

CÁC TỘI XÂM PHẠM TÌNH DỤC NGƯỜI DƯỚI 18 TUỔI - NHỮNG VƯỚNG MẮC VÀ KIẾN NGHỊ

PHẠM MINH TUYỀN*

Bộ luật hình sự (BLHS) năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017) đã có những quy định phù hợp với Công ước quốc tế về bảo vệ an toàn tình dục đối với người dưới 18 tuổi. Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao cũng đã ban hành Nghị quyết hướng dẫn áp dụng và xét xử vụ án hình sự xâm hại tình dục người dưới 18 tuổi. Đây là cơ sở pháp lý cho việc áp dụng pháp luật khi truy cứu trách nhiệm hình sự đối với các hành vi xâm hại tình dục trẻ em, tuy nhiên, thực tiễn áp dụng những quy định trên vẫn còn nhiều vướng mắc, bất cập.

Từ khóa: Trẻ em, người dưới 18 tuổi, xâm hại tình dục, xét xử vụ án xâm hại tình dục người dưới 18 tuổi.

Ngày nhận bài: 24/02/2020; Ngày biên tập xong: 10/3/2020; Ngày duyệt đăng: 07/4/2020.

The 2015 Penal Code (amended and supplemented in 2017) has had provisions in accordance with International convention on the protection of persons under 18 years old against sexual abuse. The Judicial council of the Supreme People's Court has issued Resolution guiding the application and adjudication cases of sexual abuse of persons under 18 years old. Despite of this legal basis for the application of law in criminal prosecution for child sexual abuse crimes, it has remained a number of inadequacies in reality.

Keywords: Children, persons under 18 years old, sexual abuse, adjudication cases of sexual abuse of persons under 18 years old.

Bảo vệ người dưới 18 tuổi là vấn đề rất quan trọng được quy định trong nhiều văn kiện quốc tế và pháp luật của mỗi quốc gia. Công ước quốc tế về quyền trẻ em (CRC) - văn bản pháp lý quốc tế gắn liền với quyền con người của trẻ em đã nhấn mạnh tại Điều 34: “Các quốc gia thành viên cam kết bảo vệ trẻ em chống lại tất cả các hình thức bóc lột tình dục và lạm dụng tình dục”. Đồng thời, CRC cũng chỉ ra các hình thức bóc lột, lạm dụng tình dục trẻ em để các quốc gia tham chiếu đề ra những biện pháp ngăn ngừa¹.

Điều 37 Hiến pháp năm 2013 cũng đã khẳng định: “Trẻ em được Nhà nước, gia đình và xã hội bảo vệ, chăm sóc và giáo dục; được tham gia vào các vấn đề về trẻ em. Nghiêm cấm xâm hại, hành hạ, ngược đãi, bóc lột, lạm dụng, bóc lột sức lao động và những hành vi khác vi phạm quyền trẻ em”.

Trên tinh thần đó, BLHS năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017) đã có những quy định phù hợp với Công ước quốc tế về quyền trẻ em, đáp ứng được yêu cầu về chính sách hình sự trong giai đoạn hiện nay, phù hợp với các quan niệm khoa học trên thế giới về nhận thức, phân định về giới, tình dục trong việc bảo vệ quyền trẻ em nói chung và quyền được bảo vệ an toàn về tình

¹ “1. Việc xúi giục hay ép buộc trẻ em tham gia bất kỳ hoạt động tình dục trái pháp luật nào;

2. Việc sử dụng có tính chất bóc lột trẻ em trong mại dâm hay các hành vi tình dục trái pháp luật khác;

3. Việc sử dụng có tính chất bóc lột trẻ em trong các buổi biểu diễn hay tài liệu khiêu dâm”.

* Tiến sĩ, Chánh án Tòa án nhân dân tỉnh Bắc Ninh

dục đối với người dưới 18 tuổi nói riêng. Sau khi BLHS năm 2015 được áp dụng, Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao đã ban hành Nghị quyết số 06/2019 ngày 01/10/2019 hướng dẫn áp dụng một số quy định tại các điều 142, 142, 143, 144, 145, 146, 147 của BLHS và xét xử vụ án hình sự xâm hại tình dục người dưới 18 tuổi (sau đây gọi tắt là Nghị quyết số 06/2019). Mặc dù các quy định của BLHS năm 2015 và Nghị quyết số 06/2019 cơ bản đã là cơ sở pháp lý cho việc áp dụng pháp luật khi truy cứu trách nhiệm hình sự đối với các hành vi xâm hại tình dục trẻ em, tuy nhiên, thực tiễn áp dụng những quy định trên vẫn còn nhiều vướng mắc, bất cập như:

1. Về nhận thức cụm từ “quan hệ tình dục khác” trong cấu thành cơ bản quy định tại các điều 141, 142, 143, 144, 145 Bộ luật hình sự

Theo hướng dẫn tại khoản 2, Điều 3, Nghị quyết số 06/2019, “quan hệ tình dục khác” được hiểu là *“hành vi của những người cùng giới tính hay khác giới tính sử dụng bộ phận sinh dục nam, bộ phận khác trên cơ thể (ví dụ: ngón tay, ngón chân, lưỡi...), dụng cụ tình dục xâm nhập vào bộ phận sinh dục nữ, miệng, hậu môn của người khác với bất kỳ mức độ xâm nhập nào, bao gồm một trong các hành vi sau đây:*

a) *Đưa bộ phận sinh dục nam xâm nhập vào miệng, hậu môn của người khác;*

b) *Dùng bộ phận khác trên cơ thể (ví dụ: ngón tay, ngón chân, lưỡi...), dụng cụ tình dục xâm nhập vào bộ phận sinh dục nữ, hậu môn của người khác”.*

Quy định và hướng dẫn tại Nghị quyết số 06/2019 đã thể hiện sự thừa nhận chủ thể của các tội xâm phạm tình dục này không chỉ là nam giới mà là cả nữ giới. Tuy nhiên, việc quy định và hướng dẫn này vẫn có một số điểm chưa rõ ràng

trong trường hợp xác định vụ việc xâm hại tình dục được thực hiện giữa những người chuyển đổi giới tính, người liên giới tính.

Trong đó, “...có thể hiểu khái quát, nếu một người sinh ra và tự nhận mình mang giới tính giống với giới tính sinh học khi được sinh ra, có tình cảm, cảm xúc với người cùng giới tính với mình thì người đó là người đồng tính. Nếu người này có tình cảm với người khác giới tính với mình thì đó là người dị tính. Tuy nhiên, nếu người nói trên tự nhận mình mang giới tính khác với giới tính sinh học khi được sinh ra thì đó là người chuyển giới². Sau khi thực hiện phẫu thuật, người chuyển giới được gọi với một khái niệm đầy đủ hơn là “người chuyển đổi giới tính” (transsexual). Một số nét cơ bản về người chuyển giới là: (1) Người chuyển giới được sinh ra với một giới tính sinh học bình thường, hoàn chỉnh (phân biệt rõ là nam hay nữ) nhưng lại có cảm nhận và mong muốn giới tính của mình không trùng với giới tính sinh học đang có. (2) Không cần phải phẫu thuật chuyển đổi giới tính thì mới được xem là người chuyển giới. Một người có nhận thức, mong muốn có giới tính ngược lại so với giới tính sinh học của mình được xem là người chuyển giới. Ở một số quốc gia, người chuyển giới không cần phẫu thuật vẫn có thể được thay đổi giấy tờ tùy thân. Tuy nhiên, một số quốc gia khác yêu cầu phải phẫu thuật chuyển đổi giới tính thì mới được thừa nhận.

“Liên giới tính” là cụm từ chỉ tất cả những trạng thái dẫn đến sự phát triển không điển hình của các đặc điểm giới tính và sinh học trên cơ thể. Những trạng thái này có thể liên quan đến những đặc điểm bất

² Trương Hồng Quang (2013), *Người chuyển giới tại Việt Nam dưới góc nhìn pháp lý*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp (Viện Nghiên cứu lập pháp), số 21(11), Hà Nội.

thường của các bộ phận sinh dục bên ngoài, các cơ quan sinh sản bên trong, nhiễm sắc thể giới tính, hoặc các hoóc-môn (hormone) giới tính. Người liên giới tính không nhất thiết phải có biểu hiện rằng “có hai bộ phận sinh dục” hay “bộ phận sinh dục không rõ ràng” vì đặc điểm giới tính còn thể hiện cả ở những cơ quan không thấy được bên ngoài như tinh hoàn, tử cung, tuyến nội tiết, nhiễm sắc thể, hoóc-môn. Một người sinh ra với bộ phận sinh dục ngoài (đương vật, âm hộ) hoàn toàn bình thường vẫn có khả năng là một người liên giới tính. Người liên giới tính cần được chẩn đoán, phẫu thuật để xác định giới tính nam hoặc nữ. Phẫu thuật xác định giới tính chỉ là một phần trong những vấn đề mà một người liên giới tính phải trải qua³.

Thực tế, đối với người liên giới tính không rõ ràng (người chuyển đổi giới tính, người liên giới tính), việc xác định lại giới tính của họ cho đến nay chỉ có căn cứ pháp lý duy nhất là Nghị định số 88/2008/NĐ-CP ngày 05/8/2008 của Chính phủ về xác định lại giới tính. Theo quy định này, những người có giới tính chưa được định hình chính xác là “những trường hợp chưa thể phân biệt được một người là nam hay nữ xét về cả bộ phận sinh dục và nhiễm sắc thể giới tính” (Điều 2). Như vậy, việc xác định giới tính thật hay xác định lại giới tính của những người sau khi phẫu thuật chuyển đổi giới tính chưa được điều chỉnh cụ thể, gây khó khăn trong công tác điều tra khi họ là nạn nhân hay là người thực hành trong các tội hiếp dâm, cưỡng dâm (trong đó có người dưới 18 tuổi), hoặc có trường hợp người đó đã phẫu thuật chuyển đổi giới tính nhưng giấy tờ pháp lý của họ vẫn thể hiện

là giới tính cũ. Trong các trường hợp trên, việc truy cứu trách nhiệm hình sự như thế nào đối với những người này cũng là một vấn đề gặp nhiều khó khăn.

2. Về hành vi dâm ô và các trường hợp loại trừ trách nhiệm hình sự quy định tại Điều 5 Nghị quyết số 06/2019

Thứ nhất, về hành vi dâm ô

Theo quy định tại khoản 3, Điều 3 Nghị quyết số 06/2019⁴, để xử lý tội dâm ô cần thỏa mãn đồng thời hai điều kiện:

a) Tiếp xúc về thể chất trực tiếp hoặc gián tiếp qua lớp quần áo vào bộ phận sinh dục, bộ phận nhạy cảm, bộ phận khác trên cơ thể của người dưới 16 tuổi.

b) Hành vi phải có tính chất tình dục nhưng không nhằm quan hệ tình dục, để thỏa mãn nhu cầu tình dục của bản thân, hoặc hành vi có bản chất đương nhiên có tính chất tình dục (thỏa mãn tình dục của cá nhân), ví dụ như dùng dương vật (nam) chà xát với âm đạo (nữ).

Tác giả nhận thấy hướng dẫn tại điểm đ⁵ là rất khó áp dụng, nếu có thì sẽ áp dụng tràn lan, thậm chí dẫn đến oan sai trong hoạt động tố tụng. Bởi lẽ hiểu thế nào là “có tính chất tình dục”? Đây là ý chí của người phạm tội, chắc chắn người phạm tội không bao giờ thừa nhận hành vi của mình là “có tính chất tình dục”, vậy lấy căn cứ

⁴ “Dâm ô quy định tại khoản 1 Điều 146 của Bộ luật hình sự là hành vi của những người cùng giới tính hoặc khác giới tính tiếp xúc về thể chất trực tiếp hoặc gián tiếp qua lớp quần áo vào bộ phận sinh dục, bộ phận nhạy cảm, bộ phận khác trên cơ thể của người dưới 16 tuổi có tính chất tình dục nhưng không nhằm quan hệ tình dục, gồm một trong các hành vi sau đây: ...Các hành vi khác có tính chất tình dục nhưng không nhằm quan hệ tình dục (ví dụ: hôn vào miệng, cổ, tai, gáy... của người dưới 16 tuổi)”.

⁵ Các hành vi khác có tính chất tình dục nhưng không nhằm quan hệ tình dục (ví dụ: hôn vào miệng, cổ, tai, gáy... của người dưới 16 tuổi)

³ Trương Hồng Quang (2019), *Quyền của người đồng tính, song tính, chuyển giới và liên giới tính theo pháp luật Việt Nam hiện nay*, Luận án tiến sĩ luật học, Viện hàn lâm Khoa học xã hội, Hà Nội.

nào để chứng minh và quy kết họ là “có tính chất tình dục”? Thực tiễn với văn hóa Á đông nói chung và văn hóa duy tình của người Việt Nam nói riêng, đôi khi nhìn thấy những bé gái hay bé trai bị bắt, xâm, chúng ta cũng thường tự ý bế và hôn cháu bé. Trong trường hợp này, việc xác định “có tính chất tình dục” hay không thì chỉ có người thực hiện hành vi đó mới biết được, còn không thể có chứng cứ nào để quy kết họ cả. Từ trước tới nay, hành động này là hết sức bình thường trong quan hệ của người Việt Nam. Song nếu căn cứ vào hướng dẫn trên, cũng là hành vi như vậy, nếu không có mâu thuẫn gì xảy ra thì coi là không có tính chất tình dục, nhưng nếu giữa hai bên có phát sinh mâu thuẫn thì gia đình cháu bé sẵn sàng tố cáo người bế cháu có hành vi dâm ô vì đã có hành vi hôn cháu bé vào miệng, cổ hoặc tai gáy.

Thứ hai, về các trường hợp loại trừ

Theo tác giả, hướng dẫn Điều 5 Nghị quyết số 06/2019⁶ có một số điểm chưa hợp lý như sau:

Tên gọi “các trường hợp loại trừ xử

lý hình sự” là chưa phù hợp với nội dung quy định của Điều này và một số quy định trong BLHS, bởi những hành vi tiếp xúc với bộ phận sinh dục, bộ phận nhạy cảm, bộ phận khác của người dưới 16 tuổi nhưng không có tính chất tình dục thì không phải là tội phạm. Do vậy, tên gọi tại Điều 5 phải là “các trường hợp loại trừ trách nhiệm hình sự”. Cụm từ “không xử lý hình sự” dễ tạo ra cách hiểu là với trường hợp này không xử lý hình sự nhưng *có thể sẽ phải xử lý bằng các biện pháp khác* vì trên thực tế, những hành vi vi phạm pháp luật hình sự nếu không bị xử lý bằng pháp luật hình sự thì sẽ bị xử lý hành chính nếu không thuộc trường hợp không bị truy cứu trách nhiệm hình sự. Trong khi đó, hành vi quy định tại Điều 5 là hợp pháp (không mang tính chất tình dục) và phù hợp với thực tiễn xã hội thì đương nhiên sẽ không bị truy cứu trách nhiệm hình sự.

Mặt khác, hướng dẫn tại điểm a khoản 1 Điều 5 cần hiểu thế nào cho đúng. Phải chăng chỉ có trường hợp “cha, mẹ tắm rửa, vệ sinh cho con dưới 10 tuổi; giáo viên mầm non tắm rửa, vệ sinh cho trẻ mầm non...” thì mới được loại trừ, còn lại bất cứ ai cũng không được loại trừ. Việc hướng dẫn liệt kê như vậy là không phù hợp với văn hóa Á đông của chúng ta, bởi lẽ chính sách của Nhà nước và xã hội Việt Nam rất coi trọng đơn vị gia đình. Có những gia đình “tam đại đồng đường”, thậm chí là “ngũ đại đồng đường” mà ở đó, các thế hệ trong một gia đình sống cùng nhau. Nếu hiểu đúng như hướng dẫn trên thì trường hợp nhà có trẻ nhỏ dưới 10 tuổi, ngoài cha, mẹ được quyền tắm rửa cho con ra sẽ không ai được quyền tắm rửa, vệ sinh cho trẻ nữa.

3. Một số kiến nghị, đề xuất

Từ những vướng mắc, bất cập nêu

⁶ “1. Không xử lý hình sự theo quy định tại Điều 146 của Bộ luật hình sự nếu thuộc một trong các trường hợp sau đây:

a) Người trực tiếp chăm sóc, giáo dục người dưới 10 tuổi, người bệnh, người tàn tật, có hành vi tiếp xúc với bộ phận sinh dục, bộ phận nhạy cảm của họ nhưng không có tính chất tình dục (ví dụ: cha, mẹ tắm rửa, vệ sinh cho con dưới 10 tuổi; giáo viên mầm non tắm rửa, vệ sinh cho trẻ mầm non...);

b) Người làm công việc khám, chữa bệnh, chăm sóc y tế; người cấp cứu, sơ cứu người bị nạn có hành vi tiếp xúc với bộ phận sinh dục, bộ phận nhạy cảm, bộ phận khác của người dưới 16 tuổi nhưng không có tính chất tình dục (ví dụ: bác sĩ khám, chữa bệnh cho bệnh nhân; sơ cứu, cấp cứu người bị tai nạn, người bị đuối nước...).

2. Không xử lý hình sự theo quy định tại Điều 147 của Bộ luật hình sự đối với trường hợp người làm công tác giáo dục, khám, chữa bệnh, chăm sóc y tế mô tả bộ phận sinh dục, bộ phận nhạy cảm của con người vì mục đích giáo dục, khám, chữa bệnh, chăm sóc y tế”.

trên, tác giả có một số kiến nghị sau:

Thứ nhất, cần giải thích hoặc làm rõ khái niệm “có tính chất tình dục” trong quy định tại khoản 3 Điều 3 Nghị quyết 06/2019 “3. Dâm ô quy định tại khoản 1 Điều 146 của Bộ luật hình sự là hành vi của những người cùng giới tính hoặc khác giới tính tiếp xúc về thể chất trực tiếp hoặc gián tiếp qua lớp quần áo vào bộ phận sinh dục, bộ phận nhạy cảm, bộ phận khác trên cơ thể của người dưới 16 tuổi có tính chất tình dục nhưng không nhằm quan hệ tình dục, gồm một trong các hành vi sau đây...” là như thế nào? Ví dụ, có thể làm rõ hướng dẫn trên theo hướng: “3. Dâm ô quy định tại... có tính chất tình dục (để thỏa mãn nhu cầu tình dục của người đó) nhưng không nhằm quan hệ tình dục, gồm...” nhằm xác định ranh giới giữa tội dâm ô và hành vi tội phạm, vi phạm khác.

*Thứ hai, về vấn đề xác định chủ thể của tội xâm phạm tình dục người dưới 16 tuổi, BLHS năm 2015 đã bổ sung dấu hiệu “hành vi quan hệ tình dục khác”. Để làm rõ dấu hiệu này, Điều 3 Nghị quyết 06/2019 có hướng dẫn “1. Giao cấu quy định tại khoản 1 Điều 141, khoản 1 Điều 142, khoản 1 Điều 143, khoản 1 Điều 144 và khoản 1 Điều 145 của Bộ luật hình sự là hành vi xâm nhập của bộ phận sinh dục nam vào bộ phận sinh dục nữ, với bất kỳ mức độ xâm nhập nào. Giao cấu với người dưới 10 tuổi được xác định là đã thực hiện không phụ thuộc vào việc đã xâm nhập hay chưa xâm nhập”. Tuy nhiên, hướng dẫn này vẫn giới hạn chủ thể của tội hiếp dâm, tội hiếp dâm người dưới 16 tuổi, tội cưỡng dâm, tội cưỡng dâm người dưới 16 tuổi, tội giao cấu hoặc thực hiện hành vi quan hệ tình dục khác với người từ đủ 13 tuổi đến dưới 16 tuổi chỉ có thể là **nam giới** (hành vi xâm nhập của bộ phận sinh dục nam vào bộ phận sinh dục nữ), nữ giới vẫn chỉ có thể là người đồng phạm như tổ chức, xúi giục, giúp sức. Do vậy,*

để phù hợp với thực tiễn đấu tranh phòng chống tội phạm xâm phạm tình dục và tiếp thu sự tiến bộ trong pháp luật của một số quốc gia phát triển, cần có hướng dẫn xác định chủ thể của những tội phạm này là chủ thể thường, có năng lực trách nhiệm hình sự và đạt độ tuổi luật định.

Trên cơ sở phân tích trên, tác giả kiến nghị cần ban hành văn bản hướng dẫn theo hướng: Đối với trường hợp vụ án xâm phạm tình dục người dưới 16 tuổi thuộc trường hợp người giới tính không rõ ràng, cần định tội danh và quyết định hình phạt như trường hợp thông thường là giao cấu giữa nam và nữ hoặc dạng quan hệ tình dục khác, tùy vào từng trường hợp cụ thể bởi người phạm tội xuất phát từ nhu cầu tình dục của mình mà thực hiện hành vi phạm tội.

Do vậy, tác giả kiến nghị sửa đổi khoản 1, khoản 2 Điều 3 Nghị quyết số 06/2019 như sau:

“1. Giao cấu quy định tại khoản 1 Điều 141, khoản 1 Điều 142, khoản 1 Điều 143, khoản 1 Điều 144 và khoản 1 Điều 145 của Bộ luật Hình sự là hành vi **xâm nhập của bộ phận sinh dục của những người khác giới tính** với bất kỳ mức độ xâm nhập nào.

Đối với trường hợp một hoặc hai cá nhân có giới tính không rõ ràng là nam hoặc nữ thì giao cấu được xác định nếu giữa họ có sự xâm nhập hai cơ quan sinh dục với nhau, với bất kỳ mức độ xâm nhập nào.”

+ Hướng dẫn tại điểm b, khoản 2, Điều 3 Nghị quyết số 06/2019⁷, theo tác giả, vẫn bỏ sót một trường hợp trong thực tiễn là người nữ sử dụng dụng cụ tình dục xâm nhập vào bộ phận sinh dục nam trái ý muốn để thỏa mãn tình dục của bản thân.

⁷ “b) Dùng bộ phận khác trên cơ thể (ví dụ: ngón tay, ngón chân, lưỡi...), dụng cụ tình dục xâm nhập vào bộ phận sinh dục nữ, hậu môn của người khác”.

Do vậy, cần sửa đổi theo hướng ngắn gọn hơn như sau:

“2. Hành vi quan hệ tình dục khác quy định tại khoản 1 Điều 141, khoản 1 Điều 142, khoản 1 Điều 143, khoản 1 Điều 144 và khoản 1 Điều 145 của Bộ luật Hình sự là việc những người cùng giới tính hay khác giới tính thực hiện một trong các hành vi sau đây:

a) Đưa bộ phận sinh dục nam xâm nhập vào miệng, hậu môn của người khác;

b) Dùng bộ phận khác trên cơ thể (ví dụ: ngón tay, ngón chân, lưỡi...) **xâm nhập vào bộ phận sinh dục nữ, hậu môn của người khác; dùng dụng cụ tình dục xâm nhập vào bộ phận sinh dục, hậu môn của người khác.”**

Thứ ba, đối với các trường hợp loại trừ xử lý hình sự. Nếu vẫn giữ quy định về nội dung tại Điều 5 của Nghị quyết số 06/2019, theo tác giả, cần sửa đổi như sau:

“Điều 5. Các trường hợp không xem xét, xử lý hình sự

1. Không đặt ra việc xem xét, xử lý hình sự theo quy định tại Điều 146 của Bộ luật Hình sự nếu thuộc một trong các trường hợp sau đây, trừ trường hợp có căn cứ xác định hành vi của những người này có tính chất tình dục đối với người dưới 16 tuổi:

a) Người trực tiếp chăm sóc, giáo dục và **những người thân với gia đình** người dưới 10 tuổi, người bệnh, người tàn tật, có hành vi tiếp xúc với bộ phận sinh dục, bộ phận nhạy cảm của họ (ví dụ: cha, mẹ tắm rửa, vệ sinh cho con dưới 10 tuổi; giáo viên mầm non tắm rửa, vệ sinh cho trẻ mầm non...);

b) Người làm công việc khám, chữa bệnh, chăm sóc y tế; người cấp cứu, sơ cứu người bị nạn, **hoặc người có hành vi, công việc có tính chất tương tự**, có hành vi tiếp xúc với bộ phận sinh dục, bộ phận nhạy

cảm, bộ phận khác của người dưới 16 tuổi (ví dụ: bác sĩ khám, chữa bệnh cho bệnh nhân; sơ cứu, cấp cứu người bị tai nạn, người bị đuối nước...).

2. Không xử lý hình sự theo quy định tại Điều 147 của Bộ luật Hình sự đối với trường hợp người làm công tác giáo dục, khám, chữa bệnh, chăm sóc y tế mô tả bộ phận sinh dục, bộ phận nhạy cảm của con người vì mục đích giáo dục, khám, chữa bệnh, chăm sóc y tế”.

Trong đó, nhà làm luật cần hướng dẫn cụ thể người bệnh, người tàn tật quy định tại khoản này được xác định trên cơ sở những tiêu chuẩn nào. Trường hợp giữ lại quy định nêu trên, cần có hướng dẫn cụ thể thế nào là “*người trực tiếp chăm sóc, giáo dục người dưới 10 tuổi*”; phạm vi áp dụng với những người này gồm những ai; đối tượng có bao gồm cả trẻ sơ sinh hay không; việc xác định “*người bệnh*”, “*người tàn tật*” là như thế nào...

Thứ tư, những vướng mắc, bất cập khác

- Cần bổ sung và giải thích hai thuật ngữ quan trọng là “*tình dục thâm nhập*” và “*tình dục không thâm nhập*”. Theo đó, tình dục thâm nhập là tình dục được thực hiện qua đường âm đạo, miệng hoặc hậu môn. Tình dục không thâm nhập là hình thức tình dục không theo cách thức trên.

- Về tình tiết “*thủ đoạn khác*” và “*trái với ý muốn của nạn nhân*” quy định tại khoản 1 Điều 141 và khoản 1 Điều 142 BLHS năm 2015.

Đối với khoản 8, Điều 3 Nghị quyết số 06/2019⁸, theo tác giả, hướng dẫn theo

⁸ “Thủ đoạn khác quy định tại khoản 1 Điều 141 và khoản 1 Điều 142 của Bộ luật hình sự bao gồm: ...hứa hẹn cho tốt nghiệp, cho đi học, đi thi đấu, đi biểu diễn ở nước ngoài để giao cầu hoặc thực hiện hành vi quan hệ tình dục khác”.

phương pháp liệt kê này sẽ không thể bao hàm các trường hợp có thể xảy ra trên thực tế và dễ gây nhầm lẫn với tội mua dâm người dưới 18 tuổi trong trường hợp họ phó mặc hoặc khó làm rõ được tính trái với ý muốn của nạn nhân.

- Khoản 9, Điều 3 Nghị quyết số 06/2019 hướng dẫn “9. Trái với ý muốn của nạn nhân quy định tại khoản 1 Điều 141 và điểm a khoản 1 Điều 142 của Bộ luật hình sự là người bị hại không đồng ý, phó mặc hoặc không có khả năng biểu lộ ý chí của mình đối với hành vi quan hệ tình dục cố ý của người phạm tội”.

Vậy thế nào là phó mặc? Hiểu theo nghĩa này là nạn nhân để mặc cho người phạm tội thực hiện hành vi giao cấu hoặc quan hệ tình dục khác? Thực tiễn điều tra, truy tố, xét xử cho thấy, rất khó chứng minh nạn nhân tự nguyện hay phó mặc cho người phạm tội thực hiện hành vi nếu như không có những biểu hiện khách quan khác như sự chống cự lại, dấu vết xáo trộn tại hiện trường... để làm căn cứ xử lý về tội hiếp dâm hoặc hành vi xâm phạm tình dục khác. Ngoài ra, dấu hiệu “không có khả năng biểu lộ ý chí của mình”, theo tác giả, về bản chất cũng là “dấu hiệu người bị hại không đồng ý” vì họ không thể hiện được ý chí ra ngoài thông qua hành vi khách quan. Vì vậy, tác giả cho rằng quy định tình tiết này là không cần thiết.

Do đó, nhà làm luật cần điều chỉnh khoản 8, khoản 9 Điều 3 Nghị quyết số 06/2019 theo hướng:

+ Bỏ đoạn “hứa hẹn cho tốt nghiệp, cho đi học, đi thi đấu, đi biểu diễn ở nước ngoài để giao cấu hoặc thực hiện hành vi quan hệ tình dục khác”, không sử dụng phương pháp liệt kê thủ đoạn như quy định cũ. Theo đó, khoản 8 được sửa như sau: “8. Thủ đoạn khác quy định tại khoản 1

Điều 141 và khoản 1 Điều 142 của Bộ luật hình sự bao gồm các thủ đoạn như đầu độc nạn nhân; cho nạn nhân uống thuốc ngủ, thuốc gây mê, uống rượu, bia, các chất kích thích mạnh khác, hoặc phương thức tương tự làm nạn nhân lâm vào tình trạng mất khả năng nhận thức, khả năng điều khiển hành vi để giao cấu hoặc thực hiện hành vi quan hệ tình dục khác”.

+ Bỏ khoản 9, Điều 3 Nghị quyết số 06/2019 nếu sửa đổi khoản 1 Điều 142 BLHS năm 2015: thay cụm từ “trái ý muốn của họ” thành “không được sự đồng ý của họ”.

Trường hợp giữ nguyên quy định tại khoản 1, Điều 142 BLHS năm 2015 thì khoản 9, Điều 3 Nghị quyết được sửa thành “9. Trái với ý muốn của nạn nhân quy định tại khoản 1 Điều 141 và điểm a khoản 1 Điều 142 của BLHS là người bị hại không đồng ý đối với hành vi quan hệ tình dục của người phạm tội”.

- Về vấn đề đồng phạm, khoản 3, khoản 4, Điều 4 Nghị quyết 06/2019 có hướng dẫn dấu hiệu định khung hình phạt của tội hiếp dâm, cưỡng dâm như sau:

+ Nhiều người hiếp một người là trường hợp 02 người trở lên hiếp dâm 01 người. Cũng được coi là “nhiều người hiếp một người” nếu có từ 02 người trở lên cùng bàn bạc, thống nhất sẽ thay nhau hiếp dâm 01 người, nhưng vì lý do ngoài ý muốn mới có 01 người thực hiện được hành vi hiếp dâm. Không coi là “nhiều người hiếp một người” nếu có từ 02 người trở lên câu kết với nhau tổ chức, giúp sức cho 01 người hiếp dâm (trường hợp này là đồng phạm).

+ Nhiều người cưỡng dâm một người là trường hợp 02 người trở lên cưỡng dâm 01 người. Cũng được coi là “nhiều người cưỡng dâm một người” nếu có từ 02 người trở lên cùng bàn bạc, thống nhất sẽ thay

nhau cưỡng dâm 01 người, nhưng vì lý do ngoài ý muốn mới có 01 người thực hiện được hành vi cưỡng dâm. Không coi là “nhiều người cưỡng dâm một người” nếu có từ 02 người trở lên câu kết với nhau tổ chức, giúp sức cho 01 người cưỡng dâm (trường hợp này là đồng phạm)”.

Theo tác giả, hướng dẫn nêu trên có điểm chưa phù hợp dưới góc độ khoa học luật hình sự về chế định đồng phạm, cụ thể: Đồng phạm là trường hợp có hai người trở lên cố ý cùng thực hiện một tội phạm. Theo dấu hiệu khách quan, đồng phạm được chia thành hai hình thức là đồng phạm giản đơn và đồng phạm phức tạp: *Đồng phạm giản đơn* là hình thức đồng phạm trong đó những người cùng tham gia vào vụ phạm tội đều có vai trò là người thực hành. *Đồng phạm phức tạp* là hình thức đồng phạm trong đó có một hoặc một số người tham gia giữ vai trò người thực hành, còn những người đồng phạm khác giữ vai trò xúi giục, tổ chức hay giúp sức. Phạm tội có tổ chức là hình thức đồng phạm có sự câu kết chặt chẽ giữa những người cùng thực hiện tội phạm.

Như vậy, về bản chất, nếu có từ 02 người trở lên cùng bàn bạc, thống nhất sẽ thay nhau hiếp dâm, cưỡng dâm 01 người, nhưng vì lý do ngoài ý muốn mới có 01 người thực hiện được hành vi hiếp dâm, cưỡng dâm có bản chất là trường hợp đồng phạm giản đơn (nhiều người có trao đổi, thống nhất) thực hiện hành vi phạm tội hiếp dâm, cưỡng dâm. Ngược lại, trường hợp hiếp dâm, cưỡng dâm trong đó có từ 02 người trở lên có sự câu kết với nhau tổ chức, giúp sức cho 01 người cưỡng dâm, cũng là đồng phạm nhưng có bản chất là dạng phạm tội có tổ chức (hoặc đồng phạm phức tạp).

Do vậy, tác giả cho rằng hướng dẫn nêu trên là chưa chính xác, cần điều chỉnh lại cho phù hợp theo hướng: Bỏ đoạn “*Không coi là “nhiều người hiếp dâm một người” nếu có từ 02 người trở lên câu kết với nhau tổ chức, giúp sức cho 01 người hiếp dâm (trường hợp này là đồng phạm)”* và đoạn “*Không coi là “nhiều người cưỡng dâm một người” nếu có từ 02 người trở lên câu kết với nhau tổ chức, giúp sức cho 01 người cưỡng dâm (trường hợp này là đồng phạm)”*. Thay vào đó, bổ sung quy định: **“Trường hợp nhiều người hiếp dâm hoặc cưỡng dâm một người nhưng có sự câu kết chặt chẽ với nhau để tổ chức, giúp sức cho 01 người hiếp dâm hoặc cưỡng dâm thì thuộc trường hợp phạm tội có tổ chức”**.

Ngoài ra, các Cơ quan tố tụng Trung ương cần tăng cường công tác tập huấn các văn bản pháp luật mới liên quan đến định tội danh và giải quyết vụ án có liên quan đến người chưa thành niên để thống nhất áp dụng trong toàn quốc⁹./.

⁹ + Thông tư số 01/2017/TT-TANDTC ngày 28/7/2017 của Chánh án Tòa án nhân dân tối cao quy định về phòng xử án;

+ Thông tư số 02/2018/TT-TANDTC ngày 21/9/2018 của Chánh án Tòa án nhân dân tối cao quy định chi tiết việc xét xử vụ án hình sự có người tham gia tố tụng là người dưới 18 tuổi thuộc thẩm quyền của Tòa gia đình và người chưa thành niên;

+ Thông tư liên tịch số 06/2018/TTLT-VKSNDTC-TANDTC-BCA-BTP-BLĐT BXH ngày 21/12/2018 của Viện kiểm sát nhân dân tối cao, Tòa án nhân dân tối cao, Bộ Công an, Bộ Tư pháp, Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội về phối hợp thực hiện một số quy định của Bộ luật tố tụng hình sự về thủ tục tố tụng đối với người dưới 18 tuổi;

+ Nghị quyết số 06/2019/NQ-HĐTP ngày 01/10/2019 của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao hướng dẫn áp dụng một số quy định tại các điều 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147 của Bộ luật hình sự và việc xét xử vụ án xâm hại tình dục người dưới 18 tuổi.