



**Universiteit
Leiden**
The Netherlands

Quyên Duoc Gan Bo. Mot bai giang ve tam quan trong cua khai niem 'huong' trong Phap luat So sanh ve Xu huong Tinh duc [The right to relate. On the importance of "orientation" in comparative sexual orientation law]

Waldijk, C.

Citation

Waldijk, C. (2013). *Quyên Duoc Gan Bo. Mot bai giang ve tam quan trong cua khai niem 'huong' trong Phap luat So sanh ve Xu huong Tinh duc [The right to relate. On the importance of "orientation" in comparative sexual orientation law]*. Hanoi: Center for Creative Initiatives in Health and Population (CCIHP). Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/24934>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/24934>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

GIÁO SƯ TIẾN SĨ. **KEES WAALDIJK** (SINH NĂM 1958)



Các hoạt động nghiên cứu của giáo sư Kees Waaldijk tập trung vào pháp luật so sánh về xu hướng tình dục trong nước, Châu Âu và quốc tế. Giáo sư tiến hành so sánh đa quốc gia luật pháp chống đồng tính hoặc luật pháp ủng hộ tình dục đồng giới, và phân tích những tiêu chuẩn tối thiểu của các tổ chức quốc tế với việc tôn trọng hành vi đồng giới, các mối quan hệ cùng giới và phân biệt đối xử dựa trên xu hướng tình dục. Giáo sư Waaldijk là thành viên sáng lập của Ủy ban Châu Âu về Pháp luật xu hướng tình dục.

Trong bài giảng nhân dịp nhậm chức, giáo sư Waaldijk đã mô tả và phân tích về sự dần dần thừa nhận của pháp lý đối với xu hướng tình dục đồng giới được chứng kiến tại nhiều quốc gia trên thế giới và trong nhiều tổ chức quốc tế. Tòa án và các tổ chức chính trị đã bắt đầu nhìn nhận quyền thiết lập và phát triển mối quan hệ với những người khác bất chấp xu hướng tình dục của họ. Giáo sư Waaldijk đề nghị gọi điều này là 'Quyền được gắn bó'. Giáo sư biện luận rằng quyền này có thể được sử dụng như là mẫu số chung trong nghiên cứu so sánh về bất cứ chủ đề nào

- 1982 Thạc sĩ Luật học, trường Đại học Erasmus Rotterdam
- 1982-1995 Giảng viên Luật hiến pháp, trường Đại học Maastricht
- 1987- 1994 Giảng viên, Khoa nghiên cứu đồng tính nam và đồng tính nữ, Đại học Utrecht
- 1989 Nghiên cứu sinh tham cứu cao cấp, Viện Europa, Đại học Edinburgh
- 1989 Giảng viên thỉnh giảng, Khoa Luật, Đại học Lancaster
- 1994 Tiến sĩ, Đại học Maastricht, 'Trách nhiệm của cơ quan lập pháp nhằm bệnh vực lẽ phải'
- 1994-1998 Nghiên cứu viên, Viện nghiên cứu quyền con người Hà Lan, Đại học Utrecht
- 1996-2000 Giảng viên về các phương pháp pháp lý, Đại học Luật Leiden
- 2000 Giảng viên thỉnh giảng, Trường Luật Hastings, San Francisco
- 2000-2011 Trưởng bộ phận đào tạo tiến sĩ, Viện Meijers, Đại học Luật Leiden
- 2011- Giáo sư chuyên ngành Pháp luật So sánh về Xu hướng tình dục, Đại học Luật Leiden

GIÁO SƯ TIẾN SĨ. **KEES WAALDIJK**

Quyền Được Gắn Bó

Một bài giảng về tầm quan trọng của khái niệm 'hướng' trong Pháp luật So sánh về Xu hướng Tình dục



Quyền Được Gắn Bó

Một bài giảng về tầm quan trọng của khái niệm 'hướng' trong
Pháp luật So sánh về Xu hướng Tình dục

Tác giả: Kees Waaldijk^(*)

Dịch trên bản tiếng Anh 'The Right to Relate' ngày 30 tháng 12 năm 2012



Universiteit Leiden

* Kees Waaldijk, Thạc sỹ Luật học (Rotterdam), Tiến sỹ (Maastricht), là Giáo sư chuyên ngành Pháp luật So sánh về Xu hướng Tình dục đang công tác tại Trường Luật Leiden, Hà Lan (www.law.leidenuniv.nl/waaldijk). Đây là bài viết mở rộng từ bài nói chuyện nhân dịp nhậm chức giáo sư Pháp luật So sánh về Xu hướng tình dục của tác giả vào ngày 20 tháng 4 năm 2012 tại tòa nhà Academy Building của Đại học Leiden. Mọi ý kiến bình luận và góp ý xin gửi về c.waaldijk@law.leidenuniv.nl.

Tôi xin trân trọng cảm ơn tất cả những người trong và ngoài Đại học Leiden đã góp sức để hình thành nên một bộ môn pháp luật mới này. Tôi xin cảm ơn hai cộng sự nghiên cứu đã giúp tôi chuẩn bị bài viết này và cảm ơn tất cả mọi người đã hỗ trợ và giúp đỡ tôi trong nhiều năm vừa qua, với những thông tin và ý tưởng đóng góp từ khắp nơi trên toàn cầu về pháp luật liên quan đến xu hướng tình dục. Đặc biệt, tôi xin cảm ơn Michele Grigolo, người đầu tiên sử dụng cách diễn đạt 'quyền được gắn bó' trong một buổi trao đổi hồi năm 2002 (tham khảo thêm Grigolo 2003), và cảm ơn Eric Gitari vì đã ghi nhận và khích lệ những ý tưởng nghiên cứu của tôi về 'quyền được gắn bó' (tham khảo Gitari 2012).

Tóm tắt

Quyền thiết lập và phát triển các mối quan hệ với người khác được đề cập chi tiết lần đầu tiên bởi Ủy ban Nhân quyền châu Âu (năm 1976), coi đó là một bộ phận cấu thành của quyền được tôn trọng cuộc sống riêng tư. Kể từ đó, quyền này đã được thừa nhận dưới nhiều hình thức diễn đạt khác nhau bởi các tòa án quốc gia và quốc tế, trong đó có Tòa án Tối cao Mỹ (phán quyết vụ kiện đối với chính phủ Mỹ *Roberts v. U.S. Jaycees*), Tòa án Nhân quyền châu Âu (phán quyết vụ kiện chính phủ Đức *Niemietz v. Germany*), Tòa án Hiến pháp Nam Phi (phán quyết vụ kiện của Liên minh Quốc gia vì Sự Bình đẳng cho Người Đồng tính), và Tòa án Nhân quyền Liên Mỹ (phán quyết vụ kiện chính phủ Mê-hi-cô *Ortega v. Mexico*). Bài giảng này trình bày nguồn gốc của quyền này và gắn kết nó với ý nghĩa của từ 'hướng' trong xu hướng tình dục và với nhu cầu tâm lý cơ bản của con người là tình yêu, tình cảm và sự gắn bó (trong lý thuyết về các nhu cầu của Maslow 1943). Bài giảng này đề cập đến 'quyền được gắn bó', và lập luận rằng quyền này có thể được coi là chủ đề xuyên suốt cho mọi vấn đề trong pháp luật về xu hướng tình dục (từ việc phi hình sự hóa và cấm phân biệt đối xử đến việc chấp nhận người đồng tính tị nạn và thừa nhận quyền làm cha mẹ của các cặp đồng giới). Quyền được gắn bó có thể được sử dụng như mẫu số chung cho nghiên cứu so sánh các quy định pháp luật trên thế

giới nhằm chống lại hoặc công nhận người đồng tính. Quyền thiết lập các mối quan hệ (cùng giới) hàm ý cả quyền được công khai xu hướng tình dục và quyền được đến với nhau. Quyền được phát triển các mối quan hệ (cùng giới) đang dần được đảm bảo thông qua sự tôn trọng trong luật pháp, sự bảo vệ của luật pháp, sự công nhận của luật pháp, sự chính thức hoá của luật pháp cũng như sự thừa nhận các chế định pháp luật của nước ngoài.

Các từ khóa để tra cứu: pháp luật so sánh (comparative law), công khai xu hướng tình dục (coming out), phân biệt đối xử (discrimination), cuộc sống gia đình (family life), đồng tính luyến ái (homosexuality), quyền con người (human rights), mối quan hệ đồng tính nam và đồng tính nữ (lesbian & gay relationships), sự riêng tư (privacy), mối quan hệ cùng giới (same-sex partnership), xu hướng tình dục (sexual orientation)

Lĩnh vực: Pháp luật so sánh

Mục lục

1. 'Hướng'	5
2. Một chuyên ngành	7
3. So sánh	8
4. Tình dục?	10
5. Hướng!	12
6. Pháp luật	20
7. Quyền công khai xu hướng tình dục và quyền được đến với nhau	23
8. Nuôi dưỡng các mối quan hệ	26
9. Kết luận	30
Tài liệu tham khảo	31
Ghi chú	39
Lời cảm ơn	51

Bản tiếng Anh đầy đủ của "The right to relate" có thể download tại <https://openaccess.leidenuniv.nl/handle/1887/19612> (hoặc www.law.leidenuniv.nl/waaldijk). Tài liệu này cũng được xuất bản vào mùa thu năm 2013 trên tạp chí *Duke Journal of Comparative and International Law*.

1. 'Hướng'

Thuở xa xưa, trước khi Leiden có các sinh viên và giáo sư đại học, tòa nhà này vốn là một nhà thờ. Nhà thờ được xây dựng cách đây khoảng 500 năm, nằm trong tu viện dành cho các nữ tu sỹ dòng thánh Dominic¹. Các nữ tu nghèo đã phải xoay xở để xây dựng một nhà thờ trên mảnh đất này - một miếng đất hoàn toàn không phù hợp với việc xây một nhà thờ có cung thánh quay về hướng đông². Ở thời đó, xây nhà thờ với cung thánh hướng đông là tập tục đã tồn tại nhiều thế kỷ³. Và tập tục đó lại kế thừa những truyền thống từ trước công nguyên: trục của các tòa nhà chính luôn quay về hướng đông, tức là hướng mặt trời mọc⁴. Trong điều kiện khó khăn, các nữ tu đành chấp nhận nhà thờ chính của tu viện đặt theo hướng khác thường - với cung thánh hoặc ở phía nam (tức là chỗ tôi đang đứng phát biểu) hoặc ở gần mặt bắc (tức là gần cổng chính hiện nay)⁵. Như vậy, các nữ tu đã không tuân theo truyền thống kiến trúc vốn có - một truyền thống lâu đời đến nỗi trong ngôn ngữ tiếng Anh, từ '*hướng*' (*orientation*) có nguồn gốc hình thành từ từ '*phương đông*' (*orient*).

Một trong những công việc mà tôi phải làm trong vai trò giáo sư đại học là thiết lập và phát triển các mối quan hệ với đồng nghiệp và sinh viên. Thiết lập các mối quan hệ là một phần quan trọng của giáo dục, đào tạo. Chúng ta vẫn nói hoạt động giáo dục, đào tạo phải hướng tới người học (student-oriented). Một người thầy tốt không chỉ đem lại

cho sinh viên kiến thức, sự hiểu biết, kỹ năng và cảm hứng, mà còn phải biết lắng nghe và cởi mở, sẵn sàng học hỏi từ những sinh viên của mình.

Có lẽ, một số quý vị ngồi dưới đã cảm thấy sốt ruột và thất vọng vì nghĩ rằng một giáo sư về Pháp luật So sánh về Xu hướng tình dục sẽ nói về tình dục. Vâng, đúng thế. Trong bài nói chuyện ngày hôm nay, tôi đã lựa chọn tập trung vào một từ quan trọng trong chức danh mới của mình đó là từ '*hướng*' (*orientation*).

Từ *hướng* ('orientation' trong tiếng Anh) được sử dụng trong nhiều ngữ cảnh khác nhau⁶. Nó mạnh hơn các từ 'định hướng' (*direction*), 'quan điểm' (*position*), 'thiên hướng' (*inclination*) hay 'sự ưa thích' (*preference*). Từ '*hướng*' mang hàm ý một người bị thu hút hoặc bị hấp dẫn bởi - hoặc tự hướng bản thân mình tới - một cái gì đó hoặc một ai đó mà người đó muốn có sự tác động qua lại hai chiều một cách có ý nghĩa. Trong ví dụ về truyền thống kiến trúc cổ xưa trước công nguyên, con người tôn sùng và thành kính hướng về phía mặt trời mọc trong nỗi mong chờ ánh sáng và sự ấm áp. Hướng bản thân mình về phía cái gì hoặc về phía ai đó đồng nghĩa với việc *gắn* mình với vật đó hoặc người đó. Chiều cạnh về mối liên hệ này hiển hiện trong quan điểm kiến trúc về hướng nhà khi xây dựng những nơi thờ cúng tâm linh, trong quan điểm giáo dục về phương pháp sư phạm hướng tới người học, và trong cả khái niệm '*xu hướng tình dục*'.

5

Xu hướng tình dục liên quan đến việc một cá nhân thấy mình liên hệ như thế nào đối với nam giới hoặc nữ giới. Phần lớn chúng ta ở một thời điểm nhất định đều thấy rằng chúng ta có sự liên hệ khác nhau đối với đối tượng nam giới và nữ giới. Sự liên hệ đối với người khác tồn tại trước cả khi chúng ta bắt đầu tạo dựng mối quan hệ.

Trong pháp luật thành văn của quốc tế và châu Âu, cụm từ '*xu hướng tình dục*' được sử dụng như một thuật ngữ chung bao hàm cả xu hướng tình dục đồng tính, dị tính và song tính⁷. Tuy nhiên, trong án lệ của quốc tế và châu Âu, thuật ngữ '*xu hướng tình dục*' chủ yếu được sử dụng để nói về *hành vi* (tình dục đồng giới)⁸ và *các mối quan hệ* (đồng giới)⁹. Thuật ngữ này ít khi được sử dụng để chỉ *các cá nhân* đồng tính, dị tính hoặc song tính, hoặc *cảm xúc* hoặc *các nhân dạng* (*identities*) của họ.¹⁰ Điều này đơn giản chỉ là vì trong pháp luật, các vấn đề gây tranh chấp chủ yếu tập trung vào hành vi tình dục đồng giới và các mối quan hệ tình dục đồng giới. Do đó, trong luật, thuật ngữ '*xu hướng tình dục*' không mấy khi được sử dụng để nói đến đặc tính của cá nhân¹¹, mà chủ yếu là nói đến một đặc tính của hành vi hay của mối quan hệ¹².

Trong số các căn cứ cấm phân biệt đối xử mà pháp luật quy định, có lẽ tín ngưỡng là căn cứ có nhiều tương đồng nhất với xu hướng tình dục, vì cả hai đều chủ yếu liên quan đến hành vi (và cũng tương tự như vậy là sự tương đồng của hai quyền căn bản

tương ứng với hai vấn đề này: quyền tự do tôn giáo và tín ngưỡng, quyền thiết lập và phát triển mối quan hệ với người khác). Các căn cứ cấm phân biệt đối xử khác trong pháp luật quốc tế như giới tính và sắc tộc thường được coi là những yếu tố có tính bẩm sinh. Tất nhiên, sự phân biệt này chỉ có tính tương đối. Giới tính và sắc tộc cũng có những khía cạnh hành vi: ví dụ việc mang thai, hay các cuộc hôn nhân giữa hai người khác sắc tộc. Trong khi đó nhiều người cũng trải nghiệm xu hướng tín ngưỡng hoặc 'gien đồng tính' như là một thứ mà họ đã mang trong người từ khi sinh ra¹³, một thứ mà họ không bao giờ có thể thay đổi. Nhưng có lẽ đúng là cả tín ngưỡng và xu hướng tình dục liên quan đến hành vi nhiều hơn giới tính và sắc tộc. Trong số hàng trăm vụ về xu hướng tình dục mà tôi từng biết, đại đa số có liên quan đến hành vi tình dục, hôn nhân đồng giới, các mối quan hệ với người đồng giới, hoặc thông tin về tình dục đồng giới¹⁴. Cũng có thể kết luận tương tự đối với đại đa số các vụ án về tín ngưỡng. Các khía cạnh về hành vi cũng được đưa vào trong các qui định về cấm phân biệt đối xử. Điều này có lẽ là vì hành vi cốt lõi của tôn giáo/tín ngưỡng hoặc của xu hướng tình dục không phải là một hành vi bất kỳ, mà là hành vi gắn với một nhu cầu sâu xa mà một cá nhân không bao giờ có thể từ bỏ. Đó chính là nhu cầu được gắn kết với những thực thể khác - con người (và/hoặc lực lượng siêu nhiên như trong trường hợp tôn giáo)¹⁵.

6

Cương vị mới của tôi là chủ nhiệm chuyên ngành pháp luật so sánh về xu hướng tình dục. Trên thực tế, trọng tâm nghiên cứu và giảng dạy của tôi sẽ là những khía cạnh pháp lý của đồng tính ái, và thường là đặt trong sự so sánh với các khía cạnh pháp lý của dị tính ái. Tôi sẽ chủ yếu so sánh giữa pháp luật của các nước khác nhau, và giữa pháp luật của các tổ chức quốc tế khác nhau.

Điều tôi muốn làm là cùng các bạn tìm hiểu *tại sao* đồng tính ái lại càng ngày càng được thừa nhận và bảo vệ nhiều hơn trong pháp luật châu Âu và quốc tế cũng như trong pháp luật của ngày càng nhiều nước trên thế giới. Và để làm điều đó, tôi sẽ đề xuất một mẫu số chung có thể được sử dụng trong nghiên cứu so sánh pháp luật về xu hướng tình dục giữa các châu lục.

2. Một chuyên ngành

Ngày hôm nay tôi đứng ở đây cũng là để tiếp tục thiết lập và phát triển chuyên ngành luật của mình - *pháp luật về xu hướng tình dục*. Đây là một lĩnh vực mới, nhưng đã phát triển rất nhanh trong mấy chục năm vừa qua. Nó bao gồm một phổ khá rộng với nhiều những hiện tượng pháp luật. Tôi xin điểm ra đây hiện tượng quan trọng nhất trong lĩnh vực này:

- Hình sự hóa hay phi hình sự hóa hành vi tình dục đồng giới; ¹⁶

- Pháp luật chống phân biệt đối xử trên cơ sở xu hướng tình dục; ¹⁷

- Các thách thức về quyền con người đối với những quy định pháp luật và những thực hành xã hội chống đồng tính; ¹⁸

- Hình sự hóa cụ thể hành vi bạo lực đối với người đồng tính; ¹⁹

- Quản lý nhà nước đối với thông tin về đồng tính ái; ²⁰

- Tiếp nhận tị nạn hay từ chối cho tị nạn đối với những cá nhân trốn chạy khỏi tình cảnh bị ngược đãi, hành hạ vì xu hướng tình dục; ²¹

- Công nhận hay không công nhận các cặp đôi đồng giới; ²²

- Công nhận hay không công nhận quyền được có con và được làm cha mẹ của các cặp đôi đồng giới. ²³

Câu hỏi nảy sinh là liệu trong sự đa dạng, đa chiều đó có tồn tại một hệ thống nào đó hay không, hay ít nhất là một mẫu số chung nào đó cho những hiện tượng khác nhau tạo thành lĩnh vực pháp luật xu hướng tình dục này - chẳng hạn như một khái niệm đơn nhất giúp chúng ta hiểu được pháp luật về xu hướng tình dục và diễn biến phát triển của nó. Nói cách khác, tôi cũng đang tìm kiếm một *hướng* cho pháp luật về xu hướng tình dục.

7

Luận điểm của tôi là cái mẫu số chung đó chính là *quyền thiết lập và phát triển các mối quan hệ* - một mẫu số chung cho tất cả những hiện tượng quan trọng trong lĩnh vực pháp luật xu hướng tình dục ²⁴. Điều này là vì xu hướng tình dục thực chất chính là tạo dựng sự gắn bó với người khác. Xu hướng tình dục liên quan đến hành vi thân mật giữa người với người, liên quan đến quan hệ tình cảm giữa người với người, và/hoặc sự hấp dẫn, thu hút lẫn nhau giữa người với người - đó có thể là giữa những người cùng giới, giữa những người khác giới, hay có thể là bất kỳ giới nào. Quyền thiết lập và phát triển các mối quan hệ đã được thừa nhận là một khía cạnh của quyền con người để thể hiện sự tôn trọng đời sống riêng tư. Cả Tòa án Nhân quyền châu Âu và Liên Mỹ - cũng như tòa án tối cao của một số quốc gia ²⁵ - đều đã công nhận quyền này. Và ngày hôm nay tôi xin đề nghị được gọi cái quyền đó là *Quyền Được Gắn Bó*.

Quyền được gắn bó này có thể giúp chúng ta làm sáng tỏ một số vấn đề trong pháp luật về xu hướng tình dục, và có thể giúp lý giải xu hướng phát triển chung của chuyên ngành luật này trong thời gian hiện nay.

3. So sánh

Một mẫu số chung càng trở nên cần thiết khi chúng ta muốn thực hiện các nghiên cứu pháp luật *so sánh* về xu hướng tình dục. Và đó tất nhiên cũng

8

là kế hoạch của tôi trong vai trò chủ nhiệm chuyên ngành 'pháp luật so sánh về xu hướng tình dục'.

Các nghiên cứu pháp luật so sánh truyền thống thường so sánh giữa *các pháp luật tương tự* ở những hệ thống khác nhau ²⁶, hoặc giữa những giải pháp pháp lý khác nhau đối với *các vấn đề tương tự* trong các hệ thống khác nhau. Trong loại hình nghiên cứu so sánh thứ hai, khái niệm cốt lõi là 'sự tương đồng về chức năng'. Có nghĩa là, 'so sánh để tìm kiếm những chế định khác nhau cho cùng một vai trò hoặc cho việc giải quyết cùng một vấn đề'. ²⁷ Câu hỏi về khi nào thì các luật - hoặc thực ra là các vấn đề - tương đồng đến mức có thể so sánh với nhau, đã làm tốn nhiều giấy mực của các nhà nghiên cứu, tuy nhiên một câu trả lời thuyết phục là 'mọi thứ đều có thể được so sánh với nhau'. ²⁸

Tính chất có thể so sánh được thực ra không phải là vấn đề lớn trong lĩnh vực pháp luật xu hướng tình dục trên toàn cầu. Trên khắp thế giới, lĩnh vực pháp luật này càng ngày càng có nhiều *pháp luật tương đồng*, và cũng có rất nhiều *pháp luật khác nhau* để giải quyết *chỉ một vấn đề duy nhất và như nhau*.

Để bắt đầu với những pháp luật rất *tương đồng*, tôi sẽ đưa ra một số ví dụ về các pháp luật đặc biệt tương đồng: Đa số quốc gia trên thế giới có, hoặc đã từng có, những quy định cụ thể hình sự hóa một số hình thức nhất định của tình dục đồng giới. Các quy định này hoàn toàn có thể so sánh được với nhau về

chi tiết lập pháp, phạm vi địa lý điều chỉnh, về lịch sử chính trị, hoặc cách thức thi hành. Tương tự, tất cả các quốc gia trên thế giới đều có - hoặc đã từng có - những quy định rõ ràng hoặc ngầm ẩn không cho phép kết hôn giữa người đồng giới. Và còn có ngày càng nhiều quốc gia đã ban hành luật cấm các hình thức phân biệt đối xử với người đồng tính.

Tương tự, ngày càng có nhiều quốc gia ban hành luật hoặc có án lệ cho các cặp đồng giới được hưởng một số hoặc hầu hết mọi quyền và nghĩa vụ thuộc chế định hôn nhân. Các luật này cũng có thể được so sánh với nhau về chi tiết lập pháp, về phạm vi địa lý, về lịch sử chính trị, hoặc về cách thức vận hành trong thực tế đời sống. Ngoài ra, việc so sánh các *pháp luật rất khác nhau* trong lĩnh vực xu hướng tình dục cũng hoàn toàn khả thi - và thậm chí rất thú vị. Điều này là bởi vì mọi pháp luật về vấn đề đồng tính - hôn nhân và quyền làm cha mẹ, phân biệt đối xử, bạo lực, tị nạn, thông tin về đồng tính ái hay nói cách khác là, mọi pháp luật về xu hướng tình dục đều có thể được coi là cùng hướng tới *một vấn đề cơ bản*.

Ở hầu hết mọi quốc gia trên thế giới, vấn đề này nảy sinh từ hai thực tế đời sống xung đột lẫn nhau. Trước tiên, có một thực tế - ở hầu hết mọi quốc gia mà tôi biết là ít nhiều đều có một tỷ lệ nhất định dân số phản đối mạnh mẽ các hành vi thân mật và/hoặc quan hệ yêu đương giữa những

người cùng giới.²⁹ Thứ hai, có một thực tế là ở bất kỳ quốc gia nào trên thế giới luôn có một tỷ lệ nhất định dân số - xét về sự hấp dẫn, hành vi, mối quan hệ lại hướng tới hay bị thu hút bởi những người cùng giới (hoặc cả cùng giới lẫn khác giới)³⁰. Một số pháp luật hình sự, pháp luật về gia đình và luật chống phân biệt đối xử, và đôi khi cả luật về tiếp cận thông tin³¹ v.v... tất cả đều cố gắng giải quyết những vấn đề gây ra bởi hai thực tế xung đột lẫn nhau này. Chức năng của bất kỳ luật nào trong số đó đều hoặc là nhằm *hạn chế* hoặc là nhằm *tăng thêm* các khả năng hay cơ hội cho các cá nhân được có mối quan hệ với người cùng giới³². Trong thuật ngữ của pháp luật so sánh, tất cả các luật hình sự, lao động, gia đình và các luật khác mà hạn chế hay tăng thêm các khả năng hay cơ hội vừa đề cập đều *tương đương nhau về mặt chức năng*. Đó là lý do tại sao có thể coi 'quyền được gắn bó' là mẫu số chung cho các nghiên cứu pháp luật so sánh về xu hướng tình dục³³.

Khái niệm 'tương đồng về chức năng' cũng còn nhấn mạnh đến một khía cạnh khác nữa. Chức năng hạn chế những khả năng hay cơ hội được gắn bó với người cùng giới tất nhiên còn có thể được thực hiện thông qua các cách thức không phải là pháp luật, như việc bắt nạt, chế giễu người có thể hiện giới và tình dục khác biệt, hiếp dâm, từ chối tuyển dụng, đuổi ra khỏi nhà, giáo dục thiên lệch, hay bất kỳ hình thức nào khác của sự kỳ thị, ghê sợ đồng tính một cách không chính thức. Hoặc chức năng đó cũng có

9

10

thể được thực hiện thông qua các biện pháp - cả tinh vi lẫn đơn giản - nhằm thúc đẩy dị tính trong văn hóa và xã hội, hoặc thậm chí là biến dị tính thành chuẩn mực bắt buộc³⁴. Tác động của những biện pháp này không hề kém cạnh các quy định pháp luật chống đồng tính. Ví dụ: một quốc gia chỉ quy định cấm quan hệ đồng tính nam, nhưng trên thực tế, quan hệ đồng tính nữ còn bị hạn chế nhiều hơn bởi những cơ chế xã hội, vì dị tính đã trở thành chuẩn mực bắt buộc trong xã hội. Do đó, các quy định pháp luật chống đồng tính và các tập tục chống đồng tính dường như tương đồng về chức năng. Cả hai đều có thể tạo ra tác động rất tiêu cực, không chỉ với một nạn nhân cụ thể, mà với toàn bộ cộng đồng những người đồng tính, song tính, chuyển giới và liên giới nói chung. Cả sự kỳ thị của pháp luật lẫn những hình thức kỳ thị không chính thức đều tạo ra nỗi sợ hãi ở nhiều người. Thậm chí, nó còn làm cho những người không phải là nạn nhân trực tiếp sợ hãi nhiều hơn cả nạn nhân³⁵, đẩy họ vào sự khép kín, sống trong bí mật, trong cô đơn, trong sự kìm nén, hành xác. Và điều này có thể dẫn đến những cảm giác đau khổ cùng cực, căm ghét bản thân, và thậm chí là tự kết liễu cuộc sống³⁶. Rất nhiều nghiên cứu đã cho thấy rằng người đồng tính và song tính có nguy cơ tự tử cao gấp hai lần so với người dị tính³⁷. Rất có thể những quy định pháp luật và các thực tế xã hội chống đồng tính là một trong những nguyên nhân dẫn đến nguy cơ đó³⁸.

Tương tự như vậy, nhìn từ chiều ngược lại, các quy định pháp luật phi hình sự hóa quan hệ đồng tính, chống phân biệt đối xử với người đồng tính, công nhận quan hệ kết đôi dân sự giữa hai người cùng giới cũng có chức năng tương đồng với những cách thức không mang tính pháp lý như những thông tin không định kiến hay những tuyên bố thân thiện với cộng đồng LGBT trên báo chí, trên truyền thông của những người có tầm ảnh hưởng đến công chúng³⁹. Tất cả những hiện tượng pháp luật và xã hội đó tạo ra một tâm lý an toàn và tự tin trong việc thiết lập và phát triển mối quan hệ với người cùng giới.

Vì vậy, có thể coi quyền được gắn bó chính là mẫu số chung trong nghiên cứu pháp luật so sánh về xu hướng tình dục. Điều này không có ý coi nhẹ vô số những khác biệt giữa các quốc gia và khu vực trên thế giới. Các nghiên cứu so sánh sẽ phải nêu bật được những khác biệt đó, và các xu hướng hội tụ hoặc phân tách có thể xảy ra⁴⁰. Nhưng một bước đầu tiên trong nghiên cứu so sánh là sự khái quát hóa, và khái quát hóa chính là công nhận sự cần thiết phải có các khái niệm trừu tượng⁴¹.

4. Tình dục?

Một ứng viên khác cho mẫu số chung trong pháp luật về xu hướng tình dục có thể tìm thấy trong những khái niệm về giới tính (sex), giới (gender) hoặc hoạt động tình dục (sexual activity). Tuy nhiên

mẫu số chung đó có thể gây ra nhiều phiền phức. Trên thực tế, những thái độ khác nhau đối với giới tính, giới và hoạt động tình dục có thể là một yếu tố lý giải sự phân biệt đối xử và định kiến nặng nề đối với một số xu hướng tình dục nhất định. Tuy nhiên, giới tính, giới và hoạt động tình dục lại không thể lý giải đầy đủ tại sao cần bảo vệ những người đồng tính khỏi sự phân biệt đối xử đó; chúng không thể lý giải đầy đủ tại sao lại cần có sự thừa nhận đối với đồng tính ái, cũng như không thể lý giải tại sao đồng tính ái lại *đang* dần dần được pháp luật thừa nhận ở nhiều nơi trên thế giới.

Hơn thế nữa, ý nghĩa của hai từ 'giới tính' và 'giới' cũng rất không rõ ràng, đặc biệt đặt trong ngữ cảnh xu hướng tình dục. Hãy thử hỏi một người đồng tính hoặc dị tính bất kỳ (rất nhiều người trong số đó đang hiện diện trong phòng này) xem liệu họ có xu hướng thích người thuộc một *giới* hay một *giới tính* nhất định hay không, họ sẽ vô cùng lúng túng, không biết phải trả lời như thế nào. Ngay cả khi một số người ngồi đây - về lý trí mà nói - có thể phân biệt rõ ràng hai khái niệm, nhưng chúng ta chẳng mấy khi đủ khả năng để phân biệt rạch ròi giới tính và giới của người yêu. Trong pháp luật, cũng như trong thực tế đời sống, các từ 'giới' và 'giới tính' thường được sử dụng đồng nghĩa. Nhưng giới tính theo nghĩa chung

nhất như trong tiếng Anh 'sex' chỉ bao gồm duy nhất một ý nghĩa, đó là *giới tính sinh học* của mỗi con người⁴².

Một ý nghĩa nữa mà người ta thường gán với từ 'sex' liên quan đến hành động mà cá nhân thể hiện: tức là hoạt động tình dục. Trong ngữ cảnh xu hướng tình dục, cả hai ý nghĩa này của từ 'sex' lại dường như gắn với nhau - giới tính và hoạt động tình dục. Nhiều người có xu hướng thích có quan hệ tình dục với một ai đó thuộc một giới nhất định nào đó. Hai khái niệm này gắn kết với nhau như thế nào - điều đó còn chưa thực sự rõ ràng. Mỗi người có thể trải nghiệm sự gắn kết đó theo những cách khác nhau. Phải chăng quan hệ tình dục là cái duy nhất mà chúng ta muốn làm với một ai đó thuộc một giới nhất định? Hay liệu còn có những hình thức tiếp xúc nào khác mà chúng ta muốn có với một ai đó thuộc một giới nhất định hay không? Và nếu như vậy, phải chăng chúng ta muốn các hình thức tiếp xúc khác đó vì chúng ta muốn có quan hệ tình dục, hay phải chăng chúng ta muốn có quan hệ tình dục vì chúng ta muốn có những hình thức tiếp xúc khác nữa? Hoặc diễn đạt theo cách khác: Khi chúng ta yêu một người thuộc một giới nào đó, liệu tình cảm luyến ái đó là nguyên nhân hay kết quả của mong muốn có quan hệ tình dục với người đó? Hay phải chăng chúng là một? Có lẽ các nhà khoa học từ những chuyên ngành khác sẽ có thể lý giải những rối rắm này. Đối với phần lớn người bình

11

thường, khi yêu một ai đó, chúng ta hầu như không thể tách bạch rạch ròi xem có bao nhiêu phần trong tình cảm luyến ái đó là do giới tính của người đó, hoặc là do giới của người đó, hoặc do tiềm năng có được hoạt động tình dục và/hoặc hoạt động khác với người đó.

Do đó, có vẻ khá hợp lý khi khái niệm 'xu hướng tình dục' (sexual orientation) sử dụng một tính từ ('sexual') với hai ý nghĩa - vừa ám chỉ giới, giới tính của các bên trong mối quan hệ, vừa ám chỉ hành động tình dục có thể diễn ra giữa họ ('sexual activity')⁴³. Thực sự phức tạp và dễ nhầm lẫn.

12

Mọi thứ cũng sẽ trở nên quá phức tạp và dễ nhầm lẫn khi chúng ta cân nhắc sử dụng các khái niệm giới, giới tính hay hoạt động tình dục làm mẫu số chung trong chuyên ngành pháp luật non trẻ này. Ngoài ra, toàn bộ ý nghĩa của cách tiếp cận nhân quyền trong pháp luật xu hướng tình dục là: giới tính, giới và tình dục không nên thuộc đối tượng điều chỉnh của pháp luật. Quy định của pháp luật không nên quan tâm đến giới tính hoặc giới của đối tượng mà nó điều chỉnh, tức là của những người yêu nhau. Và nhìn chung, pháp luật cũng không nên quan tâm đến đặc điểm tình dục hoặc phi tình dục của tình yêu đó. Ngoài ra, sự thừa nhận của pháp luật đối với tình yêu dị tính (trong các chế định hôn nhân và chung sống thực tế) đều phải chỉ gói gọn trong các khía cạnh hoạt động tình

dục của tình yêu đó (hãy nghĩ đến những vấn đề như quyền cùng nhau nuôi dạy con cái, quyền hưởng chế độ tử tuất khi bạn đời qua đời, tiền cấp dưỡng cho người phối ngẫu khi hai bên chấm dứt quan hệ,). Do đó, pháp luật về xu hướng tình dục rõ ràng không chỉ là về hoạt động tình dục.

Việc sử dụng thuật ngữ 'hoạt động tình dục' như là một từ đồng nghĩa cho 'xu hướng tình dục' (hoặc như là một thuật ngữ chung cho cả đồng tính ái, dị tính ái và song tính ái) là không chính xác và dễ gây nhầm lẫn.

Do vậy, trong quá trình tìm kiếm một mẫu số chung cho pháp luật xu hướng tình dục, chúng ta nhìn chung có thể gạt đi những khái niệm giới tính, giới và tình dục. Còn một lý do quan trọng nữa để gạt những khái niệm này sang một bên: Không phải người đồng tính hay song tính nào cũng muốn bị định nghĩa như một thực thể tính dục, hoặc như là một dạng lưỡng lự giữa nam và nữ.

5. Hướng!

Trong bài phát biểu này tôi xin tranh luận rằng '*hướng*' là từ khóa quan trọng trong khái niệm 'xu hướng tình dục' và rằng lĩnh vực *pháp luật* so sánh về xu hướng tình dục có thể được tóm gọn trong khái niệm '*quyền được gắn bó*'⁴⁴. Điều này không chỉ đúng đối với các mối quan hệ đồng tính và dị tính, mà còn đúng cả với hành vi và sự hấp dẫn giữa hai

người cùng giới và khác giới, và đúng cả với nhân dạng, lối sống và sự thể hiện của người đồng tính nam, đồng tính nữ và song tính. Tất cả chỉ xoay quanh một trục vấn đề, đó là một cá nhân *hướng* về một hoặc nhiều người khác, đó là quan hệ giữa con người với nhau⁴⁵. Và đó là điều mà pháp luật *không nên* thờ ơ. Khái niệm đồng tính ái liên quan đến cả giới tính, giới và tình dục, do đó thái độ thù hằn đối với các cá nhân, mối quan hệ và hành vi đồng tính cũng là điều dễ hiểu. Nhưng vì bản chất của đồng tính ái là việc con người hướng tới người khác, nên hoàn toàn có thể lý giải tại sao thái độ thù ghét của xã hội và pháp luật lại gây ra nhiều đau đớn như vậy. Những rào cản pháp lý và xã hội đối với sự hấp dẫn cùng giới đã, và sẽ tiếp tục, làm cho nhiều người không được đáp ứng một trong những nhu cầu cơ bản nhất của con người: nhu cầu có mối quan hệ với người khác. Và chính vì đồng tính ái về bản chất chỉ là quan hệ giữa người với người nên có thể lý giải tại sao pháp luật ở nhiều nơi trên thế giới đang dần giảm bớt sự thù địch đối với đồng tính ái - tại sao các án lệ và luật thành văn đang dần trở nên *thân thiện hơn với các mối quan hệ đồng giới*. Chúng ta đã chứng kiến những tiến bộ đáng kể trong việc công nhận pháp lý đối với đồng tính ái ở nhiều nước và nhiều tổ chức quốc tế. Có thể nói rằng điều đó xảy ra chủ yếu là vì có nhiều người (trong đó số lượng các nhà làm luật và thẩm phán ngày càng tăng) đã nhận ra rằng đồng tính ái không chỉ liên quan đến giới tính,

giới và tình dục mà chủ yếu liên quan đến mối quan hệ giữa con người với con người. Nó là tình cảm và tình yêu.

Nhu cầu có mối quan hệ với người khác cũng là nhu cầu căn bản như được ăn, được uống, được sáng tạo. Điều này được hình thành khá vững chắc trong học thuyết nhu cầu năm 1943 của nhà tâm lý học Abraham Maslow - một học thuyết đã tiếp nhận nhiều ý kiến khen chê khác nhau, và đã được phát triển tiếp bởi nhiều nhà nghiên cứu khác⁴⁶. Maslow nói đến 'nhu cầu yêu thương' và 'nhu cầu về tình yêu, tình cảm, sự gắn bó'. Ông nhấn mạnh rằng những điều này 'liên quan đến cả khía cạnh yêu và được yêu', và rằng việc 'tước bỏ những nhu cầu này là nguyên nhân cốt lõi phổ biến nhất của các trường hợp khó thích nghi và, nghiêm trọng hơn, các ca bệnh tâm lý'. Hơn thế nữa, ông nhấn mạnh rằng 'tình yêu không đồng nghĩa với tình dục'. Ông cho rằng tình yêu của một người có thể dành cho: 'bạn bè, tri kỷ, vợ, con', cũng như 'mối quan hệ tình cảm đối với mọi người nói chung ... trong môi trường sống xung quanh người đó'.⁴⁷ Đây có vẻ là tiền thân trực tiếp của những thuật ngữ mà tòa án đã bắt đầu sử dụng trong khoảng 25 năm cuối thế kỷ 20 (như sẽ nói rõ hơn ở phần sau).

Một bài tập đã trở thành chuẩn mực trong mọi khóa học về quyền con người là gắn các nhóm nhu cầu căn bản mà Maslow đã phân biệt năm 1943 với những

13

quyền con người đã được quy định trong Tuyên ngôn Toàn cầu về các Quyền Con người năm 1947.⁴⁸ Có rất nhiều sự tương đồng, ví dụ sự tương đồng giữa 'các nhu cầu sinh lý' với quyền có thức ăn, có chỗ ở, giữa 'các nhu cầu về sự an toàn' đến quyền được đảm bảo an toàn cá nhân, hay giữa 'nhu cầu khẳng định bản thân' và các quyền liên quan đến giáo dục, văn hóa⁴⁹. Tuy nhiên, ngoài hai từ 'hôn nhân'⁵⁰ và 'gia đình'⁵¹, các từ như 'tình yêu' và 'tình cảm' không xuất hiện trong Tuyên ngôn. Các từ 'tình bạn' hay 'mối quan hệ' cũng vậy. Điều này cũng đúng đối với hầu hết các công ước quốc tế về quyền con người được ký kết sau đó.⁵²

14

Cho đến tận năm 1976 một tổ chức nhân quyền lần đầu tiên mới lên tiếng về '*quyền thiết lập và phát triển mối quan hệ với người khác*'. Tháng 5/1976, Hội đồng Nhân quyền châu Âu đã cho rằng quyền này được bao gồm - 'ở một mức độ nhất định' trong quyền được tôn trọng cuộc sống riêng, một quyền được đảm bảo rõ ràng bởi điều 8 của Công ước châu Âu về các Quyền Con người. Hội đồng đã đưa ra ý kiến này trong hai vụ kiện (không thành công). Vụ thứ nhất liên quan đến Ai-xơ-len:

'Nguyên đơn [...] đã không được phép nuôi chó ở thành phố Reykjavik. [...] Vấn đề mà Hội đồng phải xem xét và phán quyết [...] là [...]

liệu việc nuôi chó có thuộc về "cuộc sống cá nhân" theo nghĩa quy định tại Điều 8 Công ước hay không. Với rất nhiều học giả Pháp và Anh-lô Sắc-xông, quyền được tôn trọng "cuộc sống riêng" là quyền riêng tư, quyền được sống và theo mong muốn cá nhân được bảo vệ khỏi sự nhòm ngó của xã hội [...]. Tuy nhiên, theo ý kiến của Hội đồng, quyền được tôn trọng cuộc sống riêng không dừng lại ở đó. Nó còn bao gồm - ở một mức độ nhất định - quyền thiết lập và phát triển các mối quan hệ với người khác, đặc biệt là trong lĩnh vực tình cảm để phát triển và hoàn thiện nhân cách mỗi người.'⁵³

Vụ thứ hai được phán quyết ngay ngày hôm sau, liên quan đến quy định về phá thai của Đức. Hội đồng trích dẫn quyết định của mình ngày hôm trước (nhấn mạnh ý 'ở một mức độ nhất định') và bổ sung thêm rằng 'do đó đời sống tình dục cũng là một phần của cuộc sống riêng tư; và cụ thể là những quy định pháp luật về phá thai là một sự can thiệp vào cuộc sống riêng tư và sự can thiệp đó có thể phù hợp hoặc không phù hợp với tinh thần của Điều 8(2)'.⁵⁴

Năm 1984, Tòa án Tối cao Mỹ đã bắt đầu nói về '*các quyền lựa chọn kết giao và duy trì một số mối quan hệ con người thân mật*' mà 'phải được bảo vệ khỏi sự can thiệp không hợp lý của Nhà nước'. Tòa án Tối cao nói thêm rằng đây 'có thể được gọi là [...] Quyền

kết giao thân mật⁵⁵. Ở Mỹ, cụm từ 'quyền kết giao thân mật' đã trở thành thuật ngữ cho một quyền mới của con người mà Tòa án Tối cao đã rút ra từ các án lệ về quyền riêng tư.⁵⁶

Có sự tương đồng rõ rệt giữa thuật ngữ châu Âu và thuật ngữ của Mỹ. Tuy nhiên, tôi (đến nay) chưa tìm hiểu được liệu nhận định của Tòa án Tối cao Mỹ năm 1984 có - trực tiếp hoặc gián tiếp - dựa trên những quyết định năm 1976 của Ủy ban Nhân quyền châu Âu hay không. Và tôi cũng chưa tìm hiểu được liệu Tòa án Tối cao của Mỹ hay Ủy ban Nhân quyền châu Âu có dựa trên học thuyết của Maslow (hay các nghiên cứu khoa học tâm lý tương tự) hay không.

Có vẻ như Tòa án Tối cao Mỹ năm 1984 chưa biết đến các quyết định của Ủy ban Nhân quyền châu Âu trong vụ kiện liên quan đến quy định phá thai của chính phủ Đức⁵⁷. Rất có thể Tòa án Tối cao đã phần nào dựa vào một nghiên cứu của Karst năm 1979/1980, tuy nhiên nghiên cứu của Karst không định nghĩa khái niệm 'kết giao thân mật' như cụm từ được sử dụng sau này bởi Tòa án. Karst không đề cập đến Maslow cũng như Ủy ban Nhân quyền châu Âu, mà chỉ dẫn chiếu một số nghiên cứu tâm lý⁵⁸. Tuy nhiên, khi đưa ra khái niệm 'quyền tự do kết giao thân mật', Karst dựa trên phán quyết của Tòa án Tối cao Mỹ trong vụ *Griswold v. Connecticut*⁵⁹, về quyền sử dụng biện pháp tránh

thai của một cặp vợ chồng - trong một vài câu của phán quyết đó, Tòa án Tối cao Mỹ gọi hôn nhân là 'một sự kết giao' có tính 'thân mật'⁶⁰. Những từ ngữ mà Tòa án Tối cao sử dụng có thể là sự phản chiếu những tư tưởng trong các tác phẩm của John Witherspoon. Vào cuối thế kỷ 18, tác giả đã liệt kê 'các quyền hoàn hảo ở một trạng thái tự do tự nhiên', trong đó có việc một người có 'quyền kết giao, nếu muốn, với bất kỳ một hoặc nhiều người nào mà người đó có thể thuyết phục (chứ không phải cưỡng ép) - và đó cũng là ý nghĩa ẩn chứa trong quyền kết hôn'.⁶¹ Sau này Richards cho rằng nhận định của Witherspoon là đủ khái quát để phản ánh ý nghĩa của khái niệm 'quyền có một cuộc sống lứa đôi' vượt ra khỏi hôn nhân.⁶²

Cũng có thể các thành viên của Hội đồng châu Âu năm 1976 đã biết về vụ kiện nổi tiếng *Griswold*. Nhưng nó cũng không thực sự lý giải được điều gì đã khiến Hội đồng nhấn mạnh hơn tới 'quyền thiết lập và phát triển mối quan hệ với những người khác'. Cũng có thể vì ngay năm trước đó, Hội đồng đã coi 'đời sống tình dục của một người' là một 'khía cạnh quan trọng' của cuộc sống cá nhân⁶³. Tất nhiên, các xu hướng xã hội và văn hóa ở thập kỷ 1960 và 1970 có lẽ đã ảnh hưởng đến các thành viên của Hội đồng.

Trong những năm sau đó, còn có nhiều tòa án quốc tế và quốc gia khác, cũng như các nhà làm luật, đã

15

bắt đầu nhận thấy rằng con người phải được tôn trọng trong mối quan hệ hướng tới người khác - cho dù họ hướng tới người cùng giới hay khác giới, và cho dù việc họ hướng tới người khác thể hiện sự khát khao tình dục hay hoạt động tình dục. Điều này dẫn đến việc thuật ngữ 'xu hướng tình dục' (hoặc các thuật ngữ tương tự) đã được đưa vào cách giải thích của nhiều quy định pháp luật chống phân biệt đối xử quốc tế, châu Âu, quốc gia và địa phương,⁶⁴ hoặc thậm chí đưa vào cả lời văn của những quy định đó⁶⁵. Quan trọng hơn, tư tưởng chung về việc con người phải được tôn trọng trong mối quan hệ hướng tới người khác đã được thừa nhận mạnh mẽ trong pháp luật về quyền con người. '*Quyền thiết lập và phát triển mối quan hệ với người khác*' đã trở thành một phần trong pháp luật án lệ chuẩn mực của Tòa án Nhân quyền châu Âu kể từ phán quyết năm 1992:

'Tòa án thấy không cần thiết và cũng không thể có một định nghĩa bao quát đầy đủ khái niệm "cuộc sống riêng tư" của một người. Tuy nhiên, việc giới hạn khái niệm này trong một "thế giới bên trong" liên quan đến một mình cá nhân đó và loại trừ toàn bộ thế giới bên ngoài là cách nhìn quá hạn chế. Quyền được tôn trọng cuộc sống riêng phải bao gồm cả, ở một mức độ nhất định, quyền được thiết lập

16

và phát triển quan hệ với những người khác. Hơn thế nữa, dường như không có lý do mang tính nguyên tắc nào cho thấy khái niệm "cuộc sống riêng tư" phải được hiểu theo nghĩa loại trừ các hoạt động nghề nghiệp hay kinh doanh của một người, vì chính những hoạt động đó đem lại cho nhiều người một cơ hội lớn nếu không muốn nói là lớn nhất trong việc phát triển quan hệ với thế giới bên ngoài.⁶⁶

Tòa án châu Âu trong phán quyết của mình hồi tháng 12 năm 1992 đã không dẫn chiếu đến các quyết định của Ủy ban Nhân quyền châu Âu về quyền này. Nhưng trước đó vài tháng, những quyết định này đã từng được thẩm phán Martens đề cập đến trong phần lập luận riêng của mình (bổ sung vào phán quyết đồng thuận của tòa). Ông viết như sau:

'Sự trục xuất chắc chắn sẽ cắt đứt mọi mối quan hệ xã hội giữa người bị trục xuất và cộng đồng nơi người đó sinh sống. Do đó, tôi nghĩ rằng sự tống hòa của các mối quan hệ có thể được coi là một phần của khái niệm cuộc sống riêng tư, như ý nghĩa của Điều 8. [...] Đúng là, khi đọc thoáng qua, các từ ngữ trong điều khoản này dường như quy định, điều ngược lại. Toàn bộ quy định rõ ràng đảm bảo sự tôn trọng một thế giới bên trong mà ở đó một người có thể sống theo ý mình, sống cuộc sống riêng tư theo cách

của mình. Khái niệm "thế giới bên trong" này mặc định rằng một "thế giới bên ngoài", về mặt logic mà nói không nằm trong khái niệm cuộc sống riêng tư. Tuy nhiên, khi suy xét kỹ, khái niệm "thế giới bên trong" này dường như quá hạn chế. Bản thân khái niệm "cuộc sống gia đình" trong quy định đã mở rộng thế giới đó, một người còn có các mối quan hệ họ hàng - những người không thuộc phạm vi gia đình theo nghĩa chặt chẽ của nó. Dĩ nhiên mối quan hệ với gia đình, người thân, như với cha mẹ, thuộc phạm vi quyền được tôn trọng theo quy định Điều 8. Nhưng điều này còn đúng cả với các mối quan hệ của một người với người yêu, với với bạn bè. Do đó, tôi hoàn toàn nhất trí với quan điểm đã được Hội đồng khẳng định nhiều lần rằng "quyền được tôn trọng cuộc sống riêng tư" "còn bao gồm cả, ở một mức độ nhất định, quyền thiết lập và phát triển các mối quan hệ với người khác - đặc biệt trong lĩnh vực tình cảm - để phát triển và hoàn thiện nhân cách của một người" [...].⁶⁷

Kể từ năm 1998, Tòa án Hiến pháp Nam Phi đã mạnh mẽ thừa nhận quyền 'thiết lập và nuôi dưỡng các mối quan hệ con người'⁶⁸. Tòa án Tối cao Fiji cũng đã làm tương tự từ 2005.⁶⁹ Từ 2010, Tòa án Nhân quyền Liên Mỹ cũng đã thừa nhận 'quyền thiết lập và phát triển các mối quan hệ với người khác':

'Về cáo buộc vi phạm Điều 11 của Công ước châu Mỹ cũng dựa trên các tình tiết này, Tòa đã nêu rõ rằng [...] nội dung của nó bao gồm, *bên cạnh nhiều thứ khác*, sự bảo vệ đối với cuộc sống riêng tư. [...] Tuy nhiên, khái niệm cuộc sống riêng tư là một thuật ngữ có phạm vi bao phủ rộng, không thể nào định nghĩa đầy đủ, [...] nhưng bao gồm, trong số nhiều thứ khác, đời sống tình dục, [...] và quyền thiết lập và phát triển các mối quan hệ với người khác. [...] Tòa thấy rằng hành vi hãm hiếp [...] vi phạm những khía cạnh và giá trị căn bản của cuộc sống riêng tư của nguyên đơn, là một sự xâm phạm đối với đời sống tình dục của nguyên đơn, và vô hiệu hóa quyền của nguyên đơn trong việc tự do quyết định người mà mình muốn có quan hệ thân mật, khiến nguyên đơn bị mất kiểm soát hoàn toàn đối với những quyết định thầm kín và riêng tư nhất cũng như đối với các chức năng cơ thể căn bản nhất của nguyên đơn.'⁷⁰

Cũng giống Tuyên ngôn Toàn cầu về Nhân Quyền, *Hiến chương châu Phi về các Quyền Con người và Quyền Công dân* không đề cập đến quyền có một cuộc sống riêng tư. Tuy nhiên, điều 28 của Hiến chương Châu Phi dường như lại bao gồm một *nghĩa vụ* trong mối quan hệ với người khác: 'Mỗi cá nhân phải có nghĩa vụ tôn trọng những người xung quanh mình mà không được phân biệt đối xử, và phải duy trì các mối quan hệ nhằm thúc đẩy, bảo đảm và củng cố sự vị tha và tôn trọng lẫn nhau.' (Tất nhiên, nghĩa

17

vụ với người khác cũng hàm ý quyền được người khác thực hiện nghĩa vụ đó đối với mình.) Ngoài ra, có thể tranh luận rằng quyền riêng tư cũng đã ẩn chứa trong các quyền khác quy định bởi Hiến chương, đặc biệt là 'quyền được tôn trọng cuộc sống và nhân phẩm', 'quyền được tôn trọng phẩm giá cố hữu của mỗi con người' và 'quyền tự do và an toàn thân thể'.⁷¹

Công ước Quốc tế về các Quyền Dân sự và Chính trị quy định tại điều 17 rằng không ai có thể 'bị can thiệp bất hợp pháp và tùy tiện vào sự riêng tư của mình', nhưng Ủy ban Nhân quyền chưa có cơ hội để xem xét liệu điều này có bao gồm cả quyền thiết lập và phát triển các mối quan hệ hay không. Tuy nhiên trong phán quyết vụ kiện đối với chính phủ Úc *Toonen v. Australia*, Ủy ban đã nhận xét rằng 'điều không thể tranh cãi là hoạt động tình dục có sự thuận tình giữa hai người thành niên trong không gian kín đáo' là một phần trong quyền 'riêng tư'⁷². Tuy nhiên, một điều chưa rõ là liệu sự bảo vệ đó có áp dụng đối với những khía cạnh ít kín đáo hơn, hoặc ít dục tính hơn của đồng tính ái hay không.

Các quan điểm diễn giải của các cơ quan nhân quyền ở châu Âu, Nam Phi, Fiji và Liên Mỹ đều rộng hơn thuật ngữ sử dụng bởi Tòa án Tối cao Mỹ vốn chỉ giới hạn trong một số mối quan hệ 'thân mật' nhất định. Điều này là phù hợp bởi không phải mọi hành vi tình dục hay các cử chỉ thân mật đều là một

18

phần của quan hệ 'thân mật'. Một cuộc hẹn hò lần đầu hoặc lần hai với một ai đó (hoặc thực chất chỉ là một lần quan hệ tình dục chớp nhoáng hay tình một đêm) có thể đã có những hành vi rất thân mật và sự rung động cảm xúc sâu sắc, nhưng sẽ là quá sớm nếu coi đó là một 'mối quan hệ thân mật', chứ đừng nói đến sự 'kết giao thân mật'. Do đó, một thuật ngữ rộng hơn có vẻ được ưa thích ở bên ngoài nước Mỹ.⁷³

Những cách diễn đạt không dùng từ 'thân mật' cũng được ưa thích hơn so với cách diễn đạt 'khía cạnh thân mật nhất của đời sống riêng tư' đã được Tòa án Nhân quyền châu Âu sử dụng từ phán quyết vụ *Dudgeon* năm 1981 (kết luận rằng pháp luật Bắc Ailen cấm quan hệ tình dục đồng thuận giữa hai nam giới thành niên là một sự vi phạm quyền được tôn trọng cuộc sống riêng tư)⁷⁴. Các mối quan hệ cá nhân không nhất thiết, và chắc chắn không phải lúc nào cũng mang tính 'thân mật'. Các mối quan hệ thường bắt đầu từ những nơi công cộng (nơi làm việc, sân nhảy, trên mạng trực tuyến), và thường phát triển dần qua những hành vi chung ở nơi công cộng (khiêu vũ cùng nhau, nắm tay nhau, hôn nhau)⁷⁵. Khái niệm 'thiết lập các mối quan hệ' cũng bao gồm cả những cảm xúc và sự thu hút, hấp dẫn nhau từ trước khi hai bên bắt đầu mối quan hệ. Khi đã được hình thành, mối quan hệ yêu đương thường có tính thân mật cao giữa hai người. Nhưng khi mối quan hệ của hai người tiếp tục phát triển đến mức cao hơn, họ có thể lựa chọn xuất hiện ở nơi công cộng và xã hội trong tư

cách một cặp đôi. Lúc này, sự kết giao giữa họ không còn được xác định *đơn thuần* bởi tính chất thân mật. Và việc sử dụng từ 'thân mật' có thể cản trở khía cạnh *xã hội* này trong đời sống riêng tư của họ. Việc loại bỏ từ 'thân mật' sẽ đem lại một khái niệm có tính khái quát cao hơn, dễ dàng được nhìn nhận là một nhu cầu thông thường của con người và là một yếu tố cốt lõi của các quyền tự do căn bản khác, đặc biệt là các quyền tự do tôn giáo, hội họp, kết giao và lập hội. Trước khi chuyển sang các hàm ý pháp lý của khái niệm *quyền được gắn bó* rất căn bản này,⁷⁶ có lẽ tôi nên nói rõ rằng ở nhiều nơi trên thế giới, việc công nhận quyền này đã được thúc đẩy nhờ sự kết hợp một số bước đệm quan trọng không mang tính pháp lý. Trong số những bước đệm đó, tôi đã từng nhắc đến thuyết tâm lý nổi tiếng của Maslow về các nhu cầu căn bản của con người và 'các nhu cầu về tình yêu' là một trong năm nhóm nhu cầu căn bản của con người.

Bước đệm thứ hai là động lực khá mạnh về văn hóa (và tôn giáo cũng như kinh tế) trong việc hình thành một mối quan hệ thân thiết với ai đó. Chính vì cả văn hóa và pháp luật đều đề cao tình yêu, sự kết giao và gia đình, nên sự phủ nhận của văn hóa và pháp luật đối với tình yêu đồng giới có thể làm các cá nhân đồng tính cảm thấy đặc biệt đau khổ. Chứng ghê sợ đồng tính là sự kỳ thị đối với một thứ tình cảm - mà ở cấp độ khái quát - vẫn được coi là một trong những hình thức thể hiện cao nhất của hạnh phúc. Nó là một ví dụ điển hình của sự mâu

thuẫn, giằng xé về cảm xúc. Có thể hình dung như thế này: xã hội bảo rằng mọi cá nhân đều phải tìm một người để yêu, nhưng xã hội lại bảo người đồng tính rằng họ không được yêu người mà họ *muốn yêu*.

Thứ ba, xã hội đã từng bước thừa nhận quyền không bị phân biệt đối xử trong việc tạo dựng mối quan hệ với người khác; điều này phần nào nhờ vào số lượng ngày càng đông phụ nữ cũng như nam giới đã can đảm và tự hào công khai *tình yêu* đồng giới, *sự kết đôi* đồng giới hay *quan hệ vợ chồng* đồng giới của mình⁷⁷. Qua đó khẳng định rằng quyền kết đôi - và cả kết hôn - không phải là đặc quyền của người dị tính. Hai trong số những cặp đôi đồng giới 'công khai' nhất thế giới cũng có mặt ở đây ngày hôm nay. Và tôi xin được ngả mũ và cúi người để bày tỏ sự kính trọng của mình đối với họ.

Và bước đệm vững chắc thứ tư chính là một loạt các tác phẩm nghệ thuật, văn chương và giải trí đã đặc tả nhu cầu tâm lý này, bổn phận văn hóa này, và thực tế của mối quan hệ đồng giới này. Ban Giám hiệu không cho phép sử dụng các công cụ nghe nhìn đa phương tiện trong giảng đường này. Vì vậy tôi không thể bắt một số bài hát và đoạn phim đang hiển hiện trong trí óc tôi. Rất nhiều trong số đó không phải khắc họa một mối quan hệ hiện hữu, mà là một mối quan hệ đã khất khao từ lâu. Như một bài thơ đã viết '*mối tri*

19

âm mà lòng ta hằng mơ tưởng khôn nguôi'.⁷⁸ Tôi cũng khuyên các bạn hãy tìm xem bộ phim ca nhạc *8 Femmes* [tạm dịch: tám người phụ nữ] của đạo diễn François Ozon sản xuất năm 2002, trong đó một nhân vật nữ đồng tính, nữ quản gia da đen, hát bài '*Pour ne pas vivre seul*'⁷⁹ [tạm dịch: Để không phải sống trong cô độc] của Dalida năm 1973. Hoặc hãy nghĩ đến Robert, anh chàng độc thân vui vẻ với bài hát '*Being alive*'⁸⁰ [Tạm dịch: Sống] trong vở nhạc kịch *Company* của Stephen Sondheim năm 1970.

6. Pháp luật

Như vậy quyền được gắn bó là một quyền được hình thành và củng cố dựa trên một nhu cầu của con người, dựa trên một bổn phận văn hóa, dựa trên thực tế của những người đồng tính nam và nữ, trên sự khắc họa của phim ảnh, thơ ca, và quan trọng không kém - còn dựa trên quy định pháp luật.

Quyền được thiết lập và phát triển các mối quan hệ đã được thừa nhận công khai trong nhiều vụ kiện về quyền con người,⁸¹ trong đó thực ra chỉ có một số vụ liên quan đến xu hướng tình dục⁸². Quyền được gắn bó còn được thể hiện một cách ẩn ý trong nhiều quyết định tư pháp quốc gia và quốc tế khác, đặc biệt là những quyết định đã dẫn đến việc chấm dứt các điều khoản cấm *hành vi tình dục* đồng giới hoặc *hôn nhân* đồng giới, hoặc đã

20

dẫn đến việc xem lại các hình thức *phân biệt đối xử* khác đối với người đồng tính.⁸³ Tương tự, việc hưởng quyền được gắn bó đã được thúc đẩy đáng kể bởi những diễn biến lập pháp về các vấn đề này ở nhiều nước.⁸⁴

Tại Tòa án Nhân quyền châu Âu và Ủy ban Nhân quyền, các cặp đồng tính trước tiên đã được công nhận trong 'phần thân mật nhất' của cuộc sống riêng tư (tức là trong cuộc sống tình dục của họ)⁸⁵. Sau đó, họ đã được thừa nhận như những cặp có quan hệ chung sống *thực tế*,⁸⁶ và gần đây, họ được thừa nhận như các cặp có cuộc sống gia đình⁸⁷. Nhưng, cho đến nay, họ vẫn chưa được thừa nhận có quyền 'hôn nhân'⁸⁸. Tương tự, quan hệ tình dục giữa những người thành niên đồng giới hiện đã được coi là hợp pháp ở khoảng 120 nước, một con số đã tăng gấp đôi kể từ 1970 (Pháp là nước đầu tiên phi hình sự hóa năm 1791). Pháp luật chống phân biệt đối xử dựa vào xu hướng tình dục đã được thông qua ở khoảng 55 nước (đầu tiên tại Na-uy năm 1981). Các cặp đồng giới đã được hưởng một mức độ thừa nhận nhất định của pháp luật ở khoảng 35 quốc gia (đầu tiên là Hà Lan vào năm 1979). Hôn nhân đồng giới đã được hợp pháp hóa ở 11 nước (đầu tiên tại Hà Lan năm 2001) và ở một số bang của 3 quốc gia khác; ngoài ra còn có khoảng 15 quốc gia khác đã có một hình thức công nhận chính thức cho quan hệ giữa hai người đồng giới mà không phải là hôn nhân, ví dụ kết đôi có đăng ký (Đan Mạch là nước đầu tiên làm điều này năm 1989).⁸⁹ Một khía cạnh hẹp của

quyền thiết lập và phát triển các mối quan hệ đã được thể hiện trong quyền kết hôn, quyền lập gia đình và quyền được tôn trọng cuộc sống gia đình⁹⁰. Như chúng ta đã thấy, các tòa án quốc tế và quốc gia đã giải thích một quyền rộng và căn bản hơn đó là quyền thiết lập và phát triển quan hệ (như là một phần của quyền được tôn trọng cuộc sống riêng tư). Quyền này đã được giải thích lại bởi các tòa án này theo hướng bao trùm toàn bộ phạm vi áp dụng của các quyền kết hôn, lập gia đình và được tôn trọng cuộc sống gia đình. Các quyền này bây giờ chỉ là những khía cạnh của quyền được gắn bó, và do đó là một phần của quyền được tôn trọng cuộc sống riêng tư.

Liên kết mới giữa các yếu tố của Điều 8 Công ước Nhân quyền của châu Âu được thể hiện như sau:

- Quyền được tôn trọng cuộc sống riêng tư không chỉ bao gồm cuộc sống của mỗi cá nhân, mà còn bao gồm cả việc thiết lập và phát triển mối quan hệ với người khác.⁹¹
- Quyền thiết lập và phát triển các mối quan hệ không chỉ bao gồm các mối quan hệ gia đình mà còn bao gồm cả các mối quan hệ ngoài gia đình ('có tính chất công việc hoặc nghề nghiệp').⁹²
- Quyền được tôn trọng cuộc sống gia đình không chỉ bao gồm các mối quan hệ hôn nhân và cha mẹ, con cái, mà còn bao gồm cả các mối quan hệ

không phải là hôn nhân.⁹³

- Quyền được tôn trọng cuộc sống gia đình không chỉ áp dụng với các mối quan hệ kết đôi khác giới mà cả các mối quan hệ kết đôi đồng giới.⁹⁴

Do đó, cuộc sống gia đình (trong đó có hôn nhân) chỉ là một phần trong cuộc sống riêng tư.

Câu hỏi nảy sinh là liệu quyền kết hôn có nên được coi là một khía cạnh của quyền *thiết lập* các mối quan hệ, hoặc một khía cạnh của quyền *phát triển và nuôi dưỡng* các mối quan hệ. Ngày nay, ở nhiều nền văn hóa phương Tây, hôn nhân hiếm khi là cách khởi đầu một mối quan hệ. Hôn nhân không còn được coi là *sự hình thành* gia đình. Đối với phần lớn các cặp kết hôn, hôn nhân chỉ là một hình thức để *chính thức hóa* gia đình. Do đó, chỉ nên coi hôn nhân vào nhóm quyền *phát triển* các mối quan hệ, chứ không phải nhóm quyền *thiết lập* các mối quan hệ.

Cũng có thể đặt vấn đề tương tự đối với hoạt động tình dục. Ít nhất đối với nhiều người phương Tây, quan hệ tình dục không còn *chỉ* là một cách để phát triển và nuôi dưỡng một mối quan hệ hiện có. Đối với nhiều người - không loại trừ những người đồng tính nam - quan hệ tình dục cũng còn là một cách để thiết lập một mối quan hệ. Do đó, cả quyền thiết lập các mối quan hệ và quyền phát triển các mối quan hệ đòi hỏi phải chấm dứt việc hình sự hóa hành vi tình

21

dục đồng giới. Phần lớn pháp luật cấm tình dục đồng giới đều không thực sự hiệu quả trong việc ngăn ngừa hoạt động tình dục đồng giới đó diễn ra. Nhưng những quy định đó lại tạo ra những cản trở lớn đối với việc công khai xu hướng tình dục, tìm bạn và phát triển các mối quan hệ của những người đồng tính nam, đồng tính nữ và song tính. Những quy định kiểu như vậy vô hình trung đã tạo cơ hội cho việc dọa dẫm tống tiền⁹⁵, chúng làm cho người đồng tính sợ bị phát hiện, chúng tạo ra suy nghĩ lệch lạc rằng phân biệt đối xử với người đồng tính là điều hợp lý, chúng cổ súy tư tưởng rằng bạo lực với người đồng tính chẳng có gì là xấu, và chúng khắc họa một cách méo mó hình ảnh người đồng tính như là những kẻ tội phạm⁹⁶. Qua đó, những quy định pháp luật này có tác động tiêu cực rất lớn đối với khả năng thiết lập và phát triển các mối quan hệ của người đồng tính.

Mặc dù phi hình sự hóa đã trở thành xu hướng phát triển liên tục trên thế giới kể từ cuối thập kỷ 1960⁹⁷, nhưng với nhiều nước, việc phi hình sự hóa dường như còn quá xa vời. Tuy vậy, chúng ta *cũng* cần hoan nghênh những bước tiến nhỏ, dù chưa đạt được chuẩn mực tối thiểu của quốc tế về phi hình sự hóa hoàn toàn⁹⁸ nhưng cũng đã xích lại gần hơn với việc đáp ứng yêu cầu đó, và nhờ vậy tạo điều kiện cho *một số* người nữa thiết lập các mối quan hệ thân mật.

Lịch sử của những quốc gia khác cho thấy rất nhiều

22

bước tiến nhỏ, trung gian có thể được thực hiện để tiệt cận mục tiêu cuối cùng⁹⁹. Khá nhiều trong số đó (như chính sách không truy tố, truy tố có chọn lọc, hoặc hình phạt có tính khoan hồng) không đòi hỏi quốc hội phải ban hành luật, mà chỉ cần một sáng kiến nào đó của chính phủ, bộ trưởng tư pháp, thủ trưởng cơ quan điều tra, viện kiểm sát hoặc của tòa án. Mỗi bước tiến nhỏ như vậy cũng có thể tạo thuận lợi hơn *chút ít* để những người LGBT có thể thiết lập và phát triển các mối quan hệ. Việc từng bước chấp nhận khía cạnh này của đời sống riêng tư cũng có thể thực hiện được ở một số nước tương đối bảo thủ trên thế giới. Cần phải thực tế và nhớ rằng nhiều nước châu Âu và châu Mỹ cũng chỉ đi những bước rất nhỏ, thận trọng trong việc xóa bỏ những quy định hình sự hóa đồng tính ái.¹⁰⁰ Và đại đa số các quốc gia trên thế giới vẫn duy trì một hình thức phủ nhận nào đó của pháp luật đối với đồng tính ái (đôi khi chỉ bằng cách sử dụng một số từ ngữ khác đi để nói về cái mà thực tế chính là việc kết hôn giữa hai người cùng giới, hoặc bằng cách từ chối công nhận hôn nhân cùng giới cho các mục đích xác định quan hệ cha con).

Những quốc gia mà *hiện nay* vẫn duy trì hình sự hóa đồng tính ái cần được khuyến khích thực hiện các biện pháp đảm bảo quyền được gắn bó để *ít nhất* bù đắp cho sự hà khắc đó. Ví dụ, sự can thiệp tích cực của cảnh sát trong những vụ bạo lực hoặc đe dọa người đồng tính;¹⁰¹ Sự tôn trọng không phân biệt đối

xử xu hướng tình dục đối với các quyền tự do kết giao, hội họp và thông tin; và đưa xu hướng tình dục vào các quy định pháp luật chống phân biệt đối xử. Trước khi chấm dứt hình sự hóa tình dục đồng giới, ít nhất năm quốc gia ở châu Phi đã đưa quy định cấm phân biệt đối xử dựa trên xu hướng tình dục vào luật lao động và việc làm.¹⁰²

7. Quyền công khai xu hướng tình dục và quyền được đến với nhau

Quyền được gắn bó có hai khía cạnh: quyền thiết lập (hoặc tham gia vào) các mối quan hệ; và quyền phát triển (hoặc duy trì, nuôi dưỡng) các mối quan hệ.¹⁰³ Quyền thiết lập các mối quan hệ đồng giới hàm chứa hai quyền cụ thể:

- quyền được công khai xu hướng tình dục (công khai thể hiện việc mình bị thu hút hoặc hấp dẫn bởi người cùng giới);
- quyền được đến với nhau (gặp gỡ, giao lưu với những người có xu hướng tình dục tương tự và/hoặc cùng giới, hoặc với những người không chỉ trích đồng tính).

Hai quyền ngầm định này là rất cần thiết để người đồng tính tìm được một người kết đôi (tiềm năng) một người cùng giới và cùng xu hướng tình dục. Nếu không có ít nhất một vài người công khai xu hướng tình dục hoặc gặp gỡ nhau, một phụ nữ sẽ không bao giờ có cơ hội để thiết lập một mối quan

hệ thân mật với một phụ nữ khác, và một nam giới sẽ không bao giờ có thể thiết lập được một mối quan hệ thân mật với một nam giới khác. Các quyền công khai xu hướng tình dục và đến với nhau còn rất hữu ích cho việc tìm được bạn bè đồng cảnh ngộ - những người hiểu được thế nào là bị hấp dẫn bởi một người cùng giới, thế nào là có một bạn tình cùng giới, hoặc thế nào là bị phân biệt đối xử vì đồng tính.

Quyền được công khai xu hướng tình dục có thể được coi là nằm trong quyền tự do bày tỏ/thể hiện, nhưng đồng thời cũng là một yếu tố cốt lõi của quyền được gắn bó (là một phần của quyền được tôn trọng cuộc sống riêng tư).¹⁰⁴ Quyền được công khai xu hướng tình dục bao trùm nhiều hình thức thể hiện hoặc biểu đạt khác nhau, từ việc đeo vòng tay sáu sắc cầu vồng hoặc thể hiện các tín hiệu mã hóa kín đáo để người khác có thể nhận thấy, cho đến việc nói một câu giản dị 'tôi nghĩ là tôi yêu bạn mất rồi' (ít nhất là bạn có thể sử dụng câu này với người chưa biết rằng bạn là người bị hấp dẫn bởi người cùng giới). Và cũng biến thiên từ một câu cổ điển 'có một điều mà tôi muốn bạn biết', cho đến việc kể cho sinh viên nghe về vợ bạn hoặc kể cho đồng nghiệp nghe về bạn trai của bạn. Việc công khai xu hướng tình dục có thể được thực hiện một cách tình cờ, hoặc mập mờ, hoặc rất kín đáo. Nó có thể được thực hiện qua những lời nói, cử chỉ đầy ẩn ý, nhưng cũng có thể thể hiện trực tiếp trên một trang web, trong một cuộc phỏng vấn, hoặc thông qua việc tham gia

23

Một xe diễu hành trong đoàn diễu hành vì quyền của người LGBT. Và điều đó cho thấy ranh giới không rõ ràng giữa công khai xu hướng tình dục và đến với nhau. Nhiều người công khai xu hướng tình dục mà chẳng cần tuyên bố một lời nào về chuyện đó, chỉ đơn giản là đến một chỗ hoặc tới dự một sự kiện mà ở đó sẽ không ai mặc định họ là người dị tính. Đó là một trong những lý do tại sao các quán bar, bãi biển, bãi tắm, khu cắm trại, du thuyền hay quán café của người đồng tính lại quan trọng đến vậy. Và các trang hẹn hò trực tuyến, các mạng lưới LGBT tại các trường đại học và các công ty, các liên minh giữa người đồng tính và dị tính ở trường học và ở các cơ sở dưỡng lão, cộng với một liên hoan phim về chủ đề LGBT ở mỗi vùng đều là cực kỳ quan trọng trong việc tạo ra cơ hội để những người LGBT gặp gỡ những người khác - những người có thể muốn cùng chia sẻ cảm xúc, hoặc chia sẻ tương lai với họ. Nếu không thể công khai xu hướng tình dục và đến với nhau, thì các mối quan hệ đồng giới sẽ chẳng được hình thành và thiết lập, chứ đừng nói đến chuyện được nuôi dưỡng và phát triển.

Ví dụ rõ rệt nhất của quyền công khai xu hướng tình dục có thể thấy trong pháp luật tị nạn, như Cao ủy LHQ về Người Tị nạn đã nói:

'Một người không thể bị Nhà nước đòi hỏi hoặc yêu cầu thay đổi hoặc che giấu bản dạng

24

của mình để tránh sự truy bức, hành hạ. Như đã được khẳng định bởi nhiều cơ quan tài phán, sự ngược đãi, bức hại sẽ không chấm dứt chỉ bởi vì những nạn nhân có thể xóa bỏ những nguy cơ bị ngược đãi bằng cách kim nén và né tránh. [...] Một người không có nghĩa vụ phải "kín đáo" hoặc phải thực hiện một số việc cụ thể để tránh sự truy bức, như sống cách ly, ẩn dật, hay kim nén bản thân để không có những mối quan hệ thân mật.¹⁰⁵

Nếu điều này được áp dụng trong pháp luật tị nạn thì chắc chắn nên được áp dụng trong giáo dục,¹⁰⁶ chăm sóc sức khỏe,¹⁰⁷ và lao động, việc làm¹⁰⁸, bao gồm cả việc phục vụ trong quân đội.¹⁰⁹ Công khai là một trong những khía cạnh cốt lõi của xu hướng tình dục, và vì vậy phải được đưa vào phạm vi áp dụng của mọi quy định chống phân biệt đối xử dựa trên xu hướng tình dục. Đây là một chủ đề đòi hỏi một công trình nghiên cứu pháp luật so sánh nghiêm túc để xem xét những cách làm khác nhau của các quốc gia trong việc bác bỏ, thừa nhận, xây dựng hay áp dụng quyền 'công khai xu hướng tình dục'. Một nghiên cứu như vậy cần xem xét cả những rào cản ngoài pháp luật có chức năng tương tự các quy định cấm ví dụ, người muốn công khai xu hướng tình dục có thể cảm thấy nản chí vì lo sợ bị bắt giữ bởi cảnh sát, mất việc làm, bị đuổi khỏi nhà đang thuê, bị đuổi học, bị bắt nạt, trở thành nạn nhân của bạo lực, v.v...

Có thể nói rằng quyền công khai xu hướng tình dục của cá nhân còn đồng nghĩa với nghĩa vụ của nhà nước trong việc chủ động bảo vệ người công khai xu hướng tình dục khỏi tình trạng bị bắt nạt và bạo lực chống đồng tính. Nghĩa vụ đó có thể áp dụng cả ở những nơi công cộng, nơi làm việc, trường học, cơ sở chăm sóc sức khỏe.... Nếu một môi trường công cộng hoặc riêng tư không đảm bảo được sự an toàn cho người đồng tính, thì quyền công khai xu hướng tình dục, quyền được đến với nhau, và qua đó là quyền được gắn bó chỉ là những ảo tưởng hão huyền. Tất nhiên, các cơ quan chức năng không được bác bỏ các quyền tự do hội họp và kết giao của những người LGBT vì những quyền đó đã được quy định và bảo đảm trong hiến pháp và trong các điều ước quốc tế về quyền con người. Quyền được gắn bó, và ngầm chứa trong nó là quyền được đến với nhau của LGBT tái khẳng định rằng những quyền tự do đó là vô cùng quan trọng đối với một số nhóm thiểu số trong xã hội.

Tuy nhiên, quyền được gắn bó còn có một ý nghĩa lớn hơn khi nói đến các sự kiện và mạng lưới *trong nội bộ một tổ chức nhà nước hoặc tư nhân*. Người lao động trong các công ty lớn và các tổ chức khác cũng như học sinh, sinh viên (và cả cán bộ) ở các trường học phổ thông và đại học ở nhiều nước đã khởi xướng các sáng kiến tổ chức các cuộc gặp mặt của cộng đồng LGBT hoặc thậm chí là bắt đầu thiết lập các mạng lưới LGBT sinh hoạt đều đặn trong tổ

chức, đơn vị của mình. Đại học Leiden cũng không phải là ngoại lệ.¹¹⁰ Nghiên cứu pháp luật so sánh có thể giúp chúng ta tìm hiểu xem các hệ thống pháp luật khác nhau xử lý như thế nào với các tổ chức sử dụng lao động và cơ sở giáo dục, đào tạo ngăn cản những sáng kiến này. Liệu việc không cho phép tổ chức những buổi gặp mặt hoặc những mạng lưới như vậy có thể bị coi là một hình thức của phân biệt đối xử dựa trên xu hướng tình dục, hay một sự vi phạm đối với quyền tự do hội họp hay kết giao hay không?¹¹¹ Liệu các lập luận đưa ra để bảo vệ cho tầm quan trọng của những sáng kiến này có đề cập đến quyền được gắn bó của người lao động và sinh viên hay không?

Và, nói về 'sự tương đồng chức năng': Những hình thức không chính thức đã được những người có quan hệ cùng giới sử dụng để giao lưu, kết nối với nhau là gì? Hãy nghĩ đến các bữa tiệc riêng tư của họ đã bị cảnh sát đột kích ở một số nước. Và tất cả những sàn nhảy, quán bar cho người đồng tính nam (và nữ). Còn những nhà tắm hơi và các du thuyền không mái ở nhiều thành phố trên khắp thế giới. Và đừng quên rất nhiều không gian hẹn hò, gặp gỡ ảo trên mạng. Đối với nhiều người, những hình thức giao lưu đó là một cách thức thiết yếu để thiết lập các mối quan hệ - cho một giờ, một đêm, một mùa hè, và cho cả cuộc đời.¹¹² Khái niệm 'quyền được gắn bó' giúp chúng ta có thể khám phá lãnh địa pháp luật mới này từ góc nhìn quyền con người.

25

8. Nuôi dưỡng các mối quan hệ

Các nước trên thế giới có sự khác biệt khá lớn trong việc đảm bảo quyền thiết lập và nuôi dưỡng mối quan hệ của các cặp đôi đồng giới.¹¹³ Nghiên cứu pháp luật so sánh trong lĩnh vực này cho đến nay chủ yếu tập trung vào một trong hai khía cạnh (thường là các địa vị pháp lý chính thức mà các cặp có thể đăng ký cho mối quan hệ của mình, hoặc các hệ quả pháp lý nảy sinh từ mối quan hệ của họ hoặc từ địa vị pháp lý đã được công nhận của mối quan hệ đó).¹¹⁴ Để nghiên cứu so sánh toàn diện hơn, có lẽ cần tách biệt năm khía cạnh của quyền được phát triển các mối quan hệ: sự tôn trọng (đối với quyền đó), sự bảo vệ, sự thừa nhận (của pháp luật), sự chính thức hóa và sự công nhận mối quan hệ đã được chính thức hóa ở nước ngoài.

26

a. Sự tôn trọng. Đây là khía cạnh được thể hiện trực tiếp trong câu chữ của 'quyền gốc' mà từ đó chúng ta suy ra quyền được gắn bó: 'quyền gốc' là quyền được tôn trọng cuộc sống riêng.¹¹⁵ Việc không hình sự hóa các hành vi thân mật giữa hai người kết đôi đồng giới có thể được coi như chuẩn mực tối thiểu của sự tôn trọng phải có theo những diễn giải hiện nay của pháp luật nhân quyền quốc tế.¹¹⁶

b. Sự bảo vệ. Thường thì các quan hệ thân mật được bảo vệ bằng hai loại quy định: quy định về quyền riêng tư và quy định về chống phân

biệt đối xử. Mọi quy định cấm phân biệt đối xử dựa trên xu hướng tình dục phải được giải thích theo hướng bao gồm cả việc bảo vệ người đồng tính khỏi sự phân biệt đối xử vì tính chất *đồng giới* trong mối quan hệ của họ.¹¹⁷

Một câu hỏi khó ở đây là nếu một ngân hàng máu từ chối việc hiến máu của những nam giới đồng tính chỉ quan hệ với một bạn tình duy nhất, trong khi vẫn tiếp nhận máu những nam giới dị tính có quan hệ một vợ - một chồng, thì việc đó có bị coi là vi phạm quy định cấm phân biệt đối xử dựa trên xu hướng tình dục hay không. Một cách để thoát ra khỏi tình thế phức tạp này là nói rằng việc phân biệt đối xử nhằm tạo ra một nạn nhân, và rằng việc từ chối nhận hiến máu đó không làm cho người muốn hiến máu trở thành một nạn nhân. Tuy nhiên, như chúng ta đã thấy, một biện pháp nhằm loại trừ một số người trên cơ sở hành vi tình dục đồng giới cũng có thể gián tiếp tác động đến những người khác.¹¹⁸ Trong trường hợp này, tình hình sẽ phụ thuộc rất nhiều vào cách ngân hàng máu đó giải thích quyết định từ chối của mình. Việc từ chối phải được giải thích một cách rất khéo léo, cụ thể và chính xác. Việc giải thích chung chung theo kiểu 'quan hệ tình dục' giữa hai nam giới nguy hiểm gặp nhiều lần quan hệ 'tình dục' giữa hai người khác giới một kiểu khá quát vấn đề vừa thiếu thuyết phục vừa gây xúc phạm sẽ kéo theo nguy cơ nghiêm trọng là khiến một số

người (trẻ tuổi) hoảng sợ và rút lui vào bí mật, hoặc tự kìm nén hoặc cô độc, và dẫn đến nhiều nguy cơ đối với sức khỏe thể chất và tinh thần của họ.

c. *Sự công nhận*. Khía cạnh thứ ba là liệu mối quan hệ đồng giới có làm phát sinh hệ quả pháp lý nào không (các quyền, lợi ích, nghĩa vụ, trách nhiệm). Quy phạm tối thiểu như quy định trong pháp luật nhân quyền quốc tế - đòi hỏi rằng các hệ quả pháp lý mà pháp luật quốc gia công nhận cho các cặp khác giới chung sống thực tế cũng phải được áp dụng cho các cặp đồng giới chung sống thực tế.¹¹⁹

Với việc Tòa án, trong phán quyết năm 2010, đã công nhận rằng các cặp đồng giới có thể có 'cuộc sống gia đình' theo ý nghĩa của Điều 8 của Công ước Nhân quyền châu Âu,¹²⁰ quy phạm tối thiểu có lẽ đang dần tăng. Hiện nay có thể lập luận rằng các quốc gia phải công nhận ít nhất là một số hệ quả pháp lý quan trọng nhất của chế định hôn nhân cho các gia đình đồng giới. Quyền phát triển và nuôi dưỡng các mối quan hệ có thể giúp xác định xem những quyền nào là quan trọng nhất đối với một cặp kết đôi. Liệu có phải là quyền xin giấy phép cư trú cho bạn đời người nước ngoài? Hay quyền đảm bảo cho bạn đời một sự an toàn tài chính nhất định trong trường hợp mình qua đời trước? Hay quyền đảm

nhận một số nghĩa vụ tài chính và pháp luật nhất định đối với con riêng của bạn đời?

d. *Chính thức hóa*. Các nước có quan điểm khác nhau về việc nên hay không nên - và nếu nên, thì bằng hình thức nào - cho các cặp đồng giới hưởng quyền chính thức thiết lập mối quan hệ pháp lý đối với nhau và/hoặc với con riêng của nhau. Cho đến nay, pháp luật quốc tế không quy định chuẩn mực tối thiểu cho việc chính thức hóa cuộc sống gia đình đồng giới.¹²¹

Liệu quyền được gắn bó có hàm chứa quyền trở thành họ hàng thân thích? Đối với trẻ em, điều này có thể quan trọng: Liệu trẻ em có được hưởng một mối liên hệ pháp lý ổn định với bạn đời đang chung sống với cha/mẹ chúng - người mà trên thực tế cũng không khác gì cha/mẹ của chúng? Và điều gì sẽ xảy ra khi có tới ba hoặc bốn người lớn, có thể là trong hai gia đình, trên thực tế đang cùng nuôi dạy chúng? Các hệ thống pháp luật khác nhau đang thử nghiệm các cách thức khác nhau để đáp ứng mong mỏi của một số gia đình đồng giới trong việc chính thức hóa *mọi* mối quan hệ trong gia đình *chung sống thực tế* của họ.

Ở một số quốc gia đã hợp pháp hóa hôn nhân đồng giới, một vấn đề cũng được thảo luận khá nhiều là xử lý thế nào với việc *một số cán bộ quản lý hộ tịch từ chối làm nghi lễ và thủ tục kết*

27

*hôn cho các cặp đồng giới*¹²² - đây là những cán bộ hộ tịch (vì lý do tín ngưỡng) cương quyết phản đối việc tham gia các nghi lễ, thủ tục kết hôn của các cặp đồng giới. Nếu người đó bị thay thế bởi một đồng nghiệp và do đó sẽ không có cặp đôi đồng giới nào phải thất vọng đối với mong ước được kết hôn của họ, thì sẽ không có nạn nhân trực tiếp, và do đó không trở thành vụ phân biệt đối xử. Nhưng, cũng như trong vụ hiến máu,¹²³ cũng có thể có nạn nhân gián tiếp. Thử hình dung người công chức đó có một đứa con đồng tính vẫn chưa công khai vì chưa thấy an toàn. Đứa con đó đã tiếp nhận một tín hiệu khủng khiếp biết bao từ chính hành động từ chối của người cha. Và liệu nó sẽ cảm thấy gì khi nó thấy rõ ràng sự từ chối ấy lại đang được pháp luật dung thứ? Tất nhiên, việc biến người cha thành một kẻ tử vì đạo không thể giúp gì cho đứa trẻ trong hoàn cảnh này, và cũng chẳng ai có thể giúp nó. Nghịch lý trên đây hoàn toàn có thể giải quyết được bằng cách đảm bảo rằng mỗi đứa trẻ ở mỗi trường tiểu học và trung học ít nhất phải được nhận những thông tin không mang tính bài xích đồng tính. Và bằng cách đảm bảo rằng mỗi công chức từ chối việc tiến hành thủ tục hôn nhân đồng giới phải được giáo dục để ý thức rõ hành vi từ chối của mình sẽ gây ra những tác hại gì, không chỉ đối với hai người đến đăng ký kết

28

hôn, mà cả những người khác nữa.

e. *Công nhận mối quan hệ đã được chính thức hóa ở nước ngoài*. Cuối cùng, tôi xin kể cho các bạn những ví dụ không hay về việc không công nhận các quan hệ hôn nhân, kết đôi có đăng ký và nhận con nuôi đã được chính thức hóa ở nước ngoài. Trước tiên tôi muốn nhắc đến hai phán quyết của Tòa án Nhân quyền châu Âu yêu cầu Luc-xem-bua và Hy Lạp phải công nhận việc nhận con nuôi đơn thân đã được chính thức hóa ở nước ngoài. Hai vụ này không liên quan đến các gia đình đồng tính, nhưng lại là ví dụ rõ ràng cho thấy quyền được gắn bó (cũng như quyền không bị phân biệt đối xử và quyền được tôn trọng cuộc sống gia đình) đòi hỏi các quốc gia phải công nhận những mối quan hệ gia đình đã được chính thức hóa ở nước khác.

Trong vụ thứ nhất, Tòa án châu Âu tuyên rằng việc Luc-xem-bua không cho phép nhận con nuôi đơn thân không phải là lý do phù hợp để từ chối công nhận quyết định của Pê-ru cho phép một người phụ nữ Luc-xem-bua nhận một cậu bé Pê-ru làm con nuôi:

'Tòa thấy rằng quyết định từ chối yêu cầu công nhận và cho thi hành đã không xem xét đến thực tế xã hội của vụ việc. Theo đó, vì các tòa án Luc-xem-bua không chính thức xác nhận sự tồn tại về pháp lý của mối quan

hệ gia đình đã được công nhận bởi pháp luật Pê-ru, nên mối quan hệ nhận con nuôi này đã không có hiệu lực pháp lý đầy đủ ở Lúcxem-bua. Các nguyên đơn phải đối đầu với rất nhiều khó khăn trong cuộc sống hàng ngày và đứa trẻ không được bảo vệ về pháp luật, nên không thể hòa nhập hoàn toàn vào cuộc sống của gia đình nhận nuôi. [...] Ý thức được rằng trong những vụ việc như thế này, căn cứ chính để ra quyết định là lợi ích tốt nhất cho đứa trẻ [...], nên Tòa kết luận rằng các tòa án Lúcxem-bua không được bỏ qua một cách phi lý hiệu lực pháp luật của một mối quan hệ gia đình đã được tạo ra ở nước ngoài và hoàn toàn phù hợp với khái niệm cuộc sống gia đình theo quy định tại Điều 8 của Công ước.¹²⁴

Vụ thứ hai là trường hợp một thiếu niên Hy Lạp được người chú Hy Lạp nhận nuôi theo thủ tục ở Mỹ. Người chú là người tu hành, đã trở thành một giám mục ở Detroit. Pháp luật Hy Lạp cổ xưa cấm các tu sĩ nhận con nuôi. Nhưng Tòa án châu Âu phán quyết rằng những điều cấm cổ xưa đó không phải là lý do hợp lý để từ chối công nhận hiệu lực của việc nhận con nuôi ở Mỹ.¹²⁵ Cả hai trường hợp đều có điểm chung là khi tồn tại cuộc sống gia đình thực tế, và việc chính thức hóa cuộc sống gia

đình đó đã được làm theo đúng thủ tục pháp luật nước ngoài, thì cơ quan chức năng trong nước phải công nhận hiệu lực của quyết định nước ngoài về việc chính thức hóa đó.

Những câu chuyện như vậy và những lập luận pháp lý thuyết phục theo hướng đó cộng với thực tế nhận con nuôi của các cặp đồng giới ngày càng gia tăng (cả các cặp kết hôn lẫn kết đôi có đăng ký) chắc chắn sẽ xuất hiện ngày càng nhiều ở các tòa án quốc tế và quốc gia, và đặc biệt là Tòa án Công lý Liên minh châu Âu, vì việc không công nhận hiệu lực pháp lý của mối quan hệ gia đình thiết lập hợp pháp ở nước ngoài có thể tạo ra những rào cản to lớn đối với một quyền tự do căn bản ở EU, đó là quyền tự do di chuyển giữa các nước thành viên EU.¹²⁶

Ngoài ra còn khá nhiều vụ khác đã được phán quyết bởi các Cơ quan Tài phán Hành chính của LHQ và Tổ chức Lao động Quốc tế. Cả hai Cơ quan Tài phán này đều đã góp phần quan trọng vào việc thúc đẩy công nhận hiệu lực pháp lý của quan hệ hôn nhân và quan hệ kết đôi đồng giới của người lao động tại các tổ chức quốc tế.¹²⁷ Tuy nhiên, cho đến nay chỉ có một số ít vụ có tính xuyên quốc gia đã được quyết định bởi tòa án.¹²⁸ Điều này là có thể hiểu được: đối mặt với khả năng không được công nhận, nhiều cặp đồng giới có lẽ đã quyết định không di chuyển

29

tới một số quốc gia nhất định, và do đó không bao giờ bị mắc vào những rào cản pháp lý thực tế này. Để lấp vào mảng trống này trong khoa học pháp lý, tôi đã tiến hành một khảo sát đối với các chuyên gia pháp luật từ phần lớn các nước châu Âu (bao gồm cả những nước không phải là thành viên EU). Khảo sát bao gồm bảy trường hợp giả định về các cặp đồng giới di chuyển từ nước A sang nước B. Các kết quả ban đầu do các chuyên gia gửi đến cho thấy một bức tranh với những mảnh ghép hỗn độn gồm công nhận toàn bộ, công nhận một phần, không rõ và từ chối công nhận.¹²⁹ Việc một người (trong cặp đồng giới) nhận con đẻ của người kia làm con nuôi theo thủ tục nước ngoài có thể sẽ không được công nhận tại 1/3 quốc gia tham gia khảo sát. Tương tự, khoảng 1/3 quốc gia được khảo sát có lẽ cũng sẽ không công nhận hôn nhân đồng giới nước ngoài vì các mục đích thừa kế hoặc trợ cấp tử tuất. Kết quả khả quan hơn một chút đối với việc cấp giấy phép cư trú cho bạn đời không có quốc tịch EU của một công dân EU; nhưng kể cả cho mục đích cấp phép cư trú, vẫn có khoảng 1/4 quốc gia được khảo sát có lẽ sẽ không công nhận hôn nhân hoặc quan hệ kết đôi có đăng ký ở nước ngoài.

30

Có lẽ Tòa án Nhân quyền châu Âu sẽ nhận thấy rằng đa số các quốc gia châu Âu đều công nhận hôn nhân và quan hệ kết đôi đồng giới nước ngoài vì ít nhất một mục đích nào đó. Và Tòa án có thể sẵn sàng áp dụng lại những nguyên tắc mà họ đã từng sử dụng trong hai vụ kiện đối với Lúcxem-bua và Hy Lạp liên quan đến công nhận quyết định nước ngoài về nhận con nuôi đơn thân. Tòa án đã công nhận quyền phát triển các mối quan hệ trong hai vụ nói trên. Việc di chuyển qua biên giới một quốc gia không thể làm gián đoạn việc phát triển mối quan hệ đó. Và việc một người đã thiết lập một mối quan hệ với ai đó không thể là rào cản để gây khó dễ cho việc thực hiện quyền tự do di chuyển của hai người.

Tóm lại, tôi xin khẳng định rằng quyền *phát triển* các mối quan hệ đã được và cần được đảm bảo hiệu lực thông qua sự tôn trọng của pháp luật, sự bảo vệ của pháp luật, sự thừa nhận của pháp luật, sự chính thức hóa của pháp luật và thông qua sự công nhận các mối quan hệ đã được chính thức hóa ở nước ngoài. Cả năm khía cạnh này của 'cái chân' thứ hai của quyền được gắn bó là một sự bổ sung không thể thiếu cho 'cái chân' thứ nhất: quyền *thiết lập* các mối quan hệ. Như chúng ta đã thấy ở phần trên, quyền thiết lập mối quan hệ hàm chứa quyền *công khai xu hướng tình dục* và quyền *được đến với nhau*. Cùng với nhau, bảy nội dung này của quyền được gắn bó

mở ra một hướng nghiên cứu mới cho chuyên ngành pháp luật so sánh về xu hướng tình dục, và là một bộ công cụ giúp thúc đẩy các tiến bộ lập pháp và tư pháp trong pháp luật xu hướng tình dục ở nhiều nước trên thế giới.

9. Kết luận

Tôi đã cố gắng bóc tách các tầng lớp ý nghĩa của thuật ngữ xu hướng tình dục. Tôi đã cố gắng làm bật lên một quyền căn bản đã được đề cập trong phán quyết của một số tòa án quan trọng nhất thế giới đó chính là quyền thiết lập và phát triển các mối quan hệ với người khác. Và tôi đã đề xuất một thuật ngữ ngắn gọn hơn: đó là, quyền được gắn bó. Tôi đã lập luận rằng quyền thiết lập các mối quan hệ hàm chứa quyền công khai xu hướng tình dục, quyền được đến với nhau và rằng quyền thiết lập các mối quan hệ đã được và cần được đảm bảo hiệu lực thông qua sự tôn trọng, bảo vệ, thừa nhận và chính thức hóa của pháp luật, cũng như công nhận mối quan hệ đã được chính thức hóa ở nước ngoài.

Tôi đã cố gắng thuyết phục các bạn rằng quyền được gắn bó đã trở thành - và có thể sẽ tiếp tục là - một nguồn cảm hứng mới cho sự phát triển của lĩnh vực pháp luật so sánh về xu hướng tình dục. Và tôi đã cố gắng chứng minh rằng quyền này có thể được sử dụng làm mẫu số chung để định hướng cho nghiên cứu so sánh pháp luật của tất cả các

nước trên thế giới, cho dù đó là những quy định ủng hộ hay đi ngược lại quyền lợi của người đồng tính.

Một bài học tôi đã rút ra từ nghiên cứu của mình là nhiều người - và nhiều hệ thống pháp luật - cần có thời gian để dần làm quen với những nội dung khác nhau trong đồng tính ái. Một trong những mục tiêu của tôi khi giảng dạy môn pháp luật so sánh về xu hướng tình dục là trong tương lai, các hệ thống pháp luật mà những sinh viên của tôi sẽ phục vụ, sẽ cần ít thời gian hơn để hiểu thấu nhu cầu được yêu thương và được gắn bó của con người.

31

Tài liệu tham khảo

M.V. Lee Badgett, *When Gay People Get Married* (New York university Press, New York 2009). [tạm dịch: Khi người đồng tính kết hôn]

Nicholas Bamforth, *Legal Protection of Same-Sex Partnerships and Comparative Constitutional Law, in Comparative Constitutional Law*, 551 (Tom Ginsburg & Rosalind Dixon eds., Elgar, Cheltenham 2011).

Maks Banens, *Mariage et Partenariat de Même Sexe en Europe - Vingt ans d'expérience*, 99 *Politiques Sociales et Familiales* 9 (2010). [tạm dịch: Kết hôn và kết đôi đồng giới ở châu Âu]

Mark Bell, *Anti-Discrimination Law and the European Union* (Oxford University Press, Oxford 2002). [tạm dịch: Pháp luật chống phân biệt đối xử và Liên minh châu Âu]

Mark Bell, *Holding Back the Tide? Cross-Border Recognition of Same-Sex Partnerships within the European Union*, 5 *Eur. Rev. Priv. L.* 613 (2004). [tạm dịch: Giữ cho thủy triều không dâng lên? Sự công nhận xuyên quốc gia đối với các quan hệ kết đôi đồng giới trong Liên minh châu Âu]

Mark Bell, *Gender Identity and Sexual Orientation: Alternative Pathways in EU Equality Law*, 60 *Am. J. Comp. L.* 127 (2012). [tạm dịch: Bản dạng giới và xu hướng tình dục: Những phương án khác nhau trong pháp luật quyền bình đẳng EU]

Katharina Boelei-Woelki & Angela Fuchs (Eds.), *Legal*

32

Recognition of Same-Sex Couples in Europe (Intersentia, Antwerp 2003). [tạm dịch: Công nhận pháp lý đối với các cặp đồng giới ở châu Âu]

Katharina Boelei-Woelki & Angela Fuchs (Eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe* (Intersentia, Antwerp 2012). [tạm dịch: Công nhận pháp lý đối với các cặp đồng giới ở châu Âu]

Daniel Borrillo, *Pluralisme Conjugal ou Hiérarchie des Sexualités : la Reconnaissance Juridique des Couples Homosexuels dans l'Union Européenne?*, 46 *McGill L.J.* 875 (2001). [tạm dịch: Đa dạng trong xu hướng tình dục: Sự thừa nhận pháp lý đối với các cặp đồng giới ở châu Âu]

Kevin Bourassa & Joe Varnell, *Just Married Gay Marriage and the ExPansion of Human Rights* (Doubleday Canada, 2002). [tạm dịch: Hôn nhân đồng giới và sự mở rộng các quyền con người]

Edwin Cameron, *Constitutional Protection of Sexual Orientation and African Conceptions of Humanity*, 118 *South African L.J.* 642 (2001). [tạm dịch: Sự bảo vệ của hiến pháp đối với xu hướng tình dục và các khái niệm của châu Phi về tính nhân văn]

Edwin Cameron, *Sexual Orientation and the Constitution: A Test Case for Human Rights*, 110 *South African L.J.* 450 (1993). [tạm dịch: Xu hướng tình dục và Hiến pháp: Phép thử về các quyền con người]

Isabelle Chopin & Thien Uyen Do, *Developing Anti-Discrimination Law in Europe* (European Commission, Brussels 2011), có tại www.migpolgroup.com/publications_detail.php?id=3

www.migpolgroup.com/publications_detail.php?id=3

20. [tạm dịch: Xây dựng pháp luật chống phân biệt đối xử ở châu Âu]

Victoria Clarke et al., *LEsbian, GAY, BIsexual, TRans & QUeer PSYchology AN INtroduction* (Cambridge University Press, Cambridge 2010). [tạm dịch: Giới thiệu tâm lý học LGBT]

Michael Coester, *Same-Sex Relationships: A Comparative Assessment of Legal Developments Across Europe*, 4 Eur. J. L. Reform 585 (2002). [tạm dịch: Các mối quan hệ đồng giới: Phân tích so sánh các diễn biến pháp luật trên toàn châu Âu]

Ian Curry-Sumner, *All'S Well That Ends Registered?* (Intersentia, Antwerp 2005). [tạm dịch: Mọi thứ đều kết thúc tốt đẹp bằng sự đăng ký?]

Jack Donnelly, *Universal Human Rights in Theory and Practice* (Cornell University Press, Ithaca 2003). [tạm dịch: Các quyền con người phổ quát trong lý thuyết và thực tiễn]

Louise Doswald-Beck, *The Meaning of the "Right to Respect for Private Life" under the European Convention on Human Rights*, 4 Hum. Rts. L.J. 283 (1983). [tạm dịch: Ý nghĩa của "Quyền được tôn trọng cuộc sống riêng tư" trong Công ước Nhân quyền của châu Âu]

William N. Eskridge Jr., Darren R. Spedale & Hans Ytterberg, *Nordic Bliss? Scandinavian Registered Partnerships and the Same-Sex Marriage Debate*, 5 Issues in Legal Scholarship 1 (2004). [tạm dịch: Các hình

thức kết đôi có đăng ký ở Xcăng-đi-na-vơ và cuộc tranh luận về hôn nhân đồng giới] Caroline Forder, *European Models of Domestic Partnership Laws: The Field of Choice*, 17 Can. J. Fam. L. 371 (2000). [tạm dịch: Các mô hình pháp luật kết đôi gia đình ở châu Âu: Lĩnh vực đòi hỏi sự lựa chọn]

Ann Louise Gilligan & Katherine Zappone, *Our Lives Out Loud In Pursuit of Justice & Equality* (The O'Brien Press, Dublin 2008). [tạm dịch: Công khai đời sống vì mục đích công lý và công bằng]

Eric Gitari, *The Freedom of Intimate Association for Sexual and Gender Outlaws*, Identity Magazine, February 2012, 28, có tại http://issuu.com/denisznioka/docs/identity_magazine_february_2012_issue. [tạm dịch: Quyền tự do kết giao thân mật cho những người thiểu số về giới và xu hướng tình dục]

John C. Gonsiorek et al., *Definition and Measurement of Sexual Orientation*, 25 Suicide and Life-Threatening Behavior 40 (Supplement 1995). [tạm dịch: Định nghĩa và đo lường xu hướng tình dục]

Helmut Graupner, *Sexualität, Jugendschutz und Menschenrechte Teil 1 & Teil 2* (Peter Lang GmbH, Frankfurt am Main 1997). [tạm dịch: Xu hướng tình dục, vị thành niên và các quyền con người]

Michele Grigolo, *Sexualities and the ECHR: Introducing the Universal Sexual Legal Subject*, 14 Eur. J. Int'l L. 1023 (2003). [tạm dịch: Các xu hướng tình dục và ECHR: Giới thiệu chủ đề pháp luật phổ quát về xu hướng tình dục]

33

Elspeth Guild, *Free Movement and Same-Sex Relationships: Existing EC Law and Article 13 EC*, in Legal

Recognition of Same-Sex Partnerships, 677 (Robert Wintemute & Mads Andenæs eds., Hart Publishing, Oxford 2001). [tạm dịch: Tự do di chuyển và các mối quan hệ đồng giới: Pháp luật EC hiện hành và điều 13 EC, in trong tập Sự thừa nhận của pháp luật đối với các mối quan hệ kết đôi đồng giới]

Alok Gupta, *This Alien Legacy The Origins of "Sodomy" Laws in British Colonialism* (Human Rights Watch, New York 2008), có tại www.hrw.org/reports/2008/12/17/alien-legacy-0. [tạm dịch: Tàn dư xa lạ - nguồn gốc của pháp luật cấm các hành vi quan hệ tình dục trái tự nhiên tại các nước thuộc địa cũ của Anh]

Steven J. Hanley & Steven C. Abell, *Maslow and Relatedness: Creating an Interpersonal Model of Self-Actualization*, 42 J. Humanistic Psychol. 37 (2002). [tạm dịch: Thuyết Maslow và sự tạo dựng quan hệ: Tạo ra một mô hình giao tiếp để tự khẳng định mình]

Maurice M. Hassett, *Orientation of Churches*, in Catholic Encyclopedia (Encyclopedia Press 1913), có tại <http://en.wikisource.org>. [tạm dịch: Hướng kiến trúc của các nhà thờ]

Laurence R. Helfer, *Finding a Consensus on Equality: The Homosexual Age of Consent and the European Convention on Human Rights*, 65 N.Y.U. L. Rev. 1044 (1990). [tạm dịch: Tìm sự đồng thuận về bình đẳng: Quy định về độ tuổi được quan hệ tình dục đồng giới và Công

34

ước châu Âu về Nhân quyền]

Bruce Hoffman, *The Logic of Suicide Terrorism*, The Atlantic, June 2003. [tạm dịch: Logic đằng sau chủ nghĩa khủng bố tự sát]

Sabine Jansen & Thomas Spijkerboer, *Fleeing Homophobia Asylum Claims Related to Sexual Orientation and Gender Identity in Europe* (COC Nederland & Vrije Universiteit, Amsterdam 2011), có tại www.rechten.vu.nl/nl/onderzoek/conferenties-en-projecten/onderzoeksproject-fleeing-homophobia/index.asp. [tạm dịch: Trốn chạy sự thù ghét đồng tính các yêu cầu xin tị nạn liên quan đến xu hướng tình dục và bản dạng giới ở châu Âu]

Alli Jernow, *Sexual Orientation, Gender Identity and Justice: A Comparative Law Casebook* (International Commission of Jurists, Geneva 2011), có tại www.icj.org/default.asp?nodeID=349&sessID=&langage=1&myPage=Legal_Documentation&id=23865. [tạm dịch: Xu hướng tình dục, bản dạng giới và công lý: Tuyển tập pháp luật so sánh]

Kenneth L. Karst, *The Freedom of Intimate Association*, 89 Yale L.J. 624 (1979/1980). [tạm dịch: Quyền tự do kết giao thân mật]

Michael King et al., *A Systematic Review of Mental Disorder, Suicide, and Deliberate Self Harm in Lesbian, Gay and Bisexual People*, 8 BMC Psychiatry 70 (2008). [tạm dịch: Tổng kết có hệ thống chứng rối loạn sức khỏe tâm thần, tự tử và tự làm đau bản thân ở LGBT]

Michael Kirby, *Lessons from the Wolfenden Report*, 34 Commonwealth Law Bulletin 551 (2008). [tam dịch: Các bài học từ Báo cáo Wolfenden]

Kelly Kollman, *Same-Sex Unions: The Globalization of an Idea*, 51 Int'l. Studies Q. 329 (2007). [tam dịch: Các quan hệ kết đôi đồng giới: Sự toàn cầu hóa của một ý tưởng]

Niels Kooiman, *Zelfacceptatie, psychisch welbevinden en suïcidaliteit, in Niet te ver uit de kast. Ervaringen van homo- en biseksuelen in Nederland* 66 (Saskia Keuzenkamp ed., Sociaal en Cultureel Planbureau, The Hague 2012), có tại www.scp.nl/content.jsp?objectid=29563. [tam dịch: Chấp nhận bản thân, hạnh phúc về tâm lý và vấn đề tự sát]

Holning Lau, *Transcending the Individualist Paradigm in Sexual Orientation Antidiscrimination Law*, 94 Cal. L. Rev. 1271 (2006). [tam dịch: Thoát khỏi cách tiếp cận riêng lẻ trong pháp luật chống phân biệt đối xử dựa trên xu hướng tình dục]

Man Yee Karen Lee, *Equality, Dignity, and Same-Sex Marriage* (Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2010). [tam dịch: Bình đẳng, phẩm giá và hôn nhân đồng giới]

Th.H. Lunsingh Scheurleer et al., *Het Rapenburg Geschiedenis van een Leidse gracht. Deel Vlb: Het Rijck van Pallas* (Leiden 1992). [tam dịch: Lịch sử kênh đào Rapenburg]

Sebastian Maguire, *The Human Rights of Sexual*

Minorities in Africa, 35 Cal. W. Int'l L.J. 1 (2004). [tam dịch: Các quyền con người của những người thiểu số về xu hướng tình dục ở châu Phi]

A.H. Maslow, *A Theory of Human Motivation*, 50 Psychol. Rev. 370 (1943). [tam dịch: Lý thuyết về các động cơ của con người] Nancy G. Maxwell & Caroline J. Forder, *The Inadequacies in U.S. And Dutch Adoption Law to Establish Same-Sex Couples as Legal parents: A Call for Recognizing Intentional Parenthood*, 38 Fam. L.Q. 623 (2004). [tam dịch: Những bất cập trong pháp luật con nuôi của Mỹ và Hà Lan trong việc công nhận quyền cha mẹ hợp pháp của các cặp đồng giới]

Yuval Merin, *Equality for same-sex Couples* (The University of Chicago Press, Chicago 2002). [tam dịch: Bình đẳng cho các cặp đồng giới]

Rachel Murray & Frans Viljoen, *Towards Non-Discrimination on the Basis of Sexual Orientation: The Normative Basis and Procedural Possibilities before the African Commission on Human and Peoples' Rights and the African Union*, 29 Hum. Rts. Q. 86 (2007). [tam dịch: Hướng tới xóa bỏ hoàn toàn phân biệt đối xử dựa trên xu hướng tình dục: Căn cứ quy phạm và các khả năng tố tụng trước Hội đồng châu Phi về nhân quyền và các quyền công dân và Liên minh châu Phi]

Esin ÖRÜCÜ, *The Enigma of Comparative Law Variations on Theme for the Twenty-First Century* (Martinus Nijhoff, Leiden 2004). [tam dịch: Mật mã thần kỳ Enigma của pháp luật so sánh - sự đa dạng về chủ đề trong thế kỷ 21]

Esin Örücü, *Methodological Aspects of Comparative Law*,

35

8 Eur. J. L. Reform 29 (2006). [tam dịch: các khía cạnh phương pháp luận của pháp luật so sánh]

Willem Otterspeer, *Groepsportret met Dame I Het bolwerk van de vrijheid. De Leidse universiteit, 1575-1672* (Bert Bakker, Amsterdam 2000). [tam dịch:

Groepsportret met Dame I - Thành trì của tự do]

Lucas Paoli Itaborahy, *State-Sponsored Homophobia: A World Survey of Laws Criminizing Same-Sex Sexual Acts between Consenting Adults An ILGA Report (International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association, Brussels 2012)*, có tại <http://ilga.org/ilga/en/article/1161>. [tam dịch: Chứng ghê sợ đồng tính được nhà nước cổ vũ: Khảo sát thế giới về pháp luật hình sự hóa quan hệ tình dục đồng giới giữa hai người trưởng thành và đồng thuận]

David Paternotte, *Revendiquer le Marriage Gay* (Editions De L'Universite de Bruxelles, Brussels 2011). [tam dịch: Hôn nhân đồng giới và sự cần thiết]

Nancy D. Polikoff, *Recognizing Partners but not Parents / Recognizing Parents but not Partners: Gay and Lesbian Family Law in Europe and the United States*, 17 N.Y.L. Sch. J. Hum. Rts. 711 (2000). [tam dịch: Thừa nhận tư cách người kết đôi, nhưng không thừa nhận quyền làm cha mẹ]

David Rayside, *Queer Inclusions, Continental Divisions* (University of Toronto Press, Toronto 2008). [tam dịch: Sự hòa nhập của người thiểu số - sự chia rẽ của lục địa]

Adrienne Rich, *Compulsory heterosexuality and lesbian existence*, 5 Signs 631 (1980). [tam dịch: dị tính bắt buộc

36

và sự tồn tại của đồng tính nữ]

David A.J. Richards, *Identity and the Case for Gay Rights Race, Gender, Religion as Analogies* (University of Chicago Press, Chicago 1999). [tam dịch: bản dạng và lập luận ủng hộ quyền của người đồng tính các ví von giữa sắc tộc, tôn giáo và giới] Diane Richardson, *Constructing Sexual Citizenship: Theorizing Sexual Rights*, 20 Critical Social Policy 105 (2000). [tam dịch: Xây dựng quyền công dân tình dục: Lý thuyết hóa các quyền tình dục]

Joshua P. Roling, *Functional Intimate Association Analysis: a Doctrinal Shift to Save the Roberts Framework*, 61 Duke L.J. 903 (2012). [tam dịch: Phương pháp phân tích tiện lợi cho khái niệm kết giao thân mật: Một sự thay đổi về học thuyết để cứu vãn Khung phân tích Roberts]

Jens Rydstrom & Kati Mustola (EDS.), *Criminally Queer Homosexuality and Criminal Law in Scandinavia 1842-1999* (Aksant, Amsterdam 2007). [tam dịch: Pháp luật hình sự và các quy định hình sự hóa đồng tính ái trong pháp luật Xcăng-đi-na-vơ]

Jens Rydstrom, *Odd Couples A History of Gay Marriage in Scandinavia* (Amsterdam University Press, Amsterdam, 2011). [tam dịch: Các cặp lạ thường - lịch sử hôn nhân đồng giới ở Xcăng-đi-na-vơ]

Douglas E. Sanders, *377 and the Unnatural Afterlife of British Colonialism in Asia*, 4 Asian J. Comp. L. 1 (2009). [tam dịch: 377 và sự tiếp nối thiếu tự nhiên ở các nước thuộc địa cũ của Anh tại châu Á]

Stephen Sondheim, *Finishing the Hat Collected lyrics (1954-1981)* (Virgin Books, London 2010). [tam dịch: Tuyển tập lời một số bài hát]

Ryan Thoreson & Sam Cook (eds.), *Nowhere to Turn: Blackmail and Extortion of LGBT People in Sub-Saharan Africa* (International Gay and Lesbian Rights

Commission, Brooklyn 2011), *có tại* www.iglhrc.org/cgi-bin/iowa/content/publications/reportsandpublications/index.html. [tạm dịch: Không chốn nương thân: dọa nạt và tống tiền LGBT ở các nước cận Sa-ha-ra]

Helen Toner, *Partnership Rights, Free Movement, and EU Law* (Hart, Oxford 2004). [tạm dịch: Các quyền kết đôi, tự do di chuyển và pháp luật EU]

Collin O'Connor Udell, *Intimate Association: Resurrecting a Hybrid Right*, 7 Tex. J. Women & L. 231 (1997/1998). [tạm dịch: Kết giao thân mật: Khôi phục lại một quyền hỗn hợp]

Bea Verschraegen, *Gleichgeschlechtliche 'Ehen'* (Medien und Recht Verlags GmbH, Wien 1994). [tạm dịch: Hôn nhân đồng giới]

Kees Waaldijk, *Handelingen welke de indruk konden wekken van tederheden zoals die tussen geliefden plegen te worden gewisseld. Over de woorden die de rechter gebruikt om homoseksualiteit aan te duiden* (LL.M. paper, University of Amsterdam & Erasmus University of Rotterdam, 1981). [tạm dịch: Bàn về cách diễn đạt của các thẩm phán khi nói về đồng tính ái]

Kees Waaldijk, *Standard Sequences in the Legal Recognition of Homosexuality Europe's Past, Present and Future*, 4 Australasian Gay & Lesbian L.J. 50 (1994). [tạm dịch: Lộ trình chuẩn mực trong công nhận pháp lý đối với đồng tính ái quá khứ, hiện tại và tương lai của châu Âu]

Kees Waaldijk, *Free Movement of Same-Sex Partners*, 3 Maastricht J. Eur. & Comp. L. 271 (1996). [tạm dịch: Tự do di chuyển của các cặp đồng giới] Kees Waaldijk, *Civil Developments: Patterns of Reform in the Legal Position of Same-Sex Partners in Europe*, 17 Can. J. Fam. L. 62 (2000). [tạm dịch: Các diễn biến dân sự: các mô thức thay đổi trong việc công nhận pháp lý đối với các cặp đồng giới ở châu Âu]

Kees Waaldijk, *Small Change: How the Road to Same-Sex Marriage Got Paved in the Netherlands*, in *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships*, 437 (Robert Wintemute & Mads Andenæs eds., Hart Publishing, Oxford 2001). [tạm dịch: Thay đổi nhỏ: Con đường tiến tới hôn nhân đồng giới ở Hà Lan đã được xây dựng như thế nào]

Kees Waaldijk, *Others May Follow: The Introduction of Marriage, Quasi-Marriage, and Semi-Marriage for Same-Sex Couples in European Countries*, 38 New Eng. L. Rev. 569 (2004). [tạm dịch: Những người khác cũng có thể làm theo: Việc áp dụng các chế định hôn nhân, tương tự hôn nhân và bán hôn nhân cho các cặp đôi đồng giới ở châu Âu]

Kees Waaldijk, *More or less together: Levels of legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same-sex partners A*

comparative study of nine European countries (Institut national d'études démographiques, Paris 2005), *có tại* <http://hdl.handle.net/1887/12585>. [tạm dịch: So sánh các mức độ hệ quả pháp lý của chế định hôn nhân, kết đôi có đăng ký và chung sống thực tế cho các cặp đồng giới và khác giới ở chín quốc gia châu Âu]

37

Kees Waaldijk & Matteo Bonini-Baraldi, *Sexual Orientation Discrimination in the European Union:*

National Laws and the Employment Equality Directive (Asser Press, The Hague 2006). [tạm dịch: Phân biệt đối xử theo xu hướng tình dục ở EU: Pháp luật quốc gia và chỉ thị của EU về bình đẳng việc làm]

Kees Waaldijk & Eric Fassin, *Droit Conjugal et Unions de MÊMe Sexe Marriage, Partenariat et Concubinage dans Neuf Pays Européens* (Presses Universitaires de France, Paris 2008). [tạm dịch: Sự công nhận của pháp luật đối với hôn nhân, kết đôi và chung sống thực tế của các cặp đôi đồng giới ở các nước châu Âu]

Kees Waaldijk, *Legal recognition of homosexual orientation in the countries of the world. A chronological overview with footnotes*, paper for the conference *The Global Arc of Justice Sexual Orientation Law Around the World* (Los Angeles, 11-14 March 2009), *có tại* <http://hdl.handle.net/1887/14543>. [tạm dịch: Ngược dòng lịch sử để tìm hiểu sự công nhận pháp lý đối với đồng tính ái ở các nước trên thế giới]

Kees Waaldijk, *Same-Sex Partnership, International Protection*, in *Max Planck Encyclopedia for Public International Law*. Volume VIII, 1125 (Rüdiger Wolfrum ed., Oxford University Press, Oxford 2012), *có tại* www.mpepil.com/sample_article?id=/epil/entries/la-w-9780199231690-e1739. [tạm dịch: Kết đôi đồng giới - sự bảo vệ của pháp luật quốc tế]

Brian Whitaker, *Unspeakable Love Gay and Lesbian Life in the Middle East* (Saqi Books, London 2006). [tạm dịch:

38

Tình yêu không thể nói bằng lời cuộc sống người đồng tính nam và nữ ở Trung Đông]

Robert Wintemute, *Sexual Orientation and Human Rights The United States Constitution, the European Convention, and the Canadian Charter* (Clarendon Press, Oxford 1995). [tạm dịch: Xu hướng tình dục và các quyền con người - Hiến pháp Mỹ, Công ước châu Âu và Hiến chương Canada]

Robert Wintemute, *Conclusion, in Legal Recognition of Same-Sex Partnerships* 759 (Robert Wintemute & Mads Andenaes eds., Hart Publishing, Oxford 2001). [tạm dịch: Kết luận về sự thừa nhận của pháp luật đối với việc kết đôi đồng giới]

James D. Wilets, *A Comparative Perspective on Immigration Law for Same-Sex Couples: How the United States Compares to Other Industrialized Democracies*, 32 Nova L. Rev. 327 (2007/2008). [tạm dịch: Góc nhìn so sánh về pháp luật nhập cư đối với các cặp đồng giới: Nước Mỹ đứng ở đâu so với các nền dân chủ công nghiệp phát triển khác]

James D. Wilets, *From Divergence to Convergence? A Comparative and International Law Analysis of LGBTI Rights in the Context of Race and Post-Colonialism*, 21 Duke J. of Comp. & Int. L. 631 (2011). [tạm dịch: Từ phân kỳ đến hội tụ? Phân tích pháp luật quốc tế và so sánh về quyền của LGBT trong bối cảnh Sắc tộc và Hậu thuộc địa]

John Witherspoon, *Lectures on Moral Philosophy* (V.L. Collins ed., Princeton University Press, Princeton 1912). [tạm dịch: Tập bài giảng về triết lý đạo đức]

Ghi chú:

1. Lunsingh Scheurleer et al. (1992, trang 786) đã kết luận rằng nhà thờ này bắt đầu được khởi công vào khoảng năm 1507 và có lẽ đã khánh thành vào năm 1516. Năm 1581 Đại học Leiden (lúc đó mới thành lập được 6 năm) chuyển vào tòa nhà này, chia không gian nhà thờ thành ba giảng đường lớn và phòng họp ban giám hiệu (Otterspeer 2000, trang 115).
2. Lunsingh Scheurleer và cộng sự, 1992, trang 786.
3. Hassett 1913: 'Từ thế kỷ thứ 8, chuẩn mực phổ quát trong kiến trúc nhà thờ là đặt cung thánh ở hướng đông, mặc dù trên thực tế do địa thế của các mảnh đất, không phải lúc nào cũng có thể tuân theo nghiêm ngặt chuẩn mực kiến trúc đó.'
4. Như chú thích trên
5. Tham khảo Lunsingh Scheurleer và cộng sự (1992, trang 787); các tác giả viết rằng họ không cảm thấy thuyết phục trước ý kiến cho rằng đầu tiên cung thánh của nhà thờ được đặt ở góc phía bắc.
6. Từ điển (trực tuyến) Oxford English Dictionary giải thích các nghĩa của từ "orientation", trong đó có nghĩa - 3: ,(nghĩa bóng) Thái độ, niềm tin, hoặc các cảm xúc căn bản của một người; trạng thái cảm xúc hoặc trí tuệ của một người đối với một chủ đề hoặc vấn đề nhất định; ví dụ 'xu hướng tình dục.'
7. Ví dụ Waaldijk & Bonini-Baraldi 2006, trang 96 và 205.
8. Hành vi tình dục đồng tính là vấn đề chính của gần 50% trong khoảng 60 vụ liên quan đến xu hướng tình dục đã được Tòa án Nhân quyền châu Âu quyết định (và một trong 5 vụ về xu hướng tình dục đã được Ủy ban Nhân quyền của LHQ quyết định). Việc Tòa án châu Âu coi hành vi tình dục đồng giới nằm trong xu hướng tình dục có thể thấy rõ trong các phán quyết của hai vụ kiện liên quan đến chính phủ Áo ngày 9 tháng 1 năm 2003 L. & V. v. Austria, đơn kiện số 39392/98 và 39829/98, và S.L. v. Austria, đơn kiện số 45330/99.
9. Các mối quan hệ đồng giới là vấn đề chính của gần 20% các vụ kiện về xu hướng tình dục đã được Tòa án Nhân quyền châu Âu quyết định (và 3 trong 5 vụ đã được Ủy ban Nhân quyền của LHQ quyết định), cũng như cả 4 vụ đã được Tòa án Công lý của EU quyết định). Việc Tòa án châu Âu coi quan hệ đồng giới là nằm trong xu hướng tình dục có thể được thấy rõ trong phán quyết ngày 24/7/2003 của vụ kiện đối với chính phủ Áo *Karner v. Austria*, đơn kiện 40016/98. Đối với Ủy ban Nhân quyền của LHQ, điều này thể hiện rõ trong ý kiến ngày 29/7/2003 trong vụ kiện đối với chính phủ Úc *Young v. Australia*, comm. 941/2000; còn đối với Tòa án Công lý EU thì điều này thể hiện trong phán quyết ngày 17/2/1998 trong vụ C-249/96, *Grant v. South West Trains Ltd.* (đoạn 47) và rõ hơn trong phán quyết ngày 1 tháng 4 năm 2008 trong vụ C-267/06, *Tadao Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen*

39

Bühnen. Quan điểm này cũng rất rõ ở Tòa án Nhân quyền Liên Mỹ, được nhấn mạnh trong phán quyết một vụ kiện đối với chính phủ Chile: 'phạm vi của quyền không bị phân biệt đối xử dựa trên xu hướng tình dục không chỉ giới hạn trong việc một người là đồng tính, mà bao gồm cả quyền thể hiện điều đó và những hệ quả gắn với cuộc sống của một con người' (phán quyết ngày 24/2/2012, *Atala Riffo and daughters v. Chile*, đoạn 133).

10. Các vụ liên quan đến nhân dạng của người đồng tính nam hoặc nữ (bao gồm các vụ về quyền cha mẹ, phục vụ trong quân đội, và tiếp nhận vào nhà tạm lánh) chiếm 20% các vụ về xu hướng tình dục đã được Tòa án Nhân quyền châu Âu phán quyết. 10% khác liên quan đến các cuộc diễu hành và các hình thức biểu đạt đồng tính khác nói chung (điều này cũng đúng với 1 trong số 5 vụ đã được phán quyết bởi Ủy ban Nhân quyền của LHQ).
11. Từ điển Oxford English Dictionary (trực tuyến) giải nghĩa thuật ngữ 'xu hướng tình dục': 'Nghĩa gốc: (việc) hướng tới một đối tượng hoặc mục tiêu. Sau đó: bản dạng tình dục của một người trong mối tương quan với giới mà người đó bị thu hút hoặc hấp dẫn; (nghĩa rộng) đồng tính, dị tính hoặc song tính lưỡng ái. Khi mới xuất hiện chưa phải là cụm từ gắn liền với nhau.' Dường như ý nghĩa gốc của cụm từ này cũng được thể hiện trong cách sử dụng pháp lý, dùng để chỉ hành vi và các mối quan hệ (đồng giới). Theo tôi hiểu, 'sexual orientation' được chuyển ngữ sang tiếng Trung là 'Xing

40

QingXiang', trong đó cụm từ 'QingXiang' cũng có ý nghĩa là 'hướng tới'.

12. Về nghĩa của từ 'xu hướng tình dục' trong luật xem Wintemute 1995, trang 6-10 và Waaldijk & Bonini-Baraldi 2006, trang 213-214. Về định nghĩa và đo lường xu hướng tình dục từ quan điểm của khoa học xã hội, xem Gonsiorek và cộng sự 1995. Một điều lạ kỳ là phần mở đầu của *Các Nguyên tắc Yogyakarta về Áp dụng Pháp luật Nhân quyền Quốc tế trong Xu hướng Tình dục và Bản dạng Giới* (bản 2007) lại sơ suất bao gồm một định nghĩa dường như chỉ áp dụng trực tiếp cho cá nhân/con người; trong văn bản này 'xu hướng tình dục' được hiểu theo nghĩa 'khả năng một người bị hấp dẫn về tình cảm, cảm xúc và thể xác và có mối quan hệ thể xác và thân mật với các cá nhân thuộc một giới tính khác hoặc cùng giới tính, hoặc không phải chỉ một giới duy nhất' (xem www.yogyakartaprinciples.org).
13. Tham khảo Clarke và cộng sự, 2010, trang 26 và 33.
14. Xem các chú thích từ số 8 đến số 10.
15. Để có một phân tích toàn diện hơn về sự tương đồng giữa tín ngưỡng và xu hướng tình dục (2 căn cứ bị cấm phân biệt đối xử), xem Richards 1999.
16. Tham khảo Graupner 1997, Whitaker 2006, Rydström & Mustola 2007, Kirby 2008, Gupta 2008, Sanders 2009.
17. Tham khảo Bell 2002 & 2012, Waaldijk & Bonini-Baraldi 2006, Rayside 2008, Chopin & Uyen Do 2011, và chương 2 của báo cáo Homophobia,

- Transphobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity Comparative Legal Analysis (European Union Agency for Fundamental Rights, Vienna 2010), có tại [Http://fra.europa.eu/fraWebsite/research/publications/publications_per_year/2010/2010_en.htm](http://fra.europa.eu/fraWebsite/research/publications/publications_per_year/2010/2010_en.htm).
18. Tham khảo Helfer 1990, Wintemute 1995, Maguire 2004, Bamforth 2011, Jernow 2011.
 19. Ví dụ, xem chương 5 của báo cáo Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity in Europe Background Document (Council of Europe Commissioner for Human Rights, 2011), có tại: www.coe.int/t/commissioner/activities/themes/lgbt/default_en.asp.
 20. Ví dụ, xem Rayside 2008 và các đoạn 62-65 của báo cáo Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity (United Nations High Commissioner for Human Rights, 2011, A/HRC/19/41), có tại: www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session19/Pages/ListReports.aspx.
 21. Ví dụ, xem Jansen & Spijkerboer 2011, và các chương liên quan của những báo cáo của LHQ và Liên minh châu Âu đã nêu trong bốn chú thích trước.
 22. Ví dụ, xem Verschraegen 1994, Forder 2000, Borrillo 2001, Wintemute 2001, Merin 2002, Coester 2002, Boele-Woelki & Fuchs 2003 & 2012, Eskeridge, Spedale & Ytterberg 2004, Curry-Sumner 2005, Waaldijk 2005 & 2008, Kollman 2007, Wilets 2007-2008, Badgett 2009, Banens 2010, Lee 2010, Paternotte 2011, Rydstrom 2011.
 23. Ví dụ, xem Polikoff 2000, Maxwell & Forder 2004, Waaldijk 2005 & 2008, Boele-Woelki & Fuchs 2012.
 24. Gitari (2012, trang 28) gọi quyền thiết lập và phát triển các mối quan hệ là một 'sợi chỉ vàng' xuyên suốt 'hầu hết mọi mối quan tâm trong xu hướng tình dục'.
 25. Xem một loạt phán quyết đã nói trong đoạn 5, phần sau.
 26. Để có một cái nhìn khái quát về 'tính chất có thể so sánh được' trong lý luận về pháp luật so sánh, xem Örüçü 2004, trang 19-32.
 27. Örüçü 2006, trang 33.
 28. Örüçü 2004, trang 20.
 29. Giả định trong cách tiếp cận theo chức năng trong pháp luật so sánh là mọi xã hội đều có chung một số vấn đề và nhu cầu cần giải quyết (Örüçü 2006, trang 33). Liên quan đến những phản đối quan hệ đồng giới, các số liệu từ Điều tra các Giá trị Thế giới dường như khẳng định giả định này (www.worldvaluessurvey.org; xem số liệu từ câu hỏi V38, về việc không thích có hàng xóm là người 'đồng tính', và câu V202, về khả năng chấp nhận

41

'đồng tính').

30. Tham khảo Cameron (2001, trang 649).
31. Ví dụ luật cấm 'tuyên truyền' cho quan hệ đồng giới (như một số quy định được áp dụng gần đây ở một số thành phố của Nga) và luật đảm bảo cung cấp một lượng tối thiểu thông tin không thiên lệch ở trường học. Về vấn đề thông tin, tham khảo Ủy ban châu Âu về các Quyền Xã hội 30/3/2009, INTERIGHTS v. Croatia, compl. 45/2007.
32. Ý định của những luật này (khác với chức năng của chúng) có thể là tìm kiếm một sự cân bằng giữa những luật hạn chế và những luật tăng thêm khả năng cho việc kết đôi đồng giới. Điều này cũng liên quan đến cái mà tôi gọi là 'quy luật về sự thay đổi nhỏ': 'Mọi thay đổi pháp luật nhằm đẩy mạnh việc thừa nhận và chấp nhận đồng tính sẽ chỉ được thông qua nếu nó được nhìn nhận như một thay đổi nhỏ, hoặc là tác động của thay đổi đó đã bị giảm đi đáng kể bởi một 'thay đổi nhỏ' khác trong pháp luật nhằm củng cố việc loại trừ đồng tính' (Waaldijk 2001, trang 440).
33. Một số nhà nghiên cứu pháp luật so sánh gọi là so sánh theo kiểu 'đồng chất'. Xem thêm Örüçü 2006, trang 36.
34. Một vấn đề được nghiên cứu đầu tiên bởi Adrienne Rich trong bài viết Dị tính bắt buộc và sự tồn tại của đồng tính nữ (1980); xem Clarke và cộng sự, 2010, trang 121.

42

35. Xét về khía cạnh này, bạo lực đối với người đồng tính (và các hình thức kỳ thị khác) có một đặc điểm chung với khủng bố. Hoffmann (2003) đã nói rằng mục đích của khủng bố là 'tạo ra các tác động tâm lý rộng khắp, vượt ra khỏi sự lo sợ, hoang mang của những nạn nhân bị tấn công'.
36. Clarke và cộng sự, 2010, trang 135.
37. King và cộng sự, 2008; Clarke và cộng sự 2010, trang 137; xem thêm Kooiman 2012, trang 74.
38. King và cộng sự, 2008; Kooiman 2012, trang 75.
39. Một ví dụ nổi bật là đoạn băng hình phát thông điệp của Tổng Thư ký Liên Hợp quốc Ban Ki-Moon trong cuộc họp Hội đồng Nhân quyền của Liên hợp quốc vào ngày 7/3/2012 về bạo lực và phân biệt đối xử dựa trên xu hướng tình dục và bản d a n g g i ớ i (x e m www.un.org/sg/statements/index.asp?nid=5900), hoặc đoạn phát lại trên mạng xã hội www.youtube.com/watch?v=IUizJUQIbq4.
40. Xem Wilets 2011.
41. Örüçü 2006, trang 37.
42. Trong tiếng Hà Lan, 'seks' (danh từ chỉ giới tính) khác 'seks' (động từ chỉ việc quan hệ tình dục), trong khi tiếng Anh chỉ có một từ 'sex'. Tuy nhiên, tiếng Hà Lan cũng chỉ có một tính từ cho cả hai từ trên 'seksueel', tương tự 'sexual' trong tiếng Anh.
43. Trong từ 'homosexual' (đồng tính), tính từ 'sexual' cũng có đảm nhận chức năng đa nghĩa như vậy.

- Tôi có thể nhắc tới ở đây là khi còn là sinh viên tôi đã xem xét chức năng đôi của phần này trong từ 'homoseksualiteit'; xem Waaldijk 1981, trang 10-14.
44. Xem đoạn 2, tài liệu trích dẫn ở chú thích trên.
45. Grigolo đã nêu lên một điểm mà tôi sẽ không đi sâu phân tích trong bài này: 'Có một mối quan hệ phụ thuộc lẫn nhau giữa cách thức mà một người "lựa chọn" để thể hiện bản thân mình và cách thức người đó lựa chọn để tạo dựng mối quan hệ với người khác' (2003, trang 1024). Mối quan hệ mật thiết giữa việc quan hệ với người khác và việc thể hiện đúng bản thân mình cũng là luận điểm đã được khẳng định bởi các chuyên gia tâm lý Hanley & Abell. Hai tác giả này đã phê bình nhẹ nhàng Maslow vì đã thể hiện các mối quan hệ đơn thuần chỉ như 'những công cụ' để 'đáp ứng các nhu cầu được yêu thương và được thuộc về ai đó' (2002, trang 38), và họ đã đề cập đến 'sự gắn bó' (thậm chí là 'tính thi vị của sự gắn bó') và 'khả năng mở rộng bản thân trong mối quan hệ với người khác và với thế giới xung quanh chúng ta' (2002, trang 55).
46. Ví dụ Hanley & Abell 2002.
47. Maslow 1943, trang 380-381.
48. Tham khảo thêm Donnelly (2003, trang 14), tác giả phê phán vì ệ gắn các quyền con người với các nhu cầu của con người: 'Các quyền con người là "đòi hỏi thiết yếu" cho một cuộc sống có phẩm giá, chứ không phải là sống theo nghĩa
- Tồn tại.'
49. Xem Maslow 1943, trang 372, 375 và 382; và các điều 25, 3, 26 và 22 của Tuyên ngôn Toàn cầu về các Quyền Con người.
50. Điều 16 Tuyên ngôn Toàn cầu về các Quyền Con người.
51. Các điều 12, 16, 23 và 25 Tuyên ngôn Toàn cầu về các Quyền Con người.
52. Một ngoại lệ có thể là điều 28 trong Hiến chương châu Phi về nhân quyền và quyền của người dân năm 1981 (xem phần sau).
53. Eur. Comm'n H.R. 18 May 1976, X v. Iceland, appl. 6825/74 (admissibility). [Kết luận về thụ lý vụ kiện chính phủ Ai-xơ-len ra Hội đồng Nhân quyền châu Âu ngày 18 tháng 5 năm 1976]
54. Eur. Comm'n H.R. 19 May 1976, Brüggemann & Scheuten v. Germany, appl. 6959/75 (Quyết định về thụ lý vụ kiện đối với chính phủ Đức, ngày 19/5/1976).
55. Phán quyết của Tòa án Tối cao Mỹ ngày 3/7/1984 trang 617, Roberts v. United States Jaycees, 468 U.S. 609.
56. Xem chú thích trên: 'Các quyết định của Tòa tham chiếu đến "quyền kết giao thân mật" được hiến pháp bảo vệ theo hai ý nghĩa. Ở nhóm thứ nhất, các quyết định của Tòa kết luận rằng các quyền lựa chọn giao kết và duy trì một số mối quan hệ con người thân mật phải được bảo vệ khỏi sự can thiệp không hợp lý của Nhà nước do vai trò của

43

- những mối quan hệ đó trong việc đảm bảo quyền tự do cá nhân ý nghĩa căn bản của hiến pháp nước ta. Ở khía cạnh này, quyền tự do kết giao, lập hội được bảo vệ như một yếu tố căn bản của quyền tự do cá nhân. Ở nhóm thứ hai, các quyết định của Tòa đã thừa nhận quyền lập hội vì những mục đích tham gia vào các hoạt động được bảo đảm bởi Tu Chánh án Thứ nhất gồm tự do ngôn luận, tự do hội họp, quyền khiếu nại và tự do tôn giáo' (Thẩm phán Brennan, trang 617-618).
57. Eur. Comm'n H.R. 19 May 1976, Brüggemann & Scheuten v. Germany, appl. 6959/75 (Quyết định của Ủy ban về việc thụ lý); và kết luận ngày 12/7/1977 (kết quả giải quyết).
58. Karst 1979/1980, trang 632.
59. Phán quyết của Tòa án Tối cao Mỹ ngày 7/6/1965, Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479.
60. Đã chú thích ở trên: 'Hôn nhân là sự kết hợp giữa hai người để cùng trải qua những ngọt bùi, cay đắng trong cuộc đời, một sự kết hợp mà hy vọng sẽ là bền vững, một sự kết hợp thân mật đến mức thiêng liêng. Đó là một sự kết giao thúc đẩy, chứ không phải tạo ra một lối sống; một sự hài hòa trong cuộc sống, chứ không phải trong niềm tin chính trị; một sự trung thành song phương, chứ không phải một dự án đầu tư xã hội hay thương mại. Đó là một sự kết giao vì một một đích cao quý như bất kỳ sự kết giao nào khác trong những quyết định trước đây của Tòa án Tối cao' (Thẩm phán Douglas, trang 486).

44

61. John Witherspoon, Lectures on Moral Philosophy (V.L. Collins ed., Princeton University Press, Princeton 1912), p. 69 ('Lecture X. Of Politics'). [Tập bài giảng về triết lý đạo đức]
62. Richards 1999, trang 74-75
63. Eur. Comm'n H.R. 30 September 1975, X v. Germany, appl. 5935/72. [phán quyết của Hội đồng ngày 30/5/1975 về vụ kiện đối với Đức]
64. Sau đây là các vụ kiện mà trong đó một cơ quan nhân quyền quốc tế lần đầu tiên cho rằng xu hướng tình dục được bao gồm trong quy định chống phân biệt đối xử trong một hiệp định quốc tế: Vụ kiện chính phủ Úc ra Ủy ban Nhân quyền LHQ với phán quyết ngày 31/3/1994, Toonen v. Australia, comm. 488/1992; Vụ kiện chính phủ Anh ra Hội đồng Nhân quyền châu Âu với phán quyết ngày 1/7/1997, Sutherland v. United Kingdom, appl. 25186/94; Vụ kiện chính phủ Bồ Đào Nha ra Ủy ban Nhân quyền châu Âu với phán quyết ngày 21/12/1999, Mouta v. Portugal, appl. 33290/96; Vụ kiện chính phủ Dim-bau-ê ra Hội đồng Nhân quyền châu Phi với phán quyết tháng 3-4/2009, Zimbabwe Lawyers for Human Rights & Associated Newspapers of Zimbabwe v. Zimbabwe, comm. 284/03, đoạn 155; Vụ kiện chính phủ Chi-lê ra Ủy ban Nhân quyền Liên Mỹ ngày 24/2/2012 với phán quyết Atala Riffo and daughters v. Chile, đoạn 83-93.
65. Na-uy là nước đầu tiên có quy định cấm phân biệt đối xử dựa trên xu hướng tình dục trong pháp luật quốc gia vào năm 1981, sau đó là 55 quốc gia

khác (xem Waaldijk 2009). Nam Phi là nước đầu tiên đưa quy định cấm phân biệt đối xử dựa trên xu hướng tình dục vào Hiến pháp quốc gia (năm 1994, xem Cameron 2001), sau đó là 6 quốc gia khác (xem Paoli Itaborahy 2012, trang 16). Điều ước quốc tế đầu tiên đề cập đến cấm phân biệt đối xử dựa trên xu hướng tình dục là điều 13 Hiệp ước EC (đưa thêm vào năm 1999 bởi Hiệp ước Am-xtec-đam; kể từ khi Hiệp ước Lix-bon có hiệu lực vào năm 2009 điều khoản nằm ở điều 19 Hiệp ước về Hoạt động của Liên minh châu Âu; xem thêm điều 10 của Hiệp ước đó và điều 21 của Hiến chương các Quyền Cơ bản của Liên minh châu Âu). Cho đến nay, chỉ có thêm một điều ước quốc tế nữa đã đề cập đến phân biệt đối xử dựa trên 'xu hướng tình dục' (và 'bản dạng giới') đó là điều 4 Công ước Hội đồng châu Âu về phòng chống bạo lực đối với phụ nữ và bạo lực gia đình (Istanbul, 2011, CETS No. 210).

66. Phán quyết của Ủy ban Nhân quyền châu Âu ngày 16/12/1992 Niemietz v. Germany, appl. 13710/88, đoạn 29.
67. Phán quyết Eur. Ct. H.R. 26 March 1992, Beldjoudi v. France, appl. 12083/86.
68. Đoạn 32, phán quyết của Tòa án Hiến pháp Nam Phi ngày 89/10/1998, National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Justice [Liên minh Quốc gia vì Sự Bình đẳng cho Người Đồng tính kiện Bộ trưởng Tư pháp]: 'Quyền riêng tư thừa nhận rằng tất cả chúng ta đều có quyền được hưởng một phạm vi tự chủ và sự

Thân mật riêng tư, cho phép chúng ta thiết lập và nuôi dưỡng các mối quan hệ con người mà không bị can thiệp từ cộng đồng bên ngoài. Cách thức mỗi người thể hiện xu hướng tình dục của mình là yếu tố cốt lõi, trung tâm của sự riêng tư đó.' (Thẩm phán Ackerman). Đoạn 117: 'Việc thể hiện xu hướng tình dục đòi hỏi phải có một người kết đôi một người có thật hoặc do tưởng tượng ra. Nhà nước không có quyền lựa chọn hoặc sắp đặt người kết đôi cho cá nhân, mà đó là quyền của mỗi cá nhân tự lựa chọn.' (Thẩm phán Sachs)

69. Phán quyết của Tòa án Tối cao Fiji tại Suva ngày 26/8/2005, McCoskar v. State: 'Theo tôi, Tòa án cần đưa ra một cách diễn giải rộng và có chủ đích, phù hợp với pháp luật quốc tế sao cho quyền riêng tư không chỉ bó hẹp trong khái niệm có tính phủ định tức là quyền tự do không bị Nhà nước can thiệp vô căn cứ vào cuộc sống riêng tư mà phải bao gồm cả khái niệm có tính khẳng định - tức là quyền được thiết lập và nuôi dưỡng các mối quan hệ con người mà không bị trừng phạt bởi pháp luật hoặc cộng đồng.'
70. Đoạn 129 Phán quyết ngày 30/8/2010 Fernández Ortega et al. v. Mexico. Tham khảo thêm phán quyết ngày 31/8/2010, Rosendo Cantú et al. v. Mexico, đoạn 119; và phán quyết ngày 24/2/2012, Atala Riffo and daughters v. Chile, đoạn 161-162.
71. Murray & Viljoen 2007, trang. 90, dẫn chiếu đến các điều 4, 5 và 6 của Hiến chương châu Phi.
72. Phán quyết của Ủy ban Nhân quyền của LHQ

45

31/3/1994, Toonen v. Australia, comm. 488/1992, đoạn 8.2.

73. Ở Mỹ có khá nhiều án lệ và nghiên cứu cố gắng vạch ra một ranh giới giữa các mối quan hệ hoặc kết giao 'thân mật' và không thân mật. Cách tiếp cận bao trùm của Karst (1979/1980) đã không được các tòa án áp dụng một cách đầy đủ (Rolling 2012 là một ví dụ trong rất nhiều bài viết phê phán tòa án). Udell (1998, trang 278-280) đã có một cách tiếp cận thú vị để phân tích khái niệm 'thân mật'. Tác giả đề ra ba tiêu chí ('ba tiêu chí tương quan chặt chẽ với sự thân mật'): sống chung, sự thân mật về tình dục, và cam kết (công khai hoặc ngầm định), và bổ sung thêm tiêu chí thứ tư là quan hệ máu mủ gần gũi. Sau đó tác giả đã liệt kê mọi mối quan hệ có thể có theo mức độ đáp ứng của chúng đối với các tiêu chí này. Lau (2006, trang 1298 và 1301) chỉ ra rằng quyền tự do kết giao thân mật chỉ giới hạn trong phạm vi hẹp của 'gia đình'.
74. Đoạn 52 phán quyết ngày 22/10/1981 Tòa án Nhân quyền châu Âu, Dudgeon v. United Kingdom, appl. 7525/76. Trường hợp gần đây nhất sử dụng cách diễn đạt này là ở đoạn 83 trong phán quyết ngày 2/3/2010, Kozak v. Poland, appl. 13102/02.
75. Gần đây, tòa án và các cơ quan tài phán về quyền bình đẳng ở khá nhiều nước đã tiếp nhận nhiều vụ kiện liên quan đến việc một cặp đồng tính nam hoặc nữ đã bị từ chối phục vụ trong quán bar hoặc nhà hàng chỉ vì họ đã hôn nhau như

46

Các cặp tình nhân thường làm.

76. Xem các đoạn 6-8, chú thích dưới đây.
77. Ít nhất đã có hai cặp đôi đồng giới viết sách về việc họ kết hôn và được tòa án công nhận hôn nhân, xem Bourassa & Varnell 2002 (họ là một trong hai cặp của vụ kiện đã được phán quyết bởi Tòa Thượng thẩm Ontario vào ngày 10/6/2003: Halpern v. Canada (Attorney General) (2003) O.R. (3d) 161); và xem Gilligan & Zappone 2008 (vụ kiện của họ được phán quyết bởi Tòa án Phúc thẩm Ai-len ngày 14/12/2006: Zappone & Anor v. Revenue Commissioners & Ors [2006] IEHC 404; đang chờ phán quyết của Tòa án Tối cao Ai-len).
78. Lời dịch từ 'naar vriendschap zulk een mateloos verlangen' hiện được khắc ở Đài tưởng niệm người đồng tính của Am-xtec-đam. Đây là câu thứ tư trong bài thơ 'Aan eenen jongen visscher' của nhà thơ Jacob Israël de Haan, viết năm 1917, nguyên văn bài thơ có tại www.dbnl.org/tekst/haan008lied01_01/haan008lied01_01_0024.php.
79. Bài hát viết năm 1973 này (lời Sébastien Balasko, xem tại www.seconhandsongs.com/work/73375) là bài hát lâu đời nhất mà tôi biết trong đó có đề cập trực tiếp đến tình yêu giữa hai người nữ và đám cưới giữa hai người nam.
80. Sondheim 2010, trang 194-195.
81. Ví dụ: Đoạn 66 trong phán quyết của Tòa án Nhân

- quyền châu Âu ngày 3/4/2012, Gillberg v. Sweden, appl. 41723/06 (Grand Chamber): 'Khái niệm "cuộc sống riêng tư" là một khái niệm rộng và không thể định nghĩa đầy đủ. Nó bao trùm tổng thể tâm lý và thể chất của một con người. Do đó, nó có thể bao gồm nhiều khía cạnh của bản dạng xã hội và thể chất của một người. Ngoài ra Điều 8 còn bảo vệ quyền phát triển của cá nhân, và quyền thiết lập và phát triển các mối quan hệ với người khác và thế giới bên ngoài'.
82. Sau khi các tòa án Nam Phi và Fiji áp dụng quyền được gắn bó trong các vụ kiện về việc hình sự hóa các hoạt động tình dục đồng giới (xem ở trên), hiện nay các Tòa án Nhân quyền châu Âu và Liên Mỹ cũng đã đề cập đến quyền này trong mối liên hệ với xu hướng tình dục; xem phán quyết của Tòa án Nhân quyền châu Âu ngày 22/1/2008, E.B. v. France, appl. 43546/02, đoạn 43 và 49; và phán quyết của Tòa án Nhân quyền Liên Mỹ, ngày 24/2/2012, Atala Riffo and daughters v. Chile, các đoạn 161-162.
83. Xem các vụ kiện ở tòa án quốc gia ở nhiều nước được tóm tắt trong Jernow 2011.
84. Waaldijk 2009; Paoli Itaborahy 2012, trang 11-21.
85. Phán quyết của Tòa án Nhân quyền châu Âu ngày 22/10/1981, Dudgeon v. United Kingdom, appl. 7525/76; Phán quyết của Ủy ban Nhân quyền LHQ ngày 31/3/1994, Toonen v. Australia, comm. 488/1992.
86. Phán quyết của Tòa án Nhân quyền châu Âu ngày 24/7/2003, Karner v. Austria, appl. 40016/98; 29/7/2003 vụ Young v. Australia, comm. 941/2000.
87. Phán quyết của Tòa án Nhân quyền châu Âu ngày 24/6/2010, Schalk & Kopf v. Austria, appl. 30141/04, đoạn 94. Xem thêm Phán quyết Tòa án Nhân quyền Liên Mỹ ngày 24/2/2012, Atala Riffo and daughters v. Chile, đoạn 174-178
88. Ủy ban Nhân quyền LHQ ngày 17/7/2002, Joslin et al. v. New Zealand, comm. 902/1999; Phán quyết của Tòa án Nhân quyền châu Âu ngày 24/6/2010, Schalk & Kopf v. Austria, appl. 30141/04.
89. Waaldijk 2009; Paoli Itaborahy 2012, trang 11-21. Tháng 6/2012 Đan Mạch trở thành nước thứ 11 cho phép các cặp đồng giới được kết hôn.
90. Điều 8 và 12 của Công ước Nhân quyền châu Âu. Xem thêm điều 17 và 23 của Công ước Quốc tế về các Quyền Chính trị và Dân sự, Điều 18 Công ước châu Phi về Nhân quyền và Quyền Công dân, và điều 11 và 17 của Công ước châu Mỹ về Nhân quyền.
91. Kể từ phán quyết của Tòa án Nhân quyền châu Âu ngày 16/12/1992, Niemietz v. Germany, appl. 13710/88, đoạn 29.
92. Chú thích trên.
93. Kể từ Phán quyết của Tòa án Nhân quyền châu Âu ngày 18/12/1986, Jonhston and others v. Ireland,

47

appl. 9697/82, đoạn 55-56.

94. Kể từ Phán quyết của Tòa án Nhân quyền châu Âu ngày 24/6/2010, Schalk & Kopf v. Austria, appl. 30141/04, đoạn 94.
95. Xem Thoreson & Cook 2011.
96. Xem Cameron 1993, trang 455-456.
97. Xem Waaldijk 2009.
98. Chuẩn mực tối thiểu này đã được thiết lập trong một loạt vụ kiện, đầu tiên là châu Âu với phán quyết của Tòa án Nhân quyền châu Âu ngày 22/10/1981, Dudgeon v. United Kingdom, appl. 7525/76; và ở cấp toàn cầu với Phán quyết của Ủy ban Nhân quyền LHQ ngày 31/3/1994, Toonen v. Australia, comm. 488/1992.
99. Xem một số ví dụ của châu Âu: Waaldijk 2000.
100. Tất cả những điều này phù hợp với cái mà tôi gọi là 'quy luật của những thay đổi nhỏ' (Waaldijk 2001, trang 439-441, đã trích dẫn ở chú thích phần trước).
101. Xem thêm Thoreson & Cook 2011.
102. Để tìm hiểu chi tiết về cách tiếp cận 'lịch chuẩn' rất thú vị và nhiều tiềm năng hứa hẹn, xem (Waaldijk 1993/94) trong phần công nhận của pháp luật đối với đồng tính ái, xem Waaldijk 2009 và Paoli Itaborahy 2012.
103. Xem các cách diễn đạt khác nhau của quyền này

48

Của các tòa án khác nhau, đã trích dẫn ở phần trước.

104. Theo nguyên tắc 6 của Các Nguyên tắc Yogyakarta về Áp dụng Pháp luật Nhân quyền Quốc tế liên quan đến Xu hướng tình dục và Bản dạng Giới (2007), 'quyền riêng tư thường bao gồm cả quyền lựa chọn tiết lộ [...] thông tin liên quan đến xu hướng tình dục của mình [...]' (xem tại www.yogyakartaprinciples.org).
105. Hướng dẫn của UNHCR về các Yêu cầu Tị nạn Liên quan đến Xu hướng tình dục và Bản dạng Giới, Giơ-ne-vơ: Cao ủy LHQ về Người Tị nạn, 2008, đoạn 25-26 (có tham chiếu đến án lệ liên quan ở một số nước). Xem thêm Jansen & Spijkerboer 2011, trang 33-39, có tham khảo cả những hướng dẫn chính sách quốc gia và thực tiễn quản lý hành chính, cũng như án lệ - trong đó có phán quyết quan trọng của Tòa án Tối cao Vương quốc Anh ngày 7/7/2010 trong vụ kiện Quốc vụ khanh Bộ Nội vụ, HJ (Iran) and HT (Cameroon) v. Secretary of State for the Home Department [2010] UKSC 31. Cũng về vấn đề này, Hội đồng Nhà nước Hà Lan (trong ba vụ liên quan đến người xin tị nạn từ Sê-nê-gan, U-gan-đa và Xi-ê-ra Lê-ông) vào ngày 18/4/2012 đã yêu cầu Tòa án Công lý châu Âu đưa ra một phán quyết sơ bộ (xem tại www.raadvanstate.nl/pers/persberichten/persbericht/?pressmessage_id=192); Tòa án đã đưa ra quyết định thụ lý ba vụ án này với các mã số C-199/12, C-200/12 và C-201/12.
106. Ví dụ, ở Hà Lan, việc sinh viên đồng tính nam, nữ

- và song tính công khai xu hướng tình dục của mình ở trường học (từ tiểu học cho đến trung học, đại học và cao đẳng) cũng nằm trong phạm vi điều chỉnh của quy định nghiêm cấm phân biệt đối xử 'chỉ vì' đồng tính ái (một quy định cấm tại điều 7(2) của Đạo luật Bình đẳng chung Hà Lan cũng áp dụng đầy đủ với mọi trường học tư thực thuộc các tổ chức tôn giáo; xem Waaldijk 2004, đoạn 13.4.5).
107. Ví dụ, quyền công khai xu hướng tình dục không nên bị gây khó dễ trong nhà dưỡng lão. Nếu một người sống trong nhà dưỡng lão - hoặc một cặp sống trong nhà dưỡng lão - quyết định công khai việc mình là người đồng tính hoặc song tính, lãnh đạo viện dưỡng lão không được có phản ứng tiêu cực đối với việc đó, và phải đảm bảo sự bảo vệ phù hợp cho những người này trước những phản ứng tiêu cực của những người khác sống trong nhà dưỡng lão.
108. Phân biệt đối xử vì xu hướng tình dục đã bị nghiêm cấm trong Chỉ thị về Bình đẳng Việc làm của Liên minh châu Âu (2000/78/EC) và nhiều nước thành viên đã nội luật hóa Chỉ thị này bằng các văn bản pháp luật quốc gia. Xem Waaldijk & Bonini-Baraldi 2006, trang 40-41, 112-113 và 213-214.
109. Xem Richardson 2000, trang 119-200.
110. Xem www.de-igb.nl về Leidsche Ganymedes Borrel, và www.workplacepride.org với các biểu trưng của những công ty Hà Lan và các tổ chức sử dụng lao động khác có mạng lưới LGBT, và số lượng này ngày càng tăng.
111. Không phải tất cả các thành viên EU đều đã nội luật hóa Chỉ thị về Bình đẳng Việc làm (2000/78/EC). Xem Waaldijk & Bonini-Baraldi 2006, trang 45-46 và 117-118.
112. Xem quyền của những cặp đôi đang tìm hiểu nhau: Lau 2006, 1289-1291.
113. Tòa án Hiến pháp của Nam Phi đã áp dụng khái niệm đã rất phù hợp trong bối cảnh này, đó là 'nuôi dưỡng' một mối quan hệ. Xem phán quyết ngày 9/10/1998 trong vụ Liên minh Quốc gia vì Sự Bình đẳng của Người Đồng tính kiện Bộ trưởng Tư pháp, National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Justice, đoạn 32.
114. Ví dụ Waaldijk 2004, 2005 & 2008; tham khảo phần tài liệu chú thích số 2. 49
115. Một điều rất thú vị là hiến pháp của Ru-ma-ni và Môn-đô-va quy định phải bảo vệ và tôn trọng không chỉ cuộc sống gia đình và riêng tư, mà còn cả cuộc sống 'thân mật'. Xem Điều 26 Hiến pháp Ru-ma-ni (từ năm 1991), và Điều 28 Hiến pháp Môn-đô-va (ít nhất là từ năm 2000).
116. Xem đoạn 6.
117. Xem Lau 2006, trang 1306, và Waaldijk & Bonini-Baraldi 2006, trang 113-117. Điểm này đã được chấp nhận trong án lệ quốc tế kể từ khi có Phán quyết của Tòa án Nhân quyền châu Âu ngày 24/7/2003, *Karner v. Austria*, appl. 40016/98; và Phán quyết của Ủy ban Nhân quyền LHQ ngày

- 29/7//2003, *Young v. Australia*, comm. 941/2000. Tòa án Công lý Liên minh Châu Âu cũng đã chấp nhận điều này, đầu tiên là ở phán quyết ngày 17 tháng 2 năm 1998 trong vụ C-249/96, *Grant v. South West Trains Ltd.* (par. 47), và rõ ràng hơn ở phán quyết ngày 1 tháng 4 năm 2008 trong vụ C-267/06, *Tadao Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*. Xem thêm Phán quyết của Tòa án Nhân quyền châu Âu ngày 24/6//2010, *Schalk & Kopf v. Austria*, appl. 30141/04, đoạn 99, trong đó Tòa án đề cập đến việc các cặp đồng giới cần 'một sự công nhận và bảo vệ của pháp luật đối với mối quan hệ của họ'.
118. Xem đoạn 3.
119. Phán quyết của Tòa án Nhân quyền châu Âu ngày 24/7/2003, *Karner v. Austria*, appl. 40016/98; Phán quyết của Ủy ban Nhân quyền LHQ ngày 29/7/2003, *Young v. Australia*, comm. 941/2000.
120. Phán quyết của Tòa án Nhân quyền châu Âu ngày 24/6/2010, *Schalk & Kopf v. Austria*, appl. 30141/04, đoạn 94.
121. Phán quyết của Ủy ban Nhân quyền LHQ ngày 17/7/2002, *Joslin et al. v. New Zealand*, comm. 906/1999; Phán quyết của Tòa án Nhân quyền châu Âu ngày 24/6/2010, *Schalk & Kopf v. Austria*, appl. 30141/04.
122. Trong tiếng Hà Lan, những người này được gọi là 'weigerambtenaren'. Tuy nhiên, hiện Hà Lan

Chưa có án lệ nào liên quan đến câu hỏi liệu

việc sa thải một công chức (hoặc bác đơn xin việc) vì họ từ chối thực hiện nhiệm vụ tiến hành nghi lễ, thủ tục kết hôn cho cặp đôi đồng giới có bị coi là phân biệt đối xử vì lý do tôn giáo hay không. Ngày 15/4/2008 Ủy ban Đối xử Bình đẳng Hà Lan đã nêu ý kiến của mình cho rằng việc bác đơn xin việc trong trường hợp này có thể được coi là chính đáng, do đó không bị coi là phân biệt đối xử gián tiếp dựa trên lý do tôn giáo và không bị cấm (oordeel 2008-40).

123. Xem phần trên, ở điểm b. Về khái niệm nạn nhân gián tiếp của sự phân biệt đối xử với người đồng tính, xem đoạn 3.
124. Phán quyết của Tòa án Nhân quyền châu Âu ngày 28/6/2007, *Wagner and J.M.W.L. v. Luxembourg*, appl. 76240/01, đoạn 132-133. (Lưu ý hiện đã có bản tiếng Anh của phán quyết này.)
125. Phán quyết của Tòa án Nhân quyền châu Âu ngày 3/5/2011, *Negreponitis-Giannisis v. Greece*, appl. 56759/08 (phán quyết chỉ có bản tiếng Pháp, nhưng có thể xem thông cáo báo chí bằng tiếng Anh tại <http://echr.coe.int/echr/en/hudoc>).
126. Xem Waaldijk 1996, Bell 2004, Guild 2001, Toner 2004, và chương 4 của báo cáo sự ghê sợ đồng tính, chuyển giới và sự phân biệt đối xử dựa vào xu hướng tình dục và bản dạng giới phân tích pháp luật so sánh (Cơ quan EU về các quyền căn bản, Viên 2010), có tại http://fra.europa.eu/fraWebsite/research/publications/publications_per_year/2010/2010_en.Htm.

127. Xem các tài liệu tham khảo trong Waaldijk 2012.

128. Một vài vụ liên quan đến công nhận hôn nhân nước ngoài, gồm: Phán quyết của Tòa án Cấp cao Anh và xứ Wales ngày 31/7/2006: Wilkinson v. Kitzinger & Ors [2006] EWHC 2022 (Fam); và phán quyết Tòa án Cấp cao Ai-len ngày 14/12/2006: Zappone & Anor v. Revenue Commissioners & Ors [2006] IEHC 404 (đang chờ phán quyết của Tòa án Tối cao Ai-len). Về vụ thứ hai, xem Gilligan & Zappone 2008.

129. Chưa công bố.

Lời cảm ơn

Trung tâm Sáng kiến Sức khỏe và Dân số (CCIHP) xin chân thành cảm ơn Giáo sư Kees Waaldijk đã cho phép chúng tôi được xuất bản bài viết này bằng tiếng Việt tại Việt Nam. Xin cảm ơn UNDP Việt Nam đã cho phép chúng tôi sử dụng bản dịch tiếng Việt trong hội thảo 'Khung pháp lý của Việt Nam và kinh nghiệm quốc tế về quyền của LGBT trong lĩnh vực hôn nhân gia đình - xem xét trên cơ sở các tiêu chí quốc tế' do UNDP và Bộ Tư pháp tổ chức vào tháng 12 năm 2012 tại Hà Nội làm cơ sở cho việc xuất bản. Cảm ơn ông Nicholas Booth và bà Lê Thị Nam Hương, chuyên gia tại UNDP Việt Nam đã giúp tiếp cận bản dịch tiếng Việt này. Xin cảm ơn sự đóng góp quý báu của bà Đặng Cửu Ngọc Huyền - cộng tác viên Luật của Trung tâm Truyền thông Sáng tạo, Dịch vụ và Nghiên cứu về Tính dục (ICS) trong việc biên tập các thuật ngữ liên quan đến luật trong bản dịch. Tài liệu này được xuất bản với sự hỗ trợ tài chính của Oxfam Novib.

51

NHÀ XUẤT BẢN VĂN HÓA THÔNG TIN

43 Lò Đúc - Hà Nội

* * * * *

Chịu trách nhiệm xuất bản
HOÀNG TÚ ANH - LÊ TIẾN DŨNG

Ban biên tập

Hoàng Tú Anh

Quách Thu Trang

Đặng Hồng Linh

Building a healthy future for all !



TRUNG TÂM SÁNG KIẾN SỨC KHỎE VÀ DÂN SỐ (CCIHP)
CENTER FOR CREATIVE INITIATIVES IN HEALTH AND POPULATION

Số 2, ngách 49/41 Huỳnh Thúc Kháng, Hà Nội, Việt Nam
Tel : 84 4 35770261 Email : ccihp@ccihp.org
Fax : 84 4 35770260 Web : http://ccihp.org

*In 1000 cuốn, khổ 20 x 20 cm, 52 trang tại Xưởng in TTTT Công nghiệp và Thương mại
Theo giấy phép đăng ký xuất bản số: 710 - 2013/CXB/44 - 65/VH TT, ký ngày 30 tháng 10 năm 2013
In xong và nộp lưu chiểu tháng 10 năm 2013*