

PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN LIMITING HUMAN RIGHTS AND ITS APPLICATION IN CASE OF EMERGENCY

LLM. Dau Cong Hiep

Faculty of Constitutional and Administrative Law

Hanoi Law University

Introduction: A case of emergency is a common reason for the state to deeply intervene in personal and social life, with the dominant trend being that the state limits human rights to a greater and abnormal extent. The issue of restriction of human rights is often mentioned in Vietnam along with Article 14, Clause 2 of the 2013 Constitution. This provision provides us with a new perspective on human rights that involves a great focus on the phrase "limited by law", hoping that from here the arbitrary restriction of rights will no longer exist¹. However, causes and germ of this arbitrariness do not originate in the form of text², but from the consciousness of the person who wrote and implemented it, therefore the above hope seems illusory. Also, in Article 14, Clause 2, we pay more attention to the following paragraph: "in case of necessity for reasons of national defense, national security, etc."; or more specifically, the words "necessity" and "for reasons". The constitution seems to have opened up a risk of arbitrariness by not clarifying what can be considered "necessity" and "for reasons" or in other words, in what circumstances a state agency may invoke objective factors relating to national defense and security, etc. as a "reason" for restricting rights. In addition, according to the momentum of that regulation, regardless of whether the form of text is "law" or "regulation", a reason for security, national defense, etc. can still be arbitrarily utilized to limit human rights. As a result, we still need to find a radical solution, going straight to the content of the right restriction behavior to see if the behavior is right or not. Only then can we prevent arbitrary restriction of rights. An effective tool to do this is the principle of proportionality.

Historically, the principle of proportionality is based on the earliest ideas of the rule of law, associated with great thinkers such as Aristotle, Cicero, Justinian, Augustino, Thomas d'Aquino, etc.³ Most notably, however, this principle was formed from German administrative law and spread throughout the Civil Code system. Meanwhile, the philosophy of judging the rightness in restricting the rights of the Commonwealth system is based on equilibrium theory, a theory considered by continental European scholars to be "vague, general and structureless"⁴. In this article, we aim to clarify some important aspects around the principle of proportionality to provide a basis for its future application. Those aspects are developed based on the following main questions:

Why "proportionality"?

Proportionality is very close to justice, a centuries-old desire of human. The Hammurabi Code, articles 196, 197; and the Gospel according to Matthew chapter 5, verse 38 all refer to the

1 For example: Nguyen Thanh Tuan, *Some new points on human rights, basic rights and obligations of citizens in the Constitution of the Socialist Republic of Vietnam*, <http://moj.gov.vn/qt/articles/stories/news/Pages/pages/ideas.aspx?ItemID=11>

2 There are many different opinions about the legal form of the text that limits the rights. There is an opinion that it is only a "law (law or code) enacted by the National Assembly", see: Luu Duc Quang, *Constitutional Principles on human rights, civil rights*, National Political Publishing House, Ha Noi, 2016, p. 74. Or there are other ideas that human rights may be restricted by laws and authorized legislative documents, and human rights may be limited by regulation. See also: <http://khpl.moj.gov.vn/qt/tintuc/Pages/hoat-dong-khoa-hoc.aspx?ItemID=129>

3 Eric Engle, *The history of the general principle of proportionality: an overview*, Dartmouth Law Journal, Vol. X.:1, pages 2-4.

4 Moshe Cohen-Eliya, Iddo Porat, *American balancing and German proportionality: The historical origins*, International Journal of Constitutional Law, Vol. 8, Issue 2, 2010, page 274.

famous principle of 'return' (lex talionis): "an eye for an eye, and a tooth for a tooth" as a standard of justice of the ancient time⁵. Moreover, distributive justice originated from Aristotle with the ideology of justice at different levels, for those who deserve each different level. He values fairness (équité) and considers it more important than the law⁶. In general, in the Western ideological foundation, proportionality is natural reasoning because it most clearly reflects human's reason and judgment capability. The source of that thought is rationalism and individualism, with the basis of seeing the human being as an independent being, having to "seek the individual good and the happiness", to "see oneself as complete" and justice is rated "according to each person's value"⁷. At present, the principle of proportionality is a basis for explaining interference in the direction of state sanctions because "in order to be fair, state sanctions must be done in a way that is commensurate and equal to all citizens"⁸.

Even in the Eastern Asian ideology that Vietnam is also a part of, the corresponding ideological ideas are quite prevalent. In the I Ching, the Lower System, section 7, Confucius refers to three major cases of disaster: (1) One with high status but has low morality; (2) One with little wisdom but does vital tasks; (3) One with limited capacity but having to bear great responsibility⁹. As can be seen, Confucius emphasized the need for factors such as morality and status; intellect and tasks; competence and responsibility; to be compatible to each other to avoid causing disaster. Even in Vietnam, a long-standing culture also traces the idea of fairness, commensurate with the idioms: "You scratch my back and I'll scratch yours", "U cake goes, Di cake comes", "Eat the hind leg and give each other the foreleg", "He lost the trotters and she lost the wine", "He ate pies, she ate rolls". Even in the behaviors and social relations; Vietnamese culture has always emphasized the proportionality and balance. Therefore, in general, proportionality not only is a legal principle, but also has the color of a natural and universal law.

Conducting according to the principle of proportionality, therefore, is rationality and conformity. It is also natural for the law to recognize and apply the principle of proportionality. Therefore, it is compatible with all cultural backgrounds and can be readily available in all societies, including Vietnam. Indeed, we have already applied this principle, in both our culture and law. Marks in civil law with the recognition of fairness (Article 6 of the 2015 Civil Code) or in criminal law with the provision of legitimate defense within limits (Article 22 of the 2017 Penal Code) are the evidence for the principle of proportionality in some branches of law. Thus, the adoption of this principle by the constitutional legal branch is entirely possible to explain.

What is "proportionality"?

Proportionality is still a rather vague concept if you want to apply it directly, even though its theory is fascinating. Therefore, concretizing the proportionality test is necessary and it will be more convenient for organizations and individuals who want to consider whether their behavior is commensurate or not. Specifically, to analyze and evaluate the proportionality, there are four stages¹⁰, including the following factors¹¹: (1) Legitimacy, (2) Conformity, (3) Necessity, (4) Balance.

5 See also: Nguyen Anh Tuan, *Summary of the Hammurabi Code of the ancient Mesopotamian nation*, National Political Publishing House, 2008.

6 Cao Huy Thuan, *God, nature, people, me and we*, Ho Chi Minh City Publishing House, 2000, page 37.

7 Alain Laurent, *Personal History*, translated by Phan Ngoc, World Publishing House, 2001, page 25.

8 Youngjae Lee, *Why proportionality matters*, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 160: 1835, 2012, page 1838.

9 Nguyễn Hiền Lê, *I Ching - The Way of the Gentlemen*, Ho Chi Minh City General Publishing House, 2016.

10 There is also a method to consider the validity of the right restriction through the principle of proportionality but with only three stages:

- Suitability
- Necessity
- Proportionality

See also: http://www.academia.edu/21038017/Stages_of_the_Principle_of_Proportionality, page 4.

11 http://www.academia.edu/21038017/Stages_of_the_Principle_of_Proportionality

First of all, concerning the legitimacy factor.

The legitimacy is intended to explain the purpose of restricting the right or not. The common arguments given to justify the legitimacy of acts of restricting rights are: the existence of democracy, national security, public order, crime prevention, child protection, community health, tolerance, humanity, the rule of law¹². The above reasons may be expressed clearly or deduced from constitutional principles. In general, most acts of the state manage to pass this step¹³ because it merely recognizes whether the state's intention is outside the legitimate objectives of the law. Usually, public authorities must clearly state their purpose or intent and rarely, the purpose or intention goes against basic arguments for restricting rights.

Secondly, regarding the conformity element

A requirement for conformity is set out between the means of restricting rights and the purposes of restricting the rights. To be specific, the relationship between them must be reasonable. If there is no agreement between the restriction of the right and its purpose, the restriction of rights is considered wrong. In the Unions New South Wales case against the city of New South Wales¹⁴, the 1981 Election Fundraising Act was reviewed by the court. This law limits the right of people who are not candidates in election fundraising for anti-corruption purposes. The court held that there was no link between restricting the right to raise the election funds and the purpose of anti-corruption in cases where fundraisers and candidates are closely linked.

Thirdly, considering the necessity factor

Necessity is shown where there is no more optimal solution that can be selected in a certain case. That is, for an act of right restriction, it must be the most essential of all choices. A fairly simple example is that in Germany, there was a ban on selling one type of candy that was easily confused with another existing product, which the court concluded to be unnecessary because other measures could be used such as mandatory warning label¹⁵.

Finally, as regards to the balance factor

Balance is the necessary state between the benefits gained and the losses resulted from the restriction of rights. For example, in international law of armed conflict, all attacks are expected to cause casualties for civilians in excess of achieving a specific and direct military advantage¹⁶.

In general, the proportionality is expressed through many factors, of which a single factor not being met can lead to the act being considered inadequate.

Who needs "proportionality"?

In a narrow sense of constitutional fundamental right, all acts of restricting these rights should be commensurate. However, at a wider angle, proportionality is also essential for every behavior. Because of its universality and its proximity to the natural law, the principle of proportionality also has a relatively wide appeal when a lot of subjects in the society need it.

12 Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge University Press, 2012, page 102.

13 Jeremy Brown, *The doctrine of proportionality: a comparative analysis of the proportionality principle applied to free speech cases in Canada, South Africa and the European Convention on human right and freedom*, Master of Laws Thesis, Central European University, 2012.

14 See more at:

[https://www.federationpress.com.au/pdf/Unions%20NSW%20v%20New%20South%20Wales%20\[2013\]HCA%2058_Chapter%2029.pdf](https://www.federationpress.com.au/pdf/Unions%20NSW%20v%20New%20South%20Wales%20[2013]HCA%2058_Chapter%2029.pdf)

15 Bui Tien Dat, *Constitutionalizing the principle of limiting human rights: Needed but not enough*, Journal of Legislative Studies, No. 10, 2015.

16 <http://www.jus.uio.no/smr/english/research/phd-nchr/military-necessity/>

First, legislatures need to know about the principle of proportionality. This involves both authorized legislative agencies and local legislative bodies; in general, those who have the authority to set the rights and obligations for the people. They need to understand that the rules they make are likely to violate the principle of proportionality and thereby determine whether or not to set such regulations. Within the framework of the Lisbon Treaty, there was a protocol requiring countries when drafting a legislative law to consider its proportionality¹⁷. This is an evidence of what this principle means in legislative activity in European countries.

Next, law enforcement agencies also need to understand this principle because their behaviors also involve many factors limiting human rights. It is no coincidence that this principle stems from administrative law, since administrative acts and decisions are the most risky area for human rights violations. Primarily, the scholar Fritz Fleiner stated, "the police should not shoot a parrot with cannons"¹⁸. Thus, in every single act of a law enforcement person, the principle of proportionality needs to be strictly followed.

Of course, the court must also understand this principle. In many cases in countries around the world, the court has applied a proportionality analysis method to consider the validity of a law or a decision that limits the rights. In a certain sense, the principle of proportionality serves as a tool for the court to consider the constitutionality of a law. Author Benedikt Pirker has devoted a whole book to prove this with the big idea that courts must have a strategy to use the proportionality analysis method in the most comprehensive and effective way to exercise its power of justice protection¹⁹. In Vietnam, in the context of the court having a duty to protect justice, it will be a great omission if we ignore an effective tool for the court to perform this task better.

Finally, it is the individual in society who needs to grasp this principle of proportionality. It is no coincidence that the principle of proportionality is regarded as a legal guarantee against the arbitrariness of legislative and executive powers and at the same time is regarded as a "rule of common sense"²⁰. Indeed, individuals do not need to know this principle as thoroughly as a lawyer, but it is important that they have a corresponding viewpoint from within their subconscious mind. It is necessary not only for people to regulate their own behavior but also to know whether or not we realize our rights are inadequately restricted. The spread of proportionality thinking in the law will easily be encountered with a natural law that exists in human thought in any society.

Proportionality in an emergency situation

The proportionality principle constitutes a common principle for international law and covers elements of severity, time and scope²¹. Specifically, Article 4 of the International Covenant on civil and political rights stipulates: "*During a state of emergency that threatens the survival of the nation and is officially declared, member nations may apply measures to limit the rights set forth in this Convention, insofar as they arise due to the urgent need of the situation, provided that such measures are not inconsistent with other national obligations under international law and does not contain any discrimination on the basis of race, gender, language, religion or social origin*". Also, Article 15 of the European Convention on Human Rights allows Contracting States to waive some of the rights guaranteed by the Convention during "wars or other public emergencies that threaten the lives of the nation". The exemptions permitted under Article 15 must meet three important conditions: (1) Must be a public emergency that threatens the life of

¹⁷ See more at: <http://www.lisbon-treaty.org/wcm/the-lisbon-treaty/protocols-annexed-to-the-treaties/657-protocol-on-the-application-of-the-principles-of-sub subsidiarity-and-proportionality.html>

¹⁸ Fleiner, Fritz. 1928. *Institutions of German Administrative Law*. Tübingen: Mohr, page 404.

¹⁹ Benedikt Pirker, *Proportionality analysis and models of judicial review*, Europa Law Publishing, Groningen, 2013.

²⁰ See more at: <http://lewebpedagogique.com/jmthouvenin/european-governance-2-program/european-governance-2-the-principle-of-proportionality/>

²¹ M Eissen, 'The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights' in R St J Macdonald, F Matscher and H Petzold (eds), *The European System for the Protection of Human Rights* (Dordrecht, Boston: Martinus Nijhoff, 1993) 125-37.

the nation; (2) All measures to meet (the situation) must be due to "the strict requirements of the urgent needs of the situation"; and (3) Measures to respond to the situation, must be consistent with other national obligation under international law. In summary, the two provisions above require two issues: (1) An emergency situation that must threaten national survival in reality; and (2) Measures taken in that emergency situation are resulted from strict needs of the situation²².

On the first issue, the International Covenant on civil political rights as well as the European Convention on Human Rights lack a precise definition of an emergency situation that affects the nation's life. Human rights agencies established under the Convention, such as the European Commission for Human Rights, have explained this term broadly. The content of Article 15 of the European Convention on Human Rights is explained in the case *Lawless v. Ireland*²³. To be specific, Article 15 should be understood "naturally and routinely". A "community emergency" is a special crisis or emergency situation caused to the entire population and creates a threat to the organized life of that community. In the Greek case²⁴, the European Commission for Human Rights has argued that a public emergency must have the following four characteristics: (1) It is realistic or about to occur; (2) Its influence must be relevant to the whole nation; (3) The existence of a community must be threatened; and (4) Conventional measures are not sufficient.

Regarding the second issue, the basic requirement for a right restriction is that it must be within the strict requirements set out by the situation. And that restriction of rights must be checked for adequacy. In the case *Handyside v. United Kingdom*²⁵, the Court made an important requirement that is indispensability. Specifically, the authorities must prove five issues: (1) Other common measures are not sufficient to resolve the threat; (2) The solutions taken must be effective in reducing threats; (3) Measures are applied within a time limit; (4) The degree of rights restriction must be proportional to the severity of the situation; and (5) Protection mechanisms are in place to avoid the abuse of these measures (for example, the need for the supervision of independent and social institutions).

In general, the frameworks of international law on the application of the principle of proportionality still provide proactive conditions for states in both determining what is an emergency and what is appropriate measure. Of course, in an emergency situation, when everything needs to be decided quickly and decisively, the debate about the validity of a right restriction can become a hindrance to the efforts of government. Therefore, attention should be paid to the monitoring and post-auditing mechanism, which emphasizes the role of independent social organizations and courts as a counterweight so that the government cannot abuse temporary emergency measures.

Conclusion

The principle of proportionality is necessary not only for researchers but for everyone. As something so close to natural law, the principle of proportionality does not need a codification to be able to exist and be applied. Nevertheless, in order for each person, especially the state, to appreciate and pay more attention to this principle, we need to take advantage of humanity's standardized knowledge of the principle of proportionality to bring it closer to the reality. Especially, in an emergency situation, decisions are sometimes rushed and subject to the manipulation of certain influence, the principle of proportionality is essential to remind the government to fulfill its duties.

22 S Tierney, 'Determining the State of Exception: What Role for Parliament and the Courts?' (2005) 68(4) *Modern Law Review* 668.

23 *Lawless v Ireland (No 3)* (1961) 1 EHRR 15.

24 *Greek Case* (1969) 12 Yearbook ECHR 1.

25 *Handyside v United Kingdom* (1976) 1 EHRR 737, [48].

LIST OF REFERENCES

1. S Tierney, 'Determining the State of Exception: What Role for Parliament and the Courts?' (2005) 68 (4) *Modern Law Review* 668.
2. M Eissen, 'The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights' in R St J Macdonald, F Matscher and H Petzold (eds), *The European System for the Protection of Human Rights* (Dordrecht, Boston: Martinus Nijhoff, 1993) 125-37.
3. Fleiner, Fritz. 1928. *Institutionen Des Deutschen Verwaltungsrechts*. Tubingen: Mohr.
4. Benedikt Pirker, *Proportionality analysis and models of judicial review*, Europa Law Publishing, Groningen, 2013.
5. Bui Tien Dat, *Constitutionalizing the principle of limiting human rights: Needed but not enough*, *Journal of Legislative Research*, No. 10, 2015.
6. Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge University Press, 2012, page 102.
7. Jeremy Brown, *The doctrine of proportionality: a comparative analysis of the proportionality principle applied to free speech cases in Canada, South Africa and the European Convention on human right and freedom*, Master of Laws Thesis, Central European University, 2012.
8. Cao Huy Thuan, *God, nature, people, me and we*, Ho Chi Minh City Publishing House, 2000.
9. Alain Laurent, *Personal History*, Translated by Phan Ngoc, World Publishing House, 2001.
10. Youngjae Lee, *Why proportionality matters*, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 160: 1835, 2012, page 1838.
11. Nguyen Hien Le, *I Ching – way of the gentleman*, Ho Chi Minh City General Publishing House, 2016.
12. Luu Duc Quang, *Constitutional Principles on Human Rights, Civil Rights*, National Political Publishing House, Hanoi, 2016
13. Eric Engle, The history of the general principle of proportionality: an overview, *Dartmouth Law Journal*, Vol. X.:1.
14. Moshe Cohen-Eliya, Iddo Porat, American balancing and German proportionality: The historical origins, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 8, Issue 2, 2010.
15. Nguyen Anh Tuan, *Summary of the Hammurabi Code of the ancient Mesopotamian nation*, National Political Publishing House, 2008.

22 S Tierney, 'Determining the State of Exception: What Role for Parliament and the Courts?' (2005) 68(4) *Modern Law Review* 668.

23 *Lawless v Ireland* (No 3) (1961) 1 ECHR 15.

24 *Greek Case* (1969) 12 Yearbook ECHR 1.

25 *Handyside v United Kingdom* (1976) 1 ECHR 737, [48].

NGUYÊN TẮC TƯƠNG XỨNG TRONG HẠN CHẾ QUYỀN CON NGƯỜI VÀ VẬN DỤNG TRONG TÌNH TRẠNG KHẨN CẤP

Ths. Đậu Công Hiệp

Khoa Pháp luật Hành chính-nhà nước

Đại học Luật Hà Nội

Dẫn nhập: Tình trạng khẩn cấp là một lý do thường thấy cho việc nhà nước can thiệp một cách sâu sắc vào đời sống cá nhân và xã hội mà xu hướng chủ đạo là nhà nước hạn chế quyền con người ở một mức độ lớn hơn bình thường. Vấn đề hạn chế quyền con người thường được nhắc tới ở Việt Nam cùng với Điều 14, Khoản 2 của Hiến pháp 2013. Quy định này cho chúng ta một góc nhìn mới về quyền con người với nhiều sự tập trung dành cho cụm từ “hạn chế theo quy định của luật”, với nhiều hy vọng rằng từ đây sự tùy tiện trong việc giới hạn quyền sẽ không còn nữa¹. Tuy nhiên, nguyên nhân và mầm mống của sự tùy tiện không bắt nguồn từ hình thức của văn bản² mà là từ ý thức của người viết ra và thực thi nó nên hy vọng trên dường như thật là hão huyền. Cũng tại điều 14, khoản 2, chúng tôi dành sự chú ý hơn cho đoạn sau: “ trong trường hợp cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia.v.v.”; hay cụ thể hơn là ở các chữ “cần thiết” và “vì lý do”. Hiến pháp dường như đã để mở ra một nguy cơ của sự tùy tiện khi không làm rõ thế nào là “cần thiết” và “vì lý do” hay nói cách khác là trong trường hợp nào thì cơ quan nhà nước có thể viện dẫn những yếu tố khách quan thuộc về quốc phòng, an ninh quốc gia.v.v. để làm “lý do” cho việc hạn chế quyền. Và cứ theo cái đà của quy định đó, thì bất kể là hình thức văn bản có là “luật” hay “pháp luật” thì một lý do an ninh, quốc phòng.v.v. vẫn có thể được viện dẫn một cách tùy tiện để hạn chế quyền con người. Vậy chúng ta vẫn cần phải tìm một cách giải quyết căn cơ, đi thẳng vào nội dung của hành vi giới hạn quyền để xem hành vi đó có đúng đắn hay không. Chỉ có vậy mới chống được sự tùy tiện trong việc giới hạn quyền. Và một công cụ hữu hiệu để làm điều này chính là nguyên tắc tương xứng.

Về mặt lịch sử, nguyên tắc tương xứng có nền tảng từ những tư tưởng sơ khai nhất về pháp quyền, gắn với những nhà tư tưởng lớn như Aristotle, Cicero, Justinian, Augustino, Thomas d’Aquino.v.v.³ Tuy nhiên, đáng nói nhất, nguyên tắc này được hình thành từ luật hành chính Đức và lan rộng khắp hệ thống Dân luật. Trong khi đó, triết lý của việc đánh giá tính đúng đắn trong giới hạn quyền của hệ thống Thông luật lại dựa trên thuyết cân bằng, một thuyết bị các học giả Châu Âu lục địa đánh giá là “*mơ hồ, tổng quát và phi cấu trúc*”⁴. Trong bài viết này, chúng tôi hướng tới việc làm rõ một số khía cạnh quan trọng

¹ Ví dụ: Nguyễn Thanh Tuấn, *Một số điểm mới về quyền con người, quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân trong Hiến pháp nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam*, <http://moj.gov.vn/qt/cacchuyenmuc/ctv/news/Pages/ngghien-cuu-trao-doi.aspx?ItemID=11>

² Xung quanh vấn đề hình thức pháp lý của văn bản có nội dung giới hạn quyền vẫn có nhiều ý kiến khác nhau. Có ý kiến cho rằng đó chỉ là “*đạo luật (luật hoặc bộ luật) do Quốc hội ban hành*”, xem: Lưu Đức Quang, *Nguyên tắc hiến pháp về quyền con người, quyền công dân*, Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2016, trang 74. Hay có những ý kiến khác cho rằng quyền con người có thể bị hạn chế bởi luật và các văn bản ủy quyền lập pháp, và quyền con người có thể bị hạn chế bởi pháp luật. Xem thêm: <http://khpl.moj.gov.vn/qt/tintuc/Pages/hoat-dong-khoa-hoc.aspx?ItemID=129>

³ Eric Engle, *The history of the general priciple of proportionality: an overview*, Dartmouth Law Journal, Vol. X.:1, trang 2-4.

⁴ Moshe Cohen-Eliya, Iddo Porat, *American balancing and German proportionality: The historical origins*, International Journal of Constitutional Law, Vol. 8, Issue 2, 2010, trang 274.

²² S Tierney, ‘Determining the State of Exception: What Role for Parliament and the Courts?’ (2005) 68(4) Modern Law Review 668.

²³ Lawless v Ireland (No 3) (1961) 1 EHRR 15.

²⁴ Greek Case (1969) 12 Yearbook ECHR 1.

²⁵ Handyside v United Kingdom (1976) 1 EHRR 737, [48].

xung quanh nguyên tắc tương xứng nhằm tạo cơ sở cho việc áp dụng nó trong tương lai. Các khía cạnh đó được triển khai dựa trên những câu hỏi lớn sau:

Vì sao phải “tương xứng”?

Tương xứng là một lẽ rất gần với công bằng, một ước muốn ngàn đời của con người. Trong Bộ luật Hammurabi, điều 196, 197; trong Sách Phúc âm theo thánh Mát-thêu chương 5, câu 38 đều nhắc đến nguyên tắc ‘báo trả’ nổi tiếng (lex talionis): “mắt đền mắt, răng đền răng” với tư cách như một tiêu chuẩn của công lý thời kỳ cổ đại⁵. Hay thuyết công lý phân phối (distributive justice) bắt nguồn từ Aristotle với tư tưởng công lý với nhiều mức độ khác nhau, dành cho những người xứng đáng với từng mức độ đó. Ông rất đề cao lẽ công bằng (équité) và coi nó cao hơn cả luật⁶. Nói chung, trong nền tảng tư tưởng phương Tây, tương xứng là một lẽ đúng đắn đương nhiên bởi nó phản ánh một cách rõ nét nhất lý trí và năng lực xét đoán của con người. Cội nguồn của tư tưởng đó là chủ nghĩa duy lý và chủ nghĩa cá nhân, với nền tảng coi con người là một sinh thể độc lập, phải “tìm kiếm cái thiện và hạnh phúc của cá nhân”, phải “tự thấy mình là đầy đủ” và công lý được đánh giá “theo giá trị mỗi người”⁷. Hiện tại, nguyên tắc tương xứng là một cơ sở để lý giải sự can thiệp theo hướng trừng phạt của nhà nước bởi “*để có được công bằng, sự trừng phạt của nhà nước phải được làm theo một cách tương xứng và ngang bằng với mọi công dân.*”⁸

Ngay trong tư tưởng Á Đông mà Việt Nam là một bộ phận, những tư tưởng mang tính chất tương xứng cũng khá thịnh hành. Trong Kinh dịch, phần Hệ Từ hạ, tiết 7, Khổng Tử nói đến ba trường hợp gây họa lớn đó là: (1) Đức bạc nhi vị tôn, tức là đạo đức kém mà địa vị cao; (2) Trí tiểu nhi vi đại, tức là trí tuệ nhỏ mà làm việc lớn; (3) Lực tiểu nhi nhiệm trọng, tức là năng lực yếu mà trách nhiệm nặng nề⁹. Như vậy, ở đây Khổng Tử đã nhấn mạnh đến sự cần thiết của việc các yếu tố như đạo đức, địa vị; trí tuệ, việc làm; năng lực, trách nhiệm; phải tương xứng nhau nếu không muốn gây tai họa. Ngay cả ở Việt Nam, nền văn hóa lâu đời cũng ghi dấu tích của tư tưởng công bằng, tương xứng với những câu thành ngữ: “có đi có lại mới toại lòng nhau”, “bánh ú đi, bánh dì lại”, “ăn chân sau cho nhau chân trước”, “ông mất chân giò bà thò chai rượu”, “ông ăn chả bà ăn nem”.v.v. Ngay từ trong ứng xử, quan hệ xã hội; văn hóa Việt Nam đã luôn đề cao tính tương xứng, cân bằng. Vì vậy, nói một cách tổng quát, tương xứng không chỉ là một nguyên tắc pháp lý mà nó còn có màu sắc của một luật tự nhiên, mang tính phổ quát.

Hành xử theo nguyên tắc tương xứng, do đó, là hợp lý tính, hợp quy luật. Việc pháp luật thừa nhận và áp dụng nguyên tắc tương xứng cũng là đúng lẽ thường tình. Do vậy, nó tương thích với mọi nền tảng văn hóa và có thể sẵn sàng áp dụng ở tất cả mọi xã hội, trong đó có cả Việt Nam. Thực sự chúng ta đã áp dụng nguyên tắc này rồi, trong văn hóa và kể cả pháp luật nữa. Những dấu ấn trong luật dân sự với sự thừa nhận lẽ công bằng (Điều 6 Bộ luật Dân sự 2015) hay trong luật hình sự với quy định về phòng vệ chính đáng trong giới hạn (Điều 22 Bộ luật Hình sự 2017) là minh chứng cho ta thấy dấu vết của nguyên

⁵ Xem thêm: Nguyễn Anh Tuấn, *Khảo lược Bộ luật Hammurabi của nhà nước Lưỡng Hà cổ đại*, Nxb Chính trị quốc gia, 2008.

⁶ Cao Huy Thuần, *Thượng đế, thiên nhiên, người, tôi và ta*, Nxb Thành phố Hồ Chí Minh, 2000, trang 37.

⁷ Alain Laurent, *Lịch sử cá nhân luận*, Phan Ngọc dịch, Nxb Thế giới, 2001, trang 25.

⁸ Youngjae Lee, *Why proportionality matters*, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 160: 1835, 2012, trang 1838.

⁹ Nguyễn Hiền Lê, *Kinh dịch – Đạo của người quân tử*, Nxb Tổng hợp thành phố Hồ Chí Minh, 2016.

²² S Tierney, ‘Determining the State of Exception: What Role for Parliament and the Courts?’ (2005) 68(4) *Modern Law Review* 668.

²³ *Lawless v Ireland* (No 3) (1961) 1 EHRR 15.

²⁴ *Greek Case* (1969) 12 Yearbook ECHR 1.

²⁵ *Handyside v United Kingdom* (1976) 1 EHRR 737, [48].

tắc tương xứng ở một số ngành luật. Vì vậy, việc ngành luật hiến pháp chấp nhận và áp dụng nguyên tắc này là điều hoàn toàn có thể lý giải.

Thế nào là “tương xứng”?

Tương xứng vẫn là một khái niệm khá mơ hồ nếu muốn được áp dụng trực tiếp dù lý luận của nó hết sức hấp dẫn. Vì vậy, việc cụ thể hóa phép thử tương xứng là cần thiết và sẽ tiện dụng hơn cho các tổ chức, cá nhân muốn cân nhắc xem hành vi của mình có là tương xứng hay không. Cụ thể, để phân tích và đánh giá tính cân xứng có bốn công đoạn¹⁰, bao hàm những yếu tố sau¹¹: (1) Chính đáng, (2) Phù hợp, (3) Cần thiết, (4) Cân bằng.

Đầu tiên là về yếu tố chính đáng.

Chính đáng ở đây nhằm hướng tới sự giải thích về mục đích của việc hạn chế quyền có chính đáng hay không. Các lý lẽ thường được đưa ra để biện minh cho tính chính đáng của việc hạn chế quyền đó là: sự tồn tại của nền dân chủ, an ninh quốc gia, trật tự công, phòng ngừa tội phạm, bảo vệ trẻ em, sức khỏe cộng đồng, khoan dung, nhân văn, các nguyên tắc pháp quyền¹². Các lý do trên có thể được trình bày một cách rõ ràng hoặc được suy diễn từ các nguyên tắc hiến pháp. Nhìn chung thì hầu hết các hành vi của nhà nước đều trải qua được bước này¹³ bởi nó chỉ đơn thuần nhìn nhận về ý định của nhà nước có nằm ngoài những mục tiêu chính đáng của pháp luật hay không mà thôi. Thông thường các cơ quan nhà nước phải tuyên bố rõ về mục đích hay ý định của mình và hiếm khi mục đích hay ý định đó đi ngược lại những lý lẽ cơ bản của việc hạn chế quyền.

Thứ hai là về sự phù hợp.

Yêu cầu về sự phù hợp đặt ra giữa phương tiện hạn chế quyền và mục đích hạn chế quyền. Cụ thể, mối liên hệ giữa chúng phải có lý. Nếu không thấy được sự phù hợp giữa việc hạn chế quyền và mục đích của việc đó thì việc hạn chế quyền là sai trái. Trong vụ án Unions New South Wales kiện thành phố New South Wales¹⁴, Đạo luật về gây quỹ bầu cử 1981 đã bị tòa án đem ra xem xét. Đạo luật này đã hạn chế quyền gây quỹ bầu cử của những người không phải là ứng cử viên vì mục đích chống tham nhũng. Tòa

¹⁰ Ngoài ra còn có phương pháp xem xét tính đúng đắn của việc hạn chế quyền thông qua nguyên tắc tương xứng nhưng chỉ với ba công đoạn:

- Phù hợp
- Cần thiết
- Tương xứng

Xem thêm: http://www.academia.edu/21038017/Stages_of_the_Principle_of_Proportionality, trang 4.

¹¹ http://www.academia.edu/21038017/Stages_of_the_Principle_of_Proportionality

¹² Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge University Press, 2012, trang 102.

¹³ Jeremy Brown, *The doctrine of proportionality: a comparative analysis of the proportionality principle applied to free speech cases in Canada, South Africa and the European Convention on human right and freedom*, Master of Laws Thesis, Central European University, 2012.

¹⁴Xem thêm tại:

[https://www.federationpress.com.au/pdf/Unions%20NSW%20v%20New%20South%20Wales%20\[2013\]%20HCA%202058_Chapter%2029.pdf](https://www.federationpress.com.au/pdf/Unions%20NSW%20v%20New%20South%20Wales%20[2013]%20HCA%202058_Chapter%2029.pdf)

²² S Tierney, 'Determining the State of Exception: What Role for Parliament and the Courts?' (2005) 68(4) *Modern Law Review* 668.

²³ *Lawless v Ireland* (No 3) (1961) 1 EHR 15.

²⁴ *Greek Case* (1969) 12 Yearbook ECHR 1.

²⁵ *Handyside v United Kingdom* (1976) 1 EHR 737, [48].

án cho rằng không có sự liên hệ giữa việc hạn chế quyền gây quỹ bầu cử với mục đích chống tham nhũng trong trường hợp người gây quỹ và ứng cử viên có mối liên hệ chặt chẽ với nhau.

Thứ ba là về tính cần thiết

Tính cần thiết thể hiện ở chỗ không có biện pháp nào tối ưu hơn có thể lựa chọn trong trường hợp này. Tức là đối với một hành vi hạn chế quyền, đó phải là sự lựa chọn thiết yếu nhất trong số tất cả mọi sự lựa chọn. Một ví dụ khá đơn giản là khi ở Đức có quy định cấm bán một loại kẹo dễ bị nhầm lẫn với một loại kẹo khác đã có trước, tòa án đã kết luận điều này là không cần thiết vì có thể dùng các biện pháp khác như bắt buộc dán nhãn cảnh báo¹⁵.

Cuối cùng là về sự cân bằng

Cân bằng là trạng thái cần thiết giữa lợi ích thu được và thiệt hại từ việc hạn chế quyền. Chẳng hạn, trong luật quốc tế về xung đột vũ trang, tất cả các hành vi tấn công được dự đoán là sẽ gây ra thương vong cho thường dân vượt quá mức đạt được lợi thế quân sự cụ thể và trực tiếp¹⁶.

Nói chung, sự tương xứng thể hiện qua nhiều yếu tố, trong đó chỉ cần không đạt một trong số đó thì một hành vi có thể coi là không tương xứng.

“Tương xứng” cần cho ai?

Ở một góc độ hạn hẹp là quyền cơ bản hiến định, mọi hành vi hạn chế các quyền này đều cần tương xứng. Nhưng ở một góc độ rộng hơn, sự tương xứng cũng là điều cần thiết cho mọi hành vi. Vì tính phổ quát và rất gần với luật tự nhiên này, nguyên tắc tương xứng cũng có một sự thu hút tương đối rộng khi rất nhiều chủ thể trong xã hội cần tới nó.

Đầu tiên, các cơ quan lập pháp cần biết về nguyên tắc tương xứng. Ở đây chúng tôi muốn bao hàm cả các cơ quan được ủy quyền lập pháp lẫn các cơ quan mang tính chất lập pháp ở địa phương; đại khái là những người có thẩm quyền đặt ra quy định tạo nên quyền và nghĩa vụ cho người dân. Họ cần hiểu các quy định do mình làm ra có khả năng vi phạm nguyên tắc cân xứng hay không và qua đó xác định nên hay không nên đặt ra quy định như vậy. Ở khuôn khổ Hiệp ước Lisbon có một nghị định thư yêu cầu các quốc gia khi soạn thảo một đạo luật lập pháp phải tham khảo đến tính tương xứng¹⁷. Đây là một bằng chứng cho thấy nguyên tắc này có ý nghĩa thế nào trong hoạt động lập pháp ở các quốc gia châu Âu lục địa.

Tiếp theo, các cơ quan thực thi pháp luật cũng cần nắm rõ nguyên tắc này bởi hành vi của họ cũng hàm chứa nhiều yếu tố hạn chế quyền con người. Không phải ngẫu nhiên mà nguyên tắc này lại xuất phát từ luật hành chính bởi các hành vi hành chính, quyết định hành chính là nơi chứa đựng nguy cơ xâm phạm quyền con người nhiều nhất. Một cách nguyên thủy, học giả Fritz Fleiner đã nói: *“cảnh sát*

¹⁵ Bùi Tiến Đạt, *Hiến pháp hóa nguyên tắc giới hạn quyền con người: Cần nhưng chưa đủ*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 10, 2015.

¹⁶ <http://www.jus.uio.no/smr/english/research/phd-nchr/military-necessity/>

¹⁷ Xem thêm: <http://www.lisbon-treaty.org/wcm/the-lisbon-treaty/protocols-annexed-to-the-treaties/657-protocol-on-the-application-of-the-principles-of-subsidiarity-and-proportionality.html>

²² S Tierney, ‘Determining the State of Exception: What Role for Parliament and the Courts?’ (2005) 68(4) *Modern Law Review* 668.

²³ *Lawless v Ireland (No 3)* (1961) 1 EHR 15.

²⁴ *Greek Case* (1969) 12 Yearbook ECHR 1.

²⁵ *Handyside v United Kingdom* (1976) 1 EHR 737, [48].

*không nên bắn một con vẹt bằng những khẩu thần công*¹⁸. Vậy xuất phát từ mỗi hành vi đơn lẻ của một người thực thi pháp luật, nguyên tắc tương xứng đều cần phải được tuân thủ một cách chặt chẽ.

Một lẽ tất nhiên, tòa án phải nắm rõ nguyên tắc này. Trong nhiều vụ án ở các nước trên thế giới, tòa án đã vận dụng phương pháp phân tích cân xứng để xem xét tính đúng đắn của một đạo luật hay một quyết định có nội dung hạn chế quyền. Ở một góc độ nào đó, nguyên tắc tương xứng được coi như một công cụ để tòa án xem xét tính hợp hiến của một đạo luật. Tác giả Benedikt Pirker đã dành cả một cuốn sách để chứng minh điều này với ý tưởng lớn rằng các tòa án phải có một chiến lược để sử dụng phương pháp phân tích tương xứng một cách đầy đủ nhất để thực hiện quyền lực bảo vệ công lý của mình¹⁹. Ở Việt Nam, trong bối cảnh tòa án có nhiệm vụ bảo vệ công lý, sẽ là một thiếu sót lớn nếu chúng ta bỏ qua một công cụ hữu hiệu để tòa án thực thi nhiệm vụ này một cách tốt hơn.

Cuối cùng, chính mỗi cá nhân trong xã hội cần nắm được nguyên tắc tương xứng này. Không phải ngẫu nhiên mà nguyên tắc tương xứng được coi như một sự bảo đảm pháp lý chống lại sự tùy tiện của quyền lập pháp và hành pháp và đồng thời được coi như một thứ *"luật thường thức"* (rule of common sense)²⁰. Dĩ nhiên mọi cá nhân không cần biết một cách tường tận về nguyên tắc này như một luật gia mà quan trọng là họ phải có được quan điểm tương xứng từ trong tiềm thức của mình. Điều đó không chỉ cần thiết trong việc con người tự điều chỉnh hành vi của mình mà còn cần ở chỗ chúng ta có nhận ra được quyền của mình đang bị hạn chế một cách bất tương xứng hay không. Sự lan tỏa của tư duy tương xứng trong pháp luật sẽ dễ dàng bắt gặp với một thứ luật tự nhiên hằng hữu trong tư tưởng con người ở bất cứ một xã hội nào.

Tương xứng trong tình trạng khẩn cấp

Nguyên tắc tương xứng tạo nên một nguyên tắc chung cho pháp luật quốc tế và bao hàm các yếu tố về mức độ nghiêm trọng, thời gian và phạm vi²¹. Cụ thể, Điều 4 Công ước quốc tế về các quyền dân sự, chính trị có quy định: *"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 hạn chế 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"*. Còn Điều 15 Công ước Châu Âu về nhân quyền cho phép các quốc gia ký kết Công ước miễn thi hành một số quyền được đảm bảo bởi Công ước trong thời gian "chiến tranh hoặc tình trạng khẩn cấp công cộng khác đe dọa cuộc sống của dân tộc". Các miễn trừ được phép theo Điều 15 phải đáp ứng ba điều kiện quan trọng: (1) Phải là tình trạng khẩn cấp công cộng đe dọa cuộc sống dân tộc; (2) Mọi biện pháp để đáp ứng (tình hình) phải do "đòi hỏi nghiêm ngặt của các nhu cầu cấp bách của tình hình"; và (3) Những biện pháp để đáp ứng với tình hình, phải phù hợp với một nghĩa vụ khác của

¹⁸ Fleiner, Fritz. 1928. *Institutionen Des Deutschen Verwaltungsrechts*. Tübingen: Mohr, trang 404.

¹⁹ Benedikt Pirker, *Proportionality analysis and models of judicial review*, Europa Law Publishing, Groningen, 2013.

²⁰ Xem thêm tại: <http://lewebpedagogique.com/jmthouvenin/european-governance-2-program/european-governance-2-the-principle-of-proportionality/>

²¹ M Eissen, 'The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights' in R St J Macdonald, F Matscher and H Petzold (eds), *The European System for the Protection of Human Rights* (Dordrecht, Boston: Martinus Nijhoff, 1993) 125-37.

²² S Tierney, 'Determining the State of Exception: What Role for Parliament and the Courts?' (2005) 68(4) *Modern Law Review* 668.

²³ *Lawless v Ireland* (No 3) (1961) 1 EHR 15.

²⁴ *Greek Case* (1969) 12 Yearbook ECHR 1.

²⁵ *Handyside v United Kingdom* (1976) 1 EHR 737, [48].

quốc gia theo luật quốc tế. Tóm lại, hai điều khoản trên đòi hỏi hai vấn đề: (1) Tình trạng khẩn cấp phải đe dọa sự sống còn của quốc gia trên thực tế; và (2) Những biện pháp được thực hiện trong tình trạng khẩn cấp đó là xuất phát từ những nhu cầu nghiêm ngặt²².

Về vấn đề đầu tiên, Công ước quốc tế về các quyền dân sự chính trị cũng như Công ước Châu Âu về nhân quyền đều thiếu một định nghĩa chính xác về thế nào là trường hợp khẩn cấp ảnh hưởng đến đời sống của quốc gia. Các cơ quan nhân quyền được hình thành trên khuôn khổ Công ước, như Ủy ban nhân quyền Châu Âu, đã giải thích thuật ngữ này một cách rộng rãi. Nội dung của Điều 15 Công ước Châu Âu về nhân quyền được giải thích tại án lệ *Lawless v. Ireland*²³. Cụ thể, Điều 15 nên được hiểu “*một cách thuận tự nhiên và theo thông lệ*”. “Tình trạng khẩn cấp cộng đồng” là một tình huống khủng hoảng hoặc khẩn cấp đặc biệt gây ra cho toàn bộ dân số và tạo thành mối đe dọa đối với đời sống có tổ chức của cộng đồng đó. Trong vụ việc của Hy Lạp²⁴, Ủy ban nhân quyền Châu Âu đã cho rằng trường hợp khẩn cấp cộng đồng phải có bốn đặc điểm sau: (1) Nó thực tế hoặc sắp xảy ra; (2) Ảnh hưởng của nó phải liên quan đến cả quốc gia; (3) Sự tồn tại của cộng đồng phải bị đe dọa; và (4) Các biện pháp thông thường là không đủ hiệu quả.

Về vấn đề thứ hai, yêu cầu cơ bản đối với một biện pháp hạn chế quyền đó là nó phải nằm trong phạm vi yêu cầu nghiêm ngặt mà chính tình huống đặt ra. Và việc hạn chế quyền đó phải được kiểm tra về tính tương xứng. Tại án lệ *Handyside v. United Kingdom*²⁵, Tòa án đã đưa ra một yêu cầu quan trọng đó là tính không thể tránh khỏi (indispensability). Cụ thể, nhà cầm quyền phải chứng minh được năm vấn đề: (1) Các biện pháp thông thường khác không đủ đáp ứng sự đe dọa; (2) Các biện pháp được áp dụng phải có hiệu quả giảm bớt mối đe dọa; (3) Các biện pháp được áp dụng trong một giới hạn thời gian; (4) Mức độ hạn chế quyền phải tỷ lệ thuận với mức độ nghiêm trọng của tình huống; và (5) Cần có các cơ chế bảo vệ để tránh việc áp dụng các biện pháp này bị lạm dụng (chẳng hạn là cần có sự giám sát của các thiết chế độc lập và xã hội).

Nói chung, các khuôn khổ của luật quốc tế về áp dụng nguyên tắc tương xứng vẫn tạo điều kiện chủ động cho các quốc gia trong cả việc xác định đâu là tình trạng khẩn cấp và đâu là biện pháp phù hợp. Tất nhiên là trong bối cảnh khẩn cấp, khi mọi thứ cần được quyết định nhanh chóng và dứt khoát, việc tranh cãi về tính đúng đắn của một biện pháp hạn chế quyền nào đó có thể trở nên một lực cản với những nỗ lực của nhà nước. Vì vậy, cần chú trọng vào cơ chế giám sát và hậu kiểm, trong đó nhấn mạnh vào vai trò của các tổ chức xã hội độc lập, tòa án với tư cách một đối trọng để chính quyền không thể lạm dụng quá mức việc áp dụng các biện pháp khẩn cấp tạm thời.

Kết luận

Nguyên tắc tương xứng là cần thiết không phải chỉ cho những nhà nghiên cứu mà là cho mọi người. Là một thứ rất gần gũi với luật tự nhiên, nguyên tắc tương xứng không cần đến một sự pháp điển hóa để có thể hiện hữu và được áp dụng. Nhưng dù sao, để mỗi người, đặc biệt là nhà nước trân trọng và

²² S Tierney, ‘Determining the State of Exception: What Role for Parliament and the Courts?’ (2005) 68(4) Modern Law Review 668.

²³ *Lawless v Ireland (No 3)* (1961) 1 EHRR 15.

²⁴ *Greek Case* (1969) 12 Yearbook ECHR 1.

²⁵ *Handyside v United Kingdom* (1976) 1 EHRR 737, [48].

²² S Tierney, ‘Determining the State of Exception: What Role for Parliament and the Courts?’ (2005) 68(4) Modern Law Review 668.

²³ *Lawless v Ireland (No 3)* (1961) 1 EHRR 15.

²⁴ *Greek Case* (1969) 12 Yearbook ECHR 1.

²⁵ *Handyside v United Kingdom* (1976) 1 EHRR 737, [48].

quan tâm đến nguyên tắc này hơn, chúng ta cần tận dụng những tri thức đã được chuẩn hóa của nhân loại về nguyên tắc tương xứng để đưa nó tới thật sự gần gũi hơn. Đặc biệt trong tình trạng khẩn cấp, các quyết định đưa ra đôi khi vội vã và chịu sự thao túng của các thế lực nhất định. Nguyên tắc tương xứng là điều cần thiết để nhắc nhở chính quyền thực hiện đúng chức trách của mình.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. S Tierney, 'Determining the State of Exception: What Role for Parliament and the Courts?' (2005) 68(4) *Modern Law Review* 668.
2. M Eissen, 'The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights' in R St J Macdonald, F Matscher and H Petzold (eds), *The European System for the Protection of Human Rights* (Dordrecht, Boston: Martinus Nijhoff, 1993) 125-37.
3. Fleiner, Fritz. 1928. *Institutionen Des Deutschen Verwaltungsrechts*. Tübingen: Mohr.
4. Benedikt Pirker, *Proportionality analysis and models of judicial review*, Europa Law Publishing, Groningen, 2013.
5. Bùi Tiến Đạt, *Hiến pháp hóa nguyên tắc giới hạn quyền con người: Cần nhưng chưa đủ*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 10, 2015.
6. Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge University Press, 2012, trang 102.
7. Jeremy Brown, *The doctrine of proportionality: a comparative analysis of the proportionality principle applied to free speech cases in Canada, South Africa and the European Convention on human right and freedom*, Master of Laws Thesis, Central European University, 2012.
8. Cao Huy Thuần, *Thượng đế, thiên nhiên, người, tôi và ta*, Nxb Thành phố Hồ Chí Minh, 2000.
9. Alain Laurent, *Lịch sử cá nhân luận*, Phan Ngọc dịch, Nxb Thế giới, 2001.
10. Youngjae Lee, *Why proportionality matters*, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 160: 1835, 2012, trang 1838.
11. Nguyễn Hiền Lê, *Kinh dịch – Đạo của người quân tử*, Nxb Tổng hợp thành phố Hồ Chí Minh, 2016.
12. Lưu Đức Quang, *Nguyên tắc hiến pháp về quyền con người, quyền công dân*, Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2016
13. Eric Engle, *The history of the general principle of proportionality: an overview*, *Dartmouth Law Journal*, Vol. X.:1.
14. Moshe Cohen-Eliya, Iddo Porat, *American balancing and German proportionality: The historical origins*, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 8, Issue 2, 2010.

22 S Tierney, 'Determining the State of Exception: What Role for Parliament and the Courts?' (2005) 68(4) *Modern Law Review* 668.

23 *Lawless v Ireland* (No 3) (1961) 1 ECHR 15.

24 *Greek Case* (1969) 12 Yearbook ECHR 1.

25 *Handyside v United Kingdom* (1976) 1 ECHR 737, [48].

15. Nguyễn Anh Tuấn, Khảo lược Bộ luật Hammurabi của nhà nước Lưỡng Hà cổ đại, Nxb Chính trị quốc gia, 2008.

22 S Tierney, 'Determining the State of Exception: What Role for Parliament and the Courts?' (2005) 68(4) *Modern Law Review* 668.

23 *Lawless v Ireland (No 3)* (1961) 1 EHRR 15.

24 *Greek Case* (1969) 12 Yearbook ECHR 1.

25 *Handyside v United Kingdom* (1976) 1 EHRR 737, [48].