

CÁC TỘI PHẠM VỀ TÌNH DỤC ĐỐI VỚI TRẺ EM - PHÁP LUẬT, THỰC TIỄN VÀ MỘT SỐ GIẢI PHÁP

TRẦN VĂN ĐỘ *

Trên cơ sở khái quát các quy định của Bộ luật hình sự năm 2015, sửa đổi, bổ sung năm 2017 (sau đây gọi tắt là BLHS năm 2015) về các tội phạm tình dục đối với người dưới 18 tuổi (trẻ em), bài viết phân tích các nhận thức khác nhau trong giới khoa học và thực tiễn về các tội phạm này, làm sáng tỏ những bất cập và vướng mắc xảy ra trên thực tế, đề xuất một số ý tưởng để tiếp tục hoàn thiện BLHS về các tội phạm tình dục đối với trẻ em và giải thích, hướng dẫn áp dụng thống nhất các quy định của pháp luật hiện hành nhằm bảo vệ tốt nhất nhân phẩm, an toàn về tình dục cho trẻ em ở Việt Nam.

Từ khóa: Tội phạm tình dục trẻ em, Bộ luật hình sự.

Ngày nhận bài: 16/8/2019; Ngày biên tập xong: 03/9/2019; Ngày duyệt đăng: 17/02/2020.

By generalizing the 2015 Penal Code (amended and supplemented in 2017) - the 2015 PC on child sexual crimes, the paper analyses different perceptions in the science and practice of these crimes; sheds light on the inadequacies and obstacles in reality; proposes some suggestions to perfect the PC on child sexual crimes as well as guides unified applications of current legal provisions to best protect children's dignity and safety in Vietnam.

Keywords: Child sexual crimes, the Penal Code.

1. Đặt vấn đề

Bảo vệ quyền con người nói chung, đặc biệt là an toàn tình dục của trẻ em là vấn đề rất quan trọng được quy định trong các văn kiện quốc tế và pháp luật của nhiều quốc gia. Bảo vệ an toàn tình dục trẻ em được thực hiện bằng các biện pháp khác nhau, trong đó có biện pháp hình sự, tức là xử lý bằng biện pháp trách nhiệm hình sự đối với các hành vi xâm phạm an toàn tình dục đối với trẻ em. Trên cơ sở các chuẩn mực quốc tế, mỗi quốc gia khác nhau, căn cứ vào điều kiện kinh tế - xã hội, phong tục tập quán và trình độ phát triển mà có phạm vi và giới hạn khác nhau trong việc bảo vệ quyền an toàn tình dục của trẻ em.

Những năm qua, trên thế giới cũng

như ở Việt Nam, tình hình tội phạm về tình dục đối với trẻ em xảy ra khá phổ biến và nghiêm trọng; bao gồm cả các tội nghiêm trọng nhất như hiếp dâm trẻ em đến các tội ít nghiêm trọng hơn như dâm ô trẻ em, quấy rối tình dục trẻ em.

Pháp luật hình sự Việt Nam thời gian qua đã có bước phát triển lớn trong việc bảo vệ quyền an toàn tình dục của trẻ em, tiệm cận với chuẩn mực quốc tế và pháp luật của nhiều quốc gia; thể hiện chính sách pháp luật hình sự của Việt Nam trong bảo vệ quyền trẻ em. Quy định của BLHS năm 2015 về các tội xâm phạm danh dự,

* Phó giáo sư, Tiến sĩ, Nguyên Phó Chánh án Tòa án nhân dân tối cao, Nguyên Chánh án Tòa án quân sự Trung ương

nhân phẩm trẻ em có nhiều điểm mới so với BLHS năm 1999 đòi hỏi phải có nhận thức để đảm bảo áp dụng đúng đắn, thống nhất nhằm thực hiện có hiệu quả chính sách pháp luật hình sự trong giai đoạn phát triển mới của đất nước.

Trong phạm vi bài viết này, chúng tôi tập trung phân tích các quy định của BLHS năm 2015, những quan niệm khoa học khác nhau về một số vấn đề, những bất cập, khó khăn trong áp dụng các quy định đó trong thực tiễn và đưa ra các khuyến nghị nhằm tiếp tục hoàn thiện pháp luật và nâng cao chất lượng, hiệu quả điều tra, truy tố, xét xử các vụ án về các tội phạm tình dục đối với trẻ em.

2. Quy định các tội phạm về tình dục đối với trẻ em

Vấn đề bảo vệ trẻ em trước những hành vi xâm hại tình dục được pháp luật quốc tế rất quan tâm và có nhiều quy định trực tiếp thể hiện quan điểm bảo vệ tối đa trẻ em bị xâm hại tình dục. Công ước quốc tế về quyền trẻ em (CRC), văn bản pháp lý quốc tế gắn liền với quyền con người của trẻ em nhấn mạnh *“Các quốc gia thành viên cam kết bảo vệ trẻ em chống lại tất cả các hình thức bóc lột tình dục và lạm dụng tình dục”* (Điều 34), đồng thời chỉ ra các hình thức bóc lột, lạm dụng tình dục trẻ em mà các quốc gia phải có các biện pháp đặc biệt để ngăn ngừa bao gồm: *“1/ Việc xúi giục hay ép buộc trẻ em tham gia bất kỳ hoạt động tình dục trái pháp luật nào; 2/ Việc sử dụng có tính chất bóc lột trẻ em trong mại dâm hay các hành vi tình dục trái pháp luật khác; 3/ Việc sử dụng có tính chất bóc lột trẻ em trong các buổi biểu diễn hay tài liệu khiêu dâm”*.

Pháp luật hình sự các quốc gia trên thế giới đều thể hiện chính sách chung là bảo vệ cao nhất quyền an toàn tình dục của trẻ em. Tuy nhiên, phạm vi cũng như các dấu

hiệu của cấu thành tội phạm về tình dục thì có những điểm khác nhau:

- Được coi là trẻ em để được bảo vệ an toàn về tình dục đa số ở lứa tuổi dưới 18; nhưng cũng có nhiều quốc gia quy định ở lứa tuổi dưới 16;

- Tuổi được bảo vệ tuyệt đối về tình dục (không phân biệt ý chí của nạn nhân) là 13 (Việt Nam), 14 (Liên Bang Nga, Trung Quốc) hay 15 (Thụy Điển);

- Các hành vi được coi là tội phạm khá tương đồng trong pháp luật của nhiều nước, bao gồm hiếp dâm, bóc lột tình dục, khiêu dâm trẻ em, dâm ô...;

- Ngoài Trung Quốc, các quốc gia không phân biệt giới tính của nạn nhân, và từ đó là chủ thể của tất cả các tội phạm. Hay nói cách khác, trẻ em mọi giới tính được bảo vệ bình đẳng bằng pháp luật hình sự và chủ thể của tội phạm cũng là người thuộc bất kỳ giới tính nào.

Đồng hành với xu hướng chung của thế giới, BLHS năm 2015 của Việt Nam đã có những quy định, một mặt tiếp nhận truyền thống pháp luật của quốc gia, đồng thời có những quy định mới đáp ứng yêu cầu của chính sách hình sự mới, phù hợp với các quan niệm mới trong khoa học về giới, về tình dục học, xã hội học... trong việc bảo vệ quyền trẻ em nói chung, quyền được bảo vệ an toàn về tình dục nói riêng.

So với BLHS năm 1999 và pháp luật hình sự trước đó, BLHS năm 2015 có những điểm mới cơ bản sau đây:

Thứ nhất, tội phạm hoá hành vi sử dụng người dưới 18 tuổi vào mục đích khiêu dâm (Điều 147 BLHS).

Thứ hai, có quan niệm mới về hành vi khách quan của các tội hiếp dâm, cưỡng dâm, giao cấu hoặc thực hiện hành vi quan hệ tình dục khác với người từ đủ 13 đến dưới 16 tuổi. Trong cấu thành các tội này,

ngoài hành vi giao cấu, BLHS năm 2015 bổ sung thêm hành vi quan hệ tình dục khác.

Bằng quy định mới này, có thể nói BLHS năm 2015 đã tội phạm hoá, mở rộng phạm vi xử lý hình sự một loạt các hành vi nguy hiểm cho xã hội. Quy định mới này của BLHS năm 2015 cũng dẫn đến các quan điểm khác nhau về nhận thức và thực tiễn áp dụng pháp luật hình sự về các tội phạm về tình dục đối với người dưới 18 tuổi. Cụ thể là:

- Chủ thể của một số tội như hiếp dâm người dưới 18 tuổi, cưỡng dâm người dưới 18 tuổi, giao cấu hoặc thực hiện hành vi quan hệ tình dục khác với đủ 13 tuổi đến dưới 16 tuổi... với tư cách là người thực hành không chỉ là nam giới mà còn là người thuộc các giới tính khác;

- Đối tượng của tội phạm (nạn nhân) không phân biệt giới tính. Nếu như với quy định cũ về các tội phạm về tình dục như hiếp dâm, cưỡng dâm, giao cấu với người dưới 16 tuổi, trong đó hành vi phạm tội được quy định chỉ là giao cấu, nên theo lẽ tự nhiên, nạn nhân của các tội phạm này chỉ là trẻ em gái và thực tiễn áp dụng pháp luật hình sự cũng được tiến hành theo hướng đó; thì theo BLHS năm 2015, bằng việc bổ sung quan hệ tình dục khác vào hành vi khách quan của tội phạm, nạn nhân của tội phạm có thể là người thuộc bất kỳ giới tính nào (nam, nữ, đồng tính, lưỡng tính hoặc chuyển giới)...

3. Những bất cập, vướng mắc trong thực tiễn điều tra, truy tố, xét xử các tội phạm về tình dục đối với người dưới 18 tuổi

Nhìn chung, các quy định của BLHS năm 2015 cơ bản đã trở thành cơ sở pháp lý hình sự cho việc chống các hành vi nguy hiểm và phổ biến xâm phạm tình dục trẻ em ở Việt Nam. Tuy nhiên, những quy định mới cũng đang gây ra không ít những

bất cập, vướng mắc trong thực tiễn điều tra, truy tố, đặc biệt là xét xử loại tội phạm này. Qua nghiên cứu thực tiễn và khảo sát của chúng tôi, các bất cập, khó khăn, vướng mắc tập trung vào một số vấn đề sau đây:

- *Thứ nhất*, nhận thức thế nào về các quan hệ tình dục khác trong dấu hiệu cấu thành một số tội phạm như hiếp dâm, cưỡng dâm, giao cấu hoặc quan hệ tình dục với người từ đủ 13 đến dưới 16 tuổi. Cho đến nay, trong khoa học Luật hình sự, việc nghiên cứu về vấn đề này mới chỉ là bước đầu. Có quan điểm cho rằng, các điều luật quy định về các tội phạm này chỉ đề cập đến các quan hệ tình dục có thâm nhập là quan hệ âm đạo (giao cấu), quan hệ hậu môn, quan hệ đường miệng; còn các quan hệ tình dục khác không thâm nhập thì không phải là hành vi khách quan của các tội phạm này¹. Ngược lại, quan điểm khác thì cho rằng để bảo vệ toàn diện trẻ em, cần coi quan hệ tình dục gồm tất cả hành vi tình dục gồm quan hệ tình dục có thâm nhập, quan hệ tình dục không thâm nhập và cả các tiếp xúc tình dục khác².

Quan niệm thế nào về quan hệ tình dục đồng nghĩa với việc thu hẹp hay mở rộng phạm vi các tội phạm nghiêm trọng này nhằm bảo vệ trẻ em. Tuy nhiên, thu hẹp hay mở rộng khái niệm về hành vi này cũng sẽ thu hẹp hay mở rộng phạm vi các tội phạm tương ứng đối với nạn nhân

¹ Điều 2 Dự thảo 3 Nghị quyết hướng dẫn áp dụng các điều 141, 142, 143, 144, 145, 146 và 147 của Bộ luật hình sự, Toạ đàm tham vấn Dự thảo Nghị quyết của Hội đồng Thẩm phán hướng dẫn áp dụng một số quy định của Bộ luật hình sự 2015 về các tội xâm hại tình dục, Hà Nội, 24-7-2019.

² Khuyến nghị của UNICEF đối với Nghị quyết về hành vi xâm hại tình dục trẻ em. Toạ đàm tham vấn Dự thảo Nghị quyết của Hội đồng Thẩm phán hướng dẫn áp dụng một số quy định của Bộ luật hình sự 2015 về các tội xâm hại tình dục, Hà Nội, 24-7-2019.

là người đã thành niên, đồng thời cũng sẽ dẫn đến mở rộng hay thu hẹp phạm vi tội dâm ô đối với người dưới 16 tuổi...

- *Thứ hai*, quan niệm thế nào về hành vi dâm ô; và từ đó phân biệt dâm ô với một số hành vi khác thuộc các tội phạm về tình dục và các hành vi không phải là tội phạm.

Cùng với việc bổ sung hành vi quan hệ tình dục khác vào các tội hiếp dâm, cưỡng dâm, giao cấu hoặc quan hệ tình dục với người từ đủ 13 đến dưới 16 tuổi, phạm vi tội dâm ô được thu hẹp lại. Trước khi BLHS năm 2015 được ban hành, các hành vi quan hệ tình dục khác không phải là giao cấu như đưa ngón tay vào âm hộ, bắt nạn nhân ngậm mút dương vật, sử dụng dương vật giả cho vào âm hộ người khác... được coi là hành vi dâm ô; và những hành vi đó được thực hiện đối với người trên 16 tuổi thì không phải là tội phạm. Đồng thời, thực tiễn áp dụng pháp luật hình sự trước khi BLHS năm 2015 có hiệu lực thi hành, các hành vi tình dục không tiếp xúc như bắt nạn nhân lõa thể hoặc chứng kiến lõa thể, chứng kiến thủ dâm, cho xem văn hoá phẩm đồi trụy, chat sex... không được coi là hành vi dâm ô đối với trẻ em³.

- *Thứ ba*, vấn đề đường lối xử lý các tội phạm về tình dục đối với người dưới 18 tuổi cũng đang là vấn đề được quan tâm trong giới khoa học và thực tiễn. Vấn đề là ở chỗ, BLHS năm 2015 thực hiện việc tội phạm hoá, mở rộng phạm vi của các tội phạm này; các hành vi tình dục không phải là giao cấu trước đây được coi là dâm ô và chỉ bị xử lý về hình sự nếu được thực

hiện với trẻ em; đồng thời, chế tài đối với tội phạm này cao nhất chỉ là phạt tù đến 3 năm. Còn theo BLHS năm 2015, các hành vi quan hệ tình dục khác được coi là hiếp dâm, cưỡng dâm hoặc quan hệ tình dục đối với người từ đủ 13 tuổi đến dưới 16 tuổi với chế tài rất nghiêm khắc. Rõ ràng, sự “lệch pha” trong tội phạm hoá và hình sự hoá trong BLHS năm 2015 đã tạo nên sự bất cập của pháp luật và vướng mắc trong thực tiễn xét xử của Tòa án.

4. Một số giải pháp

Việt Nam là quốc gia đầu tiên ở Châu Á và là quốc gia thứ hai trên thế giới tham gia CRC nên có nghĩa vụ nội luật hoá đầy đủ tinh thần của Công ước vào pháp luật quốc gia. Chăm lo bảo đảm lợi ích tốt nhất cho trẻ em và bảo vệ các em khỏi các xâm phạm, đặc biệt là tội phạm là đòi hỏi tất yếu khách quan.

BLHS năm 2015 của Việt Nam đã có bước tiến nhảy vọt trong bảo vệ quyền con người của trẻ em từ góc độ trẻ em là chủ thể của tội phạm cũng như góc độ trẻ em là nạn nhân của tội phạm. Tuy nhiên, theo chúng tôi, BLHS năm 2015 cũng còn những bất cập cần được hoàn thiện và hướng dẫn để tội phạm hoá đầy đủ nhằm bảo vệ tuyệt đối quyền trẻ em nói chung, quyền an toàn về tình dục của các em nói riêng; đảm bảo sự rõ ràng, minh bạch và nhận thức thống nhất, loại bỏ sự tác động không chính xác của chính sách hình sự cũ trong áp dụng.

Các giải pháp trước mắt cũng như lâu dài cần tập trung vào một số vấn đề sau đây:

4.1. Hoàn thiện Bộ luật hình sự

- Xem xét lại độ tuổi bảo vệ tuyệt đối trong các tội xâm phạm tình dục trẻ em. Có thể nói, mặc dù là một nước mà mức độ phát triển của trẻ em về thể chất và tâm thần còn hạn chế, nhưng độ tuổi bảo vệ

³ Thông tư liên tịch 01/1998 ngày 02/1/1998 của TANDTC-VKSNDTC-BNV hướng dẫn áp dụng một số quy định của Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Bộ luật hình sự; Đinh Văn Quế, Phân biệt hành vi “quan hệ tình dục khác” với hành vi “dâm ô”, Tạp chí Tòa án nhân dân điện tử, ngày 14-6-2019...

tuyệt đối theo BLHS năm 2015 Việt Nam là khá thấp, chỉ 13 tuổi. Liệu đã đến lúc cần nghiên cứu nâng độ tuổi này để:

- + Phù hợp với sự phát triển thể chất, tâm sinh lý trẻ em, đảm bảo sự phát triển bình thường, khoẻ mạnh và thiên chức giới của con người trong tương lai;

- + Thể hiện sự bảo vệ tuyệt đối an toàn tình dục cho trẻ em, thể hiện sự “chăm lo cho lợi ích tốt nhất của các em” của Nhà nước ta.

- + Tiếp thu kinh nghiệm lập pháp hình sự các quốc gia khác nhau. Không ngẫu nhiên mà ở nhiều quốc gia, mặc dù mức độ phát triển của trẻ em về trí lực, thể chất cũng như sức khoẻ tình dục cao hơn trẻ em Việt Nam, nhưng độ tuổi trẻ em được bảo vệ tuyệt đối về tình dục lại cao hơn ở Việt Nam⁴;

- + Thực trạng tình hình tội giao cấu với người từ đủ 13 tuổi đến dưới 16 tuổi, trong đó có người dưới 14 tuổi diễn ra khá phổ biến, cao hơn cả tội hiếp dâm trẻ em mọi lứa tuổi. Theo thống kê của Tòa án nhân dân tối cao thì trong thời gian 10 năm (2008 - 2017) các Tòa án trong toàn quốc đã xét xử 5067 vụ Hiếp dâm trẻ em; 5676 vụ giao cấu với trẻ em; 1671 vụ dâm ô với trẻ em; còn lại một số ít là các vụ án cưỡng dâm trẻ em, mua dâm người chưa thành niên...⁵

- Hoàn thiện phần quy định của một số quy phạm quy định về một số tội phạm cụ thể. Theo chúng tôi, cũng cần phải xem xét lại tuổi chịu trách nhiệm hình sự của chủ thể đối với một số tội phạm. Ví dụ, chủ thể tội giao cấu hoặc thực hiện hành vi quan hệ tình dục khác đối với người từ đủ

13 tuổi đến dưới 16 tuổi, chủ thể tội dâm ô với người dưới 16 tuổi có nhất thiết phải là người từ đủ 18 tuổi trở lên. Trong trường hợp hạ tuổi chủ thể của các tội này xuống từ đủ 16 tuổi để bảo vệ hiệu quả trẻ em là nạn nhân, thì đồng thời cũng cần có đường lối xử lý mang tính giáo dục đối với chủ thể là người từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi phạm các tội này.

- Hoàn thiện chế tài một số tội phạm. Như phân tích trên, phạm vi các tội phạm về tình dục nói chung, đối với trẻ em nói riêng đã được mở rộng trong BLHS. Nhiều hành vi trước đây vốn không được quy định là tội phạm (quan hệ tình dục khác với người từ đủ 13 tuổi) hoặc được quy định là tội phạm có chế tài nhẹ hơn (dâm ô trẻ em) đã được tội phạm hoá trong BLHS. Yếu tố đó của việc tội phạm hoá cần được thể hiện một cách hợp lý trong hình sự hoá, quy định về các chế tài đối với các tội phạm tương ứng. Việc nhà làm luật có quy định thay đổi về dấu hiệu cấu thành tội phạm, nhưng không thay đổi về chế tài trong trường hợp này là thiếu hợp lý.

4.2. Giải thích, hướng dẫn áp dụng một số quy định về các tội phạm về tình dục xâm hại trẻ em

BLHS năm 2015 có hiệu lực thi hành từ 01/01/2018. Qua hơn một năm áp dụng, đã có nhiều vấn đề cần được nhận thức thống nhất trong thực tiễn. Việc thống nhất nhận thức đó được thực hiện bằng nhiều biện pháp khác nhau, nhưng biện pháp tốt nhất là thông qua giải thích, hướng dẫn của cơ quan có thẩm quyền bằng Thông tư liên tịch, Nghị quyết của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao, Án lệ...

Theo chúng tôi, các bất cập, vướng mắc cần giải thích, hướng dẫn tập trung vào một số vấn đề sau đây:

- Thứ nhất, thế nào là quan hệ tình dục

⁴ Độ tuổi này được quy định trong BLHS Liên bang Nga là 14; trong BLHS Trung Quốc là 14; trong BLHS Thụy Điển là 15...

⁵ Nguồn: Vụ Thống kê tổng hợp, Tòa án nhân dân tối cao.

khác trong các tội phạm được quy định?

Quan hệ tình dục được hiểu khá khác nhau. Tuy nhiên, cách hiểu chung nhất là sự tiếp xúc của hai bộ phận sinh dục nam và nữ (giao cấu) hoặc một bộ phận của cơ thể người này với cơ quan sinh dục của người khác (quan hệ tình dục khác). Quan hệ tình dục có hai loại: quan hệ tình dục có thâm nhập (tình dục âm đạo, tình dục hậu môn, tình dục đường miệng) và tình dục không thâm nhập⁶.

Trong khoa học luật hình sự, còn những quan niệm khác nhau về khái niệm hành vi quan hệ tình dục khác. Đa số các tác giả cho rằng hành vi quan hệ tình dục khác là hành vi quan hệ tình dục có thâm nhập bằng dương vật, bằng bộ phận khác của cơ thể, bằng dương vật giả, qua âm đạo; bằng dương vật qua hậu môn, bằng dương vật qua miệng (hoặc dùng miệng bú, mút dương vật)⁷... Các quan điểm này không được lý giải cụ thể, nhưng nhìn chung các tác giả cho rằng đây là các hành vi “gần với giao cấu” về hành vi cũng như tính chất, mức độ nguy hiểm⁸. Tuy nhiên, trong BLHS năm 2015, người làm luật quy định

là hành vi quan hệ tình dục khác, tức là tất cả các hành vi quan hệ tình dục mà không phân biệt quan hệ tình dục có thâm nhập hay quan hệ tình dục không thâm nhập. Việc lấy quy định của pháp luật cũ để giải thích cho quy định mới là khó thuyết phục.

Chúng tôi cho rằng, theo quy định của các điều luật, tất cả các hành vi quan hệ tình dục, không phụ thuộc là có thâm nhập hay không thâm nhập đều thuộc hành vi khách quan của các tội phạm được quy định. Ví dụ: Việc buộc trẻ em bú, mút dương vật (có thâm nhập) và liếm dương vật (không thâm nhập) là không khác nhau về bản chất cũng như tính chất và mức độ nguy hiểm; các hành vi đó đã xâm phạm nhân phẩm, an toàn tình dục của trẻ em⁹.

Như vậy, theo chúng tôi, có thể nhận thức “hành vi quan hệ tình dục là hành vi tình dục tiếp xúc một bộ phận cơ thể hoặc đồ chơi tình dục (dương vật giả, âm đạo giả) với cơ quan sinh dục của người khác”.

- Thứ hai, thế nào là dâm ô trẻ em?

Theo hướng dẫn về áp dụng Điều 202b BLHS năm 1985 thì dâm ô là hành vi sờ, bóp... vào các bộ phận kích thích tình dục của trẻ em hoặc buộc trẻ em có hành vi như sờ, bóp... vào các bộ phận kích thích tình dục của người khác, nhưng không có việc giao cấu. Và trong thực tiễn thì các bộ phận kích thích tình dục bao gồm cả cơ quan sinh dục¹⁰.

⁶ Xem: https://vi.wikipedia.org/wiki/Quan_hệ_tình_dục (truy cập ngày 29/7/2019)

⁷ Dự thảo Nghị quyết... (TLĐĐ); các tác giả trong sách “Bình luận khoa học những điểm mới của BLHS 2015 (sửa đổi, bổ sung 2017)”, Chủ biên: PGS. TS. Nguyễn Thị Phương Hoa, TS. Phan Anh Tuấn, NXB Hồng Đức, 2018, cũng cho rằng hành vi quan hệ tình dục khác là các hành vi quan hệ tình dục có thâm nhập qua đường âm đạo, hậu môn hoặc đường miệng (trang 163)...

⁸ Đinh Văn Quế, Phân biệt hành vi “quan hệ tình dục khác” với hành vi “dâm ô”, Tạp chí Tòa án nhân dân điện tử, ngày 14-6-2019...; Dự thảo 3 Nghị quyết hướng dẫn áp dụng các điều 141, 142, 143, 144, 145, 146 và 147 của Bộ luật hình sự, Tòa án nhân dân tối cao Dự thảo Nghị quyết của Hội đồng Thẩm phán hướng dẫn áp dụng một số quy định của Bộ luật hình sự 2015 về các tội xâm hại tình dục, Hà Nội, 24-7-2019.

⁹ Các tổ chức quốc tế, nhất là UNICEF cũng ủng hộ quan điểm này. Xem: Khuyến nghị của UNICEF đối với Nghị quyết về hành vi xâm hại tình dục trẻ em. Tòa án nhân dân tối cao Dự thảo Nghị quyết của Hội đồng Thẩm phán hướng dẫn áp dụng một số quy định của Bộ luật hình sự 2015 về các tội xâm hại tình dục, Hà Nội, 24-7-2019.

¹⁰ Thông tư liên tịch 01/1998 ngày 02/1/1998 của TANDTC-VKSNDTC-BNV hướng dẫn áp dụng một số quy định của Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Bộ luật hình sự.

Cùng với quy định mới của BLHS, quan niệm dâm ô như trên là không còn chính xác, khó phân biệt hành vi dâm ô với quan hệ tình dục khác. Hay nói cách khác, theo quan niệm cũ, dâm ô bao gồm cả các quan hệ tình dục ngoài giao cấu.

Hành vi quan hệ tình dục (sex) và dâm ô đều là hành vi tình dục (sexual activity) nhưng không phải đồng nghĩa. Hành vi quan hệ tình dục có sự tiếp xúc trực tiếp của cơ quan sinh dục nên tính chất, mức độ nguy hiểm cao hơn, nhân phẩm con người, an toàn tình dục của cá nhân bị xâm hại nghiêm trọng hơn. Vì vậy, hành vi quan hệ tình dục được đánh giá gần với hành vi giao cấu. Còn dâm ô chỉ là hành vi tình dục không có sự tiếp xúc trực tiếp của cơ quan sinh dục nên có tính nguy hiểm hạn chế hơn. Vì vậy, pháp luật hình sự các quốc gia, trong đó có Việt Nam chỉ coi hành vi dâm ô đối với trẻ em mới là tội phạm.

Hành vi tình dục trong dâm ô không chỉ là hành vi có tiếp xúc cơ học như sờ, bóp, day... mà còn có hành vi không tiếp xúc cơ học như nghe, nhìn trực tiếp hoặc qua phương tiện truyền thông, internet các hình ảnh tính dục trần trụi, đồi trụy; buộc nạn nhân lộ thể, chat sex... Cũng có ý kiến cho rằng, các hành vi tình dục không tiếp xúc mang tính dâm ô trên có thể xử lý về tội truyền bá văn hoá phẩm đồi trụy; tuy nhiên, thông thường hành vi truyền bá phải ở mức độ nhất định mới cấu thành tội phạm. Hơn nữa, một số hành vi tình dục như buộc nạn nhân nhìn thân hình lộ thể; buộc nạn nhân lộ thể (chưa phải là khiêu dâm) thì chưa được quy định cấm trong BLHS. Điều này không đáp ứng yêu cầu bảo vệ nhân phẩm, sự phát triển bình thường và an toàn tình dục cho trẻ em.

Hành vi tiếp xúc tình dục trong tội dâm ô có phải là tiếp xúc vào các “bộ phận kích thích tình dục” như đã hướng dẫn hay

không? Chúng tôi cho rằng kích thích tình dục không chỉ ở các bộ phận cơ thể, mà còn ở phương cách thức thực hiện hành vi. Ví dụ: sờ vào tai trẻ em không phải là dâm ô, nhưng liếm, mút lòng tai, vành tai trẻ em lại phải coi là hành vi dâm ô; hoặc hành vi ôm hôn ngẫu nhiên không phải vào môi, chỉ vào má, mắt, mũi trẻ em lạ cũng cần được coi là dâm ô...

Hành vi dâm ô có cần dấu hiệu là nhằm thoả mãn tình dục hay không? Nhiều quan điểm cho rằng dâm ô phải nhằm mục đích thoả mãn tình dục¹¹. Trong vụ án Nguyễn Hữu L. bị truy cứu về tội dâm ô, bị can cũng như nhiều người cho rằng bị can chỉ “nặng” em bé vì thấy em đáng yêu chứ không nhằm thoả mãn tình dục, cho nên không phạm tội dâm ô. Quan niệm như vậy, theo chúng tôi là không chính xác. Bởi vì: 1/ Điều 146 BLHS năm 2015 chỉ quy định hành vi dâm ô không nhằm mục đích giao cấu (để phân biệt với hành vi kích thích tình dục trước giao cấu hoặc quan hệ tình dục), chứ không quy định nhằm mục đích thoả mãn hoặc kích thích tình dục; 2/ Việc cho rằng dâm ô là nhằm mục đích thoả mãn tình dục (để phân biệt với các hành vi khác như chăm sóc trẻ, điều trị bệnh...) sẽ dẫn tới buộc cơ quan tiến hành tố tụng phải chứng minh mục đích này. Việc chứng minh này là rất khó khăn đối với các tội phạm tình dục trẻ em. Đó là việc rất khó khăn và không cần thiết. Hơn nữa, ngoài động cơ thoả mãn tình dục, người dâm ô còn có thể có các động cơ khác như trả thù, bệnh lý...

¹¹ Ví dụ: Theo Dự thảo Nghị quyết của Hội đồng Thẩm phán hướng dẫn áp dụng một số quy định của Bộ luật hình sự 2015 về các tội xâm hại tình dục, thì dâm ô là hành vi nhằm “kích thích tình dục”; hoặc theo PGS. TS. Trần Văn Luyện thì dâm ô là “hành vi nhằm thoả mãn tình dục của mình dưới mọi hình thức”, Bình luận khoa học BLHS 2015, Chủ biên: TS. Lê Đăng Doanh, PGS. TS. Cao Thị Oanh, NXB Hồng Đức, 2018, trang 257...

Vì vậy, chúng tôi cho rằng cần xác định các tội phạm về tình dục theo bản chất hành vi, chứ không theo động cơ, mục đích của hành vi; tức là coi dâm ô là tất cả các hành vi tình dục có tiếp xúc và không tiếp xúc đối với người dưới 16 tuổi nhằm bao hàm hết các hành vi tình dục nguy hiểm đối với trẻ em. Chỉ cần gọi đó là hành vi tình dục thì đã phân biệt dâm ô với các hành vi không phải là tội phạm khác (như chăm sóc, điều trị bệnh cho trẻ em...).

- Thứ ba, hình phạt cần được cá thể hoá thế nào đối với các tội xâm phạm tình dục đối với trẻ em?

Việc hướng dẫn để cá thể hoá việc quyết định hình phạt đối với các tội phạm tình dục đối với trẻ em là rất cần thiết trong điều kiện BLHS mở rộng khái niệm hiếp dâm, cưỡng dâm nói chung, với trẻ em nói riêng; giao cấu hoặc thực hiện hành vi quan hệ tình dục khác, dâm ô trẻ em... Nên chăng, các hành vi quan hệ tình dục không thâm nhập cần được áp dụng hình phạt nhẹ hơn đối với các hành vi có thâm nhập; hành vi dâm ô không tiếp xúc được xử phạt nhẹ hơn hành vi dâm ô có tiếp xúc...?

Trong BLHS năm 2015 cũng không quy định hình phạt bổ sung đặc thù đối với các tội phạm này. Tuy nhiên, trong chế tài các tội phạm được quy định đều có hình phạt bổ sung cấm đảm nhiệm chức vụ, cấm hành nghề hoặc làm công việc nhất định. Vì vậy, Tòa án nhân dân tối cao cần hướng dẫn, lưu ý các Tòa án nghiên cứu áp dụng hình phạt bổ sung “cấm làm những công việc có tiếp xúc với trẻ em”. Ví dụ, các trường hợp thầy giáo, cô giáo phạm tội hiếp dâm, giao cấu hoặc dâm ô với học sinh của mình thì cần cấm làm giáo viên trong thời hạn nhất định;

trường hợp bảo vệ Nhà trường phạm tội đối với học sinh cũng cần cấm làm những công việc có tiếp xúc với trẻ em...

5. Kết luận

Bảo vệ trẻ em nói chung, chống lại các tội phạm về tình dục đối với trẻ em nói riêng là trách nhiệm của toàn xã hội, mọi cơ quan, tổ chức, cá nhân và bằng các biện pháp khác nhau. Nhà nước đã có chính sách hình sự bảo vệ trẻ em được thể hiện trong BLHS. Tuy nhiên, để bảo vệ tốt hơn lợi ích của trẻ em, BLHS cần được tiếp tục hoàn thiện. Đồng thời, các quy định, nhất là các điểm mới của BLHS năm 2015 cần được giải thích, hướng dẫn để bảo đảm áp dụng thống nhất, nâng cao hiệu quả các quy định của BLHS trong xử lý các tội phạm tình dục đối với trẻ em ở Việt Nam./.

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. TS. Lê Đăng Doanh, PGS. TS. Cao Thị Oanh (Chủ biên), *Bình luận khoa học BLHS 2015*, NXB Hồng Đức, 2018.
2. Trường Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình luật hình sự, phần các tội phạm*, NXB Công an nhân dân, Hà Nội 2017.
3. PGS. TS. Nguyễn Thị Phương Hoa, TS. Phan Anh Tuấn, *Bình luận khoa học những điểm mới của BLHS năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017)*, NXB Hồng Đức, 2018.
4. Kỳ yếu Toạ đàm tham vấn Dự thảo Nghị quyết của Hội đồng Thẩm phán hướng dẫn áp dụng một số quy định của Bộ luật hình sự 2015 về các tội xâm hại tình dục, Hà Nội, 24-7-2019.
5. Đinh Văn Quế, *Phân biệt hành vi “quan hệ tình dục khác” với hành vi “dâm ô”*, Tạp chí Tòa án nhân dân điện tử, ngày 14-6-2019.
6. Thông tư liên tịch 01/1998 ngày 02/1/1998 của TANDTC-VKSNDTC-BNV, Hướng dẫn áp dụng một số quy định của Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Bộ luật hình sự.