

# VẤN ĐỀ GIỚI TÍNH TRONG VIỆC ÁP DỤNG THỦ TỤC TỔ TỤNG HÌNH SỰ TẠI VIỆT NAM

● NGUYỄN THỊ LOAN

## TÓM TẮT:

Hệ thống pháp luật Việt Nam nói chung và pháp luật tố tụng hình sự nói riêng đã bước đầu có các quy định riêng đối với những người chưa rõ về giới tính, chưa xác định giới tính hoặc có nghi ngờ về giới tính. Tuy nhiên, các quy định cụ thể trong các điều luật và cách thức áp dụng trong những trường hợp cụ thể trên thực tế lại hết sức phức tạp. Việc áp dụng các thủ tục tố tụng hình sự như khám xét, bắt, tạm giữ, tạm giam ảnh hưởng rất lớn đến quyền con người. Đặc biệt, những người giới tính chưa rõ ràng việc áp dụng thủ tục tố tụng theo một trình tự chung càng dễ làm tổn thương đến họ cả về mặt tinh thần lẫn thể chất. Hiện tại, chúng ta chưa có một cơ chế riêng biệt về việc bắt, tạm giữ, tạm giam, khám xét hoặc chấp hành án phạt tù đối với những người này. Chúng tôi cho rằng, cần có một công trình nghiên cứu tổng thể về vấn đề này để tìm ra các giải pháp hoàn thiện các quy định của pháp luật tố tụng hình sự là rất cần thiết trong xã hội ngày nay. Các quy định cụ thể của pháp luật vừa đảm bảo quyền con người nói chung, vừa đảm bảo quyền của những người có khó khăn trong việc xác định giới tính hoặc chưa rõ giới tính... Mục tiêu nghiên cứu là hướng đến việc xây dựng những luận cứ khoa học nhằm để xuất các giải pháp hoàn thiện quy định của pháp luật trong lý luận và trong thực tiễn áp dụng, đưa ra các đề xuất cụ thể về hoàn thiện các quy định của pháp luật, cũng như cơ chế thực hiện và áp dụng pháp luật trên thực tiễn. Thông qua các đề xuất hoàn thiện pháp luật để đảm bảo quyền con người, đặc biệt là quyền của những người chưa rõ giới tính hoặc chưa xác định được giới tính trong nhà nước pháp quyền và trong xã hội công dân.

**Từ khóa:** Giới tính, nhà nước pháp quyền, quyền con người, quyền công dân, thủ tục tố tụng.

## 1. Đặt vấn đề

Việc xác định giới tính của một người vốn đã tồn tại từ rất lâu đời và được lưu truyền qua các thời kỳ lịch sử, các nền văn hóa của xã hội loài người. Từ thời xa xưa, giới tính đã được đề cập và miêu tả khái quát trong các tác phẩm văn học nghệ thuật của các quốc gia như Nhật Bản, Trung

Quốc hay thậm chí là Ấn Độ, Ả Rập. Sự phát triển của xã hội đã có nhiều thời điểm những người khó xác định giới tính hoặc còn gọi là đồng tính không được đón nhận thậm chí bị bài xích. Người ta cho rằng đồng tính chính là một căn bệnh hoặc một tội lỗi và bị pháp luật cấm, thậm chí còn bị xử rất nặng nếu bị phát hiện ai đó mắc

bệnh đồng tính bao gồm cả hình phạt tử hình. Trải qua nhiều thời kỳ với sự chuyển biến về nhận thức và tư duy cho đến nửa cuối thế kỷ XX các phong trào đấu tranh vì quyền bình đẳng tự do, người đồng tính mới dần bước ra ánh sáng để đòi lại quyền được sống là chính mình.

Ngày 17/5/1990, Tổ chức Y tế Thế giới WHO đã loại "đồng tính luyến ái" ra khỏi hạng mục bệnh tâm lý. Ngày nay, những người quan tâm và có hiểu biết đều không còn xem đồng tính là bệnh lý, hay khiếm khuyết cơ thể. Nếu muốn "phân loại", đồng tính được xem là khuynh hướng tình dục khác di tính.

Ngày nay, có khoảng 23 quốc gia thừa nhận quyền của người đồng tính, 19 quốc gia hợp pháp hóa hôn nhân đồng tính và 44 quốc gia cũng chấp nhận hai người đồng tính đăng ký sống hợp pháp cùng nhau dưới những hình thức hôn nhân dân sự, quan hệ có đăng ký, quan hệ gia đình... có đủ quyền lợi như vợ chồng dị tính khác. Trong đó, nhiều cặp đồng tính nhận con nuôi hoặc sinh con bằng phương pháp thụ tinh nhân tạo từ tinh trùng, trứng của một trong hai người. Tuy nhiên, vẫn còn nhiều người đồng tính chưa được pháp luật bảo vệ một cách thỏa đáng, trong đó có Việt Nam.

Mặc dù đồng tính hiện nay không bị kỳ thị hay xem là bất hợp pháp tại Việt Nam nhưng các quy định của pháp luật nhằm bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho những người này vẫn chưa phù hợp và đồng bộ. Cộng đồng người đồng tính tại Việt Nam hiện nay khá đông, họ đã tổ chức một số hoạt động nhằm phổ biến kiến thức khoa học về hiện tượng đồng tính và kêu gọi sự ủng hộ của mọi người. Từ đó tạo cơ sở để Nhà nước và xã hội thừa nhận quyền của người đồng tính và hợp pháp hóa thành các quy định pháp luật bảo vệ quyền và lợi ích của họ.

Vì vậy, việc nghiên cứu về "Vấn đề giới tính trong việc áp dụng thủ tục Tố tụng hình sự tại Việt Nam" là cần thiết với mong muốn có thể phần nào cung cấp được cái nhìn toàn diện hơn về người đồng tính tại Việt Nam hiện nay, bao gồm: Những quy định của luật pháp và cơ chế đảm bảo quyền và lợi ích hợp pháp của người đồng tính.

## 2. Nội dung

### 2.1. Một số khái niệm cơ bản về đồng tính

#### 2.1.1. Khái niệm chung

**Giới (gender):** Được sử dụng không chỉ với con người mà còn sử dụng cho động thực vật khác, chỉ giống đực (masculine) và giống cái (feminine). Ở con người, giới hàm nghĩa biểu hiện về mặt hình thức, thực thể xã hội của nam (male) và nữ (female).

**Tính hoặc giới tính (sex):** Ngoài sự bao hàm giới còn được bổ sung về mặt tâm lý học, ý thức và ý chí tính dục (gọi chung là xu hướng tính dục). Thông thường, người ta chia giới tính ra 2 đối tượng dị tính: nam/dàn ông và nữ/dàn bà.

Trong thuật ngữ tiếng Anh có từ LGBT dùng để chỉ nhóm người có xu hướng tính dục thiểu số trên thế giới, bao gồm 4 nhóm người: đồng tính nữ (lesbian), đồng tính nam (gay), người chuyển giới từ nam sang nữ hoặc từ nữ sang nam (transsexual/transgender) và người song tính luyến ái (bisexual).

**Đồng tính nữ và đồng tính nam thuộc nhóm đồng tính luyến ái (homosexual):** là người bị hấp dẫn trên phương diện tình yêu hay tình dục hoặc việc yêu đương hay quan hệ tình dục giữa những người cùng giới tính với nhau trong hoàn cảnh nào đó hoặc một cách lâu dài. Người đồng tính là người bị hấp dẫn bởi người cùng giới.

**Người chuyển giới:** Là người đồng tính, luôn ám ảnh về việc mình có giới tính trái với "giới tính sinh học" khi được sinh ra, họ đã nhờ sự can thiệp của y học để chuyển giới tính hoặc "tìm lại giới tính thật" của mình.

Đồng tính luyến ái gọi tắt là đồng tính hoặc đồng giới. Từ điển Bách Khoa Việt Nam tập 1 đã đưa ra định nghĩa về đồng tính luyến ái như sau: "Là quan hệ luyến ái, tình dục giữa những người cùng giới tính. đều có bộ phận sinh dục phát triển bình thường".

Những người đồng tính luyến ái nam trong tiếng Anh được gọi là gay. Còn những người đồng tính luyến ái nữ là lesbian. Chữ "lesbian" có gốc từ chữ Lesbos, tên một hòn đảo ở Hy Lạp, nơi có nữ thi sĩ đồng tính Sappho sống thời cổ đại. Các phụ nữ đồng tính còn được gọi là "Sapphisti".

### *2.1.2. Các quy định của pháp luật Việt Nam liên quan đến giới tính*

Hiến pháp 2013 quy định tại Điều 14: "Các quyền con người, quyền công dân về chính trị, dân sự, kinh tế, văn hóa, xã hội được công nhận, tôn trọng, bảo vệ, bảo đảm theo Hiến pháp và pháp luật" và tại Điều 16: "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".

Bộ luật Dân sự 2015 có hiệu lực từ ngày 1/1/2017 cũng đã chính thức thừa nhận quyền nhân thân của người chuyển đổi giới tính, người xác định lại giới tính tại Điều 36: "Cá nhân đã thực hiện việc xác định lại giới tính có quyền, nghĩa vụ đăng ký thay đổi hồ tịch theo quy định của pháp luật về hộ tịch; có quyền nhân thân phù hợp với giới tính đã được xác định lại theo quy định của Bộ luật này và luật khác có liên quan" và 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".

Nghị định số 88/2008/NĐ-CP quy định về Xác định lại giới tính. Trong đó, nổi bật nhất là việc xác định rõ những hành vi bị nghiêm cấm quy định tại Điều 4. Điểm hình: Cấm "Phân biệt đối xử đối với người đã xác định lại giới tính"

Luật Hộ tịch 2014 quy định Điểm c Khoản 2 Điều 3: Xác định lại giới tính được ghi vào Sổ Hộ tịch theo quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Khoản 3 điều 36 Luật Hộ tịch cũng quy định: Cá nhân đã thực hiện việc xác định lại giới tính có quyền, nghĩa vụ thay đổi hộ tịch theo quy định của pháp luật về hộ tịch.

Luật Hôn nhân và Gia đình 2014 đã bỏ quy định "Cấm kết hôn giữa những người cùng giới tính" ở Luật năm 2000. Thay vào đó là quy định "Không thừa nhận hôn nhân giữa những người cùng giới tính" tại Khoản 2 Điều 8. Như vậy, Luật không cấm nhưng cũng không công nhận kết hôn đồng giới. Những người đồng giới tính vẫn có thể kết hôn, nhưng sẽ không được pháp luật bảo vệ khi phát sinh tranh chấp.

Luật thi hành tạm giữ, tạm giam 2015 có thêm quy định tại Khoản 4 Điều 18: "Người bị tạm giữ, người bị tạm giam sau đây có thể được bố trí giam giữ ở buồng riêng: a) Người đồng tính, người chuyển giới".

Tuy còn nhiều vấn đề bỏ ngõ chưa giải quyết, nhưng thực tế pháp luật đã và đang dần hoàn thiện để đảm bảo quyền lợi và nghĩa vụ của người chuyển đổi giới tính. xác định lại giới tính, đồng giới. Đặc biệt, trong tương lai gần, nước ta sẽ có luật chuyển đổi giới tính nhằm bảo vệ toàn diện cho người chuyển đổi giới tính.

Trong tổ tụng hình sự Việt Nam hiện hành có một số quy định về thủ tục mà có khả năng ảnh hưởng đến những người lưỡng tính. Các quy định vẫn là chung cho tất cả các đối tượng, tuy nhiên khi thực hiện các thủ tục tố tụng hình sự trên thực tế thì có nhiều bất cập.

*Thứ nhất:* Trường hợp bắt, tạm giữ, tạm giam trong tố tụng hình sự. Trường hợp bắt khi áp dụng các thủ tục cần thiết để bắt như người bình thường, nhưng khi tạm giữ hoặc tạm giam thì các quy định về giam giữ vẫn chưa cụ thể, rõ ràng.

*Thứ hai:* Trường hợp khám người, luật Tố tụng hình sự quy định nam khám nam, nữ khám nữ, phải có người chứng kiến cùng giới. Như vậy, Luật Tố tụng hình sự chưa có quy định về trường hợp khám, người lưỡng tính. Trên thực tế, khi khám người lưỡng tính thì các cơ quan điều tra sẽ thực hiện như thế nào? Vấn đề đặt ra là khi khám người lưỡng tính, có hay không điều tra viên cũng là người lưỡng tính, người chứng kiến cũng phải là người lưỡng tính. Điều này sẽ khó khăn cả về mặt lý luận và thực tiễn.

### **2.2. Một số kiến nghị đảm bảo hiệu quả hoạt động bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người đồng tính ở Việt Nam**

#### *2.2.1. Hoàn thiện pháp luật*

Trong đời sống xã hội, pháp luật có vai trò đặc biệt quan trọng. Đây là phương tiện không thể thiếu, bảo đảm cho sự tồn tại, vận hành bình thường của xã hội nói chung và của nền đạo đức nói riêng. Pháp luật không chỉ là một công cụ quản lý nhà nước hữu hiệu, mà còn tạo môi trường thuận lợi cho sự phát triển của ý thức đạo đức, làm lành

manh hóa đời sống xã hội và góp phần bồi đắp nên những giá trị mới, vì vậy cần hoàn thiện pháp luật theo hướng sau:

*Thứ nhất*, mở rộng nguyên tắc bình đẳng về giới trong Hiến pháp và các đạo luật có liên quan để bảo đảm ngăn ngừa sự phân biệt đối xử không chỉ về giới mà còn về bản dạng giới và xu hướng tính dục. Cụ thể, nên mở rộng quy định “Nghiêm cấm mọi phân biệt đối xử về giới” trong khoản 3, Điều 26 Hiến pháp năm 2013, thành “Nghiêm cấm mọi hành động phân biệt đối xử về giới, bản năng giới và xu hướng tính dục”. Theo hướng đó, cần sửa đổi Luật Bình đẳng giới 2006 để mở rộng phạm vi điều chỉnh, hoặc xây dựng một đạo luật riêng về chống phân biệt đối xử dưới mọi hình thức, trong đó có phân biệt đối xử về giới, bản năng giới và xu hướng tính dục.

*Thứ hai*, nên công nhận hôn nhân đồng giới, theo đó cần sửa đổi quy định: “Nam, nữ có quyền kết hôn, ly hôn. Hôn nhân theo nguyên tắc tự nguyện, tiến bộ, một vợ một chồng, vợ chồng bình đẳng, tôn trọng lẫn nhau” ở khoản 1 Điều 36 Hiến pháp 2013 thành “mọi người có quyền kết hôn và ly hôn, hôn nhân theo nguyên tắc tự nguyện, tiến bộ, một vợ một chồng, vợ chồng bình đẳng, tôn trọng lẫn nhau”

*Thứ ba*, nên cho phép xác định một giới tính “khác” và sửa đổi các mẫu giấy tờ nhân thân (chứng minh thư, lý lịch cá nhân, sổ hộ khẩu,...) để có thêm mục giới tính “Khác” bên cạnh hai giới tính “nam”, “nữ”. Việc sửa đổi này, quan trọng là nhấn mạnh xác định sự vững chắc hơn quyền bình đẳng của cộng đồng người đồng tính trong các quan hệ dân sự.

*Thứ tư*, cần có định nghĩa pháp lý về hành vi giao cấu trong pháp luật hình sự theo hướng mở rộng hơn theo cách hiểu như hiện nay (được hiểu là sự giao tiếp của bộ phận sinh dục của giống đực với bộ phận sinh dục của giống cái) để có thể xử lý những hành vi xâm hại tình dục nhằm vào hoặc liên quan đến thành viên cộng đồng người đồng tính. Việc làm rõ thuật ngữ trên góp phần xử lý tình trạng mai dâm đồng tính.

*Thứ năm*, việc cho phép xác định một giới tính “Khác” đồng thời tránh tình trạng các tù nhân là

người đồng tính bị nhốt chung với những người có giới tính nam, nữ và việc kiểm tra, khám xét thân thể của những người này.

*Thứ sáu*, đối với quan hệ Tố tụng hình sự cần phải quy định rõ ràng bảo đảm quyền bình đẳng trước pháp luật, theo đó cần sửa đổi quy định: “Tố tụng hình sự được tiến hành theo nguyên tắc mọi người đều bình đẳng trước pháp luật, không phân biệt dân tộc, giới tính, tín ngưỡng, tôn giáo, thành phần và địa vị xã hội. Bất cứ người nào phạm tội đều bị xử lý theo pháp luật.” ở điều 9 BLTTHS 2015 thành “Tố tụng hình sự được tiến hành theo nguyên tắc mọi người đều bình đẳng trước pháp luật, không phân biệt dân tộc, giới tính, xu hướng tính dục, tín ngưỡng, tôn giáo, thành phần và địa vị xã hội. Bất cứ người nào phạm tội đều bị xử lý theo pháp luật”.

*Thứ bảy*, về quan hệ hình sự cần đưa vào bộ luật điều khoản về khái niệm giao cấu. Theo đó có thể đưa vào Bộ Luật hình sự khái niệm “giao cấu là hành vi dùng bất kỳ bộ phận hay công cụ nào tác động trực tiếp đến cơ thể của người khác nhằm kích thích tâm sinh lý làm cho họ không tự chủ được bản thân để quan hệ tình dục”.

*Thứ tám*, đối với hoạt động thi hành án Hình sự nên thêm vào điều 27 Luật Thi hành án Hình sự về những trường hợp được giam giữ ở phòng riêng, cụ thể thêm nội dung: “Phạm nhân có xu hướng tình dục đồng giới” thanh điểm f để hoàn thiện cả về mặt nội dung cũng như tạo điều kiện pháp lý để hoàn thiện cơ sở vật chất một cách tốt nhất.

*2.2.2. Nâng cao trình độ nhận thức, ý thức pháp luật về bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người đồng tính*

Trong công cuộc đổi mới đất nước hiện nay, việc tăng cường ý thức pháp luật được đặt ra như một tất yếu khách quan. Điều đó không chỉ nhằm mục đích xây dựng một xã hội có trật tự, kỷ cương, văn minh, mà còn hướng đến bảo vệ và phát triển các giá trị chân chính, trong đó có ý thức đạo đức. Từ đó để xuất xây dựng bộ “quy chế đạo đức và hoàn thiện nhân cách” áp dụng với tất cả các đối tượng trong xã hội.

Mặt khác, thực tế cho thấy, đội ngũ cán bộ thực hiện pháp luật mới chỉ được đào tạo và trang

bị kiến thức chuyên ngành mà chưa được cập nhật những kiến thức về xã hội đặc biệt là vấn đề về giới tính cụ thể là vấn đề giới tính của những người có xu hướng tình dục đồng giới. Điều đó đã vô tình tạo ra những giới hạn đối với cán bộ thực hiện pháp luật về việc tiếp cận và làm việc với người đồng tính, người song tính và người chuyển giới. Do vậy, cần nâng cao trình độ chuyên môn nghiệp vụ và nhân thức về giới tính của cán bộ thực thi pháp luật nhằm đảm bảo việc thực hiện quyền của người đồng tính. Nhà nước cần tiến hành song song nhiều biện pháp khác nhau mang tính xã hội như lồng ghép những kiến thức khoa học về người đồng tính vào trong các chương trình giáo dục cộng đồng và cán bộ về giới tính. Nhà nước cần nỗ lực và tích cực tuyên truyền về việc tôn trọng người đồng tính trong xã hội. Bên cạnh đó, ngành Y tế cần có những chính sách riêng dành cho người đồng tính để hướng dẫn người đồng tính có lối sống lành mạnh và biết cách bảo vệ chính bản thân và người xung quanh mình.

### **3. Kết luận**

Vấn đề giới tính và cơ chế bảo đảm quyền và lợi ích hợp pháp cho người đồng tính không phải là vấn đề mới ở Việt Nam nhưng nhận thức về người đồng tính vẫn còn những bất cập và hạn chế nhất định. Tuy nhiên, với sự phát triển của xã hội, trình độ dân trí ngày càng được nâng cao, niềm tin về một tương lai không còn sự phân biệt, kỳ thị đối với người đồng tính là điều mà nhiều người mong muốn. Mặt khác, khi vấn đề nhân quyền ở Việt Nam đang ngày càng được hoàn thiện thì các nhóm đối tượng khác nhau lên tiếng mong muốn nhận được sự tôn trọng tối thiểu và bình đẳng trong xã hội ngày càng nhiều như một quy luật tất yếu. Với kết quả nghiên cứu sơ bộ này chúng tôi đã bước đầu hệ thống được một số nội dung cơ bản về người đồng tính cũng như các quy định của pháp luật hiện hành về quyền và lợi ích hợp pháp của người đồng tính. Từ đó có những kiến nghị cụ thể nhằm tăng cường cơ chế bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người đồng tính đặc biệt trong lĩnh vực tố tụng hình sự Việt Nam ■

### **TÀI LIỆU THAM KHẢO:**

1. Hiến pháp 1946, 1959, 1980, 1992, 2013.
2. Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2000.
3. Bộ luật Dân sự 2005.
4. Luật Bình đẳng giới 2006.
5. Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014.
6. Bộ luật Dân sự 2015.
7. Bộ luật Tố tụng hình sự 2015.
8. Bộ luật Hình sự 2015 sửa đổi, bổ sung 2017.
9. Luật Thi hành tạm giữ tạm giam 2017.
10. Bùi Bích Hà, (2002). *Một vài nét nghiên cứu về nhận thức của sinh viên đối với hiện tượng đồng tính luyến ái. Luận văn tốt nghiệp Thạc sỹ chuyên ngành Xã hội học, Đại học Kinh tế quốc dân Hà Nội.*
11. Bùi Thị Thanh Hòa, Nguyễn Văn Anh, Lê Hồng Giang, Trần Hương Thanh, *Cẩm nang dành cho cán bộ tư vấn về đồng tính nữ*, NXB Thời Đại.

12. Dương Hoàn, (2010). "Quyền kết hôn của người đồng tính". *Kỷ yếu tọa đàm khoa học: Vai trò của nhà nước trong việc bảo đảm quyền của các nhóm xã hội dễ bị tổn thương, thành phố Hồ Chí Minh, ngày 4/12.*

13. Nguyễn Thị Minh Tâm, (2013). "Quyền của người đồng tính: lý luận và thực tiễn". *Luận văn Thạc sĩ luật học chuyên ngành Quyền con người, Đại học Quốc gia Hà Nội.*

**Ngày nhận bài: 2/11/2019**

**Ngày phản biện đánh giá và sửa chữa: 12/11/2019**

**Ngày chấp nhận đăng bài: 22/11/2019**

*Thông tin tác giả:*

**NGUYỄN THỊ LOAN**

**Khoa Luật học, Trường Đại học Đà Lạt**

## GENDER ISSUES IN CRIMINAL PROCEEDINGS IN VIETNAM

● **NGUYEN THI LOAN**

Faculty of Law Studies, Da Lat University

### **ABSTRACT:**

The Vietnamese legal system in general and the criminal procedure law in particular have initially had specific provisions for people who have unidentified genders. However, the specific provisions in the laws and their application in specific cases are actually very complicated. The activities of criminal proceedings such as search, arrest, detention greatly affects human rights. When proceeding according to common practice, those with unidentified gender are more vulnerable both mentally and physically. Vietnam currently does not have a separate mechanism for arresting, detaining, searching, or sentencing for these people. It is necessary to have a comprehensive research on this issue to find solutions to perfect the provisions of the criminal procedure law. Specific provisions of the law both ensure human rights in general, and ensure the rights of people who have difficulty in determining gender identity, etc. The objective of the research is to build scientific arguments to propose solutions to complete the provisions of the law in theory and in practical application. It also makes specific suggestions on perfecting the provisions of the law as well as mechanisms to implement and apply the law in practice to ensure human rights, especially the rights of those whose gender cannot be identified under the rule of law state and civil society.

**Keywords:** Gender; the rule of law, human rights, civil rights, procedure.