

HOẠT ĐỘNG ÁP DỤNG ÁN LỆ CỦA TÒA ÁN: NHỮNG THÁCH THỨC ĐẶT RA VÀ HƯỚNG GIẢI QUYẾT

Đỗ Thanh Trung¹

Từ khóa:

Án lệ, áp dụng án lệ, nguyên tắc án lệ

Keywords:

Precedent, applying precedent, doctrine of stare decisis

Tóm tắt:

Bài viết này gồm hai phần: (i) phân tích những thách thức đặt ra trong hoạt động áp dụng án lệ của tòa án ở Việt Nam hiện nay; (ii) đề xuất một số kiến nghị giải quyết những thách thức đó.

Abstract:

This paper includes two parts: (i) analysing some challenges in applying precedent in Viet Nam at present; (ii) proposing some solutions to solve that challenges.

1. Đặt vấn đề

Đến nay, pháp luật Việt Nam quy định về cơ sở pháp lý cho hoạt động áp dụng án lệ của tòa án một cách rõ ràng không chỉ trong Nghị quyết 03/2015/ NQ – HĐTP mà còn quy định trong các lĩnh vực pháp luật nội dung lẫn pháp luật hình thức (tổ tụng). Cụ thể tại khoản 2 Điều 8 quy định: “*Khi xét xử, Thẩm phán, Hội thẩm **phải** nghiên cứu, áp dụng án lệ để giải quyết các vụ việc tương tự, bảo đảm những vụ việc có tình tiết, sự kiện pháp lý giống nhau phải được giải quyết như nhau*”. Tại khoản 2 Điều 6 của BLDS năm 2015 cũng quy định: “*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*”. Ngoài ra, tại khoản 3 Điều 45 của BLTTDS năm 2015 quy định: “*Việc áp dụng các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự, **án lệ**, lẽ công bằng được thực hiện như sau: Tòa án áp dụng các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự, **án lệ**, lẽ công bằng để giải quyết vụ việc dân sự khi không thể áp dụng tập quán, tương tự pháp luật theo quy định tại Điều 5 và Khoản 1 Điều 6 của Bộ luật Dân sự, Khoản 1 và Khoản 2 điều này*”. Nhằm cụ thể khoản 3 Điều 45, BLTTDS

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

năm 2015 còn quy định chi tiết hoạt động áp dụng án lệ của tòa án ở cấp xét xử sơ thẩm và phúc thẩm tại Điểm b, khoản 2, Điều 266² và khoản 4, Điều 313³ của Bộ Luật này. Ngoài ra, Luật Tố tụng hành chính cũng quy định cơ sở pháp lý cho hoạt động áp dụng án lệ của tòa án ở cấp xét xử sơ thẩm và phúc thẩm tại điểm b, khoản 2, Điều 194⁴ và khoản 4, Điều 242⁵ của Luật TTHC năm 2015. Tuy nhiên, hoạt động áp dụng án lệ cũng còn khá mới mẻ ở Việt Nam nên vẫn còn nhiều vấn đề đặt ra cần giải quyết. Trong phạm vi bài viết này, tác giả sẽ phân tích những thách thức đặt ra trong hoạt động áp dụng án lệ của tòa án ở Việt Nam hiện nay và đưa ra một số kiến nghị nhằm giải quyết những khó khăn và thách thức đó.

2. Một số thách thức đặt ra trong hoạt động áp dụng án lệ của tòa án ở Việt Nam hiện nay

Mặc dù pháp luật hiện hành đã qui định đối với hoạt động áp dụng án lệ của tòa án khá chi tiết và đầy đủ nhưng trên thực tế vẫn còn nhiều vấn đề đặt ra cần giải quyết. Cụ thể:

Thứ nhất, đến nay TANDTC vẫn chưa có hướng dẫn cụ thể cũng như chưa có quan điểm rõ ràng về tư cách của nguồn luật án lệ. Cụ thể hơn, án lệ có phải là cơ sở pháp lý độc lập để tòa án đưa ra quyết định hay không và án lệ có được xem là căn cứ để kháng cáo, kháng nghị trong hoạt động tố tụng hay không. Tại khoản 1 Điều 2 của Nghị quyết 03/2015/NQ – HĐTP quy định tiêu chuẩn lựa chọn án lệ: “*Chứa đựng lập luận để làm rõ quy định của pháp luật còn có cách hiểu khác nhau; phân tích, giải thích các vấn đề, sự kiện pháp lý và chỉ ra nguyên tắc, đường lối xử lý, quy phạm pháp luật cần áp dụng trong một vụ việc cụ thể*”. Như vậy, có thể xác định án lệ được hình thành trong hai

²Khoản 2, Điều 266 BLTTDS năm 2015 quy định: “*Tòa án phải căn cứ vào tài liệu, chứng cứ đã được xem xét tại phiên tòa, kết quả tranh tụng tại phiên tòa để phân tích, đánh giá, nhận định đầy đủ, khách quan về các tình tiết của vụ án, những căn cứ pháp luật, nếu vụ án thuộc trường hợp quy định tại Khoản 2 Điều 4 của Bộ luật này thì còn phải căn cứ vào tập quán, tương tự pháp luật, những nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự, án lệ hoặc lễ công bằng, để chấp nhận hoặc không chấp nhận yêu cầu, đề nghị của đương sự*”.

³Khoản 4, Điều 313 BLTTDS năm 2015: “*Tòa án phải căn cứ vào tài liệu, chứng cứ đã được xem xét tại phiên tòa, kết quả tranh tụng tại phiên tòa để phân tích, đánh giá, nhận định về kháng cáo, kháng nghị, các tình tiết của vụ án, việc giải quyết, xét xử của tòa án cấp sơ thẩm, những căn cứ pháp luật mà tòa án áp dụng, nếu vụ án thuộc trường hợp quy định tại Khoản 2 Điều 4 của Bộ luật này thì còn phải căn cứ vào tập quán, tương tự pháp luật, những nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự, án lệ hoặc lễ công bằng, để chấp nhận hoặc không chấp nhận kháng cáo, kháng nghị và giải quyết các vấn đề khác có liên quan*”.

⁴Khoản 2, Điều 194 Luật TTHC năm 2015 quy định: “*Tòa án phải căn cứ vào kết quả tranh tụng, các chứng cứ đã được xem xét tại phiên tòa để phân tích, đánh giá, nhận định đầy đủ, khách quan về các tình tiết của vụ án, những căn cứ pháp luật, án lệ (nếu có) mà tòa án áp dụng để chấp nhận hoặc không chấp nhận yêu cầu, đề nghị của đương sự, người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự và giải quyết các vấn đề khác có liên quan*”.

⁵Khoản 4, Điều 242 Luật TTHC năm 2015 quy định: “*Tòa án phải căn cứ vào kết quả tranh tụng, các chứng cứ đã được xem xét tại phiên tòa để phân tích, đánh giá, nhận định về kháng cáo, kháng nghị, các tình tiết của vụ án, việc giải quyết, xét xử của tòa án cấp sơ thẩm, những căn cứ pháp luật, án lệ (nếu có) mà tòa án áp dụng để chấp nhận hoặc không chấp nhận kháng cáo, kháng nghị và giải quyết các vấn đề khác có liên quan*”.

trường hợp: (i) giải thích các quy định của pháp luật; (ii) có thể đưa ra một quy phạm mới để giải quyết. Áp dụng án lệ hình thành ở trường hợp thứ nhất thì có thể xem án lệ không phải là nguồn luật độc lập vì nó có nguồn gốc từ việc giải thích quy phạm trong văn bản pháp luật. Tuy nhiên, áp dụng án lệ hình thành ở trường hợp thứ hai thì án lệ không được hình thành từ văn bản pháp luật, vậy án lệ có được xem là nguồn luật độc lập hay không.

Thứ hai, hoạt động áp dụng án lệ phải dựa theo nguyên tắc tương tự nhưng yêu cầu của nguyên tắc tương tự được hiểu như thế nào. Tại khoản 2 Điều 8 của Nghị quyết 03/2015/NQ – HĐTP quy định: “***Khi xét xử, Thẩm phán, Hội thẩm phải nghiên cứu, áp dụng án lệ để giải quyết các vụ việc tương tự, bảo đảm những vụ việc có tình tiết, sự kiện pháp lý giống nhau phải được giải quyết như nhau***”. Có quan điểm cho rằng, các tình tiết của án lệ với vụ việc không thể hoàn toàn giống nhau mà chỉ là những “*tình tiết khách quan cơ bản giống nhau*”.⁶ Tuy nhiên, hiểu như thế nào là tình tiết khách quan cơ bản giống nhau? Chẳng hạn, trong một vụ án “*Tranh chấp Đòi lại tài sản*” do TAND Thành phố Cần Thơ giải quyết. Nội dung vụ việc này có tình tiết tương tự với 02/2016/AL là Người Việt kiều nhờ Người Việt Nam đứng tên mua tài sản. Tuy nhiên, tại Bản án số 20/2017/DSPT ngày 24/02/2017, Tòa này đã không áp dụng án lệ số 02. Lý do không áp dụng án lệ cũng được thể hiện rõ trong phần lập của bản án này là có sự khác biệt về tình tiết, trong án lệ số 02 có tình tiết là Người Việt kiều “*trực tiếp*” giao dịch với người bán tài sản (đất) còn vụ việc Tòa này giải quyết có tình tiết Người Việt kiều “*không trực tiếp*” giao dịch mà đưa tiền cho người đứng tên cầm giao dịch. Như vậy, sự khác biệt về tình tiết trực tiếp và không trực tiếp giao dịch ở đây có phải là tình tiết cơ bản để không áp dụng án lệ hay không.

Thứ ba, TANDTC vẫn chưa có hướng dẫn cụ thể cho các tòa án về việc xác định yếu tố bắt buộc của án lệ hay quy tắc án lệ là dựa vào phần nào của án lệ được công bố. Trong nội dung công bố án lệ có phần “*Khái quát nội dung của án lệ*” và phần “*Nội dung án lệ*”. Nếu xác định quy tắc án lệ dựa vào phần “*Khái quát nội dung của án lệ*” do Ban biên tập viết thì sẽ không gắn với các tình tiết cụ thể của vụ việc, còn nếu xác định quy tắc án lệ dựa vào phần “*Nội dung án lệ*” thì gắn với các tình tiết cụ thể của vụ việc bởi nó chính là phần lập luận của tòa án trong bản án, quyết định gốc. Dẫn đến hệ quả là các tòa án có thể tự do lựa chọn dựa vào phần “*Khái quát nội dung của án lệ*” hoặc phần “*Nội dung án lệ*”.

⁶Lê Mạnh Hùng (2017), “*Áp dụng án lệ trong giải quyết vụ việc dân sự tại Tòa án nhân dân*”, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật.

Thứ tư, nếu quan sát kỹ các án lệ đã được công bố thì việc xác định yếu tố bắt buộc của án lệ hay quy tắc án lệ không phải dễ dàng. Cho dù là căn cứ vào phần “Khái quát nội dung của án lệ” hay phần “Nội dung án lệ” đều gặp khó khăn. Chẳng hạn, phần “Nội dung án lệ” của án lệ số 04 được thể hiện như sau: “Về hợp đồng mua bán nhà, đất ngày 26-4-1996: Việc chuyển nhượng nhà, đất diễn ra từ năm 1996, sau khi mua nhà, đất, ông Tiến, bà Tý đã trả đủ tiền, nhận nhà đất, tôn nền đất, sửa lại nhà và cho các cháu đến ở. Trong khi đó gia đình ông Ngự, bà Phấn vẫn ở trên diện tích đất còn lại, liền kề với nhà ông Tiến, bà Tý. Theo lời khai của các người con ông Ngự, bà Phấn thì sau khi bán nhà, đất cho vợ chồng bà Tý, ông Ngự, bà Phấn đã phân chia vàng cho các người con. Mặt khác, sau khi chuyển nhượng và giao nhà đất cho ông Tiến, bà Tý thì ngày 26-4-1996, ông Ngự còn viết “giấy cam kết” có nội dung mượn lại phần nhà đất đã sang nhượng để ở khi xây dựng lại nhà trên phần đất còn lại và trong thực tế vợ chồng bà Phấn, ông Ngự đã sử dụng phần nhà đất của bà Tý, ông Tiến khi xây dựng nhà. Như vậy, có cơ sở xác định bà Phấn biết có việc chuyển nhượng nhà, đất giữa ông Ngự với vợ chồng ông Tiến và bà Tý, bà Phấn đã đồng ý, cùng thực hiện nên việc bà Phấn khiếu nại cho rằng ông Ngự chuyển nhượng nhà đất cho vợ chồng bà Tý bà không biết là không có căn cứ”. Rõ ràng khó có thể tìm thấy một quy tắc mang tính khái quát làm cơ sở ra quyết định trong phần lập luận này của tòa án. Mặc dù xác định yếu tố bắt buộc của án lệ nếu dựa vào phần “Khái quát nội dung của án lệ” dễ dàng hơn so với phần “Nội dung án lệ” nhưng một số án lệ đã công bố thì cũng rất khó xác định. Chẳng hạn phần “Khái quát nội dung của án lệ” của án lệ số 05 được thể hiện như sau: “Trong vụ án tranh chấp di sản thừa kế, có đương sự thuộc diện được hưởng một phần di sản thừa kế và có công sức đóng góp vào việc quản lý, tôn tạo di sản thừa kế nhưng không đồng ý việc chia thừa kế (vì cho rằng đã hết thời hiệu khởi kiện về thừa kế), không có yêu cầu cụ thể về việc xem xét công sức đóng góp của họ vào việc quản lý, tôn tạo di sản thừa kế; nếu Tòa án quyết định việc chia thừa kế cho các thừa kế thì phải xem xét về công sức đóng góp của họ vì yêu cầu không chia thừa kế đối với di sản thừa kế lớn hơn yêu cầu xem xét về công sức”. Như vậy, nếu dựa vào nội dung này để xác định nội dung, phạm vi của quy tắc án lệ là rất khó bởi lẽ nó phụ thuộc rất nhiều vào các tình tiết hay biến số khác nhau.

Thứ năm, khi áp dụng án lệ nếu tòa án phát hiện nội dung án lệ không phù hợp với văn bản quy phạm pháp luật không có danh sách liệt kê khoản 3 Điều 8 của Nghị quyết 03/2015/ NQ – HĐTP: “Trường hợp do có sự thay đổi của Luật, Nghị quyết của Quốc hội, Pháp lệnh, Nghị quyết của Ủy ban thường vụ Quốc hội, Nghị định của Chính phủ mà án lệ không còn phù hợp thì Thẩm phán, Hội thẩm không áp dụng án lệ” thì tòa án có tiếp tục áp dụng án lệ nữa hay không. Ví dụ, nội dung của án lệ trái với Quyết định của Thủ tướng, Thông tư của Bộ trưởng. Trong một bài phỏng vấn của Báo tuổi trẻ về hiệu

lực của án lệ, PGS. TS. Đỗ Văn Đại cho rằng,⁷ trường hợp này có thể vận dụng khoản 4 Điều 8 của Nghị quyết 03: “*Trường hợp do chuyển biến tình hình mà án lệ không còn phù hợp thì Thẩm phán, Hội thẩm không áp dụng án lệ, đồng thời phải kiến nghị ngay với Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao (thông qua Vụ Pháp chế và Quản lý khoa học) để xem xét hủy bỏ theo hướng dẫn tại các khoản 2, 3, 4 và 5 Điều 9 Nghị quyết này*”. Tuy nhiên, nếu đã thống nhất nguyên tắc chung khi thay đổi tất cả các văn bản pháp luật thì án lệ đương bị hủy bỏ thì Nghị quyết 03 không cần phải liệt kê các văn bản pháp luật tại khoản 3 Điều 8 và khoản 1, Điều 9 nữa mà chỉ cần thể hiện nội dung đơn giản là: “*Trường hợp sự thay đổi của văn bản pháp luật mà án lệ không phù hợp thì án lệ đương nhiên bị hủy bỏ nên Thẩm phán và Hội thẩm không áp dụng án lệ*”.

Thứ sáu, tòa án không áp dụng án lệ do “*có sự chuyển biến của tình hình*” được hiểu như thế nào? Tại khoản 4, Điều 8 của Nghị quyết 03/2015/ NQ – HĐTP quy định: “*Trường hợp do chuyển biến tình hình mà án lệ không còn phù hợp thì Thẩm phán, Hội thẩm không áp dụng án lệ, đồng thời phải kiến nghị ngay với Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao...*” Nếu các thẩm phán cho rằng các lập luận hay lý lẽ được công bố làm án lệ không hợp lý mà không phải do “*chuyển biến của tình hình*” thì có thể bác bỏ không áp dụng án lệ hay không. Chẳng hạn, họ có thể chứng minh sự không hợp lý của án lệ bằng nhiều nguồn khác nhau, ví dụ như, các học thuyết pháp lý, các điều ước quốc tế, án lệ nước ngoài ... Như vậy, phải chăng nếu chỉ giới hạn trong phạm vi tòa án không áp dụng án lệ do có “*sự chuyển biến của tình hình*” có thể sẽ dẫn đến nghĩa vụ tuân theo án lệ của tòa án quá cứng nhắc.

3. Một số kiến nghị đối với hoạt động áp dụng án lệ của tòa án ở Việt Nam hiện nay

Nhằm nâng cao hiệu quả và phát huy vai trò bảo đảm áp dụng pháp luật thống nhất của tòa án thông qua hoạt động áp dụng án lệ, tác giả đưa ra một kiến nghị như sau:

Thứ nhất, cần phải có quan điểm rõ ràng về nguồn luật án lệ. Trên thế giới có hai mô hình án lệ là mô hình ở các nước common law và các nước civil law. Ở các nước common law, thừa nhận án lệ nguồn luật chính thức bắt buộc theo nguyên tắc *stare decisis* nên tòa án có thể căn cứ vào một quyết định đơn lẻ (*a single decision*) với tư cách là án lệ để ra phán quyết. Vì vậy, nếu tòa án không áp dụng án lệ thì các bên có thể dựa vào đó để kháng cáo lên tòa án cấp trên. Ngược lại, ở các nước civil law, hoạt động áp dụng án lệ của tòa án dựa theo nguyên tắc *jurisprudence constant* - “*nguyên tắc tiền lệ tư pháp*”. Nguyên tắc này yêu cầu rằng, 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. Thuật ngữ

⁷<http://tuoitre.vn/tin/phap-luat/20151118/hieu-luc-phap-luat-cua-an-le/1004866.html>.

“*jurisprudence*” gần giống với thuật ngữ “*precedent*” thể hiện đường lối xét xử của tòa án. Tuy nhiên, một án lệ được hình thành phải thông qua hàng loạt các quyết định của tòa án chấp nhận giải pháp pháp lý được ra trong thực tiễn tư pháp một cách thường xuyên, ổn định. Một giải pháp pháp lý càng ổn định, thường xuyên vận dụng trong thực tiễn tư pháp thì sức thuyết phục (bắt buộc) càng cao.⁸ Đức, Pháp, Nhật Bản là các nước theo hệ thống luật lục địa, trong đó luật thực định là nguồn cơ bản của luật, không có văn bản qui phạm pháp luật quy định rằng phải xét xử theo án lệ.⁹ Ở Nhật Bản, không có quy định cụ thể nào về hiệu lực chung của các bản án và quyết định của Tòa án tối cao như là “án lệ”, vì tại khoản 3 điều 76 Hiến pháp Nhật bản có quy định: “*Tất cả các thẩm phán độc lập làm việc theo lương tâm và chỉ bị ràng buộc bởi Hiến pháp và pháp luật*”.¹⁰ Hiện nay, ở Trung Quốc, Bộ các quy định của TANDTC của Trung Quốc về hoạt động xét xử của các vụ án có giá trị hướng dẫn xét xử ban hành ngày 26/11/2010 không có điều khoản nào quy định giá trị pháp lý của án lệ làm cơ sở bắt buộc tòa án tuân theo án lệ. Ngay từ tên gọi của Bộ quy định này là “*các vụ án có giá trị hướng dẫn xét xử*” - “*Guiding cases*” nhằm tránh đề cập đến hiệu lực pháp lý của án lệ. Vì vậy, tại Điều 7 của Bộ quy định này: “*Tòa án nhân các cấp **nên tham khảo** và viện dẫn các vụ án có giá trị hướng dẫn xét xử do Tòa án nhân dân tối cao công bố trong quá trình xét xử vụ việc tương tự*”. Đến nay, ở Trung Quốc đã có quan điểm rõ ràng về tư cách nguồn luật án lệ trong hệ thống pháp luật, tại Điều 10 của Bộ quy định hướng dẫn chi tiết thi hành “*Các quy định của TANDTC của Trung Quốc về hoạt động xét xử của các vụ án có giá trị hướng dẫn xét xử*” năm 2015 có quy định: “*Khi một tòa án ở bất kỳ cấp nào dẫn chiếu đến một Vụ án có giá trị hướng dẫn khi xét xử một vụ án tương tự, [tòa án đó] phải trích dẫn Vụ án có giá trị hướng dẫn như một lập luận xét xử của tòa án, nhưng không trích dẫn [Vụ án có giá trị hướng dẫn] như với tư cách là cơ sở xét xử của tòa án*”. Tác giả cho rằng, ở Việt Nam nên theo quan điểm nguồn luật án lệ có giá trị tham khảo giống như các nước civil law và Trung Quốc sẽ phù hợp hơn. Bởi vì truyền thống pháp luật Việt Nam chưa từng tồn tại nguyên tắc stare decisis và cũng không có bất kỳ lĩnh vực pháp luật nào được điều chỉnh bằng nguồn luật án lệ giống như các nước common law. Liên quan đến vấn đề này, các quan điểm chỉ đạo của Quyết định số 74/QĐ – TANDTC của Chánh án TANDTC năm 2012 rất hợp lý. Cụ thể tại mục I: “*Việc sử dụng án lệ chỉ **coi là thứ yếu, sau văn bản quy phạm pháp luật**án lệ được ban hành khi chưa có Nghị quyết của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao...**có giá trị tham khảo** đối với Thẩm phán khi giải quyết các vụ việc cụ thể. Tuy nhiên, khi xét xử, các Tòa án được khuyến khích viện dẫn án*

⁸Nội dung của nguyên tắc này: (i) một quyết định của tòa án không phải là án lệ; (ii) một quan điểm tư pháp càng được nhiều tòa án chấp nhận thì càng có giá trị bắt buộc.

⁹JICA (2007), “*Nghiên cứu chung Việt - Nhật về việc phát triển án lệ tại Việt Nam*”, tr. 18.

¹⁰Nguyễn Văn Cường, “*Án lệ Nhật Bản và một số vấn đề đặt ra khi đưa án lệ vào công tác xét xử tại tòa án Việt nam*”, Đề tài nghiên cứu cấp bộ, “*Triển khai án lệ vào công tác xét xử của Tòa án Việt Nam*” của TANDTC.

lệ của Tòa án nhân dân tối cao. Việc viện dẫn án lệ vào một quyết định của Tòa án không có nghĩa án lệ là cơ sở pháp lý cho quyết định của vụ án mà Tòa án xét xử. Cơ sở cho quyết định của Tòa án phải dựa trên cơ sở pháp luật trong hệ thống các văn bản quy phạm pháp luật...”. Đáng tiếc là Luật Tổ chức Tòa án nhân dân năm 2014 và Nghị quyết 03/2015/NQ – HĐTP năm 2015 lại không quy định theo hướng này.

Thứ hai, đối với yêu cầu của nguyên tắc tương tự trong hoạt động áp dụng án lệ của tòa án cần phải xem lại nguồn gốc của nguyên tắc này cũng như sự cần thiết áp dụng nguyên tắc này trong hoạt động áp dụng án lệ ở Việt Nam. Nguyên tắc “*like cases must be decided alike*”¹¹ - “*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 đại¹² nhằm mục đích bảo đảm sự công bằng. 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: “*Nếu có bất kỳ 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*”¹³. Ở các nước common law, hoạt động xây dựng và áp dụng án lệ chủ yếu dựa trên kỹ thuật tư duy đặc thù là “*analogical thinking*” - “*tư duy mang tính tương tự*” làm nền tảng. Kỹ thuật tư duy này 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 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 đĩnh sét, trong lon nước gừng đục, do lỗi bất cẩn của nhà sản xuất loại thức uống này*”. Nếu vậy, mức độ khái quát 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.¹⁴ Ở các nước civil law, do chịu ảnh hưởng bởi văn hóa pháp điển luật thành văn nên quy tắc án lệ rất giống với một quy phạm pháp luật trong văn bản pháp luật. Hoạt động xây dựng và áp dụng án lệ không dựa theo kỹ thuật tư duy tương tự mà chủ yếu dựa trên kỹ thuật tư duy quy nạp - “*inductive thinking*” khi tạo lập và kỹ thuật tư duy diễn dịch - “*deductive thinking*” khi áp dụng. Chẳng hạn, ở Pháp, khi giải quyết một vấn đề pháp mới đặt ra xác định pháp luật pháp luật điều chỉnh về thừa kế động sản có yếu tố nước ngoài mà BLDS Pháp chưa quy định,

¹¹ Neil Duxbury (2008), “*The nature and authority of precedent*”, Cambridge University p. 49.

¹² Gerald J. Postema (2004), “*Philosophy of the common law*” in *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University.

¹³ Rupert Cross (1977), “*Precedent in English Law*”, Oxford University Press, P.24.

¹⁴ Đỗ Thanh Trung (2016), “*Một số vấn đề lý luận về án lệ trong hệ thống thông luật*”, Tạp chí Khoa học pháp lý, tr. 76.

trong phần lập luận của mình Phòng Dân sự số 1 của Tòa pháp án của pháp đã thiết lập ra một quy tắc án lệ (yếu tố bắt buộc) như sau: “*vấn đề thừa kế động sản được điều chỉnh theo pháp luật của nước mà người để lại di sản có nơi cư trú cuối cùng*”.¹⁵ Như vậy, trong trường hợp này tòa án đã đặt ra quy tắc hay nguyên tắc dẫn chiếu mới xác định pháp luật điều chỉnh thừa kế đối với động sản giống hình thức một quy phạm trong văn bản pháp luật không gắn với tình tiết cụ thể. Tác giả cho rằng, hoạt động xây dựng và áp dụng án lệ của tòa án ở Việt Nam nên theo mô hình các nước civil law sẽ phù hợp hơn bởi nguyên tắc tương tự là nguyên tắc đặc thù ở các nước common law. Tiếp nhận pháp luật nước ngoài không đơn giản chỉ là tiếp nhận tên gọi của một nguyên tắc mà nó còn xuất phát từ yêu cầu hay nội hàm của nguyên tắc đó cũng như là văn hóa pháp lý tạo ra nó.

Thứ ba, cần có phương pháp xây dựng và xác định yếu tố bắt buộc của án lệ một cách thống nhất nhằm bảo đảm áp dụng án lệ thống nhất. Ở các nước common law, các luật gia thường phân chia phần lập luận trong bản án, quyết định thành 2 phần: “*ratio decidendi*” – lý do ra quyết định; phần “*obiter dictum*” – bình luận thêm. Về nguyên tắc chung, chỉ có phần lý do dẫn đến quyết định mới mang tính bắt buộc, còn phần phần lý lẽ nói thêm chỉ giá trị tham khảo.¹⁶ Phần *ratio decidendi* trong bản án thường phải gắn với các tình tiết cụ thể bởi để có thể áp dụng tương tự thì trước hết các thẩm phán phải chứng minh có tình tiết tương tự. Tuy nhiên, ở các nước civil law, các luật gia không phân chia phần lập luận trong bản án của tòa án thành phần *ratio decidendi* và phần *obiter dictum* giống như các luật gia ở các nước common law. Yếu tố bắt buộc của án lệ thường được thể hiện bằng hình thức một quy phạm khái quát (*a general rule*) trong phần lập luận của bản án, quyết định giống như quy phạm pháp luật trong văn bản pháp luật. Đến nay, ở Trung Quốc đã có phương pháp thống nhất xây dựng yếu tố bắt buộc của án lệ và cũng có quy định hướng dẫn cụ thể xác định yếu tố bắt buộc hay quy tắc án lệ trong hoạt động áp dụng án lệ của tòa án trong Bộ quy định của TANDTC năm 2015 nhằm hướng dẫn chi tiết thi hành “Các quy định của TANDTC liên quan đến các vụ án có giá trị hướng dẫn xét xử năm 2010”. Quy tắc án lệ tồn tại dưới hình thức một quy phạm khái quát được thể hiện trong phần “*Các quan điểm chủ yếu của xét xử*”¹⁷ của nội dung các vụ việc có giá trị hướng dẫn xét xử được công bố. Chẳng hạn, Vụ án có giá trị hướng dẫn xét xử số 14, tòa án xét xử hai đứa trẻ vị thành niên có hành vi cướp tiền của khách hàng tại một cà phê internet. Tòa án ban hành lệnh cấm những người này không được tới các quán internet, phòng chơi game và những nơi tương tự khác trong thời gian ba năm. Trong phần “*Các*

¹⁵Đỗ Văn Đại (2011), “*Án lệ của Tòa án nhân dân Tối cao – kinh nghiệm của Pháp đối với sự phát triển án lệ tại Việt Nam*”, Tạp chí Tòa án nhân dân (13).

¹⁶Rupert Cross (1977), “*Precedent in English Law*”, Oxford University Press, p. 38 – 41.

¹⁷Điều 3 Bộ quy định của TANDTC năm 2015 nhằm hướng dẫn chi tiết thi hành Các quy định của TANDTC liên quan đến các vụ việc có giá trị hướng dẫn xét xử năm 2010.

quan điểm chủ yếu của xét xử” của Vụ việc có giá trị hướng dẫn xét xử số 14 thể hiện: “***nếu*** một chưa thành niên phạm tội do nghiện sử dụng internet ***thì*** tòa án có thể cấm họ đến những nơi nhất định như là quán internet trong một thời gian nhất định”.¹⁸ Hiện nay, quan sát các án lệ đã công bố thì rõ ràng phần “Khái quát nội dung của án lệ” là được yêu cầu này. Tuy nhiên, cũng cần cố gắng thể hiện nội dung của phần này dưới hình thức một quy tắc khái quát theo cấu trúc “***Nếu*** ***Thì***...”. Mặt khác, khi viết phần này Ban biên tập án lệ không nên đưa quá nhiều biến số dẫn đến người đọc khó xác định được nội dung của quy tắc án lệ. Tuy nhiên, nếu trong tương lai pháp luật Việt Nam không còn tách chức năng tạo lập án lệ ra khỏi chức năng xét xử giải quyết vụ việc cụ thể giống như hiện nay thì phần yếu tố bắt buộc của án lệ hay quy tắc án lệ cần được thể hiện hay được viết trong phần lập luận của bản án, quyết định. Có thể tiếp kinh nghiệm của Pháp trong việc xây dựng yếu tố bắt buộc của án lệ trong bản án, quyết định dưới hình thức một quy phạm khái quát. Dĩ nhiên muốn thực hiện được mục tiêu này cần phải đào tạo và nâng cao trình độ, kỹ năng viết phần lập luận cho các thẩm phán, đặc biệt là đối với các thẩm phán ở các TAND cấp và TANDTC.

Thứ tư, không nên quy định về thứ bậc hiệu lực pháp lý của án lệ trong môi trường quan với hệ thống văn bản quy phạm pháp luật bằng cách liệt kê như hiện nay. Bởi vì có những văn bản quy phạm không có trong danh sách liệt kê, trong đó có cả Hiến pháp nếu nội dung án lệ không phù với các văn bản này chắc chắn các tòa án sẽ rất lúng túng. Ở Trung Quốc, Bộ quy tắc hướng dẫn chi tiết thi hành “Các quy định của Tòa án nhân dân tối cao đối với các vụ việc có giá trị hướng dẫn xét xử” năm 2015 giải quyết vấn đề nguyên tắc không áp dụng án lệ rất hợp lý. Tại Điều 12 của Bộ quy định này quy định trường hợp Vụ án có giá trị hướng dẫn không còn hiệu lực: (1) *Vụ việc có giá trị hướng dẫn xét xử mâu thuẫn với một đạo luật mới, văn bản pháp luật hành chính mới, hoặc văn bản giải thích pháp luật của ngành tư pháp mới; (2)...*”. Như vậy, cách thức quy định này vừa đáp ứng yêu cầu của nguyên tắc chung là án lệ có vị trí thấp hơn văn bản pháp luật trong hệ thống pháp luật vừa bảo đảm cho tòa án có sự linh hoạt khi áp dụng án lệ trường hợp nội dung án lệ không phù hợp với văn bản pháp luật. Theo tác giả, pháp luật Việt Nam nên tham khảo cách thức quy định này.

Thứ năm, không nên quy định hạn chế trường hợp tòa án không áp dụng án lệ “do có sự chuyển biến của tình hình”. Bởi quy định này vừa làm cho khó xác định phạm vi của “sự chuyển biến của tình hình” vừa tạo ra sự cứng nhắc trong hoạt động áp dụng án lệ của tòa án nếu đánh giá án lệ không hợp lý. Tham khảo kinh nghiệm từ Trung Quốc, tại điều 12 Bộ quy tắc hướng dẫn chi tiết thi hành “Các quy định của Tòa án nhân dân tối cao đối với các vụ án có giá trị hướng dẫn xét xử năm 2010” năm 2015 quy định về

¹⁸Mark Jia (2016), “Chinese Common law? Guiding cases and judicial reform” *Havard Law Review* [Vol. 129:2213].

trường hợp Vụ án có giá trị hướng dẫn không còn hiệu lực: “... (2) Vụ việc có giá trị hướng dẫn xét xử được thay thế bằng một vụ việc có giá trị hướng dẫn xét xử mới”. Quy định này mang tính khái quát án lệ cũ không được áp dụng khi có án lệ mới thay thế chứ không đi sâu giải thích nguyên nhân thay đổi án lệ cũng như quyền hạn và trách nhiệm của những người tham gia xét xử trong hoạt động thay đổi án lệ giống pháp luật Việt Nam. Điều này cho phép tòa án có thể áp dụng án lệ một cách mềm dẻo, linh hoạt hơn thực hiện nhiệm vụ bảo đảm công lý tốt hơn.