

CHÍNH SÁCH CỦA CÁC NƯỚC CHÂU ÂU VỀ CHUYỂN HÓA LUẬT

GS.TS. Helen Xanthaki¹

Định nghĩa ngắn gọn về chuyển hóa luật

Thuật ngữ “chuyển hóa luật” được sử dụng một cách lỏng lẻo để chỉ quá trình và sản phẩm của sự chuyển hóa một chính sách, khái niệm, ý tưởng pháp luật hoặc một giải pháp lập pháp từ một nền tài phán sang một nền tài phán khác. Đây là một quá trình phổ biến về cải cách luật pháp thành công trong phạm vi châu Âu và cả phạm vi quốc tế nữa. Chuyển hóa luật mang lại rất nhiều lợi ích nhưng cần được thực hiện một cách cẩn trọng.

Mục đích của bài trình bày này là nêu khái quát về chuyển hóa luật với trọng tâm cụ thể là tại châu Âu. Châu Âu là một hình mẫu điển hình về chuyển hóa luật ở hai cấp độ: giữa các nền tài phán (tức là từ một nước châu Âu này sang một nước châu Âu khác) và theo chiều dọc (từ Liên minh châu Âu xuống các quốc gia thành viên của Liên minh). Trong bối cảnh có sự đa dạng về hệ thống luật pháp, ngôn ngữ pháp lý, tư duy pháp lý và văn hóa tại châu Âu, sự thành công và khối lượng các luật được chuyển hóa ở châu Âu chứng tỏ cho tính hữu dụng của chuyển hóa luật như là một công cụ cho cải cách pháp luật và sự điều chỉnh bằng pháp luật.

Tại sao cần chuyển hóa luật?

- Nghiên cứu các chính sách và giải pháp lập pháp của nước ngoài thực sự là một sự tưởng thưởng về trí tuệ.
- Nghiên cứu những chính sách và luật pháp xuyên quốc gia làm chúng ta ít chịu ảnh hưởng của tư tưởng dân tộc mình là trung tâm hơn. Việc nghiên cứu mở rộng hiểu biết của chúng ta và gợi ra khả năng khai sáng.
- Người thông thái là người học kinh nghiệm từ người khác.
- Để tiết kiệm chi phí: thay vì tự làm luật, hãy “mua” những luật đã làm sẵn ở những nơi khác.
- Tạo tính chính danh thông qua việc vay mượn từ những đạo luật được coi là uy tín (hiện đại, được làm tốt...)
- Tăng cường sự hợp tác giữa nền tài phán cho và nhận thông qua việc làm hài hòa hệ thống pháp luật (việc này có thể thúc đẩy hoạt động thương mại).

¹ GS.TS. Helen Xanthaki là Giáo sư luật và soạn thảo luật, và là Giám đốc Trung tâm Nghiên cứu Lập pháp Sir William Dale Thuộc Viện nghiên cứu pháp luật cao cấp, Đại học Luân Đôn.

Những hệ thống luật pháp nào chúng ta có thể so sánh?

Có những sự chia rẽ nhất định trong niềm tin của những nhà nghiên cứu so sánh. Một trong những niềm tin đó là chỉ những hệ thống **đồng quy hay tương tự** mới có thể thu lợi từ kinh nghiệm của nhau, vì thế cần cố gắng mở rộng phạm vi của những hệ thống thuộc “*ius commune mới*” (tên của đạo luật mà các khu vực của châu Âu đều có trước khi diễn ra phong trào pháp điển hóa – ND) trong bối cảnh của một châu Âu mở rộng. Tuy nhiên, nhiều hệ thống trong quá trình chuyển tiếp lại nhìn sang và được truyền cảm hứng bởi những nền tài phán mà hệ thống luật pháp khác biệt với họ. Vậy lý giải điều này như thế nào? Những mô hình đa dạng đó có thực sự hữu ích không? Xử lý những bất cập nảy sinh như thế nào?

Watson, một bậc tiền bối (guru) trong lĩnh vực chuyển hóa luật², cho rằng các quy định pháp luật là tương tự nhau ở nhiều nơi, và rằng “cho dù là nguồn gốc lịch sử của chúng có như thế nào, nhiều quy định của luật tư có thể tồn tại mà không có bất cứ liên hệ gần gũi với một dân tộc nào, một thời điểm nào hay một địa danh nào”. Ngài Basil Markesinis thúc giục các nền tài phán tăng cường tương tác tri thức và việc vay mượn từ nhau. Vì thế, người ta **không cần quan tâm đến cuộc tranh luận** giữa tính tương đồng hay khác biệt nữa: người ta có thể mượn mọi thứ từ bất cứ đâu.

Những học giả khác ủng hộ quan điểm cho rằng **chỉ có những khác biệt** mới giúp chúng ta có những bài học: chỉ có những khác biệt mới giúp tăng cường hiểu biết pháp luật trong xã hội.

Thể hiện quan điểm đứng giữa hai trường phái này, **Schlesinger** chỉ ra rằng “so sánh nghĩa là xem xét và giải thích những điểm tương đồng cũng như khác biệt” và do đó, người ta có thể nhấn mạnh những khác biệt hoặc những tương đồng. Ông đề cập đến những thời kỳ **so sánh “chất lượng”** với việc nhấn mạnh vào những khác biệt và những thời kỳ được gọi là **so sánh “toàn diện”** tập trung vào những điểm tương đồng. Schlesinger đã đối lập khái niệm “luật so sánh toàn diện” với khái niệm “luật so sánh chất lượng” và ông kết luận rằng tương lai thuộc về “luật so sánh toàn diện”.

Tại châu Âu, “những người chủ trương tìm kiếm một *ius commune* (tên của đạo luật mà các khu vực của châu Âu đều có trước khi diễn ra phong trào pháp điển hóa – ND), những người cố gắng để hội nhập các hệ thống pháp luật với nhau, đang hướng đến một thế giới luật pháp bao gồm những điểm tương đồng, ví dụ như Anh và Ai-len.

Nằm ở cực đối lập là Legard – người cho rằng chuyển hóa luật không có một chút hữu ích nào: bởi vì các đạo luật được làm để vận hành trong một môi trường luật pháp, văn hóa và xã hội của một nước và nó không thể nào vận hành tương tự ở một môi trường khác.

Zweigert và Kötz chỉ ra rằng Rudolf Jhering đã đưa ra một câu trả lời mang tính khẳng định đối với những ai phản đối việc du nhập các khái niệm nước ngoài khi nói rằng “Việc chấp nhận những thể chế pháp luật nước ngoài không phải là một vấn đề về tính dân tộc mà là vấn đề

² Về phân tích thuật ngữ này, xin xem thêm E. Öcürü, “Critical Comparative Law: considering paradoxes for legal systems in transition” in [1999] 59 *Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking*; also see E. Öcürü, “Law as Transposition” [2002] 51 *ICLQ* 205-223, p.206.

về **tính hữu dụng** và **nhu cầu**. Không ai lại đi bắt lấy một thứ từ xa khi họ đã có một thứ tốt bằng hoặc tốt hơn ở nước mình, nhưng cũng không ai lại đi từ chối cây ký ninh (quinine) chỉ bởi vì cây đó không mọc trong vườn sau nhà mình”. Vì thế khi nhìn vào câu hỏi về sự khác nhau giữa hệ thống thông luật và dân luật và nhấn mạnh đến tính hữu dụng, thì vấn đề thực sự ở đây không phải là từ chối cây ký ninh mà là dùng nó như thế nào. Dùng với nước? Với nước hoa quả? Trong một cái ly? Cái cốc? Hay nhai? Hay nuốt toàn bộ? Như vậy vấn đề là chấp nhận những gì và kỹ thuật chấp nhận như thế nào chứ không phải là nguyên tắc chấp nhận một quy định hay giải pháp mà không có cách nào để thương thảo, chẳng hạn như việc áp dụng một chỉ thị của EU.

Và người ta có thể kết luận rằng chuyển hóa luật có thể đặc biệt có lợi cho cả bên nhận và bên cho. Đối với bên nhận, chuyển hóa luật mang đến khả năng nhìn thấy được kết quả của luật sẽ chuyển hóa mang lại và khả năng điều chỉnh để phù hợp. Nhưng thành công của chuyển hóa luật thực sự phụ thuộc vào cách thức mà hệ thống luật pháp của nước nhận lựa chọn và chấp nhận. Như Kahn-Freund đã cảnh báo, chuyển hóa luật có thể dễ dàng thành công nhưng có khi đơn giản chỉ là sự thất bại. Tính hữu dụng và sự cần thiết là những điều kiện trung tâm đối với việc nên vay mượn gì. Mặc dù Arvind đã đúng khi cho rằng không có hệ thống luật pháp nào là tù nhân của chính truyền thống của mình, những luật được nội luật hóa thành công có thể cho thấy là hiệu quả và chuyển hóa luật không phải nhất thiết dẫn tới sự xóa bỏ hoàn toàn bản sắc quốc gia; tương lai thuộc về sự **“thống nhất trong đa dạng”** hơn là về **“thống nhất thông qua đồng nhất và chuẩn hóa”**.

Chúng ta có được sự giúp đỡ gì từ chuyển hóa luật?

Đối với các nhà nghiên cứu có quan điểm mang tính quy phạm, việc nghiên cứu chính sách và pháp luật nước ngoài đóng vai trò như một **công cụ để phân loại các hiện tượng pháp luật** và để xác định liệu những hiện tượng giống nhau có thể được giải thích bằng những nguyên nhân giống nhau. Đối với nhiều luật sư, việc so sánh cung cấp một khuôn khổ mang tính phân tích để xác định những khác biệt luật pháp và những điểm cụ thể.

Gần đây hơn, các so sánh giữa các quốc gia đóng vai trò như là những **công cụ để hiểu biết tốt hơn** những hệ thống, cấu trúc và thể chế pháp luật khác.

Sự phát triển của hướng tiếp cận thứ ba này trùng hợp với sự gia tăng hợp tác và xây dựng mạng lưới quốc tế và liên ngành về khoa học xã hội, vốn phát triển mạnh từ thập kỷ 1970 bởi nhiều sáng kiến trên khắp châu Âu. Ủy ban châu Âu đã xây dựng một số chương trình quy mô lớn, và nhiều mạng lưới và trung tâm quan sát đã được thành lập để theo dõi và báo cáo về những diễn biến luật pháp, xã hội và kinh tế ở các quốc gia thành viên. Đồng thời, các cơ quan chính phủ và các cơ quan tài trợ nghiên cứu đã ngày càng quan tâm hơn đến các so sánh quốc tế, như là một công cụ để đánh giá các giải pháp được sử dụng để đối phó với những vấn đề chung hoặc để đánh giá khả năng chuyển giao các giải pháp này giữa các quốc gia thành viên.

Quá trình so sánh chính sách và pháp luật nước ngoài với trong nước để hiểu và cuối cùng là để chuyển hóa luật là gì?

Phương pháp khảo sát hoặc mô tả vốn thường cho ra những kết quả đánh giá mới nhất, thường là giai đoạn đầu tiên trong bất cứ dự án so sánh quốc tế quy mô lớn nào, chẳng hạn như những dự án do các mạng lưới và trung tâm quan sát châu Âu triển khai. Cách tiếp cận liệt kê để so sánh thường được sử dụng ở giai đoạn này: dữ liệu theo các tiêu chuẩn định trước được thu thập bởi các cá nhân hoặc nhóm từ những tài liệu hiện có hoặc các nghiên cứu tin cậy được liệt kê cạnh nhau thường xuyên mà không được so sánh một cách hệ thống. Một số dự án quy mô lớn được thiết kế để làm mẫu cho các dự án khác và do đó trọng tâm là vào mức độ có thể thay đổi quan sát được từ các tài liệu thu thập ở từng quốc gia.

Những dự án như vậy sử dụng một số phương pháp: **phương pháp quy nạp** bắt đầu từ việc đưa ra một giả thuyết được định nghĩa tương đối lỏng lẻo và tiến dần tới việc chứng minh giả thuyết đó; **phương pháp diễn dịch**, áp dụng một lý thuyết chung cho một trường hợp cụ thể để diễn giải những yếu tố nào đó; **phương pháp chứng minh**, được sử dụng để khẳng định và sàng lọc một lý thuyết. Thay vì việc một nhà nghiên cứu hoặc một nhóm các nhà nghiên cứu khảo sát bối cảnh của riêng nước mình và sau đó rút ra thông tin thì một nhà nghiên cứu hoặc một nhóm của một quốc gia sử dụng “hướng tiếp cận safari” để xác định vấn đề và giả thuyết nghiên cứu và tiến hành nghiên cứu ở nhiều quốc gia, sử dụng các mô hình thiết kế thử nghiệm để thu thập và phân tích những dữ liệu mới. Phương pháp này thường được sử dụng khi số quốc gia tham gia dự án là một nhóm nhỏ và nghiên cứu mang tính định tính, khi mà các nhà nghiên cứu xem xét các vấn đề đã được xác định rõ trong bối cảnh của hai hoặc nhiều hơn các quốc gia, và các nhà nghiên cứu cần có hiểu biết sâu về những nước mình tiến hành nghiên cứu. Cách làm bao gồm việc kết hợp các khảo sát, phân tích dữ liệu thứ cấp cùng với những quan sát cá nhân và diễn giải các kết quả tìm được trong những bối cảnh xã hội rộng lớn hơn.

Làm sao để xác định những khái niệm nào là chuyển hóa được? Các ví dụ về chuyển hóa luật

Có ba loại khái niệm có thể chuyển hóa được: các khái niệm mở rộng, các khái niệm dựa trên chức năng và các khái niệm phổ biến.

Sự hình thành **khái niệm mở rộng** được thực hiện thông qua việc **liệt kê những yếu tố chung** của các chính sách và luật được nghiên cứu. Những yếu tố chung là những điểm chung được tìm thấy ở những quy định pháp luật khác nhau hoặc một phần của các quy định thuộc nhiều hệ thống khác nhau. Theo cách làm này, tập hợp các quy định của từng quốc gia có thể được xác định thông qua các thuật ngữ pháp lý, ví dụ như cụm từ “Wohnungseigentum” của Đức và “copropriété des immeubles bâtis” của Pháp. Hai khái niệm này có chung yếu tố là “apartment ownership” (sở hữu căn hộ) trong tiếng Anh. Ví dụ sau đây minh họa cho thông tin từ những khái niệm mở rộng. Nhà nghiên cứu so sánh có thể đặt cạnh nhau thuật ngữ của Đức “Diebstahl” và khái niệm “ăn trộm” (theft) của Anh “Bất cứ ai lấy động sản của một người khác với ý định sử dụng cho mình một cách bất hợp pháp sẽ bị trừng phạt ...”.³ “Một người phạm tội ăn trộm nếu như người đó sử dụng tài sản thuộc về người khác một cách không trung thực nhằm mục đích lấy tài sản đó vĩnh viễn cho mình”. Trong câu đầu tiên, quy định pháp luật được xác

³ “Wer eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen, wird ... bestraft.”: Article 242 Strafgesetzbuch; see <http://sunsite.informatik.rwth-aachen.de/germlaws/stgb/p242.html>.

định bằng cụm từ “Diebstahl” của Đức và trong câu thứ hai, quy định pháp luật được xác định bằng cụm từ “theft” trong luật của Anh. Những thành tố chủ quan và khách quan chung được xác định qua việc so sánh những quy định này: “tài sản” và “hành động lấy” là những thành tố chung của hai khái niệm này và bỏ đi yếu tố “bất hợp pháp” và “không trung thực”. Như vậy có thể kết luận rằng thuật ngữ “Diebstahl” của Đức và “theft” của Anh có thể so sánh được với nhau và khái niệm mở rộng được sinh ra từ việc liệt kê những yếu tố chung.

Sự hình thành các **khái niệm dựa trên chức năng** diễn ra trong mối quan hệ với các vấn đề xã hội mà các quy định của pháp luật là một giải pháp để xử lý chúng. Theo quan điểm này, điểm khởi đầu cho việc so sánh không nằm trong luật mà ở trong chính vấn đề xã hội cần điều chỉnh. Ví dụ như “nhận nuôi hoàn toàn” và “nhận nuôi hạn chế” là những khái niệm có khả năng áp dụng để xử lý vấn đề trẻ em bị bỏ rơi. Các khái niệm dựa trên chức năng sinh ra từ cách nhìn nhận của khoa học xã hội. Quan điểm này nằm ngoài phạm vi các hệ thống pháp luật đang được bài viết này so sánh. Như vậy, việc chắt lọc từ khái niệm của các quốc gia cần được thực hiện. Các khái niệm dựa trên chức năng là đề cập đến những quy định pháp luật mặc dù chúng nên độc lập hoàn toàn với các khái niệm pháp lý. Các khái niệm dựa trên chức năng liên quan tới những nhu cầu hay vấn đề thực tế ở những xã hội khác nhau. Theo quan điểm này, các quy định pháp luật thuộc các hệ thống khác nhau sẽ có tác động mang tính xã hội lên hành vi của con người để nhằm đáp ứng các nhu cầu của xã hội. Như thế, các nhà nghiên cứu so sánh cần phải xác định những nhu cầu hay vấn đề chung và những quy phạm pháp luật nào là giải pháp cho những vấn đề chung đó. Các quy phạm được coi là sẽ là các giải pháp chứng minh cho những thông tin của khái niệm dựa trên chức năng. Những tiền đề nhấn mạnh hướng tiếp cận theo chức năng này đưa đến điểm khởi đầu cho việc so sánh: chẳng hạn như khái niệm “apartment ownership” nêu trên cho phép có sự so sánh quy định của những hệ thống pháp luật khác nhau liên quan đến cùng một vấn đề hay nhu cầu là thiếu nhà ở. Theo Zweigert và Kötz, việc xem xét chức năng xã hội là quan điểm chung mà các nhà nghiên cứu cần có. Hai vị cho rằng quy định của các hệ thống luật pháp khác nhau có thể được so sánh nếu như chúng phục vụ cùng một chức năng. Các quy định pháp luật của mỗi xã hội đều cơ bản xử lý những vấn đề giống nhau. Thay vì đặt câu hỏi “Hiện có những quy định nào về hợp đồng bán hàng trong luật nước ngoài?”, các vị này chủ trương đặt câu hỏi “Luật nước ngoài bảo vệ các bên khỏi những bất ngờ nảy sinh như thế nào?” Constantinesco phản đối quan điểm của Zweigert và Kötz. Theo Constantinesco, các khái niệm về chức năng của Zweigert và Kötz là quá rộng và không được định nghĩa tốt bởi vì chúng đề cập đến mối quan hệ nhân quả được ẩn giấu giữa các quy phạm pháp luật và việc giải quyết một vấn đề xã hội: tác động đối với xã hội của các quy định pháp luật là khó xác định được, tuy nhiên, như vậy trong hầu hết trường hợp, khái niệm về chức năng của Zweigert và Kötz khó được sử dụng thực tế. Sẽ có những giải thích thêm cho những lập luận bổ sung này. Sự hình thành các khái niệm dựa trên chức năng diễn ra liên quan đến những vấn đề xã hội chẳng hạn như thiếu nhà ở, và cụm từ “sở hữu căn hộ” là giải pháp chứa đựng hàm ý là các nhà lập pháp quan tâm tới việc xây dựng nhà chung cư. Như vậy, các nhà nghiên cứu so sánh cần khảo sát tác động đối với xã hội của những quy định khác nhau về “sở hữu căn hộ”, đặc biệt là cần khảo sát tất cả những tác động mong muốn và không mong muốn của các quy định pháp luật về “sở hữu căn hộ”. Một quy định như vậy có thể thúc đẩy hành vi của các nhà đầu tư trong một xã hội nhưng chưa chắc đã có tác động tích cực tương tự trong một xã hội khác vì có những rào cản đối với việc thực thi luật một cách hiệu quả. Một số thiếu sót của luật có thể ảnh hưởng đến việc ban

hành luật đó và hành vi của các nhà đầu tư tiềm năng. Tỷ lệ hành vi tích cực của nhà đầu tư có thể thay đổi khác nhau trong những xã hội khác nhau được khảo sát. Tình trạng đó có thể làm cho việc xây dựng các khái niệm dựa trên chức năng trở thành một quyết định tùy tiện. Bên cạnh đó, nhà nghiên cứu so sánh còn không hạn chế ở những khái niệm luật định về “sở hữu căn hộ” bởi vì theo Zweigert và Kötz, điểm khởi đầu cho việc so sánh không chỉ là việc so sánh văn bản luật. Nếu như có quy định khác có thể giải quyết vấn đề xã hội là thiếu nhà ở, thì nhà nghiên cứu so sánh phải mở rộng nghiên cứu tới những khái niệm dựa trên chức năng tương tự, ví dụ như các quy định về xây dựng. Những khảo sát mang tính so sánh về tác động của những nỗ lực lập pháp (sử dụng luật để điều chỉnh một vấn đề xã hội) cần được nghiên cứu ở nhiều xã hội khác nhau. Một nghiên cứu phức tạp như vậy phải xem xét triệt để các quy định pháp luật để có thể xác định rằng các hệ thống pháp luật khác nhau có thể so sánh bởi vì chúng phục vụ cùng chung một chức năng. Như đã đề cập ở trên, tác động đối với xã hội của quy phạm pháp luật là khó xác định được. Các khái niệm dựa trên chức năng của Zweigert và Kötz có những hạn chế của chúng bởi vì một mặt cách tiếp cận này dựa vào một số giả định đơn giản hóa liên quan đến mối quan hệ giữa nhu cầu hay vấn đề cần giải quyết của các xã hội khác nhau và mặt khác là những quy định của những hệ thống pháp luật khác nhau.

Sự hình thành các **khái niệm phổ biến** diễn ra là kết quả của **việc đơn giản hóa các khái niệm pháp lý quốc gia**. Các khái niệm phổ biến chỉ là những tiêu chuẩn về những đặc tính chung mà các khái niệm pháp lý quốc gia được so sánh cùng có. Một ví dụ của khái niệm phổ biến là “nhận nuôi”, một khái niệm bao hàm những đặc tính chung là nhận nuôi “hoàn toàn” hoặc “hạn chế”. Khái niệm phổ biến là những tiêu chuẩn về những đặc tính chung thông qua việc chất lọc từ những đặc trưng quốc gia không có đặc trưng tương đương ở hệ thống pháp lý khác được nghiên cứu. Những chế tài cụ thể đối với những vi phạm pháp luật là những ví dụ của những đặc trưng quốc gia này. Ở đây cần chú ý rằng các khái niệm phổ biến là những khái niệm không dựa trên chức năng. Theo quan điểm này, điểm khởi đầu cho việc so sánh chính là việc tìm kiếm từ trong luật, chứ không phải trong các vấn đề xã hội. Những khái niệm phổ biến không phải là những khái niệm dựa trên chức năng, cũng không phải là những khái niệm mở rộng. Sự hình thành các khái niệm phổ biến không phải thông qua việc liệt kê các yếu tố chung được tìm thấy trong tập hợp các văn bản pháp luật khác nhau. Những khái niệm phổ biến không được sinh ra từ những yếu tố chung mà là từ những tiêu chuẩn được sử dụng phổ biến trong khái niệm của các quốc gia. Sự giống nhau về tiêu chuẩn trong các khái niệm phổ biến bao hàm khả năng có thể so sánh giữa các quy phạm pháp luật thuộc các hệ thống luật pháp khác nhau. Những khái niệm phổ biến của Eltzbacher là những khái niệm hoàn toàn không dựa trên chức năng và không trực tiếp tham chiếu đến các vấn đề xã hội. Eltzbacher không đòi hỏi một sự chất lọc triệt để các khái niệm của các quốc gia. Ông muốn tìm kiếm các đặc trưng chung thông qua việc chất lọc từ những đặc trưng quốc gia vốn không có điều tương đương trong hệ thống pháp luật khác đang được nghiên cứu. Ủng hộ việc chất lọc không hoàn toàn này, Eltzbacher xây dựng các khái niệm phổ biến dựa trên những đặc trưng chung trong quy định pháp luật của những hệ thống khác nhau. Ví dụ như để chuẩn bị cho việc khảo sát khái niệm “nhận nuôi”, nhà nghiên cứu người Pháp này đã thừa nhận sự khác nhau giữa các khái niệm quốc gia “adoption plénière” và “adoption simple” để xác định phạm vi mà ông muốn so sánh từ những hệ thống khác nhau. Sự phân biệt này là cần có bởi vì khái niệm so sánh nhận nuôi hoàn toàn không dẫn chiếu đến các quy định pháp luật nước ngoài tương ứng với khái niệm “adoption simple” của Pháp hay là

“nhận nuôi hạn chế”. Nếu đặt hai điều 356 và 364 của Bộ luật dân sự của Pháp, nhà nghiên cứu so sánh có thể thấy được mục đích của sự phân biệt này: “Nhận nuôi là việc trao cho một đứa trẻ một mối quan hệ cha mẹ và con bổ sung cho mối quan hệ cha mẹ và con ban đầu của đứa trẻ; đứa trẻ được nhận nuôi tạm dừng không thuộc về gia đình hay dòng họ của mình, ...” và: “Một đứa con nuôi vẫn giữ được tất cả các quyền của mình trong gia đình hoặc nơi nuôi mình trước đó...”. Câu đầu tiên đề cập đến những tác động của nhận nuôi hoàn toàn, câu thứ hai liên quan đến khái niệm nhận nuôi hạn chế. Những khái niệm này có những mức độ khác nhau ở mỗi quốc gia. Với việc lựa chọn mức độ của khái niệm nhận nuôi hoàn toàn, nhà nghiên cứu sẽ loại bỏ tất cả các hình thức nhận nuôi không chấm dứt tất cả các mối liên hệ của đứa trẻ với gia đình sinh ra mình. Hai khái niệm nhận nuôi hoàn toàn và nhận nuôi hạn chế là những khái niệm phổ biến có thể áp dụng ở pháp luật nước ngoài. Hơn nữa, những nhận định về khả năng có thể so sánh cần phải được kiểm chứng bởi vì những tác động cụ thể của các quy phạm pháp luật có thể là những đặc tính quốc gia mà không có điều tương đương trong hệ thống pháp luật được nghiên cứu khác. Việc không chọn những định nghĩa lập pháp gây khó khăn cho việc lựa chọn một khái niệm phổ biến nhằm xác định phạm vi mà nhà nghiên cứu có thể so sánh các hệ thống pháp luật khác nhau. Trong trường hợp đó, việc hình thành những khái niệm phổ biến phụ thuộc vào cấu trúc của các hệ thống khái niệm. Nếu những hệ thống này có cùng cấu trúc, thì khả năng là những khái niệm phổ biến có thể được tìm thấy. Tuy nhiên, các khái niệm phổ biến khó có thể được sử dụng nếu như thứ bậc trong các hệ thống pháp luật là quá khác nhau về khái niệm. So sánh vị trí của các khái niệm trong hệ thống thứ bậc của chúng là quan trọng để xác định mối quan hệ giữa các khái niệm này, song những thứ bậc tương tự không bảo đảm bất kỳ sự tương ứng về khái niệm để bảo đảm khả năng có thể so sánh giữa các quy định của các hệ thống pháp luật khác nhau. Một đặc tính chung sẽ không thể được tìm thấy nếu như các ngành luật không cho thấy có sự tương ứng ở mức độ nào đó. Ví dụ như cụm từ “real property” (bất động sản) trong tiếng Anh và cụm từ “biens immeubles” trong tiếng Pháp là không có đặc tính chung vì khái niệm của Anh chú trọng vào thủ tục trong khi khái niệm của Pháp chú trọng vào tính vật chất. Thực tế này cản trở nhà nghiên cứu so sánh trong việc tìm kiếm đặc tính chung trong thứ bậc khái niệm của những hệ thống pháp luật tương ứng. Một ví dụ nữa là không thể tìm thấy đặc tính chung trong khái niệm “chattel mortgage” của Anh và khái niệm “hypothèque mobilière” của Pháp. Nhà nghiên cứu gặp khó khăn khi tìm kiếm một khái niệm tương đương bởi vì hai khái niệm “chattel mortgage” của Anh và “hypothèque mobilière” của Pháp thuộc về hai ngành luật khác nhau. Thực tế này hàm ý rằng những khái niệm phổ biến không sử dụng được trong trường hợp này và nhà nghiên cứu so sánh có thể cần đến những khái niệm dựa trên chức năng.

Sử dụng luật chuyển hóa của nước ngoài như thế nào?

Các luật chuyển hóa được sử dụng như là các nghiên cứu tình huống. Tiến hành một nghiên cứu tình huống là khảo sát một điều gì đó có ý nghĩa vượt ra ngoài các ranh giới của nó. Các nghiên cứu tình huống được sử dụng như là cơ sở cho một lập luận hay một kết luận có thể được áp dụng ở nhiều hơn một hệ thống luật pháp. Như thế, việc coi CSA như một nghiên cứu tình huống bao gồm việc xem xét các thể chế của khái niệm này có thể khuyến khích hành động ở những nền tài phán khác.

Có 5 loại hình nghiên cứu tình huống: nghiên cứu tình huống mang tính **đại diện, điển hình mới, khác biệt, đặc biệt và hình mẫu**.

Nghiên cứu tình huống mang tính đại diện là hình thức phổ biến nhất bao gồm việc xem xét những ví dụ điển hình và chuẩn mực: chẳng hạn như việc nghiên cứu về Tòa án sơ thẩm của Pháp. Nghiên cứu tình huống mang tính đại diện thường được sử dụng để thu thập thông tin về mức độ hài hòa hóa luật quốc gia của các quốc gia thành viên Liên minh.

Những nghiên cứu tình huống mang tính điển hình mới được kỳ vọng là sẽ chuyển thành tính đại diện: nhiều luật sư của EU nghiên cứu sự phát triển của Tòa án liên bang Mỹ như một cách để diễn giải cho tư duy năng động của Tòa án Công lý châu Âu (EJC). Những nghiên cứu tình huống mang tính điển hình mới được sử dụng như là công cụ để nhìn thấy trước một hiện tượng khác sẽ phát triển như thế nào. Tuy nhiên nó chứa đựng những rủi ro bởi vì những bối cảnh khác chưa chắc đã cho ra đời một điển hình tương tự. Mặc dù rủi ro như vậy có thể trở thành một thảm họa đối với nhà nghiên cứu, các bài học có thể được rút ra từ những nhà nghiên cứu khác, những người cố gắng tìm hiểu những yếu tố nào dẫn tới sự thay đổi khác nhau trong kết quả của nghiên cứu ban đầu.

Những nghiên cứu tình huống mang tính khác biệt bao gồm việc xem xét những tình huống ngoại lệ và không điển hình. Ví dụ như việc nghiên cứu các tòa án hành chính của Pháp, Italia và Hy Lạp. Những tình huống khác biệt thường dẫn tới những kết luận về tại sao sự khác biệt lại tồn tại và về khả năng chuyển hóa những hiện tượng khác biệt vào các hệ thống pháp luật khác.

Những nghiên cứu tình huống đặc biệt được sử dụng để xác nhận liệu một lý thuyết là có phù hợp hay không khi các kết luận ít mang tính phù hợp nhất. Phương pháp này ít được sử dụng trong luật, nhưng có thể xảy ra khi một nhà nghiên cứu muốn xác nhận liệu lý thuyết về tư duy năng động của ECJ là có phù hợp không.

Những nghiên cứu tình huống hình mẫu bao gồm việc xem xét những tình huống mà ban đầu được coi là mang tính đại diện nhưng sau đó trở thành tình huống đi đầu trong loại hình của mình. Bộ luật dân sự của Pháp ban đầu được coi là một trong những bộ luật của các quốc gia theo hệ thống dân luật. Tuy nhiên, sau khi được các hệ thống dân luật (như Italia và Hy Lạp) sao chép, bộ luật này đã trở thành hình mẫu. Điều đáng chú ý cần nhớ về các tình huống hình mẫu là chúng có thể được sử dụng tham khảo cho việc diễn giải một hiện tượng, nhưng chúng không thể được sử dụng để kiểm chứng một lý thuyết.

Vì thế nhà nghiên cứu cần xác định loại hình tình huống chuyển hóa là gì và sau đó đưa ra kết luận.

Những vấn đề mà nhà nghiên cứu về chuyển hóa luật gặp phải

Lựa chọn quốc gia

Những chuyển đổi theo hướng tiếp cận mang tính diễn giải và chịu ảnh hưởng của văn hóa có nghĩa là những yếu tố **ngôn ngữ và văn hóa** cùng với những khác biệt trong **truyền thống nghiên cứu và cấu trúc hành chính** không thể bị xem nhẹ. Nếu những vấn đề này không

được giải quyết, chúng có thể ảnh hưởng đến chất lượng của toàn dự án bởi vì nhà nghiên cứu có khả năng mất kiểm soát đối với việc xây dựng và phân tích những biến số chủ chốt.

Tiếp cận dữ liệu

Việc thu thập dữ liệu bị ảnh hưởng mạnh mẽ bởi các tập quán quốc gia. Nguồn dữ liệu, mục đích thu thập dữ liệu, tiêu chuẩn được sử dụng và phương pháp thu thập có thể thay đổi đáng kể giữa các quốc gia, và tiêu chuẩn để mã hóa dữ liệu có thể thay đổi theo thời gian. Trong một số lĩnh vực, những lưu trữ của nhà nước không tồn tại hoặc không có được nhiều. Đối với một số chủ đề, thông tin có thể được thu thập thường xuyên qua các khảo sát được chỉnh sửa cho phù hợp ở một số quốc gia trong khi lại khá hạn chế ở một số nước khác bởi vì chủ đề đó không được nhà làm chính sách ở nước đó chú ý cho lắm. Những số liệu thống kê chính thức có thể được tổng hợp quá cô đọng và có thể không được thu thập một cách hệ thống theo thời gian. Trong nhiều nghiên cứu đa quốc gia, người ta dành nhiều thời gian và nỗ lực để thu hẹp việc phân loại vào cùng một cơ sở chung.

Các khái niệm và những thông số nghiên cứu

Mặc dù có những tiến bộ đáng kể trong việc xây dựng những cơ sở dữ liệu quốc tế quy mô lớn được hài hòa hóa chẳng hạn như Eurostat, mang lại ấn tượng rằng nghiên cứu định lượng không còn là vấn đề nữa thì những nỗ lực so sánh xuyên quốc gia vẫn thường được coi là không hiệu quả vì thiếu một sự hiểu biết chung về những khái niệm trung tâm và bối cảnh xã hội của hiện tượng. Ngôn ngữ có thể là một rào cản lớn đối với hoạt động hợp tác quốc tế hiệu quả bởi vì chúng không đơn giản là phương tiện truyền tải khái niệm mà là một phần của hệ thống khái niệm, phản ánh những thể chế, quá trình tư duy, giá trị và ý thức hệ; đồng thời việc tiếp cận một chủ đề cũng như diễn giải chủ đề đó sẽ thay đổi tùy theo ngôn ngữ biểu đạt. Mặc dù xác định một khoảng thời gian có vẻ như là một vấn đề đơn giản đối với một nghiên cứu về tuổi thọ, nhưng có vô vàn vấn đề nảy sinh khi các bộ dữ liệu quốc gia được sử dụng. Những vấn đề này sẽ phức tạp hơn khi so sánh được dựa trên những phân tích thứ cấp từ những bộ dữ liệu quốc gia hiện có, bởi vì không phải lúc nào cũng có thể áp dụng những tiêu chuẩn đã được thống nhất một cách đồng nhất.

Câu trả lời

Mặc dù có những rào cản đối với việc so sánh và chuyển hóa pháp luật xuyên quốc gia, so sánh có nhiều lợi ích:

- So sánh có thể dẫn tới những hiểu biết tươi mới, thú vị và sâu hơn về vấn đề trọng tâm được quan tâm ở những quốc gia khác nhau. So sánh có thể dẫn tới việc xác định những khoảng trống trong kiến thức và có thể chỉ ra những hướng đi có thể mà nhà nghiên cứu trước đây chưa biết tới. So sánh cũng có thể làm cho phân tích vấn đề được trọng tâm hơn vì có những góc nhìn mới.
- Những dự án xuyên quốc gia mang lại cho nhà nghiên cứu một công cụ xác định và minh họa những điểm tương đồng và khác biệt, không chỉ ở những đặc tính được quan sát của một thể chế, hệ thống hay cách làm nào đó mà còn ở sự tìm kiếm những giải thích có thể

xét trên khía cạnh ưa thích hay không ưa thích của quốc gia. Các nhà nghiên cứu so sánh xuyên quốc gia buộc phải cố gắng áp dụng những cách nhìn khác nhau về văn hóa để hiểu được cách nghĩ của một nền văn hóa khác và để quan sát nền văn hóa đó từ quan điểm của người bản địa để rồi nhìn lại vào nước mình từ góc nhìn của một người quan sát từ bên ngoài có kỹ năng.

Kết luận

- Chuyển hóa luật là một quá trình và một sản phẩm của việc mượn các khái niệm, giải pháp và luật pháp từ một nền tài phán nước ngoài.
- Chuyển hóa luật rất phổ biến, đặc biệt trong phạm vi châu Âu và cả ở ngoài châu Âu nữa.
- Các nền tài phán có thể mượn từ bất cứ quốc gia và hệ thống pháp luật nào, miễn là chúng có chung nhu cầu và tính hữu dụng: nói cách khác, miễn là hai nền tài phán đang cố gắng xử lý cùng một hiện tượng xã hội, và giải pháp mà nước cho đạt được cũng hữu ích tương tự ở nước nhận.
- Chuyển hóa luật là vấn đề khó nghiên cứu, xác định và thực hiện
- Nhưng những lợi ích của việc mượn một chính sách, giải pháp lập pháp đã cho thấy là rất hiệu quả trên thực tế
- Như thế, chuyển hóa luật là mặt trận hàng đầu của công cuộc cải cách pháp luật trên thế giới
- EU có kinh nghiệm phong phú về chuyển hóa luật và là một hình mẫu tuyệt vời cho việc mượn lẫn nhau theo chiều dọc và giữa các quốc gia một cách thành công.