

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

ISSN 1859 - 2953

www.nclp.org.vn

VĂN PHÒNG QUỐC HỘI

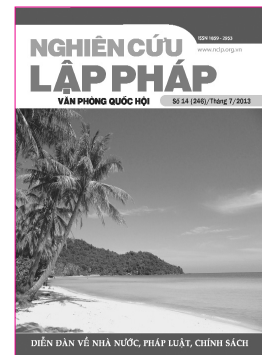
Số 14 (246)/Tháng 7/2013



DIỄN ĐÀN VỀ NHÀ NƯỚC, PHÁP LUẬT, CHÍNH SÁCH

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn



Mục lục 7/2013

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

BÀN VỀ LẬP HIẾN

- 3** Kiến nghị hoàn thiện Chương Chính quyền địa phương trong Dự thảo sửa đổi Hiến pháp năm 1992

PGS, TS. Vũ Hồng Anh

- 8** Tự do cam kết, thỏa thuận và giới hạn đối với tự do cam kết, thỏa thuận - nhìn từ góc độ Hiến pháp

PGS, TS. Đỗ Văn Đại

- 16** "Quyền và nghĩa vụ của công dân do Hiến pháp và luật quy định" - nhận diện từ lý luận và tình huống

Lưu Đức Quang

- 25** Hoạt động ban hành nghị quyết của Quốc hội

TS. Hoàng Thị Ngân

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 29** Đầu giá quyền sử dụng đất và kiến nghị cụ thể đối với Dự thảo sửa đổi, bổ sung Luật Đất đai

PGS, TS. Nguyễn Ngọc Điện

- 35** Hoàn thiện quy định về tiêu chuẩn và quy trình bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức các chức danh của cơ quan điều tra

PGS, TS. Nguyễn Minh Đức

CHÍNH SÁCH

- 42** Giáo dục pháp luật trong hoạt động hòa giải

ThS. Nguyễn Thị Tĩnh

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 47** Hoàn thiện pháp luật về bảo hộ nhãn hiệu nổi tiếng ở Việt Nam trong điều kiện hội nhập kinh tế quốc tế

ThS. Hà Thị Nguyệt Thu

- 52** Quỹ tài chính ngoài ngân sách: thực trạng và giải pháp

ThS. Trần Vũ Hải – Nguyễn Thị Hồng Nhung

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 59** Kinh nghiệm từ pháp luật về bảo hiểm y tế ở Thụy Điển

TS. Hoàng Thị Minh

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

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

TỔNG BIÊN TẬP

TS. PHẠM VĂN HÙNG

TRỤ SỞ:

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

THIẾT KẾ:

HOÀNG NHI

GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

Số 117/GP-NGÀY 30-3-2001
CỦA BỘ VH TT

PHÁT HÀNH:

HÀ NỘI: 080-43364

TÀI KHOẢN:

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

IN TẠI CÔNG TY CỔ PHẦN IN TÂY HỒ

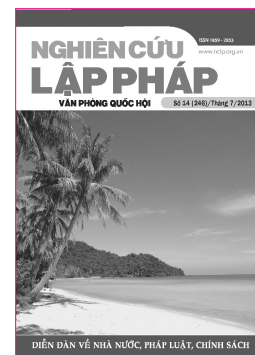
GIÁ: 19.500 ĐỒNG

Ảnh bìa: Đào Phú Quốc

Ảnh: ST

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn



Legis 7/2013

STATE AND LAW

Discussion on Constitution

- 3** Recommendations to improve the local authorities chapter in the Proposed Amendment to the 1992 Constitution

Prof, Dr. Vu Hong Anh

- 8** Freedom to make commitments or to reach agreements and restrictions on this freedom - from the Constitutional perspective

Prof, Dr. Do Van Dai

- 16** "The rights and obligations of citizens determined by the Constitution and laws" - recognition from theory and case study

Luu Duc Quang

- 25** Issue resolution activity of the National Assembly

Dr. Hoang Thi Ngan

DISCUSSION OF BILLS

- 29** Auction of land use right and specific recommendations for draft amendments and supplements to the Law on Land

Prof, Dr. Nguyen Ngoc Dien

- 35** Complete regulations on standards and procedures to appoint, dismiss the titles of investigating authorities

Prof, Dr. Nguyen Minh Duc

POLICIES

- 42** Legal education in reconciliation activities

LLM. Nguyen Thi Tinh

LEGAL PRACTICE

- 47** To improve the law on the protection of well-known brand in Vietnam in the context of international economic integration

LLM. Ha Thi Nguyet Thu

- 52** Financial non-budgetary funds: current situation and solutions

LLM. Tran Vu Hai – Nguyen Thi Hong Nhung

FOREIGN EXPERIENCE

- 59** Experience from health insurance laws in Sweden

Dr. Hoang Thi Minh

EDITORIAL:

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

EDITOR-IN-CHIEF:

Dr. PHAM VAN HUNG

OFFICE:

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

DESIGN:

HOANG NHI

LICENSE OF PUBLISHMENT:

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

DISTRIBUTION:

HA NOI: 080-43364

ACCOUNT NUMBER:

0011000467735
LEGISLATIVE STUDY MAGAZINE
VIETCOMBANK

PRINTED BY: TAYHO PRINTING
JOINT STOCK COMPANY

Price: 19,500 VND

BÀN VỀ LẬP HIẾN

KIẾN NGHỊ HOÀN THIỆN CHƯƠNG CHÍNH QUYỀN ĐỊA PHƯƠNG TRONG DỰ THẢO SỬA ĐỔI HIẾN PHÁP NĂM 1992

VŨ HỒNG ANH*

Tổ chức và hoạt động của chính quyền địa phương (CQĐP) là một trong những vấn đề trọng tâm của công tác sửa đổi Hiến pháp lần này. Tuy nhiên, đây cũng là vấn đề nhạy cảm và phức tạp nhất. Chính vì vậy, kết quả lấy ý kiến góp ý của nhân dân cũng như kết quả thảo luận của Quốc hội tại các kỳ họp thứ 4, thứ 5 Quốc hội khóa XIII về Dự thảo sửa đổi Hiến pháp năm 1992 (Dự thảo) vẫn còn nhiều ý kiến khác nhau về tên gọi và nội dung của Chương CQĐP.

Có thể nói rằng, việc Ban soạn thảo Dự thảo lựa chọn thuật ngữ “CQĐP” thay cho “Hội đồng nhân dân, Ủy ban nhân dân” (HĐND, UBND) làm tiêu đề của Chương là bước đi đầu tiên trong nỗ lực xây dựng cơ sở hiến định cho việc đổi mới mô hình tổ chức CQĐP ở nước ta. Tuy nhiên, cách lập luận, lý giải về lý do của sự thay đổi này chưa thực sự thuyết phục. Dự thảo chưa làm rõ thế nào là CQĐP. Nội hàm của CQĐP bao gồm những vấn đề gì? Có phải CQĐP đồng

nghĩa với hệ thống cơ quan nhà nước ở địa phương (HĐND, UBND) hay có phạm vi rộng hơn?

Trên thực tế, các từ điển ngôn ngữ, từ điển pháp lý của nước ta không có mục giải thích thuật ngữ “CQĐP”, nhưng thuật ngữ này được sử dụng khá phổ biến trong các văn kiện của Đảng với hàm ý CQĐP là hệ thống cơ quan nhà nước ở địa phương. Trên diễn đàn khoa học pháp lý, hành chính thường có các ý kiến khác nhau về nội hàm của thuật ngữ CQĐP.

Có ý kiến cho rằng, CQĐP là đơn vị hành chính¹. Tuy nhiên, ý kiến này cũng lưu ý rằng không phải các đơn vị hành chính đặt tại các địa phương là CQĐP. Ví dụ, dưới thời phong kiến, các đơn vị hành chính lộ, phủ, châu không phải là đơn vị hành chính bởi vì các đơn vị hành chính này đều do chính quyền trung ương thành lập và đại diện cho chính quyền trung ương. Các quan chức đều do nhà vua bổ nhiệm và điều cai trị theo mệnh lệnh của nhà vua. CQĐP không

* PGS.TS., Viện Nghiên cứu Lập pháp

¹ Xem, Nguyễn Sỹ Dũng. CQĐP. <http://www.Tia.sang.vn.com>, ngày 20/6/2012.

đại diện cho nhà vua, mà đại diện cho cư dân địa phương. Vì vậy, bầu cử địa phương là phương thức không thể thiếu để hình thành nên CQĐP². Như vậy, quan điểm này một mặt đồng nhất CQĐP với đơn vị hành chính; mặt khác, cho rằng CQĐP gắn với bầu cử địa phương. Từ đây, quan điểm này kết luận rằng, *nếu bỏ HĐND do dân bầu, thì ở cấp huyện chúng ta không có CQĐP, cùng lắm chúng ta chỉ có một đơn vị hành chính*³.

Ý kiến khác cho rằng, CQĐP “bao gồm tất cả các cơ quan của Nhà nước được tổ chức ra ở địa phương để điều khiển, quản lý công việc của Nhà nước ở địa phương”⁴. Đồng thời, ý kiến này chỉ ra ba đặc điểm của CQĐP: *một là*, CQĐP của nước ta là một bộ phận hợp thành, gắn bó hữu cơ của chính quyền Nhà nước thống nhất, là hình thức pháp lý thông qua đó nhân dân thực hiện quyền làm chủ của mình ở địa phương. Vì vậy, tính Nhà nước là thuộc tính vốn có của CQĐP ở nước ta chứ không phải tính “phi nhà nước” như của các cơ quan tự quản địa phương của một số nước; *hai là*, không phải mọi cơ quan nhà nước được tổ chức và hoạt động ở địa phương, giải quyết các vấn đề phát sinh ở địa phương đều nằm trong cơ cấu tổ chức của CQĐP; *ba là*, các cơ quan CQĐP về nguyên tắc phải do nhân dân địa phương trực tiếp bầu ra, hoặc được thành lập trên cơ sở của các cơ quan đại diện của nhân dân ở địa phương theo quy định của pháp luật.⁵ Như vậy, theo quan điểm này, thuật ngữ “CQĐP” gắn liền với tổ chức các cơ quan nhà nước ở địa phương. Trong đó, cơ quan CQĐP phải do nhân dân địa phương trực tiếp bầu ra hoặc do cơ quan đại diện nhân dân thành lập.

Nhìn lại lịch sử lập pháp của Việt Nam, thuật ngữ “CQĐP” được sử dụng chính thức trong văn bản pháp luật của Nhà nước chỉ một lần duy nhất vào năm 1958. Đó là trong Luật Tổ chức CQĐP năm 1958, được ban hành theo Sắc lệnh số 110SL/L.12 ngày 31/5/1958 của Chủ tịch nước. Luật Tổ chức CQĐP không xác định thế nào là CQĐP, mà chỉ quy định về hệ thống tổ chức CQĐP ở nước ta, gồm:

- HĐND và Ủy ban hành chính (UBHC) ở các khu tự trị, tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương, châu, thành phố trực thuộc tỉnh, thị xã, thị trấn;
- UBHC ở các huyện;
- Ban hành chính khu phố ở các khu phố của thành phố và thị xã lớn.

Bên cạnh đó, Luật cũng đề nghị khả năng thành lập HĐND và UBHC ở các khu phố của thành phố (Điều 2 Luật Tổ chức CQĐP năm 1958).

Như vậy, cho dù Luật Tổ chức CQĐP năm 1958 không xác định rõ nội hàm của CQĐP nhưng với nội dung như trên, có thể hiểu rằng, CQĐP là hệ thống tổ chức các cơ quan đại diện, cơ quan hành chính nhà nước ở địa phương.

Từ Hiến pháp năm 1959 và Luật Tổ chức HĐND, UBHC năm 1962 đến nay, các văn bản pháp luật không sử dụng thuật ngữ CQĐP nữa, mà sử dụng trực tiếp tên gọi của cơ quan đại diện, cơ quan hành chính ở mỗi cấp khi nói về CQĐP. Việc không sử dụng thuật ngữ “CQĐP” trong các văn bản chính thức của Nhà nước có thể được giải thích dưới góc độ tổ chức quyền lực nhà nước (QLNN). Trong nhà nước đơn nhất, QLNN

2 Xem, Nguyễn Sỹ Dũng. CQĐP. Tidd.

3 Xem, Nguyễn Sỹ Dũng. CQĐP. Tidd.

4 Xem, Trương Đắc Linh. Bàn về khái niệm CQĐP và tên gọi của luật tổ chức HĐND và UBND hiện hành. Tạp chí Khoa học pháp lý số 2 năm 2001.

5 Xem, Trương Đắc Linh. Bàn về khái niệm CQĐP và tên gọi của luật tổ chức HĐND và UBND hiện hành. Tidd.

được tổ chức theo nguyên tắc tập trung thống nhất như ở nước ta thì bộ máy nhà nước được tổ chức để thực thi QLNN phải là một khối thống nhất từ trung ương đến cơ sở, không thể có sự phân chia giữa trung ương với địa phương, vì vậy không thể tồn tại CQĐP đối trọng với chính quyền trung ương. Từ những năm 1990 trở lại đây, trước xu hướng đẩy mạnh phân cấp thẩm quyền cho địa phương, tăng cường dân chủ ở cơ sở, thuật ngữ CQĐP lại được sử dụng một cách phổ biến không chỉ trên diễn đàn khoa học, phương tiện thông tin đại chúng mà cả trong các văn kiện của Đảng. Tuy nhiên, ở tầm Hiến pháp, thì lần đầu tiên thuật ngữ này được đưa vào Dự thảo sửa đổi Hiến pháp năm 1992.

Vậy CQĐP là gì? CQĐP có nội dung gì?

Theo tiếng Anh, CQĐP (Local Government) là một hình thức quản trị công (a form of public administration)⁶ tổ chức tại các đơn vị hành chính (hành chính lãnh thổ) trong lãnh thổ của quốc gia. Nếu hiểu theo quan niệm này thì thuật ngữ CQĐP có nội hàm rộng, không chỉ là hệ thống các cơ quan của CQĐP mà bao gồm cả đơn vị hành chính (hành chính lãnh thổ), pháp luật, tổ chức và cơ chế vận hành; nguồn lực tài chính các điều kiện vật chất, kỹ thuật khác.

Với quan niệm trên đây, CQĐP phải bao hàm các nội dung sau:

1. Phân định đơn vị hành chính (đơn vị hành chính lãnh thổ);

2. Xác định mô hình quản trị: quản lý địa phương, tự quản địa phương, mức độ

tham gia của người dân địa phương vào tổ chức CQĐP;

3. Xác định nguyên tắc phân định thẩm quyền giữa trung ương và địa phương.

4. Các yếu tố kỹ thuật khác.

Thực tiễn tổ chức CQĐP ở các nước cho thấy, tùy thuộc vào cấu trúc đơn vị hành chính (đơn vị hành chính - lãnh thổ), CQĐP được tổ chức ở hai cấp hoặc ba cấp đơn vị hành chính. Ví dụ, CQĐP ở Nhật Bản bắt đầu hình thành từ thời kỳ Minh Trị duy tân gồm hai cấp: cấp cơ sở, cấp tỉnh; Thái Lan xây dựng CQĐP ở ba cấp đơn vị hành chính là tỉnh (changwat), huyện (amphoe hoặc king amphoe) và xã (tambon).

Việc xác định mô hình quản trị địa phương phụ thuộc vào chính sách của chính quyền trung ương. Nhìn chung, đa số các nước hiện nay trên thế giới kết hợp giữa nguyên tắc quản lý địa phương với tự quản địa phương. Trong đó, tự quản địa phương⁷ được áp dụng cho đơn vị hành chính cơ sở là chủ yếu (công xã, xã, thành phố), cũng có nước áp dụng mô hình tự quản địa phương cho cấp đơn vị hành chính cao hơn.

Việc phân định thẩm quyền giữa trung ương và CQĐP được thực hiện trên cơ sở các nguyên tắc: phân quyền, tản quyền, ủy quyền, hoặc kết hợp giữa các nguyên tắc đó.

Các yếu tố kỹ thuật bao gồm sự hỗ trợ của chính quyền trung ương về ngân sách, tài chính, chính sách v.v..

Ở các nước khác nhau, tại thời điểm thông qua, tùy thuộc vào hoàn cảnh, điều kiện cụ thể, những nội dung trên đây được thể hiện đầy đủ hoặc một phần trong Hiến

6 Ở các nước, thuật ngữ hành chính công (public administration), quản lý công (public management), quản trị quốc gia hay quản lý hành chính nhà nước (governance) có sự đồng nhất với nhau và trong nhiều trường hợp, được sử dụng thay thế cho nhau.

7 Tự quản địa phương là hoạt động của chính người dân của đơn vị hành chính, thông qua cơ quan đại diện do dân bầu ra, quản lý công việc trên địa bàn đơn vị hành chính đó. Khi cơ quan tự quản thực hiện các quyền hạn tự quản do luật định, các cơ quan nhà nước khác không được quyền ra các mệnh lệnh, chỉ thị can thiệp, trừ phi chính cơ quan tự quản tự nguyện thực hiện.

pháp, phần còn lại được quy định trong các văn bản luật về CQĐP. Điều này cũng được phản ánh trong các bản Hiến pháp của nước ta⁸.

Trong bối cảnh hiện nay của nước ta, chúng tôi cho rằng, việc xác định nội dung của Chương CQĐP trong Dự thảo sửa đổi Hiến pháp năm 1992 cần căn cứ vào định hướng đổi mới mô hình tổ chức CQĐP của Đảng, điều kiện thực tế, nhu cầu đổi mới của các địa phương trên cả nước. Đặc biệt, cần tham khảo ý kiến của các địa phương tổ chức hiện thí điểm không tổ chức HĐND huyện, quận, phường (thành phố Đà Nẵng, thành phố Hồ Chí Minh...).

Thực tiễn tổ chức thực hiện thí điểm không tổ chức HĐND huyện, quận, phường của một số đô thị lớn cho thấy, nhu cầu đổi mới mô hình tổ chức CQĐP thực sự là vấn đề cấp thiết. Việc đổi mới đó không chỉ đòi hỏi thay đổi mô hình tổ chức các cơ quan CQĐP mà là đòi hỏi thay đổi cả mô hình tổ chức đơn vị hành chính mà bấy lâu nay chúng ta vẫn áp dụng. Phát biểu tại kỳ họp thứ 8 của HĐND Thành phố Hồ Chí Minh góp ý cho Dự thảo sửa đổi Hiến pháp năm 1992 về CQĐP, Phó Bí thư thường trực Thành phố Hồ Chí Minh Nguyễn Văn Đua cho rằng, quy định của Dự thảo sẽ “vướng từ phân định đơn vị hành chính lãnh thổ vì Dự thảo chỉ quy định thành phố trực thuộc trung ương chia thành quận, huyện và thị xã. Còn mô hình CQĐP của Thành phố Hồ Chí Minh đề xuất lại có cấu trúc đô thị “vệ tinh” (trong thành phố sẽ có các thành phố “con” hay thành phố khu vực, mô hình thành phố trong thành phố”⁹. Ý kiến khác đề nghị cụ

thể hơn khi cho rằng, Dự thảo cần xây dựng mô hình đơn vị hành chính theo hướng “đơn vị hành chính thành phố trực thuộc trung ương sẽ chia thành thành phố, quận, huyện và thị xã để mở đường cho mô hình chính quyền đô thị đối với Hà Nội, Thành phố Hồ Chí Minh và các tỉnh, thành khác có đủ điều kiện. Đồng thời, hiến định rõ “việc thành lập CQĐP, quy định chức năng, thẩm quyền của CQĐP do luật định phù hợp với đặc điểm, yêu cầu quản lý nhà nước ở địa bàn đô thị và địa bàn nông thôn”¹⁰.

Ý kiến của các nhà quản lý nêu trên cho thấy sự cần thiết phải nhìn nhận lại việc phân chia đơn vị hành chính ở nước ta hiện nay. Tuy nhiên, hiện nay vẫn còn có nhiều ý kiến khác nhau về mô hình chính quyền đô thị. Báo cáo trước phiên họp thường kỳ của Chính phủ tổ chức vào ngày 28/2/2013, Bộ Nội vụ đã đề xuất đề án mô hình chính quyền đô thị với ba phương án như sau:

- Phương án một, không tổ chức HĐND huyện, quận, phường trong cả nước, đồng thời để khắc phục những hạn chế trong việc thí điểm hiện nay, đề án đưa ra đề xuất mới là ở huyện, quận, phường cũng không tổ chức UBHC (UBND hiện nay) mà chỉ đặt cơ quan đại diện hành chính của cơ quan hành chính cấp trên tại địa bàn huyện, quận, phường.

- Phương án hai, thực hiện không tổ chức HĐND ở tất cả các đơn vị hành chính trực thuộc đô thị (mở rộng phạm vi so với phương án 1). Theo phương án 2, mỗi đô thị chỉ tổ chức một cấp chính quyền (có HĐND và UBHC), không tổ chức cấp chính quyền ở tất

8 Hiến pháp năm 1946 có 6 điều, Hiến pháp năm 1959 có 19 điều, Hiến pháp năm 1980 có 14 điều, Hiến pháp năm 1992 có 8 điều quy định về CQĐP.

9 Xem, Báo Pháp luật Thành phố Hồ Chí Minh, ngày 2/3/2013.

10 Xem, Báo Pháp luật thành phố Hồ Chí Minh, ngày 2/3/2013.

cả các đơn vị hành chính trực thuộc, kể cả ở nội thành, nội thị và ngoại thành, ngoại thị.

Theo đó, chỉ tổ chức cấp chính quyền (có HĐND và UBHC) ở thành phố trực thuộc trung ương, thành phố thuộc tỉnh và thị xã thuộc tỉnh. Các đơn vị hành chính quận, huyện, xã, phường, thị trấn trong thành phố trực thuộc trung ương và xã, phường thuộc thành phố, thị xã thuộc tỉnh không tổ chức cấp chính quyền (không có HĐND và UBHC), chỉ đặt Ban đại diện hành chính thực hiện các nhiệm vụ, quyền hạn theo phân cấp và ủy quyền của cơ quan hành chính cấp trên tại địa bàn.

- Phương án ba, tổ chức chính quyền đô thị có tòa thị chính, thị trưởng, quận trưởng, huyện trưởng, trưởng phường, trưởng thị trấn; thiết lập cơ quan hành chính đô thị ở địa bàn thành phố trực thuộc trung ương và thành phố, thị xã thuộc tỉnh là Tòa Thị chính, đứng đầu Tòa Thị chính là Thị trưởng.

Phát biểu tại phiên thảo luận góp ý vào Dự thảo sửa đổi Hiến pháp năm 1992 tại kỳ họp thứ 5 Quốc hội khóa XIII, Đại biểu Quốc hội Trần Du Lịch đề xuất phương án thành lập CQĐP ở thành phố trực thuộc trung ương; tỉnh, thành phố thuộc tỉnh, thị xã, thị trấn và cấp xã. Ở các đơn vị hành chính khác chỉ thành lập cơ quan đại diện hành chính của cấp trên.

Với những quan điểm còn khác nhau nêu trên, việc sửa đổi Hiến pháp lần này cần phải cân nhắc kỹ những vấn đề nào nên đưa vào Hiến pháp, những vấn đề nào để luật quy định. Tránh trường hợp quy định của Hiến pháp trở thành rào cản đối với việc cải cách tổ chức và hoạt động của CQĐP.

Kinh nghiệm của một số nước có nền kinh tế chuyển đổi (như Ba Lan, Liên bang Nga) cho thấy, trong khi việc tổ chức CQĐP còn chưa rõ mô hình thì Hiến pháp nên điều chỉnh vấn đề này ở phạm vi hẹp, bao gồm

những vấn đề chung, cơ bản, mang tính nguyên tắc. Ví dụ, Chương Tự quản địa phương trong Hiến pháp Liên bang Nga năm 1993 chỉ gồm 3 điều quy định về các vấn đề: thẩm quyền của cơ quan tự quản địa phương; hình thức cư dân thực hiện quyền tự quản ở địa phương; phạm vi thực hiện quyền tự quản địa phương; Chương Tự trị địa phương trong Hiến pháp Nhật Bản năm 1946 cũng chỉ gồm 4 điều; Chương Tự quản địa phương trong Hiến pháp Hàn Quốc năm 1987 chỉ gồm 2 điều...

Với những phân tích nêu trên, chúng tôi kiến nghị Chương CQĐP trong Dự thảo sửa đổi Hiến pháp năm 1992 chỉ nên gồm 5 điều sau đây:

1. Điều thứ nhất quy định về đơn vị hành chính:

Các đơn vị hành chính của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam gồm tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương và đơn vị hành chính dưới tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương.

Việc thành lập đơn vị hành chính dưới tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương, đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt, đơn vị hành chính ở hải đảo do luật định.

Ở các đơn vị hành chính thành lập HĐND và cơ quan hành chính

Nội dung Điều này tạo cơ sở pháp lý cho việc xây dựng mô hình chính quyền nông thôn, chính quyền đô thị, cho việc thành lập đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt phù hợp với quy định của khoản 9 Điều 75 Dự thảo sửa đổi Hiến pháp năm 1992 (Quốc hội quyết định việc thành lập hoặc giải thể đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt). Đồng thời, cần bổ sung thẩm quyền của Quốc hội thành lập mới, nhập, tách, điều chỉnh địa giới đơn vị hành chính dưới cấp tỉnh, đơn vị hành chính ở hải đảo.

2. Điều thứ hai quy định về cơ quan đại diện CQĐP:

HĐND là cơ quan nhà nước ở địa phương đại diện cho ý chí, nguyện vọng của nhân dân địa phương, do nhân dân địa phương bầu ra, chịu trách nhiệm trước nhân dân địa phương và các cơ quan nhà nước cấp trên.

Thủ tục bầu cử, cơ cấu tổ chức, nhiệm vụ, quyền hạn của HĐND do luật định.

Nội dung của Điều này chỉ xác định tính chất đại diện của HĐND để bảo đảm tính thống nhất với quy định của Điều 2 Dự thảo sửa đổi Hiến pháp năm 1992 (QLNN thống nhất, có sự phân công, phối hợp và kiểm soát giữa các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp).

3. Điều thứ ba quy định về cơ quan hành chính:

Cơ quan hành chính là cơ quan nhà nước ở địa phương chịu trách nhiệm bảo đảm thi hành Hiến pháp, luật, các văn bản pháp luật của cơ quan nhà nước cấp trên, nghị quyết của HĐND, chịu trách nhiệm trước HĐND và cơ quan hành chính cấp trên.

Việc thành lập, cơ cấu tổ chức, nhiệm vụ, quyền hạn của cơ quan hành chính do luật định.

Nội dung Điều này không xác định cụ thể tên gọi của cơ quan hành chính nhằm tạo cơ sở pháp lý cho việc xác định tên gọi của cơ quan hành chính ở các đơn vị hành chính khác nhau.

4. Điều thứ tư quy định về phân cấp thẩm quyền giữa trung ương và chính quyền địa phương:



HĐND, cơ quan hành chính, trong phạm vi quyền hạn do luật định, quyết định các vấn đề thuộc phạm vi địa phương. Quyết định của cơ quan CQĐP không được trái với văn bản của cơ quan nhà nước cấp trên.

Nội dung của Điều này không xác định cụ thể các vấn đề do HĐND, cơ quan hành chính quyết định nhằm bảo đảm sự linh hoạt trong quy định của luật về nhiệm vụ, quyền hạn cụ thể của HĐND và cơ quan hành chính ở các đơn vị hành chính.

5. Điều thứ năm quy định về mối quan hệ giữa CQĐP với Mặt trận Tổ quốc và các đoàn thể nhân dân ở địa phương:

HĐND, cơ quan hành chính thực hiện chế độ thông báo tình hình mọi mặt của địa phương cho Mặt trận Tổ quốc và các đoàn thể nhân dân; tạo điều kiện để Mặt trận Tổ quốc và các đoàn thể nhân dân thực hiện giám sát và phản biện xã hội.

Trên cơ sở quy định chung của Điều này, luật sẽ quy định cụ thể về mối quan hệ giữa HĐND và cơ quan hành chính ở mỗi cấp đơn vị hành chính với Mặt trận Tổ quốc và các đoàn thể nhân dân ■

Tự do cam kết, thỏa thuận và giới hạn đối với tự do cam kết, thỏa thuận - nhìn từ góc độ Hiến pháp

ĐỖ VĂN ĐẠI*

Tự do cam kết, thỏa thuận (CK-TT) - hay tự do hợp đồng theo nghĩa rộng - được ghi nhận rộng rãi trong các hệ thống pháp luật. Nhưng đây không là một sự tự do tuyệt đối. Trong các hệ thống pháp luật ghi nhận tự do CK-TT, đều thấy tồn tại những giới hạn cho tự do CK-TT.

Tự do CK-TT và giới hạn đối với tự do CK-TT được đề cập đến từ rất sớm trong khoa học pháp lý. Khi nghiên cứu về cổ luật Việt Nam, Vũ Văn Mẫu đã cho rằng “trong cổ luật, không có một điều khoản nào minh thị tuyên bố nguyên tắc tự do khế ước; nhưng ta phải coi nguyên tắc ấy là một hệ luận đương nhiên của quan niệm nhân trị. Tin tưởng ở kết quả tốt đẹp của các hành vi người quân tử do “lễ” và “nghĩa” hướng dẫn nhà lập pháp chỉ can thiệp khi nào hoạt động kết lập khế ước vi phạm vào thuần phong mỹ tục hay làm rối loạn trật tự xã hội”¹. Ngày nay, do nhu cầu về an toàn pháp lý, tự do CK-TT và giới hạn đối với tự do CK-TT đã được ghi nhận chính thức trong nhiều hệ thống pháp luật, trong đó có pháp luật Việt Nam.

Các nghiên cứu về tự do CK-TT cũng như giới hạn đối với tự do này không hiếm. Tuy nhiên, khác với khoa học pháp lý của các nước², tự do CK-TT và giới hạn đối với nó nhìn từ góc độ Hiến pháp chưa được nghiên cứu sâu tại Việt Nam. Nhân dịp sửa đổi Hiến pháp năm 1992, chúng tôi xin đề cập đến vấn đề này.

I. Tự do cam kết, thỏa thuận nhìn từ góc độ Hiến pháp

1. Khái niệm tự do CK-TT. Trước khi đề cập đến tự do CK-TT từ góc độ Hiến pháp, chúng ta điếm qua khái niệm tự do CK-TT trong pháp luật Việt Nam. Bộ luật Dân sự (BLDS) hiện hành có nhắc đến tự do hợp đồng tại khoản 1 Điều 389 theo đó “tự do giao kết hợp đồng nhưng không được trái pháp luật, đạo đức xã hội”. Bên cạnh đó, tại Điều 4 về *nguyên tắc tự do, tự nguyện CK-TT*, BLDS nhắc đến “tự do CK-TT” mà không giới hạn ở tự do “hợp đồng”. Thực ra, khái niệm “tự do hợp đồng” hẹp hơn khái niệm “tự do CK-TT” vì hợp đồng chỉ là một dạng của “CK-TT”; có những CK-TT không

* PGS, TS. Trưởng khoa Luật dân sự, ĐH Luật TP. Hồ Chí Minh, Thành viên Tổ biên tập BLDS sửa đổi.

1 Vũ Văn Mẫu, *Cổ luật Việt Nam và Tư pháp sử*, Quyển thứ hai, Saigon 1975, tr. 9.

2 Về chủ đề này có rất nhiều công trình được công bố tại Pháp: xem Yves BROUSSOLLE, *Le paradoxe du principe de la liberté contractuelle*, JCP G 1995, II, 22404; Thierry REVET, *Droit constitutionnel du contrat*, *Revue des contrats*, 01/12/2003 n° 1, tr. 9; Cécile PÉRÈS, *La question prioritaire de constitutionnalité et le contrat*, *Revue des contrats*, 01/4/2010 n° 2, tr. 539; Pierre-Yves GAHDOUN, *Le Conseil constitutionnel et le contrat*, *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel* 2011, tr. 51.

là hợp đồng, như hành vi pháp lý đơn phương hay khế ước lao động tập thể³.

Tự do CK-TT đầu tiên được thể hiện bằng tự do xác lập quyền và nghĩa vụ. Điều 4 BLDS hiện hành đã ghi nhận rõ khía cạnh này của tự do CK-TT: “tự do CK-TT trong việc xác lập quyền, nghĩa vụ dân sự”. Tự do CK-TT cũng bao gồm tự do lựa chọn đối tác trong một quan hệ nhất định và nội dung này của tự do CK-TT được ghi nhận tại Điều 4 nêu trên của BLDS theo đó “trong quan hệ dân sự, các bên hoàn toàn tự nguyện, không bên nào được áp đặt, cấm đoán, cưỡng ép, đe dọa, ngăn cản bên nào”. Ngoài ra, tự do CK-TT bao gồm “tự do về hình thức”. Điều 4 BLDS không ghi nhận minh thị tự do về hình thức của CK-TT nhưng nội hàm này (tự do về hình thức) đã nằm trong “tự do CK-TT trong việc xác lập quyền, nghĩa vụ dân sự” nêu trên. Nội hàm của tự do CK-TT còn được thể hiện ở việc ghi nhận giá trị pháp lý và trách nhiệm tôn trọng các quyền, nghĩa vụ phát sinh từ CK-TT. Ngay tại Điều 4 về *nguyên tắc tự do, tự nguyện CK-TT*, BLDS đã khẳng định “CK-TT hợp pháp có hiệu lực bắt buộc thực hiện đối với các bên và phải được cá nhân, pháp nhân, chủ thể khác tôn trọng”.

Như vậy, nếu “tự do, với ý nghĩa triết học, là được thể hiện ý chí của mình hoặc ít ra là được nói lên quan niệm về thực hiện ý chí ấy⁴” thì tự do CK-TT được hiểu là tự do xác lập quyền và nghĩa vụ dân sự, tự do lựa chọn đối tác, tự do thể hiện CK-TT theo hình thức mong muốn và, khi đã được xác

lập hợp pháp, CK-TT có hiệu lực bắt buộc thực hiện đối với các bên và phải được cá nhân, pháp nhân, chủ thể khác tôn trọng.

2. Tự do CK-TT là một quyền con người. Con người sinh ra phải có một số quyền và thực tế này không ai bàn cãi; nhiều điều ước quốc tế như Tuyên ngôn Nhân quyền của Liên hiệp quốc cũng như Hiến pháp năm 1992 và BLDS hiện hành của chúng ta đã cho thấy điều vừa nêu. Vấn đề đặt ra là tự do CK-TT có là một quyền cơ bản của con người hay không?

Tự do CK-TT ngày nay đã được ghi nhận là một quyền cơ bản của con người. Sự ghi nhận này đã trở thành phổ thông tới mức khi tra cứu Internet và tìm kiếm về mối liên hệ giữa tự do CK-TT và quyền con người, chúng ta thấy nhiều trang Web khẳng định tự do CK-TT hay tự do hợp đồng theo nghĩa rộng là một quyền con người. Chẳng hạn, trong một trang Web, chúng ta thấy nêu “La liberté contractuelle constitue un droit fondamental dont chaque individu jouit”⁵ được hiểu “tự do hợp đồng là một quyền cơ bản mà mỗi cá nhân được hưởng”. Khi nghiên cứu về hợp đồng, một người có nhiều kinh nghiệm về mối quan hệ giữa pháp luật tư và Hiến pháp cũng như quyền con người đã nêu rằng “cơ quan tư pháp có thể giám sát hợp đồng trên cơ sở Công ước châu Âu về quyền con người” và “Nhà nước có thể phải chịu trách nhiệm khi pháp luật của các nước này trong lĩnh vực hợp đồng xâm phạm đến các quyền cơ bản được bảo vệ trong Công ước”⁶. Đi vào nghiên cứu kỹ hơn, chúng ta

3 Theo Điều 50 BLDS về tự do kinh doanh, “cá nhân có quyền lựa chọn hình thức, lĩnh vực, ngành nghề kinh doanh, lập doanh nghiệp, tự do giao kết hợp đồng, thuê lao động và các quyền khác phù hợp với quy định của pháp luật”. Từ quy định này, có ý kiến cho rằng tự do hợp đồng là một bộ phận của tự do kinh doanh. Thực ra, khi kinh doanh thì cần có tự do hợp đồng nhưng điều đó không có nghĩa là tự do hợp đồng là bộ phận con của tự do kinh doanh. Tự do kinh doanh và tự do hợp đồng có những điểm giao thoa nhưng không phải cái thứ nhất nằm gọn trong cái thứ hai và ngược lại.

4 Baron de Montesquieu, *Tinh thần pháp luật (De l'esprit des lois)* (bản dịch của Hoàng Thanh Đạm), 2010, tr. 122.

5 <http://www.web-libre.org/dossiers/liberte-contractuelle,10206.html>

6 N. Molfessis, *Le contrat: Revue Lamy Droit des affaires, số chuyên đề Entreprises et droit constitutionnel, tháng 12/2010, tr.47 và tiếp theo.*

thấy thực tiễn cũng ghi nhận tự do CK-TT như quyền cơ bản của con người. Chẳng hạn, Điều 4 Tuyên ngôn về quyền Con người và công dân (Tuyên ngôn VQCNVCD) năm 1789 của Pháp quy định “tự do là được làm tất cả những gì không xâm hại đến người khác: do đó, thực hiện các quyền tự nhiên của mỗi người chỉ có những giới hạn là bảo đảm cho các thành viên khác của xã hội được hưởng những quyền này. Những giới hạn này chỉ có thể được đưa ra bởi Luật”. Điều luật vừa nêu đã ghi nhận tự do với tư cách là quyền cơ bản của con người nhưng không cho biết tự do CK-TT hay tự do hợp đồng theo nghĩa rộng có thuộc quy phạm này hay không. Tuy nhiên, trong nhiều phán quyết của mình từ những năm đầu của thế kỷ thứ 21, Hội đồng Hiến pháp (HDHP) của Pháp đã xác định “tự do hợp đồng có nguồn gốc trong Điều 4 Tuyên ngôn VQCNVCD” nêu trên⁷.

Như vậy, tự do CK-TT hay tự do hợp đồng theo nghĩa rộng ngày nay đã được ghi nhận là thuộc nhóm quyền cơ bản của con người. Việc ghi nhận tự do CK-TT là một quyền cơ bản của con người là hoàn toàn thuyết phục và có thể được giải thích như sau: *Thứ nhất*, con người sinh ra bình đẳng. Do đó, ngoại trừ những trường hợp ngoại lệ do luật định, cá nhân chỉ có thể bị ràng buộc với người khác thông qua CK-TT của mình. Điều này cho thấy CK-TT gắn liền với cá nhân. *Thứ hai*, con người sinh ra với những nhu cầu như ăn, mặc, ở, giải trí... nhưng tự cá nhân không thể đáp ứng được những nhu cầu này. Để có thể đáp ứng được những nhu

cầu tối thiểu cho mình, cá nhân cần được chủ thể khác cung cấp và, để đạt được điều này, con người cần phải CK-TT với người khác. Con người càng có tự do trong CK-TT thì nhu cầu của họ càng được đáp ứng. Vì vậy, CK-TT gắn liền với từng cá nhân và tự do CK-TT là một quyền không thể thiếu đối với con người.

3. Tự do CK-TT có giá trị Hiến pháp.

Tự do CK-TT là một quyền con người và câu hỏi đặt ra là tự do này có giá trị hiến định hay không? Việc trả lời câu hỏi này là rất quan trọng không chỉ về lý luận mà còn về cả vận dụng pháp luật. Bởi lẽ, Hiến pháp là “văn bản có hiệu lực cao nhất” trong một hệ thống nên khi tự do CK-TT có giá trị hiến định thì tất cả những văn bản khác đều phải tuân thủ⁸. Lúc này, cả cơ quan lập pháp (Quốc hội, Nghị viện) cũng phải tuân thủ. Chẳng hạn, cơ quan này phải tôn trọng những CK-TT đã được xác lập hợp pháp (một trong những nội dung của tự do CK-TT đã được nêu ở trên) nên không thể tùy tiện ban hành một đạo luật xâm phạm tới những CK-TT này. Nói cách khác, nếu tự do CK-TT được ghi nhận và bảo vệ trong Hiến pháp thì nó có giá trị tối thượng trong một hệ thống pháp luật.

Trước nhu cầu về an toàn pháp lý nói chung và trước nhu cầu bảo vệ tự do CK-TT của các chủ thể nói riêng, xu hướng hiện nay là ghi nhận các quyền cơ bản của con người trong Hiến pháp, trong đó có tự do CK-TT (nên các quyền này có giá trị hiến pháp với những hệ quả riêng của nó: các văn bản dưới Hiến pháp phải tuân thủ)⁹. Kinh nghiệm của

7 Về những phán quyết này, xem N. Molfessis, *bđd*.

8 Theo Điều 146 Hiến pháp hiện hành của Việt Nam, “Hiến pháp nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là luật cơ bản của Nhà nước, có hiệu lực pháp lý cao nhất. Mọi văn bản pháp luật khác phải phù hợp với Hiến pháp”.

9 Về xu hướng “Hiến pháp hóa” quyền con người, quyền công dân trong Hiến pháp, xem thêm Nguyễn Văn Đông, *Quyền con người, quyền công dân: Nhu cầu và mức độ thể hiện trong Hiến pháp Việt Nam sửa đổi*, in Nguyễn Như Phát (chủ biên), *Một số vấn đề lý luận và thực tiễn cơ bản về sửa đổi Hiến pháp ở Việt Nam hiện nay*, Nxb. Khoa học xã hội 2012, tr.227.

Pháp là một ví dụ của xu hướng này, dù để có được các kinh nghiệm đó, buộc phải có tiến trình. *Giai đoạn thứ nhất* là Pháp phủ nhận giá trị hiến pháp của tự do CK-TT. Chẳng hạn, một luật mới ban hành không cho phép lập các thể chế mới về hưu dưỡng và đã bị khiếu nại với lý do luật này trái với tự do hợp đồng (theo nghĩa rộng) nên trái với Hiến pháp. Tuy nhiên, trong một quyết định ngày 03/08/1994, HĐHP của Pháp đã cho rằng “không có quy định nào có giá trị hiến pháp bảo hộ nguyên tắc tự do hợp đồng”. Quyết định này bị giới luật gia phản đối mạnh. *Giai đoạn thứ hai* là Pháp không phủ nhận một cách máy móc tự do CK-TT như trên và đã ghi nhận tự do này “tiềm ẩn” trong các giá trị hiến định khác. Giai đoạn này được khởi đầu với một đạo luật do Nghị viện thông qua với nội dung cho phép người sử dụng lao động được quyết định gây dựng một quỹ tiết kiệm và không cho phép nhân viên của mình tham gia vào quỹ tiết kiệm khác. Một số dân biểu cho rằng, quy định trong Luật như vậy là trái với tự do hợp đồng nên trái với Hiến pháp và cần được bãi bỏ. Theo HĐHP của Pháp, “bản thân nguyên tắc tự do hợp đồng không có giá trị hiến định” và “việc vi phạm nguyên tắc này chỉ có thể được viện dẫn trước HĐHP trong trường hợp việc vi phạm này dẫn tới việc xâm phạm tới các quyền và tự do được Hiến pháp bảo hộ” (Quyết định ngày 20/03/1997). Như vậy, bản thân tự do hợp đồng không có giá trị hiến pháp nhưng nó được bảo hộ thông qua các quyền và tự do mà Hiến pháp bảo vệ. Hướng giải quyết này chưa toàn diện vì chưa ghi nhận tự do hợp đồng (theo nghĩa rộng) có giá trị hiến định và vẫn tiếp tục bị phê phán. Đến năm 2000, một giai đoạn mới được đặt ra cho tự do CK-TT. Trong quyết định ngày 19/12/2000, HĐHP của Pháp đã chính thức ghi nhận tự do hợp đồng có giá trị hiến pháp. Việc khẳng định giá trị hiến định của tự do CK-TT tiếp

tục được duy trì cho đến nay và vì tự do CK-TT có giá trị hiến định (tức được bảo vệ bởi Hiến pháp) nên cơ quan lập pháp cũng phải tôn trọng và trong trường hợp một đạo luật xâm phạm thái quá tới tự do này thì sẽ bị tuyên bố trái Hiến pháp, nên không có giá trị pháp lý. Ví dụ, một đạo luật năm 2000 về liên đới và đổi mới đô thị có quy định theo hướng duy trì một số giao dịch hết thời hạn (tức buộc các bên phải tiếp tục các thỏa thuận đã chấm dứt) và một số dân biểu khiếu nại tới HĐHP rằng quy định trên đã ép buộc một số chủ thể phải chấp nhận hợp đồng không còn giá trị, nên vi phạm tự do CK-TT có giá trị hiến pháp. Trong quyết định ngày 7/12/2000, HĐHP đã tuyên bố quy định trên là trái Hiến pháp vì đã xâm phạm đến “các hợp đồng được giao kết hợp pháp tới mức vi phạm rõ ràng tự do trong Điều 4 Tuyên bố VQCNVCD”.

Như vậy, tự do CK-TT có giá trị hiến pháp trong pháp luật Pháp và vì Hiến pháp có giá trị cao nhất trong hệ thống luật nên tất cả các thể chế - trong đó có Nghị viện - không được xâm phạm thái quá. Ở Việt Nam, tự do CK-TT được ghi nhận tại Điều 4 BLDS nhưng chưa được ghi nhận một cách minh thị trong Hiến pháp hiện hành. Nhà nước có nghĩa vụ bảo đảm các quyền và tự do của cá nhân, trong đó có tự do CK-TT. Vì tự do CK-TT rất quan trọng trong đời sống nên cần được ghi nhận như quyền cơ bản trong Hiến pháp và một khi được ghi nhận trong Hiến pháp, nó sẽ được tất cả các thể chế trong hệ thống pháp luật Việt Nam tôn trọng.

4. Ghi nhận minh thị tự do CK-TT trong Hiến pháp. Tự do CK-TT có giá trị hiến pháp nhưng có nhất thiết phải nêu một cách minh thị trong Hiến pháp không?

Để thấy được ý nghĩa của việc ghi nhận minh thị tự do CK-TT trong Hiến pháp, chúng ta nên nghiên cứu kinh nghiệm của

nước mà Hiến pháp không ghi nhận minh thị tự do này. Đó là trường hợp của Pháp. Trong phần trên, chúng ta thấy pháp luật của Pháp đã ghi nhận tự do hợp đồng theo nghĩa rộng có giá trị hiến pháp. Ngày nay khi đề cập đến tự do CK-TT trong mối quan hệ với Hiến pháp, không ai ở Pháp có thể phủ nhận giá trị hiến định của tự do CK-TT. Thực ra, Hiến pháp năm 1958 (vẫn đang hiện hành) hoàn toàn không có quy định nào ghi nhận một cách minh thị tự do CK-TT. Kết quả đạt được như ngày hôm nay là sản phẩm của một quá trình cố gắng của các luật gia và chính trị gia. Cụ thể như sau: Hiến pháp năm 1958 của Pháp cũng như nhiều Hiến pháp trên thế giới chủ yếu quan tâm tới thể chế chính trị mà ít quan tâm tới các quyền cơ bản của con người trong đó có tự do CK-TT. Tuy nhiên, trước nhu cầu bảo vệ các quyền cơ bản của con người, HĐHP của Pháp đã phải “mở rộng” Hiến pháp bằng cách khẳng định Tuyên ngôn VQCNVCD năm 1789 của Pháp là một “bộ phận của pháp luật Hiến pháp”. Do đó, những gì được ghi nhận trong Tuyên ngôn này được bảo vệ như những giá trị được ghi nhận đích thực trong Hiến pháp và tất cả các thể chế đều phải tôn trọng. Sau khi “mở rộng” Hiến pháp như nêu trên, bước tiếp theo là HĐHP của Pháp ghi nhận tự do hợp đồng theo nghĩa rộng thuộc Tuyên ngôn VQCNVCD như chúng ta đã thấy trong phần trên. Như vậy, do tự do CK-TT không được ghi nhận minh thị trong Hiến pháp nên Pháp đã phải đi đường vòng bằng cách ghi nhận giá trị hiến pháp của Tuyên ngôn VQCNVCD, sau đó ghi nhận tự do CK-TT thuộc Tuyên ngôn này.

Ở Việt Nam, tự do CK-TT không được ghi nhận một cách rõ ràng trong quá khứ nhưng đến BLDS thì tự do này đã được ghi nhận một cách minh thị. Tuy nhiên, tự do

CK-TT vẫn chưa được ghi nhận một cách minh thị trong Hiến pháp. Xu hướng chung hiện nay là ghi nhận rõ ràng các quyền cơ bản của con người trong Hiến pháp, trong khi đó tự do CK-TT là một trong những quyền cơ bản của con người. Vì vậy, nhân dịp sửa đổi Hiến pháp năm 1992, chúng ta nên ghi nhận một cách minh thị tự do CK-TT trong Hiến pháp. Việc ghi nhận minh thị này có ưu điểm sau: *Thứ nhất*, chúng ta sẽ không phải đi lòng vòng như thực tiễn của Pháp để bảo vệ tự do CK-TT. *Thứ hai*, trong trường hợp ghi nhận minh thị tự do này trong Hiến pháp, chúng ta sẽ hướng các nhà làm luật quan tâm hơn tới tự do CK-TT mỗi khi muốn ban hành một văn bản pháp luật liên quan đến tự do CK-TT. *Thứ ba*, khi ghi nhận minh thị tự do này trong Hiến pháp, những chủ thể liên quan có thể viện dẫn Hiến pháp để khiếu nại đối với các văn bản xâm phạm tới tự do CK-TT.

II. Giới hạn đối với tự do cam kết, thỏa thuận nhìn từ góc độ Hiến pháp

5. Tự do CK-TT cần có giới hạn. Con người cần có tự do nhưng mọi sự cần có giới hạn. Montesquieu đã khẳng định rằng “trong một nước có pháp luật, tự do chỉ có thể là được làm những cái nên làm”¹⁰. Điều này đã phần nào cho thấy, tự do CK-TT cần có những giới hạn nhất định.

Tự do CK-TT là một giá trị cần được ghi nhận trong những văn bản quan trọng ở các xã hội văn minh và phát triển. Tuy nhiên, tự do này chỉ là tương đối; không một hệ thống nào ghi nhận tự do CK-TT một cách tuyệt đối. Tự do CK-TT nhằm thúc đẩy, tạo điều kiện cho con người, cho xã hội phát triển nhưng trong nhiều trường hợp, vì lợi ích cao hơn mà tự do CK-TT cần được giới hạn. Tự do CK-TT được ghi nhận để tạo điều kiện cho các chủ thể trong giao lưu dân

¹⁰ Baron de Montesquieu, *sđd*, tr.101.

sự nhưng những chủ thể này tồn tại trong một xã hội nên cần phải cân đối với quyền lợi của người khác, của xã hội.

Ngày nay, BLDS cũng đưa ra giới hạn là tự do CK-TT nhưng “không vi phạm điều cấm của pháp luật, không trái đạo đức xã hội” (Điều 4) và Điều 389 BLDS bổ sung rằng “tự do giao kết hợp đồng nhưng không được trái pháp luật”.

6. Giới hạn đối với tự do CK-TT cần được hạn chế. Nếu giới hạn cho tự do CK-TT được đưa ra quá tùy tiện, bị lạm dụng thì tự do CK-TT không còn nhiều ý nghĩa. “Mục đích của luật pháp không phải là loại bỏ và hạn chế tự do, mà là bảo vệ và phát triển tự do”¹¹ nên, đến lượt giới hạn đối với tự do CK-TT cũng cần bị giới hạn, cần được hạn chế; chính giới hạn này sẽ giúp tự do CK-TT (một quyền cơ bản của con người) còn ý nghĩa trong thực tế.

BLDS của chúng ta ghi nhận tự do CK-TT và đưa ra giới hạn cho tự do CK-TT nhưng những giới hạn này rất chung chung là “không vi phạm điều cấm của pháp luật”, “không được đạo đức xã hội”, “không trái pháp luật”. Chính vì sự chung chung này mà trong thực tế, rất nhiều CK-TT bị vô hiệu hóa. Nói cách khác, chúng ta chưa đưa ra hạn chế cho giới hạn đối với tự do CK-TT và chính vì chúng ta chưa đưa ra “chuẩn mực” cho những giới hạn này nên trong nhiều trường hợp, tự do CK-TT bị xâm phạm nghiêm trọng và hiện nay Tòa án khá tùy tiện tuyên bố vô hiệu CK-TT với lý do vi phạm “điều cấm của pháp luật”, “trái pháp luật”. Để hạn chế những tùy tiện này, để tự do cam kết và thỏa thuận thực sự có ý nghĩa trong đời sống, chúng ta cần có “chuẩn mực” cho những giới hạn đối với tự do CK-TT. Chúng ta không thể hài lòng với bất kỳ quy định nào hạn chế tự do CK-TT

mà cần đưa ra những giới hạn hay chuẩn mực cho những quy định muốn hạn chế tự do cam kết, tự do thỏa thuận.

Khi chúng ta có chuẩn mực đối với những quy định hạn chế tự do CK-TT, các CK-TT chỉ bị vô hiệu hóa bởi các quy định hạn chế tự do CK-TT sau khi khẳng định được rằng những quy định này phù hợp với “chuẩn mực” đối với giới hạn tự do CK-TT.

7. Kinh nghiệm nước ngoài. Không ai phủ nhận được sự cần thiết của giới hạn tự do CK-TT nhưng trước những lạm dụng trong việc ban hành hay ấn định các giới hạn đối với tự do CK-TT, một số hệ thống pháp luật đã đưa ra chuẩn mực để hạn chế những quy định giới hạn tự do CK-TT. Xin dẫn thực tế của Pháp về chủ đề này để minh họa.

BLDS Pháp đưa ra giới hạn cho các giao dịch tại Điều 6, theo đó các giao dịch không được “trái với luật liên quan đến trật tự công cộng và thuần phong mỹ tục”. Quy định này giới hạn tự do CK-TT (CK-TT không được trái với quy định về trật tự công) nhưng BLDS không đưa ra bất kỳ chuẩn mực nào về loại quy định này. Trước những lạm dụng, tùy tiện trong việc ban hành quy định cũng như hướng giải quyết xâm phạm tới tự do CK-TT và trước việc Hiến pháp không đưa ra một cách minh thị “chuẩn mực” cho những hạn chế cho tự do CK-TT, HĐHP của Pháp đã phải thiết lập một “án lệ”, theo đó các giới hạn đối với tự do CK-TT chỉ được chấp nhận nếu “vì một lý do lợi ích chung thích đáng”.

Trên cơ sở chuẩn mực trên, HĐHP của Pháp đã vô hiệu hóa một số quy định xâm hại một cách thái quá tới tự do CK-TT. Ví dụ: một số cam kết đã được xác lập hợp pháp trên cơ sở một đạo luật năm 1998, nhưng sau đó Nghị viện Pháp ban hành một đạo luật mới trong đó có Điều 28 với hệ quả

11 John Locke : Trích lại từ Qiu Yongsheng và Zhao Jing, Vấn đề bảo đảm quyền con người cơ bản cho nghi phạm trong giai đoạn điều tra hình sự ở Trung Quốc, Tạp chí Luật học, 4/2010, tr. 65.

12 N. Molfessis, *ibid.*

thay đổi một số nội dung của cam kết trên. Trong quyết định ngày 13/01/2000, HĐHP của Pháp đã nhận định rằng “các cam kết này chỉ có thể bị ảnh hưởng bởi một lý do lợi ích chung thích đáng” và “khi vô hiệu hóa các thỏa thuận đã được ký kết một năm trước đó, Điều 28 đã mang đến cho tự do hợp đồng một giới hạn không tương thích với Điều 4 Tuyên ngôn VQCNVCD”. Từ đó, HĐHP của Pháp đã tuyên bố Điều 28 trên là trái Hiến pháp. Trong một quyết định ngày 07/8/2008, HĐHP của Pháp cũng theo hướng này. Cụ thể như sau: Một đạo luật có quy định bãi bỏ một số điều khoản của thỏa ước lao động tập thể được xác lập trước khi đạo luật này được ban hành. Khi được yêu cầu, HĐHP của Pháp đã xét rằng “việc xâm hại tới các thỏa thuận đang tồn tại không được lý giải bởi một lý do lợi ích chung thích đáng. Thứ nhất, việc xâm phạm này liên quan đến hàng triệu người lao động. Thứ hai, việc xâm phạm này liên quan đến thỏa thuận mà luật mới không thể phủ nhận. Thứ ba, các bên trong thỏa thuận mong muốn thỏa ước lại ngay sau khi luật mới được công bố. Cuối cùng, việc loại bỏ các điều khoản này làm thay đổi sự cân bằng của các thỏa thuận đã được xác lập”¹².

8. Hướng sửa đổi Hiến pháp năm 1992. Hiến pháp hiện hành của chúng ta ghi nhận nhiều quyền cơ bản và trong nhiều trường hợp cũng đưa ra giới hạn cho các quyền này, đồng thời cũng đưa ra những giới hạn cho các quy định hạn chế các quyền cơ bản này.

Chẳng hạn, quyền sở hữu được bảo hộ nhưng chính Hiến pháp cũng có quy định theo đó “trong trường hợp thật cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh và vì lợi ích quốc gia, Nhà nước trưng mua hoặc trưng dụng có bồi thường tài sản của cá nhân hoặc tổ chức theo thời giá thị trường” (Điều 23).

Với quy định này, việc hạn chế quyền sở hữu là được phép nhưng giới hạn đối với quyền tư hữu không được tùy tiện mà cần tuân theo một chuẩn mực nhất định: “trong trường hợp thật cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh và vì lợi ích quốc gia”.

Kế thừa tinh thần trên, chúng ta cũng nên đưa ra “chuẩn mực” cho những quy định có hệ quả giới hạn tự do CK-TT. Các quy định giới hạn tự do CK-TT chỉ được đưa ra “trong trường hợp thật cần thiết” và “vì lợi ích chung”. Khi hai chuẩn mực khung này được đưa vào Hiến pháp, tự do CK-TT (một trong những quyền cơ bản của con người) mới đích thực được bảo đảm trong thực tế.

9. Kết luận. Tự do CK-TT là một quyền cơ bản của con người và đã được ghi nhận trong pháp luật Việt Nam. Tuy nhiên tự do này hiện nay chỉ được ghi nhận trong văn bản dưới Hiến pháp (cụ thể là trong BLDS). Để quyền cơ bản này được bảo hộ hiệu quả, tự do CK-TT cần được ghi nhận trong Hiến pháp. Xã hội sẽ phát triển, phồn vinh hơn khi tự do CK-TT được bảo hộ ở cấp độ Hiến pháp.

Tự do CK-TT không tuyệt đối và không xã hội nào lại không đưa ra những quy định hạn chế tự do CK-TT. Tuy nhiên, các quy định có hệ quả giới hạn tự do CK-TT cũng cần được hạn chế nếu không tự do CK-TT không còn nhiều ý nghĩa trong thực tiễn. Những quy định giới hạn tự do CK-TT chỉ nên được chấp nhận khi nó thực sự cần thiết và vì một lý do cao cả hơn.

Hy vọng với lần sửa đổi Hiến pháp này, các nội dung trên được quan tâm hơn. Bên cạnh đó, chúng ta cũng cần thiết lập một cơ chế để các quyền cơ bản của con người (trong đó có tự do CK-TT) có thể được viện dẫn trước một cơ quan độc lập mỗi khi người liên quan thấy bị vi phạm¹³ ■

13 Về cơ chế bảo vệ quyền con người trong Hiến pháp, xem thêm Đỗ Minh Khôi, Quyền con người và cơ chế bảo đảm trong Hiến pháp, in Nguyễn Như Phát (chủ biên), *SĐĐ*, tr.34 và tiếp theo.

"QUYỀN VÀ NGHĨA VỤ CỦA CÔNG DÂN DO HIẾN PHÁP VÀ LUẬT QUY ĐỊNH" - NHẬN DIỆN TỪ LÝ LUẬN VÀ TÌNH HUỐNG

LƯU ĐỨC QUANG*

Trong lịch sử lập hiến Việt Nam, Hiến pháp năm 1992 lần đầu tiên ghi nhận nguyên tắc "Quyền và nghĩa vụ của công dân do Hiến pháp và luật quy định". Trong quá trình nghiên cứu và giảng dạy Luật Hiến pháp, những trở ngại về Hiến pháp cùng với địa vị pháp lý của người dân đã khiến chúng tôi suy nghĩ một cách có hệ thống và nhận thấy nguyên tắc này là một trong những mắt xích quan trọng để bảo vệ công dân cũng như nâng cao "đẳng cấp" của Nhà nước pháp quyền mà chúng ta không ngừng phấn đấu xây dựng.

1. Lý luận về nguyên tắc "Quyền và nghĩa vụ của công dân do Hiến pháp và luật quy định"

Nhà nước là chủ thể độc quyền ban hành pháp luật. Vì thế, về nguyên tắc, pháp luật của nhà nước phải khách quan để bảo đảm lợi ích của công dân và duy trì bình thường việc thực hiện các chức năng của nhà nước. Ở nước ta, Quốc hội là cơ quan dân cử tiêu biểu nhất, có khả năng nhất trong việc thể chế hóa ý nguyện của nhân dân một cách trung thực và toàn diện; đặc biệt trong việc xây dựng mối quan hệ cơ bản giữa nhà nước với công dân.

Để thể chế hóa nguyên lý đại diện trên,

đồng thời "khắc phục sự vi phạm quyền con người, quyền công dân do thiếu sót của Nhà nước từ hoạt động lập pháp, lập quy"¹, Hiến pháp năm 1992 khẳng định một tư tưởng chỉ đạo hay nguyên tắc nền tảng cho việc xác lập địa vị pháp lý của công dân: *Quyền và nghĩa vụ của công dân do Hiến pháp và luật quy định*. Ngay từ năm 1992, Phó Chủ tịch Quốc hội khóa VIII² - luật gia kỳ cựu Phùng Văn Tửu - đã bình luận: "Ở đây nói luật chứ không phải pháp luật. Như vậy là sau khi có Hiến pháp mới thì chỉ có luật do Quốc hội thông qua mới quy định về quyền và nghĩa vụ công dân. Còn các văn bản dưới luật chỉ là hướng dẫn cụ thể việc thực hiện. Đó cũng là một trong nhiều thí dụ khác chứng tỏ

* **Giảng viên Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.**

1 Trần Ngọc Đường, *Quyền con người, quyền công dân trong Nhà nước pháp quyền XHCN Việt Nam (sách chuyên khảo)*, Nxb. Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 2011, tr. 82.

2 Quốc hội khóa VIII (1987-1992) đã thông qua Hiến pháp năm 1992.

quyết tâm của Nhà nước ta xây dựng nhà nước pháp quyền, tăng cường pháp chế xã hội chủ nghĩa”³. Đây cũng chính là quy định mới mang tính nền tảng đối với hoạt động lập pháp của Nhà nước ta nói chung, Quốc hội nói riêng. Điều này, một lần nữa, thể hiện thái độ trân trọng rất đáng ghi nhận của Nhà nước đối với việc thể chế hóa địa vị pháp lý của công dân, nhằm hạn chế tối đa sự tùy tiện từ phía Nhà nước.

Về mặt hình thức pháp lý, chúng tôi xin diễn giải như sau⁴:

1. Quyền và nghĩa vụ của công dân có thể được chia thành hai loại gồm quyền và nghĩa vụ cơ bản (được quy định mang tính xác lập, khởi đầu trong Hiến pháp - luật cơ bản của Nhà nước) và quyền, nghĩa vụ khác hay quyền, nghĩa vụ không cơ bản (được quy định mang tính xác lập, khởi đầu trong các luật, bộ luật). Phân tích sâu hơn, chúng ta nhận thấy Hiến pháp chỉ quy định những quyền và nghĩa vụ công dân hoặc có tính quan trọng đặc biệt, hoặc vừa có tính quan trọng đặc biệt vừa có tính khái quát so với quyền và nghĩa vụ luật định. Ví dụ: nghĩa vụ nộp thuế là nghĩa vụ chung được hiến định; còn nghĩa vụ nộp một loại thuế cụ thể như thuế thu nhập cá nhân, thuế xuất nhập khẩu... sẽ do luật định. Hoặc quyền được Nhà nước bảo hộ hôn nhân và gia đình (theo suy đoán) là quyền chung; còn quyền kết hôn theo quy định của Luật Hôn nhân và gia đình là quyền cụ thể. Một ví dụ khác, quyền bầu cử là quyền quan trọng đặc biệt vừa có tính chung nên được hiến định: “Công dân, không phân biệt dân tộc, nam nữ, thành phần xã hội, tín ngưỡng, tôn giáo, trình độ

văn hóa, nghề nghiệp, thời hạn cư trú, đủ 18 tuổi trở lên đều có quyền bầu cử và đủ 21 tuổi trở lên đều có quyền ứng cử vào Quốc hội, Hội đồng nhân dân theo quy định của pháp luật” (Điều 54 Hiến pháp 1992). Trong trường hợp này, nếu chỉ lấy việc xác định độ tuổi làm căn cứ thì quyền bầu cử dường như là quyền khá cụ thể; tuy nhiên, nếu tiếp tục xét một số trường hợp công dân tuy đủ tuổi hiến định song vẫn bị tước quyền bầu cử theo luật định (ngoại lệ) thì quyền này lại vẫn mang tính khái quát⁵.

2. Bản thân Quốc hội cũng không được ban hành các loại văn bản khác mà nội dung có liên quan đến việc quy định mang tính xác lập, khởi đầu quyền và nghĩa vụ công dân. Chiều theo cách hiểu trên thì Quốc hội không thể sử dụng Nghị quyết vào việc này. Khoản 3 Điều 11 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật (VBQPPL) quy định: “Nghị quyết của Quốc hội được ban hành để quyết định nhiệm vụ phát triển kinh tế - xã hội; dự toán ngân sách nhà nước và phân bổ ngân sách trung ương; điều chỉnh ngân sách nhà nước; phê chuẩn quyết toán ngân sách nhà nước; quy định chế độ làm việc của Quốc hội, Ủy ban thường vụ Quốc hội, Hội đồng dân tộc, các Ủy ban của Quốc hội, Đoàn đại biểu Quốc hội, đại biểu Quốc hội; phê chuẩn điều ước quốc tế và quyết định các vấn đề khác thuộc thẩm quyền của Quốc hội”. Hệ quả là, không thể suy diễn “các vấn đề khác” ở đây bao hàm mọi thẩm quyền của Quốc hội để ban hành nghị quyết kiểu Nghị quyết số 51/2001/QH10 ngày 07/01/2002 về việc sửa đổi, bổ sung một số điều của Hiến pháp năm 1992 hay Nghị

3 Phùng Văn Tửu, Nguyễn Niên, Nguyễn Văn Thảo, Đoàn Trọng Truyền, *Bình luận khoa học Hiến pháp 1992*, Nxb. Sự thật, Hà Nội, 1992, tr. 64.

4 Xem thêm: Vũ Văn Nhiêm, *Bàn về hình thức văn bản và thẩm quyền quy định về quyền và nghĩa vụ của công dân*, Tạp chí Khoa học Pháp lý, số 5/2007.

5 Xem thêm: Nguyễn Văn Động, *Quyền con người, quyền công dân trong Hiến pháp Việt Nam (sách chuyên khảo)*, Nxb. Khoa học xã hội, Hà Nội, 2005, tr. 211-212.

quyết số 55/2010/NQ- QH12 ngày 6/12/2010 về việc miễn, giảm thuế sử dụng đất nông nghiệp.

3. Tất nhiên, Quốc hội cũng không thể ủy quyền cho bất kỳ cơ quan nào khác việc quy định quyền và nghĩa vụ công dân. Như vậy, thật khó mà bào chữa cho sự có mặt của pháp lệnh của Ủy ban thường vụ Quốc hội, thậm chí là Nghị định “không đầu” của Chính phủ quy định về địa vị pháp lý của công dân, nếu chúng ta thượng tôn Hiến pháp.

Về mặt nội dung, theo Luật Ban hành VBQPPL 2008, “Luật của Quốc hội quy định các vấn đề cơ bản thuộc lĩnh vực... quyền và nghĩa vụ của công dân” (khoản 2 Điều 11). Trong khi đó, các VBQPPL khác hoặc không được Luật này xác định rõ thẩm quyền như trên hoặc nếu được trao thẩm quyền có liên quan, như nghị định do Chính phủ ban hành sẽ “quy định các biện pháp cụ thể để thực hiện... quyền, nghĩa vụ của công dân” (Điều 14). Từ đó, có thể hiểu:

1. Quốc hội là cơ quan duy nhất có quyền quy định quyền và nghĩa vụ công dân mang tính xác lập, khởi đầu trong Hiến pháp và các đạo luật.

2. Các cơ quan nhà nước khác chỉ có quyền dựa vào Hiến pháp và luật để quy định chi tiết, hướng dẫn thi hành quyền, nghĩa vụ công dân và phải đảm bảo rằng, hoạt động này không được tiến hành trái với tinh thần hiến định, luật định. Ví dụ: Quốc hội đặt ra các thứ thuế kèm theo khung thuế suất chuẩn; cơ quan thuế vụ theo thẩm quyền chỉ có thể tổ chức cho công dân đăng ký mã số thuế, kê khai và nộp thuế (chẳng

hạn ở tỉnh A, công dân đăng ký mã số thuế, kê khai và nộp thuế trực tiếp tại trụ sở cơ quan thuế; còn ở tỉnh B, công dân đăng ký mã số thuế, kê khai thuế qua Internet và nộp thuế qua ngân hàng) hoặc cơ quan thuế có quyền ấn định mức thuế suất riêng cho từng đối tượng nộp thuế nhưng không được nằm ngoài khung thuế suất luật định. Nếu hiểu một cách nghiêm ngặt thì các cơ quan này chỉ có thể tác động đến việc hưởng quyền và gánh vác nghĩa vụ của công dân thông qua việc tự mình xây dựng hoặc tham gia xây dựng thủ tục hành chính; thậm chí, trong một số trường hợp, Hiến pháp, luật sẽ quy định về quyền, nghĩa vụ công dân một cách trực tiếp và toàn diện (tuyệt đối).

3. Các cơ quan nhà nước khác không được đặt ra quyền, nghĩa vụ mới so với quyền, nghĩa vụ hiến định và luật định hoặc xóa bỏ quyền, nghĩa vụ hiến định và luật định.

2. Bình luận việc thực hiện nguyên tắc qua tình huống thực tế

2.1. Sự chậm trễ “luật hóa” quyền biểu tình của công dân nhìn từ tư duy của các nhà chức trách

Từ khi Hiến pháp năm 1992 có hiệu lực đến nay, một thiếu sót nổi bật trong việc thực thi các quyền và nghĩa vụ công dân là sự chậm trễ trong việc “luật hóa” chúng dựa theo yêu cầu của nguyên tắc “Quyền và nghĩa vụ của công dân do Hiến pháp và luật quy định”⁶ hay theo yêu cầu của một điều khoản hiến định cụ thể⁷. Có khá nhiều nguyên nhân, nhưng theo chúng tôi, một vấn đề mang tính căn cơ chính là tư duy, tâm lý của các nhà chức trách nước ta (từ đại biểu

6 Điều 68 Hiến pháp năm 1992 quy định: “Công dân có quyền tự do đi lại, cư trú ở trong nước, có quyền ra nước ngoài và từ nước ngoài về nước theo quy định của pháp luật” nhưng phải đến năm 2006, Quốc hội mới ban hành Luật Cư trú.

7 Điều 23 Hiến pháp năm 1992 quy định: “Tài sản hợp pháp của cá nhân, tổ chức không bị quốc hữu hóa. Trong trường hợp thật cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh và vì lợi ích quốc gia, Nhà nước trưng mua hoặc trưng dụng có bồi thường tài sản của cá nhân hoặc tổ chức theo thời giá thị trường. Thủ tục trưng mua, trưng dụng do luật định” nhưng phải đến năm 2008, Quốc hội mới ban hành Luật Trưng mua, trưng dụng tài sản.

dân cử đến cán bộ hành pháp). Chúng tôi xin nêu vài điểm nhân của một câu chuyện có liên quan:

Từ tháng 6 đến tháng 8/2011, các cuộc biểu tình tự phát của dân chúng phản đối chính quyền Trung Quốc có hành động gây hấn, xâm phạm chủ quyền Việt Nam trên biển Đông đã diễn ra tại trung tâm thủ đô Hà Nội. Các hoạt động này chủ yếu xuất phát từ tinh thần yêu nước và tâm lý bức xúc của người dân. Tuy nhiên, theo chính quyền Hà Nội, những cuộc tụ tập, biểu tình, tuần hành tự phát đã “ảnh hưởng xấu đến trật tự xã hội, hình ảnh thủ đô - Thành phố Vì hòa bình; tiềm ẩn các yếu tố gây mất ổn định chính trị; tác động tiêu cực tới việc thực hiện đường lối, quan hệ ngoại giao của Đảng, Nhà nước”. Vì vậy, hơn hai tháng sau khi tại Hà Nội diễn ra cuộc biểu tình tự phát đầu tiên phản đối hành vi gây hấn của Trung Quốc trên biển Đông, đây là lần đầu tiên, chính quyền phát đi thông điệp chính thức về vấn đề này với yêu cầu: “Chấm dứt mọi hoạt động tụ tập, biểu tình, tuần hành tự phát trên địa bàn thành phố”⁸.

Tháng 11/2011, Thủ tướng Chính phủ Nguyễn Tấn Dũng chính thức đề nghị Quốc hội đưa Luật Biểu tình vào Chương trình xây dựng luật, pháp lệnh của Quốc hội khóa XIII. Theo ông, Luật Biểu tình phù hợp với Hiến pháp, đặc điểm lịch sử văn hóa, điều kiện cụ thể của Việt Nam, thông lệ quốc tế và cũng để đảm bảo quyền tự do dân chủ của người dân. Đồng thời, luật này cũng có yêu cầu là ngăn chặn những hành vi xâm hại đến an ninh trật tự, đến lợi ích của xã hội và nhân dân⁹.

Bên cạnh quan điểm đồng tình với Thủ tướng, nhiều đại biểu Quốc hội bày tỏ sự

phản đối. Có đại biểu Quốc hội phát biểu: “ngay từ khởi thủy đến tận ngày nay, biểu tình là để chống lại chính phủ”, “biểu tình là sự ô danh”, “Việt Nam chưa đủ điều kiện để đòi hỏi cho sự ô danh đó”. Có đại biểu cho rằng: “Biểu tình có hai mặt là ủng hộ và phản đối, nhưng thường người ta nói đến biểu tình là nói đến phản đối. Nhà nước ta là Nhà nước của dân, do dân, vì dân, dưới sự lãnh đạo của Đảng, chúng ta có Mặt trận, có khối đại đoàn kết toàn dân, vì sao chúng ta lại cho tổ chức biểu tình?”. Hoặc theo một đại biểu khác thì: “Chế độ xã hội chủ nghĩa dân chủ gấp vạn lần chế độ tư bản, có vấn đề gì chúng ta có Mặt trận, có Hội đồng nhân dân, có chính quyền, vừa rồi có Luật Khiếu nại, Luật Tố cáo. Đó là chưa kể vấn đề biểu tình có thể ảnh hưởng đến an ninh quốc gia vì bị kẻ xấu lợi dụng. Chúng ta nên tăng cường đối thoại trực tuyến, ví dụ những vấn đề gì nhạy cảm, bức xúc, tranh chấp đất đai hoặc tình hình biển Đông thì cứ đối thoại”¹⁰.

Diễn biến trên phần nào minh chứng cho hai khía cạnh tư duy sau đây của các nhà chức trách: *Từ góc độ nhà hành pháp*, họ chưa chủ động xây dựng “hành lang pháp lý” cho các “kịch bản quản lý” do chính công dân tạo ra khi thực hiện các quyền hiến định, mà có xu hướng “chạy theo” thực tiễn quản lý hay quản lý theo kiểu bị động. *Từ góc độ nhà lập pháp*, một là, tư duy “bao cấp suy nghĩ” cho nhà hành pháp (lo sợ luật sẽ bị lợi dụng để gây khó khăn cho hoạt động quản lý trong những lĩnh vực được gán cho là có tính nhạy cảm). Điều khá thú vị nảy sinh: trong khi người đứng đầu hành pháp chủ động thực hiện sáng quyền lập pháp thì các nhà lập pháp lại e ngại thay cho họ; hai là, tư duy “bao cấp suy nghĩ” cho người dân theo kiểu “bố mẹ bảo bọc con

8 Xem <http://vnexpress.net/gl/xa-hoi/2011/08/ha-noi-yeu-cau-cham-dut-bieu-tinh-tu-phat/>

9 Xem <http://vnexpress.net/gl/xa-hoi/2011/11/dua-luat-bieu-tinh-vao-chuong-trinh-xay-dung-luat/>

10 Xem <http://vnexpress.net/gl/xa-hoi/2011/11/quoc-hoi-tranh-cai-gay-gat-ve-luat-bieu-tinh/>

trẻ”, suy đoán thay cho người dân về độ trưởng thành của họ rồi tự giành cho mình độc quyền hoạch định cuộc sống của họ.

2.2. Sự tương thích giữa Hiến pháp, Luật Đất đai và các văn bản dưới luật về vấn đề thu hồi đất

Theo Điều 23 Hiến pháp năm 1992, “tài sản hợp pháp của cá nhân, tổ chức không bị quốc hữu hóa. Trong trường hợp thật cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh và vì lợi ích quốc gia, Nhà nước trưng mua hoặc trưng dụng có bồi thường tài sản của cá nhân hoặc tổ chức theo thời giá thị trường. Thẻ thức trưng mua, trưng dụng do luật định”. Dựa vào căn cứ này, Luật Đất đai năm 2003 xác định Nhà nước chỉ thu hồi đất trong các trường hợp đất được sử dụng vào các mục đích quốc phòng, an ninh, lợi ích quốc gia, lợi ích công cộng, phát triển kinh tế (Điều 38). Hiện nay, phần lớn khiếu kiện, tranh chấp về thu hồi đất đều liên quan đến trường hợp cuối. Việc thu hồi đất để phát triển kinh tế thuộc bốn trường hợp: “đầu tư xây dựng khu công nghiệp, khu công nghệ cao, khu kinh tế và các dự án đầu tư lớn theo quy định của Chính phủ” (Điều 40).

Ở cấp thấp hơn, Điều 36 Nghị định 181/2004/NĐ-CP của Chính phủ quy định ngoài các trường hợp xây dựng khu công nghiệp, khu công nghệ cao, khu kinh tế như luật định, Nhà nước còn được thu hồi đất đối với các dự án: a) đầu tư sản xuất, kinh doanh, dịch vụ, du lịch (với điều kiện dự án thuộc nhóm A và không thể đầu tư trong khu công nghiệp, khu công nghệ cao, khu kinh tế); b) các dự án sử dụng vốn ODA; c) các dự án đầu tư 100% vốn nước ngoài (với điều kiện dự án không thể đầu tư trong khu công nghiệp, khu công nghệ cao, khu kinh tế). Như vậy, nghị định này đã “ngầm” giải thích rằng, ba nhóm dự án này thuộc trường hợp “các dự án đầu tư lớn” như luật định.

Sau đó, danh mục “các dự án đầu tư lớn” tiếp tục được mở rộng bằng hai nghị định được ban hành sau đó (Nghị định

16/2005/NĐ-CP ngày 07/5/2005 của Chính phủ về quản lý dự án đầu tư xây dựng công trình và bị thay thế bởi/và Nghị định 12/2009/NĐ-CP ngày 10/9/2009) lên đến trên 50 lĩnh vực khác nhau (công nghiệp điện, hóa chất, phân bón, chế tạo máy, xi măng, luyện kim, điện tử, tin học, hóa dược, thiết bị y tế, bur chính, viễn thông, y tế, văn hóa, giáo dục, phát thanh, truyền hình...). Đáng chú ý là ở cả hai văn bản nói trên, danh mục dự án bắt đầu xuất hiện những khái niệm như “dự án xây dựng khu nhà ở, dự án xây dựng công trình dân dụng khác”...

Tiếp theo, Nghị định 84/2007/NĐ-CP ngày 25/5/2007 của Chính phủ quy định bổ sung về việc cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, thu hồi đất, thực hiện quyền sử dụng đất, trình tự, thủ tục bồi thường, hỗ trợ, tái định cư khi Nhà nước thu hồi đất và giải quyết khiếu nại về đất đai quy định việc bãi bỏ điều kiện (mức vốn và lĩnh vực) để Nhà nước thu hồi đất; đồng thời, tiếp tục mở rộng danh mục các trường hợp Nhà nước thu hồi đất mà điển hình là việc đề ra một số mục đích mới chưa hề được luật định như: “thu hồi đất để thực hiện các dự án phát triển kinh tế quan trọng” (Điều 34) hay “thu hồi đất để xây dựng các khu kinh doanh tập trung” (Điều 35). Nghị định trao cho Bộ Tài nguyên và Môi trường thẩm quyền hướng dẫn thực hiện. Theo đó, Thông tư 06/2007/TT-BTNMT ngày 15/6/2007 của Bộ Tài nguyên và Môi trường hướng dẫn thực hiện một số điều của Nghị định 84/2007/NĐ-CP tiếp tục mở rộng danh mục các trường hợp Nhà nước thu hồi đất như dự án xây dựng nhà ở để bán hoặc cho thuê; dự án xây dựng trung tâm thương mại, trung tâm hội chợ triển lãm; dự án xây dựng khách sạn cao cấp đạt tiêu chuẩn từ hạng 3 sao trở lên...

Hệ lụy tất yếu mà người ta có thể nhận ra trong trường hợp này, là quyền của công dân ngày càng bị “hạ cấp” từ tầm hiến định, luật định đến “dưới luật định” mà chưa biết

điểm dừng¹¹. Sự tùy tiện ban phát quyền và nghĩa vụ cho công dân của các cơ quan hành chính là điều hoàn toàn dễ hiểu. Điều đó có thể dẫn đến những bất ổn cho xã hội.

2.3. Thực thi quyền học tiểu học không phải trả học phí của công dân

Theo Điều 59 Hiến pháp năm 1992, “Bậc tiểu học là bắt buộc, không phải trả học phí”. Luật Giáo dục năm 2005 đã thể chế hóa quy định này tại Điều 105 rằng: “Học sinh tiểu học trường công lập không phải đóng học phí”. Nghị định số 49/2010/NĐ-CP ngày 14/5/2010 của Chính phủ quy định về việc miễn, giảm học phí, hỗ trợ chi phí học tập và cơ chế thu, sử dụng học phí đối với cơ sở giáo dục thuộc hệ thống giáo dục quốc dân từ năm học 2010-2011 đến năm học 2014-2015. Theo đó, học phí là khoản tiền của gia đình người học hoặc người học phải nộp để góp phần bảo đảm chi phí cho các hoạt động giáo dục (Điều 2). Học sinh tiểu học là một trong những đối tượng không phải đóng học phí tại các cơ sở giáo dục công lập (Điều 3).

Trên thực tế, năm học 2008-2009, tại Hà Nội, các trường tiểu học thu theo quy định của Nhà nước(?) các khoản gồm: tiền xây dựng là 40.000đ/1 năm; học 2 buổi không bán trú là 50.000đ/tháng; hỗ trợ tiểu học 10.000đ/tháng... “tự nguyện” (do Trường tiểu học Cát Linh đặt ra thông qua Hội Cha mẹ học sinh) gồm: tiền mua sắm trang thiết bị, tiền điện, quỹ hội phụ huynh, quỹ Đội, đồng phục, học phí các lớp “tự nguyện” như tin học, ngoại ngữ; tiền đóng góp cho nhà trường đối với học sinh học trái tuyến; tiền mua “vở sạch chữ đẹp” (do trường đặt làm và bán trực tiếp); học phí 5

buổi “làm quen với chương trình lớp 1” với mức thu 50.000đ/ học sinh...¹². Hay năm học 2010-2011, Sở Giáo dục và đào tạo TP. Hồ Chí Minh yêu cầu phụ huynh học sinh tiểu học công lập đóng góp các khoản sau: phí cơ sở vật chất (20.000-30.000 đồng). Các khoản thu khác gồm: phí tổ chức và phục vụ bán trú (20.000-30.000 đồng/tháng); phí vệ sinh bán trú (3000-5000 đồng/tháng); phí cơ sở vật chất phục vụ bán trú (50.000-150.000 đồng/năm); phí tổ chức học 2 buổi (20.000-30.000 đồng/tháng); tiền in đề và giấy thi kiểm tra học kỳ (5.000-11.000 đồng); học phí tăng cường ngoại ngữ, tin học (40.000-50.000 đồng/tháng)¹³. Thực tế tại một số trường, phụ huynh phải đóng góp nhiều khoản tiền cao hơn quy định, ngoài quy định trên hoặc có những khoản thu “tự nguyện” nhưng không nộp là không được. Ví dụ: Trường Tiểu học Đuốc Sống (Quận 1) thu các khoản: phù hiệu (10.000 đồng), sổ liên lạc (7.000 đồng); tiền ăn, học phí, vệ sinh, vi tính, Anh văn (705.000 đồng); tiền cơ sở vật chất multimedia (100.000 đồng), tiền đồng phục (210.000 đồng/bộ)... Trường Tiểu học Phan Văn Trị (Quận 1) thu của học sinh bán trú tiền cơ sở vật chất đến 300.000 đồng/năm (gấp 10 lần quy định). Trường Tiểu học Lương Định Của (Quận 3) thu 500.000 đồng “tiền thay bàn ghế” và quỹ hội phụ huynh...¹⁴.

Trong Báo cáo Quốc gia về Phát triển Con người năm 2011, Chương trình Phát triển Liên hiệp quốc (UNDP) nhận định: “Miễn học phí và giảm lệ phí phản ánh cam kết của Chính phủ Việt Nam trong việc đảm bảo tiếp cận giáo dục cho mọi công dân nhằm thúc đẩy phát triển con người và tiến

11 Xem thêm: <http://www.thesaigontimes.vn/Home/dothi/nhadat/50864/Luat-va-duoi-luat.html>

12 <http://vietnamnet.vn/giaoduc/2008/09/802609/>

13 <http://nld.com.vn/20100806123710544P0C1017/tpbcm-chua-tang-hoc-phi.htm>

14 <http://phapluattp.vn/2010091211099391p0c1019/phu-huynh-ngop-voi-tien-truong.htm>

tới một xã hội công bằng hơn. Tuy nhiên có khoảng cách đáng kể và ngày càng tăng giữa chính sách và thực tế thực hiện. Ví dụ, theo luật, các trường tiểu học không được phép thu học phí, mà cần phải rất công bằng, cho phép trẻ em nghèo và có hoàn cảnh khó khăn học xong ít nhất là bậc giáo dục cơ bản. Tuy nhiên trên thực tế, ngoài học phí, nhiều trường tiểu học còn thu lệ phí, và quan trọng là trong nhiều trường hợp các khoản lệ phí cao hơn hẳn mức quy định. Mặc dù đã có cam kết chính trị về giáo dục tiểu học miễn phí, chi tiêu hộ gia đình vẫn chiếm 17,5% tổng chi tiêu ở bậc tiểu học”¹⁵.

Như vậy, ở nhiều nơi, miễn phí ở bậc tiểu học chỉ còn là hình thức. Hiện tượng này diễn ra hết sức công nhiên, có chăng, nó chỉ được che đậy khá vụng về bằng một cụm từ mang âm hưởng kinh tế thị trường là “xã hội hóa giáo dục” mà nội hàm không khác gì hơn là hàng chục loại “học phí trá hình” đã, đang và sẽ còn được đặt lên vai của các bậc phụ huynh cùng con em họ - công dân của một đất nước mà truyền thống hiến định cưỡng bách giáo dục và không học phí ở bậc tiểu học đã tồn tại từ hơn 60 năm nay. Đường như, quyết tâm chính trị và cam kết pháp lý mạnh mẽ và nhất quán từ các cơ quan nhà nước tối cao đã không được hiện thực hóa.

2.4. Danh mục các lĩnh vực cá nhân được thành lập tổ chức khoa học và công nghệ với quyền nghiên cứu khoa học của công dân

Theo Điều 60 Hiến pháp năm 1992, “Công dân có quyền nghiên cứu khoa học, kỹ thuật, phát minh, sáng chế, sáng kiến cải tiến kỹ thuật, hợp lý hóa sản xuất...”. Theo đó, Điều 17 Luật Khoa học và công nghệ

năm 2000 quy định cá nhân hoạt động khoa học và công nghệ có quyền “thành lập tổ chức khoa học và công nghệ trong một số lĩnh vực theo quy định của Chính phủ”.

Ở cấp độ thấp hơn, Điều 11 Nghị định số 81/2002/NĐ-CP ngày 17/10/2002 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Khoa học và công nghệ, giao “Bộ Khoa học và công nghệ chủ trì, phối hợp với các cơ quan có liên quan xác định những lĩnh vực cụ thể mà các cá nhân được thành lập tổ chức khoa học và công nghệ, trình Thủ tướng Chính phủ quyết định”. Sau đó, Thủ tướng Chính phủ ban hành Quyết định số 97/2009/QĐ-TTg ngày 24/7/2009 về Danh mục các lĩnh vực cá nhân được thành lập tổ chức khoa học và công nghệ tại Điều 5 lại điều chỉnh theo hướng mở: “Trong quá trình tổ chức thực hiện, căn cứ tình hình thực tiễn và nhu cầu phát triển của đất nước, Bộ Khoa học và công nghệ chủ trì, phối hợp với các Bộ, ngành liên quan định kỳ nghiên cứu, đề xuất việc sửa đổi, bổ sung Danh mục các lĩnh vực cá nhân được thành lập tổ chức khoa học và công nghệ”.

Ngày 06/8/2009, Giáo sư Hoàng Tụy, Chủ tịch Hội đồng Viện Nghiên cứu phát triển (IDS) gửi thư kiến nghị đến Thủ tướng Chính phủ để phân tích những sai sót của Quyết định số 97/2009/QĐ-TTg và đề nghị Thủ tướng xử lý Quyết định này. Tháng 9/2009, được sự ủy quyền của Thủ tướng, Bộ Tư pháp đã ban hành công văn gửi Hội đồng Viện Nghiên cứu phát triển với nội dung: khẳng định tính hợp hiến, hợp pháp của Quyết định số 97/2009/QĐ-TTg¹⁶.

Từ tình huống trên, chúng tôi thấy có hai vấn đề đáng quan tâm: *Một là*, chỉ có

15 Chương trình Phát triển Liên hiệp quốc, Báo cáo Quốc gia về Phát triển Con người năm 2011, tr. 108.

16 Xem chi tiết: <http://baodientu.chinhphu.vn/Home/Bo-Tu-phap-tra-loi-Hoi-dong-Vien-Nghien-cuu-Phat-trien-ve-Quyet-dinh-972009QDTTg/2009/22552.vgp>.

Chính phủ được Quốc hội trao thẩm quyền xác định các lĩnh vực cụ thể mà các cá nhân được thành lập tổ chức khoa học và công nghệ. Tuy nhiên, Chính phủ lại ủy quyền cho Thủ tướng Chính phủ quyết định theo đề nghị của Bộ Khoa học và công nghệ. Do đó, Quyết định số 97/2009/QĐ-TTg được ban hành cần được đánh giá thấu đáo hơn về mặt thẩm quyền cũng như mức độ ảnh hưởng tới quyền nghiên cứu khoa học và công nghệ của công dân, cụ thể là quyền thành lập các tổ chức khoa học và công nghệ. *Hai là*, “tư duy ngược” mà cơ quan quản lý nhà nước áp dụng đối với việc thực thi quyền công dân: “công dân chỉ được làm những gì mà pháp luật cho phép” khi Danh mục các lĩnh vực cá nhân được phép thành lập tổ chức khoa học và công nghệ được ban hành kèm theo Quyết định này. Chúng tôi hoàn toàn tán đồng với quan điểm của các nhà khoa học thuộc IDS khi cho rằng: tập quán lập pháp trong nhà nước pháp quyền cần chỉ rõ những lĩnh vực cấm và mặc nhiên công dân được phép làm trong những lĩnh vực còn lại¹⁷. *Ba là*, theo pháp luật hiện hành, công dân không có quyền khởi kiện các nhà chức trách việc ban hành VBQPPL trái phép. Do vậy, họ chỉ có thể phản đối bằng cách đề nghị chính chủ thể ban hành xem xét lại văn bản của mình (một cách tích cực) hoặc “từ bỏ” quyền mà văn bản đó xâm hại (một cách tiêu cực). Trong tình huống này, các công dân - nhà khoa học thuộc Viện Nghiên cứu phát triển đã áp dụng cả hai phương cách nhưng xem ra hiệu quả vẫn chưa được như mong muốn, còn nguyên tắc hiến định này thì vẫn thiếu một cơ chế bảo vệ hữu hiệu mang tính tài phán.

3. Một số kiến nghị có liên quan

3.1. Tối ưu hóa việc ghi nhận nguyên tắc “Quyền và nghĩa vụ của công dân do Hiến pháp và luật quy định”

Trước tiên, chúng ta cần thống nhất quan điểm về sự cần thiết của việc hiến định nguyên tắc bởi nó vừa ràng buộc trách nhiệm cao độ của Nhà nước trong việc thể chế hóa pháp lý quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân; đồng thời, nó góp phần tạo ra một môi trường pháp lý mang tính pháp quyền - môi trường sống của một xã hội văn minh. Theo khảo sát của chúng tôi về 12 bản Hiến pháp đương đại (Hoa Kỳ, Đức, Ba Lan, Liên bang Nga, Thụy Điển, Hàn Quốc, Nhật Bản, Thái Lan, Singapore, Indonesia, Úc, Trung Quốc), tuy cách thức hiến định khác nhau, song về mặt nội dung, các bản Hiến pháp này đều thừa nhận trách nhiệm tuyệt đối của Nhà nước nói chung, Nghị viện hay Quốc hội nói riêng trong việc “luật hóa” các quyền và nghĩa vụ hiến định của công dân; đồng thời, tôn trọng những giới hạn hiến định mang tính pháp quyền trong việc xây dựng địa vị pháp lý của công dân cũng như tôn trọng quyền con người¹⁸.

Tuy nhiên, chúng ta cũng cần tính tới những bất cập hiến định hiện hữu. Theo chúng tôi, Hiến pháp cần lựa chọn một trong hai “kịch bản” thể hiện sau đây:

Một là, cần hạn chế số lượng các quyền và nghĩa vụ hiến định để chúng thực sự mang tính “cơ bản” như phương án mà nhiều Hiến pháp hiện đại đang áp dụng (cần trả lời câu hỏi: để thực sự là công dân của Nhà nước ta, mỗi người cần được hiến định những quyền và nghĩa vụ tối thiểu gì?). Tình trạng hiến định theo hướng “mở” hiện hành tuy hay về ý tưởng, Hiến pháp có vẻ “đẹp về hình thức” song khó mang tính khả thi,

17 Xem thêm: <http://www.baomoi.com/Info/Thu-Vien-IDS-gui-ThuTuong/122/3233870.epi>

18 Xem chi tiết: Lưu Đức Quang, Nguyễn Mạnh Hùng, Nguyễn Thanh Minh, Báo cáo tổng kết Đề tài nghiên cứu khoa học cấp trường Nguyên tắc “Quyền và nghĩa vụ của công dân do Hiến pháp và luật quy định” – Lý luận và thực tiễn, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh, 2012, tr. 12-24.

vô hình trung, Hiến pháp chỉ thuần túy là cương lĩnh chính trị chứ rất yếu về tính pháp lý. Nhân đây, chúng tôi cũng phản đối quan điểm cho rằng việc Quốc hội chưa “luật hóa” các quyền hiến định không vi hiến vì có lý do khách quan¹⁹. Trách nhiệm tuyệt đối thuộc về người có thẩm quyền là nguyên lý pháp quyền, hơn nữa, chỉ có chủ thể công quyền mới có quyền thi hành pháp luật. Do vậy, nếu Hiến pháp không được thi hành như tuyên bố thì chẳng lẽ công dân phải chịu trách nhiệm?

Hai là, nếu tiếp tục duy trì số lượng quyền và nghĩa vụ hiến định khá lớn như hiện hành thì *nhất định* các nhà lập hiến phải vạch ra lộ trình “luật hóa” chúng. Trong giai đoạn chuyển tiếp (như Hiến pháp Thái Lan năm 2007), cần khẳng định nguyên tắc về hiệu lực trực tiếp của Hiến pháp như Điều 1 Luật cơ bản Cộng hòa liên bang Đức: “Các quyền hạn cơ bản dưới đây ràng buộc các nhánh quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp với tính chất là quyền có hiệu lực trực tiếp”²⁰.

Và cho dù chúng ta chọn “kịch bản” nào thì Hiến pháp cũng cần được tổ chức một cách đồng bộ, ít nhất là từ trong kết cấu của nó. Do vậy, cần thay công thức “công dân có quyền (nghĩa vụ) ... theo quy định của pháp luật” bằng công thức “quyền... của công dân là bất khả xâm phạm, trừ hạn chế hiến định hoặc luật định...”. Đồng thời, chính việc đặt ra những hạn chế này cũng cần tuân thủ quy chế nghiêm ngặt (như Hiến pháp Nga năm 1993). Tất nhiên, nếu Quốc hội chưa “luật hóa” được vì bất cứ lý do nào, thì quyền hiến định được áp dụng trực tiếp và không hạn chế (trừ trường hợp đã có hạn chế hiến định)²¹.

3.2. Tổ chức thi hành nghiêm túc nguyên tắc

Ở đây, chúng tôi muốn nhấn mạnh trước hết đến vai trò *chủ động* của các nhà chức

trách. Họ chính là người khởi động cho quy trình hiện thực hóa nguyên tắc bằng việc thông qua Hiến pháp công bố toàn dân tổ chức thực hiện (chuẩn bị điều kiện vật chất và tinh thần - quyền công dân chỉ có thể được đảm bảo bằng nghĩa vụ của Nhà nước theo nguyên tắc bình đẳng) áp dụng pháp luật khi công dân thực hiện quyền (thủ tục hành chính) xử lý vi phạm (nếu có). Trong suốt quá trình này, một trong những điều cần tránh chính là hành xử với quyền của công dân với tâm lý của “bê trên”, ban phát ân huệ cho “kẻ dưới”. Đó là mầm mống của mọi điều tồi tệ nhất trong quan hệ giữa nhà chức trách với công dân.

3.3. Xây dựng cơ chế bảo hiến có hiệu quả cao

Trong Nhà nước pháp quyền, ý chí của nhân dân được xác lập cao nhất, tập trung nhất bằng cách hiến định. Do vậy, bên cạnh việc hiện thực hóa Hiến pháp một cách chủ động (thi hành), Hiến pháp còn cần được bảo vệ nghiêm ngặt, chống lại sự xâm hại từ phía các cơ quan công quyền, nhân viên công quyền. Đối với việc bảo vệ nguyên tắc hiến định này, phải chăng, đã đến lúc chúng ta cần nghiêm túc đánh giá và tiến tới thừa nhận: công dân có quyền khởi kiện nhà chức trách nếu họ ban hành văn bản quy phạm pháp luật trái Hiến pháp và các đạo luật tại Tòa án hành chính (chính xác là Tòa án Hiến pháp, nếu thiết chế này được thành lập).

Việc đảm bảo địa vị pháp lý của công dân là một trong những nhân tố quyết định thành bại của nhà nước pháp quyền. Tuy nhiên, địa vị đó không chỉ cần được “trang điểm” bằng một bản văn Hiến pháp mỹ miều. Việc nó được “nuôi dưỡng” và “trưởng thành” như thế nào mới là điều quyết định đối với sự thịnh vượng của nhà nước pháp quyền ■

19 <http://phapluattp.vn/20120402105318150p0c1013/hien-phap-nhu-cai-ban-tho-phai-duoc-ton-trong.htm>

20 Xem thêm Võ Trí Hào, *Mô-đun hóa Hiến pháp*, Tạp chí Tia sáng, 10/2011.

21 Xem thêm Nguyễn Như Phát, *Một số định hướng và phương pháp ghi nhận quyền cơ bản của công dân, quyền con người trong Hiến pháp sửa đổi*, trong sách “*Hiến pháp: những vấn đề lý luận và thực tiễn*”, Nxb. Đại học quốc gia Hà Nội, 2011.

HOẠT ĐỘNG BAN HÀNH NGHỊ QUYẾT CỦA QUỐC HỘI

HOÀNG THỊ NGÂN*

Nghị quyết là một trong các hình thức thể hiện ý chí của Quốc hội, là công cụ để triển khai các mặt hoạt động cơ bản của cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất. Cùng với luật, nghị quyết là một loại nguồn pháp luật có hiệu lực pháp lý như văn bản lập pháp, làm cơ sở cho hoạt động lập quy của hệ thống hành pháp và cho hoạt động áp dụng pháp luật của hệ thống tư pháp. Hoàn thiện công tác xây dựng pháp luật của Quốc hội không thể thoát ly việc nâng cao hiệu quả của nghị quyết cũng như hiệu quả công tác thực hiện nghị quyết của Quốc hội.

1. Xác định tính chất pháp lý của nghị quyết

Để xác định và thống nhất quan điểm về tính chất pháp lý của nghị quyết, cần làm rõ mối quan hệ giữa luật và nghị quyết là những văn bản đều do Quốc hội ban hành.

Khác với luật, nghị quyết có thể là văn bản có chứa quy phạm pháp luật (QPPL), hoặc trường hợp khác, là văn bản cá biệt. Có nghị quyết mang tính chất như văn bản lập hiến (Nghị quyết sửa đổi, bổ sung Hiến pháp), một số nghị quyết lại ban hành trên cơ sở và để triển khai thi hành luật.

Sử dụng hình thức nghị quyết trong các tình huống đa dạng dẫn đến sự thiếu rõ ràng về tính chất pháp lý của nghị quyết. Cùng là nghị quyết của Quốc hội, song một loại có quy trình ban hành tương tự như luật; một loại khác có thể ban hành theo thủ tục đơn giản hơn vì không mang tính QPPL; nghị quyết có tính Hiến pháp được ban hành theo thủ tục riêng, nghiêm ngặt. Hiện tượng này dẫn đến một vấn đề cần xem xét, đó là phân biệt văn bản lập hiến và văn bản lập pháp;

phân định thẩm quyền, thủ tục lập hiến và lập pháp, dù cả hai quyền năng đó hiện được trao cho một chủ thể là Quốc hội.

Ranh giới giữa văn bản QPPL và văn bản cá biệt cho đến nay vẫn chưa có quan niệm thống nhất cao về khoa học cũng như trong thực tiễn triển khai Luật Ban hành văn bản QPPL (Luật BHVBQPPL). Nếu đồng nhất thủ tục xây dựng hai loại văn bản này thì vô hình chung, sẽ vô hiệu hóa nỗ lực phân loại văn bản thành văn bản QPPL và văn bản cá biệt (với tư duy rằng văn bản QPPL có tầm quan trọng, phạm vi ảnh hưởng lớn nên cần thận trọng khi ban hành). Một khi duy trì hai loại thủ tục cho việc ban hành nghị quyết của Quốc hội thì chắc chắn, vấn đề về tính chất pháp lý của nghị quyết lại tiếp tục được đặt ra.

Trước hết, cần phân biệt thẩm quyền lập hiến và lập pháp. Theo Hiến pháp, Quốc hội là cơ quan có quyền lập hiến và lập pháp. Quyền lập hiến được hiểu là quyền làm Hiến pháp và sửa đổi Hiến pháp; quyền lập pháp là quyền làm luật và sửa đổi luật.

* TS, Văn phòng Chính phủ.

Về nguyên tắc, quyền lập hiến và quyền lập pháp được phân biệt rõ ràng về nội dung, chủ thể, trình tự, thủ tục thực hiện. Quyền lập hiến, về lý thuyết, được thực hiện bởi một chủ thể đặc biệt, đó là Quốc hội lập hiến. Văn bản lập hiến trong khoa học luật Hiến pháp được gọi chung là đạo luật cơ bản với ý nghĩa đề cao giá trị pháp lý trong tương quan với các văn bản khác trong hệ thống pháp luật của quốc gia. Như vậy, Hiến pháp trước tiên là một đạo luật và văn bản sửa đổi Hiến pháp cũng là luật. Tuy nhiên, đạo luật này phải được ban hành theo thủ tục riêng, hoặc phải được thông qua bằng trưng cầu ý dân, hoặc do Quốc hội biểu quyết với tỷ lệ đặc biệt thay vì đa số tương đối như các luật khác.

Ở Việt Nam, Quốc hội vừa có chức năng lập hiến, vừa có chức năng lập pháp. Như đã biết, Quốc hội đã sử dụng nghị quyết để làm văn bản sửa đổi, bổ sung Hiến pháp. Điển hình là Nghị quyết số 51/2001/QH11 sửa đổi, bổ sung một số điều của Hiến pháp năm 1992. Trường hợp quy định những vấn đề thí điểm, văn bản được lựa chọn là nghị quyết mà không phải là luật. Như vậy, có thể đưa đến cách nghĩ rằng, Hiến pháp có nhiều điểm gần với nghị quyết hơn là luật.

Để tôn vinh giá trị của Hiến pháp trong xu thế xây dựng Nhà nước pháp quyền Việt Nam, để góp phần hình thành cơ chế bảo hiến phù hợp với điều kiện của Việt Nam, cần xác định cách thức, trình tự, thủ tục sửa đổi, bổ sung Hiến pháp với tính chất là văn bản có hiệu lực pháp lý cao nhất.

Trong tương lai, không nên dùng nghị quyết để sửa đổi, bổ sung Hiến pháp mà nên lựa chọn: hoặc là xây dựng một dự thảo Hiến pháp (sửa đổi, bổ sung); hoặc là ban hành luật để sửa đổi, bổ sung một số điều. Phương án thứ hai sẽ phức tạp hơn vì sau đó nên có thủ tục hợp nhất các luật đó với Hiến pháp để thuận tiện cho việc nghiên cứu, áp dụng.

Khi xây dựng Luật BHVBQPPL, cũng đã có đề xuất dành Chương riêng điều chỉnh quy trình lập hiến với lập luận cho rằng, lập

hiến và lập pháp đều thuộc thẩm quyền của Quốc hội nên Quốc hội có thể dùng luật để quy chế hóa. Tuy nhiên, do tính chất đặc biệt của quyền lập hiến nên Luật BHVBQPPL đã loại trừ thủ tục lập hiến ra khỏi phạm vi điều chỉnh, kể cả trong những lần sửa đổi, bổ sung sau đó.

Thực tế những lần sửa đổi Hiến pháp vừa qua, trước khi tiến hành sửa đổi Hiến pháp, Quốc hội đều thông qua nghị quyết về việc sửa đổi Hiến pháp và thành lập cơ quan soạn thảo. Để tiến hành sửa đổi Hiến pháp, Quốc hội biểu quyết thông qua nghị quyết về sửa đổi Hiến pháp nhưng việc biểu quyết này lại thiếu căn cứ pháp lý để thực hiện¹.

Trong dịp sửa đổi Hiến pháp lần này, cần nghiên cứu quy định rõ về quyền lập hiến và thủ tục lập hiến.

Xác định tính chất và giá trị pháp lý của nghị quyết trong mối quan hệ với luật. Như đã nêu, nghị quyết và luật đều là các văn bản lập pháp, song vướng mắc trên thực tế là ở chỗ, không có tiêu chí rõ ràng, khi nào sử dụng nghị quyết của Quốc hội và khi nào phải dùng hình thức luật. Nói cách khác, về một vấn đề, có thể lựa chọn hoặc luật, hoặc nghị quyết để điều chỉnh.

Khi xây dựng Dự án Luật Tổ chức Chính phủ (sửa đổi), một vấn đề thu hút sự quan tâm, đó là thẩm quyền của Quốc hội xác định cơ cấu Chính phủ. Lịch sử lập pháp đã biết đến việc Quốc hội ghi rõ trong Luật danh sách các bộ (Luật Tổ chức Chính phủ năm 1960). Văn kiện Nghị quyết Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ X đề ra chủ trương “luật hóa cơ cấu Chính phủ”. Từ đó, nhiều ý kiến cho rằng cần xác định rõ các bộ, cơ quan ngang bộ thuộc cơ cấu Chính phủ trong Luật Tổ chức Chính phủ. Bên cạnh đó, hướng tới tính hợp lý, khả thi và căn cứ thực tiễn hoạt động của Quốc hội, có nhiều ý kiến cho rằng, thực hiện thẩm quyền xác định cơ cấu Chính phủ, Quốc hội ra Nghị quyết ban hành danh sách bộ, cơ quan ngang bộ theo đề nghị của Thủ tướng Chính phủ. Như vậy cũng là “luật hóa” cơ cấu Chính phủ vì nghị

1 Vũ Hồng Anh, *Quyền lập hiến và thủ tục lập hiến*, Văn phòng Quốc hội, Bàn về lập hiến, NXB Lao động, 2010, tr 91.

quyết cũng là văn bản lập pháp, do chính Quốc hội ban hành và hiệu lực, giá trị pháp lý ngang luật. Nhưng khác với Luật Tổ chức Chính phủ, nghị quyết về cơ cấu Chính phủ được ban hành theo từng nhiệm kỳ và thậm chí, có thể được sửa đổi, bổ sung ngay giữa nhiệm kỳ Quốc hội.

Tuy nhiên, trên thực tế, khi đề cập đến hoạt động lập pháp của Quốc hội, luật được coi là biểu tượng và được chú trọng đánh giá về quá trình xây dựng cũng như thực hiện. Một thời gian dài, tên của Chương trình xây dựng pháp luật của Quốc hội được gọi là “Chương trình xây dựng luật, pháp lệnh”. Một số báo cáo về tình hình hoạt động lập pháp không đưa các số liệu cũng như nhận định về việc ban hành nghị quyết mà chỉ tập trung vào các luật. Về phương hướng, nhiệm vụ công tác xây dựng pháp luật, Báo cáo số 332/BC-UBTVQH12 ngày 08/6/2010 của Ủy ban Thường vụ Quốc hội (UBTVQH) về công tác từ sau kỳ họp thứ sáu đến kỳ họp thứ 7 và phương hướng, nhiệm vụ chủ yếu đến cuối năm 2010 nêu: “Tiếp tục triển khai thực hiện chương trình xây dựng luật, pháp lệnh năm 2010 bảo đảm chất lượng và tiến độ các dự án. Nghiên cứu, cải tiến cách thức thảo luận, phát huy sự tham gia rộng rãi và có hiệu quả của các vị đại biểu Quốc hội, chuyên gia, nhà khoa học và nhân dân về các dự án luật, pháp lệnh”.

Về lý luận, chưa rõ sản phẩm của hoạt động lập pháp trong khi Hiến pháp xác định quyền lập pháp là *làm luật và sửa đổi luật*. Về thực tiễn, các cơ quan chức năng và đối tượng thi hành văn bản sẽ khó theo dõi, tiếp cận một cách hệ thống. Việc họp nhất văn bản cũng không dễ dàng vì về nguyên tắc, văn bản sửa đổi, bổ sung sẽ được họp nhất vào văn bản được sửa đổi, bổ sung. Nói một cách khác, việc họp nhất được tiến hành dễ dàng với các văn bản có cùng hình thức do cùng một cơ quan có thẩm quyền ban hành.

Như vậy, trong lần nghiên cứu sửa đổi Hiến pháp tới, cần thể hiện rõ quan điểm về nhu cầu ban hành nghị quyết của Quốc hội. Trường hợp duy trì sự tồn tại song song của luật và nghị quyết thì cần khẳng định:

- Về tính chất pháp lý, luật và nghị

quyết là các văn bản lập pháp, có hiệu lực ngang bằng.

- Về thủ tục, luật và nghị quyết QPPL cần được xây dựng và xem xét theo trình tự chung, tuân thủ các bước của quy trình lập pháp.

- Về thẩm quyền, cần xác định rõ nội dung nghị quyết của Quốc hội để phân biệt với luật.

2. Xác định nội dung nghị quyết của Quốc hội

Như đã rõ, hiện nay tồn tại hai loại nghị quyết của Quốc hội là nghị quyết mang tính QPPL và nghị quyết không chứa QPPL. Về nguyên tắc, hai loại văn bản có chung tên gọi này đều được ban hành để thực hiện các chức năng của Quốc hội: lập pháp, quyết định các vấn đề quan trọng của quốc gia và giám sát tối cao. Ngoài ra, còn một số vấn đề khác có thể được gọi là quyết định các vấn đề tổ chức và hoạt động của Quốc hội, các cơ quan của Quốc hội (chương trình, kế hoạch công tác, nội quy, quy chế làm việc, kéo dài nhiệm kỳ hoạt động, bãi nhiệm đại biểu...).

Xác định nội dung nghị quyết của Quốc hội chính là giải quyết hai vấn đề: phân biệt nội dung nghị quyết và luật; phân biệt nghị quyết có tính QPPL và nghị quyết mang tính cá biệt. Sự khác nhau của hai loại nghị quyết thể hiện chủ yếu ở giá trị áp dụng chung và sự tác động lên các quan hệ xã hội theo cơ chế điều chỉnh pháp luật; từ đó, dẫn đến yêu cầu về thủ tục xây dựng, thông qua.

Tinh thần của Luật BHVBQPPL 2008 là đơn giản hóa các hình thức văn bản QPPL theo hướng mỗi cơ quan chỉ có một loại văn bản QPPL. Trong điều kiện hiện nay, khi Quốc hội vẫn ban hành cả luật và nghị quyết thì nên nghiên cứu thu hẹp phạm vi, số lượng các nghị quyết QPPL. Đối với người dân, tổ chức, sử dụng luật là hình thức chủ yếu để điều chỉnh quan hệ xã hội sẽ tạo điều kiện thuận lợi cho việc tiếp cận luật pháp. Đối với việc trật tự hóa văn bản, sự tồn tại cả luật, nghị quyết và cùng điều chỉnh pháp luật về một loại vấn đề (như chính sách thuế, tài chính..) sẽ gây khó khăn cho công tác

pháp điển hóa và hợp nhất văn bản, cũng như sử dụng kỹ thuật một luật sửa đổi nhiều luật đang được khuyến khích áp dụng hiện nay.

Để bảo đảm tính đồng bộ, cùng với nghiên cứu nội dung nghị quyết của Quốc hội, cần có quan điểm về việc ban hành nghị quyết của UBTVQH. Một trong các văn bản loại đó có thể nêu: Dự thảo Nghị quyết của UBTVQH về việc ban hành biểu thuế suất thuế tài nguyên được đưa vào Chương trình xây dựng luật, pháp lệnh năm 2010.

Có lẽ không nên có nghị quyết về việc thi hành luật của Quốc hội. Về thực chất, đó chính là các quy định mang tính chuyên tiếp mà lẽ ra cần bố trí trong luật.

Có thể nghiên cứu dùng thói quen sử dụng nghị quyết để quy định các chủ trương thí điểm. Việc thực hiện thí điểm hiện nay chủ yếu là các biện pháp chưa được quy định trong Hiến pháp, khác với quy định các luật hiện hành. Qua một thời gian thực hiện, nếu chủ trương thí điểm được áp dụng chính thức thì sẽ cần sửa đổi tất cả các luật có liên quan. Như vậy, không nên ban hành văn bản dưới dạng nghị quyết mà nên là luật của Quốc hội.

Không nên ban hành nghị quyết để phê chuẩn điều ước quốc tế. Hiện nay, quan điểm về vị trí của điều ước quốc tế trong hệ thống pháp luật chưa được thể chế hóa. Tuy nhiên, về mặt lý luận, điều ước quốc tế là một trong các nguồn pháp luật, thậm chí có thể áp dụng trực tiếp mà không cần nội luật hóa. Trong tương quan với các văn bản QPPL, điều ước quốc tế có hiệu lực như văn bản lập pháp. Đối với một số nước, điều ước quốc tế còn được đặt ở vị trí cao nhất và việc ký kết điều ước quốc tế có thể kéo theo việc sửa đổi Hiến pháp, nếu có quy định không phù hợp. Trong thực tiễn của Việt Nam, nguyên tắc ưu tiên áp dụng điều ước quốc tế trong trường hợp xung đột pháp luật đã được khẳng định. Trường hợp cần thiết, các luật cần sửa đổi để phù hợp với cam kết quốc tế của Việt Nam đã được cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất phê chuẩn. Như vậy, điều ước quốc tế nên được phê chuẩn bằng luật của Quốc hội, thay vì nghị quyết.

Nên hạn chế tối đa việc ban hành các nghị quyết về vấn đề đã được quy định bằng luật (quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất; về đẩy mạnh thực hiện chính sách, pháp luật xã hội hóa để nâng cao chất lượng chăm sóc sức khỏe nhân dân, về đẩy mạnh chính sách, pháp luật về quản lý chất lượng, vệ sinh an toàn thực phẩm, về đổi mới giáo dục...). Riêng phân bổ ngân sách nhà nước hàng năm, có thể duy trì hình thức nghị quyết để phân biệt với luật chung về ngân sách nhà nước. Như vậy, bảo đảm tính liên tục, thuận lợi trong việc tra cứu, sử dụng văn bản và công tác hợp nhất, hệ thống hóa văn bản, hoàn chỉnh luật về nội dung tương ứng.

Như vậy, những vấn đề mà Quốc hội quyết định bằng hình thức nghị quyết QPPL sẽ tập trung chủ yếu vào:

- Các vấn đề quan trọng của đất nước: điều chỉnh địa giới hành chính, thành lập đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt, các dự án quan trọng theo tiêu chí nhất định, về ngân sách nhà nước hàng năm.

- Các vấn đề liên quan đến tổ chức công việc của Quốc hội, các cơ quan của Quốc hội: quy chế hoạt động, nội quy làm việc, quy chế phối hợp công tác, về kéo dài nhiệm kỳ hoạt động của Quốc hội, các cơ quan nhà nước khác.

Những vấn đề khác Quốc hội có thể quyết định bằng nghị quyết nhưng là văn bản mang tính cá biệt (thành lập bộ, cơ quan ngang bộ và cơ quan trong cơ cấu Chính phủ, bầu các chức danh lãnh đạo cao cấp, thành lập các cơ quan của Quốc hội và cơ quan, Ủy ban lâm thời, chương trình, kế hoạch công tác, nghị quyết kỳ họp, quan hệ đối ngoại, bãi nhiệm đại biểu Quốc hội).

Trước đây, Quốc hội đã ban hành Nghị quyết phê chuẩn nghị quyết của UBTVQH. Trong điều kiện hiện nay, nên nghiên cứu giảm một số nghị quyết của Quốc hội như về kế hoạch phát triển kinh tế - xã hội hay về nhiệm vụ từng năm mà nên coi đây là trách nhiệm của cơ quan hành pháp. Cũng không nên có Nghị quyết phê chuẩn báo cáo của Chính phủ mà nên có nghị quyết về giám sát, kèm theo quy định rõ về chế độ trách nhiệm của các cơ quan chịu giám sát (nếu cần thiết) ■

Đấu giá quyền sử dụng đất và kiến nghị cụ thể đối với DỰ THẢO SỬA ĐỔI, BỔ SUNG LUẬT ĐẤT ĐAI

NGUYỄN NGỌC ĐIỆN*

1. Tổng quan

Giá đất luôn được cho là vấn đề nhạy cảm trong điều kiện quyền sở hữu đất thuộc về toàn dân và do Nhà nước quản lý. Lý do là vấn đề dường như chỉ được đặt ra khi đất được Nhà nước phân phối có đền bù, nói nôm na là khi đất được đem bán lần đầu: đất được chuyển giao từ tay Nhà nước sang một chủ thể khác để sử dụng; đổi lại, Nhà nước nhận được một số tiền do người sử dụng đất chi trả, trong luật hiện hành gọi là tiền sử dụng đất hoặc tiền thuê đất¹. Tính chất nhạy cảm của vấn đề gắn với mối quan hệ so sánh giữa số tiền ấy và giá trị thật (giá trị thị trường) của miếng đất.

Sẽ không có chuyện gì đáng bàn nếu đất luôn được Nhà nước bán đúng với giá trị thị trường. Nhưng trên thực tế, xã hội, người dân luôn hoài nghi: liệu giá bán có quá thấp so với giá trị đó? Rõ hơn, liệu giữa người được Nhà nước trao quyền định đoạt đối với đất và người có nhu cầu sử dụng đất đã có sự thoả hiệp, thông đồng để hạ thấp giá bán so với giá trị thật, rồi chia nhau phần chênh

lệch và bỏ vào túi riêng, gây thiệt hại cho Nhà nước, nghĩa là cho nhân dân - chủ sở hữu đất?

Chính với mong muốn xoá tan sự nghi ngại ấy mà người làm luật đã quy định việc đấu giá quyền sử dụng đất trong một số trường hợp đất được giao có thu tiền sử dụng đất hoặc cho thuê đất, tại Luật Đất đai năm 2003 - Điều 58². Về mặt lý thuyết, việc đấu giá có thể giúp loại trừ khả năng gian lận về giá nhờ có tính công khai và tính cạnh tranh, sòng phẳng. Công khai, cuộc đấu giá mở ra cơ hội mua cho tất cả mọi người chứ không dành riêng cơ hội đó cho một ai; cạnh tranh, đó là cuộc thách đấu về giá giữa những người muốn mua tài sản, mà người thắng cuộc là người trả giá mua cao nhất. Rốt cuộc, người được hưởng lợi từ đấu giá là chủ sở hữu tài sản được đấu giá. Việc đấu giá quyền sử dụng đất cho phép Nhà nước, nghĩa là nhân dân, thu được nhiều tiền nhất có thể từ việc giao hoặc cho thuê đất.

Tuy nhiên, sau 10 năm áp dụng Luật Đất đai năm 2003, các hiện tượng tiêu cực

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

- 1 Có thể đặt cho việc bán đất ấy những tên gọi khác như giao hoặc cho thuê. Nhưng ở góc nhìn dân sự, đây rõ ràng là một vụ mua bán với đầy đủ các yếu tố đặc trưng: một bên chuyển cho bên kia một tài sản - quyền sử dụng đất - để nhận lấy một số tiền. Dù tài sản ấy được gọi bằng một cái tên rất đặc thù, là quyền sử dụng đất, tính chất mua bán của giao dịch là không thể tranh cãi: trong khung cảnh luật thực định, người được giao đất, người thuê đất có những quyền rất tiệm cận với quyền của một chủ sở hữu đối với đất.
- 2 Luật Đất đai năm 1993 không đặt và giải quyết vấn đề đấu giá quyền sử dụng đất. Thực tiễn áp dụng Luật này làm bật ra yêu cầu đó.

trong lĩnh vực quản lý đất đai, đặc biệt là tham nhũng thông qua các hoạt động giao đất, cho thuê đất, theo dư luận rộng rãi, vẫn diễn ra phổ biến, với mức độ nghiêm trọng không giảm, nếu không muốn nói là ngày càng gia tăng và thủ đoạn ngày càng tinh vi. Điều đó, nếu đúng sự thật, cũng có nghĩa là các quy định về đấu giá quyền sử dụng đất đã không phát huy được tác dụng mong muốn: trong không ít trường hợp, đất vẫn được giao, được cho thuê với giá thấp hơn giá trị thật và phân chênh lệch tiếp tục lọt vào túi riêng của người này, người kia.

Bên cạnh đó, Nhà nước đem đất ra đấu giá nhằm mục đích tìm kiếm và chọn được người sử dụng đất nghiêm túc và chấp nhận trả giá hợp lý nhất. Tuy nhiên, trong điều kiện về mặt lý thuyết, tất cả mọi người đều có quyền tham gia đấu giá, trong không ít trường hợp, đất được đấu giá rồi cuộc lại rơi vào tay những người có tiền nhưng không thực sự có nhu cầu trực tiếp sử dụng đất. Nói cách khác, việc đấu giá vô tình tạo điều kiện thuận lợi cho nạn đầu cơ đất, trong khi mục tiêu đáp ứng nhu cầu chính đáng về sử dụng đất của những người thuộc các thành phần kinh tế, xã hội đa dạng lại không đạt được.

Tình trạng kém hiệu quả của luật có thể do nhiều nguyên nhân, trong đó một nguyên nhân khả dĩ là chính sự yếu kém của khung pháp lý. Được quy định như một giải pháp nguyên tắc tại Luật Đất đai - Điều 58 đã dẫn, việc đấu giá quyền sử dụng đất được điều chỉnh một cách chuyên biệt tại Quyết định số 216/2005/QĐ-TTg ngày 31/8/2005 của Thủ tướng Chính phủ. Sau một thời gian được thực hiện theo quy trình, thủ tục riêng, việc đấu giá quyền sử dụng đất từ nay được coi là một trường hợp đấu giá tài sản có nguồn gốc từ Nhà nước và được đặt trong một khung pháp lý chung về đấu giá tài sản, ban hành theo Nghị định số 17/2010/NĐ-CP ngày 24/3/2010; Nghị định này được hướng dẫn thực hiện một cách chi tiết bằng Thông tư số 23/2010/TT-BTP ngày 06/12/2010 của

Bộ Tư pháp. Dựa vào các văn bản ấy, các địa phương xây dựng quy chế đấu giá quyền sử dụng đất áp dụng tại địa phương mình.

Chúng ta thử phân tích thực trạng áp dụng các quy định ấy trong thực tiễn, nhận dạng những vướng mắc và suy nghĩ về cách khắc phục để hoàn thiện chế định đấu giá quyền sử dụng đất trong điều kiện, hoàn cảnh kinh tế - xã hội hiện tại.

2. Thực trạng đấu giá quyền sử dụng đất

Các trường hợp cần đấu giá. Điều 58 Luật Đất đai năm 2003 quy định việc đấu giá trong một số trường hợp giao đất có thu tiền sử dụng đất và cho thuê đất. Các trường hợp này có chung một đặc điểm: đối tượng đấu giá là một tài sản công có thể thu hút sự quan tâm của nhiều người và do đó, có thể xuất hiện sự cạnh tranh trong quá trình chuyển dịch tài sản. Cần đặt sự cạnh tranh trong một không gian mở, cho phép tiến hành cạnh tranh công khai, minh bạch, sòng phẳng thông qua đấu giá; nếu không, thì chắc chắn sẽ xuất hiện nguy cơ tranh giành không lành mạnh, không trong sáng, dưới hình thức vận động, chạy chọt bằng thủ đoạn, bằng sự mua chuộc thực hiện ở “cửa sau”, tạo điều kiện cho sự bùng phát tệ nạn tham nhũng trong quá trình phân phối đất đai để sử dụng cho các mục đích khác nhau.

Luật không dùng những từ ngữ mang ý nghĩa mệnh lệnh; nhưng có thể tin rằng việc đấu giá là bắt buộc trong những trường hợp được luật dự kiến. Đáng chú ý là cả Luật Đất đai và các văn bản quy định về đấu giá quyền sử dụng đất không phân biệt quy mô về số lượng cũng như về giá trị tài sản được giao hoặc được cho thuê. Trên nguyên tắc, dù chỉ giao hoặc cho thuê một thửa đất nhỏ, phục vụ cho các nhu cầu riêng lẻ của cá nhân và có giá trị khiêm tốn, một khi tính chất của giao dịch hội đủ những yếu tố được ghi nhận trong luật, thì việc giao hoặc cho thuê đất phải được thực hiện dưới hình thức đấu giá công khai.

Hẳn không có vấn đề gì đặc biệt, về sự cần thiết của việc đấu giá, trong các trường hợp đất được giao hoặc cho thuê nhằm phục vụ cho việc triển khai các dự án kinh tế lớn, nói chung, cho việc thực hiện các hoạt động vì mục tiêu tìm kiếm lợi nhuận. Trong hoàn cảnh nhiều người nhắm đến cùng mục tiêu và sẵn sàng chi trả (đầu tư) để đạt được mục tiêu ấy, việc đấu giá quyền sử dụng đất, về mặt lý thuyết, cho phép tìm được người muốn nhận lấy đất với giá tốt nhất có thể đối với Nhà nước.

Cũng có thể vấn đề ấy không cần được đặt ra trong trường hợp đấu giá quyền sử dụng đất để cho thuê đất đối với người có nhu cầu sử dụng đất cho hoạt động nông, lâm nghiệp, nuôi trồng thủy sản, làm muối trong điều kiện đã được giao đất không thu tiền sử dụng đất đến hết định mức cho phép. Muốn mở rộng quy mô sản xuất lớn hơn so với mặt bằng chung, nhà nông, chủ trang trại phải tổ chức việc sản xuất theo mô hình doanh nghiệp và phải chấp nhận kiểu đối xử mà xã hội, bao gồm nhà chức trách, dành cho doanh nhân, cho nhà đầu tư chuyên nghiệp. Tham gia cạnh tranh để có được thêm đất sản xuất, thông qua đấu giá, là điều cần thiết như một thử thách đối với bản lĩnh của doanh nhân nông nghiệp.

Nhưng vấn đề có thể trở nên tế nhị trong trường hợp đấu giá quyền sử dụng đất đối với đất dùng để xây nhà ở cho hộ gia đình, cá nhân. Người tham gia đấu giá được trông đợi, theo giả thiết, là người có nhu cầu sử dụng đất phục vụ nhu cầu sống thiết thân. Thực ra, việc một người tham gia một cuộc đấu giá để tìm kiếm một thứ gì đó phục vụ cho nhu cầu sinh hoạt của mình không phải là việc hiếm gặp trong cuộc sống dân sự. Tuy nhiên, việc đấu giá tài sản trong mọi

trường hợp đều có thể thu hút sự quan tâm của người kinh doanh chuyên nghiệp và giới đầu cơ. Những miếng đất ở được cho là tốt về các phương diện, nếu được đem đấu giá, có khả năng đặt người dân có nhu cầu thực sự về đất ở trong thế cạnh tranh không cân sức với những người chỉ muốn mua đất để bán lại. Rốt cuộc, đấu giá quyền sử dụng đất đối với đất dùng để xây nhà ở nhỏ, lẽ có thể đạt mục tiêu bảo đảm giá bán đất phù hợp với giá thị trường về mặt lý thuyết; nhưng người mua được đất để xây nhà ở không phải là người trúng đấu giá, mà phải mua lại quyền sử dụng đất qua trung gian của người trúng đấu giá, thậm chí qua nhiều trung gian khác nữa, với giá rất đắt³.

Quan hệ giữa giá trúng đấu giá và giá trị thật. Nói rằng việc đấu giá có thể giúp cho giá bán tiệm cận giá trị thị trường về mặt lý thuyết; bởi trên thực tế, nguy cơ đất bị bán với giá thấp luôn hiện hữu, do những thủ thuật của giới tham gia đấu giá chuyên nghiệp, nhằm kiểm soát việc đấu giá theo ý mình.

Luật Đất đai, Điều 58 khoản 3 quy định: “Giá trúng đấu giá quyền sử dụng đất hoặc trúng đấu thầu dự án có sử dụng đất không được thấp hơn giá đất do Ủy ban nhân dân (UBND) tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương quy định”. Cụ thể hoá quy định này, Quyết định số 216/2005/QĐ-TTg, đã dẫn, thiết lập nguyên tắc xác định giá khởi điểm, theo đó, “Giá khởi điểm đấu giá để giao đất có thu tiền sử dụng đất hoặc cho thuê đất được xác định sát với giá chuyên nhượng quyền sử dụng đất, quyền thuê đất thực tế trong điều kiện bình thường tại thời điểm xác định giá khởi điểm theo mục đích sử dụng mới của thửa đất đấu giá (Điều 10 khoản 1 điểm a).

3 Đáng nói nữa là đấu giá quyền sử dụng đất là một hoạt động pháp lý phức tạp, một phần do giá trị lớn của tài sản, và do đó, thường đòi hỏi chi phí cao. Chi phí đó lại được nhập vào giá thành của quyền sử dụng đất được đem đấu giá. Hệ quả là sau khi được đấu giá, quyền sử dụng đất có một giá trị chuyên nhượng cao bất thường và điều này có tác dụng nâng mặt bằng giá chung về đất lên cao hơn, càng gây khó khăn cho người thực sự có nhu cầu sử dụng đất nhưng lại có tiềm lực tài chính khiêm tốn.

Sau 5 năm chịu sự chi phối riêng của Quyết định nói trên, việc đấu giá quyền sử dụng đất được đưa vào khung pháp lý chung về đấu giá, theo Nghị định số 17/2010/NĐ-CP ngày 24/3/2010 đã dẫn. Theo Điều 23 khoản 2 điểm đ của Nghị định, “Đối với tài sản là quyền sử dụng đất được bán đấu giá để giao đất có thu tiền sử dụng đất hoặc cho thuê đất, thì giá khởi điểm được xác định theo quy định của pháp luật về đất đai”. Tuy nhiên, Điều 56 của Nghị định lại xác định rằng Điều 10 của Quyết định 216 nói trên không còn hiệu lực thi hành. Rốt cuộc, trong khung cảnh luật hiện hành, việc đấu giá quyền sử dụng đất chỉ dựa vào Điều 58 khoản 3 Luật Đất đai.

Nói rõ hơn, việc xác định giá khởi điểm của quyền sử dụng đất được đấu giá thuộc thẩm quyền của UBND tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương; nhưng căn cứ xác định giá đó lại trở nên không rõ ràng từ khi việc đấu giá quyền sử dụng đất được coi là một trường hợp của hoạt động đấu giá đối với tài sản có nguồn gốc từ công sản và được điều chỉnh bởi một khung pháp lý chung.

Thực ra, ngay cả trong trường hợp giá đất được đòi hỏi bám theo giá thị trường, thì khả năng xảy ra chênh lệch lớn giữa giá đó và giá trị thật vẫn rất cao. Lý do là bản thân cái gọi là giá thị trường đối với những miếng đất cùng loại, cùng hình dáng, diện tích có thể rất khác biệt do sự can thiệp của nhiều yếu tố cả chủ quan và khách quan⁴. Việc định giá mà không được thực hiện dưới một cơ chế kiểm soát, giám sát minh bạch, chặt chẽ có nguy cơ bị thao túng bởi những người có thế lực và có khả năng, điều kiện tác động đến ý chí của người có thẩm quyền. Trên thực tế, sự thao túng đó đã và đang diễn ra ở nhiều nơi, gây bức xúc cho xã hội, người dân. Cách thao túng tương đối đơn giản; mọi

người đều biết, đều hiểu, nhưng không ngăn chặn được: sau khi đã tác động thành công vào ý chí của người có thẩm quyền trong việc định một giá khởi điểm có lợi cho mình (nghĩa là tương đối thấp), những người đấu giá chuyên nghiệp mang “quân xanh” đến nơi đấu giá để làm nhiệm vụ kích thích việc đề xuất giá mua theo một kịch bản định trước, cũng như để vô hiệu hoá hoặc làm nản lòng những đối thủ tranh mua không mong đợi bằng cách thách đấu nâng giá mỗi khi đối thủ đề nghị giá mua của họ.

3. Giải pháp nào cho vấn đề hoàn thiện chế định đấu giá quyền sử dụng đất?

Dự thảo sửa đổi, bổ sung Luật Đất đai không ghi nhận điều gì mới liên quan đến đấu giá quyền sử dụng đất, dù so với Luật Đất đai hiện hành, Dự thảo có nhiều hơn hai điều luật đề cập đến vấn đề này và các điều luật ấy tạo thành một mục riêng được đặt tên là “Đấu giá quyền sử dụng đất”. Điều 113 của Dự thảo hầu như chỉ là sự lặp lại Điều 58 Luật Đất đai năm 2003; điểm khác biệt đáng chú ý nhất là việc loại bỏ khả năng đấu giá quyền sử dụng đất trong trường hợp đầu tư xây dựng nhà ở cho hộ gia đình, cá nhân. Điều 112 và Điều 114 của Dự thảo chỉ có những quy định mang tính chất nguyên tắc chung về ứng xử, vô thưởng vô phạt.

Trong khi đó, vấn đề mấu chốt là làm thế nào để đất có thể được chuyển giao với giá thoả đáng cho người thực sự có nhu cầu và có khả năng trực tiếp sử dụng, khai thác đất một cách có hiệu quả nhất vẫn chưa được giải quyết. Thực ra, ở góc độ đấu giá quyền sử dụng đất, vấn đề này được phân tích thành hai vấn đề nhỏ⁵: Trong những trường hợp nào nên tổ chức đấu giá quyền sử dụng đất? Làm thế nào để giá đất được xác định thông qua đấu giá phản ánh được

4 Ví dụ, hai miếng đất cùng diện tích và có cùng mục đích sử dụng có thể có giá trị kinh tế rất chênh lệch do tọa lạc ở hai địa điểm khác biệt về điều kiện đô thị hoá, giao thương, địa thế, cả về điều kiện phong thủy, tâm linh...

5 Ở góc độ đấu giá nói chung, thì còn một số vấn đề nữa: làm thế nào để ngăn chặn việc đấu giá “liều” (đấu giá mà không có khả năng mua)? Làm thế nào để ngăn chặn thái độ dầy dụa, chây ì trong việc thanh toán tiền mua?...

giá trị thật của đất và việc đấu giá không có tác dụng làm đất tăng giá một cách không bình thường? Bên cạnh đó, về phương diện hiệu quả kinh tế của việc giao đất, cho thuê đất, còn có vấn đề bảo đảm việc thực thi cam kết sử dụng đất đúng mục đích, đặc biệt là cam kết thực hiện dự án đầu tư đúng tiến độ.

Khi nào cần đấu giá quyền sử dụng đất? Tư tưởng chủ đạo là việc đấu giá quyền sử dụng đất tỏ ra cần thiết một khi có nhiều người quan tâm đến một thửa đất và có kế hoạch sử dụng nghiêm túc đối với miếng đất định mua. Mục tiêu của việc đấu giá là tìm được người chấp nhận mua với giá cao nhất (thực ra là với giá cao một cách hợp lý nhất) trong những người có kế hoạch như thế.

Xét theo tiêu chí đó thì nên loại bỏ quy định đấu giá quyền sử dụng đối với đất phục vụ cho việc xây dựng nhà ở cho hộ gia đình, cá nhân, như được ghi nhận trong Dự thảo sửa đổi, bổ sung Luật Đất đai. Còn nếu cho rằng, việc đấu giá là cần thiết để bảo đảm sự minh bạch, công bằng và hợp lý trong giao đất loại này, thì cần có cơ chế cho phép sàng lọc ban đầu nhằm bảo đảm rằng, người tham gia đấu giá là người thực sự có nhu cầu về đất ở và việc tham gia đấu giá được thực hiện trong khuôn khổ giải quyết bài toán về nhà ở cho bản thân, gia đình. Chẳng hạn có thể quy định rõ điều kiện để được tham gia đấu giá: đang sinh sống và làm việc tại địa phương nơi có đất được đấu giá, với công việc và thu nhập ổn định; chưa có nhà ở riêng; có kế hoạch xây dựng nhà ở rõ ràng, nghiêm túc và khả thi;...

Cũng có thể cân nhắc về việc giao đất loại này theo một cơ chế xét duyệt khách quan thông qua vai trò của một hội đồng với đại diện của nhiều thành phần xã hội, nghề nghiệp có liên quan. Trước hết, đất được giao cho một tổ chức hoặc một cộng đồng dân cư. Cơ quan, cộng đồng nhận đất thành lập hội đồng để tổ chức việc giao đất cho các thành viên cơ quan cộng đồng. Hội đồng xây dựng bộ tiêu chí làm căn cứ xem xét các

yêu cầu được giao đất, tiếp nhận các hồ sơ xin giao đất, tổ chức xét duyệt, thảo luận và biểu quyết dân chủ theo ý kiến đa số.

Trong trường hợp đấu giá để cho thuê đất nông nghiệp, lâm nghiệp, nuôi trồng thủy sản, làm muối, thì nên có hệ thống sơ tuyển nhằm sàng lọc những người tham gia đấu giá tiềm năng. Về mặt lý thuyết, việc cho thuê đất loại này nhắm đến các đối tượng là những nhà nông, chủ trang trại, nhà đầu tư có kiến thức chuyên môn về nông, lâm nghiệp, nuôi trồng thủy sản, làm muối và có khả năng tự mình tổ chức, quản lý hoạt động sản xuất, kinh doanh trên cơ sở trực tiếp khai thác đất. Hệ thống sơ tuyển người đấu giá tiềm năng phải vận hành như thế nào để bảo đảm việc đấu giá chỉ diễn ra giữa những người thực sự quan tâm đến miếng đất được đấu giá và có khả năng trực tiếp khai thác sử dụng đất trong khuôn khổ một kế hoạch, dự án tổ chức hoặc mở rộng, phát triển sản xuất được xây dựng một cách chặt chẽ, khoa học và nghiêm túc.

Rốt cuộc, việc đấu giá quyền sử dụng đất công khai và rộng mở cho mọi người chỉ thực sự cần thiết và có khả năng phát huy tác dụng tích cực, đặc biệt trong việc phòng ngừa tham nhũng, tiêu cực trong lĩnh vực quản lý đất đai một khi cần giao đất hoặc cho thuê đất để triển khai các dự án kinh tế. Trên nguyên tắc, bất kỳ người nào có quan tâm đều có quyền tham gia vào những vụ đấu giá loại này. Những vấn đề quan trọng nhất cần được giải quyết là làm thế nào bảo đảm giá trúng đấu giá phù hợp với giá trị thật và bảo đảm việc sử dụng, khai thác đất theo đúng kế hoạch, dự án đã đăng ký.

Bảo đảm giá trúng đấu giá phù hợp với giá thị trường. Việc bảo đảm này có một nội dung kép: một mặt, việc đấu giá không gây thất thu cho Nhà nước do giá trúng đấu giá được định quá thấp so với giá thị trường của đất; mặt khác, việc đấu giá không dẫn đến hệ quả không mong muốn là đất bị đội giá lên một cách không bình thường do hệ

quả của những lần thách giá giữa người người mua tiềm năng.

Giá thường bị đẩy lên cao trong các trường hợp việc đấu giá bị giới đầu cơ thao túng. Khi đó, đất được mua chỉ để được bán lại. Nhà đầu cơ liền lĩnh nhất sẵn sàng trả giá cao để mua và thiết lập tình trạng độc quyền hoặc ít nhất là địa vị không chế của nhà cung ứng để có thể thoải mái hết giá cao ngất đối với hàng hoá của mình. Muốn ngăn chặn tình trạng đó, phải làm thế nào loại trừ ngay từ đầu khả năng tham gia đấu giá của những người thuộc giới này. Tư tưởng chủ đạo là đất chỉ có thể được đấu giá giữa những nhà đầu tư đích thực, nghiêm túc. Những người tham gia đấu giá phải nộp dự án khả thi với những cam kết rõ ràng, cụ thể về việc tổ chức khai thác, sử dụng đất trong trường hợp trúng đấu giá cũng như về lộ trình triển khai kế hoạch sử dụng đất của mình. Người tham gia đấu giá đồng thời cũng phải chứng minh khả năng tài chính cho phép chủ động thực hiện dự án mà không lệ thuộc vào những nguồn tài trợ ngoài tầm kiểm soát⁶.

Để giá trúng đấu giá không có sự chênh lệch quá đáng so với giá thị trường theo hướng bất lợi cho người bán, tất nhiên cần ấn định giá khởi điểm một cách hợp lý. Các quy định tại Điều 10 khoản 1 điểm a Quyết định số 216/2005/QĐ-TTg ngày 31/8/2005, đã dẫn, tương đối hợp lý; tuy nhiên, trong quá trình khảo giá cần phát huy vai trò chuyên gia, nhà tư vấn về giá bất động sản. Cũng cần có cơ chế kiểm soát khách quan đối với việc định giá, trên cơ sở so sánh giá



giao dịch thông dụng đối với cùng loại đất trên thị trường bất động sản ở địa phương tại thời điểm tiến hành đấu giá với giá khởi điểm được ấn định.

Bảo đảm tính hiệu quả của việc phân phối đất đai thông qua đấu giá. Mục đích tối hậu của việc đấu giá là tìm ra nhà đầu tư nghiêm túc nhất trong những nhà đầu tư nghiêm túc. Đất được giao hoặc được cho thuê thông qua đấu giá để được sử dụng, khai thác một cách có hiệu quả. Bởi vậy, cần có quy định ràng buộc người trúng đấu giá vào nghĩa vụ thực hiện việc đầu tư sản xuất, kinh doanh theo đúng nội dung như đã ghi nhận trong dự án đầu tư nộp trong hồ sơ tham gia đấu giá.

Cụ thể, người trúng đấu giá phải trực tiếp triển khai dự án trong thời gian thích hợp và theo đúng tiến độ dự kiến với số lượng, chất lượng đã được ghi nhận trong dự án đầu tư. Nếu triển khai dự án chậm trễ mà không phải do nguyên nhân bất khả kháng, thì phải chịu thu hồi đất và các chế tài về tài chính và kinh tế (nộp phạt, cấm tham gia đấu giá trong một thời gian, ...)

⁶ Đây có lẽ là điểm mấu chốt nổi cộm nhất trong thời gian vừa qua. Đã có quá nhiều trường hợp người trúng đấu giá có đủ khả năng trả tiền sử dụng đất hoặc tiền thuê đất, nhưng lại không đủ năng lực tài chính để thực hiện dự án. Hậu quả là có nhiều dự án bị treo trong thời gian dài, gây ảnh hưởng xấu đến sự phát triển kinh tế và tác động xã hội tiêu cực.

HOÀN THIỆN QUY ĐỊNH VỀ TIÊU CHUẨN VÀ QUY TRÌNH BỔ NHIỆM, MIỄN NHIỆM, CÁCH CHỨC CÁC CHỨC DANH CỦA CƠ QUAN ĐIỀU TRA

NGUYỄN MINH ĐỨC*

1. Các quy định hiện hành

Tiêu chuẩn bổ nhiệm điều tra viên. Điều tra viên (ĐTV) là người được bổ nhiệm theo quy định của pháp luật để làm nhiệm vụ điều tra vụ án hình sự. Theo quy định tại khoản 1 Điều 30 của Pháp lệnh Tổ chức điều tra hình sự hiện hành (Pháp lệnh TCDTHS), công dân Việt Nam là sĩ quan Công an, Quân đội tại ngũ, cán bộ Viện kiểm sát nhân dân (VKSND), có đủ các tiêu chuẩn sau: Trung thành với Tổ quốc và Hiến pháp nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam; có phẩm chất đạo đức tốt, liêm khiết và trung thực; có trình độ Đại học An ninh, Đại học Cảnh sát hoặc Đại học Luật; có chứng chỉ nghiệp vụ điều tra; có thời gian làm công tác thực tiễn theo quy định của Pháp lệnh TCDTHS; có sức khỏe bảo đảm hoàn thành nhiệm vụ được giao thì có thể được bổ nhiệm làm ĐTV. Nhiệm kỳ của ĐTV là năm năm kể từ ngày được bổ nhiệm. ĐTV có ba bậc là

ĐTV sơ cấp, ĐTV trung cấp và ĐTV cao cấp.

- Người có đủ tiêu chuẩn quy định, có thời gian làm công tác pháp luật từ bốn năm trở lên, có khả năng điều tra các vụ án thuộc loại tội phạm ít nghiêm trọng, nghiêm trọng thì có thể được bổ nhiệm làm ĐTV sơ cấp.

- Người có đủ tiêu chuẩn quy định và đã là ĐTV sơ cấp ít nhất năm năm, có khả năng điều tra các vụ án thuộc loại tội phạm rất nghiêm trọng, đặc biệt nghiêm trọng và có khả năng hướng dẫn các hoạt động điều tra của ĐTV sơ cấp thì có thể được bổ nhiệm làm ĐTV trung cấp.

- Người có đủ tiêu chuẩn quy định và đã là ĐTV trung cấp ít nhất năm năm, có khả năng nghiên cứu, tổng hợp đề xuất biện pháp phòng, chống tội phạm, có khả năng điều tra các vụ án thuộc loại tội phạm rất nghiêm trọng, đặc biệt nghiêm trọng, phức tạp, có khả năng hướng dẫn các hoạt động

* PGS, TS. Giám đốc Trung tâm Nghiên cứu tội phạm học và phòng ngừa tội phạm, Học viện Cảnh sát nhân dân.

điều tra của ĐTV sơ cấp, ĐTV trung cấp thì có thể được bổ nhiệm làm ĐTV cao cấp.

Ngoài các quy định trên, trong trường hợp đặc biệt, người được cơ quan, tổ chức có thẩm quyền điều động đến công tác tại cơ quan điều tra (CQĐT), tuy chưa có chứng chỉ nghiệp vụ điều tra, chưa đủ thời gian đối với chức danh ĐTV trung cấp, cao cấp, nhưng có đủ các tiêu chuẩn khác được quy định thì cũng có thể được bổ nhiệm làm ĐTV trung cấp hoặc ĐTV cao cấp.

Bổ nhiệm ĐTV. Hệ thống CQĐT hiện nay được tổ chức thuộc ba lực lượng: Công an nhân dân (CAND); Quân đội nhân dân (QĐND) và VKSND tối cao. Biên chế trong mỗi hệ thống CQĐT này có các ĐTV sơ cấp, trung cấp, cao cấp. Tuy nhiên, do sự phân cấp theo thẩm quyền điều tra nên ngoài quy định chung, quy trình bổ nhiệm ĐTV ở mỗi lực lượng cũng có những điểm khác và mỗi ngành sẽ thành lập ra các Hội đồng tuyển chọn ĐTV.

- Bổ nhiệm ĐTV trong hệ thống CQĐT thuộc lực lượng CAND: CQĐT trong lực lượng CAND chia làm hai cấp là các CQĐT thuộc Bộ Công an và các CQĐT địa phương (cấp tỉnh, huyện), nên có hai Hội đồng tuyển chọn ĐTV.

Hội đồng tuyển chọn ĐTV (cao cấp, trung cấp, sơ cấp) ở các CQĐT Bộ Công an gồm có Tổng cục trưởng Tổng cục Xây dựng lực lượng CAND làm Chủ tịch; đại diện lãnh đạo Cơ quan Cảnh sát điều tra - CSĐT - (Cục CSĐT tội phạm về trật tự xã hội, Cục CSĐT tội phạm về tham nhũng, Cục CSĐT tội phạm về trật tự quản lý kinh tế và chức vụ, Cục CSĐT tội phạm về ma túy và Văn phòng Cơ quan CSĐT); Cơ quan An ninh điều tra (ANĐT); Cục Tổ chức - cán bộ và Vụ pháp chế Bộ Công an là ủy viên.

Hội đồng tuyển chọn ĐTV (trung cấp, sơ cấp) ở CQĐT cấp tỉnh, huyện gồm có

Giám đốc Công an cấp tỉnh làm Chủ tịch, đại diện lãnh đạo Cơ quan CSĐT, Cơ quan ANĐT, Phòng Tổ chức - cán bộ và Văn phòng Công an cấp tỉnh là ủy viên.

- Bổ nhiệm ĐTV trong hệ thống CQĐT của lực lượng QĐND: Hội đồng tuyển chọn ĐTV trong QĐND gồm có Chủ nhiệm Tổng cục Chính trị làm Chủ tịch, đại diện lãnh đạo CQĐT hình sự, Cơ quan ANĐT, Cục cán bộ và Vụ pháp chế Bộ Quốc phòng là ủy viên.

- Bổ nhiệm ĐTV trong CQĐT của VKSND tối cao: Hội đồng tuyển chọn ĐTV do một Phó Viện trưởng VKSND tối cao làm Chủ tịch, đại diện Ủy ban kiểm sát VKSND tối cao, đại diện lãnh đạo Viện kiểm sát Quân sự trung ương, CQĐT và Vụ Tổ chức - cán bộ VKSND tối cao là ủy viên.

Miễn nhiệm, mất chức, cách chức chức danh ĐTV: Điều 34 Pháp lệnh TCĐTHS năm 2004 quy định việc miễn nhiệm, mất chức và cách chức chức danh ĐTV như sau:

- Quy định về miễn nhiệm: ĐTV đương nhiên được miễn nhiệm chức danh ĐTV khi nghỉ hưu, chuyển công tác khác. Hoặc ĐTV có thể được miễn nhiệm chức danh vì lý do sức khỏe, hoàn cảnh gia đình hoặc vì lý do khác mà xét thấy không thể bảo đảm hoàn thành nhiệm vụ được giao.

- Quy định về mất chức: ĐTV đương nhiên bị mất chức danh ĐTV khi bị kết tội bằng bản án của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật hoặc bị kỷ luật bằng hình thức tước danh hiệu CAND, tước quân hàm sỹ quan QĐND.

- Quy định về cách chức: Tùy theo tính chất và mức độ vi phạm, ĐTV có thể bị cách chức chức danh ĐTV khi thuộc một trong các trường hợp sau: vi phạm trong công tác điều tra vụ án hình sự; vi phạm quy định tại Điều 33 của Pháp lệnh này; bị kỷ luật bằng hình thức cách chức chức vụ quản lý đang đảm nhiệm theo quy định của pháp luật về cán bộ, công chức; vi phạm về phẩm chất đạo đức; có hành vi vi phạm pháp luật khác.

Đối với chức danh thủ trưởng, phó thủ trưởng CQĐT: Theo quy định tại khoản 1 Điều 35 Pháp lệnh TCĐTHS năm 2004, tiêu chuẩn để bổ nhiệm thủ trưởng, phó thủ trưởng CQĐT phải là những người đã là “ĐTV cao cấp hoặc ĐTV trung cấp, có năng lực tổ chức, chỉ đạo hoạt động điều tra thì có thể được bổ nhiệm làm thủ trưởng, phó thủ trưởng CQĐT” (khoản 1 Điều 35). Như vậy, theo quy định này, trước khi được bổ nhiệm vào các chức danh trên thì ứng cử viên phải là người có đủ tiêu chuẩn là một ĐTV cao cấp hoặc ĐTV trung cấp. Việc bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức và cấp, thu hồi giấy chứng nhận thủ trưởng, phó thủ trưởng CQĐT trong CAND, trong QĐND do Bộ trưởng của hai bộ quyết định, ở VKSND tối cao do Viện trưởng VKSND tối cao quyết định.

2. Một số vướng mắc và khó khăn trong thực tiễn thi hành

Pháp lệnh TCĐTHS ra đời từ năm 2004, sau hơn 8 năm thi hành đã được sửa đổi, bổ sung hai lần vào các năm 2007, 2009. Qua thực tiễn áp dụng, Pháp lệnh đã bộc lộ một số vướng mắc, thiếu sót nhất định:

Tên gọi, đối tượng, phạm vi điều chỉnh của Pháp lệnh TCĐTHS còn pha trộn với ngành luật tố tụng hình sự

Tên gọi của Pháp lệnh là “Pháp lệnh TCĐTHS” có lẽ chưa thực sự gần gũi với bản chất của một văn bản quy định về cơ cấu tổ chức, chức năng, nhiệm vụ, thẩm quyền của hệ thống CQĐT hình sự thuộc ngành Luật Nhà nước (Luật Hiến pháp), bởi tên gọi này thiếu từ “cơ quan”. Vì thế nên có thể dẫn đến hai cách hiểu khác nhau: (i) đây là văn bản quy định hướng dẫn việc thi hành Bộ luật Tố tụng hình sự (TTHS) thuộc ngành luật TTHS; (2) đây là văn bản quy định về xây dựng, cơ cấu tổ chức của hệ thống CQĐT hình sự. Câu hỏi đặt ra là “Pháp lệnh TCĐTHS thuộc ngành luật nào điều chỉnh”, thuộc ngành Luật Nhà nước hay thuộc

ngành Luật TTHS, trong khi nội dung của Pháp lệnh thuộc về ngành Luật Nhà nước (khoa học pháp lý Việt Nam phân chia hệ thống pháp luật Việt Nam thành 12 ngành luật).

Bộ luật TTHS ra đời năm 1988, Pháp lệnh TCĐTHS được ban hành năm 1989, tiếp đến năm 2003 Bộ luật TTHS được sửa đổi, bổ sung và ngay sau đó, năm 2004 Pháp lệnh TCĐTHS cũng được sửa đổi, bổ sung. Như vậy, về tiến trình xây dựng luật, sự ra đời của Pháp lệnh này giống như một văn bản hướng dẫn thi hành Bộ luật TTHS. Đã thế, nhiều quy phạm trong Pháp lệnh còn thiếu sót, hạn chế nên chưa đủ sức điều chỉnh về cơ cấu tổ chức, nhiệm vụ, thẩm quyền của hệ thống các CQĐT theo tinh thần của ngành Luật Hiến pháp. Do các thiếu sót này mà mỗi lực lượng Công an, Quân đội, VKSND khi ban hành các thông tư hướng dẫn triển khai nội dung Pháp lệnh này về hệ thống CQĐT theo chức năng của ngành mình, đã thiếu sự thống nhất với nhau.

Một số quy định về tiêu chuẩn bổ nhiệm ĐTV chưa thống nhất, rõ ràng

Khoản 1 Điều 30 Pháp lệnh TCĐTHS quy định, ngoài các tiêu chuẩn khác thì người được bổ nhiệm làm ĐTV phải có thời gian “làm công tác thực tiễn”, nhưng điểm a, khoản 2 Điều 30 quy định về tiêu chuẩn để bổ nhiệm ĐTV sơ cấp lại quy định người được bổ nhiệm - ngoài các tiêu chuẩn chung quy định tại khoản 1 Điều 30 - phải có thời gian “làm công tác pháp luật” từ bốn năm trở lên. Quy định như trên là không thống nhất.

- Về cách hiểu “làm công tác thực tiễn”, có quan điểm cho rằng, người làm công tác thực tiễn theo quy định trong Pháp lệnh này chính là những người đang làm công tác đấu tranh phòng ngừa và điều tra tội phạm, thường xuyên sử dụng pháp luật hình sự, TTHS vào thực tiễn công tác (ví dụ: cán bộ,

tổng hợp, cán bộ trinh sát trong CQĐT thuộc lực lượng Công an); quan điểm thứ hai cho rằng, người làm công tác thực tiễn là những sĩ quan Quân đội, Công an, cán bộ Kiểm sát đang làm việc thực tiễn có liên quan đến hoạt động đấu tranh phòng, chống tội phạm nói chung với một thời gian nhất định được coi là người làm công tác thực tiễn (ví dụ: cán bộ làm công tác tổng hợp án, chuyên đề, cán bộ trinh sát, cán bộ đã từng làm ĐTV tại các phòng CSĐT, ANĐT thuộc lực lượng CAND).

- Về cách hiểu “làm công tác pháp luật”, thì đây là một khái niệm trừu tượng hơn so với khái niệm làm tác công thực tiễn. Xung quanh thuật ngữ này cũng có hai quan điểm khác nhau, một cho rằng, tất cả những cán bộ làm việc tại CQĐT (gồm cán bộ tổng hợp, trợ lý, trinh sát) đều là những người làm công tác pháp luật, bởi mọi công việc của họ đều phục vụ cho công tác đấu tranh phòng, chống tội phạm và đương nhiên sử dụng pháp luật. Quan điểm thứ hai cho rằng, người làm công tác pháp luật là những sĩ quan Công an, Quân đội, cán bộ VKSND đã tốt nghiệp Đại học Cảnh sát, An ninh, Luật và đang làm công tác pháp luật tại các cơ quan của lực lượng Công an, Quân đội, VKSND (cả trong CQĐT và cơ quan khác).

Tại đoạn 2 điểm b khoản 2 Điều 30 quy định: “Trong trường hợp do nhu cầu cán bộ, người có đủ tiêu chuẩn quy định tại khoản 1 Điều này, có thời gian làm công tác pháp luật từ chín năm trở lên...”; đoạn 2 điểm c khoản 2 Điều 30 quy định: “Trong trường hợp do nhu cầu cán bộ, người có đủ tiêu chuẩn quy định tại khoản 1 Điều này và đã có thời gian làm công tác pháp luật từ mười bốn năm trở lên...”. Vậy, người làm công tác pháp luật trong trường hợp này là *làm việc liên tục* hay có thể *ngắt quãng nhưng cộng đủ thời gian* là có thể bổ nhiệm ĐTV? Bên cạnh đó, có ý kiến cho rằng, do nhu cầu cán bộ, nếu cán bộ đã có đủ tiêu chuẩn quy định

tại khoản 1 Điều 30 rồi thì đương nhiên họ đủ tiêu chuẩn để bổ nhiệm ĐTV mà không cần phải quy định thêm “làm công tác pháp luật” từ 9 năm hoặc 14 năm, quy định như vậy là thừa, tạo nên sự rắc rối và thậm chí nếu hiểu không đúng sẽ dẫn đến sự tùy tiện.

Quy định về tiêu chuẩn bổ nhiệm thủ trưởng, phó thủ trưởng CQĐT chưa rõ ràng và đầy đủ

Khoản 1 Điều 35 Pháp lệnh TCĐTHS quy định, những người là “ĐTV cao cấp hoặc ĐTV trung cấp, có năng lực tổ chức, chỉ đạo hoạt động điều tra thì có thể được bổ nhiệm làm thủ trưởng, phó thủ trưởng CQĐT”. Quy định như vậy mới chỉ dừng ở tiêu chuẩn để bổ nhiệm, mà chưa quy định về trình tự, thủ tục bổ nhiệm, thời hạn của chức danh, trong khi đó chức danh ĐTV được bổ nhiệm có thời hạn. Thực tế, nhiều người giữ chức danh thủ trưởng, phó thủ trưởng CQĐT với thời hạn rất dài, có thể lên đến 10-15 năm mà không có thủ tục bổ nhiệm lại như chức danh ĐTV.

Do quy định chưa đầy đủ về tiêu chuẩn nên chưa tách bạch giữa chức năng tư pháp với chức năng quản lý của thủ trưởng, phó thủ trưởng CQĐT. Người có chức danh thủ trưởng, phó thủ trưởng CQĐT thường là người đồng thời giữ chức vụ quản lý hành chính, quản lý nhà nước. Đặc biệt là các CQĐT thuộc lực lượng CAND, nhất là sau khi thực hiện theo mô hình mới, trong các CQĐT có cả lực lượng ĐTV và trinh sát, nên thủ trưởng và phó thủ trưởng CQĐT đồng thời là những người chỉ huy của các cơ quan này thực hiện chức năng quản lý nhà nước về công tác phòng ngừa và điều tra tội phạm, do đó nhiều nơi thủ trưởng CQĐT thường chỉ là hình thức, mà công việc này được giao cho một phó chuyên trách.

Mặc dù Pháp lệnh quy định “ĐTV cao cấp hoặc ĐTV trung cấp, có năng lực tổ chức, chỉ đạo hoạt động điều tra thì có thể được bổ nhiệm làm thủ trưởng, phó thủ

trưởng CQĐT” (khoản 1 Điều 35), nhưng thực tế vẫn còn rất nhiều trường hợp người được bổ nhiệm vào các chức danh thủ trưởng, phó thủ trưởng CQĐT không thỏa mãn tiêu chuẩn này. Thậm chí có người đã giữ lần lượt nhiều chức vụ thủ trưởng, phó thủ trưởng CQĐT các cấp, nhưng chưa một lần được bổ nhiệm chức danh ĐTV, đặc biệt là trong lực lượng CAND. Có thực trạng này là theo quy định, thường sau khi bổ nhiệm chức vụ thủ trưởng, phó thủ trưởng đơn vị (ví dụ, trưởng, phó Công an quận, huyện; trưởng, phó phòng CSĐT tội phạm về trật tự xã hội,...) xong rồi mới bổ nhiệm chức danh thủ trưởng, phó thủ trưởng CQĐT; mà để bổ nhiệm chức vụ thủ trưởng, phó thủ trưởng đơn vị lại theo tiêu chuẩn cán bộ, công chức mà không theo tiêu chuẩn chức danh ĐTV hay tiêu chuẩn chức danh thủ trưởng, phó thủ trưởng CQĐT như Pháp lệnh TCĐTHS quy định. Sự tồn tại này xuất phát từ tính chất đặc thù của ngành Công an và đây là điểm khác với việc bổ nhiệm thủ trưởng, phó thủ trưởng CQĐT thuộc lực lượng QĐND và VKSND tối cao, bởi các CQĐT thuộc hai cơ quan này chuyên trách làm nhiệm vụ điều tra hình sự, không kiêm nhiệm cả công tác trình sát, phòng ngừa như các CQĐT thuộc lực lượng CAND.

Quy định về trình tự, thủ tục bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức và cấp, thu hồi giấy chứng nhận thủ trưởng, phó thủ trưởng CQĐT chưa rõ ràng

Khoản 2 Điều 35 Pháp lệnh TCĐTHS quy định về việc bổ nhiệm thủ trưởng, phó thủ trưởng CQĐT trong CAND và QĐND do Bộ trưởng của hai bộ này quyết định; ở VKSND tối cao do Viện trưởng VKSND tối cao quyết định. Thuật ngữ “quyết định” ở đây rất chung chung, nên mỗi ngành thực hiện một kiểu. Trong lực lượng CAND, chỉ có chức danh thủ trưởng, phó thủ trưởng CQĐT Bộ Công an, thì Bộ trưởng mới ra quyết định, còn các trưởng phòng của các

đơn vị Cảnh sát, ANĐT thuộc các Cục điều tra theo khoản 1 Điều 9 Pháp lệnh TCĐTHS (sửa đổi, bổ sung năm 2007) thì do Tổng cục trưởng Tổng cục Xây dựng lực lượng CAND ra quyết định bổ nhiệm.

Cũng tại khoản 2 Điều 35, Pháp lệnh quy định về miễn nhiệm, cách chức và cấp, thu hồi giấy chứng nhận, nhưng không quy định điều kiện như đối với ĐTV. Các quy định về trình tự, thủ tục miễn nhiệm, cách chức, thu hồi giấy chứng nhận thủ trưởng, phó thủ trưởng CQĐT hoàn toàn thiếu vắng. Vì vậy, khi người giữ chức danh thủ trưởng, phó thủ trưởng CQĐT chuyển sang chức vụ công tác khác hay được bổ nhiệm chức vụ mới, hầu hết họ “tự hiểu” rằng, đã chuyển công tác thì đương nhiên không giữ chức danh thủ trưởng, phó thủ trưởng CQĐT nữa. Ngay cả giấy chứng nhận cũng không bị thu hồi và như vậy, kết hợp với việc Pháp lệnh không quy định thời hạn đảm nhiệm chức danh thủ trưởng, phó thủ trưởng CQĐT, cũng không có thủ tục bắt buộc về miễn nhiệm, nên về mặt hình thức, người đó vẫn được là “thủ trưởng, phó thủ trưởng CQĐT” dù không còn hoạt động về TTHS.

3. Một số kiến nghị

Việc sửa đổi, bổ sung Pháp lệnh TCĐTHS đang được tiến hành và theo hướng xây dựng Luật Tổ chức Cơ quan điều tra hình sự (Luật Tổ chức CQĐTHS) để thay thế Pháp lệnh này. Chúng tôi xin kiến nghị một số điểm sau:

Một là, tên gọi theo Dự thảo “Luật Tổ chức CQĐTHS” là hoàn toàn chính xác, đúng với bản chất của một văn bản luật thuộc ngành Luật Nhà nước, tránh được sự hiểu nhầm là văn bản thuộc ngành Luật TTHS. Đồng thời, quá trình soạn thảo và hoàn thiện Luật này phải tuân thủ đúng nguyên tắc pháp chế mà Điều 12 Hiến pháp hiện hành quy định, xác định rõ đối tượng và phạm vi điều chỉnh các quan hệ về xây dựng, tổ chức của bộ máy CQĐT hình sự,

không được nhằm lẫn trong việc điều chỉnh quan hệ thủ tục TTTHS. Tổ chức bộ máy CQĐT hình sự, các chức danh ĐTV, thủ trưởng, phó thủ trưởng CQĐT đều là các chức danh tư pháp giống như thẩm phán, thư ký tòa án, hội thẩm nhân dân, chánh án, phó chánh án Tòa án nhân dân; kiểm sát viên, Viện trưởng, Phó Viện trưởng VKSND. Do đó, nội dung của Luật Tổ chức CQĐTTHS phải được xây dựng chi tiết như các Luật Tổ chức VKSND, Luật Tổ chức TAND.

Hai là, cần quy định rõ ràng cụ thể, thống nhất về tiêu chuẩn chức danh ĐTV cũng như chức danh thủ trưởng, phó thủ trưởng CQĐT. Đề nghị bỏ quy định về tiêu chuẩn “làm công tác pháp luật”, bởi quy định này rất trừu tượng và quá rộng. Chỉ nên quy định thống nhất một tiêu chuẩn “làm công tác thực tiễn”, tuy nhiên, để tránh tùy tiện trong cách hiểu và áp dụng, theo chúng tôi tiêu chuẩn này cần bổ sung thêm và quy định là “làm công tác thực tiễn phòng ngừa và điều tra tội phạm” sẽ đầy đủ và chính xác hơn, vừa dễ dàng cho Hội đồng tuyển chọn, vừa tăng năng lực của ĐTV trong thực tiễn công tác, hạn chế sai sót trong điều tra tội phạm. Lý do quy định tiêu chuẩn như vậy, xuất phát từ thực tiễn chức năng, nhiệm vụ của các CQĐT hiện nay, khi có vụ án xảy ra, nhất là án chưa rõ thủ phạm (án mờ) thường phải sử dụng các biện pháp nghiệp vụ để điều tra ban đầu, sau đó có đủ căn cứ mới chuyển sang điều tra công khai theo thủ tục TTTHS. Ngoài ra, nhiệm vụ của các CQĐT bên cạnh việc điều tra vụ án, còn phải làm nhiệm vụ phòng ngừa tội phạm, nhất là CQĐT trong lực lượng CAND. Cho nên, trong các CQĐT - bao gồm cả cán bộ là ĐTV, cán bộ trinh sát hoặc cán bộ giúp việc khác - tất cả cán bộ đều làm nhiệm vụ với mục đích chung là “phòng ngừa và điều tra tội phạm”.

Ba là, đề nghị bỏ khoản 3 Điều 30 Pháp lệnh TCĐTHS, bởi quy định này đặt ra một

tiêu chuẩn “đặc biệt” để bổ nhiệm ĐTV trung cấp, hoặc ĐTV cao cấp. Quy định này sẽ dẫn đến sự tùy tiện trong bổ nhiệm, kể cả trong trường hợp công minh, khách quan khi xét bổ nhiệm thì nó vẫn là trường hợp “ngoại lệ” mang nặng ý chí chủ quan của người có thẩm quyền bổ nhiệm. Hơn thế nữa, quy định này trái với nguyên tắc pháp chế trong áp dụng và thi hành luật, không đúng với tiêu chí của Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa. Chức danh ĐTV cũng như chức danh thẩm phán, kiểm sát viên là những chức danh được Nhà nước trao quyền thực hiện các hoạt động TTTHS (tu tố), hoạt động này liên quan đến uy tín của Nhà nước, đến sự tự do, quyền và lợi ích hợp pháp của công dân, nếu người tiến hành tố tụng (ĐTV) được bổ nhiệm mà không theo quy chuẩn chung, thì rất dễ dẫn đến hậu quả như gây oan, sai trong TTTHS hoặc bỏ lọt người phạm tội... Cả Luật Tổ chức TAND và Luật Tổ chức VKSND đều không có chế định nào quy định về trường hợp “đặc biệt” để bổ nhiệm thẩm phán hay kiểm sát viên, vì vậy Luật Tổ chức CQĐTTHS cũng cần thống nhất với hai luật này.

Bốn là, cần cụ thể hóa trình tự, thủ tục bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức thủ trưởng, phó thủ trưởng CQĐT. Đặc biệt là phải tách bạch rõ ràng quyền năng tư pháp và quyền năng hành chính của thủ trưởng, phó thủ trưởng CQĐT. Khoản 2 Điều 35 quy định việc bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức và cấp, thu hồi giấy chứng nhận thủ trưởng, phó thủ trưởng CQĐT do người đứng đầu ba ngành “quyết định”. Quy định này có phạm vi hẹp, dễ hiểu nhầm việc ra (ký) quyết định với quyết định những vấn đề về trình tự, thủ tục. Do vậy, theo chúng tôi, nên thay thuật ngữ “quyết định” bằng thuật ngữ “quy định” vào Luật Tổ chức CQĐTTHS. Sự thay thế này sẽ chính xác hơn, đúng với thuật ngữ của văn bản quy phạm pháp luật. Như vậy, sẽ quy định là: “Việc bổ nhiệm,

miễn nhiệm, cách chức và cấp, thu hồi giấy chứng nhận thủ trưởng, phó thủ trưởng CQĐT trong CAND, QĐND, VKSND do Ủy ban Thường vụ Quốc hội quy định”. Quy định như vậy sẽ tạo nên sự thống nhất với quy định trong Luật Tổ chức VKSND, Luật Tổ chức TAND.

Năm là, đối với CQĐT cấp huyện thuộc lực lượng CAND, Luật Tổ chức CQĐTTHS nên quy định thống nhất “thủ trưởng CQĐT cấp huyện trong CAND giao cho một phó trưởng công an huyện chuyên trách”, bởi thực tế hiện nay, chức danh thủ trưởng CQĐT cấp huyện đồng thời là trưởng công an huyện (quận). Trong khi đó, việc bổ nhiệm chức vụ trưởng công an cấp huyện phải phụ thuộc vào nhiều tiêu chí của ngành Công an, đồng thời còn phải thỏa mãn tiêu chí “huyện ủy viên”. Vì vậy, có thể xảy ra trường hợp người đáp ứng được tiêu chí ĐTV để bổ nhiệm chức vụ trưởng công an huyện chưa chắc đã thỏa mãn được một trong các tiêu chí về tổ chức cán bộ hoặc tiêu chí huyện ủy viên. Ngược lại, người đủ tiêu chí cán bộ và huyện ủy viên thì lại không thỏa mãn tiêu chuẩn ĐTV. Ngoài ra, chức vụ trưởng công an cấp huyện (quận) phải thực hiện việc lãnh đạo chỉ huy trên nhiều phương diện khác nhau trong lĩnh vực bảo vệ an ninh, trật tự trên địa bàn huyện (quận) nên không thể toàn tâm, toàn ý trong công tác chỉ đạo hoạt động điều tra vụ án, nên thực tế công việc này thường được ủy quyền cho phó trưởng công an huyện (quận).

Sáu là, cần quy định thời hạn đối với chức danh thủ trưởng, phó thủ trưởng CQĐT như quy định thời hạn đối với chức danh ĐTV. Bởi, nếu thực hiện đúng quy định tại khoản 1 Điều 35 về tiêu chuẩn bổ nhiệm thủ trưởng, phó thủ trưởng CQĐT là “ĐTV cao cấp hoặc ĐTV trung cấp”, thì theo quy định tại khoản 4 Điều 30 “Nhiệm kỳ của ĐTV là năm năm kể từ ngày được bổ

nhiệm” sẽ có mâu thuẫn. Với tư cách là ĐTV thì sau 5 năm, ĐTV phải bổ nhiệm lại, nhưng nếu là thủ trưởng hoặc phó thủ trưởng CQĐT, dù đã hết 5 năm (hoặc lâu hơn) đều không phải bổ nhiệm lại. Đây là điều bất hợp lý, cần phải được quy định rõ trong Luật Tổ chức CQĐTTHS.

Ngoài ra, việc giới hạn về nhiệm kỳ bổ nhiệm, bổ nhiệm lại đối với chức danh ĐTV với thời hạn 5 năm là chưa phù hợp, có thể gây ra tiêu cực trong quá trình xem xét đề được đề nghị bổ nhiệm lại khi hết nhiệm kỳ theo quy định, đồng thời tạo ra những thủ tục hành chính rườm rà sau một thời gian không dài. Do đó, có thể quy định trong Luật Tổ chức CQĐTTHS theo hướng tăng thời hạn bổ nhiệm chức danh ĐTV từ 5 năm lên 10 năm hoặc 15 năm, hoặc cũng có thể quy định không giới hạn về thời gian bổ nhiệm, nhiệm kỳ bổ nhiệm đối với chức danh ĐTV. Nghị quyết số 49-NQ/TW của Bộ Chính trị về chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020 đã nêu: “Nghiên cứu thực hiện cơ chế thi tuyển để chọn người bổ nhiệm vào các chức danh tư pháp. Tăng thời hạn bổ nhiệm chức danh tư pháp hoặc thực hiện chế độ bổ nhiệm không có kỳ hạn”.

Bảy là, cần quy định trong Luật Tổ chức CQĐTTHS về chế độ, chính sách đối với thủ trưởng, phó thủ trưởng CQĐT. Hiện tại trong Pháp lệnh TCĐTTHS không có quy định nên mỗi ngành có cách vận dụng chế độ khác nhau đối với hai chức danh này. Thực tế, VKSND tối cao và QĐND có văn bản quy định về chế độ phụ cấp đối với thủ trưởng, phó thủ trưởng CQĐT trong QĐND và trong VKSND tối cao, nhưng ngành CAND chưa có văn bản nào quy định, nên có nghịch lý là ĐTV trong CQĐT thì có phụ cấp chế độ, nhưng thủ trưởng, phó thủ trưởng CQĐT lại không có chế độ phụ cấp (nếu người đó chưa lần nào được bổ nhiệm chức danh ĐTV) ■

GIÁO DỤC PHÁP LUẬT TRONG HOẠT ĐỘNG HÒA GIẢI

NGUYỄN THỊ TĨNH*

Hòa giải là thủ tục bắt buộc trong quá trình giải quyết tranh chấp (GQTC) dân sự tại Tòa án được quy định trong Bộ luật Tố tụng dân sự (Bộ luật TTDS): Tòa án có trách nhiệm tiến hành hòa giải và tạo điều kiện thuận lợi để các đương sự thỏa thuận với nhau về việc giải quyết vụ việc dân sự. Hòa giải trong vụ kiện dân sự không chỉ bắt buộc thực hiện ở giai đoạn chuẩn bị xét xử sơ thẩm mà pháp luật dân sự hiện hành còn khuyến khích, công nhận sự tự nguyện thỏa thuận của các bên đương sự tại phiên tòa sơ thẩm và cả phiên tòa phúc thẩm. Quy định này xuất phát từ nguyên tắc tôn trọng quyền tự định đoạt của đương sự trong quan hệ dân sự. Phiên hòa giải thành, vụ kiện sẽ được chấm dứt bằng một quyết định công nhận sự thỏa thuận của các đương sự do Tòa án ban hành có hiệu lực pháp luật ngay và không bị kháng cáo, kháng nghị theo thủ tục phúc thẩm. Việc đương sự tự nguyện thỏa thuận giải quyết vụ án tại phiên tòa sơ thẩm hay phúc thẩm nếu không trái pháp luật, đạo đức xã hội thì đều được Hội đồng xét xử ghi nhận trong bản án và có hiệu lực thi hành.

Thực tiễn GQTC dân sự cho thấy, thành công của Thẩm phán và các chuyên gia tư vấn pháp luật trong phiên hòa giải phụ thuộc vào nhiều yếu tố như thu thập, đánh giá chứng cứ, cách thức hòa giải... nhưng yếu tố quyết định cho sự thành công của phiên hòa giải vẫn là kỹ năng truyền thụ kiến thức pháp luật của Thẩm phán và các chuyên gia tư vấn pháp luật cho người tham gia phiên hòa giải, làm cho họ hiểu và nhận thức được các quy định của pháp luật về từng vấn đề họ đang theo kiện, về chế định hòa giải, và đặc biệt làm cho họ nhận biết được lợi ích vật chất, tinh thần mà pháp luật đãi ngộ cho việc tự nguyện thỏa thuận của họ trong GQTC dân sự. Nhận định này được minh chứng từ thực tế GQTC dân sự của ngành Tòa án nhân dân tỉnh Đắk Lắk. Trong hai năm 2010 và 2011, ngành Tòa án nhân dân tỉnh Đắk Lắk thụ lý gần 13.000 vụ án dân sự, hôn nhân gia đình, kinh doanh thương mại (gọi chung là án dân sự) và hành chính, trong đó có khoảng 30% số án hòa giải thành. Theo báo cáo của các tòa chuyên trách và các thẩm phán cấp huyện, thành phố, trong toàn tỉnh có hơn 75% số án hòa

* Chánh tòa Kinh tế, Tòa án nhân dân tỉnh Đắk Lắk.

giải thành do đương sự được phổ biến pháp luật (PBPL), nhận thức được đúng sai, tự cân đối được lợi ích vật chất và tinh thần của mình khi vụ án được thỏa thuận kết thúc sớm đã tự nguyện hòa giải thành. Khoảng 20% số vụ kiện đương sự tự nguyện thỏa thuận với mục đích chính là giữ mối quan hệ với bạn hàng. Số còn lại khoảng 5% vụ kiện đương sự tự nguyện hòa giải thỏa thuận do tâm lý ngại tham gia kiện tụng kéo dài và các lý do khác.

Đối với vụ án hành chính, pháp luật không quy định thủ tục hòa giải của các bên đương sự nhưng vẫn khuyến khích Thẩm phán phổ biến, phân tích các quy định của pháp luật về từng lĩnh vực, từng vấn đề mà người khởi kiện, người bị kiện đang hướng tới nhằm mục đích làm cho họ nhận biết được các quy định của pháp luật về vấn đề họ đang theo kiện hoặc bị kiện, tạo điều kiện cho họ đối chiếu các quy định của pháp luật vào vụ kiện, phát hiện việc khởi kiện hay bị kiện là đúng hay sai, từ đó người khởi kiện có hướng rút đơn kiện hoặc người bị kiện có hướng sửa đổi, hủy bỏ quyết định hành chính trái pháp luật của mình sớm đi đến kết thúc vụ kiện.

Như vậy, thực tế này đã đặt ra cho Thẩm phán Tòa án và các chuyên gia tư vấn pháp luật là cần có một chương trình PBPL về hòa giải cho người tham gia tố tụng (TGTT) tại Tòa án ngay từ giai đoạn chuẩn bị tiến hành phiên hòa giải, cụ thể là:

Thứ nhất, phổ biến cho người TGTT các quy định của pháp luật về *nguyên tắc và phạm vi hòa giải của Tòa án*.

Hoạt động PBPL đầu tiên cho đương sự trong giai đoạn này của Thẩm phán được thể hiện bằng việc gửi cho các bên đương sự và những người TGTT khác thông báo tổ chức phiên hòa giải của Tòa án. Thông báo này ghi rõ thành phần tham gia phiên hòa giải, thời gian, địa điểm mở phiên hòa giải và nội dung các vấn đề cần hòa giải để đương sự

có sự chuẩn bị trước khi đến tham gia phiên hòa giải. Tại phiên hòa giải, Thẩm phán và các chuyên gia tư vấn pháp luật khác trực tiếp phổ biến cho người TGTT nắm được nguyên tắc hòa giải quy định trong Bộ luật TTDS đó là Tòa án có trách nhiệm tôn trọng và ghi nhận sự tự nguyện thỏa thuận của các đương sự trong GQTC dân sự, trừ những thỏa thuận làm thiệt hại đến tài sản của Nhà nước và những quan hệ dân sự phát sinh từ dao dịch dân sự trái pháp luật, trái đạo đức xã hội. Điều này có nghĩa là Thẩm phán Tòa án phải dùng các cách thức PBPL để làm cho đương sự hiểu và nhận thức được trong quan hệ dân sự quyền tự định đoạt của họ là tối thượng nhưng không được vượt quá giới hạn pháp luật cho phép và bị chi phối bởi các quy phạm đạo đức xã hội.

Trong thực tiễn giải quyết tranh chấp, để tránh tình trạng đương sự lợi dụng thủ tục bắt buộc hòa giải trong vụ kiện nhằm mục đích gây khó khăn kéo dài việc giải quyết vụ án cho Tòa án, hầu hết các Thẩm phán đều phổ biến cho các bên đương sự biết theo quy định của luật TTDS hiện hành, hòa giải là quyền nhưng cũng đồng thời là nghĩa vụ của đương sự. Trong trường hợp bị đơn được Tòa án triệu tập họp lệ đến lần thứ hai mà vẫn cố tình vắng mặt trong phiên hòa giải thì được coi là từ chối thực hiện quyền và nghĩa vụ trong phiên hòa giải. Tòa án có quyền lập biên bản không hòa giải được và tiếp tục giải quyết vụ kiện, không giải quyết khiếu nại của đương sự về hòa giải sau này. Nắm được quy định này, đương sự tự giác thực hiện quyền đồng thời là nghĩa vụ của mình trong phiên hòa giải, có sự chuẩn bị nội dung hòa giải chu đáo và có phương án hòa giải khả thi phù hợp pháp luật. Ngoài ra, Thẩm phán còn phải phổ biến và hướng dẫn cho đương sự biết trong một số trường hợp ngoại lệ, Tòa án có thể lập biên bản không tiến hành hòa giải được như: đương sự không tham gia hòa giải được vì có lý do chính đáng; đương sự là vợ hoặc chồng

trong vụ án ly hôn là người mất năng lực hành vi dân sự... để những đương sự có hoàn cảnh nêu trên hiểu và nhận thức được việc không tham gia phiên hòa giải của họ không làm ảnh hưởng đến quá trình giải quyết vụ án.

Thứ hai, phổ biến cho người TGTT về *nội dung hòa giải* của Tòa án hay nói cách khác là phổ biến cho đương sự các quy định của pháp luật có liên quan đến việc giải quyết vụ án để các bên liên hệ đến quyền nghĩa vụ của mình trong từng quan hệ tranh chấp mà Tòa án đang giải quyết. Đây được coi là bài học pháp luật tổng hợp của các bên đương sự bao gồm nhiều loại luật nội dung và luật tố tụng cùng được lồng ghép phổ biến trong một lúc và được coi là bước quan trọng, quyết định cho phiên hòa giải thành công hay không. Vấn đề này tùy thuộc vào khả năng truyền thụ kiến thức pháp lý của Thẩm phán và sự hỗ trợ của chuyên gia tư vấn pháp luật của đương sự trong vụ kiện. Tại phiên hòa giải, sau khi Thẩm phán phổ biến một số quy định của pháp luật có liên quan đến các quan hệ tranh chấp trong vụ kiện, đương sự có quyền phát biểu ý kiến, trình bày quan điểm cá nhân về việc giải quyết vụ kiện. Đây là thời điểm thích hợp để Thẩm phán Tòa án thực hiện kỹ năng chuyển tải các quy định của pháp luật đối với từng vấn đề đương sự đang vướng mắc cần giải tỏa. Trong quá trình phổ biến luật nội dung có liên quan đến các vấn đề đang tranh chấp trong vụ kiện, Thẩm phán lồng ghép, phối hợp hài hòa với việc xem xét, phân tích, đánh giá chứng cứ, đối chiếu từng chứng cứ vào từng quy định của pháp luật giúp cho đương sự vừa hiểu được các quy định của pháp luật, vừa hiểu được tính có căn cứ của chứng cứ trong vụ kiện và giúp họ liên hệ trực tiếp vào vấn đề đang tranh chấp, từ đó giải tỏa vướng mắc về tâm lý cho họ, từng bước dẫn dắt họ xích lại gần nhau về lợi ích và tự bản thân họ sẽ có định hướng cho sự tự nguyện thỏa thuận giải

quyết vụ kiện. Để đương sự tiếp thu các quy định của pháp luật nhanh chóng và hiệu quả, Thẩm phán và các chuyên gia tư vấn pháp luật của đương sự trong phiên hòa giải cần thể hiện cho đương sự thấy được sự quan tâm, cảm thông, sự chia sẻ tự nhiên chân thành cởi mở. Đặc biệt trong quá trình hòa giải, Thẩm phán cần tạo cho đương sự niềm tin vào sự công bằng, minh bạch của pháp luật và sự công tâm, hết lòng vì nhân dân của cán bộ đại diện cơ quan pháp luật. Khi tiếp xúc với đương sự, truyền đạt kiến thức pháp luật cho họ, Thẩm phán khéo léo lồng ghép các quy định của pháp luật với các thông lệ, tiền lệ trong đời sống hàng ngày và các chuẩn mực đạo đức trong xã hội, giữ thái độ đúng mực, tạo sự gần gũi, thân thiện để họ bày tỏ hết tâm tư nguyện vọng từ đó nắm được nguyên nhân sâu xa dẫn đến tranh chấp và có hướng tháo gỡ cho họ.

Tiến hành hoạt động tuyên truyền PBPL trong phiên hòa giải, Thẩm phán cần nhận thức được đây là bài học luật tổng hợp hết sức khó khăn đối với đương sự. Bài học này được truyền thụ với mục đích khuyến khích sự tự nguyện học hỏi tìm hiểu pháp luật và sự tự nguyện thể hiện ý chí tự GQTC của các bên đương sự. Nhận thức được vấn đề này, Thẩm phán chú trọng đầu tư nghiên cứu tìm hiểu từng quy định của từng loại luật khác nhau áp dụng vào từng quan hệ tranh chấp cụ thể trong vụ kiện, nhằm đề ra một chương trình PBPL cho đương sự sát với thực tế, ngắn gọn và dễ hiểu. Việc truyền đạt kiến thức pháp luật cho đương sự trong giai đoạn này cần ở Thẩm phán một quỹ thời gian phù hợp cộng với sự kiên trì, nhẫn nại và nhiệt huyết nghề nghiệp. Phiên hòa giải được tiến hành thành công hay không ngoài các yếu tố nêu trên, Thẩm phán còn cần phải hết sức tế nhị trong cách đặt vấn đề cho từng nội dung hòa giải, tuyệt đối tránh thể hiện sự áp đặt hay dùng uy quyền của Tòa án.

Thứ ba, phổ biến cho người TGTT biết các quy định của pháp luật về *hậu quả pháp*

lý của việc hòa giải thành. Đây cũng là vấn đề được đương sự quan tâm và cũng là một trong những yếu tố tạo nên sự thành công của phiên hòa giải. Đồng thời với việc phổ biến cho đương sự các quy định của pháp luật về nội dung hòa giải, Thẩm phán và các chuyên gia tư vấn pháp luật khéo léo phối hợp nêu những quy định của pháp luật về hậu quả pháp lý của việc hòa giải thành. Điều này có nghĩa là người PBPL cần làm cho đương sự hiểu và nhận thức được theo quy định của Bộ luật TTDS và Luật Thi hành án hiện hành thì trong trường hợp hòa giải thành, đương sự đương nhiên được miễn một nửa trong tổng số án phí của vụ kiện, vụ án sẽ được Tòa án kết thúc bằng một Quyết định công nhận sự thỏa thuận của các đương sự có hiệu lực pháp luật ngay không bị kháng cáo kháng nghị theo thủ tục phúc thẩm và có thể bị cưỡng chế thi hành nếu đương sự không thi hành tự nguyện. Quan trọng hơn nữa trong phiên hòa giải thành, đương sự được quyền tự mình đề xuất phương án giải quyết vụ án, có quyền bàn bạc với nhau, có quyền chia sẻ các lợi ích vật chất bị thiệt hại trong quá trình tranh chấp, hy sinh một phần lợi ích cho nhau, có điều kiện để hiểu về nhau nhiều hơn, xóa bỏ được tranh chấp và trên thực tế có trường hợp các đương sự còn mở ra được hướng quan hệ dân sự mới mang lại lợi ích vật chất, tinh thần lớn cho cả hai phía.

Còn trong trường hợp hòa giải không thành, vụ án sẽ được đưa ra xét xử công khai, đương sự phải chịu các chế tài pháp lý dân sự theo quy định của pháp luật, không thực hiện chế độ miễn giảm một nửa án phí như trong trường hợp hòa giải thành và quan hệ tranh chấp đương nhiên dẫn đến sự thắng thua, được mất. Khi phổ biến hậu quả pháp lý của việc hòa giải thành cho các bên đương sự, Thẩm phán và các chuyên gia tư vấn pháp luật của đương sự cần giải thích thêm các yếu tố thuận lợi của việc thi hành án thông qua việc hòa giải thành, nhấn mạnh

về tính tôn trọng quyền tự định đoạt của đương sự trong pháp luật dân sự, tính ưu việt của sự tự nguyện thỏa thuận, nhằm vào tâm lý lợi ích của đương sự, đồng thời nắm bắt và tích cực khai thác các luồng suy nghĩ nội tâm hướng thiện của từng đương sự nhằm mục đích đạt đến sự thành công của phiên hòa giải.

Một số khó khăn thường gặp trong giáo dục pháp luật ở giai đoạn hòa giải

Thực tiễn GQTC dân sự và PBPL cho những người TGTT cho thấy, các quy định của pháp luật hiện hành về hòa giải trong quan hệ dân sự có nhiều điểm ưu việt, dễ hiểu, dễ áp dụng và có tính thuyết phục cao. Các quy định này được coi là những đạo luật sống, nó vận hành thường xuyên cùng với quá trình GQTC dân sự tại Tòa án cũng như trong đời sống hàng ngày của nhân dân. Tuy nhiên cũng xuất phát từ những điểm ưu việt này, đương sự tiếp thu nhanh chóng các quy định về sự khuyến khích vật chất cũng như rút ngắn vụ kiện của Nhà nước trong hòa giải và lợi dụng nó, hay nói cách khác là “lách luật” để mưu cầu lợi ích cá nhân, làm sai lệch bản chất tốt đẹp của các quy định về hòa giải. Xin nêu một ví dụ cụ thể minh chứng cho vấn đề này: Bà Trần Thị N là chủ đại lý thu mua, gửi giữ cà phê ở thị xã Buôn Hồ tỉnh Đắk Lắk. Trong vụ cà phê 2011-2012, bà N nhận gửi kho của 30 hộ nông dân với số cà phê nhân xô hơn 300 tấn, tương đương 13 tỉ đồng vào thời điểm gửi. Bà N bán số cà phê này lấy tiền cho bà Huỳnh Kim P vay lấy lãi cao với mục đích chờ cà phê hạ giá sẽ mua hàng bù vào kho để trả cho người gửi giữ. Sau khi nhận được tiền vay, bà P bỏ trốn, bà N vỡ nợ và bị 19 hộ nông dân gửi cà phê đưa đơn khởi kiện tại Tòa án thị xã Buôn Hồ vào tháng 4/2012. Bà N biết mình sẽ bị kê biên tài sản để thi hành án cho các hộ dân đã khởi kiện nên cố tình kéo dài việc giải quyết vụ án bằng cách kéo dài thời gian cung cấp chứng cứ, không tham gia phiên hòa giải theo thông báo lần

đầu của Tòa án, khi Tòa án mở phiên hòa giải lần thứ hai, bà N mới tham gia và không thiện chí thỏa thuận bất cứ nội dung nào của vụ kiện. Cũng trong thời gian này, bà N lập một hợp đồng giả vay của chị họ là Trần Thị V. tại thị xã Gia Nghĩa tỉnh Đắk Nông số tiền 10 tỉ đồng, trong hợp đồng này hai bên thỏa thuận ghi lùi thời gian mượn tiền vào tháng 4 năm 2010, thời hạn mượn 06 tháng, khi có tranh chấp nguyên đơn có quyền yêu cầu Tòa án nơi hợp đồng được thực hiện giải quyết (tức Tòa án thị xã Gia Nghĩa). Đồng thời hai bên lập hợp đồng thế chấp tài sản cam kết bà N thế chấp cho bà V toàn bộ khu xưởng chế biến cà phê, nhà kho, nhà ở của mình tại thị xã Buôn Hồ để bảo đảm số nợ vay 10 tỉ đồng nói trên. Theo kế hoạch, bà V và bà N cùng nhau lập giả nhiều giấy đòi nợ từ tháng 11/2010 đến tháng 4/2012 cùng với nhiều thư khất nợ. Tháng 5/2012, bà V gửi đơn khởi kiện bà N tại Tòa án nhân dân thị xã Gia Nghĩa đòi bà N trả 10 tỉ đồng. Bà N được Tòa án thị xã Gia Nghĩa triệu tập giải quyết vụ kiện. Do có sự thông đồng giữa hai đương sự nên chỉ sau 20 ngày kể từ

ngày thụ lý hồ sơ vụ kiện, Tòa án nhân dân thị xã Gia Nghĩa đã thu thập đủ chứng cứ và mở phiên hòa giải, tại đây hai bên thỏa thuận trong thời hạn 20 ngày bà N phải trả cho bà V 10 tỉ đồng Việt Nam, nếu không trả được bà V có quyền yêu cầu thi hành án bán phát mãi tài sản thế chấp để thu hồi nợ. Thỏa thuận của bà V và bà N được Tòa án ghi nhận bằng một quyết định công nhận sự thỏa thuận của các đương sự có hiệu lực thi hành. Đến thời điểm Tòa án thị xã Buôn Hồ xét xử xong vụ kiện của 19 hộ nông dân gửi cả phê thì về mặt pháp lý, bà N không còn tài sản để thi hành bản án. Đây không phải là trường hợp duy nhất trong hoạt động GQTC dân sự tại Tòa án. Như vậy thực tế đặt ra là, chương trình giáo dục pháp luật cho người TGTT tại Tòa án trong giai đoạn hòa giải cần thiết phải được lồng ghép việc giáo dục các chuẩn mực đạo đức, các phong tục tập quán, thuần phong mỹ tục tốt đẹp trong đời sống, làm cho người TGTT thấm nhuần và thực hiện đúng bản chất ưu việt trong các quy định của pháp luật về quyền tự thỏa thuận trong GQTC dân sự ■

QUỸ TÀI CHÍNH...

(Tiếp theo trang 58)

tính thống nhất và thuận lợi trong thanh tra, kiểm tra. Cần tăng cường quy định về trách nhiệm báo cáo, giải trình và công khai thông tin của cơ quan quản lý quỹ nhằm đảm bảo khả năng giám sát của cơ quan nhà nước, các chủ thể đóng góp vào quỹ cũng như các đối tượng thụ hưởng quỹ và tôn trọng quyền giám sát tối cao của nhân dân đối với hoạt động tài chính công.

Thứ ba, cần rà soát, sắp xếp các quỹ hiện có để đảm bảo tính hiệu quả

Để đảm bảo không có sự chồng lấn giữa chức năng của Quỹ NSNN và các Quỹ TCNNS, cũng như giữa các Quỹ TCNNS với nhau, thời gian tới cần nghiên cứu, sắp

xếp lại các Quỹ TCNNS, nhất là đối với các Quỹ TCNNS do trung ương quản lý, đồng thời hạn chế việc phân tán quỹ thành các quỹ nhỏ và giao cho nhiều chủ thể thực hiện quản lý. Đặc biệt, đối với các Quỹ TCNNS tại địa phương, cần hạn chế thành lập mà tập trung cơ chế hỗ trợ thông qua NSNN theo hai hướng: một là, những hoạt động do ngân sách đảm nhiệm thì chỉ được thực hiện thông qua thu chi ngân sách; hai là, nguồn kinh phí từ các Quỹ TCNNS tại trung ương hỗ trợ sẽ được thực hiện thông qua việc hỗ trợ trực tiếp cho ngân sách theo hình thức giao vốn có mục tiêu. Như vậy mới đảm bảo tính chặt chẽ, tránh thất thoát lãng phí và phát huy hiệu quả của Quỹ TCNNS đúng như kỳ vọng ■

HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VỀ BẢO HỘ NHÃN HIỆU NỔI TIẾNG Ở VIỆT NAM TRONG ĐIỀU KIỆN HỘI NHẬP KINH TẾ QUỐC TẾ

HÀ THỊ NGUYỆT THU*

Việc gia nhập Tổ chức thương mại thế giới (WTO) đã mang lại nhiều tác động tích cực cho nền kinh tế Việt Nam khiến cho thị trường hàng hóa và dịch vụ ngày càng đa dạng, phong phú. Đi kèm với sự phát triển của thị trường là môi trường cạnh tranh giữa các chủ thể kinh doanh ngày càng trở nên sôi động. Bên cạnh những hoạt động kinh doanh lành mạnh, đúng pháp luật thì cũng xuất hiện nhiều sai phạm trong cạnh tranh. Nhiều chủ thể kinh doanh với mục đích thu lợi nhanh chóng đã tìm mọi cách để hưởng lợi không đúng luật từ thành quả đầu tư của người khác. Sở hữu trí tuệ (SHTT) là một trong các lĩnh vực xuất hiện nhiều vi phạm. Thực tế cho thấy, hầu như mọi chủng loại sản phẩm hàng hóa, dịch vụ đều có thể chứa yếu tố vi phạm về SHTT. Trong các đối tượng SHTT thì nhãn hiệu là đối tượng dễ bị xâm phạm quyền nhất.

Bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp (SHCN) đối với nhãn hiệu là việc Nhà nước bằng công cụ pháp luật của mình ghi nhận quyền của chủ sở hữu đối với nhãn hiệu đồng thời quy định cơ chế xác lập quyền, nội dung quyền và cơ chế thực thi quyền.

Ở tầm quốc tế, bảo hộ nhãn hiệu đã được đưa vào trong điều ước quốc tế đa phương là Công ước Paris về bảo hộ quyền SHCN ngay từ khi ra đời của Công ước năm 1883. Cùng với sự phát triển của hoạt động thương mại, danh tiếng, uy tín của nhãn hiệu ngày càng tăng cao thì nguy cơ bị xâm phạm quyền ngày càng nhiều, từ đó đặt ra vấn đề phải có cơ chế riêng để bảo vệ những nhãn hiệu đã đạt được danh tiếng nhất định. Vấn đề bảo hộ nhãn hiệu nổi tiếng (NHNT) đã được thảo luận ở tầm quốc tế bởi các nước thành viên của Công ước Paris từ những năm 1920, và Điều 6bis về NHNT lần đầu tiên được ghi nhận vào Công ước Paris từ năm 1925. Nội dung chính của Điều 6bis có thể tóm tắt như sau: (i) không đòi hỏi phải thực hiện thủ tục đăng ký mới được bảo hộ đối với NHNT ở nước mà chủ nhãn hiệu mong muốn nhận được sự bảo hộ theo Điều 6bis; (ii) để được bảo hộ là NHNT theo Điều 6bis, một nhãn hiệu phải được công nhận là nổi tiếng ở nước thành viên đó; (iii) bất kỳ nhãn hiệu nào trùng hoặc tương tự với một NHNT và có khả năng gây nhầm lẫn rằng nó là biến thể, bản sao hoặc bản dịch của NHNT thì sẽ bị từ chối bảo hộ, bị hủy bỏ

* *ThS, Cục Sở hữu trí tuệ, Bộ Khoa học và Công nghệ.*

hiệu lực hoặc nếu đang được sử dụng thì sẽ bị yêu cầu chấm dứt việc sử dụng; (iv) phạm vi bảo hộ của NHNT giới hạn ở việc sử dụng hoặc đăng ký nhãn hiệu đó của người thứ ba cho sản phẩm trùng hoặc tương tự, hay nói cách khác, phạm vi hàng hoá mà nhãn hiệu đang xem xét phải trùng hoặc tương tự với NHNT; (v) Điều 6bis không đề cập tới nhãn hiệu dịch vụ; (vi) Điều 6bis cũng áp dụng cho trường hợp nhãn hiệu tương tự với NHNT; (vii) các nước thành viên có ít nhất 5 năm kể từ ngày đăng ký đơn của người thứ 3 để tiến hành thủ tục huỷ bỏ hiệu lực văn bằng bảo hộ. Trong trường hợp nhãn hiệu được đăng ký với dụng ý xấu thì không có giới hạn thời gian cho việc yêu cầu huỷ bỏ hiệu lực văn bằng bảo hộ đã được cấp. Như vậy, có thể thấy, Điều 6bis quy định một cách giới hạn phạm vi bảo hộ dành cho NHNT đó là không gồm nhãn hiệu dịch vụ và chỉ giới hạn ở việc sử dụng nhãn hiệu trùng hoặc tương tự cho sản phẩm trùng hoặc tương tự. Những hạn chế của Điều 6bis Công ước Paris đã được Điều 16 khoản 2, 3 Hiệp định về các khía cạnh liên quan đến thương mại của quyền SHTT (Hiệp định TRIPS)¹ hoàn thiện, theo đó: (i) mở rộng phạm vi bảo hộ NHNT tới cả nhãn hiệu sử dụng cho dịch vụ; (ii) quy định tiêu chuẩn công nhận một nhãn hiệu là nổi tiếng một cách mềm dẻo hơn hay nói cách khác là thừa nhận việc một nhãn hiệu có thể được coi là nổi tiếng nếu được biết đến rộng rãi trong một bộ phận công chúng có liên quan tương ứng - quy định này khiến cho các tiêu chuẩn công nhận một NHNT phù hợp hơn với thực tiễn của thị trường và phản ánh đúng thực tiễn cuộc sống; (iii) mở rộng phạm vi bảo hộ NHNT quy định trong Điều 6bis tới cả trường hợp hàng hoá, dịch vụ không tương tự với điều kiện việc sử dụng nhãn hiệu cho hàng hoá, dịch vụ đó sẽ khiến người khác

nghĩ rằng có mối liên hệ giữa hàng hoá, dịch vụ của chủ NHNT và quyền lợi của chủ NHNT vì thế có khả năng bị thiệt hại.

Ở Việt Nam, thuật ngữ NHNT lần đầu tiên được ghi nhận trong hệ thống pháp luật tại Nghị định sửa đổi Nghị định 63/CP ngày 24/10/1996 của Chính phủ quy định chi tiết về SHCN. Theo Nghị định 63/CP, quyền SHCN đối với NHNT phát sinh trên cơ sở quyết định công nhận của Cục SHTT. Tuy nhiên, vào thời điểm đó, do thiếu các quy định hướng dẫn các tiêu chí đánh giá NHNT nên không có một nhãn hiệu nào được Cục SHTT công nhận theo cách này. Năm 2005, Luật SHTT đã có quy định về NHNT. Theo Điều 4.20 Luật SHTT, “NHNT là nhãn hiệu được nhiều người tiêu dùng biết đến rộng rãi trên toàn lãnh thổ Việt Nam”. Theo quy định này có thể hiểu, để được công nhận là NHNT, nhãn hiệu đó phải được người tiêu dùng trên toàn lãnh thổ Việt Nam biết đến. Rất khó cho chủ nhãn hiệu có thể chứng minh được điều này khi muốn nhãn hiệu của mình được công nhận là nổi tiếng. Quy định này dường như đã đi xa hơn những yêu cầu quy định bởi Điều 16.2 Hiệp định TRIPS vì TRIPS chỉ đòi hỏi “khi đánh giá liệu một nhãn hiệu có nổi tiếng hay không, các nước thành viên sẽ xem xét đến sự biết đến rộng rãi nhãn hiệu của nhóm công chúng tương ứng”. Vậy liệu một NHNT là phải được biết đến bởi tất cả mọi người hay chỉ cần được biết đến trong số nhóm người tiêu dùng mà hàng hoá, dịch vụ đó có liên quan tới? Có lẽ diễn giải hợp lý nội dung Điều 16.2 của Hiệp định TRIPS là để được coi là nổi tiếng nhãn hiệu thì nhãn hiệu đó cần được biết đến bởi nhóm công chúng có liên quan hay nói cách khác là những nhóm công chúng nhất định mà hàng hoá hoặc dịch vụ nhằm hướng tới. Tức là cần phải tập trung vào loại hàng hoá hoặc bản chất của dịch vụ có liên quan

¹ Việc xây dựng được một hệ thống ở hữu trí tuệ đáp ứng đầy đủ các tiêu chuẩn được quy định trong Hiệp định TRIPS là một trong những điều kiện tiên quyết để được gia nhập WTO.

khi đánh giá NHNT. Chẳng hạn khách hàng của những thiết bị công nghệ cao như chi tiết máy bay sẽ là số lượng rất nhỏ những nhà sản xuất, cung cấp linh kiện máy bay và đương nhiên không thể so sánh với số lượng khách hàng của những sản phẩm tiêu dùng hàng ngày như bột giặt. Thực tế cho thấy, nhờ vào sự phát triển của công nghệ thông tin, của mạng INTERNET, sự bùng nổ của các kênh truyền thông mà người ta biết đến nhiều nhãn hiệu trong khi thậm chí sản phẩm hoặc dịch vụ mang nhãn hiệu đó chưa từng bao giờ có mặt ở thị trường của họ. Có thể nói, danh tiếng của một nhãn hiệu trong nhiều trường hợp đã vượt ra khỏi ranh giới quốc gia nơi sản phẩm, dịch vụ mang nó tồn tại, và được biết đến ở nhiều thị trường nó chưa có mặt. Điều này đặt ra vấn đề, có bảo hộ hay không một NHNT ở tầm thế giới nhưng chưa có mặt ở thị trường mong muốn nhận được sự bảo hộ? Việc một người đăng ký bảo hộ một nhãn hiệu trùng hoặc tương tự với NHNT ở nước ngoài thì có bị coi là đang xâm phạm tới quyền của một NHNT hay không? Trên thực tế, đã hơn một lần NHNT của nước ngoài dù chưa được sử dụng hoặc đăng ký tại Việt Nam đã được bảo hộ dù cho nguyên tắc này không thể tìm thấy ở bất kỳ đâu trong các văn bản pháp luật của Việt Nam. Năm 1992, Cục SHTT từ chối cấp Giấy chứng nhận đăng ký nhãn hiệu cho nhãn hiệu “McDolnald’s” cho một công ty của Úc. Vào thời điểm đó, Cục SHTT có đủ thông tin để khẳng định “McDolnald’s” là NHNT trên thế giới cho các sản phẩm đồ ăn nhanh và dịch vụ cung cấp đồ ăn nhanh dưới tên của McDolnald’s Corporation (Mỹ), cho dù công ty này chưa hề đăng ký hoặc sử dụng nhãn hiệu McDolnald’s tại Việt Nam và hành động của công ty Úc trong tình huống này bị coi là đã lợi dụng danh tiếng của McDolnald. Tiếc rằng thực tiễn pháp lý phù hợp với thông lệ quốc tế này lại chưa được đưa vào Luật SHTT khi vẫn quy định tại Điều 4.20 rằng, NHNT phải

được người tiêu dùng trên toàn lãnh thổ Việt Nam biết đến.

Để được công nhận là NHNT, lần đầu tiên các tiêu chí đánh giá NHNT được quy định rõ ràng trong Điều 75 của Luật SHTT, theo đó, các tiêu chí có thể được xem xét (nhưng không giới hạn) khi đánh giá một nhãn hiệu là nổi tiếng: (i) số lượng người tiêu dùng liên quan đã biết đến nhãn hiệu thông qua việc mua bán, sử dụng hàng hóa, dịch vụ mang nhãn hiệu thông qua quảng cáo; (ii) phạm vi lãnh thổ mà hàng hóa, dịch vụ mang nhãn hiệu đã được lưu hành; (iii) doanh số từ việc bán hàng hóa hoặc cung cấp dịch vụ mang nhãn hiệu hoặc số lượng hàng hóa đã được bán ra, lượng dịch vụ đã được cung cấp; (iv) thời gian sử dụng liên tục nhãn hiệu; (v) uy tín rộng rãi của hàng hóa, dịch vụ mang nhãn hiệu; (vi) số lượng quốc gia bảo hộ nhãn hiệu; (vii) số lượng quốc gia công nhận nhãn hiệu là nổi tiếng; (viii) giá chuyển nhượng, giá chuyển giao quyền sử dụng, giá trị góp vốn đầu tư của nhãn hiệu. Ngoài ra, các tài liệu khác cũng có thể được xem xét khi đánh giá NHNT như tài liệu chứng minh việc đầu tư, chi phí cho quảng cáo, tiếp thị cho nhãn hiệu; các vụ việc xâm phạm, tranh chấp và các quyết định, phán quyết của tòa án hoặc cơ quan có thẩm quyền; số liệu khảo sát người tiêu dùng biết đến nhãn hiệu thông qua việc mua bán, sử dụng, quảng cáo, tiếp thị; xếp hạng, đánh giá uy tín nhãn hiệu của tổ chức quốc gia, quốc tế, phương tiện thông tin đại chúng; giải thưởng, huy chương mà nhãn hiệu đã đạt được; kết quả giám định của tổ chức giám định... Việc ghi nhận NHNT được quy định rõ trong Điểm 42.4 Thông tư 01/2007/TT-BKHCN ngày 14/2/2007, theo đó, khi NHNT được công nhận theo thủ tục tố tụng dân sự hoặc theo quyết định của Cục SHTT thì NHNT đó sẽ được ghi nhận vào Danh mục NHNT được lưu giữ tại Cục SHTT.

Xuất phát từ những tính chất đặc thù, riêng có của các đối tượng SHCN, pháp luật

của hầu hết các nước trên thế giới đều ghi nhận hai nguyên tắc xác lập quyền cơ bản, đó là (i) xác lập quyền theo nguyên tắc đăng ký bảo hộ tại cơ quan có thẩm quyền và (ii) xác lập quyền theo nguyên tắc tự động khi đáp ứng các điều kiện nhất định. Đối với nhãn hiệu thì cả hai nguyên tắc này đều được áp dụng. Với nhãn hiệu không phải là NHNT, quyền SHCN được xác lập trên cơ sở đăng ký tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền, với NHNT, quyền SHCN được xác lập trên cơ sở thực tiễn sử dụng rộng rãi, không cần thực hiện thủ tục đăng ký. Chủ NHNT có quyền yêu cầu cơ quan nhà nước có thẩm quyền xử lý hoặc kiện ra tòa khi phát hiện nhãn hiệu của mình bị xâm phạm, đồng thời, NHNT cũng có thể làm căn cứ để từ chối bảo hộ cho nhãn hiệu yêu cầu đăng ký mà có khả năng xâm phạm quyền của NHNT.

Như vậy, có thể nói, các quy định liên quan đến bảo vệ NHNT của Việt Nam là khá đầy đủ và phù hợp với quy định của các điều ước quốc tế có liên quan.

Tuy nhiên, hiện nay tình hình vi phạm pháp luật SHTT đặc biệt là với nhãn hiệu ngày càng gia tăng và diễn biến phức tạp. Hầu như mọi sản phẩm hàng hóa đều có hàng giả mạo nhãn hiệu, hàng xâm phạm quyền đối với nhãn hiệu. Có thể sơ qua vài nét về hình hình xâm phạm quyền đối với nhãn hiệu qua con số của Cơ quan Quản lý thị trường (một trong số nhiều cơ quan có thẩm quyền xử lý xâm phạm quyền SHTT): năm 2008, Cơ quan Quản lý thị trường đã thụ lý 2.268 vụ xâm phạm nhãn hiệu và đã xử lý được 2.105 vụ; năm 2009, Cơ quan Quản lý thị trường phối hợp chặt chẽ với các lực lượng chức năng như Công an, Y tế... đã tập trung kiểm tra các cơ sở sản xuất, chế biến, đóng gói, các đầu mối kinh doanh, tiêu thụ hàng hóa quy mô lớn, tại TP.Hồ Chí Minh, lực lượng quản lý thị trường đã xử lý 201 vụ xâm phạm nhãn hiệu với số tiền phạt gần 2,7 tỷ đồng, tại Cà Mau, lực lượng quản lý thị trường đã xử lý 186 vụ xâm phạm

nhãn hiệu với số tiền phạt trên 704 triệu đồng, tại Đồng Nai, lực lượng quản lý thị trường đã thụ lý 106 vụ xâm phạm nhãn hiệu, xử lý 76 vụ với số tiền phạt hơn 191 triệu đồng...; năm 2012, Cơ quan Quản lý thị trường các địa phương và trung ương đã tiến hành xử lý 9.556 vụ việc xâm phạm quyền SHTT, trong đó có 8.999 vụ giả mạo nhãn hiệu, 67 vụ xâm phạm quyền nhãn hiệu, chỉ dẫn địa lý, tên thương mại, kiểu dáng công nghiệp. Thanh tra Bộ Khoa học và Công nghệ đã cùng với Đại diện của nhãn hiệu Louis Vuitton phát hiện ra nhiều vụ vi phạm nhãn hiệu LV, Louis Vuitton và đã tiêu huỷ nhiều sản phẩm mang nhãn hiệu vi phạm. Việc phát hiện và xử lý xâm phạm nhãn hiệu đã khó, nhưng điều này còn khó hơn đối với NHNT.

Xâm phạm quyền đối với nhãn hiệu hiểu theo nghĩa chung nhất là việc vi phạm quyền độc quyền được xác lập cho nhãn hiệu đó mà không được sự cho phép của chủ sở hữu nhãn hiệu hoặc bất kỳ bên nhận chuyển giao quyền nào (với điều kiện quyền đó nằm trong phạm vi của hợp đồng chuyển giao). Hậu quả của hành vi xâm phạm quyền dẫn đến việc người tiêu dùng bị nhầm lẫn hoặc bị lừa dối về nguồn gốc của sản phẩm, dịch vụ, hoặc về việc có mối liên hệ như tài trợ, cho phép sử dụng... giữa bên sở hữu nhãn hiệu và bên bị nghi ngờ xâm phạm nhãn hiệu. Để xử lý hành vi xâm phạm, điều quan trọng nhất là cần phải xác định được đối tượng SHTT đang bị xâm hại. Với những đối tượng SHTT mà quyền được xác lập thông qua thủ tục đăng ký thì việc xác định đối tượng đang được bảo vệ và phạm vi quyền của đối tượng đó chỉ cần căn cứ vào văn bằng bảo hộ. Tuy nhiên, với NHNT - đối tượng sở hữu trí tuệ mà quyền được xác lập trên cơ sở sử dụng rộng rãi, không cần thông qua thủ tục đăng ký - thì xác định đối tượng đang được bảo vệ và phạm vi quyền của đối tượng đó là vấn đề hết sức khó khăn. Tuy luật đã quy định có hai con

đường để nhãn hiệu được công nhận là nổi tiếng đó là theo thủ tục dân sự hoặc theo quyết định công nhận của Cục SHTT nhưng cho đến nay, chưa có văn bản nào như thế được ban hành. Điều đó có thể hiểu, chưa có nhãn hiệu nào được công nhận là nổi tiếng tại Việt Nam. Điều này cũng không hoàn toàn đúng. Trong thực tiễn xác lập quyền, rất nhiều lần Cục SHTT đã từ chối xác lập quyền cho một dấu hiệu với lý do dấu hiệu đó xâm phạm quyền của NHNT (thuộc vào Điều 74.2i Luật SHTT). Các quyết định như vậy được Cục SHTT ban hành dựa vào những tình huống cụ thể, căn cứ vào các tài liệu cụ thể của từng tình huống. Có thể coi các quyết định này là quyết định gián tiếp công nhận một nhãn hiệu là nổi tiếng. Tuy nhiên, cho đến nay, Danh mục các NHNT vẫn chưa tồn tại, điều này gây rất nhiều khó khăn cho các cơ quan thực thi cũng như chủ nhãn hiệu trong việc xử lý các vụ việc liên quan. Chủ nhãn hiệu thì không có căn cứ để chứng minh quyền, các cơ quan thực thi thì không biết bám vào đâu để xác định liệu đối tượng đang xem xét có được coi là nổi tiếng hay không để từ đó có căn cứ đánh giá đối tượng xâm phạm quyền, hành vi phạm quyền. Một khi không thể xác định được đối tượng đang được pháp luật bảo vệ thì rõ ràng không thể bảo vệ được đối tượng đó một cách hiệu quả. Với các quy định pháp luật liên quan đến NHNT thì có thể hiểu, ở bất kỳ thời điểm nào, nếu chủ nhãn hiệu cung cấp được các tài liệu chứng minh nhãn hiệu của mình nổi tiếng thì đồng nghĩa họ đã chứng minh được quyền của mình đối với nhãn hiệu đó và họ có quyền thực hiện các biện pháp để bảo vệ quyền của mình, trong đó có quyền yêu cầu cơ quan có thẩm quyền xử lý hành vi xâm phạm. Tuy nhiên, do các văn bản hướng dẫn chưa đầy đủ, do năng lực của các cơ quan thực thi... nên việc công nhận một nhãn hiệu là nổi tiếng trong quá trình thực thi là rất khó khăn.

Để bảo vệ hiệu quả quyền SHCN đối với NHNT, tạo điều kiện cho việc ngăn chặn và xử lý xâm phạm quyền đối với NHNT, đảm bảo môi trường cạnh tranh lành mạnh, cần hoàn thiện các quy định liên quan đến bảo vệ NHNT, cụ thể là:

Thứ nhất, sửa đổi Điều 4.20 Luật SHTT về định nghĩa NHNT để phù hợp với Điều 16.3 Hiệp định TRIPS, theo đó, NHNT là nhãn hiệu được nhiều người biết đến, thoả mãn các tiêu chí quy định tại Điều 75 Luật SHTT. Việc điều chỉnh như vậy vừa phù hợp với điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên, đảm bảo tính thống nhất của luật, đồng thời phù hợp với thực tiễn pháp lý và thông lệ quốc tế.

Thứ hai, xây dựng Danh mục NHNT trên cơ sở tập hợp các trường hợp đã xử lý liên quan đến NHNT trong giai đoạn xác lập quyền, thực thi quyền (các quyết định gián tiếp công nhận một nhãn hiệu là nổi tiếng). Hoạt động này đảm bảo thực hiện quy định tại Điểm 42.4 Thông tư 01/2007/TT-BKHCN ngày 14/2/2007 được sửa đổi lần cuối bằng thông tư 05/2013/TT-BKHCN ngày 20/2/2013 của Bộ Khoa học và Công nghệ. Danh mục NHNT sẽ hỗ trợ hiệu quả chủ nhãn hiệu chứng minh quyền đối với NHNT, cơ quan xác lập quyền có căn cứ ngăn chặn việc đăng ký xác lập quyền đối với các dấu hiệu xâm phạm quyền của NHNT, các cơ quan thực thi có căn cứ để xử lý xâm phạm quyền đối với NHNT...

Thứ ba, quy định chi tiết về cách thức công nhận NHNT thông qua con đường hành chính và tư pháp làm cơ sở cho việc xây dựng Danh mục NHNT.

Thứ tư, nâng cao nhận thức của công chúng trong việc tự bảo vệ quyền SHCN đối với NHNT cũng như tôn trọng quyền SHCN của người khác và loại bỏ dần thói quen sử dụng hàng hóa xâm phạm quyền SHTT ■

QUỸ TÀI CHÍNH NGOÀI NGÂN SÁCH: THỰC TRẠNG VÀ GIẢI PHÁP

TRẦN VŨ HẢI*

NGUYỄN THỊ HỒNG NHUNG**

Qũ Ngân sách nhà nước (NSNN) với tư cách là quỹ tiền tệ tập trung lớn nhất của Nhà nước có vai trò quan trọng trong việc duy trì sự hoạt động của bộ máy nhà nước và thực hiện các mục tiêu phát triển kinh tế - xã hội. Bên cạnh Quỹ NSNN, các Quỹ Tài chính ngoài ngân sách (TCNNS) đã được tạo lập như một bộ phận quan trọng để hỗ trợ Quỹ NSNN thực hiện các mục tiêu phát triển kinh tế - xã hội.

Ở hầu hết các nước châu Âu như Cộng hòa Séc, Pháp, Hy Lạp, Hungari, Italy, Hà Lan v.v.. thường có nhiều Quỹ TCNNS trong các lĩnh vực như chăm sóc sức khỏe, an sinh xã hội, giao thông và hưu trí. Tại Hoa Kỳ, có hai Quỹ TCNNS đã được tạo ra trong những năm 1980 để giải quyết các vấn đề của các tổ chức tiết kiệm¹. Như vậy, Quỹ TCNNS là mô hình được thừa nhận ở nhiều quốc gia trên thế giới nhằm phi tập trung hóa các nguồn lực dành phục vụ xã hội và nước ta cũng không nằm ngoài trào lưu đó². Hiện nay, tại Việt Nam có khoảng 50 loại

Quỹ TCNNS đang hoạt động³. Số lượng các Quỹ TCNNS có xu hướng tăng vì thời gian gần đây có khá nhiều Đề án đề nghị thành lập các Quỹ TCNNS đã được trình lên Chính phủ⁴. Bên cạnh đó, các địa phương cũng tạo lập và quản lý nhiều loại Quỹ khác nhau bằng nguồn kinh phí tại chỗ cùng với sự hỗ trợ của ngân sách địa phương. Tuy nhiên, cả về mặt lý luận cũng như thực tiễn, mô hình các loại Quỹ TCNNS chưa được nghiên cứu thấu đáo, hệ thống quy định và thực trạng quản lý, sử dụng các Quỹ TCNNS còn nhiều bất cập cần được hoàn thiện.

1. Khái niệm, đặc điểm Quỹ Tài chính ngoài ngân sách

Hiện nay, trong Luật NSNN năm 2002 - đạo luật chủ yếu, căn bản nhất điều chỉnh hoạt động tài chính của Nhà nước - vẫn chưa đề cập đến Quỹ TCNNS, ngoại trừ các quy định chung chung về Quỹ dự trữ tài chính và việc huy động, sử dụng các khoản đóng góp khác từ các cá nhân, tổ chức trong xã hội⁵. Gần đây, Bộ Tài chính đã ban hành

* **ThS., Trường Đại học Luật Hà Nội.**

** **Trường Đại học Luật Hà Nội.**

1 Dirk-Jan Kraan (2004), *Off-budget and Tax Expenditures*, OECD Journal on Budgeting – Volume 4 – No. 1, www.oecd.org/gov/budgeting/39515114.pdf

2 Clay G. Wescott, PhD (Trường nhóm), Nguyễn Hữu Hiếu, Vũ Quỳnh Hương (2009), *Cải cách hành chính và chống tham nhũng: Loạt báo cáo nghiên cứu và thảo luận chính sách*, UNDP Việt Nam ấn hành.

3 Ngọc Lan, "Các Quỹ Tài chính ngoài ngân sách: hiệu quả đến đâu", Thời báo Kinh tế Sài Gòn, 29/11/2012.

4 Ví dụ như đề án thành lập Quỹ đầu tư mạo hiểm công nghệ cao Việt Nam (VNFCF – Vietnam Venture Capital Fund) với số vốn dự kiến 450 tỷ đồng của Bộ Khoa học và Công nghệ; đề án thành lập Quỹ bình ổn giá điện của Bộ Công thương; đề án thành lập Quỹ phòng chống thiên tai v.v.. Gần đây nhất là Quyết định 601/QĐ-TTg ngày 17/4/2013 của Thủ tướng Chính phủ thành lập Quỹ Phát triển doanh nghiệp nhỏ và vừa.

5 Luật NSNN năm 2002, Điều 32 đến Điều 35.

Quyết định số 72/QĐ-BTC ngày 10/1/2013 về Quy trình thanh tra các Quỹ TCNNS, lần đầu tiên khái niệm Quỹ TCNNS được định nghĩa như sau: “Các Quỹ TCNNS nhà nước nêu trong quy trình này bao gồm các quỹ có nguồn NSNN, các khoản đóng góp của nhân dân và các cá nhân, tổ chức khác được thành lập theo quy định của pháp luật nhằm cung cấp nguồn lực tài chính cho việc xử lý những biến động bất thường trong quá trình phát triển kinh tế - xã hội, để hỗ trợ thêm cho NSNN trong trường hợp khó khăn về nguồn tài chính, hoặc phục vụ các mục đích hỗ trợ khuyến khích phát triển văn hóa, giáo dục, y tế và các mục đích phát triển cộng đồng khác”. Như vậy, khái niệm này đã chỉ rõ nguồn hình thành của các Quỹ TCNNS ở Việt Nam, theo đó, không chỉ những quỹ tài chính có sự đóng góp từ Quỹ NSNN mới được xem là Quỹ TCNNS mà kể cả những quỹ được hình thành thuần túy từ sự đóng góp của các tổ chức, cá nhân trong xã hội nhưng nếu có mục đích hỗ trợ cho những nhiệm vụ của NSNN, phục vụ cho các mục đích phát triển cộng đồng thì cũng được xem là Quỹ TCNNS. Tuy nhiên, khái niệm đã bỏ qua một nội dung quan trọng, đó là chủ thể thành lập, quản lý và điều hành các Quỹ TCNNS và mối quan hệ của quỹ đối với các cơ quan quản lý nhà nước. Trong khi đó, trên thực tế, có rất nhiều tổ chức, cá nhân thành lập các Quỹ xã hội, Quỹ từ thiện nhằm mục đích hỗ trợ cộng đồng⁶. Vậy, những quỹ này có được coi là Quỹ TCNNS hay không, vẫn là một câu hỏi còn bỏ ngỏ.

Theo Dirk-Jan Kraan, Giám đốc dự án Ngân sách và Quản trị công của Tổ chức Phát triển kinh tế OECD, thì: “Quỹ TCNNS nhà nước là các quỹ đặc biệt thuộc sở hữu của Chính phủ⁷, mà không phải là một phần của ngân sách. Quỹ TCNNS được hình

thành từ các khoản thu có tính chất thuế dành riêng, có thể bên cạnh các nguồn khác như lệ phí và một phần được huy động từ Quỹ NSNN. Các khoản có tính chất thuế dành riêng cho sự hình thành Quỹ không phản ánh giá trị thị trường của các dịch vụ được tài trợ từ các khoản thu. Đặc biệt, chúng có thể thấp hơn hoặc cao hơn theo đánh giá của xã hội (dựa trên khả năng thanh toán hoặc bình đẳng mà không kể đến các chi phí)”⁸.

Theo Đặng Văn Du (2011), “Các Quỹ TCNNS là các quỹ tiền tệ tập trung do Nhà nước thành lập, quản lý và sử dụng nhằm cung cấp nguồn lực tài chính cho việc xử lý những biến động bất thường trong quá trình phát triển kinh tế - xã hội và để hỗ trợ thêm cho NSNN trong những trường hợp khó khăn về nguồn tài chính”⁹.

Như vậy, Quỹ TCNNS có các đặc điểm sau đây:

Thứ nhất, chủ thể thành lập và quản lý các Quỹ TCNNS là Nhà nước. Hiện nay, việc thành lập hầu hết các Quỹ TCNNS đều do các cơ quan hành pháp là Chính phủ, Ủy ban nhân dân các cấp quyết định, Quốc hội chỉ quyết định thành lập một số quỹ quan trọng như Quỹ dự trữ quốc gia, Quỹ bảo hiểm xã hội... Sau khi được thành lập, các Quỹ TCNNS thường được giao cho một Hội đồng hoặc một tổ chức, doanh nghiệp đại diện cho Nhà nước trực tiếp thực hiện các hoạt động quản lý và sử dụng quỹ. Đây là đặc điểm quan trọng để phân biệt Quỹ TCNNS với các quỹ tài chính được thành lập bởi các tổ chức, cá nhân khác cũng nhằm mục đích cộng đồng (gọi chung là các Quỹ xã hội).

Thứ hai, nguồn tài chính Quỹ TCNNS được hình thành từ sự đóng góp của các tổ

6 Ví dụ: Quỹ Nhân ái do Báo điện tử Dân trí thành lập, Quỹ trái tim cho em do CLB Từ thiện Sharing The Life cùng Quỹ Tuyên Sơn Foundation thành lập...

7 Thuật ngữ Chính phủ được hiểu là Nhà nước nói chung.

8 Dirk-Jan Kraan, Off-budget and Tax Expenditures, OECD Journal on Budgeting – Volume 4 – No. 1, 2004, p.124, www.oecd.org/gov/budgeting/39515114.pdf

9 TS. Đặng Văn Du, “Khái niệm và nội dung của Tài chính công”, chuyên đề thuộc Đề tài khoa học cấp trường, 2011; “Nghiên cứu pháp luật về tài chính công ở Việt Nam”, TS. Phạm Thị Giang Thu (chủ nhiệm), Đại học Luật Hà Nội.

chức, cá nhân trong xã hội và sự hỗ trợ của từ NSNN. Theo đó, việc hỗ trợ từ ngân sách là không hoàn toàn bắt buộc, nhưng đối với một số Quỹ quan trọng thì đây lại là điều kiện đảm bảo cho sự ổn định của Quỹ. Mức độ hỗ trợ của NSNN đối với mỗi Quỹ TCNNS là khác nhau do chức năng và khả năng huy động nguồn lực từ xã hội là khác nhau. Những loại Quỹ TCNNS đảm nhận chức năng dự trữ, dự phòng cho những rủi ro bất thường ảnh hưởng lớn đến sự phát triển của nền kinh tế - xã hội thì sự hỗ trợ từ NSNN rất lớn, chiếm tỷ trọng chủ yếu trong cơ cấu nguồn tài chính của Quỹ¹⁰, trong khi đó có nhiều Quỹ TCNNS khác lại hoàn toàn không có sự hỗ trợ từ NSNN¹¹.

Thứ ba, mục tiêu của Quỹ TCNNS là nhằm hỗ trợ thêm cho NSNN trong việc thực hiện các chức năng của Nhà nước. Đó là trong những trường hợp Nhà nước khó khăn về nguồn tài chính, hoặc phục vụ các mục đích hỗ trợ khuyến khích phát triển văn hóa, giáo dục, y tế và các mục đích phát triển cộng đồng khác mà về bản chất thuộc về trách nhiệm của Nhà nước nhưng Nhà

nước chưa thể một mình đảm nhiệm vì hạn chế về nguồn lực. Đặc điểm này giúp phân biệt Quỹ TCNNS với các quỹ tài chính cũng do các cơ quan nhà nước có thẩm quyền thành lập nhưng hoạt động không vì lợi ích của cộng đồng hoặc do cộng đồng thành lập nhưng chỉ để phục vụ riêng một số mục đích của các thành viên.

Thứ tư, Quỹ TCNNS ra đời và tồn tại có tính chất thời điểm, tùy thuộc vào sự tồn tại các tình huống, các sự kiện đòi hỏi phải tập trung nguồn lực để giải quyết. Khi các tình huống, sự kiện đó được giải quyết dứt điểm thì cũng là lúc Quỹ TCNNS dành để giải quyết các tình huống, sự kiện đó cũng sẽ không còn lý do để tồn tại¹². Mặc dù vậy, trên thực tế, nhiều quỹ tồn tại rất lâu dài vì chính những nhu cầu lâu dài của xã hội, nhằm mục đích hỗ trợ cho Nhà nước thực hiện các hoạt động quản lý, phát triển kinh tế xã hội, tuy mức độ động viên và vai trò trong mỗi giai đoạn có tăng, giảm khác nhau. Tuy nhiên, sự ổn định của Quỹ TCNNS dù sao cũng không thể so sánh với Quỹ NSNN.

Hộp 1

Các cơ quan báo chí từng đề cập tới việc Bộ Ngoại giao đã sở hữu một "Quỹ TCNNS gửi tại các ngân hàng ở Anh, Pháp, Đức, Thái Lan và Hồng Kong với tổng giá trị lên tới gần 16 triệu USD". Theo ông Nguyễn Dy Niên, Bộ trưởng Bộ ngoại giao lúc bấy giờ, thì Quỹ này được thành lập và sử dụng nhằm các mục đích: mua sắm trang thiết bị cho cơ quan đại diện Việt Nam ở nước ngoài; trợ cấp cho cán bộ ngoại giao làm việc đặc biệt là các cán bộ công tác ở một số địa bàn khó khăn như Lào, Campuchia, Triều Tiên, Trung Quốc, Mông Cổ...; trợ cấp cho cán bộ ngoại giao đang công tác ở nước nhà, mua sắm một số trang thiết bị làm việc cho cơ quan Bộ Ngoại giao (Theo <http://vietbao.vn/An-ninh-Phap-luat/Bo-Ngoai-giao-lap-quy-ngoai-ngan-sach-gan-16-trieu-USD>). Như vậy, mục đích sử dụng của Quỹ tài chính 16 triệu USD này của Bộ Ngoại giao chỉ là nhằm hỗ trợ cho hoạt động của các cán bộ nhân viên, cơ quan ngoại giao ở trong và ngoài nước chứ không hề hướng tới lợi ích chung của cộng đồng, của toàn xã hội và do đó, theo chúng tôi thì không thể coi đây là một Quỹ TCNNS.

10 Ví dụ: Quỹ Dự trữ tài chính, Quỹ tích lũy trả nợ nước ngoài, Quỹ Bảo hiểm xã hội...

11 Ví dụ: Quỹ Bình ổn giá xăng dầu được thành lập theo Quyết định số 04/2009/QĐ-TTg của Thủ tướng Chính phủ ngày 9/1/2009 với mục tiêu là bình ổn giá xăng dầu trong nước khi giá dầu thế giới tăng cao, biến động thất thường để đảm bảo quyền lợi của người dân, được trích lập bằng một khoản tiền cụ thể, cố định trong giá cơ sở là 300 đồng/lít (kg) của lượng xăng dầu thực tế tiêu thụ. Quỹ Trái tim vàng Việt Nam được thành lập theo Quyết định số 1782/QĐ-BNV ngày 13/10/2011 của Bộ trưởng Bộ Nội vụ là quỹ xã hội hoạt động nhân đạo, từ thiện nhằm hỗ trợ, giúp đỡ các gia đình chính sách trong xóa đói, giảm nghèo, góp phần xây dựng nông thôn mới với nguồn vốn đóng góp của các sáng lập viên và vận động nguồn tài trợ tự nguyện của tổ chức, cá nhân trong và ngoài nước theo quy định pháp luật và chịu sự quản lý nhà nước của Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội và các bộ, ngành liên quan trong phạm vi, lĩnh vực Quỹ hoạt động.

12 Ví dụ quỹ nuôi quân, quỹ huấn luyện dân quân, quỹ bình dân học vụ, quỹ giúp đỡ đồng bào tàn tật, hũ gạo kháng chiến... được thành lập trong giai đoạn kháng chiến chống Pháp.

2. Pháp luật và thực tiễn quản lý Quỹ Tài chính ngoài ngân sách

Những bất cập

Thứ nhất, chưa có văn bản pháp luật quy định chung về Quỹ TCNNS

Trong Luật NSNN không có quy định về Quỹ TCNNS, điều này có vẻ hợp lý so với tên gọi của Luật ở chừng mực nhất định. Tuy nhiên, vì hầu như các Quỹ TCNNS hiện nay đều có sự hỗ trợ từ nguồn vốn NSNN, nên việc thiếu vắng cơ sở pháp lý trong Luật NSNN đã làm cho việc quy định về định chế tài chính này trở nên khó khăn. Hiện nay, theo quy định của Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật thì thẩm quyền của Chính phủ trong việc quy định cụ thể hóa chỉ được thực hiện nếu như trong văn bản luật có quy định. Chính vì vậy, chưa thể ban hành văn bản tầm nghị định quy định chung về Quỹ TCNNS, làm cơ sở để điều chỉnh hoạt động các quỹ này, đặc biệt là những vấn đề như: trong trường hợp nào được thành lập quỹ, cơ chế tạo nguồn hình thành quỹ, cơ chế quản lý và sử dụng quỹ, thanh tra, kiểm tra và xử lý vi phạm pháp luật...

Hiện nay, các Quỹ TCNNS ở Việt Nam hiện nay chủ yếu được quản lý, điều hành bởi các văn bản dưới luật, mỗi quỹ lại có một điều lệ, quy chế hoạt động riêng. Việc sử dụng quỹ như thế nào, chủ thể nào có thẩm quyền quyết định sử dụng quỹ phần lớn đều do các cơ quan nhà nước chủ quản của quỹ quy định, do đó không phát huy được hết hiệu quả hoạt động của quỹ. Chính vì chưa có một hành lang pháp lý đầy đủ để điều chỉnh tổ chức và hoạt động của các Quỹ TCNNS nên việc quản lý những quỹ này có sự khác nhau, đặc biệt là giữa các quỹ do trung ương quản lý và các quỹ của địa phương.

Thứ hai, các Quỹ TCNNS được thành lập khá tùy tiện, có sự chồng chéo về mặt chức năng với Quỹ NSNN và giữa các quỹ với nhau.

Về mặt lý thuyết, việc thực hiện nhiệm vụ, chức năng của cơ quan nhà nước được đảm bảo bằng nguồn vốn ngân sách. Do đó, việc nhiều Quỹ TCNNS được thành lập cho thấy, nhiều cơ quan nhà nước đã “lách” một phần trách nhiệm của mình từ cơ chế quản

lý thu chi theo Luật NSNN sang cơ chế quản lý ngoài ngân sách. Mặc dù được coi là “ngoài ngân sách” nhưng nguồn vốn để hoạt động của nhiều Quỹ TCNNS chủ yếu vẫn là từ ngân sách, phân huy động ngoài ngân sách không đáng kể (trừ một số quỹ như Quỹ Bảo hiểm xã hội chẳng hạn). Đây cũng là một trong những nguyên nhân quan trọng dẫn đến tình trạng “trăm hoa đua nở” trong việc thành lập các Quỹ TCNNS bởi theo quy định hiện hành, nguồn kinh phí từ ngân sách sau khi cấp cho Quỹ TCNNS thường được kiểm soát chi lỏng lẻo hơn so với việc chi thẳng từ Quỹ NSNN.

Không chỉ về mặt chức năng, mà các khoản thu, chi của nhiều Quỹ TCNNS cũng thường trùng lặp với danh mục thu, chi của ngân sách. Vì vậy, có những khoản thu, chi thuộc sự quản lý của ngân sách nhưng lại tồn tại dưới hình thức Quỹ TCNNS. Chẳng hạn, Quỹ Bảo trì đường bộ có nguồn thu từ phí sử dụng đường bộ và chi cho việc bảo trì đường bộ, Quỹ Bảo vệ môi trường có nguồn thu từ phí bảo vệ môi trường và chi cho hoạt động bảo vệ môi trường... Tuy nhiên, theo Luật NSNN và Pháp lệnh về phí và lệ phí hiện hành, các loại phí trên là khoản thu của NSNN và hoạt động chi cho bảo trì đường bộ, chi cho hoạt động bảo vệ môi trường cũng là một mục chi hàng năm của ngân sách.

Bên cạnh sự chồng lấn mục tiêu với Quỹ NSNN thì mục tiêu hoạt động của nhiều Quỹ TCNNS hiện nay cũng có sự trùng lặp lẫn nhau. Chẳng hạn, hiện nay có tới 3 quỹ có chung mục tiêu bình ổn giá, đó là Quỹ Bình ổn giá, Quỹ Bình ổn giá xăng dầu, Quỹ Dự trữ quốc gia. Hay cùng mục tiêu phát triển khoa học công nghệ, ngoài Quỹ Phát triển khoa học và công nghệ quốc gia còn có các Quỹ Phát triển khoa học và công nghệ được thành lập ở từng địa phương nhằm hỗ trợ cho sự phát triển của hoạt động khoa học và công nghệ vào sự phát triển chung của cả nền kinh tế. Gần đây, Bộ Khoa học và Công nghệ lại vừa trình Thủ tướng đề án thành lập Quỹ Đầu tư mạo hiểm công nghệ cao Việt Nam (VNFCF – Vietnam Venture Capital Fund) và mục tiêu hoạt

động của quỹ cũng là nhằm thúc đẩy sự phát triển của khoa học và công nghệ. Sự chông chéo về mục tiêu hoạt động của các quỹ dẫn tới sự lãng phí không cần thiết, trong khi hiệu quả hoạt động của các quỹ này cũng không cao.

Thứ ba, hiệu quả hoạt động của nhiều Quỹ TCNNS chưa cao, chưa phát huy được tầm quan trọng của quỹ đối với sự phát triển kinh tế - xã hội

Về phương diện quản lý, theo lý thuyết thì Nhà nước là chủ thể quản lý Quỹ TCNNS. Tuy nhiên, để thực hiện việc quản lý trên thực tế, Nhà nước phải giao quyền cho các cơ quan nhà nước hoặc các tổ chức khác có liên quan. Sự ủy quyền này trong nhiều trường hợp không hợp lý, ảnh hưởng lớn đến hiệu quả sử dụng của quỹ. Chẳng hạn như đối với Quỹ Bình ổn giá xăng dầu, chủ thể quản lý quỹ lại chính là các doanh nghiệp đầu mối, vì theo quy định thì “Quỹ Bình ổn giá được lập để tại doanh nghiệp¹³”. Việc để mỗi doanh nghiệp quản lý phần vốn của quỹ khiến quỹ không có một nguồn tập trung mà được chia thành 14 quỹ đặt tại 14 doanh nghiệp đầu mối. Mặc dù Bộ Tài chính đã quy định, doanh nghiệp đầu mối phải có nghĩa vụ hạch toán, quyết toán, báo cáo Bộ Tài chính về tình hình trích lập, sử dụng và số dư của Quỹ bình ổn giá xăng dầu tại doanh nghiệp¹⁴, nhưng do quỹ để tại doanh nghiệp nên ngoài việc hạch toán đúng quy định trên sổ sách, doanh nghiệp vẫn có thể tạm sử dụng nguồn tiền mặt này để dùng vào việc khác và không có gì đảm bảo là doanh nghiệp đã thực sự có tiền dành riêng cho việc bình ổn.

Bên cạnh đó, ngay cả khi chủ thể quản lý quỹ là một cơ quan duy nhất thì sự bất cập vẫn xảy ra. Đa số các Quỹ TCNNS hiện nay có bộ máy quản lý là một Hội đồng bao gồm

đại diện của nhiều cơ quan, bộ ngành liên quan nên bộ máy quản lý quỹ rất công kênh, vừa khiến hoạt động quản lý quỹ không hiệu quả, vừa tốn kém chi phí quản lý quỹ.

Theo quy định về phân bổ nguồn thu dành cho các đơn vị thu phí, Quỹ Bảo trì đường bộ phải trích ra 1% cho Trung tâm Đăng kiểm, 3% cho Cục Đăng kiểm, và 10 - 20% cho địa phương. Rõ ràng việc thành lập một bộ máy quản lý quỹ với hệ thống các cơ quan thu phí công kênh như vậy đã gây ra một sự lãng phí không đáng có trong quá trình quản lý và sử dụng quỹ Bảo trì đường bộ của Việt Nam. Trong khi đó, ở các nước trên thế giới, chi phí dành cho việc quản lý quỹ lại rất thấp, chẳng hạn như chi phí hành chính của Quỹ Bảo trì đường bộ của Goa-tê-ma-la chỉ được giới hạn trong 2% doanh thu hàng năm của quỹ¹⁵.

Về phương diện sử dụng nguồn vốn, tính minh bạch trong quá trình sử dụng của hầu hết các quỹ hiện nay vẫn chưa được đảm bảo, mặc dù đã có quy định về việc công khai các Quỹ TCNNS¹⁶. Trong quy định về tổ chức và hoạt động, hầu hết các quỹ chỉ ghi nhận một cách chung chung nghĩa vụ báo cáo cơ quan chủ quản, cơ quan trực tiếp quản lý hoạt động của quỹ về tình hình quản lý, sử dụng quỹ của Quỹ. Tuy nhiên, nghĩa vụ báo cáo này được thực hiện như thế nào, trách nhiệm của chủ thể quản lý được xác định đến đâu khi báo cáo không đầy đủ, báo cáo không chính xác về thực trạng hoạt động của quỹ, thì vẫn chưa được đề cập tới. Cơ chế kiểm tra, giám sát tính chính xác của các báo cáo, chế độ hạch toán, quyết toán cũng chưa được quy định cụ thể. Thêm vào đó, các Quỹ TCNNS hiện nay nhận được sự hỗ trợ không hề nhỏ từ phía Quỹ NSNN. Theo ông Đặng Văn Thanh, nguyên Phó Chủ nhiệm Ủy ban Kinh tế -

13 Khoản 2 Điều 26 Nghị định 84/2009/NĐ-CP.

14 Thông tư số 56/2009/TT-BTC ngày 23/03/2009 của Bộ Tài chính hướng dẫn cơ chế hình thành, sử dụng, quyết toán Quỹ bình ổn giá xăng dầu.

15 Theo ECONOMIC AND SOCIAL COMMISSION FOR ASIA AND THE PACIFIC (ESCAP); *Transport and Communications Bulletin for Asia and the Pacific*; No. 75; Road Maintenance Funds.

16 Thông tư 19/2005/TT-BTC ngày 11/3/2005 của Bộ Tài chính về công khai tài chính đối với các Quỹ từ ngân sách và Quỹ đóng góp từ nhân dân.

Hộp 2

Trường hợp sử dụng sai mục đích Quỹ Bình ổn giá xăng dầu của Tổng Công ty xuất nhập khẩu xăng dầu Petrolimex là một ví dụ. Theo quy định tại Thông tư số 56/2009/TT-BTC về việc hướng dẫn cơ chế hình thành, sử dụng, quyết toán Quỹ Bình ổn giá xăng dầu, khi giá dầu thế giới tăng cao, doanh nghiệp đầu mỗi được sử dụng Quỹ bình ổn giá xăng dầu để bù vào mức chênh lệch giá bán, để đảm bảo ổn định giá dầu trong nước theo, nhưng Petrolimex lại sử dụng 1.200 tỷ đồng của Quỹ bình ổn để bù lỗ kinh doanh của doanh nghiệp (Lê Nguyên Minh, “Mờ ảo Quỹ bình ổn giá xăng dầu”, <http://tuoitre.vn/Kinh-te/419624/Mo-ao-quy-binh-on-gia-xang-dau.html>, ngày 09/01/2011)

ngân sách của Quốc hội thì “Không ít Quỹ TCNNS quản lý số tiền lên tới hàng ngàn tỷ đồng, thậm chí là hàng chục ngàn tỷ đồng, nhưng trên thực tế, Quốc hội chưa bao giờ được báo cáo về nguồn hình thành, tình hình sử dụng và kết quả sử dụng của các quỹ tài chính nhà nước”¹⁷. Chính vì vậy, hiện nay Quốc hội đang yêu cầu Bộ Tài chính chỉ đạo các địa phương báo cáo tình hình sử dụng các Quỹ TCNNS trong năm 2011 - 2012 để tổng hợp báo cáo Quốc hội¹⁸.

Giải pháp

Thứ nhất, cần đưa ra định nghĩa về Quỹ TCNNS và phải được quy định trong văn bản luật

Theo chúng tôi, Quỹ TCNNS phải được định nghĩa theo hướng là một quỹ tiền tệ được cơ quan nhà nước có thẩm quyền thành lập theo quy định của Luật để thực

hiện một số mục tiêu nhất định nhằm hỗ trợ Quỹ NSNN trong việc phục vụ cộng đồng vì sự phát triển kinh tế - xã hội. Đồng thời, nhất thiết định chế này phải được luật hóa nhằm đảm bảo sự vững chắc về mặt pháp lý.

Về lâu dài, cần xem xét xây dựng luật hoặc Bộ luật Tài chính công để tránh tình trạng có quá nhiều văn bản luật điều chỉnh về vấn đề tài chính nhà nước như hiện nay. Trước mắt, khi sửa đổi, bổ sung Luật NSNN cần bổ sung nội dung về Quỹ TCNNS. Luật NSNN nên giao cho Ủy ban Thường vụ Quốc hội quyết định danh sách các Quỹ TCNNS được phép thành lập ở trung ương và địa phương cũng như giao Chính phủ quy định chi tiết thủ tục thành lập, quản lý và sử dụng Quỹ TCNNS để đảm bảo tính minh bạch và hiệu quả.

Hộp 3

Ví dụ trong bộ máy quản lý Quỹ Bảo trì đường bộ, Hội đồng quản lý Quỹ gồm 13 người, trong đó có tới 12 người là đại diện của các Bộ, Cục, Viện của Chính phủ và chỉ có duy nhất 1 người là đại diện của Hiệp hội Vận tải ô tô Việt Nam – đại diện của những người trực tiếp sử dụng đường bộ. Hội đồng quản lý quỹ này lại còn được giúp việc bởi một Văn phòng Quỹ với 1 Chánh văn phòng, một số Phó Chánh văn phòng và các chuyên viên. Bên cạnh đó, số lượng người đại diện cho những người trực tiếp sử dụng đường bộ quá ít trong cơ cấu Hội đồng thành viên, chỉ có duy nhất một người, nên khó đảm bảo được quyền lợi của người trực tiếp sử dụng đường bộ. Không chỉ cồng kềnh ở bộ máy quản lý quỹ ở trung ương, ở mỗi địa phương lại thành lập một hội đồng quản lý quỹ địa phương, trong khi đó, cho đến nay vẫn chưa có văn bản nào hướng dẫn cách thức tổ chức và hoạt động của Hội đồng quản lý quỹ địa phương.

17 Tạp chí Tài chính điện tử, <http://www.tapchitaichinh.vn/Trao-doi-Binh-luan/Chua-quan-ly-duoc-quy-tai-chinh-ngoai-ngan-sach/22841.tctc>, ngày 22/3/2013.
 18 Công văn 584/UBTCNS13 ngày 15/6/2012 của Ủy ban Tài chính Ngân sách Quốc hội và Công văn 9667/BTC-VP ngày 18/7/2012 của Bộ Tài chính.

Hộp 4

Trường hợp Bảo hiểm xã hội (BHXH) Việt Nam cho vay sai hàng nghìn tỷ đồng là một ví dụ. Trong trường hợp này, BHXH Việt Nam đã cho Công ty Cho thuê tài chính II (ALCII) thuộc Ngân hàng Nông nghiệp và phát triển nông thôn vay 1.010 tỉ đồng. Trong khi ALCII chỉ có vốn điều lệ 450 tỷ đồng, hiệu quả hoạt động kém, sử dụng vốn vay không đúng mục đích. Và hậu quả là đến thời điểm 31/12/2011 còn nợ BHXH Việt Nam 787,5 tỉ đồng tiền gốc (trong đó nợ quá hạn là 357,5 tỉ đồng) cùng 264,5 tỉ đồng tiền lãi không có khả năng thanh toán. Điều này có nghĩa là BHXH Việt Nam đã đánh mất hàng trăm tỷ đồng tiền đóng góp của người lao động vào quỹ. Lý giải cho sai phạm này ông Nguyễn Đình Khương, Phó tổng giám đốc BHXH Việt Nam biện minh vì “trước năm 2010, chưa có những quy định chi tiết về hoạt động đầu tư để bảo toàn và tăng trưởng các quỹ bảo hiểm do BHXH Việt Nam quản lý, nên lãnh đạo BHXH đã tự mày mò để làm cho đến khi sự việc này xảy ra” (Báo Người lao động điện tử, ngày 22/11/2012 (<http://nld.com.vn/20121122105850820p0c1010/bao-hiem-xa-hoi-viet-nam-cho-vay-sai-ca-ngan-ti-dong.htm>))

Thứ hai, cần đổi mới cơ chế quản lý và điều hành quỹ để đảm bảo tính minh bạch, hiệu quả

Trước tiên, cần đổi mới cơ quan điều hành quỹ. Cần đơn giản hóa bộ máy quản lý quỹ, không nhất thiết cần phải có sự tham gia của quá nhiều bộ ngành như hiện nay. Ví dụ, ở một số nước có Quỹ Bảo trì đường bộ thì Hội đồng quản lý quỹ thường chỉ gồm từ 2 đến 3 đại diện của chính quyền và 3 đại diện của những người trực tiếp hoặc gián tiếp hưởng lợi ích từ hoạt động của quỹ¹⁹. Cần xem xét bổ sung thêm người đại diện cho những người nộp phí vào Hội đồng quản lý quỹ, đồng thời khi tham gia Hội đồng quản lý quỹ, những chủ thể này phải có quyền phát biểu ý kiến, và biểu quyết khi đưa ra các quyết định quản lý và sử dụng quỹ. Đặc biệt, cần chấm dứt chế độ giao cho chủ thể trực tiếp sử dụng quỹ đồng thời làm chủ thể quản lý quỹ như thực tế hiện đang được áp dụng tại Quỹ Bình ổn giá xăng dầu.

Bên cạnh đó, cần quy định cụ thể về trách nhiệm của chủ thể quản lý trong trường hợp quản lý, sử dụng quỹ không đúng mục đích, kém hiệu quả, gây thất thoát tài sản của quỹ. Bổ sung quy định về trách nhiệm bồi thường thiệt hại của chủ thể quản lý trong trường hợp chủ thể quản lý gây thiệt

hại. Thêm vào đó, cần có chế tài mạnh hơn đối với những chủ thể gây thiệt hại nghiêm trọng về tài sản của quỹ, có thể xem xét đến việc coi hành vi làm thất thoát tài sản của Quỹ TCNNS như hành vi thiếu trách nhiệm gây thiệt hại nghiêm trọng đến tài sản của Nhà nước và sẽ bị truy cứu trách nhiệm hình sự theo Điều 144 Bộ luật Hình sự 1999. Với những chế tài đủ mạnh như vậy, chắc chắn các chủ thể quản lý quỹ sẽ có tinh thần trách nhiệm cao hơn, hạn chế việc tư lợi cá nhân trong quá trình quản lý và sử dụng quỹ.

Trong các quy định sử dụng quỹ, cần đặc biệt chú ý đến những quy định về việc sử dụng phần kết dư của quỹ. Hiện nay, có hai thái cực trái ngược trong vấn đề này, hoặc là không được quyền sử dụng hoặc là tùy ý sử dụng. Hai cách làm này đều không đem lại hiệu quả cho Quỹ TCNNS. Cần xem xét cho phép các quỹ được sử dụng phần kết dư này để gửi tiết kiệm hưởng lãi suất hoặc đầu tư vào một số lĩnh vực ít rủi ro, có khả năng mang lại lợi nhuận.

Tính minh bạch trong quản lý Quỹ TCNNS cần phải được đề cao. Bộ Tài chính cần ban hành văn bản quy định về chế độ kế toán đối với các Quỹ TCNNS để đảm bảo

(Xem tiếp trang 46)

19 Theo ECONOMIC AND SOCIAL COMMISSION FOR ASIA AND THE PACIFIC (ESCAP); đã dẫn

KINH NGHIỆM TỪ PHÁP LUẬT VỀ BẢO HIỂM Y TẾ Ở THỤY ĐIỂN

HOÀNG THỊ MINH*

Thụy Điển là một trong số những quốc gia có hệ thống bảo hiểm y tế (BHYT) ưu việt nhất trên thế giới¹. Trong 30 năm qua, tuổi thọ trung bình của người dân Thụy Điển đã liên tục tăng lên (khoảng 5,5 năm). Năm 2011 trung bình nam giới có thể đạt 79,5 và nữ là 83,5 tuổi²; khoảng 5% dân số ở độ tuổi 85 hoặc cao hơn³. Những con số này phản ánh thành công của Thụy Điển trong việc nâng cao chất lượng sống của người dân, trong đó có đóng góp quan trọng của hệ thống BHYT.

1. Pháp luật về bảo hiểm y tế và hệ thống chăm sóc sức khỏe hiện hành của Thụy Điển

Các đạo luật quan trọng nhất⁴ ở Thụy Điển trong lĩnh vực y tế hiện nay bao gồm: Luật về Sức khỏe và Dịch vụ y tế - The Health and Medical Services Act, (1982:763); Luật về Hoạt động chuyên môn trong lĩnh vực Sức khỏe và Chăm sóc y tế - The Act on Professional Activity in Health and Medical Services (1998:531); Luật về Bảo mật - The Secrecy Act (1980:100) và Luật về Hồ sơ bệnh nhân - The Patient Records Act (1985:562).

Trong số các văn bản pháp luật nêu trên, Luật về Sức khỏe và Dịch vụ y tế là văn bản chủ yếu nhất, trong đó quy định tất cả những gì hệ thống chăm sóc sức khỏe (CSSK)

Thụy Điển cần đạt được. Điều 2 Luật này quy định *mục tiêu chung của hệ thống y tế* Thụy Điển, bao gồm: i) đảm bảo dịch vụ y tế được cung cấp cho tất cả mọi người dân; ii) đảm bảo sức khỏe tốt và chăm sóc với chất lượng tốt; iii) đảm bảo cung cấp các điều kiện CSSK bình đẳng; iv) đảm bảo tôn trọng nhân phẩm và sự toàn vẹn của con người; v) đảm bảo phân cấp thứ tự để thực hiện ưu tiên cho những trường hợp cần ưu tiên. *Đối với dịch vụ chăm sóc y tế* phải đảm bảo: chất lượng tốt; luôn sẵn có; tôn trọng quyền tự quyết và sự riêng tư của bệnh nhân; tăng cường sự giao tiếp tốt giữa bệnh nhân và nhân viên y tế. Luật về Sức khỏe và Dịch vụ y tế cũng phân định trách nhiệm của các Hội đồng Hạt (HĐH) với các Khu đô thị (KĐT - đơn vị hành chính nhỏ hơn), sự hợp

* **TS. Đại học Luật Hà Nội.**

1 Swedish Institute, 2009, *Health care in Sweden, fact sheet, 2009*, tr 3.

2 Swedish institute (2012) *equal access – key to keeping Sweden healthy, country profile*, tr 1.

3 Anell, A., Glenngård, A.H., Merkur, S. (2012). "Sweden: Health System Review" *Health Systems in Transition* 14(5):1-161.

4 Theo Bengt Sandblad (2010), *Some Swedish laws in health care*, <http://www.it.uu.se/research/hci>.

tác và mối quan hệ qua lại của chúng trong việc cung cấp các dịch vụ CSSK (Điều 26d), vấn đề nghiên cứu ứng dụng các thành tựu y học (Điều 26b), hoạt động đánh giá chất lượng của dịch vụ y tế (Điều 31).

Luật về Hoạt động chuyên môn trong lĩnh vực Sức khỏe và Chăm sóc y tế hướng đến sự chuyên nghiệp trong công tác CSSK. Luật đưa ra yêu cầu, tiêu chuẩn đối với từng loại cán bộ y tế (bác sĩ, y tá điều dưỡng viên, vật lý trị liệu...) để họ hành nghề đúng đắn. Luật cũng quy định công tác này phải được thực hiện theo kịp sự tiên bộ của khoa học và những kinh nghiệm thực tiễn tốt nhất⁵.

Các loại dịch vụ y tế

Ở Thụy Điển, hệ thống y tế sẽ cung cấp toàn bộ những dịch vụ được cho là cần thiết cho bệnh nhân, không bị giới hạn và theo khả năng của nền y học⁶, bao gồm: y tế công cộng và các dịch vụ dự phòng, CSSK ban đầu, chăm sóc bệnh nhân nội trú, chăm sóc đặc biệt cho bệnh nhân ngoại trú, chăm sóc cấp cứu, CSSK tâm thần, phục hồi chức năng, hỗ trợ người khuyết tật, hỗ trợ vận tải, chăm sóc tại nhà, dưỡng lão, chăm sóc răng miệng cho trẻ em, trợ cấp và chăm sóc nha khoa cho người lớn...⁷. Các bệnh nhân đều nhận được sự chăm sóc cần thiết theo nhu cầu sức khỏe của họ chứ không phải theo những gì họ muốn.

Đối tượng được hưởng BHYT

BHYT của Thụy Điển là bảo hiểm toàn dân. Theo Luật về Sức khỏe và Dịch vụ y tế năm 1982, dịch vụ y tế được cung cấp cho toàn bộ cư dân có giấy tờ cư trú hợp pháp. Dịch vụ chăm sóc khẩn cấp sẽ được áp dụng

đối với tất cả các bệnh nhân từ các nước châu Âu và các nước thuộc Khu vực Kinh tế châu Âu và 9 quốc gia khác mà Thụy Điển có ký hiệp định song phương⁸. Trẻ em tị nạn và trẻ em không có giấy tờ cũng có quyền hưởng các dịch vụ CSSK tương tự như những trẻ em thường trú. Người đang tìm kiếm tị nạn tại Thụy Điển cũng có quyền nhận được sự chăm sóc trong trường hợp có sự cố sức khỏe mà họ không thể kiểm soát hay trì hoãn (ví dụ: sinh con). Những người không có giấy tờ hợp pháp có quyền được chăm sóc trực tiếp nhưng phải tự thanh toán⁹.

Các cấp độ chăm sóc

CSSK ban đầu là cơ sở đầu tiên của Hệ thống CSSK ở Thụy Điển. CSSK ban đầu đảm bảo sức khỏe công cộng, điều trị các bệnh và vết thương không đòi hỏi phải nhập viện với sự can thiệp của chuyên gia. CSSK ban đầu được tổ chức thực hiện thông qua các trung tâm CSSK, với các phòng khám ngoại trú với nhân viên là các bác sĩ, y tá, và điều dưỡng viên phục vụ người dân sống trong khu vực, cung cấp các sản phẩm CSSK một cách toàn diện¹⁰. Tại các trung tâm CSSK ban đầu, các y tá thường chăm sóc bệnh nhân ngoại trú và đôi khi phải ghé thăm các bệnh nhân đang được chăm sóc tại nhà¹¹.

Hầu hết các nhà cung cấp CSSK ban đầu là của Nhà nước, mặc dù các phòng khám tư nhân vẫn tương đối phổ biến ở khu vực thành thị. Năm 2003, có khoảng 1.100 trung tâm chăm sóc y tế ban đầu, trong đó 300 trung tâm là của tư nhân¹². Các cơ sở y tế tư nhân phải hợp tác với Nhà nước. Họ cần ủng hộ để có thể nhận được tài trợ từ hệ thống bảo hiểm xã hội của Thụy Điển.

5 Bengt Sandblad (2010), *Some Swedish laws in health care*, <http://www.it.uu.se/research/hci>.

6 Swedish Institute, 2009, *Health care in Sweden, fact sheet, 2009*, tr 2.

7 Swedish Institute, 2009, *Health care in Sweden, fact sheet, 2009*, tr 2.

8 Anna H. Glenngård, 2012, *The Swedish Health Care System, 2012, country profile*.

9 Anna H. Glenngård, 2012, *The Swedish Health Care System, 2012, country profile*.

10 Brogren PO, Saltman RB. *Building primary health care systems: A case study from Sweden. Health Policy. 1985;5:313-329. doi: 10.1016/0168-8510(85)90049-1.*

11 Hjelm K, Nyberg P, Apelqvist J. 2000, *Chronic lower leg ulcers in Sweden - A survey of wound management in Primary health care, nursing homes and home care. Journal of Wound Care. 2000;3:133-38.*

12 *The Swedish health Care System- The Organization and Delivery of Care*, <http://fall09hpm101sweden.providence.wikispaces.net/The+Organization+and+Delivery+of+Care>.

Cấp độ chăm sóc thứ hai được thực hiện bởi 40 bệnh viện cấp Hạt (BVCH). Khi cần được chăm sóc chuyên biệt hơn, bệnh nhân sẽ được chuyển lên từ tuyến chăm sóc ban đầu đến các bệnh viện thích hợp trong một số lĩnh vực chuyên môn, ví dụ như da liễu, mắt, tai, mũi họng... Mỗi BVCH sử dụng bác sĩ ít nhất trong bốn chuyên ngành: nội khoa, phẫu thuật chung, X-quang, và gây mê. BVCH có khả năng điều trị hầu hết các bệnh. Đến năm 2002, mỗi BVCH có khoảng 151 giường bệnh¹³. Bên cạnh những BVCH là các bệnh viện Trung tâm cấp Hạt (khoảng 20 bệnh viện). Những bệnh viện này lớn hơn và chuyên biệt hơn so với các bệnh viện trên, có trung bình khoảng 458 giường bệnh và sử dụng 15-20 loại chuyên gia khác nhau¹⁴.

Cấp độ CSSK tiếp theo được thực hiện bởi các bệnh viện đa khoa của Khu vực và Trường đại học, nơi cung cấp chăm sóc chuyên môn cao nhất, ví dụ như phẫu thuật động mạch vành, cấy ghép nội tạng... Có 8 bệnh viện loại này. Đây cũng là các trung tâm nghiên cứu y học, khoa học và giảng dạy. Bệnh viện Khu vực là các bệnh viện lớn nhất, với khoảng 1.025 giường bệnh (số liệu năm 2001)¹⁵.

Quy trình CSSK

Nếu một người có vấn đề về sức khỏe, đầu tiên bệnh nhân đó nên gặp một bác sĩ tại trung tâm CSSK ban đầu. Bệnh nhân sẽ nhận được sự chăm sóc ở tuyến này nếu họ điều trị các bệnh thông thường (ví dụ, nhiễm trùng tai, cảm lạnh thông thường), và được tư vấn y tế. Bác sĩ có thể giới thiệu họ đến một bệnh viện để được chăm sóc đặc biệt hơn nếu cần thiết¹⁶. Trong mỗi Hạt cũng có

sẵn là đường dây nóng “thầy thuốc từ xa” (telemedicine), để bệnh nhân có thể gọi 24/24 giờ xin tư vấn sức khỏe¹⁷.

Nếu nơi CSSK ban đầu không chẩn đoán và điều trị cho bệnh nhân, bệnh nhân sẽ được chuyển đến một chuyên gia theo sự lựa chọn của họ tại một trong số các BVCH. Cán bộ y tế nói chung có thể tự mình liên lạc với chuyên gia, cấp cho bệnh nhân một thư giới thiệu để bệnh nhân lên lịch hẹn. Bệnh nhân cũng có thể trực tiếp đến bệnh viện, nhưng khoảng thời gian chờ đợi sẽ lâu hơn nếu không có thư giới thiệu. Bệnh nhân chỉ tự do lựa chọn bệnh viện chuyên khoa trong cùng một cấp (ví dụ nếu bệnh do BVCH điều trị thì họ chỉ được lựa chọn một trong số các BVCH chứ không được tự ý chuyển lên cấp Khu vực). Cấp độ chăm sóc được xác định dựa vào mức độ chuyên khoa cần thiết để điều trị bệnh.

Tuyến Hạt là nơi xử lý hầu hết các bệnh. Nhưng nếu bệnh nhân vẫn cần chăm sóc ở cấp cao hơn, họ sẽ được chuyển đến một trong các bệnh viện Trung tâm cấp Hạt. Chăm sóc chuyên sâu nhất được cung cấp tại các bệnh viện Khu vực. Bệnh nhân được chuyển đến đây là những người có chẩn đoán bệnh đặc biệt khó khăn hoặc bệnh hiếm gặp đòi hỏi kết hợp nỗ lực của nhiều chuyên gia và các thiết bị công nghệ cao nhất¹⁸. Bằng việc chuyên môn hóa việc chăm sóc, Thụy Điển kiểm soát chi phí y tế bằng cách giảm thiểu số lượng máy móc thiết bị chuyên ngành mà các Hạt sẽ phải đầu tư. Hơn nữa, tập trung các bệnh nhân ở những ca khó khăn cùng các chuyên gia có tay nghề cao nhất vào 8 Bệnh viện Khu vực

13 Như chú thích số 27.

14 Như chú thích số 27.

15 Như chú thích số 27.

16 Institute Swedish. *The Health Care in Sweden*. http://www.sweden.se/upload/Sweden_se/english/factsheets/SI_SI_FS_10_Health%20care%20in%20Sweden/SI_healthcare_lowres.pdf Fact Sheet.

17 Như chú thích số 31.

18 *The Swedish health Care System- The Organization and Delivery of Care*, <http://fall09hpm10sweden.providence.wikispaces.net/The+Organization+and+Delivery+of+Care>.

để đảm bảo sự phối hợp và liên tục chăm sóc cho bệnh nhân. Bệnh viện Khu vực được HĐH nơi bệnh viện cư trú sở hữu và quản lý. Một HĐH có thể phải thanh toán cho HĐH khác nếu cư dân của họ tìm kiếm chăm sóc tại những Hạt đó¹⁹.

Khi một bệnh nhân đã sẵn sàng xuất viện, bất kể từ bệnh viện của một Hạt hay Khu vực, một đội ngũ bao gồm các bệnh nhân, chuyên gia bệnh viện, đại diện từ cơ sở chăm sóc xã hội và các nhân viên ngoại trú phải lập một kế hoạch chăm sóc, các loại thuốc, các dịch vụ phục hồi chức năng và hỗ trợ bệnh nhân sẽ triển khai khi người bệnh ra viện. Sau khi xuất viện, nhà cung cấp dịch vụ CSSK ban đầu ở cấp KĐT tiếp tục chịu trách nhiệm chăm sóc bệnh nhân. Bệnh nhân sẽ nhận được các dịch vụ y tế ngoại trú như được nêu trong kế hoạch chăm sóc cho đến khi liệu trình được xóa bỏ bởi chính quyền thành phố²⁰.

Chi phí bệnh nhân phải thanh toán

Người Thụy Điển chi trả chăm sóc y tế thông qua thuế. Chỉ có khoảng 2% chi phí chăm sóc y tế được thanh toán bằng tiền của bệnh nhân.

Chi phí cho một lần CSSK và giường bệnh mỗi ngày được xác định bởi các HĐH và KĐT. Năm 2011, mức phí gặp bác sĩ để được CSSK ban đầu khoảng 100-200 SEK (15-30 USD). Lệ phí khám bệnh với một chuyên gia tại bệnh viện là khoảng 230-320 SEK (34-48 USD). Bệnh nhân đóng phí 80 SEK (12 USD) cho mỗi ngày nằm viện²¹. Ở hầu hết các Hạt, những người dưới 20 tuổi được khám sức khỏe miễn phí.

Tuy nhiên, bệnh nhân được bảo vệ chống lại các chi phí cao về CSSK và mất thu nhập do ốm đau bởi hệ thống bảo hiểm quốc gia²². Nhà nước quy định mức tối đa áp dụng trong cả nước để việc thanh toán của bệnh nhân sẽ không bao giờ vượt quá 1100 SEK (164 USD) cho việc khám sức khỏe trong một năm²³. Khoản tiền thanh toán vào thuốc trong khoảng thời gian 12 tháng tối đa là 2200 SEK (329 USD)²⁴. Đối với thuốc không cần kê toa và theo toa nhưng không phải là đối tượng được trợ cấp, bệnh nhân phải thanh toán toàn bộ.

Để hỗ trợ thanh toán cho bệnh nhân, Thụy Điển đưa ra một danh sách khoảng 500 loại hội chẩn, mỗi loại ứng với một số lượng tiền có thể sẽ được cấp cho bệnh viện để trang trải chi phí điều trị. Bệnh viện được hoàn trả cùng một lượng tiền để điều trị cho mỗi bệnh nhân với các chẩn đoán cùng loại, bất kể trên thực tế bệnh viện phải chi phí bao nhiêu để điều trị cho mỗi ca bệnh đó.

Bệnh viện (bất kể của Nhà nước hay tư nhân) phải tính phí đối với tất cả các bệnh nhân của họ cùng một số tiền và theo tỷ lệ do HĐH hoặc Khu tự trị quy định. Việc tính phí phải đảm bảo không quá nhiều đến mức số tiền còn lại không đủ để trang trải các nhu cầu sinh hoạt bình thường để tránh việc thân nhân của người bệnh phải chịu áp lực từ sự giảm sút tài chính của bệnh nhân²⁵.

Đầu tư của Nhà nước vào Hệ thống CSSK

Dịch vụ CSSK chủ yếu được tài trợ từ thuế, gồm cả thuế thu nhập và thuế gián tiếp

19 Như chú thích số 33.

20 Như chú thích số 33.

21 Anna H. Glenngård, 2012, *Swedish institute for Health economics And lund university School of economics And management, The Swedish Health Care System, 2012, country profile.*

22 Försäkringskassan. *Social Insurance in Sweden.* [http://www.forsakringskassan.se/sprak/eng/in_brief_about_social_insurance_\(for_those_who_have_recently_arrived_in_sweden\)](http://www.forsakringskassan.se/sprak/eng/in_brief_about_social_insurance_(for_those_who_have_recently_arrived_in_sweden))

23 Anders Anell, Anna H Glenngård, Sherry Merkur (2012), *Sweden, health care system review, in "Health systems in transition"*, xvii, Vol 14, No 5, 2012.

24 Anna H. Glenngård, 2012, *The Swedish Health Care System, 2012, country profile.*

25 *The Swedish health Care System- The Organization and Delivery of Care*, <http://fall09hpm101sweden.providence.wikispaces.net/The+Organization+and+Delivery+of+Care>

trên các sản phẩm, dịch vụ cũng như thu từ người sử dụng lao động²⁶. Chi phí cho sức khỏe và chăm sóc y tế chiếm khoảng 9% tổng sản phẩm quốc nội (GDP) của Thụy Điển - con số này vẫn ổn định kể từ đầu những năm 1980²⁷. Năm 2010, khoảng 80% tổng số chi phí về y tế được chi trả bằng ngân sách, với chi phí ở Hạt chiếm khoảng 70%, KĐT khoảng 8% và chính quyền trung ương khoảng 2%²⁸. Các khoản chi từ trung ương phải được sử dụng để tài trợ cho các sáng kiến (ví dụ sáng kiến nhằm giảm thời gian chờ đợi của bệnh nhân)²⁹.

Cơ quan có trách nhiệm quản lý hoạt động CSSK

Bộ Y tế và Các vấn đề xã hội là cơ quan chủ yếu chịu trách nhiệm soạn thảo pháp luật về y tế. Bộ cũng làm việc với HĐH và KĐT để xác định làm thế nào có nguồn tài chính và cung cấp CSSK tốt nhất cho công dân³⁰. Bộ giám sát 17 cơ quan, trong đó có 8 cơ quan trực tiếp tham gia CSSK ở cấp quốc gia, cụ thể:

(1) Hội đồng Quốc gia về Y tế và Phúc lợi xã hội: chịu trách nhiệm về y tế công cộng, phòng chống bệnh truyền nhiễm. Hội đồng đánh giá pháp luật và giám sát hoạt động của HĐH và Khu tự trị đồng thời hướng dẫn CSSK.

(2) Hội đồng Đánh giá Công nghệ CSSK: phân tích lợi ích của các sáng kiến y tế và điều trị để đảm bảo rằng chỉ có các liệu pháp có lợi nhất được áp dụng đối với bệnh nhân và để các nguồn lực sẵn có được sử dụng thuận lợi nhất.

(3) Cơ quan Đại diện của Sản phẩm y tế: phát triển an toàn, sản xuất và tiếp thị tất cả các loại thuốc và sản phẩm y tế mới; đảm

bảo rằng tất cả các bệnh nhân, bệnh viện đều có quyền tiếp cận các sản phẩm y tế chất lượng cao và đảm bảo việc sử dụng các sản phẩm này hiệu quả nhất về kinh tế.

(4) Cơ quan Trợ cấp Nha khoa và Dược phẩm: xác định dược phẩm mới nào sẽ được Nhà nước trợ cấp và chúng cần được bán với mức giá nào.

(5) Ủy ban Trách nhiệm Y khoa: có trách nhiệm điều tra khi có khiếu nại của bệnh nhân liên quan đến khám bệnh, điều trị và chăm sóc.

(6) Viện Y tế Công cộng: giúp đỡ để đảm bảo rằng tất cả người Thụy Điển có thể bình đẳng tiếp cận dịch vụ CSSK.

(7) Tổng công ty Dược phẩm Quốc gia Thụy Điển: sở hữu tất cả các hiệu thuốc và đảm bảo rằng chỉ các sản phẩm dược đã được phê duyệt mới được bán với đúng tiêu chuẩn, đúng giá quy định; cập nhật cho công chúng và các bác sĩ thông tin về mỗi loại thuốc.

(8) Ủy ban Bảo hiểm xã hội Quốc gia: có chi nhánh trong tất cả các HĐH để đảm bảo các ca bệnh có thể được xử lý. Cơ quan này cũng giám sát các cơ quan bảo hiểm địa phương, đảm bảo các vụ việc được xử lý không thiên vị.

Hệ thống cơ quan chính quyền

Về mặt hành chính, Thụy Điển được chia thành 2 Khu vực, 21 HĐH và 290 KĐT. Không có mối quan hệ thứ bậc giữa các Khu vực, HĐH và KĐT, vì chúng đều có quyền tự trị đối với địa bàn của mình và có trách nhiệm đối với những hoạt động khác nhau. KĐT cung cấp hầu hết chăm sóc ban đầu, Hạt cung cấp chăm sóc thứ cấp, và cấp Khu vực chăm sóc bậc ba. Khoảng 90% công việc của HĐH Thụy Điển liên quan đến

26 Swedish Tax Agency, 2009, *Taxes in Sweden. A summary of the Tax Statistical Yearbook of Sweden 2009*.

27 Swedish Institute, 2009, *Health care in Sweden, fact sheet, 2009, tr 3*.

28 Theo OECD 2012; các con số Thống kê của Thụy Điển năm 2012.

29 Anna H. Glenngård, 2012, *Swedish institute for Health economics And lund university School of economics And management, The Swedish Health Care System, 2012, country profile*.

30 The Swedish health Care System - The Organization and Delivery of Care, <http://fall09hpm101sweden.providence.wikispaces.net/The+Organization+and+Delivery+of+Care>.

CSSK, bên cạnh đó là các lĩnh vực khác, chẳng hạn như văn hóa và cơ sở hạ tầng³¹.

2. Một số kinh nghiệm từ hệ thống bảo hiểm y tế Thụy Điển

Thứ nhất, cơ chế tài chính phù hợp cho BHYT toàn dân

Thụy Điển đã nỗ lực đặc biệt trong việc thiết lập một nền BHYT toàn dân và liên tục hoàn thiện nó. Để có Hệ thống CSSK cho tất cả mọi người, Thụy Điển không xây dựng BHYT trên sự đóng góp đơn lẻ của người dân, mà dựa vào thuế. Chính vì quỹ được hình thành từ nguồn thuế mà mọi người dân đã trở thành đối tượng đóng góp quỹ, với điều kiện và khả năng của chính họ, liên kết và chia sẻ giữa người giàu và người nghèo trong xã hội. Một người dân có điều kiện kinh tế tốt hơn sẽ có nhiều tiêu dùng hoặc tiêu dùng cao cấp hơn thì một cách tự động, họ cũng đóng góp vào nguồn thuế cao hơn. Cách tạo nguồn thu từ thuế cũng là cách thức đơn giản nhất mà Nhà nước có thể thực hiện.

Thứ hai, xây dựng một nền y tế văn minh, đảm bảo quyền tiếp cận dịch vụ y tế bình đẳng, toàn vẹn và có nhân phẩm

Bên cạnh việc đảm bảo quyền tiếp cận dịch vụ y tế của mọi người dân, Thụy Điển cũng đảm bảo chất lượng dịch vụ tốt, đặc biệt là đảm bảo sự công bằng, bình đẳng và phẩm giá con người. Thụy Điển đề cao vai trò, nhiệm vụ, thái độ làm việc của đội ngũ cán bộ y tế. Thụy Điển cũng có những chính sách quan trọng tạo ra “lưới an toàn” cho bệnh nhân, ở cả phương diện vật chất và tinh thần, đó là việc hỗ trợ thanh toán, đảm bảo các điều kiện sống độc lập thiết yếu của bệnh nhân để họ thoát khỏi sự lệ thuộc người thân về kinh tế.

Thứ ba, sử dụng nguồn tài chính hiệu quả

Cách tổ chức hệ thống BHYT Thụy Điển cho thấy một kinh nghiệm quý báu về quản lý và sử dụng nguồn tài chính đầu tư

cho y tế, đảm bảo hiệu quả, tránh thất thoát, lãng phí. Hệ thống cơ sở y tế được tổ chức theo thứ bậc với chức năng, trách nhiệm rành mạch và khoa học. Việc minh bạch thông tin (thông tin về dịch vụ, giá thuốc, giá dịch vụ...) đóng vai trò quyết định trong việc làm trong sạch hệ thống. Quản lý thuốc và quy định giá thuốc thống nhất trong toàn quốc cũng là một thành công, giúp hạn chế việc lưu hành thuốc kém chất lượng, bán thuốc và sử dụng thuốc tùy tiện, giúp quản lý tốt sức khỏe và tiết kiệm chi phí.

Thứ tư, có đủ các cơ quan chức năng tham gia vào hoạt động đảm bảo sức khỏe và phát huy tính tự chủ của chúng

Thụy Điển có nhiều cơ quan tham gia vào hoạt động CSSK. Mỗi cơ quan có vai trò và chức năng khác nhau, chịu trách nhiệm đối với các lĩnh vực bao gồm y tế công cộng, thông tin, hướng dẫn CSSK, ứng dụng hiệu quả các sáng kiến y tế, đảm bảo chất lượng dược phẩm, điều tra theo các khiếu nại, giám sát hoạt động của chính quyền địa phương... Việc phân chia nhiệm vụ cho từng cấp chính quyền, từng tuyến bệnh viện rõ ràng đã tăng cường trách nhiệm của mỗi cấp. Vì không tồn tại quan hệ cấp trên và cấp dưới giữa đơn vị hành chính nhỏ và lớn hơn, những cơ quan này trở nên bình đẳng, độc lập và chủ động trong tổ chức các hoạt động CSSK.

Thứ năm, luôn luôn có những điều chỉnh cần thiết

Hệ thống CSSK của Thụy Điển không phải khi nào cũng thành công. Tuy vậy, Thụy Điển đã không ngừng điều chỉnh để đạt được sự thỏa mãn của người sử dụng dịch vụ ở mức cao. Thụy Điển tạo điều kiện để cả bệnh viện của Nhà nước và tư nhân được hoạt động bình đẳng. Nhà nước hoàn trả chi phí khám chữa bệnh theo các ca bệnh một cách công bằng và chính điều này giúp duy trì cạnh tranh và việc cung cấp dịch vụ tốt ■

31 Swedish Institute, 2009, Health care in Sweden, fact sheet, 2009, tr 2.