

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

ISSN 1859 - 2953

www.nclp.org.vn

VĂN PHÒNG QUỐC HỘI

Số 18 (250)/Tháng 9/2013

VĂN PHÒNG QUỐC HỘI

VIỆN NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

LỄ BÀN GIAO

TẠP CHÍ NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP THUỘC VĂN PHÒNG QUỐC HỘI

Sang

VĂN PHÒNG QUỐC HỘI THUỘC BAN THƯỜNG VỤ QUỐC HỘI



- ❖ Chức năng kinh tế của chính quyền địa phương
- ❖ Những bất cập từ thực tiễn hòa giải tranh chấp đất đai
- ❖ Phát triển sở hữu trí tuệ trong trường đại học ở nước ngoài

DIỄN ĐÀN VỀ NHÀ NƯỚC, PHÁP LUẬT, CHÍNH SÁCH



NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn



Mục lục 9/2013

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- 3** Chức năng kinh tế của chính quyền địa phương
PGS.TS Nguyễn Ngọc Điện
- 8** Kiến nghị hoàn thiện quy trình tiếp xúc cử tri của đại biểu Quốc hội
ThS. Phùng Văn Huyền
- 18** Đề xuất xây dựng Luật Tư pháp quốc tế
TS. Lê Thị Nam Giang
- 25** Thống nhất độ tuổi của người chưa thành niên trong các văn bản pháp luật
ThS. Hoàng Minh Khôi

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 31** Bảo đảm quyền của người đồng tính, người chuyển giới trong tư pháp hình sự
ThS. Thái Thị Tuyết Dung – ThS. Vũ Thị Thúy
- 40** Những bất cập từ thực tiễn hòa giải tranh chấp đất đai
Phạm Thái Quý

CHÍNH SÁCH

- 44** Đổi mới quản lý nhà nước về giáo dục nghề nghiệp theo tinh thần Nghị quyết Đại hội Đảng XI
ThS. Nguyễn Hồng Kiên

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 48** Hoàn thiện pháp luật về thành lập công ty cho thuê tài chính
PGS.TS Lê Thị Thu Thủy – ThS. Huỳnh Ngọc Nghiêm

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 57** Kinh nghiệm khuyến khích phát triển sở hữu trí tuệ trong trường đại học ở nước ngoài
PGS.TS Phạm Duy Nghĩa

THÔNG TIN LẬP PHÁP

- 61** Lễ bàn giao Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp thuộc Văn phòng Quốc hội sang Viện Nghiên cứu Lập pháp thuộc Ủy ban thường vụ Quốc hội

P.V

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

TS. NGUYỄN SĨ DŨNG (CHỦ TỊCH)
GS, TSKH. ĐÀO TRỌNG THI
GS, TS. PHAN TRUNG LÝ
GS, TS. TRẦN NGỌC ĐƯỜNG
PGS, TS. ĐÌNH VĂN NHẢ
PGS, TS. TRẦN ĐÌNH NHẢ
TS. DƯƠNG NGỌC NGƯU
TS. NGÔ ĐỨC MẠNH
TS. PHẠM VĂN HÙNG

TỔNG BIÊN TẬP

TS. PHẠM VĂN HÙNG

TRỤ SỞ:

27A VÕNG THỊ - TÂY HỒ - HÀ NỘI
ĐT: 080-43362 / 44078
FAX: 080-48486
Email: nclp@qh.gov.vn
Website: www.nclp.org.vn

THIẾT KẾ:

HOÀNG NHI

GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

Số 117/GP-NGÀY 30-3-2001
CỦA BỘ VH TT

PHÁT HÀNH:

HÀ NỘI: 080-43364

TÀI KHOẢN:

001 1000467735
TẠP CHÍ NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP
NGÂN HÀNG TM CỔ PHẦN
NGOẠI THƯƠNG VIỆT NAM

IN TẠI CÔNG TY CỔ PHẦN IN TÂY HỒ

GIÁ: 19.500 ĐỒNG

Ảnh bìa: Lễ bàn giao Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp thuộc Văn phòng Quốc hội sang Viện Nghiên cứu Lập pháp thuộc UBTVQH

Ảnh: PV

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn

Legis 8/2013

STATE AND LAW

- 3** Economic function of local government
Prof, Dr. Nguyen Ngoc Dien
- 8** Recommendations to improve the process of keeping contact with the voters of the Deputies
LLM. Phung Van Huyen
- 18** Propose to build the Law on International Justice
Dr. Le Thi Nam Giang
- 25** To unify the age of minors in legal documents
LLM. Hoang Minh Khoi

DISCUSSION OF BILLS

- 31** Ensuring the rights of homosexuals, transgender people in the criminal justice
ThS. Thai Thi Tuyet Dung – LLM. Vu Thi Thuy
- 40** The shortcomings in the mediation practice of land disputes
Pham Thai Quy

POLICIES

- 44** Innovative state management in vocational education the spirit of the Xith Party Congress Resolution
LLM. Nguyen Hong Kien

LEGAL PRACTICE

- 48** To improve the law on the establishment of finance leasing companies
Prof, Dr. Le Thi Thu Thuy – LLM. Huynh Ngoc Nghiem

FOREIGN EXPERIENCE

- 57** Experience to encourage the development of intellectual property in foreign universities
Prof, Dr. Pham Duy Nghia

LEGISLATIVE NEWS

- 61** The handover ceremony of Legislative Studies Journal from the National Assembly Office to the Institute for Legislative Studies of the National Assembly Standing Committee

P.V



EDITORIAL:

Dr. NGUYEN SI DUNG (Chairman)
Prof, Dr. DAO TRONG THI
Prof, Dr. PHAN TRUNG LY
Prof, Dr. TRAN NGOC DUONG
Prof, Dr. DINH VAN NHA
Prof, Dr. TRAN DINH NHA
Dr. DUONG NGOC NGUU
Dr. NGO DUC MANH
Dr. PHAM VAN HUNG

EDITOR-IN-CHIEF:

Dr. PHAM VAN HUNG

OFFICE:

27A VONG THI - TAY HO - HA NOI
ĐT: 080-43362 / 44078
FAX: 080-48486
Email: nclp@qh.gov.vn
Website: www.nclp.org.vn

DESIGN:

HOANG NHI

LICENSE OF PUBLISHMENT:

N^o 117/GP-DATE 30-3-2001
MINISTRY OF CULTURE AND
INFORMATION

DISTRIBUTION:

HA NOI: 080-43364

ACCOUNT NUMBER:

0011000467735
LEGISLATIVE STUDY MAGAZINE
VIETCOMBANK

PRINTED BY: TAYHO PRINTING
JOINT STOCK COMPANY

Price: 19,500 VND

BÀN VỀ LẬP HIẾN

Chức năng kinh tế của chính quyền địa phương

NGUYỄN NGỌC ĐIỆN*

1. Đặt vấn đề

Trong chừng mực nào đó, có thể hình dung một quốc gia như một tổ chức theo đuổi mục tiêu lợi nhuận, một doanh nghiệp. Quốc gia xây dựng và khuếch trương cơ nghiệp kinh doanh của mình trên cơ sở kiểm soát một lãnh thổ chiếm một phần của quả đất và quản lý một cộng đồng dân cư sinh sống, làm ăn trên lãnh thổ ấy. Quốc gia (State) có sứ mạng phải làm thế nào để đất nước (Nation) ngày càng thịnh vượng, phồn vinh¹.

Chính quyền trung ương (CQTU) là cơ quan đầu não của quốc gia - doanh nghiệp tự nhiên có xu hướng vươn tay rộng khắp trên phạm vi lãnh thổ quốc gia để có thể tổ chức việc quản lý, khai thác các nguồn lực của đất nước một cách có hiệu quả theo các tiêu chí kinh tế được đặt ra. Tuy nhiên, đối

với những nước có diện tích rộng, kết cấu địa lý tự nhiên, nhân văn và cả lịch sử hình thành, phát triển phức tạp, sự kiểm soát trực tiếp của CQTU khó có thể (nếu không muốn nói là không thể và cũng không nên) được thiết lập trên toàn bộ lãnh thổ quốc gia. Chưa nói đến việc kiểm soát tập trung và trực tiếp trong một không gian rộng và trên một cự ly dài có thể đòi hỏi chi phí cao, khiến cho hiệu quả kiểm soát bị đánh giá thấp về phương diện kinh tế². Cách làm tốt nhất trong trường hợp này là tổ chức những chân rết của CQTU tại các vùng, miền, khu vực của đất nước. Các chân rết ấy gọi là chính quyền địa phương (CQDP).

Điều chắc chắn là một khi được hình thành, CQDP, với tư cách là một tổ chức có mục đích tồn tại nhất định, sẽ có xu hướng tự nhận dạng, tự khẳng định để cho thấy sự

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

1 Về phương diện phúc lợi xã hội, lợi nhuận của quốc gia - doanh nghiệp phải phục vụ được hai mục tiêu. Thứ nhất, nó góp phần cải thiện điều kiện sống của người dân, suy cho cùng, có thể được ví như các cổ đông của công ty cổ phần gọi là quốc gia: thông qua một chế độ an sinh xã hội hợp lý với nguồn quỹ dồi dào, người dân thụ hưởng các dịch vụ đặc trưng của một cuộc sống có chất lượng (giáo dục, y tế, đi lại, trợ cấp thất nghiệp, hưu trí,...). Thứ hai, nó bảo đảm cho những người làm việc trong khu vực công, thành viên của bộ máy quản trị, điều hành công ty, có được thu nhập khả quan, cho phép thiết lập và duy trì động lực làm việc và nhất là sự liêm chính của con người trong bộ máy, nhờ đó, xây dựng được hình ảnh thân thiện và đáng tin cậy của người nắm quyền lực công trong mắt người dân.

Về chức năng kinh tế của chính quyền, có thể xem, ví dụ, M. Aoki, H. Kim, M. Okuno-Fujirawa, "The role of Government in East Asian economic development", Clarendon Press, Oxford, 1998; Irma Adelman, "The role of Government in economic development", Working paper n. 890, California Agricultural Experiment Station, Gianini Foundation of Agricultural Economics, May 1999, <http://www.iseg.utl.pt/disciplinas/mestrados/dci/adelman.pdf>.

2 Quản lý tập trung cũng tự nhiên tạo điều kiện cho sự phát sinh, phát triển tệ nạn quan liêu và tham nhũng.

tồn tại của mình là hợp lý, là thiết thực và có ích. Với xu hướng đó, các CQĐP tự nhiên có thiên hướng độc lập trong mối quan hệ với CQTU.

Bài toán đặt ra cho CQTU, đồng thời là người có thẩm quyền xây dựng cơ sở pháp lý cho việc thành lập, vận hành của CQĐP, là làm thế nào dung hoà giữa một bên là nhu cầu của CQTU trong việc nắm giữ quyền quản trị đối với toàn bộ đất nước về mọi phương diện, và bên kia là nhu cầu của CQĐP trong việc thiết lập và củng cố quyền quản trị của mình trong phạm vi địa phương, nhằm đạt các mục tiêu mà địa phương theo đuổi. CQTU không muốn mất quyền kiểm soát đối với bất kỳ phần nào, dù nhỏ, của lãnh thổ quốc gia, cũng như đối với cộng đồng dân cư trên lãnh thổ quốc gia, bởi điều đó cũng đồng nghĩa với mất nước; nhưng mặt khác, CQTU cũng cần có CQĐP mạnh, bởi điều đó góp phần thúc đẩy sự phát triển chung của đất nước.

Dự thảo sửa đổi Hiến pháp năm 1992 dường như chưa đặt ra và giải quyết bài toán này. Đọc Dự thảo, phần liên quan đến CQĐP tại Chương IX, người ta dễ có cảm giác người soạn thảo chỉ ghi nhận hiện trạng tổ chức các cấp chính quyền, chưa chỉ ra được lý do tồn tại của các thực thể trong tổ chức bộ máy nhà nước: Hội đồng nhân dân, Ủy ban nhân dân ở địa phương được đặt ra để làm gì và làm như thế nào? Trong khi đó, các cơ quan thuộc CQTU (Quốc hội, Chính phủ, Tòa án nhân dân tối cao...) đều có chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn tương đối cụ thể được hiến định.

Đặc biệt ở góc độ kinh tế, nếu CQTU được hình dung như một doanh nghiệp, thì CQĐP ít nhiều cũng mang dáng dấp đó. Và lại, cũng như CQTU đảm nhận vai trò nhà chức trách có thẩm quyền quản lý đối với các hoạt động kinh tế của các tổ chức, cá nhân diễn ra trên phạm vi lãnh thổ quốc gia, CQĐP cũng vào vai tương tự đối với các hoạt động kinh tế thực hiện trên phạm vi địa phương.

2. Chính quyền địa phương như một đơn vị kinh tế

2.1. Mô hình tổ chức

Công ty vệ tinh, công ty con hoặc chi nhánh. Hình dung quốc gia như một doanh nghiệp, đúng hơn là một công ty cổ phần với các cổ đông là những công dân có quyền bỏ phiếu, thì CQĐP có thể được mô tả như là công ty vệ tinh, công ty con, hoặc chi nhánh. Vấn đề phải giải quyết là mô hình tổ chức nào thích hợp với địa phương nào.

Nhưng trước hết cần nhấn mạnh rằng, ở góc nhìn pháp luật chủ thể, công ty con, công ty vệ tinh hoàn toàn khác với chi nhánh. Một công ty dù chỉ là một thành viên khiêm tốn trong một nhóm công ty, vẫn là một pháp nhân đầy đủ, nghĩa là có tư cách chủ thể độc lập, có tài sản và có năng lực xác lập quyền, nghĩa vụ nhân danh chính mình. Trong khi đó, chi nhánh chỉ là cánh tay nối dài của công ty, là hình ảnh của công ty tại một địa bàn nhất định: nó không có thân phận pháp lý riêng, phân biệt với công ty.

Kinh nghiệm của các nước cho thấy, các địa phương được cho là có vị trí địa lý, điều kiện giao thương thuận lợi và có tiềm năng to lớn sẽ có sức thu hút mạnh đối với con người và do đó, có sức phát triển mạnh; bộ máy chính quyền ở những nơi ấy thường có xu hướng và nhu cầu tự chủ, tự quản cao; bởi, một cách tự nhiên, một khi có ít nhiều tiềm lực vật chất, thì người ta mong muốn có điều kiện tự mình quyết định các giải pháp khai thác tiềm lực ấy theo ý mình, không lệ thuộc hẳn vào ý chí, mệnh lệnh của ai khác. Trái lại, những địa phương yếu kém về tiềm lực, theo bản năng sinh tồn, thường coi CQTU là chỗ dựa, nơi che chắn, bảo hộ vững chắc cho sự tồn tại của mình.

CQĐP mà có khả năng tự quản cao cần được trao tư cách pháp nhân, nghĩa là được tổ chức theo mô hình công ty. Có thể coi đó là một doanh nghiệp độc lập trong hệ thống doanh nghiệp mà trong đó, quốc gia là doanh nghiệp mẹ. Trong khi đó, những địa

phương yếu kém về điều kiện vật chất, không có khả năng tự đi trên đôi chân của mình chỉ nên tồn tại như các chi nhánh hoặc cơ quan đại diện của doanh nghiệp - quốc gia đóng ở địa phương. Một cách ngoại lệ, các địa phương không có nhiều tiềm lực vật chất để tự phát triển, nhưng do có các đặc điểm riêng về cấu trúc dân cư theo sắc tộc, về di sản văn hoá nắm giữ... nên được tổ chức như một thiết chế tự quản để có điều kiện bảo tồn, phát huy các giá trị riêng.

Cơ cấu tổ chức. Các địa phương có xu hướng tự quản, trên nguyên tắc, là những địa phương nắm giữ các nguồn lực có giá trị kinh tế cao. Có tài sản trong tay, các địa phương cần được tổ chức như thế nào để quản lý, khai thác tài sản hiệu quả: cho phép cộng đồng dân cư cùng thụ hưởng những giá trị vật chất được tạo ra, đồng thời tiếp tục có tích lũy. Điều quan trọng nữa là việc quản lý, khai thác tài sản công của địa phương phải được thực hiện theo một cơ chế minh bạch, chặt chẽ để tránh thất thoát do tham nhũng, lãng phí.

Với các yêu cầu đó, về phương diện quản trị nội tại, pháp nhân CQĐP phải xây dựng các thiết chế cho phép thực hiện sự giám sát tương hỗ trực tiếp và thường xuyên. Theo học thuyết pháp lý phương Tây³, một pháp nhân, được hiểu là một nhóm người theo đuổi một mục tiêu chung, phải có ba cơ quan chức năng: quyết nghị (*deliberating*), quản lý (*managing*) và kiểm soát (*controlling*). Cơ quan quyết nghị (CQQN) tập hợp các thành viên của pháp nhân, tức là những người đã góp vốn

và/hoặc công sức để thành lập pháp nhân là cơ quan quyết định cao nhất của pháp nhân đối với những vấn đề quan trọng nhất, bao gồm xây dựng và sửa đổi điều lệ của pháp nhân và phân bổ phúc lợi. Cơ quan quản lý (CQQL) điều hành pháp nhân trong công việc hàng ngày, đồng thời đại diện cho pháp nhân trong quan hệ giao dịch với các chủ thể khác. Cơ quan kiểm soát (CQKS) có chức năng kiểm soát hoạt động của pháp nhân, đặc biệt là của CQQL. Các công ty cổ phần là ví dụ tiêu biểu về tổ chức pháp nhân theo mô hình này.

Áp dụng lý thuyết đó vào việc tổ chức CQĐP, thì có thể hình dung sự tương đồng về chức năng giữa CQQN với cơ quan đại diện dân cư, CQQL với nhà chức trách hành chính và CQKS với hệ thống tư pháp. CQĐP có tư cách pháp nhân phải có đủ ba loại cơ quan đó⁴.

Đối với các địa phương không có xu hướng tự quản, thì chỉ cần tổ chức bộ máy quản lý hành chính. Các cơ quan hành chính của địa phương loại này hoạt động dưới sự giám sát của chính quyền cấp trên, bao gồm CQQN, CQQL và CQKS cấp trên.

2.2. Chức năng

Nhà đầu tư trong các lĩnh vực kinh tế. Có chức năng kinh tế, nhưng khó có thể hình dung CQĐP (và cả CQTU) như một doanh nghiệp trực tiếp sản xuất hoặc kinh doanh trong một hay nhiều lĩnh vực chuyên môn của đời sống kinh tế. Đúng hơn, hoạt động kinh tế được CQĐP thực hiện trong một tư thế đặc thù: tư thế của một doanh nghiệp chuyên về hoạt động đầu tư vốn.

3 Xem, ví dụ, G. Cornu, "Droit civil - Introduction. Les personnes. Les biens", Montchrestien, Paris, 1990, tr. 293.

4 Về cách thành lập từ cơ quan tạo thành CQĐP, có nhiều phương án để lựa chọn. Trong mọi trường hợp, CQQN phải được nhân dân địa phương bầu ra. CQQL có thể cũng được nhân dân địa phương bầu ra một cách trực tiếp hoặc được CQQN bầu. CQKS có thể hình thành theo một trong ba cách: được dân bầu trực tiếp, được CQQN bầu hoặc được cơ quan có thẩm quyền bổ nhiệm.

Ở các địa phương có tiềm lực to lớn và nắm giữ nhiều của cải, tốt nhất nên để nhân dân địa phương trực tiếp bầu ra CQQL (tỉnh trưởng, thị trưởng,...). Cách làm này sẽ có tác dụng tạo ra đối trọng mạnh mẽ giữa CQQN và CQQL; điều này cần thiết để bảo đảm sự kiểm soát hỗ tương giữa các thiết chế, đặc biệt trong việc quản lý, khai thác, sử dụng tài sản của địa phương, qua đó, hạn chế được thất thoát. Nói chung, dân chủ có điều kiện được bảo đảm tốt và xã hội có điều kiện thụ hưởng lợi ích mà sự quản trị công mang lại nhờ quan hệ đối trọng ấy.

CQĐP tự quản là chủ sở hữu của các tài sản đa dạng. Nó có quyền quyết định việc sử dụng các tài sản trong khuôn khổ các dự án đầu tư. Cụ thể, chính quyền có thể dùng các tài sản có trong tay để thành lập các doanh nghiệp hoặc tham gia thành lập doanh nghiệp trên cơ sở hợp tác với các chủ thể khác. CQĐP cũng có thể gián tiếp tham gia vào hoạt động kinh tế bằng cách trao vốn của mình cho các tổ chức tín dụng hoặc các quỹ đầu tư, thông qua các hợp đồng cho vay. Để có được vốn đầu tư cần thiết, CQĐP tự quản có thể không chỉ huy động các tài sản của mình, mà còn có thể vay vốn của các tổ chức, cá nhân, đặc biệt dưới hình thức phát hành trái phiếu địa phương⁵.

CQĐP không có xu hướng tự quản đảm nhận vai trò người nhận uỷ thác của CQTU để thực hiện chức năng kinh tế của CQTU theo nội dung nhiệm vụ, quyền hạn được phân giao. Điều chắc chắn là CQĐP không tự quản, không thực hiện hoạt động đầu tư dưới danh nghĩa riêng, cũng không tự chịu trách nhiệm về những nghĩa vụ tài sản mà nó xác lập trong quá trình thực hiện các hoạt động kinh tế dưới danh nghĩa CQTU đặt tại địa phương.

3. Chính quyền địa phương như một thiết chế quản lý kinh tế

3.1. Đối tượng, phạm vi quản lý

Hoạt động kinh tế diễn ra tại địa phương. Hoạt động kinh tế diễn ra trên phạm vi địa phương được hiểu là những hoạt động mang tính chuyên nghiệp nhằm mang lại lợi nhuận cho người thực hiện là một tổ chức hoặc cá nhân. Đó không nhất thiết là hoạt động của các tổ chức, cá nhân có trụ sở kinh doanh tại địa phương, cũng không nhất thiết là hoạt động diễn ra toàn bộ trên phạm vi địa phương. Tiêu chí số một

để nhận dạng hoạt động kinh tế chịu sự quản lý của CQĐP là sự tham gia của nó vào việc hình thành bức tranh đời sống kinh tế của địa phương và/hoặc sự tác động của nó đối với đời sống kinh tế địa phương.

Dù địa phương có hay không có quyền tự quản, CQĐP có trách nhiệm và có quyền quản lý đối với đời sống kinh tế diễn ra trên phạm vi địa phương. Tuy nhiên, nội dung thẩm quyền quản lý được xác định tùy theo chính quyền có được trao tư cách pháp nhân độc lập hay không.

3.2. Nội dung quản lý

3.2.1. Trường hợp CQĐP có tư cách pháp nhân

Nội dung quản lý chung. Với tư cách là người chịu trách nhiệm quản lý đời sống kinh tế diễn ra trên phạm vi địa phương, chính quyền ở địa phương có tư cách pháp nhân độc lập có quyền đặt ra các quy tắc ứng xử có tính pháp lý phù hợp với thẩm quyền ban hành văn bản quy phạm pháp luật của mình, nhằm chi phối hành vi của các chủ thể tham gia vào đời sống kinh tế của địa phương.

CQĐP có tư cách pháp nhân độc lập cũng phải được trao quyền xây dựng và thông qua quy hoạch phát triển kinh tế địa phương trung hạn và dài hạn trên cơ sở tôn trọng quy hoạch phát triển kinh tế chung của quốc gia. Dựa trên quy hoạch chung, CQĐP xây dựng và thông qua kế hoạch phát triển kinh tế hàng năm với các chỉ tiêu phát triển và tăng trưởng cụ thể. Việc thực hiện kế hoạch phát triển kinh tế trong bối cảnh nền kinh tế vận hành theo quy luật thị trường đòi hỏi sự điều hoà, phối hợp của nhà chức trách, không phải bằng các mệnh lệnh hành chính, mà phải bằng các công cụ điều tiết đặc thù.

⁵ Trái phiếu địa phương được bảo đảm thanh toán, trên nguyên tắc, bằng các tài sản thuộc sở hữu của CQĐP. Tuy nhiên, đối với người mua trái phiếu, việc bảo đảm thanh toán sẽ sáng sủa và đáng tin cậy hơn nếu có sự bảo lãnh của CQTU hoặc một định chế tài chính đáng tin cậy. Sự bảo lãnh càng cần thiết trong trường hợp địa phương được trao tư cách pháp nhân, nhưng lại không nắm giữ các nguồn lực vật chất có giá trị, như đã nói ở trên.

Cụ thể, để dung hoà giữa sự tôn trọng nguyên tắc tự do kinh doanh và việc bảo đảm thực hiện quy hoạch, kế hoạch phát triển kinh tế đã được vạch ra, nhà chức trách dùng công cụ thuế để điều tiết các hoạt động kinh tế, nói chung các hoạt động tạo ra lợi nhuận cho một chủ thể nào đó. CQĐP có tư cách pháp nhân độc lập phải có quyền đặt ra các sắc thuế địa phương không trùng lặp với các sắc thuế do CQTU đặt ra. Thuế địa phương cũng là một trong những nguồn thu chính bảo đảm cân đối ngân sách hoạt động của địa phương.

Tính tự quản, độc lập không ngăn cản CQĐP nhận sự uỷ quyền của CQTU để thu các loại thuế áp dụng trên phạm vi quốc gia và được thu tại địa phương.

Phân công quản lý. CQQN và CQQL của CQĐP có tư cách pháp nhân phải có quyền ban hành các văn bản quy phạm pháp luật cần thiết cho việc thực hiện chức năng quản lý kinh tế của mình trên phạm vi địa phương. CQKS, theo đúng thiên hướng của một cơ quan bảo đảm thực thi pháp luật, chỉ có quyền áp dụng pháp luật chứ không có quyền làm ra luật.

Về nội dung, trên nguyên tắc, CQQN là đại diện của các thành phần dân cư trong địa phương, do đó, phải là cơ quan có thẩm quyền cao nhất trong việc đề ra các quy tắc ứng xử có giá trị pháp lý trong mọi lĩnh vực áp dụng trên phạm vi địa phương. Thẩm quyền ban hành văn bản quy phạm pháp luật của CQQL được xác định tùy theo cơ quan này được CQQN hoặc chính nhân dân địa phương trực tiếp bầu ra.

Một cách hợp lý, nếu CQQL do CQQN bầu ra, thì nó chỉ được coi là cơ quan chấp hành của CQQN. Về thẩm quyền lập quy, CQQL loại này chỉ có thể ra các văn bản mang tính chất quy định chi tiết thi hành các văn bản lập quy của CQQN. Trái lại, nếu CQQL được dân cử một cách trực tiếp thông qua đầu phiếu dân chủ, thì nó phải được trao thẩm quyền lập quy độc lập, chứ không chỉ đơn giản làm công việc hướng dẫn, quy định thể thức thi hành các văn bản của CQQN.

Trong trường hợp này, luật cần có quy định rõ về phân chia địa hạt lập quy của hai cơ quan, để tránh xung đột, tranh cãi. Suy cho cùng, CQQN, do bản chất của nó là một thiết chế đại diện cho các thành phần xã hội, phải được trao quyền lập quy cơ bản; quyền lập quy của CQQL chỉ nhằm phục vụ cho việc thực hiện chức năng quản lý, điều hành.

Việc xây dựng và thông qua quy hoạch phát triển kinh tế dài hạn, trung hạn và kế hoạch phát triển kinh tế hàng năm cũng phải thuộc thẩm quyền của CQQN. CQQL đảm nhận vai trò người tổ chức thực hiện.

Tương tự, các sắc thuế địa phương phải được quyết định một cách dân chủ tại CQQN. CQQL tổ chức việc thu thuế.

3.2.2. Trường hợp CQĐP không có tư cách pháp nhân

Người được uỷ quyền quản lý. CQĐP không có tư cách pháp nhân không nên được trao quyền đặt ra các quy phạm pháp luật áp dụng trong phạm vi địa phương, dù là để thực hiện chức năng quản lý, điều hành. Đại diện cho CQTU tại địa phương, CQĐP loại này chỉ thực hiện các chức năng quản lý được phân giao nhân danh CQTU.

Địa phương không tự quản không xây dựng quy hoạch, kế hoạch phát triển kinh tế độc lập. Sự phát triển kinh tế của địa phương được hình dung như một phần của sự phát triển kinh tế chung của cả nước, được hoạch định ở cấp quốc gia. Tất nhiên, CQTU vẫn giao các chỉ tiêu cụ thể cho CQĐP để có cơ sở đánh giá hiệu quả công tác. Trong quá trình quản lý, CQĐP có thể ra những quyết định cần thiết; trách nhiệm vật chất liên quan đến việc thực hiện các quyết định này thuộc CQTU, còn CQĐP chỉ chịu trách nhiệm kỷ luật trước cấp đã bổ nhiệm mình.

Luật pháp được áp dụng tại các địa phương này là luật pháp được áp dụng chung trong phạm vi cả nước; trong trường hợp cần có những quy định đặc thù cho địa phương, thì CQTU ban hành văn bản quy phạm theo thẩm quyền của mình, nhưng chỉ áp dụng trong phạm vi địa phương ■

Kiến nghị hoàn thiện quy trình TIẾP XÚC CỬ TRI CỦA ĐẠI BIỂU QUỐC HỘI

PHÙNG VĂN HUYỀN*

Đại biểu Quốc hội (ĐBQH) là người đại diện cho ý chí, nguyện vọng của nhân dân, không chỉ đại diện cho nhân dân ở đơn vị bầu cử ra mình mà còn đại diện cho nhân dân cả nước. Theo đó, tiếp xúc cử tri là một nhiệm vụ quan trọng, là hoạt động mang tính chất nền tảng cho các hoạt động của ĐBQH. Để tạo điều kiện thuận lợi cho ĐBQH thực hiện việc tiếp xúc cử tri, pháp luật hiện hành đã có nhiều quy định về quy trình tiếp xúc cử tri (QTTXCT) của ĐBQH. Bài viết phân tích thực trạng QTTXCT của ĐBQH hiện nay và đưa ra những giải pháp nhằm hoàn thiện quy trình này.

1. Khái niệm, đặc điểm và vai trò của quy trình tiếp xúc cử tri

1.1. Khái niệm, đặc điểm

Theo Từ điển Tiếng Việt, quy trình là “trình tự phải tuân theo để tiến hành một công việc nào đó”. QTTXCT của ĐBQH là trình tự các công việc mà ĐBQH, Đoàn ĐBQH và các cơ quan, tổ chức phối hợp thực hiện từ việc lập chương trình, kế hoạch tiếp xúc cử tri, tiến hành cuộc tiếp xúc, tổng hợp các kiến nghị của cử tri, thông báo kết quả giải quyết kiến nghị với cử tri. Nói cách khác, QTTXCT của ĐBQH là thứ tự các công việc ĐBQH thực hiện việc tiếp xúc với

cử tri. QTTXCT của ĐBQH bao gồm các công việc, các thủ tục, triển khai theo một trình tự nhất định. Mỗi công đoạn có một quy trình riêng, được hình thành bởi các thủ tục và có mối quan hệ gắn bó, thống nhất với toàn bộ quy trình chung về tiếp xúc cử tri của ĐBQH.

QTTXCT của ĐBQH có những đặc điểm sau:

- Là quy trình thực hiện nhiệm vụ của người được uỷ quyền; thực hiện trách nhiệm chính trị - pháp lý của người đại biểu đã được nhân dân bầu ra, đó là nhiệm vụ tiếp xúc cử tri, do pháp luật quy định và bảo đảm thực hiện;

* *ThS. Văn phòng Quốc hội*

1 *Từ điển Tiếng Việt, 2004, Nxb Đà Nẵng, tr 813.*

- Là quy trình mà ở đó có sự tham gia của các chủ thể đại diện cơ quan chủ trì, cơ quan phối hợp tổ chức, cơ quan phục vụ ĐBQH tiếp xúc cử tri;

- Là quy trình ĐBQH luôn phải thể hiện được vai trò chủ động trong suốt quá trình tiếp xúc cử tri, thu thập và phản ánh tâm tư, nguyện vọng của cử tri;

- Mục đích của QTTXCT là việc ĐBQH thực hiện trách nhiệm trước cử tri về hoạt động của mình; nắm bắt tâm tư, nguyện vọng, thu thập và phản ánh ý kiến, kiến nghị của cử tri đến cơ quan, tổ chức có thẩm quyền để giải quyết và trả lời cử tri.

1.2. Vai trò

Thứ nhất, QTTXCT là cơ sở pháp lý để phân công công việc giữa Đoàn ĐBQH, ĐBQH, Ban thường trực Ủy ban Trung ương mặt trận Tổ quốc Việt Nam (UBTW MTTQVN), Thường trực Hội đồng nhân dân (HĐND), Ủy ban nhân dân (UBND), các cơ quan thông tin đại chúng, Văn phòng Đoàn ĐBQH, HĐND và các cơ quan, tổ chức hữu quan. Trên cơ sở các quy định về QTTXCT của ĐBQH, các chủ thể có trách nhiệm chủ động hơn, nhận thức được rõ hơn về trách nhiệm và từng công việc cụ thể như: ĐBQH phải có kế hoạch tiếp xúc cử tri riêng; Đoàn ĐBQH chủ động xây dựng kế hoạch tiếp xúc cử tri, phối hợp với Ban thường trực Ủy ban MTTQVN, Thường trực HĐND, UBND các cấp, các cơ quan thông tin đại chúng triển khai kế hoạch tiếp xúc cử tri. Hơn nữa, bám sát vào quy trình, văn phòng giúp việc chủ động, tích cực tham mưu, đề xuất kế hoạch, phối hợp tổ chức, phục vụ đại biểu tiếp xúc cử tri, tổng hợp các kiến nghị của cử tri.

Thứ hai, QTTXCT là cơ sở pháp lý ràng buộc trách nhiệm cụ thể của từng cá nhân đại biểu, từng cơ quan, tổ chức đơn vị liên quan đến hoạt động tiếp xúc cử tri; đồng thời

là căn cứ ghi nhận, xác lập tính hợp pháp của các hoạt động tiếp xúc cử tri, các kiến nghị của cử tri v.v.. Việc tiến hành các hoạt động tiếp xúc cử tri dưới bất kỳ hình thức nào khi tuân thủ quy trình tiếp xúc sẽ bảo đảm cuộc tiếp xúc cử tri của ĐBQH đạt được mục tiêu đề ra.

Thứ ba, QTTXCT của ĐBQH góp phần bảo đảm công khai, dân chủ trong hoạt động tiếp xúc cử tri của ĐBQH. Khi xác định rõ ràng các công việc, các nhiệm vụ cụ thể của cá nhân, cơ quan, tổ chức hữu quan đối với hoạt động tiếp xúc cử tri, như xây dựng kế hoạch, tổ chức hội nghị, cung cấp thông tin, ghi chép tập hợp kiến nghị, trả lời, giải quyết kiến nghị của cử tri... Các công việc được xác định và ấn định thời gian thực hiện cụ thể được thông báo công khai, thực hiện công khai với sự chứng kiến của các phương tiện truyền thông sẽ góp phần tạo được không khí dân chủ, cởi mở, tăng cường mối quan hệ giữa ĐBQH với cử tri.

Thứ tư, QTTXCT bảo đảm chất lượng các cuộc tiếp xúc cử tri của ĐBQH. Do phải tiến hành qua các bước, các khâu, các công việc theo trình tự, thủ tục chặt chẽ, khoa học, nên mọi vấn đề từ khâu chuẩn bị, lập kế hoạch, tổ chức thực hiện kế hoạch đến tổng hợp, chuẩn bị các tài liệu, nội dung tiếp xúc, xử lý các kiến nghị của cử tri được ĐBQH, văn phòng giúp việc và các cơ quan, tổ chức hữu quan chuẩn bị chu đáo, thận trọng, kỹ lưỡng trước khi tiến hành việc tiếp xúc cử tri. Do vậy, các cuộc tiếp xúc cử tri của ĐBQH sẽ được bảo đảm chất lượng và hiệu quả hơn.

2. Thực trạng quy trình tiếp xúc cử tri

2.1. Ưu điểm

Các quy định pháp luật hiện hành về QTTXCT đã bước đầu định hướng được một số công việc mà Đoàn ĐBQH, ĐBQH

và các cơ quan, tổ chức có trách nhiệm phối hợp tiến hành việc tổ chức đề ĐBQH tiếp xúc cử tri, thông tin kế hoạch tiếp xúc của đại biểu đến với cử tri, tạo điều kiện để ĐBQH thực hiện một số loại hình hoạt động tiếp xúc cử tri ở địa phương. Ngoài ra, quy định về việc ban hành kế hoạch tiếp xúc cử tri đã tạo cơ sở cho việc tập trung nguồn lực và trách nhiệm của các cơ quan, tổ chức, cá nhân tham gia nhằm bảo đảm điều kiện cho ĐBQH thực hiện nhiệm vụ tiếp xúc cử tri. Quy định về việc phối hợp triển khai thực hiện kế hoạch tiếp xúc cử tri đã góp phần xác định được trách nhiệm của từng cơ quan, tổ chức trong việc tổ chức, cử đại diện tham dự các cuộc tiếp xúc cử tri. Quy định về trình tự, thủ tục tiến hành hội nghị tiếp xúc cử tri đã tạo điều kiện để tổ chức thành công các cuộc tiếp xúc. Bên cạnh đó, một số quy định về việc tổng hợp ý kiến, kiến nghị của cử tri để gửi đến các cơ quan, tổ chức có thẩm quyền để nghiên cứu, giải quyết và trả lời cử tri đã góp phần tạo cơ sở pháp lý bảo đảm thực hiện tốt việc xử lý các kiến nghị, giải quyết và trả lời kiến nghị cử tri trên thực tế.

2.2. Bất cập

Quy định pháp luật về tiếp xúc cử tri còn chưa đầy đủ, chưa cụ thể, rõ ràng, có điểm không còn phù hợp với thực tiễn

Mặc dù việc tiếp xúc cử tri của đại biểu Quốc hội được quy định ở nhiều văn bản khác nhau, song đến nay vẫn chưa có một chế định cụ thể xác lập một quy trình rõ ràng, thống nhất, đầy đủ trong hoạt động tiếp xúc cử tri. Thực tế đó cũng đã dẫn đến sự nhận thức và cách làm không hoàn toàn giống nhau ở những địa phương khác nhau; mỗi nơi lại áp dụng theo một cách khác nhau, hiệu quả thực hiện, vì vậy, cũng có sự khác biệt. Điều đó đòi hỏi phải có một quy trình thống nhất và khoa học để nâng cao

chất lượng, hiệu quả các cuộc tiếp xúc cử tri của đại biểu Quốc hội.

Việc lập kế hoạch tiếp xúc cử tri chưa hợp lý

Việc lập kế hoạch tiếp xúc cử tri chưa chú ý đến tình hình, điều kiện cụ thể của địa phương cũng như về đời sống, phong tục tập quán dân cư, trình độ dân trí và nhu cầu của cử tri về việc được tiếp xúc, gặp gỡ đại biểu để giải đáp, tháo gỡ những vấn đề khó khăn, bức xúc nảy sinh từ đời sống. Ở một số địa phương, khi xây dựng kế hoạch tiếp xúc cử tri chưa chú trọng việc rà soát kỹ lưỡng danh sách các thôn, làng, bản, ấp, tổ dân phố, khu dân cư; các xã, phường, thị trấn để có thể bố trí hợp lý các điểm tiếp xúc mới, tiếp xúc lại; chưa bám sát tình hình và nhu cầu của cử tri cũng như những vấn đề nổi cộm, bức xúc trong nhân dân v.v.. Do vậy, dẫn đến tình trạng ĐBQH thực hiện việc tiếp xúc nhiều lần với nhóm cử tri trên một địa bàn nhất định, không bảo đảm việc tiếp xúc cử tri lần lượt ở tất cả các đơn vị trong đơn vị bầu cử...

Do chưa coi trọng khâu phối hợp xây dựng kế hoạch nên dẫn đến sự bị động cho một số cơ quan, tổ chức trong việc phân công, bố trí cán bộ tham gia, cử đại diện tham dự, chỉ đạo, hướng dẫn cấp dưới chuẩn bị các điều kiện để tổ chức thực hiện kế hoạch ĐBQH tiếp xúc cử tri. Trong quá trình triển khai thực hiện kế hoạch, sự phối hợp giữa các cơ quan, đơn vị trong việc tổ chức đề ĐBQH tiếp xúc cử tri còn bất cập, do quy định hiện hành chưa đề cập đến quy trình phối hợp tổ chức thực hiện.

Trình tự, thủ tục tiến hành hội nghị tiếp xúc cử tri còn cứng nhắc, rườm rà

Việc thực hiện các trình tự, thủ tục tiến hành hội nghị tiếp xúc cử tri còn lúng túng, do quy định một cách cứng nhắc về trình tự tiến hành hội nghị. Pháp luật hiện hành đặt

ra trình tự, thủ tục tiến hành hội nghị tiếp xúc cử tri (trừ tiếp xúc cử tri theo chuyên đề lĩnh vực thực hiện ở cơ quan, tổ chức, đơn vị) đều phải qua sáu bước còn quá rườm rà, làm mất nhiều thời gian cho công tác tổ chức.

Mặt khác, do đặc điểm của hoạt động tiếp xúc cử tri ở nơi làm việc, nơi cư trú, theo chuyên đề, đối tượng, địa bàn cũng rất khác nhau cả về thành phần dự, mục đích, yêu cầu của cuộc tiếp xúc... nên việc áp dụng quy trình sáu bước cho các hội nghị tiếp xúc theo loại hình hoạt động nêu trên là không hoàn toàn phù hợp. Việc quy định quy trình bắt buộc sáu bước tại Điều 11, Nghị quyết liên tịch số 06/2004/NQLT/UBTVQH11-ĐC-TUBTWMTTQVN ngày 10/09/2004 của Ủy ban Thường vụ Quốc hội (UBTVQH) và Đoàn Chủ tịch UBTVQH ban hành hướng dẫn về việc đại biểu Quốc hội tiếp xúc cử tri (Nghị quyết liên tịch 06) đã không còn phù hợp, tạo ra sự nhầm lẫn, cứng nhắc trong việc tổ chức, điều hành hội nghị tiếp xúc cử tri, làm cho hội nghị tiếp xúc cử tri nặng về tính hành chính; trong khi đòi hỏi hiện nay là phải đổi mới cách tiến hành, tạo được không khí cởi mở, gần gũi, gần bó, trách nhiệm giữa ĐBQH với cử tri.

Chưa có quy định hướng dẫn về quy trình, thủ tục để ĐBQH tự tiến hành tiếp xúc cử tri

Theo quy định tại khoản 2, Điều 4 của Nghị quyết liên tịch số 06 và khoản 1, Điều 28, Nghị quyết liên tịch số 525/2012/NQLT/UBTVQH13-ĐC-TUBTWMTTQVN của Ủy ban Thường vụ Quốc hội và Đoàn Chủ tịch UBTVQH về việc tiếp xúc cử tri của ĐBQH (Nghị quyết liên tịch số 525) thì “Căn cứ vào điều kiện cụ thể và yêu cầu thực hiện nhiệm vụ của mình, ĐBQH gặp gỡ, tiếp xúc

với cá nhân hoặc nhóm cử tri để lắng nghe, tìm hiểu tâm tư, nguyện vọng của cử tri và thu thập ý kiến, kiến nghị của cử tri”.

Qua tổng kết thực tiễn các hoạt động tiếp xúc cử tri cho thấy, do thiếu vắng quy trình, thủ tục, nên việc ĐBQH tự tiến hành gặp gỡ, tiếp xúc với cá nhân hoặc nhóm cử tri còn rất lúng túng, khó khăn. Mặc dù Nghị quyết liên tịch số 525 có quy định về việc kết hợp tiếp xúc cử tri của ĐBQH với tiếp xúc cử tri của đại biểu Hội đồng nhân dân nhưng vẫn chưa có quy định về quy trình tổ chức thực hiện. Đặc biệt đối với những đại biểu lần đầu tham gia Quốc hội còn lúng túng khi thực hiện việc tiếp xúc theo chuyên đề, lĩnh vực, tự gặp gỡ, tiếp xúc cử tri; khả năng tổ chức các buổi tiếp xúc độc lập cũng còn rất hạn chế; chưa có được một cơ chế hợp lý để ĐBQH và cử tri có thể dễ dàng gặp gỡ, trao đổi, thảo luận, đề xuất hướng giải quyết những vấn đề cụ thể của đời sống xã hội. Việc tiếp xúc rộng rãi với cử tri ở tất cả các điểm trong đơn vị bầu cử cũng còn gặp khó khăn; việc nắm bắt tâm tư, nguyện vọng, thu thập kiến nghị của cử tri chưa được đầy đủ, sâu sắc; nhiều ĐBQH mới chủ yếu nắm được tình hình đời sống dân cư ở một số đơn vị, nhất là đơn vị ở địa bàn trung tâm.

Một trong những bài học được rút ra từ thực tiễn là việc tiến hành hoạt động tiếp xúc cử tri nếu theo một quy trình chặt chẽ, khoa học, phù hợp từ khâu lập kế hoạch tiếp xúc cử tri, tổ chức thực hiện kế hoạch tiếp xúc cử tri đến khâu tập hợp, phân loại, tổng hợp và chuyển các kiến nghị của cử tri đến cơ quan, tổ chức có thẩm quyền giải quyết sẽ góp phần quan trọng vào thành công của hoạt động tiếp xúc cử tri; nâng cao chất lượng, hiệu quả các cuộc tiếp xúc cử tri, kể cả hoạt động tự tiến hành việc gặp gỡ, tiếp xúc với cá nhân hoặc nhóm cử tri.

3. Giải pháp hoàn thiện quy trình tiếp xúc cử tri

Xây dựng kế hoạch tiếp xúc cử tri

Để bảo đảm QTTXCT được chặt chẽ, khoa học, cần thực hiện các công việc sau đây:

Lập kế hoạch tiếp xúc cử tri hàng năm của từng ĐBQH là một việc cần thiết, có ý nghĩa quan trọng định hướng cho hoạt động cả năm. Trước khi ban hành kế hoạch chính thức về tiếp xúc cử tri hàng năm, ĐBQH cần căn cứ vào những vấn đề cơ bản sau đây để lựa chọn nội dung tiếp xúc, đối tượng cử tri, địa bàn tiếp xúc, thời gian, địa điểm tiến hành việc tiếp xúc cử tri:

Thứ nhất, cần căn cứ vào nhiệm vụ hoạt động đại biểu hàng năm, bám sát các nội dung của kế hoạch công tác hàng năm của Đoàn ĐBQH, kế hoạch công tác của các cơ quan của Quốc hội, chương trình hoạt động của Quốc hội về xây dựng luật, chương trình giám sát và quyết định những vấn đề quan trọng của đất nước v.v..

Thứ hai, căn cứ vào tình hình kinh tế - xã hội của địa phương, nắm bắt thông tin về tình hình cử tri ở địa phương, ưu tiên cử tri ở địa bàn thuộc đơn vị bầu cử, cử tri ở cơ sở xã, phường, thị trấn thông qua các kênh thông tin.

Thứ ba, yêu cầu văn phòng giúp việc Đoàn ĐBQH, cán bộ giúp việc cho đại biểu (nếu có) cung cấp các thông tin về tình hình cử tri, những vấn đề nổi cộm, bức xúc của cử tri ở địa phương, trong đó ưu tiên nắm thông tin từ cử tri ở đơn vị bầu cử; dự kiến những vấn đề cử tri quan tâm phát biểu ý kiến, kiến nghị khi đại biểu đến tiếp xúc.

Thứ tư, trên cơ sở nghiên cứu toàn diện những vấn đề nêu trên, ĐBQH tiến hành xây dựng kế hoạch tiếp xúc cử tri hàng năm và gửi đến Đoàn ĐBQH trong tháng 12 của

năm trước để tổng hợp xây dựng kế hoạch tiếp xúc cử tri của cả Đoàn.

Kế hoạch tiếp xúc cử tri của từng ĐBQH cần xác định rõ các nội dung chính sau: số cuộc tiếp xúc cử tri trong năm; hình thức tiếp xúc cử tri (theo hội nghị hoặc tự tiến hành việc gặp gỡ, tiếp xúc với cá nhân hoặc nhóm cử tri); đối tượng, địa bàn tiếp xúc cử tri; nội dung trao đổi, báo cáo với cử tri tại cuộc tiếp xúc phù hợp với từng hoạt động tiếp xúc cụ thể, như: tiếp xúc trước kỳ họp Quốc hội, tiếp xúc sau kỳ họp Quốc hội; tiếp xúc theo chuyên đề, lĩnh vực, địa bàn, đối tượng cụ thể...; dự kiến thời gian cụ thể để thực hiện các hoạt động tiếp xúc cử tri; dự kiến cụ thể các thành phần (đại diện cơ quan, tổ chức, đơn vị) tham gia tổ chức, tham dự, phục vụ cuộc tiếp xúc giữa đại biểu với cử tri; các điều kiện bảo đảm: kinh phí, phương tiện, cán bộ giúp việc; các khoản kinh phí hỗ trợ khác (nếu có); dự kiến kết quả thu được và việc xử lý ý kiến, kiến nghị của cử tri (tập hợp và báo cáo về Đoàn ĐBQH các ý kiến, kiến nghị của cử tri đã thu thập được để Đoàn xử lý theo quy định của pháp luật).

Lập kế hoạch tiếp xúc cử tri của cả Đoàn ĐBQH có ý nghĩa quan trọng trong việc tổ chức, phân công và phục vụ ĐBQH tiếp xúc cử tri. Trên cơ sở kế hoạch tiếp xúc cử tri của ĐBQH gửi đến, Trưởng Đoàn ĐBQH chỉ đạo văn phòng giúp việc nghiên cứu, tổng hợp xây dựng dự thảo kế hoạch tiếp xúc cử tri Đoàn ĐBQH trong một năm, bảo đảm theo quy trình sau:

Thứ nhất, nghiên cứu, phân tích nội dung kế hoạch tiếp xúc cử tri của ĐBQH đã gửi đến; thông kê cụ thể về thời gian, địa điểm, đối tượng cử tri, nội dung tiếp xúc, thành phần tham dự; xác định rõ nhu cầu phục vụ đại biểu tiếp xúc cử tri.

Thứ hai, nghiên cứu, đối chiếu yêu cầu

nhệm vụ thực hiện kế hoạch công tác hàng năm của Đoàn ĐBQH, các cơ quan của Quốc hội, chương trình hoạt động của Quốc hội về xây dựng luật, chương trình giám sát và quyết định những vấn đề quan trọng của đất nước v.v..

Thứ ba, thông qua các kênh thông tin, nắm bắt được tình hình kinh tế - xã hội của địa phương, tình hình cử tri ở cơ sở xã, phường, thị trấn; cử tri ở các khu vực bầu cử, cử tri ở các địa bàn trung tâm, cử tri ở vùng sâu, vùng xa, miền núi, đồng bằng; cử tri là người dân tộc thiểu số, khu vực nông thôn, thành thị; những vấn đề nổi cộm, bức xúc của cử tri ở địa phương, dự kiến những vấn đề cử tri quan tâm phát biểu ý kiến, kiến nghị khi đại biểu đến tiếp xúc.

Thứ tư, trên cơ sở nghiên cứu toàn diện những vấn đề nêu trên, văn phòng giúp việc lập dự thảo kế hoạch tiếp xúc cử tri của Đoàn ĐBQH để trình Đoàn ĐBQH xem xét, thông qua.

Thứ năm, trước khi ban hành kế hoạch, Đoàn ĐBQH tổ chức cuộc họp, thảo luận với các cơ quan, tổ chức hữu quan như: Ban Thường trực UB TUMTTQVN, Thường trực HĐND, UBND cấp tỉnh, có sự tham gia của báo, đài ở địa phương, tạo sự đồng thuận khi chính thức công bố kế hoạch tiếp xúc cử tri.

Nội dung kế hoạch tiếp xúc cử tri của Đoàn ĐBQH cần xác định rõ các vấn đề cơ bản sau đây: số cuộc tiếp xúc cử tri của ĐBQH, tiến độ thời gian thực hiện việc tiếp xúc cử tri; đối tượng cử tri, địa bàn tiếp xúc cử tri; hình thức tiếp xúc cử tri (theo hội nghị hoặc tự tiến hành việc gặp gỡ, tiếp xúc với cá nhân hoặc nhóm cử tri); nội dung trao đổi, báo cáo với cử tri tại cuộc tiếp xúc phù hợp với từng hoạt động tiếp xúc cụ thể, như: tiếp xúc trước kỳ họp Quốc hội, tiếp xúc sau kỳ họp Quốc hội; tiếp xúc theo chuyên đề,

lĩnh vực, địa bàn, đối tượng cụ thể...; phân công trách nhiệm cụ thể cho: ĐBQH; cơ quan, tổ chức, đơn vị tham gia tổ chức hội nghị, tham dự, tuyên truyền; trách nhiệm của Văn phòng giúp việc trong việc phục vụ cuộc tiếp xúc giữa đại biểu với cử tri; kết quả thu được và việc tập hợp, tổng hợp ý kiến, kiến nghị của cử tri; gửi báo cáo kết quả đợt tiếp xúc cử tri đến cơ quan, tổ chức có thẩm quyền để xem xét; xác định rõ các điều kiện bảo đảm thực hiện kế hoạch, như: kinh phí, phương tiện, cán bộ giúp việc; các khoản kinh phí hỗ trợ khác (nếu có); và trách nhiệm của cơ quan giúp việc trong công tác bảo đảm hậu cần và tham mưu tập hợp, tổng hợp, xử lý kiến nghị của cử tri; xác định thời gian gửi kế hoạch đến các cơ quan, tổ chức có trách nhiệm để thông báo công khai trên các phương tiện thông tin đại chúng.

Nâng cao chất lượng phối hợp tổ chức hội nghị tiếp xúc cử tri

Theo quy định hiện hành thì việc tổ chức tiếp xúc cử tri của ĐBQH do Đoàn ĐBQH chủ động với sự tham gia phối hợp của Ban thường trực UB TUMTTQVN, Thường trực HĐND, UBND cấp tỉnh và cơ quan truyền thông. Công tác phục vụ hậu cần và chuyên môn do văn phòng giúp việc đảm nhiệm.

Tuy nhiên, các quy định về việc phối hợp tổ chức tiếp xúc cử tri theo hình thức hội nghị còn phân tán trong các điều, khoản của Nghị quyết liên tịch hiện hành. Do vậy, để tạo lập một khuôn khổ pháp lý thống nhất, chặt chẽ thì cần thiết phải hoàn thiện quy trình tổ chức để ĐBQH tiếp xúc cử tri, cụ thể như sau:

Thứ nhất, gửi kế hoạch tiếp xúc cử tri

Sau khi kế hoạch tiếp xúc cử tri được ban hành, Đoàn ĐBQH có trách nhiệm gửi đến các cơ quan, tổ chức có trách nhiệm liên

quan đến việc tiếp xúc cử tri đã định kế hoạch và thông báo rộng rãi đến cử tri và nhân dân ở địa phương, cơ sở bằng các phương tiện thông tin đại chúng ở địa phương như đăng tải trên đài phát thanh và truyền hình tỉnh, huyện; đăng tải trên báo địa phương, chậm nhất là sau 07 ngày.

Thứ hai, ban hành chỉ đạo, hướng dẫn thực hiện kế hoạch tiếp xúc cử tri

Ngay sau khi nhận được kế hoạch tiếp xúc cử tri của Đoàn ĐBQH, Ban Thường trực UBTTMTQVN, Thường trực HĐND, UBND các tỉnh thành phố trực thuộc trung ương triển khai ngay một số công việc sau đây: ban hành kế hoạch và hướng dẫn Ban Thường trực UBTTMTQVN cấp dưới thực hiện các công việc như phối hợp với các cơ quan, tổ chức, đơn vị ở địa phương, chính quyền ở cơ sở bố trí địa điểm để tổ chức đại biểu tiếp xúc cử tri; tuyên truyền, vận động cử tri và nhân dân tích cực hưởng ứng, tham gia tiếp xúc với ĐBQH theo kế hoạch đã định; Thường trực HĐND cấp tỉnh ban hành hướng dẫn Thường trực HĐND cấp huyện cử đại diện tham dự các cuộc tiếp xúc cử tri của ĐBQH và chuẩn bị ý kiến đề kiến nghị với ĐBQH tại cuộc tiếp xúc; UBND cấp tỉnh ban hành văn bản chỉ đạo UBND cấp dưới cử đại diện tham gia cuộc tiếp xúc cử tri để tiếp thu, trả lời kiến nghị, chỉ đạo các cơ quan truyền thông ở địa phương thực hiện tuyên truyền về kế hoạch tiếp xúc cử tri của ĐBQH; đồng thời chỉ đạo các cơ quan chức năng có kế hoạch bảo đảm an ninh, trật tự an toàn các cuộc tiếp xúc cử tri của ĐBQH.

Thứ ba, công tác tham mưu, phục vụ

Văn phòng giúp việc Đoàn ĐBQH cần bám sát chương trình, kế hoạch hoạt động tiếp xúc cử tri của ĐBQH, có trách nhiệm giúp Đoàn gửi kịp thời kế hoạch tiếp xúc cử tri đến các cơ quan, tổ chức hữu quan; phối

hợp với các cơ quan truyền thông để bố trí đăng tải, đưa tin kịp thời về kế hoạch tiếp xúc của đại biểu đến cử tri; chuẩn bị các tài liệu, thông tin phục vụ đại biểu tiếp xúc cử tri; bố trí các điều kiện về phương tiện, kinh phí, cử cán bộ phục vụ đại biểu tiếp xúc cử tri; phối hợp với các cơ quan, tổ chức, đơn vị trong việc bố trí địa điểm tiếp xúc, bảo vệ trật tự, an ninh phục vụ đại biểu tiếp xúc cử tri.

Cải tiến quy trình tiến hành hội nghị tiếp xúc cử tri

Một là, xây dựng một cơ chế tổ chức hội nghị tiếp xúc cử tri phù hợp với đặc điểm, yêu cầu của hoạt động tiếp xúc cử tri; bảo đảm để đại biểu và cử tri là trung tâm của cuộc tiếp xúc. Trong đó, bảo đảm phát huy vai trò, trách nhiệm của ĐBQH trong việc: báo cáo kết quả hoạt động của Quốc hội, các cơ quan của Quốc hội, Đoàn ĐBQH; báo cáo và chịu trách nhiệm với cử tri về việc thực hiện nhiệm vụ đại biểu và thực hiện chương trình hành động của ĐBQH đã trình bày tại cuộc vận động bầu cử; báo cáo kết quả giải quyết, trả lời kiến nghị của cử tri. Đồng thời, bảo đảm điều kiện để cử tri nêu ý kiến, kiến nghị; ĐBQH và cử tri thảo luận, trao đổi về những vấn đề mà đại biểu và cử tri quan tâm.

Hai là, đơn giản hóa thủ tục, trình tự tiến hành hội nghị tiếp xúc cử tri của ĐBQH. Theo quy định của pháp luật hiện hành thì quy trình hội nghị tiếp xúc cử tri của ĐBQH gồm sáu bước, nên còn rườm rà, nặng nề thủ tục hành chính. Trong khi đó, ở nhiều nước, các nghị sỹ tiến hành tiếp xúc cử tri theo thủ tục đơn giản, không theo hình thức hội nghị như ở nước ta. Họ tiến hành việc gặp gỡ, tiếp xúc với cử tri dưới nhiều hình thức linh hoạt, bất kỳ ở đâu, không theo một trình tự chặt chẽ của hội nghị tiếp xúc, nhưng vẫn bảo đảm các kiến nghị của cử tri được ghi

nhận, xử lý và trả lời rất kịp thời. Ở nước ta, cần thiết kế lại quy trình tiến hành hội nghị tiếp xúc cử tri của ĐBQH cho phù hợp. Qua nghiên cứu thực tiễn có thể thiết kế chương trình hội nghị tiếp xúc cử tri bảo đảm các nguyên tắc cơ bản sau đây:



- Đại diện cơ quan, tổ chức thực hiện công tác tổ chức hội nghị tuyên bố lý do, giới thiệu ĐBQH thực hiện nhiệm vụ tiếp xúc cử tri, giới thiệu đại diện các cơ quan, tổ chức tham dự để tiếp thu, giải quyết kiến nghị của cử tri và cán bộ ghi biên bản cuộc tiếp xúc.

- ĐBQH tiến hành việc báo cáo, trao đổi, thảo luận với cử tri về những vấn đề mà đại biểu và cử tri quan tâm; chủ động trao đổi, gợi mở vấn đề quan tâm để cử tri tham gia ý kiến; giải trình, tiếp thu ý kiến kiến nghị của cử tri. Thời gian dành cho đại biểu và cử tri báo cáo, trao đổi phải bảo đảm 2/3 thời gian hội nghị tiếp xúc.

- Đại diện các cơ quan, tổ chức, đơn vị tham dự cuộc tiếp xúc cử tri có trách nhiệm trả lời kiến nghị của cử tri khi có yêu cầu của ĐBQH, đồng thời có trách nhiệm ghi nhận để giải quyết các kiến nghị thuộc thẩm quyền quản lý.

Hoàn thiện quy trình tập hợp, tổng hợp, giải quyết kiến nghị của cử tri

Hoàn thiện quy trình tập hợp, tổng hợp, chuyển kiến nghị của cử tri đến cơ quan nhà nước có thẩm quyền để nghiên cứu, giải quyết là một việc rất quan trọng nhằm bảo đảm việc xử lý tốt nhất các ý kiến, kiến nghị của cử tri. Pháp luật hiện hành tuy đã có một số quy định về tập hợp, tổng hợp, chuyển và giám sát việc giải quyết kiến nghị của cử tri,

song vẫn còn một số vấn đề cần tiếp tục nghiên cứu, hoàn thiện quy trình xử lý kiến nghị của cử tri, cụ thể là:

Thứ nhất, cho đến nay vẫn chưa có quy định rõ về phạm vi, nguồn thông tin để tập hợp, tổng hợp, xử lý các kiến nghị. Trên thực tế, việc xử lý kiến nghị của cử tri do các Đoàn ĐBQH thực hiện vẫn chủ yếu do ĐBQH tiếp xúc, thu thập, phản ánh. Trong khi đó, ngoài ý kiến, kiến nghị trực tiếp của cử tri còn có nhiều ý kiến, kiến nghị từ các cơ quan, tổ chức gửi đến ĐBQH, các cơ quan Quốc hội, MTTQVN các cấp có nội dung từ ý kiến, kiến nghị của nhân dân. Do vậy, cần thiết phải bổ sung quy định cụ thể nguồn ý kiến, kiến nghị để tập hợp, tổng hợp, xử lý để bảo đảm phản ánh đầy đủ, trung thực, khách quan ý kiến, tâm tư, nguyện vọng của cử tri và nhân dân cả nước.

Thứ hai, pháp luật hiện hành tuy đã có một số quy định về tập hợp, tổng hợp, xử lý kiến nghị của cử tri nhưng chủ yếu vẫn tập trung xử lý đối với các kiến nghị thuộc thẩm quyền các cơ quan trung ương. Đến nay vẫn chưa có quy trình cụ thể để xử lý các kiến nghị cử tri thuộc thẩm quyền giải quyết các cơ quan, tổ chức, đơn vị ở địa phương. Trong khi đó, thực tế ở hầu hết các cuộc tiếp xúc, đa số ý kiến, kiến nghị mà cử tri phát biểu lại thuộc thẩm quyền giải quyết của các

cơ quan, tổ chức, đơn vị ở địa phương. Do vậy, vấn đề đặt ra là phải có một quy trình về xử lý các kiến nghị của cử tri thuộc thẩm quyền giải quyết của các cơ quan ở địa phương để tạo cơ sở pháp lý thuận lợi, thống nhất cho các hoạt động tập hợp, tổng hợp và xử lý kiến nghị này. Để xử lý tốt các kiến nghị của cử tri thuộc thẩm quyền giải quyết của cơ quan, tổ chức, đơn vị ở địa phương cần tiến hành theo một trình tự sau đây:

- Sau khi kết thúc cuộc tiếp xúc hoặc thu thập được các ý kiến, kiến nghị của cử tri, ĐBQH có trách nhiệm chuyển các ý kiến, kiến nghị đó bằng văn bản đến Đoàn ĐBQH qua văn phòng giúp việc.

- Sau khi nhận được các ý kiến, kiến nghị của cử tri do ĐBQH chuyển đến, tối đa là 05 ngày, Đoàn ĐBQH có trách nhiệm tổ chức nghiên cứu, phân loại, tổng hợp, chuyển ngay bằng văn bản các ý kiến, kiến nghị đó đến cơ quan có thẩm quyền.

Để bảo đảm báo cáo tổng hợp kiến nghị của cử tri phản ánh đầy đủ, trung thực ý kiến, kiến nghị của cử tri, Đoàn ĐBQH có trách nhiệm tổ chức cuộc họp các ĐBQH trong đoàn, mời đại diện Ban thường trực UBTƯ MTTQVN, Thường trực HĐND, UBND cấp tỉnh và cơ quan truyền thông tham gia để đóng góp xây dựng báo cáo tổng hợp kiến nghị của cử tri ở địa phương, trước khi gửi UBTƯ và Đoàn Chủ tịch UBTƯ MTTQVN.

Sau khi chuyển các kiến nghị của cử tri thuộc thẩm quyền giải quyết ở địa phương, Đoàn ĐBQH cần phối hợp với Thường trực HĐND cấp tỉnh theo dõi, đôn đốc các cơ quan, tổ chức có trách nhiệm giải quyết để sớm trả lời cử tri; đồng thời phân công từng ĐBQH theo dõi, đôn đốc việc giải quyết các kiến nghị của cử tri do ĐBQH đã thu thập, phản ánh.

Xây dựng quy trình để đại biểu Quốc

hội tự gặp gỡ, tiếp xúc với cá nhân hoặc nhóm cử tri

Đây là hình thức đề cao vai trò và nhu cầu tự thân của ĐBQH trong việc tiếp xúc, liên hệ với cử tri. Xuất phát từ thực tiễn đòi hỏi phải có cơ chế để ĐBQH tiếp xúc, liên hệ, gặp gỡ với cá nhân hoặc nhóm cử tri, ngoài các hình thức tiếp xúc cử tri theo chế độ hội nghị, tùy theo điều kiện cụ thể, ĐBQH tự triển khai việc tiếp xúc với cá nhân, nhóm cử tri nào đó theo hình thức thích hợp như: gặp gỡ trực tiếp; liên hệ thông qua điện thoại; thư bưu điện, thư điện tử; trao đổi qua báo chí, đài phát thanh, đài truyền hình v.v.. để nắm bắt tình hình dân chúng và có thể thu thập, phản ánh ý kiến, kiến nghị của cử tri, nhất là cử tri ở đơn vị bầu cử ra mình. Trong trường hợp cần thiết, ĐBQH có thể tiến hành các hoạt động để kiểm chứng, làm rõ tính chân thực của nội dung ý kiến, kiến nghị mà cử tri đã cung cấp.

Trên thực tế, đại biểu có thể chủ động tiếp xúc với cử tri để lấy ý kiến đóng góp của người dân nói chung hay của các nhóm cử tri cụ thể về những vấn đề mà ĐBQH quan tâm; đại biểu có thể thực hiện một số cuộc gặp gỡ cử tri, như: thăm hỏi tại nhà; gặp gỡ định kỳ với các nhóm cử tri mà đại biểu quan tâm; tiếp xúc với các cá nhân hoặc các nhóm cá nhân để thực hiện việc tham vấn riêng; tiếp xúc cá nhân để thu thập thông tin và các bình luận, thường là từ các cơ quan hữu quan, hoặc các chuyên gia khác để có thể hiểu vấn đề rõ hơn; khảo sát tình hình theo ý kiến, kiến nghị của cử tri; giữ mối liên hệ với cử tri qua Internet v.v..

Để thực hiện tốt hình thức tự tiếp xúc cử tri nêu trên cần phải có một quy trình thích hợp. Qua khảo sát, nghiên cứu thực tế hoạt động tiếp xúc cử tri của ĐBQH, có thể đưa ra một quy trình chung, làm cơ sở để có thể

vận dụng xây dựng quy trình đại biểu tự tiến hành việc gặp gỡ, tiếp xúc với cử tri, như:

Lập kế hoạch gặp gỡ, tiếp xúc với cá nhân, nhóm cử tri

Hàng năm, cùng với việc xây dựng kế hoạch tiếp xúc cử tri theo hình thức hội nghị gửi đến Đoàn ĐBQH, từng ĐBQH cần xây dựng cho mình một kế hoạch riêng về việc tự tiến hành gặp gỡ, tiếp xúc với cá nhân hoặc nhóm cử tri. Nội dung kế hoạch cần đề cập đến: vấn đề cần quan tâm, nghiên cứu, thu thập ý kiến, kiến nghị hoặc tài liệu, thông tin từ cử tri; đối tượng cử tri cụ thể (cá nhân, nhóm cử tri) sẽ gặp gỡ, tiếp xúc; các hình thức tiếp xúc, liên hệ (gặp trực tiếp hay trao đổi qua điện thoại, thư điện tử, thư bưu điện...); địa điểm tiếp xúc trực tiếp; các tài liệu, thông tin cần thu thập hoặc cung cấp thông tin cho cử tri; các điều kiện bảo đảm thực hiện việc gặp gỡ, tiếp xúc; sự hỗ trợ của Đoàn ĐBQH về kinh phí, phương tiện, cán bộ giúp việc (nếu thấy cần thiết).

Xây dựng lịch và thực hiện việc gặp gỡ, tiếp xúc

Căn cứ vào kế hoạch đã lập, ĐBQH có thể trực tiếp hoặc thông qua văn phòng giúp việc xây dựng lịch gặp gỡ, tiếp xúc với cá nhân, nhóm cử tri phù hợp với quỹ thời gian, đối tượng cử tri, mục đích từng cuộc gặp gỡ, tiếp xúc và các điều kiện của đại biểu để có thực hiện. Đại biểu có thể yêu cầu văn phòng giúp việc cung cấp các thông tin, tài liệu cần thiết để có thể chủ động trao đổi với cử tri khi tiến hành việc gặp gỡ, tiếp xúc.

Bám sát vào lịch gặp gỡ, tiếp xúc với cá nhân, nhóm cử tri, ĐBQH chủ động đến gặp cá nhân, nhóm cử tri. Trong trường hợp cần có sự hỗ trợ thì yêu cầu văn phòng giúp việc bố trí phương tiện, cử cán bộ tham gia ghi chép, phục vụ hoạt động tiếp xúc cử tri của đại biểu.

Xử lý kiến nghị của cử tri

Trường hợp cử tri có kiến nghị thì sau khi kết thúc việc gặp gỡ, tiếp xúc với cá nhân, nhóm cử tri, ĐBQH có thể trực tiếp hoặc thông qua cán bộ giúp việc tiến hành việc rà soát các kiến nghị, phân loại và chuyển đến Đoàn ĐBQH để tham mưu xử lý các kiến nghị này theo quy định của pháp luật; đồng thời ĐBQH theo dõi việc giải quyết kiến nghị để thông tin lại với cá nhân hoặc nhóm cử tri đó.

Xây dựng quy trình cho hoạt động giám sát giải quyết kiến nghị của cử tri

Hoạt động giám sát việc giải quyết kiến nghị của cử tri mang tính đặc thù, không hoàn toàn giống với các hoạt động giám sát khác. Việc giám sát giải quyết kiến nghị của cử tri được tiến hành thường xuyên, liên tục, nhiều nội dung, nhiều vấn đề đặt ra cả những vấn đề cũ, vấn đề mới, vấn đề mang tính thời sự, bức xúc, có nội dung liên quan đến tất cả các lĩnh vực của đời sống xã hội; cơ chế thông tin, báo cáo kết quả giám sát; hậu quả pháp lý sau giám sát việc giải quyết kiến nghị của cử tri. Do vậy, cần phải có một quy trình, thủ tục riêng, phù hợp, mới bảo đảm tính khách quan và hiệu quả của hoạt động giám sát việc giải quyết kiến nghị của cử tri.

Tóm lại, việc hoàn thiện pháp luật về tiếp xúc cử tri nói chung, QTTXCT của ĐBQH nói riêng không chỉ có ý nghĩa về mặt kỹ thuật lập pháp, mà còn có ý nghĩa đáp ứng đòi hỏi thực tiễn nâng cao chất lượng, hiệu quả hoạt động tiếp xúc cử tri nói riêng, hoạt động của ĐBQH nói chung. Đây là việc làm thiết thực góp phần thực hiện đổi mới, nâng cao chất lượng hoạt động của Quốc hội theo tinh thần Nghị quyết số 27/2012/QH13 đã được thông qua tại kỳ họp thứ 3, Quốc hội khóa XIII về một số cải tiến, đổi mới để nâng cao chất lượng, hiệu quả hoạt động của Quốc hội ■

ĐỀ XUẤT XÂY DỰNG LUẬT TƯ PHÁP QUỐC TẾ

LÊ THỊ NAM GIANG*

Bộ luật Dân sự Việt Nam năm 2005 (BLDS) đang trong quá trình được sửa đổi, bổ sung. Một trong những nội dung được xem xét sửa đổi, bổ sung là các quy định trong Phần thứ 7: Quan hệ dân sự có YTNN. Về vấn đề sửa đổi Phần thứ 7 BLDS, hiện có hai quan điểm: thứ nhất, nên xây dựng một đạo luật riêng về tư pháp quốc tế (TPQT); thứ hai, chưa nên ban hành Luật TPQT mà nên giữ như hiện nay, nghĩa là các quy phạm của TPQT được ghi nhận trong các văn bản quy phạm pháp luật (QPPL) khác nhau nhưng sửa đổi, bổ sung cho hoàn thiện. Trước các quan điểm đó, bài viết tập trung vào: (i) tìm hiểu pháp luật của một số quốc gia về xây dựng QPPL điều chỉnh quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài (YTNN); (ii) phân tích thực trạng các quy định của pháp luật Việt Nam về điều chỉnh quan hệ dân sự có YTNN; (iii) bước đầu phân tích cơ sở lý luận và thực tiễn cho sự cần thiết xây dựng Luật TPQT Việt Nam.

1. Quan điểm của một số quốc gia về xây dựng quy phạm pháp luật điều chỉnh quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài

Hiện có ba quan điểm chính trong khoa học TPQT tại các nước về xây dựng các QPPL điều chỉnh quan hệ dân sự có YTNN, cụ thể:

1.1. Ban hành một đạo luật riêng điều chỉnh các quan hệ dân sự có YTNN

Đây không phải là quan điểm mới vì một số quốc gia đã ban hành Luật TPQT từ

rất sớm. Ví dụ ở Nhật Bản, Luật TPQT (được gọi là Luật Những nguyên tắc chung về áp dụng pháp luật của Nhật Bản - Đạo luật số 10) được ban hành từ năm 1898, được sửa đổi nhiều lần và lần sửa đổi mới nhất là vào ngày 21/6/2006 (Đạo luật số 78), có hiệu lực từ ngày 01/01/2007. Trên thực tế, số lượng các quốc gia xây dựng một đạo luật riêng về TPQT không nhiều. Tuy nhiên, gần đây ngày càng có nhiều quốc gia xây dựng đạo luật riêng điều chỉnh quan hệ dân sự có YTNN, ví dụ: Thụy Sĩ ban hành Luật

* TS., Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.

TPQT năm 1987, Bỉ ban hành năm 2004¹, Ucraina ban hành Luật TPQT năm 2005, Trung Quốc ban hành Luật TPQT năm 2010. Điều đó cho thấy, xu hướng mới trong khoa học pháp lý của nhiều nước hiện nay là tiến tới xây dựng một đạo luật riêng về TPQT.

Tuy nhiên, ngay đối với những nước có đạo luật riêng về TPQT thì phạm vi điều chỉnh của luật này cũng không giống nhau. Một số nước xây dựng Luật TPQT (gọi chính xác là Luật Quốc tế tư - Private International Law²) nhằm giải quyết các vấn đề pháp lý phát sinh trong quá trình điều chỉnh quan hệ dân sự có YTNN, đặc biệt tập trung giải quyết ba vấn đề: xung đột pháp luật (xác định pháp luật điều chỉnh nội dung quan hệ dân sự có YTNN) và các vấn đề pháp lý liên quan đến việc áp dụng pháp luật nước ngoài; xung đột thẩm quyền (xác định thẩm quyền của tòa án quốc gia giải quyết các vụ việc dân sự có YTNN); vấn đề công nhận và cho thi hành bản án, quyết định dân sự của tòa án nước ngoài. Ví dụ, Luật TPQT của Vương quốc Bỉ dành riêng Mục 4 Chương 1 từ Điều 5 đến Điều 14 quy định thẩm quyền của tòa án đối với vụ việc dân sự có YTNN, Mục 5 Chương 1 từ Điều 15 đến Điều 21 quy định giải quyết xung đột pháp luật, Mục 6 Chương 1 từ Điều 22 đến Điều 31 quy định về vấn đề công nhận và cho thi hành phán quyết của tòa án nước ngoài. Ngoài những quy định chung mang tính nguyên tắc, Luật TPQT của nước này còn xây dựng QPPL xác định thẩm quyền của tòa án, xác định pháp luật đối với từng nhóm quan hệ dân sự có YTNN như quan hệ tài sản, quan hệ thừa kế, quan hệ hôn nhân, nuôi con nuôi, các nghĩa vụ trong hợp

đồng và ngoài hợp đồng... Cách tiếp cận trên cũng được ghi nhận trong Luật TPQT của Liên bang Thụy Sĩ.

Một số nước khác, mặc dù xây dựng Luật riêng về TPQT nhưng nội dung chỉ tập trung vào việc xây dựng các QPPL xung đột nhằm xác định pháp luật áp dụng điều chỉnh nội dung quan hệ dân sự có YTNN. Bên cạnh Luật TPQT, các vấn đề khác như xác định thẩm quyền của tòa án quốc gia giải quyết các vụ việc dân sự có YTNN; vấn đề công nhận và cho thi hành bản án, quyết định dân sự của tòa án nước ngoài sẽ được điều chỉnh bằng các văn bản QPPL khác. Ví dụ, Luật TPQT của Trung Quốc chỉ xây dựng các QPPL xung đột nhằm xác định pháp luật áp dụng trong từng nhóm quan hệ dân sự có YTNN như quan hệ dân sự, quan hệ hôn nhân và gia đình, quan hệ sở hữu trí tuệ, quan hệ tín dụng... Cách thức này cũng được ghi nhận trong Luật TPQT của Nhật Bản.

1.2. Xây dựng nhiều văn bản QPPL khác nhau nhằm điều chỉnh các quan hệ của TPQT

Quan điểm thứ hai là không xây dựng một đạo luật duy nhất về TPQT mà xây dựng nhiều văn bản QPPL điều chỉnh các vấn đề khác nhau của TPQT. Ví dụ, Liên minh châu Âu ban hành rất nhiều văn bản QPPL khác nhau điều chỉnh các quan hệ TPQT. Nhằm xác định pháp luật áp dụng trong điều chỉnh các quan hệ dân sự có YTNN, Liên minh châu Âu đã ban hành Nghị định số 593/2008 ngày 17/6/2008 về Luật áp dụng cho nghĩa vụ hợp đồng, có hiệu lực từ ngày 17/12/2009 (thường được gọi là Rome I); Nghị định số 864/2007 ngày 11/7/2007 về Luật áp dụng cho nghĩa vụ

¹ Luật TPQT của Vương quốc Bỉ ngày 16/7/2004.

² Có hai tên gọi được sử dụng rộng rãi tại các nước là Luật Quốc tế tư và Luật Xung đột. Tuy nhiên tại Việt Nam, thuật ngữ TPQT được sử dụng rộng rãi nên trong bài viết, tác giả vẫn sử dụng thuật ngữ TPQT.

ngoài hợp đồng, có hiệu lực từ ngày 11/01/2009 (thường được gọi là Rome II); Nghị định số 1259/2010 ngày 20/12/2010 về Luật áp dụng cho quan hệ ly hôn, có hiệu lực từ ngày 21/6/2012 (thường được gọi là Rome III); Nghị định số 650/2012 ngày 04/7/2012 về thừa kế (có hiệu lực vào ngày 15/8/2015). Nhằm xây dựng cơ sở pháp lý cho việc xác định thẩm quyền của tòa án, cho việc công nhận và cho thi hành bản án, quyết định của tòa án về các vấn đề dân sự, Nghị định số 44/2001 được ban hành ngày 22/12/2001, có hiệu lực từ ngày 01/3/2002.

1.3. Không ban hành một đạo luật riêng hay các luật riêng về tư pháp quốc tế

Theo cách thức này, các quy phạm của TPQT là một phần trong rất nhiều các văn bản QPPL khác nhau, từ BLDS đến các luật chuyên ngành, Bộ luật tố tụng dân sự. Đây là cách thức mà pháp luật Liên bang Nga đang áp dụng.

2. Pháp luật Việt Nam điều chỉnh quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài

Để điều chỉnh quan hệ dân sự có YTNN, TPQT có hai loại QPPL: *QPPL xung đột*, là QPPL đưa ra các quy tắc giúp xác định hệ thống pháp luật cần được áp dụng nhằm điều chỉnh quan hệ dân sự có YTNN³ và *QPPL thực chất*, là QPPL trực tiếp điều chỉnh quan hệ dân sự có YTNN⁴. Bên cạnh đó, TPQT còn có các QPPL tố tụng nhằm điều chỉnh các quan hệ tố tụng đặc thù phát sinh trong quá trình tòa án của một quốc gia thụ lý và giải quyết các vụ việc dân sự có YTNN như các QPPL xác định thẩm quyền của tòa án quốc gia đối với vụ việc dân sự có YTNN, các QPPL điều chỉnh

các quan hệ trong lĩnh vực ủy thác TPQT, QPPL quy định về công nhận và cho thi hành bản án, quyết định dân sự của tòa án nước ngoài, quyết định của trong tài nước ngoài.

Hệ thống các QPPL xung đột của TPQT Việt Nam được xây dựng trong nhiều văn bản QPPL khác nhau, cụ thể:

Với 20 điều luật, Phần thứ 7 BLDS bao gồm các QPPL mang tính nguyên tắc như QPPL đưa ra tiêu chí để xác định quan hệ dân sự có YTNN (Điều 758), nguyên tắc áp dụng điều ước quốc tế, pháp luật nước ngoài, tập quán quốc tế (Điều 759), xác định pháp luật áp dụng đối với người không quốc tịch hoặc có từ hai quốc tịch trở lên (Điều 760). Phần thứ 7 BLDS cũng chứa đựng nhiều QPPL xung đột, giúp xác định pháp luật áp dụng trong các quan hệ dân sự có YTNN như xác định năng lực pháp luật dân sự của cá nhân là người nước ngoài (Điều 761), năng lực hành vi dân sự của người nước ngoài (Điều 762), xác định người nước ngoài không có, mất hoặc bị hạn chế năng lực hành vi dân sự (Điều 763); xác định một người bị mất tích hoặc chết (Điều 764); xác định năng lực pháp luật dân sự của pháp nhân nước ngoài (Điều 765), quan hệ sở hữu (Điều 766); quan hệ thừa kế (Điều 767, 768); quan hệ hợp đồng (Điều 769, 770, 771), giao dịch dân sự đơn phương (Điều 772); bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng (Điều 773); quan hệ sở hữu trí tuệ và chuyển giao công nghệ (Điều 774, 775, 776), về thời hiệu khởi kiện (Điều 777).

Quan hệ hôn nhân và gia đình có YTNN được điều chỉnh trong Luật Hôn nhân và gia

3 QPPL xung đột là một loại QPPL đặc biệt, không quy định quyền và nghĩa vụ của các bên trong quan hệ dân sự mà chỉ quy định nguyên tắc, cách thức xác định hệ thống pháp luật cần được áp dụng nhằm điều chỉnh quan hệ dân sự có YTNN. QPPL xung đột có thể được xây dựng trong các điều ước quốc tế và trong pháp luật quốc gia.

4 QPPL thực chất thường quy định quyền và nghĩa vụ của các bên tham gia quan hệ dân sự có YTNN. Ví dụ, Khoản 3, 4, Điều 767 BLDS là hai quy phạm thực chất của TPQT Việt Nam. Hoặc trong Chương III Luật Nuôi con nuôi năm 2010 có khá nhiều quy phạm thực chất trực tiếp điều chỉnh quan hệ nuôi con nuôi có YTNN.

đình (Luật HN&GD) Việt Nam và các văn bản hướng dẫn thi hành, trong Luật Nuôi con nuôi năm 2010 và văn bản hướng dẫn thi hành. Cụ thể, Luật HN&GD đã xây dựng được các QPPL mang tính nguyên tắc cho việc điều chỉnh quan hệ hôn nhân và gia đình như QPPL xác định quan hệ hôn nhân và gia đình có YTNN, QPPL quy định về bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của các bên trong quan hệ hôn nhân và gia đình có YTNN tại Việt Nam (Điều 100), nguyên tắc áp dụng pháp luật (Điều 101). Ngoài ra, Luật HN&GD còn xây dựng QPPL xung đột giúp xác định pháp luật áp dụng điều chỉnh quan hệ kết hôn (Điều 103), ly hôn (Điều 104). Luật Nuôi con nuôi đã dành riêng Chương III điều chỉnh quan hệ nuôi con nuôi có YTNN. Nhưng cần nhấn mạnh là trong Chương III Luật này chỉ có rất ít QPPL xung đột, chủ yếu là các QPPL thực chất.

Nguyên tắc xác định pháp luật áp dụng trong quan hệ hàng hải có YTNN được quy định trong Điều 3 và Điều 4 Bộ luật Hàng hải năm 2005, trong lĩnh vực hàng không dân dụng được quy định trong Điều 4 Luật Hàng không dân dụng năm 2006. Nguyên tắc xác định pháp luật áp dụng trong quan hệ thương mại quốc tế được quy định trong Điều 5 Luật Thương mại, trong quan hệ đầu tư được quy định trong Điều 5 Luật Đầu tư.

Bên cạnh hệ thống các QPPL xung đột, các QPPL thực chất trực tiếp điều chỉnh các quan hệ dân sự có YTNN cũng được quy định trong nhiều văn bản QPPL khác nhau⁵. Khoản 3, 4 Điều 767 và Điều 767 BLDS là hai QPPL thực chất của TPQT trực tiếp điều

chỉnh di sản không người thừa kế có YTNN. Chương III Luật Nuôi con nuôi chứa đựng rất nhiều QPPL thực chất trực tiếp điều chỉnh quan hệ nuôi con nuôi có YTNN như quy định về các trường hợp nuôi con nuôi có YTNN (Điều 28); về hợp pháp hoá lãnh sự giấy tờ, tài liệu (Điều 30); về hồ sơ của người nhận con nuôi (Điều 31), của người được nhận làm con nuôi (Điều 32)... Nguyên tắc xác định pháp luật áp dụng trong quan hệ thương mại quốc tế được quy định trong Điều 5 Luật Thương mại, trong quan hệ đầu tư được quy định trong Điều 5 Luật Đầu tư. Quyền và nghĩa vụ của nhà đầu tư nước ngoài cũng được điều chỉnh bởi các QPPL thực chất trong Luật Đầu tư.

Ngoài ra, các QPPL tố tụng nhằm xác định thẩm quyền của Tòa án Việt Nam đối với các vụ dân sự có YTNN, quy định về vấn đề công nhận và cho thi hành bản án, quyết định dân sự của tòa án nước ngoài, trọng tài nước ngoài được quy định trong Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2004 (đã được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2011).

3. Sự cần thiết hoàn thiện hệ thống các quy phạm xung đột trong pháp luật Việt Nam và ban hành Luật Tư pháp quốc tế

Nhìn một cách tổng quát, TPQT Việt Nam đã xây dựng được hệ thống QPPL điều chỉnh hầu hết các quan hệ dân sự có YTNN. Các nguyên tắc xác định pháp luật áp dụng trong các QPPL xung đột của Việt Nam nhìn chung là phù hợp với thực tiễn Việt Nam và TPQT của nhiều nước. Tuy nhiên, bên cạnh những thành công đó, TPQT Việt Nam cũng bộc lộ một số hạn chế sau:

5 Hiện nay còn nhiều quan điểm khác nhau về các QPPL thực chất điều chỉnh quan hệ dân sự có YTNN. Quan điểm thứ nhất cho rằng, quy phạm thực chất của TPQT phải được xây dựng trong các nguồn của pháp luật quốc tế như các điều ước quốc tế hoặc trong các tập quán quốc tế. Quan điểm thứ hai cho rằng, quy phạm thực chất của TPQT có thể được xây dựng trong các nguồn của pháp luật quốc tế bao gồm các điều ước quốc tế và các tập quán quốc tế hoặc trong pháp luật quốc gia. Chúng tôi ủng hộ quan điểm thứ hai vì về mặt lý luận, các quan hệ dân sự có YTNN thuộc đối tượng điều chỉnh của TPQT. Do đó, các QPPL trực tiếp điều chỉnh các quan hệ dân sự có YTNN dù được xây dựng trong nguồn pháp luật quốc tế hay pháp luật quốc gia đều cần được thừa nhận là QPPL của TPQT. Về vấn đề này có thể xem thêm Lê Thị Nam Giang, *Tư pháp quốc tế*, Nxb. Đại học Quốc gia TP.Hồ Chí Minh, 2010, tr. 51-52.

Thứ nhất, sự chưa đầy đủ và sự bất cập trong các quy định của TPQT Việt Nam. TPQT Việt Nam còn thiếu khá nhiều QPPL xung đột nhằm xác định pháp luật áp dụng trong các quan hệ bồi thường thiệt hại đối với các hành vi xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ, trách nhiệm sản phẩm của nhà sản xuất hay cung ứng dịch vụ, lĩnh vực cạnh tranh không lành mạnh, làm giàu bất chính, xác định pháp luật áp dụng đối với các quan hệ tín dụng, quan hệ sở hữu trí tuệ. Chưa có các QPPL quy định về cách thức áp dụng pháp luật nước ngoài như cách thức xác định nội dung pháp luật nước ngoài, giải thích pháp luật nước ngoài, về giải thích khái niệm pháp lý trong quá trình xác định pháp luật áp dụng. Các QPPL hiện hành cũng bộc lộ những hạn chế nhất định. Ví dụ, về vấn đề dẫn chiếu ngược trở lại, Khoản 3, Điều 759 BLDS và Điều 101 Luật HN&GD năm 2000 thừa nhận khi pháp luật nước ngoài dẫn chiếu đến pháp luật Việt Nam thì cơ quan có thẩm quyền được áp dụng pháp luật Việt Nam. Tuy nhiên, pháp luật không quy định những trường hợp hiện tượng dẫn chiếu ngược trở lại không được chấp nhận. Pháp luật Việt Nam cũng chưa xây dựng được các quy phạm xung đột nhằm xác định pháp luật áp dụng trong các hợp đồng thương mại quốc tế đặc thù như hợp đồng license, hợp đồng nhượng quyền thương mại. QPPL điều chỉnh quan hệ thừa kế có YTNN cũng có những bất cập nhất định, ví dụ sự quy định chưa thật sự rõ ràng trong Khoản 1, 2 Điều 767 BLDS, sự chưa hợp lý trong quy định tại Điều 768 BLDS⁶.

Thứ hai, các quy phạm của TPQT nằm ở nhiều văn bản QPPL khác nhau, một mặt gây khó khăn cho việc tra cứu và áp dụng chúng, mặt khác dẫn đến sự mâu thuẫn, chồng chéo. Ví dụ, về vấn đề áp dụng pháp

luật nước ngoài, Điều 759 BLDS quy định về nguyên tắc pháp luật nước ngoài có thể được áp dụng tại Việt Nam nếu thỏa mãn điều kiện: phải có quy phạm xung đột trong điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên hoặc trong pháp luật Việt Nam quy định áp dụng pháp luật nước ngoài; và việc áp dụng hoặc hậu quả của việc áp dụng pháp luật nước ngoài đó không trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam. Trong khi đó, Khoản 3, Điều 4 Bộ luật Hàng hải quy định điều kiện để pháp luật nước ngoài được áp dụng là: (i) trong trường hợp Bộ luật Hàng hải quy định hoặc các bên có thỏa thuận trong hợp đồng về việc áp dụng pháp luật nước ngoài tại Việt Nam đối với quan hệ hợp đồng liên quan đến hoạt động hàng hải; (ii) pháp luật nước ngoài không được trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam. Việc yêu cầu “pháp luật nước ngoài không được trái với nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam” khác hẳn với yêu cầu “việc áp dụng hoặc hậu quả của việc áp dụng pháp luật nước ngoài không được trái với nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam”.

Những hạn chế đó đòi hỏi cần tiếp tục hoàn thiện hệ thống quy phạm của TPQT Việt Nam. Câu hỏi đặt ra là hoàn thiện theo hướng nào? Chúng ta nên hoàn thiện các QPPL trong từng văn bản QPPL hay ban hành một đạo luật riêng về TPQT?

Ưu điểm của việc ban hành một đạo luật riêng về TPQT là mang tính tập trung, thuận lợi cho quá trình áp dụng pháp luật và tra cứu văn bản pháp luật. Việc ban hành một đạo luật riêng về TPQT còn hạn chế được tình trạng mâu thuẫn, chồng chéo giữa các QPPL ở văn bản pháp luật khác nhau về cùng một vấn đề. Ngoài ra, khi có một đạo luật riêng về TPQT thì sự sửa đổi, bổ sung

6 Trong khuôn khổ bài viết, chúng tôi chưa có điều kiện đi sâu vào phân tích những bất cập trong các quy định của TPQT Việt Nam. Các vấn đề này sẽ được phân tích trong những bài viết tiếp theo.

các quy phạm của TPQT cũng được thực hiện dễ dàng hơn. Mặc dù các QPPL xung đột của TPQT thường là các QPPL mang tính ổn định cao, do các QPPL này chỉ đưa ra nguyên tắc xác định pháp luật áp dụng đối với các quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài, nhưng điều đó không có nghĩa là trên thực tế không có nhu cầu bổ sung các quy phạm xung đột mới, sửa đổi các QPPL đã có cho phù hợp hơn với thực tiễn, bởi các quan hệ xã hội luôn biến đổi, các quan hệ mới xuất hiện.

Hơn nữa, với thực trạng xây dựng pháp luật như hiện nay, việc sửa đổi, bổ sung các quy phạm của TPQT trong từng văn bản QPPL được tiến hành một cách riêng rẽ. Muốn sửa đổi, bổ sung các quy phạm xung đột trong Luật HN&GD phải tiến hành sửa đổi Luật HN&GD. Muốn sửa đổi, bổ sung các quy phạm xung đột trong Bộ luật Hàng hải phải tiến hành sửa đổi Bộ luật Hàng hải. Trong khi đó, các quy phạm của TPQT chỉ chiếm một số lượng rất nhỏ trong các luật chuyên ngành nên rất khó để tiến hành sửa đổi một đạo luật vì sự bất cập của một hay một vài quy phạm xung đột. Vì vậy, nếu có một đạo luật tập trung các QPPL của TPQT thì không chỉ nâng cao hiệu quả của việc điều chỉnh pháp luật, của thực tiễn áp dụng pháp luật mà còn sẽ dễ dàng hơn cho việc sửa đổi, bổ sung khi cần thiết.

Mặt khác, việc ban hành đạo luật riêng về TPQT sẽ tạo cho các bên chủ thể nước ngoài tâm lý tin cậy hơn vào việc quyền và lợi ích hợp pháp của họ sẽ được bảo vệ một cách khách quan. Bởi quan hệ dân sự có YTNN thường liên quan đến ít nhất là hai quốc gia với hai hệ thống pháp luật có cách tiếp cận và tư duy pháp lý khác nhau, nội dung các quy định của pháp luật là khác nhau, thậm chí có thể là hoàn toàn trái ngược nhau. Điều này dẫn đến hệ quả là việc áp dụng hệ thống pháp luật này có thể đưa đến một kết quả khác hẳn với việc áp dụng hệ thống pháp luật khác. Chính vì vậy, khi

tham gia vào các quan hệ dân sự có YTNN, có ít nhất hai vấn đề mà các bên sẽ đặc biệt quan tâm: *Thứ nhất*, quyền và lợi ích hợp pháp của họ (đặc biệt là của người nước ngoài, pháp nhân nước ngoài) sẽ được bảo vệ như thế nào? một trong những quyền cơ bản của con người là quyền bình đẳng trước tòa án và các cơ quan tài phán khác có được đảm bảo không? họ có thể tham gia tố tụng tại tòa án nước ngoài không? *Thứ hai*, hệ thống pháp luật của nước nào sẽ được áp dụng trong việc điều chỉnh các quan hệ dân sự có YTNN mà họ tham gia cũng như trong việc giải quyết các tranh chấp phát sinh giữa các bên? tòa án chỉ áp dụng pháp luật của nước mình hay có thể áp dụng pháp luật nước ngoài? tòa án có áp dụng tập quán quốc tế hay điều ước quốc tế không? liệu các bên có quyền chọn luật áp dụng cho quan hệ giữa họ không? Đặt giả thiết, trong việc giải quyết các quan hệ dân sự có YTNN, các nước chỉ quy định áp dụng pháp luật của chính nước có tòa án trong mọi trường hợp, và trên thực tế, tòa án chỉ áp dụng pháp luật của nước mình, thì rõ ràng một trong những quyền cơ bản của con người là quyền bình đẳng trước pháp luật đã không được đảm bảo. Vì quyền bình đẳng trước pháp luật cần được hiểu ở nội hàm rộng, không chỉ ở khía cạnh tất cả các cá nhân, không phân biệt về nguồn gốc dân tộc, màu da, giới tính, tôn giáo, giai cấp, tài sản, thành phần xuất thân hoặc địa vị xã hội đều có các quyền và nghĩa vụ công dân như nhau, đều phải chịu trách nhiệm pháp lý như nhau khi có hành vi vi phạm pháp luật, mà còn phải được hiểu ở khía cạnh, trong việc điều chỉnh quan hệ dân sự có YTNN, các hệ thống pháp luật bình đẳng với nhau, do đó đều có khả năng và cơ hội như nhau trong việc được áp dụng để điều chỉnh quan hệ dân sự có sự tham gia của công dân, pháp nhân các nước đó. Ở nội dung thứ hai này, các quy phạm xung đột trong pháp luật quốc tế và trong pháp luật quốc gia đóng vai trò quan trọng trong việc bảo vệ các quyền cơ bản của công dân khi

tham gia vào quan hệ dân sự có YTNN. Vì với việc ban hành các quy phạm xung đột, nhà nước đã chính thức khẳng định khả năng áp dụng các hệ thống pháp luật khác nhau, bao gồm cả pháp luật nước ngoài, pháp luật quốc tế hoặc pháp luật của chính nước mình trong việc điều chỉnh quan hệ dân sự có YTNN. Điều này không chỉ tạo tâm lý yên tâm cho các bên khi tham gia vào các quan hệ dân sự có YTNN mà còn là cơ sở pháp lý vững chắc để đảm bảo quyền và lợi ích hợp pháp của các bên sẽ được bảo vệ một cách khách quan, thúc đẩy sự phát triển quan hệ hợp tác giữa các quốc gia một cách bền vững và nó đặc biệt có ý nghĩa trong xu thế hội nhập kinh tế quốc tế hiện nay. Trong điều kiện hiện nay tại Việt Nam, có thể các QPPL của TPQT còn được áp dụng một cách rất hạn chế, nhưng trong tương lai, khi chúng ta tham gia ngày càng sâu rộng hơn vào quan hệ quốc tế thì việc áp dụng các quy phạm này sẽ là đòi hỏi khách quan của thực tế. Do đó, hoàn thiện các QPPL điều chỉnh quan hệ dân sự có YTNN và xây dựng một đạo luật TPQT là cần thiết.

Nhưng việc ban hành Luật TPQT cũng đặt ra nhiều thách thức cho cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam. Để ban hành Luật TPQT đòi hỏi phải có thời gian nghiên cứu lý luận và thực tiễn để xây dựng pháp luật cho phù hợp, trong đó phải giải quyết được nhiều vấn đề lý luận cốt lõi như xác định phạm vi điều chỉnh của luật này, điều chỉnh tất cả những vấn đề pháp lý phát sinh trong quá trình điều chỉnh quan hệ dân sự có YTNN hay chỉ tập trung vào vấn đề giải quyết xung đột pháp luật bởi quan điểm của



các nước về vấn đề này cũng rất khác nhau. Các vấn đề còn tồn đọng trong TPQT Việt Nam hiện hành cũng cần được giải quyết thấu đáo.

Việc ban hành Luật TPQT cũng đòi hỏi các cơ quan chức năng phải có kiến thức sâu sắc về TPQT, năng lực ngoại ngữ để có thể áp dụng được các quy định này trên thực tế. Đây là vấn đề không đơn giản, đặc biệt đối với các vấn đề phức tạp của TPQT như áp dụng pháp luật nước ngoài, bảo lưu trật tự công cộng.... Hoàn thiện các QPPL xung đột phải gắn liền với việc hoàn thiện các QPPL tố tụng, tạo cơ sở pháp lý cho tòa án áp dụng các quy phạm của TPQT trên thực tế. Các luật sư cũng cần được trang bị kiến thức về TPQT để có thể bảo vệ quyền lợi tốt nhất cho các bên khi tham gia vào quan hệ dân sự có YTNN. Điều này khó có thể thực hiện trong thời gian ngắn. Vì vậy, giải pháp trước mắt là tiến hành sửa đổi, bổ sung các quy định trong Phần thứ 7 BLDS để đáp ứng kịp thời nhu cầu điều chỉnh quan hệ dân sự có YTNN tại Việt Nam. Nhưng giải pháp lâu dài là Việt Nam cần xây dựng một đạo luật riêng về TPQT ■

CẦN THỐNG NHẤT ĐỘ TUỔI CỦA NGƯỜI CHƯA THÀNH NIÊN TRONG CÁC VĂN BẢN PHÁP LUẬT

HOÀNG MINH KHÔI*

Một trong những trở ngại cho việc hoàn thiện các quy phạm pháp luật về *người chưa thành niên* (NCTN) là do có sự thiếu thống nhất trong quy định về độ tuổi của NCTN trong các văn bản pháp luật hiện nay. Nhiều người đã nhận định¹, ở nước ta, tuy đã có một số văn bản pháp luật hiện hành như Luật Hình sự, Bộ luật Tố tụng Hình sự, Bộ luật Lao động (BLLĐ) và Luật Xử lý vi phạm hành chính (XLVPHC)... đều dành một chương riêng quy định trình tự, thủ tục đặc biệt đối với NCTN nhưng nhìn chung, các quy phạm đó thiếu toàn diện, chưa thể hiện được đầy đủ những khái niệm, quy chuẩn cũng như những chính sách đối với họ. Vì vậy, chưa đủ sức đề phòng ngừa vi phạm, tội phạm cũng như bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của NCTN.

Vấn đề dễ nhận thấy nhất khi đánh giá các quy định về độ tuổi của NCTN là pháp

luật đang quy định một cách thiếu thống nhất và thiếu hệ thống về cơ sở lý luận. Việc lý giải thuật ngữ “trẻ em”, “người chưa thành niên”, “vị thành niên” còn chưa mạch lạc, nhằm lẫn giữa khái niệm mang tính quy phạm và khái niệm mang tính tâm lý xã hội, nên những đề xuất hoàn thiện các biện pháp, nội dung về quản lý và giáo dục đối với NCTN, nhất là đối với NCTN vi phạm pháp luật chưa thật sự phù hợp, khả thi.

1. Những quy định trùng lặp về độ tuổi

Khi nói đến khái niệm NCTN, ta có thể nhận biết ngay đó là người chưa đến tuổi trưởng thành². Tuổi trưởng thành của con người là độ tuổi cụ thể được pháp luật quy định hoặc thừa nhận là người đã thành niên và đã có đầy đủ quyền và nghĩa vụ công dân. Trái lại, người chưa đến tuổi trưởng thành là chưa thành niên - chưa có đầy đủ quyền và nghĩa vụ công dân theo quy định của pháp luật.

Như vậy, quyền và nghĩa vụ công dân là

* **ThS., Học viện hành chính – cơ sở TP. Hồ Chí Minh**

1 Nguồn: <http://www.nhandan.org.vn/cmmlink/nhandandientu/toisu/phap-luat/th-i-s/n-m-2016-thanh-l-p-h-th-ng-t-phap-than-thi-n-v-i-tr-1.361354>; (thứ ba, 12/6/2012, 09:24).

2 - Ban Biên soạn chuyên Từ điển NEW ERA, (2010), Từ điển tiếng Việt, NXB Hồng Đức, TP.HCM, tr.1482, 1725. Thành niên là người đến tuổi trưởng thành. Chưa thành niên là người chưa đến tuổi trưởng thành.

- Trung tâm Ngôn ngữ và Văn hóa Việt Nam - Bộ Giáo dục và đào tạo, (1998), Đại từ điển tiếng Việt, NXB Văn hóa - Thông tin, Hà Nội, tr.1530. Khái niệm thành niên là nên người.

cơ sở pháp lý để phân biệt người thành niên với NCTN. Đồng thời, việc xác định một người là thành niên hoặc chưa thành niên là cơ sở xã hội để xác lập quyền và nghĩa vụ công dân đối với người đó. Theo các quy định của pháp luật hiện hành, người thành niên là người đủ 18 tuổi và NCTN là người chưa đủ 18 tuổi. Trong một số sách, báo và trong đối thoại thường ngày, ta còn có thể gặp khái niệm *vị thành niên*, một khái niệm hoàn toàn đồng nghĩa với *chưa thành niên*, vì *vị* được hiểu là *thiếu, khuyết* hoặc *chưa tới* hoặc *chưa đủ*...³. Tuy nhiên, tùy thuộc vào đặc điểm và mục đích điều chỉnh của những quan hệ pháp luật cụ thể, từng ngành luật, điều luật lại có quy định về các độ tuổi khác nhau. Có thể xem xét điều này tại một số đạo luật sau:

- Hiến pháp 1992 (Điều 54), quy định: “Công dân,... *đủ mười tám tuổi* trở lên đều có quyền bầu cử và *đủ hai mươi một tuổi* trở lên đều có quyền ứng cử vào Quốc hội, Hội đồng nhân dân theo qui định của pháp luật”;

- Bộ luật Hình sự (BLHS) 1985 (Điều 68), quy định: “Người chưa thành niên *từ đủ 14 tuổi đến dưới 18 tuổi* phạm tội phải chịu trách nhiệm hình sự...”;

- Luật Hôn nhân và Gia đình 2000 quy định “Nam nữ kết hôn với nhau phải tuân theo các điều kiện sau đây: 1. Nam từ *hai mươi tuổi trở lên*, nữ từ *mười tám tuổi trở lên*...” (Điều 9); “Con từ *đủ mười lăm tuổi đến dưới mười tám tuổi* có quyền định đoạt tài sản riêng” (Điều 48); “Việc nhận trẻ em từ *đủ chín tuổi* trở lên làm con nuôi phải được sự đồng ý của trẻ em đó” (Điều 71); “Việc thay đổi họ, tên của con nuôi từ *đủ chín tuổi* trở lên phải được sự đồng ý của người đó” (Điều 75);

- Luật Bảo vệ, chăm sóc và giáo dục trẻ

em 2004 (Điều 1), quy định: “Trẻ em quy định trong Luật này là công dân Việt Nam *dưới 16 tuổi*”;

- Bộ luật Dân sự (BLDS) 2005 (Điều 18), quy định: “Người *chưa đủ 18 tuổi là người chưa thành niên*”;

- Luật Thanh niên 2005 (Điều 1), quy định: “Thanh niên trong Luật này là công dân Việt Nam từ *đủ mười sáu tuổi đến ba mươi tuổi*”;

- Luật Phòng, chống ma túy 2008 quy định: “Người nghiện ma túy từ *đủ 18 tuổi* trở lên...” (Điều 28); “Người nghiện ma túy từ *đủ 12 tuổi đến dưới 18 tuổi*...” (Điều 29);

- Pháp lệnh XLVPHC 2002 (sửa đổi bổ sung 2007, 2008) quy định: “Người từ *đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi* vi phạm hành chính thì... Người từ *đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi* vi phạm hành chính thì...” (Điều 7); “a) Người từ *đủ 12 tuổi đến dưới 14 tuổi* thực hiện hành vi...; b) Người từ *đủ 12 tuổi đến dưới 16 tuổi* thực hiện hành vi...; c) Người từ *đủ 14 tuổi đến dưới 18 tuổi* nhiều lần thực hiện hành vi...” (Điều 24);

- Luật XLVPHC 2012⁴ (Điều 5), quy định: “Các đối tượng bị xử phạt vi phạm hành chính bao gồm: a) Người từ *đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi* bị xử phạt vi phạm hành chính về...; người từ *đủ 16 tuổi trở lên* bị xử phạt vi phạm hành chính về mọi vi phạm hành chính.”;

- BLLĐ 2012 (Điều 3), quy định: “1. Người lao động là người từ *đủ 15 tuổi* trở lên, ...”.

a) Về thuật ngữ

Theo quy định tại các luật nêu trên đối với NCTN, có bốn thuật ngữ: “người chưa thành niên”, “người lao động” là thuật ngữ chung, mang yếu tố *định tính* nhiều hơn; còn hai thuật ngữ “thanh niên” và “trẻ em” là khái

3 Nguyễn Lân, (2006), *Từ điển Từ và Ngữ tiếng Việt*, NXB Tổng hợp TP. Hồ Chí Minh, tr. 2030, 1688. *Vị thành niên* là người chưa đến tuổi trưởng thành. *Thành niên* là người được pháp luật coi là đã trưởng thành và phải hoàn toàn chịu trách nhiệm về việc mình làm.

4 Hiệu lực thi hành từ ngày 01/7/2013.

niệm cụ thể, mang yếu tố *định lượng* nhiều hơn. Nói chung, các khái niệm này là không thể đồng nhất, nhưng chúng có mối liên hệ gần gũi và tương quan với nhau. Việc định lượng trong các khái niệm không chỉ đơn thuần mô tả, đánh dấu tiến trình phát triển thể chất, tâm sinh lý của các độ tuổi chưa thành niên mà nó còn thể hiện việc đánh giá của pháp luật về sự tương quan giữa các độ tuổi nhằm đề ra chính sách chung trong lĩnh vực chăm sóc, bảo vệ và giáo dục đối với NCTN. Đồng thời, trong lĩnh vực quản lý, xử lý vi phạm, tội phạm, đó cũng là cơ sở đánh giá mức độ nguy hiểm và mức độ xâm hại các khách thể xã hội của hành vi vi phạm pháp luật ở các độ tuổi. Nói đơn giản là, nếu một NCTN còn là “trẻ em” thì mức độ phụ thuộc thường nhiều hơn, do đó, năng lực độc lập và khả năng tự do ý chí để thực hiện hành vi phạm pháp ít hơn so với “thanh niên”; tính nguy hại, mức độ nguy hiểm của hành vi ít nghiêm trọng hơn, nên dễ kiểm soát, ngăn chặn và phòng ngừa hơn so với cùng hành vi của thanh niên. Điều này phù hợp với thực tế từ trước đến nay là trẻ em thì thường được các bậc phụ huynh, nhà trường, xã hội quan tâm quản lý, chăm sóc chặt chẽ nhiều hơn so với thanh niên.

b) Về độ tuổi

Theo quy định tại các luật, đối với NCTN có tám cấp độ tuổi: “*đủ 9 tuổi*”; “*đủ 12 tuổi*”; “*đủ 14 tuổi*”; “*đủ 15 tuổi*”; “*dưới 16 tuổi*”; “*đủ 16 tuổi*”; “*dưới 18 tuổi*” và một cấp độ khác được ngầm hiểu là “*dưới 9 tuổi trở xuống trẻ sơ sinh 0 tuổi*”⁵.

Có thể nói, việc ban hành các luật liên quan đến độ tuổi khác nhau của NCTN như nêu trên, không chỉ có ý nghĩa về mặt quản lý xã hội nói chung, mà còn thể hiện mục tiêu chính sách của Nhà nước ta trong việc cụ thể hóa từng độ tuổi để có cơ sở xây dựng cơ chế pháp luật bảo vệ, chăm sóc và giáo

dục đúng đắn, phù hợp. Tuy nhiên, việc quy định quá nhiều cấp độ tuổi như thế đã khiến cơ sở pháp lý về khái niệm NCTN trong hệ thống pháp luật nước ta trở nên thiếu khoa học, lỏng lẻo và mâu thuẫn.

Trước hết, xét về nội hàm, thì khái niệm NCTN (cũng như khái niệm thành niên) là khái niệm mang xu hướng định tính. Còn cấp độ tuổi của NCTN có ý nghĩa định lượng, đánh dấu thứ tự thang bậc của quá trình phát triển đến tuổi trưởng thành (tất nhiên, cùng với quá trình phát triển thì ý thức, kiến thức của NCTN cũng phát triển theo hướng ngày càng hoàn thiện đến một mức độ nhất định). Song, nếu chỉ dựa vào bậc thang tuổi để chia “*manh mún*” thành nhiều tầng cấp khác nhau ở mỗi luật khác nhau sẽ dẫn đến nhận thức thuần túy mang tính cơ học về NCTN - hợp pháp mà không hợp lý. Ví dụ, theo logic các quy định tại các luật nêu trên, có lẽ phải xây dựng đến tám khái niệm về NCTN, như: khái niệm NCTN từ 0 tuổi đến dưới 9 tuổi; khái niệm NCTN từ đủ 9 tuổi trở lên; khái niệm NCTN từ đủ 12 tuổi trở lên... và khái niệm NCTN từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi.

Thứ hai, ban hành quy phạm pháp luật là để điều chỉnh quan hệ xã hội và hành vi xử sự của công dân, nhưng nếu đơn thuần chỉ dựa vào điều kiện duy nhất là độ tuổi (điều kiện định lượng), mà chưa tính đến các điều kiện cơ bản, phổ cập khác (điều kiện định tính) về thể chất, tâm lý, giới tính, đặc điểm vùng, miền; tính xã hội hóa ngày càng cao của tốc độ trưởng thành..., sẽ dễ sa vào chủ quan, phiến diện và thiếu tính chủ đạo sát hợp, thống nhất trong cùng một hệ thống văn bản pháp luật.

Hiến pháp 1992 (Điều 54) quy định, người *đủ 18 tuổi* trở lên có quyền bầu cử. Đương nhiên quy định này được hiểu người chưa đủ 18 tuổi là người chưa có quyền bầu

⁵ Luật Hôn nhân và Gia đình 2000 còn quy định hai cấp độ tuổi khác là “*từ mười lăm tuổi trở xuống*” (Điều 68 - Người được nhận làm con nuôi) và “*Hơn con nuôi từ hai mươi tuổi trở lên*” (Điều 69 - Điều kiện đối với người nhận nuôi con nuôi).

cử và bầu cử là thực hiện quyền và nghĩa vụ công dân, do đó cho phép xác định: theo quy định của Hiến pháp thì người chưa đủ 18 tuổi là người chưa có đủ quyền và nghĩa vụ công dân⁶.

Tại BLDS (Điều 18) xác lập NCTN là người *dưới 18 tuổi*. Đây là quy định cho mọi độ tuổi dưới 18 tuổi (kể từ người chưa đủ 18 tuổi trở xuống trẻ sơ sinh 0 tuổi) đều là NCTN. Tuy nhiên, nếu so sánh với khái niệm “thanh niên” theo Luật Thanh niên 2005 (Điều 1): “Thanh niên trong Luật này là công dân Việt Nam từ *đủ mười sáu tuổi đến ba mươi tuổi*” - sẽ thấy, NCTN từ đủ mười sáu đến dưới mười tám tuổi còn được gọi là *thanh niên*.

So sánh với khái niệm “trẻ em” theo Luật Bảo vệ, chăm sóc và giáo dục trẻ em (Điều 1): “Trẻ em quy định trong Luật này là công dân Việt Nam *dưới 16 tuổi*” là có trùng lặp: NCTN từ 0 tuổi đến dưới 16 tuổi còn được gọi là *trẻ em*.

So sánh với BLLĐ (Điều 3): “Người lao động là người từ *đủ 15 tuổi* trở lên,...” lại thấy thêm sự trùng lặp của trùng lặp: (i) NCTN từ đủ 15 tuổi đến dưới 18 tuổi còn được gọi là *thanh niên* và có thể còn được gọi là *người lao động*; và (ii) NCTN từ đủ 15 tuổi đến dưới 16 tuổi còn được gọi là *trẻ em* và có thể còn được gọi là *người lao động*.

Nếu so sánh với một số văn bản dưới luật, thì còn phát sinh thêm các khái niệm trùng lặp như: khái niệm “thiếu niên” theo Điều lệ Đội thiếu niên tiền phong Hồ Chí Minh là NCTN có độ tuổi từ đủ 10 tuổi đến 15 tuổi và khái niệm “nhi đồng” là NCTN dưới 10 tuổi.

c) *Hệ quả*: Hệ quả của sự trùng lặp thường dẫn đến tình trạng chông chéo, thiếu minh bạch trong việc ban hành và thực thi cơ chế cũng như chính sách quản lý nhà nước. Ví dụ, khi áp dụng chính sách quốc phòng đối với thanh niên (theo Luật Thanh niên), cũng có nghĩa bao hàm việc áp dụng đối với công dân và cả NCTN - người chưa phải là công dân có đầy đủ quyền, nghĩa vụ luật định. Do vậy có thể nói, tình trạng văn bản quy phạm pháp luật chông chéo, mâu thuẫn thời gian qua cũng có phần nguyên nhân không nhỏ từ những việc thiếu rõ ràng tương tự này; nên cần phải có sự minh định và kết hợp thống nhất về khái niệm định tính và tiêu chí định lượng độ tuổi đối với NCTN. Và vì thế, cần xem xét cụ thể nhằm có sự điều chỉnh phù hợp, thống nhất giữa các quy phạm hiện hành. Cụ thể:

- *Xét về định tính*⁷: Khi đề cập đến thuật ngữ “trẻ em” thông thường chúng ta liên tưởng đến hình ảnh ngây thơ, bột phát của NCTN - là những đối tượng còn phải sống phụ thuộc vào gia đình và nhà trường, dễ bị ảnh hưởng mạnh từ môi trường xung quanh. Độ tuổi này đang có sự non nớt về thể chất và nhận thức, nên luôn cần được xã hội và pháp luật quan tâm chăm sóc nhiều hơn so với thanh niên. Và khi nói đến thuật ngữ “thanh niên”, bao giờ chúng ta cũng nghĩ đến lớp người có các biểu hiện trưởng thành, mạnh mẽ, hăng hái. Rõ ràng, trên thực tế hay về ý thức lý tính, hai thuật ngữ này luôn được xác định có khác biệt khá lớn về thể chất, tâm - sinh lý. Thanh niên là người đã có đủ tố chất thành niên. Trẻ em thì chưa. Sự phân biệt giữa hai thuật ngữ (nếu có) là vấn đề định tính: “thanh niên” là khái niệm

6 Đồng thời tại Điều 54 Hiến pháp 1992 quy định: *phải là người đủ 21 tuổi trở lên mới được tham gia ứng cử đại biểu Quốc hội. Việc quy định này là có căn cứ vì người thành niên từ đủ 18 tuổi trở lên tham gia việc bầu cử là hành vi thực hiện quyền, nghĩa vụ cơ bản của một công dân. Nhưng việc ứng cử đại biểu Quốc hội thì là quyền chứ không phải là nghĩa vụ và chính vì là quyền nên nó đòi hỏi ngoài những điều kiện khác, thì điều kiện bắt buộc trước hết là cấp độ tuổi - sự trưởng thành bình quân về thể chất, ý thức nhất định - cao hơn so với việc bầu cử là quyền, nghĩa vụ mang tính phổ thông của mọi công dân.*

7 Định tính: xác định theo tính chất, theo Đại từ điển tiếng Việt (Nguyễn Như Ý chủ biên), NXB Văn hóa - Thông tin Tp.HCM, 1999, tr.643.

mang tính cơ học, nghiêng về mô tả sự phát triển thể chất tự nhiên của con người, khác với khái niệm “thành niên” là khái niệm mang tính pháp lý, dựa trên sự kết hợp các yếu tố về thể chất, tâm sinh lý và nhận thức xã hội của con người⁸. Vì thế, Điều 9 Luật Hôn nhân và Gia đình quy định quyền kết hôn của công dân nữ là ngay từ thời điểm bước vào tuổi mười tám⁹. Như vậy, nếu tính cả độ tuổi của NCTN (từ đủ 16 tuổi trở lên) nhập vào khái niệm *thanh niên* theo Luật Thanh niên hiện hành sẽ khó mà xây dựng được cơ sở lý luận định tính rõ ràng và chính sách định lượng công bằng, minh bạch đối với những đối tượng này.

- *Xét về định lượng*: Luật Thanh niên quy định, “thanh niên” là người từ đủ 16 tuổi đến 30 tuổi. Việc định lượng nhóm tuổi này - như nêu trên - là khá khiên cưỡng vì nó gộp chung người thành niên đã có đầy đủ quyền, nghĩa vụ công dân và NCTN chưa phải là công dân đầy đủ; gộp chung người có quyền kết hôn, có quyền ứng cử đại biểu Quốc hội với NCTN mà theo Hiến pháp và các luật khác quy định - là độ tuổi chưa có quyền trong các quan hệ pháp luật đó. Mặt khác, khoảng cách phân biệt độ tuổi giữa thanh niên và trẻ em là quá mỏng manh, vì một NCTN đủ 16 tuổi sẽ được gọi là “thanh niên” và một NCTN khác chưa đủ 16 tuổi, thậm chí chỉ ít hơn 01 ngày tuổi thì được xem là “trẻ em”. Trong thực tế giữa hai NCTN này hầu như không có khác biệt về thể chất và ý thức.

BLLĐ quy định “người lao động” là

người từ đủ 15 tuổi trở lên. Xác lập này cũng còn mang tính hàm hồ về giới hạn độ tuổi, vì: (i) thuật ngữ “người lao động” là danh từ chung mang tính phổ cập thường để chỉ người lao động chân tay (còn gọi là lao động phổ thông) và do đó, thường là công dân trưởng thành; (ii) người ở tuổi 15, trước hết là độ tuổi “trẻ em” theo Luật Bảo vệ, chăm sóc và giáo dục trẻ em. Trẻ em 15 tuổi có thể tham gia một số quan hệ lao động nhưng chỉ là trường hợp số ít và luôn phải là lao động có điều kiện (lao động nghệ thuật, lao động giản đơn với các điều kiện bảo hiểm khác theo luật định...), nên không thể là lao động phổ cập như tiêu chí đơn thuần chỉ là “từ đủ 15 tuổi trở lên...”. Hơn nữa, quy định người lao động từ tuổi 15 - là độ tuổi học ở trung học cơ sở - còn thể hiện mâu thuẫn với Luật Giáo dục và các quy định của Nhà nước về phổ cập giáo dục trung học cơ sở¹⁰ trong toàn quốc. Trên thực tế, NCTN ở độ tuổi 15 khi muốn tham gia quan hệ lao động sẽ cần phải có những điều kiện nhất định, và do đó, họ luôn là chủ thể có điều kiện, chứ không phải là chủ thể đương nhiên hay chủ thể phổ cập của mọi quan hệ lao động thông thường.

Để khắc phục tình trạng mâu thuẫn và trùng lặp về tiêu chí độ tuổi nêu trên, yêu cầu khi điều chỉnh cần kết hợp hài hòa giữa yếu tố định tính và yếu tố định lượng và theo nguyên tắc đơn giản, minh định, đồng bộ và hợp lý hơn, làm cơ sở cho nhận thức thống nhất về khái niệm *người thành niên, thanh niên, NCTN, trẻ em...* trong hệ thống pháp luật.

8 *Thanh niên: là tuổi xanh, tuổi trẻ. Thành niên: là người đến tuổi trưởng thành. Tlđd số 3 (tr.1478, 1482).*

- *Thanh: xanh; niên: năm, tuổi - là tuổi trẻ, người trẻ tuổi. Thành: được là; niên: tuổi - là người được pháp luật coi là đã trưởng thành. Tlđd số 4 (tr.1685, 1688).*

9 *Điều 9, Luật Hôn nhân và Gia đình quy định: "Nam từ hai mươi tuổi trở lên, nữ từ mười tám tuổi trở lên", chứ không phải "từ đủ 20 tuổi và từ đủ 18 tuổi trở lên". Nghĩa là công dân nam chỉ cần là 19 tuổi và 01 ngày và công dân nữ chỉ cần 17 tuổi và 01 ngày là được quyền kết hôn. Song, nếu xét theo Hiến pháp (Điều 54) và BLDS (Điều 20) thì nữ kết hôn ở tuổi 17 và 01 ngày là kết hôn trong tình trạng vẫn còn là NCTN. Về logic là "vi phạm" Hiến pháp và Bộ luật Dân sự trong quan hệ hôn nhân. Quy định như vậy là chưa chặt chẽ, xét về kỹ thuật xây dựng quy phạm.*

10 *Ví dụ: Nghị quyết số 41/2000/QH10 ngày 09/12/2000 của Quốc hội khoá X, kỳ họp thứ 8 về thực hiện phổ cập giáo dục trung học cơ sở; Nghị định số 88/2001/NĐ-CP ngày 22/11/2001 về thực hiện phổ cập giáo dục trung học cơ sở...*

2. Điều chỉnh quy định về độ tuổi của người chưa thành niên thống nhất với pháp luật quốc tế

Căn cứ vào Hiến pháp 1992 (Điều 54) và BLDS (Điều 18) thì người dưới 18 tuổi là NCTN, đây là định danh chung cho mọi độ tuổi từ dưới 18 tuổi trở xuống đến 0 tuổi. Điều này cũng có nghĩa, người từ đủ 18 tuổi trở lên là người thành niên và có đầy đủ quyền, nghĩa vụ công dân theo quy định của Hiến pháp. Như vậy, dưới 18 tuổi là giới hạn định lượng của NCTN và hoàn toàn phù hợp với giới hạn định tính là “ngưỡng” hoàn thành bậc học phổ thông thông thường của NCTN, là giai đoạn chuyển tiếp từ học sinh lên sinh viên, cũng là tuổi được quyền kết hôn đối với nữ... Vì lẽ đó, xét tính tương quan của hai nội hàm “thanh niên” và “thành niên” thấy nên điều chỉnh quy định ở Luật Thanh niên (Điều 1): “Thanh niên là người từ đủ mười tám tuổi đến ba mươi tuổi”, là thống nhất với BLDS (Điều 18): “Người từ đủ 18 tuổi trở lên là người thành niên”.

Đối với trẻ em, theo quy định là người dưới 16 tuổi - theo sự phát triển trung bình - là “ngưỡng” tuổi đã bước vào năm đầu của phổ thông trung học, cũng là giai đoạn nảy nở, phát triển nhanh về thể chất, giới tính (mọc râu, tóc, vỡ giọng, mọc mụn...), nhưng vẫn được xem là “trẻ em” thì rõ ràng là không hợp lý. Bên cạnh đó, xã hội sẽ khó chấp nhận khi áp đặt khái niệm “trẻ em”

đồng nghĩa với khái niệm định tính phổ thông là “người lao động” khi mới đủ tuổi 15. Do đó, xét theo mức phát triển bình quân về tâm - sinh lý, nên xếp “trẻ em” vào giai đoạn ngưỡng tuổi cuối bậc trung học cơ sở - là thống nhất với quy định độ tuổi tối thiểu của các luật chuyên ngành khác (BLHS, Luật XLVPHC...). Vì vậy, nên điều chỉnh quy định của Luật Bảo vệ, chăm sóc và giáo dục trẻ em (Điều 1) thành: “trẻ em là người dưới 14 tuổi” là phù hợp. Đồng thời, cần điều chỉnh quy định của BLLĐ (Điều 3) thành “người lao động là mọi công dân từ mười tám tuổi trở lên...” và cần nêu rõ: NCTN từ đủ 15 tuổi trở lên có thể tham gia vào một số quan hệ lao động nhất định, nhưng phải đảm bảo các điều kiện về sức khỏe phù hợp với công việc định làm; có hợp đồng... và những điều kiện luật định về NCTN phù hợp với các quy định khác về NCTN trong cùng BLLĐ, cũng như phù hợp với Công ước quốc tế về lao động của NCTN mà Việt Nam đã phê chuẩn¹¹.

Tóm lại, có thể xác định khái niệm về độ tuổi của NCTN, như sau: *NCTN theo quy định của pháp luật Việt Nam là người dưới 18 tuổi*. Trong đó, NCTN dưới 14 tuổi còn được gọi là *trẻ em*. Việc quy định NCTN dựa trên cơ sở khoa học về độ tuổi cần được điều chỉnh thống nhất trong các luật của nước ta nhằm phù hợp với Công ước quốc tế về quyền trẻ em¹² và luật của hầu hết các quốc gia khác trên thế giới¹³ ■

11 Công ước số 182 của Tổ chức lao động quốc tế (ILO) và Khuyến nghị năm 1973 về Tuổi tối thiểu được phép đi làm, hiện vẫn là văn kiện cơ bản của quốc tế về lao động trẻ em. Công ước đã được Chủ tịch nước ta phê chuẩn ngày 27/11/2000. Nội dung khuyến nghị: có thể cho phép sử dụng lao động hoặc lao động của những người từ 15 tuổi trở lên, với điều kiện là: trong những công việc nhẹ nhàng hoặc vào những công việc mà: (a) không có khả năng tác hại đến sức khỏe hoặc sự phát triển của họ; (b) không phương hại việc chuyên cần học tập, việc họ tham gia vào những chương trình hướng nghiệp hay đào tạo nghề đã được cơ quan có thẩm quyền chấp nhận.

- Canada: Chính phủ liên bang có quy định cấm không được sử dụng lao động trẻ em trong các nhà máy cho đến khi mười sáu, nhưng việc làm ở mở giới hạn ít nhất là người mười tám tuổi. Một vài Bang cho phép sử dụng lao động trẻ em, nhưng loại trừ mọi việc nguy hiểm, hạn chế loại lao động và số giờ; yêu cầu tất cả công việc là ngoài giờ học và bị cấm làm việc giữa giờ. Nguồn: <http://www.loc.gov/law/help/child-rights/canada.php>.

12 Công ước Liên hiệp quốc về quyền trẻ em (United Nations Convention on the rights of the child) - là văn kiện pháp lý quốc tế do Đại hội đồng Liên hiệp quốc thông qua ngày 20/11/1989 theo Nghị quyết số 44/25. Hiệu lực từ 02/09/1990. Quy định các quyền cơ bản của trẻ em như: quyền sống và phát triển vì lợi ích tốt nhất của trẻ em, quyền tham gia của trẻ em, bảo vệ trẻ không bị bóc lột và lợi dụng. Tại Điều 1, Công ước nêu rõ: “Trong phạm vi công ước này, trẻ em có nghĩa là người dưới 18 tuổi, trừ trường hợp luật pháp áp dụng với trẻ em đó quy định tuổi thành niên sớm hơn”.

13 Luật về trẻ em và NCTN ở Singapore (Children and Young Persons Act, Singapore 2011 - chapter 38), quy định ba khái niệm về NCTN: “Trẻ em” là người dưới 14 tuổi (“child” means a person who is below the age of 14 years); “Vị thành niên” là người từ 7 tuổi trở lên đến dưới 16 tuổi (“juvenile” means a male or female person who is 7 years of age or above and below the age of 16 years); “Thanh thiếu niên” là người từ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi (“young person” means a person who is 14 years of age or above and below the age of 16 years).

Canada: NCTN là dưới 18 tuổi. Một số bang quy định NCTN là dưới 19 tuổi.

BẢO ĐẢM QUYỀN CỦA NGƯỜI ĐỒNG TÍNH, NGƯỜI CHUYỂN GIỚI TRONG TƯ PHÁP HÌNH SỰ

THÁI THỊ TUYẾT DUNG*

VŨ THỊ QUÝ**

Ngày 19/7/2010, Ủy ban Quốc tế nhân quyền người đồng tính (International Gay and Lesbian Human Rights Commission - IGLHRC)¹ được thừa nhận có tư cách tư vấn cho Hội đồng Liên hiệp quốc, đã thúc đẩy những người đồng tính (NĐT) quyết định công khai giới tính của mình với mong muốn được thừa nhận các quyền cơ bản của họ. Đối với đa số những người đang sống trên trái đất này, đây là một thông tin đáng quan tâm, nhưng với cộng đồng NĐT, đây là một cái mốc lịch sử².

Ở nước ta, trong thời gian gần đây, nhiều người đã công khai việc chuyển đổi giới tính (CĐGT) cũng như thừa nhận mình là NĐT cho thấy, xã hội đã bớt cái nhìn khắt

khẻ, đồng thời hướng đến việc tôn trọng và công nhận họ như một thành tố bình đẳng trong xã hội.

Mặc dù chưa được Nhà nước thừa nhận, thực tiễn vẫn đặt ra những vấn đề pháp lý liên quan đến việc áp dụng các quy định của luật hình sự, luật tố tụng hình sự (TTHS) và luật thi hành án hình sự liên quan đến NĐT và người chuyển giới (NCG) như hành vi xâm phạm tình dục NĐT, NCG; hành vi mua dâm, môi giới mại dâm, chứa mại dâm đồng giới; hành vi chung sống như vợ chồng với NĐT, NCG hoặc các thủ tục về khám người, thi hành các biện pháp tạm giữ, tạm giam, thi hành án phạt tù đối với những người này.

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

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

1 <http://www.iglhrc.org/cgi-bin/iowa/home/index.html>.

2 Với việc IGLHRC được tổ chức lớn nhất thế giới công nhận quyền tư vấn, điều đó có nghĩa là cộng đồng NĐT được công nhận như một cộng đồng có quyền lên tiếng và có vai trò xã hội. Trong bản tuyên bố, Chủ tịch điều hành IGLHRC nói: "Quyết định ngày hôm nay xác nhận rằng tiếng nói của những người đồng giới tính, lưỡng giới tính và chuyển giới tính phát biểu tại Liên hiệp quốc là một phần của cộng đồng xã hội dân sự sống động". Tổng thống Mỹ Barack Obama phát biểu trên CNN: "Tôi chào đón bước tiến quan trọng trong vấn đề nhân quyền này"³. <http://sgtt.com.vn/Loi-song/127006/Thoi-cua-gioi-tinh-thu-ba.html>.

1. Một số khái niệm liên quan đến người đồng tính và người chuyển giới

Giới (gender): được sử dụng không chỉ với con người mà còn sử dụng cho động thực vật khác, chỉ giống đực (masculine) và giống cái (feminine). Ở con người, *giới* hàm nghĩa biểu hiện về mặt hình thức, thực thể xã hội của nam (male) và nữ (female).

Tính hoặc giới tính (sex): ngoài sự bao hàm giới còn được bổ sung về mặt tâm lý học, ý thức và ý chí tính dục (gọi chung là xu hướng tính dục). Thông thường, người ta chia giới tính ra hai đối tượng dị tính: nam/đàn ông và nữ/đàn bà.

Trong thuật ngữ tiếng Anh có từ *LGBT* dùng để chỉ nhóm người có xu hướng tình dục thiểu số trên thế giới, bao gồm bốn nhóm người: đồng tính nữ (lesbian), đồng tính nam (gay), NCG tính từ nam sang nữ hoặc từ nữ sang nam (transsexual/transgender) và người song tính luyến ái (bisexual).

- *Đồng tính nữ và đồng tính nam* thuộc nhóm đồng tính luyến ái³ (homosexual): là người bị hấp dẫn trên phương diện tình yêu hay tình dục hoặc việc yêu đương hay quan hệ tình dục giữa những người cùng giới tính với nhau trong hoàn cảnh nào đó hoặc một cách lâu dài. NĐT là người bị hấp dẫn bởi người cùng giới.

- *NCG*: là NĐT, luôn ám ảnh về việc mình có giới tính trái với “giới tính sinh học” khi được sinh ra, họ đã nhờ sự can thiệp của y học để chuyển giới tính hoặc “tìm lại giới tính thật” của mình.

Ở Việt Nam, khái niệm chuyển giới chỉ mới biết đến trong thời gian gần đây. Trước kia, NCG được gộp chung vào nhóm đồng tính hay thế giới thứ ba. Tuy nhiên, cùng

với sự bùng nổ của internet và các diễn đàn mạng (đặc biệt như LesKing.com.vn; Thegioithu3.vn...) những người sống giữa hai giới không hoàn toàn hài lòng khi bị xem là NĐT. Thực tế, NCG thường trải qua quá trình bối rối trong việc nhận diện giới của chính mình cũng như đối mặt với những quyết định chuyển đổi, khó khăn liên quan đến sử dụng hormone phẫu thuật và công khai thể hiện giới.

Ngoài NĐT và NCG còn có một nhóm người có xu hướng tình dục thiểu số là người song tính luyến ái (bisexual). Đó là người bị hấp dẫn bởi cả hai giới nam và nữ và là một trong bốn thiên hướng tình dục ở con người. Người có thiên hướng tình dục song tính luyến ái có thể bị hấp dẫn về mặt cảm xúc, tình cảm và tình dục với cả người cùng giới tính và khác giới tính với mình. Chúng ta cũng cần phân biệt người song tính luyến ái với người lưỡng tính. Người lưỡng tính (intersexual) là một hiện tượng về giới tính, thường trong cơ thể có cả buồng trứng và tinh hoàn. Đây thường là những trường hợp rất hiếm trong cuộc sống.

Theo các nghiên cứu xã hội học, tỉ lệ cộng đồng NĐT gần như không thay đổi ở mọi xã hội, thời đại: thường chiếm khoảng 3-5% dân số mỗi quốc gia - tỉ lệ này gồm cả người có quan hệ luyến ái với người cùng giới ở mức độ không thường xuyên⁴. Nếu so tỷ lệ trên với bảy tỉ người trên thế giới hiện nay, thì số NĐT, NCG có một số lượng không nhỏ.

Hiện nay pháp luật một số nước công nhận quyền bình đẳng và đối xử với những cặp đồng tính như vợ chồng⁵. Tuy nhiên, ở nhiều quốc gia, dù không xem quan hệ tình dục đồng tính là hành động phạm pháp thì

3 Đồng tính luyến ái là vấn đề đã xuất hiện từ rất lâu, nhưng mãi đến giữa thế kỷ thứ 19, thuật ngữ đồng tính luyến ái “homosexuality” mới lần đầu tiên được biết đến bởi một bác sĩ người Hungary, Benkart (với bút danh là K.M.Kertbeny)⁵. Xem: J.Lauritsen and D.Thorstad, *The Early Homosexual Rights Movement (1864-1935)*.

4 www.tienphong.vn/Cong-bang-cho-gioi-dong-tinh/2456879.epi.

5 Những nước công nhận hôn nhân đồng tính: Argentina, Belgium, Canada, Iceland, Netherlands, Norway, Portugal, South Africa, Spain (2005), Sweden (2009).

những NĐT vẫn bị xã hội soi mói, bị kỳ thị, đôi khi bị đánh đập, hành hung, nhất là đối với những người CĐGT. Một số nước khác, như các nước Hồi giáo, không chấp nhận NĐT và người quan hệ đồng tính có thể bị phạt tù hoặc thậm chí, tử hình. Có ít nhất 80 quốc gia trên thế giới, quan hệ tình dục đồng tính vẫn còn bị luật pháp trừng phạt, có nơi phạt tù chung thân, thậm chí tội này còn có thể bị án tử hình (có 7 nước quy định).

2. Quy định của pháp luật Việt Nam liên quan đến người đồng tính và người chuyển giới

Ở Việt Nam, hầu như pháp luật không ghi nhận quyền của NĐT. Tuy nhiên, một số tài liệu về lịch sử ở nước ta đã từng đề cập vấn đề này, như thế kỷ thứ 16 và 17 có một vài vua chúa có thể thiếp là đàn ông⁶ hoặc sách sử có chép rằng, vua Khải Định tuy có tất cả 12 bà vợ nhưng bất lực hoặc không thích gần đàn bà, chỉ thích đàn ông. Luật Hồng Đức có đề cập đến hành vi hãm hiếp, ngoại tình và loạn luân nhưng không nhắc gì đến đồng tính⁷. Chính quyền thực dân Pháp cũng không cấm đoán các hành vi đồng tính trong các thuộc địa mặc dù xác định mại dâm nữ là phạm pháp. Thời điểm hiện nay, tuy không có luật cấm quan hệ tình dục đồng tính⁸, nhưng Luật Hôn nhân và gia đình cấm hôn nhân giữa những người cùng giới tính.

Bộ luật Dân sự (BLDS) 2005 quy định: Trong quan hệ dân sự, các bên đều bình đẳng, không được lấy lý do khác biệt về dân tộc, giới tính, thành phần xã hội, hoàn cảnh

kinh tế, tín ngưỡng, tôn giáo, trình độ văn hoá, nghề nghiệp để đối xử không bình đẳng với nhau (Điều 5). Sau đó, Điều 36 quy định quyền xác định lại giới tính: “Việc xác định lại giới tính của một người được thực hiện trong trường hợp giới tính của người đó bị khuyết tật bẩm sinh hoặc chưa định hình chính xác mà cần có sự can thiệp của y học nhằm xác định rõ về giới tính”.

Đề quy định chi tiết Điều 36 BLDS, Chính phủ ban hành Nghị định 88/2008/NĐ-CP, trong đó có quy định những hành vi bị nghiêm cấm: “Thực hiện việc CĐGT đối với những người đã hoàn thiện về giới tính và cấm phân biệt đối xử đối với người đã xác định lại giới tính”. Nghị định đã đề cập việc xác định lại giới tính đối với người có khuyết tật bẩm sinh về giới tính hoặc giới tính chưa được định hình chính xác. Những người này hoàn toàn khác với NĐT. Hiện nay, nhiều NĐT rất không đồng tình với những quy định trong Nghị định 88 này, vì đã khép lại cánh cửa CĐGT để được trở về đúng với sự mong muốn của chính họ⁹. Nghị định chỉ quy định là xác định lại giới tính cho những người khuyết tật về giới hay chưa phân biệt được là nam hay nữ chứ không phải là CĐGT cho những người đã hoàn thiện về giới bởi có thể đó là những trường hợp có sự lệch lạc về tâm lý.

Tuy nhiên, vấn đề mà Nghị định đưa ra là quá hẹp, mới chỉ dừng ở xác định lại giới tính chứ không phải là thay đổi giới tính, cho phép “làm rõ giới tính” chứ không phải “xác định lại giới tính” vì nếu không mang

6 Jakob Paoetter (1997-2001), “The International Encyclopedia of Sexuality: Vietnam (Bách khoa toàn thư quốc tế về tình dục: Việt Nam)”. The Continuum Publishing Company. Truy cập 15 tháng 2 năm 2009.

7 Helmut Graupner, International Bar Association Conference, Phillip Tahmindjis (2005). *Sexuality and Human Rights (Tình dục và quyền con người)*. Haworth Press. 192. ISBN 1560235551. <http://books.google.com/books?id=gem-0J00WVMC&pg=PP1&dq=1560235551&ei=AmSTSYm-CYrIIQSU0dTBCg#PPA192,M1>

8 Don Colby, Cao Hữu Nghĩa và Serge Doussantousse, *Men who have sex with men and HIV in Vietnam (Những người nam có quan hệ tình dục với nam và HIV tại Việt Nam)* (tiếng Anh). *AIDS Education and Prevention*, 16(1), 45-54, 2004.

9 Theo BS Nguyễn Thành Như - Trưởng đơn vị Nam khoa, Bệnh viện Bình Dân, TP HCM, Nghị định này thật ra chỉ quy định lại những việc đã thực hiện từ lâu. Bệnh viện Bình dân đã thực hiện rất nhiều ca điều chỉnh lại giới tính cho các bệnh nhân khuyết tật giới hay chưa xác định được là nam hay nữ, bởi đó là bệnh lý nên không có quy định nào là không cho phép. Nhiều người khác tuy đã xác định rõ là nam hay nữ nhưng họ lại mong muốn được sống với giới tính khác và đó là điều hoàn toàn chính đáng, dù hiện nay chưa có cơ sở khoa học chính xác và Nghị định này không cho phép.

gen hoặc cá tính nam thì người nữ cũng không muốn chuyển đổi làm gì, mặc dù có nhiều ý kiến cho rằng, việc hạn chế xác định lại giới tính xuất phát từ nguyên nhân tránh bị lạm dụng vì nhu cầu thương mại, hoặc trong thi đấu thể thao, hoặc trốn tránh lệnh truy nã sau khi phạm tội...

Việc hạn chế trên phần nào đi ngược với xu hướng trên thế giới, khi nhiều quốc gia công nhận quyền CĐGT như Mỹ, Canada, Serbia, Thái Lan, Singapore, Philippines, Ấn Độ... Argentina vừa cho phép chuyển giới và thay đổi giới tính trên các giấy tờ liên quan vào ngày 03/10/2012. Hầu hết các nước cho phép chuyển giới không giới hạn cá nhân muốn chuyển giới bắt buộc phải có bộ phận sinh dục của giới tính mình không mong muốn. Ngoài Thái Lan là trung tâm chuyển giới số một thế giới, bất ngờ là vị trí số hai thuộc về đất nước Hồi giáo Iran. 25 năm về trước, lãnh đạo tối cao Iran Ayatollah Khomeini đã ban hành luật cho chuyển giới và thay đổi giới tính trên giấy tờ liên quan, hiện tại Chính phủ Iran chi trả 50% chi phí chuyển giới¹⁰.

Rõ ràng, những người không có khuyết tật về giới tính nhưng đã chuyển giới ở nước ngoài sẽ không được công nhận hoặc người dù đã CĐGT nhưng kiểm tra vẫn không có khiếm khuyết về nhiễm sắc thể mà tự ý CĐGT thì những hệ lụy pháp lý liên quan đến chính họ rất phức tạp, nhất là các quy định về hình sự và TTHS.

Luật Hôn nhân và gia đình (Luật HNGĐ) 1986 không quy định cấm hôn nhân đồng tính, sau đó có một vài đám cưới đồng tính được tổ chức nhưng không nhận được sự đồng tình của dư luận¹¹. Đến Luật HNGĐ

năm 2000, có khoản 2 Điều 8 xác định: *Kết hôn* là việc nam và nữ xác lập quan hệ vợ chồng theo quy định của pháp luật về điều kiện kết hôn và đăng ký kết hôn. Và cũng trong Luật này quy định về những trường hợp cấm kết hôn, trong đó có quy định cấm kết hôn giữa những người cùng giới tính (khoản 5 Điều 10).

Luật Bình đẳng giới năm 2006 cũng chỉ xác định, Việt Nam có hai nhóm giới tính đó là nam và nữ, không có quy định nào xác định giới tính khác (giới chỉ đặc điểm, vị trí, vai trò của nam và nữ trong tất cả các mối quan hệ xã hội, giới tính chỉ các đặc điểm sinh học của nam, nữ - Điều 5)¹².

Như vậy, pháp luật Việt Nam hiện hành không thừa nhận sự tồn tại của những người có giới tính thiểu số, NCG (trừ trường hợp người xác định lại giới tính) cũng như mối quan hệ hôn nhân của họ, vì vậy những vấn đề pháp lý phát sinh đang bị bỏ ngỏ do họ không được thay đổi các thông tin cá nhân. Tuy nhiên, cùng với sự phát triển chung của khoa học, của nhận thức nhân loại, đã đến lúc pháp luật cần thừa nhận sự tồn tại của những người có giới tính thiểu số, NCG để tạo sự bình đẳng và công nhận sự tồn tại và vai trò của NĐT trong xã hội. Từ đó chúng ta có thể bảo vệ hiệu quả hơn các quyền và lợi ích hợp pháp cũng như xử lý hành vi vi phạm của họ.

3. Bảo vệ quyền của người đồng tính và người chuyển giới trong pháp luật hình sự

Trong những năm qua, ở Việt Nam, số NĐT nam, đồng tính nữ công khai xu hướng tình dục của mình và số NCG ngày càng gia tăng. Tình trạng này đã kéo theo vấn đề xâm phạm tình dục giữa những người đồng giới,

10 <http://phapluattp.vn/2012101611033532p1060c1105/bi-kich-cua-nguoi-chuyen-gioi-bai-3-luat-co-nen-xem-xet.htm>

11 Năm 1997, đám cưới đồng tính từng được tổ chức đầu tiên ở TP Hồ Chí Minh và bị nhiều người dân phản đối. Sau đó, thêm một vụ hai NĐT nữ làm đám cưới tại Vĩnh Long, nhưng giấy xin phép kết hôn không được chấp nhận. Năm 2002, Bộ Lao động, Thương binh và Xã hội đã liệt kê đồng tính luyến ái vào trong các "tệ nạn xã hội" cần phải bài trừ như mại dâm và ma túy, nhưng đến nay Chính phủ chưa có chính sách nào về quan hệ đồng tính.

12 Các quốc gia Bỉ, Canada, Hà Lan, Nam Phi, Na Uy, Thụy Điển, Tây Ban Nha, Hàn Quốc và năm bang ở Hoa Kỳ đã thừa nhận quyền sử dụng giới tính mới của người dân. Còn ở Việt Nam, cũng như nhiều nước trên thế giới, hiện nay chưa chính thức thừa nhận quyền được sử dụng giới tính mới.

xâm phạm tình dục NCG và vấn đề mại dâm đồng giới gia tăng, có tính nguy hiểm cho xã hội cao. Tuy nhiên, Nhà nước chưa chính thức thừa nhận NĐT và NCG nên đã gây ra những khó khăn nhất định trong việc xử lý các hành vi vi phạm phạm luật này. Trong Bộ luật Hình sự (BLHS), không có quy định nào liên quan đến NCG, NĐT với tư cách là chủ thể hay nạn nhân của hành vi phạm tội, nhất là các tội xâm phạm tình dục hoặc có liên quan đến hành vi giao cấu (HVGC) như chứa mại dâm, môi giới mại dâm, mua dâm người chưa thành niên... Điều đó đã gây ra những trở ngại trong việc xử lý những hành vi nguy hiểm cho xã hội có liên quan đến NCG hoặc NĐT trong những trường hợp sau:

Thứ nhất, HVGC trái phép với người đã CĐGT.

Theo Nghị định 88/2008/NĐ-CP về xác định lại giới tính, Nhà nước chỉ cho phép những người có nhiễm sắc thể giới tính có thể giống như trường hợp nữ lưỡng giới giả nam hoặc nam lưỡng giới giả nữ hoặc lưỡng giới thật nhưng bộ phận sinh dục chưa được biệt hóa hoàn toàn và không thể xác định chính xác là nam hay nữ, mới được phép xác định lại giới tính (Điều 5). Những người đã được y học can thiệp xác định lại giới tính sẽ được cơ quan quản lý hộ tịch xác định lại giới tính cho họ. Nghị định này nghiêm cấm việc CĐGT đối với những người đã hoàn thiện về giới tính (Điều 4). Tuy nhiên, trên thực tế, có nhiều người Việt Nam đã phát triển hoàn thiện về giới tính (là nam hoặc nữ) đã ra nước ngoài để phẫu thuật CĐGT, kể cả phẫu thuật bộ phận sinh dục (từ nam thành nữ hoặc từ nữ thành nam). Những người này, khi về Việt Nam, theo quy định hiện nay, họ không được phép xác định lại

giới tính nên xảy ra thực trạng một số người đã được phẫu thuật chuyển giới có hình dạng bên ngoài và cơ quan sinh dục là nữ nhưng trên chứng minh nhân dân, hộ chiếu và giấy khai sinh, hộ khẩu của họ vẫn ghi là “nam” và ngược lại. Vì vậy, trên thực tế đã xảy ra việc một người phẫu thuật CĐGT từ nam thành nữ bị một người nam giới khác thực hiện HVGC trái phép¹³ gây nên những khó khăn trong việc xử lý hình sự. Trong tình huống này, có quan điểm cho rằng, hành vi đó xâm phạm tình dục phụ nữ nên cấu thành tội hiếp dâm hoặc tội cưỡng dâm; có quan điểm cho rằng về mặt hộ tịch, tại thời điểm bị xâm hại, nạn nhân đang chính thức là nam giới nên hành vi này không thể cấu thành tội hiếp dâm hoặc cưỡng dâm vì hai tội phạm này nạn nhân phải là phụ nữ. Chúng tôi ủng hộ quan điểm cho rằng, HVGC trái phép với người CĐGT từ nam thành nữ xét về bản chất giống như HVGC trái phép với những người phụ nữ; đều xâm phạm danh dự, nhân phẩm của con người, xâm phạm quyền tự do và bất khả xâm phạm về tình dục của con người nên tùy thuộc vào cách thức thực hiện hành vi phạm tội mà có thể cấu thành tội hiếp dâm hoặc tội cưỡng dâm. Tuy nhiên, nếu chúng ta chính thức thừa nhận NCG và cho phép họ được thay đổi giới tính thì sẽ tránh được những khó khăn và tranh luận không cần thiết khi định tội danh đối với những hành vi nêu trên.

Thứ hai, hành vi tình dục trái phép giữa những người đồng giới.

Trong luật hình sự Việt Nam hiện nay, không có quy định nào cấm hành vi tình dục giữa những người đồng giới. Vì vậy, hành vi tình dục trái phép giữa những người đồng giới ở đây được hiểu là hành vi dùng vũ lực,

¹³ Nội dung vụ việc: Khuya 7/4/2010, tại TP Đồng Hới (Quảng Bình), Nguyễn Văn Tình cùng đồng phạm dùng sức mạnh không chế, bắt một cô gái đi bộ ven đường lên xe chở đến bãi đất trống thay phiên nhau xâm hại. Người bị xâm hại thừa nhận mình trước đây là nam. Bốn năm trước, cô đã ra nước ngoài phẫu thuật CĐGT. Chuyển này cô đi chơi cùng người yêu. Đêm đó cô và người yêu cãi nhau tại khách sạn, nên cô đi ra ngoài dạo mát, không ngờ gặp sự cố. Cô khẳng định mình bây giờ là phụ nữ 100% và cương quyết yêu cầu xử lý hình sự những kẻ đã xâm hại. (<http://phapluattp.vn/20100824122757371p1063c1016/hiiep-dam-nguoi-chuyen-doi-gioi-tinh-co-bi-toi.htm>. Ngày 01/11/2012).

đe dọa dùng vũ lực hoặc dùng thủ đoạn khác khiến người đồng giới khác phải quan hệ tình dục trái ý muốn của họ; hoặc dùng mọi thủ đoạn khiến người đồng giới lệ thuộc mình hoặc người đang ở trong tình trạng quần bách phải miễn cưỡng quan hệ tình dục; hoặc quan hệ tình dục với người đồng giới chưa đủ 16 tuổi.

Theo Từ điển Tiếng Việt, giao cấu là hành vi giao tiếp giữa bộ phận sinh dục ngoài của giống đực với bộ phận sinh dục của giống cái, ở động vật¹⁴. Vì vậy, giữa những người đồng giới không có HVGC, nhưng họ có thể có các hành vi tình dục khác như kích thích vào các cơ quan sinh dục của nhau, quan hệ tình dục qua đường miệng (oral sex) hoặc đường hậu môn (sau đây gọi chung là hành vi tình dục giữa những người đồng giới). Theo quy định của BLHS hiện hành, các tội phạm như hiếp dâm, cưỡng dâm, giao cấu với trẻ em đều đòi hỏi hành vi khách quan là giao cấu trái phép. Vì vậy, trên thực tế, có một số hành vi dùng vũ lực tấn công hoặc dùng thủ đoạn khác khiến người đồng giới khác phải có hành vi tình dục trái ý muốn của họ hoặc có hành vi tình dục trái phép với trẻ em đồng giới, chúng ta không thể xử lý được.

Hành vi tình dục trái phép của người đồng giới có hai dạng: *thứ nhất* là NĐT luyện ái nam có hành vi tình dục trái phép với NĐT luyện ái nam hoặc NĐT luyện ái nữ có hành vi tình dục trái phép với NĐT luyện ái nữ. Đối với trường hợp này, thường nạn nhân không muốn dư luận biết mình là NĐT nên không tố cáo với cơ quan có thẩm quyền nên ít được ghi nhận, trừ khi hành vi tấn công tình dục NĐT dẫn đến chết người hoặc kèm theo hành vi giết người. *Thứ hai* là NĐT có hành vi xâm phạm tình dục người cùng giới với mình nhưng nạn nhân không phải là NĐT luyện ái (nữ đồng tính xâm

phạm tình dục nữ dị tính hoặc nam đồng tính xâm phạm tình dục nam dị tính). Diễn hình như một số vụ việc sau đây:

Vụ án 1: Khoảng gần 22h ngày 8/6/2012, anh V. đi xe máy đến cánh đồng đối diện với công viên Hòa Bình (Hà Nội). Anh dừng lại dắt xe vào bãi cỏ để đi vệ sinh. Khi đang đi vệ sinh, anh bất chợt thấy 3 đối tượng là nam cùng đi một xe máy vào cánh đồng. Chúng tắt đèn xe rồi cùng đi thẳng đến chỗ anh V. Thấy ba người lạ mặt cứ lù lù đi đến, tưởng là bọn cướp, anh vội vàng chạy ra mở cốp xe máy lấy một con dao nhọn trong cốp xe mang theo phòng thân, rồi vút chìa khóa vào đám cỏ gần xe máy để chúng không cướp xe được. Sau đó, anh bỏ chạy vào phía trong. Anh V. chạy được khoảng 100m thì ba người này đuổi kịp, khống chế, tước dao và kéo anh đến một tấm tôn ở giữa cánh đồng cỏ. Ngay lập tức, anh bị ba đối tượng lột hết quần áo. Chúng thay nhau nghịch, sờ soạng khắp cơ thể anh V. Để giở trò đòi bại với anh V, khi một tên thực hiện hành vi, hai tên còn lại giữ chặt tay, không cho kháng cự. Anh V. bị một vết dâm ở đùi phải trúng động mạch và một nhát khác ở vùng ngực, thấu phổi¹⁵. Trong vụ án này, chúng ta chỉ có thể xử các đối tượng nêu trên về hành vi cố ý gây thương tích mà không thể xử lý được hành vi xâm phạm tình dục do không có HVGC, nên không xử được về tội hiếp dâm và BLHS hiện hành không quy định hành vi dâm ô người đủ 16 tuổi trở lên, nên hành vi này không phạm tội. Chúng tôi cho rằng, quy định này của BLHS đã không bảo vệ được nhân phẩm, danh dự của con người.

Vụ án 2: Trưa 15/9/2012, bé Duy (3 tuổi) sang nhà Việt chơi (ở phường Hải Hòa, TP Móng Cái) khi Việt vừa đi uống rượu về. Do buồn tiểu, cháu bé đòi Việt dẫn đi vệ sinh. Việt đã quan hệ tình dục với cháu Duy

14 Từ điển tiếng Việt, Trung tâm Từ điển ngôn ngữ Việt Nam, 1992, tr.394.

15 <http://vtc.vn/7-289749/phap-luat/dem-kinh-hoang-cua-nguoi-dan-ong-bi-hiep.htm> (ngày 02/11/2012).

qua đường hậu môn để thỏa mãn dục vọng. Do đau đớn vì thương tích ở hậu môn, Duy về kể lại chuyện cho bố mẹ biết. Gia đình nạn nhân đã làm đơn tố cáo đến cơ quan công an. Kết quả khám nghiệm cho thấy bé trai bị chảy máu và thương tích ở hậu môn. Tại cơ quan công an, Việt thừa nhận toàn bộ hành vi của mình. Trong trường hợp này, hành vi của Việt được coi là phạm tội dâm ô với trẻ em (Điều 116 BLHS). Tuy nhiên, chúng tôi cho rằng, tội dâm ô với trẻ em không phản ánh đầy đủ bản chất của hành vi của Việt trong vụ án trên vì sự tổn thất về tâm lý, thể chất do hành vi này gây ra nặng nề hơn rất nhiều so với hành vi sờ mó, hôn hít... bộ phận sinh dục của trẻ em thông thường¹⁶.

Trong những trường hợp trên, do không có HVGC nên chúng ta không thể xử lý những người có hành vi này là tội phạm, mặc dù tính nguy hiểm cho xã hội của những hành vi này rất cao, xâm phạm quyền tự do và bất khả xâm phạm về tình dục của con người, xét về bản chất, nguy hiểm tương ứng với các tội như hiếp dâm, cưỡng dâm hoặc giao cấu với trẻ em. Vì vậy, đã đến lúc cần sửa đổi BLHS theo hướng quy định hành vi khách quan của tội hiếp dâm, hiếp dâm trẻ em, cưỡng dâm, cưỡng dâm trẻ em, giao cấu với trẻ em, ngoài HVGC còn cần phải quy định thêm “hoặc có hành vi tình dục khác mà xét về tính chất và hoàn cảnh chung thì tương tự như HVGC” (như quan hệ tình dục qua đường hậu môn, qua đường miệng) là dấu hiệu khách quan của những tội phạm nêu trên để bảo vệ cả NĐT và người dị tính trước các hành vi xâm phạm tình dục của người đồng giới như hiện nay¹⁷. Bên cạnh đó, cũng cần bổ sung thêm trong BLHS tội dâm ô để xử lý đối với trường hợp có hành vi dâm ô đối với người đồng giới hoặc người khác giới từ đủ 16 tuổi trở lên.

Thứ ba, hành vi “mua dâm” người chưa thành niên đồng giới; môi giới mại dâm, chứa mại dâm đồng giới.

Theo Pháp lệnh Phòng, chống mại dâm (PCMD) năm 2003, bán dâm là HVGC của một người với người khác để được trả tiền hoặc lợi ích vật chất khác; mua dâm là hành vi của người dùng tiền hoặc lợi ích vật chất khác trả cho người bán dâm để được giao cấu; mại dâm là hành vi mua dâm, bán dâm. Như vậy, để xử lý về các tội mua dâm người chưa thành niên, chứa mại dâm, môi giới mại dâm đòi hỏi phải có người mua dâm dùng tiền hoặc lợi ích vật chất khác trả cho người khác để “thực hiện HVGC”.

Hiện nay đang diễn ra tình trạng một người dùng tiền hoặc lợi ích vật chất khác trả cho người đồng giới khác để thực hiện hành vi xét về tính chất hoặc hoàn cảnh tương tự như HVGC (như quan hệ tình dục bằng đường miệng hoặc đường hậu môn) - thường gọi là “mại dâm” đồng giới. Tuy nhiên, theo quy định của Pháp lệnh PCMD thì hành vi trên không bị coi là hoạt động “mại dâm” theo đúng nghĩa luật định vì không có HVGC.

Tình trạng “mại dâm đồng giới”, nhất là mại dâm đồng giới nam (nam bán dâm cho nam) rất phức tạp, gia tăng nhanh chóng và gây nguy hiểm đáng kể cho xã hội, gây mất trật tự trị an. Đặc biệt, hoạt động của nhóm mại dâm đồng tính nam thường diễn ra lén lút để tránh sự kỳ thị của cộng đồng nên khả năng kiểm soát bệnh tật bị hạn chế. Do đó, khả năng lây nhiễm HIV/AIDS của mại dâm nam là cao hơn so với mại dâm nữ. Theo đánh giá của Ủy ban phòng, chống AIDS, tỉ lệ lây nhiễm ở đồng tính nam cao hơn gấp 20 lần so với đối tượng mại dâm nữ và ma túy¹. Trên thực tế, chúng ta không thể xử lý người môi giới hoặc chứa mại dâm đồng

16 <http://vnexpress.net/gl/phap-luat/2012/09/dam-o-voi-be-3-tuoi-cung-gioi/> (ngày 02/11/2012).

17 Theo Điều 1 Chương 6 BLHS Thụy Điển, người nào gây thương tích, dùng vũ lực hoặc đe dọa thực hiện một tội phạm, buộc người khác giao cấu hay thực hiện hoặc để cho người phạm tội thực hiện với mình một hành vi tình dục mà xét về tính chất hoặc hoàn cảnh chung thì tương tự như HVGC thì bị xử phạt từ hai năm đến sáu năm tù về tội hiếp dâm.

giới, người mua dâm người chưa thành niên đồng giới về các tội phạm tương ứng như chứa mại dâm (Điều 254 BLHS), tội môi giới mại dâm (Điều 255 BLHS) hoặc tội mua dâm người chưa thành niên (Điều 256 BLHS) vì giữa họ không có HVGC. Thực trạng đó đòi hỏi phải sửa đổi các quy định của Pháp lệnh PCMD để có cơ sở pháp lý cho việc xử lý hành vi mua dâm người chưa thành niên, môi giới mại dâm và chứa mại dâm (đồng giới).

Theo chúng tôi, Điều 3 Pháp lệnh PCMD cần được sửa đổi như sau:

“Điều 3. Giải thích từ ngữ

Trong Pháp lệnh này, các từ ngữ dưới đây được hiểu như sau:

1. Bán dâm là HVGC của một người với người khác hoặc hành vi tình dục mà xét về tính chất và hoàn cảnh chung thì tương tự như HVGC để được trả tiền hoặc lợi ích vật chất khác.

2. Mua dâm là hành vi của người dùng tiền hoặc lợi ích vật chất khác trả cho người bán dâm để được giao cấu hoặc hành vi tình dục mà xét về tính chất và hoàn cảnh chung thì tương tự như HVGC.

3....”.

Việc sửa đổi Pháp lệnh PCMD như trên sẽ là căn cứ pháp lý để chúng ta xử lý hành vi môi giới hoặc chứa mại dâm đồng giới, hành vi mua dâm người chưa thành niên đồng giới về các tội phạm tương ứng như chứa mại dâm (Điều 254 BLHS), tội môi giới mại dâm (Điều 255 BLHS) hoặc tội mua dâm người chưa thành niên (Điều 256 BLHS). Điều đó sẽ góp phần tích cực vào công tác đấu tranh phòng, chống tội phạm, bảo vệ trật tự trị an xã hội, quyền và lợi ích hợp pháp của những người người chưa thành niên đồng giới.

Thứ tư, hành vi của NĐT đăng ký chung sống với một người mà lại kết hôn với người khác

Hiện nay, theo quy định của Luật HNGĐ thì kết hôn là việc nam và nữ xác lập quan hệ vợ chồng theo quy định của pháp luật về điều kiện kết hôn và đăng ký kết hôn; Nhà nước cấm kết hôn giữa những người cùng giới tính. Tuy nhiên, trên thực tế, ngày càng có nhiều cặp đồng tính công khai chung sống với nhau như vợ chồng, thậm chí tổ chức cả đám cưới tuy không được Nhà nước và pháp luật công nhận. Trong quá trình chung sống, họ cũng tạo lập tài sản chung, có quyền và nghĩa vụ như vợ, chồng (thường sẽ có một người đóng vai trò như là vợ và một người đóng vai trò như người chồng trong quan hệ hôn nhân đồng tính). Việc Nhà nước không thừa nhận quan hệ hôn nhân này đã gây ra những khó khăn khi một trong hai hoặc cả hai người không còn chung sống với nhau nữa hoặc một trong hai người kết hôn hoặc chung sống với người khác. Theo chúng tôi, Luật HNGĐ cần thừa nhận quan hệ hôn nhân đồng tính, cho phép họ đăng ký chung sống như vợ chồng. Khi đó, trong lĩnh vực luật hình sự, nếu một trong hai người trong quan hệ hôn nhân đồng tính mà lại đăng ký kết hôn hoặc chung sống như vợ chồng với người khác gây hậu quả nghiêm trọng, hoặc đã bị xử phạt hành chính hoặc đã bị kết án về tội này, chưa được xóa án tích mà còn vi phạm thì cần xử về tội vi phạm chế độ hôn nhân một vợ, một chồng.

4. Bảo vệ quyền của người đồng tính và người chuyển giới trong pháp luật tố tụng hình sự và thi hành án hình sự

Khi tiến hành một số hoạt động điều tra hoặc biện pháp ngăn chặn trong TTHS cũng như trong quá trình thi hành án hình sự, có

một số biện pháp cưỡng chế mà khi thực hiện cần căn cứ vào giới tính của đối tượng áp dụng như khám người, tạm giữ, tạm giam trong TTHS; thi hành án phạt tù có thời hạn, tù chung thân trong TTHS. Thực tiễn áp dụng cho thấy, khi áp dụng các biện pháp này đối với NCG hoặc NĐT đã có một số khó khăn nhất định và có thể xâm phạm nghiêm trọng danh dự, nhân phẩm và quyền tự do của những người này.

Trong TTHS, khám người là biện pháp điều tra bằng cách lục soát, tìm tòi trong người, trong quần áo đang mặc hoặc đồ vật mang theo của bị can, người bị bắt giữ trong trường hợp khẩn cấp hoặc phạm tội quả tang, người đang có lệnh truy nã nhằm tìm ra các tài liệu, vật chứng liên quan đến vụ án. Theo quy định của Bộ luật TTHS, khi khám người thì nam khám nam, nữ khám nữ và phải có người cùng giới chứng kiến (Điều 142). Đối với những người đã phẫu thuật CĐGT (từ nam thành nữ hoặc từ nữ thành nam) nhưng trên các giấy tờ nhân nhân vẫn ghi giới tính cũ của họ, nếu chúng ta để người khám và người chứng kiến đều là người cùng giới với giới tính cũ của họ sẽ xâm phạm nghiêm trọng danh dự, nhân phẩm của người bị khám. Vì vậy, trong trường hợp này, theo chúng tôi, cơ quan nhà nước có thẩm quyền cần hướng dẫn cụ thể: người khám và người chứng kiến cần là người cùng giới với giới tính của họ sau khi đã phẫu thuật chuyển giới.

Tạm giữ trong TTHS là biện pháp ngăn chặn trong TTHS, do những người có thẩm quyền áp dụng đối với người bị bắt trong trường hợp khẩn cấp, phạm tội quả tang, người đang bị truy nã hoặc người phạm tội ra tự thú, đầu thú. Tạm giam là biện pháp ngăn chặn trong TTHS, do những người có thẩm quyền áp dụng đối với bị can, bị cáo trong những trường hợp do Bộ luật TTHS quy định nhằm ngăn chặn tội phạm hoặc đảm bảo việc điều tra, truy tố, xét xử hoặc thi hành án hình sự.

Thi hành án phạt tù là việc cơ quan, người có thẩm quyền theo quy định của luật này buộc phạm nhân phải chịu sự quản lý giam giữ, giáo dục, cải tạo để họ trở thành người có ích cho xã hội. Theo quy định của pháp luật TTHS và pháp luật về thi hành án hình sự, khi tạm giữ, tạm giam hoặc thi hành hình phạt tù, chúng ta bố trí, phân loại khu vực giam giữ bị can, bị cáo, người phạm tội theo giới tính: nam giam, giữ riêng; nữ giam, giữ riêng. Trong trường hợp này, đối với NCG, chúng ta thừa nhận giới tính mới của họ và cần giam giữ họ theo giới tính sau khi đã được phẫu thuật chuyển giới.

Đối với NĐT, nhất là đồng tính nam, khi giam giữ họ chung với phòng giam giữ của nam giới, thường sẽ gây nên sự kỳ thị, phỉ báng và phân biệt của những người dị tính trong phòng giam, giữ; thậm chí những người khác có thể tấn công xâm phạm nghiêm trọng danh dự, nhân phẩm, thậm chí là sức khỏe, tính mạng của những NĐT.

Theo thống kê, những NĐT thường chiếm từ 3 đến 5% dân số. Trong các nhà tạm giữ, tạm giam hoặc các nhà tù, nơi có hàng nghìn người đang chấp hành các biện pháp cưỡng chế của Nhà nước, NĐT và NCG có một số lượng không nhỏ. Vì vậy, để bảo vệ quyền lợi của họ, mỗi nhà tạm giữ, tạm giam hoặc trại giam cần bố trí một số phòng giam, giữ riêng dành cho những NĐT, những NĐT nam giam riêng và đồng tính nữ giam riêng.

NĐT và NCG là một nhóm người có số lượng không nhỏ trong xã hội. Tuy nhiên, quyền lợi chính đáng của họ chưa được Nhà nước và xã hội quan tâm một cách đúng mực, dẫn đến việc nhiều người phải sống tủi nhục trong sự kỳ thị của xã hội và chính gia đình họ. Trong lĩnh vực tư pháp hình sự, việc bảo vệ quyền lợi của những NĐT và NCG sẽ góp phần đảm bảo tốt hơn quyền con người nói chung và quyền lợi của NCG, NĐT nói riêng ■

NHỮNG BẤT CẬP TỪ THỰC TIỄN HÒA GIẢI TRANH CHẤP ĐẤT ĐAI

PHẠM THÁI QUÝ*

Luật Đất đai năm 2003 quy định, việc giải quyết tranh chấp đất đai bắt buộc phải qua hoà giải tại Ủy ban nhân dân (UBND) xã, phường, thị trấn, đương sự mới có quyền khởi kiện đến Tòa án. Tính đến nay, trải qua gần 10 năm thi hành, quy định này vẫn chưa được hướng dẫn cụ thể nên thực tiễn giải quyết tranh chấp đất đai đã có nhiều cách hiểu và vận dụng khác nhau. Chính sự mập mờ đó đã làm ách tắc công tác giải quyết tranh chấp liên quan đến đất đai. Điều đó không chỉ gây bức xúc trong nhân dân mà còn là nỗi băn khoăn, trăn trở của những người làm công tác pháp luật.

1. Hoà giải tại cấp xã có phải là nguyên tắc bắt di bất dịch?

Theo quy định tại các Điều 135 và 136 của Luật Đất đai năm 2003, khi xảy ra tranh chấp đất đai (TCĐĐ) nhất thiết phải qua hoà giải tại UBND xã, phường, thị trấn (sau đây gọi chung là UBND cấp xã) nơi có đất tranh chấp. Chỉ sau khi UBND cấp xã đã tiến hành hoà giải mà một hoặc các bên đương sự không nhất trí thì mới được phép khởi kiện yêu cầu Tòa án giải quyết (nếu tranh chấp thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án). Triển khai thi hành Luật Đất đai 2003, ngày 22/7/2004, Tòa án nhân dân tối cao đã ban hành Công văn số 116/2004/KHXX hướng dẫn: kể từ ngày 01/7/2003 trở đi, Tòa án chỉ thụ lý, giải quyết TCĐĐ đã được hoà giải tại UBND cấp xã mà một bên hoặc các bên

đương sự không nhất trí và khởi kiện đến Tòa án. Trong trường hợp đương sự nộp đơn khởi kiện mà tranh chấp đó chưa qua hoà giải tại UBND cấp xã, thì Tòa án trả lại đơn khởi kiện cho đương sự. Với quy định này, thực tiễn giải quyết TCĐĐ trong gần 10 năm qua đã phát sinh những vướng mắc đó là:

- Trường hợp sau khi nhận được đơn yêu cầu của đương sự, để tiến hành hoà giải, UBND cấp xã đã triệu tập nhiều lần nhưng người bị kiện cố tình trốn tránh không đến, nên không thể tiến hành việc hoà giải được. Trong trường hợp này, có nơi UBND cấp xã vẫn cứ tiếp tục triệu tập người bị kiện để tổ chức hoà giải bằng được cho dù có vi phạm thời hạn hoà giải là trong vòng 30 ngày kể từ ngày nhận đơn. Nhưng cũng có nơi lại lập biên bản ghi nhận về việc không thể tiến

* Văn phòng Đoàn đại biểu Quốc hội và Hội đồng nhân dân tỉnh Quảng Bình.

hành hoà giải được đề giao cho đương sự nộp đơn khởi kiện đến Toà án. Đến giai đoạn khởi kiện, khi người khởi kiện nộp đơn đến Toà án, có Toà án chấp nhận biên bản do UBND cấp xã lập về việc không tiến hành hoà giải được để thụ lý đơn khởi kiện của đương sự, nhưng cũng không ít Toà án đã trả lại đơn khởi kiện theo quy định tại điểm đ khoản 1 Điều 168 Bộ luật Tố tụng dân sự (chưa có đủ điều kiện khởi kiện) vì cho rằng, tranh chấp chưa được hoà giải tại cấp xã. Trong thực tế, thông thường người bị kiện luôn tìm mọi cách để đối phó nhằm lẫn tránh việc giải quyết tranh chấp, trong khi đó pháp luật lại không có quy định về việc áp giải người bị kiện đến để tham gia hoà giải, vì bản chất của hoà giải là sự tự nguyện của các bên. Do đó, với cách xử lý này, nếu người bị kiện cố tình trốn tránh đến cùng việc tham gia hoà giải thì tranh chấp sẽ không bao giờ được giải quyết. Theo chúng tôi, trong trường hợp này, việc các Toà án đòi hỏi nhất thiết phải có biên bản hoà giải tại UBND cấp xã mới thụ lý vụ án là quá máy móc. Khi xem xét các quy định của pháp luật về giải quyết khiếu kiện hành chính, giải quyết tranh chấp lao động đều có quy định trong trường hợp đơn khiếu nại không được giải quyết hoặc tranh chấp lao động không được hoà giải tại cơ sở trong thời hạn pháp luật quy định thì người khiếu nại, các bên tranh chấp có quyền khởi kiện đến Toà án để yêu cầu giải quyết. Và ngay trong Bộ luật Tố tụng dân sự cũng đã quy định trường hợp bị đơn đã được triệu tập hợp lệ đến lần thứ hai mà vẫn vắng mặt không có lý do chính đáng thì Toà án lập biên bản về việc không tiến hành hoà giải được để làm cơ sở đưa vụ án ra xét xử mà không nhất thiết phải tiến hành hoà giải. Vì vậy, không thể cứng nhắc là cứ phải có biên bản hoà giải mới thụ lý đơn khởi kiện, mà nếu người khởi kiện cung cấp được biên bản của UBND cấp xã về việc không tiến hành

hoà giải được vì bên bị kiện cố tình vắng mặt và các tài liệu về việc UBND cấp xã đã triệu tập hợp lệ đến lần thứ hai mà người bị kiện vắng mặt thì Toà án vẫn thụ lý vụ án để giải quyết.

- Một vấn đề nữa là theo quy định tại Điều 135 Luật Đất đai 2003, “UBND xã, phường, thị trấn có trách nhiệm phối hợp với Mặt trận Tổ quốc Việt Nam và các tổ chức thành viên của Mặt trận, các tổ chức xã hội khác để hoà giải TCĐĐ”. Thực tế có những TCĐĐ mà UBND cấp xã đã tiến hành hoà giải nhưng thành phần hoà giải không có cán bộ của Mặt trận Tổ quốc Việt Nam hoặc không có cán bộ của các tổ chức thành viên của Mặt trận nên Toà án đã trả lại đơn khởi kiện, thậm chí là đã thụ lý vụ án vẫn cứ yêu cầu UBND cấp xã phải hoà giải lại cho đúng thành phần vì sợ rằng, cấp phúc thẩm sẽ hủy án sơ thẩm. Trước yêu cầu phải hoà giải lại, có nơi thì UBND cấp xã chấp nhận tổ chức hoà giải, nhưng không ít nơi UBND cấp xã lại từ chối việc hoà giải lại vì cho rằng tranh chấp đã được hoà giải và cứ thế, việc tranh chấp sẽ bị “treo” mãi.

Theo chúng tôi, trong điều kiện nắm bắt và am hiểu pháp luật của cán bộ cấp xã đang còn hạn chế, mặt khác với thời hạn 30 ngày phải tiến hành việc hoà giải nên việc có đủ các thành viên của Mặt trận tham gia hoà giải là không hề dễ. Do vậy, Toà án không thể quá đòi hỏi, cầu toàn đối với hoạt động hoà giải ở cấp xã để rồi tự đẩy các TCĐĐ vào vòng luẩn quẩn trong khi tranh chấp đòi hỏi phải được giải quyết kịp thời.

2. Loại tranh chấp nào phải qua hoà giải tại cấp xã?

Trong thực tế, việc tranh chấp liên quan đến đất đai xảy ra rất nhiều dạng trong nhiều quan hệ pháp luật khác nhau. Do đó, việc hiểu như thế nào là TCĐĐ để khoanh vùng những loại TCĐĐ phải qua thủ tục hoà giải tại cấp xã vẫn chưa được nhận thức thống

nhất. Từ đó dẫn đến tình trạng nhiều nơi, nhiều lúc vẫn quan niệm rằng thà “đánh nhằm hơn bỏ sót”. Và đây cũng là một trong những nguyên nhân làm ách tắc trong công tác giải quyết TCĐĐ hiện nay.

Luật Đất đai năm 2003 cũng như Nghị định số 181/2004/NĐ-CP ngày 29/10/2004 của Chính phủ mới chỉ có quy định TCĐĐ phải qua hoà giải tại UBND cấp xã, nhưng lại chưa quy định cụ thể bắt buộc phải hoà giải đối với những TCĐĐ thuộc loại nào. Căn cứ vào quan hệ pháp luật tranh chấp, chúng ta có thể phân loại các TCĐĐ như: tranh chấp về quan hệ pháp luật đất đai (tranh chấp ai là người có quyền sử dụng đất); tranh chấp về quan hệ hợp đồng dân sự như chuyển đổi, chuyển nhượng, tặng cho, cho thuê, cho thuê lại quyền sử dụng đất, thế chấp, bảo lãnh, góp vốn bằng quyền sử dụng đất; tranh chấp về quan hệ sở hữu chung (quyền sử dụng chung về đất đai); tranh chấp về quan hệ thừa kế (thừa kế quyền sử dụng đất). Vậy, theo quy định của Luật Đất đai, có phải tất cả các dạng tranh chấp trên đều phải thông qua việc hoà giải tại cấp xã hay không?

Về vấn đề này hiện nay đang tồn tại hai quan điểm trái ngược nhau:

Quan điểm thứ nhất cho rằng: Tất cả các TCĐĐ như tranh chấp ai là người có quyền sử dụng đất; tranh chấp hợp đồng chuyển đổi, chuyển nhượng, tặng cho, cho thuê, cho thuê lại, quyền sử dụng đất, thế chấp, bảo lãnh, góp vốn bằng giá trị quyền sử dụng đất; tranh chấp thừa kế quyền sử dụng đất và tranh chấp tài sản chung là quyền sử dụng đất đều bắt buộc phải qua hoà giải tại cấp xã thì đương sự mới có quyền khởi kiện đến Toà án. Đơn cử như vụ án tranh chấp thừa kế quyền sử dụng đất giữa ông Lê Hữu Đ. với hai người chị gái là bà Lê Thị T. và bà Lê Thị N. ở huyện T. tỉnh Q. là một ví dụ điển hình. Sau khi xảy ra tranh chấp, do không được giải quyết kịp

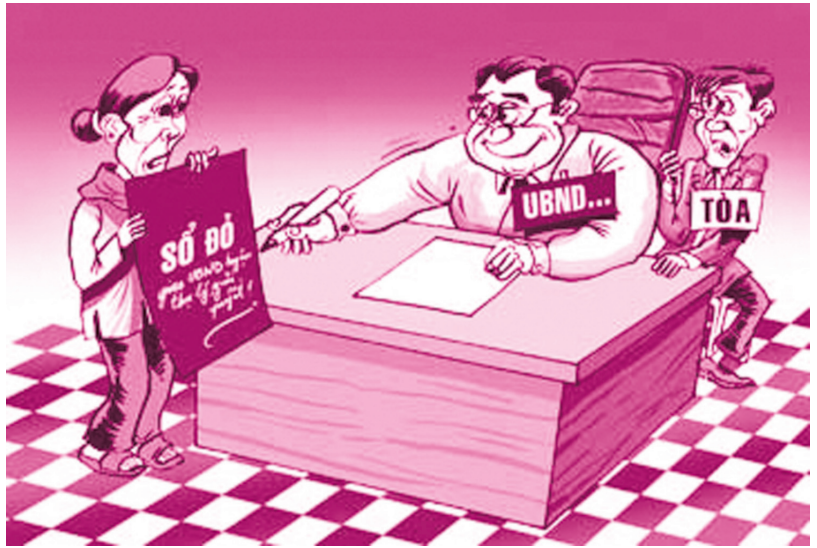
thời nên ông Đ. đã có hành động đập phá ngôi nhà thờ do bà T. và bà Ng. xây trên thửa đất đang tranh chấp thừa kế. Với hành vi đó, ông Đ. đã bị Toà án xử phạt 9 tháng tù về tội cố ý làm hư hỏng tài sản. Sau khi chấp hành xong hình phạt tù, ông Đ. tiếp tục làm đơn khởi kiện yêu cầu Toà án giải quyết chia tài sản thừa kế, nhưng Toà án cương quyết trả lại đơn khởi kiện vì cho rằng tranh chấp chưa được hoà giải tại cấp xã. Hoặc như vụ án tranh chấp hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất giữa bà Dương Thị H. và chị Nguyễn Thị L. do Toà án nhân dân huyện Q giải quyết. Theo đơn khởi kiện, bà H. yêu cầu Toà án tuyên bố hợp đồng chuyển nhượng đất vô hiệu, buộc chị L. trả lại đất cho bà vì cho rằng, vợ chồng bà không ký vào hợp đồng mà do một người nào đó ký. Vụ án đã thụ lý nhưng tranh chấp này chưa qua hoà giải tại cấp xã, mặc dù quan điểm của Toà án là loại tranh chấp này không cần qua hoà giải tại cấp xã nhưng để bảo đảm an toàn (khỏi bị huỷ án) nên đã ra quyết định tạm đình chỉ việc giải quyết vụ án để yêu cầu đương sự làm đơn yêu cầu UBND xã hoà giải mới tiếp tục giải quyết vụ án.

Quan điểm thứ hai lại cho rằng: Chỉ có tranh chấp ai là người có quyền sử dụng đất mới phải qua hoà giải tại cấp xã, còn tranh chấp liên quan đến các hợp đồng mà quyền sử dụng đất chỉ là đối tượng của hợp đồng, tranh chấp thừa kế quyền sử dụng đất và tranh chấp tài sản chung là quyền sử dụng đất thì không bắt buộc phải qua hoà giải tại cấp xã. Chúng tôi hoàn toàn đồng tình với quan điểm này bởi các lý do sau:

Thứ nhất, theo các văn bản pháp luật về đất đai từ trước đến nay, chúng ta thường gặp hai loại thuật ngữ đó là “tranh chấp liên quan đến đất đai” và “TCĐĐ”. Đây là hai thuật ngữ có nội hàm khác nhau. Tranh chấp liên quan đến đất đai có phạm vi rộng hơn bao gồm tranh chấp về các quan hệ hợp

đồng, quan hệ sở hữu, quan hệ thừa kế mà quyền sử dụng đất là loại tài sản thuộc đối tượng của quan hệ pháp luật đó, đây là quan hệ pháp luật dân sự do Bộ luật Dân sự điều chỉnh. Còn TCĐĐ có phạm vi hẹp hơn là chỉ loại tranh chấp ai là người có quyền sử dụng đất thuộc về quan hệ pháp luật đất đai do Luật Đất đai điều chỉnh. Sẽ rõ hơn khi chúng ta xem xét quy định tại khoản 26 Điều 4 Luật Đất đai về giải thích từ ngữ “TCĐĐ là tranh chấp về quyền và nghĩa vụ của người sử dụng đất giữa hai hoặc nhiều bên trong quan hệ đất đai”. Cũng như tại Điều 25 Bộ luật Tố tụng dân sự đã phân định rất rõ giữa tranh chấp về quyền sử dụng đất và các loại tranh chấp về hợp đồng dân sự, tranh chấp về quyền sở hữu tài sản, tranh chấp về thừa kế tài sản. Trờ lại quy định của Luật Đất đai, tại các Điều 135 và 136, nhà làm luật dùng thuật ngữ “TCĐĐ” chứ không dùng thuật ngữ “tranh chấp liên quan đến đất đai”.

Thứ hai, tranh chấp đất đai phải qua hoà giải tại UBND cấp xã hiệu theo nghĩa hẹp là phù hợp với đòi hỏi của thực tiễn, bởi lẽ UBND cấp xã là cơ quan trực tiếp quản lý đất đai tại cơ sở, nắm rõ mọi biến động trong việc sử dụng đất tại địa phương nên khi có người lấn chiếm, sử dụng đất không đúng diện tích, vị trí,... dẫn đến tranh chấp thì việc giao cho UBND cấp xã hoà giải là thuận tiện và kịp thời dàn xếp được các tranh chấp (đây cũng là cơ sở lý luận và thực tiễn để quy định thẩm quyền giải quyết TCĐĐ theo quy định tại Điều 136 của Luật Đất đai). Còn các quy định của pháp luật về quan hệ hợp đồng, quan hệ thừa kế và quan hệ sở hữu là rất phức tạp. Nên với trình độ của cán bộ cấp xã khó có thể xác định được một hợp đồng có hiệu lực hay hợp đồng vô hiệu, khó đề



xác định diện, hàng thừa kế, quan hệ tài sản chung... Mặt khác, mục đích của việc hoà giải là sự thoả thuận của các đương sự, vậy khi hoà giải đương sự thoả thuận để thực hiện một hợp đồng lẽ ra phải bị tuyên bố vô hiệu hoặc thoả thuận được việc chia thừa kế nhưng bỏ sót những người lẽ ra phải được hưởng thừa kế, xác định không đúng di sản thừa kế... thì cán bộ cấp xã có khả năng nhận biết không? Do đó, nếu giao các loại tranh chấp này cho UBND cấp xã hoà giải sẽ không tránh khỏi vi phạm pháp luật, xâm phạm quyền lợi của những người khác.

Nghiên cứu các quy định của pháp luật về đất đai và thực trạng giải quyết TCĐĐ trong gần 10 năm qua, chúng tôi thấy nguyên nhân của việc ách tắc trong công tác giải quyết TCĐĐ ở các địa phương từ khi triển khai thi hành Luật Đất đai 2003 chủ yếu là do nhận thức của những người làm công tác pháp luật quá máy móc, áp dụng không đúng với tinh thần quy định của pháp luật. Điều đó đã làm giảm lòng tin của nhân dân đối với các cơ quan có thẩm quyền giải quyết TCĐĐ. Thiết nghĩ, để có nhận thức thống nhất nhằm khai thông sự ách tắc trong việc giải quyết TCĐĐ, khi sửa đổi, bổ sung Luật Đất đai cần quy định cụ thể hơn về vấn đề này ■

ĐỔI MỚI QUẢN LÝ NHÀ NƯỚC VỀ GIÁO DỤC NGHỀ NGHIỆP THEO TÌNH THẦN NGHỊ QUYẾT ĐẠI HỘI ĐẢNG XI

NGUYỄN HỒNG KIÊN*

Nghị quyết Đại hội Đảng toàn quốc lần thứ XI đã khẳng định: “Đổi mới căn bản, toàn diện nền giáo dục theo hướng chuẩn hóa, hiện đại hóa, xã hội hóa, dân chủ hóa và hội nhập quốc tế” và “Phát triển nhanh nguồn nhân lực, nhất là nguồn nhân lực chất lượng cao, tập trung vào việc đổi mới căn bản và toàn diện nền giáo dục quốc dân”. Trong tiến trình này, giáo dục nghề nghiệp (GDNN) cũng cần phải đổi mới căn bản và toàn diện gắn với chủ trương đổi mới căn bản và toàn diện nền giáo dục Việt Nam. Đây cũng là cơ hội để đổi mới hoạt động quản lý nhà nước (QLNN) về GDNN, khắc phục những hạn chế, yếu kém, tạo điều kiện phát triển GDNN đáp ứng các yêu cầu mới.

1. Thực trạng quản lý nhà nước về giáo dục nghề nghiệp

Theo Luật Giáo dục (Luật GD) hiện hành, GDNN là một phân hệ trong hệ thống giáo dục quốc dân, bao gồm dạy nghề và trung cấp chuyên nghiệp. Trong những năm qua, Nhà nước ta đã đặc biệt quan tâm và ban hành nhiều chính sách, pháp luật về GDNN. Quốc hội đã ban hành Luật GD, Luật Dạy nghề, Bộ luật Lao động; Chính phủ đã ban hành nhiều văn bản quy phạm pháp luật, phê duyệt nhiều chiến lược, đề án về GDNN. Những văn bản pháp luật này¹ đã tạo hành lang pháp lý thuận lợi cho hoạt động QLNN về GDNN và hoạt động này đã có những chuyển biến tích cực trong thời gian qua.

Cơ chế tài chính trong GDNN từng bước được đổi mới. Phân cấp quản lý giáo dục và quyền tự chủ, tự chịu trách nhiệm của cơ sở giáo dục được tăng cường. Công tác thanh tra, kiểm tra được chú trọng hơn. Công khai, dân chủ đang là một tiền đề quan trọng đổi mới quản lý giáo dục. Hệ thống tổ chức bộ máy QLNN về GDNN (giáo dục chuyên nghiệp và dạy nghề) được thiết lập và hoạt động ở các cấp. Đội ngũ cán bộ làm công tác QLNN về GDNN tăng nhanh về số lượng, dần cải thiện về chất lượng và ngày càng được chuẩn hóa. Hệ thống các cơ sở GDNN (cơ sở dạy nghề và trường trung cấp chuyên nghiệp) tăng nhanh cả về số lượng, chất lượng, phát triển rộng khắp trên phạm vi cả nước. Tính đến 31/12/2011, cả nước có

* *ThS. Vụ Văn hóa, Giáo dục, Thanh niên, Thiếu niên và Nhi đồng, Văn phòng Quốc hội*

¹ Tính đến 30/5/2012, đã có 142 văn bản quy phạm pháp luật về dạy nghề được các cơ quan nhà nước có thẩm quyền ban hành để hướng dẫn triển khai thực hiện Luật Dạy nghề.

136 trường cao đẳng nghề (trong đó có 34 trường ngoài công lập), 307 trường trung cấp nghề (trong đó có 99 trường ngoài công lập); 849 trung tâm dạy nghề (trong đó có 324 trung tâm ngoài công lập) và hơn 1.000 cơ sở khác (các cơ sở giáo dục - đào tạo, doanh nghiệp,...) tham gia dạy nghề, tăng 1,5 lần so với năm 2006. Tính đến năm 2010, cả nước có 273 trường trung cấp chuyên nghiệp và 239 trường cao đẳng, đại học tham gia đào tạo trung cấp chuyên nghiệp.

Công tác xã hội hoá dạy nghề đạt được kết quả bước đầu; nhiều tổ chức, doanh nghiệp, cá nhân trong và ngoài nước đã đầu tư thành lập cơ sở dạy nghề. Năm 2006, số cơ sở dạy nghề ngoài công lập chiếm 23,34% đến năm 2011 tăng lên 35,37%, thu hút khoảng trên 30% học sinh vào học nghề. Sự phát triển nhanh chóng của hệ thống các cơ sở GDNN đã góp phần đáp ứng nhu cầu đa dạng của người học và yêu cầu đào tạo nguồn nhân lực phục vụ phát triển kinh tế - xã hội của đất nước, của từng vùng và từng địa phương.

Bên cạnh những kết quả đạt được, công tác QLNN về GDNN đã bộc lộ những hạn chế, yếu kém. Đó là sự chông chéo trong quản lý về GDNN giữa Bộ Giáo dục và Đào tạo và Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội. Theo quy định của Luật GD và Luật Dạy nghề, GDNN bao gồm trung cấp chuyên nghiệp và dạy nghề, trong đó Bộ Giáo dục và Đào tạo được giao nhiệm vụ QLNN về trung cấp chuyên nghiệp, Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội được giao QLNN về dạy nghề (cao đẳng nghề, trung cấp nghề và sơ cấp nghề). Như vậy, hệ thống giáo dục bị tách ra làm hai mảng do hai Bộ quản lý làm những việc tương tự như nhau về: tuyển sinh, xây dựng chương trình, giáo

trình, bồi dưỡng và đào tạo giáo viên, kiểm định chất lượng. Ngoài ra, mỗi Bộ lại có thêm cơ quan chức năng về quản lý học sinh, sinh viên nên dẫn đến lãng phí tiền ngân sách, tốn gấp hai lần với các việc giống nhau và làm phân tán nguồn lực, thiếu tiêu chuẩn trong đào tạo. Đồng thời, trên địa bàn cấp quận, huyện lại tồn tại ít nhất ba loại hình trung tâm đều làm nhiệm vụ dạy nghề² chịu sự quản lý của hai Sở và có hai nguồn kinh phí cấp về theo hai kênh QLNN, tách rời giữa dạy nghề và dạy chữ làm cản trở cơ hội vừa học tập hết trình độ trung học phổ thông và vừa học nghề để trở thành người lao động trong tương lai. Từ đó dẫn đến tình trạng nhà trường và người dân chịu sự chi phối của nhiều cơ quan quản lý, đi ngược lại với việc cải cách thể chế hành chính, chi phí giao dịch hành chính tăng do phải qua nhiều cửa. Một cơ sở đào tạo chịu nhiều quy chế đào tạo chi phối do hai ngành ban hành, không có sự thống nhất dẫn đến những khó khăn trong việc giảng dạy, kiểm tra đánh giá, xếp loại học lực và công nhận tốt nghiệp. Mặt khác, cơ quan QLNN cũng không thể đưa ra các con số dự báo nhu cầu đào tạo do sự trùng lặp về tên gọi trình độ, khó đưa ra các số liệu chính xác về thống kê đào tạo, quy hoạch nhân lực mà bản chất gây ra chủ yếu do sự tham gia của hai cơ quan QLNN về GDNN. Có thể nói, sự bất cập về công tác QLNN về GDNN nêu trên đã làm hạn chế hiệu quả đầu tư, gây lãng phí các nguồn lực, thiếu thống nhất về tiêu chuẩn, chế độ, chính sách, hội nhập quốc tế về GDNN, khó thực hiện phân luồng, liên thông trong hệ thống giáo dục nói chung và hệ thống GDNN nói riêng.

Ngoài ra, cơ cấu hệ thống GDNN và quy hoạch mạng lưới các cơ sở GDNN chưa hợp lý, thiếu đồng bộ, chưa liên thông giữa

2 Trung tâm dạy nghề, Trung tâm giáo dục thường xuyên, Trung tâm giáo dục kỹ thuật tổng hợp và hướng nghiệp.

một số cấp học và trình độ đào tạo. Công tác quy hoạch của các cơ sở dạy nghề còn chưa sát với nhu cầu của xã hội. Công tác dự báo phát triển GDNN chưa đáp ứng được yêu cầu tạo nên cơ chế phân bổ, đầu tư nguồn vốn còn mang tính bình quân. Một số cơ sở dạy nghề không phát huy được hiệu quả hoặc hoạt động sai chức năng, các ngành nghề đào tạo chưa nhiều, một số nghề không còn phù hợp với điều kiện và nhu cầu thực tế tại địa phương, chưa đáp ứng được yêu cầu của các doanh nghiệp, người sử dụng lao động. Trước tình hình trên, một số địa phương đã thực hiện sáp nhập các cơ sở dạy nghề tại địa phương trong khi chưa có hướng dẫn cụ thể của cơ quan quản lý cấp trên, nên việc sáp nhập và hoạt động còn rất lúng túng. Bên cạnh đó, chính sách đối với giáo viên dạy nghề và thu hút thợ lành nghề, nghệ nhân tham gia học nghề còn chưa thỏa đáng. Hoạt động của các trung tâm dạy nghề, giới thiệu việc làm còn gặp rất nhiều khó khăn về cơ sở vật chất, bộ máy tổ chức cán bộ, giáo viên dạy nghề cơ hữu; biên chế thuộc các trung tâm không đảm bảo về số lượng và chất lượng. Tình trạng mất cân đối trong cơ cấu trình độ và ngành nghề đào tạo, giữa các vùng miền chậm được khắc phục. Chất lượng GDNN hiệu quả thấp, chưa gắn với nhu cầu của xã hội, nhiều cơ sở dạy nghề mặc dù được đầu tư lớn nhưng vẫn không tuyển được học sinh vào học hoặc học sinh học xong nhưng không tìm và tạo được việc làm, gây lãng phí cho ngân sách nhà nước và gia đình người học. Khó khăn về việc làm sau đào tạo cho lao động nông thôn theo Quyết định số 1956/QĐ-TTg ngày 27/11/2009 của Thủ tướng Chính phủ phê duyệt Đề án “Đào tạo nghề cho lao động nông thôn đến năm 2020” chưa được khắc phục. Xã hội hóa dạy nghề còn chậm, chưa thu hút được các tổ chức, cá nhân, nhất là các doanh nghiệp tham gia dạy nghề. Công tác thông tin, tuyên truyền, tư vấn và hướng

ng nghiệp về dạy nghề còn yếu, chưa làm cho xã hội, nhất là thanh niên hiểu đúng và lựa chọn học nghề phù hợp với khả năng, điều kiện của mình. Nhận thức của xã hội và của bản thân thanh niên về học nghề còn chưa đầy đủ, toàn diện...

2. Một số giải pháp đổi mới quản lý nhà nước về giáo dục nghề nghiệp theo tinh thần Nghị quyết Đại hội Đảng XI

Trước những bất cập của công tác QLNN về GDNN thời gian qua, đồng thời để đáp ứng yêu cầu của sự nghiệp công nghiệp hóa - hiện đại hóa phát triển đất nước trong bối cảnh toàn cầu hóa và hội nhập quốc tế hiện nay, cần thiết phải đổi mới công tác QLNN về GDNN. Chúng tôi đề xuất một số giải pháp đổi mới QLNN về GDNN trong bối cảnh đổi mới căn bản và toàn diện nền giáo dục Việt Nam theo tinh thần Nghị quyết Đại hội Đảng toàn quốc lần thứ XI như sau:

Thứ nhất, quán triệt mạnh mẽ, sâu sắc nhận thức, tư duy đổi mới căn bản và toàn diện về giáo dục nói chung và đổi mới công tác QLNN về GDNN nói riêng một cách nhất quán, từ khâu quán triệt đến tổ chức thực hiện các quan điểm, đường lối và chủ trương phát triển giáo dục của Đảng; từ nhận thức mục tiêu giáo dục đến nhận thức về các giải pháp, điều kiện đảm bảo để tạo chuyển biến căn bản và toàn diện về GDNN.

Thứ hai, hoàn thiện thể chế QLNN về GDNN. Tập trung xây dựng khung pháp lý, chính sách, cơ chế QLNN về GDNN, tạo môi trường pháp lý đầy đủ cho đổi mới căn bản và toàn diện GDNN theo tinh thần Nghị quyết Đại hội Đảng toàn quốc lần thứ XI. Nghiên cứu sửa đổi, bổ sung Luật GD, Luật Dạy nghề theo hướng thống nhất về GDNN. Thực hiện thống nhất cơ quan QLNN về GDNN; thống nhất trung cấp nghề và trung cấp chuyên nghiệp; cao đẳng nghề và cao đẳng thành hệ thống GDNN. Hoàn thiện cơ chế phân công, phối hợp quản lý của cơ

quan QLNN về GDNN ở trung ương và Ủy ban nhân dân tỉnh/thành phố đối với các cơ sở GDNN.

Thứ ba, đổi mới cơ chế quản lý, trong đó giao các cơ quan QLNN về GDNN được chủ động về quản lý nhân sự và tài chính cùng với quản lý thực hiện nhiệm vụ chuyên môn. Từng bước tách bạch công tác QLNN về GDNN với công tác chuyên môn của các cơ sở GDNN; cơ quan quản lý không làm thay công việc quản trị của cơ sở giáo dục. Đổi mới quản trị cơ sở GDNN theo hướng phát huy dân chủ, tính sáng tạo; tăng cường vai trò của Hội đồng trường; thực hiện cơ chế tự chủ và chịu trách nhiệm xã hội, công khai, chịu sự giám sát của các chủ thể trong các cơ sở GDNN, của Nhà nước và xã hội.

Thứ tư, tăng cường dân chủ hóa trong GDNN, xây dựng cơ chế thu thập và xử lý thông tin phản hồi trong quản lý về GDNN. Thực hiện cơ chế người học, xã hội đánh giá hoạt động GDNN; các cơ sở GDNN đánh giá cơ quan QLNN về GDNN. Thiết lập cơ chế đo lường mức độ hài lòng của người dân với sự phục vụ của các cơ quan QLNN và các cơ sở GDNN. Phát triển hệ thống thông tin trong QLNN về GDNN. Tăng cường công tác thông tin trong hoạt động GDNN

và thị trường lao động; công tác dự báo về GDNN và nhu cầu nguồn nhân lực của xã hội; gắn công tác giáo dục hướng nghiệp với nhu cầu của thị trường và người học.

Thứ năm, làm tốt công tác quy hoạch mạng lưới các cơ sở GDNN, cơ cấu ngành nghề và trình độ đào tạo phù hợp với quy hoạch phát triển nhân lực của quốc gia, từng vùng và từng địa phương. Phân tầng các cơ sở GDNN theo mục tiêu đào tạo, theo khả năng đáp ứng nhu cầu đa dạng của các lĩnh vực, ngành nghề, đặc biệt là nhân lực chất lượng cao cho phát triển kinh tế - xã hội, cạnh tranh quốc tế và nhu cầu người học. Coi trọng quản lý chất lượng đầu ra, quản lý quá trình đào tạo và chuẩn hóa các điều kiện đảm bảo chất lượng. Xây dựng hệ thống kiểm định độc lập về chất lượng các cơ sở GDNN. Nâng cao hiệu quả sử dụng các nguồn vốn dành cho công tác GDNN ở các cấp.

Thứ sáu, đẩy mạnh phân cấp đi đôi với tăng cường kỷ cương trong quản lý GDNN, nâng cao năng lực của bộ máy quản lý GDNN các cấp; thực hiện tốt công tác kiểm tra, giám sát và xử lý nghiêm minh, kịp thời các sai phạm trong hoạt động GDNN ■



HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VỀ THÀNH LẬP CÔNG TY CHO THUÊ TÀI CHÍNH

LÊ THỊ THU THỦY*
HUỲNH NGỌC NGHIÊM**

Cho thuê tài chính (CTTC) là một loại hoạt động tín dụng bổ sung cho các loại hình tín dụng khác, góp phần đa dạng hóa các phương thức tài trợ vốn cho các doanh nghiệp, giúp cho các nguồn vốn luân chuyển một cách dễ dàng và an toàn cao, thúc đẩy sự phát triển của thị trường tài chính. Hoạt động CTTC được thực hiện chủ yếu bởi các công ty CTTC với vai trò là tổ chức tài chính trung gian giữa người thừa vốn và người thiếu vốn, tạo sự luân chuyển vốn trong nền kinh tế, phá vỡ thế độc quyền cho vay trung và dài hạn của các ngân hàng thương mại, tạo ra sự cạnh tranh có lợi cho khách hàng và nền kinh tế, giúp các doanh nghiệp tái cấu trúc nguồn vốn. Ở nước ta, hoạt động CTTC chính thức xuất hiện từ năm 1995, từng bước khẳng định vai trò quan trọng trong nền kinh tế đất nước, nhưng hoạt động CTTC phát triển còn chậm, thậm chí hoạt động của một số công ty CTTC đi vào “ngõ cụt”. Điều này xuất phát từ nhiều nguyên nhân khác nhau, trong đó có sự bất cập của hệ thống pháp luật điều chỉnh các công ty CTTC. Bài viết tập trung phân tích một số điểm bất cập trong các quy định của pháp luật về việc thành lập công ty CTTC ở Việt Nam và đưa ra một số kiến nghị nhằm hoàn thiện pháp luật về lĩnh vực này.

1. Thực trạng pháp luật về thành lập công ty cho thuê tài chính

1.1. Điều kiện cấp giấy phép

Để thành lập công ty CTTC, nhà đầu tư phải đảm bảo điều kiện về tư cách chủ thể, đó là không thuộc một trong các trường hợp cấm thành lập doanh nghiệp theo quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2005¹ (Luật DN 2005), Nghị định số 102/2010/NĐ-CP

của Chính phủ hướng dẫn chi tiết thi hành một số điều của Luật DN (Nghị định 102), Luật Các tổ chức tín dụng năm 2010 (Luật Các TCTD 2010). Theo quy định của Luật Các TCTD 2010, Nghị định số 16/2001/NĐ-CP ngày 02/5/2001 của Chính phủ về tổ chức và hoạt động của công ty CTTC (Nghị định 16), Nghị định số 65/2005/NĐ-CP của Chính phủ sửa đổi, bổ sung một số điều tại

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

** ThS. Đại học Tài chính – Kế toán, Bộ Tài chính

1 Khoản 2 Điều 13 Luật Doanh nghiệp 2005.

Nghị định số 16/2001/NĐ-CP ngày 02/5/2001 của Chính phủ về tổ chức và hoạt động của công ty CTTC (Nghị định 65), Nghị định số 95/2008/NĐ-CP của Chính phủ sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 16/2001/NĐ-CP (Nghị định 95), Quyết định số 40/2007/QĐ-NHNN của Ngân hàng Nhà nước (NHNN) ban hành quy chế cấp giấy phép thành lập và hoạt động tổ chức tín dụng phi ngân hàng cổ phần (Quyết định 40), Thông tư số 06/2005/TT-NHNN ngày 12/10/2005 của NHNN về hướng dẫn thực hiện một số nội dung tại Nghị định 16 và Nghị định 65/2005/NĐ-CP (Thông tư 06), Thông tư số 24/2011/TT-NHNN ngày 31/08/2011 của NHNN về việc thực thi phương án đơn giản hóa thủ tục hành chính lĩnh vực thành lập và hoạt động ngân hàng theo các Nghị quyết của Chính phủ về đơn giản hóa thủ tục hành chính thuộc phạm vi chức năng quản lý của NHNN Việt Nam được sửa đổi bởi Thông tư số 40/2011/TT-NHNN của NHNN ngày 15/12/2011, khi thành lập công ty CTTC cần đảm bảo các điều kiện cơ bản sau:

- Có nhu cầu hoạt động CTTC trên địa bàn xin hoạt động.
- Có vốn điều lệ, vốn được cấp tối thiểu bằng mức vốn pháp định theo quy định của Chính phủ: 150 tỷ đồng²;
- Chủ sở hữu là công ty trách nhiệm hữu hạn (TNHH) một thành viên, cổ đông sáng lập, thành viên sáng lập là pháp nhân đang hoạt động hợp pháp và có đủ năng lực tài chính để tham gia góp vốn; cổ đông sáng lập hoặc thành viên sáng lập là cá nhân có năng lực hành vi dân sự đầy đủ và có đủ khả năng tài chính để góp vốn;
- Người quản lý, người điều hành có trình độ chuyên môn phù hợp lĩnh vực kinh doanh, đảm bảo các yêu cầu khác theo quy

định pháp luật về đạo đức nghề nghiệp, tỷ lệ phần vốn sở hữu, không thuộc trường hợp cấm thành lập và quản lý doanh nghiệp;

- Có điều lệ tổ chức, hoạt động phù hợp với quy định pháp luật;

- Có phương án kinh doanh khả thi, không gây ảnh hưởng đến sự an toàn, ổn định của hệ thống TCTD; không tạo ra sự độc quyền hoặc hạn chế cạnh tranh hoặc cạnh tranh không lành mạnh trong hệ thống TCTD.

Ngoài các điều kiện như trên, bên nước ngoài trong công ty CTTC liên doanh hoặc công ty CTTC 100% vốn nước ngoài còn phải đáp ứng các điều kiện theo quy định của Luật Các TCTD năm 2010 về vốn, tổ chức quản lý, tình hình tài chính, hệ thống thanh tra, giám sát³...

Tuy nhiên, các điều kiện đã nêu trên cũng gây các khó khăn cho hoạt động CTTC. Xin đơn cử:

- Đối với điều kiện có nhu cầu hoạt động CTTC trên địa bàn xin hoạt động: Điều kiện này là bắt buộc, nhưng trên thực tế, các cơ quan có thẩm quyền không kiểm tra hoặc khó kiểm tra được nhu cầu hoạt động CTTC trên địa bàn. Việc đánh giá nhu cầu hoạt động CTTC lại mang tính chất chủ quan, do đó, quy định này trở thành hình thức trong hoạt động thực tiễn.

- Điều kiện về tiêu chí chủ sở hữu, tiêu chí thành viên sáng lập: Điều kiện này được quy định khác nhau trong các văn bản pháp luật, gây khó khăn trong việc thành lập các công ty CTTC, cụ thể: Luật Các TCTD 2010 và các văn bản pháp luật về thành lập công ty CTTC quy định “người đang bị truy cứu trách nhiệm hình sự“, “người đã bị kết án về tội từ tội phạm nghiêm trọng trở lên” không được quản lý công ty CTTC. Quy định như vậy là chưa bảo đảm quyền tự do kinh doanh

2 Nghị định số 141/2006/NĐ-CP ngày 22/11/2006 về ban hành Danh mục mức vốn pháp định của các tổ chức tín dụng; Nghị định số 10/2011/NĐ-CP ngày 26/01/2011 của Chính phủ về việc sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định 141/2006/NĐ-CP ngày 22/11/2006 của Chính phủ về ban hành Danh mục mức vốn pháp định của các tổ chức tín dụng.

3 Điều 20 Luật Các TCTD năm 2010.

của công dân được quy định trong Luật DN 2005. So với Luật Doanh nghiệp 1999, Luật DN 2005 đã thu hẹp đối tượng bị cấm thành lập và quản lý doanh nghiệp, “người đang bị truy cứu trách nhiệm hình sự”, “người đã bị kết án về tội từ tội phạm nghiêm trọng trở lên” không thuộc đối tượng bị hạn chế quyền thành lập doanh nghiệp. Như vậy, Luật Các TCTD 2010 cần được xem xét sửa đổi, bổ sung nhằm đảm bảo tối đa quyền và lợi ích hợp pháp của công dân trong kinh doanh. Hoặc đối với quy định về số lượng cổ đông, thành viên tham gia thành lập công ty CTTC và mức vốn được sở hữu, thì (i): theo Quyết định 40 về ban hành quy chế cấp giấy phép thành lập và hoạt động tổ chức tín dụng phi ngân hàng đã được sửa đổi, bổ sung bởi Thông tư số 24, công ty CTTC cổ phần phải có ít nhất 50 cổ đông nhưng Luật Các TCTD 2010 quy định phải có tối thiểu 100 cổ đông; cổ đông là cá nhân được sở hữu cổ phần với mức tối đa là 10% vốn điều lệ; cổ đông là tổ chức được sở hữu đến mức tối đa là 20% vốn điều lệ; trong khi đó, Luật Các TCTD 2010 quy định mức sở hữu tối đa 5% vốn điều lệ đối với một cổ đông là cá nhân, 15% vốn điều lệ đối với một cổ đông là tổ chức. Quy định trên tạo ra sự chông chéo, khó khăn trong việc thành lập mới các công ty CTTC cổ phần. Nhà đầu tư không dễ dàng tìm kiếm đủ 100 cổ đông, trong đó có ít nhất là ba cổ đông là pháp nhân để thành lập công ty CTTC cổ phần. Tính đến thời điểm năm 2012, cả nước vẫn chỉ dừng lại ở con số 12 công ty CTTC mà không có công ty CTTC nào tồn tại ở hình thức công ty cổ phần. Quy định về công ty CTTC cổ phần chỉ áp dụng cho cá nhân, tổ chức Việt Nam, không áp dụng cho nhà đầu tư nước ngoài vì nhà đầu tư nước ngoài khi thành lập các công ty CTTC chỉ được thực hiện ở loại hình TNHH. Đây là điểm hạn chế cho các công ty CTTC trong việc huy động vốn,

tham gia thị trường chứng khoán, thu hút vốn đầu tư, tăng năng lực cạnh tranh... Luật Các TCTD 2010 đã mở rộng việc thành lập các TCTD cổ phần có vốn của nhà đầu tư nước ngoài, do vậy, quy định về cổ đông trong công ty CTTC cổ phần cần phải sửa đổi, bổ sung cho phù hợp với bối cảnh hội nhập kinh tế quốc tế và các cam kết quốc tế mà Việt Nam đã ký kết; (ii) quy định số lượng và tỷ lệ góp vốn trong việc thành lập các công ty TNHH CTTC còn có sự bất cập. Theo quy định tại Điều 70 Luật Các TCTD 2010, TCTD là công ty TNHH hai thành viên trở lên thì thành viên phải là pháp nhân, có số lượng không quá năm, “tỷ lệ sở hữu tối đa của một thành viên và người liên quan không được vượt quá 50% vốn điều lệ của TCTD”. Tuy nhiên, Điều 129 Luật Các TCTD 2010 quy định về giới hạn góp vốn, mua cổ phần của các ngân hàng thương mại (NHTM), công ty con, công ty liên kết của NHTM lại không chế ở mức tối đa 11% vốn điều lệ của doanh nghiệp nhận góp vốn. Quy định mới này đã hạn chế việc thành lập các công ty CTTC trực thuộc các TCTD. Với tỷ lệ sở hữu và giới hạn góp vốn như vậy, loại hình công ty CTTC TNHH hai thành viên rất ít được thành lập trong thực tiễn và sẽ không thể thành lập theo quy định của Luật Các TCTD 2010. Bên cạnh đó, khái niệm “người liên quan” vẫn chưa thống nhất giữa quy định của Luật DN 2005 và Luật Các TCTD⁴: Luật DN 2005 đề cập đến đối tượng “người liên quan” mà Luật Các TCTD 2010 không nêu như “người quản lý” theo nghĩa rộng, gồm cả những đối tượng mà Điều lệ doanh nghiệp xác định là người quản lý; đối tượng có khả năng chi phối, nhóm người thoả thuận để thu tóm phần vốn góp, cổ phần hoặc lợi ích của công ty (Khoản 17 Điều 4 Luật DN 2005). Mặt khác, Luật Các TCTD 2010 đề cập đến công ty hoặc TCTD với người quản lý, các cá nhân được uỷ

4 Khoản 28 Điều 4 Luật Các tổ chức tín dụng năm 2010; Khoản 17 Điều 4 Luật Doanh nghiệp năm 2005.

quyền với nhau trong cùng tổ chức,... là “người liên quan” mà Luật DN 2005 lại không đề cập. Về nguyên tắc, thành viên của công ty thì phải góp vốn và phần vốn đó được ghi trong điều lệ công ty. Trong trường hợp, người liên quan (có thể là cá nhân, tổ chức) tham gia góp vốn thì tỷ lệ vốn góp có thể lên tới 50% vốn điều lệ, nhưng người liên quan góp thì tư cách pháp lý như thế nào, có được xem là thành viên hay không, chưa được làm rõ. Do đó, Nhà nước cần phải điều chỉnh quy định về tỷ lệ sở hữu và đối tượng là “người liên quan”, tạo ra sự nhất quán giữa Luật DN 2005 và Luật Các TCTD 2010.

Ngoài ra, theo Luật Các TCTD 2010, công ty CTTC có thể tồn tại dưới hình thức là công ty CTTC TNHH một thành viên hoặc từ hai thành viên trở lên. Tuy nhiên, sau hơn hai năm áp dụng Luật Các TCTD 2010, NHNN vẫn chưa ban hành văn bản hướng dẫn cụ thể điều kiện, thủ tục thành lập đối với cả hai loại hình công ty CTTC trách nhiệm hữu hạn một thành viên và từ hai thành viên trở lên, do đó nên loại hình công ty này không thể phát triển.

- Điều kiện có phương án kinh doanh khả thi: Tất cả các công ty CTTC khi thành lập đều có đề án hoạt động và đề án hoạt động đó được đánh giá là khả thi, nhưng việc kiểm tra trên thực tế xem hoạt động này khả thi hay không thì rất khó. Hiện nay, nhiều công ty CTTC đang gặp khó khăn sau một thời gian hoạt động, khoản dư nợ CTTC không ngừng tăng lên⁵, do vậy, phương án kinh doanh khi thành lập và trong quá trình hoạt động luôn có sự khác biệt.

- Điều kiện thành lập các công ty CTTC liên doanh hoặc 100% vốn nước ngoài: Nghị định 16, Nghị định 95 đã quy định không thống nhất với các điều kiện được quy định tại Điều 20 Luật Các TCTD 2010. Theo Điều 8 Nghị định 16, bên nước ngoài thành

lập các công ty CTTC 100% vốn nước ngoài hoặc liên doanh phải đảm bảo các điều kiện trên và hai điều kiện khác. Đó là (i) được tổ chức có thẩm quyền theo quy định của pháp luật nước nguyên xứ cho phép hoạt động CTTC tại Việt Nam và (ii) có tổng tài sản trên 10 tỷ đô la Mỹ vào cuối năm trước thời điểm nộp đơn, trừ trường hợp Hiệp định đầu tư song phương giữa Việt Nam và nước nguyên xứ có quy định khác.

Tuy nhiên, Điều 20 Luật Các TCTD 2010 lại quy định thêm nhiều điều kiện khác theo hướng tăng cường hiệu quả hoạt động như công ty CTTC nước ngoài được phép thực hiện hoạt động theo quy định của pháp luật của nước nơi công ty CTTC nước ngoài đặt trụ sở chính; phải có hoạt động lành mạnh, đáp ứng các điều kiện về tổng tài sản có, tình hình tài chính, các tỷ lệ bảo đảm an toàn theo quy định của NHNN; cam kết hỗ trợ về tài chính, công nghệ, quản trị, điều hành, bảo đảm duy trì giá trị thực của vốn điều lệ không thấp hơn mức vốn pháp định và thực hiện các quy định về bảo đảm an toàn của Luật Các TCTD 2010; cơ quan có thẩm quyền của nước ngoài đã ký kết thỏa thuận với NHNN về thanh tra, giám sát hoạt động ngân hàng, trao đổi thông tin giám sát an toàn ngân hàng và có văn bản cam kết giám sát hợp nhất theo thông lệ quốc tế. Điều này dẫn đến việc nhà đầu tư nước ngoài không biết phải thực hiện theo quy định nào, trong khi các Nghị định 16, Nghị định 95 nêu trên vẫn đang còn hiệu lực.

1.2. Trình tự, thủ tục thành lập công ty CTTC

Lập hồ sơ xin cấp phép thành lập công ty CTTC

Lập hồ sơ xin phép thành lập công ty CTTC là bước khởi đầu quan trọng trong quy trình thành lập các công ty CTTC. Tuy nhiên, pháp luật hiện hành vẫn còn có nhiều điểm chưa thống nhất, cụ thể là:

5 Báo cáo hoạt động của Hiệp hội CTTC năm 2010 - 2012.

- Đối với việc thành lập công ty CTTC cổ phần, trước khi lập hồ sơ xin cấp Giấy phép, phải lập hồ sơ xin chấp nhận nguyên tắc cấp giấy phép theo quy định của Quyết định 40. Nhưng theo quy định tại Điều 22 Luật Các TCTD 2010, thời hạn cấp giấy phép cho các TCTD là 180 ngày kể từ ngày nhận đủ hồ sơ hợp lệ và bước chấp thuận nguyên tắc hồ sơ cấp giấy phép không được quy định trong Luật Các TCTD 2010.

- Yêu cầu những loại giấy tờ trong hồ sơ xin phép thành lập công ty CTTC vẫn chưa thống nhất trong các văn bản pháp luật, tạo ra những rào cản không cần thiết cho nhà đầu tư.

Về văn bản chấp thuận của Ủy ban nhân dân cấp có thẩm quyền nơi đặt trụ sở của công ty CTTC

Đây là văn bản bắt buộc trong hồ sơ xin phép thành lập công ty CTTC theo quy định của Nghị định 16, Thông tư số 06. Tuy nhiên, khi thành lập công ty CTTC cổ phần, văn bản này lại không bắt buộc phải có theo quy định của Thông tư số 24. Vì vậy, về nguyên tắc, nhà đầu tư phải xin phép Ủy ban nhân dân cấp có thẩm quyền để có văn bản chấp thuận theo quy định của Nghị định 16/2001/NĐ-CP, tuy nhiên lại không đáp ứng được yêu cầu về đơn giản hoá thủ tục hành chính theo quy định của Thông tư 06/2005/TT-NHNN.

Văn bản xác nhận quyền sở hữu hoặc sử dụng hợp pháp trụ sở chính

Đây là văn bản không được quy định trong Hồ sơ xin phép theo quy định của Nghị định 16 nhưng lại được quy định trong Thông tư số 06, Quyết định 40. Quy định văn bản xác nhận quyền sở hữu hợp pháp trong trường hợp này không cần thiết trong thực tế, không phù hợp với quy định pháp luật về cải cách thủ tục hành chính hiện nay.

Hồ sơ cổ đông là cá nhân

Quyết định 40 của NHNN quy định cổ

đông sở hữu từ 5% vốn điều lệ trở lên phải có hồ sơ cổ đông. Tuy nhiên, theo quy định của Luật Các TCTD 2010, một cổ đông là cá nhân không được sở hữu vượt quá 5% vốn điều lệ. Quy định này không khả thi. Bên cạnh đó, đối tượng xác định là cổ đông lớn vẫn chưa có sự thống nhất giữa quy định của Luật DN 2005, Luật Các TCTD 2010 và các văn bản pháp luật chuyên ngành khác về bảo hiểm, chứng khoán...

Điều 115 Luật Các TCTD 2010 quy định “Công ty CTTC không được góp vốn, mua cổ phần, thành lập công ty con, công ty liên kết dưới mọi hình thức”. Tuy nhiên, Điều 7 Nghị định 16 được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 95 lại cho phép thành lập công ty trực thuộc công ty CTTC: Một công ty được coi là công ty trực thuộc của công ty CTTC nếu thuộc một trong các trường hợp sau đây: Có trên 50% vốn điều lệ hoặc tổng số cổ phần phổ thông đã phát hành thuộc sở hữu của công ty CTTC; việc bổ nhiệm đa số hoặc tất cả các thành viên Hội đồng quản trị và Tổng Giám đốc (Giám đốc) của công ty thuộc quyền quyết định của công ty CTTC; việc sửa đổi, bổ sung Điều lệ tổ chức và hoạt động của công ty thuộc quyền quyết định của công ty CTTC”. Như vậy, thực chất công ty trực thuộc trong trường hợp này là công ty con theo quy định tại Điều 4 của Luật DN 2005 và Luật Các TCTD 2010.

Với những phân tích như trên, chúng ta nhận thấy pháp luật quy định về lập hồ sơ xin cấp giấy phép thành lập công ty CTTC còn chồng chéo, mâu thuẫn, “vừa thừa, vừa thiếu”. Điều này góp phần tạo thêm rào cản cho nhà đầu tư, không khuyến khích thành lập công ty CTTC và thực tế hiện nay, chưa có công ty CTTC cổ phần nào được thành lập. Bên cạnh đó, các văn bản dưới luật quy định bước chấp thuận nguyên tắc hồ sơ cấp giấy phép không phù hợp với quy định trong

Luật Các TCTD 2010, quy định những loại giấy tờ trong hồ sơ xin phép thành lập công ty CTTC vẫn chưa thống nhất.

1.3. Ký quyết định thành lập

Luật Các TCTD quy định thẩm quyền cấp phép thuộc về NHNN, theo đó NHNN xem xét hồ sơ và ký quyết định cho phép thành lập công ty CTTC trong thời hạn 180 ngày, kể từ ngày nhận đủ hồ sơ hợp lệ⁵. Tuy nhiên, quy định về thẩm quyền xem xét, thẩm định và thời hạn để NHNN xem xét, thẩm định cấp hay không cấp Giấy phép thành lập công ty CTTC vẫn còn có sự mâu thuẫn. Luật Các TCTD quy định thời hạn để xem xét cấp giấy phép là 180 kể từ ngày *nhận đủ hồ sơ hợp lệ*, nhưng quy định của Thông tư số 06, Quyết định 40 chỉ quy định tối đa là 90 ngày kể từ ngày nhận đủ hồ sơ và được phân thành các trường hợp khác nhau đối với từng loại hình công ty CTTC và sự tham gia của Chi nhánh NHNN trong quá trình thẩm định hồ sơ. Như vậy, pháp luật về ngân hàng quy định khác nhau về thời hạn, mốc tính thời hạn và vai trò xem xét, thẩm định của chi nhánh NHNN ở tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương nơi công ty CTTC có trụ sở chính. NHNN cần có hướng dẫn theo hướng thời hạn cấp giấy phép cần phải được rút ngắn như các Thông tư hiện hành để tạo điều kiện sớm thành lập các công ty CTTC, đáp ứng nhu cầu của thị trường CTTC. Có thể thấy, Thông tư số 06 của NHNN được ban hành trước khi áp dụng quy định Luật Các TCTD 2010 nên thời hạn xem xét cấp phép chưa thống nhất cả về khoảng thời gian và căn cứ tính thời gian cấp phép. Những quy định về thời hạn như vậy đã làm giảm cơ hội kinh doanh của các nhà đầu tư. Do đó, cần có những quy định thống nhất về vấn đề này, tạo thuận lợi cho các loại hình doanh nghiệp (trong đó có công ty CTTC) kinh doanh và hướng đến việc đơn giản hóa thủ tục thành lập doanh nghiệp như tinh thần của Luật DN 2005 và Luật Các TCTD 2010.

1.4. Đăng ký kinh doanh và công bố thông tin hoạt động

Đăng ký kinh doanh

Sau khi được cấp giấy phép thành lập, công ty CTTC phải tiến hành đăng ký kinh doanh (ĐKKD) theo quy định của Luật DN 2005, Nghị định số 43/2010/NĐ-CP ngày 15/4/2010 của Chính phủ về đăng ký doanh nghiệp (Nghị định 43) và Thông tư số 14/2010/TT-BKH của Bộ Kế hoạch và Đầu tư hướng dẫn một số nội dung về hồ sơ, trình tự, thủ tục đăng ký doanh nghiệp theo quy định tại Nghị định 43. Luật DN 2005 quy định thời hạn xem xét cấp giấy chứng nhận (GCN) ĐKKD không quá 10 ngày làm việc kể từ ngày nhận hồ sơ. Nhưng Nghị định 43 lại quy định về thời hạn để được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp (ĐKDN) là không quá 10 ngày làm việc và được phân thành 02 mốc thời gian: không quá năm ngày làm việc để kiểm tra tính hợp lệ của hồ sơ và 05 ngày làm việc tiếp theo ngày nhận hồ sơ hợp lệ để cấp GCN ĐKDN. Vậy nếu tính từ thời điểm nhận hồ sơ hợp lệ thì thời hạn cấp phép cho doanh nghiệp chỉ có năm ngày, không phải là 10 ngày. Quy định của Nghị định số 43 đã rút ngắn thời gian cấp GCN ĐKDN, góp phần giảm chi phí, tạo điều kiện thuận lợi cho nhà đầu tư, có ý nghĩa thực tiễn hơn dù đây là quy định thể hiện sự không đồng bộ của hệ thống pháp luật và tình trạng phủ nhận văn bản có hiệu lực pháp lý cao hơn (Luật DN 2005 quy định là 10 ngày). Bên cạnh đó, có sự không thống nhất trong việc sử dụng tên gọi về thủ tục ĐKKD tại các văn bản pháp luật: Luật Các TCTD 2010, Luật DN 2005 quy định là ĐKKD nhưng Nghị định số 43 lại gọi là ĐKDN.

Công bố thông tin hoạt động

Theo Quyết định 40 và Thông tư số 06, công ty CTTC được thành lập phải đăng báo theo quy định của pháp luật. Tuy nhiên, Điều 28 Luật DN 2005, Nghị định số 43 của Chính phủ lại quy định trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày được cấp GCN ĐKKD,

doanh nghiệp phải đăng thông tin doanh nghiệp trên mạng thông tin doanh nghiệp của cơ quan ĐKKD hoặc một trong các loại báo viết hoặc báo điện tử trong ba số liên tiếp. Trong khi đó, Nghị định số 05/2013/NĐ-CP của Chính phủ lại quy định doanh nghiệp *phải đăng* nội dung ĐKDN trên Cổng Thông tin ĐKDN quốc gia theo quy định tại Điều 28 Luật DN 2005 và trả phí công bố nội dung ĐKDN⁷. Trong thời gian qua, các công ty CTTC đều thực hiện quy định công bố thông tin theo quy định của Thông tư số 06. Với quy định hiện hành, công ty CTTC khi được thành lập phải công bố thông tin ít nhất ba nơi: Cổng Thông tin ĐKDN quốc gia, phương tiện thông tin của NHNN và trên một tờ báo viết hàng ngày trong ba số liên tiếp hoặc trên báo điện tử. Do đó, pháp luật về ngân hàng cần sửa đổi, bổ sung thống nhất với quy định của Luật DN 2005, tạo điều kiện thuận lợi cho nhà đầu tư kinh doanh trong lĩnh vực CTTC.

Ngoài ra, quy định về nội dung công bố thông tin trong Luật Các TCTD có nhiều điểm giống với Luật DN 2005 nhưng vẫn có điểm khác về phương tiện được công bố, thời hạn công bố thông tin và một số nội dung công bố thông tin. Luật DN 2005 quy định 30 ngày nhưng tính từ khi được cấp GCN ĐKKD và không quy định phải công bố ngày dự kiến khai trương hoạt động. Luật Các TCTD quy định tính thời gian công bố dựa vào ngày dự kiến khai trương và phải đăng thông tin trên phương tiện thông tin của NHNN và một tờ báo khác. Do vậy, trên thực tế các công ty CTTC buộc phải gộp những nội dung công bố quy định cùng một lúc trong Luật DN 2005 và Luật Các TCTD để đảm bảo “vừa thừa” nội dung công bố, “vừa đúng” phương tiện được công bố.

Điều kiện hoạt động của công ty CTTC

Công ty CTTC đi vào hoạt động phải tiến hành khai trương hoạt động theo quy định của Thông tư số 06 và Quyết định 40 của NHNN. Công ty CTTC phải đảm bảo các yêu cầu về điều lệ được chuẩn y, có GCN ĐKKD, góp đủ vốn theo quy định, có trụ sở phù hợp với yêu cầu hoạt động CTTC, đăng báo...

- Để khai trương hoạt động, công ty CTTC phải góp đủ vốn điều lệ đăng ký và số vốn điều lệ này phải gửi vào tài khoản phong tỏa không được hưởng lãi mở tại NHNN chi nhánh tỉnh, thành phố nơi công ty CTTC đặt trụ sở chính trước khi khai trương hoạt động tối thiểu 30 ngày. Số vốn này chỉ được giải tỏa sau khi công ty CTTC khai trương hoạt động. Tuy nhiên, quy định đó lại bất lợi cho nhà đầu tư. Bởi vì, dù chưa tiến hành các hoạt động kinh doanh nhưng các công ty CTTC phải tốn một khoản kinh phí không nhỏ cho việc tài khoản bị phong tỏa ít nhất 30 ngày mà không hưởng lãi, trong khi nguồn vốn chủ yếu của công ty CTTC ở nước ta được cấp bởi các ngân hàng mẹ, các công ty mẹ. Bản chất của những quy định này nhằm yêu cầu các TCTD phải có vốn thực, đảm bảo tính an toàn của hệ thống ngân hàng, tránh tình trạng “vốn ảo”, vốn trên giấy tờ là chủ yếu như một số loại doanh nghiệp được thành lập chỉ dựa trên quy định của Luật DN 2005. Bên cạnh đó, khi thành lập, các công ty CTTC đều góp vốn chủ yếu bằng tiền, tài sản hoặc quyền tài sản. Nếu góp vốn bằng quyền tài sản thì việc phong tỏa sẽ như thế nào và có cần thiết phải phong tỏa hay không? Nghị định số 102 của Chính phủ đã quy định về vấn đề cho phép góp vốn bằng quyền sở hữu trí tuệ nhưng không thể thực hiện đối với công ty CTTC vì pháp luật chưa quy định và hướng dẫn cụ thể vấn đề này đối với các công ty CTTC.

7 Điều 28 Luật DN; Điều 25 Luật Các TCTD; Điều 8 Nghị định số 43.

2. Kiến nghị

Trong những năm gần đây, pháp luật về thành lập công ty CTTC không ngừng được hoàn thiện để đáp ứng yêu cầu thực tiễn nhưng vẫn tồn tại những điểm cần phải được sửa đổi, bổ sung cho đồng bộ, phù hợp hơn với thực tiễn và thông lệ quốc tế. Nghị định 16, Nghị định 65, Nghị định số 95, Thông tư số 06 và các văn bản pháp luật hướng dẫn thi hành được ban hành trên cơ sở Luật Các TCTD năm 1997 nhưng có nhiều nội dung không phù hợp với quy định của Luật Các TCTD 2010. Vì vậy, cần kịp thời ban hành văn bản hướng dẫn thi hành Luật Các TCTD 2010 về công ty CTTC, trong đó có vấn đề sửa đổi, bổ sung toàn diện Nghị định 16.

Về điều kiện để được cấp giấy phép thành lập

Để hoàn thiện các quy định pháp luật về điều kiện cấp giấy phép thành lập công ty CTTC cần:

- Bãi bỏ quy định về “người đang bị truy cứu trách nhiệm hình sự” không được quản lý, điều hành công ty CTTC trong Luật Các TCTD 2010, Nghị định 16 nhằm tạo ra sự thống nhất với Luật DN 2005 và bảo đảm quyền tự do kinh doanh theo quy định trong Hiến pháp 1992.

- Sửa đổi quy định của Luật Các TCTD 2010 về trường hợp người đã bị kết án về tội từ tội phạm nghiêm trọng trở lên theo hướng: cho phép người đã bị kết án về tội từ tội phạm nghiêm trọng trở lên được thành lập, quản lý công ty CTTC khi cá nhân đó đã được xóa án tích, có chuyển biến tốt về đạo đức, có năng lực chuyên môn và đảm bảo về năng lực tài chính.

- Bãi bỏ quy định về điều kiện “có nhu cầu CTTC” trên địa bàn xin hoạt động trong các văn bản dưới luật như Nghị định 16, Thông tư số 06,... để phù hợp với Luật Các TCTD 2010.

- Sửa đổi, bổ sung những quy định về tiêu chí thành viên sáng lập là tổ chức, cá

nhân có uy tín và năng lực tài chính để phù hợp với thực tiễn: sửa đổi Quyết định số 40 về tỷ lệ sở hữu của các cổ đông là cá nhân và tổ chức trong các văn bản dưới luật cho phù hợp với quy định của Luật Các TCTD 2010; sửa đổi, bổ sung quy định Luật Các TCTD 2010 theo hướng cho phép thành lập công ty CTTC cổ phần có lượng cổ đông dưới 100 để tạo điều kiện cho nhà đầu tư góp vốn thành lập.

- Quy định thống nhất về đối tượng là “người liên quan” trong quy định của Luật DN 2005 và Luật Các TCTD 2010 theo hướng kế thừa áp dụng khái niệm “người liên quan” trong Luật DN 2005 và bổ sung thêm một số đối tượng khác vào Luật Các TCTD 2010.

- Quy định về tỷ lệ sở hữu của thành viên tại Điều 70 Luật Các TCTD 2010 không phù hợp với loại hình TCTD TNHH hai thành viên. Do đó, cần phải sửa đổi quy định của Luật Các TCTD 2010 theo hướng mỗi thành viên được sở hữu không thấp hơn 20% vốn điều lệ, đồng thời cần quy định rõ hơn về “người có liên quan” trong việc góp vốn và tư cách pháp lý của người liên quan khi tham gia góp vốn.

- Sửa đổi, bổ sung quy định tại Điều 8 Nghị định 16 về những điều kiện thành lập đối với công ty CTTC liên doanh và công ty CTTC 100% vốn nước ngoài cho phù hợp với những nội dung quy định tại Điều 20 Luật Các TCTD 2010 theo hướng áp dụng đầy đủ những điều kiện đã được quy định của Luật Các TCTD 2010 và quy định thêm về mức vốn pháp định.

- Sửa đổi, bổ sung Nghị định 16 và các văn bản hướng dẫn thi hành theo hướng cho phép các công ty CTTC được thành lập các công ty con và thực hiện việc quản lý theo mô hình công ty mẹ - công ty con, thống nhất thuật ngữ “công ty trực thuộc” với “công ty con”.

Trình tự, thủ tục thành lập công ty CTTC

Đối với hồ sơ xin cấp giấy phép, theo chúng tôi, cần sửa đổi Quyết định số 40 theo hướng bỏ quy định về việc lập hồ sơ xin chấp nhận nguyên tắc cấp giấy phép cho phù hợp với quy định của Luật Các TCTD 2010; không quy định cổ đông là cá nhân phải lập hồ sơ khi “cổ đông sở hữu từ 5% vốn điều lệ”, đồng thời bãi bỏ quy định về việc cung cấp văn bản chấp thuận của Ủy ban nhân dân cấp có thẩm quyền nơi đặt trụ sở của công ty CTTC trong hồ sơ xin cấp giấy phép được quy định tại Nghị định 16, Thông tư số 06 cho phù hợp với việc cải cách thủ tục hành chính, đảm bảo quyền tự chủ trong kinh doanh của doanh nghiệp.

Bên cạnh đó, cần ban hành quy định chi tiết về điều kiện, trình tự thành lập công ty CTTC TNHH, nhất là loại hình công ty TNHH một thành viên, bổ sung quy định về cho phép thành lập công ty CTTC cổ phần có vốn của nước ngoài để phù hợp với các cam kết quốc tế mà Việt Nam đã ký kết hoặc tham gia. Điều này cũng đảm bảo cho quyền lợi của các nhà đầu tư nói chung và nhà đầu tư trong lĩnh vực CTTC nói riêng, bởi lẽ hiện nay không có sự bất bình đẳng giữa nhà đầu tư trong nước và nước ngoài.

Việc sửa đổi, bổ sung quy định về việc thành lập các công ty CTTC cần gắn liền với việc xem xét điều chỉnh quy định về tỷ lệ mức vốn góp, mua cổ phần nhằm tránh sự bất cập trong các văn bản đã ban hành; cần quy định trong Luật Các TCTD 2010 về việc cá nhân được tham gia góp vốn trong các công ty TNHH để đảm bảo quyền tự do kinh doanh của công dân.

Đối với việc thẩm định hồ sơ để ký quyết định thành lập công ty CTTC, cần sửa đổi Nghị định 16 của Chính phủ về thời hạn tối đa xem xét cấp giấy phép đối với từng loại công ty CTTC cho phù hợp với Luật Các TCTD 2010 (không quá 180 ngày) nhưng phải theo hướng đơn giản hóa thủ tục,

rút ngắn thời gian cấp phép thành lập đối với từng loại công ty CTTC; bãi bỏ quy định về thẩm quyền xem xét, thẩm định của Chi nhánh NHNN của tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương tại điểm 10.6 Mục II của Thông tư số 06 để phù hợp với quy định của Luật Các TCTD 2010.

- Về ĐKKD và công bố nội dung ĐKKD: đơn giản hóa thủ tục thành lập, thống nhất quy định tên gọi chung về thủ tục ĐKKD; điều chỉnh thống nhất nội dung, thời hạn và phương tiện công bố thông tin giữa quy định của Luật DN 2005 và Luật Các TCTD 2010.

- Sửa đổi quy định của Nghị định 16 của Chính phủ, Thông tư số 06... về thời gian bị phong tỏa tài khoản không hưởng lãi của công ty CTTC cho phù hợp với loại hình TCTD phi ngân hàng, thậm chí Nhà nước bỏ hẳn quy định này đối với công ty CTTC. Bởi vì, Luật Các TCTD 2010, Nghị định số 102 đã có những quy định mới liên quan đến việc tăng cường công tác kiểm tra, giám sát hoạt động của doanh nghiệp, trong đó có việc kê khai “vốn ảo”. Việc quy định số tiền gửi vào tài khoản bị phong tỏa như trên gây ra sự ứ đọng vốn của công ty CTTC là không cần thiết, trong khi đó các doanh nghiệp hiện nay đang rất thiếu vốn.

Tóm lại, pháp luật về thành lập công ty CTTC cần phải được hoàn thiện, điều chỉnh có hiệu quả nhằm đáp ứng về nguồn vốn cho các doanh nghiệp trong công cuộc công nghiệp hóa, hiện đại hóa đất nước hiện nay. Đặc biệt, một số quy định pháp luật về thành lập công ty CTTC vẫn còn nhiều điểm bất cập so với Luật Các TCTD 2010, Luật DN 2005, chưa đảm bảo lộ trình thực hiện các cam kết của WTO trong lĩnh vực tài chính, ngân hàng, vì vậy cần phải sửa đổi, bổ sung cho phù hợp, đảm bảo tính thống nhất của hệ thống pháp luật. Do đó, trước hết Chính phủ cần sửa đổi toàn diện Nghị định 16 về tổ chức và hoạt động của công ty CTTC, trên cơ sở đó, NHNN pháp điển hóa các quy định hiện hành cho phù hợp thực tiễn ■

KINH NGHIỆM KHUYẾN KHÍCH PHÁT TRIỂN SỞ HỮU TRÍ TUỆ TRONG TRƯỜNG ĐẠI HỌC Ở NƯỚC NGOÀI

PHẠM DUY NGHĨA*

1. Xu thế khuyến khích phát triển sở hữu trí tuệ trong trường đại học ở nước ngoài

Theo Tổ chức Sở hữu trí tuệ quốc tế WIPO, khoảng 1/3 các hoạt động nghiên cứu ở các nước công nghiệp được tiến hành bởi các viện và trường đại học. Các trường đại học ở các quốc gia đó đã được cấp nhiều văn bằng sáng chế, giải pháp hữu ích, là chủ sở hữu của nhiều đối tượng sở hữu trí tuệ (SHTT)¹. Đi đầu trong trào lưu này phải kể đến các trường đại học ở Hoa Kỳ. Chuyển giao công nghệ đã thực sự trở thành một ngành dịch vụ có doanh thu đáng kể ở quốc gia này. Từ khi đạo luật *Bayh Dole Act* được ban hành năm 1980, pháp luật Hoa Kỳ xác định trong trường hợp sáng chế được tạo ra với tài trợ từ ngân sách nhà nước, các trường đại học có quyền nhân danh chính mình để đăng ký sáng chế, quản lý và khai thác các

sản phẩm SHTT như tài sản của nhà trường. Để thúc đẩy quá trình thương mại hóa SHTT từ đại học tới doanh nghiệp, pháp luật Hoa Kỳ định hướng cho các trường thành lập các văn phòng quản lý SHTT và chuyển giao công nghệ.

Sau hơn 10 năm thực thi đạo luật này, nhiều trường đại học Hoa Kỳ đã vượt xa các trường đại học ở Đức, Nhật, Anh và các quốc gia công nghiệp khác về số lượng sáng chế được đăng ký và được cấp văn bằng độc quyền. Năm 1993, Cục sáng chế Hoa Kỳ cấp 1.603 bằng sáng chế cho các trường đại học, trong khi ở Đức chỉ cấp 335 cho các trường đại học². Cũng như vậy, vào năm 1995, các trường đại học Hoa Kỳ nộp 5.100 đơn xin cấp bằng sáng chế, thì các trường đại học ở Nhật Bản chỉ nộp 137 đơn³.

* PGS, TS. Khoa Luật và Chương trình giảng dạy kinh tế Fulbright, Đại học Kinh tế TP. Hồ Chí Minh

1 http://www.wipo.int/freepublications/en/general/1033/wipo_pub_1033.pdf Đọc thêm: Trần Văn Hải (2011), Thương mại hóa các kết quả nghiên cứu – Tiếp cận từ quyền sở hữu trí tuệ, Tạp chí Hoạt động khoa học số tháng 4.2011

2 Becher/Gering/Lang/Schmoch, "Patentwesen an Hochschulen - Eine Studie zum Stellenwert gewerblicher Schutzrechte im Technologietransfer Hochschule-Wirtschaft", Hrsg. Bundesministerium für Bildung, Wissenschaft, Forschung und Technologie, Bonn 1996.

3 http://www.wipo.int/freepublications/en/intproperty/834/wipo_pub_834_ch5.pdf

Nhận biết được sự tụt hậu đó, Nhật Bản, Đức hay Anh Quốc đều đưa ra chính sách khuyến khích các trường đại học đăng ký sáng chế và tổ chức thương mại hóa chúng. Năm 1999, Nhật Bản ban hành đạo luật Phục hồi công nghiệp, trong đó có nhiều nội dung tương tự như Bayh Dole Act của Hoa Kỳ nhằm tuyên bố sở hữu các quyền SHTT thuộc về các trường đại học, kể cả trong trường hợp nhận được tài trợ của Chính phủ, đồng thời, Nhà nước khuyến khích các trường đại học chuyển giao công nghệ từ nhà trường cho khu vực doanh nghiệp⁴. Ở Anh, Cơ quan quản lý SHTT đã hướng dẫn các trường đại học xây dựng chính sách SHTT để nâng cao uy tín cho các trường. Trong số 166 trường đại học ở Anh có đăng ký cấp bằng sáng chế, khoảng 16 trường dẫn đầu trong các năm 2006-2010 đã được cấp 335 bằng sáng chế⁵.

Theo Cục Sáng chế Hoa Kỳ, trong tổng số khoảng 4.300 trường đại học được công nhận về tín chỉ ở Hoa Kỳ, nếu chỉ tính riêng 250 trường dẫn đầu về nghiên cứu khoa học, trong 20 năm, kể từ 1988-2008 đã được Cục sáng chế Hoa Kỳ cấp 56.138 sáng chế, trong số đó dẫn đầu là năm trường University of California, MIT, California Institute of Technology, University of Texas và Stanford University⁶. Ngoài việc đăng ký và được cấp một số lượng đáng kể sáng chế nêu trên, nhiều trường đại học ở Hoa Kỳ còn năng động trong việc thương mại hóa các quyền

SHTT. Từ khi thực hiện đạo luật Bayh Dole Act (ban hành năm 1980), cho đến năm 2006, chỉ riêng Đại học Stanford đã thu về 597 triệu USD các loại phí chuyển nhượng li-xăng, chuyển giao công nghệ cho doanh nghiệp⁷.

Ở Trung Quốc, mặc dù lĩnh vực pháp luật về SHTT còn khá mới, song nước này nhanh chóng hồi thúc các trường đại học hàng đầu tổ chức quản lý và khai thác SHTT theo mô hình Hoa Kỳ. Năm 2002, Bộ Khoa học và công nghệ và Bộ Tài chính ban hành quy định liên bộ có tên gọi “Các biện pháp quản lý SHTT được thực hiện bởi tài trợ của Chính phủ” được giới chuyên môn cho là có những nội dung tương tự như đạo luật Bayh Dole Act của Hoa Kỳ⁸. Trung Quốc tuyên bố các sáng chế được làm ra từ tài trợ của Nhà nước thuộc về trường đại học và các trường này có quyền quản lý, khai thác, thương mại hóa các quyền SHTT được xác lập. Cùng với hoạt động lập pháp, trên thực tế số lượng các đơn đăng ký sáng chế của các trường đại học Trung Quốc đã tăng lên nhanh chóng. Tuy nhiên, phần lớn đơn yêu cầu cấp sáng chế tập trung ở một vài trường đại học tinh hoa, dẫn đầu là Đại học Thanh Hoa, Đại học Bắc Kinh và Đại học Công nghệ Trung Hoa. Trong các năm 1985-2000, Đại học Thanh Hoa đã nộp 1.587 đơn yêu cầu cấp sáng chế, từ năm 2001 đến nay, số lượng đơn này tăng 26% hàng năm.

4 Toshiko Takenaka, *Technology Licensing and University Research in Japan*, *International Journal of Intellectual Property Law, Economy and Management* 1 (2005) 27-36

5 IPO <http://www.ipo.gov.uk/foi-log149.pdf>

6 Xem http://www.uspto.gov/web/offices/ac/ido/oeip/taf/univ/org_gr/t250_univ_ag.htm

7 Nigel Page, *The Making of a Licensing Legend: Stanford University's Office of Technology Licensing*, in *trong: Globe White Page Ltd, London, U.K. Sharing the Art of IP Management*, 2007

8 Hua Guo (2009), “IP Management at Chinese Universities”, *IP Handbook of best practices*, truy cập ngày 21/05/2012 tại <http://www.iphandbook.org/handbook/ch17/p09/>

2. Kinh nghiệm xây dựng chính sách sở hữu trí tuệ của một số trường đại học nước ngoài

Từ kinh nghiệm của các trường đại học Hoa Kỳ, Đức, Anh, Nhật và Trung Quốc, có thể nhận thấy, Nhà nước cần hối thúc các trường đại học ban hành Quy chế quản lý SHTT trong nhà trường và tổ chức một đơn vị có chức năng quản lý các quyền SHTT được tạo ra trong khuôn khổ hoạt động giảng dạy, nghiên cứu và cung ứng dịch vụ của một trường đại học⁹.

Trong số năm trường hàng đầu Hoa Kỳ về quản lý và khai thác thương mại các quyền SHTT, nhất là khai thác các độc quyền sáng chế, đứng đầu là Đại học Stanford và Massachusetts Institute of Technology (gọi tắt là MIT). Về quy chế quản lý SHTT, phần quản lý SHTT là một chính sách nhất quán, có truyền thống của Đại học Stanford. Nội dung chính tập trung vào xác định sở hữu của nhà trường đối với các sáng chế và bản quyền tác giả. Các cán bộ giảng viên và người học khi được tuyển dụng hoặc nhập học, tất cả giảng viên thỉnh giảng và thực tập sinh khi làm việc tại Stanford phải ký vào một bản tuyên bố chấp nhận các quy định về quản lý SHTT của Stanford¹⁰. Bộ phận quản lý về SHTT và khai thác quyền có tên gọi là Văn phòng chuyển nhượng công nghệ Stanford. Văn phòng này quản lý SHTT hiệu quả

bậc nhất trong các trường đại học ở Hoa Kỳ¹¹. Riêng năm 2005, Văn phòng này thu về cho Đại học Stanford doanh thu 384 triệu USD từ phí nhượng quyền SHTT¹². Văn phòng cũng tư vấn cho Đại học Stanford đầu tư vào các công ty có thể sử dụng SHTT của trường. Vào năm 2007, Đại học Stanford có cổ phần với giá trị khoảng 22 triệu USD đầu tư vào 75 công ty để thúc đẩy thương mại hóa các sản phẩm SHTT của nhà trường¹³.

Ngoài Đại học Stanford, MIT cũng là một Viện đại học điển hình công bố rõ ràng các chính sách quản lý SHTT của mình¹⁴. Phần quy định này nhấn mạnh về sở hữu đối với các quyền SHTT được tạo ra bởi cán bộ, giảng viên và học viên của MIT, các quy định về quyền tác giả của học viên đối với các luận văn, luận án, quyền tác giả đối với các tài liệu giảng dạy, nghĩa vụ công khai hóa thông tin, quyền được ưu tiên sử dụng của nhà trường, quy trình thương mại hóa SHTT và công thức phân bổ lợi nhuận từ hoạt động này.

Sáng chế, thương hiệu, phần mềm tạo ra trong quá trình thực thi nhiệm vụ có sử dụng đáng kể các tài nguyên của MIT đều thuộc sở hữu của MIT. Quyền tác giả đối với giáo trình, nếu được MIT cung cấp chi phí và thuộc chương trình do MIT tài trợ, đều thuộc về MIT. Ngược lại, nếu không có thỏa thuận riêng, tác giả các giáo trình là người có bản

9 Stanley P. Kowalski, (2007) *Making the Most of Intellectual Property: Developing an Institutional IP Policy*, TheFranklin-PierceLawCenter, U.S.A, In *Intellectual Property Management in Health and Agricultural Innovation: A Handbook of Best Practices* (eds. A Krattiger, RT Mahoney, L Nelsen, et al.). MIHR: Oxford, U.K., and PIPRA: Davis, U.S.A. Available online at www.ipHandbook.org.

10 Các mẫu thỏa thuận có thể tải về từ Cẩm nang Stanford: <http://rph.stanford.edu/Chpt5.html>

11 Xem giới thiệu về OTL: http://otl.stanford.edu/about/about_who.html?headerbar=0

12 Page N. 2007. *The Making of a Licensing Legend: StanfordUniversity's Office of Technology Licensing*. In *Intellectual Property Management in Health and Agricultural Innovation: A Handbook of Best Practices* (eds. A Krattiger, RT Mahoney, L Nelsen, et al.). MIHR: Oxford, U.K., and PIPRA: Davis, U.S.A. Available online at www.ipHandbook.org

13 Page N. 2007, *tdtd*.

14 Có thể tải về từ: <http://web.mit.edu/policies/13/13.1.html>

quyền đối với các tác phẩm này. Cũng như vậy, nếu được tài trợ toàn phần hoặc phần đáng kể bởi MIT, các luận văn, luận án đều thuộc bản quyền của MIT. Nếu không có tài trợ, bản quyền thuộc về người học, tuy nhiên MIT đương nhiên có quyền sử dụng miễn phí các sản phẩm này, có quyền in ấn các sản phẩm này.

Ngoài kinh nghiệm của hai trường đại học hàng đầu của Hoa Kỳ kể trên, có thể tham khảo thêm kinh nghiệm từ Đại học Thanh Hoa (Trung Quốc). Từ hơn 10 năm nay, Đại học Thanh Hoa xây dựng một Quy chế quản lý SHTT chung áp dụng cho toàn thể giảng viên, cán bộ công nhân viên, nghiên cứu sinh, sinh viên và thỉnh giảng. Quy chế này bao gồm các quy định quản lý sáng chế, bí mật thương mại, bí quyết, thương hiệu, quyền tác giả và các quyền kề cận. Quy chế này định nghĩa mọi đối tượng SHTT nếu được tạo ra trong quá trình thực hiện nhiệm vụ của nhà trường, với sự tài trợ của nhà trường, nếu có dấu hiệu tạo ra một sáng chế thì người nghiên cứu phải báo cáo cho trường thành viên hoặc khoa thuộc Đại học Thanh Hoa. Cơ quan này sẽ xem xét và quyết định, hoặc sẽ tiến hành các biện pháp bảo mật, hoặc tiến hành cấm công bố, hoặc sẽ nộp đơn yêu cầu cấp sáng chế tùy theo từng đối tượng của phát minh. Kể cả khi nhân viên của Thanh Hoa tìm ra sáng chế ở bất kỳ đại học trong và ngoài nước, sáng chế đó vẫn thuộc Thanh Hoa, nếu không có thỏa thuận khác¹⁵.

Nhờ chính sách này, Đại học Thanh Hoa đã gặt hái được nhiều thành công về quản lý SHTT. Trong giai đoạn từ 1985-2010, Đại học Thanh Hoa đã được cấp 11.000 độc quyền sáng chế và giải pháp hữu ích, trong

đó có 9.684 sáng chế, đăng ký 828 phần mềm máy tính, trong số đó 400 sáng chế đã được cấp bằng độc quyền ở nước ngoài¹⁶. Trong các năm 2009-2010, Đại học Thanh Hoa cũng đã ký được 70 hợp đồng chuyển nhượng li-xăng sử dụng các sáng chế của nhà trường.

3. Kết luận

Kinh nghiệm quốc tế cho thấy, Hoa Kỳ là một quốc gia có nhiều trường đại học nghiên cứu, những trường đại học đó dẫn đầu thế giới về số lượng các phát minh sáng chế được đăng ký bảo hộ. Để hậu thuẫn cho quá trình đó, Nhà nước thường định hướng cho các trường đại học ở quốc gia này ban hành chính sách quản lý SHTT, tuyên bố sở hữu của nhà trường đối với những đối tượng SHTT được tạo ra trong quá trình thực hiện nhiệm vụ của nhà trường. Sau khi bảo hộ quyền, nhiều trường đại học đã thương mại hóa thành công các quyền SHTT, đóng góp đáng kể nguồn tài chính cho nhà trường từ hoạt động chuyển giao công nghệ và nhượng quyền. Thậm chí nhà trường còn đầu tư cổ phần vào các công ty, từ đó khuyến khích việc chuyển giao công nghệ từ nhà trường ra khu vực doanh nghiệp. Ngược lại, các trường đại học châu Âu, Nhật Bản và Trung Quốc mới bắt đầu quá trình này. Các quốc gia này đều khuyến khích các trường đại học học tập theo mô hình các đại học nghiên cứu của Hoa Kỳ, các trường đều được khuyến cáo ban hành chính sách quản lý SHTT, tiến hành xác lập quyền, tổ chức một bộ phận chuyên trách phụ trách về SHTT và bước đầu tiến hành thương mại hóa các đối tượng SHTT mà nhà trường xác lập được■

15 Xem Hua Quo (2009) trích dẫn ở trên.

16 Xem tin từ Đại học Thanh Hoa (TQ): <http://www.tsinghua.edu.cn/publish/then/5993/index.html>.

Lễ bàn giao Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp thuộc Văn phòng Quốc hội sang Viện Nghiên cứu Lập pháp thuộc Ủy ban thường vụ Quốc hội

Thực hiện Nghị quyết số 618/2013/UBTVQH 13 ngày 10/7/2013 về việc sửa đổi một số điều của Nghị quyết 417/2003/NQ-UBTVQH11 về chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Văn phòng Quốc hội, ngày 11/9/2013, Chủ nhiệm Văn phòng Quốc hội đã ban hành Quyết định số 957/QĐ-VPQH điều động công chức, viên chức của Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp sang Viện nghiên cứu Lập pháp thuộc Ủy ban thường vụ Quốc hội. Ngày 16/9/2013, Lễ bàn giao Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp thuộc Văn phòng Quốc hội sang Viện Nghiên cứu Lập pháp đã được tổ chức trọng thể. Chủ nhiệm Văn phòng Quốc hội Nguyễn Hạnh Phúc, Phó Chủ nhiệm Văn phòng Quốc hội Nguyễn Sĩ Dũng, Viện trưởng Viện nghiên cứu Lập pháp Đinh Xuân Thảo, Phó Viện trưởng Viện Nghiên cứu Lập pháp Hoàng Văn Tú cùng đại diện Đảng ủy, Công đoàn Văn phòng Quốc hội, các Cục, vụ thuộc Văn phòng Quốc hội và toàn thể công chức, viên chức Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp đã đến dự.

Vụ trưởng Vụ Tổ chức - cán bộ Hoàng Thị Kim Yến công bố Quyết định điều động 14 công chức, viên chức từ Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp sang công tác tại Viện Nghiên cứu Lập pháp từ ngày 15/9/2013. Trước đó, đồng chí Hoàng Thị Kim Yến đã điem qua quá trình thành lập và trưởng thành của Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, nhấn mạnh các thành tích quan trọng mà Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp đã đạt được với tư cách là một cơ quan báo chí thuộc Văn phòng Quốc hội, có



các chức năng quan trọng giúp Quốc hội, các đại biểu Quốc hội trong việc hỗ trợ thông tin nghiên cứu khoa học lập pháp, từng bước định hình là một Tạp chí khoa học hàng đầu của cả nước. Với đội ngũ công chức, viên chức có chuyên môn cao và phẩm chất chính trị vững vàng, trong 13 năm qua, Tạp chí luôn kiên trì thực hiện tôn chỉ mục đích của mình, hoàn thành xuất sắc nhiệm vụ được giao.

Đồng chí Nguyễn Hạnh Phúc, Ủy viên Ban chấp hành trung ương Đảng, Ủy viên Ủy ban thường vụ Quốc hội, Chủ nhiệm Văn phòng Quốc hội đánh giá cao những thành tựu của Tạp chí trong quá trình hình thành và phát triển. Tuy Tạp chí đã có những bước đi thăng trầm nhưng đến nay, tập thể các phóng viên, biên tập viên, nhân viên Tạp chí đã đạt được những kết quả rất đáng tự hào, được các nhà khoa học hàng đầu của đất nước gửi gắm niềm tin. Chính điều đó đã khẳng định vị thế của Tạp chí đối với xã hội, đối với các nhà nghiên cứu trong và ngoài nước. Đồng chí tin tưởng rằng, chuyển sang một cơ quan chủ quản là cơ quan nghiên cứu, Tạp chí sẽ tiếp tục duy trì và phát huy hơn

nữa những kết quả đã đạt được trong thời gian qua.

TS Phạm Văn Hùng, Tổng biên tập Tạp chí xúc động chia sẻ: Trong 13 năm qua, Tạp chí luôn giữ vững và bảo vệ tôn chỉ mục đích là diễn đàn về nhà nước, pháp luật và chính sách, là nơi cung cấp thông tin nghiên cứu khoa học phục vụ hoạt động của Quốc hội, các cơ quan của Quốc hội và đại biểu Quốc hội. Những thông tin đăng tải trên Tạp chí luôn nhận được đánh giá cao của các đồng chí lãnh đạo Đảng, Nhà nước và các chuyên gia, nhà khoa học. Hiện nay, theo Quyết định của Hội đồng chức danh giáo sư nhà nước các chuyên ngành Luật học, Triết học, Chính trị học, Xã hội học và Khoa học an ninh, mỗi bài đăng tải trên Tạp chí thuộc những lĩnh vực này được quy đổi công trình khoa học từ 0 đến 0,5 điểm khi xét chức danh giáo sư, phó giáo sư. Nội dung bài viết đăng tải trên Tạp chí luôn bám sát chương trình xây dựng luật, pháp lệnh của Quốc hội. Hầu hết những đạo luật quan trọng đều có bài viết phân tích về mặt khoa học và thực tiễn, cung cấp thông tin kịp thời cho đại biểu Quốc hội. Bên cạnh đó, Tạp chí đã xây dựng được một đội ngũ cộng tác viên đông đảo, có chất lượng, bao gồm những chuyên gia, nhà khoa học, nhà lãnh đạo, nhà quản lý thuộc nhiều lĩnh vực khác nhau.

Đánh giá thành tựu của Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, Tổng biên tập Phạm Văn Hùng khẳng định, ngoài sự nỗ lực của từng công chức, viên chức Tạp chí, các thành tựu mà Tạp chí đạt được còn nhờ có sự chỉ đạo, quan tâm sát sao của Văn phòng Quốc hội. Không chỉ giúp đỡ Tạp chí về mặt cơ sở vật chất, cơ chế... để tạo điều kiện tốt nhất cho cơ quan báo chí hoạt động và phát triển, lãnh đạo Văn phòng Quốc hội còn là chỗ dựa vững chắc cho Tạp chí về phương diện bảo đảm tính chính trị cho hoạt động của một tờ tạp chí nghiên cứu khoa học. Tổng biên tập Phạm Văn Hùng thay mặt toàn thể cán bộ, viên chức Tạp chí mong rằng, với việc chuyển sang cơ quan chủ quản mới, Tạp chí

sẽ tiếp tục nhận được sự quan tâm của Viện Nghiên cứu Lập pháp và Văn phòng Quốc hội để hoàn thành tốt những nhiệm vụ sắp tới, trở thành một diễn đàn thực sự dân chủ, khoa học, khẳng định uy tín của một Tạp chí hàng đầu trong việc công bố các kết quả nghiên cứu khoa học nước nhà.

TS. Nguyễn Sĩ Dũng - Phó Chủ nhiệm Văn phòng Quốc hội, Chủ tịch Hội đồng biên tập của Tạp chí, người đặt nền móng đầu tiên cho Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp hình thành, với rất nhiều tình cảm dành cho Tạp chí thời gian qua, cho rằng, Tạp chí “đi cũng là ở”, dù ở Văn phòng Quốc hội hay ở Viện Nghiên cứu Lập pháp cũng vẫn là ở trong ngôi nhà chung Quốc hội. Là người được giao phụ trách Tạp chí, TS. Nguyễn Sĩ Dũng cho biết, ông rất tự hào khi Tạp chí được giới khoa học công nhận, được các đại biểu Quốc hội đánh giá cao và là địa chỉ tin cậy của nhiều chuyên gia, nhà khoa học thuộc nhiều lĩnh vực khác. Và đặc biệt hơn, với những kết quả mà công chức, viên chức Tạp chí xây dựng nhiều năm qua, TS. Nguyễn Sĩ Dũng tin tưởng rằng, Tạp chí đã mang lại niềm tự hào cho Văn phòng Quốc hội thì khi làm việc trong môi trường nghiên cứu như Viện Nghiên cứu Lập pháp, Tạp chí sẽ tiếp tục mang lại niềm tự hào cho Viện Nghiên cứu Lập pháp.

Thay mặt Viện Nghiên cứu Lập pháp, Viện trưởng Đinh Xuân Thảo khẳng định, là cơ quan chủ quản mới của Tạp chí, Viện Nghiên cứu Lập pháp sẽ tạo mọi điều kiện để Tạp chí phát triển mạnh mẽ hơn nữa. TS. Đinh Xuân Thảo mong rằng, trong thời gian tới, Tạp chí tiếp tục phát huy những thành quả đã đạt được, đăng tải nhiều bài viết đóng góp thiết thực cho việc nghiên cứu, đổi mới tổ chức, hoạt động của các cơ quan nhà nước, xây dựng và phổ biến chính sách, pháp luật, khẳng định uy tín trong việc công bố các kết quả nghiên cứu khoa học, góp phần phục vụ tốt hơn nữa cho công tác lập pháp của Quốc hội ■ **P.V.**