

# Tìm hiểu về khái niệm Rule of Law tại Hoa kỳ

**Đỗ Kim Thêm**

Mối quan hệ giữa Hoa kỳ và Việt Nam đã phát triển tốt đẹp qua thời gian. Hai nước đã trao đổi nhiều quan tâm chung từ mậu dịch đến văn hoá và an ninh. Việt Nam đã bán được nhiều nông sản phẩm và mua các mặt hàng có trình độ cao của Hoa kỳ nhằm cải thiện phương thức sản xuất và lối sống của mình. Số lượng sinh viên người Việt đến Hoa kỳ ngày càng nhiều để học những thành tựu khoa học mới mà Hoa kỳ hiện nay đang còn chiếm ưu thế. Việt kiều tại Hoa kỳ đã đóng góp đáng kể cho công cuộc đổi mới đất nước qua việc giúp đỡ thân nhân và đầu tư qui mô tại quê nhà. Những thành tựu ngoạn mục về đổi mới kinh tế của Việt Nam được các định chétài trợ và doanh nghiệp quốc tế ca ngợi, nhưng cho đến nay Việt Nam đã không có cải tổ luật pháp tương xứng như họ hy vọng. Trước những áp lực của họ và với ý thức vấn đề thay đổi hiến pháp và tôn trọng nhân quyền của người Việt, những thành tựu trong tiến trình cải cách còn quá ít so với sự mong đợi, dù Việt Nam luôn đề cao vai trò nhà nước pháp quyền. Trong khi Việt nam đang tiếp tục tìm hiểu về đất nước và con người Hoa kỳ thì một khía cạnh đặc biệt nhất là hệ thống pháp luật và khái niệm Rule of Law lại ít được công luận quan tâm. Giới thiệu những đặc điểm này nhằm đóng góp vào việc thảo luận chung hiện nay là mục tiêu của bài viết sau đây.

Không giống các nước Anh, Pháp và Đức khái niệm Rule of Law tại Hoa kỳ đã gắn liền với chủ thuyết về tự do của tư bản chủ nghĩa và hệ thống chính trị dân chủ. Đây chính là hai tiền đề đặt ra để tìm hiểu.

## I. Khái niệm về tự do

Chủ thuyết về tự do tại Hoa kỳ đề cao vai trò của cá nhân trong mọi quyết định. Mỗi người trưởng thành đều có quyền theo đuổi lối sống mà chính mình lựa chọn và không làm hại đến người khác. Hobbes và Locke đã đề xuất lý thuyết về khế ước xã hội nhằm giới hạn quyền tự do tuyệt đối cá nhân. Cả hai lập luận là cuộc sống mà không có luật pháp chỉ đem lại sự bất an cho mọi người. Do đó, mỗi cá nhân phải đồng ý từ bỏ một phần tự do tuyệt đối của mình để đánh đổi lấy sự bảo vệ của luật pháp mà xã hội mang lại. Nhưng đồng thuận đến mức độ nào cho sự đánh đổi này là vấn đề. Chính quyền tôn trọng tự do cá nhân nhưng cá nhân cũng phải tuân thủ pháp luật do xã hội đề ra. Ý niệm này đưa đến khái niệm về công bình trước pháp luật. Bất cứ ai cũng phải tuân hành pháp luật như nhau, kể cả chính quyền cũng không thể đưa ra những ưu quyền khi áp dụng luật pháp, mà bốn hình thức vệtự do cơ bản sau đây là một đặc điểm trong sinh hoạt dân chủ tại Hoa kỳ.

### 1. Tự do chính trị

Tự do cá nhân là điều không ai muốn, nhưng người dân chỉ từ bỏ khi đánh đổi nó để được gì cao quý hơn. Câu trả lời là cá nhân chỉ tuân thủ luật pháp do chính mình làm ra và vì đây chính là quyết định của mình mà không do người khác áp đặt. Vì làm luật để bảo vệ mình chứ không làm luật để chống mình, nên không có người dân nào đồng tình cho việc áp dụng những luật đàn áp. Những quyền tự do cơ bản theo ý nghĩa chính trị là tự do đầu phiếu, ngôn luận, lập hội và đi lại.

## 2. Tự do trước pháp luật.

Cá nhân chỉ được hưởng tự do đích thực khi chính quyền hành sử đúng luật pháp quy định. Đây là một đòi hỏi chính đáng vì cho dù người dân phải chấp hành luật pháp nhưng cũng cần phải biết trước chính quyền sẽ áp dụng luật lệ nào, hậu quả nào mình sẽ phải nhận lãnh khi vi phạm. Luật pháp, dù mang tính tổng quát, nhưng phải rõ ràng, có thể giải thích được theo tiêu chuẩn quy định. Hình luật là một thí dụ điển hình, không ai có thể bị trừng phạt mà khung hình phạt và tội danh không được quy định trước, và quan trọng nhất mỗi người được suy đoán là vô tội cho đến khi có bằng chứng ngược lại. Do đó, tự do trước pháp luật phải được hiểu là cá nhân được phép làm những gì mà luật pháp không cấm.

## 3. Tự do cá nhân

Tự do của cá nhân chỉ được tôn trọng khi những cấm đoán liên hệ đến tự do phải được quy định. Tại Hoa Kỳ những giới hạn này đã được đề rõ trong Bill of Rights. Theo đó thì tự do cá nhân có thể bị giới hạn về mặt thủ tục hay nội dung và chính quyền khi nào được can thiệp vào tự do cá nhân, trong chừng mực và lãnh vực nào. Đây là một vấn đề gây nhiều tranh luận trong học giới vì tự do cá nhân có liên hệ đến dân quyền và nhân quyền, mà hai phạm vi quan trọng nhất là tự do tôn giáo và tự do lương tâm. Điểm chủ yếu của hai tự do này là chính quyền không thể ngăn trở hay trừng phạt bất cứ ai vì niềm tin cá nhân của họ.

## 4. Tự do được định chế hóa.

Tự do cá nhân chỉ được bảo đảm khi bộ máy nhà nước tổ chức quy củ, điển hình là phải định chế hoá để gây niềm tin cho người dân mà hai nguyên tắc tam quyền phân lập và cơ chế phân quyền trung ương địa phương là hai điểm chủ yếu. Sự phân quyền này, nếu hữu hiệu, sẽ tránh được nguy cơ tập trung và lạm quyền mà cuối cùng là người dân chịu thiệt hại. Sự phân biệt thẩm quyền lập pháp và tư pháp là quan trọng nhất là vì luật pháp phải có trước khi được áp dụng. Chính toà án là nơi phán xét cuối cùng mọi hành vi các hoạt động của chính quyền và cá nhân là hợp hiến và hợp pháp hay không. Để đạt được yêu cầu này thì mọi người dân phải có tị nạn khiếu kiện khi quyền tự do của mình bị vi phạm. Một đặc điểm nổi bật của tự do được định chế hoá là

không phải cá nhân tự quyết định vấn đề mà chính hệ thống chính trị và luật pháp khi được định chế hoá sẽ mang đến một cơ chế bảo vệ hữu hiệu.

Bốn tự do nêu trên nếu được thực hiện đầy đủ thì tự do cá nhân người dân sẽ được bảo vệ tối đa. Điều này chỉ có trong một xã hội mà nền dân chủ đã được định hình mà quyền tự do là giá trị chung cho sinh hoạt xã hội được mọi người cùng tôn trọng và thực thi. Lý tưởng này cũng đã gây nhiều tranh cãi tại Hoa Kỳ khi tự do chính trị và quyền cá nhân là những xung đột thường trực.

## 5. Xung đột giữa chính quyền và dân quyền

Câu hỏi chủ yếu mà người dân trong một xã hội dân chủ đặt ra là: Ai cai trị tôi đây? Trong chừng mực nào thì họ được phép can thiệp vào đời sống cá nhân của tôi? Giá trị cao cả của chủ thuyết tự do là đề cao tự do cá nhân và hạn chế tối đa quyền can thiệp của chính quyền trong mọi sinh hoạt xã hội. Nói một cách lý tưởng, thì bất cứ sự can thiệp nào cũng là điều bất hạnh cho người dân, dẫn đến sự bất ổn và dễ phát sinh độc tài và mị dân, nhất là dễ mất tài sản. Kant cho rằng người dân có quyền tự do không tuân thủ bất cứ loại luật nào mà mình không ủng hộ. Ông đề cao vai trò tích cực của người dân trong các cuộc bầu cử nhưng chê trách những người còn đang học nghề, phụ nữ, gia nhân và tá điền vì họ không tham gia bầu cử. Quyền lợi của giới này luôn bị lệ thuộc vào người chủ nên họ lơ là việc đầu phiếu, từ đó mà giai cấp hữu sản dễ lạm dụng dân chủ.

James Madison và Alexander Hamilton trong the Federalist Papers cũng đề cập sự nguy hiểm của chế độ dân chủ. Hai ông cho rằng bảo vệ tự do công cộng, tôn trọng tự do cá nhân, chống lại mọi sự lạm dụng nhân danh dân chủ của đa số và phải duy trì tinh thần và hình thức của một chính quyền của toàn dân, đáp ứng tất cả mọi yêu cầu này cùng một lúc là một thách thức lớn. Dân chủ là hình thức cai trị tốt nhất nhưng lại có quá nhiều đe dọa cho quyền tự do kết ước và quyền tôn trọng tư hữu. Hai ông đề ra ba phương cách nhằm giới hạn những nguy hiểm do dân chủ mang lại.

Thứ nhất, nền dân chủ đại nghị được suy đoán là tốt vì luật pháp do tầng lớp trí thức làm ra, giới này có hiểu biết và suy luận nên không dễ bị lung lạc bởi những cảm tính nhất thời của quần chúng. Thứ hai, dù tam quyền phân lập và phân quyền theo cơ chế trung ương địa phương hạn chế sự tham gia trực tiếp của quần chúng, nhưng cơ chế này khó làm cho chính quyền biến thành một bộ máy thống trị. Chính vì xã hội bị phân tán quá nhiều qua các nhóm lợi ích và nhiều tầng lớp khác nhau, nên chính quyền không thể nào có khả năng kết hợp mọi quyền lợi dị biệt này để lạm dụng dân chủ dẫn đến độc tài. Thứ ba là vai trò kiểm soát của tư pháp. Hamilton cho rằng phải hạn chế thẩm quyền lập pháp của quốc hội và nâng cao vai trò của toà bảo hiến. Nhiệm vụ của toà án là kiểm tra mọi hành vi của chánh quyền và quốc hội, nếu không, việc bảo vệ quyền lợi người dân ghi trong hiến pháp và luật pháp trở nên vô nghĩa.

Giá trị của hiến pháp không chỉ đề cao mà phải được thực thi khi bị vi phạm. Cơ quan tư pháp không là một mối đe dọa cho hành pháp và lập pháp. Chế độ tài phán chịu trách nhiệm giải thích luật pháp, tố cáo và trừng phạt mọi hành vi phạm pháp.

John Marshall, thẩm phán tối cao pháp viện cũng theo quan điểm của Hamilton. Ông cho rằng mọi thủ tục xét xử của tòa án phải theo đúng quy định của hiến pháp. Hiến pháp nhằm đưa tới sự cai trị bằng luật pháp chứ không phải do sự cai trị của con người. Một hiến pháp thành văn phải quy định những biện pháp kiểm soát, đặc biệt là những giới hạn về thẩm quyền lập pháp. Nhưng đề cao quá mức vai trò của tư pháp trong việc xét xử sẽ đi đến phản dân chủ vì vấn đề bảo vệ quyền lợi của người dân cuối cùng cũng sẽ bị xâm phạm khi nền tư pháp bị lạm dụng. Thực ra cơ quan tư pháp cũng như lập pháp và hành pháp là một định chế dân chủ, cũng được bầu cử và bổ nhiệm theo đúng quy định dân chủ. Do đó tư pháp cũng bị kiểm soát, nên sự lạm dụng khó có thể xảy ra.

## 6. TỰ DO VÀ ĐẠO ĐỨC

Ý nghĩa cao cả của chủ thuyết tự do là tôn trọng tự do cá nhân. Mỗi người có quyền có niềm tin riêng và tự do theo đuổi và hành động những gì mà mình cho là tốt đẹp nhất cho đời mình. Nhưng tốt hay xấu lại là vấn đề đạo đức cá nhân trong lương tâm xã hội. Định nghĩa tốt xấu hay dở là do trình độ văn hoá và lối sống của từng cá nhân và sự chấp nhận của xã hội. Không ai có thể tổng quát hoá một lối sống hay một mục tiêu và áp đặt người khác phải tuân theo, nhất là trong một xã hội đa dạng và đa chủng. Tự do cá nhân chỉ có thể phát huy trong một xã hội dân chủ nếu xã hội này chấp nhận đa dạng về đạo đức. Hoa kỳ có nhiều sắc dân và khuôn mẫu văn hoá khác nhau, nên mô hình đa dạng về giá trị đạo đức và văn hoá là đặc điểm lịch sử và dễ được chấp nhận hơn. Tôn trọng tự do cá nhân và khoan dung trước những giá trị đạo đức khác biệt là một đặc điểm xã hội Hoa kỳ. Do đó, tự do phải đóng một vai trò trung dung trong việc hình thành khuôn mẫu đạo đức cho xã hội. Chính quyền không vì nhân danh tự do để áp đặt một khuôn mẫu đạo đức.

## 7. TỰ DO VÀ TƯ BẢN

Ý niệm về tự do liên hệ đến sinh hoạt kinh tế thị trường trong xã hội tư bản. Chủ thuyết tự do thường bị phê phán là một sản phẩm của giới tư sản khi căn cứ vào sự hình thành của thương giới và sự phát triển đô thị tại nước Anh trước đây. Locke giải thích khi bắt đầu có tài sản, doanh giới ý thức được sự phát triển thế lực nhằm chống lại mọi đặc quyền của giới quý tộc và giáo hội, đặc biệt chống lại mọi sự áp đặt thuế khoá bất công. Một trong những tự do được đề cao trong thời kỳ này là tự do kết ước các hợp đồng thương mại và lao động và quyền bảo vệ tài sản. Doanh giới còn đòi hỏi rằng khi chính quyền can thiệp vào các hoạt động kinh tế thì phải có những luật lệ rõ ràng có thể đoán trước và nhất là không làm hại đến các tự do hoạt động của họ.

Max Weber nêu rõ khi mọi hành vi của chính quyền có thể tiên đoán được và pháp luật bảo đảm được mọi hoạt động kinh tế đó chính là là tiền đề cho sự phát triển chủ nghĩa tư bản.

Chủ thuyết về tự do ra đời tại Hoa kỳ, đã là một trong những thành tố giúp cho sự phát triển hệ thống luật pháp, nhưng quan trọng nhất là sự thành hình hiến pháp, mà khái niệm chính sẽ được giới thiệu sau đây.

## II. Khái niệm về hiến pháp

Từ 1764 cho đến 1776 khái niệm về hiến pháp được định hình và làm khởi điểm cho mọi học thuyết về luật hiến pháp sau này. Từ constitution được sử dụng để chỉ tính cách tạo lập của hiến pháp. Luật hiến pháp quy định tổ chức của bộ máy nhà nước và các quyền cơ bản người dân, việc thành hình quốc hội và các trường hợp tu chính hiến pháp. Luật này phải được toàn dân biểu quyết và đặt được kiểm soát bởi các cơ quan tư pháp, mà tối cao pháp viện là một định chế cao nhất. Vì luật hiến pháp có tính tối thượng nên người Hoa Kỳ gọi là luật của luật (Rule of rules) mà người Việt có thói quen gọi là luật mẹ của các luật khác.

Các học thuyết luật hiến pháp đều đồng ý một điểm chung là quyền quyết định vận mệnh đất nước thuộc toàn dân mà hiến pháp là một bản văn quy định cao nhất. Dù thực tế có sự xung đột giữ chính trị và luật pháp, nhưng tinh thần thượng tôn luật pháp (Rule of Law), đặc biệt là luật hiến pháp là điểm chính. Từ đó khái niệm Rule of Law ra đời để nhằm đề cao vai trò pháp luật trong việc cai trị đất nước, chính tinh thần này quyết định chứ không phải bởi con người (rule of men). Tinh thần của Rule of Law tại Hoa kỳ biểu hiện sự bảo vệ các tự do cơ bản của người dân, đặc biệt là quyền tự do chính trị và quyền tự do dân sự mà hiến pháp đề ra mà ý nghĩa của nó đã được Montesquieu giải thích.

Đến thế kỷ XX thì khái niệm về luật hiến pháp tại Hoa kỳ được xét lại triệt để vì lý do luật pháp diễn biến phức tạp qua thời gian. Trước đây hiến pháp được coi là văn kiện bảo đảm dân quyền và thẩm quyền lập pháp của quốc hội được coi trọng. Thực tế cho thấy có quá nhiều tình huống xảy ra trong xã hội ngoài dự liệu của nhà lập hiến và lạm dụng của hành pháp, nên chế độ tài phán của cơ quan tư pháp lại được quan tâm. Ngược lại, học giới luôn cảnh báo là tính tối thượng của luật hiến pháp không còn nữa và lo ngại rằng chính cơ quan tối cao pháp viện làm mất đi sự an toàn pháp luật. Thực ra vấn đề này đã có từ lâu trong khi tối cao pháp viện quyết định các vấn đề vi hiến của lập pháp và hành pháp, điển hình là việc chánh án John Marshall chuẩn nhận tước lệ Marbury v. Madison từ 1803.

Tựu chung thì trong suốt thế kỷ XIX các học giả đã nêu lên hai mô hình chính của luật hiến pháp. Mô hình thứ nhất chiếm được ưu thế từ ngay sau khi nội chiến chấm

dứt mà nguyên tắc chủ yếu là những quyền tự do cơ bản được bảo vệ hữu hiệu khi nguyên tắc phân quyền và cơ chế chính quyền liên bang được thực thi. Bill of Rights là một phương tiện để bảo đảm quyền này nhằm chống lại sự can thiệp của chính quyền liên bang và đề cao việc thực thi quyền của người dân.

Mô hình thứ hai được áp dụng từ cuối thế kỷ XIX cho đến thời New Deal, đặc biệt là sau khi tu chính án XIV được phê chuẩn. Điểm chính là xác nhận ưu quyền của công dân liên bang trước quyền công dân tiểu bang. Mô hình thứ hai này dựa theo một án lệ giải thích của tối cao pháp viện về nguyên tắc trọng pháp theo luật thủ tục (the clause of due process). Tòa án quy định rằng chính quyền chỉ có chức năng của một người gác đêm và làm trọng tài trong mọi tranh chấp quyền lợi xã hội. Do đó, hiến pháp cần quy định rõ hơn về các thủ tục trong tự do kết ước. Dù đề cao tự do kết ước nhưng tòa án đã chống đối việc quy định khế ước lao động dành cho trẻ em.

Khái niệm về luật hiến pháp đã có phần nào nội hàm của Rule of Law, nhưng học giới đã góp phần trong sự định hình khái niệm này và được đề cập sơ lược sau đây.

### III. Khái niệm Rule of Law

1. Ngay từ thế kỷ XVIII các học giả về luật hiến pháp như Edmund Burke, Benjamin Franklin và Allan Ramsey đều có một nhận xét chung về hiến pháp Hoa kỳ là một sự tiếp nối lịch sử các truyền thống luật pháp của nước Anh. Nhưng khi giải thích về chủ thuyết lập hiến của Hoa kỳ thì họ lại cho rằng truyền thống luật pháp tại Hoa kỳ có chiều hướng canh tân hơn vì không có các vấn đề thuộc địa, mà có tinh thần cách mạng và thấm nhuần các tư tưởng của Locke và Sidney. Đây là một đặc điểm làm phát triển khái niệm Rule of Law trong suốt các thập kỷ 1760 và 1770. Chính John Adam, Thomas Jefferson và các học giả về luật hiến pháp đã tinh lọc được những tư tưởng về luật học của nước Anh để áp dụng vào trường hợp của Hoa Kỳ. Họ đã mạnh dạn đoạn tuyệt với tư tưởng quân quyền của nước Anh và đề cao quyền dân tộc tự quyết.

Các học giả đồng ý là có sự phân biệt về thẩm quyền lập hiến của người dân và thẩm quyền lập pháp của quốc hội. Quốc hội không thể nhân danh nhân dân và lý tưởng của luật pháp mà giới hạn quyền tối thượng của người dân, quốc hội chỉ là một phương tiện nhằm bảo tồn quyền của người dân và không thể thay thế quyền dân tộc tự quyết vì bất cứ danh nghĩa gì. Rule of law và rule of the people có một mối quan hệ chặt chẽ đưa đến ý niệm chung là người dân có quyền tự quyết trong tinh thần tôn trọng pháp luật. Ít nhất về mặt lý thuyết, điều này được duy trì cho dù điều V của hiến pháp đã quy định thủ tục tu chính hiến pháp khá phức tạp và thủ tục xét các hành vi vi hiến và vi luật của quốc hội đã được án lệ Marbury v. Madison chuẩn nhận.

Đến thế kỷ XIX khi các thảo luận về khái niệm Rule of Law và quyền dân tộc tự quyết các học giả đã chia thành hai ý kiến đối nghịch, populist republicanism và classical republicanism. Philip Pettit, đại biểu cho populist republicanism, cho rằng sự tham dự của quần chúng trong sinh hoạt chính trị là quan trọng nhất. Trong một nước dân chủ thì người dân rất ít khi cần đến cơ quan lập pháp và chính quyền. Toàn dân theo ông là một khái niệm diễn đạt một khối quần chúng thuần nhất và đồng dạng. Chính quyền, dù tiểu bang hay liên bang, chỉ là một cochế trung gian nhằm dung hoà mọi đòi hỏi quyền lợi dị biệt, nhất là tạo điều kiện cho sự dung hoà quyền lợi này qua thủ tục quyết định của đa số và nhất là tránh được tình trạng của rule of men.

Đối với Madison, đại biểu cho classical republicanism, thì đặc quyền của tối cao pháp viện cần phải hạn chế vì cơ quan này chỉ nên tập trung kiểm soát mọi hành vi hiến của quốc hội và không có đặc quyền giải thích hiến pháp. Chánh án Marschall cũng theo quan niệm này và cho rằng cần phải làm rõ thẩm quyền kiểm tra của tòa án trước về các hành vi vi hiến và vi phạm pháp luật. Xác định được đâu là quyền tự do chính trị và quyền tự do dân sự và loại bỏ được mọi trở ngại trong việc thi hành quyền dân tộc tự quyết là luận thuyết chính của classical republicanism.

2. Hai ý niệm này bắt nguồn từ bối cảnh của sự tranh luận gay gắt về ý nghĩa của cuộc cách mạng Hoa kỳ giữa hai đảng Republican Party và Federalist Party trong cuộc tranh cử vào năm 1800 và cuối cùng đem lại việc thắng cử của Jefferson. Jefferson cho rằng nền dân chủ của Hoa kỳ phải là một cuộc các mạng thường trực, đúng hơn là biểu hiện một tinh thần liên tục giữa các cuộc bầu cử và cách mạng. Jefferson tự hào sự thắng cử của ông chính là một cuộc cách mạng lần thứ hai của Hoa kỳ.

Có học giả cho rằng những tuyên bố trong lúc vận động tranh cử cũng như diễn văn nhậm chức của Jefferson đã làm suy yếu giá trị cao cả của hiến pháp và Rule of Law. Thật ra, Jefferson đã đề cao những nguyên tắc về quyền đầu phiếu của người dân mà không đề cập trực tiếp đến giá trị của Rule of Law. Ông ca ngợi quyền bầu cử của người dân vì đây là một phương tiện mềm dẻo và an toàn nhằm uốn nắn lại những lạm dụng từ những thành quả cách mạng mà thời kỳ ấy không có phương tiện nào khác để cải thiện. Theo tinh thần dân chủ đa số, Jefferson đề nghị cần phải đưa luật hiến pháp ra khỏi phạm vi chính trị. Quyền lực nhân dân chính sẽ định hình cho hoạt động của chính phủ và nguyên tắc này sẽ mang lại hạnh phúc cho toàn dân. Dĩ nhiên hành sử quyền dân tộc tự quyết không thể lập lại thường xuyên, khi người dân đã xác quyết những nguyên tắc này là quyền cơ bản thì nó được coi như là có giá trị hằng cửu. Những nguyên tắc hiến định này cũng phải giới hạn thẩm quyền lập pháp và mọi hành vi nào của quốc hội đi ngược lại nguyện vọng của người dân đều bị xem là vi hiến. Án lệ Marbury v. Madison là khởi điểm nhằm xác nhận lại thẩm quyền của cơ quan tư pháp nhằm bảo vệ những nguyên tắc hiến định.

Ngược lại, Marschall đã hậu thuẫn cho Federalist khi đề cao vị thế của tòa án. Học thuyết classical republicanism được John Adam và các học giả khác thuộc đảng Federalist triển khai. Họ đề cao yếu tố tín nhiệm của dân chúng nơi các đại biểu quốc hội. Trong khi các cá nhân thường bingham là dễ mua chuộc và quá nhiều quyền lợi dị biệt, do đó những ý kiến của người dân cần phải tinh lọc qua tiến trình chính trị mà việc bầu cử các đại biểu là một điển hình. Tham gia bầu cử của người dân là quan trọng vì nhằm ngăn ngừa sự thoái hoá của chính quyền qua các thái độ mị dân và độc tài, làm thiệt hại quyền lợi cho người dân.

Adam đã đào sâu ý nghĩa của chủ thuyết republicanism khi đem so sánh với nền cộng hoà của Pháp. Ông cho rằng Pháp và Anh đều dùng từ Republic, nhưng thật ra khác với tư duy của người Hoa kỳ. Ở Pháp và Anh từ Cộng hoà được hiểu đồng nghĩa với nền dân chủ nghị viện, có nghĩa là chính quyền là một tổng hợp mọi quyền lực vào một trung tâm và trung tâm đó chính là nhà nước, mà nhà nước là một tập hợp duy nhất được dân chúng trao cho quyền dân tộc tự quyết để sử dụng trong một thời gian nhất định. Đối với người Hoa kỳ thì sự đánh bại quân quyền không hề nhất thiết đưa tới một nền dân chủ với ý nghĩa tuyệt đối.

Adam nghi ngờ khả năng giải quyết vấn đề của chính quyền dân chủ vì trong xã hội có quá nhiều đòi hỏi bất hợp lý của dân chúng và thái độ mị dân của một thiểu số quý tộc. Nền cộng hoà của Hoa kỳ là kết quả của sự cai trị toàn dân, nhưng ý niệm về toàn dân sẽ không có được khi không có luật hiến pháp và những nguyên tắc bảo vệ người dân. Toàn dân không phải chỉ là một đa số thầm lặng, mà chính là khi đa số này lên tiếng và quyết định vận mệnh của mình. Quyền lực của nhân dân phải song hành trong tinh thần thượng tôn luật pháp (rule of law), và quyền lực này không phải là do con người cai trị (rule of men).

Để đạt lý tưởng này Adam đề xuất ý niệm kiểm soát và quân bình quyền lực (checks and balances). Ông cho rằng đây là một phương tiện hữu hiệu nhằm bảo vệ quyền tự do của người dân không bị xâm phạm khi chính quyền chỉ theo đuổi những tham vọng riêng. Adam không phủ nhận giá trị cao đẹp của quyền dân tộc tự quyết nhưng ông cho là dung hoà mọi thành quả cách mạng qua các xây dựng các định chế chính trị với phương thức kiểm soát và quân bình là chính. Đây là một hình thức nhằm duy trì quyền dân tộc tự quyết.

4. Trong suốt thế kỷ XIX công luận luôn chỉ trích về vai trò của tối cao pháp viện vì không quan tâm đến quyền lợi thiết thực của người dân, luật pháp xa rời thực tế nhất là mà chỉ có luật sư mới hiểu được luật và đất nước được cai trị những chuyên gia mà không có quyền ủy nhiệm của người dân.



Án lệ *Lochner v. New York* vào năm 1905 làm công luận càng không tin vào một nền tư pháp độc lập, và nhất là về hình ảnh của một vị chánh án công tâm khi xét xử, khi án lệ này thiên vị rõ rệt đề cao việc tự do trong kinh tế (*laissez faire*).

Mục tiêu của luật pháp là khách quan, nhằm giải quyết những tranh chấp trong những tình huống mà nhà lập pháp không thể quy định trong thực tế. Lý tưởng này không đạt được vì dân chúng không còn cảm nhận rằng luật pháp là tốt đẹp để bảo vệ họ, mà là một giải pháp tạm thời được toà án áp dụng cho phù hợp với một tình thế nhất thời. Do đó giá trị luật pháp được hiểu theo nghĩa rộng hơn là một giá trị hằng cửu. Tối cao pháp viện đã luôn luôn tìm cách chống lại các chỉ trích này và tạo một hình ảnh gần gũi dân chúng hơn. Do áp lực của công luận mà toà án cũng tự đề ra nguyên tắc tự chế, bớt can thiệp và tỏ ra tôn trọng thẩm quyền của quốc hội.

Sau năm 1939 tối cao pháp viện đã tự chuyển hoá từ một cơ quan chuyên bảo vệ quyền tư hữu thì nay lại quan tâm hơn đến các quyền dân sự khác và quyền của nhóm người thiểu số. Các quyết định của toà đã đem đến hai trào lưu mới trong việc bảo hiến. Khuynh hướng thứ nhất là bảo vệ những quyền cố hữu của con người, thuộc về nhân quyền, đó là quyền tự do tư tưởng và tôn trọng những bảo mật cá nhân. Khuynh hướng thứ hai nhằm vào bảo vệ quyền bình đẳng và quyền tất cả mọi người được hưởng mọi phúc lợi xã hội, nhưng nâng cao việc kiểm soát các tiêu chuẩn để được hưởng quyền này, nhằm tránh sự lạm dụng. Hai khuynh hướng này không những đã ảnh hưởng trực tiếp đến phần lớn của những quyết định chính trị mà còn làm cho toà án đóng thêm vai trò của nhà lập pháp. Sau thế chiến thứ hai và dưới thời Warren 1953-69 tối cao pháp viện đã có những nỗ lực đáng kể bằng cách chuẩn nhận hàng loạt các loại quyền mới mà hiến pháp không hề quy định trước đó, thí dụ như quyền bảo mật cá nhân và quyền phá thai.

Khủng hoảng niềm tin vào giá trị của luật pháp kéo dài trong nhiều thập kỷ đầu của thế kỷ XX và tạo nên nhiều xung đột giữa chủ thuyết hiến định và giá trị dân chủ, giữa quyền lực của tối cao pháp viện và sự độc lập của bộ máy nhà nước. Tình hình này thúc đẩy chính quyền cải tổ guồng máy chấp pháp và can thiệp mạnh về các vấn đề an sinh xã hội nhằm đem lại bộ mặt dân chủ hơn cho chính quyền. Một thí dụ điển hình là ban hành các luật chấm dứt tình trạng nô lệ và cho phép phụ nữ tham gia đầu phiếu.

Tóm lại, khái niệm về luật hiến pháp có hàm chứa tinh thần Rule of Law mà quyền tối thượng của nhân dân được tách rời ảnh hưởng chính trị. Nhưng đến thế kỷ XX thì học giới đã đưa ra nhiều phản biện về việc độc quyền giải thích hiến pháp, tính năng động của tối cao pháp viện và nhất là xác định lại tầm quan trọng và những giới hạn của Rule of Law.

#### IV. Những phản biện về khái niệm Rule of Law

Làm sao áp dụng khái niệm Rule of Law trong thực tế? Học giới tranh cãi và đề ra thuyết hiện thực trong luật pháp (legal realism) để tránh áp dụng Rule of Law một cách máy móc và đặt trọng tâm vào việc tôn trọng luật về hình thức mà luật thủ tục là chủ yếu. Khó khăn nhất theo họ là chứng minh mọi tranh chấp về luật pháp đều chỉ có thể giải quyết được bằng luật thủ tục, và đặt các tranh chấp ra ngoài những vấn đề nền tảng của xã hội. Dù theo lập luận chung của legal realism nhưng lại có một số học giả đưa ra đường hướng riêng để phản biện lại giá trị của Rule of Law và lập thành học thuyết Critical Legal Studies.

Các học giả thuộc Critical Legal Studies đã có một luận điểm chung: đặc điểm của Rule of Law là không thực tế, rời rạc và khó xác định được trong một thực tại xã hội phức tạp. Chánh án cũng là con người, không thể thoát khỏi định kiến cá nhân khi nghị án và xử án. Đạo đức thuần lý cũng không thể thay thế được luật pháp. Luật pháp chỉ là kết quả của những thoả hiệp trong mọi sự xung đột quyền lợi trong xã hội và là dấu vết còn lại của sự tranh chấp sau khi đã được xã hội công nhận. Bản chất của luật pháp và các hoạt động tài phán của tư pháp phải có tính cách chính trị. Giải thích luật pháp hay luật hiến pháp không thể thoát khỏi khuôn khổ của một ý thức hệ mà xã hội đã có vì phải cứu xét trên bản văn, tìm hiểu ý chí của nhà lập pháp, những nguyên tắc hiến định, ý nguyện của dân chúng đương thời vv.. Xác định Rule of Law trong tình huống ấy, thẩm phán phải tự đặt mình trong bối cảnh chính trị và kể cả đảm nhận vai trò của nhà lập pháp. Để phản biện giá trị của Rule of Law các học giả Antonin Scalia, Ronald Dworkin và Bruce Ackerman nêu lên những luận chứng tiêu biểu khác biệt nhau và được đúc kết sau đây.

### 1. Antonin Scalia: Rule of Law là Rule of Rules

Scalia đề cao những giá trị cố hữu của luật pháp mà những nguyên tắc của luật thủ tục phải được tôn trọng. Luật pháp phải có tính tổng quát, áp dụng phải chặt chẽ và ổn định, nguyên tắc bất hồi tố phải được tôn trọng và sự phân chia nhiệm vụ giữa các cơ quan phải được phân minh. Nếu hành vi của chính quyền có thể tiên đoán được thì người dân sẽ sống yên tâm trong việc hành sử tự do cá nhân của mình và phát huy nhân phẩm. Áp dụng nguyên tắc hình thức của Rule of Law là làm bớt đi những nguy hiểm do những biện pháp chuyên đoán của chính quyền và sự thiên vị của tư pháp, quan trọng nhất là không ai lạm dụng thành rule of men. Luật hiến pháp chỉ là bản văn nhằm xác định giới hạn nội dung của Rule of Law.

Scalia cho rằng chính Rule of Law trở thành rule of rules. Theo luận điểm này là nhà nước cũng phải tự đặt mình trong khuôn khổ của luật pháp (state under the law), dù là theo luật hình thức. Trong khi các khuynh hướng chung đều cho phép thẩm phán ngoài việc nghiên cứu bản văn còn tìm xem ý chí của nhà lập pháp và những tiêu chuẩn khác trong việc nghị án. Ngược lại, Scalia cho rằng đây là một nguy hiểm khi chánh án đi xa trong việc thực thi nhiệm vụ của mình. Scalia đề nghị trở lại tinh thần

khách quan của bản văn mà không tìm hiểu thêm về ý chí chủ quan của nhà lập pháp để giải thích luật pháp. Tinh thần thượng tôn luật pháp bắt nguồn từ những giá trị khách quan chứ không phải là ý muốn của nhà làm luật. Scalia cảnh báo rằng các chánh án ở Hoa Kỳ đã vi phạm đến vấn đề này khi dẫm chân lên thẩm quyền của nhà lập pháp.

Scalia đề nghị cần phải phân biệt ý nghĩa nguồn gốc và ý nghĩa hiện tại của văn bản luật pháp để giải thích vấn đề. Dĩ nhiên chánh án cũng cần tìm xem ý chí của nhà lập pháp khi khởi thảo luật để soi sáng cho ý nghĩa nguyên thủy. Có thể chánh án sẽ không thể tìm ra một một quan hệ nào để quy chiếu ý nghĩa của luật pháp vào vấn đề thực tại. Nhưng Scalia không tin về giá trị trường cửu của luật hiến pháp. Những gì mà hiến pháp mang đến giá trị trong quá khứ không nhất thiết sẽ có ý nghĩa cho tương lai, giá trị của nó cũng không tùy thuộc hẳn vào ý chí của nhà lập hiến mà còn tùy thuộc vào cơ chế tư pháp, nhất là khi cơ chế này không được bầu cử theo thể thức dân chủ. Đồng thời ông cũng cho là sự diễn dịch uyển chuyển luật hiến pháp là một nguy hiểm.

Theo Scalia, tìm hiểu luật hiến pháp chính là tìm hiểu những ảnh hưởng của xã hội bao trùm hệ thống luật pháp và đặc biệt là tìm hiểu những phương cách giải thích luật hiến pháp. Cách tìm hiểu này đưa đến suy luận là luật hiến pháp không thể dùng làm phương tiện để kháng trước những áp lực thay đổi của xã hội. Ngược lại, Scalia cho rằng mục tiêu tối hậu của hiến pháp là duy trì tinh thần Rule of Law qua thời gian. Điều này sẽ vô nghĩa khi không cho phép các thể hệ hiện tại không được thay đổi những giới hạn mà thế hệ trước đặt ra.

Scalia trình bày những sai lầm trong hệ thống giáo dục luật, phương cách đào tạo và tiêu chuẩn chọn lựa chánh án và những hậu quả tiêu cực khác làm ảnh hưởng đến hệ thống chính trị. Các đại học luật khoa khi giảng dạy môn luật hiến pháp không chú trọng đi sâu vào ý nghĩa bản văn hiến pháp mà tập trung về nghiên cứu án lệ. Thủ tục tuyển chọn thẩm phán của liên bang hoàn toàn tùy thuộc vào các dàn xếp chính trị có ràng buộc và bị ảnh hưởng bởi công luận. Vì thế việc hành sử thẩm quyền tư pháp độc lập của toà án bị đe dọa, nhất là các quyền tôn trọng quyền của thiểu số không được quan tâm.

Scalia còn nêu lên sự thoái hoá trong ngành tư pháp, đặc biệt là nguyên tắc dựa theo tiền lệ (*stare decisi*) không được áp dụng nghiêm chỉnh. Trong nhiều trường hợp khác, Scalia chứng minh rằng toà án đã quá cứng rắn khi giải thích luật. Dù dựa trên bản văn và tìm ra được ý nghĩa nguyên thủy của luật pháp, chánh án cũng còn khó khăn khi tìm phương thức áp dụng thích hợp trong thực tế, nhưng giải thích uyển chuyển là một nguy cơ trong sự an toàn của Rule of Law. Tìm những giải thích thuộc về bối cảnh lịch sử sẽ giúp cho chánh án giải quyết vấn đề, nhưng làm làm sao thuyết phục thế hệ hiện nay ràng buộc với những ý chí của nhà lập hiến cách đây 200 năm? Một thí dụ điển hình là Tu chính án VIII có nêu lên sự cấm đoán về những trừng phạt độc ác và bất thường (*cruel and unusual punishment*). Chánh án giải thích thế nào là độc ác theo

quan điểm hiện nay hay lại phải tiếp tục trung dẫn những quan điểm về đạo đức trước đây để lập luận? Sự ràng buộc về luật hiến pháp và tinh thần Rule of Law do đó không chỉ dựa trên ý chí của nhà lập hiến và bối cảnh lịch sử xa xưa, vì thế hệ mới có những nhận xét về giá trị luật pháp trong một lối tư duy và hoàn cảnh văn hoá khác.

## 2. Dworkin: Rule of Law là nguyên tắc đạo đức

Dworkin phản biện khái niệm Rule of Law khi ông lập luận là không phải văn kiện lập hiến mà chính những nguyên tắc đạo đức đề ra trong hiến pháp mới định hình cho khái niệm Rule of Law. Ông giải thích về những đóng góp của tối cao pháp viện trong những nỗ lực nhằm phát huy chủ thuyết tự do trong hậu bán thế kỷ XX và đề cao sự đóng góp này vì không hề làm suy yếu giá trị của tinh thần Rule of Law khi các chánh án đã áp dụng trong khuôn khổ của luật hiến pháp. Ông chứng minh tại sao cơ quan tư pháp đôi khi lại không theo quan điểm của cơ quan lập pháp khi giải quyết vấn đề. Nhờ thể tính cách chính thống của cơ quan tư pháp được nâng cao.

Dworkin giải thích khái niệm Rule of Law như sau. Khi tuân thủ nguyên tắc về luật hình thức, chánh án phải giảm bớt cứu xét các khía cạnh nội dung do luật pháp đòi hỏi. Khi không tìm được một giải đáp trong một khoản trống trong luật, chánh án không có cách nào khác hơn là dựa vào các định kiến chủ quan của mình để soi sáng vấn đề. Đây là một khó khăn đòi hỏi các chánh án phải có một thái độ cực kỳ thận trọng. Hiến pháp không phải là một bộ luật tổng hợp mà chính là những nguyên tắc căn bản. Nội dung chủ yếu của Rule of Law là đề ra những tiêu chuẩn chính là để phê phán về công bình xã hội mà luật pháp không đảm bảo và hiến pháp không giải thích chặt chẽ. Khái niệm về Rule of Law sẽ giúp cho chánh án có cơ hội xét lại và có thể can thiệp vào các thẩm quyền lập pháp. Nhưng lý tưởng này có nguy cơ là lạm quyền của chánh án làm giá trị của dân chủ bị đảo lộn. Để tránh hậu quả này Dworkin đề ra hai phương thức sau.

Dworkin cho rằng nền móng của dân chủ là chính quyền của toàn dân, nhưng cần phải phân biệt thế nào là hành vi tập thể (collective action). Thứ nhất là hành vi này không chỉ phản ánh được qua số liệu của thống kê. Khi có thông tin là thị trường ngoại hối của đô la Hoa kỳ hôm nay xuống giá, thống kê không có thể kiểm chứng được mục tiêu của các cá nhân và tô chức bị ảnh hưởng đến việc này. Hình thức thứ hai của hành vi tập thể là có đặc điểm của một cộng đồng. Nó bắt nguồn từ một hành vi có liên kết của tập thể (concerted action) mà trong đó mọi hành vi cá nhân đều kết hợp lại một để theo đuổi một mục tiêu chung. Chúng ta, toàn thể dân tộc (We, the People) khi phát biểu như vậy, đây không phải là một ý niệm thuần về thống kê và cũng phải là một kết hợp ngẫu nhiên mà là một nguyện vọng của của một cộng đồng chính trị trong tinh thần tự do dân chủ. Đây cũng là biểu hiện một nguyên tắc về đạo đức chung theo giá trị của hiến pháp.

Dworkin hiểu hiến pháp là một lối minh thị những nguyên tắc chung về đạo đức xã hội mà tất cả mọi người dân đồng thuận. Luật hiến pháp không phải là những thoả hiệp chính trị. Chính trị là một sân khấu để cộng đồng cùng nhau thảo luận những nguyên tắc chung về công bình và tôn trọng luật về thủ tục. Ông chấp nhận rằng hành vi của một cộng đồng xã hội khác với hành vi một cá nhân tạo nên cộng đồng, nhưng ông lại nhân cách hoá cộng đồng như một cá nhân sau khi đồng thuận những nguyên tắc chung. Những nguyên tắc này phải mang sắc thái đạo đức chặt chẽ và hợp thời. Hiến pháp chỉ là một bản văn đề ra những nguyên tắc, và là một tác phẩm của một tác giả. Công việc của chánh án khi diễn giải luật pháp không khác gì công việc phân tích văn chương của một nhà phê bình văn học.

Ông đồng ý là công việc giải thích này mang màu sắc chính trị. Giải thích luật pháp không phải là một độc quyền của chánh án và cũng bị ràng buộc theo đúng luật giải thích. Dworkin cho rằng không nên tách rời mối quan hệ luật pháp ra khỏi môi trường chính trị khi giải thích luật. Nhưng để giữ tính độc lập, tòa án không chỉ là giới hạn vấn đề giải quyết dựa trên quan điểm chính trị ưu tiên, không được tự quyền đưa ra một lối giải thích mà không giới hạn. Ngược lại, ông cho rằng chánh án phải tìm ra một câu trả lời đúng đắn và khách quan với một lối giải thích có tính cách tổng hợp, toàn diện theo tinh thần của luật hiến pháp.

Có hai khía cạnh khi giải thích về thẩm quyền của tối cao pháp viện, một liên hệ đến hoạt động chung của cơ quan tư pháp và một liên hệ đến quốc hội. Thẩm quyền hoạt động thuộc lãnh vực tư pháp hoàn toàn độc lập với mọi sinh hoạt quốc hội. Khi quốc hội biểu quyết luật thì phải theo quan điểm của đa số và nhất là tôn trọng những nguyên tắc về đạo đức theo tinh thần hiến pháp.

Ông đề ra hai nguyên tắc liêm khiết và thành tín. Nguyên tắc liêm khiết khi giải thích xuyên suốt mạch lạc là vấn đề mà chánh án phải tuân thủ. Chánh án phải tự coi mình là một người đối tác với các quan chức khác để cùng tìm ra một nguyên tắc chung về đạo đức cho các vấn đề xã hội hiện tại cũng như tương lai. Họ phải xem những đóng góp của mình có thích hợp với nhu cầu của xã hội không. Chánh án không thể đề xuất một lối giải thích do niềm tin cá nhân mà tự cho rằng đây là một giải pháp độc đáo. Chánh án không được tự giới hạn cách giải quyết vấn đề sao cho phù hợp mà quên đi tầm mức giá trị cao cả của luật pháp, mà nó liên hệ nhiều đến những lập luận dựa trên đạo đức hay chính trị. Khi giải thích về việc bảo vệ công bình chánh án phải đào sâu vào lý thuyết về công bình trong chính trị và triết học.

Ông đề ra nguyên tắc là các nhà lập pháp và chánh án phải tôn trọng sự thành tín khi thi hành nhiệm vụ của họ. Ông nghi ngờ là nhà lập pháp không thể tôn trọng nguyên tắc thành tín khi làm luật, vì luật pháp là kết quả của những sự thoả hiệp chính trị. Khuyết điểm này chính là nhiệm vụ mà chánh án phải thực thi. Một lối giải thích luật

pháp trong tinh thần liêm khiết sẽ gây được niềm tin cho dân chúng, chánh án sẽ làm cho những nguyên tắc đề ra trong luật hiến pháp được áp dụng liên tục và mạch lạc.

Dworkin ý thức là có sự cách biệt giữa lý thuyết và thực tế, giữa thuyết hiến định và việc thực thi quyền dân chủ. Không phải hình thức dân chủ đại nghị sẽ đương nhiên đem lại quyền dân chủ cho người dân mà chính là một nền dân chủ chỉ được thành hình qua thời gian với nhiều thành tố. Ông nghi ngờ các thủ tục tu chính hiến pháp là hữu ích trong việc xác định các loại quyền mới nảy sinh trong xã hội. Ông cho rằng việc giải thích và công nhận các quyền mới này qua cơ quan tư pháp là đủ, đặc biệt là khi giải thích về nguyên tắc công bình và tôn trọng luật thủ tục. Cần phân biệt các quyền đã được chuẩn nhận và chưa được chuẩn nhận. Ông cổ vũ là nguyên tắc chung về đạo đức cần phải nêu lên. Giải quyết vấn đề không tùy thuộc hẳn vào ý nghĩa riêng biệt mà đưa vào trong một khuôn khổ thuộc về lý tưởng tự do và bình đẳng mà hiến pháp đề ra.

Dworkin cho rằng luật pháp là một phương tiện đẩy mạnh việc hội nhập xã hội. Đây là một nhiệm vụ khó khăn khi chánh án chí công vô tư, không bị áp lực bởi các nhóm lợi ích và công luận, vừa nhằm bảo vệ dân quyền chống lại đàn áp của chính quyền. Khi công nhận một quyền mới nảy sinh trong xã hội thì chánh án phải tôn trọng những giá trị về đạo đức mà truyền thống luật hiến pháp mang lại và nhất là phải được thông qua những thủ tục dân chủ và nguyên tắc liêm khiết.

Tại sao các thế hệ tiếp nối phải bị ràng buộc vào ý chí của nhà lập hiến trước đây? Dworkin đã trả lời câu hỏi này dựa trên lý thuyết về đạo đức của ông. Hiến pháp là một trung tâm mọi cam kết của những nguyên tắc nhằm phát triển những bản sắc của một cộng đồng chính trị, mà thực tế cộng đồng này hành xử như là một chủ thể đạo đức. Hai giới triết gia và thẩm phán sẽ đóng góp nhiều cho giải quyết vấn đề luật pháp mang màu sắc chính trị tổng quát. Giải pháp của Dworkin thu hút được sự quan tâm của học giới vì có khả năng dung hoà hai đặc điểm ổn định và uyển chuyển trong khi giải quyết vấn đề tranh chấp giữa giá trị dân chủ và chủ thuyết hiến định.

### 3. Ackerman: Rule of Law và dualist democracy

Ackerman cho rằng hiến pháp tạo nên khái niệm Rule of Law mà nhà lập pháp phải bị ràng buộc, nhưng thẩm quyền lập hiến là một vấn đề khác. Đồng quan điểm với Jefferson, Ackerman cho rằng mỗi thế hệ phải có quyền tu chính lại những nguyên tắc của Rule of Law khi những ý chí của nhà lập hiến thuộc các thế hệ trước đã không còn phù hợp với nguyện vọng của họ nữa. Để giải quyết những vấn đề giá trị liên quan đến cách biệt thế hệ, toà án phải bảo đảm rằng các ý chí thay đổi hiến pháp này phải được thể hiện. Nghĩa vụ của người dân không phải luôn tuân theo những giá trị mà hiến pháp đã định sẵn hay hợp pháp mà chính là sự cam kết của người dân trong tinh

thần sử dụng quyền dân tộc tự quyết là quan trọng. Đó là luận điểm chính của Ackerman.

Khác hẳn với các phương thức giải thích luật hiến pháp đã quen thuộc trong học giới, Ackerman cho rằng quyền dân tộc tự quyết là khởi điểm, mà ông gọi là một nền dân chủ song hành (dualist democracy). Đây là một lối diễn đạt nhằm phân biệt với một nền dân chủ độc đạo (monist democracy). Một nền dân chủ có hai loại luật có mức độ khác nhau: quyền làm luật hiến pháp và quyền làm luật thông thường. Trong sinh hoạt bình thường thì người dân chỉ có hai cam kết rất giới hạn với chính quyền là đi bầu và đóng thuế. Chuyện làm luật thông thường là công việc của chính quyền và quốc hội. Khi giải quyết những vấn đề chính trị thông thường, chính giới phải đi tìm một thỏa hiệp nhằm dung hoà mọi quyền lợi dị biệt trong một nền dân chủ đa nguyên, nhưng trước những quyết định hệ trọng đến sinh mệnh đất nước, thì chính giới cần phải có khả năng huy động sự đồng thuận của toàn dân. Hiến pháp cho phép người dân có quyền hành sử thẩm quyền lập hiến của mình trong tinh thần dân tộc tự quyết như một chủ thể pháp luật. Đề cao quyền dân tộc tự quyết trong thẩm quyền lập hiến và nghi ngờ khả năng lập pháp trong việc biểu hiện ý chí chung là hai luận điểm Ackerman đặt ra. Đối với tối cao pháp viện, thì ông cho rằng trong điều kiện sinh hoạt bình thường và nhất là khi các nhóm lợi ích chiếm ưu thế, thì tối cao pháp viện giữ đúng vai trò gìn giữ những giá trị của hiến pháp và giải thích những ý chí chung của người dân.

Theo ông không có sự xung đột giữa lập pháp và tư pháp khi tư pháp duyệt xét các văn kiện lập pháp. Trước đây Alexander Bickel giải thích sự xung đột này là sự điều đối nghịch với nguyên tắc đa số. Ackerman cho rằng đây là một sự lầm lẫn vì thẩm quyền quốc hội là đại diện cho ý chí của toàn dân và dân chủ thường đồng nghĩa với dân chủ nghị viện. Khác với truyền thống luật pháp tại nước Anh, tại Hoa Kỳ ý chí của toàn dân và quyền tối thượng của quốc hội không đồng nghĩa. Nguyên vọng của dân chúng phải được lắng nghe trong tiến trình lập hiến và lập pháp. Ackerman cho là kiểm soát tính hợp hiến của một đạo luật có tầm quan trọng nhằm thể hiện giá trị của dân chủ, bảo vệ thành quả hiến định trong một thời kỳ nhất định mà nhân dân, dù không thể trực tiếp giải quyết, nhưng bị ảnh hưởng bởi quyết định này.

Lý thuyết về một nền dân chủ song hành có lợi điểm giải quyết những vấn đề nhạy cảm và tạo ra một lối thoát cho các lý thuyết về quyền. Khi bảo vệ quyền cá nhân, các lý thuyết gia của dân chủ độc đạo cho rằng để tránh sự lạm dụng của nhà lập pháp, cách tốt nhất là để là đưa vấn đề bảo vệ quyền lợi ra khỏi những tranh chấp chính trị nhất thời. Ackerman tin vào nguyên tắc đa số nhưng lại cho rằng quyền không chỉ là một sự đòi hỏi đơn thuần với ý nghĩa cố hữu của nó. Quyền phải đặt giới hạn trong khuôn khổ ý chí toàn dân và được thể hiện qua tiến trình lập hiến. Thẩm quyền lập hiến của toàn dân nghĩa là người dân có quyền tu chỉnh hiến pháp và đề ra những nguyên tắc mới cho Bill of Rights. Tuy nhiên, ông cũng thấy được nguy cơ một ngày

không xa làn sóng tôn giáo cuồng tín từ khối Á Rập sẽ lan đến Hoa kỳ có thể đưa đến việc xét lại Tu chính án I và thay đổi quan điểm về vai trò giáo dục của Thiên chúa giáo. Trong khi hiến pháp Đức minh thị rằng hiến pháp không được tu chỉnh các dân quyền cơ bản, thì hiến pháp Hoa kỳ lại im lặng trước vấn đề này. Ông giải thích là khác với Đức, ở Hoa kỳ, nhân dân là người gốc của mọi loại quyền nên bảo vệ dân chủ là tiên quyết và bảo vệ quyền là thứ yếu.

Ý thức việc khó khăn trong việc giải thích hiến pháp, Ackerman cho rằng thẩm quyền lập hiến của người dân trong hệ thống hiến pháp như là một nguồn giải thích có tính hàm ngụ. Ông chứng minh không phải những nỗ lực tái thiết sau thời kỳ nội chiến mà các Tu chính án XIII, XIV và XV ra đời và cũng không phải thời kỳ New Deal đã đem lại tu chỉnh điều V của hiến pháp. Tổng thống Roosevelt đã thực hiện một cuộc cải cách về thủ tục tu chỉnh hiến pháp bằng cách mở rộng những phương cách tương tự như tu chỉnh. Nỗ lực của Roosevelt được sự hỗ trợ của công luận và đảng Dân chủ, nên dự luật cải cách New Deal cũng đã thuyết phục được tối cao pháp viện. Để đạt mục tiêu này, Roosevelt đã không cần đưa ra những tu chỉnh thành văn mà nhờ đến phương cách giải thích của tối cao pháp viện như là một hình thức gián tiếp. Đặc biệt toà án giúp ông thuận lợi hơn trong việc bổ nhiệm những người hỗ trợ cho chính sách của ông.

Nhưng việc sửa đổi hiến pháp lại giao đặc quyền qua phương thức tu chính án của tối cao pháp viện cũng có nguy hiểm của nó, khi tối cao pháp viện lại độc quyền giải thích thẩm quyền lập hiến của toàn dân. Toà cần phải xác định thời điểm nào và với nội dung gì để phân biệt thẩm quyền lập hiến do dân quyết định và thẩm quyền lập pháp do quốc hội quyết định. Tổng hợp hai vấn đề này để giải quyết sẽ làm cho giá trị truyền thống của hiến pháp sẽ được nối tiếp. Về mặt lý thuyết, chỉ có thẩm quyền lập hiến của toàn dân mới quyết định được các quyền nền tảng để thể hiện bản sắc chính trị của dân tộc. Trên thực tế thì điều V của hiến pháp cho phép ý chí của người dân (không phải là ý chí của nhà nước) là có quyền tu chỉnh hiến pháp. Toà án có thể chuyển hoá vai trò của mình thành cơ quan bảo tồn những giá trị cao cả của Rule of Law do người dân uỷ nhiệm.

Thực ra, dân chúng tỏ ra bất mãn về các giải thích luật hiến pháp của tối cao pháp viện trong qua khứ. Mọi sự thắng thế khi phán quyết chỉ dựa trên nguyên tắc đa số (năm trên chính) của các chánh án. Không phải lúc nào tối cao pháp viện cũng đưa ra một giải pháp đúng đắn cho vấn đề khi trong một xã hội dân chủ có nhiều cơ quan đại diện dân chúng mà lại có nhiều lối giải thích khác và thuyết phục hơn.

#### 4. Sunstein: Rule of Law và chế độ tài phán

Giá trị của hiến pháp và dân chủ chính trị có đối nghịch nhau không? Rule of Law có bị đặt dưới chế độ tài phán không? Đây là vấn đề mà Sunstein đặt ra để luận giải. Nếu



Ackerman đề cao thẩm quyền lập hiến của toàn dân thì ông tìm ra mối quan hệ biện chứng giữa dân chủ và chủ thuyết hiến định để giải thích. Theo ông, chức năng duy nhất của cơ quan tư pháp là hỗ trợ cho tiến trình dân chủ và nên xét lại các luận điểm của republicanism đưa ra trong the Federalist. Không phải lúc nào động cơ thúc đẩy các hoạt động cá nhân cũng thuần về tư lợi kinh tế, mà còn có động lực chính trị. Họ muốn rằng ý kiến của mình được tôn trọng. Madison khi giải thích vấn đề này lại quy chiếu vào lý thuyết của Machavelli nhiều hơn. Theo ông, cần phân biệt rõ vấn đề và dựa trên theo chủ thuyết nhân bản và dân chủ đa nguyên.

Sunstein phê bình là Madison đã đòi hỏi là chính trị phải có đạo đức, tuy thế cũng không nên suy đoán lạc quan quá mức về bản chất đạo đức con người. Sunstein giải thích ý chí của nhà lập hiến là nhằm tập hợp những cam kết của toàn dân lại thành một chiến lược chung qua việc thiết lập một cơ chế bảo vệ, chống lại mọi sự phân hoá, đại diện nguy tao, thiên cận và cuối cùng nhằm đề những nguyên tắc điều hành chung của một cơ chế dân chủ mà chúng ta có thể tiên đoán được.

Hiến pháp có chức năng nhằm bảo vệ người dân chống lại chính quyền độc tài. Vì thế chính quyền phải có nhiệm vụ giải trình các lý do có thể hiểu được cho nhiều tầng lớp khác nhau trong những vấn đề khác nhau. Rule of Law, trong tinh thần này, sẽ đem đến sự đồng thuận cho người dân. Trong một tiến trình sinh hoạt dân chủ bình thường, mọi quyết định đều phải dựa trên nguyên tắc hiến định và phải có chịu sự kiểm soát của tối cao pháp viện. Do đó, cơ quan tư pháp là người thay thế nói lên ý chí của dân chúng qua biện pháp chế tài. Sunstein nhấn mạnh ý nghĩa nguyên thủy của nhà lập hiến và giới hạn thẩm quyền của toà án, vì nghị án và xử án phải thể hiện trong thủ tục dân chủ. Hai vấn đề quan trọng nhất là bảo đảm sự vận hành của tiến trình dân chủ và quyền lợi của nhóm người thiểu số.

Sunstein đã nghi ngờ các biện pháp tài phán của cơ quan tối cao pháp viện trong thế kỷ XX với lý do là các phán quyết của toà về các vấn đề tranh chấp chỉ đáp ứng những nhu cầu chính trị, hóa giải những tranh chấp và làm đầy mạnh các sinh hoạt trong hệ thống chính trị, thí dụ như loại các vấn đề tranh chấp tôn giáo ra khỏi chính trị. Vì có quá nhiều định chế khác biệt trong một xã hội dân chủ, nên giải quyết vấn đề luôn bị phân hoá theo các định chế này. Đây cũng là một nguồn xung đột tiềm tàng trong xã hội. Trong một hệ thống như thế, thì một tiến trình dân chủ chỉ hoạt động được khi mà các thành phần và mối liên hệ còn ít và ở mức độ thấp và các vấn đề có thể dàn xếp ổn thoả trong bóng hậu trường hay là thỏa thuận giữa các nhóm lợi ích. Trong một xã hội phức tạp, nếu muốn các hoạt động nền dân chủ hiến định trở nên hữu hiệu, thì diễn đàn đích thực cho dân chúng giải quyết các vấn đề quan trọng là môi trường chính trị chứ không phải là cơ quan tư pháp và diễn đàn này phải được phát huy một cách dân chủ. Theo Sunstein, một xã hội dân chủ đa nguyên không thể ủy thác cho chánh án vì họ chỉ làm việc theo những học thuyết quá trừu tượng và cản trở việc phát huy tiến trình dân chủ.

Thí dụ điển hình là tối cao pháp viện đã công nhận quyền phá thai vào năm 1973. qua án lệ Roe v. Wade. Toà án đã cứu xét vấn đề nóng bỏng này hoàn toàn dựa trên quan điểm pháp lý và gạt bỏ những tranh luận chính trị đương thời mà hậu quả là đem lại nhiều phân nộ trong công luận về hai quan điểm là chống hay cho phép ngừa thai. Thay vì mở ra một khuôn khổ đối thoại thông thoáng cho toàn xã hội cùng tham gia thì phán quyết đã có tác dụng ngược lại.

Nhìn chung thì Rule of Law vẫn còn quá trừu tượng dù khái niệm được hình thành qua thời gian bởi nhiều đóng góp khác biệt. Khi toà án dựa vào khái niệm này để tìm một giải pháp cho một trường hợp cá biệt nên đã không thể phản ánh được giá trị cao cả của nó. Tòa án đã không huy động dân chúng đạt được sự đồng thuận trong việc bảo tồn những nguyên tắc đa nguyên trong một xã hội dân chủ hiến định và nhất là tìm ra một mối quan hệ biện chứng giữa các thẩm quyền khác nhau.

Tóm lại, Critical Legal Studies đã đóng góp quan trọng trong việc bổ sung khái niệm Rule of Law. Phản biện của Scalia, Dworkin, Ackerman và Sunstein đã làm sống lại ý chí của nhà lập hiến và quyền dân tộc tự quyết. Giá trị của hiến pháp được mở rộng trên quan điểm xã hội học toàn diện. Hiến pháp là nơi mà người dân có quyền quyết định vận mệnh đất nước mà còn xây dựng đất nước thành một cộng đồng với những bản sắc chính trị độc đáo. Chính mối quan hệ giữa quyền dân sự và quyền chính trị tác động vào nhau làm sáng tỏ chủ thuyết hiến định. Việc đề cao ý nghĩa quyền dân tộc tự quyết đã vượt qua các khuôn khổ giải thích trước đây, từ sinh hoạt trong tiến trình dân chủ bình thường cho đến thủ tục tu chính hiến pháp. Luận giải của Ackerman về lý thuyết dân chủ song hành và nêu cao quyền dân tộc tự quyết đã thu phục được công luận, nhất là khi chúng tỏ được nguy cơ do cơ quan tư pháp mang lại. Những thủ tục tu chính hiến pháp thích hợp sẽ tránh cho Hoa kỳ có những thay đổi táo bạo vượt ra khỏi khuôn khổ, vừa bảo đảm dân quyền vừa giải quyết các tranh chấp. Dù toà án đóng góp quan trọng trong sinh hoạt dân chủ, nhưng hoàn toàn không có khả năng thay thế những thảo luận của công chúng trong vấn đề hệ trọng của đất nước. Chủ điểm của Critical Legal Studies là chính dân chúng cần được khuyến khích tư duy độc lập và hành động trong một môi trường tự do và Rule of Law không chỉ có khía cạnh tôn trọng luật pháp mà còn giữ gìn đạo đức và phát huy công bình xã hội.

## V. Kinh nghiệm cho Việt Nam?

Bài viết này còn nhiều thiếu sót vì trình bày quá đơn giản, loại bỏ những thuật ngữ trừu tượng và nhất là không đã đưa ra các luận giải xuất sắc trong án lệ làm cho khái niệm Rule of Law có một được giá trị như ngày nay.

Suphát triển và áp dụng khái niệm Rule of Law của Hoa kỳ đã để lại một số kinh nghiệm mà Việt Nam có thể tiếp thu trong những nỗ lực cải cách, mà các điểm chủ yếu là:

- Người dân không chỉ đi bầu và đóng thuế mà có thẩm quyền tối thượng quyết định vận mệnh của đất nước và thể hiện bản sắc chính trị của dân tộc

- Dù bảo vệ thành quả cách mạng nhưng vẫn tôn trọng quyền dân tộc tự quyết của toàn dân

- Ý chí của toàn dân, ý chí của nhà nước và quyền tối thượng của quốc hội không đồng nghĩa.

- Thẩm quyền lập hiến của toàn dân khác với thẩm quyền lập pháp của quốc hội

- Nhà nước cũng phải tự đặt mình trong khuôn khổ của luật pháp.

- Khi ý chí của nhà lập hiến trong quá khứ không còn phù hợp với nguyện vọng của thể hệ hiện tại thì hiến pháp phải được tu chỉnh

Những tiền đề này có thể làm khởi điểm cho các nghiên cứu nghiêm túc tại Việt Nam hay không đó là còn là một câu hỏi và một niềm hy vọng cho chúng ta.