

# SO SÁNH MÔ HÌNH BẢO VỆ HIẾN PHÁP của Mỹ và Đức

BÙI NGỌC SƠN

*Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội*

Hiến pháp là văn bản giới hạn hành vi của chính quyền. Quyền lực nhà nước phải được vận hành trong khuôn khổ của Hiến pháp. Một khi quyền lực nhà nước đi chệch khỏi quỹ đạo của Hiến pháp thì phải có những cơ chế để kiểm soát tính hợp hiến của chính quyền. Chính vì vậy, Hiến pháp ra đời cũng kéo theo nỗi ưu tư của nhân loại về mô hình kiểm soát tính hợp hiến quyền lực nhà nước, hay nói cách khác là mô hình bảo vệ Hiến pháp.

Theo quan niệm phổ biến ở nhiều nước trên thế giới, bảo vệ Hiến pháp (bảo hiến) được hiểu là kiểm soát tính hợp hiến các đạo luật do Nghị viện ban hành. Sự kiểm tra tính hợp hiến chỉ nhằm vào những đạo luật do Quốc hội biểu quyết. Những văn kiện này đứng ở tột đỉnh của hệ cấp những hành vi pháp lý. Tất cả hành vi (văn kiện pháp lý) của các nhà cầm quyền (quốc trưởng, thủ tướng, tổng trưởng, các quan chức địa phương...), ngoại trừ Quốc hội, đều phụ thuộc Luật, theo nguyên tắc hợp pháp. Sự phụ thuộc này được thể hiện và bảo đảm trong thực tế bằng sự kiểm soát tư pháp tính

hợp pháp của các hành vi hành chính<sup>(1)</sup>. Tuy nhiên, đôi khi bảo vệ Hiến pháp cũng được hiểu là kiểm tra tính hợp hiến của hành pháp. Nhưng bảo vệ tính hợp hiến của các đạo luật là trung tâm của hoạt động bảo hiến nên nhiều khi người ta đồng nghĩa bảo hiến với bảo vệ tính hợp hiến của các đạo luật. Trong phạm vi bài viết này, bảo hiến được hiểu với một ý nghĩa như vậy.

Hiện nay trên thế giới có hai mô hình bảo vệ Hiến pháp được áp dụng phổ biến ở các nước là mô hình của Mỹ và mô hình của Đức. Xây dựng một mô hình bảo vệ Hiến pháp hợp lý là tất yếu của các quốc gia cam kết xây dựng nhà nước pháp quyền. Bài viết này muốn so sánh hai mô hình bảo vệ Hiến pháp nói trên nhằm rút ra khuynh hướng phát triển chung của chế độ bảo hiến.

## 1. Những điểm tương đồng

Mỹ và Đức đều không theo con đường bảo hiến bằng cơ quan chính trị mà bằng cơ quan tư pháp. Trong chế độ bảo vệ Hiến pháp bằng cơ quan chính trị, nhiệm vụ bảo hiến

<sup>(1)</sup> Lê Đình Chân. Luật Hiến pháp, Sài Gòn, 1966, tr.75.

được giao cho một cơ quan chính trị, thường là một hội nghị đại diện nhân dân. Thông thường, theo chế độ này, cơ quan lập hiến đồng thời là cơ quan bảo hiến. Nhưng mô hình bảo vệ Hiến pháp bằng cơ quan chính trị không có nhiều hiệu quả, vì vậy không được áp dụng rộng rãi ở các nước. Người ta lập luận rằng, cơ quan chính trị thường chỉ thẩm định giá trị pháp lý bị tố cáo là bất hợp hiến, theo một quan điểm hoàn toàn chính trị; còn sự kiểm soát tính hợp hiến của pháp luật là một nghiệp vụ hoàn toàn pháp lý, là địa hạt của các luật gia, hơn nữa là nghiệp vụ tư pháp, thuộc thẩm quyền của các vị thẩm phán chuyên nghiệp. Do đó có ý niệm giao việc kiểm hiến cho một cơ quan tư pháp<sup>(2)</sup>, Mỹ và Đức đều đi theo con đường bảo hiến bằng cơ quan tư pháp.

Mô hình của Mỹ trao thẩm quyền bảo hiến cho toà án thường. Ở Mỹ, mặc dù sự kiểm tra tư pháp là một công cụ quyền lực mạnh nhất của Toà án Liên bang, nhưng điều này không được quy định trong Hiến pháp<sup>(3)</sup>. Toà án Tối cao Mỹ đã tự nhận cho mình vai trò bảo hiến với một lối suy luận xuất hiện lần đầu tiên trong vụ *Marbury và Madison*: “Trong một vụ tranh chấp mà Toà án phải xem xét, nếu một bên đương sự đưa ra sự bất hợp hiến của đạo luật mà người ta muốn đem thi hành đối với y, thì Toà án

phải kiểm tra xem sự bất hợp hiến đó có thật hay không, và nếu có thật, Toà án phải từ chối áp dụng đạo luật bất hợp hiến”<sup>(4)</sup>. Lập luận của Tối cao Pháp viện Hoa Kỳ có giá trị đối với tất cả những nước theo mô hình bảo hiến của Hoa Kỳ.

Sau mô hình bảo hiến của Mỹ, một loại mô hình bảo hiến độc đáo xuất hiện ở châu Âu là mô hình bảo hiến bằng một cơ quan tư pháp chuyên biệt là Toà án Hiến pháp. Sau chiến tranh thế giới thứ I, nhiều nước châu Âu đã tổ chức Toà án Bảo hiến như Tiệp Khắc theo Hiến pháp 1920, Áo theo Hiến pháp 1920, Tây Ban Nha theo Hiến pháp 1931. Sau chiến tranh thế giới thứ II, có hai quốc gia đã tổ chức Toà án Bảo hiến là Tây Đức và Ý<sup>(5)</sup>. Hiện nay việc tổ chức Toà án Hiến pháp phổ biến ở các nước châu Âu, trong đó mô hình Toà án Hiến pháp của Đức được nhiều quốc gia quan tâm tìm hiểu. Toà án Hiến pháp Liên bang Đức được thành lập tháng 9 năm 1951 tại thành phố Karlsruhe. Toà án Hiến pháp của Đức hiện nay là mô hình cho các quốc gia Trung và Đông Âu trong tiến trình xây dựng Toà án Hiến pháp.

Như vậy, mô hình của Mỹ và Đức đều trao thẩm quyền bảo hiến cho cơ quan tư pháp: Toà án Tối cao và toà án các cấp ở Mỹ, Toà án Hiến pháp ở Đức.

<sup>(2)</sup> Lê Đình Chân. Luật Hiến pháp và các định chế chính trị, cuốn I, Sài Gòn 1974, tr. 294.

<sup>(3)</sup> Lê Đình Chân. Luật Hiến pháp - Khuôn mẫu dân chủ, cuốn II, Sài Gòn 1974, tr. 80.

<sup>(4)</sup> Lê Đình Chân. Luật Hiến pháp - Khuôn mẫu dân chủ, cuốn II, Sài Gòn 1974, tr. 82.

<sup>(5)</sup> Lê Đình Chân. Luật Hiến pháp - Khuôn mẫu dân chủ, cuốn II, Sài Gòn 1974, tr. 78.

Điểm tương đồng thứ hai có thể nhận ra là mô hình bảo hiến của Mỹ và Đức đều được tổ chức trong khuôn khổ của nguyên tắc phân quyền. Chính thể Cộng hoà Tổng thống của Mỹ thiết kế quyền lực theo nguyên tắc phân quyền. Thẩm quyền bảo hiến của Tòa án Mỹ xuất phát từ nguyên tắc phân quyền trong việc tổ chức quyền lực nhà nước. Quyền tư pháp phải được hoàn toàn tự do để tuân theo hay tôn trọng Hiến pháp. Nếu quyền lập pháp không cho quyền tư pháp tôn trọng Hiến pháp, thì nguyên tắc phân quyền sẽ bị vi phạm, đó là cơ sở lý luận cho việc độc lập hành xử quyền bảo hiến của Tòa án. Chính thể Cộng hoà Đại nghị của Đức cũng tổ chức chính quyền theo nguyên tắc phân quyền. Trong cấu trúc quyền lực nhà nước ở Cộng hoà Liên bang Đức, Tòa án Hiến pháp là một cơ quan thực hiện quyền tư pháp. Như vậy, Tòa án Hiến pháp độc lập với lập pháp và hành pháp.

Chỉ có tổ chức quyền lực nhà nước theo nguyên tắc phân quyền mới có thể trao cho cơ quan tư pháp thẩm quyền bảo hiến. Theo nguyên tắc phân quyền, quyền lực nhà nước được cấu trúc là sự ngang bằng của các cành quyền lực lập pháp, hành pháp, tư pháp, không có quyền nào cao hơn quyền nào. Tòa án Hiến pháp là một thiết chế độc lập thuộc cành quyền lực tư pháp, đứng ngang bằng với Nghị viện, Chính phủ nên có cơ sở để tài phán về hành vi của các định chế chính trị này một khi hành vi của chúng vi phạm Hiến pháp.

## 2. Những điểm khác biệt

Mặc dù đều tổ chức mô hình bảo vệ Hiến pháp theo cách trao quyền bảo hiến cho cơ quan tư pháp, nhưng mô hình của Mỹ và mô hình của Đức có những điểm khác nhau.

Đối với mô hình bảo vệ Hiến pháp của Mỹ, Tòa án chỉ xem xét tính hợp hiến của một văn bản pháp luật trong những trường hợp cụ thể. Vấn đề kiểm soát hiến tính của một đạo luật chỉ đặt ra khi có một vụ kiện nào đó trước Tòa án mà một bên xin áp dụng Luật, một bên xin không áp dụng Luật với lý do đạo luật bất hợp hiến. Trong trường hợp đó, trước khi đưa ra phán quyết về nội dung vụ kiện, Tòa án phải kiểm tra xem đạo luật có hợp hiến hay không. Nếu đạo luật được xác định thật sự bất hợp hiến, Tòa án sẽ tuyên bố đạo luật bất hợp hiến sẽ không được áp dụng trong vụ kiện đó. Nhưng đạo luật không bị huỷ bỏ, vẫn tồn tại, và trong các vụ án khác, muốn không áp dụng nó, các đương sự vẫn phải đưa ra tính chất bất hợp hiến của đạo luật.

Trong khi đó đối với mô hình bảo vệ Hiến pháp của Đức thì tình hình lại khác. Theo mô hình của Đức, tất cả các đạo luật có thể xem là bất hợp hiến đều được đưa lên Tòa án Hiến pháp. Nếu đạo luật được xác nhận là bất hợp hiến, Tòa án Hiến pháp tuyên bố huỷ bỏ, không còn giá trị pháp lý đối với bất cứ ai. Ở đây công dân nào cũng có quyền đệ đơn lên Tòa án Hiến pháp yêu cầu xem xét tính chất bất hợp hiến của một đạo luật nào

đó. Mục đích duy nhất của đơn khởi tố là xin tiêu huỷ đạo luật bất hợp hiến.

Cũng được tổ chức trong khuôn khổ của nguyên tắc phân quyền, nhưng mô hình bảo hiến của Mỹ thể hiện tính cứng rắn của nguyên tắc phân quyền, còn mô hình của Đức thể hiện tính mềm dẻo của nó.

Mô hình tổ chức quyền lực nhà nước ở Mỹ do phân quyền cứng rắn, nên về nguyên tắc không có sự can thiệp lẫn nhau giữa các cành quyền lực mà thay vào đó là có cơ chế kìm chế và đối trọng. Điều này không chỉ thể hiện trong mối tương quan giữa Nghị viện và Tổng thống mà còn cả trong mô hình bảo vệ Hiến pháp của Mỹ.

Toà án Tối cao Hoa Kỳ giữ một thái độ tự kìm chế trong việc hành xử quyền bảo hiến. Hiến pháp ấn định cho Toà án có thẩm quyền trong phạm vi "các vụ kiện hay các quyết định mâu thuẫn". Nghĩa là Toà án chỉ xét xử về giá trị pháp lý của một đạo luật do Quốc hội ban hành khi đương sự nại ra Toà án rằng quyền của mình đã bị đạo luật đó xâm phạm. Ngay cả Tổng thống lẫn Quốc hội cũng không được hỏi Toà án Tối cao về cách giải thích một đạo luật hay một dự án luật nếu như việc này không nằm trong trường hợp của một vụ kiện cụ thể. Đây chính là sự thể hiện việc thực hiện nguyên tắc tự kìm chế của Toà án. Trong quá trình xét xử những vụ việc cụ thể, nếu xảy ra mâu thuẫn giữa Đạo luật do Quốc hội ban hành và Hiến pháp, Toà án phải giải thích rõ ràng ý

nghĩa của Hiến pháp và ý nghĩa của Đạo luật do Quốc hội ban hành. Nếu ý nghĩa của Hiến pháp và Đạo luật đó không giống nhau, Toà án phải tôn trọng ý nghĩa của Hiến pháp hơn ý nghĩa của Đạo luật của Quốc hội. Nghĩa là trong một vụ việc cụ thể, nếu ý nghĩa của Luật mâu thuẫn với Hiến pháp, Toà án sẽ từ chối không áp dụng đạo luật đó trong trường hợp cụ thể đó.

Với nguyên tắc tự kìm chế, Toà án không xem xét tính hợp hiến của một đạo luật nếu đương sự không đưa ra lí do cho rằng đạo luật áp dụng trong trường hợp của anh ta là không phù hợp với Hiến pháp. Nói chung, nếu các bên tranh tụng nại ra tính chất bất hợp hiến của một đạo luật, Toà án rất dè dặt trong việc ra phán quyết. Toà án sẽ cố gắng giải thích ý nghĩa của đạo luật theo hướng nào để tránh sự trở ngại về Hiến pháp. Ví dụ điển hình là vụ Hoa Kỳ/ C.I.O. Khi Quốc hội quy định trong Đạo luật Taft Hartley rằng: Các nghiệp đoàn lao động không thể ủng hộ các đảng phái chính trị về phương diện tài chính, Toà án đã hiểu đạo luật theo chiều hướng tránh áp dụng vụ đó cho một tờ báo của nghiệp đoàn đã ủng hộ một ứng cử viên của Đảng Dân chủ và được phân phối rộng rãi bởi nghiệp đoàn như truyền đơn ủng hộ cuộc vận động bầu cử. Toà án đã phán xét như sau: "*Chúng tôi không muốn nói rằng, sự cấm đoán (Đoạn 304 của Đạo luật Taft Hartley) các thương hội hay các tổ chức lao động đã chi tiêu về bất cứ cuộc bầu cử nào để ủng hộ một ứng cử*

viên vào một chức vụ Liên bang. Quốc hội đã có ý định đặt tờ báo đó ngoài vòng pháp luật. Chúng tôi không nghĩ rằng điều khoản đó đã nói tới sự sử dụng như vậy về ngân quỹ của thương hội hay tổ chức lao động"<sup>(6)</sup>. Sự tự kìm chế đó nhiều khi đưa Toà án đến những phán đoán sai lầm. Thượng Nghị sỹ Taft và dân biểu Hartley đã tuyên bố rằng, khi soạn thảo đạo luật đó, họ cố ý ám chỉ các loại hoạt động của nghiệp đoàn.

Toà án chỉ xem xét tính hợp hiến của một đạo luật trong một vụ việc cụ thể chứ không phải theo cách kiểm tra quá trình lập pháp của Quốc hội. Về điều này Haminton viết: "*Chúng ta không có quyền nói như một số người rằng, nếu các vị chánh án có quyền tuyên bố một đạo luật trái với tinh thần Hiến pháp là một đạo luật vô hiệu lực, các vị chánh án sẽ có quyền quyết định theo ý nghĩ riêng của mình thay thế quyết định do Viện Lập pháp ban hành bằng một quyết định dựa trên ý kiến riêng của họ. Dù có hai đạo luật trái ngược nhau, các vị chánh án vẫn chỉ có quyền chọn một trong hai đạo luật, như vậy tức là họ chỉ có quyền sử dụng trí phán đoán của họ chứ không phải ý chí riêng của họ*".<sup>(7)</sup>

Sự kìm chế của Toà án ở đây được hiểu không chỉ là sự tự kìm chế của Toà án, mà

thông qua sự tự kìm chế đó của mình Toà án còn có vai trò kìm chế các cành quyền lực khác trong phạm vi quyền lực mà Hiến pháp đã phân bổ. Toà án cũng là một sự đối trọng đối với các cành quyền lực khác. Mặc dù về nguyên tắc, Toà án không có quyền huỷ bỏ một đạo luật bất hợp hiến, nhưng việc Toà án từ chối áp dụng một đạo luật bất hợp hiến trong một trường hợp cụ thể trên thực tế đã làm vô hiệu hoá đạo luật đó, vì trong những trường hợp tương tự, nếu đương sự nại ra đạo luật đã bị Toà án tuyên bố bất hợp hiến thì Toà án thụ lý sẽ từ chối áp dụng.

Lịch sử của chế độ bảo hiến kiểu Mỹ đã chứng minh những hậu quả chính trị tiêu cực của việc Toà án độc lập thực thi quyền bảo hiến theo nguyên tắc phân quyền. Tối cao Pháp viện Mỹ, sau khi tự nhận cho mình vai trò bảo hiến trong vụ Marbury và Madison, đã không những tuyên bố vi hiến những điều khoản của đạo luật trực tiếp vi phạm Hiến pháp, mà cả những điều khoản trái với "tinh thần" Hiến pháp. Việc xác định một điều khoản của Luật trái với tinh thần Hiến pháp đôi khi mang tính chủ quan của các thẩm phán. GS. Lê Đình Chân nhận định: "Những gì mà thẩm phán Mỹ tưởng là được thấy ở chính văn, hay ở tinh thần Hiến pháp, thực ra chỉ là những cái nằm trong đầu óc, trong thành kiến hay thâm tâm họ".<sup>(8)</sup>

<sup>(6)</sup> John P. Roche. *Toà án và quyền dân ở Hoa Kỳ*. Thời nay, Sài Gòn, 1969, tr. 40.

<sup>(7)</sup> Haminton, Madison, Jay. *Luận về Hiến pháp Hoa Kỳ*. Bản dịch của Nguyễn Hưng Vương. NXB Như Nguyễn, Sài Gòn, 1959, tr.183.

<sup>(8)</sup> Lê Đình Chân. *Luật Hiến pháp - Khó khăn mẫu dân chủ, cuốn II*, Sài Gòn 1974, tr. 85.

Với quyền bảo hiến, Tối cao Pháp viện Mỹ đã giải thích Hiến pháp theo ý chí của riêng mình, dần dần lấn át quyền lực của Quốc hội và Chính phủ. Hệ quả là, Tòa án Tối cao Mỹ, một cơ quan tư pháp với chức năng truyền thống là xét xử những vi phạm pháp luật, đã trở thành “Chính phủ của ông Toà”. Khi Tòa án thực thi quyền bảo hiến, đã lấn át sang lĩnh vực thuộc thẩm quyền của Quốc hội, Chính phủ, rất có thể mục đích của chế độ bảo hiến bị tha hoá. Chế độ bảo hiến được sinh ra để bảo vệ những quyền lợi của công dân, nhưng tính chủ quan, thành kiến không thể tránh khỏi của các thẩm phán có thể đưa chế độ bảo hiến đến chỗ vi phạm chính quyền công dân. Lịch sử bảo hiến của Mỹ đã chứng minh điều này. Tin tưởng rằng cách đây một thế kỷ, những cha đẻ của Hiến pháp Mỹ chủ trương kinh tế tự do, các thẩm phán Tòa án Tối cao Mỹ đã lên án các đạo luật tiến bộ như đạo luật cấm làm việc đêm tại các lò nướng bánh, cấm làm việc quá giờ luật định,... vào thời thịnh hành của chính sách “Tân kinh tế” của Tổng thống F. B. Roosevelt. Sau năm 1932, Tòa án Tối cao Mỹ đã tuyên bố vi hiến những đạo luật về kinh tế xã hội mà chính các đạo luật này lại có ý nghĩa cứu vãn nền kinh tế Mỹ khỏi cơn khủng hoảng và đình trệ. Ngày nay, “Chính phủ của ông Toà” ở Mỹ không còn nữa, nhưng tình trạng “Chính phủ của ông Toà” ở Mỹ tồn tại trong khoảng thời gian từ năm 1880 đến năm

1940 cho thấy vai trò chính trị của quyền tư pháp, sự đối trọng của quyền tư pháp đối với quyền lập pháp và quyền hành pháp.

Theo nguyên tắc phân quyền mềm dẻo được áp dụng trong chính thể Cộng hoà Đại nghị ở Đức, các cành quyền lực dù được phân lập với nhau nhưng vẫn chịu trách nhiệm lẫn nhau: Quốc hội có thể lật đổ Chính phủ, Chính phủ cũng có thể yêu cầu nguyên thủ quốc gia giải tán Quốc hội; Tòa án có thể xét xử hành vi của Quốc hội. Hiến pháp Cộng hoà Liên bang Đức tại điều 93 ấn định cho Tòa án Hiến pháp Liên bang thẩm quyền kiểm tra tính hợp hiến các đạo luật do Nghị viện ban hành. Tòa án Hiến pháp Liên bang là cấp xét xử duy nhất có thẩm quyền tuyên bố các đạo luật của Liên bang hay bang là không còn giá trị vì không phù hợp với Hiến pháp<sup>(9)</sup>. Như vậy Tòa án Hiến pháp có quyền truy cứu trách nhiệm Hiến pháp đối với hành vi của Nghị viện trong việc ban hành một đạo luật vi phạm Hiến pháp, và hình thức chế tài Hiến pháp được áp dụng ở đây là *huỷ bỏ* đạo luật vi phạm Hiến pháp.

Năm 1974, Quốc hội đã quy định chỉ cho phép phá thai trong thời hạn 3 tháng kể từ ngày mang thai. Trên cơ sở các yêu cầu kiểm tra quy phạm, Tòa án Hiến pháp Liên bang đã tuyên bố quy phạm này là vô hiệu

<sup>(9)</sup> Wolfgang Horn. Pháp trị, dân chủ và quyền tài phán của hiến pháp. In trong Nhà nước pháp quyền. NXB chính trị quốc gia, H, 2002, Tr. 205.

vì nó không đủ để xác định nghĩa vụ của nhà nước ngay cả bằng Luật Hình sự, đối với việc bảo vệ cuộc sống tương lai của thai nhi. Năm 1992, quy định về thời hạn phá thai một lần nữa được thông qua và ngày 28/5/1993 nó được tuyên bố là phù hợp với Hiến pháp với điều kiện là việc phá thai do các nhà chuyên môn đảm nhận. Việc phá thai trong thời gian quy định vẫn bị coi là vi phạm pháp luật và chỉ không bị truy cứu về trách nhiệm hình sự nếu như người mang thai trước đó đã được hướng dẫn một cách rõ ràng rằng các quy định của Luật trước hết là nhằm bảo đảm cuộc sống tương lai của thai nhi. Sau đó vào năm 1995, Quốc hội đã đi theo hướng dẫn này của Toà án Hiến pháp Liên bang, có vai trò quan trọng trong việc xác định, củng cố, và phát triển các quyền công dân trong Hiến pháp.<sup>(10)</sup>

Toà án Hiến pháp Liên bang Đức có quyền huỷ bỏ một đạo luật vi phạm Hiến pháp của Nghị viện, có nghĩa là có trách nhiệm Hiến pháp đối với Nghị viện. Điều này khác mới mô hình bảo vệ Hiến pháp của Mỹ. Tòa án Tối cao của Mỹ không có quyền tuyên bố huỷ bỏ một đạo luật vi phạm Hiến pháp của Nghị viện, mà chỉ tuyên bố không áp dụng đạo luật đó trong một trường hợp cụ thể. Điều này không nói lên trách nhiệm Hiến pháp của Nghị viện, không có một chế

tài nào được áp dụng với Nghị viện trong trường hợp này.<sup>(11)</sup>

Trong bất cứ trường hợp nào, Toà án Hiến pháp Đức cũng có quyền xem xét một đạo luật của Quốc hội có hợp hiến hay không chứ không phải thông qua một vụ việc cụ thể như ở chính thể Cộng hoà Tổng thống của Hoa Kỳ. Có thể nói đây chính là cơ chế chịu trách nhiệm Hiến pháp của Quốc hội trước Toà án. Đây chính là tính chất mềm dẻo của sự phân quyền trong chính thể Cộng hoà Đại nghị. Việc tồn tại một cơ quan tư pháp chuyên biệt là Toà án Hiến pháp để xét xử hành vi của Quốc hội là nét đặc trưng của chính thể Cộng hoà Đại nghị.

### 3. Mấy luận điểm rút ra về mô hình bảo hiến

Việc đối chiếu mô hình bảo vệ Hiến pháp của Mỹ và Đức không muốn chỉ dừng lại ở những điểm tương đồng và khác biệt của hai mô hình này, mà thông qua đó muốn rút ra mấy luận điểm về quy luật phát triển của chế độ bảo hiến.

Mô hình bảo hiến của Mỹ và Đức đều là những mô hình bảo hiến bằng cơ quan tư pháp. Hiện nay cách thức bảo hiến bằng cơ quan tư pháp được áp dụng phổ biến ở các nước trên thế giới, chỉ còn rất ít nước bảo hiến bằng cơ quan chính trị. Những nước

<sup>(10)</sup> Nguồn: Tạp chí Deutschland tháng 12 năm 1997 do Bùi Ngọc Toàn tổng hợp- Tạp chí Nhà nước và Pháp luật số 9, 1998.

<sup>(11)</sup> Bùi Ngọc Sơn. *Trách nhiệm hiến pháp*. Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 4, năm 2003, tr. 22.

theo mô hình của Mỹ là Canada, đa số các nước Mỹ Latinh, Nhật Bản, Ấn Độ, Úc, các nước Bắc Âu, còn mô hình của Đức là mẫu hình của đa số các nước châu Âu.

Dù có những điểm khác nhau, nhưng cả hai mô hình của Mỹ và Đức đều trao thẩm quyền bảo hiến cho Toà án và việc bảo hiến bằng cơ quan tư pháp (toà án thường hay Toà án Hiến pháp) đã trở nên phổ biến trên thế giới. Điều này nói lên khuynh hướng phát triển chung của mô hình bảo hiến là trao thẩm quyền bảo hiến cho cơ quan tư pháp và cũng xuất phát từ bản chất của chế độ bảo hiến và từ bản chất của quyền tư pháp.

Bảo hiến thực ra là để kiểm soát sự lạm quyền của nhà nước, bảo đảm tính hợp hiến trong hành vi của chính quyền. Trong ba cành quyền lực là lập pháp, hành pháp và tư pháp thì cành quyền lực nào có xu hướng lạm quyền hơn cả? Đó chính là lập pháp và hành pháp. Sở dĩ như vậy là vì, lập pháp và hành pháp có những ưu thế tạo cho chúng có khả năng rơi vào tình trạng lạm quyền hơn tư pháp. A. Hamiton nhận xét rằng: “Ngành hành pháp không những có quyền phân phối các vinh dự mà lại có quyền sử dụng vũ lực. Ngành lập pháp không những kiểm soát tài chính mà lại còn có quyền quy định các luật lệ chi phối sự sinh hoạt của các công dân. Ngành tư pháp, trái lại, không có quyền sử dụng vũ lực hoặc quyền kiểm soát tài chính, không có quyền chi

phối tài sản lẫn sức mạnh của xã hội, và cũng không có một quyền quyết định tích cực nào cả. Có thể nói rằng, ngành tư pháp vừa không có lực lượng lại vừa không có ý chí, mà chỉ có trí phán đoán mà thôi, và cần phải dựa trên sự trợ tá của ngành hành pháp mới có thể thi hành được quyết định của trí phán đoán của mình.”<sup>(12)</sup>

Như vậy, quyền tư pháp không có ưu thế để lạm quyền như hai cành quyền lực còn lại, do đó tư pháp ít nguy hiểm đối với các quyền và tự do của cá nhân. Hơn nữa, quyền tư pháp lại là cành quyền lực bảo vệ các quyền và tự do cá nhân. Trong khi lập pháp, hành pháp bảo vệ lợi ích của đa số, thì tư pháp lại phúc đáp cho nhu cầu của thiểu số. Sự lạm quyền của lập pháp, hành pháp dẫn đến sự vi phạm Hiến pháp, xâm phạm các quyền của công dân đòi hỏi phải có cơ chế để bảo vệ các quyền của cá nhân trước sự xâm phạm của công quyền. Chính vì vậy, thẩm quyền bảo hiến không thể được trao cho cơ quan chính trị mà phải được trao cho cơ quan tư pháp với tính chất là một cơ quan kiểm soát sự lạm quyền của những cành quyền lực đại diện cho đa số để bảo vệ quyền lợi của thiểu số. “*Không nên lấy thịt đè người*”. Trao quyền bảo hiến cho toà án là cần thiết để bảo đảm ý nghĩa của câu nói này.

<sup>(12)</sup> Hamiton, Jay, Madison. The Federalist. Ng.80.