

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

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



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



- ❖ HOÀN THIỆN CÁC QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT TỔ TỤNG HÌNH SỰ VỀ CÁN BỘ ĐIỀU TRA
- ❖ KHÁM XÉT CHỖ Ở THEO LUẬT TỔ TỤNG HÌNH SỰ VIỆT NAM
- ❖ TÒA ÁN TRỰC TUYẾN VÀ QUYỀN XÉT XỬ CÔNG BẰNG: KINH NGHIỆM QUỐC TẾ VÀ TRIỂN VỌNG Ở VIỆT NAM

SỐ 20 (444)

THÁNG 10/2021

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

<http://lapphap.vn>

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

Mục lục Số 20/2021

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- 3** Quyền lao động của người chuyển giới tại Việt Nam hiện nay
TS. Trương Hồng Quang

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 13** Hoàn thiện các quy định của pháp luật tố tụng hình sự về cán bộ điều tra

TS. Ngô Văn Vịnh - ThS. Nguyễn Thị Hải Yến

- 18** Khám xét chỗ ở theo luật tố tụng hình sự Việt Nam

TS. Lê Nguyễn Thanh

- 27** Biện pháp cưỡng chế đối với pháp nhân theo luật tố tụng hình sự Việt Nam

ThS. Trần Quốc Minh

- 35** Quy định của Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2015 về bị hại, đương sự

ThS. Thái Chí Bình

- 39** Bàn về người giám hộ trong tố tụng hình sự

Dương Tấn Thanh

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 42** Hoàn thiện quy định của Điều 373 Bộ luật Hình sự năm 2015 về tội dùng nhục hình

ThS. Hoàng Ngọc Anh

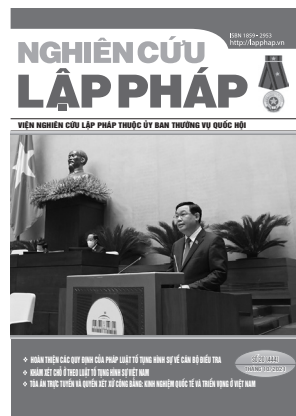
- 50** Hình thức của di chúc trong pháp luật dân sự Việt Nam qua các thời kỳ

ThS. Lưu Thị Phấn

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 57** Tòa án trực tuyến và quyền xét xử công bằng: kinh nghiệm quốc tế và triển vọng ở Việt Nam

**TS. Bùi Tiến Đạt -
TS. Nguyễn Bích Thảo - Trần Thị Trinh**



HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

TS. Nguyễn Văn Hiến (Chủ tịch)
TS. Nguyễn Văn Giàu
PGS. TS. Nguyễn Thanh Hải
PGS. TS. Đinh Văn Nhã
TS. Nguyễn Văn Luật
TS. Lê Hải Đường
TS. Lương Minh Tuân (Thư ký)
PGS. TS. Vũ Công Giao
PGS. TS. Ngô Huy Cường
PGS. TS. Vũ Hồng Anh

PHÓ TỔNG BIÊN TẬP PHỤ TRÁCH:

TS. LƯƠNG MINH TUÂN

TRỤ SỞ:

35 NGŨ QUYỂN - HOÀN KIẾM - HÀ NỘI.
ĐT: 0243.2121204/0243.2121206
FAX: 0243.2121201
Email: nclp@quochoi.vn
Website: <http://lapphap.vn>

THIẾT KẾ:

TẠ ANH, HOÀNG TUÂN

GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

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

PHÁT HÀNH - QUẢNG CÁO

HÀ NỘI: 0243.2121202

TÀI KHOẢN:

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

MÃ SỐ THUẾ: 0104003894

IN TẠI NHÀ MÁY IN BỘ QUỐC PHÒNG

GIÁ: 25.000 ĐỒNG

Ảnh bìa: Chủ tịch Quốc hội Vương Đình Huệ phát biểu khai mạc Kỳ họp thứ Hai, Quốc hội khóa XV.

Ảnh: Cổng TTĐT Quốc hội

LEGISLATIVE STUDIES

<http://lapphap.vn>

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

Legis No 20/2021

STATE AND LAW

- 3** Working Rights of Transgender in Vietnam

Dr. Truong Hong Quang

DISCUSSION OF BILLS

- 3** Improvements of the Provisions under the Criminal Procedure Law on Investigating Officers

Dr. Ngo Van Vinh - LLM. Nguyen Thi Hai Yen

- 18** Residential Searching under Criminal Procedure Law of Vietnam

Dr. Le Nguyen Thanh

- 27** Coercive Measures against Legal Entities under the Criminal Procedure Law of Vietnam

LLM. Tran Quoc Minh

- 35** The Provisions under the Criminal Procedure Code of 2015 on Victims and Litigants

LLM. Thai Chi Binh

- 39** Discussions of the Guardians in Criminal Proceedings

Duong Tan Thanh

LEGAL PRACTICE

- 42** Improvements of the Provisions in Article 373 of the Criminal Code of 2015 on the Corporal Punishment

LLM. Hoang Ngoc Anh

- 50** The Forms of a Will in time-to-time Civil Laws of Vietnam

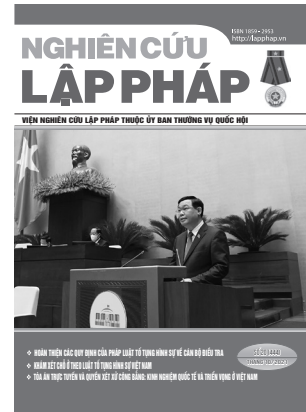
LLM. Luu Thi Phan

FOREIGN EXPERIENCE

- 57** E-Court and Fair Trial Rights: International Experience and Prospects for Vietnam

Dr. Bui Tien Dat

Dr. Nguyen Bich Thao - Tran Thi Trinh



EDITORIAL BOARD:

Dr. Nguyen Van Hien (Chairman)
Dr. Nguyen Van Giau
Prof. Dr. Nguyen Thanh Hai
Prof. Dr. Dinh Van Nha
Dr. Nguyen Van Luat
Dr. Le Hai Duong
Dr. Luong Minh Tuan (Secretary)
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 - HANOI.
ĐT: 0243.2121204/0243.2121206
FAX: 0243.2121201
Email: nclp@quochoi.vn
Website: <http://lapphap.vn>

DESIGN:

TA ANH, HOANG TUAN

LICENSE OF PUBLISHMENT:

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

DISTRIBUTION

HA NOI: 0243.2121202

ACCOUNT NUMBER:

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

TAX CODE: 0104003894

PRINTED BY

PRICE: **25.000 VND**

QUYỀN LAO ĐỘNG CỦA NGƯỜI CHUYỂN GIỚI TẠI VIỆT NAM HIỆN NAY

Trương Hồng Quang*

*TS. NCV. Viện Khoa học pháp lý, Bộ Tư pháp

Thông tin bài viết:

Từ khoá: Bản dạng giới, chuyển đổi giới tính, người chuyển giới, quyền lao động của người chuyển giới.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 03/6/2021

Biên tập : 14/7/2021

Duyệt bài : 16/7/2021

Article Information:

Keywords: Gender identity; gender transition; transgender; working rights to transgender.

Article History:

Received : 03 Jun. 2021

Edited : 14 Jul. 2021

Approved : 16 Jul. 2021

Tóm tắt:

Ở Việt Nam, người chuyển giới tồn tại khách quan trong đời sống xã hội. Xuất phát từ đặc điểm về bản dạng giới, người chuyển giới ở nước ta cũng gặp những hạn chế, khó khăn về vấn đề lao động, việc làm như nhiều quốc gia trên thế giới. Trong phạm vi bài viết này, tác giả phân tích, đánh giá quyền lao động của người chuyển giới ở Việt Nam hiện nay và đưa ra các khuyến nghị nhằm bảo đảm, bảo vệ quyền lao động của người chuyển giới.

Abstract: In Vietnam, the existence of transgenders is objective in social life. Deriving from the characteristics of gender identity, the transgender in our country also faces barriers and obstacles in job seeking and employment matters like several countries in the world. Within the scope of this article, the author provides an analysis and assessment of the working rights of the transgenders in Vietnam and also gives out recommendations to ensure and protect the working rights of transgenders.

1. Dẫn nhập

Khác với người đồng tính¹ hay người song tính², người chuyển giới (transgender) là người tự nhận (theo ý thức cá nhân - personal sense) mình mang giới tính khác với giới tính sinh học khi được sinh ra. Các

lý thuyết về bản dạng giới (gender identity) sẽ giải thích các vấn đề liên quan đến người chuyển giới. Thuật ngữ bản dạng giới được hiểu là việc một người tự nhận mình mang một giới tính nào (có thể giống hoặc khác với giới tính sinh học khi được sinh ra)³.

¹ Người có tình cảm, cảm xúc với người cùng giới tính.

² Người có tình cảm, cảm xúc với cả người khác giới tính và người cùng giới tính.

³ Xem: American Psychological Association (2012), *Guidelines for Psychological Practice with Lesbian, Gay, and Bisexual Clients*, American Psychologist, Vol. 67, No. 1, p. 10-42.

Lý thuyết “Transgender Emergence Model” được Arlene Istar Lev đưa ra năm 2004 đã đề xuất một mô hình gồm bốn phần về giới⁴. Mô hình này giải thích giới bao gồm giới tính sinh học, bản dạng giới, thể hiện giới và xu hướng tính dục; trong đó, bản dạng giới không bị kiểm soát bởi giới tính sinh học. Lý thuyết sự lựa chọn hợp lý (Social Exchange Theory) được George Homans đưa ra năm 1958⁵ dựa vào tiền đề cho rằng, con người luôn hành động một cách có chủ đích, có suy nghĩ để lựa chọn và sử dụng các nguồn lực một cách duy lý nhằm đạt được kết quả tối đa với chi phí tối thiểu. Như vậy, với lý thuyết này, sự lựa chọn công khai bản dạng giới hay quyết định phẫu thuật chuyển đổi giới tính của người chuyển giới... có thể được lý giải một cách minh bạch.

Phân tích những lý thuyết xoay quanh bản dạng giới cho thấy, các xu hướng về bản dạng giới là điều hoàn toàn tự nhiên trong xã hội. Do vậy, nếu một người có nhận thức, mong muốn có giới tính khác với giới tính khi sinh ra thì cũng là điều bình thường. Sau khi thực hiện phẫu thuật, người chuyển giới được gọi với một khái niệm đầy đủ hơn là “người chuyển đổi giới tính” (transsexual). Có hai dạng người chuyển giới là: người chuyển giới nam sang nữ (male to female) và người chuyển giới nữ sang nam (female to male). Mặc dù, người chuyển giới và chuyển đổi giới tính tồn tại ở mọi xã hội, mọi nơi trên thế giới, nhưng những khái

niệm này vẫn được hiểu lẫn lộn, gây lúng túng ngay cả với những người trong cuộc khi không thể xác định bản dạng giới của mình. Nhìn chung, “transgender” là một thuật ngữ có nội hàm rất rộng⁶.

Đối với người chuyển giới, họ phải đối mặt với sự kỳ thị từ xã hội nặng nề hơn so với người đồng tính hay song tính. Một nguyên nhân rất quan trọng của tình trạng này là do phần đông người chuyển giới không thể che giấu bản dạng giới của mình (ví dụ, người chuyển giới từ nam sang nữ thường hay cải trang thành nữ, dùng son phấn...) nên bị lộ nhiều hơn so với người đồng tính. Nhiều người chuyển giới đã phẫu thuật chuyển giới nhưng chưa được pháp luật và xã hội thừa nhận nên khó tiếp cận với các dịch vụ y tế, khó kiếm việc làm...

Ở Việt Nam, tương tự như người đồng tính (và song tính), cũng thật khó để biết được chính xác số lượng người chuyển giới, đặc biệt khi khái niệm chuyển giới không chỉ khuôn gọn vào những người đã phẫu thuật, mà cả những người có cảm nhận rõ ràng về giới tính thực của mình khác với giới tính sinh học, và có xu hướng/mong muốn được chuyển đổi, mặc dù trên thực tế điều đó có thể chưa và không bao giờ xảy ra⁷. Theo một số nghiên cứu, những năm gần đây, người chuyển giới ở Việt Nam đang ngày càng hiện diện rõ nét⁸. Về địa bàn sinh sống, theo một khảo sát công bố năm 2017, trong số 408 người chuyển giới,

⁴ Xem: Arlene Istar Lev (2004), *Transgender Emergence: Understanding Diverse Gender Identities and Expressions*, http://www.choicesconsulting.com/assets/pro_writing/transgender%5B1%5D.pdf, truy cập ngày 01/6/2021.

⁵ Xem: *Social Exchange Theory*, <https://pdfs.semanticscholar.org/f789/c169a5ed5f8edb77fae2a654e572c987a3b9.pdf>, truy cập ngày 01/6/2021.

⁶ Xem: Lori Chambers (2007), “Unprincipled exclusions: Feminist Theory, transgender jurisprudence, and Kimberly Nixon”, *Canadian Journal of Woman and the Law*, Volume 19, Number 2, p.305-334.

⁷ Xem: Viện Nghiên cứu Xã hội, Kinh tế và Môi trường (2012), *Báo cáo nghiên cứu “Người chuyển giới ở Việt Nam - Những vấn đề thực tiễn và pháp lý”*, Hà Nội, tr.14.

⁸ Xem: Lê Bảo (2018), *Đảm bảo quyền cho người chuyển giới: Cần những điều chỉnh phù hợp*, <http://daidoanket.vn/xa-hoi/dam-bao-quyen-cho-nguoi-chuyen-gioi-can-nhung-dieu-chinh-phu-hop-tintuc418341>, truy cập ngày 01/6/2021.

phần lớn hiện đang sống tại các vùng đô thị, thành phố lớn, tập trung chủ yếu tại thành phố Hồ Chí Minh (42,9%) và thành phố Hà Nội (19%)⁹. Các rào cản về mặt xã hội, văn hóa và pháp lý đang đặt người chuyển giới trở thành nhóm dễ bị tổn thương. Họ bị bắt nạt, kỳ thị và phân biệt đối xử ở chính gia đình và cộng đồng. Cơ hội tiếp cận việc làm và y tế của họ cũng bị giới hạn. Trong khi các dịch vụ y tế, pháp lý và xã hội cho người dân nói chung đang ngày càng cải thiện, nhưng dịch vụ dành riêng cho người chuyển giới hầu như không có.

2. Quyền lao động của người chuyển giới ở Việt Nam hiện nay

Trước hết, về quyền bình đẳng, không bị phân biệt đối xử trong đời sống chính trị, dân sự, kinh tế, văn hóa, xã hội của người chuyển giới.

Bình đẳng là các nhu cầu và lợi ích cơ bản (về tinh thần và vật chất) của loài người đều tồn tại ở mỗi người¹⁰. Hiến pháp năm 2013 và pháp luật Việt Nam chưa có quy định riêng về quyền bình đẳng, không phân biệt đối xử dựa trên các vấn đề về xu hướng tính dục và bản dạng giới. Các quy định về quyền này thường quy định chung cho các đối tượng trong xã hội. Hiến pháp năm 2013 quy định mọi người đều bình đẳng trước pháp luật, không ai bị phân biệt đối xử trong đời sống chính trị, dân sự, kinh tế, văn hóa, xã hội (Điều 16). Như vậy, quyền bình đẳng trước pháp luật, không bị phân biệt đối xử được áp dụng cho tất cả mọi người (trong đó có cả người đồng tính, song tính, chuyển giới (LGBT) nói chung và người chuyển giới nói riêng).

Cụ thể hơn, trong lĩnh vực pháp luật lao

động, Hiến pháp năm 2013 quy định người làm công ăn lương được bảo đảm các điều kiện làm việc công bằng, an toàn; được hưởng lương, chế độ nghỉ ngơi; nghiêm cấm phân biệt đối xử, cưỡng bức lao động (khoản 2, 3 Điều 35); Nhà nước bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của người lao động, người sử dụng lao động và tạo điều kiện xây dựng quan hệ lao động tiến bộ, hài hòa và ổn định (khoản 2 Điều 57). Trước đây, Bộ luật Lao động năm 2012 nghiêm cấm hành vi phân biệt đối xử về giới tính, dân tộc, màu da, thành phần xã hội, tình trạng hôn nhân, tín ngưỡng, tôn giáo, nhiễm HIV/AIDS, khuyết tật hoặc vì lý do thành lập, gia nhập và hoạt động công đoàn; ngược đãi người lao động, quấy rối tình dục tại nơi làm việc (khoản 1, 2 Điều 8). Có thể nhận thấy, nếu như Hiến pháp năm 2013 quy định chung về “*ng nghiêm cấm phân biệt đối xử*” thì Bộ luật Lao động năm 2012 quy định “*ng nghiêm cấm hành vi phân biệt đối xử về giới tính, dân tộc,...*”. Hiện nay, Bộ luật Lao động năm 2019 nghiêm cấm “*phân biệt đối xử trong lao động*” (khoản 1 Điều 8); khoản 8 Điều 3 Bộ luật này quy định phân biệt đối xử trong lao động là hành vi phân biệt, loại trừ hoặc ưu tiên dựa trên chủng tộc, màu da, nguồn gốc quốc gia hoặc nguồn gốc xã hội, dân tộc, giới tính,... có tác động làm ảnh hưởng đến bình đẳng về cơ hội việc làm hoặc nghề nghiệp. Như vậy, hành vi bị nghiêm cấm bởi Bộ luật Lao động năm 2019 có tính khái quát cao hơn so với Bộ luật Lao động năm 2012 nhưng trong cả 2 bộ luật này, lý do để phân biệt đối xử chưa bao phủ hết các đối tượng người LGBT (trong đó có người chuyển giới) vì nếu nói đến giới tính là về vấn đề nam/nữ, trong khi

⁹ Xem: Viện Nghiên cứu Xã hội, Kinh tế và Môi trường (2017), *Báo cáo nghiên cứu “Hiện trạng trải nghiệm y tế và nhu cầu chuyển đổi giới tính của người chuyển giới ở Việt Nam”*, Hà Nội, tr.21.

¹⁰ Xem: Võ Khánh Vinh (chủ biên), *Quyền con người: Tiếp cận đa ngành và liên ngành khoa học xã hội*, Nxb Khoa học xã hội, Hà Nội, 2009, tr.18.

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

đó đối tượng LGBT liên quan đến vấn đề xu hướng tính dục,¹¹ bản dạng giới (họ có thể là nam/nữ nhưng xu hướng tính dục hoặc bản dạng giới có thể khác nhau).

Bên cạnh đó, cơ sở pháp lý về bình đẳng giới nói chung cho đến nay vẫn chưa thực sự đầy đủ. Theo Luật Bình đẳng giới năm 2006 và các văn bản pháp luật liên quan, hoạt động bình đẳng giới hướng đến mục tiêu tạo sự ngang bằng giữa nam và nữ về mọi mặt, trong đó tạo một số điều kiện để nữ giới được phát huy khả năng của bản thân. Tác giả cho rằng, quan niệm này đúng nhưng dường như chưa đầy đủ, chưa đáp ứng được xu hướng phát triển về giới hiện nay. Mặc dù thuật ngữ gender (giới tính) là khái niệm rộng, nhưng hiện tại chỉ mới được hiểu ở mức độ biological sex/gender (giới tính sinh học) mà chưa có sự ghi nhận bình đẳng giữa những xu hướng tính dục, bản dạng giới khác nhau. Nếu không ghi nhận việc cấm phân biệt đối xử dựa trên xu hướng tính dục, bản dạng giới thì pháp luật sẽ ít nhiều mất đi giá trị xã hội vốn có của nó. Bình đẳng giới cần đề cập đến sự bình đẳng ngay trong một giới (giữa các xu hướng tính dục, bản dạng giới). Quan niệm bình đẳng giới bị bó hẹp như hiện nay có thể dẫn đến khả năng người LGBT bị kỳ thị, phân biệt đối xử trong nhiều lĩnh vực (đời sống, lao động, việc làm...).

Nhìn chung, các yếu tố về xu hướng tính dục hay bản dạng giới chưa được đề cập/thể hiện rõ nét trong các quy định về quyền bình đẳng, không bị phân biệt đối xử trong đời sống chính trị, dân sự, kinh tế, văn hóa, xã hội ở nước ta. Điều đó khiến cho cơ sở pháp lý để bảo vệ quyền của người LGBT nói chung và quyền lao động của người chuyển giới nói riêng chưa thực sự chắc chắn.

Thứ hai, Hiến pháp năm 2013 và pháp luật lao động quy định về quyền lao động (học nghề, tìm kiếm việc làm, lựa chọn nghề nghiệp, tuyển dụng...) chung cho mọi người trong xã hội. Ví dụ, theo Bộ luật Lao động năm 2019, người lao động có quyền làm việc; tự do lựa chọn việc làm, nơi làm việc, nghề nghiệp, học nghề, nâng cao trình độ nghề nghiệp; không bị phân biệt đối xử, cưỡng bức lao động, quấy rối tình dục tại nơi làm việc (điểm a khoản 1 Điều 5); người lao động làm việc không trọn thời gian được hưởng lương; bình đẳng trong thực hiện quyền và nghĩa vụ với người lao động làm việc trọn thời gian; bình đẳng về cơ hội, không bị phân biệt đối xử, bảo đảm an toàn, vệ sinh lao động (khoản 3, Điều 32)... Trong lĩnh vực có liên quan, hành vi phân biệt đối xử về giới tính... trong tuyển, quản lý lao động bị phạt tiền từ 5.000.000 đồng đến 10.000.000 đồng (khoản 2 Điều 7 Nghị định số 28/2020/NĐ-CP ngày 01/3/2020 của Chính phủ quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực lao động, bảo hiểm xã hội, đưa người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng). Như vậy, pháp luật hiện hành của nước ta không bao hàm quy định đặc thù riêng liên quan đến quyền lao động của người chuyển giới nói riêng và người LGBT nói chung. Điều này có khả năng dẫn đến việc quyền lao động của người chuyển giới sẽ không được bảo đảm.

Thứ ba, vấn đề chuyển đổi giới tính của người chuyển giới.

Trước đây, trong quá trình xây dựng Bộ luật Dân sự năm 2005, vấn đề chuyển đổi giới tính đã được đề cập¹² nhưng

¹¹ Chỉ việc một người có tình cảm, cảm xúc với người có cùng giới tính/khác giới tính/cả hai giới tính.

¹² Xem: Hồng Khánh (2006), *Người chuyển đổi giới tính phải được thừa nhận*, <https://vnexpress.net/tin-tuc/thoi-su/nguoi-chuyen-doi-gioi-tinh-phai-duoc-thua-nhan-2072247.html>, truy cập ngày 01/6/2021.

chưa được quy định. Bộ luật Dân sự năm 2015 đã ghi nhận vấn đề chuyển đổi giới tính trong phần Quyền nhân thân (Điều 37): “Việc chuyển đổi giới tính được thực hiện theo quy định của luật. Cá nhân đã chuyển đổi giới tính có quyền, nghĩa vụ đăng ký thay đổi hộ tịch theo quy định của pháp luật về hộ tịch; có quyền nhân thân phù hợp với giới tính đã được chuyển đổi theo quy định của Bộ luật này và luật khác có liên quan”. Có thể thấy, đây là một bước tiến lớn trong tư duy lập pháp về quyền con người, quyền công dân. Điều này phản ánh sự đáp ứng kịp thời nhu cầu thực tiễn của đời sống xã hội của pháp luật nước ta. Khác với vấn đề quyền kết hôn của cặp đôi cùng giới, vấn đề chuyển giới có những nét riêng biệt cần được ghi nhận. Ví dụ, nhiều công dân Việt Nam đã ra nước ngoài phẫu thuật và quay về Việt Nam sống, gặp nhiều khó khăn trong cuộc sống; một số trường hợp bị xâm hại tình dục mà không được bảo vệ thích đáng; không được thay đổi giấy tờ cá nhân nên khó khăn trong một số công việc hàng ngày; nhiều trường hợp phẫu thuật “chui” nên gặp rủi ro về y tế, tính mạng...

Theo Kế hoạch triển khai thi hành Bộ luật Dân sự năm 2015 (ban hành kèm theo Quyết định số 243/QĐ-TTg ngày 05/02/2016 của Thủ tướng Chính phủ), Bộ Y tế được giao “nghiên cứu, đề nghị xây dựng văn bản quy phạm pháp luật về chuyển đổi giới tính” (mục II.4b), thực hiện trong năm 2016 và năm 2017. Như vậy, cho đến nay, sau hơn bốn năm thi

hành Bộ luật Dân sự năm 2015, quy định tại Điều 37 của Bộ luật này vẫn chưa được hiện thực hóa.

Theo một nghiên cứu công bố năm 2017¹³, trong số 408 người chuyển giới tham gia khảo sát thì có 35 người (chiếm 8,6%) đã từng trải qua ít nhất một lần phẫu thuật chuyển đổi giới tính. Trong số 35 người này, 28,6% được khám đánh giá, nhưng chưa được làm đầy đủ, thoả đáng theo như họ mong muốn; 2% cho biết không được khám đánh giá trước phẫu thuật; 14,3% không nhận được chăm sóc và tư vấn hậu phẫu, 25,7% có nhận được dịch vụ này tuy nhiên không cảm thấy hài lòng; 60% cho biết họ nhận được khám và tư vấn tâm lý đầy đủ sau phẫu thuật; 71,4% cho biết sau khi phẫu thuật, họ gặp rắc rối liên quan đến giấy tờ tùy thân, do ngoại hình thật không khớp với thông tin và hình ảnh trên giấy tờ; 14,3% nhận thấy sức khỏe giảm sút sau khi phẫu thuật. Với chi phí can thiệp y học rất cao, nhiều người đã tìm đến các dịch vụ chui giá thấp và chính họ gặp không ít rủi ro.

Có thể thấy, việc chưa có một hành lang pháp lý đầy đủ về chuyển đổi giới tính đã dẫn đến khá nhiều hệ quả. Vấn đề chuyển đổi giới tính vẫn đang bị “treo” và nhiều người chuyển giới đã phẫu thuật trước đây vẫn tiếp tục sống trong tình trạng giấy tờ nhân thân khác với cơ thể hiện tại, vẫn có thể bị xâm phạm tình dục nhưng chưa được bảo vệ thích đáng, gặp khó khăn trong việc thực hiện một số thủ tục hành chính/dịch vụ công... Nhiều người chuyển giới vẫn chưa được thực hiện quyền của mình, gặp nhiều khó khăn trong cuộc sống cũng như

¹³ Xem: Viện Nghiên cứu Xã hội, Kinh tế và Môi trường (2017), Báo cáo nghiên cứu “Hiện trạng trải nghiệm y tế và nhu cầu chuyển đổi giới tính của người chuyển giới ở Việt Nam”, tldd, tr. 8-9.

trong việc thực hiện các quyền lao động, làm việc...¹⁴

Thứ tư, thực tiễn thực hiện quyền lao động của người chuyển giới.

Để tìm hiểu bức tranh toàn diện về thực tiễn quyền lao động của người chuyển giới tương đối khó khăn và cần những nghiên cứu chuyên sâu với quy mô lớn. Tác giả tập trung làm rõ một số điểm trong bức tranh toàn cảnh đã được phản ánh thời gian qua.

Thực tế cho thấy, người chuyển giới có thể thuộc nhiều nhóm, thành phần xã hội với khá nhiều công việc khác nhau. Nhiều người trong số họ đã đóng góp tích cực cho sự phát triển chung của xã hội¹⁵. Mặc dù có thể gặp nhiều khó khăn tìm kiếm việc làm và sự phân biệt đối xử ở nơi làm việc nhưng nhiều người chuyển giới có bằng đại học luôn muốn làm ở các công ty để chứng tỏ bản thân trong môi trường chuyên nghiệp¹⁶. Họ cho rằng, việc là người chuyển giới có tác động tích cực đến cuộc sống của họ, dạy họ phải tin tưởng vào bản thân, có tham vọng và bền chí.

Tuy nhiên, trong thực tế, môi trường lao động của người chuyển giới ở nước ta vẫn tồn tại những hạn chế nhất định, đặc biệt đối với khu vực lao động phi chính thức. Nhiều người chuyển giới vừa bị kỳ thị của xã hội và của chính cộng đồng LGBT, vừa không xin được việc làm nên thường co

cụm trong cộng đồng nhỏ bé của mình. Về cơ hội việc làm, khác với người đồng tính, với việc khao khát được chuyển đổi giới tính nên người chuyển giới thường có vẻ bề ngoài, ăn mặc khác với giới tính mình đang có. Từ đó, người chuyển giới thường khó có cơ hội xin việc làm do bị kỳ thị.

“Điều quan trọng khi nói ra điều này mình mong mọi người có thể hiểu rằng người chuyển giới ở Việt Nam vốn rất khó tìm được một công việc mà xã hội gọi là “tử tế”. Thời buổi hiện tại một nam thanh niên, nữ thanh niên đi xin việc đã khó, huống chi một người chuyển giới, mà còn là chuyển giới nữ. Đã có lần mình được nhận vào làm việc nhưng sau khi biết mình là người chuyển giới, công ty đã tìm lý do để sa thải. Khi không tìm được một công việc ổn định cuộc sống của người chuyển giới gặp rất nhiều khó khăn và họ buộc phải đi làm những công việc có phân thấp kém. Bởi vì hầu hết người chuyển giới đều không nhận được sự hậu thuẫn từ gia đình” (Tâm sự của HySa B - Miss Beauty 2015)¹⁷.

Số liệu khảo sát trực tuyến đối với 2363 người LGBT khi mọi người xung quanh biết họ là LGBT cho thấy: trong lĩnh vực việc làm, 29,9% bị từ chối nhận vào làm trong khi đủ điều kiện; 8,8% bị đuổi việc; 48,4% nghe, nhìn thấy những nhận xét, hành động tiêu cực từ đồng nghiệp... Đặc biệt, tỷ lệ người chuyển giới bị từ chối khi xin việc

¹⁴ Xem: Nhật Thy (2018), *Người chuyển giới mong sớm ban hành Luật Chuyển đổi giới tính*, <https://www.moha.gov.vn/congtaccanbonu/binhdanggioi/nguoi-chuyen-gioi-mong-som-ban-hanh-luat-chuyen-doi-gioi-tinh-39697.html>, ngày 26/9/2018; Tâm Lua (2019), *Quyền chuyển đổi giới tính: 4 năm “treo” hướng dẫn, phát sinh nhiều hệ lụy*, <https://tuoitre.vn/quyen-chuyen-doi-gioi-tinh-4-nam-treo-huong-dan-phat-sinh-nhieu-he-luy-1506320.htm>, ngày 12/6/2019...

¹⁵ Xem: *Người chuyển giới làm những nghề gì? Bộ ảnh này sẽ cho bạn câu trả lời*, tldd.

¹⁶ Xem: Nhữ Trang (2015), *Người chuyển giới: Gian nan cơ hội tìm việc làm*, <https://dantri.com.vn/doi-song/nguoi-chuyen-gioi-gian-nan-co-hoi-tim-viec-lam-20150930080432321.htm>, truy cập ngày 01/6/2021.

¹⁷ Xem: Nguyễn Toàn (2018), *Hoa hậu chuyển giới Việt Nam đầu tiên sau hơn 2 năm đăng quang: “Ai cũng nghĩ sau Miss Beauty thì đời mình lên mây”*, <http://kenh14.vn>, truy cập ngày 01/6/2021.

(59%) cao gấp ba lần so với nhóm đồng tính và song tính (19,6%)¹⁸. Theo nghiên cứu “Sinh kế với người chuyển giới” (công bố năm 2015) do Trung tâm Sáng kiến Sức khỏe và Dân số Việt Nam và Viện nghiên cứu phát triển Vương Quốc Anh tại Tp. Hà Nội, Tp. Hồ Chí Minh - khu vực được đánh giá tập trung đông đảo nhất người chuyển giới - với 197 người chuyển giới nam và nữ cho thấy, hầu hết người chuyển giới gặp phải rất nhiều khó khăn trong vấn đề tìm kiếm việc làm cũng như sự phân biệt, kỳ thị tại nơi làm việc. Qua tâm sự, nghiên cứu thực tế, nhóm nghiên cứu đã nhận thấy có sự khác biệt về vấn đề việc làm của người chuyển giới. Hơn 30% người tham gia cho biết đã từng nghỉ việc do là người chuyển giới. Hơn một nửa số này đã từng phải nghỉ việc từ hai lần trở lên. Gần 50% người chuyển giới có thu nhập chính từ một công việc hoàn toàn bán thời gian, 21 % có tích lũy, 28% đủ chi tiêu, 25% có thu nhập nhưng không đủ chi tiêu và khoảng 26% hoàn toàn không có thu nhập.

Một nghiên cứu về người chuyển giới nữ sinh sống và làm việc tại Tp. Hồ Chí Minh cho thấy, 45% bị từ chối việc làm do phân biệt đối xử dựa trên bản dạng giới¹⁹. Điều này phần nào giải thích cho thực tế chỉ có 4% những người tham gia khảo sát có các việc làm ở khu vực chính thức (có hợp đồng lao động và được hưởng các chế độ, lợi ích của người lao động) và có tới 13% kiếm sống bằng nghề mại dâm.

Đối với những người chuyển giới chưa qua phẫu thuật, nếu họ sống công khai, lộ thân phận thì cũng khó có cơ hội việc làm. Một số nghề mà người chuyển giới

hay làm là để mua vui cho người khác (hát đám ma, phục vụ quán bar, vũ trường hay đi bán dâm...). Đặc biệt, đối tượng trẻ em đường phố là người chuyển giới đi làm các công việc này thường gặp những rủi ro rất lớn cho bản thân. Từ đó, người chuyển giới thường có nhiều rủi ro về mặt sức khỏe. Một mặt, do bị kỳ thị, xa lánh nên họ thiếu kiến thức về quan hệ tình dục, dễ bị lây nhiễm các căn bệnh khó chữa. Mặt khác, người chuyển giới ở Việt Nam, đặc biệt là những người làm các nghề như hát đám ma, bán dâm, lang thang... thường bị ảnh hưởng sức khỏe rất nhiều do công việc hoặc bị lạm dụng.

Một điểm cũng cần quan tâm là, trong quá trình lao động, làm việc nói riêng hay trong cuộc sống nói chung, nhiều người chuyển giới cũng có nhu cầu được sử dụng nhà vệ sinh đúng với giới tính (đã can thiệp y tế để chuyển đổi giới tính) hoặc nhà vệ sinh trung tính (có thể dùng chung cho cả nam, nữ), nhà vệ sinh dành riêng cho người chuyển giới. Đây là vấn đề liên quan đến an toàn lao động của người chuyển giới. Tuy nhiên, xử lý nhu cầu này như thế nào vẫn là vấn đề còn gây tranh luận trên thế giới cũng như ở Việt Nam²⁰.

Có thể nhận thấy, mức độ nhận thức của xã hội về người LGBT nói chung và người chuyển giới nói riêng đôi khi chưa thực sự đầy đủ, tích cực nên đã dẫn đến sự kỳ thị đối với người LGBT, cho rằng đây là những người không bình thường, đi ngược lại tự nhiên. Do vậy, mặc dù Hiến pháp và pháp luật đã ghi nhận quyền bình đẳng, không bị phân biệt đối xử cho mọi người nói chung và người LGBT nói riêng nhưng vẫn chưa

¹⁸ Xem: Viện Nghiên cứu Xã hội, Kinh tế và Môi trường (2016), *Báo cáo nghiên cứu “Có phải bởi vì tôi là LGBT?” Phân biệt đối xử dựa trên xu hướng tính dục và bản dạng giới tại Việt Nam*, Nxb. Hồng Đức, Hà Nội, tr. 45-74.

¹⁹ Xem: *Hội thảo về sửa đổi Bộ luật Lao động - Các vấn đề liên quan đến cộng đồng LGBTIQ*, <https://vietnammoi.vn/xin-viec-con-ac-mong-doi-voi-nguoi-chuyen-gioi-53144.htm>, truy cập ngày 01/6/2021.

²⁰ Xem: Phúc Duy (2015), *Tranh cãi người chuyển giới sử dụng nhà vệ sinh nam hay nữ?* <https://thanhnien.vn/tranh-cai-nguoi-chuyen-gioi-su-dung-nha-ve-sinh-nam-hay-nu-post521066.html>

được hiện thực hóa trong thực tế, ở đây là lĩnh vực lao động, việc làm.

3. Khuyến nghị nhằm bảo đảm, bảo vệ quyền lao động của người chuyển giới tại Việt Nam

Thứ nhất, nâng cao nhận thức nhằm giảm thiểu, xóa bỏ sự phân biệt về giới, xu hướng tính dục và bản dạng giới.

Những phân tích ở phần trên cho thấy, nhận thức của các chủ thể trong xã hội về xu hướng tính dục, bản dạng giới hay cụ thể hơn về người chuyển giới còn chưa đầy đủ. Đây là một trong những nguyên nhân chính dẫn đến sự kỳ thị, phân biệt đối xử đối với người chuyển giới liên quan đến lao động, việc làm. Để khắc phục tình trạng này, các cơ quan, tổ chức cần có các giải pháp tuyên truyền, phổ biến pháp luật về quyền của người LGBT nói chung và người chuyển giới nói riêng thực sự hiệu quả và thiết thực hơn. Bộ Tư pháp (cùng một số Bộ khác như: Bộ Lao động, Thương binh và Xã hội; Bộ Văn hóa, Thể thao và Du lịch...) cần tiếp tục đổi mới hình thức tuyên truyền, phổ biến, giáo dục pháp luật về quyền con người, quyền công dân. Trong quá trình xây dựng pháp luật liên quan đến quyền của người LGBT cần chú trọng thực hiện truyền thông chính sách để người dân và xã hội hiểu rõ, hiểu đúng về các chính sách, quy định mới. Một số đối tượng cán bộ liên quan trực tiếp đến các quyền của người LGBT (cán bộ xây dựng pháp luật, cán bộ hộ tịch, công an, cán bộ cấp xã, cán bộ tư pháp...) cũng cần được bổ sung, phổ biến các kiến thức đúng đắn về người LGBT. Bên cạnh đó, cần xây dựng chương trình tuyên truyền, phổ biến kiến thức pháp luật dành riêng cho các nhóm đối tượng dễ bị tổn thương (trong đó có người LGBT) để giúp họ nắm được quyền, nghĩa vụ cũng như các cơ chế bảo vệ quyền của mình. Trong

giáo dục và đào tạo, cần tiếp tục mở rộng nội dung của các chương trình giáo dục giới tính (đặc biệt cho học sinh phổ thông, sinh viên). Theo đó, cần thông tin, giáo dục các vấn đề về xu hướng tính dục và bản dạng giới để góp phần định hướng nhận thức đúng đắn cho học sinh, sinh viên nói riêng và giới trẻ nói chung. Ngoài ra, cần phổ biến các kiến thức khoa học chính thống về xu hướng tính dục, bản dạng giới, đồng tính, chuyển giới... cho các cơ quan, tổ chức, người dân, gia đình, xã hội và đặc biệt là các cơ sở khám bệnh, chữa bệnh và cán bộ ngành y tế...

Thứ hai, tiếp tục hoàn thiện các quy định của pháp luật về bình đẳng giới và chống phân biệt đối xử nói chung, trong lĩnh vực lao động nói riêng.

Bình đẳng luôn được coi là nền tảng của sự ổn định và tiến bộ của mọi xã hội²¹. Theo tác giả, trước hết nên nghiên cứu, bổ sung quan niệm về bình đẳng giới. Như đã nêu trong các phần trên, quan niệm về bình đẳng giới có tác động rất lớn đến việc chống phân biệt đối xử, kỳ thị đối với người LGBT nói chung và người chuyển giới nói riêng. Hiện nay, ở các nước trên thế giới thường có sự ghi nhận về bình đẳng giữa các xu hướng tính dục, bản dạng giới (ví dụ như cấm sự kỳ thị đồng tính), nghĩa là hướng đến sự bình đẳng ngay trong cùng một giới. Như vậy, quan niệm về bình đẳng giới phải rộng hơn, không chỉ bó hẹp trong mối quan hệ bình đẳng giữa nam và nữ. Các nước cũng thể hiện thái độ khác nhau đối với bình đẳng về xu hướng tính dục, ví dụ như có nước cấm sự kỳ thị nhưng có nước lại cấm hiện tượng đồng tính, cấm tuyên truyền về đồng tính... Việc ghi nhận nguyên tắc cấm sự kỳ thị về xu hướng tính dục, bản dạng giới là điều hoàn toàn phù hợp với xu hướng nhân quyền

²¹ Xem: Võ Khánh Vinh (chủ biên, 2009), *Quyền con người: Tiếp cận đa ngành và liên ngành khoa học xã hội*, tldd, tr.386.

hiện nay. Điều đó sẽ làm cho quan niệm về bình đẳng giới được toàn diện hơn nữa.

Trong thời gian tới, cần sửa đổi Luật Bình đẳng giới năm 2006 theo hướng mở rộng quan niệm bình đẳng giới đối với vấn đề xu hướng tính dục, bản dạng giới. Các văn bản luật chuyên ngành trong các lĩnh vực (dân sự, lao động, việc làm...) cần lồng ghép yếu tố này để góp phần tạo cơ sở chống phân biệt đối xử, kỳ thị đối với người LGBT nói chung và người chuyển giới nói riêng trong xã hội. Pháp luật cần thể hiện cụ thể, rõ nét tinh thần không phân biệt đối xử dựa trên xu hướng tính dục, bản dạng giới, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của tất cả người lao động; thể hiện qua nội quy lao động bắt buộc và được cam kết thực thi một cách nghiêm túc, nhất quán.

Theo một khảo sát công bố năm 2016, 85,4% người được hỏi mong muốn Nhà nước ban hành luật chống phân biệt đối xử, nghiêm cấm phân biệt đối xử dựa trên xu hướng tính dục và bản dạng giới²². Cũng theo khảo sát này, khi được hỏi thêm rằng họ có nghĩ rằng luật này sẽ hiệu quả trên thực tế không, nhiều ý kiến tỏ ra không chắc chắn. Có người tin rằng quan điểm xã hội chỉ cải thiện khi diễn ra sự thay đổi thể hệ, tức là ở tương lai xa: *“Em nghĩ Luật Chống phân biệt đối xử cũng không (hiệu quả) đâu. Cho nên mình vận động thì cứ vận động còn nếu không mà đời mình không được thì biết đâu thể hệ sau này lớn lên thì sẽ không có bị phân biệt đối xử nữa. Nhiều khi em nghĩ là tầng lớp già đi rồi lên đường rồi, tầng lớp trẻ lớn lên, nhiều khi may ra tư tưởng của mấy bạn hiện đại hơn thì cũng có thể thay đổi được nhưng mà lúc đó thì cũng*

qua cái đời mình, chắc tới đời con, đời cháu gì rồi” (chuyển giới nam, 18-24 tuổi, Tp. Hồ Chí Minh)²³.

Theo chúng tôi, trong bối cảnh hiện nay, việc ban hành một luật riêng về chống phân biệt đối xử, nghiêm cấm phân biệt đối xử dựa trên xu hướng tính dục và bản dạng giới chưa thực sự cần thiết. Sự bất bình đẳng, phân biệt đối xử hay kỳ thị trong xã hội xuất phát từ rất nhiều lý do khác nhau. Nếu ban hành một luật riêng về chống phân biệt đối xử dựa trên xu hướng tính dục, bản dạng giới sẽ tác động đến nhiều văn bản luật tương tự dưới các góc độ dân tộc, tôn giáo, tín ngưỡng, tiếng nói... Bên cạnh đó, cho dù có quy định bằng một luật riêng hay lồng ghép vào các luật chuyên ngành khác nhau, điều quan trọng vẫn là nhận thức của các chủ thể thi hành pháp luật. Trong nhiều trường hợp, mặc dù luật đã nghiêm cấm hành vi phân biệt đối xử nhưng tình trạng phân biệt đối xử vẫn xảy ra. Chính vì vậy, hiện nay, việc nâng cao hiệu quả thi hành pháp luật quan trọng hơn việc xem xét ban hành một luật riêng. Trong tương lai xa hơn, có thể nghiên cứu xây dựng một luật chung về phòng, chống phân biệt đối xử để xác định các nguyên tắc chung, cơ bản cho tất cả mọi lĩnh vực, trong đó có phân biệt đối xử về giới tính, xu hướng tính dục và bản dạng giới. Trên cơ sở đó, các luật chuyên ngành sẽ cụ thể hóa trong từng lĩnh vực. Trước mắt, cần sửa đổi khoản 8 Điều 3 Bộ luật Lao động năm 2019 theo hướng bổ sung các yếu tố về xu hướng tính dục, bản dạng giới. Theo đó, không được phân biệt đối xử vì bất kỳ lý do gì trong lĩnh vực lao động, việc làm, nghề nghiệp liên quan đến xu hướng tính dục hay bản dạng giới. Đây sẽ là cơ sở quan trọng để bảo đảm, bảo vệ

²² Xem: Viện Nghiên cứu Xã hội, Kinh tế và Môi trường (2016), *Báo cáo nghiên cứu “Có phải bởi vì tôi là LGBT?” Phân biệt đối xử dựa trên xu hướng tính dục và bản dạng giới tại Việt Nam*, tldd, tr.88.

²³ Xem: Viện Nghiên cứu Xã hội, Kinh tế và Môi trường (2016), *Báo cáo nghiên cứu “Có phải bởi vì tôi là LGBT?” Phân biệt đối xử dựa trên xu hướng tính dục và bản dạng giới tại Việt Nam*, tldd, tr.89.

quyền của người lao động là người chuyển giới trong các nội dung cụ thể của Bộ luật Lao động năm 2019.

Thứ ba, hoàn thiện cơ sở pháp lý về vấn đề chuyển đổi giới tính của người chuyển giới.

Hiện nay, nhu cầu đẩy nhanh quá trình soạn thảo Luật Chuyển đổi giới tính là rất cấp thiết. Trên cơ sở nhận thức đầy đủ vấn đề trọng tâm của Luật này là quyền con người chứ không đơn thuần chỉ là vấn đề y khoa, Luật Chuyển đổi giới tính cần xử lý một số vấn đề quan trọng như sau:²⁴ (1) Mức độ công nhận người chuyển giới (không can thiệp y tế/can thiệp y tế bằng hóa học/môn/can thiệp y tế bằng phẫu thuật toàn bộ hoặc một phần); (2) Điều kiện về độ tuổi của người chuyển đổi giới tính; (3) Điều kiện về tình trạng hôn nhân của người muốn chuyển đổi giới tính; (4) Quy trình chuyển đổi giới tính; (5) Số lần được chuyển đổi giới tính; (6) Các cơ sở y tế can thiệp chuyển đổi giới tính; (7) Công nhận những người đã chuyển đổi giới tính trước đây; (8) Chi phí can thiệp y tế chuyển đổi giới tính; (9) Tác động đến các văn bản pháp luật khác (pháp luật về hộ tịch và các giấy tờ pháp lý, pháp luật về thuế, pháp luật về xác định giới tính...).

Trong tương lai, cần sửa đổi tên gọi của Điều 37 Bộ luật Dân sự năm 2015 thành “Quyền chuyển đổi giới tính” để khẳng định rõ ràng đây là quyền của người chuyển giới và bảo đảm sự thống nhất trong hệ thống các quyền nhân thân. Việc xây dựng cơ sở pháp lý đầy đủ về vấn đề chuyển đổi giới tính sẽ góp phần tạo điều kiện thuận lợi để người chuyển giới hòa nhập với xã hội, góp phần hạn chế sự kỳ thị không đáng có, nhất là trong đời sống hàng ngày cũng như trong quá trình lao động, làm việc...

Bên cạnh đó, cần nghiên cứu giải quyết nhu cầu về việc sử dụng nhà vệ sinh của người chuyển giới. Tại Hoa Kỳ, trong vấn đề sử dụng nhà vệ sinh, người chuyển giới cũng gặp khó khăn trong việc được sử dụng nhà vệ sinh đúng với giới tính sau khi chuyển giới của mình. Tháng 6/2015, Cơ quan quản lý y tế và an toàn lao động Hoa Kỳ (OSHA) đã ban hành “Hướng dẫn sử dụng nhà vệ sinh cho người lao động chuyển giới” gửi đến tất cả doanh nghiệp ở Hoa Kỳ²⁵. Theo đó, hạn chế hoặc không cho phép người lao động chuyển giới sử dụng nhà vệ sinh đúng với giới tính của họ sau khi phẫu thuật chuyển giới có thể khiến họ cảm thấy bất an; một người nhận dạng là đàn ông nên được sử dụng nhà vệ sinh nam, và một người nhận dạng là phụ nữ nên sử dụng nhà vệ sinh nữ... Tuy nhiên, OSHA cũng thừa nhận việc người chuyển giới nên sử dụng nhà vệ sinh nào hiện vẫn là vấn đề gây tranh cãi gay gắt tại các trường học và doanh nghiệp. Chính vì lẽ đó, OSHA chỉ ra văn bản hướng dẫn, theo đó dừng lại ở mức “kêu gọi” chứ không phải ra luật hay quy định áp đặt tất cả các doanh nghiệp phải tuân theo²⁶. Theo chúng tôi, đây là vấn đề cần có sự đánh giá tác động kinh tế, xã hội và giới cụ thể. Nếu xây dựng nhà vệ sinh riêng cho người chuyển giới sẽ phải cân nhắc về khả năng kinh tế của chính quyền, số lượng và nhu cầu sử dụng của người chuyển giới. Cũng cần lưu ý không phải lúc nào việc có quy định đặc thù cũng mang lại tác động tích cực. Ví dụ, xây dựng nhà vệ sinh riêng cho người chuyển giới cũng có khả năng khiến người chuyển giới bị chú ý hơn và dễ bị kỳ thị hơn ■

²⁴ Xem thêm: Trương Hồng Quang (2019), *Quyền của người đồng tính, song tính, chuyển giới và liên giới tính theo pháp luật Việt Nam hiện nay*, Luận án tiến sĩ, Học viện Khoa học xã hội, Hà Nội, tr. 135-142.

²⁵ Xem: *A Guide to Restroom Access for Transgender Workers*, <https://www.dol.gov/sites/dolgov/files/OASP/legacy/files/TransgenderBathroomAccessBestPractices.pdf>, truy cập ngày 03/6/2021.

²⁶ Xem: Phúc Duy (2015), *Tranh cãi: Người chuyển giới sử dụng nhà vệ sinh nam hay nữ?*, tldd.

HOÀN THIỆN CÁC QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT TỔ TỤNG HÌNH SỰ VỀ CÁN BỘ ĐIỀU TRA

Ngô Văn Vịnh*

Nguyễn Thị Hải Yến**

*TS. Khoa Luật, Học viện Chính trị Công an nhân dân

**ThS. Phòng Quản lý khoa học và Hợp tác quốc tế, Trường Đại học Kiểm sát Hà Nội

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Cán bộ điều tra, Bộ luật Tố tụng hình sự, Luật Tổ chức Cơ quan điều tra hình sự.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 11/9/2021

Biên tập : 12/10/2021

Duyệt bài : 15/10/2021

Article Information:

Keywords: Investigating officers; Criminal Procedure Code; Law on Organization of Criminal Investigation Agencies.

Article History:

Received : 11 Sep. 2021

Edited : 12 Oct. 2021

Approved : 15 Oct. 2021

Tóm tắt:

Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2015 và Luật Tổ chức Cơ quan điều tra hình sự năm 2015 quy định Cán bộ điều tra là người được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra với những quy định mới, cụ thể. Tuy nhiên, một số quy định của Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2015 và Luật Tổ chức Cơ quan điều tra hình sự năm 2015 về Cán bộ điều tra còn bất cập, cần được tiếp tục hoàn thiện.

Abstract:

Abstract: The Criminal Procedure Code of 2015 and the Law on Organization of Criminal Investigation Agencies of 2015 both define a provision that an investigating officer is a person assigned to conduct a number of investigative activities with new and specific regulations. However, a number of provisions of the Criminal Procedure Code of 2015 and the Law on Organization of Criminal Investigation Agencies of 2015 on investigating officers are still inadequate and they need to be further reviewed for improvements.

1. Các quy định của pháp luật tố tụng hình sự về chức danh Cán bộ điều tra

1.1. Tiêu chuẩn của Cán bộ điều tra

Cán bộ điều tra (CBĐT) là chức danh tố tụng mới được quy định trong Bộ luật Tố tụng hình sự (TTHS) năm 2015 và Luật Tổ chức Cơ quan điều tra hình sự (ĐTTHS) năm 2015. Trước khi có Bộ luật TTHS năm 2015, CBĐT trong thực tế đã tồn tại là cán bộ của Cơ quan điều tra (CQĐT) tham gia vào một số hoạt động ĐTTHS mang tính chất “sự vụ”, nhưng không được quy định trong pháp luật TTHS là người có thẩm quyền tiến hành tố tụng. Điều này gây ra những khó khăn, vướng mắc trong quá trình tiến hành ĐTTHS.

Theo quy định của Luật Tổ chức Cơ quan ĐTTHS năm 2015, CBĐT là những người có trình độ chuyên môn, nghiệp vụ về lĩnh vực điều tra được bổ nhiệm để giúp Điều tra viên (ĐTV) hoặc được phân công để giúp Thủ trưởng cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra thực hiện một số hoạt động ĐTTHS. Việc quy định về chức danh CBĐT để đáp ứng thực tiễn công tác đấu tranh phòng, chống tội phạm nói chung và công tác ĐTTHS nói riêng. Thực tiễn cho thấy, CBĐT ở CQĐT đã giúp ĐTV giải quyết nguồn tin về tội phạm và giải quyết các vụ án hình sự được nhanh chóng, thuận lợi. Đối với các cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành

một số hoạt động điều tra, CBĐT giúp Thủ trưởng các cơ quan này thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn điều tra theo quy định của pháp luật TTHS.

Theo quy định của Luật Tổ chức Cơ quan ĐTHS năm 2015, tiêu chuẩn để bổ nhiệm CBĐT của CQĐT gồm:

(1) Là công dân Việt Nam trung thành với Tổ quốc và Hiến pháp nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam, có phẩm chất đạo đức tốt, liêm khiết, trung thực, bản lĩnh chính trị vững vàng, có tinh thần kiên quyết bảo vệ pháp chế xã hội chủ nghĩa;

(2) Có trình độ Đại học An ninh, Đại học Cảnh sát hoặc cử nhân luật trở lên;

(3) Có thời gian làm công tác pháp luật theo quy định của Luật Tổ chức Cơ quan ĐTHS;

(4) Có sức khỏe bảo đảm hoàn thành nhiệm vụ được giao.

Như vậy, có thể thấy tiêu chuẩn bổ nhiệm CBĐT của CQĐT rất sát với tiêu chuẩn chung của ĐTV. Bên cạnh đó, điểm b khoản 1 Điều 59 Luật Tổ chức Cơ quan ĐTHS năm 2015 quy định: *“Việc bổ nhiệm, miễn nhiệm, cấp, thu hồi Giấy chứng nhận Cán bộ điều tra thuộc Công an nhân dân do Bộ trưởng Bộ Công an quy định, thuộc Quân đội nhân dân do Bộ trưởng Bộ Quốc phòng quy định, ở Viện kiểm sát nhân dân tối cao do Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao quy định”*.

Theo Thông tư số 39/2017/TT-BCA, ngày 10/10/2017 của Bộ trưởng Bộ Công an quy định về việc bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức và cấp, thu hồi Giấy chứng nhận Thủ trưởng, Phó Thủ trưởng CQĐT, ĐTV, CBĐT trong Công an nhân dân (Thông tư số 39), tiêu chuẩn bổ nhiệm CBĐT của CQĐT trong Công an nhân dân bao gồm: (1) Là công dân Việt Nam trung thành với Tổ quốc và Hiến pháp nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam, có phẩm chất đạo đức tốt, liêm khiết, trung thực, bản lĩnh chính trị vững vàng, có tinh thần kiên quyết bảo vệ pháp chế xã hội chủ nghĩa; (2) Có trình độ Đại học An ninh, Đại học Cảnh sát hoặc cử nhân luật trở lên; (3) Có thời gian làm công tác pháp luật từ 01 năm trở lên; (4) Đã được đào tạo về nghiệp vụ điều tra; (5) Có sức khỏe bảo đảm hoàn thành nhiệm vụ được giao.

Theo Thông tư số 299/2017/TT-BQP, ngày 09/12/2017 của Bộ trưởng Bộ Quốc phòng quy định việc bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức; cấp, thu hồi Giấy chứng nhận Thủ trưởng, Phó Thủ trưởng CQĐT, ĐTV và CBĐT trong Quân đội nhân dân (Thông tư số 299), tiêu chuẩn bổ nhiệm CBĐT của CQĐT trong Quân đội nhân dân bao gồm: (1) Là sỹ quan quân đội nhân dân Việt Nam đang tại ngũ, có tinh thần kiên quyết bảo vệ pháp chế xã hội chủ nghĩa; (2) Có trình độ Đại học An ninh, Đại học Cảnh sát hoặc cử nhân luật trở lên; (3) Đã được đào tạo, bồi dưỡng về nghiệp vụ điều tra; (4) Có sức khỏe bảo đảm hoàn thành nhiệm vụ được giao.

Theo Quyết định số 323/QĐ-VKSTC, ngày 09/7/2018 của Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao ban hành Quy định về việc bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức CBĐT trong ngành Kiểm sát nhân dân (Quyết định số 323), công chức đang công tác tại CQĐT Viện kiểm sát nhân dân tối cao và sỹ quan Quân đội nhân dân Việt Nam đang công tác tại CQĐT Viện kiểm sát quân sự trung ương có đủ các điều kiện sau đây thì có thể được bổ nhiệm làm CBĐT: (1) Có đủ các điều kiện quy định tại các khoản 1, 2, 4 và 5 Điều 46 của Luật Tổ chức cơ quan ĐTHS; (2) Có thời gian làm công tác pháp luật từ 01 năm trở lên.

1.2. Nhiệm vụ, quyền hạn và trách nhiệm của Cán bộ điều tra

1.2.1. Nhiệm vụ, quyền hạn và trách nhiệm của Cán bộ điều tra của Cơ quan điều tra

Nhiệm vụ, quyền hạn và trách nhiệm của CBĐT của CQĐT được quy định tại Điều 38 Bộ luật TTHS năm 2015. Theo đó, CBĐT thực hiện những nhiệm vụ, quyền hạn sau đây theo sự phân công của ĐTV:

- Ghi biên bản lấy lời khai, ghi biên bản hỏi cung và ghi các biên bản khác khi ĐTV tiến hành kiểm tra, xác minh nguồn tin về tội phạm và điều tra vụ án hình sự;

- Giao, chuyển, gửi các lệnh, quyết định và các văn bản tố tụng khác theo quy định của Bộ luật TTHS;

- Giúp ĐTV trong việc lập hồ sơ giải quyết nguồn tin về tội phạm, hồ sơ vụ án và thực hiện hoạt động tố tụng khác.

Có thể thấy, nhiệm vụ, quyền hạn của CBĐT của CQĐT là thực hiện những hoạt động không phức tạp, mang tính chất trợ giúp cho ĐTV trong giải quyết nguồn tin về tội phạm, khởi tố và điều tra vụ án hình sự.

Về trách nhiệm, CBĐT phải chịu trách nhiệm trước pháp luật và trước Thủ trưởng, Phó Thủ trưởng CQĐT, ĐTV về hành vi của mình¹.

1.2.2. Nhiệm vụ, quyền hạn và trách nhiệm của Cán bộ điều tra của các cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra

Theo quy định của Bộ luật TTHS năm 2015 và Luật Tổ chức Cơ quan ĐTHS năm 2015 thì nhiệm vụ, quyền hạn và trách nhiệm của CBĐT của các cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra khác với nhiệm vụ, quyền hạn và trách nhiệm của CBĐT của CQĐT. CBĐT của các cơ quan được giao tiến hành một số hoạt động điều tra do Thủ trưởng cơ quan phân công theo từng vụ, việc. Nhiệm vụ, quyền hạn của CBĐT của các cơ quan này cũng không giống nhau, có thể phân thành 2 nhóm như sau:

Nhóm 1: CBĐT của các cơ quan của Bộ đội biên phòng, Hải quan, Kiểm lâm, lực lượng Cảnh sát biển, Kiểm ngư được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra.

Theo khoản 4 Điều 39 Bộ luật TTHS năm 2015, CBĐT nhóm 1 có những nhiệm vụ, quyền hạn sau: (i) lập hồ sơ giải quyết nguồn tin về tội phạm; lấy lời khai của những người

có liên quan để kiểm tra, xác minh nguồn tin về tội phạm; (ii) lập hồ sơ vụ án hình sự; (iii) hỏi cung bị can; lấy lời khai người tố giác, báo tin về tội phạm, người bị tố giác, người bị kiến nghị khởi tố, người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp, người bị bắt, người bị tạm giữ, người làm chứng, bị hại, đương sự; (iv) tiến hành khám nghiệm hiện trường; thi hành lệnh khám xét, thu giữ, tạm giữ và bảo quản vật chứng, tài liệu liên quan trực tiếp đến vụ án.

Nhóm 2: CBĐT của các cơ quan khác của Công an nhân dân, Quân đội nhân dân được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra.

Theo khoản 3 Điều 40 Bộ luật TTHS năm 2015, CBĐT nhóm 2 có những nhiệm vụ, quyền hạn sau: (i) lập hồ sơ giải quyết nguồn tin về tội phạm; lấy lời khai của những người có liên quan để kiểm tra, xác minh nguồn tin về tội phạm; (ii) lập hồ sơ vụ án hình sự; (iii) lấy lời khai người tố giác, báo tin về tội phạm, người bị tố giác, người bị kiến nghị khởi tố, người làm chứng, bị hại, đương sự; (iv) tiến hành khám nghiệm hiện trường; thi hành lệnh khám xét, thu giữ, tạm giữ và bảo quản vật chứng, tài liệu liên quan trực tiếp đến vụ án; (v) giao, gửi các lệnh, quyết định và các văn bản tố tụng khác theo quy định của Bộ luật TTHS.

Có thể thấy, nhiệm vụ, quyền hạn của CBĐT nhóm 2 hạn chế hơn so với nhóm 1, họ chỉ thực hiện các hoạt động về thụ lý giải quyết tố giác, tin báo về tội phạm, một số hoạt động điều tra ban đầu².

¹ Xem khoản 2 Điều 38 Bộ luật TTHS năm 2015.

² Điều này được giải thích dựa vào nhiệm vụ, quyền hạn của các cơ quan của Bộ đội biên phòng, Hải quan, Kiểm lâm, lực lượng Cảnh sát biển, Kiểm ngư và cơ quan khác của Công an nhân dân, Quân đội nhân dân được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra. Cụ thể, theo Điều 164 Bộ luật TTHS năm 2015, khi phát hiện hành vi có dấu hiệu tội phạm trong lĩnh vực và địa bàn quản lý của mình thì các cơ quan của Bộ đội biên phòng, Hải quan, Kiểm lâm, lực lượng Cảnh sát biển, Kiểm ngư được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra có nhiệm vụ, quyền hạn: *Một là*, đối với tội phạm ít nghiêm trọng trong trường hợp phạm tội quả tang, chứng cứ và lý lịch người phạm tội rõ ràng thì quyết định khởi tố vụ án hình sự, khởi tố bị can, tiến hành điều tra và chuyển hồ sơ vụ án cho Viện kiểm sát có thẩm quyền trong thời hạn 01 tháng kể từ ngày ra quyết định khởi tố vụ án hình sự; *Hai là*, đối với tội phạm nghiêm trọng, tội phạm rất nghiêm trọng, tội phạm đặc biệt nghiêm trọng hoặc tội phạm ít nghiêm trọng nhưng phức tạp thì quyết định khởi tố vụ án hình sự, tiến hành hoạt động điều tra ban đầu và chuyển hồ sơ vụ án cho CQĐT có thẩm quyền trong thời hạn 07 ngày kể từ ngày ra quyết định khởi tố vụ án hình sự. Trong khi đó, cơ quan khác của Công an nhân dân, Quân đội nhân dân được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra trong khi làm nhiệm vụ của mình, nếu phát hiện sự việc có dấu hiệu tội phạm thì có quyền khởi tố vụ án hình sự, tiến hành hoạt động điều tra ban đầu và chuyển hồ sơ vụ án cho CQĐT có thẩm quyền trong thời hạn 07 ngày kể từ ngày ra quyết định khởi tố vụ án hình sự.

Về trách nhiệm, CBĐT của các cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra trong phạm vi trách nhiệm của mình đều phải chịu trách nhiệm trước pháp luật về hành vi, quyết định của mình³; chịu trách nhiệm trước Thủ trưởng về việc thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn của mình⁴.

Tóm lại, CBĐT của các cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra được trao rất nhiều nhiệm vụ, quyền hạn, trong đó có nhiều nhiệm vụ, quyền hạn mang tính độc lập đòi hỏi sự chủ động cao như lập hồ sơ giải quyết nguồn tin về tội phạm; lấy lời khai; lập hồ sơ vụ án hình sự... Do đó, CBĐT cần phải trang bị cho mình đầy đủ kiến thức chuyên môn, khả năng làm việc chủ động, độc lập, quyết đoán để xử lý đảm bảo chính xác trong thời gian nhanh nhất, mà vẫn đạt chất lượng, hiệu quả.

2. Một số hạn chế, bất cập trong các quy định của pháp luật tố tụng hình sự về chức danh Cán bộ điều tra và kiến nghị hoàn thiện

Bên cạnh những kết quả nêu trên, các quy định của pháp luật TTHS hiện hành về chức danh CBĐT còn một số hạn chế, bất cập như sau:

Thứ nhất, về tiêu chuẩn chức danh CBĐT:

Khoản 3 Điều 46 Luật Tổ chức Cơ quan ĐTHS năm 2015 quy định, một trong những tiêu chuẩn của chức danh CBĐT là: “*Có thời gian làm công tác pháp luật theo quy định của Luật này*”. Tuy nhiên, Luật Tổ chức Cơ quan ĐTHS năm 2015 không quy định thời gian cụ thể để bổ nhiệm CBĐT⁵. Điều này dẫn đến sự chưa thống nhất trong các quy định của các văn bản dưới luật về thời gian bổ nhiệm CBĐT. Cụ thể, Thông tư số 39 quy định thời gian làm công tác pháp luật để bổ nhiệm CBĐT của CQĐT của Công an nhân dân là từ 01 năm trở lên;

Quyết định số 323 quy định thời gian làm công tác pháp luật để bổ nhiệm CBĐT của CQĐT của Viện kiểm sát nhân dân tối cao là từ 01 năm trở lên; Thông tư số 299 không quy định thời gian làm công tác pháp luật để bổ nhiệm CBĐT của CQĐT trong Quân đội nhân dân. Tác giả cho rằng, việc quy định thời gian làm công tác pháp luật từ 01 năm trở lên là hợp lý. Bởi lẽ, với thời gian này, người được bổ nhiệm làm CBĐT đã có những kiến thức, kỹ năng nhất định giúp việc cho ĐTV, hơn nữa sau khi được bổ nhiệm CBĐT, họ sẽ có khoảng thời gian đủ dài để tích lũy, nâng cao trình độ về công tác ĐTHS trước khi được bổ nhiệm làm ĐTV. Để đảm bảo tính thống nhất của hệ thống pháp luật, điểm a khoản 1 Điều 59 Luật Tổ chức Cơ quan ĐTHS năm 2015 cần quy định rõ thời gian bổ nhiệm CBĐT. Theo đó, điểm a khoản 1 Điều 59 Luật Tổ chức Cơ quan ĐTHS năm 2015 cần được sửa đổi như sau:

“Người có đủ tiêu chuẩn quy định tại các khoản 1, 2 và 5 Điều 46 của Luật này và có thời gian làm công tác pháp luật từ 01 năm trở lên có thể được bổ nhiệm làm Cán bộ điều tra để giúp Điều tra viên thực hiện một số hoạt động điều tra hình sự”.

Đối với CBĐT của các cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra, Luật Tổ chức Cơ quan ĐTHS năm 2015 không quy định tiêu chuẩn đối với CBĐT được phân công. Như đã phân tích ở trên, CBĐT của các cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra được trao nhiều nhiệm vụ, quyền hạn hơn so với CBĐT của CQĐT, trong đó có nhiều nhiệm vụ, quyền hạn phức tạp, khó khăn hơn, chẳng hạn như trực tiếp lập hồ sơ vụ án hình sự, trực tiếp lấy lời khai, tiến hành khám nghiệm hiện trường...⁶. Vì vậy,

³ Xem khoản 5 Điều 39 và khoản 4 Điều 40 Bộ luật TTHS năm 2015.

⁴ Xem khoản 3 Điều 59 Luật Tổ chức Cơ quan ĐTHS năm 2015.

⁵ Đối với việc bổ nhiệm ĐTV (ĐTV sơ cấp), Luật Tổ chức cơ quan ĐTHS quy định thời gian này là từ 04 năm trở lên.

⁶ Xem khoản 4 Điều 39 và khoản 3 Điều 40 Bộ luật TTHS năm 2015.

CBĐT của các cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra cũng cần phải đáp ứng được những tiêu chuẩn tương tự như đối với CBĐT của CQĐT. Do đó, tác giả cho rằng, cần sửa đổi khoản 2 Điều 59 Luật Tổ chức Cơ quan ĐTHS năm 2015 theo hướng bổ sung tiêu chuẩn đối với CBĐT của các cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra. Theo đó, khoản 2 Điều 59 Luật Tổ chức Cơ quan ĐTHS năm 2015 cần được sửa đổi như sau:

“Khi tiến hành điều tra vụ án, Thủ trưởng cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra phân công người thuộc cơ quan, đơn vị có đủ tiêu chuẩn quy định tại điểm a khoản 1 Điều này làm Cán bộ điều tra giúp mình thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn điều tra theo quy định của Bộ luật tố tụng hình sự và Luật này...”

Thứ hai, về nhiệm vụ, quyền hạn của CBĐT:

Theo quy định của điểm b khoản 1 Điều 38 và điểm đ khoản 3 Điều 40 Bộ luật TTHS năm 2015, CBĐT của CQĐT và CBĐT của các cơ quan khác của Công an nhân dân, Quân đội nhân dân được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra đều có nhiệm vụ, quyền hạn là: *“Giao, chuyển, gửi các lệnh, quyết định và các văn bản tố tụng khác theo quy định của Bộ luật này”*. Tuy nhiên, CBĐT của các cơ quan của Bộ đội biên phòng, Hải quan, Kiểm lâm, lực lượng Cảnh sát biển, Kiểm ngư được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra lại không được trao nhiệm vụ, quyền hạn này. Vì vậy, tác giả cho rằng, cần bổ sung điểm đ vào khoản 4 Điều 39 Bộ luật TTHS năm 2015 theo hướng bổ sung nhiệm vụ, quyền hạn *“Giao, chuyển, gửi các lệnh, quyết định và các văn bản tố tụng khác theo quy định của Bộ luật này”* cho CBĐT của các cơ quan của

Bộ đội biên phòng, Hải quan, Kiểm lâm, lực lượng Cảnh sát biển, Kiểm ngư. Theo đó, điểm đ khoản 4 Điều 39 Bộ luật TTHS năm 2015 cần được bổ sung có nội dung như sau: *“Giao, chuyển, gửi các lệnh, quyết định và các văn bản tố tụng khác theo quy định của Bộ luật này”*.

Thứ ba, về trách nhiệm của CBĐT:

Khoản 3 Điều 59 Luật Tổ chức Cơ quan ĐTHS năm 2015 quy định: *“Cán bộ điều tra chịu trách nhiệm trước Điều tra viên, Thủ trưởng Cơ quan điều tra, Thủ trưởng cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra và trước pháp luật về việc thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn của mình”*. Có thể thấy, quy định này chưa đảm bảo tính thống nhất với quy định về trách nhiệm của CBĐT trong Bộ luật TTHS năm 2015. Cụ thể, khoản 2 Điều 38 Bộ luật TTHS năm 2015 quy định: *“Cán bộ điều tra phải chịu trách nhiệm trước pháp luật và trước Thủ trưởng, Phó Thủ trưởng Cơ quan điều tra, Điều tra viên về hành vi của mình”*. Hơn nữa, theo quy định của khoản 1 Điều 39⁷ và khoản 1 Điều 40⁸ Bộ luật TTHS năm 2015, khi cấp trưởng vắng, một cấp phó được ủy quyền thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn của cấp trưởng; do đó, CBĐT của cơ quan này còn phải chịu trách nhiệm trước cấp phó. Để bảo đảm tính thống nhất của hệ thống pháp luật, tác giả cho rằng, cần sửa đổi khoản 3 Điều 59 Luật Tổ chức Cơ quan ĐTHS năm 2015 cho phù hợp với Bộ luật TTHS năm 2015. Theo đó, khoản 3 Điều 59 Luật Tổ chức Cơ quan ĐTHS năm 2015 cần được sửa đổi như sau:

“Cán bộ điều tra chịu trách nhiệm trước Điều tra viên, Thủ trưởng, Phó Thủ trưởng Cơ quan điều tra, Thủ trưởng, Phó Thủ trưởng cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra và trước pháp luật về việc thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn của mình” ■

⁷ “Khi vắng mặt, cấp trưởng ủy quyền cho một cấp phó được thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn của cấp trưởng...”.

⁸ “Khi cấp trưởng vắng mặt, một cấp phó được ủy quyền thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn của cấp trưởng và chịu trách nhiệm trước cấp trưởng về nhiệm vụ được ủy quyền...”.

KHÁM XÉT CHỖ Ở THEO LUẬT TỔ TỤNG HÌNH SỰ VIỆT NAM

Lê Nguyễn Thanh*

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

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Khám xét chỗ ở, luật tố tụng hình sự.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 26/2/2021

Biên tập : 22/4/2021

Duyệt bài : 28/4/2021

Article Infomation:

Keywords: Residential searching; criminal procedure law.

Asia.Article History:

Received : 26 Feb. 2021

Edited : 22 Apr. 2021

Approved : 28 Apr. 2021

Tóm tắt:

Khám xét là biện pháp điều tra phổ biến trong tố tụng hình sự và cũng dễ xung đột với quyền con người. Trong phạm vi bài viết này, tác giả phân tích một số vấn đề cơ bản về biện pháp khám xét chỗ ở theo luật tố tụng hình sự Việt Nam, bao gồm: căn cứ, thẩm quyền và một số thủ tục tiến hành khám xét và đề xuất kiến nghị hoàn thiện.

Abstract:

Searching is a common criminal procedure investigation method that may conflict with human rights. Within the scope of this article, the author gives out an analysis of a number of grounds for the measures for residential searching according to the criminal procedure law of Vietnam, including the grounds, authority, and searching procedures and also the author proposes a number of recommendations for further improvements.

Biện pháp khám xét (khám xét người, chỗ ở, nơi làm việc, địa điểm, phương tiện) là một trong những biện pháp dễ xung đột với quyền cơ bản của con người được pháp luật quốc tế¹ và Hiến pháp năm 2013 ghi nhận². Đây cũng là biện pháp được áp dụng khá phổ biến trong thực tiễn tố tụng hình sự, đặc biệt là khám xét chỗ ở. Mặc dù pháp luật tố tụng hình sự hiện hành đã có những quy định chi tiết về căn cứ, thẩm quyền, thủ

tục thi hành biện pháp khám xét chỗ ở, tuy nhiên, thực tiễn cho thấy, một số quy định của pháp luật tố tụng hình sự về biện pháp này cần được phân tích làm rõ để áp dụng thống nhất, bảo đảm quyền bất khả xâm phạm về chỗ ở.

1. Căn cứ khám xét chỗ ở

Căn cứ áp dụng khám xét chỗ ở cũng như tất cả các trường hợp khám xét khác,

¹ Điều 17 Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị của Liên hợp quốc năm 1966 quy định: “1. Không ai bị can thiệp một cách tùy tiện hoặc bất hợp pháp vào đời sống riêng tư, gia đình, nhà ở, thư tín, hoặc bị xâm phạm bất hợp pháp đến danh dự và uy tín; 2. Mọi người đều có quyền được pháp luật bảo vệ chống lại những can thiệp hoặc xâm phạm như vậy”. Bản tiếng Việt, Trung tâm nghiên cứu quyền con người thuộc Học viện chính trị quốc gia Hồ Chí Minh, Hà Nội -2002.

² Điều 21 Hiến pháp năm 2013 quy định “1. Mọi người có quyền bất khả xâm phạm về đời sống riêng tư, bí mật cá nhân và bí mật gia đình; có quyền bảo vệ danh dự, uy tín của mình. Thông tin về đời sống riêng tư, bí mật cá nhân, bí mật gia đình được pháp luật bảo đảm an toàn; 2. Mọi người có quyền bí mật thư tín, điện thoại, điện tín và các hình thức trao đổi thông tin riêng tư khác”.

được quy định tại đoạn 1 khoản 1 Điều 192 Bộ luật Tố tụng hình sự (TTHS) năm 2015. Quy định của điều luật cho thấy, căn cứ khám xét chỗ ở là *tất cả những gì mà dựa vào đó người có quyền ra lệnh khám xét có cơ sở để nhận định về sự hiện diện của công cụ, phương tiện phạm tội, tài liệu, đồ vật, tài sản do phạm tội mà có hoặc đồ vật, dữ liệu điện tử, tài liệu khác có liên quan đến vụ án*. Đối tượng khám xét để thu giữ như điều luật liệt kê thực chất là những nguồn chứng cứ chứa các chứng cứ của vụ án.

Bên cạnh những nguồn chứng cứ cần tiến hành các hoạt động khám xét để thu thập chứng cứ, riêng khám xét chỗ ở cần khám xét để phát hiện *người đang bị truy nã, truy tìm và giải cứu nạn nhân* (đoạn 2 khoản 1 Điều 192). Đây là trường hợp khám xét để tìm con người còn sống, bao gồm người bị truy nã, truy tìm do bỏ trốn để tiến hành bắt giữ hoặc nạn nhân bị bắt cóc, bị giữ trái phép cần được giải cứu. Bộ luật TTHS năm 2015 chưa quy định khám xét chỗ ở để tìm *tử thi hoặc bộ phận cơ thể người* được cất giấu. Với đối tượng cần tìm này, Bộ luật TTHS của Cộng hòa Liên bang Nga quy định: “Việc khám xét cũng có thể được tiến hành để phát hiện người đang bị truy nã và thi thể người chết” (Khoản 16 Điều 182)³. Như vậy, theo pháp luật tố tụng của Liên bang Nga, tử thi hoặc bộ phận cơ thể người nếu có liên quan trong vụ án được sử dụng để thu thập chứng cứ chứng minh tội phạm thì cũng cần tiến hành khám xét.

Như vậy, căn cứ khám xét chỗ ở không đơn giản chỉ là nhận định chủ quan, cảm tính của người có quyền ra lệnh khám xét mà cần dựa vào một số biểu hiện khách quan khác để có lý do nghi ngờ những gì cần tìm đang hiện diện ở chỗ ở cần khám xét. Đó là *dựa vào tội phạm đã thực hiện;*

các chứng cứ khác đã thu thập được cho thấy cần phải khám xét chỗ ở; thời điểm phát hiện tội phạm...

Thực tiễn khám xét chỗ ở đối với một số vụ án kinh tế - chức vụ, tham nhũng, ma túy, an ninh quốc gia, tội phạm trong lĩnh vực công nghệ thông tin và mạng viễn thông và một số tội phạm có tổ chức khác... thì hầu như đều tiến hành khám xét chỗ ở. Căn cứ để khám xét chỗ ở đối với các loại tội phạm của những vụ án này là vì hệ thống chứng cứ rất phức tạp, đa dạng được cất giấu nhiều nơi, có thể liên quan đến nhiều người, ở nhiều thời điểm. Điều đó có nghĩa, đối với những vụ án loại này, người có thẩm quyền ra lệnh khám xét luôn có căn cứ để nghi ngờ hoặc nhận định rằng có công cụ, phương tiện, tài liệu, đồ vật... liên quan đến vụ án còn cất giấu và cần phải tiến hành khám xét.

Đối với những vụ án của các tội phạm khác, căn cứ khám xét chỗ ở dựa vào đánh giá chủ quan của người có quyền ra lệnh khám xét còn phụ thuộc vào chứng cứ khác có được trước đó như từ lời khai, khám nghiệm hiện trường, khám xét người, khám xét phương tiện, đối chất... Kết quả thu thập chứng cứ từ những nguồn này cho thấy còn có chứng cứ từ các nguồn chứng cứ khác được cất giấu hoặc có người bị truy nã đang lẩn trốn, có nạn nhân bị giữ trái phép, có tử thi hoặc bộ phận cơ thể người đang cất giấu. Đối với những vụ án không bị bắt quả tang nếu có căn cứ khác để nhận định có công cụ, phương tiện, tài liệu, đồ vật, dữ liệu điện tử... liên quan đến vụ án cần khám xét chỗ ở để thu giữ thì người có thẩm quyền cũng có thể ra lệnh khám xét.

Vấn đề vướng mắc chủ yếu trong quy định căn cứ khám xét là nhận định mang tính chủ quan của người có quyền ra lệnh

³ Bộ luật TTHS Liên bang Nga (bản tiếng Anh), bản cập nhật sửa đổi đến 1/3/2012. https://www.legislationline.org/download/id/4248/file/RF_CPC_2001_am03.2012_en.pdf, truy cập 19/4/2020.

khám xét, đó là sự đánh giá tính “*có căn cứ để nhận định...*” về đối tượng cần tìm trong khám xét. Thực tiễn cũng có trường hợp, sau khi khám xét chỗ ở không thu giữ được gì⁴. Vì thế, có một số ý kiến cho rằng, vướng mắc trong căn cứ khám xét nói chung và khám xét chỗ ở nói riêng chủ yếu tập trung ở sự thiếu rõ ràng trong đánh giá thể nào là “*có căn cứ để nhận định có công cụ, phương tiện phạm tội, tài liệu, đồ vật, tài sản do phạm tội mà có hoặc đồ vật, dữ liệu điện tử, tài liệu khác có liên quan đến vụ án*”. Nếu so sánh với pháp luật tố tụng hình sự của Nga và Đức thì mức độ diễn đạt ý thức chủ quan khi đánh giá về tính có căn cứ để ra lệnh khám xét của người có thẩm quyền cũng chỉ tương tự như vậy. Ví dụ, căn cứ khám xét theo Điều 182 Bộ luật TTHS Nga thì căn cứ là: “*là có đủ những tài liệu để tin rằng (bản dịch tiếng Anh là: *sufficient data to believe that...*) ở một địa điểm hoặc trong một người nào đó có thể có công cụ phạm tội, những vật, tài liệu và vật có giá trị và có thể có ý nghĩa chứng minh quan trọng đối với vụ án*”. Bộ luật TTHS Đức nêu căn cứ: “*Việc khám người, khám đồ vật và khám chỗ ở của kẻ phạm tội hay người xúi giục hay đồng phạm bị nghi ngờ là đã thực hiện một hành vi phạm tội (bản dịch tiếng Anh là...*is suspected of committing...*) hoặc nghi ngờ là đồng phạm hoặc gây cản trở cho thực thi pháp luật...*” (Điều 102)⁵. Căn cứ này cũng được diễn giải là: “*người bị tình nghi hoặc nhà của họ, nơi làm việc hoặc bất kỳ địa điểm nào khác, nơi liên quan đến vật... được cho là bị phát hiện thì có thể khám xét*⁶. Như vậy, về mặt

lập pháp, rất khó đòi hỏi cao hơn về mức độ cụ thể, rõ ràng khi quy định các căn cứ khám xét mang tính chủ quan. Điều đó còn phụ thuộc vào loại tội phạm, tính chất vụ án, những chứng cứ thu thập được, ý thức pháp luật và niềm tin nội tâm của người có thẩm quyền ra lệnh khám xét.

2. Về thẩm quyền ra lệnh khám xét chỗ ở

Theo quy định tại Điều 193 của BLTTHS năm 2015, chủ thể có quyền ra lệnh khám xét gồm:

- *Trường hợp thông thường*, người có quyền ra lệnh khám xét gồm:

+ Những người có thẩm quyền quy định tại khoản 1 Điều 113: a) Thủ trưởng, Phó Thủ trưởng Cơ quan điều tra các cấp; b) Viện trưởng, Phó Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân và Viện trưởng, Phó Viện trưởng Viện kiểm sát quân sự các cấp; c) Chánh án, Phó Chánh án Tòa án nhân dân và Chánh án, Phó Chánh án Tòa án quân sự các cấp; Hội đồng xét xử.

+ Những người được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra được quy định tại khoản 2 Điều 35. Lệnh khám xét của những chủ thể này và của những người theo điểm a khoản 1 Điều 113 của Bộ luật TTHS (Thủ trưởng, Phó Thủ trưởng Cơ quan điều tra các cấp) phải được Viện kiểm sát có thẩm quyền phê chuẩn trước khi thi hành.

- *Trong trường hợp khẩn cấp*, những người có thẩm quyền ra lệnh giữ người trong trường hợp khẩn cấp được quy định tại khoản 2 Điều 110 của Bộ luật TTHS có

⁴ Ví dụ thi hành lệnh khám xét khẩn cấp chỗ ở của Lê Ngọc Thành về hành vi hoạt động nhằm lật đổ chính quyền nhân dân ngày 16/4/2020 của Cơ quan an ninh điều tra (ANĐT) Công an tỉnh An Giang. Đối với tội phạm này, Cơ quan ANĐT đã tiến hành khám xét chỗ ở nhưng kết quả khám xét không thu giữ được gì (Biên bản khám xét ngày 16/4/2020).

⁵ Bộ luật TTHS Liên bang Đức (bản tiếng Anh), <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=754>, truy cập 21/4/2020

⁶ Hans-Heiner KÜHNE, *Criminal procedure systems European Community*, Christine VAN DEN WYNGAERT (Editor) and C.GANE, H.H.KÜHNE, F.MMCAULEY (Co-editor Butterworths, London, Brussels, Dublin, Edinburgh, 1993. p.151

quyền ra lệnh khám xét⁷. Trong thời hạn 24 giờ kể từ khi khám xét xong, người ra lệnh khám xét phải thông báo bằng văn bản cho Viện kiểm sát cùng cấp hoặc Viện kiểm sát có thẩm quyền thực hành quyền công tố và kiểm sát điều tra vụ việc, vụ án. Đây được xem là trường hợp ngoại lệ khi ra lệnh khám xét.

Với quy định trên, dễ nhận thấy phạm vi người có thẩm quyền ra lệnh khám xét theo luật tố tụng hình sự Việt Nam khá rộng. Khám xét không thuộc trường hợp khẩn cấp, không chỉ có Tòa án mà Viện kiểm sát cũng có quyền độc lập ra lệnh khám xét. Ngoài ra, những chủ thể thuộc cơ quan điều tra, cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra cũng có quyền ra lệnh khám xét nhưng phải được Viện kiểm sát phê chuẩn trước khi thi hành. Đây là những điểm khác biệt so với pháp luật ở nhiều nước châu Âu vốn đề cao quyền con người theo pháp luật quốc tế và Hiến pháp của mỗi nước. Theo Bộ luật TTHS của Đức (Điều 105), lệnh khám xét chỉ được thực hiện bằng *lệnh khám xét của Tòa án*. Thực tế, lệnh khám xét của Tòa án thường dựa trên đề nghị của công tố viên và không có phiên tòa. Lệnh khám xét bằng chữ viết, phải thể hiện rõ nơi khám xét cũng như những gì cần phát hiện⁸. Trường hợp ngoại

lệ là chỉ những *trường hợp khẩn cấp, nơi không có đủ thời gian để có lệnh khám của Tòa mà không ảnh hưởng đến việc khám xét*, thì công tố viên hoặc thậm chí là cảnh sát tự ra lệnh khám xét. Đòi hỏi của pháp luật quốc tế cũng như Hiến pháp của Đức là vậy. Tuy nhiên, trong thực tiễn tố tụng ở Đức, “phần lớn việc khám xét dựa trên lệnh của công tố viên hoặc cảnh sát. Do đó, ngoại lệ đã trở thành quy tắc: lệnh khám xét do thẩm phán ban hành đã trở thành thực tế khá là đặc biệt, trong khi thực tiễn cảnh sát và công tố viên tự mình tìm kiếm đã trở thành quy tắc”⁹. Cảnh sát thường giả định rằng có nguy hiểm trong sự trì hoãn (*danger in delay*) do mất thời gian trình một vấn đề trước tòa án để có lệnh khám dẫn đến mất chứng cứ cần tìm. Thực tiễn này bị Tòa án Hiến pháp của Đức chỉ trích và tuyên bố rằng không đơn giản như giả định của cảnh sát mà phải có tài liệu về lý do không đạt được lệnh khám xét của tòa án. Hơn nữa, Tòa án Hiến pháp còn yêu cầu các Tòa án địa phương thiết lập một hệ thống “thẩm phán trực tuyến” (*on-call judges*), thậm chí sẵn sàng giải quyết lệnh khám xét ngoài giờ”¹⁰.

Tương tự, Bộ luật TTHS của Nga, việc khám xét chỗ ở cũng phải phù hợp với sự bảo đảm của Hiến pháp, do đó thẩm quyền

⁷ Những chủ thể này bao gồm: a) Thủ trưởng, Phó Thủ trưởng Cơ quan điều tra các cấp; b) Thủ trưởng đơn vị độc lập cấp trung đoàn và tương đương, Đồn trưởng Đồn biên phòng, Chi huy trưởng Biên phòng Cửa khẩu cảng, Chi huy trưởng Bộ đội biên phòng tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương, Cục trưởng Cục trinh sát biên phòng Bộ đội biên phòng, Cục trưởng Cục phòng, chống ma túy và tội phạm Bộ đội biên phòng, Đoàn trưởng Đoàn đặc nhiệm phòng, chống ma túy và tội phạm Bộ đội biên phòng; Tư lệnh vùng lực lượng Cảnh sát biển, Cục trưởng Cục Nghiệp vụ và pháp luật lực lượng Cảnh sát biển, Đoàn trưởng Đoàn đặc nhiệm phòng, chống tội phạm ma túy lực lượng Cảnh sát biển; Chi cục trưởng Chi cục Kiểm ngư vùng; c) Người chỉ huy tàu bay, tàu biển khi tàu bay, tàu biển đã rời khỏi sân bay, bến cảng.

⁸ Thomas Weigend, *Criminal Procedure – Worldwide Study*, Craig M. Bradley (Editor), Carolina Academic Press, 2007, Pp 249, 250

⁹ Hans -Heiner KÜHNE, *Criminal procedure systems European Community*, Christine VAN DEN WYNGAERT (Editor) and C.GANE, H.H.KÜHNE, F.MMCAULEY (Co-editor Butterworths, London, Brussels, Dublin, Edinburgh, 1993. Pp151

¹⁰ Thomas Weigend, *Criminal Procedure – A Worldwide Study*, Craig M. Bradley (editor), Carolina Academic Press, 2007, p. 250.

khám xét thuộc về Tòa án (Điều 165, Điều 182). Để có lệnh của Tòa án thì điều tra viên với sự đồng thuận của công tố viên gửi đề nghị cho Tòa án. Đề nghị này được xem xét bởi một thẩm phán cấp huyện tại một phiên tòa. Điều tra viên, công tố viên có thể tham dự phiên tòa này¹¹. Nếu việc tiến hành khám nhà, khám xét, thu giữ tài sản tại nơi ở hoặc khám người là không thể trì hoãn thì các hoạt động điều tra này có thể được tiến hành theo quyết định của Dự thẩm viên mà không cần quyết định cho phép của Tòa án. Trong trường hợp đó, trong thời hạn 24 giờ kể từ khi bắt đầu tiến hành hoạt động điều tra, Dự thẩm viên phải thông báo cho Thẩm phán và Kiểm sát viên về việc tiến hành hoạt động điều tra.

Theo quy định của Bộ luật TTHS Nhật Bản¹², lệnh khám xét cũng được ban hành bởi Tòa án (Điều 106, Điều 107).

Như vậy, theo luật tố tụng hình sự của Đức, Nga và Nhật Bản, nguyên tắc chung là *chỉ thừa nhận Tòa án là chủ thể có quyền độc lập ra lệnh tiến hành các hoạt động tố tụng có ảnh hưởng đến tự do của con người, trong đó có áp dụng biện pháp khám xét*. Quyền ra lệnh khám xét của Cơ quan công tố và cơ quan điều tra không thông qua Tòa án được cho là ngoại lệ và trong trường hợp khẩn cấp, biết rằng thực tiễn ra lệnh khám xét bởi công tố viên và cảnh sát phổ biến hơn so với lệnh khám xét của Tòa án (như ở Đức). Trong khi luật tố tụng hình sự Việt Nam, ngoài Tòa án còn có Viện kiểm sát cũng có quyền độc lập ra lệnh khám xét. Ngoài ra, còn có thủ tục Viện kiểm sát phê chuẩn lệnh khám xét của những người có thẩm quyền thuộc cơ quan

điều tra và các cơ quan khác được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra. Đó là điểm khác biệt đáng lưu ý nhất về thẩm quyền ra lệnh khám xét theo luật tố tụng hình sự Việt Nam với luật tố tụng hình sự ở Đức, Nga và Nhật Bản.

3. Một số vấn đề về trình tự, thủ tục khám xét chỗ ở

Thứ nhất, có hay không thủ tục yêu cầu đương sự giao nộp những gì cần tìm trước khi tiến hành khám xét chỗ ở như một thủ tục bắt buộc?

Bên cạnh những trình tự, thủ tục cần làm trước khi khám xét chỗ ở đã được luật quy định rõ thì thủ tục yêu cầu đương sự giao nộp những gì cần tìm trước khi tiến hành khám xét như một thủ tục bắt buộc trong khám xét chỗ ở chưa được luật quy định. So sánh với khám xét người, theo khoản 1 Điều 194: Người tiến hành khám xét phải yêu cầu người bị khám xét đưa ra các tài liệu, đồ vật có liên quan đến vụ án, nếu họ từ chối hoặc đưa ra không đầy đủ các tài liệu, đồ vật liên quan đến vụ án thì tiến hành khám xét. Điều đó có nghĩa việc khám xét người chỉ được tiến hành sau khi thực hiện thủ tục yêu cầu người bị khám xét đưa ra (giao nộp) những gì cần tìm theo lệnh khám như một thủ tục bắt buộc. Tuy nhiên, đối với thủ tục khám xét chỗ ở (kể cả khám xét nơi làm việc, phương tiện), Điều 195 không quy định thủ tục yêu cầu người có chỗ ở bị khám xét phải giao nộp những gì cần tìm trước khi thực hiện lệnh khám như thủ tục khám xét người.

Vì điều luật không quy định thủ tục yêu cầu đương sự giao nộp những gì cần tìm trong khám xét chỗ ở trước khi tiến hành

¹¹ Catherine Newcombe, *Criminal Procedure – A Worldwide Study*, Craig M. Bradley (editor), Carolina Academic Press, 2007, Pp. 425-426.

¹² Bộ luật TTHS Nhật Bản (bản tiếng Anh), <http://www.oecd.org/site/adboecdanti-corruptioninitiative/46814489.pdf>, truy cập ngày 26/4/2020.

khám xét nên *cũng không quy định việc dừng (không tiếp tục) thi hành lệnh khám xét chỗ ở nếu đương sự đã giao nộp đủ những gì cần tìm và không còn căn cứ để khám xét*. Như vậy, trong trường hợp công cụ, phương tiện phạm tội và các tài liệu, đồ vật khác liên quan đến vụ án đã được giao nộp đủ hoặc người đang bị truy nã, truy tìm đã trình diện, nạn nhân được giải cứu thì người thi hành lệnh khám xét *có quyền dừng việc thi hành lệnh khám xét không hay vẫn tiếp tục khám xét mặc dù không còn căn cứ khám xét? Nếu dừng thi hành lệnh khám xét thì dựa vào quy định nào?* Thông thường, sau khi người bị buộc tội hoặc đương sự đã giao nộp công cụ, phương tiện phạm tội, tài liệu, đồ vật... nhưng người khám xét vẫn nghi ngờ rằng việc giao nộp chưa đủ nên tiếp tục thực hiện lệnh khám xét. Riêng đối với người bị truy nã, bị truy tìm hoặc nạn nhân thì rất dễ nhận biết những gì cần tìm đã được giao nộp đủ chưa và có thể quyết định tiếp tục khám xét hay dừng thi hành lệnh khám.

Việc quy định thủ tục yêu cầu đương sự giao nộp đầy đủ những gì cần tìm trước khi khám xét chỗ ở không chỉ có ý nghĩa nâng cao hiệu quả khám xét là tiết kiệm được thời gian, công sức khám xét, đánh giá thái độ hợp tác của đương sự mà quan trọng hơn là hạn chế đến mức cao nhất trường hợp phải khám xét, bảo đảm quyền con người trong tố tụng hình sự.

Vấn đề dừng thi hành lệnh khám xét khi đã được giao nộp đủ những gì cần tìm trước khi khám xét cũng cần quy định minh bạch để người thi hành lệnh khám xét áp dụng và chịu trách nhiệm cá nhân đối với hoạt động khám xét. Tham khảo quy định của Bộ luật TTHS Nga (khoản 5 Điều 182): Trước khi khám xét, Dự thẩm viên yêu cầu tự nguyện

giao nộp những đồ vật, tài liệu và những vật có giá trị có thể có ý nghĩa đối với vụ án cần thu giữ. *Nếu chúng được giao nộp một cách tự nguyện và không có căn cứ để cho rằng chúng còn bị cất giấu thì Dự thẩm viên có quyền không tiến hành khám xét.*

Thứ hai, người chứng kiến khám xét chỗ ở:

Điều kiện chung của người chứng kiến trong tố tụng hình sự được quy định tại khoản 2 Điều 67 Bộ luật TTHS, trong đó có quy định trường hợp không được làm người chứng kiến: a) Người thân thích của người bị buộc tội, người có thẩm quyền tiến hành tố tụng; b) Người do nhược điểm về tâm thần hoặc thể chất mà không có khả năng nhận thức đúng sự việc; c) Người dưới 18 tuổi; d) Có lý do khác cho thấy người đó không khách quan.

Khi tiến hành khám xét đều bắt buộc phải có người chứng kiến, tùy vào trường hợp khám xét mà pháp luật tố tụng hình sự quy định số lượng và đặc điểm người chứng kiến. Đối với biện pháp *khám xét người còn có yêu cầu riêng về giới tính của người chứng kiến*, còn người chứng kiến khám xét chỗ ở phải là người có tư cách đại diện chính quyền xã, phường, thị trấn.

Đối với trường hợp khám xét chỗ ở, khoản 1 Điều 195 Bộ luật TTHS quy định: “Khi khám xét chỗ ở thì phải có mặt người đó hoặc người từ đủ 18 tuổi trở lên cùng chỗ ở, có đại diện chính quyền xã, phường, thị trấn và người chứng kiến”. Riêng người đại diện chính quyền cấp xã, phường, thị trấn, điều luật không quy định rõ và cũng chưa được giải thích thống nhất chức danh, chức vụ của người đại diện. Thực tiễn khám xét thường cử người chứng kiến đại diện chính quyền là Trưởng, Phó Công an xã, phường, thị trấn (thường là cấp phó được phân công làm người chứng kiến), thậm chí là công an

viên, cảnh sát khu vực¹³. Biên bản khám xét sau đó có xác nhận bằng chữ ký và đóng dấu của Trưởng công an xã, phường, thị trấn chứ không phải chữ ký của người trực tiếp chứng kiến. Thực tiễn này thuận lợi cho việc hợp tác tổ chức khám xét; tuy nhiên, nếu người chứng kiến là Trưởng, Phó Công an cấp xã hoặc công an viên có thể gây nghi ngờ về sự khách quan trong chứng kiến khám xét, do là người của “ngành công an” (có thể vi phạm điểm c khoản 2 Điều 67). Hơn nữa, hiện nay, Công an phường, thị trấn, Đồn Công an có trách nhiệm tiếp nhận tố giác, tin báo về tội phạm, lập biên bản tiếp nhận, tiến hành *kiểm tra, xác minh sơ bộ* và chuyển ngay tố giác, tin báo về tội phạm kèm theo tài liệu, đồ vật có liên quan cho Cơ quan điều tra có thẩm quyền (Khoản 3 Điều 146 Bộ luật TTHS). Trong chiến lược chính quy hóa lực lượng công an xã¹⁴ có xu hướng mở rộng thẩm quyền của Công an xã như với thẩm quyền của Công an phường, thị trấn, Đồn Công an, trong đó có quyền *kiểm tra, xác minh sơ bộ tố giác, tin báo tội phạm*. Hay nói cách khác, Công an cấp xã không chỉ có thẩm quyền tiếp nhận nguồn tin về tội phạm mà còn có thẩm quyền xử lý tố giác, tin báo tội phạm (dù chỉ ở mức kiểm tra, xác minh sơ bộ). Vì vậy, việc một cá nhân thuộc Công an cấp xã đại diện chính quyền địa phương chứng kiến việc khám xét chỗ ở sẽ khó bảo đảm tính khách quan, đặc biệt đối với những vụ án mà trước đó Công an cấp xã ở địa phương đã tiếp nhận, xử lý sơ bộ tố giác, tin báo tội phạm, sau đó chuyển cho cơ quan điều tra

có thẩm quyền và có lệnh khám xét chỗ ở. Ngoài ra, Trưởng, Phó công an xã, phường, thị trấn hoặc công an viên cũng khó có đầy đủ tư cách đại diện cho chính quyền cấp cơ sở trong việc ký xác nhận và đóng dấu vào biên bản khám xét với tư cách là người chứng kiến đại diện chính quyền. Vấn đề này, thiết nghĩ nên có quy định phù hợp hoặc hướng dẫn áp dụng thống nhất. Theo tác giả, người có chức vụ như Chủ tịch, Phó chủ tịch UBND hoặc Chủ tịch, Phó Chủ tịch Hội đồng nhân dân xã, phường, thị trấn được phân công phối hợp các hoạt động tư pháp mới có thể đại diện chính quyền chứng kiến việc khám xét chỗ ở.

Thứ ba, về thời gian khám xét chỗ ở:

Khám xét người không bị ràng buộc thời gian tiến hành là ban ngày hay ban đêm. Tuy nhiên, đối với khám xét chỗ ở thì khoản 1 Điều 195 Bộ luật TTHS quy định “Không được bắt đầu việc khám xét chỗ ở vào ban đêm, trừ trường hợp khẩn cấp nhưng phải ghi rõ lý do vào biên bản”. Quy định không được khám xét chỗ ở vào ban đêm là nhằm bảo đảm quyền riêng tư, quyền được nghỉ ngơi của người có chỗ ở bị khám xét. Tuy nhiên, *trường hợp khẩn cấp* là gì khi khám xét chỗ ở cũng cần được giải thích cho cụ thể hơn như đề bắt người phạm tội quả tang, truy tìm người, giải cứu nạn nhân hoặc tìm những chứng cứ để thực hiện các hoạt động tố tụng khác mà nếu không thu thập kịp thời có khả năng sẽ bị tiêu hủy. Tham khảo luật tố tụng hình sự của Đức, thì luật của Đức cũng chỉ cho phép khám xét chỗ ở, nơi

¹³ Ví dụ Biên bản khám xét chỗ ở đối với ông Nguyễn Văn H, ngày 7/8/2019 của CQĐT Công an thị xã Vĩnh Châu tỉnh Sóc Trăng trong vụ án mua bán trái phép các chất ma túy. Người chứng kiến đại diện chính quyền là Phó trưởng Công an Phường 2 thị xã Vĩnh Châu;

Biên bản khám xét chỗ ở đối với Ngô Minh T, ngày 9/2/2020 của Cơ quan cảnh sát điều tra (CSĐT) Công an huyện Thống Nhất, tỉnh Đồng Nai trong vụ án mua bán trái phép chất ma túy. Người chứng kiến đại diện chính quyền là Phó Trưởng Công an xã Lộ 25;

Biên bản khám xét chỗ ở đối với Lê Thị Tuyết H, ngày 17/12/2018 của Cơ quan điều tra Công an huyện Bình Chánh, TP. Hồ Chí Minh trong vụ án lạm dụng tín nhiệm chiếm đoạt tài sản. Người chứng kiến đại diện chính quyền là Công an viên Lê Minh H của Công an xã Tân Kiên, huyện Bình Chánh;

Biên bản khám xét chỗ ở đối với Trần Thị Kim G ngày 22/3/2018 của Cơ quan CSĐT Công an tỉnh An Giang. Người chứng kiến đại diện chính quyền là cảnh sát khu vực.

¹⁴ Theo Nghị quyết số 22-NQ/TW, ngày 15/3/2018 của Bộ Chính trị và Đề án số 106 của Đảng ủy Công an Trung ương về tiếp tục đổi mới, sắp xếp tổ chức bộ máy Bộ Công an tinh gọn, hoạt động hiệu lực, hiệu quả.

làm việc vào ban đêm để tìm kiếm người phạm tội quả tang, trong trường hợp khẩn cấp, hoặc để nhằm truy bắt tù nhân bỏ trốn (Điều 104).

Theo khoản 1 Điều 195 Bộ luật TTHS năm 2015, khám xét chỗ ở không thuộc trường hợp khẩn cấp chỉ ràng buộc thời điểm bắt đầu khám xét (không được bắt đầu vào ban đêm) mà không ràng buộc thời điểm kết thúc. Như vậy, vẫn được coi là hợp pháp nếu bắt đầu thời điểm khám xét trước 22 giờ và tiến hành khám cho đến khi kết thúc, có thể kéo dài việc khám xét vào ban đêm (sau 22 giờ). Luật tố tụng hình sự Nhật Bản quy định “trường hợp việc thi hành lệnh thu giữ hoặc khám xét đã bắt đầu trước lúc mặt trời lặn, thì biện pháp này có thể tiếp tục sau khi mặt trời lặn” (Điều 116)¹⁵. Rõ ràng, việc tiến hành khám xét chỗ ở vào ban đêm có đụng chạm đến thời gian nghỉ ngơi và quyền riêng tư nên thực tiễn khám xét cũng cần hạn chế việc bắt đầu khám xét sau khi mặt trời lặn, khoảng 18 giờ (mặc dù luật tố tụng hình sự không cấm)¹⁶ và kéo dài sau 22 giờ, nếu không thuộc trường hợp khẩn cấp.

Một vấn đề có liên quan đến thời gian khám xét là khái niệm “chỗ ở”. Như đã đề cập ở trên, chỗ ở có liên quan đến thời gian nghỉ ngơi và quyền riêng tư. Vì vậy, luật tố tụng hình sự có ràng buộc về thời gian bắt đầu thực hiện lệnh khám. Bộ luật TTHS Việt Nam không giải thích về *chỗ ở* và chắc chắn không đồng nhất với khái niệm *nơi cư*

trú theo Điều 12 Luật cư trú năm 2006 và khuyến nghị của Liên hợp quốc¹⁷. Chỗ ở cũng khác với địa điểm, phương tiện cần khám xét.

Luật tố tụng hình sự của Đức không xác định giới hạn chính xác chỗ ở. Bởi lẽ, không có tranh chấp nhiều và những yêu cầu pháp lý về khám xét cũng dễ nhận biết¹⁸. Điều 104 Bộ luật TTHS của Đức chỉ phân biệt chỗ ở với nơi (không bị hạn chế thời gian khám xét) mà ai cũng có thể vào ra lúc ban đêm, hoặc địa điểm mà cảnh sát đã biết là nơi trú ngụ hoặc tụ tập của những kẻ phạm tội, là nơi chứa chấp tài sản do phạm tội mà có, hoặc nơi tổ chức đánh bạc, buôn bán ma túy hay mại dâm.

Bộ luật TTHS Nhật Bản (Điều 117) quy định: không cần tuân thủ hạn chế về thời gian khám xét liên quan đến việc thi hành lệnh thu giữ hoặc khám xét tại những địa điểm sau: (1) Những nơi được cho là thường xuyên được sử dụng để đánh bạc, xổ số tư nhân, hoặc các hành vi có thể gây tổn hại đến đạo đức; (2) Khách sạn, nhà hàng, hoặc bất kỳ nơi nào khác mà công chúng có thể vào ra ban đêm, với điều kiện là chỉ thực hiện khám xét, thu giữ trong những giờ mở cửa đối với công chúng.

Như vậy, tác giả cho rằng, chỗ ở có thể là nhà, công trình hoặc bất cứ chỗ nào có thể ở, nghỉ ngơi hợp pháp và riêng tư. Chỗ ở có thể thuộc sở hữu của người ở hoặc được thuê, được cho ở nhờ. Những công trình

¹⁵ Khác với Điều 116 Bộ luật TTHS Nhật Bản, theo Điều 134 Bộ luật TTHS Việt Nam, đêm được tính từ 22 giờ đến 06 giờ sáng ngày hôm sau.

¹⁶ Thực tiễn có khám xét chỗ ở sau 18 giờ, như khám xét chỗ ở của ông Nguyễn Hữu T. ngày 18/9/2018 trong vụ án vi phạm quy định về quản lý, sử dụng tài sản nhà nước gây thất thoát, lãng phí theo Điều 219 Bộ luật Hình sự năm 2015, được bắt đầu thực hiện vào lúc 18 giờ và kết thúc 20 giờ (<https://vnexpress.net/canh-sat-kham-xet-nha-ong-nguyen-huu-tin-va-nhieu-can-bo-3811514.html>, truy cập 25/2/2021); Khám xét chỗ ở của ông Nguyễn Đức C. ngày 28/8/2020 trong vụ án *chiếm đoạt tài liệu bí mật nhà nước*, quy định tại điều 337 Bộ luật hình sự được bắt đầu tiến hành lúc 19h20 và kết thúc lúc 21h25, <https://tuoitre.vn/kham-xet-nha-chu-tich-ha-noi-nguyen-duc-chung-20200828200439735.htm>, truy cập 25/2/2021.

¹⁷ Về đời sống riêng tư, gia đình, nhà ở theo Điều 17 Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị của Liên hợp quốc năm 1966, Ủy ban công ước Liên hợp quốc khuyến nghị các quốc gia báo cáo tương đương thuật ngữ “gia đình” và “nhà” (xem Bình luận chung số 16 Công ước). Đó là cách hiểu theo nghĩa rộng so với chỗ ở được khám xét theo luật tố tụng hình sự.

¹⁸ Thomas Weigend, *Criminal Procedure – A Worldwide Study*, Craig M. Bradley (editor), Carolina Academic Press, 2007, p. 249

khác, cũng có thể là tòa nhà mặc dù là của cá nhân nhưng để kinh doanh, tụ tập, giải trí mà không phải để ở, nghỉ ngơi mang tính riêng tư thì không được coi là chỗ ở và không bị ràng buộc về thời gian bắt đầu khám xét.

4. Kết luận

Biện pháp khám xét nói chung và khám xét chỗ ở nói riêng là biện pháp điều tra trong tố tụng hình sự, được áp dụng tương đối phổ biến. Do khi thực hiện biện pháp này khó tránh khỏi xung đột với quyền bất khả xâm phạm về thân thể và chỗ ở của con người được Hiến pháp bảo vệ nên pháp luật cần quy định chặt chẽ và thực tiễn áp dụng cần thận trọng. Qua nghiên cứu pháp luật và thực tiễn tố tụng hình sự Việt Nam, đồng thời có so sánh với luật tố tụng hình sự của Đức, Nga và Nhật bản, tác giả kiến nghị một số vấn đề:

Thứ nhất, cần bổ sung đối tượng cần phát hiện làm phát sinh căn cứ khám xét chỗ ở, đó là *tử thi và bộ phận cơ thể người* (kể cả khám xét nơi làm việc, địa điểm, phương tiện). Kết quả bổ sung sẽ bảo đảm đầy đủ hơn về căn cứ khám xét chỗ ở.

Thứ hai, về thẩm quyền ra lệnh khám xét: Với định hướng cải cách tư pháp lâu dài nhằm hướng đến mục tiêu bảo đảm quyền con người, nâng cao vị thế của ngành tư pháp đồng thời phù hợp với quy định của pháp luật nhiều nước, nguyên tắc chung chỉ có Tòa án (tư pháp) mới có quyền ra lệnh khám xét nói riêng và quyền ra lệnh áp dụng các biện pháp có hạn chế tự do của con người, trừ trường hợp khẩn cấp. Có như vậy mới bảo đảm quyền con người và phù hợp với xu hướng chung của pháp luật các nước trên thế giới. Tất nhiên, kiến nghị này sẽ động chạm đến nhiều chế định khác như biện pháp cưỡng chế; cơ cấu tổ chức và hoạt động của Tòa án để giải quyết thường trực yêu cầu ra lệnh khám xét của Viện kiểm sát và cơ quan điều tra. Các chủ thể khác không phải Tòa

án (người có thẩm quyền của Viện kiểm sát, Cơ quan điều tra, Cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra) chỉ có thể ra lệnh và tiến hành khám xét trong trường hợp khẩn cấp. Đó là những trường hợp ngoại lệ, cần được ghi rõ trong lệnh hoặc biên bản khám xét lý do tại sao không thể thực hiện được thủ tục đề nghị ban hành lệnh khám xét của Tòa¹⁹.

Thứ ba, cần quy định thủ tục yêu cầu giao nộp những gì cần tìm trước khi tiến hành khám xét (chỗ ở, kể cả khám xét nơi làm việc, địa điểm, phương tiện) và quyền dừng thi hành lệnh khám xét của người thi hành lệnh khám xét (khám xét người, khám xét chỗ ở...) nếu những gì cần tìm theo lệnh khám xét đã được giao nộp đủ.

Thứ tư, cần quy định rõ hoặc hướng dẫn cụ thể hơn người chứng kiến khám xét chỗ ở, đại diện chính quyền địa phương gồm những người có chức vụ gì. Theo tác giả, nên quy định người chứng kiến là Chủ tịch, Phó Chủ tịch UBND xã, phường, thị trấn hoặc Chủ tịch, Phó Chủ tịch Hội đồng nhân dân xã, phường, thị trấn để bảo đảm tính khách quan và tính đại diện đầy đủ của chính quyền địa phương khi tiến hành khám xét chỗ ở.

Thứ năm, cần quy định cụ thể hơn: nếu khám xét chỗ ở được bắt đầu ban ngày mà việc khám xét kéo dài sang ban đêm thì vẫn tiếp tục khám xét cho đến khi khám xét xong. Tuy nhiên, thực tiễn cần hạn chế tối đa tình trạng này (đặc biệt là bắt đầu khám xét chỗ ở sau 18 giờ) để bảo đảm quyền riêng tư và nghỉ ngơi của các thành viên khác trong gia đình. Mặt khác, cũng cần xác định chỗ ở theo tiêu chí bảo đảm *quyền riêng tư và nghỉ ngơi* để phân biệt với những nơi mặc dù thuộc quyền quản lý, sở hữu của cá nhân nhưng sử dụng để kinh doanh, giải trí hoặc tụ tập đông người ra vào ngày đêm (khác với địa điểm) vẫn có quyền khám xét vào ban đêm ■

¹⁹ Thực tiễn khám xét chỗ ở khẩn cấp hiện nay thường ghi lý do chung chung “không thể trì hoãn được” trong lệnh khám xét chứ không ghi trong biên bản khám xét (ví dụ lệnh khám xét khẩn cấp chỗ ở đối với Lê Ngọc T ngày 16/4/2020 của Cơ quan ANĐT Công an tỉnh An Giang).

BIỆN PHÁP CƯỜNG CHẾ ĐỐI VỚI PHÁP NHÂN THEO LUẬT TỔ TỤNG HÌNH SỰ VIỆT NAM

Trần Quốc Minh*

*ThS. Khoa Luật Hình sự, Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Biện pháp cưỡng chế, pháp nhân, luật tố tụng hình sự Việt Nam.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 09/4/2021
Biên tập : 15/5/2021
Duyệt bài : 18/5/2021

Article Information:

Keywords: Coercive measures; legal entities; criminal procedure law of Vietnam.

Article History:

Received : 09 Apr. 2021
Edited : 15 May. 2021
Approved : 18 May. 2021

Tóm tắt:

Trong phạm vi bài viết này, tác giả tập trung trình bày, phân tích cơ sở lý luận và thực tiễn của việc quy định biện pháp cưỡng chế đối với pháp nhân trong luật tố tụng hình sự Việt Nam; phân tích quy định của Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2015 về biện pháp cưỡng chế đối với pháp nhân và chỉ ra những hạn chế trong việc áp dụng biện pháp cưỡng chế đối với pháp nhân. Trên cơ sở đó, tác giả đưa ra một số kiến nghị hoàn thiện pháp luật và nâng cao hiệu quả áp dụng các biện pháp này ở nước ta trong thời gian tới.

Abstract:

Within the scope of this article, the author focuses on discussions and analysis of the theoretical and practical grounds of the provisions of coercive measures for legal entities in the criminal procedure law of Vietnam; analysis of the provisions of the Criminal Procedure Code of 2015 on coercive measures for legal entities and gives out a number of shortcomings in the application of coercive measures to the legal entities. On that basis, the author also provides recommendations to improve the law and enhance the effectiveness of these measures in our country in the coming time.

Trước đây, theo quy định của Bộ luật Hình sự năm 1999, pháp nhân không được xem là chủ thể của tội phạm. Tuy nhiên, theo quy định của Bộ luật Hình sự năm 2015 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2017 (sau đây gọi tắt là BLHS năm 2015), pháp nhân thương mại đã được bổ sung là một trong hai nhóm chủ thể của tội phạm, bao gồm cá nhân và pháp nhân thương mại. Cơ sở của việc bổ sung pháp nhân thương mại là chủ thể của tội phạm xuất phát từ yêu cầu đấu tranh phòng, chống tội phạm đối với tình hình vi phạm pháp luật của

pháp nhân thương mại trong lĩnh vực kinh tế và môi trường; yêu cầu công bằng trong xử lý hình sự giữa cá nhân và pháp nhân; yêu cầu của hội nhập quốc tế, thực hiện cam kết quốc tế mà Việt Nam tham gia¹.

Kể từ ngày 01/01/2018² đến nay, cả nước chỉ mới khởi tố một vụ án hình sự đối với pháp nhân thương mại đó là Công ty cổ phần Tập đoàn bia Sài Gòn Việt Nam. Mặc dù vụ án chưa được đưa ra xét xử nhưng có thể thấy, do đây là trường hợp đầu tiên nên vấn đề truy

¹ Trần Thị Quang Vinh – Vũ Thị Thúy, *Luật Hình sự Việt Nam*, Nxb. Đại học Quốc gia thành phố Hồ Chí Minh, 2018, tr.304.

² Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Bộ luật Hình sự năm 2015 có hiệu lực từ ngày 01/01/2018.

cứu trách nhiệm hình sự (TNHS) của pháp nhân thương mại không hề đơn giản, đặc biệt là vấn đề áp dụng các biện pháp cưỡng chế vì chưa có tiền lệ trước đó, nhưng đây sẽ là vụ án đầu tiên mà các cơ quan tiến hành tố tụng truy cứu TNHS của một pháp nhân thương mại làm tiền đề cho các vụ án về sau.

1. Kê biên tài sản

Việc quy định biện pháp kê biên tài sản là một trong các biện pháp cưỡng chế có thể được áp dụng đối với pháp nhân thể hiện sự phù hợp giữa luật nội dung và luật hình thức xuất phát từ việc chủ thể của tội phạm không chỉ có cá nhân mà có thể là pháp nhân thương mại, trong trường hợp pháp nhân thương mại phạm tội gây thiệt hại thì có thể bị áp dụng hình phạt tiền hoặc bồi thường thiệt hại. Do đó, việc quy định biện pháp kê biên tài sản nhằm đảm bảo việc thực hiện hình phạt của pháp nhân cũng như trách nhiệm dân sự nếu có.

Theo quy định tại Điều 437 BLTTHS năm 2015, *“kê biên tài sản áp dụng đối với pháp nhân bị khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử về tội mà Bộ luật hình sự quy định hình phạt tiền hoặc để bảo đảm bồi thường thiệt hại. Chỉ kê biên phần tài sản tương ứng với mức có thể bị tịch thu, phạt tiền hoặc bồi thường thiệt hại. Tài sản bị kê biên được giao cho người đứng đầu pháp nhân có trách nhiệm bảo quản; nếu để xảy ra việc tiêu dùng, sử dụng trái phép, chuyển nhượng, đánh tráo, cất giấu, hủy hoại tài sản bị kê biên thì người này phải chịu trách nhiệm theo quy định của pháp luật”*. Như vậy, kê biên tài sản là biện pháp cưỡng chế có thể

được áp dụng đối với bị can, bị cáo mà theo quy định của BLHS có thể bị phạt tiền hoặc bồi thường thiệt hại do những chủ thể có thẩm quyền³ tiến hành. Tuy nhiên, trên thực tế, có những trường hợp pháp nhân không bị khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử nhưng có tài sản liên quan đến vụ án và có nghĩa vụ bồi thường như trường hợp pháp nhân là bị đơn dân sự trong vụ án thì có áp dụng biện pháp kê biên tài sản hay không, Luật không có quy định. Ví dụ như vụ án liên quan đến “Công ty cổ phần địa ốc Alibaba” do Nguyễn Thái L làm chủ tịch Hội đồng quản trị, trong đó nhiều lãnh đạo và nhân viên công ty đã bị khởi tố về tội lừa đảo nhằm chiếm đoạt tài sản và tội rửa tiền xảy ra vào năm 2019 gây chấn động dư luận. Mặc dù trong vụ án này, quá trình điều tra chỉ mới dừng lại ở việc truy cứu TNHS các cá nhân, “Công ty cổ phần địa ốc Alibaba” có bị truy cứu TNHS về tội rửa tiền theo quy định tại Điều 324 BLHS năm 2015 hay không thì đến nay, theo kết luận của Cơ quan điều tra chỉ dừng lại ở việc truy cứu TNHS các cá nhân. Mặc dù Công ty không bị khởi tố nhưng các cơ quan có thẩm quyền đang tiến hành các biện pháp cần thiết để đảm bảo thi hành án, trong đó có việc đề xuất áp dụng kê biên tài sản đối với các dự án của công ty này⁴. Hoặc trong vụ án Công ty TNHH giải pháp phần mềm Nhật Cường (sau đây gọi tắt là Công ty Nhật Cường) xảy ra năm 2019, nhiều lãnh đạo công ty và nhân viên đã bị khởi tố về tội buôn lậu và một số tội danh khác nhưng Cơ quan điều tra cũng chỉ dừng lại ở việc truy cứu TNHS của cá nhân mặc dù theo quy định của BLHS năm 2015, pháp nhân cũng có thể

³ Khoản 4 Điều 437 BLTTHS năm 2015 dẫn chiếu Điều 128, Điều 113 BLTTHS: Chủ thể có thẩm quyền kê biên tài sản bao gồm: Thủ trưởng, Phó Thủ trưởng Cơ quan điều tra, Viện trưởng, Phó Viện trưởng Viện Kiểm sát, Chánh án, Phó Chánh án Tòa án, Hội đồng xét xử và Thẩm phán được phân công chủ tọa phiên tòa.

⁴ Theo điều tra của Công an Tp. Hồ Chí Minh, trên địa bàn tỉnh Đồng Nai có 311 thửa đất của Công ty Alibaba. Những thửa đất trên đang bị chặn giao dịch sau khi Công an khởi tố vụ án, khởi tố các bị can để phục vụ công tác điều tra. Công an Tp. Hồ Chí Minh đề xuất chính quyền tỉnh Đồng Nai hỗ trợ định giá các thửa đất, đồng thời kê biên tài sản đối với 255 thửa đất của Công ty Alibaba. Nguồn: <http://www.antv.gov.vn/tin-tuc/phap-luat/ke-bien-hang-tram-thua-dat-cong-ty-alibaba-lam-du-an-ma-tai-dong-nai-311358.html>, truy cập ngày 22/5/2020.

là chủ thể của tội buôn lậu⁵. Qua các trường hợp phân tích nêu trên, tác giả cho rằng, hiện nay, cơ quan tiến hành tố tụng đang rất dè dặt trong việc truy cứu TNHS của pháp nhân mặc dù có nhiều vụ án có dấu hiệu tội phạm của pháp nhân. Tuy nhiên, vấn đề kê biên tài sản của pháp nhân trong các vụ án này vẫn được áp dụng mặc dù pháp nhân không bị khởi tố.

Vụ án gần đây nhất và là vụ án đầu tiên các cơ quan tiến hành tố tụng ở Việt Nam truy cứu TNHS một pháp nhân thương mại theo BLTTHS năm 2015 đó là vụ án Công ty cổ phần tập đoàn bia Sài Gòn Việt Nam bị khởi tố, điều tra về tội xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp theo khoản 2 Điều 226 BLHS hiện hành⁶. Vụ án đang trong giai đoạn truy tố. Theo quy định tại Điều 226 BLHS thì hình phạt đối với tội này có thể là phạt tiền, có nghĩa là đủ điều kiện để áp dụng biện pháp kê biên tài sản đối với pháp nhân. Tuy nhiên, theo thông tin đến thời điểm hiện tại thì Cơ quan tiến hành tố tụng không áp dụng biện pháp cưỡng chế nào đối với Công ty này. Đối với vụ án này, tác giả cho rằng việc có áp dụng biện pháp cưỡng chế đối với pháp nhân hay không do các cơ quan tiến hành tố tụng nhận định và quyết định áp dụng khi cần thiết nhưng đây cũng là một vụ án điển hình đối với pháp nhân thương mại phạm tội để các đọc giả theo dõi và nghiên cứu thêm.

Về tài sản bị kê biên, khoản 2 Điều 437 BLTTHS năm 2015 quy định: “*Chỉ kê biên phần tài sản tương ứng với mức có thể bị tịch thu, phạt tiền hoặc bồi thường thiệt hại*”. “Trên thực tế, tài sản bị kê biên của pháp nhân có thể rơi vào các trường hợp sau: thuộc sở hữu chung của nhiều người; tài sản bị kê

biên đang cho bên thứ ba thuê hoặc giữ; tài sản bị kê biên đã thế chấp tại ngân hàng hoặc tổ chức tín dụng và ngân hàng cũng không quản lý được tài sản thế chấp này; tài sản là nhà ở, vật kiến trúc trên đất nhưng pháp nhân không có giấy chứng nhận quyền sử dụng đất hoặc giấy chứng nhận quyền sử dụng đất là của chủ thể khác; không xác định được tài sản kê biên đang ở đâu... Đây cũng là những trường hợp phát sinh khi kê biên tài sản của cá nhân. Những vướng mắc này tồn tại trong suốt thời gian thi hành BLTTHS năm 2003 và sẽ tiếp tục là những khó khăn, vướng mắc khi thi hành BLTTHS năm 2015. Vì vậy, việc có hướng dẫn cụ thể thực sự là cần thiết khi BLTTHS đã có hiệu lực pháp luật”⁷.

Về trình tự, thủ tục kê biên tài sản: *Khi kê biên tài sản của pháp nhân phải có mặt những người sau: Người đại diện theo pháp luật của pháp nhân; đại diện chính quyền xã, phường, thị trấn nơi pháp nhân có tài sản bị kê biên; người chứng kiến*⁸. Trình tự, thủ tục kê biên tài sản được áp dụng theo quy định tại Điều 128 BLTTHS năm 2015.

2. Phong tỏa tài khoản

Theo quy định tại Điều 438 BLTTHS năm 2015, “*Phong tỏa tài khoản áp dụng đối với pháp nhân bị khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử về tội mà Bộ luật hình sự quy định hình phạt tiền hoặc để bảo đảm bồi thường thiệt hại và có căn cứ xác định pháp nhân đó có tài khoản tại tổ chức tín dụng hoặc Kho bạc Nhà nước. Phong tỏa tài khoản cũng được áp dụng đối với tài khoản của cá nhân, tổ chức khác nếu có căn cứ xác định số tiền trong tài khoản đó liên quan đến hành vi phạm tội của pháp nhân*”. Phong tỏa tài khoản được biết

⁵ Nguồn: <https://www.nhandan.com.vn/phapluat/item/40188202-khoi-to-bi-can-bat-tam-giam-tong-giam-doc-cong-ty-nhat-cuong-cung-dong-pham.html>, truy cập ngày 22/5/2020.

⁶ Nguồn: Đông Hà, <https://tuoitre.vn/nhai-vo-bia-sai-gon-de-nghi-truy-to-giam-doc-va-ca-cong-ty-bia-sai-gon-viet-nam-20210117195035349.htm>, truy cập ngày 04/3/2021.

⁷ Nguyễn Hải Ninh, “*Biện pháp cưỡng chế đối với pháp nhân theo quy định của Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2015*”, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 2, 2018.

⁸ Điều 437 BLTTHS năm 2015.

đến là một biện pháp khẩn cấp tạm thời trong tố tụng dân sự⁹, được áp dụng trong trường hợp phải thi hành án về nghĩa vụ phải trả tiền khi họ có tiền gửi trong tài khoản ngân hàng hoặc tổ chức tín dụng khác thông qua việc cô lập, đặt tài khoản của người phải thi hành án trong tình trạng không thể sử dụng được nhằm ngăn chặn việc tẩu tán tiền trong tài khoản¹⁰.

Trong tố tụng hình sự, biện pháp phong tỏa tài khoản được xem là biện pháp cưỡng chế được thực hiện nhằm kịp thời ngăn chặn việc tẩu tán tiền trong tài khoản của pháp nhân. Tuy nhiên, pháp luật tố tụng hình sự cũng quy định các điều kiện để các chủ thể có thẩm quyền xem xét áp dụng biện pháp này như sau: *i) Phong tỏa tài khoản áp dụng đối với pháp nhân bị khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử về tội mà Bộ luật hình sự quy định hình phạt tiền hoặc để bảo đảm bồi thường thiệt hại; ii) Có căn cứ xác định pháp nhân đó có tài khoản tại tổ chức tín dụng hoặc Kho bạc Nhà nước; iii) Chỉ phong tỏa số tiền trong tài khoản tương ứng với mức có thể phạt tiền hoặc bồi thường thiệt hại.*

Như vậy, đối với pháp nhân thương mại bị truy cứu TNHS về tội mà BLHS quy định hình phạt tiền hoặc để đảm bảo bồi thường thiệt hại và có căn cứ xác định pháp nhân đó có tài khoản tại tổ chức tín dụng hoặc Kho bạc Nhà nước thì các chủ thể có thẩm quyền¹¹ được quy định tại Điều 129 BLTTHS năm 2015 có quyền áp dụng biện pháp phong tỏa tài khoản để kịp thời ngăn chặn việc tẩu tán tài sản dưới mọi thì thức nhằm đảm bảo thi hành án. Tuy nhiên, vấn đề đặt ra khi áp dụng biện pháp này để vừa đảm bảo cho quá trình giải quyết vụ án hình sự được kịp thời, đầy đủ nhưng cũng phải đảm bảo tính khách quan,

tránh việc xâm phạm đến quyền và lợi ích hợp pháp của pháp nhân thông qua việc quy định chặt chẽ các điều kiện, khi áp dụng biện pháp này đòi hỏi các chủ thể có thẩm quyền trước khi áp dụng biện pháp phong tỏa tài khoản phải chứng minh rất nhiều vấn đề như: hành vi phạm tội của pháp nhân có thuộc trường hợp tội phạm có hình phạt tiền hoặc bồi thường thiệt hại; pháp nhân có tài khoản hay không, bao nhiêu tài khoản, những tài khoản đó ở ngân hàng hay tổ chức tín dụng nào; xác định giá trị tài khoản của pháp nhân để áp dụng biện pháp phong tỏa tài khoản tương ứng hình phạt tiền hoặc bồi thường tài sản...

Ngoài ra, BLTTHS năm 2015 cũng quy định những trường hợp tài khoản không phải của pháp nhân trong vụ án nhưng nếu có căn cứ cho rằng số tiền trong tài khoản đó có liên quan đến hành vi phạm tội của pháp nhân thì vẫn có thể bị áp dụng biện pháp này. Quy định này nhằm kịp thời ngăn chặn việc tẩu tán tiền trong tài khoản và đảm bảo thi hành án; bởi lẽ trên thực tế, có rất nhiều trường hợp khi thực hiện hành vi phạm tội, các đối tượng đã lường trước hậu quả có thể bị áp dụng biện pháp này nên đã chuyển số tiền phạm pháp vào một tài khoản khác để tránh bị phát hiện hoặc để bảo toàn số tiền đó, trốn tránh trách nhiệm thi hành án khi bị phát hiện. Thiết nghĩ, quy định này nhằm kịp thời ngăn chặn việc tẩu tán tài sản của pháp nhân trong quá trình thực hiện hành vi phạm tội, góp phần khắc phục hậu quả của hành vi phạm tội do pháp nhân gây ra và để đảm bảo thu hồi tiền, tài sản thông qua hoạt động thi hành án.

3. Tạm đình chỉ có thời hạn hoạt động của pháp nhân

Theo quy định tại Điều 439 BLTTHS năm 2015 thì: “*Tạm đình chỉ có thời hạn hoạt động*

⁹ Điều 114 Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015.

¹⁰ Phạm Mạnh Hùng, *Bình luận khoa học Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2015*, Nxb. Lao động, 2018, tr.702

¹¹ Điều 129, Điều 113 BLTTHS năm 2015 quy định các chủ thể có thẩm quyền áp dụng biện pháp phong tỏa tài khoản bao gồm: Thủ trưởng, Phó Thủ trưởng Cơ quan điều tra, Viện trưởng, Phó Viện trưởng Viện Kiểm sát, Chánh án, Phó Chánh án Tòa án, Hội đồng xét xử và Thẩm phán được phân công chủ tọa phiên tòa.

của pháp nhân chỉ áp dụng khi có căn cứ xác định hành vi phạm tội của pháp nhân gây thiệt hại hoặc có khả năng gây thiệt hại đến tính mạng, sức khỏe của con người, môi trường hoặc trật tự, an toàn xã hội". Biện pháp này được đặt ra để kịp thời ngăn ngừa hậu quả cho xã hội đối với hành vi có dấu hiệu tội phạm của pháp nhân khi có căn cứ xác định hành vi của pháp nhân gây thiệt hại hoặc có khả năng gây thiệt hại đến tính mạng, sức khỏe của con người, gây thiệt hại môi trường hoặc ảnh hưởng đến trật tự xã hội. Đối với căn cứ áp dụng tạm đình chỉ có thời hạn hoạt động của pháp nhân theo Điều 439, tác giả cho rằng chưa phù hợp. Bởi lẽ, theo quy định thì hành vi vi phạm pháp luật chỉ bị coi là tội phạm ("hành vi phạm tội") khi có bản án kết tội của Tòa án, còn trong giai đoạn khởi tố, điều tra, truy tố, thậm chí là giai đoạn xét xử nếu chưa có bản án kết tội của Tòa án có hiệu lực pháp luật thì người bị buộc tội được coi là không có tội theo nguyên tắc suy đoán vô tội và hành vi bị truy cứu lúc này cũng chưa bị coi là tội phạm mà có thể chỉ là hành vi có dấu hiệu tội phạm. Cũng theo quy định tại khoản 1 Điều này, về thẩm quyền áp dụng bao gồm: *Người có thẩm quyền quy định tại khoản 1 Điều 113 của Bộ luật này có quyền ra quyết định tạm đình chỉ có thời hạn hoạt động của pháp nhân. Quyết định tạm đình chỉ hoạt động của pháp nhân của những người quy định tại điểm a khoản 1 Điều 113 của Bộ luật này phải được Viện kiểm sát cùng cấp phê chuẩn trước khi thi hành.* Đối chiếu với quy định tại khoản 1 Điều 113, người có thẩm quyền áp dụng biện pháp này bao gồm Thủ trưởng, Phó thủ trưởng Cơ quan điều tra; Viện trưởng, Phó Viện trưởng Viện kiểm sát; Chánh án, Phó Chánh án Tòa án. Như vậy, có thể thấy việc áp dụng biện pháp này có thể được tiến hành trong giai đoạn khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử trước khi có bản án của Tòa án. Điều này đồng nghĩa

với việc biện pháp này có thể được áp dụng đối với người bị buộc tội khi có căn cứ xác định hành vi có dấu hiệu tội phạm chứ không phải khi xác định được hành vi phạm tội như quy định tại Điều 439.

Mặc dù đặc thù TNHS của pháp nhân thương mại chỉ được đặt ra trong một số tội phạm về kinh tế, môi trường nhưng thông qua gây thiệt hại về môi trường nó cũng có khả năng gây thiệt hại hoặc đe dọa gây thiệt hại cho tính mạng, sức khỏe của con người cần ngăn chặn kịp thời hậu quả có thể xảy ra. Tuy nhiên, vấn đề đặt ra là khi pháp nhân thương mại có hành vi có dấu hiệu tội phạm trong các lĩnh vực kinh tế, môi trường theo quy định của BLHS thì cơ quan có thẩm quyền áp dụng tạm đình chỉ có thời hạn hoạt động của pháp nhân trên toàn bộ lĩnh vực hay chỉ tạm đình chỉ những lĩnh vực vi phạm pháp luật hình sự. Trong quá trình giải quyết vụ án hình sự nhằm xác định TNHS của pháp nhân thương mại, việc quyết định áp dụng biện pháp tạm đình chỉ hoạt động của pháp nhân không phải là tạm đình chỉ hoạt động trong mọi lĩnh vực mà pháp nhân đó đang hoạt động. Việc tạm đình chỉ hoạt động của pháp nhân thương mại bị khởi tố, điều tra, truy tố phải được hiểu là tạm đình chỉ hoạt động trong một hoặc một số lĩnh vực hoạt động gây thiệt hại đến tính mạng, sức khỏe con người, môi trường hoặc an ninh trật tự, an toàn xã hội. Hiểu và áp dụng như vậy phù hợp với quy định của BLHS năm 2015 về hình phạt đình chỉ hoạt động có thời hạn và đình chỉ hoạt động vĩnh viễn¹². Tác giả cũng đồng quan điểm này; bởi lẽ, khi pháp nhân được thành lập và hoạt động thì sẽ đăng ký rất nhiều lĩnh vực hoạt động. Nếu trong quá trình tổ chức và hoạt động, pháp nhân có vi phạm pháp luật hình sự gây thiệt hại hoặc đe dọa gây thiệt hại dẫn đến hậu quả bị truy cứu TNHS thì có thể áp dụng quy định của BLTTHS năm 2015 về việc tạm đình chỉ có

¹² Nguyễn Hải Ninh, "Biện pháp cưỡng chế đối với pháp nhân theo quy định của Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2015", Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 2, 2018.

thời hạn hoạt động của pháp nhân chứ không nên vì vi phạm trong lĩnh vực này mà đình chỉ toàn bộ hoạt động của pháp nhân sẽ gây ra hệ quả tiêu cực cho pháp nhân cũng như đối với xã hội như: ảnh hưởng đến hoạt động bình thường của pháp nhân khi pháp nhân phải ngừng hoạt động sản xuất, kinh doanh, thậm chí là ảnh hưởng đến người lao động khi họ ngừng việc... Do đó, cơ quan có thẩm quyền khi xem xét áp dụng biện pháp này cần căn cứ vào các lĩnh vực hoạt động mà pháp nhân thương mại đăng ký hoạt động và quan trọng hơn là phải căn cứ vào tính chất, mức độ hành vi nguy hiểm cho xã hội của pháp nhân đã thực hiện để xác định rõ tạm đình chỉ hoạt động trong lĩnh vực nào tránh việc tạm đình chỉ toàn bộ hoạt động của pháp nhân.

Về căn cứ áp dụng, mặc dù BLTTHS năm 2015 không quy định cụ thể về căn tạm đình chỉ có thời hạn hoạt động của pháp nhân, chỉ quy định nếu có *căn cứ xác định hành vi phạm tội của pháp nhân gây thiệt hại hoặc có khả năng gây thiệt hại đến tính mạng, sức khỏe của con người, môi trường hoặc trật tự, an toàn xã hội*. Có quan điểm cho rằng căn bổ sung thêm căn cứ biện pháp cưỡng chế này là chỉ áp dụng với pháp nhân thương mại nếu pháp nhân đó có thể bị áp dụng hình phạt đình chỉ hoạt động có thời hạn hoặc đình chỉ hoạt động vĩnh viễn để phù hợp với quy định về hình phạt đối với pháp nhân thương mại được quy định trong BLHS năm 2015¹³. Tuy nhiên, theo tác giả, quy định của BLTTHS năm 2015 như hiện nay là hợp lý vì có nhiều trường hợp, pháp nhân có hành vi có dấu hiệu tội phạm của các tội mà BLHS không quy định bị áp dụng hình phạt đình chỉ hoạt động có thời hạn hoặc đình chỉ hoạt động vĩnh viễn mà có thể chỉ dừng lại là hình phạt tiền thì vẫn có căn cứ áp dụng biện pháp cưỡng chế này nếu hành vi đó gây thiệt hại hoặc có khả năng gây thiệt hại đến tính mạng, sức khỏe của con người, môi

trường hoặc trật tự, an toàn xã hội. Quy định này nhằm kịp thời ngăn chặn hành vi gây thiệt hại hoặc đe dọa gây thiệt hại của pháp nhân trong quá trình hoạt động của mình.

4. Buộc nộp một khoản tiền để đảm bảo thi hành án

Theo quy định tại khoản 2 Điều 439 BLTTHS năm 2015, “*buộc nộp một khoản tiền để bảo đảm thi hành án áp dụng đối với pháp nhân bị khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử về tội mà Bộ luật hình sự quy định hình phạt tiền hoặc để bảo đảm bồi thường thiệt hại*”. Biện pháp này chỉ áp dụng đối với pháp nhân bị truy cứu về tội mà BLHS quy định hình phạt tiền hoặc để đảm bảo bồi thường thiệt hại và chỉ buộc nộp một khoản tiền để bảo đảm thi hành án tương ứng với mức có thể bị phạt tiền hoặc để bồi thường thiệt hại. Đây là biện pháp cần thiết để đảm bảo cho việc thi hành án của pháp nhân. Tuy nhiên, vấn đề đặt ra là biện pháp này được áp dụng trong trường hợp nào khi mà căn cứ áp dụng biện pháp này gần như tương đồng với biện pháp kê biên tài sản và phong tỏa tài khoản. Theo tác giả, biện pháp này được áp dụng trong trường hợp pháp nhân bị truy cứu TNHS đối với tội mà BLHS quy định hình phạt tiền hoặc bồi thường thiệt hại trong hai trường hợp sau đây: *một là*, pháp nhân tự nguyện nộp tiền để không phải chịu áp dụng biện pháp kê biên tài sản hoặc phong tỏa tài khoản; *hai là*, pháp nhân đã bị áp dụng biện pháp kê biên tài sản hoặc phong tỏa tài khoản hoặc cả hai nhưng không đủ để thực hiện nghĩa vụ theo quy định của BLHS. Trường hợp đã áp dụng biện pháp kê biên tài sản hoặc phong tỏa tài khoản mà đã đảm bảo cho việc thi hành án thì không cần thiết phải áp dụng biện pháp này.

Về thẩm quyền áp dụng, theo quy định tại khoản 2 Điều 439 BLTTHS năm 2015, thẩm quyền thuộc về Thủ trưởng, Phó Thủ trưởng Cơ quan điều tra các cấp; trường hợp

¹³ Nguyễn Hải Ninh, “*Biện pháp cưỡng chế đối với pháp nhân theo quy định của Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2015*”, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 2, 2018.

này, quyết định buộc nộp một khoản tiền để bảo đảm thi hành án phải được Viện kiểm sát cùng cấp phê chuẩn trước khi thi hành; Viện trưởng, Phó Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân và Viện trưởng, Phó Viện trưởng Viện kiểm sát quân sự các cấp; Chánh án, Phó Chánh án Tòa án nhân dân và Chánh án, Phó Chánh án Tòa án quân sự các cấp; Hội đồng xét xử.

Về trình tự, thủ tục áp dụng, Chính phủ quy định chi tiết trình tự, thủ tục, mức tiền phải nộp để bảo đảm thi hành án; việc tạm giữ, hoàn trả, nộp ngân sách nhà nước số tiền đã nộp¹⁴. Hiện nay, Chính phủ đã ban hành Nghị định số 115/2017/NĐ-CP ngày 16/10/2017 quy định chi tiết trình tự, thủ tục, mức tiền pháp nhân thương mại phải nộp để bảo đảm thi hành án; việc tạm giữ, hoàn trả, nộp ngân sách nhà nước số tiền đã nộp. Nghị định này đã có hiệu lực thi hành từ ngày 01/01/2018.

5. Một số đề xuất, kiến nghị

Một là, cần bổ sung đối tượng có thể bị áp dụng biện pháp kê biên tài sản không chỉ là bị can, bị cáo mà có thể là pháp nhân tham gia vụ án với tư cách là bị đơn dân sự hoặc người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến vụ án. Ngoài ra, theo quy định của BLTTHS năm 2015, thủ tục tiến hành kê biên tài sản quy định tại Điều 128 chỉ phù hợp với kê biên tài sản của cá nhân, không phù hợp với kê biên tài sản của pháp nhân như đã phân tích ở trên. Vì vậy, để việc áp dụng pháp luật thống nhất và khắc phục những hạn chế, bất cập trong thực tiễn tiến hành kê biên tài sản đối với các pháp nhân theo Điều 437 BLTTHS năm 2015, cần có quy định bổ sung điều luật quy định về “*Thủ tục kê biên tài sản của cơ quan, tổ chức tiến hành theo quy định tại Điều 437 BLTTHS năm 2015*”¹⁵. Trong đó, cần nghiên cứu, bổ sung trường hợp kê biên tài sản đối với pháp nhân không bị khởi tố. Tuy nhiên, về

vấn đề bổ sung trường hợp kê biên tài sản đối với pháp nhân không bị khởi tố xuất phát từ thực tiễn giải quyết vụ án hình sự có liên quan đến pháp nhân trong ví dụ đã nêu ở phần trên, tác giả chỉ dừng lại ở việc đề xuất và cần có những nghiên cứu sâu hơn về vấn đề này để kiến nghị các giải pháp phù hợp.

Hai là, về tài sản bị kê biên, khoản 2 Điều 437 BLTTHS năm 2015 quy định: “*Chỉ kê biên phần tài sản tương ứng với mức có thể bị tịch thu, phạt tiền hoặc bồi thường thiệt hại*”. Tác giả cho rằng cần có văn bản hướng dẫn xác định tài sản thuộc đối tượng bị kê biên theo quy định để tránh những trường hợp vướng mắc như đã nêu trên.

Ba là, đối với biện pháp phong tỏa tài khoản, để đảm bảo áp dụng thống nhất quy định tại Điều 129 BLTTHS năm 2015 về thủ tục phong tỏa tài khoản, tác giả cho rằng cần có văn bản hướng dẫn thống nhất về chủ thể được giao biên bản phong tỏa tài khoản trong trường hợp này. Ngoài ra, cần sớm ban hành văn bản hướng dẫn quy định rõ thời gian tối thiểu để các cơ quan, tổ chức thực hiện yêu cầu của Cơ quan có thẩm quyền đối với lệnh phong tỏa. Bởi lẽ, việc thực hiện quy định phong tỏa ngay theo quy định của BLTTHS hiện nay là rất khó khăn, đồng thời, quy định rõ trách nhiệm của người đứng đầu ngân hàng, tổ chức tín dụng trong trường hợp không thực hiện hoặc thực hiện chậm trễ lệnh phong tỏa của cơ quan có thẩm quyền

Bốn là, đối với biện pháp tạm đình chỉ có thời hạn hoạt động của pháp nhân, cơ quan có thẩm quyền khi xem xét áp dụng biện pháp này cần căn cứ vào các lĩnh vực hoạt động mà pháp nhân thương mại đăng ký hoạt động và quan trọng hơn là phải căn cứ vào tính chất, mức độ hành vi nguy hiểm cho xã hội của pháp nhân đã thực hiện để xác định rõ tạm đình chỉ hoạt động trong lĩnh vực nào,

¹⁴ Khoản 2 Điều 439 BLTTHS năm 2015.

¹⁵ Nguyễn Hải Ninh, “*Biện pháp cưỡng chế đối với pháp nhân theo quy định của Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2015*”, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 2, 2018.

tránh việc tạm đình chỉ toàn bộ hoạt động của pháp nhân gây ảnh hưởng đến hoạt động bình thường của pháp nhân trong các lĩnh vực khác. Bên cạnh đó, cần sửa quy định tại Điều 439 BLTTHS năm 2015 về căn cứ áp dụng biện pháp này để đảm bảo về mặt khái niệm như sau: “*Tạm đình chỉ có thời hạn hoạt động của pháp nhân chỉ áp dụng khi có căn cứ xác định hành vi có dấu hiệu tội phạm của pháp nhân gây thiệt hại hoặc có khả năng gây thiệt hại đến tính mạng, sức khỏe của con người, môi trường hoặc trật tự, an toàn xã hội*”.

Ngoài ra, về việc áp dụng biện pháp cưỡng chế đối với pháp nhân, BLTTHS năm 2015 không quy định về việc có thể áp dụng đồng thời nhiều biện pháp hay không hoặc trong trường hợp phải áp dụng nhiều biện pháp thì ưu tiên áp dụng biện pháp nào. Trong số các biện pháp cưỡng chế luật định áp dụng với pháp nhân bị khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử, ngoài biện pháp tạm đình chỉ hoạt động của pháp nhân có mục đích chính và chủ yếu là ngăn chặn hành vi phạm tội tiếp tục xảy ra, tiếp tục gây thiệt hại, các biện pháp còn lại đều nhằm mục đích để bảo đảm cho việc thi hành hình phạt tiền hoặc bảo đảm bồi thường thiệt hại. Căn cứ vào quy định của pháp luật, đối chiếu với thực tế có thể hiểu đối với một pháp nhân thương mại bị khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử cùng lúc có thể áp dụng nhiều biện pháp cưỡng chế tố tụng. Bởi lẽ, có thể áp dụng một biện pháp nhằm ngăn chặn tội phạm tiếp tục xảy ra đồng thời với một biện pháp để bảo đảm thi hành án hoặc hai biện pháp cùng nhằm bảo đảm thi hành án (*Vi dụ: nếu chỉ phong tỏa tài khoản của pháp nhân thì chưa đủ số tiền tương ứng với mức phạt tiền hoặc bồi thường thiệt hại và vì vậy cần áp dụng thêm biện pháp kê biên tài sản...*)¹⁶. Tác giả cũng đồng quan điểm cho rằng, cơ quan có thẩm quyền có quyền lựa chọn áp dụng một hoặc nhiều biện pháp cưỡng chế đối với

pháp nhân bị truy cứu TNHS. Tuy nhiên, việc ưu tiên áp dụng biện pháp nào để vừa đảm bảo kịp thời ngăn chặn, đảm bảo thi hành án nhưng không ảnh hưởng đến hoạt động bình thường của pháp nhân. Theo đó, trong bốn biện pháp cưỡng chế, biện pháp buộc nộp một khoản tiền để bảo đảm thi hành án là biện pháp ảnh hưởng ít nhất đến hoạt động của pháp nhân nên được ưu tiên lựa chọn. Nếu pháp nhân không có khả năng tài chính để thực thi biện pháp này thì mới áp dụng phong tỏa tài khoản và cuối cùng là kê biên tài sản. Như vậy, sẽ vừa đảm bảo hiệu quả của việc giải quyết vụ án hình sự, tránh việc tẩu tán tài sản nhưng cũng vừa hạn chế các ảnh hưởng của việc áp dụng các biện pháp này đến hoạt động sản xuất, kinh doanh của pháp nhân.

Một vấn đề nữa cũng cần lưu ý, đó là có nên bổ sung quy định cho các cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra có thẩm quyền áp dụng biện pháp cưỡng chế đối với pháp nhân hay không. Bởi lẽ, theo quy định tại Điều 436 BLTTHS năm 2015 cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng bao gồm cơ quan tiến hành tố tụng và các cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra có thể áp dụng biện pháp cưỡng chế đối với pháp nhân. Tuy nhiên, khi đi vào các biện pháp cụ thể được quy định tại các Điều 437, 438, 439 đều không quy định thẩm quyền áp dụng biện pháp cưỡng chế cho cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra. Tác giả cho rằng, việc truy cứu TNHS đối với pháp nhân phức tạp hơn rất nhiều so với truy cứu TNHS cá nhân, trong đó có việc áp dụng biện pháp cưỡng chế. Do đó, việc quy định chủ thể có thẩm quyền áp dụng biện pháp cưỡng chế hiện nay là hợp lý nhưng cần sửa đổi quy định tại Điều 436 theo hướng chỉ trao quyền áp dụng các biện pháp cưỡng chế này cho Cơ quan điều tra, Viện Kiểm sát và Tòa án để việc áp dụng pháp luật được thống nhất ■

¹⁶ Nguyễn Hải Ninh, “*Biện pháp cưỡng chế đối với pháp nhân theo quy định của Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2015*”, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 2, 2018.

QUY ĐỊNH CỦA BỘ LUẬT TỔ TỤNG HÌNH SỰ NĂM 2015 VỀ BỊ HẠI, ĐƯƠNG SỰ

Thái Chí Bình*

*ThS. Tòa án nhân dân huyện Chợ Mới, tỉnh An Giang.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Bị hại, đương sự, Bộ luật Tố tụng hình sự.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 18/10/2021

Biên tập : 20/10/2021

Duyệt bài : 21/10/2021

Article Information:

Keywords: Victims; litigants; the Criminal Procedure Code

Article History:

Received : 18 Oct. 2021

Edited : 20 Oct. 2021

Approved : 21 Oct. 2021

Tóm tắt:

Trong phạm vi bài viết này, tác giả trình bày, phân tích những điểm mới trong các quy định của Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2015 về bị hại, đương sự; chỉ ra những hạn chế, bất cập và đề xuất kiến nghị hoàn thiện các quy định của Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2015 về bị hại, đương sự.

Abstract:

Within the scope of this article, the author provides both discussions and analysis of new contents in the provisions of the Criminal Procedure Code of 2015 on victims and litigants; and also points out the shortcomings, inadequacies and proposes a number of recommendations to improve the provisions of the Criminal Procedure Code of 2015 on victims and litigants.

1. Những điểm mới trong quy định của Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2015 về bị hại, đương sự

Trên cơ sở kế thừa các quy định của Bộ luật Tố tụng hình sự (TTHS) năm 2003 về người bị hại, nguyên đơn dân sự, bị đơn dân sự, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến vụ án, Bộ luật TTHS năm 2015 có một quy định mới về bị hại, đương sự sau đây:

Thứ nhất, bổ sung, thay đổi tên gọi bị hại, đương sự cho phù hợp với tư cách tham gia tố tụng mới và giải thích rõ thuật ngữ đương sự.

Khoản 1 Điều 51 Bộ luật TTHS năm 2003 quy định người bị hại chỉ là cá nhân, không bao gồm cơ quan, tổ chức. Nếu cơ quan, tổ chức bị tội phạm trực tiếp xâm phạm thì chủ thể này chỉ có thể tham gia tố tụng với

tư cách nguyên đơn dân sự. Quy định này chưa tạo sự bình đẳng giữa các cá nhân và cơ quan, tổ chức bị tội phạm trực tiếp xâm phạm trong việc thực hiện các quyền và nghĩa vụ. Để khắc phục hạn chế này, khoản 1 Điều 62 Bộ luật TTHS năm 2015 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.

Bên cạnh đó, Bộ luật TTHS năm 2003 không giải thích rõ thế nào là đương sự gây khó khăn trong việc hiểu, áp dụng. Trên thực tế, đương sự được hiểu ở các phạm vi: (i) bao gồm người bị hại, nguyên đơn dân sự, bị đơn dân sự, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến vụ án; (ii) chỉ bao gồm nguyên đơn dân sự, bị đơn dân sự, người có quyền lợi,

nghĩa vụ liên quan đến vụ án; (iii) bao gồm người bị hại, nguyên đơn dân sự, bị đơn dân sự, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến vụ án và người bị tạm giữ, bị can, bị cáo. Để khắc phục hạn chế này, điểm g khoản 1 Điều 4 Bộ luật TTHS năm 2015 quy định, “*đương sự*” gồm nguyên đơn dân sự, bị đơn dân sự, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến vụ án hình sự.

Thứ hai, bổ sung khái niệm người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến vụ án

Người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan có thể là người không liên quan đến việc thực hiện tội phạm nhưng các cơ quan tiến hành tố tụng phải xử lý theo pháp luật những vấn đề có liên quan đến quyền lợi, nghĩa vụ của họ. Người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến vụ án có thể là người có lợi ích vật chất hoặc tinh thần có liên quan đến hành vi phạm tội của người bị buộc tội và được cơ quan tiến hành tố tụng công nhận; người mà hành vi của họ có liên quan đến tội phạm do người bị buộc tội thực hiện và theo quy định của pháp luật, họ phải có trách nhiệm về hành vi của mình, trách nhiệm có thể là trách nhiệm vật chất hoặc trách nhiệm về mặt tinh thần.

Bộ luật TTHS năm 2003 không đưa ra khái niệm người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến vụ án nên việc hiểu, áp dụng trên thực tế không thống nhất. Để khắc phục bất cập này, khoản 1 Điều 65 Bộ luật TTHS năm 2015 quy định, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến vụ án là cá nhân, cơ quan, tổ chức có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến vụ án hình sự.

Thứ ba, bổ sung quyền và nghĩa vụ của bị hại

Cùng với việc bổ sung diện đối tượng bị thiệt hại, Bộ luật TTHS năm 2015 còn bổ sung quyền và nghĩa vụ của bị hại nhằm bảo vệ các quyền và lợi ích hợp pháp của bị hại, đảm bảo công tác đấu tranh phòng, chống tội phạm đạt hiệu quả và cân bằng giữa việc bảo vệ lợi ích của chủ thể bị tội phạm gây thiệt

hại với lợi ích chung. Theo quy định của Điều 62 Bộ luật TTHS năm 2015, bị hại và người đại diện theo pháp luật của họ được bổ sung các quyền sau: (i) được cơ quan tố tụng thông báo, giải thích quyền và nghĩa vụ của họ; (ii) đưa ra chứng cứ; (iii) trình bày ý kiến về chứng cứ, tài liệu, đồ vật liên quan và yêu cầu người có thẩm quyền tiến hành tố tụng kiểm tra, đánh giá; (iv) đề nghị giám định, định giá tài sản; đề nghị thay đổi người định giá, người dịch thuật; (v) đề nghị chủ tọa phiên tòa hỏi bị cáo và người tham gia phiên tòa và một số quyền khác.

Bên cạnh đó, nhằm tăng cường trách nhiệm của họ trong việc phối hợp với cơ quan có thẩm quyền tố tụng trong việc phát hiện, xử lý tội phạm, Bộ luật TTHS năm 2015 còn quy định rõ hơn nghĩa vụ và trách nhiệm của bị hại. Đó là các nghĩa vụ: (i) chấp hành các quyết định tố tụng của cơ quan có thẩm quyền; (ii) trường hợp cố ý vắng mặt hoặc có hành vi gây khó khăn, cản trở hoạt động điều tra, truy tố, xét xử thì có thể bị dẫn giải.

Việc quy định người bị hại sẽ bị dẫn giải nếu vắng mặt hoặc có hành vi gây khó khăn, cản trở hoạt động điều tra, truy tố, xét xử góp phần tháo gỡ nhiều khó khăn mà thực tiễn gặp phải.

Thứ tư, bổ sung quyền và nghĩa vụ của đương sự khi tham gia tố tụng

Để bảo đảm cho đương sự (nguyên đơn dân sự, bị đơn dân sự, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến vụ án) thực hiện quyền và nghĩa vụ một cách thuận lợi khi tham gia tố tụng, Bộ luật TTHS năm 2015 đã bổ sung một số quyền cho các chủ thể này gồm: (i) đưa ra chứng cứ; (ii) trình bày ý kiến về chứng cứ, tài liệu, đồ vật liên quan và yêu cầu người có thẩm quyền tiến hành tố tụng kiểm tra, đánh giá; (iii) yêu cầu giám định, định giá tài sản; đề nghị thay đổi người định giá tài sản, người dịch thuật; (iv) được thông báo kết quả giải quyết vụ án; (v) đề nghị chủ tọa hỏi những người tham gia phiên tòa; (vi) tự bảo vệ, nhờ

người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho mình và một số quyền khác.

Đồng thời, Bộ luật TTHS năm 2015 quy định rõ nghĩa vụ của những chủ thể này phải chấp hành các quyết định tố tụng của cơ quan có thẩm quyền nhằm tăng cường trách nhiệm của họ trong quá trình giải quyết vụ án, bảo đảm việc giải quyết vụ án nhanh chóng, kịp thời, đúng pháp luật.

2. Một số hạn chế, bất cập trong các quy định của Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2015 về bị hại, đương sự

Thứ nhất, quy định của Bộ luật TTHS năm 2015 về bị hại, đương sự chưa phù hợp với Hiến pháp năm 2013.

Khoản 7 Điều 103 Hiến pháp năm 2013 khẳng định, “*quyền bào chữa của bị can, bị cáo, quyền bảo vệ lợi ích hợp pháp của đương sự được bảo đảm*”. Quy định này cho thấy, các quyền bào chữa của bị can, bị cáo, quyền bảo vệ lợi ích của đương sự là quyền hiến định. Các văn bản luật cần cụ thể hóa quy định này của Hiến pháp.

Hiện nay, các văn bản luật tố tụng (hình sự, dân sự, hành chính, kinh tế, lao động, hôn nhân và gia đình) đều quy định về đương sự; đó là những chủ thể có quyền và lợi ích gắn liền với các loại án tương ứng được giải quyết. Theo đó, trong tố tụng dân sự, đó là nguyên đơn, bị đơn, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan; trong tố tụng hành chính là người khởi kiện, người bị kiện và người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan...

Trong TTHS, chủ thể có quyền và lợi ích gắn liền với vụ án hình sự tương đối phức tạp và có thể chia làm 02 nhóm sau:

Nhóm thứ nhất là những chủ thể có quyền và nghĩa vụ liên quan đến vụ án hình sự nhưng là người bị buộc tội gồm: người bị bắt, người bị tạm giữ, bị can, bị cáo¹. Mặc dù, người bị bắt, người bị tạm giữ, bị can, bị cáo là các tư cách tham gia tố tụng nhưng

thực chất chỉ là một chủ thể là người bị tình nghi, tùy từng giai đoạn tố tụng mà tư cách của người bị tình nghi thay đổi cho phù hợp.

Nhóm thứ hai là những chủ thể có quyền và nghĩa vụ liên quan đến vụ án hình sự nhưng không phải là người bị buộc tội mà việc họ tham gia tố tụng để tự bảo vệ lợi ích hợp pháp của mình và có nghĩa vụ liên quan đến tội phạm xảy ra bao gồm: bị hại, nguyên đơn dân sự, bị đơn dân sự, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến vụ án. Mỗi tư cách tố tụng trong nhóm thứ hai này vừa có quyền lợi, nghĩa vụ giống nhau, vừa có quyền, nghĩa vụ riêng biệt.

Như vậy, chủ thể cần được bảo đảm quyền được bảo vệ lợi ích hợp pháp trong vụ án hình sự, bên cạnh người bị buộc tội, đó là bị hại, nguyên đơn dân sự, bị đơn dân sự, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến vụ án, là những chủ thể có quyền và lợi ích gắn liền với việc giải quyết vụ án hình sự. Vì vậy, tác giả cho rằng, thuật ngữ “đương sự” quy định tại khoản 7 Điều 103 Hiến pháp năm 2013 cần được hiểu bao gồm cả bị hại trong đó. Do đó, việc Bộ luật TTHS năm 2015 quy định tách rời “bị hại” ngoài phạm vi “đương sự” là chưa đúng với tinh thần của Hiến pháp.

Thứ hai, Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2015 chưa xác định rõ khái niệm đương sự.

Bộ luật TTHS năm 2015 chỉ liệt kê các chủ thể tham gia tố tụng với tư cách là “đương sự” mà chưa nêu khái niệm đương sự (nội hàm của thuật ngữ “đương sự”). Trong khi đó, theo quy định của Bộ luật này, đương sự tham gia vào nhiều hoạt động tố tụng vừa với tư cách là nguyên đơn dân sự, bị đơn dân sự, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến vụ án. Bên cạnh đó, quy định của BLTTHS năm 2015 về nguyên đơn dân sự, bị đơn dân sự, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến vụ án cho thấy, đây là nhóm

¹ Xem: điểm d khoản 1 Điều 4 BLTTHS năm 2015.

chủ thể có quyền và nghĩa vụ liên quan đến vụ án hình sự nhưng không phải là người bị buộc tội và việc họ tham gia tố tụng để tự bảo vệ lợi ích hợp pháp của mình và có nghĩa vụ liên quan đến tội phạm xảy ra. Quan hệ TTHS mà đương sự tham gia là các quan hệ về dân sự có thể được xác lập giữa đương sự với những người tham gia tố tụng khác hoặc giữa các tư cách tham gia tố tụng thuộc đương sự với nhau.

Vì vậy, để bảo đảm cách hiểu thống nhất về “đương sự” trên thực tế, tác giả cho rằng, Bộ luật TTHS năm 2015 cần được bổ sung khái niệm đương sự.

Thứ ba, Bộ luật TTHS năm 2015 sử dụng thuật ngữ “người bị hại” nhưng không giải thích và phân biệt với thuật ngữ “bị hại”.

Thuật ngữ “người bị hại” chỉ là cá nhân được Bộ luật TTHS năm 2015 quy định tại điểm 1 khoản 1 Điều 4 (về dẫn giải); khoản 1 Điều 71 (về trách nhiệm thông báo, giải thích và bảo đảm thực hiện quyền và nghĩa vụ của người tham gia tố tụng); điểm b khoản 2 Điều 127 (về áp giải, dẫn giải); Điều 49 (về các trường hợp phải từ chối hoặc thay đổi người có thẩm quyền tiến hành tố tụng); Điều 50 (về người có quyền đề nghị thay đổi người có thẩm quyền tiến hành tố tụng); Điều 417 (về xác định tuổi của người bị buộc tội, người bị hại là người dưới 18 tuổi).

Ngoài ra, có trường hợp thuật ngữ “bị hại”, “người bị hại” được sử dụng trong cùng một điểm của điều luật. Khoản 5 Điều 62 BLTTHS năm 2015 quy định: “*Trường hợp bị hại chết, mất tích, bị mất hoặc bị hạn chế năng lực hành vi dân sự thì người đại diện thực hiện quyền và nghĩa vụ của người bị hại quy định tại Điều này.*” Như vậy, Bộ luật TTHS năm 2015 sử dụng hai thuật ngữ “bị hại” và “người bị hại” nhưng không giải thích và phân biệt giữa hai thuật ngữ này dẫn đến cách hiểu, áp dụng không thống nhất trên thực tiễn.

3. Kiến nghị

Để khắc phục những bất cập trong quy định của Bộ luật TTHS năm 2015 về bị hại, đương sự, tác giả kiến nghị:

Thứ nhất, sửa đổi điểm g khoản 1 Điều 4 Bộ luật TTHS năm 2015 theo hướng định nghĩa làm rõ khái niệm đương sự, đồng thời bổ sung nội hàm thuật ngữ “đương sự” bao gồm cả bị hại. Theo đó, điểm g khoản 1 Điều 4 Bộ luật TTHS năm 2015 được viết lại như sau:

“Đương sự trong tố tụng hình sự là người tham gia tố tụng có quyền và nghĩa vụ liên quan đến tội phạm xảy ra, tham gia vào vụ án hình sự nhằm bảo vệ quyền lợi ích hợp pháp của mình hoặc chịu nghĩa vụ theo quy định của pháp luật. Đương sự gồm bị hại, nguyên đơn dân sự, bị đơn dân sự, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến vụ án hình sự”.

Thứ hai, sửa đổi các Điều 62, 63, 64, 65 Bộ luật TTHS năm 2015 theo hướng bỏ các quyền và nghĩa vụ của bị hại, nguyên đơn dân sự, bị đơn dân sự, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan; bổ sung Điều 61a quy định về quyền và nghĩa vụ của bị hại, nguyên đơn dân sự, bị đơn dân sự, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến vụ án.

Thứ ba, sửa đổi khoản 1 Điều 62 Bộ luật TTHS năm 2015 theo hướng bổ sung quy định “bị hại là cá nhân trực tiếp bị thiệt hại về thể chất, tinh thần, tài sản”, giải thích rõ bị hại là cá nhân được gọi là người bị hại. Theo đó, khoản 1 Điều 62 Bộ luật TTHS năm 2015 cần được sửa đổi như sau:

“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. Bị hại là cá nhân được gọi là người bị hại”.

Thứ tư, thống nhất sử dụng thuật ngữ “bị hại”, “người bị hại” trong Bộ luật TTHS năm 2015. Theo đó, thuật ngữ “bị hại” được sử dụng cho bị hại là cá nhân, cơ quan, tổ chức hoặc bị hại là cơ quan, tổ chức; “người bị hại” được sử dụng cho bị hại là cá nhân ■

BÀN VỀ NGƯỜI GIÁM HỘ TRONG TỔ TỤNG HÌNH SỰ

Dương Tấn Thanh*

**Thẩm phán Tòa án nhân dân thị xã Duyên Hải, tỉnh Trà Vinh*

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Người giám hộ; tố tụng hình sự; người dưới 18 tuổi.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 07/3/2021
Biên tập : 18/5/2021
Duyệt bài : 20/5/2021

Tóm tắt:

Việc xác định người giám hộ của người tham gia tố tụng là người dưới 18 tuổi trong vụ án hình sự có ý nghĩa rất quan trọng, vì đây là cơ sở để xác định đúng người đại diện hợp pháp cho người tham gia tố tụng là người dưới 18; qua đó, đảm bảo được quyền lợi hợp pháp của người chưa thành niên. Tuy nhiên, thực tiễn cho thấy, việc xác định người giám hộ của người chưa thành niên trong một số trường hợp vẫn còn khó khăn, vướng mắc do không có quy định hoặc hướng dẫn cụ thể.

Article Information:

Keywords: The guardian; criminal procedure; people under 18 years of age

Article History:

Received : 07 Mar. 2021
Edited : 18 May. 2021
Approved : 20 May. 2021

Abstract:

It is very important to identify the guardian of an under 18-year-old procedure participant in a criminal case, because this is the ground for the right legal representative for the procedure participant under 18 years olds, thereby, ensuring the legal rights of the minors. However, practical enforcement shows that identifying the guardians of minors faces difficulties in some cases because there are no specific regulations or guidelines for the concerned matters.

1. Quy định của pháp luật về người giám hộ là người đại diện của người tham gia tố tụng dưới 18 tuổi

Theo quy định tại Thông tư liên tịch số 06/2018/TTLT-VKSNDTC-TANDTC-BCA-BTP-BLĐT BXH ngày 21/12/2018, Viện kiểm sát nhân dân tối cao - Tòa án nhân dân tối cao - Bộ Công an - Bộ Tư pháp - Bộ Lao động-Thương binh và Xã hội về phối hợp thực hiện một số quy định của Bộ luật Tố tụng hình sự về thủ tục tố tụng đối với người dưới 18 tuổi thì ngoài cha mẹ đẻ, cha mẹ nuôi, người do Tòa án chỉ định thì người giám hộ có thể là người đại diện của người tham gia tố tụng dưới 18 tuổi (người bị buộc tội; bị can, bị cáo; bị hại; người làm chứng). Người giám hộ của người tham gia tố tụng

dưới 18 tuổi bao gồm người giám hộ đương nhiên hoặc người được Ủy ban nhân dân (UBND) cấp xã nơi người dưới 18 tuổi cư trú cử hoặc Tòa án chỉ định theo quy định tại các điều 46, 47, 48, 52 và 54 Mục 4 Chương III Bộ luật Dân sự.

1.1. Quy định về người giám hộ đương nhiên

Theo quy định tại các điểm a, b khoản 1 Điều 47 Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2015, người chưa thành niên (hay người dưới 18 tuổi) nếu có yêu cầu người giám hộ thì có người giám hộ đương nhiên trong những trường hợp sau:

- Người chưa thành niên không còn cha, mẹ hoặc không xác định được cha, mẹ;

- Người chưa thành niên có cha, mẹ nhưng cha, mẹ đều mất năng lực hành vi dân sự; cha, mẹ đều có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi; cha, mẹ đều bị hạn chế năng lực hành vi dân sự; cha, mẹ đều bị Tòa án tuyên bố hạn chế quyền đối với con; cha, mẹ đều không có điều kiện chăm sóc, giáo dục con.

Về người giám hộ đương nhiên của người chưa thành niên được xác định theo thứ tự quy định tại Điều 52 BLDS năm 2015, cụ thể như sau:

- Trường hợp thứ nhất: Anh ruột là anh cả hoặc chị ruột là chị cả là người giám hộ; nếu anh cả hoặc chị cả không có đủ điều kiện làm người giám hộ thì anh ruột hoặc chị ruột tiếp theo là người giám hộ, trừ trường hợp có thỏa thuận anh ruột hoặc chị ruột khác làm người giám hộ;

- Trường hợp thứ hai: Nếu không có người giám hộ là anh cả hoặc chị cả hoặc anh ruột hoặc chị ruột thì ông nội, bà nội, ông ngoại, bà ngoại là người giám hộ hoặc những người này thỏa thuận cử một hoặc một số người trong số họ làm người giám hộ;

- Trường hợp thứ ba: Nếu không có người giám hộ như hai trường hợp trên thì bác ruột, chú ruột, cậu ruột, cô ruột hoặc dì ruột là người giám hộ.

Như vậy, tùy trường hợp mà xác định ai là người giám hộ đương nhiên của người chưa thành niên; trong đó, trường hợp thứ nhất, người giám hộ đương nhiên là 01 người (anh cả hoặc chị cả); các trường hợp còn lại thì bao gồm tất cả ông nội, bà nội, ông ngoại, bà ngoại hoặc bác ruột, chú ruột, cậu ruột, cô ruột, dì ruột. Những người này có quyền thỏa thuận cử một hoặc một số người trong số họ làm người giám hộ đương nhiên.

1.2. Quy định về người giám hộ được Ủy ban nhân dân cấp xã cử

Nếu người chưa thành niên không còn cha, mẹ hoặc không xác định được cha, mẹ; người chưa thành niên có cha, mẹ nhưng cha, mẹ đều mất năng lực hành vi dân sự;

cha, mẹ đều có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi; cha, mẹ đều bị hạn chế năng lực hành vi dân sự; cha, mẹ đều bị Tòa án tuyên bố hạn chế quyền đối với con; cha, mẹ đều không có điều kiện chăm sóc, giáo dục con và không có người giám hộ đương nhiên thì UBND cấp xã có trách nhiệm cử người giám hộ cho họ. Việc cử người giám hộ của người chưa thành niên được thực hiện theo quy định tại Điều 54 của BLDS năm 2015. Theo đó, việc cử người giám hộ phải được sự đồng ý của người được cử làm người giám hộ. Việc cử người giám hộ phải được lập thành văn bản, trong đó ghi rõ lý do cử người giám hộ, quyền, nghĩa vụ cụ thể của người giám hộ, tình trạng tài sản của người được giám hộ. Trường hợp cử người giám hộ cho người chưa thành niên từ đủ sáu tuổi trở lên thì phải xem xét nguyện vọng của người chưa thành niên.

1.3. Quy định về người giám hộ do Tòa án chỉ định

- Trường hợp khi có tranh chấp giữa những người giám hộ

Theo khoản 1 Điều 54 BLDS năm 2015, khi có sự tranh chấp về người giám hộ giữa những người giám hộ đương nhiên của người chưa thành niên theo quy định tại điểm a, b khoản 1 Điều 47 BLDS năm 2015, tức là có sự tranh chấp người giám hộ giữa anh cả, chị cả, anh ruột, chị ruột của người chưa thành niên hoặc giữa ông nội, bà nội, ông ngoại, bà ngoại hoặc giữa bác ruột, chú ruột, cậu ruột, cô ruột, dì ruột hoặc giữa những người thì Tòa án sẽ chỉ định người giám hộ. Đối với người chưa thành niên từ đủ sáu tuổi trở lên thì khi Tòa án chỉ định người giám hộ cho họ phải xem xét nguyện vọng của người này.

- Trường hợp khi có tranh chấp về việc cử người giám hộ

Cũng theo quy định tại khoản 1 Điều 54 BLDS năm 2015, trong quá trình UBND cấp xã nơi người chưa thành niên cư trú cử người giám hộ cho người chưa thành niên mà xảy ra tranh chấp việc cử người giám hộ thì Tòa

án sẽ chỉ định người giám hộ cho người chưa thành niên.

2. Những khó khăn, vướng mắc trong xác định người giám hộ của người chưa thành niên

2.1. Thời hạn điều tra, truy tố, xét xử đã hết mà Tòa án chưa chỉ định người giám hộ

Thực tiễn giải quyết vụ án hình sự có liên quan đến người chưa thành niên cho thấy, có trường hợp Tòa án phải chỉ định người giám hộ cho người tham gia tố tụng là người dưới 18 tuổi nhưng thời hạn điều tra, truy tố, xét xử đã hết. Vậy, trong trường hợp này, Tòa án cần xử lý như thế nào? Về nguyên tắc, khi thời hạn điều tra, truy tố, xét xử đã hết, cơ quan tiến hành tố tụng trong mỗi giai đoạn điều tra, truy tố, xét xử sẽ tạm đình chỉ điều tra hoặc tạm đình chỉ vụ án để chờ Tòa án có thẩm quyền chỉ định người giám hộ cho người tham gia tố tụng là người dưới 18 tuổi. Tuy nhiên, đối chiếu quy định tại khoản 1 Điều 229, khoản 1 Điều 247 và khoản 1 Điều 281 của Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2015 thì việc tạm đình chỉ điều tra hay tạm đình chỉ vụ án không có trường hợp chờ Tòa án chỉ định người giám hộ.

2.2. Người nuôi dưỡng người chưa thành niên từ nhỏ nhưng không làm thủ tục đăng ký nhận con nuôi theo quy định pháp luật thì có được làm người giám hộ đương nhiên không?

Theo quy định của BLDS năm 2015, người giám hộ đương nhiên của người chưa thành niên được xác định trước tiên là cha mẹ đẻ, cha mẹ nuôi. Thực tiễn có trường hợp người tham gia tố tụng dưới 18 tuổi không còn cha mẹ đẻ nhưng có người khác nhận nuôi từ nhỏ. Tuy nhiên, hiện nay chưa có văn bản nào quy định về việc người nuôi con nuôi những không thực hiện việc đăng ký nhận con nuôi theo quy định của pháp luật được làm người giám hộ đương nhiên của người bị buộc tội dưới 18 tuổi. Điều này gây khó khăn trong việc xác định người giám hộ đương nhiên của người tham gia tố tụng dưới 18 tuổi trong một số vụ án hình sự hiện nay.

2.3. Người tham gia tố tụng dưới 18 tuổi có nơi đăng ký thường trú và nơi thường xuyên sinh sống khác nhau thì việc cử người giám hộ cho họ thực hiện như thế nào?

Theo quy định tại Điều 12 Luật Cư trú năm 2006 thì nơi cư trú của công dân là nơi thường trú hoặc nơi tạm trú. Nơi thường trú là nơi công dân sinh sống thường xuyên, ổn định, không có thời hạn tại một chỗ ở nhất định và đã đăng ký thường trú. Nơi tạm trú là nơi công dân sinh sống ngoài nơi đăng ký thường trú và đã đăng ký tạm trú. Tuy nhiên, trong thực tiễn có nhiều trường hợp người tham gia tố tụng dưới 18 tuổi đăng ký thường trú một nơi nhưng sinh sống một nơi (có đăng ký hoặc không có đăng ký tạm trú). Như vậy, trong trường hợp này, UBND cấp xã nơi người tham gia tố tụng dưới 18 tuổi đăng ký thường trú hay nơi thường xuyên sinh sống có trách nhiệm cử người giám hộ cho họ.

2.4. Tòa án chỉ định người giám hộ cho người tham gia tố tụng chưa thành niên theo trình tự, thủ tục nào?

Pháp luật hiện hành của nước ta trao cho Tòa án chỉ định người giám hộ cho người tham gia tố tụng chưa thành niên. Tuy nhiên, không quy định cụ thể về trình tự, thủ tục để Tòa án thực hiện quyền chỉ định này. Bất cập này gây khó khăn cho Tòa án trong việc chỉ định người giám hộ cũng như trong xử lý tranh chấp về thẩm quyền giữa các Tòa án trong việc chỉ định người giám hộ.

2.5. Thế nào là cha, mẹ đều không có điều kiện chăm sóc, giáo dục con chưa thành niên?

Theo quy định tại khoản 1 Điều 47 của BLDS năm 2015, người chưa thành niên có cha, mẹ nhưng cha, mẹ đều không có điều kiện chăm sóc, giáo dục con thì có người giám hộ đương nhiên. Tuy nhiên, thế nào là cha, mẹ đều không có điều kiện chăm sóc, giáo dục con thì hiện nay pháp luật không có quy định cụ thể. Đây cũng là khó khăn, vướng mắc trong quá trình xác định người giám hộ đương nhiên cho người tham gia tố tụng dưới 18 tuổi ■

HOÀN THIỆN QUY ĐỊNH CỦA ĐIỀU 373 BỘ LUẬT HÌNH SỰ NĂM 2015 VỀ TỘI DÙNG NHỤC HÌNH

Hoàng Ngọc Anh*

**ThS. Trường Đào tạo, Bồi dưỡng nghiệp vụ Kiểm sát tại Thành phố Hồ Chí Minh*

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Bộ luật Hình sự, tội dùng nhục hình, truy cứu trách nhiệm hình sự, hình phạt.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 15/7/2021
Biên tập : 08/9/2021
Duyệt bài : 10/9/2021

Article Information:

Keywords: The Criminal Code; corporal punishment; criminal prosecution, punishment.

Article History:

Received : 15 Jul. 2021
Edited : 08 Sep. 2021
Approved : 10 Sep. 2021

Tóm tắt:

Cùng với việc trở thành thành viên của Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị năm 1966, Việt Nam luôn nỗ lực trong việc xây dựng các cơ chế bảo vệ quyền con người, quyền công dân, nghiêm cấm các hành vi tra tấn, đối xử tàn bạo, hạ thấp nhân phẩm của con người. Việc hoàn thiện các quy định của pháp luật hình sự về tội bức cung, nhục hình là công cụ pháp lý hữu hiệu để đạt được mục tiêu nêu trên. Trong phạm vi bài viết này, tác giả phân tích những bất cập trong quy định của Bộ luật Hình sự năm 2015 về tội dùng nhục hình và đề xuất kiến nghị hoàn thiện.

Abstract:

Since becoming a member of the International Covenant on Civil and Political Rights in 1966, Vietnam has always made great efforts in establishing mechanisms to protect human rights and citizens' rights, and prevent acts of torture, cruel treatment, and demeaning of human beings. The improvement of the provisions of the criminal law on the crimes of forced confession and using corporal punishment is an effective legal tool to achieve this goal. Within the scope of this article, the author provides an analysis of the shortcomings in the provisions of the Criminal Code of 2015 on the crime of using corporal punishment and proposes recommendations for further improvements.

Trong xã hội hiện đại, với việc tối đa hóa các hoạt động nhằm mục đích vì con người, đảm bảo các điều kiện sống của con người ngày càng văn minh, tiến bộ thì việc nghiêm cấm các hành vi xâm phạm đến tính mạng, danh dự, nhân phẩm của con người, trong đó có hành vi bức cung, dùng nhục hình đối với người phạm tội đều bị nghiêm cấm.

Tuyên ngôn quốc tế về quyền con người năm 1948 khẳng định, không ai bị tra tấn hay bị đối xử, xử phạt một cách tàn bạo, vô nhân đạo hay hạ thấp nhân phẩm; tất cả mọi người đều bình đẳng trước pháp luật và

được pháp luật bảo vệ như nhau, không có bất cứ sự phân biệt nào.

Khoản 1 Điều 10 Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị năm 1966 tiếp tục khẳng định: “Không ai có thể bị tra tấn hoặc phải chịu những hình phạt hay đối xử tàn ác, vô nhân đạo, làm hạ thấp phẩm giá con người; những người bị tước tự do vẫn phải được đối xử nhân đạo và tôn trọng nhân phẩm”.

Năm 1982, Việt Nam chính thức gia nhập Công ước quốc tế về các quyền dân sự

và chính trị năm 1966. Với vai trò là thành viên tích cực của Công ước, Nhà nước ta luôn coi mục tiêu bảo vệ quyền con người, quyền công dân, coi đó là sứ mệnh lịch sử quan trọng được ưu tiên hàng đầu.

Khoản 1 Điều 20 Hiến pháp năm 2013 khẳng định: “1. Mọi người có quyền bất khả xâm phạm về thân thể, được pháp luật bảo hộ về sức khỏe, danh dự và nhân phẩm; không bị tra tấn, bạo lực, truy bức, nhục hình hay bất kỳ hình thức đối xử nào khác xâm phạm thân thể, sức khỏe, xúc phạm danh dự, nhân phẩm”.

1. Quy định của Bộ luật Hình sự năm 2015 về tội dùng nhục hình

Cụ thể hóa quy định của Hiến pháp năm 2013, Điều 373 Bộ luật Hình sự (BLHS) năm 2015 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2017 (BLHS năm 2015) quy định tội dùng nhục hình.

So với quy định tại Điều 298 Bộ luật Hình sự năm 1999 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2009 thì nội dung tội dùng nhục hình quy định tại Điều 373 Bộ luật Hình sự năm 2015 có nhiều sửa đổi, bổ sung quan trọng. Cụ thể:

Điều luật có sự điều chỉnh tăng số khoản từ 04 khoản lên thành 05 khoản; bổ sung, làm rõ phạm vi áp dụng quy định của điều luật là trong hoạt động tố tụng, thi hành án hoặc thi hành các biện pháp đưa vào trường giáo dưỡng, đưa vào cơ sở giáo dục bắt buộc, đưa vào cơ sở cai nghiện bắt buộc thay cho việc quy định là trong hoạt động trong hoạt động điều tra, truy tố, xét xử, thi hành án như trước đây; đồng thời, cụ thể hóa các tình tiết định tội, định khung để đảm bảo việc đánh giá, áp dụng trong thực tiễn được thuận lợi và chính xác hơn. Bên cạnh đó, hình phạt áp dụng trong từng trường hợp (khoản) cụ thể cũng được tăng

lên để đảm bảo tính phù hợp với đòi hỏi của thực tiễn. Có thể nói, việc sửa đổi, bổ sung này là hoàn toàn phù hợp và cần thiết, đảm bảo tính khoa học, logic.

Khi nghiên cứu quy định của điều luật thì thấy, tại khoản 1 Điều 373 Bộ luật Hình sự năm 2015 không đưa ra khái niệm cụ thể thế nào là dùng nhục hình mà chỉ mô tả người nào... dùng nhục hình hoặc đối xử tàn bạo, hạ nhục nhân phẩm của người khác dưới bất kỳ hình thức nào. Tuy nhiên, căn cứ vào thực tiễn xét xử loại tội phạm này có thể xác định: Dùng nhục hình là hành vi của người có thẩm quyền trong hoạt động tố tụng, thi hành án hoặc thi hành các biện pháp đưa vào trường giáo dưỡng, đưa vào cơ sở giáo dục bắt buộc, đưa vào cơ sở cai nghiện bắt buộc tác động lên thể xác của người bị buộc tội, khiến họ bị đau đớn, tổn hại về sức khỏe, tinh thần và nhân phẩm.

Tội dùng nhục hình xâm phạm đến hoạt động tố tụng theo quy định của Bộ luật Hình sự hiện hành, đồng thời cũng xâm phạm một số quyền cơ bản của công dân.

Về chủ thể của tội phạm: Tội phạm này được thực hiện bởi chủ thể đặc biệt, đó là những người có chức vụ, quyền hạn nhất định trong hoạt động tố tụng, thi hành án hoặc thi hành các biện pháp đưa vào trường giáo dưỡng, đưa vào cơ sở giáo dục bắt buộc, đưa vào cơ sở cai nghiện bắt buộc như: Điều tra viên thuộc Cơ quan cảnh sát điều tra, Kiểm sát viên thuộc Viện Kiểm sát nhân dân, Thẩm phán thuộc Tòa án nhân dân, Trưởng trại giam giữ, trại cải tạo và cũng có thể là Công an xã, phường trong khi hoạt động tư pháp, hải quan, kiểm lâm,...

Về mặt khách quan của tội phạm: Tội phạm sử dụng hành vi bạo lực vật chất hoặc có hành vi khác đối với những người đang bị bắt, đang bị tạm giữ, tạm giam hoặc

người đang chấp hành hình phạt tù...gây ra cho họ những đau đớn về thể xác, ảnh hưởng đến sức khỏe, tâm sinh lý của họ. Ví dụ như: người phạm tội có các hành vi đánh đập người bị giam giữ, bắt quỳ khi hỏi cung, bắt nhịn ăn...Tội dung nhục hình là tội phạm cấu thành hình thức, có nghĩa là chỉ cần người phạm tội có hành vi dùng nhục hình hoặc đối xử tàn bạo, hạ nhục nhân phẩm của người khác dưới bất kỳ hình thức nào là đã đủ yếu tố cấu thành tội phạm mà không đòi hỏi phải gây ra thiệt hại cho người bị nhục hình hay chưa.

Về mặt chủ quan: Tội phạm được thực hiện với lỗi cố ý. Đối với tội phạm này thì động cơ, mục đích không phải là yếu tố cấu thành tội phạm.

2. Thực tiễn áp dụng quy định của BLHS năm 2015 về tội dùng nhục hình và kiến nghị

Thực tiễn áp dụng pháp luật trong xét xử cho thấy quy định của BLHS năm 2015 về Tội dùng nhục hình còn những bất cập sau đây:

-Quy định về việc áp dụng hình phạt bổ sung

Việc quy định hình phạt bổ sung được thiết kế trong hầu hết các điều luật trong Bộ luật Hình sự năm 2015, nhằm tăng cường, củng cố tác dụng của hình phạt chính. Tuy nhiên, cách quy định như trong khoản 5 Điều 373 Bộ luật Hình sự năm 2015 lại tồn tại sự chưa phù hợp, gây khó khăn, vướng mắc trong quá trình áp dụng. Cụ thể:

Theo quy định tại Điều 32 Bộ luật Hình sự năm 2015 thì hình phạt bao gồm hai loại là hình phạt chính (khoản 1) và hình phạt bổ sung (khoản 2).

Khoản 3 Điều 32 Bộ luật Hình sự năm 2015 quy định: “3. Đối với mỗi tội phạm, người phạm tội chỉ bị áp dụng một hình

phạt chính và có thể bị áp dụng một hoặc một số hình phạt bổ sung”.

Theo quy định của Điều luật, đối với mỗi tội phạm thì người phạm tội chỉ bị áp dụng một hình phạt chính và có thể bị áp dụng một hoặc một số hình phạt bổ sung. Với vai trò bổ trợ cho hình phạt chính nhằm trừng trị người, pháp nhân thương mại phạm tội, giáo dục họ ý thức tuân theo pháp luật và các quy tắc của cuộc sống, ngăn ngừa họ phạm tội mới; giáo dục người, pháp nhân thương mại khác tôn trọng pháp luật, phòng ngừa và đấu tranh chống tội phạm thì việc áp dụng hình phạt bổ sung không phải là bắt buộc trong tất cả các trường hợp, phụ thuộc vào tính chất, mức độ của từng tội phạm mà Hội đồng xét xử sẽ xem xét, quyết định có áp dụng hình phạt bổ sung hay không. Việc áp dụng hình phạt bổ sung không đặt ra đối với người phạm tội là người dưới 18 tuổi.

Như vậy, bản chất của hình phạt bổ sung là nhằm bổ trợ cho hình phạt chính trong việc trừng trị người phạm tội, giáo dục ý thức tuân theo pháp luật... do đó, trong hầu hết các điều luật có ghi nhận hình phạt bổ sung, nhà làm luật đều phản ánh đúng bản chất của loại hình phạt này bằng việc quy định: “*người phạm tội còn có thể bị...*”. Tuy nhiên, trong quy định tại khoản 5 Điều 373 Bộ luật Hình sự năm 2015 quy định: “*Người phạm tội còn bị cấm đảm nhiệm chức vụ,...*”; với việc quy định này gây ra nhiều cách hiểu chưa thống nhất khi áp dụng trong thực tiễn; theo đó, có quan điểm cho rằng, bằng việc quy định “*cứng*” người phạm tội nhục hình còn bị cấm đảm nhiệm chức vụ... là mang tính chất bắt buộc, do đó, người phạm tội dùng nhục hình dường như bị áp dụng cùng lúc “*hai hình phạt chính*”, bắt buộc trong cùng một bản án và điều này là không hợp lý và hợp pháp, không phù hợp với bản chất của hình phạt

bổ sung. Quan điểm khác lại cho rằng, với bản chất của hình phạt bổ sung là mang tính hỗ trợ cho hình phạt chính nên dù quy định như thế nào thì hình phạt bổ sung vẫn đảm bảo bản chất nội tại của nó và thực tế thì các chức vụ có liên quan đến hoạt động điều tra, truy tố, xét xử và thi hành án hình sự cũng không nên để người phạm tội đảm nhiệm sau khi chấp hành xong hình phạt tù.

Tác giả cho rằng, việc áp dụng hình phạt bổ sung đảm bảo nhiệm chức vụ, cấm hành nghề đối với người phạm tội dùng nhục hình là cần thiết, nhưng cách thiết kế như khoản 3 Điều 373 Bộ luật Hình sự năm 2015 là không phù hợp với bản chất của hình phạt bổ sung, không đảm bảo tính đồng bộ với các quy định về hình phạt bổ sung trong các điều luật khác.

Đồng thời, chúng tôi cho rằng, quy định của khoản 5 Điều 373 nêu trên mâu thuẫn với chính sách hình sự quy định tại Điều 32 BLHS năm 2015. Theo đó, hình phạt bao gồm hai loại là hình phạt chính và hình phạt bổ sung. Đối với mỗi tội phạm, người phạm tội chỉ bị áp dụng một hình phạt chính và có thể bị áp dụng một hoặc một số hình phạt bổ sung. Như vậy, theo quy định của Điều 32 BLHS năm 2015 hình phạt bổ sung là không bắt buộc, phụ thuộc vào tính chất, mức độ của từng tội phạm mà Hội đồng xét xử sẽ xem xét, quyết định có áp dụng hình phạt bổ sung hay không.

Xét về bản chất của hình phạt bổ sung là nhằm hỗ trợ cho hình phạt chính trong việc trừng trị người phạm tội, giáo dục ý thức tuân theo pháp luật... do đó, trong hầu hết các điều của BLHS năm 2015 có ghi nhận hình phạt bổ sung đều phản ánh đúng bản chất của loại hình phạt này bằng quy định: “*người phạm tội còn có thể bị...*”, ngoại trừ khoản 5 Điều 373 Bộ luật Hình sự.

Chúng tôi cho rằng, việc áp dụng hình phạt bổ sung đảm bảo nhiệm chức vụ, cấm hành nghề đối với người phạm tội dùng nhục hình là cần thiết, nhưng cách thiết kế như khoản 3 Điều 373 Bộ luật Hình sự năm 2015 là không phù hợp với bản chất của hình phạt bổ sung, không đảm bảo tính đồng bộ với các quy định về hình phạt bổ sung trong các điều luật khác.

- Quy định về khung hình phạt

Khoản 4 Điều 373 Bộ luật Hình sự quy định: “*Phạm tội làm người bị nhục hình chết, thì bị phạt tù từ 12 năm đến 20 năm hoặc tù chung thân*”.

Như vậy, trong trường hợp người bị dùng nhục hình chết thì người phạm tội sẽ bị phạt tù từ 12 năm đến 20 năm hoặc tù chung thân. Tuy nhiên, điều luật chỉ quy định hậu quả là làm người bị nhục hình chết mà không quy định phân hóa số người chết là một người hay từ hai người trở lên. Do đó, khi người phạm tội dùng nhục hình dẫn đến hậu quả là làm cho một người bị nhục hình chết cũng có thể bị truy cứu trách nhiệm và áp dụng hình phạt giống/tương tự đối với trường hợp người phạm tội gây hậu quả là có từ hai người bị nhục hình chết trở lên. Điều này không đảm bảo tính công bằng và hợp lý trong các trường hợp tại các phán quyết của Tòa án.

Nghiên cứu quy định của Bộ luật Hình sự năm 2015 thì thấy, tại điểm a khoản 1 Điều 123 Bộ luật Hình sự năm 2015 quy định về tội giết người thì người nào giết 02 người trở lên, thì bị phạt tù từ 12 năm đến 20 năm, tù chung thân hoặc tử hình. Đối với các trường hợp giết người mà không thuộc quy định tại khoản 1 Điều 123 Bộ luật Hình sự năm 2015 thì bị phạt tù từ 07 năm đến 15 năm, trong đó có trường hợp giết 01 người. Như vậy, nội dung Điều 123 Bộ luật Hình

sự năm 2015 đã có sự phân hóa trách nhiệm hình sự đối với trường hợp giết 01 người và trường hợp giết từ 02 người trở lên. Mặc dù mục đích phạm tội của tội giết người và tội dùng nhục hình mà người phạm tội hướng đến là hoàn toàn khác nhau. Đối với tội dùng nhục hình, người phạm tội thực hiện hành vi phạm tội không mong muốn hậu quả chết người xảy ra, hay nói cách khác thì hậu quả chết người xảy ra nằm ngoài mong muốn của họ. Tuy nhiên, hậu quả chết người đã xảy ra và người phạm tội buộc phải chịu hình phạt thích đáng đối với hành vi và hậu quả do mình gây ra.

Trong tội dùng nhục hình, chủ thể của tội phạm này là chủ thể đặc biệt, là người có chức vụ, quyền hạn trong hoạt động tổ tụng, hoạt động thi hành án... nên quan điểm của Đảng và nhà nước ta là hình phạt áp dụng đối với chủ thể này phải nghiêm khắc hơn chủ thể của tội giết người là người dân bình thường. Tại tiểu mục 2.1 mục 2 phần II Nghị quyết số 49/NQ-TW ngày 02/6/2005 của Bộ Chính trị về Chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020 đã khẳng định rõ: “...*Quy định trách nhiệm hình sự nghiêm khắc hơn đối với những tội phạm là người có thẩm quyền trong thực thi pháp luật, những người lợi dụng chức vụ, quyền hạn để phạm tội. Người có chức vụ càng cao mà lợi dụng chức vụ, quyền hạn phạm tội thì càng phải xử lý nghiêm khắc để làm gương cho người khác...*”.

Quan điểm này là hoàn toàn hợp lý và đúng đắn; bởi lẽ, chủ thể của tội phạm là người có chức vụ, quyền hạn là những người có học thức, có trình độ nhất định, được đào tạo bài bản về kỹ năng chuyên môn, về cách ứng xử chuẩn mực, so với người dân thì họ là những người nắm rõ quy định của pháp luật, họ được trả lương từ nguồn đóng góp của nhân dân để thực hiện nhiệm vụ

của mình. Do đó, nếu họ thực hiện hành vi phạm tội thì họ buộc phải chịu trách nhiệm nặng hơn, nghiêm khắc hơn so với người dân bình thường.

Như vậy, rõ ràng việc quy định tại khoản 4 Điều 373 Bộ luật Hình sự năm 2015 vừa không đảm bảo được sự phân hóa trách nhiệm hình sự trong trường hợp một người bị nhục hình chết với trường hợp từ hai người bị nhục hình trở lên chết. Từ đó có khả năng việc áp dụng hình phạt trong các trường hợp mang tính tùy tiện, không đảm bảo tính công bằng, phù hợp. Đồng thời, không đảm bảo việc thực hiện chính sách hình sự của Đảng và Nhà nước ta theo tinh thần Nghị quyết 49/NQ-TW mà tác giả vừa nêu ở trên đối với chủ thể của tội phạm là người có chức vụ quyền hạn với chủ thể tội phạm là người dân bình thường. Chính vì vậy, có thể xảy ra trường hợp người phạm tội dùng nhục hình dẫn đến hậu quả có từ 02 người bị nhục hình trở lên chết nhưng bị áp dụng hình phạt thấp hơn quy định tại khoản 1 Điều 123 Bộ luật Hình sự (Tội giết người) giết 02 người trở lên với mức hình phạt tù từ 12 năm đến 20 năm, tù chung thân hoặc tử hình.

Từ ví dụ này đã thể hiện rõ sự khác biệt trong việc áp dụng luật, áp dụng chế tài đối với cùng một hậu quả “chết người” nhưng do công dân thực hiện và do những người có chức năng, nhiệm vụ thực hiện. Theo khoa học hình sự thì mọi hành vi xâm phạm đến thân thể dẫn đến tử vong, chấm dứt sự sống của người khác đều được xem là giết người.

Tuy nhiên, nếu theo quy định của Bộ luật Hình sự, dù cùng hậu quả có 02 người chết người nhưng nếu do người dân thực hiện thì có thể bị xử lý với tội danh giết người với mức hình phạt cao nhất có thể lên đến chung

thân hoặc tử hình nhưng nếu do người đang thi hành công vụ thực hiện thì lại được áp dụng tội dùng nhục hình với mức hình phạt nhẹ hơn rất nhiều.

Vì vậy, để đảm bảo sự nhất quán trong chính sách hình sự, đảm bảo sự phù hợp với quan điểm, chủ trương của Đảng ta, tác giả kiến nghị trong thời gian tới, khi sửa đổi, bổ sung Bộ luật Hình sự năm 2015, nhà làm luật cần nghiên cứu hoàn thiện việc phân hóa trách nhiệm hình sự cụ thể đối với trường hợp người bị nhục hình bị chết trong khoản 4 Điều 373 BLHS năm 2015. Theo đó, cần có sự phân định cụ thể trách nhiệm hình sự đối với trường hợp có 01 người bị nhục hình chết với trường hợp có từ 02 người bị nhục hình chết.

-Về xác định đồng phạm đối với tội dùng nhục hình

Thực tiễn điều tra, xét xử các vụ án về tội dùng nhục hình cho thấy, có nhiều trường hợp việc thực hiện hành vi phạm tội không chỉ là một người mà có từ 2 người cùng thực hiện. Do đó, đặt ra vấn đề xác định những người phạm tội này có phải là đồng phạm hay không còn tồn tại nhiều quan điểm chưa thống nhất. Bởi lẽ, nếu xác định có đồng phạm thì tất cả những người này đều phải chịu trách nhiệm về hậu quả cuối cùng mà họ gây ra và chỉ cá thể hóa hình phạt qua xác định vai trò của các bị cáo. Còn nếu xác định họ không phải là đồng phạm thì họ chỉ phải chịu trách nhiệm hình sự một cách độc lập tương ứng với mức độ hậu quả mà họ gây ra.

Ví dụ: Nguyễn Văn A là bị can trong vụ án trộm cắp tài sản. A bị chết tại trại tạm giam X trong quá trình lấy lời khai. Qua việc điều tra, xác minh chứng minh được người gây ra cái chết cho A là B, C, D - đều là cán bộ điều tra thuộc cơ quan điều

tra công an tỉnh X. Trường hợp này, nếu xác định B, C, D là đồng phạm thì các bị cáo này có thể bị truy cứu trách nhiệm hình sự về cùng một tội là Tội dùng nhục hình quy định tại Điều 373 Bộ luật Hình sự năm 2015; còn nếu không chứng minh được B, C, D là đồng phạm thì mỗi bị cáo sẽ bị truy cứu trách nhiệm hình sự về hành vi độc lập của mình đối với hậu quả mà hành vi đó gây ra. Theo đó, có thể bị truy cứu trách nhiệm hình sự về tội dùng nhục hình và tội giết người (Điều 123 BLHS năm 2015).

Có thể thấy, chế định đồng phạm là một trong những nội dung cơ bản và quan trọng của pháp luật hình sự từ xưa đến nay. Trong Bộ luật Hình sự năm 2015, chế định đồng phạm được quy định tại Điều 17 với nội dung như sau: “1. Đồng phạm là trường hợp có hai người trở lên cố ý cùng thực hiện một tội phạm. 2. Phạm tội có tổ chức là hình thức đồng phạm có sự cấu kết chặt chẽ giữa những người cùng thực hiện tội phạm...”.

Như vậy, theo quy định tại khoản 1 Điều 17 Bộ luật Hình sự 2015 thì trường hợp có từ hai người trở lên cùng cố ý cùng thực hiện một tội phạm thì được gọi là đồng phạm.

Trong khoa học luật hình sự, đồng phạm được coi là hình thức phạm tội đặc biệt, có nhiều điểm khác biệt để phân biệt với trường hợp phạm tội riêng lẻ. Do đó, trong Bộ luật Hình sự đã quy định nguyên tắc xử lý có tính riêng biệt cho trường hợp phạm tội này và quy định bổ sung về trách nhiệm hình sự của đồng phạm và của từng loại người đồng phạm.

Để nhận diện, đánh giá đồng phạm trong thực tiễn, cần căn cứ vào các yếu tố chủ yếu sau:

Yếu tố chủ thể: chế định đồng phạm đòi hỏi phải có ít nhất hai người trở lên, có đủ dấu hiệu về chủ thể của tội phạm và cố ý cùng thực hiện một tội phạm. Cùng thực hiện một tội phạm có nghĩa là người đồng phạm phải tham gia vào tội phạm với một trong bốn vai trò sau: Hành vi thực hiện tội phạm, hành vi tổ chức thực hiện tội phạm, hành vi xúi giục người khác thực hiện tội phạm, hành vi giúp sức người khác thực hiện tội phạm. Trong vụ đồng phạm có thể có đủ bốn loại hành vi này nhưng cũng có thể chỉ có một loại hành vi - hành vi thực hành.

Về mặt chủ quan (yếu tố lỗi): đồng phạm đòi hỏi những người cùng thực hiện tội phạm đều phải có lỗi cố ý. Với một số tội phạm có dấu hiệu mục đích phạm tội là dấu hiệu bắt buộc thì những người cùng thực hiện đòi hỏi phải có cùng mục đích này. Yếu tố chủ quan đòi hỏi những người đồng phạm cần phải có sự thống nhất về ý chí, có sự bàn bạc, thống nhất, hứa hẹn trước với nhau, mong muốn sự liên kết hành vi để cùng gây ra hậu quả nguy hiểm cho xã hội.

Như vậy, bản chất của đồng phạm là phải có sự thống nhất về ý chí và lý trí. Sự thống nhất này thể hiện thông qua sự bàn bạc, thống nhất về mục đích thực hiện hành vi và trong nhiều trường hợp còn có sự phân công cụ thể về vai trò, nhiệm vụ của từng người.

Có thể thấy, nguyên nhân dẫn đến tội phạm dùng nhục hình là rất đa dạng và phần lớn xuất phát từ tư tưởng, tâm lý nóng của người được giao nhiệm vụ muốn nhanh chóng điều tra để ra kết luận điều tra về hành vi phạm tội, ... vì vậy, trong quá trình điều tra đã sử dụng nhục hình hoặc đối xử tàn bạo, hạ nhục nhân phẩm của người khác dưới bất kỳ hình thức nào để nhanh chóng

đạt được mục đích đó. Tuy nhiên, trong tội dùng nhục hình, việc chứng minh đồng phạm đối với những người thực hiện hành vi phạm tội không phải đơn giản và thống nhất trong tất cả các trường hợp, bởi thực tế, rất nhiều trường hợp không chứng minh được những người phạm tội này có sự bàn bạc, thỏa thuận, thống nhất nào kể cả vào thời điểm trước hoặc trong quá trình thực hiện tội phạm. Do vậy, trong thực tế xảy ra việc các cơ quan tiến hành tố tụng cho rằng đối với tội dùng nhục hình, khi xét xử, nếu có từ hai người trở lên cùng thực hiện tội phạm thì họ phải cùng chịu trách nhiệm hình sự đối với hậu quả mà họ gây ra. Tuy nhiên, việc nhận định như vậy trong một số trường hợp là chưa hoàn toàn chính xác, chưa đảm bảo sự phân hóa trách nhiệm hình sự đối với từng người phạm tội với hành vi tương ứng mà họ thực hiện. Không phải cứ có từ hai người trở lên cùng thực hiện tội phạm và cho rằng trường hợp này họ ngầm thống nhất ý chí với nhau, ngầm tiếp nhận ý chí cùng thực hiện tội phạm để chứng minh đồng phạm đối với họ.

Tác giả cho rằng, tội dùng nhục hình là tội phạm có chủ thể của tội phạm là chủ thể đặc biệt, là những người có nhiệm vụ, quyền hạn nhất định trong hoạt động tố tụng, hoạt động thi hành án... Do đó, đối với loại tội phạm này, cần xác định chính xác người nào được phân công/có quyết định phân công thực hiện việc điều tra, thi hành án... mà có hành vi dùng nhục hình thì bị truy cứu trách nhiệm hình sự về tội dùng nhục hình, còn người mặc dù cùng có chức vụ, quyền hạn trong hoạt động tố tụng, thi hành án... nhưng không phải là chủ thể được giao thực hiện nhiệm vụ điều tra trong vụ án đó mà có hành vi đánh đập, đối xử tàn bạo với bị can trong vụ án đó thì bị truy cứu trách nhiệm hình sự tương ứng đối với hậu quả mà hành vi của họ gây ra.

Về xác định có đồng phạm hay không, trong khoa học luật hình sự, biểu hiện ý chí trong đồng phạm có hai hình thức là “hành động” và “không hành động”. Cụ thể như sau:

Về biểu hiện bằng hành động: Là trường hợp chủ thể chính có lời nói, cử chỉ, thái độ, ánh mắt, ám hiệu... để chủ thể đồng phạm hiểu được ý muốn của họ. Việc chứng minh sự tiếp nhận ý chí trong trường hợp này tương đối thuận lợi vì chủ thể chính đã thể hiện ý chí của mình bằng một hành động cụ thể.

Về biểu hiện bằng không hành động: Là sự để mặc cho chủ thể đồng phạm tự thực hiện hành vi tội phạm theo mong muốn của chủ thể chính. Đây là trường hợp rất phức tạp mà các cơ quan tố tụng thường vướng mắc khi giải quyết, bởi để chứng minh được việc “để mặc” đồng nghĩa với việc “mong muốn người khác thực hiện theo ý của mình” là vô cùng khó khăn.

Trở lại ví dụ nêu trên, nếu B, C, D đều có quyết định được giao nhiệm vụ xác minh vụ án theo đúng trình tự, thủ tục theo quy định mà có hành vi dùng nhục hình gây ra cái chết cho A thì được xác định là đồng phạm đối với tội dùng nhục hình. Còn nếu chỉ có B là người có quyết định phân công nhiệm vụ xác minh vụ án còn C, D chỉ là cán bộ điều tra của cơ quan điều tra thuộc cùng đơn vị với B, thấy B trong quá trình điều tra đối với A có hành vi xô xát dẫn đến B có hành vi đánh A thì C, D cũng xông vào đánh A. Trường hợp này hậu quả là A chết, B bị truy cứu trách nhiệm hình sự về tội dùng nhục hình còn C, D chỉ bị truy cứu trách nhiệm hình sự về tội giết người theo quy định tại Điều 123 Bộ luật Hình sự năm 2015.

Bởi tội dùng nhục hình là tội phạm được thực hiện bởi chủ thể đặc biệt, tội phạm được thực hiện ở những nơi đặc biệt (ví dụ: trại tạm giam), việc chứng minh các yếu tố của đồng phạm rất khó khăn nên thực tiễn áp dụng còn nhiều quan điểm chưa thống nhất, gây khó khăn, vướng mắc trong thực tiễn. Do đó, tác giả kiến nghị trong thời gian tới, các cơ quan có thẩm quyền trên cơ sở tổng kết thi hành tội phạm này trong thực tiễn sớm ban hành văn bản hướng dẫn cụ thể việc xác định đồng phạm trong tội dùng nhục hình. Đồng thời, cần tổ chức các buổi tập huấn nghiệp vụ về việc áp dụng quy định của pháp luật về tội phạm này, đảm bảo việc áp dụng pháp luật được thống nhất và chính xác, đảm bảo hiệu lực và hiệu quả trong thực tiễn.

Tóm lại, có thể nói, việc xây dựng, ban hành một đạo luật cần đảm bảo các quy định, chế tài có tính dự liệu trước các trường hợp có thể xảy ra trong tương lai để các đạo luật đó không chỉ phát huy vai trò là công cụ để đấu tranh phòng chống tội phạm, đảm bảo bảo vệ chủ quyền quốc gia, an ninh của đất nước, bảo vệ quyền con người, quyền công dân, bảo vệ quyền bình đẳng giữa đồng bào các dân tộc, bảo vệ lợi ích của Nhà nước, tổ chức, bảo vệ trật tự pháp luật,... mà còn đảm bảo tính ổn định lâu dài của đạo luật đó, nhất là Bộ luật Hình sự - một trong những đạo luật quan trọng nhất để duy trì và bảo vệ trật tự pháp luật, góp phần xây dựng thành công nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa ở nước ta. Với việc phân tích, chỉ ra một số hạn chế, vướng mắc trong áp dụng các quy định đối với tội dùng nhục hình và đưa ra một số đề xuất, kiến nghị, tác giả mong muốn trong lần sửa đổi, bổ sung Bộ luật Hình sự tiếp theo, các quy định về tội dùng nhục hình tiếp tục được nghiên cứu để bổ sung, hoàn thiện ■

HÌNH THỨC CỦA DI CHỨC TRONG PHÁP LUẬT DÂN SỰ VIỆT NAM QUA CÁC THỜI KỲ

Lưu Thị Phần*

*ThS. Viện Khoa học pháp lý, Bộ Tư pháp.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Hình thức di chúc, pháp luật dân sự.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 27/5/2021

Biên tập : 24/6/2021

Duyệt bài : 28/6/2021

Article Infomation:

Keywords: Form of will, civil law.

Article History:

Received : 27 May. 2021

Edited : 24 Jun. 2021

Approved : 28 Jun. 2021

Tóm tắt:

Nhìn lại quá trình phát triển hệ thống pháp luật về thừa kế ở nước ta, có thể thấy, hình thức của di chúc đã được quan tâm và quy định sơ khai ngay từ những văn bản pháp luật thời kỳ phong kiến và ngày càng được hoàn thiện qua các văn bản pháp luật sau này. Tuy nhiên, bên cạnh những thành tựu đạt được, quy định của pháp luật về hình thức di chúc hiện hành vẫn còn bộc lộ những mặt hạn chế trong quá trình áp dụng vào thực tiễn, đặc biệt trong công tác giải quyết các tranh chấp về thừa kế, đặt ra yêu cầu cần tiếp tục nghiên cứu để sửa đổi, bổ sung trong thời gian tới.

Abstract:

Looking back at the development of the inheritance legal system in our country, it can be seen that the form of wills has been paid attention to and primordially regulated right from legal documents during the feudal period. The form is increasingly being improved in later legal documents. However, besides the achievements, the current law on the form of wills still reveals limitations in the process of applying it in practice, especially in resolving disputes over inheritance, set out requirements that need to be further reviewed for amendments in the coming time.

1. Thời kỳ phong kiến

Về hình thức của di chúc, Bộ luật Hồng Đức quy định gồm di chúc miệng (chức ngôn) và di chúc viết. Đồng thời, Bộ luật áp dụng nguyên tắc tự do lập di chúc và quyết định nội dung di chúc. Khi mở thừa kế, nếu người để lại di sản có lập chúc thư thì di sản sẽ chia theo chúc thư đó; trường hợp không có chúc thư, di sản sẽ được chia theo pháp luật. Đây là những nền tảng cơ bản được các văn bản pháp luật về thừa kế sau này kế thừa, phát triển và hoàn thiện.

Điều 366 Bộ luật Hồng Đức quy định: “Những người làm chúc thư văn khế mà không nhờ quan trường trong làng viết thay và chứng kiến, thì phải phạt 80 trượng, phạt tiền theo việc nặng nhẹ. Chúc thư văn khế ấy không

có giá trị. Nếu biết chữ mà viết lấy thì được”. Như vậy, theo quy định của Bộ luật, bên cạnh hình thức tự viết chúc thư còn có loại chúc thư phải nhờ quan trường viết thay và chứng kiến. Ngoài hình thức viết, Điều 388 Bộ luật Hồng Đức còn cho phép lập di chúc miệng: “Nếu có lệnh của ông bà và chúc thư thì phải làm theo đúng, trái thì mất phần mình”. Bộ luật không quy định mệnh lệnh này được phát ra trong tình trạng sức khỏe và hoàn cảnh nào; vì vậy, có thể hiểu mệnh lệnh có thể được nói ra bất cứ lúc nào cũng đều có giá trị.

Thời nhà Nguyễn, do sự lệ thuộc về chính trị nên pháp luật triều Nguyễn là bản sao chép pháp luật của nhà Thanh (Trung Quốc). So với Bộ luật Hồng Đức, Bộ luật Gia Long của triều Nguyễn “không còn những điều khoản liên quan

đến hương hỏa, chúc thư, đến chế độ tài sản của vợ chồng”¹.

2. Thời kỳ Pháp thuộc (1858-1945)

Tại xứ Nam Kỳ, Bộ Dân luật giản yếu đã được ban hành để áp dụng riêng cho lãnh thổ Nam Kỳ. Tuy nhiên, trong Bộ Dân luật giản yếu tất cả những vấn đề về nghĩa vụ, kế ước, thừa kế... đều không được quy định.

Tại Bắc Kỳ, Bộ Dân luật Bắc Kỳ được xây dựng dựa trên nền tảng của Bộ luật Dân sự (BLDS) Pháp năm 1804, có kế thừa nhiều quy định của Bộ luật Hồng Đức và Bộ luật Gia Long. Bộ luật này không nhắc đến hình thức di chúc miệng mà chủ yếu quy định về di chúc viết chi tiết hơn so với trước đây: Điều 323 Bộ Dân luật Bắc Kỳ quy định: “Chức thư phải làm thành tờ chữ, hoặc do nô te lập hoặc làm thành chứng thư có hay không có viên chức thị thực”.

- Đối với chúc thư không có viên chức thị thực: “phải do chính mình lập chúc thư viết lấy tất cả và ký tên. Nếu do người khác tá tả thì phải có ít là hai người làm chứng. Người lập chúc thư, người tá tả, người chứng phải ký tên.

Phàm người không biết chữ lập chúc thư không có viên chức thị thực thì phải làm tại trước mặt ít ra là hai người chứng biết viết, biết đọc. Các người chứng ấy phải cùng với người tá tả ký tên vào trong chúc thư” (Điều 326).

- Đối với chúc thư làm thành chứng thư có viên chức thị thực: “phải do chính mình người lập chúc thư viết ra, hoặc đọc cho người khác viết hộ, tại trước mặt Lý trưởng nơi trú quán mình, và ít ra phải có hai người chứng đã thành niên” (Điều 324). Trường hợp, nếu người lập chúc thư và các người chứng đều không biết chữ thì Lý trưởng phải biên chú vào trong chúc thư (Điều 325).

Tại Trung Kỳ, Hoàng Việt Trung kỳ Hộ luật sao chép lại hầu hết các điều khoản của Bộ Dân luật Bắc Kỳ, nhưng không đề cập

đến di chúc miệng mà chủ yếu quy định về di chúc viết.

Như vậy, so với pháp luật thời kỳ phong kiến, pháp luật thời kỳ Pháp thuộc đã có những bước phát triển về tư duy pháp lý và kỹ thuật lập pháp, nhấn mạnh việc người lập di chúc phải tự viết và ký vào bản di chúc. Viết đủ nội dung mà chưa ký thì cũng vẫn chỉ là dự thảo. Đây cũng là hình thức quan trọng được các văn bản pháp luật sau này ghi nhận và ngày càng hoàn thiện hơn về cách thức ký tên, đánh số cho chặt chẽ.

3. Thời kỳ 1945 – 1975

Từ năm 1954 đến năm 1975, Việt Nam tạm thời bị chia cắt thành hai miền với hai hệ thống chính trị, pháp lý khác nhau. Ở miền Bắc vẫn tiếp tục sử dụng một số luật lệ ở Bắc-Trung-Nam của giai đoạn trước.

Ở miền Nam, áp dụng Bộ Dân luật năm 1972, về cơ bản vẫn chịu ảnh hưởng sâu sắc về kỹ thuật lập pháp và tư duy pháp lý của BLDS Pháp. Cấu trúc và nội dung có nhiều điểm tương đồng với Bộ Dân luật Bắc kỳ và Hoàng Việt Trung kỳ Hộ Luật. Bộ luật cũng không nhắc đến di chúc miệng mà chỉ bao gồm các chúc thư viết: chúc thư tự tả (Điều 574); chúc thư công chính (Điều 575), và chúc thư bí mật (Điều 573). Theo đó, chúc thư tự tả là chúc thư tự viết và chúc thư công chính là chúc thư có công chứng thị thực giống như thời kỳ Pháp thuộc, chỉ khác về mặt câu chữ. Còn chúc thư bí mật là “chúc thư niêm phong kín do người lập di chúc trình cho Chưởng khế trước mặt hai nhân chứng và khai rằng đó là chúc thư của mình viết lấy và thủ ký. Chưởng khế sẽ lập biên bản tiếp nhận, nếu người lập di chúc vì lẽ gì không thể ký vào biên bản thì phải ghi rõ” (Điều 578). Đây là điểm mới so với chúc thư các thời kỳ trước vì chúc thư được niêm phong kín chứ không bắt buộc phải đọc và cho người khác biết như các quy định trước kia.

¹ Vũ Văn Mẫu, *Cổ luật Việt Nam và tư pháp sử* (xuất bản tại Sài Gòn năm 1973).

4. Thời kỳ từ năm 1975 đến nay

4.1. Hình thức của di chúc tại Thông tư số 81/TANDTC ngày 24/7/1981

Thông tư số 81/TANDTC ngày 24/7/1981 của Tòa án nhân dân tối cao hướng dẫn giải quyết các tranh chấp về thừa kế (Thông tư 81) quy định về hình thức di chúc tại mục A nội dung IV:

- Ghi nhận chính thức về di chúc miệng “Di chúc miệng phải có người làm chứng bảo đảm”, đây là điểm tiến bộ so với các thời kỳ trước.

- Hình thức di chúc viết được bổ sung di chúc được lập trong điều kiện đặc biệt: di chúc có thể do cơ quan, đơn vị nơi đương sự làm việc xác nhận; nếu người có tài sản đang đi trên phương tiện giao thông hay đang ở trong một cơ sở chữa bệnh mà gặp tình huống phải cấp bách lập di chúc thì sự chứng nhận của người phụ trách của phương tiện giao thông hay cơ sở chữa bệnh cũng được coi là hợp lệ.

- Công nhận chúc thư tự viết không có công chứng, chứng thực như các thời kỳ trước nhưng ghi chi tiết hơn: “nếu di chúc không có sự chứng nhận hợp lệ, nhưng có người làm chứng bảo đảm, hoặc xác định được di chúc đó đúng là do người có di sản tự nguyện lập ra (như đúng là chữ viết và chữ ký của người có di sản, thời gian và địa điểm ghi trong di chúc cũng phù hợp...) thì cũng có giá trị”.

4.2. Hình thức của di chúc tại Pháp lệnh Thừa kế năm 1990

Pháp lệnh Thừa kế năm 1990 (Pháp lệnh Thừa kế) bổ sung, sửa đổi một số điểm so với Thông tư 81 như sau:

- Về di chúc miệng, Điều 18 Pháp lệnh Thừa kế ghi rõ điều kiện lập di chúc miệng phải “trong trường hợp tính mạng bị đe dọa nghiêm trọng mà không thể lập di chúc viết được” và “sau ba tháng kể từ ngày lập di chúc miệng, nếu người lập di chúc còn sống và

minh mẫn, thì coi như di chúc miệng đó bị hủy bỏ”. Tuy nhiên, Pháp lệnh Thừa kế không quy định thủ tục để hủy bỏ và ai có quyền tuyên bố hủy bỏ di chúc miệng, làm cho quy định này được hiểu theo nhiều nghĩa và áp dụng không thống nhất. Mặt khác, cũng như Thông tư 81, Pháp lệnh Thừa kế thừa nhận giá trị của di chúc miệng nhưng không quy định thủ tục ghi chép lại di chúc miệng.

- Về di chúc viết có công chứng, chứng thực, Pháp lệnh Thừa kế quy định rõ cơ quan có thẩm quyền là cơ quan công chứng hoặc Ủy ban nhân dân chứng thực (Điều 14); cơ quan đại diện ngoại giao hoặc lãnh sự của Việt Nam ở nước ngoài chứng thực (Điều 15).

- Về di chúc viết có giá trị như di chúc được chứng thực (Điều 16): Đây là loại di chúc tương ứng với di chúc được lập trong trường hợp đặc biệt của Thông tư 81 nhưng Pháp lệnh Thừa kế có bổ sung thêm một số trường hợp, đặc biệt là trường hợp di chúc của người đang bị tạm giam, đang chấp hành hình phạt tù, đang cải tạo có xác nhận của người phụ trách cơ sở giam giữ, cải tạo. Điều này thể hiện sự công bằng, không phân biệt đối xử giữa người bình thường với người đang bị tạm giam, bị phạt tù, đang cải tạo.

- Về di chúc không có công chứng, chứng thực, Pháp lệnh Thừa kế cơ bản quy định như Thông tư 81, có bổ sung thêm yếu tố “minh mẫn, không bị lừa dối và không trái với quy định của pháp luật”.

4.3. Hình thức của di chúc tại Bộ luật Dân sự năm 1995

Bộ luật Dân sự năm 1995 sử dụng khái niệm “di chúc bằng văn bản” thay khái niệm “di chúc viết” của các thời kỳ trước. Có thể hiểu “di chúc bằng văn bản” bao gồm cả di chúc đánh máy và di chúc viết. Đồng thời BLDS năm 1995 bổ sung quy định, di chúc tự đánh máy hay nhờ người khác đánh máy phải

có công chứng/chứng thực thì mới có hiệu lực². Người thuộc dân tộc thiểu số có quyền lập di chúc bằng chữ viết hoặc tiếng nói của dân tộc mình.

- Khắc phục bất cập của Pháp lệnh Thừa kế về di chúc miệng, BLDS năm 1995 quy định: “Di chúc miệng được coi là hợp pháp, nếu người di chúc miệng thể hiện ý chí cuối cùng của mình trước mặt ít nhất hai người làm chứng và ngay sau đó những người làm chứng ghi chép lại, cùng ký tên hoặc điểm chỉ” (khoản 1 Điều 654). Theo đó, thủ tục lập nội dung di chúc miệng là những người làm chứng phải ghi chép lại bằng văn bản ngay sau đó. Tuy nhiên, thuật ngữ “ngay sau đó” lại không thể xác định được. Điều này đã gây ra khó khăn cho Tòa án trong việc thẩm định giá trị của di chúc miệng và muốn bác bỏ nó thì cũng thiếu cơ sở pháp lý rõ ràng. Thực tế đã xảy ra trường hợp tòa án từ chối di chúc được ghi chép lại và ký tên, điểm chỉ vào ngày hôm sau so với thời điểm người để lại di sản thể hiện ý chí cuối cùng³.

- BLDS năm 1995 bổ sung quy định về di chúc có công chứng, chứng thực: “Di chúc của người bị hạn chế về thể chất hoặc của người không biết chữ phải được người làm chứng lập thành văn bản và có chứng nhận của Công chứng nhà nước hoặc chứng thực của Ủy ban nhân dân xã, phường, thị trấn” (khoản 3 Điều 655). Như vậy, trong trường hợp người lập di chúc khiếm khuyết một số chức năng nhất định như không đọc được, hoặc không nghe, không thấy được, hoặc không ký hay điểm chỉ được vào di chúc, việc lập di chúc bắt buộc phải có sự tham gia của người làm chứng thì

di chúc mới có hiệu lực.

BLDS năm 1995 cũng quy định chặt chẽ việc viết, ký di chúc. “Di chúc không được viết tắt hoặc viết bằng ký hiệu; nếu di chúc gồm nhiều trang, thì mỗi trang phải được đánh số thứ tự và có chữ ký hoặc điểm chỉ của người lập di chúc” (khoản 2 Điều 656).

4.4. Hình thức của di chúc tại Bộ luật Dân sự năm 2005

BLDS năm 2005 có một số thay đổi quan trọng trong quy định về hình thức của di chúc như sau:

- Sửa đổi hình thức “Di chúc bằng văn bản có chứng nhận của Công chứng nhà nước” (khoản 4 Điều 653 BLDS năm 1995) thành “Di chúc bằng văn bản có công chứng” (khoản 3 Điều 650 BLDS năm 2005). Đây là thời kỳ Nhà nước có chủ trương xã hội hóa công chứng, ngoài công chứng nhà nước còn có văn phòng công chứng tư nhân nên việc sửa đổi là phù hợp⁴.

- Di chúc miệng được bổ sung thêm điều kiện “trong thời hạn năm ngày, kể từ ngày người di chúc miệng thể hiện ý chí cuối cùng thì di chúc phải được công chứng hoặc chứng thực” (khoản 5 Điều 652). Ấn định chính xác khoảng thời gian phải thực hiện thủ tục công chứng/chứng thực là “năm ngày” nhằm loại trừ trường hợp người làm chứng có thể tự ý sửa chữa, viết lại nhiều lần hay đánh tráo văn bản ghi nội dung di chúc miệng.

- Sửa đổi khoản 2 Điều 654 BLDS năm 1995 về di chúc miệng từ “bị huỷ bỏ” thành “mặc nhiên bị huỷ bỏ” (khoản 2 Điều 651 BLDS năm 2005) bảo đảm sự rõ ràng trong quy định của điều luật.

² Chu Xuân Minh, *Di chúc hợp pháp không có công chứng, chứng thực*, <https://tapchitoaan.vn/bai-viet/phap-luat/di-chuc-hop-phap-khong-co-cong-chung-chung-thuc>, truy cập ngày 10/5/2021..

³ Đỗ Văn Đại, *Luật thừa kế Việt Nam-Bản án và bình luận bản án*, Nxb. Chính trị quốc gia 2013 (xuất bản lần thứ hai), Bản án số 48-50.

⁴ Nghị quyết số 49/NQ-TW của Bộ Chính trị ngày 02/6/2005 về Chiến lược Cải cách tư pháp đến năm 2020 đã xác định: “Xây dựng mô hình quản lý nhà nước về công chứng theo hướng Nhà nước chỉ tổ chức cơ quan công chứng thích hợp; có bước đi phù hợp để từng bước xã hội hóa công việc này”; Luật Công chứng năm 2006 quy định chi tiết các văn phòng công chứng tư nhân.

4.5. Hình thức của di chúc theo quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015

So với BLDS năm 2005, BLDS năm 2015 đã sửa đổi một số quy định về hình thức của di chúc như sau:

- Loại bỏ quy định: “Người thuộc dân tộc thiểu số có quyền lập di chúc bằng chữ viết hoặc tiếng nói của dân tộc mình” (Điều 649 BLDS năm 2005). Việc loại bỏ này nhằm bảo đảm sự tương thích với quy định của Hiến pháp – công dân có quyền dùng tiếng nói và chữ viết của dân tộc mình - quyền của công dân được pháp luật bảo hộ, không cần thiết phải quy định trong BLDS.

- Về di chúc miệng, BLDS năm 2015 chỉ còn giữ lại trường hợp “tính mạng một người bị cái chết đe dọa” (Điều 629) và loại bỏ trường hợp “do bệnh tật hoặc các nguyên nhân khác” (khoản 1 Điều 651 BLDS năm 2005). Việc bỏ quy định này tạo ra một quy định ngắn gọn, chặt chẽ và dễ áp dụng.

Nếu di chúc miệng tại BLDS năm 2005 không nêu rõ là cần công chứng hoặc chứng thực nội dung bản di chúc hay xác nhận chữ ký/điểm chỉ của người làm chứng, thì BLDS năm 2015 đã bổ sung thêm quy định chỉ “xác nhận chữ ký hoặc điểm chỉ của người làm chứng” (khoản 5 Điều 630).

- Về di chúc bằng văn bản có người làm chứng, BLDS năm 2015 bổ sung quy định về di chúc đánh máy: “Trường hợp người lập di chúc không tự mình viết bản di chúc thì có thể tự mình đánh máy hoặc nhờ người khác viết hoặc đánh máy bản di chúc nhưng phải có ít nhất là hai người làm chứng. Người lập di chúc phải ký hoặc điểm chỉ vào bản di chúc trước mặt những người làm chứng; những người làm chứng xác nhận chữ ký, điểm chỉ của người lập di chúc và ký vào bản di chúc” (Điều 634).

So với di chúc tự viết, di chúc đánh máy dễ đọc, dễ nhìn hơn nhưng lại không có giá trị bằng di chúc tự viết và dễ dàng bị sao

chép. Vì vậy, trường hợp người lập di chúc tự viết thì không cần người làm chứng nhưng tự đánh máy thì vẫn cần có người làm chứng (không bắt buộc phải có công chứng, chứng thực). Tuy nhiên, cần phân biệt trường hợp người lập di chúc không tự mình viết ở đây là những người không bị hạn chế về thể chất và biết chữ để biết được người đánh máy họ có đánh máy đúng các nội dung theo ý chí của mình hay không, khác với trường hợp di chúc của người bị hạn chế về thể chất hoặc của người không biết chữ được người làm chứng lập thành văn bản thì bắt buộc phải có công chứng, chứng thực.

5. Những hạn chế, bất cập trong quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015 về hình thức của di chúc và kiến nghị

5.1. Những hạn chế, bất cập

- Về di chúc miệng

Theo quy định của Điều 629 BLDS năm 2015, di chúc miệng chỉ được coi là hợp pháp khi đáp ứng đủ các điều kiện về hình thức, gồm: ít nhất 02 người làm chứng; ngay lập tức người làm chứng ghi chép lại, cùng ký tên hoặc điểm chỉ; công chứng/chứng thực trong thời hạn 05 ngày làm việc; mặc nhiên bị hủy bỏ sau 03 tháng nếu người lập di chúc còn sống, minh mẫn, sáng suốt.

Vì vậy, nếu chỉ vi phạm một trong các điều kiện nêu trên thì di chúc miệng sẽ bị coi là vô hiệu. Trên thực tế, do di chúc miệng được lập trong tình trạng đặc biệt, có tính cấp bách nên dễ bị vô hiệu hơn loại hình di chúc khác:

Thứ nhất, trường hợp ông bà, cha mẹ ốm đau/bị tai nạn sắp mất dặn dò con cháu bằng lời nói rất phổ biến, đa số các trường hợp này con cháu sẽ tự nguyện nghe theo lời dặn dò, thực hiện trên cơ sở đạo đức, truyền thống văn hóa mà không quan tâm đến vấn đề việc lập di chúc miệng đó có đáp ứng đủ các điều kiện luật định hay không hoặc có thực hiện nhưng không đầy đủ các thủ tục. Do vậy, khi xảy ra tranh chấp, các bên đưa nhau ra Tòa thì di chúc

miệng rất bất lợi, lúc đó hội đồng xét xử sẽ đối chiếu với các quy định của luật, dù cho lời nói của người để lại di chúc thể hiện đúng ý chí của họ nhưng tình trạng di chúc miệng bị hủy bỏ là rất phổ biến.

Xem xét một số bản án cho thấy, các Tòa án cũng có quan điểm khác nhau. Có quan điểm cho rằng nếu di chúc miệng không đủ thủ tục nhưng có bản ghi âm lời nói, có người làm chứng thì vẫn có hiệu lực⁵ (chủ yếu là thời kỳ thi hành BLDS năm 2005 trở về trước), còn đa số quan điểm là không công nhận hiệu lực của di chúc miệng⁶.

Thứ hai, pháp luật hiện hành không quy định cụ thể nghĩa vụ thực hiện việc công chứng hoặc chứng thực di chúc miệng là do ai thực hiện (người thừa kế được hưởng di sản hay những người làm chứng). Điều này gây ra cách hiểu khác nhau: có ý kiến cho rằng, người hưởng di sản phải thực hiện việc công chứng, chứng thực di chúc; ý kiến khác lại cho rằng, việc tiến hành công chứng hoặc chứng thực này chỉ có thể do người làm chứng thực hiện⁷. Do pháp luật quy định chưa rõ nghĩa vụ dẫn đến tình trạng, người hưởng di sản và người làm chứng trông chờ nhau, dẫn đến quá thời hạn “05 ngày làm việc”. Khi xảy ra tranh chấp, các bên có thể đổ lỗi cho nhau, gây khó khăn cho việc giải quyết của Tòa án. Bên cạnh đó, nếu cho rằng, người làm chứng bắt buộc phải thực hiện việc công chứng, chứng thực, nhưng

họ không thực hiện khiến di chúc bị vô hiệu thì quyền và lợi ích của những người thừa kế sẽ bị ảnh hưởng nghiêm trọng. Trong trường hợp này, sẽ phát sinh trách nhiệm của người làm chứng, điều này là không hợp lý⁸.

Thứ ba, do di chúc miệng được lập trong tình trạng đặc biệt “tính mạng một người bị cái chết đe dọa và không thể lập di chúc bằng văn bản”. Vì vậy, để đáp ứng được quy định “người làm chứng ghi chép lại, cùng ký tên hoặc điểm chỉ” ngay lập tức và thực hiện công chứng, chứng thực “trong thời hạn 05 ngày”. Ví dụ, bị tai nạn tại vùng hẻo lánh, bị lạc đường khi đi thám hiểm, không có công cụ để ghi chép lại... hay trường hợp 02 người làm chứng có điều kiện ghi chép lại và ký tên hoặc điểm chỉ nhưng mất quá 05 ngày mới được giải cứu và lúc đó mới có điều kiện làm thủ tục công chứng, chứng thực, khi đó, đối chiếu với thời hạn thì đã bị quá hạn.

- Về cách thức ký tên, điểm chỉ di chúc bằng văn bản

Về hình thức của di chúc, BLDS năm 2015 quy định di chúc không được viết tắt hoặc viết bằng ký hiệu; nếu di chúc gồm nhiều trang thì mỗi trang phải được đánh số thứ tự và có chữ ký hoặc điểm chỉ của người lập di chúc”. Như vậy, tất cả di chúc viết tay và di chúc đánh máy đều phải ký hoặc điểm chỉ vào từng trang. Nếu vi phạm thì di chúc không được công nhận.

⁵ Ví dụ: Bản án dân sự sơ thẩm số 24/2007/DSST ngày 5/9/2007 của Tòa án nhân dân (TAND) thành phố Nam Định: Ông K lập di chúc miệng khi còn minh mẫn và tự nguyện, ông con trai là T có thu băng ghi âm lại, có lời khai của 2 người làm chứng là bà L và ông D (hàng xóm). Vì vậy, Tòa án công nhận hiệu lực của di chúc miệng dù di chúc không được người làm chứng ghi chép lại và không đi công chứng theo thủ tục luật định; Hay Bản án số 14/2006/DSPT ngày 15/2/2006 của Tòa phúc thẩm, TAND tối cao thành phố Hồ Chí Minh công nhận hiệu lực di chúc miệng khi chỉ đáp ứng điều kiện có 2 người làm chứng và cùng ký vào văn bản ghi chép lại ý nguyện của người để lại di chúc.

⁶ Ví dụ: Tại Bản án dân sự phúc thẩm số 09/2017/DS-PT ngày 28/07/2017 của TAND tỉnh Yên Bái về tranh chấp chia thừa kế: Di chúc có người làm chứng nhưng nội dung không được ghi chép lại bằng văn bản và bị quá thời hạn quy định của pháp luật cho phép nên Hội đồng xét xử đã không công nhận hiệu lực của di chúc. Quan điểm này còn thể hiện tại nhiều bản án khác như: Bản án số 26/2019/DS-ST ngày 08/08/2019 của TAND quận Thanh Khê, thành phố Đà Nẵng về tranh chấp thừa kế; Bản án số 22/2018/DS-PT ngày 25/12/2018 của TAND tỉnh Ninh Bình về tranh chấp thừa kế tài sản, v.v..

⁷ Đoàn Phú, *Còn bất cập trong quy định về di chúc, thừa kế*, <http://baodongnai.com.vn/phapluat/202105/conbat-cap-trong-quy-dinh-ve-di-chuc-thua-ke-3057415/>, truy cập ngày 20/5/2021.

⁸ Tham khảo ý kiến của luật sư Nguyễn Đức, Hội Luật gia tỉnh Đồng Nai.

Tác giả cho rằng, quy định cứng này chỉ phù hợp và bắt buộc với di chúc do người để lại di chúc tự đánh máy, nhờ người đánh máy hoặc nhờ người khác viết hộ. Người để lại di chúc cần phải ký điểm chỉ vào từng trang để xác nhận đó là ý chí của họ. Còn di chúc viết tay là di chúc có giá trị cao nhất, thể hiện đầy đủ, chính xác ý chí của người để lại di chúc, thể hiện trên từng chữ của di chúc nhưng nếu người viết không ký/điểm chỉ từng trang hoặc quên không đánh số thứ tự thì khi có tranh chấp vẫn không được công nhận là cách làm chưa mềm dẻo, ảnh hưởng đến nguyện vọng của người để lại di sản và quyền lợi của người thừa kế.

5.2. Kiến nghị

- Về di chúc miệng

Thứ nhất, để khắc phục những bất cập nêu trên, tác giả cho rằng, Tòa án nhân dân tối cao cần ban hành văn bản hướng dẫn giải quyết linh hoạt các tranh chấp về hiệu lực của di chúc miệng theo hướng: Trường hợp di chúc miệng không đảm bảo các yêu cầu về hình thức công chứng, chứng thực, thời gian như luật định nhưng nếu có 02 người làm chứng và được ghi lại bằng hình ảnh, có băng ghi âm, kết quả giám định khẳng định hình ảnh, âm thanh phản ánh đúng sự thật, phù hợp với các chứng cứ khác chứng minh bản di chúc thể hiện đúng ý chí của người lập di chúc là có thật, khách quan thì có thể xem xét công nhận bản di chúc. Điều này cũng phù hợp với quy định của khoản 1 Điều 94 Bộ luật Tố tụng dân sự 2015, đoạn ghi âm, hình ảnh là “tài liệu đọc được, nghe được, nhìn được, dữ liệu điện tử” và là nguồn của chứng cứ nếu đáp ứng được các yêu cầu theo quy định tại khoản 2 Điều 95 Bộ luật Tố tụng dân sự 2015: “Tài liệu nghe được, nhìn được được coi là chứng cứ nếu được xuất trình kèm theo văn bản trình bày của người có tài liệu đó về xuất xứ của tài liệu nếu họ tự thu âm, thu hình hoặc văn bản có xác nhận của người đã cung cấp cho người xuất

trình về xuất xứ của tài liệu đó hoặc văn bản về sự việc liên quan tới việc thu âm, thu hình đó”.

Thứ hai, theo lẽ công bằng, người hưởng di sản là người trực tiếp có quyền lợi, nghĩa vụ đối với di sản phải là người có trách nhiệm đảm bảo hiệu lực của di chúc, vì vậy, cần sửa đổi khoản 5 Điều 630 BLDS năm 2015 theo hướng bổ sung quy định rõ trách nhiệm công chứng, chứng thực di chúc miệng là của người hưởng di sản. Mặc dù đây là thủ tục “xác nhận chữ ký hoặc điểm chỉ của người làm chứng” nhưng người hưởng di sản phải chủ động đốc thúc, đi cùng người làm chứng để thực hiện. Điều này cũng không ảnh hưởng đến nội dung di chúc, vì đây chỉ là thủ tục đảm bảo sự quản lý của Nhà nước.

Thứ ba, sửa đổi Điều 629 BLDS năm 2015 theo hướng bổ sung quy định thời điểm bắt đầu tính thời hạn, hoặc kéo dài thời hạn mà những người làm chứng có thể ghi chép lại, ký tên hoặc điểm chỉ và công chứng hoặc chứng thực di chúc trong những trường hợp đặc biệt, không đủ điều kiện để thực hiện theo đúng thời hạn thông thường. Trường hợp này, những người làm chứng phải chứng minh được họ rơi vào tình trạng không có đủ điều kiện thực hiện theo thời hạn quy định thông thường.

- Về cách thức ký tên, điểm chỉ di chúc bằng văn bản

Tòa án nhân dân tối cao cần ban hành văn bản hướng dẫn cách giải quyết tranh chấp liên quan đến hủy di chúc không đủ chữ ký theo hướng mềm dẻo hơn. Theo đó, quy định di chúc viết tay phải ký/điểm chỉ từng trang là quy định khuyến khích mà không phải là quy định bắt buộc. Thực hiện giám định chữ viết trong bản di chúc viết tay có phải là cùng một người viết ra hay không, có bị giả mạo không. Nếu đúng là di chúc của họ, thể hiện được đó là ý chí của họ thì việc họ chỉ ký trang cuối mà không ký trong từng trang hoặc quên không đánh số thứ tự cũng không ảnh hưởng đến hiệu lực của di chúc ■

TÒA ÁN TRỰC TUYẾN VÀ QUYỀN XÉT XỬ CÔNG BẰNG: KINH NGHIỆM QUỐC TẾ VÀ TRIỂN VỌNG Ở VIỆT NAM

TS. Bùi Tiến Đạt*

TS. Nguyễn Bích Thảo*

Trần Thị Trinh**

*Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội

**Cựu sinh viên K61 Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Tòa án trực tuyến, tư pháp trực tuyến, quyền xét xử công bằng, thủ tục công bằng.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 10/10/2021
Biên tập : 18/10/2021
Duyệt bài : 21/10/2021

Article Information:

Keywords: e-Court, e-Justice, fair trial rights, fair procedure.

Article History:

Received : 10 Oct. 2021
Edited : 18 Oct. 2021
Approved : 21 Oct. 2021

Tóm tắt:

Thời đại kỹ thuật số đã giúp cho các ý tưởng áp dụng “Tòa án trực tuyến” trở nên khả thi hơn với các hình thức như quản lý tòa án dựa trên môi trường internet, xét xử trực tuyến và truyền hình trực tiếp phiên tòa. Những hình thức tòa án trực tuyến này có thể tạo điều kiện đảm bảo tốt hơn đối với một số quyền xét xử công bằng, nhưng đồng thời những hình thức đó cũng hạn chế hoặc thậm chí triệt tiêu một số quyền xét xử công bằng khác. Mặc dù một số dịch vụ tư pháp dựa trên internet đã được ứng dụng ở một số quốc gia, nhưng chúng ta hiện vẫn chưa đánh giá đúng mức về sự ảnh hưởng của các dịch vụ đó đối với các quyền xét xử công bằng phổ quát. Trong phạm vi bài viết này, các tác giả phân tích khả năng mở rộng một số hình thức thủ tục tư pháp trực tuyến và sự ảnh hưởng của những hình thức “Tòa án trực tuyến” đến quyền xét xử công bằng trên thế giới và ở Việt Nam.

Abstract:

Digital age has brought the application of “e-Court” more feasible in the form of internet-based court management, online trial and live broadcasting trial, for example. These forms of e-Court, paradoxically, facilitate a number of fair trial rights and concurrently limit or even threaten a number of other fair trial rights. Although several internet-based judicial services have been introduced in a number of countries and jurisdictions, legal scholarship has paid little attention to how universal fair trial rights are affected by those services. Within the scope of this article, the authors give out an analysis and assessment of the possibility of expanding several forms of online judicial procedures and ways they affect fair trial rights in several countries and Vietnam.

1. Tư pháp trực tuyến và Tòa án trực tuyến trên thế giới

Tòa án trực tuyến (e-Court, sau đây viết tắt là TATT) thường được coi là một thành phần của hệ thống tư pháp trực tuyến (e-Justice, sau đây viết tắt là TPTT) ở nhiều quốc gia, đặc biệt là ở châu Âu. Trên khắp thế giới, các sáng kiến về công lý trực tuyến

và tòa án trực tuyến vẫn đang là vấn đề mới¹, bởi vì mô hình thủ tục tư pháp truyền thống sử dụng giao tiếp trực tiếp. Ở Mỹ, TATT có thể giảm chi phí và tăng hiệu quả, nhưng nó vẫn chưa trở thành chuẩn mực vì người ta “lo sợ những thứ chưa biết rõ, sợ mất công việc và vị thế, lo ngại chi phí thiết lập và nghi ngại rằng công nghệ sẽ ảnh hưởng tiêu cực

¹ Amy J. Schmitz, ‘Expanding Access to Remedies through E-Court Initiatives’ (2019) 1 Buffalo Law Review Vol 67, p. 92.

đến trình tự công bằng”². Điều này cũng có thể đúng với các quốc gia và hệ thống pháp luật khác.

Tại châu Âu, Chiến lược và Kế hoạch Hành động 2019-2023 của Hội đồng châu Âu đã xác nhận mô hình TPTT “nhằm mục đích tạo điều kiện tiếp cận công lý và chức năng của hệ thống tư pháp, kể cả đối với các vụ việc xuyên quốc gia, đối với công dân, người làm nghề luật và cơ quan chức năng, đảm bảo độc lập tư pháp và tam quyền phân lập”³. Hệ thống TPTT này phản ánh các kết nối tư pháp dựa trên các thủ tục và thông tin liên lạc được đơn giản hóa và số hóa⁴.

1.1. Nhận diện một số hình thức biểu hiện của tòa án trực tuyến

-Tự động hóa tòa án (Court Automation)⁵

Theo phân tích trong Báo cáo Môi trường kinh doanh năm 2016 của Ngân hàng Thế giới, các quy trình tố tụng của tòa án có thể nâng cao hiệu quả, khả năng tiếp cận, tính minh bạch và trách nhiệm giải trình thông qua bốn hình thức trực tuyến: (i) nộp đơn khởi kiện trực tuyến; (ii) tổng đạt văn bản tố tụng bằng phương thức trực tuyến; (iii) thanh toán án phí trực tuyến; và (iv) công bố bản án trực tuyến⁶. Giải pháp tự động hóa tòa án có thể được coi là sự khởi đầu của tòa án trực tuyến. Không chỉ vậy, thời gian gần đây đã chứng kiến việc tăng cường sử dụng ghi hình và ghi âm các phiên họp, ghi hình việc lấy lời

khai, đấu giá trực tuyến và nhiều hoạt động khác tại các tòa án⁷. Ít nhất, các hình thức thực hiện thủ tục tư pháp trực tuyến có thể là một lựa chọn cho các bên song song với thủ tục tư pháp trực tiếp, khi được tất cả các bên tham gia tố tụng đồng ý⁸.

-Nộp đơn trực tuyến và tổng đạt trực tuyến (eLodgment)

Việc giải quyết tranh chấp tại tòa án đã từng bước chuyển từ hoạt động trực tiếp sang trực tuyến, áp dụng công nghệ đối với một số thủ tục. Sự xuất hiện của đại dịch Covid-19 đã góp phần tăng tốc độ cung cấp dịch vụ trực tuyến trong các quy trình tố tụng tại tòa án.

Việc nộp đơn, giao nộp chứng cứ và tổng đạt văn bản tố tụng thường được quy định chi tiết và chặt chẽ nhằm đảm bảo quyền tiếp cận công lý và luồng thông tin thông suốt giữa tòa án và các bên, đồng thời cho phép các bên tham gia vào các quy trình tố tụng. Những quy tắc này mang tính kỹ thuật cao và rất quan trọng. Hiện nay, công nghệ kỹ thuật số đã bắt đầu được sử dụng cho việc lập hồ sơ, giao nộp chứng cứ và tổng đạt nhằm giảm chi phí và công sức. Chẳng hạn, tại Úc, e-Lodgment được cho phép bởi Quy tắc Thủ tục tòa án năm 2006 và được liên kết với Hệ thống Quản lý vụ án tích hợp (ICMS)⁹.

E-Lodgment được hiểu là quá trình

² Nt, tr. 94.

³ Joana Covelo de Abreu, ‘E-Justice paradigm under the new Council’s 2019-2023 Action Plan and Strategy - some notes on effective judicial protection and judicial integration’ (2019) UNIO Eu Law Journal, p. 2.

⁴ Nt, tr. 5.

⁵ Heike Gramckow và các cộng sự, *Good Practices For Courts: Helpful Elements for Good Court Performance and the World Bank’s Quality of Judicial Process Indicators* (World Bank 2016), p. 73.

⁶ World Bank, *Doing Business 2016: Measuring Regulatory Quality and Efficiency*, p. 91-98.

⁷ Gramckow và các cộng sự, *ltd*, tr. 73.

⁸ Nt, tr. 84.

⁹ Queensland Courts, “*Electronic lodgment (eLodgment)*” (2020) hướng dẫn các thủ tục đăng ký trực tuyến (eLodgment) tại website Tòa án Queensland courts.qld.gov.au/court-users/practitioners/electronic-lodgment. E-lodgment bao gồm quy định thao tác đăng ký trực tuyến, nội dung và hình thức đơn nộp, cũng như trang thiết bị để truy cập dịch vụ.

chuyển giao tài liệu và thông tin cho các tòa án thông qua một phương tiện trực tuyến thay vì nộp giấy tờ trực tiếp tại tòa án. E-Lodgment tạo điều kiện thuận lợi cho bước đầu tiên trong quá trình tố tụng tại tòa án như một dịch vụ cho phép đương sự nộp đơn khởi kiện, bản tự khai, bản tuyên thệ, đơn yêu cầu triệu tập phiên họp về thi hành án trực tuyến thông qua một nhà cung cấp dịch vụ đã được phê duyệt.

Việc cho phép nộp hồ sơ trực tuyến giúp cho luật sư và đương sự không phải đến tòa án để nộp tất cả các tài liệu cần thiết, và tòa án có tất cả các tài liệu xác thực cần thiết và chữ ký được xác minh hợp pháp ở các hình thức có thể chấp nhận được để dễ dàng xử lý hồ sơ vụ án. Đương sự hoặc luật sư có thể nộp các tài liệu trực tiếp qua internet từ nhà, văn phòng hoặc bất cứ nơi nào.

-Phiên tòa trực tuyến (eCourtroom, phòng xử án ảo)

Theo kinh nghiệm của Úc, “E-Courtroom là phòng xử án trực tuyến được các thẩm phán và thư ký sử dụng để hỗ trợ quản lý và xét xử một số vấn đề trước Tòa án Liên bang Úc”¹⁰. E-Courtroom được tích hợp với e-Lodgment, cung cấp cho các bên liên kết giữa e-Courtroom và e-Lodgment để tạo điều kiện thuận lợi cho việc nộp hồ sơ trực tuyến. Phiên tòa trực tuyến là phòng xử án được bố trí phù hợp với quy định của pháp luật tố tụng, được trang bị thiết bị ghi âm, ghi hình, màn hình tivi, máy vi tính, mạng internet, mạng truyền hình trực tuyến và các thiết bị khác phục vụ hoạt động trong quá trình xét xử, phiên họp.

Những người tham gia tố tụng sẽ tham gia phiên tòa tương tự như hội nghị truyền hình trực tuyến. Người tiến hành tố tụng ngồi tại phòng xử án của tòa án (điểm cầu trung tâm) và những người tham gia tố tụng ngồi tại phòng xử án của tòa án nơi cư trú (điểm cầu

địa phương) vẫn có thể nhìn thấy, nói chuyện trực tiếp với nhau đồng thời thông qua các thiết bị trực tuyến được thiết lập, liên kết với internet và vận hành bởi một phần mềm ứng dụng, mà không cần phải tập trung tại một phòng xử án của tòa án như thường lệ. Hơn nữa, với sự cho phép kết nối kỹ thuật của hội đồng xét xử, nhiều người quan tâm đến vụ án có thể theo dõi các thủ tục pháp lý dễ dàng hơn so với xét xử thông thường, nơi số lượng người xem bị hạn chế bởi không gian của phòng xử án.

-Hệ thống quản lý hồ sơ trực tuyến

Hệ thống quản lý hồ sơ trực tuyến là ứng dụng phần mềm được kết nối mạng internet, được xây dựng nhằm mục đích quản lý, theo dõi các vụ việc từ khi thụ lý đến khi giải quyết xong. Hệ thống này sẽ ghi lại các vụ án, quản lý danh sách các vụ án sẽ xét xử, ghi nhận quyết định của tòa án và kết quả của từng vụ án. Hệ thống quản lý hồ sơ trực tuyến hỗ trợ cán bộ phụ trách quản lý hồ sơ; hỗ trợ các thư ký lên lịch và sắp xếp các vụ việc được xét xử; hỗ trợ thẩm phán đưa ra phán quyết; đồng thời là nguồn cung cấp thông tin, dữ liệu về hoạt động của tòa án. Hệ thống quản lý hồ sơ trực tuyến giúp tòa án thực hiện các quy trình, thủ tục lặp đi lặp lại một cách chính xác hơn, nhanh hơn và chi phí thấp hơn so với khi thực hiện thủ công.

-Tòa án trực tuyến toàn diện (áp dụng toàn hệ thống công nghệ kỹ thuật số)

Một bước tiến xa hơn mà một số quốc gia (như Vương quốc Anh, Canada và Trung Quốc) thực hiện gần đây là xây dựng TATT toàn diện - có nghĩa là sử dụng toàn diện công nghệ kỹ thuật số không chỉ ở một số khía cạnh như nộp đơn, tổng đạt tài liệu, thu thập chứng cứ, tổ chức các phiên họp, phiên tòa mà là trong hầu như tất cả các hoạt động của tòa án.

¹⁰ Federal court of australia, “Electronic courtroom (e-courtroom)” (2020) hướng dẫn chức năng của phòng xét xử trực tuyến bao gồm giao thức thực hiện đưa ra các quy tắc sử dụng phiên tòa trực tuyến (fedcourt.gov.au/online-services/ecourtroom).

Vương quốc Anh đã thành lập một Tòa án trực tuyến để xử lý các tranh chấp dân sự và gia đình có giá trị dưới 25.000 bảng Anh dựa trên nền tảng đặt đương sự làm trung tâm. Tòa án trực tuyến được đặc trưng bởi ít phiên họp hơn, tăng cường hòa giải, các quy trình đơn giản hơn và ít thủ tục giấy tờ hơn¹¹. Nó được thiết kế như một hệ thống ba cấp. Cấp đầu tiên là đánh giá trực tuyến, giúp đương sự tự đánh giá các vấn đề tranh chấp và các lựa chọn của họ; cấp thứ hai có sự xuất hiện của các Hòa giải viên trực tuyến để hỗ trợ các bên đạt được các giải pháp thông qua hòa giải và thương lượng được thực hiện qua Internet; và cấp thứ ba là sự tham gia của các Thẩm phán dưới hình thức trực tuyến để đưa ra quyết định cuối cùng dựa trên việc tranh tụng của các bên thông qua hình thức trực tuyến. Hai năm đầu tiên triển khai Tòa án trực tuyến ở Anh cho thấy kết quả lạc quan¹². Ngoài Tòa án trực tuyến giải quyết các tranh chấp giá trị nhỏ, Anh còn thực hiện đề án giải quyết các vụ việc vi phạm giao thông trực tuyến và đề án giải quyết thuận tình ly hôn trực tuyến bởi một thẩm phán (đề án được khởi động từ tháng 1 năm 2017).¹³. Đồng thời, Anh cũng triển khai hệ thống trực tuyến để giải quyết các vụ việc về phân chia di sản thừa kế¹⁴.

Tại Canada, một Tòa án trực tuyến giải quyết tranh chấp dân sự (Civil Resolution Tribunal - CRT) được thành lập tại British Columbia vào tháng 7/2016. Thẩm quyền của Tòa án này đã được mở rộng từ các yêu cầu bồi thường nhỏ lên đến 5.000 Đô La Canada, đến các tranh chấp bồi thường thiệt hại phát sinh do tai nạn giao thông¹⁵.

Trung Quốc là quốc gia đầu tiên thành lập TATT vào tháng 8/2017 tại Hàng Châu, tỉnh Triết Giang, và một năm sau, nước này thành lập thêm hai tòa án trực tuyến ở Bắc Kinh và Quảng Châu, để xử lý các vụ việc thương mại điện tử và các vụ án liên quan đến Internet. Tòa án trực tuyến xét xử các vụ án trực tuyến và tất cả các quy trình tố tụng, từ thụ lý vụ án, tổng đạt, hòa giải, trao đổi chứng cứ, chuẩn bị xét xử, xét xử và tuyên án, đều được tiến hành trực tuyến, trừ khi đương sự có yêu cầu khác. Tòa án trực tuyến hoạt động thông qua một nền tảng tranh tụng trực tuyến. Các đương sự và luật sư của họ được yêu cầu đăng ký một tài khoản bằng tên thật của họ trên trang web chính thức của tòa án trực tuyến và được xác minh danh tính bằng công nghệ nhận diện khuôn mặt. Sau khi hoàn tất đăng ký và đăng nhập vào trang web của tòa án trực tuyến, nguyên đơn có thể nộp hồ sơ trực tuyến bằng cách điền các thông tin cơ bản của vụ việc, bao gồm số điện thoại di động, fax, e-mail và các công cụ nhắn tin tức thời như WeChat và QQ để nhận các tài liệu của tòa án trực tuyến, gửi đơn khởi kiện trực tuyến và tải lên chứng cứ ở các định dạng trực tuyến¹⁶. Tòa án sẽ gửi thông báo và mã xác minh cho bị đơn bằng dịch vụ tin nhắn ngắn (Short Messaging Service – SMS) hoặc email sau khi thụ lý vụ án. Để trao đổi chứng cứ, các bên nhập dữ liệu trực tuyến vào nền tảng tranh tụng hoặc xử lý chứng cứ trực tuyến thông qua việc quét dữ liệu và tải lên trang web. Nếu một bên phản đối tính xác thực của dữ liệu điện tử, tòa án sẽ xem xét và đánh giá tính xác thực của quá trình tạo, thu thập, lưu trữ và truyền dữ liệu điện tử cùng

¹¹ Secretary of State for Justice of UK, *Speech at the First International Forum on Online Courts: the Cutting Edge of Digital Reform* (London, 3 December 2018).

¹² Nt.

¹³ Schmitz, tr.136.

¹⁴ Nt, tr.138.

¹⁵ Nt, 126-127.

¹⁶ Guodong Du and Meng Yu, 'How to Litigate before the Internet Courts in China?', www.chinajusticeobserver.com/insights/how-to-litigate-before-the-internet-courts-in-china.html, truy cập ngày 08/10/2021 .

với việc kiểm tra chéo. Tòa án sử dụng hội nghị truyền hình trực tuyến để tổ chức các phiên xét xử. Trong một trường hợp đặc biệt mà tòa án cần xác minh danh tính hoặc xem xét các tài liệu gốc và các vật chứng, tòa án có thể quyết định tổ chức xét xử trực tiếp, nhưng các hoạt động khác sẽ vẫn được tiến hành trực tuyến.

2. Tòa án trực tuyến: Lợi ích và sự tác động đến quyền xét xử công bằng

2.1. Lợi ích của tòa án trực tuyến

Việc triển khai các quy trình với việc áp dụng mô hình TATT trong xét xử nhằm giảm thiểu sự can thiệp của con người, loại bỏ các thủ tục hành chính không cần thiết, sử dụng các thuật toán để nâng cao năng suất phân loại và xử lý giấy tờ trên hệ thống trực tuyến mang lại một số lợi ích so với mô hình xét xử truyền thống.

-Lợi ích cho người tham gia tố tụng

TATT giúp người tham gia tố tụng giảm chi phí phải chi trả cho hoạt động tố tụng. TATT cũng giảm cảm giác e ngại cho đương sự khi xuất hiện tại tòa án, tạo sự bình đẳng cho các bên tham gia tố tụng không phân biệt ngành nghề.

Trong điều kiện, các hệ thống tư pháp trên toàn thế giới hiện nay đang phải đối mặt với vấn đề ngày càng có nhiều đương sự không có luật sư bảo vệ quyền lợi trong các vụ án dân sự, ngay cả ở những quốc gia với nhiều luật sư giỏi như Vương quốc Anh hoặc Hoa Kỳ¹⁷, Tòa án trực tuyến có thể tăng cường khả năng tiếp cận công lý cho những đương sự này, với các nền tảng tương tác cung cấp hướng dẫn hữu ích cho đương sự để họ có thể tự mình hoàn thành các thủ tục tố tụng dân sự phức tạp.

-Lợi ích đối với cơ quan nhà nước

Chi phí xây dựng TATT ban đầu thường

tôn kém, nhưng sẽ được bù đắp bằng việc tiết kiệm chi phí vận hành. Các hệ thống giải quyết tranh chấp trực tuyến (ODR) giúp giảm bớt sự căng thẳng giữa các bên và hòa giải trực tuyến dễ dẫn đến sự thỏa thuận và giải quyết nhanh chóng. Điều này giúp các tòa án giảm gánh nặng về hành chính và nhân sự. TATT có thể dễ dàng tiếp cận từ bất cứ đâu và các trường hợp vắng mặt người tham gia tố tụng liên quan đến sức khỏe được giảm thiểu, giúp tránh gián đoạn phiên tòa và tránh lãng phí chi phí cơ hội của những người bị tác động khi phiên tòa bị hoãn không do lỗi của họ.

2.2. Tác động của tòa án trực tuyến đến quyền xét xử công bằng

Nhiều quốc gia đã ứng dụng thành công công nghệ thông tin để vận hành hệ thống tòa án¹⁸. Qua đó có thể thấy, việc áp dụng công nghệ thông tin trong hoạt động của tòa án tác động đến nhiều khía cạnh như tiếp cận công lý, thủ tục và chi phí, v.v... Cần phải xem xét mối quan hệ qua lại giữa mô hình TATT và quyền con người. Trong đó, cần đặc biệt lưu ý đến quyền xét xử công bằng (right to a fair trial), bao gồm: quyền được xét xử tại một phiên tòa công bằng và công khai, sự tương xứng giữa hình thức xét xử và mức độ phức tạp của vụ việc, quyền được đối chất và quyền được đối thoại của người tiến hành tố tụng và người tham gia tố tụng v.v...

Phiên tòa trực tuyến tác động tới một số thành tố của quyền xét xử công bằng như sau: (i) quyền được xét xử trong một thời gian hợp lý; (ii) quyền được lắng nghe bởi một người ra quyết định độc lập và khách quan; (iii) quyền được cung cấp tất cả các thông tin liên quan; (iv) quyền được xét xử công bằng và công khai (mặc dù báo chí và công chúng có thể không được tham dự đối với các vụ án có tính nhạy cảm cao); (v)

¹⁷ Ayelet Sela, *Streamlining Justice: How Online Courts Can Resolve The Challenges of Pro Se Litigation* (2016) 26 Cornell Journal of Law and Public Policy (JLPP), p. 335.

¹⁸ Xem: Giampiero Lupo và Jane Bailey, 'Designing and Implementing e-Justice Systems: Some Lessons Learned from EU and Canadian Examples', *Laws* 2014, 3, pp. 353–387.

quyền có người đại diện và người phiên dịch thích hợp; (vi) quyền được giám sát hoạt động xét xử của người dân. Trong đó, TATT tác động lớn và rõ ràng nhất đến ba quyền: quyền được xét xử trong thời gian hợp lý, quyền được xét xử công bằng và công khai, quyền giám sát tư pháp của công chúng.

(1) *Quyền được xét xử trong một thời gian hợp lý*

Giải pháp TATT rõ ràng là rút ngắn tổng thời gian tố tụng và đảm bảo tốt hơn quyền được xét xử trong một thời gian hợp lý. Chẳng hạn, tại Tòa án trực tuyến Hàng Châu, Trung Quốc, phiên tòa trực tuyến trung bình chỉ mất 28 phút và thời gian xét xử trung bình là 41 ngày, tiết kiệm 60% thời gian so với thủ tục tố tụng truyền thống¹⁹. Như trong trường hợp tranh chấp thương mại trực tuyến, nếu chủ sở hữu bản quyền muốn yêu cầu bồi thường thiệt hại do vi phạm bản quyền, họ thường phải nộp đơn kiện nhà điều hành trang web bất hợp pháp tại nơi đặt máy chủ của họ. Do đó, chi phí về thời gian và tiền bạc cho các vụ kiện tụng nói chung là cao. Đặc biệt, chủ sở hữu bản quyền phải chịu trách nhiệm chứng minh hành vi vi phạm bản quyền, nhưng họ không dễ dàng cung cấp chứng cứ chắc chắn về hành vi vi phạm bản quyền trên Internet vì chứng cứ điện tử được lưu trữ trên cơ sở dữ liệu tập trung luôn có vấn đề về bảo mật và độ tin cậy dữ liệu. Hiện nay, để thu thập và lưu giữ chứng cứ vi phạm bản quyền trên Internet, chủ sở hữu quyền tác giả phải đích thân đến văn phòng công chứng, yêu cầu công chứng viên tải và in các trang web có nội dung vi phạm và công chứng. Quá trình thu thập chứng cứ sẽ tốn nhiều thời gian hơn cho chủ sở hữu bản quyền.

Để giải quyết vấn đề này, Tòa án trực tuyến Hàng Châu, Trung Quốc là tòa án đầu

tiên chấp nhận chứng cứ trực tuyến được lưu trữ bằng công nghệ blockchain khi giải quyết tranh chấp vi phạm bản quyền trên Internet. Trong trường hợp này, nguyên đơn đã ghi lại hình ảnh của các trang web và mã nguồn vi phạm thông qua nền tảng của bên thứ ba và tải lên blockchain Factom. Tòa án đã chấp nhận phương thức giao nộp chứng cứ này sau khi nhận thấy rằng công nghệ blockchain đáp ứng các tiêu chuẩn để xác thực độ tin cậy của dữ liệu trực tuyến. Trường hợp này cho thấy blockchain có thể được sử dụng như một phương tiện pháp lý để xác thực chứng cứ tương tự như dịch vụ công chứng truyền thống ở Trung Quốc, tiết kiệm đáng kể thời gian và chi phí thu thập chứng cứ cho các bên²⁰.

(2) *Quyền được xét xử công bằng và công khai*

TATT gây ra những lo ngại đáng kể đối với việc bảo đảm quyền được xét xử công bằng và công khai khi hầu hết các thủ tục diễn ra trên nền tảng Internet. Ngay cả khi tòa án tổ chức các phiên tòa trực tuyến thông qua hội nghị truyền hình, tính chất cũng hoàn toàn khác với phiên tòa trực tiếp vì các bên đương sự, người làm chứng và luật sư có thể ngồi thoải mái tại nhà hoặc ở một nơi quen thuộc với họ so với việc xuất hiện tại tòa án mang tính áp lực và trang trọng hơn. Kết nối Internet có thể gặp sự cố ảnh hưởng gián đoạn phiên tòa, hoặc gây ảnh hưởng đến chất lượng âm thanh và hình ảnh được truyền đi. Hơn nữa, nguyên tắc xét xử công khai (open justice) cũng có thể bị ảnh hưởng tiêu cực khi tất cả hoặc hầu hết các quá trình tố tụng diễn ra trên Internet và công chúng không có khả năng tham gia giám sát hoạt động của tòa án.

¹⁹ Zhou Yuhang, 'Judicial Interpretations of Provisions of the Supreme People's Court on Several Issues Concerning the Hearing of Cases by Internet Courts' (2018) 11 Tsinghua China Law Review, p.176.

²⁰ Hangzhou Huatai Yimei Culture Media Co., Ltd vs. Shenzhen Daotong Technology Development Co., Ltd Judgment of Hangzhou Internet Court, Case No.: 055078 (2018) Zhe 0192 No. 81, June 27, 2018.

Tuy nhiên, không thể phủ nhận rằng hiện nay, phần lớn cuộc sống của con người diễn ra trong thế giới số, ngày càng nhiều tranh chấp nảy sinh trên mạng Internet; do đó, quyền được lắng nghe không chỉ đơn thuần có nghĩa là “quyền được lắng nghe trực tiếp”, mà cần được hiểu là “quyền được lên tiếng thông qua các phương tiện kỹ thuật số”. Con người hiện đại dành nhiều thời gian để giao tiếp với người khác qua mạng xã hội hơn là qua điện thoại hoặc qua các cuộc trò chuyện trực tiếp. Do đó, khái niệm “quyền được lắng nghe” - yếu tố cốt lõi của quyền xét xử công bằng - cũng nên được thay đổi. “Phiên tòa công khai” hay “công lý công khai” cũng nên được hiểu theo nghĩa rộng, không chỉ mang nghĩa trực diện là công chúng có thể trực tiếp tham dự và theo dõi phiên xét xử, mà cần được hiểu rộng hơn là bất kỳ ai cũng có thể theo dõi quá trình tố tụng dân sự tại bất kỳ thời điểm và địa điểm nào thông qua các phương tiện kỹ thuật số. Do đó, công nghệ số không làm xói mòn nguyên tắc xét xử công khai mà ngược lại, giúp thực hiện nguyên tắc này một cách hiệu quả và ý nghĩa hơn²¹.

(3) Quyền giám sát tư pháp của công chúng

TATT giúp tăng các kênh giao tiếp giữa các cơ quan tố tụng với công chúng, và do vậy tăng cường hiệu quả của quyền tiếp cận công lý và quyền giám sát tư pháp của công dân. Mỗi người đều có thể sử dụng internet

và công nghệ số để tham gia các thủ tục tư pháp và thực hiện các quyền giám sát, thể hiện qua các hình thức sau: (i) truy cập các trang web, các kênh thông tin chính thức của tòa án để nắm được lịch xét xử, thông tin về các vụ án, thông tin phòng họp trực tuyến của phiên tòa trực tuyến; (ii) tham dự các phiên tòa, phiên họp trực tuyến mà mình quan tâm; (iii) đăng tải thông tin, bình luận, phản hồi về các phiên tòa, phiên họp đó; (iv) nâng cao nhận thức của cộng đồng về các thủ tục tố tụng tư pháp...

3. Tòa án trực tuyến ở Việt Nam: chính sách và triển vọng

Tại Việt Nam, nhận thức được tầm quan trọng của công nghệ số trong việc hiện đại hóa hệ thống tòa án và tăng cường khả năng tiếp cận công lý, Chánh án Tòa án nhân dân tối cao khẳng định, TATT “là một xu hướng phát triển không thể đảo ngược trong thời đại cuộc cách mạng công nghệ 4.0” và “cần có những chiến lược toàn diện, tổng hợp và dài hạn hơn trong lĩnh vực phát triển ứng dụng công nghệ thông tin, xây dựng tòa án điện tử, tiến tới tòa án thông minh trong thập kỷ tới”²². Đã có một số dấu hiệu tích cực cho thấy, Việt Nam đang tìm hiểu kinh nghiệm của các nước và xem xét một số giải pháp về tòa án trực tuyến. Quốc hội, Tòa án nhân dân tối cao và Ban Chỉ đạo cải cách tư pháp trung ương đang nghiên cứu, xem xét “tạo hành lang pháp lý để Tòa án xét xử trực tuyến”²³ vì “phiên tòa xét xử trực tuyến

²¹ Lord Chief Justice of England and Wales, ‘Speech at the First International Forum on Online Courts: the Cutting Edge of Digital Reform’ (London 3 December 2018), p. 4.

²² Nguyễn Hòa Bình, Chánh án Tòa án nhân dân tối cao, Bài phát biểu tại Hội nghị quốc tế “Hoàn thiện hệ thống tư pháp trước những thách thức hiện nay” được tổ chức tại Bangkok, Thái Lan, nhằm trao đổi kinh nghiệm, tăng cường hợp tác về tòa án và tư pháp của các nước trong khu vực Tiểu vùng sông Mê Kông mở rộng, 12-14/9/2018.

²³ Xem: Kim Dung, Xem xét tạo hành lang pháp lý để tòa án xét xử trực tuyến, Tạp chí Tòa án nhân dân điện tử, <https://tapchitoaan.vn/bai-viet/thoi-su/xem-xet-tao-hanh-lang-phap-ly-de-toa-an-xet-xu-truc-tuyen>, truy cập ngày 09/10/2021.

là tất yếu”²⁴.

Ngày 30/212/2016, Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao ban hành Nghị quyết số 04/2016/NQ-HĐTP hướng dẫn thi hành một số quy định của Bộ luật Tố tụng dân sự số 92/2015/QH13, Luật Tố tụng hành chính số 93/2015/QH13 về gửi, nhận đơn khởi kiện, tài liệu, chứng cứ và cấp, tổng đạt, thông báo văn bản tố tụng bằng phương tiện điện tử. Theo Nghị quyết này, nguyên đơn có thể gửi đơn khởi kiện đến tòa án bằng phương thức trực tuyến thông qua cổng thông tin điện tử của tòa án. Ngày 22/10/2018, Tòa án nhân dân tối cao chính thức ra mắt Hệ thống Dịch vụ và hồ sơ trực tuyến để áp dụng thí điểm tại một số tỉnh và sau đó được nhân rộng trên toàn quốc. Tòa án nhân dân tối cao cũng đã chấp thuận cho Tòa án nhân dân Tp. Hồ Chí Minh thí điểm đề án “Đổi thoại trực tuyến” trong vòng một năm kể từ ngày 1/1/2021²⁵. Ngày 07/8/2021, Tòa án nhân dân thành phố Hải Phòng đã thí điểm tổ chức phiên tòa xét xử trực tuyến án hành chính, với hai điểm cầu tại Tòa án nhân dân thành phố và Trung tâm hội nghị thành phố²⁶. Hiện nay, Tòa án nhân dân tối cao đang xây dựng dự thảo Quy chế tổ chức phiên tòa trực tuyến, trong đó quy định nguyên tắc, phạm vi, điều kiện

tổ chức phiên tòa trực tuyến, yêu cầu đối với các điểm cầu, trình tự, thủ tục chuẩn bị phiên tòa và tiến hành phiên tòa²⁷. Trong giải quyết tranh chấp thương mại, hệ thống giải quyết tranh chấp trực tuyến của Trung tâm Trọng tài quốc tế Hà Nội, vốn dựa trên hướng dẫn của UNCITRAL 2016, cung cấp cơ chế giải quyết tranh chấp trong hoạt động thương mại trực tuyến đầu tiên tại Việt Nam²⁸.

Trong Hội thảo “Tham vấn ý kiến về Báo cáo những thực tiễn tốt về thủ tục hành chính tư pháp nhằm tăng cường tính liêm chính của Tòa án”, các diễn giả đã đề xuất bốn nhóm thủ tục tư pháp trực tuyến: (i) thủ tục nhận đơn khởi kiện, thụ lý vụ án (bao gồm cả hòa giải do tòa án phụ trách); (ii) phân công thẩm phán; (iii) quản lý thời gian giải quyết vụ việc; và (iv) cấp bản trích lục, chuyển giao các bản án và công bố các bản án²⁹.

Theo xu thế chung trên thế giới, việc thực hiện một số thủ tục tư pháp của tòa án trên nền tảng trực tuyến cũng đã được thí điểm trong những năm gần đây và đang xem xét để chính thức áp dụng ở Việt Nam. Để hiện thực hóa xu hướng này, chúng ta cần tiếp tục hoàn thiện hệ thống pháp luật làm cơ sở pháp lý và hệ thống hạ tầng cho hoạt động của TATT ■

²⁴ Chủ tịch nước Nguyễn Xuân Phúc, <https://tuoitre.vn/chu-tich-nuoc-nguyen-xuan-phuc-phiên-toa-xet-xu-truc-tuyen-la-tat-yeu-20210826193220792.htm>, truy cập ngày 09/10/2021.

²⁵ Lê Đức Anh, *Mô hình “Xét xử trực tuyến thay xét xử tập trung”*, Tạp chí Tòa án nhân dân điện tử, <https://tapchitoaan.vn/bai-viet/nghien-cuu/mo-hinh-xet-xu-truc-tuyen-thay-xet-xu-tap-trung>, truy cập ngày 09/10/2021.

²⁶ Xem: Tòa án nhân dân thành phố Hải Phòng thí điểm phiên tòa xét xử trực tuyến, <https://haiphong.toaan.gov.vn/webcenter/portal/haiphong/chitiettin?dDocName=TAND185402>, truy cập ngày 9/10/2021.

²⁷ Xem: Nguyễn Thị Hải Châu, *Những yêu cầu cơ bản khi tổ chức phiên tòa trực tuyến*, Tạp chí Tòa án nhân dân điện tử, <https://tapchitoaan.vn/bai-viet/nghien-cuu/nhung-yeu-cau-co-ban-khi-to-chuc-phiên-toa-truc-tuyen>, truy cập ngày 9/10/2021.

²⁸ Comm. on Int’l Trade Law, Rep. on the Working Group IV (Electronic Commerce) on the Work of Its Fifty-Sixth Session, U.N. Doc. A/CN.9/936, at 7–8 (2018). Báo cáo lưu ý: “Đối với phần M, Nhóm công tác đã đồng ý bổ sung một tiêu mục về giải quyết tranh chấp trực tuyến (ODR) dựa trên mức độ liên quan và tầm quan trọng của ODR đối với việc giải quyết các tranh chấp phát sinh từ các giao dịch điện toán đám mây và có tính đến Công việc của UNCITRAL trong lĩnh vực đó”, Id., tr. 6.

²⁹ Nguyen Hung Quang, NHQuang&Associates’ Managing Partner, ‘Good Practices in Court Procedures to Improve Court Integrity’ tại Hội thảo tham vấn về Dự thảo Báo cáo “Thực hành tốt trong thủ tục Tòa án để Cải thiện tính liêm chính của Tòa án” ngày 23/7/2020 do UNDP Việt Nam phối hợp với Tòa án nhân dân tối cao, Đại sứ quán Anh tại Hà Nội tổ chức trong Dự án thúc đẩy môi trường kinh doanh bình đẳng trong ASEAN.

