ĐẠI HỌC QUỐC GIA HÀ NỘI
KHOA LUẬT

HOÀNG MẠNH HÙNG

ÁN LỆ
TRONG HỆ THỐNG CÁC LOẠI NGUỒN PHÁP LUẬT

LUẬN VĂN THẠC SĨ LUẬT HỌC

HÀ NỘI - 2013

ĐẠI HỌC QUỐC GIA HÀ NỘI
KHOA LUẬT

HOÀNG MẠNH HÙNG

ÁN LỆ
TRONG HỆ THỐNG CÁC LOẠI NGUỒN PHÁP LUẬT

Chuyên ngành **: Lý luận và lịch sử nhà nước và pháp luật**
Mã số **: 60 38 01**

LUẬN VĂN THẠC SĨ LUẬT HỌC

Người hướng dẫn khoa học: **GS.TS Hoàng Thị Kim Quế**

HÀ NỘI - 2013

MỤC LỤC

Trang

Trang phụ bìa

Lời cam đoan

Mục lục

Danh mục các từ viết tắt

MỞ ĐẦU 1

***Chương 1*: NGUỒN PHÁP LUẬT VÀ VAI TRÒ CỦA ÁN LỆ TRONG HỆ THỐNG NGUỒN PHÁP LUẬT** 8

1.1. Những vấn đề cơ bản về nguồn pháp luật 8

1.1.1. Khái niệm nguồn pháp luật 8

1.1.2. Các loại nguồn pháp luật 9

1.1.3. Nguồn của pháp luật Việt Nam hiện hành 12

1.2. Khái niệm án lệ và những vấn đề cơ bản về án lệ 19

1.2.1. Khái niệm án lệ 19

1.2.2. Phân biệt khái niệm án lệ với một số khái niệm tương đồng 22

1.2.3. Ưu điểm, nhược điểm của án lệ 24

1.2.4. Điều kiện bản án, quyết định trở thành án lệ 27

1.2.5. Quy trình sửa đổi án lệ 30

1.2.6. Ý nghĩa và vai trò của án lệ 30

1.3. Vai trò của án lệ trong hệ thống nguồn pháp luật 33

1.3.2. Vai trò của án lệ trong hệ thống nguồn pháp luật quốc gia 33

1.3.2. Vai trò của án lệ trong hệ thống Thông luật 34

1.3.3. Vai trò của án lệ trong hệ thống Dân luật 34

***Chương 2*: ÁN LỆ TRONG HỆ THỐNG PHÁP LUẬT COMMON LAW VÀ HỆ THỐNG PHÁP LUẬT CIVIL LAW** 36

2.1. Đặc điểm án lệ trong hệ thống common law: Anh, Mỹ, Úc 36

2.1.1. Án lệ là nguồn luật có giá trị bắt buộc 36

2.1.2. Tòa án cấp dưới có nghĩa vụ tuân theo án lệ của tòa án cấp trên 38

2.1.3. Tòa án cùng cấp không có nghĩa vụ phải tuân thủ án lệ của nhau 40

2.1.4. Tòa án tối cao không bị ràng buộc bởi án lệ của chính mình 40

2.1.5. Luật thành văn có giá trị cao hơn án lệ 43

2.1.6. Án lệ có thể bị bãi bỏ 44

2.1.7. Những tiêu chí kỹ thuật khi áp dụng án lệ trong hệ thống Common Law 46

2.1.8. Không phải mọi án lệ đều có giá trị ràng buộc 48

2.2. Đặc điểm án lệ trong hệ thống Civil Law: Pháp, Đức, Nhật Bản 49

2.2.1. Án lệ không bắt buộc - không phải là nguồn luật chính thức 49

2.2.2. Những Tòa án có thẩm quyền tạo ra án lệ trong hệ thống Civil Law 52

2.2.3. Việc hình thành án lệ của Tòa án tối cao trong hệ thống Civil Law 54

2.2.4. Cách thức xây dựng và sử dụng án lệ trong các nước thuộc hệ thống Civil Law 57

2.3. Xu hướng coi trọng lẫn nhau giữa hai dòng họ Civil Law và Common Law 59

2.3.1. Dòng họ Civil Law có xu hướng coi trọng án lệ 59

2.3.2. Dòng họ Common Law có xu hướng coi trọng pháp luật thành văn 60

***Chương 3*: QUAN ĐIỂM ĐỔI MỚI VỀ ÁN LỆ VÀ MỘT SỐ KIẾN NGHỊ CHO VIỆC XÂY DỰNG, PHÁT TRIỂN ÁN LỆ TẠI VIỆT NAM** 62

3.1. Thực trạng sử dụng "án lệ" trong hoạt động xét xử của Tòa án và nhu cầu án lệ ở Việt Nam 62

3.1.1. Thực trạng sử dụng "án lệ" trong hoạt động xét xử của Tòa án 62
3.1.2. Nhu cầu và triển vọng của việc phát triển án lệ trở thành một nguồn pháp luật chính thống ở Việt Nam 68
3.2. Quan điểm đổi mới của Đảng và Nhà nước về án lệ 75
3.2.1. Quan điểm đổi mới của Đảng về án lệ 75
3.2.2. Quan điểm của Tòa án nhân dân tối cao về án lệ 76
3.3. Một số kiến nghị cho việc xây dựng và phát triển án lệ tại Việt Nam 80
3.3.1. Kiến nghị sửa đổi pháp luật 80
3.3.2. Thiết lập án lệ 81
3.3.3. Những hoạt động hỗ trợ cần thiết cho triển khai án lệ 85
3.3.4. Những vấn đề kỹ thuật liên quan đến việc sử dụng án lệ 89
3.3.5. Cách viện dẫn án lệ trong xét xử 90
3.3.6. Lựa chọn án lệ khi giải quyết vụ án 91
3.3.7. Thay đổi và bãi bỏ án lệ 92
3.3.8. Các thẩm phán cần phải lập luận như thế nào khi không tuân theo án lệ của Tòa án nhân dân tối cao 94
3.3.9. Một số biện pháp nhằm tăng cường ý thức sử dụng án lệ 95
KẾT LUẬN 98
DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO 102

DANH MỤC CÁC TỪ VIẾT TẮT

TAND : Tòa án nhân dân

TANDTC : Tòa án nhân dân tối cao

VBQPPL : Văn bản quy phạm pháp luật

XHCN : Xã hội chủ nghĩa

WTO : Tổ chức Thương mại Thế giới

MỞ ĐẦU

1. Tính cấp thiết của đề tài

Trên thế giới, án lệ được coi là một loại nguồn rất quan trọng của pháp luật. Việc áp dụng án lệ trên thực tế rất phổ biến ở nhiều quốc gia trên thế giới như Anh, Mỹ, Hà Lan, Australia, Indonesia… Ở các quốc gia này từ lâu đã hình thành nguyên tắc "Stare decisis", nghĩa là phải tuân theo các phán quyết đã có (án lệ bắt buộc). Theo nguyên tắc này, một phán quyết của tòa án ngoài ý nghĩa là cách giải quyết một vụ án cụ thể, còn có ý nghĩa thiết lập ra một "tiền lệ" để áp dụng cho các vụ án tương tự sau này, tạo ra sự bình đẳng trong xét xử và giúp các bên gồm cả thẩm phán, luật sư, doanh nhân… những người tham gia tố tụng tiên lượng được kết quả của các vụ tranh chấp, kiện tụng, góp phần giúp cho các bên lưu ý trong quá trình thực hiện các giao dịch kinh tế, dân sự và thực hiện các hành vi pháp lý khác, tiết kiệm được thời gian, chi phí và công sức của cả xã hội vì sử dụng những tình huống tương tự đã được giải quyết để làm căn cứ giải quyết công việc. Bởi lẽ đó mà trong nhiều quốc gia trên thế giới, án lệ dần dần trở thành một bộ phận của pháp luật và rất phát triển. Chẳng hạn ở Mỹ, tiền lệ pháp và án lệ có vai trò quyết định trong hệ thống pháp luật, tác động tới mọi khía cạnh và đối tượng liên quan. Ở Australia, tòa án cấp dưới phải tuân theo quyết định của tòa cấp trên và các tòa cấp trên cũng phải tuân thủ.

Ở Việt Nam, lịch sử lập pháp phản ánh đã từng tồn tại án lệ. Trong các triều đại Lê, Nguyễn, thời kỳ Pháp thuộc và thời kỳ Mỹ chiếm đóng trước năm 1975 thì án lệ đã có một vị trí nhất định trong hệ thống nguồn pháp luật. Nhưng hiện tại, trong hệ thống pháp luật, thì án lệ không được công nhận chính thức trên lý luận, cũng như trong thực tiễn áp dụng pháp luật ở Việt Nam mà chỉ được bàn luận mang tính nghiên cứu học thuật. Mặc dù không được công nhận với tư cách là một nguồn chính thức, nhưng thực tế những biến dạng của án lệ vẫn đang ngự trị và chiếm một vị trí khá quan trọng đặc

biệt trong hoạt động xét xử của tòa án. Minh chứng là, lâu nay các tòa án địa phương vẫn dựa trên các hướng dẫn, các báo cáo tổng kết của Tòa án nhân dân tối cao (TANDTC) để giải quyết các vụ việc tương tự, và được xem là giải pháp khá hiệu quả khi chưa có đủ luật để điều chỉnh. Nghĩa là, dù không được chính thức hóa thừa nhận nhưng thực tế án lệ vẫn tồn tại và vẫn có con đường riêng của nó. Từ năm 2004 đến nay, TANDTC đã thường xuyên chọn lọc và công bố các phán quyết, quyết định giám đốc thẩm của Hội đồng thẩm phán TANDTC, các báo cáo tổng kết kinh nghiệm xét xử của ngành tòa án với ý nghĩa để thẩm phán và tòa án các cấp vận dụng và tham khảo đường lối trong quá tình xét xử hay giải quyết vụ án, vụ việc. Câu hỏi đặt ra ở đây là tại sao trong khi chúng ta không thiếu luật điều chỉnh (pháp luật của nước ta do những cơ quan nhà nước có thẩm quyền ban hành dưới hình thức thống nhất bằng văn bản, theo một trình tự luật định và rất chặt chẽ, khoa học) và cũng không thiếu thẩm phán được đào tạo bài bản nhưng tỷ lệ án oan sai hàng năm vẫn tồn tại một lượng không nhỏ. Điều đáng nói là tình trạng cùng vụ án, vụ việc có tính chất tương tự nhau nhưng không phải lúc nào cũng được giải quyết với một kết quả giống nhau mà thậm chí còn có kết quả trái ngược nhau. Do đó, rất nhiều trường hợp, phán quyết của tòa án đưa ra nhưng không đạt được sự công bằng nhất quán, khiến người ta cảm thấy hồ nghi, bất phục nên không thể tận tâm mà thực hiện phán quyết của tòa án. Và thông lệ, người ta lại buộc phải tìm kiếm hy vọng bằng cách này hay cách khác để đệ đơn chống án (thậm chí là chạy án) ở các các cấp xét xử cao hơn và cao hơn nữa. Điều này khiến cho cả phía Nhà nước và xã hội phải lãng phí rất nhiều thời gian, tiền bạc và công sức cùng nhiều hệ lụy khác nữa. Chắc hẳn nhiều người trong chúng ta đã từng được nghe một phát biểu gây "chấn động một thời" của một vị nguyên là Chánh án TANDTC trước Quốc hội rằng "Luật dân sự xử sao cũng được". Ở đây xin không bàn luận về tính đúng sai của lời phát biểu này, nhưng rõ ràng người ta thầm hiểu rằng, đó là một thông điệp cho thấy tính bất nhất trong hoạt động xét xử của Tòa án.

Nhưng, có lẽ điều này sẽ ít xảy ra nếu như vụ án, vụ việc đó được xử lý bởi quốc gia thừa nhận án lệ trong xét xử. Bởi lẽ, người ta sẽ không đời nào lại nộp đơn theo đuổi việc chống án hay "chạy án" khi biết trước rằng, tòa cấp cao và cấp cao hơn nữa chỉ ra một phán quyết mà kết quả không khác gì so với bản án mà tòa cấp dưới đã tuyên vì lẽ, bản án đó cũng tương tự như là "tiền lệ", hay "án lệ" do chính tòa cấp trên phán quyết. Có lẽ, một phần do án lệ tự thân nó đã có sức sống và một phần nhận thấy điều kiện chín muồi để áp dụng, cho nên, ngày 02/06/2005, Bộ Chính trị đã ban hành Nghị quyết số 49/NQ-TW về "Chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020" đã đề ra mục đích xây dựng và hoàn thiện từng bước hoạt động của Tòa án nhân dân (TAND) là "Tòa án nhân dân tối cao có nhiệm vụ tổng kết kinh nghiệm xét xử, hướng dẫn áp dụng thống nhất pháp luật, *phát triển án lệ* và xét xử giám đốc thẩm và tái thẩm" [21]. Như vậy, có thể xem đây là lần đầu tiên kể từ sau khi đất nước thống nhất, thuật ngữ "án lệ" đã được được Bộ Chính trị thừa nhận như một chủ trương đường lối xây dựng và phát triển án lệ chính thống trong tiến trình cải cách tư pháp Việt Nam. Đây có thể coi là điều kiện tiền đề cho việc án lệ chính thức được thừa nhận và phát triển ở Việt Nam.

Hơn nữa, trong bối cảnh toàn cầu hóa, với tư cách là một thành viên của Tổ chức Thương mại Thế giới (WTO), Việt Nam cần phải tuân thủ các nguyên tắc về minh bạch hóa, trong đó yêu cầu các tòa án cần phải công bố công khai các bản án của mình. Thực tiễn này đã và đang đặt ra một nhu cầu bức thiết là công tác tài phán phải tiếp cận và giải quyết êm thấm được các vụ án, vụ việc có yếu tố nước ngoài nhằm tạo dựng được hình ảnh và sự tin tưởng của cộng đồng quốc tế khi lựa chọn tài phán tại Việt Nam thay vì việc phải lựa chọn đưa vụ việc ra tài phán ở nước ngoài.

Với tình hình cấp bách như trên, tác giả mạnh dạn lựa chọn đề tài "***Án lệ trong hệ thống các loại nguồn pháp luật***" làm đề tài nghiên cứu của mình nhằm góp phần làm rõ vai trò của án lệ với tư cách là một loại nguồn quan trọng của pháp luật đồng thời đưa ra những kiến nghị và ủng hộ quan điểm để

án lệ sớm được Nhà nước chính thức công nhận vị trí vai trò trong hệ thống nguồn pháp luật Việt Nam.

2. Tình hình nghiên cứu của đề tài

Trong những năm gần đây, mà đặc biệt là từ khi Bộ Chính trị có chủ trương về việc thừa nhận và "phát triển án lệ" thì đã có nhiều cá nhân, tổ chức, giới luật học nghiên cứu về lịch sử án lệ tại Việt Nam và một số nước trên thế giới như: Bài viết của Nguyễn Tấn Dũng: "*Nguồn gốc án lệ và thực chất vấn đề án lệ ở Việt Nam*", đăng trên trang Thông tin pháp luật dân sự, ngày 14/6/2008; loạt bài viết của Vi Trần - Thanh Tùng về vấn đề "*Có nên xử theo án lệ*", Tạp chí Pháp luật: Bài 1 - "*Án lệ - những điều chưa biết*", đăng ngày 27/9/2010; Bài 2 - "*Án lệ - Người ủng hộ, người phản đối*", đăng ngày 28/9/2010, Bài 3 - "*Án lệ - Lấp lỗ hổng pháp luật*", đăng ngày 29/09/2010; Bài 4 - "*Sửa luật để công nhận án lệ*", đăng ngày 30/09/2010; Bài 5 - "*Cần một lộ trình*", đăng ngày 01/10/2010; Bài viết của Luật sư Nguyễn Ngọc Bích đăng trên trang web elaw.cafeluat.com, ngày 06/01/2011: "*Án lệ và sự du nhập nó vào Việt Nam*"; bài viết của Tiến sĩ Đinh Văn Quế, nguyên Chánh Tòa Hình sự TANDTC trên Tạp chí Pháp luật, ngày 05/10/2010: "*Có nên xử theo án lệ? - phải sửa đổi cả hệ thống pháp luật*"; bài viết của Luật sư - Tiến sĩ Phan Đăng Thanh trên Tạp chí Pháp luật ngày 06/10/2010: "*Án lệ, nhu cầu tất yếu!*"; bài viết của Tiến sĩ Nguyễn Văn Hiện, Phó Trưởng Ban chỉ đạo cải cách tư pháp Trung ương trên Tạp chí Pháp luật, ngày 07/10/2010: "*Chưa sửa luật, vẫn có thể phát triển án lệ*"; bài viết của tiến sĩ Nguyễn Văn Nam trên Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 6(191) tháng 3/2011: "*Án lệ trong hệ thống Civil Law các nước Pháp, Đức, và việc sử dụng án lệ ở Việt Nam*"; và hàng loạt các bài viết về án lệ khác đăng trên trang web chuyên biệt "*sưu tầm án lệ Việt Nam*" (http://e-lawreview.com) được Bộ Thông tin và Truyền thông cấp phép hồi tháng 5-2008. Những bài viết này hoặc phản ánh từng góc độ của án lệ hoặc lý giải vấn đề lý luận hoặc góc độ thực tiễn áp dụng án lệ ở các quốc gia trên thế giới; cũng có nhiều bài viết về các biến thể của án lệ trên thực tiễn

xét xử của Việt Nam… Tuy nhiên, các bài viết và các công trình nghiên cứu này vẫn chưa nghiên cứu một cách hệ thống, toàn diện để chỉ ra vị trí, vai trò và sự tương quan của án lệ trong hệ thống nguồn pháp luật cũng như chưa làm rõ được phương thức, điều kiện để án lệ có thể trở thành nguồn chính thống trong Hệ thống nguồn pháp luật ở Việt Nam. Do đó, việc nghiên cứu đề tài "***Án lệ trong hệ thống các loại nguồn pháp luật***" không trùng lặp với các đề tài khác.

3. Mục tiêu và nhiệm vụ nghiên cứu của đề tài

Mục tiêu của đề tài là nghiên cứu về vấn đề án lệ trong mối tương quan với hệ thống nguồn pháp luật và nghiên cứu những đặc trưng án lệ trong các hệ thống pháp luật Thông luật (Common Law) và Dân luật (Civil Law) đồng thời, đề tài cũng cũng nghiên cứu, tổng hợp thực tiễn sử dụng án lệ trong hoạt động xét xử của Tòa án cũng như quan điểm đổi mới của Đảng và Nhà nước ta về việc xây dựng và phát triển án lệ tại Việt Nam, từ đó rút ra những bài học kinh nghiệm trong cách thức xây dựng án lệ ở Việt Nam.

Để thực hiện được mục tiêu của đề tài đã đặt ra, đề tài có nhiệm vụ nghiên cứu như sau:

- Làm rõ khái niệm án lệ, nguyên tắc sử dụng án lệ, mối quan hệ giữa án lệ và văn bản pháp luật, lịch sử phát triển cũng như ý nghĩa, vai trò của việc sử dụng án lệ trong hoạt động xét xử.

- Nghiên cứu kinh nghiệm của nước ngoài trong việc xây dựng án lệ từ những nước đặc trưng trong việc sử dụng án lệ như Anh, Mỹ, Úc … đến các nước có truyền thống pháp luật dân sự như Pháp, Đức,…

- Tổng hợp thực tiễn sử dụng án lệ trong hoạt động xét xử của Tòa án nước ta từ đó đánh giá những ưu khuyết điểm của việc áp dụng án lệ.

- Quan điểm đổi mới của Đảng và Nhà nước về xây dựng và phát triển án lệ ở Việt Nam trong giai đoạn tới.

- Chỉ ra cách thức xây dựng án lệ trong điều kiện cải cách tư pháp ở Việt Nam. Với nhiệm vụ này đề tài sẽ chỉ ra các nguyên tắc, tiêu chí để xác định thế nào là một án lệ, ai có thẩm quyền ban hành án lệ, lưu trữ án lệ, phổ biến án lệ… trong hoạt động xét xử của Tòa án.

4. Phạm vi nghiên cứu của đề tài

Đề tài tập trung nghiên cứu về khái niệm án lệ, vị trí, vai trò và mối tương quan của án lệ trong hệ thống nguồn pháp luật, quá trình hình thành và phát triển của án lệ cũng như thực tiễn sử dụng án lệ của một số nước đại diện cho hệ thống Common law và Civil law. Đề tài cũng nghiên cứu lịch sử án lệ, những biến tướng của án lệ và quan điểm đổi mới của Đảng và Nhà nước về xây dựng và phát triển án lệ ở Việt Nam, trên cơ sở đó rút ra những bài học kinh nghiệm trong việc xây dựng án lệ ở Việt Nam.

5. Cơ sở lý luận và phương pháp nghiên cứu của đề tài

Cơ sở lý luận của luận văn là chủ nghĩa Mác - Lênin và tư tưởng Hồ Chí Minh, quan điểm của Đảng và Nhà nước ta về nhà nước và pháp luật.

Trong quá trình nghiên cứu luận văn, tác giả đã vận dụng các phương pháp nghiên cứu cụ thể như: phương pháp duy vật biện chứng và duy vật lịch sử, các phương pháp phân tích, tổng hợp, so sánh, đối chiếu, tiếp cận hệ thống.

6. Tính mới của đề tài

Trên cơ sở nghiên cứu tổng quan về lịch sử hình thành, điều kiện tồn tại, phát triển và vai trò của án lệ trên thế giới cũng như nghiên cứu tổng quan về nguồn của pháp luật Việt Nam đồng thời nghiên cứu về lịch sử hình thành và biến thể của án lệ tại Việt Nam, tác giả đưa ra khái niệm khoa học về án lệ và tiền đề đưa án lệ trở thành nguồn trong hệ thống nguồn pháp luật chính thống ở Việt Nam.

7. Ý nghĩa lý luận và thực tiễn của luận văn

- Luận văn đã cố gắng hệ thống hóa về án lệ ở Việt Nam và các nước trên thế giới, đồng thời đưa ra những nhận xét, đánh giá, phân tích khoa học có tính độc lập.

- Những kết quả nghiên cứu của luận văn có thể làm tài liệu tham khảo cho việc nghiên cứu và giảng dạy lý luận về Nhà nước và pháp luật.

- Cách tiếp cận của đề tài và hướng nghiên cứu có thể có những đóng góp nhất định vào việc nghiên cứu về án lệ với tư cách là một loại nguồn quan trọng của pháp luật.

8. Kết cấu của luận văn

Ngoài phần mở đầu, kết luật và danh mục tài liệu tham khảo, nội dung của luận văn gồm 3 chương:

Chương 1: Nguồn pháp luật và vai trò của án lệ trong hệ thống nguồn pháp luật

Chương 2: Án lệ trong hệ thống pháp luật Common Law và hệ thống pháp luật Civil Law

Chương 3: Quan điểm đổi mới về án lệ và một số kiến nghị cho việc xây dựng, phát triển án lệ tại Việt Nam.

Chương 1

NGUỒN PHÁP LUẬT VÀ VAI TRÒ CỦA ÁN LỆ TRONG HỆ THỐNG NGUỒN PHÁP LUẬT

1.1. NHỮNG VẤN ĐỀ CƠ BẢN VỀ NGUỒN PHÁP LUẬT

1.1.1. Khái niệm nguồn pháp luật

"*Nguồn của pháp luật* là tất cả các căn cứ được các chủ thể có thẩm quyền sử dụng làm cơ sở để xây dựng, ban hành, giải thích pháp luật cũng như để áp dụng vào việc giải quyết các vụ việc pháp lý xảy ra trong thực tế" [28].

Lý luận chung pháp lý thường xem xét hình thức pháp luật dưới hai phương diện: hình thức bên trong và hình thức bên ngoài. Nếu hình thức bên trong của pháp luật là kết cấu của các yếu tố tạo thành nội dung pháp luật thì hình thức bên ngoài là sự biểu hiện ra bên ngoài nội dung của pháp luật, là cái chứa đựng các quy tắc pháp luật - quy tắc hành vi theo ý chí nhà nước. Hình thức bên ngoài của pháp luật còn được gọi là nguồn pháp luật.

Nguồn pháp luật là một khái niệm cơ bản tiêu biểu của pháp luật. Đây là vấn đề không những các nhà luật học quan tâm mà nó cũng gây được sự chú ý của các nhà nghiên cứu xã hội học, triết học, chính trị học. Mỗi nhà nghiên cứu có cách tiếp cận vấn đề này khác nhau dưới những góc độ khác nhau từ đó có những quan điểm khác nhau về nguồn pháp luật.

Một học giả người Pháp cho rằng, thực tế pháp luật có hai nguồn là nguồn nội dung và nguồn hình thức. Nguồn nội dung là nguồn cơ bản "là căn nguyên của pháp luật, các động cơ chính trị, kinh tế, xã hội, tôn giáo, đạo đức" (jean- claude- nhập môn luật học). Nguồn hình thức được Michel Virally định nghĩa là "các phương pháp thiết lập nên các quy phạm pháp luật xác định cơ quan ban hành ra quy phạm pháp luật có tính bắt buộc theo quy định của nhà nước" [Dẫn theo 28].

Học giả người Đức Hans Kelsen cho rằng, nguồn pháp luật là khái niệm không rõ ràng và được hiểu theo nhiều nghĩa khác nhau. Nguồn pháp luật là những quy phạm chung của hiến pháp và những quy phạm chung được ban hành phù hợp với Hiến pháp. Hoặc nguồn pháp luật biểu thị cơ sở pháp lí cơ bản của hệ thống pháp luật. Định nghĩa này chủ yếu đề cập đến nguồn hình thức của pháp luật.

Ở Việt Nam, vấn đề nguồn pháp luật đã được đề cập đến nhiều trong các giáo trình, tạp chí chuyên ngành. Một số giáo trình lý luận nhà nước và pháp luật có ý kiến cho rằng nguồn pháp luật và hình thức pháp luật là một. "Hình thức bề ngoài hay nguồn pháp luật gồm các văn bản pháp luật kể cả các văn bản quy phạm, các hiệp ước quốc tế, tập quán, các tục lệ quốc tế, các hợp đồng (khế ước), luật tục án lệ, những quy định của luật tôn giáo, các học thuyết pháp lý" [28].

Như tác giả đã đề cập ở trên, hình thức pháp luật có hình thức bên trong và hình thức bên ngoài. Nguồn pháp luật là hình thức bên ngoài của pháp luật - biểu thị nội dung của pháp luật. Nguồn pháp luật không đồng nhất với hình thức pháp luật.

Nguồn pháp luật là khái niệm quan trọng, chuyên biệt của khoa học pháp lý được sử dụng để xác định hình thức thể hiện của các quy phạm pháp luật. Khi nói đến nguồn pháp luật ta không nói đến xuất xứ của nó mà muốn đề cập đến từ đâu mà chúng ta vận dụng các quy phạm pháp luật này hoặc quy phạm pháp luật khác để giải quyết những vụ việc cụ thể.

1.1.2. Các loại nguồn pháp luật

1.1.2.1. Tiền lệ pháp

Tiền lệ pháp là quyết định của cơ quan hành chính hoặc cơ quan toà án được nhà nước thừa nhận như là một khuôn mẫu có giá trị pháp lí để giải quyết những trường hợp tương tự. Có hai loại tiền lệ pháp cơ bản là: tiền lệ

pháp hành chính và tiền lệ pháp tư pháp hay án lệ. Cũng như với tập quán pháp tiền lệ pháp là nguồn pháp luật có từ buổi ban đầu của lịch sử pháp luật nhân loại và cho đến ngày nay. Điều đó nói lên tính bền vững hợp lý nhất định của tiền lệ pháp. Tiền lệ pháp là nguồn pháp luật rất phổ biến trong nhà nước chiếm hữu nô lệ và nhà nước phong kiến và các nhà nước theo hệ thống Thông luật như Anh, Mĩ.

Bên cạnh những nhược điểm như tính bất ổn định, sự lạm quyền của các toà án… ta không thể phủ nhận những ưu điểm của tiền lệ pháp như khắc phục những thuộc tính cố hữu của pháp luật thành văn: tính khái quát cao, tính trừu tượng, không sát với thực tiễn.

1.1.2.2. Tập quán pháp

Tập quán pháp là tập quán được nhà nước thừa nhận có giá trị pháp lý, trở thành những quy tắc xử sự chung được nhà nước thừa nhận và được nhà nước bảo đảm thực hiện.

Tập quán là những thói quen xử sự được hình thành qua nhiều thế hệ, vì vậy nó đã được kiểm nghiệm trong thực tế của các địa phương cộng đồng. Những tập quán còn tồn tại đến ngày nay có những giá trị rất to lớn trong việc lưu giữ giá trị truyền thống cũng như điều chỉnh hành vi con người. Chính vì vậy, tập quán pháp không đơn thuần để lấp chỗ hổng pháp luật mà sẽ luôn được sử dụng như một tất yếu khách quan.

Tập quán pháp là loại nguồn pháp luật được sử dụng nhiều nhất trong các nhà nước chiếm hữu nô lệ và phong kiến. Với sự thay đổi của lịch sử thì phạm vi ảnh hưởng của tập quán pháp đã bị thu hẹp và mang nhiều đặc điểm mới phù hợp với điều kiện, hoàn cảnh của từng quốc gia và từng thời kỳ lịch sử. Tại các nước châu Âu lục địa theo truyền thống pháp luật thành văn kế thừa từ luật La Mã thì tập quán pháp chỉ được dùng trong trường hợp thiếu luật hay nói cách khác thì tập quán pháp dùng để bổ sung những khiếm khuyết của pháp luật. Còn ở các nước thuộc dòng họ Common Law, tập quán

pháp là một trong những nguồn quan trọng của pháp luật đặc biệt là ở nước Anh và Mĩ.

1.1.2.3. Văn bản quy phạm pháp luật

Văn bản quy phạm pháp luật (VBQPPL) là hình thức thể hiện cơ bản của của các quyết định do cơ quan nhà nước có thẩm quyền (hoặc cá nhân, tổ chức được nhà nước trao quyền) ban hành. Các văn bản này được ban hành theo những trình tự chặt chẽ, trong đó đề ra những quy tắc xử sự chung hoặc sửa đổi, đình chỉ hiệu lực, bãi bỏ những quy phạm hiện hành hoặc thay đổi phạm vi hiệu lực của chúng, được áp dụng trong thực tiễn đời sống, có tính bắt buộc chung với mọi chủ thể.

Văn bản pháp luật bao gồm: luật và những văn bản dưới luật. VBQPPL thường dễ thực hiện, dễ giám sát, dễ kiểm tra khi được áp dụng. Tuy nhiên, chúng có hạn chế do tính khái quát cao nên khó lường hết được các tình huống đa dạng của cuộc sống. Một số các quy định pháp luật còn chung chung, có thể hiểu theo nhiều cách dẫn đến việc khó áp dụng trong thực tế, đôi khi còn cứng nhắc, thoát ly hiện thực.

1.1.2.4. Luật công bình

Các nguyên tắc công bằng công lí là một trong những nguồn quan trọng của pháp luật Anh - Mĩ. Các nguyên tắc công bằng, công lí có nguồn gốc gắn liền với việc khiếu kiện trực tiếp lên hoàng đế nước Anh và việc thành lập toà án công bình do quan chưởng ấn thay các hoàng đế xét xử các vụ việc. Các nguyên tắc công bằng, công lí (Equity) là cơ sở để toà án công bình xét xử các vụ án khi công dân khiếu kiện.

1.1.2.5. Các học thuyết tư tưởng

Một số nước trên thế giới có một nguồn quan trọng khác là các học thuyết pháp lý. Các nhà luật học lớn của Anh theo truyền thống từ Glanvill và Bracton đến Coke và Manfied đều là các nhà thực tiễn và hầu như đều là thẩm

phán. Tư tưởng của họ có ánh hưởng lớn tới việc giải quyết các vụ việc tại Tòa án.

William Blackston có công trình nghiên cứu nổi tiếng gồm bốn tập gọi là "Commentaries on the laws of england" (Bình luận về pháp luật Anh). Công trình này đã nghiên cứ toàn bộ hệ thống pháp luật Anh. Các nhận xét, đánh giá, phương hướng tư duy, quan điểm và khuyến nghị của Blackstone có ảnh hưởng lớn đến tư duy pháp luật Anh.

1.1.2.6. Luật tôn giáo

Khác với các nguồn pháp luật đã xem xét, pháp luật của các nước đạo Hồi (Islam) không phải là lĩnh vực khoa học độc lập mà nó là một trong những phần hợp thành của đạo Hồi. Nền tảng của pháp luật đạo Hồi cũng như toàn bộ nền văn minh đạo Hồi là Thánh kinh Coran gồm những lời dạy của thánh Ala đối với người cuối cùng trong số những nhà tiên tri và sứ đồ của mình là Mohamed (570 - 632). Các nguyên tắc có tính chất pháp lý trong Coran không đủ để điều chỉnh mọi mối quan hệ giữa những người theo đạo Hồi, giữa các chế định của đạo Hồi. Chính vì thế mà bên cạnh Coran còn có Sunna.

1.1.3. Nguồn của pháp luật Việt Nam hiện hành

1.1.3.1. Văn bản quy phạm pháp luật

Đây là loại nguồn hình thức chủ yếu, cơ bản và quan trọng nhất của pháp luật, bởi lẽ, các cơ quan nhà nước ở Việt Nam khi giải quyết các vụ việc pháp lý thực tế thuộc thẩm quyền của mình đều chủ yếu dựa vào các VBQPPL. VBQPPL là văn bản do các cơ quan nhà nước có thẩm quyền ban hành theo thủ tục, trình tự luật định, trong đó có quy tắc xử sự chung được Nhà nước bảo đảm thực hiện, nhằm điều chỉnh các quan hệ xã hội theo định hướng xã hội chủ nghĩa (XHCN).

Văn bản quy phạm pháp luật ở nước ta bao gồm nhiều loại với giá trị pháp lý cao, thấp khác nhau. Đứng đầu thang bậc giá trị pháp lý trong hệ

thống VBQPPL là Hiến pháp, đạo luật gốc, luật cơ bản của Nhà nước. Tiếp đó là các đạo luật và các nghị quyết của Quốc hội; pháp lệnh, nghị quyết của Ủy ban Thường vụ Quốc hội, các Điều ước Quốc tế mà Việt Nam tham gia…

Văn bản quy phạm pháp luật được hình thành do kết quả của hoạt động xây dựng pháp luật, thể hiện trí tuệ của tập thể nên tính khoa học tương đối cao. Các quy định của nó được trình bày thành văn nên thường rõ ràng, cụ thể, bảo đảm có thể được hiểu và được thực hiện thống nhất ở phạm vi rộng; nhờ vậy, nó tạo điều kiện thuận lợi cho việc đáp ứng các yêu cầu cơ bản của nguyên tắc pháp chế. Hơn nữa, VBQPPL cũng có thể đáp ứng được kịp thời các yêu của cuộc sống nên nó được coi là loại nguồn hình thức cơ bản, chủ yếu và quan trọng nhất của pháp luật nước ta hiện nay. Tuy nhiên, VBQPPL không phải là loại nguồn hình thức duy nhất của pháp luật bởi VBQPPL vẫn có những điểm hạn chế nhất định cần được khắc phục như: các quy định của nó thường mang tính khái quát cao nên nhiều khi không dự kiến được hết các tình huống, điều kiện, hoàn cảnh có thể xảy ra trong cuộc sống để điều chỉnh, vì thế có thể dẫn đến tình trạng thiếu pháp luật hoặc tạo ra những lỗ hổng, khoảng trống trong pháp luật. VBQPPL có tính ổn định tương đối cao nên nhiều khi kém linh hoạt hơn các nguồn khác. Quy trình xây dựng và ban hành VBQPPL cũng lâu dài và tốn kém hơn một số nguồn khác.

Văn bản quy phạm pháp luật không chỉ là nguồn hình thức mà còn có thể là nguồn nội dung của pháp luật, bởi, nếu xét về nội dung thì các quy định trong các văn bản có giá trị pháp lý cao hơn lại có thể trở thành nguồn nội dung cho các văn bản có giá trị pháp lý thấp hơn. Chẳng hạn, các quy định của Hiến pháp là nguồn nội dung của tất cả các VBQPPL khác vì các quy định trong các văn bản ấy được xây dựng, ban hành dựa trên cơ sở các quy định của Hiến pháp, trong nhiều trường hợp là sự cụ thể hoá, chi tiết hoá nhằm thực hiện Hiến pháp trong thực tế… Hoặc một đạo luật nào đó có thể trở thành nguồn nội dung cho các nghị định hướng dẫn thi hành nó [28].

1.1.3.2. Phong tục tập quán

Có nhiều quan niệm khác nhau về phong tục tập quán, song dưới góc độ coi nó là một dạng quy phạm xã hội thì có thể hiểu phong tục tập quán là những cách ứng xử hay những thói quen ứng xử hoặc những quy tắc xử sự chung được hình thành một cách tự phát trong một cộng đồng dân cư nhất định, được bảo đảm thực hiện bằng thói quen, bằng sức thuyết phục của chúng, bằng dư luận xã hội và có thể bằng cả một số biện pháp cưỡng chế phi nhà nước.

Theo Từ điển Black's Law thì tập quán (custom) là "thực tế mà bằng sự thừa nhận chung và lâu dài đối với nó, thói quen không thay đổi đã trở thành có hiệu lực như pháp luật" [77]. Sau đó, Từ điển này đề cập đến một số loại tập quán như: tập quán thông thường là một tập quán chỉ được thực hiện trực tiếp thông qua sự môi giới của các sự thoả thuận để nó được chấp nhận và được làm theo trong trường hợp cá biệt của cá nhân như là pháp luật thông thường giữa các bên trong những thoả thuận này - cũng còn được gọi là phong tục; tập quán chung có hai nghĩa, một là một tập quán thịnh hành khắp đất nước và tạo nên một trong các nguồn của pháp luật của đất nước, hai là một tập quán mà được công nhận và tuân theo trong thương mại; tập quán pháp luật là tập quán được thực hiện như là một quy định bắt buộc của pháp luật, không phụ thuộc vào một thoả thuận nào của các chủ thể liên quan đến nó - thường là sự thu hẹp của tập quán; tập quán địa phương là tập quán chỉ thịnh hành ở một số địa phương nhất định như là một thành phố hoặc một tỉnh và tạo thành nguồn của pháp luật chỉ trong địa phương đó - cũng còn được gọi là tập quán đặc biệt, tập quán riêng biệt. Từ điển này còn đề cập đến cụm từ tập quán và phong tục (custom and usage) và giải thích đó là những quy định, những thực tiễn chung đã được công chúng công nhận thông qua thói quen không thay đổi và thói quen chung.

Theo quan niệm trên thì tất cả các loại tập quán như tập quán thông thường, tập quán chung, tập quán pháp luật và tập quán địa phương đều có thể trở thành nguồn của pháp luật.

Phong tục tập quán vừa có thể là nguồn nội dung, vừa có thể là nguồn hình thức của pháp luật. Những phong tục tập quán tiến bộ, tốt đẹp, phù hợp với ý chí của Nhà nước, được Nhà nước thừa nhận sẽ trở thành nguồn nội dung của pháp luật. Ví dụ, việc Nhà nước thừa nhận phong tục ăn Tết Nguyên đán, phong tục Giỗ tổ Hùng Vương ngày 10 tháng 3 âm lịch đã dẫn đến quy định cho phép người lao động, cán bộ, công chức, học sinh, sinh viên… được nghỉ làm việc, học tập trong những ngày này.

Ngoài ra, trong một số lĩnh vực, các quy tắc và quan niệm đạo đức chính thống, các truyền thống tốt đẹp của dân tộc cũng có thể trở thành nguồn nội dung của pháp luật. Các quy định về quyền, nghĩa vụ của cha mẹ và con cái, của ông bà và các cháu, của vợ và chồng, của các thành viên khác trong gia đình với nhau trong pháp luật hôn nhân và gia đình là sự thể chế hóa các quan niệm đạo đức truyền thống, là sự thừa nhận các quy tắc đạo đức thịnh hành trong xã hội;…

Ngược lại, có những phong tục tập quán cổ hủ, lạc hậu, phản tiến bộ khiến Nhà nước ban hành VBQPPL nhằm xóa bỏ, loại trừ dần chúng khỏi đời sống xã hội. Ví dụ, sự tồn tại của phong tục đốt pháo gây lãng phí tiền bạc, tai nạn thương tâm dẫn đến việc Nhà nước ban hành quy định cấm sản xuất và đốt pháo để loại trừ phong tục này.

Phong tục tập quán là nguồn hình thức của pháp luật trong những trường hợp nó được áp dụng vào việc giải quyết các vụ việc xảy ra trong thực tế. Việc thừa nhận phong tục tập quán là nguồn hình thức của pháp luật đã được thể hiện cụ thể trong một số đạo luật của nước ta. Ví dụ, Điều 3 Bộ luật Dân sự năm 2005 quy định: "Trong trường hợp pháp luật không quy định và các bên không có thoả thuận thì có thể áp dụng tập quán;… Tập quán… không được trái với những nguyên tắc quy định trong Bộ luật này" [45]; hoặc theo Điều 6 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000 thì, "trong quan hệ hôn nhân và gia đình, những phong tục, tập quán thể hiện bản sắc của mỗi dân tộc

mà không trái với những nguyên tắc quy định tại Luật này thì được tôn trọng và phát huy" [42].

Trong loại nguồn này còn bao gồm cả các tập quán quốc tế đã được thừa nhận và áp dụng tại Việt Nam như các tập quán thương mại quốc tế.

Nói chung, phong tục tập quán chỉ được coi là nguồn thứ yếu của pháp luật Việt Nam bởi các quy định của nó chủ yếu tồn tại dưới dạng bất thành văn nên thường chỉ được hiểu một cách ước lệ, thiếu rõ ràng, cụ thể, khó bảo đảm cho việc hiểu và áp dụng thống nhất trong phạm vi rộng. Song, ưu điểm của phong tục tập quán là hình thành từ thực tiễn cuộc sống, từ những thói quen ứng xử hàng ngày nên rất gần gũi với nhân dân và thường được nhân dân tự giác thực hiện. Vì vậy, phong tục tập quán có thể góp phần bổ sung cho chỗ thiếu của pháp luật, khắc phục những lỗ hổng của pháp luật nên cần được tiếp tục sử dụng cùng với các VBQPPL. Điều cần thiết hiện nay là phải có hình thức xác định cụ thể những tập quán được Nhà nước thừa nhận để bảo đảm cho việc áp dụng pháp luật được thống nhất và bảo đảm công bằng xã hội.

1.1.3.3. Đường lối, chính sách của Đảng

Đường lối, chính sách của Đảng được coi là nguồn nội dung của pháp luật bởi vì chúng định ra mục tiêu, phương hướng phát triển kinh tế - xã hội của đất nước trong một giai đoạn nhất định cũng như những phương pháp, cách thức cơ bản để thực hiện những mục tiêu, phương hướng này. Và những mục tiêu, phương hướng, phương pháp và cách thức đó sẽ được Nhà nước thể chế hoá thành pháp luật và tổ chức thực hiện trong thực tế. Nội dung các quy định trong các VBQPPL, từ Hiến pháp, luật cho đến các văn bản dưới luật đều phải phù hợp, không được trái với đường lối, chính sách của Đảng. Về mặt lý luận, đường lối, chính sách của Đảng chỉ có thể là nguồn nội dung mà không thể là nguồn hình thức của pháp luật. Song, trong thực tế có lúc nó cũng được coi là nguồn hình thức của pháp luật như việc áp dụng thẳng Nghị

quyết 10 và Chỉ thị 100 của Đảng về khoán sản phẩm trong nông nghiệp ở một số địa phương trước đây. Nói chung, việc áp dụng thẳng đường lối, chính sách của Đảng vào các lĩnh vực của xã hội là một hạn chế cần khắc phục, vì về mặt nguyên tắc, đường lối, chính sách của Đảng chỉ có giá trị bắt buộc phải tôn trọng hoặc thực hiện nghiêm chỉnh đối với các đảng viên và các tổ chức đảng. Và dĩ nhiên, đường lối, chính sách đó chỉ có thể có giá trị bắt buộc phải tôn trọng và thực hiện đối với toàn xã hội khi nó được Nhà nước thể chế hoá thành pháp luật.

1.1.3.4. Các tư tưởng, học thuyết pháp lý

Các tư tưởng, học thuyết pháp lý cũng có thể trở thành nguồn nội dung của pháp luật. Chẳng hạn, theo Điều 2 của Hiến pháp hiện hành của nước ta thì:

> Nhà nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam là Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa của nhân dân, do nhân dân, vì nhân dân. Tất cả quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân mà nền tảng là liên minh giữa giai cấp công nhân với giai cấp nông dân và đội ngũ trí thức.
>
> Quyền lực nhà nước là thống nhất, có sự phân công và phối hợp giữa các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp [41].

Quy định này của Hiến pháp được xây dựng trên cơ sở sự kế thừa tư tưởng của chủ nghĩa Mác - Lênin, tư tưởng Hồ Chí Minh về nhà nước và pháp luật; tư tưởng chủ quyền nhân dân; tư tưởng nhà nước pháp quyền và tiếp nhận các yếu tố hợp lý của học thuyết phân chia quyền lực nhà nước.

1.1.3.5. Một số nguồn pháp luật dự kiến

Trên đây là các loại nguồn đã được chính thức thừa nhận trong pháp luật và trong thực tế ở nước ta. Ngoài ra, Nghị quyết số 48-NQ/TW ngày

24/5/2005 của Bộ Chính trị về chiến lược xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam đến năm 2010, định hướng đến năm 2020 còn nêu: "nghiên cứu về khả năng khai thác, sử dụng án lệ,… và quy tắc của các hiệp hội nghề nghiệp, góp phần bổ sung và hoàn thiện pháp luật" [20]. Theo tinh thần của Nghị quyết này, thì trong tương lai, pháp luật Việt Nam có thể có thêm hai nguồn sau:

+ *Án lệ hay các quyết định, bản án của tòa án* [28]

Trong pháp luật, án lệ là một vụ việc đã được xét xử hoặc quyết định của toà án được xem như sự cung cấp quy định hoặc quyền lực cho quyết định của một vụ việc giống hoặc tương tự xảy ra về sau, hoặc cho một vấn đề tương tự của pháp luật, hoặc khi các sự kiện là khác nhau thì nguyên tắc chi phối vụ việc đầu tiên có thể áp dụng được cho các sự kiện khác nhau chút ít.

+ *Quy tắc của các hiệp hội nghề nghiệp* [28]

Loại nguồn dự kiến này mới chỉ được đề cập đến trong Nghị quyết số 48-NQ/TW nói trên mà dường như chưa có tiền lệ ở Việt Nam và cũng chưa được thừa nhận chính thức về mặt Nhà nước. Chỉ mới có quy định của các tổ chức chính trị - xã hội là đã được thừa nhận một cách gián tiếp trong một số văn bản. Ví dụ, Pháp lệnh Cán bộ, công chức năm 1998 (được sửa đổi, bổ sung năm 2003) đã thừa nhận một cách gián tiếp rằng quy định của các tổ chức chính trị - xã hội cũng có thể được thừa nhận là một trong các nguồn hình thức của pháp luật thông qua việc thừa nhận những người do bầu cử để đảm nhiệm chức vụ theo nhiệm kỳ trong các tổ chức chính trị, tổ chức chính trị - xã hội, Bí thư, Phó bí thư Đảng uỷ, người đứng đầu tổ chức chính trị - xã hội cấp xã… cũng là cán bộ, công chức. Theo đó, những cán bộ, công chức thuộc loại này nếu vi phạm kỷ luật của các tổ chức đó thì khi xử lý họ, quy định của các tổ chức đó cũng sẽ được viện dẫn và áp dụng.

1.2. KHÁI NIỆM ÁN LỆ VÀ NHỮNG VẤN ĐỀ CƠ BẢN VỀ ÁN LỆ

1.2.1. Khái niệm án lệ

Theo Từ điển Bách khoa Việt Nam thì án lệ được hiểu là: "Quyết định hoặc bản án của tòa cấp trên có giá trị bắt buộc đối với tòa cấp dưới; tòa phá án cũng phải tôn trọng quyết định trước đó của bản thân mình (riêng ở Mỹ, Tòa án tối cao không tự coi mình có trách nhiệm đó)" [63].

Theo Từ điển Luật học thì án lệ được hiểu là: "Bản án đã tuyên hoặc một sự giải thích, áp dụng pháp luật được coi như một tiền lệ làm cơ sở để các thẩm phán sau đó có thể áp dụng trong các trường hợp tương tự" [67].

Theo Từ điển pháp luật Anh - Việt thì khái niệm án lệ "precedent" hay tiền lệ được hiểu như sau: "Lời phán quyết của tòa án, thông thường được ghi lại trong tập san án lệ (Law report) và sử dụng như một quyền để đưa ra quyết định tương tự trong các vụ án tiếp theo" [68].

Theo Từ điển Luật học Anh thì án lệ được hiểu là: "Bản án hoặc quyết định được nêu ra để chứng minh cho một quyết định trong một vụ việc gần tương tự sau đó" [71].

Theo Từ điển Luật học Mỹ thì án lệ được hiểu là: "Một quyết định xét xử mà ở đó tạo ra một quy tắc với vai trò là điểm quy chiếu để quyết định những vụ án sau này có cùng tình tiết hoặc vấn đề pháp lý" [77].

Xem xét các khái niệm trên ta có thể hiểu tổng quát về án lệ như sau:

Như đã trình bày ở phần trên, án lệ có thể là một vụ việc đã được xét xử hoặc quyết định của toà án được xem như sự cung cấp quy định hoặc quyền lực cho quyết định của một vụ việc giống hoặc tương tự xảy ra về sau, hoặc cho một vấn đề tương tự của pháp luật, hoặc khi các sự kiện là khác nhau thì nguyên tắc chi phối vụ việc đầu tiên có thể áp dụng được cho các sự kiện khác nhau chút ít.

Một án lệ có thể là một bản án, quyết định của toà án chứa đựng trong nó một nguyên tắc. Nguyên lý cơ bản giống như mẫu mà phần có căn cứ đích xác của nó thường được gọi là nguyên tắc pháp lý cho một phán quyết trong một trường hợp cụ thể. Một quyết định cụ thể là bắt buộc đối với các bên, nhưng nó là bản tóm tắt của nguyên tắc pháp lý cho một phán quyết trong một trường hợp cụ thể mà chỉ có nó có hiệu lực pháp luật.

Cũng có thể nói một cách khái quát là, một vụ việc trở thành án lệ vì quy định chung như vậy là cần thiết đối với quyết định thực tế có thể được đưa ra là sự biến dạng trong những trường hợp phụ.

Thường thì, một án lệ cũng có thể được chấp nhận, tôn trọng không phải bởi nó bao quát một logic ổn định mà bởi từ các phần của nó có thể nảy sinh ra ý tưởng về mẫu mới của quyết định.

Án lệ có thể được vận dụng theo sự áp đặt, bắt buộc hoặc có thể chỉ mang tính thuyết phục, lựa chọn. Theo đó, *án lệ bắt buộc* là án lệ mà toà án bắt buộc phải tuân theo, ví dụ, toà án cấp thấp hơn bị giới hạn bởi một cách áp dụng của một toà án cấp cao hơn trong một vụ xét xử tương tự. *Án lệ thuyết phục* là một án lệ mà toà án có thể hoặc là tuân theo hoặc là từ chối, nhưng điều khoản của nó phải được tôn trọng và cân nhắc cẩn thận. Ngoài ra, người ta còn thấy án lệ biểu hiện ở dạng *án lệ giải thích*, nghĩa là án lệ chỉ có thể được áp dụng cho một quy định pháp luật hiện đã có rồi. Hoặc, *án lệ gốc* là án lệ tạo ra và áp dụng một quy định mới của pháp luật.

Như vậy, chúng ta có thể hiểu án lệ là quyết định hoặc lập luận, nguyên tắc hoặc sự giải thích pháp luật do toà án đưa ra khi giải quyết một vụ việc cụ thể được nhà nước thừa nhận làm mẫu hoặc làm cơ sở để toà án dựa vào đó đưa ra quyết định hoặc lập luận để giải quyết vụ việc khác xảy ra về sau có nội dung hoặc tình tiết tương tự. Án lệ được coi là nguồn của pháp luật cũng bao gồm nhiều loại như: án lệ bắt buộc, án lệ thuyết phục, án lệ để giải thích, án lệ gốc.

Ở các nước thuộc hệ thống thông luật, án lệ đóng vai trò là loại nguồn rất quan trọng của pháp luật. Nơi đó, án lệ tỏ rõ một số ưu điểm như: nó đề cập đến các vụ việc đã xảy ra trong thực tế mà không phải là những giả thuyết có tính lý luận về những tình huống có thể xảy ra trong tương lai, vì vậy, nó thường phong phú và đa dạng hơn pháp luật thành văn; góp phần bổ sung cho những thiếu sót, những lỗ hổng của pháp luật thành văn và khắc phục được tình trạng thiếu pháp luật; tạo điều kiện cho việc áp dụng pháp luật được dễ dàng, thuân lợi hơn.

Qua xem xét các khái niệm và các nội dung được phân tích ở trên có thể thấy rằng, quan niệm về án lệ ở các quốc gia khác nhau và các hệ thống pháp luật khác nhau là không giống nhau. Nhưng nhìn chung, chúng đều có những đặc điểm cơ bản sau:

Thứ nhất, án lệ trước hết phải là bản án, quyết định của tòa án, nhưng không phải là mọi bản án, quyết định của tòa án mà chỉ những bản án, quyết định nào chứa đựng cách thức, quan điểm chung được tòa án sử dụng trong việc giải quyết vấn đề pháp luật trong chính các bản án, quyết định đó.

Thứ hai, một bản án, quyết định của tòa án chỉ có thể được coi là án lệ khi mà giải pháp trong bản án, quyết định đó được sử dụng lặp đi lặp lại để giải quyết các vụ án, vụ việc tương tự nhằm tạo ra cái gọi là tiền lệ. Tuy nhiên, tính "tiền lệ" này cũng không được hiểu thống nhất trong các quốc gia và hệ thống pháp luật khác nhau. Thông thường, ở những nước có khuynh hướng theo hệ thống pháp luật Civil Law thì "tiền lệ" này chỉ mang tính hướng dẫn, khuyến cáo, thuyết phục các tòa cấp dưới chứ không có hiệu lực bắt buộc như trong những nước có khuynh hướng theo Hệ thống pháp luật Common Law.

Thứ ba, bản án, quyết định là có giá trị án lệ phải là cơ sở cho tòa án cấp dưới vận dụng khi xét xử một vụ án, vụ việc tương tự. "Cơ sở" này có thể mang tính chất bắt buộc hoặc mang tính chất tham khảo. Tính tương tự ở đây được hiểu là tương tự nhau về tình tiết, sự kiện cơ bản và tương tự về vấn đề pháp lý.

Từ những nghiên cứu nói trên, tác giả đưa ra khái niệm án lệ như sau: *Án lệ là bản án, quyết định của Tòa án chứa đựng cách thức áp dụng pháp luật được tòa án sau đó vận dụng một cách chủ động hoặc bị động để giải quyết vụ án, vụ việc có nội dung tương tự.*

1.2.2. Phân biệt khái niệm án lệ với một số khái niệm tương đồng

**** Phân biệt án lệ với tiền lệ pháp***

Tiền lệ pháp là "hình thức Nhà nước thừa nhận các quyết định của cơ quan hành chính hoặc cơ quan xét xử cấp trên khi giải quyết các vụ việc cụ thể, làm cơ sở áp dụng đối với các trường hợp tương tự" [64]. Theo đó, tiền lệ pháp bao hàm tiền lệ tư pháp (các bản án, quyết định của cơ quan xét xử - cơ quan tư pháp) và tiền lệ hành pháp (các quyết định hành chính, hành vi hành chính của cơ quan hành chính).

Như vậy, nội hàm của khái niệm "tiền lệ pháp" rộng hơn khái niệm "án lệ". Mặt khác, ở nhiều quốc gia, khái niệm "tiền lệ pháp" thông thường chỉ mang tính học thuật mà không mang tính pháp lý như khái niệm "án lệ".

**** Phân biệt án lệ với tập quán pháp***

Tập quán pháp là "những tập quán được Nhà nước thừa nhận và đảm bảo thực hiện bằng cưỡng chế nhà nước" [67].

Cũng theo cuốn Từ điển Luật học thì tập quán pháp là một trong ba hình thức pháp luật phổ biến cùng án lệ và VBQPPL. Như vậy, nếu xem xét dưới góc độ hình thức pháp luật như trên thì rõ ràng tập quán pháp và án lệ là hai khái niệm độc lập và khác nhau.

**** Phân biệt án lệ với luật tương tự (áp dụng tương tự về quy phạm pháp luật)***

Áp dụng tương tự về quy phạm pháp luật là "giải quyết một vụ việc cụ thể không được dự liệu trong luật bằng việc áp dụng một điều luật, một quy phạm pháp luật có nội dung tình tiết gần giống" [2, tr. 17]. Việc cho áp dụng

tương tự về luật được quy định trong luật hình sự khi cơ quan lập pháp thấy cần thiết để bảo đảm việc đấu tranh chống tội phạm, ví dụ, Điều 18 Sắc lệnh 133/SL ngày 20/01/1953: "Kẻ nào phạm tội quản quốc khác mà chưa quy định trong luật này, sẽ chiếu theo tội tương tự mà xét xử". Về hình sự, việc áp dụng tương tự về luật phải chặt chẽ, thận trọng, theo nguyên tắc chung đã được thừa nhận: "không có luật, không có tội" (Nulla ponea sine lege) [67].

Như vậy, điểm giống nhau giữa *án lệ* và *luật tương tự* là ở chỗ chúng đều được sử dụng khi có lỗ hổng pháp luật. Nhưng, điểm khác nhau giữa chúng là ở chỗ, đối với án lệ thì người ta hoặc bắt buộc hoặc vận dụng những bản án, quyết định đã có hiệu lực như một cách thức để xét xử vụ việc có nội dung tương tự. Còn với *luật tương tự* thì người ta lựa chọn qui phạm pháp luật cùng ngành có "nội dung tình tiết gần giống" để giải quyết vụ việc.

**** Phân biệt án lệ với án mẫu***

Án mẫu là *những bản án được xây dựng trên những cơ sở pháp luật hết sức vững chắc mà trong những tình huống như vậy, khó có thể đưa ra phán quyết khác được; do đó, khi có những tình huống tương tự thì tòa án phải đưa ra các phán quyết tương tự* [52].

Như vậy, khi một bản án được coi là án mẫu thì Toà án tối cao sẽ chuyển tải đến các toà án cấp dưới để làm nguồn tham khảo và các Toà án cấp dưới coi đó là những bản án mẫu để xét xử những vụ án tương tự.

Điểm giống nhau giữa án lệ và án mẫu là trong các điều kiện tương tự thì tòa án đều phải ra những phán quyết chung được coi là chuẩn mực và các phán quyết đó được thừa nhận như những giá trị bắt buộc chung. Đây là điều đã gây ra khá nhiều nhầm lẫn giữa án lệ và án mẫu của nhiều học giả trong thời gian qua.

Tuy nhiên, điểm khác nhau rõ ràng giữa án lệ và án mẫu là ở chỗ, khi nói đến án lệ, người ta thường nói đến sự khiếm khuyết của các quy phạm

pháp luật trong một hệ thống pháp luật. Thông thường, án lệ chỉ xuất hiện khi có một sự kiện pháp lý mới nảy sinh mà chưa có những quy phạm pháp luật thực định điều chỉnh cụ thể về lĩnh vực đó hoặc do xung đột pháp luật mà chưa có các dẫn chiếu pháp luật rõ ràng. Không giống như án lệ, có thể nói môi trường áp dụng của án mẫu trong các quan hệ pháp luật dường như không có những hạn chế trong các ngành luật vì việc áp dụng án mẫu thường không đi trái các nguyên tắc pháp lý thông thường.

Hơn nữa, việc ra đời của án mẫu xuất phát từ những cơ sở pháp luật hết sức vững chắc (nghĩa là, có đầy đủ quy phạm pháp luật để chiều chỉnh) mà trong những tình huống tương tự khó có thể đưa ra phán quyết khác được. Chính vì vậy, án mẫu được các nhà thực tiễn hết sức cổ vũ vì nó làm cho việc áp dụng pháp luật được gần gũi nhau hơn giữa các toà án trong cùng một hệ thống tư pháp. Chẳng hạn, với một khoảng cách giữa giới hạn trên và giới hạn dưới khá cao như trong Bộ luật Hình sự nước ta: ở đó mức thấp nhất và mức cao nhất của cùng một khoản trong một điều luật là khá cao (ví dụ: Khoản 1 các điều 82, 83, 84, 85 Bộ luật Hình sự có khoảng cách từ mức thấp nhất đến mức cao nhất là từ 12 năm đến tử hình; Điều 86, Khoản 1, khoảng cách trên và khoảng cách dưới là 13 năm. Ngoài ra còn có khá nhiều điều khoản quy định về hình phạt tù có thời hạn có khoảng cách trên và dưới lên đến 10 năm). Do vậy, nhằm tránh tình trạng có cùng mô tả cấu thành nhưng có người được áp dụng mức thấp nhất của khung, có người lại được xử ở khung cao nhất; hoặc có những vụ việc giống nhau nhưng lại có những phán quyết khác nhau trong các vụ án gây nhiều tranh cãi trong hoạt động xét xử, thì những bản án mẫu sẽ được tham khảo cho các trường hợp tương tự nhằm đưa ra phương án xử lý thích hợp nhất.

1.2.3. Ưu điểm, nhược điểm của án lệ

+ Những ưu điểm của án lệ

Theo Giáo sư luật học William Geldart, án lệ có những ưu điểm sau:

Việc xét xử mang tính rõ ràng; pháp luật được phát triển một cách chi tiết thông qua thực tiễn xét xử; luật pháp được cụ thể hóa qua thực tiễn.

Đề cập đến những vụ việc đã xảy ra trong thực tế mà không phải là những giả thuyết có tính lý luận về những tình huống có thể xảy ra trong tương lai, vì vậy nó thường phong phú và đa dạng hơn so với pháp luật thành văn.

Góp phần bổ sung cho những thiếu sót, những lỗ hổng của pháp luật thành văn và khắc phục được tình trạng thiếu pháp luật;

Án lệ cũng góp phần giải thích và vận dụng pháp luật trong từng trường hợp cụ thể. Những trường hợp thẩm phán phải giải thích và vận dụng pháp luật rất đa dạng, do pháp luật quy định không rõ ràng, quy định một cách vô lý hay đã bị lạc hậu so với tình hình thực tế mà nhà lập pháp chưa có điều kiện hay vì một lý do nào đó chưa thay thế bằng một quy định mới. Do đó chức năng bổ khuyết cho pháp luật giúp cho án lệ có vai trò lớn trong việc tạo nguồn quy phạm cho pháp luật.

Với sự trợ giúp của án lệ các vụ việc được giải quyết nhanh chóng hơn khi chưa có luật thành văn điều chỉnh.

Tạo sự thống nhất trong công tác xét xử giữa các cấp toà án.

Án lệ cũng góp phần nâng cao trình độ của các thẩm phán, luật sư… do đòi hỏi của việc xét xử và tranh tụng nên họ cần phải tìm hiểu về rất nhiều án lệ.

Án lệ là biện pháp hữu hiệu để phòng chống tham nhũng trong ngành tư pháp. Đối với các vụ án tương tự nhau hoặc giống nhau thì thẩm phán không thể tham nhũng để xử ưu đãi cho một bên được.

Các án lệ của Toà án tối cao cũng có đóng góp quan trọng trong việc thiết lập các biện pháp bảo đảm các quyền của công dân trong quan hệ tố tụng.

Công nhận án lệ cũng góp phần rất hiệu quả vào công cuộc tiết kiệm pháp luật và chống lãnh phí pháp luật đồng thời góp phần tích cực vào việc

tiết kiệm và chống lãng phí tài nguyên quốc gia. Hiện nay, chúng ta đang trong tình trạng quan niệm về pháp luật, nguồn pháp luật còn hạn hẹp, chưa bao quát và đúng nghĩa của pháp luật đích thực; tư duy cụ thể, cứng nhắc trên bình diện xây dựng và thực hiện - áp dụng pháp luật; chưa xác định đầy đủ mối tương quan giữa "quy tắc" (quy phạm) và nguyên tắc pháp luật, tinh thần pháp luật. Nếu áp dụng chỉ một loại nguồn pháp luật là VBQPPL thì chất lượng văn bản có tốt đến mấy cũng không thể giải quyết thỏa đáng, hợp lý, kịp thời được các vấn đề của cuộc sống đặt ra và đấy cũng là một trong những biểu hiện của sự lãng phí pháp luật, chưa thật sự tiết kiệm pháp luật - một sự tiết kiệm pháp luật có văn hóa và hiệu quả. Áp dụng đa dạng các loại nguồn pháp luật trên nguyên tắc và trong khuôn khổ của đạo đức xã hội, tinh thần pháp quyền cũng chính là một cách thực hành tiết kiệm, giảm bớt sự lãng phí về tiền bạc, thời gian, công sức của các cá nhân, tổ chức và toàn xã hội, đảm bảo và gia tăng niềm tin vào công lý, hạn chế đến mức thấp nhất các thiệt hại vật chất và tinh thần, các hiện tượng hư vô pháp luật [40].

+ Những nhược điểm của án lệ

Tuy nhiên, ngoài những tác động tích cực trên việc áp dụng án lệ cũng có những nhược điểm nhất định. Đó là:

Sự nghiêm ngặt: án lệ bắt buộc áp dụng đã trở thành lực cản đối với sự sáng tạo của các Thẩm phán khi xét xử bởi họ phải tuân thủ án lệ một cách nghiêm ngặt.

Nguy cơ của việc so sánh không logic, tuỳ tiện giữa vụ án lệ đang xét xử với án lệ để tránh việc áp dụng án lệ cho vụ án đang xét xử.

Áp dụng phức tạp: khối lượng lớn án lệ và sự pháp tạp truy cứu chúng là khó khăn lớn đối với các thẩm phán và luật sư.

Tuy nhiên, với những ưu điểm mà án lệ mang lại cũng chính là một trong những lý do quan trọng để các quốc gia sử dụng án lệ trong hoạt động xét xử của nước mình. Ngoài ra, các hạn chế của án lệ cũng đang được khắc

phục và điều chỉnh để việc áp dụng án lệ đạt được hiệu quả như mong muốn trong thực tiễn.

Việc sử dụng án lệ cũng đang được các quốc gia theo truyền thống luật thành văn thực hiện ở một mức độ nhất định. Điều đó cho thấy án lệ ngày càng có vị trí quan trọng trong các hệ thống luật thành văn trên thế giới.

1.2.4. Điều kiện bản án, quyết định trở thành án lệ

Một bản án trở thành án lệ phải đáp ứng được các điều kiện cơ bản sau đây:

Thứ nhất, nội dung của bản án được coi là án lệ phải liên quan đến vấn đề pháp lý chưa được VBQPPL đề cập hoặc đề cập còn chung chung, thiếu tính cụ thể. Một trong những yếu tố quan trọng để tạo ra án lệ là quyết định của thẩm phán trong vụ án cụ thể liên quan đến các vấn đề pháp luật mới nảy sinh hoặc một nghi vấn pháp luật. Đó là các vấn đề nảy sinh trong các vụ án có liên quan đến câu hỏi luật cần áp dụng đối với các sự kiện thực tế nảy sinh trong vụ án là gì và nó được áp dụng vào các sự kiện thực tế trong vụ án như thế nào? Thực chất vấn đề pháp luật ở đâu chưa được giải quyết, chưa có lời giải đáp trong tiễn. Do đó, khi xét xử thẩm phán đã tìm ra lời giải đối với vấn đề pháp luật đặt ra trong vụ án. Có thể hiểu, thẩm phán đã sáng tạo ra pháp luật. Điều này cũng đồng nghĩa với việc phán quyết của thẩm phán trong vụ việc cụ thể này đã tạo ra một án lệ cho các vụ việc tương lai.

Thứ hai, trong bản án phải thể hiện quan điểm đánh giá chứng cứ của thẩm phán hoặc của các thẩm phán trong Hội đồng xét xử về các vấn đề pháp luật được đặt ra. Nếu không có quan điểm, đường lối giải quyết trong bản án thì không thể trở thành án lệ. Thông thường những bản án tạo thành những án lệ phổ biến gắn liền với việc các thẩm phán thể hiện quan điểm của mình đối với câu hỏi pháp luật đặt ra một cách rõ ràng, dứt khoát. Quan điểm của thẩm phán đối với vấn đề pháp lý mới nảy sinh trong vụ án sẽ được chấp nhận khi thẩm phán có những lập luận đưa ra trong một án lệ hợp lý và có logic pháp luật. Cụm từ mà thông thường vẫn sử dụng để đánh giá tính hợp tình hợp lý

đối với thẩm phán "làm luật" sáng tạo ra pháp luật khi xét xử đó là "tính hợp lý" hay "lập luận hợp lý". Đặc điểm này là một đặc trưng rất cơ bản trong văn hóa pháp lý của các thẩm phán ở các hệ thống pháp luật bị ảnh hưởng bởi truyền thống Thông luật (Common Law).

Thứ ba, án lệ do thẩm phán tạo ra phải xuất phát từ vấn đề pháp lý trong các vụ việc và thẩm phán đứng trước nhiệm vụ phải đưa ra phán quyết, bằng cách này thẩm phán đã tạo ra luật trong một trường hợp cụ thể. Nếu xét về con đường hình thành ra pháp luật thì cách tạo ra án lệ trong điều kiện này khác hẳn với công việc xây dựng luật của các nhà lập pháp. Các thẩm phán trong hệ thống Common Law đặc biệt là trong pháp luật Anh không coi công việc của họ đơn thuần là áp dụng pháp luật mà họ còn có chức năng sáng tạo ra pháp luật (qua các án lệ) để góp phần hoàn thiện pháp luật. Đối với những trường hợp dù đã có quy phạm pháp luật điều chỉnh quan hệ phát sinh tranh chấp, thì án lệ được tạo ra chính là lời giải đáp cho việc áp dụng các quy định pháp luật chứa đựng những nguyên tắc chung trong một trường hợp cụ thể. Một thực tế hiển nhiên là văn bản pháp luật do cơ quan lập pháp ban hành, rất nhiều trường hợp có chứa đựng các quy phạm với cách khái quát cao và trừu tượng. Đương nhiên, các nhà lập pháp không thể tiên liệu được hết các thay đổi của điều kiện thực tế trong cuộc sống xã hội. Chính điều này đã tạo điều kiện cho các thẩm phán tạo ra các án lệ khi hiểu và giải thích, áp dụng các văn bản pháp luật cũng như các đạo luật. Như vậy, án lệ do thẩm phán tạo ra luôn dựa trên cơ sở của các vụ kiện cụ thể, khi trở thành án lệ thì được các thẩm phán viện dẫn làm căn cứ giải quyết các vụ việc tương tự. Khi đó, những nội dung của án lệ sẽ được các thẩm phán viện dẫn, nhắc lại để phục vụ cho lập luận hợp lý của họ.

Thứ tư, là bản án, quyết định của Tòa án cấp cao nhất và sau cùng về vấn đề pháp lý đó (thông thường là bản án, quyết định của Tòa án tối cao).

Thứ năm, án lệ được tạo ra bởi tòa án có thẩm quyền. Án lệ được thiết lập ngay tại tòa án, tuy nhiên không phải tòa án nào cũng tạo án lệ mà những

bản án, quyết định thuộc các tòa có thẩm quyền mới đáp ứng điều kiện trở thành án lệ. Thông thường, án lệ được tạo ra bởi các tòa án cấp cao trong hệ thống tòa án của mỗi nước. Trong đó, tòa án tối cao có vị trí vô cùng quan trọng trong việc phát triển và thiết lập các án lệ thông qua thực tiễn xét xử. Thông thường và chủ yếu là bản án, quyết định của TANDTC.

Về một vấn đề pháp lý, nếu chưa có bản án, quyết định của TANDTC thì bản án, quyết định của tòa án cấp tỉnh có thể trở thành án lệ. Tương tự như vậy, nếu về vấn đề pháp lý đó mà tòa án cấp tỉnh không có bản án, quyết định nào thì bản án, quyết định của tòa cấp sơ thẩm có hiệu lực pháp luật cũng có thể trở thành án lệ (tuy nhiên trường hợp này rất hiếm vì bản án, quyết định đó phải không có kháng cáo, kháng nghị và đáp ứng đủ ba điều kiện nêu trên). Vấn đề đặt ra là nếu về cùng một vấn đề pháp lý mà đã được giải quyết ở nhiều tòa án cấp huyện của nhiều tỉnh khác nhau thì bản án, quyết định nào là có giá trị án lệ? Có thể nói rằng, bản án, quyết định ban hành sau cùng nhất nhưng là lần đầu tiên lập luận, giải thích, giải quyết vấn đề pháp lý theo hướng đó, từ đó trở đi không có bản án, quyết định nào giải quyết theo hướng khác mà được chấp nhận (không có kháng cáo, kháng nghị hoặc có kháng cáo, kháng nghị nhưng tòa án cấp phúc thẩm vẫn giữ nguyên bản án, quyết định của tòa án cấp sơ thẩm về vấn đề pháp lý đó). Ở đây, tác giả muốn nói đến thứ tự ưu tiên áp dụng, viện dẫn bản án, quyết định có giá trị án lệ trong bản án, quyết định ban hành sau cũng như việc bãi bỏ bản án, quyết định có giá trị án lệ và hình thành án lệ mới. Mặt khác, tiêu chí *"bản án, quyết định của tòa án cấp cao nhất và sau cùng về vấn đề pháp lý đó"* chỉ được đặt ra khi chúng ta quan điểm về án lệ theo hướng viện dẫn án lệ là bắt buộc. Còn nếu việc viện dẫn án lệ chỉ mang tính tham khảo thì tiêu chí này cũng không cần thiết đặt ra vì theo hướng này thì tòa án cấp trên có thể viện dẫn án lệ của tòa án cấp dưới.

Ngoài ra, để án lệ có thể phát huy được vai trò trong đời sống pháp luật thì còn phải đáp lưu lý đến một số yếu tố như: Án lệ phải được công bố

công khai; Án lệ phải được thiết lập và sử dụng phù hợp với cơ cấu tổ chức của mỗi hệ thống tòa án; Án lệ phải được tạo thành thói quen sử dụng trong xét xử.

1.2.5. Quy trình sửa đổi án lệ

Án lệ ở một số nước như Anh, Mỹ được cho là cần phải áp dụng bắt buộc. Do vậy tính khuôn mẫu của bản án phải dựa trên những tiêu chuẩn nhất định nhằm có sự thống nhất xuyên suốt trong những vụ việc tương tự về sau. Thế nhưng thực tiễn pháp lý một số nước cho thấy việc thay đổi án lệ không hiếm xảy ra. Nhìn chung, việc thay đổi này dường như xuất phát từ hai lý do:

Thứ nhất: Bản thân án lệ ngay từ đầu đã bất hợp lý nên việc thay đổi là cần thiết.

Thứ hai: Án lệ hoàn toàn hợp lý trong một khoảng thời gian nhưng với sự phát triển của xã hội, quy phạm tiềm ẩn trong án lệ không còn phù hợp nữa nên cũng cần thay đổi.

Thay đổi án lệ tức là thay đổi quy phạm, thay đổi cách xử lý đối với những vụ việc tương tự. Việc sửa đổi, thay đổi án lệ xảy ra khi toà án cấp dưới xét xử khác với toà án cấp trên trong trường hợp có kháng nghị giám đốc thẩm thì bản án sẽ bị huỷ hoặc bị sửa lại. Do vậy cơ quan có thẩm quyền trong việc thay đổi án lệ đó là toà án cao nhất - toà án tối cao. Quy trình sửa đổi này sẽ dựa trên những tính chất, đặc điểm của bản án cũng như thời điểm phù hợp với bản án và những quan niệm mới trong cách nhìn nhận vụ việc của cộng đồng và các chuyên gia về luật.

1.2.6. Ý nghĩa và vai trò của án lệ

1.2.6.1. Ý nghĩa của án lệ trong hoạt động xét xử của tòa án

- Án lệ đề cập đến những vụ việc đã xảy ra trên thực tế. Vì vậy, án lệ thường phong phú và đa dạng hơn nhiều so với pháp luật thành văn.

- Án lệ cũng góp phần giải thích và vận dụng pháp luật trong từng trường hợp cụ thể. Những trường hợp thẩm phán phải giải thích và vận dụng rất đa dạng, do pháp luật quy định không rõ ràng, quy định chưa hợp lý đã bị lạc hậu so với tình hình thực tế mà cơ quan lập pháp chưa có điều kiện bổ sung, sửa đổi hay vì một lý do nào đấy chưa thể thay thế bằng một quy định mới. Do đó, chức năng bổ khuyết cho pháp luật đã giúp án lệ có vai trò lớn trong việc tạo nguồn quy phạm cho pháp luật.

- Với sự trợ giúp của các án lệ các vụ việc được giải quyết nhanh chóng hơn khi chưa có văn bản pháp luật điều chỉnh cụ thể đồng thời tiết kiệm công sức của các thẩm phán và các cá nhân, cơ quan, tổ chức tham gia tranh tụng vì sử dụng những tình huống tương tự đã được tòa án giải quyết trong các bản án có hiệu lực pháp luật để làm căn cứ giải quyết các vụ việc có tính chất tương tự.

Các thẩm phán, kiểm soát viên, những người tham gia trực tiếp vào việc xét xử, các luật sư tham gia trực tiếp vào quá trình tranh tụng cần nâng cao kiến thức về áp dụng pháp luật, thì việc tham khảo án lệ vẫn có ý nghĩa thực tế nhất định. Đây có thể xem là yếu tố quan trọng nhằm làm cho mọi hoạt động áp dụng pháp luật tại các TAND luôn đảm bảo được sự thống nhất trong thực tiễn xét xử.

Đối với những vụ án giống nhau hoặc có nhiều tình tiết, nội dung tương tự nhau thì qúa trình xét xử của các thẩm phán sẽ nhanh hơn, không phải áp dụng một cách máy móc những quy định pháp luật thành văn như trước đã tiến hành.

Với những ý nghĩa trên cho thấy những lợi ích mà án lệ mang lại là không nhỏ trong thực tiễn xét xử của tòa án. Chính vì vậy mà hiện nay, một số quốc gia theo truyền thống dân luật thành văn cũng đã bắt đầu sưu tập, sử dụng án lệ ở một mức độ nhất định như một yếu tố bổ sung nguồn của pháp luật và quan trọng là tạo ra sự thống nhất cao nhất trong hoạt động áp dụng pháp luật của các tòa án.

1.2.6.2. Vai trò án lệ trong hoạt động xét xử của Tòa án

Việc nghiên cứu và tiến tới sử dụng án lệ nhằm tạo sự thống nhất trong công tác xét xử giữa các cấp tòa án trong quá trình áp dụng pháp luật để xét xử, nhằm đảm bảo sự thống nhất của các bản án, quyết định của tòa án. Hiện nay, tòa án cấp dưới luôn có xu hướng tham khảo những bản án đã được tuyên (tham khảo tính đúng đắn về chuyên môn nghiệp vụ cũng như thể hiện sự tôn trọng phán quyết của tòa án cấp trên), căn cứ vào các bản án tiền lệ đưa ra quyết định cho vụ án cụ thể có nội dung tương tự của mình. Các phán quyết của tòa án thường hay quy chiếu (tham khảo) đến các phán quyết có hiệu lực pháp luật đã tuyên trước đó, nhất là các phán quyết của Hội đồng thẩm phán TANDTC. Đây cũng có thể coi là những biểu hiện của việc sử dụng án lệ trong các nước theo hệ thống Civil Law.

Án lệ sẽ góp phần công khai hóa và phổ biến rộng rãi các bản án và quy định của Tòa án các cấp đồng thời cũng thể hiện tính đúng đắn trong các quy định của tòa án. Các bản án của tòa án được công bố công khai rộng rãi để mọi người cùng biết để tham khảo, đánh giá tính thực tế của bản án.

Án lệ (dù đang trong quá trình nghiên cứu) nhưng vẫn tồn tại bên cạnh hệ thống luật thành văn để bổ sung, hoàn thiện những lỗ hổng trong pháp luật hoặc bổ khuyết những quy định chưa rõ ràng mà pháp luật thành văn chưa kịp hoàn thiện; chưa được bổ sung, sửa đổi.

Việc phát triển án lệ giúp ngăn ngừa sự duy ý chí của thẩm phán khi áp dụng pháp luật, nâng cao kỹ năng và chất lượng xét xử của thẩm phán. Thông qua việc tham khảo, viện dẫn án lệ đã có, thẩm phán có thể đưa ra phán quyết một cách có cơ sở hơn, đảm bảo số lượng bản án, quyết định bị tòa án cấp trên hủy, sửa sẽ giảm đi.

Án lệ sẽ là khuôn mẫu cụ thể, rõ ràng để dễ nhận biết vấn đề pháp lý được đặt ra của vụ án. Phát triển án lệ cũng có vai trò giúp chuẩn hóa việc viết bản án, quyết định của tòa án.

1.3. VAI TRÒ CỦA ÁN LỆ TRONG HỆ THỐNG NGUỒN PHÁP LUẬT

1.3.2. Vai trò của án lệ trong hệ thống nguồn pháp luật quốc gia

Lịch sử án lệ thế giới cho thấy, quốc gia nào nhìn nhận án lệ là một nguồn luật chính thống thì nơi đó, án lệ đóng vai trò là loại nguồn rất quan trọng của pháp luật quốc gia đó. Ngoài những ý nghĩa, vai trò như đã trình bày ở trên, án lệ - với tư cách là một nguồn trong hệ thống các nguồn pháp luật của quốc gia có những vai trò cơ bản và nổi bật sau:

Một trong những vai trò cơ bản và quan trọng nhất của án lệ trong hệ thống nguồn pháp luật quốc gia đó là, án lệ góp phần bổ sung cho những thiếu sót, những lỗ hổng của pháp luật thành văn và khắc phục được tình trạng thiếu pháp luật, tạo điều kiện cho việc áp dụng pháp luật được dễ dàng, thuận lợi và thống nhất trong toàn quốc gia. Bởi lẽ, bản chất của án lệ là thường đề cập đến các vụ việc đã xảy ra trong thực tế mà không phải là những giả thuyết có tính lý luận về những tình huống có thể xảy ra trong tương lai, vì vậy, nó thường phong phú và đa dạng hơn pháp luật thành văn. Án lệ giúp thổi một luồng sinh khí vào "thân xác" khô khan và bất động của những bản văn pháp lý, nhờ đó các đạo luật có được cuộc sống sinh động gắn liền với thực tiễn. án lệ cũng giúp tạo ra sự an toàn pháp lý cho công dân và sự ổn cố của xã hội khi mọi hành vi của các thành viên trong xã hội đều được thực hiện trong khuôn khổ ứng xử đã được xác lập như một tiền lệ.

Khi xây dựng án lệ, tòa án góp phần vào việc hoạch định đường hướng phát triển tương lai của nền luật pháp. Do việc giải thích luật được thực hiện tại từng thời điểm khác nhau, khi các điều kiện kinh tế - xã hội đã biến chuyển nhiều so với lúc ban hành luật, việc áp dụng luật để xét xử một vụ án mới không bị đóng khung trong bối cảnh cũ - điều rất thường gặp ở những vụ án kinh tế hiện nay - mà trái lại trở thành hoạt động mang tính sáng tạo, khác hẳn với công việc thụ động của các quan chức - thẩm phán hiện tại. Bằng hoạt động xét xử, tòa án mặc nhiên mở rộng việc áp dụng các đạo luật

ra ngoài phạm vi hoặc ý định ban đầu của nhà lập pháp, và chuẩn bị trước điều kiện cho việc điều chỉnh các đạo luật hiện hữu và thiết lập chương trình lập pháp cho tương lai.

Ngoài ra, khi sử dụng án lệ, người ta đã trực tiếp và gián tiếp góp phần vào công cuộc tiết kiệm, chống lãng phí pháp luật của cả quốc gia.

1.3.2. Vai trò của án lệ trong hệ thống Thông luật

Hệ thống Common Law (diển hình là các nước Anh, Mỹ) là nơi sử dụng án lệ đầu tiên và thịnh hành nhất trên thế giới. Một trong những điểm cơ bản của các nước theo hệ thống Common Law thì án lệ được coi là một trong những nguồn luật áp dụng bắt buộc, ít nhất là tại Tòa án.

Mặc dù không quy định về tính bắt buộc của án lệ đối với các cơ quan, tổ chức ngoài tòa án nhưng trên thực tế, án lệ cũng được các cơ quan, tổ chức ngoài tòa án và xã hội rất tôn trọng. Thậm chí, nhiều khi án lệ còn được xem trọng giá trị như đạo luật thành văn, đặc biệt là đối với những vụ án liên quan đến giải thích Hiến pháp.

1.3.3. Vai trò của án lệ trong hệ thống Dân luật

Như chúng ta đã biết, với sự ra đời của luật La Mã và đặc biệt là bộ luật Napoleon, nhiều nước châu Âu đã chịu ảnh hưởng của hệ thống pháp luật dân sự, hệ thống pháp luật thuộc dòng họ Civil law hay còn gọi là pháp luật châu Âu lục địa. Điểm cơ bản của hệ thống pháp luật này là nguyên tắc áp dụng các văn bản pháp luật thành văn (statutes) do cơ quan lập pháp thông qua chứ không áp dụng án lệ của tòa án.

Trong lịch sử lập pháp của thế giới, án lệ là nguồn chủ yếu và quan trọng của hệ thống pháp luật án lệ (Anh, Mỹ,…) nhưng lại chỉ được coi là nguồn thứ yếu trong hệ thống pháp luật dân sự (Pháp, Đức,…). Án lệ không phải là một nguồn luật chính thức nhưng nó tồn tại nhu một thực tế khách quan. Nó không có hiệu lực cưỡng chế mang tính như các nguồn luật chính

thống, nhưng lại có hiệu lực ràng buộc mang tính tâm lý đối với các cơ quan áp dụng pháp luật, đặc biệt là thẩm phán (khi xét xử một vụ việc, Thẩm phán thường có xu hướng lựa chọn cách giải quyết đã từng áp dụng cho các vụ việc tương tự trước đây) và cũng là nguồn hình thành các quy tắc ứng xử trong xã hội. Án lệ đương nhiên không phải là một nguồn luật thành văn, bởi lẽ nó không được một cơ quan nhà nước có thẩm quyền công nhận và ghi nhận chính thức trong một văn bản. Mặt khác, án lệ cũng không có tính chất của một nguồn luật thực chất, bởi vì các quy phạm án lệ không được đảm bảo thực hiện bằng quyền lực cưỡng chế của nhà nước. Như vậy, xét trên bình diện lý thuyết về nguồn luật, án lệ không có những đặc tính cần thiết của một nguồn luật. Xét trên bình diện pháp lý, án lệ không được công nhận là một nguồn luật chính thức trong hệ thống pháp luật của các nước theo dòng luật Civil law.

Chương 2

ÁN LỆ TRONG HỆ THỐNG PHÁP LUẬT COMMON LAW VÀ HỆ THỐNG PHÁP LUẬT CIVIL LAW

2.1. ĐẶC ĐIỂM ÁN LỆ TRONG HỆ THỐNG COMMON LAW: ANH, MỸ, ÚC

2.1.1. Án lệ là nguồn luật có giá trị bắt buộc

Các nước Thông luật là nôi khai sinh ra án lệ và bởi vậy, án lệ được coi là nguồn luật có giá trị bắt buộc ở các quốc gia này. Có thể nói, án lệ là nguồn luật chủ đạo và có giá trị bắt buộc đối với thẩm phán khi xét xử. Điều này hoàn toàn chính xác bởi nguyên tắc tuân thủ án lệ "stare decisis" được coi là nền tảng trong việc tiếp cận và áp dụng án lệ ở bất cứ hệ thống pháp luật nào bị ảnh hưởng chủ đạo bởi truyền thống Thông luật. Sự tuân thủ án lệ đã trở thành một yếu tố gắn sâu vào văn hóa pháp lý của các nước Thông luật. Bởi vậy, "trong hoạt động xét xử các thẩm phán luôn cảm thấy bị ràng buộc bởi luật đã được tạo ra từ những án lệ của từ các vụ án tương tự đã được xét xử trước" [2, tr. 46].

Khi án lệ được coi là nguồn luật bắt buộc thì các thẩm phán phải áp dụng nó trong xét xử. Trong một thời gian dài, khi luật thành văn chưa phát triển thì nguồn luật mà các thẩm phán ở Anh, Mỹ viện dẫn chỉ đơn thuần là các án lệ. Hiện nay, xu hướng phát triển của hệ thống pháp luật các nước Thông luật cho thấy luật thành văn đã có vị trí trong hầu hết các lĩnh vực pháp luật. Tuy nhiên, điều này không có nghĩa án lệ không còn giữ vai trò là nguồn luật bắt buộc trong hệ thống Common Law. Thực tế, án lệ vẫn đang tồn tại với tư cách là một nguồn luật có giá trị bắt buộc trong các nước Thông luật. Điều này được giải thích bởi hai lý do cơ bản sau:

Thứ nhất, sự pháp điển hóa pháp luật của các nước Thông luật không giống như ở các nước Dân luật thành văn, trong hệ thống pháp luật Anh, Mỹ

vẫn còn nhiều lĩnh vực pháp luật trong đó nguồn luật chủ yếu được dựa trên án lệ.

Thứ hai, mỗi quan hệ gắn bó giữa VBQPPL và án lệ ở trong hệ thống Common Law đã làm cho việc áp dụng pháp luật cần thiết phải viện dẫn đến án lệ. Bởi vì, các VBQPPL được hình thành chủ yếu dựa vào những nguyên tắc luật đã được hình thành thông qua những án lệ. Hơn nữa, vai trò giải thích luật thành văn của thẩm phán đã tạo ra vô số những án lệ mà nó được coi là luật chi tiết trong áp dụng.

Từ hai lý do trên cho thấy, án lệ trong các nước Thông luật luôn luôn được coi là một nguồn luật chủ đạo và có giá trị ràng buộc khi áp dụng.

Vấn đề đặt ra là, trong các VBQPPL có quy định án lệ là nguồn luật có giá trị bắt buộc không? Những nghiên cứu thực tiễn gần đây chỉ ra rằng, trong hệ thống pháp luật nước Anh (một quốc gia có truyền thống án lệ lâu đời nhất trên thế giới) không tồn tại bất cứ một văn bản luật nào quy định về tính bắt buộc của án lệ, cũng như đòi hỏi thẩm phán và các tòa án phải áp dụng, viện dẫn án lệ như thế nào. Việc coi án lệ là nguồn luật bắt buộc và những nguyên tắc kỹ thuật viện dẫn nó hoàn toàn xuất phát từ những phương pháp mang tính truyền thống, tập quán trong văn hóa pháp lý của các hệ thống Common Law. Sự khẳng định vai trò của án lệ và giá trị ràng buộc của nó được thể hiện thông qua thực tiễn xét xử của hệ thống tòa án. Tương tự như nước Anh, trong hệ thống pháp luật của Mỹ, thực tiễn áp dụng án lệ trong các tiểu bang cho thấy ở Mỹ không tồn tại một văn bản pháp luật nào quy định giá trị hiệu lực bắt buộc của án lệ. Điều này cho thấy tính ràng buộc của án lệ trong hệ thống Common Law được hình thành dựa trên nền tảng về văn hóa pháp lý hơn là cần phải đòi hỏi có một sự công nhận giá trị bắt buộc của án lệ về mặt pháp lý trên cơ sở văn bản pháp luật.

Một vấn đề khác, chúng ta cần lưu ý về giá trị bắt buộc của án lệ trong hệ thống Common Law khi tiếp cận với những án lệ được tạo lập thông qua

hoạt động giải thích Hiến pháp của tòa án. Thực tiễn này thể hiện rõ nét nhất trong hệ thống pháp luật Mỹ. Tòa án tối cao Liên bang Mỹ có thẩm quyền quyết định cuối cùng trong những tranh chấp về các vấn đề có liên quan đến Hiếp pháp Mỹ 1787. Án lệ của Tòa án tối cao Liên bang Mỹ về các vấn đề giải thích hiến pháp được coi là có giá trị bắt buộc đối với tất cả các tòa án cấp tiểu bang và liên bang. Chỉ duy nhất Tòa án tối cao Liên bang Mỹ có quyền xem xét bổ sung, thay đổi án lệ của nó trong giải thích Hiến pháp Mỹ.

Tóm lại, có thể nói án lệ là nguồn luật có giá trị bắt buộc được thừa nhận trong thực tiễn xét xử của tòa án trong những nước thuộc hệ thống Common Law. Tuy nhiên, thực tiễn áp dụng án lệ trong các nước Thông luật cho thấy án lệ không bao giờ là một nguồn luật bất biến. Án lệ cũng có thể bị thay đổi, bổ sung và bãi bỏ khi nó không phù hợp. Đặc biệt, trong mối quan hệ với luật thành văn, nếu giữa án lệ và luật thành văn có sự xung đột thì luật thành văn luôn được ưu tiên áp dụng.

2.1.2. Tòa án cấp dưới có nghĩa vụ tuân theo án lệ của tòa án cấp trên

Để đảm bảo sự thống nhất trong việc xét xử, đảm bảo tính đúng đắn về chuyên môn nghiệp vụ cũng như thể hiện sự tôn trọng phán quyết của tòa án cấp trên thì tòa án cấp dưới có nghĩa vụ áp dụng những bản án đã được tuyên của tòa án cấp trên, căn cứ vào đó để đưa ra quyết định cho vụ án cụ thể của mình. Dưới góc độ thực tiễn pháp luật, để hiểu được mối quan hệ này, thì trước tiên người ta phải thấu hiểu về cấu trúc và thứ bậc của hệ thống tòa án trong mỗi hệ thống pháp luật là vô cùng quan trọng. Về nguyên tắc, trong mỗi hệ thống pháp luật thì án lệ của tòa án cấp trên sẽ có giá trị ràng buộc đối với tòa án cấp dưới. Theo mối quan hệ này thì án lệ của tòa án cấp cao nhất (Tòa án tối cao) sẽ có giá trị ràng buộc đối với tất cả các tòa án cấp dưới.

Rupert Cross, một nhà nghiên cứu về án lệ đã hệ thống ba quy tắc cơ bản về mỗi quan hệ giữa các tòa án trong hệ thống tòa án của Vương quốc Anh liên quan đến sự tuân thủ án lệ như sau:

> Rule 1 (Quy tắc 1): Tất cả các tòa án phải lưu ý đến án lệ có liên quan đến các vụ án trong hoạt động xét xử; Rule 2 (Quy tắc 2): Tất cả các tòa án cấp dưới phải tuân thủ án lệ của các tòa án cấp trên trong hệ thống tòa án; Rule 3 (Quy tắc 3): Các tòa án phúc thẩm nhìn chung bị ràng buộc bởi chính án lệ của nó trong hoạt động xét xử [76].

Trong hệ thống pháp luật Hoa Kỳ, các tòa án cấp dưới của liên bang và các Tòa án của bang có nghĩa vụ tuân thủ các quyết định trước đây của Tòa án tối cao Lên bang. Các phán quyết của tòa án phúc thẩm khu vực của liên bang mang tính bắt buộc tuân theo đối với các tòa án cấp dưới nằm trong lãnh thổ khu vực đó chứ không ràng buộc các tòa án khu vực khác. Tương tự, các tòa án cấp trên chỉ có giá trị ràng buộc đối với các tòa án cấp dưới của bang mà thôi.

Tại Úc, khái niệm án lệ chính thức được đưa ra ở Úc là vào đầu thế kỷ XIX trong vụ án MIREHOUSE kiện RENNEL năm 1833 do thẩm phán Parke J đề cập trong bản án. Cũng như ở Anh, tại Úc, tòa án cấp dưới có nghĩa vụ phải tuân theo các phán quyết trước đây của tòa án cấp trên, cụ thể là Tòa án tối cao của bang phải tuân theo phán quyết của Tòa Toàn phần (Full Court) hoặc Tòa Phúc thẩm hoặc Tòa Phúc thẩm Hình sự, các tòa án này phải tuân theo phán quyết của Tòa án tối cao Liên bang (High Court) . Trong trường hợp tòa án cấp dưới không đồng tình với phán quyết của tòa án cấp trên thì vẫn phải tuân thủ tòa án cấp trên nhưng có thể nhận định: nếu không phải tuân thủ tòa án cấp trên thì có thể xét xử theo hướng khác, vì lý do… việc nhận định này sẽ giúp tòa án cấp trên xem xét lại quyết định của mình. Trong thực tiễn tòa án của Úc có thể dẫn chiếu bản án của Tòa án tối cao Vương quốc Anh, nhưng việc dẫn chiếu này chỉ mang tính tham khảo, không có tính ràng buộc. Khi phát hiện bản án của tòa án cấp dưới có vi phạm pháp luật thì tòa án cấp trên sửa lại hoặc giao cho tòa án khác giải quyết lại. Đây là dấu hiệu đặc trưng khác với trình tự xét xử của Việt Nam [2, tr. 49].

2.1.3. Tòa án cùng cấp không có nghĩa vụ phải tuân thủ án lệ của nhau

Các tòa án cùng cấp với nhau thì không bị lệ thuộc vào án lệ của nhau. Ví dụ như tại Úc, Tòa án tối cao của bang này không bị ràng buộc bởi án lệ của tòa án tối cao bang khác. Nhưng trên thực tế các tòa án tối cao các bang của Úc rất chú ý tham khảo án lệ của nhau. Điều này cũng được thể hiện tương tự trong hệ thống pháp luật liên bang đặc trưng của Mỹ, các tòa án tối cao của một tiểu bang của Mỹ không bị ràng buộc với các phán quyết trong các vụ việc tương tự được giải quyết bởi các tòa án tối cao các tiểu bang khác. Tuy nhiên, khi cần thiết những tòa án tối cao của mỗi tiểu bang có thể viện dẫn án lệ của các tiểu bang khác với ý nghĩa là nguồn luật tham khảo. Trong hệ thống tòa án liên bang của Mỹ, ngoài thẩm quyền thiết lập án lệ của Tòa án tối cao Liên bang, thì mười bốn tòa án phúc thẩm liên bang được tổ chức theo các khu vực cũng có thẩm quyền tạo ra án lệ. Tuy nhiên, các tòa án phúc thẩm này không bao giờ bị ràng buộc phải tuân theo án lệ của nhau. Điều này được gọi là những mối quan hệ không bị ràng buộc mang tính chiều ngang của án lệ (non-vertical bindingness) [2, tr. 49-50].

2.1.4. Tòa án tối cao không bị ràng buộc bởi án lệ của chính mình

Tòa án tối cao thường không có nghĩa vụ phải tuân thủ cứng nhắc các phán quyết trước đây của mình. Bởi lẽ, cơ quan tối cao có trách nhiệm với chính sách pháp lý tổng thể của đất nước cho nên tòa án tối cao cần phải linh động: ví dụ, các Tòa án tối cao Liên bang của Hoa Kỳ, Tòa án tối cao Ireland, Thượng Nghị viện Anh, Tòa án tối cao Anh, Tòa án tối cao của các bang tại Úc. Song trên thực tế, các Tòa án tối cao như Tòa án tối cao Anh và Tòa án tối cao của các bang tại Úc thường tôn trọng án lệ của mình nhằm đảm bảo tính thống nhất của việc xét xử. Tòa án tối cao Hoa Kỳ và Tòa án tối cao của tất các tiểu bang có quyền bác bỏ hoặc sửa đổi những tiền lệ đã thiết lập trong những vụ án của mình trước đây. Tuy nhiên, việc trực tiếp bác bỏ tiền lệ là một biện pháp ngoại lệ mà các tòa án tối cao thường cố gắng tránh. Thông lệ,

ở đây là sửa đổi tiền lệ hoặc phân biệt với những vụ án sau này dựa vào tình tiết cụ thể nổi bật và hàm ý pháp lý của chúng. Ngoài ra, Tòa án tối cao Liên bang Úc (High Court) cũng có quyền không tuân theo án lệ của mình nếu như xét thấy án lệ đó rõ ràng là sai (plainly wrong). Tuy nhiên, ngay cả trong trường hợp thấy án lệ là sai rõ ràng thì Tòa án tối cao còn phải cân nhắc các khía cạnh khác, như sau:

(i) Phán quyết sai đó có còn chấp nhận được trên thực tế hay không;

(ii) Nếu cơ quan lập pháp chấp nhận cách giải thích luật pháp của phán quyết sai đó thì Tòa án tối cao phải tuân thủ phán quyết đó;

(iii) Dư luận xã hội về vai trò lập pháp của cơ quan lập pháp và của Tòa án tối cao.

Tuy nhiên, trong một thời gian dài Thượng Nghị viện Anh đã cho rằng, nó bị ràng buộc bởi án lệ của chính nó và vì vậy các án lệ không thể bị thay đổi trừ trường hợp những án lệ này bị bãi bỏ bởi các VBQPPL của Nghị viện. Lịch sử phát triển pháp luật của Anh trong suốt thế kỷ thứ XIX đã biểu hiện rõ nét nhất tính cứng nhắc của nguyên tắc tuân theo án lệ trong hệ thống pháp luật của nước Anh. Điển hình nhất cho khẳng định này đã được thể hiện trong tuyên bố của Thượng Nghị viện Anh trong vụ án điển hình *London Tramways v. London County Council,* (1898) Ac 375, *"Thượng nghị viện Anh bị ràng buộc bởi án lệ của chính nó"*. Tuy nhiên, sự cứng nhắc tuân theo án lệ một cách tuyệt đối đã tạo ra những cản trở cho sự phát triển Thông luật ở nước Anh. Những nhà lý luận về án lệ ở nước Anh đã thừa nhận rằng: Thượng Nghị viện Anh tuân theo án lệ của nó là nhằm để tạo ra sự khẳng định cuối cùng (finality) của nó đối với luật phát triển trên cơ sở án lệ ở Anh và đồng thời nó cũng tạo ra tính chắc chắn (certainty) của pháp luật dựa trên án lệ. Tuy nhiên, sự tuyệt đối hóa tuân theo án lệ của Thượng nghị viện một cách cứng nhắc đã dẫn tới cản trở sự phát triển pháp luật ở Anh. Trong thực tiễn xét xử của Tòa án này đã có rất nhiều quan điểm lập luận về sự cần thiết phải thay

đổi tính cứng nhắc của nguyên tắc "Stare decisis" đã tồn tại hàng thế kỷ trong hệ thống pháp luật nước Anh. Ngay từ năm 1948, Goodhart, một nhà nghiên cứu nổi tiếng về án lệ trong hệ thống pháp luật nước Anh đã từng kết luận rằng, nếu thẩm phán Anh cứ bắt buộc phải tuân theo các án lệ trước đó của họ thì "Học thuyết án lệ trong hệ thống pháp luật nước Anh ngày nay (những năm 1940) đã trở nên cứng nhắc hơn bao giờ hết so với trước đây".

Mốc thay đổi quan trọng trong thực tiễn án lệ của pháp luật nước Anh bắt đầu từ năm 1966, khi thẩm phán Gardiner LC thay mặt Thượng Nghị viện Anh đưa ra "*Tuyên bố về thực tiễn tư pháp năm 1966*" (Practice Statement): các thẩm phán của Tòa án tối cao Vương quốc Anh có thể không tuân theo các án lệ gần nhất của Tòa án này khi họ có những lý do hợp lý để làm như vậy. Trong tuyên bố này, Thượng Nghị viện Anh đã thẳng thắn đưa ra lý do như sau:

> Những thẩm phán của Thượng Nghị viện thừa nhận rằng việc quá cứng nhắc tuân theo án lệ có thể dẫn đến việc sự không công bằng trong một số việc cụ thể và nó cũng kìm hãm quá mức đối với sự phát triển hợp lý của pháp luật. Họ (những thẩm phán) đề xuất bổ sung thực tiễn xét xử của họ bằng cách thay đổi các quyết định trước đó mà nó thường được coi là có giá trị ràng buộc.
>
> Cũng liên quan đến tuyên bố này, những thẩm phán của Thượng Nghị viện cũng sẽ lưu ý đến những thay đổi có thể trong tương lai liên quan đến hợp đồng, giải quyết tranh chấp về sở hữu, các quan hệ tài chính đã được thiết lập và những điều cần thiết cho sự chắc chắn của pháp luật trong lĩnh vực luật hình sự [75].

Tuy nhiên, đặc trưng cho tính chắc chắn và ổn định trong hệ thống Common Law của nước Anh cho thấy, Thượng Nghị viện Anh không thực sự dễ dàng khi cho phép nó không tuân thủ các án lệ của chính nó đã tạo ra. Một số liệu thống kê cho thấy, kể từ năm 1966 đến năm 1987, Thượng Nghị viện

mới chỉ thực hiện 7 lần bãi bỏ các án lệ của chính nó thông qua hàng nghìn vụ án mà Thượng Nghị viện đã xét xử [2, tr. 52].

2.1.5. Luật thành văn có giá trị cao hơn án lệ

Hệ thống Common Law cho thấy, trong mối quan hệ giữa án lệ và luật thành văn, thì luật thành văn luôn có giá trị pháp lý cao hơn án lệ. Nguyên tắc ưu tiên tối cao cho vai trò của luật thành văn trong mối quan hệ với án lệ (the Spemacy of Statutory law). Đây là một khía cạnh quan trọng khi chúng ta tiếp cận với thực tiễn áp dụng án lệ của những nước Thông luật đặc trưng như Anh, Mỹ, Úc. Điều này được thể hiện trong mối quan hệ giữa vai trò của luật thành văn và án lệ. Cụ thể, khi có đạo luật thành văn thì đạo luật thành văn có giá trị cao hơn án lệ; tuy nhiên, trong trường hợp luật thành văn không rõ ràng thì án lệ được coi là một trong những cơ sở quan trọng để giải thích đạo luật thành văn không rõ ràng đó.

Sự phát triển ngày càng cao của vai trò làm luật của Nghị viện Anh cho thấy, quy mô và số lượng các văn bản luật do Nghị viện ban hành ngày càng tăng. Điều này làm cho luật thành văn trở thành một nguồn luật cơ bản và quan trọng nhất trong hệ thống pháp luật nước Anh. Vai trò tối cao của luật thành văn trong pháp luật Anh thể hiện ở chỗ các văn bản luật do Nghị viện ban hành có thể thay đổi, bãi bỏ hay sửa đổi những nguyên tắc luật đã được hình thành thông qua nguồn luật án lệ. Ví dụ, Luật về Trách nhiệm của giám đốc điều hành năm 1980 (The Directors's Liability Act of 1980) đã được thông qua với quy định rằng: giám đốc điều hành của công ty sẽ phải chịu trách nhiệm trong tương lai về những tuyên bố sai cho hoạt động của công ty. Sự ban hành của luật này nhằm mục đích bãi bỏ các án lệ đã tồn tại trước đây thừa nhận sự thoái thác trách nhiệm từ những tuyên bố của giám đốc công ty trong luật công ty [2, tr. 53].

Trong hệ thống pháp luật Mỹ, sự hòa trộn giữa nguồn luật Thông luật và luật thành văn do cơ quan lập pháp ban hành là một điển hình về cơ cấu

nguồn luật ở các tiểu bang của nước Mỹ. Sự gia tăng và việc pháp điển hóa có hệ thống của Mỹ ở cả quy mô pháp luật liên bang và tiểu bang đã cho thấy vai trò chủ đạo của luật thành văn so với án lệ. Thực tế cho thấy, cơ quan luật pháp ở Mỹ có thể tự do ban hành luật để thay đổi, bãi bỏ các án lệ hình thành trong quá trình giải thích luật của tòa án. Ví dụ, trong án lệ General Electric Co.v.Gilbert, Tòa án tối cao Liên bang Mỹ đã cho rằng Điều VII của Luật về Quyền công dân năm 1964 (the Civil Righta Act of 1964) đã không vi phạm nguyên tắc phân biệt đối xử với phụ nữ mang thai. Nghị viện Mỹ đã tỏ thái độ không đồng tình với phán quyết này của Tòa án tối cao và đã nhanh chóng sửa đổi án lệ này theo hướng ghi nhận quyền bình đẳng của những phụ nữ mang thai.

2.1.6. Án lệ có thể bị bãi bỏ

Trong hệ thống Common Law, các án lệ được coi là luật và nó cũng có thể bị bãi bỏ. Điều này làm cho Thông luật trở nên mềm dẻo và thích nghi được với sự thay đổi của các điều kiện xã hội. Theo lý thuyết thì án lệ trong hệ thống Common Law sẽ không tự nhiên mất đi hiệu lực của nó cho đến khi nó bị bãi bỏ. Có hai cách để án lệ có thể bị bãi bỏ:

- *Cách thứ nhất*, án lệ có thể bị bãi bỏ bởi chính tòa án đã tạo ra nó hoặc một tòa án cấp cao hơn tòa án đã tạo ra án lệ.

- *Cách thứ hai,* án lệ có thể bị bãi bỏ bởi một luật do cơ quan lập pháp thông qua.

Trong cách thức án lệ bị bãi bỏ bởi tòa án, chúng ta cần phân biệt việc án lệ bị bãi bỏ với việc một bản án, quyết định của tòa án bị tòa án cấp trên thay đổi về nội dung trong quá trình tố tụng khi quyết định của tòa án cấp dưới bị kháng cáo và xét xử tại tòa án cấp phúc thẩm. Tòa án cấp phúc thẩm có thẩm quyền xét lại và thay đổi bản án của tòa án cấp dưới. Tuy nhiên, hệ quả của việc sửa chữa các nội dung quyết định bị phúc thẩm hoàn toàn khác với việc một án lệ bị bãi bỏ. Vì án lệ là luật nên việc một án lệ bị bãi bỏ có thể dẫn đến hệ quả thay đổi về pháp luật. Vì vậy, thực tiễn về bãi bỏ những án lệ

đã lỗi thời, lạc hậu, trái pháp luật trong hệ thống Common Law luôn gắn với việc những án lệ mới được thiết lập để làm cho pháp luật phù hợp hơn với sự thay đổi của đời sống xã hội.

Ví dụ, trong vụ án R v. R Thượng Nghị viện Anh đã bãi bỏ các án lệ trước vụ án này vì các án lệ trước đây không thừa nhận người chồng có thể phạm tội "hiếp dâm" người vợ khi họ đang tồn tại quan hệ hôn nhân. Nhưng trong quyết định của vụ án R v. R, Thượng Nghị viện Anh đã tuyên bố rằng quy tắc đã tồn tại từ lâu về việc người chồng không phải chịu trách nhiệm hình sự về hành vi "hiếp dâm" đối với người vợ sẽ không còn tồn tại nữa. Án lệ của vụ án R v. R đã thiết lập một nguyên tắc mới trong việc quy định trách nhiệm hình sự đối với tội phạm hiếp dâm trong quan hệ hôn nhân giữa nạn nhân và người phạm tội.

Một nghiên cứu dựa trên các phán quyết của Tòa án tối cao nước Mỹ trong 46 năm (từ năm 1960 đến năm 2005) đã chỉ ra ít nhất 74 lần Tòa án này bác bỏ các án lệ của chính nó. Thực tiễn này cho thấy, Tòa án tối cao nước Mỹ không ngần ngại thay đổi sửa chữa những sai lầm qua rất nhiều các án lệ đã bị bãi bỏ. Những ví dụ sau đây sẽ cho thấy tòa án này bãi bỏ các án lệ như thế nào. Trong đó, nhiều vụ án, phải đợi một thời gian rất dài để Tòa án tối cao Mỹ tuyên bố từ bỏ sai lầm của họ trong các án lệ.

Ví dụ: Trong án lệ vụ *Brown v. (kiện) Board of Education* (1954), Tòa án tối cao Mỹ đã bãi bỏ án lệ đã được thiết lập trong vụ Plessy v. Ferguson (1896). Theo án lệ trong vụ án *Plessy v. Ferguson* (1896), Tòa án tối cao Mỹ đã thừa nhận sự phân biệt đối xử giữa người da trắng và người da đen (cho phép các công ty vận tải đường sắt cung cấp các dịch vụ theo hình thức phân biệt toa tàu dành cho người da trắng khác với toa tàu dành cho người da đen). Tòa án tối cao Mỹ đã cho rằng sự phân biệt này không vi phạm Hiến pháp Mỹ (liên quan đến Tu chính án lần thứ XIV về bình đẳng quyền công dân). Từ án lệ của vụ *Plessy v. Ferguson* (1896) đã tạo ra một học thuyết về phân biệt đối

xử ở trong xã hội Mỹ có tên gọi "*phân chia nhưng bình đẳng*" (separate but aqual). Quan điểm sai trái này đã chính thức bị bãi bỏ bởi án lệ của vụ án *Brown v.* (kiện) *Board of Education* (1954), Tòa án tối cao Mỹ đã phân tích và tuyên bố rằng, bất cứ có sự phân biệt đối xử nào giữa người da trắng và da đen ở nơi công cộng như việc phân chia phòng học hay phương tiện giao thông công cộng…, đều là vi phạm Hiến pháp [2, tr. 55]. Những luật nào có sự thừa nhận sự phân biệt "phân chia nhưng bình đẳng" (separate but aqual) đều được coi là vi phạm Hiến pháp và nó phải bị bãi bỏ. Rõ ràng trong ví dụ trên đây cho thấy, khi các điều kiện xã hội như: quan điểm về bình quyền, quan điểm chính trị xã hội thay đổi làm cho các án lệ sai trái có thể sẽ bị bãi bỏ.

2.1.7. Những tiêu chí kỹ thuật khi áp dụng án lệ trong hệ thống Common Law

Thực tiễn áp dụng án lệ trong hệ thống pháp luật của các nước hình thành trên cơ sở truyền thống Thông luật cho thấy việc hiểu thấu đáo khái niệm án lệ và sự vận dụng nó trong thực tiễn xét xử phụ thuộc vào những vấn đề mang tính kỹ thuật trong áp dụng án lệ gồm: (1) Trong những bản án thì phần nào được coi là có giá trị án lệ bắt buộc; (2) Việc phân biệt án lệ trong áp dụng đối với các vụ việc cụ thể (precedent can be distinhguishable); (3) Giá trị của án lệ gắn với thứ bậc của Tòa án tạo ra nó; (4) Cách viện dẫn án lệ chỉ có giá trị tham khảo thay vì án lệ có giá trị bắt buộc trong các bản án; (5) Sự lập luận hợp lý của thẩm phán trong án lệ (legal reasoning); (6) Cách đọc và phân tích nội dung của các án lệ; (7) Cách viện dẫn án lệ trong những bản án; (8) Những ý kiến bất đồng có thể được công bố trong các án lệ [2, tr. 56].

Đối với những thẩm phán, luật gia, luật sư được đào tạo trong môi trường văn hóa pháp lý thông luật thì những kiến thức mang tính kỹ thuật trong việc nhận diện và vận dụng án lệ đã được thẩm thấu trong tư duy pháp lý của họ ngay từ khi họ được đào tạo luật. Những kỹ năng trong việc phân tích, sử dụng án lệ gắn với các vấn đề thuộc về mặt kỹ thuật của án lệ sẽ thẩm

thấu trong tư duy pháp lý của các luật gia và thẩm phán ở những nước trong hệ thống Common Law qua thời gian, kinh nghiệm nghiên cứu và vận dụng thực tế pháp luật của họ. Rõ ràng, đối với những luật gia không được đào tạo trong môi trường văn hóa pháp lý của những nước Thông luật thì những vấn đề thuộc về yếu tố mang tính kỹ thuật khi tiếp cận với án lệ luôn là một cản trở để họ có thể hiểu về học thuyết án lệ trong hệ thống Common Law.

Những hiểu biết mang tính khái quát, bề ngoài, đại khái có thể tạo ra những nhận xét không thật đầy đủ về những quan điểm tích cực và hạn chế của việc áp dụng và sử dụng án lệ trong các nước theo hệ thống Common Law. Chẳng hạn, các luật gia của nước Dân luật thành văn có thể cho rằng việc áp dụng án lệ sẽ tạo ra sự tùy tiện trong xét xử đối với các tòa án của các nước Thông luật. Điều này có thể xảy ra đối với các thẩm phán ở các nước Thông luật khi họ bỏ qua sự lưu ý và ràng buộc bởi các án lệ. Tuy nhiên, thật không dễ để các thẩm phán thông luật, nhất là các thẩm phán của các tòa án cấp sơ thẩm có thể tự do lựa chọn các giải pháp pháp luật cho vụ việc mà họ xét xử khi họ không căn cứ vào luật và án lệ có liên quan.

Có thể nói rằng, các thẩm phán của các nước Thông luật không thể có được sự tùy tiện trong xét xử, bởi vì họ luôn bị ràng buộc bởi các yếu tố mang tính kĩ thuật khi vận dụng án lệ. Lập luận trong bản án của các thẩm phán trong Thông luật, đặc biệt là cấp tòa án phúc thẩm luôn được dựa trên các cơ sở đầy đủ nhất, kỹ càng nhất, chặt chẽ, chính xác nhất nếu có thể. Bởi vậy, trong bản án của các tòa phúc thẩm và cấp tối cao ở các nước Thông luật thường rất dài. Điều này có thể gây khó chịu cho người đọc (nhất là các luật gia của các nước theo hệ thống Civil Law) nhưng đây là một đặc trưng trong văn hóa xét xử của các nước Thông luật. Trong nhiều trường hợp, nếu chúng ra đọc các bản án của Tòa án tối cao Mỹ, Tòa án tối cao Vương quốc Anh thì cảm giác như chúng ta tiếp cận với một công trình nghiên cứu luật học cho một vấn đề pháp lý mà thẩm phán đã bày tỏ ý kiến trong bản án. Đặc biệt với những bản án có thể hiện quan điểm bãi bỏ các án lệ cũ để đi đến thiết lập

những án lệ mới thì phần lập luận của bản án càng trở nên quan trọng vì vậy nó cần được thể hiển rất chi tiết và đầy đủ cơ sở pháp lý.

2.1.8. Không phải mọi án lệ đều có giá trị ràng buộc

Nếu chúng ta chỉ tiếp cận bề ngoài, với thực tiễn áp dụng án lệ trong các nước thuộc hệ thống Common Law luôn gắn với việc các tòa án cấp dưới phải bị ràng buộc bởi án lệ của tòa án cấp trên. Tức là, thẩm phán sẽ không có nghĩa vụ phải tuân thủ những án lệ này, mặc dù án lệ có thể được viện dẫn trong quan điểm của thẩm phán khi đưa ra lập luận cho quyết định đối với vụ án. Thực tiễn cho thấy trong các nước Thông luật, có những tình huống sau đây làm cho án lệ chỉ có tính tham khảo đối với thẩm phán trong xét xử.

- Tòa án cấp cao có thể tham khảo án lệ của tòa án cấp dưới. Thực tiễn cho thấy, Tòa án tối cao Vương quốc Anh có thể tham khảo các án lệ của các tòa án cấp dưới (Tòa Phúc thẩm) mà không bị ràng buộc bởi chúng. Trong hệ thống pháp luật Mỹ, Tòa án tối cao Liên bang Mỹ có thể viện dẫn, tham khảo các án lệ của các tòa án phúc thẩm liên bang cấp dưới mà không bị lệ thuộc bởi các án lệ đó.

- Trong xét xử, một tòa án có thể viện dẫn án lệ của tòa án cấp trên nhưng không bị ràng buộc bởi án lệ đó. Ở Anh, truyền thống áp dụng án lệ cho thấy, không phải toàn bộ một bản án có giá trị án lệ đều có giá trị ràng buộc. Tiêu chí về mặt kỹ thuật cho thấy: Chỉ có phần lý do ra quyết định (Ratio decidendi) của mỗi bản án là có giá trị ràng buộc đối với các vụ việc tương tự nảy sinh sau khi án lệ được thiết lập. Phần lập luật mở rộng (Obiter dictum) không có giá trị bắt buộc mà chỉ có giá trị tham khảo. Như vậy, khi một tòa án viện dẫn án lệ của chính nó nhưng sự viện dẫn này chỉ liên quan đến phần *Obiter dictum,* thì án lệ được viện dẫn không có giá trị bắt buộc. Các tòa án (đặc việt là các tòa án phúc thẩm và tòa án tối cao) có thể viễn dẫn án lệ của chính nó với mục đích tham khảo và tăng giá trị thuyết phục cho quyết định của tòa án - những án lệ này không có tính bắt buộc.

- Sự viện dẫn tham khảo án lệ của pháp luật nước ngoài không có giá trị bắt buộc. Khi cần tìm kiếm những giải pháp pháp lý trong pháp luật nước ngoài, các thẩm phán Thông luật có thể viện dẫn và tham khảo án lệ, pháp luật nước ngoài, ví dụ: ở Úc, Anh…, xu hướng về việc sử dụng án lệ của tòa án nước ngoài ngày càng phổ biến trong hoạt động xét xử. Ví dụ, trong vụ việc *Derbyshire County Council v. Times Newspaper Ldt*. (1993) 1 A11 ER 1011, thẩm phán đã viện dẫ đến quyết định của Tòa án tối cao Mỹ trong vụ *New York Time v. Sullivan*, 376 U.S.254 (1964) - vụ án nổi tiếng liên quan đến phán quyết *"về quyền tự do ngôn luật của công dân"* [2, tr. 58].

2.2. ĐẶC ĐIỂM ÁN LỆ TRONG HỆ THỐNG CIVIL LAW: PHÁP, ĐỨC, NHẬT BẢN

2.2.1. Án lệ không bắt buộc - không phải là nguồn luật chính thức

Án lệ trong hệ thống Civil Law có điểm khác biệt cơ bản với án lệ trong hệ thống Common Law ở chỗ, trong hệ thống Common Law án lệ không được coi là một nguồn luật bắt buộc.

Tại Pháp, thực tiễn xét xử trước khi có Bộ luật dân sự cho phép thẩm phán Pháp đưa ra những phán quyết mang tính hướng dẫn chung [78]. Nhưng, với sự ra đời của Bộ luật Dân sự Pháp - tại Điều 5 thì thực tế đó đã bị bãi bỏ. Quy định này đã chế định hóa thuyết tam quyền phân lập của Montesquieu *(Theo Thuyết tam quyền phân lập của Montesquieu thì các quyền lập pháp, quyền hành pháp và quyền tư pháp phải là ba quyền hoàn toàn độc lập; vì vậy, nếu tòa án ra những phán quyết mang tính áp dụng chung thì có nghĩa tòa án đã thực hiện thêm cả chức năng lập pháp)*. Điều đó có thể hiểu rằng, những phán quyết của tòa án Pháp phải mang tính cụ thể áp dụng cho chính vụ án đó và không có ý nghĩa dẫn chiếu cho các vụ án khác. Ngay cả tòa phá án về mặt lý thuyết cũng không được cho phép giải thích pháp luật.

Nguyên tắc hiến định ở Pháp là những phán quyết của tòa án đã có hiệu lực pháp luật được coi là "án lệ" (*le jurisprudence*) không phải là nguồn

luật. Các án lệ này chỉ có giá trị tham khảo, biểu hiện là: Khi án dụng "tinh thần" của những phán quyết trước đây để xét xử vụ án cụ thể có tình tiết tương tự thì tòa án không trích dẫn những phán quyết đó. Nếu tòa án nào trích dẫn vụ án cụ thể nào đó làm cơ sở đưa ra phán quyết đối với vụ án đang thụ lý giải quyết thì phán quyết đó bị hủy bỏ vì bị coi là không có cơ sở pháp lý. Ngay cả Tòa phá án của Pháp "Cour de casation", nếu muốn hủy các bản án của tòa án cấp dưới có mâu thuẫn với "le jurisprudence" của mình thì "Cour de casation" cũng không thể dẫn chiếu đến bản án trước đây của mình (mặc dù ai cũng có thể nhìn thấy điều đó) mà vẫn phải trích dẫn điều luật cụ thể hoặc những nguyên tắc pháp lý nhất định [17].

Tại Đức, án lệ không phải là một nguồn luật có giá trị bắt buộc (trừ những án lệ của Tòa án Hiến pháp). Điều này có thể được lý giải bởi hệ thống pháp luật Đức có nền tảng là một hệ thống thuộc truyền thống Dân luật La Mã. Trong hệ thống pháp luật Đức, hệ thống các nguồn luật chính thức là các VBQPPL (Hiến pháp, Điều ước quốc tế, Bộ luật, Luật và các văn bản dưới pháp luật) và tập quán. Có thể nói, nước Đức có một hệ thống văn bản phát triển sớm với sự pháp điển hóa cao độ các Bộ luật trong nhiều lĩnh vực như dân sự, thương mại, hình sự, tố tụng hình sự. Trong pháp luật của nước Đức, không có một sự thừa nhận chính thức vị trí và vai trò của án lệ với tư cách là nguồn luật; Tòa án (trừ Tòa án Hiến pháp) về nguyên tắc, không có quyền tạo ra pháp luật. Tuy nhiên, trong thực tiễn áp dụng pháp luật ở Đức lại cho thấy trong khoảng hơn một thế kỷ qua, vai trò của án lệ ngày càng được đề cao. Đặc biệt dưới sự ảnh hưởng của "Trường phái Lịch sử pháp luật" ở Đức mà đại diện là Freidrich Carl Von Saviny đã nhấn mạnh ý nghĩa quan trọng của án lệ trong áp dụng pháp luật thông qua sự thừa nhận vai trò giải thích pháp luật của thẩm phán trong hệ thống tòa án nước Đức [10].

Trong hệ thống pháp luật Nhật Bản, về nguyên tắc án lệ không được coi là một nguồn luật bắt buộc có giá trị như những VBQPPL do cơ quan lập pháp ban hành. Ở Nhật Bản, không có quy định cụ thể nào về hiệu lực chung của các

bản án và quyết định của Tòa án tối cao như là "án lệ", vì tại khoản 3 Điều 76 Hiến pháp Nhật Bản có quy định: "Tất cả các thẩm phán độc lập làm việc theo lương tâm và chỉ bị ràng buộc bởi Hiến pháp và pháp luật". Vì thế, không có quy định nào về nghĩa vụ thẩm phán thuộc tòa án cấp dưới phải tuân theo án lệ của Tòa án tối cao. Bộ luật Tố tụng dân sự và Bộ luật Tố tụng hình sự quy định rằng, thẩm phán của tòa án cấp dưới đôi khi có thể xét xử khác so với án lệ của Tòa án tối cao, Tòa án tối cao cũng có thể không hủy án của tòa án cấp dưới cho dù nó trái ngược với án lệ. Tuy nhiên, trong một số văn bản pháp luật có những quy định cụ thể về vấn đề ràng buộc án lệ đối với tòa án các cấp, cụ thể như sau:

- Tại khoản 4 của Đạo luật Tòa án Nhật Bản quy định: "một kết luận trong một bán án của tòa cấp cao hơn sẽ ràng buộc tòa án cấp dưới phải tuân theo đối với vụ án liên quan". Điều luật này chỉ quy định, một kết luận trong bản án của tòa phúc thẩm sẽ ràng buộc tòa án cấp dưới nếu tòa án phúc thẩm *(ở Nhật Bản không có trình tự giám đốc thẩm, mà bản án, quyết định của tòa án cấp phúc thẩm là cuối cùng. Riêng cấp phúc thẩm có phúc thẩm lần 1 và phúc thẩm lần 2 "kháng cáo Jokoku")* hủy bản án sơ thẩm và giao vụ án cho tòa án đó giải quyết lại; điều luật này quy định hiệu lực ràng buộc chỉ "đối với vụ án liên quan" và không quy định hiệu lực pháp lý đối với các trường hợp khác.

- Điểm 3, Điều 10 của Đạo luật Tòa án Nhật Bản quy định: Nếu Tòa án tối cao xét xử và ra quyết định đối với vụ án, có hai kiểu hội đồng "Dai Houtei" (Đại hội đồng) gồm 15 thẩm phán và "Shou Houtei" (Tiểu hội đồng) gồm 3 thẩm phán. Theo điều luật trên, "Dai Houtei" sẽ xét xử và ra quyết định với vụ án mà "có một ý kiến trái ngược với một quyết định mang tính pháp lý đã được Tòa án tối cao đưa ra trước đó". Vì thế, để ra quyết định "trái với một quyết định mang tính pháp lý đã được Tòa án tối cao đưa ra trước đó", chính Tòa án tối cao phải tiến hành thủ tục cẩn thận hơn [10].

- Khoản 1 Điều 318 Bộ luật Tố tụng Dân sự Nhật Bản quy định: khi có đơn yêu cầu của đương sự và quyết định trái với án lệ của Tòa án tối cao thì "kháng cáo Jokoku" có thể được thực hiện. Theo đó, có khả năng các bản

án của tòa án cấp dưới sẽ bị hủy, bởi vì chúng đối lập với án lệ của Tòa án tối cao hoặc Tòa án tối cao có thể xét xử lại một vụ án mà trái với án lệ của Tòa án tối cao trước đó, trường hợp này thường diễn ra đối với những vụ án có liên quan đến những vấn đề quan trọng về việc giải thích pháp luật.

Hệ thống pháp luật Liên bang Nga, các nguồn luật chính là Hiến pháp của Liên bang Nga, các điều ước quốc tế và các nguyên tắc của luật pháp quốc tế được công nhận chung, Luật Hiến pháp của Liên bang, các bộ luật, Luật liên bang, các quy định về việc thực hiện (sắc lệnh và lệnh của Tổng thống liên bang Nga), luật và quy định của vùng…, không coi quyết định của tòa án như là nguồn luật. Các tiền lệ pháp lý không phải là một nguồn chính thức… Tuy nhiên, trong thực tiễn các thẩm phán vẫn tham khảo bản án, quyết định của tòa án cấp trên (đặc biệt là của Tòa án tối cao) [6].

2.2.2. Những Tòa án có thẩm quyền tạo ra án lệ trong hệ thống Civil Law

Ở Pháp, hệ thống tòa án được chia thành hai nghạch là Tòa án Tư pháp và Tòa án Hành chính, trong đó chỉ có những tòa án cấp cao nhất của hai hệ thống tòa án này mới có thẩm quyền tạo ra án lệ. Tòa phá án là tòa án cấp cao nhất của nghạch Tòa án Tư pháp, có vai trò quan trọng trong việc tạo ra án lệ thông qua chức năng giám đốc thẩm (chức năng phá án) của nó. Những án lệ của Tòa Phá án tạo ra có giá trị rất quan trọng trong việc bổ sung những khoảng trống, giải thích những điểm chưa thực sự rõ ràng của các vấn đề dân sự, thương mại trong pháp luật của nước Pháp [17].

Tòa Hành chính tối cao của Pháp còn được gọi là Hội đồng nhà nước. Những án lệ của tòa án này là thực sự đã đóng góp vai trò rất quan trọng trong sự phát triển luật hành chính ở Pháp. Về nguyên tắc, không có quy định bắt buộc tòa án cấp dưới phải tuân theo án lệ của Hội đồng nhà nước nhưng sự tôn trọng và đề cao vai trò của các án lệ của Hội đồng nhà nước đã trở thành một nét đặc trưng trong văn hóa pháp lý ở Pháp.

Ở Cộng hòa Liên bang Đức, không phải mọi tòa án đều có thẩm quyền tạo ra án lệ. Thẩm quyền tạo ra án lệ chỉ thuộc về những tòa án cấp cao nhất trong hệ thống tòa án liên bang. Đối với hệ thống tòa án nước Đức, Tòa án Hiến pháp Cộng hòa Liên bang Đức có thẩm quyền cao nhất và nó được coi là tòa án duy nhất ở Đức có thẩm quyền tạo ra các án lệ mang tính bắt buộc được đảm bảo bằng những quy định của Hiến pháp Cộng hòa Liên bang Đức và Luật Tòa án Hiến pháp Cộng hòa Liên bang Đức. Điều 31 của Luật Tòa án Hiến pháp Liên bang Đức quy định: "Các quy định của Tòa án Hiến pháp Liên bang có hiệu lực bắt buộc với các cơ quan của chính quyền liên bang và các tiểu bang cũng như tất cả nhưng Tòa án và các cơ quan nhà nước khác". Hơn nữa, chính Tòa án Hiến pháp cộng hòa Liên bang Đức đã cho phép các tòa án trong quá tình xét xử được sử dụng nhiều loại nguồn luật khác nhau, trong đó bao gồm cả các án lệ, thay vì chỉ thừa nhận một nguồn luật VBQPPL. Tòa án Hiến pháp của Cộng hòa Liên bang Đức thừa nhận rằng, thuật ngữ "luật" trong Hiến pháp không phải là cố định, mà luật có thể được hiểu theo nghĩa chính thức và nghĩa thực tế. Vì vậy, có thể chấp nhận được việc án lệ đã được viện dẫn đến trong quyết định của các tòa án của nước Đức [2, tr. 63].

Ở Nhật Bản, thông thường thì những bản án và quyết định của tòa án cấp cao hơn thường được xem là "án lệ", đặc biệt là những bản án, quyết định của Tòa án tối cao, vì có "hiệu quả pháp lý nhất định" đối với tòa án cấp dưới [11]. Tuy nhiên, có trường hợp không chỉ các bản án và quyết định của tòa án cấp dưới đều có thể trở thành "án lệ"; bởi vì khi một tòa án cấp dưới ra một bản án nhất định đối với một vấn đề quan trọng về mặt xã hội nhưng chưa có bất kỳ một bản án nào trước đó giải quyết; bản án này sẽ thu hút sự chú ý của xã hội như là một bản án quan trọng của cơ quan pháp luật Nhà nước và các tòa án khác khi giải quyết một vấn đề tương tự có thể tham khảo bản án đó.

Pháp luật Nhật Bản không có quy định nào về nghĩa vụ của thẩm phán thuộc tòa án cấp dưới buộc phảo tuân theo án lệ. Vì thế, các thẩm phán của

tòa án cấp dưới không tuân theo những án lệ một cách mù quáng mà họ xem xét án lệ với quan điểm phê bình và theo đuổi những cách giải quyết phù hợp nhất đối với vụ án mà họ xử lý.

Trong hệ thống tòa án của Liên bang Nga, theo Hiến pháp, các quyết định của Tòa án Hiến pháp là các tiền lệ pháp lý. Chúng tạo nên nội dung chính của một đạo luật có tính chất ràng buộc, mà các tòa án khác bắt buộc phải tuân theo [6].

2.2.3. Việc hình thành án lệ của Tòa án tối cao trong hệ thống Civil Law

2.2.3.1. Các điều kiện và kinh nghiệm hình thành án lệ của Tòa án tối cáo Pháp

Thứ nhất, khi văn bản ở dạng khung không rõ ràng.

Pháp luật của Pháp được biết đến như là một hệ thống Civil Law. Tuy nhiên, văn bản thường đưa ra những khái niệm ở dạng "khung" (chưa cụ thể) và tòa án địa phương có thể áp dụng hay không áp dụng khái niệm này vào một hoàn cảnh cụ thể.

Nhằm thống nhất áp dụng pháp luật cho hoàn cảnh cụ thể trong đời sống (xảy ra tương tự trước các tòa án địa phương khác nhau), Tòa án tối cao Pháp thường phải can thiệp theo thủ tục giám đốc thẩm và đưa ra các phán quyết của mình nhằm thống nhất áp dụng pháp luật trên toàn lãnh thổ Pháp, tạo tâm lý an toàn cho người dân. Những phán quyết này đã thực chất tạo ra án lệ của Tòa án tối cao Pháp.

Thứ hai, khi văn bản pháp luật không có quy định điều chỉnh.

Ở Pháp, Nghị viện và Chính phủ hàng năm ban hành nhiều văn bản pháp luật để điều chỉnh các vấn đề của xã hội. Tuy nhiên, kinh nghiệm cho thấy rất nhiều vấn đề pháp lý phát sinh cần phải giải quyết nhưng chưa được văn bản điều chỉnh. Đối với những hoàn cảnh như vậy, Tòa án tối cao Pháp

thường xuyên can thiệp và thiết lập án lệ thông qua các quyết định giám đốc thẩm của mình.

Thứ ba, khi các văn bản lạc hậu, cứng nhắc so với đòi hỏi khách quan của xã hội

Ở Pháp, khi xây dựng văn bản, các nhà làm luật thường chỉ quan tâm tới những vấn đề phổ biến phát sinh trong đời sống. Thực tế cho thấy không hiếm quy định trong văn bản phù hợp với đa số trường hợp nhưng lại không tương thích với một vài hoàn cảnh cụ thể. Trước những trường hợp như vậy, đôi khi Tòa án tối cao Pháp đã phải giải quyết theo thủ tục giám đốc thẩm và tạo ra ngoại lệ.

2.2.3.2. Kinh nghiệm hình thành án lệ của Tòa án tư pháp tối cao Cộng hòa Liên bang Đức

Tòa án tối cao Liên bang Đức đóng vai trò tích cực trong việc giải thích các quy định của Bộ luật Dân sự Đức 1990. Bằng cách này, tòa án đã tạo ra những án lệ có ảnh hưởng đối với việc nhận thức và giải thích pháp luật của các tòa án cấp dưới ở Đức. Bộ luật Dân sự Đức mặc dù đã được xây dựng rất công phu. Tuy nhiên, nó đã lộ ra nhiều bất cập và có những khoảng trống cần được bổ sung khi áp dụng nó đối với các vụ việc cụ thể. Sau đây là một số ví dụ về điều này:

Trong lĩnh vực hợp đồng, rất nhiều điều luật của Bộ luật Dân sự Đức không thể áp dụng được vào thực tiễn nếu thiếu vai trò giải thích của Tòa án Tư pháp tối cao Liên bang. Ví dụ, Điều 181, Bộ luật Dân sự Đức quy định: "một chi nhánh không thể tự nó ký hợp đồng nhân danh công ty, trừ khi giao dịch đó là việc thực hiện nghĩa vụ của chi nhánh cho công ty". Mục đích của Điều 181 nhằm bảo vệ lợi ích của các công ty trước những hành vi vượt quá thẩm quyền của chi nhánh. Tuy nhiên, thực tiễn cũng cho thấy những hạn chế của Điều luật 181 bởi sự cứng nhắc của nó trong mối quan hệ giữa công ty và một chi nhánh của nó. Tòa án Tư pháp tối cao Liên bang đã bổ sung hạn chế

này qua việc giải thích Điều 181 rằng, không nên hiểu theo nghĩa của từng từ ngữ của nó. Trong án lệ năm 1971, Tòa án tối cao Liên bang tuyên bố "một chi nhánh không vi phạm Điều 181 khi ký kết các hợp đồng nhân danh chi nhánh đó mà hợp đồng chỉ đem lại điều có lợi cho công ty nó đại diện". Sự thừa nhận cách giải thích của Tòa án tối cao Liên bang là phương pháp thực tế để Điều 181 Bộ luật Dân sự thích nghi với những thay đổi của đời sống, kinh tế, xã hội, mà trên thực tế cơ quan lập pháp không cần thiết phải sửa đổi Điều 181 Bộ luật Dân sự.

2.2.3.3. Kinh nghiệm hình thành án lệ của Nhật Bản

Tòa án tối cao Nhật Bản có vai trò trong việc thực hiện chức năng giải thích pháp luật trong xét xử. Cũng chính hoạt động này đã tạo ra những án lệ trong các quyết định của Tòa án tối cao Nhật Bản. Trong những án lệ của Tòa án tối cao thường có những giải thích nhất định về vận dụng và giải thích pháp luật, có ý nghĩa trong việc thống nhất áp dụng pháp luật trong cả nước đảm bảo "*pháp luật được áp dụng một cách bình đẳng đối với mọi công dân*".

Các thẩm phán của Tòa án tối cao Nhật Bản là những thẩm phán có kinh nghiệm nhất, trình độ cao nhất so với các thẩm phán trên toàn đất nước. Ngoài ra, ở Tòa án tối cao Nhật Bản có một số "*cán bộ nghiên cứu tư pháp*" nhất định để trợ giúp các thẩm phán Tòa án tối cao trong công việc xét xử của họ; những "*cán bộ nghiên cứu tư pháp*" được tuyển chọn trong số các thẩm phán ở tòa án cấp dưới với một số năm nhất định và họ đã thể hiện được năng lực xuất sắc. Khi thẩm phán của Tòa án tối cao ra bản án, những "*cán bộ nghiên cứu tư pháp*" này sẽ nghiên cứu rất nhiều sách báo, tài liệu, các bản án và quyết định không chỉ của Tòa án tối cao mà còn của cả các tòa án cấp dưới có liên quan đến vụ án để nghiên cứu thận trọng, kỹ lưỡng trước khi báo cáo thẩm phán Tòa án tối cao để tham khảo trước khi giải quyết vụ án.

Vì thế, các bản án và quyết định mà Tòa án tối cao đưa ra thông qua việc xem xét thực sự cẩn thận của các thẩm phán có kinh nghiệm và năng lực

xuất sắc của "*cán bộ nghiên cứu tư pháp*", chính điều này làm cho các bản án và quyết định đó có độ tin cậy rất cao về tính đúng đắn và sự công bằng.

- Nếu tòa án cấp sơ thẩm đã lưu ý tới án lệ, cân nhắc khả năng kháng cáo, có thể toàn bộ tranh chấp được giải quyết sớm hơn và khả năng bị hủy án bởi một tòa án cấp cao hơn là rất thấp. Thông thường, các thẩm phán thuộc tòa án cấp dưới trích dẫn những bản án và quyết định nhất định của Tòa án tối cao giống như trích dẫn những quy định pháp luật trong bản án của họ, ví dụ như "theo bản án của Tòa án tối cao (ra ngày X tháng X năm X), từ "A" như quy định tại điều X của Bộ luật dân sự sẽ được hướng dẫn như…[2, tr. 72].

- Một bản án trái ngược với án lệ của tòa án tối cao có thể bị kháng cáo và hủy án bởi tòa án cấp cao hơn, kể cả tòa án cấp phúc thẩm; bởi vì công tố viên, luật sư, thẩm phán và những người khác cũng tôn trọng án lệ của Tòa án tối cao.

Trong thực tiễn, rất hiếm khi thẩm phán ban hành quyết định đối lập với án lệ của Tòa án tối cao, trừ trường hợp thẩm phán đưa ra được lý do cho rằng án lệ đó không đúng pháp luật, không phù hợp với thực tiễn.

2.2.4. Cách thức xây dựng và sử dụng án lệ trong các nước thuộc hệ thống Civil Law

2.2.4.1. Cách thức xây dựng án lệ của Tòa án tối cao Pháp (Tòa phá án)

Cho đến nay, án lệ của Pháp được người quan tâm biết đến chủ yếu về nội dung. Ít ai biết cách thức Tòa án tối cao Pháp thể hiện án lệ của mình trong quyết định giám đốc thẩm như thế nào. Đối với một vấn đề pháp lý, quyết định giám đốc thẩm của Tòa án tối cao được coi là án lệ thường được thể hiện ở các bước cơ bản sau:

Thứ nhất, Tòa án tối cao Pháp đưa vào quyết định giám đốc thẩm một nội dung giống như một quy định trong văn bản pháp luật, nội dung này có đối tượng điều chỉnh rất chung, không giới hạn ở vụ việc mà Tòa án tối cao

đang giải quyết. Chẳng hạn, trong quyết định liên quan đến xung đột pháp luật về thừa kế di sản động sản, Tòa án tối cao đã nêu "di sản động sản được coi là tồn tại ở nơi mở thừa kế nên thừa kế di sản động sản được điều chỉnh bởi pháp luật của nước người để lại di sản có nơi cư trú cuối cùng" [17]. Đoạn này giống như một quy định trong một văn bản có phạm vi điều chỉnh chung, không giới hạn ở vụ việc đang được Tòa án tối cao Pháp giải quyết. Ở đây, vụ việc liên quan đến xung đột pháp luật về thừa kế di sản động sản của một người Iran có nơi cư trú trước khi chết tại một địa điểm của Pháp nhưng đoạn trích dẫn nêu trên không giới hạn ở vụ việc này.

Thứ hai, Tòa án tối cao Pháp nêu lại những gì tòa án địa phương đã làm. Trong vụ việc trên, Tòa án tối cao Pháp đã nêu rằng Tòa Thượng thẩm đã áp dụng pháp luật của Iran với lý do tài sản có tranh chấp nằm ở Iran, ở đây Tòa án tối cao Pháp không đưa ra bất kỳ ý kiến, quan điểm gì mà chỉ rút lại một cách khách quan những gì Tòa Thượng thẩm đã làm.

Thứ ba, Tòa án tối cao Pháp đối chiếu những gì Tòa Thượng thẩm làm với nội dung nêu trong bước thứ nhất và cuối cùng (bước thứ tư) đưa ra kết luận của mình về giải pháp của Tòa Thượng thẩm. Trong vụ việc trên, Tòa án tối cao Pháp cho rằng di sản động sản được coi là tồn tại ở nơi mở thừa kế (tại một vùng của Pháp) nên theo nội dung nêu trong bước thứ nhất, pháp luật điều chỉnh là pháp luật Pháp, vì vậy việc Tòa Thượng thẩm áp dụng pháp luật Iran là vi phạm pháp luật.

2.2.4.2. Cách thức xây dựng án lệ của Nhật Bản

Nhật Bản là một nước Châu Á có nhiều sự ảnh hưởng đặc trưng về cách thức xây dựng và sử dụng án lệ của những nước như Pháp và Đức. Tuy nhiên, cơ chế xây dựng và áp dụng án lệ của Nhật Bản được cho là rất hiệu quả. Có lẽ, sự thành công trong việc du nhập pháp luật nước ngoài vào Nhật Bản cũng có sự đóng góp của việc Nhật Bản đã biết lựa chọn một mô hình xây dựng và sử dụng án lệ phù hợp với hệ thống pháp luật của chính họ.

Ở Nhật Bản, các bản án và quyết định được sử dụng án lệ phải được dự thảo kỹ lưỡng qua việc cân nhắc và xem xét toàn diện để đảm bảo chất lượng, áp dụng đúng pháp luật, các từ ngữ dễ hiểu, cách viết lưu loát và đi vào những vấn đề mấu chốt của bản án, đúng quy định hình thức. Những bản án càng có hiệu lực mạnh bao nhiêu, việc sử dụng những từ ngữ và cách thể hiện càng chặt chẽ bấy nhiêu. Ở đây, "*hiệu lực mạnh*" của bản án là thể hiện được xã hội quan tâm, được nhiều người biết đến và có giá trị tuyên truyền pháp luật, giáo dục pháp luật cao. Tuy nhiên, khi có nhiều ý kiến khác nhau về vụ án mà Tòa án tối cao đã xét xử thì Tòa án tối cao sẽ xem kỹ lại vụ án khác có nội dung tương tự như vụ án mà Tòa án tối cao đã xét xử mà có "kháng cáo Jokutu". Trong trường hợp này, Tòa án tối cao có thể đưa ra đường lối xét xử mới khác với vụ án trước đó và bản án này sẽ là bản án lệ thay thế bản án lệ trước đó.

2.3. XU HƯỚNG COI TRỌNG LẪN NHAU GIỮA HAI DÒNG HỌ CIVIL LAW VÀ COMMON LAW

2.3.1. Dòng họ Civil Law có xu hướng coi trọng án lệ

Civil Law là dòng họ coi trọng lý luận pháp luật, có trình độ hệ thống hóa, pháp điển hóa cao với Bộ luật dân sự ra đời rất sớm và đồ sộ. Đại diện cho dòng họ này có thể kể đến Pháp, Đức, Ý... Tiền lệ pháp luật không được coi trọng. Ở Đức, án lệ trước đây không được coi là nguồn luật của hệ thống này; Tòa án không có quyền lập pháp mà chỉ có quyền áp dụng pháp luật vào những trường hợp cụ thể. Ngược lại, pháp luật thành văn có vị trí quan trọng.

Trong xu hướng hội tụ, các hệ thống pháp luật thuộc dòng họ Civil Law sẽ ngày càng coi trọng phán quyết của tòa án. Điều này thể hiện ở hai vấn đề:

Vấn đề thư nhất, từ thế kỷ XIX, cơ chế bảo hiến đã ra đời, dó đó đã tồn tại các tổ chức bảo hiến (ở Đức là Tòa án bảo hiến). Chính vì thế, phán quyết của tổ chức bảo hiến có tính chất ràng buộc đối với các tòa án cấp dưới. Tại Đức, Tòa án bảo hiến liên bang và Tòa án cấp liên bang khác có toàn

quyền trong việc xây dựng án lệ. Tòa án cấp dưới có nghĩa vụ phải thực hiện án lệ của các tòa án này, nếu không bản án của họ có thể bị giám đốc thẩm.

Vấn đề thư hai, trong quá trình xét xử, để đảm bảo sự thống nhất trong việc xét xử, đảm bảo tính đúng đắn về chuyên môn nghiệp vụ cũng như thể hiện sự tôn trọng phán quyết của tòa cấp trên, tòa cấp dưới luôn có xu hướng tham khảo những bản án đã được tuyên, căn cứ vào đó để đưa ra quyết định cho vụ án cụ thể của mình. Các phán quyết của tòa án rất hay quy chiếu đến các phán quyết đã tuyên trước đó. Đây cũng có thể coi là những biểu hiện của việc sử dụng án lệ trong hệ thống pháp luật của các nước thuộc dòng họ Civil Law.

2.3.2. Dòng họ Common Law có xu hướng coi trọng pháp luật thành văn

Với dòng họ này, phần lớn các chế định và quy phạm pháp luật được hình thành bằng án lệ. Thẩm phán vừa là người xét xử vừa là người sáng tạo ra pháp luật một cách gián tiếp, vừa có quyền giải thích pháp luật. Tiêu biểu cho dòng họ Common Law là Anh, Mỹ, Canada, Úc... Án lệ có vị trí rất quan trọng, ví dụ như khi Nghị viện Anh giành được quyền lực tối cao, luật - tác phẩm của nghị viện có hiệu lực cao hơn cả các quy tắc Common Law và Equity (công bằng), có thể sửa đổi các nguyên tắc đó; tuy nhiên, do hai hệ thống này đã có một uy tín rất lớn cho nên các nhà làm luật chỉ sửa đổi, củng cố chúng mà thôi. Trên nguyên tắc, khi tham gia vào các Hiệp ước của khu vực, điều ước quốc tế thì những văn bản này có hiệu lực cao hơn. Tuy nhiên, thực tế, các nhà làm luật có thể ban hành bất kỳ đạo luật nào để thay đổi những quy định đó trên cơ sở Common Law và Equity để áp dụng đối với nước mình.

Trong xu hướng hội nhập và hội tụ, dòng họ Common Law sẽ ngày càng coi trọng, sử dụng nhiều luật thành văn, văn bản luật, có thể dưới hình thức các bộ pháp điển và hiến pháp thành văn.

Ví dụ, ở Anh, từ thế kỷ XX, luật thành văn đã có xu hướng phát triển. Luật được soạn thảo theo một tư tưởng rất mới, khác nhiều so với nguyên tắc Common Law.

Khi gia nhập cộng đồng chung châu Âu EEC, nay là EU, và cũng là thành viên của Liên hợp quốc, Nghị viện Anh đã tiếp nhận các điều ước quốc tế và các quy định pháp luật của Liên minh Châu Âu (ví dụ: Luật năm 1972, Công ước về nhân quyền) - theo truyền thống luật La Mã - vào trong hệ thống pháp luật Anh, bằng hình thức áp dụng trực tiếp các văn bản đó hoặc nội luật hóa. Về nguyên tắc, trong trường hợp xung đột pháp luật thì áp dụng quy định của điều ước quốc tế hoặc của Liên minh.

Một nguyên nhân khác có thể kể đến của việc hệ thống pháp luật Anh càng ngày càng coi trọng pháp luật thành văn đó là, Thượng Nghị viện càng ngày càng mong muốn khẳng định vai trò của mình - cơ quan quyền lực tối cao của Vương quốc. Các quy tắc Common Law và Equity của Tòa án Anh ngày càng tỏ ra không đáp ứng được yêu cầu ngày càng cao trong việc kiểm tra, giám sát chặt chẽ hoạt động của các cơ quan hành chính.

Xu hướng hội nhập và hội tụ càng thể hiện rõ nét hơn ở Mỹ. Nguồn gốc của người Mỹ là từ Anh di cư sang, bản thân họ vốn đã không thích theo mô hình pháp luật phức tạp của Anh. Ngay từ ngày đầu thành lập Hợp chủng quốc Hoa Kỳ, người Mỹ đã cho ra đời bản Hiến pháp đầu tiên của thế giới - một văn bản pháp luật có giá trị pháp lý tối cao đối với người Mỹ, trong khi ở Anh chỉ có hiến pháp không thành văn.

Hệ thống pháp luật thành văn của Mỹ rất phát triển. Mỹ, với rất nhiều nhà lập pháp có trình độ cao, đã cho ra đời rất nhiều bộ luật và đạo luật có giá trị thực tiễn và có tính ổn định cao.

Như vậy, chúng ta có thể nhận thấy xu hướng hội tụ của hai dòng họ pháp luật Civil Law và Common Law. Sự hội tụ này là một xu hướng tất yếu trong quá trình vận động, tiếp thu và học hỏi nhau. Mỗi dòng họ sẽ phát huy được những thế mạnh của mình đồng thời khắc phục được những hạn chế của mình. Đó là cơ sở cho một hệ thống pháp luật toàn thế giới phát triển.

Chương 3

QUAN ĐIỂM ĐỔI MỚI VỀ ÁN LỆ VÀ MỘT SỐ KIẾN NGHỊ CHO VIỆC XÂY DỰNG, PHÁT TRIỂN ÁN LỆ TẠI VIỆT NAM

3.1. THỰC TRẠNG SỬ DỤNG "ÁN LỆ" TRONG HOẠT ĐỘNG XÉT XỬ CỦA TÒA ÁN VÀ NHU CẦU ÁN LỆ Ở VIỆT NAM

3.1.1. Thực trạng sử dụng "án lệ" trong hoạt động xét xử của Tòa án

Bên cạnh những quy phạm được ghi nhận trong bộ luật, luật hay nghị định, chúng ta còn thấy tồn tại một loại quy phạm khá đặc biệt với những đặc thù riêng. Đó là những quy phạm được TANDTC thiết lập. Trong thực tế, vì văn bản pháp luật không rõ ràng, cụ thể hay chưa đầy đủ nên Tòa án nhân dân tối cao đã phải xây dựng bổ sung một số quy phạm thông qua thông tư, nghị quyết hướng dẫn hay qua những vụ việc cụ thể. Ở đây, tác giả chỉ đề cập đến những quy phạm được TANDTC xây dựng thông qua những vụ việc tương tự - hay vấn đề án lệ trong pháp luật thực định Việt Nam.

Để tăng tính thuyết phục của quan niệm cho rằng nên coi án lệ là nguồn của pháp luật khi đó là những quy phạm hợp tình, hợp lý, tác giả xin nêu một vài ví dụ để khẳng định sự tồn tại của "án lệ" trong thực tiễn đời sống pháp luật Việt Nam [18]:

**** Xác định hình sự hay dân sự***

Trong thực tế không hiếm gặp trường hợp giao dịch có vi phạm pháp luật và người vi phạm có thể bị xử lý theo pháp luật hình sự. Ví dụ, chị Mai dùng thủ đoạn để chị Ngọ cho mình vay 40 triệu đồng với lãi suất 5% tháng. Hành vi của chị Mai được tòa án quy về tội lừa đảo chiếm đoạt tài sản công dân. Giao dịch vay tiền của chị Mai đã vi phạm pháp luật hình sự. Giải quyết vấn đề dân sự như thế nào trong những trường hợp như vậy? Khi giao dịch vi phạm pháp luật và có thể xử lý theo pháp luật hình sự, tòa dân sự (theo nghĩa

rộng là lao động, kinh tế, thương mại, dân sự, hôn nhân và gia đình) có phải dừng xử lý giải quyết hay không khi vụ việc được yêu cầu có yếu tố vi phạm pháp luật hình sự? Về vấn đề này, Tòa dân sự TANDTC đã thiết lập một án lệ.

**** Xác định bản chất hợp đồng***

Khi giao kết, các bên thường xác định rõ bản chất của hợp đồng. Nhưng đôi khi, bản chất theo các bên xác định không đúng với bản chất thực của hợp đồng. Đối với những hoàn cảnh như vậy, tòa án có quyền xác định lại bản chất của hợp đồng hay không? Cũng như vấn đề trên, ở đây, dường như thực tiễn pháp lý nước ta đã thiết lập một án lệ. Ví dụ:

Ngày 29/08/1996, Hợp tác xã Hồng Quang và Công ty Tân Hồng đã ký hợp đồng liên kết sản xuất với nội dung Hợp tác xã Hồng Quang góp 1.350m^2 nhà xưởng hiện có trên tổng diện tích đất được sử dụng 3.100m^2, trị giá khoảng 2 tỷ đồng. Công ty Tân Hồng góp vốn đầu tư xây dựng nâng cấp nhà xưởng, kho tàng phù hợp với nhu cầu sản xuất may xuất khẩu; đầu tư toàn bộ dây chuyền thiết bị, may thêu nguyên vật liệu, phụ tùng thêu may với tổng trị giá khoảng 6 tỷ đồng. Hợp đồng có thời hạn 5 năm kể từ ngày ký, hết hạn sẽ tùy thuộc vào thực tế để ký tiếp. Cùng ngày, hai bên ký phụ lục Hợp đồng số 01 được công chứng với nội dung: Công ty Tân Hồng cho Hợp tác xã Hồng Quang vay 500 triệu đồng, lãi suất 1,2% tháng, thời hạn vay là 02 năm. Nếu Hợp tác xã Hồng Quang không thanh toán cho Công ty Tân Hồng trong hạn 02 năm thì Công ty Tân Hồng sẽ trừ dần vào số tiền khấu hao tài sản mà Công ty Tân Hồng trả cho Hợp tác xã Hồng Quang mỗi tháng 20 triệu đồng; Công ty Tân Hồng nộp cho Hợp tác xã Hồng Quang 20 triệu đồng /tháng vào ngày 05 đầu tháng, nếu chậm sẽ chịu phạt 2%/tháng. Ngày 10/01/1999, hai bên ký phụ lục hợp đồng số 2 với nội dung: Công ty Tân Hồng đồng ý xóa nợ cho Hợp tác xã Hồng Quang bằng cách khấu trừ dần số tiền đã cho vay cùng với lãi suất vào việc thanh toán 20 triệu đồng khấu hao tiền nhà xưởng. Tính từ ngày 10/10/1998 đến 10/4/2001 là xóa xong nợ cũ. Kể từ ngày 11/4/2001,

Công ty Tân Hồng phải trả cho Hợp tác xã Hồng Quang 20 triệu đồng /tháng theo nội dung hợp đồng. Cuối năm 2001, hai bên có tranh chấp và kiện ra tòa. Theo Hội đồng Thẩm phán TANDTC, tuy hợp đồng số 01/HT-HQ ngày 29/08/1996 ghi là hợp đồng liên kết sản xuất nhưng nội dung của phụ lục Hợp đồng số 01 và phụ lục Hợp đồng số 02 đã thể hiện bản chất của hợp đồng là thuê nhà xưởng gắn liền với quyền sử dụng đất, chứ không phải là liên kết thành lập đơn vị kinh tế theo Quy định về liên kết kinh tế (ban hành kèm theo Quyết định số 38/HĐBT ngày 10-04-1989 của Hội đồng Bộ trưởng). Như vậy, Hội đồng thẩm phán đã xác định lại bản chất của hợp đồng có tranh chấp. Cụ thể, các bên cho rằng đây là hợp đồng liên kết sản xuất nhưng Tòa án lại coi đây là hợp đồng thuê nhà xưởng gắn liền với quyền sử dụng đất. Khi xét như vậy, Hội đồng Thẩm phán không nêu rõ là dựa vào văn bản nào để có quyền xác định lại bản chất của hợp đồng. Do đó, có thể nói, Tòa án đã tự cho mình quyền này. Đây không hẳn đã là đặc thù của pháp luật Việt Nam. Ở Pháp, Tòa án tối cao thường nhắc nhở trong quá trình giải quyết giám đốc thẩm là thẩm phán có quyền xác định lại bản chất thực của hợp đồng. Trong thực tế, chúng ta còn thấy nhiều ví dụ khác, theo đó Tòa án tự cho mình quyền xác định lại bản chất thực của hợp đồng, do đó có thể coi việc này đã trở thành án lệ.

**** Xác định vấn đề người nước ngoài nhờ người đứng tên trong giao dịch***

Theo Bộ luật Dân sự năm 1995 và 2005, năng lực hành vi dân sự của cá nhân là người nước ngoài được xác định theo pháp luật của nước mà người đó là công dân, trừ trường hợp pháp luật Cộng hoà XHCN Việt Nam có quy định khác. Việc mua nhà ở tại Việt Nam là một hạn chế đối với người nước ngoài so với công dân Việt Nam. Cụ thể, theo Điều 19 của Nghị định 61/CP ngày 05/7/1994, "cá nhân là người nước ngoài định cư ở Việt Nam được mua một nhà ở của các doanh nghiệp nhà nước chuyên kinh doanh nhà ở của Việt Nam để ở cho bản thân và các thành viên gia đình họ tại địa phương được

phép định cư" [4]. Hoặc Khoản 1, Điều 3 của Nghị định số 81/2001/NĐ-CP ngày 05/11/2001 của Chính phủ quy định:

> Người Việt Nam định cư ở nước ngoài thuộc một trong những đối tượng dưới đây… thì được mua nhà để ở gắn liền với quyền sử dụng đất ở tại Việt Nam: a) Người về đầu tư lâu dài tại Việt Nam; b) Người có công đóng góp với đất nước; c) Nhà văn hoá, nhà khoa học có nhu cầu về hoạt động thường xuyên tại Việt Nam; d) Người có nhu cầu về sống ổn định tại Việt Nam [5].

Nhiều người nước ngoài gốc Việt mua nhà ở tại Việt Nam thông qua việc mượn tên của người thân vì họ không đủ điều kiện tự mua. Đã xuất hiện tình trạng một thời gian sau khi mua, Việt kiều và người thân có tranh chấp về nhà ở. Văn bản pháp luật hiện không có chế tài cụ thể cho những tranh chấp này nhưng tòa án vẫn phải giải quyết. Trong một vụ việc liên quan đến tranh chấp giữa ông Đức và người thân, Tòa án quyết định: hủy hợp đồng mua bán nhà đất, giao căn nhà (có tranh chấp) cho cơ quan thi hành án tỉnh tổ chức bán đấu giá, tiền bán nhà giao cho ông Đức (Việt kiều) 5.300 USD (tương đương với tiền đã bỏ ra mua nhà). Số còn lại sung vào công quỹ nhà nước, nếu giá bán thấp hơn số tiền giao cho ông Đức, thì ông Đức nhận theo số tiền bán nhà thực tế.

Như vậy, liên quan đến những trường hợp mà Việt kiều nhờ người khác mua hộ bất động sản do họ không thỏa mãn những điều kiện của pháp luật, khi có tranh chấp thì phát mãi bất động sản để trả cho Việt kiều số tiền, vàng đã bỏ ra nhờ mua giùm, số còn lại sung công quỹ Nhà nước. Quy phạm này được TANDTC và Viện kiểm sát nhân dân tối cao cùng TAND địa phương áp dụng thường xuyên nên có thể coi đã trở thành án lệ.

Qua những ví dụ vừa rồi cho thấy, trong thực tế pháp lý, tòa án đã thiết lập nhiều án lệ. Các quy phạm do TANDTC thiết lập có tính bắt buộc hay không là vấn đề được tranh luận tương đối nhiều ở nước ta. Xem xét tổng quát thực trạng sử dụng "án lệ" trong hoạt động xét xử của tòa án Việt Nam

như đã nêu trên, chúng ta có thể nhận thấy một số đặc điểm nổi bật về thực trạng sử dụng "án lệ" trong hoạt động xét xử của tòa án Việt Nam như sau:

Xét về khía cạnh pháp lý: trong pháp luật hiện hành của Việt Nam, không một văn bản nào chính thức thừa nhận án lệ là một nguồn của pháp luật và cũng không có văn bản nào khẳng định công khai án lệ không là một nguồn của pháp luật. Thực tế, rất nhiều học giả đã thừa nhận vai trò pháp lý của án lệ nhưng không đưa ra một văn bản nào để làm cơ sở. Tương tự, giáo trình Tư pháp quốc tế của Trường Đại học Luật Hà Nội và cuốn Từ điển Luật học của Viện Khoa học pháp lý - Bộ Tư pháp phủ nhận vai trò này của án lệ, song cũng không dựa vào văn bản cụ thể nào. Do vậy, án lệ có là nguồn của pháp luật hay không cần được giải quyết thông qua giải thích pháp luật Việt Nam liên quan đến vấn đề này. Khoản 1, Điều 19 Luật Tổ chức TAND năm 2002 quy định "Tòa án nhân dân tối cao có những nhiệm vụ và quyền hạn sau đây: Hướng dẫn các Tòa án áp dụng thống nhất pháp luật, tổng kết kinh nghiệm xét xử của các Tòa án" [43]. Ở đây, dường như Quốc hội đã "ngầm" thừa nhận rằng các văn bản hiện hành của Việt Nam còn không hoàn thiện, đầy đủ, cụ thể, nên đã "cho phép" và đồng thời "bắt buộc" TANDTC hướng dẫn các tòa án áp dụng thống nhất pháp luật dường như cũng là cho phép và đồng thời bắt buộc TANDTC thiết lập các quy phạm pháp quy khi cần thiết. Nói cách khác, dường như Quốc hội đã "ngầm" ủy quyền cho TANDTC xây dựng một số quy phạm pháp quy khi cần thiết (khi văn bản pháp luật còn ở dạng "khung" hay còn khiếm khuyết). Những quy phạm được TANDTC thiết lập thông qua các bản án cũng có vai trò hướng dẫn các tòa án địa phương áp dụng thống nhất pháp luật. Và phủ nhận một cách máy móc tính bắt buộc của những quy phạm thiết lập bởi TANDTC dường như cũng là phủ nhận Khoản 1 Điều 19 nói trên.

Ở khía cạnh thực tiễn: Theo phát biểu của một vị nguyên là Chánh án TANDTC, ở nước ta hiện nay đã có những "án lệ ngầm". Sự khẳng định này không có gì ngạc nhiên như tác giả đã trình bày ở phần trên. Trên thực tế, các

quy phạm thiết lập bởi TANDTC có tính bắt buộc như những quy phạm khác. Nếu không theo các quy phạm thiết lập bởi TANDTC khi xét xử, bản án của toà án địa phương có nhiều khả năng bị huỷ và phải xét lại và để tránh bị huỷ bản án của mình, toà án địa phương buộc phải tôn trọng những quy phạm pháp quy này. Những ví dụ nêu trên là minh chứng cho khẳng định này. Như vậy, những quy định do TANDTC xây dựng thông qua những vụ việc tương tự có giá trị bắt buộc trong thực tiễn pháp lý. Tương tự đối với các đương sự trong tranh chấp: bên đương sự không thừa nhận các quy phạm thiết lập bởi TANDTC có nhiều khả năng thua kiện và ngược lại.

Về khía cạnh lịch sử: vào những năm 50, khi văn bản pháp luật còn sơ sài và chưa chặt chẽ, pháp luật nước ta cũng đã thừa nhận vai trò của án lệ trong thực tế pháp lý. Theo Thông tư số 442/TTg ngày 19/01/1955 của Thủ tướng Chính phủ:

> Tới nay, các Toà án căn cứ vào những văn bản nói trên và chính sách trừng trị của Chính phủ mà xét xử đem lại kết quả tốt cho việc bảo vệ trật tự, an ninh. Kinh nghiệm xét xử về một số loại phạm pháp đã được trở thành án lệ. Tuy nhiên, án lệ ấy còn khác nhau giữa các địa phương. Đường lối xét xử do đó không được thống nhất, không rõ ràng và có nơi không được đúng. Cần phải thống nhất những án lệ ấy trong quy định chung sau đây để hướng dẫn các Toà án trừng trị một số tội phạm thông thường [3].

Hơn nữa, trong cổ luật Việt Nam, bên cạnh những điều luật có tính cố định và nhiều khi lỗi thời, nhà làm luật, vì không muốn bộ luật có tính cách quá lý thuyết, không còn phù hợp với nhu cầu của dân chúng, đã phải thêm vào các điều lệ. Lệ bắt nguồn ở những bản án đã được phân xử và tâu lên vua. Một ví dụ rõ nét về việc sử dụng bản án trong cổ luật Việt Nam có thể thấy được trong Bộ luật Hồng Đức (thế kỷ thứ 15) tại Điều 396. Ở đây, chúng ta thấy ghi:

Ông tổ là Phạm Giáp, sinh con giai trưởng là Phạm Ất, thứ là Phạm Bính. Ông tổ Phạm Giáp có ruộng đất hương hỏa 2 mẫu đã giao cho con trưởng là Phạm Ất giữ. Phạm Ất đã đem 2 mẫu ấy nhập vào với ruộng đất của mình mà chia cho các con, chỉ còn 5 sào để cho con trai của Phạm Ất giữ làm hương hỏa. Con trai của Phạm Ất lại sinh toàn con gái mà con thứ là Phạm Bính có con trai lại có cháu trai, thì số 5 sào hương hỏa hiện tại phải giao lại cho con trai, cháu trai Phạm Bính. Nhưng không đòi được lại cho đủ 2 mẫu hương hỏa của tổ trước mà sinh cạnh tranh. Điều 396 trên đây chỉ là một bản án đã được phân xử trong một vụ kiện với tất cả các chi tiết cá biệt như diện tích của phần hương hỏa mà nhà làm luật vẫn giữ y nguyên để cho điều lệ có tính cụ thể và dễ hiểu [48].

Như vậy, việc khai thác các bản án trước đó là không xa lạ ở Việt Nam chúng ta.

3.1.2. Nhu cầu và triển vọng của việc phát triển án lệ trở thành một nguồn pháp luật chính thống ở Việt Nam

3.1.2.1. Thừa nhận án lệ là nhu cầu tất yếu khách quan

+ Án lệ là giải pháp góp phần giải quyết tình trạng văn bản pháp luật vừa thừa vừa thiếu vừa yếu vừa bất cập

Đánh giá về chất lượng các văn bản pháp luật, Báo cáo giám sát chuyên đề của Ủy ban Pháp luật Quốc hội trong kỳ họp thứ 8 Quốc hội khóa XI nhận xét: một số luật, pháp lệnh chỉ mới dừng lại ở nguyên tắc chung, chưa cụ thể, gây khó khăn cho các cơ quan thi hành. Nhìn chung các văn bản còn thiếu về số lượng, yếu về chất lượng, có biểu hiện cục bộ...

Mặc dù có nhiều tiến bộ, nhưng, theo đánh giá của Nghị quyết Hội nghị Trung ương 5, khóa X, hệ thống thể chế, pháp luật, nhất là thể chế kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa vẫn còn nhiều bất cập, vướng mắc.

+ Án lệ là giải pháp góp phần giải quyết tình trạng của việc sửa đổi văn bản pháp luật thường xuyên ở nước ta.

Về loại VBQPPL: việc sửa đổi pháp luật thường xuyên diễn ra từ các đạo luật cho đến các văn bản dưới luật.

Về thời gian sửa đổi: có những văn bản pháp luật 5 hoặc 6 năm đã phải sửa đổi, thay đổi, nhưng có những văn bản pháp luật 3 hoặc 4 năm đã phải sửa đổi, thay đổi thậm chí có những văn bản chỉ có hiệu lực trong 1 hoặc 2 năm đã phải sửa đổi thay đổi. Như vậy, nhiều trường hợp pháp luật được sửa đổi,thay đổi quá nhanh.

Về nội dung quy định: trong tất cả các trường hợp sửa đổi, thay đổi pháp luật đều là sự sửa đổi thay đổi nội dung những quy định pháp luật cụ thể, tức là làm thay đổi nội dung quan hệ pháp luật giữa các chủ thể với nhau làm thay đổi cách xử sự của các chủ thể tham gia quan hệ pháp luật, thay đổi hậu quả pháp lý của quan hệ pháp luật.

Các văn bản pháp luật được đánh giá là có chất lượng là các văn bản phù hợp với tình hình phát triển của xã hội và đáp ứng được nhu cầu thực tiễn của cuộc sống. Việc sửa đổi thường xuyên các văn bản pháp luật là việc cần thiết, các văn bản pháp luật chỉ có trách nhiệm đi sau và ghi lại những nguyên tắc pháp luật nhằm điều hành xã hội phát triển ổn định, nếu việc ban hành các văn bản pháp luật đi trước sự phát triển đó thì các chủ thể thực hiện pháp luật chưa sẵn sàng đáp ứng, như vậy việc thi hành luật bị hạn chế. Vì vậy văn bản pháp luật có ý nghĩa vô cùng quan trọng đối với việc điều hành xã hội và văn bản pháp luật còn quan trọng hơn khi nó hợp với sự phát triển của đất nước.

+ Án lệ là giải pháp góp phần tiết kiệm và tránh lãng phí pháp luật [40].

Như trình bày ở phần trên, hiện nay, chúng ta đang trong tình trạng quan niệm về pháp luật, nguồn pháp luật còn hạn hẹp, chưa bao quát và đúng nghĩa của pháp luật đích thực; tư duy cụ thể, cứng nhắc trên bình diện xây dựng và thực hiện - áp dụng pháp luật; chưa xác định đầy đủ mối tương quan

giữa "quy tắc" (quy phạm) và nguyên tắc pháp luật, tinh thần pháp luật. Thậm chí, ngay cả đến Hiến pháp - Đạo luật gốc mà chúng ta vẫn không có thói quen sử dụng như một nguồn trực tiếp. Do đó, nếu áp dụng chỉ một loại nguồn pháp luật là VBQPPL thì chất lượng văn bản có tốt đến mấy cũng không thể giải quyết thỏa đáng, hợp lý, kịp thời được các vấn đề của cuộc sống đặt ra và đấy cũng là một trong những biểu hiện của sự lãng phí pháp luật, chưa thật sự tiết kiệm pháp luật - một sự tiết kiệm pháp luật có văn hóa và hiệu quả. Áp dụng đa dạng các loại nguồn pháp luật trên nguyên tắc và trong khuôn khổ của đạo đức xã hội, tinh thần pháp quyền cũng chính là một cách thực hành tiết kiệm, giảm bớt sự lãng phí về tiền bạc, thời gian, công sức của các cá nhân, tổ chức và toàn xã hội, đảm bảo và gia tăng niềm tin vào công lý, hạn chế đến mức thấp nhất các thiệt hại vật chất và tinh thần, các hiện tượng hư vô pháp luật.

Quan niệm vấn đề nào cũng phải có pháp luật điều chỉnh, thiếu đâu bổ sung đấy, đụng đâu cũng thấy thiếu các quy định pháp luật cụ thể tạo nên áp lực thường trực về xây dựng, ần suất sửa đổi, bổ sung, "cơi nới" các quy định pháp luật. Cùng với nhiều nguyên nhân khác, áp lực này dẫn đến chất lượng thấp của nhiều văn bản pháp luật và trở ngại đi vào cuộc sống. Điều này cũng dẫn đến sự lãng phí trong công đoạn soạn thảo và thực thi pháp luật và lãng phí xã hội, cá nhân nói chung.

Những lãng phí "kép". Sự bất cập, sự đồng nhất hai quá trình: xây dựng, phân tích chính sách và soạn thảo văn bản pháp luật. Đây có thể coi là một trong những hạn chế lớn nhất của quy trình lập pháp hiện nay, chưa hình thành nên những đề án chính sách - cơ sở vật chất cho việc hình thành một dự án luật. Các đề nghị xây dựng luật nhiều khi mới chỉ là cảm tính, chưa đưa được cuộc sống vào luật. Nhiều dự án do vậy đã phải soạn thảo lại, sửa đổi nhiều lần, gây lãng phí lớn về thời gian, công sức và tiền bạc. Nhưng thực chất ở đây đã có sự lãng phí kép bởi vì không chỉ lãng phí trong khâu xây dựng văn bản pháp luật tương ứng mà còn ở cả công đoạn thực hiện, áp dụng

chúng trong cuộc sống. Cụ thể: do chưa làm tốt ở công đoạn chính sách, chưa rõ ràng về chính sách trong dự thảo văn bản pháp luật nên phải lấy ý kiến nhiều lần, lặp lại, thiếu đánh giá tác động (RIA), thiếu tính toán về chi phí - lợi ích... đó là lần lãng phí thứ nhất. Sau khi văn bản pháp luật được ban hành, dù đã mất nhiều năm soạn thảo nhưng văn bản lại không đi vào cuộc sống được vì có nhiều bất cập, lạc hậu, không đảm bảo sự hài hòa các loại lợi ích, khó khăn trong việc tìm kiếm, hiểu và áp dụng, gây nên sự lãng phí lần thứ hai. Lần thứ ba, chính là các hành vi vi phạm pháp luật đủ mọi trình độ, các hiện tượng hư vô pháp luật sẽ dẫn đến những thiệt hại về kinh tế, tinh thần, sự giảm sút niềm tin, mức độ ủng hộ, đồng tình của các cá nhân, tổ chức..., tiếp theo có thể phát sinh các lãng phí khác trên diện rộng bởi gặp những văn bản còn nhiều bất cập, sơ hở, mâu thuẫn, thì không ít cán bộ thừa hành lợi dụng để làm sai, làm khó cho người dân.

Quan niệm, tư duy và nguyên tắc "phải có quy định pháp luật cụ thể, do Nhà nước ban hành thì mới có căn cứ để giải quyết các vấn đề pháp lý mà cuộc sống đặt ra". Theo đó, nhiều nguyên tắc và tinh thần pháp luật trong nhiều trường hợp không được áp dụng, chẳng hạn như nguyên tắc "được làm tất cả những gì pháp luật không cấm và không trái đạo đức xã hội". Nguyên tắc thượng tôn pháp luật này đôi khi được hiểu lệch đi là cái gì cũng phải có luật, tư duy cụ thể, tư duy quy phạm, tư duy "đòi" quy định cụ thể của pháp luật ở mọi nơi, mọi lúc là một trong những biểu hiện cơ bản của quan niệm hẹp về pháp luật, nguồn pháp luật. Ngược dòng lịch sử, trong truyền thống pháp luật của ông cha ta, xem ra cũng linh hoạt, rất "thoáng" về áp dụng các loại nguồn pháp luật, giới hạn của sự thông thoáng, mềm dẻo đó chính là đạo đức. Bình luận về Quốc triều hình luật dưới triều vua Lê Thánh Tông, Phan Huy Chú đã viết: "pháp luật dù có ban hành nhiều đến đâu cũng không thể nào theo kịp được sự thay đổi khôn cùng của xã hội, không nên câu nệ vào những điều luật có sẵn, phàm những tội mà trong luật không có, đều có thể lấy đại nghĩa mà quyết định. Đó chính là chỗ mầu nhiệm ở ngoài pháp luật" [33].

Quan niệm và thực tiễn áp dụng nguyên tắc này cũng tạo lập nên sự ùn tắc, ách tắc, lạng lách các quy định pháp luật và tất nhiên sẽ dẫn đến những lãng phí kép trong các giao dịch, hoạt động của cá nhân và xã hội. Ấy là chưa kể đến những lãng phí, tổn thất phi kinh tế, vô hình mà hiện hữu nhưng không thể đo lường được phát sinh từ thực trạng này. Quan điểm về nguồn pháp luật do đó cũng ăn theo quan niệm về pháp luật này. Các loại nguồn pháp luật khác như tập quán tuy đã được thể hiện trong pháp luật song còn nhiều vướng mắc trong nhận thức và áp dụng thực tiễn. Án lệ chỉ mới được nhận thức lại để có lộ trình nghiên cứu, áp dụng cho phù hợp. Nhưng còn nhiều loại nguồn pháp luật khác như lẽ công bằng, quan điểm, nguyên tắc của đạo đức, học thuyết pháp luật... vẫn chưa được chính thức hóa. Tất nhiên, như chúng ta đã biết, để áp dụng đầy đủ, đúng đắn các loại nguồn pháp luật nêu trên phải có những điều kiện cần và đủ mới có thể bảo vệ được các quyền, lợi ích của cá nhân, tổ chức và xã hội.

Sự phức tạp, rườm rà, chồng chéo của các thủ tục hành chính. Có thể coi đây là một dạng lãng phí lớn nhưng không hình dạng, xuất thân từ một hệ thống thủ tục hành chính lạc hậu, rườm rà, mâu thuẫn. Nền hành chính của chúng ta vẫn còn nhiều bất cập. Trách nhiệm chưa xác định rõ ràng, tạo điều kiện cho sự lợi dụng đủ mọi cấp độ, công chức còn nhũng nhiễu, "dân cần nhưng quan không vội, dân vội thì phải lội mà sang". Qua một thời gian ngắn, với quyết tâm và hành động quyết liệt về cải cách thủ tục hành chính, chúng ta đã tiết kiệm được nhiều tiền bạc, thời gian, công sức, mang lại nhiều niềm tin cho các cá nhân, tổ chức.

Tình trạng chậm trễ, đợi chờ trong việc xây dựng, ban hành chính sách và văn bản hướng dẫn thi hành luật. Sự mâu thuẫn, chồng chéo, rối rắm, chưa minh bạch trong hệ thống các văn bản pháp luật và hệ quả của tình trạng này là điều kiện thuận lợi của nhiều hiện tượng hư vô pháp luật, chẳng hạn như: "lạng lách" pháp luật, "bẻ cong" pháp luật, "đánh tráo" pháp luật; sự thờ ơ,

lãnh đạm, sự giảm sút (hoặc mất) niềm tin, bất tuân pháp luật, sự hoài nghi về khả năng điều chỉnh của pháp luật, của các thiết chế pháp luật.

Một trong những vấn đề cơ bản làm tiền đề, là điều kiện để thực hành tiết kiệm, chống lãng phí pháp luật chính là sự đổi mới quan niệm về pháp luật, áp dụng nguồn pháp luật, xây dựng văn hóa pháp luật cả trong khu vực nhà nước và xã hội. Phải mạnh dạn "không tiết kiệm tư duy", tức là cần tăng đầu tư thời gian, công sức, trí tuệ, tiền bạc cho việc nghiên cứu, tìm kiếm những giải pháp hữu hiệu, những toa thuốc và cả phác đồ điều trị căn bệnh "thiếu, kém ý thức pháp luật đúng đắn" hiện nay ở nước ta, đặc biệt trong lĩnh vực trật tự, an toàn giao thông và an toàn, vệ sinh thực phẩm. Cái cần tiết kiệm bây giờ là tiết kiệm sự nhầm lẫn giữa tiết kiệm với cắt giảm. Không ai nghĩ rằng, tắt đèn chỉ dẫn giao thông rồi cử cảnh sát ra điều hành là tiết kiệm. Và sự ùn tắc giao thông, sự mất an ninh ban đêm là sự lãng phí ghê gớm mà không có sự tiết kiệm điện cho đèn giao thông, đèn chiếu sáng nào bù đắp nổi. Mạnh dạn đầu tư công sức, thời gian, tiền bạc để nghiên cứu, xây dựng các văn bản pháp luật có chất lượng tốt và các biện pháp thiết thực nhằm nâng cao hiệu quả thực hiện pháp luật, phổ biến giáo dục pháp luật phải được coi là một cách tiết kiệm, chống lãng phí. Bởi lẽ, pháp luật tốt và sự tôn trọng, tuân thủ pháp luật một cách có văn hóa là một trong những nguồn vốn cơ bản đảm bảo cho sự phát triển bền vững. Hiệu quả xã hội từ những văn bản pháp luật thông minh và tổ chức thực thi pháp luật tốt sẽ tác động trực tiếp đến quyền, lợi ích, đến cả sức khỏe, tính mạng của con người, sức khỏe xã hội, là điều kiện đặc biệt quan trọng để có thể thực hành tiết kiệm, chống lãng phí trong đời sống.

3.1.2.2. Thừa nhận án lệ là góp phần xây dựng Nhà nước pháp quyền và nhằm bảo vệ, bảo đảm quyền con người ngày càng tốt hơn

Trong nhiều năm qua, mặc dù đã tích cực đổi mới, nhưng pháp luật Việt Nam vẫn còn nhiều bất cập trong việc thực hiện ba nhiệm vụ lớn: *(1) thể chế*

hóa kịp thời, đầy đủ, đúng đắn đường lối của Đảng; (2) phản ánh trung thành các lợi ích của nhân dân và tăng cường dân chủ XHCN; và (3) bảo đảm cho hoạt động quản lý của Nhà nước, mà Báo cáo của Ban Chấp hành Trung ương Đảng khóa IX tại Đại hội X của Đảng đã nêu. Nghị quyết 48-NQ/TW của Bộ Chính trị có nhận định tổng quát như sau: "…nhìn chung, hệ thống pháp luật nước ta vẫn chưa đồng bộ, thiếu thống nhất, tính khả thi thấp, chậm đi vào cuộc sống" [20]. Vì thế Nghị quyết đã nói rõ quan điểm, mục tiêu, định hướng, giải pháp và vấn đề tổ chức thực hiện "Chiến lược xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam đến năm 2010, định hướng đến năm 2020".

Để tiếp tục xây dựng và hoàn thiện Nhà nước pháp quyền XHCN Việt Nam trong sạch, vững mạnh, thực sự của nhân dân, do nhân dân, vì nhân dân, Đại hội XI của Đảng đã chỉ rõ một số nhiệm vụ và giải pháp cơ bản. Trong đó có nhiệm vụ về hoàn thiện hệ thống pháp luật trong gia đoạn tới như sau:

Thứ nhất, nâng cao nhận thức về xây dựng Nhà nước pháp quyền XHCN. Tiếp tục đẩy mạnh xây dựng và hoàn thiện Nhà nước pháp quyền XHCN, bảo đảm Nhà nước ta thực sự là của nhân dân, do nhân dân, vì nhân dân, do Đảng lãnh đạo. *Nâng cao năng lực quản lý và điều hành của Nhà nước theo pháp luật, tăng cường pháp chế XHCN, kỷ cương, kỷ luật*. Nâng cao vai trò và hiệu lực quản lý kinh tế, quản lý xã hội của Nhà nước phù hợp với yêu cầu phát triển kinh tế thị trường định hướng XHCN. *Hoàn thiện hệ thống pháp luật, cơ chế, chính sách đáp ứng yêu cầu của nền kinh tế và thực hiện tốt các cam kết quốc tế, bảo vệ lợi ích quốc gia, dân tộc...*

Thứ hai, tiếp tục đổi mới tổ chức, hoạt động của bộ máy nhà nước… *Tiếp tục đổi mới và nâng cao chất lượng công tác xây dựng pháp luật*... Đẩy mạnh việc thực hiện *Chiến lược cải cách tư pháp*,...

Như vậy, chúng ta có thể thấy rằng, hoàn thiện hệ thống pháp luật đang là một trong những tiêu chí quan trọng cho việc hướng tới xây dựng thành công nhà nước pháp quyền XHCN Việt Nam.

Nhìn nhận một cách tổng quát về lịch sử án lệ trên thế giới cho thấy, hầu hết các quốc gia phát triển hiện nay cả những nước theo hệ thống Thông luật và Dân luật đều thừa nhận vai trò quan trọng của án lệ trong hệ thống nguồn pháp luật của mình bên cạnh nguồn VBQPPL. Tại những quốc gia này, án lệ và VBQPPL luôn có vai trò bổ trợ và tương hỗ rất tốt cho nhau trong việc thực hiện các nhiệm vụ của pháp luật.

Mặt khác, hiện nay hai dòng họ Thông luật và Dân luật đang xu thế coi trọng lẫn nhau trong tiến trình hội nhập. Đây là một xu thế tất yếu là đòi hỏi khách quan. Và bởi vậy, không lẽ nào Việt Nam chúng ta lại đứng ngoài xu thế ấy.

Về mặt chủ quan, tác giả và những người ủng hộ án lệ ở Việt Nam tin rằng một hệ thống án lệ bên cạnh luật thành văn để bổ sung, hoàn thiện cho nhau sẽ giải quyết những lỗ hổng hoặc những quy định chưa rõ ràng của pháp luật trong khi những lỗ hổng này xuất hiện khá nhiều, nhất là trong lĩnh vực phi hình sự sẽ là hành động đúng đắn phù hợp với đòi hỏi của thực tế khách quan và góp phần không nhỏ vào công cuộc xây dựng thành công nhà nước pháp quyền XHCN Việt Nam.

3.2. QUAN ĐIỂM ĐỔI MỚI CỦA ĐẢNG VÀ NHÀ NƯỚC VỀ ÁN LỆ

3.2.1. Quan điểm đổi mới của Đảng về án lệ

Từ năm 2002 đến năm 2005, Bộ Chính trị đã liên tiếp ban hành ba Nghị quyết trong đó đã đề cập đến vấn đề xây dựng và "phát triển án lệ" ở Việt Nam, cụ thể:

- Nghị quyết số 48-NQ/TW ngày 24/5/2005 của Bộ Chính trị "về Chiến lược xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam đến năm 2010, định hướng đến năm 2020" xác định:

> Thể chế hóa kịp thời, đầy đủ, đúng đắn đường lối của Đảng, cụ thể hóa các quy định của Hiến pháp…

Xác định đúng, đủ quyền năng và trách nhiệm pháp lý cho từng cơ quan, chức danh tư pháp...

...Nghiên cứu về khả năng khai thác, sử dụng án lệ...

Đảng đoàn Quốc hội chỉ đạo việc xây dựng chương trình xây dựng pháp luật dài hạn và hàng năm, trong đó ưu tiên, trọng điểm trên mỗi lĩnh vực xây dựng pháp luật trong từng giai đoạn; giám sát chặt chẽ để đảm bảo tiến độ và chất lượng xây dựng pháp luật [20].

- Nghị quyết số 49-NQ/TW ngày 02/6/2005 "Về chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020" xác định:

Tòa án nhân dân tối cao có nhiệm vụ tổng kết kinh nghiệm xét xử, hướng dẫn áp dụng pháp luật, *phát triển án lệ* và xét xử giám đốc thẩm, tái thẩm...

Đảng đoàn Quốc hội lãnh đạo việc thể chế hóa các chủ trương, định hướng, nội dung, nhiệm vụ cải cách tư pháp [21].

3.2.2. Quan điểm của Tòa án nhân dân tối cao về án lệ

3.2.2.1. Mục tiêu xây dựng và phát triển án lệ

Nhằm thực hiện các chủ trương, quan điểm về cải cách tư pháp trong các nghị quyết của Đảng và Nhà nước, ngày 31 tháng 10 năm 2012, TANDTC đã ban hành Quyết định Số: 74/QĐ-TANDTC để Phê duyệt Đề án "Phát triển án lệ của Tòa án nhân dân tối cao". Trong đó, TANDTC đã đưa ra các mục tiêu tổng quát và mục tiêu cụ thể nhằm "phát triển" án lệ như sau:

+ Mục tiêu tổng quát:

Việc phát triển án lệ của TANDTC nhằm nâng cao chất lượng của bản án, quyết định của ngành Tòa án nói chung, đặc biệt là Quyết định giám đốc thẩm của Hội đồng Thẩm phán TANDTC và các Tòa chuyên trách TANDTC;

góp phần đảm bảo việc áp dụng pháp luật đúng, thống nhất, từ đó đảm bảo sự bình đẳng của mọi tổ chức và công dân trước pháp luật.

+ Mục tiêu cụ thể:

Việc phát triển án lệ của TANDTC giúp ngăn ngừa sự duy ý chí của Thẩm phán khi áp dụng pháp luật, nâng cao kỹ năng và chất lượng xét xử của Thẩm phán. Thông qua việc tham khảo, viện dẫn án lệ đã có, Thẩm phán có thể đưa ra phán quyết một cách có cơ sở hơn, đảm bảo số lượng bản án, quyết định bị Tòa án cấp trên hủy, sửa sẽ giảm đi.

Quyết định giám đốc thẩm trở thành án lệ sẽ là khuôn mẫu cụ thể, rõ ràng để dễ nhận biết vấn đề pháp lý được đặt ra của vụ án. Phát triển án lệ của TANDTC giúp chuẩn hóa việc viết bản án, quyết định của Tòa án. Viện dẫn án lệ trong xét xử trở thành hoạt động thường xuyên của ngành Tòa án [61].

3.2.2.2. Quan điểm chỉ đạo trong việc xây dựng và phát triển án lệ

- Án lệ là quyết định giám đốc thẩm của Hội đồng Thẩm phán TANDTC và Quyết định giám đốc thẩm của Tòa chuyên trách TANDTC được Hội đồng Thẩm phán TANDTC thông qua, trở thành án lệ có giá trị tham khảo đối với Thẩm phán khi giải quyết các vụ việc cụ thể.

- Để hướng dẫn các Tòa án áp dụng thống nhất pháp luật, tổng kết kinh nghiệm xét xử; TANDTC có thẩm quyền ban hành án lệ, có quyền giám sát các Tòa án cấp dưới trong việc tham khảo, viện dẫn án lệ của TANDTC để đảm bảo tính thống nhất của pháp luật trong xét xử. Nâng cao trách nhiệm của Thẩm phán trong công tác xét xử tại phiên tòa cũng như tăng cường việc bồi dưỡng, đào tạo các chức danh tư pháp, bảo đảm các yêu cầu của cải cách tư pháp.

- Áp dụng án lệ không cứng nhắc, TANDTC có thể phản ứng linh hoạt khi có những thay đổi và phát triển của xã hội và pháp luật như thay đổi về kinh tế, văn hóa, giáo dục, tư tưởng, khoa học công nghệ, quan hệ quốc tế… dẫn đến thay đổi về pháp luật. TANDTC thay đổi án lệ [61].

3.2.2.3. Định hướng phát triển án lệ

Định hướng phát triển án lệ gồm các nội dung như sau:

- Việc sử dụng án lệ chỉ coi là thứ yếu, sau VBQPPL và không phải là nghị quyết của Hội đồng Thẩm phán TANDTC theo Luật Ban hành VBQPPL, án lệ được ban hành khi chưa có Nghị quyết của Hội đồng Thẩm phán TANDTC, thông qua việc xét xử vụ án cụ thể, Hội đồng Thẩm phán TANDTC lập luận về một vấn đề chưa được hướng dẫn và đưa ra cách giải quyết về vụ án và là nguồn cung cấp để pháp điển hóa thành văn bản hướng dẫn hoặc có thể là nguồn để đề nghị sửa đổi về một quy phạm pháp luật cụ thể có liên quan, có giá trị tham khảo đối với Thẩm phán khi giải quyết các vụ việc cụ thể. Tuy nhiên, khi xét xử, các Tòa án được khuyến khích viện dẫn án lệ của TANDTC. Việc viện dẫn án lệ vào một quyết định của Tòa án không có nghĩa án lệ là cơ sở pháp lý cho quyết định của vụ án mà Tòa án xét xử. Cơ sở cho quyết định của Tòa án phải dựa trên cơ cở pháp luật trong hệ thống các VBQPPL. Viện dẫn án lệ là cách bày tỏ quan điểm về sự tôn trọng tính thống nhất trong áp dụng pháp luật của Thẩm phán, đảm bảo tính chặt chẽ và tính có căn cứ trong quyết định của mình, Thẩm phán tự mình quyết định có theo đường lối xét xử trong án lệ viện dẫn hay không.

- Tòa án nhân dân tối cao hướng dẫn các Tòa án áp dụng thống nhất pháp luật:

Hội đồng Thẩm phán TANDTC thực hiện chức năng hướng dẫn áp dụng thống nhất thông qua cách giải thích, lập luận đường lối cách thức áp dụng pháp luật trong những vụ án cụ thể;

Toà án nhân dân tối cao ban hành các "Tuyển tập án lệ" (các án lệ của Hội đồng Thẩm phán TANDTC; các Quyết định giám đốc thẩm của Toà chuyên trách TANDTC được Hội đồng Thẩm phán TANDTC thông qua, trở thành án lệ và đưa vào "Tuyển tập án lệ");

Toà án nhân dân tối cao giám sát các Tòa án cấp dưới trong áp dụng án lệ để đảm bảo tính thống nhất trong việc áp dụng pháp luật. Khi xét xử các vụ việc liên quan đến quyết định đã trở thành án lệ, các Thẩm phán phải có trách nhiệm viện dẫn án lệ, áp dụng án lệ đó nếu nhận thấy vụ việc đang xét xử có tính tương tự. Nếu không áp dụng án lệ thì phải chỉ ra lý do trong trường hợp không áp dụng án lệ đó và tự chịu trách nhiệm trong trường hợp không viện dẫn án lệ liên quan đến vụ việc mình đang xét xử, có nghĩa là Thẩm phán phải nêu ra lý do chính đáng trong việc không áp dụng án lệ đã có.

- Án lệ có thể thay đổi nếu thấy cần thiết. Bãi bỏ án lệ chính là sự thay đổi mang tính phủ định đường lối xét xử của án lệ cũ trên cơ sở Tòa án thiết lập một án lệ mới. Án lệ bị bãi bỏ trong một số trường hợp sau đây:

Án lệ bị bãi bỏ khi VBQPPL mới được ban hành, thay đổi, bổ sung VBQPPL cũ hoặc quy định những vấn đề pháp lý mà án lệ đề cập đến.

Án lệ có thể bị bãi bỏ bởi chính Tòa án đã thiết lập ra án lệ, việc bãi bỏ án lệ của Toà án nhân dân tối cao do chính Toà án nhân dân tối cao thực hiện.

- Quyết định trở thành án lệ là Quyết định giám đốc thẩm của Hội đồng Thẩm phán TANDTC và Quyết định giám đốc thẩm của Toà chuyên trách TANDTC được Hội đồng Thẩm phán TANDTC thông qua khi hội đủ ba điều kiện sau:

Là quyết định chứa đựng sự giải thích, lập luận cho một hoặc một số các VBQPPL (văn bản hướng dẫn áp dụng pháp luật) về một vấn đề pháp lý đặt ra chưa được văn bản hướng dẫn áp dụng pháp luật đề cập hoặc đề cập còn chung chung, thiếu tính cụ thể hoặc có mâu thuẫn;

Được Hội đồng Thẩm phán TANDTC hoặc các Thẩm phán viện dẫn làm căn cứ trong phần lập luận, quyết định của bản án, quyết định về vụ án cụ thể;

Là Quyết định giám đốc thẩm của TANDTC sau cùng về vấn đề pháp lý đó mà được các Toà án khác vận dụng giải quyết vụ việc có nội dung tương tự.

- Án lệ và VBQPPL:

Án lệ bổ trợ cho các VBQPPL: các quy phạm pháp luật trong các VBQPPL được áp dụng khi xét xử và án lệ là để định hướng cho Tòa án các cấp áp dụng pháp luật thống nhất, chính xác, giải quyết vụ việc khi không có văn bản hướng dẫn áp dụng pháp luật điều chỉnh;

Mối quan hệ tương hỗ: án lệ là sự bổ sung cho sự thiếu hụt của các văn bản hướng dẫn áp dụng pháp luật khi chưa có văn bản hướng dẫn áp dụng pháp luật điều chỉnh. Khi các cơ quan có thẩm quyền đã ban hành những VBQPPL điều chỉnh những vấn đề được án lệ giải quyết trước đó thì án lệ không được áp dụng nữa mà Thẩm phán phải áp dụng VBQPPL mà cơ sở hình thành từ những cách ứng xử pháp lý của các vụ án cụ thể trước đó.

- Án lệ và vấn đề giải thích pháp luật:

Việc phát triển án lệ của TANDTC cũng như việc thừa nhận thẩm quyền ban hành án lệ của TANDTC không xâm phạm đến thẩm quyền giải thích pháp luật của Ủy ban thường vụ Quốc hội. Bởi vì, quyết định của TANDTC trái với giải thích pháp luật của Ủy ban Thường vụ Quốc hội (hoặc Hội đồng Hiến pháp) thì không thể trở thành án lệ, không được áp dụng với tư cách là án lệ [61].

3.3. MỘT SỐ KIẾN NGHỊ CHO VIỆC XÂY DỰNG VÀ PHÁT TRIỂN ÁN LỆ TẠI VIỆT NAM

3.3.1. Kiến nghị sửa đổi pháp luật

Vấn đề thừa nhận và sử dụng án lệ ở Việt Nam có liên quan đến câu hỏi "*liệu có cần thiết phải sửa đổi một số quy định trong hệ thống pháp luật Việt Nam*" để khẳng định vị trí của án lệ trong hệ thống pháp luật.

Có quan điểm cho rằng, án lệ có thể được chấp nhận ở Việt Nam mà không cần phải có sự thay đổi những quy định pháp luật hiện hành trong hệ thống pháp luật. Án lệ có thể được chấp nhận và sử dụng ở nước ta khi các

thẩm phán và luật sư trong cả nước coi án lệ như là một bộ phận của pháp luật khi họ cần phải giải thích và hiểu các VBQPPL thông qua việc viện dẫn đến các án lệ có liên quan. Theo đó, để thuận lợi cho việc triển khai án lệ, phù hợp với việc Việt Nam là nước theo hệ thống pháp luật thành văn cần sửa đổi bổ sung Hiến Pháp Việt Nam năm 1992 và những văn bản pháp luật khác có liên quan trong pháp luật Việt Nam. Điều 134 của Hiến pháp năm 1992 nên được sửa đổi theo hướng TANDTC có thẩm quyền giải thích pháp luật và phát triển án lệ. Việc sửa đổi Điều 134, Hiến pháp năm 1992 theo hướng này sẽ làm tăng thêm thẩm quyền thực tế của TANDTC, nhưng mặt khác vai trò làm luật và giải thích pháp luật của Quốc hội sẽ không bị coi nhẹ. Ủy ban Thường vụ Quốc hội sẽ vẫn là cơ quan có thẩm quyền giải thích Hiến pháp, Luật, Pháp lệnh (theo Điều 91 Hiến pháp 1992). Cơ quan này sẽ thực hiện chức năng giải thích pháp luật khi cần thiết. Việc trao thẩm quyền giải thích pháp luật cho TANDTC sẽ làm tăng thêm tính độc lập cần thiết cho hệ thống tòa án trong công tác xét xử và không chồng chéo với chức năng giải thích luật của Ủy ban Thường vụ Quốc hội, đồng thời Luật tổ chức TAND năm 2002 nên được bổ sung Điều 19 chức năng "*giải thích pháp luật và phát triển án lệ*" trong nhiệm vụ và quyền hạn của TANDTC và cần bổ sung nguyên tắc này vào trong văn bản pháp luật về tố tụng hình sự, dân sự, hành chính.

3.3.2. Thiết lập án lệ

Khi nói đến việc phát triển và triển khai áp dụng án lệ ở Việt Nam, TANDTC có vai trò vô cùng quan trọng trong việc định hướng cho việc phát triển án lệ. Trong đó Hội đồng thẩm phán là cơ quan xét xử cao nhất của TANDTC sẽ đảm trách một trong những nhiệm vụ quan trọng là từng bước xác định những vụ án điển hình có giải quyết những vấn đề phức tạp về pháp luật để xét xử. Chúng ta cần thừa nhận rằng, không phải mọi quyết định xét xử giám đốc thẩm của Hội đồng thẩm phán TANDTC công bố đều có giá trị là án lệ để các tòa án cấp dưới tham khảo. Chỉ những quyết định giám đốc thẩm có chứa đựng những lập luận và giải thích những vấn đề chưa rõ, khúc

mắc trong vấn đề áp dụng pháp luật thì mới được coi là án lệ. Cũng có những trường hợp trong quyết định xét xử giám đốc thẩm mà Hội đồng thẩm phán TANDTC thông qua đã mở ra một giải pháp, đường lối cho việc giải qyết một vấn đề pháp luật mà các tòa án cấp dưới chưa biết cách giải quyết hoặc chưa tự tin để đưa ra cách giải quyết. Do vậy, để tăng cường hơn nữa trọng trách định hướng và đi tiên phong trong việc phát triển án lệ ở Việt Nam thì Hội đồng thẩm phán của TANDTC cần phải đặc biệt chú ý đến các vụ việc của tòa án cấp dưới áp dụng sai luật hoặc hiểu lầm về mục đích và ý nghĩa của điều luật trong các vụ án cụ thể.

Kinh nghiệm trong thực tiễn xét xử của Tòa án tối cao một số nước cho thấy, các thẩm phán trong hội đồng xét xử các vụ án cụ thể của Tòa án tối cao rất có ý thức trong việc xác định bản án, quyết định nào của họ sẽ có ảnh hưởng đến thực tiễn áp dụng pháp luật. Vì vậy, sự hình thành án lệ trong một quyết định mới của Tòa án tối cao hay việc bác bỏ án lệ cũ thông qua một quyết định của Tòa án tối cao trong một vụ việc cụ thể luôn được các thẩm phán trong hội đồng xét xử cân nhắc rất cẩn thận, ví dụ: ở Nhật Bản, mặc dù trong pháp luật Nhật Bản không có quy định trực tiếp rằng các thẩm phán thuộc tòa án cấp dưới phải tuân theo án lệ của Tòa án tối cao và không có quy định cụ thể nào để chỉ ra Tòa án tối cao là cơ quan duy nhất ban hành ra án lệ nhưng trên thực tiễn xét xử, các thẩm phán của tòa án cấp dưới thường xuyên cập nhật án lệ để vận dụng trong thực tiễn xét xử, mặc dù mức độ tuân thủ giữa thẩm phán này với thẩm phán khác là khác nhau, các thẩm phán dành mối quan tâm đặc biệt đến án lệ của Tòa án tối cao, vì:

- Tòa án nhân dân tối cao, cơ quan cao nhất của ngành tư pháp và những giải thích luật của Tòa án tối cao thực sự quan trọng như là nền tảng cho việc áp dụng pháp luật thống nhất trong cả nước;

- Trong những án lệ của Tòa án tối cao thường có những giải thích nhất định về việc vận dụng và giải thích pháp luật, có ý nghĩa trong việc

thống nhất áp dụng pháp luật trong cả nước, đảm bảo *pháp luật được áp dụng một cách bình đẳng đối với mọi công dân;*

Đối với thực tiễn xét xử của Việt Nam, có thể nói Hội đồng thẩm phán TANDTC không có quyền lựa chọn các vụ án để xét xử. Số lượng các vụ việc mà Hội đồng thẩm phán TANDTC xét xử theo thủ tục giám đốc thẩm và tái thẩm là hàng trăm vụ việc trong các lĩnh vực pháp luật dân sự, thương mại, lao động, hình sự, hành chính. Do vậy, việc cân nhắc và chú ý đối với những vụ án phức tạp về pháp luật khi đưa ra xét xử trong các phiên họp của Hội đồng thẩm phán là một thách thức đối với trọng trách của Hội đồng thẩm phán.

Theo Luật Tổ chức TAND năm 2002, ngoài chức năng giám đốc thẩm và tái thẩm những vụ án mà bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật bị kháng nghị theo quy định của pháp luật tố tụng, thì Hội đồng thẩm phán TANDTC có thẩm quyền hướng dẫn các tòa án áp dụng thống nhất pháp luật. Theo truyền thống thì, Hội đồng thẩm phán ban hành Nghị quyết để hướng dẫn áp dụng pháp luật. Nhưng số lượng các Nghị quyết do Hội đồng thẩm phán ban hành vẫn chưa đáp ứng được với yêu cầu của thực tiễn áp dụng pháp luật trong thực tiễn. Hơn nữa, nội dung và hình thức Nghị quyết của Hội đồng thẩm phán TANDTC không thể cụ thể hóa việc giải thích áp dụng pháp luật chi tiết và cụ thể. Để khắc phục hạn chế này, Hội đồng thẩm phán TANDTC nên thực hiện chức năng hướng dẫn áp dụng thống nhất thông qua cách giải thích, lập luận đường lối cách thức áp dụng pháp luật trong những vụ án cụ thể.

Hội đồng thẩm phán TANDTC tạo lập một thói quen và sự chủ động trong việc hướng dẫn áp dụng thống nhất pháp luật qua những quyết định giám đốc thẩm đối với các vụ việc cụ thể, thì xu hướng thừa nhận những án lệ trong hệ thống các quyết định giám đốc thẩm của Hội đồng thẩm phán sẽ ngày càng tăng trong thực tiễn. Vì vậy, trong thời gian tới, Hội đồng thẩm phán cần thiết phải cải tiến cách viết và thông qua các quyết định giám đốc thẩm theo hướng sau:

(1) Viết chi tiết phần "nhận thấy" và "xét thấy" theo hướng phân tích rõ vấn đề cần giải quyết và những sai lầm trong áp dụng pháp luật của tòa án cấp dưới.

(2) Các vấn đề còn nhiều ý kiến khác nhau thì cần nêu rõ lập luận về ý kiến khác nhau đó và Hội đồng kết luận, lý do đưa ra kết luận. Trong trường hợp có ý kiến bảo lưu cũng cần đề cập đến nhưng cũng cần nêu rõ ý kiến này không được hội đồng chấp thuận.

(3) Giải thích rõ: việc giải quyết vụ án như thế nào là đúng pháp luật để các tòa án cấp dưới tham khảo khi giải quyết những vụ án tương tự, lý do đưa ra quyết định của mình.

(4) Trong những quyết định giám đốc thẩm của Hội đồng thẩm phán TANDTC nên có thêm những phần lập luận và viện dẫn đến các quyết định trước (những án lệ). Điều này đặc biệt quan trọng khi trong quyết định giám đốc thẩm của Hội đồng thẩm phán hướng tới mục đích thiết lập án lệ mới so với những án lệ đã từng tồn tại trước đây. Việc viện dẫn tới các quyết định đã xét xử không có nghĩa là tòa án ở nước ta xét xử dựa trên căn cứ án lệ. Pháp luật thực định gồm hệ thống các VBQPPL và các nguồn luật khác được thừa nhận là cơ sở cho quyết định của tòa án. Án lệ sẽ chỉ đóng vai trò là nguồn luật bổ trợ làm tăng tính thuyết phục và rõ ràng trong các quyết định của tòa án.

(5) Trước mắt, cần lựa chọn những quyết định của Hội đồng thẩm phán đã ban hành có giá trị án lệ để thông qua Hội đồng thẩm phán TANDTC phát hành cho tòa án các cấp vận dụng. Thời gian tới, chúng ta cần phải định hướng xây dựng án lệ trước khi xét xử để khi quyết định được ban hành sẽ đương nhiên trở thành án lệ, kể cả những bản án, quyết định của tòa án các cấp có hiệu lực pháp luật mà chứa đựng giải pháp sau cùng về vấn đề pháp lý đó [2, tr. 92-93].

3.3.3. Những hoạt động hỗ trợ cần thiết cho triển khai án lệ

3.3.3.1. Sự cần thiết phải công bố kịp thời và đầy đủ các quyết định của Tòa án nhân dân tối cao

Có thể thấy rằng, nhiều năm gần đây, TANDTC đã rất chú ý tới việc công bố các quyết định giám đốc thẩm của Hội đồng thẩm phán TANDTC. Tuy nhiên, TANDTC cho đến nay không công bố toàn bộ các quyết định giám đốc thẩm của Hội đồng thẩm phán TANDTC. Trong bất kỳ hệ thống pháp luật nào trên thế giới dù là hệ thống Common Law hay hệ thống Civil Law, thì việc công bố thường xuyên và kịp thời các bản án, quyết định của tòa án là một yêu cầu thiết yếu cho sự thừa nhận và sử dụng án lệ trong mỗi hệ thống pháp luật. Như vậy, có thể nói việc chúng ta tăng cường công bố công khai nhiều hơn nữa về số lượng và phạm vi các quyết định của Hội đồng thẩm phán là một hoạt động cần thiết cho việc thúc đẩy vai trò của án lệ trong hệ thống pháp luật Việt Nam.

Có nhiều ý kiến cho rằng, TANDTC không nên công bố toàn bộ các quyết định giám đốc thẩm của Hội đồng thẩm phán TANDTC mà chỉ công bố những quyết định của những vụ án quan trọng có xu hướng được thừa nhận là án lệ. Nhưng, cũng có nhiều ý kiến cho rằng, *theo đòi hỏi của nguyên tắc minh bạch hóa pháp luật nên TANDTC cần phải công bố tất cả các quyết định của Hội đồng thẩm phán TANDTC.* Quan điểm của tác giả là ủng hộ ý kiến thứ hai nhưng cần nhấn mạnh quyết định nào được coi là án lệ. Trong lý luận về án lệ chúng ta thấy, một quyết định, bản án chỉ có thể trở thành án lệ khi nó giải quyết được các câu hỏi pháp luật (vấn đề gây tranh cãi chưa rõ trong quy định của pháp luật; sự thiếu sót của pháp luật v.v…) và nó sẽ có ý nghĩa với các vụ việc tương tự trong tương lai. Chính các vụ việc tương tự mà chúng ta không thể biết trước được trong tương lai sẽ quyết định giá trị pháp lý mà các án lệ đã tạo ra. Trong những hệ thống pháp luật của các nước phát triển trên thế giới, giá trị của các quyết định, bản án của các Tòa án tối cao có

thể được nhận ra thông qua sự bình luận về nó bởi các nhà nghiên cứu, các thẩm phán và các luật gia. Như vậy, có thể nói, sẽ có ý nghĩa hơn cho tiến trình phát triển án lệ ở Việt Nam nếu TANDTC công bố toàn bộ các quyết định, bản án của mình. Nếu TANDTC chỉ lựa chọn một số lượng hạn chế các quyết định của Hội đồng thẩm phán TANDTC để công bố thì có thể Việt Nam sẽ không đáp ứng được với đòi hỏi của WTO (yêu cầu Tòa án cấp tối cao của các nước thành viên cần phải công bố công khai các quyết định, bản án). Điều này cũng đồng nghĩa với tiến trình phát triển án lệ ở Việt Nam sẽ không thực sự đúng như theo yêu cầu của Nghị quyết 49-NQ/TW đã đề ra.

Đối với việc công bố quyết định của Hội đồng thẩm phán TANDTC, chúng ta cần phân biệt mối quan hệ giữa những bản án, quyết định đã được tòa án công bố với việc công bố những bản án, quyết định được coi là án lệ. Sự công bố toàn bộ các quyết định, bản án của Hội đồng thẩm phán TANDTC sẽ tạo điều kiện cho các thẩm phán, luật sư, người dân tiếp cận với các bản án, quyết định một cách tốt nhất. Nhưng, sự công bố tràn lan các bản án, quyết định của Hội đồng thẩm phán TANDTC sẽ không tạo ra được sự tập trung cho các thẩm phán, luật sư tìm hiểu những bản án có giá trị án lệ để áp dụng trong thực tiễn. Theo quan điểm của tác giả thì, việc công bố các quyết định giám đốc thẩm của Hội đồng thẩm phán TANDTC nên thực hiện theo hai bước:

Bước 1: TANDTC công bố toàn bộ các quyết định giám đốc thẩm của Hội đồng thẩm phán TANDTC trên mạng internet qua website chính thức của TANDTC (http://www.toaan.gov.vn).

Bước 2: TANDTC sẽ lập ra một cơ quan có trách nhiệm chọn lọc, tập hợp và công bố các quyết định quan trọng của Hội đồng thẩm phán theo từng lĩnh vực pháp luật để công bố trong những ấn phẩm riêng. Các quyết định được lựa chọn này sẽ được một Ủy ban gồm các nhà nghiên cứu, chuyên gia pháp luật và một số thẩm phán của TANDTC cân nhắc và công bố trong những ấn phẩm riêng. Có thể gọi những ấn phẩm này là hệ thống các quyết định giám đốc thẩm của Hội đồng thẩm phán TANDTC [2, tr. 95].

Đồng thời, TANDTC cũng cần xem xét công bố những bản án, quyết định của tòa án cấp Giám đốc thẩm, tòa phúc thẩm của TANDTC. Tuy nhiên, những bản án, quyết định này chứa đựng đường lối xét xử mới mà Quyết định của Hội đồng thẩm phán TANDTC trước chưa có, nhưng trước khi công bố cần thông qua Hội đồng thẩm phán TANDTC.

3.3.3.2. Phân tích và bình luận các án lệ

Qua nghiên cứu thực tiễn phát triển và sử dụng án lệ ở các nước thuộc hệ thống Common Law như Anh, Mỹ, v.v…, chúng ta thấy hoạt động phân tích bình luận các án lệ có một vai trò rất quan trọng để đưa án lệ gần hơn với đời sống thực tiễn pháp lý. Cũng tương tự như vậy, án lệ trong các hệ thống pháp luật Pháp, Đức, Nhật Bản… cũng được lựa chọn và bình luận bởi các chuyên gia pháp lý. Đây là cách để công chúng, sinh viên, các nhà nghiên cứu, thẩm phán tiếp cận với án lệ một cách hệ thống và khoa học.

Hoạt động phân tích bình luận các bản án được coi là có giá trị của án lệ sẽ làm tăng thêm hiệu quả phổ biến và tuyên truyền của một án lệ. Rõ ràng, chúng ta thừa nhận không phải mọi quyết định của tòa án đều có giá trị án lệ. Trong số những quyết định giám đốc thẩm của Hội đồng thẩm phán TANDTC được TANDTC công bố chỉ có một số lượng hạn chế nhất định những quyết định có giá trị là án lệ cho các tòa án cấp dưới tham khảo để áp dụng pháp luật được thống nhất và chính xác. Những án lệ khi được phân tích sẽ làm cho người đọc nhận thức rõ hơn vị trí của án lệ đó trong mối liên hệ với các vấn đề pháp luật trong mỗi ngành luật. Sự phân tích án lệ còn cho thấy tính lịch sử và sự phát triển pháp luật liên quan đến các vấn đề pháp luật mà mỗi án lệ giải quyết. Hơn nữa, các chuyên gia pháp lý sẽ được tự do thể hiện quan điểm khoa học của họ đối với các giải pháp pháp luật mà án lệ đạt được. Qua sự phân tích án lệ các quan điểm của các chuyên gia pháp lý sẽ có thể thể hiện sự hợp lý hay không hợp lý của các quyết định của tòa án. Trên cơ sở phân tích các án lệ, các bài bình luận có thể đề xuất các giải pháp đóng góp xây dựng pháp luật hoàn thiện hơn từ những tình huống thực tiễn trong án lệ.

Trong những năm gần đây, hoạt động công bố các quyết định giám đốc thẩm của Hội đồng thẩm phán TANDTC ngày càng thường xuyên hơn. Tuy nhiên, chúng ta vẫn chưa tổ chức được hoạt động phân tích bình luận các bản án theo hướng để tuyên truyền và phổ biến hiệu quả án lệ. Cho đến nay, ở Việt Nam đã có một số nhà nghiên cứu quan tâm sưu tầm bình luận và phân tích các bản án, quyết định của tòa án nước ta. Khi mà ý thức về vai trò và tầm quan trọng của án lệ chưa được thực sự đề cao trong thực tiễn xét xử và văn hóa pháp lý ở Việt Nam thì việc hoạt động công bố các án lệ cùng với phần bình luận khoa học của các chuyên gia pháp lý có ý nghĩa động lực thúc đẩy sự chú ý của công chúng đối với án lệ.

Ở nước ngoài, việc hệ thống hóa và công bố các án lệ thông thường được đảm nhận bởi các nhà xuất bản tư nhân. Nhưng ở Việt Nam, theo quan điểm của tác giả, chúng ta cần tổ chức hoạt động phân tích, bình luận và xuất bản án lệ theo hai hướng:

Thứ nhất, TANDTC nên đi tiên phong trong việc phân tích và bình luận các quyết định giám đốc thẩm tiêu biểu của Hội đồng thẩm phán, các bản án tiêu biểu của các tòa chuyên trách thuộc TANDTC.

Thứ hai, các tạp chí pháp lý chuyên ngành và các nhà nghiên cứu có thể tự nguyện lựa chọn và bình luận các bản án của tòa án trên các sách báo pháp lý.

Để thực hiện việc phân tích và bình luận các bản án, TANDTC cần thực hiện các công việc sau:

(i) TANDTC sẽ nghiên cứu và giao cho một đơn vị trực thuộc TANDTC có trách nhiệm cập nhật lựa chọn các quyết định quan trọng của Hội đồng thẩm phán TANDTC, các bản án tiêu biểu của các tòa chuyên trách thuộc TANDTC để bình luận và công bố trên một ấn phẩm riêng. Ấn phẩm này được coi như sự tập hợp khoa học các án lệ của tòa án.

(ii) Đơn vị được giao trách nhiệm bình luận và phân tích các bản án của TANDTC sẽ phải chủ động tổ chức hoạt động bình luận các bản án bằng

việc mời các chuyên gia pháp lý, các thẩm phán có uy tín, kinh nghiệm tham gia phân tích và bình luận các bản án.

(iii) Các ấn phẩm công bố các bản án có kèm theo phần bình luận cần được công bố hàng tháng hoặc định kỳ theo quý trong một năm.

3.3.3.3. Khuyến khích các tạp chí pháp lý trong nước công bố các quan điểm bình luận án lệ của tòa án

Hiện nay, trên cả nước ta có hàng chục tạp chí pháp lý và rất nhiều khoa, trường, viện đào tạo trong lĩnh vực pháp lý. Do đó, việc tuyên truyền và phổ biến thực tiễn pháp lý qua các án lệ là một kênh rất hiệu quả nếu các án lệ được phổ biến trên các tạp chí chuyên ngành có kèm theo lời bình luận của các chuyên gia pháp lý. Việc công bố và bình luận các án lệ trên các tạp chí chuyên ngành có thể sẽ dành cho các nhà nghiên cứu sự tự do lựa chọn các quyết định của tòa án để phân tích bình luận. Các quan điểm bình luận đa dạng của các nhà nghiên cứu sẽ làm cho án lệ ngày càng gắn bó sâu vào đời sống văn hóa pháp lý và luật học ở Việt Nam.

3.3.4. Những vấn đề kỹ thuật liên quan đến việc sử dụng án lệ

Kinh nghiệm sử dụng án lệ trong các hệ thống pháp luật nước ngoài cho thấy, đối với hệ thống Common Law, sự áp dụng án lệ có liên quan đến những quy tắc rất chặt chẽ về kỹ thuật và kỹ năng áp dụng án lệ. Ngày nay, án lệ đã được vận dụng phổ biến trong hệ thống Civil Law. Mặc dù, trong hệ thống Civil Law không được coi là nguồn luật chính thức và có giá trị bắt buộc đối với các quyết định của Tòa án. Nhưng, án lệ cũng được vận dụng và sử dụng trong hệ thống Civil Law theo những nguyên tắc nhất định. Quán triệt khía cạnh này, sẽ thực sự hữu ích cho việc triển khai án lệ ở Việt Nam.

Có thể nói rằng, việc đưa án lệ vào sử dụng trong hệ thống pháp luật Việt Nam sẽ gặp phải những trở ngại nhất định về tâm lý, kỹ năng áp dụng của thẩm phán. Điều này có thể liên quan đến những vấn đề như:

(1) Thẩm phán trong hệ thống tòa án Việt Nam sẽ viện dẫn án lệ như thế nào?

(2) Căn cứ nào lựa chọn án lệ phù hợp?

(3) Hiệu lực của án lệ và trường hợp bãi bỏ án lệ?

(4) Các thẩm phán cần phải lập luận như thế nào khi không tuân theo án lệ của Tòa án cấp trên?

3.3.5. Cách viện dẫn án lệ trong xét xử

Khi một án lệ được công bố thì các thẩm phán trong hệ thống tòa án nên viện dẫn nó, nếu sự viện dẫn đến án lệ thực sự có giá trị làm sáng tỏ cho phần lập luận của tòa án khi quyết định vụ án. Theo thói quen, thẩm phán của Việt Nam hầu như chưa có ý thức viện dẫn án lệ. Mặc dù những khảo sát gần đây ở nước ta cho thấy có rất nhiều thẩm phán đã bước đầu quan tâm đến các Quyết định của Hội đồng thẩm phán TANDTC. Việc viện dẫn án lệ vào một quyết định của tòa án không có nghĩa là án lệ là cơ sở pháp lý cho quyết định của vụ án mà tòa án xét xử. Cơ sở cho quyết định của tòa án ở nước ta luôn phải dựa trên cơ sở luật trong hệ thống các VBQPPL và các nguồn luật được thừa nhận khác như Điều ước quốc tế, tập quán. Thói quen về phương pháp áp dụng pháp luật trong ngành tòa án ở nước ta, nên coi việc sử dụng án lệ theo phương án sau:

- Việc viện dẫn án lệ vào bản án, quyết định của thẩm phán để thẩm phán bày tỏ lập luận cho quyết định của vụ việc. Đối với các nước Thông luật, việc viện dẫn nội dung của án lệ là điều kiện tiên quyết cho hầu hết các quyết định của thẩm phán. Ngày nay, một số hệ thống Civil Law như Đức, Nhật Bản, các thẩm phán của họ đã hình thành văn hóa viện dẫn những án lệ trong phần nhận định của bản án. Đây là biểu hiện của sự ảnh hưởng và học hỏi lẫn nhau giữa các trường phái áp dụng án lệ trên thế giới. Vì vậy, các thẩm phán của Việt Nam nên học tập cách viện dẫn án lệ như cách mà thẩm phán trong một số hệ thống Civil Law vẫn thực hiện.

- Thẩm phán cần cân nhắc thật kỹ về nội dung của án lệ và lập luận viện dẫn một án lệ cụ thể trong bản án, quyết định của họ. Theo cách viết quyết định, bản án truyền thống ở nước ta thì việc viện dẫn án lệ sẽ có thể được triển khai trong phần "xét thấy" của mỗi bản án, quyết định. Việc viện dẫn án lệ sẽ làm mỗi bản án, quyết định của tòa án tăng thêm sức thuyết phục. Có thể chúng ta sẽ thêm vào phần "xét thấy" một đoạn lập luận có tên gọi: "Căn cứ vào thực tiễn (án lệ) xét xử trước đây cho thấy": vụ việc này tương tự với vụ việc đã được xét xử bởi Hội đồng thẩm phán TANDTC,…

Chúng ta không nên hiểu máy móc khi đã viện dẫn đến một án lệ thì thẩm phán (hoặc Hội đồng) xét xử một vụ việc tương tự phải có nghĩa vụ tuân theo đường lối xét xử của vụ việc đó. Thông thường, việc viện dẫn án lệ là cách bày tỏ quan điểm về sự tôn trọng tính thống nhất trong áp dụng pháp luật của thẩm phán và họ sẽ quyết định theo đường lối xét xử mà án lệ viện dẫn. Nhưng cũng có trường hợp thẩm phán đưa ra quyết định ngược lại đường lối xét xử đã thiết lập trong án lệ. Đây là trường hợp thẩm phán đã tạo ra một quyết định mà trong đó nó có thể ảnh hưởng đến việc thiết lập một án lệ mới so với án lệ đã tồn tại trước đây.

3.3.6. Lựa chọn án lệ khi giải quyết vụ án

Trong các hệ thống Common Law, phương pháp lập luận tương tự là một phương pháp luận cơ bản trong kỹ thuật áp dụng của thẩm phán. Việc áp dụng án lệ trong các nước thuộc hệ thống Common Law cũng không tách rời phương pháp lập luận tương tự. Tuy nhiên, trong các nước theo truyền thống Civil Law, quyết định của tòa án thường xoay quanh cơ sở pháp lý là các VBQPPL. Các án lệ được hình thành hầu hết là kết quả của hoạt động giải thích pháp luật của tòa án. Chính điều này đã làm cho việc lập luận tương tự khi áp dụng án lệ trong các nước dân luật đơn giản và dễ nhận biết hơn so với các nước Thông luật. Vì vậy, khi sử dụng án lệ ở Việt Nam, các thẩm phán cần lưu ý rằng, nội dung vụ việc mà án lệ giải quyết liên quan đến việc áp

dụng Điều luật nào trong hệ thống VBQPPL trong nước như: Bộ luật Dân sự năm 2005, Bộ luật Hình sự năm 1999, Luật Thương mại năm 2005…

Ví dụ: "Tòa kinh tế TANDTC giải quyết vụ án Công *ty United Concord International LTD (UCI)* kiện *Công ty Radiant Investment LTD* (RIL). Trong vụ án này, tranh chấp phát sinh giữa các bên liên quan đến câu hỏi là Điều 52 Luật Doanh nghiệp năm 2005 được hiểu như thế nào. TAND Thành phố Hồ Chí Minh đã áp dụng sai Điều 52 Luật Doanh nghiệp. Khi vụ án được xét xử phúc thẩm bởi Tòa Kinh tế TANDTC, Tòa án này đã giải thích và lập luận về Điều 52 Luật Doanh nghiệp năm 2005 theo cách hiểu nội dung của Điều 52 này không được tước bỏ tính tối cao của Điều lệ doanh nghiệp mà các bên trong công ty đã thỏa thuận và đăng ký. Từ vụ án này, bản án số 82/2007/KDTM-PT, ngày 28 tháng 08 năm 2007 của Tòa Kinh tế TANDTC có thể được coi là một án lệ, bởi vì nó đã giải quyết được vấn đề chưa rõ ràng trong Điều 52 của Luật doanh nghiệp năm 2005. Trước bản án này, chưa có tòa án nào của Việt Nam giải quyết vụ việc này tương tự này.

Bởi vậy, trong quá trình giải quyết vụ án, việc cân nhắc lựa chọn án lệ cần lưu ý những vấn đề sau:

- Án lệ của Hội đồng thẩm phán TANDTC sẽ có giá trị cao nhất và có tính thuyết phục hơn so với các án lệ của các tòa án cấp dưới.

- Khi không có án lệ của Hội đồng thẩm phán TANDTC thì các án lệ của các tòa chuyên trách của TANDTC có thể sẽ được viện dẫn [2, tr. 99].

3.3.7. Thay đổi và bãi bỏ án lệ

Về mặt nhận thức có thể thấy rằng, án lệ dù được coi là một nguồn luật bắt buộc hay chỉ có giá trị tham khảo thì nó cũng có đặc điểm như pháp luật ở chỗ, án lệ có thể bị thay đổi và bãi bỏ. *Có thể nói, án lệ chính là biểu hiện sinh động của thực tiễn pháp lý. Vì vậy, án lệ sẽ không cứng nhắc mà nó cần được nhận thức linh hoạt và uyển chuyển theo thực tiễn khách quan của đời sống pháp luật.*

Thực tiễn về áp dụng án lệ trong hệ thống Common Law và Civil Law cho thấy, án lệ không bất biến. Án lệ có thể bị thay đổi, bổ sung để pháp luật ngày càng hoàn thiện. Đây là một khía cạnh quan trọng mà các thẩm phán của nước ta cần lưu ý khi tiếp cận và sử dụng án lệ.

Bãi bỏ án lệ chính là sự thay đổi mang tính phủ định đường lối xét xử của án lệ cũ trên cơ sở Tòa án thiết lập một án lệ mới. Chúng ta nên thừa nhận những trường hợp án lệ có thể bị bãi bỏ ở Việt Nam theo một số trường hợp sau đây:

Thứ nhất, án lệ có thể bị bãi bỏ bởi luật do Quốc hội ban hành. Thực tiễn thì việc Quốc hội ban hành luật để thay đổi, bổ sung luật cũ hoặc quy định những vấn đề mới sẽ có thể làm thay đổi những án lệ dựa trên các nguồn luật đã bị sửa đổi. Việc nhận thức án lệ bị bãi bỏ trong trường hợp này thuộc về trách nhiệm của thẩm phán. Sẽ là không thuyết phục và ít có ý nghĩa khi các thẩm phán viện dẫn những án lệ đã bị phủ định bởi các văn bản pháp luật mới.

Thứ hai, án lệ có thể bị bãi bỏ bởi chính tòa án đã thiết lập ra án lệ. Có thể nói, nếu chúng ta quan niệm một số quyết định giám đốc của Hội đồng thẩm phán TANDTC là án lệ có vai trò định hướng áp dụng pháp luật thống nhất thì những án lệ này chỉ có thể bị bãi bỏ bởi chính Hội đồng thẩm phán TANDTC trong các vụ việc tương tự nảy sinh trong tương lai. Trường hợp này, cần phân biệt với những trường hợp án lệ có thể bị bãi bỏ theo *"Thủ tục đặc biệt xem xét lại quyết định của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao"*. Việc nhận diện án lệ bị bãi bỏ thông qua thực tiễn xét xử các vụ việc tương tự nảy sinh sau khi án lệ được thiết lập là một vấn đề rất quan trọng.

Hoạt động phân tích, bình luận các bản án sẽ chỉ ra những án lệ nào được coi là bị bãi bỏ thông qua thực tiễn xét xử của Hội đồng thẩm phán TANDTC.

Thứ ba, việc bãi bỏ án lệ có thể nhận thấy rõ nhất đối với những trường hợp: giả sử một quyết định giám đốc thẩm của Hội đồng thẩm phán TANDTC được coi là án lệ và sau đó nó bị hủy theo *"Thủ tục đặc biệt xem xét*

lại quyết định của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao". Quan điểm của tác giả cho rằng, đây là trường hợp bãi bỏ án lệ mang tính đặc trưng trong pháp luật Việt Nam hiện nay so với các nước khác. Trong trường hợp này, chúng ta nên hiểu rằng, một án lệ của TANDTC có thể bị bãi bỏ trong trường hợp không cần phải có một vụ việc tương tự nảy sinh sau khi án lệ được thiết lập. TANDTC có thể tự mình bãi bỏ một án lệ theo *"Thủ tục đặc biệt xem xét lại quyết định của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao"*.

3.3.8. Các thẩm phán cần phải lập luận như thế nào khi không tuân theo án lệ của Tòa án nhân dân tối cao

Trước mắt, chúng ta sẽ tập trung vai trò phát triển án lệ thông qua hoạt động của TANDTC. Các án lệ của TANDTC sẽ có vai trò định hướng áp dụng thống nhất pháp luật trong cả nước. Để tăng cường tính thống nhất trong áp dụng pháp luật thì các Tòa án cấp dưới nên tham khảo đường lối xét xử trong án lệ của TANDTC. Chúng ta không nên chấp nhận xây dựng và triển khai áp dụng án lệ theo nguyên tắc "bắt buộc phải tuân theo án lệ". Như đã phân tích ở trên, các thẩm phán của các tòa án sẽ không bị kỷ luật, hay khiển trách khi không tuân theo án lệ của TANDTC. Tuy nhiên, không vì điều này mà bỏ qua vấn đề đánh giá năng lực công tác, thi đua và điều kiện tái bổ nhiệm thẩm phán khi họ đưa ra nhiều quyết định bị sửa hoặc hủy bởi tòa án cấp trên.

Để triển khai áp dụng án lệ hiệu quả ở Việt Nam, trong thời gian tới TANDTC sẽ nghiên cứu quy chế xác định năng lực của thẩm phán thông qua việc thiếu trách nhiệm trong việc không tham khảo án lệ của TANDTC khi thực hiện nhiệm vụ xét xử.

Chúng ta không nên sử dụng án lệ cứng nhắc. Nhưng, trường hợp nếu các thẩm phán của các tòa án cấp dưới không quyết định theo đường lối, giải pháp xét xử đã thiết lập trong án lệ của TANDTC thì chính họ phải giải thích rõ lý do vì sao không tuân theo một án lệ *X* cụ thể. Sự giải thích hợp lý này

của thẩm phán có thể góp phần nhận diện về tính thuyết phục đối với án lệ *X* của TANDTC. Việc TANDTC ủng hộ tòa án cấp dưới trong lập luận không tuân theo án lệ của TANDTC có thể coi như một động thái để án lệ này sẽ bị bãi bỏ.

3.3.9. Một số biện pháp nhằm tăng cường ý thức sử dụng án lệ

3.3.9.1. Duy trì sức mạnh của án lệ

Để duy trì sức mạnh án lệ, cần có biện pháp để ràng buộc các thẩm phán trong việc sử dụng án lệ. Việc kiểm tra sử dụng án lệ thông qua xem xét theo thủ tục giám đốc thẩm, tái thẩm và thanh tra ngành thông qua vụ án cụ thể. Nếu thẩm phán khi giải quyết không sử dụng án lệ dẫn đến xét xử tùy tiện, áp dụng sai pháp luật thì phải có biện pháp xử lý nhất định, trừ trường hợp thẩm phán phải chứng minh rằng án lệ đó không còn phù hợp với tình hình hiện nay hoặc vận dụng không đúng pháp luật.

3.3.9.2. Nâng cao ý thức của các thẩm phán về việc tôn trọng án lệ

Việc nghiên cứu, thảo luận án lệ sẽ được duy trì thường xuyên ở tòa án các cấp, tiến đến bồi dưỡng kiến thức về hướng dẫn cách tra cứu án lệ và sử dụng án lệ khi giải quyết vụ việc. Mỗi khi tòa án cấp trên ban hành án lệ mới mà trước đó chưa có án lệ hoặc bản án lệ thay thế bản án lệ cũ thì cần tổ chức thảo luận nghiên cứu. Việc bồi dưỡng kiến thức về án lệ không chỉ dành riêng cho các thẩm phán mà phải được duy trì ngay trong các trường đại học, Trường cán bộ tòa án, Học viện tư pháp (bồi dưỡng thẩm phán tương lai) và thư ký, chuyên viên, thẩm tra viên của nghành tòa án và các chuyên ngành luật học.

3.3.9.3. Tăng cường hiểu biết về án lệ của kiểm sát viên và luật sư

Tăng cường hiểu biết về án lệ của kiểm sát viên và luật sư là rất cần thiết. Do vậy, cần có cuộc hội thảo, tập huấn về án lệ, để khi họ tham gia trong các vụ án cụ thể kiểm sát viên hay luật sư có thể chỉ ra sự tồn tại của án

lệ, đồng thời thảo luận tích cực về án lệ kể cả ý kiến thuận và ý kiến ngược, trên cơ sở đó thẩm phán xem xét việc có vận dụng án lệ hay không.

Trong hệ thống pháp luật của bất cứ nước nào trên thế giới, án lệ sẽ không có chỗ đứng và giá trị tôn trọng của nó khi các thẩm phán trong hệ thống cơ quan tòa án coi nhẹ và xem thường giá trị của án lệ trong thực tiễn áp dụng pháp luật của họ. Như chúng ta đã biết, ở những nước theo hệ thống Common Law, việc sử dụng án lệ đã ăn sâu vào ý thức pháp luật của các luật gia, luật sư và thẩm phán. Trong các nước Thông luật, ý thức về vai trò của án lệ đã trở thành một đặc trưng rõ nét trong tư duy pháp lý của các thẩm phán. Đối với những nước có hệ thống Civil Law ở Châu Âu như Đức, Pháp, Nhật Bản, mặc dù các thẩm phán của họ có phương pháp cách thức tiếp cận và sử dụng án lệ khác với những thẩm phán trong các nước Thông luật, nhưng án lệ đã được thừa nhận, được lưu ý và sử dụng như là nguồn luật bổ trợ cho sự giải thích các VBQPPL.

Việt Nam chúng ta là một quốc gia ở Châu Á, có hệ thống pháp luật mang nhiều đặc trưng của hệ thống Civil Law khi xét về phương pháp xây dựng và áp dụng pháp luật. Việt Nam cần biết cách chọn lọc và học hỏi những nhân tố hợp lý của pháp luật của các nước trên nhiều phương diện. Mặc dù, hệ thống pháp luật thời hiện đại của Việt Nam được phát triển sau rất nhiều thập kỷ so với các nước dân luật thành văn ở Châu Âu như Pháp, Đức. Tuy nhiên, việc tìm hiểu và sử dụng án lệ đã trở thành một nét văn hóa trong trách nhiệm nghề nghiệp thẩm phán ở Việt Nam là vấn đề rất phức tạp, chúng ta nên học tập kinh nghiệm của Nhật Bản về việc nâng cao ý thức của thẩm phán đối với án lệ.

Việc tăng cường ý thức việc sử dụng án lệ của các thẩm phán ở Việt Nam trong quá trình thực hiện nhiệm vụ xét xử của TAND là một nhiệm vụ không thể thiếu và cần được triển khai trong toàn ngành Tòa án Việt Nam. Chúng ta đã biết, trong các báo cáo hàng năm của ngành Tòa án, TANDTC

thường xuyên chỉ ra những nguyên nhân do các thẩm phán trong xét xử chưa đúng pháp luật bởi vì họ không thực sự thông thạo pháp luật khi áp dụng nó. Việc công bố thường xuyên các án lệ của TANDTC sẽ là phương tiện giúp cho các thẩm phán trong cả nước cập nhật pháp luật và nâng cao trình độ, kinh nghiệm xét xử. Việc tham khảo các án lệ và vận dụng phù hợp các quy định của pháp luật trong quá trình giải quyết các vụ án sẽ là một phương pháp hiệu quả để các thẩm phán ở nước ta đưa ra được các quyết định đúng đắn, hợp pháp và có tính thuyết phục đối với công chúng.

Cùng với việc khuyến khích, cho phép các thẩm phán tham khảo án lệ trong hoạt động xét xử của họ, các luật sư ở Việt Nam nên được khuyến khích viện dẫn đến các án lệ khi họ tham gia tranh tụng tại tòa án. Hiện tại, hoạt động xét xử đã và đang theo hướng tố tụng tranh tụng thay vì tố tụng thẩm vấn. Vì vậy, khi những luật sư của Việt Nam viện dẫn và vận dụng hợp lý các án lệ trong tranh tụng kết hợp với các sự lập luận trên cơ sở pháp lý chính thức sẽ góp phần tích cực cho mục đích công bằng của pháp luật Việt Nam.

Nên nghiên cứu từng bước đưa án lệ vào công tác giảng dạy trong các trường đào tạo nghề luật. Các tạp chí chuyên ngành cũng nên in bản án mẫu, án lệ của TANDTC để giúp sinh viên học tập, nghiên cứu.

KẾT LUẬN

Nếu thẳng thắn nhìn nhận chúng ta sẽ thấy rằng, trong một chừng mực nào đó, hệ thống Tòa án Việt Nam hiện tại được tổ chức và vận hành thuần túy như một thành phần của bộ máy công quyền hơn là cơ quan tư pháp với vai trò duy trì công lý trong một cộng đồng có nhiều quyền lợi đa dạng. Tuy hành xử quyền tài phán, một trong ba quyền nền tảng của hệ thống quyền lực quốc gia, tòa án lại hoạt động như một cơ quan hành pháp, và các thẩm phán cũng chỉ đơn thuần là những công chức mẫn cán của bộ máy công quyền đó. Hệ quả của quan niệm "hành pháp hóa" hệ thống tòa án là hoạt động của thẩm phán bị giới hạn trong phạm vi hẹp của việc áp dụng, thường máy móc và thiếu uyển chuyển, các đạo luật do cơ quan lập pháp ban hành để xét xử. Điều này vô tình tước mất trọng trách "cao cả" hơn mà lẽ ra tòa án phải gánh vác, đó là xác lập một khuôn khổ ứng xử cho mọi hành vi của các thành viên trong xã hội. Phán quyết của tòa án hiện nay thường thiếu chiều sâu và sự uyên bác trong nhận định và phân tích các vấn đề pháp lý cụ thể. Một số thẩm phán đôi khi phải đưa ra những lời giáo huấn về đạo đức không cần thiết cho bị cáo hoặc các bên tranh chấp nhằm khỏa lấp khiếm khuyết đó.

Trả lại vai trò năng động và sáng tạo cho tòa án đòi hỏi phải có sự điều chỉnh cách diễn giải nguyên tắc "khi xét xử thẩm phán chỉ tuân theo luật pháp". Luật pháp không chỉ là những bản văn lập pháp và lập quy do các cơ quan nhà nước có thẩm quyền ban hành, mà còn bao gồm cả án lệ, tức là những phán quyết quan trọng đánh dấu một đường hướng mới trong việc giải thích luật hoặc giải quyết một vấn đề pháp lý cụ thể. Thông thường án lệ là công trình của tòa án tối cao.

Án lệ giúp thổi một luồng sinh khí vào "thân xác" khô khan và bất động của những bản văn pháp lý, nhờ đó các đạo luật có được cuộc sống sinh động gắn liền với thực tiễn. án lệ cũng giúp tạo ra sự an toàn pháp lý cho công

dân và sự ổn cố của xã hội khi mọi hành vi của các thành viên trong xã hội đều được thực hiện trong khuôn khổ ứng xử đã được xác lập như một tiền lệ.

Khi xảy ra tranh chấp, các tòa án mặc nhiên tôn trọng tiền lệ đó và phân xử tranh chấp dựa trên khuôn khổ đã hiện hữu.

Nhiều quan điểm cho rằng án lệ đã tồn tại từ lâu tại Việt Nam. Hàng năm TANDTC vẫn đưa ra các báo cáo tổng kết nhằm mục đích hướng dẫn hoạt động xét xử của tòa án nhân dân các cấp. Đó là tập quán tốt, song chưa đủ, vì báo cáo tổng kết không hội đủ các đặc tính của một án lệ. Báo cáo tổng kết không chuyển tải được toàn bộ nhận định và phân tích pháp lý của các phán quyết về từng vấn đề pháp lý của mỗi vụ án và vụ kiện. Báo cáo tổng kết được soạn thảo với tham vọng hướng dẫn việc xét xử trong nhiều lĩnh vực khác nhau hơn là tập trung vào vài điểm pháp lý quan trọng trong một lĩnh vực nhất định. Sau khi được công bố, các báo cáo đó lại trở nên "khô khan và bất động" như những bản văn pháp lý và vẫn cần đến sự giải thích sinh động từ phía các thẩm phán trong từng vụ án và vụ kiện. Có nhiều ví dụ trên thực tế về những hướng dẫn tối nghĩa, gây nhiều tranh luận của một báo cáo tổng kết, để rồi phải cầu viện đến các báo cáo tổng kết khác… hướng dẫn lại.

Khi xây dựng án lệ, tòa án góp phần vào việc hoạch định đường hướng phát triển tương lai của nền luật pháp. Do việc giải thích luật được thực hiện tại từng thời điểm khác nhau, khi các điều kiện kinh tế - xã hội đã biến chuyển nhiều so với lúc ban hành luật, việc áp dụng luật để xét xử một vụ án mới không bị đóng khung trong bối cảnh cũ - điều rất thường gặp ở những vụ án kinh tế hiện nay - mà trái lại trở thành hoạt động mang tính sáng tạo, khác hẳn với công việc thụ động của các quan chức - thẩm phán hiện tại. Bằng hoạt động xét xử, tòa án mặc nhiên mở rộng việc áp dụng các đạo luật ra ngoài phạm vi hoặc ý định ban đầu của nhà lập pháp, và chuẩn bị trước điều kiện cho việc điều chỉnh các đạo luật hiện hữu và thiết lập chương trình lập pháp cho tương lai.

Không công nhận án lệ, công cuộc cải cách tư pháp chắc chắn sẽ khó đạt được kết quả mong muốn bởi lẽ những thay đổi gần đây trong hoạt động lập pháp và tư pháp, như đổi mới quy trình soạn thảo và ban hành luật, điều chỉnh cơ cấu tổ chức và hoạt động của cơ quan tư pháp và bổ trợ tư pháp, thử nghiệm mô hình phiên tòa mẫu với những quy tắc bảo đảm quyền tranh luận và biện hộ của các bên có quyền lợi liên quan…, chỉ là những cải cách trên phương diện hình thức, dù cũng cần thiết nhằm mục đích hoàn thiện hệ thống hiện hữu và củng cố lòng tin của người dân, song chưa hướng đến việc hiện đại hóa toàn bộ hệ thống luật pháp, là điều cần thiết hơn nhằm tạo động lực giúp vượt qua các thách thức trong tiến trình hội nhập nền kinh tế quốc tế và khu vực.

Qua nghiên cứu những học thuyết về án lệ và thực tiễn áp dụng của các nước theo hệ thống Common Law hay hệ thống Civil Law thấy rằng, việc sử dụng án lệ trong công tác xét xử không còn là vấn đề mới, thực tế được sử dụng ở hầu hết các nước trên thế giới. Tuy nhiên, cách sử dụng án lệ ở mỗi nước có những đặc trưng khác nhau, kể cả những nước trong cùng hệ thống cũng có cách vận dụng khá uyển chuyển. Dù có sự khác nhau trong cách thức sử dụng án lệ thì vai trò của án lệ vẫn ngày càng phát triển, kể cả những nước theo hệ thống Civil Law hay Common Law. Càng ngày, người ta càng thấy, sự phân chia các hệ thống Common Law và Civil Law là rất mỏng manh, và chỉ mang tính tương đối. Bởi lẽ, về mặt lý thuyết, nhiều nước không thừa nhận án lệ nhưng thực tiễn vẫn sử dụng án lệ trong thực tiễn xét xử, để lấp những khoảng trống chưa có văn bản pháp luật quy định. Điều này được lý giải một cách đơn giản bởi nguyên tắc áp dụng chung đối với bất kỳ một nền tư pháp nào, đó là việc áp dụng thống nhất pháp luật.

Đối với hệ thống pháp luật Việt Nam, việc học tập mô hình án lệ của các nước dân luật thành văn là rất phù hợp. Đặc biệt là, mô hình sử dụng và phát triển án lệ của Nhật Bản. Trong thời gian tới chúng ta nên tiến hành từng

bước vấn đề triển khai án lệ ở Việt Nam. Theo đó, trước mắt chúng ta cần nâng cao nhận thức và đổi mới tư duy về án lệ sao cho án lệ không còn là một vấn đề xa lạ trong tư duy pháp lý của thẩm phán ở nước ta. TANDTC cần đẩy mạnh hơn nữa các hoạt động nghiên cứu và áp dụng pháp luật theo hướng của các giải pháp đã đề ra trong đề tài nghiên cứu này.

Và hơn hết, đã đến lúc chúng ta phải nghiêm túc nghĩ đến sự cần thiết của án lệ mà một nền luật pháp hiện đại không thể thiếu.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Nguyễn Hải An (2011), "Áp dụng án lệ trong xét xử các vụ việc dân sự ở Việt Nam", *Dân chủ và pháp luật,* (4), tr. 26-30.
2. Trương Hòa Bình (Chủ nhiệm) (2012), *Triển khai án lệ vào công tác xét xử của tòa án Việt Nam*, Công trình nghiên cứu khoa học cấp Bộ, Tòa án nhân dân tối cao, Hà Nội.
3. Chính phủ (1955), *Thông tư số 442/TTg ngày 19/01 của Thủ tướng Chính phủ về việc trừng trị một số tội phạm*, Hà Nội.
4. Chính phủ (1994), *Nghị định số 61/CP ngày 05/7 về mua bán và kinh doanh nhà ở*, Hà Nội.
5. Chính phủ (2001), *Nghị định số 81/2001/NĐ-CP ngày 05/11 về việc người Việt Nam định cư ở nước ngoài mua nhà ở tại Việt Nam*, Hà Nội.
6. Chương trình đối tác tư pháp (2011), *Kinh nghiệm quốc tế trong việc áp dụng tiền lệ và án lệ*, Hà Nội.
7. Ngô Cường (2012), "Bàn về cách thức xây dựng án lệ", *Tòa án nhân dân*, (12), tr. 1- 4.
8. Ngô Cường (2012), "Án lệ đã được sử dụng dưới triều Nguyễn", *Tòa án nhân dân*, (15), tr. 29-48.
9. Ngô Cường (2012), "Bàn về việc sử dụng án lệ", *Tòa án nhân dân*, (22), tr. 5-10.
10. Nguyễn Văn Cường, Nguyễn Ngọc Ánh (2009), "Nhận thức chung về án lệ, tầm quan trọng của án lệ trong công tác xét xử, khái quát các trường phái án lệ trên thế giới", *Tòa án nhân dân*, (4), tr. 39-44.
11. Nguyễn Văn Cường, Nguyễn Ngọc Ánh (2009), "Án lệ Nhật Bản và một số vấn đề đặt ra khi đưa án lệ vào công tác xét xử tại Toà án Việt Nam", *Tòa án nhân dân*, (19), tr. 34-43.
12. Nguyễn Đăng Dung (Chủ biên) (2001), *Giáo trình Luật Hiến Pháp các nước Tư Bản*, Nxb Đại học quốc gia Hà Nội, Hà Nội.

13. Nguyễn Đăng Dung (2001), *Một số vấn đề về Hiến pháp và bộ máy nhà nước*, Nxb Giao thông vận tải, Hà Nội.

14. Nguyễn Đăng Dung (2004), *Hiến pháp đối chiếu*, Nxb Thành phố Hồ Chí Minh, Thành phố Hồ Chí Minh.

15. Nguyễn Đăng Dung (2004), *Hình thức các nhà nước đương đại*, Nhà xuất bản thế giới, Hà Nội.

16. Nguyễn Xuân Dương (1957), "Án lệ: Vấn đề chồng liên đới trả nợ cho vợ", *Tập san Luật học*, (4), tr. 13-21.

17. Đỗ Văn Đại (2011), "Án lệ của Toà án tối cao- kinh nghiệm của Pháp đối với sự phát triển án lệ tại Việt Nam", *Tòa án nhân dân*, (13), tr. 31-44.

18. Đỗ Văn Đại, Đỗ Văn Kha (2008), "Án lệ trong pháp luật thực định Việt Nam", *Nghiên cứu lập pháp*, (12), tr. 39-48.

19. Đảng Cộng sản Việt Nam (2002), *Nghị quyết số 08/NQ-TW ngày 02/01 của Bộ Chính trị về một số nhiệm vụ trọng tâm của công tác tư pháp*, Hà Nội.

20. Đảng Cộng sản Việt Nam (2005), *Nghị quyết số 48/NQ-TW ngày 24/5 của Bộ Chính trị về chiến lược xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam đến năm 2010 và định hướng đến năm 2020*, Hà Nội.

21. Đảng Cộng sản Việt Nam (2005), *Nghị quyết số 49/NQ-TW ngày 02/6 của Bộ Chính trị về chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020*, Hà Nội.

22. Đảng Cộng sản Việt Nam (2007), *Nghị quyết số 17/NQ-TW ngày 01/8 của Ban chấp hành Trung ương về đẩy mạnh cải cách hành chính, nâng cao hiệu lực, hiệu quả quản lý của bộ máy nhà nước*, Hà Nội.

23. Nguyễn Linh Giang (2005), "Án lệ trong hệ thống pháp luật một số nước trên thế giới", *Nhà nước và pháp luật*, (12), tr. 64-69.

24. Phạm Hoàng Giang (2007), "Vai trò của án lệ với sự phát triển của pháp luật hợp đồng", *Nghiên cứu lập pháp*, (2), tr. 28-31.

25. Hoàng Phước Hiệp (Chủ biên) (2006), *Báo cáo tổng thuật kết quả rà soát, so sánh giai đoạn II (từ tháng 12.2001 đến tháng 4.2005) các văn bản pháp luật Việt Nam với yêu cầu của BTA và các quy định của WTO*, Nxb Tư pháp, Hà Nội.

26. Hoàng Phước Hiệp (2007), *Nghiên cứu, rà soát và hoàn thiện pháp luật Việt Nam phục vụ gia nhập WTO*, Nxb Tư pháp, Hà Nội.

27. Hoàng Phước Hiệp (2008), "Gia nhập WTO và yêu cầu đổi mới tư duy lập pháp", Nghiên cứu Lập pháp, (14), tr. 22-30, 48.

28. Nguyễn Thị Hồi (2008), "Về khái niệm nguồn của pháp luật", *Luật học,* (2), tr. 29-30.

29. Lê Mạnh Hùng (2011), "Án lệ trong hệ thống toà án Australia và kinh nghiệm cho Việt Nam trong việc pháp triển án lệ", *Luật học,* (6), tr. 68-76.

30. Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội (2005), *Giáo trình Lý luận chung Nhà nước và pháp luật,* Nxb Đại học quốc gia Hà Nội, Hà Nội.

31. Nguyễn Đức Lam (2011), "Án lệ ở Úc: lịch sử, khái niệm, nguyên tắc và cơ chế thực hiện", *Nghiên cứu lập pháp,* (13), tr. 55-65.

32. Nguyễn Đức Lam (2012), "Án lệ ở Anh quốc: lịch sử, khái niệm, nguyên tắc và cơ chế thực hiện", *Nghiên cứu lập pháp,* (3), tr. 58-68.

33. *Lịch triều Hiến chương loại chí, Hình luật chí* (1992), Nxb Khoa học xã hội, Hà Nội.

34. Montesquieu (1996), *Tinh thần pháp quyền*, Nxb Đại học Quốc gia Hà Nội, Hà Nội.

35. Nguyễn Văn Nam (2011), "Án lệ trong hệ thống pháp luật dân sự các nước Pháp, Đức và việc sử dụng án lệ ở Việt Nam", *Nghiên cứu lập pháp,* (6), tr. 55-60.

36. Nguyễn Văn Nam (2011), "Lý luận về án lệ ở một số nước theo truyền thống pháp luật Cilvil Law", *Nhà nước và pháp luật*, (3), tr. 3-9.

37. Nhà Pháp luật Việt - Pháp (2004), *Kỷ niệm 200 năm bộ luật dân sự Pháp (1804 - 2004)*, Kỷ yếu Hội thảo khoa học, Hà Nội.

38. Nguyễn Ngọc Nhuận (Chủ biên) (2006), *Một số văn bản điển chế và pháp luật Việt Nam từ thế kỷ XV đến XVIII*, Nxb Khoa học xã hội, Hà Nội.

39. Đinh Văn Quế (2005), *Pháp luật hình sự thực tiễn xét xử và án lệ*, Nxb Lao động - Xã hội, Hà Nội.

40. Hoàng Thị Kim Quế (2011), "Tiết kiệm pháp luật và lãng phí pháp luật", Nghiên cứu Lập pháp, (19), tr. 16-22.

41. Quốc hội (1992), *Hiến pháp*, Hà Nội.

42. Quốc hội (2000), *Luật Hôn nhân và gia đình*, Hà Nội.

43. Quốc hội (2002), *Luật Tổ chức Tòa án nhân dân*, Hà Nội.

44. Quốc hội (2003), *Luật Đất đai*, Hà Nội.

45. Quốc hội (2005), *Bộ luật Dân sự*, Hà Nội.

46. Quốc hội (2008), *Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật*, Hà Nội.

47. Quốc hội (2011), *Bộ luật Tố tụng dân sự (sửa đổi, bổ sung)*, Hà Nội.

48. *Quốc triều Hình luật (Luật hình triều Lê - Luật Hồng Đức) (2003),* Nxb Thành phố Hồ Chí Minh, Thành phố Hồ Chí Minh.

49. Lê Minh Tâm (2003), *Xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam những vấn đề lý luận và thực tiễn*, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội.

50. Thái Vĩnh Thắng (2000), "Đổi mới nhận thức về hình thức pháp luật", *Luật học,* (1), tr. 46-49.

51. Thái Vĩnh Thắng (2007), "Nguồn pháp luật trong hệ thống pháp luật Anh - Mỹ", *Luật học,* (11), tr. 56-65.

52. Cao Việt Thắng (2011), "Án lệ và án mẫu - những khả năng áp dụng ở nước ta hiện nay", *Nghiên cứu lập pháp,* (10), tr. 18-21.

53. Trần Hậu Thành (2005), *Cơ sở lý luận và thực tiễn xây dựng nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa của nhân dân, do nhân dân và vì nhân dân*, Nxb Lý luận chính trị, Hà Nội.

54. Tòa án nhân dân tối cao (1995), *Báo cáo tổng kết ngành Tòa án nhân dân năm 1995*, Hà Nội.

55. Tòa án nhân dân tối cao (1996), *Báo cáo tổng kết ngành Tòa án nhân dân năm 1996*, Hà Nội.

56. Tòa án nhân dân tối cao (2004), *Nghị quyết số 02/2004/NQ-HĐTP ngày 10/8 của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao về hướng dẫn áp dụng pháp luật trong việc giải quyết các vụ án dân sự, hôn nhân và gia đình*, Hà Nội.

57. Tòa án nhân dân tối cao (2004), *Báo cáo tổng kết ngành Tòa án nhân dân năm 2004*, Hà Nội.

58. Tòa án nhân dân tối cao (2006), *Báo cáo tổng kết ngành Tòa án nhân dân năm 2006*, Hà Nội.

59. Tòa án nhân dân tối cao (2010), *Báo cáo số 10/BC-TANDTC ngày 09/8 về đánh giá tác động Dự án Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Bộ luật Tố tụng dân sự*, Hà Nội.

60. Tòa án nhân dân tối cao (2010), *Báo cáo số 24/BC-TANDTC ngày 30/9 về giải trình tiếp thu, chỉnh lý Dự thảo Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Bộ luật Tố tụng dân sự*, Hà Nội.

61. Tòa án nhân dân tối cao (2012), *Quyết định số 74/2012/QĐ-TANDTC của Tòa án nhân dân tối cao ngày 31/10 về việc phê duyệt đề án "phát triển án lệ của tòa án nhân dân tối cao"*, Hà Nội.

62. Tòa án nhân dân tối cao - Viện kiểm sát nhân dân tối cao (1999), *Thông tư liên tịch số 01/1999/TTLT-TANDTC-VKSNDTC ngày 25/01 hướng dẫn thời hiệu khởi kiện đối với những vụ án chia di sản thừa kế là nhà ở mà thời điểm mở thừa kế trước ngày công bố pháp lệnh thừa kế (10/9/1996)*, Hà Nội.

63. Trung tâm biên soạn Từ điển Bách khoa Việt Nam (1995), *Từ điển Bách khoa Việt Nam*, Tập 1, Hà Nội.

64. Trường Đại học Luật Hà Nội (2006), *Giáo trình lý luận Nhà nước và pháp luật*, Nxb Tư pháp, Hà Nội, tr. 354-355.

65. Phạm Quý Tỵ (2011), "Những quan điểm, tư tưởng chỉ đạo trong việc sửa đổi, bổ sung được thể hiện trong luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Bộ luật tố tụng dân sự", *Kiểm sát*, (12), tr. 10-14, 24.

66. Ủy ban Thường vụ Quốc hội (1998), *Nghị quyết số 58/1998/NQ-UBTVQH10 ngày 20/8 về giao dịch dân sự về nhà ở được xác lập trước ngày 01/7/1991 có hiệu lực từ ngày 01/01/1999*, Hà Nội.

67. Viện Khoa học pháp lý - Bộ Tư pháp (2006), *Từ điển Luật học*, Nxb Tư pháp và Nxb Từ điển bách khoa, Hà Nội.

68. Viện Ngôn ngữ học (1998), *Từ điển Pháp luật Anh - Việt*, Nxb Thế giới, Hà Nội.

69. Viện Ngôn ngữ học (2003), *Từ điển Tiếng Việt*, Nxb Đà Nẵng, Đà Nẵng.

Tiếng Anh

70. Cross, Harris (1991), *Precedent in English law,* 4th edition, Clarenddon Law series.

71. *Dictionary of Law* (1993) 4th Edition, printed and published in England.

72. Evans, jim, *Change In The Doctrine of Precedent During The Nineteenth Century*, "Precedent In Law", Edited by Laurence Goldstein, Clarendon Press-Oxford, 1987, page 57.

73. E. Matsumoto (2007), *Stare dicisis in Civil Law Countries: the last basition, in "Themes in Comparative Law in Honour of Bernard Rudden"*, Edited by Peter Birks and Ariana Pretto, Oxford University Press.

74. D. Neil MacCornick and Robert S. Summers (1991), *Interpreting Statues A Comperative Study*, Dartmouth Publishing Companny Limited.

75. Practice Statement at 1966, 3 ALL ER 77.

76. Rubert Cross, "The house of lords and Rule of Precedent", in Law, Morality and Society (1977), ed. P.M.S Hacker and J.Raz., p.145.

77. West Group St. Paul MN (2004), *Black's Law Dictionary*.

Tiếng Pháp

78. *André Pouille, le pouvoir judiciare et les tribnaux* (1984).