

NHỮNG THÁCH THỨC VÀ GIẢI PHÁP CHO VIỆC CÂY GHÉP PHÁP LUẬT Ở VIỆT NAM

(CHALLENGES AND SOLUTIONS FOR LEGAL TRANSPLANT IN VIETNAM)

PGS. TS. NGUYỄN MINH TUẤN

Trường Đại học Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Cây ghép pháp luật; thách thức trong cây ghép pháp luật; pháp luật nước ngoài.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 26/7/2024

Hoàn thành phản biện: 27/9/2025

Duyệt đăng : 27/10/2025

Tóm tắt:

Ở Việt Nam, cây ghép pháp luật không hoàn toàn là vấn đề mới, vì trong lịch sử Việt Nam, pháp luật của Trung Hoa, Pháp, Xô Viết đã từng được cây ghép ở mức độ khác nhau. Cây ghép pháp luật không phải là công việc dễ dàng. Việc nhận thức rõ những khó khăn, thách thức trong cây ghép pháp luật là việc làm rất quan trọng và có ý nghĩa cả trên phương diện lý luận và thực tiễn. Trong bài viết này, tác giả chỉ ra những thách thức của việc cây ghép pháp luật, đồng thời bước đầu đưa ra những giải pháp thiết thực để nâng cao hiệu quả của việc cây ghép pháp luật ở Việt Nam trong thời gian tới.

Article Information:

Keywords: Legal transplant; challenges in legal transplant; foreign law.

Article History:

Received : 26 Jul. 2024

Review completed : 27 Sept. 2025

Approved : 27 Oct. 2025

Abstract:

In Vietnam, legal transplant is not entirely a new phenomenon, as Chinese, French, and Soviet laws have been transplanted to varying degrees throughout Vietnamese legal history. Legal transplant is a complex undertaking. Recognizing the difficulties and challenges in legal transplant is crucial and significant from both theoretical and practical perspectives. In this article, the author identifies the challenges of legal transplant while initially proposing practical solutions to enhance the effectiveness of legal transplant in Vietnam in the coming period.

1. Nhận thức chung về cây ghép pháp luật và những ưu điểm của cây ghép pháp luật

Giống như sự phát triển của công nghệ, luật là kết quả kinh nghiệm của con người. Cây ghép pháp luật là một quá trình tự nhiên, phù hợp với quy luật thay đổi để phát triển, bởi lẽ quan niệm và kinh nghiệm lập pháp không bị bó hẹp trong phạm vi một quốc gia, mà được chuyển hóa vượt ra ngoài biên giới, qua rất nhiều con đường từ việc ký kết các hiệp định song phương và đa phương, việc giao lưu giữa các học giả, hội nhập qua đào tạo luật thông qua các chương trình quốc tế, sự mở rộng phạm vi hoạt động của các hãng luật toàn cầu, các chuyên nghiên cứu ở nước ngoài...

Việc cây ghép pháp luật thường xuất phát từ nhu cầu cây ghép do bối cảnh hội nhập, khi mà sự giao thương, sự phát triển công nghệ và sự di chuyển của lao động ngày một tự do, thì khuôn khổ pháp lý cũng cần sự tương đồng giữa các quốc gia. Chính vì thế, cây ghép pháp luật khiến cho pháp luật trở nên được tương thích, được hài hòa hóa trong quá trình hội nhập. Nhìn rộng hơn, có thể thấy cây ghép pháp luật là việc tất yếu, phù hợp với quy luật phát triển của các nền văn hóa - quy luật về sự giao lưu, tiếp biến văn hóa. Alan Watson (1933-2018) cho rằng, cây ghép pháp luật là “đặc biệt phổ biến. Điều này đúng với cả thời cổ đại và thời hiện nay. Cây ghép pháp luật nước ngoài là nguồn chủ yếu nhất của sự phát

triển pháp luật. Những thay đổi chủ yếu nhất của các hệ thống pháp luật đều là sản phẩm của sự vay mượn pháp luật¹. Tác giả Nguyễn Văn Cương cho rằng, cây ghép pháp luật chỉ thành công khi đưa ra được giải pháp pháp lý phù hợp để giải quyết vấn đề phát triển, đó phải là sản phẩm của quá trình cân nhắc kỹ lưỡng, là sản phẩm của sự lựa chọn hay quyết định có đầy đủ thông tin².

Cây ghép pháp luật có nhiều ưu điểm, cụ thể như cây ghép pháp luật giúp ta tiếp nhận các tư tưởng, triết lý, nội dung pháp luật tiên tiến, hiện đại của thế giới và nước ngoài. Ngoài ra, cây ghép pháp luật cũng giúp ta tìm kiếm được các giải pháp pháp lý ở nhiều lĩnh vực, nhiều nội dung mà Việt Nam chưa có tiền lệ hay kinh nghiệm. Về mặt kỹ thuật, việc cây ghép pháp luật có thể diễn ra ở nhiều cấp độ khác nhau của một hệ thống pháp lý và vì nhiều lý do khác nhau. Việc cây ghép một quy tắc hiện có thường dễ dàng và tiết kiệm chi phí hơn là thử nghiệm và tạo ra quy tắc mới³. Trong bối cảnh hội nhập quốc tế và toàn cầu hóa, các nhà lập pháp Việt Nam vẫn luôn có quan điểm cầu thị và tiếp thu những quy định mới, phù hợp với điều kiện kinh tế - xã hội và chính trị của Việt Nam. Do đó, việc cây ghép pháp luật có chất lượng là một trong những yêu cầu thiết yếu để cải cách pháp luật⁴. Việc cây ghép pháp luật phù hợp không những giúp lấp đầy những lỗ hổng pháp lý mà còn giúp pháp luật Việt Nam có những điểm tương thích với những chuẩn mực pháp luật quốc tế. Từ đó làm giảm những rào cản về pháp lý, thúc đẩy tự do thương mại giữa các nước, hài hòa hóa pháp luật trên thế giới nói chung.

2. Những khó khăn, thách thức trong cây ghép pháp luật

2.1. Thách thức trong việc tìm được thông tin gốc

Thông tin chính xác là điều kiện tiên quyết cho sự thành công của việc cây ghép. Điều này đòi hỏi trước khi cây ghép ta phải nắm được ý tưởng gốc, thông tin gốc đáng tin cậy. Thông tin này có thể bao gồm các đạo luật, các quy định cụ thể, các bản án, các án lệ, các quyết định...⁵ Những thông tin gốc này được lấy từ nguồn nào? Nguồn đó có chính thống, chính xác, đáng tin cậy không? Chẳng hạn nghiên cứu luật Đức thông qua bản dịch bằng tiếng Anh, nghiên cứu luật của Nga lại thông qua bản dịch tiếng Pháp, nghiên cứu luật của Trung Hoa nhưng lại bằng tiếng Việt... đó là việc nghiên cứu luật nhưng không truy tìm hoặc không có khả năng truy tìm thông tin gốc.

Hơn nữa, cần hiểu rằng, “bản dịch” không phải là “bản gốc”, “bản dịch” luôn là phiên bản ít nhiều được thể hiện qua lăng kính, cách suy nghĩ, cách hành văn, thậm chí thể hiện trong đó là định kiến, là sự phỏng đoán của người dịch. Việc tiếp nhận bản dịch không chính xác không chỉ dẫn đến việc hiểu sai, nhận thức sai, mà còn dẫn đến việc áp dụng sai, làm sai.

2.2. Thách thức trong việc tìm được thông tin cập nhật

Pháp luật là hiện tượng thường xuyên biến đổi không ngừng. Pháp luật ở nhiều quốc gia trên thế giới có sự cập nhật liên tục. Do đó rất dễ trở nên lỗi thời, không đáng tin cậy nếu thông tin được dùng để cây ghép lại không phải

¹ Alan Watson, *Legal Transplants - An Approach to Comparative Law*, Second Edition, University of Georgia Press, 1993, p. 95.

² Nguyễn Văn Cương, *Khuyến nghị các giải pháp xử lý vấn đề tiếp thu kinh nghiệm pháp luật nước ngoài trong bối cảnh Việt Nam*, in trong sách: Văn phòng Quốc hội, *Thực tiễn và thách thức trong chuyển hóa pháp luật tại Việt Nam: chia sẻ kinh nghiệm của Liên minh châu Âu*, Nxb. Hồng Đức, Hà Nội, 2016, tr. 257.

³ Smits Jan M., *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Elgar Original Reference, 2006.

⁴ Nguyễn Trường Ngọc, *Chức năng hài hòa hóa của luật so sánh trong nghiên cứu khoa học pháp lý*, Tạp chí Nghề luật, số 1/2022, tr.53-57.

⁵ Lê Xuân Tùng - Đặng Ngọc Mỹ Tiên, *Vận dụng phương pháp so sánh trong nghiên cứu khoa học pháp lý - một số vấn đề cần suy ngẫm*, Tạp chí Giáo dục và Xã hội, số 123/2021, tr.73.

là thông tin mới nhất. Khi không phải là thông tin mới nhất, hệ quả của việc cấy ghép là ta đã lựa chọn một sản phẩm lạc hậu, đôi khi là một phiên bản lỗi, nhưng lại bị nhầm tưởng là pháp luật của nước ngoài là như thế và ta đang tiếp nhận pháp luật của nước họ. Chẳng hạn, cuốn Bình luận Bộ luật Dân sự của Đức (BGB) của nhà luật học nổi tiếng Palandt⁶, được tái bản gần nhất đến lần thứ 82, cập nhật liên tục các bản án, giải thích cặn kẽ sự đổi thay của từng điều luật trên giấy được nhận thức, thay đổi và áp dụng như thế nào⁷. Nếu đọc bản bình luận đầu tiên năm 1938 với bản cập nhật lần thứ 82 năm 2023 ta sẽ thấy sự khác biệt vô cùng lớn. Bộ luật Dân sự Đức có rất ít thay đổi, nhưng những giải thích của Tòa án trong thực tiễn thì lại thay đổi, bổ khuyết rất nhiều theo thời gian. Dựa vào phiên bản cũ, không cập nhật các bản án hay sự giải thích pháp luật của Tòa án ta có thể ngộ nhận, hiểu sai về các quy định pháp luật. Do đó, nếu không cập nhật hoặc nghiên cứu một cách phiến diện, chủ quan thì tác hại sẽ vô cùng lớn.

2.3. Thách thức trong việc dịch và hiểu các thuật ngữ pháp lý từ tiếng nước ngoài

Muốn cấy ghép pháp luật ta phải tìm hiểu pháp luật nước ngoài. Tìm hiểu pháp luật nước ngoài ta phải tiếp cận các tài liệu, các văn bản pháp luật, các bản án, trong đó có rất nhiều những thuật ngữ pháp lý phức tạp. Khi tìm hiểu pháp luật nước ngoài, các học giả thường phải tra cứu từ điển chuyên ngành để chuyển ngữ sang tiếng Việt. Tuy vậy, trên thực tế có rất nhiều thuật ngữ pháp lý không có sự tương đương hoàn toàn trong ngôn ngữ tiếng Việt. Khi dịch ra ngôn ngữ tiếng Việt sẽ khác với nghĩa gốc hoặc không tìm được từ tương đương. Khi không có sự tương đương đó, học giả thường

tìm cách giải thích các thuật ngữ pháp lý này. Nguy hiểm nằm ở chỗ việc giải thích này có thể chỉ giúp ta hiểu được phần nào nghĩa đen của thuật ngữ, nhưng có thể lại bỏ qua hoặc không làm rõ được mục đích của thuật ngữ pháp lý đó, lịch sử ra đời thuật ngữ đó, cũng như ngữ cảnh thực sự của thuật ngữ đó.

Dịch luật khác với dịch các văn bản thông thường, dịch luật luôn có nhiệm vụ làm rõ các quy phạm pháp luật. Trong các quy phạm pháp luật, luôn có các thuật ngữ thể hiện ở phần giả định mô tả, giả định quy tắc, ở hệ quả pháp lý xác định hoặc hệ quả pháp lý không xác định. Những thuật ngữ này thường định tính, rất khó hiểu nếu không được giải thích cặn kẽ, vì đa phần tính trừu tượng, tính khái quát của chúng rất cao.

Đương nhiên chưa nói đến việc dịch sai, việc dịch không đầy đủ một thuật ngữ khiến người đọc hiểu sai, khiến nhiều người ngộ nhận rồi trích dẫn lại, tiếp tục đem cái không đúng đó đi xa hơn, thì tai hại vô cùng. Dịch sai, dịch thiếu, giải thích thiếu, tất cả những việc làm này có thể kéo theo nhận thức sai hoặc có thể dẫn đến việc cấy ghép pháp luật thất bại.

2.4. Thách thức trong việc tìm hiểu cội nguồn lịch sử, cội nguồn tư tưởng, bối cảnh văn hóa, xã hội, mục đích của quy tắc pháp lý

Cấy ghép pháp luật không là công việc dễ dàng. Cấy ghép pháp luật bản chất là cấy ghép văn hoá nói chung và cấy ghép văn hoá pháp luật nói riêng⁸. Montesquieu (1689-1755) từ thế kỷ XVIII đã cho rằng: “*Pháp luật nên được xem là sản phẩm đặc thù của một cộng đồng và việc pháp luật nước này phù hợp với nhu cầu của nước kia chỉ là điều ngẫu nhiên mà thôi. Pháp luật phụ thuộc vào các đặc tính*

⁶ Otto Palandt (1877-1951) là một thẩm phán nổi tiếng người Đức. Từ 1938, ông là tác giả của cuốn Bình luận Bộ luật Dân sự Đức (BGB). Đây là tác phẩm quan trọng bậc nhất trong học thuật pháp lý Đức. Ấn bản này được nhà xuất bản C.H.Beck tiếp tục phát triển sau khi ông qua đời. Từ năm 2021, Grüneberg, thẩm phán Tòa án tối cao Liên bang Đức, là người đã tiếp bước Palandt bổ sung, cập nhật cuốn sách này từ ấn bản thứ 81.

⁷ Palandt Otto, *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*, 80. Aufl., C.H.Beck Verlag, 2021; Grüneberg, *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*, 82. Aufl., C.H.Beck Verlag, 2023.

⁸ Vũ Thành Cự - Nguyễn Văn Quân, *Cấy ghép pháp luật ở Việt Nam*, Tạp chí Khoa học (Luật học), số 2/2023, tr.47.

*văn hóa của quốc gia, khí hậu, địa thế và quy mô lãnh thổ, phương thức sống của cộng đồng, vào mức độ tự do mà Hiến pháp ghi nhận, vào tôn giáo của quốc gia, sở thích, sự giàu có, số lượng, hoạt động thương mại, phong tục, tập quán của họ*⁹. Ronald Dworkin (1931-2013) là học giả pháp luật đương đại nổi tiếng, người đưa ra Lý thuyết luật như là sự diễn giải. Ông cho rằng, luật là kết quả của việc giải thích kiến tạo (constructive interpretation) của các thẩm phán. Các thẩm phán giải thích hay nhìn pháp luật không phải theo ý riêng của họ, mà “*giải thích mang tính chính thể, gắn với lịch sử, văn hóa, truyền thống của dân tộc, cũng như các tiền lệ*”¹⁰.

Tác giả Phạm Duy Nghĩa cho rằng, vay luật trên giấy tựa như mua giống cây trồng tốt, song toàn bộ thể chế xã hội hiện hữu tựa như khí hậu không tương thích sẽ làm giống tốt đó mau chóng lụi tàn¹¹. Cây ghép pháp luật là giải pháp pháp lý mà ta tìm thấy ở nước ngoài có thể phát huy tác dụng tốt nhưng khi được cây ghép ở Việt Nam thì lại trở nên xa rời thực tiễn, khác xa với văn hóa, truyền thống của Việt Nam. Chẳng hạn, cây ghép pháp luật có thể sẽ thất bại khi lựa chọn pháp luật của quốc gia cây ghép, ta lựa chọn những quốc gia mà không có tính chất xã hội tương đồng, hoặc những quốc gia đã có trình độ phát triển rất khác so với nước ta để cây ghép.

Không đặt quy định pháp luật trong bối cảnh lịch sử, văn hóa - xã hội hình thành nên quy định đó, ta không hiểu đúng về nó. Do vậy, việc nghiên cứu về hoàn cảnh lịch sử, truyền thống pháp luật của quốc gia đó rất cần thiết.

Khi cấy ghép pháp luật, ta không chỉ đơn thuần là đưa quy phạm pháp luật cụ thể từ quốc gia này sang quốc gia khác, mà quan trọng hơn là cần tìm hiểu những quan điểm cơ bản, nền tảng của hệ thống pháp luật, thứ bậc các nguồn luật, các thuật ngữ và khái niệm pháp luật. Ngoài ra, các điều kiện địa lý, khí hậu và tài nguyên thiên nhiên đều có ảnh hưởng đáng kể tới hệ thống pháp luật của nước đó. Ví dụ, việc khám phá ra các mỏ dầu làm nảy sinh nhu cầu cần có các văn bản pháp luật về khai thác dầu mỏ, môi hiểm họa về sóng thần, động đất sẽ ảnh hưởng tới các quy định của pháp luật về xây dựng. Hoặc quan điểm về tôn giáo đóng vai trò quan trọng trong việc hình thành hệ thống pháp luật, chẳng hạn các nước theo Đạo Thiên Chúa khó chấp nhận chế độ đa thê, tuy nhiên đối với các nước theo Đạo Hồi thì ngược lại¹².

Ngay ở các quốc gia ASEAN, nhu cầu cấy ghép pháp luật, hài hòa hóa pháp luật giữa các quốc gia trong khu vực ASEAN cũng là việc làm rất cần thiết, điều này không những tạo điều kiện cho việc đầu tư, giao lưu thương mại nội khối, mà còn giúp gắn kết giữa các quốc gia và dân tộc với nhau. Điều này càng cấp thiết khi pháp luật các quốc gia ở ASEAN vẫn còn nhiều điểm khác biệt, mặc dù các nước ASEAN đã có nhiều nỗ lực để tìm kiếm các phương thức hài hòa hóa pháp luật với nhau. Bên cạnh những điểm tương đồng nhất định trong pháp luật của các quốc gia thành viên ASEAN, thì mỗi quốc gia ASEAN với những đặc điểm riêng về lịch sử, truyền thống, địa lý, thành phần dân cư, trình độ phát triển kinh tế, chính trị, tôn giáo... là nền tảng tạo nên sự đa dạng về xã hội và hệ thống pháp luật cho khu vực này¹³.

⁹ Robert Launay, *Montesquieu - The Specter of Despotism and the Origins of Comparative Law*, in: Annelise Riles, *Rethinking the Masters of Comparative Law*, Oxford, 2001, p. 22.

¹⁰ Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Oxford: Hart Publishing, 2000.

¹¹ Phạm Duy Nghĩa, *Nhìn lại lý thuyết và kinh nghiệm tiếp nhận pháp luật*, in trong sách: Văn phòng Quốc hội, *Thực tiễn và thách thức trong chuyển hóa pháp luật tại Việt Nam: chia sẻ kinh nghiệm của Liên minh châu Âu*, Nxb. Hồng Đức, Hà Nội, 2016, tr. 252.

¹² Lê Xuân Tùng - Đặng Ngọc Mỹ Tiên, *Vận dụng phương pháp so sánh trong nghiên cứu khoa học pháp lý - một số vấn đề cần suy ngẫm*, Tạp chí Giáo dục và Xã hội, số 123/2021, tr.73.

¹³ Trần Thị Diệu Hương, *Những vấn đề đặt ra đối với Việt Nam trong tiến trình hài hòa hóa pháp luật trong khu vực ASEAN*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 6/2017, tr. 13.

2.5. Thách thức trong việc hiểu đồng thời cả luật trên giấy (law in book) và luật trên thực tế áp dụng (law in action)

Chưa kể có những trường hợp, một quy định về mặt chính thức vẫn còn hiệu lực nhưng trên thực tế ở nước đó người ta đã không còn áp dụng chúng nữa. Không nghiên cứu tường tận, thường nếu chỉ nghiên cứu luật trên giấy, khiến ta và những người tìm hiểu vấn đề sau này ngộ nhận rằng chúng được quy định và được áp dụng đúng như quy định trên giấy. Thực tiễn thường khó có thể nhận biết được rằng những quy phạm pháp luật nào không còn được áp dụng trên thực tế. Chẳng hạn, đối với án tử hình ở Thụy Điển, không nên chỉ dựa vào quy định của Bộ luật Hình sự, vì quy định này không phản ánh đúng thực tế. Tuyệt đại đa số những trường hợp được Tòa án tuyên tử hình, thường được người đứng đầu Nhà nước giảm xuống án tù chung thân¹⁴. Hiểu luật trên giấy và hiểu luật trong thực tiễn là rất khác nhau.

Chẳng hạn, Luật Cơ bản của Đức chỉ có 19 điều đầu tiên quy định về các quyền cơ bản, rất ngắn gọn. Tuy nhiên, nếu chỉ dừng lại ở việc hiểu nghĩa đen của những quy định này thì mới chỉ là hiểu luật trên giấy. Nếu không gắn với thực tế xét xử, gắn với sự giải thích của Tòa án, sự tranh luận của các Giáo sư Luật Hiến pháp thì có lẽ ta sẽ không thể hiểu về giá trị, ý nghĩa thực tiễn của 19 điều này, tức là luật trong thực tế ra sao. Chỉ riêng thuật ngữ “Menschenwürde” (nhân phẩm) quy định tại câu 1 khoản 1 Điều 1 Luật Cơ bản của Đức đã có hàng trăm vụ án giải quyết ở Tòa án hiến pháp Liên bang và hàng nghìn vụ giải quyết ở các Tòa án hiến pháp của các tiểu bang. Các Tòa án này đã giải thích từng khía cạnh rất khác nhau trong những tình huống rất cụ thể của thuật ngữ này, để hiểu trên thực tế “nhân phẩm” gồm những khía cạnh gì và được hiểu như thế nào¹⁵.

2.6. Thách thức trong việc vượt qua được vấn đề “lợi ích cục bộ” trong cấy ghép pháp luật

Tham nhũng chính sách trong xây dựng luật là vấn đề không phải đến bây giờ mới đặt ra. Vì lợi ích cục bộ ngành, lợi ích cục bộ địa phương, lợi ích cục bộ của cơ quan soạn thảo mà người ta sẵn sàng bất chấp, *chỉ tập trung vào giới thiệu kinh nghiệm lập pháp của nước phù hợp với lợi ích của cơ quan mình, địa phương mình, ngành mình hoặc cá nhân mình*. Làm như vậy khiến cho kết quả nghiên cứu pháp luật nước ngoài không được khách quan, phiến diện và việc cấy ghép pháp luật có thể thất bại. Việc cấy ghép pháp luật có thành công được hay không, không chỉ dựa vào việc so sánh giản đơn luật của nước A hay nước B với luật của Việt Nam, rồi thấy cái gì ta khuyết thì bổ sung, thấy cái gì giống với hướng mà cơ quan trình dự án luật thì cho đó là phương án tốt nhất, hay nhất, trong khi kinh nghiệm của nhiều nước khác thì bỏ qua hoặc nghiên cứu một cách sơ sài, hời hợt. Đã đến lúc cần phải nhận thức rõ mối nguy này, đồng thời có những giải pháp để khắc phục.

3. Giải pháp nâng cao hiệu quả của việc cấy ghép pháp luật

3.1. Xác định rõ mục tiêu, giới hạn, điều kiện, khả năng của việc cấy ghép pháp luật

Cấy ghép pháp luật phải xuất phát từ nhu cầu bản địa. Do đó, tiếp cận cấy ghép pháp luật phải được thực hiện tự nguyện, phù hợp với nguyện vọng, lối sống, cách suy nghĩ, cảm nhận của người dân bản địa.

Cấy ghép pháp luật không phải vì mục tiêu sao cho luật của Việt Nam giống với luật của một quốc gia nào, điều quan trọng là sản phẩm của việc cấy ghép đó có tiếp tục “sống” được, tiếp tục đem lại những hiệu quả thiết thực cho đất nước, cho xã hội hay không. Muốn vậy cần

¹⁴ Lê Xuân Tùng - Đặng Ngọc Mỹ Tiên, *Vận dụng phương pháp so sánh trong nghiên cứu khoa học pháp lý - một số vấn đề cần suy ngẫm*, Tạp chí Giáo dục và Xã hội, số 123/2021, tr.74.

¹⁵ Xem: Groepl, Staatsrecht I, 14. Aufl., C.H. Beck, 2023, Rn. 163, 179, 222, 224f., 790.

chú ý cả ba công đoạn: trước khi cấy ghép, khi cấy ghép và sau khi cấy ghép. Trước và trong khi cấy ghép phải trả lời được các câu hỏi như vấn đề gì của thực tiễn đang đòi hỏi phải ban hành luật? Cấy ghép một quy định của nước ngoài vào pháp luật Việt Nam sẽ có khả năng giải quyết được vấn đề gì? Tác động, chi phí, lợi ích, rủi ro của các phương án cấy ghép ra sao? Đầu là phương án cấy ghép tối ưu nhất?...

Để việc cấy ghép có kết quả, cần đặt ra mục tiêu, xác định khả năng và dự kiến kết quả từ việc cấy ghép. Chúng ta tìm ra mẫu số chung của pháp luật các nước, sự tương đồng, sự khác biệt giữa các giải pháp pháp lý, những ưu điểm và hạn chế của các giải pháp pháp lý, cũng như cách thức để chọn ra giải pháp pháp lý nào là tối ưu nhất. Khi cấy ghép, việc xác định sai mục tiêu, hoặc việc nghiên cứu pháp luật nước ngoài một cách định kiến sẽ dẫn đến không thu về kết quả hay kết quả chệch hướng so với mục tiêu ban đầu.

Nói như tác giả Sacco và Rossi, việc xác định rõ phạm vi vấn đề cấy ghép là rất quan trọng, không nên tham vọng cấy ghép lớn ngay¹⁶. Trong bối cảnh của Việt Nam, tác giả cũng đồng tình với quan điểm cho rằng, trước khi cấy ghép pháp luật, cần làm một cuộc khám nghiệm để nhận diện hết những điểm mạnh yếu của các thể chế xã hội hiện hữu, đo lường chúng, sau đó *lựa chọn những cải cách nhỏ nhỏ* được hậu thuẫn bởi thể chế hiện hữu. Cứ từng bước một như vậy, cấy ghép pháp luật mới dần tạo nên hiệu ứng lan tỏa và thành công¹⁷.

3.2. Nghiên cứu đầy đủ, toàn diện, sâu sắc, khách quan pháp luật nước ngoài trước khi tiến hành cấy ghép

Trong quá trình tìm ra sự tương đồng và khác biệt đối với quy định pháp luật thuộc

các hệ thống luật khác nhau, nên xem xét các chức năng, đối với các trường hợp xảy ra hay xung đột phát sinh mà quy phạm dự định nghiên cứu sẽ điều chỉnh. Tính thống nhất về chức năng sẽ tạo ra tính toàn diện trong cấy ghép pháp luật.

Khi nghiên cứu pháp luật nước ngoài để thực hiện quá trình cấy ghép, ta cũng phải chú ý đến các yếu tố dẫn đến nguồn gốc của sự khác biệt giữa các nước thuộc hệ thống pháp luật khác nhau trên thế giới, chẳng hạn như hệ thống kinh tế, hệ thống chính trị và tư tưởng, tôn giáo và yếu tố lịch sử và địa lý, cần cập nhật những quy định của hệ thống pháp luật nước ngoài, cố gắng hiểu những quy định pháp luật này dựa trên sự tôn trọng hệ thống pháp luật của nước đang nghiên cứu, tách bạch với cách hiểu pháp luật của quốc gia mình, đặc biệt đối với những dự án nghiên cứu các hệ thống pháp luật có nguồn gốc khác với quốc gia của mình.

3.3. Khắc phục những khác biệt, những rào cản về văn hóa truyền thống

Dẫu biết rằng những khác biệt về văn hóa truyền thống có thể gây ra những rào cản cho việc cấy ghép pháp luật, nhưng không có nghĩa rằng việc tháo gỡ rào cản này là bất khả thi. Cấy ghép pháp luật trong bối cảnh cụ thể là giải pháp cho vấn đề này¹⁸. Việc tiếp nhận pháp luật nước ngoài vào một quốc gia có thể làm được, tuy nhiên, mọi sự tiếp nhận đều cần có sự chỉnh sửa, thay đổi cần thiết chứ không thể sao chép máy móc. Việc thay đổi các quy định, thiết chế có nguồn gốc “ngoại” như thế nào sẽ do điều kiện cụ thể của quốc gia tiếp nhận quyết định. Tuy nhiên, trước khi tiến hành việc tiếp nhận, điều quan trọng là các nhà lập pháp cần xác định xem giải

¹⁶ Sacco Rodolfo, Rossi Piercarlo, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., Normos, 2017, S. 27.

¹⁷ Phạm Duy Nghĩa, *Nhìn lại lý thuyết và kinh nghiệm tiếp nhận pháp luật*, in trong sách: Văn phòng Quốc hội, *Thực tiễn và thách thức trong chuyển hóa pháp luật tại Việt Nam: chia sẻ kinh nghiệm của Liên minh châu Âu*, Nxb. Hồng Đức, Hà Nội, 2016, tr. 252.

¹⁸ Xem: Nguyễn Văn Quang, *Luật học so sánh và cấy ghép pháp luật: Vấn đề phương pháp luận về cải cách hệ thống pháp luật của Việt Nam*, Tạp chí Luật học, số 5/2016, tr. 66.

pháp đó có phù hợp với hệ thống pháp luật, với văn hóa pháp lý bản địa hay không¹⁹.

Sau khi cấy ghép cần tiếp tục quan tâm đến những điều kiện đảm bảo (chính trị, kinh tế, văn hóa - xã hội) và những yếu tố tác động (ý thức pháp luật của người dân, của cán bộ, công chức, phong tục, tập quán bản địa, các điều kiện vật chất - kỹ thuật hỗ trợ) đến sản phẩm lập pháp để chúng đi vào cuộc sống được dễ dàng. Tác giả Watson cũng đã cảnh báo một trong những nguyên nhân dẫn đến thất bại của cấy ghép pháp luật là thiếu các thể chế hỗ trợ giúp thực thi, lan rộng ý tưởng pháp luật, làm cho số đông dân chúng được tham gia nhiều hơn, được hưởng lợi nhiều hơn và được trao quyền nhiều hơn từ pháp luật tiếp nhận²⁰.

3.4. Đổi mới toàn diện việc nghiên cứu, giảng dạy Luật so sánh, đồng thời tiếp tục nghiên cứu, bổ sung những tri thức mới về cấy ghép pháp luật

Đổi mới việc nghiên cứu và giảng dạy học phần Luật học so sánh cũng là việc làm rất cần thiết hiện nay. Thực tế trong chương trình giảng dạy Luật học so sánh ở các cơ sở đào tạo luật hiện nay quá chú trọng đến việc giới thiệu, mô tả về các hệ thống pháp luật trên thế giới. Cùng với sự khuyết thiếu trong việc giới thiệu bài bản các phương pháp so sánh pháp luật, trong nội dung giảng dạy cũng trống vắng việc giới thiệu về các lý thuyết cấy ghép pháp luật, ứng dụng các lý thuyết cách thức cấy ghép pháp luật vào xây dựng pháp luật.

Sinh viên sau này sẽ trở thành các cán bộ, chuyên gia pháp lý. Việc truyền bá, nâng cao năng lực, sự am hiểu pháp luật so sánh cũng như những tri thức về cấy ghép pháp luật cho đối tượng này phải được đề cao. Những hiểu biết về luật so sánh và các chuẩn mực pháp luật quốc tế là vô cùng cần thiết cho việc cải cách pháp luật thành công.

3.5. Tăng cường hợp tác quốc tế, tăng cường giao lưu, học hỏi kinh nghiệm lập pháp trong khu vực và quốc tế

Tạo những điều kiện cần thiết cho việc mở rộng các hoạt động trao đổi, giao lưu, học hỏi kinh nghiệm lập pháp trong khu vực và quốc tế cũng là việc làm rất cần thiết. Đối thoại về pháp luật là một điều cần thiết và là cách để các quốc gia phát triển hệ thống pháp luật. Các hoạt động này phải đi vào thực chất, bài bản, đồng bộ, thông qua việc xây dựng các chương trình nghiên cứu, các dự án, đề tài nghiên cứu một cách trọng tâm, trọng điểm, tránh dàn trải, kém chất lượng, lãng phí. Bên cạnh đó, cũng cần tiếp tục hoàn thiện cơ sở dữ liệu pháp luật quốc tế, sao cho những dữ liệu được chính xác, cập nhật, dễ truy cập để phục vụ các cán bộ, chuyên gia pháp lý cũng như những người quan tâm có thể dễ dàng tra cứu, nghiên cứu, tìm hiểu.

Tóm lại, cấy ghép pháp luật là một quá trình vay mượn các khái niệm, giải pháp pháp lý từ pháp luật quốc tế hoặc pháp luật của quốc gia khác. Hiện nay, cấy ghép pháp luật là vấn đề khó cả trong việc nghiên cứu, lần xác định và thực hiện, nhưng lại đem lại hiệu quả thực tế rất lớn, góp phần cải cách hệ thống pháp luật của quốc gia. Cấy ghép pháp luật ở Việt Nam sẽ thành công nếu áp dụng đồng bộ, toàn diện các giải pháp như: xác định rõ mục tiêu, phương pháp và kết quả của việc cấy ghép pháp luật; nghiên cứu đầy đủ, toàn diện, sâu sắc, khách quan trước khi cấy ghép; khắc phục những khác biệt, những rào cản về văn hóa truyền thống; đổi mới toàn diện việc nghiên cứu, giảng dạy Luật so sánh, giới thiệu những tri thức về cấy ghép pháp luật và tăng cường hợp tác quốc tế, tăng cường giao lưu, học hỏi kinh nghiệm lập pháp trong khu vực và quốc tế■

¹⁹⁾ Nguyễn Văn Cương, *Tiếp nhận pháp luật nước ngoài: Nhìn từ thực tiễn Việt Nam*, Tạp chí Nhà nước và pháp luật, số 8/2017, tr. 5.

²⁰⁾ Alan Watson, *Legal Transplants - An Approach to Comparative Law*, Second Edition, University of Georgia Press, 1993.