

BÀN VỀ CHỨC NĂNG TẠO LẬP ÁN LỆ CỦA TÒA ÁN Ở VIỆT NAM

Đỗ Thanh Trung¹

1. ĐẶT VẤN ĐỀ

Đến nay, pháp luật Việt Nam đã quy định rõ ràng chức năng tạo lập án lệ trong các văn bản pháp luật như Luật Tòa án nhân dân năm 2014, Nghị quyết 03/2015/ NQ – HĐTP năm 2015. Các văn bản pháp luật này cũng quy định chi tiết các vấn đề: thẩm quyền tạo lập án lệ của tòa án, phạm vi tạo lập án lệ và nguyên tắc công bố án lệ. Tuy nhiên, chức năng tạo lập án lệ của tòa án vẫn còn là chức năng khá mới mẻ ở Việt Nam. Vì vậy, không tránh khỏi một số quy định của pháp luật còn có những điểm chưa phù hợp cũng như thực tiễn thực chức năng này của tòa án vẫn còn những hạn chế nhất định. Trong phạm vi bài viết này, tác giả sẽ chỉ ra những hạn chế, bất cập còn tồn tại của chức năng tạo lập án lệ của tòa án ở Việt Nam. Đồng thời sẽ đưa ra một kiến nghị nhằm khắc phục những hạn chế đó để nâng cao hiệu quả thực hiện chức năng này của tòa án ở Việt Nam hiện nay.

2. NỘI DUNG

2.1. *Cơ sở pháp lý của chức năng tạo lập án lệ của tòa án*

Điểm đặc biệt ở Việt Nam so với các nước trên thế giới là pháp luật có quy định cơ sở pháp lý rõ ràng về chức năng tạo lập án lệ của tòa án. Cụ thể là Luật tổ chức Tòa án nhân dân năm 2014 và Nghị quyết 03/2015/ NQ – HĐTP của Hội đồng thẩm phán TANDTC năm 2015. Thẩm quyền ban hành, công bố án lệ của TANDTC được quy định cụ thể tại điểm c khoản 2 Điều 22 Luật tổ chức Tòa án nhân dân năm 2014 thì Hội đồng thẩm phán có nhiệm vụ, quyền hạn: “*Lựa chọn quyết định giám đốc thẩm của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân 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*”; tại khoản 5 năm Điều 27 của Luật tổ chức Tòa án nhân dân năm 2014 cũng quy định nhiệm vụ, quyền hạn của Chánh án TANDC: “*tổng kết phát triển án lệ, công bố án lệ*”. Nhằm cụ thể các quy định của Luật tổ chức Tòa án nhân dân năm 2014, Nghị quyết 03/2015/ NQ – HĐTP của Hội đồng thẩm phán

¹Tiến sĩ, Giảng viên Trường Đại học Luật Tp. HCM.

TANDTC năm 2015 cũng quy định rõ thẩm quyền này tại khoản 1 Điều 6: “*Trên cơ sở Báo cáo của Hội đồng tư vấn án lệ, Chánh án Tòa án nhân dân tối cao tổ chức phiên họp toàn thể Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao để thảo luận và biểu quyết thông qua án lệ*”; tại khoản 1 Điều 7: “*Sau khi Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao thông qua án lệ, Chánh án Tòa án nhân dân tối cao công bố án lệ*”.

2.2. Những bất cập, hạn chế còn tồn tại của chức năng tạo lập án lệ của tòa án ở Việt Nam hiện nay

Mặc dù các văn bản pháp luật hiện hành đã quy định khá đầy đủ, chi tiết các vấn đề liên quan đến chức năng tạo lập án lệ của tòa án nhưng vẫn còn nhiều quy định chưa phù hợp cũng thực tiễn thực hiện chức năng tạo lập án lệ của tòa án vẫn còn hạn chế. Theo tác giả, về chức năng tạo lập án lệ của tòa án ở Việt Nam vẫn còn một số hạn chế sau:

Thứ nhất, quy định thẩm quyền ban hành án lệ của TANDTC dẫn đến nhiều cách hiểu khác nhau về thẩm quyền tạo lập án lệ của tòa án. Căn cứ vào Luật tổ chức Tòa án nhân dân năm 2014 và Nghị quyết 03/2015/ NQ – HĐTP năm 2015 thì thẩm quyền tạo lập án lệ của tòa án có thể hiểu theo nhiều cách khác nhau. **Cách hiểu thứ nhất**, theo nội dung của án lệ, chức năng tạo lập án lệ là hoạt động tạo ra các lập luận, phán quyết (giải pháp pháp lý mới) làm cơ sở để áp dụng cho các vụ việc tương tự về sau thì thẩm quyền tạo lập án lệ được trao cho tất cả các cấp tòa án, kể cả TAND huyện bởi vì theo Điều 1 của Nghị quyết 03/2015/NQ – HĐTP không giới hạn những lập luận, phán quyết trong bản án, quyết định của TAND cấp nào được lựa chọn làm án lệ. Như vậy, bản án của TAND huyện nếu được đề xuất làm án lệ và được Hội đồng thẩm phán TANDTC và Chánh án TAND công bố thì nó mang tính bắt buộc đối với tất cả các tòa án kể cả TANDTC. Điều này rất khác biệt với nguyên tắc xác thẩm quyền tạo lập án lệ của tòa án ở các nước là ở cấp tòa tối cao và các tòa phúc thẩm còn tòa sơ thẩm không có quyền năng tạo ra án lệ. Có lẽ quan niệm ở Việt Nam cho rằng bản án, quyết định do TAND các cấp ban hành chỉ là “nguồn” của án lệ chứ không phải là án lệ. **Cách hiểu thứ hai**, theo hình thức pháp lý của án lệ, chức năng tạo lập án lệ là hoạt động lựa chọn, công bố những những lập luận, phán quyết trong bản án, quyết định của TAND các cấp làm án lệ hay là hoạt động công nhận giá trị pháp lý của án lệ thì thẩm quyền tạo lập án lệ chỉ được trao duy nhất cho TANDTC. Thẩm quyền này được xác định dựa theo quy định tại điểm c,

khoản 2 Điều 22 và của khoản 5 Điều 27 của Luật tổ chức Tòa án nhân dân năm 2014 và tại khoản 1 Điều 6 của Nghị quyết 03/2015/ NQ – HĐTP của Hội đồng thẩm phán TANDTC năm 2015. Thực chất quy định này vô hình chung đã trao thêm cho TANDTC một chức năng mới là “chức năng lập pháp tư pháp” độc lập với chức năng xét xử của tòa án.

Thứ hai, quy định thẩm quyền ban hành án lệ của TANDTC sẽ tạo ra cho tòa án một chức năng độc lập tách khỏi chức năng giải quyết vụ việc cụ thể sẽ đi ngược lại với yêu cầu của nguyên tắc phân quyền trong nhà nước pháp quyền. Thực chất hoạt động ban hành án lệ TANDTC là hình thức đặt ra các quy phạm mang tính bắt buộc chung và công nhận giá trị pháp lý của án lệ. Điều này trái với yêu cầu của nguyên tắc phân quyền trong nhà nước pháp quyền và cũng đương nhiên là trái với yêu cầu của theo nguyên tắc tập quyền XHCN. Bởi vì quyền tư pháp của tòa án đã mở rộng đến phạm vi thực hiện quyền năng lập pháp xâm phạm đến chức năng lập pháp của cơ quan đại diện (nghị viện, quốc hội...). Để bảo đảm yêu cầu của nguyên tắc phân quyền, pháp luật của hầu hết các quốc gia trên thế giới không quy định thẩm quyền ban hành án lệ của các tòa tối cao bằng hình thức công nhận giá trị pháp lý của án lệ giống như pháp luật Việt Nam. Ngay cả ở Trung Quốc, mặc dù có quy định thẩm quyền của TANDTC² công bố các vụ việc có giá trị hướng dẫn xét xử nhưng cũng không quy định giá trị pháp lý của các vụ án có giá trị hướng dẫn xét xử (án lệ) nhằm tránh hệ lụy tạo ra quyền lập pháp cho TANDTC.

Thứ ba, quy định thẩm quyền ban hành án lệ của TANDTC chỉ nhằm kiểm soát chất lượng “đầu ra” của án lệ chứ không thể kiểm soát chất lượng “đầu vào” của án lệ. TANDTC thực hiện thẩm quyền ban hành án lệ của TANDTC nhằm hai mục đích sau: (i) lựa chọn những lập luận, phán quyết trong bản án, quyết định xứng đáng để công bố làm án lệ; (ii) công nhận giá trị pháp lý của án lệ. Hoạt động ban hành án lệ của TANDTC chỉ thực hiện sau khi bản án, quyết định gốc được ban hành nên không thể thay đổi được nội dung của án lệ. Quan sát 10 án lệ đã công bố thì phần “Nội dung án lệ” trích lại phần lập luận trong bản án, quyết định gốc. Nói cách khác, nội dung của án lệ hoàn toàn không có gì thay đổi so với nội dung lập luận trong bản án, quyết định gốc hay là nguồn của án lệ. Vì vậy, trong một bài viết tạp chí, tác giả Đậu Công Hiệp và Hà Thị Phương Trà đã thắc mắc hiểu về khái niệm “phát triển án lệ” như sau: “*không thể phát triển một bản án thành*

²Điều 1, Bộ quy định của TANDTC Trung Quốc về hoạt động xét xử các vụ án có giá trị hướng dẫn xét xử năm 2010.

án lệ bởi bản thân án lệ đã chính là bản án rồi”.³ Bởi các tác giả này hiểu phát triển án lệ ở khía cạnh nội dung chứ không phải hình thức pháp lý của án lệ. Như vậy, nếu không tập trung việc nâng cao chất lượng các lập luận trong bản án, quyết định của tòa án hay chất lượng “đầu vào” của án lệ thì dù kiểm duyệt chất lượng “đầu ra” chặt chẽ đến đâu cũng không thể nâng cao được chất lượng của án lệ.

Thứ tư, quy định thẩm quyền ban hành án lệ của TANDTC nhằm công nhận giá trị pháp lý của án lệ đã hạn chế đáng kể vai trò bảo đảm áp dụng pháp luật thống nhất của các bản án, quyết định của tòa án có chứa các giải pháp pháp lý nhưng chưa được lựa chọn và công bố làm án lệ. Đến nay, ở Việt Nam đã có khái niệm án lệ rõ ràng được quy định tại Điều 1 Nghị quyết 03/2015/NQ – HĐTP nên tất cả các bản án, quyết định của tòa án chưa được Chánh án TANDTC công bố thì không được xem là án lệ. Như vậy, bản án, quyết định của tòa án mặc dù chứa các giải pháp pháp lý nhưng chưa được lựa chọn và công bố làm án lệ thì các tòa án không có nghĩa vụ phải tuân theo. Trước khi án lệ có hiệu lực, hoàn toàn có khả năng xảy ra tình trạng các vụ việc có tình tiết giống nhau nhưng có thể được giải quyết khác nhau nếu các vụ việc này được xét lại theo thủ tục giám đốc thẩm tại Ủy ban thẩm phán của các TAND cấp cao ở các khu vực khác nhau. Mặc dù, theo pháp luật tố tụng hiện hành⁴ thì các quyết định giám đốc thẩm của Ủy ban thẩm phán TAND cấp cao có thể bị kháng nghị đến Hội đồng thẩm phán TANDTC xét lại theo thủ tục giám đốc thẩm nhằm bảo đảm áp dụng pháp luật thống nhất. Tuy nhiên, quyết định giám đốc thẩm của Hội đồng thẩm phán TANDTC cũng không phải là án lệ nên TAND các cấp không có nghĩa vụ phải tuân theo. Mặt khác, cho dù TAND các cấp muốn tham khảo đường lối xét xử trong các quyết định giám đốc thẩm của các TAND cấp cao, Hội đồng thẩm phán TANDTC cũng sẽ rất khó khăn bởi các lý do sau: **(i)** theo quy định của pháp luật tố tụng hiện nay thì giải quyết theo thủ tục giám đốc thẩm không phải chỉ giải quyết vấn đề pháp lý (*question of law*) mà còn giải quyết vấn đề sự kiện (*question of fact*);⁵ **(ii)** theo quy định của Nghị quyết 03/2017/NQ-HĐTP của Hội đồng thẩm phán TANDTC thì TAND các cấp phải công bố tất cả các bản án, quyết định có hiệu lực của mình trên Cổng thông tin điện tử của tòa án trừ các bản án, quyết định được quy định tại Điều 4 của Nghị quyết này. Mục đích công bố các bản án, quyết định có hiệu

³Đậu Công Hiệp, Hà Thị Phương Trà (2016), “*Quy định về án lệ trong Luật Tổ chức tòa án nhân dân năm 2014 – nhìn từ góc độ bản chất của án lệ*”, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, (4).

⁴Luật TTHC năm 2015 và Bộ Luật TTDS 2015.

⁵Bộ Luật Tố tụng dân sự 2015 và Luật Tố tụng hành chính 2015 đều cho phép đương sự có quyền bổ sung tài liệu, chứng cứ tại Điều 330 BLTTDS và Điều 259 Luật TTHC.

lực của TAND các cấp nhằm bảo đảm tính minh bạch, công khai của hoạt động tư pháp, thực hiện quyền tự do tiếp cận thông tin chứ không phải lựa chọn các quyết định, bản án có giá trị hướng dẫn xét xử để công bố nhằm bảo đảm áp dụng pháp luật thống nhất như trước đây. Đến nay, hàng trăm các quyết định giám đốc thẩm được TANDTC lựa chọn công bố trong các tuyển tập trước đây (năm 2004 có 103 quyết định, năm 2008 có 155 quyết định, năm 2010 có 243 quyết định)⁶ còn đóng vai trò gì trong thực tiễn tư pháp vẫn chưa có câu trả lời rõ ràng. Trong phạm vi chỉ có 10 án lệ đã công bố thực hiện vai trò khắc phục các “lỗ hổng” của hàng ngàn văn bản pháp luật nhằm bảo đảm áp dụng pháp luật thống nhất thì thực sự vai trò tạo lập và áp dụng án lệ của tòa án ở Việt Nam hiện nay còn quá sức khiêm tốn.

Thứ năm, về phương pháp lập luận hay lý lẽ tạo lập án lệ của tòa án còn mang tính áp đặt chứ không thể hiện tính chất tranh luận đa chiều. Đây là điểm nổi bật có thể dễ dàng nhận thấy trong các bản án của tòa án Việt Nam. Các ý kiến, lý lẽ của các thẩm phán trong các bản án của Việt Nam luôn có sự thống nhất và không ý kiến bất đồng. Mặt khác, các lý lẽ của thẩm phán trong các quyết định thường rất ngắn gọn, đôi khi chỉ có vài dòng. Nội dung của phần lập luận trong bản án không có sự tranh luận đa chiều thể hiện các quan điểm, lý lẽ khác nhau của các thẩm phán như nội dung của các bản án của các tòa án ở các nước common law. Ví dụ, tại Quyết định giám đốc thẩm số 27/2010/DS-GĐT ngày 08 tháng 07 năm 2010 của Hội đồng thẩm phán TANDTC đã được công bố làm án lệ, lý lẽ của tòa án đưa ra để giải quyết vụ việc như sau “*Tuy bà Thanh là người bỏ 21,99 chỉ vàng để chuyển nhượng đất (tương đương khoảng 27.047.700 đồng). Nhưng giấy tờ chuyển nhượng đứng tên ông Tám và sau khi nhận chuyển nhượng ông Tám quản lý đất, sau đó chuyển nhượng cho người khác. Như vậy, lẽ ra phải xác định ông Tám có công sức trong việc bảo quản, giữ gìn, tôn tạo làm tăng giá trị đất nên phải xác định số tiền trên (sau khi trừ tiền gốc tương đương 21,99 chỉ vàng của bà Thanh) là lợi nhuận chung của bà Thanh và ông Tám. Đồng thời, xác định công sức của ông Tám để chia cho ông Tám một phần tương ứng với công sức của ông mới đúng và đảm bảo quyền lợi của các đương sự. (Trường hợp không xác định được chính xác công sức của ông Tám thì phải xác định bà Thanh, ông Tám có công sức ngang nhau để chia)*”. Như vậy, có thể hiểu nội dung phần lập luận của tòa án được thể bằng một quy tắc ngắn gọn như sau: “**Nếu**

⁶Dương Tuyết Miên, Nguyễn Quang Hưng (2013) “*Báo cáo rà soát, đánh giá các hoạt động liên quan đến công bố bản án*” - Kỳ yếu hội thảo “*Công bố các báo cáo nghiên cứu về án lệ và công bố bản án của Tòa án*”.

một người đứng tên bất động sản dùm một người khác (người bỏ tiền đầu tư) và sau đó tài sản bất động sản đó được chuyển nhượng cho người thứ ba có giá trị chênh lệch **thì phần giá trị chênh lệch đó sẽ chia đều cho hai người nếu không thể xác định chính xác công sức đóng góp của người đứng tên dùm**". Rõ ràng trong phần lập luận chỉ thể hiện bằng một quy tắc có nội dung ngắn gọn để giải quyết vụ việc mà không có những lý lẽ giải thích cho tính hợp lý của quy tắc này bắt nguồn từ các nguyên tắc, hay chính sách. Phong cách lý lẽ này rất giống với phong cách lý lẽ thể hiện trong các bản án của Tòa pháp án của Pháp. Tuy nhiên, Tòa tối cao của Pháp, thông thường trước khi ban hành quyết định giải quyết các vụ việc có vấn đề pháp lý mới thì hoạt động các hoạt động thảo luận, tư vấn được chuẩn bị rất kỹ càng. Một công trình khoa học tiền bản án có thể đồ sộ và dài hơn bản án ở các nước common law nhưng nó không được công bố kèm theo bản án. Phong cách lý lẽ mang tính chất áp đặt trong các bản án của tòa án Việt Nam có thể giải thích từ các nguyên nhân cơ bản sau: *Một là*, các tòa án phải giải quyết quá nhiều vụ việc không có thời gian để có thể nghiên cứu, phân tích và đưa ra các lý lẽ mang tính chi tiết, tỉ mỉ để giải quyết các vụ việc có vấn đề pháp lý mới đặt ra. Mặt khác, các vụ việc chờ giải quyết theo thủ tục giám đốc thẩm còn tồn đọng rất nhiều. Điều này xuất phát từ nguyên nhân khó phân biệt được vụ việc nào thuộc về tình tiết hay sự kiện (*question of fact*) và vụ việc nào thuộc về pháp lý (*question of law*) theo các căn cứ kháng nghị giám đốc thẩm; *Hai là*, quan niệm phổ biến ở Việt Nam xem tòa án là một thiết chế thực thi quyền lực nhà nước. Theo nguyên tắc tập quyền XHCN thì tòa án thực hiện quyền lực tư pháp trên cơ sở phân công của cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất (Quốc hội) nên sự độc lập của tòa án không cao. Hơn nữa, ở Việt Nam quan niệm rằng quyền lực nhà nước là thống nhất dưới sự lãnh đạo của Đảng cộng sản Việt Nam, nên tòa án được xem là một bộ phận nhằm thực thi quyền lực nhà nước thống nhất và quyền lực chính trị thống nhất. Mặc dù Hiến pháp 2013 bổ sung tòa án là cơ quan "thực hiện quyền tư pháp" nhưng vị trí độc lập của tòa án vẫn chưa thể cao khi chưa trao chính thức quyền năng giải thích pháp luật cho tòa án.

2.3. Một số kiến nghị nhằm nâng cao hiệu quả thực hiện chức năng tạo lập án lệ của tòa án ở Việt Nam hiện nay

Nhằm khắc phục những hạn chế, bất cập như đã phân tích cũng như nâng cao hiệu quả thực hiện chức năng này của tòa án, tác giả đưa ra một số kiến nghị như sau:

Thứ nhất, ở Việt Nam nên tổ chức hệ thống TAND theo mô hình hai cấp xét xử triệt để chứ không theo mô hình tổ chức theo hỗn hợp như hiện nay vừa tổ chức theo đơn vị hành chính (TAND huyện, TAND tỉnh) vừa tổ chức theo cấp xét xử (TAND cấp cao). Thực ra trước khi sửa đổi Luật tổ chức tòa án nhân dân 2014, mô hình tổ chức tòa án theo cấp xét xử không phụ vào các đơn vị hành chính được Bộ chính trị chỉ đạo trong Nghị quyết số 49-NQ/TW ngày 02/6/2005 về Chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020, hệ thống TAND gồm:⁷ *Toà án sơ thẩm khu vực; Toà án phúc thẩm; Toà thượng thẩm; Toà án nhân dân tối cao*. Tuy nhiên, đáng tiếc là Luật tổ chức Tòa án nhân dân 2014 không theo tinh thần chỉ đạo này. Nếu tổ chức hệ thống tòa án theo mô hình hai cấp xét xử triệt để thì hệ thống TAND gồm: *các Tòa án sơ thẩm; các Tòa phúc thẩm; Tòa án nhân dân tối cao*. Trong đó, chỉ có Tòa án nhân dân tối cao mới có thẩm quyền giải quyết theo thủ tục giám đốc thẩm hay thực hiện chức năng phá án. Mặt khác, cũng cần hiểu đúng bản chất của thủ tục giám đốc thẩm xét lại bản án, quyết định có hiệu lực là tập trung giải quyết vấn đề pháp lý chứ không giải quyết vấn đề sự kiện. Đây chính là điều kiện quan trọng bảo đảm các giải pháp pháp lý giải quyết cho các vấn đề pháp lý mới đặt ra của Tòa án tối cao mang tính thống nhất. Như vậy, những quyết định giám đốc thẩm của tòa tối cao đưa ra giải pháp pháp lý mới có giá trị (án lệ) được lựa chọn để công bố sẽ đóng vai trò hướng dẫn xét xử trong các vụ việc tương tự cho tất cả các tòa án trong phạm vi cả nước nhằm bảo đảm tính thống nhất trong hoạt động áp dụng pháp luật. Mô hình tổ chức tòa án này giống như ở các nước civil law, thẩm quyền xét xử giám đốc thẩm chỉ trao duy nhất cho tòa tối cao. Ví dụ, ở Pháp chỉ có Tòa phá án (*the Court of Cassation*) mới có thẩm quyền xét xử giám đốc thẩm trong hệ thống tòa án tư pháp; chỉ có Hội đồng nhà nước (*Conseil d'Etat*) là Tòa tối cao trong hệ thống tòa án hành chính mới có thẩm quyền xét xử giám đốc thẩm.

Thứ hai, pháp luật Việt Nam không nên quy định thẩm quyền tạo lập án lệ của TANDTC nhằm tách chức năng tạo lập án lệ của tòa án thành một chức năng độc lập như hiện nay. Tham khảo kinh nghiệm ở các nước common law lẫn các nước civil law, chức năng tạo lập án lệ của tòa án gắn liền với chức năng xét xử giải quyết các vụ việc cụ thể đặt ra trước tòa án. Điều này rất khác biệt với chức năng ban hành văn bản pháp luật của

⁷Nghị quyết số 49-NQ/TW ngày 02/6/2005 chỉ đạo: “*Tổ chức Toà án theo thẩm quyền xét xử, không phụ thuộc vào đơn vị hành chính, gồm: Toà án sơ thẩm khu vực được tổ chức ở một hoặc một số đơn vị hành chính cấp huyện; Toà án phúc thẩm có nhiệm vụ chủ yếu là xét xử phúc thẩm và xét xử sơ thẩm một số vụ án; Toà thượng thẩm được tổ chức theo khu vực có nhiệm vụ xét xử phúc thẩm; Toà án nhân dân tối cao có nhiệm vụ tổng kết kinh nghiệm xét xử, hướng dẫn áp dụng thống nhất pháp luật, phát triển án lệ và xét xử giám đốc thẩm, tái thẩm*”.

ng nghị viện hoặc chính phủ. Trước hết, cơ quan ban hành văn bản pháp luật nắm bắt nhu cầu cần điều chỉnh bằng pháp luật của các quan hệ xã hội, sau đó mô hình hóa nhu cầu điều chỉnh thành các quy tắc xử sự mang tính khái quát. Thông thường, hoạt động ban hành văn bản pháp luật phải trải qua nhiều giai đoạn: *đề xuất dự án luật; soạn thảo dự luật; thẩm định, thẩm tra dự luật; thông qua dự luật*. Trong khi đó, hoạt động làm luật của tòa án lại luôn xuất phát từ việc giải quyết các vụ việc cụ thể chứ không giống như hoạt động làm luật của nghị viện hoặc chính phủ. Khi có vấn đề pháp lý mới đặt ra nhưng chưa có văn bản pháp luật quy định hoặc có văn bản pháp luật quy định nhưng cụ thể hoặc không hợp lý thì tòa án mới đưa ra các giải pháp pháp lý (án lệ). Việc đưa ra giải pháp pháp lý là nhằm giải quyết vụ việc mà tòa án đang giải quyết chứ không nhằm mục đích làm luật là tạo ra các quy phạm mang tính khái quát có hiệu lực pháp lý cho các tòa án sau áp dụng. Vì vậy, Rupert Cross lưu ý rằng, khi chúng ta nói khái niệm “*judicial legislation*” – “*lập pháp tư pháp*” chỉ là sự giả định về ngôn ngữ nó không tương đồng với chức năng ban hành văn bản pháp luật.⁸ Đặc điểm này rất quan trọng để hiểu được bản chất của hoạt động tạo lập án lệ của tòa án. Nói cách khác, tòa án không được trao quyền ban hành các quy phạm chung và xác định hiệu lực pháp lý của chúng như việc ban hành văn bản pháp luật của nghị viện hoặc chính phủ. Theo tác giả, pháp luật Việt Nam cần sửa đổi các vấn đề như sau: **(i)** không quy định thẩm quyền của TANDTC lựa chọn, công bố án lệ dưới hình thức công nhận giá trị pháp lý của án lệ; **(ii)** không quy định thời điểm phát sinh và chấm dứt hiệu lực của án lệ; **(iii)** không cần thiết quy định khái niệm án lệ trong văn bản pháp luật. Quy định thẩm quyền theo kiểu ban hành các quy tắc mang tính khái quát và xác định hiệu lực về sau chỉ phù hợp với chức năng ban hành văn bản pháp luật của nghị viện hoặc chính phủ chứ không phù hợp với Tòa án nhân dân.⁹ Nếu quy định theo hướng này sẽ tránh được sự chỉ trích cho rằng tòa án thực hiện quyền lập pháp xâm phạm quyền lập pháp của Quốc hội trái với yêu cầu của nhà nước pháp quyền XHCN.

Thứ ba, ở Việt Nam nên theo quan niệm chung về thẩm quyền tạo lập án lệ của tòa án ở các nước trên thế giới, tòa án có thẩm quyền tạo lập án lệ là tòa án ban hành các bản án, quyết định có chứa các giải pháp pháp lý. Từ đó, pháp luật quy định hoặc có những biện pháp tập trung nâng cao chất lượng các lập luận trong bản án, quyết định của tòa án

⁸Rupert Cross (1977), “*Precedent in English Law*”, Oxford University Press, P. 33.

⁹Hình thức quy phạm mang tính khái quát được thể hiện trong “*Phần khái quát nội dung của án lệ*” trong các án lệ đã được công bố do Ban biên tập viết.

- chất lượng “đầu vào” của án lệ. Ở hầu hết các quốc gia ngày nay, nhằm bảo đảm chất lượng của án lệ đều tập trung vào những hoạt động trước khi hoặc trực tiếp tạo ra các bản án, quyết định. Ví dụ như, cải tiến cách viết bản án, quyết định, cải thiện phong cách lập luận hay lễ tạo lập án lệ, thành lập hội đồng cố vấn chuyên môn, phát huy vai trò tích cực của đội ngũ nghiên cứu viên... Chẳng hạn, ở Hà Lan thành lập Hội đồng cố vấn (*Parket*) ở Tòa tối cao đề xuất hướng giải quyết hay giải pháp pháp lý cho Hội đồng xét xử tham khảo trước khi xét xử bằng hình thức là một Kết luận. Thành viên của Hội đồng cố vấn được lựa chọn từ các luật gia xuất sắc và có vị trí hiến định.

Thứ tư, cải thiện phong cách lập luận hay lý lẽ tạo lập án lệ của tòa án theo hướng lý lẽ tạo lập án lệ không những mang tính hợp pháp mà còn mang tính hợp lý. Thực chất phong cách lý lẽ hay phương pháp lập luận tạo lập án lệ là một yếu tố quan trọng, cốt lõi tạo ra chất lượng của án lệ. Vì vậy, muốn nâng cao chất lượng của án lệ thì không thể thiếu việc cải thiện phương pháp lập luận tạo lập án lệ, tiếp thu những phương pháp lập luận mới. Điển hình là Hà Lan, mặc dù về hoàn cảnh lịch sử Hà Lan là nước chịu ảnh hưởng từ văn hóa pháp luật của Pháp nên phong cách lý lẽ tạo lập án lệ truyền thống ở Hà Lan là phong cách lý lẽ mang tính áp đặt, theo logic diễn dịch. Tuy nhiên, các Tòa án ở Hà Lan đã tích cực tiếp thu phong cách lý lẽ từ các nước common law là phong cách lý lẽ tranh luận, theo logic quy nạp.¹⁰ Biểu hiện rõ nét nhất của sự tiếp thu này là phong cách lý lẽ tranh luận, theo logic quy nạp mang tính thể hiện trong phần lập luận của bản án của Tòa án hiến pháp Hà Lan.¹¹ Ở Việt Nam, để có thể nâng cao chất lượng của án lệ thì cũng phải tập trung vào việc cải thiện phong cách lý lẽ tạo lập án lệ, tiếp thu những phong cách lý lẽ mới. Để có thể nâng cao tính hợp lý trong các lý lẽ tạo lập án lệ của tòa án cần phải thực hiện một số biện pháp nhất định. **Một là**, tăng cường yếu tố tranh luận, đa dạng về lý lẽ trong hoạt động tạo lập án lệ. Đây chính là yếu tố quan trọng và cần thiết để duy trì cũng như gia tăng niềm tin của công chúng đối với hệ thống tư pháp. Ngày nay, vai trò bảo đảm công lý của tòa án được bảo đảm bằng các yếu tố tư pháp “đầu vào” như, bảo đảm nguyên tắc tòa án xét xử độc lập chỉ tuân theo pháp luật, các thẩm phán phải được lựa chọn từ tầng lớp ưu tú của xã hội... dường như không còn đủ sức giữ niềm tin của công chúng vào hệ thống tư pháp. Vì vậy, hệ thống tư pháp của nhiều nước còn

¹⁰Sebastiaan Pompe (2013), “Tóm tắt báo cáo nghiên cứu về áp dụng tiền lệ án ở Indonesia, Hà Lan, Nga và Hoa Kỳ” - Chương trình đối tác tư pháp Việt Nam, tr. 65.

¹¹Lech Morawski, Torun and Marek Zirk – Sadowski, lodz (1997), “Precedent in Poland” in “Interpreting Precedents”, Edited by D. Neil Mac Cormick, Ashgate Publishing company, p. 225.

hướng đến việc bảo đảm yếu tố tư pháp “*đầu ra*” hay là chất lượng của các bản án, quyết định của tòa án thể hiện trách nhiệm giải trình của hệ thống tư pháp đối với xã hội. Trong xã hội đa nguyên ngày càng phát triển, nếu chỉ duy nhất có một quan điểm pháp lý – giải pháp pháp lý của các thẩm phán thống nhất trong một Hội đồng xét xử để giải quyết vấn đề pháp lý đặt ra như tòa án ở các nước civil law sẽ không còn đủ sức thuyết phục và ngày càng trở nên lạc hậu, xa lạ với xã hội đương đại. Chứng tỏ rằng, cách thức làm luật của tòa án ở các nước common law dựa trên phương pháp tranh luận (*Socrate method*) – tranh luận để tìm ra giải pháp hợp lý nhất trong nhiều giải pháp. Nếu chấp nhận phương pháp làm luật này của tòa án thì trong quyết định, bản án của tòa án ở Việt Nam cần phải ghi đầy đủ các ý kiến của các thẩm phán trong Hội đồng xét xử, kể cả ý kiến bất đồng. Trong trường hợp các bản án, quyết định đó được lựa chọn công bố làm án lệ thì cũng nên công bố ý kiến bất đồng lẫn đồng thuận của kèm theo tên, họ đích danh của các thẩm phán. Điều này làm cho các thẩm phán có trách nhiệm hơn trong quá trình đưa ra lý lẽ giải quyết vụ việc. **Hai là**, khi tạo lập án lệ tòa án cần chú trọng đến chỉ ra các nguyên tắc pháp lý làm nền tảng cho các quy phạm pháp luật cụ thể. Các quy tắc án lệ do tòa án tạo ra phải dựa trên các nguyên tắc pháp lý làm nền tảng hay còn gọi là cấu trúc sâu bên trong của pháp (*deep structure of law*). Nếu các quy tắc án lệ do tòa án tạo ra có nội dung trái với các nguyên tắc pháp lý sẽ được xem là không hợp lý. Từ đó, mới có thể bảo đảm được tính thống nhất và toàn vẹn của pháp luật (*law as integrity*) giống như quan điểm Dworkin. Chẳng hạn, các tòa án của Việt Nam khi tạo lập các án lệ trong lĩnh vực pháp luật dân sự cần phải đảm bảo các quy tắc án lệ phù hợp với các nguyên tắc pháp lý được quy định trong Bộ luật dân sự. Ngoài ra, các quy tắc án lệ do tòa án tạo ra cũng phải phù hợp với các chuẩn mực, nguyên tắc đạo đức, đôi khi không phải xuất phát từ các quy định của pháp luật thực định. Ví dụ, trong vụ việc *Rigg v. Palmer* (1889), được giải quyết bởi Tòa phúc thẩm New York. Tòa này ra phán quyết không cho người hưởng di sản được thừa kế vì đã thực hiện hành vi người giết người để lại di sản mặc dù pháp luật thừa kế không quy định trường hợp này người thừa kế sẽ không được hưởng di sản thừa kế. Nguyên tắc đạo đức được tòa án chỉ ra làm cơ sở đưa ra phán quyết được thể hiện như sau: “*Không ai được phép thu lợi ích từ chính hành vi lừa dối của mình, hoặc thực hiện hành vi sai trái của chính mình, hoặc có bất kỳ đòi hỏi nào từ chính những điều tội lỗi trái đạo đức của họ, hoặc để đạt được tài sản từ chính hành vi phạm tội của họ*”. **Ba là**, cần phải bảo đảm các quy tắc án lệ (*cấp độ thứ nhất*) do tòa án tạo ra phù hợp không những phù hợp với các nguyên tắc pháp lý (*cấp độ thứ hai*) mà còn phù hợp với yêu cầu

của các chính sách xã hội, mục tiêu xã hội (*cấp độ thứ ba*) hay còn gọi là hạ tầng của pháp luật (*infrastructure of law*). Ngày nay, hầu hết các nước đều thừa nhận vai trò bảo đảm công lý của tòa án không chỉ dừng lại ở việc áp dụng máy móc các quy tắc, nguyên tắc pháp lý đã có mà còn phải nắm bắt được các mục tiêu, chính sách xã hội khi giải quyết các vụ việc cụ thể. Nội dung của các nguyên tắc pháp lý không còn phù hợp với chính sách xã hội thì tòa án có thể không chấp nhận. Ví dụ, trong vụ việc “*Henningsen v Bloomfield Motors*” (1960), được giải quyết tại Tòa tối cao bang New Jersey. Tòa án đã chấp nhận yêu cầu bồi thường thiệt hại của khách hàng đối với nhà sản xuất ô tô do sự khiếm khuyết của sản phẩm gây ra mặc dù trách nhiệm này nằm ngoài phạm vi thỏa thuận trong hợp đồng. Tòa đã đưa ra lập luận như sau: “*Chúng ta phải luôn thừa nhận nguyên tắc chung rằng, không có sự lừa dối khi một người đã lựa chọn là không đọc một hợp đồng trước khi ký thì đương nhiên phải tự chịu trách nhiệm về những tổn thất về sau, nguyên lý cơ bản về tự do giao kết hợp đồng của các bên là yếu tố quan trọng. Tuy nhiên, trong bối cảnh của đời sống thương mại hiện đại và thực tiễn kinh doanh, những quy tắc này không thể áp dụng trên nền tảng lý luận cứng nhắc. Lịch sử của pháp luật chỉ ra rằng, các học thuyết pháp lý, được giải thích ban đầu, thường thể hiện sự không đầy đủ theo sự nhận thức của kinh nghiệm về sau. Trong vụ việc này, vì cần thiết cho công lý đã khuyến khích những sự chứng minh cần thiết...tự do hợp đồng không phải là một học thuyết bất biến, được chấp nhận không cần phải chứng minh trong thời đại của chúng ta*”.¹²

3. KẾT LUẬN

Chức năng tạo lập án lệ là một trong những chức năng quan trọng của tòa án nhằm thực hiện nhiệm vụ bảo đảm công lý, tòa án không thể từ chối giải quyết vụ việc vì lý do pháp luật không quy định. Tuy nhiên, chức năng tạo lập án lệ của tòa án vẫn còn là vấn đề khá mới ở Việt Nam. Vì vậy, việc xác định những bất cập tồn tại của chức năng tạo lập án lệ của tòa án và đưa ra giải pháp giải quyết những vấn đề đó trở thành nhiệm vụ cấp bách và quan trọng của TANDTC hiện nay. Trên cơ sở tiếp thu kinh nghiệm từ các nước, tác giả kỳ vọng nội dung bài viết này sẽ trở thành ý kiến đóng góp cho TANDTC thực hiện nhiệm vụ này.

¹²Raimo Siltala (2000), “*A theory of precedent: From analytical positivism to A post - analytical philosophy of law*”, Oxford – Portland Oregon.