

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

ISSN 1859 - 2953

www.nclp.org.vn

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



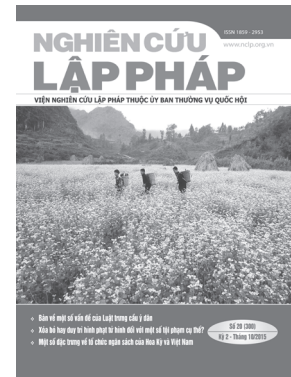
- ❖ Bàn về một số vấn đề của Luật trưng cầu ý dân
- ❖ Xóa bỏ hay duy trì hình phạt tử hình đối với một số tội phạm cụ thể?
- ❖ Một số đặc trưng về tổ chức ngân sách của Hoa Kỳ và Việt Nam

Số 20 (300)

Kỳ 2 - Tháng 10/2015

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn



Mục lục 10/2015

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- 3** Hoàn thiện quy định pháp luật về biện pháp đưa vào trường giáo dưỡng nhằm bảo vệ quyền của người chưa thành niên
ThS. Cao Vũ Minh

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 11** Bàn về một số vấn đề của Luật Trưng cầu ý dân
TS. Đặng Minh Tuấn

- 18** Bàn thêm về quy định liên quan đến tài sản trong Dự thảo sửa đổi Bộ luật Dân sự năm 2005
PGS, TS. Đỗ Văn Đại - Nguyễn Nhật Thanh

- 29** Chế định giao dịch dân sự trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi)
Phan Thị Hồng

- 33** Xóa bỏ hay duy trì hình phạt tử hình đối với một số tội phạm cụ thể?
TS. Phạm Văn Beo

- 41** Tội cố ý làm trái các quy định của Nhà nước về quản lý kinh tế gây hậu quả nghiêm trọng
ThS. Trần Thị Quỳnh

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 46** Nâng cao nhận thức là một trong những đảm bảo quan trọng cho hiệu lực, hiệu quả của Luật Phòng, chống tác hại của thuốc lá
TS. Phạm Thị Duyên Thảo

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 54** Một số đặc trưng về tổ chức ngân sách của Hoa Kỳ và Việt Nam
Nguyễn Ngọc Hiệu

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

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

TỔNG BIÊN TẬP

TS. PHẠM VĂN HÙNG

TRỤ SỞ:

27A VÕNG THỊ - TÂY HỒ - HÀ NỘI
ĐT: 043.2121204/043.2121206
FAX: 043.2121201
Email: nclp@qh.gov.vn
Website: www.nclp.org.vn

THIẾT KẾ:

HOÀNG NHI

GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

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

PHÁT HÀNH - QUẢNG CÁO

HÀ NỘI: 043.2121202

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:

Hoa Tam giác mạch - Hà Giang (ST)

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn

Legis 10/2015

STATE AND LAW

- 3** Completing the legislation on measures sending to reformatories in order to protect the rights of juveniles

LLM. Cao Vu Minh

DISCUSSION OF BILLS

- 11** Discussion on some issues of the Law on referendum

Dr. Dang Minh Tuan

- 18** Further discussion on the provisions related to assets in the Draft amendments to the Civil Code in 2005

Prof, Dr. Do Van Dai - Nguyen Nhat Thanh

- 29** The provisions on civil transactions in the Draft amendments to the Civil Code

Phan Thi Hong

- 33** Should the death penalty be abolished or maintained for some specific crimes?

Dr. Pham Van Beo

- 41** The crime of intentionally acting against State regulations on economic management causing serious consequences

LLM. Tran Thi Quynh

LEGAL PRACTICE

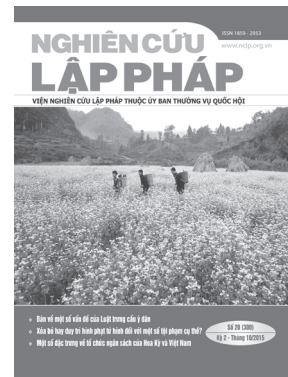
- 46** Raising awareness is one of the important guarantees for the validity and effectiveness of the Law on prevention and combating of the harmful effects of tobacco

Dr. Pham Thi Duyen Thao

FOREIGN EXPERIENCE

- 54** Some characteristics of budget organizing in the United States and Vietnam

Nguyen Ngoc Hieu



EDITORIAL:

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

EDITOR-IN-CHIEF:

Dr. PHAM VAN HUNG

OFFICE:

27A VONG THI - TAY HO - HA NOI
ĐT: 043.2121204/043.2121206
FAX: 043.2121201
Email: nclp@qh.gov.vn
Website: www.nclp.org.vn

DESIGN:

HOANG NHI

LICENSE OF PUBLISMENT:

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

DISTRIBUTION:

HA NOI: 043.2121202

ACCOUNT NUMBER:

0011000467735
LEGISLATIVE STUDY MAGAZINE
VIETCOMBANK

PRINTED BY: TAYHO PRINTING
JOINT STOCK COMPANY

Price: **19,500 VND**

HOÀN THIỆN QUY ĐỊNH PHÁP LUẬT VỀ BIỆN PHÁP ĐƯA VÀO TRƯỜNG GIÁO DƯỠNG NHẪM BẢO VỆ QUYỀN CỦA NGƯỜI CHƯA THÀNH NIÊN

CAO VŨ MINH*

Điều 37 Hiến pháp năm 2013 quy định: “Trẻ em được Nhà nước, gia đình và xã hội bảo vệ, chăm sóc và giáo dục; được tham gia vào các vấn đề về trẻ em. Nghiêm cấm xâm hại, hành hạ, ngược đãi, bỏ mặc, lạm dụng, bóc lột sức lao động và những hành vi khác vi phạm quyền trẻ em”. Xuất phát từ đặc điểm tâm, sinh lý của người chưa thành niên (NCTN) và yêu cầu bảo vệ quyền trẻ em, Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 (Luật XLVPHC) đã có nhiều quy định tiên bộ liên quan đến việc áp dụng biện pháp đưa vào trường giáo dưỡng. Một trong những điểm tiên bộ là thẩm quyền quyết định áp dụng biện pháp đưa vào trường giáo dưỡng thuộc về Tòa án chứ không còn thuộc về cơ quan hành chính. Điều này đã tạo điều kiện cho đương sự, luật sư, người bào chữa được tham dự để bảo vệ quyền lợi của đương sự, bảo đảm dân chủ, khách quan; phù hợp với quá trình hội nhập quốc tế. Tuy nhiên, bên cạnh những ưu điểm đạt được thì trong thực tiễn áp dụng biện pháp đưa vào trường giáo dưỡng còn nhiều hạn chế, bất cập.

1. Những bất cập, hạn chế trong thực tiễn áp dụng biện pháp đưa vào trường giáo dưỡng

Thứ nhất, Điều 112 Luật XLVPHC quy định về tạm đình chỉ chấp hành quyết định đưa vào trường giáo dưỡng: “Trong trường hợp người đang chấp hành quyết định tại trường giáo dưỡng bị *ốm nặng* mà được đưa về gia đình điều trị thì được tạm đình chỉ chấp hành quyết định; thời gian điều trị được tính vào thời hạn chấp hành quyết định; nếu sau khi *sức khỏe được phục hồi* mà thời hạn chấp hành còn lại từ 03 tháng trở lên thì người đó phải tiếp tục chấp hành”. Theo quy định của pháp luật, người đang chấp hành quyết định tại trường giáo dưỡng sẽ được tạm đình chỉ chấp hành quyết định khi bị *ốm nặng* cho đến khi *sức khỏe được phục hồi*. Tuy nhiên, Luật XLVPHC không quy định cụ thể thế nào là “*ốm nặng*” và thế nào là “*sức khỏe được phục hồi*”. Quy định này không cụ thể, không rõ ràng, gây khó khăn trong quá trình áp dụng pháp luật. Để giải quyết vấn đề này, ngày 10/01/2014, Chính

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

phủ ban hành Nghị định số 02/2014/NĐ-CP quy định chế độ áp dụng, thi hành biện pháp xử lý hành chính đưa vào trường giáo dưỡng và cơ sở giáo dục bắt buộc. Theo đó, Điều 3 Nghị định số 02/2014/NĐ-CP giải thích: “Người đang ốm nặng là người đang ở trong tình trạng bị bệnh nặng đến mức không còn khả năng lao động và sinh hoạt bình thường hoặc đang trong tình trạng nguy hiểm đến tính mạng và phải điều trị trong một thời gian nhất định theo chỉ định của bác sĩ mới có thể bình phục trở lại”. Như vậy, Nghị định số 02/2014/NĐ-CP đã giải thích cụ thể cụm từ “ốm nặng” nhưng chưa làm rõ như thế nào là “sức khỏe được phục hồi”. “Sức khỏe được phục hồi” là trường hợp một người đã có thể “sinh hoạt bình thường” hay “đã qua tình trạng nguy hiểm đến tính mạng” hay “đã có thể lao động”? Đã là quy phạm pháp luật thì phải mang quy tắc xử sự chung chứ không thể suy đoán. Trên thực tế, do không được giải thích cụ thể nên tiêu chí “sức khỏe được phục hồi” không được áp dụng thống nhất. Điều này đã gây ra những khó khăn cho Tòa án trong việc xem xét tạm đình chỉ chấp hành quyết định đưa vào trường giáo dưỡng đối với người bị áp dụng biện pháp này.

Thứ hai, theo khoản 2, Điều 113 Luật XLVPHC quy định: “trong thời gian được hoãn hoặc được tạm đình chỉ chấp hành quyết định đưa vào trường giáo dưỡng mà người đó tiếp tục có hành vi vi phạm đã bị xử lý hoặc có căn cứ cho rằng người đó bỏ trốn thì Tòa án nhân dân cấp huyện đã ra quyết định hoãn hoặc tạm đình chỉ hủy bỏ quyết định đó và ra quyết định buộc chấp hành quyết định đưa vào trường giáo dưỡng”. Như vậy, điều kiện để Tòa án hủy

bỏ quyết định hoãn hoặc tạm đình chỉ là khi đối tượng đó: *i. tiếp tục có hành vi vi phạm đã bị xử lý; ii. có căn cứ cho rằng người đó bỏ trốn*. Tiêu chí “tiếp tục có hành vi vi phạm đã bị xử lý” tương đối dễ xác định, trong khi đó, tiêu chí “có căn cứ cho rằng người đó bỏ trốn” rất khó xác định và phụ thuộc hoàn toàn vào nhận định của người có thẩm quyền. Cần lưu ý là trong trường hợp này, người có thẩm quyền chỉ cần xác định là “có căn cứ cho rằng người đó bỏ trốn” chứ không cần phải đợi đến “có hành vi bỏ trốn trên thực tế” là đã thỏa mãn điều kiện để Tòa án hủy bỏ quyết định cho phép hoãn hoặc tạm đình chỉ. Vấn đề cần nói ở đây là chủ thể nào sẽ có thẩm quyền chứng minh là “có căn cứ cho rằng người đó bỏ trốn”. Trong trường hợp này, Tòa án sẽ tự chứng minh và tự quyết định hay Ủy ban nhân dân (UBND) cấp xã nơi đối tượng cư trú sẽ chứng minh rồi gửi hồ sơ yêu cầu Tòa án ra quyết định? Một khi câu hỏi này không được trả lời cụ thể sẽ gây ra những khó khăn đáng kể trong quá trình áp dụng pháp luật.

Thứ ba, nhằm đảm bảo tính nhân đạo trong pháp luật về xử lý hành chính nên khoản 3, Điều 114 Luật XLVPHC quy định: “Đối với đối tượng không xác định được nơi cư trú là NCTN hoặc người ốm yếu không còn khả năng lao động thì sau khi hết hạn chấp hành biện pháp đưa vào trường giáo dưỡng được đưa về cơ sở bảo trợ xã hội tại địa phương nơi trường giáo dưỡng đóng trụ sở”. Như vậy, đối tượng được đưa về cơ sở bảo trợ xã hội tại địa phương gồm: *i. người chưa thành niên không xác định được nơi cư trú; ii. người ốm yếu không còn khả năng lao động và không xác định được nơi cư trú*¹.

1 Theo khoản 1 Điều 92 Luật XLVPHC thì đối tượng bị áp dụng biện pháp đưa vào trường giáo dưỡng là người dưới 18 tuổi - tức là NCTN. Khoản 2 Điều 91 Luật XLVPHC lại quy định: “Thời hạn áp dụng biện pháp đưa vào trường giáo dưỡng là từ 06 tháng đến 24 tháng”. Giả sử, có một công dân 17 tuổi, bị áp dụng biện pháp đưa vào trường giáo dưỡng 24 tháng. Khi chuẩn bị hết hạn chấp hành biện pháp này thì người đó đã hơn 18 tuổi. Theo khoản 3, Điều 114 Luật XLVPHC thì đối tượng này là người đã thành niên. Do đó, đối tượng này có thể được đưa về cơ sở bảo trợ xã hội tại địa phương nếu rơi vào trường hợp “người ốm yếu không còn khả năng lao động và không xác định được nơi cư trú”.

Theo Điều 5 Nghị định số 68/2008/NĐ-CP ngày 30/5/2008 của Chính phủ về điều kiện, thủ tục thành lập, tổ chức, hoạt động và giải thể cơ sở bảo trợ xã hội (đã sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 81/2012/NĐ-CP và Nghị định số 111/2013/NĐ-CP) thì đối tượng được tiếp nhận vào cơ sở bảo trợ xã hội, bao gồm: trẻ em mồ côi cả cha và mẹ, trẻ em bị bỏ rơi, mất nguồn nuôi dưỡng; Người cao tuổi cô đơn, thuộc hộ gia đình nghèo; Người từ 85 tuổi trở lên không có lương hưu hoặc trợ cấp bảo hiểm xã hội; Người tàn tật nặng không có khả năng lao động hoặc không có khả năng tự phục vụ; Người nhiễm HIV/AIDS không còn khả năng lao động, thuộc hộ gia đình nghèo; Các đối tượng xã hội cần sự bảo vệ khẩn cấp: Trẻ em bị bỏ rơi, nạn nhân của bạo lực gia đình, nạn nhân bị xâm hại tình dục, nạn nhân bị buôn bán, nạn nhân bị cưỡng bức lao động; NCTN không có nơi cư trú ổn định đang trong thời gian lập hồ sơ, thi hành biện pháp giáo dục tại xã, phường, thị trấn. Trường hợp cá nhân không thuộc đối tượng nêu trên thì phải có đơn xin vào cơ sở bảo trợ xã hội và phải tự nguyện đóng góp kinh phí hoặc có người thân, người nhận bảo trợ đóng góp kinh phí.

Do đó, nếu căn cứ vào Luật XLVPHC thì đối tượng là “người chưa thành niên không xác định được nơi cư trú” và “người ốm yếu không còn khả năng lao động và không xác định được nơi cư trú” có thể được tiếp nhận vào cơ sở bảo trợ xã hội, nhưng nếu căn cứ vào Nghị định số 68/2008/NĐ-CP thì đối tượng kể trên sẽ không được tiếp nhận vào cơ sở bảo trợ xã hội. Trong trường hợp này, chúng ta căn cứ vào Luật XLVPHC hay Nghị định số 68/2008/NĐ-CP để quyết định việc những đối tượng được nêu tại khoản 3, Điều 114 Luật XLVPHC được hay không được tiếp nhận vào cơ sở bảo trợ xã hội?

Thứ tư, theo Điều 115 Luật XLVPHC thì khi có yêu cầu đưa học sinh, trại viên, học viên ra khỏi trường giáo dưỡng, cơ sở giáo dục bắt buộc, cơ sở cai nghiện bắt buộc, Thủ

trưởng cơ quan tiến hành tố tụng hình sự có thẩm quyền phải có văn bản gửi Hiệu trưởng trường giáo dưỡng, Giám đốc cơ sở giáo dục bắt buộc, Giám đốc cơ sở cai nghiện bắt buộc.

Theo quy định của pháp luật, cơ quan có yêu cầu đưa học sinh, trại viên, học viên ra khỏi trường giáo dưỡng, cơ sở giáo dục bắt buộc, cơ sở cai nghiện bắt buộc có trách nhiệm đưa học sinh, trại viên, học viên đi và trả lại họ theo đúng thời hạn đã ghi trong quyết định hoặc khi không còn yêu cầu. Thời hạn tạm thời đưa học sinh, trại viên, học viên ra khỏi trường giáo dưỡng, cơ sở giáo dục bắt buộc, cơ sở cai nghiện bắt buộc được tính vào thời hạn chấp hành quyết định tại trường giáo dưỡng, cơ sở giáo dục bắt buộc, cơ sở cai nghiện bắt buộc. Theo khoản 3 Điều 20 Nghị định số 221/2013/NĐ-CP ngày 30/12/2013 về chế độ áp dụng biện pháp xử lý hành chính đưa vào cơ sở cai nghiện bắt buộc thì trong trường hợp cần gia hạn, Thủ trưởng cơ quan tiến hành tố tụng hình sự có thẩm quyền phải có văn bản đề nghị Giám đốc cơ sở cai nghiện bắt buộc về việc gia hạn. Trong khi đó, quy định này không tìm thấy điều khoản tương ứng trong Nghị định số 02/2014/NĐ-CP quy định chế độ áp dụng, thi hành biện pháp đưa vào trường giáo dưỡng. Như vậy, phải chăng theo Nghị định số 02/2014/NĐ-CP thì Thủ trưởng cơ quan tiến hành tố tụng hình sự không có quyền đề nghị về việc gia hạn thời gian đưa học sinh ra khỏi trường giáo dưỡng? Một vấn đề không thể không đề cập đến là nếu Thủ trưởng cơ quan tiến hành tố tụng hình sự đề nghị gia hạn thời gian đưa học sinh ra khỏi trường giáo dưỡng và được chấp nhận thì thời gian gia hạn đó có được tính vào thời hạn chấp hành biện pháp đưa vào trường giáo dưỡng hay không? Nếu nói là “có” thì cơ sở pháp lý nào viện dẫn cho cách trả lời ấy, ngược lại nếu nói là “không” thì rõ ràng quyền và lợi ích hợp pháp của học sinh đã bị xâm phạm.

Thứ năm, trong trường hợp người đã có quyết định đưa vào trường giáo dưỡng bỏ trốn trước khi được đưa vào trường thì cơ quan Công an cấp huyện nơi lập hồ sơ ra quyết định truy tìm đối tượng. Biện pháp truy tìm đối tượng mang tính cưỡng chế rất cao, thủ tục áp dụng và thực tế thi hành có nhiều diễn biến phức tạp phát sinh.

Điều 7 Nghị định số 02/2014/NĐ-CP quy định: “Người đã có quyết định đưa vào trường giáo dưỡng chưa thi hành quyết định tại trường giáo dưỡng mà bỏ trốn thì cơ quan Công an cấp huyện nơi đã lập hồ sơ ra quyết định truy tìm. Học sinh bỏ trốn thì Hiệu trưởng trường giáo dưỡng ra quyết định truy tìm”. Cơ quan đã ra quyết định truy tìm có trách nhiệm tổ chức truy tìm đối tượng bỏ trốn. Nếu đối tượng có hành vi chống đối thì được áp dụng biện pháp cưỡng chế cần thiết theo quy định của pháp luật để buộc người đó phải chấp hành. Trường hợp tìm được người bị áp dụng biện pháp đưa vào trường giáo dưỡng bỏ trốn mà không tự nguyện chấp hành yêu cầu của cơ quan có thẩm quyền thì bị áp giải đưa trở lại trường giáo dưỡng theo quy định tại Nghị định số 112/2013/NĐ-CP ngày 2/10/2013 của Chính phủ. Khoản 1 Điều 29 Nghị định số 112/2013/NĐ-CP quy định: “Trường hợp người bị áp giải có hành vi chống đối thì cán bộ áp giải giải thích quy định của pháp luật, yêu cầu họ chấp hành quyết định; *trường hợp cần thiết* cán bộ áp giải có quyền sử dụng vũ lực, trói, khóa tay, chân, sử dụng vũ khí, công cụ hỗ trợ theo quy định của pháp luật để khống chế vô hiệu hóa hành vi chống đối của người bị áp giải”.

Dưới góc độ pháp lý, việc sử dụng vũ khí, công cụ hỗ trợ phải tuân thủ các quy định trong Pháp lệnh Quản lý, sử dụng vũ

khí, vật liệu nổ và công cụ hỗ trợ năm 2011 (sửa đổi, bổ sung năm 2013). Đơn cử, việc nổ súng được thực hiện khi đối tượng đang đánh tháo người bị giam, người bị dẫn giải do phạm tội đặc biệt nghiêm trọng; người bị giam, giữ, bị dẫn giải, bị áp giải do phạm tội đặc biệt nghiêm trọng đang chạy trốn... Tương tự, việc sử dụng công cụ hỗ trợ được thực hiện nhằm ngăn chặn người đang có hành vi đe dọa trực tiếp đến tính mạng, sức khỏe của người khác hay bắt giữ người theo quy định của pháp luật²... Tuy nhiên, “*trường hợp cần thiết* mà cán bộ áp giải có quyền sử dụng vũ lực” đối với người bị áp giải là như thế nào thì không được quy định cụ thể trong các văn bản pháp luật. Nói cách khác, đây là một quy định mang tính tùy nghi, nó không có chuẩn mực chung và cũng không có tiêu chí định lượng cụ thể. Chính vì vậy, mỗi chủ thể khác nhau thì lại có cách nhận định khác nhau về “trường hợp cần thiết”. Những quy định tùy nghi này nếu không được kiểm soát chặt chẽ có thể dẫn đến cách hành xử bạo lực đối tượng bị áp dụng biện pháp đưa vào trường giáo dưỡng. Đặc biệt, nếu việc sử dụng vũ lực đối với NCTN không đúng thời điểm, không phù hợp với tính chất, mức độ nguy hiểm của hành vi chống đối thì sẽ để lại những hậu quả khôn lường.

Thứ sáu, Điều 15 Luật XLVPHC có quy định: “Cá nhân, tổ chức bị *xử lý vi phạm hành chính* có quyền *khiểm nại, khởi kiện* đối với quyết định *xử lý vi phạm hành chính* theo quy định của pháp luật”. Theo “quy định của pháp luật” ở đây, trước hết là phải theo Luật Khiếu nại năm 2011 và Luật TTHC năm 2010 vì hai đạo luật này là những văn bản có giá trị pháp lý cao nhất điều chỉnh hoạt động khiếu nại, khởi kiện.

2 Xem thêm các Điều 22, 24, 33 Pháp lệnh Quản lý, sử dụng vũ khí, vật liệu nổ và công cụ hỗ trợ năm 2011 (sửa đổi, bổ sung năm 2013) của Ủy ban thường vụ Quốc hội.

Điều 29, 30 Pháp lệnh Trình tự, thủ tục, xem xét, quyết định áp dụng các biện pháp xử lý hành chính tại Tòa án nhân dân (TAND) năm 2014 quy định: Quyết định áp dụng biện pháp đưa vào trường giáo dưỡng có thể bị khiếu nại, kiến nghị, kháng nghị. Theo đó, cơ quan đề nghị có quyền kiến nghị, Viện kiểm sát cùng cấp có quyền kháng nghị quyết định của Tòa án trong việc áp dụng biện pháp đưa vào trường giáo dưỡng khi có căn cứ cho rằng quyết định đó là trái pháp luật, còn người bị đề nghị áp dụng biện pháp đưa vào trường giáo dưỡng hoặc người đại diện hợp pháp của họ, cha mẹ hoặc người giám hộ của người bị đề nghị là NCTN chỉ có quyền khiếu nại quyết định của Tòa án trong việc áp dụng biện pháp này. Như vậy, đối với quyết định áp dụng biện pháp đưa vào trường giáo dưỡng thì người bị đề nghị áp dụng biện pháp này hoặc người đại diện hợp pháp của họ, cha mẹ hoặc người giám hộ của người bị đề nghị là NCTN chỉ có quyền khiếu nại mà không có quyền khởi kiện. Điều này có lẽ không phù hợp với Luật XLVPHC lẫn Luật Khiếu nại năm 2011 bởi Điều 15 Luật XLVPHC “thừa nhận” quyền khiếu nại lẫn khởi kiện đối với không chỉ quyết định xử phạt hành chính mà còn đối với cả quyết định áp dụng biện pháp xử lý hành chính như đưa vào trường giáo dưỡng. Bên cạnh đó, theo quy định của Luật Khiếu nại năm 2011, nếu như cá nhân, tổ chức không đồng ý với quyết định giải quyết khiếu nại lần đầu hoặc lần hai thì có quyền khởi kiện ra Tòa án theo quy định của Luật Tố tụng hành chính (TTHC) năm 2010.

Theo Luật TTHC năm 2010, đối tượng khởi kiện hành chính là các quyết định hành chính như sau: “Quyết định hành chính là văn bản do cơ quan hành chính nhà nước, cơ

quan, tổ chức khác hoặc người có thẩm quyền trong các cơ quan, tổ chức đó ban hành, quyết định về một vấn đề cụ thể trong hoạt động quản lý hành chính được áp dụng một lần đối với một hoặc một số đối tượng cụ thể”. Theo định nghĩa này, quyết định hành chính thuộc đối tượng khởi kiện hành chính phải có các đặc điểm sau:

i. Quyết định hành chính là quyết định cá biệt;

ii. Hình thức thể hiện của quyết định hành chính là văn bản;

iii. Chủ thể ban hành quyết định hành chính là cơ quan hành chính nhà nước, cơ quan, tổ chức khác hoặc người có thẩm quyền trong các cơ quan, tổ chức đó. Trong đó, “cơ quan, tổ chức khác” không gì khác hơn là cơ quan nhà nước. Theo nội dung điểm a, khoản 1, Điều 30 Luật TTHC năm 2010, trong số các cơ quan nhà nước địa phương thì TAND, Viện kiểm sát nhân dân địa phương cũng thuộc diện có thể có quyết định hành chính bị khởi kiện³.

iv. Quyết định được ban hành trong hoạt động quản lý hành chính. Phạm vi “hoạt động quản lý hành chính” được giới hạn tại khoản 1, Điều 28 Luật TTHC năm 2010, theo đó chỉ loại trừ “các quyết định hành chính thuộc phạm vi bí mật nhà nước trong các lĩnh vực quốc phòng, an ninh, ngoại giao theo danh mục do Chính phủ quy định và các quyết định hành chính, hành vi hành chính mang tính nội bộ của cơ quan, tổ chức”⁴.

Xem xét cụ thể thì quyết định áp dụng biện pháp đưa vào trường giáo dưỡng là quyết định cá biệt, có hình thức thể hiện dưới dạng văn bản. Quyết định này do TAND cấp huyện ban hành trong hoạt động quản lý hành chính. Do đó, có thể thấy, về nguyên tắc thì quyết định áp dụng biện pháp đưa vào

3 Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội, Phạm Hồng Thái – Nguyễn Hoàng Anh (chủ biên), Giáo trình Luật TTHC Việt Nam, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, năm 2012, tr. 115.

4 *nt.*, tr. 116.

trường giáo dưỡng vẫn có thể bị khởi kiện. Tuy nhiên, không hiểu vì lý do gì mà Pháp lệnh Trình tự, thủ tục, xem xét, quyết định áp dụng các biện pháp xử lý hành chính tại TAND năm 2014 đã “tước” quyền khởi kiện của cá nhân đối với quyết định áp dụng biện pháp đưa vào trường giáo dưỡng. Và thật không hợp lý khi pháp luật thừa nhận quyền khởi kiện đối với quyết định áp dụng biện pháp giáo dục tại xã, phường, thị trấn của người bị áp dụng biện pháp này⁵ nhưng lại không thừa nhận quyền khởi kiện đối với quyết định áp dụng biện pháp đưa vào trường giáo dưỡng của người bị áp dụng biện pháp này. Đây là vấn đề rất cần được quan tâm xem xét vì so với biện pháp giáo dục tại xã, phường, thị trấn, biện pháp đưa vào trường giáo dưỡng mang tính cưỡng chế cao hơn rất nhiều.

Cuối cùng, khoản 3 Điều 132 Luật XLVPHC quy định: “Đối với người có quyết định đưa vào trường giáo dưỡng hoặc đang chấp hành quyết định tại trường giáo dưỡng quy định tại khoản 1 Điều này (trường hợp bỏ trốn, đang bị truy tìm), nếu khi truy tìm được mà người đó đã đủ 18 tuổi thì *Hiệu trưởng trường giáo dưỡng đề nghị TAND cấp huyện nơi có trường giáo dưỡng xem xét, quyết định áp dụng biện pháp đưa vào cơ sở giáo dục bắt buộc* nếu có đủ điều kiện thuộc đối tượng đưa vào cơ sở giáo dục bắt buộc”.

Theo quy định trên, thẩm quyền đề nghị TAND cấp huyện áp dụng biện pháp đưa vào cơ sở giáo dục bắt buộc thuộc về Hiệu trưởng trường giáo dưỡng. Tuy nhiên, điều khoản này không phù hợp với Điều 102 Luật XLVPHC bởi Điều 102 Luật XLVPHC quy định: “Trong thời hạn 07 ngày, kể từ ngày nhận được hồ sơ quy định tại Điều 101 và Điều 118 của Luật này, *Trưởng Công an cấp huyện* quyết định việc chuyển hồ sơ đề nghị

TAND cấp huyện áp dụng biện pháp đưa vào cơ sở giáo dục bắt buộc”. Theo chúng tôi, thẩm quyền đề nghị TAND cấp huyện áp dụng biện pháp đưa vào cơ sở giáo dục bắt buộc thuộc về Trưởng Công an cấp huyện là hợp lý. Công an nhân dân có nhiệm vụ bảo vệ an ninh quốc gia và giữ gìn trật tự an toàn xã hội nên thẩm quyền đề nghị TAND cấp huyện áp dụng biện pháp đưa vào cơ sở giáo dục bắt buộc phải thuộc về Trưởng Công an cấp huyện. Trong khi đó, trường giáo dưỡng chỉ là một đơn vị sự nghiệp, vì vậy, Hiệu trưởng trường giáo dưỡng không thể trực tiếp đề nghị TAND cấp huyện nơi có trường giáo dưỡng xem xét, quyết định áp dụng biện pháp đưa vào cơ sở giáo dục bắt buộc. Ngoài ra, nếu chỉ căn cứ vào khoản 3 Điều 132 Luật XLVPHC thì sẽ không rõ ràng về thủ tục áp dụng. Trong trường hợp này, Hiệu trưởng trường giáo dưỡng có gửi hồ sơ đến Trưởng phòng Tư pháp cấp huyện để kiểm tra tính pháp lý của hồ sơ hay không? Hiện nay, cả Luật XLVPHC và Nghị định số 02/2014/NĐ-CP đều không quy định cụ thể về vấn đề này.

2. Một số ý kiến nhằm hoàn thiện pháp luật về biện pháp đưa vào cơ sở cai nghiện bắt buộc

Thứ nhất, những quy định về tạm đình chỉ chấp hành quyết định đưa vào trường giáo dưỡng mang tính nhân văn sâu sắc, thể hiện sự cảm thông của Nhà nước đối với những đối tượng bị áp dụng biện pháp này nhưng rơi vào hoàn cảnh đặc biệt. Do đó, để đảm bảo tính nhân đạo trong việc áp dụng biện pháp đưa vào trường giáo dưỡng cũng như bảo đảm quyền của người bị áp dụng biện pháp này, pháp luật cần hướng dẫn cụ thể thế nào là “sức khỏe được phục hồi” và cơ quan, tổ chức có thẩm quyền xác định “sức khỏe được phục hồi”. Nếu không quy

⁵ Xem thêm điểm g, khoản 1 Điều 22 và điểm e, khoản 1 Điều 31 của Nghị định số 111/2013/NĐ-CP của Chính phủ ngày 30/09/2013 quy định chế độ áp dụng biện pháp xử lý hành chính giáo dục tại xã, phường, thị trấn.

định cụ thể về vấn đề này sẽ dẫn đến tình trạng áp dụng pháp luật tùy tiện, võ đoán. Theo chúng tôi, “sức khỏe được phục hồi” là trường hợp một người không còn bị bệnh hoặc không trong tình trạng nguy hiểm đến tính mạng và có khả năng lao động, sinh hoạt bình thường. Và, cơ quan, tổ chức có thẩm quyền xác định “sức khỏe được phục hồi” là bệnh viện đa khoa, chuyên khoa từ cấp tỉnh trở lên.

Thứ hai, Nghị định số 02/2014/NĐ-CP quy định về vấn đề áp dụng biện pháp đưa vào trường giáo dưỡng cần giải thích cụ thể thế nào là “có căn cứ cho rằng người đó bỏ trốn”, đồng thời quy định chủ thể nào sẽ có thẩm quyền chứng minh là “có căn cứ cho rằng người đó bỏ trốn” để từ đó Tòa án hủy bỏ quyết định cho phép hoãn hoặc tạm đình chỉ. Theo chúng tôi, trong thời gian được hoãn hoặc được tạm đình chỉ chấp hành quyết định đưa vào trường giáo dưỡng thì cá nhân vẫn phải trình diện và chịu sự quản lý của UBND cấp xã nơi họ cư trú. Do vậy, nên quy định cụ thể thẩm quyền chứng minh của UBND cấp xã nơi họ cư trú. Theo đó, UBND cấp xã nơi người đó cư trú sẽ xác định về tình tiết “có căn cứ cho rằng người đó bỏ trốn” rồi gửi hồ sơ yêu cầu đến Tòa án. Sau khi Tòa án hủy bỏ quyết định cho phép hoãn hoặc tạm đình chỉ thì Tòa án sẽ ra quyết định buộc chấp hành quyết định đưa vào trường giáo dưỡng.

Thứ ba, sửa đổi Nghị định số 68/2008/NĐ-CP theo hướng cho phép “NCTN không xác định được nơi cư trú” và “người ốm yếu không còn khả năng lao động và không xác định được nơi cư trú” được vào ở tại cơ sở bảo trợ xã hội tại địa phương nơi trường giáo dưỡng đóng trụ sở. Sửa đổi nhỏ này có ý nghĩa quan trọng trong việc bảo đảm quyền con người đối với những người bị áp dụng biện pháp đưa vào trường giáo dưỡng, đồng thời tạo ra sự thống nhất giữa Nghị định số 68/2008/NĐ-CP với Luật XLVPHC.

Thứ tư, sửa đổi Nghị định số 02/2014/NĐ-CP theo hướng thừa nhận quyền đề nghị gia hạn thời gian đưa học sinh ra khỏi trường giáo dưỡng của Thủ trưởng cơ quan tiến hành tố tụng hình sự. Trong thực tế phải nhận thức được rằng, thủ tục tố tụng hình sự chiếm rất nhiều thời gian nên quy định gia hạn thời gian đưa học sinh ra khỏi trường giáo dưỡng là rất cần thiết. Nếu không quy định về vấn đề này sẽ dẫn đến khó khăn trong quá trình xem xét, truy cứu trách nhiệm pháp lý của học sinh, ảnh hưởng đến sự phối hợp hoạt động giữa các cơ quan hữu quan.

Thứ năm, khoản 1 Điều 20 Hiến pháp năm 2013 quy định: “Mọi người có quyền bất khả xâm phạm về thân thể, được pháp luật bảo hộ về sức khỏe, danh dự và nhân phẩm; không bị tra tấn, bạo lực, truy bức, nhục hình hay bất kỳ hình thức đối xử nào khác xâm phạm thân thể, sức khỏe, xúc phạm danh dự, nhân phẩm”. Điều 37 Công ước quốc tế về Quyền Trẻ em (CRC) quy định: “Không trẻ em nào bị tra tấn hay bị đối xử hoặc trừng phạt tàn ác, vô nhân đạo hay hạ thấp nhân phẩm”. Xuất phát từ đặc điểm tâm, sinh lý của NCTN là người chưa phát triển đầy đủ về thể chất, tinh thần, chưa có khả năng nhận thức, kiểm soát được suy nghĩ, hành vi của mình nên NCTN dễ bị chi phối bởi tác động bên ngoài và thực hiện các hành vi thiếu suy nghĩ chín chắn, dẫn đến hành vi chống đối người thực thi pháp luật có thể xảy ra. Vì vậy, pháp luật cần quy định cụ thể những trường hợp được phép sử dụng vũ lực đối với người bị áp dụng biện pháp đưa vào trường giáo dưỡng bỏ trốn và có hành vi chống đối. Đối tượng bị áp dụng biện pháp đưa vào trường giáo dưỡng là NCTN nên đối tượng này thường nóng nảy, suy nghĩ chưa chín chắn, do đó, người có thẩm quyền phải giải thích, thuyết phục. Việc sử dụng vũ lực chỉ được áp dụng khi đối tượng có hành vi chống đối mang tính côn đồ, hung hãn hay đối tượng có hành vi xâm hại sức khỏe, tính mạng của người khác... Trong bất kỳ trường

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

hợp nào, nếu đối tượng chỉ chửi bới, lăng mạ mà không tấn công vũ lực thì người có thẩm quyền cũng không được phép sử dụng vũ lực. Tóm lại, phải quán triệt tinh thần là việc sử dụng vũ lực chỉ nhằm mục đích cuối cùng là khống chế đối tượng chứ không phải là sát thương, trừng trị.

Thứ sáu, đối với biện pháp đưa vào trường giáo dưỡng thì thẩm quyền quyết định thuộc về TAND cấp huyện. Tuy là giao cho Tòa án áp dụng nhưng lại áp dụng chế độ một Thẩm phán xem xét, quyết định. Bên cạnh đó, tuy Tòa án giải quyết nhưng thủ tục tiến hành không phải bằng một phiên tòa mà bằng phiên họp. Quy định này có lẽ không phù hợp với tinh thần của Hiến pháp năm 2013: “TAND là cơ quan xét xử của nước Cộng hòa XHCN Việt Nam, thực hiện quyền tư pháp” (khoản 1 Điều 102). Ngoài ra, điều này thể hiện sự lúng túng của nhà làm luật khi không biết gọi đối tượng trên và hành vi của họ bị áp dụng biện pháp này là gì: tội phạm hay vi phạm hành chính, hay vi phạm khác? Như vậy, vô hình trung, nhà làm luật lại tự đặt ra loại vi phạm mới chưa hề có trong thực tiễn và lý luận là: “chưa đến mức truy cứu trách nhiệm hình sự, nhưng không phải là vi phạm hành chính”⁶.

Nghị quyết số 49-NQ/TW của Bộ Chính trị ngày 02/6/2005 về Chiến lược cải cách tư pháp đã khẳng định “cơ quan tư pháp phải thật sự là chỗ dựa của nhân dân trong việc bảo vệ công lý, quyền con người”. Việc giao cho Tòa án quyết định áp dụng biện pháp đưa vào trường giáo dưỡng đã phù hợp hơn với tinh thần cải cách tư pháp. Tuy nhiên, sẽ là công khai hơn, dân chủ hơn nếu pháp luật thừa nhận quyền khởi kiện đối với quyết định áp dụng biện pháp đưa vào trường giáo dưỡng của người bị áp dụng biện pháp này. Đây là vấn đề không đơn giản vì “đụng chạm” đến nhiều văn bản luật có liên quan.

Hiện nay, Luật Tổ chức TAND năm 2014 đã được thông qua nên việc sửa đổi Luật TTHC năm 2010 trở thành vấn đề tất yếu. Theo chúng tôi, khi sửa đổi Luật TTHC năm 2010 thì vấn đề thừa nhận quyền khởi kiện đối với quyết định áp dụng biện pháp đưa vào trường giáo dưỡng cần được cân nhắc kỹ lưỡng. Một khi Luật TTHC thừa nhận quyền khởi kiện đối với quyết định áp dụng biện pháp đưa vào trường giáo dưỡng thì Pháp lệnh Trình tự, thủ tục, xem xét, quyết định áp dụng các biện pháp xử lý hành chính tại TAND năm 2014 cũng cần phải có những điều chỉnh cho phù hợp với tinh thần của Luật TTHC.

Cuối cùng, như đã trình bày, quy định Hiệu trưởng trường giáo dưỡng đề nghị TAND cấp huyện áp dụng biện pháp đưa vào cơ sở giáo dục bắt buộc tại Điều 132 Luật XLVPHC là không phù hợp với Điều 102 Luật XLVPHC. Do đó, cần sửa đổi Điều 132 Luật XLVPHC theo hướng vận dụng tinh thần Điều 118 Luật XLVPHC: “Hiệu trưởng Trường giáo dưỡng tiến hành lập hồ sơ đề nghị đưa vào cơ sở giáo dục bắt buộc trên cơ sở hồ sơ hiện có và các tài liệu liên quan mới, chuyển đến Trưởng Công an cấp huyện nơi có trường giáo dưỡng. Trưởng Công an cấp huyện có trách nhiệm lấy ý kiến của Trưởng phòng Tư pháp về tính pháp lý của hồ sơ trước khi xem xét, gửi hồ sơ đề nghị TAND nơi có trường giáo dưỡng quyết định biện pháp đưa vào cơ sở giáo dục bắt buộc”. Quy định này sẽ tạo ra sự nhất quán trong các quy định của Luật XLVPHC bởi thẩm quyền đề nghị TAND cấp huyện áp dụng biện pháp đưa vào cơ sở giáo dục bắt buộc chỉ nên thuộc về Trưởng Công an cấp huyện. Công an cấp huyện đề nghị, đồng thời cơ quan này cũng sẽ tổ chức thi hành quyết định đưa người phải chấp hành quyết định vào trường giáo dưỡng theo đúng Điều 110 Luật XLVPHC ■

6 Nguyễn Cửu Việt (2013), *Giáo trình Luật Hành chính Việt Nam*, Nxb. Chính trị Quốc gia, Hà Nội, tr. 487.

BÀN VỀ MỘT SỐ VẤN ĐỀ CỦA LUẬT TRƯNG CẦU Ý DÂN

ĐẶNG MINH TUẤN*

Trong quá trình xây dựng Luật Trưng cầu ý dân (TCYD), Hội Luật gia Việt Nam (Ban soạn thảo), Ủy ban Pháp luật của Quốc hội (Cơ quan thẩm tra), các cơ quan, đại biểu Quốc hội và các chuyên gia, nhà nghiên cứu còn có nhiều ý kiến khác nhau về một số vấn đề được quy định trong Dự thảo Luật TCYD (Dự thảo). Bài viết này phân tích, đánh giá một số vấn đề trên, từ đó đề xuất hoàn thiện Dự thảo.

1. Những vấn đề trưng cầu ý dân

Mặc dù Dự thảo quy định mang tính khái quát, nhưng vẫn có quan điểm đề nghị cần phải liệt kê cụ thể các vấn đề TCYD.

Theo chúng tôi, việc liệt kê các vấn đề TCYD thường chỉ đặt trong các cuộc TCYD mang tính bắt buộc. Trong cuộc TCYD tùy nghi (theo đề xuất) thì vấn đề TCYD rất đa dạng, có thể là bất cứ vấn đề nào không thuộc các vấn đề bị hạn chế TCYD. Luật TCYD các nước cũng thường chỉ quy định khái quát, không liệt kê các vấn đề trong TCYD tùy nghi.

Theo Hiến pháp năm 2013, không có vấn đề nào bắt buộc phải đưa ra TCYD, mà việc tổ chức TCYD do Quốc hội quyết định. Việc liệt kê có thể sẽ không đầy đủ và cũng không đóng vai trò nâng cao hơn tính khả thi

của TCYD, bởi vì trong mọi trường hợp, việc có tổ chức TCYD hay không vẫn thuộc thẩm quyền quyết định của Quốc hội.

Các vấn đề đưa ra TCYD là những vấn đề về Hiến pháp và những vấn đề quan trọng khác. Hiến pháp năm 2013 không có quy định giới hạn các vấn đề đưa ra TCYD. Về nguyên tắc, Quốc hội có thể quyết định đưa ra TCYD về bất kỳ vấn đề quan trọng nào (không chỉ những vấn đề thuộc thẩm quyền của Quốc hội).

Luật không quy định chi tiết các vấn đề TCYD, nhưng có thể quy định một số vấn đề không đưa ra TCYD¹. Tuy nhiên, trong trường hợp luật không giới hạn các vấn đề đưa ra TCYD cũng khó có khả năng dẫn đến tình trạng lạm dụng TCYD ở nước ta, bởi vì Quốc hội là cơ quan duy nhất có thẩm quyền quyết định TCYD².

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

- 1 PGS.TS. Nguyễn Cảnh Hợp, TCYD về cái gì và theo hình thức nào, tham luận tại Hội thảo góp ý Dự thảo Luật TCYD, do Văn phòng Chính phủ phối hợp với GIZ tổ chức ngày 23/4/2015 tại TP. Hồ Chí Minh; Báo cáo đánh giá tác động của Dự án Luật TCYD của Hội Luật gia Việt Nam.
- 2 Theo kinh nghiệm thế giới, việc trao cho Quốc hội có quyền quyết định hoặc phê chuẩn đề xuất TCYD nhằm mục tiêu bảo đảm rằng các cuộc TCYD không bị lạm dụng bởi nhà cầm quyền. Việc trao quyền quyết định TCYD cho người đứng đầu hành pháp mà không có sự phê chuẩn của cơ quan lập pháp có nguy cơ dẫn đến sự lạm dụng TCYD vì những mục tiêu chính trị thiếu số thay vì đa số.

2. Phạm vi trung cầu ý dân

Dự thảo chỉ quy định TCYD cấp quốc gia. Tuy vậy, chúng tôi ủng hộ phương án quy định TCYD cấp địa phương (cấp tỉnh). Theo ý kiến của một số chuyên gia³, việc bổ sung TCYD cấp địa phương là rất phù hợp và cần thiết ở nước ta xuất phát từ những lý do cơ bản sau đây:

- Địa phương không tách rời với lãnh thổ cả nước, mỗi địa phương trước hết phải dân chủ thì cả nước mới dân chủ;

- Dân chủ ở địa phương mới là dân chủ trực tiếp nhất và rõ ràng nhất;

- TCYD ở địa phương bảo đảm tính hài hòa chính sách chung của trung ương và chính sách cá biệt, đặc thù ở địa phương;

- Những vấn đề chỉ phát sinh hoặc chỉ liên quan trực tiếp đến một hoặc một vài địa phương thì cần tổ chức TCYD ở địa phương;

- Việc tổ chức TCYD ở cấp địa phương là phù hợp cho việc phát triển chính quyền địa phương nước ta theo mô hình phân quyền, tự quản.

Rõ ràng, người dân địa phương cần được hưởng quyền trực tiếp quyết định các vấn đề quan trọng của địa phương thông qua các cuộc TCYD. Có những vấn đề lớn của địa phương chưa cần thiết đưa ra TCYD ở cấp quốc gia, nhưng có thể lại rất cấp thiết phải đưa ra nhân dân biểu quyết ở địa phương. Báo cáo khảo sát về TCYD của Hội Luật gia Việt Nam chỉ ra rằng, đại đa số luật gia và người dân được hỏi đều khẳng định sự cần thiết tổ chức TCYD cả ở hai cấp toàn quốc và địa phương (71,4% luật gia và 85,4% người dân được hỏi). Bên cạnh đó, Báo cáo đánh giá tác động của Dự án Luật TCYD của

Ban soạn thảo cũng chỉ ra những tác động tích cực của TCYD cấp địa phương.

Xét về hiệu quả, TCYD cấp địa phương ít tốn kém hơn TCYD cấp quốc gia. Ở quy mô nhỏ, nhân dân quan tâm và hiểu rõ các vấn đề của địa phương đưa ra TCYD, do đó trung cầu ở địa phương có tính thực thi cao⁴. Trên thực tế, người dân địa phương cũng đã đóng vai trò tích cực trong việc thực hiện các hình thức dân chủ trực tiếp theo Quy chế dân chủ cơ sở, do vậy việc tổ chức TCYD ở địa phương đảm bảo tính khả thi và sát với thực tế. Việc tổ chức TCYD ở cấp địa phương cũng có thể coi là một phép thử để tổ chức TCYD cấp quốc gia.

TCYD ở địa phương chỉ nên tổ chức ở cấp tỉnh, vì đây là cấp địa phương cao nhất, gắn kết các cấp chính quyền địa phương với trung ương, có cơ cấu tổ chức và năng lực quản lý phù hợp để tổ chức TCYD ở địa phương. Được tổ chức ở cấp tỉnh, các cuộc TCYD được giám sát trực tiếp bởi các cơ quan nhà nước ở trung ương.

Về thẩm quyền, TCYD địa phương do Hội đồng nhân dân (HĐND) tỉnh quyết định. Việc trao quyền quyết định trung cầu ý dân cho HĐND quyết định có đầy đủ cơ sở của Hiến pháp năm 2013⁵. Cụ thể, các vấn đề đưa ra TCYD thuộc thẩm quyền của Quốc hội cần được hiểu là các vấn đề ở tầm quốc gia. Trong khi đó, Hiến pháp năm 2013 quy định HĐND có quyền quyết định các vấn đề của địa phương; trong trường hợp cần thiết, chính quyền địa phương được trao thực hiện một số nhiệm vụ của cơ quan nhà nước cấp trên. Do vậy, quyết định về TCYD địa phương về những vấn đề quan trọng của địa phương thuộc thẩm quyền của HĐND.

3 ThS. Nguyễn Thị Thiện Trí, Phạm vi TCYD, tham luận tại Hội thảo góp ý Dự thảo Luật TCYD, do Văn phòng Chính phủ phối hợp với GIZ tổ chức ngày 23/4/2015 tại TP. Hồ Chí Minh.

4 LS. Nguyễn Văn Hậu, Góp ý Dự thảo Luật TCYD, tham luận tại Hội thảo góp ý Dự thảo Luật TCYD, do Văn phòng Chính phủ phối hợp với GIZ tổ chức ngày 23/4/2015 tại TP. Hồ Chí Minh.

5 Có quan điểm cho rằng việc trao cho chính quyền địa phương quyết định tổ chức TCYD ở địa phương là không hợp hiến, bởi vì Hiến pháp năm 2013 chỉ quy định Quốc hội quyết định TCYD.

Trên thế giới, rất nhiều nước tổ chức TCYD cấp địa phương. Trong thực tiễn, các cuộc TCYD cấp địa phương được sử dụng phổ biến hơn nhiều so với các cuộc TCYD cấp quốc gia⁶. Ngoài luật TCYD cấp quốc gia, nhiều nước còn ban hành luật TCYD cấp địa phương.

3. Chủ thể có quyền đề nghị trưng cầu ý dân

Hiện nay, đang có những ý kiến khác nhau về việc mở rộng hay giới hạn các chủ thể có quyền đề xuất TCYD. Theo chúng tôi, Luật TCYD nên mở rộng phạm vi các chủ thể có quyền đề xuất TCYD xuất phát từ những lý do cơ bản sau:

- Nâng tính khả thi của Luật TCYD.

Tất cả các cuộc TCYD chỉ được đặt ra khi có đề xuất TCYD. Càng mở rộng các chủ thể có quyền đề xuất TCYD càng tạo cơ hội cao hơn cho việc tổ chức các cuộc TCYD. Điều này càng trở nên tối cần thiết khi Quốc hội là cơ quan duy nhất có quyền quyết định TCYD. Ở nhiều quốc gia khác, không chỉ Quốc hội, mà các chủ thể khác (cơ quan hành pháp) cũng có quyền quyết định TCYD.

- Quốc hội là cơ quan duy nhất có thẩm quyền quyết định tổ chức TCYD.

Quốc hội là cơ quan quyết định tổ chức TCYD, do vậy mọi đề xuất đều phải trình lên Quốc hội. Quy định này có ưu điểm là đảm bảo sự kiểm soát các đề xuất TCYD, tức là đảm bảo không để tổ chức, cá nhân có thể lạm dụng các TCYD với mục đích chính trị cá nhân, thiếu dân chủ hoặc không cần thiết.

- Việc mở rộng các chủ thể có quyền đề xuất TCYD không trái với Luật Tổ chức Quốc hội, mà chỉ là sự bổ sung các quy định ở tầm luật. Điều này hoàn toàn có cơ sở pháp lý bởi Luật TCYD là luật chuyên ngành, có thể có những quy định bổ sung trong mối quan hệ với Luật Tổ chức Quốc hội.

Nhiều luật gia được hỏi đều ủng hộ sự cần thiết mở rộng chủ thể được đề xuất TCYD⁷.

Xem xét cụ thể Dự thảo, ngoài các chủ thể bao gồm Ủy ban thường vụ Quốc hội (UBTVQH), Chủ tịch nước, Chính phủ hoặc ít nhất một phần ba tổng số đại biểu Quốc hội có quyền đề nghị TCYD, phương án 02 của Dự thảo đề xuất bổ sung thêm Thủ tướng Chính phủ và Đoàn Chủ tịch Ủy ban trung ương Mặt trận Tổ quốc Việt Nam có quyền đề xuất TCYD. Về vấn đề này, chúng tôi có ý kiến như sau: i) Thủ tướng Chính phủ là người đứng đầu Chính phủ, chỉ có thẩm quyền lãnh đạo, điều hành Chính phủ - cơ quan hành pháp. Với vai trò là cơ quan hoạch định chính sách, Chính phủ mới có thẩm quyền đề xuất TCYD. Hơn nữa, khi đã trao quyền cho Chính phủ thì cũng không nên trao quyền cho Thủ tướng Chính phủ, vì sẽ không hợp lý khi Chính phủ và người đứng đầu Chính phủ lại có những quyền hạn như nhau. Xét kinh nghiệm nước ngoài, các nước thường chỉ trao quyền cho Chính phủ trong việc đề xuất TCYD; Thủ tướng có thể thay mặt Chính phủ ký trình đề xuất TCYD; ii) việc trao quyền đề xuất TCYD cho Đoàn Chủ tịch Ủy ban trung ương Mặt trận Tổ quốc Việt Nam là phù hợp với vị trí, vai trò của Mặt trận Tổ quốc. Mặt trận Tổ quốc Việt Nam là cơ sở chính trị của chính quyền nhân dân; đại diện, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp, chính đáng của nhân dân; tập hợp, phát huy sức mạnh đại đoàn kết toàn dân tộc, thực hiện dân chủ, tăng cường đồng thuận xã hội; giám sát, phản biện xã hội; tham gia xây dựng Đảng, Nhà nước, hoạt động đối ngoại nhân dân góp phần xây dựng và bảo vệ Tổ quốc (khoản 1 Điều 9 Hiến pháp năm 2013). Quy định này càng trở nên cần thiết khi Dự thảo không quy định trao quyền đề xuất TCYD cho nhân dân - một phương thức được sử dụng ở nhiều quốc gia

6 ThS. Nguyễn Thị Thiện Trí, Tlđđ.

7 Báo cáo khảo sát về TCYD của Hội Luật gia Việt Nam.

trên thế giới. Theo Báo cáo khảo sát về TCYD của Hội Luật gia Việt Nam, tỷ lệ ủng hộ trao quyền đề xuất TCYD cho Mặt trận Tổ quốc Việt Nam của các luật gia cũng rất cao (74,6% chi hội luật gia các tỉnh, thành phố).

Bên cạnh các chủ thể được đề xuất trong Dự thảo, cần cân nhắc mở rộng trao quyền đề xuất TCYD cho một số chủ thể khác như Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban của Quốc hội, các chính quyền địa phương và các công dân.

Trên thế giới, mặc dù ít phổ biến so với quy định đề xuất của công quyền, pháp luật nhiều quốc gia trao cho các công dân quyền đề xuất TCYD, được chia thành hai loại: TCYD theo đề xuất (đề xuất bãi bỏ hoặc sửa đổi một văn bản đã được thông qua bởi cơ quan nhà nước) và sáng kiến công dân (đề xuất một văn bản chưa được thông qua bởi bất kỳ cơ quan nào). Cả hai trường hợp trên đều dẫn đến một cuộc TCYD mà không cần phải đợi quyết định cho phép của công quyền, ngoại trừ một số trường hợp đặt ra đối với sáng kiến công dân. Để thực hiện được quyền đề xuất, công dân cần thu thập được một lượng chữ ký ủng hộ nhất định của cử tri về vấn đề đưa ra TCYD.

Quy định này thể hiện tính dân chủ rất cao (dân chủ từ dưới lên), có vai trò thúc đẩy việc tổ chức các cuộc TCYD. Kinh nghiệm thế giới cho thấy, quy định chỉ trao quyền đề xuất TCYD cho các cơ quan nhà nước sẽ dẫn đến nguy cơ các cuộc TCYD rất khó diễn ra hoặc diễn ra vì những mục đích chính trị cá nhân hoặc thiếu dân chủ.

Ở nước ta, TCYD phải do Quốc hội quyết định. Do vậy, nếu được quy định, đề xuất công dân ở nước ta sẽ không đương nhiên dẫn đến một cuộc TCYD như ở các nước khác, mà vẫn phải được sự phê chuẩn của Quốc hội. Điều này cũng có ưu điểm ở khía cạnh kiểm soát các đề xuất công dân, không để tình trạng phải tổ chức quá nhiều các cuộc trưng cầu ý dân theo đề xuất công dân.

Theo Báo cáo khảo sát về TCYD của Hội Luật gia Việt Nam, đại đa số ý kiến được

hỏi đều cho rằng, Luật TCYD nên quy định cho phép công dân có quyền đưa ra kiến nghị trước Quốc hội về TCYD.

4. Cơ quan, tổ chức phụ trách trưng cầu ý dân

Theo chúng tôi, tổ chức TCYD là một công việc đặc biệt hệ trọng, phức tạp và cần rất nhiều công sức, nên việc thành lập Ủy ban TCYD trung ương để giúp UBNDTVQH tổ chức TCYD và chấm dứt hoạt động sau khi hoàn thành nhiệm vụ là phương án phù hợp. Về nội dung, một cuộc TCYD là công việc phúc quyết toàn dân về một vấn đề liên quan đến Hiến pháp và các vấn đề quan trọng khác của quốc gia. Về mặt thủ tục, TCYD khá giống một bầu cử đại biểu dân cử, nên cũng cần bộ máy chuyên nghiệp đứng ra tổ chức. Do vậy, việc thành lập hoặc phân công cơ quan giúp việc trong tổ chức TCYD chưa thực sự đáp ứng được các yêu cầu trên.

Cũng chính từ sự phức tạp của các cuộc TCYD, cũng như sự tương đồng của thủ tục TCYD và bầu cử, nên nhiều nước đã trao cho các cơ quan quản lý bầu cử (ở nước ta là Hội đồng bầu cử quốc gia và các cơ quan phụ trách bầu cử) quyền tổ chức các cuộc TCYD. Tuy nhiên, Hiến pháp chỉ quy định trách nhiệm của Hội đồng bầu cử quốc gia trong việc tổ chức các cuộc bầu cử. Do đó, UBNDTVQH cần thành lập Ủy ban TCYD trung ương để trực tiếp giúp UBNDTVQH tổ chức TCYD.

5. Kết quả trưng cầu ý dân

Việc công nhận kết quả TCYD thường dựa trên 02 yếu tố: tỷ lệ cử tri tham gia bỏ phiếu và tỷ lệ cử tri tán thành với nội dung TCYD.

Về tỷ lệ cử tri tham gia bỏ phiếu, chỉ một số ít nước quy định đây là điều kiện cần để công nhận kết quả bầu cử; hầu hết các nước không đưa ra quy định về số cử tri cần thiết tham gia bỏ phiếu như là một điều kiện để công nhận kết quả TCYD và các khuyến nghị gần đây của nhiều nước cũng nêu ra rằng, không nên quy định số cử tri cần thiết trong pháp luật về TCYD. Dự thảo Luật

TCYD quy định cần phải có ít nhất trên 50% tổng số cử tri tham gia bỏ phiếu (phương án 01). Tuy nhiên, rất hiếm nước quy định tỷ lệ cử tri bắt buộc tham gia bỏ phiếu quá cao, ngay cả đối với các cuộc TCYD sửa đổi Hiến pháp (phương án số 02). Mặc dù tỷ lệ đi bỏ phiếu ở nước ta thường rất cao (trên thực tế), nhưng rõ ràng tỷ lệ bắt buộc theo phương án này là không có thông lệ quốc tế.

Về tỷ lệ cử tri tán thành, chúng tôi cho rằng, phương án TCYD được quá nửa số phiếu hợp lệ tán thành được công bố để thi hành đã là một tỷ lệ cao, không thể cao hơn nữa. Về lý thuyết, đây là tỷ lệ chiếm *đa số tuyệt đối* (trên 50% tổng số cử tri đi bỏ phiếu). Trong tương quan so sánh, tỷ lệ tán thành theo phương án này của Dự thảo ở nước ta là cao hơn so với tỷ lệ được quy định trong pháp luật các nước khác. Thực vậy, các quốc gia thường quy định phương án được lựa chọn là phương án được *đa số tương đối* cử tri bỏ phiếu tán thành và chiếm tỷ lệ 1/4, 1/3 hoặc 40% tổng số cử tri bỏ phiếu. Ví dụ, một phương án đưa ra được 45% tỷ lệ tán thành; 40% tỷ lệ phản đối; 15% phiếu trắng (hoặc không hợp lệ) thì theo kết quả này, phương án được 45% có giá trị thi hành bởi đây là phương án chiếm *đa số tương đối*, đồng thời tỷ lệ này cũng chiếm trên 40% tổng số cử tri.

Ngay cả đối với các vấn đề Hiến pháp thì theo pháp luật các nước, tỷ lệ tán thành cao cũng chỉ cần chiếm trên 50% tổng số cử tri (*đa số tuyệt đối*). Về nguyên tắc, nếu có quá bán cử tri bỏ phiếu ủng hộ thì phương án được lựa chọn phải được áp dụng. Trường hợp quy định tỷ lệ ủng hộ cao hơn (như 2/3 tỷ lệ ủng hộ) rất ít được áp dụng, ngay cả đối với các vấn đề Hiến pháp hoặc các vấn đề đặc biệt quan trọng của quốc gia.

Ủy ban Pháp luật cũng cho rằng⁸, quy định tỷ lệ tham gia và tán thành của cử tri quá cao (quá 2/3) đối với một vấn đề đưa ra

TCYD thì không khả thi; thậm chí nếu tổ chức không tốt có thể dẫn đến tình trạng thúc ép cử tri đi bỏ phiếu hoặc cử tri đi bầu hộ, bầu thay và như vậy, sẽ làm giảm sút ý nghĩa của việc TCYD với tư cách là một hình thức dân chủ trực tiếp. Mặt khác, đối với Hiến pháp thì quy trình sửa đổi, bổ sung Hiến pháp được quy định rất chặt chẽ, theo đó, phải 2/3 tổng số đại biểu Quốc hội biểu quyết tán thành thì Hiến pháp mới được thông qua; sau khi Hiến pháp được thông qua thì Quốc hội mới tổ chức TCYD. Do đó, Ủy ban Pháp luật tán thành với việc quy định như đã thể hiện tại Phương án 01.

Tóm lại, chúng tôi ủng hộ phương án quy định tỷ lệ cử tri tham gia bỏ phiếu theo phương án 01 (trên 50%); quy định phương án TCYD được *đa số phiếu hợp lệ* tán thành được công bố có giá trị thi hành (*đa số tương đối*). Trong trường hợp các nhà lập pháp thấy rằng, cần phải nâng tỷ lệ cử tri tán thành thì có thể lựa chọn theo phương án 01. Trong khi đó, phương án 02 không có cơ sở, xét ở phương diện lý luận, thực tiễn cũng như kinh nghiệm quốc tế.

6. Giải quyết khiếu nại về kết quả trưng cầu ý dân

Theo quy định của Dự thảo, nhiều cơ quan tham gia giải quyết khiếu nại, tố cáo về những nội dung khác nhau trong các giai đoạn khác nhau, cụ thể như sau:

- Tòa án nhân dân giải quyết đối với khiếu nại về danh sách cử tri;

- UBND giải quyết khiếu nại về kết quả TCYD. Kết quả giải quyết khiếu nại của UBND là kết quả cuối cùng;

- Ủy ban nhân dân (UBND) các cấp giải quyết khiếu nại, tố cáo, giải đáp các thắc mắc của cử tri và xử lý vi phạm pháp luật trong quá trình tổ chức TCYD;

- Tổ TCYD giải quyết khiếu nại, tố cáo của cử tri; báo cáo UBND cấp xã hoặc UBND cấp huyện nơi trực tiếp thành lập ra

8 Ủy ban Pháp luật của Quốc hội, Báo cáo Thẩm tra dự án Luật TCYD, số 3129/BC-UBPL13, ngày 20/5/2015.

mình về các khiếu nại, tố cáo của cử tri không thuộc thẩm quyền giải quyết của mình.

Việc trao quyền giải quyết khiếu nại TCYD cho các cơ quan lãnh đạo, quản lý TCYD (UBTVQH, UBND các cấp, Tổ TCYD) là phù hợp. Theo cơ chế này, Tổ TCYD là cấp thấp nhất giải quyết khiếu nại, tố cáo của cử tri, trong khi giải quyết khiếu nại của UBTVQH là kết quả cuối cùng. Tuy vậy, pháp luật không quy định rõ hiệu lực kết quả giải quyết khiếu nại của UBND các cấp; cấp nào có thẩm quyền xem xét khiếu nại của UBND các cấp.

Cơ chế giải quyết khiếu nại trong hệ thống các cơ quan lãnh đạo, quản lý bầu cử đóng vai trò quan trọng trong việc lãnh đạo, quản lý thống nhất cuộc bầu cử. Tuy nhiên, nếu quy trình giải quyết khiếu nại bị giới hạn trong hệ thống các cơ quan phụ trách TCYD thì việc giải quyết chưa đảm bảo được tính minh bạch, khách quan. Bên cạnh cơ chế giải quyết khiếu nại mang tính “nội bộ” của các cơ quan phụ trách TCYD, cần phải có một thiết chế tài phán độc lập, có khả năng đảm bảo tính khách quan, minh bạch, công bằng trong việc giải quyết khiếu nại. Việc trao thẩm quyền giải quyết khiếu nại cuối cùng cho UBTVQH không đảm bảo được yêu cầu này. Hơn nữa, khoảng trống đặt ra đối với việc giải quyết các khiếu nại về UBTVQH. Ở những nước có Hội đồng bầu cử quốc gia độc lập thì cơ quan này thường đóng vai trò giải quyết khiếu nại. Tuy vậy, Hội đồng bầu cử quốc gia ở nước ta lại chỉ được Hiến pháp trao quyền tổ chức, lãnh đạo các cuộc bầu cử, nên không có thẩm quyền trong lĩnh vực TCYD, kể cả việc giải quyết khiếu nại về TCYD.

Cơ chế phổ biến nhất trên thế giới vẫn là cơ chế giải quyết thông qua các tòa án (Tòa án hiến pháp, Tòa án hành chính). Ở nước ta, theo Luật Tổ tụng hành chính, Tòa hành chính chỉ có quyền giải quyết khiếu kiện về danh sách cử tri bầu của đại biểu Quốc hội, danh sách cử tri bầu cử đại biểu HĐND, danh sách cử tri bỏ phiếu TCYD. Như vậy, theo pháp luật hiện hành, Tòa hành chính

không có thẩm quyền giải quyết các khiếu kiện khác về TCYD (như về câu hỏi TCYD, thiết kế câu hỏi, thủ tục TCYD và kết quả TCYD). Sự trao quyền cho tòa án trong việc giải quyết khiếu kiện về TCYD (cũng như về bầu cử) là yêu cầu cơ bản của nhà nước pháp quyền và dân chủ. Về mặt pháp lý, Luật Tổ tụng hành chính phải mở rộng thẩm quyền giải quyết của Tòa hành chính; Dự thảo Luật TCYD cùng Luật Bầu cử đại biểu Quốc hội và đại biểu HĐND cũng cần phải có những điều chỉnh, bổ sung cơ chế giải quyết tư pháp đối với hoạt động TCYD và bầu cử.

Bên cạnh việc cân nhắc trao quyền giải quyết khiếu kiện cho Tòa hành chính thì cũng cần phải rà soát lại toàn bộ các quy định về giải quyết khiếu nại hiện nay theo Dự thảo. Theo chúng tôi, các quy định về thẩm quyền, quy trình, kết quả giải quyết khiếu nại trong Dự thảo còn chưa rõ ràng.

Về thẩm quyền, theo quy định của khoản 10 Điều 20 Dự thảo, UBTVQH giải quyết khiếu nại về kết quả TCYD. Tuy nhiên, Điều 49, 50 Dự thảo lại quy định một cách gián tiếp UBTVQH có quyền giải quyết khiếu nại về các vấn đề khác. Theo chúng tôi, Dự thảo cần bổ sung rõ ràng thẩm quyền giải quyết của UBTVQH: giải quyết khiếu nại về kết quả TCYD; giải quyết các khiếu nại đã được giải quyết bởi các cấp dưới (UBND các cấp, Tổ phụ trách TCYD) được chuyển lên UBTVQH. Các thẩm quyền giải quyết khiếu nại của UBND các cấp cũng cần được quy định rõ hơn nhằm mục tiêu phân định thẩm quyền giải quyết của UBND các cấp và Tổ phụ trách TCYD.

Nội dung khiếu nại (như về kiểm phiếu, câu hỏi TCYD, thiết kế câu hỏi, thủ tục TCYD và kết quả TCYD...) cũng cần được xác định rõ hơn đối với từng loại vụ việc và từng cấp có thẩm quyền xử lý.

Quy trình, thủ tục giải quyết khiếu nại ở từng cấp hay trong mối quan hệ giữa các cấp cũng chưa được quy định cụ thể trong Dự thảo. Tương tự, quy trình giải quyết khiếu nại chung cần được quy định trong mối quan hệ

giải quyết khiếu nại từ Tổ phụ trách TCYD, UBND các cấp cho đến UBND và Tòa án.

Dự thảo cũng nên có chương riêng về giải quyết khiếu nại, khiếu kiện về TCYD, trong đó quy định về trình tự, thủ tục khiếu nại, tố cáo, khiếu kiện, chủ thể, thẩm quyền giải quyết khiếu nại, tố cáo, khiếu kiện về TCYD. Quy định về giám sát (Điều 9 Dự thảo) cũng cần được đưa vào chương này. Tuy nhiên, việc liệt kê các chủ thể giám sát theo Điều 9 là không đầy đủ, bởi nhiều cơ quan nhà nước khác (như Chính phủ, UBND các cấp, các tổ TCYD, Tòa án) cũng thực hiện quyền giám sát⁹ TCYD.

Ngoài ra, Luật Bầu cử đại biểu Quốc hội và đại biểu HĐND cũng cần được sử dụng tham chiếu, bởi quy trình, thủ tục TCYD có rất nhiều điểm tương đồng với quy trình, thủ tục bầu cử¹⁰.

7. Những trường hợp không tổ chức trưng cầu ý dân

Theo chúng tôi, việc quy định các trường hợp không tổ chức TCYD như trong Dự thảo là cần thiết. Trong trường hợp không tổ chức TCYD về cùng một vấn đề trong một khoảng thời gian nhất định là nhằm bảo đảm việc tổ chức thực hiện kết quả TCYD. Pháp luật một số nước cũng có quy định tương tự. Trong thời gian có chiến tranh hoặc có ban bố tình trạng khẩn cấp thì không tổ chức TCYD, bởi bối cảnh, điều kiện đó không cho phép đảm bảo các điều kiện, nguyên tắc cơ bản của một cuộc TCYD theo quy định trong Luật TCYD.

Tuy nhiên, vấn đề không tổ chức TCYD trong thời hạn 24 tháng cần được cân nhắc điều chỉnh theo hướng giảm xuống 06 hoặc 12 tháng. Quy định giảm thời hạn cho phép người dân có quyền quyết định lại về một vấn đề trong khoảng thời gian không quá lớn. Các nước cũng thường chỉ quy định thời hạn không tổ chức TCYD về cùng một vấn đề trong khoảng thời gian từ 06-12 tháng.

8. Hiệu lực của kết quả trưng cầu ý dân

Theo Ban soạn thảo, Dự thảo xác định hiệu lực của kết quả TCYD có giá trị quyết định, vì trong hệ thống các quy định của pháp luật Việt Nam đã có các quy định về việc lấy ý kiến nhân dân để tham khảo.

Theo chúng tôi, Luật TCYD cần bổ sung quy định về giá trị tham khảo của TCYD. Mặc dù hình thức này không có giá trị mạnh mẽ như TCYD có giá trị bắt buộc, nhưng nó vẫn có nhiều giá trị, đặc biệt trong bối cảnh ở Việt Nam. TCYD có giá trị tham khảo không bắt buộc các cơ quan công quyền phải thực thi kết quả TCYD. Việc không ràng buộc trách nhiệm của chính quyền trong việc thực thi có thể khuyến khích các cơ quan nhà nước tổ chức các cuộc TCYD để tham khảo người dân trước khi đưa ra quyết định chính thức. Điều này là cần thiết trong lần đầu tiên nước ta có Luật TCYD, bởi vì TCYD có giá trị tham khảo có thể là một bước thử cho việc tổ chức TCYD có giá trị bắt buộc. Nói cách khác, việc quy định thêm TCYD tham khảo có thể nâng cao khả năng thực thi của Luật TCYD sau khi Luật này có hiệu lực.

Một số nước cũng đã quy định TCYD tham khảo và cũng đem lại những kết quả nhất định. Trên thực tế, mặc dù kết quả TCYD là tham khảo, nhưng các cơ quan công quyền hầu hết đều lắng nghe theo ý chí của đa số trong kết quả TCYD. Việc các cơ quan công quyền có thể thực hiện toàn bộ hoặc một phần kết quả TCYD cũng tạo sự linh hoạt của hình thức TCYD này. TCYD tham khảo có giá trị hơn rất nhiều so với hình thức lấy ý kiến nhân dân, bởi về bản chất toàn dân có quyền tham gia bỏ phiếu về một vấn đề đưa ra TCYD. Đối với việc lấy ý kiến nhân dân, chỉ một lượng nhỏ các ý kiến được tham vấn, và do vậy kết quả không phản ánh chủ quyền nhân dân một cách trực tiếp và đầy đủ nhất ■

9 Khái niệm giám sát cần được hiểu là cơ chế kiểm tra tính hợp hiến, hợp pháp của các hoạt động TCYD.

10 TS. Đặng Quang Phương, Một số ý kiến về Dự thảo Luật TCYD, tham luận tại Hội thảo góp ý Dự thảo Luật TCYD, do Văn phòng Chính phủ phối hợp với GIZ tổ chức ngày 23/4/2015 tại TP. Hồ Chí Minh.

Bàn thêm về quy định liên quan đến tài sản trong Dự thảo sửa đổi Bộ luật Dân sự năm 2005

ĐỖ VĂN ĐẠI *

NGUYỄN NHẬT THANH**

Pháp luật dân sự của Việt Nam cũng như của các nước luôn có những quy định về tài sản (chế định tài sản). Trong Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2005 của chúng ta, các quy định về tài sản (khái niệm cũng như các quyền trên hay đối với tài sản) chiếm một số lượng đáng kể. Hiện nay, chúng ta đang tiến hành sửa đổi BLDS năm 2005. Sau khi lấy ý kiến toàn dân kết thúc vào tháng 5/2015, một Dự thảo đã chuyển sang Quốc hội để tiếp tục hoàn thiện và Dự thảo mới nhất mà chúng tôi nhận được là Dự thảo được chỉnh lý vào ngày 15/8/2015 (Dự thảo). So với BLDS năm 2005 (BLDS hiện hành), Dự thảo có nhiều thay đổi liên quan đến những quy định về tài sản còn gây nhiều tranh cãi. Để có thông tin đa chiều, chúng tôi xin trao đổi về những quy định liên quan đến tài sản ở hai khía cạnh: nội dung các quy định và thuật ngữ sử dụng trong các quy định.

I. Góp ý về nội dung các quy định

1) Phân loại tài sản

Dự thảo: Theo Điều 163 BLDS năm 2005, “tài sản bao gồm vật, tiền, giấy tờ có giá và các quyền tài sản”. Về chủ đề này, Dự thảo không có thay đổi lớn với nội hàm “tài sản là vật, tiền, giấy tờ có giá và quyền tài sản. Tài sản bao gồm bất động sản và động sản. Bất động sản và động sản có thể là tài sản hiện có và tài sản hình thành trong tương lai”. Kế tiếp quy định khái quát về tài sản là một số quy định có mục đích phân loại tài sản là quy định về “Vật chính và vật phụ”

(Điều 176 BLDS hiện hành), “Vật chia được và vật không chia được” (Điều 177 BLDS hiện hành), “Vật tiêu hao và vật không tiêu hao” (Điều 178 BLDS hiện hành), “Vật cùng loại và vật đặc định” (Điều 179 BLDS hiện hành), “Vật đồng bộ” (Điều 180 BLDS hiện hành). Về cách phân loại này, Dự thảo không có sự thay đổi so với BLDS hiện hành (do trật tự số điều luật chưa ổn định nên chúng tôi không nêu cụ thể số điều luật trong Dự thảo mà chỉ nêu nội dung điều luật).

Góp ý: Chúng ta thấy tài sản không chỉ giới hạn ở “vật” và theo quy định trong

* PGS, TS. Trưởng Khoa Luật dân sự, Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.

** Giảng viên Khoa Luật dân sự, Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh

BLDS hiện hành cũng như Dự thảo, vật chỉ là một dạng tài sản bên cạnh “tiền, giấy tờ có giá, quyền tài sản”. Tuy nhiên, các quy định về phân loại trên chỉ tập trung vào một dạng tài sản là “vật”. Thực ra, cách phân loại trên không chỉ cần đối với vật mà còn có thể có ý nghĩa với tài sản không là vật. Phân loại chính phụ không chỉ giới hạn ở tài sản dưới dạng “vật”. Về khả năng “chia được” hay “không chia được” thì tài sản không là “vật” cũng có thể có tính chất này. Ví dụ như quyền tài sản hoàn toàn có thể chia được hay không chia được trong khi đó quyền tài sản không là “vật”. Khi giải quyết các tranh chấp về chia di sản là quyền sử dụng đất (là “quyền tài sản”, không là “vật”), Tòa án vẫn phải dựa vào quy định của pháp luật và hoàn cảnh cụ thể để xác định có thể chia quyền sử dụng đất thành các phần bằng nhau hay không và có trường hợp Tòa án chia thành các phần để chia nhưng có trường hợp Tòa án không chia quyền sử dụng đất (là di sản) thành các phần mà chia theo giá trị.

Trong nội tại BLDS hiện hành và Dự thảo cũng không có sự thống nhất về việc phân loại tài sản. Cụ thể, các quy định trên chỉ tập trung vào “vật” nhưng phần sau của BLDS cũng như Dự thảo lại “vượt” ra khỏi loại tài sản là vật. Chẳng hạn, theo khoản 1 Điều 380 BLDS hiện hành (vẫn được giữ nguyên trong Dự thảo), “trong trường hợp các bên cùng có nghĩa vụ về *tài sản cùng loại*

đối với nhau thì khi cùng đến hạn họ không phải thực hiện nghĩa vụ đối với nhau và nghĩa vụ được xem là chấm dứt, trừ trường hợp pháp luật có quy định khác”. Quy định này không dùng từ “vật cùng loại” mà dùng “tài sản cùng loại”. Tương tự, trong Dự thảo, khi đi vào điều chỉnh những hoàn cảnh cụ thể chúng ta có quy định về “tài sản không tiêu hao” trong khi đó quy định trên chỉ tập trung vào “vật không tiêu hao”. Ví dụ, theo Dự thảo, “tất cả những *tài sản không tiêu hao* đều có thể là đối tượng của hợp đồng mượn tài sản”. Thực ra, hướng sử dụng “tài sản không tiêu hao” (nhất là để phân biệt hợp đồng thuê, mượn tài sản với hợp đồng vay tài sản¹) có tính khái quát và là thuyết phục vì thực tế “mượn quyền sử dụng đất” rất phổ biến² trong khi đó “quyền sử dụng đất” không là “vật” mà là “quyền tài sản” (tức khái niệm tiêu hao hay không tiêu hao còn có thể áp dụng cho cả tài sản không là vật). Điều đó cũng cho thấy các quy định về phân loại tài sản là không đầy đủ khi chỉ tập trung vào “vật” như đã trình bày ở trên.

Do đó, chúng tôi đề xuất xem xét lại các quy định về phân loại tài sản ở trên. Về khả năng “chia được” hay “không chia được”, “chính” hay “phụ”, “tiêu hao” hay “không tiêu hao”, “đặc định” hay “cùng loại”, tính “đồng bộ” thì các dạng tài sản không là “vật” cũng có thể có các đặc tính này. Vì vậy, đề xuất thay từ “vật” bằng từ “tài sản” để có tính

1 Ví dụ, theo một bản án, “quan hệ pháp luật tranh chấp giữa hai bên đương sự là “Tranh chấp về hợp đồng vay tài sản”; Tòa án cấp sơ thẩm xác định quan hệ pháp luật tranh chấp là “Tranh chấp về hợp đồng mượn tài sản” là không đúng vì hai loại hợp đồng này có những điểm khác biệt căn bản như sau: - Đối tượng của hợp đồng mượn tài sản là những vật không tiêu hao; “Bên mượn” chỉ được “Bên cho mượn” giao tài sản để sử dụng (giao quyền sử dụng tài sản), và khi kết thúc hợp đồng, “Bên mượn” phải trả lại tài sản đó cho “Bên cho mượn”; - Đối tượng của hợp đồng vay tài sản là những vật tiêu hao, vật cùng loại và “Bên vay” sẽ trở thành chủ sở hữu tài sản vay kể từ thời điểm nhận được tài sản đó; khi kết thúc hợp đồng, nếu tài sản vay là tiền thì “Bên vay” sẽ phải trả lại cho “Bên cho vay” bằng tiền, nếu tài sản vay là vật thì phải trả lại bằng vật cùng loại đúng số lượng, chất lượng” (Bản án số 23/2012/DSPT ngày 10/01/2012 của Tòa án nhân dân TP. Hồ Chí Minh).

2 Sự phổ biến này đến mức Tòa án nhân dân tối cao phải có hướng dẫn về mượn quyền sử dụng đất. Ví dụ, Tòa án nhân dân tối cao đã hướng dẫn rằng « nhà ở, quyền sử dụng đất là tài sản, do vậy hợp đồng mượn nhà ở, mượn quyền sử dụng đất thuộc loại hợp đồng mượn tài sản. Khi có tranh chấp hợp đồng mượn nhà ở, mượn quyền sử dụng đất nếu có yêu cầu Tòa án giải quyết, thì Tòa án áp dụng các quy định của BLDS về hợp đồng mượn tài sản để giải quyết » (xem Giải đáp thắc mắc của Tòa án nhân dân tối cao số 19/1999/KHXX ngày 1/2/1999).

khái quát hơn trong các quy định về phân loại tài sản nêu trên.

2) Cơ sở để áp dụng quy định về “chiếm hữu không có căn cứ pháp luật”

Dự thảo: Trong BLDS năm 2005 cũng như Dự thảo, có nhiều quy định về “chiếm hữu tài sản không có căn cứ pháp luật”.

Chẳng hạn, chúng ta có quy định trong Dự thảo về thời hiệu hưởng quyền đối với “chiếm hữu, người được lợi về bất động sản không có căn cứ pháp luật” hay “chiếm hữu, người được lợi về động sản không có căn cứ pháp luật” (nội dung quy định về thời hiệu hưởng quyền này đã tồn tại ở Điều 247 BLDS hiện hành, theo đó “Người chiếm hữu, người được lợi về tài sản không có căn cứ pháp luật nhưng ngay tình, liên tục, công khai trong thời hạn mười năm đối với động sản, ba mươi năm đối với bất động sản thì trở thành chủ sở hữu tài sản đó”). Tương tự, trong Dự thảo cũng như trong BLDS hiện hành, chúng ta có riêng một Chương (trong BLDS 2005 là Chương XX còn trong Dự thảo là Chương XVIII) về “nghĩa vụ hoàn trả do chiếm hữu, sử dụng, được lợi về tài sản không có căn cứ pháp luật”.

Để làm cơ sở cho việc vận dụng các quy định về “chiếm hữu tài sản không có căn cứ pháp luật”, BLDS hiện hành đã đưa ra khái niệm thế nào là “chiếm hữu tài sản không có căn cứ pháp luật” tại Điều 183 và có Điều 189 về “Chiếm hữu không có căn cứ pháp luật”. Tuy nhiên, hai quy định này đã bị loại bỏ trong Dự thảo.

Góp ý: Dự thảo vẫn còn nhiều quy định như đã nêu ở trên về “chiếm hữu tài sản không có căn cứ pháp luật”. Để vận dụng các quy định này, chúng ta phải biết khi nào một người được xác định là “chiếm hữu tài sản không có căn cứ pháp luật”. BLDS hiện hành cũng có quy định về “chiếm hữu tài sản không có căn cứ pháp luật” và để làm cơ sở cho việc áp dụng các quy định này, BLDS hiện hành đã phải có quy định để xác định

thế nào là trường hợp “chiếm hữu tài sản không có căn cứ pháp luật”.

Cụ thể, theo BLDS hiện hành, “việc chiếm hữu tài sản không phù hợp với quy định tại Điều 183 của Bộ luật này là chiếm hữu không có căn cứ pháp luật” (Điều 189) và Điều 183 BLDS hiện hành quy định “chiếm hữu có căn cứ pháp luật là việc chiếm hữu tài sản trong các trường hợp sau đây: 1. Chủ sở hữu chiếm hữu tài sản; 2. Người được chủ sở hữu ủy quyền quản lý tài sản; 3. Người được chuyển giao quyền chiếm hữu thông qua giao dịch dân sự phù hợp với quy định của pháp luật; 4. Người phát hiện và giữ tài sản vô chủ, tài sản không xác định được ai là chủ sở hữu, tài sản bị đánh rơi, bị bỏ quên, bị chôn giấu, bị chìm đắm phù hợp với các điều kiện do pháp luật quy định; 5. Người phát hiện và giữ gia súc, gia cầm, vật nuôi dưới nước bị thất lạc phù hợp với các điều kiện do pháp luật quy định; 6. Các trường hợp khác do pháp luật quy định”.

Khi Dự thảo vẫn còn có quy định về “chiếm hữu tài sản không có căn cứ pháp luật” thì sự tồn tại của quy định về việc xác định khi nào là “chiếm hữu tài sản không có căn cứ pháp luật” vẫn cần thiết. Việc Dự thảo có nhiều quy định về “chiếm hữu tài sản không có căn cứ pháp luật” nhưng lại bỏ quy định tại Điều 183 và Điều 189 BLDS hiện hành là không thuyết phục, sẽ gây khó khăn trong việc vận dụng vì không biết xác định “chiếm hữu tài sản không có căn cứ pháp luật” như thế nào. Do đó, đề xuất khôi phục lại quy định nêu trên vào Dự thảo.

3) Đòi tài sản từ người “chiếm hữu trái pháp luật”

Dự thảo: Trong Dự thảo có một quy định mới, theo đó “Chủ sở hữu có quyền đòi lại tài sản từ người chiếm hữu trái pháp luật”.

Quy định trên không tồn tại trong BLDS năm 2005 nhưng BLDS hiện hành có nội hàm tương đồng là Điều 256, theo đó “Chủ sở hữu, người chiếm hữu hợp pháp có quyền

yêu cầu người chiếm hữu, người sử dụng tài sản, người được lợi về tài sản không có căn cứ pháp luật đối với tài sản thuộc quyền sở hữu hoặc quyền chiếm hữu hợp pháp của mình phải trả lại tài sản đó”.

Tiêu chí để chủ sở hữu được đòi tài sản theo Dự thảo là người bị đòi “chiếm hữu trái pháp luật” tài sản trong khi tiêu chí để được đòi tài sản trong BLDS hiện hành là “chiếm hữu không có căn cứ pháp luật”.

Góp ý: Quyền đòi tài sản của chủ sở hữu từ người khác (người đang chiếm hữu) sẽ kéo theo nghĩa vụ hoàn trả của người đang chiếm hữu tài sản.

Tuy nhiên, trong phần hoàn trả lại tài sản, Dự thảo lại không dùng khái niệm “chiếm hữu trái pháp luật” mà Điều đầu tiên trong Chương XVIII của Dự thảo về “nghĩa vụ hoàn trả do chiếm hữu, sử dụng, được lợi về tài sản không có căn cứ pháp luật” lại dùng cụm từ “chiếm hữu không có căn cứ pháp luật”. Cụ thể, theo điều luật này của Dự thảo, “người chiếm hữu, người sử dụng tài sản của người khác mà không có căn cứ pháp luật thì phải hoàn trả cho chủ sở hữu”. Như vậy, đối với cùng một vấn đề, Dự thảo lại sử dụng những thuật ngữ hay khái niệm khác nhau và việc này sẽ dẫn tới tình trạng không biết vận dụng như thế nào. Khi đưa ra quy định chứa đựng nội hàm “chiếm hữu trái pháp luật” như nêu trên, Dự thảo cũng không đưa ra quy định cho biết “chiếm hữu trái pháp luật” được hiểu như thế nào nên người đọc cũng không thực sự biết khi nào chủ sở hữu được đòi từ người đang chiếm hữu.

Phần trên đã phần nào cho thấy Dự thảo đã được sửa đổi theo hướng làm phức tạp thêm vấn đề, với sự xuất hiện khái niệm mới chòng chéo với khái niệm cũ (vẫn được giữ lại trong Dự thảo). Để có sự thống nhất giữa

các quy định và để ổn định pháp luật (chưa chứng minh được pháp luật cũ có bất cập và quy định mới có sự tiến bộ hơn thì nên giữ lại quy định cũ), đề xuất thay quy định về Chủ sở hữu có quyền đòi lại tài sản từ người “chiếm hữu trái pháp luật” thành quy định về Chủ sở hữu có quyền đòi lại tài sản từ người “chiếm hữu không có căn cứ pháp luật”.

4) Chủ thể chịu rủi ro đối với tài sản

Dự thảo: Trong thực tế có thể xảy ra rủi ro đối với tài sản và pháp luật về tài sản có quy định về chủ thể chịu rủi ro. Trong phần chung về tài sản, Dự thảo quy định “Chủ sở hữu phải chịu rủi ro khi tài sản bị tiêu hủy hoặc bị hư hỏng do sự kiện bất khả kháng, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc luật có quy định khác”. Đây là quy định đã tồn tại trong BLDS năm 2005 (Điều 166)³.

Khi có chuyển giao tài sản, Dự thảo quy định theo hướng tài sản chưa giao thì chủ thể chịu rủi ro vẫn là chủ sở hữu. Cụ thể, trong điều luật có tiêu đề “Thời điểm xác lập quyền sở hữu và vật quyền khác theo hợp đồng”, Dự thảo có quy định mới “Chủ sở hữu, chủ thể có vật quyền khác phải chịu rủi ro đối với tài sản trước khi tài sản được chuyển giao; bên nhận chuyển giao tài sản phải chịu rủi ro đối với tài sản kể từ thời điểm nhận chuyển giao tài sản, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác hoặc luật có quy định khác”. Thực ra, quy định về rủi ro đối với tài sản đã tồn tại trong BLDS năm 2005 trong các hợp đồng cụ thể. Chẳng hạn, theo khoản 1 Điều 440 BLDS năm 2005, “Bên bán chịu rủi ro đối với tài sản mua bán cho đến khi tài sản được giao cho bên mua, còn bên mua chịu rủi ro đối với tài sản mua bán kể từ khi nhận tài sản, nếu không có thỏa thuận khác” và quy định này được giữ lại trong Dự thảo với một chút thay đổi về thuật ngữ “bên bán chịu

3 Quy định vừa nêu không thực sự thuyết phục vì là quy định chung nhưng lại chỉ đề cập tới rủi ro “do sự kiện bất khả kháng”. Thực tế, rủi ro có thể xảy ra đối với tài sản mà không do sự kiện bất khả kháng như tài sản tự hư hỏng. Do đó, nếu có điều kiện, chúng ta nên bỏ cụm từ “do sự kiện bất khả kháng” để quy định có phạm vi điều chỉnh rộng hơn.

rủi ro đối với tài sản mua bán trước khi tài sản được chuyển giao cho bên mua, còn bên mua chịu rủi ro đối với tài sản mua bán kể từ thời điểm tài sản được chuyển giao”.

Quy định nêu ở trên (như Điều 166 cũ) cho chúng ta hiểu rằng, về nguyên tắc, chủ sở hữu chịu rủi ro và nguyên tắc này có ngoại lệ khi “có thoả thuận khác hoặc luật có quy định khác”. Thực tế, Dự thảo đã liệt kê một số ngoại lệ. Chẳng hạn, theo Dự thảo, “Bên thuê phải chịu rủi ro xảy ra đối với tài sản thuê trong thời gian chậm trả” và đây là quy định đã tồn tại trong BLDS năm 2005 (khoản 5 Điều 490). Ngoài ra, Dự thảo còn có quy định mới về chủ đề này. Cụ thể, trong phần Thực hiện nghĩa vụ dân sự mà chính xác là trong điều luật về Thực hiện nghĩa vụ giao vật, Dự thảo có quy định mới “Bên có nghĩa vụ giao vật phải bảo quản, giữ gìn vật và phải chịu rủi ro cho đến khi giao”. Đối với hợp đồng mượn tài sản, Dự thảo cũng thêm quy định mới: “Bên mượn tài sản phải gánh chịu rủi ro đối với tài sản mượn trong thời gian mượn”.

Góp ý: Luật quy định chủ sở hữu chịu rủi ro thì luật cũng có thể quy định chủ thể chịu rủi ro không là chủ sở hữu. Tuy nhiên, để được xã hội chấp nhận, quy định như vậy phải có tính thuyết phục. Dự thảo đã có quy định mang tính khái quát và dựa vào tiêu chí “chuyển giao” tài sản trong điều luật về “Thời điểm xác lập quyền sở hữu và vật quyền khác theo hợp đồng”. Quy định này quá rộng vì không cho biết “hợp đồng” ở đây là hợp đồng gì trong khi đó có hai loại hợp đồng có chuyển giao tài sản: *loại thứ nhất* là hợp đồng có chuyển giao tài sản và chuyển quyền sở hữu như hợp đồng mua bán, tặng cho, trao đổi, vay tài sản; và *loại thứ hai* là hợp đồng có chuyển giao tài sản nhưng không có mục đích chuyển quyền sở hữu như hợp đồng thuê, cho mượn, gửi giữ, cầm cố, đặt cọc, ký cược, ký quỹ tài sản. Đối với loại thứ hai này,

người nhận tài sản không nhận tài sản để trở thành chủ sở hữu tài sản nên không thể buộc họ chịu rủi ro đối với tài sản. Do đó, chúng tôi đề xuất nêu rõ tại quy định trên là phạm vi áp dụng chỉ liên quan đến hợp đồng có mục đích chuyển quyền sở hữu như hợp đồng mua bán, tặng cho, trao đổi, vay tài sản; nếu không quy định theo hướng này thì quy định trong Dự thảo có thể được hiểu là áp dụng cho cả loại hợp đồng thứ hai nêu trên (và như vậy thì rất nguy hiểm).

Đối với nghĩa vụ giao vật nêu trên mà Dự thảo buộc bên giao vật phải chịu rủi ro cho đến khi vật được giao, quy định này cũng không thuyết phục. Nghĩa vụ này tồn tại trong rất nhiều hợp đồng không có mục đích chuyển quyền sở hữu, người có nghĩa vụ giao vật có thể không là chủ sở hữu. Ví dụ, bên thuê, bên mượn, bên nhận cầm cố, nhận cọc, nhận ký cược, nhận gửi giữ tài sản đều có nghĩa vụ hoàn trả tài sản nên cũng có nghĩa vụ giao vật. Những người này không là chủ sở hữu nên chúng ta cũng không thể buộc họ phải chịu rủi ro đối với tài sản. Hơn nữa, đối với người có nghĩa vụ giao vật như bên bán, bên vay, bên trao đổi tài sản thì chúng ta đã có quy định ở trên (loại hợp đồng thứ nhất ở phần trên) nên quy định này không cần thiết nữa. Do đó, chúng tôi đề xuất bỏ hẳn quy định về rủi ro liên quan đến nghĩa vụ giao vật.

Đối với hợp đồng mượn, chúng ta thấy Dự thảo buộc bên mượn chịu rủi ro khi sử dụng tài sản. Quy định như vậy rất nguy hiểm cho bên mượn tài sản khi tài sản có rủi ro. Quy định này cũng không được ưa chuộng trên thế giới. Ở Pháp, “bên cho mượn vẫn là chủ sở hữu tài sản chịu rủi ro” và “bên mượn không phải chịu trách nhiệm đối với bên cho mượn đối với những thiệt hại gây ra cho tài sản do rủi ro”⁴. Dường như Dự thảo đã nhầm lẫn giữa rủi ro đối với tài sản (tài

4 Ph. Malaurie, L. Aynès, P-Y. Gautier, *Droit civil-Les contrats spéciaux*, Nxb. Defrénois 2007, phần số 916

sản bị thiệt hại mà không quy được trách nhiệm cho ai) và thiệt hại do người mượn gây ra (lúc này người mượn phải chịu trách nhiệm). Do đó, chúng tôi đề xuất bỏ hẳn quy định mới nêu trên về rủi ro trong hợp đồng mượn tài sản⁵.

II. Góp ý về thuật ngữ được sử dụng

1) Thuật ngữ “vật quyền”

Dự thảo: Dự thảo hiện nay có một phần (Phần hai) với tiêu đề “Quyền sở hữu và các vật quyền khác”. Với hướng này, quyền sở hữu cũng là một loại “vật quyền”, bên cạnh các quyền khác.

Dự thảo có rất nhiều quy định sử dụng từ vật quyền. Chẳng hạn, điều khoản đầu tiên của Phần này quy định “vật quyền là quyền của một chủ thể chi phối trực tiếp đối với tài sản mà không phải thông qua hành vi của chủ thể khác. Vật quyền bao gồm quyền sở hữu và các vật quyền khác theo quy định của Bộ luật này và luật khác có liên quan”.

Nếu Dự thảo có nhiều quy định dùng từ vật quyền thì thực chất nội hàm các quyền trong phần này chỉ có hai quyền mới được bổ sung trong Dự thảo là “quyền hưởng dụng” (còn gây tranh cãi vì không thấy rõ sự khác biệt với quyền sử dụng đã được ghi nhận trong BLDS hiện hành⁶) và “quyền bề mặt” (sẽ đề cập ở phần sau). Còn lại là các quyền đã được ghi nhận trong BLDS hiện hành là “quyền sở hữu” (phần quan trọng nhất của chế định tài sản), “quyền cấp, thoát nước qua bất động sản liền kề”, “Quyền về tưới nước, tiêu nước trong canh tác”, “Quyền về lối đi qua bất động sản liền kề”, “Quyền

mắc đường dây tải điện, thông tin liên lạc qua bất động sản liền kề”.

Không thống nhất: Khi quan tâm tới từ “vật quyền”, người am hiểu luật sẽ hiểu rằng đó là “quyền” đối với “vật” nhưng “vật” chỉ là một dạng tài sản bên cạnh các dạng tài sản khác là “tiền, giấy tờ có giá, quyền tài sản” vì Dự thảo quy định “tài sản là vật, tiền, giấy tờ có giá và quyền tài sản”. Tại sao, quyền này chỉ áp dụng đối với “vật” mà không áp dụng đối với các dạng tài sản khác như quyền sử dụng đất?

Trong nội tại khái niệm “vật quyền”, Dự thảo cũng có sự không thống nhất. Cụ thể, Dự thảo quy định theo hướng “vật quyền là quyền của một chủ thể chi phối trực tiếp đối với tài sản mà không phải thông qua hành vi của chủ thể khác”. Ở đây, từ đầu tiên trong khái niệm là “vật” nhưng nội hàm phía sau lại là “tài sản” trong khi đó, “tài sản là vật, tiền, giấy tờ có giá và quyền tài sản”. Hơn nữa, trong tư duy “vật quyền” cũng như trong Dự thảo, quyền sở hữu là quyền “nòng cốt” trong khi đó đối tượng của quyền sở hữu hiện nay không chỉ là “vật” mà là “tài sản” (từ trước đến nay ở Việt Nam, đối tượng của quyền sở hữu là tài sản).

Nói cách khác, chính trong khái niệm mà Dự thảo muốn xây dựng về “vật quyền” đã có sự không thống nhất nếu không muốn nói là quá “gượng ép” khi sử dụng thuật ngữ “vật quyền” (lúc thì là “vật”, lúc là “tài sản” trong cùng một quy định).

Không mới: Với việc đưa thuật ngữ “vật quyền” vào Dự thảo tại Phần hai, người đọc

5 Hiện nay, “bảo lưu quyền sở hữu” được coi là một biện pháp bảo đảm và Dự thảo quy định theo hướng bên mua tài sản “chịu rủi ro về tài sản trong thời hạn bảo lưu quyền sở hữu, trừ trường hợp có thỏa thuận khác”. Chúng tôi có tham khảo một số hệ thống pháp luật như Pháp, Bỉ, Ohada nhưng không tìm được quy định tương tự. Ở các hệ thống này, các quy định trong phần bảo lưu quyền sở hữu không có quy định về rủi ro (như Dự thảo) và án lệ Pháp đã theo hướng bên bán vẫn chịu rủi ro khi có bảo lưu quyền sở hữu. Điều đó có nghĩa là vấn đề rủi ro được các quy định chung về quyền sở hữu điều chỉnh, tức ai là chủ sở hữu thì người đó chịu rủi ro, trừ trường hợp có thỏa thuận khác. Lúc này, bên bán sẽ đưa vào thỏa thuận bảo lưu quyền sở hữu vấn đề rủi ro nếu họ không muốn gánh chịu với tư cách chủ sở hữu. Do đó, Dự thảo nên cân nhắc bỏ đi điều luật vừa nêu và để các quy định chung về quyền sở hữu điều chỉnh.

6 Hiện nay, đất đai “thuộc sở hữu toàn dân do Nhà nước đại diện chủ sở hữu và thống nhất quản lý” và người dân được quyền sử dụng đất. Ở một chừng mực nào đó, chúng ta có thể coi đây là một dạng của quyền hưởng dụng vì người có quyền sử dụng đất được ứng xử như chủ sở hữu nhưng quyền sở hữu đất đai lại thuộc người khác.

tưởng rằng Dự thảo có gì mới đột phá nhưng phân tích kỹ thì thấy Dự thảo lại không có gì đột phá (nếu có thì “phá” sự ổn định của hệ thống pháp luật hiện hành).

Khi đọc tất cả các quyền liên quan đến tài sản trong phần này (phần mà Dự thảo gán cho tiêu đề là “Quyền sở hữu và các vật quyền khác”), chúng ta thấy chỉ có hai quyền mới được bổ sung là quyền “hưởng dụng” và “quyền bề mặt”, các quyền còn lại đã tồn tại trong BLDS hiện hành như đã nêu trên. Việc các nhà soạn thảo đưa vào trong Phần hai này (về “vật quyền”) các “quyền sở hữu”, “quyền cấp, thoát nước qua bất động sản liền kề”, “Quyền về tưới nước, tiêu nước trong cạnh tác”, “Quyền về lối đi qua bất động sản liền kề”, “Quyền mắc đường dây tải điện, thông tin liên lạc qua bất động sản liền kề” cho thấy chính Dự thảo thừa nhận rằng BLDS hiện hành đã theo tư duy “vật quyền” nên Dự thảo không có gì mới, không có sự đột phá về tư duy.

Nói cách khác, việc Dự thảo tạo một Phần của BLDS cho “vật quyền” nhưng nội hàm lại lấy lại các quyền đối với tài sản đang có trong BLDS hiện hành (đa phần các quyền trong Phần này đã tồn tại trong BLDS hiện hành) mà chỉ thêm có hai quyền mới đối với tài sản là “quyền hưởng dụng” và “quyền bề mặt” cho thấy nội dung quy định không mới và tư duy “vật quyền” theo ám chỉ của Dự thảo đã tồn tại trong các quy định hiện hành (nhưng quy định hiện hành không sử dụng từ “vật quyền” để thể hiện các quyền này). Ở đây, Dự thảo chỉ có vai trò làm cho

danh sách các quyền đối với tài sản (hay trên tài sản) dài thêm chứ không đưa thêm tư duy mới, nhưng chúng ta lại phải trả giá bằng việc thêm từ xa lạ vào luật (gây hoang mang, tốn kém cho xã hội).

Vấn đề dịch thuật: Nghiên cứu tài liệu cũ cho thấy, thuật ngữ “vật quyền” được Giáo sư Vũ Văn Mẫu sử dụng từ những năm 60 của thế kỷ trước và được dịch từ thuật ngữ “droit réel” trong khoa học pháp lý Pháp.

Thuật ngữ “droit réel” tiếng Pháp đã được Giáo sư Vũ Văn Mẫu (chịu ảnh hưởng rất nhiều của hệ thống pháp luật Pháp) chuyển tải sang tiếng Việt trong cuốn sách xuất bản năm 1963. Cụ thể, bên cạnh thuật ngữ nguyên mẫu “droit réel” bằng tiếng Pháp, giáo sư đã dịch sang tiếng Việt đây là “quyền đối vật”⁷ hay “vật quyền”⁸. Do chưa hiểu rõ khái niệm “vật” ở thời điểm Giáo sư Mẫu sử dụng được hiểu như thế nào nên rất khó để đánh giá việc “dịch thuật” này là chính xác hay không. Tuy nhiên, từ “droit” trong thuật ngữ trên là “quyền” còn từ “réel” trong thuật ngữ trên không liên quan gì đến từ “vật” trong khái niệm “tài sản” hiện nay của Dự thảo cũng như BLDS hiện hành của chúng ta (gồm “vật”, “tiền”, “giấy tờ có giá” và “quyền tài sản”). Do đó, khi “vật” chỉ là một bộ phận của khái niệm “tài sản” trong pháp luật Việt Nam nên nếu dịch ngược lại thuật ngữ “vật quyền” sang tiếng Pháp thì cũng không ổn, sẽ không tương thích lại với thuật ngữ “droit réel”. Khi chúng tôi tổ chức hội thảo và chuyển bài viết có sử dụng thuật ngữ “vật quyền” sang tiếng Anh để đăng trên

7 Vũ Văn Mẫu: *Việt Nam dân luật lược khảo, Quyền II - Nghĩa vụ và khế ước* (Nxb. Bộ Quốc gia giáo dục 1963), tr. 19. Ở đây, Giáo sư Mẫu đã viết “tuy nghĩa vụ là một sản nghiệp quyền, song người trái chủ không có quyền trực tiếp đối với một sự vật nào (chose), và chỉ có quyền đối với người phụ trái mà thôi. Vì vậy, không phải là một quyền đối vật (un droit réel), nghĩa vụ chỉ là một quyền đối nhân (droit personnel), quyền đòi người phụ trái phải thi hành cung khoản mà họ đã cam kết”.

8 Cũng sách trên, tại tr. 20 và 22, Giáo sư Mẫu đã viết “các trái chủ thường tìm cách bảo đảm các món nợ của mình bằng cách yêu sách các vật quyền phụ thuộc (droits réels accessoires), chẳng hạn như quyền để đương (une hypothèque) đối với một bất động sản xác định. Quyền để đương này, như tất cả các quyền đối vật khác, sẽ dành cho trái chủ quyền ưu tiên (droit de préférence), nghĩa là quyền xin bán bất động sản ấy để trả nợ cho mình trước các trái chủ khác, và quyền truy tùy (droit de suite) nghĩa là quyền được sai áp và bán bất động sản ấy, mặc dù người phụ trái đã chuyển dịch cho người khác”.

tạp chí (với việc hiểu “vật” chỉ là một bộ phận của khái niệm “tài sản”), các chuyên gia về tiếng Anh pháp lý cũng không thể chuyển tải từ “vật quyền” sang tiếng Anh.

Như vậy, thuật ngữ “vật quyền” không chỉ là không ổn, không có sự thống nhất trong chính Dự thảo mà thuật ngữ này cũng khó chuyển tải một cách chính xác sang ngôn ngữ nước ngoài thông dụng.

Góp ý: Ở góc độ văn bản, thuật ngữ “vật quyền” đã được ghi nhận trong một văn bản pháp luật bằng tiếng Việt. Đó chính là BLDS năm 1972 của Việt Nam Cộng hòa. Ở đây, thuật ngữ “vật quyền” là thuật ngữ được sử dụng rất phổ biến⁹ nhưng phải thừa nhận rằng, đây là văn bản không có giá trị trên thực tế vì tuổi đời của văn bản này quá ngắn.

Ở góc độ khoa học, cũng có một số tác giả sử dụng thuật ngữ “vật quyền”. Tuy nhiên, từ những gì nói cho sinh viên, từ những gì nêu trong sách báo (chỉ ít người biết đến và biết để có thông tin) đến việc đưa thuật ngữ vào trong văn bản pháp luật là hoàn toàn khác nhau. Nói cho sinh viên, nêu trong sách báo không ràng buộc bất kỳ ai nhưng đưa vào văn bản pháp luật thì lại trở thành bắt buộc cho tất cả mọi người, cho xã hội, nên cần phải cân nhắc. Do đó, không nên tùy tiện đưa những thứ thuần túy mang tính “giáo điều”, “sách vở” vào luật. Phần trên còn cho thấy, thuật ngữ này không tương thích với nội dung và đã được sử dụng trong một văn bản luật không thành công (đoạn

tho). Vì vậy, chúng tôi đề xuất không sử dụng thuật ngữ “vật quyền” trong trong BLDS (một văn bản mà chúng ta muốn nó trường tồn).

Phần trên cho thấy Dự thảo dùng thuật ngữ “vật quyền” để ám chỉ “quyền sở hữu”, “quyền cấp, thoát nước qua bất động sản liền kề”, “quyền về tưới nước, tiêu nước trong canh tác”, “quyền về lối đi qua bất động sản liền kề”, “quyền mắc đường dây tải điện, thông tin liên lạc qua bất động sản liền kề” và hai quyền mới là “quyền hưởng dụng”, “quyền bề mặt”. Đây thực chất là những quyền “đối với tài sản” hay “trên tài sản”. Đọc kỹ, chúng ta cũng thấy Dự thảo quy định theo hướng này khi khẳng định “vật quyền là quyền của một chủ thể chi phối trực tiếp đối với tài sản mà không phải thông qua hành vi của chủ thể khác. Do đó, chúng tôi đề xuất thay từ “vật quyền” thành từ “quyền đối với tài sản”¹⁰ hay “quyền trên tài sản”¹¹.

2) Thuật ngữ “địa dịch”

Dự thảo: Trong Phần hai liên quan đến tài sản, Dự thảo còn đưa thêm một thuật ngữ mới so với BLDS hiện hành là “Quyền địa dịch”.

Về nội dung của quyền địa dịch (theo quy định của pháp luật), Dự thảo đề cập tới “quyền về cấp, thoát nước”, “Quyền về tưới nước, tiêu nước trong canh tác”, “Quyền về lối đi qua bất động sản liền kề”, “Quyền mắc đường dây tải điện, thông tin liên lạc qua bất động sản liền kề”.

9 Chẳng hạn, theo điểm a Điều 369, “Các vật quyền bất động sản: 1) Quyền sở hữu, 2) Quyền dụng ích; 3) Quyền cư ngụ và quyền hành dụng; 4) Quyền thuê trường kỳ; 5) Quyền địa dịch; 6) Quyền thế chấp; 7) Quyền để đường”.

10 Trong Giáp trình pháp luật đại cương (do GS.TS Mai Hồng Quý làm chủ biên) do Nhà xuất bản đại học sư phạm xuất bản năm 2014 (tái bản năm 2015), chúng tôi đã sử dụng thuật ngữ “quyền đối với tài sản”. Ở đây, trong mục với tiêu đề “Quyền đối với tài sản”, chúng tôi khẳng định “pháp luật dân sự không chỉ dừng ở việc xác định những gì là tài sản mà còn có quy định về các quyền đối với tài sản trong đó có nhiều quy định liên quan đến quyền sở hữu đối với tài sản” (Chương III).

11 Cũng có ý kiến cho rằng nên giữ từ “vật quyền” bằng cách thay đổi khái niệm “vật” và “tài sản”. Cụ thể, hiện nay “vật” chỉ là một bộ phận, một dạng của khái niệm chung “tài sản” nên việc dùng từ “vật quyền” không đủ bao quát. Do đó, ý kiến vừa nêu cho rằng nên theo hướng coi “tài sản” chỉ là một bộ phận, một dạng của “vật”. Việc thay đổi như vừa nêu sẽ hợp thức hóa từ “vật quyền” trong Dự thảo (vì từ “vật” đã được mở rộng và từ “tài sản” bị thu hẹp) nhưng làm thay đổi hoàn toàn quan niệm của Việt Nam về tài sản và phải thay đổi không chỉ quy định trong BLDS mà cả quy định trong các văn bản khác, điều khó có thể chấp nhận vì cái giá phải trả cho thuật ngữ “vật quyền” là quá đắt cho xã hội.

Các quyền này đều đã tồn tại trong BLDS hiện hành (thực chất đã tồn tại từ năm 1995). Như vậy, nếu có cái gì mới trong Dự thảo thì chỉ có thuật ngữ “quyền địa dịch” là mới, còn nội hàm “quyền địa dịch” không xa lạ, đã tồn tại trong văn bản pháp luật Việt Nam từ rất lâu. Nói cách khác, đây là hiện tượng “bình mới, rượu cũ”.

Góp ý: Thực ra, thuật ngữ “địa dịch” đã từng được ghi nhận trong văn bản pháp luật, mà cụ thể là trong văn bản “đoản thọ” đã nêu ở trên. Chẳng hạn, tại Điều 374 BLDS của Việt Nam Cộng hòa năm 1972, chúng ta thấy nêu “Trên một tài sản, một người có thể có quyền sở hữu, hoặc chỉ có quyền hưởng dụng hay *quyền địa dịch*”.

Về nội hàm, thuật ngữ “quyền địa dịch” không tương thích với nội dung các quy định mà thuật ngữ này muốn ám chỉ. Trong thuật ngữ này có từ “địa”, tức liên quan đến đất trong khi đó, trong các quyền nêu trong mục “địa dịch”, có “Quyền mắc đường dây tải điện, thông tin liên lạc qua bất động sản liền kề” và quyền này có thể không liên quan đến “đất” nếu chỉ sử dụng không gian để mắc đường dây tải điện, thông tin liên lạc. Còn từ “dịch” trong thuật ngữ trên rất khó hiểu đối với các quyền được liệt kê ở trên. Thực ra, các quyền mà Dự thảo đưa vào mục “quyền địa dịch” là các quyền trên một bất động sản mà người được hưởng không là chủ sở hữu bất động sản: người được mắc đường dây tải điện qua không gian nhà người khác và người có quyền mắc này không là chủ sử dụng đất (người mắc dây điện muốn khai thác không gian trên đất của người khác).

Nói tóm lại, nếu “quyền địa dịch” là một thuật ngữ mới so với BLDS hiện hành thì nội hàm các quyền trong mục này không có gì mới. Đây chỉ là hiện tượng “bình mới, rượu cũ”, gây khó hiểu cho người dân và nếu được thông qua sẽ gây tổn kém cho xã hội (các tài liệu phải được thay đổi theo thuật ngữ mới

và phải lý giải cho người dân thuật ngữ mới này). Với các quyền được liệt kê tại mục “quyền địa dịch” trong Dự thảo, chúng ta có thể hiểu đó là các quyền “trên bất động sản của người khác”. Do đó, đề xuất thay thuật ngữ “quyền địa dịch” bằng thuật ngữ dễ hiểu và đúng nội hàm các quyền được liệt kê là “quyền trên bất động sản của người khác”.

3) Thuật ngữ “quyền bề mặt”

Dự thảo: Trong Dự thảo, chúng ta còn thấy xuất hiện một thuật ngữ mới là thuật ngữ “Quyền bề mặt”.

Về nội hàm, Dự thảo khẳng định “Quyền bề mặt là quyền của một chủ thể được sử dụng mặt đất, mặt nước, không gian trên mặt đất, mặt nước và lòng đất mà quyền sử dụng đất đó thuộc về chủ thể khác”. Thực ra, loại quyền này đã phần nào tồn tại trong BLDS năm 2005. Cụ thể, theo khoản 2 Điều 265, “người có quyền sử dụng đất được sử dụng không gian và lòng đất theo chiều thẳng đứng từ ranh giới trong khuôn viên đất phù hợp với quy hoạch xây dựng do cơ quan nhà nước có thẩm quyền quy định và không được làm ảnh hưởng đến việc sử dụng đất liền kề của người khác”. Bên cạnh đó, theo khoản 4 Điều 68 Nghị định số 163/2006/NĐ-CP của Chính phủ được sửa đổi năm 2012, “trong trường hợp chỉ thế chấp quyền sử dụng đất mà không thế chấp tài sản gắn liền với đất và người sử dụng đất không đồng thời là chủ sở hữu tài sản gắn liền với đất thì khi xử lý quyền sử dụng đất, chủ sở hữu tài sản gắn liền với đất được tiếp tục sử dụng đất theo như thỏa thuận giữa người sử dụng đất và chủ sở hữu tài sản gắn liền với đất, trừ trường hợp có thỏa thuận khác. Quyền và nghĩa vụ giữa bên thế chấp và chủ sở hữu tài sản gắn liền với đất được chuyển giao cho người mua, người nhận chính quyền sử dụng đất”. Ở đây, pháp luật hiện hành đã ghi nhận quyền của chủ sử dụng đất và quyền đối với tài sản trên đất (tài sản gắn liền với đất) của người không

là chủ sử dụng đất. Quy định như vậy cùng với quy định hiện tại ở khoản 2 Điều 265 BLDS hiện hành (nêu trên) cho thấy tư duy về “quyền bề mặt” không xa lạ ở Việt Nam.

Ở đây, chúng tôi không bàn về nội dung quyền bề mặt cũng như sự phức tạp về sự chồng lấn giữa các quyền khi người có quyền sử dụng đất không đồng thời là người chủ sở hữu đối với tài sản phía trên mặt đất hay đối với tài sản phía dưới mặt đất (mà Dự thảo chưa dự liệu rõ¹²) mà chúng tôi bàn về thuật ngữ ám chỉ các quyền đã được Dự thảo nêu trong khái niệm trên¹³.

Góp ý: Khi một người mới nhìn thấy cụm từ “quyền bề mặt” thì họ thường nghĩ rằng đó là quyền trên “bề mặt” của đất hay của một cái gì đó; phản ứng đầu tiên của họ là cho rằng, đó là vấn đề liên quan đến bề mặt của đất, bề mặt của cái gì đó. Tuy nhiên, đọc kỹ nội hàm quy định trên thì “quyền bề mặt” không chỉ là quyền đối với mặt đất (Dự thảo sử dụng từ “mặt đất, mặt nước”). Quyền này còn là quyền phía dưới mặt đất là quyền sử dụng “lòng đất”. Quyền này cũng còn là quyền ở phía trên mặt đất là quyền sử dụng “khoảng không trên mặt đất”. Như vậy, tiêu đề và nội hàm không tương thích với nhau.

Thực ra, trong pháp luật Pháp cũng có quyền bề mặt. Đó là thuật ngữ “droit de superficie”. Từ “droit” là “quyền” còn từ “superficie” là “bề mặt”. Như vậy, có sự tương thích giữa pháp luật Pháp và Dự thảo về “quyền bề mặt”/“droit de superficie”. Tuy nhiên, chính các tác giả Pháp đã cho rằng,

việc dùng thuật ngữ “droit de superficie” là không ổn. Trong công trình được công bố năm 1998, khi đề cập tới “droit de superficie”, ba chuyên gia về pháp luật dân sự của Pháp cho rằng, thuật ngữ “có bề ngoài dễ đánh lừa: Ở góc độ pháp luật, bề ngoài có đối tượng là hướng trên cao hay hướng phía dưới trong khi đó, trong ngôn từ thông thường, nó thể hiện một bề mặt”¹⁴. Trong một công trình được công bố năm 2014, một tác giả khác khi bàn về “droit de superficie” cũng cho rằng, “thuật ngữ superficie không là cái tốt nhất: *superficie* dẫn tới bề mặt, trong khi đó đang bàn về đối tượng của quyền trong không gian”¹⁵.

Hơn nữa, trong khái niệm nêu trên, chúng ta hiểu rằng “quyền bề mặt” là quyền “sử dụng” mặt đất (hay mặt nước), khoảng không trên mặt đất và lòng đất nhưng trong phần sau, Dự thảo lại khẳng định “Chủ thể quyền bề mặt có đầy đủ các quyền, nghĩa vụ của chủ sở hữu đối với vật đó”. Ngoài việc khó hiểu từ việc nêu “vật đó” trong quyền bề mặt, chúng ta cảm nhận có sự “gượng ép” trong các thuật ngữ. Cụ thể, trong phần “khái niệm”, Dự thảo sử dụng thuật ngữ đó là “quyền sử dụng” nhưng khi đi vào quy định về “nội dung của quyền bề mặt”, Dự thảo lại khẳng định “Chủ thể quyền bề mặt có đầy đủ các quyền, nghĩa vụ của chủ sở hữu” trong khi đó “quyền sử dụng” được chính Dự thảo khẳng định chỉ là một trong những quyền của chủ sở hữu: Theo Dự thảo (và cũng là quy định trong BLDS hiện hành), “Quyền sở hữu

12 Tại Pháp một tiền Dự thảo sửa đổi BLDS liên quan đến chế định tài sản đã được công bố. Trong Dự thảo này, các chuyên gia Pháp không coi đây là một “quyền” khác quyền sở hữu như Dự thảo của chúng ta hiện nay. Cụ thể, họ coi đây là một dạng, một cách thức thực hiện quyền sở hữu đối với tài sản nên nằm trong phần quyền sở hữu. Đây là hướng giải xây dựng pháp luật đáng lưu tâm (vẫn tạo điều kiện cho tài sản được khai thác hiệu quả mà không gây ra nhiều phức tạp trong việc vận dụng).

13 Về chủ đề này, xem thêm Châu Thị Khánh Vân, Về quyền bề mặt trong Dự thảo sửa đổi BLDS, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp tháng 07/2015.

14 Ph. Malaurie, L. Aynès (do Ph. Théry thực hiện), *Droit civil-Les biens*, Nxb. Cujas 1998, phần số 900.

15 W. Dross, *Droit des biens*, Nxb. LGDJ, 2014, tr. 299.

bao gồm quyền chiếm hữu, quyền sử dụng và quyền định đoạt tài sản của chủ sở hữu theo quy định của luật”.

Như vậy, thuật ngữ “quyền bề mặt” không tương thích với nội dung quyền được ghi nhận và có thể được coi là không chuẩn xác. Nếu chúng ta lấy nguyên bản từ “droit de superficie” nêu trên để đưa vào luật là lấy cả cái xấu, kể thừa cả cái xấu của pháp luật nước ngoài. Ở đây, chúng ta đang đưa một nội dung mới vào văn bản luật nhưng lại đưa một thuật ngữ không thực sự chính xác là điều không nên làm. Ở nội hàm trên, chúng ta có quyền về mặt đất và mặt nước và hai bề mặt này có thể đánh đồng với nhau hay áp dụng tương tự (gộp chung là mặt đất); còn quyền đối với lòng đất và không gian nữa, cũng cần thể hiện trong thuật ngữ ám chỉ cho các quyền này. Do đó, chúng tôi đề xuất sử dụng thuật ngữ dài hơn nhưng chuẩn xác hơn là “quyền bề mặt, lòng đất và không gian” (đồng thời không nhấn mạnh đây là quyền “sử dụng” mà để các quy định tiếp theo làm rõ nội dung của các quyền mà chúng ta đang đề cập đến). Với hướng này, quyền bề mặt, lòng đất và không gian “là quyền của một chủ thể đối với mặt đất, khoảng không trên mặt đất và lòng đất mà quyền sử dụng đất đó thuộc về chủ thể khác”.

Thay lời kết.

Trước khi kết thúc bài viết, chúng tôi có một số nhận xét sau:

So với BLDS hiện hành, Dự thảo có rất nhiều quy định mới (về nội dung cũng như thuật ngữ) và câu hỏi đặt ra là có cần thiết phải như vậy không? Đây chính là vấn đề về tính cấp thiết của việc sửa đổi BLDS về tài sản. Là người nghiên cứu BLDS và thực tiễn áp dụng (trong đó dành rất nhiều thời gian nghiên cứu thực tiễn xét xử tại tòa án), chúng tôi thấy các quy định trong BLDS tương đối ổn và so với những chế định khác như nghĩa vụ dân sự, việc vận dụng các quy định về tài sản trong BLDS là “êm đềm” hơn. Do đó, lý

do dẫn tới những thay đổi như hiện nay trong Dự thảo có thể xuất phát từ những “bất cập ảo” (tức bất cập do một số người tự nghĩ ra, không phải là bất cập trong thực tế áp dụng). Liên quan đến tài sản, đúng là trong thời gian vừa qua cũng có những vấn đề liên quan đến quyền sử dụng đất do những đặc thù của Việt Nam. Tuy nhiên, bất cập liên quan đến quyền sử dụng đất lại không phải xuất phát từ quy định trong BLDS mà là xuất phát từ quy định trong Luật Đất đai. Nói cách khác, nếu có bất cập lớn trong thực tiễn liên quan đến tài sản thì bất cập đó không phải là bất cập của BLDS mà bất cập của văn bản khác, nhưng chúng ta lại tiến hành sửa đổi BLDS, tức là sửa đổi nhầm văn bản (điều đáng tiếc).

Trong hệ thống pháp luật Việt Nam, BLDS là văn bản đồ sộ nhất. Đây là văn bản có nhiều quy định nhất, giải quyết nhiều vấn đề nhất của đời sống dân sự. Trong văn bản đồ sộ này, các quy định liên quan đến tài sản nằm ở các phần khác nhau của Bộ luật. Nhìn một cách tổng thể liên quan đến tài sản, người quan tâm cảm nhận rằng, đã không có sự thống nhất giữa các phần khác nhau của Dự thảo sửa đổi BLDS. Nguyên nhân chính là do sự phức tạp của các vấn đề cần giải quyết và do thiếu một người xem xét xuyên suốt toàn bộ Dự thảo sửa đổi BLDS, đồng thời là do sự vội vàng trong việc tiến hành sửa đổi (chỉ có khoảng 3 năm mà Ban soạn thảo đã sửa toàn bộ BLDS trong khi đó, nhìn ở góc độ so sánh, Pháp đã có kế hoạch sửa phần Nghĩa vụ dân sự và hợp đồng trong BLDS từ năm 2004 nhưng đến nay vẫn chưa thể thông qua và điều này cho thấy sự cẩn trọng trong việc sửa đổi BLDS của người Pháp). Thực trạng này rất nguy hiểm cho việc vận dụng sau này nếu Dự thảo như hiện nay được thông qua. Vì lợi ích chung, chúng tôi hy vọng Quốc hội sẽ có sự thận trọng trong việc thông qua Dự thảo sửa đổi BLDS năm 2005 ■

CHẾ ĐỊNH GIAO DỊCH DÂN SỰ TRONG DỰ THẢO BỘ LUẬT DÂN SỰ (SỬA ĐỔI)

PHAN THỊ HỒNG*

Dự thảo Bộ luật Dân sự (BLDS) sửa đổi¹ (Dự thảo) đang được lấy ý kiến rộng rãi trong nhân dân nhằm phát huy tối đa quyền làm chủ của người dân và huy động ý kiến tập thể để góp phần hoàn thiện các chế định pháp luật. Bài viết tập trung đóng góp một số ý kiến vào phần “Giao dịch dân sự” được quy định tại Chương VIII của Dự thảo.

1. Về quy định “điều kiện có hiệu lực của giao dịch dân sự” tại Điều 134 Dự thảo

Theo quy định tại điểm c khoản 1 Điều 134 Dự thảo, “mục đích và nội dung của giao dịch dân sự không vi phạm điều cấm của luật và không trái đạo đức xã hội”. Quy định này có ý nghĩa phát huy tối đa quyền của người dân, theo đó, chủ thể có quyền thực hiện bất kỳ hành vi nào mà pháp luật không cấm. Theo định nghĩa tại Điều 139 Dự thảo thì điều cấm của luật là những quy định của luật không cho phép chủ thể thực hiện những hành vi nhất định. Quy phạm cấm được thể hiện dưới dạng các quy định không cho phép (không được) hoặc cấm chủ thể thực hiện những hành vi nhất định. Tuy nhiên, các quy định của BLDS hầu như rất ít quy phạm cấm mà chủ yếu là các quy định hướng dẫn các chủ thể trong quan hệ dân sự xác lập, thực hiện quyền, nghĩa vụ của mình phù hợp với quy định của luật. Theo quy định của BLDS hiện hành (và cả Dự thảo), một số trường hợp mặc dù luật không cấm nhưng nếu chủ thể thực hiện hành vi trên thực tế thì sẽ không được công nhận vì luật không có quy định. Chẳng hạn, theo quy định tại Điều 664 Dự thảo thì “vợ chồng có quyền lập di chúc

để định đoạt tài sản chung” và không có điều khoản nào quy định về việc lập di chúc chung giữa những người khác ngoài vợ chồng. Vậy, luật không cấm anh, chị, em lập di chúc chung nhưng nếu anh, chị, em lập di chúc để định đoạt tài sản chung thì sẽ không được công nhận bởi luật không có quy định, do đó sẽ không có hành lang pháp lý bảo đảm cho việc thực thi. Vì vậy, nội dung và mục đích của giao dịch dân sự không nên là “không vi phạm điều cấm của luật” mà là “không trái với luật” thì sẽ phù hợp hơn với các quy định khác trong Dự thảo. Bởi phạm vi “không vi phạm điều cấm của luật” là rất rộng, nhưng nếu những hành vi mà chủ thể thực hiện luật không bị cấm và cũng không có hướng dẫn thực hiện thì việc thực thi nó trên thực tế cũng là một vấn đề gây tranh cãi.

Mặt khác, ngoài việc quy định mục đích, nội dung của giao dịch không vi phạm điều cấm của luật, không trái đạo đức xã hội là điều kiện có hiệu lực của giao dịch dân sự, Dự thảo cần quan tâm đến việc nội dung của giao dịch cũng *phải có khả năng thực hiện được* thì mới mang lại hiệu lực cho giao dịch. Đây cũng là yếu tố đã được quy định tại Điều

* Giảng viên Khoa Luật Dân sự, Trường Đại học Luật - Đại học Huế.

1 Dự thảo do Bộ Tư pháp cung cấp tại cuộc Hội thảo khoa học lấy ý kiến các chuyên gia luật về góp ý Dự thảo BLDS (sửa đổi), ngày 30/3/2015 tại Hà Nội.

430 Dự thảo, theo đó “trường hợp ngay từ khi ký kết, hợp đồng có đối tượng không thể thực hiện được vì lý do khách quan thì hợp đồng bị vô hiệu”, hay tại khoản 3 Điều 668 Dự thảo “di chúc không có hiệu lực pháp luật, nếu di sản để lại cho người thừa kế không còn vào thời điểm mở thừa kế”. Như vậy, các quy định cụ thể về các trường hợp giao dịch vô hiệu đều có quy định về trường hợp giao dịch vô hiệu do nội dung của giao dịch không có khả năng thực hiện được. Do vậy, cần quy định bổ sung trong điều kiện về nội dung của giao dịch “phải có khả năng thực hiện được” để đảm bảo tính khái quát của quy định này. Theo đó, điểm c khoản 1 Điều 134 cần được sửa lại như sau: “Mục đích và nội dung của giao dịch không trái với quy định của luật, không vi phạm đạo đức xã hội và phải có khả năng thực hiện được”.

2. Quy định “giao dịch dân sự vô hiệu do người chưa thành niên, người mất năng lực hành vi dân sự, người bị hạn chế năng lực hành vi dân sự, người có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi xác lập, thực hiện”

Quy định này tại Dự thảo đã khắc phục được thiếu sót trong BLDS hiện hành về chủ thể có quyền yêu cầu tòa án tuyên bố giao dịch dân sự vô hiệu và bổ sung thêm đối tượng được bảo vệ là người có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi là hoàn toàn phù hợp với thực tiễn, tạo cơ chế hữu hiệu bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của những đối tượng này. Tuy nhiên, đối tượng mà luật cần bảo vệ không chỉ là một bên của giao dịch là người chưa thành niên, người mất năng lực hành vi dân sự, người bị hạn chế năng lực hành vi dân sự và người có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi mà cả bên còn lại của giao dịch cũng cần được bảo vệ. Dự thảo chưa quy định việc người đã xác lập giao dịch với người chưa thành niên, người mất năng lực hành vi dân sự, người bị hạn chế năng lực hành vi dân sự và người có

khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi có quyền yêu cầu tòa án tuyên bố giao dịch vô hiệu là chưa bảo vệ được quyền và lợi ích hợp pháp của chủ thể này. Thực tế, có những trường hợp một người xác lập giao dịch với người bị mất năng lực hành vi dân sự nhưng không biết đối tượng mà mình đang giao dịch là người bị mất năng lực hành vi dân sự, do vậy, nếu luật không cho phép người này có quyền yêu cầu tòa án tuyên bố giao dịch vô hiệu là chưa đảm bảo công bằng giữa các chủ thể tham gia giao dịch.

Mặt khác, quy định tại điểm a khoản 2 Điều 141 là không thống nhất với quy định tại khoản 2 Điều 26 và khoản 2 Điều 27 Dự thảo. Trong khi Điều 26 và Điều 27 quy định giao dịch của người chưa thành niên, người bị mất năng lực hành vi dân sự do người đại diện theo pháp luật của họ xác lập, thực hiện, có nghĩa là mọi giao dịch của những người này từ nhỏ đến lớn đều phải do người đại diện theo pháp luật xác lập, thực hiện, thì điểm a khoản 2 Điều 141 lại quy định những giao dịch do những người này xác lập, thực hiện nhằm mục đích phục vụ nhu cầu sinh hoạt hằng ngày là “không vô hiệu”. Do đó, để đảm bảo tính thống nhất giữa các điều luật, Dự thảo cần quy định bổ sung thêm tại khoản 2 Điều 26 và khoản 2 Điều 27 cụm từ “trừ trường hợp luật có quy định khác”. Theo đó, khoản 2 Điều 26 được sửa lại như sau: “giao dịch của người chưa đủ 6 tuổi do người đại diện theo pháp luật của người đó xác lập, thực hiện, trừ trường hợp luật có quy định khác” và khoản 2 Điều 27 được sửa lại như sau: “giao dịch của người bị mất năng lực hành vi dân sự do người đại diện theo pháp luật của người đó xác lập, thực hiện, trừ trường hợp luật có quy định khác”.

3. Quy định “giao dịch dân sự vô hiệu do người xác lập không nhận thức và làm chủ hành vi”

Quy định tại Điều 144 Dự thảo về “giao dịch dân sự vô hiệu do người xác lập không

nhận thức và làm chủ hành vi” có ý nghĩa trong việc bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người rơi vào tình trạng không nhận thức và làm chủ được hành vi khi xác lập giao dịch. Đối tượng không nhận thức và làm chủ được hành vi theo quy định tại Điều này không phải bị lừa dối hoặc là người nghiện ma túy, người chưa thành niên, bởi những trường hợp đó đã được Dự thảo quy định tại các Điều 141 và Điều 143. Do đó, đối tượng này chỉ có thể rơi vào các trường hợp như say rượu hoặc bị bệnh, dẫn đến không nhận thức và làm chủ được hành vi trong một khoảng thời gian ngắn (như bị động kinh dạng nhẹ). Như vậy, việc không nhận thức và làm chủ được hành vi trong một thời gian ngắn có thể do nguyên nhân chủ quan hoặc nguyên nhân khách quan, và bên còn lại có thể biết hoặc không biết về tình trạng này. Tuy nhiên, Dự thảo chỉ mới bảo vệ một chiều cho người rơi vào tình trạng không nhận thức và làm chủ hành vi khi xác lập giao dịch, mà chưa bảo vệ được bên kia của giao dịch, chẳng hạn trong trường hợp người không nhận thức và làm chủ hành vi trong giao dịch có lỗi để mình rơi vào tình trạng đó như cố ý uống rượu say mà bên kia không biết việc cố ý đó, và việc hủy bỏ giao dịch gây thiệt hại cho bên kia. Do vậy, Điều luật này cần thiết kể lại theo hướng: chỉ cho phép người xác lập giao dịch trong tình trạng không nhận thức và làm chủ hành vi yêu cầu Tòa án tuyên bố giao dịch vô hiệu khi người đó không có lỗi trong việc để bản thân mình rơi vào tình trạng đó.

Mặt khác, khoản 2 Điều 144 Dự thảo quy định: “giao dịch dân sự không vô hiệu nếu có nội dung và mục đích không mất quyền hoặc làm phát sinh nghĩa vụ đối với người xác lập không nhận thức và làm chủ được hành vi, trừ khi các bên có thỏa thuận khác”. Quy định này được hiểu là nếu giao dịch dân sự có nội dung và mục đích không làm mất quyền đối với người không nhận

thức và làm chủ hành vi khi xác lập giao dịch thì giao dịch đó không vô hiệu, nhằm bảo vệ tối đa quyền và lợi ích hợp pháp của người này. Tuy nhiên, Điều luật cũng quy định giao dịch dân sự có nội dung và mục đích làm phát sinh nghĩa vụ đối với người không nhận thức và làm chủ hành vi thì không vô hiệu, vậy ý nghĩa của quy định này là gì thì Điều luật chưa làm rõ được. Chẳng hạn, *A xác lập hợp đồng tặng cho tài sản với B trong tình trạng A say rượu không nhận thức và làm chủ được hành vi*, vậy trong trường hợp này nội dung của hợp đồng làm phát sinh nghĩa vụ của A nhưng theo quy định tại khoản 2 Điều 144 thì hợp đồng không bị vô hiệu, nghĩa là A vẫn phải thực hiện nghĩa vụ theo hợp đồng mà không có quyền yêu cầu Tòa án tuyên bố vô hiệu, như vậy là quá vô lý. Do đó, theo chúng tôi, quy định này là không cần thiết và không làm rõ được bản chất của Điều luật, vì vậy, kiến nghị nên bỏ cụm từ “hoặc làm phát sinh nghĩa vụ” sau cụm từ “có nội dung và mục đích không mất quyền”; theo đó khoản 2 Điều 144 được sửa lại là: “giao dịch dân sự không vô hiệu nếu có nội dung và mục đích không mất quyền đối với người xác lập không nhận thức và làm chủ được hành vi, trừ khi các bên có thỏa thuận khác”.

4. Quy định “giao dịch dân sự không tuân thủ quy định về hình thức”

Quy định về giao dịch dân sự không tuân thủ quy định về hình thức trong BLDS hiện hành đã bộc lộ nhiều bất cập, chưa tạo được cơ chế hữu hiệu để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của các bên trong giao dịch và có nhiều trường hợp bên không thiện chí trong giao dịch lạm dụng quy định này để bội ước, làm méo mó quan hệ dân sự và gây thiệt hại cho đối tác. Do đó, việc quy định như Dự thảo tại khoản 1 Điều 145 hiện nay là phù hợp với thực tiễn xác lập giao dịch, góp phần bảo đảm tốt hơn quyền và lợi ích hợp pháp của các bên trong giao dịch cũng như quyền, lợi ích hợp pháp của người thứ ba. Đặc biệt,

quy định này cũng hạn chế tình trạng các bên lợi dụng quy định của luật để bội ước, gây ảnh hưởng đến quyền và lợi ích hợp pháp của người khác. Tuy nhiên, tại điểm a khoản 1 Điều 145 quy định “việc không tuân thủ quy định về hình thức không nhằm trốn tránh nghĩa vụ với người khác và chủ thể giao dịch dân sự đã chuyển giao tài sản hoặc đã thực hiện công việc. *Trong trường hợp này, theo yêu cầu của một hoặc các bên, cơ quan có thẩm quyền có trách nhiệm hoàn tất thủ tục đối với giao dịch dân sự đó*”, thiết nghĩ, quy định này là chưa phù hợp với thực tiễn ký kết hợp đồng và khó thực thi trên thực tế. Theo quy định tại Điều 48 Luật Công chứng năm 2014 thì “người yêu cầu công chứng phải ký vào hợp đồng, giao dịch trước mặt công chứng viên”. Do đó, về nguyên tắc, muốn hoàn tất thủ tục về hình thức của hợp đồng thì các bên tham gia hợp đồng phải có mặt tại trụ sở của tổ chức hành nghề công chứng để tiến hành thủ tục công chứng, hoàn tất thủ tục để bảo đảm quy định về hình thức của hợp đồng. Tuy nhiên, thông thường khi đã xảy ra tranh chấp trong hợp đồng và liên quan đến việc tuân thủ quy định về hình thức, do một trong các bên không muốn tiếp tục thực hiện hợp đồng nữa nên việc họ tự nguyện đến tổ chức hành nghề công chứng để công chứng hợp đồng là một điều không dễ dàng. Vậy, trong trường hợp này, tổ chức hành nghề công chứng sẽ làm thế nào để hoàn tất được thủ tục đối với giao dịch như quy định tại Dự thảo, bởi nếu chỉ có một bên yêu cầu và có mặt thì không thể thực hiện công chứng, và bởi hợp đồng không thể chỉ có chữ ký của một bên?

Do đó, Dự thảo cần sửa đổi lại quy định này để phù hợp hơn với thực tiễn và phù hợp với quy định của Luật Công chứng. Theo chúng tôi, nên sửa lại quy định này theo hướng: “Trong trường hợp này, theo yêu cầu của một hoặc các bên, Tòa án có trách nhiệm công nhận hiệu lực của giao dịch đó. Giao

dịch được Tòa án công nhận hiệu lực có giá trị như giao dịch đã đảm bảo quy định về hình thức”.

5. Quy định “hậu quả pháp lý của giao dịch dân sự vô hiệu”

Điều 147 Dự thảo về quy định “hậu quả pháp lý của giao dịch dân sự vô hiệu” đã được thiết kế một cách khá chi tiết, minh bạch, tạo cơ sở pháp lý quan trọng và hữu hiệu để giải quyết hậu quả khi tuyên bố giao dịch vô hiệu. Tuy nhiên, Điều luật cần bổ sung thêm trường hợp không hoàn trả được bằng hiện vật thì được trị giá thành tiền tại thời điểm hoàn trả để hoàn trả nhằm tạo cơ chế rõ ràng khi giải quyết vấn đề xác định giá trị của tài sản tại thời điểm nào, tránh xảy ra tranh chấp.

6. Quy định bảo vệ quyền lợi của người thứ ba ngay tình khi giao dịch dân sự vô hiệu

Đối với quy định tại khoản 1 Điều 148 Dự thảo, chúng tôi hoàn toàn nhất trí với Dự thảo. Tuy nhiên, đối với khoản 2, theo chúng tôi, quy định của BLDS hiện hành là hoàn toàn phù hợp vì quyền lợi của chủ sở hữu phải được ưu tiên bảo vệ trước và quy định như BLDS giúp bảo vệ tốt hơn quyền và lợi ích hợp pháp của chủ sở hữu tài sản. Mặt khác, thực trạng đăng ký quyền sở hữu tài sản, đặc biệt là đăng ký bất động sản ở nước ta hiện nay còn nhiều bất cập, thiếu minh bạch và còn nhiều sai sót. Tình trạng đi “cửa sau” để có thể hợp thức hóa thủ tục đăng ký quyền sở hữu còn nhiều. Nếu dựa vào việc tài sản đã được đăng ký quyền sở hữu để xác định tính hợp pháp của giao dịch đối với người thứ ba thì không đảm bảo được quyền lợi của chủ sở hữu khi việc đăng ký quyền sở hữu có sai sót. Do đó, theo chúng tôi, nên giữ nguyên quy định tại BLDS hiện hành là phù hợp với thực tiễn hiện nay.

(Xem tiếp trang 40)

XÓA BỎ HAY DUY TRÌ HÌNH PHẠT TỬ HÌNH ĐỐI VỚI MỘT SỐ TỘI PHẠM CỤ THỂ?

PHẠM VĂN BEO*

Tử hình là hình phạt nghiêm khắc nhất trong hệ thống hình phạt của Nhà nước, tước đi quyền quan trọng và thiêng liêng nhất của con người, đó là quyền sống. Đây là loại hình phạt đặc biệt, bởi lẽ bên cạnh tính chất nghiêm khắc nhất trong hệ thống hình phạt, nó còn là một loại hình phạt có mục đích phòng ngừa tái phạm tội mới một cách triệt để từ phía người bị kết án (phòng ngừa riêng). Mặt khác, hình phạt này không có mục đích cải tạo, giáo dục người bị kết án, như vậy nó tước bỏ cơ hội tái hòa nhập và phục thiện của họ. Cuối cùng, hình phạt tử hình có tính chất không thay đổi, nó tước đi khả năng khắc phục sai lầm trong hoạt động tư pháp.

Tồn tại trong luật hình sự, hình phạt tử hình như là một hiện tượng xã hội mang tính khách quan vì nó là phương tiện để bảo vệ mình của xã hội chống lại sự vi phạm các điều kiện tồn tại của nó. Tội phạm đe dọa sự tồn tại của xã hội nên xã hội phải phản ứng một cách tự nhiên là trừng trị người phạm tội. Tuy nhiên, trong lịch sử loài người, không phải lúc nào người ta cũng có cùng

suy nghĩ về loại hình phạt đặc biệt này. Xuất phát từ quan điểm cho rằng, hình phạt tử hình là một hình phạt dã man, phi luân lý, vô ích, không có tác dụng răn đe người phạm tội và việc duy trì hình phạt này không có tác dụng làm giảm tội phạm, kể cả các tội đặc biệt nghiêm trọng (bởi vì, tình trạng phạm tội đã không tăng lên ở các nước sau khi đã bị xóa bỏ loại hình phạt này), không sửa chữa được trong trường hợp có sai lầm về tư pháp, nên nhiều quốc gia đã và đang nghiên cứu loại bỏ hình phạt này và thay thế bằng các hình phạt khác. Số liệu thống kê mới nhất (tháng 6/2015) trên 195 quốc gia cho thấy, có 102 quốc gia bãi bỏ hoàn toàn hình phạt tử hình; 7 quốc gia chỉ áp dụng trong những trường hợp ngoại lệ hoặc đặc biệt; 50 quốc gia có quy định về hình phạt tử hình nhưng không áp dụng trên thực tế trong vòng 10 năm trở lại đây. Mặc dù vậy, loại hình phạt này vẫn còn được duy trì trong pháp luật hình sự ở nhiều nước với không ít người ủng hộ nó, 36 quốc gia vẫn còn duy trì hình phạt tử hình trong luật và thường xuyên áp dụng trên thực tế¹.

* TS. Trưởng bộ môn Luật tư pháp, Khoa Luật - Đại học Cần Thơ.

1 Use of capital punishment by country, https://en.wikipedia.org/wiki/Use_of_capital_punishment_by_country

Việc duy trì hay bãi bỏ hình phạt này trong luật hình sự cần phải căn cứ vào đặc điểm và điều kiện cụ thể cũng như yêu cầu đấu tranh phòng, chống tội phạm của mỗi quốc gia. Ở Việt Nam, tử hình vẫn được coi là hình phạt cần thiết và cần phải có nhằm trừng trị những người phạm tội đặc biệt nghiêm trọng để giữ nghiêm kỷ cương phép nước, bảo đảm cho an ninh và trật tự an toàn xã hội, tạo môi trường an toàn cho người dân, tức là loại hình phạt này vẫn có tác dụng tốt trong việc phòng ngừa tội phạm. Thực tiễn áp dụng hình phạt tử hình trong nhiều thập kỷ qua ở nước ta cho thấy, hình phạt này đã đem lại những tác dụng nhất định trong việc trừng trị những người phạm tội đặc biệt nghiêm trọng và giáo dục người khác tôn trọng pháp luật. Việc áp dụng đúng đắn hình phạt tử hình được dư luận quần chúng đồng tình ủng hộ.

Xuất phát từ tình hình phát triển kinh tế - xã hội và quá trình hội nhập quốc tế, với yêu cầu cải cách tư pháp, xây dựng và hoàn thiện Nhà nước pháp quyền XHCN ở Việt Nam hiện nay, đảm bảo quyền con người, nhân đạo hóa các biện pháp cưỡng chế của Nhà nước, việc nghiên cứu hoàn thiện về hình phạt tử hình trong luật hình sự ở những góc độ khác nhau là một yêu cầu cần thiết. Nghị quyết số 08/NQ-TW ngày 02/01/2002 của Bộ Chính trị về một số nhiệm vụ trung tâm công tác tư pháp trong thời gian tới đã quán triệt: “Các bộ, ngành có liên quan cần xem xét hai vấn đề lớn là hình thức thi hành án tử hình và hạn chế số lượng hình phạt tử hình trong cơ cấu hình phạt của Bộ luật Hình sự”. Tiếp theo đó, Nghị quyết số 49/NQ-TW ngày 02/06/2005 của Bộ Chính trị về Chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020 cũng tiếp tục nhấn mạnh quan điểm trên về hình phạt tử hình: “Hạn chế áp dụng hình phạt tử

hình theo hướng chỉ áp dụng đối với một số ít loại tội phạm đặc biệt nghiêm trọng”. Chủ trương này của Đảng phù hợp với tinh thần Công ước về quyền chính trị và dân sự mà nước ta là thành viên, đồng thời phù hợp với xu hướng chung của thế giới. Vì thế, Nhà nước ta đã có những động thái hết sức rõ rệt thông qua những lần sửa đổi, bổ sung Bộ luật Hình sự (BLHS). Trong BLHS năm 1985 (với bốn lần sửa đổi, bổ sung vào các năm 1989, 1991, 1992 và 1997) có 44 điều luật quy định hình phạt tử hình đối với các tội phạm cụ thể (chiếm 20,37%), đến BLHS năm 1999 giảm xuống còn 29 điều (chiếm 11%) và sau lần sửa đổi, bổ sung BLHS vào năm 2009 giảm xuống còn 22 điều (chỉ chiếm trên 8%). Điều đó cho thấy, phạm vi áp dụng hình phạt tử hình trong các lần sửa đổi, bổ sung BLHS đều có xu hướng giảm dần theo thời gian.

Xuất phát từ yêu cầu của thực tiễn khách quan và trên cơ sở quán triệt đường lối chính sách hình sự của Đảng, Chính phủ đã trình Quốc hội khóa XIII Dự thảo BLHS (sửa đổi)². Dự thảo này đã đề nghị bỏ hình phạt tử hình đối với 7 tội danh, bao gồm: Tội cướp tài sản (Điều 133), Tội phá hủy công trình, phương tiện quan trọng về an ninh quốc gia (Điều 231), Tội chống mệnh lệnh (Điều 316); Tội đầu hàng địch (Điều 322); Tội phá hoại hòa bình, gây chiến tranh xâm lược (Điều 341); Tội chống loài người (Điều 342); Tội phạm chiến tranh (Điều 343).

Việc sửa đổi BLHS theo hướng tiếp tục hạn chế hình phạt tử hình là rất cần thiết, phù hợp với chủ trương, đường lối của Đảng và xu hướng chung của các nền tư pháp tiến bộ trên thế giới. Tuy nhiên, đây là công việc quan trọng, phức tạp, cần được tiếp tục nghiên cứu, rà soát kỹ lưỡng, thận trọng, dựa trên kết quả nghiên cứu lý luận và tổng kết

2 Hiện nay là Dự thảo 4 lấy ý kiến góp ý nhân dân từ ngày 15/7 đến hết ngày 20/9/2015.

thực tiễn cũng như những tiêu chí nhằm hạn chế hình phạt tử hình. Bởi vậy, khi muốn bỏ hình phạt tử hình đối với một loại tội phạm nào, chúng ta không nên nóng vội, mà cần thiết phải có sự xem xét một cách nghiêm túc, cẩn trọng dựa trên các tiêu chí mang tính khoa học, có căn cứ và khả thi. Theo chúng tôi, để xóa bỏ hình phạt tử hình đối với một tội phạm, chúng ta cần xem xét dựa trên nhiều tiêu chí, nhưng một trong những tiêu chí có tính tiên quyết là tính chất và mức độ nguy hiểm (tính nguy hiểm) cho xã hội của hành vi phạm tội đó trong điều kiện cụ thể của nước ta hiện nay. Tính nguy hiểm cho xã hội của tội phạm là một thuộc tính thuộc về nội dung của tội phạm, nó là dấu hiệu cơ bản quan trọng nhất, quyết định những dấu hiệu khác của tội phạm. Tính nguy hiểm cho xã hội của tội phạm được quyết định bởi các yếu tố, như: Tính chất và tầm quan trọng của khách thể (quan hệ xã hội) bị xâm hại; Tính chất của hành vi khách quan; Tính chất và mức độ thiệt hại hoặc đe dọa gây thiệt hại cho các quan hệ xã hội; Tính chất và mức độ lỗi; Động cơ, mục đích phạm tội; Thời gian, địa điểm, hoàn cảnh thực hiện tội phạm,... Bởi vậy, để đảm bảo việc quy định một hình phạt cho một tội phạm mang tính khoa học đòi hỏi hình phạt phải tương xứng với tính nguy hiểm cho xã hội của tội phạm. Có như thế, hình phạt mới phát huy hết tác dụng phòng, chống tội phạm cũng như giáo dục mọi công dân tự giác tuân theo pháp luật. Dựa trên tiêu chí này, theo chúng tôi, những tội phạm mà Dự thảo BLHS kỳ này đưa ra để bỏ hình phạt tử hình cần phải được xem xét lại. Có những tội phạm cần thiết phải giữ lại hình phạt tử hình, cũng có những tội phạm đến lúc nên bỏ hình phạt tử hình.

1. Những tội phạm sau đây nên loại bỏ hình phạt tử hình: Tội cướp tài sản (Điều 133), Tội phá hủy công trình, phương tiện quan trọng về an ninh quốc gia (Điều 231), Tội chống mệnh lệnh (Điều 316); Tội đầu hàng địch (Điều 322).

Thứ nhất, đối với tội cướp tài sản (khoản 4 Điều 133)

Cướp tài sản là hành vi dùng vũ lực, đe dọa dùng vũ lực ngay tức khắc hoặc có bất kỳ hành vi nào khác làm cho người bị tấn công lâm vào tình trạng không thể chống cự được nhằm chiếm đoạt tài sản. Tội phạm cướp tài sản xâm phạm cả quan hệ sở hữu và quan hệ nhân thân của người quản lý tài sản (tự do, sức khỏe, tính mạng). Trong đó, quan hệ nhân thân là quan trọng hơn và bị xâm hại trước. Chỉ có thông qua việc xâm hại quan hệ nhân thân, người phạm tội mới có thể xâm hại được đến quan hệ sở hữu. Dù vậy, khách thể xâm hại chính của tội phạm này được xác định là quyền sở hữu tài sản của người khác, cho nên nhà làm luật mới xếp tội này trong Chương XIV - Các tội xâm phạm sở hữu. Tội cướp tài sản tỏ ra đặc biệt nguy hiểm nếu rơi vào trường hợp phạm tội được quy định tại khoản 4 Điều 133 BLHS - “làm chết người”. Tuy nhiên, nếu sử dụng hình phạt tử hình đối với những trường hợp phạm tội xâm phạm đến quyền tự do, sức khỏe hoặc tính mạng một cách vô ý và quyền sở hữu thì e rằng chưa thuyết phục, không tương xứng với tính nguy hiểm cho xã hội của hành vi phạm tội mà họ đã thực hiện.

Việc lấy đi mạng sống của người phạm tội trong khi hành vi phạm tội của họ chỉ nhằm vào tài sản và có thể bắt chấp để lấy đi tài sản đó bằng việc gây ra thương tích cho chủ sở hữu, người quản lý tài sản hoặc vô tình làm cho những người đó chết xem ra quá nghiêm khắc đối với người phạm tội. Đối với hành vi phạm tội này, suy cho cùng cái đích của người phạm tội là tài sản mà phải trả giá bằng mạng sống dường như chưa thể hiện được tính nhân đạo trong luật hình sự. Hình phạt tù chung thân xét thấy đã thỏa đáng đối với những người phạm tội trong những trường hợp này. Một khi cướp tài sản hoặc sau khi phạm tội mà họ cố ý gây ra cái chết đối với chủ sở hữu hoặc người quản lý tài sản thì cũng sẽ bị áp dụng khoản 1 Điều 93 về

tội giết người và có thể bị mất mạng là điều không oan ức. Vì vậy, Dự thảo sửa đổi, bổ sung BLHS bỏ quy định hình phạt tử hình đối với tội danh này là hợp lý.

Thứ hai, đối với tội phá huỷ công trình, phương tiện quan trọng về an ninh quốc gia (Điều 231)

Theo BLHS năm 1985 thì đây là một trong các tội khác xâm phạm an ninh quốc gia được quy định tại Mục B Chương I Phần các tội phạm. Đến BLHS năm 1999 thì tội này được chuyển về Chương XIX - Các tội xâm phạm an toàn công cộng, trật tự công cộng. Như vậy, xét về tầm quan trọng của khách thể xâm hại của tội phạm này cũng như yêu cầu bảo vệ đã có sự thay đổi. Hơn nữa, về bản chất, tội phạm này xâm hại trực tiếp đến một loại tài sản của Nhà nước - đó là các công trình, phương tiện quan trọng về an ninh quốc gia và gây ảnh hưởng đến trật tự, an toàn xã hội nhưng chưa đến mức gây ảnh hưởng lớn đến cơ sở vật chất - kỹ thuật của đất nước. Mặt khác, cấu thành tội phạm của tội này về mặt chủ quan, người phạm tội không có mục đích chống chính quyền nhân dân. Thực tiễn xét xử cho thấy, họ gây thiệt hại cho các công trình, phương tiện công cộng do thiếu hiểu biết, không nghĩ hoặc nhận thức được đó là các công trình, phương tiện quan trọng về an ninh quốc gia. Do đó, những người này đã vô tình xâm hại đến các đối tượng được Nhà nước bảo vệ. Cho nên, việc quy định hình phạt tử hình đối với tội này là không cần thiết và không tương xứng với mức độ nguy hiểm cho xã hội của hành vi. Vì thế, theo chúng tôi, mức phạt tù chung thân đối với tội phạm này là tương xứng với tính nguy hiểm cho xã hội của hành vi này, đảm bảo đủ sức răn đe, phòng ngừa tội phạm. Còn trường hợp phá huỷ công trình, phương tiện quan trọng về an ninh quốc gia mà thuộc Điều 85 của BLHS - có mục đích chống chính quyền nhân dân - thì sẽ xử lý về tội phá hoại cơ sở vật chất - kỹ thuật của

nước Cộng hoà XHCN Việt Nam và trong trường hợp này có thể áp dụng hình phạt tử hình.

Thứ ba, đối với tội chống mệnh lệnh (Điều 316 BLHS) và tội đầu hàng địch (Điều 322 BLHS)

Đây cũng là các hành vi đặc biệt nguy hiểm, nhưng hậu quả mà hành vi phạm tội của họ gây ra sau đó có thể không nằm trong ý muốn chủ quan của người phạm tội, thậm chí có trường hợp khi thực hiện các hành vi này, bản thân người phạm tội chưa hình dung được hết những hậu quả mà hành vi phạm tội của mình có thể gây ra. Trong trường hợp chứng minh được rằng các hậu quả đặc biệt nghiêm trọng đó nằm trong ý muốn chủ quan của người phạm tội thì có thể hành vi phạm tội của họ đã vượt ra ngoài phạm vi tội chống mệnh lệnh hoặc đầu hàng địch, khi đó sẽ kết hợp xử lý về các tội phạm khác có liên quan (khi thỏa mãn).

Mặt khác, nếu bỏ qua dấu hiệu về chủ thể đặc biệt (quân nhân) và khách thể bị xâm hại, hai tội phạm này không khác gì mấy so với các hành vi xâm phạm trật tự quản lý hành chính. Ví dụ, tội chống mệnh lệnh có thể so sánh với hành vi không chấp hành quyết định, chỉ thị cấp trên trong quản lý hành chính. Trong khi đó, hành vi không chấp hành quyết định, chỉ thị của cấp trên không bị coi là tội phạm.

Việc nhà làm luật xem các hành vi này là tội phạm chính là sự thể hiện thái độ nghiêm khắc đối với quân nhân, những người đang đảm nhận vai trò quan trọng, có ảnh hưởng trực tiếp đến nền an ninh, quốc phòng của quốc gia. Tuy nhiên, nếu vì thế mà áp dụng hình phạt tử hình đối với những tội này là không tương xứng, vì đây không phải là tội phạm mang tính quốc tế, các tội phạm này chỉ có tính nguy hiểm đặc biệt cao đối với xã hội chỉ khi đất nước trong giai đoạn chiến tranh. Khi chiến tranh đã lùi xa, các tội phạm này có tính nguy hiểm giảm đi rất

nhiều, không đáng phải chịu mức chế tài tử hình.

Hơn nữa, xét về khía cạnh tâm lý, trong hoàn cảnh khốc liệt của chiến tranh, cận kề giữa cái sống, cái chết, con người rất có thể có những giây phút hèn nhát (ví dụ: vì sợ chết mà chống mệnh lệnh không thực hiện nhiệm vụ chiến đấu được giao hoặc vì sợ chết mà đầu hàng địch), nếu được mở thêm một con đường sống (không có nguy cơ bị xử tử hình) thì bản thân người phạm tội có cơ hội để sám hối lỗi lầm của mình, không làm liều (khi hết cơ hội ăn năn), góp phần hạn chế được hậu quả lớn hơn có thể xảy ra. Do vậy, hình phạt tù chung thân đối với các tội phạm này là đủ nghiêm khắc mà không cần thiết phải tước đi sinh mạng của người phạm tội.

2. Những tội phạm sau đây chưa nên xóa bỏ hình phạt tử hình: Tội phá hoại hòa bình, gây chiến tranh xâm lược (Điều 341); Tội chống loài người (Điều 342); Tội phạm chiến tranh (Điều 343).

Dự thảo đề nghị xóa bỏ hình phạt tử hình đối với những tội phạm này xuất phát từ các quan điểm cho rằng, truyền thống tốt đẹp của dân tộc Việt Nam là không gây chiến tranh xâm lược với các nước khác nên không cần thiết quy định hình phạt quá nghiêm khắc. Bỏ hình phạt tử hình ở các điều này để phù hợp với Quy chế Rome về tòa án hình sự quốc tế (mức hình phạt cao nhất đối với 4 tội ác quốc tế chỉ dừng lại ở mức là chung thân hoặc phạt tù cao nhất là 30 năm tù) mà Việt Nam đã tham gia ký kết quy chế. Về chủ thể của tội phạm chủ yếu là người đứng đầu nhà nước, nguyên thủ quốc gia, do đó khả năng xảy ra các tội phạm này ở Việt Nam là thấp. Trường hợp xảy ra thì rất khó trong hoạt động xử lý tội phạm, vì người nước ngoài phạm tội ở nước ngoài thì Việt Nam không thể xử lý được, mà người Việt Nam phạm tội ở Việt Nam là hoàn toàn khó có thể xảy ra. Thực tiễn nước ta chưa có tội phạm nào được

thực hiện, nên sửa đổi để phù hợp với Quy chế Rome.

Căn cứ nêu trên cho việc xóa bỏ hình phạt tử hình đối với các tội phạm này không xuất phát từ việc xác định tính nguy hiểm cho xã hội của chúng, nên chưa thuyết phục. Có thể thấy, đây là những hành vi có tính nguy hiểm cực kỳ cao cho xã hội nếu xảy ra. Nó chẳng những xâm phạm đến an ninh quốc gia mà còn xâm phạm đến tính mạng của vô số người. Khi chiến tranh xảy ra, biết bao người phải nhà tan, cửa nát, gia đình ly tán... Hậu quả của nó nghiêm trọng hơn hậu quả của tất cả các hành vi phạm tội khác được quy định trong BLHS.

Lịch sử Việt Nam đã trải qua hàng nghìn năm chống quân xâm lược phương Bắc, hơn trăm năm chống thực dân Pháp và đế quốc Mỹ, ước mơ của nhân dân Việt Nam là được sống trong cảnh độc lập, thanh bình. Chúng ta đã phải trả giá cho lý tưởng đó bằng xương máu của biết bao thế hệ anh hùng, những người đã hy sinh đời mình để mang lại hòa bình cho dân tộc. Hơn ai hết, dân tộc Việt Nam rất căm ghét chiến tranh và tích cực hưởng ứng phong trào chống chiến tranh của nhân dân trên toàn thế giới, bảo vệ nền hòa bình và an ninh toàn cầu. Việc BLHS hiện hành duy trì hình phạt tử hình đối với các tội phạm này là sự biểu hiện rõ nét quan điểm của Đảng và Nhà nước ta luôn kiên định con đường hòa bình và độc lập dân tộc, chống chiến tranh.

Quy chế Rome đề cập về hình phạt đối với 4 tội ác quốc tế chỉ dừng lại ở mức là chung thân hoặc phạt tù cao nhất là 30 năm tù là sự khuyến nghị các quốc gia nếu thấy phù hợp với điều kiện của mình thì áp dụng. Đối với những quốc gia chưa đạt điều kiện chín muồi để xóa bỏ hình phạt tử hình, Quy chế cũng không phải mang tính bắt buộc tuyệt đối. Vì vậy, chúng tôi cho rằng, chưa nên xóa bỏ hình phạt tử hình đối với nhóm tội phạm này.

Thay vào đó, Dự thảo nên bổ sung những tội phạm sau đây vào danh mục các tội phạm không cần duy trì hình phạt tử hình:

Một là, đối với tội tàng trữ, vận chuyển trái phép chất ma túy (Điều 194 BLHS). Hiện nay, tội “tàng trữ, vận chuyển trái phép chất ma túy” được ghép cùng với tội “mua bán trái phép hoặc chiếm đoạt chất ma túy” tại Điều 194 của BLHS. Khoản 4 Điều 194 quy định khung hình phạt cao nhất là tử hình đối với một số trường hợp phạm tội mua bán, tàng trữ, vận chuyển trái phép hoặc chiếm đoạt chất ma túy. Thực tiễn thi hành BLHS cho thấy, trong những năm gần đây, số án tử hình được áp dụng theo khoản 4 Điều 194 BLHS chiếm tỷ trọng cao trong số các án tử hình mà Tòa án đã tuyên, trong đó án tử hình chủ yếu được áp dụng đối với trường hợp phạm tội mua bán, vận chuyển trái phép chất ma túy. Tuy nhiên, cũng cần phải nhận thấy rằng, các hành vi tàng trữ, vận chuyển trái phép chất ma túy nghiêm trọng diễn ra trong thời gian qua chủ yếu là để phục vụ hoặc có liên quan đến việc mua bán trái phép chất ma túy. Trên thực tế, những đối tượng tàng trữ, vận chuyển trái phép chất ma túy chủ yếu là người nghèo, người làm thuê, có nhận thức pháp luật hạn chế, nhưng khi bị bắt giữ đều phải chịu trách nhiệm tại những khung hình phạt cao, kể cả tử hình. Hơn nữa, tội phạm được quy định tại Điều 194 BLHS là một tội phạm gồm nhiều hành vi có tính chất, mức độ nguy hiểm rất khác nhau nhưng lại cùng chung một chính sách xử lý. Đây là điều bất hợp lý. Khi quy định cấu thành tội phạm của các tội phạm này, Bộ luật đã không nêu rõ hành vi tàng trữ hoặc vận chuyển trái phép chất ma túy phải đạt mức tối thiểu bao nhiêu, nhưng Tòa án nhân dân tối cao đã hướng dẫn mức định lượng tối thiểu, nếu dưới mức tối thiểu đó thì hành vi tàng trữ hoặc vận chuyển trái phép chất ma túy chỉ bị xử phạt hành chính. Trong khi đó, hành vi mua bán hoặc chiếm đoạt trái phép chất ma túy thì bất kỳ định lượng là bao nhiêu cũng bị truy cứu

trách nhiệm hình sự. Vì thế, theo chúng tôi, việc quy định nhiều hành vi khách quan có tính chất, mức độ khác nhau trong cùng một khung hình phạt (đặc biệt là tử hình) là chưa đáp ứng yêu cầu cá thể hóa hành vi và cá thể hóa trách nhiệm hình sự.

Xét về tính chất, mức độ nguy hiểm cho xã hội của hành vi phạm tội liên quan đến ma túy thì chỉ nên giữ lại hình phạt tử hình đối với một số trường hợp phạm tội sản xuất, mua bán trái phép hoặc chiếm đoạt chất ma túy đặc biệt nghiêm trọng, còn đối với các hành vi tàng trữ, vận chuyển chất ma túy thì mức phạt tù chung thân là đủ nghiêm khắc. Vì vậy, nên tách riêng hành vi mua bán trái phép hoặc chiếm đoạt chất ma túy và ghép vào Điều 193 về tội sản xuất trái phép chất ma túy để có cùng chính sách xử lý phù hợp, đồng thời, bỏ hình phạt tử hình tại Điều 194 BLHS đối với tội tàng trữ, vận chuyển trái phép chất ma túy.

Hai là, đối với tội sản xuất, buôn bán hàng giả là lương thực, thực phẩm, thuốc chữa bệnh, thuốc phòng bệnh (Điều 157 BLHS). Xét về tính nguy hiểm cho xã hội, hành vi này chưa nguy hiểm bằng các hành vi như giết người hay các hành vi xâm phạm an ninh quốc gia. Mục đích phạm tội là vì tư lợi và gây thiệt hại cho trật tự quản lý kinh tế. Nếu hình phạt tử hình được tuyên và áp dụng đối với người phạm tội này thì mục đích khắc phục hậu quả do tội phạm kinh tế gây ra là rất khó, mục tiêu thu hồi tài sản sẽ không đạt được. Để các hành vi phạm tội này hạn chế tính nguy hiểm và không còn cơ hội phát triển, nền sản xuất trong nước phải đủ mạnh, với chi phí sản xuất thấp, tạo ra nhiều sản phẩm là lương thực, thực phẩm, thuốc chữa bệnh, thuốc phòng bệnh để hạ giá thành các sản phẩm này. Bên cạnh đó, chúng ta phải có một hành lang pháp lý vững chắc, việc thực thi pháp luật về bảo hộ sở hữu công nghiệp phải tốt và các cơ quan nhà nước có chức năng chống hàng giả như Công an, Quản lý thị trường, Hội bảo vệ người tiêu

dùng, Hiệp hội các doanh nghiệp và các nhà sản xuất phải hoạt động tích cực, thường xuyên kiểm tra, giám sát chặt chẽ các hoạt động sản xuất kinh doanh. Ngoài ra, phải có cơ chế sao cho mọi người dân có thể nhận biết được đâu là hàng giả, đâu là hàng thật khi giao dịch và sử dụng nhằm bảo vệ tính mạng và sức khoẻ cho chính mình. Tất cả các đảm bảo trên đều có thể thực hiện được với sự nỗ lực của Nhà nước, các doanh nghiệp và mọi người dân. Khi đó, chỉ cần một mức phạt tiền thật cao cùng với chế tài tù chung thân hoặc thậm chí là tù có thời hạn cũng đủ răn đe và phòng ngừa các hành vi phạm tội thuộc loại này.

Ba là, đối với tội hiếp dâm trẻ em (khoản 3, 4 Điều 112 BLHS). Theo quy định tại khoản 3 Điều 112 BLHS, tội hiếp dâm trẻ em xâm phạm đến quyền bất khả xâm phạm về tình dục của trẻ em. Ngoài ra, tội phạm này còn gây khủng hoảng tinh thần của nạn nhân và trong một số trường hợp, ảnh hưởng đến sức khoẻ của nạn nhân vì tội phạm này dùng vũ lực, đe dọa dùng vũ lực, lợi dụng tình trạng không thể tự vệ được của nạn nhân hoặc dùng bất kỳ thủ đoạn nào để giao cấu với trẻ em trái ý muốn của họ. Đối với trường hợp nạn nhân là các trẻ em chưa đủ 13 tuổi, khoản 4 Điều 112 quy định: “Mọi trường hợp giao cấu với trẻ em chưa đủ 13 tuổi là phạm tội hiếp dâm trẻ em”. Tức là, bất kể hành vi giao cấu với trẻ em chưa đủ 13 tuổi nào, dù có sự thoả thuận với nạn nhân hay không, đều bị xem là hiếp dâm trẻ em. Cả hai trường hợp phạm tội này theo quy định của BLHS hiện hành đều có thể bị tử hình.

Công bằng mà nói, các hành vi phạm tội này đặc biệt nguy hiểm khi xâm phạm đồng thời hai khách thể là quyền bất khả xâm phạm về tình dục và sức khoẻ của trẻ em, cá biệt có thể xâm phạm đến tính mạng của nạn nhân. Tuy nhiên, không phải vì thế mà sử dụng hình phạt tử hình đối với người thực hiện hành vi phạm tội này. Nếu so sánh, sẽ

không có sự tương xứng khi đem quyền bất khả xâm phạm về tình dục và sức khoẻ để đổi lấy tính mạng. Tội phạm này đôi khi làm nạn nhân chết hoặc tự sát (điểm g khoản 3 Điều 112). Tuy nhiên, những hậu quả này không phải do sự mong muốn hoặc nằm trong dự liệu của người phạm tội. Nếu hậu quả chết người xảy ra là do sự cố ý của người phạm tội (có thể bằng mọi cách để giao cấu được với nạn nhân, kể cả cố ý gây ra cái chết hoặc giết nạn nhân để thoát tội) thì người phạm tội sẽ bị định thêm tội giết người (theo điểm c, e, hoặc g khoản 1 Điều 93 BLHS) với khung hình phạt lên đến tử hình. Trong những trường hợp đó, người phạm tội có thể bị áp dụng hình phạt tử hình là vô cùng thoả đáng. Do đó, hai chế tài tử hình tại khoản 3, 4 Điều 112 BLHS nên được bãi bỏ và chỉ nên giữ lại hình phạt tù chung thân cũng đảm bảo tương xứng với tính nguy hiểm cho xã hội của các hành vi phạm tội này.

Bốn là, đối với tội nhận hối lộ (khoản 4 Điều 279 BLHS). Nhận hối lộ là hành vi của người có chức vụ, quyền hạn, lợi dụng chức vụ quyền hạn trực tiếp hoặc qua trung gian đã nhận hoặc sẽ nhận tiền, tài sản hoặc lợi ích vật chất khác dưới bất kỳ hình thức nào để làm hoặc không làm một việc vì lợi ích hoặc theo yêu cầu của người đưa hối lộ. Tội nhận hối lộ xâm phạm hoạt động đúng đắn của các cơ quan nhà nước, tổ chức, làm cho cơ quan, tổ chức suy yếu, mất uy tín. Theo khoản 4 Điều 279 BLHS, người phạm tội có thể bị tử hình khi tài sản nhận hối lộ có giá trị từ ba trăm triệu đồng trở lên hoặc gây hậu quả đặc biệt nghiêm trọng.

Quy định hành vi nhận hối lộ với giá trị tài sản từ ba trăm triệu đồng trở lên có thể bị áp dụng hình phạt tử hình thì không phù hợp. Hành vi này, cho dù có làm suy yếu, mất uy tín của cơ quan, tổ chức đến đâu cũng không thể chỉ vì có ba trăm triệu đồng mà phải mất mạng sống. Đây không phải là những hành vi phạm tội xâm phạm an ninh quốc gia nên dù thế nào cũng chỉ nên bị áp dụng hình phạt

tù chung thân hoặc tù có thời hạn là đủ để phòng ngừa tội phạm.

Trong trường hợp hành vi phạm tội gây ra hậu quả đặc biệt nghiêm trọng, BLHS cũng đề xuất áp dụng hình phạt tử hình. Hậu quả đặc biệt nghiêm trọng đề cập ở đây có thể liên quan đến hoạt động bình thường của các cơ quan, tổ chức, quyền và lợi ích hợp pháp của công dân hoặc có khi là thiệt hại về tính mạng. Tuy nhiên, những hậu quả đó cũng nằm ngoài sự dự liệu hoặc mong muốn của người phạm tội. Do đó, hình phạt tử hình dành cho cả hai trường hợp phạm tội này đều chưa thỏa đáng.

Đứng ở góc độ khác, hành vi nhận hối lộ

có một phần trách nhiệm thuộc về Nhà nước. Thật vậy, một khi thủ tục hành chính được cải cách, mọi yêu cầu của người dân được các cơ quan và cán bộ nhà nước giải quyết nhanh chóng, minh bạch, đúng thủ tục thì rất ít người nghĩ đến việc đưa hối lộ cho những yêu cầu về việc giải quyết các công việc của mình và do đó, cũng không có “cửa” cho hành vi nhận hối lộ. Sở dĩ có hành vi nhận hối lộ trước hết phải thấy sự yếu kém của Nhà nước trong công tác chống tham nhũng, công tác quản lý cán bộ. Vì vậy, một khi thực hiện tốt khâu quản lý cán bộ và chống tham nhũng thì chế tài hình sự chỉ cần là tù có thời hạn cũng đủ để răn đe người nhận hối lộ ■

Chế định giao dịch dân sự...

(Tiếp theo trang 32)

7. Quy định “thời hiệu yêu cầu giao dịch dân sự vô hiệu”

Quy định về “thời hiệu yêu cầu Tòa án tuyên bố giao dịch dân sự vô hiệu” tại Điều 176 Dự thảo, chúng tôi có một số ý kiến như sau:

Thứ nhất, tại khoản 1 Điều 176 quy định thời hiệu yêu cầu tuyên bố các giao dịch dân sự vô hiệu được quy định từ Điều 141 đến Điều 144 là ba năm kể từ thời điểm được xác định tại các điểm a, b, c là tương ứng với các Điều 141, 142 và 143. Tuy nhiên, Dự thảo chưa quy định thời hiệu yêu cầu tuyên bố giao dịch vô hiệu do người xác lập không nhận thức, làm chủ hành vi tại Điều 144 được xác định tại thời điểm nào. Việc Dự thảo chỉ quy định thời hiệu là ba năm mà không quy định thời điểm để xác định ba năm đó bắt đầu từ khi nào sẽ khiến cho việc áp dụng gặp nhiều khó khăn và quy định sẽ khó thực thi trên thực tế.

Thứ hai, Điều 176 chưa quy định thời hiệu yêu cầu tuyên bố giao dịch dân sự vô

hiệu do vi phạm quy định về hình thức. Việc quy định thời hiệu yêu cầu tuyên bố giao dịch dân sự vô hiệu do vi phạm quy định về hình thức là cần thiết, vì có không ít trường hợp giao dịch được xác lập đã lâu các bên mới yêu cầu Tòa án tuyên bố giao dịch đó vô hiệu. Nếu không quy định thời hiệu trong trường hợp này sẽ gây nhiều tranh cãi trong quá trình áp dụng. Do vậy, chúng tôi kiến nghị Dự thảo nên bổ sung quy định nói trên.

Thiết nghĩ, để cho BLDS thực sự đi vào cuộc sống và trở thành một công cụ hữu hiệu bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của các chủ thể khi tham gia giao dịch dân sự thì cần phải nghiên cứu thật kỹ về chế định giao dịch dân sự trước khi thông qua Dự thảo. Để đảm bảo BLDS Việt Nam có sức sống mãnh liệt như các bộ luật ở các nước trên thế giới, thì các quy định của nó cần phải dễ hiểu, dễ áp dụng và đặc biệt là ngôn ngữ phải gần gũi với người dân Việt Nam, câu chữ phải được hiểu theo một nghĩa thống nhất, và đặc biệt tối kỵ việc quy định chông chéo với các văn bản luật khác hay là không có khả năng thực thi. Do đó, việc thiết kế lại các quy định trong chế định giao dịch dân sự là một việc làm cần thiết ■

TỘI CỐ Ý LÀM TRÁI CÁC QUY ĐỊNH CỦA NHÀ NƯỚC VỀ QUẢN LÝ KINH TẾ GÂY HẬU QUẢ NGHIÊM TRỌNG

TRẦN THỊ QUỲNH*

Điều 165 Bộ luật Hình sự (BLHS) năm 1999 quy định, “người nào lợi dụng chức vụ, quyền hạn cố ý làm trái quy định của Nhà nước về quản lý kinh tế gây thiệt hại từ một trăm triệu đồng đến dưới ba trăm triệu đồng hoặc dưới một trăm triệu đồng, đã bị xử lý kỷ luật về hành vi này mà còn vi phạm gây hậu quả nghiêm trọng...”, sẽ bị truy cứu trách nhiệm hình sự (TNHS) về tội cố ý làm trái quy định của Nhà nước về quản lý kinh tế gây hậu quả nghiêm trọng. Thực tiễn xét xử cho thấy, việc áp dụng Điều 165 BLHS còn những vấn đề cần được nghiên cứu sửa đổi.

Có nên bỏ tội danh Điều 165 BLHS?

Theo Báo cáo số 2970/BC-UBTP13 ngày 11/9/2015 của Ủy ban Tư pháp Quốc hội khóa XIII xin ý kiến Ủy ban thường vụ Quốc hội (phiên họp thứ 14, tháng 9/2015) về một số vấn đề lớn còn ý kiến khác nhau của dự thảo BLHS (sửa đổi)¹, thì “về tội cố ý làm trái quy định của Nhà nước về quản lý kinh tế gây hậu quả nghiêm trọng (Điều 165 BLHS hiện hành), đa số ý kiến Thường trực Ủy ban Tư pháp tán thành với đề xuất của

Chính phủ và cho rằng, việc bỏ tội danh này và thay thế bằng các tội danh cụ thể trong từng lĩnh vực là cần thiết. Theo tinh thần Hiến pháp năm 2013, công dân được làm tất cả những gì pháp luật không cấm, doanh nghiệp được kinh doanh mọi ngành nghề pháp luật không cấm. Theo nguyên tắc đó, các hành vi được coi là tội phạm trong lĩnh vực quản lý kinh tế cần được xác định rõ, bảo đảm sự minh bạch, an toàn của môi trường kinh doanh, tránh sự tùy tiện trong áp dụng.

* **ThS. Tòa Hình sự, Tòa án nhân dân tối cao.**

1 duthaonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/...DUTHAO.../View_Detail.aspx?..., truy cập ngày 29/9/2015.

Bên cạnh đó, cũng có ý kiến cho rằng cần tiếp tục duy trì tội này vì không thể dự liệu và cụ thể hóa được tất cả các vi phạm trong quản lý kinh tế, nếu bỏ tội danh này sẽ bỏ lọt tội phạm. Do đó, cần cân nhắc sửa đổi theo hướng, làm rõ dấu hiệu trái quy định của Nhà nước là trái quy định của luật, pháp lệnh, nghị định”.

Như vậy, hiện nay vẫn có hai luồng ý kiến khác nhau về việc có nên bỏ tội danh Điều 165 BLHS hay không.

- *Ý kiến thứ nhất* (và cũng là ý kiến được đề xuất trong Dự thảo BLHS đang tiến hành sửa đổi hiện nay) cho rằng, cần loại bỏ tội cố ý làm trái quy định của Nhà nước về quản lý kinh tế gây hậu quả nghiêm trọng (Điều 165 BLHS), vì tội danh này không phù hợp với sự phát triển kinh tế trong nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa; Mặt khác, yếu tố cấu thành tội phạm không bảo đảm được tính minh bạch; pháp luật hình sự không chỉ xử lý tội phạm, người phạm tội, mà còn tạo ra hành lang pháp lý an toàn cho sự phát triển này và các cơ quan tiến hành tố tụng dễ nhầm lẫn giữa tội danh Điều 165 và các tội danh khác, như tội thiếu trách nhiệm gây thiệt hại nghiêm trọng đến tài sản của Nhà nước (Điều 144 BLHS), tội lợi dụng chức vụ, quyền hạn trong khi thi hành công vụ (Điều 281 BLHS), tội thiếu trách nhiệm gây hậu quả nghiêm trọng (Điều 285 BLHS); Ngoài ra, tội phạm phải là hành vi nguy hiểm cho xã hội cụ thể, chứ không thể là một cấu thành chung chung, mang tính khái quát để có thể áp dụng đối với bất kỳ hành vi nào trên thực tế. Điều này như là “cái túi” để xử lý, chuyển hóa các tội từ nặng sang nhẹ. Ví dụ: Tội tham ô tài sản đầy xuống chỉ là tội cố ý làm trái... Thay vào đó, các nhà làm luật sẽ cụ thể hóa các loại hành vi trong từng lĩnh vực cụ thể để quy định thành các tội danh tương ứng, nhằm bảo đảm tính minh bạch, rõ ràng, không để lọt tội.

- *Ý kiến thứ hai* cho rằng, để đảm bảo tính phòng ngừa, tránh bỏ lọt tội phạm, nên giữ lại tội danh này như quy định của BLHS hiện hành. Nếu loại bỏ tội cố ý làm trái quy định của Nhà nước trong quản lý kinh tế gây hậu quả nghiêm trọng ra khỏi BLHS, cần quan tâm đến dư luận xã hội nhìn nhận vấn đề này như thế nào. Thực tế vừa qua có nhiều vụ việc phạm tội “cố ý làm trái...” dẫn đến nhiều hậu quả nghiêm trọng, đặc biệt trong bối cảnh các doanh nghiệp nhà nước đang tái cơ cấu lại, trong khi hiện nay quy định còn chưa rõ ràng, quá rộng. Nếu bỏ ngay e rằng không phù hợp”.

Chúng tôi đồng tình với quan điểm thứ hai. Hiện nay, chưa thể bỏ ngay tội danh “cố ý làm trái...” vì những lý do sau:

- Việc quy định tội danh theo Điều 165 BLHS đã giúp Nhà nước thực hiện việc phòng ngừa và đấu tranh chống các hành vi sai phạm nghiêm trọng trong quản lý kinh tế rất hiệu quả trong nhiều năm qua.

- Các lập luận cho việc bỏ tội danh Điều 165 BLHS còn chung chung, trong khi có không ít bị cáo bị kết án về tội này là cán bộ, đảng viên, trong đó có những người giữ chức vụ quan trọng trong doanh nghiệp nhà nước (trong 05 năm gần đây có tới 82 bị cáo là cán bộ, công chức, 130 bị cáo là đảng viên), nên nếu bỏ ngay Điều luật này thì dư luận có thể sẽ cho rằng, nhà làm luật cố tình bao che cho hành vi sai phạm của cán bộ, công chức, đảng viên.

- Nếu loại bỏ tội danh theo Điều 165 BLHS thì phải bổ sung quy định hành vi làm trái cụ thể trong từng lĩnh vực là tội phạm. Nhưng tại thời điểm này, chưa có sự chắc chắn rằng các nhà làm luật sẽ quy định được đầy đủ các hành vi làm trái cụ thể trong từng lĩnh vực là tội phạm, nên dễ dẫn đến bỏ lọt tội phạm, trong khi nền kinh tế đang phát triển, cần sự hỗ trợ đắc lực của pháp luật trong việc bảo đảm tính minh bạch, rõ ràng

và hành lang pháp lý an toàn cho sự phát triển.

Do đó, cần giữ lại điều luật này để tránh tình trạng bỏ lọt tội phạm và giữ vững sự ổn định phát triển của nền kinh tế, nhưng cần sửa đổi, bổ sung về cấu thành tội phạm cho phù hợp.

Vấn đề xác định chủ thể của tội cố ý làm trái quy định của Nhà nước về quản lý kinh tế gây hậu quả nghiêm trọng

Khi xem xét TNHS, các cơ quan tiến hành tố tụng thường có ý kiến khác nhau về tư cách chủ thể của tội phạm này.

- *Loại ý kiến thứ nhất:* Người có chức vụ, quyền hạn là chủ thể của tội cố ý làm trái phải là người do bổ nhiệm, do bầu cử, do hợp đồng hoặc do một hình thức khác, có hưởng lương hoặc không hưởng lương, được giao thực hiện một công vụ nhất định và có quyền hạn nhất định trong khi thực hiện công vụ được quy định tại Điều 277 BLHS.

- *Loại ý kiến thứ hai:* Người có chức vụ, quyền hạn là chủ thể của tội cố ý làm trái có thể là người do bổ nhiệm, do bầu cử, do hợp đồng hoặc do một hình thức khác, có hưởng lương hoặc không hưởng lương, được giao thực hiện một công vụ nhất định và có quyền hạn nhất định nhưng không nhất thiết phải trong khi thực hiện công vụ quy định tại Điều 277 BLHS. Nói cách khác, họ không phải là công chức, viên chức nhà nước. Ví dụ: Chủ tịch Hội đồng quản trị Ngân hàng thương mại cổ phần X, Tổng giám đốc Công ty cổ phần Y,...

Điều 165 BLHS quy định: *Người nào lợi dụng chức vụ, quyền hạn cố ý làm trái quy định của Nhà nước về quản lý kinh tế gây thiệt hại...* Nếu căn cứ vào điều luật thì Điều 165 BLHS không quy định chủ thể phải là người lợi dụng chức vụ, quyền hạn cố ý làm trái *trong khi thi hành công vụ*. Do đó, có thể hiểu, đối với tội cố ý làm trái, chủ thể của tội

phạm bao gồm cả người có chức vụ, quyền hạn quy định tại Điều 277 BLHS và người có chức vụ, quyền hạn trong các cơ quan, tổ chức ngoài quốc doanh. Hơn nữa, nhà làm luật đã sắp xếp *tội cố ý làm trái quy định của Nhà nước về quản lý kinh tế gây hậu quả nghiêm trọng* vào Chương XVI “Các tội xâm phạm trật tự quản lý kinh tế”, không nằm trong Chương XXI “Các tội phạm về chức vụ”, điều này có nghĩa điều luật không xem hành vi cố ý làm trái là hành vi tham nhũng, chủ thể không nhất thiết phải là người thi hành công vụ và cũng không nhất thiết phải là người của cơ quan nhà nước.

Tuy nhiên, quan điểm cho rằng, chủ thể của *tội cố ý làm trái quy định của Nhà nước về quản lý kinh tế gây hậu quả nghiêm trọng* không thể bao gồm cả những người có chức vụ trong các doanh nghiệp tư nhân, cũng có nhân tố hợp lý, nếu hành vi cố ý làm trái chỉ gây thiệt hại cho chính tài sản của họ. Nếu họ gây ra thiệt hại cho chính họ thì không nên coi đó là hành vi mang tính nguy hiểm cho xã hội. Việc hình sự hóa hành vi này có thể làm hạn chế tính linh hoạt, chủ động, sáng tạo nhằm thúc đẩy sự phát triển của các doanh nghiệp nói riêng và nền kinh tế nói chung. Do đó, cần sửa đổi Điều 165 BLHS cho phù hợp, theo hướng: họ chỉ bị truy cứu TNHS khi hành vi cố ý làm trái... của họ gây thiệt hại nghiêm trọng cho tài sản của Nhà nước, của tổ chức hoặc cá nhân khác, hoặc gây thiệt hại nghiêm trọng khác cho Nhà nước, cho xã hội.

Dấu hiệu “đã bị xử lý kỷ luật”, “gây hậu quả nghiêm trọng” trong trường hợp thiệt hại về tài sản dưới 100 triệu đồng

Hiện nay, người phạm tội phải gây thiệt hại từ đủ một trăm triệu đồng trở lên mới được coi là gây hậu quả nghiêm trọng, đây là yếu tố định lượng mà các nhà làm luật quy định cấu thành cơ bản của tội phạm này. Trong trường hợp nếu người gây thiệt hại

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

dưới một trăm triệu đồng, phải có điều kiện “đã bị xử lý kỷ luật về hành vi này mà còn vi phạm gây hậu quả nghiêm trọng”.

Có ý kiến cho rằng, không cần thiết phải dùng cụm từ “gây hậu quả nghiêm trọng”², vì chưa có hướng dẫn thế nào là gây hậu quả nghiêm trọng nên rất khó khi xử lý đối với người có hành vi gây thiệt hại nhiều lần, đã bị xử lý kỷ luật nhiều lần nhưng lần nào cũng chỉ gây thiệt hại dưới 100 triệu đồng.

Theo chúng tôi, đã là tội danh cố ý làm trái quy định của Nhà nước về quản lý kinh tế gây hậu quả nghiêm trọng thì trong cấu thành tội phạm, *buộc phải có hậu quả nghiêm trọng* mới có thể truy cứu TNHS được. Một người thực hiện nhiều hành vi cố ý làm trái, đã bị xử lý nhiều lần, nhưng không lần nào gây hậu quả nghiêm trọng thì không truy cứu TNHS đối với họ, mà xử lý bằng các hình thức khác, vì đây là tội phạm kinh tế, vấn đề làm trái quy tắc nhằm mục đích phát triển là điều dễ xảy ra. Tuy nhiên, trong kinh tế họ phải chịu rủi ro, nếu thành công, không gây hậu quả nghiêm trọng thì họ không phải chịu TNHS, nếu không thành công và gây ra hậu quả nghiêm trọng thì buộc họ phải chịu TNHS về tội danh theo Điều 165 BLHS. Nếu không, thì xem xét đổi tên Điều luật thành “tội cố ý làm trái quy định Nhà nước về quản lý kinh tế”.

Hậu quả vật chất được xác định theo Điều 165 BLHS là thiệt hại từ 100 triệu đồng trở lên. Định lượng này cũng gây tranh cãi là đã phù hợp với điều kiện kinh tế - xã hội hiện nay hay chưa (vì giá trị 100 triệu đồng đối với cá nhân, tổ chức làm kinh doanh hiện nay không phải là quá lớn để coi là thiệt hại nghiêm trọng cần xử lý về hình sự); và định

lượng tài sản thiệt hại của tội quy định tại Điều 165 BLHS có tương xứng với các tội phạm khác cũng có yêu cầu bắt buộc dấu hiệu hậu quả hay không? Ví dụ, Điều 144 BLHS về tội thiếu trách nhiệm gây thiệt hại nghiêm trọng đến tài sản của Nhà nước chỉ quy định dấu hiệu hậu quả là gây thiệt hại từ 50 triệu đồng trở lên (bằng 1/2 giá trị thiệt hại của tội cố ý làm trái). “Tội thiếu trách nhiệm...” là tội được thực hiện với lỗi vô ý, trong khi “tội cố ý làm trái...” được thực hiện với lỗi cố ý. Tương tự, tại Điều 145 BLHS quy định về tội vô ý gây thiệt hại nghiêm trọng đến tài sản, theo đó, người nào vô ý gây thiệt hại cho tài sản của người khác có giá trị từ 50 triệu đồng trở lên cũng phải bị truy cứu TNHS. Người phạm tội theo Điều 145 BLHS không cần phải có chức vụ, quyền hạn gì, phạm tội với lỗi vô ý... Trong khi đó, người phạm tội cố ý làm trái là người có chức vụ, quyền hạn; phạm tội với lỗi cố ý... Rõ ràng, việc một người có chức vụ, quyền hạn mà phạm tội thì phải nguy hiểm cho xã hội hơn so với người bình thường.

Hậu quả phi vật chất là thứ khó xác định; việc xác định hậu quả phi vật chất căn cứ vào nhiều yếu tố: chính trị, văn hóa, xã hội, chính sách... Nếu ở cấu thành cơ bản 1 của “tội cố ý làm trái...” đã xác định hậu quả nghiêm trọng là thiệt hại từ 100 triệu đồng (căn cứ vào hậu quả vật chất) thì ở cấu thành cơ bản 2 của “tội cố ý làm trái...” trong trường hợp gây thiệt hại dưới 100 triệu đồng nhưng đã bị xử lý kỷ luật về hành vi này mà còn vi phạm gây hậu quả nghiêm trọng thì phải xác định gây hậu quả nghiêm trọng ở đây là hậu quả phi vật chất. Do đó, chúng tôi kiến nghị sửa đổi lại câu văn của điều luật, tránh lung

2 Xem: <http://moj.gov.vn/ct/tintuc/Pages/nguyen-cuu-trao-doi.aspx?ItemID=6083>

cùng, gây nhầm lẫn như hiện nay, như có thể sửa đổi thành: "...đã bị xử lý kỷ luật về hành vi này mà còn gây hậu quả nghiêm trọng khác..." (để xác định là ngoài hậu quả vật chất - thiệt hại dưới 100 triệu đồng, còn gây thiệt hại khác nữa, chứ không phải vẫn là thiệt hại vật chất).

Mặt khác, xem xét tội danh ở Điều 144 BLHS (tội thiếu trách nhiệm gây thiệt hại nghiêm trọng đến tài sản của Nhà nước) hiện chỉ có 01 cấu thành cơ bản, không có cấu thành cơ bản ở dạng: *dưới định lượng thiệt hại tài sản, đã bị xử lý kỷ luật mà còn vi phạm...* Do đó, nên cân nhắc sửa đổi Điều 165 BLHS "tội cố ý làm trái..." theo hướng này. Với các tội phạm kinh tế, chỉ xem xét hậu quả của nó là gì để xác định tội phạm, không nên đưa yếu tố nhân thân vào làm dấu hiệu để xác định cấu thành tội phạm cơ bản.

Quy định hình phạt tiền là hình phạt chính đối với tội cố ý làm trái các quy định của Nhà nước về quản lý kinh tế gây hậu quả nghiêm trọng

Quán triệt tinh thần Nghị quyết số 49-NQ/TW ngày 02/6/2005 của Bộ Chính trị về Chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020, mà theo đó, bên cạnh việc đưa ra định hướng chung "đề cao hiệu quả phòng ngừa và tăng tính hướng thiện trong việc xử lý người phạm tội...", thì Nghị quyết cũng đề cập tới nội dung như *Giảm hình phạt tù đồng thời tăng cường áp dụng hình phạt tiền...* Do vậy, cần đưa loại hình phạt là phạt tiền vào hình phạt chính của tội phạm này, vì việc mở rộng khả năng áp dụng hình phạt tiền cũng là một trong những biện pháp nhằm nâng cao hiệu quả đấu tranh phòng chống tội phạm, nhất là đối với các tội xâm phạm về trật tự quản lý kinh tế.

Kiến nghị sửa đổi chung

Từ những phân tích nêu trên, chúng tôi kiến nghị sửa đổi Điều 165 BLHS như sau:

Phương án 1: Sửa tên tội danh thành tội "cố ý làm trái quy định của Nhà nước về quản lý kinh tế" (bỏ cụm từ "gây hậu quả nghiêm trọng") và sửa đổi cấu thành tội phạm cơ bản:

1. Người nào lợi dụng chức vụ, quyền hạn cố ý làm trái quy định của Nhà nước về quản lý kinh tế gây thiệt hại về tài sản cho Nhà nước, tổ chức, cá nhân khác từ ... triệu đồng đến dưới ... triệu đồng hoặc dưới ... triệu đồng, đã bị xử lý kỷ luật về hành vi này mà còn vi phạm, thì bị phạt tiền ..., phạt cải tạo không giam giữ đến ba năm hoặc phạt tù từ một năm đến năm năm.

2.....

Phương án 2: giữ nguyên tên tội danh "cố ý làm trái quy định của Nhà nước về quản lý kinh tế gây hậu quả nghiêm trọng" và sửa đổi cấu thành tội phạm cơ bản:

- *Hướng sửa đổi thứ nhất:*

1. Người nào lợi dụng chức vụ, quyền hạn cố ý làm trái quy định của Nhà nước về quản lý kinh tế gây thiệt hại về tài sản cho Nhà nước, tổ chức, cá nhân khác từ ... triệu đồng đến dưới ... triệu đồng hoặc dưới ... triệu đồng, đã bị xử lý kỷ luật về hành vi này mà còn vi phạm gây hậu quả nghiêm trọng khác, thì bị phạt tiền ..., phạt cải tạo không giam giữ đến ba năm hoặc phạt tù từ một năm đến năm năm.

2.

- *Hướng sửa đổi thứ hai:*

1. Người nào lợi dụng chức vụ, quyền hạn cố ý làm trái quy định của Nhà nước về quản lý kinh tế gây thiệt hại về tài sản cho Nhà nước, tổ chức, cá nhân khác từ ... triệu đồng đến dưới ... triệu đồng hoặc gây hậu quả nghiêm trọng khác ... , thì bị phạt tiền ... , phạt cải tạo không giam giữ đến ba năm hoặc phạt tù từ một năm đến năm năm.

2. ... ■

NÂNG CAO NHẬN THỨC LÀ MỘT TRONG NHỮNG ĐẢM BẢO QUAN TRỌNG CHO HIỆU LỰC, HIỆU QUẢ CỦA LUẬT PHÒNG, CHỐNG TÁC HẠI CỦA THUỐC LÁ

PHẠM THỊ DUYÊN THẢO*

Các nghiên cứu đã chỉ ra rằng, khi đã nghiện thuốc lá, cơ thể con người sẽ trở nên thụ động và phụ thuộc vào các chất hóa học trong thuốc lá. Và khi ngừng sử dụng thuốc lá, có thể sẽ dẫn đến buồn chán, thất vọng, thậm chí có thể trầm cảm và căng thẳng kéo dài. Do đó, bỏ thuốc lá là việc không đơn giản, cần phải có quyết tâm cao, được hỗ trợ từ nhiều phía. Điều này cũng đồng nghĩa với công tác phòng, chống tác hại (PCTH) của thuốc lá sẽ còn rất nhiều khó khăn, đòi hỏi phải có sự nỗ lực không ngừng của mỗi quốc gia, cộng đồng, xã hội trên tất cả các phương diện từ pháp luật, kinh tế cho đến nâng cao nhận thức của người dân. Ở Việt Nam, tác hại của thuốc lá ngày càng được nhận thức rõ hơn, công tác PCTH của thuốc lá cũng ngày càng được coi trọng.

1. Pháp luật về phòng, chống tác hại của thuốc lá ở Việt Nam

Đến thời điểm hiện tại, Việt Nam đã ban hành hàng trăm văn bản quy phạm pháp luật các loại liên quan đến PCTH của thuốc lá. Các văn bản như Chỉ thị số 368/TTg của Thủ tướng Chính phủ ban hành ngày 22/6/1995 về Thực hành tiết kiệm, chống lãng phí trong các cơ quan nhà nước, lực lượng vũ trang, đoàn thể, doanh nghiệp nhà nước; Nghị quyết số 12/2000/NQ-CP của Chính phủ ban hành ngày 14/8/2000 về Chính sách quốc gia PCTH của thuốc lá giai đoạn 2000-2010; Nghị định số 176/2013/NĐ-CP của Chính phủ ban hành

ngày 14/11/2013 Quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực y tế; Quyết định số 229/QĐ-TTg của Thủ tướng Chính phủ ban hành ngày 25/01/2013 phê duyệt “Chiến lược quốc gia PCTH thuốc lá đến năm 2020”, đặc biệt là Luật PCTH của thuốc lá được ban hành ngày 18/6/2012, có hiệu lực thi hành từ ngày 1/5/2013 với 5 chương, 35 điều đã tạo thành một hệ thống pháp luật khá đầy đủ về PCTH của thuốc lá. Hệ thống pháp luật này ngày càng được hoàn thiện, đồng thời thể hiện độ tương thích khá cao so với Công ước Khung về Kiểm soát thuốc lá (Công ước FCTC) mà Việt Nam đã tham gia¹.

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

¹ Ngày 11/11/2004, Việt Nam đã phê chuẩn Công ước Khung về Kiểm soát thuốc lá của Tổ chức Y tế thế giới, Công ước đã có hiệu lực tại Việt Nam từ ngày 17/3/2005. Nguồn: <http://vinacosh.gov.vn/vi/cong-uoc-khung/gioi-thieu/> (truy cập ngày 17/9/2015).

Điều đó thể hiện những bước tiến đáng ghi nhận trong công tác lập pháp của Việt Nam, thể hiện nhận thức đúng đắn của Đảng, Nhà nước về tác hại của thuốc lá cũng như yêu cầu và tầm quan trọng của việc PCTH của thuốc lá trong cộng đồng. Điển hình có thể kể đến các quy định cơ bản sau:

Trước hết, quy định quyền của công dân “được sống, làm việc trong môi trường không có khói thuốc lá” đã chính thức được ghi nhận tại Điều 7 Luật PCTH của thuốc lá năm 2012. Quy định này là sự thể chế hóa quyền “được sống trong môi trường trong lành” tại Điều 43 Hiến pháp hiện hành, đồng thời chính là việc nội luật hóa các cam kết trong các công ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên: “Các quốc gia thành viên thừa nhận quyền của mọi người được hưởng một tiêu chuẩn sức khỏe về thể chất và tinh thần ở mức cao nhất có thể được” (khoản 1 Điều 12 Công ước về các Quyền kinh tế, xã hội, văn hóa năm 1966). Bên cạnh đó, Luật PCTH của thuốc lá năm 2012 còn có nhiều quy định cụ thể đề cập đến trách nhiệm của các cơ quan nhà nước, tổ chức xã hội trong quản lý, thông tin, giáo dục, truyền thông, hỗ trợ cai nghiện thuốc lá, phòng chống thuốc lá nhập lậu, thuốc lá giả, xử lý vi phạm pháp luật về PCTH của thuốc lá. Hai nội dung này sẽ là hai trục cơ bản định hướng quá trình ban hành văn bản hướng dẫn, quy định chi

tiết, cũng như tổ chức thực hiện các quy định PCTH của thuốc lá trong thực tiễn.

Về chính sách thuế và giá đối với thuốc lá. Nếu như ở Nghị quyết số 12 của Chính phủ về Chính sách quốc gia PCTH của thuốc lá giai đoạn 2000-2010 quy định “chính sách thuế đối với các sản phẩm thuốc lá luôn luôn cần ở mức thu cao” thì ở Luật PCTH của thuốc lá năm 2012, chính sách thuế được xác định phải “phù hợp nhằm để giảm tỷ lệ sử dụng thuốc lá” (khoản 2 Điều 4). Trên tinh thần đó, mức thuế tiêu thụ đặc biệt đối với thuốc lá điếu, xì gà và các chế phẩm khác từ cây thuốc lá hiện tại được quy định là 65%. Mức thuế đánh vào mặt hàng này “từ ngày 01/01/2016 đến hết 31/12/2018 sẽ là 70%” và “từ ngày 01/01/2019 sẽ là 75%” (Điều 7 Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Thuế tiêu thụ đặc biệt năm 2014). Với mức thuế và lộ trình tăng thuế hiện tại, giá bán lẻ thuốc lá sản xuất trong nước của Việt Nam vẫn chưa vào mức cao bởi khi tăng thuế thêm 20%, các yếu tố khác không đổi, giá bán lẻ cũng sẽ chỉ tăng khoảng 10%². Điều này cho thấy, Nhà nước ta đã có sự cân nhắc, tính toán về tương quan giữa việc sử dụng công cụ thuế để kiểm soát tác hại của thuốc lá với việc sẽ ứng phó với sự gia tăng của thuốc lá nhập lậu, do xu hướng người tiêu dùng chuyển sang sử dụng thuốc lá lậu có giá rẻ hơn giá thuốc lá sản xuất trong nước như bài học đã thấy ở không ít quốc gia³.

2 Chương trình PCTH thuốc lá quốc gia (VINACOSH): Hỏi đáp về PCTH của thuốc lá tại Việt Nam, tr. 23.

3 Tại Malaixia, năm 2010, thuế tiêu thụ đặc biệt với thuốc lá tăng 182% so với năm 2004, thuốc lá hợp pháp trở nên quá đắt đỏ với người tiêu dùng, thuốc lá bất hợp pháp tăng từ 14,4% năm 2004 lên đến 34,5% trong năm 2012 với tỷ lệ sản phẩm bất hợp pháp cao nhất được ghi nhận là ở mức 37,5% trong năm 2009. Trong cùng thời gian (2004-2012), tổng khối lượng tiêu thụ thuốc lá hợp pháp cũng giảm gần 30%; Tại Ailen, sau khi tăng giá khoảng 20% trong khoảng 2006-2009 do thuế tiêu thụ đặc biệt tăng (22% tính trên đơn vị một nghìn điếu), thuốc lá lậu ở Ailen đã tăng đột biến lên 22,3% trong khi tỷ lệ hút thuốc không thay đổi; ở Đức, từ tháng 4 năm 2002 đến tháng 1 năm 2007, chính phủ Đức thực hiện một loạt vụ tăng mạnh thuế tiêu thụ đặc biệt đối với thuốc lá. Điều này khiến mỗi gói thuốc lá tăng 52% giá trị danh nghĩa (40% trên giá trị điều chỉnh lạm phát thực tế. Điều này khuyến khích một số người tiêu dùng chuyển sang các nguồn bất hợp pháp và/hoặc hàng qua biên giới có giá rẻ hơn. Dữ liệu Dự án Ngôi sao của KPMG (2013) cho thấy khối lượng tiêu thụ sản phẩm đã đóng thuế ở nước ngoài tăng từ 7% năm 2002 lên gần 20% năm 2006. Việc chuyển sang các nguồn thuốc lá bất hợp pháp, rẻ hơn cho thấy tỷ lệ người hút thuốc chỉ sụt giảm chút ít (27,2% năm 2005 so với 27,4% năm 2003 và 28,3% năm 1999). (Tài liệu: Trung tâm Đầu tư & Thuế quan Quốc tế (ITIC), tháng 9 năm 2013, Báo cáo đặc biệt).

Luật PCTH của thuốc lá năm 2012 không quy định phải in hàm lượng tar và nicotine trên nhãn bao thuốc lá là hoàn toàn phù hợp với khuyến cáo của Công ước FCTC, tránh được việc người sử dụng hiểu lầm nên chọn những loại có hàm lượng tar và nicotine thấp, sẽ giảm tác hại sức khỏe cho người sử dụng hơn khi sử dụng loại có hàm lượng tar và nicotine cao. Bên cạnh đó, lộ trình giảm lượng tar xuống còn $\leq 12\text{mg}/\text{điều}$, nicotine $\leq 1\text{mg}/\text{điều}$ vào giai đoạn 2010-2015 và giai đoạn 2015-2020 của Bộ Công thương quy định trong Quyết định số 1988/QĐ-BCT ngày 1/4/2013 cũng sẽ là một trong những biện pháp cần thiết nhằm hạn chế tác hại của thuốc lá ở Việt Nam

Những quy định trong Luật PCTH của thuốc lá năm 2012 như phải in cảnh báo sức khỏe bằng chữ và hình ảnh với diện chiếm ít nhất 50% mỗi mặt chính trước và sau trên bao, tút, hộp thuốc lá, đồng thời trao cho Chính phủ quyền quy định cụ thể mức tăng diện tích cảnh báo sức khỏe phù hợp với từng thời kỳ (Điều 15); quy định số lượng điều thuốc lá đóng gói trong mỗi bao không được ít hơn 20 điều (trừ thuốc lá xì gà và thuốc được sản xuất để xuất khẩu); quy định về hợp tác quốc tế trong PCTH của thuốc lá (Điều 8); quy định cấm quảng cáo, khuyến mại thuốc lá, tiếp thị thuốc lá trực tiếp tới người tiêu dùng, cấm người chưa đủ 18 tuổi sử dụng, mua, bán thuốc lá; quy định việc cấm bán, cung cấp thuốc lá cho người chưa đủ 18 tuổi (Điều 9); quy định địa điểm cấm hút thuốc lá hoàn toàn; địa điểm cấm hút thuốc lá trong nhà nhưng được phép có nơi dành riêng cho người hút thuốc lá (Điều 11);... cho thấy, Việt Nam đã thực sự vì lợi

ích sức khỏe của cộng đồng trong quá trình hiện thực hóa các khuyến cáo và cam kết quốc tế trong Công ước FCTC, chứ không phải là sự tham gia một cách hình thức.

Về việc thành lập Quỹ PCTH của thuốc lá. Quỹ quốc gia về PCTH của thuốc lá chính thức được ghi nhận trong Luật PCTH của thuốc lá năm 2012. Các quy định về địa vị pháp lý của Quỹ là một điều kiện đảm bảo quan trọng về mặt tài chính của công tác PCTH của thuốc lá. Trước đây, kinh phí cho công tác này chủ yếu phụ thuộc vào các nguồn tài trợ quốc tế (khoảng 90%, chỉ có 10% từ kinh phí hỗ trợ của Chính phủ)⁴ nên khá bị động, khó tiến hành đồng bộ, thường xuyên, hiệu quả không cao. Với quy định mới của Luật PCTH của thuốc lá năm 2012, nguồn kinh phí của Quỹ được hình thành chủ yếu từ “khoản đóng góp bắt buộc của cơ sở sản xuất, nhập khẩu thuốc lá được tính theo tỷ lệ phần trăm trên giá tính thuế tiêu thụ đặc biệt, theo lộ trình: 1% từ ngày 1/5/2013; 1,5% từ ngày 1/5/2016; 2% từ ngày 1/5/2019. Khoản đóng góp bắt buộc được khai, nộp cùng với thuế tiêu thụ đặc biệt do cơ sở sản xuất, nhập khẩu thuốc lá tự khai, tự tính, tự nộp vào tài khoản của Quỹ”; ngoài ra còn “từ các nguồn tài trợ, đóng góp tự nguyện của cơ quan, tổ chức, cá nhân trong và ngoài nước; cùng nguồn thu hợp pháp khác” (khoản 1 Điều 30 Luật PCTH của thuốc lá năm 2012). Các quy định này không chỉ phát huy được sức mạnh xã hội hóa, tập hợp được kinh phí từ nhiều nguồn khác nhau trong cộng đồng mà quan trọng hơn, còn bắt buộc được cơ sở sản xuất, nhập khẩu thuốc lá và đặc biệt là bản thân những người trực tiếp sử dụng thuốc lá có trách nhiệm vật chất

4 Xem thêm Chương trình PCTH thuốc lá quốc gia (VINACOSH): Hỏi đáp về PCTH của thuốc lá tại Việt Nam, tr. 23.

5 Xem thêm Vũ Đình Quyền, Luật PCTH của thuốc lá - cơ sở pháp lý quan trọng để bảo vệ sức khỏe cộng đồng.

về hành vi gây hại cho sức khỏe cộng đồng từ việc sản xuất và sử dụng thuốc lá của họ. “Giúp họ nhận thức mạnh mẽ hơn ảnh hưởng của việc hút thuốc lá đối với bản thân và xã hội, từ đó có thể giảm dần hoặc không sử dụng thuốc lá...”⁵.

Pháp luật PCTH của thuốc lá cũng đã đề cập và đề cao trách nhiệm của những người đứng đầu cơ quan, tổ chức, địa phương trong PCTH của thuốc lá; đề cao trách nhiệm của người đứng đầu, người quản lý địa điểm cấm hút thuốc lá. Trong công tác thông tin, giáo dục, truyền thông, trách nhiệm của Bộ Y tế, Bộ Thông tin và Truyền thông, Bộ Văn hóa, Thể thao và Du lịch, Bộ Công thương, Bộ Giáo dục và Đào tạo, Ủy ban nhân dân các cấp, Mặt trận Tổ quốc Việt Nam đã được quy định cụ thể, trên cơ sở lĩnh vực hoạt động liên quan, chức năng nhiệm vụ hoặc phạm vi ảnh hưởng của cơ quan, tổ chức, đơn vị mình.

Như vậy, có thể thấy, về cơ bản, pháp luật, đặc biệt là Luật PCTH của thuốc lá năm 2012 phù hợp với yêu cầu PCTH của thuốc lá ở Việt Nam, tương thích với Công ước FCTC và xu hướng chung của quốc tế.

2. Những khó khăn trong việc thực hiện pháp luật phòng, chống tác hại của thuốc lá

Nếu so sánh mục tiêu giảm tỷ lệ người sử dụng thuốc lá mà Nhà nước đề ra trong Chính sách quốc gia PCTH của thuốc lá giai đoạn 2000-2010 (tại Nghị quyết 12 năm 2000 của Chính phủ): “Giảm tỷ lệ nam giới hút thuốc lá từ 50% xuống còn 20%, giảm tỷ lệ nữ hút thuốc lá xuống dưới 2%; giảm tỷ lệ thanh thiếu niên (từ 15 - 24 tuổi) hút thuốc lá từ 26% xuống 7%” với cùng mục tiêu này ở Chiến lược quốc gia PCTH của thuốc lá đến năm 2020 (theo Quyết định số 229/QĐ-TTg, ngày 25/1/2013 của Thủ tướng Chính phủ): nam giới từ 47,4% năm 2011 xuống 39% năm 2020; nữ giới xuống dưới 1,4%;

thanh thiếu niên (từ 15 đến 24 tuổi) từ 26% năm 2011 xuống 18% năm 2020, sẽ thấy được thành tựu chúng ta đạt được trong hơn một thập kỷ PCTH của thuốc lá khiêm tốn như thế nào.

Luật PCTH của thuốc lá năm 2012 cũng đã được triển khai thi hành gần 03 năm. Các hoạt động PCTH của thuốc lá được khởi động lại và tiếp tục được triển khai với nhiều hình thức và cấp độ. Đa số các bộ, ngành, cơ quan, đơn vị, các địa phương, các địa điểm công cộng đều đã có những động thái nhất định để PCTH của thuốc lá, từ việc triển khai các mô hình không khói thuốc, chấn chỉnh nề nếp hoạt động của cán bộ, công nhân viên trong cơ quan đơn vị, hiện thực hóa các quy định về cấm hút thuốc lá nơi công cộng, kiểm soát việc quảng cáo khuyến mại thuốc lá, xây dựng, thành lập các cơ sở, trung tâm cai nghiện, thực hiện các hoạt động thông tin, truyền thông về thuốc lá cho đến các hội thảo chuyên sâu về các biện pháp PCTH của thuốc lá. Tuy nhiên, việc triển khai thi hành Luật vẫn còn nhiều hạn chế. Theo một kết quả đánh giá việc triển khai quy định cấm hút thuốc lá nơi công cộng của Hội Y tế công cộng Việt Nam tại 5 tỉnh/thành phố là Hà Nội, Thái Bình, Đồng Tháp, Hà Tĩnh và Khánh Hòa được tiến hành trong tháng 4/2013 thì: việc sử dụng thuốc lá ở nơi công sở có giảm, nhưng “tại bến xe, nhà ga mức độ vi phạm vẫn còn cao (92%), việc vi phạm tại cơ sở y tế là 74,7% và trường học là 63,8%”, tỷ lệ nam giới sử dụng thuốc lá có tỉnh vẫn ở mức gần 45%, tình trạng hút thuốc tại phòng làm việc vẫn còn rất phổ biến với khoảng 43,4% ngay cả khi có biển báo cấm hút thuốc và khoảng 32,4% vi phạm do không thấy có người xử phạt. Những quy định như cấm bán, cung cấp thuốc lá cho người dưới 18 tuổi, cấm bán thuốc lá ở những địa điểm như phía ngoài cổng nhà trẻ, mẫu giáo, trường tiểu học, trung học cơ sở,

phổ thông trung học, bệnh viện... hầu như không được thực hiện.

Hiện nay, công tác thực hiện pháp luật về PCTH của thuốc lá còn gặp rất nhiều khó khăn, đó là khó khăn từ kinh phí tổ chức thực hiện, kinh nghiệm, nguồn nhân lực thực hiện, đến những hạn chế trong nhận thức về tác hại của thuốc lá của người dân, đặc biệt là hạn chế trong nhận thức về pháp luật PCTH của thuốc lá.

Thứ nhất, người dân gần như không quan tâm nhiều hoặc không nhận thức được hết các khía cạnh của quyền được sống, làm việc trong môi trường không có khói thuốc lá. Quyền “được sống, làm việc trong môi trường không có khói thuốc lá” được quy định cụ thể tại Điều 7 Luật PCTH của thuốc lá năm 2012. Đây là quy định mang tính bao quát nhất, chi phối và là cơ sở của tất cả các quy định khác của pháp luật liên quan đến PCTH của thuốc lá. Quy định này có nguồn gốc vững chắc từ một quyền căn bản của con người đã được pháp luật nhân quyền quốc tế và hầu hết các quốc gia thừa nhận, đó là quyền được sống trong môi trường trong lành. Ở góc độ quan hệ pháp luật, thì quyền được sống, làm việc trong môi trường không có khói thuốc lá thuộc loại quan hệ pháp luật chung - quan hệ giữa một bên là những công dân và một bên là Nhà nước, quan hệ này phát sinh từ thời điểm quy định của pháp luật về quyền nêu trên của công dân có hiệu lực. Theo đó, nội hàm quyền được sống, làm việc trong môi trường không có khói thuốc lá của công dân trong mối quan hệ với Nhà nước, sẽ gồm việc có được những khả năng sau: i) công dân có quyền lựa chọn sống, làm việc trong môi trường không có khói thuốc lá hay không; ii) công dân có quyền yêu cầu Nhà nước thực hiện các hành động để không phải sống, làm việc trong môi trường có khói thuốc lá; iii) công dân có quyền yêu cầu Nhà nước phải chịu trách nhiệm nếu vi phạm

nghĩa vụ đảm bảo cho công dân được sống, làm việc trong một môi trường không có khói thuốc lá. Tuy nhiên, trong thực tế, người dân gần như không quan tâm nhiều hoặc không nhận thức được hết các khía cạnh của quyền được sống, làm việc trong môi trường không có khói thuốc lá. Biểu hiện ở việc rất ít trường hợp người dân hiện thực hóa khả năng hưởng quyền này của họ trong thực tế bằng các hành vi chủ động, tích cực. Mà thường chỉ biểu hiện ở việc đưa ra những nhận xét, những phản hồi khi được lấy ý kiến trong các cuộc khảo sát, thăm dò liên quan đến PCTH của thuốc lá.

Thứ hai, nhận thức về trách nhiệm của các chủ thể mang quyền lực nhà nước trong PCTH của thuốc lá vẫn còn hạn chế. Đối với những nhóm chủ thể này thì trách nhiệm luôn phải là phạm trù được tiếp cận ở hai góc độ: i) trách nhiệm là trọng trách, nghĩa vụ phải thực hiện những công việc, hành vi mang tính tích cực mà Nhà nước giao - đây vừa là trách nhiệm công vụ vừa là quyền mà các chủ thể khác không có; ii) trách nhiệm là sự gánh chịu những hậu quả bất lợi mà Nhà nước dự kiến áp dụng nếu các chủ thể trên vi phạm pháp luật, trong đó có vi phạm trách nhiệm công vụ - đây chính là trách nhiệm pháp lý. Hai khía cạnh trách nhiệm này luôn phải đi cùng với nhau, như một sự tất yếu của quyền lực nhà nước - loại quyền lực đặc thù vốn được hình thành từ các cam kết trách nhiệm của những người đại diện quyền lực với nhân dân.

Luật PCTH của thuốc lá năm 2012 đã luật hóa cụ thể trách nhiệm công vụ của nhiều chủ thể trong từng lĩnh vực công tác PCTH của thuốc lá. Riêng khoản 1 Điều 32 Luật đề cập đến trách nhiệm pháp lý của người có thẩm quyền trong lĩnh vực xử lý vi phạm hành chính “nếu dung túng, bao che, không xử lý hoặc xử lý không kịp thời, không đúng quy định thì tùy theo tính chất,

mức độ vi phạm mà bị xử lý theo quy định của pháp luật”. Điều đó không có nghĩa là, các chủ thể của trách nhiệm công vụ còn lại không được Luật đề cập đến không mang trách nhiệm pháp lý. Tuy vậy, một thực tế dễ nhận thấy, trong quá trình tổ chức thực hiện các quy định của Luật, trách nhiệm của các chủ thể có thẩm quyền hầu như chỉ được tiếp cận ở góc độ trách nhiệm công vụ - được xác định trên cơ sở thế mạnh về chức năng, lĩnh vực, phạm vi hoạt động vốn có của các chủ thể trong tương quan gần với các lĩnh vực cụ thể của công tác PCTH của thuốc lá. Điển hình như: Chính phủ thống nhất quản lý nhà nước chung; Bộ Y tế chịu trách nhiệm trước Chính phủ thực hiện quản lý nhà nước, tổ chức cung cấp thông tin khoa học về tác hại của thuốc lá; Bộ Thông tin và Truyền thông tổ chức chỉ đạo các cơ quan thông tin truyền thông thực hiện hoạt động thông tin, truyền thông; Bộ Công thương có trách nhiệm phối hợp tổ chức công tác phòng chống, thông tin, tuyên truyền về phòng chống thuốc lá nhập lậu, thuốc lá giả; Ủy ban nhân dân các cấp thực hiện quản lý nhà nước về PCTH của thuốc lá trong phạm vi địa phương... Và, trong quá trình thực hiện, các chủ thể có trách nhiệm nêu trên lại được quyền tự chủ động xây dựng kế hoạch chi tiết, lộ trình, hình thức thực hiện trách nhiệm - quyền lực đó của mình.

Do vậy, việc thiếu vắng cơ chế chịu trách nhiệm pháp lý của các chủ thể có thẩm quyền trong công tác PCTH của thuốc lá khi họ vi phạm hoặc thực hiện không đạt trách nhiệm công vụ thời gian qua là điều không khó để lý giải. Đây cũng chính là lời giải cho tình trạng tại sao nhiều quy định của Luật PCTH của thuốc lá năm 2012 được ban hành khá phù hợp, rất cần thiết lại bị nhận định là khó khả thi (như các quy định cấm tại Điều 9, các quy định về bán thuốc lá tại Điều 25), hay tình trạng nhiều chủ thể từ bộ, ngành, đến Ủy ban nhân dân các cấp, người đứng

đầu, người quản lý địa điểm cấm hút thuốc lá cho rằng, công tác PCTH của thuốc lá, việc thực hiện quy định cấm hút thuốc tại nơi công cộng gặp khó khăn là vì lực lượng chức năng thi hành nhiệm vụ xử lý vi phạm quá thiếu hoặc không phù hợp.

Nếu như trách nhiệm của các chủ thể có thẩm quyền được nhân dân, Nhà nước, bản thân các chủ thể mang quyền nhận thức đầy đủ, thì có lẽ, các vướng mắc như vẫn nhắc đến rất nhiều thời gian qua sẽ được nhìn nhận theo một hướng khác. Đó là việc, mỗi chủ thể, trong một chuỗi trách nhiệm của công tác PCTH của thuốc lá đã làm hết trọng trách được giao của mình hay chưa, và nếu chưa làm được, không làm đúng thì sẽ phải chịu trách nhiệm pháp lý như thế nào để chuỗi trách nhiệm chung đó được tiếp tục vận hành tốt nhất. Ví như, người đứng đầu, người quản lý mỗi địa điểm cấm hút thuốc lá hoàn toàn nếu làm hết trọng trách của mình bao gồm: “buộc người vi phạm chấm dứt việc hút thuốc lá tại địa điểm cấm hút thuốc lá; hoặc yêu cầu người vi phạm quy định cấm hút thuốc lá ra khỏi cơ sở của mình; hoặc từ chối tiếp hoặc cung cấp dịch vụ cho người vi phạm quy định cấm hút thuốc lá nếu người đó tiếp tục vi phạm sau khi đã được nhắc nhở” (Điều 14 Luật PCTH của thuốc lá năm 2012) thì có lẽ không cần phải có thẩm quyền hoặc sự xuất hiện của chủ thể có thẩm quyền xử lý vi phạm đối với những trường hợp này. Tương tự như vậy, nếu tất cả các chủ thể mang trách nhiệm, quyền lực nhà nước còn lại thực hiện được hết trọng trách của mình, hiệu quả thực hiện pháp luật PCTH của thuốc lá ở Việt Nam chắc chắn sẽ không còn khiếm tốn như hiện nay, và sẽ bỏ được tình trạng, các chủ thể mang quyền luôn chỉ nhìn thấy những hạn chế từ phía các chủ thể mang quyền khác trong quá trình đánh giá hiệu quả thực hiện pháp luật PCTH của thuốc lá.

3. Tiếp tục nâng cao nhận thức về phòng, chống tác hại của thuốc lá

Trong lĩnh vực PCTH của thuốc lá, nâng cao nhận thức vừa là giải pháp, lại vừa là mục đích. Nâng cao nhận thức cần được tính đến trong một tổng thể, hướng tới các đối tượng, từ những người dân không sử dụng thuốc lá, những người trực tiếp sử dụng thuốc lá cho đến những người có thẩm quyền trong công tác PCTH của thuốc lá. Mỗi nhóm đối tượng, cần cách thức và mức độ tác động khác nhau, cụ thể:

Một là, các chủ thể mang quyền lực nhà nước trong công tác PCTH của thuốc lá luôn cần nhận thức và thực hiện trách nhiệm công vụ trong sự ràng buộc với trách nhiệm pháp lý cá nhân. Ở góc độ quyền con người được sống trong môi trường không có khói thuốc lá, trách nhiệm của Nhà nước chủ yếu là trách nhiệm chủ động. Trách nhiệm này sẽ bao gồm hàng loạt các hành động nhằm bảo vệ, bảo đảm cho người dân không phải sống trong một môi trường có khói thuốc lá, từ việc quản lý, tuyên truyền phổ biến, phòng chống thuốc lá nhập lậu, tổ chức cai nghiện thuốc lá đến xử lý các vi phạm. Với đặc tính chủ động đó, việc Nhà nước lạm quyền hoặc không thực hiện hết các nghĩa vụ là điều có thể xảy ra. Trách nhiệm pháp lý khi đó sẽ là một đảm bảo quan trọng đối với trách nhiệm công vụ của chủ thể có thẩm quyền.

Cơ sở quan trọng nhất để ràng buộc trách nhiệm pháp lý đối với các chủ thể có thẩm quyền chính là pháp luật và một cơ chế giám sát trách nhiệm công vụ hữu hiệu từ phía nhân dân và các tổ chức xã hội dân sự. Việc bổ sung rõ ràng, đồng bộ trách nhiệm pháp lý cho tất cả các chủ thể có trách nhiệm trong công tác PCTH của thuốc lá là cần thiết trong bối cảnh hiện nay, khi mà nhận thức về trách nhiệm nhà nước chưa thực sự được toàn diện. Lịch sử lập pháp Việt Nam đã chứng minh tính hữu dụng và giá trị của cách thức

này khi trong 722 điều của Bộ luật hình triều Lê có đến 300 điều được các nhà lập pháp thời kỳ này quy định rõ trách nhiệm pháp lý nếu vi phạm trách nhiệm công vụ.

Ngoài ra, cần vận hành một cơ chế giám sát chặt chẽ từ phía nhân dân và các tổ chức xã hội dân sự đối với tất cả các lĩnh vực hoạt động của Nhà nước trong công tác PCTH của thuốc lá. Sự tham gia của các tổ chức xã hội dân sự ở góc độ giám sát quyền lực nhà nước sẽ mang lại hiệu quả bền vững cùng với việc các tổ chức này trực tiếp tham gia thực hiện các hoạt động PCTH của thuốc lá.

Hai là, các cá nhân không sử dụng thuốc lá cần phải nhận thức được quyền và có hành xử phù hợp để góp phần bảo vệ quyền được sống trong môi trường không có khói thuốc của mình và của những người xung quanh. Với nhóm chủ thể này, nhận thức được quyền và mối tương quan giữa quyền của họ với trách nhiệm của Nhà nước là yêu cầu quan trọng. Nhận thức này là cơ sở để họ có những phản ứng hoặc có hành vi nhất định nhằm bảo vệ bản thân và những người xung quanh không phải hút thuốc lá thụ động, cùng với việc yêu cầu các cơ quan có thẩm quyền thực hiện các nghĩa vụ cần thiết để đáp ứng quyền của họ.

Để người dân có được nhận thức này, công tác tuyên truyền, phổ biến, thông tin về tác hại của thuốc lá, về các ảnh hưởng của thuốc lá đối với bản thân họ, với những người trực tiếp sử dụng thuốc lá là rất cần thiết, qua đó giúp người không sử dụng thuốc lá không có thái độ thờ ơ vì quan niệm rằng, thuốc lá chỉ có hại với những ai trực tiếp sử dụng. Việc thông tin cần đa dạng, chi tiết, thường xuyên để nhân dân dễ nhận biết, dễ liên hệ với tình trạng sức khỏe bản thân trước những tác hại cụ thể của hút thuốc lá thụ động.

Các quy định về nghĩa vụ của người sử dụng thuốc lá, về các địa điểm cấm hút thuốc

lá, về việc quảng cáo, bán thuốc lá... cũng cần phải được tuyên truyền thường xuyên, để người dân nắm được, hiểu được, từ đó định hình được các quyền lợi cụ thể của mình trong các mối quan hệ xã hội liên quan đến người sử dụng, mua bán, quảng cáo thuốc lá, PCTH của thuốc lá.

Cùng với đó, cũng cần phải phổ biến các quy định của pháp luật liên quan đến quyền hạn, trách nhiệm của các cơ quan, tổ chức có thẩm quyền trong từng lĩnh vực của công tác PCTH của thuốc lá để người dân có thể nhận biết, giám sát hoặc kiến nghị khi cần thiết.

Ba là, các cá nhân sử dụng thuốc lá phải nhận thức được: quyền sử dụng thuốc lá của mình là một quyền bị giới hạn bởi các tiêu chuẩn về sức khỏe của những người xung quanh và cộng đồng xã hội. Sử dụng thuốc lá là hành vi không bị pháp luật cấm, nhưng bị pháp luật hạn chế nhằm bảo vệ sức khỏe của những người không sử dụng thuốc lá và cộng đồng xã hội. Thực tiễn chứng minh, người sử dụng thuốc lá có được nhận thức này đa phần từ các quy định của pháp luật, từ hành động PCTH của thuốc lá của các chủ thể mang quyền lực nhà nước. Do vậy, nâng cao nhận thức cho người sử dụng thuốc lá để có thể bảo vệ được quyền lợi của những người xung quanh là bắt buộc và là trọng trách to lớn của Nhà nước. Các quy định của pháp luật về nghĩa vụ của người sử dụng thuốc lá cần được phổ biến công khai, thường xuyên, để có thể trở thành thói quen mỗi khi họ sử dụng thuốc lá.

Nhà nước cũng cần tập trung tuyên truyền, giáo dục ý thức cho nhân dân nói



chung và trực tiếp những người sử dụng thuốc lá các thông tin về tác hại của thuốc lá đối với người sử dụng và đối với những người thân xung quanh họ. Các thông tin về tác hại và số lượng người chết, loại bệnh tật phát sinh do hút thuốc lá cần cập nhật, đa dạng, có minh chứng khoa học và thực tế rõ ràng. Biểu hiện những tác động, ảnh hưởng của thuốc lá ở từng giai đoạn đối với sức khỏe của người sử dụng cũng cần được thông tin rõ bằng lời và bằng hình ảnh để làm gia tăng khả năng giáo dục và mức độ cảnh báo, sao cho người sử dụng có thể nhận biết được, lường định được mình đang ở giai đoạn, trạng thái nào của nguy cơ. Thiết nghĩ, điều đó sẽ có tác động không nhỏ đến quyết định có tiếp tục hút hay không hút thuốc lá.

Một giải pháp chung cũng không thể không nhắc đến, đó là cần tăng cường công tác giáo dục gia đình, nâng cao ý thức của chính các thành viên gia đình đối với việc PCTH của thuốc lá. Các trẻ em vị thành niên cần phải được định hướng, cần phải có các tấm gương từ chính các thành viên khác trong gia đình về ý thức phòng tránh tác hại của thuốc lá cho chính bản thân mình, cho người thân và cho cả cộng đồng xã hội ■

MỘT SỐ ĐẶC TRƯNG VỀ TỔ CHỨC NGÂN SÁCH CỦA HOA KỲ VÀ VIỆT NAM

NGUYỄN NGỌC HIỆU*

Tổ chức hệ thống ngân sách nhà nước (NSNN) là một vấn đề rộng và rất phức tạp, liên quan đến nhiều lĩnh vực khác nhau, được các quốc gia luật hóa phù hợp với đặc thù về mô hình tổ chức bộ máy nhà nước, quan điểm quản lý cũng như điều kiện kinh tế - xã hội cụ thể của mỗi nước. Bài viết không thống kê chi tiết và đầy đủ về ngân sách của từng bang, địa phương ở Hoa Kỳ, chỉ trình bày một số nguyên tắc, đặc trưng chung nhất của hệ thống ngân sách Hoa Kỳ (tập trung vào cấp liên bang và cấp bang), qua đó làm rõ sự khác biệt với hệ thống ngân sách của Việt Nam - theo Luật NSNN (Luật 2015) mới được Quốc hội khóa XIII, kỳ họp thứ 9 thông qua - góp phần cung cấp thêm tư liệu cho các nhà quản lý tham khảo.

1. Mô hình tổ chức ngân sách và niên độ ngân sách

a) Mô hình tổ chức NSNN

Hoa Kỳ là quốc gia rộng lớn, tổ chức nhà nước theo mô hình Liên bang và tổ chức theo mô hình ngân sách phân tán, các đơn vị thuộc Chính phủ có ngân sách được thực hiện xác lập tự chủ về ngân sách. Theo số liệu năm 2012 của Tổng cục Thống kê Hoa Kỳ, số lượng các đơn vị ngân sách của quốc gia này như sau:

- Ngân sách Liên bang;
- Ngân sách của 50 bang;
- Ngân sách cấp dưới bang: Có 90.056 đơn vị ngân sách, chia làm hai loại: thứ nhất là 38.910 đơn vị hành chính cấp quận, thành

phố và thị trấn, được phân chia theo lãnh thổ (tương tự như các cấp ủy ban nhân dân ở Việt Nam); thứ hai là là 51.146 đơn vị thực hiện cung cấp một hoặc một số dịch vụ công theo nhiệm vụ do cấp có thẩm quyền thành lập giao (special-purpose governments)¹, được thành lập bởi hội đồng bang hoặc thành phố, có quyền đánh thuế để hình thành ngân sách riêng. Các tổ chức này có hội đồng và cơ quan điều hành riêng, điển hình là các trường công lập, các ban quản lý... Các đơn vị này có quy mô khác nhau, có thể nằm trong một đơn vị hành chính hoặc trải trên nhiều đơn vị hành chính (các đơn vị này về bản chất là các đơn vị sự nghiệp nhưng hoạt động tự chủ, độc lập về mặt tài chính, có ngân sách riêng,

* Đại học Indiana Bloomington, Hoa Kỳ.

1 US Census Bureau, www.census.gov, thời điểm 07/2015.

có quyền thu thuế, bên cạnh việc thu các khoản phí, lệ phí và có quyền đi vay).

Ngân sách của Liên bang và các bang về cơ bản là độc lập với nhau, mỗi cấp có quyền khai thác nguồn thu từ thuế, phí, lệ phí, tài nguyên và các khoản thu khác trong phạm vi quản lý để thực hiện các nhiệm vụ chi riêng của mình. Cơ chế tổ chức ngân sách của các bang do Hiến pháp hoặc Luật Ngân sách của bang quy định, mỗi bang có những điểm đặc thù khác nhau. Vì vậy, hệ thống ngân sách khá đa dạng, từ hình thức tổ chức (các cơ quan, đơn vị và nhiệm vụ, quyền hạn trong hệ thống ngân sách), thời gian (năm ngân sách), chu trình ngân sách (các bước trong chu trình, các cơ quan tham gia, thời gian của các bước), các loại thuế (tên gọi, mức thuế, cơ sở thuế, miễn, giảm thuế) và các nhiệm vụ chi². Tính độc lập về NSNN giữa các cấp ở Hoa Kỳ thể hiện ở việc tổ chức theo hướng ngân sách cấp nào có nguồn thu riêng trên địa bàn cấp đó quản lý, dùng để chi cho các nhiệm vụ chi trên địa bàn.

Khác với Hoa Kỳ, Việt Nam tổ chức nhà nước theo mô hình nhà nước thống nhất, có phân công, phân cấp và quy định mối quan hệ giữa các ngành, giữa cấp trên và cấp dưới trong việc thực hiện chức năng, nhiệm vụ của Nhà nước. NSNN ở Việt Nam tổ chức theo mô hình ngân sách thống nhất, bao gồm ngân sách trung ương và ngân sách địa phương (ngân sách địa phương gồm ngân sách của 63 đơn vị cấp tỉnh, ngân sách của 708 đơn vị cấp huyện và ngân sách của 11.161 đơn vị cấp xã³). Sự thống nhất này thể hiện ở việc tổ chức NSNN theo hướng lồng ghép và chấp hành các nguyên tắc chung về quản lý NSNN. Theo đó, nguồn thu được

phân chia giữa ngân sách các cấp, có sự điều tiết, bổ sung của ngân sách cấp trên cho ngân sách cấp dưới, và nhiệm vụ chi được phân cấp cho các bộ, ngành, địa phương, thống nhất về các khoản thu và mức thu của NSNN; thống nhất về tiêu chuẩn, chế độ, định mức chi; thống nhất về phân cấp quản lý, thực hiện chu trình NSNN và tổng hợp dự toán, quyết toán chung theo cùng niên độ ngân sách; xử lý các vấn đề bội chi, vay, trả nợ, kết dư ngân sách theo các nguyên tắc được quy định chung trong Luật NSNN...

b) Về niên độ ngân sách và thời gian thực hiện chu trình ngân sách:

Theo mô hình tổ chức ngân sách phân tán, có tính độc lập cao, niên độ ngân sách ở Hoa Kỳ không quy định thống nhất thời điểm bắt đầu và thời điểm kết thúc cho tất cả các đơn vị ngân sách mà do từng cấp quy định và trên thực tế cũng đã có nhiều lần điều chỉnh. Cụ thể:

- Niên độ ngân sách Liên bang hiện tại bắt đầu từ 1/10 đến 30/9 năm sau. Từ khi thành lập Liên bang (năm 1789) đến nay, niên độ ngân sách Liên bang đã được thay đổi 2 lần. Niên độ ngân sách đầu tiên của Liên bang Hoa Kỳ bắt đầu từ 01/01/1789, được điều chỉnh thành bắt đầu 01/07 đến 30/6 năm sau kể từ năm 1842 và lần điều chỉnh gần nhất, năm 1977, quy định bắt đầu từ 01/10, được áp dụng đến nay. Các lần điều chỉnh chủ yếu để Tổng thống và Nghị viện có nhiều thời gian hơn trong xây dựng và xem xét dự toán, phù hợp với nhiệm kỳ của Tổng thống và Nghị viện.

- Niên độ ngân sách của chính quyền các bang hầu hết bắt đầu từ 01/07 (46 bang)⁴ và

2 Chính vì đa dạng như vậy nên ở các phần đề cập đến chính quyền địa phương và các đơn vị có ngân sách riêng tiếp theo, chúng tôi chỉ đưa ra những đặc điểm chung nhất, còn về nguyên tắc, các nội dung đó có thể khác đi với một chính quyền địa phương hoặc đơn vị ngân sách cụ thể, phụ thuộc vào đặc thù của từng bang và cấp có thẩm quyền thành lập đơn vị đó.

3 Tổng cục Thống kê Việt Nam, www.gso.gov.vn, thời điểm 07/2015.

4 Alabama và Michigan từ 01/10, New York từ 01/04, Texas từ 01/09. Nguồn: US National Association of State Budget Officers (NASBO), *Budget Processes in the States*.

cũng đã qua nhiều lần điều chỉnh. Đặc biệt, có 20 bang sử dụng chu kỳ ngân sách hai năm, trong đó 1 bang kết hợp giữa chu kỳ 1 năm và 2 năm, 30 bang còn lại áp dụng chu kỳ 1 năm⁵. Qua đây cho thấy tính đa dạng và độc lập về ngân sách của các cấp ở Hoa Kỳ là rất cao.

Về thời gian thực hiện chu trình ngân sách: Do mô hình tổ chức Nghị viện gồm hai viện và rất coi trọng chất lượng của việc lập dự toán ngân sách nên thời gian lập dự toán dài để có điều kiện xem xét lựa chọn mục tiêu sử dụng ngân sách, thẩm tra và chuẩn thuận của lưỡng viện. Quá trình lập dự toán ngân sách Liên bang của bộ máy hành pháp cho năm ngân sách N được bắt đầu khoảng 18 tháng trước khi bắt đầu năm ngân sách N (khoảng giữa năm ngân sách N-2), kéo dài khoảng 10 tháng. Lưỡng viện có 08 tháng từ tháng 02/N-1 đến tháng 09/N-1 để xem xét dự toán trước khi thông qua⁶.

Theo quy định của Luật NSNN Việt Nam, dự toán NSNN và ngân sách trung ương được chuẩn bị trong vòng 04 tháng, bắt đầu từ đầu tháng 05 đến tháng 09, Ủy ban thường vụ Quốc hội có 01 tháng để xem xét, cho ý kiến và Quốc hội có khoảng 01 tháng nữa để xem xét, thông qua ở kỳ họp cuối năm (thông qua trước 15/11)⁷. Như vậy thời gian lập dự toán NSNN ở Việt Nam ngắn hơn nhiều so với Hoa Kỳ.

2. Nguồn thu, nhiệm vụ chi và mối quan hệ giữa các đơn vị ngân sách

2.1. Nguyên tắc xác lập nguồn thu, nhiệm vụ chi và quản lý bội chi

a) Về nguồn thu ngân sách của các đơn vị

Trong hệ thống tổ chức ngân sách của Việt Nam, thu ngân sách được phân chia giữa các cấp ngân sách theo tỷ lệ nhất định

và tỷ lệ này do ngân sách cấp trên ấn định trên cơ sở cân đối nguồn thu, nhiệm vụ chi theo phân cấp cho cấp dưới. Thu ngân sách của các cấp chính quyền, các đơn vị có ngân sách ở Hoa Kỳ là độc lập với nhau, theo nghĩa mỗi cấp được chủ động quy định mức thu ngân sách của mình nhằm đảm bảo thực hiện các khoản chi. Tất nhiên, việc quy định các khoản thuế phải có sự thông qua của các cơ quan lập pháp (Nghị viện, Hội đồng) và mức thu ngân sách này phải phù hợp với tiềm năng ngân sách của địa phương.

Ở Việt Nam, các sắc thuế, phí, lệ phí được thống nhất từ trung ương đến địa phương và được ấn định bởi luật, pháp lệnh. Trong hệ thống ngân sách của Hoa Kỳ, quyền đánh thuế được quy định trong Hiến pháp và luật của các bang, còn loại thuế gì, cơ sở thuế, thuế suất và ưu đãi thuế như thế nào được Liên bang, bang và các chính quyền địa phương, đơn vị có ngân sách riêng tự quy định. Có thể hình dung, ở Việt Nam, “miếng bánh nguồn thu” được chính quyền trung ương cắt và đem chia cho các cấp chính quyền; còn ở Hoa Kỳ, mỗi cấp chính quyền tự cắt lấy phần của mình, bắt đầu từ chính quyền Liên bang, chính quyền bang rồi đến các chính quyền địa phương, đơn vị có quyền ban hành chế độ thu. Ví dụ, với thuế thu nhập cá nhân, chính quyền Liên bang đánh thuế thống nhất trên toàn quốc, chính quyền cấp bang có thể đánh thêm về thuế này trong phạm vi của bang để tạo nguồn thu cho ngân sách bang và cũng có thể quy định các chính sách ưu đãi thuế đối với các sắc thuế do mình ban hành; chính quyền cấp dưới bang cũng có quyền tương tự. Các cấp chính quyền, đơn vị có ngân sách riêng có trách nhiệm giải trình về việc sử dụng số thu này để cung cấp dịch vụ công cộng cho người dân.

5 Arkansas áp dụng quy định này Nguồn: NASBO.

6 John Mikesell (2013), *Fiscal Administration, 9th Edition*.

7 Điều 44 Luật NSNN 2015.

b) Nhiệm vụ chi của ngân sách

Có một sự phân chia rất rõ ràng giữa quyền hạn của Liên bang đối với các bang. Về cơ bản, Chính quyền Liên bang chỉ quản lý các vấn đề mang tính chất quốc gia, như: quốc phòng, an ninh, đối ngoại, các vấn đề liên quan đến nhiều bang, các chương trình an sinh xã hội có quy mô toàn quốc như chương trình Social Security (Chương trình Bảo hiểm xã hội), Medicare và Medicaid (Hai chương trình Bảo hiểm y tế lớn dành cho người cao tuổi và người nghèo), chương trình hỗ trợ sinh viên vay vốn, các chương trình, dự án đầu tư của Liên bang (về nhiệm vụ này thì tương tự vai trò, nhiệm vụ của ngân sách trung ương ở Việt Nam). Chính quyền Liên bang có quyền hạn khá giới hạn trong việc can thiệp vào công việc thuộc nội bộ của các bang, được quy định trong Hiến pháp Hoa Kỳ. Mỗi bang tự đảm bảo các khoản chi của mình như “một quốc gia riêng”.

Đối với các cấp chính quyền địa phương và đơn vị có ngân sách riêng, trên nguyên tắc do chính quyền bang tổ chức, nhưng về cơ bản được tổ chức theo nguyên tắc độc lập, việc của ai người đầy lo và tự đảm bảo từ nguồn thu của mình (từ thuế, phí, lệ phí và các khoản thu khác). Chính quyền các thành phố, huyện, thị trấn thực hiện các nhiệm vụ chi chung, như an ninh trật tự, y tế, vui chơi giải trí, dịch vụ tiện ích (điện, nước...). Các đơn vị có tính chất sự nghiệp thực hiện một hoặc một số nhiệm vụ chi nhất định, ví dụ như các trường học, các ban quản lý, xử lý chất thải, cấp thoát nước...

Như trên đã nêu, ở Hoa Kỳ, về cơ bản ngân sách là độc lập giữa các cấp. Tuy nhiên, để đảm bảo tính công bằng giữa các địa phương và thực hiện các mục tiêu phát triển

kinh tế - xã hội, chính quyền Liên bang cấp ngân sách cho chính quyền bang hoặc chính quyền bang cấp ngân sách cho các cấp dưới để thực hiện các mục tiêu, dự án phát triển cụ thể theo yêu cầu của cấp trên (tương tự như bổ sung ngân sách có mục tiêu ở Việt Nam). Ngoài các khoản này ra, việc bổ sung cân đối ngân sách cũng được áp dụng đối với những vùng thực sự nghèo và không thể cân đối được ngân sách từ nguồn thu của mình, nhưng do đề cao nguyên tắc độc lập nên quan hệ này áp dụng rất hạn chế và được thực hiện chủ yếu bởi chính quyền bang cấp cho chính quyền địa phương.

c) Vay nợ và bội chi

Tất cả các cấp chính quyền và đơn vị có ngân sách đều được phép vay nợ và đều phải tự cân đối nguồn để trả nợ. Giới hạn nợ được Hội đồng bang, Hội đồng thành phố hoặc Hội đồng đơn vị có ngân sách quy định bằng nhiều hình thức, có thể là số tuyệt đối, tỷ lệ so với dự toán thu ngân sách, hoặc tỷ lệ so với thu ngân sách năm trước⁸. Chính quyền sử dụng các khoản vay dài hạn để trả nợ gốc, chi đầu tư xây dựng cơ bản và sử dụng linh hoạt các khoản vay ngắn hạn để bù đắp thâm hụt tạm thời của ngân sách. Các cấp chính quyền đều có thể tự phát hành trái phiếu trên thị trường vốn để huy động vốn, và được đảm bảo bằng nguồn thu từ thuế. Chi phí huy động tùy thuộc vào đánh giá tín dụng, được đánh giá bởi các tổ chức đánh giá tín dụng⁹, dựa trên tình hình tài chính, tính tích cực về tài chính (trong đó có việc công khai tài chính kịp thời, đầy đủ và chất lượng báo cáo công khai tài chính) và khả năng trả nợ của chính quyền đi vay.

Trong lịch sử, sau khi Chiến tranh thế giới lần thứ nhất kết thúc, bội chi ngân sách ở Hoa Kỳ tăng cao, do đó, từ năm 1921 đến

8 Nguồn: NASBO.

9 Ba tổ chức đánh giá tín dụng lớn là: S&P, Moody's và Fitch Group.

nay, Nghị viện đã 06 lần ban hành Luật về NSNN để thắt chặt quản lý, trong đó có quản lý bội chi, như: Luật năm 1921¹⁰ thành lập Cơ quan quản lý ngân sách (OMB) dưới quyền Tổng thống và cơ quan Kiểm toán thuộc Nghị viện (GAO); Luật năm 1974¹¹ thành lập cơ quan giúp việc về tài chính ngân sách (CBO) cho Nghị viện; Luật năm 1985¹² quy định trần bội chi và công thức tự động cắt giảm ngân sách để bảo đảm bội chi theo dự toán; Luật năm 1990¹³ đã ban hành cơ chế PAYGO - tất cả các chính sách ngân sách tăng chi hoặc giảm thu phải được bù đắp bằng các chính sách khác (tuy nhiên Luật này đã hết hiệu lực năm 2002); Luật năm 2010¹⁴ quy định các chính sách mới do Nghị viện ban hành không được làm tăng bội chi, Luật năm 2011¹⁵ quy định trần chi tiêu của Chính phủ cho tới năm 2021.

Hiện nay, tuy về nguyên tắc, các cấp chính quyền được phép có thâm hụt ngân sách, nhưng trên thực tế, chính quyền bang và chính quyền địa phương đều cố gắng cân đối ngân sách của mình, đặc biệt là chính quyền các thành phố, thị trấn và các đơn vị có ngân sách riêng, vì họ phải tự cân đối nguồn trả nợ từ nguồn thu của địa phương, do đó không có nguồn ngân sách đủ bền vững và đủ lớn để duy trì thâm hụt ngân sách. Vì thế, cân đối ngân sách là mục tiêu cơ bản trong điều hành ngân sách ở các cấp này. Đối với các bang, hầu như tất cả các bang đều có quy định trong Hiến pháp hoặc luật ngân sách của bang về việc dự toán do

thống đốc bang đệ trình hoặc dự toán được nghị viện thông qua hoặc ngân sách được thống đốc ký thành luật phải là cân đối, theo nghĩa số dư cuối năm của quỹ ngân sách phải lớn hơn hoặc bằng không. Trong số này, phần lớn yêu cầu quỹ ngân sách bắt buộc phải dương cuối năm (chính quyền bắt buộc phải giảm chi khi gặp hụt thu lớn), trong khi một số bang khác cho phép cân đối quỹ cuối năm âm trong các trường hợp đặc biệt (nhưng dự toán cho các năm sau vẫn phải cân đối, tức là chính quyền sẽ phải cắt giảm trong những năm tiếp theo). Nhìn chung, dù có hay không có quy định về cân đối ngân sách, các bang đều điều hành ngân sách hướng tới ngân sách cân bằng¹⁶.

Do mục tiêu cân bằng ngân sách, ở cấp bang và các chính quyền dưới bang, quỹ dự phòng tài chính được sử dụng như một công cụ để giúp chính quyền phản ứng chủ động hơn khi có biến động mạnh về kinh tế dẫn đến thâm hụt. Tuy nhiên, mức trích lập quỹ này thường khá nhỏ, phổ biến dưới 10% tổng thu ngân sách, cao nhất là 15% (cá biệt ở Massachusetts) tổng thu theo dự toán, một số bang (khoảng 05 bang) không có giới hạn. Việc sử dụng quỹ dự phòng ở hầu hết các bang yêu cầu phải có sự chấp thuận từ nghị viện¹⁷.

Khác với Hoa Kỳ, trong hệ thống ngân sách thống nhất, Việt Nam chỉ cho phép chính quyền cấp tỉnh được bội chi và không chế mức bội chi theo khả năng nguồn thu của từng tỉnh (cao nhất là 60% và thấp nhất là

10 *Budget and Accounting Act of 1921 (67th Cong., 1st sess., chap. 18, 47 stat. 20).*

11 *Congressional Budget and Impoundment Control Act of 1974 (Public Law 93-344).*

12 *Balanced Budget and Emergency Deficit Control Act of 1985 (Public Law 99-177).*

13 *Budget Enforcement Act of 1990 (Title XIII, Public Law 101-508).*

14 *Statutory Pay-As-You-Go Act of 2010 (Public Law 111-139).*

15 *Budget Control Act of 2011 (Public Law 112-25).*

16 Nguồn: NASBO.

17 Nguồn: NASBO.

20% tổng thu được hưởng theo phân cấp), đồng thời quy định các địa phương tự lo trả nợ trong phạm vi phân cấp. Nếu như ở Hoa Kỳ, chính quyền địa phương tự chủ về ngân sách nên khi thật sự cần thiết có thể huy động thêm từ thuế để bù đắp ngân sách (tất nhiên chính quyền Hoa Kỳ rất thận trọng trong việc tăng thuế, cả về mặt chính trị lẫn trong quy định của luật), các cấp ngân sách đặc biệt là cấp huyện và cấp xã ở Việt Nam chỉ có thể bù đắp thâm hụt qua các biện pháp kỹ thuật như bù đắp cân đối và tỷ lệ điều tiết nguồn thu từ cấp trên.

2.2. Về nội dung thu, chi NSNN

a) Nội dung thu NSNN

Hệ thống thuế của Hoa Kỳ về cơ bản cũng có những sắc thuế tương tự Việt Nam đánh trên thu nhập (thuế thu nhập doanh nghiệp, hoặc thuế thu nhập từ hoạt động kinh doanh và thuế thu nhập cá nhân); các thứ thuế đánh vào hàng hóa, dịch vụ (thuế tiêu thụ đặc biệt, thuế bán lẻ, thuế doanh thu, thuế xuất nhập khẩu) và thuế thu từ tài sản. Một điểm đặc biệt là thuế giá trị gia tăng không áp dụng ở Hoa Kỳ, thay vào đó là thuế bán lẻ. Về mặt bản chất, hai sắc thuế này có tính chất giống nhau nhưng khác nhau về cách thu.

Không phải bang nào cũng đánh tất cả các loại thuế nêu trên và cơ cấu của các sắc thuế trong thu ngân sách cũng rất khác nhau. Hệ thống ngân sách Liên bang chủ yếu phụ thuộc vào thuế thu nhập, trong đó đặc biệt là thuế thu nhập cá nhân¹⁸. Ngân sách của các thành phố, thị trấn và chính quyền địa

phương (đơn vị cấp dưới bang) chủ yếu phụ thuộc vào thuế tài sản¹⁹ (đây là nguồn thu mang tính chắc chắn, tương đối ổn định, ít có giãn với các biến động kinh tế, do đó rất phù hợp với chính quyền địa phương); còn cơ cấu thu ngân sách của mỗi bang tùy thuộc vào chính quyền bang đó quy định. Một số bang cân bằng giữa thuế thu nhập và thuế bán lẻ, một số khác phụ thuộc vào thuế thu nhập là chủ yếu; cũng có những bang phụ thuộc vào thuế bán lẻ là chủ yếu, trong khi lại có bang phụ thuộc vào thu từ tài nguyên²⁰. Những bang có cơ cấu ngân sách cân đối giữa các loại thuế ít chịu tác động bởi những biến động về kinh tế hơn. Vì vậy, xu hướng chung hiện nay là hướng tới cân bằng giữa thuế thu nhập và thuế bán lẻ.

b) Chi NSNN

Như đã nêu ở trên, chính quyền Liên bang Hoa Kỳ thực hiện các nhiệm vụ chi mang tính quốc gia, như quốc phòng, an ninh, đối ngoại, các chương trình dự án trên phạm vi toàn quốc hoặc liên quan đến nhiều bang. Trong đó, lớn nhất là chi cho quốc phòng, an ninh và ba chương trình an sinh xã hội Social Security, Medicare và Medicaid²¹. Ở Việt Nam, ngân sách trung ương về cơ bản cũng thực hiện những nhiệm vụ chi mang tính quốc gia, trong đó chi quốc phòng, an ninh và bảo hiểm xã hội cũng là các khoản chi lớn nhất.

Chính quyền bang và chính quyền cấp dưới ở Hoa Kỳ thực hiện các nhiệm vụ chi trong nội bộ chính quyền, trên địa bàn đó

18 63% nguồn thu của ngân sách Liên bang là từ thuế thu nhập cá nhân, 9,5% từ thuế thu nhập doanh nghiệp. Nguồn: John Mikesell (2013), *Fiscal Administration*, 9th Edition.

19 Các chính quyền dưới bang ở tất cả các bang sử dụng thuế tài sản là thuế chủ yếu. Thuế tài sản chiếm khoảng 40% ngân sách địa phương, còn lại 40% là từ ngân sách liên bang theo hình thức hỗ trợ hoặc đặt hàng, chủ yếu là cho các trường học công lập. Nguồn: John Mikesell (2013), *Fiscal Administration*, 9th Edition.

20 Tính tổng số trên tất cả các bang, thuế thu nhập cá nhân vẫn chiếm tỷ trọng lớn nhất (khoảng 16.5%), sau đó là thuế bán lẻ (khoảng 15.5%). John Mikesell (2013), Nguồn: *Fiscal Administration*, 9th Edition.

21 Ngân sách Quốc phòng năm 2011 chiếm khoảng 20% ngân sách Liên bang, chi cho chương trình Social Security khoảng 20%, cho Medicare và Medicaid khoảng 20%, cho chương trình hưu trí liên bang và BHTN khoảng 17%. Nguồn: John Mikesell (2013), *Fiscal Administration*, 9th Edition.

hoặc chi cho các nhiệm vụ được quy định. Trong đó, chi ngân sách của chính quyền bang chủ yếu cho nhiệm vụ an sinh xã hội và giáo dục đại học²², chi ngân sách của các địa phương chủ yếu là chi cho giáo dục phổ thông²³. Ở Việt Nam, ngân sách địa phương (bao gồm ngân sách cấp tỉnh, ngân sách cấp huyện, ngân sách cấp xã) về cơ bản cũng được phân cấp thực hiện các nhiệm vụ chi phù hợp với phân cấp quản lý kinh tế - xã hội cho địa phương, trên địa bàn quản lý.

3. Về chu trình ngân sách nhà nước

Do tính chất độc lập giữa các cấp chính quyền, việc lập dự toán, chấp hành dự toán và kiểm toán, báo cáo ngân sách của Liên bang, bang và mỗi đơn vị ngân sách được thực hiện độc lập với nhau. Thời gian thực hiện nhiều khi cũng không trùng khớp với nhau. Dù vậy, chu trình ngân sách của tất cả các cấp chính quyền đều bao gồm ba bước cơ bản: lập dự toán NSNN, chấp hành NSNN, kiểm toán và báo cáo NSNN. Dưới đây, chúng tôi mô tả chu trình ngân sách Liên bang Hoa Kỳ (chu trình ngân sách của các bang và chính quyền cấp dưới có khác biệt về thời gian và các cơ quan tham gia, còn lại quy trình cũng tương tự).

a) Lập dự toán

Do sự phân lập rõ rệt giữa bộ máy hành pháp và tư pháp ở Hoa Kỳ, có những điểm khác nhau cơ bản trong việc lập dự toán ở Hoa Kỳ so với Việt Nam. Trong bước lập dự toán ngân sách Liên bang Hoa Kỳ, theo mô hình chung, ở giai đoạn thứ nhất, chính quyền Tổng thống xây dựng và đệ trình dự toán ngân sách lên lưỡng viện, ở giai đoạn thứ hai, lưỡng viện xem xét và thông qua dự toán ngân sách.

Về trình tự thông qua ở Nghị viện, dự toán được đệ trình lên Nghị viện sẽ được chia ra thành từng gói cho các tiểu ban của Hạ viện và Thượng viện. Các tiểu ban này sẽ chất vấn các Bộ thuộc thẩm quyền của mình về ngân sách của Bộ đó. Quá trình này được diễn ra đầu tiên ở Hạ viện, sau khi ngân sách được thông qua ở Hạ viện, một quá trình tương tự diễn ra ở Thượng viện²⁴. Khi dự toán đã được cả hai viện thông qua, một ủy ban chung của lưỡng viện sẽ chịu trách nhiệm tổng hợp và xây dựng thành bản ngân sách chung của Nghị viện và gửi cho Tổng thống. Sau khi Tổng thống ký thông qua, bản ngân sách này sẽ thành Luật ngân sách năm và được thực thi trong năm ngân sách tiếp theo. Ở bước này, Tổng thống Hoa Kỳ có quyền phủ quyết Luật, khi đó, dự toán ngân sách được chuyển lại cho Nghị viện xem xét điều chỉnh, hoặc phủ quyết có thể bị vô hiệu nếu có phiếu thuận đa số của Hạ viện và Thượng viện (điều này thể hiện sự ràng buộc chéo về quyền lực giữa hai bộ máy lập pháp và hành pháp).

Về mức độ tổng hợp, khác với ngân sách Việt Nam được tổng hợp từ dưới lên trên, ngân sách Liên bang Hoa Kỳ, do tính chất độc lập giữa các cấp ngân sách, chỉ tổng hợp dự toán của các Bộ, ngành cấp Liên bang, ngân sách của các bang và chính quyền địa phương cũng tương tự.

Về mức độ chi tiết, khác với dự toán được Quốc hội thông qua ở Việt Nam (chỉ bao gồm những chỉ tiêu tổng hợp cơ bản), dự toán ngân sách của chính quyền Liên bang Hoa Kỳ được phân chi tiết theo từng chương trình, từng Bộ, nguồn vốn và khoản chi, kèm theo bản thuyết minh chi tiết đến từng hạng

22 Chi cho an sinh xã hội, trong đó có chương trình Medicaid, chiếm 34.6% chi ngân sách của bang. Chi cho giáo dục đại học chiếm 18.2% tổng chi ngân sách bang. Nguồn: John Mikesell (2013), *Fiscal Administration, 9th Edition*

23 40.5% tổng chi ngân sách các địa phương là cho giáo dục phổ thông. Nguồn: John Mikesell (2013), *Fiscal Administration, 9th Edition*.

24 Trên thực tế những năm gần đây, hai quá trình này diễn ra gần như song song để đảm bảo kịp thời gian thông qua dự toán.

mục chi cụ thể. Bên cạnh đó, thuyết minh dự toán của các Bộ còn kèm theo kế hoạch cung cấp hàng hóa, dịch vụ công cộng (số lượng, mức độ cung cấp, đối tượng thụ hưởng,...). Mặt khác, cơ quan ngân sách của Nghị viện Hoa Kỳ (CBO) cũng lập một bản dự toán độc lập để đối chiếu, làm căn cứ để thẩm tra dự toán của Tổng thống. Điều này làm được do có sự phân lập giữa hành pháp - tư pháp, sự độc lập giữa các cấp ngân sách và thời gian xem xét của Nghị viện khá dài, do đó có điều kiện để xem xét một cách chi tiết các nội dung trong dự toán²⁵.

Đặc biệt, một số chương trình của Liên bang, ví dụ như Social Security, Medicare, Medicaid, tiền trả lãi vay được đặt ngoài quy trình phê duyệt dự toán, theo đó chi phí từ các chương trình này sẽ được tự động chi khi có đủ điều kiện mà không cần thông qua Nghị viện phê chuẩn (tất nhiên, Nghị viện vẫn có quyền sửa đổi Luật nếu muốn kiểm soát các khoản này). Dù không cần thông qua Nghị viện, hàng năm Chính phủ vẫn cần dự báo các khoản chi này khi xây dựng dự toán cho các khoản chi khác trình Nghị viện để đảm bảo giới hạn bội chi theo quy định.

b) Chấp hành dự toán

Luật ngân sách Liên bang hàng năm, sau khi được Tổng thống phê chuẩn, sẽ được thực thi trong năm tài khóa. Hiến pháp Hoa Kỳ quy định “Tất cả các khoản chi ngân sách phải được thông qua bởi Luật, ngoài ra không có khoản tiền nào được phép rút khỏi Kho bạc”²⁶. Phù hợp với quy định này, Luật ngân sách Liên bang hàng năm cung cấp cho các Bộ quyền được rút ngân sách có thời hạn từ Kho bạc để chi tiêu. Thời hạn này không nhất thiết là một năm mà có thể dài hơn, thậm chí

là vô thời hạn. Việc thu, chi ngân sách được kiểm soát tập trung thông qua Kho bạc Liên bang (Department of the Treasury). Kho bạc có trách nhiệm kiểm tra tính hợp lý, hợp pháp của các khoản chi (tiền kiểm) trước khi xuất quỹ. Trừ khi hết hạn hoặc bị hủy bỏ, các Bộ được phép sử dụng quyền chi tiêu của mình.

c) Kiểm toán và đánh giá NSNN

Việc quyết toán trong hệ thống ngân sách Hoa Kỳ được thực hiện khá đơn giản, do dự toán ngân sách được lập kỹ càng, dự toán được đưa thành Luật và việc chi tiêu được kiểm soát khá chặt chẽ. Chu trình ngân sách ở Hoa Kỳ kết thúc sau khi việc kiểm toán kết thúc. Cơ quan kiểm toán Liên bang Hoa Kỳ (GAO) chịu trách nhiệm chính trong việc kiểm toán các cơ quan và các chương trình của Liên bang và báo cáo kết quả với Nghị viện xem xét hoặc đưa ra Tòa án xét xử nếu phát hiện sai phạm về NSNN. Nội dung kiểm toán bao gồm kiểm toán tài chính và kiểm toán hoạt động. Kiểm toán tài chính nhằm đánh giá việc tuân thủ ngân sách, các chính sách, định mức, tiêu chuẩn, hợp đồng, đánh giá tình hình tuân thủ chế độ kế toán, chế độ báo cáo tài chính, đánh giá hệ thống kiểm soát nội bộ (hệ thống kế toán) của đơn vị được kiểm toán. Kiểm toán hoạt động nhằm đánh giá hiệu năng và hiệu quả chi tiêu ngân sách, phát hiện các khoản chi tiêu không hiệu quả và nguyên nhân của các khoản chi tiêu này, đánh giá việc thực hiện các quy định có liên quan về kiểm soát hiệu quả, hiệu năng của các Bộ cũng như hiệu quả của các chương trình của Chính phủ.

4. Một số vấn đề khác

a) Về chế độ kế toán và báo cáo NSNN²⁷:
Kế toán công của Hoa Kỳ được thực

25 Trên thực tế, dù thời gian xem xét của Nghị viện khá dài, và chỉ thực hiện xem xét ngân sách của Liên bang, nhưng Nghị viện vẫn thường xuyên chậm trễ trong việc phê duyệt dự toán.

26 Article 1, Section 9, US Constitution: “No Money shall be drawn from the Treasury, but in Consequence of Appropriations made by Law”.

27 Theo Jacqueline L. Reck, Suzanne L. Lowensohn, and Earl R. Wilson. *Accounting for Governmental And Nonprofit Entities*, 16th edition. Boston: Irwin, McGraw-Hill, 2

hiện theo các nguyên tắc kế toán chung GAAP²⁸ được quy định bởi GASB²⁹. Hệ thống kế toán và báo cáo tài chính được phân thành hai cấp độ song song: (i) Kế toán chung (government-wide level), và (ii) kế toán quỹ (fund level).

Ở cấp độ kế toán chung, việc ghi chép, phản ánh các nghiệp vụ kinh tế phát sinh và ghi nhận tài sản, nguồn vốn được thực hiện trên cơ sở dồn tích, theo mô hình kinh tế (có tính đến các tài sản và nguồn dài hạn, tương tự cách thức kế toán trong doanh nghiệp). Ngân sách được theo dõi ở các quỹ, gồm ba loại: (1) các quỹ công, như quỹ hoạt động thường xuyên (General Fund), quỹ thực hiện nhiệm vụ đặc biệt (Special Revenue Funds), quỹ thực hiện dự án đầu tư (Capital Projects Funds), quỹ trả nợ (Debt Service Funds), quỹ cố định (Permanent Funds); (2) các quỹ mang tính chất kinh doanh, bao gồm quỹ kinh doanh (Enterprise Funds), quỹ dịch vụ nội bộ (Internal Service Funds); và (3) các quỹ ủy thác, như: quỹ hưu trí (Pension Trust Funds), quỹ tín thác đầu tư (Investment Trust Funds), quỹ tín thác cá nhân (Private-Purpose Trust Funds), quỹ dịch vụ (Agency Funds). Việc kế toán ghi chép các nghiệp vụ kinh tế phát sinh đối với các quỹ thuộc nhóm (1) được thực hiện theo nguyên tắc dồn tích sửa đổi, theo mô hình tài chính (chỉ tính tới các yếu tố ngắn hạn và tập trung quản lý dòng ngân sách và cân đối của các quỹ). Các quỹ thuộc nhóm (2) vẫn thực hiện theo nguyên tắc dồn tích và mô hình kế toán kinh tế. Một nghiệp vụ kinh tế phát sinh tùy tính chất sẽ được phản ánh vào một hoặc cả hai cấp độ, có thể liên quan đến một hoặc nhiều quỹ.

Việc hạch toán song song ở hai cấp độ tổng hợp và chi tiết theo các quỹ chức năng giúp cho việc quản lý tài chính chung và

quản lý tài chính theo từng nhiệm vụ cụ thể dễ dàng hơn. Bên cạnh đó, việc sử dụng nguyên tắc kế toán dồn tích giúp tạo ra một bức tranh tài chính dài hạn hơn (theo dõi cả các tài sản, nguồn vốn dài hạn), toàn diện hơn, xem đơn vị công như một thực thể kinh tế tương đương với các doanh nghiệp tư nhân, qua đó thuận tiện hơn trong việc đánh giá kết quả hoạt động của khu vực công so với tư nhân (do cùng sử dụng một thước đo), phù hợp với nhu cầu đánh giá hiệu quả sử dụng nguồn lực công của các tổ chức, cá nhân. Kế toán đối với các quỹ công sử dụng nguyên tắc dồn tích sửa đổi (tập trung theo dõi các dòng tài chính ngắn hạn) phù hợp với yêu cầu quản lý ngân sách theo dự toán.

Báo cáo tài chính được lập ở cấp độ chung và cho từng quỹ, bao gồm bảng cân đối kế toán (hoặc cân đối quỹ), báo cáo kết quả hoạt động (hoặc thu - chi quỹ), báo cáo lưu chuyển tiền tệ (đối với các quỹ kinh doanh). Yêu cầu báo cáo cơ bản (Minimum Requirements for Fair Presentation) bao gồm (1) các báo cáo tài chính chung và các quỹ, (2) bản thuyết minh cho báo cáo tài chính, (3) báo cáo so sánh ngân sách, (4) dữ liệu về tình trạng cơ sở hạ tầng, và (5) các thông tin thuyết minh khác theo quy định (ví dụ thông tin về quản lý quỹ hưu trí). Bên cạnh đó, GASB cũng khuyến khích các đơn vị kế toán công thực hiện báo cáo bằng MD&A (Management's Discussion and Analysis), trong đó không chỉ đưa ra các con số tài chính mà còn kèm theo các tài liệu về các chính sách của chính quyền, các chỉ tiêu thống kê của địa phương, bình luận và phân tích tình hình tài chính so với dự toán và so với các năm trước, bức tranh chung về tài chính ngân sách địa phương trong trung hạn, dự báo các yếu tố tác động tới tình hình kinh tế năm tiếp theo

28 Generally Accepted Accounting Principles.

29 Governmental Accounting Standards Board.

và dự báo tài chính ngân sách trung hạn. MD&A đã bổ sung thêm bên cạnh các báo cáo tài chính những thông tin rất chi tiết và có nghĩa, qua đó nâng cao chất lượng nội dung báo cáo, nâng cao tính minh bạch về tài chính - ngân sách cũng như nâng cao khả năng nắm bắt tình hình tài chính của người sử dụng báo cáo.

b) *Về công khai NSNN và báo cáo tài chính:*

Công khai ngân sách, không chỉ là công khai đối với quỹ ngân sách mà còn với tất cả các quỹ công thuộc quản lý nhà nước, là bắt buộc đối với tất cả các cấp chính quyền, được quy định trong Hiến pháp Hoa Kỳ. Hiến pháp Liên bang quy định “Báo cáo tài chính và tài liệu kế toán các khoản thu, chi của tất cả các khoản tiền công phải được công khai một cách thường xuyên”³⁰. Tất cả các bang đều công khai dự toán ngân sách đã được Nghị viện bang thông qua, một số bang công khai cả dự toán do Thống đốc bang đệ trình.

Bên cạnh công khai dự toán, báo cáo tài chính của các cấp chính quyền cũng được công khai. Nội dung công khai tối thiểu đối với báo cáo tài chính là bộ báo cáo tài chính cơ bản (Minimum Requirements for Fair Presentation), nhưng hiện nay nhiều thành phố và bang đã thực hiện công khai theo MD&A³¹ (MD&A kèm theo nhiều tài liệu thuyết minh bên cạnh báo cáo tài chính). Các báo cáo tài chính này trước khi công khai phải được kiểm toán. Thời hạn công khai được quy định tùy thuộc vào từng bang, thường không đến 03 tháng sau khi kết thúc năm ngân sách. Việc công khai chậm trễ được coi là dấu hiệu tình hình tài chính có vấn đề. Do trách nhiệm giải trình của Thống đốc (hoặc người đứng đầu bộ máy hành

pháp) rất cao và thị trường vốn khá nhạy cảm với tình hình tài chính (đánh giá tín dụng), các cấp chính quyền thường thực hiện khá nghiêm túc về công khai tài chính.

c) *Kế hoạch ngân sách trung hạn:*

Ngân sách Hoa Kỳ được đặt trong khuôn khổ trung hạn. Dự toán được xây dựng trong trung hạn, kèm theo tuyên bố chính sách của Tổng thống (Thống đốc) và kế hoạch ngân sách của các năm tiếp theo. Một số quyền chi ngân sách cũng được Nghị viện phê chuẩn trong thời hạn dài hơn một năm hoặc không có thời hạn, theo đó nếu không có can thiệp khác từ Nghị viện, các Bộ được quyền chi ngân sách trong phạm vi đã được thông qua trước khi hết hạn mà không cần phải xin phép Nghị viện. Một số nội dung trong thuyết minh báo cáo tài chính và các tài liệu thuyết minh khác trong MD&A cũng mang tính chất trung hạn, theo đó tình hình tài chính ngân sách được đặt trong so sánh với 5-10 năm trước đó và dự báo của 3-5 năm tiếp theo.

Thông thường dự toán ngân sách của Tổng thống sẽ được xây dựng trong tầm nhìn trung hạn 05 năm theo hình thức cuốn chiếu. Riêng năm đầu tiên, chính quyền Obama đệ trình ngân sách với dự báo trong vòng 10 năm. Trên thực tế, dự toán của những năm sau không mang ý nghĩa thực hành nhiều, khi ngân sách các năm được thay đổi tùy thuộc vào tình hình thực tế; tuy nhiên, dự toán trung hạn cho thấy tầm nhìn của Tổng thống trong việc điều hành đất nước trong nhiệm kỳ của mình. Những mục tiêu cơ bản về các chương trình lớn của đất nước, của Tổng thống hay mục tiêu về nợ công của Liên bang thường có ít thay đổi, trừ khi có biến động lớn.

30 Article 1, Section 9, US Constitution: “[A] regular Statement and Account of the Receipts and Expenditures of all public Money shall be published from time to time.”

31 MD & A là một từ viết tắt cho Quản lý Thảo luận và phân tích. MD & A thường dùng để chỉ phần của một báo cáo của công ty hàng năm hoặc hàng quý cung cấp bình luận về quản lý hoạt động doanh nghiệp trong khoảng thời gian trong câu hỏi (Chú thích của BTV)

5. Thay cho lời kết

Sự khác biệt cơ bản giữa tổ chức ngân sách của Việt Nam và Hoa Kỳ tựu trung lại là sự khác biệt giữa mô hình tổ chức ngân sách tập trung và mô hình tổ chức ngân sách phân tán. Cơ sở quan trọng nhất của sự khác biệt này là cách thức tổ chức hệ thống chính trị và bộ máy nhà nước của hai quốc gia. Sự phân lập mạnh mẽ giữa ba nhánh quyền lực ở Hoa Kỳ đặt ra yêu cầu trong việc giám sát ngân sách của Nghị viện, đồng thời việc tăng cường trách nhiệm giải trình của Tổng thống cũng đặt ra yêu cầu nâng cao hiệu quả trong tổ chức ngân sách.

Bên cạnh đó, sự độc lập giữa các cấp chính quyền kết hợp với cơ chế công khai và trách nhiệm giải trình cá nhân cao cho phép thực hiện mô hình ngân sách độc lập ở từng cấp của Hoa Kỳ, từ đó việc quản lý của Tổng thống (hoặc thống đốc), cũng như việc giám sát của Nghị viện tập trung hơn, sát sao hơn, chi tiết hơn. Yêu cầu tổng hợp ngân sách vì thế cũng đơn giản hơn. Các bang và chính quyền địa phương nhờ đó cũng tự do phát huy thế mạnh của mình. Việc xây dựng dự toán được thực hiện kỹ càng và kiểm soát chi chặt chẽ qua tiền kiểm và hậu kiểm giúp giảm thời gian giai đoạn quyết toán, đánh giá ngân sách.

Ở Việt Nam, việc quản lý tập trung, thống nhất của hệ thống ngân sách có những ưu điểm rõ rệt khi các chính sách, chế độ, đặc biệt là các chính sách về thuế, được thực hiện một cách thống nhất, công bằng trên cả nước, ngân sách được cấp trên điều tiết để hỗ trợ cho các địa phương khó khăn và cho các địa phương trọng điểm kinh tế, qua đó phát triển một cách đồng đều và bảo đảm an ninh, xã hội, đời sống nhân dân. Tuy nhiên, cơ chế lồng ghép ngân sách trong thời gian qua cũng gây ra những bất cập không nhỏ, như yêu cầu tổng hợp ngân sách từ dưới lên dẫn đến tăng thời gian, thủ tục, yêu cầu về phân bổ ngân sách từ trên xuống và quản lý tập trung dẫn đến cơ chế xin - cho, tiêu cực, cơ chế phân

chia khoản thu giữa các cấp ngân sách nhiều khi chưa tạo động lực thực sự cho ngân sách cấp dưới chăm lo quản lý, nuôi dưỡng nguồn thu. Ngân sách được quản lý tập trung và tổng hợp từ dưới lên nhưng quyền lực quyết định về ngân sách của Quốc hội và Hội đồng nhân dân (HĐND) các cấp chưa thực sự được phát huy hiệu quả. Bên cạnh đó, cơ chế công khai thời gian qua còn yếu kém, nặng về hình thức, nội dung báo cáo công khai chưa thực sự đáp ứng nhu cầu chi tiết, vì vậy đã làm hạn chế hiệu quả của cơ chế này.

Luật NSNN sửa đổi được Quốc hội khóa XIII thông qua tại kỳ họp thứ 9 đã có nhiều điểm mới, về cơ bản đã quy định tăng thẩm quyền của Quốc hội và HĐND các cấp, tăng trách nhiệm giải trình của cá nhân và giám sát của cộng đồng, luật hóa công khai ngân sách, thực hiện xây dựng ngân sách trung hạn và yêu cầu quản lý ngân sách theo đầu ra là những điểm mới, quan trọng. Tuy nhiên, để Luật này đạt tính hiệu quả như mục đích sửa đổi, đảm bảo cho của hệ thống NSNN vận hành thông suốt, chặt chẽ, từ kinh nghiệm của Hoa Kỳ và một số nước có mô hình quản lý ngân sách hiện đại, chúng tôi thấy, khi thực thi Luật NSNN sửa đổi, chúng ta cần hết sức quan tâm đến các giải pháp cho các vấn đề sau: (i) Làm thế nào để đảm bảo Quốc hội và HĐND các cấp thực hiện được đầy đủ quyền lực của mình về NSNN mà Luật đã quy định; (ii) Phân cấp ngân sách ở địa phương thế nào để tăng cường tự chủ, tự chịu trách nhiệm, tránh cơ chế xin - cho; (iii) Trong điều kiện thời gian lập dự toán ngắn, làm thế nào để dự toán ngân sách đảm bảo chất lượng, khả năng và mức độ chi tiết của dự toán ngân sách được Quốc hội và HĐND các cấp thông qua; (iv) Đảm bảo tính thực chất và hiệu quả của việc công khai và giám sát ngân sách của cộng đồng; (v) Làm thế nào để đánh giá hiệu quả chi tiêu công trở thành một công cụ thiết thực và thường xuyên trong quản lý, giám sát ngân sách trong thời gian tới ■