

ÁN LỆ TRONG HỆ THỐNG PHÁP LUẬT COMMON LAW

Ts. Đỗ Thanh Trung¹

1. Đặt vấn đề

Theo quy định tại điểm c, khoản 2 Điều 22 Luật tổ chức tòa án năm 2015 về nhiệm vụ, quyền hạn của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao: “*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*”. Như vậy, án lệ được xem là nguồn luật chính thức được thừa nhận và áp dụng ở Việt Nam hiện nay. Tuy nhiên, để có thể phát huy được giá trị của án lệ cũng như bảo đảm việc sử dụng án lệ có hiệu quả trong thực tiễn pháp lý thì cần phải nắm bắt các vấn đề lý luận về án lệ một cách toàn diện. Với mong muốn góp phần làm rõ hơn những vấn đề lý luận cơ bản về án lệ, bài viết này phân tích án lệ trong hệ thống pháp luật Common law ở hai góc độ nguyên tắc án lệ và nguồn luật án lệ. Cụ thể hơn bài viết tập trung làm rõ các vấn đề lý luận sau: (1) Nguyên tắc án lệ thực hiện dựa trên nguyên tắc các vụ việc giống nhau phải được giải quyết như nhau; (2) Hoạt động của nguyên tắc án lệ; (3) Tuân theo án lệ đòi hỏi sự bắt buộc và sự sáng tạo; (4) Vị trí của nguồn luật án lệ trong hệ thống pháp luật; (5) Những đặc cơ bản của nguồn luật án lệ khác biệt so với nguồn luật văn bản pháp luật.

2. Nguyên tắc án lệ trong hệ thống pháp luật Common law

2.1. Nguyên tắc án lệ thực hiện dựa trên nguyên tắc các vụ việc giống nhau phải được giải quyết như nhau.

Trong tiếng Anh, nguyên tắc án lệ được thể hiện bằng những cụm từ khác nhau như: “*doctrine of precedent*”, “*doctrine of stare decisis*”... Thuật ngữ “*stare decisis*” có nguồn gốc từ tiếng Latin là: “*stare decisis at non quiet movere*”. Cụm từ này dịch sang tiếng Anh là: “*stand by the thing decided and do not disturb the calm*”² tạm dịch: “*hãy giữ điều gì đã được quyết định và đừng thay đổi*”. Như vậy, có thể hiểu một cách ngắn gọn nội dung yêu cầu của nguyên tắc án lệ là các tòa án tuân theo hay dựa vào các quyết định của tòa án trước (án lệ) để xét xử. Tuy nhiên, vấn đề đặt ra là trong trường hợp nào hoặc cần có điều kiện gì để một tòa án tuân theo quyết định của tòa án trước? Nguyên tắc án lệ (*stare decisis*) thực hiện dựa trên nguyên tắc “*like cases must be decided alike*”³ - “*các vụ việc giống nhau phải được giải quyết như nhau*”. Nguyên tắc này bắt nguồn từ tư tưởng của Aristotle - nhà triết học Hy Lạp cổ đại⁴ nhằm mục đích bảo đảm sự công bằng.

¹ Giảng viên, Trường Đại học Luật TP. HCM.

² Catriona Cook, Robin Creyke, Robert Geddes, David Hamer (2005), “*Laying down the law*”, LexisNexis Butterworths, P.76.

³ Neil Duxbury (2008), “*The nature and authority of precedent*”, Cambridge University p. 49.

⁴ Gerald J. Postema 2004, “*Philosophy of the common law*” in The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law, Oxford,.

Như vậy, các vụ việc giống nhau và giải quyết như nhau được hiểu như thế nào? Nội dung của nguyên tắc này có thể được hiểu chính xác hơn là “các vụ việc có các tình tiết có tính chất tương tự phải được quyết định dựa trên lý lẽ tương tự”. Về mặt lịch sử, nguyên tắc này được sử dụng trong hệ thống pháp luật Common law từ rất sớm. Ở Anh, từ thế kỷ 13 Bracton đã cho rằng: “*If any new and unwonted circumstances shall arise, then, if anything analogous has happened before, let the case be adjudged in like manner*” - tạm dịch: “Nếu có bất kỳ các vụ việc mới hoặc bất thường nào phát sinh, trong trường hợp đó, nếu trước đó đã có bất kỳ vụ việc tương tự nào, hãy xét xử vụ việc theo cách thức tương tự”⁵. Tuy nhiên, trong giai đoạn này, giá trị của các án lệ được mô tả gần giống với giá trị của các bản án theo học thuyết “*jurisprudence constante*” - nội dung của học thuyết này là “không có một quyết định đơn lẻ nào bắt buộc tòa án, các tòa án xem các án lệ như là một nguồn luật có tính chất thuyết phục”.⁶ Hay nói cách khác, việc tuân theo án lệ không phải là nghĩa vụ bắt buộc của các tòa án. Cho đến cuối thế kỷ XIX, ở Anh đã ban hành các Luật về tổ chức tòa án (1873 - 1875) nhằm loại bỏ sự xung đột về nội dung cũng như sự khác biệt về thủ tục tố tụng giữa hệ thống Luật Công Lý (Equity Law) và Thông Luật (Common Law)⁷. Song song đó, hệ thống công bố án lệ được cải cách thông qua việc thành lập “*Incorporated Council on Law Reporting*” năm 1865 đã nâng cao tính hệ thống cũng như chất lượng của các án lệ. Chính những điều kiện này đã dẫn đến nguyên tắc bắt buộc tuân theo án lệ trong hệ thống tòa án được thừa nhận chính thức ở Anh cho đến nay. Vì vậy, nguyên tắc stare decisis trong giai đoạn sau này còn được gọi là “*doctrine of binding precedent*”. Ngày nay, nguyên tắc stare decisis (bắt buộc tuân theo án lệ) được thừa nhận chính thức trong phạm vi hệ thống pháp luật Common law như, Anh, Mỹ, Úc. Tuy nhiên, cần lưu ý rằng, ở các nước này không có bất cứ văn bản pháp luật nào quy định các thẩm phán bắt buộc phải tuân án lệ. Việc thừa nhận án lệ là nguồn pháp luật và có giá trị bắt buộc được giải thích bởi yếu tố tập quán, văn hóa pháp lý hơn là yếu tố quy định bắt buộc từ nguồn pháp luật thành văn.⁸

2.2. Hoạt động của nguyên tắc án lệ (stare decisis)

Hoạt động của nguyên tắc stare decisis trong thực tiễn tư pháp ở hệ thống pháp luật Common law liên quan đến hai vấn đề⁹: (1) Xác định bản án của tòa án nào mang tính bắt buộc đối với tòa án khác; (2) Xác định phần nào trong bản án mang tính bắt buộc.

(1) Bản án của tòa án nào mang tính bắt buộc với tòa án khác

⁵ Rupert Cross (1977), “*Precedent in English Law*”, Oxford University Press, P.24.

⁶ Vincy Fon, Francesco Parisi, “*Judicial precedents in civil law systems: A dynamic analysis*” International Review of Law and Economics 26 (2006) 519–535.

⁷ Rene David, do TS. Nguyễn Sĩ Dũng và Ths. Nguyễn Đức Lam dịch (2003), “*Những hệ thống pháp luật chính trong thế giới đương đại*”, NXB Thành phố, Tr 252.

⁸ TS. Nguyễn Văn Nam, Bài viết: “*Kinh nghiệm áp dụng án lệ một số nước trên thế giới và những kiến nghị đối với Việt Nam*”. Hội thảo công bố các báo cáo nghiên cứu về án lệ và công bố bản án của tòa án – Chương trình đối tác tư pháp ngày 10, 11/01/2013 tại Tp.HCM.

⁹ Alastair MacAdam, John Pyke (2005), “*Judicial Reasoning and The doctrine of Precedent in Australia*”, Butterworths, P 72.

Hoạt động của nguyên tắc stare decisis trong các hệ thống pháp luật khác nhau có thể sẽ rất khác nhau. Tuy nhiên, thông thường tòa án có thẩm quyền thấp hơn buộc phải tuân theo các quyết định của tòa án có thẩm quyền cao hơn trong cùng hệ thống tòa án. Trong hệ thống pháp luật Common law thì tòa án có thẩm quyền cao hơn được hiểu là tòa có thẩm quyền phúc thẩm đối với tòa án có thẩm quyền thấp hơn. Chẳng hạn, ở Hoa Kỳ các thẩm phán của tòa án Liên bang (Federal Court) buộc phải tuân theo các quyết định của tòa phúc thẩm Liên bang (Federal Court of Appeal); ở Anh, các tòa phúc thẩm (Court of Appeals) buộc phải tuân theo các quyết định của tòa tối cao (House of Lords)¹⁰. Các thẩm phán của tòa có thẩm quyền thấp hơn không có quyền bác bỏ các quyết định của tòa có thẩm quyền cao hơn. Ví dụ, các Tòa phúc thẩm (Court of Appeals) của Anh không được bác bỏ án lệ của Tòa tối cao (House of Lords). Về nguyên tắc chung, hầu hết các Tòa phúc thẩm buộc phải tuân theo các quyết định của mình trước đó, chỉ trong những trường hợp nhất định hoặc cần thiết các tòa án này có thể bác bỏ quyết định của mình trước đó. Các tòa án không bắt buộc phải tuân theo các quyết định của tòa có thẩm quyền thấp hơn trong cùng hệ thống. Ví dụ, Tòa tối cao (House of Lords) ở Anh không buộc phải tuân theo quyết định của bất kỳ tòa án nào trong hệ thống tòa án.

(2) Phần nào trong bản án mang tính bắt buộc

Phạm vi bắt buộc tuân theo án lệ là khi quyết định của vụ việc trước (án lệ) có tính tiết tương tự với vụ việc sau thì lý lẽ trong vụ việc trước được áp dụng cho vụ việc sau. Phần trọng tâm mang tính bắt buộc của án lệ chính là lý lẽ. Lý lẽ tồn tại trong các án lệ rất phong phú và đa dạng. Theo truyền thống, các luật gia của hệ thống pháp luật Common law đặt ra yêu cầu phân biệt giữa¹¹: phần “*ratio decidendi*”¹², dịch sang tiếng Anh là “*the reason for decision*” - “lý do ra quyết định” và phần “*obiter dicta*”¹³, dịch sang tiếng Anh là “*remarks in passing*” - tạm dịch: “lý lẽ nói thêm” trong một vụ việc đã giải quyết. Khi xác định được phần ratio decidendi (viết tắt là ratio) cũng chính là xác định được một quy tắc án lệ cần áp dụng. Như vậy, lý do đưa ra quyết định của một vụ việc bao giờ cũng dựa trên những tình tiết nhất định (facts) của vụ việc đó. Cụ thể hơn, xác định phần ratio phải dựa vào các yếu tố sau: (1) Các tình tiết (facts); (2) Các lý do để đưa ra quyết định (reasons); (3) Quyết định (decision) hay kết quả. Vì vậy, một quy tắc án lệ trong hệ thống pháp luật Common law còn gọi là “*ratio*”. Tuy nhiên, việc xác định phần ratio không dễ dàng thống nhất bởi công việc này là của các tòa án sau, các tòa án trước khi giải quyết một vụ việc mới (question of law)¹⁴ không nhằm mục đích tạo ra bất kỳ quy tắc nào cho các tòa án sau mà chỉ nhằm giải quyết tranh chấp đang đặt ra. Vì vậy, các tòa án sau có thể dựa vào các phương pháp khác nhau hoặc dựa trên cùng một phương pháp nhưng có sự đánh giá khác nhau về các tình tiết và lý lẽ của vụ việc trước

¹⁰ Lamond, Grant, "Precedent and Analogy in Legal Reasoning", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2014 Edition), Edward N. Zalta (ed.), <http://plato.stanford.edu/archives/spr2014>

¹¹ Catriona Cook, Robin Creyke, Robert Geddes, David Hamer (2005), “*Laying down the law*”, LexisNexis Butterworths, P.75.

¹² Tiếng Latin

¹³ Tiếng Latin

¹⁴ Chưa có văn bản pháp luật qui định hoặc chưa có án lệ

để xác định phần ratio đều có thể dẫn đến việc xác định phạm vi quy tắc án lệ(ratio) cần áp dụng khác nhau. Chẳng hạn, giáo sư Cross đề nghị phương pháp xác định ratio dựa trên mệnh đề điều kiện: “*nếu tình tiết hay sự kiện F xảy ra thì hậu quả pháp lý là C. Cũng có thể suy luận rằng, kết quả C chỉ xuất hiện khi sự kiện F được hình thành*”¹⁵. Tuy nhiên, giáo sư Goodhart thì cho rằng, phương pháp xác định ratio của giáo sư Cross sẽ làm cho mức độ khái quát của ratio rất rộng, nên ông đề nghị phương pháp xác định ratio như sau: “*nên lấy những gì trong phạm vi những tình tiết được xử lý bởi các thẩm phán làm căn cứ và quyết định của họ dựa trên những tình tiết đó*”.¹⁶ Như vậy, có thể thấy rằng công việc xác định nội dung và phạm vi một ratio của các thẩm phán trong hệ thống pháp luật Common law phức tạp hơn các đồng nghiệp của mình trong việc xác định các quy phạm pháp luật (legal rule) trong hệ thống pháp luật Civil law. Tuy nhiên, cũng không có gì ngạc nhiên khi tiến trình xác định phần ratio yêu cầu cần phải thực hiện trong thực tiễn tư pháp. Bởi vì nếu không xác được phần ratio và nếu không phân biệt được phần ratio và phần obiter thì không thể xác định được quy tắc án lệ cần áp dụng.

2.3. Tuân theo án lệ đòi hỏi sự bắt buộc và sự sáng tạo

Nguyên tắc tuân theo án lệ đòi hỏi cả *sự bắt buộc* lẫn *sự sáng tạo*. Nếu các án lệ bắt buộc mang tính tuyệt đối thì các thẩm phán sẽ không có khả năng và cơ hội phát triển pháp luật án lệ. Chẳng hạn, trước năm 1966, Tòa tối cao (House of Lords) của Anh tuân theo các án lệ của mình rất cứng nhắc, ngay cả đối với các án lệ không còn phù hợp. Tuy nhiên, ngày 26 tháng 7 năm 1966, tòa tối cao đưa ra tuyên bố (Practice Statement) để bác bỏ án lệ của mình trước đó với hai lý do như sau¹⁷: “*that rigid adherence to precedents can perpetuate injustices and can worthwhile legal development*” - tạm dịch: “*tuân theo các án lệ cứng nhắc có thể duy trì những sự bất công mãi mãi và có thể cản trở sự phát triển thích đáng của pháp luật*” Tuyên bố này tạo ra tiền lệ là tòa tối cao ở Anh có thể bác bỏ án lệ của mình trước đó nếu có lý lẽ đúng đắn. Điều này đã làm cho nguyên tắc stare decisis trong hệ thống pháp luật nước Anh linh hoạt hơn và hướng đến giá trị công bằng thực chất chứ không phải công bằng mang tính hình thức. Nhưng ngược lại, nếu các thẩm phán có thể hoàn toàn không xem xét các án lệ thì nguyên tắc án lệ sẽ không còn ý nghĩa gì về mặt nhận thức và thực tiễn.

Thực hiện nguyên tắc án lệ đòi hỏi tòa án bắt buộc tuân theo án lệ nhằm bảo đảm *sự nhất quán, sự chắc chắn, sự công bằng, hiệu quả và đạt được công lý*. Thứ nhất, sự nhất quán được đảm bảo bởi vì các vụ việc giống nhau thì không thể được giải quyết theo cách khác nhau mà phải dựa trên lý lẽ giống nhau. Thứ hai, sự chắc chắn thể hiện các án lệ có khả năng cung cấp hướng dẫn hành vi xử sự rõ ràng cho các chủ thể trong xã hội. Từ đó họ có thể sắp xếp công việc của mình và tin rằng luật pháp hiện tại sẽ được áp dụng trong tương lai. Thứ ba, tuân theo án lệ đạt được sự công bằng bởi vì các vụ việc

¹⁵ Alastair MacAdam, John Pyke(2005); *Judicial Reasoning and The doctrine of Precedent in Austrliax*, Butterworhs, P41-42

¹⁶ Alastair MacAdam, John Pyke(1998); *Judicial Reasoning and The doctrine of Precedent in Austrlia*, Butterworhs, P.51

¹⁷ Trích theo, Neil Duxbury (2008) “*The nature and authority of precedent*” , Cambridge University p.126

giống nhau sẽ được giải quyết như nhau Hai vụ việc giống nhau tức là có các tình tiết có tính chất giống nhau, còn giải quyết như nhau nghĩa là dựa vào lý lẽ tương tự. Thứ tư, tuân theo án lệ sẽ mang lại hiệu quả bởi vì khi các thẩm phán của tòa án trước ra phán quyết để giải quyết một vấn đề pháp lý nào đó thì họ đã tranh luận, xem xét và cân nhắc đầy đủ các lý lẽ. Vì vậy, các thẩm phán của tòa án sau không phải mất thời gian và công sức để xem xét trở lại các lý lẽ nào. Cuối cùng, tuân theo án lệ nhằm đạt được công lý bởi án lệ chính là các quy tắc xử sự - “*ratios*”, nó không thiên vị, không phụ thuộc vào quan điểm các cá nhân hay thiên hướng, định kiến của một thẩm phán. Mặc dù nguyên tắc án lệ bắt buộc mang lại những giá trị tích cực như đã phân tích, nhưng nguyên tắc tuân theo án lệ cũng có những mặt hạn chế nhất định. Trước hết, tuân theo án lệ có thể làm cho các thẩm phán có thói quen lười biếng đưa ra lý lẽ trong các vụ việc mới. Kế đến, điều kiện và nhu cầu của xã hội luôn thay đổi nên việc cứng nhắc tuân theo án lệ có thể dẫn tình trạng công bằng mang tính hình thức chứ không phải thực chất. Vì vậy, trong tác phẩm “*The Common Law*” xuất bản năm 1881 của Oliver Wendell Holmes Jr (1841-1935), ông đã đưa ra kết luận rất nổi tiếng: “*The life of the law has not been logic; it has been experience*”- “*Đời sống của pháp luật không phải là logic, mà là kinh nghiệm*”. Thực vậy, nếu bắt buộc tuân theo án lệ một cách tuyệt đối thì các thẩm phán sẽ không có khả năng và cơ hội phát triển pháp luật án lệ và các tòa án có thể đi ngược lại vai trò bảo đảm công lý của mình. Tuân theo án lệ cũng đòi hỏi cần phải sáng tạo, sự sáng tạo được thể hiện trong các trường hợp tòa án sử dụng các kỹ thuật như: kỹ thuật phân biệt - “*distinguishing*”, bác bỏ án lệ - “*overruling*”, hủy bỏ án lệ - “*defeating*”. Phân biệt là kỹ thuật không áp dụng án lệ bởi có những tình tiết pháp lý khác biệt giữa hai vụ việc. Khi thẩm phán sử dụng kỹ thuật phân biệt nghĩa là họ thực hiện chức năng làm luật ở mức độ vừa phải bởi trong trường hợp này các thẩm phán không hủy bỏ các án lệ đã có trước mà chỉ bổ sung thêm. Bác bỏ án lệ nghĩa là không thừa nhận hình thức giá trị pháp lý của án lệ. Các thẩm phán sau muốn bác bỏ một quyết định của tòa án trước bởi vì nó lạc hậu và không còn phù hợp với những thay đổi trong xã hội. Hủy bỏ án lệ nghĩa là không chấp nhận tính bắt buộc của một án lệ bởi nội dung của nó cần phải được bổ sung hoặc sửa đổi. Như vậy, tuân theo án lệ không phải mang tính tuyệt đối và cứng nhắc, nên tòa án trong vai trò bảo đảm công lý của mình không thể tin và áp dụng các quy tắc án lệ một cách mù quáng.

Vì vậy, trong tác phẩm “*The nature and authority of precedent*” – “*bản chất và sức thuyết phục của án lệ*” của Neil Duxbury xuất bản năm 2008, tác giả cho rằng bản chất của án lệ là có sức thuyết phục - “*authority*” chứ không phải là có tính bắt buộc - “*binding*”. Lý giải điều này, tác giả cho rằng có lẽ do mọi người thường giả định các quy tắc án lệ - “*ratio*” mang tính bắt buộc giống như các quy phạm pháp luật - “*legal rule*” trong các văn bản pháp luật. Nhưng trên thực tế, nguồn luật án lệ không giống với nguồn văn bản pháp luật bởi nó không mang tính bắt buộc đối với các thẩm phán trong mọi trường hợp. Sự bắt buộc của một án lệ được giải thích tốt nhất không phải là hiệu lực pháp lý - “*validity*” của nó mà ở sức thuyết phục - “*authority*” của nó. Ý tưởng xem các án lệ có sức thuyết phục nhằm loại bỏ sự cực đoan của hai thái cực cho rằng pháp luật do tòa án tạo lập thường cảm thấy bắt buộc và bị bắt buộc phải tuân theo.

Như vậy, mặc dù không thể phủ nhận giá trị của nguyên tắc các vụ việc giống nhau phải được giải quyết như nhau mang lại sự công bằng, nhưng cũng không thể mù quáng tin rằng tất cả các vụ việc giống nhau giải quyết như nhau sẽ đạt được mục đích công bằng mà dẫn đến tuân theo án lệ một cách máy móc. Nếu các án lệ không còn phù hợp hoặc có những lý lẽ không hợp lý thì các tòa án không buộc phải tuân theo. Các tòa án tuân theo án lệ chỉ khi có sự kiểm nghiệm tính hợp lý (giá trị) của các án lệ trước đó. Điều này cũng có thể lý giải vì sao Neil Duxbury đã sử dụng cụm từ “*authority of precedent*” - “*sức thuyết phục của án lệ*” chứ không phải cụm từ “*binding of precedent*” “*sự bắt buộc của án lệ*”. Hay nói cách khác, sự bắt buộc của án lệ hàm chứa giá trị, sức thuyết phục của nó chứ không phải sự bắt buộc theo nghĩa đen của từ.

3. Nguồn luật án lệ trong hệ thống pháp luật Common law

3.1. Vị trí của nguồn luật án lệ trong hệ thống pháp luật

Thuật ngữ pháp lý nguồn luật “*source of law*” - được hiểu ở nhiều khía cạnh khác nhau¹⁸: (1), Nguồn “*literary source*” - “*nguồn dữ liệu*” là nguồn có chứa đựng các thông tin về các quy tắc của pháp luật, ví dụ, các tập án lệ; (2) Nguồn “*historical sources of law*” - “*các nguồn luật có tính lịch sử hay nguồn gốc*” là nguồn trực tiếp hoặc gián tiếp tạo ra nội dung các quy phạm pháp luật từ lịch sử pháp lý. ; (3) Nguồn luật không phải là nguồn gốc lịch sử mà là yếu tố xác hiệu lực pháp lý của một quy tắc nhất định là quy phạm pháp luật. Ở khía cạnh này, nguồn luật không giải thích nội dung của một quy phạm pháp luật nhất định mà nó giải thích tại sao chúng ta xác định những quy tắc nhất định là quy phạm pháp luật. Ví dụ, các đạo luật do nghị viện ban hành (legislation), các án lệ (case law or judicial precedents).

Trong phạm vi bài viết này thuật ngữ nguồn luật được hiểu theo nghĩa thứ ba. Các hệ thống pháp luật khác nhau có thể tồn tại các tiêu chuẩn khác nhau để xác định nguồn luật. Trong hệ thống pháp luật Common law thì án lệ và văn bản pháp luật là những nguồn luật chủ yếu. Án lệ có vai trò trung tâm trong hệ thống pháp luật Common law. Đây chính là điểm đặc trưng của hệ thống pháp luật Common law khác với hệ thống pháp luật Continental law.¹⁹ Các thẩm phán trong của hệ thống pháp luật Common law không chỉ áp dụng các quy tắc sẵn có mà còn có thể tạo lập các quy tắc mới trong trường hợp các văn bản pháp luật không có quy định hoặc chưa có án lệ trước đó (question of law). Mặc dù án lệ có vai trò quan trọng hệ thống pháp luật Common law nhưng nó vị trí thấp hơn văn bản pháp luật. Ví dụ, hiện nay ở Anh có các nguồn luật và theo trật tự thứ bậc như sau:²⁰ 1. Các luật của Liên minh châu Âu (*European law*); 2. Hiến pháp (*Constitution*); 3. Văn bản pháp luật (Legislation); 4. Án lệ (Case law); 5. Tập quán (Custom). Các văn bản pháp luật có thể thay đổi nội dung các án lệ, nhưng các án lệ không được bãi bỏ hoặc thay đổi nội dung của các văn bản pháp luật. Các văn bản pháp luật chỉ có thể bị bãi bỏ hoặc sửa đổi bằng văn bản pháp luật khác ban hành sau. Mỗi

¹⁸ Rupert Cross (1977), “*Precedent in English Law*” Oxford University Press, P 155, 156

¹⁹ Đỗ Thị Mai Hạnh, Luận án Tiến sĩ, “*Evaluation of the applicability of Common law approaches to precedent in VietNam*”, Tr 122

²⁰ Nguyễn Văn Nam, “*Nghiên cứu so sánh nguồn luật án lệ trong hệ thống pháp luật Anh*”, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật số 5, 2007, Tr 38

quan hệ này phản ánh nguyên tắc mang tính pháp lý và chính trị “*Parliamentary Sovereignty*” - thừa nhận nghị viện có quyền năng tối cao ban hành pháp luật trong phạm vi quốc gia.²¹ Mặc dù nguồn luật án lệ có vị trí thấp hơn nguồn luật văn bản pháp luật nhưng lại có vị trí cao hơn nguồn luật tập quán bởi vì tòa án có quyền quyết định chọn lựa các tập quán phù hợp với các án lệ.²²

3.2. Một số đặc trưng cơ bản của nguồn luật án lệ khác biệt với nguồn luật văn bản pháp luật.

Thứ nhất, về **chủ thể tạo lập**, án lệ do tòa án tạo ra trong quá trình xét xử, nên nguồn luật án lệ còn được gọi là “*case law*” hay “*judge make law*”. Trong khi đó, nguồn luật văn bản pháp luật **chủ yếu** được tạo ra bằng con đường nghị viện ban hành hoặc do chính phủ ban hành theo hình thức ủy quyền lập pháp. Một trong những đặc trưng cơ bản của hệ thống pháp luật Common law khác với hệ thống pháp luật Civil law là hệ thống pháp luật Common law thừa nhận vai trò “làm luật” của tòa án theo nguyên tắc *stare decisis*, còn trong hệ thống pháp luật Civil law tòa án chỉ đóng vai trò áp dụng và giải thích pháp luật (các văn bản pháp luật của nghị viện hoặc chính phủ ban hành). Vai trò làm luật của tòa án có thể được các luật gia Common law chứng minh rất dễ dàng, Ví dụ, thông qua việc giả quyết vụ việc *Donoghue v Stevenson* [1932] AC 562 thì tòa tối cao của nước Anh đã tạo ra một quy tắc án lệ mới (a new ratio) trong lĩnh vực pháp luật bồi thường thiệt hại (tort law). Vụ việc này có nội dung như sau:²³

“Vào năm 1928, cô Donoghue và một người đến quán cà phê ở Paisley và mua lon nước gừng đục. Sau khi uống Cô Donoghue đã phát hiện trong ly có một cái đinh sét. Sau đó, cô Donoghue đã bị sốc thần kinh và đau dạ dày. Vì vậy, cô ấy đã kiện nhà sản xuất (Stevenson) và yêu cầu bồi thường thiệt hại”.

Vấn đề pháp lý ở đây là có một hợp đồng pháp lý phát sinh giữa nhà sản xuất và người tiêu dùng hay không và người tiêu dùng có quyền kiện đòi bồi thường thiệt hại đối với nhà sản xuất hay không. Theo lý thuyết truyền thống về hợp đồng (privity of contract) ở Anh đến thời điểm năm 1928 thì không thừa nhận quan hệ hợp đồng giữa nhà sản xuất (manufacture) và người tiêu dùng (consumer) bởi vì nhà sản xuất không ký hợp đồng với người tiêu dùng và không có trách nhiệm bồi thường cho người tiêu dùng. Tuy nhiên, cuối cùng tòa tối cao của vương quốc Anh (House of Lords) đã đưa ra phán quyết buộc nhà sản xuất phải bồi thường cho cô Donoghue theo luật bồi thường thiệt hại. Từ đây đã hình thành nên một quy tắc án lệ (ratio) về nghĩa vụ của nhà sản xuất (duty of care) đối với người tiêu dùng.

²¹ UK Law Online, “*The sources of law in the Legal system*” www.leeds.ac.uk/law/hamlyn/sls.htm

²² Rupert Cross (1977), “*Precedent in English Law*” Oxford University Press, P. 164.

²³ Trích theo, Alastair MacAdam, John Pyke (2005), “*Judicial Reasoning and The doctrine of Precedent in Australia*”, Butterworths, P. 177.

Thứ hai, về **hình thức tồn tại**, các quy tắc án lệ(ratio) trong hệ thống pháp luật Common law tồn tại dưới hình thức pháp luật không thành văn(*unwritten law*), còn các văn bản pháp luật được gọi là luật thành văn(*written law*). Theo từ điển Black's Law dictionary thì: "*Unwritten law: Law that, although never enacted in the form of a statute or ordinance, has the sanction of custom. The term traditionally includes case law*" - tạm dịch: "*Luật không thành văn là pháp luật mặc dù không được hình thành dưới hình thức các đạo luật hoặc sắc lệnh, nhưng được tập quán thừa nhận. Thông thường thuật ngữ này bao gồm án lệ*". Như vậy, thuật ngữ "*luật không thành văn*" không phải ý muốn nói nguồn luật án lệ không thể hiện bằng hình thức văn bản hay câu chữ bởi các án lệ tồn tại trong các quyết định của tòa án. Ở đây thuật ngữ "*luật không thành văn*" vẫn được sử dụng như một hình thức pháp luật đối lập với hình thức luật thành văn, ví dụ như, các bộ luật hay đạo luật. Trong khi hình thức luật thành văn (ví dụ, bộ luật) bao gồm các quy tắc, nguyên tắc mang tính khái quát và hệ thống được hình thành từ kết quả của hoạt động pháp điển thì nguồn luật án lệ lại tồn tại trong các bản án riêng biệt, không mang tính hệ thống và không soạn thành các điều luật hay các quy tắc rõ ràng như các quy phạm pháp luật trong các bộ luật. Vì vậy, một quy tắc án lệ (ratio) được xem là "*implicit rule*" - "*quy tắc ngầm định*", nó rất khác với quy phạm pháp luật(legal rule) là "*explicit rule*" - "*quy tắc rõ ràng*" tồn tại trong các văn bản pháp luật. Do đó, khi nói về quy tắc án lệ, Bacon đã viết: "*no make the law from the rules, but to make the rules from the existing law that is, the body of argued opinions and decisions*" - tạm dịch: "*không tạo ra luật bằng hình thức các quy tắc xử sự, nhưng các quy tắc xử sự của luật được nhận thức từ các quan điểm và quyết định đã được tranh luận*".²⁴

Ở góc độ lịch sử, các nước theo truyền thống pháp luật Civil law do chịu ảnh hưởng của Luật La Mã cổ đại và các trường tổng hợp nên có xu hướng phát triển pháp luật theo hình thức luật thành văn. Vì vậy, ở Pháp hay Đức xuất hiện các bộ luật từ rất sớm, ví dụ như, BLDS Napoleon của Pháp (1804), BLDS Đức (1900). Trong khi đó, trong khi Anh là nước từ chối tiếp nhận Luật La Mã cổ đại và không chịu ảnh hưởng từ các trường tổng hợp, xem pháp luật của mình chủ yếu được hình thành từ thực tiễn xét xử của tòa án, pháp luật tồn tại dưới hình thức các quyết định của tòa án. Các luật gia trong hệ thống pháp luật Common law cho rằng, pháp luật là công cụ giải quyết của vấn đề của thực tiễn chứ không thuần túy là các vấn đề của lý luận hay đạo đức. Do đó, nếu thu nhỏ hệ thống luật pháp bằng các quy tắc rồi đưa chúng vào các bộ luật hay các văn bản pháp luật thì vô hình chung sẽ làm cho pháp luật "*chết*" chứ không "*sống*". Các quy phạm pháp luật (legal rule) trong các bộ luật được diễn đạt bằng những câu chữ càng rõ ràng, chặt chẽ thì sẽ càng làm cho chúng cứng nhắc và khô khan. Ngược lại, các quy tắc án lệ - "*ratios*" tồn tại trong các bản án trong quá khứ chỉ là những hình mẫu (examples) hay là những giải pháp (solutions) đã có cho các vấn đề trong hiện tại. Có lẽ các luật gia trong hệ thống pháp luật Common law mong muốn tìm đến nội dung, tinh thần của các quy tắc pháp luật chính là các lý lẽ, quan điểm trong các quyết định tư pháp đã trước đó chứ không phải hình thức các quy tắc. Vì vậy, nguồn luật án lệ còn được gọi là "*judicial opinions*" - "*các*

²⁴ Gerald J. Postema (2004), "*Philosophy of the common law*" in The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law, Oxford.

quan điểm tư pháp”. Đặc trưng này cho thấy nguồn luật án lệ thể hiện tính chất mềm dẻo, linh hoạt hơn so nguồn văn bản pháp luật.

Thứ ba, **về tính chất hệ thống**, nguồn luật án lệ không mang tính hệ thống cao như nguồn văn bản pháp luật. Nguồn luật án lệ còn được gọi là “*case law*”, tạm dịch: “*luật theo vụ việc*”. Điều này có ý nghĩa là pháp luật được hình thành trong những vụ việc nhất định, mỗi quy tắc án lệ (ratio) được hình thành gắn liền với một vụ việc cụ thể. Đây chính là nguyên nhân dẫn đến nguồn luật án lệ không mang tính hệ thống. Các quy tắc án lệ không được xây dựng dựa trên những khái niệm chung, nguyên tắc chung mang tính lý thuyết. Trong khi đó, các quy phạm pháp luật trong các văn bản pháp luật được xây dựng dựa trên các khái niệm pháp lý, nguyên tắc pháp lý đã được xác định. Vì vậy, các quy phạm pháp luật trong các văn bản pháp luật mang tính hệ thống và thống nhất hơn các quy tắc án lệ tồn tại trong các quyết định riêng biệt của tòa án. Ví dụ, khi giải quyết một vụ việc giao kết hợp đồng giữa bên trong trường hợp không gặp nhau trực tiếp, các luật gia Pháp sẽ hỏi về quan điểm giao kết hợp đồng là từ thời điểm gửi lời đề nghị hay từ thời điểm nhận lời đề nghị. Trong khi đó các luật gia Anh cho rằng cách tiếp cận như vậy quá trừu tượng, đối với họ, để xác định ngày tháng hoặc địa điểm giao kết hợp đồng, có thể áp dụng những quy tắc khác nhau phụ thuộc vào những tình huống cụ thể. Một ví dụ khác, ở Anh không có những nguyên tắc chung trong lĩnh vực pháp luật bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng giống như các bộ luật của châu Âu lục địa hoặc khái niệm về “lỗi” cũng không tồn tại trong lĩnh vực pháp luật này của Anh²⁵. Các luật gia trong hệ thống pháp luật Common law không phản đối giá trị của các nguyên tắc chung đóng vai trò bảo đảm tính nhất quán của pháp luật, nhưng tập trung vào thực tiễn và giải quyết các vấn đề của thực tiễn có tầm quan trọng hơn những nguyên tắc chung mang tính lý thuyết như vậy²⁶. Jeremy Betham (1748 – 1832) - một nhà triết học thực chứng pháp lý nổi tiếng ở Anh, thường phàn nàn về tính chất tản mạn hay thiếu tính hệ thống của các quy tắc án lệ trong hệ thống pháp luật Anh. Vì vậy, ông chính là người tiên phong của phong trào đòi pháp điển hóa các án lệ của Anh thành các bộ luật. Nhưng đến ngày nay, ở Anh nguồn luật án lệ vẫn là nguồn luật chủ yếu trong hệ thống pháp luật nước này, nhất là trong lĩnh vực pháp luật dân sự và bồi thường thiệt hại. Như vậy, mặc dù nguồn luật án lệ thiếu tính hệ thống hơn so với nguồn luật văn bản pháp luật nhưng bản thân nguồn luật án lệ lại có những giá trị của riêng mình và những giá trị đó được duy trì trong hệ thống pháp luật Common law.

Thứ tư, **về cách thức tạo lập và áp dụng**, các quy tắc án lệ trong các quyết định của tòa án được tạo lập và áp dụng dựa trên kỹ thuật tư duy đặc thù là “*analogical thinking*” - “*tư duy mang tính tương tự*” làm nền tảng. Trong khi đó, kỹ thuật tư duy tạo lập và áp dụng các quy phạm pháp luật trong các văn bản pháp luật chủ yếu dựa trên kỹ thuật quy nạp - “*inductive thinking*” khi tạo lập và kỹ thuật diễn dịch - “*deductive thinking*” khi áp dụng. Các quy phạm pháp luật trong các văn bản pháp luật đòi hỏi vừa phải mang tính

²⁵ Rene David, do TS. Nguyễn Sĩ Dũng và Ths. Nguyễn Đức Lam dịch, “*Những hệ thống pháp luật chính trong thế giới đương đại*”, NXB Thành phố, Tr 264

²⁶ Gerald J. Postema (2004), “*Philosophy of the common law*” in *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford.

khái quát, vừa phải mang tính cụ thể. Tính khái quát tức là quy phạm pháp luật không chỉ dùng để giải quyết một trường hợp một cụ thể. Tính cụ thể nghĩa là mức độ khái quát của một quy phạm phải đến mức còn có thể giải quyết các vấn đề của thực tiễn. Nhiệm vụ của nhà lập pháp là phải bảo đảm trạng thái cân bằng giữa tính khái quát và tính cụ thể của các quy phạm pháp luật²⁷. Trong khi đó, kỹ thuật tư duy tương tự hướng đến việc xác định các tình tiết tương tự và lý lẽ tương tự của hai vụ việc theo kiểu “*case by case*” - “*từ vụ việc này áp dụng cho vụ việc khác*”. Hai vụ việc có tình tiết tương tự nghĩa là các tình tiết này có *tính chất tương tự* chứ không phải đòi hỏi bởi hai vụ việc có tình tiết hoàn toàn giống nhau. Chẳng hạn, quy tắc án lệ(ratio)hình thành trong vụ việc *Donoghue v Stevenson* [1932] AC 562 không chỉ áp dụng khi có người tiêu dùng bị thiệt hại từ “*cái đinh sét, trong lon nước gừng đục, do lỗi bất cẩn của nhà sản xuất loại thức uống này*”. Nếu vậy, mức độ khái của ratio sẽ gần như bằng zero và nguyên tắc stare decisis sẽ không thể hoạt động được. Yêu cầu của nguyên tắc tương tự, “*giải quyết như nhau*” không có nghĩa là hình phạt, mức bồi thường ... được áp dụng như nhau mà là lý lẽ phải được áp dụng tương tự hay gọi là lý lẽ tương tự.

²⁷ Rene David, do TS. Nguyễn Sĩ Dũng và Ths. Nguyễn Đức Lam dịch, “*Những hệ thống pháp luật chính trong thế giới đương đại*”, NXB Thành phố, Tr 80

