

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

ISSN 1859 - 2953

www.nclp.org.vn

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



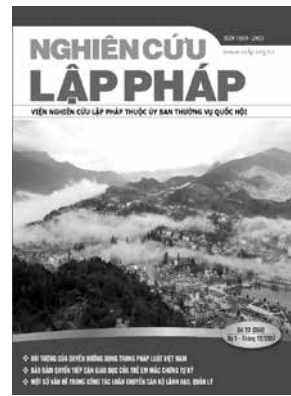
Số 23 (351)
Kỳ 1 - Tháng 12/2017

- ❖ ĐỐI TƯỢNG CỦA QUYỀN HƯỚNG DẪNG TRONG PHÁP LUẬT VIỆT NAM
- ❖ BẢO ĐẢM QUYỀN TIẾP CẬN GIÁO DỤC CỦA TRẺ EM MẮC CHỨNG TỰ KỶ
- ❖ MỘT SỐ VẤN ĐỀ TRONG CÔNG TÁC LUÂN CHUYỂN CÁN BỘ LÃNH ĐẠO, QUẢN LÝ

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn

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



Mục lục Số 23/2017

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- 3** Tổng quan và đánh giá các quy định của pháp luật về đại biểu Quốc hội ở Việt Nam (Kỳ 2)

TS. Nguyễn Đình Quyền

- 8** Đối tượng của quyền hưởng dụng trong pháp luật Việt Nam

PGS, TS. Đỗ Văn Đại - Nguyễn Nhật Thanh

- 14** Công nhận quyết định cho trẻ em Việt Nam làm con nuôi ở nước ngoài và hệ quả của việc nuôi con nuôi phát sinh ở nước ngoài

ThS. Phạm Thị Kim Anh

- 23** Bảo đảm quyền tiếp cận giáo dục của trẻ em mắc chứng tự kỷ

Ngô Vĩnh Bạch Dương

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 33** Mối tương quan giữa Luật Cạnh tranh và Luật Sở hữu trí tuệ trong quá trình thực thi quyền sở hữu trí tuệ

ThS. Bùi Thị Hằng Nga

CHÍNH SÁCH

- 42** Một số vấn đề trong công tác luân chuyển cán bộ lãnh đạo, quản lý

TS. Bùi Ngọc Thanh

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 48** Những vấn đề đặt ra đối với cơ chế quản lý hành chính thành phố Hồ Chí Minh khi thi hành Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015

TS. Phan Hải Hồ - ThS. Bùi Nam Hồng

- 53** Hoàn thiện các quy định pháp luật về "phạt nguội"

Lê Trung Hiếu

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 58** Kinh nghiệm xây dựng thể chế tự quyết cho các thành phố văn minh

ThS. Trương Trọng Hiếu

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

TS. NGUYỄN ĐÌNH QUYỀN (CHỦ TỊCH)
TS. NGUYỄN VĂN GIÀU
PGS, TS. NGUYỄN THANH HẢI
PGS, TS. ĐÌNH VĂN NHẢ
PGS, TS. LÊ BỘ LĨNH
TS. NGUYỄN VĂN LUẬT
PGS, TS. HOÀNG VĂN TÚ
TS. NGUYỄN VĂN HIỂN
PGS, TS. NGÔ HUY CƯỜNG
TS. NGUYỄN HOÀNG THANH

PHÓ TỔNG BIÊN TẬP PHỤ TRÁCH:

TS. NGUYỄN HOÀNG THANH

TRỤ SỞ:

27A VÕNG THỊ - TÂY HỒ - HÀ NỘI
ĐT: 0243.2121204/0243.2121206
FAX: 0243.2121201
Email: nclp@qh.gov.vn
Website: www.nclp.org.vn

THIẾT KẾ:

BÙI HUỖN

GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

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

PHÁT HÀNH - QUẢNG CÁO

HÀ NỘI: 0243.2121202

TÀI KHOẢN:

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

MÃ SỐ THUẾ: 0104003894

IN TẠI CÔNG TY CỔ PHẦN IN HÀ NỘI

GIÁ: 19.500 ĐỒNG

Ảnh bìa: Sapa

Ảnh: Sư tâm

LEGISLATIVE STUDIES

www.nclp.org.vn

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

Legis No 23/2017

STATE AND LAW

- 3** Overviews and Assessments of Legal Regulations on National Assembly Deputies in Vietnam (Part 2)

Dr. Nguyen Dinh Quyen

- 8** Subject of Usufruct Right in Vietnam's Legal Regulations

**Prof., Dr. Do Van Dai
Nguyen Nhat Thanh**

- 14** The Acceptance of Decision for Vietnamese Children as Adopted Children in Foreign Countries and the Consequences of Overseas Adoption

LLM. Pham Thi Kim Anh

- 23** Assurance of the Rights to Education Access for Children with Autism

Ngo Vinh Bach Duong

DISCUSSION OF BILLS

- 33** The Correlation between the Competition Law and the Intellectual Property Law in the Enforcement of Intellectual Property Rights

LLM. Bui Thi Hang Nga

POLICIES

- 42** Discussions of the Personnel Rotation of Leading and Management Officials

Dr. Bui Ngoc Thanh

LEGAL PRACTICE

- 48** Matters related to the Administrative Mechanism of Ho Chi Minh City in Enforcement of the Law on Organization of Local Administration of 2015

Dr. Phan Hai Ho

LLM. Bui Nam Hong

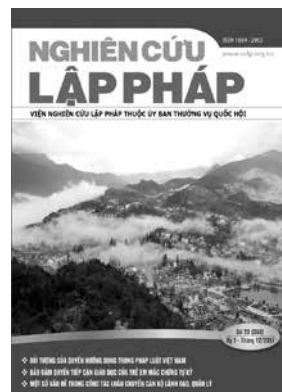
- 53** Improvements of Legal Regulations on "Cold Fines"

Le Trung Hieu

FOREIGN EXPERIENCE

- 58** Experience in Development of Autonomy Policy for Charter Cities

LLM. Truong Trong Hieu



EDITORIAL BOARD:

Dr. NGUYEN DINH QUYEN (Chairman)
Dr. NGUYEN VAN GIAU
Prof, Dr. NGUYEN THANH HAI
Prof, Dr. DINH VAN NHA
Prof, Dr. LE BO LINH
Dr. NGUYEN VAN LUAT
Prof, Dr. HOANG VAN TU
Dr. NGUYEN VAN HIEN
Prof, Dr. NGO HUY CUONG
Dr. NGUYEN HOANG THANH

CHEF EDITOR IN CHARGE:

TS. NGUYEN HOANG THANH

OFFICE:

27A VONG THI - TAY HO - HA NOI
ĐT: 0243.2121204/0243.2121206
FAX: 0243.2121201
Email: nclp@qh.gov.vn
Website: www.nclp.org.vn

DESIGN:

BUI HUYEN

LICENSE OF PUBLISHMENT:

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

DISTRIBUTION

HA NOI: 0243.2121202

ACCOUNT NUMBER:

0991000023097
LEGISLATIVE STUDY MAGAZINE
VIETCOMBANK

TAX CODE: 0104003894

PRINTED BY HANOI PRINTING
JOINT STOCK COMPANY

Price: **19.500 VND**

TỔNG QUAN VÀ ĐÁNH GIÁ CÁC QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT VỀ ĐẠI BIỂU QUỐC HỘI Ở VIỆT NAM

Nguyễn Đình Quyền*

* TS. Viện trưởng Viện Nghiên cứu Lập pháp, Nguyên Phó Chủ nhiệm Ủy ban Tư pháp của Quốc hội.

LTS. Trên số 22 kỳ 2 tháng 11/2017, Tạp chí đã đăng tải phần đầu của bài viết, gồm các nội dung “Khái niệm pháp luật về đại biểu Quốc hội”; “Đặc điểm của pháp luật về đại biểu Quốc hội”; “Nội dung của pháp luật về đại biểu Quốc hội”. Tạp chí đăng tiếp các nội dung về “Vai trò của pháp luật về đại biểu Quốc hội”; “Đánh giá pháp luật về đại biểu Quốc hội hiện nay”.

4. Vai trò của pháp luật về đại biểu Quốc hội

Pháp luật về ĐBQH là một bộ phận của pháp luật nên cũng tham gia vào việc tạo lập, khẳng định những vai trò chung của pháp luật, thông qua việc tạo dựng các quan hệ pháp lý trong tổ chức, hoạt động của Nhà nước; pháp luật về ĐBQH là một bộ phận của ngành Luật Hiến pháp, liên quan đến tổ chức, thực hiện quyền lực nhà nước nên vai trò của pháp luật về ĐBQH được thể hiện trực tiếp ở vai trò của ngành luật Hiến pháp, thông qua các mối quan hệ trong tổ chức, hoạt động của Nhà nước. Để quản lý nhà nước, quản lý xã hội, Nhà nước đề ra, thực hiện và sử dụng nhiều chính sách, công cụ, biện pháp khác nhau, song pháp luật mà trực tiếp là Luật Hiến pháp là công cụ chủ yếu và quan trọng nhất, bởi vì nó trực tiếp thể hiện ý chí của Nhà nước mà trong Nhà nước pháp quyền XHCN, đó chính là ý chí của Nhân dân, có tính bắt buộc chung và được Nhà

nước bảo đảm thực hiện. Pháp luật đó trực tiếp là phương tiện để tổ chức, xây dựng và hoàn thiện bộ máy nhà nước, đồng thời cũng là phương tiện để vạch ra những nguyên tắc trong tổ chức và hoạt động của các cơ quan nhà nước, xác định mối quan hệ giữa các cơ quan nhà nước với nhau, giữa cơ quan nhà nước với cán bộ, công chức, viên chức và ngược lại, giữa các cán bộ, công chức trong việc thực thi công vụ, giữa cơ quan nhà nước, cán bộ công chức nhà nước với các tổ chức, cá nhân và xã hội, pháp luật còn là phương tiện để nhà nước tự hoàn thiện chính bản thân mình. Pháp luật đó cũng là cơ sở để tiến hành kiểm tra, thanh tra, giám sát hoạt động của các cơ quan nhà nước, tổ chức, đơn vị, người có thẩm quyền và mọi công dân; là phương tiện ghi nhận, khẳng định và bảo đảm thực hiện nền dân chủ XHCN. Thực tế cho thấy, dân chủ không thể thực hiện được nếu thiếu pháp luật. Dân chủ là động lực, mục tiêu và cũng là tiền đề để

hoàn thiện pháp luật. Vai trò của pháp luật Việt Nam được khẳng định trong Hiến pháp năm 2013 "Nhà nước quản lý xã hội bằng Hiến pháp và pháp luật".

Đi vào cụ thể, xuất phát từ nội dung của pháp luật về ĐBQH có thể nhấn mạnh một số vai trò sau:

Một là, pháp luật về ĐBQH là cơ sở pháp lý hình thành nên ĐBQH, điều chỉnh hoạt động của ĐBQH, góp phần quan trọng bảo đảm chất lượng và hiệu quả hoạt động của Quốc hội, ĐBQH cũng như của bộ máy nhà nước

Thông qua pháp luật về ĐBQH, người dân biết được tiêu chuẩn của ĐBQH để lựa chọn; biết được quyền, nghĩa vụ của mình trong bầu cử và ứng cử; ĐBQH biết được mình được làm gì và có thể làm như thế nào; giúp cho ĐBQH nhận thức đầy đủ, đúng đắn về nhiệm vụ, quyền hạn, trách nhiệm và phương thức hoạt động của mình.

Pháp luật về ĐBQH cũng là công cụ pháp lý, phương tiện cực kỳ quan trọng để bảo đảm cho ĐBQH hoạt động có hiệu lực và hiệu quả, bảo đảm cho ĐBQH phát huy được vai trò, trách nhiệm, tính độc lập, sáng tạo trong hoạt động, không bị ràng buộc, hạn chế bởi những ảnh hưởng bất lợi từ các cơ quan, tổ chức và cá nhân liên quan tới hoạt động đại biểu.

Ngoài ra, pháp luật về ĐBQH cũng góp phần tạo ra những bảo đảm cần thiết cho hoạt động (như quy định về thời gian mà các cơ quan, tổ chức, đơn vị hữu quan phải bố trí để ĐBQH kiêm nhiệm hoạt động; về cơ sở vật chất, phương tiện, kinh phí hoạt động; về bố trí thư ký, cung cấp các dịch vụ hỗ trợ...) cho ĐBQH.

Như vậy, không có pháp luật về ĐBQH thì ĐBQH không thể hoạt động được. Rõ ràng, pháp luật về ĐBQH là một trong những điều kiện tiên quyết quyết định đến hiệu quả hoạt động của ĐBQH.

Thông qua việc ảnh hưởng có tính quyết định này, pháp luật về ĐBQH cũng là một trong những yếu tố quyết định đến chất lượng, hiệu quả hoạt động của Quốc hội, các cơ quan của Quốc hội và thông qua hiệu quả hoạt động của Quốc hội, các cơ quan của Quốc hội, nó lại tiếp tục có tác động đến hiệu quả hoạt động của toàn bộ bộ máy nhà nước và hệ thống chính trị. Thực tiễn cho thấy, trong nghiên cứu khoa học cũng như trong việc đổi mới tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước, của Quốc hội những ảnh hưởng sâu xa này của pháp luật về ĐBQH không phải đã dễ dàng được nhận ra để tập trung quan tâm đúng mức tới việc hoàn thiện.

Hai là, pháp luật về ĐBQH là cơ sở pháp lý bảo đảm tính hợp hiến và tính hợp pháp của các cuộc bầu cử ĐBQH; của tổ chức bộ máy nhà nước

Trước hết, pháp luật về ĐBQH, mà trực tiếp là những quy định về bầu cử ĐBQH là cơ sở pháp lý quan trọng nhất để tổ chức, tiến hành bầu cử ĐBQH, lựa chọn những người xứng đáng nhất đại diện cho ý chí và nguyện vọng của Nhân dân để thực hiện quyền lực nhà nước trong Quốc hội. Thông qua đó, pháp luật về ĐBQH cũng chính là cơ sở pháp lý để bảo đảm giá trị, tính hợp hiến, hợp pháp cho cuộc bầu cử để từ đó hình thành nên một Quốc hội hợp hiến và hợp pháp.

Đến lượt mình, một Quốc hội được hình thành sau bầu cử ĐBQH lại tiếp tục là một điều kiện, bảo đảm về mặt pháp lý để tiến hành việc tổ chức thành lập các cơ quan khác của Nhà nước như Chủ tịch nước, Chính phủ, Tòa án nhân dân tối cao, Viện Kiểm sát nhân dân tối cao, chính quyền địa phương... cũng được bảo đảm tính hợp hiến và hợp pháp.

Ba là, pháp luật về ĐBQH là cơ sở pháp lý để phân công, phối hợp thực hiện các chức năng, nhiệm vụ và quyền hạn của Quốc hội

Với việc quy định và cụ thể hóa vị trí,

vai trò, nhiệm vụ, quyền hạn của ĐBQH cũng như quy định các phương thức, biện pháp tiến hành và bảo đảm hoạt động của ĐBQH - chủ thể quan trọng trong cơ cấu của Quốc hội cùng với các chủ thể khác (như UBND, Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban của Quốc hội...), pháp luật về ĐBQH thực sự là công cụ để Quốc hội thực hiện việc phân công, phối hợp thực hiện các chức năng, nhiệm vụ và quyền hạn giữa các chủ thể nêu trên; bảo đảm không trùng lặp và phạm vi hoạt động hay bỏ sót lĩnh vực hoạt động. Đồng thời là phương tiện để xác định mối quan hệ công tác giữa ĐBQH với các cơ cấu, tổ chức của Quốc hội và các cơ quan, tổ chức, cá nhân khác khi tiến hành hoạt động.

Bốn là, pháp luật về ĐBQH là cơ sở pháp lý để Quốc hội, các cơ quan của Quốc hội đánh giá hiệu quả hoạt động của ĐBQH; để cử tri, Nhân dân giám sát ĐBQH, bãi nhiệm khi đại biểu không còn xứng đáng với tín nhiệm của Nhân dân

Hiệu quả hoạt động của Quốc hội được bảo đảm và thể hiện trước tiên, rõ nét nhất hiệu quả, tính đúng đắn trong hoạt động của ĐBQH. Do đó, pháp luật về ĐBQH, nhất là những quy định về nhiệm vụ, quyền hạn và trách nhiệm của ĐBQH chính là những căn cứ, tiêu chí quan trọng làm phương tiện để Quốc hội xem xét, đánh giá hiệu quả hoạt động của ĐBQH một cách khách quan và chính xác nhất, đồng thời cũng là cơ sở trong việc các cơ quan nhà nước bảo đảm các điều kiện để ĐBQH hoạt động.

Trong trường hợp khi "ĐBQH không còn xứng đáng với sự tín nhiệm của Nhân dân" (Điều 40 Luật Tổ chức Quốc hội) thì pháp luật về ĐBQH sẽ là cơ sở pháp lý để Quốc hội hoặc cử tri thực hiện việc bãi nhiệm ĐBQH.

Đối với cử tri - những người trực tiếp bỏ phiếu bầu ra ĐBQH - nói riêng và Nhân dân cả nước nói chung, pháp luật về ĐBQH là cơ sở pháp lý để họ giám sát hoạt động của đại biểu và trong trường hợp cần thiết

thì bãi nhiệm ĐBQH khi họ không còn xứng đáng với tín nhiệm của cử tri, Nhân dân.

II. Đánh giá pháp luật về đại biểu Quốc hội hiện nay

Hiện nay có nhiều văn bản QPPL quy định về ĐBQH. Trong đó quan trọng nhất phải kể đến là Hiến pháp năm 2013 và các văn bản QPPL khác như: Luật Bầu cử ĐBQH, Luật Tổ chức Quốc hội, Luật Ban hành văn bản QPPL, Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội và Hội đồng nhân dân, các nghị quyết của Quốc hội ban hành Nội quy kỳ họp Quốc hội, Quy chế hoạt động của UBND, Quy chế hoạt động của Hội đồng Dân tộc và các Ủy ban của Quốc hội, Quy chế hoạt động của ĐBQH và Đoàn ĐBQH, Nghị quyết liên tịch của UBND và Đoàn Chủ tịch Ủy ban trung ương Mặt trận Tổ quốc Việt Nam ban hành hướng dẫn về việc ĐBQH tiếp xúc cử tri... Các văn bản này hầu hết đều đã được sửa đổi, bổ sung cho phù hợp Hiến pháp năm 2013 và với yêu cầu của công cuộc đổi mới toàn diện đất nước, xây dựng và hoàn thiện Nhà nước pháp quyền XHCN Việt Nam, đổi mới tổ chức và phương thức hoạt động của Quốc hội.

1. Những ưu điểm

Thứ nhất, các quy định của pháp luật hiện hành về ĐBQH đã được kế thừa, phát triển và hoàn thiện qua các thời kỳ của đất nước; thể hiện nhất quán và thống nhất trong những văn bản pháp lý có giá trị cao, được xây dựng khá đầy đủ và điều chỉnh hầu hết những vấn đề cơ bản về ĐBQH như bầu cử, địa vị pháp lý, nhiệm vụ, quyền hạn của ĐBQH, cơ cấu tổ chức, chế độ, phương thức hoạt động và các bảo đảm cho hoạt động của ĐBQH...

Sự hoàn thiện pháp luật về ĐBQH được thể hiện trên tất cả các phương diện hình thức, phạm vi, mức độ quy định cũng như nội dung của các vấn đề; nêu như Hiến pháp năm 1959 chỉ quy định hai Điều về ĐBQH thì tới Hiến pháp năm 2013 đã có tới năm

Điều quy định về ĐBQH; Luật Tổ chức Quốc hội và Hội đồng Nhà nước năm 1981 quy định một số điều về ĐBQH thì tới Luật Tổ chức Quốc hội năm 2015 đã dành một chương quy định về ĐBQH. Hiện nay, bên cạnh Hiến pháp còn có rất nhiều văn bản QPPL quy định về ĐBQH như đã nêu trên.

Về mặt nội dung, các quy định về ĐBQH luôn thể hiện mức độ hoàn thiện của nền dân chủ đại diện ngày càng cao ở Việt Nam. Sự lựa chọn của Nhân dân trong việc bầu cử ĐBQH ngày càng rộng rãi, dân chủ và thực chất hơn. Sự hoàn thiện nội dung pháp luật về ĐBQH thể hiện ở những quy định cụ thể về cơ chế điều chỉnh, vận hành và các bảo đảm để pháp luật về ĐBQH trở nên khả thi trên thực tế, ví dụ, các quy định về quyền chất vấn hiện nay đã được quy định cụ thể về trình tự, thủ tục, chủ thể, phạm vi chất vấn và nhất là hậu quả pháp lý của việc chất vấn, làm cơ sở để Quốc hội giám sát tối cao tại kỳ họp và Quốc hội ra nghị quyết về việc chất vấn và trả lời chất vấn hoặc tiến hành bỏ phiếu tín nhiệm đối với người bị chất vấn (người do Quốc hội bầu hoặc phê chuẩn)...

Thứ hai, pháp luật về ĐBQH về cơ bản được quy định tương đối phù hợp với đặc điểm, điều kiện, hoàn cảnh của đất nước trong từng giai đoạn lịch sử, tương xứng với chức năng, nhiệm vụ và vị trí đặc biệt quan trọng của Quốc hội trong bộ máy nhà nước và hệ thống chính trị.

Tính phù hợp của pháp luật về ĐBQH với điều kiện kinh tế - xã hội ở từng giai đoạn trước hết được thể hiện ở vị trí, vai trò của Quốc hội, ĐBQH trong bộ máy nhà nước và hệ thống chính trị, theo đó, tính đại diện cho cử tri, Nhân dân của ĐBQH là sợi chỉ đỏ xuyên suốt qua năm bản Hiến pháp, nhưng ở mỗi giai đoạn cũng khác nhau với mức độ hoàn thiện khác nhau về nhiệm vụ, quyền hạn của ĐBQH, về việc ĐBQH thực hiện quyền lực nhà nước trong Quốc hội, về những bảo đảm để ĐBQH thực hiện đầy đủ nhiệm vụ,

quyền hạn của mình trên các lĩnh vực hoạt động của Quốc hội là lập hiến, lập pháp, quyết định các vấn đề quan trọng của đất nước và giám sát tối cao đối với hoạt động của Nhà nước. Mặc dầu vậy, tính đại diện của ĐBQH và đi theo đó là trách nhiệm của ĐBQH trước cử tri, Nhân dân, chịu sự giám sát của Nhân dân ở tất cả các giai đoạn luôn là đặc điểm nổi bật, đặc trưng của pháp luật về ĐBQH Việt Nam.

Thứ ba, các quy định của pháp luật về ĐBQH thể hiện rõ bản chất giai cấp của Nhà nước; luôn quán triệt và đã thể chế hoá kịp thời, đầy đủ những quan điểm, chủ trương, chính sách của Đảng về đổi mới hoạt động của ĐBQH, cơ quan của Quốc hội và Quốc hội trong tình hình mới, nhất là trong thời kỳ xây dựng và hoàn thiện Nhà nước pháp quyền XHCN Việt Nam.

Bản chất giai cấp của pháp luật về ĐBQH thể hiện ngay từ những quy định về quá trình hình thành ĐBQH, theo đó, việc bầu cử ĐBQH được tiến hành theo nguyên tắc phổ thông, bình đẳng, trực tiếp và bỏ phiếu kín; các quyền về bầu cử, ứng cử ĐBQH của công dân được bảo đảm; thể hiện ở các mối quan hệ và đặc biệt là trách nhiệm của ĐBQH với cử tri, Nhân dân và Quốc hội. Quyền hạn của ĐBQH xuất phát từ sự ủy quyền của Nhân dân qua bầu cử và cử tri, Nhân dân có thể lấy lại sự ủy quyền đó, nếu ĐBQH không còn đủ tín nhiệm qua cơ chế bãi miễn do pháp luật quy định. Bản chất giai cấp của ĐBQH còn thể hiện rõ trong các quy định về tiêu chuẩn, cơ cấu thành phần ĐBQH, thể hiện tính đại diện cao nhất của Quốc hội.

Bảo đảm sự lãnh đạo của Đảng luôn là sợi chỉ đỏ xuyên suốt trong pháp luật về ĐBQH. Phù hợp với mỗi giai đoạn lịch sử của đất nước, pháp luật về ĐBQH đã thể chế hóa một cách đầy đủ, kịp thời các chủ trương, đường lối của Đảng về Quốc hội, ĐBQH, theo đó nếu như trong cuộc cách mạng giải phóng dân tộc, thống nhất đất nước, tính đại diện của ĐBQH luôn được đẩy lên ở vị trí

độc tôn nhằm mục tiêu đại đoàn kết toàn dân cho sự nghiệp lớn của dân tộc thì ngày nay, trong công cuộc công nghiệp hóa, hiện đại hóa đất nước, xây dựng và hoàn thiện Nhà nước pháp quyền XHCN Việt Nam thì bên cạnh tính đại diện còn đặt ra yêu cầu hết sức bức xúc trong việc hoàn thiện pháp luật về ĐBQH, đó là tính hiệu quả, tính chuyên nghiệp trong hoạt động của Quốc hội, ĐBQH.

2. Những hạn chế

Thứ nhất, giữa các văn bản quy định về ĐBQH còn trùng lặp, nhiều vấn đề quan trọng nhưng quy định còn thiếu cụ thể, thiếu các biện pháp bảo đảm thực hiện; quy định rải rác trong nhiều văn bản, gây khó khăn cho quá trình thực hiện.

Bên cạnh sự trùng lặp trên, trong các văn bản QPPL khác nhau thì lại thiếu các quy định cụ thể về một số vấn đề quan trọng như cơ chế làm việc của các ĐBQH chuyên trách, tính chất kiêm nhiệm trong hoạt động của ĐBQH, mối quan hệ giữa ĐBQH với cử tri và với các thiết chế quyền lực khác, các điều kiện bảo đảm trong việc ĐBQH trình dự án luật, pháp lệnh, kiến nghị, về chế tài trong việc ra nghị quyết trả lời chất vấn, hệ quả của việc lấy phiếu tín nhiệm, bỏ phiếu tín nhiệm đối với những người do Quốc hội bầu hoặc phê chuẩn v.v., gây không ít khó khăn cho quá trình thực hiện.

Thứ hai, tính ổn định của các quy định của pháp luật về ĐBQH không cao, các văn bản thường phải sửa đổi, bổ sung.

Nghiên cứu quá trình ban hành các quy định của pháp luật về ĐBQH có thể thấy rằng, các quy định này thường phải sửa đổi, bổ sung nhất là chế định về bầu cử ĐBQH. Đây dường như là một hệ quả tất yếu trong điều kiện một đất nước đang trong quá trình chuyển đổi, đồng thời, cũng là hệ quả của việc xây dựng Nhà nước pháp quyền XHCN trong điều kiện có những vấn đề về mặt lý luận cần tiếp tục làm sáng tỏ và chưa được tổng kết, kiểm nghiệm trên thực tế. Tuy

nhiên, việc thường xuyên sửa đổi phản ánh một thực trạng những vấn đề liên quan tới ĐBQH, nhất là trong hoạt động đang đặt ra những vấn đề phải khẩn trương được nghiên cứu một cách toàn diện.

Thứ ba, một số quy định về ĐBQH qua quá trình áp dụng đã bộc lộ sự bất hợp lý, cần được sửa đổi, hoàn thiện, cụ thể là:

Việc tăng số lượng ĐBQH chuyên trách trong cơ cấu của Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban của Quốc hội có ý nghĩa quan trọng đối với việc chuyên nghiệp hoá hoạt động của Quốc hội. Tuy nhiên, cơ chế, chế độ hoạt động, những điều kiện bảo đảm cho hoạt động của ĐBQH chuyên trách chưa được quy định cụ thể nên khó phát huy được hiệu quả. Với vai trò và nhiệm vụ rất quan trọng của Hội đồng Dân tộc và các Ủy ban của Quốc hội trong điều kiện Quốc hội hoạt động theo kỳ họp thì việc bố trí ĐBQH làm việc chuyên trách cần có quy định cụ thể về nguồn, phương thức đề cử, tiêu chuẩn, điều kiện và đặc biệt là chế độ làm việc của từng chủ thể: Ủy viên chuyên trách, Ủy viên thường trực, Phó Chủ nhiệm, Chủ nhiệm thì mới bầu được đúng người và mới phát huy hiệu quả hoạt động trên thực tế.

UBTVQH đã ban hành Nghị quyết về tiền lương và một số chế độ đối với ĐBQH hoạt động chuyên trách. Tuy nhiên, những bảo đảm cho hoạt động của ĐBQH chuyên trách còn quá khiêm tốn và chưa được quy định một cách toàn diện, thống nhất và ổn định; mỗi nhiệm kỳ Quốc hội lại có sự khác nhau. Thực tế cho thấy, không thể nâng cao hiệu quả hoạt động của đại biểu chuyên trách nếu thiếu các điều kiện bảo đảm có tính chất đặc thù để họ có thể phấn đấu, cống hiến nhiều khóa cho Quốc hội, góp phần nâng cao tính chuyên nghiệp, chất lượng, hiệu quả hoạt động của Quốc hội ■

ĐỐI TƯỢNG CỦA QUYỀN HƯỞNG DỤNG TRONG PHÁP LUẬT VIỆT NAM

Đỗ Văn Đại*

Nguyễn Nhật Thanh**

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

** Khoa Luật Dân sự, Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: hưởng dụng, quyền, tài sản tiêu hao.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài: 31/05/2017

Biên tập: 08/09/2017

Duyệt bài: 15/09/2017

Tóm tắt:

Quyền hưởng dụng là một trong ba quyền khác đối với tài sản được quy định trong Bộ luật Dân sự năm 2015. Những công trình nghiên cứu về quyền hưởng dụng cho thấy nhận thức về đối tượng của quyền hưởng dụng còn chưa thống nhất. Bài viết nghiên cứu về đối tượng của quyền hưởng dụng ở Việt Nam và cho thấy, đối tượng của quyền hưởng dụng không chỉ giới hạn ở “vật” và còn có thể là tài sản tiêu hao.

Article Information:

Keywords: usufruct, right, consumable.

Article History:

Received: 31 May 2017

Edited: 08 Sep. 2017

Approved: 15 Sep. 2017

Abstract:

Usufruct right is one of three other property-related rights in the Civil Code of 2015. Scientific studies on the usufruct right show that awareness of subject of the Usufruct Right is not identical. This article provides the studies on the subject of the Usufruct Right in Vietnam, showing that the subject of the Usufruct Right concludes not only "object" but also consumable properties.

1. Dẫn nhập

Trước đây, Phần thứ hai của Bộ luật Dân sự năm 2005 (BLDS 2005) có tiêu đề “Tài sản và quyền sở hữu”. Hiện nay, Phần thứ hai của BLDS 2015 có tiêu đề là “Quyền sở hữu và quyền khác đối với tài sản”.

Với tiêu đề mới nêu trên, chúng tôi hiểu rằng, quyền đối với tài sản bao gồm: “quyền sở hữu và quyền khác đối với tài sản”. “Quyền khác đối với tài sản” được định nghĩa tại khoản 1 Điều 159 BLDS

2015, theo đó, “quyền khác đối với tài sản là quyền của chủ thể trực tiếp nắm giữ, chi phối tài sản thuộc quyền sở hữu của chủ thể khác”. Thực tế, khoản 2 Điều 159 BLDS 2015 làm rõ những “quyền khác đối với tài sản” theo đó “Quyền khác đối với tài sản bao gồm: a) Quyền đối với bất động sản liền kề; b) Quyền hưởng dụng; c) Quyền bề mặt”. “Quyền đối với bất động sản liền kề” trong BLDS 2015 không mới vì nội hàm của nó được kế thừa từ “Quyền sử dụng hạn chế bất

động sản liền kề” trong BLDS năm 2005. Tuy nhiên, “quyền bề mặt” và “quyền hưởng dụng” là hai quyền mới được ghi nhận.

Sau khi BLDS 2015 được thông qua, đã có những công trình và hội thảo liên quan đến “quyền hưởng dụng” nhưng nội dung các công trình và hội thảo này cho thấy nhận thức về đối tượng của quyền hưởng dụng còn được hiểu chưa thống nhất. Nghiên cứu cho thấy, đối tượng của quyền hưởng dụng rất rộng, nó không giới hạn ở “vật” và còn có thể là tài sản “tiêu hao”.

2. Đối tượng của quyền hưởng dụng không giới hạn ở “vật”

Khoản 1 Điều 105 BLDS 2015 quy định: “Tài sản là vật, tiền, giấy tờ có giá và quyền tài sản”. Tuy nhiên, hiện nay có quan điểm cho rằng, đối tượng của quyền hưởng dụng chỉ có thể là “vật”, bởi lẽ, “khi chủ sở hữu chuyển giao vật cho người khác thông qua giao dịch hoặc do pháp luật quy định để người được chuyển giao khai thác, hưởng hoa lợi, lợi tức từ vật thì người được chuyển giao có một số quyền đối với vật” và “quyền hưởng dụng chỉ có thể được xác lập trên vật không tiêu hao”¹.

Quan điểm trên làm cho người đọc hiểu rằng chỉ vật (sẽ bàn về loại vật tiêu hao ở phần sau) mới có thể là đối tượng của quyền hưởng dụng. Ngoài vật, phải chăng các tài sản khác như “tiền, giấy tờ có giá và quyền tài sản” không thể là đối tượng của quyền hưởng dụng? Nghiên cứu kinh nghiệm nước ngoài cho thấy, tài sản khác vật hoàn toàn có thể là đối tượng của quyền

hưởng dụng trong pháp luật nước ngoài cũng như trong pháp luật Việt Nam. Ví dụ, BLDS Pháp (được xây dựng từ năm 1804) ghi nhận quyền hưởng dụng ở Điều 578 và đề cập tới đối tượng của quyền hưởng dụng với thuật ngữ “choses” nhưng không có định nghĩa cho thuật ngữ này.

Khi bàn về đối tượng của quyền hưởng dụng, các chuyên gia về tài sản của Pháp khẳng định “quyền hưởng dụng có thể được xác lập đối với tất cả các loại tài sản, động sản hay bất động sản. Quyền hưởng dụng có thể có đối tượng không chỉ là vật hữu hình mà còn cả quyền vô hình như quyền đòi nợ, quyền tác giả, sáng chế, sản nghiệp thương mại...”². Ở đây, “quyền hưởng dụng có thể liên quan đến tất cả các loại tài sản. BLDS đặc biệt quan tâm tới bất động sản” và “phạm vi của quyền hưởng dụng đã được mở rộng đến tài sản vô hình như sản nghiệp thương mại, sở hữu trí tuệ, quyền đòi nợ hay một khoản tiền...”³.

Trong thực tiễn xét xử, bên cạnh việc ghi nhận quyền hưởng dụng đối với bất động sản là nhà đất (một dạng vật)⁴, Tòa án Pháp còn ghi nhận quyền hưởng dụng đối với đối tượng khác như quyền đòi nợ, cổ phần, cổ phiếu (một dạng tài sản ở Việt Nam) hay đối với một khoản tiền (cũng là một dạng tài sản ở Việt Nam).

Ở Việt Nam, theo quy định của Điều 257 BLDS 2015, “Quyền hưởng dụng là quyền của chủ thể được khai thác công dụng và hưởng hoa lợi, lợi tức *đối với tài sản* thuộc quyền sở hữu của chủ thể khác trong một

1 Nguyễn Văn Cừ và Trần Thị Huệ (chủ biên), Bình luận khoa học BLDS 2015, Nxb. Công an nhân dân 2017, tr.420 và 423.

2 F. Terré và Ph. Simler, Droit civil-Les biens, Nxb. Précis-Dalloz 2010, phần số 788.

3 Ph. Malaurie và L. Aynès, Les biens, Nxb. Defrénois 2013, phần số 813 và 814.

4 Xem Đỗ Văn Đại, Quyền hưởng dụng nhìn từ pháp luật về bồi thường thiệt hại, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp tháng 4/2017.

thời hạn nhất định”. Ở điều luật này, chúng ta thấy đối tượng của quyền hưởng dụng là “tài sản” chứ không giới hạn ở “vật” nên, ở góc độ văn bản, không có cơ sở để khẳng định đối tượng của quyền hưởng dụng “chỉ là vật” mà cần phải hiểu đối tượng của quyền hưởng dụng là “tài sản” nói chung nên vật hay loại tài sản khác hoàn toàn có thể là đối tượng của quyền hưởng dụng.

Với quy định hiện nay trong BLDS 2015, ngoài vật như nhà hay xe, quyền hưởng dụng hoàn toàn có thể được xác lập đối với tài sản khác “vật”. Chẳng hạn, trên cơ sở Điều 258 BLDS 2015, chủ sử dụng đất hoàn toàn có thể tạo lập cho người khác quyền hưởng dụng đối với quyền sử dụng đất của mình thông qua di chúc⁵ trong khi đó quyền sử dụng đất là tài sản trên cơ sở Điều 105 và 115 BLDS 2015⁶ nhưng không phải là “vật”.

3. Đối tượng của quyền hưởng dụng bao gồm cả tài sản “tiêu hao”

Điều 112 BLDS 2015 quy định về “vật tiêu hao” và “vật không tiêu hao”. Theo đó, “vật tiêu hao là vật khi đã qua một lần sử dụng thì mất đi hoặc không giữ được tính chất, hình dáng và tính năng sử dụng ban đầu” và “vật không tiêu hao là vật khi đã qua sử dụng nhiều lần mà cơ bản vẫn giữ được tính chất, hình dáng và tính năng sử dụng ban đầu”. Như vậy, tính chất “tiêu hao” hay “không tiêu hao” chỉ được đề cập đến đối với “vật”. Tuy nhiên, trong phần sau, BLDS 2015 còn đề cập tới tính “không tiêu

hao” cho “tài sản” nói chung. Cụ thể, theo quy định của Điều 495 BLDS 2015, “tất cả những tài sản không tiêu hao đều có thể là đối tượng của hợp đồng mượn tài sản”. Như vậy, tính “không tiêu hao” được đề cập tới “tài sản” nói chung chứ không chỉ cho “vật”. Sự không thống nhất này đã dẫn đến những cách hiểu khác nhau của Tòa án trong thực tiễn giải quyết các quan hệ dân sự. Ví dụ, trong một vụ án giải quyết tranh chấp vay tiền của Tòa án nhân dân TP. Hồ Chí Minh, Toà sơ thẩm xác định đây là tranh chấp hợp đồng “mượn tài sản”, tuy nhiên, Toà án phúc thẩm quyết định: “Xác định quan hệ pháp luật dân sự tranh chấp giữa hai bên đương sự là *tranh chấp về hợp đồng vay tài sản*” với lập luận: *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. Vì những lý do nêu trên, Tòa án cấp phúc thẩm sẽ sửa lại bản án sơ thẩm về việc xác định quan hệ pháp luật tranh chấp và về việc áp dụng điều luật cụ thể giải quyết vụ án⁷. Ở đây, Toà án coi đối tượng của vay - “tiền” - là*

5 Kinh nghiệm ở nước ngoài cho thấy, việc lập di chúc xác lập quyền hưởng dụng là rất phổ biến. Trước đây, dưới sự ảnh hưởng của pháp luật Pháp, nhiều người dân ở Việt Nam cũng đã lập di chúc tạo lập quyền hưởng dụng mà không chuyển quyền sở hữu tài sản.

6 Theo khoản 1 Điều 105 và Điều 115 BLDS 2015, “Tài sản là vật, tiền, giấy tờ có giá và quyền tài sản” và “Quyền tài sản là quyền trị giá được bằng tiền, bao gồm quyền tài sản đối với đối tượng quyền sở hữu trí tuệ, quyền sử dụng đất và các quyền tài sản khác”.

7 Bản án số 23/2012/DSPT ngày 10/1/2012 của Toà án nhân dân TP. Hồ Chí Minh.

“tiêu hao” và áp dụng theo hướng hợp đồng cho vay “tiền”, trong khi đó “tiền” không là “vật”.

Chúng tôi chia sẻ với quyết định phúc thẩm của Tòa án nhân dân TP. Hồ Chí Minh coi tính chất tiêu hao hay không tiêu hao không chỉ giới hạn ở “vật” vì có tài sản không tiêu hao mà không là vật như trường hợp của quyền sử dụng đất (là tài sản không tiêu hao nhưng không là vật). Tương tự, tính tiêu hao không chỉ dành riêng cho “vật” và tài sản khác “vật” hoàn toàn cũng có tính tiêu hao như “tiền” (không là “vật” theo quy định trên nhưng vẫn là tài sản).

Nghiên cứu pháp luật nước ngoài cho thấy tài sản tiêu hao hoàn toàn có thể là đối tượng của quyền hưởng dụng. Ví dụ, Điều 587 BLDS Pháp quy định: “nếu quyền hưởng dụng từ tài sản tiêu hao như tiền, ngũ cốc, rượu, người hưởng dụng có quyền dùng tài sản đó, nhưng khi quyền hưởng dụng kết thúc thì phải hoàn trả tài sản bằng hiện vật theo cùng số lượng và chất lượng hoặc bằng tiền tương ứng với giá trị vào thời điểm hoàn trả”. Thực tế, tài sản tiêu hao được sử dụng nhiều trong hưởng dụng ở Pháp là một khoản tiền, tức “tài sản tiêu hao tiêu biểu nhất”⁸. Trong trường hợp người hưởng dụng một khoản tiền (tài sản tiêu hao) chết, “chủ sở hữu là người có quyền đòi hoàn trả đối với thừa kế. Yêu cầu này chỉ được tiến hành đối với người hưởng dụng hoặc thừa kế của họ. Do đó, yêu cầu đối với người ngoài thừa kế không được chấp nhận”⁹.

BLDS Đức cũng theo hướng ghi nhận quyền hưởng dụng đối với tài sản tiêu hao. Điều 1067 BLDS Đức quy định: “Sau khi sử dụng hết, người hưởng dụng phải hoàn trả cho người cấp khoản giá trị mà mọi thứ đã có trong thời điểm tạo ra lợi ích” và thậm chí điều luật này còn quy định rõ “nếu vật dụng tiêu hao là đối tượng hưởng dụng, thì người hưởng dụng lại trở thành chủ sở hữu của vật”¹⁰.

Ở Việt Nam, có quan điểm cho rằng quyền hưởng dụng chỉ áp dụng cho đối tượng là tài sản không tiêu hao, theo đó: (i) Vật không tiêu hao là tài sản có thể qua nhiều lần sử dụng mà không mất đi trạng thái vật chất ban đầu. Tuy nhiên, nó có thể bị giảm chất lượng hoặc bị hư hỏng một cách tự nhiên qua nhiều lần sử dụng theo thời gian, như nhà cửa, các phương tiện giao thông, các đồ gia dụng khác; (ii) Vật tiêu hao là tài sản qua một vài lần sử dụng sẽ làm mất đi trạng thái vật chất ban đầu, bị hao mòn hoặc thay đổi chất, như các loại tài sản tồn tại dưới dạng chất lỏng, tiền, lương thực, thực phẩm... Sự phân biệt này có ý nghĩa về hệ quả của việc thoả thuận cấp cho quyền hưởng dụng và thời hạn hưởng quyền hết. Nếu quyền hưởng dụng được xác lập trên vật tiêu hao thì tài sản có được từ quyền hưởng dụng này người hưởng dụng có thể tiêu dùng, chuyển quyền sở hữu tài sản đó hoặc dùng tài sản đó để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự. Nếu tài sản bị hưởng dụng (đối tượng của quyền hưởng dụng) là vật tiêu hao thì người hưởng dụng không thể trả lại vật đó”¹¹.

8 Ph. Malaurie và L. Aynès, Les biens, Nxb. Defrénois 2013, phần số 813.

9 CA de Besancon du 3 novembre 2015, Numéro de rôle: 14/00743.

10 Nguyên gốc: “If consumable things are the subject of the usufruct, then the usufructuary becomes the owner of the things; after the usufruct ends, he must reimburse the grantor the value that the things had at the time of the creation of usufruct”.

11 Nguyễn Văn Cừ và Trần Thị Huệ (chủ biên), Tlđd, tr.423.

Thực ra, trước khi có BLDS 2015, có quan điểm khẳng định: “quyền hưởng dụng được thiết lập trên cả tài sản tiêu hao và tài sản không tiêu hao”¹². Bản thân BLDS 2015 cũng chỉ sử dụng thuật ngữ “tài sản” mà không có bất kỳ khẳng định nào theo hướng chỉ vật, tài sản không tiêu hao mới có thể là đối tượng của quyền hưởng dụng. Điều 266 BLDS 2015 quy định: “Tài sản là đối tượng của quyền hưởng dụng phải được hoàn trả cho chủ sở hữu khi chấm dứt quyền hưởng dụng, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc luật có quy định khác”. Tuy nhiên, điều luật này không đòi hỏi phải hoàn trả đúng tài sản đã giao nhận khi xác lập quyền hưởng dụng như trường hợp của hợp đồng thuê¹³, hợp đồng mượn tài sản¹⁴ nên việc hoàn trả tài sản là đối tượng của quyền hưởng dụng hoàn toàn có thể được tiến hành bằng hiện vật bằng cách giao tài sản cùng loại tương đương¹⁵ hay được tiến hành bằng cách thanh toán giá trị của tài sản hưởng dụng.

Tóm lại, có thể nói rằng, theo quy định của pháp luật dân sự, ở Việt Nam, tài sản tiêu hao hay tài sản không tiêu hao đều có

thể là đối tượng của quyền hưởng dụng.

Lưu ý khi hưởng dụng tài sản tiêu hao. Những phân tích nêu trên cho thấy quyền hưởng dụng hoàn toàn có thể được xác lập ngay cả đối với tài sản tiêu hao và lúc này người có quyền hưởng dụng được bảo vệ trên cơ sở quy định “chủ sở hữu không có quyền đòi lại tài sản từ sự chiếm hữu của chủ thể đang có quyền khác đối với tài sản đó” (khoản 2 Điều 166 BLDS 2015) hay trên cơ sở quy định “chủ thể có quyền khác đối với tài sản có quyền yêu cầu Tòa án, cơ quan nhà nước có thẩm quyền khác buộc người có hành vi xâm phạm quyền phải trả lại tài sản, chấm dứt hành vi cản trở trái pháp luật việc thực hiện quyền sở hữu, quyền khác đối với tài sản và yêu cầu bồi thường thiệt hại” (khoản 2 Điều 164 BLDS 2015)¹⁶. Trong trường hợp xác lập quyền hưởng dụng đối với tài sản tiêu hao, chúng tôi lưu ý một số điểm sau:

Thứ nhất, quyền hưởng dụng không là quyền sở hữu mà chỉ là “quyền khác đối với tài sản” nên tài sản vẫn thuộc quyền sở hữu của người khác người hưởng dụng và

12 Ngô Huy Cương, Ý tưởng về chế định quyền hưởng dụng trong BLDS tương lai của Việt Nam, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, tháng 9/2010.

13 Khoản 1 Điều 482 BLDS 2015 quy định: “Bên thuê phải trả lại tài sản thuê trong tình trạng như khi nhận, trừ hao mòn tự nhiên hoặc theo đúng như tình trạng đã thỏa thuận; nếu giá trị của tài sản thuê bị giảm sút so với tình trạng khi nhận thì bên cho thuê có quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại, trừ hao mòn tự nhiên”.

14 Điều 498 BLDS 2015 quy định: “Hợp đồng mượn tài sản là sự thỏa thuận giữa các bên, theo đó bên cho mượn giao tài sản cho bên mượn để sử dụng trong một thời hạn mà không phải trả tiền, bên mượn phải trả lại tài sản đó khi hết thời hạn mượn hoặc mục đích mượn đã đạt được”.

15 Lưu ý là hay có nhầm lẫn giữa tài sản tiêu hao và tài sản cùng loại. Thực tế, hai tài sản này không luôn đồng nhất với nhau. Ví dụ, một cuốn sách được phát hành nhiều bản là tài sản cùng loại nhưng không là tài sản tiêu hao. Ngược lại, một chai rượu đặc biệt là tài sản tiêu hao nhưng lại không là tài sản cùng loại (vì nó đặc biệt nên không có chai thứ hai).

16 Ở Pháp, khi một người cản trở người hưởng dụng được sử dụng một khoản tiền là đối tượng của quyền hưởng dụng, Tòa án đã theo hướng người xâm phạm phải để cho người hưởng dụng được nhận khoản tiền này và phải chịu lãi cho đến khi chuyển tiền cho người hưởng dụng. Chẳng hạn, bà M đã để lại cho chồng mình (ông L) quyền hưởng dụng khi bà M chết. Sau khi bà M chết, ông L đã chấp nhận hưởng thừa kế nhưng ông G (công chứng viên) đang giữ tiền có từ việc thừa kế mà không giao cho ông L xuất phát từ người con gái của bà M (cô C). Khi có tranh chấp, Tòa án Pháp đã xét rằng “công chứng viên phụ trách phân chia di sản phải khoản tiền cho ông L” và “ông L có quyền yêu cầu buộc cô C bồi thường thiệt hại do không hưởng dụng được khoản tiền trên và xuất phát từ việc từ chối của cô này, khoản bồi thường được Tòa án xác định hàng tháng là 227,47 euros cho giai đoạn từ ngày 9/12/2014 cho đến khi tiền được giao cho ông L hay đưa vào một tổ chức tín dụng” (CA de Paris du 13/01/2016, n° 14/25292).

người có quyền hưởng dụng chỉ được trao một số quyền năng giống như một số quyền năng của chủ sở hữu. Ở đây, người có quyền hưởng dụng tiêu huỷ tài sản thông qua sử dụng do đối tượng của quyền hưởng dụng là tài sản tiêu hao (vì tính chất tiêu hao, tài sản sẽ mất đi trong quá trình khai thác công dụng, lúc này tiêu huỷ và sử dụng tài sản không tách rời nhau) nên quyền của người hưởng dụng có phần nào quyền giống chủ sở hữu¹⁷ và đây chỉ là một quyền trong các quyền của quyền sở hữu được chuyển sang cho người hưởng dụng (quyền của người hưởng dụng tài sản tiêu hao đã “tiệm cận” quyền của chủ sở hữu hơn so với quyền của người hưởng dụng tài sản không tiêu hao) còn các quyền khác của quyền sở hữu không được chuyển cho người hưởng dụng. Cụ thể, người có quyền hưởng dụng không thể bán hay chuyển nhượng tài sản là đối tượng của quyền hưởng dụng cho người khác. Người hưởng dụng cũng không thể sử dụng tài sản là đối tượng của quyền hưởng dụng để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ¹⁸ (tuy nhiên, bản thân quyền hưởng dụng có thể được sử dụng để bảo đảm hay không thì chúng ta vẫn chưa có câu trả lời rõ ràng). Do đó, người hưởng dụng tài sản tiêu hao chưa được coi là chủ sở hữu đối với tài sản hưởng dụng mà họ chỉ là người có “quyền khác đối với tài sản” (nên nếu tài sản bị rủi ro trước khi được sử dụng thì chủ sở hữu chịu rủi ro nếu không có quy định khác¹⁹).

Thứ hai, khi tài sản tiêu hao đã được người hưởng dụng sử dụng thì quan hệ giữa chủ sở hữu và người hưởng dụng phải xử lý như thế nào? Đây là một điểm chưa rõ trong BLDS 2015 khi Điều 265 quy định: “Quyền hưởng dụng chấm dứt trong trường hợp sau đây: Thời hạn của quyền hưởng dụng đã hết; Tài sản là đối tượng của quyền hưởng dụng không còn”. Quyền hưởng dụng chấm dứt ngay sau khi người hưởng dụng sử dụng tài sản với lý do tài sản không còn (do đã tiêu hao) hay chỉ chấm dứt sau khi thời hạn của quyền hưởng dụng hết? Với quy định trên, về mặt lý luận, quyền hưởng dụng chấm dứt khi tài sản tiêu hao được sử dụng và tài sản phải hoàn trả trên cơ sở Điều 266 BLDS, theo đó “Tài sản là đối tượng của quyền hưởng dụng phải được hoàn trả cho chủ sở hữu khi chấm dứt quyền hưởng dụng, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc luật có quy định khác”. Tuy nhiên, do BLDS chỉ quy định nghĩa vụ hoàn trả mà không ấn định cụ thể thời điểm hoàn trả nên phải chăng chúng ta định hướng việc hoàn trả chỉ phải tiến hành khi thời hạn quyền hưởng dụng hết cho dù đã có việc sử dụng tài sản tiêu hao trước thời điểm hết thời hạn của quyền hưởng dụng ■

17 Điều 158 và 192 BLDS 2015 quy định “Quyền sở hữu bao gồm quyền chiếm hữu, quyền sử dụng và quyền định đoạt tài sản của chủ sở hữu theo quy định của luật” và “Quyền định đoạt là quyền chuyển giao quyền sở hữu tài sản, từ bỏ quyền sở hữu, tiêu dùng hoặc tiêu huỷ tài sản”.

18 Bồi lễ khoản 1 Điều 295 BLDS quy định: “Tài sản bảo đảm phải thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm, trừ trường hợp cầm giữ tài sản, bảo lưu quyền sở hữu”; Điều 309 BLDS quy định: “Cầm cố tài sản là việc một bên (sau đây gọi là bên cầm cố) giao tài sản thuộc quyền sở hữu của mình cho bên kia (sau đây gọi là bên nhận cầm cố) để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ”; khoản 1 Điều 317 BLDS quy định: “Thế chấp tài sản là việc một bên (sau đây gọi là bên thế chấp) dùng tài sản thuộc sở hữu của mình để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ và không giao tài sản cho bên kia (sau đây gọi là bên nhận thế chấp)”.

19 Theo khoản 1 Điều 162 BLDS 2015, “Chủ sở hữu phải chịu rủi ro về tài sản thuộc sở hữu của mình, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc Bộ luật này, luật khác có liên quan quy định khác”.

CÔNG NHẬN QUYẾT ĐỊNH CHO TRẺ EM VIỆT NAM LÀM CON NUÔI Ở NƯỚC NGOÀI VÀ HỆ QUẢ CỦA VIỆC NUÔI CON NUÔI PHÁT SINH Ở NƯỚC NGOÀI

Phạm Thị Kim Anh*

* ThS. Cục Con nuôi, Bộ Tư pháp

Thông tin bài viết:

Từ khóa: con nuôi có yếu tố nước ngoài; trẻ em Việt Nam làm con nuôi ở nước ngoài; bảo vệ trẻ em; Công ước La Hay

Lịch sử bài viết:

Nhận bài: 28/07/2016

Biên tập: 01/11/2017

Duyệt bài: 08/11/2017

Article Infomation:

Keywords: adopted children with the foreign elements; Vietnamese children being adopted abroad; children protection; Hague Convention

Article History:

Received: 28 Jul. 2017

Edited: 01 Nov. 2017

Approved: 08 Nov. 2017

Tóm tắt:

Trong thủ tục giải quyết nuôi con nuôi có yếu tố nước ngoài, việc ra quyết định cho trẻ em Việt Nam làm con nuôi ở nước gốc chưa phải là thủ tục pháp lý cuối cùng. Nhằm bảo đảm quyền và lợi ích của trẻ em được nhận làm con nuôi ở nước ngoài trong thời gian tới, cần tiếp tục nghiên cứu sửa đổi và bổ sung quy định của pháp luật về nuôi con nuôi nói chung và nuôi con nuôi có yếu tố nước ngoài nói riêng cho phù hợp với thông lệ quốc tế.

Abstract:

In the procedures of settlement of the matters related to the adopted children with the foreign elements, the decision making for Vietnamese children to be adopted in the original nation is not the final legal step. In order to ensure the rights and interests of the children to be overseas adopted in the coming time, it is necessary to further review, amend the legal provisions on children adoption in general and the adoption of children with the foreign elements in particular in accordance with international practices.

Nuôi con nuôi có yếu tố nước ngoài là một hiện tượng xã hội khách quan, phát triển cùng với các mối quan hệ hôn nhân và gia đình có yếu tố nước ngoài. Dưới góc độ xã

hội, nuôi con nuôi có yếu tố nước ngoài là một biện pháp thay thế cuối cùng khi không tìm được một gia đình thích hợp cho trẻ em ở chính quốc gia của mình¹. Dưới góc độ pháp lý, nuôi con nuôi có yếu tố nước ngoài

1 Lời nói đầu Công ước La Hay. Điều 4b) Công ước La Hay.

nhằm mục đích tạo lập mối quan hệ cha mẹ và con lâu dài, bền vững giữa người nhận con nuôi và trẻ em được nhận làm con nuôi². Nghiên cứu việc công nhận quyết định cho trẻ em Việt Nam làm con nuôi ở nước ngoài và hệ quả của việc nuôi con nuôi phát sinh ở nước ngoài nhằm hiểu rõ mối quan hệ pháp lý giữa trẻ em được nhận làm con nuôi với nước nhận và hệ quả của việc nuôi con nuôi theo quy định pháp luật nước ngoài, nhất là khi các nước có quy định khác nhau về hệ quả của việc nuôi con nuôi, do ảnh hưởng điều kiện văn hóa, kinh tế, xã hội và tôn giáo của mỗi nước.

1. Căn cứ pháp lý và điều kiện công nhận

1.1 Theo hiệp định hợp tác song phương về nuôi con nuôi

Kể từ năm 2000 cho đến nay, việc giải quyết cho trẻ em Việt Nam làm con nuôi nước ngoài được thực hiện trong khuôn khổ điều ước quốc tế (ĐUQT) song phương giữa Việt Nam với các nước như Pháp³, Đan Mạch⁴, Italia⁵, Thụy Sĩ⁶, Tây Ban Nha⁷, Ailen⁸, Thụy Điển⁹, Hoa Kỳ¹⁰, Canada¹¹. Từ năm 2003 đến năm 2015, trong khuôn khổ hợp tác song phương, 12.227 trẻ em đã được giải quyết cho làm con nuôi ở nước ngoài¹². Kể từ khi nước ta trở thành thành viên Công

ước La Hay năm 1993, các nước Pháp, Italia, Tây Ban Nha, Đan Mạch và Thụy Sĩ tiếp tục duy trì hiệp định hợp tác song phương đồng thời với việc thực hiện Công ước La Hay. Các nước Hoa Kỳ, Ailen, Thụy Điển, Canada, Đức, Luxembourg, Na Uy và Bỉ hợp tác với Việt Nam trong khuôn khổ Công ước La Hay.

Trong khuôn khổ hợp tác song phương, quyết định cho trẻ em Việt Nam làm con nuôi được đương nhiên công nhận tại nước nhận, trừ phi việc công nhận này trái với chính sách công hoặc trật tự công, hoặc quyết định nuôi con nuôi được công nhận nếu không trái với những nguyên tắc và giá trị cơ bản của pháp luật của nước có yêu cầu, có tính đến lợi ích của trẻ em¹³. Tuy nhiên, quyết định nuôi con nuôi còn phải tuân thủ quy định pháp luật của nước gốc và Hiệp định song phương mới được đương nhiên công nhận.

Bên cạnh điều khoản công nhận việc nuôi con nuôi do cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam giải quyết, Hiệp định hợp tác về nuôi con nuôi giữa Việt Nam và Pháp còn quy định: Trường hợp pháp luật của nước nơi người nhận con nuôi thường trú quy định một hình thức nuôi con nuôi đòi hỏi

2 Điều 2 Luật Nuôi con nuôi

3 Hiệp định hợp tác về nuôi con nuôi giữa Việt Nam và Pháp ký ngày 01/2/2000. Hiệp định này vẫn còn có hiệu lực thi hành.

4 Hiệp định hợp tác về nuôi con nuôi giữa Việt Nam và Đan Mạch ký ngày 26/5/2003. Hiệp định này vẫn còn có hiệu lực thi hành.

5 Hiệp định hợp tác về nuôi con nuôi giữa Việt Nam và Italia ký ngày 13/6/2003. Hiệp định này vẫn còn có hiệu lực thi hành.

6 Hiệp định hợp tác về nuôi con nuôi giữa Việt Nam và Thụy Sĩ ký ngày 20/12/2005. Hiệp định này vẫn còn có hiệu lực thi hành.

7 Hiệp định hợp tác về nuôi con nuôi giữa Việt Nam và Tây Ban Nha ký ngày 05/12/2007. Hiệp định này vẫn còn có hiệu lực thi hành.

8 Hiệp định hợp tác về nuôi con nuôi giữa Việt Nam và Ailen ký ngày 23/9/2003. Hiệp định này đã hết hiệu lực thi hành.

9 Hiệp định hợp tác về nuôi con nuôi giữa Việt Nam và Thụy Điển ký ngày 04/02/2004. Hiệp định này đã hết hiệu lực thi hành.

10 Hiệp định hợp tác về nuôi con nuôi giữa Việt Nam và Hoa Kỳ ký ngày 21/6/2005. Hiệp định này đã hết hiệu lực thi hành.

11 Hiệp định hợp tác về nuôi con nuôi giữa Việt Nam và Canada ký ngày 27/6/2005. Hiệp định này đã hết hiệu lực thi hành.

12 Bộ Tư pháp, Đề án hỗ trợ trẻ em Việt Nam được giải quyết cho làm con nuôi ở nước ngoài tìm về cội nguồn, theo Quyết định phê duyệt số 2070/QĐ-BTP ngày 23/11/2015.

13 Điều 11 Hiệp định giữa Việt Nam và Hoa Kỳ; Điều 11 Hiệp định giữa Việt Nam và Canada; Điều 12 Hiệp định giữa Việt Nam và Thụy Sĩ.

phải có một quyết định mới về việc nuôi con nuôi thì quyết định đó thuộc thẩm quyền của cơ quan nhà nước của nước ký kết nơi người nhận con nuôi thường trú¹⁴. Như vậy, trước khi Công ước La Hay có hiệu lực thi hành, ở Việt Nam, để quyết định cho trẻ em Việt Nam làm con nuôi ở nước ngoài phát sinh hệ quả theo hình thức nuôi con nuôi trọn vẹn theo pháp luật của Pháp, cha mẹ nuôi người Pháp phải tiến hành thủ tục nhận trẻ em làm con nuôi một lần nữa trước Tòa án có thẩm quyền của Pháp. Trên thực tế, 95% trẻ em nước ngoài được nhận làm con nuôi con nuôi tại Pháp chủ yếu theo hình thức con nuôi trọn vẹn¹⁵.

1.2 Theo Công ước La Hay năm 1993 về bảo vệ trẻ em và hợp tác trong lĩnh vực con nuôi quốc tế

Điều 24 Công ước La Hay quy định một quốc gia chỉ có thể từ chối công nhận việc nuôi con nuôi nếu việc nuôi con nuôi đó trái với chính sách công của quốc gia đó, có xem xét đến lợi ích tốt nhất của trẻ em. Như vậy, để công nhận việc nuôi con nuôi được thực hiện ở những nước thành viên thì việc nuôi con nuôi không được trái chính sách công hoặc trật tự công, có tính đến lợi ích của trẻ em. Điều 23 Công ước La Hay còn quy định những trường hợp nuôi con nuôi được các cơ quan có thẩm quyền của quốc gia ký kết chứng nhận phù hợp với Công ước được công nhận có giá trị pháp lý ở các nước thành viên khác.

1.3 Theo pháp luật nước ngoài

Việc công nhận quyết định nuôi con nuôi được thực hiện ở nước ngoài là một

vấn đề hết sức phức tạp¹⁶, phụ thuộc vào pháp luật của nước nơi người nhận con nuôi thường trú, đặc biệt hơn khi nước nhận có chính sách hạn chế vấn đề này hoặc thực hiện chính sách hạn chế nhập cư¹⁷. Nhiều trường hợp việc nuôi con nuôi không được công nhận ở nước ngoài dẫn đến hiện tượng nhận con nuôi “què cụt” (limping adoption); điều này không bảo đảm lợi ích của trẻ em.

1.3.1 Theo pháp luật Pháp

Trong khuôn khổ ĐUQT, quyết định nuôi con nuôi ở nước ngoài được đương nhiên công nhận ở Pháp mà không phải tiến hành thủ tục cho thi hành quyết định (ex-equatur). Hồ sơ ghi chú quyết định nuôi con nuôi phải đầy đủ các giấy tờ, tài liệu theo quy định của pháp luật, bao gồm cả giấy chứng nhận hoàn tất thủ tục theo Điều 23 Công ước La Hay, giấy xác nhận không có khiếu nại, phản đối việc nuôi con nuôi ở nước ngoài và việc nuôi con nuôi chấm dứt hoàn toàn mối quan hệ giữa trẻ em với cha mẹ đẻ và không thể hủy bỏ. Viện Công tố tại Tòa án sơ thẩm có thẩm quyền rộng Nantes có thẩm quyền xem xét công nhận các quyết định nuôi con nuôi đối với trẻ em sinh ra ở nước ngoài. Nếu như Viện Công tố xét thấy việc nuôi con nuôi được thực hiện ở nước ngoài có hệ quả pháp lý tương ứng với hình thức nuôi con nuôi trọn vẹn theo quy định của pháp luật Pháp thì quyết định nuôi con nuôi được ghi chú theo Điều 370-5 Bộ luật Dân sự Pháp¹⁸. Trong trường hợp này, Cơ quan hộ tịch quốc gia Nantes tiến hành thủ tục ghi chú các quyết định nuôi con nuôi đối với trẻ em sinh ra ở nước ngoài. Việc ghi chú này có giá trị như việc lập giấy khai sinh của

14 Khoản 2 Điều 7 Hiệp định hợp tác về nuôi con nuôi giữa Pháp và Việt Nam.

15 Dự thảo Luật cho phép các cặp vợ chồng theo hình thức PACSE nhận con nuôi. <https://www.senat.fr/rap/109-334/109-3341.html>

16 Jean-Marc Bischoff. Dẫn luận so sánh, Tạp chí RIDC.3-1985, trang 709.

17 Van Loon, Báo cáo năm 1989 về việc cho nhận trẻ em có nguồn gốc nước ngoài làm con nuôi, Đoạn 119.

18 <http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/adopter-a-l-etranger/les-conditions-de-l-adoption-internationale/les-fiches-pratiques-pour-adopter-a-l-etranger/article/transcription-d-un-jugement-d-adoption>

trẻ em và giấy khai sinh gốc coi như không còn có giá trị. Tuy nhiên, ngoài việc được mang họ của cha mẹ nuôi, trẻ em được nhận làm con nuôi vẫn giữ tên gọi cũ. Cha mẹ nuôi Pháp sẽ phải tiến hành thủ tục thay đổi tên của con nuôi trước Tòa thị chính nơi cha mẹ nuôi thường trú.

Trường hợp nuôi con nuôi ở nước không thuộc thành viên Công ước La Hay, điều kiện công nhận được quy định tại Điều 370-5 Bộ luật Dân sự theo đó quyết định nuôi con nuôi nước ngoài phải được thực hiện theo đúng pháp luật của nước ra quyết định việc nuôi con nuôi. Theo án lệ của Tòa phá án Pháp ngày 20/2/2007, cơ quan có thẩm quyền công nhận phải kiểm tra tính hợp lệ của quyết định nuôi con nuôi, cụ thể là thẩm quyền giải quyết của tòa án/cơ quan nước ngoài, tuân thủ trật tự công và không có gian lận pháp luật¹⁹. Do không chắc chắn về hệ quả của việc nuôi con nuôi được tuyên ở nước ngoài có tương đương với hình thức nuôi con nuôi trọn vẹn theo quy định của pháp luật Pháp không, cha mẹ nuôi Pháp có thể tiến hành thủ tục nhận con nuôi lại một lần nữa trước Tòa án Pháp. Đây là thực trạng phổ biến đối với các trường hợp nhận con nuôi trước khi Công ước La Hay có hiệu lực thi hành ở Việt Nam.

1.3.2 Theo pháp luật Đức

Pháp luật Đức có quy định tương tự như pháp luật Pháp, việc nuôi con nuôi ở nước ngoài được đương nhiên công nhận mà không phải qua thủ tục cho thi hành quyết định (exequatur), khi quyết định đó

tuân thủ trật tự công của Đức. Đạo luật ngày 05/11/2001 quy chiếu đến Điều 23 và Điều 26 Công ước La Hay và bổ sung Công ước²⁰. Quyết định nuôi con nuôi được tuyên bởi các cơ quan có thẩm quyền của nước ngoài được đương nhiên công nhận và có hệ quả của việc nuôi con nuôi theo hình thức trọn vẹn ở Đức nếu như việc nuôi con nuôi đó cắt đứt toàn bộ mối quan hệ giữa trẻ em với gia đình gốc và việc nuôi con nuôi không thể hủy bỏ được; nếu không, quyết định nuôi con nuôi sẽ có hệ quả theo hình thức con nuôi đơn giản nhưng có thể được chuyển đổi sang hình thức con nuôi trọn vẹn trước Tòa án giám hộ của Đức²¹. Trường hợp việc nuôi con nuôi được thực hiện ở nước không thuộc thành viên của Công ước La Hay cũng được đương nhiên công nhận, nhưng việc nuôi con nuôi phải được cơ quan có thẩm quyền ở nước ngoài tuyên theo luật tư pháp quốc tế Đức; việc nuôi con nuôi không được trái trật tự công của Đức. Tuy nhiên, hệ quả của việc công nhận quyết định nuôi con nuôi đó chỉ hạn chế trong phạm vi hệ quả của việc nuôi con nuôi theo quy định pháp luật của nước đã ra quyết định. Trong trường hợp này, cha mẹ nuôi Đức có thể tiến hành thủ tục chuyển đổi sang hình thức nuôi con nuôi trước Tòa án giám hộ²². Ở Đức, việc tuân thủ trật tự công (các quyền cơ bản) được dẫn chiếu tới việc tôn trọng lợi ích cao nhất của trẻ em được cho làm con nuôi, trong đó việc nuôi con nuôi phải cải thiện điều kiện sống lâu dài của trẻ em²³. Vì vậy, cần phải đối chiếu lợi ích từ việc nhận con nuôi với những bất lợi từ việc cắt đứt mối liên hệ giữa trẻ em với gia đình gốc của trẻ; việc đánh giá mỗi

19 Sarah Legros, Công nhận quyết định nuôi con nuôi quốc tế theo pháp luật của Đức và Pháp. <http://blogs.u-paris10.fr/content/la-reconnaissance-des-adoptions-en-droit-allemand-et-droit-francais-pa>

20 Công ước La Hay năm 1993 có hiệu lực thi hành ở Đức từ ngày 01/3/2002.

21 Hướng dẫn thực tiễn quốc tế về hộ tịch của Đức, <http://jafbase.fr/docUE/Allemagne/Allemagne-Chap3a5-marsr2006.pdf>

22 Ủy ban quốc tế về hộ tịch, Hướng dẫn thực tiễn quốc tế về hộ tịch của Đức. <http://jafbase.fr/docUE/Allemagne/Allemagne-Chap3a5-marsr2006.pdf>

23 Sarah Legros, Công nhận quyết định nuôi con nuôi quốc tế theo pháp luật của Đức và Pháp. <http://blogs.u-paris10.fr/content/la-reconnaissance-des-adoptions-en-droit-allemand-et-droit-francais-pa>

quan hệ giữa người nhận con nuôi và trẻ em được nhận làm con nuôi cũng được Tòa án Đức coi là vì lợi ích tốt nhất của trẻ em.

1.3.3 Theo pháp luật Italia

Italia là một trong những nước có quan điểm chặt chẽ về việc công nhận quyết định nuôi con nuôi được thực hiện ở nước ngoài, nhằm phòng tránh trường hợp đưa trẻ em nhập cảnh vào lãnh thổ Italia một cách bất hợp pháp. Chính vì vậy, pháp luật Italia đã đưa ra ba điều kiện: cặp vợ chồng nhận con nuôi trước đó phải được tòa án tuyên bố đủ điều kiện nuôi con nuôi, quyết định nuôi con nuôi phải phù hợp với pháp luật của nước ra phán quyết, và việc nuôi con nuôi không được trái với những nguyên tắc cơ bản của pháp luật Italia về gia đình và trẻ em²⁴. Ngoài ra, cha mẹ nuôi Italia phải có thời gian nuôi thử trẻ em ít nhất là 6 tháng, thời hạn này có thể được kéo dài tùy thuộc vào lợi ích của trẻ em. Tòa án vị thành niên có thẩm quyền quyết định hệ quả của việc nuôi con nuôi được thực hiện ở nước ngoài. Trong khuôn khổ Công ước La Hay²⁵, quyết định nuôi con nuôi được thực hiện ở nước ngoài được công nhận trước tòa án vị thành niên khi quyết định đó không trái với quy định pháp luật Italia, có giấy đồng ý cho phép trẻ em được nhập cảnh và thường trú ở Italia, giấy chứng nhận tuân thủ quy định của Công ước do Ủy ban con nuôi quốc tế thuộc Hội đồng Bộ trưởng cấp²⁶. Việc nuôi con nuôi được công nhận sẽ có hệ quả của việc nuôi con nuôi theo quy định của pháp luật Italia. Trường hợp giải quyết nuôi con nuôi nước ngoài không thuộc phạm vi Công ước La Hay, các quyết định nuôi con nuôi

được tuyên ở nước ngoài phải tuân thủ các điều kiện về việc từ bỏ trẻ em vị thành niên hoặc ý kiến đồng ý của cha mẹ đẻ đối với hình thức nuôi con nuôi đòi hỏi phải cắt đứt các mối liên hệ²⁷.

1.3.4 Theo pháp luật Tây Ban Nha

Ngày 28/12/2007, Nghị viện Tây Ban Nha đã thông qua đạo luật số 54 về nuôi con nuôi quốc tế, trong đó quy định cụ thể việc công nhận các quyết định nuôi con nuôi được thực hiện ở nước ngoài. Ở Tây Ban Nha, các quy định này có tầm quan trọng đặc biệt vì số lượng trẻ em được nhận làm con nuôi ở nước ngoài ngày càng cao hơn số lượng trẻ em được nhận làm con nuôi ở trong nước. Điều 25 Luật đã quy định các quyết định nuôi con nuôi ở nước ngoài được công nhận theo các ĐUQT và các chuẩn mực quốc tế có hiệu lực thi hành ở Tây Ban Nha, đặc biệt là Công ước La Hay năm 1993. Như vậy, ở Tây Ban Nha, các quyết định nuôi con nuôi ở nước ngoài được đương nhiên công nhận trừ trường hợp trái với trật tự công. Điều 23 Luật đã đưa ra khái niệm trật tự công trong trường hợp áp dụng pháp luật nước ngoài, có tính đến lợi ích của trẻ em và những mối liên hệ thực tế ở Tây Ban Nha.

Bên cạnh đó, pháp luật Tây Ban Nha quy định, các quyết định nuôi con nuôi ở nước ngoài không theo khuôn khổ ĐUQT phải tuân thủ các điều kiện như về thẩm quyền của cơ quan giải quyết việc nuôi con nuôi của nước ngoài theo quy định pháp luật của nước ra quyết định; việc nuôi con nuôi phải tuân thủ quy định pháp luật của nước được xác định theo quy định xung đột pháp luật của nước nơi ra quyết định; việc nuôi con

24 Jean-Marc Bischoff, Dẫn luận so sánh, Tạp chí RIDC.3-1985, tr. 710

25 Công ước La Hay năm 1993 có hiệu lực thi hành ở Italia từ ngày 16/11/2000.

26 Ủy ban quốc tế về hộ tịch, Hướng dẫn thực tiễn quốc tế về hộ tịch của Italia. <http://jafbase.fr/docUE/Italie/Italie-Chap3a5-sept2006.pdf>

27 Ủy ban quốc tế về hộ tịch, Hướng dẫn thực tiễn quốc tế về hộ tịch của Italia. <http://jafbase.fr/docUE/Italie/Italie-Chap3a5-sept2006.pdf>

nuôi ở nước ngoài được công nhận có hệ quả pháp lý tương đương với hệ quả của việc nuôi con nuôi theo quy định của pháp luật Tây Ban Nha. Công chức hộ tịch có thẩm quyền kiểm tra tính có hiệu lực của quyết định nuôi con nuôi được tuyên ở nước ngoài khi thực hiện thủ tục ghi vào sổ hộ tịch²⁸.

1.3.5 Theo pháp luật Thụy Sĩ

Kể từ khi Công ước La Hay năm 1993 có hiệu lực thi hành ở Thụy Sĩ, quyết định nuôi con nuôi được thực hiện ở nước ngoài được công nhận ở Thụy Sĩ. Trường hợp nhận con nuôi không thuộc phạm vi của ĐUQT, thì quyết định đó được công nhận ở Thụy Sĩ nếu việc nuôi con nuôi do cơ quan có thẩm quyền của nước nơi người nhận con nuôi thường trú hoặc nước nơi người nhận con nuôi/cặp vợ chồng nhận con nuôi mang quốc tịch giải quyết. Trường hợp hệ quả của việc nuôi con nuôi theo pháp luật nước ngoài có hệ quả pháp lý khác với hệ quả của việc nuôi con nuôi theo pháp luật của Thụy Sĩ thì quyết định nuôi con nuôi đó chỉ được công nhận theo hệ quả của pháp luật của nước đã ra quyết định. Việc ghi chú do cơ quan cấp tổng nơi người nhận con nuôi cư trú thực hiện theo quyết định của cơ quan giám sát cấp tổng. Trường hợp nhận con nuôi ở nước ngoài được công nhận và ghi vào sổ hộ tịch sẽ có hệ quả như trường hợp nhận con nuôi trọn vẹn được tuyên ở Thụy Sĩ²⁹.

1.3.6 Theo pháp luật Quebec

Trong khuôn khổ Công ước La Hay năm 1993, người nhận con nuôi trình giấy chứng nhận hoàn tất thủ tục theo Điều 23

trước cơ quan con nuôi trung ương Quebec (SAI) và chuyển cho cơ quan trung ương tờ khai hộ tịch Quebec, trong đó ghi rõ họ tên của trẻ em được nhận làm con nuôi. Khi cơ quan trung ương Quebec xác nhận việc nuôi con nuôi tuân thủ Công ước sẽ thông báo cho cơ quan hộ tịch để lập giấy khai sinh mới cho trẻ em, trong đó có ghi họ tên mới của trẻ em được nhận làm con nuôi³⁰.

Nếu việc nhận con nuôi được thực hiện ngoài khuôn khổ Công ước La Hay, người nhận con nuôi phải tiến hành thủ tục công nhận quyết định nuôi con nuôi trước tòa án Quebec. Khi việc nuôi con nuôi được công nhận, thư ký Tòa án sẽ lập giấy khai sinh mới cho con nuôi³¹. Như vậy, trước khi Công ước La Hay có hiệu lực ở Việt Nam, các quyết định cho trẻ em Việt Nam làm con nuôi được tuân thủ theo Thỏa thuận giữa Chính phủ tỉnh bang Quebec và Chính phủ Việt Nam, theo đó việc công nhận việc nuôi con nuôi vẫn được thực hiện theo thủ tục tư pháp.

1.3.7 Theo pháp luật Bỉ

Quyết định nuôi con nuôi được thực hiện ở nước ngoài phải được công nhận trước khi trẻ em nhập cảnh vào Bỉ. Mục đích của việc công nhận quyết định nuôi con nuôi ở nước ngoài nhằm xác lập mối quan hệ cha mẹ con mới theo quy định pháp luật của Bỉ để con nuôi có quốc tịch Bỉ và có họ tên mới. Thực tiễn ở Bỉ cho thấy, việc từ chối công nhận quyết định nuôi con nuôi ở nước ngoài vì nhiều lý do khác nhau như: vì mục đích nhập cư hoặc lẩn tránh quy định về quốc tịch để hưởng chế độ bảo hiểm xã hội hoặc mục

28 [http://www.mjusticia.gob.es/csSatellitePortal/1292426985275?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=ContentDisposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DLoi_n_54_du_28_decembre_2007_sur_LAdoption_Internationale_\(Adopcion_Internacional\).PDF](http://www.mjusticia.gob.es/csSatellitePortal/1292426985275?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=ContentDisposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DLoi_n_54_du_28_decembre_2007_sur_LAdoption_Internationale_(Adopcion_Internacional).PDF)

29 Ủy ban quốc tế về hộ tịch, Hướng dẫn thực tiễn quốc tế về hộ tịch của Thụy Sĩ. <http://jafbase.fr/docUE/Suisse/Suisse-Chap3a5.1.12juin2008.pdf>

30 Nhận con nuôi ở nước ngoài. http://adoption.gouv.qc.ca/fr_adopter-a-letranger

31 Nhận con nuôi ở nước ngoài. http://adoption.gouv.qc.ca/fr_adopter-a-letranger

đích đi du học ở Bỉ³² hoặc trẻ em không nhất thiết được nhận làm con nuôi ở nước ngoài khi vẫn sống cùng với gia đình gốc.

Cơ quan con nuôi của Bỉ xác định hệ quả pháp lý của việc nuôi con nuôi theo hình thức trọn vẹn hay đơn giản tùy thuộc vào pháp luật quốc gia của nước ra quyết định nuôi con nuôi. Sau khi việc nuôi con nuôi được công nhận, Đại sứ quán Bỉ tại nước sở tại cấp hộ chiếu và thị thực nhập cảnh cho trẻ em; người nhận con nuôi trở thành cha mẹ nuôi của trẻ, trẻ em có quốc tịch Bỉ nếu như người nhận con nuôi là người Bỉ; căn cứ vào quyết định công nhận đó, cha mẹ nuôi tiến hành thủ tục ghi hộ tịch của con nuôi vào sổ hộ khẩu của gia đình ở xã³³.

2. Hệ quả của việc nhận trẻ em Việt Nam làm con nuôi ở nước ngoài

Việc công nhận quyết định cho trẻ em Việt Nam làm con nuôi ở nước ngoài bao gồm cả việc công nhận đầy đủ các hệ quả pháp lý của việc nuôi con nuôi theo pháp luật của nước ký kết ra quyết định (Pháp)³⁴, hoặc theo pháp luật của nước nhận (Hoa Kỳ)³⁵ hoặc theo pháp luật của nước ký kết nơi hoàn tất thủ tục nuôi con nuôi (Đan Mạch, Italia, Ailen và Thụy Sĩ)³⁶, nơi tiến hành việc nuôi con nuôi (Thụy Điển)³⁷ hoặc quy định một cách gián tiếp như hệ quả pháp lý của việc nuôi con nuôi sẽ giống như những hệ quả phát sinh từ việc nuôi con nuôi được thực hiện trong phạm vi tài phán của nước

nhận (Canada, Quebec)³⁸. Trong các hiệp định hợp tác song phương về nuôi con nuôi, nơi hoàn tất thủ tục nuôi con nuôi hoặc nơi tiến hành việc nuôi con nuôi được hiểu là nước nhận trẻ em hay nước nơi thường trú của người nhận con nuôi. Sau khi tiến hành thủ tục công nhận hoặc cho thi hành quyết định nuôi con nuôi (exequatur), trẻ em Việt Nam được nhận làm con nuôi được coi như là người con hợp pháp của cá nhân hoặc cặp vợ chồng người nước ngoài nhận con nuôi. Kể cả trong khuôn khổ ĐUQT song phương hay Công ước La Hay, khó khăn lớn nhất khi tiến hành thủ tục công nhận việc nuôi con nuôi chính là sự khác biệt về hệ quả của việc nuôi con nuôi theo quy định pháp luật của các nước. Đối với những nước quy định hình thức nhận con nuôi trọn vẹn như Pháp, Bỉ, Thụy Sĩ, Italia... thì việc công nhận quyết định nuôi con nuôi được thực hiện ở nước ngoài vừa là thủ tục xác nhận tính hợp thức, tuân thủ trật tự công, vừa là việc xác định hệ quả của việc nuôi con nuôi ở nước ngoài có tương ứng với hình thức nhận con nuôi trọn vẹn hay đơn giản theo quy định pháp luật của nước nhận.

Để có thể xác định hệ quả của việc nuôi con nuôi trọn vẹn theo quy định của pháp luật nước ngoài, các nước đều phải căn cứ vào ý kiến đồng ý của cha mẹ đẻ hoặc người giám hộ về việc chấm dứt toàn bộ mối quan hệ pháp lý tồn tại trước đó giữa cha mẹ đẻ và trẻ em được nhận làm con nuôi và việc nuôi

32 Ở Bỉ, từ ngày 01/9/2005 cho tới ngày 31/8/2015, 576/4331 trường hợp nhận con nuôi quốc tế chủ yếu từ Công-gô, Ghana, Cameroun, Rwanda và Thổ Nhĩ Kỳ bị từ chối công nhận vì việc nhận con nuôi vì lý do nhập cư, lẫn tránh quy định về quốc tịch, để hưởng bảo hiểm xã hội hoặc để đi du học ở Bỉ.

Theo http://justice.belgium.be/fr/nouvelles/andere_berichten

33 http://justice.belgium.be/fr/themes_et_dossiers/personnes_et_familles/adoption/adoption_a_letranger#rec

34 Điều 15 Hiệp định hợp tác về nuôi con nuôi giữa Pháp và Việt Nam

35 Điều 12 Hiệp định hợp tác về nuôi con nuôi giữa Việt Nam và Hoa Kỳ; khoản 1 Điều 12 Thỏa thuận hợp tác về nuôi con nuôi giữa Chính phủ Việt Nam và Chính phủ Quebec.

36 Điều 13 Hiệp định hợp tác về nuôi con nuôi giữa Đan Mạch và Việt Nam, Điều 13 Hiệp định hợp tác về nuôi con nuôi giữa Việt Nam và Italia, Điều 13 Hiệp định giữa Ailen và Việt Nam; Điều 13 Hiệp định giữa Việt Nam và Thụy Sĩ.

37 Điều 13 Hiệp định hợp tác về nuôi con nuôi giữa Việt Nam và Thụy Điển.

38 Điều 12 Hiệp định hợp tác về nuôi con nuôi giữa Việt Nam và Canada.

con nuôi là không thể hủy bỏ được. Trường hợp trẻ em Việt Nam được nhận làm con nuôi theo hình thức con nuôi trọn vẹn, trẻ em sẽ có họ, tên mới theo họ và tên của cha mẹ nuôi nước ngoài; trẻ em có quốc tịch nước ngoài; các quyền lợi và nghĩa vụ được xác định theo quy định của pháp luật nước ngoài.

Trường hợp cơ quan có thẩm quyền của nước ngoài xác định hệ quả của việc nuôi con nuôi theo hình thức đơn giản vì ý kiến đồng ý của cha mẹ đẻ hoặc người giám hộ không đáp ứng được hai yêu cầu nêu trên, trẻ em Việt Nam không đương nhiên có quốc tịch nước ngoài và quan hệ cha mẹ con nuôi không thay thế quan hệ cha mẹ con giữa trẻ em và cha mẹ đẻ mà tồn tại đồng thời. Trong trường hợp này, việc nuôi con nuôi có thể bị hủy bỏ. Trường hợp việc nuôi con nuôi nước ngoài tương đương với hình thức nuôi con nuôi đơn giản, người nhận con nuôi có thể tiến hành thủ tục chuyển đổi sang hình thức trọn vẹn trước tòa án có thẩm quyền của nước nơi người nhận con nuôi thường trú theo Điều 27 Công ước La Hay.

Đối với một số nước như Thụy Sĩ và Đức, nếu việc nuôi con nuôi được thực hiện ngoài khuôn khổ Công ước La Hay và hệ quả của việc nuôi con nuôi nước ngoài khác với hệ quả pháp lý của việc nuôi con nuôi theo quy định pháp luật của nước nhận thì việc đương nhiên công nhận chỉ làm phát sinh hệ quả theo quy định của pháp luật của nước đã ra quyết định chứ không làm phát sinh hệ quả của việc nuôi con nuôi theo quy định của pháp luật của nước nơi người nhận con nuôi thường trú. Để tạo mối quan hệ pháp lý theo hình thức nuôi con nuôi trọn vẹn giữa cha mẹ nuôi nước ngoài và trẻ em Việt Nam được nhận làm con nuôi, thông thường cha mẹ nuôi nước ngoài tiến hành thủ tục nhận trẻ em làm con nuôi một lần nữa trước Tòa án có thẩm quyền của nước ngoài nhằm làm phát sinh hệ quả của việc nuôi con nuôi trọn vẹn, mà không lựa chọn tiến hành thủ tục

công nhận và ghi vào sổ hộ tịch việc nuôi con nuôi được thực hiện ở nước ngoài. Đây là thủ tục gần như phổ biến ở các nước châu Âu khi công dân của các nước đó nhận trẻ em có quốc tịch nước ngoài trong đó có trẻ em Việt Nam làm con nuôi.

3. Đề xuất khuyến nghị

Việc xác định hệ quả pháp lý của việc nuôi con nuôi theo quy định pháp luật nước ngoài có mối quan hệ chặt chẽ với quy định pháp luật về nuôi con nuôi của nước gốc nói chung và Việt Nam nói riêng, đặc biệt về ý kiến đồng ý của cha mẹ đẻ hoặc người giám hộ của trẻ. Vì vậy, để bảo đảm trẻ em Việt Nam được nhận làm con nuôi ở nước ngoài có đầy đủ các quyền và lợi ích như trẻ em sinh ra ở nước nhận, pháp luật Việt Nam cần có những sửa đổi và bổ sung cho phù hợp với thông lệ quốc tế, cụ thể như sau:

Thứ nhất, nhằm tạo điều kiện cho trẻ em Việt Nam được người nước ngoài nhận làm con nuôi theo hình thức trọn vẹn, pháp luật trong nước về nuôi con nuôi phải quy định rõ nội dung ý kiến đồng ý của cha mẹ đẻ hoặc người giám hộ về việc cho trẻ em làm con nuôi: chấm dứt toàn bộ các mối quan hệ trước đó giữa trẻ em được nhận làm con nuôi và cha mẹ đẻ của trẻ và việc nuôi con nuôi là không thể bị hủy bỏ. Đây là yêu cầu phổ biến của các nước nhận trẻ em nước ngoài làm con nuôi.

Thứ hai, Luật Nuôi con nuôi của nước ta chưa có quy định xác định luật áp dụng đối với hệ quả của việc nuôi con nuôi có yếu tố nước ngoài. Việc thiếu vắng quy định này gây khó khăn khi thực hiện. Trên thực tế, tất cả trẻ em Việt Nam được nhận làm con nuôi tại các nước ký kết Hiệp định hợp tác về nuôi con nuôi với Việt Nam và theo Công ước La Hay thì hệ quả của việc nuôi con nuôi đó sẽ được áp dụng theo pháp luật của nước ký kết, nơi thường trú của cha mẹ nuôi. Như vậy, Việt Nam đã chấp nhận toàn

bộ nội dung của hệ quả pháp lý phát sinh từ việc cho trẻ em Việt Nam làm con nuôi ở các nước là thành viên của ĐUQT về nuôi con nuôi, bao gồm cả việc chấm dứt hoàn toàn mối quan hệ pháp lý tồn tại trước đó giữa cha mẹ đẻ và trẻ em, trong đó có cả quan hệ thừa kế theo pháp luật³⁹, trong khi quy định pháp luật của Việt Nam vẫn coi con nuôi thuộc hàng thừa kế thứ nhất.

Ngoài ra, nếu không quy định xác định luật áp dụng đối với hệ quả của việc nuôi con nuôi nước ngoài thì việc xác định hệ quả của việc nuôi con nuôi cũng không chắc chắn. Vì vậy, cần thiết phải bổ sung quy định xác định luật áp dụng đối với hệ quả của việc nuôi con nuôi có yếu tố nước ngoài, nhằm tạo điều kiện thuận lợi cho trẻ em Việt Nam cũng như trẻ em được nhận làm con nuôi ở nước ngoài dễ dàng có được địa vị pháp lý hợp pháp và đầy đủ tại nước nơi trẻ em thường trú, sau khi được nhận làm con nuôi.

Thứ ba, về việc công nhận quyết định nuôi con nuôi của các cơ quan có thẩm quyền ở nước ngoài. Điều 30 Nghị định số 19/2011/NĐ-CP hướng dẫn chi tiết một số điều của Luật Nuôi con nuôi quy định về việc công nhận và ghi chú các quyết định về nuôi con nuôi giữa công dân Việt Nam và trẻ em Việt Nam thường trú ở nước ngoài hoặc trẻ em nước ngoài, với điều kiện việc nuôi con nuôi không vi phạm các hành vi bị cấm theo Điều 13 Luật Nuôi con nuôi. Trong khi đó, khoản 1 Điều 431 Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015 quy định các quyết định, bản án về hôn nhân và gia đình do Tòa án nước ngoài hoặc cơ quan có thẩm quyền của nước ngoài thực hiện được đương nhiên

công nhận nếu không có đơn yêu cầu không công nhận tại Việt Nam được quy định tại các ĐUQT mà Việt Nam là thành viên. Ngoài ra, khoản 2 Điều 125 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014 quy định Chính phủ ghi vào sổ hộ tịch các việc về hôn nhân và gia đình theo bản án, quyết định của Tòa án nước ngoài mà không có yêu cầu thi hành tại Việt Nam hoặc không có đơn yêu cầu không công nhận tại Việt Nam. Tuy nhiên, Luật Hộ tịch năm 2014 chỉ quy định về thủ tục ghi vào sổ hộ tịch việc nuôi con nuôi đã thực hiện ở nước ngoài và xác định Ủy ban nhân dân cấp huyện nơi thường trú của công dân Việt Nam có thẩm quyền ghi vào sổ hộ tịch việc nuôi con nuôi được thực hiện ở nước ngoài. Những quy định không thống nhất nêu trên làm phát sinh những vướng mắc, khó khăn khi có yêu cầu ghi vào sổ hộ tịch việc nuôi con nuôi được thực hiện ở Tòa án nước ngoài khi cả người nhận con nuôi và con nuôi Việt Nam đều không thường trú ở Việt Nam.

Đối với một số trường hợp nhận trẻ em Việt Nam học tập có thời hạn ở nước ngoài được Tòa án nước ngoài giải quyết cho làm con nuôi, phía Việt Nam và quốc gia có liên quan chưa thống nhất xác định có thuộc phạm vi điều chỉnh của Công ước La Hay không, nên việc công nhận các quyết định nuôi con nuôi đó sẽ rất khó khăn. Nếu một bên vi phạm quy định của Công ước thì việc công nhận con nuôi con nuôi này sẽ ảnh hưởng đến các nghĩa vụ quốc tế của Việt Nam⁴⁰. Mặt khác, nếu không công nhận các quyết định nuôi con nuôi này thì lợi ích của trẻ em không được bảo đảm khi

(Xem tiếp trang 47)

39 Nguyễn Công Khanh, Giải quyết xung đột pháp luật và xung đột thẩm quyền về nuôi con nuôi có yếu tố nước ngoài trong tư pháp quốc tế, Kỷ yếu hội thảo “Một số vấn đề thực tiễn về quan hệ nhân thân và tài sản trong tư pháp quốc tế”, Bản dịch Nhà Pháp luật Việt-Pháp, 2005, tr. 39

40 Phạm Hồ Hương, Thực tiễn áp dụng các quy định về tư pháp quốc tế tại các cơ quan hành chính nhà nước, Báo cáo kết quả đề tài nghiên cứu khoa học cấp Bộ “Cơ sở lý luận và thực tiễn xây dựng Luật Tư pháp quốc tế”, Bộ Tư pháp, Viện KHPL, năm 2016, tr. 200.

BẢO ĐẢM QUYỀN TIẾP CẬN GIÁO DỤC CỦA TRẺ EM MẮC CHỨNG TỰ KỶ

Ngô Vĩnh Bạch Dương*

* Viện Nhà nước và Pháp luật.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: tự kỷ; rối loạn phổ tự kỷ; giáo dục đặc biệt; giáo dục hòa nhập; quyền tiếp cận giáo dục; quyền tiếp cận giáo dục hòa nhập; Công ước Quyền người khuyết tật

Lịch sử bài viết:

Nhận bài: 01/09/2017

Biên tập: 10/11/2017

Duyệt bài: 23/11/2017

Article Infomation:

Keywords: autism; autism spectrum disorder; special education; inclusive education; right to education; right to inclusive education; CRPD

Article History:

Received: 01 Sep. 2017

Edited: 10 Nov. 2017

Appproved: 23 Nov. 2017

Tóm tắt:

Bài viết luận giải về quyền tiếp cận giáo dục hòa nhập của trẻ tự kỷ và gợi mở những cách thức tuân thủ cam kết quốc tế phù hợp với điều kiện thực tế của Việt Nam.

Abstract:

This article provides the discussions of the rights to inclusive education for the autistic children. It also presents recommendations for compliance with the international convention under current context of Vietnam.

1. Nhận dạng việc giáo dục trẻ mắc chứng tự kỷ

Tự kỷ là một khuyết tật phát triển và tồn tại suốt đời. Bản chất khuyết tật và những biểu hiện của tự kỷ được ghi nhận tường minh trong các văn kiện của Liên

hiệp quốc (LHQ) cũng như các tài liệu tham chiếu chuyên môn chính thức của Tổ chức Y tế thế giới¹.

Yếu kém về các kỹ năng xã hội, rối loạn ngôn ngữ hoặc không có ngôn ngữ, các hành vi lặp lại khác thường làm cho người

1 Đại hội đồng LHQ, A/RES/62/139, WHO, International Classification of Diseases- ICD-10-CM, F84.0

tự kỷ gặp khó khăn trong cuộc sống, giao tiếp, tự phục vụ bản thân, nhận diện các mối nguy hiểm cũng như trong học tập kỹ năng mới. Khác với người mang khuyết tật hữu hình, vẻ bề ngoài bình thường của người mắc chứng tự kỷ làm cho họ khó được chấp nhận, thông cảm với tình trạng sức khỏe tâm thần của mình. Những ứng xử kỳ lạ, bất thường cũng có thể đem đến nguy hiểm cho người xung quanh hoặc chính bản thân họ.

Với những hạn chế do khuyết tật gây ra, người khuyết tật nói chung và người mắc chứng tự kỷ rất khó tiếp thu tri thức. Việc học của họ không thể giống với các bạn bè đồng lứa, họ cần những hình thức giáo dục phù hợp với đặc điểm riêng của mình. Việc phân tích, đánh giá nhu cầu giáo dục đặc biệt (special education needs - SEN) của người khuyết tật đã hình thành nên hệ thống giáo dục đặc biệt (special education) khắp thế giới với những chuyên ngành cụ thể, phù hợp với từng nhóm, dạng tật. Trên cơ sở xác định nhu cầu giáo dục đặc biệt, nhóm các học sinh được xác định để cung cấp các dịch vụ giáo dục khác nhau hoặc bổ sung phù hợp với những nhu cầu đó.

Chương trình giáo dục đặc biệt có thể được thực hiện theo các phương thức: *Giáo dục hòa nhập (inclusive education)* - giáo dục chung người khuyết tật với người không khuyết tật trong cơ sở giáo dục; *Giáo dục chuyên biệt (segregated education)* giáo dục dành riêng cho người khuyết tật trong cơ sở giáo dục; *Giáo dục bán hòa nhập* - kết hợp giữa giáo dục hòa nhập và giáo dục chuyên biệt cho người khuyết tật trong cơ sở giáo dục². Hình thức bán hòa nhập này còn có tên gọi là giáo dục hội nhập (intergrated education).

Đối với nhóm học sinh có chứng tự kỷ, từ những đặc điểm cốt lõi của khuyết tật là yếu kém về giao tiếp, cảm xúc, một số

học sinh có thể dễ bị kích động, phá phách hoặc có những hành động vô kỷ luật, dễ làm phiền học sinh khác, nhu cầu giáo dục đặc biệt của họ sẽ có thể cần đến một cách tiếp cận giáo dục thay thế hơn là những gì áp dụng cho học sinh không mắc chứng tự kỷ. Điều này dẫn đến khuynh hướng tách nhóm tự kỷ ra thành các lớp, trường chuyên biệt hoặc chỉ dành một thời gian ngắn để học chung với các bạn cùng lứa, còn lại họ được tổ chức học ở các phòng, lớp riêng theo mô hình bán hòa nhập. Tuy vậy, thực tiễn giáo dục đặc biệt trên thế giới cho thấy, tính hiệu quả của giáo dục hòa nhập là cao nhất đối với trẻ khuyết tật nói chung và trẻ tự kỷ nói riêng.

Trong giáo dục hòa nhập, trẻ khuyết tật được học ở môi trường bình thường, học ở trường gần nhà nhất và với bạn bè cùng lứa tuổi. Chương trình và phương pháp ở đây sẽ được điều chỉnh, đổi mới cho phù hợp với nhu cầu, năng lực của các em. Trẻ em được giao lưu, tương tác với các bạn bình thường, làm cho các em phát triển toàn diện hơn và thích ứng tốt hơn với môi trường xã hội. Điều này cũng có tác dụng tích cực đối với cả những trẻ không khuyết tật trong phát triển toàn diện về nhân cách và ứng xử xã hội.

Giáo dục, cho đến nay, được xem là hình thức chính của việc điều trị khuyết tật tự kỷ, vì nó cải thiện các kỹ năng hoặc kiến thức - không chỉ tri thức học thuật mà còn các kỹ năng xã hội, kỹ năng thích ứng với tình huống, ngôn ngữ và truyền thông; giảm các vấn đề về hành vi; nó giúp trẻ phát triển tính độc lập và trách nhiệm cá nhân³.

Không chỉ là biện pháp hay phương thức điều trị, hỗ trợ, giáo dục còn là một quyền quan trọng của trẻ em mắc chứng tự kỷ. Điều này được khẳng định trong pháp luật quốc gia và quốc tế.

2 Định nghĩa của các phương thức này được sử dụng theo Luật Người khuyết tật năm 2010, Điều 2.

3 Lord, C., & McGee, J. P., *Educating children with autism*, National Research Council, National Academy Press, Washington DC, USA 2001, trang 12.

2. Giáo dục hòa nhập là quyền con người

Giáo dục hòa nhập, như đã nêu, là một phương thức điều trị khuyết tật tự kỷ quan trọng. Nhưng đồng thời, nó còn là quyền con người được các văn kiện pháp lý quốc tế ghi nhận.

Người khuyết tật, trong đó có người mắc chứng tự kỷ, được coi là *nhóm thiểu số lớn nhất* thế giới⁴ và cũng là một trong những nhóm dễ bị tổn thương nhất, vì tình trạng khuyết tật khiến họ đã và đang phải chịu những thiệt thòi trên tất cả phương diện của đời sống xã hội, trong đó phải kể đến lĩnh vực học tập.

Sự phát triển của luật quốc tế đã nhìn nhận đối với tình trạng khuyết tật là một vấn đề xã hội chứ không phải là vấn đề y tế, và xác lập sự dịch chuyển từ phương thức tiếp cận theo hướng nhân đạo sang hướng nhân quyền. Theo nghĩa đó, các quốc gia phải có nghĩa vụ bảo đảm người khuyết tật có được cơ hội để tham gia các hoạt động xã hội và có một cuộc sống giống như thành viên khác. Thừa nhận việc loại trừ học sinh khuyết tật khỏi hệ thống trường học phổ thông là một vấn đề lớn toàn cầu, không thuần túy là đi ngược lại các giá trị đạo đức, nó còn là việc vi phạm quyền con người theo luật nhân quyền quốc tế. Quyền tiếp cận giáo dục của người khuyết tật, vì vậy chính là *quyền tiếp cận giáo dục hòa nhập*.

Công ước LHQ về Quyền người khuyết tật (CRPD) năm 2006 khẳng định, người khuyết tật cần được đảm bảo *quyền giáo dục hòa nhập* ở các cấp, bất kể tuổi tác, không phân biệt đối xử và trên cơ sở bình đẳng về cơ hội. Các quốc gia thành viên cần đảm bảo rằng: "Người khuyết tật không bị loại khỏi hệ thống giáo dục phổ thông vì lý do khuyết tật, và trẻ em khuyết tật không bị loại khỏi giáo dục tiểu học bắt buộc, hoặc

giáo dục trung học, trên cơ sở sự khuyết tật"⁵ và "Người khuyết tật có thể tiếp cận giáo dục hòa nhập tiểu học và trung học cơ sở, có chất lượng và miễn phí trên cơ sở bình đẳng với những người khác trong cùng cộng đồng mà họ sinh sống"⁶.

Mặc dù CRPD là công cụ ràng buộc pháp lý đầu tiên bảo vệ quyền tiếp cận giáo dục hòa nhập, nhưng ý tưởng này, thực ra đã được thể hiện trong các văn kiện quốc tế mang tính chất khuyến nghị hoặc bắt buộc đã được thông qua trước đó.

Công ước về Quyền trẻ em (CRC) 1989 là điều ước duy nhất có chứa các điều khoản về giáo dục hòa nhập cho trẻ em và thanh niên có khuyết tật. Công ước này quy định các quốc gia thành viên công nhận trẻ em có khuyết tật về tinh thần hay thể chất được hưởng một cuộc sống trọn vẹn và đầy đủ trong những điều kiện đảm bảo phẩm giá, thúc đẩy khả năng tự lực và tạo điều kiện cho trẻ em tham gia tích cực vào cộng đồng. Công ước này yêu cầu các quốc gia "Trên cơ sở thừa nhận các nhu cầu đặc biệt của trẻ em khuyết tật, sự giúp đỡ dành cho trẻ em khuyết tật phải được cung cấp miễn phí, bất kỳ khi nào có thể, tính đến khả năng tài chính của cha mẹ hay những người khác chăm sóc trẻ em khuyết tật và sẽ được trừ tính sao cho đảm bảo rằng trẻ em khuyết tật được tiếp cận hiệu quả và được giáo dục, đào tạo"⁷.

Ngoài CRC 1989, trước khi có CRPD 2006, các văn kiện quốc tế chỉ mang tính chất khuyến nghị chứ không ràng buộc nghĩa vụ đối với các quốc gia. Chẳng hạn, Tuyên bố thế giới về giáo dục cho mọi người: Đáp ứng nhu cầu học tập cơ bản năm 1990 của UNESCO đã nêu rằng "cần phải thực hiện các bước cần thiết để tiếp cận bình đẳng trong tiếp cận giáo dục tới mọi loại người

4 Gary L Albrecht, Encyclopedia of Disability, SAGE Publication, Volume 5, 2005, trang 2294.

5 Công ước LHQ về quyền của người khuyết tật (CRPD) năm 2006, Điều 24.2.a.

6 Công ước LHQ về quyền của người khuyết tật (CRPD) năm 2006, Điều 24.2.b.

7 Công ước LHQ về quyền trẻ em (CRC) 1989, Điều 23.3.

khuyết tật như là một phần không thể tách rời của hệ thống giáo dục"⁸.

Đại hội đồng LHQ năm 1993 đã thông qua Quy tắc tiêu chuẩn về bình đẳng cơ hội cho người khuyết tật, khuyến nghị rằng "giáo dục cho người khuyết tật cần phải là một phần không thể tách rời của việc lập kế hoạch giáo dục quốc gia, xây dựng khung chương trình đào tạo và việc tổ chức các trường học"⁹; "Giáo dục ở các trường học chính thống cần cung cấp thông dịch viên và các dịch vụ hỗ trợ thích hợp khác" và "Hình thức tiếp cận phù hợp và các dịch vụ hỗ trợ, được thiết kế nhằm đáp ứng nhu cầu của người khuyết tật, phải được cung cấp đầy đủ"¹⁰. Tuy nhiên, Quy tắc này cũng thừa nhận rằng, "trong trường hợp hệ thống trường học phổ thông chưa đủ đáp ứng nhu cầu của tất cả những người khuyết tật, giáo dục đặc biệt có thể được coi là giải pháp, nhưng là nhằm mục đích chuẩn bị cho học sinh có thể học tập trong hệ thống trường phổ thông"¹¹.

Tuyên bố Salamanca của UNESCO năm 1994 nêu rõ, các trường phổ thông phải bảo đảm chất lượng giáo dục cho tất cả học sinh, kể cả học sinh khuyết tật, mà không phân biệt dựa trên yêu cầu hỗ trợ cao hơn mà họ có thể cần tới: "Những người có nhu cầu học vấn đặc biệt phải được tiếp cận với các trường học phổ thông và chúng phải có khả năng đáp ứng những nhu cầu này"; "Các trường học phổ thông với định hướng bao dung này là phương tiện hiệu quả nhất để chống lại thái độ phân biệt, tạo ra các cộng đồng chào đón, xây dựng một xã hội hòa nhập và đạt được sự giáo dục cho mọi người"¹².

Đặc biệt, Diễn đàn giáo dục thế giới (World Education Forum) tổ chức ở Dakar, Senegal năm 2000 đã ra *Tuyên bố thế giới về giáo dục cho mọi người* nhấn mạnh rằng, hệ thống giáo dục phải mang định hướng hòa nhập và đáp ứng linh hoạt với hoàn cảnh và nhu cầu của tất cả người học¹³.

Đến năm 2006, dựa trên những tiền đề này, CRPD 2006 đã ràng buộc pháp lý đối với khái niệm "giáo dục hòa nhập", được công nhận là phương tiện duy nhất để đảm bảo quyền được học tập - với tính cách là một quyền con người, cho tất cả học sinh, kể cả người khuyết tật. Bởi lẽ, việc loại trừ hoặc ngăn cản bất kỳ một ai đó ra khỏi hệ thống giáo dục phổ thông, dù họ có thể được học riêng, đều là một sự vi phạm quyền được học tập của họ. Nói cách khác, CRPD đưa đến một cách nhìn mới về quyền tiếp cận giáo dục hay quyền được học tập, thực ra là quyền tiếp cận giáo dục hòa nhập.

Để thực hiện quyền tiếp cận giáo dục hòa nhập, CRPD 2006 quy định các quốc gia phải tạo điều kiện hợp lý cho người khuyết tật trên cơ sở nhu cầu cá nhân người khuyết tật; cung cấp trợ giúp cần thiết trong hệ thống giáo dục phổ thông để được giáo dục hiệu quả; cung cấp các biện pháp trợ giúp cá biệt hóa có hiệu quả, trong môi trường thể hiện sự phát triển xã hội và khoa học kỹ thuật cao nhất, phù hợp với mục đích hoà nhập trọn vẹn¹⁴.

3. Những thách thức của giáo dục hòa nhập ở Việt Nam

3.1 Khó khăn về thể chế

Xác định tiếp cận giáo dục hòa nhập

8 UNESCO, Tuyên ngôn thế giới về giáo dục cho mọi người: Nhu cầu học tập cơ bản, 1990, Điều 3.5.

9 Đại hội đồng LHQ Resolution 48/96 *Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities* (A/RES/48/96), 20.12.1993, Quy tắc 6.1.

10 Đại hội đồng LHQ Resolution 48/96, tldd, Quy tắc 6.2.

11 UNGA Resolution 48/96, tldd, Quy tắc 6 (8).

12 UNESCO, Hội nghị thế giới về giáo dục đặc biệt: Tiếp cận và bình đẳng, Tuyên bố *Salamanca và Khung hành động về Giáo dục đặc biệt*, Salamanca, 7-10.6.1994, đoạn 2 và 3.

13 UNESCO, World Declaration on Education for All: Meeting Basic Learning Needs.

14 Công ước LHQ về quyền của người khuyết tật (CRPD) năm 2006, điều 24.2.c,d,e.

là quyền của người khuyết tật cũng như mọi trẻ em không khuyết tật khác đã hình thành nên những nghĩa vụ rất nặng nề đối với các quốc gia. Điều luôn khó khăn trong thực hiện giáo dục hòa nhập, đó là nguồn lực, đặc biệt ở các nước đang phát triển. Hệ thống các trường phổ thông cần một lượng kinh phí khổng lồ để xây dựng các phòng hỗ trợ trị liệu cho học sinh khuyết tật, mà tự kỷ chỉ là một trong rất nhiều các dạng tật có trong các học sinh. Đồng thời với nó là lực lượng giáo viên giáo dục đặc biệt phù hợp với các dạng tật đó mà việc đào tạo không thể hoàn tất ngay lập tức. Quyền tiếp cận giáo dục hòa nhập của người khuyết tật nói chung và người mắc chứng tự kỷ nói riêng đã gây ra nhiều tranh cãi trong giới làm chính sách, giới học thuật và cả những người hoạt động xã hội, không chỉ riêng ở Việt Nam mà trên toàn thế giới.

Một mặt, để đáp ứng quyền này, các trường công lập sẽ phải gấp rút bổ sung lực lượng giáo viên có chuyên môn giáo dục đặc biệt mà không phải lúc nào địa bàn của họ cũng xuất hiện học sinh khuyết tật. Việc đầu tư cơ sở vật chất và đào tạo hàng loạt sẽ gây lãng phí lớn. Hơn nữa, các dạng khuyết tật hết sức khác nhau từ khuyết tật trí tuệ, tâm thần đến những khuyết tật hữu hình như khiếm thị, khiếm thính, vận động... khó có cơ sở trường lớp nào có thể có đội ngũ giáo viên đầy đủ và sẵn sàng đón nhận các học sinh ở tất cả các dạng khuyết tật, con số này thậm chí có thể lên đến hàng trăm người. Ngoài ra, ở nhiều nước, hệ thống các trường chuyên biệt hùng hậu vốn dĩ được đầu tư tốt cả cơ sở vật chất lẫn nhân sự từ lâu đời và nhiều trong số đó thành lập mang mục đích từ thiện, sẽ hoạt động như thế nào khi mà giáo dục chuyên biệt chỉ là sự lựa chọn thứ ba trong việc đáp ứng nhu cầu giáo dục? Bởi vậy, nghĩa vụ "tạo điều kiện hợp lý cho

người khuyết tật trên cơ sở nhu cầu cá nhân" để thực hiện quyền giáo dục hòa nhập trong Điều 24 khoản 2 điểm b của CRPD 2006 bị chỉ trích khá nhiều, thậm chí ngay cả trong giới làm giáo dục đặc biệt¹⁵.

Mặt khác, về phía cộng đồng dân cư, việc trong lớp của con mình có những học sinh khuyết tật có thể gây ra những quan ngại nhất định. Đặc biệt, các học sinh mắc chứng tự kỷ có thể gây mất trật tự, quậy phá và làm phiền các bạn cùng lớp. Việc đưa học sinh tự kỷ vào lớp học thông thường có thể ảnh hưởng đến quyền của các học sinh khác. Điều này dẫn đến các trường và phụ huynh muốn trẻ mắc chứng tự kỷ học tập ở những môi trường chuyên biệt với những giáo viên có kỹ thuật chuyên biệt chứ không phải những lớp học bình thường.

Cũng cần lưu ý rằng, với nhiều dạng khuyết tật, đặc biệt là khuyết tật tự kỷ, học tập chính là phương thức điều trị, là cách để chăm sóc sức khỏe tâm thần và trí tuệ cho người khuyết tật. Khi đó, giáo dục đặc biệt được áp dụng với những quy trình nghiêm ngặt và tốn thời gian, chẳng hạn với trị liệu hành vi, trị liệu âm ngữ với những trường hợp tự kỷ nặng có thể lên đến 20 giờ học tập gồm 1 thầy - 1 trò. Trong những trường hợp như vậy, việc đưa trẻ vào lớp học bình thường là điều không tưởng và có hại đối với chính học sinh đó. Nhiều nhà giáo dục cho rằng, thực hiện quyền được giáo dục bằng cách cung cấp các dịch vụ giáo dục cho người khuyết tật mà khả năng hòa nhập thấp, khả năng tiếp thu kiến thức quá chênh lệch so với các bạn cùng lớp, đến một nơi chất lượng cao, thiết thực và sẵn có quan trọng hơn là cố gắng đưa các học sinh này vào hoạt động giáo dục chính thống theo hình thức giáo dục hòa nhập¹⁶.

Nghĩa vụ "tạo điều kiện hợp lý cho

15 David Marshall, Craig Goodall, The Right to Appropriate and Meaningful Education for Children with ASD, Journal of Autism and Developmental Disorders, Vol 45, Nr. 10, 2015, tr. 3162.

16 David Marshall, Craig Goodall, The Right to Appropriate and Meaningful Education for Children with ASD, tldd, tr. 3166.

người khuyết tật trên cơ sở nhu cầu cá nhân" để thực hiện quyền tiếp cận giáo dục hòa nhập trong CRPD 2006 được xem là chống lại Điều 23 khoản 3 của CRC 1989. Theo CRC 1989, việc cung cấp các dịch vụ giáo dục, đào tạo miễn phí phù hợp với nhu cầu đặc biệt của người khuyết tật "bất kỳ khi nào có thể, tính đến khả năng tài chính của cha mẹ hay những người khác chăm sóc trẻ em khuyết tật". Các tổ chức bên vực người khuyết tật chỉ trích rất nhiều quy định này bởi vì từ ngữ của nó tạo ra các quyền dựa vào các nguồn lực sẵn có "khi nào có thể". Điều này là một nghĩa vụ của luật nhân quyền quốc tế nhưng vô hình trung, nó lại trao một khả năng trốn tránh nghĩa vụ đó, các quốc gia sẽ có thể không phân bổ nguồn lực cho giáo dục trẻ em có nhu cầu đặc biệt với lý do là "không sẵn có"¹⁷.

Theo quan điểm pháp lý, không có sự đồng thuận cao về việc định nghĩa khái niệm "giáo dục hòa nhập". Ngay cả CRPD 2006 cũng không đưa ra một định nghĩa rõ ràng. Tuy nhiên, điều chắc chắn là nó không phải giáo dục tại các trường học chuyên biệt dành riêng cho trẻ khuyết tật, đặc biệt là khi những người khuyết tật từ chối học tại trường đó mà lại không có một lựa chọn khác ở các trường phổ thông đại trà. Dưới góc độ pháp lý, quyền tiếp cận giáo dục hòa nhập chỉ đơn giản là trao cơ hội nhập học vào các trường học phổ thông cho trẻ em khuyết tật mà không phụ thuộc các nhu cầu đặc biệt của họ. Không trẻ nào bị loại trừ khỏi trường vì lý do khiếm khuyết về thể chất hoặc tinh thần. Giáo dục hòa nhập công nhận rằng tất cả trẻ em đều khác nhau về các đặc điểm cá

nhân nhưng giống nhau về quyền đi học. Ý tưởng về nên giáo dục hòa nhập xuất phát từ thực trạng một số trẻ em, vì những khiếm khuyết hoặc các hoàn cảnh khác, có nhu cầu giáo dục đặc biệt, hạn chế họ được hưởng lợi từ giáo dục phổ thông dành cho trẻ em ở cùng độ tuổi. Bằng cách tính đến sự đa dạng giữa người học, chế độ giáo dục hòa nhập được đặt thành một khái niệm pháp lý nhằm chống lại thái độ phân biệt đối xử, góp phần tạo ra các cộng đồng nhân ái và chào đón, đạt được mục tiêu "giáo dục cho mọi người" cũng như nâng cao chất lượng và hiệu quả của giáo dục cho những người học không có khuyết tật¹⁸.

Theo Văn phòng Cao ủy LHQ về quyền con người (OHCHR), việc đưa giáo dục hòa nhập thành một quyền con người vào CRPD 2006 là "một quá trình công nhận: (a) nghĩa vụ xoá bỏ những rào cản hạn chế hoặc cản trở tham gia, và (b) nhu cầu thay đổi văn hoá, chính sách và thực hành của các trường chính thống để đáp ứng nhu cầu của tất cả học sinh, kể cả những người có khuyết tật". Mục tiêu này đòi hỏi sự phù hợp giữa phong cách và tỷ lệ học tập khác nhau và đảm bảo chất lượng giáo dục thông qua các chương trình học phù hợp, sắp xếp tổ chức, chiến lược giảng dạy, sử dụng nguồn lực và hợp tác giữa các cộng đồng¹⁹. Đương nhiên, trong quá trình sắp xếp và hợp tác ấy, nhà nước phải đóng vai trò chủ đạo.

Việt Nam đã ký kết CRPD từ năm 2007, phê chuẩn Công ước này từ năm 2014²⁰ và thừa nhận *giáo dục hòa nhập* được coi là *một phương thức chủ yếu*, bên cạnh giáo dục bán hòa nhập và giáo dục chuyên biệt để

17 Rachele Cera, National Legislations on Inclusive Education and Special Educational Needs of People with Autism in the Perspective of Article 24 of the CRPD, in trong Fina, V.D. Cera, R. Protecting the Rights of People with Autism in the Fields of Education and Employment: International, European and National Perspectives, Springer International Publishing, Cham 2015, trang 88.

18 Văn phòng Cao ủy LHQ về quyền con người (OHCHR), *The right to education of persons with disabilities. Report of the Special Rapporteur on the Right to Education*, 19.2.2007, đoạn 9.

19 Văn phòng Cao ủy LHQ về quyền con người (OHCHR), *Thematic study on the right of persons with disabilities to education* (UN Doc A/HRC/25/29), 18/12/2013, đoạn 7.

20 Nghị quyết của Quốc hội số 84/2014/QH13 ngày 28/11/2014 về việc phê chuẩn Công ước của LHQ về quyền của người khuyết tật, điều 1.

giáo dục người khuyết tật²¹. Quyền tiếp cận giáo dục không được minh định trong Luật Người khuyết tật năm 2010, nhưng nó được nhắc đến như việc "được học văn hóa, học nghề" bên cạnh các quyền khác²². Đáng lưu ý là Luật Người khuyết tật năm 2010 không coi giáo dục hòa nhập là quyền, mà chỉ nhìn nhận nó là một trong các phương thức giáo dục người khuyết tật. Giáo dục bán hòa nhập và giáo dục chuyên biệt vẫn được nhắc tới như là một trong những lựa chọn của người khuyết tật hoặc được thực hiện trong trường hợp chưa đủ điều kiện để người khuyết tật học tập theo phương thức giáo dục hòa nhập và Nhà nước khuyến khích họ tham gia học tập theo phương thức giáo dục hòa nhập²³. Điều này có sự không tương thích với Điều 24 của CRPD năm 2006 dù theo khá sát với nội dung của giáo dục đặc biệt, mức giáo dục hòa nhập chỉ nên áp dụng cho những học sinh không có khoảng cách quá xa về khả năng nhận thức so với bạn bè cùng trang lứa. Nó cũng phù hợp với điều kiện mà giáo dục đặc biệt ở Việt Nam còn chưa phát triển. Các dịch vụ giáo dục đặc biệt chưa thể có được tại các trường phổ thông và khi đó, lựa chọn các trường chuyên biệt hoặc hình thức bán hòa nhập là cần thiết.

Trong những năm qua, Chính phủ đã ban hành Kế hoạch hành động quốc gia giáo dục cho mọi người giai đoạn 2003-2020; Các Bộ, ngành đã ban hành 02 Thông tư quan trọng: Thông tư liên tịch số 58/2012/TTLT-BGDĐT-BLĐT BXH ngày 31/12/2012 Quy định về điều kiện, thủ tục thành lập, hoạt động, tổ chức lại, giải thể Trung tâm Hỗ trợ phát triển giáo dục hòa nhập và Thông tư liên tịch số 42/2013/TTLT-BGDĐT-BLĐT BXH-BTC ngày 28/12/2013 quy định chính sách về giáo dục đối với người khuyết tật. Các văn bản trên là cơ sở pháp lý để thực hiện những chính sách hỗ trợ người khuyết tật tiếp cận các cơ hội học tập ở nhiều cấp

học và trình độ đào tạo; ưu đãi đối với nhà giáo, cán bộ quản lý tham gia chăm sóc, giáo dục trẻ khuyết tật.

Tuy vậy, ngay chính trong hoạt động giáo dục đặc biệt này cũng phát sinh nhiều điểm mà pháp luật chưa quy định hoặc tiêu chuẩn hóa. Ngành giáo dục đặc biệt còn non trẻ, mới được Bộ Giáo dục và đào tạo cho triển khai đào tạo và chưa đủ chuyên gia. Bộ cũng chưa thể làm ngay việc quản lý chất lượng giáo viên của các trung tâm giáo dục đặc biệt đang được mở ra ào ạt để phục vụ số lượng ngày càng tăng của các trẻ gặp khó khăn, trong đó có tự kỷ.

Tiêu chuẩn giáo viên cũng như các điều kiện thành lập các trung tâm, cơ sở giáo dục hòa nhập được quy định trong Thông tư số 58/2012/TTLT-BGDĐT-BLĐT BXH, nhưng nó cũng có thể được áp dụng các quy định về điều lệ trường mầm non của Bộ Giáo dục và đào tạo theo Quyết định số 14/2008/QĐ-BGDĐT ngày 07/4/2008 và Thông tư số 44/2010/TT-BGDĐT ngày 30/12/2010 sửa đổi, bổ sung Quyết định số 14/2008/QĐ-BGDĐT. Đây là một sự chồng chéo, gây ra những bất cập như thẩm quyền cho phép thành lập chẳng hạn, mặc dù họ có thể cùng triển khai những hoạt động giáo dục đối với trẻ tự kỷ.

3.2 Dịch vụ giáo dục đặc biệt còn chưa phát triển

Việc giáo dục hòa nhập tại các trường phổ thông, theo đánh giá của các chuyên gia cũng rất khó khăn và dường như chỉ đổ lên vai các giáo viên chủ nhiệm. Quy mô lớp đông, chương trình nặng đã là một áp lực lớn, nhận thêm giáo dục hòa nhập cho một số trẻ khuyết tật với hàng loạt các nghĩa vụ riêng, trong lúc bản thân họ chưa được đào tạo sâu, là một gánh nặng quá lớn. Các giáo viên thường không muốn tiếp nhận các học sinh khuyết tật này, đặc biệt các cháu có

21 Luật Người khuyết tật năm 2010, Điều 28.

22 Luật Người khuyết tật năm 2010, Điều 4.d.

23 Luật Người khuyết tật năm 2010, Điều 28.

chứng tự kỷ, tăng động, khuyết tật... học. Ngoài ra, sự bất hợp tác, đôi khi là phá phách của học sinh khuyết tật, tạo ra sự bất an cho các phụ huynh của học sinh bình thường. Họ thường gây áp lực để nhà trường chuyển các học sinh khuyết tật sang lớp khác. Vô hình trung, điều này cũng lại tạo ra tình trạng phân biệt đối xử người khuyết tật. Chính vì vậy, Quyết định số 23/2006/QĐ-BGDĐT của Bộ Giáo dục và đào tạo ngày 22/5/2006 Ban hành Quy định về giáo dục hòa nhập dành cho người tàn tật, khuyết tật, tuy được đánh giá là những quy định tốt nhưng lại không có điều kiện thực tế để thực hiện²⁴.

Mục tiêu thực hiện quyền tiếp cận giáo dục hòa nhập có thể đạt được bằng cách điều chỉnh giáo dục theo nhu cầu của người khuyết tật. Loại những người tự kỷ nói riêng và người khuyết tật nói chung khỏi quá trình giáo dục hòa nhập sẽ làm gia tăng những hành vi và thái độ tiêu cực đối với họ như kỳ thị, bắt nạt, phân biệt đối xử. Các trường phổ thông có thể sẽ cần đến việc hợp tác, thuê mướn các chuyên gia trị liệu hành vi, trị liệu ngôn ngữ, trị liệu vận động, tâm lý từ các cơ sở bên ngoài để đáp ứng nhu cầu đặc biệt của trẻ em. Cố nhiên, để giáo dục hòa nhập đúng nghĩa là quyền thì nhà nước phải là người chi trả hoặc huy động từ cộng đồng để chi trả cho các dịch vụ này. Đây lại là điều mà Việt Nam chưa thể làm được.

Một thực tế đặt ra là, để theo học được các lớp, trường theo chương trình giáo dục hòa nhập, trẻ khuyết tật nói chung và trẻ tự kỷ nói riêng cần được can thiệp sớm để học được những kỹ năng, kiến thức tối thiểu. Tuy nhiên, thực tiễn cho thấy trẻ khuyết tật tại Việt Nam thường chỉ nhận được giáo dục theo chuẩn thấp và tách biệt, trong khi rất

nhều trẻ em khác không được giáo dục gì. Mặc dù gần đây có nhiều cố gắng nhằm tạo ra hệ thống giáo dục hòa nhập, còn thiếu nhiều hỗ trợ kỹ thuật và tài chính và thiếu cả số lượng giáo viên có trình độ đã qua đào tạo²⁵.

Các trường sư phạm đã bước đầu có những khóa cử nhân giáo dục đặc biệt đầu tiên ra trường nhưng con số này còn rất nhỏ so với nhu cầu của thực tiễn. Ngoài ra, kỹ năng thực hành của các cử nhân này còn hạn chế. Đây cũng không phải là ngành thu hút người học. Lý do kém hấp dẫn cũng là vì họ không thể xin việc trong các trường công, không có định danh nào cho “giáo viên đặc biệt”, trong khi để gắn bó với công việc này cần rất nhiều tâm huyết, lòng kiên nhẫn của người thầy²⁶.

Các dịch vụ hỗ trợ cần thiết cho giáo dục hòa nhập người khuyết tật như trị liệu vận động, trị liệu âm ngữ cũng mới chỉ bắt đầu được đào tạo với số lượng rất hạn chế và không nhiều trong số đó đạt chuẩn quốc tế. Thống kê của Hiệp hội phân tích quản lý hành vi quốc tế (BCBA) cho thấy, ở Việt Nam hiện tại chỉ có duy nhất 01 người có đủ trình độ và điều kiện can thiệp hành vi đối với trẻ tự kỷ một cách độc lập. Với khoảng 200 ngàn trẻ em mắc chứng tự kỷ ở Việt Nam²⁷, đây là một con số quá thấp²⁸.

3.3 Nhận thức của cộng đồng về khuyết tật tự kỷ

Nhận thức không đúng về tự kỷ và phân biệt đối xử đối với họ, trong nhiều trường hợp lại đến từ chính các cơ sở giáo dục. Việc một nhóm phụ huynh trẻ tự kỷ thành lập một lớp trong Trường Trung học cơ sở Xã Đoàn bằng nguồn lực tự túc bị giải

24 Nguyễn Phong, Vùng xám trong quản lý điều trị tự kỷ, Tạp chí Ngày nay, số 74, trang 11.

25 Eric Rosenthal, Quyền của trẻ em khuyết tật tại Việt Nam - Đưa luật pháp của Việt Nam phù hợp với Công ước LHQ về Quyền của Người khuyết tật, UNICEF 2009, trang 35.

26 PGS, TS. Nguyễn Xuân Hải, Trường khoa Giáo dục đặc biệt, Trường ĐH Sư phạm Hà Nội, trong bài: Lúng túng trong giáo dục đặc biệt: Cần kiên trì và đột phá, Báo Tuổi trẻ 24/12/2015.

27 Nguồn: Cục Bảo trợ xã hội, Bộ Lao động, Thương binh và xã hội, 2015.

28 Nguyễn Phong, tài liệu đã dẫn, trang 11.

tán sau một năm hoạt động tương đối hiệu quả là một ví dụ minh họa khá tốt cho thái độ đối với nhóm trẻ có hoàn cảnh khó khăn này cũng như nhận thức về nghĩa vụ pháp lý trong bảo đảm quyền con người của Sở Giáo dục Hà Nội²⁹.

Nhận thức không đúng về tự kỷ là một cơ hội tốt cho các biện pháp lừa bịp hoặc thiếu cơ sở khoa học bùng phát. Các bài thuốc gia truyền, các phương pháp y học cổ truyền như châm cứu, bấm huyệt, xoa bóp, cạo gió và gân dây có thêm cả khai mở luân xa hay nhân điện đang được đồn đại, thậm chí cả truyền thông chính thống tăng bốc như những giải pháp kỳ diệu. Không thể phủ nhận những thành tựu của y học cổ truyền, các bài thuốc gia truyền trong việc trị liệu phục hồi chức năng, vật lý trị liệu, điều hòa cảm giác, tuy nhiên đã có nhiều báo cáo trên thế giới nói rằng, chúng không có tác dụng đối với chứng tự kỷ. Các biện pháp chăm sóc, can thiệp, trị liệu này gây ảo tưởng trong giới phụ huynh và làm mất thời gian và tiền bạc của họ cũng như cơ hội tiếp cận các dịch vụ giáo dục đặc biệt của trẻ em. Trên các diễn đàn chăm con tự kỷ và mạng xã hội, các phụ huynh có con tự kỷ thực sự đều đã kể mình từng gửi con theo các phương pháp không được kiểm chứng, dù ở những mức độ khác nhau. Điểm chung của họ là đã rất tốn tiền để đổi lấy những hy vọng, dù là nhỏ nhất cho con mình và chưa có một trường hợp nào được xác định là thành công.

Đặc biệt, việc không hiểu đúng bản chất tự kỷ có thể dẫn đến việc cách ly, kỳ thị đối với trẻ mắc chứng tự kỷ và phụ huynh của chúng. Các phụ huynh có thể bị chỉ trích là thiếu quan tâm, vô trách nhiệm đối với việc nuôi dạy con cái; trẻ tự kỷ có thể bị coi là hư đốn, kهنh kiệu và có thể bị tấn công một cách vô cớ.

4. Một số giải pháp bảo đảm quyền tiếp

cận giáo dục của trẻ tự kỷ ở Việt Nam

4.1 Định danh tự kỷ trong Luật Người khuyết tật

Điều hiển nhiên, gọi tên bệnh hay tật hoàn toàn là công việc của các nhà chuyên môn theo chuẩn mực chung của thế giới. Pháp luật không thể đặt tên cho bệnh tật theo sở thích của những người không làm chuyên môn. Tuy nhiên, một định danh tường minh và chính thức lại có thể chấm dứt những tranh cãi không cần thiết và hạn chế được những lạm dụng và rủi ro trong thực hiện và áp dụng pháp luật. Bài học về gọi tên "bệnh tả" hay "tiêu chảy cấp nguy hiểm" trong thời gian 2008-2009 có thể là một gợi ý tốt cho việc định danh bệnh. Theo mục đích này, pháp luật cần có một sự ghi nhận chính thức tự kỷ là một dạng khuyết tật để việc bảo vệ và bảo đảm các quyền của nhóm yếu thế này có cơ sở pháp lý chắc chắn. Đây là điểm mà Luật Người khuyết tật năm 2010 chưa làm được³⁰. Nó sẽ chấm dứt được việc tranh cãi chữa hay không chữa được tự kỷ của các lang băm và cũng đồng thời cổ vũ những tìm tòi, phát hiện trong các nghiên cứu, thực hành của cả giới lương y chân chính, các bác sĩ và các nhà giáo dục.

4.2 Đầu tư trọng điểm vào giáo dục đặc biệt và trị liệu phục hồi chức năng

Ràng buộc với nghĩa vụ bảo đảm quyền tiếp cận giáo dục hòa nhập theo CRPD không đồng nghĩa với xóa bỏ các phương thức giáo dục chuyên biệt và bán hòa nhập. Bởi lẽ, quyền tiếp cận giáo dục hòa nhập là bình đẳng cơ hội học tập nhưng tính chất bắt buộc của nó là đối với Nhà nước chứ không xóa bỏ quyền tự quyết của người khuyết tật theo Điều 3 CRPD. Họ và người giám hộ vẫn có quyền quyết định không học ở trường học phổ thông mà lựa chọn trường chuyên biệt hoặc học ở nhà, phù hợp với tình trạng khuyết tật của họ. Dịch vụ giáo dục đặc biệt,

29 Dương Ngô, Ngày khai trường đặc biệt, Báo Đại biểu nhân dân, số 250, 6/9/2016, trang 5.

30 Ngô Dương, Việt Nam cần đưa "tự kỷ" vào Luật Người khuyết tật, Báo điện tử Infonet <http://infonet.vn/viet-nam-can-dua-tu-ky-va-o-luat-nguoi-khuyet-tat-post161428.info> truy cập ngày 1/6/2017.

vì vậy, vẫn luôn tồn tại và ngày càng cần phát triển mạnh hơn để đáp ứng các nhu cầu giáo dục đặc biệt khác nhau và để cung cấp cho chính giáo dục hòa nhập.

Tuy nhiên, việc đầu tư của Nhà nước đối với giáo dục đặc biệt cần ưu tiên nhân sự giáo dục đặc biệt và cơ sở vật chất tương ứng cho các trường phổ thông, vì nếu các trường phổ thông không có sẵn các dịch vụ này, Việt Nam sẽ vi phạm Điều 24 CRPD. Nếu đầu tư dàn trải, xây dựng các trung tâm hỗ trợ phát triển giáo dục hòa nhập hoặc các trường chuyên biệt, Nhà nước sẽ có thể bị lãng phí nguồn lực. Các hoạt động này nên khuyến khích khu vực tư tham gia.

Việc đào tạo giáo viên giáo dục đặc biệt trong các trường sư phạm cần tiếp cận với những thông tin cập nhật hiện đại. Đồng thời, chế độ đãi ngộ cần được ưu tiên bởi tiếp xúc, dạy dỗ người khuyết tật vất vả hơn nhiều lần so với học sinh bình thường. Trong bối cảnh thiếu giáo viên, Nhà nước cần có quy định cho phép các trường thuê các giáo viên, nhân viên trị liệu bên ngoài trường và tiến hành chi trả các chi phí thuê.

Đối với việc đào tạo các giáo viên thường, cần thiết bổ sung những chuyên đề, học phần bắt buộc về giáo dục đặc biệt nói chung và tự kỷ nói riêng. Trẻ tự kỷ có thể đem tới những khó khăn trầm trọng về học tập và đã có những lo ngại rằng, trẻ em không được hiểu và hỗ trợ đúng cách bởi các giáo viên bình thường. Vì vậy, việc đào tạo những học phần về tự kỷ cho các sinh viên sư phạm là điều cần thiết. Chẳng hạn, ở Anh, người ta đã đưa tự kỷ trở thành một học phần bắt buộc trong các trường sư phạm³¹.

Đối với ngành y, chuyên ngành sức khỏe tâm thần, tự kỷ, trị liệu hành vi, trị liệu vận động cũng cần triển khai đào tạo. Đây không những là một động thái đáp ứng nhu cầu chăm sóc sức khỏe của nhân dân, mà còn bảo đảm tính sẵn có trong việc hỗ trợ trẻ

tự kỷ nói riêng và trẻ khuyết tật nói chung trong các trường phổ thông; qua đó để "tạo điều kiện hợp lý cho người khuyết tật trên cơ sở nhu cầu cá nhân" trong thực hiện cam kết bảo đảm quyền tiếp cận giáo dục hòa nhập của người khuyết tật.

4.3 Thu hút sự tham gia của khu vực tư

Trong lúc ngân sách nhà nước còn phải dàn trải cho những chương trình, dự án lớn, việc dành một lượng tài chính khổng lồ, việc mở cửa thông thoáng cho khu vực tư nhân tham gia vào hoạt động hỗ trợ, can thiệp trẻ tự kỷ là cần thiết. Khi xác định nhu cầu thực tế đủ lớn để thành lập các trường chuyên biệt, Nhà nước nên vận động khu vực tư tham gia giải quyết nhu cầu đó, tạo cơ chế thuận lợi về thủ tục hành chính, giảm nhẹ điều kiện kinh doanh, ưu đãi thuế, ưu đãi tiếp cận tín dụng, năng lượng và các nguồn lực khác để chúng phát triển. Điều này vừa có thể tránh vi phạm cam kết quốc tế, giảm nhẹ gánh nặng ngân sách nhà nước, nhưng cũng đồng thời đáp ứng nguyện vọng của các cộng đồng thiện nguyện và hoạt động xã hội.

Thu hút sự tham gia của khu vực tư vào giải quyết các vấn đề chung của xã hội là một xu thế chung của thế giới. Nó hoàn toàn phù hợp với quan điểm xây dựng nhà nước kiến tạo mà chúng ta đang hướng tới. Đồng thời nó tạo ra sự cạnh tranh lành mạnh, song phẳng giữa các cơ sở can thiệp, trị liệu. Kết quả của việc cạnh tranh này, sẽ là giá cả dịch vụ can thiệp sớm giảm với chất lượng tăng lên, qua đó, trẻ em mắc chứng tự kỷ được hỗ trợ tốt hơn và sẵn sàng hơn trong việc thực hiện quyền tiếp cận giáo dục hòa nhập ■

31 Dương Ngô (lược dịch), Anh đưa tự kỷ vào đào tạo cơ bản cho giáo viên, Báo điện tử Infonet ngày 18/07/2016, <http://infonet.vn/anh-dua-tu-ky-va-ao-dao-tao-co-ban-cho-giao-vien-post203990.info> truy cập ngày 1/6/2017.

MỐI TƯƠNG QUAN GIỮA LUẬT CẠNH TRANH VÀ LUẬT SỞ HỮU TRÍ TUỆ TRONG QUÁ TRÌNH THỰC THI QUYỀN SỞ HỮU TRÍ TUỆ

Bùi Thị Hằng Nga*

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

Thông tin bài viết:

Từ khóa: sự giao thoa, Luật Cạnh tranh, Luật Sở hữu trí tuệ

Lịch sử bài viết:

Nhận bài: 31/10/2017

Biên tập: 06/11/2017

Duyệt bài: 09/11/2017

Tóm tắt:

Đã có nhiều quan điểm cho rằng, giữa Luật Cạnh tranh và Luật Sở hữu trí tuệ luôn có sự mâu thuẫn với nhau. Bởi lẽ, nếu Luật Cạnh tranh hướng đến mục đích loại bỏ sự độc quyền trên thị trường thì Luật Sở hữu trí tuệ lại trao cho chủ sở hữu quyền độc quyền khai thác các tài sản sở hữu trí tuệ. Tuy nhiên, qua thực tế thi hành Luật Cạnh tranh và Luật Sở hữu trí tuệ thì quan điểm hiện nay được các nhà nghiên cứu thừa nhận là giữa Luật Cạnh tranh và Luật Sở hữu trí tuệ luôn tồn tại mối tương quan, giao thoa khi cùng hướng đến một mục đích: thúc đẩy sự sáng tạo và mang lại lợi ích cho người tiêu dùng.

Article Infomation:

Keywords: the interface, Competition Law, Intellectual Property Law.

Article History:

Received: 31 Oct. 2017

Edited: 06 Nov. 2017

Approved: 09 Nov. 2017

Abstract:

It is argued that there is always conflict between the Competition Law and Intellectual Property Law (IP Law). The key reason for this argument is that while the Competition Law aims to remove the monopoly on the market, the IP Law gives the owner the exclusive right to exploit its intellectual property. However, from practice of the enforcement of both the Competition Law and IP Law, several studies provide conclusions that there is an correlative interface between the Competition Law and IP Law because they have common purposes of promoting the innovation and bringing benefits to the consumers.

1. Đặt vấn đề

Xuất phát từ mục đích và đối tượng điều chỉnh của Luật Cạnh tranh và Luật Sở hữu trí tuệ (SHTT) thì một số quan điểm cho rằng, giữa Luật Cạnh tranh và Luật SHTT có sự mâu thuẫn với nhau. Bởi nếu Luật Cạnh tranh đang hướng đến loại bỏ sự độc quyền

trên thị trường thì Luật SHTT lại trao cho chủ sở hữu quyền độc quyền đối với tài sản SHTT để nhằm mục đích ghi nhận, khuyến khích và thúc đẩy các hoạt động nghiên cứu, sáng tạo.

Qua thực tế thi hành thì quan điểm của các nhà nghiên cứu hiện nay đã thừa nhận

rằng, giữa Luật Cạnh tranh và Luật SHTT đều có một điểm chung, giao thoa đó chính là cả hai hệ thống pháp luật này đều có chung một mục đích là thúc đẩy sáng tạo và mang lại lợi ích cho người tiêu dùng¹.

Điều này cũng đã được hệ thống Tòa án của Hoa Kỳ thừa nhận: “Mặc dù ngay từ khi mới tiếp cận, Luật Cạnh tranh và luật SHTT có vẻ như hoàn toàn trái ngược nhau nhưng thực chất bản chất và mục đích của nó lại tương đồng nhau bởi cả hai đều hướng tới mục tiêu khuyến khích sự sáng tạo, phát triển công nghiệp và cạnh tranh²”. Do đó, trong hai hệ thống pháp luật cạnh tranh và pháp luật SHTT sẽ phải có những quy định mang tính tương quan, kết nối với nhau nhằm hạn chế yếu tố độc quyền có được từ quyền SHTT cũng như các quy định ngoại lệ đảm bảo yếu tố độc quyền đó. Những quy định đó nhằm hướng đến sự cân bằng về mặt lợi ích của chủ sở hữu quyền SHTT với quyền tiếp cận các phát minh, sáng chế, các quyền SHTT khác của các cá nhân, tổ chức cũng như của cả cộng đồng. Mọi tương quan ấy được xây dựng dựa trên các luận thuyết sau:

Luận thuyết về đòn bẩy

Theo học giả Louis Kaplow, với việc sở hữu các bằng sáng chế thì chủ sở hữu sẽ có được lợi thế cạnh tranh hơn hẳn đối thủ và họ sẽ sử dụng các sáng chế này như là một công cụ để giành ưu thế độc quyền không những trên thị trường sản phẩm của họ mà còn trên thị trường liên quan khác. Do đó, các chủ sở hữu có khuynh hướng từ chối cấp phép quyền sử dụng các sáng chế này cho các chủ thể khác nhằm duy trì lợi thế của mình trên thị trường. Tuy nhiên, chính

điều này sẽ dẫn đến sự triệt tiêu việc tiếp cận các công nghệ sản phẩm mới của khách hàng hoặc của các quốc gia. Điều đó sẽ bóp méo môi trường cạnh tranh liên quan³.

Luận thuyết điều kiện cần thiết

Luận thuyết điều kiện cần thiết (The Essential Facility Doctrine) được phát triển dựa trên lý thuyết đòn bẩy nhưng với phân tích vào đối tượng cụ thể. Theo đó, việc một doanh nghiệp có sức mạnh thị trường khi sở hữu một điều kiện thiết yếu như cơ sở vật chất hay các quyền SHTT như là tiền đề để gia nhập thị trường sẽ ngăn cản các đối thủ cạnh tranh gia nhập thị trường bằng cách không cho chuyển giao hay tiếp cận chúng với mục đích mở rộng sức mạnh thị trường ở các thị trường liên quan khác. Theo luận thuyết này, trong một số trường hợp, pháp luật sẽ buộc các doanh nghiệp sở hữu điều kiện thiết yếu đó phải cung cấp quyền tiếp cận tới điều kiện thiết yếu đó với một cái giá hợp lý⁴ nhằm loại bỏ sự độc quyền có thể gây hại đến cạnh tranh của chủ sở hữu. Học thuyết này đã được đưa vào luật của Hoa Kỳ, Liên minh châu Âu, Australia như là một biện pháp chống sự mở rộng độc quyền với những yêu cầu về chứng minh khác nhau⁵.

Luận thuyết về lợi thế cạnh tranh

Đối với một doanh nghiệp, việc nắm giữ các bí quyết kỹ thuật hoặc các sáng chế công nghệ mới sẽ giúp cho doanh nghiệp đó có được lợi thế cạnh tranh trên thị trường. Với lợi ích to lớn mà sức mạnh thị trường mang lại thì không loại trừ chủ sở hữu sẽ lạm dụng độc quyền đối được luật SHTT ghi nhận và bảo vệ đối với các quyền SHTT để gây hại đến môi trường cạnh tranh. Ngoài

1 Department Of Justice, Antitrust And Intellectual Property, January 24, 2003 p3.

2 Department Of Justice, Antitrust And Intellectual Property, January 24, 2003 p2.

3 Louis Kaplow (1985), Extention of Monopoly Power Through Leverage, Colombia Law Review, vol.85: 515.

4 Sally Van Sieten (1996), The Essential Facilities Concept, OECD.

5 Brendan Grealley (2008), The Intersection of IPR and Competition Law Studies Of Recent Developments In European And U.S. Law, pp.179.

ra, một điều dễ nhận thấy về ảnh hưởng của hạn chế cạnh tranh là gia tăng chi phí cho đối thủ⁶. Theo đó, việc các doanh nghiệp có lợi thế cạnh tranh có thể sử dụng quyền SHTT để tạo ra các rào cản gia nhập thị trường và gia tăng các chi phí cho đối thủ cạnh tranh. Như thế, họ có thể tăng giá sản phẩm của mình bằng giá của đối thủ cạnh tranh và kiếm lợi nhuận từ đây và thực hiện sức mạnh thị trường qua sản lượng đầu ra, hoặc họ có thể bán giá thấp hơn giá của đối thủ một cách có lợi và khiến đối thủ phải rời khỏi thị trường qua đó thực hiện thu tóm thị trường. Quyền SHTT có thể làm chiến lược gia tăng chi phí cho đối thủ trở nên dễ dàng nếu công nghệ tạo ra bởi quyền SHTT có giá trị.

Phân tích nội dung những luận thuyết nêu trên cho chúng ta thấy rằng, độc quyền do quyền SHTT mang lại không phải là trường hợp miễn trừ mặc nhiên của luật cạnh tranh. Do đó, các chính sách, nguyên tắc của luật cạnh tranh áp dụng trong quá trình thực thi quyền SHTT dù có minh bạch hay không thì tất cả chúng ta đều chắc chắn rằng nó là hai nhánh của hệ thống pháp luật.

Vì vậy, trong hệ thống pháp luật quốc gia, Luật Cạnh tranh và Luật SHTT là hai nhánh không thể thiếu nhằm xây dựng lợi thế cạnh tranh cho doanh nghiệp nhưng vẫn đảm bảo môi trường cạnh tranh lành mạnh. Tuy nhiên, tùy vào cách thức tiếp cận, xây dựng và thực thi, sự giao thoa, tương đồng này sẽ được thể hiện ở các mức độ khác nhau nhằm tạo nên hiệu quả điều chỉnh pháp luật.

2. Tương quan giữa Luật Cạnh tranh năm 2004 và Luật Sở hữu trí tuệ năm 2005 trong hệ thống pháp luật Việt Nam

Tại Việt Nam, Nghị định số 197/HĐBT ngày 14/12/1982 của Hội đồng Bộ

trưởng ban hành về Điều lệ nhãn hiệu hàng hóa là văn bản pháp lý đầu tiên thể hiện sự bảo vệ của Nhà nước liên quan đến SHTT và sở hữu công nghiệp.

Lần đầu tiên, một văn bản pháp lý đã đặt ra các quy định cụ thể liên quan đến chủ thể, điều kiện và cách thức để bảo hộ nhãn hiệu hàng hóa cũng như các quyền của chủ thể đối với nhãn hiệu được bảo hộ, kể cả quyền độc quyền sử dụng. Điều 15-1 Nghị định số 197/HĐBT quy định: “Bất kỳ cá nhân hoặc tổ chức nào sử dụng nhãn hiệu hàng hoá của người khác mà không được phép hoặc sử dụng những dấu hiệu giống hoặc tương tự có khả năng làm người tiêu dùng nhầm lẫn với nhãn hiệu hàng hoá của người khác cho các loại hàng hoá đã được liệt kê trong danh mục đều bị coi là vi phạm độc quyền sử dụng của chủ nhãn hiệu hàng hoá”.

Sau đó, Nhà nước đã ban hành thêm các văn bản pháp lý để điều chỉnh đa dạng các loại hình quyền SHTT như: Nghị định số 85/HĐBT ngày 13/5/1988 về Ban hành Điều lệ về Kiểu dáng công nghiệp; Nghị định số 200/HĐBT ngày 28/12/1988 quy định về Điều lệ bảo hộ giải pháp hữu ích; Nghị định số 201/HĐBT ngày 28/12/1988 quy định về mua bán quyền sử dụng sáng chế, giải pháp hữu ích; Pháp lệnh về Chuyển giao Công nghệ từ nước ngoài vào Việt Nam ngày 5/12/1988; Pháp lệnh Bảo hộ Quyền sở hữu công nghiệp ngày 11/2/1989; Nghị định 49/HĐBT ngày 4/3/1991 hướng dẫn thi hành Pháp lệnh Chuyển giao công nghệ 1988... Nhưng nhìn chung, các văn bản này tồn tại dưới các hình thức có giá trị pháp lý không cao (chủ yếu dưới hình thức Nghị định), chưa đầy đủ và hiệu quả áp dụng thực tế chưa cao.

Cùng với sự phát triển của nền kinh

6 Ioannis Lianos & Rochelle C. Dreyfuss (2013), *New Challenges in the Intersection of Intellectual Property Rights*

tế thị trường, vai trò của SHTT ngày càng trở nên quan trọng với sự phát triển kinh tế, chính trị, xã hội quốc gia. Điều đó một lần nữa đòi hỏi hệ thống pháp luật phải có các quy định tương thích nhằm tạo ra cơ chế bảo hộ và đảm bảo quyền của các chủ thể có liên quan. Điều 60 Hiến pháp năm 1992 (sửa đổi bổ sung năm 2001) đã khẳng định quyền đầu tư sáng tạo và quyền được bảo vệ các thành quả từ hoạt động đầu tư, sáng tạo là quyền hiến định của công dân. Quy định này tiếp tục được khẳng định tại Hiến pháp năm 2013 “Nhà nước ưu tiên đầu tư và khuyến khích tổ chức, cá nhân đầu tư nghiên cứu, phát triển, chuyển giao, ứng dụng có hiệu quả thành tựu khoa học và công nghệ; bảo đảm quyền nghiên cứu khoa học và công nghệ; bảo hộ quyền SHTT”⁷.

Sau khi Hiến pháp năm 1992 ban hành, Bộ luật Dân sự năm 1995 đã chính thức nâng các quy định về SHTT lên thành luật. Tiếp theo đó là các văn bản dưới luật được ban hành để hướng dẫn các quy định của Bộ luật Dân sự về quyền SHTT như Nghị định số 63/1996/NĐ-CP ngày 24/10/1996 về sở hữu công nghiệp, Nghị định số 12/1999/NĐ-CP ngày 8/3/1999 về Xử phạt hành chính trong lĩnh vực sở hữu công nghiệp. Các văn bản này đã phát huy hiệu quả trên thực tế. Nhiều đối tượng sở hữu công nghiệp đã được đăng ký bảo hộ như sáng chế, giải pháp hữu ích, kiểu dáng công nghiệp, nhãn hiệu hàng hóa. Bên cạnh đó, Việt Nam cũng xúc tiến đàm phán và xem xét để gia nhập các Điều ước quốc tế đa phương và song phương như Công ước Paris, Công ước Berne, Công ước Washington, Thỏa ước Madrid, Hiệp định thương mại song phương (BTA) với Hoa Kỳ...

Đến ngày 29/11/2005, Luật SHTT

- văn bản luật độc lập đầu tiên quy định riêng về SHTT - được ban hành. Luật này chính thức có hiệu lực từ 01/7/2006. Ngày 19/6/2009, nhằm điều chỉnh một số vấn đề cho phù hợp với nhu cầu thực tiễn cũng như đáp ứng yêu cầu của các Điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên, Quốc hội ban hành Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật SHTT năm 2005.

Với các quy định rõ ràng và phù hợp, Luật SHTT năm 2005 (sửa đổi, bổ sung năm 2009) đã tạo ra một cơ chế điều chỉnh hiệu quả hơn. Cụ thể liên quan đến lĩnh vực sở hữu công nghiệp, Luật SHTT đã một lần nữa khẳng định chính sách của Nhà nước về SHTT “Công nhận và bảo hộ quyền SHTT của tổ chức, cá nhân trên cơ sở bảo đảm hài hòa lợi ích của chủ thể quyền SHTT với lợi ích công cộng; không bảo hộ các đối tượng SHTT trái với đạo đức xã hội, trật tự công cộng, có hại cho quốc phòng, an ninh”⁸. Đồng thời đã đưa ra các quy định về phạm vi bảo vệ của Nhà nước đối với các đối tượng khi thỏa mãn các điều kiện theo quy định của pháp luật. Cụ thể:

(i) Văn bằng và hiệu lực của văn bằng bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp

Văn bằng bảo hộ ghi nhận chủ sở hữu sáng chế, kiểu dáng công nghiệp, thiết kế bố trí, nhãn hiệu (sau đây gọi là chủ văn bằng bảo hộ); tác giả sáng chế, kiểu dáng công nghiệp, thiết kế bố trí; đối tượng, phạm vi và thời hạn bảo hộ⁹.

“1. Văn bằng bảo hộ có hiệu lực trên toàn lãnh thổ Việt Nam.

2. Bằng độc quyền sáng chế có hiệu lực từ ngày cấp và kéo dài đến hết hai mươi năm kể từ ngày nộp đơn.

3. Bằng độc quyền giải pháp hữu ích

7 Điều 62 Hiến pháp năm 2013

8 Điều 8 Luật SHTT năm 2005 sửa đổi, bổ sung năm 2009.

9 Khoản 1 Điều 92 Luật SHTT 2005.

có hiệu lực từ ngày cấp và kéo dài đến hết mười năm kể từ ngày nộp đơn.

4. Bằng độc quyền kiểu dáng công nghiệp có hiệu lực từ ngày cấp và kéo dài đến hết năm năm kể từ ngày nộp đơn, có thể gia hạn hai lần liên tiếp, mỗi lần năm năm.

5. Giấy chứng nhận đăng ký thiết kế bố trí mạch tích hợp bán dẫn có hiệu lực từ ngày cấp và chấm dứt vào ngày sớm nhất trong số những ngày sau đây:

a) Kết thúc mười năm kể từ ngày nộp đơn;

b) Kết thúc mười năm kể từ ngày thiết kế bố trí được người có quyền đăng ký hoặc người được người đó cho phép khai thác thương mại lần đầu tiên tại bất kỳ nơi nào trên thế giới;

c) Kết thúc mười lăm năm kể từ ngày tạo ra thiết kế bố trí.

6. Giấy chứng nhận đăng ký nhãn hiệu có hiệu lực từ ngày cấp đến hết mười năm kể từ ngày nộp đơn, có thể gia hạn nhiều lần liên tiếp, mỗi lần mười năm.

7. Giấy chứng nhận đăng ký chỉ dẫn địa lý có hiệu lực vô thời hạn kể từ ngày cấp¹⁰.

(ii) Quyền của chủ sở hữu

Chủ sở hữu đối tượng sở hữu công nghiệp có các quyền tài sản sau đây:

“a) Sử dụng, cho phép người khác sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp theo quy định tại Điều 124 và Chương X của Luật SHTT 2005;

b) Ngăn cấm người khác sử dụng đối

tượng sở hữu công nghiệp theo quy định tại Điều 125 của Luật SHTT 2005;

c) Định đoạt đối tượng sở hữu công nghiệp theo quy định tại Chương X của Luật SHTT 2005”¹¹.

Thông qua các quy định nêu trên, Luật SHTT ghi nhận cho chủ sở hữu các quyền độc quyền khai thác và ngăn cản các chủ thể khác xâm phạm đến các quyền SHTT đã được bảo hộ¹².

Chính điều đó đã giúp chủ sở hữu hình thành một lợi thế cạnh tranh, một quyền lực thị trường đối với những người muốn tiếp cận tài sản trí tuệ và sức mạnh thị trường lại chính là một trong những đối tượng điều chỉnh của pháp luật cạnh tranh. Đó chính là nguyên nhân để các nhà nghiên cứu cho rằng, cần phải sử dụng các quy định của pháp luật cạnh tranh để can thiệp vào các quan hệ SHTT. Theo đó, việc thực hiện quyền SHTT không được phép xâm phạm lợi ích của Nhà nước, lợi ích công cộng, quyền và lợi ích hợp pháp của tổ chức, cá nhân khác và không được vi phạm các quy định khác của pháp luật có liên quan¹³.

Vì những lý do nêu trên, trong quy định của mình, pháp luật không chỉ hướng đến bảo vệ quyền độc quyền của chủ sở hữu quyền SHTT mà còn hướng đến bảo vệ lợi ích của Nhà nước, của xã hội và của người tiêu dùng, tức là pháp luật phải cân bằng được giữa lợi ích riêng của chủ sở hữu và lợi ích chung của cộng đồng. Trong trường hợp lợi ích công cộng lớn hơn lợi ích của chủ sở hữu thì pháp luật phải hướng đến bảo vệ lợi ích công cộng, điều đó dẫn đến các ngoại lệ của quyền độc quyền của chủ sở

10 Điều 93 Luật SHTT năm 2005.

11 Khoản 1 Điều 123 Luật SHTT năm 2005.

12 “Tổ chức, cá nhân có quyền áp dụng các biện pháp mà pháp luật cho phép để tự bảo vệ quyền SHTT của mình và có trách nhiệm tôn trọng quyền SHTT của tổ chức, cá nhân khác” Điều 9 văn bản số 19/VBHN-VPQH hợp nhất Luật SHTT.

13 Khoản 2 Điều 7 Luật SHTT năm 2005.

hữu quyền SHTT. Trong một số trường hợp đặc biệt, pháp luật cấm hoặc hạn chế chủ thể quyền SHTT thực hiện quyền của mình hoặc buộc chủ thể quyền SHTT phải cho phép tổ chức, cá nhân khác sử dụng một hoặc một số quyền của mình¹⁴. Như vậy, trong mối quan hệ với pháp luật cạnh tranh, quyền độc quyền của chủ sở hữu quyền SHTT có thể bị phá vỡ trong một vài trường hợp đặc biệt. Một trong những trường hợp đó là khi chủ sở hữu quyền SHTT thực hiện các hành vi hạn chế cạnh tranh bị cấm. Tuy nhiên, Luật SHTT không quy định cụ thể thế nào là hành vi hạn chế cạnh tranh¹⁵. Trong khi đó, thực tế việc thực thi quyền sở hữu có nhiều khả năng làm phát sinh, tồn tại một số hành vi hạn chế cạnh tranh nếu chủ sở hữu lạm dụng lợi thế cạnh tranh có được từ việc nắm giữ các tài sản SHTT¹⁶ với sức mạnh khó cưỡng của độc quyền, của quyền lực thị trường và siêu lợi nhuận.

Luật Cạnh tranh được ban hành năm 2004, có hiệu lực từ tháng 7 năm 2005 được áp dụng cho tổ chức, cá nhân kinh doanh (sau đây gọi chung là doanh nghiệp) bao gồm cả doanh nghiệp sản xuất, cung ứng sản phẩm, dịch vụ công ích, doanh nghiệp hoạt động trong các ngành, lĩnh vực thuộc độc quyền nhà nước và doanh nghiệp nước ngoài hoạt động ở Việt Nam; hiệp hội ngành nghề hoạt động ở Việt Nam¹⁷ với phạm vi áp dụng liên quan đến các hành vi hạn chế cạnh tranh, hành vi cạnh tranh không lành mạnh, trình tự, thủ tục giải quyết vụ việc cạnh tranh, biện pháp xử lý vi phạm pháp luật về cạnh tranh¹⁸.

Trong tương quan so sánh với các quy định của Luật SHTT thì có thể thấy rằng, hiện nay hành vi hạn chế cạnh tranh liên quan đến quyền SHTT chưa được ghi nhận và điều chỉnh một cách cụ thể bởi hai văn bản pháp luật này.

Hành vi hạn chế cạnh tranh là hành vi của doanh nghiệp làm giảm, sai lệch, cản trở cạnh tranh trên thị trường, bao gồm hành vi thoả thuận hạn chế cạnh tranh, lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường, lạm dụng vị trí độc quyền và tập trung kinh tế¹⁹. Được xác định với 3 nhóm hành vi cụ thể: Thoả thuận hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể (Điều 8); Lạm dụng vị trí thống lĩnh hoặc vị trí độc quyền (Điều 13 và 14); Tập trung kinh tế gây hạn chế cạnh tranh (Điều 18).

Như vậy, xét trong mối quan hệ với pháp luật cạnh tranh thì các hành vi hạn chế cạnh tranh được các chủ thể quyền sở hữu thực hiện (nếu có) là mối quan hệ giữa luật chung và luật riêng điều chỉnh về các hành vi hạn chế cạnh tranh trên thị trường. Đồng thời, trong trường hợp có sự khác nhau giữa quy định của Luật Cạnh tranh với quy định của luật khác về hành vi hạn chế cạnh tranh, cạnh tranh không lành mạnh thì áp dụng quy định của pháp luật cạnh tranh²⁰.

Do đó, trong mối quan hệ với pháp luật cạnh tranh, việc thực thi quyền SHTT phải tuân thủ các quy định của pháp luật cạnh tranh nhằm đảm bảo môi trường cạnh tranh lành mạnh nhưng cũng không thể loại bỏ đặc thù của quyền độc quyền trong SHTT của chủ sở hữu.

14 Xem khoản 4 Điều 3, Điều 10 Bộ luật Dân sự năm 2015, Điều 7 và khoản 1 Điều 8 Luật SHTT năm 2005.

15 Luật chỉ quy định cụ thể về các hành vi cạnh tranh không lành mạnh tại Điều 130

16 Quyền sở hữu công nghiệp là quyền của tổ chức, cá nhân đối với sáng chế, kiểu dáng công nghiệp, thiết kế bố trí mạch tích hợp bán dẫn, nhãn hiệu, tên thương mại, chỉ dẫn địa lý, bí mật kinh doanh do mình sáng tạo ra hoặc sở hữu và quyền chống cạnh tranh không lành mạnh. (khoản 4 Điều 4 Luật SHTT năm 2005).

17 Điều 2 Luật Cạnh tranh năm 2004.

18 Điều 1 Luật Cạnh tranh năm 2004.

19 Khoản 3 Điều 3 Luật Cạnh tranh năm 2004.

20 Khoản 1 Điều 5 Luật Cạnh tranh năm 2004.

Tuy nhiên, trên thực tế thì giữa hai văn bản pháp luật này chưa có sự kết nối đồng bộ dẫn đến các quy định dẫn chiếu trở nên rời rạc, hiệu quả thực thi không cao²¹. Không chỉ ở khía cạnh cơ quan có thẩm quyền thực thi mà ngay các các quy định điều chỉnh cũng còn nhiều bất cập. Bởi lẽ, theo cách tiếp cận của Luật Cạnh tranh thì quyền SHTT nói chung và quyền sở hữu công nghiệp nói riêng là một trong những yếu tố tạo nên khả năng gây hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể của các doanh nghiệp nắm giữ²². Điều đó có nghĩa là việc thực thi quyền SHTT của các chủ sở hữu sẽ gây ra hành vi hạn chế cạnh tranh khi thị phần chiếm 30% trở lên, bất chấp đó là quyền đương nhiên của chủ sở hữu đã được Luật SHTT thừa nhận. Một ví dụ điển hình là hành vi từ chối chuyển giao quyền SHTT và hành vi bán kèm trong hợp đồng chuyển giao quyền SHTT.

Từ chối chuyển giao quyền SHTT là việc chủ sở hữu quyền SHTT từ chối không cấp phép sử dụng quyền SHTT của mình cho bất kỳ chủ thể nào khác. Hiện nay, theo quy định của pháp luật cạnh tranh, chỉ cần chủ thể (doanh nghiệp) nắm giữ quyền SHTT có vị trí thống lĩnh trên thị trường (chiếm 30% thị phần liên quan) thực hiện hành vi từ chối chuyển giao quyền SHTT thì bị xem là hành vi vi phạm pháp luật cạnh tranh. Hay nói cách khác, hành vi từ chối chuyển giao quyền SHTT sẽ bị xem là hành vi vi phạm mặc nhiên theo quy định của Luật Cạnh tranh khi bên thực hiện có thị phần từ 30%²³. Điều này sẽ tác động tiêu cực đến hoạt động đầu

tư sáng tạo của các chủ thể. Bởi lẽ, một trong những yếu tố tạo nên độc quyền cho chủ sở hữu quyền SHTT đó là quyền tự do lựa chọn đối tác kinh doanh và định đoạt tài sản của mình. Do đó, để xem xét tác động của hành vi từ chối chuyển giao chúng ta phải xem xét dưới cả 2 khía cạnh (i) ảnh hưởng của nó đến thị trường cạnh tranh (dưới góc độ của pháp luật cạnh tranh) và (ii) tác động của nó đối với hoạt động đầu tư, sáng tạo (dưới góc độ của luật SHTT). Do vậy, để cân bằng lợi ích của các chủ thể thì cần phải xem xét, đánh giá tính hạn chế cạnh tranh của hành vi từ chối chuyển giao trên nguyên tắc cân bằng hợp lý thay vì nguyên tắc vi phạm mặc nhiên theo cách thức tiếp cận của luật cạnh tranh hiện hành. Theo đó, chúng ta cần học hỏi kinh nghiệm của Hoa Kỳ, của Châu Âu (EU) khi xem xét hành vi từ chối chuyển giao quyền SHTT trong mối quan hệ với pháp luật cạnh tranh, phải được tiếp cận theo hướng thừa nhận quyền từ chối chuyển giao là một trong những quyền cơ bản của chủ thể nắm quyền SHTT và việc thực hiện quyền đó chỉ bị xem là hành vi vi phạm pháp luật cạnh tranh khi nó tác động tiêu cực đến môi trường cạnh tranh, bóp méo thị trường và ảnh hưởng đến quá trình đầu tư sáng tạo cũng như lợi ích chung của người tiêu dùng thông qua các dấu hiệu: Hành vi của người nắm quyền cấu thành nên hành vi từ chối cấp phép (chuyển giao); Người nắm quyền có vị trí thống lĩnh trên thị trường liên quan; Quyền SHTT là hoàn toàn cần thiết để thực hiện hoạt động kinh tế trong thị trường thứ

21 Cục Quản lý cạnh tranh (2014), Báo cáo rà soát pháp luật cạnh tranh với pháp luật chuyên ngành, tr. 53.

22 Khả năng gây hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể của doanh nghiệp trên thị trường liên quan được xác định dựa vào một hoặc một số căn cứ chủ yếu sau đây:

1. Năng lực tài chính của doanh nghiệp...

5. Năng lực công nghệ.

6. Quyền sở hữu, quyền sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp.

7. Quy mô của mạng lưới phân phối

(Nghị định số 116/2005/NĐ-CP hướng dẫn thi hành Luật Cạnh tranh năm 2004).

23 Bùi Thị Hằng Nga (2017), Từ chối chuyển giao quyền SHTT dưới góc nhìn của pháp luật cạnh tranh, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số tháng 04/2017 tr 7.

cấp; Từ chối chuyển giao có tác động bóp méo thị trường thứ cấp; Từ chối chuyển giao không có cơ sở khách quan và yêu cầu trách nhiệm về nghĩa vụ chuyển giao không ảnh hưởng tiêu cực đối với việc khuyến khích đầu tư lâu dài và sáng tạo; Từ chối chuyển giao ngăn cản sự xuất hiện của sản phẩm mới mà khách hàng tiềm năng có nhu cầu hoặc bắt buộc chuyển giao là hoàn toàn cần thiết cho các hoạt động đổi mới, sáng tạo tiếp theo²⁴.

Tương tự, hành vi bán kèm trong chuyển giao quyền sử dụng quyền SHTT cũng sẽ là hợp lý, hiển nhiên khi mà sản phẩm chính và sản phẩm bán kèm được xác định là các thành phần không thể tách rời của một gói công nghệ. Nếu hai sản phẩm có liên hệ với nhau theo chiều dọc, sản phẩm này là nguyên liệu của quá trình sản xuất sản phẩm kia hoặc các sản phẩm được đính kèm, gắn liền nhau nhằm tạo thành chất lượng của sản phẩm hoặc tính đồng bộ của dây chuyền công nghệ thì việc ràng buộc đó là cần thiết nhằm duy trì hay tăng danh tiếng đối với chất lượng, độ tin cậy đối với hàng hóa, dịch vụ và tính nguyên vẹn của công nghệ. Do đó, trường hợp này pháp luật cần thừa nhận nó như một thỏa thuận cần có trong hợp đồng chuyển giao quyền SHTT. Ngược lại, nếu bên chuyển giao quyền lạm dụng điều đó nhằm đạt được vị trí độc quyền trên thị trường, tác động tiêu cực đến môi trường cạnh tranh thì thỏa thuận đó phải bị nghiêm cấm²⁵.

Vì vậy, nếu chỉ dựa vào yếu tố thị phần, hay mục đích thể hiện ra bên ngoài của các thỏa thuận bán kèm (đối với các trường hợp xin miễn trừ) theo cách tiếp cận hiện nay của Luật Cạnh tranh năm 2004 để xem xét chấp

thuận hoặc không chấp thuận đối với mọi thỏa thuận bán kèm là một quy định không khả thi, hợp lý, mà phải tùy vào từng trường hợp, vụ việc cụ thể với các phân tích, đánh giá tác động của các thỏa thuận đó trong mối quan hệ với lợi ích mà thỏa thuận ấy mang lại nhằm đưa ra quyết định cho phép hay không cho phép thỏa thuận bán kèm.

Do vậy, chúng tôi cho rằng, pháp luật cần đưa ra các nguyên tắc, căn cứ để xem xét, kết luận trường hợp nào thỏa thuận bán kèm sẽ được chấp thuận, trường hợp nào sẽ bị ngăn cấm trong mối quan hệ tổng hòa giữa đặc trưng của quyền SHTT và pháp luật cạnh tranh. Còn cụ thể, thỏa thuận nào đó có vi phạm pháp luật, bị ngăn cấm hay không sẽ thuộc thẩm quyền của Cục Quản lý cạnh tranh. Tương tự như hệ thống pháp luật của Hoa Kỳ và Châu Âu đang thực thi.

Theo đó, trong mối quan hệ với pháp luật SHTT thì pháp luật cạnh tranh của Hoa Kỳ và Châu Âu chỉ ngăn cấm một thỏa thuận bán kèm nếu thỏa mãn cả 5 tiêu chí sau đây: Sản phẩm chính và sản phẩm được bán kèm là hai sản phẩm riêng biệt dưới góc độ người tiêu dùng; Doanh nghiệp thực hiện thỏa thuận bán kèm có vị trí thống lĩnh trên thị trường sản phẩm bán kèm; Thông qua hành vi bán kèm, doanh nghiệp đó không cho phép khách hàng được mua sản phẩm chính mà không phải mua sản phẩm bán kèm; Hành vi bán kèm hạn chế cạnh tranh; Hành vi này không thể biện minh một cách hợp lý²⁶.

Tóm lại, việc tiếp cận các hành vi hạn chế cạnh tranh dựa trên thị phần của chủ thể thực hiện hành vi trong mối tương quan với Luật SHTT mà không tính đến các đặc

24 Bùi Thị Hằng Nga (2017), Từ chối chuyển giao quyền SHTT dưới góc nhìn của pháp luật cạnh tranh, tldd.

25 Bùi Thị Hằng Nga (2017), Thỏa thuận bán kèm trong hợp đồng chuyển quyền sử dụng quyền SHTT dưới góc nhìn pháp luật cạnh tranh, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số tháng 09/2017 tr. 31.

26 TS Nguyễn Thanh Tú (2010), Pháp luật cạnh tranh chuyển giao công nghệ và hiệp định TRIPS- Kinh nghiệm cho Việt Nam, Nxb. Chính trị Quốc gia, tr. 189.

thù của quyền SHTT là một quy định không hợp lý; việc ghi nhận và thực hiện các quy định đó về lâu dài có thể xóa bỏ động lực sáng tạo của các chủ thể khi mà quyền độc quyền của họ sẽ mặc nhiên bị xóa bỏ nếu họ có được sức mạnh thị trường - điều mà họ đã mặc nhiên có được từ việc nắm giữ quyền SHTT như một lợi thế cạnh tranh.

3. Thay cho lời kết

Rõ ràng, với các phân tích nêu trên thì pháp luật Việt Nam hiện nay chưa tạo được một cách tiếp cận có hệ thống về sự tương quan giữa hai văn bản pháp luật này²⁷. Bởi dưới góc độ thực thi pháp luật cạnh tranh, khía cạnh độc quyền có được từ việc nắm giữ quyền SHTT chưa được xem xét và chú trọng. Điều đó ít nhiều đã ảnh hưởng đến quyền của chủ sở hữu trong quá trình thực thi, khai thác các phát minh, sáng chế của mình. Bên cạnh sự thiếu kết nối đồng bộ về nội dung thì hiệu quả thực thi qua lại giữa hai văn bản pháp luật này còn kém hiệu quả²⁸. Thực tế cho thấy, hoạt động quản lý nhà nước liên quan đến việc thực thi quyền SHTT liên quan đến cạnh tranh thuộc về các chủ thể khác nhau, trong khi đó, giữa cơ quan cạnh tranh với cơ quan quản lý về SHTT lại chưa có cơ chế phối hợp hiệu quả. Mặc khác, thực tế đã chứng minh rằng, việc sử dụng các quy định của pháp luật cạnh tranh để đánh giá về hậu quả hạn chế cạnh tranh liên quan đến hoạt động thực thi quyền SHTT phải được xem xét dưới nhiều khía cạnh theo nguyên tắc cân bằng, hợp lý²⁹. Vì vậy, để việc thực thi các quy định của pháp luật có hiệu quả thì nhất định cần có sự phối hợp giải quyết giữa các cơ quan có liên quan.

Vì vậy, theo chúng tôi, cần bổ sung quy định về các căn cứ pháp lý để khẳng định rằng, trong một số trường hợp, pháp luật cạnh tranh cần phải thừa nhận sự hình thành và tồn tại hợp pháp của độc quyền có được từ quyền SHTT. Nghĩa là trong trường hợp này, với các đặc thù của quyền SHTT, pháp luật cạnh tranh cần phải thừa nhận sự độc quyền của chủ sở hữu trong việc khai thác, sử dụng cũng như cho phép hoặc ngăn cản chủ thể khác khai thác, sử dụng quyền SHTT của mình thậm chí là áp đặt các điều kiện, các điều khoản độc quyền trong hợp đồng chuyển giao quyền SHTT bởi các quy định mang tính chất ngoại lệ của các hành vi hạn chế cạnh tranh. Ngoại lệ này có thể được thể hiện thông qua các tiêu chí để xem xét tính hạn chế cạnh tranh của việc thực thi quyền SHTT không chỉ dựa trên yếu tố thị phần hoặc có thể thông qua các điều khoản mang tính chất miễn trừ cho việc thực thi quyền SHTT.

Bên cạnh đó, cần phải xây dựng được cơ chế phối hợp giữa cơ quan quản lý cạnh tranh với cơ quan quản lý về SHTT. Cơ chế phối hợp đó cần được xem xét và xây dựng trên nhiều khía cạnh từ xây dựng, hoàn thiện các quy định của pháp luật liên quan nhằm loại bỏ các xung đột, chồng lấn, đồng thời cũng cần có cơ chế phối hợp về việc trao đổi thông tin và xử lý các hành vi vi phạm có liên quan ■

27 R Ian McEwin, Intellectual Property, Competition Law And Economics In Asia p. 315-319.

28 Cục Quản lý cạnh tranh (2014), Báo cáo rà soát pháp luật cạnh tranh với pháp luật chuyên ngành, t.tđd.

29 Nguyên tắc cân bằng hợp lý (The rule of reason) là học thuyết tư pháp cho rằng một hành vi thương mại vi phạm luật Sherman chỉ khi hành vi thương mại đó là một “rào cản thương mại bất hợp lý”, dựa trên các yếu tố kinh tế cụ thể trong vụ việc được xem xét. Xem: Hãng Nga, Thỏa thuận hạn chế cạnh tranh trong hợp đồng nhượng quyền thương mại, Nxb. Tổng hợp, 2009, tr. 21.

MỘT SỐ VẤN ĐỀ TRONG CÔNG TÁC LUÂN CHUYỂN CÁN BỘ LÃNH ĐẠO, QUẢN LÝ

Bùi Ngọc Thanh*

* TS. Nguyên Chủ nhiệm Văn phòng Quốc hội.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: luân chuyển cán bộ lãnh đạo, quản lý; đào tạo, bồi dưỡng cán bộ; Nghị quyết số 11-NQ/TW; doanh nghiệp nhà nước; cơ quan quản lý nhà nước

Lịch sử bài viết:

Nhận bài: 12/9/2017

Biên tập: 20/09/2017

Duyệt bài: 27/09/2017

Article Infomation:

Keywords: rotation of the leading cadres, managers; training and fostering cadres; Resolution No. 11-NQ/TW; state enterprises; state administration agencies

Article History:

Received: 12 Sep. 2017

Edited: 20 Sep. 2017

Approved: 27 Sep. 2017

Tóm tắt:

Luân chuyển cán bộ lãnh đạo, quản lý là một chủ trương lớn, quan trọng trong công tác cán bộ của Đảng, Nhà nước ta. Bài viết bàn về công tác luân chuyển cán bộ lãnh đạo, quản lý trên ba phương diện: luân chuyển cán bộ lãnh đạo, quản lý từ các đơn vị sản xuất kinh doanh về làm lãnh đạo các cơ quan quản lý nhà nước; luân chuyển cán bộ lãnh đạo, quản lý qua lại giữa các ngành, các lĩnh vực; và một số trường hợp luân chuyển chưa được nhìn nhận đầy đủ về chuyên môn, nghiệp vụ.

Abstract:

That the personnel rotation of the leading cadres, managers is a important, major policy in the personnel organization of the cadres by the Party and State of Vietnam. This article provides the discussions of the personnel rotation of leading and managerial officials in three aspects: the rotation of the leading officials and managers from the state-owned production and business entities as the leaders of state administration agencies; the crossing rotation of the leading officials among the sectors, areas; and in some cases, the rotation in the the unseen expertise, business sectors.

Nghị quyết số 11-NQ/TW ngày 25/01/2002 của Bộ Chính trị (khóa IX) về việc luân chuyển cán bộ lãnh đạo và quản lý đã quy định: “Nói chung chỉ luân chuyển cán bộ lãnh đạo, quản lý, không luân chuyển cán bộ làm công tác chuyên môn, nghiệp vụ”. Sau 10 năm thực

hiện, Bộ Chính trị khóa XI đã nhận định: “Công tác luân chuyển, đào tạo, bồi dưỡng, bố trí, sử dụng cán bộ về cơ bản đã được thực hiện theo quy hoạch... Hầu hết cán bộ qua luân chuyển đều có bước trưởng thành, tích lũy được nhiều kinh nghiệm thực tiễn, có quan điểm nhìn nhận và phương pháp

lãnh đạo, chỉ đạo toàn diện hơn, sát thực tế hơn”¹. Đồng thời Bộ Chính trị cũng chỉ rõ những hạn chế trong quá trình thực thi Nghị quyết, trong đó có hạn chế: “Việc lựa chọn địa bàn, chức danh luân chuyển trong một số trường hợp còn bất hợp lý, thậm chí trái ngành, trái nghề, vừa không đáp ứng được yêu cầu đào tạo, vừa hạn chế sự đóng góp của cán bộ luân chuyển”². Để góp phần bảo đảm cho việc thực hiện Nghị quyết số 11-NQ/TW đạt được những kết quả cao hơn nữa, chúng tôi xin được bàn thêm mấy vấn đề phát sinh từ thực tế và đề xuất một số kiến nghị cụ thể.

1. Luân chuyển cán bộ lãnh đạo, quản lý từ các đơn vị sản xuất kinh doanh về làm lãnh đạo các cơ quan quản lý nhà nước

Các “chiều luân chuyển” trên thực tế khá đa dạng: luân chuyển từ các cơ quan trung ương về các địa phương và ngược lại; luân chuyển trong nội bộ một ngành; luân chuyển giữa các ngành khác nhau; luân chuyển từ các cơ quan đảng, đoàn thể sang các cơ quan quản lý nhà nước và ngược lại; luân chuyển từ các cơ sở sản xuất kinh doanh sang các cơ quan đảng, đoàn thể và quản lý nhà nước.... Trong đó, “chiều luân chuyển” từ các đơn vị sản xuất kinh doanh về các cơ quan quản lý nhà nước có những vấn đề rất đáng quan tâm. Về lịch sử, không chỉ từ khi có Nghị quyết 11-NQ/TW mới có sự luân chuyển này, mà từ nhiều nhiệm kỳ trước đây cho đến trước khi có Nghị quyết 11-NQ/TW, đã có sự điều động, luân chuyển mạnh mẽ nhằm đáp ứng yêu cầu nhiệm vụ cách mạng trong từng giai đoạn. Từ năm 1976, việc luân chuyển, điều động cán bộ lãnh đạo từ các cơ sở sản xuất kinh doanh về các bộ, ngành trung ương và sở, ngành địa phương được thực hiện thường xuyên như một yêu cầu thiết yếu. Nhiệm kỳ

nào cũng có sự luân chuyển này (nhiều nhất là các nhiệm kỳ 1981-1987 và 1987-1992). Nhiều chức danh trong Chính phủ, trong Ủy ban nhân dân cấp tỉnh mà người nắm giữ các chức danh đó đều có nguồn gốc từ cơ sở, từ cấp dưới. Căn cứ để lựa chọn điều động, luân chuyển khi ấy có lẽ chủ yếu là bề dày thành tích vượt trội về điều hành, quản lý đơn vị của người đứng đầu cơ sở. Họ được điều động lên lãnh đạo, quản lý một lĩnh vực, “thủ lĩnh” của một ngành ở cấp tỉnh, ở trung ương. Nhưng chỉ ít lâu sau không ít người trong số đó đã lần lượt rời khỏi vị trí công tác, có người còn bị kỷ luật. Gần đây, tuy không nhiều nhưng vẫn còn tình trạng đó. Thành tích và năng lực lãnh đạo, điều hành của họ ở đơn vị cơ sở trước đây cũng bị nhạt nhòa cùng với vị trí “người đứng đầu” lĩnh vực, ngành hiện tại mà họ không kham nổi. Vì sao lại như thế? Đó là câu hỏi cần có lời giải.

Trước hết, ai đó đã đem đồng nhất hai loại cán bộ lãnh đạo với nhau. Loại cán bộ lãnh đạo, quản lý sản xuất kinh doanh tác nghiệp, tổ chức thực hiện cụ thể ở đơn vị cơ sở và loại cán bộ lãnh đạo, quản lý nhà nước của một lĩnh vực, “thiết kế”, định hướng chủ trương, xây dựng luật pháp, cơ chế, chính sách có tính chất điều tiết ở tầm vĩ mô (cấp trung ương). Thực tế cho thấy, nội dung và yêu cầu công việc của hai loại cán bộ này rất khác nhau, do đó yêu cầu đào tạo, bồi dưỡng họ cũng rất khác nhau. Đối với loại cán bộ quản lý sản xuất kinh doanh ở các đơn vị cơ sở thì phạm vi hoạt động của họ chủ yếu là phục vụ cho doanh nghiệp mình. Nội dung và yêu cầu hoạt động chính là hiệu quả kinh tế cụ thể (mức lợi nhuận đạt được) thông qua trình độ tổ chức, quản lý, sử dụng vốn, vật tư và lao động sống của doanh nghiệp. Để đạt được hiệu quả kinh tế cao, họ phải rất giỏi quản lý, điều hành, hạch toán kinh tế.

1 Kết luận số 24-KL/TW ngày 5/6/2012 của Bộ Chính trị về Đẩy mạnh công tác quy hoạch và luân chuyển cán bộ lãnh đạo, quản lý đến năm 2020 và những năm tiếp theo.

2 Kết luận số 24-KL/TW ngày 5/6/2012 của Bộ Chính trị, tidd.

Trong khi đó, loại cán bộ “thiết kế” hoạch định chủ trương, xây dựng luật pháp, cơ chế, chính sách điều tiết vĩ mô (ở trung ương) có phạm vi hoạt động là cả một lĩnh vực trên quy mô toàn quốc với trách nhiệm hướng dẫn, kiểm tra, “cho phép” hoặc ngăn chặn hay khuyến khích... Sản phẩm của loại cán bộ này là cả một hệ thống luật pháp, cơ chế, chính sách do chính họ đề xuất và được Nhà nước chấp thuận, thông qua. Hiệu quả hoạt động là mức độ tiến bộ, đi lên của một ngành, một lĩnh vực trong toàn bộ nền kinh tế - xã hội.

Nếu cho rằng, cán bộ có nhiệt huyết, có phẩm chất, đã làm tốt việc này thì chắc chắn cũng làm tốt được việc kia; cứ thế rồi đem một người đang lãnh đạo, quản lý kinh doanh ở cơ sở đặt ngay vào vị trí “người đứng đầu” quản lý nhà nước của một ngành, một lĩnh vực đòi hỏi phải có tư duy khái quát cao mà không có sự chuẩn bị kỹ càng, chu đáo thì rõ ràng là khó thành công, đôi khi còn làm thui chột cán bộ. Chúng ta thấy rất rõ, hai loại tư duy của cán bộ lãnh đạo, quản lý có sự khác nhau về căn bản: Sản xuất kinh doanh (đặc biệt là trong nền kinh tế thị trường) đòi hỏi người quản lý phải nhanh nhạy, quyết đoán mau lẹ, chóng vánh (mà người ta nói là phải biết “chớp thời cơ”) thì mới cạnh tranh thắng lợi, mới đứng vững trên thương trường được. Tư duy của người làm luật pháp, chính sách, cơ chế lại đòi hỏi vừa phải nhạy bén, vừa phải điềm tĩnh suy nghĩ chín chắn, tổng kết thực tiễn, khái quát tình hình và rút ra những điểm chung có tính toàn quốc, những nét riêng có tính chất vùng miền, địa phương; điều kiện áp dụng “đại trà”, điều kiện áp dụng riêng lẻ và có những việc phải thử nghiệm nhiều lần rồi mới quyết định... Nhiều việc cũng rất khẩn trương nhưng phải bảo đảm mức độ thành công cao, không được phép “nóng gáy”, quyết sai. Ở cơ sở, nếu quyết sai thì thiệt hại chỉ trong phạm vi một đơn vị; ở tầm vĩ mô, quyết sai thì cả nước gánh chịu tổn thất. Bởi vậy, không thể đem tư duy “chớp thời cơ”, “chớp cơ hội” (mà đôi khi thời cơ, cơ hội bị

biến thành “chộp giật”) vào công việc đại sự như dự thảo luật, dự thảo chính sách hay cơ chế được.

Nói như vậy hoàn toàn không có nghĩa là chiều luân chuyển từ quản lý sản xuất kinh doanh sang quản lý nhà nước không thực hiện được. Tuy nhiên, để bảo đảm việc luân chuyển đáp ứng được yêu cầu và mục tiêu đề ra, cần phải đổi mới cách làm. Đổi mới ở đây chỉ là làm cho đúng, cho hoàn chỉnh các công đoạn của một quá trình. Nghĩa là phải phát huy cách làm đúng đắn, hợp lý, “đúng quy trình” của những trường hợp đã thành công trong thời gian qua. Đó là, người được luân chuyển phải có thời gian cần thiết làm quen với công việc mới ở môi trường mới. Ví dụ, một cán bộ lãnh đạo, quản lý sản xuất kinh doanh được luân chuyển về một bộ, một ngành, trước hết nên bố trí làm việc ở một đơn vị có tính chất đầu mối, tổng hợp (nơi mọi công việc chuyên môn, nghiệp vụ chủ yếu đều có công đoạn phải đi qua đơn vị tổng hợp này) để nắm bắt được các khối công việc và mối liên hệ giữa các khối công việc đó (cũng là mối quan hệ giữa các đơn vị trong cơ quan). Sau đó có thể làm trợ lý để giúp xử lý một số công việc chung hoặc làm thứ trưởng (hay tương đương) điều hành một khối công việc cụ thể. Với cách làm này, người được luân chuyển có điều kiện “kiểm nghiệm” mức độ đúng đắn, chính xác những công việc ở tầm vĩ mô bằng bề dày kinh nghiệm lãnh đạo, quản lý ở cơ sở mà mình đã kinh qua. Thời gian làm các công việc trên bao lâu là do “tư lệnh ngành” và cơ quan tổ chức có thẩm quyền quyết định trên cơ sở hiệu quả công việc mà cán bộ đó đạt được. Sau đó mới chính thức đảm trách chức danh “người đứng đầu”.

2. Luân chuyển cán bộ lãnh đạo, quản lý qua lại giữa các ngành, các lĩnh vực

Luân chuyển cán bộ lãnh đạo, quản lý qua lại giữa các ngành, các lĩnh vực là việc luân chuyển cán bộ quản lý nhà nước sang quản lý doanh nghiệp; quản lý khoa

học sang quản lý các ngành, lĩnh vực khác và ngược lại...

Thực trạng, có một số cán bộ lãnh đạo, quản lý nghiên cứu khoa học thuộc loại giỏi đã được luân chuyển làm lãnh đạo, quản lý doanh nghiệp, quản lý nhà nước ở các ngành, các cấp; sau một thời gian, có người trụ được và phát huy tốt, nhưng cũng có người không trụ nổi. Khi đó, người không trụ nổi thì kiến thức khoa học bị mai một và lâm vào tình thế “tiến thoái lưỡng nan”, trở lại với khoa học thì đã tụt hậu, không bắt kịp, mà tiếp tục làm quản lý nhà nước thì “quản” không được. Tình huống này cũng cần được xem xét khắc phục. Ở đây đã có sự nhìn nhận chưa đầy đủ, toàn diện; chưa phân biệt rõ ràng nội dung và tiến trình thực hiện công việc của cán bộ lãnh đạo, quản lý khoa học với cán bộ lãnh đạo quản lý doanh nghiệp, quản lý nhà nước. Nếu cho rằng, một nhà lãnh đạo nghiên cứu khoa học giỏi ắt cũng giỏi về quản lý doanh nghiệp, quản lý nhà nước, thì việc “tuyệt đối hóa” như thế e có phần ngộ nhận. Trên thực tế, có thể có nhiều cấp độ khác nhau, nhưng dễ hiểu thì coi như có hai cấp độ chính, một là phát huy tốt và hai là, khó hoặc không phát huy được.

Nội dung và quy trình làm việc của quản lý khoa học và quản lý nhà nước, quản lý doanh nghiệp có nhiều khác biệt, trong đó có sự khác biệt xa về thời gian tiến hành công việc. Nghiên cứu khoa học (thực sự nghiêm túc) là công việc có sự vất vả, khó nhọc dài hơi. Vì thế, tùy theo tính chất và nội dung mà thời gian thực hiện đề tài nghiên cứu có thể là một năm hoặc vài ba năm, thậm chí 5 năm và nếu là nghiên cứu cơ bản thì còn lâu hơn nữa. Trong thời gian đó, lãnh đạo cũng như các nghiên cứu viên hầu như chỉ tập trung suy nghĩ chủ yếu xung quanh đề tài đang được thực hiện để đạt được mức độ chất lượng cao nhất. Trong quản lý nhà nước, quản lý sản xuất kinh doanh (đặc biệt là trong nền kinh tế thị trường) “xoay chuyển như chong chóng”, không cho phép các nhà quản lý nghiên cứu lâu đến thế, nhất là đối

với những quyết định “giải cứu” tình hình. Trong một tuần, thậm chí trong một ngày, người làm quản lý nhà nước, quản lý doanh nghiệp có thể phải chuyển đổi suy nghĩ, tính toán từ việc này sang việc khác đến ba, bốn đầu việc, thậm chí hàng chục đầu việc để có thể quyết định được trong thời hạn quy định cho phép.

Nếu cái khó của các nhà khoa học là phải tìm ra xu thế, tính quy luật, sự phát sinh, phát triển, sự đảo thải... để đưa ra kết luận, kiến nghị của đề tài, thì cái khó của nhà quản lý là, trong thời gian cho phép (thường không dài, thậm chí rất ngắn) phải ra quyết định, mà quyết định phải bảo đảm được độ chính xác. Các nhà khoa học được luân chuyển làm quản lý mà chưa thành công thường do nguyên nhân không kịp chuyển hóa tư duy từ “nghiên ngẫm” trong thời gian dài sang “tức thời” phải ra quyết định với thời gian ngắn (không hội đủ thông tin cần thiết để quyết định vấn đề). Ngược lại, những người thành công chính là họ đã nhanh chóng nắm bắt yêu cầu công việc quản lý, kịp thời chuyển hóa tư duy theo yêu cầu thời gian của công việc, “cô đặc” thông tin nhanh chóng, hội tụ đủ các điều kiện để ra quyết định. Đó cũng chính là cách thức tiến hành cần được nhân rộng khi luân chuyển cán bộ lãnh đạo là nhà khoa học làm cán bộ lãnh đạo, quản lý nhà nước trong thời gian tới.

Nhân đây cũng xin được đề cập thêm một vấn đề mà trên báo chí đã bàn luận nhiều. Đó là, ngoài các Viện, Học viện, các Trường Đại học, Cao đẳng... thì các nhà lãnh đạo, quản lý các cấp có nhất thiết phải có học hàm, học vị hay không, tại sao ở các cơ quan quản lý lại nhiều giáo sư, tiến sĩ thế? Theo chúng tôi, câu trả lời là “Tùy trường hợp cụ thể, không nhất thiết phải có học hàm, học vị”. Có lẽ chúng ta đang có sự nhầm lẫn ở hai việc: một là, đem đồng nhất *quá trình* với *phẩm chất*; hai là, đem đồng nhất *học vị, học hàm* với *năng lực*. Có nhiều đồng chí càng có quá trình, có thâm niên công tác dài càng tôi luyện được phẩm

chất tốt (có những trường hợp trong như pha lê, sáng như ngọc, không một “tì vết” nhỏ), nhưng cũng không phải không có những trường hợp càng về sau càng sinh ra nhiều “căn bệnh cuối đời” (ăn chơi vô độ, thu vén đến cùng... và bây giờ là tham nhũng khủng khiếp, suy thoái chính trị, tư tưởng nghiêm trọng). Trong công tác cán bộ, một khi đã quá thiên lệch - coi nặng quá trình thì đã có những người khai vống lên bề dày thành tích “vào sinh ra tử” để được cất nhắc, đề bạt hoặc được khen thưởng. Về năng lực và học vị, học hàm thì nếu người có học hàm, học vị (thực sự) thì đó cũng chỉ mới là dạng tiềm năng, phát huy được hay không còn phải “nhúng” vào thực tiễn xem nó xuất hiện “màu gì”. Kết quả công việc mới là “thước đo” chính thống, đúng đắn nhất. Thực tế cho thấy cũng không ít người càng có học vị, học hàm cao thì càng thể hiện năng lực vượt trội, có nhiều cống hiến cụ thể cho đất nước, cho nhân dân. Nhưng lại cũng không hiếm những người là giáo sư, phó giáo sư, tiến sĩ, tiến sĩ khoa học nhưng lâu ngày hầu như không có công trình gì đáng kể. Có người hàng chục năm không có một sản phẩm, thậm chí một bài báo có tính chất nghiên cứu, đề xuất cũng không. Trước đây, trong một số trường hợp cần thiết phải so sánh, do không làm rõ được phẩm chất, năng lực của từng người nên tổ chức có thẩm quyền đã quyết định chọn người có học vị, học hàm để cất nhắc, đề bạt trước. Từ đó người ta đổ xô đi làm thạc sĩ, tiến sĩ, dần dần thành lệ - và thành tệ nạn “dán nhãn mác”. Nói cách khác, nếu quá thiên về bằng cấp thì người ta sẽ “chạy” cho được bằng cấp. Và lúc này đây đang lộ lên tình trạng băng rộm, kiến thức rơm; bằng thật, kiến thức giả rất tai hại. Hai “nhầm lẫn, ngộ nhận” nói trên phải kiên quyết khắc phục cho được.

Trên thực tế có nhiều nhà lãnh đạo có học hàm, học vị làm công tác quản lý, lãnh đạo khá tốt, thậm chí cực kỳ tốt (như đã nói ở điểm 1), nhất là những trường hợp cùng lĩnh vực, cùng ngành nghề. Là người đứng đầu, các đồng chí đó biết chỉ đạo tổng kết

thực tiễn, tổ chức nghiên cứu các đề tài khoa học làm luận cứ cho việc ra các quyết định chuẩn xác của quản lý; biết hoạch định chiến lược phát triển của ngành, của lĩnh vực mà mình phụ trách với tầm nhìn dài hạn và chỉ đạo thực hiện chiến lược đó theo từng thời gian, từng công đoạn một cách chắc chắn... Do đó người lãnh đạo, quản lý có học vị, học hàm hay không, không quan trọng. Vấn đề là, “hàm lượng” trí tuệ, tri thức bao nhiêu, học vị, học hàm có thực chất hay không, có vận dụng được gì cho công việc không. Chính vì vậy, bắt đầu từ Nghị quyết Trung ương 3 khóa VIII, Đảng, Nhà nước đã ngày càng “tiêu chuẩn hóa” cán bộ lãnh đạo, quản lý một cách hợp lý, chặt chẽ hơn.

3. Một số trường hợp luân chuyển chưa được nhìn nhận đầy đủ về chuyên môn, nghiệp vụ

Trường hợp luân chuyển chưa được nhìn nhận đầy đủ về chuyên môn, nghiệp vụ là những trường hợp mà Bộ Chính trị nhận xét là bất hợp lý, trái ngành, trái nghề. Các trường hợp này có từ cấp huyện trở lên. Nhiều hơn cả là ở cấp tỉnh, thể hiện dưới hai dạng chính: một là, cán bộ làm bất cứ ngành nghề gì nhưng nếu lên đến chức Bí thư huyện ủy (quận ủy) thì đều có thể được điều động, luân chuyển làm cấp trưởng một ngành ở tỉnh (thành phố); hai là, cấp phó một ngành ở tỉnh có thể được điều động, luân chuyển làm cấp trưởng của một ngành khác. Ngoài ra, có trường hợp chỉ lấy vị thế chính trị là chính rồi bố trí vào bất kỳ vị trí nào còn khuyết lãnh đạo. Trong trường hợp trên, những ai năng động, thực sự chí thú với công việc, tận tụy nắm bắt tình hình, nỗ lực tìm hiểu, cố gắng tự đào tạo, biết nhân rộng kiến thức, tận dụng những gì đã biết... và nắm vững phương pháp lãnh đạo, quản lý thì sẽ thành công. Theo nhìn nhận của chúng tôi, ở cấp tỉnh, số người thành công không nhiều, đa phần là giữ được công việc và một bộ phận chưa đạt được yêu cầu luân chuyển là “giúp cán bộ trưởng thành nhanh hơn và toàn diện, vững vàng hơn”. Để cán bộ luân

chuyên dạng này hoàn thành được nhiệm vụ thì phải cân nhắc kỹ lưỡng giữa chuyên môn, nghiệp vụ chính của cán bộ với lĩnh vực, địa bàn mà dự kiến cán bộ sẽ tới; xem xét tính năng động, nhạy bén, ham học hỏi của cán bộ thế nào, có sớm bắt nhịp được công việc không... thì mới quyết định; cần tránh tình trạng, thợ rèn thì bảo đi đóng tủ, thợ mộc thì bảo đi rèn dao như lời dạy của Bác.

Luân chuyển cán bộ lãnh đạo, quản lý là một chủ trương lớn, quan trọng trong công tác cán bộ của Đảng, của cả hệ thống chính trị, nhằm thực hiện chủ trương đào tạo, bồi dưỡng toàn diện và sử dụng có hiệu quả đội

ngũ cán bộ; tạo điều kiện cho cán bộ trẻ, có triển vọng, cán bộ trong quy hoạch được rèn luyện thực tiễn; tạo nguồn cán bộ lâu dài cho đất nước; tăng cường cán bộ cho các lĩnh vực và địa bàn cần thiết; khắc phục tình trạng cục bộ trong công tác cán bộ, “khép kín” trong từng ngành, từng địa phương, từng đơn vị. Khi tiến hành phải nắm vững phương châm có tính nguyên tắc mà Nghị quyết số 11NQ/TW đã chỉ rõ, “Thận trọng trong cách làm, phải chuẩn bị kỹ kế hoạch và lộ trình thực hiện từng bước, chuẩn bị tốt cả nơi cán bộ đi và nơi cán bộ đến, không làm ồ ạt, tràn lan, chạy theo số lượng” ■

CÔNG NHẬN QUYẾT ĐỊNH CHO TRẺ EM VIỆT NAM...

(Tiếp theo trang 22)

tiến hành các thủ tục có liên quan⁴¹. Gần đây nhất, có yêu cầu ghi vào sổ hộ tịch việc nuôi con nuôi được thực hiện tại Tòa án nước ngoài căn cứ theo quy định về việc lựa chọn thẩm quyền giải quyết các vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài theo pháp luật quốc gia của người nhận con nuôi mà không tính tới thẩm quyền của cơ quan Việt Nam, mặc dù trẻ em đang thường trú ở Việt Nam. Trong trường hợp này, việc công nhận và ghi vào sổ hộ tịch cũng sẽ gặp khó khăn. Như vậy, có thể nói thực tiễn công nhận và ghi vào sổ hộ tịch việc nuôi con nuôi được thực hiện ở nước ngoài rất phong phú và có chiều hướng gia tăng trong khi quy định của pháp luật về nuôi con nuôi trong lĩnh vực này còn chưa theo kịp thực tiễn đó.

Kết luận, trong thủ tục giải quyết nuôi con nuôi có yếu tố nước ngoài, việc ra quyết định cho trẻ em Việt Nam làm con nuôi ở

nước gốc chưa phải là thủ tục pháp lý cuối cùng. Để việc nuôi con nuôi có hệ quả theo quy định của pháp luật nước ngoài, quyết định cho trẻ em Việt Nam làm con nuôi ở nước ngoài phải được công nhận. Việc đương nhiên công nhận quyết định nuôi con nuôi được thực hiện ở nước ngoài cũng phải đáp ứng điều kiện chung là không được trái trật tự công của nước nơi có yêu cầu. Sau đó, người nhận con nuôi phải tiến hành thủ tục ghi chú việc nuôi con nuôi ở cơ quan hộ tịch của nước ngoài nhằm xác nhận trẻ em được nhận làm con nuôi được coi như người con hợp pháp của người nhận con nuôi. Nhằm bảo đảm quyền và lợi ích của trẻ em được nhận làm con nuôi ở nước ngoài trong thời gian tới cần tiếp tục nghiên cứu sửa đổi và bổ sung quy định của pháp luật về nuôi con nuôi nói chung và nuôi con nuôi có yếu tố nước ngoài nói riêng cho phù hợp với thông lệ quốc tế ■

41 Phạm Hồ Hương, Thực tiễn áp dụng các quy định về tư pháp quốc tế tại các cơ quan hành chính nhà nước. Tlđd, tr. 201.

NHỮNG VẤN ĐỀ ĐẶT RA ĐỐI VỚI CƠ CHẾ QUẢN LÝ HÀNH CHÍNH THÀNH PHỐ HỒ CHÍ MINH KHI THI HÀNH LUẬT TỔ CHỨC CHÍNH QUYỀN ĐỊA PHƯƠNG NĂM 2015

Phan Hải Hồ*

Bùi Nam Hồng**

* TS. Trưởng khoa Quản lý hành chính, Học viện Cán bộ Thành phố Hồ Chí Minh.

** Ths. Giám đốc Trung tâm bồi dưỡng chính trị quận 1, Thành phố Hồ Chí Minh.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: quản lý hành chính; chính quyền địa phương; thành phố Hồ Chí Minh; phân cấp, phân quyền.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài: 06/10/2017

Biên tập: 20/10/2017

Duyệt bài: 31/10/2017

Article Infomation:

Keywords: administration, local administration, Ho Chi Minh city, decentralization, empower

Article History:

Received: 06 Oct. 2017

Edited: 20 Oct. 2017

Approved: 31 Oct. 2017

Tóm tắt:

Cơ chế quản lý hành chính đối với “siêu đô thị” thành phố Hồ Chí Minh cần đến hành lang pháp lý đủ rộng, phù hợp với thực tiễn kinh tế, văn hóa và xã hội trên địa bàn. Tuy nhiên, bên cạnh những áp lực phải đổi mới cơ chế quản lý hành chính thì việc triển khai thực hiện Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015 thời gian qua cũng đã tạo ra nhiều thách thức cho Thành phố. Bài viết phân tích, đánh giá những vấn đề cơ bản phát sinh khi áp dụng Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015 vào thực tiễn Thành phố, theo đó đề xuất một số kiến nghị với Trung ương và Thành phố.

Abstract:

The administrative mechanism for the "megacity" of Ho Chi Minh city needs a legal framework that is sufficient, appropriate with the realities of economics, culture and social activities of the locality. However, along with the pressure to renovate the administrative mechanism, the enforcement of the Law on Organization of Local Administration of 2015 has faced with several challenges for the City. This article provides analysis and assessments of the basic matters arising once the enforcement of the Law on Organization of Local Administration of 2015 to the City, and then also provides a number of recommendations to the Central Level and the City.

Thời gian qua, Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015 (Luật năm 2015) đã được triển khai trên thực tiễn, tạo nhiều kết quả khả quan trong cơ chế quản lý hành chính của chính quyền địa phương (CQDP) cả nước. Tuy nhiên, với đô thị đặc biệt có dân số lớn

như thành phố Hồ Chí Minh (Thành phố) thì việc tổ chức thi hành Luật năm 2015 về tổ chức bộ máy, thẩm quyền hành chính, chế độ chính sách, biên chế, chức năng, quyền hạn... đang đặt ra một số vấn đề đối với cơ chế quản lý hành chính Thành phố.

1. Những vấn đề đặt ra

Thứ nhất, Luật Tổ chức CQĐP năm 2015 quy định chung về quyền hạn, nhiệm vụ của chính quyền các địa phương¹. Tuy nhiên, trên thực tế, bên cạnh những quyền hạn và nhiệm vụ chung như các tỉnh, thành phố khác, Thành phố cũng có các nhiệm vụ, quyền hạn riêng như²: thực hiện chủ trương, biện pháp tạo nguồn tài chính, huy động vốn để phát triển đô thị; xây dựng và quản lý thống nhất công trình hạ tầng đô thị theo quy định của pháp luật; quyết định cơ chế khuyến khích phát triển công trình hạ tầng đô thị trên địa bàn. Những quyền hạn, chức năng, nhiệm vụ riêng biệt này hiện chưa được quy định, phân cấp rõ ràng, chi tiết nên Thành phố vẫn chưa có được cơ chế đặc thù để phát huy tiềm năng về kinh tế - xã hội.

Thứ hai, Luật năm 2015 quy định một số điểm khác biệt về tổ chức bộ máy quản lý nhà nước, số lượng các cơ quan chuyên môn thuộc Ủy ban nhân dân (UBND) các cấp cho thủ đô Hà Nội và thành phố Hồ Chí Minh. Tuy nhiên, trên thực tế, tổ chức bộ máy quản lý nhà nước, các cơ quan chuyên môn thuộc UBND các cấp của các tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương trên cả nước vẫn được thực hiện theo quy định của Nghị định số 124/2004/NĐ-CP ngày 18/5/2004 của Chính phủ. Điều này đã làm cho bộ máy hành chính của Thành phố thường xuyên quá tải về công việc, từ đó cơ chế quản lý hành chính kém hiệu quả³.

Thứ ba, Luật năm 2015 quy định những quyền hạn riêng cho Chủ tịch UBND Thành phố thuộc diện đô thị đặc biệt với số

lượng cấp phó nhiều hơn (tối đa 5 người)⁴. Tuy nhiên, trong điều hành giải quyết các công việc, trên một số lĩnh vực, hiện rất khó tách bạch nội dung công việc nào phải do tập thể UBND quyết định, nội dung nào thuộc phạm vi quyết định của Chủ tịch UBND. Bên cạnh đó, việc quản lý hành chính cũng thiếu tập trung, chưa triệt để trong quan hệ chỉ đạo, điều hành giữa UBND các cấp của Thành phố, dẫn tới có những vấn đề đã có chỉ đạo của cấp trên nhưng thời gian giải quyết còn chậm trễ, kéo dài; việc phân công theo chức năng, nhiệm vụ, thẩm quyền giữa các cấp, giữa phường (thị trấn) và xã trên một số lĩnh vực cũng chưa rõ⁵.

Thứ tư, do Luật năm 2015 không quy định cụ thể nhiệm vụ, quyền hạn của các cơ quan chuyên môn của UBND cấp tỉnh, văn bản do Chính phủ ban hành quy định các cơ quan chuyên môn của UBND cấp tỉnh có thẩm quyền hướng dẫn chuyên môn, nghiệp vụ cho phòng, ban chuyên môn của chính quyền quận, huyện; tư vấn các vấn đề chuyên môn khi UBND quận, huyện có thắc mắc, có kiến nghị, đề xuất... Như vậy, dù là cơ quan chuyên môn nhưng các sở, ngành vẫn thực hiện theo cách thức được quyền chỉ đạo UBND quận, huyện về công tác chuyên môn. Điều này tạo ra hệ quả pháp lý là: cùng một vấn đề mà sở chỉ đạo khác, UBND quận (huyện) chỉ đạo khác; các sở, ngành tham mưu theo cơ chế chuyên biệt, chuyên ngành nên đã có những "khoảng trống" trong quản lý hành chính nhà nước giữa các sở, ngành chuyên môn với nhau, hoặc giữa sở, ngành chuyên môn với phòng chuyên môn của UBND quận, huyện.

1 Xem thêm các Điều 4, 8, 9 Luật Tổ chức CQĐP năm 2015.

2 Xem thêm các Điều 43, 44, 45, 49 Luật Tổ chức CQĐP năm 2015.

3 Tình trạng hạ tầng giao thông đô thị kém phát triển hoặc không theo kịp tốc độ phát triển của phương tiện giao thông; các vấn đề về ngập nước, khói bụi ô nhiễm, tệ nạn xã hội... thời gian qua không kiểm soát được...

4 Xem thêm Điều 41 Luật Tổ chức CQĐP năm 2015.

5 Trong quản lý đô thị với diện tích hẹp, mật độ dân số đông, dày đặc nhưng lại phân theo địa giới lãnh thổ, một con đường nhiều khi bên này là một quận, bên kia là một quận khác, bên này là một phường, bên kia là một phường khác, thậm chí trong hẻm cũng phân ra như vậy. Mỗi bên là một bộ máy riêng biệt với đủ 3 cấp vừa chồng chéo, vừa lãng phí. Nhiều lĩnh vực quản lý như: cầu đường, thoát nước, chiếu sáng, cây xanh, trấn áp tội phạm... đang bị cắt khúc, không đồng bộ. Có tình trạng, cùng một việc, quận này làm nhưng quận kia chưa có kinh phí làm nên đô thị luôn chấp vá, bị động, lúc nào cũng thấy ngốn ngân.

6 Xem thêm Điều 3, khoản 8 Điều 4 Nghị định số 24/2014/NĐ-CP ngày 04/4/2014 của Chính phủ Quy định tổ chức các cơ quan chuyên môn thuộc UBND tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương.

Thứ năm, do Luật năm 2015 không quy định rõ cơ chế đặc thù về nhân sự cho cấp xã của các thành phố lớn như Hà Nội, Hồ Chí Minh nên các văn bản dưới luật⁷ đã quy định “tương đối đồng nhất” về số lượng cán bộ, công chức, số lượng, chức danh, tên gọi, chế độ chính sách cho những người hoạt động không chuyên trách... dẫn đến một vấn đề không xác định được đâu là tiêu chí hàng đầu cho việc định biên cán bộ, công chức, người hoạt động không chuyên trách: diện tích địa bàn (số km/cán bộ quản lý) hay số dân trên địa bàn (số dân/cán bộ quản lý). Điều này gây khó khăn cho Thành phố khi không có đủ nhân sự cho cấp xã để đảm bảo hiệu quả thực hiện cơ chế quản lý hành chính.

Thứ sáu, Luật năm 2015 thể chế hóa quan điểm của Hiến pháp năm 2013 theo hướng: ở đâu có cấp chính quyền, ở đó có HĐND cùng cấp⁸, nghĩa là ở đâu được coi là cấp chính quyền thì chính quyền ở đó bao gồm Hội đồng nhân dân (HĐND) và UBND, còn ở đâu không được coi là cấp chính quyền thì có thể tổ chức chính quyền chỉ có cơ quan hành chính thực hiện nhiệm vụ quản lý hành chính và dịch vụ công tại địa bàn. Tuy nhiên, hiện nay Thành phố vẫn được tổ chức theo đơn vị hành chính với 3 cấp chính quyền là cấp tỉnh, cấp huyện và cấp xã nên ở tất cả các cấp chính quyền đều thành lập HĐND và UBND. Trong khi trước đó, việc thực hiện thí điểm không tổ chức HĐND ở huyện, quận, phường đã cho thấy, nhiều vấn đề quản lý đô thị đa diện, phức tạp đã được phối hợp giải quyết nhanh, hiệu quả

khi không có HĐND. Việc lập lại HĐND ở 19 quận, huyện và gần 300 phường đã phát sinh thêm hàng ngàn biên chế phải trả lương, thêm bộ máy phục vụ (văn phòng, xe, trụ sở...) khiến cho bộ máy chính quyền công kênh mà hiệu lực, hiệu quả của bộ máy lại tăng không tương xứng. Cơ chế quản lý hành chính tiếp tục tăng sức ỳ và gánh nặng sau khi tái lập mô hình tổ chức CQĐP 3 cấp. Kết quả khảo sát của một công trình nghiên cứu khoa học cấp Thành phố cho thấy, có 65% số người dân cho rằng, mô hình chính quyền đô thị được tổ chức theo cách thức có HĐND ở tất cả các cấp chính quyền Thành phố là không phù hợp⁹.

Thứ bảy, Luật năm 2015 không quy định tỷ lệ phân chia ngân sách giữa Thành phố với Trung ương và đầu tư trở lại Thành phố. Vấn đề này sẽ được quy định chi tiết tại các văn bản pháp luật chuyên ngành về ngân sách nhà nước. Tuy nhiên, Luật Ngân sách nhà nước năm 2015¹⁰ chỉ quy định mang tính nguyên tắc chung, Nghị quyết hàng năm của Quốc hội về phân bổ ngân sách trung ương¹¹ là văn bản cụ thể hóa các nguyên tắc chung đó nhưng do tỷ lệ % được phân chia giữa ngân sách trung ương và ngân sách địa phương chưa phù hợp với thực tiễn nên đã tạo ra xung đột về lợi ích¹². Có một thực tế là, Thành phố thu ngân sách nhiều nhưng được đầu tư ít, tỷ lệ thu ngân sách được giữ lại thấp và giảm dần nên không đáp ứng được yêu cầu đầu tư. Hạ tầng đô thị của Thành phố hiện rất thiếu và yếu; nhiều công trình đang thiếu vốn, nhưng không đáp ứng được nguồn vốn ngân sách đầu tư¹³.

7 Xem thêm các Điều 3, 4, 5, 13, 14, 15 Nghị định số 92/2009/NĐ-CP ngày 22/10/2009 của Chính phủ quy định về chức danh, số lượng, một số chế độ, chính sách đối với cán bộ, công chức ở xã, phường, thị trấn và những người hoạt động không chuyên trách ở cấp xã; các Điều 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 Thông tư liên tịch số 03/2010/TTLT-BNV-BTC-BLĐTB&XH ngày 27/05/2010 của Bộ Nội vụ, Bộ Tài chính và Bộ Lao động, Thương binh và Xã hội hướng dẫn thực hiện Nghị định số 92/2009/NĐ-CP.

8 Xem thêm khoản 2 Điều 111 Hiến pháp năm 2013.

9 Đề tài nghiên cứu khoa học cấp thành phố “Hoàn thiện cơ chế quản lý thành phố Hồ Chí Minh”.

10 Xem thêm khoản 1 Điều 9, khoản 5, khoản 6 Điều 19 Luật Ngân sách nhà nước năm 2015; khoản 2 Điều 13 Nghị định số 163/2016/NĐ-CP ngày 21/12/2016 của Chính phủ.

11 Xem thêm Bản dự toán chi chương trình các mục tiêu quốc gia (ban hành kèm theo Nghị quyết số 29/2016/QH14 của Quốc hội về phân bổ ngân sách trung ương năm 2017).

12 Luật Ngân sách nhà nước năm 2015 chỉ quy định mang tính nguyên tắc chung cho dự toán ngân sách và tỷ lệ phân chia ngân sách trung ương và địa phương.

13 Thành phố chỉ được điều tiết 18% tổng thu ngân sách, thấp nhất trong số 5 thành phố trực thuộc Trung ương (Cần Thơ được điều tiết 91%, Hải Phòng 88%, Hà Nội 42%, Đà Nẵng 85%)...

2. Một số kiến nghị

Sự phát triển mạnh mẽ của Thành phố song hành với việc áp dụng Luật Tổ chức CQĐP năm 2015 đang đặt ra nhiều thách thức cho việc đổi mới cơ chế tổ chức và hoạt động của chính quyền đô thị, nhất là những thách thức về đầu tư cơ sở hạ tầng, ô nhiễm môi trường, ùn tắc giao thông, tệ nạn xã hội... Việc xây dựng được cơ chế quản lý hành chính hiệu quả, bảo đảm phù hợp với mô hình CQĐP ở đô thị đặc biệt như thành phố Hồ Chí Minh đang là vấn đề bức thiết. Do vậy, chúng tôi kiến nghị như sau:

Một là, Trung ương cần tạo điều kiện cho Thành phố xây dựng cơ chế quản lý hành chính phát triển. Theo đó, Trung ương và Thành phố cùng “chung tay” giải quyết những thách thức nêu trên:

(1) Những vấn đề nào chưa phù hợp với đô thị đặc biệt của thành phố Hồ Chí Minh thì Trung ương tiếp thu, bổ sung, chỉnh sửa và hoàn thiện; tiếp tục xây dựng và hoàn thiện hệ thống thể chế có liên quan đến cơ chế quản lý hành chính đô thị; chú trọng việc ban hành văn bản dưới luật vừa đảm bảo tính phù hợp với Hiến pháp, Luật Tổ chức CQĐP năm 2015¹⁴, vừa đảm bảo phù hợp với tình hình thực tiễn của Thành phố; nghiên cứu xây dựng các quận, phường của Thành phố là CQĐP chỉ có cơ quan đại diện hành chính là “cánh tay nối dài” của chính quyền Thành phố, mà không tổ chức HĐND cùng cấp; phân định thẩm quyền, trách nhiệm cụ thể cho từng chủ thể quản lý hành chính; quy định rõ cơ chế phân cấp, ủy quyền tại các điều luật về tổ chức bộ máy, thẩm quyền, chế độ, chính sách¹⁵...

(2) Thành phố phải tự thay đổi những điều không còn phù hợp với thực tiễn quản lý hành chính đô thị (giải thể các cơ quan chuyên môn không phù hợp, sáp nhập một số quận ít người, diện tích hẹp, phân cấp, ủy quyền mạnh cho chính quyền cấp dưới...).

Hai là, tập trung hoàn thiện cơ chế

quản lý hành chính Thành phố. Trong đó, cần làm rõ thẩm quyền và trách nhiệm của Chủ tịch UBND các cấp theo hướng, phân định những nhiệm vụ thuộc trách nhiệm tập thể thảo luận và biểu quyết, Chủ tịch UBND chịu trách nhiệm cá nhân về các quyết định của mình đối với những nhiệm vụ thuộc thẩm quyền; chú trọng thẩm quyền của cấp trưởng trong sự liên thông với các luật khác như Luật Khiếu nại, Luật Xử lý vi phạm hành chính¹⁶...

Bên cạnh đó, cần cấu trúc lại các cơ quan chuyên môn thuộc chính quyền Thành phố, bảo đảm tăng cường vai trò tham mưu tổng hợp của Văn phòng UBND, xác định rõ trách nhiệm quản lý đối với các ngành chuyên môn. Sắp xếp các cơ quan theo hướng gọn nhẹ, quản lý đa ngành, giảm đầu mối, hạn chế cấp trung gian, mỗi nhiệm vụ chỉ có một cơ quan chủ trì thực hiện và chịu trách nhiệm chính; các ngành, lĩnh vực gần nhau, liên quan thường xuyên, mật thiết với nhau, gắn liền nhau về trách nhiệm, quyền hạn thì nhập lại thành một; các sở, phòng và ban ngành khác phải thực hiện tốt cơ chế liên thông. Các sở, phòng, ban quản lý chuyên ngành được tăng cường vai trò quản lý nhà nước theo hướng xuyên suốt, thống nhất, không bị cắt khúc theo địa bàn, lãnh thổ đối với 13 quận nội thành hiện hữu và các huyện. Xây dựng cơ chế phối hợp giữa các cơ quan chuyên môn với nhau. Ban hành văn bản cụ thể hóa về cơ chế trách nhiệm và nội dung phối hợp giữa các cơ quan nhà nước liên quan trong thực hiện các nhiệm vụ theo hướng phối hợp phải đồng bộ, cơ quan chủ trì phải được giao quyền và thực thi đúng quyền được giao; có sự phối hợp trên tất cả các lĩnh vực, các giai đoạn. Các cơ quan quản lý chuyên ngành là các cơ quan quản lý hành chính nhà nước theo hệ thống dọc, chịu trách nhiệm toàn bộ về lĩnh vực quản lý trên địa bàn thành phố. Thủ trưởng các cơ quan chuyên môn được Chủ tịch UBND giao chức năng, thẩm quyền và

14 Trường hợp này được áp dụng khi vẫn giữ nguyên các quy định tại Luật Tổ chức CQĐP.

15 Tại các Điều 11, 12, 13, 14 chỉ quy định một cách chung chung, triển khai khó khăn vì phải thêm các văn bản dưới luật nên thực tiễn không đồng bộ và thống nhất.

16 Các luật này chỉ quy định thẩm quyền cho cấp trưởng, đặc biệt Luật Khiếu nại không quy định việc ủy quyền giải quyết khiếu nại cho cấp phó.

tổ chức bộ máy để thực hiện chức năng đó. Chủ tịch UBND thực hiện việc bổ nhiệm và miễn nhiệm khi thủ trưởng các cơ quan này không hoàn thành nhiệm vụ. Theo phương thức này, thủ trưởng các cơ quan chuyên môn là người có thực quyền đồng thời chịu trách nhiệm cuối cùng về lĩnh vực phụ trách, chứ không phải đóng vai trò tham mưu như hiện nay. Bên cạnh đó, tổ chức hệ thống bộ máy các cơ quan chuyên môn phải phù hợp với việc tăng quyền tự quản cho chính quyền các thành phố trực thuộc. Đối với đơn vị sự nghiệp sẽ tổ chức lại theo quy định của Chính phủ; đẩy mạnh tiến độ xã hội hóa các đơn vị sự nghiệp có thu và các loại doanh nghiệp công ích.

Ba là, Chính phủ tiếp tục mở rộng phân cấp, ủy quyền cho Thành phố trên các lĩnh vực¹⁷, cho phép Thành phố được quy định một số khoản thu, khoản chi, phí và lệ phí phù hợp với điều kiện kinh tế, văn hóa, xã hội của địa phương. Thành phố được quyền quyết định bộ máy giúp việc và các cơ quan chuyên môn có tính chất đặc thù của một đô thị lớn hay đặc biệt; quy định chức năng, nhiệm vụ các bộ phận giúp việc và được phân cấp cho chính quyền cấp dưới thực hiện một số nhiệm vụ, quyền hạn thuộc thẩm quyền của Thành phố, được tổ chức các cơ quan chuyên môn phù hợp với đặc thù, không nhất thiết phải theo khuôn mẫu của Trung ương. Thành phố được quyền quyết định về số lượng cán bộ, công chức, viên chức theo khả năng cân đối ngân sách của Thành phố (thay vì Bộ Nội vụ trình Chính phủ quyết định như hiện nay) theo Đề án vị trí việc làm để bảo đảm hoạt động của bộ máy thuộc đô thị loại đặc biệt; được chủ động trong tổ chức thi tuyển, thi nâng ngạch công chức chuyên xếp ngạch, chế độ đãi ngộ, hỗ trợ thu nhập phù hợp với nhu cầu, số lượng biên chế được HĐND Thành phố quyết nghị. Thành phố được quyền tạo nguồn thu mới từ các hoạt động sản xuất, kinh doanh, dịch vụ ở một đô thị lớn mà pháp luật hiện hành không cấm hoặc được

Trung ương cho phép; được quyền quy định định mức chi phù hợp với nguồn thu (các nhiệm vụ chi mang tính đặc thù của Thành phố phải được tính đến trong dự toán chi ngân sách của Trung ương cho địa phương). Thành phố được quyết định trong việc vay nợ để đầu tư dựa vào khả năng tự cân đối để trả nợ, Chính phủ quy định một số điều kiện về vay nợ đầu tư xây dựng cơ bản phù hợp với đặc thù của Thành phố có tiềm năng phát triển kinh tế mạnh, có nhu cầu huy động lớn và có khả năng trả nợ.

Bốn là, hoàn thiện cơ chế quản lý hành chính của UBND các quận, phường nội thành và UBND các huyện, xã: tại các quận, phường nội thành, cần thay đổi cơ chế quản lý hành chính bằng cách đổi mới các mô hình quản lý theo ranh giới hành chính; xây dựng các mô hình quản lý ngành dọc đối với lĩnh vực quy hoạch, đô thị, môi trường, giao thông công chính, y tế, giáo dục, tư pháp... theo hướng tản quyền, quản lý theo khu vực, không theo ranh giới quận, phường; tăng cường các kênh thông tin, các kênh giám sát, các kết nối thông tin liên ngành để phục vụ kịp thời và hiệu quả người dân.

Ở các huyện ngoại thành, do mức độ đô thị hóa tương đối nhanh¹⁸, cần nghiên cứu đề xuất chuyển thành quận; tập trung củng cố đội ngũ cán bộ, công chức hành chính xã, thị trấn đủ năng lực, có phẩm chất đạo đức tốt và đảm nhận được để thực thi công vụ tốt nhất và thực hiện hiệu quả nhất; thực hiện tuyển chọn cán bộ, công chức hành chính thông qua thi tuyển và áp dụng rộng rãi từ cấp Thành phố đến quận, huyện, phường, xã; làm tốt công tác quy hoạch, đào tạo, bồi dưỡng cán bộ; nhận xét đánh giá cán bộ, công chức bảo đảm công tâm, khách quan, công khai, minh bạch, công bằng; tổ chức đào tạo, bồi dưỡng cán bộ thường xuyên, liên tục, phấn đấu đến giai đoạn 2020 - 2025, đội ngũ cán bộ, công chức Thành phố đáp ứng được tiêu chuẩn đã xác định ■

17 Mặc dù đã có Nghị định số 48/2017/NĐ-CP của Chính phủ về việc quy định một số cơ chế, chính sách tài chính - ngân sách đặc thù đối với Thành phố nhưng phạm vi, thẩm quyền và các nội dung được phân cấp, ủy quyền vẫn chưa đáp ứng được yêu cầu quản lý hành chính đô thị.

18 Bình quân hiện nay trên 220.000 người/huyện.

HOÀN THIỆN CÁC QUY ĐỊNH PHÁP LUẬT VỀ “PHẠT NGUỘI”

Lê Trung Hiếu*

* Bộ Tài nguyên và Môi trường.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: vi phạm hành chính, phạt nguội, đăng kiểm phương tiện, từ chối đăng kiểm

Lịch sử bài viết:

Nhận bài: 28/10/2017

Biên tập: 07/11/2017

Duyệt bài: 14/11/2017

Article Information:

Keywords: administrative violations, cold fines, vehicle registration, refusal to register

Article History:

Received: 28 Oct. 2017

Edited: 07 Nov. 2017

Approved: 14 Nov. 2017

Tóm tắt:

“Phạt nguội” là hành động xử phạt sau khi hành vi vi phạm giao thông đã xảy ra, được phát hiện thông qua việc sử dụng phương tiện, thiết bị kỹ thuật nghiệp vụ, nhưng hình thức xử phạt này không được thực hiện cùng thời điểm vi phạm. Thời gian qua, đã có hàng chục nghìn trường hợp chủ xe ô tô bị cơ quan đăng kiểm từ chối đăng kiểm phương tiện vì chưa nộp phạt do vi phạm luật giao thông (phạt nguội). Nhiều ý kiến cho rằng, việc từ chối đăng kiểm phương tiện của cơ quan đăng kiểm là chưa đúng, chưa phù hợp với thực tiễn, gây khó cho người dân. Vậy, cơ quan công an tiến hành phạt nguội các phương tiện vi phạm luật giao thông, cơ quan đăng kiểm từ chối đăng kiểm phương tiện vì chưa nộp phạt (phạt nguội) có đúng với các quy định của pháp luật?

Abstract:

"Cold fine" means the penalty act after a traffic violation has occurred and is detected through the use of professional technical means and equipment but this penalty type is not carried out right after the time of violation. There have been tens of thousands of car owners whose cars have been refused to be registered by the register entities because they have not yet paid the fines for traffic violations. Several arguments admit that the refusal by the register entities to register the vehicles is not in line with the regulations, not appropriate with the realistic activities, providing inconvenience for residents. So, it is in question that whether the police decides cold fine to the traffic violation owners and then the register entities refuse to register the vehicle because of the unpaid penalty (cold fine) are complied with the legal provisions on traffic?

1. Phạt nóng và phạt nguội

Theo quy định tại Điều 2 Luật Xử lý vi phạm hành chính (VPHC) năm 2012 thì “VPHC là hành vi có lỗi do cá nhân, tổ chức thực hiện, vi phạm quy định của pháp luật

về quản lý nhà nước mà không phải là tội phạm và theo quy định của pháp luật phải bị xử phạt VPHC; *Xử phạt VPHC* là việc người có thẩm quyền xử phạt áp dụng hình thức xử phạt, biện pháp khắc phục hậu quả

đối với cá nhân, tổ chức thực hiện hành vi VPHC theo quy định của pháp luật về xử phạt VPHC”.

Phạt do vi phạm luật giao thông là hình thức xử phạt hành vi VPHC trong lĩnh vực giao thông đường bộ, được quy định trong Luật Xử lý VPHC năm 2012. Khi phát hiện hành vi vi phạm, cơ quan chức năng, người có thẩm quyền tiến hành lập biên bản, ra quyết định xử phạt tại thời điểm có hành vi vi phạm. Người ta thường gọi hình thức phạt này là “phạt nóng”. “Phạt nguội” là hành động xử phạt sau khi hành vi vi phạm đã xảy ra, được phát hiện thông qua việc sử dụng phương tiện, thiết bị kỹ thuật nghiệp vụ, nhưng hình thức xử phạt này không được thực hiện cùng thời điểm vi phạm.

Nhiều nước trên thế giới đã thực hiện việc phạt nguội khi phát hiện lỗi vi phạm qua phương tiện, thiết bị kỹ thuật nghiệp vụ (như camera, máy bắn tốc độ có hình ảnh...) vì họ có đủ các phương tiện, kỹ thuật để thực hiện xử phạt kịp thời, đúng người, đúng hành vi vi phạm. Hơn nữa, pháp luật của các quốc gia này cho phép thực hiện hành vi phạt nguội khi có đủ cơ sở.

Ở Việt Nam, chúng ta đã áp dụng việc phạt nguội trong một thời gian (ở TP. Hồ Chí Minh, việc phạt nguội đã thí điểm được ba năm), nhưng thực tế việc xử phạt chưa được bảo đảm thực hiện. Nguyên nhân một mặt là do Luật Xử lý VPHC năm 2012 đang thiếu chế tài cưỡng chế để buộc người vi phạm thực hiện nghiêm việc xử phạt, mặt khác, do người vi phạm cố tình né tránh việc xử phạt (chuyển chỗ ở, bán phương tiện, cho rằng không biết, không hề nhận được thông báo về việc xử phạt...). Ngoài ra, việc phạt nguội hiện nay cũng có vướng mắc lớn khi việc phạt nguội chỉ căn cứ vào sự vi phạm của phương tiện, không biết rõ ai là người đang điều khiển phương tiện, nhất là người sử dụng phương tiện khi vi phạm lại không phải là chủ phương tiện.

Việc chúng ta áp dụng phạt nguội các

phương tiện tham gia giao thông vi phạm luật giao thông qua camera, máy bắn tốc độ, bên cạnh những ưu điểm còn có những bất cập. Cụ thể là nhiều người đã bị phạt oan, do khi mua xe cũ, họ phải sang tên, đổi biển số, nhưng hành vi vi phạm luật giao thông lại xảy ra trước khi họ mua xe, sang tên, đổi biển số xe đó, đặc biệt khi đó là một doanh nghiệp vận tải có hàng trăm ô tô và thuê hàng trăm người lái. Có trường hợp, tài xế xe vi phạm luật giao thông nhưng do biết trước mức phạt sẽ rất nặng nên tài xế tự động nghỉ việc. Khi doanh nghiệp cho xe đi đăng kiểm, đơn vị đăng kiểm từ chối kiểm định khiến phương tiện không thể tiếp tục lưu thông. Tương tự như vậy là các trường hợp cho người nhà, bạn bè mượn xe. Đối với các doanh nghiệp cho thuê xe cũng vậy, nhiều cơ sở cho thuê xe nhận được giấy báo vi phạm lỗi quá tốc độ và được yêu cầu đóng phạt, nhưng người vi phạm lỗi đó là khách thuê xe và vụ việc đã xảy ra trước. Việc tìm và yêu cầu người đã mượn xe, thuê xe nộp phạt do lỗi của họ không dễ dàng đối với chủ phương tiện cho mượn, cho thuê xe.

2. Cơ quan đăng kiểm có quyền từ chối đăng kiểm phương tiện vì chưa nộp phạt nguội?

Việc xử lý người vi phạm an toàn giao thông là rất cần thiết. Tuy nhiên, việc từ chối kiểm định phương tiện chậm, chưa nộp phạt nguội của Cục Đăng kiểm Việt Nam liệu đã có đủ cơ sở pháp lý?

Cách phạt nguội hiện nay là khi phát hiện phương tiện vi phạm qua thiết bị khoa học công nghệ như camera, máy đo tốc độ, lực lượng cảnh sát sẽ trích xuất biển số xe, gửi kèm thông báo về công an địa phương, nơi phương tiện được đăng ký để báo cho chủ xe đi nộp phạt. Nếu quá thời hạn mà chủ phương tiện chưa nộp phạt, cơ quan chức năng sẽ gửi giấy báo phạt đến đơn vị đăng kiểm xe. Những xe chưa nộp phạt sẽ bị cơ quan đăng kiểm từ chối đăng kiểm. Thậm chí, có trường hợp, xe vi phạm nhưng cơ quan chức năng không gửi giấy báo phạt cho

chủ xe nên chủ xe không biết để nộp phạt, mà chuyển thẳng đến đơn vị đăng kiểm xe. Đến khi chủ xe đưa xe đi đăng kiểm mới phát hiện xe mình vi phạm.

Từ các thông tin của cơ quan chức năng thực hiện nhiệm vụ xử phạt hành vi VPHC trong lĩnh vực giao thông đường bộ, các thông tin xử phạt phương tiện vi phạm từ nhiều tỉnh thành sẽ được ghi nhận trên hệ thống dữ liệu của Cục Đăng kiểm Việt Nam. Khi phương tiện muốn thực hiện việc sang tên, đăng kiểm thì các Trung tâm Đăng kiểm sẽ tra cứu trên hệ thống dữ liệu này. Nếu phương tiện có quyết định xử phạt mà chủ phương tiện chưa thực hiện thì nhân viên đăng kiểm sẽ hướng dẫn cho họ hoàn tất nộp phạt. Khi chủ phương tiện mang biên lai đã nộp phạt cùng hồ sơ đến, nhân viên đăng kiểm sẽ truyền dữ liệu về hệ thống để hệ thống xóa thông tin ngăn chặn. Sau đó, việc sang tên, đăng kiểm mới được thực hiện.

Đã có nhiều ý kiến cho rằng, cơ quan đăng kiểm từ chối kiểm định các phương tiện chưa nộp phạt nguội là chưa đúng các quy định của pháp luật hiện hành. Phạt nguội và đăng kiểm là hai vấn đề khác nhau. Phạt nguội hành vi vi phạm luật giao thông là chức năng của cơ quan công an, còn chức năng của Cục Đăng kiểm Việt Nam là kiểm định chất lượng an toàn kỹ thuật các loại phương tiện để quyết định cấp phép cho phương tiện được lưu hành. Chỉ những phương tiện vi phạm tiêu chuẩn chất lượng an toàn kỹ thuật mới bị dừng đăng kiểm. Theo quy định tại Thông tư số 70/2015/TT-BGTVT ngày 09/11/2015 của Bộ Giao thông Vận tải quy định về kiểm định an toàn kỹ thuật và bảo vệ môi trường phương tiện giao thông cơ giới đường bộ, có hai trường hợp không được cấp giấy chứng nhận kiểm định, đó là trường hợp xe cơ giới có “khiếm khuyết, hư hỏng quan trọng” và trường hợp xe cơ giới “khiếm khuyết, hư hỏng nguy hiểm”. Không có trường hợp nào không được cấp giấy chứng nhận kiểm định

vì lý do chưa nộp phạt vi phạm giao thông đường bộ. Việc Điều 4 Thông tư số 70/2015/TT-BGTVT của Bộ Giao thông Vận tải ban hành ngày 09/11/2015 quy định, không được kiểm định khi đã có văn bản đề nghị không kiểm định của cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền hoặc xe có vi phạm đã cảnh báo trên Chương trình Quản lý kiểm định là chưa hợp lý, bởi lẽ, nếu có một văn bản nào đó quy định về sự phối hợp giữa các đơn vị cảnh sát giao thông và cơ quan kiểm định, thì đó cũng không phải là văn bản quy phạm pháp luật có hiệu lực bắt buộc chung. Người vi phạm giao thông phải có nghĩa vụ thực hiện biện pháp xử phạt hành chính khi họ vi phạm, nhưng phương tiện giao thông của họ vẫn phải được đơn vị đăng kiểm tiến hành kiểm định nếu họ chưa thực hiện nghĩa vụ này. Trong trường hợp người vi phạm giao thông cố tình trốn tránh, trây ý nghĩa vụ nộp phạt theo quyết định xử phạt VPHC, cơ quan chức năng có thể áp dụng một số biện pháp cưỡng chế buộc họ phải thực hiện. Bên cạnh đó, hành vi vi phạm dẫn tới phạt nguội là ý thức chủ quan của tài xế, không phải là lỗi của phương tiện. Khi phương tiện được mang đi đăng kiểm, lỗi của người điều khiển phương tiện lại là lý do để phương tiện không được đăng kiểm là không hợp lý. Do đó, việc từ chối đăng kiểm từ việc phạt nguội là không đúng.

Một số ý kiến khác - chủ yếu đến từ các cơ quan chức năng có thẩm quyền xử phạt hành vi VPHC trong lĩnh vực giao thông đường bộ - lại cho rằng, theo Nghị định số 46/2016/NĐ-CP của Chính phủ quy định xử phạt VPHC trong lĩnh vực giao thông đường bộ và đường sắt được ban hành ngày 26/5/2016 thì, trong trường hợp VPHC được phát hiện thông qua việc sử dụng phương tiện, thiết bị kỹ thuật nghiệp vụ, chủ phương tiện cơ giới đường bộ có nghĩa vụ hợp tác với cơ quan chức năng để xác định đối tượng đã điều khiển phương tiện thực hiện hành vi vi phạm. Và khoản 6 Điều 4 Thông tư số 70/2015/TT-BGTVT ban hành 09/11/2015 của Bộ Giao

thông Vận tải quy định, không được kiểm định khi đã có văn bản đề nghị không kiểm định của cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền hoặc xe có vi phạm đã cảnh báo trên Chương trình Quản lý kiểm định¹. Việc các cơ quan nhà nước phối hợp với nhau để buộc người vi phạm phải thực hiện nộp phạt là bình thường nhằm bảo vệ cho pháp luật được thực thi. Như vậy, từ các quy định này mà cơ quan đăng kiểm tạm thời chưa tiến hành đăng kiểm với các phương tiện nằm trong danh sách mà cơ quan cảnh sát giao thông thông báo về VPHC giao thông đường bộ là có cơ sở. Chủ phương tiện phải có nghĩa vụ tới cơ quan cảnh sát giao thông để phối hợp làm rõ người thực hiện hành vi vi phạm và nộp phạt.

3. Một số bất cập khi phạt nguội

Thứ nhất, khoản 1a, 1b Điều 3 Luật Xử lý VPHC năm 2012 quy định các nguyên tắc: “Mọi VPHC phải được phát hiện, ngăn chặn kịp thời và phải bị xử lý nghiêm minh”... và “việc xử phạt VPHC được tiến hành nhanh chóng, công khai, khách quan, đúng thẩm quyền, bảo đảm công bằng, đúng quy định của pháp luật”. Như vậy, sẽ không phù hợp nếu cảnh sát giao thông để mấy tháng sau khi vi phạm xảy ra mới xúc tiến việc lập biên bản cũng như thực hiện các bước xử lý tiếp theo. Đó là chưa kể, có trường hợp người vi phạm chỉ biết mình bị xử phạt VPHC sau hàng năm trời, khi mang phương tiện đi kiểm định định kỳ.

Thứ hai, Điều 56, Điều 57, Luật Xử lý VPHC năm 2012 cũng đã quy định về xử phạt VPHC không lập biên bản và xử phạt VPHC có lập biên bản, hồ sơ xử phạt VPHC. Các “trường hợp VPHC được phát hiện nhờ sử dụng phương tiện, thiết bị kỹ thuật, nghiệp vụ thì phải lập biên bản” (khoản 1 Điều 56). Điều 58 quy định về lập biên bản VPHC tại khoản 1: “Khi phát hiện VPHC thuộc lĩnh vực quản lý của mình, người có

thẩm quyền đang thi hành công vụ phải *kịp thời lập biên bản*, trừ trường hợp xử phạt không lập biên bản theo quy định tại khoản 1 Điều 56 của Luật này”; và “trường hợp VPHC được phát hiện nhờ sử dụng phương tiện, thiết bị kỹ thuật, nghiệp vụ thì việc *lập biên bản VPHC được tiến hành ngay khi xác định được tổ chức, cá nhân vi phạm*”. Điều 58 quy định về yêu cầu của biên bản VPHC là: “2. Biên bản VPHC phải ghi rõ ngày, tháng, năm, địa điểm lập biên bản; họ, tên, chức vụ người lập biên bản; họ, tên, địa chỉ, nghề nghiệp của người vi phạm hoặc tên, địa chỉ của tổ chức vi phạm; giờ, ngày, tháng, năm, địa điểm xảy ra vi phạm; hành vi vi phạm; biện pháp ngăn chặn VPHC và bảo đảm việc xử lý; tình trạng tang vật, phương tiện bị tạm giữ; lời khai của người vi phạm hoặc đại diện tổ chức vi phạm; nếu có người chứng kiến, người bị thiệt hại hoặc đại diện tổ chức bị thiệt hại thì phải ghi rõ họ, tên, địa chỉ, lời khai của họ; quyền và thời hạn giải trình về VPHC của người vi phạm hoặc đại diện của tổ chức vi phạm; cơ quan tiếp nhận giải trình.

Trường hợp người vi phạm, đại diện tổ chức vi phạm không có mặt tại nơi vi phạm hoặc cố tình trốn tránh hoặc vì lý do khách quan mà không ký vào biên bản thì biên bản phải có chữ ký của đại diện chính quyền cơ sở nơi xảy ra vi phạm hoặc của hai người chứng kiến”; và “3. Biên bản VPHC phải được lập thành ít nhất 02 bản, phải được người lập biên bản và người vi phạm hoặc đại diện tổ chức vi phạm ký”; “Biên bản VPHC lập xong phải giao cho cá nhân, tổ chức VPHC 01 bản”... Như vậy, trong trường hợp VPHC được phát hiện nhờ sử dụng phương tiện, thiết bị kỹ thuật, nghiệp vụ và tiến hành phạt nguội, các yêu cầu về lập biên bản; nội dung của biên bản; họ, tên, địa chỉ, nghề nghiệp của người vi phạm hoặc

1 “Từ chối” đăng kiểm xe vi phạm: Cục Cảnh sát giao thông nói gì? Xem: <http://vietnamnet.vn/vn/chuyen-trang/oto-xe-may/tu-choi-dang-kiem-xe-vi-pham-cuc-can-sat-giao-thong-noi-gi-403261.html>, truy cập ngày 11/10/2017.

tên, địa chỉ của tổ chức vi phạm; giải trình về VPHC của người vi phạm; người ký biên bản... đều không đáp ứng được các quy định của Luật Xử lý VPHC năm 2012, vì phạt nguội hoàn toàn không có biên bản này.

Thứ ba, khoản 2 Điều 64 Luật Xử lý VPHC năm 2012 quy định về sử dụng phương tiện, thiết bị kỹ thuật nghiệp vụ trong việc phát hiện VPHC có nêu 4 nguyên tắc về quản lý, sử dụng và quy định danh mục các phương tiện, thiết bị kỹ thuật nghiệp vụ, nhưng không quy định nguyên tắc chịu trách nhiệm khi các thông tin có được từ phương tiện, thiết bị kỹ thuật nghiệp vụ không chính xác hoặc bị làm giả, bị đánh tráo. Hiện nay, pháp luật quy định hình ảnh trích xuất trong camera chỉ là một nguồn tài liệu để phục vụ cho việc xác định giữa hình ảnh với thực tế có phải là một hay không. Trong điều tra tố tụng, ảnh trích xuất trong camera cũng chỉ để làm cơ sở giúp cho việc thu thập, củng cố các chứng cứ buộc tội khách quan khác nhằm kết luận hành vi vi phạm hay phạm tội. Hình ảnh trong camera mới chỉ là của cơ quan chuyên môn (có thể là cảnh sát giao thông), còn đối với đối tượng liên quan hoàn toàn chưa có, hơn nữa với trình độ công nghệ hiện nay hình ảnh ghép, cấy như thật không phải là khó.

4. Các kiến nghị hoàn thiện pháp luật

- Sửa đổi, bổ sung Luật Xử lý VPHC năm 2012 theo hướng tách các quy định về sử dụng phương tiện, thiết bị kỹ thuật nghiệp vụ trong việc phát hiện VPHC thành một phần riêng. Tại phần này, Luật Xử lý VPHC quy định về các nguyên tắc quản lý, sử dụng phương tiện, thiết bị kỹ thuật nghiệp vụ trong việc phát hiện VPHC, hình thức, quy trình xử phạt VPHC, sự phối hợp giữa các cơ quan trong xử phạt VPHC, trách nhiệm trước các thông tin thu được từ việc trích xuất hình ảnh, âm thanh từ các phương tiện, thiết bị kỹ thuật nghiệp vụ... Có thể quy định cụ thể về: thời gian, quy trình làm các thủ tục xử phạt VPHC; khi trích xuất các thông

tin (hình ảnh, âm thanh) từ các phương tiện, thiết bị kỹ thuật nghiệp vụ có cần làm biên bản không, ai ký biên bản, có nên mời đại diện chính quyền địa phương nơi đặt các phương tiện, thiết bị kỹ thuật nghiệp vụ làm chứng không, giải trình về VPHC của người vi phạm vào thời điểm nào...

- Xây dựng, ban hành một Nghị định của Chính phủ *quy định về sử dụng phương tiện, thiết bị kỹ thuật nghiệp vụ trong việc phát hiện VPHC nói chung*, không riêng chỉ trong lĩnh vực giao thông đường bộ và đường sắt. Vì hiện nay, các phương tiện, thiết bị kỹ thuật nghiệp vụ được sử dụng khá phổ biến, từ camera đặt chung quanh các cơ sở công quyền, vườn hoa, các tòa nhà chung cư đến phố đi bộ... đều ghi nhận được các hành vi VPHC. Dựa vào các thông tin trích xuất từ các phương tiện này để xử phạt VPHC sẽ rất văn minh, hiệu quả và tiết kiệm.

- Sửa đổi, bổ sung Nghị định số 46/2016/NĐ-CP ngày 26/5/2016 của Chính phủ quy định xử phạt VPHC trong lĩnh vực giao thông đường bộ và đường sắt theo các sửa đổi, bổ sung của Luật Xử lý VPHC năm 2012, trong đó quy định rõ quy trình, sự phối hợp giữa các cơ quan trong xử phạt VPHC qua việc sử dụng phương tiện, thiết bị kỹ thuật nghiệp vụ.

- Sửa đổi, bổ sung Thông tư số 70/2015/TT-BGTVT ngày 09/11/2015 của Bộ Giao thông Vận tải quy định về kiểm định an toàn kỹ thuật và bảo vệ môi trường phương tiện giao thông cơ giới đường bộ, theo hướng quy định rõ việc người VPHC trong lĩnh vực giao thông đường bộ và đường sắt được phát hiện thông qua việc sử dụng phương tiện, thiết bị kỹ thuật nghiệp vụ nhưng chưa nộp phạt có được tiến hành kiểm định phương tiện giao thông cơ giới đường bộ hay không ■

KINH NGHIỆM XÂY DỰNG THỂ CHẾ TỰ QUYẾT CHO CÁC THÀNH PHỐ VĂN MINH

Trương Trọng Hiếu*

* ThS. Khoa Luật Kinh tế - Trường ĐH Kinh tế - Luật, ĐHQG TP.HCM, NCS. Đại học Yokohama, Japan.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: đặc khu, đơn vị hành chính - kinh tế, thành phố văn minh, thành phố điều lệ, tự quyết.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài: 25/05/2017

Biên tập: 25/08/2017

Duyệt bài: 06/09/2017

Article Infomation:

Keywords: special zones, special economic and administrative units, charter cities, autonomy.

Article History:

Received: 25 May 2017

Edited: 25 Aug. 2017

Approved: 06 Sep. 2017

Tóm tắt:

Nghiên cứu cơ sở lý thuyết cũng như thực tiễn xây dựng đặc khu kinh tế, hành chính và thành phố văn minh (charter city), bài viết cho thấy, yếu tố quan trọng nhất để tạo dựng một đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt chính là quyền tự quyết của chính quyền và cư dân khu vực đó. Chính vì vậy, xây dựng quy chế tự quyết cho các thành phố văn minh là đề xuất quan trọng nhất cần được nghiên cứu và áp dụng cho quá trình tạo dựng các đặc khu kinh tế - hành chính ở Việt Nam.

Abstract:

Through conducts of an analysis of the establishment of special economic zones, special administration zones, and charter cities under theory as well as practice aspects, this article points out that the most significant element for special economic and administrative zones is to transfer the autonomy to these cities. The writing therefore provides a key suggestion that Vietnam should make sense of autonomy and provides the legal framework creating such independent rules for these local councils and citizens. Therefore, development of autonomy policy for charter cities is the most important proposal that needs to be researched and applied to the process of developing special economic-administrative zones in Vietnam.

1. Lý thuyết về thành phố văn minh

Xét về mặt lịch sử, thành phố văn minh có thể là mô hình đã xuất hiện và tồn tại khá lâu. Nhưng Paul M. Romer có thể được xem là nhà kinh tế học đặt những viên gạch đầu tiên xây dựng lý thuyết cơ bản và đưa ra ý tưởng về một mô hình thành phố

văn minh mới. Nền móng đó được ghi nhận trong qua nghiên cứu được Paul công bố vào năm 2010 khi ông là Nghiên cứu viên cao cấp của Viện Nghiên cứu chính sách kinh tế Stanford (thuộc Đại học Stanford, Hoa Kỳ): *Technologies, Rules, and Progress: The Case for Charter Cities (Công nghệ, Quy tắc, và Sự phát triển: Một trường hợp*

đối với Thành phố văn minh). Sau khi thành phố văn minh đầu tiên trên thế giới theo ý tưởng của Paul được xây dựng ở Handuras từ năm 2011, ông tiếp tục thông tin trên TED và công bố nghiên cứu liên quan thứ hai vào năm 2012 với đồng sự của mình (là Brandon Fuller) tại Viện Nghiên cứu chính sách công Macdonald-Laurier (Canada): *Success and the City: How Charter Cities Could Transform the Developing World*, (*Đô thị và sự thành công: Thành phố văn minh thay đổi các quốc gia đang phát triển như thế nào*). Tuy nhiên, hệ thống lý thuyết về mô hình thành phố văn minh cho đến nay có thể được xem là chưa thật sự phát triển và hoàn chỉnh.

Thực ra, Paul và các nhà kinh tế học xây dựng nên *Lý thuyết mới về sự phát triển* (new theory of growth) luôn ủng hộ sự tác động của yếu tố công nghệ đối với quá trình phát triển kinh tế. Theo Paul, công nghệ là yếu tố nội dung, và chính sự thay đổi về công nghệ sẽ kéo theo sự thay đổi về kinh tế và cải tạo xã hội, kể cả trong dài hạn¹. Vì vậy, cũng như thương mại quốc tế, việc hình thành nên các thành phố - nơi hội tụ rất nhiều cư dân sẽ là phương cách và là cơ hội để công nghệ được chia sẻ và nhân lên hệ số sử dụng. Ý tưởng thành phố văn minh ra đời trên cơ sở mạch tư duy này².

Theo Paul, quy mô thành phố là yếu tố rất quan trọng để có thể tập trung số lượng dân cư đủ lớn để từ đó có thể nâng hệ số sử dụng công nghệ³. Tuy nhiên, đặc tính quan trọng của thành phố văn minh là quyền tự do lựa chọn và quyết định của cư dân. Paul

gọi đó là “opt-in”⁴. Có nghĩa, họ tự quyết định tìm đến thành phố và chịu sự ràng buộc với quy chế của thành phố - quy tắc được áp dụng bình đẳng với tất cả mọi cư dân ở đó⁵.

Yêu cầu thứ hai để xây dựng thành phố văn minh là thành phố này được cần được duy trì sự tồn tại và phát triển của mình trong tình trạng có đủ quyền tự quyết, “loại bỏ việc cưỡng ép hay thiếu sự đồng thuận”⁶. Nói cách khác, thành phố đó cần được điều hành bởi một chính quyền độc lập (kể cả với chính quyền trung ương), đủ quyền hành, và có toàn quyền hành động. Chính quyền đó sẽ phải chịu trách nhiệm trước những người đã bầu chọn ra và theo những quy tắc được tạo ra cho riêng thành phố đó. Chính quyền tự quyết với bộ máy vận hành độc lập của thành phố và bộ quy tắc nội bộ hữu hiệu được tạo dựng là cơ sở để thành phố đưa ra những quyết định mang tính hấp dẫn để thu hút cư dân, cả nhà đầu tư và cư dân nước ngoài⁷.

Làm sao có thể tạo ra sự tương tác giữa mọi người trong thành phố là vấn đề được nhấn mạnh trong lý thuyết của Paul. Câu trả lời chính là quy tắc/lệnh lệ (rule); tương tự như công nghệ, vì ông gọi cả hai yếu tố này là các “ý tưởng”. Nếu công nghệ là ý tưởng về sự liên kết các yếu tố, thiết bị thì lệnh lệ là ý tưởng về việc cấu trúc các mối tương tác trong xã hội như vừa nói⁸.

Theo Paul, quy tắc cho thành phố văn minh bao gồm thể chế pháp lý lẫn quy tắc xã hội⁹. Tuy nhiên, thể chế pháp lý sẽ thống lĩnh, và phản ánh trong điều lệ (charter) của thành phố đó¹⁰. Tương tự công nghệ, “quy

1 Romer, Paul M., Endogenous Technological Change, The Journal of Political Economy (Chicago University), Vol. 98, no. 5, pt. 2, (1990), 71-102, 72; Paul M. Romer, Increasing Returns and Long-Run Growth, The Journal of Political Economy (Chicago University), Vol. 94, No. 5 (10/1986), 1002-1037, 1003; Paul M. Romer, Technologies, Rules, and Progress - The Case for Charter cities (Essay), Center for Global Development (London), 3/2010, 1.

2 Paul M. Romer, Technologies, Rules, and Progress - The Case for Charter cities (Essay), 2.

3 Tlđđ, 9.

4 Brandon Fuller and Paul Romer, Success and the City: How Charter Cities Could Transform the Developing World, A Macdonald-Laurier Institute Publication (Canada), 4/2012, 6.

5 Paul M. Romer, Technologies, Rules, and Progress - The Case for Charter cities (Essay), 7- 8.

6 Tlđđ, 9.

7 Tlđđ, 3, 8.

8 Tlđđ, 3.

9 Brandon Fuller and Paul Romer, Success and the City: How Charter Cities Could Transform the Developing World, 5.

10 Paul M. Romer, Technologies, Rules, and Progress - The Case for Charter cities (Essay), 6 – 8.

tất có thể được chia sẻ và sao chép” nên con đường ngắn nhất và hiệu quả nhất trong lý thuyết thành phố văn minh là thực hiện tiếp nhận chính sách/thể chế từ bên ngoài¹¹. Vấn đề vì vậy nằm ở chỗ “quy tắc thay đổi quy tắc” (meta-rule/rules for changing the rules). Mặc dù luật học so sánh đã chỉ ra cách tiếp nhận này, nhưng theo Paul, việc đưa ra các quy tắc để chính quyền hiện hữu đón nhận những sự thay đổi trong quy chế quản lý, bao gồm cả các quy định về cơ chế bầu cử và tạo dựng một bộ máy chính quyền mới cho thành phố,¹² là hành trình không mấy dễ dàng.

2. Thực tiễn tạo dựng thành phố văn minh: từ đặc khu kinh tế đến đặc khu hành chính

Thực ra, mô hình đặc khu kinh tế (với nhiều dạng thức và tên gọi) xuất hiện khá lâu, với đặc khu đầu tiên trên thế giới được xây dựng tại Iceland vào năm 1959 và dần trở nên phổ biến ở các nước công nghiệp hoá khoảng mười năm sau đó¹³. Trung Quốc, và cả Việt Nam cũng chỉ là các quốc gia sau này tiếp cận mô hình này. Cho đến bây giờ, đây có thể là mô hình được lựa chọn để các nước thoát nghèo. Ngân hàng Thế giới hay các thiết chế kinh tế - tài chính quốc tế khác cũng tập trung nghiên cứu như là một phương cách nhằm gợi ý cho các nước thực hiện một cách hiệu quả và thoát nghèo.

Về cơ bản, đây là mô hình hướng đến mục tiêu phát triển và cải thiện bức tranh kinh tế của quốc gia và chỉ dừng lại ở mục tiêu đó. Chính vì vậy, thu hút đầu tư, thúc đẩy thương mại và thương mại quốc tế được xem là nội dung cốt lõi của các kế hoạch triển khai¹⁴. Quy chế kinh tế - thương mại đặc biệt dù đã mang lại thành công ở các đặc khu - từng phần của lãnh thổ - có thể được áp dụng và nhân rộng, trở thành chính

sách chung của quốc gia hay không, thật sự là một thách thức còn bỏ ngỏ.

Thậm chí, với một số nội dung ưu trội và khác biệt áp dụng cho các đặc khu, các khu vực này cũng khó có thể bức phá một cách quyết liệt vì những hạn chế nhất định mà chính quyền địa phương vẫn còn giữ lại. Chính vì vậy, từ những đặc khu kinh tế, các nhà nghiên cứu nhận thấy cần và có thể tạo dựng nên những khu hành chính độc lập có quyền tự quyết lớn hơn. Hồng Kông là điển hình của một mô hình đặc khu hành chính như vậy. Tuy nhiên, đây lại là sản phẩm của lịch sử và Trung Quốc khó có thể làm khác khi Hồng Kông đã thật sự là một trung tâm tài chính - kinh tế quốc tế trước ngày được trao trả về chính quyền Trung Quốc.

Nói cách khác, các nước đang phát triển có ý tưởng tạo lập các thành phố văn minh cũng khó tìm ra một địa điểm/khu vực tương tự như Hồng Kông trên đất nước mình. Vì lẽ đấy, khi phát triển lên mô hình đặc khu hành chính, thành phố văn minh có vẻ chỉ khả thi khi nó được xây dựng ở các nước phát triển, như Hoa Kỳ và Canada.

Theo kinh nghiệm của Canada, thành phố văn minh được các tỉnh thành lập với những định chế mang lại sự linh hoạt trong việc tiến hành cải cách, thực hiện chức năng, hay tiếp cận tài chính. Thậm chí, dù là thành phố văn minh hay thành phố có địa vị thành phố thông minh thì vấn đề quan trọng vẫn là việc chính quyền thành phố đó có đầy đủ quyền và công cụ để quản lý địa hạt của mình, tự đặt thuế và tạo nguồn thu ngân sách¹⁵.

Quay trở lại trường hợp đặc khu hành chính Hồng Kông, chính quyền thành phố này gần như hoàn toàn thoát ra sự kiểm soát của chính quyền trung ương, ngay cả khi có

11 Tidd, 3; Paul M. Romer, Technologies, Rules, and Progress - The Case for Charter cities (Essay), 6.

12 Paul M. Romer, Technologies, Rules, and Progress - The Case for Charter cities (Essay), 7.

13 Thomas Farole and Gokhan Akinci (Editors), Special Economic Zones: Progress, Emerging Challenges, and Future Directions, World Bank, 2011, 3.

14 Kossof, Paul, China's Pilot Free Trade Zone: Shanghai Free Trade Zone and the Potential Future of Free Trade Zones in Mainland China, International Journal of Law and Legal Jurisprudence Studies (ISSN:2348-8212), Vol. 1, issue 7, 22/11/2014,1.

15 Kitchen, Harry Milton, Is 'Charter-City Status' a Solution for Financing City Services in Canada - Or is that a Myth?, SPP Research Paper No. 9-2 (Vol. 9, issue 2), The School of Public Policy, University of Calgary, 1/2016, 1.

sự khác biệt rất lớn về thể chế. Trong phạm vi của quyền tự quyết đó, nhà nước tự do của đặc khu hành chính có đầy đủ quyền ban hành chính sách và đưa ra các quyết định phục vụ tiến trình phát triển trong địa hạt trên cơ sở bảo đảm tính dân chủ và thượng tôn pháp luật của xã hội. Cộng đồng quốc tế vì vậy đánh giá rất cao quyết định này (Điều 12 Luật Cơ bản) của Bắc Kinh¹⁶.

Bằng quan sát và nghiên cứu lý thuyết về công nghệ và giảm nghèo, Paul đưa ra mô hình thành phố văn minh từ mô hình Hồng Kông¹⁷. Tuy nhiên, vẫn còn nhiều đề xuất của Paul, cũng như thực tiễn áp dụng mô hình tại quốc gia đầu tiên xây dựng thành phố văn minh theo mô hình của Paul cho thấy, đây cũng chỉ là mô hình gợi ý cho những nước nghèo, và việc xây dựng các đặc khu ở mức độ mới bắt đầu.

Theo Paul và Brandon Fuller, thành phố văn minh chính xác là một “khu vực cải cách đặc biệt”, mở rộng mô hình đặc khu kinh tế và thậm chí có quy mô và phạm vi cải cách lớn hơn rất nhiều¹⁸. Nhưng rõ ràng, việc tìm ra một khu vực như Hồng Kông như đã nói là rất khó. Từ trường hợp của Honduras, có thể thấy nếu các nước nghèo muốn thiết lập một khu vực đổi mới thì quốc gia này có thể bắt đầu “một phần của mô hình thành phố văn minh”¹⁹. Việc tạo dựng thành phố văn minh mang bóng dáng một đặc khu hành chính có thể sẽ tiếp bước sau đó, khi đã hội đủ các yếu tố cần thiết.

Trở lại với mô hình đặc khu hành chính, rõ ràng Hồng Kông là một điển hình ưu trội. Điểm dễ nhận thấy nhất, là quyền tự quyết của đặc khu này. Nếu như bám sát

đầy đủ các yêu cầu của “quyền tự quyết”, gồm phương pháp hình thành chính quyền địa phương, việc chia sẻ quyền lực giữa nhà nước trung ương và chính quyền địa phương, và cơ chế khắc phục sai sót và giải quyết tranh chấp phát sinh, thì Hồng Kông đáp ứng được hết các tiêu chí đó²⁰. Ngoài ra, mô hình “đơn quốc lưỡng chế” cũng là một nhân tố bổ sung quan trọng để góp phần giúp Hồng Kông có toàn quyền quyết định các vấn đề trong địa hạt.

3. Quy định nhà nước và quy định địa phương (Dillon's rules và home rules)

Thực ra, vấn đề cốt lõi để có được sự thịnh vượng trước khi để người khác mang lại sự thịnh vượng²¹ nằm ở chỗ là quyền tự quyết của chính quyền của khu vực đây sẽ như thế nào. Họ có đủ quyền để thực hiện những điều khác biệt, khác với không gian chung kìm hãm sự phát triển của khu vực đó và cả những khu vực lân cận hay nền kinh tế quốc gia. Đương nhiên, quyền tự quyết và các chính sách khác biệt đó rất dễ đụng chạm, thậm chí là vi phạm với hệ thống pháp luật và khung chính sách chung. Việc giải quyết mỗi xung đột này từ lâu đã là một câu chuyện luôn mang lại nhiều thú vị.

Paul gọi tên gọi thành phố văn minh của mình là thành phố điều lệ, có nghĩa rằng các thành phố đó sẽ tồn tại và hoạt động dựa trên bản điều lệ và quy chế của thành phố. Nó bao gồm bộ quy tắc ứng xử cho thành phố và thành phố sẽ tự xây dựng nên. Ở Hoa Kỳ, nhiều thành phố đã được bang trao cho thẩm quyền tự xây dựng điều lệ và quản lý thành phố bằng điều lệ. Thậm chí, ở những bang như California, bất cứ thành phố nào

16 Chen, Albert H. Y., The Rule of Law Under 'One Country, Two Systems': The Case of Hong Kong 1997-2009, Trình bày tại Conference on Benchmarking the Ten-Year Development of the Rule of Law in Asia 1999-2009, Maureen and Mike Mansfield Foundation and the College of Law, National Taiwan University, Taipei (Taiwan), 9-12/9/2009, 18-19.

17 Paul M. Romer, Technologies, Rules, and Progress - The Case for Charter cities (Essay), 8.

18 Brandon Fuller and Paul Romer, Success and the City: How Charter Cities Could Transform the Developing World, 3.

19 Tlidd.

20 Chen, Albert H. Y., The Theory, Constitution and Practice of Autonomy: The Case of Hong Kong, trong: Oliveira J.C., Cardinal P. (eds) One Country, Two Systems, Three Legal Orders - Perspectives of Evolution, Springer, Berlin, Heidelberg (2009), 751-767, 2.

21 Phát biểu của Đặng Tiểu Bình khi Trung Quốc quyết định đẩy mạnh xây dựng các đặc khu kinh tế. Xem thêm: Yeung, Horace W.H., A Tale of Two Cities: Shenzhen and Shanghai – Rivalry or Division of Role?, University of Leicester School of Law Research Paper No. 15-03, 01/2015, 4.

cũng có thể trở thành thành phố điều lệ, chỉ cần thành phố đó xây dựng bản điều lệ và nhận được ủng hộ²². Vì vậy, có thể nói rằng, thành phố điều lệ và thực tiễn về thành phố điều lệ đã xuất hiện từ rất sớm, ít nhất là tại Hoa Kỳ. Paul thực ra chỉ là người gọi lại tên, hệ thống hoá và đưa ra đầy đủ các điều kiện cần thiết cho mô hình thành phố này hoạt động hiệu quả.

Về thành phố điều lệ ở Hoa Kỳ, vấn đề luôn gây bàn cãi nhiều nhất chính là quyền tự quyết của chính quyền thành phố. Cụ thể, chính quyền địa phương sẽ xây dựng quy chế nào cho riêng mình, giá trị pháp lý của quy chế đó ra sao? Trong nhiều trường hợp, nội dung quy chế do thành phố xây dựng xung đột với các nguyên tắc hay quy định chung của nhà nước tiểu bang, thậm chí là nhà nước liên bang. Vì vậy, sẽ dẫn tới sự can thiệp của hệ thống tòa án nhằm giải quyết tranh chấp giữa các quy định tại điều lệ - gọi là quy định địa phương (home rules) với các quy định của bang đó - gọi là quy tắc Dillon (Dillon's rules).

Án lệ liên quan đến John Forrest Dillon, thẩm phán của Tòa tối cao Iowa từ năm 1852 và được Tổng thống Hoa Kỳ bổ nhiệm là thẩm phán Tòa Phúc thẩm liên bang vào năm 1869. Sau đó, Dillon đến New York và đồng thời làm giáo sư luật. Chính vì vậy, quan điểm pháp lý của ông không những thể hiện trong bản án mà ông đã xét xử tại tòa Iowa,²³ mà còn được phản ánh trong những công trình nghiên cứu. Cụ thể, Dillon cho rằng, quyền hành của chính quyền địa phương cần phải được giới hạn và chịu sự

kiểm soát của luật pháp. Theo Dillon, đây là nguyên tắc chung và không thể bàn cãi²⁴. Quan điểm này sau đó cũng được nhiều thẩm phán và giáo sư luật khác ủng hộ, vì vậy dần trở thành quan điểm thống soái. Số lần được trích dẫn lại trong các bản án và công trình nghiên cứu cũng rất cao²⁵. Điều quan trọng, quy tắc Dillon “là một phát kiến trong hệ thống pháp luật Anglo-Mỹ hơn là sự tuyên bố về một quy tắc truyền thống và hiển nhiên”²⁶.

Dù vậy, mối quan hệ giữa quyền lập pháp và quyền của thành phố theo điều lệ vẫn là một câu hỏi mở²⁷. Thực tế, vẫn có thẩm phán và chuyên gia pháp lý có quan điểm khác biệt với ý kiến của Dillon. Đơn cử, trong một bản án khác²⁸, thẩm phán Tòa tối cao Michigan, Thomas M. Cooley, cho rằng, nhà nước tiểu bang Michigan không thể dùng luật để can thiệp vào việc quản lý của địa phương cũng như chọn lựa nhân sự cho chính quyền thành phố. Bản án tuyên bố: “Tiểu bang không thể rập khuôn hiến pháp địa phương”. Ngược lại, chính quyền địa phương có toàn quyền giải quyết tất cả các vấn đề và tiểu bang không thể nào giành lấy nó²⁹. Cooley không phủ nhận việc giám sát các thành phố bằng luật chung của cơ quan lập pháp nhưng kịch liệt phản đối việc can thiệp quá mức vào việc thực hiện quyền hành của chính quyền địa phương. Theo ông, vai trò của cơ quan lập pháp chỉ đơn giản là đưa ra cơ chế hợp tác của chính quyền địa phương và để họ thực hiện chức năng của mình một cách độc lập³⁰. “Học thuyết Cooley” vì vậy được cho là mở rộng quyền tự quyết cho chính quyền các thành

22 Stroud, Brett A., Preserving Home Rule: The Text, Purpose, and Political Theory of California's Municipal Affairs Clause, Pepperdine Law Review (Hoa Kỳ), Vol. 41 (2014), 587-632, 588.

23 Vụ án City of Clinton v. The Cedar Rapids and the Missouri River Railroad Co. năm 1868.

24 Spitzer, Hugh D., 'Home Rule' vs. 'Dillon's Rule' for Washington Cities, Seattle University Law Review, Vol. 38, No. 3, 4/2015, 809-60, 816.

25 Tlđđ, 813-814.

26 Stroud, Brett A., Preserving Home Rule: The Text, Purpose, and Political Theory of California's Municipal Affairs Clause, 591.

27 Tlđđ, 591.

28 The People ex rel. LeRoy v. Hurlbut năm 1871.

29 Spitzer, Hugh D., 'Home Rule' vs. 'Dillon's Rule' for Washington Cities, 816.

30 Stroud, Brett A., Preserving Home Rule: The Text, Purpose, and Political Theory of California's Municipal Affairs Clause, 591.

phố - nhận nhiều sự ủng hộ.

Đặc biệt, nguyên tắc đó với nhiều điều khoản quy định về địa phương, lần lượt được ghi nhận trong Hiến pháp của nhiều bang. Nội dung đề cập đến quyền được thiết kế bản điều lệ riêng cho thành phố và ngăn cản sự can thiệp của luật pháp tiểu bang vào công việc của thành phố, kể cả việc giới hạn sử dụng luật chung³¹. Đáng chú ý, các nội dung này được thể hiện một cách rõ ràng và cụ thể hơn trong các hiến pháp sửa đổi sau này. Ví dụ, so với Hiến pháp 1849, Hiến pháp 1879 của California còn có năm điều khoản dùng để bảo vệ chính quyền địa phương trước cơ quan lập pháp và đưa ra nền tảng căn bản cho quy tắc địa phương của thành phố là: Cấm sự can thiệp quá mức của cơ quan lập pháp; cấm sự hợp tác quá mức; bảo đảm quyền lực cảnh sát của các thành phố; nghiêm cấm phân chia quyền hành của chính quyền địa phương; tự đặt thuế và toàn quyền sử dụng điều lệ³². Thuật ngữ Điều lệ địa phương tự xây dựng (locally generated charters) được sử dụng thay thế cho tên gọi Điều lệ đơn thuần ngày càng nhiều³³. Những điều này không chỉ phản ánh tính chuyên môn hoá của chính quyền địa phương mà trên hết đã (i) dần loại bỏ quy tắc Dillon, và (ii) bảo đảm sự độc lập của chính quyền địa phương trước sự tác động của chính quyền tiểu bang về các vấn đề của địa phương³⁴.

Tuy nhiên, cũng cần phải hiểu thêm rằng, ở Hoa Kỳ, việc trao quyền tự quyết cho chính quyền địa phương ít nhiều chịu sự chi phối từ đặc trưng của hình thức nhà nước liên bang. Việc chia sẻ quyền lực và quyết định cơ chế tự quyết cho các chính quyền đô thị ở nhà nước đơn nhất sẽ khó khăn hơn nhiều³⁵. Thậm chí, tình trạng đó có thể bị thay đổi và bị rút lại do cơ sở pháp lý ghi nhận quyền tự quyết của chính quyền địa phương chủ yếu chỉ được thể hiện trong các đạo luật, thay vì Hiến pháp³⁶.

4. Những nội dung Việt Nam có thể tham khảo

Từ kết quả nghiên cứu được trình bày ở trên, chúng tôi có một số ý kiến đối với quá trình xây dựng các đặc khu kinh tế - hành chính ở Việt Nam:

Thứ nhất, so với một số nước bắt đầu triển khai xây dựng mô hình này, Việt Nam đã có thời gian sử dụng mô hình các khu công nghiệp (KCN) để tạo dựng cơ sở vật chất lẫn tiền đề lý luận liên quan đến việc xây dựng các thành phố văn minh. Đặc biệt, nền kinh tế Việt Nam không còn ở xuất phát điểm của một quốc gia nghèo để chỉ có thể đơn thuần xây dựng các đặc khu phát triển kinh tế. Đồng thời, theo số liệu thống kê của Ngân hàng Thế giới, Việt Nam đã xuất khẩu được sản phẩm công nghệ cao, và sản phẩm công nghệ cao ngày càng chiếm tỷ trọng lớn trong giá trị xuất khẩu. Chính vì vậy, Việt Nam có thể mạnh dạn sử dụng mô hình thành phố văn minh để xây dựng các đặc khu kinh tế - hành chính ở giai đoạn hiện tại.

Thứ hai, việc phát triển khu vực kinh tế - hành chính đặc biệt ở những khu vực có sẵn tiền đề ban đầu là một lựa chọn. Ngoài Phú Quốc - là một trong ba đặc khu kinh tế vừa được Chính phủ xác định, việc phát triển TP. Hồ Chí Minh thành một khu vực hành chính cần được nghiên cứu thêm về mặt lý luận lẫn pháp lý. Chính vì vậy, quy định đặc khu kinh tế - hành chính trong các dự thảo luật về đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt hiện nay phải là "khu vực có không gian tương đối độc lập và cách biệt với phần lãnh thổ bên ngoài" cần được nghiên cứu kỹ. Chúng tôi cho rằng, một khu vực kinh tế - hành chính đặc biệt cần nhất không gian về kinh tế, thể chế và pháp lý chứ không nhất thiết phải là sự cách biệt về mặt địa lý.

Thứ ba, vấn đề quan trọng của đặc khu kinh tế - hành chính là thể chế chứ không

31 Tlđd, 597.

32 Tlđd, 596-597.

33 Spitzer, Hugh D., 'Home Rule' vs. 'Dillon's Rule' for Washington Cities, 817-818.

34 Tlđd, 818-819.

35 Chen, Albert H. Y., The Theory, Constitution and Practice of Autonomy: The Case of Hong Kong, 4.

36 Tlđd, 4.

phải các vấn đề khác³⁷. Hiện tại, nội dung chính sách ưu đãi của đặc khu được phản ánh trong các dự thảo luật về đặc khu kinh tế - hành chính vẫn chỉ là các quyết định miễn/giảm các nghĩa vụ theo quy chế chung của cả nước. Trong nghiên cứu của mình, Paul đã từng chỉ ra nguyên nhân vì sao Trung Quốc (trước khi phát triển mô hình đặc khu) đang từ một cường quốc mà đã bị thế giới bỏ xa sau đó. Câu trả lời là vì Trung Quốc đã không áp dụng lý thuyết kinh tế và quản lý mới, trong khi các nước khác đã áp dụng các nguyên tắc mới mẻ cho xã hội của họ³⁸. Vì vậy, sự khác biệt về thể chế pháp lý và quản

trị nếu phù hợp có thể sẽ là động lực cho sự phát triển tại các đặc khu của Việt Nam.

Cuối cùng, song hành với đề xuất ở trên, vấn đề cốt yếu là các đặc khu kinh tế - hành chính cần được Nhà nước trao cho quyền tự quyết đủ lớn để họ có thể đưa ra các chính sách phù hợp cho đặc khu mà họ quản lý. Trong các dự thảo luật về đặc khu kinh tế - hành chính, việc tổ chức bộ máy độc lập và quyền tự quyết của chính quyền đặc khu chưa được ghi nhận một cách rõ nét. Chúng tôi đề xuất, cần nói lỏng sự kiểm soát và trao quyền tự quyết cho chính quyền và cư dân của các đặc khu trong tương lai ■

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Brandon Fuller and Paul Romer, *Success and the City: How Charter Cities Could Transform the Developing World*, A Macdonald-Laurier Institute Publication (Canada), 4/2012.
 2. Chen, Albert H. Y., *The Rule of Law Under 'One Country, Two Systems': The Case of Hong Kong 1997-2009*, Trình bày tại Conference on Benchmarking the Ten-Year Development of the Rule of Law in Asia 1999-2009, Maureen and Mike Mansfield Foundation and the College of Law, National Taiwan University, Taipei (Taiwan), 9-12/9/2009.
 3. Chen, Albert H. Y., *The Theory, Constitution and Practice of Autonomy: The Case of Hong Kong*, trong: Oliveira J.C., Cardinal P. (eds) *One Country, Two Systems, Three Legal Orders - Perspectives of Evolution*, Springer, Berlin, Heidelberg (2009), 751-767.
 4. Hoàng Trường, *Di dời khu công nghiệp đầu tiên của Việt Nam*, VnExpress, 30/10/2014, trên <http://vnexpress.net/tin-tuc/thoi-su/di-doi-khu-cong-nghiep-dau-tien-cua-viet-nam-3100514.html>, truy cập ngày 20/3/2017.
 5. Kitchen, Harry Milton, *Is 'Charter-City Status' a Solution for Financing City Services in Canada — Or is that a Myth?*, SPP Research Paper No. 9-2 (Vol. 9, issue 2), The School of Public Policy, University of Calgary, 1/2016.
 6. Kosssof, Paul, *China's Pilot Free Trade Zone: Shanghai Free Trade Zone and the Potential Future of Free Trade Zones in Mainland China*, *International Journal of Law and Legal Jurisprudence Studies* (ISSN:2348-8212), Vol. 1, issue 7, 22/11/2014.
 7. Paul M. Romer, *Increasing Returns and Long-Run Growth*, *The Journal of Political Economy* (Chicago University), Vol. 94, No. 5 (10/1986), 1002-1037.
 8. Paul M. Romer, *Technologies, Rules, and Progress - The Case for Charter cities (Essay)*, Center for Global Development (London), 3/2010.
 9. Romer, Paul M., *Endogenous Technological Change*, *The Journal of Political Economy* (Chicago University), Vol. 98, no. 5, pt. 2, (1990), 71-102.
 10. Spitzer, Hugh D., *'Home Rule' vs. 'Dillon's Rule' for Washington Cities*, *Seattle University Law Review*, Vol. 38, No. 3, 4/2015, 809-60.
 11. Stroud, Brett A., *Preserving Home Rule: The Text, Purpose, and Political Theory of California's Municipal Affairs Clause*, *Pepperdine Law Review* (Hoa Kỳ), Vol. 41 (2014), 587-632.
 12. Thomas Farole and Gokhan Akinci (Editors), *Special Economic Zones: Progress, Emerging Challenges, and Future Directions*, World Bank, 2011.
- Vụ quản lý các Khu kinh tế, *Tình hình thành lập và phát triển KCN, KKT 9 tháng năm 2016*, trên <http://www.mpi.gov.vn/Pages/tinbai.aspx?idTin=34693&idcm=207>, truy cập ngày 20/3/2017.- 13. Yeung, Horace W.H., *A Tale of Two Cities: Shenzhen and Shanghai – Rivalry or Division of Role?*, University of Leicester School of Law Research Paper No. 15-03, 01/2015.

37 Paul M. Romer, *Technologies, Rules, and Progress - The Case for Charter cities (Essay)*, 1.

38 Tlđđ, 4.

