

MAKING LAW ON STATE OF EMERGENCY IN VIETNAM: FROM THE PERSPECTIVE OF CONSTITUTIONAL RIGHTS LIMITATION*

Dr. Bui Tien Dat

School of Law, Vietnam National University Hanoi

(This paper is for the International Conference “Law on the State of Emergency”, 16-17 June 2020, jointly organised by: the School of Law, Vietnam National University, Hanoi and the Asian Law Centre, Melbourne Law School, The University of Melbourne; in cooperation with the Institute of Legislative Studies under the Standing Committee, the National Assembly of Vietnam)

Abstract

Emergency law is intrinsically tied to the need to limit numerous constitutional rights in temporary but harsh manners. International human rights law has taken into consideration control over the state’s derogation from rights in states of emergency by reasoning a list of non-derogable rights and recommending the application of the principle of proportionality. Based on this framework, the author suggests a way to develop Vietnam's emergency law from the perspective of constitutional rights limitation. First, emergency law should be developed on the basis of three sources that protect human rights: the constitution, the legislation, and legal interpretation. Second, the four steps of the proportionality principle should be carefully considered when evaluating limitations on rights in the emergency law.

Key words: state of emergency, derogation from rights, limitation on rights, constitutional rights, principle of proportionality

1. Limitation on constitutional rights in the state of emergency

State of emergency: The necessity of special limitation on constitutional rights

It is commonly acknowledged worldwide that restriction or limitation on a certain human right means that the state does not allow beneficiaries of this right to exercise it at the absolute level.¹ A constitutional right is perceived as a legal principle; accordingly, its realization targeted at the greatest extent possible is

* This research is funded by Vietnam National Foundation for Science and Technology Development (NAFOSTED) under grant “The ‘due process of law’ principle and its role for the protection of human rights in Vietnam”, number 505.01-2018.300.

¹ Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations* (Cambridge University Press 2012), p. 102.

acknowledged and applied depending on specific circumstances.² The level of protection of constitutional rights is often limited. If the state does not create subconstitutional norms to limit the scope of application of a certain constitutional right, its beneficiaries can exercise it at the absolute level in principle; in other words, it is not restricted.

The majority of constitutional rights are non-absolute, which means that they are implicitly targeted at an ideal standard. Nevertheless, in fact, every state must use subconstitutional norms to place a particular limitation on the realization of those rights. Constitutional rights limitation at a particular level is generally a democratic state's regular needs under normal circumstances. Thus, subconstitutional legal documents often set out stable long-term limitations on relative rights.³

In states of emergency, especially wars or severe epidemics, a need for special constitutional rights limitation emerges in many countries, which results in the state's derogation from rights.⁴ Thus, "derogation from rights is state jurisdiction prescribed by law, allowing the suspension of certain individual rights under special circumstances such as the state of emergency or war".⁵

International treaties on human rights often include emergency provisions. Among those, the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) introduces the notion of "public emergency that threatens the life of the nation"⁶. According to interpretations in Siracusa principles on the rights limitation and derogation provisions in the ICCPR (hereafter referred to briefly as the Siracusa principles), public emergency that threatens the life of the nation is the state in which a nation must face special on-going or forthcoming dangers that threaten the life of the nation. This threat impacts the entire population and all or a part of the national territory as well as endangers population integrity, political independence or territorial integrity, or the maintenance of fundamental functions by vital institutions in order to guarantee and protect rights recognized by the Covenant. Civil conflict and turmoil which do not have severe and urgent influences on the life

² Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, translated by Julian Rivers (Oxford: Clarendon Press, 2002), p. 47-9. In Vietnam, several rights tend to be considered principles (i.e., the right to be presumed innocent is called presumption of innocence; see Đào Trí Úc, *Nguyên tắc suy đoán vô tội – nguyên tắc hiến định quan trọng trong Bộ luật Tố tụng hình sự Việt Nam năm 2015 (Presumption of innocence, an important constitutional principle in the 2015 Criminal Procedure Code of Vietnam)*, Tạp chí Kiểm sát (Procuracy Journal), volume 2/2017, p. 37).

³ For instance, it is not unusual for a state to set marriage age (marriage rights limitation) or issue visas to foreigners (limitation on the right to freedom of movement).

⁴ "Derogation from rights" can be translated into "tạm dừng nghĩa vụ bảo đảm quyền" to demonstrate the nature of the concept. The translation "tạm đình chỉ quyền" in some Vietnamese documents can also be used alternatively. However, the translation "hạn chế quyền" in certain documents is inaccurate and thus confused with "limitation on rights".

⁵ Oren Gross and Fionnuala N'í Aolain, *Law in Times of Crisis: Emergency powers in theory and practice* (Cambridge University Press 2006), p. 257.

⁶ Article 4(1) of the ICCPR. The European Convention on Human Rights and the American Convention on Human Rights also use similar expressions.

of the nation or mere economic difficulties will not fulfil the standards of derogation from rights.⁷

Derogation from rights: a type of rights limitation in temporary, limited but harsh manners in states of emergency

Derogation from rights is a special case of limitation on rights. According to international human rights law, it is tied to a country's state of emergency.⁸ It includes limited and temporary measures in states of emergency under the ICCPR.⁹ While rights limitation measures are typically adopted at any time, derogation from rights is a type of rights limitation in temporary and limited manners in states of emergency.¹⁰

While the ICCPR reserves Article 4 to specify provisions on derogating from civil and political rights, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR) (1966) generally integrates derogation from rights into provisions on rights restriction.¹¹ In the category of economic, social and cultural rights, only the right to strike and the right to work are often derogable compared with the relatively broad scope of derogable civil and political rights.¹² A comparison between these two major covenants on human rights indicates that derogation from certain civil and political rights in states of emergency is legitimate and essential whereas that from economic, cultural, and social rights even in states of emergency tends to be less welcome. According to Manisuli Ssenyonjo, "the absence of a clause allowing derogation in times of public emergency in the ICESCR indicates that the Covenant generally continues to apply in times of emergency included not only by armed conflict, but also by natural disaster or any other type of emergency, and as a minimum, states cannot derogate from the Covenant's core obligations."¹³ This absence can be justified by the following reasons: firstly, it is due to the nature of economic, social and cultural rights;

⁷ Para. 39-41, Siracusa principles on the rights limitation and derogation provisions in the ICCPR.

⁸ See Article 4 of the ICCPR; the United Nations Human Rights Committee, *General Comment No. 29: States of Emergency (Article 4)*, 2001).

⁹ "In time of public emergency which threatens the life of the nation and the existence of which is officially proclaimed, the States Parties to the present Covenant may take measures derogating from their obligations under the present Covenant to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with their other obligations under international law and do not involve discrimination solely on the ground of race, colour, sex, language, religion or social origin" (Clause 1, Article 4 of the ICCPR).

¹⁰ Amrei Müller, 'Limitations to and Derogations from Economic, Social and Cultural Rights' (2009) 9 *Human Rights Law Review* 557 600.

¹¹ "No restriction upon or derogation from any of the fundamental human rights recognized or existing in any country in virtue of law, conventions, regulations or custom shall be admitted on the pretext that the present Covenant does not recognize such rights or that it recognizes them to a lesser extent." (Clause 2, Article 5 of the ICESCR).

¹² Müller, 'Limitations to and Derogations from Economic, Social and Cultural Rights' p. 601.

¹³ Manisuli Ssenyonjo, 'Economic, Social and Cultural Rights: An Examination of State Obligations' in Sarah Joseph and Adam McBeth (eds), *Research Handbook on International Human Rights Law* (Edward Elgar 2010), p. 38.

secondly, Article 4 of the ICESCR contains a general clause about rights limitation; thirdly, Article 2(1) of the ICESCR allows states to fulfil obligations rather flexibly.¹⁴

2. Control over derogation from rights in states of emergency

Although derogation from rights is intrinsically merely accepted in states of emergency for a short time, it can influence a series of fundamental rights. It tends to be widely applicable and harsher than ordinary rights limitation.¹⁵ Derogation from rights in emergency act is capable of limiting more rights in comparison with other acts. Normally a few relative rights are limited in an act while emergency act often limits a large number of relative rights in a harsh manner widespread. International experience indicates that states typically limit rights for fair trial in states of emergency.¹⁶ Nonetheless, the current situation reveals the state of emergency involving epidemics¹⁷, leading to derogation from a series of fundamental individual rights.¹⁸ Furthermore, happenings in many nations illustrate that states of emergencies can be a screen for human rights infringement.¹⁹ Consequently, international human rights law has posed plenty of barriers to nations' derogation from rights in comparison with ordinary rights limitation as analysed below.

Firstly, derogation from rights is merely limited and temporary.

Derogation from rights is intrinsically merely applied in a limited manner in special cases. Meanwhile, general rights limitation measures are often adopted under normal circumstances. Derogation from rights is also intrinsically temporary whereas general rights limitation measures are typically implemented for long term, even with no determined ending time. Many of them always exist in ordinary life of the society; thus, no implementation of those becomes exceptional.²⁰

Secondly, international human rights law and national laws identify and interpret a large number of non-derogable rights.

The ICCPR has also listed several rights from which states can never derogate. In other words, there are always no valid reasons for limiting the following rights in states of emergency: the right to life, prohibition of torture, cruel, inhumane and

¹⁴ Ibid p. 66; P Alston and G Quinn, 'The Nature and Scope of States Parties' Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights' (1987) Human Rights Quarterly , p. 217.

¹⁵ See the analysis of derogation from the right to strike in Ovunda V.C. Okene, 'Derogations and Restrictions on The Right to Strike under International Law: The Case of Nigeria' (2009) 13 International Journal of Human Rights 552 558.

¹⁶ Gross and Aolain, *Law in Times of Crisis: Emergency powers in theory and practice*, p. 267.

¹⁷ Like the Covid-19 pandemic.

¹⁸ Like the right to privacy, the right to freedom of movement, the right to health, the right to nondiscrimination, the right to work , mandatory vaccinations, etc. See Amnesty International, *Responses to Covid-19 and States' Human Rights Obligations: Preliminary Observations*, 2020.

¹⁹ Sarah Joseph, 'Human Rights Committee: General Comment 29' (2002) 2 Human Rights Law Review 81 p. 98.

²⁰ For example, the right to freedom of movement is limited through the visa regime.

degrading treatment, prohibition of slavery and servitude, prohibition of imprisonment because of inability to fulfil contractual obligation, some in the category of principles of fair trial, recognition as a person before the law, and freedom of thought, conscience, and religion.²¹ In addition to the list by the ICCPR, institutions with the function of interpreting international human rights instruments such as the United Nations Human Rights Committee (UNHRC) and the European Court of Human Rights (ECtHR) have increasingly expanded the scope of non-derogable civil and political rights. Their interpretations identify the core of the right which cannot be suspended in states of emergency.

Non-derogable rights are distinguishable from absolute rights. These two concepts overlap in that absolute rights, which are not restricted under any normal circumstances, cannot indisputably be suspended in states of emergency. The distinction between these is that non-derogable rights tend to have more extensive scope than absolute rights. Therefore, it can be seen that derogation from rights is harder to be adopted than ordinary rights limitation since the scope of non-derogable rights is broader than that of absolute rights.

Thirdly, it is essential for derogation from constitutional rights in states of emergency to follow the principle of proportionality.

In the process of making emergency law in many nations,²² constitutional rights limitations in emergency acts still follow the principle of proportionality, which is the general principle of rights limitation. This principle is considered an integral element of due process of law.²³ Rights limitation in emergency acts even has to satisfy tougher requirements than ordinary rights limitation. First, the need for rights limitation must be especially urgent. Plenty of constitutional rights are difficult to be restricted under normal circumstances, but the limitation will be considered to be legitimate and essential in states of emergency. Secondly, rights limitation in states of emergency must be on the basis of clear regulations (normally emergency act or national disaster act). Thirdly, emergency law must be adopted in conformity with the state's official emergency declaration. Finally, the States Parties to the ICCPR must be informed of a nation's state of emergency by the UN.²⁴

3. Suggestions on Vietnam's approaches in making emergency law from the perspective of constitutional rights limitation

²¹ Rights specified in Article 6, 7, 8 (Clause 1 and 2), 11, 15, 16 and 18 (under Clause 2 Article 4 of the ICCPR).

²² Often through acts of the National Assembly.

²³ Bùi Tiến Đạt, *Học thuyết trình tự công bằng và việc bảo vệ quyền con người: Kinh nghiệm quốc tế và Việt Nam (Due process doctrine and human rights protection: International and Vietnamese experience)*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp (Journal of Legislative Studies), volume 11/2015, p. 68, 71.

²⁴ Clause 3, Article 4 of the ICCPR.

Three sources that protect human rights in making emergency law

Emergency law is typically analyzed on the basis of three sources that protect human rights: the constitution, the legislation, and legal interpretation. All of them need to be based on provisions and interpretations under international human rights law.

The constitution

According to the Constitution of Vietnam (2013), the National Assembly has jurisdiction over emergency provisions.²⁵ The Standing Committee of the National Assembly has jurisdiction over emergency declaration.²⁶ The President has jurisdiction to “order general mobilization or local mobilization and proclaim or abolish states of emergency in conformity with the resolution of the Standing Committee of the National Assembly”; he can also “declare or abolish states of emergency nationwide or locally when a session of the Standing Committee of the National Assembly cannot be held”.²⁷ The government has jurisdiction to “execute the order of general mobilization or local mobilization, the order of emergency declaration and other necessary measures to protect the nation as well as ensure the safety of life and property of the People”.²⁸ In general, the Constitution of Vietnam merely contains provisions on jurisdiction over emergency declaration and abolition. Provisions on specific issues will be specified in subconstitutional documents.

In addition, principles on human rights limitations are recognized in Clause 2, Article 14 of the Constitution (2013), laying the foundation for control over rights limitation in general²⁹ và derogation from rights in states of emergency in particular. As regards states of emergency, the constitution sets tougher standards in ownership rights limitation. In accordance with it, the state can “requisition property of organizations and individuals with compensation based on the market value” in “strictly necessary situations for national defense and security or for the sake of the nation, and in *states of emergency* and natural disaster prevention and control”.³⁰ Furthermore, the state can requisition land “to perform national defense and security tasks in war, *states of emergency* and natural disaster prevention and control” in

²⁵ “Decide on the issue of war and peace, emergency provisions, and other special measures to guarantee national defense and security” (Clause 13, Article 70 of the Constitution 2013).

²⁶ “Decide to execute general mobilization or local mobilization as well as proclaim and abolish states of emergency nationwide or locally” (Clause 10, Article 74 of the Constitution 2013).

²⁷ Clause 5, Article 88 of the Constitution (2013).

²⁸ Clause 3, Article 96 of the Constitution (2013).

²⁹ “Human and civil rights can only be limited in necessary circumstances for national defense and security, social order and safety, social morality, and public health in accordance with the law”. See more analysis in Bùi Tiến Đạt, *Hiến pháp hóa nguyên tắc giới hạn quyền con người: cần nhưng chưa đủ (Constitutionalizing the principle of human rights limitation: necessary but insufficient)*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp (Journal of Legislative Studies), volume 11/2015.

³⁰ Clause 3, Article 32 of the Constitution (2013) (the words italicized due to the author’s purpose of emphasis).

“strictly necessary situations prescribed by law”.³¹ Overall, the constitution stipulates that ownership rights limitation such as requisitions in states of emergency must have “strictly necessary” reasons in comparison with “necessary” ones in other circumstances. It can be seen that the Constitution (2013) has laid significant foundations for constitutional rights limitation in making emergency law.

The legislation

Up to now, Vietnam has not promulgated any emergency law; instead, it has passed the Emergency Ordinance (2000).³² The Government has issued Decree 71/2002, specifying the execution of several articles of this ordinance in case of major disasters and dangerous epidemics. Moreover, in the area of prevention of infectious diseases, the Law on Prevention and Control of Infectious Diseases (2007) prescribes states of emergency involving epidemics;³³ and the Law on National Defense (2018) prescribes states of emergency involving national defense.³⁴ It can be seen that the Emergency Ordinance (2000) is a general emergency law while the Law on Prevention and Control of Infectious Diseases (2007) is a special law on the state of emergency involving epidemics. An overall look at the aforementioned legal documents reveals that Vietnam has established emergency legislation. Nevertheless, in the forthcoming time it is essential to establish better legislation in two directions. The first is to complete emergency law in conformity with international human rights law and international experience. Secondly, on that basis, it is necessary to transpose the Emergency Ordinance (2000) into a law, which accordingly helps to address inconsistencies between scattered regulations concerning states of emergency.

Legal interpretation

The legal framework of legal interpretation is directly tied to case law, decisions, interpretations and guidance of international conventions on human rights.³⁵ With an abundant and diverse source of case law, the States Parties to the European Convention on Human Rights (ECHR) or the American Convention on

³¹ Clause 4, Article 54 of the Constitution (2013) (the words italicized due to the author’s purpose of emphasis)

³² This ordinance is considered secret. See the Ministry of Public Security, *Report assessing impacts and administrative procedures of the draft Law on Protection of State Secrets* (http://duthaoonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/DT_DUTHAO_LUAT/View_Detail.aspx?ItemID=717&TabIndex=2&TaiLieuID=2875)

³³ According to the present law, “the Standing Committee of the National Assembly puts forward a resolution to proclaim the state of emergency at the Prime Minister’s suggestion; in case an immediate session of the Standing Committee of the National Assembly cannot be held, the President orders emergency declaration” (Clause 2, Article 42 of the Law on Prevention and Control of Infectious Diseases (2007)).

³⁴ According to Article 18 of the present law, jurisdiction over declaration and abolition is similar to provisions of the Law on Prevention and Control of Infectious Diseases (2007).

³⁵ For instance, the United Nations Human Rights Committee (UNHRC) interpretes ICCPR and ICESCR; the European Court of Human Rights (ECtHR) interpretes the European Convention on Human Rights (ECHR); the American Court of Human Rights (IACtHR) interpretes the American Convention on Human Rights (ACHR).

Human Rights (ACHR) have another important legal framework to supplement the constitution, the legislation, and international conventions. As Vietnam is a State Party to the ICCPR và ICESCR, interpretations of the UN institutions such as the United Nations Human Rights Committee (UNHRC)³⁶ play a significant role despite their main function of recommendation.

The application of the principle of proportionality in rights limitation in making emergency law

In General Comment No. 29 about Article 4 of the ICCPR (states of emergency), the United Nations Human Rights Committee (UNHRC) states that although derogation from rights in states of emergency differs from rights limitation in normal circumstances, these two measures need to be designed in compliance with the principle of proportionality,³⁷ as both of them originate from the principles of human rights limitation. Major conventions on human rights³⁸ all place much emphasis on the role of the principle of proportionality in derogation from rights. The Inter-American Commission on Human Rights (IACHR) highlights fundamental requirements of the principle of proportionality; specifically, “limitation must be necessary for general security, compliant with just demands of a democratic society, and proportionate to legitimate purposes”.³⁹

Under the ICCPR, derogation from rights even needs to satisfy stricter criteria in comparison with ordinary rights limitation: (1) It is a state of emergency that threatens the life of the nation; (2) The state must officially proclaim the state of emergency; (3) Derogation from rights must originate from the need for emergency of the situation; (4) Derogation measures are not contradictory to the state’s other obligations in accordance with international laws; (5) Derogation measures are nondiscriminatory.⁴⁰

The principle of proportionality gives a four-step test to evaluate whether rights limitation is proportionate or constitutional.⁴¹ Failing to meet standards in any step, the measure will become unconstitutional due to excessive constitutional rights infringement.

Step 1: Rights limitation measures must have legitimate purposes (aims).

Legitimate purposes of rights limitation cannot be arbitrary; instead, they must originate from democratic values, commonly embodied in protection of rights of

³⁶ i.e. the United Nations Human Rights Committee, *General Comment No. 29: States of Emergency (Article 4)*; Office of High Commissioner for Human Rights, *CESCR General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12) 2000*.

³⁷ The United Nations Human Rights Committee, *General Comment No. 29: States of Emergency (Article 4)*, para. 4.

³⁸ The ICCPR, the European Convention on Human Rights (ECHR), the American Convention on Human Rights (ACHR).

³⁹ Inter-American Commission Report, OEA/Ser. L/V/II.116, para. 55.

⁴⁰ Clause 1, Article 4 of the ICCPR.

⁴¹ Francisco J. Urbina, ‘A Critique of Proportionality’ (2012) *57 American Journal of Jurisprudence* 49 p. 49.

others and public interests.⁴² It is noteworthy that although protection of human rights is always legitimate, not all public interests are.⁴³ A public interest is considered legitimate if it aims at important social objectives and later “a social platform which recognizes constitutional importance and the need for human rights protection”.⁴⁴ Public interests include the following factors: the existence of the state as a democracy, national security, public order, crime prevention, child protection, public health, tolerance and protection of human sentiments, constitutional principles and other interests not tied to the category of human rights.⁴⁵ Rights limitation without legitimate purposes or aims violates right the first step of the principle of proportionality and is thus considered unconstitutional.

In Vietnam, Clause 2, Article 14 of the Constitution (2013) is the constitutional principle on rights limitation in general and derogation from rights in states of emergency in particular. Strikingly, the Constitution (2013) only allows ownership rights limitation in states of emergency in “strictly necessary” situations.⁴⁶ This provision implicitly sets a higher standard of legitimate aims when the state would like to limit constitutional rights in states of emergency.

It can be said that emergency acts typically have little difficulty satisfying the standard of the first step as measures derogating from certain constitutional rights are essential and legitimate in addressing the problems that “threaten the life of the nation”. Nonetheless, it is necessary to determine precisely which rights limitation is legitimate. The Siracusa principles stress that rights limitation measures in order to protect public health must directly aim to prevent disease or provide care for the sick.⁴⁷

Step 2: Rights limitation measures must be compatible with targeted purposes

This step requires rights limitation measures to have a rational connection with với targeted purposes.⁴⁸ Those without a rational connection are considered unconstitutional.

In states of emergency involving epidemics, limitation on the right to freedom of movement is considered rational; nevertheless, measures limiting the right of access to information can be considered to have no rational connection with the purpose of epidemic control. Therefore, the Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR) of the Office of the United Nations High Commissioner

⁴² See, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, p. 251.

⁴³ See above, p. 255.

⁴⁴ See the opinion expressed by Judge Barak (the Israeli Supreme Court) in CA 6821/93 *United Mizrahi Bank Ltd. v Migdal Cooperative Village* [1995] IsrLR 1.

⁴⁵ Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, p. 254, 266, 269, 276.

⁴⁶ Clause 3, Article 32, and Clause 4, Article 54 of the Constitution (2013).

⁴⁷ United Nations Economic and Social Council, *Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, 1985), para. 25.

⁴⁸ Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, p. 303.

for Human Rights (OHCHR) has interpreted that the core obligation of comparable priority of the right to health is to guarantee education and access to information concerning public health problems.⁴⁹

Step 3: Rights limitation measures to achieve purposes must be of necessity.

The requirement of necessity requires rights limitation measures to be the best among those available to achieve purposes. The chosen one is supposed to be necessary when it is the least restrictive means in comparison with others while still fulfilling the aim.⁵⁰ That rights limitation is not the best measure among the alternatives is considered to be unconstitutional.

In states of emergency involving epidemics, limitation on the right to freedom of movement is considered legitimate and rational; however, it is essential to consider which level of limitation is necessary thoroughly. The state usually proposes a large number of options with different levels of rights limitation to select. To satisfy the standard of the third step, it is mandatory to select the least restrictive one limiting the right to freedom of movement while fulfilling the aim of effective epidemic control.

Step 4: There needs to be fair balance between benefits and harms of limitation on rights.

This step is the most significant as it is the last. Even though a wide range of rights limitation measures can meet the three standards in the aforementioned three steps, they fail to satisfy the one in the last step after being considered carefully. Another reason why this step is of the utmost importance is that it can answer the challenging question of benefit – harm balance. It requires balance between benefits gained from and harms caused by rights limitation.⁵¹ Excessive or disproportionate rights limitation may be effective in achieving the targeted aims; nonetheless, the harms done by rights limitation cannot be more considerable than the benefits obtained.⁵²

4. Conclusion

Emergency law is always tied to the need to limit numerous constitutional rights in temporary but harsh manners. International human rights law has taken into consideration control over the state's derogation from rights in states of emergency by reasoning a list of non-derogable rights and recommending the application of the principle of proportionality. In Vietnam, emergency law should

⁴⁹ Office of High Commissioner for Human Rights, *CESCR General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12)*, para. 44.

⁵⁰ Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, p. 317.

⁵¹ *Ibid*, p. 340.

⁵² In the COVID-19 pandemic, many scholars have warned nations to consider the question of benefit – harm balance carefully when implementing measures affecting people's rights (i.e. Ahmed Mushfiq Mobarak, Zachary Barnett-Howell, *Poor Countries Need to Think Twice About Social Distancing*, 2020 - <https://foreignpolicy.com/2020/04/10/poor-countries-social-distancing-coronavirus/>)

be developed on the basis of three sources that protect human rights (the constitution, the legislation, and legal interpretation), and its constitutionality needs to be reviewed through the four steps of the principle of proportionality. The Constitution (2013) contains important provisions to facilitate the completion of this law.

XÂY DỰNG PHÁP LUẬT VỀ TÌNH TRẠNG KHẨN CẤP Ở VIỆT NAM: TIẾP CẬN TỪ GÓC ĐỘ GIỚI HẠN QUYỀN HIẾN ĐỊNH*

TS. Bùi Tiên Đạt

Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội

Tóm tắt

Pháp luật về tình trạng khẩn cấp về bản chất luôn gắn với nhu cầu giới hạn nhiều quyền hiến định một cách tạm thời nhưng khắc nghiệt. Luật nhân quyền quốc tế vốn chú trọng kiểm soát việc tạm dừng nghĩa vụ của nhà nước về bảo đảm quyền trong tình trạng khẩn cấp bằng việc đưa ra danh mục các quyền không thể bị tạm đình chỉ và khuyến nghị áp dụng nguyên tắc tương xứng. Dựa trên nền tảng đó, tác giả gợi mở về phương hướng xây dựng pháp luật về tình trạng khẩn cấp của Việt Nam từ góc độ giới hạn quyền hiến định. Thứ nhất, pháp luật về tình trạng khẩn cấp cần dựa trên ba nền tảng bảo vệ quyền con người: hiến pháp, lập pháp và giải thích pháp luật. Thứ hai, bốn bước của nguyên tắc tương xứng về giới hạn quyền cần được xem xét kỹ càng khi xây dựng pháp luật về tình trạng khẩn cấp.

Từ khóa: tình trạng khẩn cấp, tạm đình chỉ quyền, giới hạn quyền, hạn chế quyền, quyền hiến định, nguyên tắc tương xứng

1. Giới hạn các quyền hiến định trong tình trạng khẩn cấp

Tình trạng khẩn cấp: Sự cần thiết giới hạn các quyền hiến định một cách đặc biệt

Theo cách hiểu phổ biến trên thế giới, sự hạn chế/giới hạn đối với một quyền con người nào đó được hiểu là việc nhà nước không cho phép các chủ thể thụ hưởng quyền có thể thực hiện quyền đó ở mức độ tuyệt đối.⁵³ Một quyền hiến định được quan niệm như một nguyên tắc pháp lý, theo đó việc thực hiện quyền này chỉ hướng tới mức độ thực hiện lớn nhất có thể và được nhận thức và áp dụng tùy thuộc vào những hoàn cảnh cụ thể.⁵⁴ Mức độ bảo vệ các quyền hiến định thường bị giới hạn. Nếu nhà nước không đặt ra quy phạm dưới hiến pháp để giới hạn phạm vi áp

* Nghiên cứu này được tài trợ bởi Quỹ Phát triển khoa học và công nghệ Quốc gia (NAFOSTED) trong đề tài “Nguyên tắc thủ tục pháp lý chặt chẽ và vai trò bảo vệ quyền con người ở Việt Nam”, mã số 505.01-2018.300.

⁵³ Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations* (Cambridge University Press 2012), tr. 102.

⁵⁴ Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Julian Rivers dịch (Oxford: Clarendon Press, 2002), tr. 47-9. Ở Việt Nam, một số quyền thường hay được xem xét như nguyên tắc (ví dụ, quyền giả định/suy đoán vô tội - xem: Đào Trí Úc, *Nguyên tắc suy đoán vô tội – nguyên tắc hiến định quan trọng trong Bộ luật Tố tụng hình sự Việt Nam năm 2015*, Tạp chí Kiểm sát, số 2/2017, tr. 37).

dụng một quyền hiến định nào đó, về nguyên tắc chủ thể thụ hưởng có thể thực hiện quyền đó một cách tuyệt đối, hay nói cách khác quyền đó không bị hạn chế.

Phần lớn các quyền hiến định không mang tính tuyệt đối, tức chúng hàm ý hướng tới một chuẩn mực lý tưởng, nhưng trên thực tế nhà nước nào cũng phải dùng những quy phạm dưới hiến pháp để đặt ra một giới hạn nhất định cho việc thực hiện các quyền đó. Việc giới hạn quyền hiến định ở mức độ nhất định nói chung là nhu cầu thường xuyên của một nhà nước dân chủ trong hoàn cảnh bình thường. Vì vậy, các văn bản quy phạm pháp luật dưới hiến pháp thường đặt ra các giới hạn quyền tương đối một cách ổn định và lâu dài.⁵⁵

Trong tình trạng khẩn cấp (đặc biệt trong hoàn cảnh chiến tranh hay dịch bệnh nghiêm trọng), nhiều quốc gia xuất hiện nhu cầu giới hạn các quyền hiến định một cách đặc biệt, khiến cho nhà nước phải tạm dừng nghĩa vụ bảo đảm một số quyền (hay còn gọi là tạm đình chỉ quyền).⁵⁶ Do đó, “tạm đình chỉ quyền là thẩm quyền của nhà nước do pháp luật quy định cho phép tạm dừng một số quyền cá nhân nhất định trong hoàn cảnh đặc biệt như tình trạng khẩn cấp hay chiến tranh”.⁵⁷

Các điều ước quốc tế về nhân quyền thường có quy định về tình trạng khẩn cấp. Trong đó, Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị (ICCPR) đưa ra một khái niệm “tình trạng khẩn cấp công cộng đe dọa vận mệnh quốc gia”⁵⁸. Theo giải thích tại Các nguyên tắc Siracusa về các điều khoản giới hạn và tạm đình chỉ quyền trong ICCPR (sau đây gọi tắt là Nguyên tắc Siracusa), tình trạng khẩn cấp công cộng đe dọa vận mệnh quốc gia là tình trạng mà một quốc gia phải đối mặt các mối hiểm nguy đặc biệt, đang diễn ra hoặc sắp xảy ra, mà chúng đe dọa sự sống còn của quốc gia. Sự đe dọa này ảnh hưởng tới toàn bộ dân chúng, hoặc tới toàn bộ hay một phần lãnh thổ quốc gia, và gây nguy hiểm cho sự toàn vẹn của dân cư, độc lập chính trị hoặc sự toàn vẹn lãnh thổ quốc gia hoặc sự duy trì các chức năng cơ bản của các thiết chế vốn thiết yếu để bảo đảm và bảo vệ các quyền được Công ước ghi nhận. Xung đột nội bộ và tình trạng náo loạn mà không ảnh hưởng nghiêm trọng và cấp bách tới vận mệnh quốc gia hoặc khó khăn kinh tế đơn thuần sẽ không đáp ứng tiêu chuẩn để tạm đình chỉ quyền.⁵⁹

⁵⁵ Chẳng hạn, sẽ là rất bình thường khi một nhà nước đặt ra độ tuổi kết hôn (giới hạn quyền kết hôn) hay cấp thị thực nhập cảnh cho người nước ngoài (giới hạn quyền tự do đi lại).

⁵⁶ “Derogation from rights” có thể được dịch là “tạm dừng nghĩa vụ bảo đảm quyền” nhằm nêu bản chất của vấn đề. Cách dịch “tạm đình chỉ quyền” ở một số tài liệu ở Việt Nam cũng có thể được dùng thay thế. Còn cách dịch “hạn chế quyền” ở một số tài liệu là không chính xác và gây nhầm lẫn với “limitation of rights”.

⁵⁷ Oren Gross and Fionnuala N’í Aolain, *Law in Times of Crisis: Emergency powers in theory and practice* (Cambridge University Press 2006), tr. 257.

⁵⁸ Điều 4(1) ICCPR. Công ước Châu Âu về nhân quyền và Công ước Châu Mỹ về nhân quyền cũng có cách diễn đạt tương tự.

⁵⁹ Các đoạn 39-41, Các nguyên tắc Siracusa về các điều khoản giới hạn và tạm đình chỉ quyền trong ICCPR.

Tạm dừng nghĩa vụ bảo đảm quyền: một hình thức giới hạn quyền tạm thời, hạn hữu, nhưng khắc nghiệt trong tình trạng khẩn cấp

Tạm dừng nghĩa vụ bảo đảm quyền hay tạm đình chỉ quyền (derogation from rights) là một trường hợp đặc biệt của giới hạn quyền (limitation of rights). Theo luật nhân quyền quốc tế, tạm đình chỉ quyền gắn với tình trạng khẩn cấp của một quốc gia.⁶⁰ Theo cách tiếp cận của ICCPR, tạm dừng nghĩa vụ bảo đảm quyền là các biện pháp mang tính hạn hữu và tạm thời trong tình trạng khẩn cấp.⁶¹ Trong khi đó, các biện pháp giới hạn quyền nói chung thường được áp dụng trong bất kỳ thời điểm nào, tạm dừng nghĩa vụ bảo đảm quyền một hình thức giới hạn quyền hạn hữu và tạm thời trong tình trạng khẩn cấp.⁶²

Trong khi ICCPR dành riêng Điều 4 quy định về tạm dừng nghĩa vụ bảo đảm các quyền dân sự, chính trị, Công ước quốc tế về các quyền kinh tế, xã hội và văn hoá 1966 (ICESCR) lồng ghép vấn đề tạm dừng nghĩa vụ bảo đảm quyền vào quy định về giới hạn quyền nói chung.⁶³ So với phạm vi khá lớn các quyền dân sự, chính trị có thể bị tạm dừng nghĩa vụ bảo đảm, trong nhóm các quyền kinh tế, xã hội và văn hoá, chỉ có quyền đình công và quyền làm việc thường được coi là có thể bị tạm đình chỉ.⁶⁴ So sánh hai Công ước chủ đạo về quyền con người này, có thể nhận định rằng tạm đình chỉ một số quyền dân sự, chính trị trong tình trạng khẩn cấp là chính đáng và cần thiết, nhưng tạm đình chỉ các quyền kinh tế, văn hoá, xã hội ngay cả trong tình trạng khẩn cấp thường ít được chấp nhận hơn. Theo Manisuli Ssenyonjo, “sự thiếu vắng một mệnh đề cho phép tạm dừng thực hiện nghĩa vụ trong tình trạng khẩn cấp công quyền ở ICESCR hàm ý rằng Công ước nói chung vẫn có hiệu lực trong xung đột vũ trang, chiến tranh hay các tình trạng khẩn cấp khác, và ít nhất các nhà nước không thể được tạm dừng các nghĩa vụ bảo đảm

⁶⁰ Xem: Điều 4 ICCPR; United Nations Human Rights Committee, *General Comment No. 29: States of Emergency (Article 4)*, 2001).

⁶¹ “Trong thời gian có tình trạng khẩn cấp xảy ra đe dọa sự sống còn của quốc gia và đã được chính thức công bố, các quốc gia thành viên có thể áp dụng những biện pháp tạm dừng nghĩa vụ bảo đảm các quyền nêu ra trong Công ước này, trong chừng mực do nhu cầu khẩn cấp của tình hình, với điều kiện những biện pháp này không trái với những nghĩa vụ khác của quốc gia đó xuất phát từ luật pháp quốc tế và không chứa đựng bất kỳ sự phân biệt đối xử nào về chủng tộc, màu da, giới tính, ngôn ngữ, tôn giáo hoặc nguồn gốc xã hội” (khoản 1 Điều 4 ICCPR).

⁶² Amrei Müller, 'Limitations to and Derogations from Economic, Social and Cultural Rights' (2009) 9 *Human Rights Law Review* 557 600.

⁶³ “Không được giới hạn hoặc tạm dừng nghĩa vụ bảo đảm bất kỳ quyền cơ bản nào của con người ở bất kỳ quốc gia thành viên nào của Công ước này mà đã được công nhận hay tồn tại ở các nước đó dưới hình thức luật, công ước, các quy tắc hoặc tập quán, với lý do là Công ước này không công nhận các quyền đó hoặc công nhận chúng ở mức thấp hơn” (khoản 2 Điều 5 ICESCR).

⁶⁴ Müller, 'Limitations to and Derogations from Economic, Social and Cultural Rights' tr. 601.

quyền cốt lõi theo Công ước”.⁶⁵ Sự thiếu vắng này được giải thích vì các lý do sau: thứ nhất, bản chất của các quyền kinh tế, văn hóa, xã hội; thứ hai, Điều 4 ICESCR đã chưa định mệnh đề chung giới hạn quyền; thứ hai, Điều 2(1) ICESCR cho phép các nhà nước thực hiện nghĩa vụ khá linh hoạt.⁶⁶

2. Kiểm soát việc tạm dừng nghĩa vụ của nhà nước bảo đảm quyền con người trong tình trạng khẩn cấp

Mặc dù tạm đình chỉ quyền về bản chất chỉ được chấp nhận trong tình trạng khẩn cấp với thời gian ngắn, nhưng nó lại có khả năng tác động đến hàng loạt quyền cơ bản. Tạm đình chỉ quyền thường mang tính áp dụng diện rộng và khắc nghiệt hơn giới hạn quyền thông thường.⁶⁷ Tạm đình chỉ quyền trong đạo luật về tình trạng khẩn cấp có khả năng giới hạn nhiều quyền hơn so với một đạo luật khác. Trong một đạo luật việc thường chỉ một vài quyền tương đối bị giới hạn, còn đạo luật về tình trạng khẩn cấp lại thường giới hạn nhiều quyền tương đối một cách khắc nghiệt trên diện rộng. Kinh nghiệm thế giới cho thấy các nhà nước thường giới hạn các quyền xét xử công bằng trong tình trạng khẩn cấp.⁶⁸ Nhưng thực tế hiện nay cho thấy tình trạng khẩn cấp về dịch bệnh⁶⁹ còn dẫn tới hàng loạt các quyền cá nhân cơ bản bị tạm đình chỉ.⁷⁰ Hơn nữa, thực tiễn nhiều quốc gia cho thấy tình trạng khẩn cấp có thể là bình phong cho các hành vi xâm phạm nhân quyền.⁷¹ Vì vậy luật nhân quyền quốc tế đặt ra nhiều rào cản cho việc tạm dừng nghĩa vụ bảo đảm quyền của các quốc gia (so với giới hạn quyền thông thường) như phân tích dưới đây.

Thứ nhất, việc tạm dừng nghĩa vụ bảo đảm quyền chỉ mang tính hạn hữu và tạm thời

Về bản chất việc tạm dừng nghĩa vụ bảo đảm quyền chỉ được áp dụng rất hạn hữu trong trường hợp đặc biệt. Trong khi đó các biện pháp giới hạn quyền nói chung thường được áp dụng trong hoàn cảnh thông thường. Cũng về bản chất, việc tạm dừng nghĩa vụ bảo đảm quyền mang tính tạm thời. Còn các biện pháp giới hạn

⁶⁵ Manisuli Ssenyonjo, 'Economic, Social and Cultural Rights: An Examination of State Obligations' in Sarah Joseph and Adam McBeth (eds), *Research Handbook on International Human Rights Law* (Edward Elgar 2010), tr. 38.

⁶⁶ Ibid tr. 66; P Alston and G Quinn, 'The Nature and Scope of States Parties' Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights' (1987) *Human Rights Quarterly*, tr. 217.

⁶⁷ Xem phân tích về tạm đình chỉ quyền đình công trong: Ovunda V.C. Okene, 'Derogations and Restrictions on The Right to Strike under International Law: The Case of Nigeria' (2009) 13 *International Journal of Human Rights* 552 558.

⁶⁸ Gross and Aolain, *Law in Times of Crisis: Emergency powers in theory and practice*, tr. 267.

⁶⁹ Như đại dịch toàn cầu Covid-19.

⁷⁰ Như quyền riêng tư, quyền tự do đi lại, quyền về sức khỏe, quyền không bị phân biệt đối xử, quyền làm việc, vắc xin bắt buộc v.v... Xem: Amnesty International, *Responses to Covid-19 and States' Human Rights Obligations: Preliminary Observations*, (2020).

⁷¹ Sarah Joseph, 'Human Rights Committee: General Comment 29' (2002) 2 *Human Rights Law Review* 81 tr. 98.

quyền nói chung thường được áp dụng lâu dài hoặc thậm chí không xác định thời gian kết thúc. Nhiều biện pháp giới hạn quyền luôn tồn tại với cuộc sống bình thường của xã hội, và khi đó việc không áp dụng biện pháp đó mới là ngoại lệ.⁷²

Thứ hai, luật nhân quyền quốc tế và pháp luật quốc gia quy định và giải thích nhiều quyền không thể bị đình chỉ (non-derogable rights)

ICCPR cũng đã liệt kê một số quyền mà các quốc gia không được tạm dừng nghĩa vụ bảo đảm. Hay nói cách khác, luôn luôn không có lý do chính đáng để giới hạn các quyền này trong tình trạng khẩn cấp. Đó là các quyền: quyền sống; quyền không bị tra tấn, đối xử hoặc trừng phạt một cách tàn ác, vô nhân đạo hoặc hạ thấp nhân phẩm; không bị bắt làm nô lệ, nô dịch; không bị bỏ tù chỉ vì lý do không có khả năng hoàn thành nghĩa vụ theo hợp đồng; một số quyền trong nhóm quyền xét xử công bằng; quyền được công nhận là thể nhân trước pháp luật; quyền tự do tư tưởng, tự do tín ngưỡng và tôn giáo.⁷³ Ngoài danh sách do ICCPR liệt kê, các thiết chế có chức năng giải thích các văn kiện quốc tế về nhân quyền (ví dụ: Ủy ban Nhân quyền Liên Hợp Quốc cũng như Tòa án Nhân quyền Châu Âu) cũng ngày càng mở rộng thêm phạm vi các quyền dân sự và chính trị không thể bị đình chỉ. Những giải thích này thường đặt ra những phần cốt lõi của quyền (core of the right) mà không được tạm đình chỉ trong tình trạng khẩn cấp.

Khái niệm quyền không thể bị đình chỉ không đồng nhất với khái niệm quyền không thể bị giới hạn (quyền tuyệt đối). Phạm vi giao thoa giữa hai khái niệm này là các quyền tuyệt đối, vốn không bị giới hạn trong mọi trường hợp thông thường, nên đương nhiên không thể bị tạm đình chỉ trong tình trạng khẩn cấp. Sự khác nhau giữa hai khái niệm là phạm vi các quyền không thể bị đình chỉ có xu hướng rộng hơn phạm vi các quyền tuyệt đối. Như vậy có thể thấy việc tạm đình chỉ quyền sẽ khó khăn hơn giới hạn quyền thông thường vì phạm vi các quyền không được đình chỉ lớn hơn phạm vi các quyền tuyệt đối không bị giới hạn.

Thứ ba, việc tạm đình chỉ quyền hiến định trong tình trạng khẩn cấp cần tuân theo nguyên tắc tương xứng

Khi xây dựng pháp luật về tình trạng khẩn cấp,⁷⁴ ở nhiều quốc gia các giới hạn quyền hiến định trong các đạo luật về tình trạng khẩn cấp vẫn tuân theo nguyên tắc tương xứng, vốn là nguyên tắc chung của giới hạn quyền. Nguyên tắc tương xứng được coi là một thành tố quan trọng của học thuyết trình tự pháp lý công bằng.⁷⁵

⁷² Ví dụ: việc giới hạn quyền tự do đi lại thông qua chế độ thị thực nhập cảnh.

⁷³ Các quyền quy định trong điều 6, 7, 8 (các khoản 1 và 2), 11, 15, 16 và 18 (theo khoản 2 Điều 4 ICCPR).

⁷⁴ Thường thông qua các đạo luật của Quốc hội.

⁷⁵ Bùi Tiên Đạt, *Học thuyết trình tự công bằng và việc bảo vệ quyền con người: Kinh nghiệm quốc tế và Việt Nam*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 11/2015, tr. 68, 71.

Thậm chí, việc giới hạn quyền trong đạo luật về tình trạng khẩn cấp phải đáp ứng các yêu cầu khắt khe hơn việc giới hạn quyền thông thường. Thứ nhất, nhu cầu giới hạn quyền phải mang tính cấp thiết đặc biệt. Nhiều quyền hiến định sẽ rất khó bị giới hạn trong hoàn cảnh thông thường, nhưng việc giới hạn sẽ được coi là chính đáng, cần thiết trong tình trạng khẩn cấp. Thứ hai, việc giới hạn quyền trong tình trạng khẩn cấp phải trên cơ sở các quy định pháp luật rõ ràng (thường là đạo luật về tình trạng khẩn cấp, hay đạo luật về thảm họa quốc gia). Thứ ba, việc áp dụng pháp luật về tình trạng khẩn cấp phải căn cứ vào một tuyên bố chính thức của nhà nước về tình trạng khẩn cấp. Thứ tư, tình trạng khẩn cấp của một quốc gia phải được thông báo tới các quốc gia thành viên ICCPR thông qua Liên Hợp Quốc.⁷⁶

3. Gợi mở về phương hướng xây dựng pháp luật về tình trạng khẩn cấp của Việt Nam từ góc độ giới hạn quyền hiến định

Ba nền tảng bảo vệ quyền con người khi xây dựng pháp luật về tình trạng khẩn cấp

Pháp luật về tình trạng khẩn cấp thường được phân tích từ ba nền tảng pháp lý nhằm bảo vệ quyền con người: hiến pháp, lập pháp và giải thích pháp luật. Cả ba nền tảng này đều cần dựa trên quy định và giải thích của luật nhân quyền quốc tế.

Nền tảng hiến pháp

Theo Hiến pháp Việt Nam năm 2013, Quốc hội có thẩm quyền quy định về tình trạng khẩn cấp.⁷⁷ Ủy ban Thường vụ Quốc hội có thẩm quyền ban bố tình trạng khẩn cấp.⁷⁸ Chủ tịch nước có thẩm quyền “căn cứ vào nghị quyết của Ủy ban thường vụ Quốc hội, ra lệnh tổng động viên hoặc động viên cục bộ, công bố, bãi bỏ tình trạng khẩn cấp; trong trường hợp Ủy ban thường vụ Quốc hội không thể họp được, công bố, bãi bỏ tình trạng khẩn cấp trong cả nước hoặc ở từng địa phương”.⁷⁹ Chính phủ có thẩm quyền “thi hành lệnh động viên hoặc động viên cục bộ, lệnh ban bố tình trạng khẩn cấp và các biện pháp cần thiết khác để bảo vệ Tổ quốc, bảo đảm tính mạng, tài sản của Nhân dân”.⁸⁰ Như vậy, Hiến pháp Việt Nam chỉ quy định về thẩm quyền ban bố, công bố, bãi bỏ tình trạng khẩn cấp. Các vấn đề cụ thể sẽ do các văn bản dưới Hiến pháp quy định.

Ngoài ra, nguyên tắc giới hạn quyền con người đã được ghi nhận tại khoản 2 Điều 14 Hiến pháp 2013, đặt nền móng cho việc kiểm soát giới hạn quyền nói

⁷⁶ Khoản 3, Điều 4 ICCPR.

⁷⁷ “Quyết định vấn đề chiến tranh và hòa bình; quy định về tình trạng khẩn cấp, các biện pháp đặc biệt khác bảo đảm quốc phòng và an ninh quốc gia” (khoản 13 Điều 70 Hiến pháp 2013).

⁷⁸ “Quyết định tổng động viên hoặc động viên cục bộ; ban bố, bãi bỏ tình trạng khẩn cấp trong cả nước hoặc ở từng địa phương” (khoản 10 Điều 74 Hiến pháp 2013).

⁷⁹ Khoản 5 Điều 88 Hiến pháp 2013.

⁸⁰ Khoản 3 Điều 96 Hiến pháp 2013.

chung⁸¹ và tạm đình chỉ quyền trong tình trạng khẩn cấp nói riêng. Liên quan đến tình trạng khẩn cấp, Hiến pháp đã đặt tiêu chuẩn khó khăn hơn trong giới hạn đối với quyền sở hữu. Theo đó, Nhà nước có thể “trung mua hoặc trưng dụng có bồi thường tài sản của tổ chức, cá nhân theo giá thị trường” trong “trường hợp thật cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh hoặc vì lợi ích quốc gia, *tình trạng khẩn cấp*, phòng, chống thiên tai”.⁸² Ngoài ra, Nhà nước có thể trưng dụng đất “để thực hiện nhiệm vụ quốc phòng, an ninh hoặc trong tình trạng chiến tranh, *tình trạng khẩn cấp*, phòng, chống thiên tai” trong “trường hợp thật cần thiết do luật định”.⁸³ Như vậy, Hiến pháp quy định việc giới hạn quyền sở hữu như trưng mua, trưng dụng trong tình trạng khẩn cấp phải có lý do “thật cần thiết” (so với với lý do “cần thiết” trong các hoàn cảnh khác). Có thể thấy Hiến pháp 2013 đã đặt những nền tảng quan trọng cho việc giới hạn quyền hiến định khi xây dựng pháp luật về tình trạng khẩn cấp.

Nền tảng lập pháp

Hiện nay ở Việt Nam vẫn chưa ban hành một luật mà mới chỉ ban hành Pháp lệnh về tình trạng khẩn cấp năm 2000.⁸⁴ Chính phủ đã ban hành Nghị định 71/2002 quy định chi tiết thi hành một số điều của Pháp lệnh tình trạng khẩn cấp trong trường hợp có thảm họa lớn, dịch bệnh nguy hiểm. Ngoài ra, trong lĩnh vực phòng ngừa bệnh truyền nhiễm, Luật Phòng, chống bệnh truyền nhiễm năm 2007 quy định về tình trạng khẩn cấp về dịch;⁸⁵ và Luật Quốc phòng 2018 quy định về tình trạng khẩn cấp về quốc phòng.⁸⁶ Có thể thấy Pháp lệnh về tình trạng khẩn cấp năm 2000 là luật chung về tình trạng khẩn cấp, còn Luật Phòng, chống bệnh truyền nhiễm năm 2007 là luật chuyên ngành tình trạng khẩn cấp về dịch. Nhìn tổng thể các văn bản pháp luật vừa nêu, Việt Nam đã xây dựng được một nền tảng lập pháp về tình trạng khẩn cấp. Tuy vậy, trong thời gian tới cần xây dựng nền tảng lập pháp tốt hơn nữa theo hai định hướng. Thứ nhất, hoàn thiện pháp luật về tình trạng khẩn cấp theo

⁸¹ “Quyền con người, quyền công dân chỉ có thể bị hạn chế theo quy định của luật trong trường hợp cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khỏe của cộng đồng”. Xem thêm phân tích ở: Bùi Tiến Đạt, *Hiến pháp hóa nguyên tắc giới hạn quyền con người: cần nhưng chưa đủ*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 11/2015.

⁸² Khoản 3 Điều 32 Hiến pháp 2013 (phần in nghiêng do tác giả nhấn mạnh).

⁸³ Khoản 4 Điều 54 Hiến pháp 2013 (phần in nghiêng do tác giả nhấn mạnh).

⁸⁴ Pháp lệnh này được coi là tài liệu mật. Xem: Bộ Công an, *Báo cáo đánh giá tác động và thủ tục hành chính của dự thảo Luật Bảo vệ bí mật Nhà nước* (http://duthaonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/DT_DUTHAO_LUAT/View_Detail.aspx?ItemID=717&TabIndex=2&TaiLieuID=2875)

⁸⁵ Theo Luật này, “Ủy ban thường vụ Quốc hội ra nghị quyết ban bố tình trạng khẩn cấp theo đề nghị của Thủ tướng Chính phủ; trong trường hợp Ủy ban thường vụ Quốc hội không thể họp ngay được thì Chủ tịch nước ra lệnh ban bố tình trạng khẩn cấp” (khoản 2 Điều 42 Luật Phòng, chống bệnh truyền nhiễm 2007).

⁸⁶ Theo Điều 18 Luật này, thẩm quyền ban bố, công bố, bãi bỏ tương tự như quy định của Luật Phòng, chống bệnh truyền nhiễm 2007.

các tiêu chuẩn của luật nhân quyền quốc tế và kinh nghiệm quốc tế. Thứ hai, trên cơ sở đó cần nâng cấp Pháp lệnh về tình trạng khẩn cấp 2000 thành Luật, qua đó giải quyết những điểm không thống nhất giữa các quy định pháp luật rải rác liên quan đến tình trạng khẩn cấp.

Nền tảng giải thích pháp luật

Khung pháp lý giải thích pháp luật thường trực gắn với các án lệ, phát quyết, giải thích và hướng dẫn các Công ước quốc tế về nhân quyền.⁸⁷ Với nguồn án lệ đồ sộ, đa dạng, các quốc gia thành viên của Công ước Châu Âu về nhân quyền hay Công ước châu Mỹ về nhân quyền có thêm một khung pháp lý quan trọng bổ sung cho các nền tảng hiến định, lập pháp và công ước quốc tế. Trong bối cảnh Việt Nam là thành viên của ICCPR và ICESCR, các giải thích của các thiết chế Liên Hiệp Quốc (như Ủy ban Nhân quyền Liên Hiệp Quốc)⁸⁸ có ý nghĩa quan trọng, mặc dù chủ yếu mang tính khuyến nghị.

Áp dụng nguyên tắc tương xứng về giới hạn quyền khi xây dựng pháp luật về tình trạng khẩn cấp

Trong Bình luận chung số 29 về Điều 4 ICCPR (tình trạng khẩn cấp), Ủy ban Nhân quyền Liên Hiệp Quốc nhận định rằng mặc dù tạm đình chỉ quyền trong tình trạng khẩn cấp khác với giới hạn quyền trong hoàn cảnh thông thường, hai loại biện pháp này cần được xây dựng tuân theo nguyên tắc tương xứng (principle of proportionality),⁸⁹ vì chúng đều có xuất phát từ các nguyên lý giới hạn quyền con người. Các Công ước chủ đạo về nhân quyền⁹⁰ đều nhấn mạnh vai trò của nguyên tắc tương xứng trong tạm đình chỉ quyền. Ủy ban Liên Mỹ về nhân quyền (Inter-American Commission on Human Rights) lưu ý các yêu cầu cơ bản của nguyên tắc tương xứng, theo đó “sự giới hạn quyền phải cần thiết vì an ninh chung, tuân theo nhu cầu đúng đắn của một xã hội dân chủ và phải là biện pháp tương xứng với các mục tiêu chính đáng”.⁹¹

Thậm chí, theo ICCPR tạm đình chỉ quyền cần đáp ứng các tiêu chí khó khăn so với giới hạn quyền thông thường: (1) Tình trạng khẩn cấp xảy ra đe dọa sự sống còn của quốc gia; (2) Nhà nước phải chính thức công bố tình trạng khẩn cấp; (3)

⁸⁷ Ví dụ: Ủy ban Nhân quyền Liên Hợp Quốc giải thích ICCPR và ICESCR; Tòa án Nhân quyền Châu Âu (ECtHR) giải thích Công ước Châu Âu về nhân quyền (ECHR), Tòa án Nhân quyền Liên Châu Mỹ (IACtHR) giải thích Công ước châu Mỹ về nhân quyền (ACHR).

⁸⁸ Ví dụ: United Nations Human Rights Committee, *General Comment No. 29: States of Emergency (Article 4)*; Office of High Commissioner for Human Rights, *CESCR General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12) 2000*.

⁸⁹ United Nations Human Rights Committee, *General Comment No. 29: States of Emergency (Article 4)*, para 4.

⁹⁰ ICCPR, Công ước Châu Âu về quyền con người (ECHR), Công ước châu Mỹ về Nhân quyền (ACHR).

⁹¹ Inter-American Commission Report, OEA/Ser. L/V/II.116, para. 55.

Tạm đình chỉ quyền phải xuất phát nhu cầu khẩn cấp của tình hình; (4) Các biện pháp tạm đình chỉ quyền không trái với những nghĩa vụ khác của quốc gia đó xuất phát từ luật pháp quốc tế; (5) Các biện pháp tạm đình chỉ quyền không mang tính phân biệt đối xử.⁹²

Nguyên tắc tương xứng đưa ra một bài kiểm tra gồm bốn bước để đánh giá một sự giới hạn quyền có cân xứng/hợp hiến hay không.⁹³ Việc không đáp ứng tiêu chuẩn ở bất kỳ bước nào đều khiến biện pháp đó trở nên vi hiến vì đã xâm phạm quá mức đến quyền hiến định.

Bước 1: Biện pháp giới hạn quyền phải có mục đích (lý do) chính đáng

Mục đích chính đáng của việc giới hạn quyền không thể tùy tiện mà phải xuất phát từ các giá trị dân chủ, vốn thể hiện ở sự bảo vệ quyền của người khác và bảo vệ lợi ích công.⁹⁴ Cần lưu ý, bảo vệ quyền con người bao giờ cũng mang tính chính đáng nhưng không phải lợi ích công nào cũng mang tính chính đáng.⁹⁵ Lợi ích công được coi là chính đáng nếu nó nhằm đạt được các “mục tiêu xã hội quan trọng”, và sau đó nhằm đạt được “nền tảng xã hội trong đó công nhận tầm quan trọng hiến định và nhu cầu bảo vệ quyền con người”.⁹⁶ Lợi ích công bao gồm các yếu tố: sự tồn tại của nhà nước như một nền dân chủ, an ninh quốc gia, trật tự công cộng, phòng ngừa tội phạm, bảo vệ trẻ em, sức khỏe cộng đồng, sự khoan dung, bảo vệ tình cảm con người, các nguyên tắc của hiến pháp và các lợi ích khác không gắn với phạm trù quyền con người.⁹⁷ Việc giới hạn quyền không có mục đích, lý do chính đáng vi phạm ngay bước đầu tiên của nguyên tắc tương xứng và sẽ bị coi là vi hiến.

Ở Việt Nam, khoản 2 Điều 14 Hiến pháp 2013 là nguyên tắc hiến định cho cả giới hạn quyền nói chung và tạm đình chỉ quyền trong tình trạng khẩn cấp nói riêng. Đáng lưu ý, Hiến pháp 2013 chỉ cho phép giới hạn quyền sở hữu trong tình trạng khẩn cấp trong tình trạng “thật cần thiết”.⁹⁸ Quy định này hàm ý đặt ra tiêu chuẩn cao hơn về lý do chính đáng khi Nhà nước muốn giới hạn các quyền hiến định trong tình trạng khẩn cấp.

Có thể nhận định rằng các đạo luật về tình trạng khẩn cấp thường không khó khăn vượt qua tiêu chuẩn của bước thứ nhất này vì trước các vấn đề “đe dọa vận mệnh quốc gia”, các biện pháp tạm đình chỉ một số quyền hiến định là rất cần thiết,

⁹² Khoản 1, Điều 4 ICCPR.

⁹³ Francisco J. Urbina, ‘A Critique of Proportionality’ (2012) 57 *American Journal of Jurisprudence* 49 tr. 49.

⁹⁴ Xem: Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, tr. 251.

⁹⁵ Nt, tr. 255.

⁹⁶ Xem ý kiến của thẩm phán Barak (Tòa án Tối cao Israel) trong vụ án CA 6821/93 *United Mizrahi Bank Ltd. v Migdal Cooperative Village* [1995] IsrLR 1.

⁹⁷ Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, tr. 254, 266, 269, 276.

⁹⁸ Khoản 3 Điều 32, khoản 4 Điều 54 Hiến pháp 2013.

rất chính đáng. Tuy nhiên, cần xem xét cụ thể những quyền nào bị giới hạn là chính đáng. Nguyên tắc Siracusa nhấn mạnh rằng việc các biện pháp giới hạn quyền nhằm bảo vệ sức khỏe cộng đồng phải trực tiếp hướng tới ngăn chặn dịch bệnh hoặc chăm sóc người bệnh.⁹⁹

Bước 2: Biện pháp giới hạn quyền phải phù hợp với mục đích cần đạt được

Bước này đòi hỏi phương tiện nhằm giới hạn quyền phải phù hợp (có mối liên hệ đúng đắn) với mục đích cần đạt được.¹⁰⁰ Biện pháp giới hạn quyền không có mối liên hệ phù hợp với mục đích bị coi là vi hiến.

Trong tình trạng khẩn cấp về dịch bệnh, việc giới hạn quyền tự do đi lại được coi là phù hợp; nhưng các biện pháp giới hạn quyền tiếp cận thông tin có thể bị coi là không có mối liên hệ đúng đắn với mục đích kiểm soát dịch. Chính vì vậy, Ủy ban về các quyền kinh tế, văn hóa, xã hội của Cao ủy Nhân quyền Liên Hiệp Quốc đã giải thích rằng việc đảm bảo giáo dục và tiếp cận thông tin về các vấn đề sức khỏe cho cộng đồng được coi là nghĩa vụ ưu tiên, cốt lõi của quyền về sức khỏe.¹⁰¹

Bước 3: Biện pháp giới hạn quyền nhằm đạt mục đích phải cần thiết

Yêu cầu về sự cần thiết đòi hỏi biện pháp giới hạn quyền là giải pháp tốt nhất nhất trong các phương án đặt ra nhằm đạt được mục đích. Phương án được lựa chọn được cho là cần thiết khi nó giới hạn quyền ở mức độ thấp nhất so với các phương án mà vẫn đạt được mục tiêu.¹⁰² Việc hạn chế quyền không phải là giải pháp tốt nhất (trong các phương án có thể lựa chọn) bị coi là vi hiến.

Trong tình trạng khẩn cấp về dịch bệnh, việc giới hạn quyền tự do đi lại được coi là chính đáng và phù hợp, nhưng cần xem xét kỹ lưỡng mức độ giới hạn đến đâu là cần thiết. Nhà nước thường đặt ra nhiều phương án với các mức độ giới hạn quyền khác nhau để lựa chọn. Theo tiêu chuẩn của bước ba này, cần lựa chọn biện pháp nào giới hạn quyền tự do đi lại ở mức độ thấp nhất mà vẫn đạt được mục tiêu kiểm soát tốt dịch bệnh.

Bước 4: Sự tương xứng (cân bằng) giữa lợi ích thu được và thiệt hại từ việc hạn chế quyền

Bước này được coi là quan trọng nhất vì là bước cuối cùng. Nhiều biện pháp giới hạn quyền có thể đáp ứng ba tiêu chuẩn ở ba bước nêu trên nhưng khi xem xét kỹ ở bước cuối cùng lại không đáp ứng. Lý do bước này quan trọng nhất còn vì nó giải quyết bài toán khó về cân bằng giữa lợi ích và thiệt hại. Nó yêu cầu sự cân bằng

⁹⁹ United Nations Economic and Social Council, *Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, 1985), para. 25.

¹⁰⁰ Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, tr. 303.

¹⁰¹ Office of High Commissioner for Human Rights, *CESCR General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12)*, para. 44.

¹⁰² Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, tr. 317.

giữa lợi ích thu được của việc giới hạn quyền với những thiệt hại do việc giới hạn quyền gây ra.¹⁰³ Việc giới hạn quá mức (không tương xứng) các quyền có thể hiệu quả để đạt được mục đích đề ra. Tuy nhiên, thiệt hại gây ra từ việc giới hạn quyền không được phép lớn hơn lợi ích thu được.¹⁰⁴

4. Kết luận

Pháp luật về tình trạng khẩn cấp luôn gắn với nhu cầu giới hạn nhiều quyền hiến định một cách tạm thời nhưng khắc nghiệt. Luật nhân quyền quốc tế vốn chú trọng kiểm soát việc tạm dừng nghĩa vụ của nhà nước về bảo đảm quyền trong tình trạng khẩn cấp bằng việc đưa ra danh mục các quyền không thể bị tạm đình chỉ và khuyến nghị áp dụng nguyên tắc tương xứng. Ở Việt Nam, pháp luật về tình trạng khẩn cấp cần dựa trên ba nền tảng bảo vệ quyền con người (hiến pháp, lập pháp và giải thích pháp luật) và cần được rà soát về tính hợp hiến theo bốn bước của nguyên tắc tương xứng về giới hạn. Hiến pháp năm 2013 đã chứa đựng những quy định quan trọng để tạo điều kiện thuận lợi cho việc hoàn thiện pháp luật này.

¹⁰³ Ibid, tr. 340.

¹⁰⁴ Trong đại dịch toàn cầu Covid-19, nhiều học giả cảnh báo các quốc gia cần cân nhắc kỹ lưỡng bài toán lợi ích-thiệt hại này khi áp dụng các biện pháp ảnh hưởng đến quyền của người dân (Ví dụ: Ahmed Mushfiq Mobarak, Zachary Barnett-Howell, *Poor Countries Need to Think Twice About Social Distancing*, 2020 - <https://foreignpolicy.com/2020/04/10/poor-countries-social-distancing-coronavirus/>)