

KIỂM SOÁT VÀ XỬ LÝ VI PHẠM VỀ MANG THAI HỘ VÌ MỤC ĐÍCH THƯƠNG MẠI THEO PHÁP LUẬT VIỆT NAM

Nguyễn Thị Lê Huyền*

Tóm tắt: Pháp luật Việt Nam hiện hành chỉ cho phép thực hiện mang thai hộ vì mục đích nhân đạo. Theo đó, vấn đề được quan tâm hiện nay là cơ chế đảm bảo và thực thi mang thai hộ vì mục đích nhân đạo trên thực tế. Vì vậy, để phát huy hiệu quả điều chỉnh của vấn đề này đòi hỏi không ngừng hoàn thiện các quy định về việc kiểm soát và xử lý các hành vi liên quan đến mang thai hộ vì mục đích thương mại, từ đó góp phần bảo đảm các quy định về mang thai hộ vì mục đích nhân đạo phù hợp với bản chất và phát triển đúng hướng. Bài viết đánh giá những yếu tố nhận diện bản chất pháp lý của mang thai hộ vì mục đích thương mại, phân tích những bất cập trong các quy định nhằm kiểm soát và xử lý hành vi mang thai hộ vì mục đích thương mại và đề xuất giải pháp hoàn thiện.

Abstract: Viet Nam's existing laws only allow surrogacy for humanitarian purposes. Accordingly, the institution, which has garnered increasing attention lately, is the mechanism for ensuring and implementing surrogacy for humanitarian purposes in practice. Therefore, to promote the corrective effect of this institution it requires constant improvement of regulations on controlling and handling acts related to commercial surrogacy. This then ensures that the regulations on commercial surrogacy are consistent with the nature and developed in the right direction. The article analyzes legal elements of surrogacy for commercial purposes, assesses the gaps in regulations to control and handle related behaviors, and makes proposals for improvement.

1. Nhận diện bản chất pháp lý của mang thai hộ vì mục đích thương mại

Mang thai hộ vì mục đích thương mại (MTHVMĐTM) là thuật ngữ mới được ghi nhận kể từ khi Luật Hôn nhân và gia đình (HN&GD) năm 2014 có hiệu lực ngày 01/01/2015. Theo đó, khoản 23 Điều 3 quy định: “MTHVMĐTM là việc một người phụ nữ mang thai cho người khác bằng việc áp dụng kỹ thuật hỗ trợ sinh sản để được hưởng lợi về kinh tế hoặc lợi ích khác”. Như vậy, dựa vào cách giải thích trên thì MTHVMĐTM có thể được nhận diện bằng hai yếu tố: Kỹ thuật thực hiện và mục đích thực hiện.

Thứ nhất, về mặt kỹ thuật, MTHVMĐTM được thực hiện bằng việc áp dụng kỹ thuật hỗ trợ sinh sản, tức là có thể thực hiện bằng kỹ thuật thụ tinh nhân tạo hoặc thụ tinh trong ống nghiệm¹. Thụ tinh nhân tạo được giải thích là “thủ thuật bơm tinh trùng của chồng hoặc của người cho tinh trùng vào tử cung của người phụ nữ có nhu cầu sinh con để tạo phôi”². Trong kỹ thuật y khoa, “thụ tinh nhân tạo là phương pháp dùng một ống thông nhỏ, đưa một số lượng tinh trùng đã được lọc rửa, chọn lọc

¹ Khoản 21 Điều 3 Luật HN&GD năm 2014 quy định: “Sinh con bằng kỹ thuật hỗ trợ sinh sản là việc sinh con bằng kỹ thuật thụ tinh nhân tạo hoặc thụ tinh trong ống nghiệm”.

² Xem khoản 2 Điều 3 Nghị định số 12/2003/NĐ-CP về sinh con theo phương pháp khoa học.

* ThS. NCS., Trường Đại học Luật, Đại học Huế.

qua cổ tử cung và bơm trực tiếp vào buồng tử cung, với nguyên tắc cơ bản là làm tăng số lượng tinh trùng di động đến đoạn xa vòi trứng, nơi mà tinh trùng và trứng gặp nhau và có thể thụ thai³. Bản chất của kỹ thuật này là hỗ trợ tinh trùng có thể tiếp xúc với noãn tại tử cung để hình thành phôi và phát triển thành thai. Như vậy, với kỹ thuật này, tự thân tinh trùng và noãn sẽ thụ tinh và phát triển ngay trong cơ thể của người phụ nữ mà không cần phải tạo phôi ở môi trường bên ngoài và trải qua quá trình chuyển phôi để người phụ nữ này mang thai. Như vậy, với cách giải thích trên có thể hiểu rằng, việc thụ tinh nhân tạo nhằm mang thai hộ (MTH) được thực hiện trên cơ sở “bơm” tinh trùng của bên nhờ MTH vào tử cung của người MTH. Tinh trùng sẽ tự kết hợp với noãn của người phụ nữ MTH tạo thành phôi và phát triển thành thai trong cơ thể của người MTH. Người MTH sẽ mang thai và sinh con sau đó trao con lại cho cặp vợ chồng nhờ MTH. Điều này cũng có nghĩa là, đứa trẻ được sinh ra sẽ có quan hệ huyết thống với người “cung cấp” tinh trùng và người MTH, mà không có bất kỳ mối quan hệ nào với người phụ nữ là bên nhờ mang thai. Hay nói cách khác, người phụ nữ MTH đang mang thai chính đứa con của họ chứ không phải là “hộ” cho một người khác. Hệ quả của mối quan hệ này là sau khi họ sinh con, họ sẽ chuyển đứa con mang huyết thống của mình cho cặp vợ chồng nhờ mang thai. Theo tác giả, điều này không phù hợp với bản chất của việc MTH nói chung. Bởi lẽ, MTH bản chất là mang thai cho người khác, nên thai không thể được hình thành từ noãn của người MTH, không thể có mối liên hệ huyết thống với

người mang thai. Vì vậy, MTH dù là vì mục đích thương mại hay nhân đạo thì đều không thể được thực hiện thông qua hình thức thụ tinh nhân tạo (bơm tinh trùng trực tiếp vào cơ thể của người MTH để tự thụ thai và sinh con). Hiểu một cách đơn giản nhất, MTH nghĩa là việc một người phụ nữ có thai nhằm thực hiện chức năng mang thai thay thế cho một người khác. Do đó, tác giả cho rằng, đối với các hành vi thụ tinh nhân tạo; quan hệ trực tiếp để mang thai và sau đó chuyển con cho cặp vợ chồng có nhu cầu có con để hưởng các lợi ích vật chất không phải là MTHVMĐTM. Về mặt khách quan, đây hành vi mua bán thai nhi/trẻ em, thương mại hóa việc mang thai mà mục đích cuối cùng là việc sinh ra đứa trẻ. Như vậy, đối tượng bị “thương mại” chính là con của người mang thai chứ không phải là MTH⁴.

Mặt khác, cách giải thích MTHVMĐTM theo quy định trên là thiếu logic giữa các điều luật điều chỉnh về MTHVMĐTM và mang thai hộ vì mục đích nhân đạo (MTHVMĐNĐ), dẫn đến việc hiểu sai bản chất của hành vi MTH. Dựa vào phần giải thích từ ngữ được đề cập tại khoản 22 và khoản 23 Điều 3 Luật HN&GD năm 2014 về MTHVMĐNĐ và

⁴ Quan điểm của tác giả cho rằng, trường hợp này cũng tương tự như những trường hợp tổ chức cho phụ nữ mang thai ra nước ngoài để bán bào thai hoặc con mới đẻ xảy ra trên thực tế hiện nay. Về các trường hợp này, nhiều quan điểm cho rằng, còn tồn tại “khoảng trống” trong quy định của pháp luật. Theo đó, nhiều ý kiến đề nghị cần xử lý hình sự đối với hành vi này với tội danh được quy định trong Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017) như: Mua bán người dưới 16 tuổi (Điều 151); Mua bán, chiếm đoạt mô, bộ phận cơ thể người (Điều 154). Xem thêm: Đông Thị Lan Anh, *Mua bán bào thai xử lý như thế nào?* Tạp chí Tòa án nhân dân điện tử, <https://tapchitoaan.vn/bai-viet/phap-luat/mua-ban-bao-thai-xu-ly-the-nao>, truy cập ngày 29/3/2019.

³ Xem mục III Thông tư số 12/2012/TT-BYT hướng dẫn về quy trình kỹ thuật thụ tinh nhân tạo.

MTHVMĐTM có thể thấy, kỹ thuật thực hiện của hai trường hợp này có sự khác nhau⁵. Theo quy định tại các khoản này, MTHVMĐND chỉ được thực hiện bằng kỹ thuật thụ tinh trong ống nghiệm mà không thừa nhận sự can thiệp bằng cách thụ tinh nhân tạo. Trong khi đó MTHVMĐTM bao gồm cả hai phương thức: Thụ tinh nhân tạo và thụ tinh trong ống nghiệm. Quan điểm của tác giả cho rằng, cả hai trường hợp này đều mang bản chất chung của MTH nên không thể có sự khác nhau về cách thức thực hiện.

Thứ hai, về mục đích thực hiện, đây cũng là tiêu chí cơ bản để phân định giữa MTHVMĐND và MTHVMĐTM hiện nay. Về mục đích, MTHVMĐND là việc một người phụ nữ tự nguyện mang thai “*giúp cho*” người khác⁶ mà không vì lợi ích vật chất hoặc một lợi ích nào khác. Trong khi đó, MTHVMĐTM được hiểu là việc MTH được thực hiện vì các “*lợi ích kinh tế hoặc lợi ích khác*” của người MTH. Chính mục đích là yếu tố cơ bản tạo cơ sở cho phép hay ngăn cấm đối với việc thực hiện MTH ở nước ta hiện nay. Bởi lẽ, quan điểm được đặt ra là việc MTH chỉ được thừa nhận và có ý nghĩa khi đây là giải pháp nhằm hỗ trợ tạo điều kiện, cơ hội làm cha, mẹ cho các cặp vợ chồng không thể mang thai ngay cả khi đã áp dụng các kỹ thuật hỗ trợ sinh sản. Vì vậy, chỉ cần các giao dịch thỏa thuận về việc MTH được xác lập giữa các chủ thể

nhằm mục đích hưởng lợi ích vật chất hoặc lợi ích khác thì đây là yếu tố cấu thành hành vi MTHVMĐTM. Hành vi này bị pháp luật nghiêm cấm và có thể bị áp dụng các chế tài hình sự theo quy định của pháp luật Việt Nam⁷. Điều này là xâm phạm nghiêm trọng quyền con người, biến con người trở thành đối tượng trao đổi thương mại trên thị trường và trái với nguyên tắc nhân đạo. Việc thừa nhận MTHVMĐND theo pháp luật Việt Nam có sự tương đồng với pháp luật của một số quốc gia trên thế giới hiện nay như Australia, Thái Lan⁸, Anh,... Quan điểm lập pháp chủ đạo ở các quốc gia này được tiếp cận theo hướng việc cho phép MTHVMĐND là cần thiết vì sẽ tạo cơ hội cho những cặp vợ chồng không thể mang thai và sinh con thỏa mãn khát khao làm cha, mẹ; bảo vệ người MTH trước nguy cơ bị thương mại hóa và trở thành “công cụ đẻ thuê” cho người khác; bảo vệ trẻ em được sinh ra trong niềm hạnh phúc của cha mẹ và người thân chứ không phải được sinh ra với sự sắp đặt bị chi phối bởi yếu tố vật chất. Điều này là phù hợp với đạo đức của con người vì chỉ khi không thể tự mình sinh con

⁷ Xem thêm quy định tại Điều 187 Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017) về Tội tổ chức MTHVMĐTM.

⁸ Thái Lan trước đây cũng từng cho phép MTH cả vì mục đích nhân đạo và thương mại. Tuy nhiên, tháng 11/2014, Hội đồng Lập pháp quốc gia Thái Lan đã phê chuẩn dự thảo Luật MTH. Vào tháng 2/2015, Quốc hội Thái Lan đã thông qua Luật cấm MTH thương mại, được gọi là Đạo luật Bảo vệ trẻ em sinh ra từ công nghệ hỗ trợ sinh sản (BE2558). Theo đó, hiện nay, Thái Lan chỉ cho phép thực hiện MTHVMĐND. Xem thêm Anan Tapiromkul, (2018), “*Legal problems on commercial surrogacy in Thailand under the protection of children born from assisted reproductive technologies act, B.E 2588*”, Master of Laws Program in Business Laws, Faculty of Law, Thammasat University, <https://so05.tci-thaijo.org/index.php/TBLJ/article/view/111712>, truy cập ngày 29/3/2020.

⁵ Khoản 22 Điều 3 Luật HN&GD năm 2014 quy định: “MTHVMĐND là việc một người phụ nữ tự nguyện, không vì mục đích thương mại giúp mang thai cho cặp vợ chồng mà người vợ không thể mang thai và sinh con ngay cả khi áp dụng kỹ thuật hỗ trợ sinh sản, bằng việc lấy noãn của người vợ và tinh trùng của người chồng để thụ tinh trong ống nghiệm, sau đó cấy vào tử cung của người phụ nữ tự nguyện mang thai để người này mang thai và sinh con”.

⁶ Xem khoản 22 Điều 3 Luật HN&GD năm 2014.

thì MTH là giải pháp tốt cho những cặp vợ chồng hiếm muộn. Đồng thời, việc cho phép MTHVMĐND cũng tạo hành lang pháp lý nhằm kiểm soát tốt hơn các hành vi MTH “chui” với nhiều hệ lụy nếu pháp luật không cho phép.

Xuất phát từ những lập luận trên đây, tác giả cho rằng, bản chất của MTHVMĐTM trước hết phải phù hợp với bản chất của MTH nói chung, tức, mang thai “hộ” là mang thai cho người khác, thai bắt buộc phải được hình thành từ noãn không phải của người MTH và thông qua hình thức thụ tinh trong ống nghiệm. Việc người MTH mang thai cho người khác nhằm hướng đến mục đích hưởng lợi về các giá trị vật chất.

2. Những bất cập trong việc kiểm soát và xử hành vi lý mang thai hộ vì mục đích thương mại theo pháp luật Việt Nam hiện hành và giải pháp hoàn thiện

Việc xây dựng các cơ chế nhằm kiểm soát các hành vi MTH thực hiện đúng quy định của pháp luật là vấn đề có ý nghĩa then chốt trong việc đảm bảo thực hiện MTHVMĐND. Vì vậy, những quy định của Luật HN&GD năm 2014 trong việc điều chỉnh về MTHVMĐND được đánh giá là khá thận trọng và khắt khe. Trong đó, đáng chú ý là những quy định về điều kiện thực hiện MTHVMĐND. Tuy nhiên, thực tiễn thực hiện pháp luật cho thấy, một số quy định chưa đảm bảo tính phù hợp, khó có thể kiểm soát và dễ dàng tạo cơ hội cho các chủ thể khác trục lợi nhằm thương mại hóa MTH trên thực tế. Cụ thể như sau:

Thứ nhất, theo quy định tại điểm a khoản 3 Điều 95 Luật HN&GD năm 2014, người được nhờ MTH phải có đủ các điều kiện, trong đó có điều kiện: “a) Là người thân thích cùng hàng của bên vợ hoặc bên

chồng nhờ MTH”. Giải thích từ ngữ về người thân thích cùng hàng của bên vợ hoặc bên chồng nhờ MTH đã được đề cập tại khoản 7 Điều 2 Nghị định số 10/2015/NĐ-CP bao gồm: “Anh, chị, em cùng cha mẹ, cùng cha khác mẹ, cùng mẹ khác cha; anh, chị, em con chú, con bác, con cô, con cậu, con dì của họ; anh rể, em rể, chị dâu, em dâu của người cùng cha mẹ hoặc cùng cha khác mẹ, cùng mẹ khác cha với họ”. Tác giả cho rằng, việc quy định bên MTH có thể là “*chị dâu*”, “*em dâu*” là rất khó kiểm soát và không đảm bảo loại trừ những nguy cơ thương mại hóa MTH. Bởi lẽ, khi nhu cầu về MTH là có thật thì thông thường các chủ thể có nhu cầu sẽ tìm mọi cách để hồ sơ đề nghị thực hiện kỹ thuật MTHVMĐND của họ được chấp nhận về mặt pháp lý. Vì vậy, các bên hoàn toàn có thể hợp pháp hóa MTHVMĐTM bằng cách nhờ anh/em trai (nếu có) kết hôn giả tạo để tìm người MTH “đúng luật” nhằm giúp bên nhờ MTH thực hiện ước mơ làm cha mẹ. Điều này hoàn toàn có thể xảy ra. Tuy nhiên, pháp luật hiện hành khó có thể kiểm soát được việc kết hôn giả tạo. Việc thực hiện thỏa thuận về MTH giữa bên nhờ MTH và người phụ nữ MTH là “nhân đạo” hay “thương mại” không dễ phân định bằng pháp luật. Điều này đặt ra nguy cơ về việc thương mại hóa MTHVMĐND quá dễ dàng và khó kiểm soát. Mặt khác, khái niệm về người thân thích cùng hàng được quy định trong Nghị định số 10/2015/NĐ-CP cũng không phù hợp với quy định của Luật HN&GD năm 2014 thậm chí là có dấu hiệu trái quy định của văn bản Luật. Tại khoản 19 Điều 3 Luật HN&GD năm 2014 quy định khái niệm về người thân thích như sau: “*Người thân thích là người có quan hệ hôn nhân, nuôi dưỡng, người có cùng dòng máu về trực hệ và*

người có họ trong phạm vi ba đời”. Như vậy, theo cách giải thích này, cơ sở để xác định mối quan hệ giữa các chủ thể là “thân thích” được thiết lập trên ba yếu tố: Hôn nhân, huyết thống và nuôi dưỡng. Trong khi đó, khái niệm về người thân thích cùng hàng được đề cập tại khoản 7 Điều 2 Nghị định số 10/2015/NĐ-CP là xác định bao gồm “anh rể, em rể, chị dâu, em dâu”. Điều này là mâu thuẫn với quy định của văn bản Luật. Bởi lẽ giữa “anh rể, em rể, chị dâu, em dâu” không có mối quan hệ hôn nhân, huyết thống hay nuôi dưỡng như đã đề cập trên. Vì vậy, quy định về người “thân thích cùng hàng” bao gồm chị/em dâu cần được cân nhắc cân trọng, tránh việc trục lợi từ một chính sách rất nhân văn của Nhà nước ta. Song, cũng không vì thế mà làm hẹp cánh cửa hi vọng của các cặp vợ chồng. Thay vào đó, quy định về người “thân thích cùng hàng” bắt buộc phải là người có cùng huyết thống với bên vợ hoặc bên chồng của người nhờ MTH, nhưng có thể mở rộng phạm vi từ 3 đời như hiện nay lên 4 đời hoặc 5 đời. Việc chứng minh quan hệ thân thích này có thể thực hiện thông qua các giấy tờ pháp lý hoặc các xét nghiệm y tế cần thiết. Điều này vừa có ý nghĩa đảm bảo quy định về MTHVMĐND có tính khả thi, vừa tránh trục lợi thực hiện MTHVMĐTM. Quan trọng nhất là có thể đảm bảo quyền lợi của trẻ em sinh ra vì khi người MTH có quan hệ huyết thống với trẻ sẽ hạn chế tối đa nguy cơ bỏ rơi trẻ hay vi phạm các nghĩa vụ nuôi dưỡng đối với trẻ em. Đồng thời, sự thay đổi như trên vừa nhằm hạn chế nguy cơ thương mại hóa MTHVMĐND vừa tránh sự mâu thuẫn chồng chéo giữa các văn bản quy phạm pháp luật.

Thứ hai, khoản 1 Điều 98 Luật HN&GD năm 2014 quy định: “Bên nhờ

MTH có nghĩa vụ chi trả các chi phí thực tế để bảo đảm việc chăm sóc sức khỏe sinh sản theo quy định của Bộ Y tế”. Tuy nhiên, như đã phân tích, pháp luật hiện hành vẫn chưa có cơ chế để kiểm soát việc chi trả của bên nhờ MTH đối với bên MTH các khoản chi phí ngoài danh mục trên hoặc trong danh mục nhưng định mức bao nhiêu là hợp lý. Đây cũng là một trong những yếu tố dẫn đến việc thương mại hóa MTH trá hình dưới danh nghĩa của MTHVMĐND. Bởi lẽ, với những khoản tiền bồi dưỡng sức khỏe, dinh dưỡng nhưng lên tới hàng trăm triệu thì cũng không có căn cứ nào để xác định đó là MTHVMĐTM⁹. Vì vậy, để kiểm soát tốt vấn đề này, tác giả nhận thấy, có thể tham khảo kinh nghiệm từ pháp luật của Vương quốc Anh. Theo đó, pháp luật Anh quy định rằng, bên nhờ MTH phải có nghĩa vụ thực hiện một “khoản bồi hoàn hợp lý” cho bên MTH. Khoản tiền này được chấp nhận để chi phí cho các khoản phát sinh trong thời kì mang thai như thăm khám, xét nghiệm, kiểm tra và bồi dưỡng sức khỏe... Điều đó cũng có nghĩa là nếu vượt qua khỏi định mức trung bình cho các trường hợp MTH thì có cơ sở để đánh giá về tính nhân đạo hay thương mại các thỏa thuận này. Các Tòa án thường chấp nhận mức thanh toán trong khoảng từ 7000 đến 15000 bảng Anh¹⁰. Quy định theo hướng trên theo tác

⁹ Điểm c Điều 3 Thông tư số 32/2016/TT-BYT của Bộ Y tế quy định các chi phí thực tế để bảo đảm việc chăm sóc sức khỏe sinh sản cho người mang thai hộ vì mục đích nhân đạo trong đó bao gồm:

“c) Chi phí dinh dưỡng để bảo đảm sức khỏe cho người mang thai hộ, chi phí các vật dụng chăm sóc vệ sinh cá nhân trước, trong và sau sinh cho người mang thai hộ *theo thỏa thuận* giữa bên nhờ mang thai hộ và bên mang thai hộ; Xác định theo hóa đơn (nếu có) hoặc giấy biên nhận”.

¹⁰ Sénat, (2008), *Etude de législation comparée n° 182 - janvier 2008 - La gestation pour autrui*,

giả là hợp lý. Vì vậy, ngoài những khoản chi phí theo hóa đơn, chúng tôi được tính theo danh mục quy định tại Điều 3 Thông tư số 32/2016/TT-BYT của Bộ Y tế, pháp luật cũng cần quy định thêm về định mức trung bình được chấp nhận cho các khoản thanh toán hợp lý được xác định là nghĩa vụ của bên nhờ MTHVMĐND. Có như thế mới có thể kiểm soát tốt “ranh giới” giữa MTHVMĐND và MTHVMĐTM hiện đang rất khó phân định như hiện nay.

Bên cạnh xây dựng cơ chế kiểm soát hành vi MTHVMĐTM, việc quy định chặt chẽ về biện pháp xử lý hành vi vi phạm pháp luật cũng có ý nghĩa vô cùng quan trọng. Đây là cơ sở để thiết lập hành lang pháp lý đảm bảo quan hệ MTHVMĐND phát triển đúng hướng, ngăn chặn hành vi xâm phạm quan hệ pháp luật này. Tuy nhiên, bên cạnh những quy định mang lại hiệu quả điều chỉnh tích cực, hệ thống pháp luật Việt Nam hiện hành vẫn còn một số vấn đề bất cập đối với việc xử lý các hành vi liên quan đến MTHVMĐTM. Trong đó, đáng chú ý là các nội dung sau:

Một là, xử lý vi phạm pháp luật về MTHVMĐTM bằng biện pháp hành chính: Một trong những điểm rất đáng ghi nhận hiện nay là việc Chính phủ vừa ban hành Nghị định số 82/2020/NĐ-CP quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực hỗ trợ tư pháp; hành chính tư pháp; hôn nhân và gia đình; thi hành án dân sự; phá sản

doanh nghiệp, hợp tác xã (có hiệu lực từ ngày 01/09/2020). Theo đó, Điều 60 Nghị định này quy định mức xử phạt cụ thể đối với những hành vi vi phạm pháp luật về MTH như sau: “*Hành vi vi phạm quy định về sinh con: (1) Phạt tiền từ 5.000.000 đồng đến 10.000.000 đồng đối với hành vi thực hiện sinh con bằng kỹ thuật hỗ trợ sinh sản vì mục đích thương mại, sinh sản vô tình, mang thai hộ vì mục đích thương mại. (2) Biện pháp khắc phục hậu quả: Buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện hành vi vi phạm quy định tại khoản 1 Điều này*”. Việc ban hành Nghị định trên đã khắc phục được những hạn chế trước đây khi không có căn cứ pháp lý để xử lý vi phạm hành chính đối với các chủ thể có liên quan đến hành vi vi phạm pháp luật về MTHVMĐTM. Bởi lẽ, trước khi Nghị định này ra đời, chỉ có Nghị định số 176/2013/NĐ-CP quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực y tế¹¹ nhưng không có quy định nào liên quan đến việc xử phạt đối với hành vi MTHVMĐTM. Tác giả cho rằng, với quy định của Luật HN&GD năm 2014, mỗi cá nhân đều phải nhận thức được MTHVMĐTM là hành vi bị nghiêm cấm. Do đó, nếu họ vẫn cố tình vi phạm thì việc áp dụng các chế tài xử lý là cần thiết. Vì vậy, Nghị định số 82/2020/NĐ-CP được ban hành có ý nghĩa vô cùng quan trọng trong việc xử lý vi

¹¹ Điểm a khoản 3 Điều 33 Nghị định số 176/2013/NĐ-CP quy định như sau: “Phạt tiền từ 60.000.000 đồng đến 80.000.000 đồng đối với hành vi thực hiện kỹ thuật MTH. Mức phạt này đồng thời áp dụng cho các hành vi: (1) Thực hiện kỹ thuật sinh sản vô tình; (2) Cấy tinh trùng, noãn, phôi giữa những người cùng dòng máu về trực hệ và giữa những người khác giới có họ trong phạm vi ba đời. Ngoài ra, người vi phạm còn bị đình chỉ hoạt động trong thời hạn từ 06 tháng đến 12 tháng theo quy định tại khoản 4 điều này”.

pp.27, <https://www.senat.fr/lc/lc182/lc182.pdf>, truy cập ngày 29/3/2020.

“Le couple commanditaire n’a pas rémunéré la mère de substitution, le remboursement « raisonnable » des frais engagés par celle-ci pour mener à bien la grossesse étant toutefois admis. En règle générale, les tribunaux acceptent le versement d’une somme comprise entre 7 000 et 15 000 £ (c’est-à-dire entre 5 000 et 10 000 €)”.

phạm hành chính đối với các trường hợp có vi phạm, tương ứng với mức độ và hậu quả mà cá nhân, tổ chức gây ra. Có như vậy, quy định về MTHVMĐND mới thực sự đảm bảo ý nghĩa nhân văn và ngăn chặn các hành vi vi phạm, coi thường pháp luật.

Tuy nhiên, bên cạnh ý nghĩa tích cực trên, việc quy định về xử lý hành vi vi phạm liên quan đến MTH hiện nay vẫn còn nhiều bất cập, chưa tạo ra sự thống nhất cũng như gây khó khăn cho quá trình áp dụng pháp luật. Cụ thể, Nghị định số 82/2020/NĐ-CP chỉ mới quy định về mức xử phạt đối với hành vi “*thực hiện sinh con bằng kỹ thuật hỗ trợ sinh sản vì mục đích thương mại;... MTHVMĐTM*”. Trong khi đó, với những hành vi như giới thiệu, quảng cáo thực hiện MTHVMĐTM... vẫn chưa được quy định. Thực tiễn hiện nay cho thấy, việc kiểm soát các hành vi vi phạm pháp luật về MTH còn khá lỏng lẻo, tội phạm về MTHVMĐTM vẫn có thể dùng các phương tiện công khai như mạng xã hội để đăng tin quảng cáo, môi giới mà chưa có sự vào cuộc quyết liệt của các cơ quan chức năng. Chính những quảng cáo công khai trên các phương tiện khác nhau là một trong các yếu tố thúc đẩy hoạt động sôi nổi của “thị trường đen” về MTHVMĐTM. Mặt khác, thông qua các kênh thông tin này, các đường dây MTH thường được tổ chức với quy mô lớn, số lượng người tham gia khá đông¹². Điều này dễ gây ra các hệ lụy đáng tiếc về rủi ro sức

khỏe, tính mạng đối với người MTH, biến người MTHVMĐTM trở thành những công cụ “*đề thuê*” không được bảo vệ khi xảy ra các tranh chấp, thậm chí còn mang những gánh nặng về con cái; rủi ro về kinh tế và pháp lý trong việc nhận con đối với bên MTH; rủi ro đối với trẻ em được sinh ra nếu các bên không thực hiện đúng thỏa thuận dẫn đến trẻ bị bỏ rơi. Tất cả những điều đó không chỉ ảnh hưởng đến quyền lợi của từng cá nhân, mà còn gây ra sự mất ổn định trật tự xã hội. Do vậy, đây cũng là một trong những vấn đề cần thiết phải có sự điều chỉnh kịp thời nhằm ngăn chặn những trường hợp lợi dụng chính sách nhân đạo của Nhà nước để trục lợi hoặc coi thường pháp luật, gây ra nhiều hệ lụy đáng tiếc.

Hai là, đối với chế tài hình sự, Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017)¹³ chỉ có một điều luật duy nhất quy định về Tội tổ chức MTHVMĐTM. Theo đó, Điều 187 BLHS năm 2015 quy định về Tội tổ chức MTHVMĐTM như sau: “(1) Người nào tổ chức MTHVMĐTM, thì bị phạt tiền từ 50.000.000 đồng đến 200.000.000 đồng, phạt cải tạo không giam giữ đến 02 năm hoặc phạt tù từ 03 tháng đến 02 năm; (2) Phạm tội thuộc một trong các trường hợp sau đây, thì bị phạt tù từ 01 năm đến 05 năm: a) Đối với 02 người trở lên; b) Phạm tội 02 lần trở lên; c) Lợi dụng danh nghĩa của cơ quan, tổ chức; d) Tái phạm nguy hiểm. (3) Người phạm tội còn có thể bị phạt tiền từ 10.000.000 đồng đến 50.000.000 đồng, cấm đảm nhiệm chức vụ, cấm hành nghề hoặc làm công việc nhất định từ 01 năm đến 05 năm”. Đây là một điều luật mới nhằm đấu tranh, ngăn ngừa các hành vi lợi dụng quy định của Luật HN&GD năm 2014 cho phép MTHVMĐND để trục lợi. Tuy nhiên, Điều

¹² Xem Nguyễn Hưng, “Giám án cho hai bị cáo ngoại quốc trong đường dây tổ chức mang thai hộ”, Báo Công an nhân dân điện tử, <http://cand.com.vn/Ban-tin-113/Giam-an-cho-2-bi-cai-ngoai-quoc-trong-duong-day-to-chuc-mang-thai-ho-583755/>, truy cập ngày 29/2/2020.

Nguyễn Ngân, *Mang thai hộ chui - Cơ hội đổi đời hay đánh đổi mạng sống*, <https://vtv.vn/magazine/mang-thai-ho-chui-co-hoi-doi-doi-hay-danh-doi-man-g-song-20190526164628078.htm>, truy cập ngày 29/2/2020.

¹³ Sau đây gọi là BLHS năm 2015.

187 BLHS năm 2015 hiện cũng dẫn đến nhiều cách hiểu khác nhau về chủ thể tội phạm gây khó khăn cho quá trình áp dụng pháp luật. Quan điểm thứ nhất cho rằng, cả tên điều luật và chủ thể phạm tội quy định tại khoản 1 điều này đang tạo ra chiều hướng thu hẹp đối tượng phạm tội chỉ đối với “người tổ chức”, còn người MTH đơn thuần (không có yếu tố tổ chức) thì không thuộc đối tượng điều chỉnh của tội danh này¹⁴. Quan điểm thứ hai cho rằng, đối tượng bị xử lý là “*người tổ chức việc MTH*” bao gồm cả người trực tiếp mang thai. Tuy nhiên, pháp luật hiện hành lại không có định nghĩa người tổ chức MTHVMĐTM là người như thế nào. Về mặt lý luận, có thể hiểu hành vi tổ chức MTH là hành vi bao gồm tổng hợp của nhiều hành vi khác nhau từ việc tạo điều kiện cho các bên có nhu cầu MTH gặp gỡ, trao đổi, bàn bạc, sắp xếp, tạo điều kiện và hỗ trợ về các phương tiện để các bên tiến hành việc MTH. Mục đích cuối cùng của người thực hiện hành vi là vì mục đích thương mại¹⁵. Do đó, vấn đề này cần có những hướng dẫn cụ thể cho phù hợp.

Để có cách hiểu và áp dụng thống nhất, cần khắc phục hạn chế tại Điều 187 BLHS năm 2015 bằng cách sửa lại tên điều luật theo hướng mở rộng tối đa chủ thể phạm tội như “*Tội vi phạm quy định về mang thai hộ vì mục đích thương mại*”. Theo đó, chủ thể bị xử lý về Tội MTHVMĐTM không chỉ là những người tổ chức, mà ngay cả bên MTH nếu vi phạm nhiều lần cũng có thể bị xử lý.

¹⁴ Xem Nguyễn Thanh Hà, *Mang thai hộ vì mục đích thương mại sẽ bị xử lý như thế nào?*, <http://vi.sblaw.vn/mang-thai-ho-vi-muc-dich-thuong-mai-thi-se-bi-xu-ly-nhu-the-nao/>, truy cập ngày 29/2/2020.

¹⁵ Xem Trần Nguyệt, *Mang thai hộ sẽ bị xử lý hình sự*, <https://luatminhkhue.vn/mang-thai-ho-vi-muc-dich-thuong-mai-se-bi-xu-ly-hinh-su.aspx>, truy cập ngày 17/4/2019.

Đồng thời, quy định dấu hiệu “tổ chức” trong tên tội danh thành tình tiết định khung tăng nặng trong cùng điều luật. Bên cạnh đó, cơ quan có thẩm quyền cũng cần ban hành văn bản hướng dẫn cụ thể dấu hiệu “tổ chức” được cấu thành bởi các yếu tố về mặt khách quan như thế nào. Ngoài ra, pháp luật hiện hành không có quy định xử lý hình sự đối với bản thân bên nhờ MTHVMĐTM. Điều này là không phù hợp, vì rõ ràng các bên biết MTHVMĐTM là hành vi pháp luật cấm nhưng vẫn cố tình vi phạm. Do đó, theo tác giả, bên MTH và bên nhờ MTHVMĐTM cũng cần bị áp dụng các chế tài đủ mạnh nếu thực hiện MTHVMĐTM gây hậu quả nghiêm trọng thay vì chỉ bị xử phạt hành chính với mức phạt từ 5.000.000 đồng đến 10.000.000 đồng theo quy định tại Điều 60 Nghị định số 82/2020/NĐ-CP như hiện nay. Thậm chí có thể bị truy cứu trách nhiệm hình sự về “*Tội vi phạm quy định về mang thai hộ vì mục đích thương mại*” như đã nêu trên để đảm bảo rằng, các chủ thể không coi thường pháp luật, bất chấp sự nghiêm cấm để thực hiện MTHVMĐTM vốn phức tạp và phi nhân đạo như hiện nay.

Mặt khác, hình phạt áp dụng hiện nay đối với “*Tội tổ chức mang thai hộ vì mục đích thương mại*” là chưa đủ sức răn đe. Bởi lẽ, nếu một thương vụ tổ chức MTHVMĐTM thành công người tổ chức có thể nhận được số tiền hàng trăm triệu đồng. Trong khi đó, khoản 1 Điều 187 BLHS năm 2015 quy định chỉ phạt từ 50.000.000 đồng đến 100.000.000 đồng. Điều này dẫn đến việc các đối tượng có thể bất chấp thực hiện vì nếu trót lọt, họ có thể hưởng mức lợi cao hơn nhiều. Do đó, tác giả đề xuất khung hình phạt áp dụng đối với loại tội phạm này cần quy định mang tính tương xứng với giá trị lợi nhuận bất chính mà các đối tượng thu được từ việc thực hiện MTHVMĐTM.