

ÁN LỆ, ỨNG DỤNG ỨNG DỤNG ỨNG DỤNG TRÊN THẾ GIỚI VÀ GỢI MỞ CHO VIỆT NAM

Nguyễn Minh Tuấn*

Lê Minh Thúy**

*PGS.TS. Giảng viên cao cấp, Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội

**ThS. Giảng viên Khoa Lý luận chính trị - Luật, Đại học Hồng Đức

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Án lệ, ứng dụng án lệ, vụ việc tương tự, giải thích pháp luật.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 02/12/2020

Biên tập : 14/12/2020

Duyệt bài : 16/12/2020

Tóm tắt:

Trong phạm vi bài viết này, các tác giả trình bày, phân tích về án lệ, thực tiễn áp dụng án lệ ở các nước Anh, Mỹ, Pháp, Đức và rút ra một số gợi mở nhằm nâng cao chất lượng áp dụng án lệ ở Việt Nam hiện nay.

Article Information:

Keywords: Case law, case law application, similar case law, law interpretation

Article History:

Received : 02 Dec. 2020

Edited : 14 Dec. 2020

Approved : 16 Dec. 2020

Abstract:

In the scope of this article, the authors provide introduction and analysis of the case law, the practice of applying case law in the UK, the US, France, and Germany and also give out suggestions for further improvements of the quality of case law application in Vietnam.

1. Án lệ, ứng dụng án lệ ở một số nước trên thế giới hiện nay

- Án lệ ở Anh

Xét về lịch sử, học thuyết “*Stare Decisis*”¹ ra đời gắn với công lao của Hoàng đế Henry II (1154-1189). Ông đã cử các thẩm phán từ Tòa án Hoàng gia tại Westminster đi giải quyết các tranh chấp ở địa phương. Sau mỗi vụ xét xử, các thẩm phán quay trở về Westminster và cùng nhau

thảo luận về những vụ án mà họ đã xét xử. Các phán quyết này được hệ thống hóa, sau này, các thẩm phán bị ràng buộc bởi những phán quyết có liên quan của các thẩm phán khác trong quá khứ. Từ đó hình thành nên nguyên tắc hai vụ việc với các tình tiết chính tương tự như nhau sẽ được xét xử như nhau².

Án lệ do tòa án tạo ra trong quá trình xét xử, nên án lệ có mối liên hệ mật thiết với thẩm phán. Án lệ được tạo ra trong

1. *Stare decisis* là một học thuyết (the doctrine), một nguyên tắc pháp lý (legal principle) Tiếng la tinh có nghĩa là thẩm phán bị ràng buộc bởi những phán quyết đã có trước đó (to stand in the-things-that-have-been-decided).

2. Douglas E. Edlin, *Common law theory*, Cambridge University Press, 2007, p. 3.

những tình huống bất thường và phải mang tính mới, tức là quy tắc được xác lập trong án lệ chưa tồn tại trước đó. Ngoài ra án lệ còn có tính lặp lại, tính bắt buộc khi trở thành khuôn mẫu để giải quyết các vụ việc tương tự³.

Ở Anh, án lệ được phát triển trên cơ sở so sánh với tiền lệ (Analogy in case law) là việc so sánh với phán quyết đã được áp dụng trước đó. So sánh với tiền lệ không chỉ bao hàm việc so sánh sự giống nhau, mà còn cả việc chỉ ra sự khác nhau. Thẩm phán sẽ tìm ra những tiêu chí khẳng định sự khác biệt giữa vụ việc đã được giải quyết trước đó với vụ việc hiện tại. Trên cơ sở đó, thẩm phán có thể từ chối áp dụng quy tắc pháp lý của vụ việc trước đó với vụ việc hiện tại.

Ở Anh có hai cách tiếp cận khác nhau về án lệ, đó là tiếp cận theo chiều dọc và tiếp cận theo chiều ngang⁴. Tiếp cận án lệ theo chiều dọc (vertical precedent) có nghĩa là các tòa án cấp dưới phải tuân thủ các phán quyết của tòa án cấp trên trong việc ra phán quyết của mình;⁵ tiếp cận án lệ theo chiều ngang (horizontal precedent) có nghĩa là tòa án phải tuân theo những phán quyết trước đó của mình⁶.

Trong hệ thống pháp luật Common Law, án lệ là nguồn luật quan trọng nhất. Tuy nhiên, việc áp dụng nguồn án lệ cần dựa trên hai yếu tố: Phân tích bối cảnh của án lệ so với vụ việc cần giải quyết và việc tìm kiếm lý do để quyết định. Khi áp dụng

án lệ, thẩm phán cần căn cứ vào “căn cứ của phán quyết” (holding/*Ratio decidendi*), tức là bộ phận gồm những nhận định quan trọng để đi đến kết luận, chứ không phải là phần bình luận của thẩm phán (*Obiter dictum*).

Hiện nay ở Anh, án lệ theo truyền thống vẫn là nguồn luật chủ yếu, tồn tại bên cạnh luật thành văn và các nguồn luật khác. Về pháp lý (de jure), luật thành văn được ưu tiên áp dụng khi có sự mâu thuẫn giữa án lệ và luật thành văn, nhưng xét trên phương diện thực tế (de facto), các thẩm phán luôn tìm cách để áp dụng án lệ. Bên cạnh đó, nếu so sánh với chính lịch sử của nước Anh, nghĩa vụ tuân theo án lệ hiện nay cũng mềm dẻo, linh hoạt hơn nhiều, nhằm đạt được mục tiêu quan trọng nhất là bảo vệ công lý. Theo Tuyên bố ngày 26/7/1966, Thượng nghị viện khẳng định việc từ chối tuân theo án lệ có thể được tiến hành nếu “việc tuân theo các án lệ một cách cứng nhắc có thể duy trì những bất công trong một vụ việc cụ thể và có thể cản trở sự phát triển thích đáng của pháp luật”⁷.

- Án lệ ở Mỹ

Mỹ là một quốc gia liên bang, có Hiến pháp thành văn; do vậy, hệ thống pháp luật, hệ thống tòa án cũng có nhiều điểm khác biệt với nước Anh. Vai trò của học thuyết Stare Decisis ở Anh khắt khe hơn ở Mỹ. Ở Mỹ, kết quả xét xử một vụ việc có thể dựa trên chính sách chung nhiều hơn là dựa vào

3. Thomas Lundmark, *Charting the Divide Between Common and Civil Law*, Oxford University Press, 2012, p. 181.

4. Paul Brand, Joshua Getzler, *Judges and Judging in the History of the Common Law and Civil Law*, Cambridge University Press, 2012, p.151.

5. Kmiec Keenan, *The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”*, *California Law Review* (2004).

6. Douglas E. Edlin, *Common law theory*, Cambridge University Press, 2007, p.73-74.

7. Nguyễn văn Tiếng Anh: “Their Lordships nevertheless recognise that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose therefore, to modify their present practice and, while treating former decisions of this house as normally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so”.

án lệ. Triết lý xét xử của tòa án thay đổi theo quan điểm cá nhân của người thẩm phán về vấn đề đang giải quyết và ở thời điểm giải quyết vụ việc⁸.

Trong vụ *Vasquez kiện Hillery* (*Vasquez vs. Hillery*) năm 1986⁹, Tòa án tối cao đã đưa ra quan điểm của mình về *Stare Decisis* như sau: “*Stare Decisis* tạo ra sự chính trực của chính quyền hợp hiến của chúng ta, cả trên phương diện hình thức và phương diện thực chất”¹⁰. Án lệ giúp cho tòa án rất nhiều; bởi lẽ, các tòa án khi phải giải quyết các vụ việc sau sẽ không phải mất nhiều thời gian đi tìm kiếm những cơ sở pháp lý liên quan đến vụ việc tương tự. Không những thế, các án lệ cũng giúp cho các bên có thể tìm được cách thức giải quyết tranh chấp ngoài tòa án trên cơ sở thương lượng với nhau, giảm gánh nặng xét xử lên tòa án¹¹.

Trong vụ *Tổ chức bảo vệ công dân Hoa Kỳ (một tổ chức phi lợi nhuận) kiện Ủy ban bầu cử liên bang (FEC)*¹², Tòa án tối cao liên bang đã nhận định rằng mục đích lớn nhất của án lệ là phục vụ lý tưởng hiến pháp - pháp quyền. Trong trường hợp bất thường khi việc trung thành với bất kỳ tiền lệ cụ thể nào mà gây thiệt hại nhiều hơn thúc đẩy cho lý tưởng hiến pháp thì chúng ta phải sẵn sàng bãi bỏ hoặc không áp dụng án lệ

đó. Tòa án tối cao liên bang giải thích: Khi nhận thấy rằng, án lệ có vấn đề sai sót hoặc không còn phù hợp với thực tế, tòa án sẽ dừng việc tuân theo án lệ¹³. Qua thời gian, có thể thấy rằng các phán quyết liên quan đến Hiến pháp so với phán quyết của tòa án trong những lĩnh vực khác ít tuân theo các án lệ nhất.

Nếu như ở Anh xuất hiện “Equity Law”, thì ở Mỹ xuất hiện chủ nghĩa hiện thực (Realism) để giải quyết những trường hợp mà Common Law không đưa ra được phương án giải quyết thuyết phục cho những vấn đề pháp lý mới phát sinh. Năm 1881, Oliver Wendell Holmes (1841-1935), người từng giữ vị trí Chánh án Tòa án tối cao Hoa Kỳ, đã nói rằng đời sống của luật không phải là logic, mà là kinh nghiệm¹⁴ và các nguyên tắc chung không quyết định các vụ việc cụ thể¹⁵. Holmes cho rằng sự thay đổi thông luật là một quá trình khám phá, phát hiện (discovery), hơn là sự sáng tạo (creation). Thẩm phán không làm luật, mà chỉ tuyên bố cái gì là luật¹⁶. Oliver Wendell Holmes cho rằng trong việc tranh biện trước Tòa thì điều quan trọng không phải là logic mà “cái gì ảnh hưởng đến thế giới quan của thẩm phán”,¹⁷ là “những gì Tòa án có thể sẽ

8. Nguyễn Quốc Hoàn (Chủ biên), Giáo trình Luật so sánh, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, 2015, tr. 298.

9. *Vasquez v. Hillery*, 474 U.S. 254 (1986).

10. *Vasquez vs. Hillery*, 474 U.S. 254 (1986), at 266.

11. Trong vụ việc *Hilton v. South Carolina Public. Railway Commission*, 502 U.S. 197, at 202 (1991): Tuân theo án lệ thúc đẩy sự bền vững, tính có thể tiên liệu và tôn trọng thẩm quyền xét xử của Tòa án. (Nguyên văn: “Adherence to precedent promotes stability, predictability, and respect for judicial authority.”).

12. *Citizens United v. FEC*, 558 U.S. 310 (2010).

13. Xem: *Citizens United v. FEC*, 558 U.S.310 (2010), at 378.

14. Holmes, O.W. (1881), *The Common Law*, Boston, p.1.

15. *Lochner vs. New York*, 1905, 198 U.S. 45.

16. R.W.M Dias (1985), *Jurisprudence*, p.151.

17. Holmes, O.W. (1897), *The Path of the law*, *Harvard Law Review*, 10, 457-478.

thực thi trên thực tế” (courts are likely to do in fact)¹⁸. Holmes cho rằng luật không lơ lửng trên bầu trời, mà nó phải được xác định bằng cách quy chiếu tới những gì mà các tòa án thật sự nói rằng nó là như thế¹⁹.

Theo chủ nghĩa hiện thực, luật phản ánh các yếu tố lịch sử, xã hội, văn hóa, chính trị, kinh tế, tâm lý và đặc biệt là hành vi của cá nhân người thẩm phán. Chính điều này dẫn đến việc các thẩm phán khác nhau với mục đích, nền tảng kiến thức khác nhau, nhân sinh quan khác nhau sẽ quyết định các vụ việc một cách khác nhau và sự khác nhau đó không có nghĩa rằng thẩm phán này là đúng, còn thẩm phán kia thì sai.

Roscoe Pound (1870-1964), tác giả của cuốn “Xã hội học pháp luật” xuất bản năm 1912, cho rằng, “luật có tính hiện thực của nó, tức là luật đi từ đời sống và quay trở lại phục vụ đời sống”²⁰. Trong việc giải quyết các tình huống thực tế, các phương pháp chủ yếu của chủ nghĩa hiện thực này có tính thực tế và mở, cụ thể đó là những đòi hỏi như 1) phải luôn xem xét mục tiêu của luật có phù hợp với đời sống xã hội [nền tảng chính trị, kinh tế, xã hội] hay không? Có phù hợp với lợi ích của các bên liên quan hay không? và 3) có hướng tới công bằng, bình đẳng hay không? Khi xem xét một vụ việc pháp lý cụ thể phát sinh trên thực tế, thẩm phán sẽ xem xét dưới nhiều góc độ khác nhau, trong đó có chính sách xét xử của tòa án, lợi ích của các bên liên quan, lợi ích xã hội, lợi ích kinh tế, đạo đức xã hội v.v... Sau khi xem xét một cách toàn diện những hướng tiếp cận này, thẩm phán sẽ cân nhắc đưa ra phán quyết. Phán quyết

này có giá trị như một quy tắc pháp lý mới (a new rule), tạo ra tiền lệ tốt cho xã hội.

Ví dụ, năm 1896, Tòa án tối cao Hoa Kỳ, trong phán quyết *Plessy vs. Ferguson*,²¹ nêu chừng nào các điều kiện, cơ sở vật chất dành cho người da đen và người da trắng như nhau thì điều đó là bình đẳng, không có sự phân biệt đối xử. Phán quyết này thiết lập nguyên tắc “chia tách nhưng bình đẳng” (Seperate but Equal), ý muốn nói khi có sự chia tách giữa người da màu và da trắng nhưng nếu đảm bảo mọi điều kiện cơ sở vật chất như nhau thì vẫn là bình đẳng. Vào cuối những năm 1950, Hiệp hội vì sự tiến bộ của người da màu đã đấu tranh cho quyền bình đẳng của những người da màu khi theo đuổi, ủng hộ vụ kiện nổi tiếng *Oliver Brown vs. Hội đồng giáo dục Topeka, Kansas*²². Vào năm 1951, phán quyết này trở thành phán quyết làm thay đổi nguyên tắc chia tách nhưng bình đẳng. Khi con gái của Oliver Brown bị từ chối đăng ký vào trường tiểu học của Topeka, nơi chỉ gồm có những học sinh da trắng. Oliver Brown đã khởi kiện Hội đồng giáo dục Topeka vì đã có sự phân biệt đối xử. Brown đã phân tích việc chia tách thành các trường dành cho trẻ em da đen và các trường dành cho trẻ em da màu là không bình đẳng, và sự chia tách này vi phạm Tu chính thứ 14 trong Hiến pháp Hoa Kỳ, trong đó nêu rõ không một tiểu bang nào có thể từ chối đối với bất kỳ người nào sự bảo vệ bình đẳng của luật pháp trong các phán quyết của Tòa án. Trong phán quyết ngày 17/5/1954, thẩm phán Warren đã tuyên bố trong lĩnh vực giáo dục thì nguyên tắc “chia tách nhưng

18. Holmes, O.W. (1897), The Path of the law, Havard Law Review, 10, 461.

19. Raymond Wacks, Triết học pháp luật (Phạm Kiều Tùng dịch), Nxb. Tri Thức, Hà Nội, 2006, tr. 170.

20. Pound, R. (1909), Liberty of contract, The Yale Law Journal, 18, 454-487.

21. Plessy vs. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896).

22. Brown vs. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954).

bình đẳng” không có cơ sở để áp dụng. Các nguyên đơn trong trường hợp này đã bị tước đoạt quyền được bảo vệ bình đẳng theo Tu chính thứ 14 Hiến pháp Hoa Kỳ²³. Từ đây, chúng ta có thể nhận thấy, phán quyết của Tòa án chịu sự tác động, ảnh hưởng lớn từ phía xã hội. Trong nhiều trường hợp, phán quyết đó có thể làm thay đổi cả những nhận thức đã cũ, đã lỗi thời, không còn phù hợp với bối cảnh xã hội hiện tại.

- Án lệ ở Pháp

Điều 5 Bộ luật Dân sự Pháp 1804²⁴ quy định: “*Cấm thẩm phán ban hành các quy định mang tính lập pháp hay lập quy có hiệu lực áp dụng chung cho các vụ việc mà mình xét xử*”²⁵. Tuy nhiên, Điều 4 của Bộ luật này quy định thẩm phán có nghĩa vụ phải xét xử kể cả trong trường hợp pháp luật không quy định hoặc quy định không rõ ràng về vấn đề mà mình đang thụ lý²⁶. Để lấp lỗ hổng pháp luật và tuân theo Điều 4 này, án lệ đã trở thành một trong những nguồn của pháp luật của Pháp.

Án lệ có một vai trò rất lớn trong việc khắc phục sự khiếm khuyết của pháp luật, đặc biệt trong lĩnh vực pháp luật hành chính. Có thể nói rằng, án lệ hành chính là nguồn quy phạm chủ yếu của pháp luật hành chính của Cộng hòa Pháp²⁷. Rất

nhiều chế định quan trọng trong pháp luật hành chính hiện nay của Cộng hòa Pháp có nguồn gốc từ án lệ, ví dụ như các chế định về trách nhiệm của cơ quan hành chính, chế định về hợp đồng hành chính, chế định về khai thác, quản lý công sản, chế định về khiếu kiện hành chính... Các chế định này hiện nay vẫn đang có hiệu lực áp dụng²⁸.

Đối với lĩnh vực dân sự, trong nhiều vụ việc, các thẩm phán Pháp đã sử dụng một quy tắc đạo đức để tránh việc phải áp dụng một quy định luật quá cứng nhắc. Điều 544 Bộ luật Dân sự Pháp²⁹ định nghĩa về quyền tài sản một cách tuyệt đối: “Chủ sở hữu có quyền thụ hưởng và sử dụng vật một cách tuyệt đối nhất, miễn là không vi phạm các điều cấm của luật hoặc của các văn bản pháp quy”. Trên thực tế, nhiều chủ sở hữu đã vận dụng quy định này một cách tuyệt đối nhưng với mục tiêu xấu, ví dụ: sơn tường của mình màu đen để ngăn ánh sáng vào nhà hàng xóm; dựng ống khói giả rất to nhằm hứng hết nguồn nước không cho hàng xóm sử dụng.v.v.. Tóm lại, đây là hành vi không nhằm mang lại lợi ích nào cho mình mà chỉ nhằm thỏa mãn việc chơi xấu hàng xóm.

Các hành vi này nếu căn cứ vào quy định tại Điều 544 Bộ luật Dân sự thì hoàn toàn được phép. Nhưng dưới tư duy pháp lý

23. Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954), at 495.

24. The Code Napoleon or The French Civil Code (literally translated from the original and official edition, published at Paris in 1804), The Lawbook Exchange, Ltd, Clark, New Jersey, 2004.

25. Nguyên văn: “The Judges are forbidden to pronounce, by way of general and legislative determination, on the causes submitted to them.”

26. Nguyên văn: “The Judges who shall refuse to determine under pretext of the silence, obscurity, or insufficiency of the law, shall be liable to be proceeded against as guilty of a refusal of justice”.

27. Thực tế, các phán quyết của Tòa hành chính Pháp được công bố công khai dưới dạng điện tử, cho nên dù không coi án lệ là nguồn chính thức, nhưng việc công bố công khai các bản án đã được thực hiện từ những năm 1984 (<http://www.legifrance.gouv.fr>). Xem thêm: Đỗ Văn Đại, Tiếp thu kinh nghiệm từ Pháp và Thụy Sĩ trong pháp điển hóa các văn bản án lệ, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, Số 20, Tháng 10/2014, tr. 58-59.

28. Xem: Trần Đức Sơn, Hệ thống án lệ của Cộng hòa Pháp, Tạp chí Tòa án, Số 3/2006.

29. Nguyên văn: “Property is the right of enjoying and disposing of things in the most absolute manner, provided they are not used in a way prohibited by the laws or statutes”.

của thẩm phán thì việc áp dụng điều luật này một cách thuần túy sẽ dẫn đến những hậu quả thiếu công bằng. Bởi vậy, lý thuyết về lạm quyền đã ra đời³⁰. Lý thuyết này dường như chứa đựng mâu thuẫn: một mặt cho rằng một người có quyền nhưng mặt khác lại cũng cho rằng họ không có quyền đó. Cũng như thế, việc áp dụng lý thuyết này dẫn đến suy luận rằng thẩm phán đã căn cứ vào các quy tắc đạo đức, coi trọng quy tắc đạo đức hơn là điều luật. Trong thế kỷ XX, việc áp dụng lý thuyết lạm quyền đã trở nên rất phổ biến ở các tòa án, còn được mở rộng: căn cứ áp dụng nó không chỉ dựa trên lập luận là hành vi không mang lại lợi ích gì cho chủ sở hữu hay việc làm tổn hại đến hàng xóm, mà tòa án còn cân nhắc đến việc chủ sở hữu có đạt được mục tiêu hợp pháp với ít tổn hại cho láng giềng không; hoặc so sánh sự tương xứng giữa lợi ích của chủ sở hữu và sự bất lợi cho các đối tượng liên quan³¹.

- Án lệ ở Đức

Khoản 1 Điều 31 Luật Tòa án Hiến pháp Cộng hòa liên bang (CHLB) Đức năm 1993³² 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*”.³³ Tòa án Hiến pháp CHLB Đức có vị trí rất đặc biệt. Các quyết định của Tòa án Hiến pháp liên

bang 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.

Cũng giống như ở Pháp, ở Đức không có bất kỳ quy định nào trong Hiến pháp hay văn bản pháp luật cụ thể thừa nhận án lệ là nguồn pháp luật³⁴. Tuy nhiên, ở Đức có một thuật ngữ pháp lý được sử dụng phổ biến là Rechtsfortbildung, có nghĩa là sự phát triển pháp luật của tòa án.³⁵ Phán quyết của tòa án (Gerichtssentscheidungen) được sử dụng trước tiên để giải thích một thuật ngữ hay quy phạm mà còn có nhiều cách hiểu khác nhau, chưa thống nhất³⁶. Bên cạnh đó, tòa án còn được trao quyền xử lý tình huống không có luật điều chỉnh (ohne eine gesetzliche Grundlage/praeter legem) hoặc phát triển một quy tắc pháp lý mới đi ngược lại lời văn của luật về mặt hình thức (gegen den Gesetzeswortlaut/contra legem) do bối cảnh thực tiễn xã hội đã thay đổi. Ngoài ra, Rechtsfortbildung còn bao gồm cả trường hợp tòa án thiết lập một nguyên tắc pháp luật mới (eine neue Rechtsregel) phù hợp với nhiệm vụ, định hướng xét xử của tòa án³⁷. Rechtsfortbildung này không mâu thuẫn với nguyên tắc quy định tại Điều 1 Hiến pháp Đức: Cơ quan tư pháp phải chịu ràng buộc bởi Hiến pháp và luật.

30. Nguyễn Hoàng Anh, Tư duy pháp lý trong hai hệ thống pháp luật lớn trên thế giới, in trong: Nguyễn Minh Tuấn, Nguyễn Hoàng Anh (Đồng chủ biên), Giáo trình Tư duy pháp lý, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, 2020, tr. 315.

31. Nguyễn Hoàng Anh, Tư duy pháp lý trong hai hệ thống pháp luật lớn trên thế giới, in trong: Sđd, tr. 316.

32. Luật Tòa án Hiến pháp liên bang (Bundesverfassungsgerichtsgesetz), công bố ngày 11/8/1993 (BGBl. I S. 1473).

33. Nguyên văn: “Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts binden die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden.”

34. Beaucamp/Treder, *Methoden und Technik der Rechtsanwendung*, 3. Auflage, 2015, Rn. 266

35. Hans-Rudolf Horn: Richter versus Gesetzgeber. Entwicklungslinien richterlicher Verfassungskontrolle in unterschiedlichen Rechtssystemen. In: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart. NF 55, 2007, S. 275-302.

36. Karl Larenz: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6., neu bearb. Auflage, Berlin/Heidelberg 1991, S. 367 ff.

37. Reinhold Zippelius: *Juristische Methodenlehre*, 11. Auflage 2012, §§ 11 II; 12 I c.

Ví dụ 1: *Tòa án xử lý tình huống không có luật điều chỉnh (ohne eine gesetzliche Grundlage/praeter legem).*

Bộ luật Dân sự Đức năm 1896³⁸ quy định nghĩa vụ của bất kỳ ai phải bồi thường, nếu người đó làm hỏng tài sản của người khác (khoản 1 Điều 823). Tuy nhiên, phạm vi bồi thường (từ điều 249 đến 252) lại không chứa đựng quy định cho trường hợp: Liệu một người có thể khởi kiện yêu cầu bồi thường cho vật, khi mà người đó không sử dụng vật đang bị hỏng trong thời gian sửa chữa hay không?

Tòa án Tối cao liên bang đã thiết lập một nguyên tắc: Do khả năng sử dụng của vật bị mất đi, do vậy phải bồi thường, nếu khả năng sử dụng này được dùng vào việc thương mại hóa (kommerzialisert), người chiếm hữu đã xem vật này là công cụ để giao dịch. Chẳng hạn, việc bồi thường có thể được áp dụng đối với chiếc xe ô tô trong thời gian sửa chữa, nếu người sửa chữa xe này dùng nó vào mục đích thương mại, không được sự đồng ý của chủ xe. Tuy nhiên, quy tắc này sẽ không được áp dụng đối với trường hợp sửa chữa một chiếc áo³⁹.

Ví dụ 2: *Tòa án phát triển một quy tắc pháp lý mới đi ngược lại lời văn của luật về mặt hình thức (gegen den Gesetzeswortlaut/ contra legem) do bối cảnh thực tiễn xã hội đã thay đổi.*

Khoản 1 Điều 253 Bộ luật Dân sự Đức đã loại trừ việc bồi thường thiệt hại do những thiệt hại mà không phải là thiệt hại

về tài sản (Vermögensschäden). Tòa án tối cao đã quyết định rằng chủ thể mà gây thiệt hại nặng về quyền nhân thân của người khác thì phải bồi thường, ví dụ như chủ thể khai thác một cách trái pháp luật hình ảnh, nhật ký riêng tư của người khác, không được sự đồng ý của người đó, thì phải bồi thường vật chất cho người đó⁴⁰.

Rõ ràng, trong trường hợp này, từ ngữ trong luật là: không bồi thường đối với trường hợp không phải là thiệt hại về tài sản (Vermögensschäden). Tòa án phát triển một quy tắc pháp lý mới đi ngược lại lời văn của luật về mặt hình thức (gegen den Gesetzeswortlaut/ contra legem) của luật, do bối cảnh thực tiễn xã hội đã thay đổi, cần phải bảo vệ quyền nhân thân của chủ thể bị vi phạm⁴¹.

Ví dụ 3: *Tòa án thiết lập một nguyên tắc pháp luật mới (eine neue Rechtsregel) phù hợp với nhiệm vụ, định hướng xét xử của tòa án.*

Theo phán quyết của Tòa án Hiến pháp liên bang “BverfG”, NJW, 1990, 563: Việc công quyền can thiệp vào lĩnh vực, đời sống riêng tư căn bản (innersten Bereich privater Lebensgestaltung), đồng thời hạn chế những quyền này, nếu chỉ dựa vào việc cho rằng để bảo vệ lợi ích công cộng là chưa đủ. Nói cách khác, công quyền không được áp dụng nguyên tắc tương xứng trong lĩnh vực, đời sống riêng tư căn bản⁴².

Nguyên tắc bình đẳng được Tòa án Đức xem xét như là nguyên tắc căn bản khi

38. Bộ luật Dân sự Đức (Bürgerliches Gesetzbuch), viết tắt là BGB, được Nghị viện (Reichstag) thông qua vào năm 1896 và có hiệu lực thi hành từ 1/1/1900.

39. Simon/Funk-Baker, Deutsche Rechtssprache, Ein Studien- und Arbeitsbuch mit Einführung in das deutsche Recht, 6. Aufl., C.H.Beck, 2017, S. 24.

40. BVerfGE 34, 269 (Soraya). Xem thêm: Nigel Foster, Satish Sule, German Legal System and Laws, Oxford University Press, 2008, p. 63.

41. Simon/Funk-Baker, Deutsche Rechtssprache, Ein Studien- und Arbeitsbuch mit Einführung in das deutsche Recht, 6. Aufl., C.H.Beck, 2017, S. 25.

42. BVerfG, NJW, 1990, 563.

phát triển pháp luật⁴³. Khác với Common law, phát triển án lệ bằng phương pháp tư duy pháp lý Analogy (so sánh tương đồng), Tòa án Đức nói riêng và Tòa án các nước châu Âu lục địa nói chung tuân thủ nguyên tắc phân quyền, trong đó coi trọng sự bình đẳng giữa các chủ thể pháp lý. Phương pháp diễn dịch pháp lý (Subsumtion)⁴⁴ để giải quyết vấn đề phát sinh trên cơ sở luật được áp dụng phổ biến⁴⁵.

2. Một số gợi mở nhằm nâng cao chất lượng áp dụng án lệ ở Việt Nam hiện nay

Trong giai đoạn hội nhập quốc tế, xây dựng nhà nước pháp quyền ở Việt Nam hiện nay, việc xây dựng, phát triển án lệ một cách đồng bộ, hệ thống, khoa học có một ý nghĩa rất quan trọng. Từ kinh nghiệm xây dựng, phát triển án lệ ở một số quốc gia trên thế giới như phân tích ở trên, chúng tôi rút ra một số gợi mở có thể tham khảo nhằm nâng cao chất lượng áp dụng án lệ ở nước ta như sau:

Thứ nhất, cần thống nhất cách hiểu về “án lệ” và “tinh hướng pháp lý tương tự”.

Án lệ ra đời để khắc phục tính khái quát hóa cao và tính không thể dự đoán hết các tình huống sẽ xảy ra trong tương lai của luật thành văn. Điều đó có nghĩa là án lệ được xây dựng và phát triển khi xử lý những tình huống bất thường, chưa có luật điều chỉnh hoặc có luật nhưng thiếu cụ thể, rõ ràng, cần phải giải thích, làm rõ. Chính vì vậy, tòa án cần phải được trao quyền để xử lý cả những tình huống không có luật điều chỉnh, được phát triển một quy tắc pháp lý mới đi ngược lại lời văn của luật về mặt hình thức do bối cảnh thực tiễn xã hội đã thay đổi và được

thiết lập một nguyên tắc pháp luật mới phù hợp với nhiệm vụ, định hướng xét xử của tòa với mục tiêu cao nhất của tòa án là bảo vệ công lý.

Ngoài ra, để đảm bảo tính khách quan, khoa học, việc xác định “*tinh hướng pháp lý tương tự*” cần được áp dụng một cách cụ thể, chặt chẽ và có sự hướng dẫn cần thiết. Để áp dụng được nguyên tắc này, thẩm phán phải xác định được đâu là “*tinh tiết chính*” và thế nào là “*tương tự*”.

Thứ hai, việc xây dựng án lệ cần đảm bảo tính hệ thống, cần phát triển án lệ thành 3 loại để áp dụng, để giải thích luật và bản án mẫu.

Qua quá trình xét xử, số lượng án lệ sẽ ngày càng gia tăng, để dễ dàng cho việc tìm kiếm thì ngay từ đầu phải có sự sắp xếp và lưu trữ một cách khoa học các bản án. Có rất nhiều cách để hệ thống lại các bản án lệ lưu trữ theo thời gian xét xử, theo cấp tòa, theo loại vụ việc. Án lệ cần được phát triển theo giá trị thành: Án lệ để áp dụng, án lệ để giải thích luật, và các bản án mẫu để thẩm phán có thể tham khảo.

Thứ ba, đổi mới công tác đào tạo thẩm phán để nâng cao chất lượng của án lệ.

Để có được những án lệ có giá trị thì đòi hỏi các thẩm phán phải thực sự có trình độ cao, có khả năng phân tích, đánh giá và đưa ra các phán quyết có chất lượng tốt, từ đó mới có thể xây dựng nên các án lệ có chất lượng. Để đạt được điều này, cần đổi mới công tác đào tạo, xây dựng một mô hình đào tạo thẩm phán thích hợp, bảo đảm các thẩm phán có trình độ chuyên môn, nghiệp vụ đáp ứng yêu cầu của công cuộc cải cách tư pháp ở nước ta hiện nay ■

43. Reinhold Zippelius: Rechtsphilosophie, 6. Auflage, § 18 II.

44. Phương pháp diễn dịch pháp lý (Subsumtion) hay còn gọi là phương pháp NISSS gồm 4 giai đoạn: 1) tìm ra quy phạm áp dụng (Norm), 2) nghiên cứu tình huống pháp lý (Sachverhalt), 3) phân tích mối quan hệ giữa quy phạm và tình huống pháp lý (Subsumtion), 4) kết luận (Schluß). Phương pháp này cơ bản giống với phương pháp IRAC (Issue - Rule - Analysis - Conclusion) được áp dụng phổ biến ở các nước Anh, Mỹ.

45. Reinhold Zippelius: Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft, 2. Auflage, 1996, S. 327.