

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

ISBN 1859 - 2953
<http://lapphap.vn>



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



SỐ 02 (426)

THÁNG 1/2021

- ❖ TĂNG CƯỜNG SỰ LÃNH ĐẠO CỦA ĐẢNG ĐỐI VỚI CUỘC BẦU CỬ ĐẠI BIỂU DÂN CỬ NHIỆM KỲ 2021 - 2026
- ❖ ỦY BAN NHÂN DÂN THÀNH PHỐ THỦ ĐỨC VÀ NHỮNG YÊU CẦU ĐỐI VỚI CƠ QUAN HÀNH CHÍNH NHÀ NƯỚC TRONG CHÍNH QUYỀN THÀNH PHỐ THUỘC THÀNH PHỐ

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

<http://lapphap.vn>

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

Mục lục Số 02/2021

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- 3** Tăng cường sự lãnh đạo của Đảng đối với cuộc bầu cử đại biểu dân cử nhiệm kỳ 2021 - 2026

TS. Bùi Ngọc Thanh

- 9** Bảo đảm an ninh nguồn nước ở Việt Nam

PGS. TS. Nguyễn Hồng Thao

- 14** Trí tuệ nhân tạo được ứng dụng trong chẩn đoán bệnh: sản phẩm hay dịch vụ?

ThS. Bùi Nguyễn Trà My - Nguyễn Hoàng Linh Đan

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 23** Chế độ tài chính của doanh nghiệp bảo hiểm nhân thọ tại Việt Nam

TS. Nguyễn Đình Huy - ThS. Bùi Thị Hằng Nga

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 32** Quyền, nghĩa vụ của người khiếu nại, người bị khiếu nại theo Luật Khiếu nại năm 2011

PGS. TS. Bùi Thị Đào

- 38** Quy định của Bộ luật Hình sự về dấu hiệu định tội đối với tội nhận hối lộ

ThS. Đào Phương Thanh

- 44** Quy định của pháp luật về đơn phương chấm dứt hợp đồng thuê bất động sản và một số kiến nghị hoàn thiện

ThS. Trịnh Tuấn Anh - Lê Khánh Tâm

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

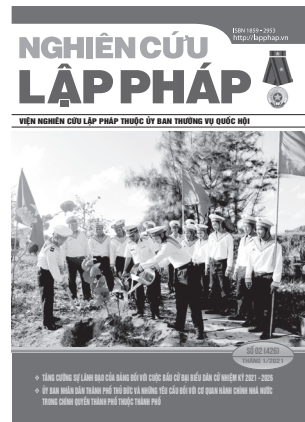
- 50** Pháp luật tố tụng hình sự Đức về biện pháp tạm giam và kinh nghiệm cho Việt Nam

ThS. Nguyễn Phương Thảo - ThS. Tăng Trần Quỳnh Phương

CHÍNH QUYỀN ĐỊA PHƯƠNG

- 59** Ủy ban nhân dân thành phố Thủ Đức và những yêu cầu đối với cơ quan hành chính nhà nước trong chính quyền thành phố thuộc thành phố

ThS. Trần Thị Thu Hà



HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

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

PHÓ TỔNG BIÊN TẬP PHỤ TRÁCH:

TS. LƯƠNG MINH TUÂN

TRỤ SỞ:

35 NGÕ QUYỄN - HOÀN KIẾM - HÀ NỘI.
ĐT: 0243.2121204/0243.2121206
FAX: 0243.2121201
Email: nclp@quochoi.vn
Website: <http://lapphap.vn>

THIẾT KẾ:

NGỌC HÀ

GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

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

PHÁT HÀNH - QUẢNG CÁO

HÀ NỘI: 0243.2121202

TÀI KHOẢN:

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

MÃ SỐ THUẾ: 0104003894

IN TẠI NHÀ MÁY IN BỘ QUỐC PHÒNG

GIÁ: 25.000 ĐỒNG

Ảnh bìa: Tết trồng cây ở quần đảo
Trường Sa

Ảnh: ST

LEGISLATIVE STUDIES

<http://lapphap.vn>

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

Legis No 2/2021

STATE AND LAW

- 3** Strengthening the Party's Leadership in Election Process for the deputies for term 2021 - 2026

Dr. Bui Ngoc Thanh

- 9** Ensuring the Water Resource Security in Vietnam

Prof. Dr. Nguyen Hong Thao

- 14** Artificial Intelligence used in Diagnostics: Products or Services?

LLM. Bui Nguyen Tra My - Nguyen Hoang Linh Dan

DISCUSSION OF BILLS

- 23** Financial Regime of Life Insurance Enterprises in Vietnam

Dr. Nguyen Dinh Huy - LLM. Bui Thi Hang Nga

LEGAL PRACTICE

- 32** Rights and Obligations of Complainants and Complained Persons under the Law on Complaints of 2011.

Prof. Dr. Bui Thi Dao

- 38** Provisions under the Penal Code on Criminal Signs for Bribery Receipt

LLM. Dao Phuong Thanh

- 44** Legal Regulations on Unilateral Termination of Real Estate Lease Contracts and Recommendations for Improvements

LLM. Trinh Tuan Anh - Le Khanh Tam

FOREIGN EXPERIENCE

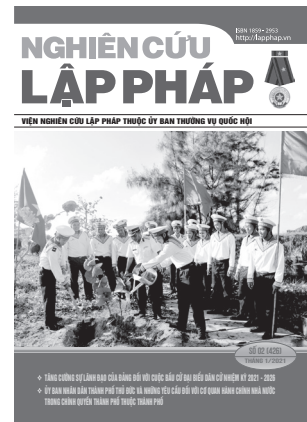
- 50** Legal Regulations of F.R. of Germany on Criminal Procedures on Detention Measures and Reference for Vietnam

LLM. Nguyen Phuong Thao - LLM. Tang Tran Quynh Phuong

LOCAL GOVERNMENT ADMINISTRATION

- 59** The People's Committee of Thu Duc city and Requirements for Public Administrations of the city under a Municipality

LLM. Tran Thi Thu Ha



EDITORIAL BOARD:

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

CHIEF EDITOR IN CHARGE:

Dr. LUONG MINH TUAN

OFFICE:

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

DESIGN:

NGOC HA

LICENSE OF PUBLISHMENT:

Nº 438/GP-BTTTT DATE 29-10-2013
MINISTRY OF INFORMATION
AND COMMUNICATION

DISTRIBUTION

HA NOI: 0243.2121202

ACCOUNT NUMBER:

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

TAX CODE: 0104003894

PRINTED BY

PRICE: **25.000 VND**

TĂNG CƯỜNG SỰ LÃNH ĐẠO CỦA ĐẢNG ĐỐI VỚI CUỘC BẦU CỬ ĐẠI BIỂU DÂN CỬ NHIỆM KỲ 2021 - 2026

Bùi Ngọc Thanh*

**TS. Nguyễn Chủ nhiệm Văn phòng Quốc hội*

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Sự lãnh đạo của Đảng đối với cuộc bầu cử đại biểu dân cử nhiệm kỳ 2021 - 2026; đại biểu Quốc hội; đại biểu Hội đồng nhân dân.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 28/12/2020
Biên tập : 08/01/2021
Duyệt bài : 11/01/2021

Article Information:

Keywords: The Party's leadership the election of deputies for term of 2021 - 2026; National Assembly deputies; People's Council deputies.

Article History:

Received : 28 Dec. 2020
Edited : 08 Jan. 2021
Approved : 11 Jan. 2021

Tóm tắt:

Bảo đảm sự lãnh đạo của Đảng trong suốt quá trình bầu cử là một tất yếu nhằm lựa chọn được những người tiêu biểu, xứng đáng nhất, có đầy đủ các tiêu chuẩn theo luật định, không tham nhũng và kiên quyết đấu tranh phòng, chống tham nhũng; có năng lực và có điều kiện thực thi nhiệm vụ của đại biểu Quốc hội, đại biểu Hội đồng nhân dân; đồng thời bảo đảm được cơ cấu hợp lý. Ngày 20/6/2020, Bộ Chính trị đã ban hành Chỉ thị số 45-CT/TW về Lãnh đạo cuộc bầu cử đại biểu Quốc hội khóa XV và bầu cử đại biểu Hội đồng nhân dân các cấp nhiệm kỳ 2021 - 2026; Quốc hội cũng đã quyết nghị ngày bầu cử là chủ nhật ngày 23/5/2021 tại Nghị quyết số 133/2020/QH14 ngày 17/11/2020. Để cuộc bầu cử này đạt kết quả cao nhất, Chỉ thị số 45-CT/TW đã xác định 9 nhiệm vụ quan trọng mà các cấp ủy, các tổ chức đảng phải lãnh đạo, chỉ đạo thực thi tốt nhất.

Abstract:

It is indispensably required to ensure the leadership of the Party during the electoral process so that it is to select the right people who are appropriately qualified, fully meet the statutory criteria, are not in corruption, and firmly fight against corruption; who are possess qualifications and availability to perform the tasks as of National Assembly deputy or People's Council deputies; and it is ensured a reasonable structure. On June 20, 2020, the Politburo issued Directive No. 45-CT/TW on the leadership of the election of deputies to the 15th National Assembly and the People's Councils at all levels for the term of 2021 - 2026; The National Assembly also decided the election date is Sunday, 23 May 2021 in the Resolution No.133/2020/QH14 dated 17 Nov. 2020. In order for this election to reach the best results, Directive No.45-CT/TW is defined 9 crucial tasks that committees and party organizations must pay the leadership and direction for the best efficient enforcements.

1. Căn cứ pháp lý về sự lãnh đạo của Đảng đối với cuộc bầu cử đại biểu dân cử

Những căn cứ pháp lý về sự lãnh đạo của Đảng trong hoạt động bầu cử đại

biểu dân cử chủ yếu là các quy định của Hiến pháp, Luật Bầu cử đại biểu Quốc hội (ĐBQH) và đại biểu Hội đồng nhân dân (ĐBHĐND), Luật Tổ chức Quốc hội, Luật tổ chức Chính phủ, Luật Tổ chức chính

quyền địa phương. Trong đó, quy định của Hiến pháp là căn cứ quan trọng hàng đầu. Khoản 1 Điều 4 Hiến pháp năm 2013 đã khẳng định, “*Đảng Cộng sản Việt Nam... là lực lượng lãnh đạo Nhà nước và xã hội*”. Khi lãnh đạo Nhà nước thì Đảng phải lãnh đạo ngay từ việc xây dựng một nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa của Nhân dân, do Nhân dân và vì Nhân dân (khoản 1 Điều 2). Việc hình thành bộ máy nhà nước mỗi khóa bao giờ cũng bắt đầu từ kết quả bầu cử đại biểu dân cử theo tinh thần: Nhân dân làm chủ, tất cả quyền lực nhà nước thuộc về Nhân dân. Đảng phải lãnh đạo thấu suốt cả quá trình bầu cử theo nguyên tắc “*phổ thông, bình đẳng, trực tiếp và bỏ phiếu kín*”¹ nhằm đạt tới mục đích cao nhất là bầu ra được những người xứng đáng đại diện cho ý chí và nguyện vọng của Nhân dân; xứng đáng là thành viên của “*cơ quan đại biểu cao nhất của Nhân dân, cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam*” nếu là ĐBQH; và xứng đáng là thành viên của “*cơ quan quyền lực nhà nước ở địa phương; đại diện cho ý chí, nguyện vọng của Nhân dân địa phương*” nếu là đại biểu HĐND.

Về thực tiễn, một trong tám bài học kinh nghiệm quan trọng của cuộc bầu cử ĐBQH khóa XIV và đại biểu HĐND các cấp nhiệm kỳ 2016 - 2021 mà Báo cáo số 695/BC-HĐBCQG ngày 19/7/2016 Tổng kết cuộc bầu cử đại biểu Quốc hội khóa XIV và đại biểu Hội đồng nhân dân các cấp nhiệm kỳ 2016 - 2021 (Báo cáo số 695/BC-HĐBCQG) đã chỉ ra là: “*Sự lãnh đạo của Ban Chấp hành Trung ương, Bộ Chính trị, Ban Bí thư và các cấp ủy Đảng đối với công tác chuẩn bị bầu cử là yếu tố quan trọng hàng đầu bảo đảm thắng lợi của cuộc bầu cử. Nơi nào có sự chuẩn bị chu đáo sát sao, thống nhất; các văn bản lãnh đạo, chỉ đạo*

của các cấp ủy Đảng được phổ biến, quán triệt đầy đủ nơi đó công tác bầu cử được chuẩn bị chu đáo, triển khai công việc kịp thời, phối hợp chặt chẽ, kết quả đạt cao”². Kinh nghiệm này, một lần nữa khẳng định vai trò lãnh đạo của Đảng là tối quan trọng, là yêu cầu tất yếu của một Đảng cầm quyền trong các cuộc bầu cử đại biểu dân cử.

2. Sự lãnh đạo của Đảng trong quá trình tổ chức bầu cử

Theo quy trình một cuộc bầu cử, từ khi công bố ngày bầu cử cho đến khi tổng kết cuộc bầu cử, có thể chia ra hơn 40 công đoạn. Công đoạn nào cũng yêu cầu, cũng đòi hỏi phải có sự lãnh đạo sát sao của Đảng. Sự lãnh đạo của Đảng trong các cuộc bầu cử có thể chia làm hai dạng: ở cấp cao, nhất là ở Trung ương chủ yếu là lãnh đạo bằng chủ trương, đường lối và cơ chế, chính sách; ở các cấp, nhất là ở cơ sở như Ban bầu cử, Tổ bầu cử thì các thành viên vừa phải quán triệt chủ trương, đường lối, thẩm nhuần chính sách, cơ chế, vừa phải tác nghiệp cụ thể trong công việc. Dưới đây là 04 công đoạn then chốt mà các cấp ủy Đảng phải tập trung lãnh đạo thường xuyên, liên tục, sát sao nhất.

2.1. Dự kiến cơ cấu, thành phần những người được giới thiệu ứng cử ĐBQH và đại biểu HĐND

Về số lượng đại biểu dân cử, Luật Bầu cử ĐBQH và đại biểu HĐND năm 2015 đã xác định: ĐBQH là 500 người, đại biểu HĐND các cấp được tính theo dân số và các yếu tố cụ thể của mỗi địa phương. Nhìn chung, số lượng đại biểu dân cử mỗi khóa không nhiều, như kết quả bầu cử và được xác nhận đủ tư cách đại biểu nhiệm kỳ 2016 - 2021 là 321.886 đại biểu, gồm 494 ĐBQH và 321.392 đại biểu HĐND các cấp; tỷ lệ đại biểu trên tổng số cử tri chỉ khoảng 0,44% và khoảng 0,33%

1. Điều 1 Luật Bầu cử ĐBQH và ĐBHNND năm 2015.

2. Trích Báo cáo số 695/BC-HĐBCQG ngày 19/7/2016 Tổng kết cuộc bầu cử đại biểu Quốc hội khóa XIV và đại biểu Hội đồng nhân dân các cấp nhiệm kỳ 2016 - 2021.

so với tổng dân số ở thời điểm bầu cử³ Trong khi đó số cơ quan, tổ chức, đơn vị được phân bổ người ứng cử tương đối nhiều. Đối với ĐBQH, các đơn vị được phân bổ gồm: tổ chức chính trị, tổ chức chính trị - xã hội, tổ chức xã hội, lực lượng vũ trang nhân dân, cơ quan nhà nước ở Trung ương và địa phương. Đối với đại biểu HĐND cấp tỉnh, cấp huyện còn thêm các đơn vị hành chính cấp dưới, đơn vị sự nghiệp, tổ chức kinh tế trên địa bàn. Đối với đại biểu HĐND cấp xã còn thêm thôn (làng, bản, ấp), tổ dân phố.

Với số lượng đại biểu dân cử hạn hẹp, trong khi trên thực tế các đơn vị để phân bổ tương đối nhiều thì việc phân bổ cho đơn vị nào, số lượng bao nhiêu, đòi hỏi một sự lãnh đạo rất cụ thể. Có ít nhất ba vấn đề phải đặc biệt chú ý trong quá trình lãnh đạo:

Một là, tổ chức Đảng ở Ủy ban Thường vụ Quốc hội (UBTVQH), ở Thường trực HĐND các cấp phải lãnh đạo để xác định chính xác những cơ quan, tổ chức, đơn vị cần được phân bổ người ứng cử và số lượng người được phân bổ cho mỗi đơn vị. Đây là một việc rất khó và cũng là một tồn tại qua nhiều lần bầu cử. Do đó, Hội đồng Bầu cử quốc gia và UBTVQH cần chỉ đạo các cơ quan chuyên môn nghiên cứu, xây dựng các tiêu chí cơ bản để làm căn cứ cho việc phân bổ, nhất là đối với cơ quan, tổ chức đơn vị thuộc hệ thống chính trị (Đảng, Nhà nước, Mặt trận Tổ quốc và các tổ chức thành viên).

Hai là, lãnh đạo việc nghiên cứu cơ cấu, thành phần hợp lý nhất để phân bổ người ứng cử, tránh tình trạng thừa cơ cấu, thiếu thành phần hoặc thành phần không hợp lý, dẫn đến sai lệch cơ cấu.

Ba là, tăng cường sự lãnh đạo, chỉ đạo của Đảng để bảo đảm được các cơ cấu cơ bản, nhất là cơ cấu nữ và cơ cấu dân tộc. Về cơ cấu nữ, theo Luật Bầu cử ĐBQH và đại biểu HĐND năm 2015, phải có ít nhất 35%

số người được giới thiệu là nữ. Muốn vậy phải giới thiệu ít nhất được 40%, để nếu có bị loại vẫn bảo đảm con số 35%. Tuy nhiên, vấn đề là chất lượng người được giới thiệu làm ứng cử viên, vì vậy, ngay từ đầu đã phải quan tâm đúng mức tới chất lượng người được giới thiệu ứng cử.

Về số lượng và tỷ lệ đại biểu là người dân tộc trong cơ quan dân cử: Đối với Quốc hội (mang tính toàn quốc), Luật Bầu cử ĐBQH và đại biểu HĐND quy định ít nhất là 18%, tỷ lệ này nhìn chung là đạt được. Tuy nhiên, không vì thế mà chủ quan, lơ là trong lãnh đạo, chỉ đạo; ngược lại, phải hết sức chú ý lãnh đạo, chỉ đạo tìm người đủ tiêu chuẩn ở một số dân tộc mà nhiều khóa Quốc hội vừa qua chưa có ĐBQH; tìm người xứng đáng nhất trong các dân tộc có số dân đông hơn để giới thiệu. Đối với HĐND (mang tính chất địa phương; có tỉnh, có huyện, có xã không có người dân tộc thiểu số; những tỉnh, huyện, xã có người dân tộc thiểu số thì số lượng và tỷ lệ cũng rất khác nhau) vì thế, Luật Bầu cử ĐBQH và đại biểu HĐND năm 2015 không quy định tỷ lệ chung. Bởi vậy, cấp ủy Đảng ở từng địa phương phải lãnh đạo sát sao, bám thực tế, chỉ đạo cụ thể để việc giới thiệu đạt được các tỷ lệ hợp lý, mang tính đại diện cao giữa các dân tộc trên từng địa bàn.

Công đoạn dự kiến cơ cấu, thành phần những người được giới thiệu ứng cử đại biểu dân cử là công đoạn nghiệp vụ đầu tiên, và nó sẽ chi phối tất cả các công đoạn tiếp theo. Do đó, nếu không bảo đảm tính hợp lý, chính xác ngay từ đầu sẽ gây khó khăn cho tất cả các công đoạn tiếp theo.

2.2. Lãnh đạo hiệp thương, giới thiệu người ứng cử ĐBQH, đại biểu HĐND và điều chỉnh cơ cấu, thành phần, số lượng người được giới thiệu ứng cử

Về lý thuyết, nếu ở công đoạn dự kiến cơ cấu, thành phần, số lượng được thực hiện

3. Trích Báo cáo số 695/BC-HĐBCQG ngày 19/7/2016 Tổng kết cuộc bầu cử đại biểu Quốc hội khóa XIV và đại biểu Hội đồng nhân dân các cấp nhiệm kỳ 2016 - 2021.

tốt (chặt chẽ, đúng tiêu chuẩn, cơ cấu, thành phần hợp lý) thì đến công đoạn hiệp thương và các công đoạn tiếp theo sẽ “nhẹ nhàng”, đỡ vất vả hơn. Nhưng trên thực tế các cuộc bầu cử gần đây cho thấy, công đoạn hiệp thương khá phức tạp. Báo cáo số 695/BC-HĐBCQG nhận định: “Một số cơ cấu, số lượng phân bổ đại biểu chưa được như định hướng, dự kiến ban đầu, nhất là tỷ lệ nữ, tỷ lệ người ngoài đảng; nhiều người do Trung ương giới thiệu không trúng cử ở một số tỉnh, thành phố... Việc đưa ra khỏi danh sách một số ứng cử viên tự ứng cử ĐBQH trong hiệp thương lần thứ ba mà được cử tri nơi cư trú, cử tri ở cơ quan tín nhiệm chưa hoàn toàn được dư luận đồng tình”⁴.

Như đã trình bày, số lượng các cơ quan, tổ chức, đơn vị ở Trung ương cũng như ở địa phương là rất lớn, trong khi số lượng đại biểu dân cử lại không nhiều, nên hiệp thương để chuẩn xác lại cơ cấu, thành phần cho hợp lý là công việc tất yếu, phải tiến hành nhiều lần (theo Luật Bầu cử ĐBQH và đại biểu HĐND năm 2015 là 3 lần).

Đối với hiệp thương giới thiệu người ứng cử ĐBQH cần lưu ý:

Một là, cơ cấu số lượng và tỷ lệ giữa đại biểu ở Trung ương và đại biểu ở địa phương. Ở nhiều khóa thường cơ cấu 1/3 đại biểu ở Trung ương và 2/3 đại biểu ở địa phương. Tuy nhiên, đang có xu hướng tăng đại biểu ở Trung ương (từ khóa XI đến khóa XIV lần lượt là 30,92%; 31,03%; 33,4% và 36,04%)⁵, cũng có nghĩa là giảm số lượng và tỷ lệ đại biểu ở địa phương. Theo chúng tôi, giữ ở mức 30% và 70% như nhiều khóa trước đây là hợp lý. Muốn vậy, phải thống nhất cao và có sự lãnh đạo sát sao, chỉ đạo cụ thể của Đảng đoàn Quốc hội, Hội đồng Bầu cử Quốc gia, Ủy ban Trung ương Mặt trận Tổ quốc Việt Nam và các cấp ủy ngành, địa phương.

Hai là, cơ cấu đại biểu nữ: Đã có một số khóa tỷ lệ đại biểu nữ đạt trên 30% (khóa V: 32%). Những khóa sau này chỉ đạt từ 18 đến hơn 27%. Có thể có nhiều nguyên nhân, nhưng có hai nguyên nhân mà cuộc bầu cử tới đòi hỏi sự lãnh đạo quyết liệt của các cấp ủy để khắc phục tình hình này.

Thứ nhất, nguyên nhân về tính đặc thù của một số cơ quan, tổ chức, đơn vị ít phụ nữ mà số người ứng cử lại tương đối nhiều như quốc phòng, an ninh, thường trực các cơ quan của Quốc hội... Những cơ quan này không thể áp dụng tỷ lệ cao người ứng cử là nữ được. Ngược lại, nhiều cơ quan, tổ chức, đơn vị, nhất là ở địa phương có nhiều phụ nữ, nhưng trong thực hiện người ta có thiên hướng cố gắng đạt tỷ lệ trung bình. Vì vậy, Đảng đoàn Quốc hội, Hội đồng bầu cử Quốc gia phải chỉ đạo các cơ quan chuyên môn tính toán tỷ lệ nữ ứng cử cho từng loại cơ quan, tổ chức, đơn vị đảm bảo tính tương thích.

Thứ hai, mấy khóa gần đây trong cơ cấu không còn đại biểu là nông dân, công nhân - hai thành phần có tầm quan trọng nhiều mặt trong xã hội. Nhiều khóa trước, các đại biểu thuộc cơ cấu này chiếm tỷ lệ khá cao (khóa IV, công nhân là 23,3%, nông dân là 21,4%; Khóa V, công nhân là 22%, nông dân là 21%; khóa VI công nhân là 16,2%, nông dân là 20,3%...)⁶. Riêng khóa IX thì lại đổi tỷ lệ đại biểu công nhân thành công nghiệp, nông dân thành nông nghiệp. Bốn khóa gần đây, tỷ lệ đại biểu của khối doanh nghiệp (có từ 3 đến 7%), nhưng trong đó doanh nghiệp nhà nước cũng chiếm phần đáng kể. Như vậy, trên thực tế, dần dần các ĐBQH hầu như đều là cán bộ, công chức nhà nước, mà cơ cấu cán bộ, công chức nhà nước nhất là ở Trung ương tỷ lệ nữ không cao. Cơ cấu của khối cử tri có tỷ lệ nữ không cao mà lại đặt yêu cầu nâng cao tỷ lệ nữ được giới thiệu ứng cử thì rất khó. Do đó,

4. Trích Báo cáo số 695/BC-HĐBCQG ngày 19/7/2016 Tổng kết cuộc bầu cử đại biểu Quốc hội khóa XIV và đại biểu Hội đồng nhân dân các cấp nhiệm kỳ 2016 - 2021.

5. Sổ ĐBQH khóa XIV 2016 - 2021, phần thống kê ĐBQH các khóa.

6. Sổ ĐBQH khóa XIV 2016 - 2021, phần thống kê ĐBQH các khóa.

phải xác định cơ cấu, thành phần thật hợp lý ngay từ khi phân bổ và chuẩn xác lại trong ba lần hiệp thương, trong đó có vấn đề lớn là cần xem xét để có đại biểu là những người lao động bình thường (công nhân, nông dân, lao động khu vực phi chính thức...) đại diện cho phần lớn nhân dân và cử tri cả nước.

Ba là, sự “cọ xát” căng thẳng về số lượng. Theo tâm lý chung, cơ quan, tổ chức, đơn vị, địa phương nào cũng mong muốn có số lượng người được giới thiệu ứng cử nhiều hơn. Ở địa phương có “công thức” tính gồm 3 đại biểu “gốc” cộng số lượng đại biểu tăng thêm theo số dân, còn ở Trung ương thì “ngâm hiểu” là tầm quan trọng của mỗi loại cơ quan, tổ chức, đơn vị, mà “định tính” về tầm quan trọng thì thảo luận vô cùng căng thẳng, khó phân định. Vì vậy, đòi hỏi sự lãnh đạo, chỉ đạo trực tiếp, cụ thể của tổ chức Đảng trên cơ sở Hiến pháp và tính chất, hiệu quả hoạt động của mỗi lĩnh vực.

Bốn là, bám sát tiêu chuẩn đại biểu để “cọ xát” về chất lượng người được giới thiệu ứng cử: Chất lượng (đức và tài) là vấn đề hàng đầu trong hoạt động của đại biểu. Ngoài học vấn thể hiện qua cấp độ được đào tạo thì trong lãnh đạo nên kết hợp với việc lấy ý kiến cử tri nơi công tác, nơi làm việc, địa bàn hoạt động, nơi cư trú để nắm bắt được tinh thần, thái độ công tác, kết quả công việc cụ thể, mức độ gắn kết với nhân dân, đạo đức, tư cách của người được giới thiệu ứng cử. Trong giai đoạn hiện nay, vấn đề cần được quan tâm đặc biệt đó là, người được giới thiệu ứng cử phải là người không tham nhũng, không liên quan đến tham nhũng.

Đối với hiệp thương giới thiệu người ứng cử đại biểu HĐND các cấp: Ngoài những vấn đề tương tự như giới thiệu người ứng cử ĐBQH, cần lưu ý tới cơ cấu nữ ở HĐND cấp xã. Thực tế cho thấy, kết quả các cuộc bầu cử gần đây chưa bao giờ tỷ lệ đại biểu nữ HĐND cấp xã đạt được định hướng và bao giờ cũng thấp hơn tỷ lệ nữ đại biểu HĐND cấp tỉnh

và cấp huyện, (nhiệm kỳ 2007 - 2011, cấp tỉnh 23,9%, cấp huyện 23,0%, cấp xã 19,5%; nhiệm kỳ 2011-2016, cấp tỉnh 25,2%, cấp huyện 24,6%, cấp xã 21,7%; nhiệm kỳ 2016 - 2021, cấp tỉnh 26,7%, cấp huyện 27,5%, cấp xã 26,5%)⁷. Sở dĩ có tình hình này là do việc vận dụng tiêu chuẩn. Bốn tiêu chuẩn đại biểu HĐND là thống nhất, nhưng đối với đại biểu HĐND cấp xã thì tiêu chuẩn thứ 3 “Có trình độ văn hóa, chuyên môn, đủ năng lực, sức khỏe, kinh nghiệm công tác và uy tín để thực hiện nhiệm vụ đại biểu; có điều kiện tham gia các hoạt động của HĐND”, điều này đối với phụ nữ ở cấp xã nói chung và phụ nữ ở xã, bản miền núi, vùng đồng bào dân tộc thiểu số nói riêng là vô cùng khó khăn. Trình độ văn hóa thấp, chuyên môn, khoa học kỹ thuật yếu; một số nơi do tập tục, lối sống lạc hậu... nên khó có điều kiện tham gia hoạt động chính trị, xã hội. Một số chị em tự ti, không muốn tham gia hoạt động. Có lẽ các tổ chức Đảng ở những địa bàn này phải căn cứ vào tình hình, điều kiện thực tế để lựa chọn, giới thiệu (theo phương pháp “so đũa”) chứ không thể rập khuôn theo khu vực đồng bằng hay thành phố, thị xã.

3. Lãnh đạo thành lập các tổ chức phụ trách bầu cử ở địa phương

Theo Luật Bầu cử ĐBQH và đại biểu HĐND năm 2015, các tổ chức phụ trách bầu cử ở địa phương gồm:

- Ủy ban bầu cử cấp tỉnh, có từ 21 đến 31 thành viên; Ủy ban bầu cử cấp huyện, có từ 11 đến 15 thành viên; Ủy ban bầu cử cấp xã, có từ 9 đến 11 thành viên (gọi chung là Ủy ban bầu cử).

- Ban bầu cử ĐBQH, có từ 9 đến 15 thành viên; Ban bầu cử đại biểu HĐND cấp tỉnh, có từ 11 đến 13 thành viên; Ban bầu cử đại biểu HĐND cấp huyện, có từ 9 đến 11 thành viên; Ban bầu cử đại biểu HĐND cấp xã có từ 7 đến 9 thành viên (gọi chung là Ban bầu cử).

7. Trích Báo cáo số 453 ngày 18-7-2011 của Hội đồng bầu cử về kết quả cuộc bầu cử ĐBQH khóa XIII và đại biểu HĐND nhiệm kỳ 2011-2016; Báo cáo số 695/BC-HĐBCQG ngày 19/7/2016 Tổng kết cuộc bầu cử đại biểu Quốc hội khóa XIV và đại biểu Hội đồng nhân dân các cấp nhiệm kỳ 2016 - 2021.

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- Tổ bầu cử: Mỗi khu vực bỏ phiếu có một Tổ bầu cử, có từ 11 đến 21 thành viên.

Như vậy, số lượng các tổ chức bầu cử ở địa phương và các thành viên trong các tổ chức đó là rất lớn. Vì vậy, việc lãnh đạo các tổ chức làm công tác bầu cử ở địa phương phải chú ý ít nhất đối với hai vấn đề:

Một là, phải bảo đảm các thành phần đúng như yêu cầu luật định, nhân sự (các thành viên) của các tổ chức phải bảo đảm yếu tố chính trị cao và có nghiệp vụ hoặc đã từng làm tốt công tác bầu cử các khóa trước, đặc biệt là ở cấp xã, cấp huyện. Kinh nghiệm hai cuộc bầu cử vừa qua cho thấy, có một vài sai sót đều chủ yếu xảy ra ở huyện hoặc xã. Có nhiều nguyên nhân, nhưng chung nhất do “lợi ích nhóm”, trình độ năng lực yếu kém và thiếu tinh thần trách nhiệm. Bởi vậy, việc lựa chọn nhân sự, tăng cường quản lý và lãnh đạo tư tưởng chặt chẽ là vô cùng quan trọng và cấp thiết.

Hai là, sự lãnh đạo của các tổ chức bầu cử ở cấp huyện, cấp xã, nhất là ở các Ban, các Tổ bầu cử, đảng viên vừa có vai trò lãnh đạo, vừa có trọng trách tác nghiệp nghiệp vụ cụ thể trong bầu cử, do đó tuyệt đối không bao giờ được xem nhẹ sự lãnh đạo, chỉ đạo trực tiếp, cụ thể. Ngoài ra, những sơ suất như in sai phiếu bầu, viết sai họ, tên người ứng cử, phát thừa phiếu bầu... mà kiểm tra, giám sát không phát hiện ra sẽ dẫn đến thiệt hại lớn về công sức, thời gian, tiền của để tổ chức bầu cử lại.

4. Lãnh đạo việc phân bổ người ứng cử về các địa phương và phân chia người ứng cử vào các đơn vị bầu cử

Về giới thiệu người ứng cử về các địa phương: Việc giới thiệu người ứng cử ĐBQH về các tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương và giới thiệu người ứng cử đại biểu HĐND cấp tỉnh về các huyện, quận, thị xã, trong lãnh đạo phải chú ý cả hai mặt là đặc điểm kinh tế, xã hội của địa phương và sự tương thích ngành nghề, lĩnh vực hoạt động của người được giới thiệu. Các cuộc bầu cử trước, có người được Trung ương giới thiệu về địa phương ứng cử ĐBQH nhưng không trúng cử; ở HĐND cấp

tỉnh cũng có một số nơi có tình trạng tương tự. Có thể có nhiều nguyên nhân, trong đó có nguyên nhân lĩnh vực hoạt động của người ứng cử không thích hợp với địa phương nơi ứng cử. Đây cũng là một kinh nghiệm trong lãnh đạo và trong tham mưu phân bổ người ứng cử theo địa bàn. Mặt khác, cần khắc phục tình trạng, một số địa phương luôn luôn muốn chọn những người ứng cử có chức sắc càng cao càng tốt, những người ứng cử là thành viên Chính phủ, những người đứng đầu ngành, lĩnh vực.

Về phân chia (sắp xếp) người ứng cử vào đơn vị bầu cử: Luật Bầu cử ĐBQH và đại biểu HĐND năm 2015 chưa quy định cụ thể, chi tiết việc phân chia, lập danh sách những người ứng cử vào các đơn vị bầu cử nên có hai vấn đề đáng quan tâm trong lãnh đạo, chỉ đạo.

Một là, có một số địa phương lo ngại trách nhiệm để người ứng cử có chức sắc cao của địa phương hoặc do Trung ương giới thiệu mà bị “trượt” nên đã bố trí những người ứng cử khác trong danh sách bầu có trình độ và vị thế cách biệt, thấp xa. Đây là một ví dụ điển hình của tình trạng “quân xanh, quân đỏ”, do đó trong lãnh đạo, chỉ đạo cần khắc phục tối đa tình trạng này.

Hai là, thực tiễn cho thấy, cùng là người ứng cử đủ tiêu chuẩn ứng cử ĐBQH, đủ tiêu chuẩn ứng cử ĐBHNND nhưng sắp xếp vào đơn vị bầu cử này thì có thể không trúng cử, nhưng sắp xếp vào đơn vị bầu cử khác thì có thể đắc cử. Điều này đòi hỏi khi phân chia, lập danh sách những người ứng cử vào các đơn vị bầu cử phải hết sức công bằng, công minh, khách quan, trung thực, mà mục đích đạt đến là, đảm bảo được các cơ cấu định hướng ở mức tốt nhất... Muốn vậy, cần chỉ đạo nghiên cứu định ra những tiêu chí cần thiết làm căn cứ cho việc phân chia, sắp xếp. Các tiêu chí đó có thể là: có trình độ tương đương, có vị thế (chức danh) tương đương, có nam có nữ, khác đơn vị công tác... Như vậy, việc trúng cử hay không sẽ phụ thuộc nhiều vào chương trình hành động và khả năng vận động bầu cử của người ứng cử ■

BẢO ĐẢM AN NINH NGUỒN NƯỚC Ở VIỆT NAM

Nguyễn Hồng Thao*

* PGS. TS. Phó Chủ tịch, Ủy viên Luật quốc tế của Liên hợp quốc.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: An ninh nguồn nước, bảo đảm an ninh nguồn nước.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 21/12/2020

Biên tập : 05/01/2021

Duyệt bài : 09/01/2021

Article Information:

Keywords: Water resource security; security assurance of water resource

Article History:

Received : 21 Dec. 2020

Edited : 05 Jan. 2021

Approved : 09 Jan. 2021

Tóm tắt:

Nước được coi là một nguồn tài nguyên vô cùng quan trọng đối với sự tồn tại của con người và sự phát triển kinh tế, xã hội của từng nước cũng như cộng đồng quốc tế. Vấn đề an ninh và quản lý nguồn nước ngày càng trở nên quan trọng trong một thế giới phẳng, phụ thuộc và cạnh tranh lẫn nhau. Việt Nam là quốc gia được ưu ái về nguồn nước. Tuy nhiên, với sự phát triển dân số và kinh tế, an ninh nguồn nước của Việt Nam cũng đang bị đe dọa và cần phải có các biện pháp quản lý hữu hiệu.

Abstract:

Fresh water is considered an extremely important resource for the human existence and the socio-economic development of each country as well as the international community. Water security and management are becoming increasingly important in a flat, interdependent, and competitive world. Vietnam is a country favored with water resources. However, with its population and economic growth, water security in Vietnam is also under threat and effective management measures are needed.

Nước là một trong những thành phần đặc biệt quan trọng của hệ sinh thái, là một trong những yếu tố vật chất của môi trường, đồng thời là một nguồn tài nguyên vô cùng quan trọng đối với sự tồn tại của con người và sự phát triển kinh tế, xã hội của từng nước cũng như cộng đồng quốc tế. Trong khi nước bao phủ 70% bề mặt Trái Đất thì chỉ có 3% là nước ngọt, trong đó 1/3 có thể tiếp cận, gồm nước sông, ao, hồ, kênh, rạch, mương, đầm và nước ngầm ở trong lòng đất¹. Phần còn lại tồn tại dưới dạng băng ở Bắc cực và Nam cực.

1. An ninh nguồn nước

An ninh nguồn nước ngày càng trở nên gay gắt với thế giới do bốn yếu tố chính:

Thứ nhất, phân bố tự nhiên của các nguồn nước ngọt giữa các quốc gia trên thế giới không đồng đều. Hầu hết các nguồn nước ngọt trên thế giới đều được chia sẻ bởi hai hay ba quốc gia trở lên và do đó mâu thuẫn, tranh chấp giữa các quốc gia về quản lý, sử dụng nguồn nước xảy ra là điều không tránh khỏi, nhất là tại các lưu vực sông lớn như lưu vực sông Nile, lưu vực sông Indus, lưu vực sông Hằng, lưu vực sông Jordan, lưu vực sông Tygirs, sông Euphrates và lưu vực sông Mê Công.

Thứ hai, nguồn nước ngọt ở khắp mọi nơi trên thế giới đang ngày càng bị ô nhiễm, có nơi, có lúc bị ô nhiễm nghiêm trọng do hoạt

1. Đại học Nông Lâm TP. Hồ Chí Minh, Tài nguyên nước và hiện trạng sử dụng, 2013, tr. 5-6.

động sản xuất và sinh hoạt của con người không được xử lý hoặc không được xử lý đúng yêu cầu của các tiêu chuẩn, quy chuẩn kỹ thuật bảo vệ môi trường và do hoạt động của các hiện tượng tự nhiên.

Thứ ba, biến đổi khí hậu làm trái đất nóng lên, tình trạng khô hạn, sa mạc hóa lan rộng. Sự tan băng ở Bắc cực, Nam cực làm nước biển dâng gây nhiễm mặn, thu hẹp các vùng nước ngọt ven biển.

Thứ tư, dân số gia tăng trong khi việc tìm kiếm bổ sung nguồn nước ngọt chưa được chú ý đúng mức. 2,2 tỷ người hiện thiếu nước sạch uống được. 700 triệu người có thể phải di dời vì thiếu nước².

Mục tiêu phát triển bền vững của Liên hợp quốc được thông qua năm 2015 nhấn mạnh Mục tiêu 6: Nước sạch và vệ sinh và Mục tiêu 12: Tiêu dùng và sản xuất có trách nhiệm.

2. An ninh nguồn nước ở Việt Nam

Theo Bộ Tài nguyên và Môi trường, Việt Nam có 3.450 sông, suối có chiều dài từ 10 km trở lên nằm trong 108 lưu vực, trong đó có 13 lưu vực sông có diện tích lớn hơn 10.000 km² và 7 là lưu vực sông liên quốc gia; tổng diện tích lưu vực khoảng 1.168 nghìn km², trong đó 837 nghìn km² diện tích lưu vực (chiếm 71,7%) nằm ở nước ngoài, ở phần đầu nguồn; chỉ có 331 nghìn km² diện tích lưu vực (chiếm 28,3%) là nằm trong lãnh thổ Việt Nam; tổng

lượng dòng chảy trung bình nhiều năm của các sông vào khoảng 830-840 tỷ m³³.

Việt Nam có khoảng trên 7.160 hồ chứa thủy lợi, với tổng dung tích ước tính khoảng 70 tỷ m³. Nguồn nước ngầm có trữ lượng khoảng 189,3 triệu m³/ngày đêm (tiềm năng có thể khai thác trung bình khoảng 61,2 triệu m³/ngày đêm, tập trung ở khu vực Đồng bằng Bắc Bộ, Nam Bộ và khu vực Tây Nguyên. Lượng mưa trung bình năm của Việt Nam vào khoảng 1.940-1.960mm (tương đương với khoảng 640 tỷ m³/năm), nằm trong số quốc gia có lượng nước mưa lớn trên thế giới⁴.

Hiện tại, tổng lượng nước được khai thác, sử dụng hàng năm của Việt Nam là 80,6 tỷ m³/ 830 tỉ m³ (10% tổng lượng nước của cả nước), trong đó hơn 80% (khoảng 65 tỉ m³/năm) sử dụng cho nông nghiệp. Hệ thống tưới tiêu mới đủ cung cấp nước cho 4,2/11 triệu ha canh tác⁵. Hiện 20% người dân chưa được sử dụng nước sạch, 17,2 triệu người vẫn sử dụng nguồn nước không đạt tiêu chuẩn nước sạch của Bộ Y tế⁶.

Tới năm 2045, nhu cầu dùng nước cho dân sinh, công nghiệp sẽ lên đến khoảng 130-150 tỷ m³/năm, chiếm tới gần 50% lượng nước sản sinh trên lãnh thổ, gần 90% nguồn nước mùa khô (khoảng 170 tỉ m³)⁷.

Việt Nam đã ban hành nhiều văn bản pháp lý về quản lý nguồn nước như Luật Tài

2. UNDP, Water and sanitation, <https://sdgs.un.org/goals/goal6>.

3. Bộ Tài Nguyên và Môi trường, Cục Quản lý Tài nguyên nước, *An ninh nguồn nước ở Việt Nam - Bài 1: Mua nhiều mà nước vẫn thiếu, phân bố không đều*, <http://dwrn.gov.vn/index.php?language=vi&nv=news&op=Hoat-dong-cua-Cuc-Tin-lien-quan/An-ninh-nguon-nuoc-o-Viet-Nam-Bai-1-Mua-nhieu-ma-nuoc-van-thieu-phan-bo-khong-deu-9330>, truy cập ngày 17/1/2021

4. Bộ Tài Nguyên và Môi trường, Cục Quản lý Tài nguyên nước, *An ninh nguồn nước ở Việt Nam - Bài 1: Mua nhiều mà nước vẫn thiếu, phân bố không đều*, tldđ.

5. Bộ Tài nguyên và Môi trường, *Báo cáo Môi trường quốc gia 2012, Chương I; Tổng quan về nước mặt ở Việt Nam*, tr. 3, <https://data.opendata.gov/dataset/ef943a2f-b255-4c9f-bd49-a4104d9d3a2b/resource/cf06c0fc-6ba4-4dcd-8cb6-1d46c98f4cba/download/part-1-overview-of-vietnam-surface-water.pdf>, truy cập ngày 17/1/2021.

6. Bộ Tài nguyên và Môi trường, *Báo cáo Môi trường quốc gia 2012, Chương I; Tổng quan về nước mặt ở Việt Nam*, tldđ, tr.3.

7. Bộ Tài nguyên và Môi trường, *Báo cáo Môi trường quốc gia 2012, Chương I; Tổng quan về nước mặt ở Việt Nam*, tldđ, tr.3.

nguyên nước năm 2012⁸, Luật Thủy lợi năm 2017⁹, Luật Bảo vệ môi trường năm 2019¹⁰, Luật sửa đổi, bổ sung của một số điều của Luật Phòng, chống thiên tai và Luật Đê điều năm 2020¹¹, và các Nghị định thi hành. Bên cạnh đó, Quy hoạch tài nguyên nước quốc gia đang được xây dựng trình phê duyệt¹², trong đó quy hoạch lưu vực sông Bằng Giang - Kỳ Cùng, Sê San, Srê Pôk dự kiến vào đầu năm 2021, sông Hồng - Thái Bình, Mekong (Cửu Long) tháng 12/2021, 8 lưu vực khác đang xây dựng nhiệm vụ. Tuy nhiên, hiện nay, Việt Nam gặp 8 thách thức lớn về an ninh nguồn nước sau đây:

Thứ nhất, nguồn nước phân bố không đều theo không gian và thời gian, mùa mưa lũ thì nước nhiều gây lũ, lụt; mùa khô thì hạn hán, xâm nhập mặn. Quy hoạch thủy lợi, hệ thống tưới tiêu, tích trữ nước, quản trị nước còn hạn chế, không có kế hoạch và phương tiện đủ để điều chuyển nước từ nơi này sang nơi khác.

Thứ hai, tác động lớn của thiên tai và biến đổi khí hậu. Hàng năm Việt Nam chịu 7-15 cơn bão như năm 2020 bão chông bão, sạt lở đất, làm ô nhiễm và đe dọa nguồn nước, chất lượng nước và tác động đến các hồ chứa, đập thủy điện. Việt Nam là một trong số 5 nước bị ảnh hưởng nặng nhất của biến đổi khí hậu và nước biển dâng, gây hạn hán, xâm nhập, hạn chế diện tích canh tác và lưu vực sông, nhất là tại đồng bằng sông Mekong (Cửu Long)¹³.

Thứ ba, ô nhiễm nguồn nước do các hoạt động sản xuất, sinh hoạt gia tăng xả thải. Hạn hán làm sa mạc hóa, xâm thực mặn tại các lưu vực như Sông Lam (Nghệ An), Sông Cả (Thanh Hóa); sông Vu Gia- Thu Bồn (Quảng Nam). Ô nhiễm ảnh hưởng đến chi phí xử lý nước sạch, thiếu nước cung cấp cho sinh hoạt và sản xuất. Ô nhiễm và cạn kiệt nguồn nước gây ra các bất đồng nội bộ giữa các địa phương trên cùng lưu vực sông, sử dụng sông và các nguồn nước với các mục đích sử dụng khác nhau như mâu thuẫn trong việc chuyển nước từ sông Vu Gia sang sông Thu Bồn (phục vụ Nhà máy Thủy điện Đăkmi 4, tỉnh Quảng Nam) làm giảm lượng chảy về hạ lưu của sông Vu Gia - là nguồn cung cấp nước chính cho thành phố Đà Nẵng; hoặc Hồ thủy điện A Vương đáp ứng cho nhu cầu sử dụng nước của 2 tỉnh Quảng Nam và Đà Nẵng nhưng có thời điểm khác biệt về nhu cầu giữ nước và xả nước gây mâu thuẫn cho vận hành.

Thứ tư, Việt Nam hạn chế về quyền chủ động đối với nguồn nước, tài nguyên nước do phụ thuộc nặng nề vào nguồn nước ngoài biên giới. Vấn đề hợp tác quản lý các sông liên quốc gia nhất là lưu vực sông Mekong khá khó khăn.

Thứ năm, khả năng tiếp cận nguồn nước sạch, an toàn cho sản xuất, sinh hoạt của người dân, tại các vùng sâu, vùng xa, địa bàn có điều kiện địa lý, điều kiện kinh tế - xã hội còn khó khăn. Hiện nay, tỷ lệ người dân đô thị được cung cấp nước sạch qua hệ thống cấp nước tập trung đến năm 2020 đạt khoảng 90%, dân số

8. Luật Tài nguyên nước năm 2012, http://vanban.chinhphu.vn/portal/page/portal/chinhphu/hethongvanban?class_id=1&_page=1&mode=detail&document_id=162986.

9. Luật Thủy lợi 2017: <https://thuvienphapluat.vn/van-ban/tai-nguyen-moi-truong/Luat-08-2017-QH14-Thuy-loi-2017-322933.aspx>.

10. Luật Bảo vệ môi trường năm 2019, <https://thuvienphapluat.vn/van-ban/tai-nguyen-moi-truong/Van-ban-hop-nhat-13-VBHN-VPQH-2019-Luat-Bao-ve-moi-truong-424601.aspx>

11. Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Phòng, chống thiên tai và Luật Đê điều năm 2020, <https://thuvienphapluat.vn/van-ban/tai-nguyen-moi-truong/Luat-Phong-chong-thien-tai-Luat-De-dieu-sua-doi-2020-so-60-2020-QH14-373522.aspx>.

12. Quyết định của Thủ tướng Chính phủ số 1748/QĐ-TTg ngày 04/12/2019.

13. Socialist Republic of Vietnam, Vietnam National Climate Change Strategy (NCCS), Chinhphu.vn (2011), <http://www.chinhphu.vn/portal/page/portal/English/strategies/strategiesdetails?categoryId=30&articleId=10051283>, truy cập ngày 17/01/2021.

nông thôn sử dụng nguồn nước ăn uống hợp vệ sinh ước đạt 90,2%¹⁴.

Thứ sáu, vấn đề bảo vệ nguồn sinh thủy. Việc phá hoại rừng nguyên sinh, rừng đầu nguồn làm ảnh hưởng lớn đến khả năng giữ nước của các lưu vực sông.

Thứ bảy, hiệu quả sử dụng nước thấp, chưa tiết kiệm, năng lực khai thác công trình thủy lợi chưa đáp ứng yêu cầu; lượng nước thất thoát trong thủy lợi khoảng 30%, trong cấp nước sinh hoạt 25,5%; chưa có quy hoạch tổng thể về sử dụng nguồn nước; chưa có kế hoạch và kinh phí thay thế các hồ tích nước cũ, mất an toàn¹⁵.

Thứ tám, sự gia tăng dân số nhanh chóng, kinh tế phát triển mạnh, nhu cầu khai thác và sử dụng nước cả nước mặt và nước ngầm cho dân sinh, kinh tế trong nước gia tăng, trong khi việc quản lý nguồn nước mặt, nước ngầm còn nhiều bất cập, gây nhiều vấn đề môi trường, nguồn nước và rủi ro khi thiên tai. Tới năm 2045, 2/3 dân số Việt Nam (hiện dân số Việt Nam khoảng gần 100 triệu người) sẽ tập trung ở 3 lưu vực sông chính là sông Hồng - Thái Bình, Mekong (Cửu Long) và Đồng Nai, làm tình trạng thiếu nước cho sản xuất và sinh hoạt thêm nghiêm trọng. Ví dụ, như sự cố nước sạch sông Đà nhiễm dầu đầu tháng 10/2019 đã cảnh báo về an ninh nguồn nước và quy trình cấp nước an toàn ở Việt Nam hiện nay¹⁶.

3. Kết luận và kiến nghị

Trong bối cảnh chính trị, kinh tế khó lường, sức ép dân số tăng cao và biến đổi khí hậu hiện nay, sự cạnh tranh tài nguyên bao gồm

tài nguyên nước ngày càng quyết liệt. Trong tương lai gần, 20-30 năm, tài nguyên nước của Việt Nam sẽ vào giai đoạn khan hiếm nếu không có các biện pháp quản lý và phát triển bền vững. Từ các phân tích trên cho thấy, cần phải thay đổi nhận thức Việt Nam là một nước được ưu đãi về tài nguyên thiên nhiên, nhất là tài nguyên nước và chuyển nhanh, chuyển mạnh sang tiếp cận quản lý tổng hợp và phát triển bền vững tài nguyên nước, bảo đảm an ninh tài nguyên nước trong mọi tình huống.

Báo cáo đánh giá kết quả thực hiện nhiệm vụ phát triển kinh tế xã hội 5 năm 2016-2020 và phương hướng nhiệm vụ phát triển kinh tế - xã hội 5 năm 2021-2025, chuẩn bị cho Đại Hội Đảng lần thứ XIII đặt ra phương hướng: Chủ động ứng phó với biến đổi khí hậu, phòng, chống thiên tai, tăng cường quản lý tài nguyên và bảo vệ môi trường¹⁷.

Để bảo đảm an ninh nguồn nước, phục vụ cho nhu cầu hiện đại hóa, phát triển kinh tế - xã hội, bảo đảm nhu cầu an ninh quốc phòng, chúng tôi cho rằng, cần thực hiện một giải pháp sau:

- Tăng cường tuyên truyền, giáo dục, nâng cao nhận thức, ý thức trách nhiệm và nâng cao hiệu quả thực thi pháp luật về quản lý tài nguyên, bảo vệ môi trường và ứng phó với biến đổi khí hậu; thực hiện hạch toán giá trị của tài nguyên đất, nước, khoáng sản, đa dạng sinh học, cảnh quan thiên nhiên, ô nhiễm và suy thoái môi trường vào hệ thống tài khoản quốc gia.

- Thể chế hóa đầy đủ các nguyên tắc thị trường trong chi phí để đánh giá tác động môi

14. Dự thảo Báo cáo đánh giá kết quả thực hiện nhiệm vụ phát triển kinh tế xã hội 5 năm 2016 - 2020 và phương hướng nhiệm vụ phát triển kinh tế - xã hội 5 năm 2021-2025, chuẩn bị cho Đại Hội Đảng lần thứ XIII. Nhân Dân, 20/10/2020, <https://nhandan.com.vn/tin-tuc-su-kien/bao-cao-danh-gia-ket-qua-thuc-hien-nhiem-vu-phat-trien-kinh-te-xa-hoi-5-nam-2016-2020-va-phuong-huong-nhiem-vu-phat-trien-kinh-te-xa-hoi-5-nam-2021-2025-621157/>, truy cập ngày 17/1/2021.

15. Hiệu quả sử dụng nước ở Việt Nam bằng 1/10 trung bình thế giới, Thời báo Tài chính, 17/8/2020, <http://thoibaotaichinhvietnam.vn/pages/xa-hoi/2020-08-17/hieu-qua-su-dung-nuoc-o-viet-nam-bang-1-10-trung-binh-the-gioi-91076.aspx>, truy cập ngày 17/1/2021.

16. Sự cố nguồn nước sạch sông Đà nhiễm dầu: Khởi tố vụ án gây ô nhiễm môi trường, Người Lao Động, 18/10/2019, <https://nld.com.vn/thoi-su/su-co-nguon-nuoc-sach-song-da-nhiem-dau-khoi-to-vu-an-gay-o-nhiem-moi-truong-20191017225745895.htm>, truy cập ngày 17/1/2021.

17. Xem chú thích 15.

trường, xử lý, khắc phục hậu quả, cải tạo và phục hồi môi trường, nghĩa vụ đóng góp để đầu tư trở lại cho bảo vệ môi trường; thực thi hiệu quả nguyên tắc bên gây ô nhiễm phải trả tiền, nâng cao trách nhiệm của doanh nghiệp trong và ngoài nước và mọi cư dân trong bảo vệ nguồn nước sạch, sử dụng tiết kiệm, hiệu quả.

- Cần đẩy mạnh xây dựng và thực thi đúng quy hoạch quản lý tài nguyên nước hiệu quả, tiết kiệm, an toàn và bền vững và trong tổng thể quản lý và phát triển bền vững các nguồn tài nguyên khác, phù hợp các mục tiêu phát triển bền vững theo Chương trình nghị sự phát triển bền vững 2030 của Liên hợp quốc; quản lý tài nguyên nước cần bảo đảm thống nhất theo lưu vực sông, theo nguồn nước, giữa nước mặt và nước dưới đất; nước trên đất liền và nước vùng cửa sông, nội thủy, lãnh hải, giữa thượng lưu và hạ lưu, kết hợp với quản lý theo địa bàn hành chính; nhanh chóng xây dựng và phê duyệt Quy hoạch tài nguyên nước quốc gia¹⁸, đặc biệt sớm hoàn thành quy hoạch 13 lưu vực sông lớn; xây dựng giải pháp tổng thể quản lý việc sử dụng nước hiệu quả, tiết kiệm trong các ngành kinh tế và phát triển đô thị, bảo đảm phát triển bền vững.

- Tích cực triển khai công tác điều tra cơ bản, đánh giá xác định thực trạng tài nguyên nước về số lượng, chất lượng; phục vụ lập quy hoạch tài nguyên nước quốc gia và quy hoạch quản lý tổng hợp lưu vực các sông lớn, hệ thống thủy lợi, hệ thống tưới tiêu, tích trữ nước, quản trị nước trên toàn quốc, tính toán cân bằng nước cho thời kỳ 2021-2030, tầm nhìn năm 2050 trong bối cảnh biến đổi khí hậu và khai thác nước gia tăng tại thượng nguồn; Xây dựng cơ sở dữ liệu tài nguyên nước quốc gia như Trung tâm dữ liệu Đồng bằng sông Cửu Long; xây dựng đề án chủ động ứng phó với biến đổi khí hậu, chuyển đổi sản xuất quy mô lớn để thích ứng với điều kiện tự nhiên ở các vùng thường xuyên bị hạn hán như Nghị quyết số 120/NQ-CP ngày 17/11/2017 của Chính phủ về Phát triển bền vững đồng bằng sông Cửu Long thích ứng với biến đổi khí hậu.

- Tăng cường nguồn lực đầu tư cho hạ tầng về nước, nhất là nước sinh hoạt, hồ chứa cho các vùng thường xuyên bị khô hạn, các dự án biến đổi khí hậu và quản lý tài nguyên nước đặc biệt là quan trắc tài nguyên nước mặt, nước dưới đất; Xác định các thực hiện giải pháp tích trữ nguồn nước dựa vào xu thế tự nhiên, điều hòa, phân phối, khai thác, sử dụng, bảo vệ tài nguyên nước, có kế hoạch và phương tiện đủ để điều chuyển nước từ nơi này sang nơi khác.

- Tăng cường các biện pháp bảo vệ nguồn sinh thủy nhất là rừng nguyên sinh, rừng đầu nguồn để tăng cường khả năng giữ nước của các lưu vực sông.

- Chủ động phòng, chống, hạn chế tác động của triều cường, ngập lụt, sạt lở, xâm nhập mặn do nước biển dâng đối với vùng ven biển, nhất là vùng đồng bằng sông Cửu Long, đồng bằng Sông Hồng, ven biển miền Trung.

- Xây dựng và thực thi hiệu quả hệ thống pháp luật tài nguyên môi trường; Tích cực tham gia các công ước quốc tế về môi trường nước như Công ước của Liên hợp quốc về Luật sử dụng các nguồn nước liên quốc gia cho các mục đích phi giao thông thủy.

- Đẩy mạnh hợp tác với các quốc gia thượng nguồn và các tổ chức quốc tế trong việc bảo vệ và sử dụng có hiệu quả tài nguyên nước ở lưu vực các dòng sông xuyên biên giới, nhất là sông Mekong và Sông Hồng; Việt Nam cần thực hiện đồng bộ các giải pháp, cơ chế từ hợp tác, thuyết phục, đấu tranh nhằm đảm bảo khai thác, sử dụng công bằng, hợp lý nguồn nước các sông liên quốc gia, đảm bảo 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 để hạn chế tác động, rủi ro; Việt Nam cần thúc đẩy cơ chế tham vấn, trao đổi chia sẻ thông tin, phối hợp trong điều tiết nguồn nước trong mùa khô và về lâu dài thông qua các cơ chế hợp tác Ủy hội sông Mekong, Mekong - Lan Thương hướng tới xây dựng thể chế chung trong khai thác nguồn nước ■

18. Quyết định của Thủ tướng Chính phủ số 1748/QĐ-TTg ngày 4/12/2019.

TRÍ TUỆ NHÂN TẠO ĐƯỢC ỨNG DỤNG TRONG CHẨN ĐOÁN BỆNH: SẢN PHẨM HAY DỊCH VỤ?

Bùi Nguyễn Trà My*

Nguyễn Hoàng Linh Đan**

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

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Trí tuệ nhân tạo, ứng dụng trí tuệ nhân tạo trong chẩn đoán bệnh.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 07/11/2020

Biên tập : 20/11/2020

Duyệt bài : 25/11/2020

Article Infomation:

Keywords: Artificial intelligence, application of AI in diagnosis.

Article History:

Received : 07 Nov. 2020

Edited : 20 Nov. 2020

Approved : 25 Nov. 2020

Tóm tắt:

Bài viết phân tích các quy định của pháp luật hiện hành và lý thuyết về trí tuệ nhân tạo (AI); đưa ra khái niệm về “chẩn đoán bệnh”; làm rõ bản chất, chức năng của AI được ứng dụng trong chẩn đoán bệnh; đưa ra các tiêu chí để xác định một AI chẩn đoán bệnh là “sản phẩm” hay “dịch vụ” và nêu một số quy định về “trách nhiệm sản phẩm”, “trách nhiệm dịch vụ”; và phân tích việc áp dụng “IBM Watson for Oncology” trong chẩn đoán ung thư tại Việt Nam, xác định bản chất loại AI này nhằm tạo điều kiện cho việc quy trách nhiệm pháp lý khi có thiệt hại phát sinh trong tương lai.

Abstract:

This article provides an analysis of the legal regulations on and the theories of artificial intelligence (AI), thereby to introduce the concept of “diagnosis”; to clarify the nature and function of AI applied in diagnosis; to introduce the criteria to determine whether an AI applied in diagnosis is a “product” or a “service” and also discuss a number of legal provisions on “product liability”, “service liability”; and to analyze the application of IBM Watson for Oncology in cancer diagnosis in Vietnam, thereby to identify the nature of this AI to facilitate the determination of liability for damage arising in the future.

Trí tuệ nhân tạo (Artificial Intelligence - “AI”) với các chức năng vượt trội có thể thay thế cho con người thực hiện nhiều hoạt động mang tính kỹ thuật, chuyên môn cao đã và đang tác động lớn đến mọi lĩnh vực trong đời sống xã hội. Đáng chú ý là gần một thập kỷ trở lại đây, AI đã bắt đầu được sử dụng rộng rãi trong lĩnh vực y tế trên thế giới, đặc biệt là trong quy trình chẩn đoán bệnh nhằm hỗ trợ các bác sĩ gia tăng tính chính xác trong chẩn đoán tình trạng bệnh cho bệnh nhân, đồng

thời đưa ra các phác đồ điều trị phù hợp với lịch sử bệnh lý của bệnh nhân đó. Tuy nhiên, giả sử AI đưa ra một chẩn đoán sai lầm, gián tiếp gây thiệt hại về sức khỏe và tính mạng của bệnh nhân thì chủ thể nào sẽ phải chịu trách nhiệm: nhà sản xuất AI, lập trình viên, người sử dụng (bác sĩ, bệnh viện) hay chính bản thân AI? Việc định dạng AI dưới góc độ luật học vẫn là vấn đề còn nhiều tranh cãi. Muốn xác định được trách nhiệm pháp lý khi có sai sót xảy ra đối với việc ứng dụng AI

trong chẩn đoán bệnh, trước hết ta cần phải hiểu rõ bản chất của chúng, có thể được xem là một sản phẩm (“product”) hay là dịch vụ (“service”)?

1. Khái quát về chẩn đoán bệnh

Nhằm xác định giới hạn công việc mà một AI chẩn đoán bệnh phải thực hiện, trước hết ta cần phải làm rõ khái niệm “chẩn đoán bệnh”. Dưới góc độ y học, theo Từ điển của Viện Ung thư Quốc gia Hoa Kỳ, “*chẩn đoán bệnh là quá trình xác định một căn bệnh, tình trạng hoặc chấn thương từ các dấu hiệu và triệu chứng. Bệnh sử, kiểm tra sức khỏe và các xét nghiệm, chẳng hạn như xét nghiệm máu, xét nghiệm bằng hình ảnh và sinh thiết, có thể được sử dụng để hỗ trợ chẩn đoán*”¹. Như vậy, “chẩn đoán bệnh” có thể được hiểu là việc bác sĩ, thông qua quá trình kiểm tra, đánh giá bằng kiến thức chuyên môn và thiết bị chuyên dụng, kết hợp với dữ liệu từ người bệnh (như triệu chứng hoặc kết quả phân tích, đo lường từ máy móc: ảnh chụp X-quang, phim siêu âm,...), đưa ra kết luận về căn bệnh mà bệnh nhân đó mắc phải.

Dưới góc độ pháp lý, theo Law Insider, chẩn đoán bệnh là: (a) việc xác định hoặc theo dõi: (i) việc có hay không có bệnh, (ii) giai đoạn, sự tiến triển hoặc mức độ nghiêm trọng của bệnh hoặc (iii) ảnh hưởng của một phương pháp điều trị cụ thể đối với bệnh nhân; và/hoặc (b) việc lựa chọn một phương pháp điều trị cụ thể cho bệnh nhân².

Các văn bản pháp luật Việt Nam hiện nay chỉ đề cập đến khái niệm “khám bệnh”. Cụ thể, khoản 1 Điều 2 Luật Khám bệnh, chữa bệnh năm 2009 quy định: “*Khám bệnh là việc hỏi bệnh, khai thác tiền sử bệnh, thăm khám thực thể, khi cần thiết thì chỉ định làm xét nghiệm cận lâm sàng, thăm dò chức năng để chẩn đoán và chỉ định phương pháp điều trị phù hợp đã được công nhận*”. Nói cách khác, trong pháp luật Việt Nam, khái niệm “khám bệnh” được hiểu ngoài việc đưa ra kết luận bệnh, còn phải đưa ra phương pháp điều trị phù hợp. Cách hiểu này phù hợp với định nghĩa “chẩn đoán bệnh” trong tài liệu quốc tế.

Từ những phân tích trên, chúng tôi muốn nhấn mạnh rằng, khi nghiên cứu về AI chẩn đoán bệnh nghĩa là loại AI này phải thực hiện cả hai công việc là kết luận bệnh và đưa ra phương pháp điều trị.

2. Khái quát về trí tuệ nhân tạo

1.1. Khái niệm trí tuệ nhân tạo

Cụm từ “trí tuệ nhân tạo” được nhắc đến lần đầu tiên vào năm 1955 bởi John McCarthy - nhà tiên phong và nhà phát minh khoa học máy tính người Mỹ, được biết đến như là cha đẻ của AI sau khi đóng vai trò quan trọng trong việc xác định lĩnh vực dành cho sự phát triển của máy móc thông minh³. Sau đó, hàng loạt các định nghĩa khác về AI đã ra đời⁴:

Theo định nghĩa trong Từ điển Oxford, trí tuệ nhân tạo có nghĩa là sử dụng công

1. “*Diagnosis: The process of identifying a disease, condition, or injury from its signs and symptoms. A health history, physical exam, and tests, such as blood tests, imaging tests, and biopsies, may be used to help make a diagnosis*”, U.S National Cancer Institute, <https://www.cancer.gov/publications/dictionaries/cancer-terms/def/diagnosis>, truy cập ngày 02/11/2020.

2. “*Diagnosis means (a) the determination or monitoring of (i) the presence or absence of a disease, (ii) the stage, progression or severity of a disease or (iii) the effect on a disease of a particular treatment; and/or (b) the selection of patients for a particular treatment with respect to a disease*”, Law Insider, <https://www.lawinsider.com/dictionary/diagnosis>, truy cập ngày 02/11/2020.

3. John McCarthy, Marvin Minsky, Nathaniel Rochester, and Claude Shannon, “*A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence, august 31, 1955*”, AI magazine 27, số. 4 (2006), tr.12-12.

4. Jonas Schuette, Goethe-Universität Frankfurt am Main, *A Legal Definition of AI*, <https://www.researchgate.net/publication/335600149>, truy cập ngày 02/11/2020.

nghệ để tự động hóa các tác vụ “thường đòi hỏi trí thông minh của con người”⁵. Năm 2007, Giáo sư John McCarthy - Đại học Stanford đưa ra một định nghĩa khá nổi tiếng về trí tuệ nhân tạo. Theo đó, AI là một lĩnh vực nghiên cứu (khoa học và công nghệ) nhằm mang lại sự thông minh cho các máy tính (intelligent machines), đặc biệt là các chương trình máy tính thông minh (intelligent computer programs)⁶. Bên cạnh đó, Erik Lindberg - Giám đốc cấp cao tại Công ty Luật Thomson Reuters WestLaw, trong bài viết có tên “Định nghĩa về Trí tuệ nhân tạo cho các nhà nghiên cứu luật học” (The Meaning of Artificial Intelligence for Legal Researchers), định nghĩa AI là “sự mô phỏng quá trình suy nghĩ của con người được máy tính hóa”. Hay nói cách khác, AI có nghĩa là dạy máy tính bắt chước hành vi và suy nghĩ của con người để tìm ra kết quả phù hợp và chính xác nhất⁷.

Năm 2020, Ủy ban châu Âu (EU Commission) ban hành Sách trắng (White Paper) về trí tuệ nhân tạo. Trong đó, AI được định nghĩa là tập hợp các công nghệ, bao gồm dữ liệu, thuật toán và sức mạnh tính toán⁸.

2.2. Phân loại trí tuệ nhân tạo

Nhóm thứ nhất, căn cứ vào mức độ nhận thức (mức độ thông minh) của AI, bao gồm ba loại AI: Trí tuệ nhân tạo

năng lực tính toán yếu (Artificial Narrow Intelligence: ANI), Trí tuệ nhân tạo xử lý mạnh (Artificial General Intelligence: AGI) và Siêu trí tuệ nhân tạo (Artificial Super Intelligence: ASI)⁹.

Trí tuệ nhân tạo năng lực tính toán yếu (ANI) được xem là loại AI đại diện cho tất cả các AI hiện có, bao gồm cả AI phức tạp và thông minh nhất mà đã được phát minh tính đến thời điểm hiện tại như các loại AI sử dụng Machine Learning (Học máy) và Deep Learning (Học sâu)¹⁰. ANI dùng để chỉ các hệ thống AI chỉ tập trung thực hiện một nhiệm vụ cụ thể một cách tự động các chức năng giống như con người. Những chiếc máy này có phạm vi năng lực rất hạn chế và do đó không thể thực hiện các công việc không được lập trình sẵn. Hệ thống AI này tương ứng với mức độ AI phản ứng và AI có bộ nhớ hạn chế ở nhóm thứ hai, chúng chỉ tiếp thu những lý luận và nhận thức được con người đưa vào trong bộ nhớ và từ đó thực hiện chức năng, nhiệm vụ cụ thể.

Về *Trí tuệ nhân tạo xử lý mạnh (AGI)* và *Siêu trí tuệ nhân tạo (ASI)*, những AI này được mô tả có trí thông minh ngang với con người hoặc thậm chí có thể vượt xa con người. Do đó, đây hiện chỉ tồn tại dưới dạng các lý thuyết trên giấy và chưa có loại AI nào, tính đến thời điểm hiện tại,

5. English Oxford Living Dictionaries, “Artificial Intelligence: The theory and development of computer systems able to perform tasks normally requiring human intelligence”, https://en.oxforddictionaries.com/definition/artificial_intelligence [https://perma.cc/WF9V-YM7C], truy cập ngày 02/11/2020.

6. John McCarthy, Đại học Stanford, What is Artificial Intelligence, <http://www-formal.stanford.edu/jmc/whatisai/node1.html>, truy cập ngày 30/10/2020.

7. Erik Lindberg, Thomson Reuters Westlaw, The Meaning of Artificial Intelligence for Legal Researchers, <https://www.lawpracticetoday.org/article/artificial-intelligence-legal-researchers/>, truy cập ngày 02/11/2020.

8. European Commission, White Paper on Artificial Intelligence - A European approach to excellence and trust, p.2.

9. Susan Fourtané, The Three Types of Artificial Intelligence: Understanding AI, <https://interestingengineering.com/the-three-types-of-artificial-intelligence-understanding-ai>, truy cập ngày 30/10/2020.

10. Naveen Joshi, 7 Types Of Artificial Intelligence, <https://www.forbes.com/sites/cognitive-world/2019/06/19/7-types-of-artificial-intelligence/#7c47fac6233e>, truy cập ngày 30/10/2020.

đạt được mức độ này. Vì vậy, nhóm tác giả xin phép không đề cập sâu hơn vào hai loại AI nêu trên.

Nhóm thứ hai, dựa vào các chức năng của AI để phân chia, gồm bốn loại: AI phản ứng (Reactive Machines), AI có bộ nhớ hạn chế (Limited Memory), AI có khả năng thấu hiểu (Theory of mind), AI tự nhận thức (Self-awareness).

AI phản ứng (Reactive Machines) là một trong những dạng hệ thống AI lâu đời nhất, có khả năng khá hạn chế và không có bộ nhớ. Điều này đồng nghĩa với việc loại máy này không thể sử dụng kinh nghiệm đã thu thập trước đó để giải quyết các vấn đề hiện tại; tức là chúng không có chức năng “học hỏi”. Những chiếc máy này được lập trình dựa trên khả năng phản ứng lại các kích thích của con người. Do đó, chúng chỉ có thể được sử dụng để phản ứng lại một bộ lệnh đầu vào hạn chế và không thể hoạt động ngoài các nhiệm vụ đơn giản đã được lập trình sẵn. Bất kể về mặt thời gian và địa điểm, AI phản ứng vẫn sẽ hoạt động theo cách mà người lập trình đã viết. Ví dụ tiêu biểu của AI phản ứng là Deep Blue, một chương trình cờ vua của IBM trong thập niên 90. Deep Blue xác định các phân trên bảng cờ vua và dự đoán nước đi của họ, từ đó phản ứng lại người chơi.

Loại thứ hai là *AI có bộ nhớ hạn chế (Limited Memory)*. Những chiếc máy này có chức năng như AI phản ứng thuần túy nhưng kết hợp thêm với bộ nhớ, nhờ đó chúng có thể học hỏi từ kinh nghiệm thu được để đưa ra quyết định. Hầu hết các ứng dụng AI ngày nay đều thuộc loại AI này, ví

dụ Machine Learning (Học máy) và Deep Learning (Học sâu). Machine Learning và Deep Learning cũng thu thập một lượng lớn dữ liệu rồi lưu trữ vào bộ nhớ để hình thành một mô hình tham chiếu khi giải quyết vấn đề thực tiễn¹¹.

Hai loại AI kể trên trong nhóm thứ hai đã và đang phổ biến rộng rãi trong đời sống hàng ngày. Tuy nhiên, đối với hai cấp độ AI tiếp theo trong nhóm này, *AI có khả năng thấu hiểu (Theory of mind)* và *AI tự nhận thức (Self-awareness)*, tương tự với AGI và ASI, chúng đều là những AI vượt trội và hiện chưa có phát minh nào của con người đạt được đến trình độ này.

3. Tiêu chí xác định AI chẩn đoán bệnh là sản phẩm, dịch vụ và trách nhiệm sản phẩm, trách nhiệm dịch vụ

3.1. Tiêu chí xác định AI chẩn đoán bệnh là sản phẩm và trách nhiệm sản phẩm

- Tiêu chí xác định

Trong các văn bản pháp luật và tài liệu khoa học, có nhiều quan điểm khác nhau về “sản phẩm”. Dưới góc độ thị trường (marketing), khái niệm “sản phẩm” được hiểu theo nghĩa khá rộng, là thứ “có khả năng thỏa mãn nhu cầu mong muốn của khách hàng, công hiến những lợi ích cho họ và có thể đưa ra chào bán trên thị trường với khả năng thu hút sự chú ý mua sắm và tiêu dùng”¹². Theo đó, một sản phẩm được cấu tạo và hình thành từ cả hai yếu tố: vật chất (hàng hóa) và phi vật chất (dịch vụ).

Ở Việt Nam, khoản 1 Điều 3 Luật Chất lượng sản phẩm, hàng hóa năm 2007 (sửa đổi, bổ sung năm 2018) quy định: “*Sản phẩm là kết quả của quá trình sản xuất hoặc cung ứng dịch vụ nhằm mục*

11. Naveen Joshi, 7 Types Of Artificial Intelligence, <https://www.forbes.com/sites/cognitive-world/2019/06/19/7-types-of-artificial-intelligence/#7c47fac6233e>, truy cập ngày 30/10/2020.

12. Trương Hồng Quang - Nghiên cứu viên, Viện Khoa học pháp lý, Bộ Tư Pháp, Một số vấn đề cơ bản về chế định trách nhiệm sản phẩm, <https://hongtquang.wordpress.com/2013/06/07/mot-so-van-de-co-ban-ve-che-dinh-trach-nhiem-san-pham/>, truy cập ngày 03/11/2020.

đích kinh doanh hoặc tiêu dùng”. Như vậy, theo pháp luật Việt Nam, “sản phẩm” được hiểu với nghĩa khá rộng, bao quát, gồm cả “sản phẩm” hàng hóa và “sản phẩm” dịch vụ.

Pháp luật nhiều nước trên thế giới đưa ra khái niệm khá hẹp về “sản phẩm”. Ví dụ, Luật Trách nhiệm sản phẩm Nhật Bản năm 1994 quy định, “sản phẩm là động sản được sản xuất hoặc chế biến”¹³. Quy định này cho thấy pháp luật Nhật Bản chỉ thừa nhận hàng hóa hữu hình và đã qua chế biến là “sản phẩm”. Bên cạnh đó, ở Anh, Mục 1(2)(c) Luật Bảo vệ người tiêu dùng năm 1987 (Consumer Protection Act - CPA) và Điều 2 Chỉ thị số 85/374/EEC quy định, “sản phẩm” bao gồm những thứ thuộc về vật chất, là “bất kỳ hàng hóa hay năng lượng điện” hoặc “bất kỳ vật nào có thể di chuyển”¹⁴. Như vậy, “sản phẩm” thuộc đối tượng điều chỉnh của CPA 1987 là bất kỳ hàng hóa ở dạng vật chất cụ thể, đã chế biến hay chưa chế biến, kể cả điện năng và không bao gồm dịch vụ. Quy định này mở rộng hơn so với pháp luật Nhật Bản nhưng lại hẹp hơn so với quy định của pháp luật Việt Nam.

Ngoài ra, có một loại sản phẩm đặc biệt được gọi là phần mềm sản phẩm (software as a product). Tính đặc biệt của nó được thể hiện ở chỗ nó không tồn tại dưới một dạng vật chất cụ thể nhưng vẫn được xem là sản phẩm (as a product). Khái niệm phần mềm sản phẩm này dùng để chỉ các loại phần mềm

sẽ cho phép người mua được nhận chuyển quyền sử dụng sản phẩm (license) trong một khoảng thời gian nhất định. Người mua có thể trải nghiệm phần mềm ngay cả khi không kết nối vào Internet¹⁵. Một ví dụ điển hình của loại phần mềm sản phẩm này là Microsoft Office của tập đoàn Microsoft: người mua sẽ được chuyển quyền sử dụng toàn bộ các chức năng của phần mềm trong vòng 12 tháng sau khi đã thanh toán cho nhà sản xuất¹⁶.

Như vậy, trong bài viết này, để tránh gây nhầm lẫn về mặt ngữ nghĩa, chúng tôi muốn nhấn mạnh rằng, khái niệm “sản phẩm” sẽ được hiểu theo nghĩa hẹp. Tức là, “sản phẩm” chỉ bao gồm (i) những thứ thuộc về vật chất như hàng hóa, điện năng,... và (ii) đã qua chế biến hoặc chưa qua chế biến, nhưng *không bao gồm* dịch vụ. Vậy, nếu AI chẩn đoán bệnh là một “sản phẩm”, điều cần thiết là nó phải đáp ứng được các tiêu chí (i) và (ii). Ngoài ra, như đã đề cập, nếu AI chẩn đoán bệnh đó mang đặc tính của một phần mềm sản phẩm thì nó cũng sẽ được xem là “sản phẩm” mang tính đặc biệt.

- Trách nhiệm sản phẩm

Theo định nghĩa trong Từ điển “The Free Dictionary By Farlex”, có thể hiểu, “trách nhiệm sản phẩm” là *“trách nhiệm của người sản xuất hoặc người bán hàng trong việc bồi thường cho các thiệt hại gây ra bởi khuyết tật của hàng hóa mà họ đã cung cấp cho người tiêu dùng trong quá trình kinh*

13. Law on Product Liability of Japan (Law No. 85/1994): “the term “product” means movable property manufactured or processed”.

14. Section 1(2)(c) CPA 1987: ““product” means any goods or electricity and (subject to subsection (3) below) includes a product which is comprised in another product, whether by virtue of being a component part or raw material or otherwise”, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1987/43/section/1>, truy cập ngày 02/11/2020.

15. Mike Schutz, Senior Copy Writer of Bynder, Software as a Service vs Software as a Product, <https://www.bynder.com/en/blog/software-as-a-product-vs-software-as-a-service/>, truy cập ngày 05/11/2020.

16. Pragmatic Institute, The Economics of Software as a Service (SaaS) vs. Software as a Product, <https://www.pragmaticinstitute.com/resources/articles/product/the-economics-of-software-as-a-service-saas-vs-software-as-a-product/>, truy cập ngày 05/11/2020.

doanh”¹⁷. Chế định trách nhiệm sản phẩm này được cụ thể hóa trong văn bản pháp luật ở nhiều quốc gia. Ví dụ, Điều 1 Luật Trách nhiệm sản phẩm năm 1992 của Úc quy định bất cứ người nào cung cấp sản phẩm có khuyết tật gây thiệt hại cho người tiêu dùng hoặc người sử dụng thì phải bồi thường hay Điều 14 Luật Quản lý chất lượng sản phẩm năm 1993 của Trung Quốc cũng quy định nếu hàng hóa có khuyết tật gây thiệt hại vật chất cho người tiêu dùng hoặc người sử dụng sản phẩm thì nhà sản xuất, nhà phân phối đó phải bồi thường thiệt hại¹⁸.

Tại Việt Nam, chế định “trách nhiệm sản phẩm” được quy định tại khoản 3 Điều 3, Điều 22, Điều 23, Điều 24 Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng năm 2010. Một điều đáng lưu ý là, mặc dù pháp luật Việt Nam đưa ra khái niệm “sản phẩm” theo nghĩa rộng nhưng quy định về “trách nhiệm sản phẩm” chỉ được áp dụng đối với “hàng hóa khuyết tật”¹⁹ (“sản phẩm” theo nghĩa hẹp), mà không áp dụng đối với dịch vụ. Hơn nữa, theo khoản 1 Điều 23 Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng năm 2010, trách nhiệm của nhà sản xuất đối với hàng hóa khuyết tật là trách nhiệm nghiêm ngặt (“strict liability”); tức là họ sẽ phải bồi thường thiệt hại đối với hàng hóa khuyết

tật do mình sản xuất kể cả khi không biết hoặc không có lỗi²⁰. Đây là điểm cần lưu ý để phân biệt với trách nhiệm dịch vụ được trình bày ở phần sau.

Như vậy, pháp luật Việt Nam và pháp luật quốc tế đều có sự phân định giữa hai loại trách nhiệm pháp lý đối với “sản phẩm” (theo nghĩa hẹp) và dịch vụ. Do đó, việc phân định AI chẩn đoán bệnh là “sản phẩm” hay “dịch vụ” là điều rất cần thiết nhằm quy đúng trách nhiệm khi có thiệt hại xảy ra đối với người bệnh.

1.2. Tiêu chí xác định AI chẩn đoán bệnh là dịch vụ và trách nhiệm dịch vụ

- Tiêu chí xác định

Hiện nay, cũng có rất nhiều định nghĩa và cách hiểu khác nhau về “dịch vụ”. Theo Từ điển Tiếng Việt, “dịch vụ là công việc phục vụ trực tiếp cho những nhu cầu nhất định của số đông, có tổ chức và được trả công”²¹. Dưới góc độ thị trường (marketing), Giáo sư Philip Kotler²² cho rằng, dịch vụ là bất kỳ sự kiện hay lợi ích nào được một bên cung ứng cho bên kia, chủ yếu là vô hình và không dẫn đến việc chuyển quyền sở hữu²³.

Pháp luật Việt Nam hiện hành không đưa ra khái niệm chung về “dịch vụ” mà thường quy định theo hướng liệt kê các

17. “Product Liability: The responsibility of a manufacturer or vendor of goods to compensate for injury caused by defective merchandise that it has provided for sale”, The Free Dictionary by FarLex, <https://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Product+Liability>, truy cập ngày 04/11/2020.

18. Trương Hồng Quang - Nghiên cứu viên, Viện Khoa học pháp lý, Bộ Tư Pháp, *Một số vấn đề cơ bản về chế định trách nhiệm sản phẩm*, <https://hongtquang.wordpress.com/2013/06/07/mot-so-van-de-co-ban-ve-che-dinh-trach-nhiem-san-pham/>, truy cập ngày 03/11/2020.

19. Điều 22, 23, 24 Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng năm 2010 chỉ quy định trách nhiệm thu hồi, trách nhiệm bồi thường thiệt hại và miễn trừ trách nhiệm do hàng hóa có khuyết tật.

20. Khoản 1 Điều 23 Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng năm 2010: “Tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa có trách nhiệm bồi thường thiệt hại... kể cả khi tổ chức, cá nhân đó không biết hoặc không có lỗi trong việc phát sinh khuyết tật...”.

21. Từ điển Tiếng Việt, Nxb. Đà Nẵng, năm 2004, tr.256.

22. Philip Kotler là giáo sư marketing nổi tiếng thế giới, “cha đẻ” của marketing hiện đại.

23. Andrii, Vitrenko. “The essence of intangible service as a special theoretical category in the modern post-industrial economics system.” *Procedia Economics and Finance* số 27, năm 2015, tr. 267-273.

hoạt động của một ngành dịch vụ cụ thể²⁴. Tuy nhiên, từ các quy định này, chúng ta có thể hiểu khái quát, “dịch vụ” là (i) những hoạt động lao động cụ thể của tổ chức, cá nhân, (ii) tồn tại dưới dạng phi vật chất, (iii) không dẫn đến việc chuyển quyền sở hữu, nhằm (iv) đáp ứng được các nhu cầu cụ thể của xã hội và tạo ra lợi ích kinh tế.

Những đặc tính cơ bản để phân biệt “dịch vụ” với “sản phẩm” là: (1) tính vô hình, phi vật chất (người tiêu dùng không thể cảm nhận được dịch vụ bằng các giác quan), (2) tính không tách rời (cung ứng và tiêu dùng dịch vụ diễn ra đồng thời); (3) tính không ổn định (chất lượng dịch vụ rất khó đánh giá vì phụ thuộc vào nhiều yếu tố: người cung ứng, khách hàng, thời gian, địa điểm cung ứng dịch vụ); (4) tính không lưu giữ được (dịch vụ không thể cất giữ trong kho, làm phần đệm điều chỉnh sự thay đổi nhu cầu thị trường)²⁵.

Ngoài ra, có loại dịch vụ đặc biệt được gọi là phần mềm dịch vụ (software as a service). Phần mềm dịch vụ, đương nhiên là một loại phần mềm nhưng lại mang bản

chất của dịch vụ. Trong các phần mềm này, toàn bộ các dữ liệu được tạo ra bởi người dùng đều sẽ được lưu trữ trên hệ thống điện toán của nhà cung cấp dịch vụ mà không được chuyển quyền sử dụng cho họ. Điều này cũng đòi hỏi người dùng phải luôn luôn kết nối vào Internet để có thể sử dụng được các chức năng và đăng nhập vào dữ liệu trong hệ thống của phần mềm²⁶.

Như vậy, từ khái niệm và đặc tính của dịch vụ kể trên, một AI chẩn đoán bệnh sẽ được xem là “dịch vụ” nếu nó thỏa mãn bốn điều kiện nêu trên và mang các đặc tính riêng của “dịch vụ”. Bên cạnh đó, nếu một AI chẩn đoán bệnh tồn tại dưới dạng phần mềm dịch vụ thì nó cũng có thể được xác định là “dịch vụ”.

- Trách nhiệm dịch vụ

Theo định nghĩa của Từ điển Law Insider, “trách nhiệm dịch vụ” có thể được hiểu là trách nhiệm pháp lý của công ty đối với bất kỳ dịch vụ nào mà công ty cung cấp khi phát sinh yêu cầu bảo hành, hoặc có bất kỳ lỗi được cáo buộc, không đạt hiệu suất hoặc khi có thiệt hại về người và tài sản²⁷.

24. Ví dụ như khoản 3 Điều 2 Nghị định số 47/2011/NĐ-CP ngày 17 tháng 6 năm 2011 của Chính Phủ quy định chi tiết thi hành một số nội dung của Luật Bưu chính: “*Dịch vụ thư là dịch vụ chấp nhận, vận chuyển và phát thông tin trao đổi dưới dạng văn bản viết tay hoặc bản in, có địa chỉ nhận hoặc không có địa chỉ nhận (không bao gồm ấn phẩm định kỳ), sách, báo, tạp chí) từ địa điểm của người gửi đến địa điểm của người nhận qua mạng bưu chính bằng các phương thức, trừ phương thức điện tử*”. Ngoài ra, có thể tham khảo thêm Điều 3 Nghị định số 52/2014/NĐ-CP ngày 23 tháng 04 năm 2014 của Chính Phủ quy định điều kiện, thủ tục cấp giấy phép hoạt động dịch vụ việc làm của doanh nghiệp hoạt động dịch vụ việc làm; Điều 3 Nghị định số 163/2017/NĐ-CP ngày 30 tháng 12 năm 2017 của Chính Phủ quy định về kinh doanh dịch vụ Logistics;...

25. Vietnambiz, *Sản phẩm dịch vụ (Services) là gì? Đặc điểm của sản phẩm dịch vụ*, <https://vietnambiz.vn/san-pham-dich-vu-services-la-gi-dac-diem-cua-san-pham-dich-vu-20190831195710206.htm>, truy cập ngày 31/10/2020.

26. Mike Schutz, Senior Copy Writer of Bynder, *Software as a Service vs Software as a Product*, <https://www.bynder.com/en/blog/software-as-a-product-vs-software-as-a-service/>, truy cập ngày 05/11/2020.

27. Định nghĩa này được suy ra từ định nghĩa của “Khiếu nại về trách nhiệm dịch vụ” (“Service Liability Claims”). Nguyên văn: “*Service Liability Claims means all Liabilities of the Company resulting from or under (i) any warranty made or allegedly made by the Company prior to the Closing Date with respect to any product it distributes or uses or any services it renders (“Business Products”), (ii) any alleged defect in, non-performance or deficiency of any nature in any Business Product sold or provided (as applicable) prior to the Closing Date, or (iii) any injury to person or property caused or alleged to be caused to any degree by any Business Product sold or provided (as applicable) prior to the Closing Date*”, Law Insider, <https://www.lawinsider.com/dictionary/service-liability-claims>, truy cập ngày 04/11/2020.

Song song với chế định về trách nhiệm sản phẩm, trách nhiệm dịch vụ cũng được cụ thể hóa trong pháp luật ở các quốc gia. Ví dụ, theo Điều 6:75 Bộ luật Dân sự Hà Lan, nếu nhà cung cấp dịch vụ được xác định là không thực hiện nghĩa vụ thì họ phải chứng minh việc không thực hiện đó không phải lỗi của họ. Nhà cung cấp sẽ phải chịu trách nhiệm khi họ có lỗi và được xác định lỗi theo ý kiến chung²⁸. Có thể thấy, trong pháp luật Hà Lan, trách nhiệm dịch vụ không được xác định dựa trên nguyên tắc “trách nhiệm nghiêm ngặt”, mà dựa trên yếu tố “lỗi”. Trong pháp luật Việt Nam, trách nhiệm dịch vụ được quy định trong các văn bản pháp luật khác nhau đối với từng ngành dịch vụ cụ thể. Tương tự với pháp luật Hà Lan, nhìn chung chế định trách nhiệm dịch vụ tại Việt Nam cũng được xây dựng theo nguyên tắc xác định “lỗi”. Điển hình như quy định về bồi thường thiệt hại đối với dịch vụ khám, chữa bệnh tại khoản 1 Điều 73 Luật Khám bệnh, chữa bệnh năm 2009, người hành nghề chỉ có trách nhiệm bồi thường thiệt hại khi được xác định là có sai sót chuyên môn kỹ thuật bởi Hội đồng chuyên môn²⁹; Điều 24 Nghị định số 47/2011/NĐ-CP ngày 17/6/2011 của

Chính Phủ quy định chi tiết thi hành một số nội dung của Luật Bưu chính (Nghị định số 47/2011/NĐ-CP) chỉ ra rằng, bên cung cấp dịch vụ bưu chính chỉ phải chịu trách nhiệm nếu người sử dụng dịch vụ chứng minh được lỗi của bên cung ứng³⁰.

Như vậy, khác với quy định về trách nhiệm sản phẩm, ở Việt Nam, trách nhiệm dịch vụ không dựa trên nguyên tắc “trách nhiệm nghiêm ngặt” mà dựa trên nguyên tắc xác định “lỗi” theo Bộ luật Dân sự³¹. Điều này một lần nữa khẳng định tầm quan trọng của việc xác định bản chất của AI chẩn đoán bệnh là “sản phẩm” hay “dịch vụ”, nhằm giúp tránh sự không rõ ràng trong vấn đề quy trách nhiệm khi có thiệt hại phát sinh.

4. Trí tuệ nhân tạo được ứng dụng trong chẩn đoán bệnh tại Việt Nam: sản phẩm hay dịch vụ?

Hiện nay, tại Việt Nam, IBM Watson for Oncology (IBM WFO) đã được triển khai thử nghiệm trong hai năm (từ năm 2018), tại ba cơ sở là Bệnh viện Đa khoa tỉnh Phú Thọ, Bệnh viện K và Bệnh viện Ung bướu Tp. Hồ Chí Minh³². Đây là một phần mềm được phát triển bởi Tập đoàn IBM (Hoa Kỳ); trong đó, ứng dụng AI

28. Ivo Giesen, Marco B.M. Loos, Centre for Liability Law, Tilburg University, *Liability for Defective Products and Services: The Netherlands*, <https://www.ejcl.org/64/art64-6.html>, truy cập ngày 04/11/2020.

29. Khoản 1 Điều 73 Luật Khám bệnh, chữa bệnh năm 2009: “1. Người hành nghề có sai sót chuyên môn kỹ thuật khi được hội đồng chuyên môn quy định tại Điều 74 và Điều 75 của Luật này xác định đã có một trong các hành vi sau đây: a) Vi phạm trách nhiệm trong chăm sóc và điều trị người bệnh; b) Vi phạm các quy định chuyên môn kỹ thuật và đạo đức nghề nghiệp; c) Xâm phạm quyền của người bệnh”.

30. Điều 24 Nghị định số 47/2011/NĐ-CP: “2. Bưu gửi bị mất, hư hỏng hoặc tráo đổi toàn bộ thì được bồi thường theo quy định đối với từng loại dịch vụ [...]; 3. Không bồi thường thiệt hại đối với các trường hợp sau đây: a) Dịch vụ bưu chính không có chứng từ xác nhận việc chấp nhận bưu gửi; b) Người sử dụng dịch vụ không có chứng từ chứng minh việc sử dụng dịch vụ”.

31. Điều 584 Bộ luật Dân sự Việt Nam năm 2015: “[...] Người nào do lỗi cố ý hoặc vô ý xâm phạm đến tính mạng, sức khỏe, danh dự, nhân phẩm, uy tín, tài sản, quyền, lợi ích hợp pháp khác của người khác mà gây thiệt hại thì phải bồi thường [...]”.

32. Thùy An, *Việt Nam tăng cường dùng trí tuệ nhân tạo chữa ung thư*, <https://vnexpress.net/suc-khoe/viet-nam-tang-cuong-dung-tri-tue-nhan-cao-chua-ung-thu-3915336.html>, truy cập ngày 30/10/2020.

nhằm phục vụ cho lĩnh vực chẩn đoán ung thư, làm công cụ phân tích hồ sơ bệnh án của bệnh nhân kèm với các chứng cứ khác để xác định phương án điều trị cá nhân hóa cho từng người bệnh³³. Bản chất của WFO là hệ thống phát triển trên một nền tảng công nghệ AI toàn diện - áp dụng việc Xử lý ngôn ngữ tự nhiên (Natural Language Processing) và Học máy (Machine Learning), kết hợp với Dữ liệu lớn (Big Data) - lưu trữ và xử lý lượng lớn thông tin phục vụ cho việc ra quyết định của hệ thống³⁴.

Chúng tôi cho rằng, sẽ phù hợp hơn nếu xác định IBM WFO là một dịch vụ vì những lý do sau đây:

Thứ nhất, IBM WFO là một phần mềm dịch vụ. Theo thông tin từ trang chủ của IBM, để sử dụng IBM WFO, điều cần thiết là máy tính của các bác sĩ phải luôn được kết nối Internet nếu muốn truy cập vào dữ liệu được lưu trữ trong hệ thống điện toán của IBM. Các dữ liệu đầu vào sẽ được các chuyên gia từ Trung tâm ung thư hàng đầu của Mỹ là MSKCC (Memorial Sloan-Kettering Cancer Center) “đào tạo” và không được chuyển quyền sử dụng cho người dùng nếu họ không kết nối với hệ thống³⁵.

Thứ hai, IBM WFO là hoạt động hỗ trợ chẩn đoán bằng cách phân tích và đưa ra phác đồ điều trị thích hợp cho người bệnh khi người dùng (bác sĩ) có nhu cầu

tham vấn. Người dùng được cho là sẽ truy cập vào hệ thống dữ liệu và được IBM WFO hỗ trợ đưa ra phương pháp điều trị (quá trình sử dụng dịch vụ); tập đoàn IBM sẽ cung cấp dịch vụ bằng cách thường xuyên cập nhật các phương pháp điều trị mới vào hệ thống và đảm bảo hiệu quả hoạt động của AI (quá trình cung ứng dịch vụ)³⁶. Đây được xem là tính không tách rời của dịch vụ. Khác với phần mềm sản phẩm như Microsoft Office, việc sử dụng và cung ứng sản phẩm xảy ra ở hai thời điểm khác nhau (sau khi được nhận sản phẩm thì người dùng mới bắt đầu quá trình sử dụng của mình).

Thứ ba, IBM WFO tồn tại dưới dạng phi vật chất, nó chỉ là những thuật toán và dữ liệu được thể hiện lên màn hình máy tính và không tồn tại bất kỳ dạng vật chất cụ thể nào như rắn, lỏng khí, điện...

Thứ tư, IBM WFO không nhắm đến sự chuyển quyền sở hữu.

Thứ năm, thông qua hoạt động của mình, AI này đã tạo ra lợi ích kinh tế cho chủ thể cung cấp dịch vụ và đáp ứng được nhu cầu chăm sóc sức khỏe cho xã hội.

Do đó, chúng tôi cho rằng, trong tương lai, khi có thiệt hại phát sinh từ việc ứng dụng IBM WFO, cần áp dụng các nguyên tắc về trách nhiệm dịch vụ để xác định trách nhiệm pháp lý của các chủ thể liên quan ■

33. Xem chi tiết về giao diện của IBM WFO tại <https://www.ibm.com/products/clinical-decision-support-oncology> và https://www.youtube.com/watch?v=8_bi-S0XNPI&feature=emb_title, truy cập ngày 30/10/2020.

34. Đại diện IBM, *Buổi hội thảo “Ứng dụng trí tuệ nhân tạo trong ngành y tế*, <http://ai.health.vn/tin-tuc/ibm-watson-for-oncology-tu-tin-co-the-dem-lai-hy-vong-cho-nhieu-nguoi-benh-ung-thu-nd343.html>, truy cập ngày 30/10/2020.

35. IBM, https://www-01.ibm.com/common/ssi/cgi-bin/ssialias?appid=skmwww&htmlfid=897%2FENUS5725-W51&infotype=DD&subtype=SM&mhsrc=ibmsearch_a&mhq=IBM%20WATSON%20ONcology hoặc https://www.youtube.com/watch?v=8_bi-S0XNPI&feature=emb_title, truy cập ngày 05/11/2020.

36. Xem video chi tiết tại: https://www.youtube.com/watch?v=8_bi-S0XNPI&feature=emb_title, truy cập ngày 05/11/2020.

CHẾ ĐỘ TÀI CHÍNH CỦA DOANH NGHIỆP BẢO HIỂM NHÂN THỌ TẠI VIỆT NAM

Nguyễn Đình Huy*

Bùi Thị Hằng Nga**

* TS. Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh

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

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Chế độ tài chính của doanh nghiệp bảo hiểm, bảo hiểm nhân thọ.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 26/10/2020

Biên tập : 09/11/2020

Duyệt bài : 13/11/2020

Tóm tắt:

Do đối tượng của hoạt động kinh doanh là rủi ro, là sự không chắc chắn, nên thực chất hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp bảo hiểm là bán các lời hứa trong tương lai. Các lời hứa này chính là các cam kết chi trả về tài chính từ phía doanh nghiệp bảo hiểm cho các tổn thất khi người được bảo hiểm gặp rủi ro trên thực tế. Năng lực tài chính là một yếu tố quan trọng giúp doanh nghiệp bảo hiểm đảm bảo được khả năng chi trả cho những người đã tham gia bảo hiểm khi sự kiện bảo hiểm xảy ra. Vì vậy, nhằm đảm bảo cho hoạt động kinh doanh bảo hiểm hiệu quả, bảo vệ quyền lợi của người tiêu dùng thì pháp luật cần có các quy định cụ thể về quản lý, giám sát để đảm bảo năng lực tài chính của doanh nghiệp, đặc biệt là đối với các doanh nghiệp bảo hiểm nhân thọ khi rủi ro gắn liền với sức khỏe, tính mạng và tuổi thọ của người được bảo hiểm.

Article Information:

Keywords: Insurance enterprises, the financial regimes by the insurance enterprises, life insurance

Article History:

Received : 26 Oct. 2020

Edited : 09 Nov. 2020

Approved : 13 Nov. 2020

Abstract:

The significant issues in business activities are its risky and uncertainty, thus in fact the business operation of an insurance enterprise (insurer) is to offering future assurances. These promises are financial repayment commitments from the insurer for losses of the insured happened to occur in reality. Therefore, financial capacity is an essential factor that guarantees an insurance enterprise could ensure the ability to compensate for those who have participated in insurance during an insurance event occurs. Consequently, in order to ensure effective insurance business and protect consumers' interests, the law should have specific regulations on management and supervision to ensure financial capacity of enterprises, especially life insurance enterprise because of its risks are exceptional associated with the health and life of the insured.

1. Đặt vấn đề

Chế độ tài chính của doanh nghiệp bảo hiểm (DNBH) được hiểu một cách đơn giản là các nội dung liên quan đến việc tạo lập, sử dụng nguồn vốn, quỹ tiền tệ, phân phối

lợi nhuận, chế độ sổ sách, kế toán, đảm bảo khả năng thanh toán trong hoạt động kinh doanh bảo hiểm nhằm đạt được những mục tiêu lợi nhuận nhất định của DNBH. Về nguyên tắc, DNBH tự chủ về tài chính, tự chịu trách nhiệm về quản lý, giám sát hoạt

động tài chính, kết quả hoạt động tạo ra doanh thu, và phát sinh chi phí, đồng thời đảm bảo thực hiện các nghĩa vụ cam kết của mình theo quy định của pháp luật. Trong quá trình đó, DNBH sẽ chịu sự quản lý của Nhà nước về tài chính, hướng dẫn và kiểm tra việc thực hiện chế độ tài chính đối với DNBH theo quy định của pháp luật.

Chế độ tài chính của DNBH có vai trò rất quan trọng đối với DNBH. Bởi vì, đây là công cụ khai thác, thu hút các nguồn tài chính nhằm đảm bảo nhu cầu vốn cho đầu tư kinh doanh bảo hiểm; giúp DNBH sử dụng vốn một cách tiết kiệm và hiệu quả; là đòn bẩy kích thích và điều tiết sản xuất kinh doanh; là công cụ quan trọng để kiểm tra các hoạt động sản xuất kinh doanh của DNBH.

Chế độ tài chính của DNBH bao gồm các nội dung sau: Vốn điều lệ; Dự phòng nghiệp vụ bảo hiểm; Đầu tư vốn; Khả năng thanh toán và khôi phục khả năng thanh toán của DNBH; Doanh thu và chi phí; Lợi nhuận và phân phối lợi nhuận; Chế độ kế toán, kiểm toán, thống kê và báo cáo tài chính.

Trong đó, những nội dung quan trọng gắn liền với năng lực tài chính và khả năng thanh toán của các DNBH là: vốn điều lệ, quỹ dự phòng nghiệp vụ bảo hiểm, khả năng thanh toán và đầu tư vốn.

2. Vốn điều lệ của doanh nghiệp bảo hiểm nhân thọ

Nếu như việc kinh doanh của các doanh nghiệp khác phải dựa hoàn toàn vào vốn tự có, thì đối với doanh nghiệp kinh doanh bảo hiểm, việc kinh doanh chỉ dựa một phần vào vốn điều lệ ban đầu còn lại chủ yếu là huy động từ việc thu phí của khách hàng tham gia bảo hiểm với phương châm số tiền huy động được từ những người tham gia bảo hiểm phải được sử dụng để phục vụ

lại những người tham gia bảo hiểm. Do đó, kinh doanh bảo hiểm là một hoạt động kinh doanh có điều kiện không chỉ điều kiện về loại hình doanh nghiệp mà còn phải đáp ứng điều kiện về vốn pháp định.

Vốn pháp định là yêu cầu của Nhà nước về mức vốn tối thiểu mà các doanh nghiệp muốn được thành lập phải có¹.

Do tính chất, chức năng, phạm vi hoạt động của các doanh nghiệp bảo hiểm khác nhau nên vốn pháp định đối với mỗi loại hình doanh nghiệp cũng khác nhau. Bên cạnh đó, do tính chất của hoạt động kinh doanh bảo hiểm nên cho dù cùng một loại hình doanh nghiệp nhưng vốn pháp định của doanh nghiệp bảo hiểm bao giờ cũng cao hơn so với các ngành nghề khác. Khoản 2 Điều 10 Nghị định số 73/2016/NĐ-CP ngày 1/7/2016 quy định chi tiết thi hành Luật Kinh doanh bảo hiểm và Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Kinh doanh bảo hiểm (Nghị định số 73) quy định mức vốn pháp định của DNBH nhân thọ như sau:

“Mức vốn pháp định của doanh nghiệp bảo hiểm nhân thọ:

a) Kinh doanh bảo hiểm nhân thọ (trừ bảo hiểm liên kết đơn vị, bảo hiểm hưu trí) và bảo hiểm sức khỏe: 600 tỷ đồng Việt Nam;

b) Kinh doanh bảo hiểm theo quy định tại điểm a khoản này và bảo hiểm liên kết đơn vị hoặc bảo hiểm hưu trí: 800 tỷ đồng Việt Nam;

c) Kinh doanh bảo hiểm theo quy định tại điểm a khoản này, bảo hiểm liên kết đơn vị và bảo hiểm hưu trí: 1.000 tỷ đồng Việt Nam”.

Đồng thời, khoản 2 Điều 50 Nghị định số 73 quy định: *“Trong suốt quá trình hoạt động, doanh nghiệp bảo hiểm, chi nhánh nước ngoài, doanh nghiệp môi giới bảo*

1. Bùi Thị Hằng Nga (2015), Pháp Luật Kinh Doanh Bảo Hiểm (Sách tham khảo), Nxb. Đại học quốc gia TP. HCM, tr.64.

hiếm phải bảo đảm duy trì nguồn vốn chủ sở hữu đáp ứng các nguyên tắc sau:

a) *Vốn chủ sở hữu của doanh nghiệp bảo hiểm, chi nhánh nước ngoài, doanh nghiệp môi giới bảo hiểm không thấp hơn mức vốn pháp định quy định tại Điều 10 Nghị định này;*

b) *Bảo đảm biên khả năng thanh toán của doanh nghiệp bảo hiểm, chi nhánh nước ngoài cao hơn biên khả năng thanh toán tối thiểu”.*

Do đó, trong quá trình hoạt động kinh doanh, các DNBH nhân thọ luôn phải duy trì mức vốn chủ sở hữu tối thiểu, không thấp hơn mức vốn pháp định là 600 tỷ đồng. Hay nói cách khác, đây là mức vốn tối thiểu mà các DNBH nhân thọ phải duy trì trong suốt quá trình hoạt động.

Rõ ràng trong tương quan với hoạt động của doanh nghiệp bảo hiểm nhân thọ và tương quan với các doanh nghiệp kinh doanh trong lĩnh vực tài chính khác, mức vốn pháp định này đánh giá là không lớn² cho một định chế tài chính trung gian như DNBH và được áp dụng chung cho tất cả các doanh nghiệp cùng lĩnh vực. Bởi lẽ, các DNBH khác nhau sẽ có quy mô kinh doanh và nghĩa vụ chi trả cho số lượng các hợp đồng bảo hiểm khác nhau. Do đó, nếu quy định mức vốn tối thiểu cho tất cả các doanh nghiệp kinh doanh bảo hiểm trong khi quy mô và phạm vi hoạt động của chúng là khác nhau sẽ không phù hợp, không bảo đảm cho khả năng thanh toán của họ.

Kinh nghiệm của nhiều nước trên thế giới cho thấy, mức vốn tối thiểu cần thiết của DNBH nói chung và doanh nghiệp bảo hiểm nhân thọ được xác định dựa trên quy mô hoạt động và tổng thể các rủi ro có thể

tác động đến hoạt động kinh doanh của từng doanh nghiệp³.

Mô hình xác định vốn cần thiết tối thiểu tương ứng với mỗi loại rủi ro thường được thực hiện bằng công thức chung là số tiền chịu rủi ro nhân hệ số rủi ro, hoặc tính toán giá trị tài sản, trách nhiệm bảo hiểm theo cơ sở do cơ quan quản lý quy định để làm căn cứ so sánh với vốn sẵn có. Hệ số rủi ro được xác định theo các cấp độ đối với phí bảo hiểm; đối với bồi thường, có xét đến sự biến động đối với bảo hiểm trong nước và bảo hiểm ngoài lãnh thổ. Hệ số này tùy thuộc vào kết quả dữ liệu tổng hợp, phân tích toàn thị trường, cần có thời gian để kiểm nghiệm và thống nhất chung giữa tất cả các DNBH nhân thọ. Đó là lý do giải thích tại sao trên thực tế, vốn điều lệ cũng như tài sản của các DNBH nhân thọ trên thị trường luôn lớn hơn rất nhiều so với mức vốn pháp định. Tuy nhiên, về mặt quản lý nhà nước, vốn pháp định là căn cứ pháp lý để xác định trách nhiệm tài chính phát sinh của doanh nghiệp bảo hiểm nói chung và doanh nghiệp bảo hiểm nhân thọ nói riêng. Từ đây cho thấy, quy định của pháp luật kinh doanh bảo hiểm về mức vốn pháp định không phù hợp với yêu cầu đảm bảo khả năng thanh toán của doanh nghiệp bảo hiểm để thực hiện các cam kết tài chính với những người tham gia bảo hiểm.

3. Quỹ dự phòng nghiệp vụ bảo hiểm

Quỹ dự phòng nghiệp vụ bảo hiểm là khoản dự trữ liên quan đến từng nghiệp vụ bảo hiểm, được trích lập và hạch toán vào chi phí kinh doanh nhằm mục đích thanh toán các trách nhiệm đã được xác định trước và phát sinh từ hợp đồng bảo hiểm mà doanh nghiệp bảo hiểm đã giao kết.

2. Đối với ngân hàng thương mại là 3.000 tỷ đồng, công ty cho thuê tài chính là 500 tỷ đồng (Điều 2 Nghị định 86/2019/NĐ-CP).

3. Xem thêm <http://www.baohiempvi.com.vn/tin-tuc/tin-thi-truong/chinh-sach-quan-ly-nha-nuoc-ve-tai-chinh-doi-voi-doanh-nghiep-bao-hiem-phi-nhan-tho.html>, truy cập ngày 20/9/2020.

Sau khi ký kết hợp đồng bảo hiểm, doanh nghiệp bảo hiểm đã có một khoản tiền nhận được từ phí bảo hiểm. Tuy nhiên, xét về bản chất của hoạt động kinh doanh bảo hiểm thì khoản tiền này không được coi là nguồn vốn chủ sở hữu của doanh nghiệp, mà được xác định là khoản nợ với khách hàng. Doanh nghiệp bảo hiểm chỉ “giữ hộ” các khách hàng và sẽ phải sử dụng nó để chi trả cho những khách hàng không may gặp rủi ro, phải gánh chịu thiệt hại trên thực tế.

Vì vậy, để đảm bảo quyền lợi của người tham gia bảo hiểm, pháp luật yêu cầu các doanh nghiệp bảo hiểm phải thiết lập các quỹ dự phòng nghiệp vụ. Việc lập quỹ dự phòng nghiệp vụ nhằm đảm bảo thực hiện các cam kết với khách hàng mà doanh nghiệp còn nợ.

Phần phí dự phòng được sử dụng trước hết là để bồi thường cho những tổn thất đã xảy ra nhưng chưa thanh toán và những tổn thất có thể xảy ra. Bởi vì, khi sự kiện bảo hiểm phát sinh, khoản tiền bảo hiểm thường không được thanh toán ngay lập tức, mà sau một thời gian nhất định, có thể kéo dài trong nhiều niên độ tài chính. Thêm vào đó, các hợp đồng được thiết lập không phải trong cùng một lúc, thời gian hiệu lực của hợp đồng cũng khác nhau.

Thiết lập các quỹ dự phòng nghiệp vụ không chỉ là yêu cầu có tính chất kỹ thuật bảo hiểm mà còn là sự bắt buộc mang tính pháp lý đối với doanh nghiệp bảo hiểm. Sự bắt buộc này góp phần bảo vệ quyền lợi của người tham gia bảo hiểm, nâng cao ý thức trách nhiệm của doanh nghiệp bảo hiểm, đồng thời tạo điều kiện để tập trung nguồn vốn đầu tư. Đây là sự bắt buộc chung đối với tất cả các loại hình bảo hiểm.

Đối với Doanh nghiệp bảo hiểm nhân thọ, dự phòng nghiệp vụ phải trích lập cho

từng hợp đồng bảo hiểm nhân thọ tương ứng với trách nhiệm của doanh nghiệp bảo hiểm. Bao gồm:

a) *Dự phòng toán học: Được sử dụng để trả tiền bảo hiểm đối với những trách nhiệm đã cam kết khi xảy ra sự kiện bảo hiểm;*

b) *Dự phòng phí chưa được hưởng: Được sử dụng để trả tiền bảo hiểm sẽ phát sinh trong thời gian còn hiệu lực của hợp đồng bảo hiểm trong năm tiếp theo;*

c) *Dự phòng bồi thường: Được sử dụng để trả tiền cho các sự kiện bảo hiểm đã xảy ra chưa khiếu nại hoặc đã khiếu nại nhưng đến cuối năm tài chính chưa được giải quyết;*

d) *Dự phòng chia lãi: Được sử dụng để trả lãi mà doanh nghiệp bảo hiểm đã thỏa thuận với bên mua bảo hiểm trong hợp đồng bảo hiểm;*

đ) *Dự phòng bảo đảm lãi suất cam kết: Được sử dụng để bảo đảm mức lãi suất cam kết của doanh nghiệp đối với khách hàng theo thỏa thuận tại hợp đồng bảo hiểm;*

e) *Dự phòng bảo đảm cân đối: Được sử dụng để trả tiền bảo hiểm khi xảy ra sự kiện bảo hiểm do có biến động lớn về tỷ lệ rủi ro, lãi suất kỹ thuật⁴.*

Cách thức trích lập các quỹ được thực hiện theo các hướng dẫn được quy định trong Thông tư số 50/2017/TT-BTC và Thông tư số 01/2019/TT-BTC của Bộ Tài chính. Theo đó, việc trích lập các quỹ dự phòng cũng được thực hiện dựa trên cơ sở mức phí thu được từ các hợp đồng bảo hiểm.

Tuy nhiên, trong mối tương quan với bản chất và mục đích của việc trích lập quỹ dự phòng thì các quy định về trích lập dự phòng nghiệp vụ còn một số bất cập sau:

- Khoản 1 Điều 96 Luật Kinh doanh bảo hiểm xác định việc trích lập dự phòng

4. Điều 54 Nghị định số 73/2016/NĐ-CP.

ng nghiệp vụ cho mục đích thanh toán là chưa hoàn toàn chính xác. Bởi lẽ, ngoài trách nhiệm bảo hiểm, hợp đồng bảo hiểm còn mang lại quyền lợi tích lũy về số tiền đầu tư. Vì vậy, khoản 1 Điều 96 cần được sửa đổi theo hướng “*Dự phòng nghiệp vụ là khoản tiền mà DNBH phải trích lập nhằm đảm bảo cho những trách nhiệm đã cam kết theo hợp đồng bảo hiểm*”.

- Quy định của khoản 3 Điều 96 Luật Kinh doanh bảo hiểm: “*Bộ Tài chính quy định mức trích lập, phương pháp trích lập*” là chưa đầy đủ, chưa bao quát hết những nội dung liên quan đến quỹ dự phòng nghiệp vụ bảo hiểm. Vì vậy, cần sửa đổi khoản 3 Điều 96 như sau: “*Bộ Tài chính quy định về cơ sở, phương pháp trích lập dự phòng nghiệp vụ bảo hiểm*”.

4. Khả năng thanh toán của doanh nghiệp bảo hiểm nhân thọ

Khả năng thanh toán không chỉ là yếu tố quan trọng đảm bảo sự tồn tại và phát triển của các doanh nghiệp bảo hiểm mà nó còn là căn cứ quan trọng giúp doanh nghiệp bảo hiểm thực hiện các cam kết tài chính, đảm bảo quyền lợi cho những người tham gia bảo hiểm. Hiện nay, việc giám sát khả năng thanh toán của các doanh nghiệp bảo hiểm hoạt động tại Việt Nam dựa vào biên khả năng thanh toán.

Biên khả năng thanh toán của doanh nghiệp bảo hiểm, chi nhánh nước ngoài là phân chênh lệch giữa giá trị tài sản và các khoản nợ phải trả tại thời điểm tính biên khả năng thanh toán⁵.

Doanh nghiệp bảo hiểm, chi nhánh nước ngoài được coi là có đủ khả năng thanh toán khi đã trích lập đầy đủ dự phòng nghiệp vụ bảo hiểm và có biên khả năng thanh toán không thấp hơn biên khả năng thanh toán tối thiểu. Biên khả năng thanh

toán tối thiểu của doanh nghiệp bảo hiểm nhân thọ được xác định như sau:

“*a) Đối với hợp đồng bảo hiểm liên kết đơn vị, bằng 1,5% dự phòng nghiệp vụ bảo hiểm cộng với 0,3% số tiền bảo hiểm chịu rủi ro;*

b) Đối với hợp đồng bảo hiểm liên kết chung và hợp đồng bảo hiểm hưu trí, bằng 4% dự phòng nghiệp vụ bảo hiểm cộng với 0,3% số tiền bảo hiểm chịu rủi ro;

c) Đối với hợp đồng bảo hiểm nhân thọ khác và hợp đồng bảo hiểm sức khỏe:

- Có thời hạn 05 năm trở xuống: Bằng 4% dự phòng nghiệp vụ bảo hiểm cộng với 0,1% số tiền bảo hiểm chịu rủi ro;

- Có thời hạn trên 05 năm: Bằng 4% dự phòng nghiệp vụ bảo hiểm cộng với 0,3% số tiền bảo hiểm chịu rủi ro”⁶.

Như vậy có thể thấy, Biên khả năng thanh toán tối thiểu theo quy định của pháp luật Việt Nam được tính toán dựa trên doanh thu phí bảo hiểm (dự phòng nghiệp vụ của doanh nghiệp bảo hiểm được trích lập từ phí bảo hiểm). Doanh nghiệp bảo hiểm hoạt động theo nguyên tắc thu phí trước và chi trả (bồi thường) sau. Vì vậy, về nguyên tắc, doanh nghiệp sẽ rất an toàn nếu quy mô của quỹ dự phòng nghiệp vụ càng lớn. Tuy nhiên, hoạt động của doanh nghiệp bảo hiểm hàm chứa rất nhiều loại rủi ro khi mà các nhà bảo hiểm còn là những nhà đầu tư tài chính trên thị trường. Do đó, việc giám sát theo biên khả năng thanh toán nêu trên không phản ánh được hết các yếu tố rủi ro trong hoạt động của các doanh nghiệp (rủi ro thị trường, rủi ro lãi suất, rủi ro kinh doanh,...). Điều đó khiến cho việc giám sát theo cách thức trên sẽ không hiệu quả.

Trong khi đó, hầu hết các nước trên thế giới đã dần chuyển sang mô hình quản lý

5. Điều 20 thông tư số 50/2017/TT-BTC.

6. Điều 64 Nghị định số 73/2016/NĐ-CP.

vốn và khả năng thanh toán theo hướng cá thể hóa yêu cầu về vốn tương ứng với rủi ro hoạt động của từng doanh nghiệp (các nước châu Âu sử dụng mô hình Solvency II; các nước Bắc Mỹ và châu Á sử dụng mô hình vốn trên cơ sở rủi ro- RBC (Risk Based Capital)⁷.

Song song với đó, các doanh nghiệp bảo hiểm nước ngoài đã và đang thâm nhập đáng kể vào thị trường bảo hiểm Việt Nam, đặc biệt là bảo hiểm nhân thọ với nhiều hình thức: công ty 100% vốn nước ngoài, liên doanh, tham gia góp vốn với tư cách cổ đông chiến lược tại các công ty cổ phần Việt Nam. Điều này cho thấy, trong giai đoạn sắp tới, hệ thống giám sát theo biên khả năng thanh sẽ khó đáp ứng được những yêu cầu giám sát tài chính thị trường bảo hiểm có nhiều rủi ro mang tính quốc tế. Vì vậy, đã có những khuyến nghị hoạt động quản lý nhà nước về khả năng thanh toán của doanh nghiệp bảo hiểm trong thời gian tới cần được xây dựng và thực hiện theo các nguyên tắc sau:

“- Hướng đến sự giám sát theo nguyên tắc (principles) chứ không theo quy định cụ thể (rules);

- Yêu cầu về vốn phải được tính toán dựa trên đặc trưng rủi ro của từng doanh nghiệp;

- Các nhân tố rủi ro đưa vào tính toán phải có ít nhất: rủi ro tài sản, rủi ro nghiệp vụ, rủi ro thị trường (lãi suất, tín dụng...) và rủi ro kinh doanh;

- Khuyến khích các doanh nghiệp bảo hiểm phòng ngừa rủi ro, thực hiện ALM (Asset Liability Management);

- Kiểm soát được bất kỳ dấu hiệu bất thường nào về tình hình tài chính của doanh nghiệp, có các công cụ giám sát và các hành động can thiệp hợp lý;

- Đối với lĩnh vực liên quan đến đầu tư dài hạn như bảo hiểm nhân thọ, cần có chuẩn bị tốt về nhân sự (định phí viên, kế toán viên) và hạ tầng (IT, cơ sở dữ liệu,...)”⁸.

5. Hoạt động đầu tư của doanh nghiệp bảo hiểm nhân thọ

Trong cuộc sống cũng như trong kinh doanh, người ta luôn phải tính đến những rủi ro có thể gặp phải, và luôn muốn chủ động trong các tình huống xấu nhất. Việc tự khắc phục rủi ro đòi hỏi các cá nhân, tổ chức phải bỏ ra một khoản tiền lớn lập quỹ dự phòng. Xét trên toàn xã hội, tổng các quỹ dự phòng sẽ là một khoản tiền không nhỏ, có khả năng sinh lợi lớn nếu đem đầu tư. Do vậy, người ta có thể đóng cho các công ty bảo hiểm một khoản nhỏ hơn thay vì bỏ một khoản tiền lớn lập quỹ, và dùng tiền đó nâng cao đời sống hoặc đầu tư kinh doanh. Bảo hiểm đã trở thành lựa chọn tối ưu trong môi trường đầy rủi ro hiện nay, đảm bảo mức độ an toàn tương đối về khả năng tài chính khi xảy ra rủi ro mà vẫn không gây động vốn.

Thông qua các hợp đồng bảo hiểm, các công ty bảo hiểm đã tập trung lượng tiền phân tán thành những quỹ tiền tệ khá lớn. Quỹ bảo hiểm đã trở thành một định chế tài chính trung gian quan trọng trên thị trường vốn. Đặc biệt, với loại hình bảo hiểm nhân thọ, bảo hiểm đã khuyến khích các tầng lớp nhân dân tăng cường tiết kiệm và qua đó đã thu hút được một khối lượng lớn vốn nhàn

7. Để hiểu rõ thêm về các công cụ này xin xem thêm ThS. Nguyễn Tiến Hùng & ThS. Võ Đình Trí, *Giám sát an toàn tài chính đối với doanh nghiệp bảo hiểm: mô hình của các thị trường phát triển và vận dụng cho Việt Nam*, Tạp chí Phát triển và Hội nhập số tháng 12/2010.

8. ThS. Nguyễn Tiến Hùng & ThS. Võ Đình Trí, *Giám sát an toàn tài chính đối với doanh nghiệp bảo hiểm: mô hình của các thị trường phát triển và vận dụng cho Việt Nam*, Tạp chí Phát triển và Hội nhập số tháng 12/2010.

rồi để đầu tư. Đó chính là lý do mà hiện nay, các công ty bảo hiểm là một kênh huy động vốn không thể thiếu của nền kinh tế và đang ngày càng được khai thác một cách hiệu quả, do phạm vi hoạt động rộng, các loại hình bảo hiểm phong phú. Do đó, pháp luật kinh doanh bảo hiểm cho phép các DNBH được sử dụng nguồn vốn nhân rồi để đầu tư theo nguyên tắc đảm bảo an toàn. Theo đó, doanh nghiệp bảo hiểm nhân thọ được đầu tư theo danh mục, tỷ lệ như sau:

“Đối với doanh nghiệp bảo hiểm nhân thọ, doanh nghiệp bảo hiểm sức khỏe:

a) Mua trái phiếu Chính phủ, tín phiếu kho bạc, trái phiếu kho bạc, công trái xây

dựng tổ quốc, trái phiếu chính quyền địa phương và trái phiếu được Chính phủ bảo lãnh không hạn chế;

b) Gửi tiền tại các tổ chức tín dụng không hạn chế;

c) Mua cổ phiếu, trái phiếu doanh nghiệp, chứng chỉ quỹ tối đa 50% vốn nhân rồi từ dự phòng nghiệp vụ bảo hiểm;

d) Kinh doanh bất động sản theo quy định tại Luật kinh doanh bất động sản tối đa 20% vốn nhân rồi từ dự phòng nghiệp vụ bảo hiểm;

đ) Góp vốn vào các doanh nghiệp khác tối đa 20% vốn nhân rồi từ dự phòng nghiệp vụ bảo hiểm”⁹.

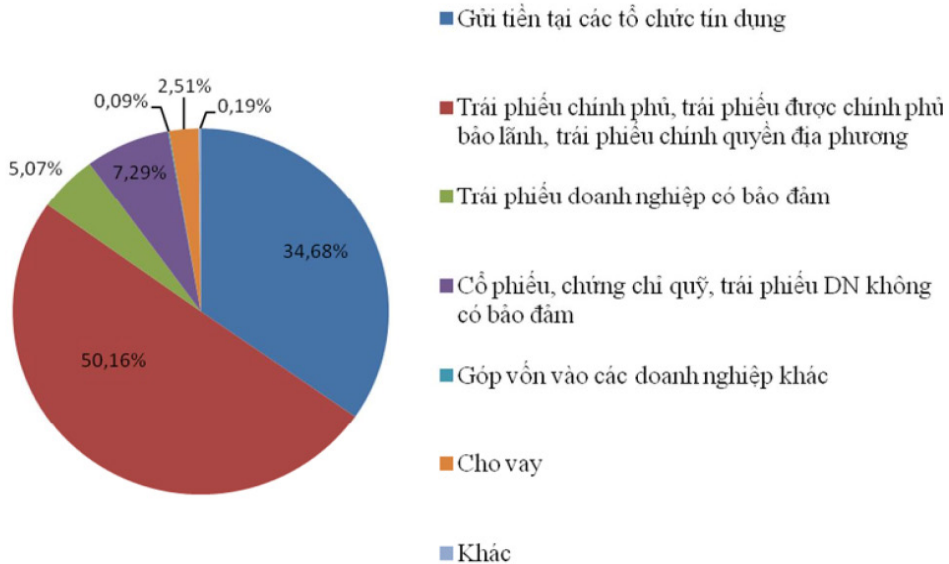
Tình hình đầu tư của các doanh nghiệp bảo hiểm năm 2019 (Đơn vị: Tỷ đồng)

Nội dung	Nhân thọ	Phi nhân thọ	Tổng cộng	Cơ cấu
<i>Gửi tiền tại các tổ chức tín dụng</i>	114.938	35.820	150.758	39,84%
<i>Trái phiếu Chính phủ, trái phiếu được Chính phủ bảo lãnh, trái phiếu chính quyền địa phương</i>	166.248	1.890	168.138	44,43%
<i>Trái phiếu doanh nghiệp có bảo lãnh</i>	16.814	554	17.367	4,59%
<i>Cổ phiếu, chứng chỉ quỹ, trái phiếu doanh nghiệp không có bảo lãnh</i>	24.171	4.944	29.115	7,69%
<i>Góp vốn vào các doanh nghiệp khác, thành lập hoặc góp vốn thành lập doanh nghiệp, chi nhánh ở nước ngoài</i>	302	2.483	2.785	0,74%
<i>Kinh doanh bất động sản</i>	-	614	614	0,16%
<i>Cho vay/Tạm ứng từ giá trị tài khoản của khách hàng</i>	8.330	156	8.485	2,24%
<i>Ủy thác đầu tư</i>	-	530	530	0,14%
<i>Khác</i>	616	0,27	616	0,16%
Tổng cộng	331.417	46.991	378.408	100%

9. Khoản 2 Điều 52 Nghị định số 73/2016/NĐ-CP.

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

Trong đó, cơ cấu danh mục đầu tư của doanh nghiệp bảo hiểm nhân thọ trong năm 2019 được thể hiện qua biểu đồ sau¹⁰:



Thực tế cho thấy, lợi nhuận của hoạt động đầu tư chiếm tỷ trọng chủ yếu trong tổng lợi nhuận của DNBH phi nhân thọ ở Việt Nam, thậm chí hoạt động đầu tư còn phải bù lỗ cho hoạt động kinh doanh bảo hiểm.

Mặc dù chính sách quản lý hoạt động đầu tư đã hướng dẫn cụ thể và đầy đủ. Trên cơ sở đó, các DNBH nhân thọ cũng đã chấp hành quy định này. Tuy nhiên, quy mô đầu tư của các DNBH lại chỉ mới tập trung vào tiền gửi tại các tổ chức tín dụng, trái phiếu chính phủ, trái phiếu được Chính phủ bảo lãnh, trái phiếu chính quyền địa phương, ủy thác đầu tư. Do đó, chúng tôi cho rằng, việc thực hiện chính sách mở rộng hoạt động đầu tư cho DNBH nhân thọ là hết sức quan trọng. Để thực hiện chính sách này, cần lưu ý một số vấn đề sau:

- Bổ giới hạn các tài sản mà DNBH nhân thọ có thể đầu tư, bổ sung quy định về danh mục các khoản đầu tư bị cấm và hạn

mức từng khoản mục đầu tư: Theo IAIS¹¹ (Hiệp hội Quốc tế các cơ quan quản lý nhà nước về kinh doanh bảo hiểm) nhằm đảm bảo an toàn trong hoạt động đầu tư của DNBH nói chung và DNBH nhân thọ nói riêng, pháp luật các quốc gia thường yêu cầu DNBH tập trung danh mục đầu tư vào những tài sản có độ an toàn và tính thanh khoản cao, được quản lý tốt như các sản phẩm tài chính (cổ phiếu, trái phiếu)...

- Bổ sung quy định tính toán số vốn tối thiểu cần thiết tương ứng với từng loại hình tài sản đầu tư của từng DNBH: Mặc dù, Nhà nước đã có những chính sách đảm bảo an toàn tài chính cho thị trường bảo hiểm bằng cách ban hành những quy định hướng dẫn về việc trích lập dự phòng rủi ro đối với hoạt động đầu tư. Tuy nhiên, việc trích lập dự phòng rủi ro của các DNBH ở Việt Nam hiện nay chủ yếu là ứng phó, do vậy, cần rà soát lại các quy định để có các biện pháp dự phòng rủi ro hữu hiệu nhằm tạo điều kiện

10. Bộ Tài chính (2020), *Thị trường bảo hiểm Việt Nam năm 2019*, Nxb. Tài chính, Hà Nội, tr.16.

11. Viết tắt của từ International Association of Insurance Supervisors, xem thêm tại link: <https://chat.baoviet-nhantho.com.vn/print.asp?newsid=1097&lang=VN>, truy cập ngày 23/9/2020.

khuyến khích các DNBH tham gia đầu tư. Bên cạnh đó, cần quy định DNBH thực hiện trích lập dự phòng rủi ro một cách khoa học, sử dụng các công cụ chứng khoán phái sinh để phòng hộ rủi ro của danh mục đầu tư hay các phần mềm phân tích dự báo để quyết định các chiến lược đầu tư.

Nhà nước cũng cần thực hiện chính sách hướng dẫn việc tính toán số vốn tối thiểu tương ứng với từng loại hình tài sản đầu tư của DNBH cho phù hợp với định hướng quản lý vốn trên cơ sở rủi ro. Theo đó, cần xây dựng các hệ số rủi ro phân biệt cho từng tài sản. Những DNBH đầu tư vào các loại hình tài sản đầu tư có độ rủi ro cao, tính thanh khoản thấp sẽ có yêu cầu về vốn tối thiểu cao hơn so với các DNBH đầu tư vào các tài sản có tính thanh khoản cao. Ngoài ra, cần bổ sung yêu cầu về chế độ báo cáo, công khai thông tin về tình hình hoạt động đầu tư để cơ quan quản lý có thể kiểm soát và cảnh báo sớm các rủi ro.

Trong điều kiện Việt Nam, thị trường tài chính đang trong giai đoạn phát triển, cơ sở dữ liệu báo cáo cho cơ quan quản lý chưa thống nhất, chi phí và nguồn nhân lực còn hạn chế, Chính phủ nên nghiên cứu lộ trình xây dựng mô hình vốn trên cơ sở rủi ro bằng cách tham khảo một mô hình sẵn có tương tự như Singapore và điều chỉnh cho phù hợp với Việt Nam, cụ thể như:

- Xây dựng mô hình vốn trên cơ sở 4 loại rủi ro: Rủi ro bảo hiểm (C1), rủi ro tài sản (C2), rủi ro tập trung (C3) và rủi ro hoạt

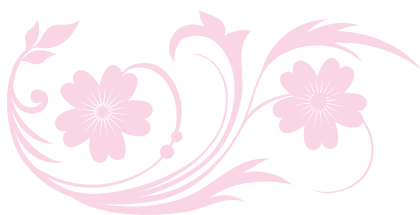
động (C4). Trong đó: C1 là rủi ro bảo hiểm được tính toán đối với mỗi loại rủi ro theo dự phòng phí và dự phòng bồi thường; C2 là rủi ro tài sản được tính toán dựa trên rủi ro của thị trường khác nhau, bao gồm: nợ, vốn chủ sở hữu, bất động sản và tỷ giá hối đoái. C2 phản ánh cả sự không phù hợp giữa tài sản và trách nhiệm; C3 là rủi ro tập trung của tài sản nhất định, đối tác hoặc nhóm đối tác (C3 được tính toán dựa trên rủi ro của DN vượt quá giới hạn tập trung nhất định); C4 là rủi ro hoạt động là rủi ro xuất phát từ hạn chế về năng lực quản lý, quy trình và hệ thống kiểm tra, kiểm soát nội bộ chưa đầy đủ, đồng bộ.

Bên cạnh đó, bổ sung quy định yêu cầu các DNBH nhân thọ phải tính toán mức vốn cần thiết tối thiểu tương ứng với các rủi ro của doanh nghiệp. Tổng thể rủi ro TRR (Total Risk Requirement) của DNBH là tổng các yêu cầu rủi ro của từng quỹ bảo hiểm trong doanh nghiệp: $TRR = C1 + C2 + C3 + C4$ ¹².

6. Kết luận

Trong bối cảnh hội nhập kinh tế quốc tế ngày càng sâu rộng, việc mở cửa thị trường bảo hiểm theo cam kết là bắt buộc. Điều đó đòi hỏi các quy định của pháp luật điều chỉnh đối với chế độ tài chính của DNBH nói chung và DNBH nhân thọ nói riêng cần có những sửa đổi, bổ sung cho phù hợp nhằm nâng cao hiệu quả thực thi trong thời gian sắp tới ■

12. Xem thêm <http://tapchitaichinh.vn/nguyen-cuu-trao-doi/chinh-sach-quan-ly-nha-nuoc-ve-tai-chinh-doi-voi-doanh-nghiep-bao-hiem-phi-nhan-tho-310316.html>, truy cập ngày 20/9/2020.



QUYỀN, NGHĨA VỤ CỦA NGƯỜI KHIẾU NẠI, NGƯỜI BỊ KHIẾU NẠI THEO LUẬT KHIẾU NẠI NĂM 2011

Bùi Thị Đào*

** PGS. TS. Trường Đại học Luật Hà Nội.*

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Quyền, nghĩa vụ của người khiếu nại; người khiếu nại; người bị khiếu nại.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 29/11/2020
Biên tập : 14/12/2020
Duyệt bài : 18/12/2020

Article Infomation:

Keywords: Rights and obligations of the complainant; the complainant; the complained persons.

Article History:

Received : 29 Nov. 2020
Edited : 14 Dec. 2020
Approved : 18 Dec. 2020

Tóm tắt:

Theo Luật Khiếu nại năm 2011, cơ quan, tổ chức, cá nhân có quyền đề nghị người có thẩm quyền xem xét lại tính hợp pháp của quyết định hành chính, hành vi hành chính; cán bộ, công chức có quyền đề nghị người có thẩm quyền xem xét lại tính hợp pháp của quyết định kỷ luật khi có căn cứ cho rằng quyết định, hành vi đó là trái pháp luật, xâm phạm quyền, lợi ích hợp pháp của mình. Việc khiếu nại của cơ quan, tổ chức, cá nhân, cán bộ, công chức (gọi chung là người khiếu nại) sẽ làm phát sinh các quan hệ pháp luật giữa người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại với người khiếu nại, người có quyết định hành chính, hành vi hành chính, quyết định kỷ luật cán bộ, công chức bị khiếu nại (gọi chung là người bị khiếu nại). Trong các quan hệ đó, mỗi bên đều có những quyền, nghĩa vụ nhất định. Trong phạm vi bài viết này, tác giả bàn về quyền, nghĩa vụ của người khiếu nại, người bị khiếu nại trong giải quyết khiếu nại đối với quyết định hành chính, hành vi hành chính và trong giải quyết khiếu nại quyết định kỷ luật cán bộ, công chức, đồng thời có so sánh với quyền, nghĩa vụ của người khởi kiện, người bị kiện trong vụ án hành chính.

Abstract:

According to the Law on Complaints 2011, agencies, organizations and individuals possess the right to request the competent persons to review the legality of the administrative decisions and the administrative actions; officials and public employees possess the right to request the competent persons to review the legality of the disciplinary decisions when there are grounds to believe that such decisions or actions are illegal, infringe upon their legitimate rights and interests. The complaints by the agencies, organizations, individuals, officials and public employees (referred to as the complainants) will generate legal relations among the competent persons who settle complaints, the complainant, the persons who possess the competency of the administrative decisions, administrative actions, disciplinary decisions against the complained cadres and public employees (referred to as the complained persons). In those relationships, each party possesses certain rights and obligations. In the scope of this article, the author provides discussions of the rights and obligations of the complainant, the complained person in settling the complaints against administrative decisions, administrative actions, and in complaint settlement of disciplinary decisions against the complained cadres and public employees, as well as comparison with the rights and obligations of the plaintiff and the defendant in administrative cases.

Luật Khiếu nại năm 2011 có 8 chương với 70 điều, chia thành 2 nhóm sau:

Nhóm thứ nhất, các chương có quy định chung: *Chương 1*. Những quy định chung, *Chương 5*. Tiếp công dân (đã hết hiệu lực), *Chương 6*. Trách nhiệm của cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền trong việc quản lý công tác giải quyết khiếu nại, *Chương 7*. Xử lý vi phạm và *Chương 8*. Điều khoản thi hành.

Nhóm thứ hai, các chương có nội dung độc lập: *Chương 2*. Khiếu nại quyết định hành chính, hành vi hành chính, *Chương 3*. Giải quyết khiếu nại, *Chương 4*. Khiếu nại, giải quyết khiếu nại quyết định kỷ luật cán bộ, công chức.

Tiêu đề Chương 3 không thể hiện là giải quyết khiếu nại đối với loại quyết định, hành vi nào nhưng nội dung chỉ quy định về giải quyết khiếu nại đối với quyết định hành chính, hành vi hành chính. Như vậy, trong số 8 chương của Luật Khiếu nại năm 2011, có 2 chương quy định riêng về khiếu nại, giải quyết khiếu nại quyết định hành chính, hành vi hành chính; 1 chương quy định riêng về khiếu nại, giải quyết khiếu nại quyết định kỷ luật cán bộ, công chức và 5 chương quy định chung cho khiếu nại, giải quyết khiếu nại đối với cả quyết định hành chính, hành vi hành chính và quyết định kỷ luật cán bộ công chức.

Với cấu trúc đó, Chương 2 cần được hiểu là quyền, nghĩa vụ của người khiếu nại quyết định hành chính, hành vi hành chính, người bị khiếu nại quyết định hành chính, hành vi hành chính. Bên cạnh đó, Luật Khiếu nại năm 2011 không trực tiếp quy định về quyền, nghĩa vụ của người khiếu nại, người bị khiếu nại quyết định kỷ luật cán bộ, công chức.

1. Quyền, nghĩa vụ của người khiếu nại, người bị khiếu nại quyết định hành chính, hành vi hành chính

- Quyền, nghĩa vụ của người khiếu nại

Theo quy định của Luật Khiếu nại năm 2011¹, người khiếu nại có các quyền, nghĩa vụ sau:

Thứ nhất, người khiếu nại có quyền tự mình khiếu nại hoặc ủy quyền cho người khác thực hiện việc khiếu nại. Mọi cơ quan, tổ chức, cá nhân có quyền khiếu nại đều có thể ủy quyền cho luật sư khiếu nại. Các cá nhân thuộc đối tượng được trợ giúp pháp lý được ủy quyền cho trợ giúp viên pháp lý khiếu nại. Trường hợp cá nhân khiếu nại là người già yếu, ốm đau, có nhược điểm về thể chất hoặc vì lý do khách quan mà không tự mình thực hiện được việc khiếu nại thì có quyền ủy quyền cho cha, mẹ, vợ, chồng, con, anh, chị, em ruột hoặc người khác có đủ năng lực hành vi dân sự thực hiện việc khiếu nại. Quyền tự mình khiếu nại hoặc ủy quyền cho người khác thực hiện việc khiếu nại giúp cho người có quyền khiếu nại có thể thực hiện quyền khiếu nại của mình một cách thuận tiện và cũng có ý nghĩa trong việc bảo vệ quyền, lợi ích của mình một cách tốt nhất.

Thứ hai, người khiếu nại có quyền nhờ luật sư, trợ giúp viên pháp lý (với các đối tượng được trợ giúp pháp lý) tư vấn về pháp luật hay ủy quyền cho họ khiếu nại. Đa số người khiếu nại, nhất là cá nhân, không phải là những người am hiểu về pháp luật. Họ cũng không có nhiều kinh nghiệm trong việc bảo vệ quyền, lợi ích của mình trước cơ quan nhà nước. Trong nhiều trường hợp, yêu cầu khiếu nại cũng như toàn bộ các hoạt động của họ trong quá trình giải quyết khiếu nại thường mang tính cảm tính nhiều

1. Xem Điều 12 Luật Khiếu nại năm 2011; Xem Bùi Thị Đào, *Văn hóa pháp luật trong giải quyết khiếu nại*, Tạp chí Nghề luật, tháng 5/2016.

hơn là có căn cứ pháp lý. Họ thường thiếu tự tin, bị ở vào thế yếu trong tương quan so sánh với người bị khiếu nại và người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại vốn đang là chủ thể quản lý nhà nước, là chủ thể thường xuyên vận dụng pháp luật trong các hoạt động của mình. Trong tình thế như vậy, sự trợ giúp về pháp luật từ các chuyên gia am hiểu về pháp luật bù đắp phần nào sự hạn chế nêu trên. Nếu người khiếu nại ủy quyền cho luật sư, cho trợ giúp viên pháp lý thực hiện việc khiếu nại thì khả năng bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của người có quyền khiếu nại càng tốt hơn². Bên cạnh đó, người khiếu nại có quyền được biết, đọc, sao chụp, sao chép tài liệu, chứng cứ do người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại thu thập để giải quyết khiếu nại. Với quyền này, người khiếu nại sẽ biết các căn cứ để giải quyết khiếu nại đã đầy đủ chưa, có chính xác không, có phù hợp với yêu cầu khiếu nại không. Thông qua đó, người khiếu nại có thể biết mình cần phải làm gì để việc giải quyết khiếu nại có thể bảo vệ quyền, lợi ích của mình tốt nhất.

Thứ ba, người khiếu nại có nghĩa vụ khiếu nại đến đúng người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại; có quyền yêu cầu cơ quan, tổ chức, cá nhân đang lưu giữ, quản lý thông tin, tài liệu liên quan đến nội dung khiếu nại cung cấp thông tin, tài liệu đó cho mình; có quyền đưa ra chứng cứ về việc khiếu nại và giải trình ý kiến của mình về chứng cứ đó; có nghĩa vụ trình bày trung thực sự việc, đưa ra chứng cứ về tính đúng đắn, hợp lý của việc khiếu nại, cung cấp thông tin, tài liệu cho người giải quyết khiếu nại và chịu trách nhiệm về nội dung trình bày và việc cung cấp thông tin, tài liệu.

Thứ tư, trong trường hợp người khiếu nại thấy việc thi hành quyết định bị khiếu nại có thể gây ra hậu quả khó khắc phục thì có quyền yêu cầu người giải quyết khiếu nại áp dụng biện pháp khẩn cấp, tức là ra quyết định tạm đình chỉ thi hành quyết định bị khiếu nại.

Thứ năm, người khiếu nại có quyền tham gia đối thoại hoặc ủy quyền cho người đại diện hợp pháp tham gia đối thoại. Khi tham gia đối thoại, người khiếu nại (hoặc người được ủy quyền) không chỉ có thêm cơ hội trình bày ý kiến, đưa ra chứng cứ chứng minh cho yêu cầu của khiếu nại mà còn được lắng nghe người bị khiếu nại trình bày ý kiến, đưa ra chứng cứ chứng minh tính hợp pháp của quyết định, hành vi bị khiếu nại. Qua đó, họ có thể hiểu rõ hơn về mức độ đúng hay sai trong yêu cầu khiếu nại của mình. Vì vậy, khi kết quả giải quyết khiếu nại không phù hợp yêu cầu của người khiếu nại và họ biết đó là cách giải quyết đúng pháp luật thì họ sẽ không khiếu nại tiếp hay khởi kiện vụ án tại tòa án.

Thứ sáu, sau khi khiếu nại lần đầu, nếu khiếu nại không được giải quyết hoặc người khiếu nại không đồng ý với kết quả giải quyết khiếu nại, người khiếu nại có quyền khiếu nại tiếp hoặc khởi kiện vụ án hành chính tại tòa án để cơ quan có thẩm quyền xem xét lại một lần nữa tính hợp pháp của quyết định, hành vi bị khiếu nại.

Thứ bảy, sau khi đưa yêu cầu khiếu nại đến người có thẩm quyền, người khiếu nại có quyền rút yêu cầu khiếu nại tại bất cứ giai đoạn nào của quá trình giải quyết khiếu nại. Khi người khiếu nại rút khiếu nại thì người giải quyết khiếu nại đình chỉ việc giải quyết khiếu nại, không phụ thuộc vào việc quyết định, hành vi bị khiếu nại có trái pháp luật hay không.

2. Xem Bùi Thị Đào, *Khiếu nại và giải quyết khiếu nại dưới góc nhìn dân chủ*, Tạp chí Dân chủ và pháp luật, số 11/2008.

Thứ tám, người khiếu nại có quyền được khôi phục quyền, lợi ích bị xâm hại. Khiếu nại là việc người có quyền, lợi ích liên quan trực tiếp đến quyết định, hành vi hành chính, quyết định kỷ luật bị cho là trái pháp luật, xâm phạm quyền, lợi ích hợp pháp của họ yêu cầu xem xét lại tính hợp pháp của quyết định, hành vi đó. Vì vậy, quyền được khôi phục quyền, lợi ích bị xâm hại bởi quyết định, hành vi bị khiếu nại là quyền quan trọng nhất.

Thứ chín, người khiếu nại có nghĩa vụ chấp hành quyết định, hành vi bị khiếu nại (như đã nêu ở trên) và quyết định giải quyết khiếu nại có hiệu lực pháp luật.

- Quyền, nghĩa vụ của người bị khiếu nại

Theo quy định của Luật Khiếu nại năm 2011, người bị khiếu nại có các quyền, nghĩa vụ sau³:

Thứ nhất, quyền bảo vệ quan điểm. Khi thực hiện hành vi hành chính hay ban hành quyết định hành chính, cơ quan, cán bộ, công chức phải tuân thủ nguyên tắc, thẩm quyền, quy trình, thủ tục do luật định. Khi quyết định hành chính, hành vi hành chính bị khiếu nại, người bị khiếu nại có quyền đưa ra chứng cứ về tính hợp pháp của quyết định, hành vi bị khiếu nại. Họ cũng được biết, đọc, sao chụp, sao chép các tài liệu, chứng cứ do người giải quyết khiếu nại thu thập được. Họ có nghĩa vụ tham gia đối thoại hoặc ủy quyền cho người đại diện hợp pháp tham gia đối thoại để chứng minh tính hợp pháp của quyết định, hành vi bị khiếu nại.

Thứ hai, người bị khiếu nại có nghĩa vụ chấp hành quyết định xác minh nội dung khiếu nại, tạo điều kiện cho người xác minh dễ dàng xác minh nội dung khiếu nại. Họ

có quyền yêu cầu cơ quan, tổ chức, cá nhân đang lưu giữ, quản lý thông tin, tài liệu liên quan đến nội dung khiếu nại cung cấp cho mình để giao cho người giải quyết khiếu nại. Khi có yêu cầu của người xác minh, người giải quyết khiếu nại, người bị khiếu nại có nghĩa vụ cung cấp thông tin, tài liệu liên quan đến nội dung khiếu nại, giải trình về tính đúng đắn, tính hợp pháp của quyết định, hành vi bị khiếu nại giúp người khiếu nại có đầy đủ thông tin để giải quyết khiếu nại thuận tiện, chính xác.

Thứ ba, quyền được biết kết luận của người có thẩm quyền về quyết định, hành vi của mình bị khiếu nại (quyền nhận quyết định giải quyết khiếu nại lần hai).

Thứ tư, người bị khiếu nại có nghĩa vụ chấp hành quyết định giải quyết khiếu nại đã có hiệu lực pháp luật.

Thứ năm, người bị khiếu nại có nghĩa vụ sửa đổi hoặc hủy bỏ quyết định, chấm dứt hành vi bị khiếu nại, bồi thường thiệt hại do quyết định, hành vi của mình gây ra.

2. So sánh quyền, nghĩa vụ của người khiếu nại, người bị khiếu nại với quyền, nghĩa vụ của người khởi kiện, người bị kiện trong vụ án hành chính

Người khiếu nại và người khởi kiện vụ án hành chính có những quyền, nghĩa vụ khá tương đồng. Người bị khiếu nại và người bị kiện trong vụ án hành chính cũng tương tự như vậy. Sự tương đồng được thể hiện ở những quyền, nghĩa vụ sau:

- Người khiếu nại, khởi kiện có quyền rút yêu cầu giải quyết tranh chấp của mình. Việc rút yêu cầu sẽ làm đình chỉ việc giải quyết tranh chấp;

- Người khiếu nại, người bị khiếu nại, người khởi kiện, người bị kiện đều có quyền thu thập chứng cứ, tài liệu,

3. Xem Điều 13 Luật Khiếu nại năm 2011.

thông tin liên quan đến tranh chấp để cung cấp cho bên có thẩm quyền giải quyết tranh chấp;

- Người khiếu nại, người bị khiếu nại, người khởi kiện, người bị kiện đều có quyền, nghĩa vụ tham gia đối thoại, tranh luận trong quá trình giải quyết tranh chấp;

- Người khiếu nại, người bị khiếu nại, người khởi kiện, người bị kiện đều có nghĩa vụ chấp hành các quyết định, bản án giải quyết tranh chấp có hiệu lực pháp luật.

Tuy nhiên, giữa người khiếu nại, người bị khiếu nại và người khởi kiện, người bị kiện cũng có những khác biệt nhất định về quyền, nghĩa vụ:

- Trong giải quyết vụ án hành chính, cả bên khởi kiện và bên bị kiện đều có quyền nhờ luật sư hoặc người khác bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của mình. Trong giải quyết khiếu nại thì chỉ người khiếu nại mới có quyền nhờ luật sư tư vấn về pháp luật hoặc ủy quyền cho luật sư bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của mình còn người bị khiếu nại không có quyền này;

- Trong giải quyết vụ án hành chính, bên bị kiện có quyền yêu cầu cơ quan cấp cao hơn giải quyết tiếp tranh chấp nếu họ không đồng ý với kết quả giải quyết của cấp dưới. Trong giải quyết khiếu nại, người bị khiếu nại không có quyền này.

- Trong giải quyết vụ án hành chính, người bị kiện có quyền sửa đổi, bổ sung, thay thế, hủy bỏ quyết định bị kiện, chấm dứt hành vi bị kiện để chấm dứt tranh chấp⁴. Trong giải quyết khiếu nại, pháp luật không quy định quyền này cho người bị khiếu nại.

3. Một số bình luận và kiến nghị

Thứ nhất, về quyền, nghĩa vụ của người khiếu nại, người bị khiếu nại quyết định kỷ luật cán bộ, công chức: Như đã đề

cập ở phần trên, Luật Khiếu nại năm 2011 chỉ quy định quyền, nghĩa vụ của người khiếu nại, người bị khiếu nại quyết định hành chính, hành vi hành chính mà không quy định quyền, nghĩa vụ của người khiếu nại, người bị khiếu nại quyết định kỷ luật cán bộ, công chức. Điều này thật khó giải thích bởi một điều rất đơn giản là khi cán bộ, công chức thực hiện việc khiếu nại sẽ làm phát sinh quan hệ pháp luật giữa người khiếu nại với người giải quyết khiếu nại, giữa người giải quyết khiếu nại và người bị khiếu nại. Trong các quan hệ pháp luật đó, nhất định các bên tham gia quan hệ phải có những quyền, nghĩa vụ nào đó. Vậy các quyền và nghĩa vụ đó được quy định ở đâu? Vì vậy, để bảo đảm quyền, lợi ích hợp pháp của các chủ thể trong quan hệ khiếu nại quyết định kỷ luật cán bộ, công chức, cần sửa đổi Luật Khiếu nại theo hướng bổ sung quy định về quyền, nghĩa vụ của người khiếu nại, người bị khiếu nại quyết định kỷ luật cán bộ, công chức.

Thứ hai, về quyền nhận quyết định giải quyết khiếu nại của người bị khiếu nại: Quy định về thẩm quyền giải quyết khiếu nại cho thấy, người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại lần đầu có thể là chính người bị khiếu nại; người giải quyết khiếu nại lần hai bao giờ cũng là cấp trên của người bị khiếu nại. Nếu người giải quyết khiếu nại lần đầu đồng thời là người bị khiếu nại thì họ chính là người ban hành quyết định giải quyết khiếu nại nên họ đương nhiên không cần nhận quyết định giải quyết khiếu nại lần đầu, chỉ cần quyền nhận quyết định giải quyết khiếu nại lần hai. Trong trường hợp người giải quyết khiếu nại lần đầu là thủ trưởng của người bị khiếu nại thì người bị khiếu nại

4. Xem Điều 140 Luật Tổ tụng hành chính năm 2015.

không chỉ cần được nhận quyết định giải quyết khiếu nại lần hai mà cần được nhận cả quyết định giải quyết khiếu nại lần đầu để biết kết luận của người có thẩm quyền về tính hợp pháp của quyết định, hành vi của mình và điều đó cũng liên quan đến trách nhiệm của họ khi quyết định, hành vi đó bị kết luận là bất hợp pháp mà người khiếu nại không khiếu nại tiếp hay khởi kiện vụ án hành chính tại tòa án. Nói cách khác, Luật Khiếu nại không nên dừng lại ở quy định người bị khiếu nại có quyền nhận quyết định giải quyết khiếu nại lần hai mà cần quy định người bị khiếu nại có quyền nhận quyết định giải quyết khiếu nại (không phân biệt quyết định giải quyết khiếu nại lần đầu hay lần hai).

Thứ ba, về quyền của người bị khiếu nại được yêu cầu xem xét lại quyết định giải quyết khiếu nại: So sánh quyền, nghĩa vụ của người bị khiếu nại và người bị kiện trong vụ án hành chính cho thấy, người bị kiện có quyền yêu cầu tòa án cấp phúc thẩm xem xét lại quyết định, bản án sơ thẩm về quyết định, hành vi bị kiện của mình. Trong khi đó, người bị khiếu nại không có quyền yêu cầu bất cứ cơ quan nào xem xét lại quyết định giải quyết khiếu nại. Đặt ra giả thiết quyết định, hành vi bị khiếu nại là đúng pháp luật nhưng vì lý do nào đó người giải quyết khiếu nại kết luận là trái pháp luật thì người bị khiếu nại hoàn toàn không có cơ hội yêu cầu xem xét lại quyết định giải quyết khiếu nại đó. Điều này không chỉ ảnh hưởng bất lợi đến lợi ích, danh dự, uy tín của chính bản thân người bị khiếu nại mà sâu xa hơn là ảnh hưởng đến quản lý nhà nước nói chung, thậm chí là ảnh hưởng đến mục đích bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của người khiếu nại. Vì vậy, chúng tôi cho rằng, cần bổ sung quy định về quyền

của người bị khiếu nại được yêu cầu cấp có thẩm quyền xem xét lại tính hợp pháp của quyết định giải quyết khiếu nại khi họ cho rằng, quyết định giải quyết khiếu nại trái pháp luật.

Thứ tư, về quyền chủ động sửa đổi, hủy bỏ quyết định hành chính, chấm dứt hành vi hành chính của người bị khiếu nại: So sánh với quyền của người bị kiện trong vụ án hành chính, người bị kiện có quyền sửa đổi, bổ sung quyết định bị khởi kiện, chấm dứt hành vi bị khởi kiện mà khi thực hiện này nếu có đủ điều kiện thì sẽ làm đình chỉ vụ án hành chính⁵. Trong giải quyết khiếu nại, người bị khiếu nại không có quyền tương tự quyền này. Trong khi đó, khoản 3 Điều 6 Luật Khiếu nại năm 2011 quy định “*Cơ quan, tổ chức, cá nhân có trách nhiệm kiểm tra, xem xét lại quyết định hành chính, hành vi hành chính, quyết định kỷ luật của mình, nếu trái pháp luật phải kịp thời sửa chữa, khắc phục, tránh phát sinh khiếu nại*”. Quy định này thể hiện mục đích của quản lý nói chung và của giải quyết khiếu nại nói riêng là đảm bảo quyền, lợi ích hợp pháp của cơ quan, tổ chức, cá nhân. Khoản 2 Điều 13 Luật Khiếu nại năm 2011 quy định nghĩa vụ của người bị khiếu nại là “*Sửa đổi hoặc hủy bỏ quyết định hành chính, chấm dứt hành vi hành chính bị khiếu nại*”. Quy định này một lần nữa khẳng định mục đích nêu trên. Vì vậy, chúng tôi cho rằng, cần bổ sung quy định về quyền của người bị khiếu nại được chủ động sửa đổi, hủy bỏ quyết định, chấm dứt hành vi bị khiếu nại và nếu việc đó làm cho người khiếu nại rút khiếu nại sẽ không phải thực hiện hoạt động không còn cần thiết (hoạt động giải quyết khiếu nại) mà vẫn đảm bảo được quyền, lợi ích của đối tượng quản lý ■

5. Xem Điều 140, Điều 235 Luật Tổ tụng hành chính năm 2015

QUY ĐỊNH CỦA BỘ LUẬT HÌNH SỰ VỀ DẤU HIỆU ĐỊNH TỘI ĐỐI VỚI TỘI NHẬN HỐI LỘ

Đào Phương Thanh*

** ThS. Trường Đại học Luật Hà Nội*

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Bộ luật hình sự 2015, tội nhận hối lộ, người có chức vụ quyền hạn, hối lộ trong lĩnh vực tư.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 16/5/2020

Biên tập : 13/6/2020

Duyệt bài : 18/6/2020

Article Infomation:

Keywords: The Penal Code of 2015, bribery receipt, person of powerful and high position, bribery in the private sector.

Article History:

Received : 16 May 2020

Edited : 13 Jun 2020

Approved : 18 Jun 2020

Tóm tắt:

Bài viết phân tích những điểm mới trong quy định Bộ luật Hình sự năm 2015 đã được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2017 (BLHS năm 2015) về dấu hiệu định tội của tội nhận hối lộ. Bài viết cũng chỉ ra những hạn chế, bất cập và đề xuất giải pháp khắc phục hạn chế, bất cập trong quy định của BLHS năm 2015 về vấn đề này.

Abstract:

This article provides an analysis of new contents in a number of the provisions of the Penal Code of 2015, which were amended by a number of articles in 2017 (the Penal Code of 2015) on the criminal signs of bribery receipt. The article also points out the shortcomings of the current regulations and proposed recommendations for the shortcomings of the Penal Code of 2015 related to the concerned issues.

1. Những điểm mới của Bộ luật Hình sự năm 2015 về dấu hiệu định tội của tội nhận hối lộ

Tội nhận hối lộ được quy định tại Điều 354 BLHS năm 2015 có nhiều điểm mới về dấu hiệu định tội, về hình phạt, về kỹ thuật lập pháp so với quy định về tội nhận hối lộ trong BLHS năm 1999. Trong đó, các nội dung mới cơ bản về yếu tố định tội gồm:

Một là, về chủ thể, nhằm đáp ứng yêu cầu của thực tiễn cũng như yêu cầu của Công ước quốc tế về chống tham nhũng, BLHS năm 2015 đã có những bổ sung quan trọng. Cụ thể, khoản 1 Điều 352 BLHS năm 2015 quy định “*Các tội phạm về chức vụ là những hành vi xâm phạm hoạt động đúng đắn của cơ quan, tổ chức do người có chức vụ thực hiện trong khi thực hiện công vụ, nhiệm vụ*”. Với việc bổ sung dấu

hiệu thực hiện “nhiệm vụ”, quy định này đã mở rộng phạm vi chủ thể của tội phạm về chức vụ bao gồm cả những người có chức vụ, quyền hạn thực hiện công vụ nhà nước giao và những người có chức vụ, quyền hạn thực hiện nhiệm vụ trong các cơ quan, tổ chức ngoài nhà nước. Khoản 6 Điều 354 BLHS năm 2015 cũng bổ sung quy định “*Người có chức vụ, quyền hạn trong các doanh nghiệp, tổ chức ngoài Nhà nước mà nhận hối lộ, thì bị xử lý theo quy định tại Điều này*”. Theo đó, chủ thể thực hiện tội nhận hối lộ “*không chỉ là người có chức vụ, quyền hạn trong các cơ quan nhà nước (cơ quan lập pháp, hành pháp, tư pháp, lực lượng vũ trang, doanh nghiệp nhà nước...) mà còn có thể là người có chức vụ, quyền hạn trong các cơ quan, tổ chức ngoài nhà nước*”¹. Bổ sung này “*đã phản ánh được yêu cầu của thực tiễn và tương thích với công ước của Liên hợp quốc về chống tham nhũng*”².

Hai là, quy định về bên thứ ba được hưởng lợi. Theo quy định về tội nhận hối lộ trong BLHS năm 1999, “*đối tượng được hưởng lợi từ tiền, tài sản hoặc các lợi ích vật chất khác của hành vi hối lộ là chính bản thân người nhận hối lộ*”³. Tuy nhiên, thực tế cho thấy, nhiều trường hợp người có chức vụ, quyền hạn lợi dụng “*kẻ hở*” này để che giấu hành vi phạm tội của mình

hoặc người có chức vụ, quyền hạn không nhận của hối lộ cho mình nhưng đồng ý để người đưa hối lộ chuyển của hối lộ cho bên thứ ba như người thân, tổ chức khác.... Mặt khác, theo quy định của Công ước quốc tế về chống tham nhũng, hành vi nhận hối lộ cũng bao gồm cả hành vi nhận lợi ích không chính đáng cho một người hoặc một tổ chức khác. Nhằm khắc phục những hạn chế này cũng như đáp ứng các yêu cầu của Công ước quốc tế về chống tham nhũng, BLHS năm 2015 đã mô tả hành vi nhận hối lộ là “*lợi dụng chức vụ, quyền hạn trực tiếp hoặc qua trung gian nhận hoặc sẽ nhận bất kỳ lợi ích nào (...) cho chính bản thân người đó hoặc cho người hoặc tổ chức khác để làm hoặc không làm một việc vì lợi ích hoặc theo yêu cầu của người đưa hối lộ*”. Với quy định này, hành vi nhận của hối lộ cho bên thứ ba được hưởng lợi (người hoặc tổ chức khác) cũng được coi là hành vi phạm tội nhận hối lộ.

Ba là, về của hối lộ: Theo quy định của Điều 279 BLHS năm 1999, của hối lộ được quy định bao gồm: tiền, tài sản, lợi ích vật chất. Tuy nhiên, thực tiễn cho thấy, rất nhiều trường hợp lợi ích mà người có chức vụ, quyền hạn nhận được là lợi ích phi vật chất như tình dục, sự ca ngợi, tôn vinh một cách không chính đáng⁴, việc làm⁵... xét về tính chất, việc người có chức vụ,

1. TS. Nguyễn Văn Hương, *Những điểm mới, những bất cập của quy định về các tội phạm tham nhũng trong Bộ luật Hình sự năm 2015*, Tạp chí Luật học, số đặc biệt về Bộ luật Hình sự năm 2015, 2016, tr.61.

2. TS. Đào Lê Thu, *Đánh giá tính thống nhất giữa Luật Phòng, chống tham nhũng với các Bộ luật Hình sự (1999 và 2015)*, Kỷ yếu Hội thảo “*Tính thống nhất giữa Bộ luật hình sự với các luật khác trong hệ thống pháp luật Việt Nam*”, Trường Đại học Luật Hà Nội, 2016, tr.54.

3. Nguyễn Văn Thuyết (chủ biên), *Bình luận những điểm mới của Bộ luật Hình sự hiện hành*, Nxb. Chính trị quốc gia sự thật, Hà Nội, 2018, tr.458.

4. TS. Nguyễn Văn Hương, *Những điểm mới, những bất cập của quy định về các tội phạm tham nhũng trong Bộ luật Hình sự năm 2015*, Tạp chí Luật học, số đặc biệt về Bộ luật Hình sự năm 2015, 2016, tr.62.

5. Nguyễn Văn Thuyết (chủ biên), *Bình luận những điểm mới của Bộ luật Hình sự hiện hành*, Nxb. Chính trị quốc gia sự thật, Hà Nội, 2018, tr.458.

quyền hạn nhận lợi ích vật chất hay phi vật chất từ người đưa hối lộ thì tính nguy hiểm của hành vi là như nhau, nhưng việc nhận lợi ích phi vật chất lại không được coi là phạm tội nhận hối lộ là điều bất hợp lý. Hơn nữa, theo Công ước quốc tế về chống tham nhũng, phạm vi của hối lộ rất rộng, bao gồm mọi loại tài sản, vật chất hay phi vật chất, động sản hay bất động sản, hữu hình hay trừu tượng, và các văn bản pháp lý hay giấy tờ chứng minh quyền sở hữu hoặc lợi ích đối với tài sản đó⁶. Để khắc phục những hạn chế này, khoản 1 Điều 254 BLHS năm 2015 đã bổ sung dấu hiệu “lợi ích phi vật chất” vào tội danh này.

2. Những hạn chế, bất cập trong quy định của BLHS năm 2015 về dấu hiệu định tội của tội nhận hối lộ và kiến nghị hoàn thiện

Bên cạnh những điểm mới nêu trên, quy định của BLHS năm 2015 về dấu hiệu định tội của tội nhận hối lộ còn một số hạn chế, bất cập sau:

Một là, quy định hành vi hối lộ trong lĩnh vực công và hối lộ trong lĩnh vực tư với cùng một tội danh, trong cùng một điều luật là chưa hợp lý, vì lý do sau: khách thể

của hai hành vi này khác nhau, tính chất và mức độ nguy hiểm của hành vi cũng khác nhau. Cụ thể, nếu như quan hệ xã hội bị xâm hại bởi hành vi tham nhũng trong lĩnh vực công nói chung và hành vi nhận hối lộ trong lĩnh vực công nói riêng là những quan hệ xã hội đảm bảo cho hoạt động đúng đắn, uy tín của cơ quan nhà nước, tổ chức công⁷, trật tự của nền công vụ, uy tín của hệ thống công quyền⁸, thì quan hệ xã hội bị xâm hại bởi hành vi tham nhũng trong lĩnh vực tư là “quyền lợi của người chủ doanh nghiệp, người sử dụng lao động, đến sự tín nhiệm trong quan hệ lao động ở khu vực tư”⁹. Dưới góc độ kinh tế, hành vi hối lộ trong lĩnh vực tư sẽ “làm tăng chi phí và giảm đáng kể lợi nhuận của doanh nghiệp, làm hình thành những thói quen kinh doanh thiếu lành mạnh, làm méo mó bản chất các quan hệ kinh tế”¹⁰. Vì vậy, pháp luật hình sự nhiều nước trên thế giới không quy định tội nhận hối lộ trong lĩnh vực tư trong cùng điều luật với nhận hối lộ trong lĩnh vực công. Ở Pháp, tội phạm hối lộ trong khu vực tư bị xem là những hành vi vi phạm sự tín nhiệm của người sử dụng lao động đối với người lao động¹¹. Ở Đức, tội phạm hối lộ trong khu vực tư được quy

6. Điều 2 UNCAC.

7. Trường Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình Luật hình sự Việt Nam*, tập II, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, 2013, tr.361.

8. TS. Đào Lê Thu, *Hối lộ trong khu vực tư theo luật hình sự một số nước và đề xuất đối với việc áp dụng quy định về hối lộ ở khu vực ngoài nhà nước trong luật hình sự Việt Nam*, Tạp chí Tòa án nhân dân, số 16/2018, tr.13 - 19.

9. TS. Đào Lê Thu, *Hối lộ trong khu vực tư theo luật hình sự một số nước và đề xuất đối với việc áp dụng quy định về hối lộ ở khu vực ngoài nhà nước trong luật hình sự Việt Nam*, Tạp chí Tòa án nhân dân, số 16/2018, tr.13 - 19.

10. ThS. Lưu Thanh Hùng, *Tội phạm tham nhũng trong lĩnh vực tư theo công ước UNCAC và hoàn thiện BLHS nước ta*, xem <http://tapchitoaan.vn/bai-viet/van-de-thoi-su/toi-pham-tham-nhung-trong-linh-vuc-tu-theo-cong-uoc-uncac-va-hoan-thien-blhs-nuoc-ta/rJ7ZSzauc.html>.

11. Xem: Bonifassi S. (2003), “Country Report of France” trong sách: G. Heine, B. Huber and T. O. Rose (eds), *Private Commercial Bribery - A Comparison of National and Supranational Legal Structures*, Freiburg im Breisgau: ICC The World business organization, 2003, tr.92.

định tại Chương 26 BLHS¹² (Điều 299 “Nhận và đưa hối lộ trong giao dịch kinh doanh” và Điều 300 “Những trường hợp đặc biệt nghiêm trọng của nhận và đưa hối lộ trong giao dịch kinh doanh và lĩnh vực chăm sóc sức khỏe”). Hành vi nhận đê/vì tạo lợi thế cho người khác khi mua hàng hoặc dịch vụ kinh doanh trong cạnh tranh theo cách thức không minh bạch với mục đích đưa hối lộ là nhằm cạnh tranh không lành mạnh¹³. Luật Hình sự Thụy Điển¹⁴ quy định tội phạm hối lộ trong khu vực tư không chỉ để bảo vệ riêng lợi ích của người sử dụng lao động mà còn để bảo vệ lợi ích chung của cộng đồng¹⁵ và một số yếu tố quan trọng như “sự vận hành của nền kinh tế thị trường” hay “sự cạnh tranh mang tính lành mạnh”¹⁶.

Trên cơ sở tham khảo kinh nghiệm của các nước, chúng tôi cho rằng, BLHS năm 2015 cần thiết kế hai điều khác nhau quy định về tội nhận hối lộ lĩnh vực công và tội nhận hối lộ trong lĩnh vực tư.

Hai là, bắt cập trong việc xác định người có chức vụ, quyền hạn trong doanh nghiệp, tổ chức ngoài nhà nước.

Theo quy định của khoản 6 Điều 354 BLHS năm 2015, chủ thể thực hiện hành vi nhận hối lộ trong lĩnh vực tư là người có chức vụ, quyền hạn trong mọi *doanh nghiệp* ngoài nhà nước, và người có chức vụ, quyền hạn trong mọi *tổ chức* ngoài nhà nước. Tuy nhiên, trong các văn bản pháp luật hiện hành, chưa có một văn bản nào xác định những người được coi là người có chức vụ, quyền hạn trong các doanh nghiệp, tổ chức ngoài nhà nước.

Trên diễn đàn khoa học có ý kiến cho rằng, người có chức vụ, quyền hạn trong doanh nghiệp là “*người có chức danh, chức vụ, có thực quyền (quyền quyết định toàn bộ hoặc một phần công việc nhất định tại doanh nghiệp), bao gồm người thành lập doanh nghiệp; người quản lý doanh nghiệp; người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp và những người làm việc trong ban kiểm soát của doanh nghiệp*”¹⁷. Ý kiến khác lại cho rằng, “*người có chức vụ, quyền hạn trong doanh nghiệp phải là những người được doanh nghiệp (...) tín nhiệm giao cho một nhiệm vụ hoặc nhân danh doanh nghiệp (...) giải quyết một công việc thuộc phạm vi hoạt động của họ. Quyền hạn*

12. Bộ luật Hình sự Đức năm 1871. Bản sửa đổi, bổ sung mới nhất được sử dụng trong bài viết này xem trên https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/, truy cập ngày 01/12/2020.

13. TS. Đào Lê Thu, *Hối lộ trong khu vực tư theo luật hình sự một số nước và đề xuất đối với việc áp dụng quy định về hối lộ ở khu vực ngoài nhà nước trong luật hình sự Việt Nam*, Tạp chí Tòa án nhân dân, số 16/2018, tr.13 - 19.

14. BLHS Thụy Điển ban hành năm 1962, có hiệu lực năm 1965. Bản sửa đổi, bổ sung mới nhất được sử dụng trong bài viết này xem trên <https://www.government.se/4a8349/contentassets/7a2dcae0787e465e9a-2431554b5eab03/the-swedish-criminal-code.pdf>, truy cập ngày 01/12/2020.

15. TS. Đào Lê Thu, *Hối lộ trong khu vực tư theo luật hình sự một số nước và đề xuất đối với việc áp dụng quy định về hối lộ ở khu vực ngoài nhà nước trong luật hình sự Việt Nam*, Tạp chí Tòa án nhân dân, số 16/2018, tr.13 - 19.

16. Lejonhufvud (2003), “Country Report of Sweden” trong sách: G. Heine, B. Huber and T. O. Rose (eds), *Private Commercial Bribery - A Comparison of National and Supranational Legal Structures*. Freiburg im Breisgau: ICC The World business organization, 2003, pp.410-411.

17. Nguyễn Văn Thuyết (chủ biên), *Bình luận những điểm mới của Bộ luật Hình sự hiện hành*, Nxb. Chính trị quốc gia sự thật, Hà Nội, 2018, tr.450.

mà những người này có được là do được ủy thác, được tin nhiệm bởi doanh nghiệp (...) đó. Như vậy, các chủ thể này có thể là người điều hành, quản lý ở bất kỳ một vị trí nào hoặc cũng có thể là người lao động tuy không có chức vụ nhưng được doanh nghiệp (...) ngoài nhà nước giao nhiệm vụ và chính nhiệm vụ này làm phát sinh quyền của họ”¹⁸.

Theo quy định tại các điểm d, đ, khoản 2 Điều 3 Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2018, người có chức vụ, quyền hạn trong doanh nghiệp bao gồm “Người giữ chức danh, chức vụ quản lý trong doanh nghiệp, tổ chức” và “Những người khác được giao thực hiện nhiệm vụ, công vụ và có quyền hạn trong khi thực hiện nhiệm vụ, công vụ đó”. Luật Doanh nghiệp năm 2020 quy định về người quản lý doanh nghiệp; theo đó, người quản lý doanh nghiệp là người quản lý doanh nghiệp tư nhân và người quản lý công ty, bao gồm chủ doanh nghiệp tư nhân, thành viên hợp danh, Chủ tịch Hội đồng thành viên, thành viên Hội đồng thành viên, Chủ tịch công ty, Chủ tịch Hội đồng quản trị, thành viên Hội đồng quản trị, Giám đốc hoặc Tổng giám đốc và cá nhân giữ chức danh quản lý khác theo quy định tại Điều lệ công ty. Như vậy, theo quy định của pháp luật hiện hành, phạm vi chủ thể của tội nhận hối lộ quá rộng và chưa thực sự hợp lý. Bởi lẽ, doanh nghiệp tư nhân là doanh nghiệp do một cá

nhân làm chủ và tự chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình về mọi hoạt động của doanh nghiệp¹⁹. Do đó, hành vi nhận hối lộ của người quản lý doanh nghiệp tư nhân không hẳn sẽ luôn có tính nguy hiểm cho xã hội, xâm phạm đến quyền lợi của người chủ doanh nghiệp, người sử dụng lao động, đến sự tin nhiệm trong quan hệ lao động ở khu vực tư và cũng chưa hẳn sẽ làm tăng chi phí và giảm đáng kể lợi nhuận của doanh nghiệp.

Kinh nghiệm của một số nước cho thấy, luật hình sự các nước này cũng quy định chủ thể của tội nhận hối lộ trong lĩnh vực tư là những người có chức vụ, quyền hạn trong doanh nghiệp, họ có thể là người quản lý doanh nghiệp nhưng có những loại trừ nhất định, hoặc là nhân viên bình thường nhưng được giao thực hiện những nhiệm vụ nhất định trong một số lĩnh vực. Ví dụ, theo quy định của BLHS Pháp, người nhận hối lộ là người “nắm giữ hoặc thực hiện, trong bối cảnh của một hoạt động mang tính nghề nghiệp hoặc mang tính xã hội, bất kỳ một vị trí quản lý hoặc một công việc nào cho bất kỳ một người nào²⁰. “Theo quy định đó người nhận hối lộ trong khu vực tư chỉ có thể là “nhân viên” hoặc “người điều hành”. Người đại diện hoặc giám đốc của công ty không thuộc phạm vi các chủ thể này”²¹. Theo quy định của BLHS Nga, chủ thể nhận hối lộ là người thực hiện chức năng quản lý tổ

18. TS. Đào Lê Thu, *Hối lộ trong khu vực tư theo luật hình sự một số nước và đề xuất đối với việc áp dụng quy định về hối lộ ở khu vực ngoài Nhà nước trong luật hình sự Việt Nam*, Tạp chí Tòa án nhân dân, số 16/2018, tr.13 - 19.

19. Khoản 1, Điều 188 Luật Doanh nghiệp năm 2020.

20. Điều 445-2 BLHS Pháp.

21. TS. Đào Lê Thu, *Hối lộ trong khu vực tư theo luật hình sự một số nước và đề xuất đối với việc áp dụng quy định về hối lộ ở khu vực ngoài nhà nước trong luật hình sự Việt Nam*, Tạp chí Tòa án nhân dân, số 16/2018, tr.13 - 19.

chức thương mại hoặc các tổ chức khác²². Luật Chống tham nhũng của Liên bang Nga chỉ rõ những chủ thể có hành vi tham nhũng trong kinh doanh bao gồm: Thành viên của Hội đồng quản trị, thành viên của Ban giám đốc, người đang thực hiện một công việc hoặc trách nhiệm thường xuyên hoặc tạm thời đối với những chức năng tổ chức, kỷ luật, hành chính, kinh tế của tổ chức.

Để khắc phục hạn chế nêu trên, Chúng tôi cho rằng, cơ quan có thẩm quyền cần sớm ban hành văn bản xác định cụ thể người có chức vụ, quyền hạn trong doanh nghiệp, tổ chức ngoài Nhà nước.

Ba là, quy định của Điều 354 BLHS năm 2015 về bên thứ ba được hưởng lợi chưa thể hiện được tính vụ lợi của tội nhận hối lộ.

Điều 354 BLHS năm 2015 quy định: “...của hối lộ có thể cho một người khác hoặc tổ chức khác mà không nhất thiết phải cho chính người có chức vụ, quyền hạn. (...) Của hối lộ cũng có thể được người nhận sử dụng vào việc có tính chất chung như cho cơ sở chăm sóc người tàn tật hoặc trẻ em mồ côi không nơi nương tựa...”²³. Như vậy, việc nhận một lợi ích cho bên thứ ba được hưởng lợi, bất kể có vì động cơ vụ lợi hay không, bất kể có vì mục đích nhân đạo hay không, đều là hành vi phạm tội nhận hối lộ. Quy định này không phù hợp với định nghĩa về tham nhũng của

Luật Phòng, chống tham nhũng²⁴. Trong khi đó, xét về chức năng, BLHS có nhiệm vụ “*phải tội phạm hóa các hành vi bị các luật khác xác định có thể bị truy cứu trách nhiệm hình sự*”²⁵. Để thực hiện nhiệm vụ này, BLHS “*phải “theo” các luật khác để “phục vụ” các luật phòng, chống cũng như các luật chuyên ngành*”²⁶. Tức là, về nguyên tắc, các quy định của BLHS phải phù hợp với quy định tại các luật phòng, chống và các luật chuyên ngành khác. Nói cách khác, việc quy định bất kỳ bên thứ ba được hưởng lợi nào mà không có sự loại trừ để thấy được tính vụ lợi khiến cho phạm vi của hành vi nhận hối lộ quá rộng nhưng lại không hợp lý.

Đối chiếu với các tội danh khác trong BLHS năm 2015 cho thấy, một số tội quy định hành vi phạm tội có sự loại trừ nhất định. Ví dụ: điểm a khoản 1 Điều 240 - Tội làm lây lan dịch bệnh truyền nhiễm nguy hiểm cho người, quy định trường hợp loại trừ là, “trừ trường hợp pháp luật có quy định khác”; điểm a khoản 1 Điều 151 - Tội mua bán người dưới 16 tuổi, quy định trường hợp loại trừ là, “trừ trường hợp vì mục đích nhân đạo”...

Vì vậy, chúng tôi cho rằng, cần sửa đổi Điều 354 BLHS năm 2015 theo hướng bổ sung một số trường hợp loại trừ nhất định để thấy được tính vụ lợi của hành vi nhận hối lộ ■

22. Điều 204 BLHS Nga.

23. GS.TS. Nguyễn Ngọc Hòa, *Bình luận khoa học Bộ luật Hình sự năm 2015 được sửa đổi, bổ sung năm 2017 (phân các tội phạm)*, quyển 2, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, 2018, tr.616.

24. Theo khoản 2 Điều 1 Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2005, tham nhũng được định nghĩa là “hành vi của người có chức vụ, quyền hạn đã lợi dụng chức vụ, quyền hạn đó vì vụ lợi”. Theo Từ điển tiếng Việt, Hoàng Phê (chủ biên), Nxb. Đà Nẵng, 2000, tr.1130, vụ lợi là “muru cầu lợi ích cho riêng mình”.

25. GS.TS. Nguyễn Ngọc Hòa và các tác giả khác, *Bộ luật Hình sự năm 2015 với việc đáp ứng yêu cầu tội phạm hóa của các luật khác*, Tạp chí Luật học, số đặc biệt về BLHS năm 2015, tr.36.

26. GS.TS. Nguyễn Ngọc Hòa và các tác giả khác, Tlđđ, tr.37.

QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT VỀ ĐƠN PHƯƠNG CHẤM DỨT HỢP ĐỒNG THUÊ BẤT ĐỘNG SẢN VÀ MỘT SỐ KIẾN NGHỊ HOÀN THIỆN

Trịnh Tuấn Anh*

Lê Khánh Tâm**

* ThS. Trường Đại học Kiến Trúc Đà Nẵng.

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

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Hợp đồng thuê bất động sản, đơn phương chấm dứt hợp đồng.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 29/11/2020

Biên tập : 18/12/2020

Duyệt bài : 22/12/2020

Article Infomation:

Keywords: Real estate lease contract, unilateral contract termination.

Article History:

Received : 29 Nov. 2020

Edited : 18 Dec. 2020

Approved : 22 Dec. 2020

Tóm tắt:

Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014 đã dành một điều quy định về quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng thuê bất động sản của các bên. Quy định này đã góp phần quan trọng vào việc thúc đẩy hoạt động đầu tư, minh bạch hóa thị trường kinh doanh bất động sản gắn liền với đảm bảo lợi ích hợp pháp và chính đáng của nhà đầu tư. Tuy nhiên, các quy định của pháp luật về đơn phương chấm dứt hợp đồng thuê bất động sản vẫn còn tồn tại một số bất cập cần hoàn thiện.

Abstract:

The Law on Real Estate Business of 2014 sets aside a separate provision on the right to unilaterally terminate the real estate lease contract of the parties. This provision has contributed significantly to promoting investment activities, transparency of the real estate business market associated with ensuring legal and legitimate interests of investors. However, the reality of the law on unilateral termination of real estate lease contract still some inadequate regulations that need to be reviewed for further improvements.

1. Quy định của pháp luật về đơn phương chấm dứt hợp đồng thuê bất động sản

1.1. Về quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng thuê bất động sản

1.1.1. Về quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng thuê bất động sản của bên cho thuê

Khoản 1 Điều 30 Luật Kinh doanh bất động sản (KDBĐS) năm 2014 quy định 04 trường hợp bên cho thuê được quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng thuê bất động sản (BĐS), trong đó có hai trường hợp sau:

Thứ nhất, bên cho thuê chỉ được chấm dứt khi bên thuê thanh toán tiền thuê chậm 03 tháng trở lên so với thời điểm thanh

toán được ghi nhận trong hợp đồng mà không có sự chấp thuận của bên cho thuê.

Quy định này có thể được hiểu: (i) 03 tháng liên tục tính từ thời điểm đến hạn thanh toán; hoặc (ii) 03 tháng cộng dồn cho tất cả các lần vi phạm, tức mỗi lần bên thuê thanh toán trễ hạn, bên cho thuê sẽ ghi nhận lại số ngày chậm trả và cộng dồn nhiều lần cho đến khi số ngày chậm trả đủ 03 tháng.

Chúng tôi cho rằng, dù áp dụng theo cách hiểu nào cũng gây ra một số bất lợi nhất định cho bên cho thuê và chưa phù hợp với thực tiễn. Bởi lẽ, quy định này có thể làm giảm ý thức tuân thủ hợp đồng của bên thuê, ngay cả khi bên thuê nhiều lần vi phạm về nghĩa vụ thanh toán đúng hạn thì phải đợi đến lần vi phạm thanh toán mà kéo dài đủ 03 tháng trở lên hoặc đợi đến khi cộng dồn số ngày chậm thanh toán đủ 03 tháng trở lên, bên cho thuê mới được quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng. Trong khi đó, một trong những quyền của bên cho thuê là quyền yêu cầu bên thuê thanh toán đủ tiền thuê theo thời hạn và phương thức thỏa thuận trong hợp đồng¹; và một trong những nghĩa vụ theo luật định của bên thuê là thanh toán đủ tiền thuê theo thời hạn và phương thức thỏa thuận trong hợp đồng².

Thứ hai, bên cho thuê được đơn phương chấm dứt hợp đồng thuê BĐS khi bên thuê sử dụng BĐS không đúng “mục đích thuê”.

Thuật ngữ “mục đích thuê” chỉ được nhắc đến duy nhất tại Điều 30 Luật KDBĐS

năm 2014 và không có bất kỳ diễn giải hay hướng dẫn nào khác từ cơ quan có thẩm quyền về việc thực hiện điều khoản này. Trên thực tế, bên thuê có thể sử dụng BĐS vào nhiều mục đích khác nhau như để ở, kinh doanh, cho thuê lại... Vì vậy, dẫn đến trường hợp, hợp đồng thuê BĐS được các bên ký kết ghi nhận bên thuê mặt bằng với mục đích sản xuất kinh doanh, nhưng sau đó bên thuê đã sửa chữa và cho bên thứ ba thuê lại mặt bằng, cho sử dụng lại tài sản. Khi tranh chấp xảy ra, Tòa án ra phán quyết bên thuê nhà đã vi phạm hợp đồng với lý do sử dụng nhà không đúng mục đích thuê³. Như vậy, trong trường hợp này, Tòa án xác định việc bên thuê có sử dụng đúng mục đích thuê dựa vào thỏa thuận của các bên trong hợp đồng. Tuy nhiên, vấn đề đặt ra nếu các bên không thỏa thuận cụ thể trong hợp đồng, và bên cho thuê viện dẫn lý do này để thực hiện quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng thuê BĐS thì khi xảy ra tranh chấp sẽ áp dụng như thế nào?.

1.1.2. Về quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng thuê bất động sản của bên thuê

Khoản 2 Điều 30 Luật KDBĐS năm 2014 cho phép bên thuê có quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng thuê BĐS khi bên cho thuê có một trong các hành vi sau đây:

Thứ nhất, bên thuê không sửa chữa nhà, công trình xây dựng khi nhà, công trình xây dựng không bảo đảm an toàn để sử dụng hoặc gây thiệt hại cho bên thuê.

Về nguyên tắc, bên cho thuê phải có nghĩa vụ đảm bảo giá trị sử dụng tài

1. Khoản 2 Điều 26 Luật KDBĐS năm 2014.

2. Khoản 2 Điều 29 Luật KDBĐS năm 2014.

3. Tòa án nhân dân Quận Bình Thạnh TP. Hồ Chí Minh (2019), “Bản án số 1205/DS-ST ngày 16/7/2019 về chấp hợp đồng thuê nhà”.

sản thuê của bên cho thuê, cụ thể đảm bảo về chất lượng tài sản thuê tương ứng với mục đích thuê. Do đó, khi có các hư hỏng khuyết tật của BĐS xảy ra thì bên cho thuê phải có nghĩa vụ sửa chữa những hư hỏng đó để đảm bảo an toàn cho bên thuê. Ví thể, nếu bên cho thuê không sửa chữa BĐS khi xảy ra hư hỏng, điều này không chỉ không đảm bảo việc khai thác công dụng của BĐS theo nhu cầu của bên thuê mà còn tiềm ẩn khả năng gây ra thiệt hại về tài sản, sức khỏe, con người cho bên thuê.

Tuy nhiên, để bảo đảm tính khả thi của quy định trên, cần xác định tiêu chí một BĐS không bảo đảm an toàn để sử dụng. Về nguyên tắc, hợp đồng cần cân bằng lợi ích giữa các bên, nhưng trên thực tế, mỗi bên đều có xu hướng bảo vệ quyền lợi và lựa chọn cách có lợi hơn cho mình. Nếu không có hướng dẫn để làm rõ sẽ dễ làm phát sinh tranh chấp giữa các bên khi xác định BĐS không đảm bảo an toàn để sử dụng.

Thứ hai, khi bên cho thuê tăng giá thuê BĐS bất hợp lý, bên thuê có quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng.

Quy định này có ý nghĩa bảo vệ quyền lợi của bên thuê (thường được xem là bên yếu thế khi tham gia vào quan hệ thuê BĐS), nhất là đối với bên thuê là các cá nhân vì thường họ không ký hợp đồng hoặc ký với điều khoản bất lợi là tiền thuê sẽ được điều chỉnh tăng theo quyết định của bên cho thuê. Tuy nhiên, thuật ngữ “bất hợp lý” cũng không được giải thích cụ thể. Thực tiễn cho thấy, giao dịch cho thuê BĐS thông thường không được thực hiện thông qua sàn giao dịch BĐS; do đó khó có thể tổng hợp thông số và đưa ra được mức giá thị trường của các BĐS tương tự để tham khảo trong tình huống muốn xác

định giá thuê một BĐS cụ thể có bị tăng bất hợp lý hay không.

Bên cạnh đó, Điều 15 Luật KDBĐS năm 2014 quy định giá mua bán, chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê mua BĐS do các bên thỏa thuận và được ghi rõ trong hợp đồng, trường hợp Nhà nước có quy định về giá thì các bên phải thực hiện theo quy định đó. Tuy nhiên, cho đến nay, chưa có văn bản pháp luật nào quy định về giá đối với BĐS cho thuê, cho thuê mua. Do đó, trường hợp bên cho thuê muốn thay đổi giá thuê BĐS so với giá được quy định trong hợp đồng, thì bên cho thuê cũng không thể đơn phương áp dụng giá thuê thay đổi mà chỉ được áp dụng giá mới sau khi có thỏa thuận với bên thuê, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận việc bên cho thuê được tự động tăng giá thuê BĐS trong hợp đồng, lúc này chính quy định của Luật KDBĐS năm 2014 đã bảo lưu lại quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng nếu bên cho thuê tăng giá thuê BĐS bất hợp lý.

1.2. Thủ tục và hậu quả của việc đơn phương chấm dứt hợp đồng thuê bất động sản

1.2.1. Thủ tục đơn phương chấm dứt hợp đồng thuê bất động sản

Khoản 3 Điều 30 Luật KDBĐS năm 2014 quy định, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác, một bên muốn thực hiện quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng thuê BĐS phải thông báo cho bên còn lại biết trước 01 tháng. Việc thông báo trước 01 tháng khi không có thỏa thuận khác giữa các bên nhằm để bên có quyền thực hiện đúng quyền của mình và làm giảm sự lạm dụng quyền của bên có quyền cũng như cho bên còn lại có đủ thời gian để phân biện hoặc chuẩn bị cho việc chấm dứt hợp

đồng thuê BĐS. Tuy nhiên, quy định này lại chưa bao quát được nội dung thông báo và thời hiệu của việc đơn phương chấm dứt hợp đồng.

Thực tiễn giải quyết tranh chấp của Tòa án nhân dân cho thấy, Tòa án không chấp nhận yêu cầu do bên đơn phương chấm dứt hợp đồng chưa xác định rõ nội dung thông báo, từ đó không có căn cứ để giải quyết về đơn phương chấm dứt hợp đồng. Cụ thể, tại Bản án sơ thẩm số 01/2017/KDTM-ST ngày 12/01/2017 của Tòa án nhân dân (TAND) TP. Đà Lạt về tranh chấp hợp đồng kinh doanh thương mại thuê mặt bằng, phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại do một bên đề nghị hủy hợp đồng nhận định hành vi của Công ty CP DVDL A là hành vi đơn phương chấm dứt hợp đồng⁴. Tuy nhiên, Bản án phúc thẩm đã hủy Bản án sơ thẩm và một trong những lý do là Tòa phúc thẩm nhận định Bản án sơ thẩm chưa làm rõ lý do Công ty CP DVDL A yêu cầu hủy Hợp đồng số 01/HĐMB, hủy để chấm dứt hợp đồng hay hủy để ký lại hợp đồng mới, nội dung đề xuất của các bên là như thế nào, qua đó mới xác định được có hay không có hành vi đơn phương chấm dứt hợp đồng và xác định lỗi⁵. Như vậy, có thể thấy, thông báo chấm dứt hợp đồng thuê BĐS với nội dung chưa rõ ràng, không ghi lý do chấm dứt hợp đồng, không ghi căn cứ để thực hiện việc chấm dứt hợp đồng thì sẽ khó xác định được bên gửi thông báo có đang thực hiện quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng hay không.

Bên cạnh đó, khi một trong các bên có hành vi là điều kiện làm phát sinh quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng của bên kia, nhưng bên có quyền không thực hiện quyền của mình ngay, mà một thời gian rất lâu sau đó mới gửi thông báo để áp dụng quyền thì bên có quyền còn được thực hiện quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng hay không?, đặc biệt, khi bên còn lại đã khắc phục hậu quả cho hành vi của mình. Về vấn đề này, Luật KDBĐS năm 2014 và các văn bản hướng dẫn thi hành không quy định cụ thể.

1.2.2. Hậu quả của việc đơn phương chấm dứt hợp đồng cho thuê bất động sản

Hậu quả của việc đơn phương chấm dứt hợp đồng cho thuê BĐS là hợp đồng sẽ chấm dứt hiệu lực, các bên không bắt buộc tiếp tục phải thực hiện nghĩa vụ với nhau, trừ thỏa thuận về phạt vi phạm, bồi thường thiệt hại và giải quyết tranh chấp. Theo đó, có ba vấn đề mà các bên luôn quan tâm khi chấm dứt hợp đồng thuê BĐS, đó là: (i) bồi thường thiệt hại, (ii) hoàn trả BĐS, và (iii) xử lý tiền cọc.

Luật KDBĐS năm 2014 không trực tiếp điều chỉnh về hậu quả của đơn phương chấm dứt hợp đồng thuê BĐS. Do đó, việc xử lý hậu quả của đơn phương chấm dứt hợp đồng thuê BĐS sẽ tuân theo quy định của pháp luật có liên quan tương ứng cho từng vấn đề.

Thứ nhất, về bồi thường thiệt hại: Bồi thường thiệt hại được điều chỉnh bởi cả Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2015 và

4. Tòa án nhân dân TP. Đà Lạt (2017), “Bản án 01/2017/KDTM-ST ngày 12/01/2017 về tranh chấp hợp đồng kinh doanh thương mại thuê mặt bằng, phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại do một bên đề nghị hủy hợp đồng”, Lâm Đồng.

5. Tòa án nhân dân tỉnh Lâm Đồng (2017), “Bản án 06/2017/KDTM-PT ngày 16/8/2017 về tranh chấp hợp đồng kinh doanh thương mại thuê mặt bằng, phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại do một bên đề nghị hủy hợp đồng”.

Luật Thương mại năm 2005. Tuy nhiên, cho thuê BĐS với bản chất là hoạt động thương mại (nhằm mục đích sinh lợi); do đó, vấn đề bồi thường thiệt hại trong hợp đồng thuê BĐS sẽ ưu tiên áp dụng theo quy định của Luật Thương mại năm 2005. Theo đó, căn cứ để yêu cầu bồi thường thiệt hại khi có đủ ba yếu tố sau: (i) hành vi vi phạm hợp đồng; (ii) thiệt hại thực tế; (iii) hành vi vi phạm hợp đồng là nguyên nhân trực tiếp gây ra hậu quả⁶. Tuy nhiên, trên thực tế hoạt động cho thuê BĐS, các bên thường thỏa thuận ấn định mức bồi thường trong trường hợp đơn phương chấm dứt hợp đồng thuê BĐS.

Thứ hai, về hoàn trả BĐS: Theo quy định, bên thuê có nghĩa vụ hoàn trả BĐS theo tình trạng như lúc nhận bàn giao, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác. Tuy nhiên, sẽ rất khó khăn trong việc truy cứu trách nhiệm pháp lý nếu bên thuê không thực hiện nghĩa vụ này, sau đó bỏ trốn và không thể liên lạc được.

Trên thực tế, bên cho thuê thường chấp nhận bỏ chi phí để dọn dẹp BĐS ngay sau khi nhận bàn giao từ bên thuê, với mục đích cho bên thứ ba tiếp tục thuê BĐS, tránh bị sụt giảm về lợi nhuận. Thậm chí nếu bên thuê có để lại các tài sản khác trên BĐS, mặc dù các bên đã có thỏa thuận: “Bên thuê từ bỏ quyền sở hữu đối với tài sản đó, đồng nghĩa với việc bên cho thuê có quyền sở hữu tài sản đó”⁷, thì bên cho thuê vẫn gặp khó khăn trong việc sử dụng tài sản để bù đắp cho những tổn thất do bên thuê gây ra. Bởi

lẽ, theo nguyên lý kế toán thì bên thuê phải xuất hóa đơn hoặc ký kết giấy tờ chuyển giao quyền sở hữu cho bên cho thuê để có thể hạch toán tài sản và sử dụng.

Thứ ba, về xử lý tiền cọc: Trong mối tương quan với việc đơn phương chấm dứt hợp đồng thuê BĐS thì thuật ngữ, tiền cọc ở đây được hiểu là một biện pháp bảo đảm thực hiện hợp đồng thuê BĐS của bên thuê⁸. Nếu các bên có thỏa thuận cụ thể việc xử lý tiền cọc khi một bên thực hiện quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng, các bên sẽ xử lý tiền cọc theo thỏa thuận đó. Nếu các bên không có thỏa thuận, tiền cọc sẽ được xử lý theo quy định tại khoản 2 Điều 328 BLDS năm 2015. Theo đó, trường hợp hợp đồng chấm dứt do lỗi của bên thuê thì tiền cọc thuộc về bên cho thuê; trường hợp do lỗi của bên cho thuê thì bên cho thuê phải trả cho bên thuê tiền cọc và một khoản tiền tương đương tiền cọc. Tuy nhiên, trường hợp hợp đồng cho thuê BĐS chấm dứt do lỗi của cả hai bên hoặc do sự kiện bất khả kháng thì tiền cọc sẽ được xử lý như thế nào? Luật KDBĐS năm 2014 và các văn bản hướng dẫn chưa quy định cụ thể vấn đề này.

2. Kiến nghị hoàn thiện quy định của pháp luật về đơn phương chấm dứt hợp đồng thuê bất động sản

2.1. Quy định về quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng thuê bất động sản

2.1.1. Về quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng thuê bất động sản của bên cho thuê

6. Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh (2014), “Giáo trình pháp luật về thương mại hàng hóa và dịch vụ”, Nxb. Hồng Đức.

7. Điều 228 BLDS năm 2015.

8. Đỗ Văn Đại (2014), “Luật nghĩa vụ dân sự và bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự: Bản án và bình luận án. Tập 1”, Nxb. Chính trị Quốc gia.

Để bảo đảm quyền và lợi ích của bên thuê BĐS, chúng tôi đề xuất sửa đổi, bổ sung điểm a, điểm b khoản 1 Điều 30 Luật KDBĐS như sau:

a) Thanh toán tiền thuê nhà, công trình xây dựng chậm so với thời điểm thanh toán tiền đã ghi trong hợp đồng mà không được sự chấp thuận của bên cho thuê.

b) Sử dụng nhà, công trình xây dựng không đúng công năng, thiết kế hoặc mục đích thuê được thỏa thuận trong hợp đồng.

2.1.2. Về quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng thuê bất động sản của bên thuê

Để bảo đảm quyền của người cho thuê BĐS, chúng tôi kiến nghị sửa đổi, bổ sung điểm a, điểm b khoản 2 Điều 30 Luật KDBĐS năm 2014 như sau:

a) Không sửa chữa được nhà, công trình xây dựng khi nhà, công trình xây dựng không bảo đảm an toàn để sử dụng hoặc gây thiệt hại cho bên thuê trong khoảng thời gian theo yêu cầu của bên thuê.

b) Tăng giá thuê nhà, công trình xây dựng bất hợp lý, trừ trường hợp đã có thỏa thuận trước về việc điều chỉnh giá thuê.

Ngoài ra, Bộ Xây Dựng với tư cách là cơ quan quản lý nhà nước về KDBĐS cần ban hành văn bản hướng dẫn cụ thể tiêu chuẩn để xác định thế nào là BĐS “không đảm bảo an toàn để sử dụng” để các bên có cơ sở thực hiện; hướng dẫn xác định giá tăng như thế nào là bất hợp lý, bởi thực tế cho thấy giá thuê BĐS dựa trên nhiều yếu tố như tính chất, vị trí, quy mô, thực trạng của BĐS và giá thị trường tại thời điểm tăng giá⁹.

9. Nguyễn Minh Oanh (2018), “Bình luận luật nhà ở năm 2014”, Nxb. Lao động.

10. Alan B. Morrison (2007), “Fundamentals of American Law”, Oxford University Press.

2.2. Quy định về thủ tục và hậu quả của việc đơn phương chấm dứt hợp đồng thuê bất động sản

2.2.1. Thủ tục đơn phương chấm dứt hợp đồng thuê bất động sản

Chúng tôi cho rằng, Luật KDBĐS năm 2014 cần được bổ sung quy định về nội dung thông báo và thời hiệu thực hiện quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng thuê BĐS theo hướng như sau:

Thứ nhất, thông báo đơn phương chấm dứt hợp đồng phải có các nội dung chính sau đây: Tên của bên đơn phương chấm dứt hợp đồng; tên của bên nhận thông báo; ngày chấm dứt hợp đồng; căn cứ đơn phương chấm dứt hợp đồng.

Thứ hai, nếu không có thời hạn nào được đưa ra cho việc thực hiện quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng, bên còn lại có thể yêu cầu bên có quyền, xác định cụ thể khoảng thời gian, đưa ra một câu trả lời về việc có thực hiện quyền của mình trong khoảng thời gian đó hay không. Trong các trường hợp này, nếu bên còn lại không nhận được bất kỳ thông báo đơn phương chấm dứt hợp đồng nào trong khoảng thời gian đó, quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng sẽ bị huỷ bỏ¹⁰.

2.2.2. Hậu quả của việc đơn phương chấm dứt hợp đồng thuê bất động sản

Nhằm hạn chế tranh chấp trong việc giải quyết hậu quả của việc đơn phương chấm dứt hợp đồng thuê BĐS, cần sửa đổi Luật KDBĐS năm 2014 theo hướng bổ sung quy định riêng về hậu quả của việc đơn phương chấm dứt hợp đồng thuê BĐS ■

PHÁP LUẬT TỔ TỤNG HÌNH SỰ ĐỨC VỀ BIỆN PHÁP TẠM GIAM VÀ KINH NGHIỆM CHO VIỆT NAM

Nguyễn Phương Thảo*
Tăng Trần Quỳnh Phương**

* ThS. GV. Khoa Luật Hình sự, Trường Đại học Luật Tp. HCM.

**ThS.Thẩm phán Trung cấp, Tòa án nhân dân tỉnh Bạc Liêu.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Tạm giam, vụ án hình sự, pháp luật tố tụng hình sự Cộng hòa Liên bang Đức.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 25/11/2020

Biên tập : 14/12/2020

Duyệt bài : 22/12/2020

Article Information:

Keywords: Detention, criminal case, criminal procedure, the Federal Republic of Germany.

Article History:

Received : 25 Nov. 2020

Edited : 14 Dec. 2020

Approved : 22 Dec. 2020

Tóm tắt:

Bài viết so sánh một số quy định của pháp luật tố tụng hình sự Việt Nam và Cộng hòa Liên bang Đức về biện pháp tạm giam được áp dụng trong quá trình giải quyết vụ án hình sự; qua đó đưa ra một số kiến nghị nhằm hoàn thiện pháp luật tố tụng hình sự Việt Nam.

Abstract:

This article provides comparison of a number of provisions of the criminal procedure under Law of Vietnam and the one in law of the Federal Republic of Germany on detention measures, which are applied in the process of resolving criminal cases. Thereby, it is to propose a number of recommendations to further improve the criminal procedure law of Vietnam.

1. Pháp luật tố tụng hình sự Đức về biện pháp tạm giam

Ở Đức, biện pháp tạm giam là một trong những biện pháp cưỡng chế trong tố tụng hình sự (TTHS) và được quy định trong Bộ luật Tố tụng hình sự Đức (Bộ luật TTHS) năm 1987 (sửa đổi năm 2019). Đây cũng là biện pháp nghiêm khắc nhất trong hệ thống các biện pháp cưỡng chế, được áp dụng bởi tòa án có thẩm quyền từ những giai đoạn đầu của quá trình giải quyết vụ án, từ khi người bị buộc tội tham gia tố tụng với tư cách là

người bị tình nghi thực hiện tội phạm. Là một quốc gia theo mô hình tố tụng tranh tụng, Cộng hòa Liên bang Đức hướng đến việc đảm bảo tối đa quyền của người bị buộc tội trong quá trình giải quyết vụ án.

1.1. Đối tượng áp dụng và hạn chế áp dụng biện pháp tạm giam

Đối tượng thứ nhất có thể bị áp dụng biện pháp tạm giam (Remand detention) là người bị nghi ngờ xác đáng về việc thực hiện tội phạm (strongly suspected of the offence) và phải có căn cứ để bắt giữ.

Tuy nhiên, lệnh tạm giam sẽ không được đặt ra nếu không tương xứng với tính chất của vụ án hoặc hình phạt hoặc các biện pháp cải tạo và phòng ngừa (quyết định về án treo và cảnh cáo, hoãn thi hành phần còn lại của bản án phạt tù, hoãn thi hành án phạt tù)¹ dự kiến được áp dụng². Hai đối tượng kể tiếp có thể áp dụng biện pháp này là bị can - người đã có quyết định truy tố (indicted accused) và bị cáo - người đã có quyết định đưa vụ án ra xét xử (defendant)³. Bên cạnh đó, Bộ luật TTHS Đức cũng quy định các trường hợp hạn chế tạm giam, theo đó, những người không thỏa mãn các điều kiện hạn chế tạm giam sẽ không bị áp dụng biện pháp này trừ một số trường hợp luật định. Cụ thể, những đối tượng bị nghi ngờ xác đáng về việc thực hiện tội phạm, bị can, bị cáo không bị áp dụng biện pháp tạm giam là những người thực hiện tội phạm ít nghiêm trọng (các hành vi trái pháp luật với mức hình phạt thấp hơn một năm tù hoặc hình phạt tiền)⁴ đến 6 tháng tù hoặc phạt tiền đến 180 đơn vị tính theo ngày (daily units). Tuy nhiên, hạn chế này không áp dụng đối với trường hợp khi bị can trước đó đã trốn tránh pháp luật hoặc đã chuẩn bị cho việc bỏ trốn; hoặc bị can không có nơi ở cố định hoặc nơi cư trú trong phạm vi lãnh thổ theo quy định của Luật này, hoặc bị can không thể khai báo danh tính của mình⁵.

1.2. Căn cứ tạm giam

Theo quy định của Điều 112 Bộ luật TTHS Đức, lệnh tạm giam có thể được áp dụng đối với người bị buộc tội nếu có đủ 2 điều kiện, một là có chứng cứ để nghi ngờ

người đó phạm tội, và hai là có căn cứ để bắt giữ (ground for arrest). Theo đó, dựa vào những tình tiết cụ thể của vụ án và hành vi của người bị buộc tội, những căn cứ để bắt giữ theo quy định của luật có thể bao gồm một số căn cứ sau đây, có khả năng gây khó khăn cho việc xác định sự thật vụ án, đặc biệt là vấn đề thu thập chứng cứ:

- Có căn cứ xác định người bị buộc tội đã bỏ trốn hoặc có nguy cơ bỏ trốn (risk of flight);

- Có căn cứ xác định người này sẽ phá hủy, thay đổi, di chuyển, giấu, hoặc làm giả chứng cứ; tác động không đúng đắn tới đồng phạm, nhân chứng, chuyên gia, hoặc khiến người khác thực hiện những hành vi này.

Tuy nhiên, dù không có căn cứ bắt giữ nhưng người bị buộc tội vẫn có thể bị tạm giam khi rơi vào các trường hợp: (1) Có căn cứ rõ ràng để nghi ngờ người đó phạm tội tại Điều 308 Bộ luật Hình sự (BLHS) Đức (khoản 1, 2, 3 - Tội phạm về cháy nổ) nhằm thực hiện các hành vi diệt chủng tại điểm 1 khoản 1 Điều 6 Bộ luật những tội phạm chống lại Luật quốc tế (Code of Crimes against International Law - CCAIL); hoặc (2) Phạm tội tại khoản 1, 2 Điều 129a, khoản 1 Điều 129b (liên quan đến việc thành lập các tổ chức khủng bố), Điều 211 (Tội giết người trong những trường hợp tăng nặng trách nhiệm hình sự), Điều 212 (Tội giết người không thuộc các trường hợp tại Điều 211), Điều 226 (Tội gây ra những tổn thương trên cơ thể), Điều 306b, 306c BLHS Đức (liên quan đến tội làm hỏa hoạn). Theo đó, trong lệnh bắt cũng phải ghi rõ các tình

1. Điều 453 - 455 và Điều 463 Bộ luật TTHS Đức năm 1987 (sửa đổi năm 2019).

2. Khoản 1 Điều 112 Bộ luật TTHS Đức năm 1987.

3. Điều 157 Bộ luật TTHS Đức năm 1987.

4. Điều 12 Bộ luật TTHS Đức năm 1998 (sửa đổi năm 2013).

5. Khoản 2 Điều 113 Bộ luật TTHS Đức năm 1987.

tiết dẫn tới sự nghi ngờ về tội phạm và căn cứ cho việc bắt, trừ khi việc đó ảnh hưởng tới an ninh quốc gia⁶.

Một số căn cứ khác cho việc bắt giữ cũng được quy định tại Điều 112a Bộ luật TTHS Đức khi có căn cứ xác đáng để nghi ngờ rằng bị can sẽ thực hiện một số tội phạm được liệt kê tại điều luật này và nếu có căn cứ cho thấy khả năng trước khi có bản án kết tội, người đó sẽ thực hiện tiếp những tội phạm nghiêm trọng tương tự hoặc sẽ tiếp tục thực hiện hành vi phạm tội, và việc tạm giam là cần thiết để ngăn ngừa sự nguy hiểm sắp xảy ra. Tuy nhiên, những căn cứ bắt giữ tại Điều 112 sẽ được ưu tiên áp dụng trước. Như đã đề cập, một số căn cứ được quy định tại khoản 2 Điều 113 Bộ luật TTHS Đức cũng có thể được áp dụng đối với những đối tượng phạm tội ít nghiêm trọng đến 6 tháng tù hay phạt tiền đến 180 đơn vị tính theo ngày.

Ngoài ra, theo quy định của khoản 4 Điều 116 Bộ luật TTHS Đức, sau khi có quyết định đình chỉ thi hành lệnh bắt nhưng người bị buộc tội vi phạm một số căn cứ thì lệnh bắt sẽ được áp dụng lại kèm theo việc tạm giam. Những vi phạm đó có thể xuất phát từ việc bị can vi phạm nghiêm trọng nghĩa vụ và các hạn chế được áp dụng đối với họ; bị can chuẩn bị bỏ trốn, vắng mặt không có lý do chính đáng khi được triệu tập, hoặc có biểu hiện khác khiến cơ quan có thẩm quyền mất niềm tin vào họ; hoặc có những tình tiết mới khiến cho việc bắt là cần thiết.

1.3. Thời hạn tạm giam

Ở Cộng hòa Liên bang Đức, như đã đề cập, tạm giam có thể được áp dụng đối

với người bị tình nghi thực hiện tội phạm, bị can, bị cáo và luôn gắn liền với các căn cứ bắt giữ. Như vậy, có thể thấy tạm giam được áp dụng ngay từ những giai đoạn đầu tiên của quá trình tố tụng, từ khi xuất hiện tư cách người bị tình nghi thực hiện tội phạm và kéo dài suốt quá trình này. Điều 121 Bộ luật TTHS Đức quy định, trong trường hợp bản án chưa được tuyên về việc quyết định hình phạt tù hoặc cải tạo giam giữ thì thời hạn tạm giam nhiều hơn 06 tháng đối với một hành vi phạm tội sẽ chỉ được áp dụng trong trường hợp việc điều tra có khó khăn đặc biệt hoặc kéo dài bất thường hoặc vì một số lý do quan trọng khác mà việc tuyên án bị cản trở và có cơ sở cho việc tiếp tục tạm giam. Tuy nhiên, trong trường hợp này, thời hạn tạm giam sẽ không kéo dài hơn 01 năm nếu thuộc những căn cứ khác cho việc bắt giữ tại Điều 112a Bộ luật TTHS Đức⁷. Trong trường hợp Tòa án Khu vực cấp trên (Higher Regional Court) ra lệnh tiếp tục tạm giam thì biện pháp tạm giam vẫn tiếp tục được áp dụng và Tòa án Khu vực cấp trên sẽ có thẩm quyền cho tới khi bản án được tuyên⁸. Tóm lại, ở Cộng hòa Liên bang Đức, biện pháp tạm giam được áp dụng thông thường dưới 06 tháng, nhưng trong một số trường hợp ảnh hưởng đến việc giải quyết vụ án thì biện pháp này có thể được kéo dài đến 01 năm, đặc biệt Tòa án Khu vực cấp trên có quyền kéo dài thời hạn tạm giam cho đến khi bản án được tuyên, tức là trên 01 năm.

1.4. Hủy bỏ biện pháp tạm giam

Theo quy định của Bộ luật TTHS Đức, việc hủy bỏ biện pháp tạm giam được thực hiện thông qua quyết định đình chỉ

6. Điều 114 Bộ luật TTHS Đức năm 1987.

7. Điều 122a Bộ luật TTHS Đức năm 1987.

8. Khoản 2 Điều 121 Bộ luật TTHS Đức năm 1987.

thi hành lệnh bắt nếu có sự đồng ý của cơ quan công tố hoặc quyết định hủy bỏ lệnh bắt của Tòa án. Quyết định đình chỉ thi hành lệnh bắt sẽ được Thẩm phán áp dụng nếu có các biện pháp ít nghiêm khắc hơn đủ để đảm bảo cho mục đích của việc tạm giam và có căn cứ cho rằng, bị can sẽ tuân thủ các yêu cầu nhất định; hoặc các biện pháp này có khả năng làm giảm đáng kể những khó khăn của việc thu thập chứng cứ; hoặc bị can có đặt tiền hoặc tài sản để đảm bảo⁹. Quyết định hủy bỏ lệnh bắt của Tòa án được ban hành khi không còn các căn cứ cho việc tạm giam, hoặc nếu việc tiếp tục tạm giam không còn phù hợp với tính chất của vụ án, không còn tương xứng với những hình phạt dự kiến và với các biện pháp cải tạo, phòng ngừa. Lệnh bắt cũng sẽ được hủy bỏ nếu cơ quan công tố có đề nghị trước khi có quyết định khởi tố vụ án. Đặc biệt, lệnh bắt sẽ bị hủy bỏ nếu bị cáo được tuyên vô tội; không thể mở phiên tòa hoặc nếu thủ tục tố tụng bị đình chỉ¹⁰. Một điểm đáng lưu ý là việc hủy bỏ lệnh bắt hoặc đình chỉ thi hành lệnh bắt còn được xem xét dựa trên yêu cầu của người bị buộc tội ở bất cứ thời điểm nào trong quá trình bị tạm giam¹¹.

2. Pháp luật tố tụng hình sự Việt Nam về biện pháp tạm giam

Tương tự như pháp luật của Cộng hòa Liên bang Đức, tạm giam là một trong những biện pháp ngăn chặn nghiêm khắc nhất được quy định tại Chương VII của Bộ luật TTHS năm 2015, có khả năng hạn chế một số quyền tự do của người bị buộc tội

từ thời điểm một người được xác định với tư cách là bị can. Vì vậy, trường hợp người bị tạm giam mà có bản án, quyết định của cơ quan, người có thẩm quyền trong hoạt động TTHS xác định không có sự việc phạm tội hoặc hành vi không cấu thành tội phạm hoặc đã hết thời hạn điều tra vụ án mà không chứng minh được bị can đã thực hiện tội phạm thì đó là một trong những căn cứ để xem xét bồi thường oan sai theo Luật Trách nhiệm bồi thường của Nhà nước năm 2017¹². So với Bộ luật TTHS năm 2003, biện pháp tạm giam được quy định trong Bộ luật TTHS năm 2015 đã có những điểm tiến bộ nhất định như có sự chặt chẽ hơn về căn cứ tạm giam, từ đó đảm bảo tốt hơn quyền của bị can, bị cáo trong quá trình tham gia tố tụng.

2.1. Đối tượng áp dụng và hạn chế áp dụng biện pháp tạm giam

Đối tượng có thể bị áp dụng biện pháp tạm giam theo quy định của Bộ luật TTHS năm 2015¹³ bao gồm bị can và bị cáo về tội đặc biệt nghiêm trọng, tội rất nghiêm trọng. Theo đó, có thể hiểu bị can, bị cáo bị khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử về tội đặc biệt nghiêm trọng, tội rất nghiêm trọng đều có thể là đối tượng bị tạm giam. Nói cách khác, biện pháp này có thể được áp dụng từ khi có quyết định khởi tố bị can cho đến khi có bản án, quyết định của Tòa án có hiệu lực pháp luật. Tuy nhiên, không phải mọi bị can, bị cáo thì đều sẽ bị tạm giam. Việc quyết định có áp dụng hay không áp dụng biện pháp này còn phụ thuộc rất nhiều vào các yếu tố khác như loại tội phạm, mức hình phạt, tính

9. Điều 116, 116a Bộ luật TTHS Đức năm 1987.

10. Điều 120 Bộ luật TTHS Đức năm 1987.

11. Điều 117 Bộ luật TTHS Đức năm 1987.

12. Điều 18 Luật Trách nhiệm bồi thường của Nhà nước năm 2017.

13. Điều 119 Bộ luật TTHS năm 2015.

chất, mức độ của hành vi nguy hiểm cho xã hội, mục đích áp dụng và tính nhân đạo đối với đối tượng bị áp dụng.

Với mục đích nhân đạo, Bộ luật TTHS năm 2015 quy định hạn chế tạm giam đối với một số chủ thể bao gồm: phụ nữ có thai hoặc đang nuôi con dưới 36 tháng tuổi, người già yếu, người bị bệnh nặng mà có nơi cư trú và lý lịch rõ ràng. Theo đó, những đối tượng này khi thuộc các trường hợp có thể tạm giam thì không bị áp dụng biện pháp tạm giam mà bị áp dụng các biện pháp ngăn chặn khác ít bị hạn chế quyền tự do hơn như biện pháp bảo lãnh, đặt tiền để đảm bảo, cấm đi khỏi nơi cư trú,... trừ một số trường hợp được quy định tại khoản 4 Điều 119 Bộ luật TTHS năm 2015 có khả năng gây cản trở quá trình giải quyết vụ án.

2.2. Căn cứ tạm giam

Điều 119, Điều 278 và Điều 347 Bộ luật TTHS năm 2015 quy định khá cụ thể các căn cứ tạm giam. Theo đó, biện pháp tạm giam được áp dụng đối với tất cả các loại tội phạm, từ tội ít nghiêm trọng cho đến tội đặc biệt nghiêm trọng. Hơn nữa, biện pháp tạm giam không chỉ được áp dụng trong giai đoạn điều tra, truy tố mà còn được áp dụng ngay cả trong giai đoạn xét xử sơ thẩm và xét xử phúc thẩm. Cụ thể, khi đến ngày mở phiên tòa mà thời hạn tạm giam đã hết, nếu xét thấy cần tiếp tục tạm giam để hoàn thành việc xét xử thì Hội đồng xét xử ra lệnh tạm giam cho đến khi kết thúc phiên tòa¹⁴. Tuy nhiên, việc áp dụng biện pháp tạm giam đối với mỗi loại tội phạm có những giới hạn riêng:

- *Đối với bị can, bị cáo về tội đặc biệt nghiêm trọng, tội rất nghiêm trọng:* Biện pháp tạm giam có thể được áp dụng,

tuy nhiên lại hạn chế áp dụng đối với đối tượng là phụ nữ có thai hoặc đang nuôi con dưới 36 tháng tuổi, là người già yếu, người bị bệnh nặng mà có nơi cư trú và lý lịch rõ ràng. Việc xác định tội đặc biệt nghiêm trọng, tội rất nghiêm trọng để quyết định có hay không việc áp dụng biện pháp tạm giam được cơ quan có thẩm quyền căn cứ vào mức cao nhất của khung hình phạt tại khoản, điều được quy định trong BLHS năm 2015 đã được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2017 (BLHS năm 2015), được thể hiện cụ thể trong quyết định khởi tố bị can, quyết định truy tố, quyết định đưa vụ án ra xét xử.

- *Đối với hai loại tội phạm là nghiêm trọng và ít nghiêm trọng:* Bộ luật TTHS năm 2015 giới hạn biện pháp tạm giam chỉ được áp dụng khi có đủ hai điều kiện: (i) BLHS quy định hình phạt tù trên 2 năm, và (ii) Rơi vào một trong các trường hợp luật định được quy định tại khoản 2 Điều 119 Bộ luật TTHS năm 2015. Riêng đối với tội ít nghiêm trọng mà BLHS quy định hình phạt tù đến 02 năm thì tạm giam vẫn có thể bị áp dụng nếu họ tiếp tục phạm tội hoặc bỏ trốn và bị bắt theo quyết định truy tố¹⁵. Trường hợp phụ nữ có thai hoặc đang nuôi con dưới 36 tháng tuổi, là người già yếu, người bị bệnh nặng mà có nơi cư trú và lý lịch rõ ràng về tội nghiêm trọng và ít nghiêm trọng thì việc tạm giam cũng được xem xét áp dụng tương tự như đối với loại tội đặc biệt nghiêm trọng và tội rất nghiêm trọng.

Như vậy, để khắc phục những vướng mắc trong thực tiễn liên quan đến bị can, bị cáo bị khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử về tội phạm ít nghiêm trọng mà BLHS quy định

14. Điều 278, Điều 347 Bộ luật TTHS năm 2015.

15. Khoản 3 Điều 119 Bộ luật TTHS năm 2015.

mức phạt tù đến 02 năm, Bộ luật TTHS năm 2015 quy định chỉ có thể tạm giam đối tượng này nếu họ tiếp tục phạm tội hoặc bỏ trốn và bị bắt theo lệnh truy nã. Tuy nhiên, nếu bị can, bị cáo phạm tội ít nghiêm trọng mà BLHS quy định từ 2 năm tù trở xuống nhưng rơi vào căn cứ tại điểm a khoản 2 Điều 119 Bộ luật TTHS năm 2015 thì sẽ không bị tạm giam.

2.3. Thời hạn tạm giam

Theo quy định của Bộ luật TTHS năm 2015, thời hạn TTHS bao gồm: Thời hạn của thủ tục tố tụng và thời hạn của biện pháp ngăn chặn¹⁶, trong đó có thời hạn áp dụng biện pháp tạm giam. Do đây là biện pháp ngăn chặn nghiêm khắc nhất nên thời hạn áp dụng cũng được quy định chặt chẽ và tương ứng trong từng giai đoạn tố tụng chứ không tập trung trong cùng một điều luật. Dựa vào đó, có thể đưa ra một số nhận xét về thời hạn tạm giam được quy định trong Bộ luật TTHS năm 2015 như sau:

Một là, cơ sở để phân định thời hạn tạm giam ở các giai đoạn tố tụng có sự khác nhau. Nếu ở giai đoạn điều tra, truy tố và chuẩn bị xét xử sơ thẩm, việc quy định thời hạn tạm giam tùy thuộc vào từng loại tội phạm thì ở giai đoạn xét xử phúc thẩm, thời hạn tạm giam trong khâu chuẩn bị xét xử và thời hạn tạm giam để đảm bảo thi hành án lại căn cứ vào cấp Tòa án có thẩm quyền xét xử phúc thẩm vụ án hình sự. Theo đó, thời hạn tạm giam để chuẩn bị xét xử không được quá thời hạn chuẩn bị xét xử phúc thẩm, tức là không quá 60

ngày trong trường hợp Tòa án nhân dân cấp tỉnh, Tòa án quân sự cấp quân khu mở phiên tòa phúc thẩm và không quá 90 ngày trong trường hợp Tòa án nhân dân cấp cao, Tòa án quân sự trung ương mở phiên tòa phúc thẩm¹⁷. Đối với thời hạn tạm giam bị cáo để đảm bảo thi hành án sau khi tòa sơ thẩm tuyên án, Bộ luật TTHS năm 2015 ấn định là 45 ngày¹⁸, bất kể thời hạn chấp hành án phạt tù còn lại (sau khi đã trừ thời hạn tạm giam) do tòa tuyên nhiều hơn hay ít hơn 45 ngày. Ví dụ, bị cáo đã bị tạm giam 4 tháng trước khi xét xử, tại phiên tòa sơ thẩm bị cáo nhận mức án phạt tù với thời hạn 5 tháng. Như vậy, thời hạn chấp hành án phạt tù còn lại của bị cáo chỉ còn 30 ngày trong khi Hội đồng xét xử (HĐXX) phải ra quyết định tạm giam bị cáo nhằm đảm bảo thi hành án với thời hạn 45 ngày theo quy định của luật. Vương mắc này gây nhiều khó khăn cho Tòa án trong thực tiễn xét xử. Do đó trên thực tiễn, nếu thời hạn chấp hành hình phạt tù còn lại dưới 45 ngày thì HĐXX ghi thời hạn tạm giam bằng thời hạn chấp hành hình phạt tù còn lại và trong trường hợp này sẽ ghi thêm câu: “Hết thời hạn tạm giam này, Cơ sở giam giữ có trách nhiệm trả tự do ngay cho bị cáo nếu họ không bị giam, giữ về hành vi vi phạm pháp luật khác”¹⁹.

Hai là, ở các giai đoạn điều tra, truy tố và xét xử sơ thẩm, dù căn cứ vào từng loại tội phạm để phân định thời hạn tạm giam, nhưng thời hạn tạm giam cũng có sự khác biệt giữa các loại tội phạm giống nhau ở

16. Hoàng Tám Phi (2019), “Một số kiến nghị hoàn thiện quy định về thời hạn tạm giam trong Bộ luật TTHS năm 2015”, Tạp chí Tòa án nhân dân, số 03, tr. 33.

17. Điều 346, 347 Bộ luật TTHS năm 2015.

18. Điều 329 Bộ luật TTHS năm 2015.

19. Biểu mẫu số 07, ban hành kèm theo Nghị quyết số 05/2017/NQ-HĐTP ngày 19/9/2017 về ban hành một số biểu mẫu trong giai đoạn xét xử vụ án hình sự, xét lại bản án và quyết định đã có hiệu lực pháp luật của Bộ luật TTHS năm 2015.

các giai đoạn tố tụng khác nhau²⁰. Lý giải sự khác biệt này là do giai đoạn điều tra và xét xử được xem là hai giai đoạn trung tâm của quá trình giải quyết vụ án, đòi hỏi các cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng phải tiến hành nhiều hoạt động điều tra để xác định sự thật vụ án, từ đó có căn cứ định tội danh và quyết định hình phạt. Vì thế, thời hạn điều tra đối với cùng loại tội phạm nhưng ở hai giai đoạn này sẽ dài hơn cũng là loại tội phạm đó nhưng trong giai đoạn truy tố. Hơn nữa, xuất phát từ vai trò của Viện kiểm sát là cơ quan tiến hành tố tụng hiện diện ngay từ những khâu đầu tiên của quá trình giải quyết vụ án nên việc quy định thời hạn tạm giam để truy tố ngắn hơn thời hạn tạm giam trong hai giai đoạn còn lại là hợp lý.

Theo quy định của Điều 278 Bộ luật TTHS năm 2015, thời hạn tạm giam để chuẩn bị xét xử sơ thẩm không được quá thời hạn chuẩn bị xét xử quy định tại khoản 1 Điều 277 của Bộ luật này. Đối chiếu với khoản 1 Điều 277 Bộ luật TTHS năm 2015, thời hạn chuẩn bị xét xử được tính từ ngày thụ lý vụ án cho đến khi Tòa án ra một trong các quyết định, trong đó có quyết định đưa vụ án ra xét xử. Tuy nhiên, từ lúc có quyết định đưa vụ án ra xét xử đến khi mở phiên tòa sẽ có thêm một khoảng thời gian tố tụng nữa. Theo đó, trong thời hạn 15 ngày kể từ ngày có quyết định đưa vụ án ra xét xử, Tòa án phải mở phiên tòa; trường hợp vì lý do bất khả kháng hoặc do trở ngại khách quan thì Tòa án có thể mở phiên tòa trong thời hạn 30 ngày²¹. Như vậy, nếu căn cứ theo quy định của Điều 278, trong khoảng thời gian này, bị cáo sẽ

không bị tạm giam do thời hạn tạm giam đã chấm dứt tại thời điểm có quyết định đưa vụ án ra xét xử. Đây chính là điểm không rõ ràng trong luật, gây ra nhiều khó khăn cho quá trình áp dụng của Tòa án trên thực tiễn. Trong khi thời hạn tạm giam ở khâu chuẩn bị xét xử phúc thẩm lại được quy định rõ ràng, cụ thể: “Thời hạn tạm giam để chuẩn bị xét xử không được quá thời hạn chuẩn bị xét xử phúc thẩm quy định tại Điều 346 của Bộ luật này”²², tức là bao hàm cả khoảng thời gian từ ngày có quyết định đưa vụ án ra xét xử đến ngày mở phiên tòa xét xử phúc thẩm.

Ba là, việc kéo dài thời hạn tạm giam cho ngang bằng với thời hạn của thủ tục tố tụng ở từng giai đoạn cũng có sự khác biệt. Ở giai đoạn truy tố và xét xử sơ thẩm, thời hạn tạm giam để truy tố và xét xử sơ thẩm đối với tất cả các loại tội phạm đều có thể được kéo dài ngang bằng với thời hạn truy tố và xét xử loại tội phạm đó. Trong khi ở giai đoạn điều tra, chỉ duy nhất thời hạn tạm giam đối với loại tội phạm đặc biệt nghiêm trọng mới có thể được kéo dài cho đến khi kết thúc việc điều tra, khi không có căn cứ để hủy bỏ biện pháp tạm giam. Chúng tôi cho rằng, thời hạn tạm giam để điều tra đối với tất cả các loại tội phạm nên được kéo dài bằng với thời hạn điều tra tương ứng với loại tội phạm đó. Điều này sẽ khắc phục được tình trạng hết thời hạn tạm giam nhưng thời hạn điều tra chưa kết thúc và không có căn cứ để áp dụng các biện pháp thay thế tạm giam, đồng thời cũng hạn chế được tình trạng cơ quan điều tra khi hết thời hạn tạm giam thì nhanh chóng ra bản kết luận điều tra, kết thúc

20. Điều 172, 240, 241, 277, 278 Bộ luật TTHS năm 2015.

21. Khoản 3 Điều 277 Bộ luật TTHS năm 2015.

22. Khoản 2 Điều 347 Bộ luật TTHS năm 2015.

giai đoạn điều tra và chuyển sang giai đoạn mới để tiếp tục tạm giam bị can, trong khi vụ án vẫn chưa được điều tra toàn diện nên sẽ dễ gây ra oan sai.

2.4. Hủy bỏ biện pháp tạm giam

Điều 125 Bộ luật TTHS năm 2015 quy định những trường hợp bắt buộc (đương nhiên) và tùy nghi (xét thấy cần thiết) trong việc hủy bỏ biện pháp tạm giam. Theo đó, những trường hợp bắt buộc mà cơ quan có thẩm quyền phải ra quyết định hủy bỏ biện pháp tạm giam là khi có: Quyết định không khởi tố vụ án hình sự; Quyết định đình chỉ điều tra, đình chỉ vụ án; Quyết định đình chỉ điều tra đối với bị can, đình chỉ vụ án đối với bị can; trường hợp bị cáo được Tòa án tuyên không có tội, miễn trách nhiệm hình sự hoặc miễn hình phạt, hình phạt tù nhưng được hưởng án treo hoặc hình phạt cảnh cáo, phạt tiền, cải tạo không giam giữ. Tuy nhiên, như thế nào được xem là những trường hợp “xét thấy cần thiết” để hủy bỏ biện pháp tạm giam thì pháp luật TTHS không quy định cụ thể mà tùy thuộc nhận định của cơ quan có thẩm quyền.

3. So sánh quy định của pháp luật tố tụng hình sự Đức và Việt Nam về biện pháp tạm giam

3.1. Về đối tượng áp dụng và hạn chế áp dụng biện pháp tạm giam

Nếu như ở Việt Nam, biện pháp tạm giam có thể được áp dụng đối với bị can (khi có quyết định khởi tố bị can của cơ quan có thẩm quyền) và bị cáo (khi có quyết định đưa vụ án ra xét xử của Tòa án) thì ở Đức, biện pháp ngăn chặn này cũng có thể được áp dụng trước khi xét xử

(pre-trial detention)²³ và áp dụng đối với các đối tượng bao gồm người bị tình nghi thực hiện tội phạm (khi có quyết định bắt), bị can (khi có quyết định truy tố của Viện công tố) và bị cáo (khi có quyết định đưa vụ án ra xét xử của Tòa án). Nhìn ở góc độ thời điểm áp dụng, biện pháp này được áp dụng ở Đức (thời điểm người bị tình nghi bị bắt) sớm hơn so với Việt Nam (thời điểm người bị buộc tội đã là bị can). Do biện pháp bắt quả tang và tạm giữ người bị tình nghi ở Đức cần được xem xét ngay bởi thẩm phán có thẩm quyền để quyết định có hủy bỏ biện pháp tạm giữ hay không. Theo đó, ngay sau khi bắt, người bị buộc tội được đưa đến trước Tòa án có thẩm quyền hoặc Tòa án địa phương nơi gần nhất, không muộn hơn ngày tiếp theo sau khi bị bắt và nếu có căn cứ thì thẩm phán phải ra lệnh bắt để tạm giam đối tượng này²⁴. Do đó, thời hạn tạm giữ theo quy định của pháp luật TTHS Đức trước khi chuyển sang tạm giam ngắn hơn thời hạn tạm giữ theo pháp luật Việt Nam. Từ đó kéo theo biện pháp tạm giam ở Đức sẽ được áp dụng sớm hơn ở Việt Nam.

Với những trường hợp hạn chế áp dụng biện pháp tạm giam, có thể thấy pháp luật TTHS Việt Nam có điểm ưu việt hơn pháp luật TTHS của Đức khi khoanh vùng một số đối tượng đặc biệt không bị áp dụng (bao gồm phụ nữ có thai hoặc đang nuôi con dưới 36 tháng tuổi, người già yếu, người bị bệnh nặng mà có nơi cư trú và lý lịch rõ ràng) và những trường hợp loại trừ này chỉ mất hiệu lực khi các đối tượng này thực hiện hành vi gây khó khăn cho cơ quan có thẩm quyền trong việc xác định sự thật vụ án.

23. Liên minh châu Âu (2013), Những hướng dẫn pháp lý về thủ tục TTHS và quyền bào chữa ở Đức (Legal guidance notes about Criminal proceedings and defence rights in Germany).

24. Điều 117 Bộ luật TTHS năm 2015.

Điều 128 Bộ luật TTHS Đức năm 1987.

3.2. Về căn cứ tạm giam

Theo pháp luật TTHS Việt Nam, căn cứ tạm giam dựa vào loại tội phạm, mức hình phạt, tính chất, mức độ của hành vi nguy hiểm cho xã hội, mục đích áp dụng và tính nhân đạo đối với đối tượng bị áp dụng. Trong khi theo pháp luật TTHS Đức, căn cứ tạm giam lại gắn liền với căn cứ bắt giữ. Có thể thấy, dựa vào việc phân loại tội phạm để xác định căn cứ tạm giam ở Việt Nam dễ dẫn đến sự thiếu đồng bộ và nhiều lỗ hổng. Vì vậy, Việt Nam có thể tham khảo những ưu điểm của pháp luật TTHS Đức về cách thiết kế những căn cứ tạm giam theo hướng không dựa vào loại tội phạm mà xây dựng những căn cứ chung cho việc tạm giam.

3.3. Về thời hạn tạm giam

Nếu trong pháp luật TTHS Việt Nam, thời hạn tạm giam được căn cứ vào loại tội phạm, mức hình phạt, tính chất, mức độ của hành vi nguy hiểm cho xã hội, mục đích áp dụng và tính nhân đạo đối với đối tượng bị áp dụng (trừ thời hạn tạm giam trong giai đoạn xét xử phúc thẩm căn cứ vào cấp Tòa án có thẩm quyền xét xử phúc thẩm) thì trong pháp luật TTHS Đức, thời hạn tạm giam được căn cứ chủ yếu vào căn cứ bắt giữ và tính chất nghiêm trọng, phức tạp của vụ án. Điểm khác tương đồng trong thời hạn tạm giam của cả hai quốc gia này là thời hạn tạm giam có thể được kéo dài đến khi Tòa án tuyên án. Tuy nhiên, có hai sự khác biệt mà Việt Nam cần tham khảo kinh nghiệm của Đức: *Thứ nhất*, ở Việt Nam, trong giai đoạn điều tra, chỉ thời hạn tạm giam để điều tra đối với loại tội phạm đặc biệt nghiêm trọng được kéo dài đến hết thời hạn điều tra, trong khi ở Đức thì không có sự phân biệt này; *Thứ hai*, quy định về thời hạn tạm giam trong khâu chuẩn bị xét xử tại Điều 278 Bộ luật TTHS năm 2015

là không xuyên suốt và có sự ngắt quãng, gây khó khăn cho quá trình áp dụng; trong khi ở Đức, thời hạn tạm giam là xuyên suốt trong cả quá trình tố tụng. Do đó, chúng tôi cho rằng, để bảo đảm quá trình TTHS diễn ra thuận lợi, cần sửa đổi Bộ luật TTHS năm 2015 theo hướng cho phép kéo dài thời hạn tạm giam đối với tất cả các loại tội phạm cho ngang bằng với thời hạn điều tra tương ứng với loại tội phạm đó.

3.4. Về hủy bỏ biện pháp tạm giam

Theo pháp luật TTHS Đức, căn cứ để ra quyết định đình chỉ thi hành lệnh bắt khá tương đồng với những căn cứ của quyết định thay thế biện pháp tạm giam theo pháp luật TTHS Việt Nam; những căn cứ hủy bỏ lệnh bắt ở Đức cũng khá giống với căn cứ hủy bỏ biện pháp tạm giam ở Việt Nam. Tuy nhiên, pháp luật TTHS Đức có một sự logic nhất định trong mối quan hệ nhân quả giữa căn cứ tạm giam và việc hủy bỏ biện pháp tạm giam. Vì căn cứ để tạm giam gắn liền với căn cứ bắt giữ nên khi không còn căn cứ bắt nữa thì việc tạm giam phải được hủy bỏ. Ở Việt Nam, căn cứ bắt buộc để hủy bỏ biện pháp tạm giam là những căn cứ đương nhiên mà nếu không quy định thì cơ quan có thẩm quyền cũng có thể hiểu rằng phải áp dụng như thế, việc quy định chỉ là hình thức để thống nhất việc áp dụng trên thực tế. Ngoài ra, pháp luật TTHS Đức còn cho phép người bị buộc tội có quyền yêu cầu Tòa án hủy bỏ lệnh bắt hoặc đình chỉ thi hành lệnh bắt bất cứ lúc nào trong quá trình tạm giam. Về vấn đề này, pháp luật Việt Nam cũng có quy định tương tự, nhưng được thể hiện dưới dạng “quyền yêu cầu” chung những vấn đề liên quan đến vụ án của người bị buộc tội²⁵ chứ không rõ ràng, cụ thể như pháp luật của Đức■

25. Điều 58, 59, 60, 61 và Điều 175 Bộ luật TTHS năm 2015.

ỦY BAN NHÂN DÂN THÀNH PHỐ THỦ ĐỨC VÀ NHỮNG YÊU CẦU ĐỐI VỚI CƠ QUAN HÀNH CHÍNH NHÀ NƯỚC TRONG CHÍNH QUYỀN THÀNH PHỐ THUỘC THÀNH PHỐ

Trần Thị Thu Hà*

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

Thông tin bài viết:

Từ khóa: UBND thành phố Thủ Đức, cơ quan hành chính nhà nước trong chính quyền thành phố thuộc thành phố.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 30/12/2020
Biên tập : 10/01/2021
Duyệt bài : 12/01/2021

Article Information:

Keywords: People's Committee of Thu Duc city, the state administrative entity within a municipal government of the city.

Article History:

Received : 30 Dec. 2020
Edited : 10 Jan. 2021
Approved : 12 Jan. 2021

Tóm tắt:

Ủy ban nhân dân (UBND) thành phố Thủ Đức là thiết chế trung tâm trong bộ máy chính quyền thành phố thuộc thành phố, có vai trò đặc biệt quan trọng đối với sự phát triển kinh tế - xã hội của một đô thị hiện đại và năng động. Tuy nhiên, trước những triển vọng và thách thức của việc thành lập chính quyền thành phố Thủ Đức trong thành phố Hồ Chí Minh, để có thể hoàn thành chức năng, nhiệm vụ một cách tốt nhất, bản thân cơ quan hành chính nhà nước này phải được đổi mới về tổ chức và hoạt động. Do vậy, không chỉ nhận diện UBND thành phố Thủ Đức từ các văn bản pháp luật hiện hành, tác giả còn xem xét các yêu cầu đặt ra đối với nó nhằm đề xuất một số cơ chế đặc thù mà cơ quan hành chính nhà nước trong chính quyền thành phố thuộc thành phố cần phải có.

Abstract:

The People's Committee of Thu Duc city is a central institution in the municipal government apparatus, playing a particularly important role in the socio-economic development of a modern and dynamic city. However, facing the prospects and challenges of the establishment of the government of Thu Duc city in Ho Chi Minh City, in order to be able to fulfill the functions and tasks in the best manner, this administrative agency itself must be innovated in organization and operation. Therefore, not only identifying the People's Committee of Thu Duc city from the current legal documents, but the article also provides consideration to the requirements posed to propose some specific mechanisms that the administrative body in municipal government must be required

1. Nhận diện vị trí pháp lý của Ủy ban nhân dân thành phố Thủ Đức từ các văn bản pháp luật hiện hành

Hiện nay, UBND Thành phố Thủ Đức chưa hiện hữu trên thực tế nhưng những cơ sở pháp lý cho việc thành lập và hoạt động của cơ quan này về cơ bản đã được xác định trong Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015 đã được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2019 và Nghị quyết về tổ chức chính quyền đô thị tại Thành phố Hồ Chí Minh vừa được Quốc hội

thông qua ngày 16/11/2020. Theo đó, UBND thành phố Thủ Đức là cơ quan hành chính nhà nước (CQHCCN) trong chính quyền thành phố thuộc thành phố - một đơn vị hành chính cấp huyện, “do Hội đồng nhân dân (HĐND) cùng cấp bầu, là cơ quan chấp hành của HĐND... chịu trách nhiệm trước Nhân dân địa phương, HĐND cùng cấp và CQHCCN cấp trên”¹; bao gồm Chủ tịch, Phó Chủ tịch và các ủy viên là người đứng đầu cơ quan chuyên môn thuộc UBND; hoạt động “theo chế độ tập thể UBND

1. Khoản 1 Điều 8 Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2019).

CHÍNH QUYỀN ĐỊA PHƯƠNG

kết hợp với trách nhiệm của Chủ tịch UBND”². Từ những phác thảo cơ bản nêu trên, có thể thấy UBND thành phố Thủ Đức chưa bộc lộ nét đặc thù và điểm nổi trội đáng kể nào về vị trí, tính chất pháp lý và chế độ hoạt động so với CQHCCN có thẩm quyền chung ở các đơn vị hành chính cấp huyện khác.

Tuy nhiên, xét một cách khách quan, pháp luật hiện hành đã có sự điều chỉnh đáng ghi nhận về thẩm quyền của UBND thành phố thuộc thành phố nói chung và UBND thành phố Thủ Đức nói riêng. Ngoài những nhiệm vụ, quyền hạn được quy định tại Điều 56 Luật Tổ chức chính quyền địa phương³, nhằm đáp ứng yêu cầu quản lý nhà nước trong điều kiện cụ thể của “thành phố thuộc thành phố”, UBND thành phố Thủ Đức còn được tăng cường thêm một số nhiệm vụ, quyền hạn sau:

Một là, xây dựng, trình HĐND cùng cấp quyết định các nội dung như: Dự toán thu ngân sách nhà nước trên địa bàn; dự toán thu, chi ngân sách địa phương và phân bổ dự toán ngân sách cấp mình, trong đó bao gồm dự toán ngân sách của phường trực thuộc; điều chỉnh dự toán ngân sách địa phương trong trường hợp cần thiết; phê chuẩn quyết toán ngân sách địa phương; quyết định chủ trương đầu tư chương trình, dự án đầu tư công nhóm B, nhóm C sử dụng vốn ngân sách phường trực thuộc theo quy định của Luật Đầu tư công; tổ chức thực hiện chương trình, dự án đầu tư công theo phân cấp quản lý; phê duyệt kế hoạch đầu tư công trung hạn và hằng năm của UBND phường trực thuộc và tổ chức thực hiện nghị quyết của HĐND.

Hai là, căn cứ vào nghị quyết của HĐND thành phố Thủ Đức về kế hoạch phát triển kinh tế - xã hội dài hạn, trung hạn và hằng năm của

thành phố, quyết định giao nhiệm vụ phát triển kinh tế - xã hội cho UBND phường trực thuộc.

Ba là, quyết định và tổ chức thực hiện nhiệm vụ về quốc phòng, an ninh, biện pháp bảo đảm trật tự, an toàn xã hội, đấu tranh, phòng, chống tội phạm và các hành vi vi phạm pháp luật khác trên địa bàn các phường trực thuộc⁴.

Bên cạnh đó, Chủ tịch UBND thành phố Thủ Đức cũng được trao thêm một số quyền hạn như: bổ nhiệm, miễn nhiệm, điều động, luân chuyển, biệt phái, khen thưởng, kỷ luật, đình chỉ công tác Chủ tịch, Phó Chủ tịch UBND phường trực thuộc; tuyển dụng, sử dụng, quản lý công chức phường trực thuộc; đình chỉ việc thi hành, bãi bỏ một phần hoặc toàn bộ văn bản trái pháp luật của UBND phường trực thuộc⁵...

Như vậy, thẩm quyền của UBND và Chủ tịch UBND thành phố Thủ Đức đều được bổ sung theo xu hướng tăng cường mối quan hệ giữa cấp trên với cấp dưới trong hệ thống hành chính nhà nước, nhằm đảm bảo sự vận hành thống nhất, thông suốt của bộ máy thực thi công vụ ở địa phương. Điều này bắt nguồn từ việc chính quyền đô thị tại Thành phố Hồ Chí Minh tới đây sẽ không thành lập HĐND phường. Và vì không có HĐND phường, để thực hiện chức năng giám sát việc thi hành pháp luật và quyết định những vấn đề quan trọng của địa phương nên CQHCCN phường, thay vì “trực thuộc hai chiều” như trước đây, sẽ trực thuộc CQHCCN cấp trên, chịu sự lãnh đạo, chỉ đạo, điều hành trực tiếp của UBND và Chủ tịch UBND thành phố thuộc thành phố.

Tuy nhiên, theo chúng tôi, nếu so với UBND quận trong mô hình chính quyền đô thị vừa được Quốc hội phê chuẩn, “diện mạo”

2. Khoản 4 Điều 5 Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2019).

3. Như thẩm quyền quyết định cơ chế khuyến khích phát triển công trình hạ tầng đô thị trên địa bàn theo quy định của pháp luật; quyết định kế hoạch xây dựng công trình hạ tầng đô thị, quy hoạch phát triển đô thị theo quy định của pháp luật.

4. Theo khoản 1 Điều 7 Nghị quyết của Quốc hội về chính quyền đô thị tại Thành phố Hồ Chí Minh.

5. Khoản 2 Điều 7 Nghị quyết của Quốc hội về chính quyền đô thị tại Thành phố Hồ Chí Minh.

UBND thành phố Thủ Đức khá bình thường. Trong khi UBND quận được xác định là cơ quan đại diện của chính quyền địa phương ở quận, “làm việc theo chế độ thủ trưởng, bảo đảm nguyên tắc tập trung dân chủ”⁶ thì UBND thành phố Thủ Đức, cơ quan hành chính của một thành phố thuộc thành phố, được sáp nhập từ quận 2, quận 9 và quận Thủ Đức, vẫn theo mô hình truyền thống cả về tổ chức và hoạt động. Đành rằng chính quyền địa phương ở thành phố Thủ Đức được xác lập trên lãnh thổ tự nhiên cần có cấp chính quyền đầy đủ, còn chính quyền địa phương ở quận dựa trên “lãnh thổ nhân tạo”, không nhất thiết phải thành lập thiết chế đại diện mà chỉ cần “mũi nhọn chủ lực” là UBND tập trung điều hành, quản lý, chủ động giải quyết vô số các vấn đề đặt ra hằng ngày, hàng giờ trong đời sống đô thị, dưới sự giám sát của Hội đồng nhân dân thành phố trực thuộc trung ương. Song nếu chỉ tạo ra “thành phố thuộc thành phố” tương đương một đơn vị hành chính cấp huyện thì e rằng Đề án thành lập thành phố Thủ Đức đã hướng tới mục tiêu khá khiêm tốn, không tương xứng với định hướng về việc phát triển một “vùng lõi của vùng kinh tế trọng điểm”, “khu đô thị sáng tạo, tương tác cao”...

2. Những yêu cầu đặt ra đối với cơ quan hành chính nhà nước trong chính quyền thành phố Thủ Đức

Trước hết, UBND thành phố Thủ Đức cần phải được tổ chức phù hợp với điều kiện đặc thù của chính quyền thành phố thuộc thành phố.

Thành phố Thủ Đức sẽ được hình thành trên cơ sở sáp nhập ba quận ở phía Đông Thành phố Hồ Chí Minh. Nhưng sự ra đời của UBND thành phố Thủ Đức không nên là sản phẩm của một “phép cộng” giản đơn giữa UBND quận 2, quận 9 và quận Thủ Đức. Bởi chúng ta khó có thể mong đợi nhiều từ một công cuộc sáp nhập mang tính cơ học với hệ quả tất yếu là một bộ máy nặng nề, đồ sộ. Trong khi, quản lý nhà nước đối với đô thị

đòi hỏi một thiết chế quản lý gọn nhẹ và năng động. Do vậy, theo chúng tôi, cần tổ chức lại các cơ quan chuyên môn thuộc UBND thành phố Thủ Đức theo hướng tăng cường yếu tố “đa ngành, đa lĩnh vực” để một mặt giảm số lượng các đầu mối quản lý, mặt khác đảm bảo sự liên thông trong quản lý, khắc phục tình trạng chông chéo, trùng lặp đồng thời hạn chế những khoảng trống có thể phát sinh từ sự giao thoa giữa một số ngành, lĩnh vực.

Hiện nay, việc tổ chức các cơ quan chuyên môn thuộc UBND cấp huyện được thực hiện theo Nghị định số 37/2014/NĐ-CP ngày 05/5/2014 (đã được sửa đổi, bổ sung một số điều bởi Nghị định số 108/2020/NĐ-CP ngày 14/9/2020). Điều này cũng đồng nghĩa với việc Chính phủ không có quy định đặc thù nào dành cho các cơ quan chuyên môn thuộc UBND thành phố thuộc thành phố. Cho nên, nếu không có gì thay đổi, ra mắt cùng với UBND thành phố Thủ Đức sẽ là 10 cơ quan chuyên môn được tổ chức gồm: Phòng Nội vụ; Phòng Tư pháp; Phòng Tài chính - Kế hoạch; Phòng Tài nguyên và Môi trường; Phòng Lao động - Thương binh và Xã hội; Phòng Văn hóa và Thông tin; Phòng Giáo dục và Đào tạo; Phòng Y tế; Thanh tra Thành phố; Văn phòng UBND. Ngoài ra, sẽ có hai cơ quan chuyên môn được tổ chức phù hợp với tính chất của chính quyền đô thị, đó là Phòng Kinh tế (nhằm tham mưu, giúp UBND thành phố thực hiện chức năng quản lý nhà nước về tiêu thụ công nghiệp; khoa học và công nghệ; công nghiệp; thương mại; phòng, chống thiên tai) và Phòng Quản lý đô thị (nhằm tham mưu, giúp UBND thành phố thực hiện chức năng quản lý nhà nước về: Quy hoạch xây dựng, kiến trúc; hoạt động đầu tư xây dựng; phát triển đô thị; hạ tầng kỹ thuật đô thị, khu công nghiệp, khu kinh tế, khu công nghệ cao; nhà ở; công sở; vật liệu xây dựng; giao thông).

Theo chúng tôi, cần phải nghiêm túc tính đến yếu tố khoa học, hợp lý trong cách thức tổ chức và vận hành của hệ thống các cơ quan

6. Khoản 2 Điều 4 Nghị quyết của Quốc hội về chính quyền đô thị tại Thành phố Hồ Chí Minh.

chuyên môn thuộc UBND thành phố Thủ Đức, từ đó mới có thể thiết lập nên một UBND thành phố Thủ Đức đủ mạnh và hiệu quả. Muốn vậy, không thể không hướng đến các cơ quan chuyên môn đa ngành, đa lĩnh vực. Trước mắt, có thể sàng lọc, sắp xếp, sáp nhập một số phòng phụ trách những ngành, lĩnh vực gần gũi nhau, liên quan chặt chẽ với nhau, thường xuyên tương tác và hỗ trợ nhau trong quá trình tham mưu, giúp UBND thành phố Thủ Đức thực hiện chức năng quản lý nhà nước đối với ngành, lĩnh vực. Từ sự sắp xếp, thu gọn đó, hướng đến việc hình thành hai bộ phận cơ quan chuyên môn: Một bộ phận thực thi pháp luật (trật tự giao thông, đô thị, xây dựng, quản lý quy hoạch...) và cung ứng dịch vụ hành chính công theo thẩm quyền; các bộ phận khác hoặc chuyển về các sở chuyên ngành thuộc UBND Thành phố Hồ Chí Minh hoặc tăng cường năng lực cho các phường trực thuộc⁷. Ngoài ra, cần tập trung đầu tư cho các cơ quan chuyên môn có vai trò, chức năng quan trọng, gắn liền với thế mạnh, tiềm năng và mục tiêu phát triển của thành phố Thủ Đức, cụ thể như Phòng Kinh tế, Phòng Quản lý đô thị, Phòng Tài nguyên và Môi trường. Tuy nhiên, đây đều là những cơ quan chuyên môn phụ trách đa ngành, đa lĩnh vực nên cần phải ưu tiên chỉ tiêu biên chế cho những vị trí việc làm có tính chuyên môn sâu của các ngành, lĩnh vực trọng yếu được xác định là những “mũi nhọn” của thành phố. Chẳng hạn, Phòng Kinh tế thuộc UBND thành phố Thủ Đức phải tuyển dụng được những công chức am tường sâu sắc về khoa học và công nghệ, công nghiệp, thương mại...; Phòng Quản lý đô thị cần phải chiêu mộ được những chuyên viên giỏi trong lĩnh vực giao thông, xây dựng, hạ tầng đô thị...

Hai là, UBND thành phố Thủ Đức cần phải được đổi mới về chế độ hoạt động.

7. Lê Thiên Hương (2011), *Mô hình tổ chức chính quyền đô thị khi không tổ chức Hội đồng nhân dân*, trong cuốn “Hiến pháp Việt Nam: Những vấn đề lý luận và thực tiễn”, Khoa Luật Đại học Quốc gia Hà Nội, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, tr.879.

8. Phạm Hồng Thái (2005), *Xu hướng dịch chuyển quyền lực trong bộ máy hành chính và vấn đề dân chủ*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 6, tr. 5.

Theo quy định của pháp luật hiện hành, cũng giống như UBND huyện, thị xã, thành phố thuộc tỉnh khác, UBND thành phố Thủ Đức hoạt động theo chế độ tập thể lãnh đạo kết hợp với đề cao vai trò cá nhân người đứng đầu. Chế độ hoạt động này không chỉ phát huy được trí tuệ tập thể của UBND - một CQHCCNN có thẩm quyền chung, quản lý toàn diện mọi ngành, mọi lĩnh vực trên phạm vi hành chính lãnh thổ mà còn giúp UBND xem xét, giải quyết các vấn đề đặt ra một cách thận trọng, khách quan. Tuy nhiên, cơ chế “thảo luận tập thể và biểu quyết theo đa số” cũng chứa đựng nhiều bất cập, trong đó không thể không kể đến hai hạn chế lớn nhất, cơ bản nhất và khó khắc phục nhất: *một là* sự thiếu nhanh chóng, kịp thời (do mất nhiều thời gian bàn bạc); *hai là* sự thiếu rõ ràng về chủ thể chịu trách nhiệm (do chồng chéo về thẩm quyền và lẫn lộn về vai trò giữa tập thể UBND và cá nhân người đứng đầu trong việc đưa ra các quyết sách quan trọng ở địa phương)⁸. Theo chúng tôi, nếu áp dụng và duy trì chế độ hoạt động này cho UBND thành phố Thủ Đức, những mong đợi của chúng ta về sự phát triển mang tính đột phá mà chính quyền thành phố thuộc thành phố có thể tạo ra sẽ khó lòng thành hiện thực. Bởi lẽ, dù có tăng cường thẩm quyền cho người đứng đầu, UBND thành phố Thủ Đức vẫn là một thiết chế quản lý mang tính tập thể, quyết định các vấn đề thuộc chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn theo phương thức làm việc tập thể là chủ đạo. Trong khi đó, quản lý nhà nước ở thành phố Thủ Đức cần phải thích ứng kịp thời với tốc độ phát triển nhanh chóng, mạnh mẽ của một địa phương vốn được định hướng để trở thành một “khu đô thị sáng tạo, tương tác cao”, “khu kinh tế động lực mới của thành phố Hồ Chí Minh trong tương lai”, “cực tăng trưởng

manh mẽ nhất, lớn nhất của thành phố và khu vực”...; cần phải có đủ sự chủ động và sự độc lập cần thiết trong việc đề ra các quyết sách táo bạo, mới mẻ; cần có những chỉ đạo, điều hành quyết đoán, dứt khoát, mau lẹ... Nghĩa là, cần đến một chế độ hoạt động mà ở đó đòi hỏi dấu ấn cá nhân mạnh mẽ của người “đứng mũi chịu sào”, đảm bảo sự minh bạch, rạch ròi trong việc quy kết trách nhiệm và luôn xác định được địa chỉ chịu trách nhiệm cuối cùng. Đó chính là chế độ thủ trưởng.

Theo chúng tôi, đối với UBND thành phố thuộc thành phố, việc chuyển từ chế độ tập thể lãnh đạo kết hợp với đề cao vai trò của người đứng đầu sang chế độ thủ trưởng là điều hoàn toàn có thể. Vì hiện nay, UBND làm việc theo chế độ tập thể lãnh đạo, thảo luận tập thể và biểu quyết theo đa số các vấn đề thuộc nhiệm vụ, quyền hạn của UBND. Tuy nhiên, UBND chỉ họp định kỳ mỗi tháng một lần, các phiên họp bất thường chỉ được triệu tập trong những trường hợp nhất định theo quyết định của Chủ tịch UBND, theo yêu cầu của Chủ tịch UBND cấp trên trực tiếp hoặc theo yêu cầu của ít nhất một phần ba tổng số thành viên UBND⁹. Vì vậy, vai trò của Chủ tịch UBND gắn liền với sự điều hành thường xuyên, trực tiếp các hoạt động của UBND. Càng điều hành thường xuyên, trực tiếp, mức độ “phủ sóng” và tầm ảnh hưởng của Chủ tịch UBND ở địa phương càng lớn. Ngoài ra, Chủ tịch UBND còn giữ tiếng nói chi phối, quyết định trong Thường trực UBND, trong tập thể UBND, thậm chí là “linh hồn” của UBND. Bởi lẽ, về lý thuyết, tại phiên họp của UBND, với phương thức “thảo luận tập thể và biểu quyết theo đa số”, các thành viên của UBND và Chủ tịch UBND bình đẳng với nhau về lá phiếu nhưng trên thực tế người đứng đầu các cơ quan chuyên môn

đồng thời là thành viên UBND đều do Chủ tịch UBND bổ nhiệm, điều động, luân chuyển, cách chức, kỷ luật nên thật không dễ dàng để lá phiếu của họ hoàn toàn độc lập với lá phiếu của Chủ tịch UBND. Vậy thì tại sao không chuyển đổi chế độ hoạt động của UBND sang chế độ thủ trưởng? Trong khi điều này có ý nghĩa vô cùng quan trọng đối với việc chính danh hóa vị thế, vai trò, ảnh hưởng của người đứng đầu trong CQHCCN ở địa phương, đồng thời xác định chủ thể chịu trách nhiệm về toàn bộ hoạt động của UBND trước Nhân dân, trước HĐND cùng cấp và trước pháp luật. Với chế độ thủ trưởng, tình trạng chông chéo về thẩm quyền giữa tập thể UBND và người đứng đầu UBND sẽ được khắc phục. UBND là một khối thống nhất dưới sự điều hành thông suốt của Chủ tịch UBND. Và Chủ tịch UBND rõ ràng phải phát huy tối đa tinh thần trách nhiệm của người đứng đầu (hiểu theo nghĩa tích cực) và sẵn sàng chịu trách nhiệm (hiểu theo nghĩa tiêu cực), bao gồm cả trách nhiệm chính trị, trách nhiệm pháp lý và trách nhiệm đạo đức về việc thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn của UBND¹¹. Sự đùn đẩy trách nhiệm sẽ không có cơ hội để tiếp tục, vì vỏ bọc an toàn mang tên “trách nhiệm tập thể” sẽ biến mất, thay vào đó là sự minh bạch của trách nhiệm cá nhân¹².

Ba là, cần phải mở rộng thẩm quyền cho Chủ tịch UBND thành phố thuộc thành phố.

Cùng với việc chuyển đổi chế độ hoạt động của UBND sang chế độ thủ trưởng, cần phải điều chỉnh thẩm quyền của Chủ tịch UBND thành phố Thủ Đức để đảm bảo sự tương xứng. Hiện nay, như đã đề cập ở trên, Chủ tịch UBND thành phố Thủ Đức có thẩm quyền bổ nhiệm, miễn nhiệm, điều động, luân chuyển, biệt phái, khen thưởng, kỷ luật, đình chỉ công tác Chủ tịch, Phó Chủ tịch

9. Theo Thành ủy Thành phố Hồ Chí Minh, Đề án thành lập thành phố Thủ Đức, tháng 8 năm 2020.

10. Khoản 2 Điều 113 Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2019)

11. Bùi Thị Ngọc Mai (2016), *Trách nhiệm của người đứng đầu cơ quan hành chính nhà nước*, Nxb. Chính trị Quốc gia Sự thật, Hà Nội, tr. 51 - tr. 62.

12. Nguyễn Hữu Đồng (2015), *Vấn đề “nguyên tắc tập trung dân chủ” trong tổ chức, hoạt động của Đảng và Nhà nước*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 10 (290), tr. 10.

CHÍNH QUYỀN ĐỊA PHƯƠNG

UBND các phường trực thuộc, người đứng đầu và cấp phó của người đứng đầu các cơ quan chuyên môn thuộc UBND thành phố thuộc thành phố. Tuy nhiên, thẩm quyền này chỉ được thực hiện sau khi HĐND cùng cấp tiến hành bầu, bãi nhiệm các ủy viên UBND. Nói cách khác, tuy là người ra quyết định bổ nhiệm đối với các Trưởng phòng nhưng thực ra, Chủ tịch UBND thành phố thuộc thành phố không có thẩm quyền lựa chọn các thành viên UBND như lựa chọn một “ê kíp” ăn ý cho mình trong quá trình thực hiện chức năng, nhiệm vụ. Điều này sẽ không phù hợp với mô hình UBND hoạt động theo chế độ thủ trưởng. Do vậy, theo chúng tôi, cần tăng cường thẩm quyền cho Chủ tịch UBND thành phố thuộc thành phố về tổ chức bộ máy và nhân sự. Trước mắt, nếu chúng ta lựa chọn những bước đi thận trọng, chắc chắn thì có thể điều chỉnh theo hướng: Cho phép Chủ tịch UBND thành phố thuộc thành phố đề nghị nhân sự để HĐND phê chuẩn các chức danh Phó Chủ tịch và các Ủy viên UBND, sau đó Chủ tịch UBND thành phố thuộc thành phố ra quyết định bổ nhiệm các thành viên này vào vị trí thủ trưởng các cơ quan chuyên môn cấp huyện. Trường hợp lựa chọn hướng đi mạnh mẽ hơn, theo chúng tôi, cần chuyển giao thẩm quyền quyết định nhân sự (như là một phần của chức năng quyết định những vấn đề quan trọng của địa phương) từ HĐND sang Chủ tịch UBND thành phố thuộc thành phố, tức là chỉ quy định HĐND cùng cấp bầu ra Chủ tịch UBND thành phố thuộc thành phố, còn nhân sự UBND do Chủ tịch toàn quyền quyết định.

Bên cạnh đó, việc tăng cường thẩm quyền cho UBND và Chủ tịch UBND thành phố thuộc thành phố cần gắn liền với xu hướng đẩy mạnh phân cấp quản lý¹³. Nếu UBND và Chủ tịch UBND thành phố Thủ Đức chỉ nhận được sự phân cấp quản lý từ chính quyền Thành phố Hồ Chí Minh thì e rằng, những mục tiêu mà thành phố trong thành phố hướng đến sẽ chỉ là

những kỳ vọng xa xôi. Vì vậy, UBND và Chủ tịch UBND thành phố Thủ Đức cần phải được trao thêm quyền hạn trong lĩnh vực tài chính ngân sách, lĩnh vực đầu tư công, quyền chủ động quyết định các vấn đề về hạ tầng kỹ thuật, giao thông đô thị, thu hút đầu tư, phòng, chống kẹt xe, ngập nước... để họ có đủ công cụ pháp lý thực thi chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của mình, đáp ứng yêu cầu ngày càng phức tạp của quản lý nhà nước đối với đô thị hiện đại.

Bốn là, cần tăng cường mối quan hệ giữa UBND thành phố thuộc thành phố với UBND các phường trực thuộc.

Đây là mối quan hệ giữa CQHCNN cấp trên trực tiếp với CQHCNN cấp dưới. Và theo nguyên tắc tập trung dân chủ - một trong những nguyên tắc cơ bản chi phối tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước ta, cơ quan cấp dưới phải phục tùng cơ quan cấp trên nhằm đảm bảo thẩm cấp hành chính, đảm bảo trật tự kỷ cương trong hệ thống hành chính nhà nước. Điều này càng cần được nhấn mạnh trong chính quyền thành phố Thủ Đức, nơi không tổ chức HĐND phường, UBND phường hoạt động theo chế độ thủ trưởng và Chủ tịch UBND phường do Chủ tịch UBND thành phố thuộc thành phố bổ nhiệm, miễn nhiệm, điều động, luân chuyển, tạm đình chỉ công tác, khen thưởng, kỷ luật... Tuy nhiên, trong mối quan hệ này, cần chú ý hai khuynh hướng: *thứ nhất*, UBND thành phố thuộc thành phố buông lỏng quản lý để mặc UBND các phường tùy tiện thực thi quyền lực nhà nước; *thứ hai*, UBND thành phố thuộc thành phố can thiệp thái quá, buộc UBND phường hoàn toàn phụ thuộc vào CQHCNN cấp trên trong quá trình điều hành, quản lý, giải quyết các vấn đề ở địa phương. Vì vậy, UBND thành phố Thủ Đức cần phải chú trọng yếu tố hài hòa trong mối quan hệ với chính quyền các phường trực thuộc. Có như vậy, chính quyền đô thị ở thành phố Thủ Đức mới có thể hoạt động thống nhất, đồng bộ và hiệu quả.■

13. Vũ Thư (2014), *Phân cấp quản lý giữa các cấp chính quyền và những vấn đề đặt ra*, Tạp chí Quản lý nhà nước, số 222, tr.12.

