

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

ISSN 1859 - 2953

www.nclp.org.vn

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

Số Tân Xuân



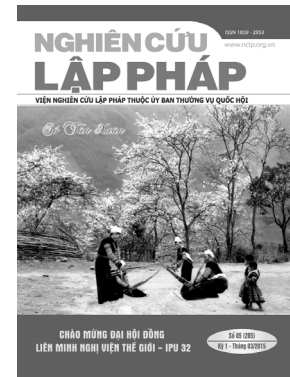
CHÀO MỪNG ĐẠI HỘI ĐỒNG
LIÊN MINH NGHỊ VIỆN THẾ GIỚI (IPU) LẦN THỨ 132

Số 05 (285)

Kỳ 1 - Tháng 03/2015

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn



Mục lục 3/2015

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

BÌNH LUẬN VỀ HIẾN PHÁP

3 Nguyên tắc cơ bản và công thức hiến định của mỗi quan hệ giữa nhà nước và cá nhân trong Hiến pháp năm 2013

GS, TS . Hoàng Thị Kim Quế

8 Định hình thể chế mới về quản trị nước cho Việt Nam - thực trạng, thách thức và phương hướng hoàn thiện

TS. Đặng Xuân Phương

15 Phong tục, tập quán và áp dụng tập quán trong công tác xét xử án dân sự

PGS, TS. Phùng Trung Tập

23 Không ban hành đạo luật tư pháp quốc tế: xu thế tất yếu của tư pháp quốc tế Việt Nam trong giai đoạn tới

TS. Bành Quốc Tuấn

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

31 Bình luận về các quy định liên quan đến Hợp đồng theo mẫu và Điều kiện giao dịch chung trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi)

ThS. Đỗ Giang Nam

42 Thẩm quyền ban hành văn bản quy phạm pháp luật của chính quyền cấp huyện, cấp xã

TS. Bùi Thị Đào

CHÍNH SÁCH

47 Hoàn thiện chính sách, pháp luật về tài nguyên nước

Hoàng Văn Bảy

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

53 Nâng cao hiệu quả giám sát bảo vệ, phát triển và khai thác sử dụng tài nguyên nước

Lê Quốc Dung

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

59 Mô hình tổ chức chính quyền địa phương một số nước trên thế giới

**TS. Lê Thị Hoài Ân
TS. Đinh Ngọc Thăng**

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

PGS. TS. ĐINH XUÂN THẢO (CHỦ TỊCH)
GS, TSKH. ĐÀO TRỌNG THI
GS. TS. PHAN TRUNG LÝ
TS. NGUYỄN SĨ DŨNG
GS. TS. TRẦN NGỌC ĐUỜNG
TS. NGÔ ĐỨC MẠNH
TS. DƯƠNG NGỌC NGUU
PGS. TS. ĐINH VĂN NHẢ
PGS. TS. TRẦN ĐÌNH NHẢ
PGS. TS. HOÀNG VĂN TÚ
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 438/GP-BTTTT NGÀY 29-10-2013
CỦA BỘ THÔNG TIN VÀ TRUYỀN THÔNG

PHÁT HÀNH - QUẢNG CÁO

HÀ NỘI: 080-43363

TÀI KHOẢN:

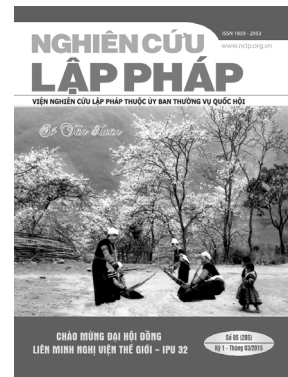
0011000467735
TẠP CHÍ NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP
NGÂN HÀNG TM CỔ PHẦN
NGOẠI THƯƠNG VIỆT NAM

IN TẠI CÔNG TY CỔ PHẦN IN TÂY HỒ

GIÁ: 19.500 ĐỒNG

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn



Legis 3/2015

STATE AND LAW

COMMENTARY ON CONSTITUTION

- 3** Basic principles and constitutional formula of the relationship between the state and individuals in the Constitution
Prof, Dr. Hoang Thi Kim Que
- 8** Shaping the new institutional form of state governance for Vietnam - current status, challenges and ways of improvement
Dr. Dang Xuan Phuong
- 15** Customs, traditions and practices applied in the trial of the civil courts
Prof, Dr. Phung Trung Tap
- 23** No legislation on private international law: the inevitable trend of private international law in Vietnam in the coming period
Dr. Banh Quoc Tuan

STATE AND LAW

- 31** Comments on the provisions relating to the standard-form contract and general terms of trade in the Draft Civil Code (revised)
LLM. Do Giang Nam
- 42** Competence to promulgate legal documents of the local government in district level and commune level.
Dr. Bui Thi Dao

POLICIES

- 47** Improving policies and legislation on water resources
Hoang Van Bay

LEGAL PRACTICE

- 53** Improve the efficiency in the monitoring protection, development, exploitation and utilization of water resources
Le Quoc Dung

FOREIGN EXPERIENCE

- 59** Organizational model of local government in several countries around the world
**Dr. Le Thi Hoai An
Dr. Dinh Ngoc Thang**

EDITORIAL:

Prof, Dr. DINH XUAN THAO (Chairman)
Prof, Dr. DAO TRONG THI
Prof, Dr. PHAN TRUNG LY
Dr. NGUYEN SI DUNG
Prof, Dr. TRAN NGOC DUONG
Dr. NGO DUC MANH
Dr. DUONG NGOC NGUU
Prof, Dr. DINH VAN NHA
Prof, Dr. TRAN DINH NHA
Prof, Dr. HOANG VAN TU
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 PUBLISMENT:

N^o 438/GP-BTTTT DATE 29-10-2013
MINISTRY OF INFORMATION
AND COMMUNICATION

DISTRIBUTION:

HA NOI: 080-43363

ACCOUNT NUMBER:

0011000467735
LEGISLATIVE STUDY MAGAZINE
VIETCOMBANK

PRINTED BY: TAYHO PRINTING
JOINT STOCK COMPANY

Price: 19,500 VND

NGUYÊN TẮC CƠ BẢN VÀ CÔNG THỨC HIẾN ĐỊNH CỦA MỐI QUAN HỆ GIỮA NHÀ NƯỚC VÀ CÁ NHÂN TRONG HIẾN PHÁP NĂM 2013

HOÀNG THỊ KIM QUẾ*

Hiến pháp năm 2013 đã thể hiện sự nhận thức sâu sắc, toàn diện về Nhà nước pháp quyền, quyền con người, về bản chất pháp quyền, dân chủ của mối quan hệ giữa Nhà nước và cá nhân. Là Hiến pháp của thời kỳ đổi mới toàn diện của Việt Nam trên đường hội nhập và phát triển, việc xác định ở tầm hiến định mối quan hệ giữa Nhà nước và cá nhân có ý nghĩa đặc biệt quan trọng, thiết lập nền tảng pháp lý cho tổ chức, hoạt động của bộ máy nhà nước, xây dựng, thực hiện pháp luật, tạo lập nền văn hóa nhân quyền và phát triển bền vững.

Với vị trí, vai trò là Luật cơ bản, nền tảng của quốc gia, Hiến pháp năm 2013 đã xác định các nguyên tắc cơ bản và công thức hiến định về mối quan hệ giữa Nhà nước và cá nhân. Tính chất pháp quyền, dân chủ của mối quan hệ giữa Nhà nước và cá nhân không chỉ được thể hiện sâu sắc ở Chương II mà còn ở các chương, điều khác của Hiến pháp, ở tinh thần cơ bản xuyên suốt toàn bộ nội dung bản Hiến pháp.

Công thức hiến định về mối quan hệ giữa Nhà nước và cá nhân được xây dựng từ triết lý chính trị - pháp lý về chủ quyền nhân dân, về bản chất và các nguyên tắc cơ bản của quyền con người và vai trò, trách nhiệm đảm bảo thực hiện của Nhà nước pháp quyền. Hiến pháp năm 2013 đã xác định đầy đủ, rõ ràng các nguyên tắc nền tảng của mối quan hệ giữa Nhà nước và cá nhân trong Nhà nước pháp quyền, bao gồm: quyền con

người, quyền công dân được công nhận, tôn trọng, Nhà nước có trách nhiệm trong việc công nhận, bảo vệ, bảo đảm quyền con người, quyền công dân; mối quan hệ bình đẳng, tương hỗ, đồng trách nhiệm giữa Nhà nước và cá nhân; xác định giới hạn quyền con người, quyền công dân trên cơ sở luật định; nghĩa vụ pháp lý; cơ chế bảo đảm thực hiện quyền con người, quyền công dân.

Những nguyên tắc cốt lõi này của mối quan hệ giữa Nhà nước và cá nhân đã được thể hiện trong Hiến pháp năm 2013 và phù hợp với các nguyên tắc của các công ước quốc tế về quyền con người, thể hiện sự phát triển trong nhận thức của Nhà nước ta về Nhà nước pháp quyền, quyền con người, quyền công dân và trách nhiệm nhà nước đảm bảo thực hiện trong cuộc sống. Chương 2 quy định trực tiếp về quyền con người, quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân có

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

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

nội dung bao quát các nguyên tắc cốt lõi, đặc biệt quan trọng nêu trên.

Trong chế định quyền và nghĩa vụ không chỉ xác định khuôn mẫu, tiêu chuẩn hành vi về quyền, cách thức thực hiện quyền, trách nhiệm của Nhà nước mà còn thể hiện rõ các nguyên tắc pháp lý cơ bản của mối quan hệ giữa Nhà nước và cá nhân, không chỉ cho mỗi cá nhân con người cụ thể mà cho mọi trường hợp, trở thành triết lý sống, nguyên tắc của cuộc sống trong xã hội pháp quyền, dân chủ, văn minh. Nơi mà con người, giá trị con người cùng các quyền, lợi ích của con người được tôn trọng, được quan tâm, nơi con người có cơ sở, niềm tin để ý thức rằng con người không phải tồn tại vì Nhà nước mà là Nhà nước tồn tại vì con người.

Mối quan hệ giữa Nhà nước và cá nhân là chỉ số đặc biệt quan trọng về trình độ phát triển của xã hội. Không thể hiểu xã hội hiện đại, luật pháp hiện đại và cả bản thân con người hiện đại mà thiếu sự nghiên cứu về mối quan hệ giữa con người và Nhà nước cùng pháp luật. Quyền, tự do con người là điều kiện, là động lực của phát triển xã hội, là thước đo sự tiên bộ, công bằng xã hội, là trình độ đạt được của Nhà nước pháp quyền dân chủ.

Trong Nhà nước pháp quyền, mối quan hệ giữa Nhà nước và công dân là bình đẳng về quyền và nghĩa vụ, quan hệ đồng trách nhiệm. Tuân thủ pháp luật là nghĩa vụ đối với mọi cá nhân, tổ chức, Nhà nước phải chịu trách nhiệm vật chất, tinh thần về các quyết định và hành vi của mình, đặc biệt là trách nhiệm bồi thường thiệt hại. Mối quan hệ giữa Nhà nước và cá nhân là mối quan hệ giữa các đối tác bình đẳng, có các quyền và nghĩa vụ tương ứng đối với nhau. Nhà nước không chỉ có quyền được yêu cầu cá nhân thực hiện các nghĩa vụ pháp lý mà còn có trách nhiệm thực

hiện nghĩa vụ pháp lý đối với cá nhân, không dừng lại ở khẩu hiệu, tuyên ngôn mà phải có hệ thống đảm bảo pháp lý để thực hiện quyền và nghĩa vụ của các chủ thể trong mối quan hệ giữa Nhà nước và cá nhân.

Tựu trung lại, mối quan hệ giữa Nhà nước và cá nhân đã được thể hiện trong Hiến pháp năm 2013, bao gồm:

Một là, thừa nhận bản chất tự nhiên của quyền con người, phân biệt quyền con người và quyền công dân, quyền con người được tôn trọng, lợi ích của con người được quan tâm, bảo vệ và bảo đảm.

Không chỉ ở việc xác định đúng vị trí của chương trong tổng thể bản Hiến pháp, mà điều quan trọng hơn cả là về nội dung của Chương 2 “Quyền con người, quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân” đã thể hiện bản chất, các nguyên tắc cơ bản, phổ quát của quyền con người, khắc phục được sự đồng nhất giữa quyền công dân và quyền con người như trước đây. Một công thức hiến định mới đã thay thế cho công thức hiến định cũ, từ công thức: Nhà nước “quy định”, “trao” quyền cho người dân, sang công thức: các quyền con người là tự nhiên, vốn có, không thể chuyển nhượng của mỗi người, Nhà nước không ban tặng các quyền con người, mà chỉ xác định các quyền con người trong Hiến pháp, luật và trách nhiệm nhà nước đảm bảo thực hiện các quyền. Theo quan niệm chung nhất: “quyền con người được hiểu là những nhu cầu, lợi ích tự nhiên, vốn có và khách quan của con người được ghi nhận và bảo vệ trong pháp luật quốc gia và các thỏa thuận pháp lý quốc tế”¹. Trước đây, Tổng thư ký Liên hợp quốc Koffi Annan đã từng phát biểu: “Quyền con người là giá trị chung của mọi nền văn hóa, là người bạn của mọi quốc gia”². Từ triết lý chính trị - pháp lý, từ chủ thuyết chủ quyền nhân dân,

1 Nguyễn Đăng Dung, Vũ Công Giao, Lê Khánh Tùng (đồng chủ biên), *Giáo trình Lý luận và pháp luật về quyền con người*, Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 2009, tr. 42.

2 Thông điệp của Tổng thư ký Liên hợp quốc Koffi Annan nhân ngày Quyền con người thế giới năm 1977, đoạn 3

tất cả quyền lực thuộc về nhân dân, tôn trọng con người, các quyền, tự do của con người, Hiến pháp đã quy định các nguyên tắc nền tảng cho mối quan hệ giữa Nhà nước và cá nhân trong xã hội pháp quyền, dân chủ.

Hai là, hiến định nguyên tắc trách nhiệm nhà nước trong việc công nhận, tôn trọng, bảo vệ, bảo đảm quyền con người, quyền công dân.

Nguyên tắc trách nhiệm nhà nước trong việc bảo vệ, bảo đảm quyền con người, quyền công dân không chỉ được thể hiện đầy đủ ở Chương II “Quyền con người, Quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân” mà còn ở nhiều quy định khác của Hiến pháp và là nguyên tắc, tinh thần chủ đạo, xuyên suốt toàn bộ bản Hiến pháp. Chương II là chương có số điều quy định nhiều nhất, từ Điều 14 đến Điều 49 (36/120 điều) với sự đổi mới nhiều nhất cả về nội dung và cách thức thể hiện, kỹ thuật pháp lý. Ngoài việc quy định thành nguyên tắc: Quyền con người, quyền công dân về chính trị, dân sự, kinh tế, văn hóa, xã hội được công nhận, tôn trọng, bảo vệ, bảo đảm theo Hiến pháp và pháp luật (Điều 14); ở hầu hết các điều của Hiến pháp đều quy định trách nhiệm và bảo đảm của Nhà nước³. Tiêu biểu như các điều: Điều 3. Nhà nước bảo đảm và phát huy quyền làm chủ của Nhân dân; công nhận, tôn trọng, bảo vệ và bảo đảm quyền con người, quyền công dân; thực hiện mục tiêu dân giàu, nước mạnh, dân chủ, công bằng, văn minh, mọi người có cuộc sống ấm no, tự do, hạnh phúc, có điều kiện phát triển toàn diện; Điều 8. Các cơ quan nhà nước, cán bộ, công chức, viên chức phải tôn trọng Nhân dân, tận tụy phục vụ Nhân dân, liên hệ chặt chẽ với Nhân dân, lắng nghe ý kiến và chịu sự giám sát của

Nhân dân; kiên quyết đấu tranh chống tham nhũng, lãng phí và mọi biểu hiện quan liêu, hách dịch, cửa quyền; Điều 17. Nhà nước bảo hộ công dân Việt Nam ở nước ngoài; Điều 28. Nhà nước tạo mọi điều kiện để công dân tham gia quản lý nhà nước và xã hội; công khai, minh bạch trong việc tiếp nhận, phản hồi ý kiến, kiến nghị của công dân...

Nguyên tắc trách nhiệm nhà nước trong việc bảo vệ, bảo đảm quyền con người, quyền công dân cũng được thể hiện trong Chương III - Kinh tế, xã hội, văn hóa, giáo dục, khoa học, công nghệ và môi trường, quy định các chính sách và trách nhiệm của Nhà nước trong việc thực hiện các quyền về kinh tế - xã hội. Nhà nước với vai trò mới là người phục vụ xã hội, có trách nhiệm là phải “đem lại cuộc sống thật sự làm người cho tất cả mọi người là vai trò của Nhà nước hiện đại”⁴.

Như vậy, nguyên tắc và cách thức hiến định về quyền con người, quyền công dân, trách nhiệm nhà nước trong việc công nhận, tôn trọng, bảo vệ và bảo đảm thực hiện quyền con người, quyền công dân trong Hiến pháp năm 2013 đã thể hiện quan điểm chính trị - pháp lý đúng đắn, toàn diện về nguyên tắc pháp quyền, dân chủ, bình đẳng, đồng trách nhiệm trong mối quan hệ giữa Nhà nước và cá nhân của Nhà nước ta. Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XI của Đảng đã khẳng định: “Quan tâm hơn nữa việc chăm lo hạnh phúc và sự phát triển tự do, toàn diện của con người, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của con người, tôn trọng và thực hiện các điều ước quốc tế về quyền con người mà Việt Nam ký kết”⁵.

Công nhận, tôn trọng, bảo vệ và bảo đảm là các thành tố cấu thành cơ bản, có mối liên hệ mật thiết của trách nhiệm nhà nước đối

3 Trần Ngọc Đường, *Nhân thức mới về quyền con người và một bước tiến về kỹ thuật lập hiến trong Hiến pháp năm 2013*, <http://www.tapchitaichinh.vn/Trao-doi-Binh-luan/Nhan-thuc-moi-ve-quyen-con-nguoi-va-mot-buoc-tien-ve-ky-thuat-lap-hien/53467.tctc>

4 O. Ysumirrô,, M. Takahara, S. Bikishimoto: *Chính trị và kinh tế Nhật bản*, Nxb. Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 1994, tr. 30

5 Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XI, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2011, tr. 239.

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

với quyền, tự do con người và công dân. Hiến pháp năm 2013 đã quy định thành các nguyên tắc cơ bản về trách nhiệm nhà nước và đồng thời cũng là các nguyên tắc cơ bản của mỗi quan hệ giữa Nhà nước và cá nhân. Việc hiến định nguyên tắc trách nhiệm nhà nước đối với con người, quyền con người có ý nghĩa đặc biệt quan trọng, tạo lập cơ sở chính trị - pháp lý, trật tự cho cả hệ thống pháp luật và ý thức xã hội, vì Hiến pháp là Luật cơ bản của quốc gia, dân tộc, thể hiện ý chí, lợi ích của mọi người dân trong xã hội.

Nền tảng của một bản Hiến pháp pháp quyền, dân chủ được biểu hiện tập trung ở chủ quyền nhân dân, ở trách nhiệm nhà nước trong việc công nhận, tôn trọng, bảo vệ và bảo đảm thực hiện quyền con người, quyền công dân cùng hệ thống các đảm bảo pháp lý thực hiện quyền, đặc biệt là cơ chế phân công và kiểm soát quyền lực nhà nước, hiệu lực của Hiến pháp; trách nhiệm bảo vệ Hiến pháp. Việc hiến định các quyền, tự do của con người và trách nhiệm nhà nước trong việc thừa nhận, tôn trọng, bảo vệ và bảo đảm chính là sự khẳng định bản chất mối quan hệ giữa Nhà nước và cá nhân trong Nhà nước pháp quyền. Quyền con người là tiêu chí căn bản nhất để nhận diện Nhà nước pháp quyền.

Ba là, giới hạn của quyền con người.

Giới hạn quyền, tự do con người và công dân là một điều kiện để thực hiện đảm bảo tính hiện thực của các quyền con người, bảo đảm sự cân bằng các loại lợi ích, minh bạch và lành mạnh hóa mối quan hệ giữa Nhà nước và cá nhân, cá nhân và cộng đồng, xã hội. Nhà nước phải tuân thủ các nguyên tắc hiến định về giới hạn quyền, tự do của con người và công dân, không được tùy tiện, lạm dụng, lợi dụng sự giới hạn để hạn chế, cắt xén, làm sai lệch bản chất của các quyền, tự do của con người và công dân.

Lần đầu tiên giới hạn của các quyền đã được quy định thành nguyên tắc trong Hiến pháp năm 2013 tại Điều 14: “Quyền con

người, quyền công dân chỉ có thể bị hạn chế theo quy định của luật trong trường hợp cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khỏe của cộng đồng”. Việc hạn chế quyền con người, quyền công dân không thể tùy tiện mà phải “theo quy định của luật”. Các quyền, tự do của con người không có nghĩa là Nhà nước hoàn toàn không có khả năng can thiệp vào các công việc của cá nhân vì lợi ích chung và trật tự công cộng. Quyền, tự do của con người và công dân cũng có thể bị hạn chế nhưng phải theo luật định, trong khuôn khổ luật định, phù hợp các nguyên tắc của các bộ luật quốc tế về quyền con người.

Bốn là, nghĩa vụ hiến định.

Hiến pháp, pháp luật là phương tiện đặc biệt quan trọng trong việc xác định tự do và trật tự, trật tự của sự tôn trọng, bảo vệ và bảo đảm các quyền, tự do của con người. Nghĩa vụ là điều kiện bảo vệ, đảm bảo quyền, tự do con người và công dân và cũng là thuộc tính của đời sống xã hội, thuộc tính của quyền, tự do con người. Khi thực hành các quyền, tự do của mình, cá nhân rất dễ rơi vào trạng thái có nguy cơ lạm dụng, lợi dụng, vượt quá giới hạn và tràn sang miền cấm của luật và đạo đức xã hội, ảnh hưởng tiêu cực đến quyền, lợi ích của những người khác và xã hội.

Hiến pháp năm 2013 trên quan điểm tiếp cận quyền con người, quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân, đã quy định các nghĩa vụ cơ bản của công dân, của con người như: nghĩa vụ trung thành với Tổ quốc của công dân (Điều 44); nghĩa vụ của công dân về bảo vệ Tổ quốc; nghĩa vụ quân sự và tham gia xây dựng nền quốc phòng toàn dân của công dân (Điều 45); nghĩa vụ của công dân tuân theo Hiến pháp và pháp luật; tham gia bảo vệ an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội và chấp hành những quy tắc sinh hoạt công cộng (Điều 46); nghĩa vụ của mọi người về nộp thuế (Điều 47); nghĩa vụ học tập của công dân (đồng thời cũng là quyền - Điều 39); nghĩa vụ bảo vệ môi trường (đồng thời

mọi người có quyền sống trong môi trường trong lành - Điều 43); nghĩa vụ thực hiện các quy định về phòng bệnh, khám bệnh, chữa bệnh (đồng thời là quyền được bảo vệ, chăm sóc sức khỏe - Điều 38).

Trên cấp độ nguyên tắc, nghĩa vụ còn được xác định ở một số điều luật khác của Hiến pháp, chẳng hạn: “Quyền công dân không tách rời nghĩa vụ công dân. Mọi người có nghĩa vụ tôn trọng quyền của người khác. Công dân có trách nhiệm thực hiện nghĩa vụ đối với Nhà nước và xã hội. Việc thực hiện quyền con người, quyền công dân không được xâm phạm lợi ích quốc gia, dân tộc, quyền và lợi ích hợp pháp của người khác” (Điều 15).

Các bộ luật quốc tế về quyền con người cũng như nội dung của Hiến pháp các quốc gia đương đại đều có chung nguyên tắc: việc thực hiện các quyền và tự do của con người và công dân không được xâm phạm đến quyền và tự do của người khác như Điều 29 Tuyên ngôn thế giới về Quyền con người năm 1948, Lời nói đầu của Công ước quốc tế về các Quyền dân sự, chính trị, Công ước quốc tế về các Quyền kinh tế, xã hội và văn hóa.

Năm là, các nhóm quyền và những quyền mới trong Hiến pháp năm 2013

Nguyên tắc của quyền con người còn bao gồm sự phát triển của các quyền con người. Mỗi quan hệ giữa Nhà nước và cá nhân theo đó cũng phải bao hàm cả nguyên tắc phát triển: Hiến pháp phải xác định các quyền mới, trách nhiệm của Nhà nước đảm bảo thực hiện vì sự phát triển toàn diện của con người, chất lượng của cuộc sống con người.

Hiến pháp năm 2013 không chỉ xác định các nguyên tắc cơ bản của quyền con người, quyền công dân, trách nhiệm nhà nước trong việc công nhận, tôn trọng, bảo vệ, bảo đảm thực hiện các quyền mà còn tiếp tục xác định toàn diện hơn, rõ ràng hơn nội dung quyền con người, quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân về chính trị, dân sự, kinh tế, xã hội,

văn hóa và trách nhiệm tương ứng của Nhà nước và xã hội. Hiến pháp mới đã có sự sắp xếp lại các điều khoản theo các nhóm quyền hợp lý hơn trước đây. Điều đặc biệt quan trọng là Hiến pháp đã bổ sung một số quyền mới, phù hợp với sự phát triển của quyền con người và phát triển xã hội, đồng thời thể hiện thành tựu đạt được của Việt Nam trong gần 30 năm đổi mới đất nước.

Việc hiến định các quyền mới hoàn toàn phù hợp với các điều ước quốc tế mà Cộng hòa XHCN Việt Nam là thành viên, thể hiện sự nhận thức ngày càng rõ hơn về quyền con người và khẳng định cam kết mạnh mẽ của Việt Nam trong việc thực hiện quyền con người. Đó là quyền sống (Điều 19), quyền hiến mô, bộ phận cơ thể người, hiến xác (Điều 20), quyền bất khả xâm phạm về đời sống riêng tư (Điều 21), quyền được bảo đảm an sinh xã hội (Điều 34), “Mọi người có quyền hưởng thụ và tiếp cận các giá trị văn hóa, tham gia vào đời sống văn hóa, sử dụng các cơ sở văn hóa” (Điều 41); quyền xác định dân tộc (Điều 42), “Mọi người có quyền được sống trong môi trường trong lành và có nghĩa vụ bảo vệ môi trường” (Điều 43)....

Kết luận

Hiến pháp năm 2013 đã xác định các nguyên tắc cơ bản của mối quan hệ giữa Nhà nước và cá nhân, đáp ứng đầy đủ các yêu cầu, nguyên tắc cốt lõi của Nhà nước pháp quyền, phù hợp với các chuẩn mực quốc tế về quyền con người. Việc hiến định quyền con người, quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân, trách nhiệm nhà nước trong việc công nhận, tôn trọng, bảo vệ và bảo đảm các quyền có ý nghĩa chính trị, pháp lý, xã hội đặc biệt quan trọng. Đây là cơ sở pháp lý cao nhất của mối quan hệ giữa Nhà nước và cá nhân, cơ sở cho toàn bộ tổ chức, hoạt động của bộ máy nhà nước và hệ thống pháp luật nước nhà. Quyền con người, quyền công dân là cơ sở, mục đích và tiêu chí xác định, đánh giá hoạt động của tất cả các cơ quan nhà nước, các cá nhân công quyền ■

ĐỊNH HÌNH THỂ CHẾ MỚI VỀ QUẢN TRỊ NƯỚC CHO VIỆT NAM - THỰC TRẠNG, THÁCH THỨC VÀ PHƯƠNG HƯỚNG HOÀN THIỆN

ĐẶNG XUÂN PHƯƠNG*

Chương trình Nghị sự của Ủy ban Thường trực thứ 2 về Phát triển bền vững, tài chính và thương mại, Liên minh Nghị viện thế giới (IPU) đã xác định một chủ đề quan trọng gắn với Mục tiêu Phát triển thiên niên kỷ (MDG), sẽ được đưa ra bàn tại Đại hội đồng IPU 132 tại Hà Nội tới đây (tháng 3/2015), đó là: “Định hình cơ chế mới về quản trị nước: Thúc đẩy hành động của Nghị viện về vấn đề nước” (Shaping a news system on water government: Promoting parliamentary action on water). Nhằm góp phần vào nội dung kiến nghị của Đoàn Quốc hội Việt Nam đối với Nghị quyết của Đại hội đồng IPU 132 về chủ đề trên, chúng tôi muốn làm rõ một phần về cơ sở lý luận và thực tiễn các vấn đề: thực trạng xây dựng thể chế mới về quản trị nước mà Việt Nam đang tiến hành trong thời gian qua và những thách thức đang đặt ra; mô hình thể chế quản trị nước và phương hướng, giải pháp cho việc tiếp tục đổi mới, hoàn thiện đáp ứng yêu cầu hội nhập quốc tế, có tính đến điều kiện đặc thù của Việt Nam; cơ quan quyền lực nhà nước, trước hết là Quốc hội sẽ có vai trò và các bước đi cơ bản nào nhằm định hình rõ nét cũng như vận hành một cơ chế mới có hiệu quả hơn về quản trị nước ở Việt Nam.

Thực trạng và những thách thức đang đặt ra cho việc hoàn thiện hệ thống thể chế quản trị nước ở Việt Nam trong quá trình hội nhập quốc tế

Là một quốc gia Đông Nam Á với truyền thống làm nông nghiệp lâu đời, nước và việc “trị thủy” luôn là một vấn đề quan trọng hàng đầu trong chính sách kinh tế và phòng chống thiên tai do nước gây ra đối với các chế độ nhà nước ở Việt Nam qua các thời kỳ lịch sử. Ngày nay, công tác quản trị nước liên quan đến chức năng, nhiệm vụ quản lý của nhiều ngành, lĩnh vực kinh tế khác nhau:

tưới tiêu phục vụ sản xuất nông nghiệp, nuôi trồng thủy sản, sản xuất công nghiệp và chế biến, cấp thoát nước đô thị, nông thôn, giao thông đường thủy, phát điện, du lịch v.v.. Do điều kiện địa lý và khí hậu đặc trưng khá dồi dào về nguồn nước (tính trung bình trên mỗi người, Việt Nam có khoảng 9,85 m³ nước mặt, gấp 1,5 lần lượng nước trung bình mỗi đầu người trên thế giới - theo một báo cáo năm 2008), lại trải qua nhiều biến cố chiến tranh nhiều năm, nên công tác quản trị nước vẫn dựa trên các nguyên lý truyền thống và chủ yếu tập trung vào phục vụ sản xuất nông

*TS. Phó Viện trưởng Viện Nghiên cứu Lập pháp.



nghiệp và nông thôn, nơi thu hút đến 70 - 80% dân số và nhân lực của Việt Nam. Trong vòng hai thập kỷ vừa qua, thể chế quản lý nước ở Việt Nam đã có những bước chuyển biến theo hướng nâng cao tính hiệu quả và tính bền vững của việc khai thác, sử dụng và bảo vệ nước như một nguồn tài nguyên quý giá, trong bối cảnh nguồn tài nguyên này đang đối diện với những thách thức to lớn về việc chia sẻ lợi ích sử dụng cho nhiều ngành kinh tế, nhiều mục đích phát triển (multi-purpose use), nhu cầu chất lượng nước sinh hoạt lớn hơn rất nhiều do bùng nổ dân số, tốc độ đô thị hóa cùng với nạn ô nhiễm và suy thoái môi trường tăng nhanh. Trong đó, có nguyên nhân rất lớn liên quan đến nước thải và sự suy giảm của các hệ sinh thái thủy sinh trên các lưu vực sông và vùng ven biển. Một thách thức vô cùng quan trọng nữa về nước liên quan đến vấn đề an ninh chiến lược của quốc gia, do phần lớn nguồn nước tự nhiên từ các sông ngòi lớn của Việt Nam đến từ các

quốc gia láng giềng, trong khi các quốc gia này cũng có nhu cầu ngày càng tăng về sử dụng nước cho mục đích phát triển của mình.

Việt Nam đã trải qua một quá trình cải cách thể chế sâu rộng, kéo dài nhiều năm trong lĩnh vực quản lý nước (kể từ cuối thập niên 90 của thế kỷ XX đến nay). Từ lúc Luật Tài nguyên nước (TNN) được ban hành lần đầu tiên năm 1998 (khi Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông thôn - Bộ NN&PTNT - được giao chức năng quản lý nhà nước về TNN) cho đến khi Luật này được Quốc hội Việt Nam sửa đổi năm 2012 do Bộ Tài nguyên và Môi trường (TN&MT) chủ trì xây dựng theo chức năng được giao kể từ năm 2002), khung thể chế cho công tác quản lý nhà nước về TNN nói riêng và công tác quản lý nước nói chung đã có những chuyển đổi đáng kể về mặt tư duy quản lý và cơ sở pháp lý theo hướng: trong cơ chế chung về quản lý nước, chức năng quản lý nhà nước về TNN (dựa trên nguyên lý tổng hợp, khách quan) phải

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

được tách bạch với chức năng quản lý khai thác, sử dụng nước trong các ngành, lĩnh vực kinh tế. Đây cũng là xu thế cải cách chung về quản trị nước ở các nước trên thế giới và nhất là ở khu vực Đông Nam Á trong thời gian vừa qua. Với sự tham mưu, đề xuất của Bộ TN&MT, các công cụ pháp lý để quản lý nhà nước về TNN không ngừng được hoàn thiện như Chiến lược quốc gia về TNN (ban hành năm 2006), các loại quy hoạch TNN, Nghị định số 120/2008/NĐ-CP của Chính phủ về quản lý lưu vực sông, Nghị định số 112/2008/NĐ-CP của Chính phủ về quản lý, bảo vệ, khai thác tổng hợp TN&MT các hồ chứa, hồ thủy điện; các nghị định của Chính phủ về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực TNN; các quyết định của Thủ tướng Chính phủ ban hành quy trình vận hành liên hồ chứa trên các lưu vực sông v.v.. Việc tăng cường hoàn thiện hệ thống pháp luật về TNN đã thúc đẩy đổi mới cơ chế quản lý khai thác, sử dụng các công trình, dịch vụ ở nhiều ngành sử dụng nước như thủy lợi, thủy sản, thủy điện, vận tải thủy nội địa và bảo vệ môi trường v.v.. hướng tới sử dụng nước đa mục tiêu. Có thể nói rằng, công tác xây dựng thể chế, chính sách quản lý nhà nước về TNN đã góp phần quan trọng vào việc nâng cao nhận thức về sự cần thiết và từng bước thúc đẩy quá trình cải cách cơ chế quản trị nước theo hướng tăng cường cách tiếp cận quản lý tổng hợp - integrated management (hay thực chất quản lý lồng ghép các vấn đề về nước liên quan đến trách nhiệm của nhiều bộ ngành, lĩnh vực, chính quyền địa phương và cộng đồng xã hội).

Tuy nhiên, cơ chế hoạch định chính sách, chiến lược quản trị nước hiện nay đang cho thấy một bất cập, đó là mặc dù Hội đồng quốc gia về TNN đã được thành lập từ năm 2000 (hiện nay do một Phó Thủ tướng Chính phủ làm Chủ tịch và Bộ TN&MT làm thường trực) nhưng với kết cấu thành phần nặng về tính đại diện các cơ quan hành chính và chế độ làm việc kiêm nhiệm với thời gian

rất ít ỏi hàng năm để bàn về những vấn đề to lớn tầm cỡ quốc tế và quốc gia, nội dung lại rất chuyên sâu về lĩnh vực nước, nên hiệu quả làm việc không cao. Trách nhiệm tham mưu cho Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ dồn cho Bộ có chức năng quản lý nhà nước về TNN nhưng khi phải đối diện với những nhiệm vụ quan trọng về khai thác, sử dụng nước do các bộ, ngành khác chủ trì, thì kết quả cho vai trò “trọng tài” của Bộ này thường là một phương án thỏa hiệp có tính chất tương đối mà không hẳn đã là một giải pháp tối ưu nhất xét về dài hạn. Vấn đề xây dựng quy hoạch tổng hợp TNN nhằm bảo đảm lồng ghép, liên kết với các quy hoạch chuyên ngành có liên quan đến khai thác, sử dụng nước cũng đang trong quá trình bàn bạc, chưa thống nhất, trong khi khung thể chế cho công tác lập quy hoạch, chiến lược còn chưa đồng bộ, chưa được giải quyết triệt để với việc ban hành một đạo luật chung cho công tác quy hoạch không gian.

Về bộ máy quản lý nhà nước, sau khi chuyển giao công tác quản lý nhà nước về TNN từ Bộ NN&PTNT năm 2002, đến nay Bộ TN&MT đã xây dựng được một cơ cấu tổ chức quản lý nhà nước (Cục Quản lý TNN ở Trung ương và hệ thống các chi cục quản lý TNN thuộc ngành TN&MT ở địa phương) và đơn vị sự nghiệp tương đối hoàn chỉnh, bước đầu đáp ứng được yêu cầu nhiệm vụ quản lý và cung ứng dịch vụ công. Việc phân định chức năng quản lý nhà nước giữa Bộ TN&MT với Bộ NN&PTNT tuy mất nhiều năm xử lý với những quan điểm, ý kiến khác biệt liên quan chủ yếu đến vấn đề quản lý lưu vực sông, nhưng đến nay về cơ bản đã định hình rõ chức năng, thẩm quyền và trách nhiệm quản lý nhà nước của mỗi bộ, ngành. Bộ NN&PTNT cũng đã thành lập Tổng cục Thủy lợi (quản lý về hệ thống thủy nông, đê điều và phòng chống lụt bão) với chức năng chủ yếu tập trung vào quản lý nhà nước các dịch vụ công ích về nước (trừ cấp thoát nước đô thị do Bộ Xây dựng quản lý). Tuy nhiên,

có một thực tế là do việc bàn giao chức năng, nhiệm vụ trước đây không đồng bộ với việc chuyển giao một đội ngũ cán bộ quản lý (chỉ có 12 công chức thuộc Cục Thủy lợi trước đây và Văn phòng Ủy ban Sông Mekong được bàn giao) cũng như các đơn vị sự nghiệp có liên quan nên một lực lượng khá mạnh các đơn vị có chức năng, nhiệm vụ và năng lực phục vụ đắc lực cho công tác quản lý TNN đã ở lại Bộ NN&PTNT. Thực tế này làm cho việc đổi mới thể chế và kiện toàn bộ máy quản lý nhà nước dựa trên phân định chức năng, nhiệm vụ, thẩm quyền phải tốn nhiều thời gian và có sự chậm trễ so với các mục tiêu phát triển bền vững về lĩnh vực nước. Thậm chí cho đến nay, mặc dù đã có sự thống nhất nhận thức chung về nguyên lý quản trị nước và việc “phân vai” của mỗi ngành, mỗi cấp nhưng trong điều hành các hoạt động quản lý thực tiễn vẫn ít nhiều có sự lúng túng, đôi khi đổ lỗi cho nhau (trong các sự cố nứt, vỡ đập thủy điện, xử lý các điểm gây ô nhiễm nước nghiêm trọng) hoặc chưa bảo đảm sự lồng ghép, phối hợp chặt chẽ với nhau. Sự dè dặt trong quan điểm, cách thức giải quyết các vấn đề nảy sinh trong quản lý của các ngành, địa phương cũng khiến cho quyền và lợi ích chính đáng của các cộng đồng, các “hộ” dùng nước vẫn chưa được bảo đảm đúng với yêu cầu là quyền có nước an toàn và phổ cập mà *Mục tiêu phát triển thiên niên kỷ* đã đề ra.

Cách thức tổ chức quyền lực để quản lý nước xét trên phương diện cấu trúc lãnh thổ, nguyên tắc phân công quản lý theo ngành, lĩnh vực và phân cấp quản lý theo các cấp chính quyền tương ứng với đơn vị hành chính từ trước đến nay ở nước ta đang gặp phải thách thức to lớn trong giải quyết vấn đề của nguồn nước thuộc một khu vực liên tỉnh, trong khi TNN được cấu trúc xét về mặt tự nhiên theo lưu vực sông, thường thuộc địa bàn nhiều địa phương (Việt Nam hiện có 108 lưu vực sông, trong đó có 16 lưu vực sông lớn). Để quản lý được TNN thì phải bám vào

lưu vực sông trong khi cơ chế quản lý nước theo vùng địa lý lưu vực thì vẫn chưa hoàn chỉnh, nếu có ở đâu đó thì thường mới chỉ tập trung vào giải quyết một vấn đề dài hạn có tính chất liên ngành mà chưa phải là cơ chế quản lý tích hợp đồng thời nhiều vấn đề đa ngành và liên vùng theo đúng yêu cầu quản lý lưu vực. Chẳng hạn, Bộ NN&PTNT trước đây thành lập các Ban quản lý quy hoạch lưu vực sông riêng cho lĩnh vực thủy lợi và Bộ TN&MT đề xuất thành lập các Ủy ban bảo vệ môi trường lưu vực sông (hiện mới có ở lưu vực sông Cầu, sông Nhuệ - sông Đáy và hệ thống sông Đồng Nai). Các mô hình cơ chế phối hợp liên ngành này chưa phải là tổ chức lưu vực sông đang được áp dụng ở các quốc gia có trình độ quản lý nước tiên tiến, hiện đại. Vì vậy, mô hình tổ chức và cơ chế quản lý tổng hợp TNN theo lưu vực sông như thế nào là phù hợp với điều kiện Việt Nam là một vấn đề then chốt đang được đặt ra để thực hiện Luật TNN 2012.

Về chính sách đầu tư và tài chính cho ngành nước, với xuất phát điểm là một quốc gia nông nghiệp, trong nhiều năm qua, ngành nước là một trong những ngành điển hình của cơ chế bao cấp, đầu tư từ ngân sách chủ yếu cho các công trình khai thác, sử dụng nước nhưng Nhà nước không thu hồi được bao nhiêu để tái đầu tư. Tình trạng thất thoát, lãng phí trong sử dụng nước khá phổ biến do không có cơ chế phân bổ nguồn nước hợp lý. Việc chi trả cho các dịch vụ cấp thoát nước và xử lý nước thải của người dân mới được áp dụng ở khu vực đô thị nhưng cũng chưa hề tương xứng với yêu cầu coi nước là hàng hóa kinh tế phù hợp với nguyên tắc mà Tuyên bố Dublin 1992 về nước và phát triển bền vững đã đề ra. Việc miễn phí thủy lợi kể từ năm 2008 không chỉ làm thất thu cho ngân sách nhà nước nhiều tỷ đồng mà còn được đánh giá là vô hình chung đã tạo ra sự bất bình đẳng trong việc tiếp cận các dịch vụ về nước (nhiều nhà sản xuất thủy sản và các doanh nghiệp kinh doanh dịch vụ đang được

hưởng các ưu đãi lớn trong sử dụng nước, trong khi không phải trả tiền tương xứng với các khoản thu của mình). Trong khi đó, các cộng đồng và người dân có quyền và trách nhiệm trong khai thác, sử dụng và bảo vệ nguồn nước trên các địa bàn, khu vực vẫn chưa có một cơ chế hữu hiệu bảo đảm sự tham gia thích đáng, công bằng của mọi thành phần có liên quan vào công tác quản trị và phân bổ lợi ích từ nước.

Mô hình thể chế cho quản lý nước ở Việt Nam - Phương hướng, giải pháp đổi mới, hoàn thiện

Có thể thấy rằng, thể chế và cơ cấu tổ chức quản lý TNN nói riêng và quản trị nước nói chung ở nước ta đã và đang từng bước có những đổi mới phù hợp với xu hướng chung của thế giới trong cải cách ngành nước và phát triển bền vững. Tuy nhiên, khung thể chế hiện nay còn những bất cập khi phải giải quyết những vấn đề khá cơ bản liên quan đến phương thức quản lý tổng hợp TNN trong các khâu: hoạch định, tổ chức - điều hành và thực thi. Hiện nay, sự thiếu vắng một khuôn khổ pháp lý hữu hiệu cho thể chế quản lý sự phát triển bền vững ở quy mô cấp vùng là câu hỏi đang đặt ra. Thể chế đó chỉ tập trung vào phát triển kinh tế - xã hội hay phải tích hợp được và dựa vào các điều kiện tự nhiên về tài nguyên - môi trường, trong đó có hai loại tài nguyên quan trọng nhất là TNN và tài nguyên đất. Những nghiên cứu sâu hơn về cơ sở lý luận và thực tiễn xây dựng mô hình phát triển bền vững có thể đưa ra những gợi ý giải pháp thỏa đáng đối với vướng mắc trong vấn đề thể chế này trong tương lai (chẳng hạn, kinh nghiệm ở Pháp cho thấy việc thành lập Bộ Sinh thái, Phát triển bền vững và Năng lượng về quản lý tổng hợp các vấn đề về môi trường, tài nguyên, giao thông, năng lượng và biển). Tuy vậy, có thể thấy một số việc cần tập trung giải quyết trước mắt liên quan đến xây dựng mô hình thể chế quản trị nước như sau:

Một là, cần đổi mới cơ cấu thành phần

và phương thức làm việc của Hội đồng quốc gia TNN để nâng cao chất lượng công tác tư vấn hoạch định và điều phối thực hiện chiến lược, chính sách quốc gia về TNN. Hội đồng cần có số thành viên rộng rãi hơn, tập hợp các chuyên gia và ít nhiều mang tính đại diện cho các nhóm “lợi ích” chủ yếu về sử dụng nước. Cơ chế làm việc của Hội đồng cũng phải thường xuyên hơn và được triệu tập bất kỳ khi nào cần thiết phải xem xét những đề án chính sách, các dự án cấp quốc gia hoặc có yếu tố nước ngoài về nước. Cơ chế làm việc Hội đồng có thể thay thế cho nhiều cuộc họp có tính chất phối hợp liên ngành do Văn phòng Chính phủ hoặc Bộ TN&MT chủ trì trước khi trình Thủ tướng Chính phủ.

Hai là, trong vấn đề hoàn thiện mô hình tổ chức lưu vực sông (River Basin Organization), để thực sự đảm nhiệm được chức năng tổ chức hoạch định điều phối TNN cấp vùng (bao trùm lưu vực sông), cần dựa vào cả kinh nghiệm quốc tế cũng như phải xem xét các điều kiện đặc thù của Việt Nam mà xây dựng phương án thiết kế mô hình tổ chức lưu vực sông sao cho linh hoạt. Nhìn chung, nên có cơ cấu 02 tầng như sau:

Tầng quản lý quy hoạch - chính sách: thành lập đồng thời cả Hội đồng lưu vực sông - River Basin Council (đối với các lưu vực sông chính của quốc gia như lưu vực sông Cửu Long và lưu vực sông Hồng - Thái Bình) và Ủy ban lưu vực sông - River Basin Committe (đối với các lưu vực sông nhỏ hơn, phạm vi địa bàn một vài tỉnh, thành phố). Do đặc điểm địa hình của Việt Nam kéo dài và phình to ở hai đầu đất nước nên việc áp dụng chỉ duy nhất mô hình Hội đồng hoặc mô hình Ủy ban đều không phù hợp. Đối với 02 lưu vực sông lớn của quốc gia, phạm vi và tính chất công việc quản trị nước phức tạp hơn và có tầm ảnh hưởng lâu dài, xuyên suốt đến sự phát triển chung của đất nước, cần có cơ chế huy động, tập hợp rộng hơn nguồn lực các chuyên gia và các nhà quản lý, đại diện của các địa phương hơn so với các lưu vực sông

khác (chủ yếu trải dọc theo khu vực duyên hải miền Trung). Hội đồng lưu vực sông quy mô quốc gia nên do Bộ TN&MT làm Chủ tịch, một Thứ trưởng của Bộ này và một Thứ trưởng Bộ Kế hoạch và Đầu tư đồng Phó Chủ tịch. Đối với các Ủy ban lưu vực sông nhỏ hơn thì có thể hoạt động theo cơ chế lãnh đạo một địa phương duy nhất làm chủ tịch (đối với lưu vực sông nằm trọn vẹn hoặc nằm chủ yếu trên địa bàn một tỉnh hoặc chủ tịch luân phiên đối với lưu vực sông nằm trên địa bàn một số tỉnh), có đại diện của Bộ TN&MT và một vài bộ, ngành có chức năng quản trị về nước cùng tham gia với đại diện của địa phương và các chuyên gia.

Tầng tổ chức thực thi: thành lập Ban quản lý lưu vực sông (River Basin Management Board (chung cho lĩnh vực TNN và môi trường) trực thuộc Bộ TN&MT (đối với 02 lưu vực sông quốc gia tương ứng) hoặc trực thuộc Cục Quản lý TNN (đối với lưu vực sông nằm trên địa bàn một vài tỉnh) hoặc trực thuộc Sở TN&MT (đối với lưu vực sông chủ yếu hoặc nằm trọn trên địa bàn một tỉnh). Ban quản lý lưu vực sông nên là tổ chức sự nghiệp hoạt động theo nguyên tắc tự trang trải, có chức năng tổ chức việc điều tra cơ bản, lập và giám sát thực hiện quy hoạch khai thác, sử dụng và bảo vệ TNN lưu vực sông. Từng bước, có thể điều chỉnh, bổ sung chức năng, nhiệm vụ gắn với phục vụ công tác quản lý nhà nước rõ nét hơn. Các Ban quản lý hệ thống lưu vực sông quốc gia có thể được thành lập trên cơ sở kiện toàn, củng cố các Liên đoàn Điều tra địa chất thủy văn khu vực phía Bắc và phía Nam (hiện trực thuộc Trung tâm Điều tra quy hoạch TNN).

Các cơ cấu tổ chức quản lý TNN cấp khu vực theo lưu vực sông cần được sắp xếp lại một cách thống nhất với lĩnh vực bảo vệ môi trường và phải được phân cấp quản lý, chủ động quyết định các vấn đề về giám sát, cấp phép và thực thi để bảo đảm giải quyết chính xác, kịp thời các vấn đề trong quản trị nước trên địa bàn. Việc cơ cấu lại theo hướng trên

cũng cho phép hoàn thiện bộ máy của Cục Quản lý TNN nhằm tập trung nhiều hơn vào thực hiện chức năng tham mưu và thanh tra, kiểm tra việc thực hiện cơ chế, chính sách và tiêu chuẩn, quy chuẩn kỹ thuật về nước.

Ba là, cần phải tái cấu trúc quan hệ tổ chức thực hiện quyền lực nhà nước theo lãnh thổ để hạn chế tình trạng bất hợp lý, chồng chéo, trùng giảm về chức năng, nhiệm vụ, thẩm quyền giữa các cơ quan của Chính phủ với chính quyền các tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương khi ra đời loại hình tổ chức lưu vực sông theo Luật TNN 2012. Vấn đề này cần được tính ngay trong quá trình xây dựng và triển khai thực hiện Luật Tổ chức chính quyền địa phương tới đây (dự kiến sẽ ban hành tại kỳ họp Quốc hội thứ 9, tháng 5/2015) và các văn bản hướng dẫn thi hành. Chính phủ cần ban hành các nghị định riêng quy định cơ chế quản lý tổng hợp cho 02 vùng lưu vực sông chính của quốc gia và một cơ chế quản lý chung cho các lưu vực sông khác. Trong việc này, cần nghiên cứu thực hiện phân cấp trách nhiệm quản lý TN&MT đối với các tỉnh, thành phố sao cho không thể “cào bằng” như nhau mà phải căn cứ vào điều kiện đặc thù về địa - kinh tế của từng khu vực. Những địa phương nằm trong một khu vực đòi hỏi tính liên kết với các tỉnh, thành phố lân cận có điều kiện tự nhiên và kinh tế cao hơn thì cần điều chỉnh lại nhiệm vụ, quyền hạn và trách nhiệm quản lý sao cho có sự phân công hợp lý hơn giữa trung ương (thông qua mô hình quản lý tổng hợp theo vùng - lưu vực sông) và địa phương. Như vậy, việc phân cấp quản lý tài chính và phân bổ nguồn thu từ thuế, phí liên quan đến khai thác, sử dụng và bảo vệ TNN cũng cần phải có sự tính toán lại phù hợp hơn giữa các địa phương (có những địa phương được chủ động quyết định và có tỷ lệ thu nhiều hơn và những địa phương được phân bổ nguồn thu ít hơn). Cơ chế quản lý tổng hợp TN&MT nước theo lưu vực sông cũng cần gắn bó chặt chẽ với quản lý tổng hợp vùng ven biển ở các lưu vực sông lớn.

Bốn là, nội dung thực hiện quản lý TNN lưu vực sông chính là quy hoạch lưu vực sông và chương trình, kế hoạch quản lý tổng hợp lưu vực sông tương ứng, được triển khai với sự phân cấp trách nhiệm cho tổ chức lưu vực sông, với sự hỗ trợ của cơ quan quản lý TNN thuộc Bộ TN&MT và chính quyền các địa phương có liên quan. Tuy nhiên, nhằm bảo đảm phát huy hiệu quả của cơ chế quản lý tổng hợp TNN phù hợp với nguyên tắc thứ hai của Tuyên bố Dublin 1992 thì trong toàn bộ quá trình hoạch định, thực thi và giám sát quy hoạch, chương trình, kế hoạch quản lý tổng hợp TNN lưu vực sông, cần có cơ chế tăng cường sự tham gia của các giới sản xuất - tiêu thụ, các cộng đồng người dân bản địa, các chuyên gia trong suốt quá trình này (trên các phương diện thông tin, trung cầu ý kiến và thực hiện trách nhiệm giải trình của các cơ quan công quyền). Hiến pháp năm 2013 đã khẳng định nguyên tắc nhân dân được thực hiện quyền lực của mình bằng dân chủ trực tiếp bên cạnh hình thức dân chủ đại diện. Cần nghiên cứu hoàn thiện cơ sở lý luận và thực tiễn để ban hành các quy định pháp luật nhằm bảo đảm quy định này của Hiến pháp đi vào cuộc sống ngay trong vấn đề này.

Vai trò và các bước đi của các cơ quan quyền lực nhà nước trong việc thúc đẩy định hình, hoàn thiện cơ chế mới về quản trị nước

Trong khuôn khổ chuỗi hoạt động nội dung hưởng ứng Đại hội đồng IPU 132 tới đây, trong đó có chủ đề “Định hình cơ chế mới về quản trị nước: Thúc đẩy hành động của Nghị viện về vấn đề nước”, có thể xác định bước đầu vai trò và các bước đi cơ bản cần làm của Quốc hội và Hội đồng nhân dân cấp tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương trong vấn đề hoàn thiện và bảo đảm phát huy hiệu quả cơ chế mới về quản trị nước trong thời gian tới như sau:

Thứ nhất, đẩy mạnh xây dựng, thể chế quản trị nước mang tính tích hợp, lồng ghép

cao hơn, cụ thể là: tập trung nghiên cứu xây dựng mô hình tổ chức điều phối công tác quản trị nước dựa trên nguyên lý quản lý tổng hợp tài nguyên và bảo vệ môi trường theo hướng phát triển bền vững, khắc phục những hạn chế của các mô hình quản lý nhà nước truyền thống (theo ngành và theo đơn vị hành chính lãnh thổ); điều chỉnh cơ chế xác lập và phân bổ nguồn thu các khoản thuế, phí và lệ phí trong ngành nước một cách hợp lý hơn, công bằng hơn phù hợp với những đòi hỏi về phân cấp trách nhiệm quản lý nhà nước giữa các cấp, các ngành xuất phát từ tính đặc thù về điều kiện địa - kinh tế của từng khu vực; tiếp tục thể chế hóa các chính sách xã hội hóa, kinh tế hóa các dịch vụ về nước theo nguyên tắc người dùng nước và người gây ô nhiễm phải trả tiền, bảo đảm công bằng, hạn chế thất thoát, lãng phí trong khai thác, sử dụng nước.

Thứ hai, tăng cường thực hiện thẩm quyền phê duyệt chủ trương và nâng cao hiệu quả hoạt động giám sát của Quốc hội, Hội đồng nhân dân các tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương đối với các quyết định của cơ quan hành chính nhà nước về chiến lược, quy hoạch, kế hoạch dài hạn và các dự án đầu tư quan trọng liên quan đến khai thác, sử dụng và bảo vệ nguồn nước.

Thứ ba, tạo điều kiện cho việc phát huy tác dụng của hình thức dân chủ trực tiếp thông qua đề cao vai trò của các tổ chức xã hội, đại diện các cộng đồng dân cư bản địa và có cơ chế huy động chuyên gia tích cực tham gia vào công tác quản trị nước.

Thứ tư, thúc đẩy việc tăng cường hiệu lực, hiệu quả của các cơ chế tài phán (hành chính và tư pháp) cho phép bảo đảm tốt hơn quyền tiếp cận các dịch vụ về nước của các cộng đồng dân cư bản địa và công dân.

Thứ năm, kết hợp giữa đẩy mạnh công tác ngoại giao nghị viện và truyền thông đối ngoại để nâng cao hiệu quả hợp tác quốc tế liên quan đến quản trị nước và thực thi các điều ước quốc tế về nước ■

PHONG TỤC, TẬP QUÁN VÀ ÁP DỤNG TẬP QUÁN TRONG CÔNG TÁC XÉT XỬ ÁN DÂN SỰ

PHÙNG TRUNG TẬP*

1. Khái niệm phong tục, tập quán và tập quán pháp

1.1. Phong tục và tập quán

a) *Phong tục*: Phong tục được hiểu là những hoạt động sống của con người, được hình thành trong suốt chiều dài lịch sử và ổn định thành nề nếp, được mọi thành viên trong cộng đồng thừa nhận và tự giác thực hiện có tính kế thừa từ thế hệ này sang thế hệ khác trong cộng đồng nhất định.

Phong tục được vận dụng linh hoạt và nó không phải là một nguyên tắc bất buộc, nhưng phong tục không thể tùy tiện, nhất thời và thay đổi mạnh mẽ như các quan hệ đời thường. Khi phong tục được coi là một chuẩn mực ổn định trong cách xử sự, thì nó trở thành tập quán xã hội mang tính bền vững. Vì vậy, phong tục còn được hiểu là một bộ phận của văn hoá, đóng vai trò trong việc hình thành truyền thống của một địa phương, của một dân tộc nhằm điều chỉnh hành vi xử sự của cá nhân trong các quan hệ xã hội về tài sản và về nhân thân. Vì vậy, Luật tục và Hương ước có sự tác động mạnh mẽ đến phong tục. Tuy nhiên, không phải mọi phong tục đều có thể tồn tại mãi mãi và phù hợp với sự phát triển kinh tế - xã hội của

các thời kỳ kế tiếp. Thời gian sẽ đào thải những phong tục không còn phù hợp với các quan niệm mới, nền sản xuất mới và theo đó, quan hệ mới phát sinh, những phong tục không phù hợp tự nhiên cũng mai một, mất đi trong sự phát triển không ngừng của quan hệ sản xuất mới.

b) *Tập quán*: Xét về mặt dân tộc và văn hoá - xã hội thì tập quán được hiểu dựa trên những nét cơ bản là những phương thức ứng xử giữa người với người đã được định hình và được xem như một dấu ấn, một điểm nhấn tạo thành nề nếp, trật tự trong lối sống của cá nhân trong quan hệ nhiều mặt tại một cộng đồng dân cư nhất định.

Tập quán có đặc điểm là *bất biến, bền vững, do vậy, rất khó thay đổi*. Trong những quan hệ xã hội nhất định, tập quán được biểu hiện và định hình một cách tự phát hoặc được hình thành và tồn tại ổn định thông qua nhận thức của chủ thể trong một quan hệ nhất định và tập quán được bảo tồn thông qua ý thức của quá trình giáo dục có định hướng rõ nét. Như vậy, tập quán được hiểu như những chuẩn mực xử sự của các chủ thể trong một cộng đồng nhất định và còn là tiêu chí để đánh giá tính cách của một cá nhân

* PGS, TS. Đại học Luật Hà Nội.

tuan theo hay không tuân theo những chuẩn mực xử sự mà cộng đồng đã thừa nhận và áp dụng trong suốt quá trình sống, lao động, sinh hoạt tạo ra vật chất và những quan hệ liên quan đến tài sản, đến tình cảm của con người trong cộng đồng. Việt Nam có 54 dân tộc, mỗi dân tộc đều có bản sắc văn hoá riêng và bản lĩnh văn hoá có tính độc lập tương đối giữa các dân tộc. Do vậy, tập quán của mỗi dân tộc đều có những nét đặc thù, khác nhau. Câu ngạn ngữ: “Luật vua thua lệ làng” đã phản ánh đúng thực trạng về tập quán của mỗi dân tộc ở Việt Nam.

1.2. Tập quán pháp

Tập quán pháp được hiểu là một hệ thống các quy tắc xử sự dựa trên cơ sở của các tập quán có những nội dung phù hợp với đời sống xã hội, không trái đạo đức xã hội và được nhà nước thừa nhận. Tập quán pháp được áp dụng nhằm điều chỉnh các quan hệ xã hội. Với nguồn gốc hình thành, tập quán pháp là một hình thức pháp luật xuất hiện sớm nhất.

Trong quan hệ xã hội tại một cộng đồng thì tập quán pháp hình thành, tồn tại và được áp dụng trong việc đánh giá và giải quyết những tranh chấp giữa các chủ thể liên quan đến quan hệ tài sản, lưu thông tài sản và sinh hoạt trong cộng đồng. Tập quán pháp là những chuẩn mực xử sự trong cộng đồng được hình thành, tạo thành hệ thống các quy tắc mà hạt nhân của nó là các tập quán được nhà nước thừa nhận để nhằm điều chỉnh các quan hệ xã hội. Như vậy, tập quán pháp được xem là hình thức pháp luật xuất hiện sớm nhất và được sử dụng nhiều trong nhà nước có chế độ chủ nô. Như một sự kế thừa lịch sử, tập quán pháp cũng được lưu truyền và tồn tại trong nhà nước thời kỳ phong kiến, nhà nước tư sản theo hệ thống pháp luật Anh - Mỹ.

Tại hai quốc gia Anh và Hoa Kỳ thì án

lệ rất được coi trọng. Luật của Anh có thể được xem là luật án lệ điển hình trên thế giới. Do có việc tôn trọng án lệ, nên yêu cầu của các toà án là phải được tổ chức thành một hệ thống có tính tập trung cao.

Ở Việt Nam, sau khi thành lập nhà nước dân chủ nhân dân, bên cạnh những văn bản pháp luật của nhà nước, án lệ đã được coi có vai trò tương tự những quy phạm pháp luật¹. Sắc lệnh ngày 10/10/1945 đã cho phép áp dụng luật lệ của chế độ cũ, trong đó có những quy định về quyền thừa kế, chỉ loại trừ những điều khoản trái với nền độc lập và dân chủ của nước Việt Nam dân chủ cộng hoà. Đặc biệt, Sắc lệnh số 97-SL ngày 22/5/1950 về việc sửa đổi một số quy lệ và chế định trong dân luật và chiếu theo Sắc lệnh ngày 10/10/1945 tạm giữ các luật lệ hiện hành tại Việt Nam để thi hành cho đến khi ban hành các bộ luật mới cho toàn cõi Việt Nam.

Theo tinh thần của Thông tư số 19-VHH ngày 30/6/1955 của Bộ Tư pháp và Chỉ thị số 772-TATC ngày 10/7/1959 của Toà án nhân dân (TAND) tối cao hướng dẫn TAND các cấp trong khi xét xử, ngoài việc áp dụng pháp luật của nước Việt Nam dân chủ cộng hoà, đường lối, chính sách của Đảng và Nhà nước trong việc giải quyết tranh chấp về thừa kế, còn có thể căn cứ vào *án lệ*. Nhưng thực chất, hướng dẫn áp dụng án lệ của TAND tối cao *không có tính chất bắt buộc đối với các TAND địa phương*. Vì theo Thông tư số 19-VHH và Chỉ thị số 772-TATC cũng chỉ có những hướng dẫn Tòa án các cấp “có thể căn cứ vào án lệ”, mà không có tính chất bắt buộc.

Như vậy, án lệ không được khuyến khích áp dụng trong việc giải quyết một số vụ việc dân sự. Hơn nữa, án lệ không được vận dụng phổ biến, vì Hiến pháp năm 1946 quy định tại Điều 69 nguyên tắc “trong khi xét xử, các viên thẩm phán chỉ tuân theo pháp luật, các cơ quan khác không được can thiệp”.

1 Xem: Thông tư số 442 ngày 19/01/1955 của Thủ tướng Chính phủ quy định một số tội phạm và hình phạt.

Như vậy, kể từ khi có Hiến pháp năm 1959 ở Việt Nam, án lệ không được thừa nhận áp dụng để giải quyết các tranh chấp dân sự.

1.3. Áp dụng tập quán

Điều 3 Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2005, quy định: “Trong trường hợp pháp luật không quy định và các bên không có thoả thuận thì có thể áp dụng tập quán; nếu không có tập quán thì áp dụng quy định tương tự của pháp luật. Tập quán và quy định tương tự của pháp luật *không được trái với những nguyên tắc quy định trong Bộ luật này*”.

Nội dung Điều 3 BLDS năm 2005 là một quy định nhằm mở rộng thẩm quyền của TAND trong khi giải quyết những tranh chấp bằng việc áp dụng tập quán, trong trường hợp pháp luật không quy định và các bên không có thoả thuận. Hơn nữa, theo quy định tại điều này, trong trường hợp không có tập quán để áp dụng thì áp dụng quy định tương tự của pháp luật. Tập quán và quy định tương tự của pháp luật không được trái với những nguyên tắc của quan hệ pháp luật dân sự theo quy định của pháp luật hiện hành. Như vậy, việc áp dụng tập quán chỉ thực hiện khi thoả mãn hai điều kiện: *thứ nhất*, pháp luật không có quy định; *thứ hai*, các bên không có thoả thuận.

Cũng theo quy định tại Điều 3 BLDS năm 2005, trong trường hợp không có tập quán để áp dụng thì áp dụng quy định tương tự của pháp luật. Đây là một biện pháp không được ưu tiên áp dụng như tập quán và sự thoả thuận của các bên chủ thể. Tuy nhiên, việc áp dụng quy định tương tự của pháp luật xét về mặt lý luận thì phải thoả mãn các điều kiện sau đây: *thứ nhất*, tranh chấp đang cần được giải quyết thuộc đối tượng điều chỉnh của luật dân sự. Tranh chấp đó là tranh chấp về tài sản mang tính chất hàng hoá - tiền tệ hoặc tranh chấp về nhân thân thuộc đối tượng điều chỉnh của luật dân sự (không bao gồm quyền chính trị và quyền bầu cử của chủ thể); *thứ hai*, tranh chấp đó chưa có quy

phạm để áp dụng giải quyết; nhưng hiện có quy định điều chỉnh quan hệ cùng loại để áp dụng quy định tương tự của pháp luật để giải quyết; *thứ ba*, áp dụng quy định tương tự của pháp luật thuộc thẩm quyền của TAND trực tiếp giải quyết tranh chấp.

Như vậy, việc áp dụng tập quán hay áp dụng quy định tương tự của pháp luật để giải quyết tranh chấp vẫn tuân theo một nguyên tắc truyền thống thuộc thẩm quyền của Toà án. Việc áp dụng tập quán hay áp dụng quy định tương tự của pháp luật để giải quyết tranh chấp được xem như *một giải pháp tình huống* nhằm giải quyết kịp thời những tranh chấp để giữ sự ổn định trong giao lưu dân sự, đồng thời là cơ sở để cơ quan lập pháp có căn cứ sửa đổi, bổ sung hoàn thiện pháp luật cho phù hợp với những quan hệ xã hội đang tồn tại trên thực tế. Hay nói cách khác, do pháp luật còn có những “lỗ hổng”, chưa điều chỉnh hết được các quan hệ xã hội thuộc lĩnh vực dân sự, hoặc do các nhà lập pháp chưa dự liệu hết được các quan hệ dân sự sẽ phát sinh, cho nên việc áp dụng tập quán hay áp dụng quy định tương tự của pháp luật để giải quyết tranh chấp là việc thật sự cần thiết; nhằm giải quyết kịp thời các tranh chấp để giữ được mối đoàn kết trong nhân dân, giữ được sự ổn định trong giao lưu dân sự.

2. Những tập quán điển hình ở nước ta

Việt Nam có 54 dân tộc anh em cùng chung sống trên lãnh thổ với tổng dân số khoảng 90 triệu người (tính đến ngày 01/11/2013). Với số lượng các dân tộc phong phú như vậy, phong tục, tập quán cũng song song trường tồn và có những nét riêng đa dạng, phản ánh bản sắc dân tộc khá rõ. Có thể kể đến các tập quán được áp dụng giải quyết những tranh chấp trong cộng đồng dân cư.

2.1. Tập quán về chuyển giao quyền sở hữu và chuyển giao quyền sử dụng tài sản

a) *Vụ việc thứ nhất*: Đồng bào dân tộc H'Mông (Lai Châu) có phong tục mượn gia súc như trâu, bò để canh tác (cày ruộng). Mỗi

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

khi mượn trâu bò, người mượn phải mang một chai rượu ngô hoặc rượu gạo và một chút thức ăn thường ngày đến để cùng uống rượu với chủ sở hữu gia súc với ý nghĩa là hàm ơn và là một nghi thức của tập quán.

Ông A nguyên là chủ sở hữu của một con trâu đực đã yêu cầu ông B đang chiếm hữu con trâu đó có nghĩa vụ giao trả ông A con trâu đã mượn. Ông B không đáp ứng yêu cầu của ông A với lý do là ông A đã bán con trâu đó cho ông 12 tháng rồi. Tuy nhiên, không có một bằng chứng nào về việc ông A và ông B đã giao kết hợp đồng mua bán trâu.

Tranh chấp này không thể giải quyết bằng pháp luật vì không có bất kỳ một căn cứ nào để xác định là ông A đã bán trâu cho ông B, nhưng nếu dựa vào tập quán thì tranh chấp này sẽ được giải quyết không mấy khó khăn.

Theo tập quán thì ông B không có nghĩa vụ phải trả lại trâu cho ông A, vì ông B không phải thực hiện nghi thức là mang rượu và thức ăn đến nhà ông A để cùng uống và mượn trâu, cho nên việc ông B mượn trâu của ông A là không có, mà sự thật là ông B đã mua trâu của ông A. Hơn nữa, đồng bào dân tộc H'Mông không có lệ mượn trâu trong thời hạn dài như vậy, mà nếu không thoả thuận về thời hạn mượn thì bên mượn trâu có nghĩa vụ trả lại trâu sau khi mục đích mượn đã đạt được - là cày ruộng xong. Nếu ông A cho ông B mượn trâu thì ông A không thể không yêu cầu ông B trả lại trâu sau khi đã cày xong ruộng rẫy, không thể để cho ông B sử dụng sức kéo của trâu lâu như vậy và thời vụ cũng đã qua đi rồi.

Áp dụng tập quán thì rõ ràng, ông B không mượn trâu của ông A vì không có việc ông B mang rượu và đồ ăn đến nhà ông A để uống và mượn trâu. Sự kiện này chứng tỏ rằng ông B đã mua con trâu của ông A, và ông B không có nghĩa vụ trả lại trâu cho ông A, vì ông B đã là chủ sở hữu của con trâu

mua được từ ông A cách thời điểm tranh chấp 12 tháng.

b) *Vụ việc thứ hai:* Đồng bào dân tộc Mường ở Hoà Bình có truyền thống tổ chức lễ hội sau khi đã thu hoạch xong vụ mùa hàng năm. Trong lễ hội của người Mường, không thể thiếu tiếng cồng (chiêng). Vào ngày lễ hội, ông A cho ông B mượn chiêng để sử dụng. Sau lễ hội, ông B mang chiêng trả cho ông A. Ông A không ở nhà, ông B tự mang chiêng vào trong nhà ông A và treo lên chỗ để chiêng. Ba ngày sau, ông A yêu cầu ông B phải bồi thường thiệt hại do khi ông B sử dụng đã làm mặt chiêng bị nứt, vỡ, nhưng ông B không chấp nhận yêu cầu của ông A.

Trường hợp này cũng thiếu căn cứ để yêu cầu ông B bồi thường, vì khi chuyển giao chiêng cho ông B, các bên không có bất kỳ văn bản nào xác định thực trạng của chiêng. Tuy nhiên, nếu áp dụng tập quán thì lại có cơ sở buộc ông B có trách nhiệm bồi thường thiệt hại cho ông A do sử dụng chiêng mà gây thiệt hại.

Theo tập quán của người Mường (Hoà Bình) thì khi mượn chiêng, cả bên cho mượn và bên mượn phải mang chiêng ra trước cửa hoặc sân của chủ cho mượn, chủ của chiêng gõ chiêng một hồi ba tiếng hoặc ba hồi chín tiếng và tiếng chiêng ngân lên ở tần số cao nhất. Nếu các bên hoặc một bên sau khi nghe xong hồi chiêng mà không cảm thấy chiêng bị rè do bị vỡ, bị nứt thì việc chuyển giao chiêng bình thường. Ngược lại, khi bên mượn chiêng trả lại chiêng thì cũng phải làm thủ tục tương tự như khi mượn, là gõ một hồi ba tiếng hoặc ba hồi chín tiếng để mọi người cùng nghe xem tiếng chiêng có bị rè hoặc khác biệt so với khi mượn không. Căn cứ vào tập quán trên, ông B khi trả chiêng đã không thực hiện nghi thức theo tập quán, do vậy chiêng bị rè, nứt vỡ là do ông B trong khi sử dụng đã làm hư hỏng, theo đó ông B có trách nhiệm phải bồi thường cho ông A.

Hai vụ việc trên đã thể hiện việc áp dụng tập quán là rất thực tế và phù hợp, giải quyết thoả đáng các tranh chấp phát sinh. Dù các tập quán được áp dụng để giải quyết các tranh chấp trên rất khác các quy định của pháp luật, ngoài pháp luật, nhưng không trái pháp luật và không trái đạo đức xã hội. Tập quán được áp dụng để giải quyết những tranh chấp trên đây là rất tinh tế và được áp dụng đã mang lại hiệu quả cao.

2.2. Tập quán về bồi thường

Hai dân tộc Êđê và M'ông ở Tây Nguyên đều có luật tục. Những quy định của luật tục Êđê và M'ông về bồi thường thiệt hại đều có đặc điểm chung là: người gây thiệt hại là người có trách nhiệm bồi thường; mức bồi thường cũng căn cứ vào hình thức lỗi của người gây thiệt hại; ngoài khoản bồi thường vật chất, người gây thiệt hại còn phải thực hiện những nghi lễ nhất định để chuộc lỗi; bồi thường thiệt hại cũng theo nguyên tắc toàn bộ và kịp thời.

Ví dụ, Luật tục M'ông quy định hành vi của người đốt rẫy, để cháy sang rẫy của người khác là có lỗi vô ý, phải bồi thường: “rẫy cháy không sạch phải dọn; chòi bị cháy phải đền; không được đòi quá đáng; không được bắt đền to”. Hoặc: “Nuôi lợn cố tình thả rông; nuôi trâu cố tình thả rông; nuôi voi cố tình thả hoang, chúng ăn rẫy phải chịu, phá chòi phải đền. Lợn, trâu, voi làm sai, chủ phải đền.”

Luật tục Êđê và M'ông đều quy định về trách nhiệm do gây thiệt hại về tài sản và mức bồi thường thiệt hại. Thiệt hại do con người gây ra gồm: đốt rẫy cháy lan sang rẫy của người khác, đánh thuốc độc bắt cá suối, không chăm sóc trâu bò bị dịch, trâu bò bị dịch không thông báo, gây hại do cháy rừng, không tắt lửa nhà mình mà gây thiệt hại, gây thiệt hại về gia súc, gia cầm cho người khác, thả rông trâu, bò khi chưa đến mùa, giết gia súc trong vườn, rẫy của người khác. Những thiệt hại do con người gây ra được xác định

dựa trên các yếu tố lỗi. Lỗi của người gây thiệt hại về tài sản phần nhiều là lỗi vô ý.

a) *Trách nhiệm về thiệt hại do gia súc gây ra*

Luật tục Êđê quy định chủ sở hữu gia súc phải bồi thường thiệt hại do gia súc của mình gây ra. Nguyên tắc bồi thường thiệt hại là ngang giá. Người có gia súc gây thiệt hại cho người khác về sức khoẻ, tính mạng, tài sản còn phải chịu trách nhiệm bằng một số tài sản khác, ngoài khoản bồi thường thiệt hại thực tế. Những quy định của luật tục Êđê về bồi thường thiệt hại do gia súc gây ra cũng dựa trên yếu tố lỗi của chủ sở hữu, và trong một số trường hợp chủ sở hữu của gia súc cho dù không có lỗi cũng phải bồi thường, vì gia súc đó thuộc quyền sở hữu của mình. Tuy nhiên, luật tục Êđê cũng có quy định trong trường hợp riêng biệt, chủ sở hữu gia súc được miễn bồi thường: “Trâu, bò mùa khô, chúng muốn đi đâu, chúng đi; chúng muốn đi lang thang đâu đó, chúng đi. Nếu chúng húc nhau đến chết cũng mặc, không phải đưa nhau ra xét xử, cứ đem chúng ra thui mà ăn”.

Thiệt hại trên nằm ngoài sự kiểm soát của con người, coi là sự kiện bất khả kháng, người có gia súc gây thiệt hại không phải bồi thường. Tuy nhiên, nếu gia súc gây thiệt hại đến sức khoẻ của người khác, cho dù chủ sở hữu không có lỗi nhưng cũng phải bồi thường: “Nếu trâu, bò hung dữ báng chết một người, thì chủ sở hữu của nó phải bồi thường; còn con vật bị giết thịt làm vật hiến sinh cúng cho người chết”; nếu người bị báng chỉ bị thương, thì chủ của gia súc phải bồi thường theo thiệt hại xác định được: “Nếu vết thương nhẹ, khoản bồi thường sẽ ít; nếu vết thương nặng, khoản bồi thường sẽ nhiều”.

Với thiệt hại về hoa màu, Điều 226 luật tục Êđê quy định: gia súc “ăn ít khóm thì đền, ăn ít lá thì phải làm một lễ hiến sinh từ lợn trở lên, nếu ăn trụi mùa màng thì phải thay thế”.

Việc đánh giá luật tục Êđê quy định về người phải bồi thường, mức bồi thường thiệt hại do súc vật gây ra, phù hợp với những quy định của BLDS về bồi thường thiệt hại, ở những điểm sau đây: trâu, bò trong mùa phải chăn giữ, nếu chúng hăng máu đấu nhau mà bị chết, bị què hay bị đui thì cũng không có chuyện gì phải đưa ra xét xử; nếu do lỗi của chủ sở hữu trâu bò, do thiếu sự quản lý, chăn dắt mà để trâu bò của mình gây thiệt hại cho trâu, bò của người khác thì phải bồi thường ngang giá với thiệt hại (Điều 223 luật tục Êđê); trâu, bò làm bị thương người khác thì chủ sở hữu của trâu, bò phải bồi thường, và bồi thường các khoản thiệt hại khác về tài sản xác định được; gia súc phá hoại hoa màu của người khác, chủ sở hữu gia súc phải bồi thường.

b) Trách nhiệm đối với thiệt hại về tài sản, sức khỏe, tính mạng của cá nhân

Trong luật tục Êđê và M'ông có những quy định về trách nhiệm và mức độ bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng theo nguyên tắc ngang giá và trách nhiệm vật chất không dựa trên căn cứ thiệt hại thực tế, mà dựa trên sự áp đặt chủ quan của luật tục. Nghi lễ và tôn giáo được thể hiện rõ qua hình thức phạt vạ, như giết vật để hiến sinh, cúng giàng, cúng thần của hoa màu, cúng linh hồn của người chết. Bồi thường thiệt hại về sức khỏe, tính mạng, làm ô nhiễm môi trường không dựa trên những thiệt hại thực tế, mà được định lượng sẵn bằng một vật cụ thể. Người gây thiệt hại vừa phải bồi thường, vừa phải bị mang ra xét xử, hoặc người gây thiệt hại chỉ bị xét xử giữa cộng đồng, mà không phải bồi thường: “Kẻ có trâu bò mà chiều lười tìm, sáng lười giữ, để chúng đi lang thang trong rừng như bầy thú hoang để chúng đến ăn, phá hoại hoa màu, mùa màng của người ta, những kẻ đó là có tội. Hấn là chủ của ngựa, trâu, bò, là người có của mà không lo giữ. Như vậy, có việc phải đưa hấn ra xét xử” (Điều 225 luật tục Êđê). Theo quy định trên, được hiểu như một giá định, mà không có nội dung của sự phá hoại hoa màu, mùa

màng của người khác diễn ra như thế nào. Xét xử người có gia súc mà để chúng đi lang thang mang tính chất khuyến bảo, giáo dục, phân tích điều hơn, lẽ thiệt cho người có gia súc hiểu mà không mang tính chất trừng phạt. Khái niệm “đền mạng” do luật tục quy định không nên hiểu theo nghĩa đen của từ này, mà hiểu theo nghĩa người gây thiệt hại có trách nhiệm bồi thường một khoản tiền, một khoản tài sản khác cho gia đình có người bị thiệt mạng. Điều 224, đoạn 2 luật tục Êđê quy định: “giá mạng người là một cái la, đường kính bằng một “heh” thêm một “kpat”; “Khi hấn đặt mang cung, cấm chông, các ông cậu, ông bác trong làng không được hấn báo cho biết. Vì vậy, khi người chết, hấn phải trả giá đền mạng; khi người ta bị thương, hấn phải chịu bồi thường... Nếu người bị thương không giảm đau, không lành được, vẫn cứ rên la, không rời được chân chiếu, thì hấn phải đền mạng bằng một cái la và phải làm một lễ Kpih một con trâu cho gia đình người chết”. Khái niệm “đền mạng” và “bồi thường thiệt hại” về tính mạng, sức khỏe của người khác do một người có lỗi gây ra, có đặc điểm chung là bồi thường bằng tài sản theo một mức độ và hình thức đã ấn định: Người có hành vi vô ý làm chết người phải bồi thường một cái la và còn có thể phải hiến thêm một con lợn, con trâu, con bò để làm lễ cho gia đình người bị chết.

Đối với hành vi cố ý đánh người, luật tục Êđê quy định tại các Điều 178 và 179, phân biệt theo các quan hệ khác nhau: “Một người do say rượu mà đánh người khác đến chết hoặc cầm dao chém chết người ta thì hấn phải trả giá đền mạng người. Nếu người ta bị thương thì hấn phải nộp một khoản bồi thường”. Con rể đánh bố vợ thì: “Hấn đánh họ bị thương, đánh cho chết; như con lợn, con trâu để hiến sinh, hấn sẽ phải mất xác vì những chuyện hấn đã gây ra”. Người con rể đánh chết hoặc gây thương tích cho bố, mẹ vợ phải bồi thường 1/4 tổng giá trị tài sản thu nhập được chuyển giao cho vợ, con người

quá cố. Trong trường hợp người con rể đó lần trốn, trách nhiệm bồi thường thuộc về người chị gái, em gái và các cháu gọi người gây thiệt hại bằng cậu ruột phải bồi thường thay.

Theo chúng tôi, những quy định của luật tục Êđê và M'ông về trách nhiệm bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng mà không trái với những nguyên tắc chung được quy định trong BLDS, thì có thể được dùng để hoà giải khi có việc gây thiệt hại về tài sản do hành vi vô ý hoặc cố ý của con người hoặc những thiệt hại do súc vật của chủ sở hữu gây ra cho người khác. Bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng theo luật tục được áp dụng trong việc hoà giải, thoả thuận mức độ bồi thường của bên gây thiệt hại với bên bị thiệt hại nếu không trái với pháp luật và đạo đức xã hội, thì Toà án nên chấp nhận những thoả thuận đó. Cần có sự phối kết hợp giữa các cơ quan chức năng trong các tỉnh có đồng bào dân tộc sinh sống có luật tục, để tổ chức tuyên truyền nội dung pháp luật của Nhà nước, có sự so sánh với nội dung của luật tục tới các già làng, trưởng thôn, trưởng bản và tư pháp xã, tổ hoà giải ở địa phương thường xuyên và bằng nhiều biện pháp, hình thức tổ chức phù hợp. Những quy định của luật tục không trái với pháp luật, không trái đạo đức xã hội cần được tôn trọng và bảo tồn.

3. Một số tập quán phổ biến khác

Với bề dày lịch sử hàng ngàn năm, các dân tộc Việt Nam có hệ thống tập quán rất đa dạng, phong phú và nhiều tập quán hàm chứa yếu tố hiện đại, văn minh. Vì vậy, khi xây dựng và ban hành pháp luật, không thể không tham khảo tập quán để luật phù hợp hơn với đời sống xã hội.

Hơn nữa, ở nông thôn đang tồn tại rất nhiều “hương ước” của mỗi xã, mỗi làng. Những hương ước này đều có nội dung và mục đích củng cố tình làng, nghĩa xóm và có tính giáo dục cao trong cộng đồng, chứa đựng rất nhiều tập quán tốt đẹp trong cộng đồng dân cư. Vì vậy, khi áp dụng tập quán

cũng cần phải quan tâm đến hương ước của cộng đồng, bởi các hương ước được hình thành trên cơ sở thoả thuận của cộng đồng dân cư đơn vị làng, xã. Trong các hương ước hàm chứa một số nội dung đã trở thành tập quán có giá trị như các quy định của pháp luật. Ví dụ:

a) Tập quán giải quyết tranh chấp về vật nuôi, cây trồng

Thông thường, khi tranh chấp đòi cây hoặc rừng cây (rừng nguyên sinh, rừng cây tái sinh mà không rõ ranh giới) thì tập quán giải quyết tranh chấp sẽ là xác định điểm cao nhất trên đỉnh đồi rồi chia đôi, lấy nước đổ lên đỉnh cao nhất được xác định, nước sẽ chảy cả ra hai phía, tách quả đồi làm hai theo vết chảy. Phía dưới xác định là chỗ trũng nhất (khe suối) cũng theo phương pháp xác định giữa dòng chia đôi (phong tục này áp dụng cho cả việc tranh chấp sông, suối giữa địa giới hành chính cả làng, xóm, xã).

Việc tranh chấp về địa giới liên quan đến địa hình của điều kiện tự nhiên như đồi, rừng rất phức tạp vì mốc giới hoặc không có hoặc đã bị mất dấu vết, cho nên việc áp dụng tập quán trên đây (của đồng bào Mường tỉnh Hoà Bình) theo chúng tôi là có hiệu quả cao, giữ được mối đoàn kết trong nhân dân, tôn trọng tập quán của nhân dân và giải quyết được triệt để tranh chấp phát sinh thuộc lĩnh vực đồi, rừng. Mục đích của pháp luật cũng chỉ cần như vậy.

Khi có tranh chấp vật nuôi, tập quán được áp dụng thường là theo nguyên tắc “mẹ nào, con nấy”. Tức là đàn lợn con hay nghé, bê vừa sinh ra hoặc đã lớn đi theo con mẹ nào thì xác định con mà nó đi theo là mẹ nó và con mẹ nào thuộc đàn nhà ai thì đương nhiên con mà nó đi theo thuộc nhà đó. Có tập quán này vì thói quen chăn thả rộng (trâu bò, lợn) nên các loài gia súc, gia cầm này sinh nở tự nhiên trên đồi núi, nên phải xác định chủ của chúng. Đây là một tập quán rất văn minh. Tập quán này dựa trên bản năng của

động vật, nằm ngoài ý chí của con người, ngăn chặn được những hành vi trái pháp luật muốn chiếm đoạt tài sản của người khác. Tập quán này (của đồng bào Mường tỉnh Hoà Bình) rất có hiệu quả điều chỉnh các tranh chấp liên quan đến gia súc, gia cầm. Vì vậy, theo chúng tôi, tập quán này nên được ưu tiên áp dụng. Áp dụng tập quán này khi giải quyết sẽ không bị phụ thuộc vào chủ quan của con người, của cơ quan xét xử.

b) Việc xâm hại, làm ảnh hưởng mồ, mả

Mồ mả là nơi linh thiêng, vì vậy, bất cứ hành vi xâm hại nào như: phóng uế, đào củ, rễ cây vào khu vực mồ mả thì sẽ bị cộng đồng phạt bằng một con lợn. Căn cứ vào tính chất mức độ xâm phạm mà có thể phạt con lợn to hoặc nhỏ. Thông thường, kích thước con lợn bị bắt phạt tính bằng nắm (gang tay), thường là từ 3 - 4 nắm tay tính từ móng lợn đến đầu con lợn (một nắm có thể tương đương 10kg lợn hơi).

4. Cần áp dụng tập quán trong giải quyết tranh chấp dân sự

Tập quán và luật tục đều có những đặc điểm thể hiện những quy tắc xử sự trong cộng đồng và tôn trọng quyền lực không thành văn hay thành văn của cộng đồng. Do điều kiện địa lý, do truyền thống canh tác... nên những thoả thuận dùng nguồn nước chung, ranh giới đất đai, rừng, quyền đối với vật nuôi, cây trồng, hoa lợi từ vật nuôi... đã được xem là những chuẩn mực về cách xử sự trong cộng đồng, thể hiện tính nhân đạo, nhân văn cao. Vì vậy, tập quán cần được coi trọng và nên được áp dụng vào việc giải quyết những tranh chấp dân sự, nhằm góp phần củng cố khối đoàn kết trong cộng đồng, bảo vệ trật tự, an toàn xã hội và đó cũng là mục đích điều chỉnh của pháp luật.

Về áp dụng tập quán, quy định tại Điều 3 BLDS năm 2005 chưa có hiệu quả điều chỉnh cao vì chưa thật sự phù hợp. Bản chất của quan hệ dân sự là thoả thuận, nếu thoả thuận ấy không chống lại điều cấm của pháp

luật và không trái đạo đức xã hội thì có giá trị áp dụng để giải quyết tranh chấp. Theo chúng tôi, khi sửa đổi, bổ sung BLDS năm 2005 thì phải quy định thật cụ thể, thật chi tiết về nguyên tắc áp dụng tập quán khi giải quyết tranh chấp dân sự. Quy định về tập quán thì phải để cho nội dung này điều chỉnh hữu hiệu quan hệ dân sự, do vậy phải xác định vị trí ưu tiên khi áp dụng tập quán. Nếu theo quy định tại Điều 3 BLDS hiện hành thì tập quán chưa thật sự được coi trọng. Bởi quy định: “Trong trường hợp pháp luật không quy định và các bên không có thoả thuận thì có thể áp dụng tập quán”... đã mang tính chất nửa vời, do chữ “có thể”. Thông thường, Toà án sẽ không chọn tập quán để áp dụng mà lại chọn cách áp dụng quy định tương tự của pháp luật, nên quy định việc áp dụng tập quán sẽ kém hiệu quả trên thực tế.

Theo chúng tôi, tập quán nên được áp dụng ưu tiên kể cả trong trường hợp pháp luật có quy định. Vấn đề hợp tình và hợp lý trong giải quyết tranh chấp là biết kết hợp giữa những tinh hoa của tập quán và pháp luật. Suy cho cùng, pháp luật không thể tách rời cuộc sống hiện thực và không làm phức tạp hoá cuộc sống hiện thực. Hơn nữa, vấn đề án lệ cũng cần thiết phải được xem xét để có thể lấy án lệ làm điển hình để giải quyết những tranh chấp có tính chất tương tự nhau. Trình độ và trải nghiệm của thẩm phán sẽ được nâng cao nếu án lệ được xem xét áp dụng. Kinh nghiệm cho thấy, ở đâu có hệ thống toà án tập trung cao, thì ở đó mới có thể đề cập đến vai trò của án lệ.

Tập quán là những phương thức ứng xử giữa người với người đã được định hình cùng với sự hình thành và phát triển xã hội có tính lịch sử và được xem như chuẩn mực có vai trò đảm bảo sự ổn định xã hội và giao lưu dân sự, do vậy tập quán cần được xem xét để quy định trong BLDS thật rõ ràng và ưu tiên áp dụng trong giải quyết tranh chấp, nếu tập quán đó không vi phạm điều cấm của pháp luật và không trái đạo đức xã hội ■

KHÔNG BAN HÀNH ĐẠO LUẬT TƯ PHÁP QUỐC TẾ: XU THẾ TẤT YẾU CỦA TƯ PHÁP QUỐC TẾ VIỆT NAM TRONG GIAI ĐOẠN TỚI

BÀNH QUỐC TUẤN*

Với vai trò là một lĩnh vực pháp luật có đối tượng điều chỉnh là các quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài, tư pháp quốc tế (TPQT) có nguồn luật rất rộng trong đó pháp luật quốc gia là một trong những nguồn luật cơ bản. Về mặt kỹ thuật lập pháp, TPQT các nước hiện nay có hai xu hướng chủ yếu đối với nguồn luật quốc gia là ban hành đạo luật TPQT tập trung hoặc không ban hành đạo luật TPQT mà quy định trong nhiều văn bản pháp luật khác nhau có liên quan. Việt Nam nên theo xu hướng nào để phù hợp với điều kiện thực tế giai đoạn hiện nay cũng như sắp tới là vấn đề còn gây nhiều tranh cãi trong giới nghiên cứu. Vì vậy, việc lựa chọn một giải pháp phù hợp là điều cần thiết để góp phần hoàn thiện lý luận TPQT ở Việt Nam, đặc biệt là để phục vụ cho việc sửa đổi, bổ sung Phần thứ bảy, Bộ Luật Dân sự năm 2005.

1. Xu hướng của các quốc gia trong việc xây dựng quy phạm pháp luật của tư pháp quốc tế

Trong việc xây dựng các quy phạm pháp luật (QPPL) của TPQT thì hoàn thiện các QPPL trong các văn bản pháp luật quốc gia là giải pháp được các quốc gia ưu tiên lựa chọn. Điều này xuất phát từ việc xây dựng các quy phạm trong pháp luật quốc gia đơn giản và dễ dàng hơn việc xây dựng và thực hiện các điều ước quốc tế. Tuy nhiên, tùy theo đặc điểm của từng nước mà các quy phạm của TPQT được xây dựng tập trung

thành một đạo luật hoặc quy định rải rác trong các văn bản pháp luật về dân sự, hôn nhân gia đình, lao động, tổ tụng dân sự (TTDS),... Hiện nay, nhiều quốc gia trên thế giới đã ban hành đạo luật TPQT riêng để điều chỉnh các quan hệ của TPQT. Các nước đã ban hành Luật TPQT điển hình như:

- Khu vực châu Âu: Ba Lan (Luật TPQT ngày 11/12/1965); Hungary (Sắc luật về TPQT năm 1979); Cộng hòa Liên bang Đức (Bộ luật về TPQT ngày 25/7/1986); Liên bang Thụy Sĩ (Switzerland's Federal Code on Private International Law of 18 September

* TS. Khoa Luật, Trường Đại học Kinh tế - Luật, ĐHQG TP. Hồ Chí Minh

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

1987- CPIL); Vương quốc Bỉ (Law of 16 July 2004 holding the Code of Private International Law); Bulgaria (Bulgarian Private International Law Code of 04 May 2005); Italia (Luật TPQT năm 1995), Ucraina (Luật TPQT năm 2005),...

- Khu vực châu Á: Nhật Bản (Act on the General Rules of Application of Laws of 2006), Trung Quốc (Luật TPQT năm 2010), Đài Loan (Luật TPQT năm 2010),...

Có thể thấy, những nước đã ban hành đạo luật TPQT thường rơi vào một trong hai trường hợp: hoặc những nước Đông Âu trong quá trình thay đổi, hoàn thiện hệ thống pháp luật của mình cho phù hợp với những biến đổi về thể chế kinh tế - chính trị; hoặc những nước có nền kinh tế phát triển cao, trình độ lập pháp đã đạt đến một mức độ phát triển nhất định và quan trọng nhất, các quan hệ pháp luật do TPQT điều chỉnh đã tương đối ổn định. Bên cạnh những quốc gia theo xu thế này, phần lớn các quốc gia thuộc nhóm nước đang phát triển đều chọn giải pháp không ban hành đạo luật TPQT mà quy định các quy phạm của TPQT trong nhiều văn bản khác nhau: Pháp, An-giê-ri, Liên bang Nga, Peru, Việt Nam, Lào, Thái Lan, Malaysia, một số nước Bắc Âu, các quốc gia châu Phi,... Trong số này có cả những nước có nền kinh tế - xã hội phát triển và có số lượng rất lớn. Nói một cách khác, số lượng các đạo luật TPQT đã ban hành vẫn còn rất ít so với số lượng các hệ thống pháp luật quốc gia.

Như vậy có thể thấy rằng, mặc dù đã trở thành một xu thế hiện thực và đang phát triển nhưng ban hành đạo luật TPQT vẫn chưa phải là giải pháp được các quốc gia ưu tiên lựa chọn. Điều này có thể lý giải bởi những nguyên nhân cơ bản sau đây:

Thứ nhất, phạm vi các quan hệ dân sự do

TPQT điều chỉnh rất rộng, bao trùm lên nhiều lĩnh vực dân sự khác nhau nên việc tập hợp các quy phạm điều chỉnh các quan hệ này vào một đạo luật thống nhất là vấn đề phức tạp. Điều này có thể dễ dàng nhận thấy qua sự khác biệt giữa các đạo luật TPQT đã ban hành, đặc biệt là phạm vi điều chỉnh của các đạo luật. Một số nước xây dựng Luật TPQT có phạm vi điều chỉnh rất rộng, gần như điều chỉnh mọi vấn đề phát sinh liên quan đến quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài, tập trung vào ba vấn đề cơ bản của TPQT: chọn luật áp dụng cho quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài và vấn đề áp dụng pháp luật nước ngoài; giải quyết xung đột thẩm quyền cũng như xác định thẩm quyền của Tòa án quốc gia giải quyết các vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài; vấn đề công nhận và cho thi hành phán quyết của nước ngoài. Những nước có Luật TPQT điển hình cho phạm vi điều chỉnh rộng là Bỉ, Bulgaria, Liên bang Thụy Sĩ,... Ngược lại, có những nước ban hành đạo luật TPQT có phạm vi điều chỉnh rất hẹp, chỉ giải quyết vấn đề xung đột pháp luật, các vấn đề khác được quy định trong văn bản pháp luật riêng mà thường là Bộ luật TTDS hoặc Luật Thi hành án dân sự. Điển hình của những nước ban hành đạo luật TPQT có phạm vi điều chỉnh hẹp là Nhật Bản: Luật TPQT của Nhật Bản ban hành từ năm 1898, có tên là Luật những nguyên tắc chung về áp dụng pháp luật của Nhật Bản (Act on General Rules for Application of Laws). Luật này đã được sửa đổi nhiều lần và lần sửa đổi gần đây nhất là ngày 21/6/2006, có hiệu lực thi hành từ 01/01/2007. Phạm vi điều chỉnh của luật chủ yếu tập trung vào vấn đề chọn luật áp dụng cho quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài¹. Các vấn đề liên quan đến công nhận và thi hành phán quyết của nước ngoài được điều

1 Xem: Act on General Rules for Application of Laws (bản tiếng Anh).

chính bởi Luật Thi hành án dân sự Nhật Bản năm 1979, sửa đổi năm 2003 (The Civil Execution Act of Japan - Law No. 4 of 1979 as amended by Law No. 138 of 2003), vấn đề thẩm quyền giải quyết các vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài được điều chỉnh bởi Bộ luật TTDS năm 1996, sửa đổi năm 2003 (The Code of Civil Procedure of Japan - Law No. 109 of 1996 as amended by Law No. 128 of 2003)². Nhiều quốc gia Tây Âu và Bắc Mỹ cũng ban hành Luật TPQT (dù tên gọi có sự khác nhau) với phạm vi điều chỉnh chỉ bao gồm vấn đề công nhận và cho thi hành phán quyết dân sự của nước ngoài. Ví dụ: Vương quốc liên hiệp Anh và Bắc Ai - len³, Australia⁴, Hoa Kỳ⁵...

Những sự khác biệt này cho thấy, chưa có một khuôn mẫu chung cho đạo luật về TPQT và với thực trạng như thế nếu số lượng các đạo luật gia tăng sẽ làm phát sinh sự “xung đột” giữa chính các đạo luật với nhau khi cùng giải quyết một vấn đề của TPQT. Chính vì vậy, nhiều quốc gia đã không lựa chọn giải pháp ban hành đạo luật TPQT cho đến thời điểm phù hợp nhất.

Thứ hai, đối với những quốc gia đã ổn định cấu trúc của hệ thống văn bản pháp luật trong lĩnh vực dân sự, việc xây dựng và ban hành đạo luật về TPQT sẽ tác động đến toàn bộ các văn bản pháp luật trong hệ thống pháp luật quốc gia bởi lẽ phải sửa đổi hàng loạt các văn bản pháp luật có liên quan. Rõ ràng việc gây ra những thay đổi lớn chỉ để nhằm xây dựng một đạo luật là điều không cần

thiết đối với những quốc gia đang hoàn thiện hệ thống pháp luật của mình và mong muốn có một hệ thống pháp luật ổn định. Nhiều quốc gia trên thế giới trong quá trình xây dựng và hoàn thiện pháp luật đã tính đến phương án ban hành đạo luật về TPQT nhưng cuối cùng đã chọn giải pháp tiếp tục duy trì tình trạng sử dụng nhiều văn bản pháp luật khác nhau để điều chỉnh các quan hệ này nhằm tránh gây ra những xáo trộn lớn trong hệ thống pháp luật. Điển hình như trường hợp của Cộng hòa dân chủ nhân dân Lào⁶ hoặc Việt Nam trong giai đoạn xây dựng BLDS năm 2005. Có thể thấy rằng, việc lựa chọn ban hành hay không ban hành đạo luật TPQT không thuần túy xuất phát từ xu thế hoặc yêu cầu điều chỉnh các quan hệ pháp luật mà còn phải căn cứ trên hiện trạng của hệ thống pháp luật, đặc biệt là việc tính toán hiệu quả của việc ban hành pháp luật trong giai đoạn hiện tại cũng như giai đoạn sắp tới. Nói cách khác, giải pháp ban hành đạo luật TPQT chỉ là một trong những khả năng được cân nhắc lựa chọn mà không phải là giải pháp duy nhất hay giải pháp bắt buộc.

Thứ ba, phạm vi điều chỉnh của TPQT mỗi nước là khác nhau. Trên thế giới, tùy theo quan điểm của mỗi nước, có hai loại phạm vi điều chỉnh của TPQT: phạm vi điều chỉnh rộng và phạm vi điều chỉnh hẹp. Đối với những nước có phạm vi điều chỉnh rộng điển hình là TPQT của Pháp, Liên bang Nga, Việt Nam,... phạm vi điều chỉnh của TPQT được xác định rất rộng, bao gồm những vấn

2 Xem thêm: Nozomi Tada (Professor of Tokyo University), *Enforcement of Foreign Judgments in Japan Regarding Business Activities*, *Japanese Annual of International Law*, No. 46, pp. 75-94; *The Civil Execution Act of Japan (Law No. 4 of 1979 as amended by Law No. 138 of 2003)*; *The Code of Civil Procedure of Japan (Law No. 109 of 1996 as amended by Law No. 128 of 2003)*.

3 Xem: *The British Foreign Judgments Act of 1933*.

4 Xem: *Foreign Judgments Act 1991, Act No. 112 of 1991*.

5 Xem: *The Uniform Enforcement of Foreign Judgments Act of 1948*.

6 Xem: Sida Lokaphone (Viện trưởng Viện khoa học pháp lý và hợp tác quốc tế, Bộ Tư pháp Lào), *Một số nét về TPQT của Cộng hòa dân chủ nhân dân Lào, Tham luận trình bày tại Hội thảo khu vực Một số vấn đề thực tiễn về quan hệ nhân thân và tài sản trong TPQT (Nhà pháp luật Việt – Pháp tổ chức tháng 5/2005 tại Hà Nội)*.

đề chung liên quan đến chủ thể của TPQT, xung đột pháp luật, xung đột thẩm quyền xét xử, vấn đề ủy thác tư pháp và vấn đề công nhận, cho thi hành phán quyết của cơ quan tài phán nước ngoài. Bên cạnh đó, nội dung TPQT còn bao gồm cả những lĩnh vực quan hệ dân sự cụ thể có yếu tố nước ngoài như quan hệ sở hữu, thừa kế, lao động,... Thậm chí, TPQT của Pháp còn điều chỉnh cả vấn đề quốc tịch, quy chế xuất nhập cảnh của người nước ngoài⁷. Đối với những nước có phạm vi điều chỉnh hẹp điển hình là các nước thuộc hệ thống pháp luật Anglo - Saxon như Anh, Mỹ, một số nước khác như Australia, Singapore,... TPQT được nghiên cứu dưới góc độ luật xung đột vì vậy có phạm vi điều chỉnh hẹp. Phạm vi điều chỉnh của tư pháp tập trung vào ba vấn đề: xung đột pháp luật và giải quyết xung đột pháp luật, xung đột thẩm quyền xét xử và xác định cơ quan tài phán có thẩm quyền, vấn đề công nhận và cho thi hành phán quyết của cơ quan tài phán nước ngoài. Vấn đề quốc tịch và quy chế pháp lý của người nước ngoài được giải quyết riêng, trong khuôn khổ của luật công. Ngoài ra, theo quan điểm của một số nước (Đức, Italia), TPQT có phạm vi điều chỉnh rất hẹp, chỉ giải quyết vấn đề xung đột pháp luật và giải quyết xung đột pháp luật. Vấn đề xung đột thẩm quyền xét xử được giải quyết trong khuôn khổ luật tố tụng. Ở những nước có phạm vi điều chỉnh của TPQT hẹp, thuật ngữ TPQT ít được sử dụng mà sử dụng phổ biến thuật ngữ *Luật xung đột*. Các công trình nghiên cứu khoa học, ấn phẩm, sách báo cũng thường xuyên sử dụng thuật ngữ này⁸.

Chính từ sự khác biệt về mặt lý luận này

dẫn đến giải pháp lựa chọn của các nước đối với việc xây dựng các QPPL thực định là khác nhau. Điều này dẫn đến giải pháp ban hành đạo luật TPQT riêng không được nhiều quốc gia lựa chọn, đặc biệt là những nước có phạm vi điều chỉnh của TPQT rộng.

Thứ tư, việc lựa chọn giải pháp cụ thể cho từng quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài ở các nước là khác nhau. Đây là điều tất yếu trong TPQT bởi lẽ tùy thuộc vào điều kiện kinh tế - xã hội cụ thể của từng nước mà giải pháp lựa chọn luật áp dụng đối với từng quan hệ cụ thể sẽ khác nhau. Ví dụ: một hợp đồng theo pháp luật nước A là có hiệu lực pháp luật bởi lẽ quy phạm xung đột của nước này áp dụng luật nơi ký kết hợp đồng nhưng theo pháp luật nước B sẽ vô hiệu bởi lẽ quy phạm xung đột của nước này áp dụng luật nơi thực hiện hợp đồng. Như vậy, cả nước A và nước B không thể xây dựng một đạo luật TPQT để có thể áp dụng cho cùng một quan hệ được bởi lẽ về mặt hiệu quả điều chỉnh cũng không khác so với việc giữ nguyên hiện trạng các QPPL của TPQT đang nằm rải rác ở nhiều văn bản pháp luật khác nhau.

Nói tóm lại, mặc dù đã trở thành một hiện tượng có thật của TPQT một số nước, nhưng ban hành đạo luật TPQT rõ ràng chưa thể trở thành xu thế tất yếu của TPQT trong giai đoạn sắp tới bởi những khó khăn, thử thách đặt ra cho quá trình lập pháp của các quốc gia. Và quan trọng nhất, hiệu quả điều chỉnh của các QPPL cũng không có gì thay đổi so với hiện tại. Việc ban hành hay không ban hành đạo luật TPQT là vấn đề được các quốc gia cân nhắc thận trọng chứ không phải là xu thế tất yếu trong giai đoạn hiện nay và sắp tới.

7 Xem Jean Derruppe, *TPQT - Dịch giả: Trần Đức Sơn (Bản dịch tiếng Việt của Nhà pháp luật Việt - Pháp)*, NXB Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2005, tr. 11, tr. 12.

8 Xem: Morris L. Cohen & Kent C. Olson (2000), *Legal Research, West Group*; Eugene F. Scoles, Peter Hay, Patrick J. Borchers, Symeon C. Symeonides (2000), *Conflict of Laws, West Group Press*; J.G. Collier (2001), *Conflict of Laws, Cambridge University Press*; Roy Goode, Herbert Kronke, Ewan McKendrick, Jeffrey Wool (2007), *Transnational Commercial Law, Oxford University Press*.

2. Xu thế phát triển của tư pháp quốc tế Việt Nam và cơ sở khẳng định việc không ban hành đạo luật tư pháp quốc tế trong giai đoạn sắp tới

Đến thời điểm hiện tại, Việt Nam vẫn là một trong các nước không chọn giải pháp ban hành đạo luật TPQT. Trong hệ thống văn bản pháp luật của Việt Nam hiện hành, các quy phạm của TPQT nằm rải rác trong các văn bản do Quốc hội ban hành. Hiến pháp năm 2013 hiện nay (Hiến pháp năm 1992 trước đây) là nguồn quan trọng nhất của TPQT Việt Nam. Trong Hiến pháp đã ghi nhận nhiều nguyên tắc và quy phạm đặt nền tảng cho lĩnh vực TPQT. Các nguyên tắc hiến định này được pháp điển hóa trong các luật và văn bản dưới luật mà quan trọng nhất là Bộ luật TTDS năm 2004 và BLDS năm 2005. Ngoài BLDS và Bộ luật TTDS, một số đạo luật khác cũng có những quy định của TPQT như Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000, Luật Thương mại năm 2005, Luật Quốc tịch năm 2008, Luật Đầu tư năm 2005, Bộ luật Hàng hải năm 2005, Luật Hàng không dân dụng năm 2006, Luật Trọng tài thương mại năm 2010, Bộ luật Lao động năm 2012,... Nói tóm lại, các QPPL điều chỉnh các quan hệ TPQT không nằm tập trung ở một văn bản mà nằm rải rác ở các văn bản pháp luật khác nhau ở nhiều ngành luật khác nhau. Trong xu thế phát triển của TPQT, đã có nhiều ý kiến đề xuất về việc ban hành một đạo luật TPQT ở Việt Nam. Dĩ nhiên những ý kiến đề xuất đều xuất phát từ những cơ sở nhất định, nhưng việc thực thi trên thực tế đòi hỏi phải có sự đánh giá toàn diện nhu cầu thực tiễn cũng như những điều kiện hiện tại của Việt Nam và dự báo cho giai đoạn sắp tới.

Trên cơ sở sự phát triển của TPQT Việt Nam cũng như những điều kiện kinh tế - xã

hội hiện tại, nhu cầu điều chỉnh pháp luật trong giai đoạn sắp tới có thể dự báo xu thế phát triển của TPQT Việt Nam như sau:

Thứ nhất, hoàn thiện QPPL trong nước theo hướng duy trì tối đa sự ổn định của hệ thống pháp luật. Để hoàn thiện pháp luật điều chỉnh quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài, Việt Nam có nhiều phương án để lựa chọn, trong đó hoàn thiện pháp luật trong nước và tăng cường ký kết hoặc gia nhập các điều ước quốc tế là hai phương án được quan tâm nhiều nhất trong giai đoạn hiện nay. Mỗi phương án đều có ưu điểm và hạn chế riêng. Kinh nghiệm lập pháp của các quốc gia tiêu biểu trên thế giới cho thấy, hoàn thiện văn bản pháp luật trong nước luôn là phương án được quan tâm đầu tiên, bởi lẽ xuất phát từ chủ quyền quốc gia, pháp luật trong nước đóng vai trò là nguồn luật cơ bản của lĩnh vực pháp luật này. Vì vậy, quá trình hoàn thiện pháp luật phải gắn với việc hoàn thiện các văn bản pháp luật trong nước. “Dù muốn hay không chúng ta cũng phải chấp nhận một thực tế là, những điều ước quốc tế Việt Nam đã hoặc sẽ tham gia khó có thể điều chỉnh hết mọi vấn đề TTDS có yếu tố nước ngoài, thậm chí nếu bao quát được hết đi chăng nữa thì hiệu lực của điều ước quốc tế cũng chỉ giới hạn trong phạm vi các nước tham gia ký kết mà thôi. Mặt khác, ngay cả trong trường hợp nhiều vấn đề TTDS có yếu tố nước ngoài đã được giải quyết trong các điều ước quốc tế thì thông thường, để có cơ chế thực thi, chúng cũng cần được chuyển hóa vào các văn bản pháp luật của mỗi quốc gia”⁹. Đặc biệt, trong điều kiện thực tế Việt Nam chưa tham gia nhiều điều ước quốc tế có liên quan đến TPQT thì việc hoàn thiện văn bản pháp luật trong nước càng có ý nghĩa quan trọng trong giai đoạn sắp tới. Tuy nhiên, việc ban hành một đạo luật riêng về TPQT tại Việt

9 Nguyễn Ngọc Khánh, "TTDS có yếu tố nước ngoài trong việc xây dựng Bộ luật Tố tụng dân sự", Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 10, 2003.

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

Nam vẫn chưa được tiến hành. Hiện nay, việc xây dựng dự thảo văn bản pháp luật thay thế cho BLDS năm 2005 vẫn tiếp tục phương án sẽ có một phần của Bộ luật điều chỉnh các quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài thay thế cho Phần thứ bảy của BLDS năm 2005 mà không tách riêng ra để ban hành đạo luật về TPQT¹⁰. Nguyên nhân do quá trình hình thành và phát triển các QPPL điều chỉnh quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài ngay từ đầu đã có các quy định trong nhiều văn bản pháp luật, việc thay đổi sẽ khó khăn, phức tạp do phải sửa đổi, bổ sung nhiều văn bản pháp luật. Bên cạnh đó, việc ban hành một đạo luật riêng về TPQT cũng chưa phải là nhiệm vụ cấp bách mà hoàn thiện nội dung các QPPL mới là nhiệm vụ quan trọng hơn của quá trình hoàn thiện pháp luật về TPQT của Việt Nam trong giai đoạn hiện nay. Vì vậy, việc tiếp tục hoàn thiện các văn bản pháp luật trong nước theo hướng không ban hành đạo luật riêng về TPQT sẽ là xu hướng phát triển của pháp luật Việt Nam trong giai đoạn sắp tới.

Thứ hai, tăng cường ký kết hoặc gia nhập các điều ước quốc tế có liên quan. Bên cạnh việc hoàn thiện văn bản pháp luật trong nước, với xu thế hội nhập của thời đại cũng như những nỗ lực không ngừng thống nhất các QPPL trong lĩnh vực TPQT nói chung trên phạm vi toàn thế giới, thì việc gia nhập các thiết chế đa phương về TPQT cũng như các điều ước quốc tế là một trong những phương án mà các quốc gia ưu tiên lựa chọn. Các quốc gia thuộc Liên minh châu Âu đều đã là thành viên của Hội nghị La Haye về TPQT, thành viên của UNIDROIT, cũng như đều đã tham gia nhiều công ước đa phương

về TPQT của Hội nghị La Haye. Bên cạnh đó, các quốc gia này còn áp dụng các công ước, các văn bản pháp luật do Liên minh châu Âu ban hành. Các nước có nền kinh tế phát triển như Canada, Hoa Kỳ, Australia cũng ký kết, tham gia nhiều điều ước quốc tế đa phương và song phương với EU cũng như các nước khác. Để tạo điều kiện thuận lợi cho việc áp dụng các công ước quốc tế đa phương vào điều kiện cụ thể của mỗi nước, các nước còn ký kết nhiều thỏa thuận song phương quy định cụ thể các vấn đề mà công ước không quy định. Các quốc gia, lãnh thổ thuộc khu vực châu Á, trong đó có nhiều quốc gia có điều kiện kinh tế - xã hội tương đồng với Việt Nam, đều đã không ngừng tăng cường việc tham gia các điều ước quốc tế đa phương cũng như gia nhập các thiết chế đa phương trong lĩnh vực TPQT. Trung Quốc từ sau thời điểm tiến hành cải cách kinh tế năm 1987 đến nay đã ký kết Hiệp định TTTP trong lĩnh vực dân sự với hơn 30 quốc gia, trong đó có nhiều quốc gia châu Âu như Pháp, Italia, Cộng hòa Liên bang Đức, Ba Lan, Romania,... Trung Quốc cũng đã gia nhập nhiều công ước quốc tế đa phương, gia nhập Hội nghị La Haye về TPQT từ 03/7/1987¹¹. Các nước châu Á khác có nền kinh tế phát triển như Nhật Bản (thành viên Hội nghị La Haye từ 27/6/1957), Hàn Quốc đều đã ký kết hoặc gia nhập nhiều điều ước quốc tế đa phương và song phương về TPQT¹². Các nước thuộc khu vực Đông Nam Á như Singapore, Thailand, Malaysia (thành viên Hội nghị La Haye từ 02/10/2002), Philippines (thành viên Hội nghị La Haye từ 14/7/2010) cũng đã gia nhập nhiều công ước đa phương của Hội nghị La Haye về TPQT¹³. Việt Nam

10 Phần thứ năm "Pháp luật áp dụng đối với quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài" (Điều 687 – Điều 708) Dự thảo Bộ Luật dân sự (sửa đổi) trình Quốc hội khóa 13 tại kỳ họp thứ 8, ngày 25/10/2014.

11 Deng Xinran (Associate of the MMLC Group - China), "The Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters in People's Republic of China".

12 Baker & McKenzie (2011), *Dispute Resolution Around the World – Japan*, pp. 14 – 15.

13 Nguồn: Trang Web của Hội nghị La Haye về TPQT (<http://www.hcch.net>).

đã trở thành thành viên chính thức của Hội nghị La Haye từ 10/4/2013 và đang xúc tiến tham gia nhiều thiết chế đa phương về TPQT khác. Tuy nhiên, Việt Nam chưa gia nhập nhiều điều ước quốc tế có liên quan nên xu thế tất yếu trong giai đoạn sắp tới, việc gia nhập các điều ước quốc tế đa phương cũng như song phương sẽ là một trong những giải pháp ưu tiên lựa chọn của Việt Nam để tạo điều kiện thuận lợi cho giao lưu dân sự quốc tế.

Với xu thế phát triển của TPQT Việt Nam như trên, có thể thấy trong giai đoạn sắp tới, khi các điều kiện cho việc ban hành đạo luật về TPQT ở Việt Nam vẫn chưa đầy đủ, Việt Nam sẽ vẫn tiếp tục duy trì việc sử dụng nhiều văn bản pháp luật khác nhau để điều chỉnh các quan hệ của TPQT. Điều này có thể được lý giải bởi các nguyên nhân sau đây:

Thứ nhất, nhiều vấn đề lý luận và thực tiễn của TPQT Việt Nam vẫn chưa được nghiên cứu và giải quyết một cách thấu đáo như phạm vi điều chỉnh của TPQT, mối quan hệ của TPQT với các ngành luật quốc gia, vấn đề quyền miễn trừ của nhà nước,... Những vấn đề lý luận này cần phải được giải quyết triệt để trước khi cơ quan lập pháp hiện thực hóa thành các QPPL cụ thể trong văn bản pháp luật để đảm bảo tính khả thi và quan trọng nhất, tính ổn định, khoa học của văn bản pháp luật được ban hành. Khoa học pháp lý TPQT của Việt Nam chưa thật sự phát triển nên để giải quyết thấu đáo những vấn đề này

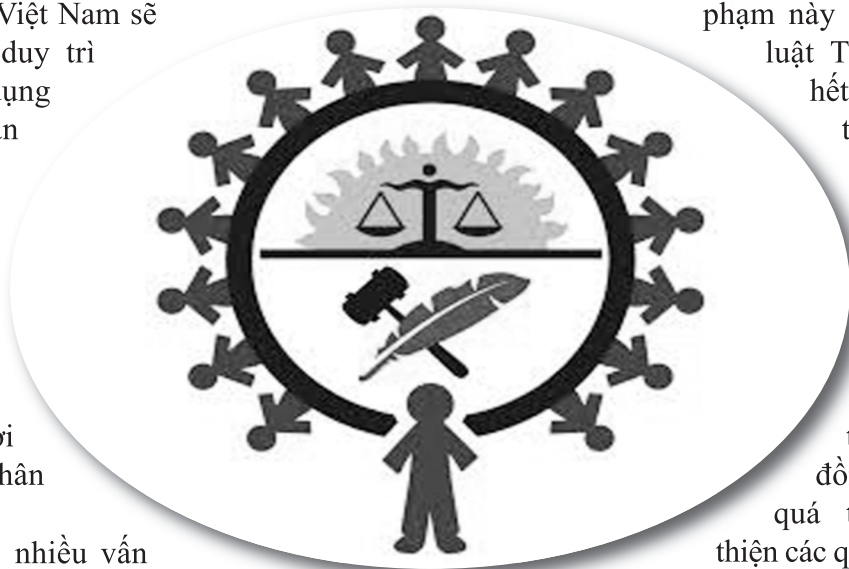
đòi hỏi phải có một thời gian tương đối dài và đây cũng là một trong những điều kiện cơ bản để ban hành đạo luật TPQT.

Thứ hai, việc hoàn thiện hệ thống quy phạm xung đột theo hướng tập trung vào đạo luật TPQT đòi hỏi phải phù hợp với các quy định của pháp luật TTDS, trong khi rất nhiều vấn đề của TTDS vẫn chưa giải quyết được như thẩm quyền của tòa án, trình tự, thủ tục tố tụng, quan hệ TTDS quốc tế,... Hiện nay, các QPPL điều chỉnh quan hệ TTDS quốc tế tập trung vào Bộ luật TTDS năm 2004 và những quy phạm này liên quan chặt chẽ đến các QPPL điều chỉnh quan hệ TTDS trong

nước. Do đó, việc tách các quy phạm này ra khỏi Bộ luật TTDS trước hết sẽ gây xáo trộn cấu trúc của Bộ luật TTDS và quan trọng hơn, phải được tiến hành đồng bộ với quá trình hoàn thiện các quy định liên quan đến TTDS. Trong khi

đó, đến thời điểm hiện tại, rất nhiều vấn đề liên quan đến TTDS vẫn chưa được giải quyết thấu đáo cả về mặt lý luận lẫn thực tiễn. Do đó, hiện tại chưa phải là thời điểm phù hợp để tách các QPPL của TPQT ra khỏi Bộ luật TTDS và đưa vào đạo luật TPQT.

Thứ ba, việc ban hành đạo luật TPQT sẽ gây ra sự xáo trộn rất lớn đối với hệ thống pháp luật hiện hành, đặc biệt là trong hoàn cảnh Việt Nam cần có sự ổn định tương đối của hệ thống pháp luật phục vụ cho công cuộc xây dựng và phát triển kinh tế, đặc biệt là quá trình hội nhập mà tính ổn định là một trong những yêu cầu cơ bản của hệ thống





pháp luật. Trong khi đó, những lợi ích của đạo luật TPQT mang lại chưa rõ ràng và chưa tương xứng. Những ưu điểm của việc ban hành một đạo luật riêng về TPQT theo quan điểm của một số tác giả như: tính tập trung, thuận lợi cho quá trình áp dụng pháp luật và tra cứu văn bản pháp luật; thuận lợi cho việc sửa đổi, bổ sung các QPPL là những vấn đề liên quan đến kỹ thuật lập pháp hoặc tạo tâm lý tin cậy hơn cho chủ thể nước ngoài đối với việc bảo vệ quyền và lợi ích của họ một cách khách quan là không có cơ sở. Nói cách khác, đó chưa phải là tất cả những gì có thể đánh đổi với sự ổn định của hệ thống văn bản pháp luật đã được định hình trong một thời gian dài¹⁴.

Thứ tư, năng lực chuyên môn của các cơ quan chức năng còn hạn chế. Ban hành đạo luật TPQT là một vấn đề phức tạp cả về mặt kỹ thuật lập pháp lẫn nội dung của các QPPL bên trong. Bên cạnh đó, cần phải tính toán để đảm bảo sự đồng bộ của đạo luật này đối với toàn bộ hệ thống pháp luật, đặc biệt là các văn bản pháp luật thuộc lĩnh vực dân sự, bởi lẽ phạm vi điều chỉnh của đạo luật TPQT sẽ ảnh hưởng đến rất nhiều văn bản pháp luật đang tồn tại trong hệ thống pháp luật Việt Nam. Cùng với các vấn đề liên quan đến việc ban hành luật, chúng ta cần phải tính toán đến các khả năng có thể xảy ra khi áp dụng văn bản pháp luật vào thực tế, đặc biệt là khả

năng giải quyết vấn đề của đội ngũ những người làm công tác áp dụng pháp luật. Với thực tế trình độ chuyên môn của đội ngũ những người làm công tác thực thi pháp luật như hiện nay, đặc biệt là trình độ ngoại ngữ, việc ban hành và áp dụng một đạo luật TPQT chắc chắn sẽ gây ra rất nhiều khó khăn cho chúng ta.

Vậy trong trường hợp không ban hành đạo luật TPQT, Việt Nam có thể gặp những khó khăn gì hay không? Có thể thấy rằng, việc không ban hành đạo luật TPQT sẽ gây ra một số khó khăn nhất định cho Việt Nam như việc tra cứu, tìm kiếm các QPPL sẽ mất nhiều thời gian; khả năng mâu thuẫn, chồng chéo giữa các văn bản pháp luật sẽ cao hơn, việc sửa đổi, bổ sung các QPPL sẽ khó khăn, phức tạp hơn do phải sửa đổi nhiều văn bản pháp luật có liên quan,... Tuy nhiên, theo chúng tôi, những khó khăn này không phải là bản chất của vấn đề và càng không phải là những khó khăn gây trở ngại cho quá trình áp dụng pháp luật và hoàn thiện pháp luật. Vấn đề quan trọng cần tập trung trong giai đoạn sắp tới là hoàn thiện về mặt nội dung các quy phạm xung đột chọn luật áp dụng cũng như tăng cường gia nhập các điều ước quốc tế để thúc đẩy nhanh quá trình hội nhập quốc tế.

Với tất cả những phân tích trên, có thể kết luận rằng, những điều kiện cần và đủ cho việc ban hành đạo luật TPQT ở Việt Nam vẫn chưa xuất hiện và không ban hành đạo luật TPQT, tiếp tục duy trì vai trò luật chung của BLDS trong việc điều chỉnh các quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài cùng với quy phạm xung đột trong các văn bản pháp luật chuyên ngành sẽ là giải pháp phù hợp nhất cho Việt Nam trong giai đoạn hiện tại cũng như sắp tới và đây cũng sẽ và phải là giải pháp lựa chọn cho việc sửa đổi, bổ sung Phần thứ bảy BLDS năm 2005 ■

14 Xem: Lê Thị Nam Giang, Đề xuất xây dựng Luật TPQT, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 18 (250), T9/2013, tr. 18 – tr. 24.

BÌNH LUẬN VỀ CÁC QUY ĐỊNH LIÊN QUAN ĐẾN HỢP ĐỒNG THEO MẪU VÀ ĐIỀU KIỆN GIAO DỊCH CHUNG TRONG DỰ THẢO BỘ LUẬT DÂN SỰ (SỬA ĐỔI)

ĐỖ GIANG NAM*

Cùng với việc sửa đổi quy định hiện hành về Hợp đồng theo mẫu trong Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2005, Dự thảo BLDS (sửa đổi) (sau đây gọi là Dự thảo BLDS 2015) đã lần đầu tiên giới thiệu một điều luật riêng biệt về Điều kiện giao dịch chung, điều đó đã phản ánh tầm quan trọng của việc sử dụng các “điều khoản mẫu” của hợp đồng trong các giao dịch hiện đại¹.

Điều khoản mẫu được hiểu là những điều khoản do một bên soạn sẵn để sử dụng, bên còn lại không có khả năng đàm phán thay đổi nội dung mà chỉ có khả năng chấp thuận hoặc từ chối điều khoản (take it or leave it)². Việc sử dụng cùng một điều khoản mẫu cho nhiều giao dịch khác nhau đóng vai trò quan trọng trong việc giảm chi phí và thời gian đàm phán, qua đó tăng hiệu quả kinh tế

của việc giao kết hợp đồng³. Chính vì lý do thiết thực này, điều khoản mẫu đã trở thành một phần không thể thiếu trong đời sống hiện đại, đặc biệt là trong kỷ nguyên số với sự phát triển của thương mại điện tử hiện nay.

Tuy nhiên, các điều khoản mẫu cũng tạo ra những thách thức mới đối với lý thuyết truyền thống về hợp đồng vốn được xây dựng dựa trên ý niệm: hợp đồng là kết quả của sự thoả thuận (mặc cả) giữa các bên⁴. Việc các điều khoản mẫu do một bên “áp đặt” cho bên còn lại, có thể dẫn đến tình trạng làm giảm khả năng của bên kia trong việc đạt tới một thoả thuận công bằng. Điều này rõ ràng đi ngược lại với chủ đích lập pháp mà BLDS Việt Nam luôn hướng tới.

* **ThS. Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội**
NCS tại Khoa Luật, Đại học Utrecht, Hà Lan

1 Thuật ngữ điều khoản mẫu được sử dụng chung để chỉ nội dung của Điều kiện giao dịch chung và Hợp đồng theo mẫu. Phần 2 của bài viết sẽ lý giải tại sao chúng tôi lại lựa chọn cách tiếp cận này.

2 Xem F. Kessler, *Contracts of Adhesion—some Thoughts about Freedom of Contract*, 1943 *Colum.L.Rev.*, 629

3 Xem Gillette, Clayton P., *Standard Form Contracts* (April 8, 2009. NYU Law and Economics Research Paper No.09-18. <http://ssrn.com/abstract=1374990> (truy cập ngày 20/1/2015)

4 Xem Thomas Wilhelmsson, *Standard Form Conditions*; in Arthur S. Hartkamp, *Towards a European Civil Code*, Kluwer Law (2011); 571-586.

1. Các thách thức của việc sử dụng Điều khoản mẫu đối với nguyên tắc tự do hợp đồng

Quá trình chuyển đổi mô hình kinh tế ở Việt Nam đi liền với quá trình hoàn thiện hệ thống pháp luật, đặc biệt là việc thiết lập khung pháp luật dân sự làm nền tảng cho nền kinh tế thị trường⁵. Để đáp ứng mục tiêu trên, BLDS năm 1995 và sau đó là BLDS năm 2005 được xây dựng dựa trên nguyên tắc nền tảng của luật hợp đồng cổ điển: nguyên tắc tự do hợp đồng. Nguyên tắc này tiếp tục được thừa nhận là nguyên tắc cơ bản của luật hợp đồng trong Dự thảo BLDS 2015⁶.

Tuy nhiên, khi điều khoản mẫu được sử dụng, các bên không thực sự có cơ hội thương lượng và thỏa thuận. Trên thực tế không có hoặc có rất ít cơ hội cho một bên được quyết định nội dung của hợp đồng. Chính điều này đã đặt ra những thách thức lớn đối với lý thuyết truyền thống về hợp đồng cổ điển vốn được xây dựng dựa trên - cơ sở lý luận cho việc xây dựng chế định hợp đồng trong BLDS Việt Nam:

Thứ nhất, việc thiếu khả năng thương lượng và thỏa thuận có thể dẫn đến việc một bên không nhận thức được sự tồn tại hay nội dung của điều khoản mẫu do một bên đơn phương đưa ra. Do đó, vấn đề đầu tiên đặt ra là pháp luật cần can thiệp để quy định những

điều kiện nhất định để điều khoản mẫu do một bên đơn phương soạn thảo có thể trở thành một phần của hợp đồng và ràng buộc bên còn lại (the incorporation issue)?

Thứ hai, vấn đề quan trọng hơn là việc sử dụng các điều khoản mẫu có nguy cơ tạo ra hợp đồng bất lợi và thậm chí bất công cho bên còn lại, vậy làm thế nào để đảm bảo tính công bằng trong các trường hợp đó (the issue of control of unfair terms)?⁷

Thứ ba là các điều khoản mẫu sẽ được giải thích như thế nào khi bên còn lại không có khả năng tác động vào quá trình soạn thảo hợp đồng (the interpretation issue)?

2. Khái quát chung về các quy định điều chỉnh “điều khoản mẫu” trong pháp luật Việt Nam

Trong pháp luật Việt Nam hiện hành, vấn đề điều khoản mẫu được điều chỉnh chủ yếu trong BLDS năm 2005 và Luật Bảo vệ người tiêu dùng năm 2010 (Luật BVNTD 2010)⁸.

BLDS năm 2005 đã quy định minh thị một điều khoản về Hợp đồng dân sự theo mẫu, trong đó nhấn mạnh các quy tắc liên quan đến việc giải thích hợp đồng theo hướng bất lợi cho bên đưa ra hợp đồng mẫu và việc vô hiệu hóa các điều khoản miễn trừ trách nhiệm được sử dụng trong Hợp đồng theo mẫu⁹. Với tư cách là Bộ luật gốc của hệ

5 Xem thêm John Stanley Gillespie, *Transplanting Commercial Law Reform - Developing a 'Rule of Law' in Vietnam* Aldershot: Ashgate (2006).

6 Nội hàm cơ bản của nguyên tắc tự do hợp đồng là quyền tự do của các bên trong việc xác lập hợp đồng, lựa chọn đối tác và các điều khoản của hợp đồng. Chức năng của pháp luật hợp đồng khi đó là thiết lập các cơ chế hữu hiệu để đảm bảo quá trình giao kết hợp đồng và hỗ trợ thực thi các cam kết thỏa thuận đạt được dựa trên sự tự do ý chí của các bên. Nhà nước, thông thường không can thiệp trực tiếp vào nội dung của hợp đồng, bởi vì một khi hợp đồng là kết quả của quá trình tự do thương lượng và thỏa thuận giữa các bên có địa vị pháp lý bình đẳng, các điều khoản của hợp đồng được kỳ vọng là kết quả công bằng cho các bên. Tuy nhiên, nguyên tắc tự do hợp đồng không phải bất biến, nó cũng chứng kiến sự thăng trầm trong suốt 100 năm qua. Xem chi tiết tại Atiyah, P.S. *The Rise and Fall of Freedom of Contract* (Oxford: Oxford University Press, (1979).

7 Trong cuốn *Towards a European Civil Code*, Thomas Wilhelmsson cũng khẳng định đây là ba vấn đề quan trọng nhất mà các quy định của BLDS Châu Âu trong tương lai cần phải điều chỉnh. Xem thêm Thomas Wilhelmsson, *Standard Form Conditions*; sđd, 571-586.

8 Tất nhiên, các quy định về điều khoản mẫu còn hiện diện ở nhiều luật chuyên ngành, chẳng hạn như Luật Kinh doanh bảo hiểm.

9 Xem Điều 407 BLDS năm 2005.

thống luật tư, có phạm vi điều chỉnh tất cả các quan hệ dân sự theo nghĩa rộng¹⁰, nên quy định này của BLDS có thể được áp dụng cho tất cả các loại hợp đồng. Ban soạn thảo Luật BVNTD 2010 đã lập luận rằng, mặc dù một số vấn đề về điều khoản mẫu đã được điều chỉnh trong BLDS năm 2005, nhưng các quy định đó chưa đủ khả năng bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng¹¹. Vì vậy, Luật BVNTD 2010 đã được xây dựng với những quy định chi tiết hơn để điều chỉnh điều khoản mẫu. Xét một cách khái quát, các quy định đã bao phủ hầu hết các vấn đề quan trọng liên quan như: vấn đề giải thích điều khoản mẫu¹², vô hiệu hoá các điều khoản không công bằng¹³, hay vấn đề đăng ký bắt buộc đối với các hợp đồng mẫu và các điều kiện giao dịch chung áp dụng với các hàng hóa, dịch vụ thiết yếu¹⁴.

Tuy nhiên, như đã nêu, Luật BVNTD 2010 chỉ áp dụng đối với các giao dịch giữa doanh nghiệp và người tiêu dùng, trong khi đó hợp đồng theo mẫu ngày càng được sử dụng rộng rãi trong các loại giao dịch khác, nên có nhiều lập luận rằng, BLDS năm 2005 với tư cách là Bộ luật gốc, được áp dụng đối với tất cả các giao dịch, cần phải được sửa đổi để điều chỉnh tốt hơn các điều khoản mẫu¹⁵. Mặc dù vậy, trái với kỳ vọng, các quy định điều chỉnh điều khoản mẫu chỉ được cải cách ở hai điểm cơ bản: Thứ nhất, dựa trên các quy định của Luật BVNTD 2010, Dự thảo BLDS năm 2015 lần đầu tiên đưa ra điều khoản mới về Điều kiện giao dịch

chung; Thứ hai, quy định về Hợp đồng mẫu liên quan đến vấn đề vô hiệu hoá các điều khoản loại trừ trách nhiệm đã được sửa đổi theo hướng chuyển từ quy phạm tuyềnghi sang quy phạm mệnh lệnh¹⁶.

Trong Dự thảo BLDS 2015, Điều 426 về Hợp đồng theo mẫu tiếp tục được định nghĩa giống với Điều 407 của BLDS năm 2005: “*Hợp đồng theo mẫu là hợp đồng gồm những điều khoản do một bên đưa ra theo mẫu để bên kia trả lời trong một thời gian hợp lý; nếu bên được đề nghị trả lời chấp nhận thì coi như chấp nhận toàn bộ nội dung hợp đồng theo mẫu mà bên đề nghị đã đưa ra*”. Trong khi đó, Điều 428 Dự thảo BLDS 2015 lần đầu tiên quy định về Điều kiện giao dịch chung trong BLDS, đã định nghĩa: “*Điều kiện giao dịch chung là những điều khoản ổn định do một bên công bố để áp dụng chung cho các bên được họ đề nghị giao kết hợp đồng; nếu bên được đề nghị chấp nhận giao kết hợp đồng thì coi như chấp nhận các điều khoản này*”.

Do khái niệm Điều kiện giao dịch chung trong Dự thảo BLDS 2015 chủ yếu dựa trên ý tưởng của Luật BVNTD 2010 nên việc tham khảo các quy định của Luật BVNTD 2010 là hết sức cần thiết để hiểu nội hàm của khái niệm này cũng như mối tương quan với quy định về Hợp đồng theo mẫu. Theo đó, trái với định nghĩa tương đối phức tạp trong BLDS năm 2005, Luật BVNTD 2010 đưa ra định nghĩa đơn giản và dễ hiểu hơn về Hợp đồng theo mẫu và Điều kiện giao dịch chung.

10 Xem Điều 1 BLDS năm 2005.

11 Xem Tờ trình số 28/TT-CP ngày 8/4/2010 về Dự án Luật Bảo vệ người tiêu dùng.

12 Điều 15 Luật BVNTD 2010.

13 Điều 16 Luật BVNTD 2010.

14 Điều 19 Luật BVNTD và Quyết định số 02/2012/QĐ-TTg của Thủ tướng Chính phủ: Về việc ban hành Danh mục hàng hóa, dịch vụ thiết yếu phải đăng ký hợp đồng theo mẫu, điều kiện giao dịch chung.

15 Xem Tờ trình và Thuyết minh của Dự án BLDS (sửa đổi).

16 Khoản 3 Điều 407 BLDS 2005 quy định “Trong trường hợp hợp đồng theo mẫu có điều khoản miễn trách nhiệm của bên đưa ra hợp đồng theo mẫu, tăng trách nhiệm hoặc loại bỏ quyền lợi chính đáng của bên kia thì điều khoản này không có hiệu lực, trừ trường hợp có thoả thuận khác.” Trong khi đó Dự thảo BLDS 2015 đã loại bỏ cụm từ “trừ trường hợp các bên có thoả thuận khác”.

Theo đoạn 3 Điều 3, Hợp đồng theo mẫu được định nghĩa: “*Hợp đồng theo mẫu là hợp đồng do tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ soạn thảo để giao dịch với người tiêu dùng*”. Đoạn 5 Điều 3 lần đầu tiên giới thiệu khái niệm “Điều kiện giao dịch chung” trong hệ thống pháp luật Việt Nam, theo đó, “*Điều kiện giao dịch chung là những quy định, quy tắc bán hàng, cung ứng dịch vụ do tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ công bố và áp dụng đối với người tiêu dùng*”.

Theo một thành viên của Ban soạn thảo Luật BVNTD 2010, Điều kiện giao dịch chung có ba đặc trưng cơ bản: (i) là những quy định, quy tắc, điều kiện do thương nhân đơn phương ban hành; (ii) được áp dụng chủ yếu cho người tiêu dùng, và (iii) điều kiện giao dịch chung áp dụng cho nhiều người tiêu dùng và sử dụng nhiều lần¹⁷. Ngoài ra, điều kiện giao dịch chung có thể được trình bày dưới nhiều dạng thức khác nhau, và một trong những dạng thức cần quan tâm là hợp đồng mẫu¹⁸. Vì vậy, có thể lập luận rằng, theo cách hiểu của Luật BVNTD 2010, Điều kiện giao dịch chung là các quy tắc và quy định do bên cung cấp dịch vụ, hàng hoá đơn phương tuyên bố và được áp dụng đối với người tiêu dùng bất kể hình thức trình bày của các quy tắc này. Sự khác biệt giữa Điều kiện giao dịch chung và Hợp đồng theo mẫu ở chỗ, các điều kiện giao dịch chung, thông thường không nằm ngay trong bản hợp đồng, nó có thể được quy định trong các văn bản riêng miễn là được bên cung cấp dịch vụ công bố công khai.

Mặc dù có sự khác biệt giữa khái niệm Hợp đồng theo mẫu và Điều kiện giao dịch

chung, nhưng, điều quan trọng hơn cần nhận mạnh là cả hai khái niệm này đều cùng chỉ đến một hiện tượng khi mà các điều khoản mẫu do một bên đơn phương soạn thảo hoặc công bố và được sử dụng trên thực tế với đối tác mà không cần có sự thoả thuận, mặc cả về nội dung của điều khoản mẫu đó. Bình luận số 2 của Điều 2.1.19 của Bộ nguyên tắc UNIDROIT về Hợp đồng Thương mại quốc tế đã miêu tả một cách chính xác đặc trưng đó như sau:

“*Yếu tố quyết định không phải là hình thức trong đó các điều khoản này được trình bày (ví dụ: các điều khoản này được chứa đựng trong văn bản riêng hay trong chính hợp đồng; các điều khoản này được ban hành dưới dạng bản in sẵn hay chỉ được lưu trữ online), cũng không phải người soạn thảo các điều khoản mẫu (chính là một trong các bên, hay hiệp hội thương mại hay nghề nghiệp...), hay số lượng (bao gồm toàn bộ các điều khoản liên quan đến tất cả các khía cạnh liên quan của hợp đồng hay chỉ một hay hai điều khoản, chẳng hạn điều khoản miễn trừ trách nhiệm hoặc điều khoản trọng tài). Yếu tố quyết định là việc thực tế các điều khoản này đã được soạn sẵn để sử dụng chung, nhiều lần lặp đi lặp lại và trong trường hợp đó, được sử dụng thực sự bởi một bên không dựa trên sự thương lượng với phía bên kia*”¹⁹.

3. Điều kiện để điều khoản mẫu trở thành một phần của hợp đồng

Vấn đề quan trọng đầu tiên liên quan đến việc điều chỉnh điều khoản mẫu đó là trong điều kiện nào thì điều khoản mẫu có thể trở thành một phần của hợp đồng. Theo lý thuyết truyền thống về giao kết hợp đồng, để một

17 Xem Nguyễn Như Phát, Một số vấn đề lý luận xung quanh Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng <http://www.vca.gov.vn/NewsDetail.aspx?ID=1289&CateID=80> (truy cập ngày 20/1/2015)

18 Xem Nguyễn Như Phát, nt.

19 Xem nguyên bản tiếng Anh tại <<http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010/415-chapter-2-formation-and-authority-of-agents-section-1-formation/897-article-2-1-19-contracting-under-standard-terms>> truy cập ngày 20/1/2015.

điều khoản mẫu do một bên đơn phương soạn thảo trở thành một phần của hợp đồng thì điều khoản đó phải được chấp nhận bởi phía bên kia. Tuy nhiên, như đã đề cập, trong rất nhiều tình huống, phía bên kia mặc dù chấp nhận lời đề nghị, nhưng không có khả năng biết đến sự tồn tại của tất cả các hợp đồng mẫu, bởi các điều khoản này không nhất thiết hiện diện trong văn bản hợp đồng, hoặc các điều khoản mẫu được trình bày dưới dạng thức mà bên được đề nghị bình thường không ngờ tới. Do đó, (i) liệu việc một bên chỉ dẫn chiếu đến sự tồn tại của điều khoản mẫu có đủ làm cơ sở để biến điều khoản đó trở thành một phần của hợp đồng hay bên đưa ra điều khoản mẫu đó cần phải đáp ứng nghĩa vụ tích cực hơn qua việc cung cấp nội dung các điều khoản đó cho bên còn lại? (ii) trong nhiều hợp đồng thương mại, khi cả hai bên đều đưa ra các điều khoản mẫu của riêng mình, câu hỏi đặt ra là điều khoản nào sẽ trở thành nội dung của hợp đồng?

Liên quan đến câu hỏi thứ nhất, Dự thảo BLDS 2015 mặc dù không đưa ra quy định cụ thể, nhưng ngay định nghĩa của Hợp đồng theo mẫu, đã thể hiện rằng, bên đề nghị phải trao cho bên kia một “thời gian hợp lý” để cân nhắc, trước khi chấp nhận đề nghị hợp đồng. Bên cạnh đó, Dự thảo BLDS 2015 cũng quy định tương đối rõ là “điều kiện giao dịch chung chỉ có hiệu lực với bên xác lập giao dịch trong trường hợp điều kiện giao dịch này đã được công khai để bên xác lập giao dịch biết hoặc phải biết về điều kiện

đó”²⁰. Cách tiếp cận này về cơ bản cũng tương tự các quy định của các BLDS hiện đại khác. Ví dụ, mục 2 Điều 305 BLDS Đức quy định ba điều kiện cần được đáp ứng để biến điều khoản mẫu trở thành một phần của hợp đồng: (i) Bên ban hành điều khoản mẫu cần phải công khai lưu ý bên còn lại về sự tồn tại của điều khoản mẫu; (ii) Bên ban hành điều khoản mẫu cần phải tính đến bất kỳ hạn chế về mặt thể chất nào của bên kia mà bên ban hành có thể nhận thức được có thể ảnh hưởng đến cơ hội xem xét nội dung của điều khoản mẫu, và (iii) Bên còn lại phải chấp nhận trước rằng các điều khoản mẫu cụ thể sẽ điều chỉnh một loại giao dịch pháp lý nhất định²¹. BLDS Hà Lan cũng có cách tiếp cận tương tự khi Điều 6:233 quy định rằng, việc áp dụng điều khoản mẫu sẽ bị vô hiệu nếu bên ban hành không trao cho bên còn lại cơ hội hợp lý (a reasonable opportunity) để nhận thức được nội dung của điều khoản mẫu đó²².

Như vậy, pháp luật Đức, Hà Lan dường như quy định minh bạch và chi tiết hơn về nghĩa vụ của bên đưa ra điều khoản mẫu đối với bên còn lại. Triết lý cơ bản của những quy định này là việc buộc người sử dụng điều khoản mẫu không chỉ tạo ra cho phía đối tác “thời gian hợp lý” để nhận biết sự tồn tại của điều khoản đó mà còn phải có những nghĩa vụ tích cực hơn trong việc xem xét cả hoàn cảnh của bên đối tác, mục đích chính là trao cho họ một “cơ hội hợp lý” để hiểu biết và đánh giá về nội dung của điều khoản đó²³. Các quy định trong Dự thảo BLDS 2015

20 Khoản 2 Điều 428 Dự thảo BLDS 2015.

21 Xem bản dịch tiếng Anh http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/index.html; truy cập ngày 20/1/2015. Về bình luận liên quan, xem thêm WENDLER, Michael. "Key aspects of German business law: a practical manual. By Michael Wendler, Bemd Tremml, Bernard Johns Buecher" (2008), 83-85.

22 Xem bản dịch tiếng Anh của điều khoản này trong BLDS Hà Lan tại <http://www.dutchcivillaw.com/legislation/dcctitle6655.htm>; truy cập ngày 20/1/2015).

23 Chẳng hạn, một vấn đề mà pháp luật Việt Nam chưa quy định rõ là việc trong một số trường hợp đặc biệt, ngay cả khi điều khoản mẫu đáp ứng các điều kiện nói trên, các điều khoản này không thể mặc nhiên trở thành một phần của hợp đồng nếu các điều khoản này được cho là các điều khoản bất thường, ngoài mong đợi (surprising terms). Theo Điều 305c BLDS Đức, trong các hoàn cảnh nhất định, đặc biệt xét tới hình thức thể hiện của hợp đồng, điều khoản mẫu bất thường đến mức mà bên còn lại của hợp đồng không bao giờ hình dung đến sự tồn tại của các điều khoản này, sẽ không thể cấu thành một phần của hợp đồng. Xem thêm WENDLER, Michael, *Key aspects of German business law: a practical manual*. By Michael Wendler, Bemd Tremml, Bernard Johns Buecher; sđd, 86.

dường như cũng phản ánh triết lý trên, nhưng với cách thiết kế có phần trừu tượng như hiện nay, một khoảng trống lớn sẽ dành cho việc giải thích của Tòa án trong tương lai.

Liên quan đến câu hỏi thứ hai, trong các hợp đồng thương mại, ngày càng có nhiều tình huống cả hai bên đều sử dụng các điều khoản mẫu của riêng mình khi đàm phán giao kết hợp đồng. Hiện tượng này thường được gọi là “battle of form - xung đột giữa các hợp đồng mẫu”²⁴. Tuy nhiên, bất kể sự phổ biến của hiện tượng trên, Dự thảo BLDS 2015 đã chưa đưa ra được bất kỳ cải cách nào so với BLDS hiện hành. Vì vậy, khi xử lý xung đột giữa các hợp đồng mẫu, một số điều khoản liên quan đến lý thuyết truyền thống về giao kết hợp đồng trong BLDS năm 2005 cần được phân tích cẩn trọng.

Theo Điều 415 Dự thảo BLDS 2015 (tương ứng với Điều 395 của BLDS 2005), nếu bên được đề nghị chấp nhận giao kết hợp đồng nhưng đưa ra các điều khoản mới hoặc sửa đổi đề nghị, bên được đề nghị được coi là đã đưa ra một đề nghị hoàn toàn mới. Theo đó, bên đề nghị ban đầu lại trở thành bên được đề nghị, có quyền chấp nhận hay từ chối đề nghị mới (counter-offer). Do vậy, khi áp dụng quy định này cho các trường hợp liên quan đến điều khoản mẫu, nhiều khả năng bên nào dẫn chiếu đến điều khoản mẫu cuối cùng của quá trình giao kết sẽ là bên thắng thế. Giải pháp này rất gần với học thuyết “dẫn chiếu lần cuối” (last shot) trong pháp luật Anh²⁵. Mặt khác, một số quốc gia

như Hà Lan đã đưa ra giải pháp khác. Theo đó, nếu đề nghị và chấp nhận đề nghị dẫn chiếu đến các điều khoản mẫu khác nhau, sự dẫn chiếu sau sẽ không có hiệu lực²⁶. Học thuyết này còn được gọi là học thuyết “dẫn chiếu đầu tiên” (first shot)²⁷.

Tuy nhiên, cả hai học thuyết này đều có nhược điểm là trong trường hợp các bên trải qua một quá trình giao kết hợp đồng kéo dài và phức tạp, rất khó để xác định bên nào là bên đưa ra đề nghị hay chấp nhận sau cùng. Trong bối cảnh đó, học thuyết “loại trừ” (knock-out) theo như cách tiếp cận của Bộ nguyên tắc Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế²⁸ hay Dự thảo Khung tham chiếu chung để xây dựng BLDS chung châu Âu (Draft Common Frame of Reference)²⁹ được coi là cách tiếp cận tối ưu hơn. Theo những quy định này, các điều khoản mẫu được dẫn chiếu chỉ được áp dụng và có hiệu lực nếu các điều khoản này tương tự nhau về mặt nội dung, và không điều khoản nào được áp dụng nếu xung đột nhau³⁰. Do vậy, Dự thảo BLDS 2015 có lẽ nên tham khảo mô hình trên để thiết kế một giải pháp hợp lý và rõ ràng hơn cho vấn đề này.

4. Cơ chế kiểm soát tính công bằng của nội dung điều khoản mẫu

Một khi các điều khoản mẫu đã thỏa mãn các điều kiện để trở thành một phần của hợp đồng, rất nhiều hệ thống pháp luật thường đưa ra một cơ chế tiếp theo để kiểm soát tính công bằng đối với nội dung của các điều khoản mẫu đó. Về cơ bản, có hai mô

24 Xem *Apsey, Lawrence S, Battle of the Forms, Notre Dame L. J.* 34 (1958): 556; *Ruhl, Giesela, Battle of the Forms: Comparative and Economic Observations, U. Pa. J. Int'l Econ. L.* 24 (2003): 189.

25 Xem *Butler Machine Tool Co. v. ExCello Corporation(England) Ltd* [1979] 1 WLR 811, 817, C.A. Xem thêm *Treitel, The Law of Contract, paras. 2-019-2-020*.

26 Xem Điều 6:225(3) BLDS Hà Lan. <http://www.dutchcivillaw.com/legislation/dcctitle6655.htm>; truy cập ngày 20/1/2015.

27 Xem *Von Bar, Christian, Eric Clive, and Hans Schulte-Nölke. Principles, definitions and model rules of European private law: draft common frame of reference (DCFR). Walter de Gruyter, 2009,358*.

28 Xem Điều 2.1.22.

29 Xem Điều II 4:209.

30 Xem thêm *Von Bar, Christian, Eric Clive, and Hans Schulte-Nölke. Principles, definitions and model rules of European private law: draft common frame of reference (DCFR). Walter de Gruyter, 2009.354-358*.

hình chủ yếu được áp dụng để lý giải nguyên nhân tại sao cần phải kiểm soát tính công bằng trong hợp đồng mẫu: học thuyết về chi phí giao dịch và học thuyết về lạm dụng vị thế³¹.

Học thuyết về chi phí giao dịch: Học thuyết này nhấn mạnh đến bản chất của hợp đồng mẫu khi có sự bất cân xứng về chi phí giao dịch (transaction costs) giữa bên ban hành điều khoản mẫu và bên còn lại. Vì điều khoản mẫu có thể được sử dụng lặp đi lặp lại cho nhiều giao dịch khác nhau, bên ban hành điều khoản mẫu có thể phân tán chi phí đầu tư cho việc soạn thảo hợp đồng. Trong khi đó, do chỉ tham gia giao dịch một lần, bên còn lại sẽ không có động cơ để trả chi phí tương ứng với phía bên kia nhằm thu thập những thông tin cần thiết cho quá trình thương lượng hợp đồng. Vì nguyên nhân đó, luôn tồn tại sự bất cân xứng về thông tin giữa bên ban hành điều khoản mẫu và bên đối tác³². Do đó, việc sử dụng điều khoản mẫu thường dẫn đến hệ quả là tước đoạt khả năng của một bên trong việc thương thảo nhằm đạt đến một điều khoản công bằng. Bên cạnh đó, vì thiếu thông tin và động cơ để đàm phán từng nội dung của điều khoản mẫu, phía bên kia mà tiêu biểu là người tiêu dùng sẽ dần dần hình thành tâm lý bỏ mặc, không quan tâm đọc, tìm hiểu nội dung của điều khoản đó nữa. Hậu quả kéo theo của hiện tượng này là, nếu người tiêu dùng không có thói quen đọc điều khoản mẫu, bên cung cấp điều khoản mẫu cũng không có động lực cạnh tranh để thiết kế điều khoản mẫu tốt hơn, hấp

dẫn hơn đối với người tiêu dùng. Các doanh nghiệp khác, ban đầu cung cấp các điều khoản mẫu tương đối tốt, chứng kiến hiện tượng đó, sẽ dần dần loại bỏ điều khoản công bằng, thay vào đó là điều khoản bất công cho người tiêu dùng. Tình trạng này nếu kéo dài sẽ mở rộng ra toàn bộ thị trường, dẫn đến sự “thất bại của thị trường” theo một hiện tượng mà George Arthur Akerlof - kinh tế gia đoạt giải Nobel năm 2001 - gọi là “market for lemons”³³, trong đó chất lượng điều khoản mẫu ngày càng giảm đi theo hướng bất lợi cho người tiêu dùng³⁴. Chính điều đó là lý do tại sao cần phải có sự kiểm soát từ phía nhà nước để đảm bảo tính công bằng trong nội dung các điều khoản mẫu.

Học thuyết về lạm dụng vị thế: Học thuyết này dựa trên khái niệm về sự chênh lệch về vị thế thương lượng giữa các bên (inequality of bargaining power). Theo đó, trái với học thuyết về chi phí giao dịch, nguyên nhân sâu xa đằng sau việc kiểm soát tính công bằng của các điều khoản mẫu không phải nằm ở bản chất của hợp đồng mẫu mà nhấn mạnh đến nhu cầu bảo vệ một nhóm người xác định cụ thể - người tiêu dùng là bên thường được coi là bên yếu thế trong quan hệ hợp đồng với doanh nghiệp³⁵. Do có lợi thế hơn về mặt vị thế kinh tế, xã hội và tâm lý, doanh nghiệp thường có khả năng đơn phương áp đặt các điều khoản do mình soạn thảo gây bất lợi cho người tiêu dùng. Các đạo luật về kiểm soát tính công bằng của hợp đồng được thiết kế dựa trên một nguyên tắc mới của luật hợp đồng hiện đại - nguyên

31 Xem Martin Ebers, *Unfair Contract Terms Directive (93/13)*, in: H. Schulte-Nölke et al., *EC Consumer Law Compendium*, 2008,337; Xem thêm P. Nebbia, *Unfair Contract Terms in European Law: A Study in Comparative and EC Law*, Vol. 15, 2007.

32 Xem thêm Schäfer, Hans-Bernd, and Patrick C. Leyens. “Judicial control of standard terms and European private law” *Economic Analysis of the DCFR—The Work of the Economic Impact Group within the CoPECL Network of Excellence*, Munich: Sellier European Law Publishers (2010): 97-119,103.

33 Xem George Akerlof, *The Market of Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, 84 *QJ Econ.* 488 (1970).

34 Xem M. Schillig, *Inequality of Bargaining Power Versus Market for Lemons: Legal Paradigm Change and the Court of Justice’s Jurisprudence on Directive 93/13 on Unfair Contract Terms*, 2008 *Eur.Law Rev.*,336-358.

35 Xem Martijn Hesselink, Marco Loos, *Unfair Terms in B2C Contracts*, CSECL Working Paper no. 7, 2012.

tắc bảo vệ bên yếu thế trong quan hệ hợp đồng³⁶.

Ở Việt Nam, với sự hiện diện của các quy tắc điều chỉnh điều khoản mẫu trong BLDS và Luật BVNTD, dường như có bóng dáng của cả hai cách tiếp cận trên. Một mặt, rõ ràng Luật BVNTD 2004 đã được xây dựng dựa trên lý thuyết về bảo vệ quyền lợi của người tiêu dùng với tư cách là một bên yếu thế nhằm chống lại các điều khoản bất công được áp dụng bởi phía doanh nghiệp. Chính vì vậy, Điều 16 Luật BVNTD 2010 đã liệt kê chín loại điều khoản mẫu sẽ đương nhiên không có hiệu lực nếu được áp dụng với người tiêu dùng. Mặt khác, do BLDS năm 2005 cũng như Dự thảo BLDS 2015 đều được xây dựng dựa trên ý tưởng: hợp đồng là kết quả của sự thương lượng tự do và bình đẳng giữa các bên, nên có sự kiểm soát tính công bằng trong hợp đồng nhằm hướng tới giải quyết những thất bại của thị trường như cách tiếp cận của học thuyết chi phí giao dịch. Thực tế, BLDS năm 2005 hiện mới chỉ giới hạn sự kiểm soát đối với một số điều khoản mẫu rất hạn hữu, theo đó bất cứ điều khoản mang tính “loại trừ trách nhiệm”³⁷ nào được đưa ra trong hợp đồng theo mẫu sẽ đều bị vô hiệu, trừ khi các bên có thỏa thuận khác, và như đã đề cập, quy phạm này có phạm vi áp dụng là tất cả các loại hợp đồng³⁸. Dự thảo BLDS 2015 lần đầu tiên đưa ra một điều khoản tương tự liên quan đến điều kiện

giao dịch chung³⁹. Tuy nhiên, quy định này cũng chỉ được áp dụng cho các điều khoản mang tính loại trừ trách nhiệm⁴⁰. Do đó, đây không thể coi là một bước tiến quan trọng về điều chỉnh điều khoản mẫu trong luật hợp đồng Việt Nam.

Xét từ góc độ luật so sánh, tình trạng hiện thời của pháp luật Việt Nam khá giống pháp luật Anh. Một mặt, quyết định của Dự thảo BLDS 2015 tiếp tục giới hạn phạm vi kiểm soát chỉ đối với các điều khoản mang tính loại trừ trách nhiệm tương tự như phạm vi của Đạo luật về Điều khoản không công bằng (Unfair Contract Terms Act) được thông qua năm 1977 tại Anh⁴¹. Đạo luật này không cho phép thiết lập một cơ chế kiểm soát chung đối với tính công bằng của hợp đồng, mà chỉ tập trung giới hạn vào các điều khoản loại trừ cả trong các giao dịch tiêu dùng lẫn giao dịch dân sự thương mại. Ngoài phạm vi của Đạo luật này, không có một học thuyết chung nào kiểm soát tính bất công bằng trong quan hệ hợp đồng mà các bên có thể viện dẫn sử dụng được⁴². Mặt khác, Luật BVNTD 2010 có thể so sánh với Đạo luật về Điều khoản không công bằng trong Hợp đồng Tiêu dùng (Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations (UTCCR 1999)). Đạo luật này được ban hành nhằm thực thi Chỉ thị 93/13/EEC về Điều khoản không công bằng trong hợp đồng tiêu dùng⁴³. Quy định về kiểm soát tính không công bằng chỉ giới hạn

36 Xem Ewoud Hondius, *The Protection of the Weaker Party in Harmonized European Contract Law: A Synthesis*, *Journal of Consumer Policy* 27: 245-251, 2004.

37 Điều khoản mang tính loại trừ trách nhiệm được hiểu bao gồm cả điều khoản miễn trách nhiệm của bên đưa ra hợp đồng theo mẫu, tăng trách nhiệm hoặc loại bỏ quyền lợi của bên kia.

38 Xem Điều 405 BLDS năm 2005.

39 Khoản 3 Điều 428 Dự thảo BLDS 2015.

40 Ở góc độ khác, việc Dự thảo BLDS 2015 vô hiệu hóa tất cả các điều khoản miễn trừ trách nhiệm trong Hợp đồng theo mẫu và Điều kiện giao dịch chung cũng chưa hẳn là cách tiếp cận tối ưu. Ngay từ khi ban hành BLDS 2005, nhiều tác giả đã chứng minh thuyết phục giá trị của một số loại điều khoản miễn trừ. Xem Lê Nết, *Góp ý dự thảo Bộ luật dân sự sửa đổi về điều khoản miễn trừ trách nhiệm*, *Tạp chí Khoa học pháp lý (ĐHL TPHCM)*, 2005, số 02(27), tr.14-18

41 Xem Hugh Beale, *Unfair Contract Terms Act 1977 [comments]*, (1978) 5 *Brit J Law & Soc* 114, 114.

42 Xem Hugh Beale, *nt*.

43 Xem nội dung Chỉ thị số 93/13/EEC về các điều khoản không công bằng trong hợp đồng tiêu dùng, *OJ* 1993L95/29 tại <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31993L0013>; truy cập ngày 20/1/2015.

trong các điều khoản không được trực tiếp thương lượng (not individually negotiated) của hợp đồng tiêu dùng. Tuy nhiên, quy định này bao hàm một điều khoản chung cho phép cơ chế kiểm soát chung đối với tính bất công bằng trong các loại hợp đồng trên.

Mặc dù vậy, nếu phân tích sâu hơn các quy định về điều khoản mẫu, thì có sự khác biệt đáng kể giữa pháp luật Việt Nam và pháp luật Anh⁴⁴. Một trong những khác biệt căn bản nhất là việc thiếu cơ chế chung để kiểm soát tính công bằng của điều khoản mẫu trong pháp luật Việt Nam. Cả Dự thảo BLDS 2015, BLDS năm 2005 và Luật BVNTD 2010 mới chỉ dừng lại ở việc đưa ra danh mục một hay một số điều khoản mẫu được coi là đương nhiên vô hiệu. Về nguyên tắc, quyết định ban hành các quy định rõ ràng dưới dạng một danh mục chi tiết như cách tiếp cận của pháp luật Việt Nam sẽ mang lại một số lợi ích như giảm chi phí tiếp cận cho người tiêu dùng hay giúp người ban hành điều khoản mẫu có thể tự kiểm soát tính công bằng của các điều khoản do mình đưa ra⁴⁵. Những quy định này rất có ích trong việc thúc đẩy một cơ chế ngăn chặn việc áp dụng các điều khoản không công bằng mà không cần đợi có sự can thiệp của tòa án hay cơ quan hành chính⁴⁶. Tuy nhiên, việc thiếu vắng một điều khoản chung đồng nghĩa với việc thiếu vắng một công cụ quan trọng để thiết lập một chuẩn mực về tính công bằng trong pháp luật hợp đồng Việt Nam, cũng

như đảm bảo tính linh hoạt của cơ chế kiểm soát trước sự thay đổi nhanh chóng của đời sống kinh tế - xã hội.⁴⁷ Kinh nghiệm từ luật so sánh cho thấy, một cơ chế phổ biến và hữu hiệu hơn để kiểm soát tính công bằng của các điều khoản mẫu là sự kết hợp giữa một điều khoản chung, trong đó đưa ra các tiêu chí khái quát đánh giá tính công bằng và danh mục các điều khoản đương nhiên vô hiệu (blacklist) và/hoặc danh mục các điều khoản được cho là vô hiệu trừ khi các bên chứng minh ngược lại (grey list). Ví dụ như trong pháp luật Đức, BLDS thiết lập cơ chế kiểm soát gồm có điều khoản chung (được quy định tại Điều 307) và danh mục các điều khoản bị coi là vô hiệu, hay đương nhiên vô hiệu (được quy định tại Điều 308 và Điều 309). (*Xem hộp 1*)

Từ nghiên cứu so sánh trên cho thấy, nhu cầu can thiệp kiểm soát tính công bằng trong nội dung của các điều khoản mẫu là hết sức cần thiết. Pháp luật Việt Nam hiện nay đang duy trì hai đạo luật độc lập điều chỉnh vấn đề này. Tuy nhiên, với tư cách là đạo luật gốc của hệ thống luật tư, Dự thảo BLDS 2015 nên quy định cơ chế kiểm soát hiệu quả hơn. Trong cơ chế đó, Dự thảo BLDS 2015, chẳng hạn có thể dựa trên kinh nghiệm của Chỉ thị 93/13/EEC để thiết lập một điều khoản chung trong pháp luật Việt Nam cho phép tòa án có thể can thiệp vào các tranh chấp cụ thể nằm ngoài phạm vi danh mục các điều khoản được coi là không công bằng được quy định

44 Tuy nhiên cần lưu ý rằng ngay tại nước Anh, có rất nhiều phê phán về sự tách biệt giữa hai văn bản này. Một mô hình điều chỉnh thống nhất đang được đề xuất và nhận được nhiều sự tán đồng. Xem báo cáo *Unfair Contract Term*, trong đó đề xuất mô hình hợp nhất <http://lawcommission.justice.gov.uk/areas/unfair-terms-in-contracts.htm>; truy cập ngày 20/1/2015.

45 Xem Tjachie Naudé, *The use of black and grey lists in unfair contract terms legislation in comparative perspective*, 124 (2007) *South African Law Journal*, 128-164.

46 Xem Tjachie Naudé, *nt*.

47 Thực tế, khoản 3 Điều 428 Dự thảo BLDS 2015 cũng quy định "Điều kiện giao dịch chung phải bảo đảm sự bình đẳng giữa các bên". Tuy nhiên, quy định này quá trừu tượng, ít có khả năng áp dụng trực tiếp mà dường như chỉ mang tính định hướng cho quy định ngay sau đó về vô hiệu hóa các điều khoản mang tính loại trừ trách nhiệm. Mặc dù vậy, sự hiện diện của nó cũng có thể cho chúng ta suy luận rằng Ban soạn thảo Dự thảo BLDS 2015 quan tâm đến nhu cầu bảo vệ tính bình đẳng, công bằng trong điều kiện giao dịch chung.

Mô hình kiểm soát của Chỉ thị 93/13/EEC về các điều khoản không công bằng trong hợp đồng tiêu dùng

Hộp 1: Chỉ thị số 93/13/EEC về các Điều khoản không công bằng là một trong những đạo luật nổi tiếng nhất về kiểm soát tính công bằng của các điều khoản mẫu, nên được xem xét như là một kinh nghiệm lập pháp quý báu để thiết lập một cơ chế hoàn hảo hơn trong việc kiểm soát hợp đồng mẫu trong pháp luật Việt Nam. Đây là thành quả nỗ lực của Ủy ban châu Âu nhằm điều chỉnh toàn bộ các hợp đồng tiêu dùng để đảm bảo yêu cầu bảo vệ người tiêu dùng ở mức tối thiểu bằng việc yêu cầu tất cả các nước thành viên phải loại bỏ các điều khoản bất công được sử dụng cho hợp đồng. Theo đó, cơ chế đánh giá về tính không công bằng của các điều khoản mẫu được quy định tại Điều 3 và 4 của Chỉ thị. Điều 3 thiết lập một điều khoản chung, sau đó được làm rõ bởi phụ lục của Chỉ thị đi kèm danh mục các điều khoản được coi là không công bằng. Điều 4 đưa ra các tiêu chí cần được xem xét nhằm đánh giá khi nào một điều khoản được coi là không công bằng. Hơn nữa, trong nhiều án lệ, Tòa án Công lý châu Âu đã giải thích các khái niệm chung này để thiết lập các tiêu chí đánh giá cụ thể hơn.

Trọng tâm của Chỉ thị này là Điều 3(1), theo đó định nghĩa khái quát tiêu chí công bằng:

“Một điều khoản không được đơn phương thoả thuận sẽ được coi là bất công [và vô hiệu (TG chú giải)] nếu điều khoản đó đi ngược lại với yêu cầu về sự thiện chí, dẫn đến một sự bất cân xứng đáng kể đối với quyền và nghĩa vụ của các bên phát sinh theo hợp đồng gây bất lợi cho người tiêu dùng”.

Theo đó, tiêu chí đánh giá tính công bằng bao gồm ba yếu tố: (i) sự bất cân xứng đáng kể đối với quyền và nghĩa vụ của các bên; (ii) đi ngược lại với yêu cầu về sự thiện chí và (iii) gây bất lợi cho người tiêu dùng.

Mặc dù lợi thế lớn nhất của điều khoản chung này là tính linh hoạt giúp thích nghi với sự thay đổi của đời sống xã hội, nhưng đồng thời, do các quy tắc pháp lý phải đảm bảo tính xác định, bất cứ một điều khoản chung nào cũng đòi hỏi sự cụ thể hoá thông qua án lệ hoặc các công cụ hỗ trợ khác. Theo Điều 3(3) của Chỉ thị, Phụ lục này bao gồm một danh mục chỉ dẫn mở về các điều khoản được cho là không công bằng. Điều đó có nghĩa là một điều khoản hợp đồng nếu trùng với danh mục này không mặc nhiên được coi là không công bằng. Chính vì vậy, Phụ lục này của Chỉ thị thường được coi là “grey list” chứ không phải là “black list” mà trong đó các điều khoản được coi là đương nhiên vô hiệu.

trong Luật BVNTD 2010 hay trong BLDS năm 2005⁴⁸. Điều khoản chung này quy định các tiêu chí chung nhất để đánh giá tính công bằng của điều khoản mẫu. Điều khoản chung này nên được hỗ trợ, bổ sung danh mục các điều khoản được coi là không công bằng.

5. Giải thích điều khoản mẫu

Khi điều khoản mẫu trở thành nội dung của hợp đồng, có rất nhiều trường hợp điều khoản mẫu cần được giải thích để làm rõ nội hàm của điều khoản đó.

48 Thực ra, văn bản lý tưởng hơn để BLDS Việt Nam tham chiếu có lẽ là Dự thảo Khung tham chiếu chung để xây dựng BLDS chung châu Âu (Draft Common Frame of Reference), trong đó đề xuất 3 mô hình kiểm soát tính công bằng riêng biệt cho từng loại hợp đồng mẫu giữa thương nhân-thương nhân, thương nhân-người tiêu dùng và giữa người không phải thương nhân với nhau. Tuy nhiên, DCRF như tên gọi vẫn là khung tham chiếu chứ không có hiệu lực thi hành, hơn nữa DCRF được xây dựng chủ yếu dựa trên kinh nghiệm của Chỉ thị số 13/1993. Vì vậy, có thể nói Chỉ thị số 13/1993 hiện nay vẫn là văn bản trực tiếp và ảnh hưởng lớn nhất tới vấn đề điều chỉnh hợp đồng mẫu ở châu Âu.

Khoản 2 Điều 426 Dự thảo BLDS 2015 (trùng với khoản 2 Điều 407 của BLDS năm 2005) chỉ rõ “*trường hợp hợp đồng theo mẫu có điều khoản không rõ ràng thì bên đưa ra hợp đồng theo mẫu phải chịu bất lợi khi giải thích điều khoản đó*”. Cách tiếp cận về giải thích điều khoản mẫu này của pháp luật Việt Nam cũng được thừa nhận rộng rãi trong hệ thống pháp luật các nước và dựa trên học thuyết cổ điển “*contra proferentem*”, theo đó, khi điều khoản không có nội dung rõ ràng, thì nên được ưu tiên giải thích theo hướng ngược lại với lợi ích của bên soạn thảo ra điều khoản đó⁴⁹.

Trong một số trường hợp, khi có sự mâu thuẫn giữa một điều khoản mẫu và điều khoản do các bên trực tiếp đàm phán, câu hỏi đặt ra là điều khoản nào sẽ có hiệu lực? Pháp luật Việt Nam dường như không có câu trả lời rõ ràng về vấn đề này. Ở nhiều hệ thống tài phán khác, như Đức, điều khoản được các bên soạn thảo sẽ luôn luôn có hiệu lực⁵⁰. Quy tắc này dường như là một điều hiển nhiên khi nó phản ánh ưu thế của ý chí chung của các bên đối với ý định của chỉ một bên, và do đó, nhiều người cho rằng, không nhất thiết phải xây dựng một quy tắc pháp lý rõ ràng để điều chỉnh. Tuy nhiên, cách tiếp cận của pháp luật Đức vẫn hết sức hữu hiệu trong tương lai nếu như toà án phải trả lời câu hỏi: giữa một điều khoản mẫu với một thoả thuận chung của các bên, nhưng chỉ thể hiện dưới hình thức miệng, quy tắc nào sẽ có hiệu lực?

Trong nền kinh tế hiện đại, việc áp dụng những điều khoản mẫu được thể hiện trong Hợp đồng mẫu hay Điều kiện giao dịch chung đã trở thành một hiện tượng hết sức phổ biến. Điều khoản mẫu giúp cho việc

giảm chi phí giao dịch, thúc đẩy hiệu quả kinh tế và sự an toàn pháp lý cho bên ban hành, sử dụng. Tuy nhiên, phía bên đối tác tiếp nhận những điều khoản này có thể phải đối mặt với một thoả thuận không công bằng do họ không có cơ hội và khả năng để ảnh hưởng đến điều khoản mẫu. Chính vì vậy, một cơ chế kiểm soát hữu hiệu cần được thiết lập để điều chỉnh những thách thức mà điều khoản mẫu gây nên.

Từ kinh nghiệm nghiên cứu luật so sánh cho thấy, cơ chế kiểm soát gồm ba giai đoạn nên thiết lập trong Dự thảo BLDS 2015 để đảm bảo tính công bằng của điều khoản mẫu. Thứ nhất, cần thiết lập quy tắc coi nghĩa vụ cung cấp thông tin về sự tồn tại của điều khoản mẫu cho phía bên kia là điều kiện tiên quyết để điều khoản mẫu trở thành nội dung hợp đồng. Thứ hai, cần thiết lập quy tắc kiểm soát tính công bằng trong nội dung của điều khoản mẫu. Cơ chế hữu hiệu nhất nên là sự kết hợp giữa điều khoản chung quy định các tiêu chí để đánh giá tính công bằng và một danh mục các điều khoản được xem như là không công bằng. Thứ ba, cần thiết lập quy tắc giải thích hợp đồng nhấn mạnh việc điều khoản mẫu sẽ được giải thích theo hướng bất lợi cho phía bên soạn thảo điều khoản đó ■



49 Xem thêm Boardman, Michelle E. *Contra Proferentem: The Allure of Ambiguous Boilerplate*. Michigan Law Review (2006): 1105-1128; Horton, David. *Flipping the Script: Contra Proferentem and Standard Form Contracts*. U. Colo. L. Rev. 80 (2009): 431.

50 Xem Điều 305c BLDS Đức http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0907 truy cập ngày 20/1/2015.

THẨM QUYỀN BAN HÀNH VĂN BẢN QUY PHẠM PHÁP LUẬT CỦA CHÍNH QUYỀN CẤP HUYỆN, CẤP XÃ

BÙI THỊ ĐÀO*

Pháp luật là phương tiện chủ yếu để nhà nước quản lý xã hội. Vì vậy, ban hành văn bản pháp luật (VBPL) là hoạt động quan trọng hàng đầu của nhà nước. Hoạt động này được thực hiện bởi các cơ quan, cá nhân có thẩm quyền trong bộ máy nhà nước. Dĩ nhiên, các cơ quan khác nhau có thẩm quyền ban hành văn bản khác nhau về nội dung, về tính chất, mức độ quan trọng của vấn đề cần quy định, về phạm vi không gian điều chỉnh... Từ khi thành lập Nhà nước Việt Nam dân chủ cộng hòa đến nay, dù không phải lúc nào cũng có những quy định rõ ràng của pháp luật nhưng nói chung, tất cả các cấp chính quyền đều có thẩm quyền ban hành văn bản quy phạm pháp luật (VBQPPL) và trên thực tế, các cấp chính quyền từ trung ương đến cấp xã đều có ban hành VBQPPL. Hiện nay, khi xây dựng Dự án Luật Ban hành VBPL¹, thẩm quyền ban hành văn bản là một trong những vấn đề được quan tâm xem xét bao gồm: cơ quan, cá nhân nào có quyền ban hành văn bản; mỗi cơ quan, cá nhân có thẩm quyền được ban hành loại văn bản nào; các văn bản đó quy định về vấn đề gì... Chính trong bối cảnh đó, thẩm quyền ban hành VBQPPL của chính quyền địa phương được cân nhắc thể hiện

qua hai phương án: Phương án 1 chính quyền địa phương dưới cấp tỉnh không có thẩm quyền ban hành VBQPPL; Phương án 2 chính quyền địa phương cả ba cấp đều có quyền ban hành VBQPPL. Chúng tôi xin bàn về thẩm quyền ban hành VBQPPL của chính quyền cấp huyện, cấp xã.

1. Chính quyền dưới cấp tỉnh có cần ban hành văn bản quy phạm pháp luật không?

Theo Điều 110 Hiến pháp năm 2013, nước ta được chia thành các đơn vị hành chính gồm: tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương; huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh; xã, phường, thị trấn. Ngoài ra còn có thể có đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt. Hiện nay, cả nước có 63 tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương. Theo Luật Ban hành VBQPPL của Hội đồng nhân dân (HĐND), Ủy ban nhân dân (UBND) năm 2004, HĐND cấp tỉnh có quyền ban hành nghị quyết và UBND cấp tỉnh có quyền ban hành quyết định, chỉ thị để quy định về các vấn đề thuộc phạm vi quản lý của địa phương. Sở dĩ HĐND, UBND cấp tỉnh được quyền ban hành VBQPPL vì các VBQPPL do các cơ quan trung ương ban hành thường có hiệu lực trên phạm vi toàn quốc. Những văn bản

* TS. Trường Đại học Luật Hà Nội.

1 Dự thảo Luật này đã trình Quốc hội cho ý kiến tại Kỳ họp thứ Tám, Quốc hội khóa XIII (ngày 27/11/2014)

này ban hành để điều chỉnh những vấn đề mang tính phổ biến trên cả nước. Một số trường hợp văn bản của trung ương có hiệu lực trên phạm vi một vùng lãnh thổ vì những yếu tố riêng biệt của khu vực đó cần có sự điều chỉnh riêng, khác với các khu vực khác. Rất hiếm khi VBQPPL của trung ương có hiệu lực trên phạm vi một tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương. Trong khi đó, các tỉnh, thành phố có thể có những yếu tố riêng biệt về tự nhiên, xã hội khác với các tỉnh, thành phố khác dẫn đến khả năng thực hiện văn bản của trung ương không giống nhau. Vì vậy, cần có sự cụ thể hóa văn bản của trung ương cho phù hợp với điều kiện cụ thể của địa phương. Mặt khác, do có sự khác biệt giữa các địa phương, có những vấn đề chỉ có ở địa phương này mà không có ở địa phương khác nên cũng khó có thể được quy định trong các văn bản do trung ương ban hành. Trong trường hợp này cũng cần có văn bản của địa phương trực tiếp điều chỉnh các vấn đề đó. Như vậy, nhu cầu ban hành văn quy phạm pháp luật có hiệu lực trên phạm vi tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương là rất rõ ràng và thẩm quyền ban hành văn bản của chính quyền cấp tỉnh đã được quy định trong Luật Ban hành VBQPPL của HĐND, UBND. Những quy định này được kế thừa trong Dự án Luật Ban hành VBPL. Tuy nhiên, thẩm quyền ban hành VBQPPL của HĐND và UBND cấp huyện và cấp xã thì lại là vấn đề được cân nhắc rất nhiều trong quá trình xây dựng Dự án Luật Ban hành VBPL.

Lý do dẫn đến sự cân nhắc về thẩm quyền ban hành VBQPPL của chính quyền cấp huyện, cấp xã chủ yếu xuất phát từ thực tế là chất lượng của các văn bản do các cấp chính quyền này không cao và chủ yếu nhắc lại các quy định trong các văn bản của cơ quan nhà nước cấp trên². Đây là thực tế

không thể phủ nhận, nhưng nếu cứ việc gì cấp dưới làm không tốt là phải chuyển lên cấp cao hơn thì lại quay trở lại tư duy ôm đồm mà trong nhiều năm gần đây, Đảng và Nhà nước đang hết sức cố gắng hạn chế. Để giải quyết vấn đề này, điều cần quan tâm là phải tăng cường năng lực cho cấp dưới, tìm ra các giải pháp để cấp dưới làm tốt hơn công việc của mình chứ không phải là cấp trên làm thay. Mặt khác, chất lượng của văn bản không cao có thể vì rất nhiều nguyên nhân khác nhau, tuyệt nhiên không thể vì thế mà kết luận rằng đó là do không có nhu cầu ban hành VBQPPL ở phạm vi cấp huyện, cấp xã.

Câu hỏi đặt ra là: Thực sự có nhu cầu ban hành VBQPPL trên phạm vi địa giới huyện hoặc xã không?

Đối với cấp huyện, điều này về cơ bản cũng tương tự như đối với cấp tỉnh. Mặc dù, phạm vi địa giới của một tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương không quá rộng nhưng có rất nhiều tỉnh, thành phố không có sự đồng nhất về địa lý, về dân cư, về các vấn đề tự nhiên, xã hội khác. Ví dụ, trong một tỉnh có thể có huyện hoàn toàn thuộc miền núi, có huyện hoàn toàn thuộc miền biển; có huyện công nghiệp hóa khá mạnh với các khu công nghiệp tập trung, có huyện thuần nông; có quận nội thành, có huyện nông thôn... Ngay cả với các đơn vị hành chính có những nét tương đồng trong một tỉnh, với sự chủ động, linh hoạt và trong giới hạn thẩm quyền được pháp luật quy định, chính quyền của các huyện, quận, thị xã khác nhau cũng có thể có những cách quản lý khác nhau. Con số thống kê đáng tham khảo là: Kết quả tổng kết 9 năm thực hiện Luật Ban hành VBQPPL của HĐND, UBND có: 25.625 nghị quyết của HĐND cấp huyện, 47.919 quyết định, 7.626 chỉ thị của UBND cấp huyện được ban hành³. Cứ cho rằng, trong số đó có những

2 Ủy ban thường vụ Quốc hội, Chủ thể, hình thức ban hành và hiệu lực của VBQPPL ở nước ta - Thực trạng và hướng hoàn thiện, Tài liệu phục vụ Dự án Luật Ban hành VBQPPL.

3 Tidd

văn bản chỉ sao chép lại văn bản của cấp trên nhưng chắc chắn rằng, cũng có nhiều văn bản được ban hành phản ánh nhu cầu thực sự phải có quy định riêng ở các huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh. Nói cách khác, nhu cầu ban hành văn bản để điều chỉnh các vấn đề trên phạm vi lãnh thổ cấp huyện là hoàn toàn có thực, mặc dù không lớn.

Đối với cấp xã, do phạm vi địa giới của xã, phường, thị trấn khá nhỏ và sự khác biệt về các vấn đề tự nhiên, xã hội của các xã, phường, thị trấn trong một huyện, quận không nhiều nên gần như không có yếu tố đặc thù cần có những quy định riêng. Mặt khác, để tránh sự tản mạn của pháp luật, việc quy định thẩm quyền ban hành VBQPPL của chính quyền cấp xã là không cần thiết.

Dưới góc độ pháp lý, các Điều 112, 113, 114 Hiến pháp năm 2013⁴ quy định thẩm quyền chung cho cả ba cấp chính quyền địa phương. Các quy định này rất khái quát nên nếu căn cứ vào Hiến pháp thì không thể khẳng định cấp chính quyền nào có quyền ban hành VBQPPL hay không có thẩm quyền ban hành VBQPPL. Thẩm quyền cụ thể hơn của từng cấp chính quyền, của HĐND, UBND mỗi cấp sẽ được quy định trong Luật Tổ chức chính quyền địa phương. Tuy nhiên, tại thời điểm này, Luật Tổ chức chính quyền địa phương chưa được ban hành nên chưa thể khẳng định chắc chắn về việc

ban hành VBQPPL của cấp huyện, cấp xã. Lý do rất đơn giản là mặc dù Luật Ban hành VBPL quy định về thẩm quyền, thủ tục ban hành VBQPPL, nhưng thực chất, Luật Ban hành VBPL chỉ có thể quy định cơ quan nào có quyền ban hành, có quyền ban hành loại văn bản nào, những văn bản đó quy định về vấn đề gì hoàn toàn dựa trên cơ sở các Luật tổ chức hay các văn bản quy định thẩm quyền quản lý của các cơ quan nhà nước. Điều đó cũng có nghĩa là chưa có căn cứ pháp lý để biết chính xác chính quyền cấp huyện, cấp xã có thẩm quyền như thế nào, với thẩm quyền đó thì có được phép và có cần ban hành VBQPPL hay không. Song, như đã phân tích ở trên, nhu cầu ban hành VBQPPL điều chỉnh trên phạm vi địa bàn huyện là có thực. Hơn nữa, vấn đề tự quản, tự chịu trách nhiệm của cấp huyện, cấp xã được bàn đến sôi nổi trong những năm gần đây và đang là khuynh hướng xây dựng chính quyền địa phương hiện nay. Nếu nói đến vấn đề tự quản, tự chịu trách nhiệm thì có lẽ cũng không chỉ dừng lại ở việc tự quản, tự chịu trách nhiệm về việc giải quyết các vấn đề cụ thể mà tự quản, tự chịu trách nhiệm còn bao hàm cả việc tự định ra các chủ trương, biện pháp quản lý áp dụng chung trên phạm vi địa bàn quản lý. Vì vậy, rất nên quy định chính quyền cấp huyện có thẩm quyền ban hành VBQPPL.

4 Điều 112. 1. Chính quyền địa phương tổ chức và bảo đảm việc thi hành Hiến pháp, pháp luật tại địa phương; quyết định các vấn đề của địa phương do luật định; chịu sự kiểm tra, giám sát của cơ quan nhà nước cấp trên.

2. Nhiệm vụ, quyền hạn của chính quyền địa phương được xác định trên cơ sở phân định thẩm quyền giữa các cơ quan nhà nước ở trung ương và địa phương và của mỗi cấp chính quyền địa phương.

3. Trong trường hợp cần thiết, chính quyền địa phương được giao thực hiện một số nhiệm vụ của cơ quan nhà nước cấp trên với các điều kiện bảo đảm thực hiện nhiệm vụ đó.

Điều 113. 1. HĐND là cơ quan quyền lực nhà nước ở địa phương, đại diện cho ý chí, nguyện vọng và quyền làm chủ của Nhân dân địa phương, do Nhân dân địa phương bầu ra, chịu trách nhiệm trước Nhân dân địa phương và cơ quan nhà nước cấp trên.

2. HĐND quyết định các vấn đề của địa phương do luật định; giám sát việc tuân theo Hiến pháp và pháp luật ở địa phương và việc thực hiện nghị quyết của HĐND.

Điều 114. 1. UBND ở cấp chính quyền địa phương do HĐND cùng cấp bầu là cơ quan chấp hành của HĐND, cơ quan hành chính nhà nước ở địa phương, chịu trách nhiệm trước HĐND và cơ quan hành chính nhà nước cấp trên.

2. UBND tổ chức việc thi hành Hiến pháp và pháp luật ở địa phương; tổ chức thực hiện nghị quyết của HĐND và thực hiện các nhiệm vụ do cơ quan nhà nước cấp trên giao.

2. Kiểm soát việc thực hiện thẩm quyền ban hành văn bản quy phạm pháp luật của chính quyền cấp huyện như thế nào?**Một là, cách thức kiểm soát**

Khoản 2 Điều 113 Hiến pháp năm 2013 quy định: “HĐND quyết định các vấn đề của địa phương do luật định; giám sát việc tuân theo Hiến pháp và pháp luật ở địa phương và việc thực hiện nghị quyết của HĐND” và khoản 2 Điều

114 Hiến pháp năm

2013 quy định:

“UBND tổ chức

việc thi hành

Hiến pháp và

pháp luật ở

địa phương,

tổ chức thực

hiện nghị

quyết của

HĐND và thực

hiện các nhiệm vụ

do cơ quan nhà nước

cấp trên giao”. Khoản 1

Điều 23 Dự án Luật Ban hành

VBPL cũng quy định: “Chính quyền cấp huyện, cấp xã ban hành VBPL để quy định những vấn đề được cấp trên giao và những vấn đề luật quy định thuộc thẩm quyền tự quản, tự chịu trách nhiệm của mình”. Theo đó, thẩm quyền của chính quyền cấp huyện có thể chia thành hai nhóm: một là, những vấn đề được luật quy định cấp huyện trực tiếp thực hiện và tự chịu trách nhiệm; hai là, những vấn đề được cấp trên giao cho cấp huyện thực hiện. Lẽ dĩ nhiên, yêu cầu đặt ra đối với việc kiểm soát việc thực hiện thẩm quyền ở hai nhóm trên phải khác nhau. Và như vậy, việc kiểm soát hoạt động ban hành VBQPPL của chính quyền cấp huyện trong việc thực hiện thẩm quyền ở hai nhóm đó cũng cần được thực hiện khác nhau.

Thứ nhất, đối với văn bản ban hành để quy định những vấn đề được cấp trên giao.

Những vấn đề được cấp trên giao có thể không phải là những vấn đề đương nhiên thuộc thẩm quyền của cấp huyện nhưng xét thấy cần thiết, thấy cấp huyện có đủ điều kiện để thực hiện nên cấp trên giao cho cấp huyện thực hiện. Có thể nói, trong trường hợp này, cấp trên và cấp huyện là “đồng chịu trách nhiệm” về kết quả thực hiện công việc.

Chính vì vậy, cùng với việc giao cho cấp huyện thực hiện thì cơ quan cấp trên cũng phải kiểm soát chặt

chẽ việc thực

hiện thẩm

quyền đó.

Với trường

hợp này, quy

định văn bản

của cấp

huyện phải do

cấp tỉnh (cấp

trên trực tiếp) phê

duyet là thích hợp.

Thứ hai, đối với văn

bản ban hành để thực hiện thẩm

quyền do luật định. Đây là những vấn đề chính quyền cấp huyện thực hiện theo quy định của luật và phải tự chịu trách nhiệm. Nếu đã gọi là “tự chịu trách nhiệm” thì sự can thiệp của cấp trên càng ít càng tốt, nếu không nói là cấp trên không được phép can thiệp. Vì vậy, quy định văn bản của cấp huyện phải do cấp tỉnh phê duyệt theo khoản 2 Điều 23 Dự án Luật Ban hành VBPL là không thích hợp. Việc quy định chính quyền cấp trên phê duyệt văn bản mặc dù có điểm tích cực là góp phần hạn chế việc ban hành văn bản kém chất lượng, nhưng cũng có điểm không tích cực là tạo ra sự ỷ lại vào cấp trên. Trong trường hợp dù có sự phê duyệt của cấp tỉnh rồi nhưng văn bản vẫn không đảm bảo chất lượng thì cấp tỉnh (cấp phê duyệt văn bản) cũng phải chịu trách nhiệm về tình trạng kém chất lượng đó của văn bản. Như vậy lại không đúng với tinh thần “tự



BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

chịu trách nhiệm” của cấp huyện mà pháp luật quy định. Vì vậy, đối với những văn bản được ban hành để thực hiện thẩm quyền do luật định cho cấp huyện thì không nên quy định phải được chính quyền cấp tỉnh phê duyệt. Việc kiểm soát những văn bản này được thực hiện bằng những cách thức thông thường: kiểm soát trước khi ban hành thông qua hoạt động thẩm tra, thẩm định; kiểm soát sau khi ban hành thông qua sự giám sát của HĐND, sự kiểm tra của UBND cấp có thẩm quyền.

Hai là, cơ quan kiểm soát

Khoản 2 Điều 23 Dự án Luật Ban hành VBQPPL viết: “VBPL của chính quyền cấp huyện, cấp xã phải được chính quyền cấp trên trực tiếp phê duyệt”. Với chính quyền cấp huyện thì có thể có cả HĐND và UBND hoặc chỉ có UBND; với chính quyền cấp tỉnh thì có cả HĐND và UBND. Quy định trên có

thể được hiểu là: văn bản của UBND cấp huyện có thể được phê duyệt bởi UBND cấp tỉnh hoặc HĐND cấp tỉnh và văn bản của HĐND cấp huyện cũng có thể được phê duyệt bởi HĐND cấp tỉnh hoặc UBND cấp tỉnh. Nếu hiểu như vậy thì trách nhiệm phê duyệt thuộc về cơ quan nào là không rõ ràng. Quy định này nên được thể hiện cụ thể hơn theo hướng văn bản của HĐND sẽ do HĐND cấp trên phê duyệt, văn bản của UBND sẽ do UBND cấp trên phê duyệt.

Tóm lại, Luật Ban hành VBPL nên quy định thẩm quyền ban hành VBQPPL của chính quyền cấp huyện, không nên quy định chính quyền cấp xã có thẩm quyền ban hành VBQPPL và văn bản của HĐND cấp huyện do HĐND cấp tỉnh phê duyệt, văn bản của UBND cấp huyện do UBND cấp tỉnh phê duyệt, và việc phê duyệt chỉ đặt ra đối với các văn bản được ban hành để quy định về các vấn đề do cấp trên giao ■



HOÀN THIÊN CHÍNH SÁCH, PHÁP LUẬT VỀ TÀI NGUYÊN NƯỚC

HOÀNG VĂN BẢY*

1. Những vấn đề chủ yếu về tài nguyên nước của Việt Nam

Nếu chỉ xét riêng tổng lượng nước hàng năm của cả nước, có thể lầm tưởng rằng Việt Nam là quốc gia có tài nguyên nước (TNN) dồi dào. Tuy nhiên, xét theo đặc điểm phân bố lượng nước theo thời gian, không gian cùng với đặc điểm phân bố dân cư, phát triển kinh tế, mức độ khai thác, sử dụng nước... có thể thấy rằng, TNN của nước ta đang phải chịu rất nhiều sức ép, tiềm ẩn nhiều nguy cơ trong việc bảo đảm an ninh nguồn nước quốc gia. Điều đó được thể hiện trên một số mặt sau:

Thứ nhất, nguồn nước của Việt Nam chủ yếu phụ thuộc vào nước ngoài. Gần 2/3 lượng nước của nước ta là từ nước ngoài chảy vào. Những năm qua, các nước ở thượng lưu đang tăng cường xây dựng các công trình thủy điện, chuyển nước và xây dựng nhiều công trình lấy nước, gây nguy cơ nguồn nước chảy về nước ta sẽ ngày càng suy giảm và Việt Nam sẽ khó chủ động được về nguồn nước, phụ thuộc nhiều vào các nước ở thượng lưu.

Theo số liệu phân tích từ ảnh viễn thám thì thượng nguồn hệ thống sông Hồng trên

lãnh thổ Trung Quốc có khoảng 52 công trình thủy điện đã hoàn thành hoặc đang xây dựng. Riêng đối với thượng nguồn sông Đà, về cơ bản, đến nay Trung Quốc đã khai thác hết các bậc thang thủy điện lớn, đã vận hành 8 nhà máy, với tổng dung tích hồ chứa trên 2 tỷ m³, công suất lắp máy gần 17.000 MW.

Việc khai thác nước ở thượng nguồn của phía Trung Quốc đã gây ra các tác động đến việc khai thác nguồn nước của nước ta như: đã có hiện tượng suy giảm lượng nước từ Trung Quốc chảy vào nước ta, nhất là từ các năm từ 2007-2010; tạo ra lũ đột ngột, bất thường (biên độ dao động mực nước ngày từ 4m đến 10m), gây dao động mực nước giữa ban ngày và ban đêm rất lớn, có thời gian các hồ ngừng xả nước phát điện liên tục, kéo dài làm suy kiệt dòng chảy các sông.

Tương tự như vậy, trên thượng nguồn sông Mê Công, Trung Quốc đã có kế hoạch xây dựng 14 đập thủy điện với tổng công suất lắp đặt trên 22.000 MW. Trong đó có 2 công trình có khả năng điều tiết rất lớn với tổng dung tích khoảng 38 tỷ m³ (thủy điện Tiểu Loan công suất 4.200 MW, dung tích hồ chứa khoảng 15 tỷ m³; thủy điện Nọa Chát Độ công suất rất lớn, 5.500 MW, dung tích

* Cục trưởng Cục Quản lý Tài nguyên nước, Bộ Tài nguyên và Môi trường.

hồ chứa khoảng 23 tỷ m³). Phân tích sơ bộ ảnh viễn thám trên một phần lưu vực của sông Mê Công (thuộc Trung Quốc) cho thấy, đã có 75 công trình thủy điện đã hoặc đang xây dựng, trong đó có 6 đập trên dòng chính. Trên phân lưu vực thuộc các nước Lào, Thái Lan và Campuchia hiện đã có quy hoạch 11 công trình thủy điện trên dòng chính, tổng công suất khoảng 10.000-19.000 MW. Lào đã chính thức khởi công thủy điện Xayabury và đang chuẩn bị xây dựng thủy điện Don-sahong.

Việc xây dựng, vận hành các công trình thủy điện trên thượng nguồn sông Mê Công được cảnh báo sẽ là mối nguy cơ lớn làm đảo lộn các hoạt động phát triển kinh tế, bảo đảm an sinh xã hội và bảo vệ môi trường ở vùng hạ lưu, đặc biệt là vùng đồng bằng sông Cửu Long (ĐBSCL) của Việt Nam do các vấn đề về biến đổi dòng chảy trong mùa lũ, suy giảm dòng chảy mùa kiệt, gia tăng xâm nhập mặn, suy giảm hàm lượng phù sa, suy giảm nguồn lợi thủy sản...

Thứ hai, nguồn nước phân bố không cân đối giữa các vùng, các lưu vực sông. Toàn bộ phần lãnh thổ từ các tỉnh biên giới phía Bắc đến TP. Hồ Chí Minh, nơi có 80% dân số và trên 90% hoạt động sản xuất, kinh doanh dịch vụ chỉ có gần 40% lượng nước của cả nước; 60% lượng nước còn lại là ở vùng ĐBSCL - nơi chỉ có 20% dân số và khoảng 10% hoạt động sản xuất, kinh doanh dịch vụ. Lưu vực sông Đồng Nai chỉ có 4,2% lượng nước, nhưng đang đóng góp khoảng 30% GDP của cả nước.

Thứ ba, TNN phân bố không đều theo thời gian trong năm và không đều giữa các năm. Lượng nước trong 3-5 tháng mùa lũ chiếm tới 70-80%, trong khi đó 7-9 tháng mùa kiệt chỉ có 20-30% lượng nước cả năm. Phân bố lượng nước giữa các năm cũng biến đổi rất lớn, trung bình cứ 100 năm thì có 5 năm lượng nước chỉ bằng khoảng 70-75% lượng nước trung bình nêu trên.

Thứ tư, nhu cầu nước gia tăng trong khi nguồn nước đang tiếp tục bị suy giảm, đặc

biệt là trong mùa khô. Hiện nay, một số lưu vực sông đã bị khai thác quá mức, nhất là trong mùa khô, cạnh tranh, mâu thuẫn trong sử dụng nước ngày càng tăng. Theo tiêu chuẩn quốc tế, đã có 4 lưu vực sông đang bị khai thác ở mức căng thẳng trung bình (sử dụng 20-40% lượng nước) gồm sông Mã, sông Hương, các sông thuộc Ninh Thuận, Bình Thuận và Bà Rịa-Vũng Tàu (nhóm sông Đông Nam bộ). Nếu tính riêng trong mùa khô, thì đã có 10 lưu vực sông đang bị khai thác ở mức căng thẳng trung bình, 6 sông đã đến mức rất căng thẳng (sử dụng trên 40% lượng nước, gồm 4 sông: sông Mã, cụm sông Đông Nam bộ, sông Hương và Đồng Nai). Trong đó, cụm sông Đông Nam bộ và sông Mã đã khai thác khoảng 75% và 80% lượng nước mùa khô. Dự kiến đến năm 2020 tình trạng khan hiếm nước, thiếu nước, nhất là trong mùa khô sẽ còn tăng mạnh so với hiện nay và hầu hết các lưu vực sông của Việt Nam đều ở trong trạng thái căng thẳng về sử dụng nước, đặc biệt là trong thời kỳ mùa cạn.

Thứ năm, một số khu vực, nguồn nước dưới đất cũng bị khai thác quá mức. Mực nước dưới đất ở một số khu vực bị suy giảm liên tục và chưa có dấu hiệu hồi phục. Tại vùng đồng bằng Bắc Bộ, đã hình thành 3 phễu hạ thấp mực nước lớn (tại Hà Nội, Hải Phòng và Nam Định); năm 1995, diện tích hình phễu hạ thấp mực nước chỉ có 195 km², đến nay đã tăng lên đến 2.900 km², có một số nơi tốc độ hạ thấp tới 0,8m/năm. Tại vùng ĐBSCL, đã hình thành 2 phễu hạ thấp mực nước lớn (tại khu vực TP. Hồ Chí Minh và bán đảo Cà Mau); diện tích phễu hạ thấp mực nước tăng từ 6.900 km² (1995) lên gần 15.000 km² (hiện nay), cá biệt có điểm tốc độ hạ thấp đến trên 1m/năm. Một số khu vực, nước dưới có nguy cơ ô nhiễm arsen cao, nhất là ở vùng đồng bằng sông Hồng (có 792 xã) và ĐBSCL (229 xã), vùng Bắc Trung Bộ (155 xã).

Thứ sáu, tình trạng ô nhiễm nguồn nước ngày càng tăng cả về mức độ, quy mô, nhiều

nơi có nước nhưng không thể sử dụng do nguồn nước bị ô nhiễm. Nguồn nước mặt ở hầu hết các khu vực đô thị, khu công nghiệp, làng nghề đều đã bị ô nhiễm, nhiều nơi ô nhiễm nghiêm trọng (như lưu vực sông Nhuệ - Đáy, sông Cầu và sông Đòng Nai-Sài Gòn). Nguyên nhân chủ yếu là do nước thải từ các cơ sở sản xuất, khu công nghiệp, các đô thị không được xử lý hoặc xử lý chưa đạt tiêu chuẩn nhưng vẫn xả ra môi trường, vào nguồn nước.

Thứ bảy, rừng đầu nguồn bị suy giảm, diện tích rừng không được cải thiện, chất lượng rừng kém làm giảm nguồn sinh thủy là một trong những nguyên nhân chính góp phần làm cho nguồn nước cạn kiệt, thiếu nước trong mùa khô và gia tăng lũ ống, lũ quét, sạt lở đất trong mùa mưa trong thời gian gần đây.

Thứ tám, biến đổi khí hậu và nước biển dâng, xâm nhập mặn sẽ tác động mạnh mẽ, sâu sắc tới TNN. Trong những năm qua các hiện tượng bất thường của khí hậu, thời tiết đã xảy ra liên tục. Mùa khô ngày càng kéo dài, hạn hán gây thiếu nước xảy ra trên diện rộng liên tục trong mùa khô các năm từ 2008 đến nay, không chỉ xảy ra ở khu vực miền Trung, Tây Nguyên, miền núi cao phía Bắc mà ngay còn ở vùng ĐBSCL. Mùa mưa thì mưa, lũ tăng lên ở tất cả các vùng trong cả nước (dự báo đến năm 2020 tất cả các vùng đều tăng từ 2,3 - 5,4%); lượng nước mùa khô ở nhiều vùng (từ Bắc Trung Bộ đến ĐBSCL bị suy giảm (dự báo đến năm 2020 giảm từ 2,3% đến lớn nhất 16% - ở vùng Nam Trung Bộ, nơi đang thiếu nước nhất).

Mực nước biển dâng cao dẫn tới ngập lụt vùng ven biển; gia tăng tình trạng xâm nhập mặn vùng cửa sông, đồng bằng ven biển; gây xói lở, sa bồi làm đảo lộn cân bằng tự nhiên và sinh thái, ảnh hưởng nghiêm trọng đến vùng ven bờ. Đồng thời, còn làm gia tăng ngập lụt vùng đồng bằng, hàng triệu ha vùng ven biển có thể bị chìm ngập, hàng trăm ha rừng ngập mặn có thể bị mất, các hệ sinh thái đất ngập nước ven bờ bị tác động sâu sắc.

Các hệ sinh thái thủy sinh, nguồn lợi thủy sản và nghề cá, đời sống, sinh hoạt các công trình xây dựng của cư dân ven bờ cũng thay đổi theo chiều hướng xấu đi.

2. Hệ thống văn bản quy phạm pháp luật tài nguyên nước

Quản lý TNN ở Việt Nam trong thời gian gần đây đã được cải thiện đáng kể về mặt pháp lý, cấu trúc thể chế và các cơ chế quản lý; qua đó đã góp phần vào sự phát triển kinh tế - xã hội của đất nước. Luật TNN đã được chính thức ban hành từ năm 1998 và các văn bản hướng dẫn Luật đã tạo ra khuôn khổ pháp lý cơ bản về quản lý, điều hành, lưu trữ, khai thác và sử dụng TNN trên toàn quốc. Sự thay đổi về thể chế trong quản lý TNN đã khuyến khích được quá trình phi tập trung hóa, đẩy mạnh sự tham gia rộng rãi của các thành phần ngoài nhà nước trong việc khai thác, sử dụng và bảo vệ nguồn nước, cung cấp nước sinh hoạt và nước tưới tiêu.

Trong những năm qua, hệ thống văn bản pháp luật về TNN đã được Bộ Tài nguyên và Môi trường (Bộ TN&MT) tập trung xây dựng, từng bước hoàn thiện, tạo lập hành lang pháp lý cơ bản cho công tác quản lý TNN từ trung ương đến địa phương. Để triển khai thi hành Luật TNN năm 1998, Bộ TN&MT đã xây dựng, trình Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ ban hành hoặc Bộ ban hành theo thẩm quyền tổng số gần 35 văn bản pháp luật về TNN. Tuy nhiên, để bảo đảm tính đồng bộ, đáp ứng yêu cầu quản lý TNN trong tình hình mới, ngày 21/6/2012 Quốc hội đã thông qua Luật TNN số 17/2012/QH13 (sau đây gọi tắt là Luật TNN năm 2012). Theo đó, Luật TNN năm 2012 đã sửa đổi, bổ sung toàn diện Luật TNN năm 1998 từ phạm vi điều chỉnh, các vấn đề chung đến quy hoạch, điều tra cơ bản, bảo vệ TNN,... đến trách nhiệm quản lý nhà nước về TNN từ trung ương đến cấp huyện, xã, đặc biệt là các vấn đề về quy hoạch, bảo vệ TNN, sử dụng nước tiết kiệm, hiệu quả và tài chính về TNN, thể hiện trên bảy nhóm vấn đề chính sau đây:

Một là, về những quy định chung. Luật TNN năm 2012 bổ sung quy định một số dự án liên quan đến khai thác nước, xả nước thải vào nguồn nước phải lấy ý kiến của cộng đồng dân cư bị ảnh hưởng và tổ chức, cá nhân liên quan nhằm đề cao trách nhiệm, minh bạch thông tin về những tác động tiêu cực có thể gây ra ngay từ khi chuẩn bị thực hiện dự án; quy định phân loại lưu vực sông, nguồn nước làm căn cứ phân công, phân cấp quản lý và bổ sung quy định về phổ biến, giáo dục pháp luật về TNN.

Hai là, về điều tra cơ bản, chiến lược, quy hoạch TNN. Luật TNN năm 2012 đã bổ sung quy định về quy hoạch tổng thể điều tra cơ bản TNN, chiến lược TNN, quy hoạch TNN chung của cả nước, quy hoạch lưu vực sông, quy hoạch TNN của tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương. Đồng thời, Luật cũng đã bổ sung quy định trách nhiệm, thẩm quyền trong công tác điều tra cơ bản, chiến lược, quy hoạch TNN; quy định điều kiện của đơn vị thực hiện điều tra cơ bản, tư vấn lập quy hoạch TNN.

Ba là, về bảo vệ TNN. Luật TNN năm 2012 đã có những quy định cụ thể về các biện pháp phòng, chống ô nhiễm, suy thoái, cạn kiệt nguồn nước và ứng phó, khắc phục sự cố ô nhiễm nguồn nước; quy định giám sát TNN, các hoạt động khai thác, sử dụng nước và xả nước thải vào nguồn nước, bảo vệ và phát triển nguồn sinh thủy; quy định hành lang bảo vệ nguồn nước, các biện pháp bảo vệ lòng, bờ, bãi sông, bảo đảm sự lưu thông của dòng chảy... nhằm kiểm soát chặt chẽ các hoạt động có nguy cơ gây ô nhiễm, suy thoái, cạn kiệt nguồn nước để bảo vệ số lượng, chất lượng của nguồn nước và bảo vệ các dòng sông.

Bốn là, về khai thác, sử dụng TNN. Luật TNN năm 2012 đã bổ sung các quy định về sử dụng nước tiết kiệm, hiệu quả; các quy định về quy hoạch, xây dựng và khai thác sử dụng nước của hồ chứa, điều hòa, phân phối TNN, các biện pháp hạn chế khai thác nước dưới đất, khai thác, sử dụng tổng hợp, đa

mục tiêu các nguồn nước.

Năm là, về phòng, chống và khắc phục hậu quả tác hại do nước gây ra. Luật TNN năm 2012 tập trung điều chỉnh việc phòng, chống và khắc phục hậu quả tác hại của nước do hoạt động khai thác, sử dụng TNN gây ra như phòng chống hạn hán, lũ, lụt, ngập úng nhân tạo, xâm nhập mặn, sụt, lún đất, sạt, lở bờ, bãi sông. Việc phòng, chống và khắc phục hậu quả tác hại do thiên tai sẽ được thực hiện theo quy định của pháp luật về đề điều, phòng, chống lụt, bão và các quy định khác của pháp luật có liên quan.

Sáu là, về tài chính về TNN. Luật TNN năm 2012 đã quy định việc thu tiền cấp quyền khai thác TNN đối với một số hoạt động khai thác nước. Quy định này nhằm coi nước là tài sản của Nhà nước, bảo đảm lợi ích của Nhà nước với tư cách đại diện chủ sở hữu TNN, đồng thời nâng cao ý thức và trách nhiệm của tổ chức, cá nhân trong việc khai thác, sử dụng nước tiết kiệm, hiệu quả và bảo đảm sự công bằng trong việc sử dụng tài sản của Nhà nước.

Bảy là, về trách nhiệm quản lý TNN. Luật TNN năm 2012 bổ sung quy định cụ thể trách nhiệm quản lý nhà nước về TNN của Bộ TN&MT, các bộ, ngành và của chính quyền địa phương các cấp, thẩm quyền cấp phép về TNN; bổ sung quy định về việc điều phối, giám sát các hoạt động khai thác, sử dụng, bảo vệ TNN và phòng, chống tác hại do nước gây ra trên lưu vực sông nhằm bảo đảm tính hệ thống, thống nhất của TNN trên lưu vực sông và đề cao trách nhiệm của các bộ, ngành, địa phương liên quan trong việc giải quyết những vấn đề về TNN trong khuôn khổ lưu vực sông.

Trong gần hai năm qua, Bộ TN&MT đã khẩn trương chỉ đạo công tác rà soát, xây dựng nhiều văn bản mới theo tinh thần của Luật TNN năm 2012, đảm bảo đáp ứng các yêu cầu của công tác quản lý TNN trong bối cảnh nguồn nước đang có nguy cơ suy thoái, cạn kiệt do tác động của biến đổi khí hậu và gia tăng khai thác, sử dụng nước, xả nước

thải trong hoạt động phát triển kinh tế - xã hội ở cả trong nước và các quốc gia ở thượng nguồn các sông suối xuyên biên giới với nước ta. Đến nay, Bộ TN&MT đã xây dựng, trình Chính phủ bốn nghị định; Thủ tướng Chính phủ đã ban hành 14 quyết định, bao gồm 11 quy trình vận hành liên hồ chứa trên 11 lưu vực sông lớn, quan trọng nhằm khai thác sử dụng tổng hợp, hiệu quả hệ thống các hồ chứa lớn, đáp ứng yêu cầu, phòng, chống giảm lũ, cấp nước cho hạ du gắn với nhiệm vụ phát điện. Đồng thời, Bộ TN&MT cũng đã ban hành theo thẩm quyền 11 thông tư hướng dẫn để triển khai đồng bộ các quy định của Luật TNN năm 2012.

Trong bối cảnh 2/3 lượng nước của nước ta là từ nước ngoài chảy vào, các quốc gia thượng nguồn đang tăng cường hoạt động khai thác, sử dụng nước, nhằm tăng cường cơ chế giải quyết những vấn đề liên quan đến nguồn nước của Việt Nam theo chuẩn mực chung của quốc tế, đã được hầu hết các quốc gia thừa nhận, Bộ TN&MT đã tham mưu, trình Chính phủ, trình Chủ tịch nước quyết định gia nhập Công ước của Liên hợp quốc về Luật Sử dụng các nguồn nước liên quốc gia cho các mục đích phi giao thông thủy. Với sự kiện này, Việt Nam đã là thành viên thứ 35 và chính thức đưa Công ước nêu trên có hiệu lực sau 17 năm được Liên hợp quốc thông qua (từ năm 1997).

3. Những vấn đề đặt ra và định hướng hoàn thiện chính sách, pháp luật về tài nguyên nước

3.1. Những vấn đề đặt ra cần tập trung giải quyết

Để giải quyết đồng bộ các vấn đề TNN của Việt Nam nêu trên, Luật TNN năm 2012 đã được sửa đổi, bổ sung toàn diện, trong đó đã thể chế hóa nhiều cơ chế, chính sách mới nhằm khai thác, sử dụng tổng hợp, hiệu quả, quản lý, bảo vệ nguồn nước quốc gia được tốt hơn. Trong thời gian tới cần tập trung giải quyết có hiệu quả một số vấn đề sau:

Thứ nhất, bảo đảm an ninh nguồn nước quốc gia, nhất là đối với nguồn nước các

sông liên quốc gia của Việt Nam. Đây là vấn đề hết sức hệ trọng, đòi hỏi phải thực hiện đồng bộ các giải pháp, cơ chế từ hợp tác, thuyết phục, đấu tranh nhằm bảo đảm khai thác, sử dụng công bằng, hợp lý nguồn nước các sông liên quốc gia, hạn chế các tác động, rủi ro, đồng thời cũng phải có các phương án, giải pháp để chủ động giải quyết các vấn đề phát sinh. Trong đó cần tập trung nghiên cứu cơ chế hợp tác hợp lý để bảo đảm việc xây dựng, vận hành các công trình thủy điện lớn ở các quốc gia thượng nguồn có thể điều tiết hài hòa dòng chảy cho hạ du cả trong mùa lũ và mùa cạn.

Thứ hai, giải quyết có hiệu quả các vấn đề về mất cân đối nguồn nước giữa các mùa, các vùng và các lưu vực sông, vấn đề suy kiệt dòng chảy, khai thác quá mức. Theo đó, cần phải tập trung điều tra cơ bản, quy hoạch, thông tin dữ liệu và dự báo, cảnh báo TNN đồng thời với việc xây dựng các cơ chế điều tiết, điều hòa, phân bổ nguồn nước, thực hiện các biện pháp khai thác sử dụng tổng hợp nguồn nước, nhất là việc vận hành điều tiết của các hồ chứa nước lớn, quan trọng.

Thứ ba, kiểm soát chặt chẽ các hoạt động gây ô nhiễm nguồn nước, đặc biệt là các hoạt động xả nước thải vào nguồn nước. Bên cạnh việc thực hiện các biện pháp kiểm soát xả nước thải của các cơ sở ngay từ khâu chuẩn bị dự án, xây dựng đến giai đoạn vận hành, cần tập trung xây dựng cơ chế để giám sát chặt chẽ, liên tục chất lượng nước thải trước khi xả vào nguồn nước, nhất là các cơ sở xả nước thải với quy mô lớn, có nguy cơ gây ô nhiễm nguồn nước.

Thứ tư, thúc đẩy sử dụng nước tiết kiệm, hiệu quả. Cùng với việc triển khai thực hiện các cơ chế khuyến khích đối với các hoạt động sử dụng nước tiết kiệm, cần sớm triển khai việc thu tiền khai thác TNN đối với một số hoạt động khai thác, sử dụng nước có lợi thế như thủy điện, sử dụng nước phục vụ các hoạt động sản xuất, kinh doanh, dịch vụ, khai thác nước dưới đất.

Thứ năm, triển khai thực hiện có hiệu

quả cơ chế điều phối, giám sát các hoạt động khai thác, bảo vệ TNN và phòng chống tác hại do nước gây ra trong khuôn khổ lưu vực sông.

3.2. Định hướng các nhiệm vụ trọng tâm trong việc hoàn thiện cơ chế, chính sách quản lý TNN

Một là, tập trung xây dựng, hoàn chỉnh hệ thống văn bản quy phạm pháp luật quy định chi tiết, hướng dẫn thi hành Luật TNN năm 2012 để triển khai đồng bộ, có hiệu quả các cơ chế, chính sách đã được thể chế hóa trong Luật. Trong đó, tập trung xây dựng để triển khai quy định về lập, quản lý hành lang bảo vệ nguồn nước; ưu đãi, hỗ trợ đối với hoạt động sử dụng nước tiết kiệm, hiệu quả; thu tiền cấp quyền khai thác sử dụng TNN, đồng thời rà soát, bổ sung, hoàn chỉnh các quy chuẩn kỹ thuật, định mức kinh tế - kỹ thuật về quy hoạch, điều tra cơ bản, khai thác, sử dụng và bảo vệ TNN.

Hai là, xây dựng kế hoạch để triển khai thực hiện các cơ chế, chính sách, quyền và nghĩa vụ của nước ta trong việc khai thác, sử dụng, bảo vệ nguồn nước liên quốc gia theo quy định của Công ước Liên hiệp quốc về Luật Sử dụng các nguồn nước liên quốc gia cho các mục đích phi giao thông thủy.

Ba là, tiếp tục nghiên cứu bổ sung, hoàn thiện hệ thống chính sách, pháp luật và cơ chế quản lý, sử dụng bảo vệ TNN phù hợp với yêu cầu và bối cảnh mới. Trong đó, cần tiếp tục nghiên cứu, hoàn thiện chế độ sở hữu đối với TNN; cơ chế tiếp cận, định giá, hạch toán tài nguyên trong điều kiện kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa. Vấn đề chia sẻ lợi ích, đền bù, hỗ trợ giữa các bên liên quan trong khai thác, sử dụng TNN, bảo vệ TNN nhằm hài hòa về quyền lợi, nghĩa vụ giữa hoạt động khai thác với hoạt động bảo vệ, giữa thượng lưu với hạ lưu.

Bốn là, rà soát, sửa đổi, bổ sung và ban hành các cơ chế, chính sách về tạo nguồn thu ngân sách, chia sẻ lợi ích với các bên liên quan dựa trên nguyên tắc người hưởng lợi từ

TNN phải trả tiền, người gây ô nhiễm phải khắc phục, bồi thường; về áp dụng các công cụ kinh tế nhằm nâng cao hiệu quả và tính bền vững trong khai thác, sử dụng TNN, đặc biệt là các chính sách thuế, phí, lệ phí; về khuyến khích, ưu đãi, hỗ trợ các hoạt động sử dụng nước tiết kiệm, hiệu quả. Thiết lập cơ chế giải quyết tranh chấp, xung đột lợi ích trong khai thác, sử dụng TNN.

Năm là, xây dựng, hoàn thiện và từng bước tối ưu hóa cơ chế phối hợp vận hành điều tiết nước trong cả mùa cạn, mùa lũ nhằm đáp ứng các yêu cầu về phòng, chống, giảm lũ cho hạ du, cấp nước trong mùa cạn gắn với nhiệm vụ phát điện của các hồ chứa lớn, quan trọng trên các lưu vực sông.

Sáu là, xây dựng cơ chế giám sát thường xuyên, liên tục các hoạt động khai thác, sử dụng TNN, xả nước thải vào nguồn nước thông qua việc áp dụng công nghệ tự động, trực tuyến, cung cấp thông tin thường xuyên, liên tục. Trước hết tập trung đối với hoạt động xả nước thải của các cơ sở xả nước thải lớn, gây ô nhiễm nguồn nước và việc vận hành, điều tiết nước của các hồ chứa thủy điện, thủy lợi, nhất là các hồ có khả năng điều tiết dòng chảy trên 11 lưu vực sông lớn, quan trọng.

Bảy là, thành lập các Ủy ban lưu vực sông và đưa vào hoạt động để thực hiện có hiệu quả cơ chế điều phối, giám sát hoạt động khai thác, sử dụng, bảo vệ TNN, phòng, chống tác hại do nước gây ra trên một số lưu vực sông lớn, quan trọng, nhằm giải quyết hài hòa, có hiệu quả, bền vững các vấn đề về chung TNN giữa các bên liên quan, giữa thượng lưu, hạ lưu và giữa khai thác với bảo vệ trong khuôn khổ toàn lưu vực sông. Đồng thời, đổi mới cơ chế, nâng cao hiệu quả hoạt động của Hội đồng quốc gia về TNN; tăng cường năng lực, bao gồm cả tổ chức, bộ máy, cơ sở vật chất, công cụ kỹ thuật, thông tin cho các cơ quan quản lý chuyên ngành về TNN từ trung ương đến các cấp ở địa phương ■

Nâng cao hiệu quả giám sát bảo vệ, phát triển và khai thác sử dụng tài nguyên nước

LÊ QUỐC DUNG*

Nước là một tài nguyên thiên nhiên có tầm quan trọng hàng đầu phục vụ cho đời sống con người và phát triển kinh tế - xã hội của mỗi quốc gia cũng như toàn nhân loại. Năm 1993, Liên hợp quốc đã lấy ngày 22/3 hàng năm làm Ngày Nước thế giới để chung tay hành động bảo vệ và sử dụng có hiệu quả nguồn nước. Ở Việt Nam, năm 1998, Quốc hội đã ban hành Luật Tài nguyên nước (TNN). Năm 2012, Luật TNN được Quốc hội sửa đổi cho phù hợp tình hình mới đã và đang được triển khai thực hiện trên cả nước. Cùng với quá trình này, công tác giám sát của các cơ quan chức năng để thực thi pháp luật đóng vai trò quan trọng nhằm thúc đẩy quá trình triển khai thực hiện ở các cấp các ngành và toàn xã hội.

1. Nước, thực trạng và xu hướng cung cầu về nước

Nước là tiền đề vật chất của sự sống. Không có nước không có sự sống. Nước là thành phần cấu tạo chính trong cơ thể sinh vật ở trái đất, chiếm từ 50 - 97% trọng lượng cơ thể của sinh vật. Nước còn là nhân tố khí hậu, môi trường sinh thái của sự sống trên trái đất.

Theo nhiều tài liệu, nước bao phủ 71% diện tích của quả đất, nhưng có 97% là nước mặn, chỉ có 3% là nước ngọt. Trong 3% thì có hơn 3/4 lượng nước mà con người không sử dụng được vì nước nằm quá sâu trong lòng đất, bị đóng băng, ở dạng hơi trong khí quyển và dạng tuyết trên lục địa..., do đó chỉ

có 0,5% nước ngọt hiện diện trong sông, suối, ao, hồ mà con người đã và đang sử dụng, nếu trừ phần nước bị ô nhiễm ra thì chỉ có khoảng 0,003% là nước ngọt sạch mà con người có thể sử dụng được. Đó là lượng rất ít trong điều kiện dân số ngày càng tăng, công nghiệp hóa, đô thị hóa ngày càng lớn và hiện đại... Những thách thức khan hiếm nước là rất cấp bách. Dự báo đến năm 2050, nhu cầu nước cho sản xuất và đời sống ngày càng cao, trong khi tình trạng ô nhiễm các nguồn nước và sự sụt giảm lưu lượng các nguồn nước do phá rừng, làm hồ, đập thủy điện, làm mất hệ sinh thái đầu nguồn... đang ngày càng trầm trọng, nên sự thiếu nước, khan hiếm nước đang là nguy cơ thách thức, báo động đối với toàn nhân loại.

* Nguyên Phó Chủ nhiệm Ủy ban kinh tế Quốc hội khóa XII

Không những thế, tình trạng sa mạc hóa và nạn hạn hán, lũ lụt nhiều vùng đất đang tiếp tục xảy ra, 40% dân số thế giới bị ảnh hưởng. Nhiều dòng sông đang bị bức tử. Biến đổi khí hậu đang là thách thức của cả hành tinh. Tình hình trên là bài học đắt giá mà nhân loại đang phải trả cho nhiều hành vi của mình.

Nước ta nằm trong vùng nhiệt đới ẩm, có lượng mưa tương đối lớn, trung bình hàng năm vào khoảng 1.960 mm, có 2.378 con sông. Diện tích các lưu vực sông chiếm 80% diện tích của cả nước. Tuy thế nhưng do địa hình hẹp, nhiều vùng dốc ra biển, hơn 64% lượng nước mặt có nguồn gốc từ nước ngoài nên lượng nước mặt bình quân theo đầu người của Việt Nam năm 1943 là 16.641 m³/người, năm 2010 chỉ có 3.850 m³/năm, nên Hiệp hội TNN Quốc tế (IWRA) liệt nước ta vào *nhóm quốc gia thiếu nước* với ngưỡng dưới 4000 m³/năm. Nếu dân số nước ta tăng lên 150 triệu người thì chỉ còn đạt 2467 m³/người, nằm xấp xỉ với những quốc gia hiếm nước. Dự báo đến năm 2020, các lưu vực sông trên cả nước sẽ ở mức căng thẳng cao do thiếu nước như lưu vực các sông Hồng, Ba, Đồng Nai, Hương và Trà Khúc. Do khí hậu biến đổi nên trong vòng 50-60 năm tới, lượng nước nội địa của Việt Nam sẽ giảm 10-20% so với hiện nay. Đây là một thực trạng đáng báo động và nếu không quản trị tốt thì trong tương lai gần, nước ta sẽ rơi vào tình trạng khan hiếm nước, ảnh hưởng nghiêm trọng đến an ninh nguồn nước.

2. Thực hiện chính sách pháp luật về tài nguyên nước của nước ta

2.1. Các quy định pháp luật cơ bản

a. *Hiến pháp năm 2013 tại Điều 53* đã tiếp tục khẳng định và làm rõ: “TNN... là tài sản công thuộc sở hữu toàn dân do Nhà nước đại diện chủ sở hữu và thống nhất quản lý”.

b. Các *Nghị quyết của Quốc hội* về phát triển kinh tế - xã hội 5 năm và hàng năm đề ra các chỉ tiêu về nước và có liên quan về nước như:

- Tỷ lệ dân số nông thôn được sử dụng nước sạch, hợp vệ sinh;
- Tỷ lệ dân số đô thị được sử dụng nước sạch;
- Tỷ lệ cơ sở gây ô nhiễm môi trường nghiêm trọng được xử lý;
- Tỷ lệ chất thải rắn ở đô thị được thu gom;
- Tỷ lệ chất thải rắn y tế được xử lý;
- Tỷ lệ khu công nghiệp, khu chế xuất đang hoạt động có hệ thống xử lý nước thải tập trung đạt tiêu chuẩn môi trường;
- Tỷ lệ che phủ rừng;

Đây là những chỉ tiêu được theo dõi, giám sát, đánh giá kết quả thực hiện tại các kỳ họp của Quốc hội, Hội đồng nhân dân.

c. *Luật TNN* và các luật có liên quan đã quy định cụ thể về các hoạt động quản lý, bảo vệ, khai thác, sử dụng TNN, phòng chống và khắc phục hậu quả tác hại do nước gây ra cùng nhiều chế tài cụ thể, hệ thống tổ chức bộ máy và nguồn tài chính, trách nhiệm các cơ quan chức năng... để quản trị TNN;

2.2. Kết quả thực hiện pháp luật và những tồn tại

Năm 2013, tỷ lệ dân số nông thôn được cấp nước sinh hoạt là 62,1- 66%, tỷ lệ cơ sở gây ô nhiễm môi trường nghiêm trọng được xử lý đạt 85%; tỷ lệ khu công nghiệp, khu chế xuất đang hoạt động có hệ thống xử lý nước thải tập trung đạt tiêu chuẩn môi trường đạt 75%; tỷ lệ che phủ rừng đạt 41,1%. Đó là những tiến bộ đáng kể đạt được trong một thời gian ngắn.

Tuy nhiên, so với yêu cầu và những vấn đề thực tiễn đang bức xúc đặt ra thì còn rất nhiều hạn chế phải khắc phục và thúc đẩy các hoạt động bảo vệ khai thác sử dụng hiệu quả TNN.

Tình trạng suy giảm, khan hiếm nguồn nước ở hạ lưu các dòng sông xảy ra thường xuyên, năm năm gần đây, nguồn nước mưa xấp xỉ trung bình nhiều năm, nhưng nước mặt ở hạ du trên những lưu vực sông chính

phổ biến lại thấp hơn trung bình hàng năm từ 9 - 20%, có nơi thấp hơn khá nhiều. Tại Hà Nội, thấp hơn tới 22%, có năm thấp hơn tới 30% trong mùa kiệt.

Chất lượng nước ở nhiều lưu vực sông đang bị ô nhiễm nghiêm trọng. Thậm chí có những đoạn sông đã “chết” hoàn toàn. Nước dưới đất cũng đang phải đối mặt với những vấn đề như bị nhiễm mặn, nhiễm thuốc trừ sâu, các chất có hại khác... Việc khai thác tự phát quá mức, không có quy hoạch, đã làm cho mực nước dưới đất bị hạ thấp, gây sụt lún, úng ngập và ô nhiễm, khó khắc phục.

Sự suy giảm nguồn và chất lượng nước ở các lưu vực sông có nhiều nguyên nhân, nhưng chủ yếu là do dân số gia tăng nhanh; quá trình thực hiện công nghiệp hóa, hiện đại hóa, đô thị hóa nhanh nhưng quá trình nhận thức và quản lý TNN chưa tương xứng; các cơ chế, chính sách chưa hoàn thiện; công tác giám sát còn hạn chế; các nguồn lực đầu tư chưa đáp ứng tình hình thực tiễn; nạn phá rừng đầu nguồn ngày càng tăng, chất lượng hệ sinh thái rừng ngày càng thấp; các hồ, đập thủy điện khai thác quá mức TNN... Theo khuyến cáo của các tổ chức UNEP¹, thì ngưỡng khai thác tài nguyên nước chỉ nên giới hạn trong phạm vi 30% của dòng chảy, nhưng ở Việt Nam, có nhiều nơi như miền Trung, Đông Nam Bộ, Tây Nguyên... đã khai thác trên 50% lượng dòng chảy về mùa kiệt.

Trên mặt đất, chúng ta chưa kiểm soát được các nguồn chất thải và chưa quan tâm đầu tư thỏa đáng cho các hệ thống thu gom, xử lý các chất thải công nghiệp và nước thải sinh hoạt, nhất là ở các khu công nghiệp, cụm công nghiệp, làng nghề và đô thị; do tác động của biến đổi khí hậu toàn cầu, El Nino; mặn xâm nhập sâu do mực nước biển dâng;

do phương thức sử dụng nước trong sản xuất nông nghiệp, thủy sản theo truyền thống còn nhiều lãng phí thất thoát nước... nên đây đang là những vấn đề bức xúc trong quản lý TNN.

Công tác lập pháp, xây dựng các thể chế, chế tài quản lý TNN tuy đã đạt nhiều kết quả nhưng việc tổ chức thực thi các vấn đề cụ thể còn gặp nhiều khó khăn, từ tổng quan đến vi mô chưa đủ mạnh và chưa tạo được cơ chế, động lực tự giác cho mỗi người dân đến các doanh nghiệp, đơn vị địa phương... Công tác giám sát TNN chưa được thường xuyên liên tục.

3. Một số giải pháp nâng cao hiệu quả giám sát bảo vệ, phát triển và khai thác sử dụng tài nguyên nước

Những năm gần đây, công tác giám sát của Quốc hội đã được chú ý tăng cường với các biện pháp như tăng thời gian thảo luận giám sát kinh tế - xã hội, chất vấn của đại biểu Quốc hội (ĐBQH) tại kỳ họp, ra nghị quyết về chất vấn và giải quyết các kiến nghị của cử tri, thực hiện các lời hứa; lấy phiếu tín nhiệm các chức danh do Quốc hội bầu và phê chuẩn; tổ chức các phiên giải trình trong phiên họp của Ủy ban thường vụ Quốc hội (UBTVQH), Hội đồng Dân tộc và các Ủy ban của Quốc hội, truyền hình trực tiếp các phiên họp giám sát, nhiều Đoàn ĐBQH, ĐBQH đã phối hợp tổ chức các giám sát chuyên đề ở địa phương và tham gia tích cực các cuộc giám sát của Quốc hội và các cơ quan của Quốc hội ...

Tuy nhiên, hoạt động giám sát vẫn chưa đáp ứng được yêu cầu. Số lượng, chất lượng, hiệu quả, hiệu lực giám sát còn nhiều hạn chế. Nhiều lĩnh vực bức xúc chưa được quan tâm giám sát, trong đó có việc vẫn chưa tiến

1 UNEP (United Nations Environment Programme): Chương trình Môi trường Liên hợp quốc, một thể chế quốc tế (một chương trình, hơn là một cơ quan của Liên hợp quốc) điều phối các hoạt động môi trường của Liên hợp quốc, hỗ trợ các nước đang phát triển trong việc thực hiện các chính sách môi trường. Nó được thành lập như một kết quả của Hội nghị Liên hợp quốc về Môi trường Con người trong tháng 6 năm 1972 và có trụ sở tại Gigiri, Nairobi, Kenya. UNEP cũng có sáu văn phòng khu vực và nhiều văn phòng quốc gia khác nhau.

hành một cuộc giám sát chuyên đề về TNN ở cả các cấp độ giám sát của Quốc hội, các cơ quan của Quốc hội.

3.1. Xây dựng Chương trình giám sát về TNN

Chương trình giám sát của Quốc hội, các cơ quan của Quốc hội, Đoàn ĐBQH là cơ sở pháp lý để hoạt động giám sát. Hiện nay, Quốc hội rất cần xây dựng một Chương trình giám sát về TNN.

Thực tiễn đang có rất nhiều nội dung về TNN cần được giám sát chung hoặc giám sát ở từng vấn đề như: (i) tình hình ban hành các văn bản quy phạm pháp luật, cơ chế chính sách, chế tài để quản lý TNN; (ii) tình hình xây dựng chiến lược và các quy hoạch quản lý TNN; quy hoạch và quản lý xây dựng quá mức các hồ, đập thủy điện đầu nguồn gây mất cân bằng và sụt giảm nguồn nước trên các lưu vực sông lớn; (iii) công tác tổ chức quản lý các lưu vực sông lớn rất chậm tiến triển; (iv) việc tổ chức thu gom xử lý nước thải các đô thị, khu công nghiệp, cụm công nghiệp, làng nghề, bệnh viện gây ô nhiễm trầm trọng một số lưu vực sông phía hạ lưu; (v) quản lý và sử dụng nước dưới đất tự phát gây sụt lún và ô nhiễm nước dưới đất khó khắc phục; (vi) tình hình ngập úng nước chậm được khắc phục ở một số đô thị và khu dân cư khi mưa lớn hoặc nước triều dâng; (vii) tình hình chậm xã hội hóa cung cấp nước sạch cho dân cư nên nhiều khu dân cư thiếu nước sạch kể cả ở đô thị; (viii) tình hình xả nước thải trái phép, chôn lấp xử lý chất thải nguy hại trái phép gây ô nhiễm nguồn nước, ảnh hưởng nghiêm trọng sức khỏe và đời sống dân cư; (ix) giám sát tình hình sử dụng nước cho sản xuất công nghiệp, nông nghiệp... là những nội dung rất cần đưa vào chương trình giám sát ở các cấp độ hiện nay. Ngoài ra, cần kết hợp giám sát bảo vệ và phát triển để giữ và tăng cường lưu lượng nước đầu nguồn.

3.2. Tăng cường giám sát xây dựng chế tài bảo vệ và phát triển nguồn nước

Trước hết, cần giám sát việc xây dựng, triển khai thực hiện Chiến lược và lập các quy hoạch về TNN. Đây là nội dung và công cụ quản lý tổng quan hiệu quả nhưng chúng ta thực hiện còn rất chậm và chông chéo. Trong khi quy hoạch TNN chung cả nước, quy hoạch lưu vực sông chưa được xây dựng thì việc quy hoạch, cấp phép thủy điện và hồ nước thủy lợi được các bộ, các địa phương tiến hành tràn lan, quá mức, kết quả là việc quản lý sử dụng nguồn nước nhiều lưu vực sông rất bất cập. Do đó, giám sát cần nhanh chóng thúc đẩy điều chỉnh bổ sung Chiến lược, lập các quy hoạch và xác lập *chế tài hạn mức* được xây dựng các hồ đập của mỗi lưu vực sông tối đa không quá 30% lưu lượng nước mỗi dòng sông (trong khi có lưu vực sông đã sử dụng quá 50% lưu lượng nước). Ở khu vực miền Trung cần ở hạn mức thấp hơn. Thẩm quyền quyết định hạn mức này do Quốc hội thực hiện. Dựa trên cơ sở đó, Chính phủ lập quy hoạch, kế hoạch cho từng vùng, từng lưu vực sông lớn và từng kế hoạch phát triển kinh tế - xã hội 5 năm và hàng năm. Những lưu vực sông *hết hạn mức* thì “đóng cửa”, không cho phép xây dựng hồ đập đầu nguồn (vừa qua, do sức ép của dư luận, có địa phương đã tự cắt giảm hơn 40 dự án thủy điện).

Chế tài này cần được phát triển và hợp tác với các nước trong khu vực, trên cơ sở hiệp ước hạn mức chung của mỗi lưu vực sông liên quốc gia để phân bổ hạn mức hợp lý cho mỗi quốc gia có liên quan.

Đồng thời đẩy mạnh thực hiện cơ chế giao khoán quản lý chăm sóc bảo vệ rừng đặc dụng, rừng phòng hộ đầu nguồn, tái sinh rừng đặc dụng, rừng phòng hộ, giao đất trồng rừng sản xuất ổn định lâu dài cho hộ dân địa phương để sớm đạt độ che phủ rừng, nâng cao chất lượng rừng, tạo rừng sinh thái cây

bản địa, gỗ lớn, tăng thu nhập cho người dân, đồng thời tạo nguồn nước đầu nguồn có hiệu quả bền vững.

3.3. Giám sát việc quản trị nước thải sinh hoạt và nước thải công nghiệp để bảo vệ nguồn nước

Hiện nay, các chế tài về giá nước, thuế tài nguyên về nước, phí bảo vệ môi trường về nước chưa có tác động thống nhất, tích cực để sử dụng tiết kiệm nước và bảo vệ môi trường đối với nước sinh hoạt, nước sản xuất công nghiệp, dịch vụ.

- Thuế tài nguyên mới chủ yếu tạo nguồn thu ngân sách, nhưng ở mức thấp nên kém tác động đến việc sử dụng tiết kiệm, hiệu quả TNN.

- Giá nước sinh hoạt đô thị những năm gần đây rất thấp, mang nặng tính bao cấp, bình quân, do từng địa phương quyết định, nên chưa tạo cơ chế, động lực, chế tài để phát triển bảo vệ và tiết kiệm nước sinh hoạt và hạn chế nước thải. Việc gắn thu thêm 10% phí bảo vệ môi trường cũng kém phát huy tác dụng. Do đó, cần đổi mới cơ chế giá để vừa không bao cấp, đảm bảo tính xã hội, vừa đảm bảo sản xuất - kinh doanh, thu ngân sách, đồng thời tác động tích cực đến hành vi tiết kiệm nước, hạn chế nước thải. Bên cạnh đó, cần kiểm soát việc kê khai đăng ký, cấp nước thêm đầu hộ không đúng pháp luật, lấy trộm nước, chỉnh đồng hồ đo nước... Các địa phương có thể quyết định giá nước, nhưng cần hướng dẫn cách xây dựng giá để tạo chế tài tác động chung.

- Đối với nước dùng trong công nghiệp, là loại nước đang ngày càng tăng lưu lượng sử dụng cũng như xả thải, nhưng Nghị định số 67/2003/NĐ-CP ngày 13/6/2003 của Chính phủ về phí bảo vệ môi trường đối với nước thải lại quy định mức thu phí bảo vệ môi trường đối với ngành công nghiệp là tính theo từng lượng (kg) chất gây ô nhiễm, mà chưa thu phí theo số lượng nước thải ra. Điều này chưa khuyến khích các doanh

nh nghiệp tiết kiệm số lượng nước thải, xử lý nước thải, sử dụng khép kín nguồn nước trong sản xuất công nghiệp. Do đó, cần đổi mới chế tài thu phí nước thải công nghiệp theo các loại để khuyến khích sử dụng nước khép kín cho sản xuất công nghiệp; khuyến khích xử lý nước thải công nghiệp đủ tiêu chuẩn mới thải ra môi trường; hạn chế nước thải công nghiệp chưa xử lý thải ra môi trường và đặc biệt, thu phí gắn mức chất độc hại với số lượng nước thải thải ra môi trường, để tác động trực tiếp đến lợi ích của doanh nghiệp, thúc đẩy doanh nghiệp sử dụng tiết kiệm nước và bảo vệ môi trường.

- Với nước thải sinh hoạt đô thị, cần quy hoạch, xây dựng hệ thống thu gom tách riêng để xử lý. Trước mắt (có thể áp dụng cho nhiều đô thị) cần kết hợp sử dụng cải tạo, xử lý ô nhiễm ngay chính các sông, kênh nội đô (như các sông Tô Lịch, Nhuệ, Đáy, kênh Nhiêu Lộc...) đang bị ô nhiễm nặng để tạo dòng chảy lưu thông (đầu vào) lấy nước thượng lưu, nạo vét, thu gom rác thải, xây dựng các hồ, đầm và hệ thống xử lý cơ, sinh học (nuôi trồng thủy sinh hấp thụ chất thải) tập trung ở cuối hạ lưu ... để “đủ chuẩn” trước khi chảy ra sông lớn. Đây là bước quá độ không tốn kém kinh phí nhiều và có thể tạo cơ chế xã hội hóa thông qua chia sẻ nguồn thu phí nước sinh hoạt (ví dụ sông Tô Lịch, chỉ cần khai thông nước đầu nguồn từ 1 - 1,5 km (với Hồ Tây và sông Hồng và cải tạo đầm Yên Sở cuối nguồn, tạo “màng lọc sinh học” sẽ tạo dòng lưu thông và xử lý nước thải sông có hiệu quả, không tốn kém nhiều).

3.4. Giám sát thúc đẩy quản trị nước dưới đất

Do mật độ dân số nước ta khá đông, lại đang trong quá trình công nghiệp hóa, hiện đại hóa, đô thị hóa nên việc khai thác sử dụng nguồn nước ngầm rất phổ biến, quá mức và không đảm bảo các quy chuẩn, tiêu chuẩn. Nguy cơ cạn kiệt, gây sụt lún đất, lụt úng rất lớn; ô nhiễm khó khắc phục. Luật

TNN đã quy định nhiều chi tiết để quản trị như: điều tra, đánh giá, quy hoạch, vẽ bản đồ trạng thái, khoanh định các vùng cho khai thác, cấm khai thác, cấp phép khai thác và hành nghề khai thác, thu thuế khai thác nước dưới đất, trách nhiệm quản lý nhà nước ở các cấp, thanh tra xử lý vi phạm... Tuy nhiên, việc triển khai trên thực tế chưa có nhiều tiến bộ mà có nguy cơ ngày càng trầm trọng hơn, đòi hỏi công tác kiểm tra, giám sát phải tăng cường, trong đó cần thực hiện giám sát tối cao của Quốc hội để thúc đẩy Chính phủ và các cơ quan chức năng tổ chức thực thi hiệu quả đối với quản lý tài nguyên nước dưới đất.

3.5. Thúc đẩy đổi mới phương thức sử dụng nước nông nghiệp

Cần tăng cường giám sát, khảo sát để đánh giá tình hình sử dụng nước cho sản xuất nông nghiệp theo truyền thống hiện nay. Mặc dù đã đầu tư nhiều cho các chương trình cứng hóa kênh mương, xây dựng trạm bơm điện, áp dụng các công nghệ màng che hạn chế bốc hơi, xây dựng nhiều hồ, cống, đập thủy lợi khai thác sử dụng tiết kiệm nước, tăng năng suất cho sản xuất nông nghiệp, nhưng ở đây đang tồn tại nhiều bất cập cả về phương thức, công nghệ kỹ thuật, cơ chế khai thác sử dụng nước, nên còn nhiều lãng phí cả về TNN, tiền của và làm ô nhiễm nguồn nước. Trong đó, nổi lên là các vấn đề về điều chuyển nước; hệ dẫn và giữ nước; chưa tận dụng tối đa nguồn nước mưa tự nhiên; hạn chế sự bốc hơi và thẩm thấu nước; nhiều Công ty TNHH một thành viên về thủy nông đang chỉ sử dụng khoảng 30 - 50% công suất, thực hiện chưa đúng chính sách miễn thủy lợi phí, phân bổ kinh phí không phù hợp ... nên hiệu quả thấp, chi phí cao; việc sử dụng các phân bón hóa học, hóa chất, thuốc trừ sâu, diệt cỏ gây ô nhiễm nguồn nước phá hủy hệ sinh thái nhiều vùng ... Do đó cần tăng cường giám sát để sớm thúc đẩy đổi mới cơ chế quản trị và nghiên cứu ứng dụng các mô hình, công nghệ sử dụng nước hợp lý và hiệu quả.

3.6. Giám sát thúc đẩy xã hội hóa cung cấp nước sạch

Mục tiêu quan trọng nhất là nâng cao chất lượng cuộc sống cho người dân. Trong đó cung cấp nước sạch là một nhu cầu quan trọng. Nghị quyết của Quốc hội 5 năm và hàng năm có xây dựng các chỉ tiêu cung cấp nước sạch nông thôn và nước sạch đô thị và kết quả thực hiện luôn đạt và vượt chỉ tiêu. Việc cung cấp nước sạch đã được quy định xã hội hóa cho các thành phần kinh tế thực hiện, nhưng ở nhiều địa phương còn triển khai chậm, chủ yếu giao cho Công ty TNHH một thành viên của Nhà nước thực hiện. Nhiều địa phương vẫn dựa vào vốn từ ngân sách với giá nước bao cấp và dựa vào các chương trình mục tiêu ... nên các Công ty TNHH một thành viên này không có động lực mở rộng sản xuất kinh doanh, ngay cả trên địa bàn đô thị. Chất lượng nước cũng chậm được cải thiện. Do không có môi trường cạnh tranh nên phát sinh sự độc quyền và nhũng nhiễu, tạo khó khăn và buộc người dân phải chi phí ngầm.

Do đó, cần giám sát thúc đẩy xã hội hóa cung cấp nước sạch, nhân rộng các mô hình như ở Thái Bình, Quảng Ninh ..., điều chỉnh các chính sách, đơn giản các thủ tục, tạo thị trường cạnh tranh lành mạnh dịch vụ cung cấp nước sạch cho dân cư.

Sự khan hiếm nước cho sản xuất và đời sống đang ở mức đáng báo động, không chỉ ở các quốc gia hiếm nước, mà ở cả các quốc gia có nguồn nước khá dồi dào. Thực tiễn đang đặt ra yêu cầu nâng cao hiệu quả quản trị TNN, nâng cao ý thức, trách nhiệm, hành động quản lý bảo vệ, phát triển và sử dụng tiết kiệm TNN của mỗi quốc gia, cộng đồng và của từng người dân. Có rất nhiều giải pháp, mô hình quản trị TNN mang lại kết quả thiết thực, nhưng đòi hỏi phải có sự giám sát của các cơ quan quyền lực nhằm thúc đẩy, hoàn thiện các chính sách, chế tài pháp luật và thực thi pháp luật về TNN ■

MÔ HÌNH TỔ CHỨC CHÍNH QUYỀN ĐỊA PHƯƠNG MỘT SỐ NƯỚC TRÊN THẾ GIỚI

LÊ THỊ HOÀI AN*
ĐINH NGỌC THẮNG**

1. Vài nét về chính quyền địa phương

Ở hầu như tất cả các nước trên thế giới, chính quyền nhà nước trên thực tế chia thành chính quyền trung ương và chính quyền địa phương (CQĐP). Có những cách khác nhau lý giải hiện tượng này. Từ phương diện tổ chức quyền lực nhà nước, quyền lực này không chỉ được phân chia theo chiều ngang theo các nhánh lập pháp, hành pháp và tư pháp mà còn được phân chia ở chiều dọc giữa trung ương và địa phương. Sự phân chia quyền lực này đối với một số nước có thể là mềm dẻo với khả năng can thiệp của trung ương đến địa phương, ví dụ như Trung Quốc. Hoặc quyền lực có thể phân định một cách rạch ròi, chẳng hạn ở Mỹ, Canada... Phân quyền theo chiều dọc giữa nhà nước trung ương và nhà nước ở địa phương hình thành nên các CQĐP tự quản.

Theo một cách nhìn khác, đã từ xa xưa, nhà nước nào cũng phải tiến hành việc quản lý ở địa phương. Không nhà nước nào chỉ thực hiện quyền lực nhà nước của mình ở một chỗ, nơi tọa ngụ của các cơ quan nhà

nước trung ương¹. Ngoại trừ một số nước nhỏ, ví dụ, Singapore, CQĐP là thiết chế tất yếu được hình thành trong tổ chức bộ máy nhà nước để quản lý các vấn đề ở địa phương.

Hiện nay, trong khoa học pháp lý thế giới có rất nhiều quan điểm khác nhau về vị trí vai trò của CQĐP. Có quan điểm cho rằng, CQĐP được xem xét “như là một cành quyền lực thứ tư, chỉ phụ thuộc vào pháp luật và chịu sự xét xử của tòa án, không trực thuộc chính phủ và các cơ quan của chính phủ kể cả từ trung ương lẫn địa phương”². Ngược lại với quan điểm này, có tác giả cho rằng, xây dựng “nhà nước thịnh vượng chung” đòi hỏi phải có sự can thiệp ngày càng sâu rộng vào tất cả các lĩnh vực của đời sống xã hội của các cơ quan nhà nước trung ương, xuất hiện mối quan hệ ngày càng trở nên chặt chẽ giữa nhà nước và địa phương tự quản, nên các cơ quan tự quản của địa phương ngày càng trở thành một bộ phận của chính quyền hành pháp³, v.v..

Tổ chức CQĐP phụ thuộc vào nhiều thứ,

* TS. Giảng viên Khoa Luật - Đại học Vinh

** TS. Chủ nhiệm Khoa Luật - Đại học Vinh.

1 Xem, *The great issues of politics* by Leslie Lipson Copyright 1965, p. 415

2 Xem, G. Barabasev. *Các cơ quan tự quản của các nhà nước hiện đại* (Mỹ, Anh) M. 1971, tr. 102

3 Xem, G. Barabasev. *Sổ đt*. 103 - 104

nhưng trước hết phụ thuộc vào việc hình thành ra các lãnh thổ hành chính trực thuộc. Các đơn vị lãnh thổ địa phương trên thế giới hiện nay được hình thành theo hai nguyên tắc cơ bản: *tự nhiên và nhân tạo*.

Lãnh thổ hành chính tự nhiên tức là lãnh thổ hình thành một cách tự nhiên. Nhà nước phải công nhận các ranh giới hình thành một cách tự nhiên theo các đặc điểm dân cư, địa lý, phong tục, tập quán, truyền thống văn hoá và lịch sử... Đó là các cộng đồng dân cư bền vững, nhà nước buộc phải thừa nhận trong quá trình thực hiện sự cai trị - quản lý của mình trên toàn bộ lãnh thổ quốc gia. Ví dụ như các *commun* của các nước phương Tây; xã, làng ở các nước phương Đông (Việt Nam...), các thành phố, cho dù những thành phố rất lớn, rất đông dân, cũng như những thành phố rất nhỏ cả về mặt dân cư, lẫn lãnh thổ trực thuộc...

Đối với các lãnh thổ hành chính nhân tạo, việc tổ chức và hoạt động của các cơ quan địa phương chủ yếu để thực hiện chức năng quản lý⁴. Nhiều nền hành chính hiện nay đã bỏ qua những ranh giới “cổ truyền”, kể cả những ranh giới chính trị, trong việc thi hành các nhiệm vụ mới. Một số các khu vực lãnh thổ hành chính được thành lập để thực hiện các công việc hành chính được thuận lợi hơn. Ví dụ, như các khu bầu cử, khu tư pháp, khu thu thuế, khu cảnh sát, khu phòng hỏa, khu học đường...

Các khu vực nói trên hoàn toàn có tính chất hành chính, việc tổ chức các cơ quan nhà nước ở đây rất đơn giản, chỉ cần những cơ quan hành chính để đảm nhiệm chức năng hành chính như mục tiêu đề ra. Khác với các lãnh thổ được hình thành một cách tự nhiên, chúng thường được gọi là cấp chính quyền không hoàn chỉnh. Theo đó, các nhân viên đảm nhiệm các công việc hành

chính của khu vực được cấp trên bổ nhiệm mà không cần có sự lựa chọn bằng phương pháp bầu cử từ cử tri địa phương⁵. Ở đây không nhất thiết phải thành lập hay tổ chức ra các cơ quan đại diện dân cử. Sự không hoàn chỉnh của các đơn vị này là cơ sở cho việc không tổ chức ra các cơ cấu đầy đủ để thực hiện các chức năng “lập pháp, hành pháp và tư pháp” như ở trung ương, và càng không nên tổ chức ra các tổ chức đoàn thể xã hội đi kèm.

2. Các mô hình tổ chức chính quyền địa phương cơ bản

Mô hình tổ chức và hoạt động của CQĐP rất đa dạng, phụ thuộc vào rất nhiều yếu tố, như điều kiện lịch sử, văn hóa, xã hội, tự nhiên cũng như những quan điểm nhận thức của chính quyền nhà nước cấp trên. Mô hình này được xem xét dưới những góc độ khác nhau.

2.1. Mô hình CQĐP theo cấp chính quyền.

Theo tiêu chí các cấp CQĐP, có thể chia các cấp CQĐP thành bốn cấp như Camerun, Senegan; ba cấp như Italia, Ấn Độ,...; hai cấp như Đan Mạch, Phần Lan, Nhật Bản, Costa-Rica... Thậm chí có nhà nước tổ chức CQĐP năm cấp như của Pháp.

Cấp thấp nhất của CQĐP thường được tổ chức ở những cộng đồng cư dân thành phố, làng, thôn... Cấp đơn vị hành chính trung gian thường được tổ chức ở trên các cấp cơ sở (cấp thấp nhất), và dưới cấp trung ương. Đó là các tỉnh, vùng như ở Nhật, Italia... Không phải ở tất cả các cấp chính quyền trên đều phải tổ chức ra các cơ quan đại diện. Cấp vùng, quận, huyện của Pháp và của Cộng hòa Liên bang Đức không tổ chức cơ quan đại diện của cộng đồng cư dân. Ở nước Pháp và ở một số nước khác đã lâu hình

4 Xem, *The Elements of Political Science*, by Alfred de Grazia. Copyright 1959 by Princeton, New Jersey. p. 624

5 Xem, *The Elements of Political Science*, by Alfred de Grazia. Tlđđ, p.630

thành một quan điểm cho rằng, các cơ quan đại diện của cộng đồng cư dân chỉ được, hay là thường được tổ chức ở các đơn vị hành chính tự nhiên, hơn là ở các đơn vị hành chính nhân tạo, nhưng ở Pháp, kể từ khi có Luật Chính quyền địa phương năm 1982, quan điểm trên đã không còn được áp dụng một cách tuyệt đối như trước đây, ngay cả ở những đơn vị hành chính nhân tạo cũng có quyền được thành lập các cơ quan đại diện.

Ở nhiều nước, đặc biệt là các nước phát triển, nhiệm vụ của chính quyền trung ương và CQĐP được phân quyền rõ rệt. Từ sự phân quyền đó, hoạt động của CQĐP chỉ trực thuộc pháp luật và phải chịu trách nhiệm trước pháp luật. Một số nước, để giải quyết vấn đề sắc tộc và vấn đề đặc thù truyền thống của một số vùng dân cư đặc biệt, nhà nước hình thành ra các đơn vị hành chính tự trị. Về nguyên tắc, các đơn vị hành chính tự trị cũng có địa vị pháp lý gần như các đơn vị hành chính thường tương đương, nhưng có thêm phần tự chủ của đơn vị hành chính tự trị, có thể có luật lệ riêng và có cơ quan tư pháp riêng.

Mối quan hệ giữa các cấp chính quyền với nhau trong hệ thống CQĐP nhiều cấp được hình thành dần, sau đó được nhà nước quy định thành các quy phạm của pháp luật. Trong đó, rất đáng chú ý là quan hệ kiểm tra của cấp cao hơn đối với cấp thấp hơn. Ví dụ, Điều 124 của Hiến pháp Italia quy định quan chức đại diện của chính quyền trung ương tại các vùng lãnh thổ có trách nhiệm lãnh đạo và điều phối mọi hoạt động quản lý của nhà nước trên phạm vi lãnh thổ của vùng. Với cấp tỉnh, tỉnh trưởng do cấp trên cử về, có trách nhiệm giám sát mọi hoạt động của CQĐP trực thuộc và có trách nhiệm kiểm tra quá trình quản lý tư pháp, cảnh sát, và hoạt động của mạng lưới đường sắt... Ở Ấn Độ, các trưởng vùng do chính phủ tiểu bang bổ nhiệm có quyền lãnh đạo trực tiếp các vùng; ở dưới vùng, các huyện do phó trưởng vùng được trưởng vùng bổ nhiệm, sau khi có ý kiến của chính phủ cấp trên.

CQĐP được tổ chức và hoạt động - xét về mặt nào đó - gần giống như của chính quyền nhà nước ở trung ương. Ở trên có cơ quan lập pháp do nhân dân trực tiếp bầu ra có quyền ban hành các văn bản luật, thì ở dưới cũng có cơ quan do nhân dân địa phương bầu ra có quyền ban hành các văn bản có tính quy phạm gần như văn bản luật của cơ quan lập pháp cấp trên. Ở trên có cơ quan tổ chức thi hành các văn bản của cơ quan lập pháp, thì ở phía dưới cũng có những cơ quan tổ chức thi hành, hay là theo dõi việc thi hành các văn bản do cơ quan đại diện của nhân dân trực tiếp bầu ra ban hành. Điểm khác lớn đáng chú ý nhất ở đây là phạm vi hoạt động của CQĐP chỉ trên vùng lãnh thổ địa phương và trong phạm vi lãnh thổ địa phương không có hệ thống các cơ quan xét xử riêng rẽ của mình, trừ trường hợp đặc biệt của các đơn vị hành chính tự trị.

2.2. Mô hình CQĐP căn cứ vào mối quan hệ giữa trung ương và địa phương

Theo đó, trên thế giới hiện nay có ba mô hình tổ chức các cơ quan quản lý nhà nước ở địa phương:

Thứ nhất, là mô hình của các nhà nước trong hệ thống pháp luật Anh - Mỹ - Canada..., ở đây, nhà nước áp dụng cơ chế phân quyền một cách đầy đủ nhất. Đặc điểm cơ bản là CQĐP không có sự trực thuộc và bảo trợ của cấp trên. Mọi cấp chính quyền đều trực thuộc pháp luật. Khi có tranh chấp, vấn đề được giải quyết bằng hoạt động xét xử của tòa án.

Thứ hai, là sự kết hợp giữa hai cơ chế phân quyền và tản quyền cho các nước thuộc hệ thống Continental như Pháp, Đức ...

Đặc điểm là ngoài việc bảo trợ của cấp trên, CQĐP còn chịu sự kiểm tra giám sát chặt chẽ của đại diện trung ương được cử về địa phương, thuở ban đầu là trực tiếp quản lý lãnh thổ địa phương theo các quyết định của cấp trên, sau dần dần lại trở thành người giám sát địa phương của cấp trên. Nước Pháp

là một trong những nhà nước có tổ chức CQĐP theo kiểu này từ rất xa xưa, trong thời kỳ phong kiến và cách mạng tư sản, nhưng nay, họ đã có một số thay đổi bằng cuộc cải cách CQĐP tiến hành năm 1982 và kết thúc bằng đạo luật về CQĐP năm 1982. Theo đó, không một lãnh thổ nào chịu sự bảo trợ của chính quyền cấp trên, trừ một số lĩnh vực hãn hữu được quy định trong luật như: giáo dục, y tế, giao thông...

Thứ ba, mô hình CQĐP của Nhà nước Xô viết cùng các nước XHCN trước đây (trước cải tổ).

CQĐP không những được đặt dưới sự giám sát chặt chẽ của cấp trên, giữa chính quyền cấp trên đối với cấp dưới, giữa trung ương với địa phương theo nguyên tắc tập trung dân chủ mà còn chịu sự lãnh đạo trực tiếp toàn diện của cấp uỷ đảng địa phương, và của cơ chế tập trung bao cấp.

3. Mô hình tổ chức chính quyền địa phương một số nước

a. Mô hình CQĐP nước Anh

Đặc điểm rõ rệt của mô hình là trung ương không phải là cơ quan quản lý cấp trên đối với địa phương, không điều khiển địa phương. Các cấp CQĐP được độc lập, không có sự trực thuộc lẫn nhau. Trong phạm vi quyền hạn của mình, các chính quyền đều có quyền tổ chức hoạt động chỉ phụ thuộc vào pháp luật mà không phụ thuộc vào bất cứ một sự chỉ đạo nào của cấp trên. Trong trường hợp có mâu thuẫn, tranh chấp hoặc có hiện tượng vi phạm pháp luật sẽ chịu sự phân giải của tòa án. Đây là mô hình dân chủ hơn cả, CQĐP có khả năng và điều kiện phát huy được quyền chủ động của mình, không có sự bảo trợ nào của chính quyền cấp trên, cũng như của cả chính quyền trung ương. Trong trường hợp hãn hữu gặp khó khăn về tài chính, CQĐP được sự trợ giúp của chính quyền trung ương. Một khi đã nhận sự trợ giúp về mặt kinh tế của trung ương, ít nhiều CQĐP phải chịu sự chỉ đạo của chính quyền

trung ương. Trong trường hợp không chịu sự chỉ đạo của trung ương, thì lẽ đương nhiên các khoản viện trợ kinh phí sẽ bị giảm bớt, thậm chí là cắt hẳn. Điều đặc biệt ở CQĐP Anh quốc là có nơi chỉ có các cơ quan đại diện, mà không có cơ quan chịu trách nhiệm thực hiện các quyết định do cơ quan đại diện ban hành kiểu như Ủy ban nhân dân của Việt Nam hiện nay. Hội đồng địa phương vừa làm cả chức năng của Hội đồng nhân dân lẫn chức năng của Ủy ban nhân dân. Các hội đồng địa phương ở Anh thường thành lập rất nhiều các ban của mình để quản lý và điều hành công việc. Chính vì vậy mà có học giả gọi CQĐP ở nước này là “Nhà nước của các ban” hay “điều hành bằng các ban”.

b. Mô hình CQĐP Mỹ

Mô hình hành chính địa phương của Nhà nước Mỹ áp dụng nguyên tắc phân quyền một cách đậm đặc nhất. Địa phương ở Mỹ quốc được toàn quyền giải quyết các công việc của mình mà không cần thiết có sự bảo trợ từ trung ương. Sự phục tùng trung ương, cũng như việc giám sát trung ương đối với địa phương chủ yếu bằng pháp luật và thông qua hoạt động xét xử của tòa án. Việc phân quyền tuyệt đối được thể hiện trước hết bằng việc các địa phương thoải mái trong việc lựa chọn các mô hình tổ chức và hoạt động của mình. Hiện nay, nước Mỹ có tới 4 mô hình tổ chức: Hội đồng và Thị trưởng mạnh; Hội đồng và thị trưởng yếu; Ban quản đốc cùng với Hội đồng do dân bầu ra; Ủy ban và Hội đồng cùng do dân bầu ra.

Khi soạn thảo Hiến pháp năm 1787, các nhà lập hiến Mỹ đã không đưa động đến hệ thống chính quyền đa cấp và đa dạng này. Trong khi vẫn coi cơ cấu quốc gia là quan trọng nhất, họ đã khôn khéo thừa nhận sự cần thiết của một loạt các cấp chính quyền có quan hệ trực tiếp hơn đến dân chủ và thích ứng một cách nhạy bén hơn với các nhu cầu của họ. Do vậy, các chức năng như quốc phòng, quản lý tiền tệ và các quan hệ đối

ngoại, chỉ có thể kiểm soát bằng một chính quyền mạnh. Nhưng những vấn đề khác, như hệ thống vệ sinh, giáo dục và giao thông vận tải địa phương, thì chủ yếu thuộc phạm vi quyền hạn của địa phương⁶.

c. Mô hình chính quyền địa phương Pháp

Mô hình này có đặc điểm là CQĐP bị song trùng giám sát của đại diện chính quyền trung ương và của chính quyền cấp trên. Mô hình này được hình thành, phát triển từ chế độ quân chủ chuyên chế. Thuở ban đầu của chế độ phong kiến, CQĐP chỉ là các quan cai trị do Nhà Vua cử về địa phương nhằm mục đích thực hiện hay giám sát sự thực hiện các quyết định của Nhà Vua, mà không tính đến các điều kiện hoàn cảnh của địa phương, hoặc thậm chí cai trị theo cách riêng của quan chức được cử về. Về sau, với sự đấu tranh dân chủ, các lãnh đạo địa phương có được một số thẩm quyền nhất định cho việc giải quyết các công việc của địa phương, trong đó có cả các việc có liên quan đến đời sống của nhân dân địa phương, và cuối cùng, các quan chức được cử về chỉ làm mỗi một chức năng giám sát việc thực hiện các quyết định của cấp trên và các văn bản luật của trung ương, mà không còn có quyền hành như trước đây nữa. Tại tất cả các tỉnh ở Pháp đều có Thị trưởng do Hội đồng thành phố bầu cử và ở dưới quyền kiểm soát của các tỉnh trưởng. Thị trưởng vừa chăm nom đến những quyền lợi địa phương vừa quan tâm đến những quyền lợi của trung ương.

d. Mô hình CQĐP Cộng hòa Liên bang Đức.

Mô hình CQĐP Đức có đặc điểm giống của nước Pháp nhưng không có cơ quan đại diện của chính quyền cấp trên xuống giám

sát chính quyền cấp dưới. Đây là một mô hình mà chính quyền liên bang phụ thuộc vào chính quyền bang, chính quyền bang phụ thuộc vào CQĐP trong việc quản lý và cung cấp các dịch vụ cho dân.

Điểm đặc trưng nhất của mô hình tổ chức chính quyền Đức là tính phân quyền. Đây là hệ thống quyền lực được phân theo nguyên tắc: cái gì địa phương làm tốt thì địa phương làm, trung ương chỉ làm những gì mà địa phương làm không tốt hơn. Vấn đề quan trọng trong hệ thống của Đức là ở đây phân rất rõ trách nhiệm của từng cấp, cấp này làm thì cấp kia không làm. Và như vậy thì quyền của mỗi cấp mang tính chủ động và được phân cấp; đồng thời được phân nhiệm vụ thì cũng được phân ngân sách, tức là cấp đó sẽ có nguồn thu bảo đảm cho việc thực hiện nhiệm vụ của mình. Đức là nước có mô hình tổ chức bộ máy hành chính nhà nước theo kiểu liên bang, gồm có chính quyền liên bang, 16 chính quyền bang (trong đó có ba bang là thành phố là Berlin, Hamburg, Bremen) và CQĐP (có hai cấp CQĐP cấp cơ sở và CQĐP cấp hạt). Ba cấp hành chính này độc lập với nhau. Theo Hiến pháp Đức, CQĐP các cấp là một thực thể rất quan trọng trong hệ thống chính trị⁷.

4. Một số nhận xét về tổ chức chính quyền địa phương

Mọi nhà nước trong quá khứ và hiện tại đều có sự quan hệ với địa phương thông qua hoạt động của các cơ quan nhà nước trung ương và các cơ quan nhà nước ở địa phương. Tùy theo tính chất phức tạp về lãnh thổ và dân cư mà các nhà nước có thể tổ chức CQĐP thành hai cấp hoặc ba cấp hoặc hơn thế. Mỗi quan hệ giữa các cấp CQĐP với trung ương cũng rất khác nhau. Trong một

6 Xem, *Khái quát về chính quyền Hợp chúng quốc Hoa Kỳ/ Outline of U.S. Government*. NXB Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 2002, tr.130.

7 Xem, *Phạm Thị Phương Nga, Về phân cấp CQĐP tại Cộng hòa Liên bang Đức; Tạp chí Quản lý Nhà nước, tại elib.tic.edu.vn:8080/dspace/bitstream/.../000000CVv219S102006058.pdf, truy cập ngày 19/1/2015.*

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

nền kinh tế tập trung cũng như cách thức quản lý của nhà nước trên cơ sở tập quyền, các cấp CQĐP chỉ là những cơ quan phụ thuộc vào sự điều khiển của cấp trên. Trong một nhà nước dân chủ và nhất là của một nền kinh tế thị trường, sự trực thuộc vào chính quyền cấp trên của các cơ quan CQĐP cấp dưới càng giảm bớt, càng ngày càng tăng thêm tính chất tự quản tự chịu trách nhiệm của các cấp chính quyền. Từng cấp chính quyền phải tự chịu trách nhiệm về những hoạt động của mình. Mỗi quan hệ trên dưới bằng cách hướng dẫn, chỉ đạo, ra lệnh sẽ được thay dần bằng pháp luật, và thậm chí bằng các hợp đồng quy định rõ quyền hạn và trách nhiệm của các bên.

Trên nguyên tắc, nhà nước pháp quyền là nhà nước mà quan hệ giữa chính quyền trung ương và CQĐP là không có sự bảo trợ. Nhà nước pháp quyền là nhà nước mà các chủ thể quản lý phải chịu trách nhiệm. Không có một chủ thể nào trong nhà nước pháp quyền lại phải chịu trách nhiệm cho một chủ thể khác và ngược lại, cũng không thể có một chủ thể nào trong nhà nước pháp quyền lại nhờ một chủ thể khác chịu trách nhiệm thay mình. Các địa phương, CQĐP phải chịu trách nhiệm về những tổ chức và hoạt động của mình theo quy định đúng của pháp luật, đành rằng pháp luật ở đây phải là pháp luật của nhà nước pháp quyền. Những biểu hiện mối quan hệ trên

dưới, báo cáo của chính quyền cấp dưới đối với cấp trên; hướng dẫn của cấp trên đối với cấp dưới trong mô hình của nhà nước pháp quyền là không cần thiết, không tồn tại.

Xét về mặt tổ chức, CQĐP nên là tự quản. Cấp dưới có quyền của cấp dưới, cấp trên có quyền của cấp trên và được ghi nhận trong luật. Cấp dưới chỉ thực hiện quyết định của cấp trên trong những trường hợp pháp luật quy định và kèm theo các điều kiện về cung cấp nguồn kinh phí và chịu sự chỉ đạo. Chính quyền, dù là ở cấp trên hay ở cấp dưới, thì đều phải theo luật mà thực hiện. Đó có thể xem là sự thể hiện trực tiếp nhất quan niệm nhà nước pháp quyền trong tổ chức bộ máy nhà nước. Tất nhiên, đây cũng là một trong những cơ sở cho việc xác định về sự tự chịu trách nhiệm của các cấp chính quyền nhà nước ở địa phương cũng như của nhân dân địa phương.

Tổ chức chính quyền như vậy, có thể sẽ dẫn tới việc nhân dân địa phương tổ chức CQĐP theo ý chí của họ, từ đó, có các cách tổ chức CQĐP đa dạng. Những giới hạn của việc lựa chọn cách tổ chức CQĐP nào sẽ được ghi nhận trong luật, nhưng quan trọng hơn là tổ chức CQĐP có khả năng phản ánh ý chí, nguyện vọng của nhân dân và quản lý bảo đảm việc phát triển kinh tế - xã hội ở địa phương. Người dân địa phương sẽ quyết định nên tổ chức chính quyền như thế nào■

Đính chính:

Do sơ suất trong khâu kỹ thuật, số 03+04(283+284) ấn phẩm Nghiên cứu Lập pháp xuất bản tháng 02/2015, trang mục lục tiếng Việt, bài viết “Đề xuất, kiến nghị hoàn thiện quy trình, thủ tục chất vấn tại kỳ họp Quốc hội, phiên họp của Ủy ban thường vụ Quốc hội” của Tác giả Ngô Đức Mạnh, phần tên Tác giả đăng là: “PGS, TS. Ngô Đức Mạnh”

Xin được đính chính lại là: **TS. Ngô Đức Mạnh;**

Bài viết: “Quyền bảo chữa trong tố tụng hình sự Cộng hòa Liên bang Đức” của Tác giả Nguyễn Quyết Thắng đăng trên Nghiên cứu Lập pháp số 02(282), tháng 01/2015, tại trang 57, xin được đính chính lại cơ quan công tác của Tác giả: **GV, Bộ môn Pháp luật, Đại học An ninh nhân dân.**

Tạp chí thành thật xin lỗi các Tác giả và Quý bạn đọc.