

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

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



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



- ❖ ĐỊA VỊ CÔNG DÂN TRONG PHÒNG, CHỐNG THAM NHŨNG
- ❖ XÁC ĐỊNH QUYỀN CỦA CHA ĐƯỢC NUÔI CON DƯỚI 36 THÁNG TUỔI KHI MẸ KHÔNG TRỰC TIẾP NUÔI DƯỠNG
- ❖ HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VỀ GIÁM SÁT HOẠT ĐỘNG THANH TRA

SỐ 13 (461)

Kỳ 1 - Tháng 7/2022

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

<http://lapphap.vn>

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

Mục lục Số 13/2022

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- 03** Địa vị công dân trong phòng, chống tham nhũng
ThS. Đặng Thị Mỹ Hạnh
- 09** Xác định quyền của cha được nuôi con dưới 36 tháng tuổi khi mẹ không trực tiếp nuôi dưỡng
TS. Đặng Thanh Hoa – Trần Thị Thu Hằng
- 15** Nạn nhân của tội phạm là người chưa thành niên trong các văn bản pháp lý quốc tế và những gợi mở cho pháp luật Việt Nam
TS. Lương Thị Mỹ Quỳnh

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

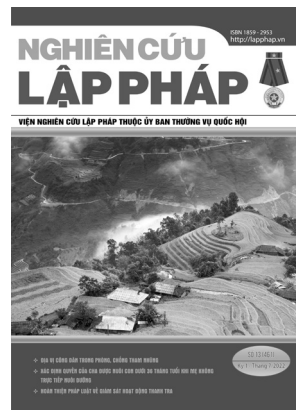
- 28** Hoàn thiện pháp luật về giám sát hoạt động thanh tra
PGS. TS. Bùi Thị Đào – ThS. Nguyễn Thị Thảo

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 35** Quy định về hủy bỏ nghị quyết của đại hội đồng cổ đông trong Luật Doanh nghiệp năm 2020 và hướng hoàn thiện
ThS. Nguyễn Thị Ngọc Uyển
- 42** Hoàn thiện quy định về xử phạt vi phạm hành chính đối với các hành vi vi phạm về phòng, chống dịch
Lê Tiến Thành
- 48** Bảo vệ người thứ ba ngay tình khi giao dịch vô hiệu – bắt cập và kiến nghị hoàn thiện
LS. Vũ Văn Đoàn

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 55** Điều kiện mang thai hộ vì mục đích nhân đạo theo pháp luật Việt Nam và liên hệ pháp luật Ấn Độ - Thái Lan
Nguyễn Phạm Thanh Hoa



HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

TS. Nguyễn Văn Hiến (Chủ tịch)
GS. TSKH. Đào Trí Úc
GS. TS. Nguyễn Minh Đức
TS. Hoàng Xuân Hòa
TS. Lê Hải Đường
TS. Lương Minh Tuấn (Thư ký)
PGS. TS. Trương Hồ Hải
PGS. TS. Bùi Nguyên Khánh
PGS. TS. Tô Văn Hòa
PGS. TS. Vũ Công Giao
PGS. TS. Ngô Huy Cương
PGS. TS. Vũ Hồng Anh

PHÓ TỔNG BIÊN TẬP PHỤ TRÁCH:

TS. LƯƠNG MINH TUẤN

TRỤ SỞ:

35 NGÔ QUYÊN - HOÀN KIẾM - HÀ NỘI.
ĐT: 08048376; 024.32121203
FAX: 0243.2121201
Email: nclp@quochoi.vn
Website: <http://lapphap.vn>

THIẾT KẾ:

PHẠM VIỆT THÁI

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; 08044732

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 CP PHÁT TRIỂN CÔNG NGHỆ
IN NGUYỄN KHANG

GIÁ: 25.000 ĐỒNG

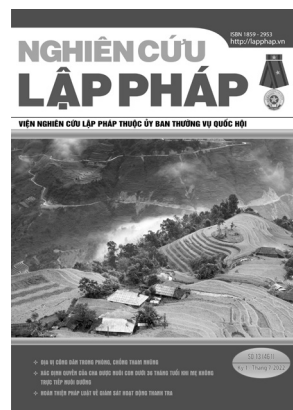
Ảnh bìa: Phong cảnh Hà Giang

Ảnh: ST

LEGISLATIVE STUDIES

<http://lapphap.vn>

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



Legis No 13/2022

STATE AND LAW

- 03** Legal Status of Citizen in Anti-corruption
LLM. Dang Thi My Hanh
- 09** Discussion of the Father's Custody Right to Child under 36 Months of Age when Mother not Directly Raising
Dr. Dang Thanh Hoa – Tran Thi Thu Hang
- 15** Juveniles as Victims of Crime in International Legal Documents and Recommendations for Vietnam
Dr. Luong Thi My Quynh

DISCUSSION OF BILLS

- 28** Improvements of Legal Regulations on Supervision of Inspection Activities
Pro. Dr. Bui Thi Dao – LLM. Nguyen Thi Thao

LEGAL PRACTICE

- 35** Regulations on Annulment of General Assembly Resolutions of Shareholders under the Law on Enterprise of 2020 and Recommendations for Improvements
LLM. Nguyen Thi Ngoc Uyen
- 42** Improvements of Legal Regulations on Sanctioning Administrative Violations of Epidemic Prevention and Controlling
Le Tien Thanh
- 48** Protection of Bona-Fide Third Parties in Invalid Civil Transactions - Shortcomings and Suggestions for Improvements
Lawyer. Vu Van Doan

FOREIGN EXPERIENCE

- 55** Conditions for Surrogacy on Humanitarian Purposes under Legal Regulations of Vietnam and related Laws of India and Thailand
Nguyen Pham Thanh Hoa

EDITORIAL BOARD:

Dr. Nguyen Van Hien (Chairman)
Prof. Dr. Dao Tri Uc
Prof. Dr. Nguyen Minh Duc
Dr. Hoang Xuan Hoa
Dr. Le Hai Duong
Dr. Luong Minh Tuan (Secretary)
Prof. Dr. Truong Ho Hai
Prof. Dr. Bui Nguyen Khanh
Prof. Dr. To Van Hoa
Prof. Dr. Vu Cong Giao
Prof. Dr. Ngo Huy Cuong
Prof. Dr. Vu Hong Anh

CHIEF EDITOR IN CHARGE:

DR. LUONG MINH TUAN

OFFICE:

35 NGO QUYEN - HOAN KIEM - HA NOI.
ĐT: 08048376; 024.32121203
FAX: 0243.2121201
Email: nclp@quochoi.vn
Website: <http://lapphap.vn>

DESIGN:

PHAM VIET THAI

LISENCE OF PUBLISHMENT:

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

DISTRIBUTION

HA NOI: 0243.2121202; 08044732

ACCOUNT NUMBER:

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

TAX CODE: 0104003894

PRINTED BY NGUYEN KHANG PRINTING
TECHNOLOGY DEVELOPMENT JOINT STOCK
COMPANY

PRICE: **25.000 VND**

ĐỊA VỊ CÔNG DÂN TRONG PHÒNG, CHỐNG THAM NHŨNG^(*)

Đặng Thị Mỹ Hạnh

ThS. Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Địa vị pháp lý; công dân; phòng, chống tham nhũng.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 20/03/2022
Biên tập : 15/04/2022
Duyệt bài : 16/04/2022

Article Infomation:

Keywords: Human rights; assurance of human rights; rule of law, Vietnam.

Article History:

Received : 20 Mar. 2022
Edited : 15 Apr. 2022
Approved : 16 Apr. 2022

Tóm tắt:

Mức độ tham gia của công dân trong hoạt động phòng, chống tham nhũng là khác nhau ở mỗi quốc gia. Trong phạm vi bài viết này, tác giả nghiên cứu một số lý thuyết, cách tiếp cận về vai trò, địa vị pháp lý của công dân trong phòng, chống tham nhũng; và đưa ra một số khuyến nghị đối với Việt Nam.

Abstract:

Participation of citizen in anti-corruption activities may differ from country to country. Within the scope of this article, the author presents the studies of a number of theories and approaches on the role and legal status of citizens in anti-corruption; and aslo provides relevant recommendations for Vietnam.

1. Cơ sở lý luận về địa vị của công dân trong phòng, chống tham nhũng

- Thuyết ủy nhiệm

Trên cơ sở nhấn mạnh nguồn gốc của tham nhũng là từ động cơ vụ lợi và sự bất cân xứng quyền lực, thuyết ủy nhiệm¹ đã phân tích mối quan hệ giữa người ủy nhiệm (*công dân*) và người nhận ủy nhiệm (*quan chức chính quyền*). Trong mỗi quan hệ này, mục tiêu, lợi ích của

người ủy nhiệm và người được ủy nhiệm thường không đồng nhất. Trong khi đó, người uỷ nhiệm lại không thể theo dõi một cách đầy đủ hành động của người được ủy nhiệm; cũng như khả năng tiếp cận thông tin của người ủy nhiệm sẽ kém hơn người nhận ủy nhiệm nên người nhận ủy nhiệm rất dễ lợi dụng những lỗ hổng trong quy trình hoạt động để theo đuổi lợi ích riêng. Vì vậy, đặt trong mối quan hệ với các phương pháp phòng, chống tham

^(*) Bài viết là một phần kết quả nghiên cứu của Đề tài cấp cơ sở của tác giả tại Khoa Luật, Đại học Quốc gia, mã số KL.21.03

¹ CheyanneScharbatke-Church (2016), *Common Approaches to Understanding and Combatting Corruption*, <https://www.cdacollaborative.org/blog/common-approaches-understanding-combatting-corruption/>.

những, thuyết ủy nhiệm nhấn mạnh các biện pháp then chốt để phòng, chống tham nhũng hiệu quả là cần có những hoạt động kiểm tra, giám sát thường xuyên bộ máy công vụ. Theo đó, ngoài các biện pháp kiểm soát quyền lực từ bên trong bộ máy công quyền thì cần tăng cường sự tham gia của người dân vào quản trị công, xây dựng các quy trình kiểm tra, giám sát, kỷ luật...

- *Thuyết hành động tập thể*

Thuyết hành động tập thể cho rằng, chính cộng đồng là một trong những môi trường “nuôi dưỡng tham nhũng”. Cách tiếp cận này xuất phát từ những giả định về các mục tiêu và lợi ích chung của cộng đồng hoặc một nhóm trong cộng đồng mà ở đó (giả định rằng) tất cả mọi người sẽ đạt được những lợi ích ngang bằng nhau nhưng đều cần đóng góp vào hành động chung. Tuy nhiên, trên thực tế, các cá nhân thường nghĩ rằng nếu họ đóng góp vào hành động chung để hưởng lợi ích chung thì mất nhiều công sức, thời gian (chi phí lớn) mà có thể cũng không ai biết, cũng như không chắc chắn có đạt được mục đích chung đó hay không. Bởi vậy, họ có xu hướng lựa chọn phương án không đóng góp, hoặc đóng góp một cách cầm chừng vào hành động chung của tập thể, và hy vọng vẫn có thể được hưởng những lợi ích giống như những người nghiêm túc làm việc, dù họ biết bằng cách đó đã tự biến mình trở thành những “kẻ ăn bám”. Liên hệ với vấn đề phòng, chống tham nhũng, những người ủng hộ thuyết “hành động tập thể” nhấn mạnh rằng, tình trạng tham nhũng mang tính hệ thống xuất phát từ nguyên nhân bên trong của các xã hội, cụ thể là do sự thiếu tin tưởng giữa các thành viên trong xã hội đó về sự cần thiết phải bài

trừ tệ nạn này². Nói cách khác, trong xã hội mà tình trạng tham nhũng đã trở thành phổ biến thì các cá nhân sẽ ít có động cơ chống tham nhũng, và sẵn sàng tham gia vào hành vi tham nhũng, thậm chí cả khi biết rằng tham nhũng gây hại cho xã hội. Bởi vậy, thuyết này nhấn mạnh tầm quan trọng của việc huy động sự tham gia của công dân trong phòng, chống tham nhũng cũng như xây dựng niềm tin, tính liêm chính trong cộng đồng.

Từ hai cách tiếp cận cơ bản phân tích nguồn gốc và môi trường phát triển của tham nhũng ở trên, có thể thấy, công dân giữ vị trí quan trọng trong các biện pháp phòng, chống tham nhũng; từ hoạt động kiểm tra, giám sát cho tới vai trò của cộng đồng khi xây dựng văn hóa liêm chính, hướng tới loại bỏ môi trường dung dưỡng cho tham nhũng.

- *Cách tiếp cận từ dưới lên*

Nguồn gốc của cách tiếp cận này xuất phát từ những nền tảng về quyền làm chủ của công dân. Các nỗ lực chống tham nhũng từ dưới lên tìm cách phân tích văn hóa và bối cảnh xã hội, xác định cũng như hỗ trợ các nỗ lực hiện có trong xã hội nhằm giảm thiểu các hành vi tham nhũng³. Cách tiếp cận này chủ yếu dựa vào các tổ chức xã hội công dân đang hoạt động và các cơ quan báo chí có thể đóng vai trò giám sát. Ưu điểm của cách tiếp cận này là tận dụng được sự vào cuộc mạnh mẽ của công chúng, những “nạn nhân” trực tiếp nhất của tham nhũng, và vì thế, luôn có động lực và quyết tâm để chống tham nhũng.

Như vậy, với *thuyết ủy nhiệm*, công dân được định hình là nhân tố quan trọng trong hoạt động xây dựng và tham gia các quy trình kiểm tra, giám sát công chức dưới cả góc độ cá

² Heather Marquette & Caryn Peiffer (2015), *Collective Action and Systemic Corruption Paper presented at the ECPR Joint Sessions of Workshops*, University of Warsaw, <https://ecpr.eu/Filestore/PaperProposal/b5944a31-85b6-4547-82b3-0d4a74910b07.pdf>.

³ Mushtaq H. Khan, Antonio Andreoni, Pallavi Roy, *Anti-Corruption in Adverse Contexts: A Strategic Approach*, available at: <https://eprints.soas.ac.uk/23495/>.

nhân và tập thể, bên cạnh các quy trình kiểm tra giám sát bên trong các cơ quan công quyền; *thuyết hành động tập thể* lại nhấn mạnh vai trò của công dân trong công cuộc xây dựng một cộng đồng liên chính để khắc phục tình trạng thờ ơ, chấp nhận, “sống chung” với tham nhũng chứ không chỉ tập trung kiểm soát các cá nhân nắm giữ quyền lực. Nói cách khác, lý thuyết hành động tập thể đưa vấn đề tham nhũng quay trở lại với chính tập thể/cộng đồng nơi các vấn đề xuất hiện và hướng các chiến lược phòng, chống tham nhũng vào việc dựa trên hành động của chính tập thể, cộng đồng đó⁴. Bổ sung cho hai lý thuyết trên cũng như nhấn mạnh địa vị của công dân trong công cuộc phòng, chống tham nhũng, *cách tiếp cận từ dưới lên* nêu rõ cần có những cơ chế, biện pháp sáng tạo để cho phép, tạo điều kiện cho người dân tham gia vào cuộc chiến chống tham nhũng, trong đó bao gồm việc tìm kiếm, suy tôn và nhân rộng những điển hình trong lĩnh vực này.

Thể chế minh bạch và tăng cường sự tham gia sẽ tạo ra một phạm vi công chúng tham gia bao trùm hơn, và hạn chế cơ hội cho các quan chức lợi dụng các công dân dễ bị tổn thương. “Một công dân tham gia nhiều hơn sẽ có thể đạt được mức độ hợp tác cao hơn và khiến chính phủ có trách nhiệm hơn trong thực tế”⁵. Liên quan đến chống tham nhũng, loại hình tham gia này đã được thực hiện dưới các hình thức như lập ngân sách có sự tham gia, tăng cường tiếp cận thông tin (cần được đảm bảo bằng Luật Tiếp cận thông tin), xây dựng mô hình chính phủ điện tử... Mansuri và Rao⁶ cho rằng việc

trao quyền cho xã hội và sự tham gia của người dân chỉ có thể đạt được thông qua quản trị địa phương. Từ những quan điểm trên, các cơ chế chống tham nhũng, đặt người dân làm trung tâm dần dần được phát triển và mở rộng.

2. Những yếu tố kiểm chế địa vị của công dân trong phòng, chống tham nhũng

- Năng lực của chính quyền

Trong mối tương quan giữa chính quyền và công dân trong hoạt động phòng, chống tham nhũng (PCTN) thì cách tiếp cận, khả năng và sự sẵn sàng của chính quyền đóng vai trò quan trọng trong việc phân bổ quyền lực hoặc thực hiện các cơ chế chống tham nhũng có sự tham gia của công dân. Phương pháp tiếp cận chống tham nhũng lấy công dân làm trung tâm có vẻ khả thi hơn trong môi trường ít tham nhũng hơn. Ngược lại, ở những quốc gia được coi là có mức độ tham nhũng cao, thì vấn đề địa vị của công dân trong PCTN ít được quan tâm vì chính quyền không thể chấp nhận được “các sáng kiến nhằm giảm bớt quyền lực đó”⁷. Ví dụ về lập ngân sách, việc này cần được phân cấp tối đa theo hướng trao quyền cho chính quyền địa phương. Quyền hạn này cho phép công dân kiểm soát tài chính công và ra quyết định về các vấn đề như giáo dục, y tế và cơ sở hạ tầng, giảm “độc quyền quyền lực” của các quan chức nhà nước ở trung ương và định hình lại cơ cấu trách nhiệm giải trình. Các cơ chế chống tham nhũng lấy công dân làm trung tâm sẽ thiếu hiệu quả nếu sự trao quyền giám sát, đánh giá của công dân bị hạn chế.

⁴ International Institute for Democracy and Electoral Assistance (2017), *Innovations in Anti-corruption Approaches: A Resources Guide*, tại <https://www.idea.int/gsod/files/IDEA-GSOD-2017-RESOURCE-GUIDE-ANTI-CORRUPTION.pdf>.

⁵ Ghazala Mansuri and Vijayendra Rao (2013), *Can participation be induced? Some evidence from developing countries*, vol. 16, Issue 2, p. 21, <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/13698230.2012.757918>.

⁶ Ghazala Mansuri and Vijayendra Rao (2013), *Localizing development does participation work?*, A World Bank Policy Research Report, ISBN (paper): 978-0-8213-8256-1.

⁷ Verdenicci, Serena and Hough, Dan (2015), *People power and anti-corruption; demystifying citizen-centred approaches*, Crime, Law and Social Change, vol. 64 (1), ISSN 0925-4994, p. 10.

- Năng lực công dân

Năng lực công dân là một yếu tố quan trọng ảnh hưởng tới hiệu quả và sức mạnh của công dân trong hoạt động PCTN. Chẳng hạn, khi công dân tham gia vào nhiều nhiệm vụ khác nhau như các hoạt động lập kế hoạch và báo cáo phức tạp có khả năng vượt quá khả năng của công dân⁸. Một bộ phận công dân có khả năng tìm hiểu, tiếp cận thông tin chính xác và biết được đâu là điều tốt nhất cho mình; trong khi đó, sẽ luôn có những nhóm công dân thiếu tự tin và khả năng để tham gia đánh giá và thực hiện các hoạt động giám sát hành vi của quan chức.

Có nhiều yếu tố ảnh hưởng đến năng lực công dân trong hoạt động PCTN, ví dụ như nền tảng giáo dục của mỗi cá nhân. Ngoài ra, năng lực công dân cũng bị hạn chế bởi tính chất đơn lẻ của các cá nhân trong công cuộc PCTN. Trong khi, công chức là người được nắm giữ thông tin, được trao quyền bởi cộng đồng thì sự phản ứng của một cá thể hay một nhóm nhỏ rất khó làm thay đổi sự bất cân xứng quyền lực giữa người ủy nhiệm và người nhận ủy nhiệm. Trong một số trường hợp, những cá thể chiến đấu đơn lẻ sẽ có thể bị trả đũa bằng nhiều cách từ trực tiếp tới gián tiếp. Chính điều này thường dẫn tới tâm lý né tránh, thờ ơ trước quyền giám sát, kiểm tra của mình đối với các công chức.

- Ảnh hưởng của môi trường văn hóa - chính trị - pháp lý

Nhìn từ lý thuyết về hành động tập thể, tham nhũng chịu sự ảnh hưởng rất nhiều từ cộng đồng xã hội. Một tập thể xã hội liên chính sẽ làm giảm khả năng tham nhũng của các công chức. Tuy nhiên, nếu một tập thể,

cộng đồng có văn hóa hay truyền thống coi tham nhũng là một điều bình thường thì khả năng tham nhũng của các công chức sẽ cao hơn. Ở những quốc gia có nền văn hóa trọng quan hệ, đề cao sự gắn kết gia đình, bạn bè thì trên cơ sở mối quan hệ cá nhân và lòng tin dành cho nhau, người ta có thể ra quyết định giải quyết linh hoạt các tình huống bất thường trong cuộc sống, kinh doanh hay công sở, thậm chí có thể dàn xếp nhiều vụ việc hiệu quả hơn so với việc áp dụng pháp luật. Mặc dù cách xử lý này chưa chắc đã dẫn đến tham nhũng, nhưng nó khiến ranh giới giữa sự giúp đỡ hợp pháp và tham nhũng trở nên mờ nhạt, nhất là đối với các quốc gia mà người dân thiếu tin tưởng vào hệ thống pháp luật⁹. Mỗi môi trường văn hóa như vậy sẽ tạo ra những cơ chế chính trị, pháp lý chứa đựng quan điểm của cộng đồng về cách tiếp cận cũng như giải pháp ứng phó với tham nhũng. Khi tham nhũng khởi nguồn từ lòng tham hay từ tính toán lợi ích vị kỷ của mỗi cá nhân thì việc mỗi cá nhân có thực hiện hành vi tham nhũng hay không, và mức độ phổ biến của tham nhũng trong một cộng đồng như thế nào, còn phụ thuộc vào môi trường xã hội, nơi mà có hay không kỳ vọng và quyết tâm chung của cộng đồng về một xã hội liên chính, “nói không” với tham nhũng¹⁰. Một nghiên cứu về tình trạng tham nhũng ở Kenya và Uganda đã chỉ ra rằng, chi phí cho hành vi tham nhũng ảnh hưởng tới mức độ của tình trạng tham nhũng, trong khi chi phí cho hành vi tham nhũng phụ thuộc vào tỷ lệ người dân trong xã hội chấp nhận tham nhũng. Nếu tham nhũng là một hành vi được phần lớn mọi người trong xã hội chấp nhận thì các cá nhân sẽ lựa chọn thực hiện các hành vi tham nhũng,

⁸ Ghazala Mansuri and Vijayendra Rao (2013), *Can participation be induced? Some evidence from developing countries*, vol. 16, Issue 2, p. 27, <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/13698230.2012.757918>.

⁹ Vũ Công Giao chủ biên (2019), *Quản trị tốt và phòng, chống tham nhũng*, Nxb. Chính trị quốc gia Sự thật, ISBN 978-604-57-5302-6, tr. 205.

¹⁰ Department for international development (2015), *Why corruption matters: understanding causes, effects and how to address them Evidence paper on corruption*.

dù biết nó là sai trái, bởi vì chi phí cho việc thực hiện hành động này sẽ được giảm thiểu so với việc làm đúng quy định, ít nhất là ở cấp độ cá nhân¹¹.

3. Khuyến nghị nhằm củng cố địa vị công dân trong phòng, chống tham nhũng ở Việt Nam

Thứ nhất, trong mối tương quan bất cân xứng về thông tin và quyền lực giữa công chức nhà nước và công dân, việc để người dân tham gia vào hoạt động kiểm tra, giám sát quá trình thực thi công vụ là khá khó khăn. Cách thức hiệu quả và hợp pháp nhất để nhân dân giám sát các hành vi chính trị chính là dựa vào thể chế bảo đảm tính chất dân chủ; Xây dựng các cơ chế ràng buộc trách nhiệm giải trình, cung cấp thông tin một cách công khai, chi tiết bằng nhiều hình thức để người dân có thể tiếp cận một cách dễ dàng. Như vậy, công dân sẽ có động lực, điều kiện tham gia tích cực vào hoạt động phòng, chống tham nhũng; từ đó mới phát huy được sức mạnh công dân, sức mạnh tập thể và đẩy lùi nạn tham nhũng.

Thứ hai, sự sẵn sàng của Nhà nước trong việc “trao quyền” cho công dân nói chung và trong PCTN nói riêng.

Để có được sự sẵn sàng “trao quyền” cho công dân trong công tác PCTN, cần có sự quyết tâm chính trị từ cấp cao nhất, cùng với đó là sự thúc đẩy của cộng đồng quốc tế đối với các quốc gia có tỷ lệ tham nhũng cao nhưng sự tham gia của người dân lại chưa được đặt đúng vị trí. Chương trình “Ngân sách có sự tham gia của công dân” ở Brazil là một ví dụ thành công. Khởi nguồn từ Hiến pháp năm 1988, Brazil đã cung cấp một số cơ chế cho phép các phong trào cấp cơ sở tham gia vào một số quyết định

và giám sát các vấn đề công cộng, đặc biệt là ở cấp địa phương. Các lĩnh vực này bao gồm việc thành lập các hội đồng cộng đồng để quyết định các chính sách giáo dục, y tế và phúc lợi xã hội, đến việc thực hiện ngân sách có sự tham gia. Quy trình hoạt động của mô hình ngân sách có sự tham gia của công dân ở Brazil được thực hiện qua nhiều vòng thảo luận trước khi đưa ra quyết định chính thức về việc sử dụng ngân sách địa phương. Ở bước đầu tiên, chính quyền địa phương sẽ tổ chức các cuộc họp toàn thể cư dân và phổ biến những thông tin chung về ngân sách thành phố. Sau đó, sẽ tiếp tục có các cuộc họp nhỏ hơn ở khu vực quận, huyện, khu phố để trình ra các danh mục cần ưu tiên đầu tư. Khi đã xây dựng được danh sách ưu tiên đầu tư theo khu vực, mỗi huyện sẽ cử ra hai thành viên tham gia vào Hội đồng ngân sách thành phố, Hội đồng này sẽ tiếp tục thảo luận để có được danh sách ưu tiên tổng hợp nhất cho sự phát triển của thành phố. Sau khi đưa ra được các kế hoạch đầu tư theo thứ tự ưu tiên, thì hoạt động giám sát việc thực hiện các hoạt động này cũng được quan tâm. Theo đó, Hội đồng ngân sách thành phố và các Hội đồng ngân sách huyện cũng giám sát việc chi tiêu của các dự án đầu tư cũng như có các cuộc thảo luận thường xuyên với chính quyền địa phương về các vấn đề liên quan đến cung ứng dịch vụ công¹². Như vậy, có thể thấy địa vị của công dân trong công cuộc PCTN cần được xác định một cách đúng đắn mới có thể đem lại hiệu quả đối với các biện pháp PCTN. Mặc dù mỗi quốc gia có những bối cảnh thể chế khác nhau nhưng nếu có những lộ trình đúng đắn và xác định nhất quán sử dụng sức mạnh công dân vào PCTN thì đều có thể thành công.

¹¹ Department for international development (2015), *Why corruption matters: understanding causes, effects and how to address them Evidence paper on corruption*.

¹² Celina Souza (2001), *Participatory budgeting in Brazilian cities: limits and possibilities in building democratic institutions*, Environment & Urbanization, vol. 13, no 1, p.166, https://www.ucl.ac.uk/dpu-projects/drivers_urb_change/urb_governance/pdf_part_budg/IIED_Souza_Budgeting_Brazil.pdf.

Thứ ba, trong bối cảnh cách mạng công nghiệp 4.0, dữ liệu được coi là nguồn năng lượng kết nối liên ngành, liên lĩnh vực và liên quốc gia. Do đó, việc xây dựng cơ sở dữ liệu quốc gia cần gắn với mục tiêu thúc đẩy sự tham gia và tăng tính hiệu quả của sự tham gia của công dân vào hoạt động quản lý nhà nước nói chung, PCTN nói riêng. Chính phủ điện tử, trí tuệ nhân tạo có thể hỗ trợ các phương pháp tiếp cận từ dưới lên như vậy, chẳng hạn như trong trường hợp công thông tin Dozorro của Ukraine sử dụng trí tuệ nhân tạo (AI) để gắn cờ các đầu thầu mua sắm công có nguy cơ tham nhũng cao và thông báo với công chúng¹³. Hay sự thành công của chính phủ điện tử ở Ấn Độ với trang phản ánh thông tin www.ipaidabribe.com (IPB). IPB được thành lập ở Ấn Độ vào năm 2008 bởi một tổ chức phi chính phủ với mục đích “khai thác năng lượng tập thể của công dân”. Các công dân có thể báo cáo ẩn danh khi họ đã đưa hối lộ cho một công chức hay khi họ không bị yêu cầu đưa hối lộ. Sau khoảng 5 năm, IPB đã có hơn 4,5 triệu lượt truy cập và 32.000 báo cáo về hối lộ. Một điểm đáng lưu ý là mục đích của trang web không phải là phát hiện các quan chức tham nhũng mà hướng tới các chiến dịch cải cách thủ tục hành chính, cũng như giúp công dân hiểu được họ có quyền như thế nào. Sau chiến dịch, nhiều thủ tục dễ dẫn đến tham nhũng ở Ấn Độ đã được cải cách như: Đăng ký đất đai, cấp giấy phép... Bên cạnh Ấn Độ, chúng ta cũng có thể cân nhắc mô hình phản hồi công dân (CFM) ở Lahore, Pakistan... Mô hình phản hồi công dân (CFM) tuân theo một logic tương tự, mặc dù nó làm như vậy theo một cách hoàn toàn khác. Mục đích là hạn chế tham nhũng vặt và khuyến khích sự tham gia của người dân trong việc cung cấp dịch vụ công, hướng tới xây

dựng “niềm tin và sự tin cậy giữa chính phủ và công chúng”, đồng thời phát triển “tác dụng răn đe” trong giới công chức (<http://www.pitb.gov.pk/cfm>). Như với IPB, kế hoạch bắt đầu vào năm 2008, bao gồm 15 quận trên toàn tiểu bang, phân tích các vấn đề về đăng ký tài sản, y tế, giáo dục và cảnh sát. CFM khác với IPB ở chỗ, khi một công dân đến văn phòng chính phủ để hoàn tất một giao dịch chính thức, họ sẽ được yêu cầu cung cấp số điện thoại di động của mình. Số điện thoại này sau đó được ghi lại trên một cơ sở dữ liệu tập trung và người dân sẽ nhận được cuộc gọi mà họ được yêu cầu trả lời qua tin nhắn. Công dân được yêu cầu phản hồi về việc liệu họ có bị đòi hối lộ hay không, và nếu có thì số tiền đó là bao nhiêu. Thông tin này sau đó được chuyển tiếp đến trung tâm cuộc gọi và thông tin được xử lý. Mục đích là tìm kiếm các mẫu trong dữ liệu nhằm đưa ra các quy định để xử lý các văn phòng nơi mà tham nhũng dường như là một vấn đề cụ thể. Tính đến tháng 11/2014, hơn 4 triệu công dân đã được tiếp xúc, hơn 500.000 người đã trả lời và 110.000 người đã báo cáo về các vấn đề tham nhũng, 3.600 hành động đã được báo cáo về các khiếu nại được thực hiện¹⁴.

Ngoài ra, mô hình chính phủ điện tử sẽ giúp thúc đẩy sức mạnh công dân trong PCTN qua hai cách: một là, minh bạch thông tin về hoạch định chính sách và các dịch vụ công; hai là, hạn chế tối đa sự can thiệp của Nhà nước trong các hoạt động hành chính thông qua các ứng dụng trực tuyến. Khi công chức không thể trì hoãn giải quyết các dịch vụ trên hệ thống cho công dân, sẽ thúc đẩy niềm tin của công dân vào Chính phủ và nâng cao được trách nhiệm của công dân khi đối mặt với những hành vi không đúng mực, tham nhũng của các công chức khi thi hành công vụ. ■

¹³ Verdenicci, Serena and Hough, Dan (2015), *People power and anti-corruption; demystifying citizen-centred approaches*, Crime, Law and Social Change, 64 (1), ISSN 0925-4994, p. 9.

¹⁴ Verdenicci, Serena and Hough, Dan (2015), *People power and anti-corruption; demystifying citizen-centred approaches*, Crime, Law and Social Change, 64 (1), ISSN 0925-4994, p.9.

XÁC ĐỊNH QUYỀN CỦA CHA ĐƯỢC NUÔI CON DƯỚI 36 THÁNG TUỔI KHI MẸ KHÔNG TRỰC TIẾP NUÔI DƯỠNG

Đặng Thanh Hoa*

Trần Thị Thu Hằng**

*TS. Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh

**Sinh viên Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Hôn nhân, gia đình, quyền nuôi con, án lệ.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 03/06/2022

Biên tập : 12/06/2022

Duyệt bài : 14/06/2022

Tóm tắt:

Dự thảo Án lệ số 09/2022 về xác định quyền nuôi con dưới 36 tháng tuổi thuộc về người cha trong trường hợp người mẹ không trực tiếp chăm sóc, nuôi dưỡng, giáo dục con vừa được công bố để lấy ý kiến đóng góp. Đây được xem là một trường hợp khác mà quyền nuôi con dưới 36 tháng tuổi được ghi nhận thuộc về người cha. Tác giả bài viết phân tích về Dự thảo án lệ này và đề xuất một số kiến nghị hoàn thiện.

Article Information:

Keywords: Marriage, family, child custody, case law.

Article History:

Received : 03 Jun. 2022

Edited : 12 Jun. 2022

Approved : 14 Jun. 2022

Abstract:

It has been published to seek comments to the draft Case Law No. 09/2022 on determining the right to raise a child under 36 months of age belongs to the father in case the mother does not directly take care, nurture and educate the child. This is considered as another case where custody of a child under 36 months of age is recorded as belonging to the father. This article provides an analysis of the draft Case Law and also proposes a number of recommendations for further improvements.

1. Quy định của pháp luật hôn nhân và gia đình về xác định quyền nuôi con

Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014 (Luật Hôn nhân và gia đình) quy định việc xác định quyền nuôi con hướng đến mục tiêu là sự phát triển tốt nhất của con, thể hiện xuyên suốt trong

các điều luật cụ thể¹. Ngoài ra, qua khảo sát một số bản án về tranh chấp xác định quyền nuôi con, có thể thấy, Tòa án có xu hướng xem xét đến các điều kiện về tài chính, môi trường sống, sau đó cân nhắc đến yếu tố bảo đảm sự ổn định của con khi ở cạnh với một bên bố hoặc

¹ Xem khoản 1 Điều 69 Luật Hôn nhân và gia đình quy định về nghĩa vụ của cha mẹ; khoản 1 Điều 70 về quyền của con...

mẹ. Các quyết định của Tòa án cho thấy quan điểm tương đồng về sự thay đổi người trực tiếp nuôi dưỡng là cần thiết nếu như bên đang trực tiếp nuôi con không còn có đủ điều kiện để bảo đảm sự phát triển tốt nhất cho con²...

Riêng đối với quyền nuôi con dưới 36 tháng tuổi có quy định đặc thù tại khoản 3 Điều 81 Luật Hôn nhân và gia đình: “*Con dưới 36 tháng tuổi được giao cho mẹ trực tiếp nuôi, trừ trường hợp người mẹ không đủ điều kiện để trực tiếp trông nom, chăm sóc, nuôi dưỡng, giáo dục con hoặc cha mẹ có thỏa thuận khác phù hợp với lợi ích của con*”.

Theo quy định trên, cơ sở để xác định quyền nuôi con dưới 36 tháng tuổi được pháp luật quy định dự liệu hoặc một trong hai trường hợp sau: (1) “*Mẹ trực tiếp nuôi dưỡng*” trừ khi mẹ không đủ điều kiện để trực tiếp trông nom, chăm sóc, nuôi dưỡng, giáo dục con; (2) “*Không phải mẹ nuôi dưỡng*” mà có thể là “*người khác nuôi dưỡng*” nếu cha mẹ có thỏa thuận khác phù hợp với lợi ích của con.

Trên thực tiễn, nếu xảy ra trường hợp con dưới 36 tháng tuổi và người mẹ vẫn có đủ điều kiện để trực tiếp chăm sóc, nuôi dưỡng, giáo dục con thì có đương nhiên người mẹ được quyền trực tiếp nuôi dưỡng con hay không? Nếu không thì lý do nào để giải thích cho trường hợp ngoại lệ đặc thù này?

Dự thảo Án lệ 09/2022³ vừa được công bố đã có những hướng giải quyết cụ thể trong trường hợp này.

2. Dự thảo Án lệ số 09/2022

Chị K (người mẹ) và anh P (người cha) đăng ký kết hôn với nhau, có 01 con chung vào năm 2016. Nhưng người mẹ đã tự ý bỏ về nhà bố mẹ đẻ từ khi con chỉ 04 tháng tuổi và không trực tiếp chăm sóc, nuôi dưỡng, giáo dục con. Trong khoảng thời gian này, người cha đã liên tục nuôi dưỡng, chăm sóc, bảo đảm điều kiện phát triển tốt cho con, và người con cũng đã quen với môi trường sống với cha. Năm 2018, do “*mâu thuẫn vợ chồng đã trầm trọng*”, không giải quyết được nên đã thống nhất thuận tình ly hôn.

Tòa án cấp sơ thẩm quyết định giao con cho người cha trực tiếp trông nom, chăm sóc. Tuy nhiên, trong Dự thảo Án lệ không nêu rõ lập luận vì sao lại có quyết định này.

Sau đó, người mẹ đã kháng cáo bản án sơ thẩm xin được quyền nuôi con. Hội đồng xét xử cấp phúc thẩm chấp nhận kháng cáo của người mẹ, giao con cho người mẹ nuôi dưỡng theo căn cứ tại khoản 3 Điều 81 Luật Hôn nhân và gia đình.

Bản án phúc thẩm sau đó bị kháng nghị giám đốc thẩm, quyết định của Hội đồng xét xử giám đốc thẩm (HĐXXGĐT) là tiếp tục giao con dưới 36 tháng tuổi cho người cha trực tiếp nuôi dưỡng. HĐXXGĐT đã nhận định: “*chỉ vì mâu thuẫn vợ chồng, chị K tự ý về nhà bố mẹ đẻ sinh sống, bỏ lại cháu T mới được 04 tháng tuổi cho anh P nuôi dưỡng... Mặc dù, khoản 3 Điều 81 của Luật Hôn nhân và gia đình năm*

² Tham khảo các bản án: Bản án số 1160/2018/HNGĐ-PT về tranh chấp thay đổi người trực tiếp nuôi con sau ly hôn, <https://thuvienphapluat.vn/banan/ban-an/ban-an-11602018hngdpt-ngay-30112018-ve-tranh-chap-thay-doi-nguoi-truc-tiep-nuoi-con-sau-ly-hon-92061>; Bản án số 24/2020/HNGĐ-ST ngày 03/07/2020 về tranh chấp thay đổi người nuôi con, <https://thuvienphapluat.vn/banan/ban-an/ban-an-242020hngdst-ngay-03072020-ve-tranh-chap-thay-doi-nguoi-nuoi-con-142229>; Bản án 19/2018/DS-PT ngày 24/09/2018 về thay đổi người nuôi con, <https://thuvienphapluat.vn/banan/ban-an/ban-an-192018dpspt-ngay-24092018-ve-thay-doi-nguoi-nuoi-con-79399>.

³ TANDTC (2022), Dự thảo Án lệ số 09, <https://anle.toaan.gov.vn/webcenter/portal/anle/chitietanleduthao?dDocName=TAND214231>.

2014 có quy định nhưng cháu T đã quen với điều kiện, môi trường sống và được anh P nuôi dưỡng, chăm sóc bảo đảm trong điều kiện tốt nhất; nếu giao cháu T cho chị K nuôi dưỡng sẽ gây sự xáo trộn, ảnh hưởng đến sự phát triển bình thường cháu”⁴.

Dự thảo Án lệ số 09/2022 (Dự thảo Án lệ) không nêu rõ tình tiết, dữ liệu để khẳng định người mẹ có hay không có đủ điều kiện để trực tiếp chăm sóc, nuôi dưỡng, giáo dục con. Tuy nhiên, với nội dung phân tích từ HĐXXGĐT cũng như nội dung kết luận tại Dự thảo Án lệ cho thấy, đây có thể chính là trường hợp người mẹ có đủ điều kiện để trực tiếp chăm sóc, nuôi dưỡng, giáo dục con, và con dưới 36 tháng tuổi nên có thể xem xét giao con cho người mẹ trực tiếp nuôi dưỡng như cách luận giải và quyết định của Tòa án cấp phúc thẩm. Đây cũng chính là lý do để có đề xuất trường hợp này làm Án lệ vì sẽ giải quyết được tình huống thực tế mà pháp luật chưa dự liệu và quy định – đó chính là giá trị của các án lệ nói chung và của Dự thảo Án lệ này nói riêng.

Với cách phân tích và luận giải của HĐXXGĐT trong vụ án này cho thấy, mặc dù người mẹ có đủ điều kiện, nhưng nếu việc giao con làm cho cuộc sống của con bị xáo trộn, không ổn định bởi môi trường sống của con trước đó đã được người cha trực tiếp chăm sóc, nuôi dưỡng, giáo dục con để con có thể phát triển một cách tốt nhất... thì quyết định giao con dưới 36 tháng tuổi cho người mẹ là không phù hợp. Nói cách khác, với trường hợp này thì quyền nuôi con trực tiếp phải thuộc về người cha.

Việc xác định quyền nuôi con dưới 36 tháng tuổi sau khi ly hôn thuộc về người cha được

nêu trong Dự thảo Án lệ không rơi vào trường hợp ngoại lệ theo khoản 3 Điều 81 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014. Vì lẽ đó, pháp luật cần ghi nhận trường hợp quyền nuôi con dưới 36 tháng tuổi phải thuộc về người cha không phụ thuộc vào việc người mẹ hiện có đủ điều kiện trực tiếp chăm sóc, nuôi dưỡng, giáo dục con nếu thỏa mãn các yếu tố sau: (1) người mẹ đã không nuôi con từ khi con còn rất nhỏ; và (2) người cha là người trực tiếp nuôi dưỡng, đồng thời, đã và đang tạo được môi trường nuôi dưỡng, chăm sóc con trong điều kiện tốt nhất.

Luận giải hai điều kiện trên vào vụ án trong Dự thảo Án lệ như sau:

- Điều kiện thứ nhất, người mẹ đã không nuôi con từ khi con còn rất nhỏ.

Vụ án hôn nhân gia đình đặt ra trong Dự thảo Án lệ lại cho thấy sự xa cách của người mẹ với con đã xuất hiện trước thời điểm ly hôn, tức là người mẹ đã có sự ngắt quãng trong việc gắn bó với con từ trước thời điểm phát sinh tranh chấp về quyền nuôi con. Vì vậy, tại thời điểm phát sinh tranh chấp về quyền nuôi con, áp dụng khoản 3 Điều 81 Luật Hôn nhân và gia đình trên cơ sở thuyết tâm lý về sự gắn bó⁵ là không hợp lý. Cụ thể, khoản 3 Điều 81 Luật Hôn nhân và gia đình hướng đến duy trì sự gắn kết giữa người mẹ và con dưới 36 tháng tuổi để bảo đảm sự phát triển tự nhiên của con, chứ không hướng đến tái kết nối mối quan hệ đã có sự ngắt quãng giữa người mẹ và con dưới 36 tháng tuổi.

Mặt khác, ngay tại thời điểm người mẹ tự nguyện rời bỏ và giao con dưới 36 tháng tuổi lại cho người cha, sự gắn kết giữa người mẹ và người con đã bị cắt đứt, và sự cắt đứt này hoàn toàn thuộc về lựa chọn của người mẹ. Do đó,

⁴ TANDTC (2022), Dự thảo Án lệ số 09, chitietanleduthao?dDocName=TAND214231.

⁵ Sẽ được phân tích chi tiết ở phần sau.

tr.4, <https://anle.toaan.gov.vn/webcenter/portal/anle/>

không có cơ sở xác đáng nào để ưu tiên người mẹ hơn so với người cha trong việc xác định quyền nuôi con.

- Điều kiện thứ hai, người cha là người trực tiếp nuôi dưỡng và đã và đang tạo được môi trường nuôi dưỡng, chăm sóc con trong điều kiện tốt nhất.

HĐXXGĐT đánh giá việc người cha đã và đang tạo được môi trường nuôi dưỡng, chăm sóc con trong điều kiện tốt nhất thông qua ý kiến xác nhận tại Biên bản xác minh của Ban tự quản thôn và Chi hội phụ nữ nơi người cha và con cư trú như sau: “Anh P nuôi dưỡng, chăm sóc cháu T rất tốt. Anh P có việc làm tại Công ty TNHH Thương mại và dịch vụ N, thu nhập ổn định, hoàn toàn đủ điều kiện để nuôi cháu T”⁶. Như vậy, HĐXXGĐT đã xét đến việc người cha chịu trách nhiệm chăm sóc con khi người mẹ bỏ đi, cũng như điều kiện tài chính, sự chăm sóc dành cho con được xác nhận bởi các cơ quan, tổ chức có thẩm quyền nơi người cha và con cùng cư trú.

3. Sự tương thích và phù hợp của Dự thảo Án lệ với kinh nghiệm nước ngoài

Dự thảo Án lệ có sự phù hợp và tương đồng với xu hướng thế giới khi quy định về xác định quyền ưu tiên của mẹ được nuôi con dưới 36 tháng tuổi nhưng phải tính đến điều kiện bảo vệ lợi ích tốt nhất cho con.

3.1. Thuyết tâm lý về sự gắn bó giữa mẹ và con

Thuyết tâm lý về sự gắn bó giữa mẹ và con (attachment theory)⁷ cho rằng, sự chia ly giữa mẹ và con dưới 03 tuổi (tương đương 36 tháng) sẽ có tác động tiêu cực đến sự phát triển của con, vì sự hiện diện vật lý/sự thân mật của

người mẹ là điều kiện thiết yếu để người con phát triển kết nối tình cảm và gây dựng cảm xúc được yêu thương, che chở. Do đó, việc xa cách người mẹ từ giai đoạn con còn nhỏ sẽ dẫn đến hiện tượng tâm lý của con không ổn định, dễ bị kích động. Đặc biệt, thuyết này nhấn mạnh rằng sự gắn kết giữa mẹ và con là mạnh mẽ nhất trong khoảng thời gian con từ dưới 03 tuổi. Sau cột mốc này, người con dần có khả năng thích nghi với sự không hiện diện của mẹ vì đã có nền tảng xây dựng kết nối tình cảm trước đó và có niềm tin về đoàn tụ giữa mẹ và con.

Nội dung vụ án trong Dự thảo Án lệ cho thấy, việc người mẹ tự bỏ đi và không nuôi con từ khi con còn rất nhỏ đã không thỏa mãn thuyết tâm lý về sự gắn bó nhằm bảo đảm sự phát triển lành mạnh của người con. Ngoài ra, việc ưu tiên cho người mẹ được quyền nuôi con dưới 36 tháng tuổi phải kèm theo điều kiện là người mẹ có đủ điều kiện để có thể trực tiếp nuôi con và cha mẹ không có thỏa thuận khác phù hợp lợi ích của con. Nói cách khác, điều kiện ưu tiên quyền của người mẹ trực tiếp nuôi con hay người nào khác theo thỏa thuận của cha mẹ cũng đều phải căn cứ vào việc làm sao để bảo vệ quyền và lợi ích tốt nhất cho con.

3.2. Bảo vệ lợi ích tốt nhất của con

“Bảo vệ lợi ích tốt nhất của con” (best-interests-of-child) là một trong những nguyên tắc chủ đạo trong Công ước của Liên hợp quốc về quyền trẻ em mà Việt Nam phê chuẩn từ năm 1990. Cụ thể, khoản 1 Điều 3 Công ước đã nhấn mạnh: “Trong mọi hoạt động liên quan tới trẻ em... lợi ích tốt nhất của trẻ em phải là mối quan tâm hàng đầu”. Nội dung tương tự được đề cập tại khoản 2 Điều 24 Công ước

⁶ TANDTC (2022), Dự thảo Án lệ số 09, tr.4, https://anle.toaan.gov.vn/webcenter/portal/anle/chitietanle_duthao?dDocName=TAND214231.

⁷ Kimberly Howard, Anne Martin, Lisa J. Berlin & Jeanne Brooks-Gunn (2010), *Early mother-child separation, parenting, and child well-being in Early Head Start families*, Attachment and Human Development, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3115616/>, retrieved 03/6/2022.

châu Âu về nhân quyền với tư cách là nguyên tắc trung tâm điều chỉnh quyền của trẻ em⁸. Do đó, việc xác định quyền nuôi con - một trong những hoạt động liên quan, tác động trực tiếp đến người con, cũng phải chịu sự chi phối của nguyên tắc “*bảo vệ lợi ích tốt nhất của con*”.

Một số quốc gia công khai áp dụng nguyên tắc “*bảo vệ lợi ích tốt nhất của con*” trong các tranh chấp quyền nuôi con là Hoa Kỳ. Hầu hết các vụ án xét xử tại các bang khác nhau đều cân nhắc đến nguyên tắc này trước tiên để giải quyết tranh chấp quyền nuôi con⁹. Canada còn tiếp cận khái niệm “*bảo vệ lợi ích tốt nhất của con*” theo 03 góc độ¹⁰: (i) quyền cơ bản của người con; (ii) nguyên tắc cốt lõi đối với mọi hoạt động pháp lý tác động đến người con; (iii) quy tắc tố tụng liên quan phải nhằm bảo đảm sự thuận tiện để thực hiện được “*bảo vệ lợi ích tốt nhất của con*”.

Hoa Kỳ có quy tắc tương ứng (*approximation rule*) được áp dụng rộng rãi trong các tranh chấp phân định quyền nuôi con; theo đó, quyền nuôi con trực tiếp, thường xuyên sẽ được trao cho bên phụ huynh nào đã dành nhiều thời gian, công sức để chăm sóc, nuôi dưỡng con hơn trước thời điểm xảy ra tranh chấp¹¹.

Qua đây, có thể Dự thảo Án lệ có sự tương đồng khi áp dụng quy tắc tương ứng trên, người cha là người trực tiếp đã nuôi dưỡng con dưới

36 tháng tuổi và đương nhiên so với người mẹ trong trường hợp này đã dành nhiều thời gian, công sức để chăm sóc, nuôi dưỡng con tốt nhất trong khi người mẹ đã không trực tiếp nuôi con. Do đó, có thể khẳng định quyết định trao quyền nuôi con dưới 36 tháng trong vụ án tại Dự thảo Án lệ cho người cha là hợp lý.

Như vậy, pháp luật quốc tế và các nước không chỉ có sự thừa nhận quyền ưu tiên xem xét (nhưng không phải là duy nhất) để giao quyền nuôi con dưới 36 tháng tuổi trực tiếp cho người mẹ, mà còn quy định về xác định quyền nuôi con đều phải hướng đến sự phát triển ổn định, toàn diện và tốt nhất của người con trong mối liên hệ hài hòa từ tinh thần cho đến đời sống vật chất... Trong đó, sự ổn định trong đời sống sinh hoạt là việc hạn chế những thay đổi xảy ra trong môi trường sống, những người tiếp cận, giờ giấc ăn ngủ...

Ngoài sự gắn kết tâm lý thì sự ổn định trong đời sống sinh hoạt cũng là một yếu tố cần thiết trong sự phát triển của người con. Thậm chí, theo nhiều khía cạnh, việc xác định ai là người có khả năng tạo ra điều kiện, môi trường sống thuận lợi nhất cho người con còn được coi trọng hơn sự ổn định trong đời sống sinh hoạt¹².

Tóm lại, sự ổn định trong đời sống sinh hoạt là yếu tố quan trọng trong việc bảo đảm lợi ích

⁸ Migration and Home Affairs – European Commission, *Best interests of the child (BIC)*, https://ec.europa.eu/home-affairs/pages/glossary/best-interests-child-bic_en, retrieved 04/6/2022.

⁹ Andrea Charlow (1987), *Awarding Custody: The Best Interests of the Child and Other Fictions*, Yale Law and Policy Review, vol. 5, no. 2, <https://www.jstor.org/stable/40239245>, retrieved 04/6/2022.

¹⁰ Canadian Bar Association, *Best Interests of the Child – A Triple Concept*, <https://www.cba.org/Publications-Resources/Practice-Tools/Child-Rights-Toolkit/theChild/Best-Interests-of-the-Child#:~:text=%E2%80%99CBest%20Interests%20of%20the%20child,14%2C%20paras.>, retrieved 04/6/2022.

¹¹ Richard A. Warshak (2007), *The Approximation Rule, Child Development Research, and Children’s Best Interests After Divorce*, Child Development Perspective, https://www.researchgate.net/publication/229801370_The_Approximation_Rule_Child_Development_Research_and_Children’s_Best_Interests_After_Divorce#:~:text=The%20approximation%20rule%20asserts%20that,divorce%2Fseparation.%20..., retrieved 05/6/2022.

¹² Khoản 1 Điều 69 Luật Hôn nhân và gia đình quy định về nghĩa vụ của cha mẹ: “*Thương yêu con, tôn trọng ý kiến của con; chăm lo việc học tập, giáo dục để con phát triển lành mạnh về thể chất, trí tuệ, đạo đức*”.

tốt nhất của con¹³. Do đó, chúng tôi cho rằng, giá trị lớn nhất của Dự thảo Án lệ này nếu được thông qua sẽ là cách tiếp cận mới về việc xem xét quyết định giao quyền nuôi con nói chung trong đó có quyền nuôi con trực tiếp đối với con dưới 36 tháng tuổi phải xem xét điều kiện hoàn cảnh thực sự phù hợp bảo đảm sự phát triển bền vững và ổn định của người con, tránh “gây sự xáo trộn, ảnh hưởng đến sự phát triển bình thường” của người con - đặc biệt là con dưới 36 tháng tuổi.

4. Triển vọng ứng dụng của Dự thảo Án lệ số 09/2022

Các vụ án tranh chấp về quyền nuôi con trên thực tiễn là vô cùng đa dạng, phức tạp, khác nhau về tình tiết, sự kiện... Tuy nhiên, với cách hiểu có phần cứng nhắc về khoản 3 Điều 81 Luật Hôn nhân và gia đình trước khi có Dự thảo Án lệ - đa phần kết quả của các tranh chấp về quyền nuôi con dưới 36 tháng tuổi sẽ được xét xử mặc định theo hướng người mẹ có quyền nuôi con khi người mẹ có đủ điều kiện hoặc các bên không có thỏa thuận khác... bất kể rằng lợi ích tốt nhất của con sẽ được thực hiện khi con ở với người cha. Do đó, Dự thảo Án lệ sẽ là nền tảng pháp lý vững chắc để giải quyết các vụ án tranh chấp quyền nuôi con dưới 36 tháng tuổi một cách khách quan, toàn diện hơn, bảo vệ tốt hơn quyền, lợi ích của con dưới 36 tháng tuổi. Hơn nữa, áp dụng Dự thảo Án lệ này không chỉ có ý nghĩa đối với việc xác định quyền nuôi con dưới 36 tháng tuổi sau khi ly hôn, mà còn đối với các tranh chấp khác về quyền nuôi con nhưng giải quyết hậu quả như thủ tục ly hôn.

Theo hướng này, các tác giả đưa ra ví dụ vụ án minh họa sau: Con ngoài giá thú sinh ra khi mẹ đang có hôn nhân hợp pháp với người

khác và cũng có con chung với người chồng hợp pháp. Sau khoảng thời gian đầu sinh con, người mẹ đã tự nguyện đưa con cho người cha đang độc thân nuôi dưỡng con trực tiếp. Người cha luôn chăm sóc cho con đầy đủ từ vật chất đến tinh thần, tạo điều kiện cho người mẹ thăm nom đều đặn. Tuy nhiên, khi người cha muốn giải quyết vấn đề tình cảm dứt khoát và chỉ hướng đến mục tiêu nuôi dưỡng con một cách ổn định, thì người mẹ lại có những động thái không phù hợp với người cha, thường xuyên đe dọa, giành lại quyền nuôi con vì cho rằng con đang dưới 36 tháng tuổi nên người mẹ được toàn quyền trực tiếp nuôi con và có thể đòi lại con từ người cha bất kỳ lúc nào. Những hành động của người mẹ trong trường hợp này rõ ràng đã gây nên sự xáo trộn đến cuộc sống của người con. Nếu người mẹ chủ động khởi kiện tranh chấp về quyền nuôi con dưới 36 tháng tuổi, thì hoàn toàn có thể xảy ra cách hiểu thông thường khi áp dụng khoản 3 Điều 81 Luật Hôn nhân và gia đình mà không có cách hiểu và xử lý tương tự như kết luận tại Dự thảo Án lệ. Điều này sẽ tạo nên những quyết định không bảo đảm tính đúng đắn, hợp lý vì không xem xét lợi ích tốt nhất của con một cách linh hoạt, toàn diện.

Chính vì vậy, nếu Dự thảo Án lệ được xem xét và chấp nhận thì sẽ là kim chỉ nam cho đường lối xét xử thực tiễn tại Tòa án đối với các tranh chấp về quyền nuôi con dưới 36 tháng tuổi, mở rộng hướng tiếp cận khoản 3 Điều 81 Luật Hôn nhân và gia đình nhằm bảo vệ tốt hơn quyền lợi của người con, và là cơ sở pháp lý vững chắc đối với các trường hợp pháp luật chưa quy định căn cứ để thừa nhận quyền trực tiếp nuôi con của người cha đối với con dưới 36 tháng tuổi. ■

¹³ Johnson County Bar Association (2010), “Parenting Arrangements”, *Family Law Guidelines*, <https://cdn.ymaws.com/www.jocobar.org/resource/resmgr/imported/Section%201%20-PARENTING%20ARRANGEMENTS.pdf>, retrieved 05/6/2022.

NẠN NHÂN CỦA TỘI PHẠM LÀ NGƯỜI CHƯA THÀNH NIÊN TRONG CÁC VĂN BẢN PHÁP LÝ QUỐC TẾ VÀ NHỮNG GỢI MỞ CHO PHÁP LUẬT VIỆT NAM

Lương Thị Mỹ Quỳnh

TS. Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Nạn nhân của tội phạm, tư pháp hình sự người chưa thành niên.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 03/01/2022
Biên tập : 22/02/2022
Duyệt bài : 24/02/2022

Article Information:

Keywords: Victim of crime; juvenile criminal justice.

Article History:

Received : 03 Jan. 2022
Edited : 22 Feb. 2022
Approved : 24 Feb. 2022

Tóm tắt:

Hệ thống tư pháp người chưa thành niên được thiết lập chủ yếu dựa trên niềm tin rằng trẻ em cần được đảm bảo bởi một hệ thống pháp luật riêng biệt với người lớn, vì nhu cầu phát triển và tâm lý xã hội đặc biệt của chúng. Tuy nhiên, trẻ em trong vai trò là nạn nhân của tội phạm (người bị hại) lại chưa thực sự được quan tâm sâu sắc và toàn diện trong hệ thống tư pháp.

Abstract:

The juvenile justice system was founded largely on the belief that children warranted a separate legal system from adults because of their unique developmental and psychosocial needs. Accordingly, the juvenile justice system is responsible for both children in need of protection and children in need of control. However, children in the role as victims of crime (victims) have not really been given deep and comprehensive attention in the justice system.

1. Giải thích thuật ngữ

1.1. Nạn nhân của tội phạm – người bị hại

Thuật ngữ “nạn nhân của tội phạm” được dùng trong hệ thống tư pháp hình sự nhằm để chỉ một người bị thiệt hại về tinh thần, thể chất hoặc tài sản do hành vi phạm tội của một người hoặc một nhóm người hay một tổ chức gây ra

cho họ¹. Khái niệm này nhằm để phân biệt với “nạn nhân” của các vi phạm pháp luật khác không phải tội phạm. Tuy vậy, trong bản dịch các đạo luật nhiều nước, khái niệm này còn được biểu đạt bằng thuật ngữ “người bị hại” với cách hiểu tương tự. Bộ luật Tố tụng hình sự (TTHS) Việt Nam năm 2015 là một ví dụ,

¹ The United Nations Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power (ban hành theo Nghị quyết của Đại hội đồng Liên hợp quốc (LHQ) số 40/33 ngày 29/11/1985. Xem Mục 1 phần A của bản tuyên bố. Khái niệm này cũng được ghi nhận với nội dung tương tự trong nhiều văn bản khác của LHQ. Nội dung này sẽ được đề cập cụ thể trong phần 2 của bài viết.

khoản 1 Điều 62 quy định: “Bị hại là cá nhân trực tiếp bị thiệt hại về thể chất, tinh thần, tài sản hoặc là cơ quan, tổ chức bị thiệt hại về tài sản, uy tín do tội phạm gây ra hoặc đe dọa gây ra”. Theo đó, cá nhân bị thiệt hại do tội phạm gây ra cũng chính là nạn nhân của tội phạm theo tuyên bố chung của Liên hợp quốc.

Tuy nhiên, cũng trong Bản tuyên bố này, khái niệm “nạn nhân của tội phạm” được ghi nhận ở phạm vi rộng hơn việc một cá nhân bị thiệt hại bởi hành vi phạm tội, bao gồm cả người thân trong gia đình, những người phụ thuộc trực tiếp của nạn nhân và những người bị tổn hại trong việc can thiệp và hỗ trợ nạn nhân gặp nạn hoặc để ngăn chặn việc trở thành nạn nhân².

Họ được hiểu là những nạn nhân gián tiếp của tội phạm và cũng cần được hệ thống tư pháp bảo vệ. Trong bối cảnh của vụ án có người bị hại là trẻ em (người chưa thành niên), giới nghiên cứu chính sách pháp luật trên thế giới cũng đã có những bàn luận về khái niệm “nạn nhân của tội phạm” dựa trên 2 bình diện. *Thứ nhất*, nạn nhân là trẻ em là đối tượng bị thiệt hại trực tiếp bởi tội phạm, bao gồm cả khi đứa trẻ này là nạn nhân của một hoặc nhiều đứa trẻ khác phạm tội. *Thứ hai*, những đứa trẻ là nhân chứng của hành vi phạm tội, chúng sẽ phải tham gia vào hệ thống tư pháp hình sự, bị triệu tập lấy lời khai trong quá trình điều tra và có thể bị công khai hoặc kỳ thị do sự tham gia của chúng³. Những thiệt hại đối với nhóm người này không phải

do tội phạm trực tiếp gây ra, nhưng lại có nguy cơ bị tổn thương bởi việc phải tham gia vào hệ thống tư pháp hình sự và có nguy cơ bị đe dọa trả thù bởi người phạm tội.

Đối chiếu với quy định pháp luật Việt Nam, khái niệm “người bị hại” trong TTHS không bao trùm đồng thời cả hai đối tượng trên. Nhân chứng của tội phạm được Bộ luật TTHS năm 2015 quy định riêng trong điều khoản về “người làm chứng”⁴. Trong khuôn khổ bài viết, tác giả chú trọng vào nhóm chủ thể là người bị hại trực tiếp bởi hành vi phạm tội, mà khi tham gia vào hệ thống tư pháp hình sự, họ đồng thời vừa là nạn nhân, vừa là nhân chứng của tội phạm đã gây thiệt hại cho mình.

1.2. Người chưa thành niên - trẻ em - người dưới 18 tuổi

Điều 1 Công ước LHQ về quyền trẻ em (CRC) nêu: “Trẻ em là người dưới 18 tuổi, trừ trường hợp pháp luật quy định tuổi thành niên sớm hơn”⁵. Khái niệm này mang tính nguyên tắc chung và có sự linh hoạt về độ tuổi của trẻ em, theo hướng xác định độ tuổi tối đa của trẻ em là dưới 18 tuổi⁶.

Khác với khái niệm trẻ em, người chưa thành niên (NCTN) được Bộ Quy tắc tiêu chuẩn tối thiểu về thực hiện tư pháp đối với NCTN (Quy tắc Bắc Kinh) ghi nhận như sau: “NCTN là một trẻ em hoặc một thanh thiếu niên, theo những hệ thống pháp luật tương ứng, sẽ được xử lý về một hành vi vi phạm pháp

² *Tlđđ*.

³ Finkelhor D., Paschall M.J., Hashima P.Y. (2001), *Juvenile Crime Victims in the Justice System*. In: White S.O. (eds) *Handbook of Youth and Justice. The Plenum Series in Crime and Justice*. Springer, Boston, MA. https://doi.org/10.1007/978-1-4615-1289-9_2.

⁴ Điều 66 BLTTHS năm 2015. Bộ luật cũng quy định các biện pháp bảo vệ người làm chứng, thanh toán chi phí đi lại, ăn ở...

⁵ The UN Convention on the Right of Children (CRC), ban hành theo Nghị quyết số 44/25 ngày 20/11/1989 của Đại hội đồng LHQ.

⁶ Công ước không quy định thời điểm bắt đầu tính tuổi của trẻ em. Tuy nhiên, theo hướng dẫn của LHQ thì kể từ khi trẻ được sinh ra đến dưới 18 tuổi hoặc độ tuổi thấp hơn tùy theo quy định của pháp luật của từng quốc gia. Thực tế cho thấy chuẩn mực quy định này về độ tuổi là trẻ em được ghi nhận trong hầu hết pháp luật các nước. Thuật ngữ trẻ em được sử dụng với phạm vi về chủ thể tham gia vào hệ thống tư pháp tương đối rộng, bao gồm nạn nhân, nhân chứng và người phạm tội.

luật theo cách khác với người trưởng thành”⁷. Theo văn bản này thì khái niệm NCTN được sử dụng chỉ trong bối cảnh một người chưa trưởng thành vi phạm pháp luật, trong đó có vi phạm pháp luật hình sự.

Là thành viên của Công ước LHQ về quyền trẻ em, Việt Nam đã tiếp thu ghi nhận trẻ em là người dưới 16 tuổi (Điều 1 Luật Trẻ em năm 2016). Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định: “Người chưa thành niên là người chưa đủ 18 tuổi” (Điều 21). Tương tự, Bộ luật Hình sự năm 2015 có những quy định về các nguyên tắc xử lý khác nhau về trách nhiệm hình sự của người dưới 18 tuổi phạm tội (Chương XII). Bộ luật TTHS năm 2015 cũng dành hẳn một chương quy định về thủ tục tố tụng đặc biệt đối với người dưới 18 tuổi (Chương XXVIII) đối với 3 nhóm người (người bị buộc tội, người bị hại và người làm chứng). Các quy định trên trong pháp luật Việt Nam đã thể hiện sự thống nhất và tôn trọng các chuẩn mực quốc tế về độ tuổi, về quyền của người chưa thành niên nói chung khi tham gia hệ thống tư pháp hình sự.

2. Những văn bản pháp lý quốc tế về nạn nhân của tội phạm là người chưa thành niên

2.1. Các văn bản của Liên hợp quốc

Ở phạm vi toàn cầu, Bản Tuyên bố của LHQ về các nguyên tắc cơ bản về tư pháp đối với nạn nhân của tội phạm và lạm dụng quyền lực được Đại hội đồng LHQ thông qua năm 1985 được xem là văn kiện có tính pháp lý cao nhất với các quốc gia thành viên tham gia (Gọi tắt là

Tuyên bố về nạn nhân của tội phạm). Văn bản này đã được phê chuẩn bởi sự đồng thuận của Đại hội đồng LHQ lần thứ 7 về phòng, chống tội phạm và xử lý người phạm tội⁸.

Tuyên bố này đưa ra khái niệm “nạn nhân của tội phạm”⁹ và nêu rõ các quyền của nạn nhân của tội phạm ở 3 khía cạnh: *quyền được tiếp cận công lý và đối xử công bằng; quyền được đền bù và bồi thường cho những tổn hại về tinh thần, thể chất và tài sản do tội phạm gây ra; và quyền được trợ giúp pháp lý*. Để thúc đẩy việc thực hiện, một bản Hướng dẫn Tuyên bố này cũng đã được ban hành bởi Hội đồng Kinh tế và Xã hội của LHQ bằng Nghị quyết số 1990/ 22 ngày 24/5/1990¹⁰.

Bản Hướng dẫn thực thi Tuyên bố này đã giải thích rằng các nguyên tắc cơ bản được ghi nhận trong bản Tuyên bố về nạn nhân của tội phạm được “áp dụng không phân biệt đối xử, đối với tất cả quốc gia, ở mọi giai đoạn phát triển và trong mọi hệ thống, cũng như với tất cả các nạn nhân”¹¹. Ngoài ra, việc thực thi Tuyên bố này thuộc trách nhiệm của chính quyền trung ương và địa phương, những người chịu trách nhiệm quản lý hệ thống tư pháp hình sự và các cơ quan khác tiếp xúc với nạn nhân, và chính bản thân nạn nhân của tội phạm”¹².

Ngoài ra, những bảo đảm cho nạn nhân của tội phạm cũng được ghi nhận trong Công ước LHQ về chống tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia, được Đại hội đồng thông qua vào ngày 15/11/2000¹³. Trong đó, Điều 25 ghi nhận việc

⁷ Quy tắc 2.2, The United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice (Quy tắc Bắc Kinh - The Beijing Rules) ban hành theo Nghị quyết của Đại hội đồng LHQ số 40/33 ngày 29 tháng 11 năm 1985.

⁸ The United Nations’ Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power of 29 November 1985.

⁹ Xem: The United Nations Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power (ban hành theo Nghị quyết của Đại hội đồng LHQ số 40/33 ngày 29/11/1985).

¹⁰ UN doc. A/CONF.144/20, Annex, Guide for Practitioners Regarding the Implementation of the Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power.

¹¹ *Tlđđ.*, tr. 3, đoạn 1

¹² *Tlđđ.*, tr. 3, đoạn 2.

¹³ The United Nations Convention against Transnational Organized Crime, Xem: <http://conventions.coe.int>.

“Hỗ trợ và bảo vệ nạn nhân”. Điều 6 của Nghị định thư về ngăn chặn, đàn áp và trừng phạt tội phạm buôn bán người, đặc biệt là phụ nữ và trẻ em¹⁴ bổ sung Công ước này, cũng ghi nhận cụ thể hơn về “Hỗ trợ và bảo vệ nạn nhân của tội phạm buôn bán người”.

Có thể thấy, liên quan trực tiếp đến nạn nhân của tội phạm là NCTN, hiện chưa có bất cứ một văn bản pháp lý quốc tế dưới bất cứ hình thức như Công ước hay Tuyên bố nào được thiết lập. Tuy nhiên, trong khuôn khổ thực thi các Công ước quốc tế liên quan đến quyền của nạn nhân của tội phạm, LHQ tiếp tục đưa ra những khuyến nghị, hướng dẫn nhằm hỗ trợ các quốc gia trong việc hoàn thiện pháp luật. Điều này được tìm thấy trong hai văn bản, bao gồm Hướng dẫn của LHQ về tư pháp trong những vấn đề liên quan đến nạn nhân và nhân chứng của tội phạm là trẻ em (gọi tắt là Hướng dẫn LHQ)¹⁵ và Đạo luật mẫu và những bình luận liên quan đến các vấn đề tư pháp về nạn nhân và nhân chứng của tội phạm là trẻ em¹⁶. Tuy nhiên, đây là những văn bản mang tính gợi ý và khuyến nghị, không có giá trị pháp lý trong việc tuân thủ, mặc dù vậy, lại có ý nghĩa vô cùng quan trọng trong việc hoàn thiện pháp luật của các quốc gia thành viên của CRC.

Nghiên cứu các văn bản trên, có thể nhận thấy sự nỗ lực to lớn của các nhà hoạch định chính sách pháp luật trong quá trình thiết lập và hoàn thiện các đảm bảo pháp lý tốt nhất cho nạn nhân của tội phạm là NCTN. Điều này

được thể hiện qua nội dung các khuyến nghị và hướng dẫn cụ thể các quyền mà nạn nhân của tội phạm là người trong lứa tuổi nhạy cảm cần được bảo vệ.

Thứ nhất, trên cơ sở quy định về tuổi của trẻ em của Công ước về quyền trẻ em, trong cả Hướng dẫn LHQ và Đạo luật mẫu đều nhấn mạnh đối tượng được bảo vệ là người dưới 18 tuổi tham gia tố tụng là nạn nhân của tội phạm. Cùng với quy định của Công ước về quyền trẻ em, khuyến nghị này thực tế đã dẫn đến sự thay đổi theo hướng mở rộng hơn quy định độ tuổi của trẻ em ở nhiều quốc gia (trong đó có Việt Nam).

Thứ hai, các nguyên tắc cơ bản cần phải đảm bảo tính đặc thù và bảo vệ tốt nhất lợi ích cho nạn nhân là NCTN khi tham gia quá trình tố tụng. Những nguyên tắc này tập trung vào việc quy định chức năng và nghĩa vụ của Nhà nước trong việc bảo vệ quyền lợi của nạn nhân thông qua vai trò của người tiến hành tố tụng (THTT) và những người được chỉ định tham gia hỗ trợ nạn nhân, đặc biệt trong 3 khía cạnh: quyền được giữ bí mật về thông tin; quyền được bồi thường thích đáng và quyền được giúp đỡ trong suốt quá trình tố tụng.

Về quyền được giữ bí mật thông tin: đảm bảo này yêu cầu trách nhiệm của cơ quan THTT phải tuyệt đối tuân thủ. Để triển khai nguyên tắc này, cơ quan và người có thẩm quyền trong quá trình tố tụng có quyền và nghĩa vụ chấm

¹⁴ The Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children. Xem: Báo cáo giải thích Công ước Châu Âu về bồi thường cho nạn nhân của tội phạm về bạo lực (the European Convention on the Compensation of Victims of Violent Crimes), <http://conventions.coe.int/treaty/en/Reports/Html/116.htm> (web site Hội đồng Châu Âu - Council of Europe), tr. 1, đoạn 1.

¹⁵ United Nation Guidelines on Justice in matters involving Child victims and witnesses of crime, ban hành dựa trên Nghị quyết 2005/20 của Hội đồng LHQ về kinh tế và xã hội vào tháng 7/2005.

¹⁶ Đạo luật mẫu là kết quả của nỗ lực hợp tác giữa Văn phòng LHQ về Ma túy và Tội phạm (the United Nations Office on Drugs and Crime) và Quỹ nhi đồng LHQ (UNICEF) cùng với Cục quốc tế về quyền trẻ em (International Bureau for Children's Rights) được công bố vào năm 2009. Luật mẫu này được thiết kế nhằm hỗ trợ các quốc gia trong việc hoàn thiện các quy định pháp luật về bảo vệ quyền của nạn nhân và nhân chứng là trẻ em khi tham gia tố tụng. Những gợi ý trong văn bản này chủ yếu sử dụng trong tư pháp hình sự. Mặc dù vậy, văn bản này cũng được gợi ý cho các quốc gia có thể tham khảo và ứng dụng trong những bầm đảm khác đối với trẻ em trong các quan hệ ngoài tố tụng hình sự như ly hôn, nuôi con nuôi, nhập cư và tị nạn.

dứt mọi sự tham gia của cộng đồng và truyền thông trong suốt quá trình tố tụng. Việc tiếp xúc giữa nạn nhân trong việc làm chứng các hành vi phạm tội cũng phải hạn chế và chỉ thực hiện trừ khi điều đó ảnh hưởng đến quyền và lợi ích của nạn nhân¹⁷. Nguyên tắc này được coi là rất quan trọng trong việc đảm bảo cho nạn nhân không bị rơi vào tình trạng trở thành nạn nhân lần thứ 2 trong quá trình tố tụng¹⁸. Đây có lẽ là những phát hiện rất xác đáng đối với cơ chế tâm lý của lứa tuổi chưa thành niên trong vai trò là nạn nhân của tội phạm trước những lo sợ về sự trả thù của người bị cáo buộc đã gây thiệt hại, cũng như những sang chấn khi phải gọi nhắc lại những hình ảnh do bị lạm dụng hoặc gây tổn thương hoặc thái độ thái quá, không phù hợp của người THPT, cũng như mối quan tâm của cộng đồng. Điều này nếu có, sẽ gây khó khăn cho họ trong cả quá trình sau khi kết thúc vụ án. Chính vì vậy, mọi hướng dẫn và khuyến nghị của LHQ đều kêu gọi các quốc gia nên tiến hành các quy trình tố tụng kín, trừ trường hợp việc này ảnh hưởng đến quyền và lợi ích của nạn nhân¹⁹.

Về quyền được bồi thường thích đáng: theo bản Hướng dẫn LHQ và Điều luật mẫu, đối với nạn nhân là NCTN, vấn đề bồi thường cho họ không chỉ đảm bảo việc khôi phục lại những tổn thương về thể chất và tinh thần mà còn bảo đảm những điều kiện vật chất cho cuộc sống của họ sau những đau khổ họ phải gánh chịu trong suốt năm tháng tiếp theo của cuộc đời. Hơn thế nữa, việc bồi thường không chỉ đối với cá nhân họ mà đối với cả gia đình, người thân

hoặc người phụ thuộc của họ. Do đó, trong cả Tuyên bố của LHQ và hai văn bản kể trên, các khuyến nghị luôn nhấn mạnh vai trò và trách nhiệm của Nhà nước, bên cạnh nghĩa vụ của người bị buộc tội trong việc bồi thường cho nạn nhân là NCTN. Cách thức thành lập các Quỹ bồi thường nhà nước được LHQ khuyến khích và phạm vi được bồi thường Nhà nước còn bao gồm cả đối tượng nạn nhân là công dân của nước khác nhưng bị thiệt hại trên lãnh thổ của quốc gia bản địa²⁰. Thậm chí, ngay cả trong trường hợp người thực hiện hành vi phạm tội được tuyên bố là vô tội cũng không loại trừ nghĩa vụ bồi thường của anh ta cũng như của Nhà nước²¹.

Về quyền được cung cấp những trợ giúp cần thiết trong quá trình tham gia tố tụng: đây được xem là sự tổng hợp đồng bộ của rất nhiều quyền của nạn nhân cần được bảo đảm trên cơ sở trách nhiệm của Nhà nước. Theo đó, nạn nhân cần được thông báo những thông tin về tiến độ xử lý tội phạm và những quyết định liên quan đến đình chỉ hay tha bổng người phạm tội. Họ được quyền lắng nghe và bày tỏ ý kiến về những vấn đề liên quan. Được cung cấp những hỗ trợ hiệu quả trong quá trình tố tụng, bao gồm: quyền được xem xét và giải quyết nhanh chóng quy trình tố tụng, các cơ quan THPT không được trì hoãn hoặc kéo dài quy trình giải quyết vụ án, trừ khi việc trễ nải này để nhằm bảo vệ tốt hơn quyền của trẻ là nạn nhân và đồng thời phải bảo đảm họ nhận được những bồi thường cần thiết và đầy đủ ngay cả khi tội phạm chưa bị bắt giữ hoặc bị tuyên bố là

¹⁷ Hướng dẫn LHQ.

¹⁸ Hiện tượng này được gọi là “secondary victimization”, có nghĩa là một người không chỉ là nạn nhân của hành vi phạm tội mà còn là nạn nhân của những phản ứng từ những tổ chức hoặc cá nhân trong quá trình tố tụng. Xem diễn giải trong Đạo luật mẫu.

¹⁹ Hướng dẫn LHQ.

²⁰ Mục 13 phần A Tuyên bố về những nguyên tắc cơ bản về tư pháp đối với nạn nhân của tội phạm và lạm dụng quyền lực.

²¹ Mục 8 phần A Tuyên bố về những nguyên tắc cơ bản về tư pháp đối với nạn nhân của tội phạm và lạm dụng quyền lực.

vô tội²²; trong suốt quá trình tố tụng, nạn nhân là trẻ em phải được hỗ trợ từ các chuyên gia và được gần gũi với gia đình (trừ trường hợp điều này không có lợi hoặc gây tổn thương cho nạn nhân, hoặc do trẻ không mong muốn). Hình thức chỉ định người “giám hộ tạm thời” cũng được LHQ khuyến khích nhằm đảm bảo cho nạn nhân luôn được hỗ trợ tốt nhất²³.

Thứ ba, thúc đẩy sự hợp tác giữa các cơ quan chức năng, tổ chức xã hội và cá nhân trong việc giúp đỡ nạn nhân là trẻ em tái hoà nhập xã hội và tiếp tục trưởng thành trong điều kiện tốt nhất mà trẻ em cần được bảo đảm. Ở khía cạnh này, bản Hướng dẫn có đề cập đến nguyên tắc hỗ trợ phải dựa trên nền tảng những bảo đảm quyền của nạn nhân là trẻ em phải được đặt trong mối tương quan với việc bảo đảm quyền của người bị buộc tội cùng là người chưa thành niên²⁴. Do đó, các biện pháp tư pháp phục hồi đối với người phạm tội là NCTN cũng được LHQ khuyến khích áp dụng như một hình thức thúc đẩy việc bồi thường²⁵. Bên cạnh đó, Nhà nước và xã hội phải cùng tạo điều kiện tốt nhất cho trẻ em tái lập lại cuộc sống và tiếp tục lớn lên trong điều kiện tốt nhất²⁶.

2.2. Các văn bản của khu vực Liên minh châu Âu

Thứ nhất, sự ra đời của Hiến chương Liên

minh châu Âu về các quyền cơ bản vào năm 2000²⁷ có giá trị pháp lý ràng buộc các quốc gia thành viên có nghĩa vụ bảo vệ các quyền cơ bản của trẻ em. Đặc biệt, Điều 24 Hiến chương thể hiện ba nguyên tắc cốt lõi về quyền trẻ em, bao gồm: quyền tự do bày tỏ quan điểm của mình theo độ tuổi và thời gian trưởng thành của họ; quyền được ưu tiên có những lợi ích tốt nhất trong tất cả các hành động liên quan đến họ; và quyền được duy trì mối quan hệ cá nhân và liên hệ trực tiếp với cha mẹ của họ. Đây được xem là nền tảng pháp lý cho việc triển khai các quyền cụ thể cần được bảo vệ của nạn nhân là NCTN trong TTHS.

Thứ hai, Hiệp ước Lisbon có hiệu lực vào ngày 1/12/2009²⁸ đã thúc đẩy quyền trẻ em bằng cách xác định “bảo vệ các quyền của trẻ em” như một mục tiêu chung của EU (Điều 3.3) và là một khía cạnh quan trọng trong chính sách đối ngoại của EU (Điều 3.5). Điều này cho phép EU ban hành các biện pháp chống lại nạn bóc lột tình dục và nạn buôn người (Điều 79.2.d và Điều 83.1), đồng thời thông qua các Chỉ thị về chống lạm dụng tình dục trẻ em, khai thác tình dục trẻ em và sách báo khiêu dâm trẻ em²⁹, ngăn ngừa và chống nạn buôn bán người người và bảo vệ các nạn nhân³⁰. Định hướng gần đây hơn là thiết lập các tiêu chuẩn tối thiểu

²² Ở khía cạnh này, trong cả pháp luật của Đức và Hoa Kỳ đều có những khuyến khích thực hiện việc bồi thường được tiến hành trước khi toà án có quyết định chính thức về tội phạm. Xem: John E.B. Myer, *A Short History of Child Protection in America*, Family Law Quarterly, Volum 42, Number 3, Fall 2008. Xem: https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/insights_law_society/ChildProtectionHistory.authcheckdam.pdf; Maritna Peter, Measure to Protect Victims in German Criminal Proceedings – A summary with special focus on the key points of the Second Victims’ Rights Reform Act, Xem: http://www.unafei.or.jp/english/pdf/RS_No81/No81_13VE_Peter.pdf.

²³ Là người được toà án chỉ định để bảo vệ trẻ trong các vụ việc ảnh hưởng đến quyền lợi của họ (xem diễn giải của Đạo luật mẫu về tư pháp những vấn đề về nạn nhân và nhân chứng là trẻ em).

²⁴ Hướng dẫn LHQ.

²⁵ *Tlđđ.*

²⁶ *Tlđđ.*

²⁷ EU (2012), Charter of Fundamental Rights of the European Union, OJ 2012 C 326.

²⁸ EU (2007), Treaty of Lisbon Hiệp ước này ra đời và bổ sung Hiệp ước Châu Âu và Hiệp ước thiết lập Cộng đồng chung Châu Âu, Ký tại Lisbon, OJ 2007 C 306.

²⁹ Chỉ thị số 2011/93/EU, OJ 2011 L 335, tr. 1.

³⁰ Chỉ thị số 2011/36/EU, OJ 2011 L 101, tr. 1.

về quyền hỗ trợ và bảo vệ nạn nhân của tội phạm cũng dành nhiều điều khoản cho trẻ em³¹.

Thứ ba, ghi nhận một mức độ chính sách chiến lược hơn, Hội đồng châu Âu đã thông qua “Các hướng dẫn của EU về thúc đẩy và bảo vệ quyền của trẻ em” (*EU Guidelines for the promotion and protection of the rights of the child*) ký tại Brussels vào tháng 10/2007. Qua đó, EU đã đưa ra ràng buộc với các quốc gia thành viên về Chương trình bồi thường quốc gia. Chỉ thị 2004/80/EC quy định trách nhiệm bồi thường của quốc gia cho các nạn nhân tội phạm quy định rằng họ có thể nộp đơn xin bồi thường nhà nước khi họ bị gây thiệt hại ở nước ngoài để nhận được sự trợ giúp. Chỉ thị yêu cầu tất cả các quốc gia thành viên phải có một chương trình bồi thường của Nhà nước cung cấp bồi thường công bằng và thích hợp cho các nạn nhân của tội phạm liên quan đến bạo lực. Ngoài ra, Chỉ thị số 2012/29/EU thiết lập các tiêu chuẩn tối thiểu về quyền được hỗ trợ và bảo vệ nạn nhân của tội phạm (Điều 16) trong thời gian hợp lý của quá trình tố tụng hình sự (hoặc các thủ tục pháp lý khác³²). Văn bản này cũng khuyến khích các cơ chế thúc đẩy việc thu hồi các khoản đền bù từ người phạm tội.

Trên cơ sở đó, Hội đồng châu Âu đã ban hành các hướng dẫn về thúc đẩy và bảo vệ quyền của trẻ em, nhấn mạnh vai trò của tư pháp thân thiện với trẻ em rằng phải chú ý tới vị trí của nạn nhân và người làm chứng là trẻ em, đặc biệt khi họ đưa ra bằng chứng trong quá trình xét xử³³. Hướng dẫn này kêu gọi các quốc gia thành viên thực hiện với một nỗ lực to lớn để trẻ em đưa ra bằng chứng ở những

môi trường thuận lợi nhất và dưới những điều kiện thích hợp nhất. Để đạt được điều này, nên có sự tham gia hỗ trợ của các chuyên gia được đào tạo. Trẻ em cũng nên có cơ hội để cung cấp bằng chứng trong các vụ án hình sự mà không có sự hiện diện của người bị cáo buộc gây tổn hại cho họ. Hướng dẫn này cũng công nhận rằng cách tiếp cận thân thiện với trẻ em là phải tôn trọng quyền của các bên khác để tranh luận về nội dung các tuyên bố từ đứa trẻ.

Mặc dù Châu Âu vẫn chưa đưa ra được một văn kiện mang tính thống nhất về bảo vệ quyền của trẻ em là nạn nhân của tội phạm, nhưng so với những định hướng của LHQ, các văn bản pháp lý trên của EU cho thấy đã cụ thể hơn và có tính ràng buộc đối với các nước thành viên của EU. Quan trọng hơn, EU đã có những ghi nhận trực tiếp đối tượng cần được bảo vệ là trẻ em là nạn nhân của tội phạm, đặc biệt là những nạn nhân của tội phạm về bạo lực và tình dục, cũng như đề ra các cách thức điều tra đặc biệt và biện pháp khắc phục thiệt hại cho nạn nhân qua hình thức bồi thường nhà nước.

3. Pháp luật Việt Nam về nạn nhân của tội phạm là người chưa thành niên - bình luận và hướng hoàn thiện

3.1. Khái quát khung pháp lý về nạn nhân của tội phạm là người chưa thành niên

Luật Trẻ em năm 2016 quy định các biện pháp bảo vệ trẻ em vi phạm pháp luật, trẻ em là người bị hại và người làm chứng (Điều 71). Trong đó, chủ yếu vẫn là những quy định dành cho trẻ em vi phạm pháp luật. Đối với trẻ em là người bị hại và người làm chứng được ghi nhận trong những đảm bảo chung cho trẻ em³⁴.

³¹ Chỉ thị số 2012/29/EU, OJ 2012 L 315, tr. 57.

³² Directive 2012/29/EU establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime.

³³ Hội đồng các Bộ trưởng, Hướng dẫn về tư pháp thân thiện với trẻ em, tháng 11/2010, đoạn 64 (Council of Europe, Committee of Ministers (2010), *Guidelines on child friendly justice*, 17 November 2010, para. 64).

³⁴ Luật Trẻ em quy định các nguyên tắc chung về bảo đảm quyền của trẻ em (Điều 5), bao gồm: Không phân biệt đối xử với trẻ em (khoản 2), Bảo đảm lợi ích tốt nhất của trẻ em trong các quyết định liên quan đến trẻ em (khoản 3), Tôn trọng, lắng nghe, xem xét, phản hồi ý kiến, nguyện vọng của trẻ em (khoản 4).

Luật Thanh niên năm 2020 quy định việc áp dụng Điều ước quốc tế về quyền trẻ em đối với thanh niên từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi. Đặc biệt, Điều 26 (khoản 5 và 6) quy định chính sách của Nhà nước đối với thanh niên trong độ tuổi này. Theo đó, Nhà nước có trách nhiệm bảo đảm việc thực hiện các chính sách về hình sự, hành chính, dân sự đối với thanh niên từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi theo quy định của pháp luật (khoản 5 Điều 26), và ưu tiên giải quyết nhanh chóng các vụ việc gây tổn hại đến thể chất và tinh thần của nhóm tuổi này (khoản 6 Điều 26).

Luật Trợ giúp pháp lý năm 2017 ghi nhận các đối tượng được trợ giúp pháp lý bao gồm người từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi là bị hại trong vụ án hình sự, nạn nhân của các vụ bạo lực gia đình và của các hành vi mua bán người với điều kiện những đối tượng này có khó khăn về tài chính (khoản 7 Điều 7).

- Bộ luật TTHS năm 2015 dành hẳn Chương 28 gồm 17 Điều khoản (từ Điều 413 đến Điều 430) quy định về thủ tục đặc biệt dành cho người tham gia tố tụng là người dưới 18 tuổi (bao gồm 3 loại người: người bị buộc tội, người bị hại và người làm chứng).

- Luật Phòng, chống mua bán người năm 2011 ghi nhận Nhà nước có trách nhiệm bảo vệ an toàn cho nạn nhân và người thân thích của nạn nhân của tội phạm mua bán người theo quy định của pháp luật TTHS (Điều 30) và những hình thức hỗ trợ nạn nhân (từ Điều 32 đến Điều 38). Đối với nạn nhân là trẻ em, sẽ được hỗ trợ trong việc tiếp nhận và xác minh thông tin, là nội dung duy nhất dành cho nạn nhân là trẻ em được Bộ luật này ghi nhận tại Điều 24 khoản 3. Đây được xem là văn bản duy nhất đến thời điểm này sử dụng thuật ngữ “nạn nhân” để chỉ người bị hại của các hành vi phạm tội liên quan đến mua bán người; vấn đề bồi thường cho nạn nhân cũng

được đề cập, nhưng không cụ thể (khoản 3 Điều 6 ghi “nạn nhân được bồi thường theo quy định của pháp luật”).

Ngoài những đạo luật trên, một số hoạt động tăng cường và hỗ trợ liên quan đến trẻ em là nạn nhân của tội phạm cũng được quan tâm. Nổi bật là Chương trình hành động quốc gia vì trẻ em giai đoạn 2021 - 2030 và các chương trình, đề án về trẻ em giai đoạn 2021-2025, định hướng đến năm 2030 được phê duyệt ngày 07/01/2021, Quyết định số 23/QĐ-TTg của Thủ tướng Chính phủ, trong đó có những nội dung hợp tác giữa các cơ quan chức năng như Bộ Tư pháp, Bộ Công an, Bộ Giáo dục và Đào tạo, Bộ Lao động, thương binh và xã hội về triển khai các hoạt động thúc đẩy và tăng cường hơn nữa việc đảm bảo tốt nhất đối với trẻ em bị xâm hại và là nạn nhân của tội phạm tình dục, buôn bán người, bạo lực gia đình và học đường.

Nhìn chung, pháp luật Việt Nam đã có những quan tâm thích đáng đối với sự an toàn của trẻ em nói chung trên cơ sở thực hiện các cam kết của Điều ước quốc tế về quyền trẻ em. Tuy nhiên, những vấn đề về nạn nhân của tội phạm hay người bị hại là NCTN trong vụ án hình sự; những nguyên tắc bảo vệ quyền và lợi ích của nạn nhân; trách nhiệm của cơ quan THTT, người THTT; trách nhiệm của Nhà nước về bồi thường thiệt hại đối với nạn nhân nói chung và nạn nhân là NCTN nói riêng vẫn cần thiết phải được tiếp tục nghiên cứu và hoàn thiện.

3.2. Thực trạng quy định của pháp luật Việt Nam về nạn nhân của tội phạm là người chưa thành niên và những kiến nghị hoàn thiện

- Ở phạm vi Hiến pháp

Hiến pháp năm 2013 ghi nhận khá đầy đủ các quyền của người bị buộc tội³⁵, tạo nền

³⁵ Điều 31 ghi nhận các quyền cơ bản của người bị buộc tội.

tảng pháp lý vững chắc và thống nhất trong bảo đảm quyền con người nói chung và quyền của người bị buộc tội trong TTTH nói riêng. Tuy nhiên, như đã trình bày, tính công bằng trong TTTH chỉ đạt được khi quyền và lợi ích chính đáng của các bên trong vụ án được tôn trọng và bảo đảm công bằng. Bản Hiến pháp năm 2013 chưa có điều khoản nào đề cập đến quyền của nạn nhân của tội phạm, đặc biệt với đối tượng người tham gia tố tụng là NCTN, mặc dù một phần của nội dung này có được đề cập ở một số điều khoản mang tính bảo đảm chung về quyền con người và quyền của trẻ em³⁶.

Tác giả cho rằng, nạn nhân của tội phạm xứng đáng có một vai trò quan trọng trong TTTH. Điều này tạo nên sự cân bằng trong việc bảo vệ các quyền hiến pháp dành cho người bị buộc tội. Họ cần được bảo đảm các quyền cơ bản như quyền được thông báo về phiên xử tại tòa, tham dự những buổi thẩm vấn và lấy lời khai khi thích hợp. Nạn nhân của tội phạm cũng có quyền xem trường hợp của họ được tiến hành mà không chậm trễ bất hợp lý, được thông báo khi người phạm tội được thả hoặc trốn thoát, để đảm bảo rằng họ có khả năng được bồi thường những tổn thất do tội phạm gây ra...³⁷.

- Các quy định của Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2015

+ Khái niệm nạn nhân của tội phạm là NCTN

Như đã đề cập, so với các văn bản pháp lý quốc tế và nhiều nước trên thế giới, khái niệm nạn nhân của tội phạm trong Bộ luật TTTH năm 2015 của Việt Nam có phạm vi hẹp hơn. Bị hại trong pháp luật Việt Nam là người bị thiệt hại trực tiếp về tính mạng sức khỏe, nhân phẩm, tài sản do tội phạm trực tiếp gây ra, mà không bao gồm những chủ thể khác tham gia vào quá trình tố tụng như người người làm chứng, người thân thích hay người phụ thuộc của người bị hại. Theo chúng tôi, quy định này của Việt Nam chưa đựng những yếu tố hợp lý. Nếu đặt nạn nhân trong vai trò giống như nhân chứng, phải cung cấp những lời khai mà không có quyền được lựa chọn rằng họ có thực sự mong muốn trình bày hay không, có khả năng dẫn đến việc thu thập chứng cứ không khách quan và đầy đủ. Ở khía cạnh này, việc tạo điều kiện thuận lợi cho nạn nhân là NCTN một môi trường và tâm lý vững tâm trong việc trình bày những thông tin về tội phạm là cần thiết, và điều này không giống hoàn toàn với vai trò của người làm chứng. Tuy nhiên, xét trong bối cảnh toàn diện về mục tiêu của tư pháp

³⁶ Ví dụ: Điều 20 về quyền bất khả xâm phạm về thân thể, bảo hộ về sức khỏe, danh dự và nhân phẩm; không bị tra tấn, bạo lực, truy bức, nhục hình hay bất kỳ hình thức đối xử nào khác xâm phạm thân thể, sức khỏe, xúc phạm danh dự, nhân phẩm; Điều 21 về quyền được bảo đảm bí mật cá nhân; Điều 30 về quyền được khiếu nại, tố cáo và yêu cầu bồi thường; Điều 37 về quyền của trẻ em được chăm sóc và giáo dục, nghiêm cấm mọi hành vi xâm hại đến trẻ em...

³⁷ Hoa Kỳ là một ví dụ điển hình trong việc ghi nhận quyền của nạn nhân trong Hiến pháp. Hiện tại, hầu hết các tiểu bang của Hoa Kỳ đều đã ghi nhận quyền của nạn nhân của tội phạm nói chung là một nội dung quan trọng quy định của Hiến pháp, bao gồm cả quyền của nạn nhân là NCTN. Việc ghi nhận quyền của nạn nhân vào trong Hiến pháp dựa trên 3 nền tảng: 1) các quyền của nạn nhân tội phạm được bảo vệ theo cùng cách mà các quyền của bị cáo được bảo vệ; 2) quyền của nạn nhân tội phạm là một phần vĩnh viễn của hệ thống tư pháp hình sự; 3) tòa án sẽ có quyền thực thi quyền của nạn nhân tội phạm nếu họ bị vi phạm. Xem: John E.B. Myer, *A Short History of Child Protection in America*, Family Law Quarterly, Volum 42, Number 3, Fall 2008, https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/insights_law_society/ChildProtectionHistory.authcheckdam.pdf; Barbara Bennett Woodhouse (2011), *Constitutional Rights of Parents and Child Protective and Juvenile Delinquency Investigation*, <https://ssrn.com/abstract=1934868>.

NCTN là nhằm bảo đảm cho tất cả trẻ em, hay NCTN khi tham gia hệ thống tư pháp cần được đối xử bằng những thủ tục đặc biệt, tuân thủ tuyệt đối nguyên tắc vì lợi ích tốt nhất cho trẻ em, thì việc ghi nhận nạn nhân của tội phạm chỉ là người bị hại theo quy định của pháp luật Việt Nam sẽ là một hạn chế, đồng thời tạo nên một chính sách bảo đảm quyền không toàn diện cho người bị hại nói chung và những chủ thể là NCTN khi tham gia vào vụ án hình sự nói riêng bị thiệt hại (hoặc có nguy cơ bị thiệt hại) bởi hành vi phạm tội hoặc bởi chính việc áp dụng các quy trình tố tụng³⁸. Theo đó, cần nghiên cứu lại cách diễn đạt khái niệm về người bị hại của Điều 62 Bộ luật TTHS năm 2015 theo hướng ghi nhận bị hại là cá nhân bị thiệt hại về thể chất, tinh thần, tài sản do tội phạm gây ra hoặc đe dọa gây ra, mà không chỉ là “bị thiệt hại trực tiếp”.

Bên cạnh đó, mặc dù các đạo luật liên quan trực tiếp đến nạn nhân của tội phạm (bao gồm Bộ luật Hình sự và Bộ luật TTHS) đều ghi nhận NCTN là người dưới 18 tuổi. Tuy nhiên, Luật Trẻ em năm 2016 vẫn duy trì việc ghi nhận trẻ em là người dưới 16 tuổi. Trong khi đó, Luật Phòng, chống mua bán người năm 2011 ghi nhận trách nhiệm của cơ quan có thẩm quyền trong việc tiếp nhận và xác minh thông tin với nạn nhân là “trẻ em” của các hành vi mua bán người. Đây có được hiểu là trẻ dưới 16 tuổi theo Luật Trẻ em? Nếu chiếu theo quy định của Bộ luật TTHS năm 2015, thì câu hỏi đặt ra là quy định này có bao trùm cả những nạn nhân của hành vi phạm tội về mua bán người

là người từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi không? Điều này đã dẫn đến sự thiếu nhất quán trong chính sách đối xử với trẻ em khi tham gia hệ thống tư pháp NCTN nói chung và cần được hoàn thiện nhằm nâng cao tính thống nhất giữa các văn bản pháp luật³⁹.

Nghiên cứu Bộ luật TTHS năm 2015 cho thấy, các quy định về người bị hại nói chung và người bị hại là người dưới 18 tuổi nói riêng nhìn chung là giống nhau. Mặt khác, quyền của người bị hại nói chung được Bộ luật TTHS quy định khá tương đồng với quyền của người làm chứng⁴⁰. Trong số 17 điều khoản (từ Điều 413 đến Điều 430) của Bộ luật TTHS về thủ tục tố tụng đối với người dưới 18 tuổi (bao gồm 3 đối tượng: người bị buộc tội, người bị hại và người làm chứng) thì các điều khoản đều chủ yếu tập trung chủ yếu vào người bị buộc tội, chỉ có 5 điều khoản quy định liên quan đến người bị hại, trong đó có 4 điều khoản quy định đồng thời về người bị hại cùng với người làm chứng. Việc quy định gộp chung cả 3 nhóm đối tượng trong cùng một chương và đồng thời quy định các nguyên tắc tố tụng áp dụng chung cho cả 3 chủ thể có vai trò tố tụng riêng biệt sẽ gây khó khăn trong việc áp dụng và tuân thủ pháp luật. Rõ ràng, mối quan tâm của nhà làm luật dành cho đối tượng là nạn nhân của tội phạm là người dưới 18 tuổi còn khá khiêm tốn và điều này nên được hoàn thiện theo hướng sau:

Phương án 1, cần nghiên cứu xây dựng một Đạo luật về bảo vệ nạn nhân và nhân chứng trong TTHS. Đây là cách thức được khuyến nghị bởi LHQ và đã được nhiều nước

³⁸ Theo quan điểm của nhiều nước, nạn nhân của tội phạm có thể là người bị thiệt hại trực tiếp hoặc gián tiếp bởi hành vi phạm tội. Xem: Finkelhor D., Paschall M.J., Hashima P.Y. (2001), Tlđđ.

³⁹ Tuổi hợp pháp của đứa trẻ có liên quan trực tiếp đến việc chấp nhận đứa trẻ được đảm bảo trên nguyên tắc tốt nhất vì lợi ích của trẻ em theo Điều 33(1) của CRC. Xem: Dao Le Thu, Yvon Dandurand (2021) Social, Culture and Systemic Barriers to Child Justice Reform, (2021), Youth Justice, <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/147322542110361>.

⁴⁰ Điều 62 và Điều 66 Bộ luật TTHS.

triển khai⁴¹. Cách thức này đã thúc đẩy sự nhìn nhận khách quan về vai trò vô cùng quan trọng của người bị hại và người làm chứng nói chung trong quá trình chứng minh tội phạm. Đồng thời, là cách thức bảo đảm tốt nhất và đầy đủ nhất quyền của NCTN trong hoàn cảnh đặc biệt khó khăn bởi tội phạm gây ra cần được giúp đỡ và khắc phục những tổn hại về thể chất, tinh thần và tài sản không chỉ của riêng họ mà còn cho gia đình, người thân và bảo đảm sự tiến bộ của xã hội.

Phương án 2, có thể giữ nguyên kết cấu hiện nay tại Chương 28 Bộ luật TTHS năm 2015 về thủ tục đặc biệt với người dưới 18 tuổi. Tuy nhiên, cần thiết phải hoàn thiện hơn quyền của người bị hại trong Điều luật quy định chung (Điều 62), hoặc xem xét bổ sung và quy định rõ ràng hơn các nguyên tắc tố tụng đặc biệt với người bị hại trong Điều 414 Chương 28, ví dụ như nguyên tắc đảm bảo không trở thành nạn nhân lần thứ 2 (secondary victimization)⁴², nguyên tắc về quyền được bồi thường nhanh chóng và đầy đủ; nguyên tắc bảo đảm quyền trên cơ sở không xung đột với quyền của người bị buộc tội.

+ Quyền được yêu cầu bồi thường và cách thức bảo đảm bồi thường

Điểm g khoản 2 Điều 62 Bộ luật TTHS năm 2015 quy định người bị hại có quyền đề nghị hình phạt và mức bồi thường thiệt hại, biện pháp bảo đảm bồi thường. Tuy nhiên, điều luật không đề cập cụ thể việc bồi thường được bảo đảm như thế nào? Ngoài nghĩa vụ của người phạm tội, Nhà nước có trách nhiệm bồi thường cho nạn nhân của tội phạm hay không, cụ thể trong trường hợp người phạm tội cũng là NCTN, hoặc người phạm tội không có khả năng bồi thường? Thực tế cho thấy, trách nhiệm bồi thường của Nhà nước đối với nạn nhân của tội phạm theo quy định của Việt Nam chưa đồng bộ và rõ ràng, mới chỉ dừng lại ở việc hỗ trợ mà chưa phải là một ràng buộc đối với Nhà nước⁴³. Có ý kiến cho rằng, có thể vận dụng quy định của Luật Trách nhiệm bồi thường nhà nước để bảo đảm thực thi các khoản bồi thường cho nạn nhân trong những trường hợp này⁴⁴. Tuy nhiên, điều này chỉ có thể thực hiện khi người bị hại trong vụ án đồng thời bị thiệt hại do những hành vi vi phạm của người thi hành công vụ

⁴¹ Đạo luật mẫu về những vấn đề liên quan đến nạn nhân và nhân chứng của tội phạm, https://www.unicef.org/eca/UNDOC-UNICEF_Model_Law_on_Children.pdf. Bên cạnh đó, Tuyên bố số 40/34 của Đại hội đồng LHQ về các nguyên tắc cơ bản về tư pháp đối với nạn nhân của tội phạm và lạm dụng quyền lực năm 1985 công nhận các nạn nhân của tội phạm và gia đình của họ, nhân chứng và những người khác giúp đỡ họ khi những người này gặp khó khăn khi trong quá trình hỗ trợ việc truy tố người phạm tội. Xem thêm: John E.B. Myer, *A Short History of Child Protection in America*, Family Law Quarterly, Volum 42, Number 3, Fall 2008, https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/insights_law_society/ChildProtectionHistory.authcheckdam.pdf.

⁴² Định nghĩa về “secondary victimization” (nạn nhân thứ cấp hay nạn nhân lần thứ 2) được UNODC và EU đề cập chính thức và xem là hiện tượng cần được ngăn chặn, Xem: UNODC, Handbook on justice for victims; on the use and application of the declaration of basic principles of justice for victims of crime and abuse of power, New York, 1999, p. 9 và Chỉ thị 2012/29/EU về quyền của nạn nhân được thông qua bởi Nghị viện Châu Âu, Xem: <http://data.europa.eu/eli/dir/2012/29/oj>.

⁴³ Hiện nay, trách nhiệm của Nhà nước đối với nạn nhân của tội phạm mới chỉ được ghi nhận trong Luật Phòng, chống mua bán người năm 2011 (Điều 32), và trách nhiệm này mới chỉ dừng lại ở việc hỗ trợ (về y tế, giáo dục, trợ giúp pháp lý) đối với cá nạn nhân của hành vi mua, bán người. Vẫn chưa có một chế định đề cập đầy đủ về các trường hợp nạn nhân của tội phạm, đặc biệt nạn nhân là NCTN sẽ nhận được bồi thường từ nhà nước, cũng như mức bồi thường hay thủ tục bồi thường.

⁴⁴ Nguyễn Tất Thành (2021), *Nhà nước bồi thường thiệt hại do tội phạm gây ra – Quy định của một số nước và gợi mở cho Việt Nam*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, tháng 2/2021.

gây ra trong quá trình giải quyết vụ án⁴⁵. Để giải quyết vấn đề này, nên xem xét việc xây dựng chế định về bồi thường thiệt hại của Nhà nước đối với nạn nhân của tội phạm, trong đó quy định các trường hợp được bồi thường, mức bồi thường và thủ tục bồi thường⁴⁶.

+ Vai trò của người tiến hành tố tụng trong việc hỗ trợ nạn nhân là NCTN tiếp cận đầy đủ và an toàn trong quy trình tố tụng

Khoa học pháp lý và thực tiễn áp dụng pháp luật đều nhấn mạnh vai trò của người THPT trong việc thực hiện các quy trình tố tụng, đặc biệt trong những vụ án có NCTN tham gia. Trong tư pháp phục hồi, người THPT, đặc biệt là thẩm phán, đóng vai trò là người hoà giải giữa nạn nhân và người phạm tội, góp phần quyết định khả năng và mức độ phục hồi những tổn thương ở mức tốt nhất cho NCTN tham gia tố tụng⁴⁷. Hiện nay, với việc thành lập hệ thống Toà gia đình và NCTN, vai trò của cán bộ xét xử cần được đặc biệt đầu tư. Hơn nữa, quyền của nạn nhân khi tiếp cận với hệ thống tư pháp cần được hỗ trợ ở những giai đoạn sớm hơn hoạt động xét xử tại phiên toà. Do đó, cần triển khai các khoá đào tạo và huấn luyện nghiệp vụ cho đội ngũ những người THPT (điều tra viên, công tố viên, thẩm phán), trong đó tập trung đào tạo kỹ năng tiếp

xúc và đối xử với nạn nhân nói chung và nạn nhân là NCTN nói riêng.

Những nội dung đào tạo cần được tiến hành với việc xây dựng chương trình về dịch vụ hỗ trợ nạn nhân⁴⁸, thông qua đó quy định cụ thể các hậu quả pháp lý và chế tài đối với những hành vi từ chối không thực hiện hỗ trợ nạn nhân của tội phạm trong quá trình tố tụng (ví dụ: hành vi không thông báo đầy đủ diễn tiến tố tụng, nội dung các quyết định tố tụng liên quan đến việc đình chỉ vụ án, hoặc tha bổng người bị buộc tội; không áp dụng biện pháp bảo vệ hoặc áp dụng không kịp thời gây thiệt hại cho người bị hại hoặc người thân thích của họ); đồng thời phải nêu rõ những hành vi này nếu gây thiệt hại cho người bị hại nói chung sẽ phải gánh chịu trách nhiệm bồi thường theo Luật Trách nhiệm bồi thường nhà nước.

+ Nguyên tắc hoà giải trong TTHS

Bộ luật TTHS năm 2015 không quy định thủ tục hoà giải. Tuy nhiên, khoản 3 Điều 29 BLHS năm 2015 ghi nhận: “Người thực hiện tội phạm ít nghiêm trọng hoặc tội phạm nghiêm trọng do vô ý gây thiệt hại về tính mạng, sức khỏe, danh dự, nhân phẩm hoặc tài sản của người khác và được người bị hại hoặc người đại diện của người bị hại tự nguyện hòa giải và đề nghị miễn trách nhiệm hình sự thì có thể được miễn trách nhiệm hình sự”. Đây là quy

⁴⁵ Điều 2 Luật trách nhiệm bồi thường của Nhà nước 2017.

⁴⁶ Trên cơ sở quy định và khuyến nghị của các văn bản pháp lý quốc tế, pháp luật của các nước cho thấy trách nhiệm bồi thường nhà nước đối với nạn nhân của tội phạm thường được ghi nhận trong đạo luật về Nạn nhân và nhân chứng thông qua Quỹ bồi thường nhà nước. Xem tổng hợp: Hướng dẫn LHQ, tldd; Công ước châu Âu về bồi thường cho nạn nhân của những tội phạm về bạo lực ngày 24 tháng 11 năm 1983 (the European Convention on the Compensation of Victims of Violent Crimes); Nguyễn Tất Thành (2021), *Tlđđ.*

⁴⁷ Thẩm phán phải lắng nghe nhu cầu và lợi ích từ cả hai phía (nạn nhân và tội phạm), từ đó tiến hành thực hiện mục tiêu của tư pháp hình sự NCTN trên nguyên tắc bảo đảm tốt nhất vì quyền của trẻ em. Xem: Lora Gallagher (2013), *Detour Ahead: Victim-Offender Mediation as a Mandatory Deviation Program for Juveniles*, <https://ssrn.com/abstract=2225301>.

⁴⁸ Là cách thức mà các quốc gia thành viên của EU đã và đang triển khai nhằm hỗ trợ nạn nhân của tội phạm trước, trong và sau quá trình tố tụng. Chương trình này cho phép nạn nhân được quyền yêu cầu trợ giúp về tâm lý, sức khỏe, những tư vấn về vấn đề pháp lý, thông tin về vụ án và tội phạm... cũng như những rủi ro nguy cơ trở thành nạn nhân thứ phát (secondary victimization). Xem: Báo cáo khảo sát và định hướng của Mạng lưới phòng chống tội phạm Châu Âu (European Crime Prevention Network - EUCPN) năm 2016 (Brussels) về chính sách và thực tiễn phòng ngừa nạn nhân thứ phát, https://eucpn.org/sites/default/files/document/files/toolbox_vii_-_final.pdf

định thể hiện bản chất của tư pháp phục hồi trong chính sách xử lý NCTN phạm tội. Quy định này phân nào đã thể hiện tinh thần các khuyến nghị nêu ra trong Bản hướng dẫn của LHQ về nguyên tắc cơ bản về các vấn đề nạn nhân là trẻ em, trong đó có nêu việc áp dụng tư pháp phục hồi là cách thức bảo đảm quyền của nạn nhân là trẻ em và người phạm tội cũng là NCTN. Điều này đồng thời thúc đẩy tiến trình bồi thường cho người bị hại⁴⁹. Đây là một xu hướng của quá trình cải cách hệ thống tư pháp truyền thống ở nhiều nước, nơi mà nạn nhân của tội phạm được tham gia có ý nghĩa bởi một hệ thống tư pháp thân thiện, được lắng nghe tiếng nói của họ, được sửa chữa những tổn hại về tinh thần và vật chất mà họ phải chịu đựng⁵⁰.

Hiện tại, vấn đề hoà giải cũng đã được Luật Hoà giải ở cơ sở năm 2013 đề cập, nhưng mới chỉ là quy định chung, chưa cụ thể và toàn diện⁵¹. Mặc dù nội dung này cũng đã được cụ thể hoá bởi hướng dẫn của Nghị định số 15/2014/NĐ-CP ngày 27/02/2014, nhưng văn bản này cũng chỉ dừng lại ở mức độ định hướng và chỉ dẫn⁵². Chính vì vậy, nhằm tạo cơ sở thúc đẩy tư pháp phục hồi, thực hiện mục đích bảo đảm tốt nhất quyền của trẻ em (bao gồm cả người phạm tội và nạn nhân của tội phạm) khi tham gia tư pháp hình sự, bước đầu cần có những quy định thống nhất với quy định tại khoản 3 Điều 39

Bộ luật Hình sự năm 2015. Do đó, cần sớm ghi nhận bổ sung trong Bộ luật TTHS năm 2015 quy định về nguyên tắc hoà giải, trong đó nêu rõ những trường hợp áp dụng thủ tục hoà giải, thẩm quyền hoà giải, thủ tục hoà giải.

+ Hợp tác đa ngành

Theo báo cáo nội dung nghiên cứu hoàn thiện và thực thi pháp luật về bảo vệ trẻ em và tư pháp cho trẻ em trong tiến trình cải cách pháp luật và tư pháp ở Việt Nam do Bộ Tư pháp, UNICEF và EU đồng tổ chức vào tháng 10/2019 tại Hà Nội có thể thấy, Việt Nam đã và đang hoàn thiện nhiệm vụ nâng cao trình độ và nghiệp vụ cho đội ngũ cán bộ làm công tác xét xử tại các Tòa án Gia đình và người chưa thành niên. Tuy nhiên, lực lượng nhân sự còn lại liên quan đến quy trình tố tụng như đội ngũ cảnh sát điều tra, công tố viên... vẫn chưa được quan tâm toàn diện⁵³. Do đó, cần thiết lập kênh liên kết các nhóm đa ngành bao gồm các chuyên gia đại diện cho nhiều khía cạnh của chính phủ và các khu vực tư nhân bao gồm các nhân viên cảnh sát, công tố viên, thẩm phán, chuyên gia giáo dục, y tế, xã hội và các nhà trị liệu, nhân viên công tác xã hội... Họ phối hợp để cung cấp cách tiếp cận toàn diện để đáp ứng nhu cầu của trẻ em là nạn nhân, cũng như làm việc để ngăn ngừa bất cứ chấn thương nào khác cho nạn nhân. ■

⁴⁹ London R. (2014), Victims and Restorative Justice. In: Bruinsma G., Weisburd D. (eds) Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice. Springer, New York, NY. https://doi.org/10.1007/978-1-4614-5690-2_327, Lora Gallagher (2013), *Tlđđ*.

⁵⁰ London R. (2014), *Tlđđ*.

⁵¹ Điều 3 khoản 1 điểm c quy định hoà giải ở cơ sở bao gồm “vi phạm pháp luật mà theo quy định phải bị truy cứu trách nhiệm hình sự”.

⁵² Vi phạm pháp luật hình sự trong các trường hợp sau đây (Điều 5 khoản 1 điểm đ): Không bị khởi tố vụ án theo quy định tại 157 Bộ luật TTHS năm 2015 và không bị cơ quan nhà nước có thẩm quyền xử lý vi phạm hành chính theo quy định của pháp luật; Pháp luật quy định chỉ khởi tố vụ án theo yêu cầu của người bị hại, nhưng người bị hại không yêu cầu khởi tố theo quy định tại khoản 1 Điều 155 Bộ luật TTHS năm 2015 và không bị cơ quan nhà nước có thẩm quyền xử lý vi phạm hành chính theo quy định của pháp luật; Vụ án đã được khởi tố, nhưng sau đó có quyết định của cơ quan tiến hành tố tụng về đình chỉ điều tra theo quy định tại khoản 1 Điều 230 Bộ luật TTHS năm 2015 hoặc đình chỉ vụ án theo quy định tại khoản 1 Điều 248 Bộ luật TTHS năm 2015 và không bị cơ quan nhà nước có thẩm quyền xử lý vi phạm hành chính theo quy định của pháp luật.

⁵³ Báo cáo kết quả của Đoàn giám sát trước Quốc hội khoá XIV “Việc thực hiện chính sách, pháp luật về phòng chống xâm hại trẻ em” từ ngày 01/01/2015 đến ngày 30/6/2019, tr.29.

HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VỀ GIÁM SÁT HOẠT ĐỘNG THANH TRA

Bùi Thị Đào*

Nguyễn Thị Thảo**

**PGS.TS. Trường Đại học Luật Hà Nội*

***ThS. Trường Đại học Luật Hà Nội*

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Giám sát, thanh tra, giám sát hoạt động thanh tra, Luật Thanh tra.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 02/06/2022

Biên tập : 12/06/2022

Duyệt bài : 13/06/2022

Tóm tắt:

Giám sát hoạt động thanh tra là công việc quan trọng nhằm bảo đảm thanh tra đúng pháp luật, phù hợp với thực tế. Việc luật hóa các quy định về giám sát hoạt động thanh tra là cần thiết nhằm nâng cao hiệu lực pháp lý của các quy định về hoạt động quan trọng này. Đồng thời, Luật Thanh tra năm 2010 cũng cần có những sửa đổi để có những quy định hợp lý hơn về giám sát hoạt động thanh tra đối với các chủ thể giám sát là người ra quyết định thanh tra, tổ giám sát, công chức được giao thực hiện nhiệm vụ giám sát.

Article Infomation:

Keywords: Supervision; inspection; supervision of inspection activities; Law on Inspection.

Article History:

Received : 02 Jun. 2022

Edited : 12 Jun. 2022

Approved : 13 Jun. 2022

Abstract:

Supervision of inspection activities is an important task to ensure that the inspection is in accordance with the law and appropriate with practical circumstance. The legalization of regulations on supervision of inspection activities is necessary to enhance the legal effect of these important regulations. Also, the Law on Inspection of 2010 also needs amendments to have more reasonable regulations on supervision of inspection activities for supervisors who are inspection decision makers, supervision teams, and civil servants assigned to the tasks of supervision.

1. Sự cần thiết phải giám sát hoạt động thanh tra

Giám sát hoạt động thanh tra là việc theo dõi, nắm bắt việc chấp hành pháp luật, tuân thủ chuẩn mực đạo đức, quy tắc ứng xử, ý thức kỷ luật của công chức thanh tra, tình hình thực hiện nhiệm vụ thanh tra để kịp thời có biện pháp chấn chỉnh, xử lý nhằm đảm bảo thực hiện đúng mục đích, yêu cầu, nội dung thanh

tra. Giám sát hoạt động thanh tra là cần thiết vì những lý do sau đây:

Thứ nhất, hoạt động thanh tra có nhiều nguy cơ sử dụng quyền lực nhà nước không đúng

Kiểm soát quyền lực nhà nước luôn là vấn đề cốt lõi trong tổ chức, thực hiện quyền lực nhà nước. “*Bản thân nhà nước là tổ chức quyền lực đồng thời luôn mang trong mình nó nguy cơ lạm dụng quyền lực dù đó là nhà*

nước phân quyền hay độc quyền”¹. Cho nên, bất cứ hoạt động nào sử dụng quyền lực nhà nước cũng cần được kiểm soát bằng nhiều cách thức khác nhau. Thanh tra là hoạt động sử dụng quyền lực nhà nước. Hoạt động thanh tra cần được kiểm soát để bảo đảm quyền lực nhà nước được sử dụng đúng đắn. Thêm nữa, thanh tra là hoạt động xem xét, đánh giá việc thực hiện chính sách, pháp luật, nhiệm vụ, quyền hạn của cơ quan, tổ chức, cá nhân với mục đích phát hiện sơ hở trong cơ chế quản lý, chính sách, pháp luật, phòng ngừa, phát hiện và xử lý hành vi vi phạm pháp luật. Thanh tra lại là cơ quan có chức năng phòng, chống tham nhũng. Do đặc thù công việc nên nếu công chức thanh tra không thực sự có bản lĩnh vững vàng, có tinh thần trách nhiệm trước Nhà nước, trước nhân dân thì rất dễ lạm quyền để trục lợi. Trong Chỉ thị số 20/CT-TTg ngày 17/5/2017 của Thủ tướng Chính phủ về việc chấn chỉnh hoạt động thanh tra, kiểm tra đối với doanh nghiệp cũng có nhận định: “qua theo dõi, tình hình và phản ánh của cộng đồng doanh nghiệp thấy rằng, hoạt động thanh tra nói chung và hoạt động thanh tra, kiểm tra chuyên ngành nói riêng vẫn tồn tại những hạn chế, còn những vụ việc gây phiền hà, sách nhiễu doanh nghiệp, sự phối hợp giữa các cơ quan có chức năng thanh tra, kiểm tra chưa chặt chẽ, thời gian thanh tra kéo dài, nội dung thanh tra chưa rõ ràng, có khi vượt ra ngoài thẩm quyền quản lý, chậm ban hành kết luận thanh tra, chưa làm rõ được dấu hiệu vi phạm, kiến nghị chưa cụ thể”. Thêm vào đó, số liệu thống kê cho thấy có hành vi tham nhũng trong chính cơ quan thanh tra: Trong ngành thanh tra từ năm 2013 - 2020 đã xảy ra 71 vụ việc tham nhũng, trong đó 3 vụ xảy ra ở thanh tra cấp bộ, 16 vụ việc ở thanh tra cấp tỉnh, 42 vụ việc ở thanh

tra cấp huyện và 9 vụ tại thanh tra sở. Số công chức thanh tra có hành vi tham nhũng là 105 người². Hiện tượng tham nhũng xảy ra ngay trong các cơ quan có chức năng phòng, chống tham nhũng gây tác hại kép, là tác hại trực tiếp của tham nhũng; và tác hại của việc không chống được tham nhũng, vô hiệu hóa khả năng tự kiểm soát của Nhà nước, làm mất lòng tin của xã hội vào Nhà nước. Vì vậy, sai phạm trong hoạt động thanh tra nguy hiểm “gấp đôi” so với sai phạm trong các hoạt động khác của Nhà nước.

Thứ hai, các hình thức kiểm soát hoạt động thanh tra chưa bảo đảm kiểm soát hoạt động thanh tra hiệu quả

Nói chung, hoạt động quản lý hành chính nhà nước, trong đó có hoạt động thanh tra, được kiểm soát bởi nhiều phương thức khác nhau, gồm: hoạt động giám sát của cơ quan quyền lực nhà nước; hoạt động xét xử của tòa án; hoạt động giám sát của các tổ chức xã hội; hoạt động khiếu nại, tố cáo và giải quyết khiếu nại, tố cáo. Trong đó:

Một là, hoạt động giám sát của cơ quan quyền lực nhà nước. Về mặt lý thuyết, cơ quan quyền lực nhà nước giám sát toàn diện hoạt động của cơ quan hành chính nên đương nhiên bao gồm cả giám sát hoạt động thanh tra. Song, theo quy định của pháp luật cũng như thực tế thì giám sát của cơ quan quyền lực nhà nước đối với hoạt động thanh tra cũng có những hạn chế nhất định:

Về đối tượng chịu sự giám sát: Quốc hội giám sát Chính phủ, bộ trưởng, thủ trưởng cơ quan ngang bộ; Ủy ban Thường vụ Quốc hội giám sát Chính phủ; Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban của Quốc hội giám sát Chính phủ, bộ, cơ

¹ GS.TSKH. Đào Trí Úc & PGS. TS. Võ Khánh Vinh (2003), (đồng chủ biên), *Giám sát và cơ chế giám sát việc thực hiện quyền lực nhà nước ở nước ta hiện nay*, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, tr.47.

² TS. Nguyễn Xuân Trường (2022), *Thách thức và giải pháp phòng, chống tham nhũng, tiêu cực ở nước ta hiện nay*, <https://noichinh.vn/nghien-cuu-trao-doi/202202/thach-thuc-va-giai-phap-phong-chong-tham-nhung-tieu-cuc-o-nuoc-ta-hien-nay-310641>.

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

quan ngang bộ; đại biểu Quốc hội chất vấn Thủ tướng Chính phủ, Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ; Hội đồng nhân dân, Thường trực Hội đồng nhân dân, các ban của Hội đồng nhân dân giám sát Ủy ban nhân dân; đại biểu Hội đồng nhân dân chất vấn Chủ tịch Ủy ban nhân dân, thủ trưởng cơ quan thuộc Ủy ban nhân dân³. Theo đó, Chánh thanh tra bộ, Chánh thanh tra sở không phải là đối tượng trực tiếp chịu sự giám sát của các chủ thể giám sát.

Về hoạt động giám sát: cơ quan quyền lực nhà nước giám sát thông qua các hoạt động của Quốc hội, Ủy ban Thường vụ Quốc hội xem xét báo cáo công tác hàng năm, báo cáo công tác nhiệm kỳ, xem xét văn bản quy phạm pháp luật, xem xét trả lời chất vấn, xem xét báo cáo chuyên đề của Chính phủ... Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban của Quốc hội thẩm định báo cáo của Chính phủ... Vì Chính phủ là cơ quan quản lý mọi mặt đời sống xã hội nên các báo cáo công tác hàng năm, báo cáo công tác nhiệm kỳ sẽ phải bao quát hết các hoạt động của Chính phủ. Các báo cáo chuyên đề có thể về bất cứ vấn đề gì nhưng thanh tra không thuộc các vấn đề được ưu tiên quy định trong Điều 13 Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội và Hội đồng nhân dân, điều này cũng tương tự đối với hoạt động giám sát của Hội đồng nhân dân. Nói cách khác, hoạt động thanh tra chỉ là một trong rất nhiều hoạt động mà cơ quan quyền lực nhà nước cần giám sát, nên không thể lúc nào hoạt động thanh tra cũng được giám sát kịp thời, sâu sát.

Về thời điểm giám sát: pháp luật không quy định trực tiếp về vấn đề này, nhưng thông qua các hoạt động giám sát thì có thể thấy, về cơ bản, cơ quan quyền lực nhà nước chỉ giám sát đối với các hoạt động thanh tra đã hoàn thành, gần như không giám sát đối với các hoạt động thanh tra đang được diễn ra trên thực tế và càng

không thể giám sát đối với mỗi cuộc thanh tra cụ thể.

Hai là, hoạt động xét xử của tòa án. Các quyết định hành chính, hành vi hành chính trong thanh tra là đối tượng khởi kiện vụ án hành chính. Nếu các cơ quan, tổ chức, cá nhân là đối tượng tác động trực tiếp của các quyết định, hành vi đó có căn cứ cho rằng quyết định, hành vi đó là trái pháp luật, họ có thể khởi kiện vụ án hành chính tại tòa án. Khi đó, tòa án sẽ xem xét tính hợp pháp của quyết định hành chính, hành vi hành chính bị kiện. Tùy vào việc quyết định, hành vi bị kiện phù hợp với pháp luật hay trái pháp luật mà tòa án có thể bác yêu cầu khởi kiện, tuyên hủy một phần hoặc toàn bộ quyết định, hành vi bị kiện. Như vậy, tòa án chỉ kiểm soát một cách bị động (khi có yêu cầu khởi kiện) và không kiểm soát tổng thể hoạt động thanh tra, mà chỉ xem xét tính hợp pháp của quyết định, hành vi bị kiện.

Ba là, hoạt động giám sát của các tổ chức xã hội. Một mặt, các tổ chức xã hội giám sát hoạt động của Nhà nước liên quan đến lĩnh vực hoạt động của mình nên rất ít tổ chức xã hội thực hiện giám sát hoạt động thanh tra. Mặt khác, hoạt động giám sát của tổ chức xã hội không mang tính quyền lực nhà nước, nên nếu có giám sát hoạt động thanh tra thì tác động của hoạt động giám sát đó cũng không lớn.

Bốn là, hoạt động khiếu nại, tố cáo, giải quyết khiếu nại, tố cáo về thanh tra. Các cơ quan, tổ chức, cá nhân có quyền khiếu nại các quyết định, hành vi thanh tra tác động trực tiếp đến quyền, lợi ích của mình. Khi các cơ quan, tổ chức, cá nhân khiếu nại quyết định, hành vi trong thanh tra thì người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại sẽ xem xét lại tính hợp pháp của các quyết định, hành vi bị khiếu nại, có quyền giữ nguyên, sửa đổi, hủy bỏ, đình chỉ

³ Điều 4, Điều 5 Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội và Hội đồng nhân dân năm 2015.

quyết định, hành vi đó tùy theo quyết định đó đúng pháp luật hay trái pháp luật ở mức độ nào. Mọi cá nhân có quyền tố cáo hành vi vi phạm pháp luật trong thanh tra. Người có thẩm quyền giải quyết tố cáo sẽ phải xem xét, xử lý hoặc kiến nghị cơ quan có thẩm quyền xử lý người bị tố cáo nếu họ có hành vi vi phạm pháp luật. Cũng tương tự như hoạt động xét xử của tòa án nêu trên, dù việc giải quyết khiếu nại, tố cáo có vai trò kiểm soát hoạt động thanh tra nhưng cũng mang tính bị động và chỉ kiểm soát được quyết định, hành vi bị khiếu nại, bị tố cáo, không kiểm soát được toàn diện hoạt động thanh tra.

Nói chung, các hoạt động trên đều có giá trị kiểm soát hoạt động thanh tra ở những phạm vi, mức độ nhất định, nhưng mỗi hoạt động đều có hạn chế riêng. Thanh tra là hoạt động có tính chuyên môn cao, đặc biệt là thanh tra chuyên ngành, nên dù các hoạt động kiểm soát đó có được thực hiện một cách nghiêm túc, kịp thời, đúng pháp luật thì cũng gặp không ít khó khăn, hạn chế. Điều đó nói lên rằng, dù đã có khá nhiều phương thức kiểm soát hoạt động thanh tra nhưng vẫn chưa đủ bảo đảm thanh tra hoàn toàn chính xác, đúng pháp luật, vẫn cần có hoạt động kiểm soát trực tiếp, toàn diện, mang tính chuyên môn hơn.

2. Pháp luật hiện hành về giám sát hoạt động thanh tra

Cùng với các hoạt động nêu trên, hoạt động thanh tra còn được kiểm soát bởi hoạt động trực tiếp, cụ thể đối với mỗi cuộc thanh tra. Hoạt động đó được gọi là giám sát hoạt động thanh tra. Mặc dù giám sát hoạt động thanh tra cần thiết như đã trình bày ở trên, nhưng Luật Thanh tra năm 2010 (Luật Thanh tra) mới chỉ có quy định về một trong những nhiệm vụ, quyền hạn của người ra quyết định thanh tra là giám sát Đoàn thanh tra thực hiện đúng nội dung quyết định thanh tra. Tương tự như vậy,

Nghị định số 86/2011/NĐ-CP quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành Luật Thanh tra cũng chỉ có duy nhất quy định người ra quyết định thanh tra có trách nhiệm giám sát Đoàn thanh tra thực hiện đúng nội dung quyết định thanh tra. Toàn bộ các quy định về giám sát hoạt động thanh tra nằm ở Thông tư số 05/2015/TT-TTCP ngày 10/9/2015 của Thanh tra Chính phủ quy định về giám sát hoạt động của Đoàn thanh tra. Thông tư này quy định về trách nhiệm giám sát, nhiệm vụ, quyền hạn của người giám sát; quyền, nghĩa vụ của người được giám sát; nội dung, hình thức, trình tự, thủ tục và việc xử lý kết quả giám sát.

Về chủ thể giám sát: trách nhiệm giám sát hoạt động thanh tra thuộc về người ra quyết định thanh tra. Tuy nhiên, tùy theo phạm vi, quy mô, tính chất, nội dung của cuộc thanh tra, người ra quyết định thanh tra quyết định tự mình giám sát, thành lập Tổ giám sát hoặc giao cho công chức thuộc quyền thực hiện việc giám sát hoạt động của Đoàn thanh tra. Trường hợp thành lập Tổ giám sát hoặc giao cho công chức giám sát thì Tổ giám sát, công chức được giao giám sát được hiểu là chỉ giúp việc cho người ra quyết định thanh tra giám sát hoạt động thanh tra. Toàn bộ kết quả giám sát của Tổ giám sát, công chức được giao nhiệm vụ giám sát được thể hiện trong Báo cáo kết quả giám sát. Người ra quyết định thanh tra sẽ căn cứ vào kết quả giám sát để có những xử lý phù hợp trong quá trình thanh tra. Kết quả thanh tra là một trong những căn cứ để người ra quyết định thanh tra xem xét, ra kết luận thanh tra. Với ý nghĩa kết quả giám sát của Tổ giám sát, công chức được giao nhiệm vụ giám sát như trên thì các chủ thể này sẽ thực hiện những công việc cần thiết để xem xét, theo dõi hoạt động thanh tra trong suốt thời gian thanh tra nhưng không có quyền xử lý các vấn đề nảy sinh mà chỉ có thể báo cáo người ra quyết định thanh tra xử lý

hoặc để người ra quyết định thanh tra kiến nghị cơ quan có thẩm quyền xử lý.

Về hình thức giám sát: Trường hợp người ra quyết định thanh tra tự mình giám sát thì giám sát được thực hiện thông qua hai hình thức là⁴:

1. Yêu cầu Đoàn thanh tra thực hiện chế độ thông tin, báo cáo theo quy định của pháp luật về thanh tra và cung cấp thông tin, tài liệu liên quan đến nội dung thanh tra;

2. Làm việc trực tiếp với Đoàn thanh tra, đối tượng thanh tra và các cơ quan, tổ chức, cá nhân có liên quan khi cần thiết phục vụ cho mục đích giám sát.

Trường hợp Tổ giám sát hoặc công chức được giao nhiệm vụ giám sát thì giám sát được thực hiện qua hai hình thức là⁵:

1. Tổng hợp, đánh giá thông tin về các nội dung giám sát từ các nguồn: báo cáo, thông tin và tài liệu có liên quan đến hoạt động của Đoàn thanh tra do Đoàn thanh tra cung cấp; kiến nghị, phản ánh hoặc khiếu nại, tố cáo của đối tượng thanh tra, của cơ quan, tổ chức cá nhân về hoạt động của Đoàn thanh tra, hành vi của Trưởng Đoàn thanh tra, thành viên Đoàn thanh tra.

2. Làm việc với Đoàn thanh tra, đối tượng thanh tra và cơ quan, tổ chức, cá nhân có liên quan theo yêu cầu của người ra quyết định thanh tra hoặc người ra quyết định thanh tra phê duyệt đề xuất của Tổ giám sát, công chức được giao nhiệm vụ giám sát.

So sánh hình thức giám sát trong hai trường hợp trên sẽ thấy có sự khác biệt khá lớn giữa giám sát được thực hiện bởi người ra quyết định thanh tra và giám sát được thực hiện bởi

Tổ giám sát hoặc công chức được giao nhiệm vụ giám sát. Ở hình thức giám sát thứ nhất, nếu người ra quyết định thanh tra hoàn toàn có quyền chủ động trong việc yêu cầu Đoàn thanh tra cung cấp thông tin phục vụ cho việc giám sát thì Tổ giám sát, công chức được giao nhiệm vụ giám sát lại bị động, chỉ đơn giản là tổng hợp thông tin do Đoàn thanh tra cung cấp. Điều này không hợp lý vì như vậy Tổ giám sát hoặc công chức được giao nhiệm vụ giám sát sẽ rất khó giám sát, nhất là về những vấn đề không được thể hiện trong các báo cáo, tài liệu do Đoàn thanh tra cung cấp. Ở hình thức giám sát thứ hai, người ra quyết định thanh tra được tự mình quyết định có làm việc trực tiếp với Đoàn thanh tra, đối tượng thanh tra, cơ quan, tổ chức, cá nhân có liên quan. Trong khi đó, Tổ giám sát, công chức được giao nhiệm vụ giám sát chỉ được làm việc với Đoàn thanh tra, đối tượng thanh tra, cơ quan, tổ chức, cá nhân có liên quan khi người ra quyết định thanh tra yêu cầu hoặc sau khi đề xuất và được người ra quyết định thanh tra phê duyệt. Điều này mặc dù có khả năng hạn chế Tổ giám sát, công chức được giao nhiệm vụ giám sát tùy tiện trong quá trình giám sát, nhưng lại khiến cho Tổ giám sát, công chức được giao nhiệm vụ giám sát rất bị động. Điều đó cũng có nghĩa là dù trong trường hợp này, người ra quyết định thanh tra không trực tiếp giám sát nhưng vẫn phải theo dõi rất sát quá trình thanh tra để quyết định khi nào yêu cầu Tổ giám sát, công chức được giao nhiệm vụ giám sát làm việc với Đoàn thanh tra, đối tượng thanh tra, cơ quan, tổ chức, cá nhân có liên quan, hay phê duyệt đề xuất của Tổ giám sát, công chức được giao nhiệm vụ giám sát về việc này.

⁴ Điều 9 Thông tư số 05/2015/TT-TTCT ngày 10/9/2015 của Thanh tra Chính phủ quy định về giám sát hoạt động của Đoàn thanh tra.

⁵ Điều 14 Thông tư số 05/2015/TT-TTCT ngày 10/9/2015 của Thanh tra Chính phủ quy định về giám sát hoạt động của Đoàn thanh tra.

Về nhiệm vụ, quyền hạn trong giám sát: một trong những nhiệm vụ, quyền hạn của Trưởng Đoàn thanh tra, thành viên Đoàn thanh tra là giải trình và làm rõ những vấn đề có liên quan đến nội dung giám sát theo yêu cầu của người giám sát⁶. Tuy nhiên, chỉ người ra quyết định thanh tra mới có quyền yêu cầu Trưởng đoàn thanh tra, thành viên Đoàn thanh tra báo cáo, giải trình về các vấn đề có liên quan đến nội dung thanh tra⁷. Còn Tổ giám sát, công chức được giao nhiệm vụ giám sát thì không có quyền này⁸. Vậy nếu khi giám sát, Tổ giám sát, công chức được giao nhiệm vụ giám sát nghi vấn hoặc không rõ về vấn đề nào đó thuộc nội dung thanh tra nhưng lại không có quyền yêu cầu Trưởng đoàn thanh tra, thành viên Đoàn thanh tra báo cáo, giải trình thì rõ ràng là việc giám sát sẽ khó khăn.

3. Kiến nghị hoàn thiện pháp luật về giám sát hoạt động thanh tra

Thứ nhất, cần luật hóa các quy định về giám sát hoạt động thanh tra. Thanh tra là hoạt động có vai trò phòng ngừa, phát hiện, xử lý vi phạm pháp luật, nâng cao hiệu lực, hiệu quả quản lý hành chính nhà nước. Với vai trò như vậy cũng như nguy cơ có thể xảy ra sai phạm trong thanh tra nên vấn đề giám sát hoạt động thanh tra đã được đặt ra. Phần lớn các quy định của pháp luật về thanh tra đã được “luật hóa” từ năm 2004⁹, nhưng quy định về giám sát hoạt động thanh tra mới xuất hiện lần đầu tiên trong Luật Thanh tra năm 2010 và cũng chỉ dừng lại ở quy định đó là một nhiệm vụ, quyền hạn của

người ra quyết định thanh tra. Các quy định về giám sát hoạt động thanh tra như chủ thể giám sát, nội dung giám sát, phương thức giám sát, quyền, nghĩa vụ của chủ thể giám sát, đối tượng giám sát chỉ dừng lại ở mức thông tư đã phần nào làm giảm ý nghĩa của hoạt động này. Để đảm bảo giá trị cần thiết cho các quy định về giám sát hoạt động thanh tra tương xứng với tầm quan trọng của hoạt động này, thì cần phải luật hóa những quy định cơ bản về giám sát hoạt động thanh tra. Vì vậy, Dự thảo Luật Thanh tra (sửa đổi) ngày 29/10/2021 (Dự thảo)¹⁰ đã đánh dấu một bước tiến quan trọng của pháp luật về thanh tra bằng cách dành 5 điều, từ Điều 94 đến Điều 98, quy định về trách nhiệm của người ra quyết định thanh tra; nội dung giám sát hoạt động thanh tra; nhiệm vụ, quyền hạn của người thực hiện giám sát; trách nhiệm của Trưởng đoàn thanh tra, thành viên đoàn thanh tra trong hoạt động giám sát; tổ chức việc giám sát, báo cáo kết quả giám sát.

Thứ hai, cần quy định nhiệm vụ, quyền hạn của người giám sát hợp lý hơn. So với Thông tư số 05/2015/TT-TTCP, Dự thảo đã có những thay đổi về nhiệm vụ, quyền hạn của người giám sát. Những nội dung được Thông tư số 05/2015/TT-TTCP gọi là hình thức giám sát thì được Dự thảo đưa vào nhiệm vụ, quyền hạn của người giám sát. Tuy nhiên, các nhiệm vụ, quyền hạn của người giám sát vẫn có một số điểm cần cân nhắc thêm:

Một là, mở rộng quyền cho Tổ giám sát, công chức được giao nhiệm vụ giám sát. Theo

⁶ Khoản 2 Điều 7 Thông tư số 05/2015/TT-TTCP ngày 10/9/2015 của Thanh tra Chính phủ quy định về giám sát hoạt động của Đoàn thanh tra.

⁷ Khoản 1 Điều 10 Thông tư số 05/2015/TT-TTCP ngày 10/9/2015 của Thanh tra Chính phủ quy định về giám sát hoạt động của Đoàn thanh tra.

⁸ Điều 15 Thông tư số 05/2015/TT-TTCP ngày 10/9/2015 của Thanh tra Chính phủ quy định về giám sát hoạt động của Đoàn thanh tra.

⁹ Luật Thanh tra năm 2004 được Quốc hội khoá XI thông qua ngày 15/6/2004.

¹⁰ Thanh tra Chính phủ (2021), <https://thanhtra.gov.vn/web/guest/lay-y-kien-du-thao-ve-vbqpl/-/duthao/gopyduthaovanban/>

Điều 94 Dự thảo thì Tổ giám sát, công chức được giao nhiệm vụ giám sát được gọi chung là người thực hiện giám sát. Điều 96 Dự thảo quy định nhiệm vụ, quyền hạn của người thực hiện giám sát, trong đó có quyền yêu cầu Đoàn thanh tra cung cấp các thông tin, tài liệu: quyết định thanh tra, quyết định gia hạn thời gian thanh tra, quyết định bổ sung, thay đổi Trưởng đoàn thanh tra, thành viên Đoàn thanh tra, thay đổi nội dung thanh tra, kế hoạch thanh tra, các văn bản chỉ đạo của người ra quyết định thanh tra, báo cáo về việc thực hiện nhiệm vụ của thành viên Đoàn thanh tra... Với quyền này, người thực hiện giám sát đã được chủ động yêu cầu Đoàn thanh tra cung cấp thông tin, tài liệu cần thiết phục vụ cho hoạt động giám sát, không còn bị động chỉ tổng hợp thông tin được cung cấp nữa. Tuy nhiên, người thực hiện giám sát cũng vẫn chỉ được làm việc với Đoàn thanh tra, đối tượng thanh tra, cơ quan, tổ chức, cá nhân có liên quan đến nội dung giám sát khi có yêu cầu của người ra quyết định thanh tra. Thậm chí, Dự thảo còn không quy định người thực hiện giám sát được đề xuất người ra quyết định thanh tra phê duyệt để làm việc với Đoàn thanh tra, đối tượng thanh tra, cơ quan, tổ chức, cá nhân có liên quan khi thấy cần thiết (quy định hiện có trong Thông tư số 05/2015/TT-TTCP). Điều này mặc dù có khả năng hạn chế Tổ giám sát, công chức được giao nhiệm vụ giám sát tùy tiện trong quá trình giám sát, nhưng cũng lại khiến cho họ giám sát rất khó khăn. Vì vậy, nên trao quyền rộng hơn cho người thực hiện giám sát là được quyền chủ động làm việc với Đoàn thanh tra, đối tượng thanh tra, cơ quan, tổ chức, cá nhân. Để tránh việc họ sử dụng quyền này tùy tiện thì cách tốt hơn là đề cao trách nhiệm của người thực hiện giám sát khi họ không thực hiện đúng nhiệm vụ, quyền hạn của mình.

Hai là, cần bổ sung quy định Tổ giám sát, công chức được giao nhiệm vụ giám sát có quyền yêu cầu Trưởng đoàn thanh tra, thành viên Đoàn thanh tra giải trình, làm rõ những

vấn đề liên quan đến nội dung giám sát. Như đã phân tích, trường hợp người ra quyết định thanh tra không tự mình giám sát mà thành lập Tổ giám sát, giao cho công chức thực hiện việc giám sát thì hầu hết quá trình giám sát là do Tổ giám sát, công chức được giao nhiệm vụ giám sát thực hiện. Nếu Tổ giám sát, công chức được giao nhiệm vụ giám sát thấy có vấn đề không rõ ràng, thiếu căn cứ mà lại không có quyền yêu cầu Trưởng đoàn thanh tra, thành viên Đoàn thanh tra giải trình, làm rõ thì sẽ làm quá trình giám sát trở nên khó khăn và có thể ảnh hưởng đến kết quả giám sát.

Ba là, bổ sung quy định về nhiệm vụ, quyền hạn về giám sát của người ra quyết định thanh tra. Dự thảo hiện không có quy định này. Người ra quyết định thanh tra cần được hiểu là người đương nhiên có trách nhiệm giám sát hoạt động thanh tra. Nếu thành lập Tổ giám sát, giao cho công chức thực hiện nhiệm vụ giám sát thì họ chỉ là người giúp người ra quyết định thanh tra, thay người ra quyết định thanh tra trực tiếp thực hiện một số nhiệm vụ, quyền hạn; còn bản thân người ra quyết định thanh tra với tư cách là người giám sát sẽ có những nhiệm vụ quyền hạn về giám sát mà Tổ giám sát, công chức được giao thực hiện nhiệm vụ giám sát không thể có. Như quyền xem xét, giải quyết kịp thời các kiến nghị, đề xuất của Trưởng đoàn thanh tra, thành viên Đoàn thanh tra, xử lý hoặc kiến nghị người có thẩm quyền xử lý hành vi vi phạm pháp luật của Trưởng đoàn thanh tra, thành viên Đoàn thanh tra. Không chỉ thế, trường hợp người ra quyết định thanh tra tự mình giám sát thì họ phải có đầy đủ các nhiệm vụ, quyền hạn để thực hiện việc giám sát. Do đó, Luật Thanh tra cần có quy định về nhiệm vụ, quyền hạn về giám sát hoạt động thanh tra của người ra quyết định thanh tra trong hai trường hợp là tự mình giám sát và thành lập Tổ giám sát, giao cho công chức thực hiện việc giám sát. ■

QUY ĐỊNH VỀ HỦY BỎ NGHỊ QUYẾT CỦA ĐẠI HỘI ĐỒNG CỔ ĐÔNG TRONG LUẬT DOANH NGHIỆP NĂM 2020 VÀ HƯỚNG HOÀN THIỆN

Nguyễn Thị Ngọc Uyển

Th.S. Khoa Kinh doanh và Luật, Trường Đại học Quốc tế Sài Gòn.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Nghị quyết của Đại hội đồng cổ đông, công ty cổ phần, Luật Doanh nghiệp năm 2020.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 16/02/2022
Biên tập : 12/04/2022
Duyệt bài : 14/04/2022

Article Information:

Keywords: General Assembly Resolution of Shareholders; joint-stock company; Law on Enterprise of 2020.

Article History:

Received : 16 Feb. 2022
Edited : 12 Apr. 2022
Approved : 14 Apr. 2022

Tóm tắt:

Trong phạm vi bài viết này, tác giả trình bày những điểm mới của quy định về hủy bỏ nghị quyết của Đại hội đồng cổ đông trong Luật Doanh nghiệp năm 2020, chỉ ra các hạn chế, bất cập của pháp luật Việt Nam về vấn đề này và có tham khảo thêm kinh nghiệm nước ngoài để đưa ra các kiến nghị hoàn thiện.

Abstract:

Within the scope of this article, the author presents discussions of new contents of the provisions under the Law on Enterprise of 2020, which is related to the annulment of resolutions by the General Assembly Resolution of Shareholders; and also gives out a number of shortcomings and inadequacies of the law on the discussed matters and gets references to experience from foreign countries and recommendations for further improvements.

1. Những điểm mới của quy định về hủy bỏ nghị quyết của Đại hội đồng cổ đông trong Luật Doanh nghiệp năm 2020

Thứ nhất, chủ thể có thẩm quyền yêu cầu hủy bỏ nghị quyết của Đại hội đồng cổ đông

Quyền lực của Đại hội đồng cổ đông (ĐHĐCĐ) được thực hiện thông qua các cuộc

họp và bằng việc ra các quyết nghị¹. Do đó, nghị quyết hay quyết nghị của ĐHCĐ là văn bản thể hiện ý chí và sự đồng lòng thống nhất của đa số cổ đông trong công ty cổ phần (CTCP). Để bảo vệ cổ đông cũng như lợi ích của công ty, pháp luật cho phép trong những trường hợp nhất định, cổ đông hoặc nhóm cổ

¹ Giáo trình Luật Thương mại Việt Nam, tập 1 (2020), Trường đại học Luật Hà Nội, Nxb. Tư Pháp, tr.210.

đồng có quyền khởi kiện yêu cầu hủy bỏ nghị quyết của ĐHĐCĐ.

Theo quy định tại khoản 2 Điều 114 Luật Doanh nghiệp năm 2014, cổ đông hoặc nhóm cổ đông sở hữu từ 10% tổng số cổ phần phổ thông trở lên trong thời hạn liên tục ít nhất 06 tháng hoặc một tỷ lệ khác nhỏ hơn quy định tại Điều lệ công ty thì có thêm một số quyền năng khác so với cổ đông phổ thông nói chung, trong đó có quyền yêu cầu hủy bỏ nghị quyết của ĐHĐCĐ². Trước khi Luật Doanh nghiệp năm 2020 ra đời, tức số này trong Dự thảo Luật Doanh nghiệp năm 2020 lần 1, lần 2 chỉ là 01% và từ dự thảo lần 3, tỷ lệ này đã tăng lên thành 03%³, cuối cùng để cân bằng lợi ích các bên, Quốc hội đã thông qua tỷ lệ sở hữu cổ phần phổ thông là 05% tại khoản 2 Điều 115 Luật Doanh nghiệp năm 2020⁴. Mức tỷ lệ sở hữu của cổ đông hoặc nhóm cổ đông 05% và không quy định giới hạn thời gian nắm giữ cổ phần⁵ là hài hòa giữa quyền, lợi ích hợp lý của các cổ đông thiểu số và nhóm cổ đông trong doanh nghiệp, tránh sự thay đổi quá lớn, có thể gây khó khăn trong quản trị, kinh doanh của doanh nghiệp.

Những lý do giải thích cho sự thay đổi này là: Những cổ đông sở hữu cổ phần dưới 10% có khó khăn trong việc thực hiện quyền yêu cầu hủy bỏ nghị quyết của ĐHĐCĐ. Vì muốn thực hiện được quyền khởi kiện, họ buộc phải liên kết với những cổ đông khác để bảo đảm tỷ lệ này, nhưng việc liên kết này ở những CTCP phân tán rất khó khăn. Với các công ty

niêm yết, tỷ lệ nắm giữ 05% cổ phần tương đương lượng tiền rất lớn. Do vậy, các cổ đông này có lợi ích rất lớn, họ sẽ ý thức được hành động của mình, thường sẽ không khởi kiện vô cớ, gây thiệt hại cho công ty và gây hại chính mình.

Ngoài ra, cho dù họ liên kết được 10% cổ phần phổ thông, họ cũng phải đảm bảo điều kiện thời gian nắm giữ liên tục trong 06 tháng. Nhiều chuyên gia cho rằng, khi các nhà đầu tư bỏ ra số tiền lớn nhưng tới 06 tháng sau mới có quyền yêu cầu khởi kiện nghị quyết của ĐHĐCĐ là không hợp lý⁶. Trước khi quyết định mua cổ phần, những nhà đầu tư đã tìm hiểu kỹ lịch sử hoạt động và các báo cáo gần nhất của CTCP đó. Do vậy, họ có đủ kiến thức và kinh nghiệm để thực hiện một trong những quyền yêu cầu của mình vì lợi ích tốt nhất của cổ đông và công ty. Hơn nữa, việc pháp luật trao cho cổ đông thiểu số quyền yêu cầu hủy bỏ nghị quyết của ĐHĐCĐ nhằm “*nhắc khéo*” Hội đồng quản trị (HĐQT) và những người quản lý trong CTCP phải luôn cẩn trọng trong quá trình quản lý và đưa ra quyết định của mình.

Cuối cùng, sự thay đổi này để phù hợp và thống nhất với khái niệm cổ đông lớn được quy định trong Luật Chứng khoán và đạt mục tiêu bảo vệ cổ đông nhỏ. Theo khoản 18 Điều 4 Luật Chứng khoán năm 2019: “Cổ đông lớn là cổ đông sở hữu từ 5% trở lên số cổ phiếu có quyền biểu quyết của một tổ chức phát hành”.

² Xem Điều 147 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

³ Xem <http://duthaoonline.quochoi.vn/Pages/dsduthao/chitietduthao.aspx?id=1773>.

⁴ Báo cáo giải trình, tiếp thu, chỉnh lý dự án Luật Doanh nghiệp (*sửa đổi*), <http://duthaoonline.quochoi.vn/Pages/dsduthao/chitietduthao.aspx?id=1773>, truy cập ngày 20/8/2020.

⁵ Khoản 2 Điều 115 Luật Doanh nghiệp năm 2020.

⁶ <https://baodautu.vn/xung-quanh-quyen-co-dong-yeu-cau-giu-co-phieu-toi-thieu-6-thang-moi-duoc-ung-cu-vao-hdqt-con-can-thiet-dl16898.html>.

Thứ hai, cách tính thời hạn yêu cầu hủy bỏ nghị quyết của Đại hội đồng cổ đông

Theo quy định tại Điều 147 Luật Doanh nghiệp năm 2014 về yêu cầu hủy bỏ nghị quyết của ĐHĐCĐ thì trong thời hạn 90 ngày, kể từ ngày nhận được biên bản họp ĐHĐCĐ hoặc biên bản kết quả kiểm phiếu lấy ý kiến ĐHĐCĐ, cổ đông, nhóm cổ đông quy định tại khoản 2 Điều 114 Luật này có quyền yêu cầu Tòa án hoặc Trọng tài xem xét, hủy bỏ nghị quyết hoặc một phần nội dung nghị quyết của ĐHĐCĐ. Như vậy, thời hạn 90 ngày này được tính kể từ ngày cổ đông/nhóm cổ đông nhận được một trong số các loại văn bản sau: *biên bản họp ĐHĐCĐ, biên bản kết quả kiểm phiếu lấy ý kiến ĐHĐCĐ*. Tuy nhiên, Luật Doanh nghiệp năm 2014 chỉ tính từ thời điểm nhận được biên bản, bỏ sót đi loại văn bản khác khá quan trọng là nghị quyết, vì một số công ty chỉ gửi nghị quyết chứ không gửi biên bản, thì cổ đông chưa thể phát sinh được quyền yêu cầu hủy bỏ nghị quyết của ĐHĐCĐ. Vì thế, trong trường hợp này không hợp lý và luật cũng không quy định hậu quả pháp lý của việc không có biên bản họp ĐHĐCĐ. Cụ thể là nghị quyết của ĐHĐCĐ và HĐQT có giá trị pháp lý không nếu biên bản họp không được lập và lưu trữ⁷. Để khắc phục tình trạng đó, Luật Doanh nghiệp năm 2020⁸ đã bổ sung thêm một loại tài liệu khác là nghị quyết của ĐHĐCĐ. Điều này có nghĩa là trong thời hạn 90 ngày kể từ ngày nhận được một trong ba loại giấy tờ: nghị quyết, biên bản họp ĐHĐCĐ hoặc biên bản kết quả kiểm phiếu, thì cổ đông có quyền yêu cầu Tòa án, Trọng tài xem xét, hủy bỏ nghị quyết của ĐHĐCĐ nếu đáp ứng được những điều

kiện tại Điều 151 và khoản 2 Điều 152 Luật Doanh nghiệp năm 2020. Ngoài ra, thường thì sau khi bế mạc họp ĐHĐCĐ, công ty phải lập hồ sơ về cuộc họp để lưu trữ. Hồ sơ gồm: biên bản họp ĐHĐCĐ, phụ lục danh sách cổ đông đăng ký dự họp, toàn văn nghị quyết đã được thông qua và tài liệu liên quan gửi kèm theo giấy thông báo mời họp⁹. Tùy theo đặc điểm của từng loại CTCP khác nhau, có công ty tách biên bản họp ĐHĐCĐ và nghị quyết thành hai tài liệu khác nhau nhưng cũng có nhiều CTCP gộp chúng lại làm một. Hơn nữa, việc phân biệt hình thức giữa nghị quyết của ĐHĐCĐ và biên bản hiện nay chưa rõ ràng, nhiều doanh nghiệp lập hai loại văn bản trên gần giống nhau. Do vậy, để đảm bảo quyền khởi kiện tốt nhất cho cổ đông thì pháp luật doanh nghiệp cho phép khi cổ đông nhận được nghị quyết có quyền khởi kiện là hợp lý.

Thứ ba, điều kiện hủy bỏ nghị quyết của Đại hội đồng cổ đông

Theo quy định tại Điều 147 Luật Doanh nghiệp năm 2014, chỉ cần vi phạm hình thức, thì cổ đông có quyền khởi kiện yêu cầu Tòa án hoặc Trọng tài xem xét hủy bỏ nghị quyết của ĐHĐCĐ, không phân biệt đó là vi phạm nghiêm trọng hay không nghiêm trọng. Tuy nhiên, thực tế xét xử của Tòa án cho thấy, nghị quyết của ĐHĐCĐ bị hủy bỏ khá nhiều và nhiều vụ việc chỉ là những lỗi vi phạm không lớn, nhưng Tòa án cũng chấp nhận yêu cầu hủy bỏ nghị quyết của ĐHĐCĐ, gây ảnh hưởng đến hoạt động bình thường của CTCP, đồng thời làm tăng chi phí và mất thời gian của doanh nghiệp và các cổ đông. Do đó, để khắc phục

⁷ Trương Nhật Quang, Pháp luật về doanh nghiệp các vấn đề pháp lý cơ bản, Nxb. Dân trí, tr.307.

⁸ Xem Điều 151 Luật Doanh nghiệp năm 2020 về yêu cầu hủy bỏ nghị quyết của ĐHĐCĐ: “Trong thời hạn 90 ngày kể từ ngày nhận được nghị quyết hoặc biên bản họp ĐHĐCĐ hoặc biên bản kết quả kiểm phiếu lấy ý kiến ĐHĐCĐ, cổ đông, nhóm cổ đông quy định tại khoản 2 Điều 115 của Luật này có quyền yêu cầu Tòa án hoặc Trọng tài xem xét, hủy bỏ nghị quyết hoặc một phần nội dung nghị quyết ĐHĐCĐ...”.

⁹ Ngô Huy Cương, Giáo trình Luật Thương mại phần chung và thương nhân Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, tr.247.

những thiếu sót của Luật Doanh nghiệp năm 2014, tại khoản 1 Điều 151 Luật Doanh nghiệp năm 2020 quy định như sau: “Trong thời hạn 90 ngày kể từ ngày nhận được nghị quyết hoặc biên bản họp ĐHĐCĐ hoặc biên bản kết quả kiểm phiếu lấy ý kiến ĐHĐCĐ, cổ đông, nhóm cổ đông quy định tại khoản 2 Điều 115 của Luật này có quyền yêu cầu Tòa án hoặc Trọng tài xem xét, hủy bỏ nghị quyết hoặc một phần nội dung nghị quyết của ĐHĐCĐ trong các trường hợp sau đây:

1. Trình tự, thủ tục triệu tập họp và ra quyết định của ĐHĐCĐ vi phạm nghiêm trọng quy định của Luật này và Điều lệ công ty, trừ trường hợp quy định tại khoản 2 Điều 152 của Luật này”.

Điều này có nghĩa là, cổ đông, nhóm cổ đông chỉ có quyền khởi kiện yêu cầu hủy bỏ nghị quyết của ĐHĐCĐ khi đáp ứng một trong hai điều kiện: hình thức hoặc nội dung. Về mặt hình thức, khi trình tự, thủ tục triệu tập họp và ra nghị quyết của ĐHĐCĐ vi phạm nghiêm trọng Luật Doanh nghiệp năm 2020 và Điều lệ công ty. Tác giả cho rằng, quy định mới này là một điểm tiến bộ của Luật Doanh nghiệp năm 2020, vì những vi phạm không đáng kể về mặt hình thức mà hủy bỏ nghị quyết của ĐHĐCĐ thì thật sự không cần thiết.

2. Một số hạn chế, bất cập của quy định về hủy bỏ nghị quyết của Đại hội đồng cổ đông trong Luật Doanh nghiệp năm 2020 và kiến nghị hoàn thiện

Thứ nhất, tiêu chí xác định vi phạm nghiêm trọng về mặt hình thức

Một vấn đề cần được quan tâm là xác định tiêu chí vi phạm nghiêm trọng về mặt hình thức như thế nào là đúng. Vấn đề này chưa được Luật Doanh nghiệp năm 2020 quy định rõ ràng. Thật vậy, rất khó để liệt kê hết những trường hợp nào được coi là vi phạm nghiêm trọng trong trình tự, thủ tục triệu tập và ra nghị quyết của ĐHĐCĐ. Tuy nhiên, chúng ta có thể giải thích vi phạm nghiêm trọng về mặt hình thức dựa vào nguyên tắc: những vi phạm đó phải làm thay đổi cơ bản nội dung nghị quyết của ĐHĐCĐ, ảnh hưởng đến lợi ích cổ đông và công ty.

Tham khảo quy định trong Bộ luật Thương mại của Thổ Nhĩ Kỳ: “*một nghị quyết ĐHĐCĐ sẽ bị coi là vô hiệu, đặc biệt nếu nó (i) loại bỏ hoặc hạn chế các quyền của cổ đông như quyền tham dự đại hội, quyền có số phiếu biểu quyết nhất định, quyền khởi kiện và các quyền không thể thiếu khác do pháp luật quy định, (ii) hạn chế các quyền của cổ đông như quyền thông tin, quyền kiểm tra và kiểm toán vượt quá giới hạn mà pháp luật cho phép, hoặc (iii) làm xấu đi cấu trúc cơ bản của CTCP hoặc vi phạm nguyên tắc bảo vệ vốn*”¹⁰. Theo đó, luật không liệt kê hết các trường hợp coi là vi phạm nghiêm trọng hình thức, nhưng đã đưa ra một khung cơ bản cho các thẩm phán để áp dụng. Ngoài những trường hợp đặc biệt được liệt kê ở trên thì các Tòa án linh hoạt xét xử. Tương tự, pháp luật của Trung Quốc cũng liệt kê vài trường hợp bị coi là vi phạm hình thức như: thủ tục triệu tập đại hội đồng cổ đông hoặc phương thức biểu quyết không phù hợp với bất

¹⁰ Nguyên gốc: “Article 447 of the TCC, a general assembly resolution shall be deemed null and void especially if it (i) eliminates or restricts shareholder rights such as the right to attend the general assembly, to have certain number of votes, to file a lawsuit and other indispensable rights arising from the law, (ii) restricts shareholder rights such as information, inspection and audit rights beyond the limits allowed by the law, or (iii) deteriorates the fundamental structure of the joint stock company or violates the principle of protection of capital”, <http://www.erdem-erdem.av.tr/en/insights/null-and-void-resolutions-of-the-general-assembly-in-joint-stock-companies>, truy cập ngày 18/02/2022.

kỳ luật, quy định hành chính hoặc Điều lệ của công ty¹¹.

Do đó, theo tác giả, Luật Doanh nghiệp năm 2020 nên tiếp cận theo xu hướng liệt kê các “trường hợp cứng” về vi phạm hình thức, và để mở một phần cho các thẩm phán linh hoạt xét xử. Trên cơ sở đó, các cổ đông hiểu rõ quyền yêu cầu khởi kiện cũng như thẩm phán có cơ sở pháp lý đưa ra phán quyết nhất quán hơn.

Thứ hai, cổ đông có thẩm quyền yêu cầu hủy bỏ nghị quyết Đại hội đồng cổ đông

Theo quy định, cổ đông hoặc nhóm cổ đông sở hữu từ 05% tổng số cổ phần phổ thông trở lên hoặc một tỷ lệ khác nhỏ hơn theo quy định tại Điều lệ công ty có quyền yêu cầu Tòa án hoặc Trọng tài xem xét, hủy bỏ nghị quyết hoặc một phần nội dung nghị quyết của ĐHĐCĐ¹². Tuy nhiên, nếu sau đó, chính những chủ thể đã biểu quyết thông qua nghị quyết của ĐHĐCĐ lại yêu cầu hủy bỏ phần nội dung mà mình đã đồng ý tán thành là mâu thuẫn.

Theo pháp luật thương mại của Thổ Nhĩ Kỳ, cổ đông hoặc nhóm cổ đông chỉ được yêu cầu hủy bỏ nghị quyết của ĐHĐCĐ khi:

- Cổ đông tham dự ĐHĐCĐ biểu quyết không đồng ý với nghị quyết của ĐHĐCĐ và có ý kiến phản đối được ghi vào biên bản đại hội.

- Cổ đông cho rằng cuộc họp ĐHĐCĐ không được triệu tập hợp lệ; chương trình đại hội không công bố theo quy định; người không có thẩm quyền tham dự cuộc họp ĐHĐCĐ hoặc đại diện của họ tham dự đại hội và biểu quyết trong ĐHĐCĐ; họ không được phép tham dự và biểu quyết trong ĐHĐCĐ mà không có bất kỳ lý do chính đáng nào và những điều bất thường nêu trên có hiệu lực trong nghị quyết của ĐHĐCĐ thì cổ đông có quyền nộp đơn khởi kiện yêu cầu hủy bỏ nghị quyết của ĐHĐCĐ đó bất kể họ có tham dự ĐHĐCĐ và bỏ phiếu tiêu cực hay không¹³. Điều này có nghĩa là trong quá trình tổ chức họp ĐHĐCĐ, cổ đông phát hiện một trong các vi phạm trình tự, thủ tục được liệt kê thì họ có quyền yêu cầu hủy bỏ nghị quyết của ĐHĐCĐ, bất kể họ có tham dự đại hội hay có ý kiến phản đối được ghi trong biên bản đại hội. Nếu xét về vi phạm nội dung của nghị quyết của ĐHĐCĐ thì cổ đông chỉ được

¹¹ Nguyên gốc: “Article 45 Rules for the General Meetings of Shareholders of Listed Companies
A resolution of the general meeting of shareholders shall be invalidated if it violates any of the laws or administrative regulations.

If the procedures for convening the general meeting of shareholders or the voting method is no pursuant to any of the laws, administrative regulations or the Articles of Association of the company, or the contents of the resolution are not pursuant to the Articles of Association of the company, the shareholders may request the people's court to cancel it within 60 days after the resolution is made”, <http://www.asianlii.org/cn/legis/cen/laws/rftgmosolc582/>, truy cập ngày 18/02/2022.

¹² Xem khoản 1 Điều 151 và khoản 2 Điều 115 Luật Doanh nghiệp năm 2020.

¹³ Được dịch từ Điều 446 của Bộ luật Thương mại Thổ Nhĩ Kỳ: “1. Shareholders who attended the general assembly and cast a negative vote against the resolution and had their opposition recorded in the minutes of the general assembly.

2. Shareholders claiming that the general assembly was not summoned duly, the agenda of the general assembly was not announced as required, persons not authorized to attend the general assembly or their representatives attended the general assembly and voted in the general assembly, they were not allowed to attend and vote in the general assembly without any justifiable reason and that the above mentioned irregularities were effective for the adoption of the general assembly resolution are authorized to file an action for annulment regardless of whether they attended the general assembly or not and cast a negative vote or not”.

quyền khởi kiện huỷ bỏ nghị quyết khi họ đã bỏ phiếu không tán thành và ý kiến phản đối đó được ghi vào biên bản cuộc họp. Tác giả cho rằng, đây là một quy định phù hợp, làm giảm số lượng việc khởi kiện không cần thiết. Vì vậy, cần sửa lại Điều 151 Luật Doanh nghiệp năm 2020 theo hướng sau:

“Trong thời hạn 90 ngày kể từ ngày nhận được nghị quyết hoặc biên bản họp ĐHĐCĐ hoặc biên bản kết quả kiểm phiếu lấy ý kiến ĐHĐCĐ, cổ đông, nhóm cổ đông quy định tại khoản 2 Điều 115 của Luật này và đã bỏ phiếu không tán thành và ý kiến phản đối đó được ghi vào biên bản cuộc họp ĐHĐCĐ thì có quyền yêu cầu Tòa án hoặc Trọng tài xem xét, huỷ bỏ nghị quyết hoặc một phần nội dung nghị quyết của ĐHĐCĐ trong các trường hợp sau đây:

1. Trình tự, thủ tục triệu tập họp và ra quyết định của ĐHĐCĐ vi phạm nghiêm trọng quy định của Luật này và Điều lệ công ty, trừ trường hợp quy định tại khoản 2 Điều 152 của Luật này;

2. Nội dung nghị quyết vi phạm pháp luật hoặc Điều lệ công ty”.

Ngoài ra, theo pháp luật của Thổ Nhĩ Kỳ: các cổ đông khởi kiện yêu cầu huỷ bỏ nghị quyết của ĐHĐCĐ phải duy trì tư cách là “cổ đông” cho đến khi có quyết định cuối cùng của tòa án. Do đó, các cổ đông muốn khởi kiện bãi bỏ nghị quyết của đại hội đồng, họ không được chuyển nhượng toàn bộ cổ phần của mình trong quá trình khởi kiện cho đến khi tòa án đưa ra

quyết định cuối cùng và nếu không, họ sẽ mất tư cách là chủ thể khởi kiện¹⁴. Đây là một nội dung tiến bộ và phù hợp mà pháp luật doanh nghiệp Việt Nam nên tham khảo. Vì khi cổ đông đó chuyển nhượng hết cổ phần cho người khác thì tư cách cổ đông chấm dứt và chuyển qua cho người nhận chuyển nhượng. Hơn nữa, lợi ích cá nhân không gắn kết với lợi ích công ty nên họ sẽ không hành động tốt nhất cho sự phát triển của công ty.

Thứ ba, mở rộng chủ thể có thẩm quyền yêu cầu huỷ bỏ nghị quyết của Đại hội đồng cổ đông

Theo quy định tại Điều 151 Luật Doanh nghiệp năm 2020 thì chỉ có cổ đông, nhóm cổ đông quy định tại khoản 2 Điều 115 mới có quyền yêu cầu Tòa án hoặc Trọng tài xem xét, huỷ bỏ nghị quyết hoặc một phần nội dung nghị quyết của Đại hội đồng cổ đông. Do đó, HĐQT hoặc thành viên HĐQT không có thẩm quyền yêu cầu huỷ bỏ nghị quyết của ĐHĐCĐ mặc dù họ phát hiện ra những vi phạm về mặt hình thức hay nội dung trong nghị quyết của ĐHĐCĐ và ảnh hưởng đến lợi ích công ty hoặc cá nhân thành viên HĐQT.

Khi tham khảo pháp luật của Thổ Nhĩ Kỳ¹⁵, HĐQT, với tư cách là cơ quan của CTCP, có thể nộp đơn yêu cầu huỷ bỏ nghị quyết của ĐHĐCĐ mà không phải tuân theo bất kỳ điều kiện nào. Theo đó, Ban Giám đốc phải họp và đưa ra quyết định theo quy định tại Điều 390 của Bộ luật Thương mại Thổ Nhĩ Kỳ để đưa ra quyết định về vấn đề này. Đối với thành viên HĐQT, nếu việc thực hiện một quyết định

¹⁴ Turkey: Annulment of General Assembly Decisions in Joint Stock Companies, <https://www.mondaq.com/turkey/shareholders/1077980/annulment-of-general-assembly-decisions-in-joint-stock-companies>, truy cập ngày 18/02/2022.

¹⁵ Được dịch từ Điều 446 của Bộ luật Thương mại Thổ Nhĩ Kỳ: “Based on the conditions laid down in the Turkish Commercial Code, shareholders and the board of directors in its capacity as an organ of the company and each of members of the board of director can request the annulment of the respective general assembly resolution”.

được đưa ra tại cuộc họp ĐHĐCĐ sẽ làm phát sinh trách nhiệm cá nhân của các thành viên HĐQT, thì mỗi thành viên HĐQT có thể khởi kiện để bãi bỏ quyết định có liên quan. Do đó, pháp luật doanh nghiệp cần mở rộng chủ thể có quyền yêu cầu khởi kiện yêu cầu hủy bỏ nghị quyết của ĐHĐCĐ theo hướng cho phép HĐQT hoặc bất kỳ thành viên HĐQT nào đều có thể nộp đơn kiện yêu cầu hủy bỏ nghị quyết của ĐHĐCĐ.

Thứ tư, căn cứ hủy bỏ nghị quyết của Đại hội đồng cổ đông

Theo pháp luật doanh nghiệp Việt Nam, khi cổ đông, nhóm cổ đông phát hiện nội dung nghị quyết của ĐHĐCĐ trái pháp luật, điều lệ công ty thì họ có quyền khởi kiện yêu cầu hủy bỏ nghị quyết đó. Những trường hợp nghị quyết của ĐHĐCĐ trái với đạo đức xã hội thì toà án hay trọng tài có tuyên vô hiệu hay không? Vấn đề này chưa được Luật Doanh nghiệp năm 2020 quy định. Theo tác giả, nếu nghị quyết của ĐHĐCĐ ban hành trái đạo đức xã hội thì cần phải tuyên vô hiệu, các cổ đông phải được khôi phục lại vị trí của mình trước khi thông qua nghị quyết, người quản lý CTCP không cần thực hiện các nội dung trong nghị quyết đó. Hơn nữa, trong các nguyên tắc chung của pháp luật dân sự tại khoản 2 Điều 3 Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định: “Cá nhân, pháp nhân xác lập, thực hiện, chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự của mình trên cơ sở tự do, tự nguyện cam kết, thỏa thuận. Mọi cam kết, thỏa thuận không vi phạm điều cấm của luật, không trái đạo đức xã hội có hiệu lực

thực hiện đối với các bên và phải được chủ thể khác tôn trọng”.

Theo pháp luật của nước Cộng hòa Kosovo, khi nghị quyết của ĐHĐCĐ trái với đạo đức xã hội thì quyết định của ĐHĐCĐ đó không hợp lệ. Quy định này cho thấy không những cổ đông mà còn là người lao động, chủ nợ và những người khác được bảo vệ. Thực tế, việc ban hành những nghị quyết trái với đạo đức xã hội - là các quyết định trái với các chuẩn mực đã xác định và quyết định đó có ảnh hưởng đến lợi ích và đạo đức xã hội¹⁶.

Tương tự, theo Điều 56 Luật Thương mại năm 1990 của Romania, căn cứ hủy bỏ nghị quyết của ĐHĐCĐ có thể là vô hiệu tuyệt đối khi nội dung nghị quyết vi phạm các quy tắc bảo đảm trật tự công cộng và lợi ích chung hoặc vô hiệu tương đối khi vi phạm các quy tắc bảo đảm lợi ích cá nhân của các cổ đông của công ty phần lớn có liên quan đến ý chí hoặc năng lực của cổ đông¹⁷. Ngoài ra, pháp luật Thổ Nhĩ Kỳ cũng có quy định tương tự, khi nghị quyết của ĐHĐCĐ trái với các quy định bắt buộc của luật hoặc các điều khoản của hiệp hội, đạo đức, trật tự công cộng, quyền của cá nhân thì nghị quyết đó không có giá trị (Điều 447 Bộ luật Thương mại và Điều 27 Bộ luật Nghĩa vụ Thổ Nhĩ Kỳ)¹⁸.

Từ tham khảo pháp luật nước ngoài và phù hợp với các nguyên tắc chung của Bộ luật Dân sự năm 2015, tác giả kiến nghị cần bổ sung vào khoản 2 Điều 151 Luật Doanh nghiệp năm 2020 thêm một căn cứ để Toà án hoặc Trọng tài xem xét hủy bỏ nghị quyết của ĐHĐCĐ là nghị quyết đó trái đạo đức xã hội. ■

¹⁶ Kemajl Ademaj (2015), *Annulment of Assembly Joint Stock Company Decisions - Theory, Legislation and Practice in the Republic of Kosovo*, European Journal of Social Sciences May-August 2015, p.109.

¹⁷ Roxana - Mihaela CATEA (2017), *Practical aspects regarding the claim for the annulment of the resolutions of the general meeting of shareholders, from a substantial and procedural perspective*, Lex ET Scientia International Journal, Vol. 2/2017, p.19.

Available at: http://lexetscientia.univnt.ro/download/601_LESIJ_XXIV_2_2017_art.002.pdf

¹⁸ <https://www.linkedin.com/pulse/invalidity-general-assembly-resolutions-hac%C4%B1-kara>

HOÀN THIỆN QUY ĐỊNH VỀ XỬ PHẠT VI PHẠM HÀNH CHÍNH ĐỐI VỚI CÁC HÀNH VI VI PHẠM VỀ PHÒNG, CHỐNG DỊCH

Lê Tiến Thành

Trường Đại học Trà Vinh

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Vi phạm hành chính; phòng, chống dịch; xử phạt vi phạm hành chính.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 15/04/2022
Biên tập : 16/05/2022
Duyệt bài : 18/05/2022

Article Infomation:

Keywords: Administrative violation; sanctioning administrative violations; epidemic prevention.

Article History:

Received : 15 Apr. 2022
Edited : 16 May 2022
Approved : 18 May 2022

Tóm tắt:

Hiện nay, mặc dù dịch bệnh Covid-19 đã được kiểm soát nhưng trong tương lai, các loại dịch bệnh nguy hiểm mới có thể xuất hiện và bùng phát. Vì vậy, cần phải có những biện pháp hữu hiệu để phòng, chống. Trong bối cảnh đó, việc hoàn thiện các quy định về phòng, chống dịch nói chung, xử phạt vi phạm hành chính đối với các hành vi vi phạm về phòng, chống dịch nói riêng luôn là cần thiết.

Abstract:

Currently, although the Covid-19 epidemic has been controlled, in general, there is still a trend of complicated developments. In the future, new dangerous diseases may appear and break out, requiring effective solutions for prevention and control. In that context, it is always necessary to review and improve the legal provisions on epidemic prevention and control in general and the regulations on sanctioning administrative violations for violations on epidemic prevention and control.

1. Tổng quan về xử phạt vi phạm hành chính đối với các hành vi vi phạm về phòng, chống dịch

Tính đến 6h sáng ngày 02/06/2022, trên thế giới đã có 228 quốc gia, vùng lãnh thổ ghi nhận ca mắc Covid-19 (có 533.219.718 người mắc bệnh và cướp đi sinh mạng của khoảng 6.314.870 bệnh nhân trên thế giới). Tại thời điểm này, Hoa Kỳ là nước có số lượng người nhiễm Covid-19 nhiều nhất thế giới với

85.983.179 người nhiễm và 1.031.881 người tử vong. Kế đến, Ấn Độ là quốc gia có số người nhiễm Covid-19 nhiều thứ hai với 43.165.738 người nhiễm và 524.636 người tử vong. Brazil xếp thứ ba với 31.060.017 người nhiễm và 666.801 người tử vong¹⁹.

Để ứng phó với dịch bệnh Covid-19, nhiều quốc gia trên thế giới đã tuyên bố tình trạng khẩn cấp, đồng thời ban hành nhiều văn bản quy phạm pháp luật có hiệu lực pháp lý cao để

¹⁹ VnExpress.net (2022), Covid-19 trên thế giới, <https://vnexpress.net/covid-19/covid-19-the-gioi>.

quy định các biện pháp mạnh mẽ nhằm phòng, chống dịch bệnh nguy hiểm này²⁰. Tại Việt Nam, ngay sau khi phát hiện ca nhiễm bệnh đầu tiên tại Bệnh viện Chợ Rẫy, Tp. Hồ Chí Minh (ngày 23/01/2020), Thủ tướng Chính phủ đã ban hành Công điện số 121/CĐ-TTg về việc phòng, chống dịch bệnh hô hấp cấp do chủng mới của vi rút Corona gây ra. Liên tiếp các ngày 28/01/2020, 30/01/2020, Thủ tướng Chính phủ đã ban hành Chỉ thị số 05/CT-TTg, Chỉ thị số 06/CT-TTg, trong đó quán triệt tinh thần “*chống dịch như chống giặc*”, huy động cả hệ thống chính trị vào cuộc để phòng, chống dịch.

Ngày 01/02/2020, Thủ tướng Chính phủ ban hành Quyết định số 173/QĐ-TTg về việc công bố dịch viêm đường hô hấp cấp do Covid-19 gây ra²¹. Đến ngày 27/3/2020, Thủ tướng Chính phủ ban hành Chỉ thị số 15/CT-TTg và ngày 31/3/2020 ban hành Chỉ thị số 16/CT-TTg về thực hiện các biện pháp cấp bách phòng, chống dịch Covid-19. Tiếp theo, ngày 01/4/2020, Thủ tướng Chính phủ ban hành Quyết định số 447/QĐ-TTg về việc công bố dịch Covid-19 trong phạm vi toàn quốc. Từ sau khi có Chỉ thị số 16/CT-TTg, các cơ quan nhà nước lại ban hành nhiều văn bản pháp luật mới nhằm điều chỉnh các quan hệ xã hội phát sinh trong giai đoạn phòng, chống dịch²².

Bên cạnh việc tuyên truyền, giáo dục, thuyết phục cá nhân, tổ chức áp dụng các biện pháp phòng, chống dịch, các cơ quan có thẩm quyền còn áp dụng các biện pháp cưỡng chế mạnh mẽ mà xử phạt VPHC được xem là một giải pháp hữu hiệu. Cho đến nay, mặc dù đại dịch Covid-19 đã được kiểm soát nhưng vẫn đang có xu hướng diễn biến phức tạp. Trong

tương lai, các loại dịch bệnh nguy hiểm mới có thể xuất hiện và bùng phát (như bệnh đậu mùa khi), đòi hỏi phải có những biện pháp hữu hiệu để phòng, chống. Trong bối cảnh đó, việc hoàn thiện các quy định của pháp luật về phòng, chống dịch nói chung và các quy định về xử phạt vi phạm hành chính đối với các hành vi vi phạm về phòng, chống dịch nói riêng luôn là cần thiết. Hiện nay, xử phạt vi phạm hành chính đối với các hành vi vi phạm về phòng, chống dịch được quy định trong Nghị định số 117/2020/NĐ-CP đã được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 124/2021/NĐ-CP (Nghị định số 117). Nghị định số 117 quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực y tế đối với các vi phạm sau đây:

- *Vi phạm quy định về thông tin, giáo dục truyền thông trong phòng, chống bệnh truyền nhiễm;*
- *Vi phạm các quy định về vệ sinh phòng bệnh truyền nhiễm;*
- *Vi phạm quy định về giám sát bệnh truyền nhiễm;*
- *Vi phạm quy định về bảo đảm an toàn sinh học tại phòng xét nghiệm;*
- *Vi phạm quy định về sử dụng vắc xin, sinh phẩm y tế;*
- *Vi phạm quy định về phòng lây nhiễm bệnh truyền nhiễm tại cơ sở khám bệnh, chữa bệnh*
- *Vi phạm quy định về cách ly y tế, cưỡng chế cách ly y tế;*
- *Vi phạm quy định về áp dụng biện pháp chống dịch;*
- *Vi phạm quy định về kiểm dịch y tế biên giới;*
- *Vi phạm quy định khác về y tế dự phòng.*

²⁰ Bùi Thu Hằng (2020), *Ban hành văn bản trong tình trạng khẩn cấp nhìn từ dịch bệnh Covid- 19*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 4.

²¹ Theo Quyết định số 173/QĐ-TTg thì địa điểm và quy mô xảy ra dịch là 03 tỉnh: Khánh Hòa, Vĩnh Phúc, Thanh Hóa (có 6 trường hợp mắc bệnh).

²² Nguyễn Nhật Khanh (2021), *Một số vấn đề pháp lý cần hoàn thiện về ban hành văn bản pháp luật trong phòng, chống dịch Covid - 19*, Tạp chí Pháp luật và thực tiễn, số 47.

Nhìn chung, quy định về xử phạt vi phạm hành chính đối với các hành vi vi phạm về phòng, chống dịch khá cụ thể và đầy đủ, tạo cơ sở pháp lý thuận lợi cho công tác phòng, chống dịch bệnh trong thời gian qua. Bên cạnh đó, thực tiễn triển khai thi hành Luật Xử lý vi phạm hành chính nói chung, Nghị định số 117 nói riêng cho thấy, bên cạnh những kết quả đạt được, các quy định về xử phạt vi phạm hành chính đối với các hành vi vi phạm về phòng, chống dịch còn một số bất cập, hạn chế gây ảnh hưởng đến công tác phòng, chống dịch bệnh ở nước ta trong thời gian qua.

2. Những bất cập, hạn chế trong các quy định về xử phạt vi phạm hành chính đối với các hành vi vi phạm về phòng, chống dịch và kiến nghị

2.1. Về chủ thể bị xử phạt vi phạm hành chính đối với các hành vi vi phạm về phòng, chống dịch

Theo quy định của khoản 2 Điều 2 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 đã được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2020 (Luật Xử lý VPHC), *xử phạt vi phạm hành chính 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 vi phạm hành chính theo quy định của pháp luật về xử phạt vi phạm hành chính*. Như vậy, chủ thể VPHC trong mọi lĩnh vực là cá nhân, tổ chức. Tuy nhiên, theo quy định của Điều 2 Nghị định số 117, ngoài cá nhân, tổ chức, chủ thể VPHC về phòng, chống dịch có thể là hộ gia đình, hộ kinh doanh. Khoản 3 Điều 2 Nghị định số 117 quy định, hộ kinh doanh, hộ gia đình thực hiện hành vi VPHC về phòng, chống dịch bị xử phạt như đối với cá nhân vi phạm.

Theo Từ điển Luật học thì hộ gia đình là *“tập hợp nhóm người có quan hệ hôn nhân, huyết thống và nuôi dưỡng”*²³. Hộ gia đình không phải là cá nhân, cũng không phải là tổ chức; vì vậy, Điều 2 Nghị định số 117 quy định, *hộ gia đình thực hiện VPHC về phòng chống dịch bị xử phạt như đối với cá nhân vi phạm* là không phù hợp với Luật Xử lý VPHC.

Bên cạnh đó, Điều 2 Nghị định số 117 còn quy định đối tượng bị xử phạt VPHC về phòng, chống dịch là hộ kinh doanh. Theo quy định của Điều 79 Nghị định số 01/2021/NĐ-CP, *hộ kinh doanh do một cá nhân hoặc các thành viên hộ gia đình đăng ký thành lập và chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình đối với hoạt động kinh doanh của hộ; trường hợp các thành viên hộ gia đình đăng ký hộ kinh doanh thì ủy quyền cho một thành viên làm đại diện hộ kinh doanh; cá nhân đăng ký hộ kinh doanh, người được các thành viên hộ gia đình ủy quyền làm đại diện hộ kinh doanh là chủ hộ kinh doanh*. Như vậy, có hai loại hộ kinh doanh: hộ kinh doanh do một cá nhân làm chủ hoặc hộ kinh doanh do các thành viên hộ gia đình làm chủ. Vì vậy, trong một số trường hợp, hộ kinh doanh có thể được hiểu là tổ chức chứ không đơn thuần chỉ là cá nhân²⁴. Thực tiễn cho thấy trong thời gian qua, hộ gia đình, hộ kinh doanh thường vi phạm về phòng, chống dịch liên quan đến những hành vi như *“không thực hiện quyết định áp dụng biện pháp tạm đình chỉ hoạt động của cơ sở dịch vụ ăn uống công cộng có nguy cơ làm lây truyền bệnh dịch tại vùng có dịch”*, *“không thực hiện quyết định áp dụng biện pháp cấm kinh doanh, sử dụng loại thực phẩm là trung gian truyền bệnh”*, *“không thực hiện quyết định áp dụng biện pháp hạn chế tập trung đông người hoặc tạm đình chỉ hoạt*

²³ Bộ Tư pháp - Viện Khoa học pháp lý (2006), *Từ điển Luật học*, Nxb. Từ điển Bách khoa và Nxb. Tư pháp, tr. 373.

²⁴ Cao Vũ Minh, *“Những nội dung cần sửa đổi trong Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012”*, Tạp chí Nhà nước và pháp luật, (1), năm 2019.

động kinh doanh, dịch vụ tại nơi công cộng”. Như vậy, trường hợp hộ kinh doanh do các thành viên hộ gia đình làm chủ cùng có hành vi “*không thực hiện quyết định áp dụng biện pháp cấm kinh doanh, sử dụng loại thực phẩm là trung gian truyền bệnh*” thì các cơ quan nhà nước sẽ xử phạt như thế nào? Nếu xử phạt từng người trong hộ kinh doanh thì không thuyết phục. Ngược lại, nếu chỉ xử phạt hộ kinh doanh bằng mức phạt của cá nhân thì lại không phù hợp với nguyên tắc “*nhiều người cùng thực hiện một hành vi VPHC thì mỗi người vi phạm đều bị xử phạt về hành vi VPHC đó*” (khoản 1 Điều 3 Luật Xử lý VPHC).

Theo chúng tôi, Chính phủ cần xác định đối tượng bị xử phạt VPHC trong phòng, chống dịch một cách đồng bộ và chính xác. Theo đó, Nghị định số 117 cần thống nhất quy định về đối tượng bị xử phạt trong Luật Xử lý VPHC chỉ bao gồm cá nhân hoặc tổ chức. Trong trường hợp hộ kinh doanh, hộ gia đình có nhiều người cùng thực hiện một VPHC về phòng, chống dịch thì mỗi người vi phạm đều bị xử phạt về hành vi VPHC đó. Quy định này sẽ tạo ra cách áp dụng pháp luật thống nhất, đồng thời cũng thực hiện đúng nguyên tắc xử phạt VPHC.

2.2. Về hành vi vi phạm bị xử phạt về phòng, chống dịch

Thời gian qua, khi đại dịch Covid-19 bùng phát, các cơ quan nhà nước áp dụng các biện pháp cần thiết như giãn cách, cách ly, phong tỏa... nhằm ngăn chặn dịch bệnh lây lan. Theo đó, người dân bắt buộc phải ở nhà và chỉ ra đường trong những trường hợp cần thiết, có lý do chính đáng.

Trước khi Nghị định số 117 được ban hành, “*hành vi ra đường không có lý do chính đáng*” sẽ bị xử phạt theo điểm a khoản 1 Điều 11 Nghị

định số 176/2013/NĐ-CP (Nghị định số 176). Theo đó, hành vi “*không thực hiện biện pháp để bảo vệ cá nhân đối với người có nguy cơ mắc bệnh dịch theo hướng dẫn của các cơ quan y tế*” sẽ bị phạt tiền từ 100.000 đồng đến 300.000 đồng. Nghị định số 117 có hai điều khoản liên quan đến xử phạt đối với “*hành vi ra đường không có lý do chính đáng*”. Cụ thể: (i) hành vi “*không thực hiện biện pháp bảo vệ cá nhân đối với người tham gia chống dịch và người có nguy cơ mắc bệnh dịch theo hướng dẫn của cơ quan y tế*” sẽ bị phạt tiền từ 1.000.000 đồng đến 3.000.000 đồng (điểm a khoản 1 Điều 12); (ii) hành vi “*không chấp hành các biện pháp phòng, chống dịch bệnh truyền nhiễm theo yêu cầu của cơ quan, tổ chức có thẩm quyền, trừ các trường hợp đã quy định cụ thể tại một số điều trong Nghị định này*” sẽ phạt tiền từ 5.000.000 đồng đến 10.000.000 đồng (khoản 2 Điều 14)²⁵.

Do vậy, trên thực tế, “*hành vi ra đường không có lý do chính đáng*” có thể bị xử phạt theo cách thức rất tùy nghi với mức tiền phạt nặng nhẹ khác nhau. Người có thẩm quyền có thể áp dụng điểm a khoản 1 Điều 12 Nghị định số 117 xử phạt về hành vi “*không thực hiện biện pháp bảo vệ cá nhân đối với người tham gia chống dịch và người có nguy cơ mắc bệnh dịch theo hướng dẫn của cơ quan y tế*” với mức tiền phạt (ví dụ là) 2.000.000 đồng. Tuy nhiên, nếu áp dụng khoản 2 Điều 14 Nghị định số 117 xử phạt về hành vi “*không chấp hành các biện pháp phòng, chống dịch bệnh truyền nhiễm theo yêu cầu của cơ quan, tổ chức có thẩm quyền, trừ các trường hợp đã quy định cụ thể tại một số điều trong Nghị định này*” thì mức tiền phạt có thể cao hơn rất nhiều, ví dụ là 7.500.000 đồng. Mặc dù khoản 2 Điều 14 Nghị định số 117 có quy định ngoại lệ là “*trừ các trường hợp đã quy định cụ thể tại một số điều*

²⁵ Thái Thị Tuyết Dung (2021), *Xử phạt vi phạm hành chính đối với các hành vi vi phạm trong bối cảnh ngăn chặn dịch bệnh Covid - 19 ở Việt Nam*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 9.

trong Nghị định này”, nhưng do điểm a khoản 1 Điều 12 Nghị định số 117 không quy định cụ thể “hành vi ra đường không có lý do chính đáng” chắc chắn bị xử phạt theo điều khoản này. Do đó, người có thẩm quyền áp dụng khoản 2 Điều 14 Nghị định số 117 để xử phạt “hành vi ra đường không có lý do chính đáng” thì cũng không thể cho rằng việc xử phạt này là không hợp pháp.

Hiện nay, Chính phủ đã ban hành Nghị định số 124/2021/NĐ-CP để sửa đổi, bổ sung Nghị định số 117. Theo Nghị định số 124/2021/NĐ-CP thì hành vi không thực hiện biện pháp bảo vệ cá nhân đối với người tham gia chống dịch và người có nguy cơ mắc bệnh dịch theo hướng dẫn của cơ quan y tế, bao gồm đeo khẩu trang, sát khuẩn, giữ khoảng cách, khai báo y tế và các biện pháp khác. Như vậy, Nghị định số 124/2021/NĐ-CP đã chi tiết hóa những hành vi vi phạm là “không đeo khẩu trang, không sát khuẩn, không giữ khoảng cách, không khai báo y tế”. Tuy nhiên, điểm bất hợp lý là sau khi liệt kê một loạt các hành vi thì vẫn gắn thêm cụm từ “và các biện pháp khác”. Cách quy định như trên tạo ra sự mâu thuẫn về tính hợp pháp và tính hợp lý trong một quyết định quản lý nhà nước của Chính phủ²⁶. Sự mâu thuẫn này tiếp tục gây ra những tranh cãi là “hành vi ra đường không có lý do chính đáng” sẽ bị xử phạt theo Điều 12 hay Điều 14 của Nghị định số 117.

Điểm c khoản 1 Điều 4 Nghị định số 118/2021/NĐ-CP đưa ra các yêu cầu cần phải tuân thủ khi quy định về VPHC. Một trong các yêu cầu cần được tuân thủ là “VPHC phải được mô tả rõ ràng, cụ thể để có thể xác định và xử phạt được trong thực tiễn”. Cụm từ “và các biện pháp khác” là một quy định không rõ

ràng và hệ quả là sẽ gây ra khó khăn trong quá trình áp dụng pháp luật. Do đó, Chính phủ cần bãi bỏ cụm từ này để quy định cụ thể những hành vi không thực hiện biện pháp bảo vệ cá nhân đối với người tham gia chống dịch và người có nguy cơ mắc bệnh dịch theo hướng dẫn của cơ quan y tế. Theo đó, có thể bổ sung những vi phạm phổ biến như “ra đường không có lý do chính đáng” vào nhóm hành vi này làm căn cứ cho việc xử phạt. Ngược lại, nếu không bổ sung vào Điều 12 Nghị định số 117 thì “hành vi ra đường không có lý do chính đáng” phải xử phạt theo khoản 2 Điều 14 Nghị định số 117.

2.3. Về biện pháp khắc phục hậu quả trong xử phạt vi phạm hành chính về phòng, chống dịch

Để kiểm soát và phòng ngừa dịch bệnh, các cơ quan nhà nước tiến hành biện pháp xét nghiệm cộng đồng để truy vết, sàng lọc, bóc tách các ca nhiễm ra khỏi cộng đồng. Tuy nhiên, một số người dân vẫn còn e ngại vì sợ lây nhiễm trong quá trình lấy mẫu xét nghiệm, từ đó né tránh, từ chối không tham gia xét nghiệm. Đơn cử là trường hợp một người phụ nữ ngụ chung cư Ehome 4 (phường Vĩnh Phú, thành phố Thuận An, tỉnh Bình Dương) không thực hiện xét nghiệm theo yêu cầu của cơ quan y tế có thẩm quyền vì cho rằng mình là giáo viên Yoga nên biết tự chăm sóc và bảo vệ sức khỏe cũng như có thể tự xét nghiệm ở nhà²⁷. Trong trường hợp này, người có thẩm quyền chỉ có thể xử phạt người vi phạm với mức tiền phạt từ 1.000.000 đồng đến 3.000.000 đồng về hành vi “không thực hiện xét nghiệm theo yêu cầu của cơ quan y tế có thẩm quyền trong quá trình thực hiện giám sát bệnh truyền nhiễm”

²⁶ Cao Vũ Minh (2017), *Quyết định quản lý nhà nước của Chính phủ - Lý luận và thực tiễn*, Nxb. Chính trị quốc gia, tr. 199.

²⁷ Tuổi trẻ online, “Xử phạt 2 triệu đồng người phụ nữ bị cưỡng chế xét nghiệm COVID-19”, ngày 5/10/2021, <https://tuoitre.vn/xu-phat-2-trieu-dong-nguoi-phu-nu-bi-cuong-che-xet-nghiem-covid-19-20211004234506034.htm>, truy cập ngày 05/4/2022.

theo điểm a khoản 2 Điều 7 Nghị định số 117. Tuy nhiên, sau khi xử phạt xong thì người có thẩm quyền cũng không thể bắt buộc người vi phạm phải xét nghiệm theo yêu cầu. Trường hợp sau khi bị xử phạt mà chủ thể này tiếp tục không thực hiện xét nghiệm thì lại cấu thành một VPHC mới. Lúc này, cơ quan nhà nước lại xử phạt về hành vi trên với mức tiền phạt tối đa là 3.000.000 đồng vì có tính tiết tăng nặng. Tuy nhiên, việc xử phạt này chỉ mang ý nghĩa răn đe chứ không có khả năng khắc phục hậu quả xấu do hành vi vi phạm gây ra. Do đó, tác giả kiến nghị Chính phủ cần bổ sung vào Nghị định số 117 biện pháp khắc phục hậu quả là “*bắt buộc phải tham gia xét nghiệm bắt buộc*” đối với vi phạm “*không thực hiện xét nghiệm theo yêu cầu của cơ quan y tế có thẩm quyền trong quá trình thực hiện giám sát bệnh truyền nhiễm*”. Có như vậy, mới khắc phục được những hậu quả xấu do VPHC về phòng, chống dịch gây ra.

2.4. Về việc áp dụng các nguyên tắc xử phạt VPHC đối với các VPHC về phòng, chống dịch vào thực tiễn

Theo điểm d khoản 1 Điều 3 Luật Xử lý VPHC thì “*Một hành vi VPHC chỉ bị xử phạt một lần. Một người thực hiện nhiều hành vi VPHC hoặc VPHC nhiều lần thì bị xử phạt về từng hành vi vi phạm*”. Quy định này rất rõ ràng nhưng hiểu và vận dụng hợp lý nguyên tắc này trên thực tế là vấn đề hết sức khó khăn. Làm thế nào để xác định đó là một hành vi hay nhiều hành vi vi phạm là điều không đơn giản.

Đơn cử, khi cơ quan nhà nước có thẩm quyền quyết định áp dụng biện pháp hạn chế tập trung đông người những vẫn có 04 người tụ tập uống rượu và không đeo khẩu trang thì việc xử phạt sẽ giải quyết như thế nào?

Có ý kiến cho rằng trong trường hợp này, người có thẩm quyền chỉ xử phạt về hành vi

“*không thực hiện quyết định áp dụng biện pháp hạn chế tập trung đông người*” theo điểm c khoản 3 Điều 12 Nghị định số 117 vì việc tập trung uống rượu là hành vi thỏa mãn các dấu hiệu bị xử phạt còn việc không đeo khẩu trang chỉ là biểu hiện của việc uống rượu. Tuy nhiên, có ý kiến cho rằng trường hợp này ngoài việc xử phạt về hành vi vi phạm quy định về hạn chế tập trung đông người thì còn bị xử phạt về hành vi không đeo khẩu trang theo điểm a khoản 1 Điều 12 Nghị định số 117.

Việc chỉ xử phạt hành vi vi phạm quy định về hạn chế tập trung đông người, mà không bị xử phạt về hành vi không đeo khẩu trang thì có vẻ “không công bằng” với những trường hợp tập trung đông người nhưng có đeo khẩu trang.

Dưới góc độ lý luận, một VPHC có cấu thành từ bốn yếu tố là mặt khách quan, mặt chủ quan, chủ thể và khách thể. Do đó, hành vi của một chủ thể diễn ra cùng một thời điểm, cùng yếu tố lỗi nhưng chắc chắn khách thể xâm phạm sẽ có sự khác nhau. Chính vì khách thể của VPHC bị xâm phạm là khác nhau nên sẽ cấu thành các VPHC độc lập²⁸. Hành vi vi phạm quy định về hạn chế tập trung đông người và hành vi không thực hiện biện pháp bảo vệ cá nhân đối với người tham gia chống dịch và người có nguy cơ mắc bệnh dịch theo hướng dẫn của cơ quan y tế có khách thể xâm phạm khác nhau. Do đó, trong trường hợp trên, người có thẩm quyền phải đồng thời xử phạt về hai hành vi VPHC liên quan đến phòng, chống dịch. Tuy nhiên, cách giải quyết này chỉ mang tính chất học thuật và không phải là chuẩn mực cho việc áp dụng pháp luật. Chính vì vậy, các cơ quan nhà nước cần thống nhất quan điểm để hướng dẫn cho việc áp dụng pháp luật, vừa thực hiện đúng theo nguyên tắc xử phạt VPHC, đồng thời cũng bảo đảm việc xử phạt khách quan, công bằng, đúng pháp luật. ■

²⁸ Cao Vũ Minh (2020), *Cơ sở xây dựng các tình tiết giảm nhẹ và tình tiết tăng nặng trách nhiệm hành chính*, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 3.

BẢO VỆ NGƯỜI THỨ BA NGAY TÌNH KHI GIAO DỊCH VÔ HIỆU - BẮT CẬP VÀ KIẾN NGHỊ HOÀN THIỆN

Vũ Văn Đoàn

LS. Đoàn Luật sư TP. Hồ Chí Minh

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Vô hiệu, giao dịch dân sự vô hiệu, người thứ ba ngay tình.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 16/11/2021

Biên tập : 12/12/2021

Duyệt bài : 14/12/2021

Article Infomation:

Keywords: Invalidity; invalid civil transactions; bona fide third parties.

Article History:

Received : 16 Nov. 2021

Edited : 12 Dec. 2021

Approved : 14 Dec. 2021

Tóm tắt:

Trong phạm vi bài viết này, tác giả tập trung phân tích một số vấn đề pháp lý về bảo vệ người thứ ba ngay tình khi giao dịch vô hiệu; chỉ ra một số vấn đề còn bất cập trong quy định của pháp luật hiện hành về cơ chế bảo vệ người thứ ba ngay tình khi giao dịch vô hiệu; đồng thời kiến nghị một số giải pháp hoàn thiện pháp luật.

Abstract:

Within the scope of this article, the author puts focuses on analysis of a number of legal aspects on protection of the bona fide third parties under the case of invalid transactions; gives out a number of shortcomings in the current legal provisions on the mechanism to protect the bona fide third parties where the transaction is invalid; and also proposes a number of recommendations for further improvements of the related legal regulations.

1. Cơ sở pháp lý về bảo vệ người thứ ba ngay tình khi giao dịch vô hiệu và thực tiễn xét xử

Điều 133 Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2015 quy định:

“1. Trường hợp giao dịch dân sự vô hiệu nhưng đối tượng của giao dịch là tài sản không phải đăng ký đã được chuyển giao cho người thứ ba ngay tình thì giao dịch được xác lập, thực hiện với người thứ ba vẫn có hiệu lực, trừ trường hợp quy định tại Điều 167 của Bộ luật này.

2. Trường hợp giao dịch dân sự vô hiệu nhưng tài sản đã được đăng ký tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền, sau đó được chuyển giao

bằng một giao dịch dân sự khác cho người thứ ba ngay tình và người này căn cứ vào việc đăng ký đó mà xác lập, thực hiện giao dịch thì giao dịch đó không bị vô hiệu.

Trường hợp tài sản phải đăng ký mà chưa được đăng ký tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền thì giao dịch dân sự với người thứ ba bị vô hiệu, trừ trường hợp người thứ ba ngay tình nhận được tài sản này thông qua bán đấu giá tại tổ chức có thẩm quyền hoặc giao dịch với người mà theo bản án, quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền là chủ sở hữu tài sản nhưng sau đó chủ thể này không phải là chủ sở hữu tài sản do bản án, quyết định bị hủy, sửa.

3. Chủ sở hữu không có quyền đòi lại tài sản từ người thứ ba ngay tình, nếu giao dịch dân sự với người này không bị vô hiệu theo quy định tại khoản 2 Điều này nhưng có quyền khởi kiện, yêu cầu chủ thể có lỗi dẫn đến việc giao dịch được xác lập với người thứ ba phải hoàn trả những chi phí hợp lý và bồi thường thiệt hại”.

Quy định này cho thấy, trường hợp giao dịch dân sự vô hiệu nhưng đối tượng của giao dịch là tài sản không phải đăng ký đã được chuyển giao cho người thứ ba ngay tình thì giao dịch được xác lập, thực hiện với người thứ ba ngay tình vẫn phát sinh hiệu lực, trừ trường hợp: (i) người thứ ba xác lập giao dịch với người không có quyền định đoạt tài sản thông qua hợp đồng không có đền bù, hoặc (ii) hợp đồng có đền bù nhưng động sản đó bị lấy cắp, bị mất hoặc trường hợp khác bị chiếm hữu ngoài ý chí của chủ sở hữu.

Đối với giao dịch liên quan đến tài sản phải đăng ký được quy định tại khoản 2 Điều 133 BLDS năm 2015, tại đoạn thứ nhất của khoản này quy định nếu người thứ ba ngay tình xác lập, thực hiện giao dịch có đối tượng là tài sản đã được đăng kí hợp pháp, thì mặc dù giao dịch trước đó bị vô hiệu nhưng giao dịch của người thứ ba ngay tình trong trường hợp này vẫn phát sinh hiệu lực, được pháp luật bảo vệ, công nhận. Quy định này là hợp lý, bởi nếu không bảo vệ người thứ ba ngay tình trong trường hợp này, thì việc đăng ký tài sản tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền sẽ không có nhiều ý nghĩa, giá trị về mặt pháp lý, dẫn đến việc đăng ký chỉ mang tính hình thức mà không có giá trị ràng buộc pháp lý khi các bên thực hiện thủ tục đăng ký này.

Trong thực tiễn xét xử, Tòa án cũng công nhận những giao dịch này. Chẳng hạn, theo Bản án 20/2019/DS-PT ngày 31/05/2019 của Tòa án nhân dân tỉnh Ninh Thuận về việc “đòi lại tài sản là nhà và quyền sử dụng đất; yêu cầu bồi thường thiệt hại do tài sản bị xâm phạm” thì việc bà C đã được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, sau đó bà H căn cứ vào việc bà C được cấp giấy

chứng nhận nên đã ký hợp đồng chuyển nhượng theo đúng quy định và bà H cũng đã được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất. Vì vậy, Tòa án đã công nhận giao dịch này giữa bà C và bà H. Hoặc theo Bản án số 543/2020/DSPT ngày 19/6/2020 của Tòa án nhân dân Thành phố Hồ Chí Minh về việc “Đòi lại tài sản và yêu cầu hủy hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất”, Tòa án cho rằng để đảm bảo sự ổn định tài sản do người thứ ba ngay tình đang chiếm hữu và đã đăng ký quyền sử dụng, nên án sơ thẩm không chấp nhận khởi kiện của bà Thương về việc hủy bỏ hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất giữa bà Thương với bà Châu và hợp đồng giữa bà Châu với bà D, là có cơ sở. Bởi sau khi bà D được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất đã chuyển nhượng cho bên thứ ba và sau đó bên thứ ba lại chuyển nhượng tiếp cho người khác. Vì vậy, trong trường hợp này, người thứ ba ngay tình xác lập giao dịch chuyển nhượng dựa vào giấy chứng nhận mà các chủ thể trước được cấp cần được bảo vệ. Việc bảo vệ này là cần thiết nhằm ổn định được các giao dịch dân sự và khuyến khích các bên tham gia vào các giao lưu dân sự nói chung, tạo tiền đề cho sự phát triển của xã hội.

Tới đoạn thứ hai cũng trong khoản 2 này quy định rằng khi người thứ ba xác lập, thực hiện giao dịch với bên chưa thực hiện hoàn tất thủ tục đăng ký tài sản tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền hay nói cách khác chưa được đứng tên trên “giấy chứng nhận quyền sở hữu, quyền sử dụng” thì giao dịch của người thứ ba sẽ bị vô hiệu, tuy nhiên sẽ có hai trường hợp ngoại lệ. Thứ nhất, nếu người thứ ba ngay tình nhận được tài sản thông qua bán đấu giá tại tổ chức có thẩm quyền; Thứ hai, người thứ ba giao dịch với người mà theo bản án, quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền là chủ sở hữu tài sản nhưng sau đó chủ thể này không phải là chủ sở hữu tài sản do bản án, quyết định bị hủy, sửa. Trong hai trường hợp này, giao dịch của người thứ ba vẫn phát sinh hiệu lực và sẽ được pháp luật bảo vệ.

Trong thực tiễn xét xử của Tòa án, khi người thứ ba ngay tình thuộc trường hợp xác lập giao dịch với người mà theo bản án, quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền là chủ sở hữu tài sản nhưng sau đó người này không phải là chủ sở hữu tài sản do bản án, quyết định bị hủy, sửa thì người thứ ba ngay tình trong trường hợp này sẽ được pháp luật bảo hộ và công nhận giao dịch mà họ xác lập.

Như tại Bản án số 18/2017/DS-ST ngày 27/10/2017 của TAND huyện ĐD, tỉnh Lâm Đồng về việc “tranh chấp đòi lại tài sản là quyền sử dụng đất, yêu cầu hủy hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất và hủy giấy chứng nhận QSD đất”, Tòa án xác định Chị X được cấp giấy chứng nhận QSD đất hợp pháp, căn cứ theo quyết định của bản án dân sự phúc thẩm số 121/DS-PT ngày 24/8/2009 của Tòa án nhân dân tỉnh Lâm Đồng. Sau đó, chị X ký hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng diện tích đất nói trên cho anh C, chị T3 và anh C, chị T3 đã được UBND huyện ĐD cấp giấy chứng nhận QSD hai thửa đất này. Vì vậy, Tòa án nhận định rằng, anh C, chị T3 là người nhận chuyển nhượng các thửa đất của chị X ngay tình và giao dịch này không bị vô hiệu. Tương tự, tại Bản án số 196/2017/HC-PT ngày 18/08/2017 của Tòa án nhân dân cấp cao tại Thành phố Hồ Chí Minh về việc “khiếu kiện hành vi hành chính quản lý đất đai”, thì việc UBND huyện Cái Bè, tỉnh Tiền Giang cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, dựa vào các bản án đã có hiệu lực pháp luật là đúng pháp luật vào thời điểm cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất đó cho bà Đặng Thị T2, sau đó bà T2 có sang nhượng 01 diện tích đất cho anh Đỗ Văn Q, chị Trần Thị Ngọc D và anh Q, chị D đã được Ủy ban nhân dân huyện C cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất. Như vậy anh Q, chị D được xem là người thứ ba ngay tình nên phải

được bảo vệ theo quy định về bảo vệ người thứ ba ngay tình khi giao dịch dân sự vô hiệu.

BLDS năm 2015 đã bổ sung quy định chủ sở hữu có quyền khởi kiện, yêu cầu chủ thể có lỗi dẫn đến việc giao dịch được xác lập với người thứ ba phải hoàn trả những chi phí hợp lý và bồi thường thiệt hại¹. Thông thường trong trường hợp này, chủ sở hữu tài sản sẽ yêu cầu bên xác lập thực hiện giao dịch với người thứ ba phải hoàn trả chi phí hợp lý và bồi thường thiệt hại phát sinh nếu có. Theo Bản án số 210/2020/DS-PT ngày 28/9/2020 của Tòa án nhân dân cấp cao tại Đà Nẵng về việc “Tranh chấp liên quan đến yêu cầu hủy di chúc, hủy văn bản khai nhận thừa kế, hủy quyết định cá biệt, yêu cầu chia thừa kế theo pháp luật và công nhận hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất, công nhận quyền sở hữu nhà, quyền sử dụng đất”, Tòa án xác định những người có lỗi tham gia xác lập các giao dịch dân sự làm cho tài sản thoát ly khỏi quyền sở hữu của các thừa kế phải bồi hoàn theo tỷ lệ lỗi cho đủ 4.919.826.000 đồng (theo Chứng thư Thẩm định giá số 07/TĐG-CT ngày 17/01/2019 của Công ty cổ phần Thẩm định giá và Dịch vụ tài chính Đà Nẵng) để chia thừa kế theo pháp luật cho các thừa kế. Hoặc Bản án số 164/2020/DS-PT ngày 12/06/2020 của Tòa án nhân dân cấp cao tại Thành phố Hồ Chí Minh về việc “Tranh chấp hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất, hợp đồng mua bán tài sản và yêu cầu hủy giấy chứng nhận quyền sử dụng đất” thì ông NĐ1, bà NĐ2 không có quyền đòi lại tài sản từ Công ty TNHH X. Tuy nhiên, do bà BĐ1 là người có lỗi dẫn đến việc giao dịch được xác lập với người thứ ba nên buộc bà BĐ1 phải bồi thường thiệt hại cho phía nguyên đơn là ông NĐ1, bà NĐ2.

Mặc dù chủ sở hữu có quyền khởi kiện, yêu cầu chủ thể có lỗi dẫn đến việc giao dịch

¹ Khoản 3 Điều 133 BLDS năm 2015 quy định: “3. Chủ sở hữu không có quyền đòi lại tài sản từ người thứ ba ngay tình, nếu giao dịch dân sự với người này không bị vô hiệu theo quy định tại khoản 2 Điều này nhưng có quyền khởi kiện, yêu cầu chủ thể có lỗi dẫn đến việc giao dịch được xác lập với người thứ ba phải hoàn trả những chi phí hợp lý và bồi thường thiệt hại”.

được xác lập với người thứ ba phải hoàn trả những chi phí hợp lý và bồi thường thiệt hại; tuy nhiên, trên thực tế có nhiều chủ thể có liên quan đến quá trình xác lập thực hiện giao dịch với người thứ ba như tổ chức hành nghề công chứng, công chứng viên, cơ quan cấp giấy chứng nhận...

2. Một số bất cập trong quy định của pháp luật về bảo vệ người thứ ba ngay tình khi giao dịch vô hiệu và kiến nghị

2.1. Xác định người thứ ba ngay tình khi giao dịch vô hiệu

BLDS năm 2015 quy định về bảo vệ người thứ ba ngay tình khi giao dịch dân sự vô hiệu, tuy nhiên hiểu thế nào cho đúng “người thứ ba ngay tình” vẫn chưa được BLDS hiện hành làm sáng tỏ. Trước đây, BLDS năm 2005 quy định về người chiếm hữu không có căn cứ pháp luật nhưng ngay tình, theo đó “người chiếm hữu tài sản không có căn cứ pháp luật nhưng ngay tình là người chiếm hữu mà không biết và không thể biết việc chiếm hữu tài sản đó là không có căn cứ pháp luật” (Điều 189). Tới BLDS năm 2015, không còn giữ quy định này nhưng đưa ra định nghĩa về chiếm hữu ngay tình, “là việc chiếm hữu mà người chiếm hữu có căn cứ để tin rằng mình có quyền đối với tài sản đang chiếm hữu” (Điều 180); tuy nhiên, thế nào là người thứ ba ngay tình thì BLDS năm 2015 vẫn chưa quy định rõ ràng. Có quan điểm cho rằng, “người thứ ba xác lập giao dịch phải ngay tình. Tức là trong trường hợp này, người thứ ba không biết hoặc không thể biết rằng mình tham gia giao dịch dân sự với người không có quyền định đoạt tài sản, hoặc đối tượng của giao dịch liên quan đến giao dịch trước đó” hoặc “chỉ

được coi là ngay tình khi người thứ ba nhận được tài sản hoặc giao dịch với người mà theo bản án, quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền người thực hiện giao dịch dân sự là chủ sở hữu tài sản nhưng sau đó bản án hay quyết định lại bị huỷ, bị sửa”².

Thực tiễn xét xử của Toà án cho thấy, trong một số trường hợp người thứ ba là người “không thể biết và không có nghĩa vụ kiểm tra tính hợp pháp của giấy chứng nhận quyền sử dụng đất” thì được coi là ngay tình. Ví dụ, Bản án của Toà án nhân dân cấp cao tại Đà Nẵng³, “việc ông Lê Minh H đã được cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất số AO 769121 ngày 12/5/2009 và khi ông H giao dịch với Ngân hàng Thương mại cổ phần A - Chi nhánh Đắk Lắk thì Ngân hàng Thương mại cổ phần A - Chi nhánh Đắk Lắk không thể biết và không có nghĩa vụ kiểm tra tính hợp pháp của Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất số AO 769121 ngày 12/5/2009 đã cấp cho ông H. Cho nên, theo quy định tại khoản 2 Điều 138 Bộ luật dân sự năm 2005 cũng như quy định tại khoản 2 Điều 133 Bộ luật dân sự năm 2015 về: “Bảo vệ quyền lợi của người thứ ba ngay tình khi giao dịch dân sự vô hiệu” thì giao dịch “hợp đồng thế chấp tài sản” giữa ông Lê Minh H với Ngân hàng Thương mại cổ phần A - Chi nhánh Đắk Lắk là giao dịch hợp pháp và Ngân hàng Thương mại cổ phần A - Chi nhánh Đắk Lắk là “người thứ ba ngay tình” cần phải được bảo vệ và không bị vô hiệu”⁴. Theo Toà án nhân dân cấp cao tại Đà Nẵng thì Ngân hàng Thương mại cổ phần A - Chi nhánh Đắk Lắk không thể biết và không có nghĩa vụ kiểm tra tính hợp pháp của Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất

² Hoàng Thế Liên (Chủ biên), *Bình luận khoa học Bộ luật dân sự năm 2005 (Tập I) Phần thứ nhất: Những quy định chung, Phần thứ hai: Tài sản và quyền sở hữu (tái bản có sửa đổi, bổ sung)*, Nxb. Chính trị Quốc gia, năm 2013, tr. 333, 334.

³ Bản án 128/2019/DS-PT ngày 13/08/2019 của Toà án nhân dân cấp cao tại Đà Nẵng về việc “tranh chấp quyền sử dụng đất và yêu cầu hủy giấy chứng nhận quyền sử dụng đất”, <https://congbobanan.toaan.gov.vn/2ta3445871cvn/chi-tiet-ban-an>.

⁴ Bản án 128/2019/DS-PT ngày 13/08/2019 của Toà án nhân dân cấp cao tại Đà Nẵng về việc “tranh chấp quyền sử dụng đất và yêu cầu hủy giấy chứng nhận quyền sử dụng đất”.

số AO 769121 ngày 12/5/2009 đã cấp cho ông H nên trường hợp này, Ngân hàng Thương mại cổ phần A - Chi nhánh Đắk Lắk được coi là ngay tình.

Ý kiến khác cho rằng, “trong thực tế, người xác lập với người được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất được coi là ngay tình cho dù giao dịch mà người được cấp giấy xác nhận trước đó (để từ đó được cấp giấy chứng nhận) bị tuyên bố vô hiệu” hoặc “theo Toà án nhân dân tối cao, một người được xác định là “ngay tình” khi nhận được tài sản thông qua giao dịch với người mà theo bản án, quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền là chủ sở hữu tài sản nhưng sau đó người nay không phải là chủ sở hữu tài sản do bản án, quyết định bị hủy, sửa”⁵.

Có thể thấy, hiện nay có nhiều cách hiểu về người thứ ba ngay tình giữa lý luận và trong thực tiễn xét xử của Toà án, vì vậy cần có văn bản hướng dẫn để thống nhất cách hiểu và đường lối xét xử giữa các cấp Toà án.

2.2. Thuật ngữ “chuyển giao” tại khoản 2 Điều 133 BLDS năm 2015

Khoản 2 Điều 133 BLDS năm 2015 quy định: “Trường hợp giao dịch dân sự vô hiệu nhưng tài sản đã được đăng ký tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền, sau đó được chuyển giao bằng một giao dịch dân sự khác cho người thứ ba ngay tình và người này căn cứ vào việc đăng ký đó mà xác lập, thực hiện giao dịch thì giao dịch đó không bị vô hiệu”. Thông thường chuyển giao được hiểu là việc chủ sở hữu hoặc chủ sử dụng chuyển giao quyền sở hữu hoặc quyền sử dụng tài sản của mình cho người khác, lúc này chủ thể được chuyển giao sẽ có toàn quyền định đoạt tài sản này. Ví dụ: A chuyển giao chiếc xe gắn máy cho B, tức là hai bên đã thực hiện thủ tục mua bán và hoàn thành việc đăng ký tại cơ quan có thẩm quyền, lúc này B

sẽ được toàn quyền định đoạt tài sản này. Hoặc C chuyển giao quyền sử dụng đất cho D, nghĩa là hai bên đã hoàn tất thủ tục chuyển nhượng/tặng cho tại tổ chức hành nghề công chứng và D đã được cơ quan có thẩm quyền cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất.

Tuy nhiên, trong thực tế có nhiều trường hợp, các bên thực hiện các giao dịch không có tính chất “chuyển giao” mà chỉ mang tính chất “đăng ký”, điển hình như các giao dịch bảo đảm như thế chấp, cầm cố... Vậy trong trường hợp giao dịch mang tính chất “đăng ký” này chủ thể tham gia giao dịch có được bảo vệ và được coi là bên thứ ba ngay tình không.

Theo một số nhà nghiên cứu, “thuật ngữ “đăng ký” cần được hiểu theo nghĩa rộng, bao gồm tài sản theo quy định phải được cấp giấy chứng nhận quyền sở hữu, quyền sử dụng (tức giấy xác nhận người đứng tên trong giấy là chủ sở hữu)... “Đăng ký” còn bao gồm những tài sản theo quy định của pháp luật được cơ quan có thẩm quyền cấp giấy đăng ký, loại giấy này không phải là giấy chứng nhận quyền sở hữu, nhưng cũng có giá trị chứng minh (xét dưới góc độ pháp lý) người đứng tên trong giấy đăng ký là chủ sở hữu” và “có thể nhận thấy mục đích của quy định mới tại đoạn một khoản 2 Điều 133 Bộ luật Dân sự năm 2015 là nhằm bảo vệ người thứ ba ngay tình, mà trong quan hệ bảo đảm cũng được hình thành trên cơ sở giao dịch, người thứ ba ngay tình trong giao dịch bảo đảm cũng tương tự như người thứ ba ngay tình trong giao dịch mua bán, chuyển nhượng nên không có lý do gì không được Bộ luật Dân sự năm 2015 bảo vệ”⁶.

Trong thực tiễn xét xử, Toà án nhân dân cấp cao tại Đà Nẵng nhận định rằng “việc ông Lê Minh H đã được cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất số AO 769121 ngày 12/5/2009 và

⁵ Đỗ Văn Đại, *Tập 2 - Luật Hợp đồng Việt Nam, Bản án và Bình luận bản án (Sách chuyên khảo, xuất bản lần thứ bảy)*, Nxb. Lao động, năm 2018, tr. 111, 115.

⁶ Tường Duy Lượng, *Pháp luật dân sự và thực tiễn xét xử (tái bản lần thứ năm, có sửa đổi bổ sung)*, Nxb. Chính trị Quốc gia sự thật, năm 2019, tr. 110, 111.

khi ông H giao dịch với Ngân hàng Thương mại cổ phần A - Chi nhánh Đắk Lắk thì Ngân hàng Thương mại cổ phần A - Chi nhánh Đắk Lắk không thể biết và không có nghĩa vụ kiểm tra tính hợp pháp của Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất số AO 769121 ngày 12/5/2009 đã cấp cho ông H. Cho nên, theo quy định tại khoản 2 Điều 138 Bộ luật dân sự năm 2005 cũng như quy định tại khoản 2 Điều 133 Bộ luật dân sự năm 2015 về: “Bảo vệ quyền lợi của người thứ ba ngay tình khi giao dịch dân sự vô hiệu” thì giao dịch “hợp đồng thế chấp tài sản” giữa ông Lê Minh H với Ngân hàng Thương mại cổ phần A - Chi nhánh Đắk Lắk là giao dịch hợp pháp và Ngân hàng Thương mại cổ phần A - Chi nhánh Đắk Lắk là “người thứ ba ngay tình” cần phải được bảo vệ và không bị vô hiệu; nguyên đơn và những người thừa kế quyền nghĩa vụ của nguyên đơn không có quyền đòi lại quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền tại thửa đất số 44, tờ bản đồ số 5, diện tích 387m² đang tranh chấp và không thể hủy giấy chứng nhận quyền sử dụng đất số AO 769121 ngày 12/5/2009 mà phải để xử lý, thu hồi nợ vay cho Ngân hàng Thương mại cổ phần A - Chi nhánh Đắk Lắk”⁷. Toà án cho rằng giao dịch “hợp đồng thế chấp tài sản” giữa ông Lê Minh H với Ngân hàng Thương mại cổ phần A - Chi nhánh Đắk Lắk là giao dịch hợp pháp và Ngân hàng Thương mại cổ phần A - Chi nhánh Đắk Lắk là “người thứ ba ngay tình” cần phải được bảo vệ và không bị vô hiệu. Như vậy, trong trường hợp này Toà án xác định giao dịch mang tính chất “đăng ký” (hợp đồng thế chấp tài sản) cũng sẽ áp dụng cho trường hợp bảo vệ người thứ ba ngay tình.

Tác giả cho rằng đường lối xét xử của Toà án là hợp lý, bởi quy định tại Điều 133 BLDS năm 2015 là bảo vệ cho người thứ ba ngay tình nói chung và được hiểu theo nghĩa rộng, không có lý do gì chỉ bảo vệ cho các trường

hợp giao dịch mang tính chất “chuyển giao” (như mua bán/chuyển nhượng....) còn các giao dịch mang tính chất “đăng ký” (thế chấp, cầm cố...) không được bảo vệ, có như vậy mới đảm bảo tính công bằng cho các chủ thể tham gia giao dịch, ổn định các giao dịch dân sự và khuyến khích các bên tham gia vào các giao dịch nói chung.

2.3. Chủ thể có lỗi khi giao dịch vô hiệu

Tại khoản 3 Điều 133 BLDS năm 2015 quy định “chủ sở hữu không có quyền đòi lại tài sản từ người thứ ba ngay tình, nếu giao dịch dân sự với người này không bị vô hiệu theo quy định tại khoản 2 Điều này nhưng có quyền khởi kiện, yêu cầu chủ thể có lỗi dẫn đến việc giao dịch được xác lập với người thứ ba phải hoàn trả những chi phí hợp lý và bồi thường thiệt hại”. Theo điều khoản này, chủ sở hữu không có quyền đòi lại tài sản từ người thứ ba ngay tình, nếu giao dịch dân sự với người này không bị vô hiệu, nhưng có quyền yêu cầu chủ thể có lỗi hoàn trả chi phí, bồi thường. Tuy nhiên, trên thực tế, ngoài chủ sở hữu tài sản thì còn có chủ sử dụng tài sản (trường hợp là quyền sử dụng đất), đây là loại tài sản có giá trị lớn và thường phát sinh tranh chấp. Vậy chủ sử dụng đất có được yêu cầu chủ thể có lỗi hoàn trả chi phí và bồi thường không? BLDS năm 2015 hiện tại vẫn chưa quy định rõ trong trường hợp này.

Về “chủ thể có lỗi”, trong nhiều trường hợp, chủ thể có lỗi thông thường là người giao dịch với người thứ ba ngay tình và chủ sở hữu sẽ yêu cầu người này hoàn trả chi phí hợp lý hoặc bồi thường thiệt hại phát sinh. Tuy nhiên, ngoài chủ thể này ra, trong thực tế còn tồn tại những chủ thể có liên quan khác như tổ chức hành nghề công chứng, công chứng viên, các cơ quan cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng tài sản hoặc quyền sử dụng đất,... Bởi theo quy định, người thứ ba ngay tình xác lập giao dịch sẽ căn cứ vào tài sản đã được đăng ký tại cơ quan nhà

⁷ Bản án 128/2019/DS-PT ngày 13/08/2019 của Toà án nhân dân cấp cao tại Đà Nẵng về việc “tranh chấp quyền sử dụng đất và yêu cầu hủy giấy chứng nhận quyền sử dụng đất”.

nước có thẩm quyền để xác lập thực hiện giao dịch, mà các chủ thể có liên quan này sẽ tham gia vào một số quá trình nhất định khi các bên xác lập thực hiện giao dịch.

Ngoài một số bất cập nêu trên, trong trường hợp người thứ ba ngay tình nhận được tài sản thông qua bán đấu giá tại tổ chức có thẩm quyền. Tuy nhiên sau đó, tổ chức bán đấu giá vi phạm về trình tự, thủ tục đấu giá nhưng không do lỗi của người thứ ba ngay tình thì người nhận được tài sản có được bảo vệ hay không? Quy định hiện tại vẫn chưa thực sự rõ ràng. Trong thực tế, có không ít vụ việc bên nhận được tài sản thông qua đấu giá, nhưng sau đó các bên có liên quan khiếu kiện vì cho rằng có vi phạm về trình tự, thủ tục đấu giá, và quan điểm xét xử của các Tòa án cũng không thống nhất. Đồng thời đoạn 2 khoản 2 Điều 133 BLDS năm 2015 quy định “trường hợp tài sản phải đăng ký mà chưa được đăng ký tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền thì giao dịch dân sự với người thứ ba bị vô hiệu, trừ trường hợp người thứ ba ngay tình nhận được tài sản này thông qua bán đấu giá tại tổ chức có thẩm quyền hoặc giao dịch với người mà theo bản án, quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền là chủ sở hữu tài sản nhưng sau đó chủ thể này không phải là chủ sở hữu tài sản do bản án, quyết định bị hủy, sửa”. Trong tình huống này, bản án (sơ thẩm hoặc phúc thẩm), quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền được hiểu là bản án đã có hiệu lực hay chưa có hiệu lực. Về nguyên tắc, các bản án, quyết định có hiệu lực mới được thi hành trên thực tế. Vì vậy, cần quy định rõ là bản án, quyết định có hiệu lực thì mới đảm bảo tính rõ ràng, chặt chẽ của quy định pháp luật.

2.4. Kiến nghị

Mặc dù BLDS năm 2015 đã có nhiều tiến bộ trong quy định bảo vệ người thứ ba ngay tình. Tuy nhiên, các quy định về bảo vệ người thứ ba ngay tình khi giao dịch dân sự vô hiệu tại Điều 133 BLDS năm 2015 vẫn còn tồn tại một số bất cập nhất định. Qua phân tích những bất cập này, tác giả có một số kiến nghị như sau:

Thứ nhất, đối với những vấn đề mà BLDS năm 2015 chưa quy định thật sự rõ ràng và trên thực tế các Tòa có các quan điểm xét xử khác nhau thì Tòa án nhân dân tối cao cần có văn bản hướng dẫn để thống nhất cách hiểu và đường lối xét xử.

Thứ hai, sửa đổi BLDS năm 2015 hoặc ban hành văn bản hướng dẫn về trường hợp người thứ ba ngay tình nhận được tài sản thông qua tổ chức bán đấu giá nhưng sau đó phát hiện trong quá trình bán đấu giá có vi phạm về trình tự, thủ tục bán đấu giá mà không do lỗi của người thứ ba ngay tình thì vẫn nên công nhận giao dịch của người thứ ba ngay tình trong trường hợp này.

Thứ ba, ban hành văn bản hướng dẫn theo hướng xác định rõ “chủ thể có lỗi” có trách nhiệm hoàn trả chi phí hợp lý, bồi thường thiệt hại bao gồm cả các bên có liên quan như tổ chức hành nghề công chứng, công chứng viên, cơ quan có thẩm quyền trong việc cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng hoặc sở hữu tài sản để nâng cao trách nhiệm hành nghề, quản lý cũng như cấp giấy chứng nhận của cơ quan có thẩm quyền cho các chủ thể trong các giao dịch dân sự; đồng thời bổ sung chủ thể có quyền yêu cầu hoàn trả chi phí, bồi thường thiệt hại là “chủ sử dụng” ngoài chủ thể là “chủ sở hữu” trong khoản 3 Điều 133 BLDS năm 2015.

Thứ tư, sửa đổi, bổ sung đoạn 1 khoản 2 Điều 133 BLDS năm 2015, thay cụm từ “chuyển giao” thành cụm từ “chuyển giao hoặc đăng ký”, cụ thể như sau: “trường hợp giao dịch dân sự vô hiệu nhưng tài sản đã được đăng ký tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền, sau đó được chuyển giao hoặc đăng ký bằng một giao dịch dân sự khác cho người thứ ba ngay tình và người này căn cứ vào việc đăng ký đó mà xác lập, thực hiện giao dịch thì giao dịch đó không bị vô hiệu”.

Bên cạnh đó, cơ quan có thẩm quyền cần ban hành hướng dẫn cụ thể về khái niệm người thứ ba ngay tình. ■

ĐIỀU KIỆN MANG THAI HỘ VÌ MỤC ĐÍCH NHÂN ĐẠO THEO PHÁP LUẬT VIỆT NAM VÀ LIÊN HỆ PHÁP LUẬT ẤN ĐỘ - THÁI LAN

Nguyễn Phạm Thanh Hoa

Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Mang thai hộ, mục đích nhân đạo.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 30/10/2021

Biên tập : 22/11/2021

Duyệt bài : 24/11/2021

Tóm tắt:

Ở Việt Nam hiện nay, khi nhiều cặp vợ chồng đang phải đối diện với tình trạng không thể có con và thiên chức làm cha, làm mẹ của họ cũng không còn thì việc mang thai hộ vì mục đích nhân đạo trở thành cách thức được nhiều cặp vợ chồng lựa chọn. Tuy nhiên, quy định của pháp luật về vấn đề này còn nhiều bất cập dẫn đến cách hiểu chưa đúng bản chất vốn có là vì mục đích nhân đạo của việc mang thai hộ. Trong phạm vi bài viết này, tác giả phân tích, đánh giá quy định của pháp luật và thực tiễn xét xử của Tòa án về điều kiện thực hiện việc mang thai hộ vì mục đích nhân đạo và đưa ra kiến nghị hoàn thiện pháp luật.

Article Information:

Keywords: Surrogacy; humanitarian purposes.

Article History:

Received : 30 Oct. 2021

Edited : 22 Nov. 2021

Approved : 24 Nov. 2021

Abstract:

In Vietnam, several couples are facing the situation of not being able to have children, no longer being a mother, father, the surrogacy for humanitarian purposes becomes as an option. However, the legal regulations on this matter still has a number of shortcomings that make the surrogacy against its inherent nature for humanitarian purposes. Within the scope of this article, the author provides an analysis and assessment of the legal regulations and the court's judicial practice on the conditions for the surrogacy on humanitarian purposes and also gives out a number of recommendations for further improvements.

Mang thai hộ vì mục đích nhân đạo là một trong những nội dung mới được Luật Hôn nhân và Gia đình (Luật HN&GD) năm 2014 ghi nhận. Đây được xem là một bước đột phá trong công tác lập pháp khi Nhà nước cho phép các cặp vợ chồng vô sinh, hiếm muộn được làm cha, làm mẹ bằng việc mang thai hộ vì mục

đích nhân đạo. Tuy nhiên, nhìn nhận một cách khách quan, những quy định liên quan đến hoạt động này vẫn còn tồn tại nhiều bất cập cần được thay đổi để phù hợp với thực tiễn áp dụng pháp luật hiện nay.

1. Điều kiện mang thai hộ vì mục đích nhân đạo theo pháp luật Việt Nam

Mang thai hộ vì mục đích nhân đạo được hiểu là việc một người phụ nữ tự nguyện, không vì mục đích thương mại giúp mang thai cho cặp vợ chồng mà người vợ không thể mang thai và sinh con ngay cả khi áp dụng kỹ thuật hỗ trợ sinh sản, bằng việc lấy noãn của người vợ và tinh trùng của người chồng để thụ tinh trong ống nghiệm, sau đó cấy vào tử cung của người phụ nữ tự nguyện mang thai để người này mang thai và sinh con¹. Từ đây, có thể rút ra được các điều kiện cơ bản để thực hiện việc mang thai hộ vì mục đích nhân đạo:

Thứ nhất, điều kiện về chủ thể. Mang thai hộ vì mục đích nhân đạo được hình thành trong mối quan hệ giữa hai chủ thể là vợ chồng nhờ mang thai hộ với người phụ nữ được nhờ mang thai hộ. Vợ chồng nhờ mang thai hộ được hiểu là chủ thể mong muốn có con nhưng do nguyên nhân khách quan dẫn tới việc không có khả năng sinh con bằng cách thông thường. Chính vì vậy, chủ thể này được nhà nước cho phép nhờ người khác mang thai hộ. Vì tính chất nhân đạo và để được pháp luật công nhận, cả hai nhóm chủ thể này bắt buộc phải đáp ứng các điều kiện luật định đối với từng chủ thể, cụ thể:

Một là, chủ thể là vợ chồng nhờ mang thai hộ².

(i) Có xác nhận của tổ chức y tế có thẩm quyền về việc người vợ không thể mang thai và sinh con ngay cả khi áp dụng kỹ thuật hỗ trợ sinh sản. Có nghĩa là người vợ chỉ khi có sự xác nhận của tổ chức y tế có thẩm quyền rằng ngay cả khi áp dụng kỹ thuật hỗ trợ sinh sản nhưng việc mang thai và sinh con là điều

không thể. Bởi mang thai hộ vì mục đích nhân đạo chỉ được thực hiện khi tất cả các biện pháp, cách thức khiến cho người vợ có thai đã được áp dụng nhưng không mang lại kết quả. Do vậy, điều kiện đầu tiên mà người vợ phải đảm bảo chính là khả năng mang thai và sinh con của mình.

(ii) Vợ chồng đang không có con chung. Điều kiện này được hiểu là nếu vợ chồng đã có con chung với nhau thì không được thực hiện việc mang thai hộ. Cũng có thể hiểu đây là hệ quả của điều kiện người vợ không thể mang thai và sinh con ngay cả khi áp dụng kỹ thuật hỗ trợ sinh sản. Nếu không quy định điều kiện này thì cũng có thể ngầm định rằng cặp vợ chồng trước đây đã có con chung và mong muốn tiếp tục có con nhưng khả năng mang thai và sinh con của người vợ là không thể và họ có quyền nhờ người khác mang thai hộ. Nếu như vậy thì điều này sẽ đi ngược lại với ý nghĩa của việc mang thai hộ vì mục đích nhân đạo.

(iii) Đã được tư vấn về y tế, pháp lý và tâm lý. Có thể hiểu rằng, trước khi thực hiện việc mang thai hộ thì vợ chồng người nhờ mang thai hộ phải nhận thức được đầy đủ các vấn đề liên quan đến sức khỏe, pháp lý và tâm lý và cả những hệ quả khác có thể xảy ra. Cụ thể³:

Về y tế, vợ chồng cần được tư vấn về các phương án khác ngoài việc mang thai hộ hoặc xin con nuôi; quá trình thực hiện kỹ thuật thụ tinh trong ống nghiệm và mang thai hộ; các khó khăn thực hiện mang thai hộ; tỷ lệ thành công của kỹ thuật có thể rất thấp nếu dự trữ buồng trứng của người vợ thấp hoặc người vợ trên 35 tuổi; chi phí điều trị cao; khả năng đa

¹ Khoản 22 Điều 3 Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014.

² Khoản 2 Điều 95 Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014.

³ Căn cứ Điều 15, Điều 16 và Điều 17 Nghị định số 10/2015/NĐ-CP quy định về sinh con bằng kỹ thuật thụ tinh trong ống nghiệm và điều kiện mang thai hộ vì mục đích nhân đạo.

thai; khả năng em bé dị tật và có thể phải bỏ thai và các nội dung khác có liên quan.

Về pháp lý, vợ chồng cần được tư vấn về việc xác định cha mẹ con; quyền và nghĩa vụ của họ trong quá trình và sau khi thực hiện mang thai hộ vì mục đích nhân đạo.

Về tâm lý, vợ chồng cần được tư vấn về tâm lý trước mắt và lâu dài của việc nhờ mang thai hộ, người thân và bản thân đứa trẻ sau này; người mang thai hộ có thể có ý định muốn giữ đứa bé sau sinh; hành vi, thói quen của người mang thai hộ có thể ảnh hưởng đến sức khỏe của đứa trẻ; tâm lý, tình cảm khi nhờ người mang thai và sinh con; thất bại và tổn kém với các đợt điều trị mang thai hộ có thể gây tâm lý căng thẳng, mệt mỏi.

Ý nghĩa của điều kiện này chính là đảm bảo chắc chắn rằng vợ chồng nhờ mang thai hộ đã chuẩn bị sẵn sàng mọi mặt và mong muốn thực hiện mang thai hộ, tránh trường hợp xảy ra tranh chấp trong quá trình mang thai hộ vì mục đích nhân đạo.

Hai là chủ thể được nhờ mang thai hộ⁴.

(i) Là người thân thích cùng hàng của bên vợ hoặc bên chồng nhờ mang thai hộ. Người thân thích ở đây bao gồm anh, chị, em cùng cha mẹ, cùng cha khác mẹ, cùng mẹ khác cha; anh, chị, em con chú, con bác, con cô, con cậu, con dì của họ; anh rể, em rể, chị dâu, em dâu của người cùng cha mẹ hoặc cùng cha khác mẹ, cùng mẹ khác cha với họ⁵. Ý nghĩa của quy định này chính là nhằm hướng tới mục đích loại bỏ mang thai hộ vì mục đích thương mại.

Xuất phát từ việc mang thai hộ nhằm giúp cho cặp vợ chồng vô sinh sinh con, con được sinh ra bởi những người thân thích với cặp vợ chồng nhờ mang thai hộ nên giữa trẻ em được sinh ra và người thân thích được nhờ mang thai hộ không thể phủ nhận mọi liên hệ⁶.

(ii) Đã từng sinh con và chỉ được mang thai hộ một lần. Quy định này nhằm giúp bảo vệ người được nhờ mang thai hộ vì việc mang thai và sinh con chứa đầy rủi ro và có thể gây ra những ảnh hưởng tiêu cực đến sức khỏe của người được nhờ mang thai hộ. Hơn nữa, việc nhờ những người đã từng sinh con cũng sẽ nhằm tránh trường hợp mang thai hộ vì mục đích thương mại.

(iii) Ở độ tuổi phù hợp và có xác nhận của tổ chức y tế có thẩm quyền về khả năng mang thai hộ. Quy định về độ tuổi phù hợp sẽ đảm bảo được rằng đứa trẻ sinh ra sẽ an toàn và khỏe mạnh hơn, hạn chế mắc các dị tật so với khi người được nhờ mang thai hộ quá lớn tuổi hoặc còn quá trẻ. Và một lưu ý rằng, đây chỉ là những điều kiện cần cho việc mang thai hộ, điều kiện đủ cần có chính là có sự xác nhận của tổ chức y tế có thẩm quyền về khả năng mang thai hộ. Đây được xem như một sự công nhận để đảm bảo rằng người được nhờ mang thai hộ đã đảm bảo các điều kiện cần có của việc mang thai hộ.

(iv) Trường hợp người phụ nữ mang thai hộ có chồng thì phải có sự đồng ý bằng văn bản của người chồng. Trong mối quan hệ giữa người phụ nữ mang thai hộ và người chồng là mối quan hệ hôn nhân hợp pháp. Vì vậy, các

⁴ Khoản 3 Điều 95 Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014.

⁵ Khoản 7 Điều 12 Nghị định số 10/2015/NĐ-CP quy định về sinh con bằng kỹ thuật thụ tinh trong ống nghiệm và điều kiện mang thai hộ vì mục đích nhân đạo.

⁶ Giáo trình Luật hôn nhân và Gia đình năm 2014 (tái bản có sửa đổi, bổ sung), Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh, Hội Luật Gia – Nxb. Hồng Đức, tr. 278 – 279.

vấn đề liên quan và ảnh hưởng trực tiếp đến quyền lợi của một trong hai người thì cần phải có sự đồng thuận của người còn lại. Đặc biệt, khi việc mang thai hộ là vấn đề ảnh hưởng trực tiếp đến cả tâm lý, sức khỏe, tư tưởng của hai người nên nếu trường hợp người chồng không đồng ý thì việc mang thai hộ sẽ không được thực hiện. Nói cách khác, việc mang thai hộ vì mục đích nhân đạo phải xuất phát từ sự đồng ý của cả hai vợ chồng người được nhờ mang thai hộ.

(v) Đã được tư vấn về tâm lý, pháp lý, tâm lý. Cũng như vợ chồng người nhờ mang thai hộ thì người được nhờ mang thai hộ phải được tư vấn các vấn đề liên quan khi thực hiện mang thai hộ. Bởi lẽ, việc mang thai hộ sẽ ảnh hưởng trực tiếp đến sức khỏe cũng như tâm lý của người được nhờ mang thai hộ. Vì vậy, trước khi thực hiện thì họ phải hiểu rõ mọi vấn đề có thể xảy ra và liệu rằng họ có chắc chắn thực hiện việc mang thai hộ hay không. Đây được xem là điều kiện bắt buộc đảm bảo việc mang thai hộ đúng với tinh thần vì mục đích nhân đạo.

Thứ hai, điều kiện về sự thỏa thuận mang thai hộ vì mục đích nhân đạo⁷.

Việc thỏa thuận về mang thai hộ vì mục đích nhân đạo giữa vợ chồng nhờ mang thai hộ và vợ chồng người được nhờ mang thai hộ phải có các nội dung cơ bản sau: (i) Thông tin đầy đủ về bên nhờ mang thai hộ và bên mang thai hộ theo các điều kiện có liên quan; (ii) Cam kết thực hiện các quyền, nghĩa vụ như quy định của Luật; (iii) Việc giải quyết hậu quả trong trường hợp có tai biến sản khoa; hỗ trợ để bảo đảm sức khỏe sinh sản cho người mang thai hộ trong thời gian mang thai và sinh

con, việc nhận con của vợ chồng nhờ mang thai hộ, quyền và nghĩa vụ của hai bên đối với con trong trường hợp con chưa được giao cho bên nhờ mang thai hộ và các quyền, nghĩa vụ khác có liên quan; (iv) Trách nhiệm dân sự trong trường hợp một hoặc cả hai bên vi phạm cam kết theo thỏa thuận.

Đây là những nội dung cơ bản mà hai bên cần phải thỏa thuận. Việc thỏa thuận này chỉ có giá trị pháp lý khi nó được lập thành văn bản và có công chứng. Điều này đảm bảo rằng các điều kiện của việc mang thai hộ vì mục đích nhân đạo đã được đáp ứng và sự công nhận về mặt pháp lý sẽ là cơ sở đảm bảo việc mang thai hộ sẽ được pháp luật bảo vệ khi xảy ra các tranh chấp. Ngoài ra, trường hợp vợ chồng bên nhờ mang thai hộ ủy quyền cho nhau hoặc vợ chồng được nhờ mang thai hộ ủy quyền cho nhau về việc thỏa thuận thì việc ủy quyền này phải được lập thành văn bản có công chứng. Và việc ủy quyền cho người thứ ba không có giá trị pháp luật. Có nghĩa là, việc ủy quyền chỉ được pháp luật thừa nhận khi sự ủy quyền trong mối quan hệ giữa hai vợ chồng bên nhờ mang thai hộ và bên được nhờ mang thai hộ thực hiện. Điều kiện về sự ủy quyền này xuất phát từ điều kiện tự nguyện và tính chất liên quan, ảnh hưởng trực tiếp của những người tham gia thực hiện việc mang thai hộ vì mục đích nhân đạo. Bên thứ ba này mặc dù có mối quan hệ thân thiết với vợ chồng một trong hai bên nhưng suy cho cùng họ không chịu sự ràng buộc trực tiếp đối với đứa trẻ sinh ra trong việc mang thai hộ.

Tóm lại, việc mang thai hộ vì mục đích nhân đạo chỉ được thực hiện khi hai bên chủ thể đáp ứng các điều kiện được Luật HN&GD quy định. Nếu một trong những điều kiện trên

⁷ Điều 96 Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014.

không được đáp ứng thì đương nhiên việc mang thai hộ này sẽ không xảy ra.

1.2. Thực tiễn xét xử liên quan đến việc mang thai hộ vì mục đích nhân đạo

Tại Việt Nam, thực tiễn xét xử cho thấy rằng, các vụ án liên quan đến mang thai hộ chủ yếu là các vụ án hình sự với tội tổ chức mang thai hộ vì mục đích thương mại. Đây là những vụ án vi phạm nghiêm trọng các điều kiện của việc mang thai hộ vì mục đích nhân đạo được quy định trong Luật HN&GD 2014, cụ thể

Bản án số 135/2021/HS-PT ngày 31/3/2021 của Tòa án nhân dân cấp cao tại Hà Nội đối với bị cáo Trần Thị Tuyết G phạm tội “Tổ chức mang thai hộ vì mục đích thương mại”. Cụ thể, khoảng cuối năm 2018, S làm nghề lao động tự do ở Trung Quốc và biết một số người Trung Quốc có nhu cầu mang thai hộ nên đã nảy sinh ý định tìm phụ nữ để thuê. Sau đó, S làm quen với G (qua wechat) để nhờ tìm phụ nữ Việt Nam đồng ý mang thai hộ cho những người đàn ông Trung Quốc và có trả tiền cho G. Đầu năm 2019, G có quen một người phụ nữ tên T và nhờ người này tìm người để tổ chức mang thai hộ và có trả tiền. Sau đó, T có giới thiệu cho G là chị H và H đã đồng ý mang thai hộ. Sau khi kiểm tra sức khỏe, S đã đồng ý thuê chị H mang thai hộ cho bạn mình (Vương X). Cả quá trình lấy tinh trùng, cấy phôi và sinh con kéo dài từ tháng 10/2018 đến 04/12/2019. Trong quá trình đưa đứa trẻ qua Trung Quốc thì đã bị cán bộ chiến sĩ đồn Biên phòng phát hiện, bắt giữ. Kết quả giám định cho thấy rằng bạn của G là Vương X và cháu bé có mẫu gửi giám định có quan hệ huyết thống cha đẻ, con đẻ với xác suất 99,9999%, chị H và cháu bé thì

không có mối quan hệ huyết thống. Tại bản án sơ thẩm số 117/2020/HS-ST ngày 08/9/2020 thì Tòa án tuyên bị cáo G phạm tội “tổ chức mang thai hộ vì mục đích thương mại”. Sau đó G kháng cáo xin giảm nhẹ hình phạt và đã được tòa phúc thẩm chấp nhận.

Theo nhận định của Tòa án, trong khoảng thời gian từ năm 2018 đến năm 2019, bị cáo G cùng S đã thỏa thuận, tổ chức cho 6 người phụ nữ Việt Nam mang thai hộ cho những người đàn ông Trung Quốc để hưởng lợi nhuận. Sau khi G và S chuyển giao 01 cháu bé được mang thai hộ vì mục đích thương mại cho Vương X thì S bị cán bộ đồn biên phòng phát hiện bắt quả tang cùng Vương X đưa cháu bé về Trung Quốc. G được nhận nhận số tiền 128.000.000 đồng tiền môi giới 04 người phụ nữ mang thai hộ.

Căn cứ vào nội dung vụ án và kết luận của tòa án thì việc mang thai hộ đã vi phạm nghiêm trọng các điều kiện được quy định trong Luật HNGĐ 2014⁸, cụ thể:

- Về điều kiện chủ thể

Một là chủ thể là vợ chồng nhờ mang thai hộ. Trong vụ án này, người nhờ mang thai hộ là bạn của ông S là ông Vương X. Đây không phải là chủ thể khi thực hiện việc mang thai hộ vì mục đích nhân đạo. Trước tiên, chủ thể của mang thai hộ vì mục đích nhân đạo phải là vợ chồng mong muốn có con và đã áp dụng tất cả các biện pháp hỗ trợ kỹ thuật sinh sản nhưng người vợ vẫn không thể sinh con bằng cách tự nhiên và có sự xác nhận của tổ chức y tế có thẩm quyền. Tuy nhiên, trong trường hợp này, chưa biết được ông Vương X đã có vợ hay chưa và trường hợp đã có vợ thì cũng chưa xác

⁸ Phân tích dựa trên các điều kiện của mang thai hộ vì mục đích nhân đạo trong Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014.

định được người vợ có khả năng mang thai và sinh con hay không.

Hai là chủ thể là người được nhờ mang thai hộ. Trong vụ án này, người được nhờ mang thai hộ là chị H. Tuy nhiên, căn cứ vào Luật HNGĐ 2014 thì chị H không đáp ứng các điều kiện của mang thai hộ vì mục đích nhân đạo: (i) chị H không phải là người thân thích cùng hàng của bên vợ hoặc chồng nhờ mang thai hộ, cụ thể là chị H không là người thân thích cùng hàng của bên vợ hoặc chồng là ông Vương X; (ii) chị H đã có chồng nhưng trong quá trình thực hiện việc mang thai hộ thì không có sự đồng ý bằng văn bản của người chồng; (iii) chị H không có sự xác nhận của tổ chức y tế có thẩm quyền về khả năng mang thai hộ, chị H chỉ thực hiện việc khám sức khỏe tại bệnh viện chứ không thực hiện việc kiểm tra các điều kiện về mặt y tế liên quan đến mang thai hộ. Mặc dù chị H đồng ý và tự nguyện mang thai hộ, cũng đã từng sinh con, cũng ở độ tuổi phù hợp nhưng các điều kiện còn lại chị H lại không đáp ứng và vì vậy, việc mang thai hộ không được thực hiện bởi chị H.

- Về điều kiện về sự thỏa thuận mang thai hộ vì mục đích nhân đạo

Trong vụ án này, có sự thỏa thuận giữa hai bên chủ thể là bên nhờ mang thai hộ và bên được nhờ mang thai hộ nhưng đây chỉ là sự thỏa thuận bằng miệng, không được lập thành văn bản và công chứng. Hơn nữa, dù thỏa thuận này có được lập thành văn bản thì thỏa thuận này cũng bị vô hiệu vì việc mang thai hộ này

xuất phát mục đích thương mại và là hành vi bị cấm theo pháp luật Việt Nam.

Xét tổng thể, việc mang thai hộ trong trường hợp này không phải là mang thai hộ vì mục đích nhân đạo vì nó xuất phát từ mục đích thương mại, tức là có sự môi giới bởi bên thứ ba và đều vì mục đích lợi nhuận.

2. Điều kiện mang thai hộ vì mục đích nhân đạo theo pháp luật Ấn Độ và Thái Lan

2.1. Pháp luật Ấn Độ

Quy định về mang thai hộ và thủ tục mang thai hộ năm 2019 tại Ấn Độ được Bộ trưởng Bộ Y tế và Phúc lợi gia đình ban hành vào 15/7/2019⁹. Quy định này cấm việc mang thai hộ vì mục đích thương mại nhưng lại cho phép việc mang thai hộ vì mục đích nhân đạo.

Theo đó, mang thai hộ vì mục đích nhân đạo được hiểu là việc người phụ nữ mang thai hộ không vì bất kỳ khoản phí, chi phí, lệ phí, thù lao hoặc động cơ lợi nhuận nào, ngoại trừ chi phí y tế phát sinh đối với người mẹ trong quá trình mang thai và chi phí bảo hiểm cho người mẹ mang thai hộ và nó sẽ được trao cho chính người được nhờ mang thai hộ, người phụ thuộc hoặc người đại diện của người mang thai hộ¹⁰.

Mang thai hộ vì mục đích thương mại được hiểu là việc thương mại hóa các dịch vụ hoặc thủ tục mang thai hộ bằng cách bán, mua, kinh doanh phôi thai người, giao tử hoặc bằng cách thực hiện các hành vi thay thế thiên chức làm mẹ thông qua việc trả, thưởng, trợ cấp lệ phí, thù lao hoặc có động cơ tiền tệ hoặc hiện vật

⁹ “The Surrogacy (Regulation) Bill, 2019”, <https://prsindia.org/billtrack/the-surrogacy-regulation-bill-2019>, truy cập ngày 28/20/2021.

¹⁰ Means “The surrogacy in which no charges, expenses, fees, remuneration or monetary incentive of whatever nature, except the medical expenses incurred on surrogate mother and the insurance coverage for the surrogate mother, are given to the surrogate mother or her dependents or her representative” (Khoản b Điều 2 Quy định mang thai hộ và thủ tục mang thai hộ Ấn Độ 2019).

cho người mẹ mang thai hộ hoặc người phụ thuộc, người đại diện của người mẹ mang thai hộ, ngoại trừ các chi phí y tế phát sinh trong quá trình người mẹ mang thai và sinh con và khoản bảo hiểm cho người mẹ¹¹.

Luật nước này có sự phân biệt giữa hai cách thức mang thai hộ dựa trên mục đích, đó là mang thai hộ vì mục đích nhân đạo và mang thai hộ vì mục đích thương mại. Điều này giúp nhìn nhận và đánh giá đúng hành vi mang thai hộ nào được xem là hợp pháp, hành vi nào là bất hợp pháp. Cũng theo pháp luật Ấn Độ, để thực hiện việc mang thai hộ theo đúng quy định của pháp luật thì bên nhờ mang thai hộ và bên được nhờ mang thai hộ không chỉ phải tuân thủ các nguyên tắc cơ bản mà còn phải đáp ứng đầy đủ các điều kiện thì mới có thể thực hiện việc mang thai hộ. Cụ thể:

Thứ nhất, về nguyên tắc chung: Để bắt đầu một quy trình mang thai hộ vì mục đích nhân đạo và được pháp luật thừa nhận, bảo vệ thì vợ chồng người nhờ mang thai hộ phải tuân thủ các nguyên tắc cơ bản và nếu có các vi phạm thì vợ chồng người nhờ mang thai hộ phải chịu các chế tài của quy định này. Các nguyên tắc bao gồm: (i) Khi vợ hoặc chồng hoặc cả hai vợ chồng bị vô sinh. Điều này được hiểu là vợ hoặc chồng hoặc cả hai không có khả năng sinh con mặc dù đã thực hiện các biện pháp khác nhau để có con. Tuy nhiên, để được công nhận thì vợ, chồng phải có sự xác nhận tình trạng vô sinh từ tổ chức y tế có thẩm quyền;

(ii) Chỉ hướng đến mục đích duy nhất là việc mang thai hộ vì mục đích nhân đạo. Bản chất của việc mang thai hộ chính là tạo điều kiện và cho phép những cặp vợ chồng không có con, bị vô sinh có cơ hội được làm cha, làm mẹ. Cho nên, việc mang thai hộ chỉ hướng đến mục đích duy nhất là “nhân đạo”; (iii) Không nhằm mục đích thương mại hoặc thương mại hóa việc mang thai hộ hoặc thủ tục mang thai hộ. Nguyên tắc này về nội hàm thì không khác gì nguyên tắc thứ hai nhưng vẫn được nhà làm luật quy định lại với mục đích nhấn mạnh rằng, mọi hành vi mang thai hộ chỉ được nhằm mục đích nhân đạo và hành vi mang thai hộ vì mục đích thương mại sẽ bị cấm và không có một ngoại lệ nào; (iv) Việc sinh đứa trẻ không nhằm để bán, mại dâm hoặc các hình thức bóc lột khác. Quy định này nhằm bảo vệ quyền, lợi ích của đứa trẻ được sinh ra. Có nghĩa là, khi đứa trẻ này được sinh ra thì sẽ có quyền và nghĩa vụ như tất cả các đứa trẻ khác và vì vậy các mục đích bán, mại dâm và các hình thức bóc lột khác đã xâm phạm nghiêm trọng đến các quyền cơ bản của con người.

Thứ hai, về thủ tục thực hiện mang thai hộ vì mục đích nhân đạo: Điều kiện về thủ tục, việc thực hiện mang thai hộ vì mục đích nhân đạo chỉ được tiến hành bởi tổ chức y tế có đủ điều kiện xác nhận và được thể hiện bằng văn bản. Trong văn bản này phải chứa đựng các nội dung sau liên quan đến điều kiện của chủ thể.

¹¹ Means commercialisation of surrogacy services or procedures or its component services or component procedures including selling or buying of human embryo or trading in the sale or purchase of human embryo or gametes or selling or buying or trading the services of surrogate motherhood by way of giving payment, reward, benefit, fees, remuneration or monetary incentive in cash or kind, to the surrogate mother or her dependents or her representative, except the medical expenses incurred on the surrogate mother and the insurance coverage for the surrogate mother (Khoản f Điều 2 Quy định mang thai hộ và thủ tục mang thai hộ Ấn Độ 2019).

Thứ ba, điều kiện về chủ thể¹²: Đối với bên chủ thể là vợ, chồng nhờ mang thai hộ. Để thực hiện việc mang thai hộ vì mục đích nhân đạo thì họ phải có các giấy xác nhận liên quan để chứng minh rằng mình có đủ các điều kiện để được phép nhờ người khác mang thai hộ. *Một là* giấy chứng nhận vô sinh từ cơ sở y tế có thẩm quyền. *Hai là* giấy tờ liên quan đến việc ấn định huyết thống và quyền được nuôi dưỡng khi đứa trẻ được sinh ra từ việc mang thai hộ giữa vợ chồng nhờ mang thai hộ và người được nhờ mang thai hộ. *Ba là* giấy công nhận của Cơ quan quản lý và Phát triển bảo hiểm về việc người được nhờ mang thai hộ sẽ được trả các khoản bảo hiểm trong 16 tháng với các biến chứng sau sinh.

Đối với bên được nhờ mang thai hộ, để thực hiện việc mang thai hộ cho vợ chồng người nhờ mang thai hộ thì người phụ nữ phải đáp ứng các điều kiện sau: *Một là* người phụ nữ đã từng kết hôn, đã có ít nhất một đứa con và trong độ tuổi từ 25 tuổi đến 35 tuổi. *Hai là* người phụ nữ mang thai hộ phải là người thân thích với cặp vợ chồng người nhờ mang thai hộ thì khi đó việc mang thai hộ mới được thực hiện, cũng có nghĩa rằng nếu giữa họ không có mối quan hệ thân thích thì đương nhiên họ sẽ không được thực hiện việc mang thai hộ. *Ba là* người phụ nữ được nhờ mang thai hộ không được lấy giao tử của chính mình để tham gia vào quá trình mang thai hộ, có nghĩa là giao tử này phải là giao tử của người vợ nhờ mang thai hộ. *Bốn là* người phụ nữ được nhờ mang thai hộ không được mang thai hộ nhiều hơn một lần, có nghĩa là chỉ được phép mang thai hộ một lần duy nhất. *Năm là* giấy chứng nhận đủ sức khỏe, tâm lý để mang thai hộ từ tổ chức y tế có thẩm quyền.

Ngoài những điều kiện về chủ thể, thì vợ chồng người nhờ mang thai hộ và người phụ nữ được nhờ mang thai hộ còn phải tuân thủ các quy định của pháp luật về mang thai hộ để đảm bảo rằng việc mang thai hộ này là vì mục đích nhân đạo. Vợ chồng nhờ mang thai hộ không được vứt bỏ đứa trẻ vì bất kỳ lý do gì kể cả khi đứa trẻ có các dị tật bẩm sinh hoặc bất kỳ tình trạng sức khỏe, khiếm khuyết cơ bản khi đứa trẻ này được sinh ra bằng việc mang thai hộ vì mục đích nhân đạo¹³. Bên cạnh đó, để bảo vệ và tôn trọng ý chí tự nguyện của người phụ nữ được nhờ mang thai hộ thì pháp luật nước này cho phép họ được quyền rút lại sự đồng ý về việc mang thai hộ trước khi cấy ghép phôi thai vào cơ thể mình. Điều này được hiểu rằng, trong quá trình chuẩn bị và thực hiện việc mang thai, nếu như người phụ nữ thay đổi ý định và không muốn thực hiện việc mang thai hộ, không phân biệt lý do thì người phụ nữ được phép không tiếp tục thực hiện việc mang thai hộ. Tuy nhiên, quyền rút lại sự đồng ý này chỉ được công nhận khi nó diễn ra trước khi phôi thai được cấy ghép và cơ thể mình. Quy định này xuất phát từ mục đích của mang thai hộ vì mục đích nhân đạo, việc mang thai hộ chỉ có ý nghĩa khi người được nhờ mang thai hộ tự nguyện, nếu không có sự tự nguyện thì bản chất nhân đạo sẽ bị mất đi.

Có thể thấy rằng, việc mang thai hộ tại Ấn Độ được quy định tương đối cụ thể, đặc biệt là việc đưa ra các điều kiện của việc mang thai hộ và các điều kiện này có sự ràng buộc chặt chẽ đối với cả hai chủ thể là vợ chồng nhờ mang thai hộ và người được nhờ mang thai hộ vì nếu vi phạm một điều kiện thì việc mang thai hộ vì mục đích nhân đạo sẽ không được thực hiện trên thực tế. Ý nghĩa của những quy định này

¹² Điều 4 Quy định về mang thai hộ và thủ tục mang thai hộ tại Ấn Độ.

¹³ Điều 7 Quy định về mang thai hộ và thủ tục mang thai hộ tại Ấn Độ.

nhằm hướng tới việc bảo vệ các giá trị văn hóa của xã hội và tạo cơ hội được làm cha, làm mẹ cho những cặp vợ chồng bị mất khả năng làm cha, làm mẹ một cách thông thường.

2.2. Pháp luật Thái Lan

Theo Đạo luật Bảo vệ đứa trẻ được sinh ra bởi công nghệ hỗ trợ sinh sản năm 2015 Thái Lan thì việc mang thai hộ vì mục đích nhân đạo phải tuân thủ các điều kiện cơ bản sau¹⁴:

Thứ nhất, vợ chồng nhờ mang thai hộ phải là vợ chồng hợp pháp. Người vợ không có khả năng mang thai và có ý định sinh con bằng cách mang thai hộ. Ngoài ra, vợ chồng phải có quốc tịch Thái Lan. Trường hợp vợ hoặc chồng không có quốc tịch Thái Lan thì họ phải đăng ký kết hôn không dưới 3 năm. Quy định quốc tịch được xem là một trong những điều kiện của việc mang thai hộ. Có thể thấy rằng, pháp luật Thái Lan có sự điều chỉnh cụ thể việc mang thai hộ trong phạm vi công dân nước mình. Nói như vậy không có nghĩa là người không có quốc tịch Thái Lan sẽ không được thực hiện mang thai hộ. Điều kiện cần có trong trường hợp này chính là vợ chồng đã kết hôn ít nhất 3 năm, có mối quan hệ hôn nhân hợp pháp đủ lâu để vợ chồng có thể đưa ra những quyết định đúng đắn và rất mong muốn có con. Điều này cũng hạn chế trường hợp ý định có con bằng cách mang thai hộ chỉ là tạm thời và mối quan hệ hôn nhân của họ có thể chấm dứt và khi đó việc mang thai hộ sẽ không được thực hiện vì điều kiện này không còn đáp ứng được.

Thứ hai, người phụ nữ được nhờ mang thai hộ không trở thành người mẹ hợp pháp sau khi sinh con do mang thai hộ. Điều này có nghĩa là, sau khi đứa trẻ được sinh ra thì vợ chồng nhờ mang thai hộ có thể phải đối diện với việc người phụ nữ được nhờ mang thai hộ không

muốn giao đứa trẻ. Điều kiện này giống như một quy định phòng ngừa tình trạng này.

Thứ ba, người phụ nữ được nhờ mang thai hộ phải có mối quan hệ ruột thịt với vợ hoặc chồng người nhờ mang thai hộ. Trong trường hợp người phụ nữ này không có quan hệ huyết thống với nhau thì vẫn có thể được thực hiện việc mang thai hộ nhưng phải tuân theo các quy tắc, thủ tục và điều kiện do Bộ trưởng Bộ Y tế và cố vấn của Ủy ban. Pháp luật Thái Lan dường như “nới lỏng” về điều kiện huyết thống trong mối quan hệ giữa bên nhờ mang thai hộ và bên được nhờ mang thai hộ. Có nghĩa là, người phụ nữ được nhờ mang thai hộ không nhất thiết phải có mối quan hệ huyết thống với vợ hoặc chồng của bên nhờ mang thai hộ miễn là họ tuân thủ các điều kiện luật định. Quy định này mở rộng quyền mang thai hộ cho vợ chồng người nhờ mang thai hộ khi thực tế không phải lúc nào vợ hoặc chồng hoặc cả vợ chồng cũng có người có quan hệ huyết thống.

Thứ tư, người phụ nữ được nhờ mang thai hộ đã từng sinh con. Trường hợp đã có chồng hợp pháp thì phải có sự đồng ý bằng văn bản của người này. Đây được xem là điều kiện mà mọi quốc gia quy định về mang thai hộ đều phải quy định vì tính chất nhân đạo và sự tự nguyện của việc mang thai hộ.

Tóm lại, so với pháp luật Ấn Độ về điều kiện mang thai hộ vì mục đích nhân đạo thì pháp luật Thái Lan quy định về vấn đề này theo hướng mở rộng quyền cho vợ chồng nhờ mang thai hộ. Các điều kiện được thay đổi linh hoạt để phù hợp với hoàn cảnh thực tế của các cặp vợ chồng. Tuy nhiên, những quy định này vẫn có những ràng buộc nhất định và người thực hiện cả bên nhờ và được nhờ mang thai hộ phải

¹⁴ Điều 21 Đạo luật Bảo vệ đứa trẻ được sinh ra bởi công nghệ hỗ trợ sinh sản 2015.

tuan thủ, không tùy nghi lựa chọn và thực hiện việc mang thai hộ mà vẫn phải chịu sự giám sát, kiểm tra khắt khe từ cơ quan có thẩm quyền.

3. Kiến nghị hoàn thiện pháp luật Việt Nam

Như đã đề cập, để thực hiện việc mang thai hộ vì mục đích nhân đạo thì việc mang thai hộ phải tuân thủ các nguyên tắc, điều kiện theo quy định của pháp luật về hôn nhân và gia đình. Hiện nay, việc mang thai hộ ở nước ta ngày càng phổ biến. Tuy nhiên, thực tế vẫn xảy ra trường hợp nhiều đối tượng đã thực hiện hành vi liên quan đến việc mang thai hộ vì mục đích thương mại hoặc thực hiện mang thai hộ khi không đáp ứng các điều kiện và gây ra nhiều hậu quả nghiêm trọng. Từ cơ sở lý luận về điều kiện của việc mang thai vì mục đích nhân đạo và quy định trong pháp luật Ấn Độ, Thái Lan, tác giả đề xuất một số kiến nghị sau:

Thứ nhất, có thể định nghĩa lại khái niệm mang thai hộ vì mục đích thương mại. Vì theo quan điểm tác giả thì khái niệm này chưa thật sự bao quát hết nội hàm của việc mang thai hộ vì mục đích thương mại. Cụ thể, theo khoản 24 Điều 3 Luật HN&GD 2014 thì mang thai hộ vì mục đích thương mại là việc một người phụ nữ mang thai cho người khác bằng việc áp dụng kỹ thuật hỗ trợ sinh sản để được hưởng lợi về kinh tế hoặc lợi ích khác. Tuy nhiên, trên cơ sở quy định pháp luật Ấn Độ thì việc mang thai hộ vì mục đích thương mại còn bao gồm cả hoạt động môi giới cho dịch vụ mang thai hộ. Ngoài ra, mục đích hướng tới của hoạt động này chính là các lợi ích về kinh tế hoặc lợi ích khác. Tuy nhiên, cần loại trừ các chi phí phát sinh trong quá trình mang thai hộ của người được nhờ mang thai hộ như chi phí chăm sóc, thăm khám.

Thứ hai, bổ sung điều kiện vợ chồng nhờ mang thai hộ phải là vợ chồng hợp pháp. Hôn nhân hợp pháp sẽ là cơ sở để nhà nước bảo

vệ đầy đủ quyền lợi chính đáng của vợ chồng trong quá trình chung sống và cũng là điều kiện để giải quyết các vấn đề phát sinh khi xảy ra tranh chấp. Vì vậy, đối với việc mang thai hộ vì mục đích nhân đạo, điều kiện về hôn nhân hợp pháp là cần thiết. Cũng có thể hiểu điều kiện mang thai hộ của Luật HN&GD 2014 đang ngầm hiểu là các cặp vợ chồng nhờ mang thai hộ phải hợp pháp. Tuy nhiên, theo quan điểm tác giả thì cần quy định cụ thể trong điều luật về điều kiện bởi sự ngầm hiểu này đôi khi gây ra nhiều nhầm lẫn.

Thứ ba, nên bổ sung điều kiện về độ tuổi của người được nhờ mang thai hộ. Có thể thấy rằng, việc ấn định một khung độ tuổi nhằm hạn chế những hệ quả có thể phát sinh. Mặc dù trình độ y học đã phát triển nhưng không phải mọi trường hợp các bác sĩ có thể kiểm soát được những ảnh hưởng của việc mang thai hộ khi độ tuổi quá trẻ hoặc quá lớn. Hơn nữa, việc quy định cụ thể độ tuổi giúp cho các y bác sĩ có cơ sở để áp dụng dựa trên việc kiểm tra sức khỏe. Độ tuổi thích hợp có thể từ 25 tuổi đến 35 tuổi. Đây chỉ là đề xuất vì vậy để áp dụng khung độ tuổi thích hợp thì phải trải qua quá trình khảo sát, đánh giá nhiều mặt thì mới có thể kết luận được một khung độ tuổi phù hợp.

Thứ tư, về điều kiện quốc tịch thì pháp luật nước ta chưa có sự điều chỉnh một cách cụ thể. Tuy nhiên, từ kinh nghiệm pháp luật Thái Lan, tác giả nhận định rằng, không nên bắt buộc cả hai vợ chồng mang thai hộ phải mang quốc tịch Việt Nam. Có nghĩa là, chỉ cần vợ hoặc chồng có quốc tịch Việt Nam, người còn lại không bắt buộc phải mang quốc tịch Việt Nam và họ đã kết hôn ít nhất trong một khoảng thời gian đủ lâu để việc “xác định có con là lâu dài” thì họ có thể được nhờ người khác mang thai hộ. ■

