

ĐẠI HỌC QUỐC GIA HÀ NỘI
KHOA LUẬT

NGUYỄN THU TRANG

**VAI TRÒ CỦA ÁN LỆ VÀ THỰC TIỄN XÉT XỬ
TRONG HỆ THỐNG PHÁP LUẬT VIỆT NAM**

Chuyên ngành: Lý luận và lịch sử nhà nước và pháp luật

Mã số: 60 38 01 01

LUẬN VĂN THẠC SĨ LUẬT HỌC

Cán bộ hướng dẫn khoa học: GS. TSKH. ĐÀO TRÍ ÚC

HÀ NỘI - 2014

LỜI CAM ĐOAN

Tôi xin cam đoan Luận văn là công trình nghiên cứu của riêng tôi. Các kết quả nêu trong Luận văn chưa được công bố trong bất kỳ công trình nào khác. Các số liệu, ví dụ và trích dẫn trong Luận văn đảm bảo tính chính xác, tin cậy và trung thực. Tôi đã hoàn thành tất cả các môn học và đã thanh toán tất cả các nghĩa vụ tài chính theo quy định của Khoa Luật Đại học Quốc gia Hà Nội.

Vậy tôi viết Lời cam đoan này đề nghị Khoa Luật xem xét để tôi có thể bảo vệ Luận văn.

Tôi xin chân thành cảm ơn!

NGƯỜI CAM ĐOAN

Nguyễn Thu Trang

MỤC LỤC

Trang phụ bì

Lời cam đoan

Mục lục

Danh mục các từ viết tắt

MỞ ĐẦU	1
Chương 1: LÝ LUẬN VÀ LỊCH SỬ VỀ ÁN LỆ VÀ VỀ CỦA THỰC TIỄN	
XÉT XỬ VỚI TÍNH CÁCH LÀ NGUỒN CỦA PHÁP LUẬT	18
1.1. LÝ LUẬN VỀ NGUỒN CỦA PHÁP LUẬT	18
1.1.1. Quan niệm về pháp luật và mối liên hệ với nguồn của pháp luật.....	18
1.1.2. Khái niệm nguồn của pháp luật.....	25
1.1.3. Nguồn của pháp luật trong hệ thống pháp luật châu Âu lục địa	26
1.1.4. Nguồn của pháp luật trong hệ thống Thông luật.....	28
1.2. VAI TRÒ VÀ ĐẶC ĐIỂM CỦA THỰC TIỄN XÉT XỬ VÀ CỦA ÁN LỆ TRONG HỆ THỐNG NGUỒN PHÁP LUẬT TRÊN THẾ GIỚI	31
1.2.1. Vai trò và đặc điểm của thực tiễn xét xử và của án lệ ở các nước theo hệ thống pháp luật châu Âu lục địa.....	31
1.2.2. Vai trò của thực tiễn xét xử và của án lệ trong hệ thống Thông luật	36
Kết luận chương 1	40
Chương 2: VAI TRÒ CỦA HOẠT ĐỘNG XÉT XỬ CỦA TÒA ÁN VÀ THỰC TIỄN SỬ DỤNG ÁN LỆ Ở VIỆT NAM	42
2.1. VAI TRÒ CỦA HOẠT ĐỘNG XÉT XỬ CỦA TÒA ÁN TRONG QUÁ TRÌNH PHÁT TRIỂN HỆ THỐNG PHÁP LUẬT VIỆT NAM	42
2.1.1. Hoạt động xét xử của Tòa án là hình thức áp dụng pháp luật quan trọng.....	42
2.1.2. Tính chất án lệ trong các văn bản áp dụng pháp luật của Tòa án ở Việt Nam.....	53
2.2. ÁN LỆ TRONG LỊCH SỬ PHÁT TRIỂN HỆ THỐNG PHÁP LUẬT VÀ TRONG THỰC TIỄN XÉT XỬ Ở VIỆT NAM	55
2.2.1. Án lệ trong hệ thống pháp luật Việt Nam	55

2.2.2.	Thực trạng sử dụng án lệ hoặc những quy tắc có tính án lệ trong hoạt động xét xử tại Tòa án Việt Nam	59
	Kết luận chương 2	67
	Chương 3: PHƯƠNG HƯỚNG VÀ CÁC GIẢI PHÁP NHẪM TĂNG CƯỜNG VAI TRÒ CỦA THỰC TIỄN XÉT XỬ, PHÁT TRIỂN ÁN LỆ TRONG QUÁ TRÌNH PHÁT TRIỂN VÀ HOÀN THIỆN HỆ THỐNG PHÁP LUẬT VIỆT NAM	69
3.1.	PHƯƠNG HƯỚNG TĂNG CƯỜNG VAI TRÒ CỦA THỰC TIỄN XÉT XỬ, PHÁT TRIỂN ÁN LỆ TRONG CHIẾN LƯỢC ĐỔI MỚI HỆ THỐNG PHÁP LUẬT VÀ CẢI CÁCH TƯ PHÁP	69
3.2.	CÁC GIẢI PHÁP TĂNG CƯỜNG VAI TRÒ CỦA THỰC TIỄN XÉT XỬ TRONG VIỆC PHÁT TRIỂN VÀ HOÀN THIỆN HỆ THỐNG PHÁP LUẬT, TRIỂN KHAI ÁN LỆ VÀO HOẠT ĐỘNG XÉT XỬ CỦA TÒA ÁN	79
3.2.1.	Các giải pháp nâng cao vai trò và vị thế của Tòa án nhân dân, bảo đảm Tòa án nhân dân thực hiện có hiệu quả quyền tư pháp	79
3.2.2.	Các giải pháp phát triển án lệ và triển khai án lệ và hoạt động xét xử	84
	Kết luận chương 3	87
	KẾT LUẬN	88
	TÀI LIỆU THAM KHẢO	90

DANH MỤC CÁC TỪ VIẾT TẮT

ĐH	:	Đại học
ĐHQG	:	Đại học quốc gia
LB	:	Liên bang
TP	:	Thành phố
UBTVQH	:	Ủy ban thường vụ quốc hội
XHCN	:	Xã hội chủ nghĩa

MỞ ĐẦU

1. Tính cấp thiết của việc nghiên cứu đề tài

Một trong những định hướng quan trọng của việc điều chỉnh pháp luật đối với các quan hệ xã hội nảy sinh trong đời sống xã hội là thông qua pháp luật để bảo đảm sự ổn định và đồng bộ của các lợi ích xã hội, là cơ sở cho một trật tự pháp luật ổn định trên nền tảng của sự đồng thuận xã hội.

Ở nước ta, nội dung của quá trình thực hiện nhiệm vụ xây dựng Nhà nước pháp quyền của thời kỳ tiếp theo – thời kỳ công nghiệp hoá, hiện đại hoá đất nước từ nay đến năm 2020 phải được xác định trên cơ sở một mô hình Nhà nước pháp quyền với sự kết hợp đúng đắn tính phổ biến và tính đặc biệt của lý luận và thực tiễn về Nhà nước pháp quyền, với sự phản ánh và quán triệt đầy đủ các yếu tố đó vào trong việc xây dựng và hoàn thiện hệ thống chính trị, cải cách bộ máy Nhà nước, xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật ở nước ta.

Nhà nước pháp quyền cũng đã bước đầu thể hiện được vai trò và chức năng xã hội của mình, mà trước hết là những nỗ lực nhằm bảo đảm dân chủ và kỷ cương xã hội, tôn trọng và bảo đảm các quyền con người, quyền công dân, thực hiện công bằng xã hội, bảo đảm an sinh xã hội. Đã có nhiều chính sách hướng tới lợi ích của các nhóm xã hội cần được đặc biệt quan tâm như chính sách đối với dân tộc ít người, dân cư ở các vùng sâu, vùng xa, người nghèo, người già, người tàn tật, trẻ em, những người có công với cách mạng, phụ nữ, nông dân, trí thức. Những chủ trương và chính sách đó đã góp phần xây dựng và củng cố những quan hệ xã hội lành mạnh, hướng tới đồng thuận và đoàn kết xã hội.

Hiến pháp nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam khẳng định: “Nhà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa của Nhân dân, do Nhân dân, vì Nhân dân. Theo GS.TSKH Đào

Trí Úc, trong lịch sử tư tưởng pháp quyền đã và đang có hai quan niệm khác nhau về cơ sở đạo đức và văn hoá của Nhà nước pháp quyền. Học thuyết pháp quyền thực chứng mà Hans Kelsen là tiêu biểu coi bất kỳ một nhà nước có pháp luật nào cũng đều là Nhà nước pháp quyền nếu pháp luật được quy định bởi Nhà nước và Nhà nước được đảm bảo tồn tại theo một trật tự pháp luật nhất định. Quan điểm này không chú ý đến nội dung thực chất của pháp luật, phủ nhận mối quan hệ giữa pháp luật với văn hoá, với đạo đức. [60]

Mặt tích cực của chủ nghĩa thực chứng pháp lý này là ở chỗ nó nhấn mạnh tính ổn định và đáng tin cậy (phải được tin cậy!) của pháp luật bởi nó được Nhà nước bảo đảm thực hiện. ở đó mọi cá nhân và tổ chức đều phải chịu trách nhiệm về hành vi của mình trước pháp luật. Nhà nước có trách nhiệm bảo đảm trật tự pháp luật theo yêu cầu của nguyên tắc pháp lý đó. Đó là *mô hình Nhà nước pháp quyền cứng nhắc*.

Trong khi đó quan niệm khác gắn Nhà nước không chỉ với pháp luật mà cả với văn hoá và đạo đức xã hội. Đó là *mô hình Nhà nước pháp quyền khoan dung, mềm dẻo*. Mô hình Nhà nước pháp quyền khoan dung không phủ nhận các chuẩn mực pháp lý. Tuy nhiên, theo quan niệm này, điều cốt lõi trong quan hệ giữa pháp luật, Nhà nước và đạo đức là ở chỗ Nhà nước tạo ra các cơ cấu pháp lý để giúp cá nhân hành động không chỉ theo pháp luật mà theo cả các nguyên tắc đạo đức nhưng đương nhiên, cuối cùng ai cũng phải chịu trách nhiệm pháp lý về hành vi của mình. Nền tảng đạo đức của chế độ pháp trị ở đây chính là khoan dung, tự do và bình đẳng. Nhà nước pháp quyền bảo đảm để mỗi cá nhân tự do thực thi trách nhiệm. Pháp luật không chỉ dựa trên sự phục tùng đơn thuần mà là một chế độ, một trật tự tự giác và tự chịu trách nhiệm trên cơ sở tự do tham gia vào các quá trình và quan hệ xã hội.

Đánh giá hệ thống pháp luật hiện hành của Việt Nam có thể nhận thấy rằng, hệ thống pháp luật còn thiếu toàn diện, chưa đồng bộ, chưa đáp ứng đầy

đủ yêu cầu quản lý đất nước bằng pháp luật, nhiều lĩnh vực bức xúc của đời sống xã hội vẫn chưa có luật, thậm chí chưa có văn bản dưới luật của Chính phủ để điều chỉnh. Nhiều nội dung quan trọng được các nghị quyết của Đảng đề ra về đổi mới kinh tế - xã hội chậm được thể chế hóa, ví dụ như vấn đề quản lý nhà nước đối với tài sản thuộc sở hữu nhà nước, về đăng ký kinh doanh bất động sản, về cạnh tranh trung thực, kiểm soát độc quyền, về khoa học – công nghệ, giáo dục - đào tạo, về cải cách bộ máy nhà nước và hệ thống chính trị các cấp... Mặt khác, chưa có sự phát triển cân đối giữa các lĩnh vực: pháp luật về văn hóa, xã hội, an ninh, quốc phòng chưa được quan tâm bằng pháp luật về kinh tế và tổ chức bộ máy nhà nước; các luật tố tụng thường được ban hành, sửa đổi, bổ sung chậm hơn so với luật về nội dung.

Nội dung của pháp luật trong một số lĩnh vực còn ẩn chứa tư duy bao cấp, chưa thực sự chuyển sang cơ chế thị trường định hướng XHCN. Trong một số lĩnh vực, nhất là trong lĩnh vực kinh tế, tư duy làm luật chưa theo kịp với sự phát triển của thực tiễn nên tính dự báo thấp, thiếu ổn định, phải thường xuyên sửa đổi. Pháp luật chưa thực sự tạo ra môi trường pháp lý bình đẳng, cạnh tranh lành mạnh giữa các thành phần kinh tế; chưa phân định được thật rõ chức năng quản lý vĩ mô của Nhà nước đối với hoạt động doanh nghiệp và đời sống dân sự, do đó, Nhà nước còn can thiệp bằng giá cả, tín dụng và bằng các biện pháp hành chính trong một số lĩnh vực quan trọng. Sự liên kết giữa các doanh nghiệp nhà nước bằng các quyết định hành chính như sự ra đời của một số tổng công ty đã hạn chế tính cạnh tranh và dẫn tới tình trạng độc quyền. Các quy định pháp luật để điều tiết thị trường bất động sản, thị trường lao động, thị trường tài chính và ngân hàng. *Những thiếu sót này tạo ra những khoảng trống trong pháp luật.* Một mặt, nó tạo cơ hội cho sự lạm dụng và tham ô, mặt khác, không huy động được nguồn lực trong nước để phát triển. Các quy định về quyền tự do, dân chủ của công dân mặc dù đã

được Hiến pháp và các luật khung ghi nhận, nhưng vẫn còn thiếu các cơ chế giám sát và chế tài hữu hiệu đối với các hành vi vi phạm các quyền này. Trong các lĩnh vực như: văn hóa, xã hội, bảo vệ quyền con người, bảo hộ người tiêu dùng vẫn còn các quy định mang tính tuyên ngôn, chung chung như “theo quy định của pháp luật”, mà thiếu các quy định cụ thể hướng dẫn thi hành, đảm bảo thực hiện. Các quy định của pháp luật trong một số lĩnh vực quản lý nhà nước vẫn còn chòng chéo, mâu thuẫn, thiếu thống nhất; thiếu các quy định về đề cao trách nhiệm cá nhân; còn phiến hà cho đối tượng quản lý và có lợi cho chủ thể có thẩm quyền nhà nước,...

Phạm vi và đối tượng điều chỉnh của một số đạo luật quan trọng, cơ bản làm nền tảng như Bộ luật Dân sự, Bộ luật Hình sự, Bộ luật Lao động, Luật Đất đai,... chưa được xác định rõ, chưa xuất phát từ tính chất, đặc thù của các quan hệ xã hội trong mỗi lĩnh vực để lựa chọn phương pháp và “điểm dừng” hợp lý trong điều chỉnh bằng pháp luật. *Còn một số lĩnh vực chưa có luật, điều chỉnh chủ yếu bằng văn bản dưới luật. Còn một số lĩnh vực đã có luật, pháp lệnh nhưng luật, pháp lệnh thường chỉ dừng lại ở những quy định mang tính chất khung, còn nhiều vấn đề cụ thể, thậm chí cả những vấn đề thuộc tầm chính sách hoặc liên quan trực tiếp đến quyền nghĩa vụ của công dân cũng dành cho văn bản dưới luật hướng dẫn thi hành.* Điều đó dẫn đến tình trạng khá phổ biến là luật tuy đã có hiệu lực nhưng không được thi hành vì phải chờ văn bản hướng dẫn, trong lúc đó các văn bản này thường được ban hành chậm, không đồng bộ, có trường hợp rất chậm (3 – 5 năm) sau khi luật, pháp lệnh có hiệu lực. Hiện tượng không bình thường này đã tạo nên tâm lý sai lệch trong cán bộ, nhân dân là thiếu tôn trọng luật, không quan tâm, không biết đến luật mà ngóng chờ, ỷ lại vào văn bản hướng dẫn, càng không chủ động dựa vào các quy định của luật để tổ chức thực hiện. Nhiều đạo luật, bộ luật thiếu các quy định cụ thể về cơ chế thực hiện, về tổ chức nhân sự, kinh phí và các điều kiện bảo đảm khác nên hiệu lực thi hành thấp.

Văn bản do Chính phủ, các Bộ, ngành và địa phương ban hành chiếm một tỷ trọng lớn trong hệ thống văn bản quy phạm pháp luật hiện hành. Việc tồn tại nhiều hình thức, văn bản quy phạm pháp luật do các cơ quan khác nhau ban hành ở các thời điểm khác nhau về cùng một vấn đề, một lĩnh vực đã gây nên *tình trạng chông chéo, mâu thuẫn về nội dung giữa các văn bản quy phạm pháp luật*, vẫn còn nhiều trường hợp khi ban hành văn bản mới không ghi rõ những văn bản, điều khoản liên quan bị thay thế hoặc bãi bỏ, do vậy, làm cho *hệ thống pháp luật rườm rà, khó kiểm soát và khó tiếp cận*. Trong khi đó, cơ chế kiểm tra, giám sát trước và sau về tính hợp hiến và hợp pháp của văn bản quy phạm pháp luật, nhất là văn bản do các Bộ, ngành, địa phương ban hành lại chưa được tổ chức thực hiện tốt trên thực tế.

Trong khi đó, xét về nguồn gốc lịch sử và về hình thức thì pháp luật Việt Nam thuộc truyền thống pháp luật Châu Âu lục địa. Điều này có nghĩa là các quy phạm pháp luật Việt Nam là các quy phạm được soạn thảo và ban hành bởi các cơ quan Nhà nước có thẩm quyền theo trình tự và thủ tục luật định. Án lệ không được chính thức coi là nguồn luật cho dù các kết luận hoặc hướng dẫn của Hội đồng thẩm phán Toà án Nhân dân Tối cao được coi là văn bản quy phạm pháp luật. Điều này có nghĩa ở Việt nam, văn bản pháp luật được coi là nguồn pháp luật duy nhất.

Việc phát triển án lệ cần được xem như một trong những giải pháp nhằm hai mục đích quan trọng của quá trình điều chỉnh pháp luật đối với các quan hệ xã hội hiện hữu ở nước ta. Một mặt, án lệ, cũng như luật tục và các điều ước quốc tế, sẽ giúp khắc phục những hạn chế của pháp luật thành văn như đã nêu trên, mặt khác việc bổ sung những yếu tố mới này vào trong hệ thống các nguồn pháp luật của nước ta sẽ tạo ra khả năng của một hệ thống pháp luật bền vững, thúc đẩy khả năng tiếp cận công lý của người dân, phù hợp với yêu cầu của hội nhập quốc tế.

Đó chính là lý do tác giả lựa chọn chủ đề: ***“Vai trò của án lệ và thực tiễn xét xử trong hệ thống pháp luật Việt Nam”*** làm đề tài cho luận văn thạc sĩ luật học.

2. Tình hình nghiên cứu Đề tài

2.1. Tình hình nghiên cứu trong nước

Có thể khẳng định rằng, do những lý do nhất định, vấn đề án lệ ít được các giới nghiên cứu trong nước quan tâm nghiên cứu, kể cả những nghiên cứu mang tính thông tin khoa học-thực tiễn về kinh nghiệm nước ngoài. Bước vào thời kỳ đổi mới và mở cửa, cùng với nhận thức mới về vai trò và vị trí của hoạt động xét xử và của Tòa án, đã có một số công trình đề cập về vai trò của hoạt động áp dụng pháp luật, của thực tiễn xét xử và đã bước đầu đánh giá về vai trò ý nghĩa của án lệ và khả năng phát triển của án lệ ở Việt Nam. Những nội dung này được đề cập đến trong các công trình của GS.TSKH Đào Trí Úc như: “Những vấn đề lý luận cơ bản về pháp luật” (NXB Khoa học xã hội, 1993); Cuốn chuyên khảo của Viện Nhà nước và Pháp luật do GS.TSKH Đào Trí Úc chủ biên: “Nghiên cứu hệ thống pháp luật Việt Nam giai đoạn thế kỷ XV-thế kỷ XVIII” (NXB Khoa học xã hội, 1994); “Hệ thống tư pháp và cải cách tư pháp ở nước ta” (NXB Khoa học xã hội, 2002).

Trong Giáo trình lý luận chung Nhà nước và pháp luật và các bài viết của mình, GS.TS Hoàng Thị Kim Quế cũng đã đề cập đến vai trò và vị trí của án lệ các nước trên thế giới và liên hệ đến nhu cầu phát triển án lệ ở nước ta.

Các công trình nghiên cứu theo hướng này ở Việt Nam có thể được phân loại như sau: lý luận và thực tiễn về nguồn pháp luật; giới thiệu về đặc điểm, vị trí vai trò của án lệ trong các hệ thống pháp luật; bước đầu đánh giá về khả năng phát triển án lệ và sử dụng án lệ ở Việt Nam.

Ở nhóm thứ nhất, có thể kể đến các công trình nghiên cứu của GS.TSKH Đào Trí Úc: “Bản chất và ý nghĩa xã hội của hoạt động áp dụng

pháp luật và thực tiễn xét xử” (Tập chí Nhà nước và pháp luật, số 2/2000); GS.TS Hoàng Thị Kim Quế: Pháp luật và đạo đức. NXB CTQG, Hà Nội 2007; GS.TS Thái Vĩnh Thắng: “Đổi mới nhận thức về hình thức pháp luật”- Tập chí Luật học, số 10 năm 2000; PGS.TS Nguyễn Thị Hồi: “Về khái niệm nguồn của pháp luật” – Tập chí Luật học, số 2, năm 2008 v.v...

Trong các công trình này, các nhà nghiên cứu đã thể hiện một cách nhìn mới về nguồn của pháp luật nước ta trong giai đoạn xây dựng và hoàn thiện Nhà nước pháp quyền XHCN, phát triển kinh tế thị trường và hội nhập quốc tế. Có thể gọi đó là quan điểm về sự đa dạng hóa, mở rộng năng lực điều chỉnh pháp luật trong quá trình phát triển của đất nước. Đây là vấn đề có ý nghĩa phương pháp luận quan trọng đối với việc nghiên cứu, xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật nước ta.

Ở nhóm thứ hai, các công trình đã hướng sự chú ý đến việc đánh giá vị trí, vai trò của thực tiễn xét xử của Tòa án ở nước ta nhằm hoàn thiện thực tiễn đó theo định hướng mà các văn kiện gần đây nhất của Đảng và Nhà nước đã xác định cho nó. Nghị quyết số 49-NQ/TW ngày 02/6/2005 của Bộ Chính trị “Về Chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020” xác định “Tòa án 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”; Điều 104 Hiến pháp 2013 quy định: “Tòa án nhân dân tối cao thực hiện việc tổng kết thực tiễn xét xử, bảo đảm áp dụng thống nhất pháp luật trong xét xử”.

Có thể tìm thấy những phân tích, đánh giá sâu sắc về vấn đề này qua cuốn chuyên khảo “Những vấn đề cơ bản về Nhà nước và pháp luật” do Viện Nhà nước và pháp luật biên soạn, NXB Khoa học xã hội ấn hành năm 1995 (Chương V: Áp dụng pháp luật-Vai trò và tính chất của thực tiễn xét xử trong hệ thống áp dụng pháp luật ở Việt Nam”); sách tham khảo của tác giả Đinh Văn Quế: “Pháp luật hình sự: thực tiễn xét xử và án lệ: -NXB Lao động và xã hội, Hà Nội, 2005.

Ở nhóm thứ ba, các công trình tập trung nỗ lực vào việc giới thiệu về án lệ trong các hệ thống pháp luật trên thế giới và án lệ ở một số quốc gia. Có thể nói rằng, đây là nhóm công trình đông đảo nhất trong số các nghiên cứu về đề tài này. Điều đó là dễ hiểu, bởi theo logic của thực tế, Việt Nam có rất ít kinh nghiệm sử dụng án lệ và nhận thức về án lệ nên việc nghiên cứu, giới thiệu, phân tích nhằm cung cấp đầy đủ thông tin về quan điểm và thực tiễn sử dụng án lệ trên thế giới là bước đi cần thiết đầu tiên.

Trong nhóm các công trình này có thể thấy những ý kiến đầu tiên trong công trình đã nêu ở trên của GS.TSKH Đào Trí Úc: “Những vấn đề cơ bản về pháp luật” và trong Báo cáo tổng hợp kết quả nghiên cứu Đề tài cấp Bộ do GS.TSKH Đào Trí Úc làm Chủ nhiệm: “Những luận cứ khoa học và thực tiễn cho việc đổi mới và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam trong bối cảnh hội nhập quốc tế” (2009).

Theo tiến trình thời gian, có thể nêu những công trình tiêu biểu khác thuộc nhóm này như sau:

- Nguyễn Linh Giang: “Án lệ trong hệ thống pháp luật một số nước trên thế giới”-Tạp chí Nhà nước và pháp luật, số 12/2005.

- Thái Vĩnh Thắng: “Nguồn pháp luật trong hệ thống pháp luật Anh-Mỹ”, Tạp chí Luật học, số 11/2007.

- Phan Nhật Thanh: “Khái niệm và những nguyên tắc của tiền lệ pháp-hình thức pháp luật đặc thù trong hệ thống pháp luật Anh Mỹ”, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 5/2006.

- Nguyễn Văn Cường, Nguyễn Ngọc Ánh: “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” - Tạp chí Tòa án nhân dân, số 4/2009.

- Nguyễn Đức Lam: “Án lệ ở Úc: lịch sử, khái niệm, nguyên tắc và cơ chế thực hiện”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 13/2011.

- Nguyễn Văn Nam: “Lý luận về án lệ ở một số nước theo truyền thống pháp luật Civil Law”, Tạp chí Nhà nước và pháp luật, số 3/2011.

- Lưu Tiến Dũng: “Vai trò của án lệ ở các nước theo hệ thống pháp luật án lệ và các nước trong hệ thống dân luật”, Tạp chí Tòa án nhân dân, số 1/2006.

- Triệu Quang Khánh: “Việc sử dụng án lệ trong hệ thống pháp luật dân sự”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 7/2006.

- Nguyễn Đức Lam: “Án lệ ở Anh quốc: lịch sử, khái niệm, nguyên tắc và cơ chế thực hiện”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 3/2012.

Thông qua những công trình loại này, người đọc đã được cung cấp những thông tin tương đối có hệ thống về án lệ nói chung, án lệ trong hệ thống Thông luật, án lệ trong hệ thống Dân luật (Luật lục địa) và án lệ được áp dụng ở các quốc gia trên thế giới. Tuy nhiên, phần lớn các công trình đó còn ở dạng cung cấp thông tin. Người đọc vẫn chưa thực sự nắm bắt được đầy đủ về nguồn gốc lịch sử, cơ sở lý luận và cơ sở pháp lý cho sự phát triển và áp dụng án lệ, quan điểm và những khuynh hướng tiếp nhận án lệ trong hệ thống pháp luật của các quốc gia, nhất là những quốc gia thuộc hệ thống luật lục địa.

Nhóm thứ tư của các công trình nghiên cứu về án lệ và thực tiễn xét xử là nhóm đã có bước đi đầu tiên và rất đáng khích lệ trong việc nghiên cứu về sự cần thiết của việc hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam theo hướng đa dạng hóa và mở rộng các loại nguồn pháp luật, trong đó có án lệ của Tòa án. Theo hướng đó, các nhà nghiên cứu đã tập trung phân tích về tính phù hợp của án lệ với tính cách là một loại nguồn pháp luật đã được áp dụng rộng rãi ở các quốc gia theo hệ thống Thông luật, kinh nghiệm của các quốc gia theo hệ thống luật lục địa (Dân luật) trong việc từng bước mở rộng phạm vi sử dụng án lệ như một nguồn pháp luật; những cơ sở pháp luật và điều kiện và khả năng thực tế ở Việt Nam đối với việc áp dụng án lệ, những nội hàm của án lệ ở Việt Nam cũng như kỹ thuật xây dựng án lệ, những hình thức phát triển án lệ, những điều kiện cần và đủ cho việc triển khai sử dụng án lệ ở Việt Nam.

Trong hướng nghiên cứu này, có thể nêu những công trình như bài “Án lệ: vấn đề chồng liên đới trả nợ cho vợ” của tác giả Nguyễn Xuân Dương” đăng trong Tập san Luật học (tiền thân của Tạp chí Nhà nước và pháp luật) số 4/1957; “Án lệ và thực tiễn xét xử trong hệ thống pháp luật Việt Nam” (Chương 4: Nguồn của pháp luật” trong Chuyên khảo “Những vấn đề lý luận cơ bản về pháp luật” của GS.TSKH Đào Trí Úc, NXB Khoa học xã hội, 1993, tr.154); Đỗ Văn Đại: “Tu pháp quốc tế và vấn đề xây dựng “quy phạm pháp luật” bởi Tòa án ở Pháp và Việt Nam”, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 7/2002; Võ Trí Hào: “Vai trò giải thích pháp luật của Tòa án”, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 3/2003; Đặng Thị Thu Thảo: “Internet-một kênh tiếp cận pháp luật và khả năng tiếp cận án lệ ở Việt Nam”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 10/2005; Dương Bích Ngọc và Nguyễn Thị Thủy: “Vấn đề áp dụng án lệ ở Việt Nam”, Tạp chí Luật học, số 5/2009; Tòa án nhân dân tối cao và Cơ quan hợp tác quốc tế Nhật Bản (JICA): “Nghiên cứu chung Việt – Nhật về việc phát triển án lệ tại Việt Nam” (Đề án được hoàn thành năm 2008); Đỗ Thanh Trung: “Án lệ và vấn đề thừa nhận án lệ ở Việt Nam hiện nay” - Luận văn Thạc sĩ luật học, Trường ĐH Luật TP Hồ Chí Minh, năm 2008; Đỗ Văn Đại, Đỗ Văn Kha: “Án lệ trong pháp luật thực định Việt Nam”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 12/2008; loạt bài của Đỗ Thị Mai Hạnh như: “Tiếp cận án lệ của Thông luật: một giải pháp cho khuyết điểm của văn bản pháp luật tại Việt Nam” đăng trên Tạp chí nghiên cứu Châu Âu các số 25-26/2011 và Luận án Tiến sĩ của cùng tác giả bảo vệ vào năm 2011 tại Australia về đề tài: “Đánh giá khả năng áp dụng án lệ tại Việt Nam”; Luận án Tiến sĩ của Nguyễn Văn Nam bảo vệ năm 2011 thuộc trường ĐH Luật Hà Nội về đề tài: “Lý luận và thực tiễn về án lệ trong hệ thống pháp luật của các nước Anh, Mỹ, Pháp, Đức và những kiến nghị đối với Việt Nam”; công trình nghiên cứu cấp bộ của Tòa án nhân dân tối cao: “Triển khai án lệ vào công tác xét xử của Tòa án Việt

Nam” (Chủ nhiệm Công trình Ths. Trương Hòa Bình, Chánh án Tòa án nhân dân tối cao, Hà nội, 2012); Luận văn thạc sĩ của Hoàng Mạnh Hùng bảo vệ tại Khoa Luật, ĐHQG Hà Nội năm 2013 với đề tài: “Án lệ trong hệ thống các loại nguồn pháp luật” v.v...

Trong số các công trình nghiên cứu kể trên, đáng chú ý nhất là Công trình nghiên cứu cấp Bộ của Tòa án nhân dân Tối cao: “Triển khai án lệ vào công tác xét xử của Tòa án Việt Nam”.

Trước hết, tham gia thực hiện công trình này là những nhà hoạt động thực tiễn, lãnh đạo ngành Tòa án nhân dân, và hầu hết các nhà nghiên cứu đã có các ấn phẩm đề cập đề tài này từ trước. Vì vậy, kết quả nghiên cứu này của Tòa án nhân dân tối cao có thể được đánh giá là kết quả của một quá trình nghiên cứu công phu, chất lượng được kinh nghiệm đầu tiên trong nước và kinh nghiệm nước ngoài về việc sử dụng án lệ trong hoạt động xét xử, là sự khái quát tương đối có hệ thống các quan điểm lý luận khác nhau về án lệ.

Công trình đã cung cấp cho người đọc những thông tin mang tính nhận thức chung về án lệ: Nội dung, đặc điểm của án lệ, điều kiện để bản án, quyết định của Tòa án trở thành án lệ, mối quan hệ giữa án lệ và văn bản quy phạm pháp luật. Kế đó, Công trình đã có sự khái quát về tình hình sử dụng án lệ trong hệ thống Tòa án của một số nước trên thế giới: một số nước thuộc hệ thống Thông luật, một số nước thuộc hệ thống Dân luật; đánh giá thực trạng sử dụng án lệ trong công tác xét xử tại Tòa án Việt Nam. Trên cơ sở đó, Đề tài đã chỉ rõ quan điểm triển khai án lệ ở Việt Nam, triển vọng của việc sử dụng án lệ, những thuận lợi, khó khăn và các giải pháp cần thiết cho việc triển khai sử dụng án lệ tại Việt Nam.

Như vậy, có thể nói rằng, ở Việt Nam, việc quan tâm nghiên cứu về án lệ đã được chú ý. Tuy nhiên, đó chỉ mới là những nỗ lực rất đơn lẻ của rất ít các tác giả. Trong một giai đoạn dài đã hầu như vắng bóng những công trình

nghiên cứu về đề tài này, cho đến đầu thế kỷ XXI với những công trình tập trung vào việc nghiên cứu và chuyển tải lý luận và kinh nghiệm nước ngoài với một số gợi mở cho Việt Nam. Mặc dù vậy, các nỗ lực nghiên cứu cũng đã mang lại một kết quả khả quan mà biểu hiện rõ nét nhất là đã tạo được nhận thức chung về nhu cầu triển khai áp dụng án lệ trong hoạt động xét xử ở Việt Nam theo Nghị quyết số 49 ngày 02/6/2005 của Bộ Chính trị “Về chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020”. Trên cơ sở Nghị quyết số 49 của Bộ Chính trị, ngày 31/10/2012, Tòa án Nhân dân tối cao đã ban hành Quyết định số 74/QĐ-TANDTC về việc phê duyệt Đề án phát triển án lệ của Tòa án Nhân dân tối cao. Theo đó Tòa án Nhân dân tối cao đã khẳng định việc áp dụng án lệ tại Việt Nam là một giải pháp khả thi nhằm hoàn thiện pháp luật, áp dụng pháp luật thống nhất, bảo đảm công bằng, hiệu quả của việc xét xử.

2.2. Tình hình nghiên cứu ở nước ngoài

Vấn đề vai trò của án lệ của tòa án và thực tiễn xét xử ở các nước được phân tích một cách có hệ thống trong cuốn sách nghiên cứu luật học so sánh nổi tiếng của học giả người Pháp-Giáo sư René David: “Các hệ thống pháp luật lớn trên thế giới” xuất bản bằng nhiều thứ tiếng (René David: Les Grands Systèmes de Droit Contemporains). Các công trình nghiên cứu khác như “Án lệ trong pháp luật Anh” (Cross Haries - Precedent in English Law-4th Edition, Clarendon Law Series-1991); “Bản chất của Án lệ” (Malts, Earl-The Nature of Precedent, North Carolina Law Review, January 1988)v.v. là những công trình đã giới thiệu về lịch sử ra đời, vai trò của án lệ, của thực tiễn xét xử và sự tương quan trong so sánh án lệ với luật thực định ở các nước trên thế giới.

Học giả nổi tiếng, Giáo sư luật học so sánh người Pháp René David trong tác phẩm: “Các hệ thống pháp luật lớn trên thế giới” đã phác họa khá hoàn chỉnh quá trình ra đời, phát triển và vị trí của án lệ, của thực tiễn xét xử trong cả hai hệ thống pháp luật chủ đạo trên thế giới là hệ thống luật châu

Âu lục địa và hệ thống Thông luật. Theo ông, chính vị trí, vai trò của thực tiễn xét xử, của Tòa án là điểm mấu chốt cho sự phân biệt luật châu Âu lục địa với Thông luật. Cụ thể hơn, đó là quy tắc về sự bắt buộc phải tuân theo các quy tắc trong các quyết định của Tòa án (quy tắc “Star decisis”). Ông cũng đã cho chúng ta thấy về mức độ và giới hạn sử dụng án lệ ở các nước thuộc các hệ thống pháp luật khác nhau và mối quan hệ giữa án lệ với luật thực định (statute laws).

Tác phẩm “Án lệ trong pháp luật nước Anh” (Precedent in English Law) của tác giả R.Cross được giới nghiên cứu phương Tây coi là cuốn sách “gối đầu giường” cho sinh viên các trường Luật. Trong tác phẩm này, R.Cross đã đưa ra khái niệm chuẩn về Án lệ ở Anh, bản chất và vai trò của Án lệ, ưu việt và nhược điểm của án lệ, hiệu lực của án lệ, phân loại các án lệ, quá trình và kỹ thuật hình thành án lệ trong các quyết định, bản án của Tòa án, xem xét lại và thay đổi án lệ, từ chối án lệ, viện dẫn án lệ trong các vụ án hình sự, dân sự v.v...

Đáng chú ý là càng ngày càng có thêm nhiều công trình nghiên cứu của các học giả ở các nước chuyển đổi như LB Nga, Hung-ga-ri, Ba Lan v.v về vai trò của thực tiễn xét xử, án lệ của Tòa án và việc sử dụng, phát triển các nguồn pháp luật mới này ở các nước đó.

Xuất hiện sớm nhất trong vai trò này là các công trình nghiên cứu luật so sánh, chẳng hạn, như cuốn “Giáo trình Luật so sánh” của GS.Iu.A. Tikhomirov (Ю. А. Тихомиров- Курс сравнительного правоведения, М.1996). Cuốn “Luật học so sánh” của A.N.Saidov (А.Н.Сайдов- Сравнительное правоведение. М. 2000). Cuốn “Tìm hiểu về luật học so sánh trong lĩnh vực luật tư” (“Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts”) của hai Giáo sư người Đức Konrad Zweigert và Hein Kitz (Hamburg, 1984). Giáo trình “Luật học so sánh qua các sơ đồ” (Сравнительное правоведение

в схемах) của Giáo sư người Mỹ Cristopher Osakwe xuất bản bằng tiếng Nga ở Matscova năm 2002 v.v... Trong tất cả các cuốn sách này đều có sự phân tích sâu sắc trên tinh thần của Luật học so sánh về hệ thống các nguồn pháp luật, trong đó có sự giới thiệu, so sánh, đánh giá về vai trò, vị trí của thực tiễn xét xử và án lệ ở các nước.

Trong những năm gần đây, việc nghiên cứu đánh giá lại vai trò của thực tiễn xét xử và khả năng sử dụng án lệ của Tòa án ở các nước chuyển đổi đã đi vào chiều sâu theo hướng không chỉ dừng lại ở sự giới thiệu, so sánh về thực tiễn xét xử và án lệ mà chủ yếu đề xuất khả năng xây dựng và phát triển án lệ, đề cao vai trò của thực tiễn xét xử trong hệ thống pháp luật các nước chuyển đổi. Chẳng hạn, cuốn chuyên khảo của Viện Nhà nước và pháp luật thuộc Viện hàn lâm khoa học Nga: “Thực tiễn xét xử với tính cách là nguồn pháp luật” (Судебная практика как источник права) xuất bản năm 1997; Chuyên khảo của Giáo sư A.N Vereshaghin xuất bản năm 2004 “Hoạt động kiến tạo luật của Tòa án ở Nga” (Судебное правотворчество в России); sách của tác giả E.M. Muradian: “Luật của Tòa án” (Судебное право) xuất bản năm 2007 ở Matscova v.v...

Theo hầu hết ý kiến của các nhà nghiên cứu ở những nước chuyển đổi thì việc sử dụng thực tiễn xét xử và phát triển án lệ gắn liền với chủ trương đề cao vai trò của Tòa án trong cấu trúc quyền lực nhà nước và đối với xã hội. Chẳng hạn, đó là việc Hiến pháp ở các nước này đã ghi nhận thẩm quyền của Tòa án tuyên vô hiệu hoặc hủy bỏ các văn bản quy phạm của các cơ quan quyền lực nhà nước cũng như của các cơ quan hành pháp đồng nghĩa với việc trao cho Tòa án thẩm quyền kiến tạo pháp luật.

Tuy nhiên, cũng có những ý kiến chưa nhìn nhận vai trò kiến tạo luật của Tòa án ở các nước này. Chẳng hạn, Giáo sư V.S Nerseciance trong bài viết đăng trên Tạp chí Nhà nước và pháp luật (Nga) số 9/2000 đã giạt tít cho

bài viết của mình rất quả quyết: “Tòa án không làm luật và không quản lý mà áp dụng pháp luật”.

Những tranh luận như vậy phản ánh một quá trình suy nghĩ nghiêm túc của giới nghiên cứu các nước chuyển đổi trong quá trình hoàn thiện hệ thống pháp luật, hiện đại hóa và nâng cao vai trò điều chỉnh của pháp luật trong đời sống xã hội đang thay đổi nhanh chóng ở các nước này, rất đáng để chúng ta nghiên cứu, tiếp thu, sàng lọc.

3. Mục đích của việc nghiên cứu đề tài

Luận văn có mục đích tổng quát là lập luận cho việc khẳng định vị trí, vai trò cần thiết của án lệ và thực tiễn xét xử trong hệ thống pháp luật Việt Nam; các mục tiêu cụ thể gồm việc đề xuất các giải pháp tăng cường chức năng tổng kết thực tiễn xét xử và phát triển án lệ của Tòa án nhân dân tối cao ở nước ta theo đúng chủ trương cải cách tư pháp của Đảng và Nhà nước; các giải pháp nâng cao nhận thức của Tòa án nhân dân và các cơ quan hỗ trợ tư pháp về án lệ và sử dụng án lệ ở nước ta.

4. Tính mới và những đóng góp của Đề tài

Luận văn tiếp cận án lệ và thực tiễn xét xử từ góc độ nguồn của pháp luật. Trên cơ sở nghiên cứu so sánh, xuất phát từ quan điểm đổi mới hệ thống pháp luật trong quá trình xây dựng Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa, luận văn làm rõ bản chất của án lệ và của thực tiễn xét xử với tính cách là nguồn của pháp luật; đưa ra những lập luận, những căn cứ cho việc xây dựng án lệ thành một trong những nguồn chính thức của pháp luật nước ta; làm rõ hơn vai trò của Tòa án và của thực tiễn xét xử trong việc phát triển hệ thống pháp luật.

Qua sự phân tích và đánh giá về tình hình nghiên cứu ở nước ta về đề tài này, có thể thấy rằng, mặc dù đã được triển khai trên cả các hướng như tìm hiểu về án lệ và vai trò của án lệ, giới thiệu về việc sử dụng án lệ tại các nước

thuộc những hệ thống pháp luật chủ yếu trên thế giới; tìm hiểu khả năng và con đường sử dụng án lệ ở Việt Nam, nhưng về cơ bản, các công trình nghiên cứu vẫn nặng về mặt tìm hiểu kinh nghiệm; đồng thời việc giới thiệu kinh nghiệm cũng chỉ thiên về đánh giá mức độ sử dụng án lệ tại các nước mà án lệ đã “đứng vững” trên đôi chân của nó mà ít chú ý đến quá trình tiếp nhận án lệ, những quan điểm, khuynh hướng khác nhau về sử dụng án lệ ở các nước đang chuyển đổi. Đặc biệt là hầu như chưa có sự nghiên cứu về thực tiễn xét xử trong vai trò kiến tạo luật của nó ở nước ta.

Vì vậy, tác giả của luận văn này tập trung hơn vào việc đánh giá vai trò đó của thực tiễn xét xử, đề trên cái nền này hướng tới khả năng và phương thức thực hiện chủ trương phát triển và triển khai sử dụng án lệ trong xét xử của Tòa án Việt Nam.

5. Đối tượng và phạm vi nghiên cứu

Đối tượng nghiên cứu của Đề tài luận văn là vấn đề án lệ và thực tiễn xét xử. Phạm vi nghiên cứu của Đề tài bao gồm những khía cạnh của thực tiễn xét xử và phát triển của án lệ trên thế giới; nhận thức, quan niệm và vai trò thực tế của án lệ, của thực tiễn xét xử ở các nước và khu vực trên thế giới và ở nước ta; vị trí và vai trò cần thiết của án lệ và thực tiễn trong hệ thống pháp luật nước ta và đáp ứng yêu cầu cải cách pháp luật ở Việt Nam trong quá trình xây dựng và hoàn thiện Nhà nước pháp quyền XHCN và hội nhập quốc tế.

6. Phương pháp luận và các phương pháp nghiên cứu

Cơ sở phương pháp luận của luận văn là quan điểm của chủ nghĩa Mác-Lê Nin, tư tưởng Hồ Chí Minh về Nhà nước và pháp luật; đường lối, chủ trương của Đảng và Nhà nước ta về đổi mới và hoàn thiện hệ thống pháp luật, cải cách tư pháp.

Trong quá trình nghiên cứu luận văn đã sử dụng các phương pháp phân tích quy phạm, phương pháp tổng hợp, phương pháp hệ thống; phương pháp lịch sử, phương pháp luật học so sánh.

7. Kết cấu của Luận văn

Ngoài mở đầu, kết luận và danh mục các tài liệu tham khảo, nội dung của Luận văn có 3 chương

Chương 1: Lý luận và lịch sử về án lệ và về thực tiễn xét xử với tính cách là nguồn của pháp luật.

Chương 2: Vai trò của hoạt động xét xử của Tòa án và thực tiễn sử dụng án lệ ở Việt Nam.

Chương 3: Phương hướng và các giải pháp nhằm tăng cường vai trò của thực tiễn xét xử, phát triển án lệ trong quá trình phát triển và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam.

Chương 1

LÝ LUẬN VÀ LỊCH SỬ VỀ ÁN LỆ VÀ VỀ CỦA THỰC TIỄN XÉT XỬ VỚI TÍNH CÁCH LÀ NGUỒN CỦA PHÁP LUẬT

1.1. LÝ LUẬN VỀ NGUỒN CỦA PHÁP LUẬT

1.1.1. Quan niệm về pháp luật và mối liên hệ với nguồn của pháp luật

Trong lịch sử luật học, kể từ khi pháp luật ra đời thì quan niệm về pháp luật đã ngay lập tức trở thành tâm điểm chú ý của không chỉ các nhà tư tưởng, các lý luận gia mà cả của các giới hoạt động thực tiễn. Đó là điều không khó hiểu, bởi muốn hiểu được pháp luật thì điều cơ bản trước tiên là hiểu về nguồn của nó như là mối liên hệ giữa nội dung và hình thức của pháp luật. Sự phát triển và sự chú ý của khoa học pháp lý về các nguồn của pháp luật diễn ra một cách liên tục bởi bản thân pháp luật có tính lịch sử: Nhà nước và pháp luật luôn luôn ở trong trạng thái động, không ngừng thay đổi và hoàn thiện. Bằng chứng là một số hình thức và nguồn của pháp luật đã ra đời từ rất sớm phù hợp với nhu cầu sử dụng pháp luật đương thời, cùng với thời gian, đã thay đổi, một số còn được bảo lưu trong những hệ thống pháp luật quốc gia, một số đã mất vai trò và “lùi” vào lịch sử, một số khác xuất hiện và đóng vai trò mới của chúng trong những điều kiện mới.

Lịch sử của pháp luật cho thấy rằng, quan niệm như thế nào về pháp luật thì sẽ có cách hiểu tương ứng về nguồn, tức là điểm xuất hiện, “nơi sinh” của pháp luật. Ví dụ, các hệ thống pháp luật của nhà nước thế tục gắn liền với quan niệm Nhà nước và pháp luật bắt nguồn từ ý chí của con người, mà hiện thân có thể là Hoàng đế, Nghị viện hoặc nhân dân. Trong khi đó, pháp luật của nhà nước tôn giáo dựa trên quan niệm pháp luật là ý Chúa, vậy cho nên nó phải được phản ánh vào trong các giáo lý, tín điều, kinh thánh.

Chính vì logic đó mà trong lịch sử của pháp luật đã hình thành những

giá trị khác nhau của nguồn pháp luật, sự coi trọng loại nguồn này, coi nhẹ loại nguồn khác, và ngược lại. Đó chính là vấn đề về mối quan hệ giữa Nhà nước và pháp luật, mà cụ thể hơn là vấn đề: cái nào có trước-Nhà nước hay pháp luật? Nhà nước là “nguồn” của pháp luật, pháp luật phải dựa vào ý chí của Nhà nước, hay ngược lại, pháp luật là tiền đề của Nhà nước, Nhà nước cần được đặt trên nền tảng pháp luật, phục tùng pháp luật.[1]

Lịch sử đã cho thấy có hai cách trả lời cho những câu hỏi trên và tương ứng với đó là hai trường phái về vấn đề nguồn của pháp luật. Trường phái coi cái có trước là Nhà nước, còn cái phái sinh, có có sau là pháp luật, quan niệm nguồn của pháp luật là những gì xuất phát từ nhà nước: các văn bản pháp luật thực định của Nhà nước mới là thứ tạo nên pháp luật. Trong khi đó, trường phái pháp luật tự nhiên coi pháp luật là sản phẩm của xã hội khi mà các quan hệ xã hội của con người làm sản sinh ra các quy tắc ứng xử, trong đó có pháp luật mà ai cũng phải phục tùng, tuân theo, trong đó có Nhà nước và nhu cầu về sự hỗ trợ, thừa nhận pháp luật từ phía Nhà nước. Theo trường phái pháp luật tự nhiên, nguồn của pháp luật là yêu cầu của lý trí, là biểu hiện ra bên ngoài của uy tín, của sự công bằng v.v..

1.1.1.1. Quan niệm pháp luật thực định

Trong lịch sử các học thuyết pháp lý, trường phái coi Nhà nước là cái có trước, pháp luật là cái phái sinh từ Nhà nước được gọi là trường phái pháp luật thực định, mà tiêu biểu nhất là chủ nghĩa thực chứng với những tên tuổi như Kelsen ở Áo, Shtambler ở Đức, S.Amos ở Anh[68] v.v..

Chủ nghĩa thực chứng pháp lý hiện đại và trường phái pháp luật thực định quan niệm pháp luật là cái chính thức, mang tính nhà nước, do Nhà nước ban hành theo một trình tự, thủ tục nhất định và được biểu thị dưới những dạng thức văn bản quy phạm pháp lý khác nhau[66]. Trên tinh thần đó, nhà nghiên cứu lý luận pháp luật nổi tiếng của Nga, Giáo sư S.S.Alexeev

đã xác định “pháp luật-đó là sự điều chỉnh bằng quy phạm có tính hiện hữu, thể hiện bằng các đạo luật và các văn bản khác và có thể biết được bằng trực quan (và do đó được gọi là “thực định”; trên cơ sở đó một hành vi sẽ được xác định về mặt pháp lý là không được phép với những quyết định tương ứng có tính quyền lực, mang tính bắt buộc từ phía Tòa án hoặc các cơ quan khác của Nhà nước.[38]

Qua những cách định nghĩa này, có thể thấy quan điểm thực chứng pháp lý có những nhận xét như nhau về pháp luật.

Thứ nhất, có một mối liên hệ hữu cơ giữa pháp luật thực định với Nhà nước, pháp luật được quy định bởi Nhà nước. Tính được quy định bởi Nhà nước được coi là dấu hiệu cơ bản nhất của pháp luật. Quan niệm này đã và đang rất phổ biến ở nhà nước, ghi nhận trong các sách giáo khoa của các trường luật.

Thứ hai, pháp luật có tính bắt buộc (ở nghĩa rộng của nó) và việc “chỉ tuân theo pháp luật” là nguyên tắc hoạt động của các cơ quan, tổ chức, bao gồm cả Tòa án.

Thứ ba, pháp luật thực định phải mang tính hình thức pháp lý cao.

Quan niệm của chủ nghĩa thực chứng về pháp luật không chú trọng nhiều về khía cạnh xã hội của nó mà chủ yếu nhấn mạnh tính hình thức, thậm chí là tính kỹ thuật của các quy phạm pháp luật. Chính vì vậy, trong khi áp dụng pháp luật người ta chỉ quan tâm đến logic hình thức, suy đoán ý tứ của nhà làm luật từ câu chữ, ít để ý đến các hiện tượng xã hội có liên quan đến quy định của pháp luật. Như một học giả người Mỹ đã nhận xét, “chủ nghĩa hình thức là điểm mấu chốt của chủ nghĩa thực chứng pháp luật”[65]. Gắn liền với quan niệm này là yêu cầu về tính thể chế của pháp luật, thể hiện dưới dạng các chế định pháp luật, các cơ chế pháp lý, sự tồn tại các quyền chủ thể (trong sự đối lập với các điều kiện khách quan) do Nhà nước quy

định; sự thiếu gắn kết giữa pháp luật với nền tảng đạo đức của nó theo nguyên tắc “luật là luật”.

Trong vài thập niên trở lại đây, lịch sử các học thuyết pháp luật cũng như thực tiễn pháp lý ở các nước phát triển đã cho thấy một khuynh hướng “mềm hóa” sự cứng nhắc của chủ nghĩa thực chứng cổ điển. Đó là chủ nghĩa thực chứng mới. Theo đó, đã có sự nhích lại gần hơn với lý thuyết pháp luật tự nhiên từ phía pháp luật thực định theo hướng hạn chế và tự hạn chế của Nhà nước trong tư cách chủ thể tối cao kiến tạo pháp luật, mở rộng quan niệm về Nhà nước như một thực thể xã hội trong chức năng kiến tạo luật của nó. Đây có thể được coi là nét nổi bật nhất trong tư duy pháp lý mới trong khuôn khổ của chủ nghĩa thực chứng pháp lý mới, có ảnh hưởng sâu rộng đến quy trình làm luật và xác định tính chất và nội dung các nguồn pháp luật của các quốc gia theo quan điểm pháp luật thực định.

Theo quan điểm tiếp cận này thì một mặt, pháp luật đã và vẫn luôn luôn sẽ là của Nhà nước, do Nhà nước ban hành, nhưng bởi vì Nhà nước đã trở nên có tính xã hội cao, nên pháp luật không còn chỉ đơn thuần mang ý chí của Nhà nước mà còn là ý chí, lợi ích của các tầng lớp khác: của giới doanh nghiệp, của các đảng chính trị, đại diện cho các nhóm lợi ích xã hội, các tổ chức phi nhà nước mới khác thông qua cơ chế thu hút sự tham gia của các tổ chức, các giới khác nhau vào quá trình làm luật của các cơ quan nhà nước. Như vậy, dù ở màu sắc nào thì quan niệm về nguồn của pháp luật thực định vẫn không thay đổi.

Tuy nhiên, sự phát triển của quan niệm thực chứng mới đã ghi nhận sự xích lại gần hơn của hệ thống pháp luật châu Âu lục địa, hay còn gọi là hệ thống Dân luật, với hệ thống Thông luật thông qua việc ngày càng có nhiều quốc gia thuộc hệ thống luật lục địa chấp nhận giá trị điều chỉnh của các quy tắc được rút ra từ thực tiễn xét xử của Tòa án, vai trò của Án lệ.

1.1.1.2. Quan niệm pháp luật tự nhiên

“Pháp luật tự nhiên” là một khái niệm với ba phiên bản của nó.

Ở phiên bản thứ nhất, pháp luật tự nhiên được hiểu là một học thuyết, một hệ thống các quan niệm, theo đó, pháp luật được hiểu là những quy tắc không xuất phát từ cơ quan Nhà nước, không phải do nhà làm luật “làm ra”. Nói khác đi, pháp luật không do con người nghĩ ra mà đó là lẽ của tự nhiên, của cuộc sống.

Ở phiên bản thứ hai, pháp luật tự nhiên được hiểu là một hệ thống các nguyên tắc, các quy phạm tạo thành hệ thống pháp luật có giá trị điều chỉnh hành vi.

Ở phiên bản thứ ba, pháp luật tự nhiên được hiểu là quyền chủ thể, nhưng khác với quan niệm về quyền chủ thể của quan niệm “luật thực định coi đó là cái mà Nhà nước “trao” cho công dân của mình, quyền chủ thể trong pháp luật tự nhiên là sự phản ánh nhu cầu về tự do và đòi hỏi tất yếu của cá nhân về tự do thể hiện nhân cách trong cộng đồng, trong xã hội và quốc gia.[80]

Từ quan niệm chung về pháp luật, có thể xem phiên bản thứ hai của quan niệm đó là phiên bản gắn với khái niệm chung về nguồn pháp luật như là hình thức chứa đựng quy phạm có chức năng điều chỉnh hành vi.

Những nguyên tắc, quy tắc điều chỉnh hành vi ở đây có những đặc điểm sau đây:

1- Tính khách quan gắn liền với tính chủ quan. Khác với quan niệm về nguồn pháp luật trong trường phái pháp luật thực định, nguồn pháp luật trong trường phái luật tự nhiên vừa tồn tại một cách khách quan và hiện hữu, vừa bảo đảm khả năng điều chỉnh hành vi như những gì con người có thể có trong những điều kiện lịch sử - xã hội nhất định và nhà làm luật không sớm thì muộn buộc phải thừa nhận và ghi nhận. Nhờ bản chất lưỡng tính, sự kết hợp

bởi bản chất khách quan với năng lực sử dụng của cá nhân và sự thừa nhận, ghi nhận của Nhà nước, các quy tắc pháp luật tự nhiên được cá nhân tự thực hiện như là quyền tự nhiên của mình, nói khác đi, ở đây có sự hòa quyện giữa cái được coi là pháp luật với quyền tự nhiên của chủ thể. Mặt khác, việc thực hiện pháp luật gắn liền với thực hiện quyền của cá nhân luôn luôn đòi hỏi có sự tôn trọng, thừa nhận từ phía những người khác và sự che chở, bảo hộ, bảo vệ đương nhiên từ phía Nhà nước.

Là sự phản ánh quyền tự nhiên của cá nhân con người, pháp luật phải xuất phát từ lẽ sống tự nhiên, phản ánh đầy đủ những nhu cầu thường xuyên và đa dạng phát sinh từ cuộc sống và đạo lý của con người và đồng thời bảo đảm sự thực hiện một cách trực tiếp và khách quan. Có thể thấy rằng, đây là đặc điểm cực kỳ quan trọng và cơ bản nhất của triết lý về nguồn của pháp luật trong quan điểm pháp luật tự nhiên. Theo đó, pháp luật và cách thức điều chỉnh pháp luật đối với mọi hành vi xã hội đều phải rất tự nhiên, rất sát với cuộc sống, theo kịp nhu cầu của cuộc sống với toàn bộ sự đa dạng và không ngừng thay đổi trong nhu cầu của con người.

Từ những điều vừa nêu trên đây, theo quan niệm về pháp luật tự nhiên, nguồn pháp luật bao gồm các nguồn cơ sở và các nguồn thứ cấp. Nguồn cơ sở của pháp luật là những điều kiện vật chất của đời sống con người, của cộng đồng; là sinh hoạt của con người trong môi trường tự nhiên, môi trường xã hội. Như vậy, có nguồn mang tính sinh học và nguồn mang tính xã hội của pháp luật. Nói khác đi, những gì thuộc về con người và nhu cầu đa dạng cho sự tồn tại của nó—đó chính là công cụ điều chỉnh hành vi của nó. Trước hết, đó là các quyền con người như quyền sống, quyền tự do, quyền về nhân phẩm, quyền bất khả xâm phạm cá nhân v.v...

Nguồn thứ cấp, tức là các quyền phái sinh từ các quyền cơ sở và cơ bản hoặc là bộ phận của các quyền đó. Chẳng hạn, quyền tự do đi lại, tự do

tư tưởng, tự do thể hiện ý chí là những quyền thứ cấp, vì nó được phái sinh từ quyền tự do cá nhân; các quyền như quyền được chăm sóc sức khỏe, quyền được sống trong môi trường trong lành là những quyền phái sinh từ quyền sống.

Nhiều nhà nghiên cứu trên thế giới đã khẳng định rằng, quan điểm pháp luật tự nhiên về nguồn của pháp luật đã cho sản phẩm nổi bật của nó là Hiến pháp năm 1787 của Hoa Kỳ và các Tuyên ngôn về quyền[64]. Nhận định này xuất phát từ chính Tòa án tối cao Hoa Kỳ khi cơ quan này lần đầu tiên ban cho chính mình quyền xem xét lại luật của Quốc hội với quan điểm về quyền tự nhiên cao hơn quy định của luật trong vụ *Murbarry* kiện *Madison* năm 1803. Nhà nghiên cứu người Mỹ R.Pound đã xác nhận rằng, ảnh hưởng của học thuyết pháp luật tự nhiên là trực tiếp đối với Hiến pháp Hoa Kỳ, nhất là đối với 8 tu chính án đầu tiên về quyền con người là sự hiện thân của các nguyên tắc của học thuyết pháp luật tự nhiên[74]. Thậm chí, nhiều học giả ở Mỹ đã cho rằng, học thuyết pháp luật tự nhiên, quan điểm về lẽ công bằng đối với con người không chỉ có ảnh hưởng đến luật vật chất mà cả luật thủ tục. Bằng chứng là việc áp dụng chế định “mặc cả thú tội” và “quyền tùy nghi truy tố” đã trở thành một bổ sung quan trọng trong tổ tụng hình sự của Mỹ và ngày nay đang được áp dụng rộng rãi không chỉ ở Mỹ, ở Anh, ở các nước thuộc hệ thống Thông luật mà cả ở nhiều nước khác nhau thuộc hệ thống pháp luật lục địa.[71]

Sự phát triển của các hệ thống pháp luật hiện đại trên thế giới đang chứng kiến một sự thâm nhập lẫn nhau giữa quan điểm của luật thực định với quan điểm của luật tự nhiên cả trên bình diện cao nhất là Hiến pháp, cả trong quá trình xây dựng pháp luật cũng như áp dụng pháp luật. Điều đó đã làm thay đổi một cách căn bản nhận thức về các nguồn của pháp luật theo hướng đa dạng hóa và linh hoạt, kịp thời hơn trước đòi hỏi của cuộc sống.

Xu hướng rõ nét nhất là sự thu hút vào nội dung các đạo luật thành văn những nguyên tắc, quan niệm của luật tự nhiên, biến chúng thành các nguyên tắc, quan điểm của luật thực định. Chẳng hạn, các nguyên tắc công bằng, nguyên tắc tôn trọng quyền con người, áp dụng thông lệ trong pháp luật dân sự, kinh doanh quốc tế, nguyên tắc tùy nghi truy tố trong tố tụng hình sự, áp dụng chế độ tư pháp phục hồi thay thế cho tư pháp hình sự v.v.. đều là những giá trị được hình thành và phát triển lâu dài trong tư duy và thực tiễn của pháp luật tự nhiên.

Từ đó, các nguồn của pháp luật thực định đã thay đổi diện mạo; ngoài những nguồn (hình thức) kinh điển như văn bản của Nghị viện, của các cơ quan nhà nước khác, hệ thống pháp luật của các quốc gia từng bước sử dụng rộng rãi các hình thức như án lệ của Tòa án, thừa nhận hiệu lực điều chỉnh của các kết luận, quyết định, giải thích pháp luật của Tòa án, áp dụng luật tục và các tập quán pháp lý trong xét xử.

1.1.2. Khái niệm nguồn của pháp luật

Khi nói về nguồn của pháp luật, đã có rất nhiều quan niệm và góc độ tiếp cận khác nhau. Có ý kiến đồng nhất “nguồn” pháp luật với “hình thức” của pháp luật, nhưng cũng có ý kiến cho rằng, phạm trù “nguồn” là rộng hơn phạm trù “hình thức”. [27]

Ở Liên Xô trước đây đã từng có cách phân biệt nguồn pháp luật theo nghĩa vật chất, nội dung (điều kiện sống, ý chí của giai cấp thống trị) và nguồn của pháp luật theo nghĩa hình thức, tức là cách thức để biểu thị ra bên ngoài của quy phạm pháp luật [82]. Tuy nhiên, đại đa số ý kiến đều đồng tình với quan điểm cho rằng, nguồn của pháp luật chính là hình thức bên ngoài cho sự biểu thị của pháp luật, bộc lộ ý của nhà làm luật. Không chỉ là sự biểu thị ra bên ngoài của nội dung các quy phạm mà nguồn pháp luật còn là sự biểu thị ra bên ngoài một cách chính thức về sự hiện hành, sự thay đổi hay bãi bỏ các quy phạm đó. [53]

Trên cơ sở những quan niệm khác nhau về nguồn của pháp luật, tác giả của luận văn này cho rằng, các điều kiện vật chất (điều kiện kinh tế), các điều kiện tinh thần (ý thức pháp luật, văn hóa), điều kiện lịch sử (tập tục, lối sống) của cư dân, kể cả các văn bản pháp luật tồn tại trong lịch sử, chẳng hạn Luật La Mã đối với hệ thống pháp luật châu Âu, bộ luật Hồng Đức với khả năng ảnh hưởng, kế thừa lịch sử cho hệ thống pháp luật Việt Nam hiện nay-tất cả những yếu tố đó là nguồn của pháp luật với ý nghĩa là cơ sở nguồn gốc, yếu tố tác động, ảnh hưởng, kế thừa. Theo GS.TSKH Đào Trí Úc thì “Từ góc độ xã hội, nguồn pháp luật còn được hiểu là tất cả những gì đã làm nên, xúc tác việc ra đời các quy định của pháp luật – với ý nghĩa đó, nguồn pháp luật còn được gọi là nguồn vật chất của pháp luật. Từ góc độ pháp lý, nguồn pháp luật là sự thể hiện ra bên ngoài nội dung vật chất của pháp luật, chứa đựng các đại lượng tạo thành quy phạm pháp luật-quy tắc hành vi. Trong trường hợp này, hai khái niệm “hình thức của pháp luật” và “nguồn của pháp luật” hoàn toàn trùng hợp với nhau, thay thế cho nhau.[58]

1.1.3. Nguồn của pháp luật trong hệ thống pháp luật châu Âu lục địa (Dân luật)

Trong tổng thể, pháp luật ở các nước theo hệ thống châu Âu lục địa có những nét chung trên nền tảng đa dạng mang tính quốc gia, dân tộc. Những điểm chung đó có thể được khái quát như sau:

1.1.3.1. Nguồn của pháp luật châu Âu lục địa chịu ảnh hưởng sâu sắc và kế thừa về mặt lịch sử luật La Mã. Điều đó có thể thấy rất rõ trên cơ sở nghiên cứu pháp luật của các nước châu Âu điển hình như Đức, Pháp, Italia - những hệ thống pháp luật quốc gia hình thành và phát triển mạnh mẽ trong giai đoạn thế kỷ XII-XVI trên nền tảng Bộ luật Justinian nổi tiếng.[81]

1.1.3.2. Pháp luật của châu Âu lục địa có tính khái quát cao, mang tính học thuật, quan điểm, chú trọng nguyên lý.

1.1.3.3. Vai trò của văn bản quy phạm nổi trội so với các nguồn pháp luật khác, đặc biệt là vai trò của các văn bản pháp điển hóa. Vì lẽ đó, mặc dù có rất nhiều quan điểm khác nhau xung quanh khái niệm nguồn của pháp luật nhưng quan niệm nổi trội hơn cả vẫn là quan điểm “gốc gác” từ phía các cơ quan nhà nước.

Theo đó, hệ thống các nguồn mà pháp luật ở các nước châu Âu lục địa có thể được xếp theo thứ tự cao - thấp, cơ bản - kém cơ bản như sau:

- Các văn bản quy phạm pháp luật mà cao nhất là Luật.
- Tập quán pháp lý.
- Án lệ, thực tiễn xét xử của Tòa án.
- Các nguyên tắc chung của pháp luật.
- Các học thuyết pháp lý

Trong số đó, các quốc gia châu Âu quan niệm có các nguồn cơ bản và nguồn không cơ bản. Nguồn cơ bản bao gồm luật được cơ quan nhà nước ban hành (enacted laws) và các tập quán pháp lý và thứ tự ưu tiên trong hai loại nguồn này thuộc về các văn bản.

Nguồn không cơ bản là những số còn lại và ý nghĩa này thể hiện ở việc, các yếu tố này chỉ trở thành nguồn trên thực tế (mà không phải mặc nhiên) khi thiếu vắng quy định của luật thực định, hoặc chí ít là khi có quy định của pháp luật thực định nhưng các quy định đó không rõ ràng, không đầy đủ và do đó không được coi là những nguồn mặc nhiên có hiệu lực áp dụng.[72]

Nói về nguyên nhân của tình hình trên, nhà nghiên cứu luật học so sánh nổi tiếng người Pháp, Giáo sư René David đã dẫn ra những ý kiến xác đáng sau đây.[77]

- Theo lịch sử, điểm xuất phát của hệ thống pháp luật của các nước này là luật La Mã, kể đó là ảnh hưởng rất mạnh của các tập quán pháp lý đã được tập hợp hóa, pháp điển hóa thành các văn bản mà đỉnh cao là các bộ luật của

Hoàng đế Napoleon. Các luật gia cũng như những người áp dụng pháp luật ở châu Âu lục địa có thói quen dựa vào các nguồn chính thống này mà không chú ý đến thực tiễn xét xử, án lệ của Tòa án.

Trong khi đó, chẳng hạn ở Anh, hoàn toàn không chịu ảnh hưởng của Luật La Mã, cũng không chịu ảnh hưởng của các đạo luật Napoleon và các quy định thành văn mà chỉ có thói quen tổng kết thực tiễn xét xử, hệ thống hóa ở mức cao kinh nghiệm của Tòa án thành các án lệ và dựa vào đó để giải quyết các vụ việc và áp dụng chúng.

- Cách thức tổ chức hệ thống tòa án ở châu Âu lục địa cũng khác với ở đảo quốc Anh. Khác với các nước theo truyền thống Thông luật, tại các quốc gia theo hệ thống pháp luật châu Âu lục địa địa vị xã hội của các thẩm phán không được đề cao so với các quan chức hành chính. Lý do trước hết là các thẩm phán ở đây đa số được lấy từ nguồn công chức hành chính hoặc theo cách tuyển dụng công chức hành chính, trong khi, chẳng hạn ở Anh, đội ngũ thẩm phán thường được tuyển chọn từ các luật sư, họ có thâm niên công tác và kinh nghiệm nghề nghiệp, có thói quen hoạt động và tư duy độc lập. Đó cũng là lý do vì sao các án lệ của Tòa án ở các nước Thông luật lại được coi trọng, đề cao.

1.1.4. Nguồn của pháp luật trong hệ thống Thông luật

Nguồn của hệ thống Thông luật có những đặc điểm chung sau đây:

1.1.4.1. Vai trò nổi trội của thực tiễn xét xử và án lệ. Trên thế giới đều có một hiểu biết chung và phổ biến rằng, Thông luật là hệ thống “pháp luật của Tòa án”. Ở Anh, từ xưa đến bây giờ nói đến pháp luật là người ta nói đến các quyết định của các Tòa án hoàng gia (Tòa án Westminster), ở Mỹ-quyết định của Tòa án tối cao về các vấn đề tính hợp hiến của Luật, ở các nước như Canada, Australia và nhiều nước khác thì nói chung là phán quyết của các Tòa án cấp cao. Ở các nước Thông luật, các đạo luật thực định do Quốc hội

ban hành vẫn giữ vai trò quan trọng. Tuy nhiên, phải thấy được rằng, trong quá trình soạn thảo các đạo luật thực định đó người ta đã lấy nội dung của các phán quyết của Tòa án làm căn cứ. Như vậy, dù ở phương diện nào thì thực tiễn xét xử và án lệ của Tòa án vẫn giữ vai trò hàng đầu trong hệ thống pháp luật của các quốc gia theo hệ thống Thông luật.[70]

Tuy nhiên, như lời của E. Warren cựu Chánh án Tòa án tối cao Hoa Kỳ, việc “kiến tạo luật” của Tòa án nước này không phải là chức năng hay mục đích hoạt động chủ yếu mà Tòa án “làm ra luật” trong suốt quá trình hoạt động xét xử với tính cách là chức năng chủ yếu của Tòa án. Sự kiến tạo luật không phải là sự làm thay chức năng của Quốc hội, nhưng rõ ràng-các quyết định của Tòa án có hiệu lực như một đạo luật.[78]

Nếu so sánh “luật của Tòa án” trong khuôn khổ các nước theo hệ thống thông luật với nhau thì có thể thấy rằng, mặc dù Anh quốc là quê hương của nó, nhưng “luật của Tòa án” ở Mỹ còn có vai trò lớn hơn ở Anh và ở Canada thì lớn hơn ở Mỹ. Thậm chí, một nhà nghiên cứu Canada còn cho rằng “luật của Tòa án” ở nước này hoàn toàn độc lập so với luật thực định, thậm chí có tầm ảnh hưởng ngang ngửa với luật hiến pháp. Ông viện dẫn các bằng chứng cho ý kiến đó rằng vị trí pháp lý và sự thừa nhận thực tế của quyền lực nhà Vua Anh ở Canada là do các phán quyết có liên quan của Tòa án tạo nên, mà không phải là do luật của Quốc hội quy định; vị trí pháp lý của công chức hành pháp, việc thực thi các quyền hiến định của công dân cũng đều phụ thuộc vào các phán quyết của Tòa án.[67]

1.1.4.2. Thông luật là luật theo vụ việc (“Case Law”)

Tính chất này của hệ thống Thông luật đã hình thành trong một lịch sử lâu dài và chính nguyên tắc về “áp dụng bắt buộc của các án lệ” đã cản trở đáng kể quá trình pháp điển hóa ở các nước Thông luật. Do vậy, tại các nước theo hệ thống Thông luật chúng ta thấy rất rõ vai trò nổi trội của “luật án lệ”

và hầu như yếu ớt khi nghĩ về vị trí của luật thực định, nói đúng hơn là luật do cơ quan nhà nước ban hành (enacted Laws). Vấn đề này có lịch sử lâu đời của nó. Tuy nhiên, thay vào đó tại các nước này, người ta rất quan tâm đến việc tập hợp và hệ thống hóa các án lệ, công bố các án lệ, thay đổi, bổ sung các án lệ. Từ rất lâu trong lịch sử nước Anh, đặc biệt là từ giữa thế kỷ XIX cho đến nay, ở Anh đã xuất bản đều đặn các tập “Báo cáo của Tòa án” trong đó tập hợp các quyết định của các Tòa án cấp cao với tính cách là những án lệ về các vụ việc tương ứng.

Kể từ đầu thế kỷ XIX thì vai trò của luật thực định đã bắt đầu được đề cao trong bối cảnh phát triển rất mạnh mẽ của công nghiệp, thương mại và dịch vụ. Từ đó, nhiều văn bản do cơ quan nhà nước như Nghị viện, Chính phủ đã được quan tâm, tổng hợp, áp dụng và dùng làm căn cứ trong giải quyết các vụ việc pháp lý. Tuy nhiên, mọi việc cũng chỉ dừng lại ở đó. Pháp luật thực định của Anh vẫn ở trạng thái tản mạn, rời rạc, không được pháp điển hóa và khái quát cao.

Ở các quốc gia khác của hệ thống Thông luật, tình hình có khá hơn. Chẳng hạn, ở Mỹ, hệ thống các văn bản do các cơ quan nhà nước ban hành có số lượng nhiều hơn, có tính hệ thống hơn. Nhiều bộ luật mẫu đã ra đời, chẳng hạn, gần đây nhất có Bộ luật hình sự mẫu, Bộ luật kinh doanh thống nhất v.v.. Tuy nhiên, ở đây có hai điểm đáng chú ý như sau:

Thứ nhất, mặc dù về hình thức thì đây là những văn bản có mức độ hệ thống hóa, nhưng không hoàn toàn có tính pháp điển như quan niệm và thực tế mà chúng ta vẫn biết về pháp luật ở các nước châu Âu lục địa. Đó vẫn chỉ là những tập hợp các văn bản có mức độ hệ thống cao theo những chủ đích được xác định.

Thứ hai, như nhận xét của Giáo sư Pháp Rene David trong tư duy của giới luật học và cả của người dân, pháp luật thực định vẫn là một cái gì đó

ngược lại, không “ruột rà” lắm với nhu cầu áp dụng, nếu so với các quyết định của các Tòa án cấp cao, nhất là của Tòa án tối cao liên bang[76].

Khi nói về những đặc điểm trên đây của hệ thống nguồn pháp luật trong Thông luật, các nhà nghiên cứu ở chính những nước này đã cung cấp những lý giải mang tính lịch sử, theo đó, lý do trước hết là do hệ thống Thông luật không chịu ảnh hưởng của Luật La mã, bởi trong lịch sử, các Tòa án hoàng gia ở Anh chỉ xử lý các vụ án liên quan đến luật công, trong khi Luật La mã thiên về các quy tắc của luật tư. Luật La mã có nhiều quy phạm, chế định, quan điểm điều chỉnh khác biệt, mâu thuẫn và thậm chí xa lạ với tập quán địa phương và truyền thống pháp lý ở nước Anh, quê hương của Thông luật[79].

1.1.4.3. Vai trò nổi trội của luật hình thức so với luật nội dung

Nếu như ở châu Âu lục địa pháp luật được nhìn nhận và đánh giá như những chuẩn giá trị, triết lý, quan điểm, tức là nội dung vật chất, thì ở Anh và các nước thuộc hệ thống Thông luật lại nhìn nhận pháp luật thông qua các thủ tục, đặc biệt là thủ tục tố tụng. Ở các nước Thông luật, thủ tục được nhìn nhận cao hơn quy định của Luật nội dung. Đối với họ cái cần trước hết là làm sao để thắng kiện, là chứng cứ, chứng minh bằng cách nào, theo trình tự nào mà không phải là luật quy định như thế nào. Quan điểm thực dụng của luật gia ở các nước Thông luật có thể diễn giải: “Anh đúng, nhưng như thế chưa đủ, mà cái cần nhất là anh đạt được điều đó như thế nào!”. Khó nhất không phải là tìm ra điều luật, mà là làm thế nào để khởi kiện, theo những quy tắc chứng minh như thế nào để những người giải quyết vụ án có được một quyết định hợp lý.

1.2. VAI TRÒ VÀ ĐẶC ĐIỂM CỦA THỰC TIỄN XÉT XỬ VÀ CỦA ÁN LỆ TRONG HỆ THỐNG NGUỒN PHÁP LUẬT TRÊN THẾ GIỚI

1.2.1. Vai trò và đặc điểm của thực tiễn xét xử và của án lệ ở các nước theo hệ thống pháp luật châu Âu lục địa

Như đã nêu và phân tích ở trên, mặc dù về mặt học thuyết và trên thực

tế, hoạt động xét xử của Tòa án cũng như án lệ ở các nước theo hệ thống pháp luật châu Âu lục địa (Dân luật) vẫn được thừa nhận như một loại nguồn pháp luật, nhưng vai trò của nó thể hiện một cách thiếu nhất quán và thiếu tính xác định. Điều đó có thể thấy khi nghiên cứu về hệ thống pháp luật của Pháp, nước điển hình của luật lục địa.

Thứ nhất, các Thẩm phán ở Pháp luôn tìm cách đạt cho được tính xác định, tính đúng đắn khách quan khi xét xử một vụ việc với mục đích đặt ra là bảo đảm, duy trì sự ổn định xã hội. Vì vậy, về mặt lịch sử, trước hết họ tìm đến những chuẩn tắc có sẵn trong pháp luật La Mã, trong các tập quán đã được tập hợp, được diễn giải, được hệ thống hóa, pháp điển hóa, đặc biệt, về sau này điều đó được thể hiện trong các Bộ luật của Hoàng đế Napoleon. Và vì vậy, các phán quyết từ thực tiễn xét xử của Tòa án cũng như án lệ không được họ chú ý đến.

Thứ hai, hệ thống Tòa án của các nước châu Âu lục địa là một hệ thống phi tập trung: Các tòa án được chuyên môn hóa về cấu trúc và tất cả đều có chức năng áp dụng pháp luật. Vì thế, các Tòa án không có nhu cầu phải có đường lối xét xử thống nhất thông qua án lệ của Tòa cấp cao (Tòa án tối cao). Đó chính là lý do về vị trí yếu ớt của án lệ ở các nước châu Âu lục địa.

Thứ ba, vai trò, vị trí của thực tiễn xét xử và của án lệ phụ thuộc vào vị trí và vai trò của các Thẩm phán trong xã hội của các nước châu Âu lục địa. Các Thẩm phán ở đây được coi như những quan chức “hành chính”, rất đông đảo về số lượng nhưng mức độ độc lập không cao; trong số họ có nhiều Thẩm phán trẻ tuổi, ít kinh nghiệm thực tiễn so với các Thẩm phán ở Anh-Mỹ và các nước theo hệ thống Thông luật vì ở các nước đó cách đào tạo Thẩm phán, cách tuyển chọn và bổ sung đội ngũ thẩm phán dựa trên những tiêu chuẩn mang tính thực tiễn nhiều hơn. Đó cũng là lý do vì sao người ta không dễ tin vào tính “chuẩn mực” của các phán quyết của Tòa án như những tiền lệ pháp.

Theo quan niệm “sùng bái” pháp luật thực định của người châu Âu lục địa thì các bộ luật, các văn bản pháp điển đã chứa đựng đầy đủ những gì họ cần tìm kiếm và áp dụng cho mọi tình huống pháp lý nảy sinh.

Tuy nhiên, mức độ nhìn nhận về vai trò của án lệ cũng không giống nhau ở các nước châu Âu lục địa.

Chẳng hạn, nếu như ở Pháp, vai trò gần như rất yếu ớt của án lệ thì một số nước châu Âu khác, án lệ lại được coi trọng đáng kể. Ở Tây Ban Nha, Thụy Sĩ, vai trò kiến tạo luật của Tòa án cũng như kinh nghiệm xét xử rất được coi trọng. Ví dụ, Điều 1 Bộ Luật dân sự Thụy Sĩ có quy định như nhau:

“Pháp luật cần được áp dụng trong mọi trường hợp, không có ngoại lệ, đúng với tinh thần và lời văn của nó. Trường hợp không tìm thấy quy phạm thích ứng trong văn bản pháp luật, Thẩm phán cần căn cứ vào luật tập quán hiện hữu để giải quyết vấn đề và quyết định *trên cơ sở quy tắc do mình tạo ra theo tinh thần tự đặt mình vào vị trí của nhà lập pháp*. Đồng thời, khi đặt ra các quy tắc đó Thẩm phán cần hành động trong khuôn khổ và trên tinh thần của các học thuyết pháp lý vừa trích dẫn ở đây như là một cách hiệu hiện đại của châu Âu về án lệ và về việc sử dụng án lệ như là nguồn của pháp luật ở châu Âu hiện đại”.

Như vậy, mặc dù ở một số nước thái độ đối với thực tiễn xét xử và án lệ không rõ ràng hoặc coi nhẹ thì ở một số nước khác trong khu vực ảnh hưởng của luật lục địa vẫn đề cao vai trò của loại nguồn pháp luật này.

Cũng có một số quốc gia châu Âu như Đức, Đan Mạch, Hy Lạp, Ý, Na-uy, Phần Lan, Thụy Điển, Hà Lan tuy về chính thức thì không coi án lệ là nguồn của pháp luật, tức là không có văn bản nào xác nhận điều đó, nhưng trên thực tế thì án lệ được xây dựng, án lệ tồn tại và được áp dụng. Tại các quốc gia đó, Tòa án tối cao có vai trò lớn trong việc bảo đảm và hướng dẫn áp dụng pháp luật, giải thích pháp luật và các Tòa án cấp dưới vẫn coi các quyết

định của Tòa án tối cao như là án lệ khi giải quyết những vấn đề pháp lý mà chưa có căn cứ trong pháp luật thực định của Nhà nước. Hơn thế nữa, trong nhiều trường hợp, án lệ không còn đứng ở hàng “luật thứ yếu” mà đã vươn lên vị trí ngang với pháp luật thực định.

Như vậy, chúng ta thấy rõ một hiện tượng “vênh nhau” giữa sự công nhận chính thức việc sử dụng án lệ của Tòa án như một nguồn pháp luật với việc sử dụng đó trong thực tế ở nhiều nước châu Âu. Các nhà nghiên cứu Thụy Điển cho rằng, ở nước này vai trò thực tế của các án lệ rất lớn cho dù chưa có sự thừa nhận chính thức cho vai trò đó. Các án lệ được sử dụng rộng rãi trong các vụ việc vi phạm dân sự (torts)[69]. Các nhà nghiên cứu Hà Lan cũng nhận xét rằng, các quyết định của Tòa án có những giá trị lớn bởi các lập luận sau đây:

1- Các quyết định của Tòa án góp phần tăng cường uy tín của luật quốc tế vì Tòa án thường viện dẫn các điều ước quốc tế trong giải thích tình huống pháp lý.

2- Trên thực tế, các Tòa án cấp dưới vẫn xét xử theo hướng dẫn của Tòa án tối cao đối với những tình huống pháp lý nhất định, tựa như nguyên tắc “stare decisis” (nguyên tắc bắt buộc áp dụng án lệ).

3- Uy tín xã hội của quyền tư pháp ở Hà Lan rất cao so với quyền tư pháp ở nhiều nước châu Âu khác, do đó không thể không thừa nhận vai trò kiến tạo luật của các Tòa án[63].

Ngoài những yếu tố này, theo các nhà nghiên cứu Hà Lan còn có những yếu tố khác dẫn đến sự coi trọng án lệ trong thực tế. Đó là bởi pháp luật Hà Lan rất thiếu tính cụ thể, rất cần sự giải thích của Tòa án. Mặt khác, trong lĩnh vực về quyền con người, pháp luật ở đây chưa có mức pháp điển hóa cao nên các quy định pháp luật thực định rất dễ rơi vào tình trạng chông chéo, mâu thuẫn. Do vậy, rất cần đến vai trò giải thích của Tòa án.

Như vậy, ở các nước châu Âu lục địa có ba tình huống cho vai trò của án lệ:

- Ở một số nước, án lệ không được thừa nhận chính thức và hạn chế sử dụng trong thực tiễn xét xử.

- Ở một số nước, án lệ được thừa nhận chính thức và được sử dụng khá phổ biến trong thực tiễn xét xử.

- Ở nhiều nước, án lệ không được thừa nhận chính thức nhưng được áp dụng rộng rãi và có vị trí ngang với luật thực định.

Tình huống thứ ba vừa nêu cần được hiểu rằng, không được thừa nhận chính thức không có nghĩa là phủ nhận án lệ trên thực tế. Ngược lại, dù án lệ không được công nhận nhưng vai trò thực tế lại tồn tại. Vì vậy, Giáo sư Rene David đã cho rằng, không nên vì thấy án lệ ở một số nước châu Âu không được chính thức thừa nhận chỉ vì nhìn vào pháp luật mà cần phải nhìn vào thực tiễn. Và do đó, theo ông, đừng vì thế mà vội kết luận rằng, ở các nước châu Âu lục địa án lệ không được sử dụng, vai trò của thực tiễn xét xử không lớn[75].

Điều này có thể thấy rõ khi nhìn vào số lượng ngày càng tăng của các cuốn tập hợp hóa các quyết định của Tòa án ở các nước như Đức, Pháp, Thụy Sĩ, Italy v.v.. đáng chú ý nhất là tính bắt buộc của phán quyết của Tòa án hiến pháp.

Vì những lý do thực tế đó, các giới luật học châu Âu đã hầu như đồng nhất với quan điểm cho rằng, nếu nói về án lệ và vị trí của án lệ như một nguồn pháp luật thì không nên chỉ nhìn vào các quy định chính thống hình thức mà phải có cách nhìn thực tế. Theo đó, không chỉ pháp luật thực định do các cơ quan có thẩm quyền của Nhà nước ban hành có giá trị thi hành và pháp luật không chỉ là những văn bản đó. Vì vậy, trong quá trình giải quyết các vụ việc pháp lý các thẩm phán phải lấy tư tưởng chung về công lý làm cơ sở chỉ

đạo, để trong trường hợp cụ thể có thể đặt được tinh thần công bằng, sự hài hòa giữa các lợi ích khác nhau, lợi ích riêng và lợi ích chung của xã hội. Với tư cách là nguồn pháp luật, án lệ ở các nước theo hệ thống luật châu Âu lục địa luôn được đặt trong mối liên hệ với các loại nguồn pháp luật khác, mà trước hết là với pháp luật thực định. Điều này không chỉ xảy ra khi các Tòa án giải thích pháp luật, áp dụng pháp luật mà cả khi các Tòa án kiến tạo luật. Án lệ của các Tòa án ở đây được hình thành trên cơ sở và trong khuôn khổ các tư tưởng và nguyên tắc do luật thực định quy định. Do đó, chỉ có thể hiểu được chính xác vai trò của án lệ ở các nước này khi ta đặt nó trong mối liên hệ với pháp luật thực định. Chính vì vậy, hoạt động kiến tạo luật của các Tòa án, của thực tiễn xét xử thường phải núp dưới cái bóng của hoạt động giải thích pháp luật thực định, thông qua chức năng giải thích pháp luật. Nhiều nhà nghiên cứu ở châu Âu còn nhận xét rằng các thẩm phán nước họ luôn tuyên bố “chỉ tuân theo pháp luật” kể cả khi pháp luật không quy định bắt buộc điều đó. Tuy nhiên, đó chỉ là vấn đề thuộc về thói quen của tư duy pháp lý mà không phải là trên thực tế.

1.2.2. Vai trò của thực tiễn xét xử và của án lệ trong hệ thống Thông luật

1.2.2.1. Nhận xét chung

Như đã nêu ở phần trên, tại các nước theo hệ thống Thông luật, án lệ là nguồn pháp luật cơ bản, là sản phẩm kiến tạo luật của Tòa án. Và điểm đáng chú ý ở đây là ở chỗ án lệ phải là quyết định có trước của Tòa án cấp cao mà không phải là của mọi Tòa án. Ở Canada có hai Tòa cấp cao là Tòa án tối cao Canada và Tòa án ngân khố (trước năm 1971 được gọi là Tòa án liên bang); còn ở Anh, đó là Tòa án Hoàng gia, Tòa thượng thẩm và Tòa phúc thẩm. Các tòa án này được hình thành trên nguyên tắc phân chia thẩm quyền xét xử.

Án lệ của Tòa án Hoàng gia được đưa ra khi Tòa án này xét xử sơ thẩm các vụ án hình sự (với sự tham gia của Bồi thẩm đoàn trong trường hợp bị cáo

không nhận tội), hoặc trong trường hợp Tòa án này xét xử phúc thẩm bản án và quyết định của Tòa án cấp dưới.

Tòa thượng thẩm đưa ra án lệ khi tiến hành xét xử các vụ án phức tạp nhất về dân sự liên quan đến hợp đồng ủy thác các vụ việc về sở hữu, phá sản, vận tải biển, các vụ án đòi cấp dưỡng, xác lập chế độ giám hộ dân sự đối với một số đối tượng v.v...

1.2.2.2. Quy tắc bắt buộc áp dụng án lệ (“stare decisis”)-quy tắc số 1 của Thông luật

Nói đến đặc điểm của án lệ trong hệ thống Thông luật, trước hết phải nói đến nguyên tắc “stare decisis”-nguyên tắc về tính bắt buộc áp dụng án lệ. Có thể nói, nguyên tắc này đã hình thành ở Anh quốc từ rất sớm nhưng được hoàn chỉnh, trở nên nhất quán từ đầu thế kỷ XIX, khi mà hệ thống Tòa án của nước này đã trở nên rõ ràng, thống nhất và những tập án lệ đã trở nên rất hoàn hảo. Xét về thời gian thì án lệ ở các nước Thông luật khác nhau như Mỹ, Canada, Australia v.v.. được khẳng định muộn hơn.

Sức ảnh hưởng lớn và tính áp dụng bắt buộc của án lệ ở Anh quốc không phải là hệ quả của một áp lực nào đó, chẳng hạn, của một loại chế tài, mà hoàn toàn nằm ở phương diện nhận thức của giới học thuật cũng như giới thực tiễn. R.Cross, giáo sư thuộc Đại học Oxford đã nhận xét rằng, các thẩm phán Anh “sùng bái” án lệ đến mức mà kể cả khi không cần lắm đến án lệ họ vẫn cố gắng tìm cho được án lệ[73]. Tuy nhiên, cũng cần thấy rằng, trong hệ thống pháp luật của Anh có một nguyên tắc bắt buộc áp dụng án lệ và trường hợp thẩm phán cố tình không áp dụng quy tắc viện dẫn án lệ về vụ việc có liên quan thì nhất thiết sẽ áp dụng chế tài đối với trường hợp này. Quy tắc viện dẫn án lệ xác định rằng, Tòa án nhất thiết phải áp dụng, làm theo quyết định của Tòa án cấp trên, đối với Tòa án phúc thẩm, trừ Tòa án hoàng gia,

cũng phải tuân theo quyết định trước đó của mình. Cụ thể hơn, quy tắc về việc bắt buộc áp dụng án lệ có 3 nội dung cơ bản sau đây:

1- Các bản án và quyết định của Tòa án Hoàng gia tạo thành án lệ bắt buộc đối với mọi tòa án, không có ngoại lệ.

2- Các bản án và quyết định của Tòa phúc thẩm có hiệu lực của án lệ bắt buộc đối với tất cả các Tòa án cấp dưới.

3- Các bản án và quyết định của Tòa án cấp cao có hiệu lực án lệ bắt buộc đối với tất cả các tòa án cấp dưới.

Trong những thập niên gần đây, nguyên tắc “stare decisis”-nguyên tắc “bắt buộc áp dụng án lệ” ở Anh đã có bớt đi tính cứng nhắc của nó. Nói khác đi, Tòa án Hoàng gia đã đưa ra quan điểm có thể thay đổi án lệ của chính mình khi cần thiết với mục đích tạo không gian cho sự phát triển linh hoạt của pháp luật. Theo đó, Tòa án Hoàng gia tự cho mình quyền không bắt buộc tuân theo án lệ có trước của chính mình, giống như quan điểm của Tòa án tối cao Hoa Kỳ. Tương tự với quan điểm mang tính phát triển của Tòa án Hoàng gia, Tòa phúc thẩm Anh cũng đưa ra nguyên tắc về khả năng không nhất thiết phải tuân theo án lệ trước đó của mình. Theo đó, trong ba trường hợp, thứ nhất khi Tòa cho là án lệ trước đó của mình có thể đã được đưa ra do sơ suất, thiếu sự cân trọng cần thiết nên có thể không còn phù hợp với tình hình mới; thứ hai, án lệ có nội dung tỏ ra không phù hợp với quyết định về vấn đề tương ứng của Tòa án Hoàng gia đã đưa ra sau khi có án lệ này; ba là, khi Tòa phúc thẩm nhận thấy án lệ đưa ra trước đây của mình đã lạc hậu, không còn phù hợp, hoặc khi có một đạo luật thực định để thay thế nó hoặc bị Ủy ban tư pháp của Hội đồng cơ mật bác bỏ.

Tuy nhiên, như nhận xét của nhiều nhà nghiên cứu, những ngoại lệ đối với quy tắc “stare decisis” là rất hãn hữu ở Anh và Hội đồng cơ mật cũng đã đưa ra quan điểm về việc hạn chế đến mức có thể những ngoại lệ đó. Mặc

dù vậy, những trường hợp “được phép” vi phạm quy tắc bắt buộc áp dụng án lệ cũng nói lên một điều rằng trong hệ thống Thông luật đã có sự ảnh hưởng nhất định vai trò của luật thực định, một phần nào là ở Anh và rõ nhất là ở Mỹ, Canada, Australia.

1.2.2.3. Cấu trúc và nội dung của một án lệ

Cấu tạo và giá trị áp dụng của một bản án lệ ở Anh và theo đó là ở các quốc gia theo hệ thống Thông luật được dần dần hình thành và đúc kết trong thời gian các thế kỷ 18-19. Theo đó, một bản án hay quyết định của Tòa án trở thành án lệ phải chứa đựng ba bộ phận với những vai trò khác nhau đối với việc “tuân theo” của các Tòa án sau đó.

Thứ nhất, đó là phần lý giải căn cứ của bản án hay quyết định của Tòa án, là phần chủ yếu mà các Tòa án sau đó phải tuân theo. Trong tiếng Anh đó là phần “ratio decidendi”.

Thứ hai, những nội dung, ý kiến được trình bày trong bản án, hoặc quyết định mang tính quan điểm chung để giải quyết vụ án, không được coi là phần bắt buộc áp dụng vì được quan niệm đó chỉ là phần bổ sung, nói cho rõ (“obiter dictum”).

Như vậy, đối với một bản án hay quyết định khi trở thành án lệ thì các Tòa án sau đó cần tập trung chú ý không chỉ vào các phán quyết của chung cục cho vụ việc mà còn phải chú ý đến mọi lý lẽ dẫn đến quyết định đó. Các lý lẽ đó, cộng với phán quyết sau cùng tạo thành nội dung của án lệ.

Tuy nhiên, phân lập luận cơ bản phải được coi là nội dung chủ đạo của án lệ. Chính vì vậy, khi hình thành nội dung của bản án hoặc quyết định, Tòa án cần tập trung nỗ lực vào việc hình thành cơ sở lập luận của bản án hoặc quyết định, làm rõ yếu tố chủ đạo của vụ việc và căn cứ quan trọng nhất của việc giải quyết vụ việc bảo đảm tính logic, tính mạch lạc, rõ ràng bởi đó sẽ trở thành quy chuẩn cho sự “tuân theo” về sau của các Tòa án khác.

Về mối tương quan và giá trị của hai yếu tố hợp thành án lệ: phần “lý giải cơ bản” và phần “nói cho rõ” của bản án hoặc quyết định quan điểm của giới luật học Anh và Mỹ có sự khác nhau. Người Anh đòi hỏi sự phân biệt rạch ròi hai phần nêu trên của bản án hay quyết định còn người Mỹ với quan điểm thực dụng của mình cho rằng điều quan trọng không phải là xem Thẩm phán ra bản án trên cơ sở nào mà là đã cho kết quả như thế nào. Tuy nhiên, quan điểm chung của giới luật học của hai quốc gia đều nhấn mạnh ý nghĩa của lý lẽ bản án.

Những điểm chung cơ bản của án lệ ở các nước theo hệ thống Thông luật bắt nguồn từ nguồn gốc chung của án lệ-đó là hệ thống pháp luật nước Anh. Những điểm riêng, khác nhau giữa các nước chủ yếu xuất phát từ sự khác nhau về văn hóa pháp lý, tôn giáo, nền chính trị, đặc điểm kinh tế, các truyền thống dân tộc, địa lý v.v.

Kết luận chương 1

Trên thế giới, đó là hai trường phái án lệ, đó là: “án lệ bắt buộc” và “án lệ bổ sung cho luật thực định”. Đó là nội dung của nguyên tắc “Stare decisis”, nghĩa là phải tuân theo các phán quyết đã có (bắt buộc áp dụng án lệ). 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 những vụ án tương tự sau này.

Đối với các nước thuộc hệ thống Thông luật án lệ bao gồm những nguyên tắc hoặc quy tắc rút ra từ một vụ án trước đó hoặc loạt một vụ án mà sau đó các tòa án phải sử dụng và áp dụng khi quyết định một vụ án với vấn đề pháp lý hoặc tình tiết thực tế tương tự; trong đó tòa án cấp dưới có nghĩa vụ tuân theo án lệ của tòa án cấp trên.

Đối với các nước trong hệ thống pháp luật châu Âu lục địa (còn gọi là

hệ thống Dân luật) án lệ lại chỉ được coi là nguồn thứ yếu sau hệ thống các văn bản thuộc luật thành văn, chỉ có những quy định mang tính nguyên tắc, không quy định chi tiết nhưng có vai trò và tầm quan trọng riêng. Về mặt chính thức, pháp luật không quy định các tòa án cấp dưới có nghĩa vụ phải tuân theo án lệ của tòa án cấp trên đối với những vụ án có nội dung tương tự nhưng thực tiễn cho thấy án lệ của tòa án cấp trên có hiệu lực ràng buộc nhất định và đây chính là xu hướng thực tế đang diễn ra trong hệ thống pháp luật các nước thuộc nhóm này.

Chương 2

VAI TRÒ CỦA HOẠT ĐỘNG XÉT XỬ CỦA TÒA ÁN VÀ THỰC TIỄN SỬ DỤNG ÁN LỆ Ở VIỆT NAM

2.1. VAI TRÒ CỦA HOẠT ĐỘNG XÉT XỬ CỦA TÒA ÁN TRONG QUÁ TRÌNH PHÁT TRIỂN HỆ THỐNG PHÁP LUẬT VIỆT NAM

2.1.1. Hoạt động xét xử của Tòa án là hình thức áp dụng pháp luật quan trọng

Tính chất “áp dụng pháp luật” của hoạt động xét xử được biểu hiện ở những điểm sau đây:

2.1.1.1. Hoạt động xét xử là hoạt động quyền lực

Trong quản lý và điều hành của Nhà nước cũng như trong việc thực hiện các hành vi pháp luật của cá nhân và tập thể đều có những lúc cần đến việc xử lý vấn đề như: hợp pháp hay không hợp pháp, đúng hay sai trong một quyết định hay trong một hành vi.

Một chủ thể quản lý ra quyết định, cấp dưới, cấp trên, hoặc công dân hay tổ chức xã hội, v.v... những ai có liên quan, đều có thể tranh chấp về những vấn đề đúng, sai kể trên. Một hành vi của công dân hay của tập thể cũng như vậy. Trong những trường hợp đó, *những ai có liên quan về mặt lợi ích* đều cần *sự phán xét trên cơ sở pháp luật*. Khi phán xét về những vấn đề như vậy, cần một hoạt động với những thủ tục chặt chẽ. Đó là hoạt động xét xử nhằm phán quyết tính hợp pháp và tính đúng đắn của hành vi, trên cơ sở đó mà có những kết luận về trách nhiệm pháp lý của những chủ thể có liên quan.

Xét xử là hoạt động phán quyết của cơ quan thay mặt Nhà nước nhằm khôi phục trật tự nếu nó bị xâm phạm, hoặc nhằm bảo vệ lợi ích hợp pháp và chính đáng của công dân, của tập thể, của quốc gia và xã hội. Vì vậy, đây là *một hoạt động quyền lực nhà nước* đặc thù, nó không đơn thuần chỉ là dàn

xếp, hòa giải, mặc dù về thực chất, dàn xếp và hòa giải cũng có mục đích như vậy và do đó có mối liên quan khăng khít với hoạt động xét xử.

Hoạt động xét xử là hoạt động nhân danh quyền lực nhà nước nhằm xem xét, đánh giá và ra phán quyết về tính hợp pháp và tính đúng đắn của hành vi pháp luật hay quyết định pháp luật khi có sự tranh chấp và mâu thuẫn giữa các bên có lợi ích khác nhau trong các tranh chấp hay mâu thuẫn đó.

Hoạt động trung gian hòa giải và dàn xếp đặc trưng cho lĩnh vực quan hệ hợp đồng khi vấn đề lợi ích có đụng chạm nhưng chưa đến mức nghiêm trọng đến các bên khác hoặc đến lợi ích chung của xã hội và cộng đồng. Do đó, hoạt động này tập trung trong các lĩnh vực kinh doanh, thương mại, gia đình, và các phạm vi hành chính, hình sự nhỏ. Những sự dàn xếp, hòa giải như vậy có mục đích thúc đẩy sự đồng thuận xã hội, thúc đẩy quá trình sản xuất, kinh doanh, lao động, khi những mâu thuẫn nhỏ còn có khả năng lắng đọng xuống và nhường chỗ cho hoạt động xã hội lành mạnh và tiến bộ.

Yếu tố “*nhân danh quyền lực nhà nước*” trong hoạt động xét xử có nghĩa rằng đây không phải là hoạt động của cá nhân công dân, cũng không phải là hoạt động xã hội hay nghiệp đoàn. Và do đó, khi cần thiết, phán quyết của cơ quan nhân danh Nhà nước được bảo đảm thi hành bởi sự cưỡng chế hợp pháp của Nhà nước; “Xem xét, đánh giá và ra phán quyết” là những yếu tố đặc trưng của hoạt động xét xử và do đó có thể gọi hoạt động tư pháp là hoạt động xét xử. Điều 102 Hiến pháp 2013 quy định: “Tòa án nhân dân là cơ quan xét xử của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam, thực hiện quyền tư pháp”. Trong tranh chấp hay xung đột mà Tòa án xem xét và phán quyết phải có *từ hai chủ thể trở lên có vị trí độc lập đối với nhau về lợi ích*, chứ không thể chỉ là sự dàn xếp cho những người khác nhau về địa vị, nhưng không có gì tranh chấp với nhau. Do đó, có thể gọi sự tranh chấp của các chủ thể khác nhau về lợi ích này là sự tranh tụng (nên còn được gọi là “tổ tụng”-tổ tụng dân sự, tổ tụng hình sự, v.v...)

Trên đây là những nội dung của hoạt động xét xử. Bất kỳ một hoạt động nào có hàm chứa những nội dung trên thì đều có thể được coi là hoạt động xét xử, dù nó thuộc lĩnh vực nào: hình sự, dân sự, hành chính hay kinh tế, thương mại, đất đai, lao động, v.v...

Vai trò và vị trí trung tâm của hoạt động xét xử được giải thích trước hết bởi tính pháp lý của nó trong toàn bộ các phương thức khác nhau mà xã hội và Nhà nước dùng để giải quyết các tranh chấp và mâu thuẫn lợi ích.

Thủ tục xét xử của Tòa án, như những yếu tố nêu trên, cho thấy rằng, đó là thủ tục công khai, dễ hiểu, dân chủ: sự độc lập của người xét xử (không là đại diện của bất kỳ bên nào hay của ai có liên quan về lợi ích). Thủ tục ở đây công khai, ai cũng biết và ai cũng phải làm theo như vậy. Thủ tục đó bảo đảm để các bên phản ánh hết ý kiến của mình với Tòa án một cách trực tiếp. Thủ tục đó bảo đảm sự giám sát của công luận, của các luật sư, của nhân dân và của các bên thông qua cơ chế khiếu nại và xét khiếu nại trong quá trình tố tụng. Toàn bộ những yếu tố đó làm cho Tòa án và hoạt động xét xử là một giá trị không gì có thể thay thế được.

Ở nước ta, từ trước đến nay, vai trò của Tòa án đối với việc áp dụng, bảo vệ pháp luật luôn luôn được đề cao, tuy ở những giai đoạn khác nhau vai trò đó có những mức độ biểu hiện khác nhau. Bằng chứng là trong số các cơ quan áp dụng pháp luật Tòa án là một trong những cơ quan được thành lập sớm nhất (Sắc lệnh số 13 ngày 24-1-1946 về Tổ chức các Tòa án và các ngạch thẩm phán). Trong thời gian đầu, vai trò của các Tòa án không chỉ được giới hạn trong việc áp dụng các quy định của pháp luật mà các Tòa án còn được quyền quy định các quy phạm có tính phổ biến và bắt buộc. Trong tình hình pháp luật của ta lúc đó còn rất thiếu, các thẩm phán tòa án tiến hành xét xử không chỉ theo pháp luật mà còn “theo tinh thần của luật”, “theo niềm tin nội tâm” và ý thức pháp luật cách mạng.

Trải qua nhiều giai đoạn phát triển lịch sử của Nhà nước ta, các Tòa án đã đóng góp phần quan trọng vào việc tạo nên những quy phạm mới, dần dần được tập hợp trong các “bản tổng kết hàng năm” hoặc các “bản tổng kết chuyên đề xét xử” các vụ án, các loại án. Đó có thể nói là “tiền thân” của các quy phạm và chế định pháp luật và của Bộ luật Hình sự, Bộ luật Dân sự và các đạo luật quan trọng khác của Nhà nước ta ngày nay.

Trong toàn bộ hệ thống áp dụng pháp luật và xét trong mối liên hệ với hệ thống pháp luật cần phải kể đến vai trò của Tòa án tối cao. Tòa án tối cao nước ta có những hoạt động sau đây:

1. Hướng dẫn các Tòa án áp dụng thống nhất pháp luật, tổng kết kinh nghiệm xét xử của các Tòa án. Điều 104, Hiến pháp 2013 quy định: “Tòa án nhân dân tối cao thực hiện việc tổng kết thực tiễn xét xử, bảo đảm áp dụng thống nhất pháp luật trong xét xử”. Để làm được chức năng đó, Tòa án tối cao thực hiện việc giải thích pháp luật. Các giải thích này căn cứ vào pháp luật và có giá trị hướng dẫn đối với các Tòa án và với những ai có liên quan đến việc áp dụng văn bản pháp luật mà Tòa án tối cao giải thích. Sự hướng dẫn đó cần thiết khi trong thực tiễn có những thay đổi về tính chất, về động thái của những hành vi pháp luật mà văn bản pháp luật được giải thích đang điều chỉnh.

Trước hết, đó là những loại hành vi mới cần chú ý vì trong hoàn cảnh mới hành vi đó trở nên quan trọng về mặt xã hội. Cũng có thể đó là một loại hành vi đáng chú ý hơn trước, vì nó đã trở nên tiêu cực hơn trước, chẳng hạn, các loại vi phạm hợp đồng, các tội phạm v.v... Đối với hành vi trở nên quan trọng hơn thì việc bảo vệ cần được tăng cường hơn, đối với hành vi trở nên tiêu cực, hoặc đã tiêu cực rồi, nay trở nên tiêu cực hơn, thì phải tăng cường các biện pháp đấu tranh có hiệu quả hơn.

2. Tòa án tối cao cũng có thể giải thích về những vấn đề ít được các Tòa án biết đến, hoặc vì chúng phức tạp và khó áp dụng trong thực tiễn cuộc

sống. Trong những trường hợp đó, Tòa án tối cao thường gợi ý các tòa án những cách giải quyết vấn đề. Ví dụ, đó là các vấn đề về định tội danh, quyết định hình phạt, bồi thường thiệt hại, áp dụng các thủ tục tố tụng v.v.. Chẳng hạn, Tòa án tối cao thường chỉ ra những thiếu sót phổ biến của các Tòa án, những phương pháp giải quyết tốt và điển hình cho các tình huống phức tạp để các Tòa án rút ra kinh nghiệm chung.

Các giải thích của Tòa án tối cao cũng thường hướng dẫn biện pháp xử lý cho phù hợp với chính sách pháp luật chung của cả nước.

Có thể nói rằng, việc áp dụng pháp luật được phản ánh trong các hướng dẫn khác nhau đó của Tòa án tối cao là biểu hiện cần thiết việc điều chỉnh pháp luật đối với các quan hệ xã hội đang thay đổi mau lẹ, đa dạng và đồng thời chứng tỏ các yêu cầu của cuộc sống, của thực tiễn pháp lý cũng đang được đặt ra đối với việc điều chỉnh pháp luật.

Thực tiễn xét xử kết tinh nhu cầu từ hai phía-từ phía pháp luật, nó có thể chỉ ra những mặt ưu, mặt khuyết của pháp luật, kiểm nghiệm của thực tiễn đối với các quy định của luật; đối với thực tiễn, nó cung cấp những cách xử lý điển hình cho những hoàn cảnh điển hình.

Qua đó, ta thấy rằng, cần có phương pháp phổ biến rộng rãi những thông tư hướng dẫn, những bản giải thích của Tòa án, hoặc kể cả các quyết định, các bản án dân sự, kinh tế, thương mại, hình sự, hành chính điển hình của các tòa án để nhân dân tham khảo, không nên coi đó là những tài liệu và văn bản nội bộ. Tòa án không phải là những cơ quan quản lý, điều hành, do đó, không có vấn đề nội bộ, không có vấn đề bí mật, trừ những vụ án cụ thể Tòa án không xử công khai theo quy định của luật. Chính vì vậy, tại Khoản 3 Điều 103 Hiến pháp 2013 quy định: “Tòa án nhân dân xét xử công khai. Trong trường hợp đặc biệt cần giữ bí mật nhà nước, thuận phong, mỹ tục của dân tộc, bảo vệ người chưa thành niên hoặc giữ bí mật đời tư theo yêu cầu

chính đáng của đương sự, Tòa án nhân dân có thể xét xử kín”. Ở đại đa số các nước trên thế giới các tập bản án được phổ biến chính thức và rộng rãi, có thể truy cập.

2.1.1.2. Hoạt động xét xử là quá trình áp dụng pháp luật sáng tạo

Hoạt động áp dụng pháp luật của Tòa bao gồm những bước sau đây:

- Nghiên cứu, tìm hiểu nội dung điều luật.
- Phát hiện những mâu thuẫn trong các nội dung của những quy định đang được áp dụng so với các quy định pháp luật hiện hành khác (xung đột luật).
- Tìm giải pháp nhằm hợp lý hóa những quy định trái hoặc khác nhau trong khuôn khổ có thể lựa chọn được, nhất là khi vận dụng các khái niệm có tính đánh giá (mức độ tùy nghi).
- Sử dụng nguyên tắc tương tự khi phát hiện các “lỗ hổng” của pháp luật.
- Đề xuất những nội dung điều chỉnh mới với cơ quan có thẩm quyền để ban hành hoặc sửa đổi quy phạm pháp luật.

Như vậy, xét xử là cả một quá trình hoạt động sáng tạo của Tòa án. Thiếu sự sáng tạo, chủ động đó khi áp dụng pháp luật thì Tòa án chỉ còn là một “bộ luật biết nói”!

Khi nói đến vị trí và vai trò của hoạt động xét xử của Tòa án trong hệ thống pháp luật của một Nhà nước không thể không đề cập đến vấn đề thẩm quyền của Tòa án trong những trường hợp phát hiện thấy điều luật đang áp dụng có nội dung trái với Hiến pháp và pháp luật (không hợp hiến, không hợp pháp).

Trong những trường hợp đó, kinh nghiệm của các nước trên thế giới nói chung đã cung cấp cho ta hai khả năng giải quyết vấn đề. Nói đúng hơn, đó là hai mức độ thẩm quyền của Tòa án trong mối tương quan về thẩm quyền với các cơ quan lập pháp.

Trường hợp thứ nhất, Tòa án chỉ ghi nhận tính không hợp hiến hoặc tính không hợp pháp với Hiến pháp và pháp luật hiện hành của Nhà nước, với

luật pháp, các hiệp ước và thông lệ quốc tế, rồi sau đó kiến nghị về ý kiến của mình lên cơ quan lập pháp. Trong trường hợp này, cơ quan lập pháp có thể không chấp nhận hoặc không chấp nhận kiến nghị của Tòa án.

Trường hợp thứ hai, sau khi phát hiện điều luật bất hợp hiến và bất hợp pháp, Tòa án có quyền chính thức coi điều luật đó là bất hợp hiến hoặc bất hợp pháp; điều luật bị coi là vi hiến có thể mất hiệu lực thi hành hoặc bị tòa án đề nghị với cơ quan lập pháp có giải pháp sửa đổi hoặc bổ sung luật, hoặc đình chỉ hiệu lực của điều luật để xem xét lại, đề xuất phương án thay thế.

Ở nước ta, giám sát của Tòa án về tính hợp hiến và hợp pháp của các văn bản pháp luật theo cả hai cơ chế đó chưa được xác lập. Chức năng và thẩm quyền hiện nay của Tòa án hạn trong phạm vi các kiến nghị.

Chính sách pháp luật trong thực tiễn là sự nối tiếp và sự cụ thể hóa chính sách được thể hiện trong pháp luật. Tuy cơ quan thực tiễn không có quyền làm ra những quy phạm có hiệu lực phổ biến đã được thể chế hóa bằng pháp luật. Thế nhưng, sự biểu hiện của pháp luật trong thực tiễn bao giờ cũng đa dạng hơn, phong phú hơn so với khi nó đang được chứa đựng trong các quy phạm và chế định của pháp luật. Điều đó được biểu hiện thông qua bốn khả năng mà Tòa án, cơ quan áp dụng pháp luật, được phép có: khả năng sử dụng những “*cường độ*” khác nhau khi áp dụng quy định của pháp luật; khả năng vận dụng các quy phạm đánh giá; khả năng áp dụng tùy nghi các quy định của pháp luật và khả năng giải thích pháp luật.[56]

- Sử dụng các cường độ áp dụng quy định của pháp luật.

Theo GS.TSKH Đào Trí Úc thì cường độ áp dụng của pháp luật có nghĩa là số lần áp dụng một loại quy phạm nào đó hoặc vận dụng ở mức độ nào. (2) Vì vậy, quan điểm chỉ đạo thực tiễn là hết sức quan trọng để duy trì và giữ vững nguyên tắc pháp chế xã hội chủ nghĩa, bảo đảm tính thống nhất của pháp luật.

- *Sử dụng các quy định có tính chất đánh giá của pháp luật.*

Trong thực tiễn xét xử các vụ án hình sự, tình huống này có thể xảy ra khi xem xét vấn đề về mối tương quan giữa yếu tố thuộc về hành vi tội phạm và yếu tố thuộc về nhân thân người phạm tội. Nếu nhấn mạnh yếu tố thứ nhất, coi trọng hành vi là chính, thì nguyên tắc “mọi công dân đều bình đẳng trước pháp luật” sẽ được thực hiện tuyệt đối, nhưng không phải khi nào cũng cho ta một giải quyết đúng. Chẳng hạn, nếu không tính đến khả năng nhận thức của người phạm tội, như “bị chi phối, đe dọa, cưỡng bức; trình độ nghiệp vụ non kém, hoặc là: kẻ cầm đầu, kẻ xúi giục, kẻ lợi dụng chức vụ, quyền hạn v.v... Nhưng nếu chú trọng đến yếu tố nhân thân thì không tránh khỏi việc nhận xét và đánh giá chủ quan, dẫn đến phủ nhận tác dụng phòng ngừa chung của pháp luật. Chính vì vậy, nhà làm luật đã có một giải pháp thích hợp cả hai yếu tố kể trên bằng cách sử dụng hai chế định: cấu thành tội phạm và quyết định hình phạt. Khi quy định cấu thành tội phạm, yếu tố hành vi đóng vai trò chủ đạo, còn yếu tố nhân thân chỉ được nhắc đến dưới dạng chung nhất. *Cấu thành tội phạm là căn cứ cần và đủ cho việc truy cứu trách nhiệm hình sự, song chưa đủ để xác định một hình thức xử lý về trách nhiệm hình sự* đối với người phạm tội. Chế định quyết định hình phạt của Luật hình sự cho phép tính đến yếu tố nhân thân, bởi vì mục đích của hình phạt là để tác động đến ý thức người phạm tội và do đó, Tòa án không chỉ “cân nhắc” đến tính chất và mức độ nguy hiểm của hành vi phạm tội mà còn căn cứ vào nhân thân người phạm tội và các tình tiết giảm nhẹ hoặc tăng nặng khác (điều 45 Bộ luật hình sự). Luật cũng quy định là, trong trường hợp, khi có nhiều tình tiết giảm nhẹ, Tòa án có thể quyết định một hình phạt dưới mức thấp nhất mà điều luật đã quy định, hoặc chuyển sang một hình phạt khác thuộc loại nhẹ hơn (đ.47). Cần chú ý: Bộ luật dùng khái niệm “có thể”, mà không dùng khái niệm có tính chất bắt buộc. Như vậy là, cả trong việc đánh giá và cân nhắc các yếu tố thuộc

về nhân thân, các tình tiết tăng nặng, giảm nhẹ và cả khi sử dụng các yếu tố và tình tiết đó để quyết định hình phạt, Bộ luật giao cho Tòa án được quyền cân nhắc, quyết định.

- Khả năng áp dụng tùy nghi các quy định của pháp luật.

Chúng ta đều biết rằng, pháp luật chỉ ghi nhận và điều chỉnh những hoàn cảnh và hành vi đặc trưng nhất và điển hình nhất trong đời sống thực tế, coi đó là những quy tắc mẫu mực hợp lý nhất. Đó là cũng là yêu cầu về tính ổn định của pháp luật. Chính vì vậy, các quy phạm của pháp luật không thể phản ánh được hầu hết tất cả các mặt của đời sống xã hội rất sinh động và đa dạng. Tính khái quát và phổ biến của quy phạm pháp luật, và yêu cầu áp dụng nó một cách cụ thể-đó là hai mặt của một sự thống nhất biện chứng đòi hỏi sự sáng tạo và vì vậy đặt ra vai trò quan trọng của hoạt động áp dụng luật, của hoạt động thực tiễn. Vai trò đó thể hiện ở việc giải quyết vấn đề, làm thế nào để mục đích của người làm luật được thực hiện đầy đủ và đúng đắn trong mọi điều kiện. Những tiền đề cho sự giải quyết vấn đề đó trước hết đương nhiên phải được tạo ra ngay từ trong hoạt động xây dựng pháp luật. Nhưng cũng như pháp luật nói chung, các tiền đề đó là do các điều kiện khách quan quyết định nhưng một phần nào đó là yếu tố chủ quan như kinh nghiệm làm luật, trình độ của đội ngũ cán bộ làm luật v.v...

Trong lĩnh vực pháp luật hình sự, ở nước ta, trong thời kỳ đầu việc xây dựng cũng như áp dụng pháp luật đã phải xuất phát từ ý thức cách mạng, vì lúc đó ta chưa có nhiều pháp luật. Vì thế, nhà nước ta đã chủ trương áp dụng nguyên tắc tương tự. Nhờ đó, các cơ quan áp dụng pháp luật đã không bị bó tay trong hoạt động của mình. Cũng do thực hiện nguyên tắc đó và trên cơ sở chính sách đường lối của Đảng, các cơ quan áp dụng pháp luật của ta đã vận dụng một cách sáng tạo các văn bản pháp luật quan trọng của Nhà nước để xử lý một số hành vi mà trước đó chưa có luật hoặc chưa được pháp luật điều

chính. Nhưng sau nhiều năm đấu tranh phòng, chống tội phạm, chúng ta đã có đủ căn cứ và điều kiện để Bộ luật Hình sự năm 1985 của nước ta từ bỏ nguyên tắc tương tự.

Pháp luật của nước ta đi từ việc quy định những yếu tố cấu thành khái quát và rất chung đến việc quy định những yếu tố cấu thành cụ thể hơn, từ việc quy định nhiều chế tài không xác định (chẳng hạn, chỉ quy định hành vi phải trừng trị mà không quy định về chế tài, do đó, tòa án và các cơ quan áp dụng pháp luật-có quyền tự do chọn và quyết định hình phạt và các biện pháp tác động khác; hoặc tuy có chế tài, nhưng rất chung, ví dụ chỉ xác định: “phải trừng trị nghiêm khắc”, “bị truy tố trước Tòa án” v.v... đến việc tăng cường nhiều chế tài xác định tương đối. Ở thời kỳ đầu, các chế tài xác định tương đối cũng còn rất rộng. Chẳng hạn, ta thường gặp các quy định như: “bị phạt đến... năm tù”, bị phạt “ít nhất là... năm tù” v.v.... tức là hoặc chỉ quy định mức tối thiểu, hoặc chỉ có mức tối đa, “khoảng co dãn” tùy nghi của Tòa án, do đó, rất lớn.

Pháp luật, dù có hoàn thiện đến mấy, cũng không thể phản ánh và quy định hết được tất cả những hoàn cảnh cụ thể của cuộc sống. Và do đó, không thể cho rằng kể từ khi bỏ nguyên tắc tương tự và quy định cụ thể các tội phạm, người áp dụng pháp luật không còn đóng vai trò sáng tạo trong thực tiễn xét xử.

- Sử dụng khả năng giải thích pháp luật và hướng dẫn thi hành pháp luật.

Một điều hiển nhiên xuất phát từ yêu cầu của pháp chế xã hội chủ nghĩa là: pháp luật phải được hiểu đúng theo cả tinh thần và cả lời văn của nó, không ai có được quyền hiểu và giải thích khác đi.

Tuy nhiên, nói như vậy không có nghĩa là quy định của pháp luật luôn luôn chỉ là quy định đông cứng mà không có ý nghĩa đối với hoàn cảnh và thời gian cụ thể. Nhiều quy định của pháp luật, ngay từ đầu, đã chủ

tâm tạo ra những khả năng để vận dụng và hiểu tùy theo hoàn cảnh và điều kiện lịch sử cụ thể.

Trong pháp luật hình sự, có nhiều quy phạm có tính chất đánh giá. Chẳng hạn, ta thường gặp các quy định như “xâm phạm nghiêm trọng lợi ích của Nhà nước, của tập thể, của nhân dân”, “gây hậu quả nghiêm trọng”, “gây thiệt hại lớn”, “vớ số lượng hoặc “có giá trị đặc biệt”, “có động cơ đê hèn”, “thủ đoạn gian ác” v.v... Những quy phạm đánh giá đó phản ánh một sự thật khách quan là: trong sự phát triển không ngừng của các quan hệ xã hội, không thể xác định trước được một số phạm trù mang tính biến đổi lớn về chất cũng như về lượng. Trong khi đó, quy phạm pháp luật phải vừa là những quy phạm có tính ổn định cao, lại vừa là một công cụ có chức năng phục vụ kịp thời yêu cầu của sự phát triển xã hội. Các phạm trù, khái niệm như khái niệm “lợi ích của Nhà nước, của nhân dân, của tập thể” mà ta thường gặp trong các quy định của luật hình sự, cũng có thể thay đổi theo tiến trình phát triển của lịch sử. Các giá trị và việc đánh giá mức độ thiệt hại trong tương lai chắc chắn không giống như hiện nay, cũng như hôm nay khác với thời kỳ trước.

Chẳng hạn, chỉ về các khái niệm “tài sản có giá trị lớn” và “trường hợp đặc biệt nghiêm trọng” mà trong khoảng thời gian chưa đầy 10 năm, tức là từ năm 1989-1999 cho đến khi sửa đổi Bộ luật hình sự năm 1985, Tòa án nhân dân tối cao đã có ba lần hướng dẫn và thay đổi hướng dẫn của mình cho phù hợp với tình hình, mà trước hết là tình hình biến động của giá trị đồng tiền Việt Nam và giá trị các tài sản trên thị trường nói chung:

- Nghị quyết số 189 ngày 14-9-1989 của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao hướng dẫn coi tài sản có giá trị lớn là tài sản tương đương giá trị lớn là tài sản thuộc “trường hợp đặc biệt nghiêm trọng”.

- Chỉ thị số 08/CT – TATC ngày 6-12-1990 của Chánh án Tòa án nhân dân tối cao hướng dẫn, nếu gây thiệt hại từ 50 triệu đồng trở lên thì được coi

là trường hợp đặc biệt nghiêm trọng. Đối với các trường hợp gây thiệt hại từ 100 triệu đồng trở lên và thiệt hại về tài sản chưa được khắc phục đáng kể thì cần áp dụng mức cao nhất của khung hình phạt.

Tại bản tổng kết công tác tòa án năm 1996, Tòa án nhân dân tối cao hướng dẫn: nếu tham ô hoặc nhận hối lộ từ 50 triệu đồng trở lên đến dưới 150 triệu đồng thì đó là trường hợp tài sản bị chiếm đoạt có giá trị lớn. Nếu tham ô hoặc nhận hối lộ từ 150 triệu đồng trở lên thì đó là trường hợp tài sản bị chiếm nếu xấp xỉ hoặc hơn 500 triệu đồng là tài sản có giá trị lớn.

2.1.2. Tính chất án lệ trong các văn bản áp dụng pháp luật của Tòa án ở Việt Nam

Theo quy định tại Điều 2 Luật ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2008, trong hệ thống pháp luật Việt Nam những văn bản sau đây là những văn bản quy phạm pháp luật.

1. Hiến pháp, Luật, Nghị quyết của Quốc hội.
2. Pháp lệnh, Nghị quyết của Ủy ban Thường vụ Quốc hội.
3. Lệnh, Quyết định của Chủ tịch nước.
4. Nghị định của Chính phủ.
5. Quyết định của Thủ tướng Chính phủ.
6. Nghị quyết của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao, Thông tư của Chánh án Tòa án nhân dân tối cao.
7. Thông tư của Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao.
8. Thông tư của Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ.
9. Quyết định của Tổng kiểm toán nhà nước.
10. Nghị quyết liên tịch giữa Ủy ban thường vụ Quốc hội hoặc giữa Chính phủ với cơ quan trung ương của tổ chức chính trị-xã hội.
11. Thông tư liên tịch giữa Chánh án Tòa án nhân dân tối cao với Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao; giữa Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan

ngang bộ với Chánh án Tòa án nhân dân tối cao, Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao, giữa Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ.

12. Văn bản quy phạm pháp luật của Hội đồng nhân dân, Ủy ban nhân dân.

Trong hệ thống pháp luật Việt Nam chỉ những văn bản được quy định tại Luật này mới được coi là văn bản quy phạm pháp luật, tức là chứa đựng trong đó những quy phạm có hiệu lực phổ biến, bắt buộc chung và chỉ có những văn bản này mới là nguồn của pháp luật, tức là được viện dẫn ra để lấy đó làm cơ sở pháp lý khi giải quyết các vấn đề pháp lý, các tranh chấp pháp lý nảy sinh.

Trong danh mục các văn bản quy phạm pháp luật ở Việt Nam có sự hiện diện của một số loại văn bản của Tòa án nhân dân. Đó là: Nghị quyết của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao; Thông tư của Chánh án Tòa án nhân dân tối cao; Thông tư liên tịch giữa Chánh án Tòa án nhân dân tối cao với Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao; Thông tư liên tịch giữa Chánh án Tòa án nhân dân tối cao với Bộ trưởng, thủ trưởng ngang bộ.

Có thể khẳng định rằng, những văn bản này tuy không phải là bản án hay quyết định của Tòa án xét xử vụ án cụ thể, mà trên cơ sở đánh giá, tổng kết, khái quát các thực tiễn xét xử của các Tòa án để đưa ra những hướng dẫn nhất định cho các Tòa án. Do vậy, ở nghĩa đó, các văn bản của Tòa án tối cao có thể được coi là sự phản ánh thực tiễn xét xử, là thực tiễn xét xử.

Các văn bản của Tòa án nhân dân tối cao có thể chia thành 3 loại:

- Các văn bản chỉ đơn thuần ghi nhận, đánh giá, nhận xét thực tiễn xét xử, tổng kết hành chính về hoạt động đa dạng của các Tòa án. Loại văn bản này không hàm chứa những quy chuẩn hành vi (đánh giá các khía cạnh của vụ án) và các Tòa án chỉ coi đó là văn bản hành chính.

- Các văn bản hướng dẫn, “uốn nắn” lệch lạc trong thực tiễn xét xử, đưa ra những nội dung có tính chất khuôn mẫu cho những tình huống pháp

luật cụ thể dưới dạng giải thích mở rộng quy phạm; phương cách lấp “lỗ hổng” pháp luật. Các tòa án cấp dưới đều coi đó là chuẩn mực cho việc xử lý những tình huống tương tự. Những văn bản loại này của Tòa án nhân dân tối cao có thể được coi là nằm giữa hai đại lượng: một bên là quy phạm có sẵn của pháp luật thực định, một bên là một quy phạm mới nhất thiết phải có, phải áp dụng. Đây chính là địa hạt của vai trò kiến tạo án lệ, kiến tạo luật của Tòa án nhân dân tối cao. Quan niệm chung về án lệ có thể được khái quát như sau: Án lệ là bản án, quyết định của Tòa án chứa đựng sự giải thích, áp dụng pháp luật được Tòa án vận dụng giải quyết vụ án sau đó và những vụ án có nội dung tương tự.[48]

2.2. ÁN LỆ TRONG LỊCH SỬ PHÁT TRIỂN HỆ THỐNG PHÁP LUẬT VÀ TRONG THỰC TIỄN XÉT XỬ Ở VIỆT NAM

2.2.1. Án lệ trong hệ thống pháp luật Việt Nam

Ở Việt Nam việc sử dụng khái niệm “án lệ” có từ rất sớm, khái niệm “án lệ” đã tồn tại và được sử dụng trong các văn bản pháp luật chính thức, công khai trên các tạp chí chuyên ngành, đường lối xét xử của Tòa án về những vụ việc cùng loại được tập hợp, phân tích, bình luận. Tuy nhiên, từ sau năm 1960, khái niệm “án lệ” không còn được sử dụng. Luật tổ chức Tòa án nhân dân năm 1090 quy định tại Điều 21 như sau: “Tòa án nhân dân tối cao hướng dẫn các Tòa án cấp dưới áp dụng pháp luật, đường lối, chính sách và thủ tục tố tụng trong việc xét xử.” Từ sau năm 1975 đến trước năm 2006 thì khái niệm án lệ không được sử dụng chính thức mặc dù trong các sách báo pháp lý khái niệm án lệ vẫn được bàn luận nhưng, như đã nêu ở phần trên hướng nghiên cứu này cũng không phát triển. Theo một nghiên cứu mới đây tại Việt Nam, khái niệm án lệ hay hệ thống án lệ được hiểu như sau: *“là chế độ trong đó Thẩm phán tiến hành xét xử không mâu thuẫn với quan điểm pháp lý được thể hiện trong phần xét xử của Tòa án cấp cao nhất của một*

nước đối với các vụ án tương tự”. Cải cách tư pháp đã tạo cơ hội cho việc trở lại nghiên cứu và ứng dụng án lệ của Tòa án. Nghị quyết số 49-NQ/TW ngày 2-6-2005 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”.[4]

Như vậy, vấn đề án lệ trước đây đã được thừa nhận ở Việt Nam nhưng từ năm 1975 cho đến nay chưa được thừa nhận một cách chính thức trong hệ thống pháp luật Việt Nam. Mặc dù vậy, việc không được chính thức thừa nhận như một nguồn pháp luật không hề làm giảm vai trò kiến tạo pháp luật của thực tiễn xét xử. Điều này cũng hoàn toàn giống với thực tiễn ở nhiều quốc gia theo hệ thống pháp luật châu Âu lục địa. Ở Việt Nam, án lệ đã khẳng định vai trò của mình qua việc Tòa án nhân dân các cấp tham khảo Quyết định của các Tòa chuyên trách, Quyết định của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao và thông qua việc Tổng kết rút kinh nghiệm, phát hành Quyết định của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao đến Tòa án các cấp.

Có thể điểm qua một số nét lịch sử sau đây của vấn đề án lệ ở Việt Nam. Vào thời kỳ thực dân Pháp đặt ách đô hộ ở Việt Nam từ năm 1858 đến năm 1945, án lệ chủ yếu được sử dụng trong đào tạo, giảng dạy luật ở các trường luật ở Đông Dương. Án lệ đã được áp dụng bởi hệ thống Tòa án của người Pháp tại Việt Nam. Từ sau Cách mạng Tháng Tám năm 1945, từ “án lệ” cũng đã được tiếp tục sử dụng trong văn bản pháp luật, trên các Tập san luật học của chế độ ta thông qua những minh họa cụ thể như sau:

- Thông tư số 442/TTg ngày 19-01-1945 của Thủ tướng về việc trừng trị một số tội phạm quy định như sau:

...Tới nay, các Tòa 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.[52]

Tuy nhiên, án lệ còn khác nhau giữa các địa phương. Đường lối xét xử do đó không được thống nhất, 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 Tòa án trừng trị một số tội phạm thông thường....[52]

Thông tư số 19-VHH ngày 30-6-1955 của Bộ Tư pháp về việc áp dụng luật lệ đã nêu: “2-Nếu chỉ có luật hình cũ, chưa có sắc lệnh mới, mà xét cần trừng phạt thì cũng không viện dẫn luật hình cũ, Tòa án sẽ căn cứ vào đường lối truy tố xét xử, vào các yêu cầu chung và cụ thể đối với từng sự việc, vào án lệ”[5]

Chỉ thị số 772-TATC ngày 10-7-1959 của Tòa án nhân dân tối cao về vấn đề đình chỉ áp dụng luật pháp cũ của đế quốc và phong kiến, cũng nêu: “Để xét xử các vụ án hình sự và dân sự, cần áp dụng luật pháp của nước Việt Nam Dân chủ cộng hòa đã ban hành từ trước tới giờ (luật, sắc lệnh, nghị định, thông tư...) đường lối chính sách của Đảng và Chính phủ, án lệ của các Tòa án của Tòa án tối cao”. [43]

Thông tư liên tịch số 92-TC ngày 11-11-1959 của Bộ Tư pháp- Tòa án nhân dân tối cao giải thích và quy định cụ thể về nhiệm vụ và quyền hạn của các Tòa án nhân dân phúc thẩm Hà Nội, Hải Phòng, Vinh đã yêu cầu: “Tòa án nhân dân phúc thẩm chỉ đạo công việc xét xử của các Tòa án nhân dân cấp dưới thông qua án lệ của mình”. [6]

Như vậy, ngay từ thời kỳ này, án lệ không chỉ được sử dụng như một khái niệm pháp lý mà đã có sự xác định nội hàm cho khái niệm đó và đồng thời đặt ra yêu cầu về coi trọng án lệ như là định hướng phát triển pháp luật theo hướng tổng kết thực tiễn xét xử. Đồng thời, án lệ được xác định là của các Tòa án cấp cao thông qua việc chỉ đạo công tác xét xử của cơ quan đó.

Trong thực tiễn xét xử cũng đã có những vụ án mà trong quá trình xét xử đã phải huy động đến án lệ. Từ đó đã tạo bối cảnh cho nhu cầu phân tích án lệ trong các diễn đàn pháp lý.

Tại Tập san Luật học số 4 năm 1957 ra ngày 15-10-1957 do Hội luật gia Việt Nam xuất bản có mục Án lệ. Trong mục này, tác giả Nguyễn Xuân Dương đã chỉ ra đường lối xét xử của Tòa án nhân dân Thành phố Hà Nội đã xét xử 05 vụ án liên quan đến việc liên đới trả nợ, mặc dù vợ là người vay tiền nhưng Tòa án vẫn buộc chồng phải chịu trách nhiệm về việc vợ vay tiền, hai vụ chồng tự ý trả nợ cho vợ và một vụ bác lời thỉnh cầu của nguyên đơn tách chồng ra khỏi vụ kiện; sau đó tác giả nêu những nhận xét của mình trên cơ sở căn cứ vào Sắc lệnh 97-SL ngày 22-5-1950 của Chủ tịch Chính phủ nước Việt Nam dân chủ cộng hòa và Hiến pháp năm 1946, đi đến kết luận:

Theo pháp lý hiện tại, Tòa án chỉ có thể xử bắt người chồng phải liên đới giả nợ cho người vợ trong những trường hợp món nợ đó có làm lợi cho gia đình, nếu không phải là trường hợp hai người cùng đứng vay hoặc cùng kinh doanh. Để nhận định món nợ đã làm lợi cho gia đình thì phải có những bằng chứng cụ thể rõ rệt. Nếu chỉ dựa trên phỏng đoán hoặc dựa trên sự việc chồng cho phép buôn bán hay không ngăn cản việc buôn bán rồi do đó mà có nợ để nhận định là chưa đủ lẽ.[10]

Tập san Luật học số 5 năm 1958 ra ngày 15-1-1958 tại mục Bình luận án lệ đã có bài: “Hứa mua, hứa bán nhà đất ở Thành phố”. Trong mục này, tác giả Nguyễn Xuân Dương đã nêu tình hình các vụ kiện, đưa ra hai vụ kiện tác giả cho là điển hình về vấn đề này và chỉ ra đường lối xét xử của Tòa án nhân dân sơ thẩm Hà Nội và Tòa án phúc thẩm Hà Nội về vụ ông Hoàng Văn Khác hứa bán cho ông Nguyễn Đình Nhất nhà số 28 phố Triệu Việt Vương năm 1956. Sau đó tác giả nhận xét rằng Tòa án nhân dân sơ thẩm Hà Nội đã chiếu Sắc lệnh ngày 10-10-1945 áp dụng Điều 882 Luật hộ Bắc kỳ cũ xử vụ kiện này là không đúng. Tòa án nhân dân phúc thẩm Hà Nội đã bác của Tòa án nhân dân sơ thẩm, xử bắt ông Khác phải bán nhà cho ông Nhất là đúng lẽ

nhưng đã xử bất bán với giá đã hứa trước, mặc dầu giá nhà trong thành phố đã vọt lên cao và nhận xét:

Theo ý kiến riêng của chúng tôi sau khi nghiên cứu để rút kinh nghiệm về một số vụ án về việc hứa mua hứa bán, chúng tôi thấy rằng gặp những vụ tương tự như vụ ông Nhất kiện ông Khác, nên hòa giải để hai bên có sự tương nhượng nhau, nếu hòa giải không thành mà bất xử người hứa bán như đã hứa thì nên đồng thời điều chỉnh lại giá cả.[50]

Tập san Tư pháp (nay là Tạp chí Tòa án nhân dân) số 3 năm 1964, trong mục “Thuật ngữ luật học” có giải thích:

Án lệ là một danh từ cũ đã được dùng từ thời Pháp thuộc. Án lệ là những quy tắc do các Tòa án trong khi vận dụng pháp luật để xét xử các vụ án cụ thể đã hình thành dần dần bằng cách hiểu và có thái độ giải quyết giống nhau một số điểm pháp lý, áp dụng luật một cách giống nhau trong nhiều vụ án.[42]

2.2.2. Thực trạng sử dụng án lệ hoặc những quy tắc có tính án lệ trong hoạt động xét xử tại Tòa án Việt Nam

Như đã nêu ở trên, ở Việt Nam tình hình tương đối giống như ở một số nước theo hệ thống pháp luật châu Âu lục địa khi mà án lệ mặc dù không được chính thức coi như một nguồn của pháp luật, nhưng thực tế vẫn có tác dụng với nghĩa quyết định của Tòa án cấp trên có tính ràng buộc với tòa án cấp dưới và Tòa án cấp dưới vẫn cập nhật quyết định của Tòa án cấp trên để tham khảo giải quyết những vụ việc tương tự trước hết là Nghị quyết của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao.

Đó là trong trường hợp có những quy định pháp luật được hiểu và vận dụng không thống nhất, nên cần thiết phải tiến tới có những bản án mẫu để các Tòa án tham khảo nhằm đưa ra một phán quyết thống nhất khi giải quyết

những vụ án có tình tiết tương tự nhau, thực chất nó không khác mấy với án lệ. Như vậy, trên thực tế án lệ đang tồn tại dưới những hình thức khác nhau và giữ vai trò nhất định trong thực tế xét xử.

Trước hết, thông qua việc giải thích pháp luật và hướng dẫn công tác xét xử được ghi nhận qua các nghị quyết, thông tư, công văn trao đổi nghiệp vụ và qua Báo cáo tổng kết chuyên đề, tổng kết hàng năm của ngành Tòa án nhân dân; tham khảo những bản án, quyết định của Tòa án nhân dân tối cao, chẳng hạn, quyết định của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao, các Nghị quyết, thông tư, công văn trao đổi nghiệp vụ, báo cáo tổng kết chuyên đề, tổng kết kinh nghiệm xét xử, tuyển tập giám đốc thẩm có nhiều bản án mẫu, phản ánh, phân tích, đánh giá, “cho ý kiến” về những tình huống pháp lý điển hình chứa đựng các nội dung và có thể được sử dụng như “một án lệ” để các tòa án cấp dưới tham khảo, vận dụng vào trong quá trình xét xử của mình. Các Tòa án cấp dưới khi xét xử ít nhiều đều vận dụng sự giải thích, hướng dẫn của Tòa án nhân dân tối cao, nếu không bản án và các tòa án cấp dưới sẽ mắc phải sai lầm và có nhiều khả năng bị hủy, bị xem xét lại. Chính “khả năng bị hủy” là yếu tố tạo nên tính bắt buộc áp dụng của giải thích hay hướng dẫn, phù hợp với tổ của một án lệ. Tuy nhiên, vì án lệ không được thừa nhận, nên các Tòa án thường không viện dẫn căn cứ cho phán quyết của mình một cách trực diện mà tìm cách lý giải phù hợp. Sau đây là những trường hợp được lấy từ thực tiễn loại này.

Tính chất án lệ trong các hướng dẫn của Tòa án nhân dân tối cao trong lĩnh vực xét xử các vụ án dân sự và các vụ án về hôn nhân và gia đình

Theo Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000, quyền sử dụng đất mà vợ, chồng có được sau khi kết hôn là tài sản chung của vợ chồng; quyền sử dụng đất được tặng cho riêng trong thời kỳ hôn nhân là tài sản riêng của vợ, chồng (Điều 27, Điều 32 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000). Tuy luật quy định

như vậy nhưng trong khi con lấy vợ, lấy chồng cha mẹ của bên vợ hoặc chồng thường tạo điều kiện bằng cách tặng cho con quyền sử dụng đất để làm nhà ở, vườn tược nhưng việc cho tặng quyền sử dụng đất giữa cha mẹ và con thường không có giấy tờ, không làm đúng thủ tục theo quy định của pháp luật, nên rất khó xác định việc đã tặng cho này.

Trước thực tế đó, Chánh án Tòa án nhân dân tối cao tại Báo cáo tổng kết ngành Tòa án nhân dân năm 1996 đã đưa ra lý lẽ:

Đất đã được bố mẹ cho và vợ chồng người con đã làm nhà ở trên đất đó, thành khuôn viên riêng thì nhà đất là tài sản chung vợ chồng. Trường hợp vợ chồng người con làm nhà trên khuôn viên đất của bố mẹ mà bố mẹ chưa tuyên bố cho họ, nhưng nhà ở của họ đã làm trên một phần đất đó, khi họ ly hôn thì nhà ở là tài sản chung của vợ chồng, còn đất là của bố mẹ.[7]

Sau khi có giải thích này của Tòa án nhân dân tối cao nhiều cấp Tòa án đã áp dụng khi giải quyết những tranh chấp tương tự. Do đó, có thể coi giải thích hướng dẫn của Tòa án nhân dân tối cao là có tính án lệ, mặc dù pháp luật không đặt ra nguyên tắc bắt buộc. Trường hợp này là sự áp dụng quan điểm, cách giải thích pháp luật của Tòa án cấp trên một cách tự nguyện, đương nhiên có tính đến một quy định không thành văn là trong trường hợp tòa án cấp dưới không tham khảo và lưu ý tiếp thu cách xét xử trong án lệ của Tòa án nhân dân tối cao thì quyết định của tòa án cấp dưới đó có nhiều khả năng sẽ bị hủy bỏ hoặc thay đổi bởi các Tòa của Tòa án nhân dân tối cao. Tòa án nhân dân tối cao có thể thông qua cơ chế kiểm tra, giám đốc để phát hiện thái độ quan điểm của các Tòa án nhân dân cấp dưới đối với các giải thích và hướng dẫn của Tòa án nhân dân tối cao.

Sự giải thích và hướng dẫn của Tòa án nhân dân tối cao là một nguồn pháp luật có giá trị tham khảo đối với các Thẩm phán khi giải quyết các vụ

việc cụ thể hướng tới sự thống nhất trong áp dụng pháp luật và lấp các lỗ hổng pháp luật.

Ở nước ta, các tranh chấp về hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất là một vấn đề phức tạp và rất phổ biến. Luật Đất đai và các văn bản pháp luật có nhiều bất cập, mâu thuẫn. Do đó, khi áp dụng còn nhiều quan điểm khác nhau, có quan điểm cho rằng đối với các tranh chấp chuyển nhượng quyền sử dụng đất mà các bên không tuân thủ các quy định về hình thức, thì tuyên bố hợp đồng vô hiệu, nhưng cũng có quan điểm cho rằng đối với hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất mà bên chuyển nhượng đã có giấy tờ hợp pháp, thì tùy theo từng thời kỳ có thể công nhận hợp đồng và buộc các bên hoàn thành các thủ tục về hình thức, vì cho rằng việc giải quyết như vậy phù hợp, ổn định các giao lưu dân sự.

Trước thực tế đó, ngày 10-8-2004 Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao đã ban hành Nghị quyết số 02/2004/NQ-HĐTP hướng dẫn áp dụng pháp luật trong việc giải quyết các vụ án dân sự, hôn nhân và gia đình; theo đó, việc giải quyết tranh chấp hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất được xác lập từ sau ngày 15-10-1993, căn cứ điểm b.3 tiểu mục 2.3 mục 2 phần II áp dụng như sau:

“Đối với hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất vi phạm điều kiện được hướng dẫn tại điểm a.4 (Đất chưa chuyển nhượng đã được cơ quan có thẩm quyền cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất theo Luật Đất đai năm 1987, Luật Đất đai năm 1993, Luật Đất đai năm 2003) và điểm a.6 (Hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất không được lập thành văn bản có chứng nhận của Công chứng nhà nước hoặc chứng thực của Ủy ban nhân dân cấp có thẩm quyền) tiểu mục 2.3 mục 2 này, nếu sau khi thực hiện hợp đồng chuyển nhượng, bên nhận chuyển nhượng đã trồng cây lâu năm, đã làm nhà kiên cố... và bên chuyển nhượng không phản đối và cũng không bị cơ quan nhà nước có

thẩm quyền xử lý vi phạm hành chính theo các quy định của Nhà nước về xử lý vi phạm hành chính trong lĩnh vực đất đai, thì Tòa án công nhận hợp đồng. Nếu bên nhận chuyển nhượng chỉ làm nhà trên một phần đất, thì Tòa án công nhận phần hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng phần đất có nhà ở và hủy phần đất hợp đồng đối với diện tích đất còn lại, buộc bên nhận chuyển nhượng giao trả phần đất đó cho bên chuyển nhượng, trừ trường hợp việc giao trả không bảo đảm mục đích sử dụng cho cả hai bên giao kết hợp đồng, đồng thời buộc các bên thanh toán cho nhau phần chênh lệch”.

Kể từ đó đến nay, hướng dẫn nêu trên của Hội đồng Thẩm phán đã được các cấp Tòa án áp dụng như một án lệ để giải quyết tranh chấp về hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất ở nước ta. Theo Điều 19, Nghị định số 61-CP ngày 5-7-1994 của Chính Phủ thì 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. Tuy nhiên tại thời điểm đó pháp luật vẫn chưa quy định cụ thể cho phép người Việt Nam định cư ở nước ngoài mua bán nhà đất tại Việt Nam; mọi trường hợp mua bán nhà đất của người Việt Nam định cư ở nước ngoài đều không được pháp luật công nhận. Do đó, nếu có việc “nhờ đứng tên hộ” thì đó chỉ là hợp đồng giao kết giữa hai bên được “ngâm” hiểu với nhau; còn về mặt pháp lý, đó là hành vi không phù hợp với quy định của pháp luật; hợp đồng giữa người bỏ tiền ra mua và người đứng tên hộ bị coi là vô hiệu. Tại Báo cáo tổng kết ngành Tòa án nhân dân năm 1995, Tòa án nhân dân tối cao đã đưa ra hướng dẫn về việc giải quyết tranh chấp quyền sở hữu nhà đất đối với trường hợp “nhờ đứng tên hộ” như sau:

Trước khi xét xử, Tòa án thành lập Hội đồng định giá và tiến hành định giá nhà, đất đang tranh chấp; buộc bên bán thanh toán cho bên mua theo giá lúc giao kết hợp đồng; phân chênh lệch giữa giá lúc xét xử và giá lúc giao kết

hợp đồng được sung công quỹ; trong trường hợp bên bán không có nhu cầu lấy lại nhà, đất thì tòa án giao cho cơ quan thi hành án tổ chức bán đấu giá, tiền bán được cũng thanh toán theo cách trên. Nếu tiền bán được thấp hơn giá mua bán lúc giao kết hợp đồng thì bên bán chỉ được nhận theo số tiền thực tế bán được đó.

Kể từ đó đến nay, Tòa án các cấp đã áp dụng hướng dẫn của Báo cáo tổng kết trên để giải quyết tranh chấp về quyền sở hữu nhà đất.

Thực tiễn xét xử ở Việt Nam cho thấy có nhiều trường hợp văn bản áp dụng có quy định chung chung, ở dạng khung rất khó cho các Tòa án giải quyết ổn thỏa vụ việc. Do đó Tòa án nhân dân tối cao đã có hướng giải quyết cho những vấn đề cụ thể này, chẳng hạn, Bộ luật dân sự năm 2005 quy định trường hợp “giao dịch dân sự có điều kiện” trong các trường hợp các bên có thỏa thuận về điều kiện phát sinh hoặc hủy bỏ giao dịch dân sự thì khi điều kiện đó xảy ra, giao dịch dân sự phát sinh hoặc hủy bỏ. Quy định này còn rất chung chung. Hiện nay rất phổ biến một người được nhà nước cho thuê nhà và được quyền hợp thức hóa để trở thành chủ sở hữu. Trong quá trình hợp thức hóa (tức chưa chính thức là chủ sở hữu) người này ký hợp đồng với người khác để chuyển nhượng tài sản vì biết người muốn chuyển nhượng chưa là chủ sở hữu nên hai người thỏa thuận là khi nào bên đang hợp thức hóa quyền sở hữu là chủ sở hữu tài sản thì hai bên sẽ ra công chứng hoàn tất thủ tục. Các Tòa án địa phương đã rất lúng lúng, rằng đây là phải là giao dịch dân sự có điều kiện theo quy định trên không? Do đó, Tòa án nhân dân tối cao có nhiều quyết định giám đốc thẩm theo hướng áp dụng quy định về “giao dịch dân sự có điều kiện” đối với hợp đồng loại này.

Trong các quan hệ pháp lý dân sự cũng có trường hợp tuy đã có quy định của pháp luật những quy định đó tỏ ra cứng nhắc, khó áp dụng cho một số đối tượng cụ thể, có thể gọi là thiếu số trong loại quan hệ pháp lý này. Điều

này xảy ra bởi 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, Tòa án tối cao đã phải giải quyết theo thủ tục giám đốc thẩm và tạo ra ngoại lệ với tính chất là án lệ.

Ví dụ, theo khoản 2, Điều 265, Bộ luật dân sự “người có quyền sử dụng đất được sử dụng không gian và lòng đất theo chiều thẳng đứng từ ranh giới trong khuôn viên đất”. Trong thực tế, những vấn đề trong việc khai thác bất động sản luôn được đặt ra cho những người chủ sở hữu tài sản liền kề nhau như xây dựng xâm lấn chiếm quyền sử dụng đất, không gian của người khác (gọi chung là lấn chiếm tài sản của người khác). Với tư cách là chủ sở hữu tài sản, người bị lấn chiếm được quyền yêu cầu bên xâm phạm phải bồi thường thiệt hại, yêu cầu cơ quan nhà nước có thẩm quyền buộc bên vi phạm phải dỡ bỏ phần xây dựng đã lấn chiếm để trả lại quyền sử dụng đất, không gian của người khác (gọi chung là lấn chiếm tài sản của người khác). Với tư cách là chủ sở hữu tài sản, người bị lấn chiếm được quyền yêu cầu bên xâm phạm phải bồi thường thiệt hại, yêu cầu cơ quan nhà nước có thẩm quyền buộc bên vi phạm phải dỡ bỏ phần xây dựng đã lấn chiếm để trả lại quyền sử dụng đất, không gian cho mình: Theo Điều 259 Bộ Luật dân sự “khi thực hiện quyền sở hữu, quyền chiếm hữu của mình, chủ sở hữu, người chiếm hữu hợp pháp có quyền yêu cầu người có hành vi cản trở trái pháp luật phải chấm dứt hành vi đó; nếu không có sự chấm dứt tự nguyện thì có quyền yêu cầu Tòa án, cơ quan, tổ chức có thẩm quyền khác buộc người đó chấm dứt hành vi vi phạm”. Tuy nhiên, nếu theo hướng bảo vệ một cách tuyệt đối và lợi ích hợp pháp của người có tài sản bị lấn chiếm thì lại không bảo vệ lợi ích chính đáng của bên có hành vi lấn chiếm. Việc ghi nhận ngoại lệ của việc tháo dỡ đối với công

trình vi phạm sẽ góp phần tránh sự lãng phí đồng thời bảo vệ một cách hiệu quả quyền và lợi ích hợp pháp của các bên. Vì lý do đó Hội đồng thẩm phán Tòa án tối cao có hướng giải quyết không buộc tháo dỡ phần xây dựng lấn chiếm đến tài sản của người khác.

Trong một vụ việc xây dựng lấn chiếm đất và không gian, như vậy sau khi khẳng định việc lấn chiếm với nội dung “thực tế bà Khanh đã xây kiểu móng dè lên 20cm móng của nhà ông Tùng”, Hội đồng thẩm phán đã xét rằng “về nguyên tắc và Khanh đã lấn chiếm đất thuộc quyền sử dụng của ông Tùng thì bà Khanh phải tháo dỡ công trình để trả lại đất cho ông Tùng”. Vẫn theo Hội đồng thẩm phán, “tuy nhiên, khi gia đình bà Khanh xây dựng sát tường nhà ông Tùng, làm kiềng trên móng nhà ông Tùng, ông Tùng không phản đối trong suốt quá trình từ khi bà Khanh khởi công xây dựng (tháng 2-1996) đến khi hoàn thành (tháng 6-1996). Do việc đã xây dựng hoàn thiện nhà cao tầng, nếu buộc bà Khanh phải dỡ bỏ và thu hẹp lại công trình sẽ gây thiệt hại rất lớn cho gia đình bà Khanh. Xét diễn biến thực tế như trên, Hội đồng thẩm phán nhất trí với quan điểm của Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao tại kháng nghị là Tòa án phúc thẩm không buộc bà Khanh phải tháo dỡ phần tường nhà dè lên phía trên móng nhà ông Tùng mà chỉ buộc bồi thường bằng tiền là hợp tình, hợp lý. Như vậy, hướng giải quyết không buộc tháo dỡ phần lấn chiếm không được quy định trong Bộ luật dân sự nhưng Hội đồng thẩm phán đã đưa ra cách giải quyết phù hợp.[23]

Kết luận chương 2

Lịch sử cho thấy rằng ở Việt Nam đã từng sử dụng án lệ trong thực tiễn xét xử trước năm 1975, án lệ đã hiện diện trong các nguồn pháp luật Việt Nam. Có thể coi hệ thống pháp luật Việt Nam hiện nay là hệ thống pháp luật mang nhiều đặc trưng của một hệ thống pháp luật coi trọng các văn bản quy phạm pháp luật thực định đang được đặt trong những điều kiện mới của quá trình phát triển và hội nhập quốc tế khi chúng ta tiếp nhận một cách có chọn lọc những kinh nghiệm của các nước trên thế giới phù hợp với yêu cầu của xã hội, của Nhà nước pháp quyền và phát triển kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa.

Có thể tìm thấy những hạt nhân, những tiền đề có tính chất án lệ được hình thành bởi các quyết định của ngành Tòa án nước ta trên cơ sở tổng kết các vụ án cụ thể. Thông qua các thông tư hướng dẫn áp dụng pháp luật, kết luận của Chánh án Tòa án nhân dân tối cao, Báo cáo tổng kết chuyên đề xét xử các vụ án hình sự, dân sự, kinh tế, lao động, hành chính; Báo cáo tổng kết hàng năm của ngành tòa án; Nghị quyết của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao, đường lối xét xử đã được đúc kết đưa lên thành án lệ. Sở dĩ có thể nói đây là những gì có tính chất của án lệ vì trong đó có yếu tố phát triển pháp luật và được các Tòa án cấp dưới coi là cơ sở để ra các quyết định trong vụ án. Mặc dù hiện nay các hướng dẫn, tổng kết này về mặt pháp lý chỉ có giá trị tham khảo, nhưng các kết luận và tổng kết được các Tòa án nhân dân cấp dưới tôn trọng. Có quan điểm cho rằng báo cáo hàng năm của Tòa án nhân dân tối cao về tổng kết kinh nghiệm xét xử là một hình thức án lệ trong hệ thống pháp luật Việt Nam. Cũng có quan điểm cho rằng hình thức này không phải là án lệ mà án lệ bao giờ cũng gắn với một vụ việc cụ thể. Nhưng xét cho cùng thì các báo cáo tổng kết kinh nghiệm xét xử thường có nêu vụ việc cụ thể, thậm chí chỉ rõ Tòa án nào đã xét xử vụ việc đó. Vì vậy, theo tác giả

Luận văn về mặt bản chất, các kết luận, Báo cáo tổng kết của Tòa án nhân dân tối cao được sử dụng phổ biến nên dù chúng không được coi là án lệ theo đúng nghĩa của nó vì án lệ trước hết phải là bản án hoặc quyết định của Tòa án, nhưng vẫn có nét tương đồng với khái niệm án lệ.

Để những tố chất này phát triển thành án lệ với đúng nghĩa của nó, trong văn bản của cơ quan xét xử cao nhất – Quyết định xét xử giám đốc thẩm của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao cần được đổi mới một cách căn bản. Có thể kết luận rằng, dù chưa được chính thức coi là nguồn của pháp luật nhưng án lệ ở Việt Nam đã có cơ sở lý thuyết, cơ sở lịch sử và cơ sở thực tiễn và nhu cầu.

Chương 3

PHƯƠNG HƯỚNG VÀ CÁC GIẢI PHÁP NHẪM TĂNG CƯỜNG VAI TRÒ CỦA THỰC TIỄN XÉT XỬ, PHÁT TRIỂN ÁN LỆ TRONG QUÁ TRÌNH PHÁT TRIỂN VÀ HOÀN THIỆN HỆ THỐNG PHÁP LUẬT VIỆT NAM

3.1. PHƯƠNG HƯỚNG TĂNG CƯỜNG VAI TRÒ CỦA THỰC TIỄN XÉT XỬ, PHÁT TRIỂN ÁN LỆ TRONG CHIẾN LƯỢC ĐỔI MỚI HỆ THỐNG PHÁP LUẬT VÀ CẢI CÁCH TƯ PHÁP

Nghị quyết số 49-NQ/TW ngày 02-6-2005 của Bộ Chính trị “về Chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2010 đã xác định rõ: “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”. Thê chế hóa quan điểm chiến lược của Đảng, Hiến pháp năm 2013 quy định: “Tòa án nhân dân tối cao thực hiện việc tổng kết thực tiễn xét xử, bảo đảm áp dụng thống nhất pháp luật trong cả nước” [34; Điều 104, Khoản 3].

Xét về mặt quan điểm và phương hướng, ở đây có sự thống nhất cao giữa chủ trương chiến lược của Đảng và quy định của Hiến pháp-đạo luật cơ bản cao nhất của nhà nước.

Như đã nêu ở chương một, hoạt động xét xử của các Tòa án nhân dân ở nước ta về bản chất là hoạt động áp dụng pháp luật. “Thẩm phán, Hội thẩm xét xử độc lập và chỉ tuân theo pháp luật” [34; Điều 103, Khoản 2]. Nhưng, như đã phân tích tại chương 2, quá trình áp dụng pháp luật của Tòa án là một quá trình sáng tạo. Quá trình sáng tạo đó xuất phát từ hai yếu tố mang tính bản chất của Tòa án. Thứ nhất, với tính chất là thiết chế quyền lực nhà nước có nhiệm vụ bảo vệ công lý, Tòa án không được quyền từ chối xét xử vì lý do “chưa có luật” hay “luật chưa rõ ràng”!. Thứ hai, (cũng chính từ lý do thứ

nhất), hệ thống pháp luật thực định do các cơ quan nhà nước có thẩm quyền ban hành vẫn tiềm ẩn những khả năng điều chỉnh thiếu cụ thể, chông chéo, mâu thuẫn, thiếu rõ ràng trong những tình huống nhất định. Từ đó, vai trò thực tế của Tòa án trong việc khắc phục những khiếm khuyết cố hữu của hệ thống pháp luật trong quá trình áp dụng pháp luật là hiển nhiên. Vai trò “kiến tạo luật” của Tòa án trong những trường hợp đó được đặt ra bởi những tình huống như:

- Khi điều luật quy định chung chung, trừu tượng.
- Khi các quy phạm có nội dung mâu thuẫn với nhau.
- Khi quy phạm xác định khung hành vi quá rộng.
- Khi quy phạm có tính đánh giá.
- Khi quy phạm có tính tùy nghi.

Mặt khác, như chúng ta đã biết, cũng giống như cách tổ chức các Tòa án của các nước theo hệ thống pháp luật châu Âu lục địa, các Tòa án Việt Nam được tổ chức theo nguyên tắc “đa hệ thống”, nói khác đi, bên trong một hệ thống chung có nhiều loại Tòa án theo thẩm quyền chuyên biệt: Tòa dân sự, Tòa hình sự, Tòa lao động, Tòa hành chính, v.v.. Từ đó, yêu cầu về việc bảo đảm áp dụng thống nhất pháp luật cũng là điều cần thiết.

Như đã nêu ở trên, xuất phát từ yêu cầu về quyền tiếp cận công lý của người dân trong Nhà nước pháp quyền XHCN, Tòa án không có quyền từ chối giải quyết vụ việc của người dân bởi lý do chưa có luật hoặc vì luật không rõ ràng! Nhưng thực tế, khi áp dụng pháp luật, các Thẩm phán luôn lúng túng và bó tay trước mỗi quan hệ, tranh chấp mà pháp luật chưa tiên liệu hoặc quy định chưa rõ. Trong khi quan hệ, tranh chấp mới phát sinh ngày càng nhiều. Vì vậy, áp dụng án lệ sẽ bổ khuyết kịp thời những lỗ hổng pháp luật này để bảo vệ lợi ích chính đáng của người dân tốt hơn. Như đã nêu phần chương 1 thì đây cũng là quan điểm của các nước chưa chính thức thừa nhận án lệ.

Sử dụng án lệ không chỉ là biện pháp bổ sung các quy tắc xử sự khi văn bản quy phạm pháp luật khiếm khuyết. Phát triển án lệ là biện pháp tất yếu khi có nhu cầu giải thích và áp dụng các văn bản quy phạm pháp luật chưa rõ ràng và dễ gây nhầm lẫn khi áp dụng vào thực tiễn.

Cho đến nay, ở Việt Nam án lệ không phải là nguồn pháp luật được xác định chính thức, do đó nó không mang tính ràng buộc chính thức đối với các Tòa án. Tuy nhiên, trên thực tế, những hướng dẫn giải thích có tính án lệ vẫn có vai trò hỗ trợ cho việc áp dụng luật một cách thống nhất, đồng bộ trên toàn lãnh thổ. Cho nên, xuất phát từ quy định tại Khoản 3 Điều 104 của Hiến pháp, căn coi nhiệm vụ của Tòa án nhân dân tối cao “bảo đảm áp dụng thống nhất pháp luật” là yêu cầu mà phương thức thực hiện yêu cầu đó là phát triển án lệ. Có thể thấy rõ qua tình hình có những quan hệ phát sinh nhưng chưa có quy định pháp luật điều chỉnh, hoặc đã có quy định của pháp luật nhưng hoặc không đầy đủ hoặc thiếu cụ thể, hoặc không phù hợp với thực tế. Chẳng hạn, về vấn đề di sản thờ cúng, do Luật Dân sự không quy định về các loại di sản thờ cúng do Bộ luật dân sự (di sản thờ cúng lập lần đầu tiên, di sản thờ cúng đã được truyền qua nhiều đời) cũng như không quy định về quyền và nghĩa vụ của người quản lý di sản thờ cúng.... Vì thế, khi có tranh chấp, chưa có cơ sở để đưa ra phán quyết hoặc cơ sở để đưa ra phán quyết không rõ ràng. Hoạt động giải thích pháp luật được hiểu là nhằm làm sáng tỏ về mặt tư tưởng, nội dung và ý nghĩa của các quy phạm pháp luật, đảm bảo cho sự nhận thức và thực hiện nghiêm chỉnh, thống nhất pháp luật. Hoạt động giải thích pháp luật là hướng đến các chủ thể khác để họ nhận thức và thực hiện chúng một cách đúng đắn.

Hiện nay ở nước ta việc hoạt động giải thích pháp luật không đáp ứng được các yêu cầu của thực tiễn. Trong nhiều trường hợp, luật làm ra cũng như các văn bản quy phạm pháp luật được ban hành ra không được khúc chiết, rõ

ràng gây ra những khó khăn trong vấn đề áp dụng. Muốn hiểu rõ ý định của các nhà lập pháp cần phải có một sự giải thích về những điều luật có hiệu lực thì cơ quan cấp xã, huyện phải chờ văn bản hướng dẫn của cơ quan cấp tỉnh; cơ quan cấp tỉnh lại phải chờ văn bản hướng dẫn của cơ quan trung ương thì mới được thi hành. Điều này dẫn đến các luật bị mất hiệu lực trực tiếp, luật phải chờ Nghị định, Thông tư thậm chí là Công văn sau khi có hiệu lực, trong một thời gian rất dài mới được thi hành trên thực tế. Như vậy, giá trị thực tế của Nghị định và Thông tư còn “cao” hơn cả luật! Nếu có mâu thuẫn giữa luật và văn bản hướng dẫn thì thường, các cơ quan nhà nước lại theo các văn bản hướng dẫn đó. Những việc này xảy ra, phần lớn là do hoạt động giải thích pháp luật chưa có những nguyên tắc rõ ràng về chủ thể, về thẩm quyền và giới hạn cho hoạt động đó. Trong khi đó, qua án lệ, thẩm phán có thể đưa ra những quan điểm tư tưởng, đường lối mới trong việc áp dụng pháp luật phù hợp với thực tế và bối cảnh pháp luật của các quan hệ nảy sinh. Tòa án sẽ đảm trách việc giải thích pháp luật trong khi xét xử các vụ kiện mỗi khi gặp phải một điều luật tối nghĩa, hoặc khi các điều luật mâu thuẫn nhau. Giải thích và áp dụng luật pháp của Tòa án tối cao cho một sự kiện pháp lý cần được xem như án lệ, án lệ này sẽ được đối chiếu áp dụng cho các trường hợp tương tự sau.

Việc trao thẩm quyền giải thích pháp luật cho Tòa án là cần thiết với các lý do sau:

Thứ nhất, so với hoạt động lập pháp của Quốc hội và so với Chính phủ - cơ quan hành pháp thì Tòa án - cơ quan tư pháp có tính độc lập với đời sống chính trị cao hơn.

So với quyền lập pháp: Quyền lập pháp về bản chất là quyền của những người đại diện cho lợi ích của nhân dân, của cử tri và sự phụ thuộc của người đại diện đối với cử tri của họ là điều đương nhiên, bởi vì người đại diện phải đại diện đầy đủ và đúng đắn cho lợi ích của cử tri nói tiếng nói của cử tri Thực

tiền cũng cho thấy ở hầu khắp các quốc gia , ảnh hưởng của các nhóm lợi ích, các chính đảng, các phong trào v.v... đối với quá trình lập pháp là rất rõ. Thậm chí, người ta đã hợp pháp hóa quá trình gây ảnh hưởng của các nhóm lợi ích đối với các nhà lập pháp thông qua cơ chế vận động hành lang (lobby).

So với quyền hành pháp: Ai cũng biết đặc trưng cơ bản của quyền hành pháp là hoạt động thi hành pháp luật và điều hành , quản lý. Do vậy, tính chấp hành và kỷ luật công vụ là thước đo hiệu quả của hoạt động hành pháp. Đồng thời, mối quan hệ cấp trên – cấp dưới, thang, bậc lương và chức vụ – mục đích mà công chức hành chính nào cũng vươn tới – là những đặc trưng không thể có hoặc không nên có trong tổ chức và hoạt động của Tòa án.

Sự độc lập này là đặc trưng của Tòa án để bảo vệ công lý. Tòa án với tư cách là trọng tài, sẽ thực hiện việc giải thích pháp luật, phán xét theo pháp luật công bằng và hợp lý hơn;

Thứ hai, các quy phạm pháp luật thường khó hiểu đối với những người dân bình thường trong quá trình tiếp cận công lý của họ nên muốn làm rõ nội dung ý tưởng của các quy phạm đó phải có chuyên môn pháp luật, thậm chí phải huy động cả kiến thức xét xử của Tòa án ở nhiều địa phương, qua nhiều năm. Điều này sẽ được đảm bảo bởi cơ quan xét xử cao nhất là Tòa án nhân dân tối cao thông qua tổng kết thực tiễn xét xử, giải thích pháp luật. Giải thích pháp luật đúng và phù hợp là điều kiện để bảo đảm công lý.

Thứ ba, chân lý là những điều cụ thể có tính thực tiễn, không phải là cái trừu tượng. Thông qua việc xét xử, giải quyết các vụ án trong thực tiễn, Tòa án là cơ quan tốt nhất bảo đảm sự giải thích pháp luật đúng và phù hợp.

Có thể khẳng định rằng, án lệ vừa là sự bổ sung của pháp luật thực định, vừa là nguồn của hoạt động xây dựng pháp luật, sửa đổi, bổ sung pháp luật. Ban đầu án lệ là sự bổ khuyết cho các văn bản quy phạm pháp luật trong trường hợp xuất hiện quan hệ xã hội mới mà luật thành văn chưa kịp bổ sung,

dự liệu. Về sau, qua một thời gian áp dụng sẽ được củng cố và đưa vào văn bản quy phạm pháp luật, và cơ sở hình thành từ những cách ứng xử pháp lý được lấy từ các vụ án cụ thể trước đó. Với quá trình như thế, ngày nay, người ta thấy án lệ có vai trò quan trọng trong việc định hình và bổ sung luật thực định. Với tác dụng này, nó làm cho pháp luật kịp thời đáp ứng các đòi hỏi của cuộc sống và tạo ra những hướng phát triển mới cho các quan hệ xã hội. Nhờ đó, các đạo luật có được nội dung phù hợp, sinh động, gắn với thực tiễn đang thay đổi nhanh chóng, làm cho quy phạm pháp luật thực định không bị xơ cứng và thiếu khả năng điều chỉnh. Đối với việc nghiên cứu luật pháp, không dễ dàng nhận thức quy định pháp luật chỉ thông qua việc nghiên cứu trên văn bản luật bởi vì có những văn bản quy phạm pháp luật nội dung chung chung, trừu tượng. Vì vậy, thông qua án lệ, người ta sẽ hiểu pháp luật thông qua việc áp dụng các quy định pháp luật để giải quyết các vụ án cụ thể. Án lệ là cơ sở để hình thành và hoàn thiện văn bản quy phạm pháp luật đầy đủ và chi tiết hơn, cụ thể hơn, điều chỉnh kịp thời các quan hệ xã hội có thể nảy sinh trong cuộc sống. Các đạo luật từ đó sẽ bớt đi tính tư biện, tính lý thuyết, điều đã trở thành đặc trưng của hệ thống pháp luật châu Âu lục địa. Án lệ hình thành từ các hoàn cảnh khác nhau của đời sống xã hội vì thế điều chỉnh được hầu hết các quan hệ xã hội phát sinh.

Án lệ có khả năng điều chỉnh tự thân, bảo đảm tính công bằng nên dễ được chấp nhận khi lấy đó làm căn cứ pháp lý để giải quyết các tình huống pháp lý cụ thể. Đối với người dân, việc xử sự phù hợp với án lệ trong quá trình giao dịch có thể tạo ra sự yên tâm về tiêu chí công bằng vì khi có tranh chấp, người làm đúng sẽ được hưởng sự bảo vệ của thẩm phán. Đối với người Thẩm phán, xét về tâm lý, việc xét xử theo án lệ tức là xét xử phù hợp với đường lối của tòa án cấp trên có thể giúp bản án được chấp nhận khi được xem xét ở cấp cao hơn.

Có thể khẳng định rằng, với tầm nhìn chiến lược về nhu cầu điều chỉnh pháp luật, nhu cầu phát triển hệ thống pháp luật đáp ứng yêu cầu mới. Nghị quyết 49-NQ/TW ngày 02/6/2005 của Bộ Chính trị “Về chiến lược cải cách tư pháp từ nay cho đến năm 2020” đã định hướng các nhiệm vụ trọng tâm của Tòa án nhân dân tối cao, trong đó có việc phát triển án lệ. Để đảm bảo thực hiện chủ trương của Đảng khi sửa đổi các Bộ luật tố tụng cần đưa nguyên tắc tham khảo án lệ khi giải quyết vụ án trở thành một nguyên tắc căn bản. Tòa án nhân dân tối cao thông qua Hội đồng thẩm phán, công bố các tập án lệ điển hình, bảo đảm để áp dụng thống nhất pháp luật.

Hiện nay, mặc dù án lệ chưa được thừa nhận là một nguồn pháp luật chính thức, nhưng thực tế nó vẫn tồn tại thông qua những các “hướng dẫn đường lối xét xử” của Tòa án tối cao như Báo cáo tổng kết, Kết luận của Chánh án Tòa án nhân dân tối cao. Hàng năm, khi tổng kết công tác xét xử, Tòa án nhân dân tối cao đưa ra các vụ án điển hình để hướng dẫn tòa án cấp dưới xét xử. Tuy nhiên, khi lập luận cho quyết định của mình, Tòa án nhân dân tối cao vẫn phải căn cứ vào các quy định của pháp luật, chứ không dựa vào các bản án đã xét xử. Như vậy, các nguồn này chưa hội đủ các đặc tính của một án lệ với đúng nghĩa của nó, không chuyên tải được toàn bộ nhận định và phân tích pháp lý các phán quyết về từng vấn đề pháp lý của mỗi vụ án. Chủ trương chiến lược của Đảng được khẳng định tại Nghị quyết 49-NQ/TW ngày 2-6-2005 “Về Chiến lược cải cách tư pháp” và quy định tại khoản 3 Điều 104 Hiến pháp năm 2013 đã chỉ rõ khả năng trong tương lai không xa, án lệ sẽ trở thành một nguồn luật chính thức ở Việt Nam, một hình thức pháp luật được công nhận, đặc biệt là khi Tòa án nhân dân tối cao đã bắt đầu xuất bản các tuyển tập quyết định giám đốc thẩm của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao. Xây dựng phát triển án lệ, triển khai áp dụng án lệ trong xét xử, Tòa án tối cao sẽ góp phần vào việc định hướng phát triển

của hệ thống pháp luật. Từ đó, giải thích pháp luật không phải là giải thích trừu tượng của Ủy ban Thường vụ Quốc hội cũng không phải là giải thích khoa học mà là giải thích chính thức của Tòa án. Tuy nhiên, sự giải thích này được thực hiện thông qua các bản án, được thực hiện tại từng thời điểm khác nhau, khi các điều kiện kinh tế xã hội đã có nhiều thay đổi 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 mà trở thành hoạt động mang tính sáng tạo, gắn với công lý của cuộc sống. 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 các nhà lập pháp.

Để bản án, quyết định có thể trở thành án lệ thì bản án, quyết định cần đáp ứng những tiêu chí cụ thể. Theo đó một bản án để có thể trở thành án lệ phải có các điều kiện như:

- Nội dung của bản án hoặc quyết định của Tòa án được coi là án lệ phải liên quan đến vấn đề pháp lý: Khi các vụ án hay tranh chấp được giải quyết tại tòa án nếu các vấn đề pháp lý đã rõ, thì Thẩm phán áp dụng luật đã có sẵn và như thế, bản án hoặc quyết định trong các vụ án này không tạo ra án lệ. 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 luật áp dụng nào đối với sự kiện thực tế nảy sinh trong vụ án và nó được áp dụng đối với những sự kiện thực tế nảy sinh trong vụ án nào? Như vậy, khi mà thực chất vấn đề pháp luật chưa được giải quyết trước đó và chưa hề có lời giải đáp trong thực tiễn và thẩm phán đã tìm ra lời giải đối với vấn đề pháp luật đặt ra trong vụ án. Việc tìm ra quy chuẩn mới cho hành vi chính là “làm ra” luật! Và như vậy, Thẩm phán đã kiến tạo ra pháp luật. Nói khác đi, phán quyết của Thẩm phán trong vụ việc cụ thể này đã tạo ra một án lệ cho các vụ việc trong tương lai.

- Trong bản án hoặc quyết định phải thể hiện được thái độ, quan điểm của thẩm phán, của Hội đồng xét xử về các vấn đề pháp luật được đặt ra. Nếu trong bản án không có quan điểm, đường lối giải quyết thì đó chưa được xem là án lệ. Các Thẩm phán cần thể hiện quan điểm của mình rõ ràng, dứt khoát trong vụ án. Quan điểm, thái độ đối với vấn đề pháp lý mới nảy sinh trong vụ án sẽ được chấp nhận cùng với những lập luận trong bản án hoặc quyết định như một án lệ.

- Án lệ do Thẩm phán tạo ra phải xuất phát từ tranh chấp giữa các bên trong vụ án. Án lệ được tạo ra trong bối cảnh có một tranh chấp xác định. Thẩm phán đứng trước nhiệm vụ phải đưa ra phán quyết trong tranh chấp giữa các bên, 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 luật bởi Thẩm phán trong điều kiện này khác hẳn với công việc xây dựng luật của nhà lập pháp. Và như đã nói ở trên, hoạt động áp dụng pháp luật của Thẩm phán không đơn thuần là áp dụng pháp luật mà là một quá trình kiến tạo pháp luật góp phần hoàn thiện và phát triển pháp luật.

Có thể nói rằng, quá trình phát triển án lệ và triển khai sử dụng án lệ vào thực tiễn xét xử ở Việt Nam gồm hai giai đoạn: giai đoạn diễn giải cụ thể hóa quy phạm pháp luật vào từng vụ việc rồi đưa lên thành án lệ và giai đoạn sau khi đưa ra các án lệ mới. Trong giai đoạn đầu khi mà dù đã có quy phạm pháp luật điều chỉnh quan hệ phát sinh tranh chấp, thì án lệ được tạo ra chính là kết quả của việc áp dụng các quy định pháp luật chứa đựng những nguyên tắc chung trong một bối cảnh cụ thể. Một thực tế là văn bản pháp luật do cơ quan lập pháp tạo ra rất nhiều trường hợp có chứa đựng các văn bản quy phạm với cách khái quát rất cao và trừu tượng. Cũng có những trường hợp các nhà lập pháp không thể tiên đoán hết các thay đổi của điều kiện thực tế của cuộc sống xã hội. Điều này tạo điều kiện cho các thẩm phán tạo ra các án lệ

khi giải thích và áp dụng các văn bản luật cũng như các đạo luật. Ở giai đoạn thứ hai, án lệ được tạo ra trong một vụ án cụ thể phát sinh trên cơ sở tranh chấp giữa các bên không phải vì lý do luật còn chung chung chưa tiên đoán được sự việc trên thực tế sẽ phát sinh mà là vấn đề pháp lý hoàn toàn mới, cần được xử lý. Trường hợp này án lệ được ra khi điều luật cần áp dụng trong trường hợp phức tạp của thực tiễn. Như vậy, án lệ do Thẩm phán tạo ra luôn dựa trên cơ sở của các vụ kiện cụ thể, và khi nó được coi là án lệ thì có thể áp dụng cho các vụ việc trong tương lai khi có những tình huống tương tự và khi đó, nội dung của án lệ sẽ được các Thẩm phán viện dẫn lại để phục vụ cho lập luận hợp lý của họ.

Hiến pháp nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam năm 2013 tại [34; Điều 104, khoản 3] quy định: “Tòa án nhân dân tối cao thực hiện việc tổng kết thực tiễn xét xử, bảo đảm áp dụng thống nhất pháp luật trong xét xử”. Luật Tổ chức Tòa án nhân dân 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. Nghị quyết của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao được ban hành thông qua các bản án, quyết định trước đó có vai trò hướng dẫn các Tòa án địa phương áp dụng thống nhất pháp luật” [35; Điều 19, Tại khoản 1]. Trên thực tế, nội dung quy định tại Nghị quyết của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao có tính bắt buộc đối với các Tòa án, các Tòa án buộc phải tôn trọng những quy định này. Việc tập hợp xuất bản và phổ biến các bản án tiêu biểu, điển hình của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao phục vụ đặc lực cho hoạt động áp dụng pháp luật và công tác xét xử của Tòa án các cấp. Thực tế đã cho phép khẳng định rằng, án lệ chính là đường lối áp dụng pháp luật của Tòa án về một vấn đề pháp lý, đã trở thành tiền lệ mà các Thẩm phán có thể theo đó xét xử trong các trường hợp tương tự.

Nghị quyết số 49-NQ/TW, một trong những nhiệm vụ cải cách tư pháp 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...”. Chúng ta đang tiến hành thực hiện chiến lược cải cách tư pháp, trong đó vấn đề cần khai hóa các hoạt động tư pháp sẽ là yếu tố nhằm tạo lòng tin cho người dân vào các phán quyết của các cấp Tòa án là một nhiệm vụ chiến lược quan trọng.

Những năm gần đây, Tòa án nhân dân tối cao đã chọn lọc và công bố được một số Quyết định giám đốc thẩm của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao từ năm 2003 đến nay. Cần tiếp tục việc công khai các bản án, quyết định của Tòa án dưới các hình thức các tập bản án, quyết định cho người dân truy cập, tìm kiếm trong quá trình tiếp cận công lý, tiếp cận Tòa án, công bố bản án, quyết định của Tòa án được thực hiện thường xuyên, liên tục và rộng rãi bằng nhiều phương tiện thông tin đại chúng, kể cả internet sẽ là bảo đảm tốt nhất.

3.2. CÁC GIẢI PHÁP TĂNG CƯỜNG VAI TRÒ CỦA THỰC TIỄN XÉT XỬ TRONG VIỆC PHÁT TRIỂN VÀ HOÀN THIỆN HỆ THỐNG PHÁP LUẬT, TRIỂN KHAI ÁN LỆ VÀO HOẠT ĐỘNG XÉT XỬ CỦA TÒA ÁN

3.2.1. Các giải pháp nâng cao vai trò và vị thế của Tòa án nhân dân, bảo đảm Tòa án nhân dân thực hiện có hiệu quả quyền tư pháp

Để nâng cao vai trò của hoạt động xét xử trong việc hoàn thiện và phát triển pháp luật thì điều kiện tiên quyết là nâng cao vai trò, vị thế của Tòa án nhân dân trong cơ chế quyền lực nhà nước ở nước ta. Biện pháp căn bản nhất là thể chế hóa và thực hiện trên thực tế nguyên tắc hiến định: “Quyền lực nhà nước là thống nhất có sự phân công, phối hợp kiểm soát giữa các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp” [34; Điều 2, khoản 3]. Điều đó, có thể lý giải như sau:

Trong hệ thống cơ chế quyền lực nước ta, Quốc hội là cơ quan lập pháp.

Hệ thống văn bản quy phạm pháp luật không chỉ có luật của Quốc hội mà còn bao gồm các văn bản của các cơ quan khác của Nhà nước. Bản án và quyết định của Tòa án nhân dân được xác định là những văn bản áp dụng pháp luật.

Trong khi đó đặc trưng chủ yếu của quy phạm pháp luật là tính công bằng, phù hợp với lợi ích chính đáng của các chủ thể quan hệ pháp luật. Tư tưởng về sự công bằng và công lý là đặc trưng nền tảng của pháp luật và thiên chức của hoạt động xét xử là đưa những tư tưởng đó vào cuộc sống thông qua hoạt động áp dụng pháp luật...

Để bảo đảm cho chức năng đó của hoạt động xét xử của Tòa án được thực hiện thì như đã phân tích ở các phần trên, Tòa án phải được quyền giải thích các quy phạm đang áp dụng theo hướng phù hợp với bối cảnh của các quan hệ pháp lý nảy sinh, được quyền “có ý kiến” đối với những quy phạm pháp luật thực định hiện hành nhằm bảo đảm cho các quan hệ xã hội hiện hữu trở nên ổn định hơn, bảo vệ tối đa sự công bằng và công lý. Nội dung yêu cầu trên đây có thể được bảo đảm thực hiện trong quá trình cải cách tư pháp và hoàn thiện địa vị pháp lý của Tòa án nhân dân. Đó là xác định Tòa án có vị trí trung tâm và xét xử là trọng tâm của hoạt động tư pháp, tổ chức Tòa án theo thẩm quyền xét xử, bảo đảm nguyên tắc độc lập trong hoạt động xét xử; tạo cơ sở pháp lý để nâng cao chất lượng đội ngũ Thẩm phán; xây dựng cơ sở vật chất, phương tiện làm việc của Tòa án từng bước hiện đại, khoa học; bảo đảm chế độ, chính sách đối với Thẩm phán, hội thẩm nhân dân qua đó nâng cao chất lượng xét xử, thực hiện có hiệu quả quyền tư pháp, đáp ứng yêu cầu xây dựng nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa; xây dựng cơ chế kiểm soát chặt chẽ giữa các cơ quan trong việc thực hiện các hoạt động tư pháp.

Nghiên cứu về vị trí của Tòa án các nước ngoài có thể thấy, ở một số quốc gia trên thế giới quyền tư pháp bao gồm từ quyền phán quyết đối với các vi phạm pháp luật, kể cả vi phạm Hiến pháp trong các đạo luật; xử lý các

tranh chấp, xung đột về quyền và nghĩa vụ phát sinh từ các quan hệ xã hội; công nhận giá trị pháp lý đối với các sự kiện, hành vi làm phát sinh, thay đổi, chấm dứt quyền, nghĩa vụ của cá nhân, cơ quan, tổ chức... cho đến quyền giải thích pháp luật để pháp luật được áp dụng thống nhất, công bằng nhằm bảo đảm và bảo vệ công lý, bảo vệ quyền con người, quyền công dân. Quyền tư pháp trước hết là quyền xét xử, bảo vệ công lý. Bên cạnh đó, để Tòa án thực hiện nhiệm vụ Hiến định là bảo vệ công lý, bảo vệ quyền con người, quyền công dân, bảo vệ chế độ xã hội chủ nghĩa, bảo vệ lợi ích của nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của tổ chức, cá nhân thì quyền tư pháp không chỉ là quyền xét xử mà còn là quyền kiểm soát, đánh giá và kết luận về tính hợp pháp và có căn cứ của các quyết định, hành vi tố tụng do các cơ quan tư pháp thực hiện trong suốt quá trình tố tụng và thi hành bản án, quyết định của Tòa án. Có như vậy thì việc giải quyết, xử lý các vụ án mới bảo đảm đúng pháp luật, tránh oan, sai và bỏ lọt tội phạm. Đây có thể được coi là cơ chế để Tòa án tham gia kiểm soát việc thực hiện các hoạt động tư pháp. Hơn nữa, trước yêu cầu bảo đảm tôn trọng và bảo vệ quyền con người, quyền công dân trong Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa đòi hỏi mọi biện pháp ngăn chặn hoặc cưỡng chế của Nhà nước nếu hạn chế quyền con người, quyền công dân thì phải được Tòa án xem xét, áp dụng hoặc kiểm tra để thay đổi, hủy bỏ trong trường hợp việc áp dụng các biện pháp đó là trái pháp luật hoặc không cần thiết. Tòa án thực hiện nhiệm vụ Hiến định là bảo vệ công lý, bảo vệ quyền con người, quyền công dân, bảo vệ chế độ xã hội chủ nghĩa, bảo vệ lợi ích của nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của tổ chức, cá nhân thì quyền tư pháp không chỉ là quyền xét xử mà còn bao gồm các quyền năng khác được giao cho Tòa án thực hiện (như: quyền đánh giá, kết luận về tính hợp pháp và có căn cứ của các quyết định, hành vi tố tụng; xem xét, áp dụng hoặc thay đổi các biện pháp ngăn chặn hoặc cưỡng chế của Nhà nước; quyết định, giám sát việc thi hành

bản án, quyết định của Tòa án; tham gia kiểm soát giữa các cơ quan nhà nước trong việc cần mở rộng phạm vi xét xử của Tòa án, cụ thể là cần giao cho Tòa án quyền được phán quyết về tính hợp Hiến, hợp pháp của các văn bản quy phạm pháp luật do các bộ/cơ quan ngang bộ ban hành; phán quyết về tính hợp Hiến, hợp pháp của các văn bản hành chính; kiến nghị Quốc hội, Ủy ban thường vụ Quốc hội xem xét, bãi bỏ văn bản quy phạm pháp luật của Chính phủ, Ủy ban thường vụ Quốc hội, Quốc hội. Tòa án thực hiện tốt quyền tư pháp thì cần có những thiết chế bảo đảm thực hiện nguyên tắc Thẩm phán, Hội thẩm độc lập và chỉ tuân theo pháp luật. Theo đó, cần quy định bổ sung các chế tài hình sự, hành chính để áp dụng đối với những trường hợp can thiệp vào việc xét xử; nâng cao tiêu chuẩn đối với Thẩm phán; đổi mới quy trình tuyển chọn, bổ nhiệm Thẩm phán; kéo dài nhiệm kỳ Thẩm phán; có chế độ chính sách đãi ngộ đặc biệt đối với Thẩm phán. Về nguyên tắc tổ chức và hoạt động của Tòa án nhân dân, cần thể chế hóa đầy đủ các nguyên tắc cơ bản được quy định tại Điều 103 của Hiến pháp, trong đó có những nguyên tắc mới quan trọng như nguyên tắc tranh tụng được bảo đảm trong xét xử; nguyên tắc suy đoán vô tội; đồng thời, bổ sung thêm nguyên tắc có tính chất đặc thù trong tổ chức và hoạt động của Tòa án đã được ghi nhận tại các văn kiện Đại hội Đảng gần đây và các nghị quyết, kết luận của Bộ Chính trị về cải cách tư pháp, cụ thể là “Tòa án nhân dân được tổ chức, hoạt động theo thẩm quyền xét xử, không phụ thuộc vào đơn vị hành chính”.

Cụ thể hóa quy định tại Điều 104 của Hiến pháp, đồng thời kế thừa các quy định của Luật tổ chức Tòa án nhân dân năm 2002 còn phù hợp và đang phát huy hiệu quả, các quy định Tòa án nhân dân tối cao không thực hiện nhiệm vụ xét xử phúc thẩm mà chỉ thực hiện nhiệm vụ giám đốc việc xét xử của các Tòa án khác; xét xử giám đốc thẩm, tái thẩm; tổng kết thực tiễn xét xử, bảo đảm áp dụng thống nhất pháp luật trong xét xử; đổi mới tổ chức và

hoạt động của Tòa án nhân dân tối cao theo hướng tinh gọn với Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao có từ 13 đến 17 Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao. Để khắc phục những tồn tại, bất cập trong việc tổ chức xét xử giám đốc thẩm, tái thẩm, hoạt động xét xử của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao được đổi mới theo hướng có Hội đồng xét xử gồm 5 Thẩm phán hoặc Hội đồng toàn thể Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao; đồng thời, để cụ thể hóa quy định tại khoản 1 Điều 104 của Hiến pháp về việc “Tòa án nhân dân tối cao là cơ quan xét xử cao nhất của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam”[34], quy định: “Quyết định giám đốc thẩm, tái thẩm của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao là quyết định cao nhất, không bị kháng nghị”. Cần quy định rằng, Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao có nhiệm vụ: Thông qua qua lựa chọn quyết định giám đốc thẩm có tính chuẩn mực của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao về một vụ việc cụ thể, trong đó có nội dung lập luận, làm rõ những quy định của pháp luật chưa rõ ràng còn có cách hiểu khác nhau, chỉ ra việc thống nhất áp dụng đường lối xử lý đối với vụ việc cụ thể đó làm án lệ để các Tòa án nghiên cứu, áp dụng trong xét xử. Quy định về việc ban hành và phát triển án lệ như nêu trên là sự thể chế hóa chủ trương, định hướng của Đảng đã được xác định trong Nghị quyết số 49-NQ/TW, đồng thời cụ thể hóa quy định tại Điều 104 của Hiến pháp về việc Tòa án nhân dân tối cao bảo đảm áp dụng thống nhất pháp luật trong xét xử. Việc quy định về án lệ theo hướng nêu trên sẽ đáp ứng yêu cầu phải kịp thời giải quyết những khó khăn, vướng mắc trong công tác xét xử, khắc phục tình trạng quá tải và chậm ban hành văn bản hướng dẫn áp dụng pháp luật. Hơn nữa, việc công bố án lệ sẽ giúp người dân nắm rõ đường lối xét xử, dự báo được kết quả những vụ việc có liên quan đến quyền và lợi ích của họ. Về phía Tòa án, tham khảo án lệ, phân tích thiếu sót trong những vụ án xét xử trước đó cũng sẽ giúp Thẩm phán rút kinh nghiệm, hạn chế việc

kết án oan, sai. Với việc lựa chọn, ban hành án lệ, xác định trách nhiệm của Thẩm phán và Hội đồng xét xử phải nghiên cứu, làm theo, chắc chắn sẽ có hiệu quả rất lớn trong việc hạn chế đến mức thấp nhất các vụ việc xét xử oan, sai, các tiêu cực của những người tiến hành tố tụng, luật sư và những người tham gia tố tụng trong quá trình giải quyết vụ án. Và do đó về mặt xã hội, việc xây dựng và phát triển án lệ là một trong những phương thức hữu hiệu để bảo đảm công lý, góp phần duy trì, ổn định trật tự pháp luật trong đời sống xã hội.

3.2.2. Các giải pháp phát triển án lệ và triển khai án lệ và hoạt động xét xử

Chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020 ở nước ta, đã giao Tòa án nhân dân tối cao nhiệm vụ phát triển án lệ, nhưng chưa nêu rõ cách phát triển án lệ như thế nào. Như đã nêu và phân tích ở các phần trên chế độ sử dụng án lệ là chế độ trong đó Thẩm phán tiến hành xét xử không mâu thuẫn với quan điểm pháp lý được thể hiện trong phần xét xử của tòa án cấp cao nhất của một nước đối với các vụ án tương tự. Ở Việt Nam, đó là Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao. Sử dụng án lệ sẽ bảo đảm mục đích áp dụng thống nhất pháp luật, bảo đảm sự bình đẳng trước pháp luật, bảo đảm tính ổn định cao của các quan hệ xã hội, khả năng dự đoán của người dân trong các điều kiện của kinh tế thị trường, ngăn chặn sự duy ý chí của Thẩm phán. Ở Việt Nam, mặc dù quyền giải thích pháp luật thuộc về Ủy ban thường vụ Quốc hội nhưng trên thực tế UBTVQH đã không thể thực hiện đầy đủ và kịp thời việc giải thích pháp luật, cho nên cần có một chế độ bổ sung. Không chỉ ở các nước coi án lệ là nguồn chính thức của pháp luật mà ở nhiều nước chưa coi án lệ được chính thức áp dụng thì bản án, quyết định của tòa án cấp cao nhất cũng được coi trọng như là những quy phạm pháp luật thực định đối với các Tòa án và các thẩm phán.

Việc Tòa án cấp cao nhất thể hiện đường lối xét xử dưới hình thức án lệ

khi giải quyết từng vụ án cụ thể sẽ làm rõ được đường lối xét xử có thể áp dụng vào vụ án tương tự, và việc Tòa án cấp dưới xét xử tuân theo án lệ do Tòa án cấp cao nhất đưa ra sẽ làm cho việc áp dụng pháp luật được thống nhất.

Cần phải khẳng định và thống nhất rằng, chỉ có xét xử của Tòa án cấp cao nhất mới có thể trở thành án lệ. Điều này dựa trên mục đích là buộc Tòa án cấp dưới tuân theo xét xử của Tòa án cấp cao nhất và là duy nhất, nhờ đó bảo đảm được việc áp dụng thống nhất pháp luật. Hơn nữa, phần xét xử có thể trở thành án lệ không phụ thuộc và việc cơ quan có thẩm quyền lựa chọn đó là án lệ hay không và không giới hạn ở phần tóm tắt quyết định được ghi trong tập án lệ. Đồng thời, cần xác lập một quy tắc rằng, cái có thể trở thành án lệ là quan điểm pháp lý được thể hiện trong xét xử của Tòa án cấp cao nhất. Về phương pháp dẫn ra án lệ có hai cách hiểu khác nhau: (1) cách hiểu thứ nhất cho rằng án lệ được rút ra từ lập luận, giải thích được nêu trong phần xét thấy trong bản án từ đó dẫn đến kết luận cho vấn đề của bản án và (2) cách hiểu thứ hai cho rằng án lệ được rút ra từ quan hệ tình tiết và kết luận của bản án.

Tác giả luận văn này cho rằng, phần thứ hai là phần nhất thiết phải được áp dụng, phần thứ nhất sẽ là phần cần được các Tòa án tham khảo khi quyết định vụ việc trọng đại. Nghĩa vụ tuân theo án lệ cho dù không được quy định trong luật nhưng Tòa án cấp dưới vẫn tiến hành xét xử theo án lệ, bởi vì khi xét xử trái với án lệ, nếu bị kháng cáo thì cuối cùng cũng sẽ bị Tòa án cao nhất hủy. Chính vì vậy, một quy tắc cần được xác lập khi sử dụng án lệ là nếu Tòa án trong những trường hợp không áp dụng án lệ, cần giải thích cơ sở của việc không áp dụng đó. Thiếu sự giải thích này, hoặc sự giải thích thiếu căn cứ, bản án hoặc quyết định có thể bị hủy bỏ. Một nguyên tắc cơ bản của hệ thống pháp luật nước ta là văn bản quy phạm pháp luật có hiệu lực cao hơn án lệ. Quốc hội hoặc cơ quan ban hành văn bản quy phạm pháp luật có quyền áp dụng quan điểm pháp lý khác với án lệ bằng cách ban hành văn bản quy phạm

pháp luật phủ nhận án lệ của Tòa án. Vì vậy hệ thống án lệ không xâm phạm quyền lập pháp của Quốc hội.

Để Quyết định giám đốc thẩm của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao phát huy vai trò hướng dẫn áp dụng thống nhất pháp luật, cần xem xét lại vai trò mà Hội đồng Thẩm phán cần phải đảm nhận trong quá trình viết quyết định, và cải tiến nội dung của Quyết định sao cho các Thẩm phán và cả người dân có thể nhận biết được quan điểm pháp lý có thể áp dụng cho các vụ án tương tự khác.

Để làm được điều đó, quyết định phải đáp ứng được các yêu cầu chính xác về:

- Quan hệ tình tiết liên quan đến vấn đề của vụ án.
- Quan điểm của bản án hoặc quyết định có hiệu lực pháp luật bị kháng nghị đối với vấn đề của vụ án.
- Quan điểm pháp lý mà Quyết định giám đốc thẩm cho là đúng.
- Áp dụng quan điểm pháp lý vào vụ án.
- Chỉ ra sai lầm của bản án, quyết định bị kháng nghị.

Quan điểm pháp lý là nội dung của án lệ cần được phổ biến rộng rãi cho các Thẩm phán là những người phải tuân theo cũng như cho người dân là người hành động theo án lệ. Để làm được điều đó, cần biên tập và phát hành án lệ dưới các hình thức tiện dụng đối với thẩm phán và người dân. Cần đăng và phổ biến rộng rãi tất cả các Quyết định giám đốc thẩm của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao. Ngoài tập án lệ, cũng có thể nghĩ đến việc phát hành tập quyết định trong đó đăng có tuyển chọn các Quyết định giám đốc thẩm cần được tham khảo của các tòa chuyên trách Tòa án nhân dân tối cao như Tòa dân sự, Tòa hình sự, Tòa kinh tế, Tòa hành chính, ...

Kết luận chương 3

Quá trình xét xử là một quá trình áp dụng pháp luật sáng tạo. Để bảo đảm tính ổn định và khả năng điều chỉnh đầy đủ, đồng bộ của pháp luật đối với các quan hệ xã hội đang phát triển ở Việt Nam thì vai trò giải thích pháp luật, vai trò bổ sung các lỗ hổng pháp luật của Tòa án là rất cần thiết.

Vai trò “kiến tạo pháp luật” của hoạt động xét xử ở nước ta cần được thể hiện trong các trường hợp sau đây:

- Khi văn bản quy phạm pháp luật được áp dụng tỏ ra không rõ ràng về nội dung, tồn tại dưới dạng quy phạm khung chưa cụ thể. Trường hợp này, việc tạo ra án lệ là cần thiết, để bảo đảm sự an toàn pháp lý cho các chủ thể quan hệ.

- Khi văn bản quy phạm pháp luật được áp dụng thiếu quy định tương ứng phù hợp với bối cảnh pháp lý của quan hệ xã hội nảy sinh. Trong trường hợp này việc tạo ra án lệ là hết sức cần thiết để bảo đảm sự điều chỉnh đầy đủ và đồng bộ đối với các quan hệ xã hội.

- Khi đã có sự điều chỉnh pháp luật đối với một loại quan hệ xã hội, nhưng quy định đó tỏ ra cứng nhắc, thiếu mềm dẻo và khó vận dụng vào trường hợp cụ thể, tuy không thực sự phổ biến, nhưng vẫn cần được bảo vệ về mặt pháp lý. Quyết định của Tòa án tạo ra tiền lệ đối với việc áp dụng các trường hợp tương tự, nhằm bảo vệ được lợi ích chính đáng của thiểu số.

KẾT LUẬN

Từ kinh nghiệm của việc sử dụng án lệ ở các nước thuộc các hệ thống pháp luật khác nhau trên thế giới có thể thấy rõ ràng là việc sử dụng án lệ nhất là ở các nước trong hệ thống pháp luật châu Âu lục địa không gắn với nguyên tắc “bắt buộc áp dụng án lệ” (“stare decisis”), nhưng sự thường xuyên lưu ý và tạo thói quen sử dụng án lệ trong thực tiễn xét xử ở các nước này bảo đảm cho việc áp dụng pháp luật thống nhất, dẫn đến việc trao cho Thẩm phán quyền được giải thích pháp luật và vì thế đã tạo cho pháp luật có tính thích nghi kịp thời và uyển chuyển với sự thay đổi và phát triển nhanh chóng của đời sống xã hội, tạo cơ sở vững chắc cho tính công bằng, công lý của các phán quyết.

Ở Việt Nam, xuất phát từ nhu cầu hoàn thiện hệ thống pháp luật, đề cao vai trò của pháp luật và các giá trị công bằng, bình đẳng, công lý, Đảng và Nhà nước ta đã chủ trương tăng cường đẩy mạnh hoạt động tổng kết thực tiễn xét xử, phát triển án lệ, bảo đảm áp dụng thống nhất pháp luật.

Vai trò đó thuộc về Tòa án nhân dân tối cao thông qua các quyết định giám đốc thẩm của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao. Việc quy định và khẳng định vai trò này đáp ứng yêu cầu kịp thời giải quyết những khó khăn, vướng mắc trong công tác xét xử xuất phát từ các biểu hiện bất cập trong quy định của pháp luật thực định như chậm ban hành văn bản, quy định chung chung, trừu tượng, thiếu ràng. Mặt khác đây là con đường hợp lý nhất để Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa của chúng ta thực hiện được vai trò bảo vệ tối đa các quyền và lợi ích hợp pháp, chính đáng của người dân. Đồng thời, từ phía thực tiễn, cũng có thể kết luận rằng, nhu cầu sử dụng án lệ là một thực tế có thật.

Để thực hiện được định hướng nêu trên cần tăng cường xây dựng, tuyển chọn án lệ trong các quyết định giám đốc thẩm của Hội đồng Thẩm

phán Tòa án nhân dân tối cao. Từ đó, cần tạo được thói quen sử dụng án lệ trong hoạt động xét xử, trước hết là thói quen của các Thẩm phán tìm kiếm và viện dẫn các Tổng kết của Tòa án nhân dân tối cao, nội dung án lệ trong các quyết định giám đốc thẩm của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao.

Từ chủ trương về phát triển án lệ, từ nhu cầu của thực tiễn xét xử và bảo vệ quyền con người, quyền và lợi ích hợp pháp, chính đáng của người dân, cần tăng cường đổi mới chương trình đào tạo pháp luật và đào tạo nghề luật ở Việt Nam theo hướng tăng các kiến thức về án lệ và sử dụng án lệ trong giảng dạy, trong nghiên cứu khoa học pháp lý. Cần mở rộng việc công bố công khai các bản án, quyết định của Tòa án, trước hết là các án lệ nhằm tăng cường bảo đảm khả năng tiếp cận án lệ, cũng chính là khả năng tiếp cận pháp luật và công lý của người dân.

TÀI LIỆU THAM KHẢO

Tài liệu tiếng Việt

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*, tr.26-30.
2. Barry M.Hager (1999), Nhà nước pháp quyền: *cuốn từ vựng dành cho các nhà hoạch định chính sách* (Rule of law). A Lexicon for Policy Makers. N.Y, tr.15.
3. Trương Hòa Bình (2012), (Chủ nhiệm), *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.
4. Bộ Chính trị (2005), *Nghị quyết số 49-NQ/TW ngày 2-6-2005 về: Chiến lược cải cách tư pháp*.
5. Bộ Tư pháp (1955), *Thông tư số 19-VHH ngày 30-6-1955 về việc áp dụng luật lệ*.
6. Bộ Tư pháp - Tòa án nhân dân tối cao (1959), *Thông tư liên tịch số 92-TC ngày 11-11-1959 giải thích và quy định cụ thể về nhiệm vụ và quyền hạn của các Tòa án nhân dân phúc thẩm Hà Nội, Hải Phòng, Vinh*.
7. Chánh án Tòa án nhân dân tối cao (1996), *Báo cáo tổng kết ngành Tòa án nhân dân*.
8. Chính phủ (1995), *Thông tư số 442/TTg ngày 19/01 của Thủ tướng Chính phủ về việc trừng trị một số tội phạm*, Hà Nội.
9. 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.
10. Chủ tịch Chính phủ nước Việt Nam dân chủ cộng hòa và Hiến pháp năm 1946, (1950), *Sắc lệnh 97-SL ngày 22-5-1950*.
11. Chương trình đối tác tư pháp (2011), *Kinh nghiệm quốc tế trong việc áp dụng tiền lệ và án lệ*, Hà Nội.

12. 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 Tòa án Việt Nam, *Tòa án nhân dân*, (19), tr.34-43.
13. Nguyễn Văn Cường, Nguyễn Ngọc Ánh (2009), “Nhận thức chung về án lệ, tầm quan trọng của án lệ trong công tác xét xử tại Tòa án Việt Nam”, *Tòa án nhân dân*, (19), tr.39-44.
14. Ngô Cường (2012), “Án lệ được sử dụng dưới triều Nguyễn”, *Tòa án nhân dân*, (20), tr.29-48.
15. Ngô Cường (2012), “Bàn về cách thức xây dựng án lệ”, *Tòa án nhân dân*, (20), tr.1-4.
16. Nguyễn Xuân Dương (1957), “Án lệ: Vấn đề chồng liên đới trả nợ cho vợ”, *Tạp san Luật học*, (4), tr.13-21.
17. 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.
18. 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.
19. Đảng Cộng sản Việt Nam (2005), *Nghị quyết số 4/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.
20. Đỗ Văn Đại (2002), “Tư pháp quốc tế và vấn đề xây dựng quy phạm pháp luật bởi Tòa án ở Pháp và Việt Nam”, *Tạp chí Khoa học pháp luật*, (7), tr.32-35.
21. Đỗ Văn Đại (2011), “Án lệ của Tòa án tối cao-kinh nghiệm của Pháp đối với sự phát triển án lệ tại Việt Nam”, *Nghiên cứu lập pháp*, (12), tr.31-44.
22. Đỗ Văn Đại (2011), “Án lệ trong pháp luật thực định Việt Nam”, *Nghiên cứu lập pháp*, (12), tr.39-48.
23. Đỗ Văn Đại và Lương Văn Lắm (2010), “Xử lý việc lấn chiếm tài sản của người khác trong pháp luật Việt Nam”, *Tạp chí Khoa học pháp lý*, (04), tr.40-45.

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. Võ Trí Hào (2003), “Vai trò giải thích pháp luật của Tòa án”, *Tạp chí Khoa học pháp luật*, (3).
26. 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.
27. Nguyễn Thị Hồi (2008), “Khái niệm về nguồn của pháp luật”, *Luật học*, (2), tr.29-30.
28. Lê Mạnh Hùng (2011), “Án lệ trong hệ thống tòa án Australia và kinh nghiệm cho Việt Nam trong việc phát triển án lệ”, *Luật học*, (6), tr.68-76.
29. 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.
30. Nguyễn Đức Lam (2012), “Án lệ ở Anh: lịch sử, khái niệm, nguyên tắc và cơ chế thực hiện”, *Nghiên cứu lập pháp*, (3), tr.58-68.
31. Nguyễn Đức Lam (2012), “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 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.
33. Nguyễn Văn Nam (2011), “Lý luận về án lệ ở một số nước theo truyền thống pháp luật Civil Law”, *Nhà nước và pháp luật*, (3), tr.3-9.
34. Quốc hội (2013), Hiến pháp.
35. Quốc hội (2002), *Luật Tổ chức Tòa án nhân dân*.
36. Đinh Văn Quế (2005), *Pháp luật hình sự thực tiễn xét xử và án lệ*, Nxb Lao động-xã hội, Hà Nội.
37. Hoàng Thị Kim Quế (2011), “Tiết kiệm pháp luật và lãng phí pháp luật”, *Nghiên cứu lập pháp*, (19), tr.16-22.

38. S.S.Alexeev (1997), Triết học pháp luật, Lịch sử và hiện tại, *Những vấn đề, khuynh hướng và triển vọng*, (Алексеев С.С. Философия права. История и современность. Проблемы. Тенденции. Перспективы). М, tr.28.
39. 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.
40. Thái Vĩnh Thắng (2000), “Đổi mới và nhận thức về hình thức pháp luật”, *Luật học*, (1), tr.46-49.
41. Thái Vĩnh Thắng (2007), “Nguồn pháp luật trong hệ thống pháp luật Anh-Mỹ”, *Luật học*, (11), tr.56-65.
42. Tập san Tư pháp (1964), “Mục Thuật ngữ luật học” *Tạp chí Tòa án nhân dân*, (3).
43. Tòa án nhân dân tối cao (1959), *Chỉ thị số 772-TATC ngày 10-7-1959 về vấn đề đình chỉ áp dụng luật pháp cũ của đế quốc và phong kiến*.
44. 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 hiện 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 (10/6/1996)*, Hà Nội.
45. Tòa án nhân dân tối cao (2004), *Báo cáo tổng kết ngành Tòa án nhân dân*, Hà Nội.
46. 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.
47. Tòa án nhân dân tối cao (2006), *Báo cáo tổng kết ngành Tòa án nhân dân*, Hà Nội.
48. Tòa án nhân dân tối cao (2012), “Triển khai án lệ vào công tác xét xử của Tòa án Việt Nam”, *Công trình nghiên cứu khoa học cấp Bộ*, Hà Nội, tr.14.

49. 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.
50. Tòa án nhân dân tối cao (2012), “*Triển khai án lệ vào công tác xét xử của Tòa án Việt Nam*”, Công trình nghiên cứu khoa học cấp Bộ, tr.37-38.
51. Tòa án nhân dân tối cao (2012), *Tài liệu hội thảo về xây dựng và phát triển án lệ*, Hà Nội, 24-27/4/2012.
52. Thủ tướng Chính phủ (1945), *Thông tư số 442/TTg ngày 19-01-1945 của Thủ tướng về việc trừng trị một số tội phạm*
53. Trường Đại học Luật Hà Nội (2006), *Giáo trình lý luận Nhà nước và pháp luật*, Nxb Tư pháp, Hà Nội, tr.354-355.
54. Đào Trí Úc (1993), *Những vấn đề lý luận cơ bản về pháp luật*, Nhà xuất bản Khoa học xã hội.
55. Đào Trí Úc (1994) (chủ biên), *Nghiên cứu hệ thống pháp luật Việt Nam giai đoạn thế kỷ XV – thế kỷ XVIII*, Nhà xuất bản Khoa học xã hội.
56. Đào Trí Úc (2000), *Luật hình sự Việt Nam*, quyển 1, Nxb Khoa học xã hội, Hà Nội, tr.205.
57. Đào Trí Úc (2002), “Bản chất và ý nghĩa xã hội của hoạt động áp dụng pháp luật và thực tiễn xét xử”, *Tạp chí Nhà nước và pháp luật*, (2).
58. Đào Trí Úc (2003) (chủ biên), *Hương ước trong quá trình thực hiện dân chủ ở nông thôn Việt Nam hiện nay*, Nxb Chính trị quốc gia Hà Nội, tr.15-17.
59. Đào Trí Úc (2009) (chủ nhiệm đề tài), *Báo cáo tổng hợp... khoa học cho việc đổi mới và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt nam trong bối cảnh hội nhập Quốc tế*.
60. Đào Trí Úc (2013), “Chính sách pháp luật vì sự phát triển bền vững”, *Kỷ yếu hội thảo quốc tế Việt Nam học lần thứ IV*, Hà nội, tr.145.

61. Đào Trí Úc (2012), (chủ biên), “Hệ thống tư pháp và cải cách tư pháp ở Việt Nam hiện nay”, nhà xuất bản Khoa học xã hội, Hà Nội, tr.41-42.
62. Ủy ban Thường vụ Quốc hội (1998), *Nghị quyết số 58/1998/NQ-UBTVQH 10 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.

Tài liệu nước ngoài

63. Comparative Judicial Systems. Challenging Frontiers in Conceptual and Empirical Analysis/ed by J.Schmidhauser L,1987, P.132.
64. Chester J.Constitutional Construction.N.Y, 1992, p.153.
65. Friedmann W.Legal Theory, N.Y, 1967, p.210.
66. Harris J.Legal Philosophies. Dublin, 1997, tr.31.
67. Hogg P.Constitutional Law of Canada, Toronto, 1985, p.9-10.
68. I.Mc.Leod. Legal Theory, L, 1999, p.12.
69. Introduction to Dutch Law for Foreign Lwyers/ed by J.Chorus, P.Gerverj E.Hondius.Kluver, 1993, p.161.
70. Jaames Ph.Introduction to English law L.1989, p.13. Sim R,Pace P.A Level English law L.1991, p85, Cox A.The Role of Supreme Court in American Government. Oxford, 1976, p.11.
71. LoPuckit L.The System Approach to Law “Cornell Law Review”, 1997, N03, p.481-485.
72. Mehren A., Gordley J.The Civil Law System: An Introduction to the Comparative Study of Law. Boston, 1997, p.85-136.
73. R.Cross, Presedent in English Law, L1985, p.25.
74. R.Pound, Liberty of Contract “Yale Law Journal”, 1986, N18, P454.
75. Rene David, sđd, p.142.
76. Rene David, sđd, p379.
77. René David: Les Grands Systemes de Droit contemporains. “Dallos”, Paris, 1978, p243-249.

78. Sheldon Ch. Supreme Court: Politicians in Robs. Beverly Hills, 1970, p.21.
79. Sim, R. Pace P. A Level of English Law, London, 1991, p.41.
80. Troller A. The Law and Order. An Introduction to Thinking about the Nature of Law. London, 1969, p.9-17; Finnes J. Natural Law and Natural Rights. N.Y 1990, p3-16.
81. Wiaker F. Foundations of European Legal Culture, The American Journal of Comparative law, 1990, Vol.38, p.1-29.
82. Zibs S.L. Các nguồn của pháp luật (Зивс С. Л. Источники права) М.1981.