

LÝ LUẬN VỀ ÁN LỆ TRONG HỆ THỐNG PHÁP LUẬT CÁC NƯỚC COMMON LAW, CIVIL LAW VÀ NHỮNG VẤN ĐỀ ĐẶT RA CHO VIỆT NAM

Mai Thị Mai*

* Giảng viên Khoa Pháp luật Hành chính - Nhà nước, Trường Đại học Luật Hà Nội.

Thông tin bài viết:

Từ khóa:

án lệ, nguồn luật, thẩm phán

Lịch sử bài viết:

Nhân bản: 06/01/2017

Biên tập: 15/02/2017

Duyệt bản: 20/02/2017

Tóm tắt:

Với việc thông qua Luật Tổ chức Tòa án nhân dân (TAND), hệ thống pháp luật nước ta đã đưa án lệ trở thành một trong những căn cứ để các "Tòa án nghiên cứu, áp dụng trong xét xử". Tuy nhiên, án lệ ở Việt Nam được hình thành như thế nào, được áp dụng như thế nào, có giống và khác gì so với án lệ khi được áp dụng ở các nước? Bài viết sẽ góp phần tìm câu trả lời cho những câu hỏi trên.

Article Information:

Keywords

Precedents, Sources of Law,
The Judges.

Article History:

Received: 06 Jan. 2017

Edited: 15 Feb. 2017

Approved: 20 Feb. 2017

Abstract:

With the adoption of the Law on Organization of People's Courts, Vietnam's legal system finally give out the precedent/case law as one of the bases for the "the court shall review, apply in the trial". However, how the Vietnam's precedents were formed, how it is applied and what it is similar or different from the precedents applied in other countries. This article shall help to find answers for the questions posed above.

Trong đặc trưng của hai hệ thống pháp luật common law (hệ thống Thông luật) và civil law (Hệ thống Luật thành văn) thì "án lệ" vốn được xem như là một "đặc sản" của dòng họ pháp luật common law. Tuy nhiên, trong xu hướng "toàn cầu hóa" hiện nay, hai dòng họ pháp luật này đang tiệm cận với nhau và tìm cách dung hòa những khác biệt vốn được sử dụng làm đặc trưng để nhận diện. Do đó, trong pháp luật hiện đại, nhắc đến án lệ, người ta không chỉ thấy án lệ được sử dụng trong hệ thống luật của các nước trong dòng họ pháp

luật common law mà ở các nước vốn là điển hình của dòng họ civil law như Pháp và Đức, việc sử dụng án lệ cũng đã, đang và ngày càng mở rộng.

Việt Nam là một trong những quốc gia chịu ảnh hưởng của hệ thống pháp luật Pháp, được xếp vào nhóm nước coi trọng hệ thống pháp luật thành văn. Trên thực tế, hệ thống pháp luật Việt Nam hiện nay vẫn còn chưa đầy đủ, lạc hậu; nhiều nội dung quy định có cách hiểu mâu thuẫn nhau, gây khó khăn lớn khi áp dụng pháp luật, đặc biệt là đối với các cơ quan Tòa án. Trước thực trạng

đó. Bộ Chính trị đã ban hành Nghị quyết số 49-NQ-TƯ về Chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020, ngày 02/06/2005, trong đó nêu rõ: “TAND tối cao có nhiệm vụ tổng kết kinh nghiệm xét xử, hướng dẫn áp dụng thống nhất pháp luật, phát triển án lệ... từng bước thực hiện công khai hóa bản án”. Và nội dung này đã được thể chế hóa, đưa vào quy định tại điểm c khoản 2 Điều 22 Luật Tổ chức TAND năm 2014. Án lệ trở thành một trong những căn cứ để các “Tòa án nghiên cứu, áp dụng trong xét xử”.

1. Án lệ - góc nhìn của các nước trong hệ thống common law

Theo Từ điển Black's law, án lệ (precedent) được định nghĩa: “1. Là việc làm luật của tòa án khi công nhận và áp dụng các quy tắc mới trong quá trình xét xử; 2. Vụ việc đã được giải quyết làm cơ sở để đưa ra phán quyết cho những trường hợp có tình tiết hoặc vấn đề tương tự sau này”¹. Chúng ta cũng biết rằng, Black's law là cuốn từ điển được đưa ra bởi Henry Campbell Black (1860-1927), là người đã tạo dấu ấn sâu sắc trong bối cảnh lập pháp của Mỹ². do đó, có thể hiểu thuật ngữ án lệ (precedent) đưa ra ở Black's law là cách hiểu và quan điểm về án lệ của các quốc gia theo dòng họ pháp luật common law, mà cụ thể nhất là ở Mỹ. Cách thức áp dụng *precedent* cũng được dẫn chiếu đến một thuật ngữ gốc Latin là “stare decisis”, được giải nghĩa là: “Học thuyết về án lệ là sự cần thiết để tòa án áp dụng các quyết định tư pháp trước đó nếu như trong vụ kiện tụng xuất hiện lại những tình tiết tương tự”³.

Cần làm rõ về nguyên tắc áp dụng pháp luật tương tự này, bởi lẽ cách thức áp dụng án lệ với cách hiểu chung chung rằng, áp dụng quyết định của tòa án trước cho vụ việc sau, khi vụ việc đó có các *tình tiết tương tự* sẽ gây hiểu lầm rằng sẽ khó có hai hay nhiều vụ việc giống nhau để áp dụng, và biết áp dụng giống nhau theo mức độ như thế nào đối với một bản án đã có trước? Nguyên tắc “stare decisis” xuất phát từ tư tưởng công bằng của nhà triết học Aristotle là “Các trường hợp giống nhau phải được xử lý như nhau” (Like cases should be treated alike)⁴. Và vì vậy, kỹ thuật để tạo ra án lệ và với nguyên tắc áp dụng đó là dựa trên cách thức suy luận tương tự. Khi tòa án giải quyết vụ việc đầu tiên chỉ tạo ra hình mẫu hay phác thảo nên một quy tắc. Một quy tắc hay nguyên tắc án lệ được hình thành phải trải qua hàng loạt các vụ việc tương tự về sau. Các thẩm phán sau này khi giải quyết một vụ việc cần phải xác định và đánh giá lý lẽ tương tự, nếu vụ việc này tương tự thì sẽ áp dụng lý lẽ trong bản án trước để giải quyết vụ việc hiện tại, nếu không tương tự thì không áp dụng⁵.

Trong khi đó, ở Anh, án lệ được sử dụng với một danh từ chung là “case law”. Trong nhiều thế kỷ trước, case law là một nguồn chính trong hệ thống pháp luật Anh và đến ngày nay vẫn rất quan trọng. Trong hệ thống của Anh, “case law” cũng được hiểu là những quyết định được đưa ra bởi thẩm phán trong các vụ án trước đó. Trong quyết định của từng vụ việc thì thường có hai mục đích chính: thứ nhất, đó là tìm ra

1 Nguyễn Văn: “the making of law by a court in recognizing and applying new rules while a administering justice 2 A decided case that furnishes a basis for determining later cases involving similar fact or issues”

2 <http://thelawdictionary.org/article/who-was-henry-campbell-black/>.

3 Nguyễn Văn: stare decisis (stahr-ee di-si-sis orstair-ee), n.[Latin “to stand by things decided”] The doctrine of precedent, under which it is necessary for a court to follow earlier judicial decisions when the same points arise again in litigation.

4 Xem <http://alpha.fdu.edu/~sollars/lecture%20five5.htm>, truy cập ngày 14/12/2016

5 Xem “Án lệ: Một số vấn đề lý luận và thực tiễn”, Đỗ Thanh Trung, Giảng viên khoa Luật Hành chính, Trường ĐH Luật TP Hồ Chí Minh. <http://tks.edu.vn/WebThongTinKhoaHoc/Detail/154?idMenu=120>.

xem sự thật là gì⁵. Và mục tiêu thứ hai là làm thế nào để áp dụng pháp luật vào trong trường hợp thực tiễn đó. Trong mục tiêu thứ hai này, có thể tạo ra án lệ (case law) với ý tưởng rằng, một trong những quyết định đã được tạo ra bằng cách đưa ra cách áp dụng pháp luật cho một tập hợp các tình tiết trên thực tế, và đối với những vụ việc sau đó thì cũng xử lý theo cùng một cách thức, theo nguyên tắc *stare decisis* được mô tả ở trên⁶. Với việc áp dụng nguyên tắc này, hệ thống pháp luật Anh loại trừ quan điểm cho rằng sẽ đưa đến sự tùy tiện của thẩm phán khi ông ta áp dụng pháp luật.

Tuy nhiên, trong hệ thống pháp luật Anh - Mỹ, án lệ ràng buộc chính thức đối với các vụ việc trong tương lai, song ở đó cũng nảy sinh vấn đề: Đây là ranh giới giữa án lệ bắt buộc và án lệ không bắt buộc, giữa phần bắt buộc và phần không bắt buộc của một bản án? Việc những tòa án nào có thể tạo ra các án lệ có tính chất bắt buộc phải tuân thủ với các tòa khác thì nó phụ thuộc mật thiết tới cấu trúc của hệ thống tòa án. Trong khi đó, việc đánh giá xem phần nào là phần bắt buộc và phần nào là phần không bắt buộc trong một bản án thì ranh giới cơ bản là phụ thuộc vào sự phân biệt giữa *ratio decidendi* và *obiter dictum*. Ở đó, *ratio decidendi*⁷ được hiểu là lý do để quyết định, đây là nhân tố bắt buộc trong quá trình suy luận dẫn tới quyết định của tòa án. Đây là phần có tính chất bắt buộc vì nó là quy định

của pháp luật mà tòa án dựa vào đó để đưa ra phán quyết cho vụ việc, nói cách khác, đây là quy định cần thiết để đưa ra phán quyết cho vụ việc. Trong khi đó *obiter dictum*⁸ được hiểu là lời nhận xét và bình luận của ông thẩm phán, vì thế nó không có giá trị bắt buộc. Tất nhiên, ngay cả các quyết định tư pháp thông thường không có tính chất bắt buộc nhưng vẫn có tính thuyết phục cao, phụ thuộc vào vị trí và uy tín của người thẩm phán. Đôi khi việc phân định giữa *ratio decidendi* và *obiter dictum* thật dễ dàng, nhất là khi vị thẩm phán đưa ra bản án có ý thức rõ ràng rằng mình là người làm ra luật, chỉ ra một cách rõ ràng tuyên bố nào của ông ta là "obiter" với những cách nói như: "Tôi muốn bổ sung rằng..." nhưng có những trường hợp, các thẩm phán bằng câu tuyên bố kèm theo quyết định đã không ý thức được rằng ông ta đã vượt ra ngoài ranh giới phân biệt giữa "ratio decidendi" và "obiter dictum". Với những vụ việc như vậy, thì việc chỉ ra ranh giới giữa "ratio decidendi" và "obiter dictum" phụ thuộc vào các thẩm phán trong các vụ việc sau đó, các luật sư thực hành, các nhà nghiên cứu luật, sinh viên và các đối tượng khác vì nhiều nguyên nhân đã đi tìm hiểu và phân biệt chúng⁹, đặc biệt khi muốn sử dụng chúng với tư cách là một án lệ.

Có thể hiểu cách thức làm việc và ra bản án của các ông thẩm phán như sau: "Các ông thẩm phán ngồi lắng nghe chứng cứ và

5 Nguyên văn: "Case law comes from the decisions made by judges in the cases before them (the decisions of juries do not make case law). In deciding a case, there are two basic tasks: first, establishing what the facts are, meaning what actually happened; and secondly, how the law applies to those facts. It is the second task that can make case law, and the idea is that once a decision has been made on how the law applies to a particular set of facts, similar facts in later cases should be treated in the same way, following the principle of stare decisis described above.", English legal.

7 Xem Black's law, nguyên văn: "...ratio decidendi (ray-shee-oh des-<<schwa>>-den-dl), n.[Latin "the reason for deciding"]1. The principle or rule of law on which a court's decision is founded <many poorly written judicial opinions do not contain a clearly ascertainable ratio decidendi>2. The rule of law on which a later court thinks that a previous court founded its decision, a general rule without which a case must have been decided otherwise"

8 Xem Black's law, nguyên văn: "...judicial comment made while delivering a judicial opinion, but one that is unnecessary to the decision in the case and therefore not precedential (although it may be considered persuasive)

9 Xem thêm "Comparative law", của Micheal Bordan, p. 90.

các tranh cãi pháp lý, để rồi chuẩn bị cho một quyết định viết tay - được hiểu là một phán quyết cho bên thắng cuộc, và nền tảng của phán quyết này là những gì mà họ tin đó là sự thật và làm thế nào để áp dụng pháp luật vào vụ việc đó. Quyết định này được xem như là phán quyết, thông thường thì nó khá dài và thường bao hàm nhiều ý kiến hoàn toàn không liên quan đến vụ việc, ngoài ra cũng bao gồm các giải thích về nguyên tắc pháp lý mà thẩm phán đã sử dụng để đưa ra quyết định. Những giải thích này được gọi là “ratio decidendi”¹⁰. Như vậy, bản án của các nước trong hệ thống pháp luật common law, dù có thể trở thành án lệ hay không thành án lệ thì nó sẽ là một văn bản chứa đựng rất nhiều những lập luận của thẩm phán, trên quy định của pháp luật mà ông ta cho rằng có liên quan đến đề áp dụng trong trường hợp đang xét xử, có thể bao gồm việc viện dẫn các nguyên tắc trong các án lệ trước hoặc không. Chính những phần lý luận này (bao gồm các nguyên tắc được tuân thủ - *ratio decidendi*; và có thể có các bình luận, suy nghĩ và cách hiểu của thẩm phán về vụ việc - *obiter dictum*) sẽ tạo cơ sở cho các thẩm phán, luật sư nghiên cứu, xem xét, áp dụng đối với những trường hợp sau này có tình tiết tương tự theo nguyên tắc “stare decisis”.

Cũng cần nói thêm về vai trò của thẩm phán trong các quốc gia theo hệ thống pháp luật common law, thẩm phán hay có thể nói là tòa án được xem là một chủ thể “làm” luật, hiểu theo hai nghĩa: 1) Thẩm phán khi là chủ thể áp dụng pháp luật thì thông qua hoạt động giải thích pháp luật, thẩm phán

đưa ra những cách hiểu cho các quy phạm pháp luật để áp dụng pháp luật (đối với những trường hợp luật thành văn quy định chưa rõ ràng, chưa cụ thể), tạo ra những nguyên tắc mới hoặc cách hiểu mới cho những quy định của pháp luật vốn đã có, 2) Thông qua hoạt động xét xử của mình, thẩm phán có thể đưa ra những nguyên tắc áp dụng pháp luật mới để điều chỉnh các quan hệ xã hội phát sinh (mà luật thành văn chưa quy định).

Tuy nhiên, ở Anh, có một thực tế được công khai chấp nhận đó là dù các tòa án Anh tạo ra luật và thay đổi luật bằng các bản án, nhưng các thẩm phán có xu hướng ra sức biện luận trong các bản án rằng họ chỉ tìm ra các quy định của pháp luật đã có hoặc các nội dung vốn có trong các án lệ trước đó, hiếm khi có thể thấy các tòa án công khai việc tạo ra luật mới¹¹. Trong khi đó, các thẩm phán của tòa án Mỹ có xu hướng giải thích các quy định, các nguyên tắc vốn đã có sẵn trong quy định của hệ thống pháp luật, hơn là tạo ra luật mới theo đúng nghĩa đen của từ này (có thể tham khảo qua các án lệ nổi tiếng của tòa án Mỹ như: Án lệ Miranda, Án lệ Mubury kiện Madison...). Có lẽ, dù cùng chịu ảnh hưởng của dòng họ pháp luật common law, nhưng ở Anh và Mỹ vẫn có sự khác biệt, vì Mỹ vẫn có một hiến pháp thành văn, trong khi ở Anh thì không có, do đó các thẩm phán của tòa án của Mỹ vẫn có một văn bản mang tính chất “tối cao” để dựa vào, để viện dẫn, để giải thích cho những phán quyết của mình, trong khi đó thì các thẩm phán của Anh không có được điều này.

Thêm vào đó, khi nhìn nhận về án lệ.

10 Nguyên văn: “The judges listen to the evidence and the legal argument and then prepare a written decision as to which party wins, based on what they believe the facts were, and how the law applies to them. This decision is known as the judgment, and is usually long, containing quite a lot of comment which is not strictly relevant to the case, as well as an explanation of the legal principles on which the judge has made a decision. The explanation of the legal principles on which the decision is made is called the ratio decidendi – Latin for the ‘reason for deciding’. It is this part of the judgment, known as binding precedent, which forms case law. All the parts of the judgment which do not form part of the ratio decidendi of the case are called obiter dicta – which is Latin for ‘things said by the way’”, English legal, p. 13

11 Xem Comparative của Michael Borden.

ở các nước trong hệ thống pháp luật chung Anh - Mỹ, nguồn đề có thể trở thành án lệ là "vô kể", tất cả các bản án đều có cơ hội trở thành án lệ khi trong quá trình thực hiện hoạt động xét xử của mình, nếu tòa án viện dẫn và áp dụng nó để làm căn cứ quyết định một bản án thì nó sẽ trở thành án lệ cho các vụ việc kiện tụng sau nếu các tình tiết tương tự lại xuất hiện. Cùng với đó, ở các quốc gia trong hệ thống pháp luật này thì việc xuất bản án lệ cũng không phải là một "trách nhiệm pháp lý" của bất kỳ một cơ quan nhà nước nào, mà chỉ là: "một tập hợp dưới dạng sách và được sử dụng bởi các luật sư để hướng dẫn cho sự chuẩn bị với những bằng chứng tương tự"¹². Sự xuất bản này chỉ đơn giản để phổ biến và phục vụ cho việc sử dụng trong thực tế, theo đó các luật sư có thuận tiện hơn khi áp dụng cho các ngữ cảnh, các trường hợp cụ thể"¹³.

2. Án lệ trong cách nhìn của các nước theo hệ thống civil law

Mặc dù án lệ có vai trò quan trọng trong hệ thống common law, nhưng nhìn vào lịch sử thì có thể thấy, ngay cả hệ thống civil law, án lệ cũng được nhận thức là đóng một vai trò quan trọng. Bằng chứng là việc Hoàng đế Severus (cai trị La Mã từ năm 193 đến 211) đã cho phép thẩm phán bổ sung những lỗ hổng của luật thành văn bằng tập

quán và thực tiễn xét xử các vụ án tương tự (một hình thức của án lệ). Nhưng đến năm 529, Hoàng đế Justinian đã cấm các thẩm phán La Mã quyết định các vụ việc mà không dựa vào luật thành văn. Bốn năm sau, Justinian đã khôi phục lại chính sách của Severus bằng việc cho phép các thẩm phán bổ sung những kẽ hở của pháp luật thành văn khi áp dụng nó. Vì vậy, trong lịch sử pháp luật La Mã, các văn bản tập hợp các bản án và lời phân tích nó (digest) được coi là có giá trị pháp lý như là luật khi thẩm phán sử dụng nó¹⁴.

Xét ngay đối với hệ thống pháp luật của Cộng hòa Pháp, dưới ảnh hưởng của Cách mạng tư sản Pháp và các quan điểm tiên tiến của chủ nghĩa triết học Khai sáng, nước Pháp đã mở đầu cho xu hướng pháp điển hoá pháp luật ở châu Âu¹⁵. Bộ luật Dân sự (BLDS) Pháp được xem là một sản phẩm nổi tiếng và điển hình cho tiến trình pháp điển hóa pháp luật ở Pháp. Tuy nhiên, Điều 5 BLDS Pháp 1804 đã đề cao quá mức hoạt động pháp điển hóa khi quy định "Nghiêm cấm thẩm phán giải quyết những vụ việc được giao xét xử bằng cách đặt ra những quy định chung và có tính chất quy phạm"¹⁶. Điều luật này đã gián tiếp đưa đến việc không sử dụng án lệ trong hoạt động xét xử của các thẩm phán ở Pháp. Ban đầu, người

12 Xem thuật ngữ "Doctrine Precedent" trong Black's law.

13 Xem Black's law: "... Collections of Precedents have existed from very early times. In this connection precedents must not be confused with judicial precedents or case law. We refer here simply to common-form instruments compiled for use in practice, whereby the lawyer can be more or less certain that he is using the correct phraseology for the particular case before him. They were used both in conveyancing and litigation."

14 Stare Decisis In Civil-law Countries The Last Bastion, in The Themes In Comparative Law In Honour Of Bernard Rudden

15 Cho tới trước Cách mạng Pháp (1789), nước Pháp vẫn không có một hệ thống pháp luật thống nhất, đất nước này bao gồm hai vùng chủ yếu, được ngăn cách bởi sông Loire chảy trong khoảng giữa Geneva và Bờ biển Atlantic. Vùng nhỏ hơn ở phía nam (Pays de droit écrit) có các văn bản luật được pháp điển hóa, dựa trên truyền thống luật La Mã, còn vùng phía bắc chiếm 3/5 lãnh thổ đất nước (Pays de coutumes) lại áp dụng tập quán pháp có nguồn gốc chủ yếu từ Đức và được ghi lại bởi các cá nhân. Như Voltaire đã nhận xét, một người đi khắp nước Pháp sẽ buộc phải chịu sự thay đổi pháp luật thương xuyên như thay đổi ngựa. Do đó, năm đầu tiên sau Cách mạng là năm rối loạn về chính trị, xã hội nổi chung hết sức hỗn loạn, chính vì vậy, trọng điểm xây dựng luật được đặt vào các cuộc cải cách, đặc biệt là trong các quan hệ dân sự và thương mại. Khi tình hình ổn định dưới sự kiểm soát của Napoleon Bonaparte, với nỗ lực to lớn của ông, năm 1800 - khi Napoleon Bonaparte trở thành Quan Tổng tài độc nhất của nước Cộng hòa, ông đã chỉ định một Ủy ban pháp điển hóa và thành quả đem lại là BLDS Pháp (thay còn gọi là Bộ luật Napoleon - 1804) - Xem Micheal Bordon, sdd.

16 Xem BLDS Pháp 1804

ta cho rằng, Bộ luật này hoàn hảo và rõ ràng tới mức bất cứ một sự giải thích nào của các học giả trong ngành luật đều không những không cần thiết mà còn làm hỏng bộ luật. Quan điểm này cho rằng BLDS năm 1804 là tuyệt đối hoàn hảo và rằng, nó hàm chứa lời giải cho mọi vấn đề có thể xảy ra, đã ngự trị nước Pháp trong cả thế kỷ XIX¹⁷. Tất nhiên, hầu hết các luật gia đều hiểu rõ việc coi Bộ luật là tuyệt đối hoàn thiện chỉ là điều viễn tưởng và công tác hoàn thiện các kẽ hở của Bộ luật (điều mà người ta không sẵn sàng công khai) đơn giản là chỉ có thể giao cho tòa án. Và đây cũng là một phần lý do giải thích cho sự xuất hiện Tòa Pháp án trong hệ thống tòa án của Pháp (the court of cassation)¹⁸. Một trong những nguyên tắc hoạt động của Tòa Pháp án là thông qua hoạt động giám đốc thẩm của mình, góp phần giải thích pháp luật trong những trường hợp pháp luật chưa quy định cụ thể, từ đó đưa đến việc hiểu và áp dụng pháp luật một cách thống nhất. Các thẩm phán Pháp không áp dụng BLDS năm 1804 một cách cứng nhắc mà đã “sửa chữa những thiếu sót, bổ sung những điểm còn thiếu, giải thích lời văn phù hợp với hoàn cảnh mới của xã hội”¹⁹ và tất nhiên, cũng giống như người Anh, họ không muốn công khai thừa nhận điều đó.

Không giống với nước Pháp, cho đến năm 1871, nước Đức vẫn chưa có một hệ thống pháp luật thống nhất¹². Trong khi BLDS 1804 của Pháp đã có những thành quả và tạo ra sự ảnh hưởng đến các nước châu Âu thì quá trình pháp điển hoá pháp luật ở nước Đức vẫn chưa phát triển. Phải đến năm 1900, BLDS Đức mới chính thức

ra đời. Không ai có thể phủ nhận vai trò quan trọng của các bộ luật và luật thành văn ở Đức, nhưng trong rất nhiều trường hợp, để có thể hiểu nội dung thực sự của các văn bản pháp luật cần áp dụng thì không thể không tìm hiểu về các án lệ liên quan đến việc giải thích pháp luật.

Ví dụ, từ “vũ khí” (weapon) trong Bộ luật Hình sự Đức năm 1871, đã không chỉ tiết lộ tất cả những loại vũ khí mà người phạm tội sử dụng khi phạm tội được quy định trong Bộ luật này. Trường hợp một người dùng *hydrochloric acid* để tấn công người khác thì có phải là sử dụng vũ khí hay không? Tòa án tối cao Cộng hòa Liên bang (CHLB) Đức đã giải thích về thuật ngữ này trong án lệ năm 1971 như sau: “Theo Bộ luật Hình sự Đức được ban hành năm 1871, vũ khí chỉ bao gồm các công cụ máy móc được sử dụng làm công cụ tấn công. Sau thời điểm này, khái niệm về vũ khí được hiểu như trên đã thay đổi. Ngày nay, các chất hoá học dùng làm phương tiện để tấn công cũng được coi là vũ khí. Vì vậy, *hydrochloric acid* được xếp là một loại vũ khí”²⁰. Án lệ của Tòa án tối cao CHLB Đức (về dân sự và hình sự) luôn được các tòa án cấp dưới tuân theo khi áp dụng trong thực tiễn áp dụng pháp luật. Nếu tòa án cấp dưới không tuân theo cách giải thích và áp dụng pháp luật của các bản án mà Tòa án tối cao CHLB Đức đã tuyên, thì các tòa án cấp dưới có nghĩa vụ giải thích rõ vì sao nó không tuân theo²¹. Thậm chí các luật sư cũng phải thực sự quan tâm đến án lệ, bởi nếu không chú ý đến các án lệ của các tòa án cấp cao, thì luật sư có thể sẽ phải bồi thường thiệt hại cho khách hàng vì tư vấn không đúng. Trong

17 Xem Comparative law, Micheal Bordan.

18 Nguyên văn: “They originate in the events of the French Revolution. A law of 27 November 1790 instituted a “Tribunal of Cassation”, which by virtue of the *senatus – consultum* of 28 Floreal Year XII, became the Court of Cassation. Yet the history of the Court goes back much further, being rooted in the way justice was practiced under the Ancien Régime”.

19 Xem Micheal Bordan, p. 135.

20 Robert Alexy and Ralph Dreier, *Statutory Interpretation in The Federal Republic of Germany*, in ‘D. Neil MacCormick and Robert S. Summers, *Interpreting Statutes A Comparative Study*, Dartmouth Publishing Company Limited, 1991, p. 84.

1 Xem R Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, Oxford Clarendon Press, 1989.

lĩnh vực luật hiến pháp, các án lệ của Tòa án Hiến pháp CHLB Đức có hiệu lực như luật, nó bắt buộc các tòa án cấp dưới phải tuân theo. Điều 31.1 của Luật Tòa án Hiến pháp Đức quy định “Các quyết định của Tòa án Hiến pháp CHLB Đức có hiệu lực bắt buộc với các cơ quan của chính quyền liên bang và các tiểu bang cũng như tất cả những tòa án và các cơ quan nhà nước khác”. Tòa án Hiến pháp CHLB Đức có vị trí đặc biệt trong hệ thống tòa án của nước Đức. Các quyết định của nó có hiệu lực cao hơn luật liên bang, trừ Hiến pháp. Đây là một đặc trưng cơ bản khi đề cập tới vai trò của án lệ trong hệ thống pháp luật nước Đức hiện nay.

Hơn nữa, trong một không gian pháp luật của Liên minh châu Âu rộng lớn hơn phạm vi pháp luật quốc gia, cách thức sử dụng và áp dụng án lệ của Tòa án Công lý châu Âu đã tác động không nhỏ đến tư duy pháp luật của các thẩm phán ở Pháp và Đức. Bởi vì, khi giải quyết các vấn đề có liên quan đến pháp luật của Liên minh châu Âu, thẩm phán của cả hai hệ thống pháp luật Pháp và Đức không thể tránh khỏi việc sử dụng các án lệ của Tòa án Công lý châu Âu. Điều này đã tác động đến văn hoá pháp lý trong xét xử của các thẩm phán các nước thành viên. Việc vận dụng án lệ với vai trò là nguồn luật bổ trợ để tăng tính thuyết phục cho các bản án đã và đang trở thành một xu hướng nổi bật trong nội dung các bản án của Tòa án các nước thuộc hệ thống pháp luật dân luật ở châu Âu²².

Như vậy, từ những ví dụ đưa ra ở Pháp và Đức, có thể nhận thấy tiến trình khẳng định vai trò của án lệ trong hệ thống pháp luật Pháp và Đức không chỉ mới gần đây, mà đã từ rất lâu trong lịch sử, mặc dù không có truyền thống pháp luật phát triển dựa trên cơ

sở các án lệ là nguồn luật cơ bản như hệ thống pháp luật các nước trong hệ thống pháp luật Anh - Mỹ, nhưng án lệ đã trở thành xu hướng phát triển của hai hệ thống pháp luật Pháp và Đức, là một bộ phận không thể thiếu trong pháp luật của những nước này. Hệ thống các án lệ trở thành một nguồn bổ trợ cho các thẩm phán khi xét xử trong trường hợp luật thành văn chưa đầy đủ, chưa có những quy định bao quát hết tất cả các trường hợp thực tiễn phát sinh. Tuy nhiên, với truyền thống coi trọng pháp luật thành văn thì án lệ trong hệ thống pháp luật Pháp - Đức, thường được hiểu là sự giải thích các nguyên tắc, các quy phạm pháp luật được quy định chưa rõ ràng trong việc áp dụng trong từng trường hợp cụ thể.

3. Án lệ ở Việt Nam - những vấn đề cần xem xét

Việt Nam là một quốc gia coi trọng luật thành văn, thể hiện bằng việc trước đây chúng ta chính thức chỉ thừa nhận hệ thống văn bản pháp luật là nguồn cho hoạt động điều chỉnh các quan hệ xã hội của các cơ quan áp dụng pháp luật. Tuy nhiên, có thể thấy rõ ràng ở các nước coi trọng luật thành văn - civil law, hệ thống luật dù đồ sộ đến đâu, dù hoàn thiện đến cỡ nào cũng không bao quát hết được tất cả những tình huống phát sinh trong cuộc sống. Vì vậy, áp dụng án lệ trong hoạt động xét xử của tòa án là một yêu cầu tất yếu. Từ năm 2004 trở đi, TAND tối cao đã thường xuyên chọn lọc và công bố các quyết định giám đốc thẩm của Hội đồng thẩm phán TAND tối cao²³. Đây là tiền đề cho việc từng bước thừa nhận và áp dụng án lệ ở Việt Nam. Quốc hội Việt Nam đã thông qua Luật Tổ chức TAND, trong đó, điểm c khoản 2 Điều 22 của Luật này đã lần đầu tiên quy định về án lệ như

22 Xem “Án lệ trong hệ thống pháp luật dân sự các nước Pháp, Đức và việc sử dụng án lệ ở Việt Nam”, ThS. Nguyễn Văn Nam, Học viện An ninh nhân dân, http://www.ncip.org.vn/kinh_nghiem_quoc_le/an-le-trong-he-thong-phap-luat-dan-su-cac-nuoc-phap-111uc-va-viec-su-dung-an-le-o-viet-nam

23 TAND tối cao, “Quyết định giám đốc thẩm của Hội đồng thẩm phán TAND tối cao” (Đặc san của Tạp chí TAND - Quyển I, II), Hà Nội, 2004. Trong các năm 2005, 2006, 2009, TAND tối cao tiếp tục công bố các quyết định giám đốc thẩm của Hội đồng thẩm phán và Dân sự, Kinh doanh, Thương mại, Lao động và Hình sự.

sau: Hội đồng thẩm phán TAND tối cao có nhiệm vụ, quyền hạn "... Lựa chọn quyết định giám đốc thẩm của Hội đồng thẩm phán TAND tối cao, bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật, có tính chuẩn mực của các Tòa án, tổng kết phát triển thành án lệ và công bố án lệ để các Tòa án nghiên cứu, áp dụng trong xét xử".

Như vậy, dưới góc nhìn của Việt Nam về án lệ, có thể thấy:

Thứ nhất, chỉ có Hội đồng thẩm phán TAND tối cao là chủ thể duy nhất được phép lựa chọn các bản án để "tổng kết", "công bố" án lệ. Chưa hết, quy định "phát triển thành án lệ" tại điều khoản này cũng là một vấn đề cần bình luận. Bởi lẽ, nếu hiểu việc "phát triển thành án lệ" là việc Hội đồng thẩm phán TAND tối cao, thì cần làm rõ việc "phát triển" là như thế nào? Đây là sự "phát triển" về mặt nội dung (có thể hiểu là có sự tác động vào quyết định giám đốc thẩm vốn có trước kia) hay là sự "phát triển" về mặt hình thức (đơn giản là theo một số quy trình, thủ tục hành chính để nâng cao vị trí của quyết định giám đốc thẩm thành án lệ). Việc ban hành Nghị quyết số 03/2015/NQ-HĐTP ngày 28/10/2015 nhằm chi tiết hóa nội dung tại Điều 22 Luật Tổ chức TAND năm 2014 với nội dung điều chỉnh về quy trình lựa chọn, công bố và áp dụng án lệ của Hội đồng thẩm phán TAND tối cao, đã phần nào làm rõ việc "phát triển thành án lệ" có lẽ thiên về các thủ tục hành chính nhiều hơn.

Thứ hai, Điều 2 Nghị quyết số 03/2015/NQ-HĐTP có đưa ra những tiêu chí để lựa chọn án lệ như:

"1. Phải chứa đựng lập luận để làm rõ quy định của pháp luật còn có cách hiểu khác nhau; phân tích, giải thích các vấn đề, sự kiện pháp lý và chỉ ra nguyên tắc, đường lối xử lý, quy phạm pháp luật cần áp dụng trong một vụ việc cụ thể;

2. Có tính chuẩn mực;

3. Có giá trị hướng dẫn áp dụng thống nhất pháp luật trong xét xử, bảo đảm những vụ việc có tính tiết, sự kiện pháp lý như nhau thì phải được giải quyết như nhau".

Quy định này đưa đến một số vấn đề về mặt pháp lý cần phải làm rõ: 1) Liệu có thể hiểu rằng bằng quy định này thì pháp luật đã chính thức thừa nhận sự giải thích pháp luật của tòa án, khi bản án của tòa án "làm rõ quy định của pháp luật còn có cách hiểu khác nhau"? Liệu có mâu thuẫn không khi trong quy định của Hiến pháp cũng như Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật không trao thẩm quyền giải thích pháp luật cho Tòa án? 2) Trong nội dung của Nghị quyết nêu trên, không có bất kỳ một điều khoản nào mô tả rằng: một bản án như thế nào là một bản án có chuẩn mực, hay nói cách khác thì bản án có chuẩn mực cần đáp ứng những tiêu chí gì, trong khi đó, đây lại là một tiêu chí để lựa chọn một bản án để xem xét trở thành án lệ phải là "có tính chuẩn mực". Ngày 6/4/2016, Chánh án TAND tối cao đã ra Quyết định số 220/QĐ-CA, công bố 6 án lệ đầu tiên như một hình thức nguồn pháp luật bổ sung. Tuy nhiên, khi được vào các bản án được "lựa chọn", được "tổng kết", được "phát triển" thành các án lệ trong quyết định trên thì có lẽ, cơ sở lớn nhất để giúp án lệ có thể được áp dụng và xem xét cho các vụ việc có "tính tiết tương tự" đó là các lập luận, các lý lẽ của Hội đồng xét xử để giải thích cho một nguyên tắc, một quy định của pháp luật chưa rõ ràng, hay chỉ là những lập luận làm rõ các tính tiết khách quan của vụ việc của Hội đồng xét xử đã không được chú trọng đúng mực. Các án lệ vẫn rất "đậm nét" việc tổng kết án, tổng kết các tính tiết vụ việc, rồi đưa ra kết luận mà không có những lý lẽ thuyết phục vì sao mà Hội đồng thẩm phán lại nhìn nhận vụ việc theo hướng như vậy, hay vì sao lại có các kết luận đó. Điều này sẽ đưa đến một khó khăn rất lớn khi áp dụng các án lệ cho các vụ việc sau này có tính tiết tương tự. Nếu như trong án lệ của Anh - Mỹ thì nội dung bản án được viết ra với những lập luận, lý lẽ của thẩm phán, nếu như ông ta muốn giải thích, chứng minh cho một nhận định, một cách hiểu thì cần viện dẫn đến rất nhiều những cách hiểu tương tự, những nguyên tắc

(ratio decidendi) được rút ra từ những án lệ trước đó. Với những lý luận chuyên sâu, sắc bén và đầy đặn như vậy thì mới mong đưa đến một bản án có tính thuyết phục. Và chỉ khi Hội đồng xét xử của những vụ việc sau hiểu một cách rõ ràng về tư duy và cách lập luận của Hội đồng thẩm phán trong án lệ được đưa ra thì họ mới có thể dồi dào chiêm nghiệm về xử cho vụ việc tương tự như thế nào. Thực tế mà nói, 6 án lệ đầu tiên của Hội đồng thẩm phán TAND tối cao đưa ra trong Quyết định số 220/QĐ-CA về công bố án lệ, có một kết cấu rất chi tiết, nhưng nội dung án lệ (được hiểu là nội dung cốt lõi được rút ra trong bản án đó) vẫn rất giống với việc hướng dẫn xét xử như trong các bản án giám đốc thẩm trước đây²⁴.

Thứ ba, chỉ có những án lệ được lựa chọn và công bố mới có thể trở thành nguồn được áp dụng pháp luật. Còn ngoài các danh sách án lệ được công bố đó thì thẩm phán, luật sư không có quyền lựa chọn một “nguồn” vô tận các bản án đã được công khai. Cách thức hiểu và quy định như vậy có lẽ đi ngược lại hoàn toàn với cách hiểu và áp dụng án lệ. Nó không chỉ mâu thuẫn với quy định tại khoản 3 Điều 2 Nghị quyết số 03/2015/NQ-HĐTP: “...bảo đảm những vụ việc có tính tiết, sự kiện pháp lý như nhau thì phải được giải quyết như nhau”, vì có thể xảy ra trường hợp là: bản án có tính tiết, tính chất, hoàn cảnh tương tự vụ việc đang xét xử nhưng lại không có mặt trong tập hợp bản án đã được Hội đồng thẩm phán thông qua, điều này đã ảnh hưởng đến việc đảm bảo “thực hành công lý”²⁵ mà nó còn làm mất đi lợi thế mà án lệ có được so với luật thành văn, đó là án lệ như một nguồn bổ sung cho các thẩm phán khi xét xử khi chưa

có pháp luật thành văn điều chỉnh. Bởi lẽ, nếu án lệ cần được Hội đồng thẩm phán TAND tối cao “tập hợp”, lựa chọn”, “công bố” như quy định này, sẽ đưa đến việc mất thêm thời gian cho một quy trình thủ tục hành chính để công bố, hay không khác gì việc biến Hội đồng thẩm phán TAND tối cao thành một chủ thể ban hành một “loại văn bản quy phạm pháp luật” khác. Trên thực tế, ở Mỹ cũng có những những “tập hợp” án lệ được công bố với tên gọi là “federal reporters”²⁶, nhưng việc “xuất bản” những tập hợp này nhằm hướng đến sự thuận lợi cho các bên tra cứu và áp dụng, cũng như để trích dẫn cho những vụ việc có tính tiết tương tự sau này, và tập hợp này được xuất bản sau khi có các án lệ được sử dụng. Trong khi đó, quy trình của TAND tối cao của Việt Nam lại hoàn toàn ngược lại, khi chúng ta lựa chọn những bản án trở thành án lệ trước, sau đó mới “công bố”, “xuất bản” và được sử dụng như một loại nguồn thay thế.

Kết luận

Việt Nam đã coi án lệ như một nguồn bổ sung cho hoạt động áp dụng pháp luật. Tuy nhiên, từ những góc nhìn khác nhau của các dòng họ pháp luật trên thế giới về án lệ và thực tế bước đầu việc triển khai áp dụng án lệ của Hội đồng thẩm phán TAND tối cao, có thể thấy vấn đề tiếp cận về án lệ của chúng ta chưa thực sự đúng và đủ. Chúng tôi chỉ mới đưa ra những vấn đề còn vướng mắc để cùng xem xét, cân nhắc kỹ càng, bởi lẽ “nếu làm không đúng bản chất thì tuy khởi đầu có thể đạt được những mục đích trước mắt nhưng về lâu về dài sẽ gây ra hậu quả nghiêm trọng”²⁷ ■

24 Xem thêm ở Quyết định số 220/QĐ-CA của Chánh án về công bố án lệ..., ngày 6/4/2016.

25 Xem thêm: Đậu Công Hiệp, Hà Thị Phương Trà, “Quy định về án lệ trong luật tổ chức TAND năm 2014 - nhìn từ góc độ bản chất của án lệ”, Tạp chí Nhà nước - Pháp luật, số 04/2016.

26 Xem thêm tại: <http://www.loc.gov/law/help/judicial-decisions.php#state>.

27 Xem thêm: Đậu Công Hiệp, Hà Thị Phương Trà, “Quy định về án lệ trong luật tổ chức TAND năm 2014 - nhìn từ góc độ bản chất của án lệ”, t.lđd.