Tư vấn kỹ thuật về phân biệt đối xử: Định nghĩa và căn cứ cấm phân biệt đối xử

ĐỀ DẪN

Thông tin bối cảnh

1. Bộ Lao động-Thương binh và Xã hội của nước Cộng hoà Xã hội Chủ nghĩa Việt Nam (sau đây được gọi tắt là "Chính phủ") đang chủ trì việc sửa đổi Bộ luật Lao động 2012. Tổ chức Lao động Quốc tế ILO hỗ trợ quá trình này, bao gồm việc Văn phòng ILO (gọi tắt là "Văn phòng") cung cấp tư vấn kỹ thuật đối với những sửa đổi trong Bộ luật Lao động thông qua văn phòng tổ chức tại Hà Nội và Dự án Khung khổ Quan hệ Lao động Mới (cấu phần Bộ lao động Hoa Kỳ).

2. Trong bối cảnh đó, cần cung cấp cho Chính phủ và đối tác xã hội các thông tin và hướng dẫn kỹ thuật về một số vấn đề hiện đang được xem xét trong quá trình sửa đổi pháp luật. Cụ thể, Chính phủ và đối tác xã hội mong muốn hưởng lợi từ hướng dẫn hiện hành để đảm bảo phù hợp với các Công ước của ILO cũng như tìm hiểu cách thức mà các quốc gia tương đồng với điều kiện của Việt Nam đã thực hiện để đảm bảo sự phù hợp đó.

3. Văn bản này trình bày về một trong những vấn đề đang được xem xét trong việc cải cách pháp luật này: định nghĩa về phân biệt đối xử, và căn cứ cấm phân biệt đối xử.

Chuẩn bị tư vấn kỹ thuật của ILO

4. Văn phòng tại Geneva đã xem xét các vấn đề được nêu và trả lời các câu hỏi dựa trên các tiêu chuẩn lao động quốc tế cũng như so sánh pháp luật và thực tiễn về lao động của các quốc gia khác.

5. Văn phòng mong muốn làm rõ rằng những bình luận này không làm ảnh hưởng tới những bình luận do cơ quan có trách nhiệm của ILO có thể đưa ra để giám sát tuân thủ với các tiêu chuẩn lao động quốc tế.

CÁC VẤN ĐỀ CỤ THỂ

Định nghĩa về phân biệt đối xử: trực tiếp và gián tiếp

6. Hướng dẫn các tiêu chuẩn lao động quốc tế về phân biệt đối xử trong việc làm và nghề nghiệp được cung cấp trong Công ước của ILO về Phân biệt Đối xử (trong Việc làm và Nghề nghiệp) 1958 (Số 111) – mà Việt Nam đã phê chuẩn – và cũng với Khuyến nghị về Phân biệt Đối xử (trong Việc làm và Nghề nghiệp) 1958 (Số 111).

7. Khoản 1, Điều 1 của Công ước 111 định nghĩa phân biệt đối xử là "mọi sự phân biệt, loại trừ hoặc ưu đãi dựa trên chủng tộc, màu da, giới tính, tôn giáo, quan điểm chính trị, nguồn gốc dân tộc hoặc nguồn gốc xã hội, có tác động triệt bỏ hoặc làm phương hại sự bình đẳng về cơ hội hoặc về đãi ngộ trong việc làm hoặc nghề nghiệp."

8. Khoản 3, Điều 1 của Công ước 111 đưa ra hướng dẫn quan trọng về các trường hợp nằm trong các thuật ngữ về "việc làm và nghề nghiệp", theo đó, quy định những thuật ngữ trên "bao hàm cả việc tiếp cận đào tạo nghề, tiếp cận việc làm và các nghề nghiệp cụ thể và điều khoản, điều kiện việc làm."

9. Uỷ ban Chuyên gia về Áp dụng Công ước và Khuyến nghị (gọi tắt là Uỷ ban CEACR) đã chỉ ra rằng định nghĩa rộng này bao hàm bất cứ sự phân biệt đối xử nào, cả trong luật và thực tiễn, trực tiếp hay gián tiếp.[1] Do đó, luật pháp cần phản ánh định nghĩa về phân biệt đối xử trực tiếp và gián tiếp:
   a) "Phân biệt đối xử trực tiếp" xảy ra khi hành vi đối xử không tạo điều kiện thể hiện một cách rõ ràng hoặc ngấm ngầm dựa trên một hoặc nhiều hơn một căn cứ cấm. Điều này bao gồm cả hành vi quấy rối tình dục và các dạng quấy rối khác;[2] và

   b) "Phân biệt đối xử gián tiếp" đề cập tới những tình huống, quy định hoặc thực tiễn có vẻ trung tính, nhưng trên thực tế lại dẫn tới hành vi đối xử không bình đẳng đối với những người có những đặc điểm nhất định. Điều này xảy ra khi điều kiện, đối xử và tiêu chí chung được áp dụng với mọi người, nhưng dẫn tới kết quả tác động gay gắt bất cân xứng lên một số đối tượng.[3]

10. Uỷ ban CEACR đã đề cập nhiều lần tới tầm quan trọng của việc định nghĩa trong pháp luật lao động về phân đối xử trực tiếp và gián tiếp.[4] Một số sáng kiến được hoan nghênh như quy

[1] ILO: *Mang lại tính nhân văn cho toàn cầu hoá: Khảo sát Chung về các Công ước Cơ bản (2012) về các quyền trong lao động phù hợp với Tuyên bố của ILO về Công bằng Xã hội cho một Toàn cầu hoá Bình đẳng, 2008,* Báo cáo III (Phần 1B), Hội nghị Lao động Quốc tế, Phiên 101, Geneva, 2012, đoạn 734.
[2] Như trên, đoạn 744.
[3] Như trên, đoạn 745.
[4] Như trên, đoạn 746.

định cấm rõ ràng và định nghĩa phân biệt đối xử trực tiếp và gián tiếp trong pháp luật quốc gia ở một số nước Châu Âu, như Đức, Bồ Đào Nha, Slovenia và Thuỵ Điển, cũng như các quốc gia khác trên thế giới, như Fiji, Kenya và Namibia.[5]

Các căn cứ cấm: bao gồm "tuổi tác" và " khuynh hướng tính dục"

11. Công ước 111 mà Việt Nam đã phê chuẩn năm 1997 thiết lập nguyên tắc chung về bình đẳng và chống phân biệt đối xử trong bối cảnh lao động việc làm. Điều này bao hàm tất cả các hình thức phân biệt đối xử về việc làm và nghề nghiệp, và công ước quy định cụ thể ít nhất bảy căn cứ mà từ đó có thể cấm phân biệt đối xử về: chủng tộc, màu da, giới tính, tôn giáo, quan điểm chính trị, nguồn gốc dân tộc và nguồn gốc xã hội (điểm a, khoản 1, Điều 1).
12. Ủy ban CEACR giám sát việc áp dụng Công ước tại các quốc gia thành viên của ILO lưu ý thấy rằng Việt Nam hiện đang bỏ căn cứ phân biệt đối xử về "quan điểm chính trị'' và ''nguồn gốc dân tộc'' trong định nghĩa về phân biệt đối xử trong Bộ luật lao động 2012. Trước đó, Ủy ban cũng đã đề nghị Việt Nam giải thích việc sử dụng thuật ngữ ''thành phần xã hội'' trong Bộ luật lao động thay vì dùng thuật ngữ ''nguồn gốc xã hội'' như trong Công ước.
13. Công ước cũng quy định rằng các chính phủ có thể mở rộng các biện pháp bảo vệ để giải quyết phân biệt đối xử dựa trên các căn cứ khác (điểm b, khoản 1, Điều 1). Các căn cứ bổ sung đã được một số quốc gia đưa ra bao gồm tuổi tác và khuynh hướng tính dục, cũng như sức khoẻ, khuyết tật, HIV và AIDS, tình trạng việc làm và quốc tịch.[6]

Khuynh hướng tính dục

14. Khi xem xét phân biệt đối xử trên các căn cứ về khuynh hướng tính dục, có hai văn bản của ILO là Khuyến nghị về Cơ quan giới thiệu Việc làm Tư, 1997 (số 188) và Khuyến nghị về HIV và AIDS, 2010 (số 200) đã đề cập rõ ràng việc cấm và phòng ngừa phân biệt đối xử dựa trên căn cứ này.

15. Khuyến nghị 188 nêu rằng cần cấm hoặc bằng các biện pháp ngăn ngừa các cơ quan giới thiệu việc làm đưa ra và đăng các thông báo tìm việc hoặc đề nghị làm việc theo các cách thức mà dẫn tới kết quả một cách trực tiếp hoặc gián tiếp việc phân biệt đối xử với nhiều căn cứ, trong đó có khuynh hướng tính dục (Đoạn 9).

16. Khuyến nghị 200 nêu rằng cần thực hiện các biện pháp tại hoặc thông qua nơi làm việc để giảm thiểu lây nhiễm HIV và giảm bớt tác động của nó bằng cách khuyến khích sự tham gia và trao quyền cho tất cả người lao động bất kể khuynh hướng tính dục của họ là gì (Khoản e, Đoạn 14).

17. Về việc làm và nghề nghiệp, vào những năm 1990, Uỷ ban CEACR đã bắt đầu chú ý tới vấn đề khuynh hướng tính dục như một trong những căn cứ của hành vi phân biệt đối xử nổi lên tại

[5] Như trên, đoạn 747.
[6] Như trên 654.

thời điểm đó.[7] Uỷ ban cho rằng, để đảm bảo bảo vệ hiệu quả trước tất cả hành vi phân biệt đối xử dựa trên khuynh hướng tính dục, thì căn cứ này cần được thể hiện rõ ràng trong pháp luật quốc gia.[8]

18. Gần đây, trong Khảo sát Chung 2012, Uỷ ban CEACR cảm thấy rất được khích lệ vì ngày càng nhiều quốc gia thông qua các biện pháp pháp lý và thực tiễn hướng tới xoá bỏ phân biệt đối xử đối với vấn đề này và thúc đẩy cơ hội và đối xử bình đẳng trong việc làm đối với người đồng tính nữ, đồng tính nam, lưỡng tính và chuyển giới. Uỷ ban CEACR cũng nhận thấy rằng một số quốc gia đã công nhận pháp lý đối với các cặp đồng giới kết hôn và chung sống. Điều này phản ánh nhận thức ngày càng tăng về nhu cầu xây dựng quyền và lợi ích việc làm xuất phát từ việc công nhận hôn nhân và chung sống hợp pháp.[9]

19. Cụ thể hơn, Uỷ ban CEACR hoan nghênh việc đưa khuynh hướng tính dục thành một căn cứ cấm phân biệt đối xử trong một số trường hợp. Năm 2017, Uỷ ban CEACR đã nhận thấy rằng Pháp luật Lao động mới của Bosnia và Herzegovina (FbiH) đã bao hàm tất cả các căn cứ được nêu trong điểm a, khoản 1, Điều 1 của Công ước, cũng như nhiều căn cứ khác như tuổi tác, khuynh hướng tính dục và khuyết tật.[10] Tương tự, Uỷ ban CEACR hoan ngênh quy định của Argentina cấm người sử dụng lao động "thực hiện bất cứ điều tra, hoặc xét hỏi về quan điểm chính trị, tôn giáo, công đoàn, văn hoá hoặc khuynh hướng tính dục của người lao động trong quá trình tuyển dụng, trong quá trình thực hiện hợp đồng hoặc để chấm dứt hợp đồng."[11]

20. Ở Liên minh Châu Âu, cả Điều 21 của Hiến chương Các Quyền cơ bản của Liên minh Châu Âu và Điều 1 của Khung Định hướng về Đối xử Công bằng cấm tất cả các hình thức phân biệt đối xử về khuynh hướng tính dục. Các quốc gia thành viên của Liên minh Châu Âu phải nội luật hoá các quy định của mình về bình đẳng, phù hợp với các quy định của Liên minh. Ở các nước khác, như Ecuador, khuynh hướng tính dục đã được đưa vào Hiến pháp.

21. Ở Australia, Trung Quốc, Mauristania và Mozambique, căn cứ này đã được đưa vào pháp luật lao động chung. Khuynh hướng tính dục cũng được đề cập trong pháp luật về nhân quyền hoặc các pháp luật cụ thể khác về chống phân biệt đối xử và đối xử bình đẳng, ví dụ như ở Canada, Mexico, Malta và Nam Phi.

22. Đạo luật Bình đẳng của Vương Quốc Anh đề cập tới cả khuynh hướng tính dục và chuyển đổi giới tính, và pháp luật về chống phân biệt đối xử ở Albania và Serbia cấm phân biệt đối xử dựa trên khuynh hướng tính dục và sự tự công nhận giới tính (gender identity). Hơn nữa,

---

[7] ILO: *Khảo sát đặc biệt về Bình đẳng trong Việc làm và Nghề nghiệp theo Công ước 111,* Báo cáo III (Phần 4B), Hội nghị Lao động Quốc tế, Phiên 83, Geneva, 1996, Đoạn 273- 277.
[8] Như trên 277.
[9] ILO: *Mang lại tính nhân văn cho toàn cầu hoá: Khảo sát Chung về các Công ước Cơ bản (2012) về các quyền trong lao động phù hợp với Tuyên bố của ILO về Công bằng Xã hội cho một Toàn cầu hoá Bình đẳng, 2008,* Báo cáo III (Pần 1B), Hội nghị Lao động Quốc tế, Phiên 101, Geneva, 2012, đoạn 824.
[10] *Bosnia và Herzegovina* – Đề nghị trực tiếp (CEACR) – được thông qua 2016, công bố tại phiên 106 Hội nghị Lao động Quốc tế (2017).
[11] *Argentina* – Quan sát (CEACR) - được thông qua 2016, công bố tại phiên 106 Hội nghị Lao động Quốc tế (2017).

phân biệt đối xử trong việc làm và nghề nghiệp dựa trên khuynh hướng giới cũng đã được giải quyết thông qua cơ chế thoả ước thương lượng tập thể, khảo sát và khiếu nại.[12]

23. Cần lưu tâm rằng vấn đề sức khoẻ và an sinh của người đồng tính nữ, đồng tính nam, lưỡng tính, và người chuyển giới có thể bị ảnh hưởng do tâm lý lo sợ phân biệt đối xử, làm giảm năng xuất tại nơi làm việc. Hơn nữa, những nơi đã sa thải người lao động vì lý do khuynh hướng tính dục có thể mất đi người lao động có tay nghề và lãng phí nguồn lực để tuyển dụng thay thế. Do đó, ngoài việc xây dựng pháp luật về việc làm có yếu tố phòng ngừa phân biệt đối xử, cần người sử dụng lao động thực hiện việc đối xử công bằng và tiến hành các chính sách đa dạng tại nơi làm việc.[13]

Tuổi tác

24. Đối với phân biệt đối xử vì tuổi tác, ILO đã giải quyết tình huống cụ thể của người lao động lớn tuổi trong Khuyến nghị về Người lao động Lớn tuổi, 1980 (số 162). Đáng nói là Khuyến nghị 162 kêu gọi các Quốc gia thành viên có hành động để thúc đẩy cơ hội và đối xử bình đẳng, cũng như thực hiện các biện pháp phòng ngừa phân biệt đối xử về việc làm và nghề nghiệp (Đoạn 3). Hơn nữa, Khuyến nghị nêu chi tiết các danh mục cần phòng tránh phân biệt đối xử, trong đó có tiếp cận việc làm, phát triển nghề nghiệp, đào tạo nghề, an ninh nghề nghiệp và bảo hiểm xã hội (Đoạn 5).

25. Theo Uỷ ban CEACR, phân biệt đối xử về giới liên quan chủ yếu tới hạn chế tuổi áp đặt đối với việc tiếp cận một số ngành nghề cụ thể, tuổi nghỉ hưu bắt buộc và các quy định cấm không chính đáng áp dụng với nam giới và nữ giới về quyền lợi bảo hiểm xã hội.[14]

26. Trong hai thập kỷ vừa qua, Uỷ ban CEACR đã nhận thấy các quy định pháp luật cấm phân biệt đối xử về tuổi tác tăng lên nhanh chóng. Một số các quốc gia đã đưa nội dung về "tuổi" vào trong hiến pháp của mình, như trường hợp của Cộng hoà Dominica. Tuy nhiên, trong hầu hết các trường hợp, căn cứ về tuổi được đưa vào pháp luật lao động chung, ví dụ như Trung Quốc (Đặc khu Hành chính Macau), Chad, Georgia, hoặc Liên bang Nga. Ở một số nước khác, nhất là ở Châu Âu, các đạo luật cụ thể về chống phân biệt đối xử hoặc đối xử bình đẳng đã được thông qua như ở Croatia, Đức và Slovenia. Một cách tiếp cận khác là thông qua các luật cụ thể cấm phân biệt đối xử về tuổi tác, như ở Hàn Quốc, hoặc quy định rằng thoả ước cấp trên doanh nghiệp và thoả ước doanh nghiệp cần đưa vào các điều khoản cấm phân biệt đối xử về tuổi tác, như ở Australia. Hơn nữa, Uỷ ban CEACR đặc biệt khuyến khích các điều khoản trong thoả ước lao động tập thể nhằm xoá bỏ phân biệt đối xử về tuổi

[12] ILO: *Mang lại tính nhân văn cho toàn cầu hoá: Khảo sát Chung về các Công ước Cơ bản (2012) về các quyền trong lao động phù hợp với Tuyên bố của ILO về Công bằng Xã hội cho một Toàn cầu hoá Bình đẳng, 2008,* Báo cáo III (Phần 1B), Hội nghị Lao động Quốc tế, Phiên 101, Geneva, 2012, đoạn 825.
[13] ILO: *Bình đẳng trong Lao động: Thách thức liên tiếp. Báo cáo toàn cầu theo cơ chế giám sát của Tuyên bố về Các Nguyên tắc và Quyền Cơ bản trong Lao động*, Báo cáo I (B), Hội nghị Lao động Quốc tế, Phiên 100, Geneva, 2011, đoạn 207.
[14] Như trên, đoạn 813.

tác, ví dụ, như Thoả ước Lao động Tập thể Chung của Cơ quan Quản lý Công ở Trung ương của Argentina..[15]

27. Việc đưa ra pháp luật cụ thể về tuổi có thuận lợi là các quy định pháp luật đó có thể được người sử dụng lao động và người lao động xác định một cách rõ ràng. Hơn nữa, chính sách ở cấp quốc gia và cấp doanh nghiệp cần bổ trợ cho pháp luật và đóng vai trò chính trong việc giải quyết các vấn đề khúc mắc và vượt qua suy nghĩ định kiến về người lao động cao tuổi.[16]

Tài liệu này do Dự án Khung khổ Quan hệ Lao động mới (NIRF) hỗ trợ với sự tài trợ của Bộ Lao động Hoa Kỳ. Bất kỳ tuyên bố nào trong tài liệu không nhất thiết phản ánh quan điểm hoặc chính sách của Bộ Lao động Hoa Kỳ, và các tên thương mại, sản phẩm thương mại hoặc tổ chức được đề cập không có nghĩa bao hàm sự chứng thực của Bộ Lao động Hoa Kỳ.

[15] Như trên, đoạn 814.
[16] ILO: *Bình đẳng trong Lao động: Thách thức liên tiếp. Báo cáo toàn cầu theo cơ chế giám sát của Tuyên bố về Các Nguyên tắc và Quyền Cơ bản trong Lao động*, Báo cáo I (B), Hội nghị Lao động Quốc tế, Phiên 100, Geneva, 2011, đoạn 198-199.