cha mẹ, đó là khi tính đến khả năng gia nhập sẽ có những xung đột trong pháp luật nội dung và pháp luật hình thức của Việt Nam và một số quốc gia thành viên Công ước La Hay năm 1996. Bởi lẽ, khi một thuật ngữ được dùng ở hai hệ thống pháp luật khác nhau thì cũng có thể được hiểu theo hai nghĩa khác nhau. Ví dụ, Công ước La Hay năm 1996 không định nghĩa về *habitual residence* (nơi thường trú) mà việc quy định này sẽ được dành cho các quốc gia thành viên. Điều này có thể dẫn tới những cách hiểu không thống nhất giữa các quốc gia áp dụng luật quốc tịch *(lex nationalis)* và quốc gia áp dụng luật cư trú *(lex domicili)*.

Sau khi Việt Nam trở thành thành viên của Hội nghị La Hay, ngày 16/8/2013, Thủ tướng Chính phủ đã ban hành Quyết định số 1440/QĐ-TTg về Kế hoạch thực hiện quyền và nghĩa vụ thành viên Hội nghị La Hay về tư pháp quốc tế của Việt Nam[15]. Mục 4 của phần nhiệm vụ và giải pháp của bản Kế hoạch với tên gọi là "Đẩy mạnh nghiên cứu, từng bước tham gia các Công ước của Hội nghị La Hay" đã ghi rõ:

"Nhiệm vụ này nhằm xây dựng một lộ trình nghiên cứu gia nhập các Công ước quan trọng của Hội nghị cần thiết đối với Việt Nam theo thứ tự ưu tiên phù hợp nhất với nhu cầu, điều kiện của Việt Nam.

Để thực hiện nhiệm vụ này cần tiến hành rà soát và nghiên cứu sơ bộ toàn bộ các Công ước của Hội nghị La Hay để xác định những Công ước mà Việt Nam cần ưu tiên nghiên cứu gia nhập, lộ trình và cơ quan chủ trì việc nghiên cứu, gia nhập cũng như thực thi sau này."

Trong bối cảnh Việt Nam càng tích cực trong công cuộc hội nhập quốc tế, các mối quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài càng phát triển với tần suất ngày càng gia tăng về số lượng cũng như sự phức tạp thì việc bảo vệ trẻ em cũng như đảm bảo lợi ích tốt nhất cho trẻ em cần sự phối hợp chặt chẽ, tăng cường hợp tác trong lĩnh vực tư pháp quốc tế. Nhiều vấn đề quốc tế cần giải quyết ở vấn đề đa phương với nỗ lực cao từ các quốc gia và Công ước chính là văn bản pháp lý quốc tế quan trọng cụ thể hóa mối quan tâm này. Việc tham gia thiết chế đa phương trong tư pháp quốc tế là một biện pháp có tính chất lâu dài, bền vững, hữu hiệu trong việc xử lý các vấn đề pháp lý có thể phát sinh ■

[15] Toàn văn quyết định, xem http://vanban.chinhphu.vn/portal/page/portal/chinhphu/hethongvanban?class_id=2&mode=detail&document_id=169326.

XU HƯỚNG XÓA BỎ HÌNH PHẠT TỬ HÌNH TRÊN THẾ GIỚI VÀ Ở VIỆT NAM

Vũ Đình Hoàng*

**Khoa Nhà nước và Pháp luật, Học viện Chính trị khu vực I, Học viện Chính trị Quốc gia Hồ Chí Minh*

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Phi tội phạm hóa, phi hình sự hóa, xóa bỏ hình phạt tử hình, quyền con người, nhân đạo.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 08/3/2021
Biên tập : 28/3/2021
Duyệt bài : 04/4/2021

Tóm tắt:

Do tính chất hà khắc của hình phạt tử hình mà từ đầu thế kỷ XVIII, nhiều quốc gia trên thế giới đã bắt đầu quá trình xóa bỏ hình phạt này. Việc loại bỏ hình phạt tử hình ra khỏi đạo luật hình sự của quốc gia được cho là cần thiết. Trong 30 năm qua, Việt Nam đã tích cực, kiên trì thực hiện chính sách nhân đạo trong pháp luật hình sự. Theo đó, từ năm 1985 đến nay, tỷ lệ hình phạt tử hình trong Bộ luật Hình sự giảm tới 59%. Đến năm 2015, số tội phạm phải chịu hình phạt tử hình chỉ còn 18 tội danh chiếm 5,7% số điều luật trong Bộ luật Hình sự. Điều này thể hiện Việt Nam tích cực tiếp thu các tư tưởng tiến bộ, nhân văn của nhân loại một cách có chọn lọc và có lộ trình trong việc xóa bỏ hình phạt tử hình.

Article Infomation:

Keywords: Decriminalization; depenalization; abolition of the death penalty; human rights; clemency.

Article History:

Received : 08 Mar. 2021
Edited : 28 Mar. 2021
Approved : 04 Apr. 2021

Abstract:

Due to the harsh nature of the death penalty, from the beginning of the 18th century, several countries in the world have applied the abolition of the death penalty. The removal of the death penalty from the country's penal code was deemed crucially necessary. Over the past 30 years, Vietnam has actively and consistently implemented a humanitarian policy in criminal law. Accordingly, since1985 the death penalty rate in the Penal Code of Vietnam has decreased by 59%. By 2015, the criminals subject to the death penalty were recognized in 18 articles, accounting for 5.7% of the Penal Code articles. This shows that Vietnam is actively absorbing the progressive and humanistic ideas of humanity selectively and has a roadmap in the abolition of the death penalty.

1. Một số vấn đề lý luận về hình phạt tử hình

Tử hình là hình phạt nghiêm khắc nhất trong hệ thống hình phạt chính của Việt Nam, tước bỏ quyền sống của người phạm tội. Vì tính chất nghiêm khắc của hình phạt này nên tử hình chỉ áp dụng thông qua quyết định của Tòa án với các tội phạm đặc biệt nghiêm trọng, người phạm tội không còn khả năng được giáo dục, cải tạo nữa, phải loại bỏ hoàn toàn người này khỏi xã hội. Hình phạt tử hình là sự phản kháng mang tính khách quan của xã hội đối với những hành vi xâm phạm đến những quan hệ xã hội quan trọng nhất.

Lịch sử phát triển pháp luật hình sự trên thế giới cho thấy, tử hình là một trong những hình phạt xuất hiện từ rất sớm. Sự ra đời của hình phạt tử hình là quy luật tất yếu phản ánh quy luật đấu tranh sinh tồn[1]

[1] Mayr, Ernst, *The Growth of Biological Thought: Diversity, Evolution, and Inheritance,* Harvard University Press, 1982, p.485.

sơ khai, khắc nghiệt của tự nhiên. Bộ luật Hamurabi ra đời từ thế kỷ XVIII trước công nguyên (TCN) là văn kiện pháp lý đầu tiên chính thức ghi nhận về hình phạt này với 25 tội phạm cụ thể. Sau Bộ luật này, các luật thành văn khác cũng sớm ghi nhận tử hình là một hình phạt được áp dụng với mọi loại phạm tội như luật của người Hittite vào thế kỷ XIV TCN, Bộ luật Draconian của Athens vào thế kỷ XVII TCN[2].

Hình phạt tử hình mang đầy đủ những đặc điểm hình phạt của luật hình sự. Trước hết, nó là biện pháp cưỡng chế nghiêm khắc nhất của Nhà nước áp dụng đối với người phạm tội; do tòa án quyết định thông qua một bản án có hiệu lực pháp luật; mục đích của hình phạt nhằm trừng trị vào giáo dục người phạm tội, giáo dục người khác tôn trọng pháp luật, đấu tranh phòng, chống tội phạm. Tuy nhiên, với tư cách là một hình phạt đặc biệt, hình phạt tử hình có những đặc điểm riêng sau đây[3]:

Thứ nhất, tử hình là một loại hình phạt nghiêm khắc nhất trong hệ thống hình phạt, nó tước đi quyền sống của người bị kết án, vì thế nó chỉ được quy định áp dụng đối với người phạm tội đặc biệt nghiêm trọng.

Thứ hai, hình phạt tử hình có mục đích phòng ngừa tái phạm tội mới một cách triệt để từ phía người bị kết án. Hình phạt này không có mục đích cải tạo, giáo dục người bị kết án, như vậy nó tước bỏ cơ hội tái hòa nhập và phục thiện của họ.

Thứ ba, hình phạt tử hình đồng thời có khả năng đạt được nhiều hiệu quả cao trong phòng ngừa chung.

Thứ tư, hình phạt tử hình có tính chất không thay đổi, nó tước đi khả năng khắc phục sai lầm trong hoạt động tư pháp.

2. Xu hướng loại bỏ hình phạt tử hình trên thế giới

Do tính chất hà khắc của tử hình mà từ đầu thế kỷ XVIII, các quốc gia trên thế giới đã bắt đầu quá trình xóa bỏ hình phạt này. Việc loại bỏ hình phạt tử hình ra khỏi đạo luật hình sự của quốc gia được cho là cần thiết dựa trên những luận điểm chính sau[4]: (1) Hình phạt tử hình không hẳn là một biện pháp răn đe hiệu quả[5]; (2) Hình phạt tử hình đã thi hành sẽ không thể khắc phục được hậu quả trong trường hợp oan sai[6]; (3) Việc áp dụng hình phạt tù chung thân đối với những người phạm tội mà bị coi là mối đe dọa cho xã hội sẽ có tác dụng ngăn ngừa những người này tái phạm giống như hình phạt tử hình[7]; (4) Thực tế việc áp dụng hình phạt tử hình để trừng trị kẻ phạm tội nhằm bù đắp cho những mất mát đối với nạn nhân

[2] Death Penalty Information Center, *History of the death penalty, early history of the death penalty,* https://deathpenaltyinfo.org/facts-and-research/history-of-the-death-penalty/early-history-of-the-death-penalty, truy cập ngày 21/12/2020.

[3] Trung tâm nghiên cứu quyền con người - quyền công dân, Khoa Luật Đại học Quốc gia Hà Nội, *Những điều cần biết về hình phạt tử hình (Sách tham khảo),* Nxb. Lao động - Xã hội, 2010, tr.26-28.

[4] MOJ, UNDP và EU, *Báo cáo nghiên cứu khả năng của Việt Nam gia nhập nghị định thư tùy chọn thứ hai về bãi bỏ hình phạt tử hình theo Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị (ICCPR),* EUJULE, 2019, tr.1.

[5] Jeffrey Fagan, *Deterence and the death penalty in the International perspective*, in UNHRC, *Moving away from the death penalty: Argument, trend and perspectives,* United Nation, 2015, p.98.

[6] Thomas Sobirk Petersen (Ed), *Why Criminalize? New Perspectives on Normative Principles of Criminalization,* Springer, 2020, p.17-110.

[7] Amnesty International, https://www.amnesty.org/en/what-we-do/death-penalty/death-penalty-your-questions-answered/, truy cập ngày 21/12/2020.

và gia đình của họ là điều không cần thiết[8]; (5) Quan điểm cho rằng, hình phạt tử hình "đỡ tốn kém" hơn so với hình phạt tù chung thân là không hoàn toàn chính xác[9].

Cho tới nay, các tranh luận về sự cần thiết của hình phạt tử hình vẫn chưa ngã ngũ[10]. Tuy nhiên, thực tiễn cho thấy, cùng với sự phát triển của nhà nước pháp quyền và sự tiến bộ của xã hội, xu hướng nhân đạo hóa pháp luật hình sự trên thế giới đã khuyến khích các quốc gia hạn chế việc sử dụng hình phạt tử hình, tiến tới loại bỏ hoàn toàn hình phạt này ra khỏi luật hình sự[11]. Qua các năm 2007, 2008, 2010, 2012 và năm 2014, Đại hội đồng Liên hợp quốc (LHQ) đã tiến hành kêu gọi các quốc gia trên thế giới đình chỉ tử hình toàn cầu, hướng đến việc bãi bỏ hoàn toàn hình phạt này. Tuy nhiên, LHQ cũng không ràng buộc các quốc gia phải loại bỏ hoàn toàn hình phạt này[12]. Nhằm thúc đẩy việc loại bỏ hình phạt tử hình ở các quốc gia, Liên hợp quốc đã ban hành nhiều văn kiện quan trọng. Trong đó, có thể kể đến như: Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị năm 1966 và Nghị định thư tùy chọn thứ hai về bãi bỏ hình phạt tử hình theo Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị năm 1989 (Nghị định thư năm 1989). Theo đó, các văn kiện này khẳng định tầm quan trọng của quyền sống đối với mỗi con người. Ở những nước mà hình phạt tử hình chưa được xóa bỏ thì chỉ được phép áp dụng án tử hình đối với những tội ác nghiêm trọng nhất, căn cứ vào luật pháp hiện hành tại thời điểm tội phạm được thực hiện và không được trái với những quy định của Nghị định thư năm 1989 và Công ước về ngăn ngừa và trừng trị tội diệt chủng. Hình phạt tử hình chỉ được thi hành trên cơ sở bản án đã có hiệu lực pháp luật, do một toà án có thẩm quyền phán quyết. Dù không buộc các quốc gia phải xóa bỏ ngay hình phạt tử hình song LHQ nhấn mạnh, không một quy định nào của Điều 6 Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị năm 1966 có thể được viện dẫn để trì hoãn hoặc ngăn cản việc xóa bỏ hình phạt tử hình tại bất kỳ quốc gia thành viên nào của Công ước. Điều 1 Nghị định thư năm 1989 quy định trách nhiệm của các quốc gia trong việc bãi bỏ hình phạt tử hình. Theo đó, mỗi quốc gia thành viên Nghị định thư sẽ tiến hành tất cả những biện pháp cần thiết để bãi bỏ hình phạt tử hình trong phạm vi quyền tài phán của mình. Với những nỗ lực không ngừng nghỉ của LHQ, theo thống kê của Tổ chức Ân xá quốc tế, tính đến năm 2019, trên thế giới đã có 106 quốc gia xóa bỏ hình phạt tử hình với mọi loại tội phạm[13].

[8] Corey Daniel, Burton, *"Families of murder victims' perceptions of capital punishment: a content analysis of what family members say following executions",* Electronic Theses and Dissertations, paper 184, 2012, p.31

[9] Matthew Rousu, *"The Death Penalty vs. Life Incarceration: A Financial Analysis"* 7(4) Susquehanna University Political Review, 2016, p.25.

[10] Nguyễn Đăng Dung, Phạm Hồng Thái, Vũ Công Giao, Lã Khánh Tùng, *Những điều cần biết về hình phạt tử hình,* Nxb. Lao động, 2010, tr. 40.

[11] MOJ, UNDP và EU, *Báo cáo nghiên cứu khả năng của Việt Nam gia nhập Nghị định thư tùy chọn thứ hai về bãi bỏ hình phạt tử hình theo Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị (ICCPR)*, EUJULE, 2019, tr.1.

[12] Maria Donatelli, *117 countries vote for a global moratorium on executions,* http://www.worldcoalition.org/united-nations-resolution-moratorium-death-penalty-xecutions-general-assembly.html, truy cập ngày 21/12/2020.

[13] Amnesty International, https://www.amnesty.org/en/what-we-do/death-penalty/death-penalty-your-questions-answered/, truy cập ngày 21/12/2020.

3. Mối quan hệ giữa loại bỏ hình phạt tử hình với quá trình phi tội phạm hóa và phi hình sự hóa

Do việc bãi bỏ hình phạt tử hình không mang tính chất bắt buộc, chỉ mang tính khuyến nghị, nên để tiến hành bãi bỏ hình phạt tử hình, các quốc gia sẽ tiến hành các hoạt động lập pháp trên cơ sở xem xét các điều kiện phù hợp với thực tiễn yêu cầu phòng ngừa, đấu tranh chống tội phạm ở quốc gia của mình. Trong hoạt động lập pháp ấy, việc loại bỏ hình phạt tử hình có mối quan hệ chặt chẽ với quá phi phạm hóa và phi hóa. Mối quan hệ ấy được thể hiện qua một số điểm sau.

Một là, việc xóa bỏ hình phạt tử hình với một tội phạm chỉ có thể được thực hiện thông qua phi tội phạm hóa và phi hình sự hóa. Trong pháp luật hình sự Việt Nam, nguyên tắc bảo đảm pháp chế xã hội chủ nghĩa (XHCN) là một trong hai nguyên tắc quan trọng nhất, là kim chỉ nam cho mọi hoạt động từ xây dựng, giải thích đến áp dụng các quy định của Bộ luật Hình sự (BLHS) trong thực tiễn. Theo nguyên tắc này, BLHS là văn bản duy nhất được quy định tội phạm và trách nhiệm hình sự với người hoặc pháp nhân thương mại thực hiện tội phạm đó. Không một văn bản nào khác ngoài BLHS được phép bãi bỏ hình phạt tử hình. Hay nói cách khác, xóa bỏ hình phạt tử hình thông qua việc tuyên bố một hành vi không còn là tội phạm nữa hoặc bằng việc thay thế tử hình bằng một hình phạt khác ít nghiêm khắc hơn chỉ có thể được thực hiện trong khuôn khổ của hoạt động lập pháp hình sự.

Hai là, việc xóa bỏ hình phạt tử hình có thể tiến hành thông qua hoạt động phi tội phạm hóa. Phi tội phạm hóa là một khái niệm chưa được chú ý nghiên cứu trong giới khoa học pháp lý. Nhiều công trình cho rằng, phi tội phạm hóa là một bộ phận nằm trong nội hàm của khái niệm tội phạm hóa[14]. Hơn nữa, đối với các quốc gia có theo truyền thống Civil law, việc nghiên cứu về tội phạm hóa và phi tội phạm hóa không phải là một chủ đề dành được sự quan tâm nghiên cứu[15]. Điều này có ảnh hưởng đến việc nghiên cứu hạn chế hình phạt tử hình thông qua hoạt động lập pháp. Ở Việt Nam, các nhà khoa học tiếp cận khái niệm này dưới góc độ là một hoạt động *lập pháp thu hẹp phạm vi trấn áp của pháp luật hình sự thông qua việc loại trừ ra khỏi đạo luật hình sự hiện hành một hành vi nào đó (mà trước đây đã bị coi là tội phạm) và hủy bỏ trách nhiệm hình sự đối với cá nhân hoặc pháp nhân thương mại thực hiện hành vi đó*[16]. Dựa trên các cơ sở khoa học, nhà lập pháp sẽ xem xét một hành vi có còn đầy đủ các dấu hiệu của tội phạm không, nếu nhận thấy hành vi đó không cần thiết phải coi là tội phạm nữa thì xóa bỏ trách nhiệm hình sự với hành vi đó. Điều này đồng nghĩa với việc các hình phạt được quy định trước đây áp dụng với loại tội phạm này bị bãi bỏ. Thông qua đó, hình phạt tử hình được xóa bỏ với người thực hiện hành vi được phi tội phạm hóa.

Ba là, hình phạt tử hình có thể được xóa bỏ thông qua quá trình phi hình phạt hóa hay phi hình sự hóa. Giống như phi

[14] Luke Namara (Ed), *Theorising Criminalisation: The Value of Modalities approach,* Crime Justice Journal, 7(3), 2018, p.92-96.

[15] Nina Peršak, *Criminalising Harmful Conduct,* Springer, 2020, p.23.

[16] Lê Văn Cảm, *Những vấn đề cơ bản trong khoa học luật hình sự - Phần chung (Giáo trình Sau đại học),* Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, 2019, tr.41.

tội phạm hóa, phi hình sự hóa là khái niệm không phổ biến trong các nghiên cứu quốc tế về luật hình sự. Phi hình sự hóa được nhìn nhận như một dạng hình thức thực hiện chính sách[17]; qua đó, *giảm nhẹ tính chất, mức độ trấn áp của luật hình sự thông qua việc làm nhẹ hơn trách nhiệm hình sự với tội phạm.* Việc thu hẹp này có thể được diễn ra ở mức tuyệt đối, loại bỏ hoàn toàn trách nhiệm hình sự với một hành vi; do vậy hành vi đó không còn là tội phạm nữa[18] (tức phi tội phạm hóa). Việc thu hẹp mức độ trấn áp còn được hiểu là sự thay thế một hình phạt đang được áp dụng với tội phạm này bằng một hình phạt khác có tính chất nhẹ hơn[19] hoặc bổ sung các quy phạm mang tính chất miễn, giảm trách nhiệm hình sự.

Bốn là, khi xóa bỏ hình phạt tử hình phải xem xét dựa trên căn cứ khoa học chặt chẽ áp dụng khi cân nhắc phi tội phạm hóa hoặc phi hình sự hóa một hành vi. Việc xem xét bãi bỏ hình phạt này dựa trên các căn cứ sau:

(1) Căn cứ về tính nguy hiểm cho xã hội của hành vi: Tội phạm được phi tội phạm hóa phải là những hành vi không còn nguy hiểm cho xã hội nữa; hoặc tính nguy hiểm cho xã hội của hành vi đó đã giảm đáng kể khiến việc sử dụng pháp luật hình sự để xử lý các hành vi này là không cần thiết nữa. Để được xem xét phi hình sự hóa, tính nguy hiểm cho xã hội của một tội phạm đã giảm khiến việc áp dụng một hình phạt ít nghiêm khắc hơn hình phạt tử hình đã đủ sức răn đe.

(2) Căn cứ về tính phổ biến tương đối của hành vi: Một tội phạm được phi tội phạm hóa khi nó không còn tồn tại trên thực tế nữa. Ngoài ra, việc phi tội phạm hóa và phi tội phạm hóa một tội phạm có thể xem xét khi hành vi đó trở nên không phổ biến trong xã hội nữa.

(3) Căn cứ về khả năng phòng, chống, ngăn chặn hiệu quả của các biện pháp pháp lý hành chính, dân sự lên hành vi nguy hiểm cho xã hội được phi tội phạm hóa: Các tội phạm được phi tội phạm hóa có thể vẫn là các hành vi trái pháp luật được quy định trong các văn bản pháp luật khác. Chính vì vậy, khi xem xét phi tội phạm hóa của một hành vi, nhà làm luật cần tính toán đến mức độ hiệu quả của pháp luật trong việc phòng ngừa, ngăn chặn hành vi trái pháp luật đó. Nếu có thể ngăn chặn hiệu quả, nhà làm luật có thể tiến hành phi tội phạm hóa với tội phạm đó.

(4) Khả năng tác động tích cực của các biện pháp pháp lý hình sự ít nghiêm khắc hơn hình phạt tử hình lên hành vi nguy hiểm cho xã hội được phi hình sự hóa: Trong trường hợp phi hình sự hóa, hình phạt tử hình được thay thế bằng một hình phạt ít nghiêm khắc hơn. Điều này làm tính răn đe của hình phạt cũng giảm xuống tác động đến mức độ hiệu quả của việc áp dụng hình phạt. Vì vậy, cần phải xem xét tính hiệu quả của các hình phạt thay thế hình phạt tử hình để bảo đảm tội phạm đó phải được kiểm soát hiệu quả.

(5) Căn cứ kinh tế - chính trị - văn hóa - xã hội: Tội phạm là một khái niệm có tính

[17] Adda, J., McConnell, B., & Rasul, I. *"Crime and the Depenalization of Cannabis Possession: Evidence from a Policing Experiment",* Journal of Political Economy, 122(5), 2014, Soviet, p.1131.

[18] Hồ Trọng Ngũ, *Một số vấn đề về hình sự hóa, phi hình sự hóa các hành vi phạm pháp trên lĩnh vực kinh tế trong chính sách hình sự hiện nay,* http://www.hids.hochiminhcity.gov.vn/, truy cập ngày 01/12/2020.

[19] Donohue, Ewing, and Peloquin, *Rethinking America's Illegal Drug Policy. In Controlling Crime: Strategies and Tradeoffs,* edited Chicago: Univ. Chicago Press, 2012, p.216.

chất xã hội pháp lý; chính vì vậy việc phi tội phạm hóa và phi hình sự hóa phải được thực hiện căn cứ vào các yêu cầu xuất phát từ tình hình kinh tế, văn hóa, xã hội. Việc tiến hành các hoạt động lập pháp này không gắn với căn cứ kinh tế - văn hóa - xã hội sẽ dẫn đến tình trạng bỏ lọt tội phạm hoặc làm giảm tính răn đe của luật hình sự, tác động tiêu cực với xã hội.

(6) Căn cứ tội phạm học: Căn cứ này đặt ra yêu cầu phải xem xét toàn diện các yếu tố như nhân thân của người phạm tội, nguyên nhân, điều kiện phạm tội; diễn biến, động thái tình hình tội phạm; nhân thân của nạn nhân để xem xét phi tội phạm hóa hoặc phi hình sự hóa. Chẳng hạn, bằng các nghiên cứu về tội phạm học, các nhà khoa học đã chỉ ra việc tăng cường các hình phạt tử hình không hề liên quan đến hiệu quả của việc ngăn chặn tội phạm hay việc giảm tỷ lệ tội phạm nghiêm trọng[20].

(7) Căn cứ hội nhập quốc tế: Việc tiến hành phi tội phạm hóa hoặc phi hình sự hóa phải dựa vào những chuẩn mực quốc tế trên cơ sở phù hợp với điều kiện thực tiễn tại Việt Nam. Chẳng hạn, việc xóa bỏ hình phạt tử hình chưa thể thực hiện một cách triệt để, song Việt Nam vẫn ghi nhận tư tưởng tiến bộ này của quốc tế và đưa ra các chính sách nhân đạo phù hợp để từng bước xóa bỏ hình phạt này khỏi pháp luật hình sự.

Năm là, việc nhận thức đúng đắn về vị trí và vai trò của quá trình phi tội phạm hóa và phi hình sự hóa có vai trò quan trọng trong quá trình thúc đẩy sự xóa bỏ hình phạt tử hình ở Việt Nam cũng như các quốc gia khác trên thế giới. Sự nhận thức đúng đắn về vai trò của quá trình phi tội phạm hóa và phi hình sự hóa góp phần định hướng cho hoạt động lập pháp nhằm điều chỉnh mức độ cưỡng chế của luật hình sự với những hành vi nguy hiểm cho xã hội. Tội phạm là một hiện tượng mang bản chất pháp lý xã hội; vì vậy, tùy vào từng giai đoạn của xã hội, chính sách của Nhà nước mà tính nguy hiểm cho xã hội của một số loại tội phạm có sự biến đổi. Một số hành vi có thể không còn tính nguy hiểm cho xã hội nữa, một số hành vi trước đây có thể được quy định là tội phạm đặc biệt nghiêm trọng với khung hình phạt cao nhất là tử hình nhưng tới giai đoạn hiện nay tính nguy hiểm đã giảm bớt mà việc áp dụng một hình phạt khác bớt nghiêm khắc hơn đã có thể phòng ngừa hiệu quả. Hay dưới góc độ hình phạt, với một số loại tội phạm cụ thể mà việc áp dụng hình phạt tử hình lại tỏ ra kém hiệu quả hơn so với các hình phạt khác cũng dẫn đến yêu cầu thay thế hình phạt tử hình bằng một loại hình phạt khác... Trong những trường hợp này, để pháp luật hình sự có sự linh hoạt, đáp ứng yêu cầu phòng ngừa, đấu tranh chống tội phạm, phi tội phạm hóa và phi hình sự hóa đóng một vai trò không thể thay thế được.

Sáu là, việc nghiên cứu phạm trù hình sự hóa và phi hình sự hóa đặt ra yêu cầu phải đồng thời đánh giá được hiệu quả của việc áp dụng hệ thống hình phạt nói chung và hình phạt tử hình nói riêng cùng các biện pháp pháp lý xã hội khác để có sự điều chỉnh phù hợp các biện pháp cưỡng chế hình sự với tội phạm. Trên cơ sở đánh giá một cách khách quan mức độ hiệu quả của hình phạt tử hình, các quốc gia sẽ xem xét cùng với những điều kiện đặc thù của mình để xúc tiến việc xóa bỏ hình phạt tử hình.

[20] Trung tâm Nghiên cứu quyền con người - quyền công dân, Khoa Luật Đại học Quốc gia Hà Nội, *Những điều cần biết về hình phạt tử hình (Sách tham khảo),* Nxb. Lao động - Xã hội, 2010, tr.26-28.

4. Việc xóa bỏ hình phạt tử hình đối với một số tội danh trong pháp luật hình sự Việt Nam giai đoạn 1999 - 2015

- Xóa bỏ hình phạt tử hình đối với một số tội danh qua BLHS năm 1999

Sau khi BLHS năm 1985 có hiệu lực, qua các lần sửa đổi, bổ sung các năm 1989, 1991, 1992, 1997 đã cho thấy một xu hướng gia tăng đang kể số các tội phạm có khung hình phạt cao nhất là tử hình. Đến năm 1997, hình phạt tử hình lại được quy định với tổng cộng 44 tội danh, tăng 15 tội so với BLHS năm 1985, chiếm 20,3% trên tổng số 216 điều luật về tội phạm. Việc gia tăng hình phạt tử hình do thực tiễn xã hội trong giai đoạn này phát sinh nhiều loại hành vi nguy hiểm mới cho xã hội mà điển hình như nhóm các hành vi liên quan đến ma túy tại các điều từ Điều 185b đến Điều 185đ. Bên cạnh đó, BLHS năm 1985 (sửa đổi, bổ sung các năm 1989, 1991, 1992, 1997) cũng quy định hình phạt tử hình đối với một số nhóm tội phạm riêng biệt đặc trưng của thời kỳ quá độ lên chủ nghĩa xã hội ở Việt Nam giai đoạn những năm 80 của thế kỷ XX như Tội lợi dụng chức vụ, quyền hạn lừa đảo chiếm đoạt tài sản XHCN (Điều 134a); Tội lừa đảo chiếm đoạt tài sản XHCN (Điều 134)… Với việc quy định hình phạt tử hình với hơn 40 tội danh thể hiện một chính sách hình sự nghiêm khắc của Nhà nước đối với tội phạm.

BLHS năm 1999 đánh dấu sự chuyển hóa rõ rệt trong chính sách hình sự của Việt Nam theo hướng mềm hóa (phi hình sự hóa) bằng việc quy định thu hẹp và xác định rõ ràng phạm vi và điều kiện áp dụng hình phạt này[21]. Việc giảm bớt phạm vi áp dụng hình phạt tử hình được thể hiện cả trong phần các quy định chung và phần các tội phạm của BLHS năm 1999. Theo đó, hình phạt tử hình không còn được áp dụng đối với các tội phạm sau: Tội xâm phạm an ninh lãnh thổ (Điều 81), Tội chống phá trại giam (Điều 90), Tội trộm cắp tài sản (Điều 138), Tội hủy hoại hoặc cố ý làm hư hỏng tài sản (Điều 143), Tội vận chuyển trái phép hàng hóa, tiền tệ qua biên giới (Điều 154), Tội buôn bán hàng giả không phải là lương thực, thực phẩm, thuốc chữa bệnh, phòng bệnh (Điều 156 và 158 - trong BLHS 1985 được quy định tại 1 tội danh), Tội cưỡng bức, lôi kéo người khác sử dụng trái phép chất ma túy (Điều 200), Tội chế tạo, tàng trữ, sử dụng, mua bán trái phép hoặc chiếm đoạt vũ khí quân dụng, phương tiện kỹ thuật quân sự (Điều 230), Tội lạm dụng chức vụ, quyền hạn chiếm đoạt tài sản của công dân (Điều 280), Tội bỏ vị trí chiến đấu (Điều 324).

Việc thu hẹp phạm vi áp dụng hình phạt tử hình của BLHS năm 1999 cho thấy sự thay đổi trong nhận thức của nhà làm luật về tính chất, mức độ nguy hiểm cho xã hội; tính phổ biến của các tội phạm này. Đồng thời, thực tiễn phòng ngừa, đấu tranh chống các loại tội phạm này cho thấy không cần thiết phải áp dụng hình phạt đặc biệt nghiêm khắc này nữa (Ví dụ, trong trường hợp tội trộm cắp tài sản, tội lạm dụng chức vụ, quyền hạn chiếm đoạt tài sản của công dân). Một số trường hợp do sự chuyển biến của tình hình kinh tế - văn hóa - xã hội như trong trường hợp tội bỏ vị trí chiến đấu (Điều 258 BLHS năm 1985).

Bên cạnh đó, bằng quá trình phi tội phạm hóa, BLHS năm 1999 bãi bỏ các tội phạm bao gồm: Tội cướp tài sản XHCN

[21] TS. Trịnh Quốc Toản, *Hình phạt tử hình trong Luật Hình sự Việt Nam - Một số kiến nghị hoàn thiện*, http://www.moj.gov.vn, truy cập ngày 22/12/2020.

(Điều 129); Tội tham ô tài sản XHCN (Điều 133); Tội lợi dụng chức vụ, quyền hạn lừa đảo chiếm đoạt tài sản XHCN (Điều 134a); Tội lừa đảo chiếm đoạt tài sản XHCN (Điều 134); Tội hủy hoại hoặc cố ý làm hư hỏng tài sản XHCN (Điều 138) cùng một loạt các tội phạm khác xâm phạm đến tài sản XHCN của BLHS năm 1985 do khách thể mà tội phạm này xâm phạm (tài sản XHCN) không còn nữa. Tuy nhiên về mặt hành vi khách quan, các tội phạm này vẫn thỏa mãn dấu hiệu cấu thành tội phạm của các tội phạm cụ thể trong BLHS năm 1999. Như vậy, sau khi BLHS năm 1999 được ban hành, số điều luật quy định hình phạt tử hình giảm xuống còn 29 điều, chiếm 11% tổng số điều luật trong Bộ luật.

- Xóa bỏ hình phạt tử hình đối với một số tội danh qua BLHS năm 1999 đã được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2009

Giai đoạn những năm 80 của thế kỷ XX, thập niên đầu tiên của thế kỷ XXI chứng kiến sự tham gia mạnh mẽ của Việt Nam vào quá trình hội nhập quốc tế. Nhận thức rõ tầm quan trọng của việc tiếp thu một cách chọn lọc những tinh thần, tư tưởng tiến bộ của quốc tế vào quá trình xây dựng đất nước trong đó có việc thu hẹp phạm vi áp dụng hình phạt tử hình, Đảng Cộng sản Việt Nam đã ban hành nhiều nghị quyết quan trọng định hướng cho quá trình cải cách tư pháp nói chung và hoàn thiện pháp luật hình sự nói riêng. Nghị quyết số 08/NQ-TW ngày 02/01/2002 của Bộ Chính trị về một số nhiệm vụ trọng tâm công tác tư pháp trong thời gian tới, Nghị quyết số 48/NQ-TW ngày 24/5/2005 của Bộ Chính trị về Chiếc lược xây dựng và hoàn thiện pháp luật Việt Nam đến năm 2010, định hướng đến năm 2020 và Nghị quyết số 49/NQ-TW ngày 02/6/2005 của Bộ Chính trị về Chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020 đã khẳng định chủ trương từng bước hạn chế phạm vi áp dụng hình phạt tử hình, giảm tối đa quy định hình phạt tử hình đối với các tội phạm[22]. Tinh thần của các nghị quyết này phù hợp với Công ước về quyền chính trị và dân sự năm 1966 mà nước ta là thành viên, đồng thời phù hợp với xu hướng chung của thế giới.

Lần sửa đổi, bổ sung BLHS năm 2009 đã thể chế hóa rất rõ định hướng tiếp tục thu hẹp phạm vi áp dụng hình phạt tử hình trong pháp luật hình sự. Thông qua quá trình phi hình sự hóa BLHS năm 1999 bỏ hình phạt tử hình trong khung phạt cao nhất đối với 08 tội danh gồm Tội hiếp dâm (Điều 111); Tội lừa đảo chiếm đoạt tài sản (Điều 139); Tội buôn lậu (Điều 153); Tội làm, tàng trữ, vận chuyển, lưu hành tiền giả, ngân phiếu giả, công trái giả (Điều 180); Tội tổ chức sử dụng trái phép chất ma túy (Điều 197); Tội chiếm đoạt tàu bay, tàu thủy (Điều 221); Tội đưa hối lộ (Điều 289); Tội hủy hoại vũ khí quân dụng, phương tiện kỹ thuật quân sự (Điều 334). Việc xóa bỏ hình phạt tử hình đối với các tội danh trên là phù hợp đáp ứng với yêu cầu phòng ngừa, đấu tranh chống tội phạm trong thực tế. Như vậy, sau lần sửa đổi, bổ sung năm 2009, hình phạt tử hình chỉ còn được áp dụng đối với 22 hành vi[23], chiếm 8% trong tổng số các điều luật của BLHS.

[22] Phương Thảo, *Thu hẹp phạm vi áp dụng hình phạt tử hình trong Bộ luật Hình sự năm 1999*, https://noichinh.vn/nghien-cuu-trao-doi/201312/thu-hep-pham-vi-ap-dung-hinh-phat-tu-hinh-trong-bo-luat-hinh-su-nam-1999-293434/, truy cập ngày 22/12/2020.

[23] Dù loại bỏ hình phạt tử hình đối với 8 tội phạm nhưng vẫn còn tới 22 hành vi bị áp dụng hình phạt tử hình (thay vì 21) do Tội hiếp dâm trẻ em tại Điều 112 Bộ luật Hình sự năm 1999 áp dụng hình phạt tử hình với các hành vi quy định tại khoản 1 và khoản 4.

Điều này cho thấy xu hướng giảm rõ rệt trong việc áp dụng hình phạt tử hình tính sau 10 năm giai đoạn 1999 - 2009 ở Việt Nam so với xu hướng tăng mạnh của giai đoạn trước đó.

- Xóa bỏ hình phạt tử hình đối với một số tội danh qua BLHS năm 2015 đã được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2017

BLHS năm 2015 đã được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2017 (BLHS năm 2015) tiếp tục thể chế hóa chủ trương hạn chế áp dụng hình phạt tử hình được khẳng định tại các Nghị quyết của Đảng về cải cách tư pháp.

Tại phần các quy định chung của Bộ luật, Điều 40 đã khẳng định hình phạt tử hình là hình phạt đặc biệt chỉ áp dụng đối với người phạm tội đặc biệt nghiêm trọng. Trong đó, so với BLHS năm 1999, Điều 40 BLHS năm 2015 quy định rõ nhóm các tội phạm bị áp dụng hình phạt tử hình. Theo đó, một số tội phạm thuộc nhóm các tội xâm phạm an ninh quốc gia, xâm phạm tính mạng con người, các tội phạm về ma túy, tham nhũng và một số tội phạm đặc biệt nghiêm trọng khác do Bộ luật quy định gồm: Tội sản xuất, buôn bán hàng giả là thuốc chữa bệnh, thuốc phòng bệnh; Tội khủng bố; Tội phá hoại hòa bình, gây chiến tranh xâm lược; Tội chống loài người; Tội phạm chiến tranh. Khoản 2 và khoản 3 Điều 40 BLHS năm 2015 bổ sung thêm các trường hợp không áp dụng hình phạt tử hình đối với người đủ 75 tuổi trở lên khi phạm tội hoặc khi xét xử; quy định không thi hành hình phạt tử hình đối với người bị kết án đủ 75 tuổi trở lên hoặc người bị kết án tử hình về tội tham ô tài sản, tội nhận hối lộ nhưng đã chủ động nộp lại ít nhất ba phần tư tài sản tham ô, nhận hối lộ và hợp tác tích cực với cơ quan chức năng trong việc phát hiện, điều tra, xử lý tội phạm hoặc lập công lớn. Việc thu hẹp phạm vi hình phạt tử hình của BLHS năm 2015 cho thấy tính nhân đạo trong chính sách hình sự của Việt Nam.

Trong phần các tội phạm, BLHS năm 2015 xóa bỏ hình phạt tử hình ở 07 tội: Tội cướp tài sản (Điều 168); Tội sản xuất, buôn bán hàng giả là lương thực, thực phẩm, phụ gia thực phẩm (Điều 193); Tội tàng trữ trái phép chất ma túy (Điều 249), Tội chiếm đoạt trái phép chất ma túy (Điều 252); Tội phá hủy công trình, cơ sở, phương tiện quan trọng về an ninh quốc gia (Điều 303); Tội chống mệnh lệnh (Điều 394) và Tội đầu hàng địch (Điều 399). Trong đó, có 3 tội bỏ hình phạt tử hình trên cơ sở tách từ các tội có quy định hình phạt tử hình trước đó, gồm: Tội buôn bán, sản xuất hàng giả là lương thực, thực phẩm, phụ gia thực phẩm; Tội tàng trữ trái phép chất ma túy; Tội chiếm đoạt chất ma túy. Bên cạnh đó, BLHS năm 2015 cũng bãi bỏ Tội hoạt động phỉ được quy định tại Điều 83 BLHS năm 1999, hình phạt tử hình từ đó cũng được xóa bỏ.

Như vậy, số các tội còn áp dụng hình phạt tử hình trong BLHS năm 2015 giảm xuống 18, chiếm 5,7% tổng số điều luật trong Bộ luật.

Có thể thấy trong giai đoạn 30 năm 1985 - 2015, tỷ lệ hình phạt tử hình đã giảm đáng kể từ mức 20,3% năm 1985 xuống 5,7% năm 2015. Số hình phạt tử hình giảm mạnh từ 44 tội xuống 18 tội vào năm 2015 (giảm 26 tội tương đương với 59% tổng số hình phạt tử hình). Điều này thể hiện nỗ lực lớn của toàn bộ hệ thống chính trị của Việt Nam trong quá trình hạn chế áp dụng hình phạt tử hình, tiến tới loại bỏ hoàn toàn hình phạt này ra khỏi pháp luật hình sự ■

NÂNG CAO NĂNG LỰC HOẠCH ĐỊNH CHÍNH SÁCH CỦA ĐẠI BIỂU QUỐC HỘI TRONG HOẠT ĐỘNG LẬP PHÁP[1]

Nguyễn Anh Phương*
**Viện Nghiên cứu lập pháp*

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Hoạch định chính sách, năng lực hoạch định chính sách, lập pháp, đại biểu Quốc hội.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 10/5/2021
Biên tập : 23/5/2021
Duyệt bài : 25/5/2021

Tóm tắt:

Trong phạm vi bài viết này, tác giả dựa trên các yếu tố cấu thành, thuộc tính của năng lực hoạch định chính sách để phân tích, đánh giá thực trạng và đề xuất một số giải pháp phù hợp nhằm nâng cao năng lực hoạch định chính sách của đại biểu Quốc hội Việt Nam.

Article Infomation:

Keywords: Policy making; policy-making competency; legislation; National Assembly deputies.

Article History:

Received : 10 May 2021
Edited : 23 May 2021
Approved : 25 May 2021

Abstract:

Within the scope of this article, based on the constituent elements and attributes of policy-making competency, the author provides an analysis and assessments of the current situation and also gives a number of proposed recommendations as appropriate solutions for further improvements of the policy-making competency of the National Assembly deputies of Vietnam.

1. Tổng quan về năng lực hoạch định chính sách của đại biểu Quốc hội

- Khái niệm năng lực

Theo Từ điển năng lực của Đại học Harvard, năng lực (competency) theo nghĩa chung nhất, là những gì mà cá nhân phải chứng minh có hiệu quả trong công việc, thực hiện vai trò, chức năng, hoặc nhiệm vụ[2]. Năng lực được hình thành bởi sự kết hợp của ba yếu tố chính gồm: *Kiến thức, kỹ năng, thái độ*[3]*;* có thể học hỏi phát triển được, của một cá nhân hoặc tổ chức để thực hiện thành công nhiệm vụ[4]. Mức độ năng lực được phản ánh bởi chất lượng hoàn thành công việc. Từ đó, đi vào mỗi lĩnh vực cụ thể hoặc mỗi loại hoạt động sẽ có những loại/nhóm năng lực cụ

[1] Bài viết này có sử dụng kết quả nghiên cứu của Đề tài cấp bộ: *"Nâng cao năng lực hoạch định chính sách của đại biểu Quốc hội trong hoạt động lập pháp: Thực trạng và giải pháp"* do Nguyễn Anh Phương làm Chủ nhiệm, Viện Nghiên cứu lập pháp là cơ quan chủ trì.

[2] Harvard University, Competency Dictionary, Development Dimensions Int'l, Inc., p.4.

[3] Hoặc: Thái độ và các giá trị.

[4] OECD 2002, DeSeCo: Education - Lifelong Learning and the Knowledge Economy: Key Competencies for the Knowledge Society. In: Proceedings of the DeSeCo Symposium, Stuttgart.

thể và phù hợp, được thể hiện bởi những loại *kỹ năng* tương ứng. Vì thế, cấu trúc năng lực cốt lõi có thể khác nhau ở các lĩnh vực[5].

Khi bàn về năng lực, cần lưu ý một số điểm sau đây:

Thứ nhất, năng lực không phải là phép cộng đơn giản của *kiến thức, kỹ năng* và *thái độ*, cũng như không phải mỗi cá nhân chỉ cần có kiến thức, có kỹ năng, hoặc có thái độ tốt thì đương nhiên có năng lực[6].

Thứ hai, rất nhiều định nghĩa về năng lực thường quy chiếu về một hay nhiều loại *khả năng* nào đó, nhưng cần phân biệt *năng lực* với *khả năng*. Bởi vì năng lực được thể hiện trong hoạt động, công việc và cần được đánh giá dựa trên kết quả, mức độ hoàn thành. Trong khi *khả năng* mới chỉ là cái có thể có, ở dạng *tiềm năng*, có thể xuất hiện hoặc không xuất hiện.

Vì vậy, khi tiếp cận các định nghĩa năng lực dưới góc độ khả năng, thì đồng thời phải gắn với việc xem xét, đánh giá kết quả thực hiện trên thực tế, tức là năng lực phải được biểu hiện ra, phản ánh trong hoạt động cụ thể.

- Khái niệm hoạch định chính sách

Chính sách công là hệ thống những hành động có chủ đích, mang tính quyền lực nhà nước, được ban hành theo những trình tự, thủ tục nhất định, nhằm mục tiêu giải quyết các vấn đề phát sinh trong thực tiễn, hay thúc đẩy các giá trị ưu tiên.

Hoạch định chính sách (policy-making) là hành động có chủ đích của các chính trị gia nhằm đạt được các mục tiêu trong hoạt động của Nhà nước. Hoạch định chính sách có thể được hiểu là hành động làm ra chính sách; nhưng cũng thường được hiểu là một giai đoạn, hoặc một quá trình bao gồm nhiều hoạt động, nhiều giai đoạn như: đề xuất, xây dựng, hình thành nên chính sách công; hoặc là đồng nhất với cả một chu trình chính sách (policy cycle).

- Khái niệm năng lực chính sách[7]

Theo tác giả, năng lực chính sách được cấu thành bởi kiến thức, các kỹ năng hoạch định chính sách, thái độ trách nhiệm và khả năng của Nhà nước trong việc xác định, đánh giá các vấn đề công, nhằm xây dựng, phát triển chính sách phù hợp để giải quyết vấn đề, tình huống chính sách một cách hiệu quả.

Bên cạnh đó, một số nghiên cứu coi năng lực chính sách là tổng hợp của các khả năng và nguồn lực cần thiết để thực hiện các chức năng chính sách. Cụ thể, năng lực chính sách gồm các yếu tố (cốt lõi) sau[8]: năng lực phân tích (analytical competence); năng lực vận hành (operational competence); năng lực chính trị (political competence). Theo đó, năng lực chính sách là khả năng của các chủ thể khác nhau trong việc phân tích, vận hành, thu hút sự ủng hộ chính trị đối với việc đề xuất, xây dựng, ban hành và thực thi chính sách công trên các cấp độ cá nhân, tổ chức, hệ thống[9].

[5] OECD 2005, The definition and selection of key competencies: Executive summary.

[6] Nói cách khác, đây không phải là điều kiện cần và đủ.

[7] Trong bài viết này, tác giả sử dụng khái niệm năng lực chính sách và năng lực hoạch định chính sách theo nghĩa tương đương nhau.

[8] X. Wu, M. Howlett & M. Ramesh, Policy Capacity: Conceptual Framework and Essential Components, in: X. Wu, M. Howlett & M. Ramesh, ed. (2018), Policy Capacity and Governance: Assessing Governmental Competences and Capabilities in Theory and Practice, Palgrave Macmillan.

[9] Về nội dung này, có thể xem chi tiết tại: Nguyễn Đức Lam (2020), *Khung phân tích năng lực chính sách - Lý thuyết đánh giá năng lực chính sách công*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 12 (412), tr. 36-42.

- Năng lực hoạch định chính sách của đại biểu Quốc hội trong hoạt động lập pháp

Dựa vào khái niệm năng lực chính sách như trên, có thể hiểu năng lực hoạch định chính sách của đại biểu Quốc hội (ĐBQH) là sự kết hợp hài hòa kiến thức, kỹ năng, thái độ của ĐBQH trong việc phân tích vấn đề chính sách, vận hành các nguồn lực, thu hút sự ủng hộ chính trị nhằm lựa chọn phương án chính sách phù hợp nhất, thực hiện có hiệu quả chức năng, vai trò hoạch định chính sách.

Trong đó, *kiến thức* là những hiểu biết cụ thể của cá nhân ĐBQH về tổ chức, bộ máy, quy trình, thủ tục hoạt động của Quốc hội, lý thuyết cơ bản về hoạch định chính sách nói chung, về phân tích chính sách, đánh giá chính sách nói riêng trong hoạt động lập pháp... Đây là điều kiện quan trọng để nâng cao khả năng, tư duy phản biện chính sách.

Kỹ năng được hiểu là cách thức thực hiện chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của Quốc hội và ĐBQH một cách hiệu lực, hiệu quả, được biểu hiện ra trong hoạt động lập pháp nói chung, trong việc soạn thảo hoặc đánh giá, tiếp nhận kết quả của các bản phân tích, đánh giá chính sách nói riêng.

Thái độ (và các giá trị) là một khái niệm khá trừu tượng, ở đây chủ yếu nhấn mạnh các quan điểm, hành vi mang tính chuẩn mực đạo đức công, trách nhiệm/trách nhiệm giải trình, trách nhiệm chính trị của cá nhân ĐBQH, phù hợp với các tiêu chuẩn ĐBQH, hoặc là sự thể hiện mức độ nhiệt huyết, đam mê với "nghề" đại biểu dân cử, mong muốn cống hiến của từng cá nhân trong hoạt động lập pháp…

- Nâng cao năng lực chính sách của ĐBQH

Nâng cao năng lực là quá trình làm tăng khả năng nội tại (của một cá nhân hoặc tổ chức) để nhận biết, phân tích và giải quyết các vấn đề một cách hiệu quả[10]. Nâng cao năng lực, hay xây dựng, phát triển năng lực, là một phương pháp tiếp cận hay một hệ thống nhằm tăng cường khả năng nhận thức, phát triển các kỹ năng, sự tự tin để đạt tới thành công một cách bền vững. Phương pháp quan trọng thường được sử dụng để xây dựng, nâng cao năng lực là thông qua giáo dục và đào tạo[11].

Như vậy, nâng cao năng lực chính sách của ĐBQH có thể hiểu là quá trình phát triển khả năng nhận biết, kỹ năng phân tích, thái độ chính trị, sự tự tin và có trách nhiệm trong việc lựa chọn phương án để giải quyết các vấn đề chính sách trong hoạt động lập pháp một cách hiệu quả.

2. Thực trạng năng lực hoạch định chính sách của đại biểu Quốc hội ở nước ta

Trước hết, tác giả cho rằng, đánh giá kết quả hoạt động của ĐBQH nói chung, năng lực chính sách của đại biểu nói riêng, sau cùng, chính là quyền quyết định của cử tri thông qua lá phiếu bầu cử. Tuy nhiên, việc khảo sát đánh giá năng lực chính sách của ĐBQH cũng sẽ rất hữu ích cho cử tri tham khảo để có cơ sở giám sát, đánh giá hiệu quả hoạt động của người đại diện với những tiêu chí rõ ràng, hơn là chỉ nhận xét một cách chung chung, cảm tính. Đương nhiên, những tiêu chí đánh giá cụ thể cũng là căn cứ đáng tin cậy để các ĐBQH có thể "soi mình", "sửa mình".

[10] Crisp BR, Swerissen H, Duckett SJ, 2000, Four approaches to capacity-building in health: Consequences for measurement and accountability, Health Promot Int., pp.99-107.

[11] Elizabeth Baillie, Christel Bjarnholt, Marlies Gruber & Roger Hughes, 2008, A capacity-building conceptual framework for public health nutrition practice, Public Health Nutrition 12(8), 1031-1038.

Để khảo sát một cách đầy đủ nhằm đánh giá đúng thực trạng năng lực hoạch định chính sách của ĐBQH, theo tác giả, ngoài các tiêu chí định tính, thì một số tiêu chí định lượng cần thiết là:

(1) Căn cứ vào các đề xuất chính sách, các dự án luật, pháp lệnh mà ĐBQH đã kiến nghị, đề nghị trong nhiệm kỳ;

(2) Căn cứ vào các ý kiến góp ý xây dựng, phản biện chính sách, góp ý nội dung chính sách cho các dự thảo luật, pháp lệnh tại các phiên họp Ủy ban, họp đại biểu chuyên trách, thẩm tra, thảo luận tại kỳ họp Quốc hội, cũng như trên các phương tiện thông tin truyền thông;

(3) Căn cứ vào số lần tham gia chất vấn có nội dung về các vấn đề chính sách (trực tiếp hoặc bằng văn bản) của ĐBQH;

(4) Căn cứ vào các nội dung chính sách trong chương trình hành động, lời hứa khi ứng cử ĐBQH, khi tiếp xúc cử tri và so sánh với kết quả thực hiện;

(5) Căn cứ vào các quyết định "bấm nút" đồng ý, hay không đồng ý thông qua dự luật.

Tuy nhiên, hiện tại chúng ta vẫn chưa có một cơ sở dữ liệu công khai, có độ tin cậy cao để có thể đánh giá chi tiết theo các tiêu chí như trên.

Trên thực tế, rất ít ĐBQH trực tiếp đề nghị xây dựng luật, cũng như tham gia trực tiếp xây dựng nội dung chính sách trong hồ sơ các dự án luật được trình ra Quốc hội. Đây là một hạn chế trong việc chủ động thực hiện quyền của ĐBQH. Mặc dù vậy, sự tham gia của các ĐBQH trong quá trình thảo luận, thẩm tra… về các đề xuất chính sách, cũng như các vấn đề khác trong các dự thảo luật, cũng đã góp phần tích cực vào kết quả hoạt động của Quốc hội, năng lực chính sách được nâng lên qua mỗi nhiệm kỳ nếu xem xét ở "tiêu chí" số luật được thông qua trong các nhiệm kỳ Quốc hội gần đây[12].

Có thể nói, khảo sát, đánh giá chất lượng *Báo cáo đánh giá tác động của chính sách* trong các dự án luật là một nội dung rất quan trọng giúp phản ánh thực trạng năng lực hoạch định chính sách. Như đã đề cập trên đây, đa số các báo cáo đánh giá tác động lại không được trực tiếp kiến nghị, soạn thảo hay chủ trì soạn thảo bởi các ĐBQH; vì thế, chỉ có thể đánh giá năng lực chính sách gián tiếp thông qua những thảo luận, góp ý sửa đổi, hoặc quyết định thông qua hồ sơ chính sách, dự án luật… Tuy nhiên, kết quả phân tích 37 Báo cáo đánh giá tác động của chính sách trong các đề nghị xây dựng luật từ đầu năm 2017 đến tháng 8/2020 cho thấy, đa số các báo cáo đánh giá tác động của chính sách trong các đề nghị xây dựng luật/dự thảo luật "còn sơ sài, có chất lượng thấp", việc xác định thế nào là "chính sách", đề xuất chính sách còn lúng túng[13]…

Có không ít ĐBQH rất ít phát biểu ý kiến, thảo luận các vấn đề, phương án chính sách tại các phiên họp thẩm tra, các cuộc họp Tổ ĐBQH, phiên họp tại hội trường về các dự án luật. Thậm chí, có một số ĐBQH trong nhiều kỳ họp, phiên họp của Quốc hội không tham gia hoạch định chính sách và góp ý kiến về các vấn đề khác trong dự án luật. Có một số ĐBQH

[12] Quốc hội khóa XI đã thông qua được 84 luật, bộ luật. Quốc hội khóa XII (4 năm) đã thông qua được 67 luật, bộ luật. Quốc hội khóa XIII đã thông qua Hiến pháp 2013 và 107 luật, bộ luật. Quốc hội khóa XIV đã thông qua 73 luật.

[13] Lê Tuấn Phong (2020), *"Thực trạng đánh giá tác động của chính sách trong xây dựng luật ở nước ta và một số đề xuất, kiến nghị"*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp số 23 (423).

khác có phát biểu, nhưng chất lượng ý kiến phát biểu còn hạn chế, nặng về góp ý kiến câu chữ, kỹ thuật lập pháp, không có tính phản biện, không góp ý kiến về các chính sách, nội dung cơ bản của dự án luật, pháp lệnh nên không giúp nhiều cho việc tiếp thu, chỉnh lý hoàn thiện các chính sách của dự thảo luật, pháp lệnh[14].

Những hạn chế nêu trên xuất phát từ những nguyên nhân cơ bản sau: (1) ngay từ khâu "đầu vào" - bầu cử ĐBQH vẫn còn những vấn đề về nâng cao tính "cạnh tranh" để tìm kiếm được nhiều hơn nữa những ứng cử viên có đủ năng lực chính sách; (2) số đại biểu chuyên trách vẫn còn thấp, ảnh hưởng đến chất lượng hoạt động của Quốc hội. Quốc hội khóa 14 có 167 ĐBQH hoạt động chuyên trách trong tổng số 484 đại biểu, tương đương 34,5%[15]; (3) Còn có nhiều ĐBQH kiêm nhiệm là thành viên của Chính phủ và bộ máy hành chính hoặc cơ quan tư pháp nên còn tâm lý nể nang, ngại tranh luận, phản biện các đề xuất chính sách xuất phát từ phía các cơ quan bộ, ngành, địa phương, trong các tình huống có thể gây "xung đột lợi ích". Do đó, "vai trò của Quốc hội trong việc định hình nội dung chính sách và giám sát hoạt động của Chính phủ vẫn còn hạn chế"[16]; (4) Số ĐBQH tái cử còn ít (chỉ chiếm khoảng 1/3), còn số ĐBQH mới được bầu lần đầu chiếm tỷ lệ cao (khoảng 2/3) nên có thể gặp nhiều khó khăn trong những năm đầu nhiệm kỳ (ví dụ, số ĐBQH khóa XIII tái cử khóa XIV là: 168 người, chiếm tỷ lệ 33,50%; số đại biểu tham gia Quốc hội lần đầu là: 328 người chiếm tỷ lệ 65,90%)[17]; (5) điều kiện hỗ trợ cho hoạt động của ĐBQH chưa đáp ứng được yêu cầu (nguồn lực tài chính cho hoạt động ĐBQH còn hạn chế; nội dung bồi dưỡng, tập huấn và thông tin chính sách cung cấp cho đại biểu có thể chưa đáp ứng nhu cầu thực tế, chưa phù hợp hoặc chưa chưa kịp thời v.v..).

3. Một số giải pháp nâng cao năng lực hoạch định chính sách của đại biểu Quốc hội

3.1. Xây dựng nội dung năng lực chính sách cốt lõi dựa trên các yếu tố cấu thành

Giải pháp nâng cao năng lực trước hết cần dựa trên cơ sở các yếu tố cấu thành năng lực là kiến thức, kỹ năng và thái độ, từ đó lựa chọn các dạng năng lực thành phần phù hợp, xây dựng các nội dung năng lực cốt lõi cần thiết đối với ĐBQH, cụ thể là:

(1) Kiến thức: ngoài các kiến thức lý luận chung về nhà nước và pháp luật, thì trọng

[14] Bài viết tham luận của ThS. Đặng Đình Luyến, nguyên Phó Chủ nhiệm Ủy ban Pháp luật tại Hội thảo khoa học *"Bàn về quy trình chính sách và vai trò, năng lực hoạch định chính sách của đại biểu Quốc hội ở Việt Nam"* do Viện Nghiên cứu lập pháp tổ chức, Hà Nội, 2020.

[15] Đài truyền hình Việt Nam (2019), Tỷ lệ đại biểu Quốc hội chuyên trách: Vẫn còn nhiều ý kiến khác nhau, https://vtv.vn/trong-nuoc/ty-le-dai-bieu-quoc-hoi-chuyen-trach-van-con-nhieu-y-kien-khac-nhau-20191029102404499. htm, truy cập ngày 20/3/2021.

[16] Cao Sinh Viet, Demombynes Gabriel, Kwakwa Victoria, Mahajan Sandeep, Shetty Sudhir, Vũ Đức Đam, Bùi Quang Vinh, Van Trotsenburg Axel (2016), *Vietnam 2035: Toward prosperity, creativity, equity, and democracy (Vol. 2): Việt Nam 2035: Hướng tới Thịnh vượng, Sáng tạo, Công bằng và Dân chủ - Tổng quan (Vietnamese),* Washington, D.C, World Bank Group, p. 484, http://documents.worldbank.org/curated/en/462881491821948950/Việt-Nam-2035-Hướng-tới-Thịnh-vượng-Sáng-tạo-Công-bằng-và-Dân-chủ-Tổng-quan.

[17] Trích dẫn theo số liệu thống kê trong bài tham luận *"Bàn về năng lực chính sách của đại biểu Quốc hội ở Việt Nam hiện nay"* của tác giả Nguyễn Thanh Bình, tại Hội thảo khoa học "Bàn về quy trình chính sách và vai trò, năng lực hoạch định chính sách của đại biểu Quốc hội ở Việt Nam" do Viện Nghiên cứu lập pháp tổ chức, Hà Nội, 2020.

tâm là các lý thuyết về chính sách công, trong đó nhấn mạnh yêu cầu hiểu được các vấn đề cơ bản của phân tích chính sách, đánh giá chính sách công, các lý thuyết về quy trình hoạch định chính sách, và vai trò của Quốc hội, ĐBQH trong việc hoạch định chính sách...

Kiến thức chung về chính sách, pháp luật đặc biệt quan trọng và cần thiết vì hoạt động của ĐBQH xoay quanh các công đoạn thiết kế, xây dựng và ban hành chính sách, pháp luật trong rất nhiều lĩnh vực khác nhau, đòi hỏi sự hiểu biết nhất định để hiểu, nhận định, phân tích ưu nhược điểm, các giải pháp thiết kế chính sách hay dự thảo điều luật… Nắm vững các kiến thức cơ bản về chính sách công, nhận thức đầy đủ vai trò hoạch định chính sách công của ĐBQH sẽ góp phần phát triển tư duy phản biện chính sách trong các thảo luận lập pháp tại nghị trường.

(2) Kỹ năng: Kỹ năng không thể thiếu đối với nhà hoạch định chính sách là phân tích chính sách, đánh giá chính sách để tìm ra hoặc nhận biết được vấn đề chính sách đang nảy sinh trong đời sống xã hội cần được ưu tiên giải quyết, hay các kỹ năng liên quan như đọc hiểu, xem xét một dự thảo đề xuất chính sách, dự thảo luật; kỹ năng tham vấn công chúng; lấy ý kiến góp ý của người dân, tranh luận, phản biện chính sách...

Khi mà ĐBQH hiểu và nắm vững các kỹ năng này, áp dụng phù hợp theo đúng quy trình thủ tục, phát huy "tiềm năng" sẵn có, thể hiện được thành năng lực chính sách trong hoạt động lập pháp sẽ góp phần tăng chất lượng các nghiên cứu, đánh giá, phản biện chính sách và phục vụ cho các tham luận, chất vấn, phản biện trong những phiên thảo luận ở ủy ban, phiên họp toàn thể v.v. Trên thực tế, những hạn chế về kiến thức và kỹ năng cũng là một trong những lý do làm cho một số đại biểu hoạt động mờ nhạt, không phát biểu, ngại tranh luận, phản biện đối với những vấn đề "nóng" trong các dự án luật, pháp lệnh trên nghị trường.

(3) Thái độ và các giá trị: Cần đề cao các tiêu chuẩn giá trị đạo đức công của ĐBQH như "có phẩm chất đạo đức tốt, cần, kiệm, liêm, chính, chí công vô tư, gương mẫu chấp hành pháp luật"[18]. Đại biểu của nhân dân thì cần có đủ tài, đức và "giản dị, gần dân", nhuần nhuyễn "văn hóa chính trị", biết lắng nghe để giúp đỡ, nhằm có được sự tin tưởng, tín nhiệm của nhân dân. Đại biểu phải là chỗ dựa, trông cậy khi cần của người dân địa phương nơi ứng cử. Hơn nữa, "hoạt động đại diện" cần có sự đam mê, nhiệt huyết, cống hiến cho công việc chung để có thể vượt qua những trở ngại, khó khăn khi làm nhiệm vụ đại biểu dân cử. ĐBQH không chỉ "về với dân" trong những cuộc tiếp xúc cử tri ngắn, thậm chí hình thức, mà phải thực sự tôn trọng, lắng nghe và vận dụng các nguồn lực, khả năng để giải quyết được vấn đề người dân phản ánh, kiến nghị, làm tốt chức năng nhiệm vụ của mình.

3.2. Nhóm các giải pháp liên quan đến cơ chế, chính sách pháp luật

- Tăng cường tính cạnh tranh trong bầu cử ĐBQH để chọn được nhiều người hiền tài

Bầu cử là yếu tố rất quan trọng, ảnh hưởng trực tiếp đến "đầu vào" chất lượng đại biểu dân cử. Vì thế, tiếp cận giải pháp nâng cao năng lực hoạch định chính sách một cách toàn diện rất cần thiết quan tâm đến vấn đề mở rộng, tăng cường tính cạnh tranh công khai, minh bạch trong bầu cử đại biểu Quốc hội. Cụ thể, tiến tới, cần bảo

[18] Xem Điều 22 Hiến pháp năm 2013 quy định về tiêu chuẩn của đại biểu Quốc hội.

đảm ít nhất danh sách ứng cử viên sau cùng phải nhiều gấp hai lần số lượng đại biểu dự kiến được bầu[19]. Ví dụ, nếu số đại biểu dự kiến là 500 người[20] thì số ứng cử viên đưa vào danh sách bầu cử sau cùng phải là 1000 người trở lên. Nên nghiên cứu đổi mới quy trình giới thiệu người ứng cử sao cho cơ quan tổ chức hiệp thương có điều kiện tốt nhất để lựa chọn được những người thật sự chất lượng "vừa hồng, vừa chuyên" để giới thiệu ứng cử ĐBQH. Chẳng hạn: *"Mỗi cơ quan, tổ chức phải giới thiệu số người ứng cử gấp đôi số người được phân bổ. Không khống chế số dư là 02 ở mỗi đơn vị bầu cử mà có thể nhiều hơn để tăng tính cạnh tranh"*[21]…

Tăng cường tính cạnh tranh trong bầu cử, tăng số lượng ứng viên trong danh sách bầu cử cũng đồng thời bảo đảm tính dân chủ, là sự "mở rộng" quyền lựa chọn, quyền "làm chủ" của cử tri và nhân dân cả nước. Không chỉ với những ứng cử viên ứng cử lần đầu mà các ĐBQH "đương nhiệm" muốn tái cử cũng phải thể hiện được năng lực trong suốt quá trình hoạt động, nếu không muốn "bị" đánh giá là năng lực kém, không làm tốt chức năng đại diện, và không đủ phiếu bầu nếu tái ứng cử nhiệm kỳ tiếp theo.

- Bảo đảm sự hài hòa giữa các tiêu chuẩn về năng lực chính sách, năng lực chuyên môn của ĐBQH, sự linh hoạt trong cơ cấu thành phần đại diện

Để đánh giá một người có năng lực hoạch định chính sách thì không nên đồng nhất với yêu cầu là họ phải có trình độ chuyên môn rất cao về một lĩnh vực. Nói cách khác, năng lực chuyên môn không đồng nhất với năng lực chính sách của ĐBQH, chuyên môn rất giỏi về một lĩnh vực nào đó cũng chưa phải điều kiện đủ để có năng lực chính sách tốt. Do đó, không phải đơn giản là cứ tìm những người giỏi nhất rồi hiệp thương giới thiệu họ ra ứng cử ĐBQH thì năng lực chính sách sẽ được nâng cao và hoạt động của Quốc hội sẽ bảo đảm hiệu quả cao[22]. Nếu một chuyên gia giỏi trúng cử ĐBQH và trên cơ sở đó, họ bộc lộ năng lực chính sách, thể hiện rất tốt, hiệu quả cao trong hoạt động hoạch định chính sách thì sẽ góp phần nâng cao hiệu quả hoạt động chung của Quốc hội, và chứng minh được lá phiếu của người dân lựa chọn là đúng đắn.

Ngược lại, nếu năng lực yếu kém mà lại trở thành ĐBQH, thì hoạt động đại biểu chắc chắn sẽ kém hiệu quả, gây lãng phí nguồn lực. Hoạch định chính sách quốc gia đòi hỏi các chủ thể quan trọng như ĐBQH cần có năng lực hoạch định chính sách, năng lực lập pháp ở mức độ nhất định; cũng như cần có đủ năng lực hiểu rõ và tiếp nhận được các tri thức mới trong lĩnh vực chuyên ngành của họ, đồng thời đáp ứng các tiêu chí kiến thức, kỹ năng chung để từ đó làm tốt chức năng đại diện - có năng lực đại diện.

[19] Tổng số đại biểu Quốc hội khóa XIII được bầu là 500 trong tổng số 827 ứng cử viên. Quốc hội khóa XIV có 496 đại biểu được bầu trong tổng số 870 ứng cử viên.

[20] Theo khoản 2 Điều 7 Luật Bầu cử đại biểu Quốc hội và đại biểu Hội đồng nhân dân.

[21] Trích theo bài viết tham luận *"Đánh giá, bình luận về một số giải pháp nhằm nâng cao năng lực hoạch định chính sách của đại biểu Quốc hội"* của Phó Chủ nhiệm Ủy ban Tư pháp Nguyễn Văn Pha, tại Hội thảo khoa học *"Điều kiện, giải pháp nâng cao năng lực hoạch định chính sách của đại biểu Quốc hội ở Việt Nam"* do Viện Nghiên cứu lập pháp tổ chức, Hà Nội, 2021.

[22] Điều này cũng không phủ nhận việc những người rất giỏi chuyên môn trong một lĩnh vực ra ứng cử, mà càng nên khuyến khích, nhất là những chuyên gia về pháp luật, kinh tế… nếu trúng cử và tham gia các Ủy ban phù hợp với lĩnh vực chuyên môn nghề nghiệp thì có tiền đề thuận lợi để phát huy sở trường, năng lực…

Chính vì thế, mặc dù không phải điều kiện đủ, thì tiền đề năng lực *hiểu*, khả năng nhận thức, hiểu được những kiến thức nền tảng, cơ bản, hay một mặt bằng chung về năng lực chuyên môn và năng lực chính sách ngày càng được nâng cao là yếu tố rất cần thiết. Bởi vì, làm chính sách và làm luật không phải chỉ là sửa câu chữ, viết ra những điều luật cụ thể, mà đòi hỏi mỗi đại biểu cần hiểu tổng thể định hướng, mục tiêu chính sách pháp luật, hiểu được lý thuyết hay "triết lý" ẩn sau mỗi điều luật đó.

- Ưu tiên "chất lượng" hơn "số lượng" ĐBQH được bầu mỗi nhiệm kỳ

Với tầm nhìn dài hạn về quy mô dân số trung bình của Việt Nam trong khoảng 50 năm tới duy trì ở ngưỡng dưới 120 triệu dân[23], thì chỉ nên có dưới 400 ĐBQH, đại đa số hoạt động chuyên nghiệp. Thay vì ưu tiên số lượng, chúng ta nên ưu tiên vào chất lượng hoạt động dân cử để tập trung nguồn lực hỗ trợ nâng cao năng lực chính sách cho ĐBQH, tăng tính "thực quyền", tính hiệu quả và chất lượng đại diện.

- Tăng số lượng Ủy viên trung ương Đảng tham gia ứng cử ĐBQH

ĐBQH là những chính khách, nhà hoạch định chính sách. Và trên thực tế nước ta, các Ủy viên Trung ương có vai trò đặc biệt quan trọng và chính họ tham gia trực tiếp vào *quy trình hoạch định chính sách của Đảng*, nguồn quan trọng hình thành chính sách của Nhà nước. Dưới góc độ này thì rõ ràng, các Ủy viên Trung ương là các chính trị gia và nhà hoạch định chính sách, chủ thể rất quan trọng *tham gia* vào việc hoạch định chính sách nói chung.

Vì vậy, với một cơ cấu được tăng cường thêm các Ủy viên Trung ương Đảng được tín nhiệm tham gia Quốc hội, thì diễn đàn Quốc hội sẽ càng được nâng cao chất lượng, tính thực quyền và vẫn bảo đảm được sự lãnh đạo của Đảng. Do đó, cần khuyến khích, tăng cường số lượng các Ủy viên Trung ương Đảng tham gia ứng cử và trúng cử với số lượng cao vào Quốc hội, *ngoại trừ* những Ủy viên Trung ương được cơ cấu tham gia thành viên Chính phủ (nhiều vị trí là Bộ trưởng có thể không phải Ủy viên Trung ương Đảng và cũng không nhất thiết là ĐBQH), các cơ quan Tư pháp, Chủ tịch UBND các tỉnh, thành phố[24].

Với một số công việc có thể "hợp nhất", cải cách, rút gọn quy trình, thủ tục và thời gian, nhất là trong kỷ nguyên công nghệ 4.0 thì một số chính sách của Đảng có thể đưa ra thảo luận "mở rộng", trực tiếp tại diễn đàn Quốc hội, trong điều kiện bảo đảm đa số Ủy viên Trung ương cũng là ĐBQH. Như vậy, việc thể chế hóa chủ trương, đường lối của Đảng cũng nhanh hơn, kịp thời đáp ứng yêu cầu ban hành chính sách công giải quyết các vấn đề bức xúc trong xã hội. Cần phân định rõ công việc nào thì chỉ thảo luận ở Hội nghị Trung ương (ví dụ công tác tổ chức nhân sự) với những công việc nào có thể "lồng ghép" và các Ủy viên Trung ương thực hiện với "vai" ĐBQH, phù hợp với chức năng, nhiệm vụ của Quốc hội.

[23] Tổng cục Thống kê (2020), *Thông cáo báo chí Kết quả nghiên cứu chuyên sâu Tổng điều tra dân số và nhà ở năm 2019*. Theo phương án trung bình, dự kiến Việt Nam có 110,8 triệu người vào năm 2039 và đến năm 2069 có 116,9 triệu người.

[24] Quốc hội khóa XIV có sự tham gia của gần 100 Ủy viên Trung ương Đảng, với tất cả các Ủy viên Bộ Chính trị (đầu nhiệm kỳ) đều được bầu làm ĐBQH, nguồn: https://tuoitre.vn/vi-sao-co-gan-100-uy-vien-trung-uong-dang-ung-cu-dai-bieu-quoc-hoi-20210303105447715.htm; Có 101 Ủy viên Trung ương Đảng trong tổng số 868 ứng cử viên ĐBQH khóa XV, nguồn: https://vietnamnet.vn/vn/thoi-su/quoc-hoi/101-uy-vien-trung-uong-ung-cu-dai-bieu-quoc-hoi-khoa-xv-731105.html.

Về lâu dài, theo tác giả, có thể đặt ra yêu cầu bắt buộc trong công tác quy hoạch cán bộ là làm rõ những vị trí Ủy viên Trung ương nào phải là ĐBQH, hay nói cách khác, phấn đấu trở thành ĐBQH, được cử tri, nhân dân tín nhiệm trở thành người đại diện của nhân dân là một tiêu chí bắt buộc của Ủy viên Trung ương Đảng *(trừ một số vị trí "ngoại lệ" như đã nêu trên để* ***bảo đảm hạn chế/giảm thiểu*** *khối hành pháp, tư pháp tham gia Quốc hội)*. Hoặc quy định cụ thể những vị trí chức danh là Ủy viên Trung ương sẽ ra ứng cử ĐBQH, và nếu không trúng cử ĐBQH thì nhân sự Ủy viên Trung ương đó sẽ phải bố trí phân công công việc khác. Tất cả Ủy viên Bộ Chính trị đều tham gia ứng cử ĐBQH[25]. Bí thư các tỉnh, thành phố nên tham gia ứng cử ĐBQH[26]. Tất cả các thành viên Ủy ban Thường vụ Quốc hội phải là Ủy viên trung ương trở lên.

3.3. Nhóm giải pháp hỗ trợ

- Nâng cao năng lực của đội ngũ chuyên viên, bộ máy giúp việc, khuyến khích cơ chế thuê chuyên gia tư vấn cho ĐBQH

Để hỗ trợ ĐBQH phát huy tố chất, phẩm chất, năng lực chính sách cần nâng cao năng lực của các chuyên viên, đội ngũ "giúp việc", khuyến khích cơ chế thuê các chuyên gia tư vấn trong và ngoài các cơ quan của Quốc hội/Ủy ban thường vụ Quốc hội, như là những giải pháp hỗ trợ cần thiết. Đối với bộ máy văn phòng, các vụ, ban phục vụ chuyên môn, cần tuyển dụng được chuyên viên giỏi, thông qua cơ chế thi tuyển cạnh tranh công khai, tránh hiện tượng tiêu cực trong khâu tuyển dụng, không bảo đảm chất lượng công việc.

- Công khai, minh bạch và cải thiện chế độ tài chính dành cho ĐBQH

Cần tiếp tục cải thiện chế độ tài chính, tính đúng, tính đủ các đầu việc cần được hỗ trợ để ĐBQH có thể yên tâm và có điều kiện thực hiện việc thuê chuyên gia hỗ trợ hay đặt hàng nghiên cứu cung cấp thông tin khi cần thiết, bên cạnh các thông tin chính sách, thông tin lập pháp được cung cấp miễn phí từ các cơ quan nghiên cứu như Viện Nghiên cứu lập pháp hay Thư viện Quốc hội.

Các ĐBQH cần được hưởng một mức lương tối thiểu (cơ bản) ngang bằng nhau, sau đó mới tính đến các khoản phụ cấp trách nhiệm theo từng vị trí đảm trách trong cơ cấu tổ chức Quốc hội.

[25] Quốc hội khóa XV có 17/18 Ủy viên Bộ Chính trị tham gia ứng cử đại biểu Quốc hội. Riêng trường hợp đồng chí Nguyễn Văn Nên, Ủy viên Bộ Chính trị, Bí thư thành ủy Thành phố Hồ Chí Minh không tham gia ứng cử. *Xem: Báo Tuổi trẻ (2021), Bí thư Thành ủy TP. HCM Nguyễn Văn Nên không ứng cử đại biểu Quốc hội, https://tuoitre.vn/bi-thu-thanh-uy-tp-hcm-nguyen-van-nen-khong-ung-cu-dai-bieu-quoc-hoi-20210316142651392.htm.*

[26] Một số ý kiến lo ngại các Ủy viên Trung ương đứng đầu các cơ quan ở địa phương bận giải quyết công việc địa phương sẽ không có thời gian dành cho hoạt động Quốc hội. Tác giả cho rằng, Chủ tịch UBND các tỉnh/thành phố trực thuộc Trung ương có thể không tham gia kiêm nhiệm đại biểu Quốc hội vì thường xuyên bận công tác lãnh đạo, chỉ đạo điều hành trực tiếp bộ máy hành chính ở địa phương và có nguy cơ gây ra "xung đột lợi ích" như đã nêu ở trên. Trong khi đó, các tỉnh/thành phố vẫn đang triển khai thực hiện mô hình Bí thư cấp ủy đồng thời là Chủ tịch HĐND, theo Nghị quyết số 18-NQ/TW, ngày 25/10/2017 của Hội nghị Trung ương 6 khóa XII, *"Một số vấn đề về tiếp tục đổi mới, sắp xếp tổ chức bộ máy của hệ thống chính trị tinh gọn, hoạt động hiệu lực, hiệu quả"*, và Chỉ thị số 35-CT/TW ngày 30/5/2019 về Đại hội đảng bộ các cấp tiến tới Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII của Đảng, nên nếu Bí thư tỉnh ủy là Ủy viên Trung ương và là đại biểu Quốc hội thì có nhiều thuận lợi trong quá trình hoạch định chính sách của Đảng và chính sách của Quốc hội. Cùng với đó, nếu đặt trong tầm nhìn dài hạn, Quốc hội tiến tới "hoạt động thường xuyên" thì nên tăng số đại biểu Quốc hội hoạt động chuyên trách là Ủy viên Trung ương, hay nói cách khác là những Ủy viên Trung ương hoạt động Quốc hội "chuyên nghiệp".

Cần công khai minh bạch các khoản thu chi của đại biểu phục vụ cho các hoạt động đại diện và thực hiện chức năng nhiệm vụ[27], nhằm tránh nguy cơ tham nhũng, lãng phí, hoặc việc trở thành ĐBQH chỉ để làm đẹp thêm danh sách chức vị công tác, hay để hưởng "đặc quyền đặc lợi", mà không cần thể hiện năng lực, không nhìn thấy sản phẩm, kết quả gì trong suốt nhiệm kỳ.

- Nâng cao chất lượng cung cấp thông tin, dịch vụ nghiên cứu hỗ trợ cho ĐBQH

Theo quy định của pháp luật hiện hành, ĐBQH có quyền tự mình hoặc đề nghị Văn phòng Quốc hội, Viện Nghiên cứu lập pháp: hỗ trợ trong việc lập văn bản kiến nghị về luật, pháp lệnh; hỗ trợ lập hồ sơ đề nghị xây dựng luật, pháp lệnh; hỗ trợ soạn thảo dự án, dự thảo do đại biểu trình. Để làm tốt chức năng, vai trò luật định này, ngoài cơ quan Văn phòng Quốc hội, thì Viện Nghiên cứu lập pháp phải là nơi tập hợp được đông đảo đội ngũ chuyên gia, cả trong và ngoài cơ quan, trong nước và hợp tác quốc tế, bao gồm nhiều lĩnh vực như pháp luật, chính sách, kinh tế… một cách tương xứng, để có đủ năng lực, sẵn sàng đáp ứng khi có yêu cầu. Viện Nghiên cứu lập pháp cần đa dạng sản phẩm nghiên cứu, bám sát chương trình xây dựng luật pháp lệnh; tăng cường cung cấp các sản phẩm nghiên cứu dự báo chính sách, hoặc các báo cáo phân tích, đánh giá chính sách nhanh nhạy, kịp thời; tăng cường các nghiên cứu định lượng, nghiên cứu dựa trên bằng chứng về những vấn đề chính sách, đề xuất giải pháp chính sách nhằm hỗ trợ cho ĐBQH[28]; tổ chức các hội thảo định kỳ có nội dung về chính sách kinh tế - xã hội, hội thảo thường niên công bố các nghiên cứu và danh mục đề xuất đề tài nghiên cứu để các ĐBQH có thể chủ động "đặt hàng" theo tính cấp thiết hoặc phù hợp với tiến độ thời gian, lĩnh vực cần quan tâm...

- Đổi mới phương pháp, đa dạng hóa các khóa bồi dưỡng kiến thức, tập huấn kỹ năng dành cho ĐBQH

Nếu như trước đây, phương pháp *tiếp cận nội dung* quan tâm đến việc tiếp thu các nội dung kiến thức chính sách công, khoa học pháp lý theo yêu cầu là chủ đạo, thì hiện nay cần cải cách, tiếp cận theo định hướng năng lực chính sách, nghĩa là đặt trọng tâm vào kết quả thực tiễn của hoạt động lập pháp, hoạch định chính sách để đánh giá năng lực nói chung, năng lực hoạch định chính sách của ĐBQH nói riêng, quan tâm nhiều đến phương thức, hiệu quả vận dụng tri thức, kỹ năng thực hành. Do đó, mục tiêu không chỉ dừng lại ở việc cung cấp các nội dung về Nhà nước, chính sách, pháp luật cần biết, mà phải thể hiện được ở các kết quả đầu ra của hoạt động đại biểu trong mỗi nhiệm kỳ. Đó cũng chính là cách thức *tiếp cận đầu ra* nhằm nâng cao năng lực hoạch định chính sách, đó là: ĐBQH cần làm những gì và làm được những gì; gắn lý luận với thực tiễn, hoạch định chính sách vì cuộc sống ■

[27] Ở Mỹ, nghị sĩ không được: Sử dụng tiền trợ cấp để chi tiêu cá nhân hoặc trang trải cho các hoạt động tranh cử (trừ khi được sự chấp thuận của Ủy ban đạo đức); sử dụng quỹ tài trợ để thanh toán chi phí cho hoạt động đại biểu; sử dụng tài khoản không chính thức; tiếp nhận các nguồn tài trợ từ khu vực tư nhân để thực hiện các nhiệm vụ đại biểu... Xem: Ida A. Brudnick 2018, Congressional salaries and allowances: In brief, congression research service.

[28] Xem thêm: Nguyễn Anh Phương (2017), *"Hệ thống thông tin lập pháp và những khuyến nghị đối với Tạp chí Nghiên cứu lập pháp",* Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, Số 9 (337), tr.46-54.

HOÀN THIỆN CÁC QUY ĐỊNH CỦA BỘ LUẬT TỐ TỤNG HÌNH SỰ NĂM 2015 VỀ BIỆN PHÁP KHÁM XÉT, THU GIỮ, TẠM GIỮ TÀI LIỆU, ĐỒ VẬT

LÊ THÁI SƠN*

** TS. Phó Trưởng khoa An ninh điều tra, Học viện An ninh nhân dân*

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Khám xét, thu giữ, tạm giữ, điều tra hình sự, tố tụng hình sự, Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 20/4/2021

Biên tập : 12/5/2021

Duyệt bài : 16/5/2021

Tóm tắt:

Khám xét, thu giữ, tạm giữ tài liệu, đồ vật là những biện pháp thu thập chứng cứ quan trọng và được áp dụng phổ biến trong thực tiễn điều tra hình sự. Đây cũng là biện pháp mà Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2015 có nhiều bổ sung, sửa đổi so với Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2003. Tuy nhiên, thực tiễn áp dụng từ năm 2018 đến nay cho thấy, các quy định về các biện pháp này còn có một số điểm bất cập, vướng mắc cần được tiếp tục nghiên cứu, hoàn thiện.

Article Infomation:

Keywords: Search, seizure and custody; criminal investigation; criminal procedure; the Criminal Procedure Code of 2015

Article History:

Received : 20 Apr. 2021

Edited : 12 May. 2021

Approved : 16 May. 2021

Abstract:

Search, seizure, and custody of the documents and objects are important evidence-gathering measures and are commonly applied in criminal investigation practice. This is also a measure with many amendments in the Criminal Procedure Code of 2015 compared to the one in the Criminal Procedure Code of 2003. However, practical enforcement from 2018 up to now shows that the provision on this measure reveals a number of shortcomings and problems that need to be further reviewed for improvements.

1. Những điểm mới trong các quy định của Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 về biện pháp khám xét, thu giữ, tạm giữ đồ vật, tài liệu

Biện pháp khám xét, thu giữ, tạm giữ tài liệu, đồ vật được quy định tại các điều từ Điều 192 đến Điều 200 trong Chương XIII Bộ luật Tố tụng Hình sự (TTHS) năm 2015. So với Bộ luật TTHS năm 2003, quy định về khám xét, thu giữ, tạm giữ tài liệu, đồ vật trong Bộ luật TTHS năm 2015 có nhiều điểm mới. Cụ thể như sau:

- Bổ sung thêm các đối tượng khám xét: Ngoài các đối tượng khám xét là người, chỗ ở, chỗ làm việc, địa điểm, đồ vật, thư tín, điện tín, bưu kiện bưu phẩm giống như các quy định của Điều 140 Bộ luật TTHS năm 2003, Điều 192 Bộ luật TTHS năm 2015 đã bổ sung thêm các đối tượng khám xét bao gồm *phương tiện, tài liệu và dữ liệu điện tử* và đồng thời sửa đổi tượng khám xét từ *"chỗ làm việc"* thành *"nơi làm việc"* cho đúng với tính chất, phạm vi của đối tượng khám xét này.

- Bổ sung thêm mục đích khám xét: Bên cạnh quy định việc khám xét nhằm phát hiện, thu thập công cụ, phương tiện phạm tội, đồ vật, tài sản do phạm tội mà có hoặc

đồ vật, tài liệu khác có liên quan đến vụ án, phát hiện người bị truy nã giống như các quy định của Điều 140 Bộ luật TTHS năm 2003, Điều 192 Bộ luật TTHS năm 2015 đã bổ sung thêm mục đích của khám xét là *nhằm phát hiện, thu thập tài liệu, dữ liệu điện tử, truy tìm và giải cứu nạn nhân.*

- Sửa đổi căn cứ khám xét thư tín, điện tín, bưu kiện, bưu phẩm: Khoản 2 Điều 192 Bộ luật TTHS năm 2015 đã sửa đổi căn cứ khám xét thư tín, điện tín, bưu kiện, bưu phẩm là *"Khi cần phải thu thập tài liệu đồ vật liên quan đến vụ án thì có thể khám thư tín, điện tín, bưu kiện, bưu phẩm"* thành *"Khi có căn cứ nhận định trong thư tín, điện tín, bưu kiện, bưu phẩm, dữ liệu điện tử có công cụ, phương tiện phạm tội, tài liệu, đồ vật, tài sản liên quan đến vụ án thì có thể khám xét thư tín, điện tín, bưu kiện, bưu phẩm, dữ liệu điện tử"*.

- Khoản 2 Điều 35 Bộ luật TTHS năm 2015 bổ sung thẩm quyền khám xét của những người được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra; khoản 1 Điều 193 Bộ luật TTHS năm 2015 bổ sung thẩm quyền ra lệnh khám xét của cấp trưởng, cấp phó các cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra (thuộc Bộ đội Biên phòng, Hải quan, Kiểm lâm, Cảnh sát biển, Kiểm ngư...) phù hợp với nhiệm vụ, quyền hạn tố tụng của các chức danh này.

- Khoản 2 Điều 193 Bộ luật TTHS năm 2015 sửa đổi quy định khám xét trong trường hợp *"không thể trì hoãn"* của khoản 2 Điều 141 Bộ luật TTHS năm 2003 thành *"khám xét khẩn cấp"* nhằm bảo đảm sự tương thích với biện pháp giữ người trong trường hợp khẩn cấp.

- Bổ sung quy định Kiểm sát viên có mặt để kiểm sát việc tiến hành khám xét: Khoản 3 Điều 193 Bộ luật TTHS năm 2015 bổ sung quy định: *Trước khi tiến khám xét, Điều tra viên phải thông báo cho Viện kiểm sát về thời gian và địa điểm tiến hành khám xét để cử Kiểm sát viên kiểm sát việc khám xét, trừ trường hợp khám xét khẩn cấp*. Quy định này nhằm tăng cường sự hiện diện của Kiểm sát viên trong các hoạt động điều tra nhằm kiểm sát việc tuân thủ pháp luật và thực hành quyền công tố ngay trong giai đoạn điều tra vụ án hình sự.

- Đối với khám xét người, so với Điều 142 Bộ luật TTHS năm 2003, Điều 194 Bộ luật TTHS năm 2015 đã thay thế cụm từ *"đương sự"* bằng *"người bị khám xét"*, đồng thời bổ sung tình tiết khi yêu cầu người bị khám xét đưa ra các đồ vật, tài liệu liên quan đến vụ án mà họ *"không đưa ra đầy đủ"* thì tiến hành khám xét chứ không chỉ là *"từ chối không đưa"*. Cũng tại điều này, Bộ luật TTHS năm 2015 đã bổ sung quy định: *việc khám xét không được xâm phạm đến tính mạng, sức khỏe, tài sản, danh dự, nhân phẩm của người bị khám xét* nhằm bảo vệ quyền của người bị khám xét đồng thời hạn chế những sai sót trong thực tiễn.

- Đối với khám xét chỗ ở, nơi làm việc, địa điểm, phương tiện, Điều 195 Bộ luật TTHS năm 2015 đã quy định khá đầy đủ về trình tự, thủ tục khám xét đối với từng đối tượng chứ không dẫn chiếu từ các điều luật khác.

Trong khám xét chỗ ở, *"người đã thành niên trong gia đình"* đã được thay thế bằng *"người từ đủ 18 tuổi trở lên"*. Ngoài các lý do người bị khám xét hoặc người từ đủ 18 tuổi trở lên cùng chỗ ở cố tình vắng mặt, bỏ trốn, Bộ luật TTHS năm 2015 đã bổ sung thêm *"những lý do khác họ không có mặt"* mà trong trường hợp không thể trì hoãn việc khám xét vẫn được tiến hành nhưng phải có đại diện chính quyền và thay thế cụm từ *"hai người láng giềng chứng kiến"* bằng cụm từ *"hai người chứng kiến"*; thay thế cụm từ *"không được khám chỗ ở vào ban đêm"* bằng *"không được bắt đầu khám xét chỗ ở vào ban đêm"* để tạo thuận lợi cho chủ thể tiến hành khám xét đối với những cuộc khám xét kéo dài từ ban ngày sang ban đêm.

Trong khám xét nơi làm việc, Bộ luật TTHS năm 2015 đã bổ sung trường hợp *"không có đại diện của cơ quan, tổ chức thì việc khám xét vẫn được tiến hành nhưng phải có đại diện của chính quyền nơi khám xét và hai người chứng kiến để bảo đảm tính khách quan"*.

Đối với khám xét phương tiện, ngoài những quy định chung về sự có mặt của chủ sở hữu, người quản lý phương tiện và người chứng kiến, Điều 195 Bộ luật TTHS năm 2015 còn quy định *"mời người có chuyên môn liên quan đến phương tiện tham gia"*.

- Bộ luật TTHS năm 2015 còn bổ sung mới Điều 196 về thu giữ phương tiện điện tử, dữ liệu điện tử do dữ liệu điện tử là nguồn chứng cứ mới; trong đó, bao hàm quy định đặc thù như: Mời người có chuyên môn liên quan tham gia, sao lưu dữ liệu điện tử và thu các thiết bị ngoại vi...

Ngoài ra, Điều 197 Bộ luật TTHS năm 2015 quy định về thu giữ thư tín, điện tín, bưu kiện, bưu phẩm tại *"cơ quan, tổ chức bưu chính viễn thông"* (thay cho cụm từ *"bưu điện"* trong Bộ luật TTHS năm 2003) còn bổ sung thủ tục đề nghị xét phê chuẩn của Viện kiểm sát sau khi thu giữ trong trường hợp không thể trì hoãn và các công việc cần tiến hành trong trường hợp Viện kiểm sát không phê chuẩn lệnh thu giữ.

2. Một số bất cập, vướng mắc và đề xuất tiếp tục hoàn thiện các quy định của Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 về biện pháp khám xét, thu giữ, tạm giữ tài liệu, đồ vật

Thực tiễn thi hành Bộ luật TTHS năm 2015 về biện pháp khám xét, thu giữ, tạm giữ tài liệu, đồ vật cho thấy, bên cạnh những thuận lợi còn có một số bất cập, vướng mắc cần phải được tiếp tục hoàn thiện sau đây:

Thứ nhất, tên gọi của Chương XIII Bộ luật TTHS năm 2015 là *"Khám xét, thu giữ, tạm giữ đồ vật tài liệu"*. Như vậy, có thể hiểu, Chương này điều chỉnh về hai loại biện pháp là khám xét và thu giữ, tạm giữ tài liệu, đồ vật. Tuy nhiên, tên và nội dung các điều luật của Chương còn lẫn lộn, chưa rạch ròi giữa hai biện pháp này về mặt căn cứ, đối tượng, trình tự, thủ tục, thẩm quyền..., chưa xác định được thu giữ, tạm giữ tài liệu, đồ vật là trong khi khám xét hay độc lập với khám xét.

Để khắc phục hạn chế này, tác giả cho rằng, cần phải sửa đổi Chương XIII Bộ luật TTHS năm 2015 theo hướng quy định khám xét và thu giữ, tạm giữ là hai biện pháp khác nhau về đối tượng, trình tự, thủ tục, thẩm quyền, căn cứ tiến hành; thu giữ, tạm giữ có thể được tiến hành độc lập với khám xét hoặc tiến hành trong khi khám xét. Đối tượng khám xét là người, chỗ ở, nơi làm việc, địa điểm, phương tiện; đối tượng thu giữ, tạm giữ là thư tín, điện tín, bưu kiện, bưu phẩm, dữ liệu điện tử, vật chứng, tài liệu, đồ vật.

Thứ hai, giữa tên gọi và nội dung của Điều 192 Bộ luật TTHS năm 2015 không thống nhất. Theo tên gọi của điều luật, đối tượng khám xét bao gồm: *Người, chỗ ở, nơi làm việc, địa điểm, phương tiện, tài liệu, đồ vật, thư tín, điện tín, bưu kiện, bưu phẩm, dữ liệu điện tử.* Tuy nhiên, về nội dung, Điều 192 chỉ quy định về khám xét *người, chỗ ở, nơi làm việc, địa điểm, phương tiện, thư tín, điện tín, bưu kiện, bưu phẩm, dữ liệu điện tử* mà không đề cập đến *tài liệu, đồ vật*. Mặt khác, theo quy định của điều này thì *dữ liệu điện tử* là đối tượng khám xét, nhưng dữ liệu điện tử chỉ có thể là đối tượng cần phát hiện, thu thập với tư cách là một loại nguồn của chứng cứ chứ không thể là đối tượng khám xét. Trên thực tiễn cũng chưa có Cơ quan điều tra, cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra nào ra lệnh khám xét đối với đối tượng là dữ liệu điện tử. Vì vậy, tên gọi của Điều 192 Bộ luật TTHS năm 2015 cần được sửa đổi và đưa *"tài liệu, đồ vật, dữ liệu điện tử"* ra khỏi diện đối tượng khám xét.

Thứ ba, theo quy định của Điều 192 Bộ luật TTHS năm 2015, mục đích của khám xét là: Phát hiện, thu thập công cụ, phương tiện phạm tội, tài liệu, đồ vật, tài sản do phạm tội mà có hoặc đồ vật, dữ liệu điện tử, tài liệu khác có liên quan đến vụ án, phát hiện người bị truy nã, truy tìm và giải cứu nạn nhân. Trong khi đó, Điều 89 Bộ luật TTHS năm 2015 đã quy định *"Vật chứng là vật được dùng làm công cụ, phương tiện phạm tội, vật mang dấu vết tội phạm, vật là đối tượng của tội phạm, tiền hoặc vật khác có giá trị chứng minh tội phạm và người phạm tội hoặc có ý nghĩa trong việc giải quyết vụ án"*. Như vậy, trong các đối tượng cần phát hiện, thu thập theo mục đích khám xét nêu trên thì: công cụ, phương tiện phạm tội, tài liệu, đồ vật, tài sản do phạm tội mà có chính là vật chứng. Mặt khác, truy tìm và giải cứu nạn nhân cũng không phải là mục đích khám xét; mục đích khám xét chỉ là phát hiện nạn nhân cũng giống như phát hiện người đang bị truy nã, còn bắt người đang bị truy nã hay giải cứu nạn nhân là biện pháp khác.

Để khắc phục bất cập nêu trên, tác giả cho rằng, cần sửa đổi Điều 192 Bộ luật TTHS năm 2015 theo hướng xác định mục đích khám xét là: *Nhằm phát hiện, thu thập vật chứng, dữ liệu điện tử, đồ vật, tài liệu khác có liên quan và phát hiện người bị truy nã, nạn nhân*.

Thứ tư, khoản 1 Điều 193 Bộ luật TTHS năm 2015 quy định: *"Những người có thẩm quyền quy định tại khoản 1 Điều 113 Bộ luật này có quyền ra lệnh khám xét. Lệnh khám xét của những người được quy định tại khoản 2 Điều 35 và điểm a khoản 1 Điều 113 Bộ luật này phải được Viện kiểm sát có thẩm quyền phê chuẩn trước khi thi hành"*. Quy định này là chưa hợp lý; bởi lẽ, theo quy định của đoạn 1 thì chỉ những người có thẩm quyền quy định tại khoản 1 Điều 113 mới có thẩm quyền khám xét, nhưng theo quy định của đoạn 2 thì cả những người được quy định tại khoản 2 Điều 35 cũng có quyền ra lệnh khám xét. Những người được quy định tại khoản 2 Điều 35 bao gồm cấp trưởng, cấp phó và cán bộ điều tra các cơ quan khác được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra. Tuy nhiên, cán bộ điều tra thì không thể ra lệnh khám xét được.

Để khắc phục bất cập này, tác giả cho rằng, cần đổi sửa đổi khoản 1 Điều 193 Bộ luật TTHS năm 2015 như sau: *"Những người có thẩm quyền quy định tại khoản 1 Điều 113, điểm a, b, c, d, đ, e, h khoản 2 Điều 35 của Bộ luật này có quyền ra lệnh khám xét. Lệnh khám xét của những người được quy định tại điểm a, b, c, d, đ, e, h khoản 2 Điều 35 và điểm a khoản 1 Điều 113 của Bộ luật này phải được Viện kiểm sát có thẩm quyền phê chuẩn trước khi thi hành"*.

Thứ năm, quy định của Điều 193 Bộ luật TTHS năm 2015 (Thẩm quyền ra lệnh khám xét) về việc thông báo cho Viện kiểm sát để cử Kiểm sát viên kiểm sát việc tiến hành khám xét cũng như việc lập biên bản khám xét là không phù hợp; bởi lẽ, đây là những vấn đề thuộc về trình tự, thủ tục khám xét. Hơn nữa, trường hợp các cơ quan khác được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra tiến hành khám xét thì không thể có Điều tra viên để thông báo cho Viện kiểm sát được.

Bộ luật TTHS năm 2015 mới quy định về thủ tục đọc lệnh, đưa cho người bị khám xét đọc lệnh, giải thích quyền, nghĩa vụ, yêu cầu người bị khám xét đưa ra các tài liệu, đồ vật có liên quan đến vụ án khi khám xét người (Điều 194); đối với các đối tượng khám xét khác như chỗ ở, nơi làm việc, địa điểm, phương tiện... thì không quy định và cũng không có viện dẫn như khoản 1 Điều 143 Bộ luật TTHS năm 2003[1].

[1] Khoản 1 Điều 143 Bộ luật TTHS năm 2003 có quy định việc khám chỗ ở, chỗ làm việc, địa điểm được tiến hành theo quy định tại các điều 140, 141, 142 của Bộ luật này như đối với khám người.

Thủ tục mời người có chuyên môn liên quan tham gia khám xét cũng chỉ được Bộ luật TTHS năm 2015 đề cập khi khám xét phương tiện hoặc dữ liệu điện tử, còn khi khám xét các đối tượng khác thì không được đề cập.

Để khắc phục bất cập nêu trên, tác giả cho rằng, cần sửa đổi Bộ luật TTHS năm 2015 theo hướng bổ sung quy định về trình tự, thủ tục khám xét chung cho tất cả các đối tượng khám xét; trong đó có việc đọc lệnh, đưa cho người bị khám xét đọc lệnh, yêu cầu đưa ra tài liệu, đồ vật có liên quan, thông báo cho Viện kiểm sát để cử Kiểm sát viên kiểm sát, mời người có chuyên môn liên quan, lập biên bản....

Thứ sáu, nhằm tuân thủ nguyên tắc hiến định bảo đảm, bảo vệ quyền con người, quyền công dân, Bộ luật TTHS năm 2015 đã bỏ trường hợp bắt khẩn cấp, đồng thời bổ sung các biện pháp giữ người trong trường hợp khẩn cấp, bắt người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp để "thay thế". Tuy nhiên, khoản 3 Điều 194 Bộ luật TTHS năm 2015 chỉ quy định trong trường hợp bắt người hoặc khi có căn cứ để khẳng định người có mặt tại nơi khám xét giấu trong người vũ khí, hung khí, chứng cứ, tài liệu, đồ vật liên quan đến vụ án thì có thể khám xét người mà không cần có lệnh. Vì vậy, trường hợp giữ người trong trường hợp khẩn cấp, chủ thể có thẩm quyền không được tiến hành khám người mà không có lệnh. Trong khi đó, đây là vấn đề rất cần thiết nhằm nhanh chóng thu giữ vũ khí, hung khí mà đối tượng có thể lợi dụng chống trả hoặc thu thập vật chứng, đồ vật, tài liệu trong người của đối tượng nhằm phục vụ quá trình điều tra. Để khắc phục bất cập này, tác giả cho rằng cần sửa đổi Điều 194 Bộ luật TTHS năm 2015 theo hướng bổ sung trường hợp khám người không cần lệnh khi giữ người trong trường hợp khẩn cấp.

Thứ bảy, Điều 192 Bộ luật TTHS năm 2015 quy định đối tượng khám xét bao gồm: người, chỗ ở, nơi làm việc, địa điểm, phương tiện, thư tín, điện tín, bưu kiện, bưu phẩm, dữ liệu điện tử. Trong khi đó, các điều 196, 197, 198 Bộ luật TTHS năm 2015 lại quy định về *thu giữ* thư tín, điện tín, bưu kiện, bưu phẩm, dữ liệu điện tử và *tạm giữ* tài liệu mà không phải là khám xét. Như vậy, giữa các quy định trên chưa bảo đảm sự thống nhất; bởi lẽ, nếu cùng là đối tượng khám xét thì thư tín, điện tín, bưu kiện, bưu phẩm, dữ liệu điện tử, đồ vật, tài liệu cần phải quy định chung là việc *khám xét* chứ không phải là *thu giữ, tạm giữ*. Để khắc phục bất cập này, tác giả cho rằng, cần sửa đổi Điều 192 Bộ luật TTHS năm 2015 theo hướng đưa *thư tín, điện tín, bưu kiện, bưu phẩm, dữ liệu điện tử, đồ vật, tài liệu* ra khỏi diện đối tượng khám xét và chuyển vào đối tượng của thu giữ, tạm giữ.

Thứ tám, Điều 196 Bộ luật TTHS năm 2015 có tên và nội dung trùng với Điều 107 về thu thập phương tiện điện tử, dữ liệu điện tử. Hơn nữa, theo quy định của Điều 192 Bộ luật TTHS năm 2015, phương tiện điện tử cũng không phải là đối tượng khám xét độc lập. Bên cạnh đó, Điều 198 Bộ luật TTHS năm 2015 quy định về việc lập biên bản tạm giữ đồ vật, tài liệu khi tiến hành khám xét. Trong khi đó, khi tiến hành khám xét đã lập biên bản khám xét rồi thì lập thêm biên bản tạm giữ đồ vật tài liệu là không cần thiết. Để khắc phục hạn chế này, chúng tôi cho rằng, cần sửa đổi Bộ luật TTHS năm 2015 theo hướng nhập Điều 196 và Điều 198 Bộ luật TTHS năm 2015 thành một điều luật với tên gọi: *"Thu giữ, tạm giữ tài liệu, đồ vật, dữ liệu điện tử",* trong đó, cần quy định rõ, trường hợp thu giữ, tạm giữ tài liệu, đồ vật, dữ liệu điện tử khi khám xét thì không cần phải lập biên bản riêng ■

TRÁCH NHIỆM PHÁP LÝ TIỀN HỢP ĐỒNG Ở MỘT SỐ NƯỚC TRÊN THẾ GIỚI

Nguyễn Văn Nghĩa*
Phạm Thị Nga**

** TS. Tổng Cục Thi hành án dân sự, Bộ Tư pháp*

*** ThS. Công Ty Cổ Phần Tư Vấn và Cung ứng nguồn nhân lực Tâm Quê*

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Hợp đồng, trách nhiệm pháp lý tiền hợp đồng, nguyên tắc thiện chí.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 27/01/2021
Biên tập : 25/02/2021
Duyệt bài : 27/02/2021

Tóm tắt:

Việc ký kết và thực hiện hợp đồng thành công hay thất bại phụ thuộc rất lớn vào kết quả quá trình đàm phán, thương lượng ban đầu giữa các bên. Tuy nhiên, các vấn đề pháp lý chi tiết liên quan đến trách nhiệm pháp lý tiền hợp đồng ở Việt Nam vẫn còn khá mới mẻ, trong khi nó lại khá hoàn thiện ở các nước phát triển. Do đó, việc nghiên cứu kinh nghiệm pháp luật ở một số nước về trách nhiệm pháp lý tiền hợp đồng không những nhằm hoàn thiện pháp luật Việt Nam, mà còn thúc đẩy hoạt động kinh doanh đúng pháp luật, phù hợp với thông lệ pháp lý quốc tế. Trong phạm vi bài viết này, các tác giả phân tích một số nội dung cơ bản về trách nhiệm pháp lý tiền hợp đồng theo pháp luật của Đức, Pháp và Anh.

Article Infomation:

Keywords: Contract; pre-contractual legal liability; good faith principle.

Article History:

Received : 27 Jan. 2021
Edited : 25 Feb. 2021
Approved : 27 Feb. 2021

Abstract:

The successful or unsuccessful signing and implementation of the contract depend greatly on the results of the initial negotiation process between the parties. However, the detailed legal issue related to the pre-contractual legal liability in Vietnam is still quite new, while it has been perfected in the developed countries. Therefore, the study of legal experience of some countries on pre-contractual liability is not only to improve Vietnamese law, but also to promote business in accordance with the law and international legal practice. Within the scope of this article, the authors provide an analysis of some basic contents of pre-contractual liability under the laws of Germany, France and England.

Quy định trách nhiệm của các bên trong quá trình đàm phán, ký kết hợp đồng, hay còn được gọi là trách nhiệm pháp lý (TNPL) tiền hợp đồng, nhằm bảo đảm quyền và lợi ích của các bên tham gia đàm phán, ký kết hợp đồng là vấn đề không mới ở các nước có nền kinh tế phát triển và hệ thống pháp luật khá hoàn thiện, ổn định như Anh, Pháp, Mỹ, Đức và một số quốc gia phát triển khác. Tuy nhiên, đối với các nước đang phát triển như Việt Nam thì đây là một chủ đề khá mới mẻ và chưa được đề cập đến nhiều trên các lĩnh vực học thuật cũng như trong thực tiễn hoạt động ký kết hợp đồng của doanh nghiệp[1]. Chính vì vậy, việc nghiên cứu kinh nghiệm pháp luật nước ngoài về các vấn đề

[1] Võ Minh Trí & Trần Phú Quý, *Trách nhiệm tiền hợp đồng và việc bảo vệ quyền của các bên trong tham gia đàm phán, ký kết hợp đồng*, https://thegioiluat.vn/bai-viet-hoc-thuat/TRACH-NHIEM-TIEN-HOP-DONG-VA-VIEC-BAO-VE-QUYEN-CUA-CAC-BEN-TRONG-THAM-GIA-DAM-PHAN-KY-KET-HOP-DONG-11331/.

pháp lý liên quan đến chế định TNPL tiền hợp đồng nhằm hoàn thiện pháp luật về hợp đồng, nâng cao chất lượng, hiệu quả quá trình đàm phán, ký kết và thực hiện hợp đồng, tạo cơ chế bảo vệ hữu hiệu quyền và lợi ích hợp pháp của các bên là yêu cầu, đòi hỏi cấp bách đặt ra trong giai đoạn hiện nay, giai đoạn Việt Nam đang hội nhập mạnh mẽ và sâu rộng vào sân chơi quốc tế chung gần đây như CPTPP[2], EVFTA, IPA[3].

1. Những vấn đề pháp lý đặt ra trong giai đoạn đàm phán tiền hợp đồng

Trước khi phân tích khái niệm TNPL tiền hợp đồng theo pháp luật ở một số nước trên thế giới, cần có cách hiểu chung về văn hóa pháp lý tiền hợp đồng ở một số nước thông qua một số thuật ngữ pháp lý có liên quan. Ví dụ, khái niệm "hợp đồng" được dịch từ thuật ngữ *"contract"*, "đàm phán" được dịch từ thuật ngữ *"negotiation"* và làm thế nào để một hợp đồng có hiệu lực pháp lý được hình thành. Hợp đồng được định nghĩa là sự thỏa thuận giữa hai hoặc nhiều người, trong đó xác định nghĩa vụ phải thực hiện hoặc được công nhận theo pháp luật[4]. Đàm phán là quá trình thương lượng mà các bên nỗ lực để đạt được sự thỏa thuận, nhất trí từ những vấn đề còn tranh luận hoặc bất đồng tiềm ẩn[5]. Tranh luận về khái niệm trách nhiệm dân sự tiền hợp đồng *"pre-contractual civil liability"* đã xuất hiện từ cuối thế kỷ XIX, khi một luật sư người Đức có tên là R. Ihering tin tưởng và sử dụng nguyên tắc *"culpa in contrahendo"* trong giải quyết TNPL tiền hợp đồng. Tranh luận này cũng chưa có lời kết, bởi rất khó để định hình một quan điểm nhất quán về bản chất của TNPL tiền hợp đồng. Thậm chí không chỉ đến giai đoạn của Jhering, người đã phát triển khái niệm pháp lý "culpa in contrahendo" trong luận án của mình[6], thuật ngữ TNPL tiền hợp đồng đã được khái niệm hóa trước đó; theo tác giả, các tình huống mà hợp đồng vô hiệu, không phát sinh trách nhiệm pháp lý nhưng thiệt hại phát sinh từ giai đoạn tiền hợp đồng phải được bồi thường liên quan đến quan hệ hợp đồng, điều này là do thực tế các bên phải có nghĩa vụ cầu thị, mẫn cán trong giai đoạn này[7].

Giai đoạn tiền hợp đồng rất khó để phân tích các đặc điểm, kể cả góc độ lý luận lẫn thực tiễn. Các bên gặp gỡ, trao đổi, tạo dựng mối quan hệ lẫn nhau đơn giản bởi vì họ cần phải đàm phán. Họ bắt đầu cuộc hành trình cùng nhau, nhưng mối quan hệ giữa họ chưa

[2] Comprehensive and progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership: Hiệp định Đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương (CPTPP); xem thêm: PGS. TS. Phạm Thị Thanh Bình, *Việt Nam với CPTPP: Cơ hội và Thách thức,* https://www.tapchicongsan.org.vn/quoc-phong2/-/2018/54880/viet-nam-voi-cptpp--co-hoi-va-thach-thuc.aspx.

[3] EU-Vietnam Free Trade Agreement: Hiệp định Thương mại Tự do Việt Nam và EU (EVFTA), Investment Protection Agreement: Hiệp định bảo hộ đầu tư (IPA), xem thêm: Vụ thị trường Châu Âu - Châu Mỹ, Bộ Công thương, http://evfta.moit.gov.vn/?page=overview&category_id=fb203c7b-54d6-4af7-85ca-c51f227881dd.

[4] A contract can be defined as "An agreement between two or more parties creating obligations that are enforceable or otherwise recognizable at law",Bryan A. Garner, Black's Law Dictionary, Thomson West8th ed. 2004, p. 341.

[5] Bryan A. Garner, Black's Law Dictionary, ibid., p.1064.

[6] Rudolf v. Jhering, Culpa in contrahendo: oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen (1861), Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts IV, Volume 4, Issue 1.

[7] Dr. Catarina Granadeiro, Precontractual Liability under the Portuguese, German and French Legal Systems, https://www.researchgate.net/publication/341945426_Precontractual_Liability_under_the_Portuguese_German_and_French_Legal_Systems.

phải là cái đích họ hướng tới, mà mục đích của họ là hợp đồng được ký kết, nhưng có thể họ sẽ không bao giờ đạt được điều đó. Các cuộc đàm phán có thể thất bại, sự thất bại có thể đến sớm hơn hoặc muộn hơn[8]. Hơn nữa, TNPL tiền hợp đồng cũng không tồn tại ở các quốc gia theo hệ thống thông luật *"common law"*. Điều này liên quan đến khía cạnh giải thích tự do hợp đồng, theo đó, nội hàm khái niệm TNPL tiền hợp đồng mở rộng hơn ở các nước theo hệ thống pháp luật châu Âu lục địa, nơi một người có thể chấm dứt việc đàm phán hợp đồng ở bất kỳ giai đoạn nào mà không phát sinh trách nhiệm pháp lý. Mặt khác, việc ký kết hợp đồng đòi hỏi nhiều thời gian và công sức tiền bạc từ các bên tham gia đàm phán. Do đó, để bảo vệ các bên tham gia đàm phán trung thực, thiện chí, điều quan trọng quyết định điều kiện TNPL tiền hợp đồng, bao gồm mở rộng trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm nghĩa vụ tiền hợp đồng[9].

Trong giai đoạn đầu của các giao dịch sẽ được ký kết và thực hiện trong tương lai, các bên thường phải tham gia vào những thỏa thuận tiền hợp đồng. Ví dụ, thỏa thuận ban đầu về bảo mật thông tin và thỏa thuận độc quyền đàm phán. Những yêu cầu này có thể được đặt ra trong những thỏa thuận riêng biệt, hoặc có thể kết hợp với nhau tạo thành một thỏa thuận chung. Mặc dù không có một hình thức được miêu tả cho những thỏa thuận ban đầu hoặc những tài liệu tương tự (ví dụ, bản ghi nhớ, nội dung chính các điều khoản, thư tuyên bố ý định, v.v..). Tuy nhiên, những thỏa thuận ban đầu này sẽ thiết lập các điều khoản chính mà các bên đã nhất trí về nguyên tắc như thời gian dự định ký kết hợp đồng, nghĩa vụ của các bên trong suốt quá trình đàm phán và quy trình, thủ tục đàm phán. Một bản thỏa thuận ban đầu hoặc một tài liệu tương tự có thể có được sự ràng buộc về mặt pháp lý và phải bảo đảm rằng một cam kết ràng buộc pháp lý không được tạo ra một cách vô ý, hoặc rằng các bên không tham gia vào một cam kết không ràng buộc về mặt pháp lý, tin tưởng rằng nó có tính ràng buộc lẫn nhau.

Ở hầu hết các quốc gia châu Âu (ngoại trừ Vương quốc Anh) đều đặt ra nghĩa vụ đàm phán với thiện chí *(duty of good faith)* và điều này có thể bao gồm nghĩa vụ không được hủy bỏ các cuộc đàm phán mà không có lý do hợp lý.

TNPL tiền hợp đồng có vai trò, ý nghĩa quan trọng như vậy nên việc nghiên cứu kinh nghiệm pháp luật nước ngoài, trong đó có các án lệ, hoặc các quy tắc pháp luật về TNPL tiền hợp đồng sẽ đóng góp tích cực vào việc hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam nói chung, pháp luật về hợp đồng nói riêng, đúng với tinh thần chủ trương của Đảng về cải cách hệ thống pháp luật[10].

2. Trách nhiệm pháp lý tiền hợp đồng theo pháp luật ở một số nước

2.1. Trách nhiệm pháp lý tiền hợp đồng theo pháp luật của Đức[11]

[8] Martijin W. Hesselink, Precontractual Liability in European Private Law: Conclusions, http://ssrn.com/abstract=1309150.

[9] Natalja Leonova, Qualification of pre-contractual liability and the value of lost opportunity as a forrm of losses, Jurisprudencija/Jurisprudence, 2009, p. 222.

[10] Nghị Quyết số 48-NQ/TW ngày 24/05/2005 của Bộ Chính trị về Chiến lược xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam đến năm 2010, định hướng đến năm 2020, tiếp tục được thực hiện bởi Kết luận số 01-KL/TW ngày 04/4/2016 của Bộ Chính trị khẳng định: "Nghiên cứu về khả năng khai thác, sử dụng án lệ, tập quán (kể cả tập quán, thông lệ thương mại quốc tế) và quy tắc của các hiệp hội nghề nghiệp, góp phần bổ sung và hoàn thiện pháp luật".

[11] Stephan Ulrich, An outline of pre contractual obligations in relation to Germany., ttps://www.simmons-simmons.com/en/features/pre-contractual-obligations/ck10mcm8le0fn0b49pw4tw2sm/pre-contractual-obligations-germany.

Theo pháp luật của Đức, nguyên tắc *"culpa in contrahendo"* được xem như là yếu tố cơ bản của trách nhiệm tiền hợp đồng độc lập, phạm vi khái niệm này được phát triển rộng hơn và sâu hơn so với khái niệm gốc của nó trong suốt 150 năm qua. Vào năm 2002, như là kết quả đổi mới luật về nghĩa vụ, khái niệm *"culpa in contrahendo"* đã được quy định tại Bộ luật dân sự Đức (Điều 311 khoản 2) như sau: "Nghĩa vụ tôn trọng quyền, lợi ích hợp pháp và các lợi ích khác của bên đối tác theo quy định tại khoản 2 Điều 241[12] cũng phát sinh: (1) từ khi bắt đầu đàm phán hợp đồng; (2) hoặc bắt đầu thực hiện hợp đồng; hoặc (3) đối với các quan hệ thương mại tương tự"[13]. Khái niệm này được xem như là một trong những phát minh lớn trong pháp luật dân sự Đức. Về mặt văn hóa pháp lý, *"culpa in contrahendo"* có nghĩa là "lỗi trong hợp đồng" và khi áp dụng trong pháp luật của Đức, nó ngụ ý là có bổn phận hành động thiện chí hoặc bổn phận quan tâm hợp lý đến lợi ích của bên khác trong đàm phán tiền hợp đồng, điều này có nghĩa là lỗi trong ngữ cảnh này là rộng hơn lỗi trong ngữ cảnh thông thường trong luật về trách nhiệm bồi thường ngoài hợp đồng[14]. Các nội dung cơ bản của trách nhiệm tiền hợp đồng theo pháp luật của Đức có thể tiếp cận dưới các góc độ sau đây:

a) Đàm phán tiền hợp đồng

Theo pháp luật của Đức, khi tham gia vào các cuộc đàm phán tức là sẽ tạo ra mối quan hệ tin tưởng *(Treuepflicht)* lẫn nhau giữa các bên, mối quan hệ này trở nên vững chắc với cường độ ngày càng tăng sau mỗi lần đàm phán. Nghĩa vụ tin tưởng này dẫn đến nghĩa vụ tôn trọng các quyền và lợi ích của bên đối tác, chẳng hạn như nghĩa vụ ngăn bên đối tác phải chịu thiệt hại phát sinh và thông báo cho bên đối tác về các trường hợp có thể phát sinh thiệt hại trong quá trình đàm phán, thiệt hại có thể là thiệt hại về sức khỏe hoặc thiệt hại về tài sản[15]. Ví vụ, trong giai đoạn tiền hợp đồng, một hành vi vi phạm có lỗi theo khoản 1 Điều 280 Bộ luật dân sự (BLDS) Đức[16] (lỗi cố ý hoặc vô ý là dấu hiệu bắt buộc theo Điều 276 BLDS Đức), có thể là do sơ suất trong việc tuân thủ Điều 278 BLDS Đức. Tuy nhiên, nếu xảy ra thiệt hại do vi phạm nghĩa vụ, bên bị thiệt hại có quyền yêu cầu bồi thường theo khoản 2 Điều 241, điểm 1 khoản 1 Điều 280 BLDS Đức[17].

Nói chung, không có nghĩa vụ phải bắt buộc để tiếp tục các cuộc đàm phán, nhưng nếu một bên thông tin cho bên kia lý do để tin rằng hợp đồng sẽ sớm có hiệu lực và vẫn ngừng đàm phán mà không có lý do chính đáng thì bên đó có thể phải chịu trách nhiệm cho bất kỳ chi phí không hiệu quả nào gây ra cho bên kia. Trong trường hợp một thỏa

[12] Khoản 2 Điều 241 Bộ luật dân sự Đức: "An obligation may also, depending on its contents, oblige each party to take account of the rights, legal interests and other interests of the other party".

[13] https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p1013.

[14] Xiao-Yang Li, The Legal Status of Pre-Contractual Liability: Contrasting Responses from German and English Law, National Taiwan University Law Review [Vol. 12:128], p. 132.

[15] Kevin Bork and Manfred Wandt, "Utmost" good faith in German contract law, published online: 14 October 2020, https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s12297-020-00478-6.pdf, footnote 15, p. 246 and see also Gerhard Dannermann, Reiner Schulze, German Civil Code, Volume I: Article-by-article Commentary, C. H. Beck, 2020, p. 12.

[16] MüKo/Emmerich, 2019, BGB, Sec. 311, Rec 203.

[17] Dr. Catarina Granadeiro, ibid. 8, p. 7.

thuận yêu cầu công chứng, quy tắc này chỉ áp dụng nếu một bên cố tình vi phạm nghĩa vụ trung thực của mình *(vorsätzliche Treuepflichtverletzung).*

Theo pháp luật Đức, các bên có quyền tự do chấm dứt đàm phán, như đã nêu ở trên; tuy nhiên, nếu một bên vi phạm nghĩa vụ tiền hợp đồng phát sinh từ quan hệ tin tưởng thông qua hành động cố ý hoặc cẩu thả, luật pháp Đức cho phép bên kia yêu cầu bồi thường thiệt hại. khoản 2 Điều 241 BLDS Đức quy định: "Nếu một bên vi phạm bổn phận phát sinh từ nghĩa vụ, bên bị vi phạm có thể yêu cầu bồi thường thiệt hại gây ra bởi sự vi phạm của bên kia".

b) Thỏa thận về bảo mật[18]

Nghĩa vụ xem xét bất kỳ thông tin nào được tiết lộ trong các cuộc đàm phán được xem là bí mật và không để bên thứ ba tiếp cận thông tin này phát sinh từ nghĩa vụ tiền hợp đồng và nguyên tắc thiện chí giữa hai bên, đặc biệt khi nghĩa vụ bảo mật xuất hiện rõ ràng từ bản chất hợp đồng đang được thương lượng. Do đó, không có yêu cầu chung nào đối với các bên tham gia vào một thỏa thuận có tính chất bảo mật. Tuy nhiên, thực tiễn cho thấy cần phải ký một thỏa thuận bảo mật trước khi bước vào các giai đoạn đàm phán tiền hợp đồng vì lý do sau:

Thứ nhất, nghĩa vụ bảo mật bắt buộc chỉ được áp dụng trong một số lĩnh vực pháp lý nhất định và tùy thuộc vào các điều kiện cụ thể của từng trường hợp cụ thể.

Thứ hai, phạm vi của các nghĩa vụ như vậy có thể không phải lúc nào cũng rõ ràng, điều này khiến các bên tham gia thỏa thuận bảo mật và xác định rõ ràng loại thông tin nào được xem là bí mật và loại tiêu chuẩn nào nên được áp dụng để bảo vệ các thông tin bí mật đó.

Một hành vi vi phạm có thể khiến bên vi phạm phải bồi thường hoặc cần có biện pháp ngăn chặn, nhưng vì khó khăn trong việc chứng minh thiệt hại nên những biện pháp khắc phục thường được quy định ngay chính trong thỏa thuận bảo mật. Những thỏa thuận bảo mật có tính bắt buộc tuân thủ giữa các bên. Không có thủ tục hoặc hình thức chính thức nào phải tuân theo khi ký kết thỏa thuận bảo mật. Tuy nhiên, kinh nghiệm pháp luật Đức cho thấy, việc thay đổi và chấm dứt thỏa thuận bảo mật chỉ có thể được thực hiện bằng văn bản. Các nội dung nêu trên của pháp luật Đức cũng phù hợp với tiêu chuẩn chung châu Âu về trách nhiệm bảo mật tiền hợp đồng. Ví dụ, Điều 2:302 Luật hợp đồng châu Âu năm 2002 quy định: Biện pháp khắc phục đối với vi phạm tính bảo mật trong quá trình đàm phán có thể bao gồm[19] "bồi thường tổn thất mà bên kia bị thiệt hại và bồi thường lợi ích mà bên kia lẽ ra được nhận"[20] và bồi thường lợi ích là một biện pháp khắc phục cụ thể mà bên bị thiệt hại được hưởng ngay cả trong trường hợp không có thiệt hại thực tế xảy ra[21].

[18] Simmons and Simmons, ibid..

[19] Mihaela Braut Filipović and Dr. Marjeta Tomulić Vehovec, Precontractual Liability in Europe and Croatian law, https://www.harmonius.org/dokumenta/01%20Precontractual%20Liability%20In%20Eu%20and%20Croatian%20Law.pdf, p.19.

[20] Article 2:302 of the Principles of European contract law: Article 2:302: Breach of Confidentiality "If confidential information is given by one party in the course of negotiations, the other party is under a duty not to disclose that information or use it for its own purposes whether or not a contract is subsequently concluded. The remedy for breach of this duty may include compensation for loss suffered and restitution of the benefit received by the other party".

[21] The Commission on European Contract law, O. Lando, H. Beale, op. cit. fn 25, 194.

c) Thỏa thuận về độc quyền[22]

Như một nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự Đức, các bên được hưởng quyền tự do hợp đồng và do đó có thể tự do đưa ra quyết định của mình về việc đàm phán với ai cho đến khi một thỏa thuận được ký kết. Điều 242 Bộ luật dân sự Đức quy định về nguyên tắc thiện chí *(principle of good faith)* như sau: *"Bên có nghĩa vụ phải thực hiện nghĩa vụ của mình theo yêu cầu của nguyên tắc thiện chí, đồng thời có tính đến cả tập quán pháp"*. Nguyên tắc này được áp dụng ngay từ giai đoạn đàm phán tiền hợp đồng. Tuy nhiên, nghĩa vụ đàm phán độc quyền có thể phát sinh từ nghĩa vụ thiện chí trong trường hợp một bên cho bên kia biết rằng không có cuộc đàm phán nào khác đang diễn ra hoặc đang được bắt đầu đồng thời với cuộc đàm phán đang diễn ra.

Đối với bất kỳ hợp đồng nào khác, các thỏa thuận độc quyền là ràng buộc cho cả hai bên. Không có thủ tục chính thức nào phải tuân theo trừ khi các bên đồng ý về điều đó. Các thỏa thuận độc quyền thường quy định các mức phạt cụ thể nếu một bên vi phạm tính độc quyền để khiến bên kia không tiếp tục thương lượng với bên thứ ba. Tuy nhiên, khi mức phạt cao do vi phạm nguyên tắc độc quyền đến mức mà trên thực tế, nghĩa vụ ký kết một thỏa thuận cần phải được công chứng (ví dụ: hợp đồng mua bán và chuyển nhượng cổ phần trong một công ty trách nhiệm hữu hạn của Đức), thì thỏa thuận độc quyền cũng cần phải được công chứng.

2.2. Trách nhiệm pháp lý tiền hợp đồng theo pháp luật của Pháp

a) Đàm phán tiền hợp đồng[23]

Theo pháp luật của Pháp, trong quá trình thương lượng, mỗi bên được quyền quyết định sau khi đàm phán có tiến tới việc giao kết hợp đồng hay không. Tuy nhiên, họ có nghĩa vụ phải hành động một cách thiện chí trong suốt quá trình đàm phán để ký kết hợp đồng. Điều 1112 BLDS Pháp năm 2016 quy định: "Việc bắt đầu, tiếp tục và kết thúc các cuộc đàm phán tiền hợp đồng là do các bên tự do thỏa thuận. Tuy nhiên, các bên bắt buộc phải đáp ứng các yêu cầu của nguyên tắc thiện chí.Trường hợp do lỗi trong quá trình đàm phán thì việc bù đắp tổn thất không được tính như là bù đắp tổn thất lợi ích mà các bên mong đợi trong trường hợp hợp đồng chưa được giao kết"[24].

Hậu quả của việc chấm dứt đàm phán phụ thuộc vào thời điểm và ý chí của các bên tham gia cuộc đàm phán, cụ thể:

- Nếu cuộc đàm phán chỉ mới bắt đầu, các bên có thể tự do chấm dứt đàm phán đơn phương theo ý muốn và không phải chịu hậu quả.

- Nếu kết quả đàm phán có tiến triển và các cuộc đàm phán phát triển làm cho bên kia kỳ vọng hợp lý rằng thỏa thuận sẽ được ký kết, thì hành vi của bên chấm dứt không nhất thiết phải cấu thành một vi phạm nghiêm trọng hoặc gian dối để bên kia vi phạm nghĩa vụ nếu họ hành

[22] Simmons and Simmons, ibid..

[23] Simonetta Giordano, An outline of pre contractual obligations in relation to France., https://www.simmons-simmons.com/en/features/pre-contractual-obligations/ck10mcostnqwo0b78mjyht8b4/pre-contractual-obligations-france.

[24] Art. 1112. "The commencement, continuation and breaking-off of precontractual negotiations are free from control. They must mandatorily satisfy the requirements of good faith. In case of fault committed during the negotiations, the reparation of the resulting loss is not calculated so as to compensate the loss of benefits which were expected from the contract that was not concluded".

động một cách thiện chí. Một bên sẽ vi phạm nghĩa vụ như đã đề cập nếu bên đó đột ngột chấm dứt các cuộc đàm phán mà không có lý do, không phụ thuộc vào bất kỳ ý định gây hại nào. Nếu trường hợp thứ hai xảy ra, bên không vi phạm có thể yêu cầu bồi thường thiệt hại với lý do bên kia quanh co trách nhiệm bồi thường chi phí phát sinh trong quá trình đàm phán (ví dụ, thời gian dành cho các cuộc đàm phán và các chi phí). Theo án lệ của Pháp, các bên không được yêu cầu bồi thường thiệt hại trên cơ sở mất quyền ưu tiên giao kết hợp đồng. Hiện nay, ở Pháp có một thực tế phổ biến là các bên tham gia đàm phán tiền hợp đồng thường xác định quyền của họ trong việc chấm dứt các cuộc đàm phán tiền hợp đồng.

b) Thỏa thuận về bảo mật[25]

Điều 1112-2 Bộ luật dân sự Pháp năm 2016 quy định: "Người không được phép sử dụng hoặc tiết lộ thông tin bí mật thu được trong quá trình đàm phán sẽ phải chịu trách nhiệm pháp lý theo các điều kiện do luật chung quy định"[26]. Theo pháp luật Pháp, không có ngụ ý chung nào về nghĩa vụ bảo mật giữa các bên, mặc dù có quan điểm cho rằng chúng vẫn tồn tại ngầm theo nghĩa vụ vẫn giữ bí mật đàm phán giữa các bên. Do đó, các bên sẽ ký kết các thỏa thuận hoặc cam kết bảo mật bằng văn bản để tránh tiết lộ thông tin bí mật. Các bên tham gia thỏa thuận bảo mật sẽ được yêu cầu giữ bí mật thông tin trong và sau khi đàm phán chỉ trong một khoảng thời gian nhất định, các nghĩa vụ bảo mật thông tin lâu dài là không thể thực hiện. Vì vậy, bất kỳ thỏa thuận bảo mật nào liên quan đến các cuộc đàm phán đều phải hợp lý về thời hạn (ví dụ: Từ 01 năm đến 05 năm).

Nếu một bên vi phạm thỏa thuận bảo mật, bên không vi phạm sẽ có quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại từ bên vi phạm và nộp đơn lên Tòa án để yêu cầu Tòa án ra lệnh cấm sử dụng thông tin bí mật đã cung cấp cho bên vi phạm. Bên yêu cầu có trách nhiệm chứng minh rằng bị đơn đã tiết lộ hoặc đã sử dụng thông tin bí mật. Pháp luật của Pháp không quy định điều khoản/thủ tục cụ thể để có được yêu cầu cho một thỏa thuận bảo mật có tính ràng buộc.

c) Thỏa thuận về độc quyền[27]

Theo quy định của BLDS Pháp năm 2016, trong các cuộc đàm phán, nghĩa vụ đàm phán độc quyền sẽ không được áp dụng theo luật, dựa trên nguyên tắc tự do hợp đồng. Các quy định chung về tiền hợp đồng như đàm phán tiền hợp đồng (Điều 1112, 1112-1 và 1112-2 BLDS Pháp năm 2016), đề nghị và chấp nhận đề nghị (từ Điều 1113 đến Điều 1122 BLDS Pháp năm 2016), các thỏa thuận ưu tiên trước và lời hứa đơn phương (Điều 1123 và Điều 1124 BLDS Pháp năm 2016) đều không quy định về thỏa thuận độc quyền. Do đó, các bên muốn có độc quyền sẽ phải tham gia một thỏa thuận độc quyền. Điều này có thể được diễn đạt bằng các thuật ngữ như là "khóa ngoài - lock out" hoặc "khóa trong - lock in", nhưng thời hạn của nghĩa vụ phải được giới hạn trong một khoảng thời gian hợp lý để tránh việc thỏa thuận độc quyền không thể thực thi.

Nếu một bên vi phạm một thỏa thuận độc quyền, bên không vi phạm sẽ có quyền

[25] Simonetta Giordano, ibid..

[26] Article 1112-2: A person who without permission makes use of or discloses confidential information obtained in the course of negotiations incurs liability under the conditions set out by the general law.

[27] Simonetta Giordano, ibid..

yêu cầu bồi thường thiệt hại từ bên vi phạm. Thiệt hại có thể bao gồm bất kỳ chi phí nào mà bên không vi phạm phải chịu như chi phí phải trả, mất thời gian và cơ hội thương lượng với cá nhân hoặc tổ chức khác. Số tiền được bồi thường tùy thuộc vào sự xem xét của các Tòa án Pháp.

Pháp luật Pháp cũng quy định bất kỳ điều khoản/thủ tục cụ thể nào được yêu cầu để thực thi các thỏa thuận độc quyền, nhưng các thuật ngữ được sử dụng trong thỏa thuận độc quyền thường được diễn đạt cẩn thận và rõ ràng. Một danh sách các nghĩa vụ của cả hai bên thường được lập cẩn thận. Ngoài ra, điều khoản mức phạt trong trường hợp vi phạm có thể được các bên thỏa thuận. Tuy nhiên, thẩm phán có quyền giảm hoặc tăng số tiền phạt đó.

2.3. Trách nhiệm pháp lý tiền hợp đồng theo pháp luật của Anh[28]

a) Đàm phán tiền hợp đồng

Khác với pháp luật của Đức và Pháp, pháp luật về hợp đồng Anh không bao hàm nghĩa vụ thiện chí trong các cuộc đàm phán tiền hợp đồng. Các cuộc đàm phán tiền hợp đồng thường không ràng buộc về mặt pháp lý đối với các bên và nói chung một trong hai bên có thể chấm dứt đàm phán khi họ lựa chọn. Nói chung, một trong hai bên có thể chấm dứt đàm phán khi họ lựa chọn mà không phải chịu trách nhiệm pháp lý. Pháp luật Anh không phát triển trách nhiệm tiền hợp đồng, không xác định khái niệm pháp lý thống nhất và rõ ràng nào về trách nhiệm tiền hợp đồng.

Điểm khác nhau cơ bản giữa hai hệ thống pháp luật Anh và Đức về mối quan hệ tiền hợp đồng là ở vị trí của nguyên tắc *"good faith"*. Khi đánh giá về vị trí nguyên tắc này theo pháp luật Đức, Giáo sư John Cartwright khẳng định: Các hệ thống luật dân sự là không hoàn toàn giống nhau trong cách tiếp cận chi tiết nhưng vẫn có những nghĩa vụ được chấp nhận chung trong đàm phán và việc thực hiện hợp đồng sau đó, ở mức độ nào đó, rõ ràng rằng nguyên tắc *"good faith"* được vận dụng. Tuy nhiên, trong pháp luật Anh, bất kỳ bổn phận, hoặc nghĩa vụ chung nào xét theo nguyên tắc thiện chí *"good faith"* đã bị hủy bỏ kể cả trong giai đoạn đàm phán tiền hợp đồng, lẫn trong quá trình thực hiện sau đó.[29]

Trong những trường hợp ngoại lệ, một bên có thể yêu cầu bồi thường thiệt hại nếu trong quá trình đàm phán và thương lượng kéo dài, trong đó cả hai bên đều cho rằng một thỏa thuận chắc chắn sẽ được thực hiện, một bên đã bắt đầu thực hiện công việc với các giao dịch có liên quan và các cuộc thảo luận sau đó đã bị chấm dứt bởi bên kia. Tuy nhiên, điều này rất hiếm khi xảy ra ở Anh và nói chung, sẽ không có trách nhiệm phát sinh đối với việc chấm dứt các cuộc đàm phán tiền hợp đồng.

b) Thỏa thuận về bảo mật[30]

Theo luật pháp Anh, có một nguyên tắc chung rằng một người đã nhận được thông tin bí mật thì không được lợi dụng việc có được thông tin bí mật này một cách không công bằng. Tuy nhiên, để bảo vệ thông tin, một người thường phải dựa vào tổng hợp nhiều quyền mà không phải lúc nào cũng đưa ra các biện pháp

[28] Isabella Roberts, An outline of pre contractual obligations in relation to the United Kingdom, https://www.simmons-simmons.com/en/features/pre-contractual-obligations/ck10mcovz5sxr0b23r0a2b6ce/pre-contractual-obligations-uk.

[29] Xiao-Yang Li, ibid., p. 134, 140.

[30] Isabella Roberts, ibid..

khắc phục rõ ràng. Để tránh sự không chắc chắn này, thông thường các bên sẽ ký kết các thỏa thuận hoặc cam kết bảo mật bằng văn bản.

Việc một bên vi phạm thỏa thuận bảo mật có thể cho phép bên không vi phạm yêu cầu bên vi phạm bồi thường thiệt hại, trong phạm vi mà bên không vi phạm có thể chứng minh rằng mình đã bị thiệt hại do vi phạm như là một hậu quả. Trong thỏa thuận bảo mật có thể nêu rõ các thiệt hại cụ thể sẽ được thanh toán trong trường hợp vi phạm (ví dụ, các thiệt hại ước tính). Tuy nhiên, bất kỳ thiệt hại ước tính nào cũng không được vượt quá mức thông thường hoặc bất hợp lý nếu không có thể cấu thành một mức phạt và không thể thi hành.

c) Thỏa thuận về độc quyền[31]

Luật pháp Anh không ngụ ý tính độc quyền trong các cuộc đàm phán và do đó các bên tìm kiếm sự độc quyền thường sẽ tham gia vào một thỏa thuận độc quyền. Thỏa thuận như vậy không có giá trị ràng buộc pháp lý, trừ khi nó được thực hiện như một chứng thư hoặc được hỗ trợ bởi sự cam kết (ví dụ: nghĩa vụ độc quyền lẫn nhau hoặc việc cam kết thanh toán).

Đối với các thỏa thuận độc quyền, việc vi phạm thỏa thuận độc quyền có thể khiến bên không vi phạm có quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại, trong chừng mực mà họ có thể chứng minh được mức tổn thất do vi phạm gây ra. Các bên có thể chọn đưa điều khoản bồi thường thiệt hại ước tính vào thỏa thuận độc quyền nhưng đảm bảo rằng, điều khoản đó không cấu thành một mức phạt để tránh không thể thi hành.

Từ những phân tích nêu trên, có thể rút ra một số điểm tương đồng và khác biệt về TNPL tiền hợp đồng theo pháp luật Đức, Pháp và Anh[32] như sau:

Một là, tuân theo nguyên tắc thiện chí trong các cuộc đàm phán tiền hợp đồng.

Việc tuân theo nguyên tắc thiện chí trong các cuộc đàm phán tiền hợp đồng là bắt buộc theo quy định pháp luật của Đức và Pháp. Tuy nhiên, theo pháp luật Anh, nguyên tắc này không bắt buộc, trừ trường hợp ngoại lệ nhưng phải được thỏa thuận rõ ràng về tính hợp lý của nguyên tắc thiện chí.

Hai là, việc hủy bỏ đột ngột các cuộc đàm phán tiền hợp đồng.

Theo quy định của pháp luật Đức thì các bên có thể hủy bỏ đột ngột các cuộc đàm phán tiền hợp đồng, nhưng điều này có thể dẫn đến yêu cầu bồi thường thiệt hại trong các trường hợp cấu thành sự vi phạm nghĩa vụ thiện chí. Pháp luật Pháp cũng cho phép hủy bỏ đột ngột các cuộc đàm phán tiền hợp đồng, miễn là nó không vi phạm nghĩa vụ thiện chí. Theo pháp luật Anh, các cuộc đàm phán tiền hợp đồng có thể bị hủy bỏ đột ngột mà không bị ràng buộc nhiều trách nhiệm pháp lý khác.

Ba là, nghĩa vụ bảo mật trong quá trình đàm phán tiền hợp đồng.

Trong hệ thống pháp luật ở ba nước, chỉ có pháp luật Đức có ngụ ý về nghĩa vụ bảo mật trong quá trình đàm phán tiền hợp đồng.

Bốn là, cam kết ràng buộc pháp lý về độc quyền đàm phán.

Pháp luật Đức, Pháp và Anh đều có cam kết ràng buộc pháp lý về độc quyền đàm phán; trong đó, pháp luật Pháp quy định "lock in" và "lock out" nhưng phải có giới hạn thời gian, pháp luật của Anh thì thời gian "khóa" phải được quy định ■

[31] Isabella Roberts, ibid..

[32] Simmons and Simmons, Comparative table, https://www.simmons-simmons.com/en/features/pre-contractual-obligations/ck10lymrl0b9j0b94r51ovwc2/pre-contractual-obligations-comparative-table.

QUY ĐỊNH VỀ THANH TOÁN QUA VÍ ĐIỆN TỬ CỦA MỘT SỐ QUỐC GIA, NHỮNG GỢI MỞ CHO VIỆT NAM[1]

Nguyễn Thị Anh Thơ*
Nguyễn Thùy Anh, Phạm Thị Bích Ngọc, Trịnh Kim Khánh**
** ThS. Phó Trưởng Khoa Pháp luật thương mại quốc tế, Trường Đại học Luật Hà Nội*
*** Sinh viên Khóa 43, Khoa Pháp luật thương mại quốc tế, Trường Đại học Luật Hà Nội*

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Ví điện tử, thanh toán qua ví điện tử, pháp luật về thanh toán qua ví điện tử.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 06/02/2021
Biên tập : 24/02/2021
Duyệt bài : 26/02/2021

Tóm tắt:

Thanh toán qua ví điện tử đã trở thành phương thức thanh toán phổ biến tại nhiều quốc gia trên thế giới. Tuy nhiên, các quốc gia lại xây dựng các mô hình khác nhau về các quy định đối với hoạt động thanh toán qua ví điện tử. Trong phạm vi bài viết này, các tác giả phân tích quy định của pháp luật về thanh toán qua ví điện tử ở một số nước trên thế giới và rút ra những gợi mở cho Việt Nam trong việc hoàn thiện các quy định của pháp luật về thanh toán qua ví điện tử.

Article Infomation:

Keywords: E-wallets, payments via e-wallet, legal regulations on payments via e-wallet.

Article History:

Received : 06 Feb. 2021
Edited : 24 Feb. 2021
Approved : 26 Feb. 2021

Abstract:

Payments via e-wallet service have become a popular payment method in serveral countries in the world. However, the countries are applying different models of legal regulations on payments via e-wallets. Within the scope of this article, the authors provide an analysis of the legal regulations on payments via e-wallets in a number of countries and also give out suggestions for Vietnam so that it is to further review and improve the provisions of the law on payments via e-wallets.

1. Tổng quan về thanh toán qua ví điện tử

1.1. Khái niệm thanh toán qua ví điện tử

Thanh toán qua ví điện tử hay gọi tắt là dịch vụ ví điện tử trước hết được hiểu là phương thức thanh toán điện tử, được thực hiện trên nền tảng Internet và thông qua các thiết bị điện tử. Tuy nhiên, dưới góc độ pháp lý, chưa có một khái niệm thống nhất về ví điện tử kể cả trong hệ thống pháp luật quốc tế[2]. Tại Việt Nam, khoản 1 Điều 1 Nghị

[1] Bài viết được thực hiện trong khuôn khổ Đề tài nghiên cứu khoa học của sinh viên Trường Đại học Luật Hà Nội năm 2021.

[2] Phòng thương mại quốc tế (International Chamber of Commerce - ICC) có cách hiểu ví điện tử dựa trên bản chất hoạt động của ví điện tử là một hệ thống dựa trên phần mềm để thực hiện các giao dịch thương mại điện tử, được thực hiện thông qua các thiết bị điện tử, có tính năng xác thực người dùng, lưu trữ thông tin và còn có thể sử dụng kết hợp với các hệ thống thanh toán di động khác (Xem thêm tại: International Chamber of Commerce (ICC) (03/2020), WTO Plurilateral Negotiations on Trade-related Aspects of Electronic Commerce, tr.7, https://iccwbo.org, truy cập lần cuối ngày 25/12/2020). Khác với cách tiếp cận của ICC, Tổ chức Hợp tác và Phát triển kinh tế (Organisation for Economic Co-operation and Development - OECD) lại nhìn nhận ví điện tử là một loại hình "dịch vụ trung gian" và đưa ra khái niệm "dịch vụ trung gian" ("mediating

định số 80/2016/NĐ-CP ngày 1/7/201 sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 101/2012/NĐ-CP ngày 22/11/2012 về thanh toán không dùng tiền mặt quy định: *"Dịch vụ ví điện tử là dịch vụ cung cấp cho khách hàng một tài khoản điện tử định danh do các tổ chức cung ứng dịch vụ trung gian thanh toán tạo lập trên vật mang tin (như chip điện tử, sim điện thoại di động, máy tính...), cho phép lưu giữ một giá trị tiền tệ được đảm bảo bằng giá trị tiền gửi tương đương với số tiền được chuyển từ tài khoản thanh toán của khách hàng tại ngân hàng vào tài khoản đảm bảo thanh toán của tổ chức cung ứng dịch vụ ví điện tử theo tỷ lệ 1:1"*. Như vậy, thanh toán qua ví điện tử là một thuật ngữ chỉ phương thức thanh toán điện tử mà ở đó các tổ chức cung cấp dịch vụ thanh toán trung gian có thể cung cấp, kinh doanh dịch vụ này bằng cách tạo lập một nền tảng ứng dụng trên mạng Internet, cho phép người dùng đăng ký một tài khoản để lưu trữ tiền điện tử và thực hiện các giao dịch thanh toán thông qua các vật mang tin như di động, máy tính, máy tính bảng, hoặc các phương tiện điện tử trung gian khác.

1.2. Đặc điểm của thanh toán qua ví điện tử

Thứ nhất, về chủ thể: So với các phương thức thanh toán điện tử khác như: thanh toán bằng thẻ, chuyển khoản ngân hàng (Internet Banking),..., ví điện tử có thêm sự tham gia của bên chủ thể cung cấp dịch vụ thanh toán trung gian giữa các bên trong giao dịch (chủ thể kinh doanh dịch vụ ví điện tử). Bên cung cấp dịch vụ ví điện tử này sẽ hoạt động bằng cách khởi tạo một nền tảng ứng dụng qua mạng Internet làm cơ sở để cho phép người dùng đăng ký tài khoản của riêng mình và hỗ trợ trung gian các giao dịch thanh toán giữa các bên sử dụng dịch vụ với nhau.

Thứ hai, về phạm vi giao dịch: Ví điện tử hoạt động dựa trên mạng lưới Internet. Vì vậy, phạm vi giao dịch của loại hình thanh toán này khá rộng, bao gồm trong nước hoặc ra cả nước ngoài. Điều này phụ thuộc vào nhà cung cấp dịch vụ trên cơ sở quy định của pháp luật nước sở tại, pháp luật nước ngoài, cũng như các điều ước quốc tế có liên quan.

Thứ ba, về đồng tiền sử dụng thanh toán: Sự xuất hiện và phát triển của thanh toán điện tử nói chung và phương thức thanh toán điện tử qua ví điện tử nói riêng đã đòi hỏi phải có một phương tiện thanh toán cũng cần có sự tương thích. Vì thế, nếu trong thanh toán truyền thống, giao dịch giữa các bên được thực hiện thông qua tiền mặt thì đối với thanh toán qua ví điện tử, phương tiện thanh toán được sử dụng trong giao dịch lại là tiền điện tử[3].

services") thay vì khái niệm ví điện tử; theo đó trong dịch vụ này sẽ có bên kinh doanh "dịch vụ trung gian" làm cầu nối giúp khách hàng thanh toán, và khách hàng chỉ cần đăng ký sử dụng dịch vụ bằng cách cung cấp chi tiết thẻ tín dụng hoặc tài khoản ngân hàng. Xem Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) (18/04/2006), Online payment systems for e-commerce, DSTI/ICCP/IE(2004)18/FINAL, tr.20, https://www.oecd.org/sti/ieconomy/36736056.pdf, truy cập lần cuối ngày 25/12/2020.

[3] Hiện nay, trên thế giới, tiền kỹ thuật số (digital currencies) bao gồm tiền ảo (virtual currencies), tiền điện tử (electronic currencies) và tiền số hóa (cryptocurrencies). Sự khác biệt chính giữa ba loại tiền kỹ thuật số này đó là tính chuyển đổi giữa chúng với tiền mặt. Theo Vivian Shum thì "tiền ảo" là loại "tiền" thường được sử dụng trong các trò chơi điện tử trực tuyến, do một công ty trò chơi điện tử nào đó phát hành mà không có bất cứ một tài sản cơ sở nào, chỉ công ty kiểm soát và chỉ sử dụng cho các giao dịch trong nội bộ hệ thống. Trong khi đó, "tiền" trong ví điện tử là "tiền điện tử" - loại tiền có thể dùng để mua các hàng hóa/dịch vụ "thật" mà việc thanh toán sẽ được thực hiện thông qua bên trung gian (bên thứ ba), ví dụ như Paypal. Cuối cùng, "tiền số hóa" như Bitcoin, không được phát hành bởi chính phủ hay một tổ chức tài chính, mà được tạo ra và vận hành dựa trên hệ thống các máy tính kết nối mạng internet ngang hàng (Xem thêm: ThS. Trần Thanh Bình, *"Những bất cập của các quy định pháp luật về ví điện tử"*, Tạp chí Khoa học Pháp lý số 03/2016, tr.69, https://tapchikhplvn.hcmulaw.edu.vn/module/xemchitietbaibao?oid=93635ea3-fe66-427a-afee-ba6e6e4e02bd, truy cập lần cuối ngày 02/01/2021).

2. Quy định của pháp luật về thanh toán qua ví điện tử ở một số quốc gia trên thế giới

2.1. Trung Quốc

Năm 2010, Ngân hàng Nhân dân Trung Quốc (People's Bank of China - PBOC) đã ban hành Thông tư số 02 ngày 14/6/2010 về Quy tắc quản lý dịch vụ thanh toán do các tổ chức phi tài chính cung cấp[4] (Quy tắc thanh toán PBOC) và Thông tư số 17 ngày 01/12/2010 về Biện pháp thực hiện các quy tắc về quản lý dịch vụ thanh toán do các tổ chức phi tài chính cung cấp[5] (Biện pháp thực hiện thanh toán PBOC). Đến năm 2016, PBOC tiếp tục ban hành Thông tư số 43 về Biện pháp quản lý thanh toán trực tuyến đối với các tổ chức không phải ngân hàng[6] (Biện pháp quản lý thanh toán trực tuyến) được áp dụng cho tất cả các "tổ chức thanh toán phi ngân hàng"[7].

Nội dung các văn bản nêu trên điều chỉnh về các vấn đề sau:

- Điều kiện thành lập và hoạt động của tổ chức kinh doanh dịch vụ ví điện tử: Quy tắc thanh toán PBOC đưa ra các quy định cụ thể về các điều kiện để trở thành một tổ chức kinh doanh dịch vụ thanh toán và đặt ra các lệnh cấm chung đối với các tổ chức phi tài chính cung cấp các dịch vụ thanh toán từ bên thứ ba đã xác định trừ khi họ được PBOC cấp Giấy phép kinh doanh dịch vụ thanh toán (Payment Services License-PSL)[8]. Giấy phép PSL có hiệu lực trong vòng năm năm và các đơn xin gia hạn phải được nộp cho các chi nhánh địa phương của PBOC sáu tháng trước khi PSL hết hạn. Mọi thay đổi liên quan đến tên, vốn đăng ký, cơ cấu tổ chức, cổ đông chính của chủ sở hữu PSL hoặc việc chia tách sáp nhập của chủ sở hữu PSL hoặc các thay đổi về loại hình phạm vi kinh doanh của mình đều phải được PBOC chấp thuận[9].

- Nghĩa vụ của tổ chức kinh doanh dịch vụ ví điện tử: Quy tắc thanh toán PBOC đưa ra các điều khoản bắt buộc các chủ sở hữu PSL phải tuân theo để đảm bảo lợi ích cho người sử dụng như: không được coi tiền của khách hàng là tài sản riêng của mình; phải gửi tiền của khách hàng vào một tài khoản được mở và chịu sự giám sát của một ngân hàng thương mại, chỉ có thể chuyển tiền khi và chỉ khi có lệnh/ chỉ dẫn của khách hàng[10]. Bên cạnh đó, mỗi chủ sở hữu PSL chỉ có thể mở một tài khoản tiền gửi tại một chi nhánh của ngân hàng thương mại; vốn tiền tệ của chủ sở hữu PSL không được thấp hơn 10% trong số dư trung bình tiền của khách

[4] http://www.lawinfochina.com/Display.aspx?lib=law&Cgid=134238, truy cập lần cuối ngày 04/01/2021.

[5] http://www.lawinfochina.com/display.aspx?lib=law&id=8564&CGid, truy cập lần cuối ngày 04/01/2021.

[6] Các biện pháp quản lý hoạt động kinh doanh thanh toán trực tuyến của các tổ chức thanh toán không phải ngân hàng, được ban hành bởi Thông tư số 43 của PBOC vào ngày 28/12/2015, có hiệu lực vào ngày 07/01/2016, http://lawinfochina.com/display.aspx?id=21209&lib=law, truy cập lần cuối ngày 04/01/2021.

[7] "Tổ chức thanh toán phi ngân hàng" được định nghĩa trong Thông tư số 43 là các tổ chức không phải ngân hàng, được hoạt động với một giấy phép kinh doanh thanh toán và được phép cung cấp các dịch vụ thanh toán trực tuyến thông qua Internet và các thiết bị di động. Tuy nhiên, chính PBOC cũng cho rằng, các tổ chức cung cấp dịch vụ thanh toán sẽ bị giới hạn hơn so với các ngân hàng khi chỉ được "cung ứng cho công chúng các dịch vụ thanh toán nhanh chóng, thuận tiện cho các giao dịch thanh toán nhỏ lẻ với giá trị thấp và số lượng ít", điển hình là dịch vụ thanh toán bằng ví điện tử (Xem Hogan Lovells (2016), China regulates online payment business of non-bank players, TMT China Brief - Winter/Spring 2016, p.12, https://www.hlmediacomms.com/files/2016/02/China-regulates-online-payment-business-of-non-bank-players-.pdf, truy cập lần cuối ngày 20/01/2021).

[8] Điều 3 Quy tắc thanh toán PBOC.

[9] Điều 13, 14 Quy tắc thanh toán PBOC.

[10] Điều 24, 26, 29 Quy tắc thanh toán PBOC.

hàng trong 90 ngày[11] để đảm bảo khả năng thanh toán, giao dịch của ví điện tử mà chủ sở hữu PSL điều hành. Biện pháp quản lý thanh toán trực tuyến còn đặt ra yêu cầu với các tổ chức cung cấp dịch vụ ví điện tử phải thiết lập một hệ thống quản lý tên thật, bằng việc tuân theo quy tắc "biết khách hàng của bạn" ("know your client" - KYC). Quy định này nhằm đảm bảo xác minh hiệu quả và chính xác về danh tính của khách hàng, ngăn chặn việc mở và sử dụng các tài khoản ẩn danh hoặc các tài khoản giả danh, cũng như ngăn chặn các cá nhân trốn tránh thực hiện các biện pháp KYC thông qua việc sử dụng nhiều tài khoản cùng một lúc.

- *Hạn mức giao dịch qua ví điện tử:* Nhằm nâng cao hơn mức độ bảo vệ người tiêu dùng cũng như kiểm soát những rủi ro có thể xảy ra, Biện pháp quản lý thanh toán trực tuyến đã đặt ra các cấp độ tài khoản, mỗi cấp độ sẽ có phạm vi, hạn mức giao dịch khác nhau dựa trên chính mức độ xác thực khách hàng.

- *Việc giám sát, kiểm tra, đánh giá các tổ chức kinh doanh dịch vụ ví điện tử:* PBOC đã đưa ra cơ chế, nguyên tắc để phân loại và đánh giá các tổ chức phi ngân hàng, bao gồm cả các tổ chức cung cấp dịch vụ ví điện tử nhằm duy trì việc cung cấp các dịch vụ chất lượng. Theo đó, các tổ chức này sẽ được PBOC đánh giá định kỳ, phân loại theo 5 nhóm lớn với 11 cấp độ. Kết quả đánh giá xếp hạng A thì sẽ được áp dụng cơ chế giám sát thông thoáng hơn và ngược lại, các tổ chức xếp loại kém sẽ bị áp dụng cơ chế giám sát chặt chẽ hơn. Bên cạnh đó, PBOC đặt ra mức xử phạt là 30.000 NDT đối với các hành vi vi phạm, song quy định này được cho rằng là quá thấp để trở thành một quy định xử phạt có tính răn đe[12].

2.2. Singapore

Năm 2019, Nghị viện Singapore chính thức thông qua Luật Dịch vụ thanh toán (Payment Services Act - PSA), có hiệu lực vào tháng 01/2020[13]. Nội dung văn bản này điều chỉnh những vấn đề liên quan đến giao dịch thanh toán qua ví điện tử như sau:

- *Điều kiện thành lập và hoạt động của tổ chức kinh doanh dịch vụ ví điện tử:* PSA điều chỉnh bảy hoạt động thanh toán[14] song song với việc quy định ba loại giấy phép có các yêu cầu khác nhau tùy theo mức độ rủi ro của từng dịch vụ và từng nhà cung cấp[15]. Dịch vụ ví điện tử được hiểu là một dịch vụ phát hành tài khoản[16], nên nhà kinh doanh dịch vụ ví điện tử cần phải có giấy phép của dịch vụ phát hành tài khoản điện tử mới được hoạt động[17]. Trường hợp nhà cung cấp dịch vụ phát hành tài khoản tiền điện tử vượt quá ngưỡng quy định của số tiền điện tử trung

[11] Điều 30 Quy tắc thanh toán PBOC.

[12] Weihuan Zhou, Douglas W.Anner, Ross P.Buckley (09/2015), Regulation of Digital Financial Services in China: Last Mover or First Mover?, p.27, https://hub.hku.hk/bitstream/10722/220011/1/Content.pdf?accept=1, truy cập lần cuối ngày 07/01/2021.

[13] Ngoài PSA, vấn đề thanh toán điện tử của Singapore còn chịu sự quản lý, điều chỉnh của Cơ quan tiền tệ Singapore (Monetary Authority of Singapore - MAS) thông qua nhiều văn bản dưới luật, điển hình như Nguyên tắc bảo vệ người tiêu dùng trong thanh toán điện tử (E-payments User Protection Guidelines - Nguyên tắc EUPG), Các yêu cầu về chống rửa tiền và chống tài trợ khủng bố (AML / CFT),…

[14] Phần 1 Phục lục 1 Đạo luật Dịch vụ thanh toán.

[15] Điều 6.2 Đạo luật Dịch vụ thanh toán.

[16] "Dịch vụ phát hành tài khoản" được định nghĩa bao gồm các dịch vụ phát hành tài khoản thanh toán cho bất kỳ người nào (Phần 3, danh mục 1). "Tài khoản thanh toán" được hiểu là bất kỳ tài khoản, thiết bị hoặc phương tiện nào ở dạng vật lý hoặc điện tử (Điều 2.1.) Dịch vụ ví điện tử cũng là hoạt động phát hành tài khoản thanh toán kỹ thuật số cho người dùng và được biểu hiện dưới dạng một tài khoản lưu trữ tiền điện tử, do vậy thuộc loại dịch vụ thanh toán trên.

[17] Điều 5.1 Đạo luật Dịch vụ thanh toán.

bình hàng ngày trong một năm dương lịch thì phải xin giấy phép tổ chức thanh toán lớn[18]. Nếu bên cung cấp dịch vụ thanh toán không xin giấy phép kinh doanh theo quy định sẽ bị phạt tiền hoặc phạt tù có thời hạn nhưng không quá 3 năm[19].

- Nghĩa vụ của tổ chức kinh doanh dịch vụ ví điện tử: Tổ chức kinh doanh dịch vụ có hai nghĩa vụ: bảo vệ người dùng và giải quyết các rủi ro qua thanh toán bằng ví điện tử.

+ Nghĩa vụ bảo vệ người dùng: Nhà cung cấp dịch vụ phải có trách nhiệm thông báo rõ ràng cho mọi tài khoản về nghĩa vụ của người tiêu dùng và của công ty mình; cung cấp thông báo về mọi giao dịch của người dùng (cập nhật ít nhất 24 giờ/lần, kèm theo thông báo qua SMS hoặc email). Đối với "tài khoản được bảo vệ"[20], nhằm mục đích báo cáo các giao dịch trái phép hay sai sót mọi thời điểm trong ngày cho người dùng, nhà cung cấp dịch vụ có trách nhiệm phải cấp thêm một kênh báo cáo (qua điện thoại, tin nhắn văn bản, email hoặc cổng thông tin trực tuyến).

+ Nghĩa vụ liên quan đến giải quyết rủi ro trong giao dịch qua ví điện tử: PSA không chỉ đặt ra các nghĩa vụ liên quan đến giải quyết rủi ro để bảo vệ người tiêu dùng, mà còn đặt ra các quy định hướng đến việc giải quyết các vấn đề khác trong các giao dịch thanh toán qua ví điện tử, đó là ngăn chặn rủi ro công nghệ và ngăn chặn rủi ro về rửa tiền và tài trợ cho khủng bố[21]. Với ngăn chặn rủi ro công nghệ, nhà cung cấp dịch vụ phải đảm bảo rằng có đủ quản trị rủi ro và thực hiện đủ các biện pháp kiểm soát trong các lĩnh vực như xác thực người dùng, xử lý an toàn khi dữ liệu bị mất, phát hiện và ngăn chặn tấn công dữ liệu qua mạng. Với ngăn chặn rủi ro rửa tiền và tài trợ khủng bố, nhà cung cấp phải đáp ứng được các yêu cầu về chống rửa tiền và chống tài trợ khủng bố như: Tiến hành xác thực khách hàng, giám sát các giao dịch, cung cấp dịch vụ có sàng lọc, báo cáo các giao dịch đáng ngờ và lưu giữ đầy đủ hồ sơ giao dịch.

- Đồng tiền sử dụng thanh toán trong ví điện tử: PSA công nhận cả tiền điện tử (electronic currencies) và tiền số hóa (cryptocurrencies)[22] là hợp pháp trong thanh toán nhưng chỉ có tiền điện tử được phép sử dụng trong dịch vụ phát hành thẻ thanh toán, bao gồm cả dịch vụ ví điện tử. PSA định nghĩa tiền điện tử là bất kỳ giá trị tiền tệ nào được lưu trữ điện tử: (i) có giá trị bằng một loại tiền tệ hoặc được tổ chức phát hành định giá bằng một loại tiền tệ; (ii) được trả trước để cho phép thực hiện giao dịch thanh toán thông qua tài khoản; (iii) được chấp nhận sử dụng bởi một người không phải tổ chức phát hành; (iv) đại diện cho một quyền truy đòi (nợ) đối với tổ chức phát hành[23].

- Hạn mức giao dịch qua ví điện tử: PSA quy định các tổ chức thanh toán được cấp

[18] Điều 6.5 Đạo luật Dịch vụ thanh toán.

[19] Điều 5.3 và Điều 6.15 Đạo luật Dịch vụ thanh toán.

[20] "Tài khoản được bảo vệ" là tài khoản có số dư trên 500 đô la Singapore.

[21] Frequently asked questions (FAQs) on the payment services act (PS Act) – Monetary Authority of Singapore, question 20, p.16, www.loc.gov, truy cập lần cuối ngày 04/01/2021.

[22] "Tiền số hóa" như bitcoin, không được phát hành bởi chính phủ hay một tổ chức tài chính, mà được vận hành dựa trên hệ thống các máy tính kết nối mạng internet ngang hàng. Về "tiền số hóa", hiện nay, trên thế giới có hai khuynh hướng: (i) cấm và coi "tiền số hóa là bất hợp pháp (Việt Nam, Trung Quốc, Thái Lan, Indonesia, Nga,…); (ii) có xu hướng tiến hành cấp phép cho "tiền số hóa" (Thụy Điển, Đức , Đan Mạch, Pháp, Hồng Kông, Hoa Kỳ,…).

[23] Điều 2 Luật Dịch vụ thanh toán.

phép cung cấp dịch vụ phát hành tài khoản phải: (i) hạn chế người dùng giữ hơn 5.000 đô la trong ví điện tử của họ; (ii) ngăn người dùng chuyển hơn 30.000 đô la trong vòng mỗi năm vào các tài khoản khác ngoài tài khoản ngân hàng được chỉ định trước đó của người dùng[24].

2.3. Indonesia

Ở Indonesia, các vấn đề pháp lý liên quan đến giao dịch thanh toán qua ví điện tử được điều chỉnh chủ yếu bởi hai văn bản do Ngân hàng trung ương Indonesia ban hành: Quy chế số 18/40/PBI/2016 về hoạt động xử lý giao dịch thanh toán năm 2016 (Quy chế số 18)[25] và Quy định số 20/6/PBI/2018 về tiền điện tử năm 2018 (Quy định số 20)[26]. Hai văn bản này điều chỉnh các vấn đề sau:

- Điều kiện thành lập và hoạt động của tổ chức kinh doanh dịch vụ ví điện tử: Theo Quy chế số 18, tổ chức kinh doanh dịch vụ ví điện tử có thể là ngân hàng hoặc công ty trách nhiệm hữu hạn không phải ngân hàng nhưng được cấp giấy phép cung cấp dịch vụ[27] và phải có (hoặc dự định có) ít nhất 300.000 người dùng[28]. Tuy nhiên, đối với các nhà cung cấp dịch vụ ví điện tử có dưới 300.000 người dùng chưa đáp ứng được yêu cầu để được Ngân hàng Trung ương Indonesia cấp giấy phép thì các công ty này sẽ vẫn được hoạt động nhưng phải thực hiện nghĩa vụ gửi báo cáo hoạt động thường xuyên cho Ngân hàng Trung ương Indonesia[29]. Thêm vào đó, theo một tổ chức phát hành chỉ có thể có quyền sở hữu cổ phần nước ngoài tối đa là 49%;[30]các tổ chức cung cấp dịch vụ ví điện tử nước ngoài, muốn tham gia vào thị trường ví điện tử ở Indonesia, phải hợp tác với một ngân hàng thương mại của Indonesia được phân loại là "Buku 4"[31].

- Đồng tiền sử dụng thanh toán trong ví điện tử: Indonesia cũng là quốc gia thừa nhận tiền điện tử là đồng tiền trong thanh

[24] Frequently asked questions (FAQs) on the payment services act (PS Act) - Monetary Authority of Singapore, question 46, p.28, www.loc.gov (Truy cập lần cuối ngày 04/01/2021).

[25] http://intr.insw.go.id/files/ecommerce/7.%20Regulation%20of%20BI%20No%2018.40.PBI.2016%20on%20Concerning%20the%20implementation%20of%20payment%20transaction.pdf, truy cập lần cuối ngày 05/5/2021.

[26] https://www.bi.go.id/en/publikasi/peraturan/Documents/PBI_200618_en.pdf, truy cập lần cuối ngày 05/5/2021.

[27] Điều 7 Quy chế về hoạt động xử lý giao dịch thanh toán.

[28] Điều 8 Quy chế về hoạt động xử lý giao dịch thanh toán.

[29] Điều 29 Quy chế về hoạt động xử lý giao dịch thanh toán.

[30] Ngoài ra, Ngân hàng Trung ương Indonesia còn được phép đặt ra số lượng sở hữu cổ phần nước ngoài trong các tổ chức phi ngân hàng thực hiện các hoạt động tiền điện tử dựa trên một số cân nhắc nhất định, ví dụ như cân nhắc về hồ sơ theo dõi của chính công ty và/hoặc cổ đông của nó hay công nghệ được sử dụng và phạm vi sử dụng tiền điện tử. Yêu cầu này được đặt ra là bởi hiện nay, có khá nhiều nhà cung ứng ví điện tử nước ngoài đã thể hiện sự quan tâm đến thị trường thanh toán kỹ thuật số Indonesia chẳng hạn như Alipay, WeChatPay, WhatsApp Pay,….

[31] Hiện tại có bảy ngân hàng ở Indonesia được phân loại là "BUKU 4": BNI, Mandiri, BRI, BCA, CIMB Niaga, Bank Danamon và Bank Panin cho ví điện tử xuyên biên giới thông qua Ngân hàng Trung ương Indonesia. WeChat Pay đang hợp tác với CIMB Niaga và vào đầu tháng 01/2020 đã nhận được giấy phép sơ bộ từ Ngân hàng Trung ương Indonesia để hoạt động tại Indonesia. CIMB Niaga sẽ đóng vai trò quản lý và chịu trách nhiệm trước pháp luật Indonesia về các giao dịch được thực hiện qua nền tảng ví điện tử quốc tế. AliPay được thiết lập để hợp tác với Bank of Mandiri và BRI nhưng vẫn chưa nhận được sự chấp thuận của Bank of Indonesia. Samsung Electronics Indonesia đã hợp tác với ví điện tử Dana và GoPay để cung cấp SamsungPay, một ứng dụng sẽ tích hợp hai dịch vụ Ví điện tử. Nền tảng này sẽ cải thiện trải nghiệm của khách hàng bằng cách cung cấp khả năng truy cập dễ dàng vào các ứng dụng thanh toán kỹ thuật số thông qua SamsungPay.

toán bằng ví điện tử[32]. Các tính năng của tiền điện tử có thể được cung cấp bởi các tổ chức phát hành theo Quy định số 20 có thể ở dạng: (a) nạp tiền; (b) giao dịch thanh toán mua sắm; và / hoặc (c) thanh toán hóa đơn. Ngoài ra, tổ chức phát hành cũng có thể cung cấp các loại tính năng khác như chuyển tiền và rút tiền, đối với tiền điện tử vòng mở đã đăng ký; và/hoặc các tính năng được Ngân hàng Trung ương đồng ý. Ngoài các tính năng, tiền điện tử được phát hành trên lãnh thổ Indonesia phải sử dụng đồng Rupiah Indonesia. Các nhà cung cấp bị cấm chấp nhận, sử dụng, liên quan và/hoặc tiến hành xử lý giao dịch thanh toán tiền điện tử bằng tiền ảo.

- *Hạn mức giao dịch qua ví điện tử:* Trước đây, trong các văn bản chính thức của Ngân hàng Trung ương Indonesia vẫn chưa quy định mức cụ thể đối với số dư tối đa trong ví điện tử. Quy định số 20 đã chính thức giới hạn tối đa của ví điện tử là 10 triệu Rp và giới hạn giao dịch trong vòng 1 tháng không được vượt quá 20 triệu Rp.

- *Quyền và nghĩa vụ của người sử dụng ví điện tử:* Pháp luật Indonesia không chỉ đưa ra những quy định đối với nhà cung cấp dịch vụ, mà còn đưa ra cả các quy định liên quan đến người sử dụng. Trước hết, theo Quy định số 18, người sử dụng được xác định là những người: (i) giao dịch thường xuyên bằng ví điện tử hoặc (ii) giao dịch bằng ví điện tử ít nhất một lần trong một tháng. Người dùng dịch vụ sẽ được đảm bảo quyền lợi khi nhà cung cấp ví điện tử hoàn thành đầy đủ nghĩa vụ của mình trong việc bảo đảm quản lý các giao dịch diễn ra một cách an toàn trơn tru, bảo mật thông tin khách hàng, không được dùng thông tin vào sai mục đích. Đặc biệt, người dùng có quyền yêu cầu hoàn trả số tiền giao dịch khi đó nhà cung cấp sẽ phải hoàn tiền ngay cho người dùng ví điện tử khi có yêu cầu hoàn lại tiền[33]. Đồng thời, người dùng cũng phải có nghĩa vụ cung cấp đầy đủ và đúng thông tin để tiến hành giao dịch.

- *Việc xử lý các hành vi vi phạm của tổ chức kinh doanh dịch vụ ví điện tử:* Nhà cung ứng dịch vụ thanh toán mà vi phạm các quy định trong các văn bản nêu trên sẽ bị xử phạt dưới những hình thức: (a) cảnh cáo bằng lời nói; (b) tiền phạt; (c) tạm thời đóng băng một phần hoặc tất cả các hoạt động tiền điện tử và / hoặc các hoạt động dịch vụ hệ thống thanh toán khác; và / hoặc (d) thu hồi giấy phép cung ứng dịch vụ thanh toán[34].

3. Những gợi mở cho Việt Nam trong việc hoàn thiện các quy định của pháp luật về thanh toán qua ví điện tử

Ở Việt Nam hiện nay, ví điện tử đang ngày càng phát triển với lượng người dùng đông đảo và là một thị trường tiềm

[32] Năm 2009, Ngân hàng Trung ương Indonesia đã ban hành 11/12/PBI/2009 điều chỉnh tiền điện tử (Electronic Money, e-money) công nhận chính tiền điện tử là một công cụ thanh toán hợp pháp, sau đó được sửa đổi, bổ sung trong văn bản 18/17/PBI/2016. Đến năm 2018, Ngân hàng Trung ương Indonesia đã ban hành quy định số 20/6/PBI/2018 thay thế cho văn bản năm 2009 về tiền điện tử trong đó quy định chi tiết điều chỉnh riêng về lĩnh vực tiền điện tử.

[33] Điều 21 Quy định số 18/40/PBI/2016 liên quan đến việc thực hiện xử lý giao dịch thanh toán.

[34] Ngoài ra, trong Quy định số 18 còn quy định thêm rằng ngoài việc áp dụng các biện pháp trừng phạt như đã nêu tại Điều 35, Ngân hàng Trung ương Indonesia còn có thể yêu cầu nhà cung cấp tiến hành hoặc không tiến hành bất cứ điều gì, đình chỉ một phần hoặc tất cả các hoạt động của dịch vụ hệ thống thanh toán, hủy bỏ hoặc thu hồi giấy phép hoặc phê duyệt đã cấp cho nhà cung cấp dịch vụ trong một số trường hợp.

năng đối với các nhà đầu tư quan tâm đến lĩnh vực này[35]. Bên cạnh đó, Việt Nam cũng đã và đang trong quá trình xây dựng và hoàn thiện các quy định của pháp luật về thanh toán qua ví điện tử. Vì vậy, việc vận dụng kinh nghiệm pháp luật của các nước trong hoàn thiện các quy định của pháp luật về ví điện tử ở nước ta là rất cần thiết. Thông qua những nghiên cứu trên đây, các tác giả rút ra một số gợi mở cho Việt Nam như sau:

Thứ nhất, những gợi mở liên quan đến quy định về ví điện tử và tiền điện tử

Nghị định số 101/2012/NĐ-CP ngày 22/11/2012 của Chính phủ về thanh toán không dùng tiền mặt, được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 80/2016/NĐ-CP ngày 1/7/2016 (Nghị định số 101); Thông tư số 39/2014/TT-NHNN ngày 11/12/2014 của Ngân hàng nhà nước Hướng dẫn về dịch vụ trung gian thanh toán, được sửa đổi, bổ sung bởi Thông tư số 23/2019/TT-NHNN ngày 22/11/2019 (Thông tư số 39) là những văn bản điều chỉnh dịch vụ thanh toán qua ví điện tử. Tuy nhiên, các văn bản này không đề cập đến khái niệm tiền điện tử như là đồng tiền thanh toán trong ví điện tử. Mặc dù hiện nay, "tiền điện tử" đã dần trở nên phổ biến, nhưng lại chỉ có số ít người hiểu rõ và phân biệt được tiền điện tử với các loại tiền kỹ thuật số khác. Điều này dễ dẫn đến việc người dùng đánh giá sai lệch hoặc có cách hiểu không thống nhất với nhau, gây ra trở ngại cho các bên trong việc sử dụng ví điện tử để thanh toán. Từ kinh nghiệm của Singapore và Indonesia, Việt Nam cần bổ sung quy định về tiền điện tử trong các văn bản pháp luật điều chỉnh thanh toán không dùng tiền mặt.

Thứ hai, những gợi mở liên quan đến quy định về điều kiện thành lập và hoạt động của tổ chức kinh doanh dịch vụ ví điện tử

Ở Việt Nam, theo quy định hiện hành, điều kiện tiên quyết để trở thành nhà cung ứng dịch vụ ví điện tử - phải là một tổ chức cung ứng dịch vụ trung gian thanh toán. Tổ chức này có thể là ngân hàng hoặc không phải ngân hàng nhưng phải được Ngân hàng Nhà nước cấp giấy phép hoạt động trong lĩnh vực cung ứng dịch vụ trung gian thanh toán[36]. Bên cạnh đó, đối với tổ chức không phải là ngân hàng, phải đáp ứng thêm các điều kiện khác như: phải có giấy phép thành lập hoặc giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp do cơ quan nhà nước có thẩm quyền cung cấp; có phương án kinh doanh dịch vụ trung gian thanh toán được phê duyệt theo đúng quy định về thẩm quyền đầu tư tại điều lệ hoạt động của tổ chức; có vốn điều lệ

[35] Theo số liệu của Ngân hàng Nhà nước tính đến năm 2020, bên cạnh hệ thống các ngân hàng thương mại, Việt Nam có khoảng 37 tổ chức không phải ngân hàng được cấp phép cung ứng dịch vụ trung gian thanh toán thì có tới 34 nhà cung cấp dịch vụ thanh toán bằng ví điện tử, có thể kể đến các tên tuổi nổi tiếng như Momo, Samsung Pay, VTC Pay, Bankplus, Payoo, ZaloPay, 1Pay, Bảo Kim, Vimo, Mobivi, eDong, Ví FPT, eMonkey, Pay365, TopPay, Ngân Lượng, AirPay,… Sự sôi động và hấp dẫn của thị trường ví điện tử cũng đã thu hút không chỉ các công ty công nghệ mà còn cả các ngân hàng thương mại, buộc các ngân hàng đã quen với lối thanh toán truyền thống phải có sự chủ động tham gia vào thị trường này. Một số ngân hàng đã phát triển hệ thống thanh toán ví điện tử của mình như VPBank với Timo, LienVietPostBank với Ví Việt. Trong báo cáo của mình, IDC cũng đã đưa ra dự báo rằng ví điện tử ở Việt Nam sẽ tăng trưởng nhanh so với các quốc gia trong khu vực (IDC (04/2020), *Asia in a new era of digital payment,* An IDC Whitepaper, https://assets.website-files.com/5c6283f39ea6205dee7cf941/5e9ec6f7e2658e58395ff5e2_NTT_IDC%20Data%20Whitepaper_Asia%20in%20a%20New%20Era%20of%20Digital%20Payments%5B294%5D.pdf, truy cập lần cuối ngày 25/01/2021).

[36] Khoản 4 Điều 4 số Nghị định 101.

tối thiểu là 50 tỷ đồng; đáp ứng được các điều kiện về nhân sự, cơ sở vật chất, hạ tầng kỹ thuật[37]. So với quy định pháp luật Trung Quốc, Indonesia, các quy định của Việt Nam có nhiều điểm tương đồng về số vốn, về điều kiện cơ sở vật chất, kỹ thuật. Tuy nhiên, trên thực tế, nhiều công ty kinh doanh dịch vụ ví điện tử không hoạt động hiệu quả. Điều này gây nhiều khó khăn cho người dùng trong việc lựa chọn ví điện tử để sử dụng vì không thể nắm bắt được ví nào đáng tin cậy ví nào không. Bên cạnh đó, các cơ quan có thẩm quyền cũng khó khăn trong việc kiểm soát, giám sát những tổ chức kinh doanh dịch vụ này. Để khắc phục hạn chế này, Việt Nam có thể áp dụng kinh nghiệm của Trung Quốc đặt ra giấy phép PSL để có thể liên tục kiểm soát được quá trình hoạt động của các công ty cung cấp dịch vụ ví điện tử, cũng như kiểm soát được liệu công ty đó có đi vào hoạt động cung cấp dịch vụ ví điện tử trên thực tế hay không.

Thứ ba, những gợi mở liên quan đến quy định về quyền và nghĩa vụ của các bên trong quan hệ dịch vụ ví điện tử

Nghĩa vụ của tổ chức kinh doanh dịch vụ thanh toán qua ví điện tử được quy định khá đầy đủ tại Thông tư số 39. Nhà cung ứng dịch vụ ví điện tử không chỉ có nghĩa vụ đối với khách hàng, người dùng ví, mà còn có nghĩa vụ đối với các ngân hàng. Ngoài ra, đối với vấn đề bảo mật thông tin, nhà cung cấp dịch vụ ví điện tử còn phải đảm bảo thực hiện đúng các nghĩa vụ được quy định trong Luật An toàn thông tin mạng năm 2015, Luật Giao dịch điện tử năm 2005, Nghị định số 101. Tuy nhiên, những văn bản này chưa trù liệu đến nghĩa vụ của tổ chức cung ứng dịch vụ trong việc xử lý các tình huống rủi ro liên quan đến kỹ thuật, công nghệ, mạng hay các giao dịch có yếu tố lỗi[38]. Trong khi đó, việc tiến hành các giao dịch dựa trên nền tảng Internet như ví điện tử thì quy định này là vô cùng cần thiết. Vận dụng kinh nghiệm của Singapore, Việt nam cần bổ sung quy định về nghĩa vụ của tổ chức cung ứng dịch vụ trong việc điều hành hệ thống, sớm phát hiện và giải quyết vấn đề cũng như đảm bảo quyền lợi của chính nhà cung cấp ví điện tử và người tiêu dùng.

Thứ tư, những gợi mở liên quan đến quy định về hạn mức giao dịch trong ví điện tử

Hiện nay, trong bối cảnh ví điện tử đang ngày càng phát triển tại thị trường Việt Nam, số lượng người dùng cũng như giá trị giao dịch ngày càng tăng cao[39] thì quy định hiện hành thay đổi từ hạn mức giao dịch ngày sang hạn mức giao dịch tháng là 100 triệu đồng/tháng[40] là thực sự hợp lý. Mặt khác, quy định này sẽ gây khó khăn cho người dùng, cản trở cho việc ví điện tử tiếp cận đến nhu cầu thực tiễn của khách hàng cũng như gây cản trở khả năng phát triển của loại hình dịch vụ thanh toán này. Trên cơ sở kinh nghiệm của Trung Quốc, Indonesia, Việt Nam có thể cân nhắc lựa chọn sửa đổi quy định này theo hướng kết hợp giữa việc xác thực người dùng và hạn mức ví hoặc hạn mức giao dịch ■

[37] Khoản 2 Điều 15 Nghị định số 101.

[38] Liên quan đến vấn đề phòng, chống rửa tiền thì hiện nay, đối tượng báo cáo trong quy định của Luật Phòng, chống rửa tiền năm 2012 không bao gồm tổ chức cung ứng dịch vụ trung gian thanh toán, tức là cũng không bao gồm bên cung ứng dịch vụ ví điện tử.

[39] Theo báo cáo của Ngân hàng Nhà nước Việt Nam quý I/2020 thì hết quý I/2020, Việt Nam đã có khoảng 13 triệu tài khoản ví điện tử được kích hoạch, sử dụng với tổng số dư ví vào khoảng 1,36 nghìn tỷ đồng; khoảng 225,6 triệu giao dịch được thực hiện thông qua ví điện tử với giá trị lên tới 77,7 nghìn tỷ đồng.

[40] Theo điểm c Khoản 6 Điều 9 Thông tư số 39.

ĐỔI MỚI TỔ CHỨC CƠ QUAN CHUYÊN MÔN THUỘC ỦY BAN NHÂN DÂN TRONG MÔ HÌNH CHÍNH QUYỀN THÀNH PHỐ THỦ ĐỨC THUỘC THÀNH PHỐ HỒ CHÍ MINH

Phan Nguyễn Phương Thảo*

**ThS. Khoa Luật Hành chính - Nhà nước, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh*

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Cơ quan chuyên môn thuộc UBND, thành phố Thủ Đức, Thành phố Hồ Chí Minh.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 21/01/2021
Biên tập : 22/02/2021
Duyệt bài : 25/02/2021

Tóm tắt:

Việc thành lập Thành phố Thủ Đức thuộc Thành phố Hồ Chí Minh là yêu cầu cần thiết giúp "giãn dân giảm áp lực cho khu vực trung tâm đô thị, giúp tinh gọn bộ máy, hình thành "hạt nhân", một "cực" tăng trưởng kinh tế, phát huy thế mạnh tổng hợp của ba quận gồm quận 2, quận 9 và quận Thủ Đức. Cơ quan chuyên môn thuộc Ủy ban nhân dân (UBND) thành phố Thủ Đức phải được tổ chức phù hợp với đặc thù, điều kiện tự nhiên, dân số, tình hình phát triển kinh tế - xã hội của Thành phố. Trong phạm vi bài viết này, tác giả trình bày, phân tích thực trạng tổ chức cơ quan chuyên môn thuộc UBND thành phố Thủ Đức thuộc Thành phố Hồ Chí Minh và bàn về hướng đổi mới tổ chức cơ quan chuyên môn thuộc UBND trong mô hình chính quyền thành phố Thủ Đức thuộc Thành phố Hồ Chí Minh.

Article Infomation:

Keywords: Specialized agency under People's Committee, Thu Duc city, Ho Chi Minh City.

Article History:

Received : 21 Jan. 2021
Edited : 22 Feb. 2021
Approved : 25 Feb. 2021

Abstract:

The establishment of Thu Duc city in Ho Chi Minh City is an essential requirement to reduce the population density as well as reduce pressure on the urban center, it is also a significant factor for streamlining the government system, establishing an economic developing "center", or in another word, an economic developing "pole" of the City, and ultimately promoting the combined strengths of former District 2, District 9 and Thu Duc. Within the scope of this article, the author makes discussions and analysis of the actual situation of the organization of specialized agencies under the People's Committee of Thu Duc city in Ho Chi Minh City and discusses the direction of reforming the organization of specialized agencies under the People's Committee in the model. Government image of Thu Duc city in Ho Chi Minh City.

Theo Nghị quyết số 111/NQ-UBTVQH14 ngày 09/12/2020 của Ủy ban thường vụ Quốc hội (UBTVQH), thành phố Thủ Đức được thành lập trên cơ sở sáp nhập ba quận ở phía Đông Thành phố Hồ Chí Minh (TP. HCM) gồm quận 2, quận 9 và quận Thủ Đức. Việc thành lập Thành phố thuộc Thành phố trực thuộc trung ương chưa có tiền lệ ở nước ta, TP. HCM là địa phương đầu tiên của cả nước có mô hình Thành phố thuộc Thành phố trực thuộc trung ương. Việc sáp nhập ba quận để thành lập thành phố Thủ Đức phù hợp với yêu cầu thực tiễn, góp phần tinh gọn bộ máy, tinh giản biên chế phù hợp với chủ trương của Đảng và Nhà nước trong giai đoạn hiện nay.

Mục tiêu của việc thành lập thành phố Thủ Đức là nhằm phát triển nơi này trở thành khu đô thị sáng tạo, tương tác cao, hình thành "hạt nhân", một "cực" tăng trưởng mới, thúc đẩy kinh tế TP. HCM và vùng kinh tế trọng điểm phía Nam trong bối cảnh Cách mạng công nghiệp lần thứ tư phát triển mạnh mẽ. Với kỳ vọng nơi đây sẽ đóng góp 1/3 tổng sản phẩm trên địa bàn (GRDP) của thành phố, tương đương khoảng 7% tổng sản phẩm nội địa (GDP) cả nước[1]. Đô thị sáng tạo là một ý tưởng tổ chức đô thị mới xuất hiện trong những năm gần đây, trước tiên từ những thảo luận trong giới nghiên cứu chính sách tại Hoa Kỳ. Khu đô thị sáng tạo là những khu vực địa lý (trong đó) bao gồm các trường - viện hàng đầu cùng với các doanh nghiệp kết nối với các khởi nghiệp, các vườn ươm và tăng tốc khởi nghiệp. Những khu đô thị này thường có quy mô nhỏ, giao thông thuận tiện với cơ sở hạ tầng kết nối hiện đại cung cấp không gian văn phòng, nhà ở, lẫn mua sắm[2]. Nơi đây sẽ hội tụ các ngành nghề khác nhau, hướng tới mục tiêu tăng cường các tương tác đa ngành.

Việc sáp nhập ba quận gồm quận 2, quận 9 và quận Thủ Đức thành thành phố Thủ Đức sẽ mang lại nhiều cơ hội nhưng kèm với đó là các thách thức, do vậy cần được xem xét kỹ để tránh tình trạng không có sự khác biệt với mô hình các quận, huyện, gây lãng phí.

1. Thực trạng tổ chức cơ quan chuyên môn thuộc Ủy ban nhân dân thành phố Thủ Đức thuộc Thành phố Hồ Chí Minh

Nghị quyết số 111/NQ-UBTVQH14 ngày 09/12/2010 có hiệu lực thi hành từ ngày 01/01/2021[3]. Ngày 22/01/2021, Hội đồng nhân dân (HĐND) thành phố Thủ Đức trực thuộc TP. HCM khai mạc kỳ họp để bầu các chức danh Chủ tịch, Phó Chủ tịch HĐND, UBND thành phố Thủ Đức; đồng thời chính thức kết thúc nhiệm vụ, quyền hạn của bộ máy các UBND quận 2, quận 9 và quận Thủ Đức. Ngay khi các chức danh lãnh đạo được sắp xếp, hoạt động của thành phố Thủ Đức bắt đầu tính từ ngày 22/01/2021, với con dấu riêng cho các cơ quan, đơn vị và các phường trên địa bàn.

Nhằm tạo cơ sở pháp lý cho việc tổ chức cơ quan chuyên môn thuộc UBND thành phố thuộc TP. HCM, ngày 29/3/2021 Chính phủ ban hành Nghị định số 33/2021/NĐ-CP (Nghị định số 33) ngày 29/3/2021 quy định chi tiết và biện pháp thi hành Nghị quyết số 131/2020/QH14 ngày 16/11/2020 của Quốc hội về tổ chức chính quyền đô thị tại TP. HCM (Nghị quyết số 131). Nghị định số 33 quy định số lượng, tên gọi các cơ quan chuyên môn thuộc UBND thành phố thuộc TP. HCM là cần thiết, kịp thời đáp ứng yêu cầu tổ chức của chính quyền đô thị TP. HCM.

Theo quy định của khoản 1 Điều 15 Nghị định số 33, UBND thành phố thuộc TP. HCM có các cơ quan chuyên môn sau:

[1] Đề án thành lập thành phố Thủ Đức, tr.5.

[2] Nguyễn Đăng Sơn, *Hiểu thế nào cho đúng về khu đô thị sáng tạo - Thành phố Thủ Đức*, https://tuoitre.vn/hieu-the-nao-cho-dung-ve-khu-do-thi-sang-tao-thanh-pho-thu-duc-20200924114337909.htm, truy cập ngày 16/10/2020.

[3] Điều 5 Nghị quyết số 111/NQ-UBTVQH14 ngày 09/12/2010.

Văn phòng HĐND và UBND, Phòng Nội vụ, Phòng Tư pháp, Phòng Tài chính - Kế hoạch, Phòng Lao động - Thương binh và Xã hội, Phòng Văn hóa và Thông tin, Phòng Quản lý đô thị, Phòng Tài nguyên và Môi trường, Phòng Giáo dục và Đào tạo, Thanh tra quận, Phòng Kinh tế, Phòng Y tế, Phòng Khoa học và Công nghệ. Như vậy, trong cơ cấu các phòng chuyên môn thuộc UBND thành phố thuộc TP. HCM, ngoài 10 phòng được tổ chức thống nhất ở các đơn vị hành chính cấp huyện, 02 phòng được thành lập ở các quận là Phòng Kinh tế, Phòng Quản lý đô thị, có thêm 01 phòng đặc thù là Phòng Khoa học và Công nghệ.

Việc có thêm một Phòng chuyên môn là Phòng Khoa học và Công nghệ thuộc UBND thành phố Thủ Đức là rất cần thiết và phù hợp với mục tiêu xây dựng khu đô thị sáng tạo. Bên cạnh đó, Nghị định số 33 không quy định cụ thể nhiệm vụ, quyền hạn của các cơ quan chuyên môn thuộc UBND thành phố thuộc TP. HCM, mà giao cho HĐND, UBND thành phố Thủ Đức thuộc TP. HCM quyết định trên cơ sở đề nghị của UBND thành phố thuộc TP. HCM. Quy định này phù hợp với nguyên tắc phân định thẩm quyền của chính quyền địa phương. Thực tế cho thấy, kể từ ngày 22/01/2021 các cơ quan chuyên môn thuộc UNBD thành phố Thủ Đức thuộc TP. HCM được tổ chức lại theo hướng sắp xếp, sáp nhập một cách cơ học 12 Phòng chuyên môn thuộc UBND của ba quận gồm quận 2, quận 9 và quận Thủ Đức trước đây.

Về hoạt động, thành phố Thủ Đức được thành lập có phạm vi đơn vị hành chính thuộc quyền và nguồn lực dân cư tăng lên đáng kể. Do vậy, khối lượng công việc mà các cơ quan nhà nước nói chung và các cơ quan chuyên môn thuộc UBND đảm nhiệm sẽ tăng lên đáng kể. Do đó, hoạt động của các cơ quan này cũng có những xáo trộn, khó khăn nhất định. Ví dụ, tháng 01/2021, Sở Xây dựng TP. HCM thành lập Đội Thanh tra địa bàn thành phố Thủ Đức trực thuộc Thanh tra Sở Xây dựng (trên cơ sở sáp nhập Đội Thanh tra địa bàn quận 2, quận 9 và quận Thủ Đức) để thực hiện quản lý trật tự xây dựng trên địa bàn thành phố Thủ Đức[4]. Đội thanh tra địa bàn thành phố Thủ Đức có 115 thành viên, trong đó có 01 Đội trưởng (do Phó Giám đốc Sở Xây dựng Thành phố Hồ Chí Minh kiêm nhiệm), 06 Đội phó. Trong khi đó, tháng 01/2021 UBND thành phố Thủ Đức thành lập Đội Quản lý trật tự đô thị thuộc Phòng Quản lý đô thị thuộc UBND thành phố Thủ Đức. Đội được thành lập từ trên cơ sở sáp nhập nhân sự của Đội Quản lý trật tự đô thị thuộc Phòng Quản lý đô thị quận 2, quận 9 và quận Thủ Đức. Bên cạnh đó, thực tế cho thấy, các cơ quan nhà nước nói chung và các cơ quan chuyên môn thuộc UBND thành phố Thủ Đức nói riêng có hệ thống tổ chức riêng, hoạt động tương đối độc lập với hệ thống tổ chức của Đảng. Điều này dẫn tới hiện giữa một số cơ quan trong hệ thống tổ chức Đảng với cơ quan bên chính quyền (Ban Tổ chức cấp ủy với Phòng Nội vụ, Ủy ban Kiểm tra cấp ủy với Thanh tra quận, Văn phòng cấp ủy với Văn phòng HĐND và UBND) có chức năng, nhiệm vụ gần giống nhau. Từ thực tế đó, nếu

[4] Từ năm 2013, Chính phủ ban hành Nghị định số 26/2013/NĐ-CP quy định Thanh tra xây dựng chỉ tổ chức 02 cấp là Thanh tra Bộ và Thanh tra Sở. Theo đó, toàn bộ Thanh tra xây dựng tại Thành phố đưa về Sở Xây dựng quản lý với 22 Đội Thanh tra địa bàn đặt tại 22 quận, huyện, thành phố trực thuộc Thanh tra Sở Xây dựng.

không có cơ chế phối hợp chặt chẽ giữa công tác tổ chức với công tác nội vụ, công tác kiểm tra của Đảng với công tác thanh tra của chính quyền sẽ dẫn đến tình trạng thiếu thống nhất, chồng chéo, giải quyết vụ việc không kịp thời.

2. Hướng đổi mới tổ chức cơ quan chuyên môn thuộc Ủy ban nhân dân trong mô hình chính quyền thành phố Thủ Đức thuộc Thành phố Hồ Chí Minh

Thành phố Thủ Đức được thành lập có diện tích và quy mô dân số rất lớn so với chuẩn quy định (hơn 211.56 km², đạt tỷ lệ 141%; hơn 1.013.795 người, đạt tỷ lệ 675%[5]), với 34 phường (giảm 2 phường so trước sáp nhập). Do đó, nếu không đi kèm với việc phân cấp, ủy quyền đủ mạnh và cơ chế, chính sách thực sự thu hút sẽ không phát huy tác dụng[6]. Trước khi sáp nhập, các cơ quan hành chính quận 2, quận 9, quận Thủ Đức quản lý địa bàn có diện tích, dân số nhất định (quận 2: diện tích 49.79 km², dân số 171.311 người, quận 9: diện tích: 113.97 km², dân số: 310.107 người, quận Thủ Đức: 47.80 km², dân số: 532.377 người[7]), khi thành phố Thủ Đức được thành lập với diện tích rộng và một nguồn lực dân cư tăng lên đáng kể đòi hỏi việc tổ chức cơ quan hành chính nhà nước phải đổi mới phù hợp, đáp ứng được yêu cầu, định hướng phát triển. Vì vậy, trong thời gian tới thành phố Thủ Đức cần nhanh chóng kiện toàn tổ chức của 13 phòng chuyên môn. UBND Thành phố HCM cần khẩn trương trình HĐND thành phố ban hành Nghị quyết về chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn các cơ quan chuyên môn của UBND thành phố Thủ Đức, tạo cơ sở pháp lý đồng bộ, thống nhất cho hoạt động của các cơ quan chuyên môn nói riêng, UBND thành phố Thủ Đức nói chung.

Ngoài 13 phòng chuyên môn nêu trên, UBND thành phố Thủ Đức nên thành lập thêm Đội Quản lý trật tự xây dựng đô thị trực thuộc. Điều này bảo đảm nguyên tắc việc tổ chức cơ quan chuyên môn thuộc UBND thành phố Thủ Đức sẽ vừa áp dụng mô hình tổ chức thống nhất trên phạm vi cả nước, vừa tính đến yếu tố đặc thù về kinh tế, xã hội của địa phương, phù hợp với loại hình đơn vị hành chính đô thị và điều kiện tự nhiên, dân số, tình hình phát triển kinh tế - xã hội. Bởi lẽ, theo báo cáo của Sở Xây dựng TP. HCM, 06 tháng đầu năm 2019 xảy ra 1.550 trường hợp vi phạm trật tự xây dựng. Trong đó, quận Thủ Đức đứng đầu về vi phạm trật tự xây dựng với 144 vụ, tiếp theo là quận 9 có 111 vụ, quận 12 có 100 vụ, quận 2 có 59 vụ…[8]. Đặc biệt, thành phố Thủ Đức được hình thành các dự án bất động sản sẽ tăng, chính quyền thành phố Thủ Đức cần thực hiện theo quy hoạch được phê duyệt, kiên quyết không để xảy ra

[5] Khoản 1 Điều 1 Nghị quyết số 111/NQ-UBTVQH14 ngày 09/12/2020 về việc sắp xếp các đơn vị hành chính cấp huyện, cấp xã và thành lập thành phố Thủ Đức thuộc Thành phố Hồ Chí Minh.

[6] https://vnexpress.net/chu-tich-tp-hcm-hoc-kinh-nghiem-nuoc-ngoai-cho-thanh-pho-phia-dong 4122371.html, truy cập ngày 16/10/2020.

[7] Khoản 1 Điều 1 Nghị quyết số 111/NQ-UBTVQH14 ngày 09/12/2020 về việc sắp xếp các đơn vị hành chính cấp huyện, cấp xã và thành lập thành phố Thủ Đức thuộc Thành phố Hồ Chí Minh.

[8] https://thanhnien.vn/thoi-su/quan-thu-duc-dau-bang-xay-dung-khong-phep-sai-phep-1158637.html, truy cập ngày 18/11/2020.

vi phạm trật tự xây dựng đô thị. Đội Quản lý trật tự xây dựng đô thị thuộc UBND thành phố được thành lập nhằm tham mưu, giúp UBND thực thi các quy định của pháp luật trong lĩnh vực trật tự xây dựng đô thị góp phần khắc phục tình trạng xây dựng không phép, trái phép. Đội Quản lý trật tự xây dựng đô thị thuộc UBND thành phố sẽ được thành lập trên cơ sở sáp nhập các Đội Thanh tra của thành phố Thủ Đức thuộc Thanh tra Sở Xây dựng và Đội Quản lý trật tự đô thị thuộc Phòng Quản lý đô thị của UBND thành phố. Đội sẽ tiếp nhận, bàn giao số lượng công chức, người lao động, cơ sở vật chất, trang thiết bị của hai đơn vị trên nên sẽ bảo đảm không tăng biên chế công chức. Việc thành lập Đội Quản lý trật tự xây dựng đô thị nhằm quán triệt nguyên tắc cơ quan nào cấp phép xây dựng[9] thì cơ quan đó sẽ quản lý sau cấp phép, khắc phục những bất cập đã và đang tồn tại trong công tác quản lý trật tự xây dựng đô thị thời gian qua. Mô hình Đội Quản lý trật tự xây dựng đô thị rất cần thiết đối với hai thành phố lớn là thành phố Hà Nội và TP. HCM. Đội Quản lý trật tự xây dựng đô thị đã được triển khai thí điểm tại thành phố Hà Nội trong 02 năm (từ ngày 10/8/2018 đến ngày 10/8/2020) theo Quyết định số 26/2018/QĐ-TTg ngày 22/6/2018 thí điểm thành lập Đội Quản lý trật tự xây dựng đô thị trực thuộc UBND quận, huyện, thị xã tại thành phố Hà Nội. Với những kết quả đạt được đặc biệt là trong việc giảm đáng kể số lượng các công trình xây dựng không phép, trái phép, nên hiện UBND thành phố Hà Nội đang kiến nghị Thủ tướng Chính phủ cho phép thành phố Hà Nội tiếp tục thực hiện mô hình thí điểm trên trong 03 năm tiếp theo (đến ngày 10/8/2023).

Bên cạnh đó, khi sáp nhập ba quận cũng cần xem xét đến việc bố trí, sắp xếp các chức danh lãnh đạo, quản lý, đội ngũ công chức, người lao động tại các Phòng chuyên môn. Phương án bố trí, sắp xếp nhân sự cần phải phù hợp và bảo đảm quyền lợi và tránh tâm lý hoang mang, bất ổn, bảo đảm việc sắp xếp nhân sự công khai, minh bạch. Theo Sở Nội vụ Thành phố Hồ Chí Minh, tổng số cán bộ, công chức, viên chức ba quận được giao năm 2020 là 1.221 người; số có mặt đến ngày 30/6/2020 là 1.127 người. Sau khi nhập ba quận, 882 người dự kiến được bố trí ở thành phố mới, 399 người bị dôi dư[10]. Theo đó, Sở Nội Vụ đưa ra phương án tham mưu UBND Thành phố Hồ Chí Minh gửi Chính phủ để trình Ủy ban thường vụ Quốc hội xem xét, thông qua về bố trí, sắp xếp nhân sự của UBND thành phố Thủ Đức như sau: nhân sự UBND thành phố Thủ Đức năm 2021 là 657 người, gồm: một Chủ tịch, ba Phó chủ tịch và thủ trưởng các đơn vị: Văn phòng HĐND và UBND, Nội vụ, Tư pháp, Tài chính - Kế hoạch, Tài nguyên - Môi trường, Lao động Thương binh và

[9] Theo khoản 3 Điều 103 Luật Xây dựng năm 2014, Ủy ban nhân dân cấp huyện cấp giấy phép xây dựng đối với các công trình, nhà ở riêng lẻ... Ủy ban nhân dân quận, huyện thuộc Thành phố Hồ Chí Minh 1 năm cấp khoảng 55.000 đến 60.000 giấy phép xây dựng, trong đó chủ yếu là nhà ở riêng lẻ. Sở xây dựng mỗi năm cấp khoảng 300 giấy phép xây dựng.

[10] Trần Xuân Tình, *Thành phố Hồ Chí Minh: gấp rút sắp xếp, tổ chức bộ máy thành phố Thủ Đức*, https://ttbc-hcm.gov.vn/tpho-chi-minh-gap-rut-sap-xep-to-chuc-bo-may-thanh-pho-thu-duc-14293.html, truy cập ngày 26/4/2021. 0.

Xã hội, Văn hóa Thông tin, Giáo dục và Đào tạo, Y tế, Quản lý đô thị, Kinh tế, Thanh tra. Sau năm 2025, nhân sự của khối này giảm còn 459 người[11]. Đối với 399 người dôi dư, để bảo đảm quyền lợi người lao động, Thành phố Hồ Chí Minh có phương án trước mắt trong năm 2021, TP. Hồ Chí Minh sẽ sắp xếp, bố trí 66 cán bộ, công chức và 26 viên chức, người lao động tại các cơ quan, tổ chức, đơn vị thuộc quận; điều động sang quận khác hoặc sở, ngành, thành phố; giải quyết chế độ nghỉ hưu (đúng tuổi, trước tuổi) hoặc không đủ chuẩn để tái cử sẽ giải quyết thôi việc. Việc tinh giảm biên chế ưu tiên giảm từ các đồng chí tới tuổi hưu, không đủ tái cử trong nhiệm kỳ tới 2025-2030, khuyến khích các trường hợp xin về hưu trước tuổi theo Nghị định số 143/2020/NĐ-CP ngày 10/12/2020. Các chuyên viên là công chức sẽ được phân công công việc cụ thể từng khu vực, chấm dứt các hợp đồng tạm tuyển, không đủ điều kiện thi tuyển công chức năm 2020, khuyến khích làm đơn xin nghỉ việc được hưởng chế độ ưu đãi ngoài chế độ theo quy định. Tương tự, thành phố sẽ sắp xếp những trường hợp còn lại trong các năm từ 2022 đến 2025. Trường hợp dôi dư không bố trí, sắp xếp được sẽ động viên thôi việc, hưởng chính sách hỗ trợ theo quy định, chính sách của Thành phố[12]. Đối với các Phòng chuyên môn thuộc UBND thành phố Thủ Đức, dự kiến tinh giảm từ 2021 đến năm 2025 sẽ giảm còn 1 Trưởng phòng, 3 Phó Trưởng phòng. UBND thành phố Thủ Đức xem xét, quyết định, sắp xếp lại số lượng Phó Trưởng phòng theo quy định của Nghị định số 33/2021/NĐ-CP, nhưng phải bảo đảm không quá 03 người. Đối với các vị trí lãnh đạo, có thể xét theo bằng cấp để xếp vị trí Trưởng phòng, dựa vào trình độ học vấn cao nhất, Phó trưởng phòng sẽ rà soát lại bằng cấp theo tiêu chuẩn hiện nay. Về phân công lại nhiệm vụ, đồng chí nào trước kia phụ trách khu vực các phường thuộc quận cũ sẽ hoán đổi lại khu vực các phường khác của quận khác để nắm bắt địa bàn rộng hơn.

Vấn đề đặt ra là liệu các Phòng chuyên môn thuộc UBND thành phố Thủ Đức có thể thực hiện một cách hiệu quả chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của mình trong khi phạm vi đơn vị hành chính thuộc quyền và nguồn lực dân cư tăng lên đáng kể. Câu trả lời là có thể nếu đặt trong các giải pháp tổng thể như tổ chức bộ máy hợp lý, nâng cao nguồn nhân lực, chất lượng hoạt động... So với thành phố thuộc tỉnh có diện tích, dân số tương đương thành phố Thủ Đức với 12 Phòng chuyên môn[13] vẫn vận hành và hiệu quả như thành phố Biên Hòa tỉnh Đồng Nai có tổng diện tích tự nhiên là 264,08 km² [14], là thành phố thuộc tỉnh đông dân nhất cả nước - gần

[11] Tlđd (10).

[12] Tlđd (10).

[13] Phòng Kinh tế, Phòng Quản lý - Đô thị, Phòng Nội vụ, Phòng Tư pháp, Phòng Tài chính - Kế hoạch, Phòng Tài nguyên - Môi trường, Phòng Lao động - Thương binh và Xã hội, Phòng Văn hóa và Thông tin, Phòng Giáo dục và Đào tạo, Phòng Y tế, Thanh tra thành phố, http://bienhoa.dongnai.gov.vn/Pages/gioithieu.aspx?CatID=46, truy cập ngày 16/11/2020.

[14] http://bienhoa.dongnai.gov.vn/Pages/gioithieu.aspx?CatID=2, truy cập ngày 16/11/2020.

1,1 triệu người[15], là thành phố trực thuộc tỉnh có nhiều phường nhất cả nước - 29 phường và 1 xã[16]. Để đáp ứng yêu cầu nhiệm vụ của một đô thị đang trên đà phát triển trong khi tinh gọn bộ máy hoạt động, đòi hỏi con người trong bộ máy hành chính cần phải nâng cao năng lực, hiệu quả công việc, chất lượng công tác để đáp ứng mọi yêu cầu đặt ra. Với quy mô dân số hơn 1 triệu dân, đòi hỏi thành phố Thủ Đức phải có bộ máy, nhân sự để thực hiện nhiệm vụ chính trị và quản lý nhà nước theo yêu cầu. Thành phố Thủ Đức cần chú trọng đến việc đầu tư, thu hút nguồn nhân lực chất lượng cao, tăng cường kỷ luật, kỷ cương hành chính, văn hóa công vụ, quy tắc ứng xử của cán bộ, công chức trong phục vụ Nhân dân. Nhằm nâng cao chất lượng nguồn nhân lực, thành phố Thủ Đức cần thực hiện tốt chương trình đào tạo bồi dưỡng cán bộ, công chức; bên cạnh đó, căn cứ vào đề án vị trí việc làm, khảo sát trình độ chuyên môn nghiệp vụ, tin học, ngoại ngữ của từng cán bộ, công chức để xây dựng kế hoạch đào tạo bồi dưỡng hàng năm. Cùng với đó là chế độ tiền lương chi trả cho các công chức cần tương xứng với khối lượng công việc, sức lao động, phù hợp điều kiện phát triển kinh tế - xã hội để công chức trên địa bàn yên tâm công tác, đồng thời thu hút được nguồn năng lực trẻ giỏi vào công tác tại các cơ quan hành chính nhà nước. Trong thời gian đầu thành lập thành phố Thủ Đức nên tổ chức các Phòng chuyên môn như trên. Tuy nhiên, về lâu dài nhằm hướng tới mục tiêu tinh gọn bộ máy, đáp ứng đòi hỏi thực tiễn, cụ thể hóa các chủ trương, chính sách của Đảng và Nhà nước về nhất thể hóa một số tổ chức và chức danh lãnh đạo Đảng với chính quyền, thành phố Thủ Đức cần nghiên cứu và tiến hành hợp nhất một số tổ chức Đảng với cơ quan bên chính quyền có chức năng, nhiệm vụ gần giống nhau như Ban Tổ chức cấp ủy với Phòng Nội vụ thành cơ quan Tổ chức - Nội vụ, thực hiện chức năng tham mưu, giúp việc cho cấp ủy về công tác tổ chức, cán bộ và tham mưu giúp UBND Thành phố thực hiện chức năng quản lý nhà nước về ngành, lĩnh vực nội vụ; hợp nhất Ủy ban Kiểm tra cấp ủy với Thanh tra thành cơ quan Thanh tra - Kiểm tra thực hiện chức năng tham mưu, giúp việc cho cấp ủy về công tác kiểm tra và tham mưu, giúp UBND thực hiện chức năng quản lý nhà nước về ngành, lĩnh vực thanh tra; hợp nhất Văn phòng cấp ủy với Văn phòng HĐND và UBND thành Văn phòng thành phố thực hiện chức năng tham mưu, giúp việc cho cấp ủy, HĐND và UBND Thành phố về công tác văn phòng.

Thành phố Thủ Đức cần một bộ máy hành chính nhà nước thống nhất, đồng bộ, hiện đại và hiệu quả, sự chủ động cao để phát huy tổng thể thế mạnh của ba quận, thành phố, khu vực và cả nước; và có năng lực quản lý, điều hành hiệu quả cao, biến khu đô thị sáng tạo, tương tác cao phía đông thành phố thành một "cực" tăng

[15] Theo Cục Thống kê Đồng Nai, kết quả tổng điều tra dân số vào tháng 4/2019.

[16] http://baodongnai.com.vn/kinhte/202001/ap-luc-dan-so-don-len-do-thi-bien-hoa-2983226/index.htm, truy cập ngày 16/11/2020.

trưởng mạnh mẽ nhất, lớn nhất của thành phố và khu vực[17]. Để đạt được mục tiêu trên cùng với việc không tổ chức HĐND ở phường thuộc thành phố Thủ Đức[18], đòi hỏi UBND phải thay đổi phương thức hoạt động, khi đó vai trò và trách nhiệm của người đứng đầu phải được đề cao hơn. UBND thành phố Thủ Đức và UBND các phường hoạt động theo cơ chế thủ trưởng. UBND TP. HCM sẽ tăng cường phân cấp, ủy quyền các nhiệm vụ cho UBND thành phố Thủ Đức, đồng thời Chính phủ sẽ có những quy định mới, những cơ chế, chính sách đặc thù cho thành phố Thủ Đức. Khi đó, vai trò tham mưu, giúp UBND thành phố thực hiện chức năng quản lý nhà nước của cơ quan chuyên môn thuộc UBND phải càng được đề cao, nâng cao chất lượng hoạt động để đáp ứng yêu cầu trong bối cảnh mới.

Bên cạnh đó, với định hướng phát triển thành phố Thủ Đức trở thành khu đô thị sáng tạo, tương tác cao, các cơ quan hành chính nhà nước nói chung và các cơ quan chuyên môn thuộc UBND nói riêng trên địa bàn cần tiếp tục chủ động triển khai ứng dụng công nghệ thông tin trong hoạt động quản lý và điều hành. Việc áp dụng các tiến bộ khoa học, công nghệ trong quản lý nhà nước giúp thu hẹp khoảng cách không gian, rút ngắn thời gian, giảm chi phí thực tế và nhờ vậy trực tiếp góp phần nâng cao hiệu quả hoạt động quản lý, điều hành (ví dụ: ứng dụng công nghệ thông tin, áp dụng tiêu chuẩn ISO… trong hoạt động quản lý nhà nước trên nhiều lĩnh vực khác nhau ở tất cả các cấp chính quyền)[19].

Cuối cùng, để tạo điều kiện thuận lợi cho các cơ quan chuyên môn thuộc UBND cấp huyện nói chung và cơ quan chuyên môn thuộc UBND Thành phố thuộc thành phố trực thuộc trung ương hoạt động, Chính phủ và các Bộ ngành có liên quan cần sửa đổi, bổ sung một số quy định của pháp luật nhằm khắc phục tình trạng trùng lắp, chồng chéo về chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của các cơ quan chuyên môn thuộc UBND. Theo đó, pháp luật cần phân định rõ chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn trong tham mưu, giúp UBND quản lý nhà nước đối với ngành, lĩnh vực giữa các cơ quan chuyên môn thuộc UBND bảo đảm nguyên tắc: một việc chỉ giao một cơ quan chủ trì, chịu trách nhiệm chính. Chính phủ và các Bộ ngành có liên quan cần hướng dẫn thống nhất về địa vị pháp lý, sử dụng con dấu của cơ quan chuyên môn thuộc UBND cấp huyện nói chung và thành phố thuộc thành phố trực thuộc Trung ương nói riêng, quy định thống nhất về chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và tổ chức bộ máy của Văn phòng HĐND và UBND ■

[17] Tlđd (1), tr. 5.

[18] Theo Nghị quyết số 131/2020/QH14, Chính quyền địa phương ở thành phố Thủ Đức thuộc Thành phố Hồ Chí Minh là cấp chính quyền địa phương gồm có Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân. Chính quyền địa phương ở phường thuộc thành phố Thủ Đức là UBND phường. UBND phường làm việc theo chế độ thủ trưởng, bảo đảm nguyên tắc tập trung dân chủ.

[19] Nguyễn Minh Phương, Bùi Văn Minh, *"Các yếu tố tác động đến hiệu quả quản lý nhà nước ở nước ta hiện nay"*, Tạp chí tổ chức nhà nước, https://tcnn.vn/news/detail/41620/Cac-yeu-to-tac-dong-den-hieu-qua-quan-ly-nha-nuoc-o-nuoc-ta-hien-nay.html, truy cập ngày 16/11/2020.

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