

State of Epidemic Emergency

in the Law of Viet Nam and a number of countries in the world

Assoc. Prof. Dr. Nguyễn Hoàng Anh

School of Law, Vietnam National University, Hanoi

Abstract: Studies on laws governing the state of emergency is a new area in Viet Nam, while various countries in the world has had in place considerable rules and precedence on this mater. The reality of the COVID-19 pandemic, however, shows that, be it in Europe or Asia, the state of emergency would create an increase in administrative power and impose restrictions on personal rights and freedoms. To control these risks, the traditional judicial mechanism seems to be ineffective during a state of emergency. On the other hand, Viet Nam's experience may open up the possibility of harnessing self-governance of the family and community as an alternative.

1. State of Emergency: Nomenclature and Authority

There are many different names for this “state”: State of emergency, Public Health Emergency, State of Disaster Emergency, State of National Defense, to name a few. There are other, more familiar terminologies also: state of war, state of disaster, national emergency, and others.

Several scholars claim that sometimes the difference is in name only – the essence remain the same. For instance, take the French Law of 09 August 1849 on the State of Sieger. This Law had been invoked in 1879, 1914 and 1939, but on 03 April 1955 another Law on the State of Urgency (L’etat d’urgence) was issued.

To explain this, law scholars are of the view that “state of siege” is defined as “imminent danger resulting from a foreign war or an armed insurrection”. As such this terminology could not have been used in 1955 – otherwise it would have implied that France was at war with Algeria, or that French territories were in a state of armed riot. This would have been entirely disadvantageous as France was trying to avoid having the United Nations involved. Moreover, the French desired that Algeria was part of France and that while disorders existed to a certain extent it did not constitute a war. As such the French Parliament passed a law to suspend public freedoms in part of the national territory without inviting foreign intervention. The state of siege, as it was defined, is “either a state of impending danger caused by a threat to public order, or in case of emergence of incidents caused by public calamity”. However, according to Edgar

Faure, there is little difference in essence between a state of war and a state of emergency: “the simple truth being that the term 'state of siege' irresistibly evokes war and that any allusion to war should be carefully avoided in connection with the Algerian business”¹.

In Viet Nam, the authority on the state of emergency is vested into the National Assembly. The National Assembly “governs the state of emergency, and other such extraordinary measures to guarantee national defense and security” (Paragraph 13, Article 70 of the 2013 Constitution). The authority to declare an emergency is, however, vested into the Standing Committee of the National Assembly. The Standing Committee of the National Assembly is authorized to “declare or terminate state of emergency, nationwide or in an individual locality” (Article 74 of the 2013 Constitution). If it would be impossible for the Standing Committee of the National Assembly to meet, the President may declare or terminate a state of emergency, nationwide or in an individual locality. Even if the decision is made by the Standing Committee of the National Assembly, it is the President who shall make the official declaration. And according to Article 1 of the Ordinance on the State of Emergency issued on 23 March 2020², the state of emergency is so defined in general terms: *“When a major disaster, natural or man-made, occurring nationwide or in many localities, or a dangerous epidemic spreading on a large scale, shall seriously threaten the property of the state and organizations and the lives, health and property of the people, or there is a situation seriously jeopardizing national security and public order and safety, the Standing Member of the National Assembly or the President shall declare a state of emergency so as to impose extraordinary measures in order to, in a timely manner, prevent, limit and alleviate any consequence, and quickly stabilize the situation.”*

As such, Vietnamese law clearly distinguishes between “state of emergency” and “state of war” - through the authority of the state apparatuses. A state of war must be decided upon by the National Assembly or the Standing Committee of the National Assembly. A state of emergency, on the other hand, is declared by the Standing Member

1

□ Dominique Rousseau, “L’état d’urgence – un état vide de droit”, 01 February 2006, accessed 19 May 2020, <https://www.revue-projet.com/articles/2006-2-1-etat-d-urgence-un-etat-vide-de-droit-s/>

2

□ The Ordinance on the State of Emergency is a classified document in Viet Nam

of the National Assembly or the President. This streamlining of state organ involved allows for more flexible invocation to meet the actual need of the urgency.

The paramount legal document in Viet Nam pertaining to the state of emergency is the Ordinance on the State of Emergency. However, this Ordinance is not publicly available. It does not provide specific regulations for the state of emergency in each individual category, be it epidemic, natural disaster or national defense. Very recently, when the National Defense Law draft amendment was put forward at the National Assembly, a position arose that there should be regulations on “the state of national defense emergency”. However, responses from the members of the National Assembly and the representative from the National Security and Defense Committee held that there should not be a new terminology of “the state of national defense emergency”, as the Ordinance on the State of Emergency does not contain this terminology, nor does the Constitution make use of it³.

But at the legislative level, to concretize the Ordinance on the State of Emergency, the Government issued Decree No. 71/2002/NĐ-CP dated 23 July 2002. This Decree makes detailed provisions for the implementation of a number of articles under the Ordinance on the State of Emergency in case of major disasters or dangerous epidemic. As such the state of epidemic emergency is governed by a Decree of the Government. Additionally the Law on Preventing and Combating Communicable Diseases also governs a number of situations in which an epidemic may be declared, and coercive measures that may be imposed in such cases.

This is different from France: The authority governing the state of emergency belongs to the Parliament and separate laws exist to govern different kinds of emergencies. The Law No. L. 2020-290 of 23 March 2020 on the state of emergency in response to the COVID-19 pandemic *is* an inter-service act of law. It adjusts the provisions under different laws, such as the Law on Public Health.

Given this legal basis, in practice, during the fight against the COVID-19 pandemic (December 2019 - present) Viet Nam has not declared a state of emergency, though a state of epidemic may be declared. The Government exercises coercive

3

³ Đoàn Thịnh, “The need to look into “state of national defense emergency” in the Amended National Defense Law draft”, 28 September 2017, accessed 19/5/2020, xem tại <http://quochoi.vn/uybanquocphongvaaninh/lapphap/Pages/home.aspx?ItemID=141>

administrative measures based on the clauses governing the declaration of state of pandemic in the Law on Preventing and Combating Communicable Diseases. Here there has been no distinction between declaration of state of emergency versus declaration of epidemic.

According to the Law on Preventing and Combating Communicable Diseases, on 01 February 2020, Prime Minister Nguyen Xuan Phuc signed Decision No.173/QĐ-TTg on the declaration of state of respiratory disease epidemic caused by the novel Coronavirus. This document set out measures to prevent and combat the epidemic, such as declaration and reporting on the pandemic, organization of medical isolation, control of entry into and exit from areas with the epidemic, and commandeering of resources for the purpose of combating the epidemic, to name a few. It also outlined the imposition of penalties or coercive measures on epidemic-related violations on the ground of Decree No. 176/2013/NĐ-CP issued by the Government on 14 November 2013 on the handling of administrative violation in the medical sector.

Also in Viet Nam, the Prime Minister consecutively issued a range of Directives and Circulars – a document meant for internal prescription – in response to the emergency. For instance, on 03 February 2020 the Prime Minister issued Circular No. 164/TTg- KGVX on stepping up measures to prevent and combat the nCoV epidemic; on 04 March 2020 the Prime Minister issued Directive No. 13/CT-TTg on greater effort to prevent and combat the COVID-19 epidemic in the new situation; Directive No. 15/CT-TTg on redoubling efforts on the offensive against the COVID-19 pandemic; and on 31 March 2020 the Prime Minister issued Directive No. 16/CT-TTg on urgent measures to be taken to combat the COVID-19 pandemic, among others.

The regulations on the declaration of state of epidemic in the Law on Preventing and Combating Communicable Diseases does not make such declaration comparable to the declaration of a state of emergency due to the fact that many different bodies, at the central and the local levels, may make use of such measures: the Chairperson of the Provincial People's Committee, the Minister of Health (when two or more provinces have declared state of epidemic), and the Prime Minister (when the epidemic has rapidly spread from one province to another, seriously affecting human lives and health) – according to Article 38 of the Law on Preventing and Combating Communicable Diseases.

The condition for announcing a state of epidemic has not been clearly set in any Law, but rather left to the Government – but there has yet to be a document governing this specific case. The limit at which the end of an epidemic shall be announced has not yet been defined also, but rather instead left generic: when “no more new infection is discovered after a certain period of time, and other conditions are met for each individual epidemic, as per regulations issued by the Prime Minister” (Article 52, Law on Preventing and Combating Communicable Diseases).

Coercive measures during an episode of epidemic are very diverse – fines imposed on large gathering, failure of medical declaration, not wearing face-masks in public spaces, unnecessary travel, or publication of incorrect information pertaining to the pandemic.

This shows that the Vietnamese state bodies have been basing their administrative measures levied on violations pertaining to epidemic control on existing legal documents, such as the 2017 Law on Preventing and Combating Communicable Diseases, the 2015 Law on Penalties for Administrative Violations, and the Decrees No. 176/2013/ND-CP and 174/2013/ND-CP. However, while a number of medical-related administrative violations have been clearly accounted for under these laws, a number of other acts and corresponding coercive measures, such as restrictions on large gathering or suspension of businesses or service providing facilities, do not yet have a clearly defined legal framework (such as when, to whom and over what length of time shall they be imposed, or how should complaints be filed or monitoring be exercised) for their enforcement. This leads to a considerable likelihood of arbitrary administrative measures.

The nature of the state of emergency is the extension of coercive authorities that an administrative body may assume. According to Denis Baranger, “the law on the state of emergency is nothing other than the extension of administrative coercive authority or the easing of the use of administrative power.”⁴

The authority to declare a state of emergency is usually vested in the administrative arm, as the National Assembly, given its long and collective decision-making process, is unlikely to make timely decisions commensurate to the rapid

4

⁴ [1]D. Baranger, « L'état d'urgence dans la durée », RFDA, 2016, p.....

developments on the ground. The French Prime Minister Edouard Philippe held that a public health emergency is characterized as granting the Prime Minister the authority to issue a wide range of decisions with regards to coercive measures, avoiding time-consuming discussions at the Parliament during a time of urgency⁵. In practice, the Prime Minister would issue a Decree on the application of coercive administrative measures based on a written report from the Minister of Health.

2. Legal hazards during a state of emergency

To handle epidemic hazards, coercive administrative measures are put into effect. This, however, has not insignificant hazards itself: it would affect fundamental human rights, democracy and the principle of division of power, and the decision-making process may be haphazard.

a. Impact on fundamental human rights

First, measures applied during a state of epidemic emergency are usually restrictions on personal freedoms. To elaborate, such measures involve restrictions on the freedoms of travel, business and assembly. In addition administrative authorities may also commandeer any property or service deemed necessary to combat the pandemic – such as requisitioning taxis to transport the sick, or confiscating face-masks.

In France, Article L. 3131-15 of the Public Health Code provides for the following restrictions:

- Regulate or prohibit the movement of people and vehicles in places or during periods prescribed by the Decree;
- Prohibit people from leaving their homes, with the exception of travel strictly essential for their family or health needs;
- Prescribe quarantine measures for people likely to be affected;
- Prescribe measures for isolation for people affected at their place domicile;
- Order provisional closure of establishments and meeting places, with the exception of those providing access to essential goods and services;
- Limit or prohibit gatherings on public roads as well as meetings of any kind;
- Requisite all goods, services and persons necessary for the fight against the epidemic;

5

□ <https://www.lesechos.fr/politique-societe/societe/letat-durgence-sanitaire-en-cinq-questions-1186968> accessed 24/4/2020.

- Take temporary measures to control the prices of certain products necessary to combat the epidemic, or other measures to address shortages in the market for certain products; the National Consumer Council shall be informed of the measures taken to this end;

Additionally restrictions on the freedom of business are applied with the singular goal of putting an end to the epidemic.

Monitoring measures are accompanied by administrative measures imposed upon violators. In France, the fine levied on first instances of violation is €135, and raised for repeat offense or other circumstances that worsens the charge. The fine is €375 if the initial fine is not paid within 45 days. Repeat violations within 15 days may incur a fine of €1,500, and up to €3,750 and six months' imprisonment for those breaking the rules within 30 days. Suspension of driver's license is also a penalty in this case.

In France, according to a law of 1955, the department prefect may "prohibit the movement of people or vehicles in the places and at the times fixed by decree", demarcate areas of isolation or restrict the stay of the people, and prohibit the stay of any persons hindering in any way the work of public authorities.

In Viet Nam, the Prime Minister issued Decree No. 15/CT-TTg dated 27 March 2020 on redoubling efforts on the offensive against the COVID-19 pandemic. The following measures were to take effect at midnight 28 March to the end of 14 April 2020:

a) Suspend all assemblies and gatherings of more than twenty persons in a room. No gathering of more than ten persons outside of offices, schools and hospitals. Minimum distance of two meters between persons in public spaces is to be enforced.

b) Halt entirely any all religious ceremonies and activities gathering more than 20 persons at religious sites and places of worship. All cultural, sports and entertainment activities in public spaces are to be suspended.

c) Temporarily suspend all service providers save providers of essential goods and services. The Chairpersons of provincial and central-level municipal People's Committees shall decide which businesses and service providers are subject to closure.

d) Restrict the movement of private citizens, particularly from the provinces and cities with the epidemic to other localities. The Ministry of Transport shall direct the

restriction on flights and passenger transport from Hanoi and Ho Chi Minh City to other places in the country. Suspend or reorganize public transport to limit mass movement and gathering, save transportation of cargo. .

Immediately following this, the Prime Minister issued Directive No. 19-CT/TTg dated 24 April 2020, laying down such measures as the ongoing suspension of festivities, religious rituals, sports tournaments, and other events involving large gatherings in public spaces and stadiums, and other major events deemed unnecessary. It also temporarily suspended any business and service provider deemed unessential (entertainment and leisure, beauty salons, karaoke and massage parlors, bars and dance clubs, among others), and other businesses and service providers as per the decision or direction of the Chairperson of the People's Committee of the Province or Central-level Municipality. Such commercial businesses and service providers as gymnasiums, relic and scenic sites may reopen provided that appropriate disease prevention measures are undertaken, such as equipping staff with PPEs, taking temperature of inbound visitors, providing sufficient on-site handwash and disinfectant, and ensuring appropriate distancing during contact. The number of students in each classroom is to be cut down and distancing applied; school hours are to be spaced out, and lunch time and mass student activities must ensure that no large gathering would arise; classrooms are to be disinfected and sanitized; online classes are to be held in addition to normal classes; and other disease prevention measures are to be taken for the students.

Surveillance measures not only limits the freedom of movement and business but also affects individual privacy. In other countries, in addition to coercive administrative measures, technology has also been used to monitor the public. The Republic of Korea (ROK) both monitors individual citizens' phones and created a maps of citizen cellphone data, publicly available, so that a citizen may be made aware if they had traveled along the same street as any COVID-19 patient. Data on the map come not just from mobile phones, but from credit card history and individual interviews. All of this helped create a largely comprehensive tracking map.

In addition, the government of the ROK also sent SMS messages to the citizenry to warn those who may have been in contact with someone with the virus. Washington Post claims that one of their journalists received a very detailed SMS on a possible

location of contact, such as, “Magic Coin Karaoke, Jayang-dong, midnight 20 February 2020”⁶.

Among the new measures approved by the Israeli Prime Minister Benjamin Netanyahu on 17 March, the Israeli Security Agency may trace a person's phone without needing a court order. Similarly, Chinese Taipei activated an application they called “e-barrier”, which tracks mobile data and sends a report to the authority if someone goes outdoors who is supposed to stay in home quarantine. The software aims to prevent breach of quarantine and spreading of the virus to others, said Jyan Hong Wei, Director General of the Department of Cyber Security of Chinese Taipei. The authority shall be present at the home of the person under isolation within fifteen minutes of reception of the report.

In Hong Kong, a location-tracing bracelet is given to persons under isolation. In Singapore, the government would contact such persons through SMS and they must follow the link given to prove that they are in fact staying at home. Thailand creates an application that is a mandatory download after disembarking at an airport to trace where they have been in case they are infected⁷.

As Yuval Noah Harari claimed, such surveillance is hardly merely “on-the-skin” but also through biometrics – previously unseen in everyday life. Monitoring of how an individual uses the media may help shed light on that person's political view or even his personality. “But if you can monitor what happens to my body temperature, blood pressure and heart-rate as I watch the video clip, you can learn what makes me laugh, what makes me cry, and what makes me really, really angry... If corporations and governments start harvesting our biometric data en masse, they can get to know us far better than we know ourselves, and they can then not just predict our feelings and sell us anything they want – be it a product or a politician. Biometric monitoring would make Cambridge Analytica's data hacking tactics look like something from the Stone Age.” He imagines that in a dictatorship where the wearing of biometric bracelets is

6

□ Du Lam, <https://vietnamnet.vn/vn/cong-nghe/quoc-gia-nao-su-dung-du-licu-dien-thoi-de-ngan-chan-dai-dich-covid-19-627965.html#inner-article>

7

□ Du Lam, <https://vietnamnet.vn/vn/cong-nghe/ung-dung/dai-loan-ra-ung-dung-giam-sat-nguoi-bi-cach-ly-phat-toi-da-766-trieu-dong-neu-vi-pham-627405.html#inner-article>, accessed 25/4/2020.

9

mandated, there would be citizens imprisoned because of sentiments against the state even if such sentiment is not expressed in words or deed.⁸

In France, the state of epidemic emergency is permitted by Government Decree over a period of under two weeks, though this period may be extended. Such expansion must be granted permission via an act of law. This means the authority, at this point, lies with the Parliament, not the government. And the total length such distancing or isolation measures may be applied cannot exceed one month.

In Viet Nam, the limit at which the end of an epidemic shall be announced has not yet been defined also, but rather instead left generic: when “no more new infection is discovered after a certain period of time, and other conditions are met for each individual epidemic, as per regulations issued by the Prime Minister” (Article 52, Law on Preventing and Combating Communicable Diseases).

In addition, there are other concerns over the likelihood that restriction on rights may be repeated whenever deemed necessary. The reasoning for prolonging such measures is this: “For when people are given a choice between privacy and health, they will usually choose health”⁹.

b. Effects on the principle of division of power

The state of emergency enables the administrative bodies to make decisions rapidly without subject to significant monitoring. During the COVID-19 pandemic, centralized states tend to be more responsive and effective than the others. This enables concentration of power into the administrative arm.

- An increase in administrative power.

A state of emergency opens the possibility to empower the executive branch. In France, the Prime Minister has the power to impose such coercive measures that may restrict the freedom of movement and business or may allow for administrative commandeering of properties or services, without requiring permission from the judicial branch. Such extension of power has historical precedence: During the World War, the Administrative Judge arrived at the doctrine of “exceptional circumstances”

8

⁸ Yuval Noah Harari, Yuval Noah Harari, “The world after Coronavirus”, translated into Vietnamese: <https://vietnamnet.vn/vn/cong-nghe/thong-diep-so/yuval-noah-harari-the-gioi-se-ra-sao-sau-dai-dich-covid-19-627831.html>

9

⁹ Yuval Noah Harari, *ibid.*

("circonstances exceptionnelles"), vesting into the executive branch a number of privileges under the supervision of the administrative judge. This, on one hand, is seen as a violation of lawfulness as a principle, and on the other allows the executive branch to act without needing to invoke a new state of emergency. In this spirit, in 1983 the Administrative Court expanded "exceptional circumstances" to include natural disasters as well¹⁰.

Historically, the French Law of 03 April 1955 enables the President to, in case of a serious and urgent threat to national independence and territorial integrity, or that may disrupt the normal operation of public power, assume legislative, rules-making and judicial power to issue measures for which the situation demand. This creates the possibility of a "presidential dictatorship", under which the control of the legislative and judicial branch on the administrative branch may be reduced during a certain period decided upon by the President himself. This Law was in effect until October 1961.

The state of war would give the President the power to, within 12 days (this period may be extended if permitted by the Parliament by an act of law) empower the military forces to exercise policing authorities, and permit martial courts to put on trial civil cases.

During the COVID-19 pandemic, the state of emergency again allows civil agencies to assume and exercise the power of administrative coercion. This shows that the state of emergency is considered more serious than a state of war. War with a foreign power or armed riot may be somewhat predictable, natural disasters – such as earthquake or a nuclear accident – are truly not. As such the state of emergency invoked the idea of "serious breaches of public order", a vague term that may be easily be applied loosely and arbitrarily.

- The blurring of the boundary between administrative police and judicial police

In Viet Nam, there is no distinction between administrative and judicial police, as an administrative body may exercise such measures as fines and warnings on all administrative violations that do not constitute criminal violations, in accordance with administrative procedures. In France and many other countries in the world, there is a

10

[□]Elie Tassel, "L'état d'urgence sanitaire est plus liberticide que l'Etat d'urgence classique", 02 May 2020, accessed 19 May 2020, https://www.lexpress.fr/actualite/idees-et-debats/l-etat-d-urgence-sanitaire-est-plus-liberticide-que-l-etat-d-urgence-classique_2125123.html

distinction between administrative and judicial police. Administrative imposition exercised by administrative bodies draw the line at setting rules and regulations on temporary restrictions (blocking roads or prohibiting hunting during specific times). The imposition of remedial measures (writing fine slips, imposition of fines) is the authority of judicial police. Complaints or court procedure against administrative coercion and judicial coercion are also pursued through two different paths, handled by two different types of courts. This distinction seeks to limit the possibility of the administrative branch overstepping its authorities.

However, in a state of emergency it would be exceedingly difficult to distinguish between the authority to impose coercive measure under the administrative branch and the judicial branch. After a state of emergency is declared, an administrative organ may directly exercise judicial coercive measures, such as writing fine slips and imposing fines directly on violators. This is an exception that blurs the boundary between administrative and judicial policing.

- On the decision-making process: Decisions during a state of emergency are made promptly, without impact assessment or due deliberation of cost versus benefit so as to quickly respond to the changing situation.

“Decisions that in normal times could take years of deliberation are passed in a matter of hours. Immature and even dangerous technologies are pressed into service, because the risks of doing nothing are bigger. Entire countries serve as guinea-pigs in large-scale social experiments”¹¹.

On the other hand, a state of emergency would also lead to arbitrary administrative decisions – which is to say, without concrete provisions as to their conditions, landscape, environment and methods.

The necessity of combating an epidemic is the reason for the imposition of such decisions. As such, Amnesty International claims that “the vague criteria... may give rise to discriminatory application against persons considered”¹². In Viet Nam, there have

11

□ Yuval Noah Harari, “The world after Coronavirus”, translated into Vietnamese: <https://vietnamnet.vn/vn/cong-nghe/thong-diep-so/yuval-noah-harari-the-gioi-se-ra-sao-sau-dai-dich-covid-19-627831.html>

12

□ Amnesty international, Des vies bouleversées : l’impact disproportionné de l’état d’urgence en France, 2016

been restrictions on rights exercised during the pandemic, yet their conditions, background and method for such implementation have not been properly provided for in the law. For instance, “Temporarily suspend the operation of non-essential business and service establishments (entertainment and leisure, beauty salons, karaoke and massage parlors, bars and dance clubs, among others)” - as per Directives No. 15 and No.19 of the Prime Minister - left open the determination of which service provider shall be suspended to the Chairperson of the Provincial People's Committee. As such the individual provinces then issued detailed guidance documents; for instance, on 27 March, Mr. Nguyen Duc Chung, the Chairman of the Hanoi Municipal People's Committee, signed the Document No. 1047/UBND-KGVX calling on the departments, committees, sectors and localities within the city to redouble their effort in the offensive against the COVID-19 pandemic.

3. Checks against abuse of power during a state of emergency

The declaration and enforcement of a state of emergency involves the likely hazard of abuse of power and restrictions on fundamental human freedoms. As such administrative control during a state of emergency is a matter of necessity.

a. Checks via the legislative branch

Given its special role in the system of state power, the legislative branch has many tools to check the executive branch during a state of emergency.

First, monitoring through checks and balance. The power vested in the executive branch is immense during a state of emergency, but it is by no means singular. The legislative branch still hold a share of that chain of power and may therefore check the executive branch at any given time. A typical example is in the United States:

To elaborate on the check imposed on the executive branch: the executive branch may declare a state of emergency, set its rule and exercise coercive measures throughout its duration, but the Congress at the same time bears a part of that power.

The Presidential model of the United States makes for centralized executive power and rapid response. In the United States, constituents purposefully created the office of the President to enable its holder to meet the need of rapid and judicious response during a time of national crisis. During such periods the President shall take the center stage, he would have more resources and more power at his disposal, and

even if he cannot control more chains of event, he would be better positioned to influence the flow of events¹³. In practice, the case for a strong president has been made through remarkable successes, as seen through the ability of the President of the United States to muster and consolidate response during times of major incidents, such as the 9/11 terrorist attack.

But how shall executive power be concentrated in the hands of the President without risking abuse of power? The solution is that the Constitution vests into the President great powers during times of crisis, but it does not include the power to suspend the privileges that the Constitution vests into other organs and institutions, and such enormous power for leadership shall terminate when the crisis should come to an end¹⁴.

And to do so, the American constitution does not set the President's authorities in absolute term vis-a-vis the Congress. This gives the possibility that the President may exercise such authorities vigorously and independently – a necessity during a time of national peril – and thereafter the Congress may either “greenlight” via silence and not interfering into the “ex post facto” of the President's decision, or it would, should it feel that the state of peril has come to an end or whenever it sees fit, it may step in and put an end to the President's expanded authorities.

For instance, the US Constitution stipulates that only the Congress may declare war, but the President may mobilize troops and intervene in conflicts. The Constitution gives the President authority in foreign relations, but any treaty with foreign nations may only be ratified with a two-thirds majority of the Senate (and this leads to US Presidents regularly making use of the informal tool called “Executive Agreement” - essentially a memorandum between the US Government and a foreign government, that the Congress may “greenlight” in silence, or alternately, annul them via an act of law)¹⁵.

As such, the US Constitution designed a rigorous mechanism for division of power – but not absolute. This would allow the branches of power to maintain checks and balances to prevent abuse of power, and is also a tool for the branches of state

13

▣ Samuel Kernell và Gary C. Jacobson, *The Logic of American Politics*, translated into Vietnamese, National Political Publisher, Hanoi 2007, pp.274-275.

14

▣ Samuel Kernell và Gary C. Jacobson, *ibid*, tr. 276.

15

▣ Samuel Kernell và Gary C. Jacobson, *ibid*, tr. 276.

power to perform its work. Fundamental clauses may easily give the Government the opportunity to act arbitrarily, but on the other hand constantly place the Government in a position of hazard – to be neutralized by acts of the Congress at the end of the pipeline, or to be “overturned” at any time by the Court.

A similar mechanism exists in France: the executive branch may issue decisions on coercive measures during a state of emergency, but these may only be exercised over a limited period. After 12 days, power is transferred to the Parliament through the deliberation of whether an act of law would be passed to maintain the state of emergency.

b. Checks by the Judicial Branch

It is entirely possible that decisions or Acts related to the state of emergency may be reviewed by the Court. With regards to important documents, the <> may intervene – this would normally require consensus between the Government, the Parliament and the Senate before a law is passed. Sometimes the legislative organ may wish to eliminate this check. For example, in France, the Law of 30 March 2020 stipulates that complaints filed would temporarily not take effect until 30 June 2020 due to the state of emergency. However, the Constitutional Council ruled that this law cannot suspend the filing of court procedures, and cannot hinder *a priori* constitutionality oversight throughout the length of emergency¹⁶.

In France, historically the Constitutional Council played an active role in oversight of coercive measures during a state of emergency so that they would not constitute a violation of human rights. The Constitutional Council ruled that the collection of digital data on electronic devices is contrary to Article 2 of the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen, and a violation of the Constitution (question prioritaire de constitutionnalité (QPC) du 19 février 2016)¹⁷.

16

□ Cons. constit., décision n°2020-799 DC du 26 mars 2020, §5, quoted by Elie Tassel, "L'état d'urgence sanitaire est plus liberticide que l'Etat d'urgence classique", 02/5/2020, accessed 19/5/2020, https://www.lexpress.fr/actualite/idees-et-debats/l-etat-d-urgence-sanitaire-est-plus-liberticide-que-l-etat-d-urgence-classique_2125123.html

17

□ Cons. const., 19 févr. 2016, n° 2016-536 QPC, perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence.

A second channel is control exercised by the administrative court. According to the Law of Public Health, even during a public health emergency an administrative judge may still exercise oversight over administrative decisions.

In practice, stringent checks and balances during peacetime would become less applied during an emergency period.

However, in reality, during the COVID-19 pandemic, there have been a considerable number of complaints filed by the Association of Human Rights, the International Observer on Prison, and the Association of Young Lawyers, among others. Such complaints have not been successful, and this shows, more or less, the leniency of the administrative judge towards decisions made during this period.¹⁸.

The control of the Council of State (Conseil d'Etat) over states of emergency are "political" in nature - as various writers have commented, the Council avoids direct confrontation with the executive branch. The Council never evaluates the legality of the declaration of emergency, and only provides recommendations as to the establishment of departmental-level commissions responsible for giving an opinion on house arrests or residence ban, among others.¹⁹

Perhaps judicial organs, during a state of emergency, have been prioritizing the need to protect public interest – the lives and health of the community – over the usual need for control of power and the principle of division of power. As Dominique Rousseau remarked: "Maintained in theory, the control becomes inoperative in practice"²⁰.

External control -such as supervision of the European Court – is not practical, as to bring the issue to the European Court one would need to exhaust all possible methods for litigation within one's own country. This may take months, and in essence

18

□ Dominique Rousseau, "L'état d'urgence – un état vide de droit", 01/02/2006, accessed 19 May 2020, <https://www.revue-projet.com/articles/2006-2-l-etat-d-urgence-un-etat-vidе-de-droit-s/>

19

□ Dominique Rousseau, "L'état d'urgence – un état vide de droit", 01/02/2006, accessed 19 May 2020, <https://www.revue-projet.com/articles/2006-2-l-etat-d-urgence-un-etat-vidе-de-droit-s/>

20

□ Dominique Rousseau, "L'état d'urgence – un état vide de droit", 01/02/2006, accessed 19 May 2020, <https://www.revue-projet.com/articles/2006-2-l-etat-d-urgence-un-etat-vidе-de-droit-s/>

the European judges usually respect and allow individual members a high level of autonomy in every matter related to public order²¹.

In Viet Nam, supervision of the executive branch consist of legislative and judicial monitoring. Shortcomings, however, exist.

On the legislative side, documents issued by the President, the Government or the Prime Minister may be annulled by the National Assembly should they run counter to the Constitution and laws or resolutions issued by the National Assembly (Article 70 of the Constitution).

The Standing Committee of the National Assembly may also suspend the enforcement of any document issued by the Government and the Prime Minister, or annul them (Para. 4, Article 74 of the 2013 Constitution. Documents issued by the Chairman of provincial People's Committees may also be suspended or annulled by the Prime Minister should they run counter to the Constitution, laws and documents issued by superior state organs (Para. 4, Article 98 of the 2013 Constitution). However, these are ex-post oversight mechanisms and are not likely to meet the requirements during a state of emergency. Conceivably a regimen that would partially empower the executive branch – in which the legislative branch may intervene in short notice similarly to the US model – would make it easier for the legislative branch to exert control over the issuance of administrative documents during an emergency.

On the judicial side, as constitutional control is yet available as a mechanism, the review of decisions taken during a state of emergency is mainly performed by the administrative court. However, the administrative court is only authorized to pass judgment on contingent documents and not legal documents. Moreover, as the procedures for administrative court proceedings remain bulky and are molded after civic court proceedings, the initiation of proceedings against specific administrative decisions would take up much time and procedural effort, and may therefore only be an ex-post oversight measure.

CONCLUSION:

21

□ Dominique Rousseau, “L’état d’urgence – un état vide de droit”, 01/02/2006, accessed 19 May 2020, <https://www.revue-projet.com/articles/2006-2-l-etat-d-urgence-un-etat-vide-de-droit-s/>

The law on the state of pandemic emergency may govern at different levels from country to country. A commonality is that it generally increases administrative power in imposing measures to limit personal freedom for the purpose of preventing the spread of the epidemic. To check the possibility of the administrative body abusing its authority, legislative and judicial monitoring mechanisms exist. However, during specific periods, such as the COVID-19 pandemic, these mechanisms are unlikely to be immediately useful.

The COVID-19 pandemic has shown that the tendency towards the nation-state and concentration of power seems to be prevailing during a time of great urgency. Monitoring mechanisms appear to be largely ineffective in practice during a pandemic emergency due to the fact that health takes priority over all. A major point of concern in the the post-pandemic episode is whether this tendency shall remain – whether surveillance to the point of impinging upon individual privacy and freedoms would leave its mark on public administration. This depends on the capacity for governance and adjustment of each state, but this would also call for global cooperation. Many scholars have pointed out solutions that may be performed concurrently to the exercise of state power during a health emergency – by empowering the citizenry and the community and strengthening media measures to persuade rather than to compel by order. Asian countries like Viet Nam have had ample good practice in making use of community and family self-governance.

However giving self-governance and autonomy to the community must be grounded on the foundation of trust and cooperation. Yuval Noah Harari wrote of private citizens organizing themselves and persuading one another to wash their hands with soap. This has proven no less effective a measure against the pandemic than coercive isolation or taking of temperature, without actually requiring the authorities to step in²².

And reality in Viet Nam has also been a testimony to the superiority of the strength of the community during a state of emergency. A great number of four- and five-star hotels in Hanoi, Danang and Ho Chi Minh City, took the initiative to petition the state to make use of their premises as isolation facilities. The 122-room Bao Minh Radiant Hotel, received 157 returnees from the ROK, Russia and the US. The hotel

22

²² Yuval Noah Harari, “The world after Coronavirus”, translated into Vietnamese, *ibid*.

owner provided the rooms and meals – three per day – free of charge to all 157 returnees. All of the hotel staff previously dismissed also volunteered to remain behind, contributing what they could to the common effort against the pandemic.

A great number of citizens, young and old alike, and many businesses throughout the country gave a total of VND 300bn to the state for the effort against the pandemic. The rice ATM model, through which private citizens may provide rice in aid to the poor in times of pandemic, is yet another evidence of the public resourcefulness and the incredible power of community resources mustered.

In addition, the use of the mass media – newspapers, radio, television, the internet, publications and other platforms – has been an effective to provide transparent information on the pandemic, inform, instruct and call on the public in the fight against the pandemic. The diverse, memorable formats that make it easy for the public to identify with – songs, poems, paintings – are helpful, as are the public service announcement posters and hygiene guidelines plastered in public spaces. Such measures are impactful to each individual, each family and the entire society at large²³. These may be solutions to mitigate the risks of concentrated administrative measures during a state of pandemic emergency.

23

□ Lê Văn Toan, <https://baoquocte.vn/viet-nam-doan-ket-dong-long-lan-toa-tinh-thuong-trong-cuoc-chien-chong-dai-dich-covid-19-112146.html>, 25 March 2020, accessed 19 May2020.

Tình trạng khẩn cấp về dịch bệnh trong pháp luật Việt Nam và một số nước trên thế giới

*PGS.TS. Nguyễn Hoàng Anh
Khoa Luật, ĐHQGHN*

Tóm tắt: Nghiên cứu về pháp luật về tình trạng khẩn cấp là điều khá mới mẻ ở Việt Nam, trong khi nhiều nước trên thế giới đã có những quy định và thực tiễn pháp lý lâu đời. Nhưng thực tiễn dịch Covid 19 cho thấy dù ở châu Âu hay châu Á thì tình trạng khẩn cấp cũng tạo ra sự tăng trưởng của quyền lực hành chính và sự hạn chế các quyền, tự do của cá nhân. Để kiểm soát những rủi ro đó, cơ chế pháp lý truyền thống dường như không thực sự hiệu quả trong tình trạng khẩn cấp, nhưng kinh nghiệm của Việt Nam có thể gợi mở về khả năng phát huy vai trò tự quản của gia đình, cộng đồng.

1. Tình trạng khẩn cấp: tên gọi và thẩm quyền quy định, tuyên bố

Có nhiều tên gọi khác nhau cho tình trạng này: tình trạng khẩn cấp; tình trạng khẩn cấp về y tế; tình trạng khẩn cấp về thiên tai, về quốc phòng.v.v. Và cũng có những thuật ngữ gần gũi như: tình trạng chiến tranh, tình trạng khẩn cấp về thiên tai, tình trạng khẩn cấp về quốc phòng.v.v.

Theo một số học giả, đôi khi sự khác biệt chỉ là tên gọi, còn bản chất sự việc không thay đổi. Ví dụ ở Pháp có Luật ngày 9/8/1849 về tình trạng chiến tranh – vốn đã được áp dụng trong những năm 1879, 1914, 1939, tuy nhiên đến ngày 03/4/1955 đã ban hành Luật về tình trạng khẩn cấp (L'état d'urgence). Lý giải điều này các học giả cho rằng: khái niệm “tình trạng chiến tranh” được định nghĩa bằng “nguy cơ sắp xảy ra chiến tranh với nước ngoài hoặc một sự nổi dậy vũ trang”. Và bởi vậy thuật ngữ này không thể sử dụng vào thời điểm 1955 nếu không sẽ hiểu là Pháp đang trong chiến tranh với Algeria hoặc các lãnh thổ của Pháp đang ở trong tình trạng bạo loạn vũ trang – điều này hoàn toàn bất lợi khi mà Pháp đang tìm cách tránh né sự can thiệp của Liên hiệp quốc vào vụ việc, và hơn nữa người Pháp luôn muốn rằng Algeria là một phần lãnh thổ Pháp, hiện đang có những lộn xộn, rắc rối nhất định nhưng không phải là chiến tranh. Bởi vậy Nghị viện đã thông qua một đạo luật để cho phép đình chỉ các tự do công cộng trên một phần lãnh thổ quốc gia mà không cần đến sự can thiệp bên ngoài. Tình trạng chiến tranh được định nghĩa “hoặc là tình trạng nguy hiểm sắp xảy ra do sự đe dọa đến trật tự công cộng, hoặc trong trường hợp phát sinh các sự kiện gây nên tai họa công cộng”. Nhưng theo Edgar Faure, bản chất hầu như không có sự khác biệt nào giữa tình trạng chiến tranh và tình trạng khẩn cấp, “sự thật là thuật ngữ tình trạng chiến tranh ám chỉ đến chiến tranh và “chiến tranh” là một từ cần phải tránh dùng trong vụ việc giữa Pháp với Algeria”²⁴.

Ở Việt Nam, thẩm quyền quy định về tình trạng khẩn cấp thuộc về Quốc hội. Quốc hội “...quy định về tình trạng khẩn cấp, các biện pháp đặc biệt khác bảo đảm quốc phòng và an ninh quốc gia” Điều 70 khoản 13 Hiến pháp 2013). Quyền tuyên bố tình trạng khẩn cấp lại thuộc về Ủy ban thường vụ quốc hội. Ủy ban thường vụ Quốc hội có quyền “ban bố, bãi bỏ tình trạng khẩn cấp trong cả nước hoặc ở từng địa phương” (Điều 74 Hiến pháp 2013); Trong trường hợp Ủy ban thường vụ quốc hội không họp thì Chủ tịch nước có quyền ban bố, bãi bỏ tình trạng khẩn cấp trong cả nước hoặc ở từng địa phương. Ngay cả trong trường hợp Ủy ban thường vụ quốc hội quyết định thì Chủ tịch nước sẽ công bố chính thức. Và theo Điều 1 Pháp lệnh tình trạng khẩn cấp ngày 23/3/2000²⁵ thì tình trạng khẩn cấp được quy định chung

²⁴ Dominique Rousseau, “L'état d'urgence – un état vide de droit”, viết 01/02/2006, truy cập 19/5/2020, <https://www.revue-projet.com/articles/2006-2-l-etat-d-urgence-un-etat-vid-e-de-droit-s/>

²⁵ Pháp lệnh về tình trạng khẩn cấp là văn bản không được công bố công khai ở Việt Nam.

là: “*Khi trong cả nước hoặc nhiều địa phương có thảm họa lớn do thiên nhiên hoặc con người gây ra, có dịch bệnh nguy hiểm lây lan trên quy mô rộng, đe dọa nghiêm trọng đến tài sản của nhà nước và tổ chức, tính mạng, sức khỏe, tài sản của nhân dân hoặc có tình hình đe dọa nghiêm trọng đến an ninh quốc gia và trật tự an toàn xã hội thì Ủy ban thường vụ Quốc hội hoặc Chủ tịch nước ban bố tình trạng khẩn cấp để áp dụng các biện pháp đặc biệt nhằm kịp thời ngăn chặn, hạn chế và khắc phục hậu quả xảy ra, nhanh chóng ổn định tình hình*”.

Như vậy pháp luật Việt Nam có sự phân biệt rõ giữa tình trạng khẩn cấp và tình trạng chiến tranh – thông qua thẩm quyền của các cơ quan nhà nước. Tình trạng chiến tranh phải được Quốc hội hoặc Ủy ban thường vụ quốc hội quyết định. Tình trạng khẩn cấp lại do Ủy ban thường vụ Quốc hội hoặc Chủ tịch nước công bố - sự gián lược trong các chủ thể này cho phép một sự sử dụng linh hoạt hơn, phù hợp với tình thế khẩn cấp.

Văn bản pháp lý cao nhất ở Việt Nam về tình trạng khẩn cấp là Pháp lệnh về tình trạng khẩn cấp, tuy nhiên Pháp lệnh này không được công khai. Pháp lệnh không quy định về tình trạng khẩn cấp trong từng lĩnh vực như: dịch bệnh, thiên tai hay quốc phòng. Rất gần đây khi dự thảo sửa đổi Luật Quốc phòng được đưa ra tại Quốc hội, có ý kiến đề xuất nên quy định về “tình trạng khẩn cấp về quốc phòng”. Tuy nhiên các ý kiến của Đại biểu Quốc hội và đại diện Ủy ban An ninh quốc phòng cho rằng không nên quy định thêm thuật ngữ “tình trạng khẩn cấp về quốc phòng” do Pháp lệnh về tình trạng khẩn cấp chưa có thuật ngữ này, và Hiến pháp cũng không sử dụng²⁶.

Nhưng ở tầm pháp quy, cụ thể hoá Pháp lệnh tình trạng khẩn cấp, Chính phủ đã ban hành Nghị định số 71/2002/NĐ-CP ngày 23/7/2002 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. Như vậy thì tình trạng khẩn cấp về dịch bệnh được quy định bởi Nghị định của Chính phủ. Hơn nữa Luật phòng chống bệnh truyền nhiễm cũng quy định một số tình huống công bố dịch và các biện pháp cưỡng chế khi có dịch.

Điều này khác với Pháp: Thẩm quyền quy định về tình trạng khẩn cấp là Nghị viện và có các luật riêng điều chỉnh về tình trạng khẩn cấp trong từng lĩnh vực. **Luật số 2020-290 ngày 23/3 2020 về tình trạng khẩn cấp đối phó với dịch Covid 19** là đạo luật liên ngành: nó sửa đổi các quy định trong nhiều đạo luật khác, ví dụ như sửa đổi Luật về y tế công cộng;

Từ cơ sở pháp lý đó, trong thực tiễn đối phó với dịch Covid 19 (tháng 12/2019-đến nay) Việt Nam không tuyên bố tình trạng khẩn cấp nhưng có thể tuyên bố dịch. Chính phủ thực hiện các biện pháp cưỡng chế hành chính dựa trên các quy định về công bố dịch của Luật phòng chống bệnh truyền nhiễm. Ở đây không có sự phân biệt giữa công bố tình trạng khẩn cấp về dịch và công bố dịch.

Căn cứ vào Luật phòng chống bệnh truyền nhiễm, ngày 01/02/2020, Thủ tướng Chính phủ Nguyễn Xuân Phúc đã ký Quyết định số 173/QĐ-TTg về việc công bố dịch viêm đường hô hấp do chủng mới của virus Corona gây ra, trong đó quy định các biện pháp phòng chống dịch bệnh như khai báo, báo cáo dịch; tổ chức cách ly y tế; kiểm soát ra vào vùng có dịch; trung dụng các nguồn lực cho hoạt động chống dịch.v.v. Và việc áp dụng các hình thức xử phạt hay cưỡng chế đối với các hành vi vi phạm về dịch bệnh dựa trên Nghị định số 176/2013/NĐ-CP ngày 14/11/2013 của Chính phủ quy định về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực y tế.

²⁶ Đoàn Thịnh, “Cần nghiên cứu quy định “Tình trạng khẩn cấp về quốc phòng” trong Dự án Luật quốc phòng sửa đổi” Ngày 28/9/2017, truy cập 19/5/2020, xem tại <http://quochoi.vn/uybanquocphongvaanninh/lappphap/Pages/home.aspx?ItemID=141>

Cũng ở Việt Nam, Thủ tướng Chính phủ đã liên tiếp ban hành các Chỉ thị, công văn - văn bản mang tính chất chỉ đạo nội bộ - để ứng phó với tình hình khẩn cấp. Ví dụ: ngày 03.02.2020 Thủ tướng Chính phủ ban hành Công văn số 164/TTg- KGVX tăng cường phòng, chống dịch do nCoV gây ra; ngày 4/3/2020 Thủ tướng Chính phủ ban hành Chỉ thị số 13/CT-TTg về việc tiếp tục đẩy mạnh phòng, chống dịch Covid – 19 trong tình hình mới; Chỉ thị số 15/CT-TTg của Thủ tướng Chính phủ về quyết liệt thực hiện đợt cao điểm phòng chống dịch Covid 19; Chỉ thị số 16/CT-TTg ngày 31/3/2020 về thực hiện các biện pháp cấp bách phòng chống dịch Covid 19.v.v.

Các quy định về công bố dịch trong Luật phòng chống bệnh truyền nhiễm – không thể tương đương với công bố tình trạng khẩn cấp, bởi do nhiều chủ thể khác nhau cả trung ương và địa phương hành pháp có thể ban bố các biện pháp trên:) Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh; Bộ trưởng Bộ Y tế (khi có từ hai tỉnh trở lên đã công bố dịch); Thủ tướng Chính phủ (khi dịch lây lan nhanh từ tỉnh này sang tỉnh khác, ảnh hưởng nghiêm trọng đến tính mạng, sức khỏe con người) – theo Điều 38 Luật phòng chống bệnh truyền nhiễm:

Điều kiện để công bố dịch chưa được quy định rõ trong Luật mà dành cho Chính phủ quy định – nhưng cho đến nay chưa có văn bản cụ thể hoá trường hợp này. Thời hạn công bố hết dịch cũng chưa xác định – mà để dưới dạng thức chung: khi “*Không phát hiện thêm trường hợp mắc bệnh mới sau khoảng thời gian nhất định và đáp ứng các điều kiện khác đối với từng bệnh dịch theo quy định của Thủ tướng Chính phủ*” (Điều 52 Luật phòng chống bệnh truyền nhiễm).

Các biện pháp cưỡng chế trong thời kỳ dịch bệnh rất đa dạng, từ xử phạt đối với việc tụ tập đông người; đối với việc không thực hiện khai báo y tế; không đeo khẩu trang nơi công cộng; đi lại không cần thiết; đăng tin sai sự thật về dịch.v.v.

Điều này cho thấy các cơ quan nhà nước ở Việt Nam dựa trên các văn bản pháp lý đã có sẵn để thực thi các biện pháp xử phạt vi phạm hành chính liên quan đến phòng chống dịch bệnh như: Luật về phòng chống bệnh truyền nhiễm 2007; Luật xử lý vi phạm hành chính 2015; Nghị định 176/2013/NĐ-CP; Nghị định 174/2013/NĐ-CP. Tuy nhiên nếu như một số hành vi vi phạm hành chính về y tế đã được quy định khá rõ, thì đối với một số hành vi và biện pháp cưỡng chế tương ứng như hạn chế tụ tập đông người hay đình chỉ kinh doanh, cơ sở dịch vụ - khuôn khổ pháp lý cho các biện pháp này (bồi cảnh sử dụng, đối tượng áp dụng; thời hạn áp dụng; khiếu nại tố cáo hay giám sát như thế nào.v.v.) chưa được quy định cụ thể. Điều này dẫn đến khả năng lớn về tùy nghi hành chính.

Bản chất của tình trạng khẩn cấp chính là sự mở rộng thẩm quyền cưỡng chế của cơ quan hành chính. Theo Denis Baranger, « pháp luật về tình trạng khẩn cấp không là gì khác ngoài việc mở rộng phạm vi thẩm quyền cưỡng chế hành chính hoặc làm dễ dàng hơn việc sử dụng các quyền lực hành chính»²⁷.

Thẩm quyền công bố tình trạng khẩn cấp thường được trao cho hành chính, bởi Quốc hội với quy trình quyết định dài và tập thể sẽ không kịp thời trong tình trạng diễn biến bất ngờ của thực tiễn. Thủ tướng Pháp Edouard Philippe, đặc thù của tình trạng khẩn cấp về y tế là thẩm quyền trao cho Thủ tướng được ban hành một loạt các quyết định về biện pháp cưỡng chế - điều này tránh cho việc trao đi đổi lại mất thời gian ở quốc hội trong bối cảnh khẩn cấp²⁸. Trên thực tế, Thủ tướng dựa trên tờ trình của Bộ trưởng Bộ y tế để ban hành một Nghị định quy định về việc áp dụng các biện pháp cưỡng chế hành chính.

²⁷ [1]D. Baranger, « L'état d'urgence dans la durée », RFDA, 2016, p.....

²⁸ <https://www.lesechos.fr/politique-societe/societe/letat-durgence-sanitaire-en-cinq-questions-1186968> truy cập 24/4/2020.

2. Các rủi ro pháp lý trong tình trạng khẩn cấp

Đề đối phó với những hiểm nguy do dịch bệnh gây ra, các biện pháp cưỡng chế hành chính được áp dụng, tuy nhiên hàm chứa không ít rủi ro: ảnh hưởng đến cá quyền cơ bản của con người; ảnh hưởng đến tính dân chủ và nguyên tắc phân chia quyền lực; quy trình ra quyết định sơ sài.

a. Sự ảnh hưởng đến quyền cơ bản của con người

Thứ nhất, các biện pháp được áp dụng trong tình trạng khẩn cấp về dịch bệnh thường là những biện pháp hạn chế tự do cá nhân. Cụ thể, các biện pháp được áp dụng trong trường hợp khẩn cấp là hạn chế tự do đi lại, tự do kinh doanh và tự do hội họp. Ngoài ra cơ quan hành chính cũng có quyền trưng dụng tất cả các tài sản hay dịch vụ cần thiết để chống lại dịch bệnh – ví dụ như dùng taxi để chuyên chở người bệnh hay tịch thu khăn trang.

Ở Pháp, Luật quy định tại Điều 3131-15 các biện pháp hạn chế quyền như sau:

- Hạn chế hoặc cấm người và phương tiện lưu thông trong những khu vực hoặc trong những khoảng thời gian ấn định bởi Nghị định;
- Cấm ra khỏi nơi cư trú – trừ việc đi lại để phục vụ nhu cầu thiết yếu của gia đình hoặc lý do y tế;
- Biện pháp cách ly đối với các đối tượng có khả năng lây nhiễm;
- Biện pháp cách ly tại nơi cư trú hoặc một địa điểm cách ly khác đối với những người bị lây nhiễm;
- Đóng cửa tạm thời các cơ sở dịch vụ hay tụ họp, trừ những cơ sở cung cấp dịch vụ hoặc hàng hoá thiết yếu
- Hạn chế hoặc cấm tụ tập trên đường phố hoặc cấm tất cả các cuộc hội họp dưới bất kỳ hình thức nào;
- Trưng dụng các hàng hoá hay dịch vụ cần thiết và cả con người thực hiện dịch vụ đó để chống lại dịch bệnh.
- Thực hiện các biện pháp tạm thời để kiểm soát giá của một số sản phẩm cần thiết để phòng ngừa dịch bệnh hoặc các biện pháp nhằm khắc phục sự khan hiếm của thị trường đối với một số sản phẩm nhất định; các biện pháp này phải được thông báo cho Hội đồng tiêu dùng quốc gia.

Ngoài ra các biện pháp hạn chế tự do kinh doanh được áp dụng với mục đích duy nhất là chấm dứt thảm hoạ dịch bệnh.

Đi kèm theo các biện pháp giám sát là các chế tài hành chính đối với người vi phạm. Ở Pháp, chế tài là mức phạt 135 euro đối với hành vi vi phạm lần đầu, và sẽ tăng dần đối với tái phạm hay các tình tiết tăng nặng: phạt 375 euro trong trường hợp không nộp phạt trong vòng 45 ngày. Trong trường hợp tái phạm trong vòng 15 ngày, mức phạt có thể lên tới 1.500 euro và trong trường hợp tái phạm trong vòng 30 ngày mức phạt có thể lên tới 3.750 euro tiền phạt và sáu tháng tù. Đình chỉ giấy phép lái xe cũng là một biện pháp phạt được áp dụng trong trường hợp này.

Ở Pháp, theo đạo luật năm 1955, tỉnh trưởng có quyền cấm "sự di chuyển của người hoặc phương tiện ở những nơi và vào những thời điểm được ấn định bởi nghị định", "phân định các khu vực bảo vệ cách ly hay hạn chế việc ở lại của người dân; cấm cư trú đối với bất kỳ ai tìm cách cản trở, dưới bất kỳ hình thức nào, hoạt động của các cơ quan công quyền.

Ở Việt Nam, Thủ tướng Chính phủ ban hành Chỉ thị số 15/CT-TTg ngày 27/3/2020 về quyết liệt thực hiện đợt cao điểm phòng, chống dịch Covid 19, quy định áp dụng từ 00 giờ ngày 28 tháng 3 đến hết ngày 15 tháng 4 năm 2020 các biện pháp:

- a) Dừng các hoạt động hội họp, các sự kiện tập trung trên 20 người trong 1 phòng; không tụ tập từ 10 người trở lên ngoài phạm vi công sở, trường học, bệnh viện; yêu cầu thực hiện khoảng cách tối thiểu 2m giữa người với người tại các địa điểm công cộng.
- b) Dừng triệt để các nghi lễ tôn giáo, hoạt động có tập trung từ 20 người trở lên tại các cơ sở tôn giáo, tín ngưỡng, thờ tự; dừng tất cả các hoạt động văn hóa, thể thao, giải trí tại các địa điểm công cộng.
- c) Tạm đình chỉ hoạt động các cơ sở kinh doanh dịch vụ trên địa bàn, trừ các cơ sở kinh doanh các loại hàng hóa, dịch vụ thiết yếu. Chủ tịch Ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương quyết định cơ sở kinh doanh, dịch vụ cần đóng cửa.
- d) Hạn chế việc di chuyển của người dân, nhất là từ các tỉnh, thành phố có dịch đến các địa phương khác. Bộ Giao thông vận tải chỉ đạo hạn chế các chuyến bay và các hoạt động vận chuyển hành khách từ Thành phố Hà Nội, Thành phố Hồ Chí Minh đến các nơi khác trên toàn quốc. Tạm dừng hoặc tổ chức lại hoạt động giao thông công cộng để hạn chế đi lại, tập trung đông người trừ các phương tiện vận chuyển hàng hóa.

Tiếp sau đó Thủ tướng ban hành Chỉ thị số 19CT/TTg ngày 24/4/2020 quy định các biện pháp như tiếp tục dừng các hoạt động lễ hội, nghi lễ tôn giáo, giải đấu thể thao, sự kiện có tập trung đông người tại nơi công cộng, sân vận động và các sự kiện lớn chưa cần thiết; Tạm đình chỉ hoạt động các cơ sở kinh doanh dịch vụ không thiết yếu (khu vui chơi, giải trí, cơ sở làm đẹp, karaoke, mát-xa, quán bar, vũ trường...) và các cơ sở kinh doanh dịch vụ khác theo quyết định hoặc chỉ đạo của Chủ tịch UBND tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương; Các cơ sở kinh doanh thương mại dịch vụ khu tập luyện thể thao, khu di tích, danh lam thắng cảnh được hoạt động trở lại nhưng phải thực hiện các biện pháp bảo đảm an toàn phòng, chống dịch như: Trang bị phòng hộ cho nhân viên, đo thân nhiệt khách đến; bố trí đầy đủ phương tiện, vật tư để rửa tay, sát khuẩn tại cơ sở và bảo đảm giãn cách khi tiếp xúc; Giảm, giãn số học sinh trong phòng học, bố trí lịch giờ học, ăn trưa, sinh hoạt tập thể bảo đảm không tập trung đông người; thực hiện khử trùng, vệ sinh lớp học; kết hợp học trực tuyến, thực hiện các biện pháp phòng bệnh cho học sinh.

Các biện pháp giám sát không chỉ hạn chế tự do kinh doanh, tự do đi lại mà còn ảnh hưởng đến quyền riêng tư của cá nhân. Ở các quốc gia khác, bên cạnh các biện pháp cưỡng chế hành chính thì công nghệ cũng được sử dụng trong giám sát người dân. Hàn Quốc không chỉ theo dõi điện thoại của cá nhân mà còn lập bản đồ công khai để công dân khác có thể biết được mình có đi cùng đường với bất kỳ bệnh nhân Covid-19 nào không. Dữ liệu xuất hiện trên bản đồ không chỉ là dữ liệu từ điện thoại di động mà còn dựa vào lịch sử giao dịch thẻ tín dụng, phỏng vấn trực tiếp với bệnh nhân để xây dựng một bản đồ tương đối toàn diện.

Ngoài ra, chính phủ Hàn Quốc còn chủ động gửi tin nhắn theo địa bàn cho người dân để cảnh báo những người có thể đã tiếp xúc với ai đó mang virus. Theo Washington Post, phóng viên

của họ nhận được một tin nhắn rất cụ thể về địa điểm, chẳng hạn “Magic Coin Karaoke ở Jayang-dong nửa đêm 20/2/2020”²⁹.

Trong bộ các biện pháp giám sát mới được Thủ tướng Benjamin Netanyahu phê duyệt hôm 17/3, Cơ quan An ninh Israel không cần phải xin lệnh từ tòa án để theo dõi điện thoại của một người nữa. Cũng như vậy, Đài Loan đã kích hoạt ứng dụng mà họ gọi là “hàng rào điện tử”, theo dõi dữ liệu điện thoại di động và cảnh báo nhà chức trách khi ai đó lẽ ra phải cách ly ở nhà lại đi ra ngoài. Mục tiêu của phần mềm là ngăn mọi người đi lung tung và lây nhiễm virus cho người khác, theo ông Jyan Hong Wei, Giám đốc Bộ An ninh mạng Đài Loan. Nhà chức trách và cảnh sát sẽ có mặt tại nhà của người cách ly trong vòng 15 phút nhận báo cáo.

Tại Hồng Kông, vòng tay theo dõi vị trí được phát cho người bị cách ly. Tại Singapore, chính phủ dùng tin nhắn để liên lạc và họ phải bấm vào liên kết để chứng minh đang ở nhà. Thái Lan ra ứng dụng buộc mọi người đến sân bay phải tải xuống để giúp theo dõi nơi họ đã đi qua trong trường hợp nhiễm virus³⁰.

Như Yuval Noah Harari đã viết, các biện pháp giám sát không chỉ thực hiện ở ngoài da mà còn cả giám sát sinh trắc học – điều chưa từng thấy trong cuộc sống bình thường: Việc giám sát về cách sử dụng phương tiện truyền thông của một cá nhân có thể giúp bạn biết đôi chút về quan điểm chính trị hay thậm chí cả tính cách của người đó. “Giám sát về các dữ liệu về thân nhiệt, huyết áp và nhịp tim khi tôi xem một đoạn video, thậm chí có thể biết điều gì khiến tôi vui hay buồn, thậm chí khiến tôi tức giận.... Nếu các tập đoàn công nghệ và các chính phủ bắt đầu thu thập dữ liệu sinh trắc học của chúng ta trên quy mô đại chúng, họ có thể nắm rõ chúng ta nhiều hơn cả chúng ta biết về bản thân. Thậm chí, sau đó họ không chỉ dự đoán được cảm xúc của chúng ta, mà còn thao túng được những cảm xúc đó để bán cho chúng ta bất kỳ thứ gì họ muốn, bất kể đó là một sản phẩm hay là một chính trị gia. Giám sát sinh trắc học có thể biến scandal rò rỉ dữ liệu Cambridge Analytica của Facebook trở thành thứ “tối cổ”. Thủ tướng tượng ở một quốc gia độc tài mà người dân bị buộc phải đeo vòng giám sát sinh trắc học, sẽ có những công dân bị ngồi tù vì có những cảm xúc chống đối chế độ, dù họ không hề thể hiện ra nét mặt hay lời nói, hành động”.³¹

Ở Pháp, thời hạn tuyên bố tình trạng khẩn cấp về dịch được Nghị định của Chính phủ cho phép thời hạn áp dụng dưới 2 tuần lễ, tuy nhiên thời hạn này có thể kéo dài. Nhưng việc kéo dài tình trạng khẩn cấp phải được cho phép bằng một đạo luật. Tức là thẩm quyền lúc này không thuộc về Chính phủ mà trao lại cho Nghị viện. Và tổng thời hạn để áp dụng các biện pháp giãn cách hay cách ly không được vượt quá 1 tháng.

Ở Việt Nam, thời hạn công bố hết dịch chưa xác định cụ thể – mà để dưới dạng thức chung: khi “Không phát hiện thêm trường hợp mắc bệnh mới sau khoảng thời gian nhất định và đáp ứng các điều kiện khác đối với từng bệnh dịch theo quy định của Thủ tướng Chính phủ” (Điều 52 Luật phòng chống bệnh truyền nhiễm).

²⁹ Du Lam, <https://vietnamnet.vn/vn/cong-nghe/quoc-gia-nao-su-dung-du-lieu-dien-tohai-de-ngan-chan-dai-dich-covid-19-627965.html#inner-article>

³⁰Du Lam, <https://vietnamnet.vn/vn/cong-nghe/ung-dung/dai-loan-ra-ung-dung-giam-sat-nguoi-bi-cach-ly-phat-toi-da-766-trieu-dong-neu-vi-pham-627405.html#inner-article>, truy cập 25/4/2020.

³¹ Yuval Noah Harari, Yuval Noah Harari, “Thế giới sẽ ra sao sau đại dịch Covid 19”, <https://vietnamnet.vn/vn/cong-nghe/thong-diep-so/yuval-noah-harari-the-gioi-se-ra-sao-sau-dai-dich-covid-19-627831.html>

Ngoài ra có những lo ngại về khả năng lặp lại các biện pháp hạn chế quyền, bất cứ khi nào cần thiết. Lập luận để kéo dài các biện pháp này: “Khi mọi người phải lựa chọn giữa quyền riêng tư và sức khỏe, họ thường sẽ chọn sức khỏe”³².

b. Sự ảnh hưởng đến nguyên tắc phân chia quyền lực

Tình trạng khẩn cấp mang lại khả năng hành xử nhanh, ít bị kiểm soát của cơ quan hành chính. Trong đại dịch Covid 19, các quốc gia tập trung thường có những phản ứng nhanh và hiệu quả hơn các quốc gia khác. Điều này tạo ra cơ chế tập quyền vào hành chính.

- Sự tăng trưởng của quyền hành chính.

Tình trạng khẩn cấp tạo nên khả năng tăng quyền cho hành pháp. Ở Pháp, Thủ tướng có quyền ấn định các biện pháp cưỡng chế mà không cần đến sự cho phép của tư pháp, những biện pháp có thể hạn chế quyền tự do đi lại, tự do kinh doanh và cho phép hành chính được trưng dụng các tài sản hay dịch vụ. Trong lịch sử cũng đã có sự mở rộng như vậy: trong thời kỳ Chiến tranh thế giới, thẩm phán hành chính đã đưa ra học thuyết “tình huống ngoại lệ” (“circonstances exceptionnelles”), theo đó trao cho hành pháp một số đặc quyền nhưng đặt dưới sự kiểm soát của thẩm phán hành chính. Điều này một mặt theo các học giả là vi phạm nguyên tắc hợp pháp, tuy nhiên mặt khác lại cho phép hành pháp có thể hành động mà không cần phải tạo ra một tình trạng khẩn cấp mới. Theo tinh thần đó đến năm 1983, toà hành chính đã mở rộng lý thuyết “tình huống ngoại lệ” cho các trường hợp thiên tai³³.

Trong lịch sử, Luật ngày 3/4/1955 của Pháp cho phép Tổng thống trong trường hợp trước mỗi đe dọa nghiêm trọng và khẩn cấp đến độc lập, toàn vẹn lãnh thổ hoặc làm gián đoạn hoạt động bình thường của công quyền, có thể sáp nhập thu tóm quyền lập pháp, lập quy và quyền tư pháp nhằm ban hành các biện pháp đòi hỏi bởi tình thế”. Điều này tạo nên khả năng một cơ chế “độc tài tổng thống – trong đó sự kiểm soát của lập pháp và tư pháp đối với hành chính sẽ bị giảm thiểu trong một thời hạn do chính tổng thống quyết định. Hiệu lực của đạo luật này được áp dụng cho đến tháng 10/1961.

Tình trạng thời chiến cho phép Tổng thống trong giai đoạn 12 ngày (và có thể được kéo dài hơn nếu được Nghị viện cho phép bằng đạo luật) cho phép các lực lượng quân đội được thực thi quyền cảnh sát và cho phép các toà án quân sự có thể xét xử các vụ việc dân sự.

Trong Covid 19, tình trạng khẩn cấp lại cho phép các cơ quan dân sự có thể nắm giữ và thực thi quyền lực cưỡng chế hành chính. Điều này cho thấy tình trạng khẩn cấp còn được coi như nghiêm trọng hơn cả tình trạng thời chiến: chiến tranh với nước ngoài hoặc bạo loạn vũ trang còn có thể định hình, nhưng thảm họa thiên nhiên thực sự khó lường như động đất, vụ nổ hạt nhân.v.v. Bởi vậy trong tình trạng khẩn cấp đã viện “tổn hại đến trật tự công”, một thuật ngữ khá mơ hồ dễ dẫn đến sự áp dụng tùy nghi và lỏng lẻo.

- Sự xoá nhoà ranh giới giữa cảnh sát hành chính và cảnh sát tư pháp

Ở Việt Nam, không có sự phân biệt giữa cảnh sát hành chính và cảnh sát tư pháp, bởi lẽ cơ quan hành chính có thể áp dụng các biện pháp phạt tiền, cảnh cáo đối với tất cả các vi phạm hành chính mà chưa phải là tội phạm hình sự, theo thủ tục hành chính. Ở Pháp và nhiều quốc gia trên thế giới, có sự phân biệt giữa thẩm quyền cảnh sát hành chính và cảnh sát tư pháp.

³² Yuval Noah Harari, sđd.

³³Elie Tassel, "L'état d'urgence sanitaire est plus liberticide que l'Etat d'urgence classique", 02/5/2020, truy cập 19/5/2020, https://www.lexpress.fr/actualite/idees-et-debats/l-etat-d-urgence-sanitaire-est-plus-liberticide-que-l-etat-d-urgence-classique_2125123.html

cưỡng chế hành chính do cơ quan hành chính chỉ dừng lại ở việc đặt ra quy tắc chung (pháp quy) về những hạn chế tạm thời (như chặn đường, cấm đi sẵn sẵn trong những thời gian nhất định) còn việc áp dụng biện pháp xử lý (như lập biên bản, xử phạt) với người vi phạm lại thuộc về cảnh sát tư pháp. Việc khiếu nại hay khởi kiện đối với cưỡng chế hành chính và cưỡng chế tư pháp cũng được thực hiện bởi hai con đường khác nhau, do hai loại toà án khác nhau xét xử. Sự phân biệt này nhằm kiểm toả khả năng lạm quyền của hành chính.

Nhưng trong tình trạng khẩn cấp rất khó phân biệt giữa thẩm quyền cưỡng chế hành chính và tư pháp. Sau khi tuyên bố tình trạng khẩn cấp, cơ quan hành chính có thể trực tiếp thực hiện luôn các biện pháp cưỡng chế tư pháp như lập biên bản, xử phạt trực tiếp người vi phạm. Điều này là ngoại lệ khiến cho ranh giới giữa hành chính – cảnh sát tư pháp bị xoá nhoà.

-Về Quy trình ra quyết định: các quyết định ban hành trong tình trạng khẩn cấp thường diễn ra nhanh chóng, không có sự đánh giá tác động hay cân đo các lợi ích một cách kỹ càng, để có thể kịp thời ứng biến với hoàn cảnh mới.

“Bình thường, người ta có thể mất tới hàng năm để đưa ra các quyết định, nhưng trong bối cảnh đại dịch, các quyết định có thể được thông qua chỉ trong vài giờ. Các công nghệ bị “ép chín” hoặc thậm chí tiềm ẩn rủi ro vẫn được đưa vào sử dụng, bởi nếu không hành động thì thiệt hại chắc chắn còn lớn hơn rất nhiều. Các quốc gia đang trở thành “chuột bạch” trong các thử nghiệm xã hội quy mô lớn”³⁴.

Mặt khác, tình trạng khẩn cấp dẫn đến việc các quyết định hành chính có thể được ban hành một cách tùy nghi – tức là không được quy định rõ ràng về điều kiện, bối cảnh, môi trường và cách thức thực hiện hành vi.

Sự cần thiết để phòng chống dịch bệnh là lý do để ban hành các quyết định đó. Bởi vậy mà Amnesty quốc tế đã nhận định rằng: “tiêu chí rộng rãi này sẽ dẫn đến nỗi lo ngại về việc áp dụng một số biện pháp phân biệt đối xử chống lại những người nhất định”³⁵. Ở Việt Nam, có những biện pháp hạn chế quyền được thực thi trong đại dịch, nhưng điều kiện, bối cảnh và phương thức thực hiện lại chưa được quy định rõ ràng trong pháp luật. Ví dụ về quy định “tạm đình chỉ hoạt động các cơ sở kinh doanh dịch vụ không thiết yếu (khu vui chơi, giải trí, cơ sở làm đẹp, karaoke, mát-xa, quán bar, vũ trường...) và các cơ sở kinh doanh dịch vụ khác theo quyết định hoặc chỉ đạo của Chủ tịch Ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương” – nêu trong Chỉ thị số 15 và Chỉ thị số 19TTg của Thủ tướng Chính phủ - đã dành khoảng đất trống cho việc xác định các cơ sở kinh doanh dịch vụ nào bị tạm đình chỉ hoạt động – cho Chủ tịch UBND cấp tỉnh. Bởi vậy các địa phương đã ban hành các văn bản chỉ đạo cụ thể, ví dụ ngày 27/3, Chủ tịch UBND thành phố Hà Nội Nguyễn Đức Chung đã ký Văn bản số 1047/UBND-KGVX yêu cầu các sở, ban, ngành, địa phương trên địa bàn thành phố quyết liệt thực hiện đợt cao điểm phòng, chống dịch COVID-19.

3. Kiểm soát nguy cơ lạm quyền trong tình trạng khẩn cấp

Việc ban hành và thực thi các biện pháp cưỡng chế trong tình trạng khẩn cấp dễ dẫn đến rủi ro lạm quyền và hạn chế các quyền tự do cơ bản của con người. Bởi vậy kiểm soát hành chính trong tình trạng khẩn cấp là việc cần thiết.

a. Kiểm soát bởi lập pháp

³⁴ Yuval Noah Harari, “Thế giới sẽ ra sao sau đại dịch Covid 19”, <https://vietnamnet.vn/vn/cong-nghe/thong-diep-so/yuval-noah-harari-the-gioi-se-ra-sao-sau-dai-dich-covid-19-627831.html>

³⁵ Amnesty international, Des vies bouleversées : l’impact disproportionné de l’état d’urgence en France, 2016

Với mối quan hệ đặc biệt trong tổ chức quyền lực nhà nước, lập pháp có nhiều phương cách để kiểm soát quyền hành pháp trong tình trạng khẩn cấp.

Thứ nhất, kiểm soát thông qua cơ chế kiểm chế - đối trọng. Quyền lực hành pháp rất lớn trong giai đoạn khủng hoảng, nhưng không có nghĩa là duy nhất. Cơ quan lập pháp nắm giữ một phần trong chuỗi quyền lực đó và tạo nên nguy cơ có thể chặn quyền hành pháp bất cứ lúc nào. Điển hình là trường hợp Mỹ:

Có thể hình dung cách thức để kiểm soát quyền hành pháp như sau: cơ quan hành pháp nắm quyền tuyên bố tình trạng khẩn cấp, quy định và thực thi các biện pháp cưỡng chế trong trường hợp này, nhưng Nghị viện đồng thời nắm giữ một phần quyền lực đó.

Mô hình Tổng thống kiểu Mỹ tạo ra quyền hành pháp tập trung và ứng xử nhanh. Ở Mỹ, “Các nhà lập hiến có chủ đích kiến tạo chức vị tổng thống để cho phép người nắm giữ chức vụ này có thể đáp ứng yêu cầu phản ứng nhanh và chính xác trong thời kỳ đất nước rơi vào khủng hoảng. Vào trường hợp đó, tổng thống trở thành tâm điểm, có nhiều nguồn lực hơn, nhiều thẩm quyền hơn và nếu không kiểm soát được nhiều chuỗi sự kiện hơn thì ít nhất cũng ở vào vị trí thuận lợi hơn để tác động đến tiến trình sự kiện”³⁶. Trên thực tế thì mô hình tổng thống mạnh đã có những thành công lớn, thể hiện qua khả năng thu hút và tập trung điều hành thống nhất của Tổng thống Mỹ khi có những biến cố lớn xảy ra với đất nước như sự kiện 11/9.

Nhưng làm thế nào để Tổng thống tập trung quyền hành pháp nhưng không lạm quyền? Giải pháp là: hiến pháp trao cho tổng thống những quyền hạn to lớn trong thời kỳ khủng hoảng nhưng không bao gồm việc đình chỉ các đặc quyền mà Hiến pháp quy định cho các cơ quan thể chế khác và quyền lãnh đạo này sẽ kết thúc khi cuộc khủng hoảng chấm dứt³⁷.

Và để làm được điều này thì Hiến pháp Mỹ quy định các thẩm quyền của Tổng thống một cách không triệt để bên cạnh các thẩm quyền Quốc hội – điều này tạo ra khả năng: đầu tiên là Tổng thống có thể tự mình thực thi những quyền hạn đó một cách mạnh mẽ và độc lập - điều rất cần khi có khủng hoảng hoặc đất nước lâm nguy; và sau đó, hoặc Quốc hội có thể “bật đèn xanh” bằng cách im lặng không can thiệp vào “sự đã rồi” của các quyết định của Tổng thống; hoặc Quốc hội khi cảm thấy tình thế lâm nguy đã chấm dứt, hoặc bất kỳ khi nào Quốc hội muốn, đều có thể can thiệp chấm dứt khoảng thời gian tự do hành động này của Tổng thống.

Ví dụ Hiến pháp quy định rằng: Quốc hội mới là chủ thể có quyền tuyên bố chiến tranh; nhưng Tổng thống có quyền điều quân và can dự vào các cuộc xung đột; Hiến pháp quy định Tổng thống phụ trách các quan hệ đối ngoại nhưng các hiệp định với nước ngoài chỉ được

³⁶ Samuel Kernell và Gary C. Jacobson, Lo gích chính trị Mỹ (The Logic of American Politics), Sách tham khảo, NXB Chính trị Quốc gia, H. 2007, tr.274-275.

³⁷ Samuel Kernell và Gary C. Jacobson, sđd, tr. 276.

thông qua khi có đủ 2/3 số phiếu Thượng viện phê chuẩn (và điều này khiến các Tổng Thống Mỹ hay sử dụng đến công cụ không chính thức là “thỏa thuận hành pháp” – những bản ghi nhớ giữa Chính phủ Mỹ với Chính phủ nước ngoài mà Quốc hội có thể “bật đèn xanh” trong im lặng nhưng cũng có thể ra một đạo luật để bãi bỏ chúng³⁸).

Hiến pháp Mỹ bởi vậy đã thiết kế một cơ chế phân quyền cứng rắn – nhưng không tuyệt đối, đủ để cho các nhánh quyền lực kiểm toà, chế ước lẫn nhau trong việc ngăn ngừa lạm quyền đồng thời cũng là công cụ để các nhánh quyền lực thực thi các mục tiêu hành động của mình. Các điều khoản mang tính nguyên tắc để tạo cơ hội tùy nghi hành động cho Chính phủ nhưng ngược lại cũng luôn đặt Chính phủ trong thế rủi ro – hoặc là bị vô hiệu hoá bằng những hành động của Quốc hội ở “chặng cuối” của lộ trình; hoặc có thể bị “xem lại” bất kỳ lúc nào bởi toà án.

Ở Pháp cũng duy trì cơ chế tương tự: hành pháp có thể ban hành các quyết định về biện pháp cưỡng chế trong tình trạng khẩn cấp, nhưng chỉ được trong khoảng thời gian nhất định; vượt qua khoảng thời gian 12 ngày, quyền lực được chuyển sang Nghị viện, thông qua việc xem xét có ban hành tiếp một đạo luật để duy trì tình trạng khẩn cấp hay không.

b. Kiểm soát bởi tư pháp

Các quyết định hay đạo luật về tình trạng khẩn cấp hoàn toàn có thể bị xem xét lại bởi Toà án. Đối với các văn bản quan trọng, Hội đồng bảo hiến có thể can thiệp – thông thường cần có một sự đồng thuận giữa Chính phủ, Hạ viện và Thượng viện trước khi ban hành luật. Đôi khi cơ quan lập pháp muốn loại bỏ sự kiểm tra này, ví dụ: ở Pháp đạo luật ngày 30 tháng 3 năm 2020 đã quy định việc khiếu nại khởi kiện tạm thời không có hiệu lực cho đến 30/6/2020 bởi tình trạng khẩn cấp. Nhưng Hội đồng bảo hiến đã tuyên rằng đạo luật này không thể làm tạm dừng việc khiếu kiện cũng như không thể ngăn cản việc việc tiền kiểm về tính hợp hiến trong suốt cả giai đoạn khẩn³⁹.

Ở Pháp, trong lịch sử, Hội đồng bảo hiến cũng tích cực kiểm soát để các biện pháp cưỡng chế trong tình trạng khẩn cấp không vi phạm quyền con người. Hội đồng bảo hiến đã công bố rằng biện pháp thu thập các dữ liệu kỹ thuật số trên các phương tiện thông tin là trái với Điều 2 của Tuyên ngôn nhân quyền và quyền công dân 1789 và vi phạm Hiến pháp (question prioritaire de constitutionnalité (QPC) du 19 février 2016⁴⁰).

³⁸ Samuel Kernell và Gary C. Jacobson, sđd, tr. 276.

³⁹ Cons. constit., décision n°2020-799 DC du 26 mars 2020, §5, dẫn theo Elie Tassel, "L'état d'urgence sanitaire est plus liberticide que l'état d'urgence classique", 02/5/2020, truy cập 19/5/2020, https://www.lexpress.fr/actualite/idees-et-debats/l-etat-d-urgence-sanitaire-est-plus-liberticide-que-l-etat-d-urgence-classique_2125123.html

⁴⁰ Cons. const., 19 févr. 2016, n° 2016-536 QPC, perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence.

Thứ hai, đó là kiểm soát của toà hành chính. Theo Luật về sức khoẻ công cộng, ngay trong tình trạng khẩn cấp về y tế thì thẩm phán hành chính vẫn có quyền kiểm soát các quyết định hành chính.

Thực tiễn thời gian vừa qua cho thấy các cơ chế kiểm soát vốn khá nghiêm ngặt trong thời bình, trở nên ít khi áp dụng hơn trong thời kỳ khẩn cấp.

Tuy nhiên thực tiễn cho thấy trong đợt dịch Covid -19 đã có khá nhiều vụ việc khiếu kiện bởi Hiệp hội quyền con người; Quan sát viên quốc tế về tù giam; hiệp hội các luật sư trẻ.v.v) tuy nhiên các vụ việc này đều không thành công – cho thấy ít nhiều sự nương tay của thẩm phán hành chính đối với các quyết định được ban hành trong giai đoạn này⁴¹.

Kiểm soát của Tham chính viện (Conseil d'Etat) đối với các tình huống khẩn cấp thường mang tính “chính trị - theo những nhận xét của các tác giả, thường thì Tham chính viện tránh việc đương đầu với hành pháp: không bao giờ đánh giá tính hợp pháp của việc ban bố tình trạng khẩn cấp, mà chỉ đưa ra các khuyến nghị thành lập các uỷ ban cấp vùng để đưa ra các kiến nghị trong việc áp dụng biện pháp quản chế tại nhà hay cấm cho lưu trú.v.v.⁴²

Có lẽ các cơ quan tư pháp trong tình trạng khẩn cấp đã đặt cao hơn yêu cầu bảo vệ lợi ích công – tính mạng, sức khoẻ của cộng đồng – so với yêu cầu về kiểm soát quyền lực, nguyên tắc phân chia quyền lực thông thường. Như Dominique Rousseau đã nhận xét: “Tồn tại trên lý thuyết nhưng những hình thức kiểm soát này thường không thực hiện trong thực tế”⁴³.

Kiểm soát từ bên ngoài – ví dụ như giám sát của toà án châu Âu – là không khả thi bởi vì để khiếu kiện ra toà châu Âu, trước hết phải trải qua tất cả các con đường khởi kiện trong nước – điều này mất đến hàng tháng – và về cơ bản thì các thẩm phán châu Âu thường tôn trọng và để cho các quốc gia thành viên quyền tự quyết cao trong tất cả các lĩnh vực liên quan đến trật tự công⁴⁴.

Ở Việt Nam, các biện pháp kiểm soát hành pháp bao gồm giám sát lập pháp, giám sát tư pháp, tuy nhiên có khá nhiều hạn chế.

Về lập pháp, các văn bản của Chủ tịch nước, Chính phủ và của Thủ tướng Chính phủ có thể bị Quốc hội bãi bỏ nếu trái với Hiến pháp, luật, nghị quyết của Quốc hội (Điều 70 Hiến pháp)

Bị Uỷ ban Thường vụ Quốc hội đình chỉ việc thi hành văn bản của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ, hoặc bãi bỏ (khoản 4 Điều 74 Hiến pháp 2013). Các văn bản của Chủ tịch UBND cấp tỉnh có thể bị Thủ tướng Chính phủ đình chỉ việc thi hành hoặc bãi bỏ nếu trái với Hiến pháp, luật và văn bản của cơ quan nhà nước cấp trên (khoản 4 Điều 98 Hiến pháp). Tuy nhiên đây là các cơ chế giám sát sau (hậu kiểm), khó đáp ứng trong tình trạng khẩn cấp. Có thể hình dung một cơ chế trao quyền không trọn vẹn cho hành pháp – khi mà lập pháp có thể can thiệp ngay như kiểu Mỹ – sẽ dễ dàng hơn cho lập pháp kiểm soát việc ban hành các văn bản của hành chính trong trường hợp khẩn cấp.

Về phía tư pháp, do chưa có cơ chế bảo hiến nên việc xem xét lại các quyết định trong tình trạng khẩn cấp chủ yếu do toà hành chính thực hiện. Tuy nhiên toà hành chính chỉ có thẩm

⁴¹ Dominique Rousseau, “L'état d'urgence – un état vide de droit”, viết 01/02/2006, truy cập 19/5/2020, <https://www.revue-projet.com/articles/2006-2-l-etat-d-urgence-un-etat-vide-de-droit-s/>

⁴² Dominique Rousseau, “L'état d'urgence – un état vide de droit”, viết 01/02/2006, truy cập 19/5/2020, <https://www.revue-projet.com/articles/2006-2-l-etat-d-urgence-un-etat-vide-de-droit-s/>

⁴³ Dominique Rousseau, “L'état d'urgence – un état vide de droit”, viết 01/02/2006, truy cập 19/5/2020, <https://www.revue-projet.com/articles/2006-2-l-etat-d-urgence-un-etat-vide-de-droit-s/>

⁴⁴ Dominique Rousseau, “L'état d'urgence – un état vide de droit”, viết 01/02/2006, truy cập 19/5/2020, <https://www.revue-projet.com/articles/2006-2-l-etat-d-urgence-un-etat-vide-de-droit-s/>

quyền xét xử các văn bản cá biệt chứ không xử các văn bản pháp quy. Mặt khác theo trình tự tổ tụng hành chính vốn khá công kênh, theo khuôn mẫu tổ tụng dân sự nên việc khiếu kiện những quyết định hành chính cá biệt sẽ chiếm nhiều thời gian và quy trình thủ tục, nên cũng chỉ có thể là biện pháp hậu kiểm.

KẾT LUẬN:

Pháp luật về tình trạng khẩn cấp về dịch bệnh được quy định ở những cấp độ khác nhau trong các quốc gia, tuy nhiên đều có điểm chung là tăng cường quyền lực hành chính trong việc áp dụng các biện pháp hạn chế tự do cá nhân nhằm mục đích phòng ngừa dịch bệnh. Để kiểm soát khả năng lạm quyền của cơ quan hành chính, có các cơ chế lập pháp và giám sát tư pháp, tuy nhiên ở một số thời điểm như trong đại dịch Covid 19, các cơ chế này khó phát huy tác dụng tức thì.

Đại dịch Covid 19 cho thấy xu hướng nhà nước – quốc gia dân tộc và sự tập trung quyền lực dường như có ưu thế trong tình trạng khẩn cấp. Và các cơ chế giám sát hầu như không phát huy tác dụng thực tiễn trong trường hợp khẩn cấp về dịch bệnh, do ưu tiên sức khoẻ trên hết. Những e ngại chủ yếu đặt ra cho thời kỳ sau dịch bệnh: liệu xu hướng này còn tiếp tục tồn tại, liệu việc giám sát đến mức can thiệp vào quyền riêng tư, tự do cá nhân sẽ còn để lại dấu ấn trong quản trị công? Điều này tùy thuộc vào năng lực quản trị và điều chỉnh của từng nhà nước, nhưng cũng đòi hỏi sự hợp tác toàn cầu. Nhiều nhà nghiên cứu đã chỉ ra những giải pháp có thể sử dụng song hành cùng với quyền lực nhà nước trong tình trạng khẩn cấp về y tế, đó là trao quyền cho người dân và cộng đồng, và tăng cường các biện pháp truyền thông thuyết phục chứ không chỉ mệnh lệnh cưỡng chế. Các quốc gia châu Á – như Việt Nam, đã có những kinh nghiệm tốt từ việc phát huy sự tự quản cộng đồng, gia đình.

Tuy nhiên việc trao quyền tự quản, tự giám sát cho cộng đồng phải dựa trên nền móng: phải là sự tin tưởng và hợp tác. Yuval Noah Harari đã viết về câu chuyện người dân tự vận động, tự thuyết phục nhau rửa tay xà phòng ở các nước đối phó hữu hiệu với dịch bệnh – một giải pháp hữu hiệu để phòng chống dịch không kém gì các biện pháp bắt buộc cách ly hay bắt buộc đo thân nhiệt mà lại không cần đến kiểm soát của chính quyền⁴⁵.

Và trong thực tiễn ở Việt Nam cũng cho thấy ưu thế của việc tận dụng sức mạnh cộng đồng trong tình trạng khẩn cấp. Đó là rất nhiều khách sạn 4, 5 sao ở Hà Nội, Đà Nẵng, TP. Hồ Chí Minh... chủ động xin nhà nước cho làm cơ sở cách ly, tiêu biểu là Bao Minh Radiant Hotel gồm 122 phòng, đã đón 157 người từ Hàn Quốc, Nga, Mỹ. Chủ khách sạn quyết định miễn phí toàn bộ tiền phòng và tiền ăn (ba bữa/ngày) cho 157 khách. Toàn bộ nhân viên khách sạn được cho nghỉ việc đều tình nguyện ở lại chung tay chống dịch.

Đó là rất nhiều người dân từ trẻ đến già, nhiều doanh nghiệp trong toàn quốc đã ủng hộ Nhà nước gần 300 tỷ đồng để góp công sức phòng chống dịch. Hoặc mô hình ATM gạo – qua đó người dân có thể hỗ trợ gạo cho những người nghèo trong thời kỳ đại dịch – đã chứng minh sáng kiến cộng đồng và sức mạnh tuyệt vời của việc huy động nguồn lực cộng đồng.

Bên cạnh đó việc sử dụng hệ thống truyền thông: báo, đài phát thanh, truyền hình, mạng Internet, xuất bản phẩm và các phương tiện khác để công khai, minh bạch dịch bệnh; tuyên truyền, vận động, hướng dẫn người dân phòng chống dịch bệnh bằng nhiều hình thức phong phú, đa dạng, dễ nhớ, dễ hiểu, dễ đi vào lòng người thông qua các bài hát, thơ, tranh vẽ; dán pano quảng cáo, hướng dẫn vệ sinh ở các nơi công cộng cũng có rất nhiều tác dụng và đi đến với từng cá nhân, từng gia đình và toàn xã hội⁴⁶. Đó có thể là những giải pháp bù đắp cho

⁴⁵ Yuval Noah Harari, “Thế giới sẽ ra sao sau đại dịch Covid 19”, sdd.

⁴⁶ Lê Văn Toan, <https://baoquocte.vn/viet-nam-doan-ket-dong-long-lan-toa-tinh-thuong-trong-cuoc-chien-chong-dai-dich-covid-19-112146.html>, in 25.3.2020, truy cập 19.5.2020.

những rủi ro của việc sử dụng cơ chế hành chính tập trung trong tình trạng khẩn cấp về dịch bệnh.