

MỐI QUAN HỆ GIỮA ÁN LỆ VỚI CÁC NGUỒN KHÁC CỦA PHÁP LUẬT

BÙI XUÂN PHÁI *

Tóm tắt: Án lệ là một loại nguồn quan trọng của pháp luật, có ảnh hưởng đến các loại nguồn pháp luật khác, đồng thời cũng chịu sự ảnh hưởng của các loại nguồn này khi các loại nguồn khác ngày càng được mở rộng. Sự ảnh hưởng lẫn nhau giữa án lệ với các nguồn pháp luật khác được thể hiện trên các phương diện: xây dựng pháp luật; thực hiện pháp luật, trong sự hội nhập và thích ứng của pháp luật với bên ngoài. Sự ảnh hưởng lẫn nhau giữa án lệ với các nguồn pháp luật diễn ra theo hai khuynh hướng: tác động để phát huy giá trị và tác động để hạn chế vai trò của nhau, trong đó tác động để phát huy giá trị của nhau diễn ra phổ biến hơn đặc biệt trong điều kiện hội nhập quốc tế hiện nay. Đặt trong hoàn cảnh của nền tư pháp Việt Nam khi án lệ đã được thừa nhận, mối quan hệ này cần được nghiên cứu để án lệ cũng như các nguồn luật khác thực sự phát huy được giá trị của chúng.

Từ khoá: Án lệ; tập quán pháp; văn bản quy phạm pháp luật; nguồn pháp luật

Nhận bài: 12/9/2022

Hoàn thành biên tập: 28/02/2023

Duyệt đăng: 28/02/2023

THE RELATIONSHIP BETWEEN PRECEDENT AND OTHER SOURCES OF LAW

Abstract: Precedent is an important source of law, which affects other types of legal sources and is also simultaneously influenced by these sources when other sources are being developed. The mutual influence between precedent and other legal sources is reflected in the following aspects: law making; implementation of the law, and the integration and adaptation of the law to the outside world. The mutual influence between precedent and legal sources takes place in two directions: impacting to promote values and affecting to limit each other's roles, in which, impacting to promote each other's values occurs more commonly, especially in the current international integration conditions. In the context of the Vietnamese judiciary when precedents have been recognized, this relationship needs to be studied so that precedents as well as other sources of law really promote their value.

Keywords: Precedent; customary law; legal documents; legal sources

Received: Sept 12th, 2022; Editing completed: Feb 28th, 2023; Accepted for publication: Feb 28th, 2023

Trong lịch sử phát triển của mình, nguồn của pháp luật ngày càng trở nên đa dạng hơn với sự phát triển và ảnh hưởng to lớn đến đời sống pháp luật nói chung. Mỗi loại nguồn càng phát huy được giá trị của chúng khi đặt chúng vào mối quan hệ thống nhất với nhau để chúng tương tác và phát huy các giá trị của nhau nhằm thực hiện vai trò của

chúng một cách hiệu quả nhất nhưng cũng có thể hạn chế vai trò hay tác dụng của nhau. Do vậy, việc nghiên cứu mối quan hệ giữa án lệ với các loại nguồn khác của pháp luật có ý nghĩa cả về mặt lí luận cũng như thực tiễn, đặc biệt trong điều kiện ở Việt Nam hiện nay khi án lệ đã chính thức được thừa nhận.

Trong các hệ thống pháp luật khác nhau, mỗi loại nguồn pháp luật sẽ có vị trí, vai trò riêng biệt. Mỗi loại nguồn pháp luật có

* Tiến sĩ, Trường Đại học Luật Hà Nội
E-mail: buixuanphai@hlu.edu.vn

những ưu điểm và hạn chế nhất định nên không hệ thống pháp luật nào chỉ sử dụng một loại nguồn duy nhất. Tùy theo truyền thống pháp lí và thái độ của từng nhà nước mà mỗi loại nguồn đó lại được sử dụng ở những mức độ khác nhau hoặc không tùy thuộc mức độ ưu điểm hay hạn chế của chúng hay có thể do quan điểm tiếp cận của các nhà cầm quyền. Trong bài viết này, khái niệm nguồn pháp luật nói chung được xác định là tất cả những gì chứa đựng căn cứ hay cơ sở cho hoạt động xây dựng và áp dụng pháp luật giúp cho việc xác định các quyền và nghĩa vụ pháp lí cho các chủ thể trong xã hội. Cách hiểu về nguồn này chứa đựng cả phạm vi nguồn nội dung và nguồn hình thức, đồng thời cũng không còn phải băn khoăn trong việc nguồn hình thức bị đồng nhất với hình thức pháp luật. Hơn nữa, điều này sẽ không làm bỏ sót bất cứ nguồn pháp luật thực tế nào trong đời sống pháp lí hiện đại. Trong bài viết này, nguồn pháp luật chủ yếu được tiếp cận là nguồn hình thức (chứa đựng căn cứ cho thực hiện và áp dụng pháp luật), còn nguồn nội dung với tư cách là những yếu tố chứa đựng căn cứ để xây dựng (xác lập nên) các quyền và nghĩa vụ pháp lí chung sẽ được tiếp cận ở phạm vi khác. Phổ biến trong lịch sử, pháp luật có các nguồn chủ yếu là tập quán pháp, tiền lệ pháp và văn bản quy phạm pháp luật (VBQPPL), trong đó phần lớn tiền lệ pháp được gọi là án lệ do chủ yếu được hình thành từ các phán quyết của các chủ thể có thẩm quyền tài phán. Ngoài ra, còn một số nguồn pháp luật khác, tuy không gọi là nguồn cơ bản nhưng cũng có những đóng góp nhất định trong đời sống pháp luật như chính sách của các lực lượng

cầm quyền, lẽ công bằng, quan điểm học lí (quan điểm của các nhà nghiên cứu luật học)... và ngày nay là các điều ước quốc tế, các hợp đồng dân sự, thương mại và cả hợp đồng hành chính... được kí kết trên cơ sở tự do ý chí. Các hợp đồng hiện được coi là một loại nguồn của pháp luật vì chúng chứa đựng các căn cứ để các bên tham gia hợp đồng ràng buộc nhau về quyền và nghĩa vụ pháp lí, đồng thời cũng chứa đựng căn cứ để các cơ quan có thẩm quyền giải quyết tranh chấp xảy ra với các bên tham gia hợp đồng¹.

Các loại nguồn này có quan hệ với nhau, vừa bổ sung cho nhau, vừa kết hợp với nhau để phát huy được những giá trị, ưu thế của nhau nhưng cũng có thể giới hạn nhau ở những mức độ nhất định.

Trong lịch sử, án lệ không phải bao giờ cũng có vai trò quan trọng, thậm chí ở một số nền văn minh phát triển, án lệ cũng chỉ giữ một vị trí khiêm tốn do sự phát triển lấn át của các nguồn pháp luật khác, trong đó đặc biệt là sự tồn tại của VBQPPL. Tuy nhiên, dù có được sử dụng nhiều hay không thì án lệ cũng có chỗ đứng nhất định trong lịch sử pháp luật và có những ảnh hưởng, đồng thời cũng chịu ảnh hưởng của các nguồn pháp luật khác trong đời sống thực tiễn. Sự ảnh hưởng qua lại giữa án lệ và các nguồn pháp luật khác chính là nội dung của mối quan hệ giữa chúng được thể hiện trên những phương diện sau:

¹ Xem thêm: Trường Đại học Luật Hà Nội (2022), *Giáo trình Lí luận chung về nhà nước và pháp luật*, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, tr. 294; Đào Trí Úc (1993), *Những vấn đề lí luận cơ bản về nhà nước và pháp luật*, Nxb. Khoa học xã hội, Hà Nội, tr. 54; Bùi Xuân Phái (2022), "Yêu cầu của việc thống nhất nhận thức về nguồn pháp luật", *Tạp chí Nhà nước và Pháp luật*, số 5.

1. Trong hoạt động xây dựng pháp luật

Ở phương diện này, mối quan hệ giữa án lệ với các nguồn luật được thể hiện ở những nội dung chủ yếu sau:

- Án lệ cùng các nguồn luật được hình thành chứa đựng cơ sở pháp lí đa dạng cho các hoạt động xã hội.

Án lệ và các nguồn pháp luật khác cùng hình thành nên một hệ thống các nguồn chứa căn cứ pháp lí ngày càng phong phú cho các hoạt động thực tế. Từ khi ra đời, nhà nước chưa thể sáng tạo ra pháp luật đầy đủ theo đòi hỏi của cuộc sống. Pháp luật ban đầu được hình thành từ việc nhà nước thừa nhận những quy tắc có sẵn trong các cộng đồng dân cư (chủ yếu là các tập quán) thành tập quán pháp. Các tập quán là một trong những nguyên liệu ban đầu cho quá trình xây dựng pháp luật. Nhà nước lựa chọn những phong tục, tập quán đã tồn tại lâu đời, được lưu truyền trong xã hội vẫn còn phù hợp với yêu cầu của việc điều chỉnh các quan hệ xã hội đã đang và có thể sẽ xảy ra trong tương lai. Tuy nhiên, các tập quán thường thiếu hụt nhiều so với yêu cầu điều chỉnh xã hội đã và đang ngày càng trở nên phức tạp. Tình huống pháp lí xảy ra ngày càng nhiều trong khi các tập quán chỉ có số lượng hạn chế và kém linh hoạt nên không thể đáp ứng yêu cầu của xã hội phát triển. Việc tìm ra các giải pháp pháp lí giúp kịp điều chỉnh các quan hệ đó là cần thiết và án lệ đã ra đời. Đó chính là giải pháp hữu hiệu, cần thiết như một sự bổ sung tất yếu cho nguồn tập quán pháp, khi VBQPPL chưa có điều kiện thể hiện vai trò của mình. Như vậy, ngay từ thuở ban đầu, án lệ đã có vai trò là sự bổ sung đáng kể cho các nguồn pháp luật khác, nhất

là khi chữ viết chưa được phổ biến do đó VBQPPL còn hạn chế và ít được sử dụng. Ngay cả trong xã hội hiện đại, khi nền văn minh chữ viết đã trở nên phổ biến và việc sử dụng VBQPPL ngày càng nhiều, loại nguồn này vẫn không thể bao quát hết được các lĩnh vực cần được điều chỉnh bởi pháp luật. Khi đó, điều tích cực và cũng thể hiện sự linh hoạt của án lệ để phát huy giá trị của mình nhờ án lệ có hai loại: "*Một là, án lệ tạo ra quy phạm pháp luật, nguyên tắc pháp luật mới, đây là loại án lệ cơ bản, án lệ gắn với chức năng sáng tạo pháp luật của toà án; hai là, án lệ hình thành bởi quá trình toà án giải thích các quy định trong pháp luật thành văn. Loại án lệ thứ hai là sản phẩm của quá trình toà án áp dụng và giải thích những quy định do cơ quan lập pháp ban hành*"². Với hai loại án lệ này, sự bổ sung các nguồn luật trở nên linh hoạt ở chỗ khi gặp phải trường hợp chưa có quy định pháp luật sẵn có cũng như khi pháp luật chưa được hiểu thống nhất, rõ ràng, chúng đều có thể đáp ứng theo đòi hỏi của xã hội. Cùng các loại nguồn khác như quan điểm học lí, chính sách của lực lượng cầm quyền, lẽ công bằng, án lệ cũng được thừa nhận ngày càng phổ biến như những giải pháp pháp lí quan trọng đáp ứng cho yêu cầu điều chỉnh các quan hệ xã hội cũng ngày càng trở nên đa dạng. Điều đó giúp cho các nhà quản lí cũng như các chủ thể khác trong xã hội có nhiều lựa chọn hơn trong việc tìm giải pháp hợp lí khi giải quyết các vụ việc trên thực tế, đặc

² Trường Đại học Luật Hà Nội (2021), *Giáo trình Lí luận chung về nhà nước và pháp luật*, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, tr. 289.

biệt trong điều kiện hiện nay, khi mà các quá trình phát triển kinh tế, xã hội và hội nhập quốc tế ngày càng nhanh và mạnh mẽ hơn.

- Tập quán, nhất là tập quán thương mại có vai trò quan trọng trong việc hình thành và thúc đẩy sự phát triển của án lệ.

Nghiên cứu pháp luật Anh cho thấy vai trò không nhỏ của các tập quán thương mại trong việc hình thành nên các quyết định xét xử với ý nghĩa là một loại nguồn phổ biến ở Anh Quốc và các nước khác theo truyền thống Common Law. Tiền lệ pháp nói chung, án lệ nói riêng là các giải pháp pháp lí ít nhiều dựa trên cách giải quyết đã được hình thành từ trong các tập quán mà dân gian đã sử dụng trước đó. Trong quan hệ này, tập quán pháp có thể là những gợi ý cho việc đưa ra các nhận định và các phán quyết của các chủ thể có thẩm quyền tài phán và là cơ sở để hình thành nên án lệ. Chính điều này đã làm cho án lệ khi đã hình thành dễ được chấp nhận vì nó gần với đời sống xã hội và ngược lại nó cũng hình thành nên thói quen khi dựa vào chuẩn mực được tạo ra từ án lệ. Để pháp luật đi vào cuộc sống, chúng phải xuất phát từ cuộc sống. Tập quán là các quy tắc hình thành trực tiếp từ các hoạt động sống của xã hội. Hai nhà luật học so sánh lớn là René David và John E.C. Brierley đã nhấn mạnh rằng, tập quán có vai trò ảnh hưởng lớn trong tất cả các hệ thống pháp luật; trong quá trình phát triển và áp dụng pháp luật, các nhà làm luật, các thẩm phán hay các tác giả, như một vấn đề thực tế, nhiều hay ít đều bị dẫn dắt bởi ý tưởng và tập quán của cộng đồng. René David và John E.C. Brierley còn cho rằng, trong quan niệm về pháp luật theo trường phái của Mác, tập quán cũng có vai trò tương tự bởi nội dung của pháp luật do

điều kiện sinh hoạt vật chất tạo thành kết cấu hạ tầng quyết định³. Tập quán nói chung và tập quán thương mại nói riêng còn có vai trò quan trọng trong việc thúc đẩy sự phát triển của án lệ, mở đường cho việc hình thành nên các giải pháp pháp lí trong các án lệ.

- Án lệ góp phần hình thành lối tư duy mới trong xây dựng văn bản quy phạm pháp luật.

Điều này ngày càng được thấy rõ trong hoạt động xây dựng pháp luật ở những nước vốn có truyền thống sử dụng án lệ, đặc biệt là ở Mỹ. Đó là việc Nghị viện Mỹ có thể thông qua rất nhiều đạo luật trong một nhiệm kì và gắn với các loại vụ việc rất cụ thể, có thể áp dụng trực tiếp mà không cần đến các văn bản hướng dẫn. Chỉ cần tổng thống (thực hiện quyền hành pháp) phê chuẩn là luật được áp dụng trực tiếp. Ví dụ, trong năm đầu tiên cầm quyền, tổng thống Obama đã thuyết phục được Quốc hội thông qua 97% đề xuất lập pháp của mình⁴. Đây là tỉ lệ rất cao và cũng có nghĩa phải có hàng trăm đề xuất sáng kiến luật mới có được một tỉ lệ như vậy. Nếu để hình thành các bộ luật lớn được xây dựng theo lối pháp điển hoá thì việc xây dựng luật sẽ trở nên nặng nề, chậm chạp, không linh hoạt để đáp ứng đòi hỏi của xã hội. Các đề xuất đó thường xuất phát từ chính yêu cầu của cuộc sống với những đòi hỏi thiết thực cần giải quyết ngay. Tuy nhiên, mỗi đạo luật đó nhiều khi chỉ là một hoặc một vài điều để điều chỉnh một loại vụ việc với các quy định rất chi tiết. Đây là

³ René David and John E.C. Brierley (1978), *Major Legal Systems in the World Today*, Second Edition, The Free Press, tr. 118.

⁴ Susan Welch, et.al (2012), *Understanding American Government*, 13th ed., Boston, MA: Wadsworth, tr. 351.

bóng dáng của án lệ khi nó được áp dụng trực tiếp mà không cần có văn bản giải thích hay hướng dẫn. Người áp dụng viện dẫn các quy định trực tiếp, cụ thể này gần giống như đối chiếu với các nhận định về tình tiết của một vụ việc cũng như nội dung của phán quyết trong một án lệ.

Hiện nay ở Việt Nam, hiện tượng luật quy định chung chung thiếu tính cụ thể diễn ra khá phổ biến dẫn tới việc phải “xử lý quyền lập pháp” cho Chính phủ hay toà án... dưới dạng “Chính phủ, Toà án nhân dân tối cao hướng dẫn và quy định chi tiết...”⁵ đã làm giảm đi ưu thế của luật. Việc xây dựng luật với các quy định chi tiết theo kỹ thuật của án lệ có thể là một gợi ý tốt ở Việt Nam hiện nay, giúp cho việc khắc phục tình trạng luật chờ nghị định, nghị định chờ thông tư⁶ như vẫn thường xuyên xảy ra. Khi đó, các văn bản luật vừa đảm bảo được hiệu lực thực tế của mình, vừa làm giảm đi các khâu trung gian, bớt kinh phí tổ chức thực hiện, tăng trách nhiệm cho các cơ quan khi soạn thảo các dự án luật.

⁵ Ví dụ: Bộ luật Lao động năm 2015: “Điều 242. Quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành: Chính phủ, cơ quan có thẩm quyền quy định chi tiết, hướng dẫn thi hành các điều, khoản được giao trong Bộ luật./.”

⁶ “... Hệ thống pháp luật còn thiếu đồng bộ; tình trạng chậm, nợ ban hành văn bản quy định chi tiết chưa được khắc phục, đến ngày 31/12/2020 còn nợ 07 nghị định và 30 văn bản quy định chi tiết các luật, pháp lệnh sẽ có hiệu lực từ ngày 01/01/2021 nhưng chưa được ban hành”, Công thông tin điện tử Quốc hội nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam (2021), *Cần quyết liệt giải quyết dứt điểm tình trạng nợ đọng văn bản*, <https://quochoi.vn/hoatdongcuaquochoi/cackyhopquochoi/quochoi khoaXIII/Pages/danh-sach-ky-hop.aspx?ItemID=57887&CategoryId=0>, truy cập 27/02/2023.

- Án lệ có thể là cơ sở gợi ý cho sự ra đời của một đạo luật thành văn nhưng sự ra đời của đạo luật thành văn trong trường hợp này sẽ làm mất hiệu lực của án lệ.

Khi án lệ đã được công bố và thực hiện, sự tồn tại của chúng thường được thử thách qua thời gian và chứng minh được sự hợp lý của mình. Khi đó, các nhà lập pháp có thể coi chúng là những chuẩn mực và chuyển hoá chúng thành các quy định của pháp luật thành văn. Thực tế, các án lệ khi được viện dẫn làm căn cứ pháp lý để giải quyết các vụ việc thực tế đã tạo ra niềm tin cho các đối tượng trong các vụ việc được giải quyết nên ít khi các phán quyết mới bị kháng cáo. Điều này chứng tỏ án lệ đã chứng minh được tính hợp lý của mình. Mặt khác, nó cũng đã được thử thách qua thời gian tồn tại và đã được xã hội chấp nhận. Điều đó cũng có nghĩa là những nhận định làm cơ sở cho các phán quyết trong án lệ đã phản ánh nhu cầu của xã hội và trở thành hiện tượng mang tính phổ biến. Do vậy, nó có thể gợi ý cho ra đời những điều luật hay văn bản pháp luật mới. Tuy nhiên ngược lại, khi đã có luật thành văn quy định trực tiếp vấn đề cần giải quyết thì án lệ cụ thể đó bị thay thế và không còn hiệu lực. Như vậy, có thể nói án lệ như một bước đệm cho sự hoàn thiện của pháp luật thành văn.

- Án lệ có giá trị bổ sung cho sự khiêm khuyết của pháp luật thành văn. Điều này xuất phát từ hai lý do:

Thứ nhất, không có cơ quan lập pháp nào có thể dám khẳng định rằng mình đã dự liệu hết các tình huống pháp lý để có thể điều chỉnh chúng. Thực tế đã chứng minh rằng, có rất nhiều tình huống pháp lý đã diễn ra, có nhu cầu phải được giải quyết nhưng nhà lập pháp đã không lường trước được. Điều đó đã

tạo điều kiện cho các chủ thể có trách nhiệm giải quyết các vấn đề phát sinh trong thực tế cơ hội để tạo ra các căn cứ pháp lí mới từ các phán quyết của mình. Án lệ được hình thành từ nhu cầu thực tế giải quyết các tình huống pháp lí chưa được dự kiến trong các VBQPPL này.

Thứ hai, trong ngôn ngữ thể hiện của các VBQPPL, có những trường hợp nội dung của các quy định khó hiểu hoặc có thể không rõ ràng nên có thể bị hiểu theo nhiều nghĩa. Điều này cần tới sự giải thích rõ ràng để đảm bảo tính thống nhất của pháp luật. Vì vậy, trong nhiều trường hợp, đứng trước tình huống như vậy, toà án (thường là toà án cấp cao) sẽ có trách nhiệm giải thích các điều khoản đó nhằm làm rõ nghĩa hoặc tạo ra cách hiểu thống nhất và giúp cho việc thực hiện pháp luật trở nên thống nhất. Các kết quả giải thích này có giá trị như đối tượng được giải thích và giúp nó có giá trị thực tế. Nói cách khác, án lệ làm cho các VBQPPL trở nên sống động hơn.

- Các VBQPPL có thể làm hạn chế sự phát triển hoặc mất hay giảm hiệu lực của án lệ.

Trong mối quan hệ với VBQPPL, do lập pháp ban hành, án lệ thường có hiệu lực thấp hơn. Các văn bản luật có thể công nhận, cho phép áp dụng hoặc vô hiệu hoá án lệ. Chẳng hạn, Bộ luật Dân sự Napoléon đã thiết lập một số quy định hạn chế sự phát triển án lệ. Điều 5 của Bộ luật này quy định: “*Cấm các thẩm phán đặt ra các quy định chung và có tính lập quy để tuyên án đối với những vụ việc được giao xét xử*” hay Điều 1351 quy định: “*Bản án chỉ có hiệu lực pháp luật đối với một vụ việc. Chỉ được xem là cùng một vụ việc khi yêu cầu về cùng một vấn đề, dựa trên*

cùng một căn cứ và giữa cùng các bên tranh chấp”. Điều này cũng có thể thấy ở Mỹ, Anh. Khi nghị viện đã ban hành luật thì toà án phải dựa trên cơ sở của luật cho dù điều luật này bãi bỏ những nguyên tắc pháp luật đã được thiết lập trong những án lệ trước đó. Quốc hội Mỹ có thể ban hành điều luật điều chỉnh và bổ sung những hạn chế của án lệ, ví dụ trong án lệ *General Electric Co v. Gilbert*, Toà án Tối cao Liên bang Mỹ đã tuyên bố mục thứ VII của Luật Quyền con người năm 1964 (Title VII of the Civil Right Act of 1964) không cấm sự phân biệt đối xử trên cơ sở người đang mang thai nhưng sau một thời gian, Quốc hội Mỹ đã bác bỏ lập luận này của Toà án tối cao Liên bang trong vụ *General Electric Co v. Gilbert* nêu trên⁷.

- Các nguồn khác của pháp luật có thể ảnh hưởng đến sự hình thành và nội dung của án lệ

Các loại nguồn của pháp luật ngày càng trở nên phong phú. Từ các nguyên tắc pháp lí, các VBQPPL, toà án có thể tạo ra các án lệ qua hoạt động giải thích pháp luật. Chẳng hạn như ở Đức, việc giải thích pháp luật của toà án có thể tạo ra các án lệ và theo những phương pháp khá phức tạp. Cụ thể, toà án có thể giải thích luật “*căn cứ vào câu chữ của quy phạm (giải thích dựa trên văn bản), vào ngữ cảnh của quy phạm (giải thích mang tính hệ thống), vào mục đích của quy phạm đó (giải thích theo lịch sử)*” (Toà án Bảo hiến Liên bang ngày 17/5/1960)... Trong trường hợp luật không quy định, toà án có thể đưa ra một nguyên tắc giải quyết có giá

⁷ Earl Maltz (1988), “The nature of precedent”, *North Carolina Law Review*, January, tr. 387 - 389.

trị như quy phạm pháp luật nhưng phải bảo đảm sự công bằng và tôn trọng các nguyên tắc chung của pháp luật⁸.

Ở Việt Nam, tính đến ngày 28/6/2022, với 56 án lệ đã được Toà án nhân dân tối cao công bố trong thời gian gần đây cho thấy, ngay cả khi xác định án lệ nào thì toà án vẫn phải viện dẫn đến các quy định cụ thể của pháp luật. Với án lệ số 01, Điều luật được viện dẫn là điểm m, n khoản 1 Điều 93 Bộ luật Hình sự năm 1999; khoản 3 Điều 104 Bộ luật Hình sự năm 1999. Với án lệ số 02, điều luật được viện dẫn là Điều 137 và Điều 235 Bộ luật Dân sự năm 2005. Các điều luật có liên quan đến án lệ 03 là Điều 14 Luật Hôn nhân và gia đình năm 1986; Điều 242 Bộ luật Dân sự năm 1995; khoản 2 Điều 176 Bộ luật Dân sự năm 1995... Trong các trường hợp này, án lệ của toà án Việt Nam chưa thoát li khỏi các quy định hiện hành của pháp luật. Điều đó cũng có nghĩa là việc tạo ra án lệ ở Việt Nam chủ yếu là giải thích cho rõ hơn các điều luật có sẵn để giúp cho việc thực hiện và áp dụng pháp luật thống nhất. Việc tạo án lệ ở Việt Nam vẫn phải dựa vào các quy định của luật thành văn.

Các hợp đồng thương mại, dân sự hay hợp đồng hành chính có những giá trị nhất định, có thể vừa định hướng cho việc hình thành một phán quyết, vừa là những gợi ý về nội dung có tính chuẩn mực cho các phán quyết của chủ thể có thẩm quyền. Các loại hợp đồng ngày càng trở nên đa dạng, phong phú trên nhiều lĩnh vực của đời sống xã hội và gần đây là sự ra đời của hợp đồng hành chính. Nó hình thành từ sự thay đổi quan

niệm về quan hệ công - tư, về cách điều hành của các cơ quan quản lí và đặc biệt là sự xã hội hoá trong việc thực hiện các dịch vụ công vốn được nhà nước đảm nhiệm. Từ đó, có thể hình thành các tranh chấp mà toà án có nghĩa vụ giải quyết và cho ra đời những phán quyết mẫu về các loại vụ việc mới phát sinh này.

- Sự kết hợp của các nguồn pháp luật có thể còn mang lại sự đa dạng trong cách tiếp cận về khái niệm pháp luật và làm cho đời sống pháp luật phong phú hơn

Theo Kaarlo Tuori, pháp luật phải bao gồm cả hai mặt là các quy phạm pháp luật và thực tiễn pháp luật⁹. Thực tế, án lệ không phải là nguồn pháp luật chính thức ở Đức và Pháp nhưng nó đã trở thành yếu tố quan trọng trong các căn cứ để thẩm phán của các nước này đưa ra các quyết định tư pháp một cách chắc chắn và thuyết phục, đảm bảo tính thống nhất của pháp luật. Trong khi đó, theo Roger Cotterrell, pháp luật cần được nhìn nhận phải bao gồm cả quy phạm, thực tiễn (án lệ), các thể chế pháp lí và học thuyết pháp lí¹⁰. Sự tác động qua lại giữa các loại nguồn của pháp luật làm cho đời sống pháp luật trở nên sống động, phong phú và đa dạng hơn và đáp ứng ngày càng tốt hơn các đòi hỏi của xã hội ngày càng phát triển. Nó thúc đẩy việc nghiên cứu, mở rộng phạm vi tiếp cận các hiện tượng pháp lí và sẽ làm cho

⁸ Michel Promont (2006), *Các hệ thống pháp luật cơ bản trên thế giới*, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, tr. 54.

⁹ Kaarlo Tuori, "Towards a multi-layered view of modern law", in *Justice Morality and Society*, Justisfforlaget in Lund Distribution: Akademibokhandeln I Lund, tr. 430.

¹⁰ Roger Cotterrell (2006), "Comparative Law and Legal Culture", in *Reimann and Zimmermann, The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, tr. 710.

quan niệm về pháp luật được bổ túc thường xuyên hơn.

2. Trong hoạt động thực hiện pháp luật

Đời sống xã hội rất phức tạp và ngày càng có nhiều biến động. Việc hình thành các loại nguồn pháp luật khác nhau để đáp ứng việc điều chỉnh các quan hệ xã hội đó. Tuỳ truyền thống pháp lí hay quan điểm của các nhà cầm quyền mà việc sử dụng các loại nguồn luật có sự khác nhau để áp dụng trong cuộc sống. Sự khác nhau đó có thể ở mức độ sử dụng nhiều hay ít, ở cách thức trong sử dụng... Những điều này có thể làm tăng hoặc giảm vai trò của từng loại nguồn đối với từng vụ việc được áp dụng cũng như đối với toàn bộ đời sống pháp lí. Chẳng hạn, ở Anh, án lệ được coi như tiêu chuẩn tuyệt đối khi áp dụng cho các vụ việc về sau theo nguyên tắc *stare decicis*, trong khi đó ở Mỹ, điều này lại khác¹¹. Các toà án vẫn thường xuyên trích dẫn các bản án nhưng các bản án cũng dành rất nhiều chỗ cho các quan điểm của thẩm phán về chính sách chung, đặc biệt là những vụ việc mà toà án coi là quan trọng. Điều đó được thể hiện ở chỗ các thẩm phán đề cập nhiều hơn đến hệ quả thực tiễn của một phán quyết và liệu những hệ quả này có phù hợp với nhu cầu chính sách hơn là sự kiên định của thẩm phán trong việc xem xét vụ việc hiện tại trong mối quan hệ với án lệ.

Mặt khác, ở những nước từ khi có sự xuất hiện của hiến pháp thành văn thì việc áp dụng án lệ cũng có phần hạn chế. Chẳng hạn ở Mỹ, từ năm 1789, sau khi Hiến pháp được ban hành và được coi là đạo luật cơ bản thì

bất kể nguồn luật nào ở Mỹ, kể cả luật của Liên bang hay bang thành viên đều không được trái với nội dung Hiến pháp như đã được Toà án tối cao Mỹ giải thích. Theo Réne David, Hiến pháp Mỹ không chỉ là bản hiến chương chính trị mà còn là văn kiện sáng lập quốc gia, dựa trên ý tưởng của trường phái pháp luật tự nhiên và bản hiến pháp đã đưa vào thực tiễn khái niệm về thỏa ước xã hội¹². Điều này cũng có nghĩa là án lệ bị hạn chế về cả mức độ sử dụng cũng như phạm vi nội dung bởi VBQPPL, nhất là bởi hiến pháp.

Ở Việt Nam, thời kì phong kiến nhà Hậu Lê, trong bộ Quốc triều hình luật (Bộ luật Hồng Đức), có nhiều quy định được thể hiện một cách chi tiết giúp cho việc thực hiện được trực tiếp, dễ dàng nên đã thể hiện giống như một án lệ cụ thể với tình tiết, chủ thể và cả nội dung như một phán quyết về một vụ việc có thật đã được xảy ra trên thực tế. Chẳng hạn Điều 396 của Bộ luật này quy định: *“Người ông là Phạm Giáp sinh con trai trưởng là Phạm Át, thứ là Phạm Bình. Ông tổ Phạm Giáp có ruộng đất hương hỏa 2 mẫu đã giao cho con trưởng là Phạm Át giữ. Phạm Át đã đem 2 mẫu ấy nhập vào ruộng đất của mình mà chia cho các con, chỉ còn 5 sào để cho trai Phạm Át giữ làm hương hỏa. Con trai Phạm Át lại sinh toàn con gái mà con thứ Phạm Bình có con trai lại có cháu trai thì số 5 sào hương hỏa hiện tại phải giao lại cho con trai hay cháu trai Phạm Bình coi giữ nhưng không được đòi lấy đủ hai mẫu hương hỏa của tổ trước mà*

¹¹ Trường Đại học Luật Hà Nội (2014), *Giáo trình Luật so sánh*, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, tr. 260, 297.

¹² Réne David and John C. Brierly (1985), *Major Legal Systems in the World Today*, London Stevens Sons, tr. 19.

sinh ra tranh giành”¹³. Việc quy định trong một văn bản quy phạm pháp luật giống như nội dung của một phán quyết mẫu như vậy sẽ rất thuận lợi cho việc áp dụng pháp luật trên thực tế bởi quy phạm pháp luật tuy có tính khuôn mẫu nhưng được thể hiện dưới dạng án lệ rất có ý nghĩa không chỉ đối với việc tạo ra một chuẩn mực mà còn có tác dụng như một sự giải thích pháp luật trực tiếp trong các quy định của pháp luật làm cho chúng dễ đi vào cuộc sống. Nói cách khác, trong VBQPPL có bóng dáng hay cách thể hiện của án lệ.

Mối quan hệ giữa án lệ và các nguồn khác về cấp độ hiệu lực, nguyên tắc, mức độ ưu tiên, cách thức sử dụng

Theo Bộ luật Dân sự năm 2015 của Việt Nam, mối quan hệ đó được thể hiện ở các điều khoản sau:

Điều 4. Áp dụng Bộ luật Dân sự

1. Bộ luật này là luật chung điều chỉnh các quan hệ dân sự.

2. Luật khác có liên quan điều chỉnh quan hệ dân sự trong các lĩnh vực cụ thể không được trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự quy định tại Điều 3 của Bộ luật này.

3. Trường hợp luật khác có liên quan không quy định hoặc có quy định nhưng vi phạm khoản 2 Điều này thì quy định của Bộ luật này được áp dụng.

4. Trường hợp có sự khác nhau giữa quy định của Bộ luật này và điều ước quốc tế mà Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên về cùng một vấn đề thì áp dụng quy định của điều ước quốc tế.

Điều 5. Áp dụng tập quán

1. Tập quán là quy tắc xử sự có nội dung rõ ràng để xác định quyền, nghĩa vụ của cá nhân, pháp nhân trong quan hệ dân sự cụ thể, được hình thành và lặp đi lặp lại nhiều lần trong một thời gian dài, được thừa nhận và áp dụng rộng rãi trong một vùng, miền, dân tộc, cộng đồng dân cư hoặc trong một lĩnh vực dân sự.

2. Trường hợp các bên không có thoả thuận và pháp luật không quy định thì có thể áp dụng tập quán nhưng tập quán áp dụng không được trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự quy định tại Điều 3 của Bộ luật này.

Điều 6. Áp dụng tương tự pháp luật

1. Trường hợp phát sinh quan hệ thuộc phạm vi điều chỉnh của pháp luật dân sự mà các bên không có thoả thuận, pháp luật không có quy định và không có tập quán được áp dụng thì áp dụng quy định của pháp luật điều chỉnh quan hệ dân sự tương tự.

2. Trường hợp không thể áp dụng tương tự pháp luật theo quy định tại khoản 1 Điều này thì áp dụng các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự quy định tại Điều 3 của Bộ luật này, án lệ, lẽ công bằng.

Như vậy, trên thực tế cho đến hiện tại ở Việt Nam, án lệ vẫn chỉ được xếp hạng thứ yếu, đứng gần cuối cùng trong các loại nguồn luật. Trong quá trình áp dụng pháp luật ở Việt Nam trừ Hiến pháp, điều ước quốc tế được ưu tiên trước rồi đến VBQPPL (quốc nội) là nguồn pháp luật được ưu tiên so với các nguồn pháp luật khác trong nước, sau đó đến tập quán, áp dụng pháp luật tương tự rồi mới đến án lệ và cuối cùng là lẽ công bằng. Như vậy, ở Việt Nam, án lệ vẫn mới chỉ được coi là một nguồn bổ sung, chủ

¹³ Viện Sử học (2013), *Quốc triều hình luật (Luật Hình triều Lê)*, (người dịch Nguyễn Ngọc Thuận, Nguyễn Tá Nhí), Nxb. Tư pháp, Hà Nội, tr. 180, 181.

yếu có tính chất giải thích pháp luật đối với các tình huống cụ thể. Có thể nói, án lệ ở Việt Nam hiện nay thực chất mới chủ yếu được coi là một hình thức giải thích pháp luật chính thức có tính quy phạm đối với các quy phạm pháp luật hiện hành khi nó cần được hiểu thống nhất trong áp dụng.

Tuy nhiên, cũng cần lưu ý rằng, ở Việt Nam việc áp dụng án lệ còn có một lí do nữa là pháp luật có quy định toà án không được từ chối giải quyết các yêu cầu của đương sự vì lí do pháp luật chưa quy định Điều 14 Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định:

“1. Toà án, cơ quan có thẩm quyền khác có trách nhiệm tôn trọng, bảo vệ quyền dân sự của cá nhân, pháp nhân.

Trường hợp quyền dân sự bị xâm phạm hoặc có tranh chấp thì việc bảo vệ quyền được thực hiện theo pháp luật tố tụng tại toà án hoặc trọng tài.

Việc bảo vệ quyền dân sự theo thủ tục hành chính được thực hiện trong trường hợp luật quy định. Quyết định giải quyết vụ việc theo thủ tục hành chính có thể được xem xét lại tại toà án.

2. Toà án không được từ chối giải quyết vụ, việc dân sự vì lí do chưa có điều luật để áp dụng; trong trường hợp này, quy định tại Điều 5 và Điều 6 của Bộ luật này được áp dụng”.

Trong trường hợp này, các hoạt động của toà án có thể tạo ra án lệ và dựa trên cơ sở của các nguyên tắc pháp lí hay lẽ công bằng. Điều này có vẻ mâu thuẫn với yêu cầu của một nhà nước pháp quyền là khi thi hành công vụ, các cơ quan công quyền chỉ được làm và phải làm theo các quy định của pháp luật. Mâu thuẫn này chỉ có thể giải quyết được nếu thừa nhận pháp luật tự nhiên mà việc cho ra đời và áp dụng án lệ chính là một

giải pháp vì án lệ hình thành từ chính vụ việc thực tế gắn với bản tính tự nhiên của chúng. Chính án lệ sẽ giúp cho việc tạo ra căn cứ pháp lí cho các trường hợp mà “chưa có điều luật để áp dụng” trên đây. Trong quan hệ này, VBQPPL có thể được coi là nguồn của các nguồn khác khi nó giữ vai trò định hướng lựa chọn các loại nguồn theo trình tự, thủ tục nhất định, có nghĩa là các nguồn khác phải theo khuôn mẫu về mặt thủ tục mà VBQPPL đã xác định, trong đó có sự xác định điều kiện để áp dụng án lệ. Điều đó cũng có nghĩa là văn bản quy phạm vẫn là nguồn chủ yếu và quan trọng nhất ở Việt Nam. VBQPPL có giá trị hướng dẫn cho cách thức, trình tự, thủ tục thực hiện các nguồn khác của pháp luật, trong đó có án lệ.

Trong khi đó, khi áp dụng pháp luật ở Tây Ban Nha, theo quy định tại khoản 6 Điều 1 Bộ luật Dân sự thì “*án lệ có giá trị bổ sung trật tự pháp lí thông qua luận thuyết được Toà án tối cao áp dụng nhiều lần trong quá trình giải thích và áp dụng luật, tập quán, và các nguyên tắc chung của pháp luật*”¹⁴. Việc thừa nhận này làm cho VBQPPL cũng như các nguồn khác của pháp luật có giá trị thực tế tăng lên, giúp cho chúng được triển khai đầy đủ, chính xác, kịp thời và nhất là phù hợp với thực tế cuộc sống đang diễn ra.

Như vậy, quan hệ và sự kết hợp giữa các loại nguồn của pháp luật sẽ làm cho pháp luật trở nên linh hoạt hơn, hoạt động áp dụng pháp luật trở nên thuận lợi hơn khi có nhiều cách tiếp cận và giải quyết vấn đề từ thực tiễn đòi hỏi.

¹⁴ Theo Michel Promont (2006), *Các hệ thống pháp luật cơ bản trên thế giới*, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, tr. 118.

3. Trong giao lưu, hội nhập và thích ứng của pháp luật với bên ngoài

Ngày nay, xu thế hội nhập quốc tế là không thể đảo ngược. Các lĩnh vực hội nhập rất đa dạng như kinh tế, chính trị, văn hoá, thể thao... và không ngoại trừ các vấn đề pháp lí. Nếu như trước đây, các hệ thống pháp luật khác nhau được hình thành từ những truyền thống khác nhau do điều kiện kinh tế, văn hoá, chính trị khác nhau thì trong quá trình hội nhập, sự khác biệt dần được hạn chế do sự tìm đến nhau và giao thoa các lĩnh vực giữa các quốc gia. Một quốc gia không thể xây dựng được mối quan hệ vững chắc với sự tin tưởng của các quốc gia khác nếu không có sự bảo đảm, đặc biệt là sự bảo đảm bằng những cơ sở pháp lí. Việc kí kết các điều ước quốc tế là hoạt động thường xuyên trong các quan hệ quốc tế ngày nay. Các điều ước quốc tế thực chất là sự thỏa thuận trên cơ sở bình đẳng (một cách tương đối) giữa các chủ thể mà ở đó mỗi chủ thể phải xuất phát từ lợi ích của đất nước mình trong đó có sự cân nhắc cái được cái mất. Chưa nói tới nội dung cụ thể của các điều ước đó, về hình thức, việc chấp nhận sự đa dạng các nguồn pháp luật làm căn cứ viện dẫn trong xử lí các tình huống pháp lí đã làm cho đời sống pháp luật của mỗi quốc gia ngày càng phong phú hơn. Chính sự bổ sung lẫn nhau giữa các nguồn luật đã tạo ra điều này. Hiện nay, châu Âu lục địa cũng đã tiếp nhận rất nhiều ảnh hưởng của án lệ từ hệ thống pháp luật Common Law và ngược lại, các nước thuộc hệ thống Common Law cũng chịu ảnh hưởng rất nhiều của kĩ thuật pháp điển hoá trong việc xây dựng các VBQPPL của châu Âu. Mỗi nền văn minh pháp lí có những ưu điểm và hạn chế nhất định nên

chúng có thể có giá trị tham khảo cho nhau, vừa để phát huy những ưu điểm đó, vừa có thể khắc phục những hạn chế khi tiếp nhận nhau. Thực tế, trong quan hệ kinh tế quốc tế, cùng với sự ra đời của các hiệp định thương mại giữa các quốc gia hay nhóm quốc gia với tư cách là các văn bản quy phạm pháp luật, vẫn có chỗ dành cho án lệ trong nhiều trường hợp hay là việc tiếp nhận thực hiện sự uỷ thác của các chủ thể về những vụ việc trong các quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài có thể vừa dựa trên các VBQPPL vừa dựa trên các án lệ để giải quyết. Chẳng hạn như trường hợp uỷ thác tư pháp để thực hiện các hoạt động tố tụng trong lĩnh vực dân sự, hôn nhân... của cơ quan tố tụng của quốc gia này cho cơ quan tố tụng của một quốc gia nào đó để đảm bảo cho việc ra một phán quyết hoặc để thực hiện một phán quyết. Khi đó, các cơ quan được uỷ thác có thể áp dụng mọi biện pháp theo pháp luật của quốc gia có cơ quan được uỷ thác, trong đó có thể áp dụng cả văn bản quy phạm hay án lệ như một nguồn luật ngay cả khi quốc gia được uỷ thác chưa chính thức công nhận án lệ. Đây cũng là một cơ sở mà nước uỷ thác hay tiếp nhận uỷ thác tiếp xúc và làm quen với án lệ làm tiền đề cho sự thừa nhận chính thức nguồn luật này đồng thời cũng làm cho nguồn luật của mình trở nên phong phú hơn. Trên phương diện này, án lệ còn có ý nghĩa là làm cho các nguồn khác của pháp luật quốc tế có thể được vận dụng một cách linh hoạt hơn.

Các nguồn luật đến từ các hệ thống pháp luật khác nhau ngày càng làm phong phú hơn đời sống pháp lí quốc tế, góp phần tạo dựng nên một hệ thống các căn cứ pháp lí đầy đủ hơn cho các cơ quan tài phán có cơ

hội tốt để viện dẫn khi giải quyết những vụ việc cụ thể. Điều này cũng giúp cho các quốc gia tham gia các quan hệ quốc tế đến gần với nhau hơn về phương diện pháp lí. Ngày nay, những nước có truyền thống sử dụng án lệ sẽ không còn cảm thấy sự lạ lẫm của VBQPPL và ngược lại, các nước có truyền thống sử dụng VBQPPL sẽ không cảm thấy án lệ là xa lạ nữa. Trong các quan hệ quốc tế ngày nay, các nguồn luật ngày càng trở nên phong phú và cùng giúp cho việc điều chỉnh các quan hệ đó một cách thuận lợi. Các tập quán quốc tế vẫn tiếp tục đóng vai trò quan trọng khi các điều ước quốc tế chưa kịp được tạo ra, trong khi đó, việc sử dụng án lệ như một giải pháp có tính tất yếu khi các quan hệ đó liên tục có sự vận động, nhất là khi các quan điểm học lí của các chuyên gia pháp luật quốc tế đưa ra những gợi ý có tính chất khoa học đã làm cơ sở cho việc hình thành án lệ.

Việc nghiên cứu mối quan hệ giữa án lệ với các nguồn khác của pháp luật có thể cho thấy được sự ảnh hưởng lẫn nhau giữa chúng, trong đó chỉ ra được vai trò, vị trí của từng loại nguồn ở các hệ thống pháp luật, ít nhiều cho thấy được sự phát triển của các loại nguồn pháp luật nói chung và của án lệ nói riêng cũng như của pháp luật nói chung, đồng thời qua đó có thể biết được khả năng cũng như các cách thức sử dụng án lệ cũng như các loại nguồn khác như thế nào đối với mỗi hệ thống pháp luật khác nhau. Không thể phủ nhận rằng, sự tồn tại ngày càng đa dạng, phong phú của các nguồn luật, trong đó có án lệ và mối quan hệ giữa chúng đã làm cho pháp luật trở nên hoàn thiện hơn trong mỗi hệ thống pháp luật nhất định và giữa các hệ thống pháp luật khác

nhau. Án lệ chính thức được thừa nhận ở Việt Nam đã làm cho hệ thống pháp luật Việt Nam trở nên hoàn thiện hơn với sự đa dạng của các nguồn luật và chính việc thừa nhận đó sẽ làm tăng giá trị của án lệ và các nguồn pháp luật khác./.

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Earl Maltz (1988), "The nature of Precedent", *North Carolina Law Review*, January.
2. Kaarlo Touri, "Towards a multi-layered view of modern law", in *Justice Morality and Society*, Justisfforlaget in Lund Distribution: Akademibokhandeln I Lund, tr. 430.
3. Michel Promont (2006) *Các hệ thống pháp luật cơ bản trên thế giới*, Nxb. Tư pháp, Hà Nội.
4. Réne David and John C. Brierly (1985), *Major Legal Systems in the World Today*, London Stevens Sons.
5. Roger Cotterrell (2006), "Comparative Law and Legal Culture", in *Reimann and Zimmermann, The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, tr. 710.
6. Susan Welch, et.al (2012), *Understanding American Government*, 13th ed., Boston, MA: Wadsworth, 2012.
7. Trường Đại học Luật Hà Nội (2021) *Giáo trình Lí luận chung về nhà nước và pháp luật*, Nxb. Tư pháp, Hà Nội.
8. Trường Đại học Luật Hà Nội (2014), *Giáo trình Luật so sánh*, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, tr. 260, 297.
9. Viện Sử học (2013), *Quốc triều hình luật (Luật Hình triều Lê)*, (người dịch Nguyễn Ngọc Thuận, Nguyễn Tá Nhí), Nxb. Tư pháp, Hà Nội.