

**CHÍNH PHỦ VIỆT NAM – CHƯƠNG TRÌNH PHÁT TRIỂN LIÊN HIỆP QUỐC  
DỰ ÁN TĂNG CƯỜNG TIẾP CẬN CÔNG LÝ VÀ BẢO VỆ QUYỀN TẠI VIỆT NAM (00058492)**

**BÁO CÁO NGHIÊN CỨU  
TẬP QUÁN PHÁP - THỰC TRẠNG Ở VIỆT NAM VÀ MỘT SỐ ĐỀ XUẤT  
NHẪM NÂNG CAO HIỆU QUẢ ÁP DỤNG TẬP QUÁN PHÁP Ở VIỆT NAM**

**Các chuyên gia trong nước thực hiện:**

**Ts. Nguyễn Như Quỳnh, Ts. Nguyễn Quốc Việt và Ths. Nguyễn Hoàng Phương**

**Đơn vị đầu mối thực hiện:**

**Vụ Hợp tác Quốc tế, Tòa án nhân dân tối cao**

**Tháng 08 năm 2013**

Nhóm chuyên gia thực hiện báo cáo chân thành cảm ơn những ý kiến đóng góp của các ông Ngô Cường-Vụ trưởng Vụ Hợp tác quốc tế, Trần Văn Thư-Phó Vụ trưởng Vụ Hợp tác quốc tế, Tòa án nhân dân tối cao; bà Lê Nam Hương-Cán bộ Chương trình, Chương trình phát triển Liên hợp quốc và Ban quản lý Dự án Tăng cường tiếp cận công lý và bảo vệ quyền tại Việt Nam của Bộ Tư pháp.

Những ý kiến và đề xuất trong Báo cáo này là của nhóm tác giả, không phản ánh lập trường cũng như quan điểm chính thống của Tòa án nhân dân tối cao, Bộ Tư pháp hay Chương trình phát triển Liên hợp quốc.

# MỤC LỤC

## PHẦN MỞ ĐẦU

1. Tính cấp thiết của nghiên cứu .....	4
2. Mục đích, nhiệm vụ, phạm vi nghiên cứu.....	6
2.1. Mục đích nghiên cứu.....	6
2.2. Nhiệm vụ nghiên cứu.....	7
2.3. Phạm vi nghiên cứu .....	7
3. Phương pháp nghiên cứu và đóng góp Báo cáo .....	7
3.1. Phương pháp nghiên cứu.....	7
3.2. Đóng góp của Báo cáo .....	8

## PHẦN NỘI DUNG .....

9
---

1. Khái quát chung.....	9
1.1. Khái quát chung về tập quán pháp .....	9
1.1.1. Khái niệm tập quán và tập quán pháp.....	9
1.1.2. Sự hình thành tập quán pháp.....	12
1.1.3. Đặc điểm tập quán pháp.....	13
1.1.4. Mối quan hệ giữa tập quán pháp và pháp luật.....	14
1.1.5. Lợi ích của áp dụng tập quán pháp.....	15
1.2. Khái quát chung về tập quán pháp ở Việt Nam .....	16
1.2.1. Công nhận và áp dụng tập quán pháp ở Việt Nam .....	16
1.2.2. Tập quán và vấn đề tăng cường tiếp cận công lý và bảo vệ quyền ở Việt Nam.....	17
2. Tập quán pháp trong hệ thống pháp luật Việt Nam.....	19
2.1. Khái quát lịch sử phát triển của tập quán pháp trong hệ thống pháp luật Việt Nam.....	19
2.1.1. Từ trước năm 1945 .....	20
2.1.2. Từ năm 1945 đến năm 1975.....	23
2.1.3. Từ năm 1975 đến nay .....	25
2.2. Tập quán pháp trong các quy định pháp luật Việt Nam hiện hành .....	28
2.2.1. Các quy định pháp luật .....	29
2.2.2. Đánh giá pháp luật hiện hành về tập quán pháp.....	38
3. Tập quán pháp trong thực tiễn xét xử ở Việt Nam .....	44
3.1. Vụ án “Cây chà 19 tiếng” - tỉnh Bà Rịa-Vũng Tàu.....	45
3.2. Vụ án tranh chấp quyền sử dụng đất và nhà thờ họ - tỉnh Hưng Yên .....	50
3.3. Vụ án tranh chấp hợp đồng gửi giữ tài sản - tỉnh Đắk Lắk (1) .....	52
3.4. Vụ án tranh chấp hợp đồng gửi giữ tài sản - tỉnh Đắk Lắk (2) .....	54
3.5. Đánh giá chung .....	56

4.	Một số đề xuất nhằm nâng cao hiệu quả áp dụng tập quán pháp ở Việt Nam.....	58
4.1.	Mục tiêu, nguyên tắc và định hướng của đề xuất.....	58
4.2.	Các đề xuất cụ thể.....	61
4.2.1.	Hoàn thiện pháp luật về tập quán pháp.....	61
4.2.2.	Đầu tư hợp lý cho phát triển kinh tế-xã hội ở nông thôn, miền núi, vùng sâu vùng xa.....	70
4.2.3.	Một số đề xuất khác.....	70
5.	Kết luận.....	73
	DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO.....	74

## PHẦN MỞ ĐẦU

### 1. Tính cấp thiết của nghiên cứu

Trong giai đoạn đẩy mạnh thực hiện công cuộc cải cách tư pháp nhằm xây dựng nhà nước pháp quyền Việt Nam xã hội chủ nghĩa hiện nay, vấn đề xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật được xác định là một trong những nhiệm vụ trọng tâm. Quan điểm chỉ đạo cho quá trình hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam được xác định trong Nghị quyết số 48-NQ/TW ngày 24/05/2005 của Bộ Chính trị về chiến lược xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam đến 2010 và định hướng đến 2020 (sau đây gọi tắt là Nghị quyết số 48-NQ/TW) được xác định là phải “xuất phát từ thực tiễn Việt Nam, đồng thời tiếp thu có chọn lọc kinh nghiệm quốc tế về xây dựng và tổ chức thi hành pháp luật; kết hợp hài hòa bản sắc văn hóa, truyền thống tốt đẹp của dân tộc và tính hiện đại của hệ thống pháp luật”. Trong bối cảnh đó, đề cập đến vấn đề thừa nhận và áp dụng tập quán pháp tại Việt Nam, Nghị quyết số 48-NQ/TW nêu trên đã chỉ rõ yêu cầu phải “*Nghiên cứu về khả năng khai thác, sử dụng án lệ, tập quán (kể cả tập quán, thông lệ thương mại quốc tế) và quy tắc của các hiệp hội nghề nghiệp, góp phần bổ sung và hoàn thiện pháp luật*” (Phần III Mục 1). Đối với pháp luật hợp đồng, Nghị quyết số 48-NQ/TW xác định: “hoàn thiện pháp luật về hợp đồng theo hướng tôn trọng thỏa thuận của các bên giao kết hợp đồng, không trái đạo đức xã hội, không xâm phạm trật tự công cộng, phù hợp với tập quán, thông lệ thương mại quốc tế”.

Hiện nay, tập quán pháp được nhiều quốc gia trên thế giới công nhận là một hình thức pháp luật và được nhà nước bảo đảm thực hiện. Trên thực tế, việc sử dụng tập quán pháp có ý nghĩa tích cực khi nó có khả năng thay thế sự điều chỉnh của pháp luật trong những phạm vi nhất định, trong một số quan hệ xã hội; đồng thời tập quán pháp còn có vai trò bổ sung cho pháp luật trong những điều kiện nhất định. Tại Việt Nam, một số tập quán đã được Nhà nước công nhận, chủ yếu trong

lĩnh vực dân sự. Khi tập quán được Nhà nước công nhận sẽ trở thành tập quán pháp và được thực hiện theo các quy định pháp luật cụ thể. Tập quán pháp không chỉ có ý nghĩa tích cực trong việc giải quyết các tranh chấp dân sự hay thương mại, tại các địa bàn vùng sâu, vùng xa, vùng núi hay vùng có điều kiện kinh tế xã hội gặp nhiều khó khăn, mà còn tăng cường khả năng tiếp cận công lý và bảo vệ quyền cho người dân.

Tại Việt Nam, việc áp dụng tập quán pháp đã có lịch sử hình thành và phát triển lâu dài qua các thời kỳ lịch sử. Dưới các triều đại phong kiến, các hương ước làng xã, các phong tục, tập quán đã đóng vai trò quan trọng trong việc thay thế pháp luật, góp phần duy trì sự ổn định của xã hội. Trong những năm qua, việc áp dụng tập quán trong thực tiễn xét xử các vụ án dân sự mang lại hiệu quả ngày càng cao.

Tuy nhiên, ở nước ta, việc công nhận và áp dụng tập quán pháp còn gặp một số khó khăn do những hạn chế về cơ sở pháp lý và nhiều vấn đề tồn tại trong thực tiễn. Chẳng hạn, các văn bản pháp luật hiện hành chưa bao gồm định nghĩa ‘tập quán pháp’, chưa quy định đầy đủ các điều kiện được áp dụng tập quán; chúng ta chưa có danh mục các tập quán. Những điều này dẫn đến các Tòa án e ngại áp dụng tập quán trong xét xử và có quan điểm không thống nhất về công nhận và áp dụng tập quán. Trong nhiều vụ việc, Tòa án này thì cho rằng quy tắc xử sự nhất định là tập quán nhưng Tòa án khác lại cho rằng quy tắc xử sự đó không phải là tập quán.

Hơn nữa, mặc dù tập quán pháp không phải là vấn đề mới ở Việt Nam nhưng những nghiên cứu hiện nay về tập quán pháp chưa đầy đủ và toàn diện. Tập quán pháp được đề cập trong một số giáo trình của các cơ sở đào tạo luật tại Việt Nam. Bên cạnh đó, một số luận án tiến sĩ và luận văn thạc sĩ bàn về tập quán pháp, trong đó phải kể đến luận án tiến sĩ của Phan Nhật Thanh, *Recognizing Customary Law in Vietnam: Legal pluralism and human rights*, (*Thừa nhận tập quán pháp ở*

*Việt Nam: Tính đa nguyên của pháp luật và quyền con người*), Trường Đại học Wollongong, Ôtx-trây-lia, 2011. Tập quán và luật tục được đề cập tới trong các đề tài nghiên cứu, chẳng hạn như Chuyên đề: *Mối quan hệ giữa tập tục và pháp luật* do Viện nghiên cứu khoa học pháp lý, Bộ Tư pháp thực hiện năm 1999. Đồng thời, tập quán và tập quán pháp còn được không ít các tác giả nghiên cứu trong các bài viết đã được công bố như: Trần Thế Linh, *Hình thức luật pháp trong một số triều đại phong kiến Việt Nam*, Người Đại biểu nhân dân, 1998; Ngô Đức Thịnh, *Các giá trị luật tục ở Tây nguyên*, Văn hóa, 2008; Nguyễn Chí Dũng, *Luật tục với việc thi hành pháp luật*, Tạp chí nghiên cứu lập pháp, 2005; Nguyễn Thị Tuyết Mai, *Tập quán và việc áp dụng tập quán*, Tạp chí nghiên cứu lập pháp, 2009; Phan Trung Hiền, *Luật tôn giáo của một số quốc gia và khái niệm hình thức pháp luật ở Việt Nam*, Tạp chí nghiên cứu lập pháp, 2011. Những công trình nghiên cứu hiện nay mới chỉ tiếp cận, khai thác khía cạnh hẹp của tập quán, tập quán pháp hoặc đề cập chung chung, khái quát về tập quán pháp mà chưa nghiên cứu, đánh giá toàn diện về thực trạng công nhận và áp dụng tập quán pháp tại Việt Nam thông qua xem xét pháp luật và thực tiễn xét xử, trên cơ sở đó đưa ra đề xuất nhằm nâng cao hiệu quả áp dụng tập quán pháp ở Việt Nam. Có thể nói rằng, những nghiên cứu hiện nay chưa đưa ra được hệ thống đề xuất khả thi nhằm giải quyết những hạn chế của các quy định pháp luật về tập quán pháp và những vướng mắc trong thực tiễn công nhận và áp dụng tập quán pháp ở Việt Nam.

Do đó, nghiên cứu về tập quán pháp ở Việt Nam và đưa ra một số đề xuất nhằm nâng cao hiệu quả áp dụng tập quán pháp ở Việt Nam có giá trị lý luận và thực tiễn.

## **2. Mục đích, nhiệm vụ và phạm vi nghiên cứu**

### **2.1. Mục đích nghiên cứu**

Mục đích thực hiện Báo cáo này là nghiên cứu thực trạng công nhận và áp dụng tập quán pháp trong lĩnh vực dân sự tại Việt Nam thông qua phân tích, đánh giá pháp luật và một số vụ án dân sự cụ thể. Trên cơ sở đó, Báo cáo trình bày một số đề xuất nhằm hoàn thiện các quy định pháp luật Việt Nam về tập quán pháp và tháo gỡ những vướng mắc trong thực tiễn công nhận và áp dụng tập quán pháp.

## **2.2. Nhiệm vụ nghiên cứu**

- Báo cáo phân tích một số vấn đề lý luận chung về tập quán pháp;
- Báo cáo phải nêu được chính sách và pháp luật hiện hành của Việt Nam liên quan đến công nhận và áp dụng tập quán pháp trong lĩnh vực dân sự;
- Báo cáo nghiên cứu một số vụ án dân sự điển hình có áp dụng tập quán để đánh giá được những thành công và hạn chế của việc áp dụng này trong thực tiễn xét xử;
- Báo cáo đưa ra được một số đề xuất nhằm nâng cao hiệu quả áp dụng tập quán pháp ở Việt Nam.

## **2.3. Phạm vi nghiên cứu**

Xuất phát từ mục đích thực hiện Báo cáo là nghiên cứu thực trạng công nhận và áp dụng tập quán pháp ở Việt Nam, Báo cáo chỉ phân tích, đánh giá chính sách và pháp luật Việt Nam cũng như một số vụ án dân sự điển hình do các Tòa án Việt Nam giải quyết. Đồng thời, Báo cáo cũng chỉ tập trung vào nghiên cứu tập quán pháp trong lĩnh vực dân sự, cụ thể là công nhận và áp dụng tập quán pháp trong điều chỉnh các quan hệ dân sự, hôn nhân gia đình và thương mại; trong đó, áp dụng tập quán pháp trong điều chỉnh các quan hệ dân sự được tập trung xem xét nhiều hơn.

## **3. Phương pháp nghiên cứu và đóng góp Báo cáo**

### **3.1. Phương pháp nghiên cứu**



Báo cáo được thực hiện trên cơ sở phương pháp luận của chủ nghĩa duy vật biện chứng và chủ nghĩa duy vật lịch sử, sử dụng tổng hợp các phương pháp như: phân tích, tổng hợp, đối chiếu, so sánh nhằm làm sáng tỏ các vấn đề trong nội dung báo cáo. Báo cáo cũng sử dụng phương pháp phân tích theo trường hợp (case study) để phân tích, đánh giá việc áp dụng tập quán pháp tại Việt Nam

### **3.2. Đóng góp của Báo cáo**

Báo cáo có một số ý nghĩa lý luận và thực tiễn sau đây:

- Đưa ra bức tranh toàn cảnh về thực trạng công nhận và áp dụng tập quán pháp tại Việt Nam;

- Đưa ra các luận cứ và các đề xuất nhằm nâng cao hiệu quả áp dụng tập quán pháp tại Việt Nam, góp phần tăng cường tiếp cận công lý và bảo vệ quyền ở Việt Nam, góp phần thực hiện tiến trình cải cách tư pháp của Việt Nam.

Báo cáo gồm các phần sau đây:

1. Khái quát chung về tập quán pháp
2. Tập quán pháp trong hệ thống pháp luật Việt Nam
3. Tập quán pháp trong thực tiễn xét xử tại Việt Nam
4. Một số đề xuất nhằm nâng cao hiệu quả áp dụng tập quán pháp ở Việt Nam
5. Kết luận

## PHẦN NỘI DUNG

### 1. Khái quát chung

#### 1.1. Khái quát chung về tập quán pháp

##### 1.1.1. Khái niệm tập quán và tập quán pháp

###### (a) Khái niệm tập quán

Hình thức pháp luật là cách thức mà giai cấp thống trị sử dụng để nâng ý chí của giai cấp mình lên thành pháp luật. Về lý luận, có ba hình thức pháp luật là tập quán pháp, tiền lệ pháp và văn bản pháp luật.<sup>1</sup>

Hiện nay, có nhiều định nghĩa về tập quán, chúng tôi xin nêu ra một số định nghĩa về tập quán:

Theo Từ điển triết học giản yếu, tập quán là “phương thức hành vi theo kiểu mẫu sẵn có, được lặp lại trong một tập đoàn xã hội, một xã hội nhất định, trong một thời kỳ lịch sử lâu dài, và là thói quen, truyền thống của các thành viên trong xã hội ấy. Tập quán là hình thức xưa nhất để truyền thụ kinh nghiệm xã hội (kinh nghiệm lao động, các hình thức quan hệ xã hội, quan hệ đạo đức... được mọi người công nhận) từ thế hệ này sang thế hệ khác và từ xã hội đến cá nhân; tập quán cũng là hình thức đơn giản nhất để thực hiện sự kiểm soát xã hội, khuyến khích hay cấm đoán một hành vi nào đó. Những tập quán tương đối bền vững của một xã hội nhất định và có ý nghĩa về mặt đạo đức hợp thành phong tục của xã hội ấy. Trong quá trình phát triển lịch sử, những tập quán lỗi thời được thay thế bằng những tập quán mới, tạo điều kiện hình thành ra những quan hệ xã hội mới, tiến bộ.”<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> *Giáo trình lý luận Nhà nước và Pháp luật*, Trường Đại học Luật Hà Nội, Nhà xuất bản Công an nhân dân, Hà Nội, năm 2008.

<sup>2</sup> Hữu Ngọc, Dương Phú Hiệp, Lê Hữu Tầng, *Từ điển triết học giản yếu*, Nhà xuất bản Đại học và Trung học chuyên nghiệp, Hà Nội, năm 1987, tr. 427.

Nghị quyết số 04/2005/NQ-HĐTP ngày 17 tháng 9 năm 2005 của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao hướng dẫn thi hành một số quy định của Bộ luật Tố tụng dân sự về chứng minh và chứng cứ định nghĩa tập quán như sau: “*Tập quán là thói quen đã thành nếp trong đời sống xã hội, trong sản xuất và sinh hoạt thường ngày, được cộng đồng nơi có tập quán đó thừa nhận và làm theo như một quy ước chung của cộng đồng* (điểm b, c, d tiểu mục 2.7, mục 2, phần II).

Như vậy, tập quán là những quy tắc xử sự trong xã hội, được hình thành trong đời sống xã hội hoặc giao lưu quốc tế, đang tồn tại và được các chủ thể thừa nhận như là những quy tắc xử sự chung.

**(b) Khái niệm tập quán pháp**

Tập quán pháp được ghi nhận là hình thức pháp luật cổ nhất, ra đời cùng với sự tan rã của chế độ cộng sản nguyên thủy. Tập quán pháp là các quy phạm xã hội được thể hiện dưới dạng các phong tục hay tập quán, đã được sử dụng để điều chỉnh các quan hệ xã hội trước đó, còn tiếp tục có tác dụng điều chỉnh trong xã hội, là cơ sở để hình thành nên các quy tắc xử sự chung và được nhà nước bảo đảm thực hiện.

Theo Từ điển Bách khoa Việt Nam năm 2005, tập quán pháp được hiểu “là hệ thống các quy tắc xử sự dựa trên cơ sở các tập quán được Nhà nước thừa nhận để điều chỉnh các quan hệ xã hội. Tập quán pháp là hình thức pháp luật xuất hiện sớm nhất được sử dụng trong các nhà nước chủ nô và nhà nước phong kiến, nhà nước tư sản theo hệ thống pháp luật Anh, Mỹ.”<sup>3</sup>

Với ý nghĩa tương tự, theo Giáo trình Lý luận chung về Nhà nước và pháp luật của Đại học Luật Hà Nội năm 2011<sup>4</sup> thì “tập quán pháp là hình thức của pháp luật tồn tại dưới dạng những phong tục, tập quán đã được lưu truyền trong đời sống

---

<sup>3</sup> Xem: *Từ điển Bách khoa toàn thư Việt Nam*, <http://bachkhoatoanthu.vass.gov.vn/>

<sup>4</sup> Xem: *Giáo trình Lý luận chung về Nhà nước và Pháp luật*, Trường Đại học Luật Hà Nội, năm 2011

xã hội, được nhà nước thừa nhận thành những quy tắc xử sự mang tính bắt buộc đối với xã hội.”

Như vậy, tập quán pháp được hình thành trên cơ sở tập quán; tập quán pháp là tập quán được nhà nước công nhận nên trở thành những quy tắc xử sự mang tính chất bắt buộc và có tính chất pháp lý. Tập quán chỉ thuần túy là các quy tắc xử sự trong xã hội mà mọi người trong cộng đồng được hướng dẫn là nên thực hiện; nó không có tính pháp lý và cũng không có tính bắt buộc phải thi hành (chỉ có thể dựa trên sức ép từ dư luận hay ý kiến xã hội), chỉ được áp dụng trong phạm vi cộng đồng nhỏ mà không phải phạm vi quốc gia.

Đối với các nước thuộc hệ thống pháp luật dân sự (civil law) như Việt Nam, khi Nhà nước cần điều chỉnh một quan hệ xã hội, thông thường Nhà nước sẽ ban hành các quy phạm pháp luật. Tuy nhiên, trong nhiều trường hợp, quan hệ xã hội mà Nhà nước cần điều chỉnh lại đang được điều chỉnh bởi các quy phạm tập quán. Vì thế, nếu những tập quán này phù hợp với mục tiêu điều chỉnh các quan hệ xã hội của Nhà nước, nhiều Nhà nước sẽ sử dụng phương pháp thừa nhận, làm cho tập quán đó trở thành quy tắc xử sự có tính bắt buộc chung được Nhà nước đảm bảo thực hiện.

### ***(c) Tập quán pháp và luật tục***

Theo quan điểm nhân học, luật tục (trong tiếng Anh là *customary law, folk lore, indigenous law, traditional law, local law*) là tập hợp các tập quán và các hệ thống giá trị (chuẩn mực xã hội) được một cộng đồng nhất định thừa nhận có hiệu lực trong việc điều chỉnh hành vi của các thành viên cộng đồng.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Lê Quang Bình, *Luật tục từ góc nhìn nhân học*, Viện nghiên cứu xã hội, kinh tế và môi trường (iSEE), Tài liệu *Hội thảo về áp dụng tập quán trong công tác xét xử: Kinh nghiệm quốc tế và thực tiễn Việt Nam*, Tòa án nhân dân tối cao tổ chức, Hà Nội, ngày 06 tháng 5 năm 2013.

Theo Viện nghiên cứu Sinh thái Chính sách Xã hội (SPERI), luật tục là những quy định truyền thống, thể hiện ở phong tục, được cộng đồng công nhận và tự giác chấp hành.<sup>6</sup>

Bên cạnh đó, có ý kiến cho rằng, luật tục vừa mang một số yếu tố của luật pháp, như quy định các hành vi phạm tội, các tội phạm, bằng chứng, việc xét xử và hình phạt..., lại vừa mang tính chất của tục lệ, phong tục, như các quy ước, lời răn dạy, khuyên răn mang tính đạo đức, hướng dẫn hành vi cá nhân, tạo dư luận xã hội để điều chỉnh các hành vi ấy. Như vậy, luật tục như là hình thức phát triển cao của phong tục, tục lệ và hình thức phát sơ khai, hình thức tiền luật pháp.<sup>7</sup>

Như vậy, có sự tương đồng về nội hàm giữa hai khái niệm “tập quán pháp” và “luật tục”. Tập quán pháp và luật tục thực chất đều là phong tục, tập quán được nhà nước công nhận và trở thành có giá trị pháp lý.

Trong Báo cáo này, chúng tôi sử dụng thuật ngữ “tập quán pháp” với lý do từ gốc “tập quán” (chứ không phải “luật tục”) được sử dụng trong các văn bản pháp luật hiện hành của nước ta như Bộ luật Dân sự năm 2005 (Điều 3), Luật Thương mại năm 2005 (Điều 3), Nghị quyết số 04/2005/NQ-HĐTP ngày 17/9/2005 của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao. Hơn nữa, thuật ngữ “tập quán pháp” cũng được sử dụng tương đối phổ biến trong các nghiên cứu pháp lý hiện nay.

### ***1.1.2. Sự hình thành tập quán pháp***

Ra đời cùng với sự tan rã của chế độ cộng sản nguyên thủy, tập quán pháp được sử dụng phổ biến trong các nhà nước chủ nô và nhà nước phong kiến. Vào thời kỳ đầu tiên này, đây là hình thức Nhà nước thừa nhận giá trị của các tập quán

---

<sup>6</sup> Viện nghiên cứu Sinh thái Chính sách Xã hội (SPERI), *Văn hóa và Luật tục*, năm 2007.

<sup>7</sup> Xem: *Các giá trị luật tục ở Tây Nguyên*, my.opera.com/tourism2/blog/c.

đã tồn tại trong xã hội nhưng không ghi nhận các tập quán đó trong các văn bản pháp luật mà cho phép trực tiếp áp dụng các tập quán đó.

Tập quán pháp có ưu điểm là có nguồn gốc trực tiếp từ cuộc sống nên gần gũi với các đối tượng điều chỉnh trong cuộc sống hàng ngày. Tuy nhiên, do phần lớn tập quán được hình thành một cách tự phát nên thiếu cơ sở khoa học. Ngoài ra, tập quán pháp vừa hình thành chậm, vừa có tính bảo thủ và rất khó thay đổi nên không phải là hình thức có thể đáp ứng linh hoạt các yêu cầu của cuộc sống vốn biến đổi không ngừng. Có ý kiến cho rằng, áp dụng tập quán phổ biến ở nhà nước chủ nô và phong kiến vì thời kỳ này chữ viết chưa phổ biến; mặt khác khi phương Tây chưa phát minh ra giấy thì việc sử dụng văn bản cũng rất khó khăn. Đồng thời, khi kỹ thuật lập pháp còn sơ khai từ những ngày đầu xuất hiện Nhà nước này đã buộc giai cấp thống trị phải sử dụng các tập quán như là nguồn của pháp luật để quản lý xã hội.

Hiện nay, hình thức tập quán pháp vẫn được sử dụng một cách hạn chế trong các trường hợp cần bổ sung cho khiếm khuyết của các quy định pháp luật thành văn.

### ***1.1.3. Đặc điểm tập quán pháp***

Từ khái niệm nêu trên có thể rút ra một số đặc điểm cơ bản của tập quán pháp như sau:

- Là những quy tắc xử sự chung tồn tại trong đời sống xã hội được Nhà nước thừa nhận để điều chỉnh các quan hệ xã hội. Trong bất cứ xã hội nào, để xã hội tồn tại và phát triển thì các quan hệ giữa cá nhân với nhau và với xã hội, phải tuân theo các quy tắc chung nhất định. Những quy tắc đó tồn tại trong tất cả các lĩnh vực của đời sống hoạt động xã hội. Tập quán pháp là một trong các loại quy tắc chung đó.

- Tập quán pháp được Nhà nước thừa nhận. Để được coi là tập quán pháp thì bản thân quy phạm tập quán đó bắt buộc phải được Nhà nước thừa nhận bằng một

trong hai cách: hoặc thông qua một quy định mang tính nguyên tắc cho mọi trường hợp, hoặc thông qua một quy định chi tiết cho từng trường hợp cụ thể.

- Tập quán pháp điều chỉnh các quan hệ xã hội. Với mục đích là điều chỉnh các hành vi sai lệch, trái với chuẩn mực xã hội nhằm tạo lập xã hội phát triển ổn định và lành mạnh.

- Tập quán pháp có phạm vi điều chỉnh rộng, chứa đựng cả luật nội dung và luật hình thức. Do tập quán được hình thành từ cộng đồng dân cư, từ đời sống xã hội, nên bản thân tập quán pháp có phạm vi điều chỉnh rộng trong các lĩnh vực khác nhau của đời sống xã hội.

#### ***1.1.4. Mối quan hệ giữa tập quán pháp và pháp luật***

Tập quán pháp và pháp luật có mối quan hệ tác động qua lại rất chặt chẽ với nhau. Tập quán pháp tác động đến quá trình hình thành các quy định của pháp luật. Nó được coi là một nguồn luật quan trọng đối với một số hình thức nhà nước ở các giai đoạn lịch sử khác nhau. Nhiều tập quán của cộng đồng đã được nâng lên trở thành pháp luật phù hợp với ý chí nguyện vọng của nhà nước và của nhân dân. Chính vì thế, những quy định đó sẽ gắn gũi với đối tượng mà nó điều chỉnh, các chủ thể sẽ dễ dàng chấp nhận để thực hiện. Ngược lại, những tập quán trái với ý chí của nhà nước bị loại bỏ thông qua việc ban hành văn bản pháp luật để loại bỏ những tập quán này.

Tuy nhiên, tập quán pháp cũng có thể gây ra những tác động tiêu cực. Về vấn đề thực thi pháp luật, tập quán pháp có một số nội dung lạc hậu gây cản trở đối với việc thực hiện pháp luật của nhà nước. Tập quán là những quy ước của mỗi cộng đồng dân cư nên mang tính cục bộ, địa phương, mỗi cộng đồng dân cư có những phong tục tập quán khác nhau. Trong một số trường hợp, áp dụng tập quán pháp tạo tâm lý, thói quen sống theo tập quán của vùng, miền nên coi thường pháp luật ảnh hưởng đến quá trình thực thi pháp luật, tăng cường pháp chế.

Tập quán pháp có một đời sống thực tế đa dạng, phong phú về cả con đường hình thành và phương thức tồn tại. Có những tập quán pháp phù hợp với pháp luật, thể hiện bản sắc văn hóa của dân tộc nhưng cũng có những tập quán trở thành hủ tục, trái pháp luật. Chính vì vậy, nhà nước ghi nhận, củng cố và bảo vệ tập quán tốt đẹp dưới nhiều hình thức và biện pháp khác nhau. Ở một khía cạnh khác thì nhà nước thừa nhận các tập quán pháp và nâng lên thành các quy tắc xử sự mang tính bắt buộc chung là quy phạm pháp luật. Điều này giúp cho tập quán pháp được tôn trọng, bảo vệ và phát huy tác dụng trong cuộc sống, góp phần giữ gìn và phát huy những tập quán truyền thống tốt đẹp khi những tập quán này phù hợp với ý chí của nhà nước.

Cùng với việc ghi nhận, củng cố, bảo vệ và giữ gìn phong tục tập quán tốt đẹp, pháp luật giữ vai trò quan trọng trong việc hạn chế, loại trừ những tập quán không phù hợp với đời sống cộng đồng và pháp luật. Bằng những qui định cụ thể, pháp luật không cho phép hay liệt kê những tập quán bị cấm.

#### ***1.1.5. Lợi ích của áp dụng tập quán pháp***

Lợi ích của việc áp dụng tập quán được thể hiện ở ba phương diện sau đây:

*Thứ nhất*, tập quán pháp có khả năng thay thế sự điều chỉnh của pháp luật trong những phạm vi nhất định và ở một số lĩnh vực quan hệ xã hội nhất định. Khác với pháp luật, tập quán pháp rất linh hoạt và mang tính thích ứng cao trong việc áp dụng trên thực tế, nhất là với các cộng đồng nhỏ là nơi mà chính tập quán được hình thành. Trong điều kiện mà trình độ phát triển của các cộng đồng còn khác biệt nhau thì các quy phạm pháp luật ở trình độ khái quát cao khó xâm nhập vào các lĩnh vực cụ thể của đời sống cộng đồng. Chẳng hạn, các quy định về chế độ sở hữu, về sử dụng tài nguyên cũng khó đưa vào áp dụng với một số tộc người du canh du cư. Vì vậy, tập quán ở các trường hợp này có ý nghĩa quan trọng để thay thế pháp luật.



*Thứ hai*, tập quán pháp có vai trò bổ sung cho pháp luật trong những điều kiện nhất định. Bởi lẽ, trong thực tiễn luôn tồn tại những vấn đề cụ thể mà pháp luật chưa quy định hoặc quy định chưa đầy đủ. Trong những trường hợp đó, áp dụng tập quán pháp có ý nghĩa bổ sung cho pháp luật để điều chỉnh các hành vi xã hội.

*Thứ ba*, đối với việc thực hiện pháp luật, những tập quán pháp phù hợp lại góp phần làm cho pháp luật được thực hiện một cách nghiêm chỉnh, tự giác hơn, dựa trên lòng tin và sự tuân thủ sẵn có của người dân đối với các tập quán. Ngoài ra, tập quán có tác dụng hỗ trợ cho việc thực hiện pháp luật trong nhiều lĩnh vực, thể hiện rõ nhất trong việc thực hiện áp dụng các quy định của pháp luật, cho việc chi tiết hoá, cụ thể hoá pháp luật.

## **1.2. Khái quát chung về tập quán pháp ở Việt Nam**

### ***1.2.1. Công nhận và áp dụng tập quán pháp ở Việt Nam***

Tập quán pháp có thể được mỗi nhà nước công nhận và bảo đảm thực hiện bằng cách ghi nhận tập quán pháp trong một văn bản pháp luật hoặc/và trong bản án, quyết định của Tòa án. Ở Việt Nam, tập quán pháp được Nhà nước thừa nhận qua việc ban hành các văn bản quy phạm pháp luật. Điều này phù hợp với nguyên tắc pháp chế, vốn là nguyên tắc cốt lõi trong tổ chức Nhà nước và pháp luật xã hội chủ nghĩa. Nhiều nước trên thế giới trao thẩm quyền công nhận tập quán pháp cho Tòa án, ở nước ta việc công nhận tập quán pháp như là một nguồn của luật chỉ liên quan đến cơ quan lập pháp. Quốc hội là cơ quan lập hiến, lập pháp duy nhất tại Việt Nam. Quốc hội có thẩm quyền đưa ra các quy định về vị trí và vai trò của tập quán pháp trong Hiến pháp. Những quy định cơ bản này là căn cứ để các cơ quan khác thực hiện việc áp dụng tập quán pháp trên thực tế.

Thừa nhận tập quán pháp qua việc ban hành các luật là con đường phù hợp và phổ biến nhất tại Việt Nam. Với chức năng lập pháp này, Quốc hội có thẩm

quyền công nhận tập quán pháp. Tuy nhiên việc công nhận tập quán pháp tại Việt Nam cũng có những tiêu chuẩn nhất định. *Thứ nhất*, tập quán pháp phải bắt nguồn từ chính phong tục tập quán tồn tại trong cộng đồng dân cư. *Thứ hai*, tập quán đó phải tồn tại vào thời điểm được công nhận và áp dụng. *Thứ ba*, tập quán đó phải phù hợp với lợi ích chung của cộng đồng, đảm bảo sự ổn định và phát triển của xã hội. Đây là các yếu tố cơ bản để thực hiện việc công nhận tập quán pháp tại Việt Nam.

Hiến pháp 1992 (sửa đổi, bổ sung năm 2002) quy định Tòa án là cơ quan xét xử tại Việt Nam. Tuy nhiên, khác với một số quốc gia khác trên thế giới, Tòa án Việt Nam không có chức năng làm luật, do đó điều này không cho phép thẩm phán được chuyển hóa hay công nhận các tập quán trở thành tập quán pháp được Nhà nước thừa nhận. Với chức năng xét xử nêu trên, Tòa án Việt Nam chỉ có thẩm quyền áp dụng các tập quán pháp một cách trực tiếp thông qua hoạt động xét xử. Hoạt động áp dụng tập quán pháp của cá nhân và tổ chức diễn ra trong mọi mặt của đời sống xã hội.

### ***1.2.2. Tập quán và vấn đề tăng cường tiếp cận công lý và bảo vệ quyền ở Việt Nam***

Nằm ở rìa ngoài bán đảo Đông Dương, Việt Nam là một quốc gia có 54 dân tộc khác nhau về ngôn ngữ, lối sống và tôn giáo. Ngoài dân tộc Kinh chiếm đa số, 53 dân tộc thiểu số còn lại chiếm khoảng 14% dân số sinh sống chủ yếu trên các địa bàn vùng sâu, vùng xa và các địa bàn rất khó khăn về điều kiện kinh tế - xã hội. Việt Nam còn là một quốc gia nông nghiệp với hơn 75% dân số sinh sống tại nông thôn, sinh sống tại những làng xã với đời sống tương đối tách biệt so với thế giới bên ngoài; nơi mà từ lâu có những quy tắc xử sự riêng để điều chỉnh các quan hệ trong nội bộ làng xã. Ở nước ta, hiện nay, còn tồn tại sự chênh lệch tương đối lớn về trình độ phát triển kinh tế, xã hội, văn hóa và giáo dục giữa các vùng, miền. Đặc

biệt, rất nhiều người dân các vùng nông thôn, miền núi hay vùng đồng bào các dân tộc không những có mức sống thấp kém, mà trình độ dân trí và kiến thức pháp lý cũng còn rất hạn chế. Là nơi giao thoa của các nền văn hóa lớn cũng như trải qua lịch sử lâu dài với sự chiếm đóng, xâm lăng của ngoại bang, Việt Nam còn là một quốc gia có nhiều tôn giáo khác nhau cùng tồn tại ở các địa bàn khác nhau trong cả nước.

Với tất cả các lý do này, các văn bản pháp luật của Nhà nước Việt Nam khó có thể điều chỉnh mọi mặt các quan hệ xã hội tại nhiều khu vực đa dạng này. Trong khi đó, các khu vực và địa bàn trên lại thường có xu hướng tồn tại và phát triển với chính văn hóa và tập quán pháp của khu vực và địa bàn mình. Tập quán là một bộ phận quan trọng trong vốn văn hoá truyền thống, nó không chỉ là công cụ điều chỉnh quan hệ xã hội mà nó còn ẩn chứa những triết lý sâu xa về triết học, nhân sinh, cội nguồn. Trong số những phong tục tập quán đó, nhiều tập quán tiến bộ vẫn được gìn giữ ở nước ta cho đến nay. Ở khía cạnh này, chúng ta cần phân biệt tập quán pháp do Nhà nước thừa nhận có hiệu lực và tính bắt buộc trên phạm vi cả nước, với tập quán có hiệu lực và tính bắt buộc hạn chế trong phạm vi một cộng đồng nhất định, như một làng hay một xã. Nhà nước Việt Nam thường không can thiệp đối với loại tập quán này, trừ khi nó rõ ràng trái với pháp luật của Nhà nước.<sup>8</sup> Trở thành quy tắc xử sự chung cho một số cộng đồng, nhất là cộng đồng vùng đồng bào dân tộc, vùng sâu, vùng xa hay các vùng có điều kiện kinh tế khó khăn, các loại tập quán pháp hay hương ước tại các địa bàn này đóng một vai trò đáng kể để điều chỉnh các quan hệ giữa cá nhân với nhau và với cả cộng đồng. Trong nhiều trường hợp, các quy tắc xử sự chung nêu trên còn có tác dụng hiệu quả trong việc giải quyết các tranh chấp xuất phát từ nội bộ cộng đồng.

---

<sup>8</sup> Xem Thông tư liên tịch số 03/2000/BTP-BVHTT-BTTUBTWMTTQVN của Bộ Tư pháp, Bộ Văn hóa-Thông tin, Ban thường trực Ủy ban Trung ương Mặt trận tổ quốc Việt Nam, ngày 31/03/2000 về việc hướng dẫn xây dựng và thực hiện hương ước, quy tắc của làng, bản, thôn, ấp, cụm dân cư.

Việc áp dụng các quy định pháp luật, vì các nguyên nhân khách quan nêu trên, khó có thể phát huy một cách có hiệu quả đối với vùng đồng bào các dân tộc, vùng đồng bào tôn giáo, hay một số địa bàn còn nhiều khó khăn về kinh tế-xã hội. Ví dụ, việc áp dụng các thủ tục tố tụng dân sự theo các quy định pháp luật để giải quyết các tranh chấp dân sự vốn phức tạp, tốn kém và mất nhiều thời gian với nhiều cấp xét xử khác nhau trong nhiều trường hợp khó áp dụng một cách hiệu quả cho các vùng và địa bàn khó khăn. Điều này chưa tính đến việc thực hiện đầy đủ các thủ tục tố tụng thì người dân tại các vùng trên, với tài chính và kiến thức pháp lý hạn chế, không thể tự bảo vệ hiệu quả quyền và lợi ích hợp pháp của mình trong tố tụng dân sự. Về nội dung, trong nhiều trường hợp khi xây dựng và ban hành các quy định pháp luật, các nhà làm luật cũng không thể dự liệu hết các tình huống pháp lý để điều chỉnh chính xác với tất cả các đặc thù, phù hợp với những vùng hay địa bàn đặc biệt này. Trong khi đó, nếu việc áp dụng các tập quán của cộng đồng, cả về nội dung và hình thức, mà không trái với lợi ích chung và các quy định pháp luật khác của Nhà nước, sẽ góp phần giải quyết các tranh chấp một cách có hiệu quả, nhanh chóng và kịp thời, góp phần giữ gìn đoàn kết và ổn định trong đời sống cộng đồng dân cư đó, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của các chủ thể liên quan. Cũng nhờ đó, người dân tại các vùng sâu, vùng xa, vùng đồng bào tôn giáo hay các địa bàn gặp nhiều khó khăn về kinh tế - xã hội sẽ có khả năng tiếp cận công lý và được bảo vệ quyền tốt hơn. Như vậy, áp dụng tập quán pháp giúp tăng cường việc tiếp cận công lý và bảo vệ quyền cho người dân.

## **2. Tập quán pháp trong hệ thống pháp luật Việt Nam**

### **2.1. Khái quát lịch sử phát triển của tập quán pháp trong hệ thống pháp luật Việt Nam**

Mặc dù không phải là một nguồn chủ yếu trong hệ thống các quy phạm pháp luật, nhưng tập quán pháp ở Việt Nam đóng một vai trò quan trọng trong việc điều

chính các quan hệ thuộc các lĩnh vực khác nhau của đời sống xã hội. Với lịch sử hình thành và phát triển hàng nghìn năm, cùng với sự đa dạng về văn hóa và sự đa dạng về dân tộc, nên ở Việt Nam hệ thống các tập quán được hình thành và phát triển từ rất sớm và rất đa dạng. Với mỗi thời kỳ phát triển khác nhau, tập quán pháp ở Việt Nam lại có những đặc trưng, thể hiện những nếp sống, những thói quen, những quy tắc ứng xử riêng của con người. Báo cáo sẽ khái quát lịch sử phát triển của tập quán pháp trong hệ thống pháp luật Việt Nam theo ba giai đoạn: (i) trước năm 1945; (ii) 1945 đến 1975; (iii) 1975 đến nay.

### ***2.1.1. Từ trước năm 1945***

Các nghiên cứu gần đây chỉ ra rằng, tập quán pháp là nguồn luật chính trong giai đoạn này, ngay từ khi hình thành Nhà nước Văn Lang - nhà nước đầu tiên của chúng ta<sup>9</sup>.

Trong giai đoạn Trung Quốc đô hộ (năm 179 trước công nguyên đến năm 939 sau công nguyên) nước ta, tập quán pháp được thừa nhận là nguồn luật chính thức, song song tồn tại với hệ thống pháp luật Trung Quốc. Rào cản về ngôn ngữ đã gây khó khăn cho người Trung Quốc khi sử dụng pháp luật Trung Quốc giải quyết các vấn đề nông thôn. Do đó, pháp luật Trung Quốc được áp dụng ở thành thị còn tập quán pháp được áp dụng ở nông thôn<sup>10</sup>.

Kết thúc thời kỳ Bắc thuộc, xã hội Việt Nam trải qua thời kỳ phong kiến độc lập với các triều đại khác nhau. Trải qua hàng nghìn năm Bắc thuộc của các triều đại phong kiến Trung Quốc, “các triều đại này cố gắng đồng hóa dân tộc Việt Nam theo tộc Hán, mặc dù người Việt chịu nhiều ảnh hưởng về tổ chức thể chế chính trị, xã hội, văn hóa của Trung Quốc, nhưng người Việt Nam vẫn giữ được nhiều bản

---

<sup>9</sup> Nguyễn Ngọc Thuần, Lê Tuấn Anh, Trần Thị Kim Anh (2006), *Một số văn bản điển chế và Pháp luật Việt Nam từ thế kỷ XV đến XVIII*, Nxb Khoa học xã hội, tr. 9.

<sup>10</sup> John Gillespie, *Transplanting Commercial Law Reform: Developing a “Rule of Law” in Vietnam*, Ashgate, 2006, tr. 40-41.

chất nền tảng văn hóa dân tộc vốn có của mình sau một nghìn năm đô hộ”<sup>11</sup>. Đây là khoảng thời gian mà văn hóa làng xã tồn tại và phát triển một cách mạnh mẽ. Mỗi làng, xã đều có hương ước, phong tục, tập quán riêng tồn tại song song với các quy định của Nhà nước phong kiến. Sự phát triển lớn mạnh của hệ thống phong tục, tập quán ở mỗi địa phương đã làm cho nó có vai trò quan trọng trong đời sống xã hội và trong việc duy trì trật tự ứng xử, lối sống, cũng như các quy tắc trong xã hội. Trong giai đoạn này, hệ thống các phong tục, tập quán ở mỗi địa phương thường được thừa nhận và áp dụng triệt để hơn là các quy định của Nhà nước phong kiến. Sự thừa nhận này không tồn tại dưới dạng văn bản mà chỉ đơn giản là một nét văn hóa của người Việt thời bấy giờ. Dường như trong tâm trí mỗi người Việt Nam ở thời kì này đều tồn tại tư tưởng “phép vua thua lệ làng”.

Hai Bộ luật đồ sộ nhất trong hệ thống các văn bản pháp luật của Nhà nước phong kiến Việt Nam là Bộ luật Hồng Đức được ban hành dưới triều Lê và Bộ luật Gia Long được ban hành dưới triều Nguyễn. Cả hai Bộ luật này đều thừa nhận những quy tắc xử sự tồn tại dưới dạng tập quán. Tập quán pháp được đề cập trong hai Bộ luật này chủ yếu là các tục lệ, lệ làng. Ví dụ, Điều 314 (Điều 31, chương Hộ Hôn) Bộ luật Hồng Đức quy định như sau: *“Người kết hôn mà không đủ sính lễ đến nhà cha mẹ (người con gái) (nếu cha mẹ chết cả, thì đem đến nhà người trưởng họ, hay nhà người trưởng làng để xin, mà thành hôn với nhau một cách cầu thả thì phải biếm một tư và theo lệ sang hèn, bắt phải nộp tiền tạ cho cha mẹ (nếu cha mẹ chết cả thì nộp cho trưởng họ hay người trưởng làng), người con gái phải phạt năm mươi roi”*<sup>12</sup>. Đối với Bộ luật Gia Long, việc ghi nhận những phong tục, tập quán tồn tại chủ yếu trong các quy định về hôn nhân, điền sản, hương hỏa... Có thể thấy, tập quán pháp được ghi nhận trong hai Bộ luật này chủ yếu mang tính

---

<sup>11</sup> Đào Duy Anh, *Việt Nam văn hóa sử cương*, <[http://vi.wikipedia.org/wiki/Lịch\\_sử\\_Việt\\_Nam](http://vi.wikipedia.org/wiki/Lịch_sử_Việt_Nam)>.

<sup>12</sup> Nxb Thành phố Hồ Chí Minh, *Quốc triều Hình luật*, thành phố Hồ Chí Minh, tháng 3/2003, tr. 128.

chất liệt kê. Tức là Nhà nước thừa nhận những tập tục được áp dụng phổ biến rồi đưa vào trong luật. Cách ghi nhận này có ưu điểm: đảm bảo tính thống nhất, rõ ràng khi áp dụng, giúp cho các quan khi xét xử có cơ sở pháp lý chung và đảm bảo tính nhất quán trong các vụ việc. Tuy nhiên, quy định mang tính liệt kê có nhược điểm không thể bao quát được đầy đủ các phong tục, tập quán tồn tại đa dạng trong các cộng đồng dân cư, các dân tộc; đồng thời việc liệt kê cụ thể như vậy dẫn đến bỏ sót nhiều tập quán có tính tiến bộ nhưng chưa được biết đến và quy định thành luật. Ngoài ra, quy định liệt kê cũng làm cho việc vận dụng các tập quán cứng nhắc và kém linh hoạt.

Bước vào giai đoạn cuối của xã hội phong kiến, Việt Nam một lần nữa bị đặt dưới sự đô hộ của thực dân Pháp. Bằng cách này hay cách khác, thực dân Pháp vẫn phải thừa nhận các phong tục, tập quán ở mỗi địa phương và nâng lên thành các quy tắc xử sự được pháp luật thừa nhận. Ở Bắc kỳ áp dụng Dân luật Bắc kỳ năm 1931, ở Trung kỳ áp dụng Dân luật Trung kỳ năm 1936, ở Nam kỳ áp dụng Dân luật giản yếu Nam kỳ năm 1883.

Một điểm khác biệt cơ bản so với thời kì phong kiến trước đó là trong các văn bản pháp luật thời kì này, các phong tục, tập quán không còn được liệt kê một cách cụ thể nữa mà quy định một cách chung nhất trong luật. Tại Điều 4 Dân luật Bắc kỳ có quy định: *“Khi nào không có điều luật thi hành được, thì quan Thẩm phán xử theo tập quán phong tục, và nếu không có phong tục thì xử theo lẽ phải và sự công bằng, cũng là châm trước tục riêng, thói quen và tình ý của người đương sự”*. Cũng tại Điều 4 Dân luật Trung kỳ có quy định: *“Khi nào không có điều luật dẫn dụng được, thì quan thẩm phán sẽ xử theo phong tục, nếu phong tục cũng không có, thì xử theo lẽ phải và sự công bằng, mà xử theo tục riêng, cùng thói quen và tình ý của người đương sự”*.

Theo quy định tại hai điều luật trên, thứ tự áp dụng pháp luật và phong tục tập quán được xác định rõ ràng. Theo đó, phong tục tập quán chỉ được áp dụng khi không có quy định nào của pháp luật có thể áp dụng để giải quyết vụ việc. Mặc dù phong tục tập quán luôn có thứ tự áp dụng sau pháp luật nhưng trong các văn bản pháp luật này, giá trị của phong tục tập quán được thừa nhận ngang bằng với giá trị các quy định pháp luật của Nhà nước. Tại Điều 10 Dân luật Bắc kỳ có quy định: “*Không ai được lấy tư ước mà làm trái với pháp luật thuộc về trật tự và phong tục chung*”. Hay tại Điều 10 Dân luật Trung kỳ có quy định: “*Phàm dân ta giao ước với nhau sự gì mà trái với pháp luật, với trật tự hay là với phong tục đều vô hiệu*”. Tại chương thứ ba Dân luật giản yếu Nam kỳ, phần Duyên cố có quy định: “*Duyên cố bất pháp (trái với pháp luật) là khi bị pháp luật cấm, khi trái với thuần phong mỹ tục hay trái với trật tự công cộng. Các bên đương sự không thể giao kèo riêng để làm đình hiệu những pháp luật quan hệ đến thuần phong mỹ tục và trật tự công cộng*”.

Ngoài việc thừa nhận phong tục tập quán trở thành quy tắc xử sự chung, phong tục tập quán cũng được ghi nhận thành các quy tắc điều chỉnh trong nhiều lĩnh vực khác nhau của đời sống xã hội (Điều 42 Dân luật Bắc kỳ, Điều 102 Dân luật Trung kỳ).

Đáng lưu ý là thực dân Pháp đã thành lập hệ thống cơ quan giải quyết tranh chấp tập quán (trong tiếng Pháp cơ quan giải quyết tranh chấp tập quán là *tribunal de village*) cho ba dân tộc thiểu số là Bana, Sowđang và Jrai với mục đích giải quyết các vấn đề pháp lý liên quan đến những người dân tộc này sao cho phù hợp với tập quán của họ<sup>13</sup>.

### **2.1.2. Từ năm 1945 đến năm 1975**

---

<sup>13</sup> Sở Tư pháp tỉnh Lâm Đồng, Tham luận của Sở tư pháp tỉnh Lâm Đồng tại hội thảo Mối quan hệ giữa Luật tục, Hương ước và Pháp luật hiện hành, ĐakLak, 1997.



Trong thời kỳ này, tập quán pháp vẫn được thừa nhận là một nguồn quan trọng để điều chỉnh các quan hệ xã hội.

Phong tục tập quán được thừa nhận trong Hiến pháp năm 1959. Tại Điều 3 Hiến pháp năm 1959 có quy định: *“Các dân tộc có quyền duy trì hoặc sửa đổi phong tục tập quán, dùng tiếng nói chữ viết, phát triển văn hoá dân tộc mình.”*

Ngày 29 tháng 12 năm 1959, Luật Hôn nhân và gia đình đầu tiên được ban hành. Bên cạnh việc cấm kết hôn theo những hủ tục lạc hậu, Luật Hôn nhân và gia đình năm 1959 vẫn thừa nhận việc áp dụng phong tục, tập quán vào giải quyết các vấn đề liên quan đến việc kết hôn. Điều 9 Luật này quy định: *“Cấm kết hôn giữa những người cùng dòng máu về trực hệ; giữa cha mẹ nuôi và con nuôi. Cấm kết hôn giữa anh chị em ruột, anh chị em cùng cha khác mẹ hoặc cùng mẹ khác cha. Đối với những người khác có họ trong phạm vi năm đời hoặc có quan hệ thích thuộc về trực hệ, thì việc kết hôn sẽ giải quyết theo phong tục tập quán”*.

Ở Miền Nam, các quan hệ dân sự được điều chỉnh bởi Bộ Dân luật Sài Gòn năm 1972. Trong Bộ Dân luật này, ngoài việc đưa ra những quy tắc xử sự chung, chính quyền Sài Gòn cũng thừa nhận và cho phép áp dụng những phong tục, tập quán khi không có quy định pháp luật điều chỉnh. Cụ thể, tại Điều 9 Bộ Dân luật Sài Gòn quy định: *“Gặp trường hợp không có điều luật nào có thể dẫn dụng, Thẩm phán sẽ quyết định theo tục lệ; nếu không có tục lệ, sẽ theo công bằng và lẽ phải mà xét xử và phải chú trọng đến ý định của các đương sự”*. Điều đáng lưu ý là, trong nhiều trường hợp, mặc dù đã có luật quy định, nhưng phong tục tập quán vẫn được thừa nhận là quy tắc xử sự có vai trò quyết định đến hiệu lực của nhiều quan hệ pháp luật. Theo đó, tại Điều 13 có quy định: *“Trong việc kết ước, không được làm trái với những luật liên quan đến trật tự công cộng hay thuần phong mỹ tục”*.

Ngày 23 tháng 3 năm 1972, Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao ban hành Thông tư số 173-TANDTC hướng dẫn xét xử về Bồi thường thiệt hại

ngoài hợp đồng. Trong phần cuối của Thông tư giải thích như sau: “*Đối với trách nhiệm bồi thường thiệt hại liên đới trong các vụ săn bắn vô ý làm chết hoặc làm bị thương người khác, chúng tôi thấy không thể dựa vào tập tục lợi cùng hưởng của các phường săn bắn để bắt chịu trách nhiệm liên đới được. Hai vấn đề khác hẳn nhau: Việc chia đều phần thịt thú rừng săn bắn được giữa các người cùng đi săn là một tập quán ở các vùng dân tộc; việc bồi thường thiệt hại khi xảy ra tai nạn ai thuộc phạm trù trách nhiệm dân sự. Chỉ kẻ có lỗi mới phải chịu trách nhiệm dân sự, người trực tiếp gây ra tai nạn mới phải bồi thường thiệt hại. Còn nếu họ tự nguyện giúp đỡ nhau góp phần bồi thường thiệt hại thì là một việc làm tốt. Tòa án không phải can thiệp*”. Mặc dù không quy định trực tiếp nhưng theo cách giải thích này, trong quá trình xét xử các vụ tranh chấp về dân sự, Tòa án cũng thừa nhận tập quán phân chia thịt thú rừng săn bắn được giữa những người cùng đi săn ở các vùng dân tộc để giải quyết các tranh chấp phát sinh. Điều này cho thấy, tập quán không chỉ được ghi nhận trực tiếp trong luật, mà trong hoạt động xét xử của mình, nếu thấy những tập quán tồn tại phù hợp và có thể áp dụng để giải quyết tranh chấp thì Tòa án vẫn có quyền áp dụng để giải quyết tranh chấp đó.

Như vậy, các phong tục, tập quán không còn được quy định cụ thể trong một số điều luật như trước đây mà thể hiện dưới dạng những nguyên tắc chung. Mô hình quy định này đảm bảo việc bao quát được toàn bộ các phong tục, tập quán hiện đại, đồng thời góp phần xóa bỏ những tập tục lạc hậu đã tồn tại dai dẳng ở các dân tộc thiểu số, góp phần làm tăng tính linh hoạt, mềm dẻo trong quá trình áp dụng. Những quy định về áp dụng tập quán trong giai đoạn này cũng cho thấy, lĩnh vực mà tập quán pháp được áp dụng chủ yếu là lĩnh vực hôn nhân và gia đình. Bên cạnh đó cũng có những tập quán điều chỉnh tranh chấp dân sự.

### ***2.1.3. Từ năm 1975 đến nay***

#### ***a. Từ năm 1975 đến trước năm 1995***

Trong giai đoạn này, bên cạnh hệ thống các văn bản pháp luật ngày càng được hoàn thiện và phát triển, tập quán pháp vẫn tồn tại. Tuy nhiên từ năm 1975 cho đến nay, tập quán pháp không còn là nguồn luật chính thức của Việt Nam.

Trong Hiến pháp năm 1980, phong tục tập quán vẫn được thừa nhận (Điều 5). Ngày 29 tháng 12 năm 1986, Quốc hội nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam ban hành Luật hôn nhân và gia đình năm 1986. Ngay trong phần dẫn của Luật này đã thể hiện “*Kế thừa và phát triển Luật hôn nhân và gia đình năm 1959, để tiếp tục xây dựng và củng cố gia đình xã hội chủ nghĩa, giữ gìn và phát huy những phong tục, tập quán tốt đẹp của dân tộc, xoá bỏ những tục lệ lạc hậu, tập quán tốt đẹp của dân tộc, xoá bỏ những tục lệ lạc hậu, những tàn tích của chế độ hôn nhân và gia đình phòng kiến, chống ảnh hưởng của chế độ hôn nhân và gia đình tư sản*”. Như vậy, việc xây dựng Luật hôn nhân và gia đình năm 1986 đã thể hiện tư tưởng giữ gìn và phát huy những phong tục tập quán tốt đẹp của dân tộc, đồng thời xoá bỏ những tục lệ lạc hậu và những tàn tích của xã hội cũ để lại.

Ngày 15 tháng 4 năm 1992, Quốc hội ban hành Hiến pháp năm 1992. Tại Điều 5 Hiến pháp này có quy định: “*Các dân tộc có quyền dùng tiếng nói, chữ viết, giữ gìn bản sắc dân tộc và phát huy những phong tục, tập quán, truyền thống và văn hoá tốt đẹp của mình. Nhà nước thực hiện chính sách phát triển về mọi mặt, từng bước nâng cao đời sống vật chất và tinh thần của đồng bào dân tộc thiểu số*”. Quy định này về cơ bản là sự kế thừa quy định trong Hiến pháp năm 1980. Theo đó, việc ghi nhận và cho phép áp dụng tập quán như một nguyên tắc Hiến định để đảm bảo sự phát triển đồng đều giữa các dân tộc, đồng thời duy trì những nét văn hóa truyền thống tốt đẹp và đa dạng của các dân tộc trên toàn lãnh thổ Việt Nam.

Trên cơ sở Hiến pháp năm 1992, một số văn bản pháp luật liên quan đến tập quán pháp đã được ban hành như Chỉ thị số 24/1998/CT-TTg ngày 19/6/1998 của Thủ tướng Chính Phủ về việc xây dựng và thực hiện hương ước, quy ước của làng,

bản, thôn, ấp, cụm dân cư và Thông tư liên tịch số 03/2000/TTLT/BTP-BVHTT-BTTUBTUMTTQVN Bộ Tư pháp, Bộ Văn hóa-Thông tin, Ban thường trực Ủy ban Trung ương Mặt trận tổ quốc Việt Nam ngày 31/03/2000 về việc hướng dẫn việc xây dựng và thực hiện hương ước, quy ước của làng, bản, thôn, ấp, cụm dân cư.

Trong giai đoạn này, mặc dù tập quán được thừa nhận nhưng tập quán pháp không được coi là nguồn luật điều chỉnh các quan hệ xã hội phát sinh. Điều này cũng cho thấy, trong giai đoạn đầu của quá trình xây dựng đất nước Việt Nam thống nhất, các quy phạm pháp luật do Nhà nước ban hành được ưu tiên áp dụng.

*b. Từ năm 1995 đến nay*

Trong phần viết về thời kỳ từ năm 1995 đến nay, Báo cáo chỉ điểm qua những văn bản pháp luật hiện hành liên quan đến tập quán pháp; những văn bản pháp luật này được xem xét chi tiết hơn ở phần 2.2. của Báo cáo.

Trong thời kỳ này, vấn đề áp dụng tập quán được ghi nhận trong nhiều văn bản pháp luật nhưng điển hình nhất là trong Bộ luật Dân sự năm 1995 và Bộ luật Dân sự năm 2005.

Trong Bộ luật Dân sự năm 1995, tập quán pháp được thừa nhận là quy tắc xử sự trong nhiều lĩnh vực. Trong Bộ luật này, tập quán được quy định một cách khá chi tiết, từ nguyên tắc áp dụng tập quán cho đến những tập quán cụ thể trong các chế định: (i) tập quán chỉ được áp dụng để điều chỉnh các quan hệ pháp luật dân sự khi pháp luật không quy định và các bên không có thỏa thuận (Điều 4); (ii) tập quán được áp dụng để điều chỉnh các quan hệ nhân thân (khoản 1 Điều 30, khoản 1 Điều 55); (iii) áp dụng tập quán trong một số vấn đề có liên quan đến giao dịch dân sự (khoản 2 Điều 135); (iv) áp dụng tập quán để điều chỉnh các quan hệ về tài sản và quyền sở hữu (Điều 230, Điều 234, Điều 250, Điều 270); (v) áp dụng tập quán để điều chỉnh các quan hệ về hợp đồng (khoản 4 Điều 408, khoản 1 Điều

482, khoản 1 Điều 486; (vi) áp dụng tập quán để điều chỉnh các quan hệ về bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng (khoản 4 Điều 629); (vii) áp dụng tập quán để điều chỉnh các quan hệ về thừa kế (khoản 1 Điều 686); và (viii) áp dụng tập quán để điều chỉnh các quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài (khoản 4 Điều 827, Điều 828).

Bên cạnh các quan hệ dân sự, tập quán pháp còn được áp dụng điều chỉnh các quan hệ thương mại. Điều này được khẳng định trong Luật thương mại năm 1997 (cụ thể là quy định tại khoản 3 Điều 4 và Điều 133). Đối với các quan hệ hôn nhân gia đình, vấn đề áp dụng tập quán được quy định trong Luật Hôn nhân gia đình năm 2000 và Nghị định số 32/2002/NĐ-CP của Chính phủ về việc áp dụng Luật hôn nhân và gia đình đối với các dân tộc thiểu số.

Trong năm 2005, có ba văn bản pháp luật quan trọng quy định về áp dụng tập quán; bên cạnh đó, có một số quy định chi tiết về áp dụng tập quán. Đó là: (i) Nghị quyết số 48-NQ/TW ngày 24 tháng 5 năm 2005 của Bộ Chính trị về chiến lược xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam đến năm 2010, định hướng đến năm 2020; (ii) Bộ luật Dân sự năm 2005; và (iii) Luật Thương mại năm 2005.

Nghiên cứu khái quát lịch sử phát triển của tập quán pháp trong hệ thống pháp luật Việt Nam cho thấy: *Thứ nhất*, tập quán pháp hình thành sớm ở nước ta với ý nghĩa là những quy tắc xử sự được hình thành một cách tự nhiên từ trong đời sống xã hội. Ngay từ trong các văn bản pháp luật từ thời phong kiến, phong tục tập quán đã được Nhà nước coi trọng và bảo đảm cho việc áp dụng trong đời sống. Từ đó cho đến nay, tập quán pháp vẫn tiếp tục được thừa nhận. *Thứ hai*, trong các giai đoạn lịch sử khác nhau, tập quán pháp có vị trí, vai trò khác nhau trong hệ thống pháp luật. Tập quán pháp có thể là một nguồn luật hoặc không phải là một nguồn luật nhưng có giá trị pháp lý trong điều chỉnh các quan hệ dân sự.

## **2.2. Tập quán pháp trong các quy định pháp luật Việt Nam hiện hành**

### **2.2.1. Các quy định pháp luật**

Như đã nêu tại phần 2.1.3, phong tục tập quán được thừa nhận tại Điều 5 Hiến pháp năm 1992. Bên cạnh Hiến pháp năm 1992, Nghị quyết số 48-NQ/TW ngày 24 tháng 5 năm 2005 của Bộ Chính trị đóng vai trò nền tảng, định hướng cho các quy định pháp luật về tập quán pháp hiện nay. Theo Phần III, Mục 1 “*Nghiên cứu về khả năng khai thác, sử dụng án lệ, tập quán (kể cả tập quán, thông lệ thương mại quốc tế) và quy tắc của các hiệp hội nghề nghiệp, góp phần bổ sung và hoàn thiện pháp luật*”. Bên cạnh đó, Phần II, mục 3- Xây dựng và hoàn thiện pháp luật về dân sự, kinh tế, trọng tâm là hoàn thiện thể chế kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa có quy định: “...*Hoàn thiện pháp luật về hợp đồng theo hướng tôn trọng thoả thuận của các bên giao kết hợp đồng, không trái với đạo đức xã hội, không xâm phạm trật tự công cộng, phù hợp với tập quán, thông lệ thương mại quốc tế ...*”; Phần II, mục 6- Xây dựng và hoàn thiện pháp luật về hội nhập quốc tế có quy định: “...*Hoàn thiện pháp luật về giải quyết tranh chấp kinh tế (trọng tài, hoà giải) phù hợp với tập quán thương mại quốc tế ...*”

Như vậy, theo Nghị quyết này, khai thác và sử dụng tập quán là một trong những giải pháp giúp hoàn thiện pháp luật. Hơn nữa, tập quán chỉ được coi là nguồn “bổ sung” cho hệ thống pháp luật nước ta chứ không phải là một trong những nguồn luật chủ yếu. Tôn trọng tập quán được coi là một trong những nguyên tắc cơ bản trong việc hoàn thiện các quy định của pháp luật về dân sự cũng như pháp luật về giải quyết tranh chấp thương mại. Có thể thấy, đây là tư tưởng chỉ đạo trong việc xây dựng và hoàn thiện pháp luật về hợp đồng và pháp luật về giải quyết tranh chấp thương mại. Điều này phản ánh chính sách của Đảng và Nhà nước ta đối với việc giữ gìn, phát triển cũng như áp dụng các phong tục tập quán trong điều chỉnh các quan hệ dân sự và thương mại.

Như đã chỉ ra trong mục 2.1.3., các quy định pháp luật hiện hành về tập quán pháp chủ yếu bao gồm trong Bộ luật Dân sự năm 2005, Luật Thương mại năm 2005 và Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000. Bộ luật Dân sự năm 2005 bao gồm các quy định về áp dụng tập quán điều chỉnh các quan hệ dân sự, Luật Thương mại năm 2005 bao gồm các quy định về áp dụng tập quán điều chỉnh các quan hệ thương mại, Luật Hôn nhân và gia đình bao gồm các quy định về áp dụng tập quán điều chỉnh các quan hệ hôn nhân và gia đình. Phần tiếp theo sẽ đề cập đến các quy định pháp luật hiện hành về tập quán pháp trong lĩnh vực dân sự.

*a. Quy định về áp dụng tập quán điều chỉnh các quan hệ dân sự*

Tương tự như trong Bộ luật dân sự năm 1995, trong Bộ luật năm 2005, tập quán được quy định một cách khá chi tiết, từ nguyên tắc áp dụng tập quán cho đến các quy tắc xử sự trong các chế định cụ thể. Cụ thể:

*Thứ nhất, về nguyên tắc áp dụng tập quán. Điều 3 quy định: “Trong trường hợp pháp luật không quy định và các bên không có thoả thuận thì có thể áp dụng tập quán; nếu không có tập quán thì áp dụng quy định tương tự của pháp luật. Tập quán và quy định tương tự của pháp luật không được trái với những nguyên tắc quy định trong Bộ luật này” và Điều 8 quy định: “Việc xác lập, thực hiện quyền, nghĩa vụ dân sự phải bảo đảm giữ gìn bản sắc dân tộc, tôn trọng và phát huy phong tục, tập quán, truyền thống tốt đẹp, tình đoàn kết, tương thân, tương ái, mỗi người vì cộng đồng, cộng đồng vì mỗi người và các giá trị đạo đức cao đẹp của các dân tộc cùng sinh sống trên đất nước Việt Nam”.*

*Thứ hai, các quy định áp dụng tập quán để điều chỉnh các quan hệ nhân thân. Tại khoản 1 Điều 28 quy định: “Cá nhân khi sinh ra được xác định dân tộc theo dân tộc của cha đẻ, mẹ đẻ. Trong trường hợp cha đẻ và mẹ đẻ thuộc hai dân tộc khác nhau thì dân tộc của người con được xác định là dân tộc của cha đẻ hoặc dân tộc của mẹ đẻ theo tập quán hoặc theo thoả thuận của cha đẻ, mẹ đẻ”.*

*Thứ ba, các quy định áp dụng tập quán trong một số vấn đề có liên quan đến giao dịch dân sự. Tại khoản 1 Điều 126 quy định: “Trong trường hợp giao dịch dân sự có thể được hiểu theo nhiều nghĩa khác nhau thì việc giải thích giao dịch dân sự đó được thực hiện theo thứ tự sau đây: c) Theo tập quán nơi giao dịch được xác lập”.*

*Thứ tư, các quy định áp dụng tập quán để điều chỉnh các quan hệ về tài sản và quyền sở hữu. Tại Điều 215 quy định: “Quyền sở hữu chung được xác lập theo thoả thuận của các chủ sở hữu, theo quy định của pháp luật hoặc theo tập quán”; tại khoản 1 Điều 220 quy định: “Sở hữu chung của cộng đồng là sở hữu của dòng họ, thôn, ấp, làng, bản, buôn, sóc, cộng đồng tôn giáo và các cộng đồng dân cư khác đối với tài sản được hình thành theo tập quán, tài sản do các thành viên của cộng đồng cùng nhau đóng góp, quyên góp, được tặng cho chung hoặc từ các nguồn khác phù hợp với quy định của pháp luật nhằm mục đích thoả mãn lợi ích chung hợp pháp của cả cộng đồng”; tại Điều 242 quy định: “... Sau sáu tháng, kể từ ngày thông báo công khai mà không có người đến nhận thì gia súc đó thuộc sở hữu của người bắt được; nếu gia súc bắt được là gia súc thả rông theo tập quán thì thời hạn này là một năm”; tại khoản 1 Điều 265 quy định “Ranh giới cũng có thể được xác định theo tập quán hoặc theo ranh giới đã tồn tại từ ba mươi năm trở lên mà không có tranh chấp”.*

*Thứ năm, các quy định áp dụng tập quán để điều chỉnh các quan hệ về hợp đồng. Tại khoản 4 và 5 Điều 409 quy định: “Khi hợp đồng có điều khoản hoặc ngôn từ khó hiểu thì phải được giải thích theo tập quán tại địa điểm giao kết hợp đồng. Khi hợp đồng thiếu một số điều khoản thì có thể bổ sung theo tập quán đối với loại hợp đồng đó tại địa điểm giao kết hợp đồng”; tại khoản 1 Điều 479 quy định: “Họ, họ, họ, họ, họ (sau đây gọi chung là họ) là một hình thức giao dịch về tài sản theo tập quán trên cơ sở thoả thuận của một nhóm người tập hợp nhau*



*lại cùng định ra số người, thời gian, số tiền hoặc tài sản khác, thể thức góp, lĩnh họ và quyền, nghĩa vụ của các thành viên”; tại khoản 1 Điều 485 quy định: “Bên cho thuê phải bảo đảm tài sản thuê trong tình trạng như đã thoả thuận, phù hợp với mục đích thuê trong suốt thời gian cho thuê; phải sửa chữa những hư hỏng, khuyết tật của tài sản thuê, trừ hư hỏng nhỏ mà theo tập quán bên thuê phải tự sửa chữa”; tại khoản 1 Điều 489 quy định: “Bên thuê phải trả đủ tiền thuê đúng thời hạn đã thoả thuận; nếu không có thoả thuận về thời hạn trả tiền thuê thì thời hạn trả tiền thuê được xác định theo tập quán nơi trả tiền; nếu không thể xác định được thời hạn theo tập quán thì bên thuê phải trả tiền khi trả lại tài sản thuê”.*

*Thứ sáu, các quy định áp dụng tập quán để điều chỉnh các quan hệ về bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng. Tại khoản 4 Điều 625 quy định: “Trong trường hợp súc vật thả rông theo tập quán mà gây thiệt hại thì chủ sở hữu súc vật đó phải bồi thường theo tập quán nhưng không được trái pháp luật, đạo đức xã hội”.*

*Thứ bảy, các quy định áp dụng tập quán để điều chỉnh các quan hệ về thừa kế. Tại khoản 1 Điều 683 quy định: “Thứ tự ưu tiên thanh toán di sản được xác định đầu tiên là chi phí hợp lý theo tập quán cho việc mai táng”.*

*Thứ tám, các quy định áp dụng tập quán để điều chỉnh các quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài. Tại khoản 4 Điều 759 quy định: “Trong trường hợp quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài không được Bộ luật này, các văn bản pháp luật khác của Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam, điều ước quốc tế mà Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên hoặc hợp đồng dân sự giữa các bên điều chỉnh thì áp dụng tập quán quốc tế, nếu việc áp dụng hoặc hậu quả của việc áp dụng không trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam”.*

Như vậy, các quy định về áp dụng tập quán trong Bộ luật Dân sự năm 2005 được chia thành ba nhóm:<sup>14</sup>

- (i) Các quy định về áp dụng tập quán với ý nghĩa là nguồn bổ sung cho pháp luật trong trường hợp pháp luật không quy định. Đó là quy định tại các điều 3, 759 (khoản 4);
- (ii) Các quy định áp dụng tập quán như là một phần của việc áp dụng điều luật (tập quán phụ thuộc điều luật) nhưng không quy định rõ nội dung của tập quán. Đó là quy định tại các điều: 126, 215, 220, 265, 409, 489, 625, 683.
- (iii) Các quy định áp dụng tập quán và nội dung của tập quán đó. Đó là định tại các điều: 28, 242, 485.

Cần lưu ý rằng, tập quán hội, họ, biểu, phường đã được luật hóa bằng quy định tại Điều 479 Bộ luật Dân sự năm 2005 và hướng dẫn cụ thể trong Nghị định số 144/2006/NĐ-CP ngày 27/11/2006 của Chính phủ.

*b. Quy định về áp dụng tập quán điều chỉnh các quan hệ hôn nhân và gia đình*

Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000 quy định về việc áp dụng tập quán trong điều chỉnh các quan hệ hôn nhân và gia đình. Tại khoản 1 Điều 3 quy định: *“Nhà nước có chính sách, biện pháp tạo điều kiện để các công dân nam, nữ xác lập hôn nhân tự nguyện, tiến bộ và gia đình thực hiện đầy đủ chức năng của mình; tăng cường tuyên truyền, phổ biến pháp luật về hôn nhân và gia đình; vận động nhân dân xoá bỏ phong tục, tập quán lạc hậu về hôn nhân và gia đình, phát huy truyền thống, phong tục, tập quán tốt đẹp thể hiện bản sắc của mỗi dân tộc; xây*

---

<sup>14</sup> Xem: Ngô Cường, *Mấy ý kiến về việc áp dụng tập quán để giải quyết các tranh chấp dân sự*, Tài liệu Hội thảo về áp dụng tập quán trong công tác xét xử: Kinh nghiệm quốc tế và thực tiễn Việt Nam, Tòa án nhân dân tối cao tổ chức, Hà Nội, ngày 06 tháng 5 năm 2013.

*dựng quan hệ hôn nhân và gia đình tiến bộ*”. Tại Điều 6 quy định: “*Trong quan hệ hôn nhân và gia đình, những phong tục, tập quán thể hiện bản sắc của mỗi dân tộc mà không trái với những nguyên tắc quy định tại Luật này thì được tôn trọng và phát huy*”. Tại Điều 20 quy định: “*Nơi cư trú của vợ, chồng do vợ chồng lựa chọn, không bị ràng buộc bởi phong tục, tập quán, địa giới hành chính*”. Tại khoản 3 Điều 100 quy định: “*Nhà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam bảo hộ quyền, lợi ích hợp pháp của công dân Việt Nam ở nước ngoài trong quan hệ hôn nhân và gia đình phù hợp với pháp luật Việt Nam, pháp luật của nước sở tại, pháp luật và tập quán quốc tế*”.

Ngày 27 tháng 3 năm 2002, Chính phủ ban hành Nghị định số 32/2002/NĐ-CP về việc áp dụng Luật hôn nhân và gia đình đối với các dân tộc thiểu số. Trong Nghị định này, tập quán được đề cập khá toàn diện với hai nội dung: (i) khuyến khích phát huy bản sắc văn hóa của các dân tộc, duy trì các phong tục tập quán tiến bộ; (ii) bài trừ các phong tục tập quán lạc hậu, các hủ tục đã tồn tại từ lâu trong đời sống của các đồng bào dân tộc. Ưu điểm của Nghị định này là đưa ra danh mục các phong tục, tập quán tốt đẹp về hôn nhân và gia đình được khuyến khích phát huy và danh mục các phong tục, tập quán lạc hậu về hôn nhân gia đình bị nghiêm cấm áp dụng hoặc cần vận động xóa bỏ.

- Các quy định liên quan đến giữ gìn và phát huy bản sắc văn hóa của các dân tộc trong quan hệ hôn nhân và gia đình: về nguyên tắc chung, phong tục tập quán tốt đẹp được khuyến khích phát triển, tại khoản 1 Điều 2 có quy định: “*Phong tục, tập quán tốt đẹp về hôn nhân và gia đình của các dân tộc thiểu số (được ghi trong Phụ lục A ban hành kèm theo Nghị định này) thể hiện bản sắc của mỗi dân tộc, không trái với những nguyên tắc quy định của Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2000 thì được tôn trọng và phát huy*”; về việc thực hiện nghi thức cưới hỏi tiết kiệm, tại khoản 1 Điều 9 có quy định: “*Các nghi thức cưới hỏi tiết kiệm, lành*

*mạnh thể hiện bản sắc của dân tộc mình mà không trái với những quy định của Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2000 thì được tôn trọng, phát huy”; về tinh thần đoàn kết, giúp đỡ giữa các thành viên trong gia đình dòng họ, tại Điều 14 có quy định: “Các phong tục, tập quán tốt đẹp của các dân tộc thể hiện tinh thần đoàn kết, tương trợ, giúp đỡ lẫn nhau giữa các thành viên trong gia đình và dòng họ, thì được tôn trọng và khuyến khích phát huy”; về áp dụng tập quán tốt đẹp trong lĩnh vực nuôi con nuôi, khoản 1 Điều 15 quy định: “Nhà nước khuyến khích phát huy tập quán của các dân tộc nhận những người thân thích trong dòng họ có hoàn cảnh khó khăn và trẻ em mồ côi không nơi nương tựa làm con nuôi, nếu việc nuôi con nuôi có đủ điều kiện theo quy định của pháp luật”; ngoài ra còn nhiều quy định khác cũng nhằm khuyến khích phát huy và tạo điều kiện cho các dân tộc giữ gìn và phát huy bản sắc văn hóa, phong tục tập quán tiến bộ của dân tộc mình.*

- Các quy định bài trừ các phong tục, tập quán lạc hậu: về nguyên tắc chung, tại khoản 2 Điều 2 có quy định “*Phong tục, tập quán lạc hậu về hôn nhân và gia đình của các dân tộc thiểu số (được ghi trong Phụ lục B ban hành kèm theo Nghị định này) trái với những nguyên tắc quy định của Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2000 thì bị nghiêm cấm hoặc vận động xoá bỏ*”; về vấn đề bài trừ phong tục tập quán tảo hôn, tại Điều 4 có quy định: “...*Ủy ban nhân dân xã, phường, thị trấn (sau đây gọi là Ủy ban nhân dân cấp xã), Mặt trận Tổ quốc cùng cấp và các tổ chức thành viên, các Già làng, Trưởng bản và các vị chức sắc tôn giáo thực hiện tuyên truyền vận động người dân xoá bỏ phong tục, tập quán kết hôn trước tuổi quy định của Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2000 (tảo hôn)*”; đảm bảo quyền tự do kết hôn, tại khoản 2 Điều 5 quy định: “*Nghiêm cấm tục cướp vợ để cưỡng ép người phụ nữ làm vợ*” hay tại khoản 2 Điều 6 có quy định: “*Nghiêm cấm tập quán buộc người vợ góa, chồng góa phải lấy một người khác trong gia đình chồng cũ hoặc gia đình vợ cũ mà không được sự đồng ý của người đó*”; về cấm kết hôn theo

phong tục lạc hậu, Điều 7 có quy định: “*Nghiêm cấm tập quán kết hôn giữa những người có cùng dòng máu về trực hệ hoặc có liên quan dòng họ trong phạm vi ba đời. Vận động xoá bỏ phong tục, tập quán cấm kết hôn giữa những người có liên quan dòng họ trong phạm vi từ bốn đời trở lên*”; về quyền bình đẳng giữa vợ và chồng, khoản 2 Điều 10 có quy định: “*Các dân tộc có quan hệ gia đình theo chế độ phụ hệ hoặc mẫu hệ có các phong tục, tập quán không bảo đảm quyền bình đẳng giữa vợ và chồng, thì Ủy ban nhân dân cấp xã, Mặt trận Tổ quốc cùng cấp và các tổ chức thành viên, các Già làng, Trưởng bản, các vị chức sắc tôn giáo vận động, thuyết phục người dân từng bước xoá bỏ sự bất bình đẳng giữa vợ và chồng trong quan hệ gia đình, bảo đảm vợ, chồng có các quyền và nghĩa vụ ngang nhau về mọi mặt theo quy định của Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2000*”; về quyền thừa kế giữa vợ và chồng, khoản 1 Điều 12 có quy định: “*Các phong tục, tập quán không bảo đảm quyền thừa kế tài sản của nhau giữa vợ và chồng khi một bên chết, thì vận động xoá bỏ phong tục, tập quán này nhằm bảo đảm quyền, lợi ích hợp pháp của bên còn sống*”; về quan hệ giữa cha mẹ và các con, Điều 13 quy định: “*Vận động xoá bỏ các phong tục, tập quán thể hiện sự phân biệt đối xử giữa con trai và con gái trong gia đình của các dân tộc theo chế độ phụ hệ hoặc mẫu hệ*”; về ly hôn, khoản 1 Điều 18 quy định: “*Vận động xoá bỏ tập quán ly hôn do Già làng, Trưởng bản hoặc các vị chức sắc tôn giáo giải quyết*”; về chia tài sản của vợ chồng khi ly hôn, khoản 2 Điều 19 quy định: “*Nghiêm cấm phong tục, tập quán đòi lại của cải, phạt vạ khi vợ, chồng ly hôn*”.

Nghiên cứu các quy định về áp dụng tập quán điều chỉnh các quan hệ hôn nhân và gia đình cho thấy:

*Thứ nhất*, phong tục tập quán về hôn nhân và gia đình còn tồn tại khá phổ biến ở mỗi dân tộc. Mỗi dân tộc có một phong tục tập quán riêng; trong đó có

những phong tục tập quán tiến bộ và những phong tục tập quán lạc hậu và không còn phù hợp với thực tế đời sống.

*Thứ hai*, việc giữ gìn, phát huy bản sắc văn hóa của các dân tộc trong lĩnh vực hôn nhân gia đình nói riêng, trong các lĩnh vực của đời sống xã hội nói chung là hết sức cần thiết và phải được quan tâm đúng mức, đảm bảo giữ gìn được những nét văn hóa truyền thống tốt đẹp của các dân tộc, đồng thời hướng tới việc ghi nhận những giá trị văn hóa truyền thống ấy vào trong luật và nhân rộng phạm vi áp dụng trên toàn lãnh thổ nước ta.

*c. Quy định áp dụng tập quán điều chỉnh các quan hệ thương mại*

Ngày 14 tháng 6 năm 2005, Quốc hội ban hành Luật Thương mại năm 2005. Bộ luật Dân sự cũng như các văn bản pháp luật hôn nhân và gia đình không đưa ra khái niệm ‘tập quán’, ‘tập quán dân sự’ hay ‘tập quán hôn nhân gia đình’ thì khái niệm ‘tập quán thương mại’ được quy định trong Luật Thương mại. Theo khoản 4 Điều 3: “*Tập quán thương mại là thói quen được thừa nhận rộng rãi trong hoạt động thương mại trên một vùng, miền hoặc một lĩnh vực thương mại, có nội dung rõ ràng được các bên thừa nhận để xác định quyền và nghĩa vụ của các bên trong hoạt động thương mại.*”

Tương tự như Điều 3 Bộ luật Dân sự năm 2005, Luật Thương mại quy định trường hợp được áp dụng tập quán. Theo đó, “*Trường hợp pháp luật không có quy định, các bên không có thỏa thuận và không có thói quen đã được thiết lập giữa các bên thì áp dụng tập quán thương mại nhưng không được trái với những nguyên tắc quy định trong Luật này và trong Bộ luật dân sự*” (khoản 4 Điều 3).

Một điểm đáng lưu ý là Luật Thương mại cho phép “*các bên trong giao dịch thương mại có yếu tố nước ngoài được thỏa thuận... áp dụng tập quán thương mại quốc tế nếu... tập quán thương mại quốc tế đó không trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam*” (khoản 1 Điều 5). Bằng việc cho phép áp dụng tập

quán theo sự thỏa thuận của các bên, quy định này mở rộng so với quy định tại khoản 4 Điều 3 Luật Thương mại và quy định tại Điều 3 Bộ luật Dân sự năm 2005.

Bên cạnh đó, Luật Thương mại còn quy định áp dụng tập quán trong trường hợp cụ thể. Đó là: “*Khi thực hiện việc vận chuyển hàng hóa, thương nhân kinh doanh dịch vụ logistics phải tuân thủ các quy định của pháp luật và tập quán vận tải*” (khoản 2 Điều 235).

### **2.2.2. Đánh giá pháp luật hiện hành về tập quán pháp**

Qua nghiên cứu các quy định pháp luật hiện hành liên quan đến tập quán pháp, có thể rút ra một số ưu điểm và hạn chế như sau:

#### *a. Về ưu điểm*

*Thứ nhất*, tập quán được ghi nhận trong văn bản pháp luật có hiệu lực cao nhất là Hiến pháp và áp dụng tập quán để điều chỉnh các quan hệ xã hội là một trong những tư tưởng chỉ đạo của Đảng và Nhà nước ta. Đây là nền tảng quan trọng cho công nhận, áp dụng tập quán pháp ở Việt Nam và hoàn thiện các quy định về tập quán pháp.

*Thứ hai*, các quy định pháp luật về tập quán và việc áp dụng tập quán để điều chỉnh các quan hệ xã hội được quy định một cách khá toàn diện trong các lĩnh vực dân sự, hôn nhân và gia đình, thương mại. Tuy nhiên, tập quán pháp không được công nhận và áp dụng trong các lĩnh vực hình sự, hành chính và các lĩnh vực khác. Các quy định của pháp luật về việc cho phép áp dụng tập quán vào điều chỉnh quan hệ xã hội thể hiện sự thừa nhận của Nhà nước đối với các quy tắc xử sự được hình thành một cách tự nhiên trong đời sống xã hội. Qua đó cho thấy tập quán có ý nghĩa quan trọng trong việc điều chỉnh các quan hệ xã hội. Sự thừa nhận này phù hợp với thực tế ở nước ta và xu thế phát triển chung của hệ thống pháp luật thế giới.

*Thứ ba*, các quy định về áp dụng tập quán được quy định một cách tương đối chi tiết. Các quy định về việc áp dụng tập quán được quy định cụ thể thành các điều, khoản, điểm, đoạn, ... Điều này giúp dễ dàng nhận thức được cách thức và trật tự áp dụng tập quán trong việc điều chỉnh các quan hệ so với các quy tắc có liên quan.

*Thứ tư*, khái niệm tập quán và các khái niệm có liên quan bước đầu đã được quy định trong luật. Mặc dù khái niệm tập quán và các khái niệm liên quan không được quy định trong Bộ luật Dân sự năm 2005 cũng như các văn bản pháp luật hôn nhân và gia đình nhưng khái niệm ‘tập quán thương mại’ được quy định trong Luật Thương mại như đã nêu. Bên cạnh đó, khái niệm ‘tập quán’, ‘tập quán thương mại’<sup>15</sup>, ‘tập quán thương mại quốc tế’ được quy định trong Nghị quyết số 04/2005/NQ-HĐTP ngày 17 tháng 9 năm 2005 của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao hướng dẫn thi hành một số quy định của Bộ luật Tố tụng dân sự về chứng minh và chứng cứ (điểm b, c, d tiểu mục 2.7, mục 2, phần II). Cụ thể:

b) *Tập quán là thói quen đã thành nếp trong đời sống xã hội, trong sản xuất và sinh hoạt thường ngày, được cộng đồng nơi có tập quán đó thừa nhận và làm theo như một quy ước chung của cộng đồng;*

c) *Tập quán thương mại là thói quen được thừa nhận rộng rãi trong hoạt động thương mại trên một vùng, miền hoặc một lĩnh vực thương mại, có nội dung rõ ràng được các bên thừa nhận để xác định quyền và nghĩa vụ của các bên trong hoạt động thương mại;*

d) *Tập quán thương mại quốc tế là thông lệ, cách làm lặp đi, lặp lại nhiều lần trong buôn bán quốc tế và được các tổ chức quốc tế có liên quan thừa nhận;*

---

<sup>15</sup> Khái niệm ‘tập quán thương mại’ được quy định trong Nghị quyết 04/2005/NQ-HĐTP hoàn toàn trùng khớp với quy định ‘tập quán thương mại’ tại khoản 4 Điều 3 Luật Thương mại.



*Thứ năm*, đã có những quy định về hệ thống danh mục các phong tục tập quán tiến bộ được khuyến khích phát triển và danh mục các phong tục, tập quán lạc hậu cần phải được loại bỏ. Danh mục này đã được đề cập một cách khá chi tiết trong Nghị định số 32/2002/NĐ-CP của Chính phủ về việc áp dụng Luật Hôn nhân và Gia đình đối với các dân tộc thiểu số. Điều này thể hiện sự quan tâm đúng mức của Đảng và Nhà nước trong việc giữ gìn, phát huy bản sắc văn hóa của các dân tộc, đồng thời bài trừ và loại bỏ những hủ tục lạc hậu, những tàn dư của xã hội phong kiến còn tồn tại trong xã hội hiện đại.

*Thứ sáu*, nội dung của một số tập quán đã được quy định rõ ràng trong văn bản có hiệu lực pháp luật cao – Bộ luật Dân sự năm 2005. Đó là: tập quán xác định dân tộc theo dân tộc của cha đẻ hoặc dân tộc mẹ đẻ (khoản 1 Điều 28); tập quán xác lập quyền sở hữu đối với gia súc thả rông bị thất lạc sau 01 năm kể từ ngày thông báo công khai mà không có người nhận (Điều 242); tập quán bên thuê phải tự sửa chữa tài sản thuê đối với hư hỏng nhỏ (khoản 1 Điều 485). Những quy định này tạo điều kiện dễ dàng cho việc áp dụng tập quán trong giải quyết các tranh chấp dân sự.

#### *b. Về hạn chế*

Bên cạnh những ưu điểm, các quy định hiện hành liên quan đến tập quán pháp còn bộc lộ một số hạn chế cơ bản: (i) thiếu những quy định cần thiết; (ii) còn nhiều quy định không rõ ràng; (iii) còn quy định không hợp lý. Sau đây là một số minh chứng cụ thể:

*Thứ nhất*, chưa có sự phân định rạch ròi giữa khái niệm ‘tập quán’ và ‘tập quán pháp’. ‘Tập quán pháp’ chưa được quy định trong bất kỳ văn bản pháp luật nào. Theo cách hiểu thông thường thì tập quán pháp được hiểu là các tập quán tồn tại lâu đời có tính phù hợp, tính phổ biến đã được Nhà nước thừa nhận và nâng lên thành luật, trở thành quy tắc xử sự chung. Vấn đề đặt ra là, khi một tập quán được

thừa nhận và nâng lên thành luật thì phạm vi áp dụng của nó được xác định như thế nào? Nó chỉ được áp dụng để giải quyết các mối quan hệ xã hội phát sinh trong một địa phương, một ngành nghề, một lĩnh vực nơi mà tập quán đó được hình thành hay là được áp dụng rộng rãi trên toàn lãnh thổ của một quốc gia? Về thực tế, theo cách quy định hiện nay, tập quán tồn tại trong các văn bản pháp luật chỉ là những tập quán được áp dụng trong một phạm vi hẹp. Nó chỉ là những quy tắc xử sự được thừa nhận để áp dụng cho một nhóm quan hệ xã hội trong cùng một khu vực địa lý, trong cùng một ngành nghề, một lĩnh vực hoạt động.

*Thứ hai*, hầu hết các quy định hiện hành chỉ thừa nhận áp dụng tập quán mà chưa quy định về nội dung của tập quán. Như đã nêu ở phần 2.2.1., hầu hết các quy định trong Bộ luật Dân sự năm 2005 chỉ thừa nhận áp dụng tập quán nhất định mà không quy định rõ nội dung của những tập quán đó. Đó là: giải thích giao dịch dân sự theo tập quán nơi giao dịch được xác lập (Điều 126); quyền sở hữu chung được xác lập theo tập quán (Điều 215); quản lý, sử dụng, định đoạt tài sản chung của cộng đồng theo tập quán (Điều 220); xác định ranh giới giữa các bất động sản liền kề theo tập quán (Điều 265); giải thích hợp đồng dân sự theo tập quán tại địa điểm giao kết hợp đồng (Điều 409); xác định thời hạn trả tiền thuê theo tập quán nơi trả tiền (Điều 489); bồi thường thiệt hại do súc vật gây ra theo tập quán (Điều 625); xác định chi phí mai táng theo tập quán (Điều 683). Thiếu quy định về nội dung của những tập quán này gây khó khăn và thiếu thống nhất cho các Tòa án trong quá trình áp dụng. Điều này đòi hỏi chúng ta cần sớm ban hành danh mục/“bộ tập quán”. Trong thời kỳ Pháp thuộc, từ năm 1927 “Hội đồng khảo sát tục – lệ” đã sưu tầm và giải đáp trên 300 vấn đề về tập quán. Tài liệu này có giá trị quan trọng, làm cơ sở cho các Tòa án thời đó áp dụng tập quán khi xét xử nếu không có quy định của pháp luật.

*Thứ ba*, hầu hết các văn bản pháp luật mới dừng lại ở việc chỉ ra trong trường hợp nào thì áp dụng tập quán và mới xác định thứ tự ưu tiên áp dụng tập quán vào việc giải quyết các quan hệ phát sinh mà chưa có một văn bản nào xác định một cách cụ thể các điều kiện để áp dụng tập quán. Về các điều kiện để áp dụng tập quán tưởng chừng như không cần thiết phải xem xét. Nhưng trên thực tế, việc lựa chọn và áp dụng được một tập quán vào giải quyết một tranh chấp phát sinh không hề đơn giản. Những nhà hoạt động thực tiễn thường gặp phải khó khăn trong việc xác định các điều kiện cần và đủ để áp dụng một tập quán nhất định.

Điều 3 Bộ luật Dân sự năm 2005 chỉ mới đưa ra được một số điều kiện để tập quán được áp dụng chứ không phải là điều luật quy định về điều kiện áp dụng tập quán. Cho nên, Điều 3 thực chất có nội dung bao gồm: trường hợp áp dụng tập quán và điều kiện áp dụng tập quán. Tập quán được áp dụng khi thỏa mãn các điều kiện: (i) có tranh chấp phát sinh hoặc có quan hệ cần điều chỉnh thuộc lĩnh vực có tập quán đang tồn tại; (ii) pháp luật không có quy định và các bên không có thỏa thuận về việc giải quyết tranh chấp hoặc quan hệ đó; (iii) có tập quán tồn tại lâu đời và đã được thừa nhận tại một địa phương, một ngành nghề, một lĩnh vực cụ thể như một quy tắc xử sự chung; (iv) việc áp dụng tập quán không được trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật, không được xâm phạm tới quyền và lợi ích hợp pháp của Nhà nước, lợi ích công cộng, quyền và lợi ích hợp pháp của các tổ chức, cá nhân khác.

*Thứ tư*, các văn bản thường đưa ra nguyên tắc áp dụng tập quán là “*giữ gìn bản sắc dân tộc và phát huy những phong tục, tập quán, truyền thống và văn hoá tốt đẹp của mỗi dân tộc*” nhưng không trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật; tuy nhiên, cho đến nay chưa có quy định thế nào được coi là giữ gìn bản sắc văn hóa của mỗi dân tộc và những nguyên tắc cơ bản của pháp luật nào được coi là tiêu chí đánh giá tính đúng đắn hay phù hợp của các phong tục tập quán. Đây cũng

là điều khó khăn trong việc áp dụng các tập quán vào giải quyết các quan hệ phát sinh trên thực tế.

*Thứ năm*, quy định chưa rõ ràng về thứ tự ưu tiên áp dụng tập quán trong trường hợp xác định dân tộc. Về quyền xác định dân tộc, tại Điều 28 Bộ luật Dân sự 2005 quy định: “*Cá nhân khi sinh ra được xác định dân tộc theo dân tộc của cha đẻ, mẹ đẻ. Trong trường hợp cha đẻ và mẹ đẻ thuộc hai dân tộc khác nhau thì dân tộc của người con được xác định là dân tộc của cha đẻ hoặc dân tộc của mẹ đẻ theo tập quán hoặc theo thoả thuận của cha đẻ, mẹ đẻ*”. Nếu quy định như thế này thì khó xác định được thứ tự ưu tiên áp dụng tập quán, tập quán sẽ được áp dụng trước hay thỏa thuận được áp dụng trước?

*Thứ sáu*, quy định chưa rõ ràng về thứ tự áp dụng tập quán trong trường hợp xác định ranh giới giữa các bất động sản. Tại khoản 1 Điều 265 Bộ luật Dân sự năm 2005 quy định: “*Ranh giới cũng có thể được xác định theo tập quán hoặc theo ranh giới đã tồn tại từ ba mươi năm trở lên mà không có tranh chấp*”. Nếu đồng thời vừa có tập quán, vừa có ranh giới đã tồn tại ba mươi năm trở lên mà các bên lại có tranh chấp về ranh giới giữa các bất động sản thì khi giải quyết Tòa án sẽ ưu tiên áp dụng tập quán hay ranh giới đã tồn tại trên 30 năm? Nếu như không giải quyết tốt vấn đề này, sẽ khó có thể đảm bảo áp dụng hiệu quả tập quán vào việc giải quyết tranh chấp phát sinh trong đời sống.

*Thứ bảy*, quy định không hợp lý về trường hợp/điều kiện áp dụng tập quán. Theo Điều 3 Bộ luật Dân sự năm 2005, chỉ được áp dụng tập quán khi: (i) pháp luật không quy định và các bên không có thoả thuận; và (ii) tập quán không được trái với những nguyên tắc quy định trong Bộ luật Dân sự năm 2005. Theo quy định này có thể hiểu rằng các bên trong giao dịch dân sự không được thỏa thuận về việc áp dụng tập quán. Nghĩa là, khi phát sinh tranh chấp dân sự mà các bên lại thỏa thuận được về việc áp dụng tập quán để giải quyết và áp dụng tập quán này không

trái với quy định pháp luật cũng không được chấp nhận. Theo chúng tôi, quy định hiện hành không phù hợp với thực tiễn, không đảm bảo được quyền và lợi ích hợp pháp cho các bên trong tranh chấp. Chúng ta nên xem xét mở rộng phạm vi áp dụng tập quán bằng việc cho phép và chấp nhận thỏa thuận áp dụng tập quán của các bên với điều kiện việc áp dụng tập quán không được trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật, không được xâm phạm tới quyền và lợi ích hợp pháp của Nhà nước, lợi ích công cộng, quyền và lợi ích hợp pháp của các tổ chức, cá nhân khác. Chấp nhận thỏa thuận áp dụng tập quán của các bên đã được ghi nhận tại khoản 2 Điều 5 Luật Thương mại năm 2005 và phù hợp với pháp luật các nước trên thế giới như pháp luật Nhật Bản.

### **3. Tập quán pháp trong thực tiễn xét xử ở Việt Nam**

Như đã nêu ở mục 2.3 của Phần mở đầu, khi bàn về tập quán pháp trong thực tiễn xét xử ở Việt Nam, Báo cáo này chỉ tập trung phân tích một số vụ án dân sự điển hình có áp dụng tập quán và đưa ra một số nhận xét bước đầu về áp dụng tập quán pháp mà không khái quát toàn bộ thực trạng áp dụng tập quán trong hoạt động xét xử ở nước ta. Điều này xuất phát từ một số lý do chính sau đây:

*Thứ nhất*, mặc dù tập quán được áp dụng ở một số Tòa án các cấp nhưng hiện vẫn chưa có thống kê về việc áp dụng này để từ đó phân tích, rút ra những kết luận có tính tổng quan. Điều này xuất phát từ một thực tế là, việc thống kê các phán quyết của Tòa án trong việc giải quyết các vụ, việc dân sự có áp dụng tập quán hay không đòi hỏi phải nghiên cứu một cách kỹ lưỡng mới có thể rút ra được kết luận chính xác.

*Thứ hai*, xuất phát từ những bất cập, hạn chế của các quy định pháp luật hiện hành về tập quán pháp (như đã trình bày ở phần 2.2.2) và sự thiếu thống nhất giữa các Tòa án trong thừa nhận và áp dụng tập quán cho nên các Tòa án e ngại

áp dụng tập quán mặc dù nhận thấy giá trị của tập quán pháp trong thực tiễn xét xử.<sup>16</sup> Do đó, cho đến nay ở nước ta không có nhiều vụ án được xét xử trên cơ sở áp dụng tập quán.

### **3.1. Vụ án “Cây chà 19 tiếng” tại tỉnh Bà Rịa-Vũng Tàu**

Trong vụ việc “Cây chà 19 tiếng”, nguyên đơn là bà Chiêm Thị Mỹ Loan (sau đây gọi tắt là “bà Loan”) và bị đơn là ông La Văn Thanh (sau đây gọi tắt là “ông Thanh”). Bà Loan kiện đòi ông Thanh trả lại cây chà và quyền đánh bắt hải sản tại địa điểm đặt cây chà.

Bà Loan là chủ tàu đánh bắt hải sản đã thuê ông Trang Văn Hường (sau đây gọi tắt là “ông Hường”) làm tài công một tàu đánh bắt hải sản. Ông Hường đã lập một “cây chà” bằng các vật liệu như dứa, đá, sọt tre và dây nhựa... cách bờ biển Long Hải (thị trấn Long Hải thuộc huyện Long Đất, tỉnh Bà Rịa – Vũng Tàu) 19 tiếng đồng hồ nên gọi là “cây chà 19 tiếng”. Ông Hường đánh bắt hải sản tại khu vực này từ năm 1992. Sau khi chấm dứt hợp đồng với ông Hường, bà Loan đã thuê ông Trần Văn Hùng (sau đây gọi tắt là “ông Hùng”) làm tài công thay ông Hường. Năm 1999, bà Loan phát hiện ra ông Hùng đã cho ông Thanh cây chà này. Do đó, bà Loan đã kiện ông Thanh, yêu cầu ông Thanh trả lại cây chà và quyền đánh bắt hải sản địa điểm đã đặt chà. Trong vụ việc này có hai vấn đề pháp lý cơ bản đặt ra là: (i) Bà Loan có quyền đòi ông Thanh trả lại cây chà và quyền đánh bắt tại đó hay không; và (ii) Có nên áp dụng tập quán pháp trong vụ việc này hay không?

Tại Bản án sơ thẩm số 94 ngày 13 tháng 10 năm 2000, Tòa án nhân dân huyện Long Đất phán quyết rằng bà Loan không có quyền đòi lại cây chà từ ông Thanh. Tuy nhiên, trong Bản án phúc thẩm số 46 ngày 14 tháng 12 năm 2000, Tòa

---

<sup>16</sup> Kháng định này được đưa ra trên cơ sở ý kiến của các thẩm phán tại *Hội thảo về áp dụng tập quán trong công tác xét xử: Kinh nghiệm quốc tế và thực tiễn Việt Nam*, Tòa án nhân dân tối cao tổ chức, Hà Nội, ngày 06 tháng 5 năm 2013.

án nhân dân tỉnh Bà Rịa - Vũng Tàu lại quyết định rằng ông Thanh phải trả lại cây chà cho bà Loan. Tòa Dân sự Tòa án nhân dân tối cao, trong Bản án giám đốc thẩm số 93/GĐT-DS ngày 27 tháng 5 năm 2002, đã “Hủy án dân sự phúc thẩm số 46 ngày 14/12/2000 của Tòa án nhân dân tỉnh Bà Rịa-Vũng Tàu, giữ nguyên án dân sự sơ thẩm số 94 ngày 13/10/2000 của Tòa án nhân dân huyện Long Đất xử tranh chấp điểm đánh bắt hải sản giữa nguyên đơn Chiêm Thị Mỹ Loan và bị đơn La Văn Thanh”<sup>17</sup>. Theo Tòa Dân sự - Tòa án nhân dân tối cao: “Bà Loan đòi ông Thanh trả lại cây chà nhưng không chứng minh được việc ông Thanh đang chiếm giữ tài sản thuộc sở hữu của bà Loan. Ông Hùng là người đã đặt chà và khai thác cây chà xác định khi ông nhượng địa điểm đánh bắt cho ông Thanh thì cây chà không còn. Chính bà Loan thừa nhận chi phí làm chà đã được trừ vào chi phí mỗi chuyến đi biển. Do vậy, dù cây chà còn tồn tại khi ông Thanh tiếp nhận điểm đánh bắt thì cũng không thuộc sở hữu của bà Loan. Về quyền ưu tiên khai thác điểm đánh bắt hải sản: Đây là vùng biển xa bờ, pháp luật chưa quy định về quyền ưu tiên khai thác nên quyền ưu tiên phải được xác định theo tập quán. Theo xác minh với chính quyền địa phương và cơ quan chuyên môn (Ban Hải sản thị trấn Long Hải) về tập quán tại địa phương thì tài công là người có quyền chọn và cho người khác điểm đánh bắt; địa điểm đã bị bỏ hơn ba tháng không khai thác thì có quyền khai thác. Như vậy, việc ông Thanh sử dụng điểm đánh bắt hải sản hiện nay (địa điểm tranh chấp) là phù hợp với tập quán, không trái pháp luật, không vi phạm quyền lợi hợp pháp của bà Loan”.

Trong vụ án “Cây chà 19 tiếng”, Tòa án các cấp đã sử dụng tập quán pháp trong giải quyết tranh chấp dân sự. Theo chúng tôi, đây là một trong những vụ án

---

<sup>17</sup> Tòa án nhân dân tối cao – Tòa dân sự, Quyết định giám đốc thẩm số 93/GDDT-DS ngày 27/5/2002 về vụ tranh chấp địa điểm đánh bắt hải sản giữa bà Loan và ông Thanh ở Bà Rịa - Vũng Tàu.

diễn hình về áp dụng tập quán. Theo đó, một số tập quán đã được ghi nhận tại Quyết định Giám đốc thẩm của Tòa Dân sự - Tòa án nhân dân tối cao. *Thứ nhất*, tập quán tài công có quyền lựa chọn địa điểm đánh bắt hải sản. Cụ thể, ông Hùng - tài công đầu tiên chọn địa điểm đặt cây chà và sau đó ông Hùng tiếp tục chọn địa điểm đó. *Thứ hai*, tài công có quyền định đoạt việc đánh bắt hải sản; chủ tàu không có quyền chọn địa điểm đánh bắt hải sản mà chỉ có quyền quyết định những công việc trên bờ, do đó chủ tàu không có quyền đòi lại địa điểm đánh bắt hải sản. *Thứ ba*, nếu địa điểm khai thác hải sản đã bị bỏ hơn ba tháng không khai thác thì người khác có quyền sử dụng địa điểm đó. Trong vụ án này, có chứng cứ cho thấy ông Hùng không khai thác địa điểm đánh bắt hải sản trong hơn ba tháng, do đó ông Thanh có quyền khai thác địa điểm đánh bắt hải sản.

Bên cạnh đó, điều kiện áp dụng tập quán pháp cũng được đề cập trong quá trình tòa án giải quyết vụ án. Theo đó, tập quán pháp được áp dụng khi thỏa mãn ba điều kiện. *Thứ nhất*, văn bản quy phạm pháp luật chưa quy định quyền ưu tiên đánh bắt hải sản ở vùng biển xa bờ. *Thứ hai*, các bên không có thỏa thuận gì khác. *Thứ ba*, tập quán không trái với pháp luật và đạo đức xã hội.

Trong vụ “Cây chà 19 tiếng” đặt ra một số vấn đề liên quan đến áp dụng tập quán pháp mà tòa án chưa giải quyết thỏa đáng và cần phải làm rõ. Đó là: (i) chủ thể nào có nghĩa vụ chứng minh khả năng áp dụng tập quán pháp; (ii) Giải quyết như thế nào trong trường hợp các chủ thể chứng minh khác nhau về khả năng áp dụng tập quán pháp.<sup>18</sup>

*Về chủ thể có nghĩa vụ chứng minh khả năng áp dụng tập quán:* Theo pháp luật tố tụng dân sự Việt Nam, nghĩa vụ chứng minh thuộc về đương sự đưa ra

---

<sup>18</sup> Về phần này, xem: Ngô Huy Cương, *Cụ thể hóa quan điểm về tập quán pháp theo Nghị quyết số 48 – NQ/TW của Bộ Chính trị*, Tạp chí nghiên cứu lập pháp điện tử, <[http://www.nclp.org.vn/nha\\_nuoc\\_va\\_phap\\_luat/phap-luat/cu-the-hoa-quan-111iem-ve-tap-quan-phap-theo-nghi-quyet-so-48-nq-tw-cua-bo-chinh-tri](http://www.nclp.org.vn/nha_nuoc_va_phap_luat/phap-luat/cu-the-hoa-quan-111iem-ve-tap-quan-phap-theo-nghi-quyet-so-48-nq-tw-cua-bo-chinh-tri)>.



quyền yêu cầu. Như vậy, bên viện dẫn yêu cầu áp dụng tập quán pháp có nghĩa vụ chứng minh khả năng áp dụng tập quán pháp. Trong vụ án này, Tòa án đã chấp nhận khả năng áp dụng tập quán qua ý kiến của cán bộ Ban Hải sản thị trấn Long Hải, huyện Long Đất, tỉnh Bà Rịa- Vũng Tàu, cụ thể là ông Phạm Công Thanh Hà. Ở đây, có hai vấn đề chưa thỏa đáng: (i) Tòa án chỉ căn cứ vào ý kiến của cán bộ Ban Hải sản thị trấn Long Hải, huyện Long Đất, tỉnh Bà Rịa- Vũng Tàu, cụ thể là ông Phạm Công Thanh Hà để thừa nhận khả năng áp dụng tập quán; (ii) Tòa án đã không xem xét một cách thỏa đáng việc chứng minh tập quán ngược lại của nguyên đơn. “Biên bản xác minh” được lập giữa Kiểm sát viên Trần Thị Kim Cương và Phạm Công Thanh Hà vào ngày 14 tháng 10 năm 2000 thể hiện có một tập quán trong việc đánh bắt hải sản bằng lưới rút tại địa phương là tài công ghe đánh bắt hải sản có quyền lựa chọn vị trí đặt cây chà và định đoạt việc đánh bắt hải sản, còn chủ ghe chỉ có quyền định đoạt đối với những công việc trên bờ như buôn bán cá, chứ không có quyền buộc tài công phải đánh bắt ở điểm này hay điểm khác.

*Về giải quyết trong trường hợp các chủ thể chứng minh khác nhau về khả năng áp dụng tập quán pháp:* Trong vụ án này, trong đơn xin tái thẩm sau khi có Quyết định giám đốc thẩm số 93/GĐT-DS ngày 27/5/2002, bà Loan cho rằng tòa án áp dụng tập quán không đúng với lập luận như sau:

“Tập quán địa phương không hề có tập quán “tài công là người có quyền chọn và cho người khác điể đánh bắt cá” mà chỉ có tập quán ăn chia lợi nhuận, phương thức đầu tư của chủ ghe, tạo thành một thông lệ quan hệ giữa người đầu tư (chủ ghe) và tài công, ngư dân (bạn ghe). Vì nếu có một tập quán tài công muốn cho ai thì cho, muốn bán cho ai địa điể đánh bắt cá... thì sẽ không còn chủ ghe nào đầu tư, không còn ai dám mượn tài công. . . Quan hệ xã hội, quan hệ làm ăn từ đó mâu thuẫn triền miên, nhất là tạo một tiền lệ nguy hiểm về sau”. Theo quy định

của Bộ luật Tố tụng dân sự, “Đương sự phản đối yêu cầu của người khác đối với mình phải chứng minh sự phản đối đó là có căn cứ và phải đưa ra chứng cứ để chứng minh” (khoản 2 Điều 79). Trong đơn kháng cáo phúc thẩm, ngoài những căn cứ nêu ra của nguyên đơn, còn có xác nhận của Đoàn Biên phòng 500 về việc sở hữu của bà Loan đối với cây chà này. Như vậy, trong trường hợp đương sự phản đối áp dụng tập quán pháp mà phía bên kia viện dẫn và/hoặc yêu cầu áp dụng tập quán pháp khác, các Cơ quan tiến hành tố tụng cần phải xác minh để làm rõ. Vì lý do này, vai trò của các Cơ quan tiến hành tố tụng là rất quan trọng. Trong vụ án này, tại Quyết định giám đốc thẩm, Tòa án đã ghi nhận việc tài công có quyền lựa chọn và định đoạt địa điểm đánh bắt hải sản là tập quán, và Tòa án đã áp dụng tập quán này trong việc xét xử của mình.

Ở nước ta, chứng minh khả năng áp dụng tập quán pháp không đơn giản vì lý do nước ta chưa có những khảo cứu tương đối đầy đủ và kỹ lưỡng về các tập quán. Nếu có các công trình nghiên cứu về tập quán nào đó thì thường có xu hướng nghiên cứu lịch sử hoặc dân tộc học..., mà không hướng tới tập quán pháp.<sup>19</sup> Theo kinh nghiệm thực tiễn xét xử của một số nước, việc chứng minh này có thể dựa vào các tài liệu lưu giữ tập quán, nhân chứng hoặc các giám định viên hoặc chuyên gia.<sup>20</sup> Chủ thể chứng minh phải làm rõ các nội dung sau đây: (i) tập quán tồn tại liên tục trong một khoảng thời gian nhất định; (ii) được thiết lập trên cơ sở ung thuận; (iii) được một cộng đồng nhất định thừa nhận; (iv) có khả năng xác định quyền và nghĩa vụ giữa các bên trong một hoàn cảnh nhất định; (v) hợp lý; (vi) phù hợp với các quy tắc tập quán khác; và (vii) không chống lại các quy định của văn bản pháp luật. Về việc áp dụng tập quán thương mại, pháp luật của Pháp chia ra hai

---

<sup>19</sup> Ngô Huy Cương, *Cụ thể hóa quan điểm về tập quán pháp theo Nghị quyết số 48 – NQ/TW của Bộ Chính trị*, Tạp chí nghiên cứu lập pháp điện tử, <[http://www.nclp.org.vn/nha\\_nuoc\\_va\\_phap\\_luat/phap-luat/cu-the-hoa-quan-11-liem-ve-tap-quan-phap-theo-nghi-quyet-so-48-nq-tw-cua-bo-chinh-tri](http://www.nclp.org.vn/nha_nuoc_va_phap_luat/phap-luat/cu-the-hoa-quan-11-liem-ve-tap-quan-phap-theo-nghi-quyet-so-48-nq-tw-cua-bo-chinh-tri)>.

<sup>20</sup> Triệu Quốc Mạnh, *Pháp luật và dân luật đại cương*, Nxb. Thành phố Hồ Chí Minh, 2000, tr. 162.

trường hợp: *Thứ nhất*, nếu hai bên đương sự trong quan hệ hợp đồng làm cùng một ngành nghề kinh doanh mà không dẫn chứng được rõ ràng một quy tắc tập quán thì mặc nhiên được xem là căn cứ vào đó; và *thứ hai*, nếu họ không làm cùng một ngành nghề, thì lý lẽ của bên này cho rằng không biết tới tập quán của bên kia có thể được chấp nhận, trừ khi bên kia xuất trình trước tòa án giấy xác nhận của Phòng Thương mại hoặc của nghiệp đoàn về thói quen ứng xử liên quan.<sup>21</sup>

### **3.2. Vụ án tranh chấp quyền sử dụng đất và nhà thờ họ tại tỉnh Hưng Yên**

Tổ tiên dòng họ Nguyễn Đức đã sinh sống tại thôn Trà Bồ, xã Phan Sào Nam, huyện Phú Cù, tỉnh Hưng Yên từ thời hậu Lê đến nay đã là 09 đời. Quá trình sinh sống, dòng họ Nguyễn Đức có tạo lập được khối tài sản bao gồm 02 nhà thờ. Theo phong tục tập quán địa phương thì nhà thờ họ được giao cho trưởng họ trông nom, được truyền từ thế hệ này sang thế hệ khác và việc kê khai đất của trưởng họ là kê khai người sử dụng, không phải là người sở hữu. Nhờ thờ họ được giao cho ông Nguyễn Đức Sùng trưởng họ, ông Sùng hy sinh trong kháng chiến chống Mỹ, sau đó vợ là bà Nguyễn Thị Thất trông nom quản lý. Bà Thất có hành vi khóa cửa, ngăn cản các thành viên trong họ vào thắp hương thờ cúng tổ tiên. Dòng họ Nguyễn Đức khởi kiện yêu cầu Tòa án xác định nhà và đất của dòng họ Nguyễn Đức và giao cho bà Thất cùng anh Khánh con trai bà Thất quản lý theo phong tục tập quán địa phương.

Tòa cấp sơ thẩm và Tòa cấp phúc thẩm đều dựa trên tập quán địa phương xác định toàn bộ diện tích đất 280,18m<sup>2</sup> và 02 nhà thờ chính trên đất thuộc quyền sở hữu, sử dụng của dòng họ Nguyễn Đức và giao cho bà Nguyễn Thị Thất và anh Nguyễn Đức Khánh trông nom, quản lý, sử dụng tài sản trên của dòng họ Nguyễn

---

<sup>21</sup> Francis Lemeunier, *Nguyên lý và thực hành luật thương mại, luật kinh doanh*, Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội 1993, tr. 17.

Đức.<sup>22</sup> “Bà Thất và anh Khánh phải có trách nhiệm trông nom, quản lý, sử dụng các tài sản trên để đảm bảo cho quyền sử dụng chung của cộng đồng dòng họ, đảm bảo cho phong tục thờ cúng theo đúng nếp sống văn hóa, văn minh và phù hợp với truyền thống đạo đức xã hội.”<sup>23</sup>

Không bác bỏ tập quán địa phương về quyền sở hữu của dòng họ đối với đất đai và nhà trên đất dùng vào việc thờ cúng, tuy nhiên, Hội đồng giám đốc thẩm Tòa Dân sự Tòa án nhân dân tối cao cho rằng: “Tòa án các cấp phải làm rõ nguồn gốc đất và căn nhà để xác định người có quyền sử dụng đất và sở hữu căn nhà...Tòa án cấp sơ thẩm và Tòa án cấp phúc thẩm chưa xác minh làm rõ các vấn đề trên, nhưng lại căn cứ vào lời khai của nguyên đơn để xác định toàn bộ nhà đất là của dòng họ Nguyễn Đức, đồng thời giao cho mẹ con bà Thất quản lý để thờ cúng chung là không đủ căn cứ.”<sup>24</sup> Bản án dân sự phúc thẩm và sơ thẩm vì lý do trên đều đã bị hủy theo Quyết định giám đốc thẩm của Tòa Dân sự Tòa án nhân dân tối cao. Theo Hội đồng giám đốc thẩm, trước hết, cần phải xác định nguồn gốc đất, nhà và trên cơ sở đó xác định quyền sở hữu và quyền sử dụng hợp pháp những tài sản này; ngoài những đóng góp (nếu có) của mẹ con bà Thất.

Việc Tòa án các cấp áp dụng tập quán để giải quyết vụ án này hoàn toàn phù hợp với quy định của Điều 220 Bộ luật Dân sự năm 2005. Theo đó, các thành viên của dòng họ “cùng quản lý, sử dụng, định đoạt tài sản chung theo thoả thuận hoặc theo tập quán”. Theo nội dung các Bản án và quyết định của Tòa án các cấp trong vụ án này cho thấy Tòa án công nhận và áp dụng tập quán của địa phương, theo đó nhà thờ họ được giao cho người trưởng họ trông nom, nhưng người này chỉ là người sử dụng mà không phải là người sở hữu. Đây là tập quán khá phổ biến ở

---

<sup>22</sup> Xem: Bản án dân sự sơ thẩm số 07/2007/DSST ngày 04/7/2007 của Tòa án nhân dân huyện Phù Cừ, tỉnh Hưng Yên; Bản án dân sự phúc thẩm 40/2007/DSPT ngày 24/9/2007 Tòa án nhân dân tỉnh Hưng Yên giữ nguyên bản án dân sự sơ thẩm.

<sup>23</sup> Bản án dân sự sơ thẩm số 07/2007/DSST ngày 04/7/2007 của Tòa án nhân dân huyện Phù Cừ, tỉnh Hưng Yên.

<sup>24</sup> Quyết định giám đốc thẩm số 200/2011/DS-GĐT ngày 19/3/2011 của Tòa Dân sự Tòa án nhân dân tối cao.

nước ta cho nên Tòa án các cấp dễ dàng có sự thống nhất trong thừa nhận tập quán. Trong khi đó, với nhiều vụ án thì Tòa án các cấp có những cách hiểu khác nhau về tập quán và khả năng áp dụng tập quán (xem hai vụ án dưới đây). Tuy nhiên, vấn đề của vụ án này là trước khi áp dụng tập quán trên, trước hết, cần thiết phải xác định rõ ràng nguồn gốc đất, nhà và trên cơ sở đó xác định tập quán về quyền sở hữu và quyền sử dụng hợp pháp đối với tài sản này.

### **3.3. Vụ án tranh chấp hợp đồng gửi giữ tài sản tại tỉnh Đắk Lắk (1)**

Ngày 07/2/2001, ông Lê Văn Dũng (gọi tắt là ông Dũng) có gửi đại lý của bà Nguyễn Thị Thùy Mỹ (gọi tắt là bà Mỹ) 3.225 kg cà phê nhân xô, bà Mỹ đã viết giấy biên nhận đưa cho ông Dũng. Hai bên thỏa thuận khi nào giá cà phê lên thì chốt giá lấy tiền. Khoảng tháng 07/2004, khi giá cà phê lên 9.700đ/kg thì ông Dũng gọi điện thoại cho bà Mỹ chốt giá, quy thành tiền là 31.282.000đ. Do bà Mỹ không trả tiền, nên ông Dũng khởi kiện ra Tòa án tỉnh Đắk Lắk yêu cầu vợ chồng bà Mỹ phải trả cho ông số tiền đã chốt giá, lãi suất từ khi chốt giá hoặc trả lại cà phê cho ông.

Tại bản án dân sự sơ thẩm số 02/2009/DSST ngày 01/10/2009, Tòa án nhân dân tỉnh Đắk Lắk quyết định buộc bà Mỹ phải trả cho ông Dũng số tiền mà hai bên chốt giá cà phê và ½ thiệt hại theo giá cà phê ngày xét xử sơ thẩm. Như vậy, Tòa án cấp sơ thẩm đã công nhận tập quán chốt giá cà phê và áp dụng tập quán này vào việc xét xử vụ án. Ông Dũng có đơn kháng cáo yêu cầu xem xét lại toàn bộ nội dung vụ án nhằm bảo đảm quyền và lợi ích hợp pháp của mình.

Tại bản án dân sự phúc thẩm số 22/2009/DSPT ngày 11/03/2010, Tòa phúc thẩm Tòa án nhân dân tối cao tại Hà Nội nhận định rằng, do giá cà phê lên xuống thất thường, cần chấp nhận đơn khởi kiện của ông Dũng theo hướng buộc bà Mỹ phải trả cho ông Dũng số cà phê mà ông Dũng đã gửi. Theo đó, Tòa phúc thẩm quyết định sửa một phần bản án sơ thẩm về phương thức thanh toán của các đương

sự và buộc bà Mỹ phải trả cho ông Dũng 3.225kg cà phê nhân xô. Trong trường hợp bà Mỹ không có khả năng trả bằng cà phê thì phải trả bằng tiền theo giá tại thời điểm thi hành án.

Trong vụ án dân sự liên quan đến “Tranh chấp hợp đồng gửi giữ tài sản” nêu trên, Tòa án cấp sơ thẩm đã sử dụng tập quán trong giải quyết tranh chấp dân sự. Tập quán thanh toán dựa trên việc “chốt tiền” được các cộng đồng địa phương tại các vùng trồng cà phê của Việt Nam thừa nhận thể hiện qua việc hai bên có thể thỏa thuận gửi giữ và thực hiện chốt giá cà phê vào một thời điểm không xác định để thực hiện nghĩa vụ hợp đồng còn lại; trong vụ án cụ thể này là khi giá cà phê lên cao sẽ chốt giá để thanh toán. Tuy nhiên, như đã trình bày ở trên, Tòa án cấp phúc thẩm đã không chấp nhận và sửa bản án dân sự sơ thẩm liên quan đến phương thức thanh toán này.

Từ vụ án cụ thể nêu trên, một nhận xét có thể rút ra đối với việc xét xử của Tòa án có liên quan đến tập quán pháp, đó là các tiêu chí để xác định các điều kiện để áp dụng tập quán pháp và vấn đề đánh giá có đáp ứng được các điều kiện áp dụng tập quán hay không là khó để đạt tới sự thống nhất tuyệt đối. Trên thực tế, Tòa án cấp phúc thẩm đã loại trừ việc sử dụng tập quán pháp của Tòa án cấp sơ thẩm với lý do chỉ vì xem xét đến sự biến động giá cả đối với loại hàng hóa là đối tượng tranh chấp. Như đề cập về một số điều kiện để áp dụng tập quán<sup>25</sup> nêu ra tại vụ án “cây Chà 19 tiếng” tại phần 3.1, điều kiện về tính “hợp lý” liên quan đến vấn đề biến động giá cả trong việc chấp nhận một tập quán pháp ở trường hợp này là sát thực hơn cả. Có thể suy luận rằng, đối với Tòa án cấp phúc thẩm, việc không thể xác định rõ số tiền phải thanh toán và các nghĩa vụ liên quan phát sinh theo hợp

---

<sup>25</sup> Ngô Huy Cương, *Cụ thể hóa quan điểm về tập quán pháp theo Nghị quyết số 48 – NQ/TW của Bộ Chính trị*, Tạp chí nghiên cứu lập pháp điện tử, <[http://www.nclp.org.vn/nha\\_nuoc\\_va\\_phap\\_luat/phap-luat/cu-the-hoa-quan-111iem-ve-tap-quan-phap-theo-nghi-quyet-so-48-nq-tw-cua-bo-chinh-tri](http://www.nclp.org.vn/nha_nuoc_va_phap_luat/phap-luat/cu-the-hoa-quan-111iem-ve-tap-quan-phap-theo-nghi-quyet-so-48-nq-tw-cua-bo-chinh-tri)>.

đồng gửi giữ (trên cơ sở so sánh giữa giá cà phê ngày xét xử sơ thẩm và ngày xét xử phúc thẩm) không chỉ gây khó khăn cho chính các giao dịch dân sự loại này (vì tính *ổn định* hay *an toàn*) mà còn gây khó khăn không nhỏ cho hoạt động thực thi của Tòa án sau này.

Tòa phúc thẩm đã chọn cách thức sửa bản án sơ thẩm theo hướng chấp nhận với một trong các yêu cầu ban đầu của ông Dũng tại phiên tòa sơ thẩm để buộc bà Mỹ phải trả cho ông Dũng 3.225kg cà phê nhân xô. Trong trường hợp bà Mỹ không có khả năng trả bằng cà phê thì phải trả bằng tiền theo giá tại thời điểm thi hành án. Ở khía cạnh này, phần nào cho thấy tính khá tùy nghi trong việc sử dụng tập quán pháp của Tòa án tại Việt Nam.

### **3.4. Vụ án tranh chấp hợp đồng gửi giữ tài sản tại tỉnh Đắk Lắk (2)**

Cũng một vụ án khác về “Hợp đồng gửi giữ tài sản” với đối tượng tranh chấp là cà phê tại Đắk Lắk, nhưng tại cấp xét xử cao hơn, Hội đồng Giám đốc thẩm của Tòa án nhân dân tối cao lại nhận định theo hướng tôn trọng thời điểm “chốt giá”; đó là vụ án giữa ông Võ Tiến Dũng (gọi tắt là ông Dũng) và Công ty cà phê Buôn Hồ do ông Trần Xuân Bình là đại diện theo pháp luật. Ngày 15/01/2000, ông Dũng có gửi Công ty cà phê Buôn Hồ 2494.8kg cà phê nhân xô quy chuẩn không thời hạn và có thỏa thuận khi nào ông Dũng có nhu cầu bán cho Công ty thì chốt giá tại thời điểm bán, đồng thời ông Dũng có vay của Công ty Buôn Hồ 19.000.000đồng, lãi suất thỏa thuận 1%/tháng. Cuối năm 2005, ông đến Công ty Buôn Hồ làm thủ tục bán cà phê thì mới biết Công ty đã chốt giá toàn bộ số cà phê này trừ nợ (gốc và lãi) của ông đối với công ty nên ông Dũng khởi kiện yêu cầu Công ty trả ông 44.258.000đồng.

Công ty cà phê Buôn Hồ cho rằng sau khi ông Dũng gửi cà phê và vay tiền, Công ty phải thu hồi nợ nên đã thông báo trên các phương tiện thông tin đại chúng để thu hồi nợ. Tuy nhiên, ông Dũng không đến nên Giám đốc Công ty đã quyết

định chốt giá toàn bộ số cà phê của ông Dũng gửi kho của Công ty để thanh toán số nợ của ông Dũng.

Bản án dân sự sơ thẩm số 13/2008/DSST ngày 22/05/2008 của Tòa án nhân dân huyện Krong Buk quyết định chấp nhận yêu cầu khởi kiện của ông Võ Tiến Dũng là buộc Công ty trả cho ông 82.302.000 đồng (quy đổi số lượng cà phê nhân số quy chuẩn với giá hiện hành là 33.000.000đồng/kg), ông phải trả cho Công ty nợ gốc và lãi; khấu trừ từ tiền bán cà phê với số tiền ông nợ công ty.

Bản án dân sự phúc thẩm số 123/2008/DSPT ngày 24/09/2008 của Tòa án nhân dân tỉnh Đắk Lắk đã chấp nhận đơn kháng cáo của Công ty cà phê Buôn Hồ và bác đơn khởi kiện của ông Võ Tiến Dũng, và sửa án sơ thẩm.

Quyết định giám đốc số 94/2012/DS-GĐT ngày 24/02/2012, Hội đồng giám đốc thẩm đã nhận định trong quá trình giải quyết vụ án, lời khai của các đương sự về việc Công ty cà phê Buôn Hồ thông báo chốt giá cà phê của khách hàng gửi tại kho của Công ty là không thống nhất. Vì vậy, cần xác minh làm rõ Công ty có thông báo trên đài phát thanh và truyền hình về việc chốt giá cà phê hay không, có những hộ nào đến chốt giá cà phê sau khi có thông báo. Trong trường hợp Công ty không có tài liệu chứng minh thì Công ty chưa có quyền chốt giá. Hội đồng quyết định hủy bản án dân sự phúc thẩm và giao hồ sơ cho Tòa án nhân dân huyện Krong Buk xét xử sơ thẩm lại.

Như vậy, cùng đối với một trường hợp tương tự, Hội đồng giám đốc thẩm của Tòa án nhân dân tối cao đã quyết định dựa trên căn cứ về sự công nhận quyền được chốt giá của nguyên đơn nêu trong thỏa thuận, trừ trường hợp đã thực hiện nghĩa vụ thông báo theo quy định của pháp luật, mà nguyên đơn vẫn không thực hiện quyền. Điều này phù hợp với tập quán về phương thức thanh toán được cộng đồng thừa nhận rộng rãi tại các địa phương trồng cà phê lớn tại Việt Nam. Tuy



nhiên, nếu liên hệ với vụ án tranh chấp hợp đồng gửi giữ tài sản tại tỉnh Đắk Lắk (1) trước, một lần nữa điều này thể hiện các điều kiện để sử dụng tập quán pháp trên thực tế là rất khó thống nhất trừ khi có tổng kết và rút kinh nghiệm xét xử trong hệ thống Tòa án nhân dân.

### **3.5. Đánh giá chung**

Trên cơ sở xem xét các vụ án trên đây, chúng tôi có một số đánh giá sau đây về công nhận và áp dụng tập quán trong thực tiễn xét xử của các Tòa án nước ta:

*Thứ nhất*, tập quán đã được áp dụng trong giải quyết các vụ án dân sự tại Tòa án các cấp sơ thẩm, phúc thẩm hay các thủ tục xét lại bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật và tại nhiều địa phương khác nhau trong phạm vi cả nước.

*Thứ hai*, thực tiễn cho thấy tập quán được áp dụng để giải quyết nhiều loại tranh chấp dân sự như tranh chấp về di sản thừa kế (vụ án tranh chấp quyền sử dụng đất và nhà thờ họ ở tỉnh Hưng Yên), hợp đồng (hai vụ án tranh chấp liên quan đến hợp đồng gửi giữ cà phê ở tỉnh Đắk Lắk), quyền sở hữu (vụ án “Cây chà 19 tiếng”), hay quyền ưu tiên khai thác địa điểm đánh bắt hải sản (vụ án “Cây chà 19 tiếng”).

*Thứ ba*, áp dụng tập quán được chứng minh là cách thức hiệu quả trong giải quyết tranh chấp dân sự, nhất là trong các trường hợp để giải quyết việc lấp chỗ trống trong khi thiếu các quy định pháp luật và sự thỏa thuận của các đương sự. Trong vụ án “Cây chà 19 tiếng”, tập quán đã được áp dụng để giải quyết tranh chấp về xác định quyền sở hữu đối với cây chà và xác định quyền khai thác địa điểm đánh bắt hải sản khi mà pháp luật không quy định và các bên liên quan không thỏa thuận về những vấn đề này. Đối với vụ án thứ hai, Tòa án tỉnh Hưng Yên đã áp dụng tập quán để xác định quyền sử dụng đất và nhà thờ họ khi mà Bộ luật Dân sự năm 2005 quy định vấn đề này do các thành viên dòng họ thỏa thuận (Điều 220) hoặc xác định theo tập quán, trong khi đó các thành viên dòng họ Nguyễn Đức

không đạt được thỏa thuận. Đối với hai vụ án về hợp đồng gửi giữ cà phê ở Đắk Lắk, áp dụng tập quán giúp cho Tòa án giải quyết được tranh chấp liên quan đến chốt giá cà phê trong hợp đồng gửi giữ cà phê – loại hợp đồng tương đối phổ biến ở khu vực Tây Nguyên.

*Thứ tư*, các Tòa án còn chưa có sự thống nhất cao trong việc công nhận và áp dụng tập quán. Các Tòa án chưa thống nhất trong việc áp dụng tập quán của Tòa án cấp trên (nhất là của Tòa án nhân dân tối cao) đối với Tòa án cấp dưới hay vấn đề áp dụng tập quán tương tự của các Tòa án ngang cấp với nhau. Ngoài ra, việc sửa đổi các tập quán áp dụng trong hoạt động xét xử của Tòa án các cấp do sự biến chuyển của tình hình cũng chưa được tính đến. Đây có thể được xem là khó khăn cơ bản khiến việc công nhận và áp dụng tập quán trong hoạt động xét xử của hệ thống Tòa án nhân dân các cấp còn chưa đạt hiệu quả cao.

*Thứ năm*, hầu hết các tòa án còn gặp vướng mắc trong quá trình áp dụng tập quán, đặc biệt liên quan đến hai vấn đề: (i) xác định tập quán nào được công nhận và áp dụng; (ii) điều kiện áp dụng tập quán. Một số các điều kiện khác nhau đã được các Tòa án dùng để phủ nhận việc sử dụng tập quán trên thực tế. Ngoài ra, việc công nhận và áp dụng tập quán trong hoạt động xét xử cũng gặp phải vấn đề là chủ thể nào có nghĩa vụ chứng minh khả năng áp dụng tập quán pháp; giải quyết như thế nào trong trường hợp các chủ thể chứng minh khác nhau về khả năng áp dụng tập quán pháp. Đây là những vấn đề rất quan trọng cần được giải quyết đúng đắn để có thể công nhận và áp dụng các tập quán trong hoạt động xét xử của Tòa án một cách có hiệu quả.

Như vậy, còn không ít vướng mắc trong thực tiễn công nhận và áp dụng tập quán ở nước ta. Điều này cho thấy mối quan hệ chặt chẽ giữa quy định pháp luật và thực tiễn. Nguyên nhân cơ bản của những vướng mắc trong thực tiễn công nhận và áp dụng tập quán là các quy định pháp luật hiện hành về tập quán pháp còn

nhiều hạn chế, khiếm khuyết. Trong khi đó, Tòa án nhân dân tối cao cũng chưa ban hành hướng dẫn về công nhận và áp dụng tập quán trong công tác xét xử. Thêm vào đó, chúng ta chưa có danh mục tập quán của cả nước. Hơn nữa, giữa các Tòa án cũng chưa có sự phối hợp chặt chẽ và chia sẻ thông tin, kinh nghiệm về công nhận và áp dụng tập quán nhằm đạt được sự thống nhất về vấn đề này. Để nâng cao hiệu quả áp dụng tập quán pháp ở Việt Nam, những tồn tại này cần được giải quyết, trong đó việc hoàn thiện hệ thống các quy định pháp luật về tập quán pháp cần được ưu tiên thực hiện.

#### **4. Một số đề xuất nhằm nâng cao hiệu quả áp dụng tập quán pháp ở Việt Nam**

##### **4.1. Mục tiêu, nguyên tắc và định hướng của đề xuất**

Các đề xuất trong Báo cáo này nhằm hoàn thiện pháp luật Việt Nam về tập quán pháp; tháo gỡ những vướng mắc trong công nhận và áp dụng tập quán pháp ở Việt Nam; bảo đảm quyền con người, quyền tự do, dân chủ của công dân, công bằng xã hội; tăng cường tiếp cận công lý và bảo vệ quyền của các cộng đồng dân tộc thiểu số; duy trì ổn định xã hội, phát triển kinh tế và phúc lợi xã hội. Mục tiêu cuối cùng của hệ thống các đề xuất trong Báo cáo này là nhằm nâng cao hiệu quả áp dụng tập quán pháp ở Việt Nam.

Về nguyên tắc và định hướng:

*Thứ nhất*, các đề xuất về công nhận và áp dụng tập quán pháp ở Việt Nam dựa trên cơ sở quan điểm chỉ đạo xây dựng và hoàn thiện pháp luật Việt Nam trong Nghị quyết số 48-NQ/TW của Bộ Chính trị về Chiến lược xây dựng và hoàn thiện pháp luật Việt Nam đến năm 2010, định hướng đến năm 2020.<sup>26</sup> Đó là:

---

<sup>26</sup> Bộ Chính trị, Ban Chấp hành Trung ương Đảng Cộng sản Việt Nam khoá IX (2005), Nghị quyết số 48-NQ/TW về Chiến lược xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam đến năm 2010, định hướng đến năm 2020, Hà Nội.

- (i) Tập quán “góp phần bổ sung và hoàn thiện pháp luật”<sup>27</sup>. Tức là trong quá trình công nhận và áp dụng tập quán pháp, cần lưu ý rằng tập quán pháp chỉ là nguồn bổ sung cho hệ thống pháp luật chứ không phải là nguồn chủ yếu của luật Việt Nam. Pháp luật Việt Nam thuộc hệ thống pháp luật thành văn, do đó, văn bản quy phạm pháp luật là hình thức pháp luật chủ yếu<sup>28</sup>.
- (ii) Công nhận và áp dụng tập quán pháp phải “bảo đảm quyền con người, quyền tự do, dân chủ của công dân”<sup>29</sup>. Ở nước ta hiện nay, khoảng cách giữa thành thị với nông thôn, miền núi, vùng sâu vùng xa và giữa người giàu với người nghèo ngày càng lớn. Trong khi kinh tế ở các thành phố lớn phát triển tương đối nhanh thì nông thôn, miền núi, vùng sâu vùng xa lại phát triển chậm, điều kiện xã hội còn nghèo nàn, tỉ lệ nghèo đói còn cao, phúc lợi xã hội chưa được đảm bảo. Tình trạng này hạn chế khả năng tiếp cận công lý và được bảo vệ quyền của các tổ chức, cá nhân tại các vùng này. Công nhận và áp dụng tập quán pháp được thừa nhận rộng rãi là một trong những công cụ hữu hiệu giúp tăng cường tiếp cận công lý, đảm bảo công bằng xã hội, bảo vệ quyền con người trong đó đặc biệt là quyền và lợi ích hợp pháp của cộng đồng thiểu số<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> Phần 1.7. Mục III Nghị quyết số 48-NQ/TW của Bộ Chính trị về Chiến lược xây dựng và hoàn thiện pháp luật Việt Nam đến năm 2010, định hướng đến năm 2020.

<sup>28</sup> Ở Việt Nam, hiện nay, hai hình thức pháp luật được thừa nhận chính thức và được coi là nguồn của luật là tập quán pháp và văn bản quy phạm pháp luật. Trong đó, hình thức văn bản quy phạm pháp luật là chủ yếu. Xem: Bùi Xuân Phái (2008), “Pháp luật Xã hội chủ nghĩa”, *Nội dung cơ bản của môn học lý luận nhà nước và pháp luật*, Nxb Giao thông vận tải, Hà Nội, tr. 233-234; Nguyễn Ngọc Điện, *Một số vấn đề lý luận về các phương pháp phân tích luật viết*, Nxb Tư pháp, 2006, tr. 10-11.

<sup>29</sup> Phần 2.1. Mục I Nghị quyết số 48-NQ/TW của Bộ Chính trị về Chiến lược xây dựng và hoàn thiện pháp luật Việt Nam đến năm 2010, định hướng đến năm 2020.

<sup>30</sup> Phan, Nhat Thanh, *Recognizing Customary Law in Vietnam: Legal pluralism and human rights*, Doctor of Philosophy Thesis, Faculty of Law, University of Wollongong, 2011, tr. 295-296

- (iii) Công nhận và áp dụng tập quán phải “xuất phát từ thực tiễn Việt Nam, đồng thời tiếp thu có chọn lọc kinh nghiệm quốc tế về xây dựng và tổ chức thi hành pháp luật”<sup>31</sup>. Mặc dù tập quán pháp đã hình thành từ rất lâu ở nhiều quốc gia trên thế giới, ở mức độ phát triển cao và xứng đáng để Việt Nam học tập, tuy nhiên, việc tiếp thu phải được thực hiện kỹ lưỡng, có lựa chọn và phù hợp với điều kiện của Việt Nam.
- (iv) Các đề xuất về công nhận và áp dụng tập quán pháp phải “kết hợp hài hòa bản sắc văn hóa, truyền thống tốt đẹp của dân tộc và tính hiện đại của hệ thống pháp luật”<sup>32</sup>. “Mỗi dân tộc đều có phong tục, tập quán riêng rất đa dạng và phong phú, nằm sâu và trọn vẹn trong đời sống, tâm hồn của nhân dân. Do đó, cần phải có một định hướng đúng đắn với bước đi và biện pháp thích hợp mới có thể cải tạo được cái xấu và phát huy được những giá trị truyền thống tốt đẹp của dân tộc”<sup>33</sup>.

*Thứ hai*, không coi tập quán pháp là một vấn đề pháp lý độc lập mà phải đặt tập quán pháp trong mối quan hệ tổng thể với các yếu tố kinh tế, chính trị, văn hóa, xã hội. Xuất phát từ đặc điểm của tập quán là những quy tắc xử sự tồn tại lâu đời trong cộng đồng dân cư, gắn với các quy phạm đạo đức và tôn giáo cho nên không thể hoàn thiện pháp luật về tập quán nếu không đặt pháp luật nằm ngoài mối quan hệ với các yếu tố này. Hơn nữa, ở nước ta, các phong tục, tập quán thường được sử dụng phổ biến ở các vùng nông thôn, miền núi, vùng sâu vùng xa – nơi có những đặc thù về điều kiện tự nhiên, kinh tế-xã hội kém phát triển. Do đó, các yếu tố này cũng được xem xét khi đưa ra các đề xuất về công nhận và áp dụng tập quán pháp. Cho nên, trong Báo cáo này, phát triển kinh tế - nội dung thuộc cơ sở hạ tầng -

---

<sup>31</sup> Phần 2.3. Mục I Nghị quyết số 48-NQ/TW của Bộ Chính trị về Chiến lược xây dựng và hoàn thiện pháp luật Việt Nam đến năm 2010, định hướng đến năm 2020.

<sup>32</sup> Phần 2.3. Mục I Nghị quyết số 48-NQ/TW của Bộ Chính trị về Chiến lược xây dựng và hoàn thiện pháp luật Việt Nam đến năm 2010, định hướng đến năm 2020.

<sup>33</sup> Bộ Tư pháp, Viện nghiên cứu Khoa học pháp lý (1997), *Chuyên đề về luật tục*, tr.22.

được đề cập trước tiên với ý nghĩa là yếu tố quyết định sự phát triển của pháp luật thuộc kiến trúc thượng tầng.

*Thứ ba*, một trong những mục tiêu của việc công nhận và áp dụng tập quán pháp là nhằm bảo đảm quyền con người, quyền tự do, dân chủ của công dân, công bằng xã hội cho các cộng đồng dân tộc thiểu số nhưng không trao quyền tự trị hoặc bảo vệ lợi ích của nhóm người.

Áp dụng tập quán có thể tạo ra xung đột giữa nhà nước với các nhóm thiểu số, giữa lợi ích chung với lợi ích nhóm, giữa lợi ích của các nhóm thiểu số. Do đó, cần đảm bảo hài hòa lợi ích, ngăn chặn xung đột, phân biệt. Tập quán pháp được áp dụng phản ánh mong muốn của nhà nước nhằm thúc đẩy và bảo vệ quyền con người, nâng cao đời sống của cộng đồng thiểu số chứ không nhằm trao cơ hội để thiết lập cơ chế tự trị hoặc tránh sự quản lý của nhà nước và chiếm đoạt lợi ích của các những người khác<sup>34</sup>.

## **4.2. Các đề xuất cụ thể**

Như đã nêu ở trên, tập quán pháp không phải là một vấn đề pháp lý tồn tại biệt lập mà luôn luôn gắn liền với nhiều yếu tố khác như kinh tế, xã hội, văn hóa, truyền thống, nhận thức... Do đó, các đề xuất nhằm nâng cao hiệu quả áp dụng tập quán pháp nói chung và nâng cao hiệu quả áp dụng tập quán pháp ở Việt Nam cũng phải xuất phát từ và gắn với các yếu tố này. Các đề xuất trong Báo cáo này được chia thành ba nhóm: (i) các đề xuất về hoàn thiện pháp luật về tập quán pháp; (ii) các đề xuất về đầu tư hợp lý cho phát triển kinh tế-xã hội ở nông thôn, miền núi, vùng sâu vùng xa; và (iii) một số đề xuất khác.

### ***4.2.1. Hoàn thiện pháp luật về tập quán pháp***

---

<sup>34</sup> Phan, Nhat Thanh, *Recognizing Customary Law in Vietnam: Legal pluralism and human rights*, Doctor of Philosophy Thesis, Faculty of Law, University of Wollongong, 2011, tr. 298.

***Thứ nhất, cần xác định rõ hình thức văn bản quy định về tập quán pháp và nội dung của từng văn bản.***

Ở nước ta hiện nay, như đã phân tích ở phần 2 của Báo cáo này, các vấn đề liên quan đến tập quán được quy định trong quá nhiều văn bản pháp luật khác nhau như Hiến pháp, Luật, Nghị định, Thông tư, Nghị quyết. Tuy nhiên, những quy định liên quan đến tập quán pháp trong những văn bản hiện nay không mang tính hệ thống, thống nhất. Để hoàn thiện pháp luật về tập quán pháp, trước hết cần phải xác định rõ: các vấn đề liên quan đến tập quán pháp được quy định ở văn bản nào; văn bản đó quy định những gì; mối quan hệ giữa các quy định trong những văn bản đó ra sao. Đây là điều quan trọng đối với một nước thuộc hệ thống pháp luật thành văn như Việt Nam, góp phần hạn chế tối đa những vướng mắc phát sinh trong áp dụng tập quán pháp. Về vấn đề này, chúng tôi kiến nghị một số đề xuất cụ thể như sau:

- (i) Các vấn đề liên quan đến tập quán cần phải được quy định trong cả các văn bản quy phạm pháp luật và văn bản có giá trị như văn bản quy phạm pháp luật. Chẳng hạn, việc sưu tầm và ban hành danh mục tập quán ở Việt Nam là cần thiết. Tuy nhiên, xuất phát từ bản chất của tập quán là có thể thay đổi và phong phú, việc ban hành một văn bản quy phạm pháp luật trong đó bao gồm danh mục liệt kê toàn bộ tập quán trên toàn lãnh thổ nước ta vào một thời điểm nhất định không phù hợp. Nói cách khác, danh mục này chỉ nên là văn bản có giá trị như văn bản quy phạm pháp luật chứ không phải văn bản quy phạm pháp luật. Nội dung này sẽ được đề cập tại kiến nghị thứ ba dưới đây.
- (ii) Hiến pháp nên bao gồm một quy định rõ ràng hơn quy định tại Điều 5 Hiến pháp năm 1992 hiện nay về công nhận và áp dụng tập quán pháp. Đây cũng là thực tế ở nhiều quốc gia khác. Đối với các nước coi

tập quán pháp là một nguồn luật chính thức, Hiến pháp của các nước đó cũng ghi nhận rõ điều này. Chẳng hạn, mục 2(1) Hiến pháp Singapore quy định: “Luật” bao gồm luật thành văn và luật của Anh hoặc các công cụ khác sử dụng ở Singapore và thông luật cho đến nay vẫn còn sử dụng ở Singapore và bất kỳ tập quán hoặc...có hiệu lực pháp luật ở Singapore. Tương tự như vậy, mục 160(2) Hiến pháp Malaysia quy định: “Luật” bao gồm luật thành văn, thông lệ cho đến nay còn sử dụng ở Liên bang hoặc bất kỳ địa bàn nào của Liên bang, và bất kỳ tập quán hoặc...có hiệu lực pháp luật ở Liên bang hoặc bất kỳ địa bàn nào của Liên bang.

- (iii) Bộ luật Dân sự nên có một điều luật riêng quy định về tập quán pháp. Điều luật này bao gồm các quy định về: định nghĩa tập quán (đưa ra các tiêu chí xác định tập quán); định nghĩa tập quán pháp (đưa ra các tiêu chí để một tập quán trở thành tập quán pháp); hình thức công nhận tập quán; điều kiện được áp dụng tập quán.
- (iv) Luật Hôn nhân và gia đình, Luật Thương mại bao gồm những quy định riêng về tập quán điều chỉnh quan hệ hôn nhân và gia đình, quan hệ thương mại. Những quy định này phải xuất phát từ và phù hợp với quy định về tập quán pháp trong Bộ luật Dân sự.
- (v) Tổng kết công tác xét xử hàng năm của Tòa án bao gồm phần tổng kết, nhận xét, đánh giá về áp dụng tập quán pháp trong phạm vi cả nước.
- (vi) Nghị quyết của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao xác định những tập quán được công nhận là tập quán pháp. Nghị quyết này thực chất là sự “luật hóa” nội dung về tập quán trong Tổng kết công tác xét xử hàng năm của Tòa án.



***Thứ hai, cần định nghĩa ‘tập quán’ và ‘tập quán pháp’ trong văn bản pháp luật.***

Đây là vấn đề quan trọng cần thực hiện trước tiên bởi vì hiện nay không ít người vẫn đồng nhất ‘tập quán’ với ‘tập quán pháp’, điều này ảnh hưởng đến áp dụng chính xác và hiệu quả tập quán pháp. Nên định nghĩa tập quán pháp là tập quán được sử dụng trong thời gian dài, được thừa nhận tự nguyện và có tính chất bắt buộc đối với cộng đồng dân cư nhất định và được Nhà nước công nhận.

***Thứ ba, cần biên soạn và sưu tầm danh mục tập quán hay “Bộ tập quán”.***

Nghị quyết số 48-NQ/TW ngày 24/5/2005 của Bộ Chính trị đã chỉ rõ định hướng: nghiên cứu về khả năng khai thác và sử dụng tập quán. Vì vậy, để có thể sử dụng được tập quán thì trước hết phải khai thác tập quán, nói cách khác là phải sưu tầm, biên soạn các tập quán trong cả nước thành một “Bộ tập quán”<sup>35</sup>. “Bộ tập quán” là cơ sở cho Tòa án các cấp xem xét để lựa chọn tập quán áp dụng cho từng trường hợp cụ thể.

Việt Nam có 54 dân tộc trong đó có 53 dân tộc thiểu số với những tập quán phong phú, đa dạng nhưng chỉ có rất ít tập quán đã được tập hợp và lưu giữ. Cho nên, cần tổng rà soát lại toàn bộ những phong tục, tập quán tồn tại phổ biến trong đời sống của dân tộc thiểu số. Chúng ta nên tập hợp các tập quán, xác định phạm vi tác động, giá trị áp dụng của các tập quán để tránh áp dụng tùy tiện hoặc bỏ sót<sup>36</sup>.

“Bộ tập quán” không nên là một văn bản quy phạm pháp luật hoặc là nội dung của một văn bản quy phạm pháp luật. Bởi vì, tập quán có thể thay đổi và rất phong phú, đa dạng trong khi quy phạm pháp luật mang tính ổn định trong giai đoạn nhất định, thống nhất và khái quát.

---

<sup>35</sup> Ngô Cường, *Mấy ý kiến về việc áp dụng tập quán để giải quyết các tranh chấp dân sự*, Tài liệu Hội thảo về áp dụng tập quán trong công tác xét xử: Kinh nghiệm quốc tế và thực tiễn Việt Nam, Hà Nội, ngày 06 tháng 5 năm 2013.

<sup>36</sup> Phan, Nhat Thanh, *Recognizing Customary Law in Vietnam: Legal pluralism and human rights*, Doctor of Philosophy Thesis, Faculty of Law, University of Wollongong, 2011, tr. 303-305.

Để việc sưu tầm và biên soạn “Bộ tập quán” đạt hiệu quả cao, cần có sự phối hợp giữa ít nhất các cơ quan sau đây: Tòa án nhân dân tối cao, Bộ Văn hóa, Thể thao và Du lịch, Ủy ban dân tộc, Bộ Tư pháp. “Bộ tập quán” cần được phổ biến rộng rãi tới các tổ chức, cá nhân và cần được bổ sung theo định định kỳ.

***Thứ tư, cần quy định tiêu chí/điều kiện để tập quán trở thành tập quán pháp.***

Khi quy định về điều kiện để tập quán trở thành tập quán pháp, nên xem xét một số yêu cầu sau đây:

- (i) Tập quán phải bắt nguồn từ các tập quán điều chỉnh cách hành vi xử sự của các thành viên trong cộng đồng 54 dân tộc Việt Nam. Cần lưu ý rằng tập quán của các dân tộc Việt Nam bao gồm cả các quy phạm đạo đức và quy phạm tôn giáo. Do đó nguồn của tập quán pháp không chỉ bao gồm tập quán mà còn bao gồm các quy tắc đạo đức và tín ngưỡng tôn giáo.
- (ii) Tập quán phải tồn tại vào thời điểm áp dụng và có tính liên tục. Nếu thói quen và kinh nghiệm ứng xử tồn tại trong thời gian dài nhưng nếu không còn được sử dụng thì không được công nhận là tập quán pháp và không được áp dụng. Vậy nên áp dụng tập quán pháp vào thời điểm xác lập giao dịch hay thời điểm phát sinh tranh chấp? Theo chúng tôi, nên áp dụng tập quán pháp vào thời điểm thiết lập giao dịch. Nếu vào thời điểm phát sinh tranh chấp, tập quán pháp không còn hoặc đã bị sửa đổi thì nên áp dụng quy định pháp luật.
- (iii) Tập quán phải mang tính quy phạm. Tập quán phải là quy tắc xử sự chung mang tính khuôn mẫu, là tiêu chuẩn để xác định giới hạn và đánh giá hành vi, được áp dụng cho tất cả các tổ chức, cá nhân

tham gia vào quan hệ xã hội mà tập quán đó điều chỉnh và được áp dụng nhiều lần.

- (iv) Tập quán phải phù hợp với chính sách của Đảng và Nhà nước: Khi công nhận và áp dụng tập quán pháp, phải tuân thủ các chính sách chung bởi vì những chính sách này nhằm đảm bảo ổn định và phát triển của xã hội, của đất nước. Nói cách khác, lợi ích chung phải được ưu tiên so với lợi ích của một nhóm người.

***Thứ năm, về hình thức công nhận tập quán pháp.***

Như đã đề cập ở phần đầu của Báo cáo, tập quán pháp được công nhận thông qua hai hình thức: hoạt động lập pháp và thông qua quyết định tư pháp. Nói cách khác, những cơ quan này có thẩm quyền trong việc chuyển tập quán thành tập quán pháp. Đối với nước ta hiện nay, hình thức công nhận tập quán pháp thông qua hoạt động lập pháp phù hợp hơn bởi vì: nước ta thuộc hệ thống pháp luật thành văn và tòa án không có quyền lập pháp<sup>37</sup>. Với con đường lập pháp, tập quán pháp được quy định trong Hiến pháp và các văn bản quy phạm pháp luật khác. Sự công nhận này đã tạo ra một địa vị pháp lý cho tập quán pháp ở tầm quốc gia chứ không còn chỉ ở địa phương như trước đây.

Bên cạnh đó, cũng cần kết hợp vai trò của Tòa án trong việc công nhận tập quán pháp ở nước ta. Tòa án là cơ quan áp dụng tập quán trong hoạt động xét xử, cho nên Tòa án hiểu rõ tập quán nào cần được công nhận hay bị loại bỏ, áp dụng tập quán nào cần thiết và phù hợp.

Để thực hiện vai trò của Tòa án trong hoạt động công nhận tập quán pháp, vấn đề áp dụng tập quán pháp cần được bổ sung và chú trọng trong văn bản tổng kết công tác xét xử hàng năm của Tòa án. Cụ thể, trong văn bản này cần chỉ ra việc áp dụng tập quán trong vụ việc cụ thể là cần thiết, có giá trị, Nhà nước nên công

---

<sup>37</sup> Điều 1 Luật Tổ chức Tòa án nhân dân năm 2002.

nhận và bảo đảm thực hiện tập quán đó với ý nghĩa là tập quán pháp. Khi xem xét những vấn đề này, Tòa án cần xem xét tập quán cụ thể đã được liệt kê trong “Bộ tập quán” hay chưa. Nếu một tập quán đã được liệt kê trong “Bộ tập quán” thì nên coi đây là một trong những căn cứ có giá trị khi xem xét công nhận tập quán đó trở thành tập quán pháp.

Ở nước ta, mặc dù văn bản tổng kết công tác xét xử hàng năm của Tòa án nhân dân tối cao không phải là văn bản quy phạm pháp luật nhưng văn bản này có giá trị, ý nghĩa hướng dẫn rất lớn đối với hoạt động xét xử của các Tòa án địa phương. Do đó, những nội dung về áp dụng tập quán trong văn bản tổng kết công tác xét xử của Tòa án nhân dân tối cao sẽ góp phần tháo gỡ những vướng mắc trong việc áp dụng tập quán để giải quyết những vụ việc cụ thể tại các Tòa án địa phương. Hơn nữa, Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao sẽ căn cứ vào những văn bản tổng kết công tác xét xử hàng năm để xem xét việc chính thức công nhận tập quán trở thành tập quán pháp. Tức là, bằng các quy định của Nghị quyết do Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao ban hành, các tập quán pháp cụ thể được Nhà nước thừa nhận.

Như vậy, có thể khái quát con đường công nhận tập quán pháp ở nước ta trải qua các bước như sau: (i) Tòa án các cấp áp dụng tập quán trong hoạt động xét xử trên cơ sở tham khảo “Bộ tập quán”; (ii) Tòa án nhân dân tối cao đánh giá về khả năng công nhận tập quán, cụ thể là tập quán pháp thông qua văn bản tổng kết công tác xét xử hàng năm; (iii) Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao quy định về những tập quán pháp cụ thể trong Nghị quyết trên cơ sở xem xét các văn bản tổng kết công tác xét xử hàng năm. Bên cạnh đó, những tập quán pháp cụ thể còn được quy định trong Bộ luật Dân sự, các văn bản pháp luật hôn nhân và gia đình và các văn bản pháp luật thương mại.

Về lâu dài, chúng ta cũng có thể xem xét việc đồng thời công nhận tập quán pháp thông qua các quyết định tư pháp như nhiều quốc gia trên thế giới, ví dụ Hoa Kỳ, Anh, Úc, Ethiopia, và một số quốc gia ở Châu Phi và Châu Mỹ La-tinh<sup>38</sup>. Trong trường hợp này, tập quán pháp do các thẩm phán lựa chọn và áp dụng. Theo nguyên tắc chung, chỉ có tập quán pháp mới được áp dụng. Bằng hình thức này, tập quán pháp mang tính quyền lực nhà nước và trở thành quy định mang tính pháp lý.

***Thứ sáu, về phạm vi áp dụng tập quán pháp.***

Về lĩnh vực áp dụng tập quán pháp: theo nhóm nghiên cứu, chỉ nên áp dụng tập quán trong lĩnh vực dân sự. Cụ thể, chỉ áp dụng tập quán pháp điều chỉnh các quan hệ dân sự, hôn nhân gia đình và thương mại mà không áp dụng đối với quan hệ hình sự và hành chính. Lĩnh vực dân sự bao gồm những quan hệ phát sinh thường xuyên trong đời sống hàng ngày, gắn liền với hầu hết các chủ thể và các cộng đồng dân cư khác nhau cũng như các địa phương khác nhau có thể có những quy tắc xử sự khác nhau.

Về hiệu lực không gian của từng tập quán pháp: Mặc dù tập quán cụ thể được Nhà nước công nhận và trở thành tập quán pháp, tuy nhiên về nguyên tắc nên coi tập quán pháp đó chỉ có giá trị áp dụng đối vùng/miền/khu vực hình thành và áp dụng tập quán tương ứng. Tức là, không nên áp dụng tập quán pháp ở vùng/miền/khu vực A để điều chỉnh quan hệ xã hội phát sinh ở vùng/miền/khu vực B - nơi không có và không áp dụng tập quán tương ứng. Bởi vì, tập quán pháp thực chất là tập quán được Nhà nước công nhận và tập quán lại gắn với từng địa phương cụ thể. Hơn nữa, việc áp dụng tập quán pháp nhằm giải quyết những vấn đề đặc thù

---

<sup>38</sup> Xem: Leila Chirayath, Caroline Sage and Michael Woolcock, *Customary Law and Policy Reform: Engaging with the Plurality of Justice Systems*, July 2005, <<https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/9075>>.

của địa phương cho nên không thể lấy đặc thù của địa phương này để giải quyết cho địa phương khác.

***Thứ bảy, về điều kiện áp dụng tập quán pháp.***

Nên sửa Điều 3 Bộ luật Dân sự năm 2005 theo hướng cho phép các bên thỏa thuận về áp dụng tập quán với điều kiện việc áp dụng tập quán không được trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật, không được xâm phạm tới quyền và lợi ích hợp pháp của Nhà nước, lợi ích công cộng, quyền và lợi ích hợp pháp của các tổ chức, cá nhân khác. Quy định theo hướng này xuất phát từ đặc thù của quan hệ dân sự là sự tự nguyện, thỏa thuận giữa các bên và nhằm mục đích giải quyết nhanh chóng, hiệu quả các vụ việc dân sự.

***Thứ tám, quy định rõ thứ tự ưu tiên áp dụng tập quán theo nguyên tắc trước tiên tôn trọng sự thỏa thuận của các bên, sau đó mới áp dụng tập quán và cuối cùng mới áp dụng các căn cứ khác.***

Xuất phát từ đặc thù của quan hệ dân sự là sự tự nguyện, thỏa thuận giữa các bên, cho nên chỉ áp dụng tập quán và các căn cứ khác trong trường hợp các bên không thỏa thuận được về vấn đề cần giải quyết. Theo nguyên tắc này thì Điều 28 Bộ luật Dân sự 2005 nên được quy định như sau: “*Cá nhân khi sinh ra được xác định dân tộc theo dân tộc của cha đẻ, mẹ đẻ. Trong trường hợp cha đẻ và mẹ đẻ thuộc hai dân tộc khác nhau thì dân tộc của người con được xác định theo thỏa thuận của cha đẻ, mẹ đẻ. Nếu cha đẻ, mẹ đẻ không thỏa thuận được thì dân tộc của người con là dân tộc của cha đẻ hoặc dân tộc của mẹ đẻ theo tập quán*”. Khoản 1 Điều 265 Bộ luật Dân sự năm 2005 được quy định như sau: “*Ranh giới cũng có thể được xác định theo tập quán. Nếu không tồn tại tập quán về xác định ranh giới, ranh giới đã tồn tại từ ba mươi năm trở lên mà không có tranh chấp được công nhận*”.

***Thứ chín, về giải quyết xung đột giữa các tập quán pháp.***

Xung đột về tập quán pháp có thể xảy ra trong trường hợp đương sự thuộc các địa phương và/hoặc cộng đồng dân cư khác nhau có tập quán khác nhau về cùng một giao dịch. Về trường hợp này, nên quy định theo hướng: trước hết nên khuyến khích các bên thỏa thuận lựa chọn áp dụng tập quán pháp. Trong trường hợp các bên không thỏa thuận được thì Tòa án giải quyết trên cơ sở cân bằng lợi ích khi lựa chọn áp dụng tập quán pháp.

#### ***4.2.2.Đầu tư hợp lý cho phát triển kinh tế-xã hội ở nông thôn, miền núi, vùng sâu vùng xa***

Như đề cập ở trên, tập quán được áp dụng phổ biến hơn ở nông thôn, miền núi, vùng sâu, vùng xa – nơi có điều kiện kinh tế-xã hội kém phát triển. Đây là một trong những nguyên nhân dẫn đến hạn chế nhận thức, khả năng tiếp cận và thực hiện pháp luật, duy trì áp dụng phong tục, tập quán trong đó bao gồm phong tục tập quán lạc hậu của dân cư sinh sống ở những khu vực này. Cho nên, Nhà nước cần có chính sách, kế hoạch và tiến hành đầu tư hợp lý cho phát triển kinh tế-xã hội ở những khu vực này.

#### **4.2.3.Một số đề xuất khác**

*Thứ nhất*, đẩy mạnh công tác tuyên truyền, phổ biến, giáo dục pháp luật để nâng cao trình độ dân trí, ý thức pháp luật cho dân cư nông thôn và đồng bào dân tộc thiểu số. Theo Nghị quyết số 48-NQ/TW ngày 24 tháng 5 năm 2005 của Bộ Chính trị về Chiến lược xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam đến năm 2010, định hướng đến năm 2020, một trong giải pháp thi hành pháp luật đạt hiệu quả là phát triển hệ thống thông tin và phổ biến giáo dục: “Phát triển hệ thống thông tin và phổ biến giáo dục pháp luật, xây dựng và triển khai Chương trình Quốc gia về phổ biến, giáo dục pháp luật dài hạn. Hình thành Trung tâm Thông tin pháp luật quốc gia, phát triển mạng lưới thông tin pháp luật. Khuyến khích các tổ

chức, cá nhân đầu tư phát triển dịch vụ thông tin, tư vấn, hỗ trợ pháp luật, đáp ứng các nhu cầu đa dạng của nhân dân và phù hợp với pháp luật. Đẩy mạnh hoạt động trợ giúp pháp lý cho người nghèo và các đối tượng chính sách theo hướng xã hội hóa.”

*Thứ hai*, tăng cường đào tạo và bồi dưỡng cho các thẩm phán, cán bộ Tòa án về vai trò của tập quán trong hoạt động xét xử, về các vấn đề liên quan trong thừa nhận và áp dụng tập quán pháp. Đồng thời, giữa các Tòa án cần có sự phối hợp chặt chẽ, chia sẻ thông tin nhằm hạn chế tối đa những khác biệt trong thừa nhận và áp dụng tập quán pháp.

*Thứ ba*, tăng cường đào tạo và bồi dưỡng trình độ pháp luật cho các cán bộ cấp cơ sở ở nông thôn, miền núi, vùng sâu vùng xa. Nhà nước cần đầu tư kinh phí cho đào tạo cán bộ ở những khu vực này. Bởi vì, các cán bộ cơ sở là những người hàng ngày tiếp xúc với đồng bào dân tộc và phần lớn trong số cán bộ là người sinh sống ở địa phương nên có nhiều thuận lợi trong tuyên truyền phổ biến pháp luật cho cộng đồng dân cư. Hơn nữa, cơ cấu thành phần và chất lượng đội ngũ cán bộ địa phương ở các khu vực này còn nhiều hạn chế. Chính vì vậy, “phải nâng cao chất lượng cán bộ, bao gồm cả trình độ văn hóa, trình độ quản lý, năng lực điều hành công việc nói chung, cơ cấu tổ chức mà chủ yếu là cơ cấu bố trí cán bộ, số lượng, chất lượng cán bộ ở các xã miền núi, vùng cao, vùng các dân tộc thiểu số trước đòi hỏi của việc triển khai quy chế dân chủ ở cơ sở đang đặt ra hàng loạt vấn đề mà các ngành, các cấp quan tâm giải quyết không chỉ trước mắt mà còn lâu dài”<sup>39</sup>.

Đề đồng bào các dân tộc thiểu số hiểu được và thực hiện xóa bỏ những phong tục, tập quán lạc hậu, phát huy những phong tục, tập quán tốt đẹp phù hợp

---

<sup>39</sup> Nguyễn Quốc Phẩm (chủ biên) (2000), *Hệ thống chính trị cấp cơ sở và dân chủ hóa đời sống xã hội nông thôn miền núi, vùng dân tộc thiểu số (các tỉnh miền núi phía Bắc nước ta)*, Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội, tr. 21-22.



với những quy định của pháp luật, đòi hỏi phải có đội ngũ cán bộ am hiểu pháp luật, nắm vững đặc điểm của các dân tộc. Để xây dựng được một đội ngũ cán bộ đồng bộ ở cấp xã cần tiến hành khảo sát, rà soát lại cơ cấu, thành phần cán bộ, đặc biệt phải chú ý đến đội ngũ cán bộ là người dân tộc thiểu số về trình độ, năng lực, phẩm chất. Qua đó, để có kế hoạch đào tạo, xây dựng đội ngũ cán bộ cấp xã nói chung và cán bộ Tư pháp - hộ tịch nói riêng có đủ năng lực, phẩm chất. Đồng thời, có chế độ, chính sách đãi ngộ, phụ cấp hợp lý cho cán bộ làm công tác thi hành pháp luật. Bên cạnh đó, cần có chương trình, kế hoạch tuyển chọn những người có đức, có trình độ chuyên môn và năng lực tổ chức đi đào tạo về chuyên ngành luật. Đổi mới, trẻ hóa đội ngũ cán bộ, kết hợp các độ tuổi, bảo đảm tính liên tục, kế thừa và phát triển.

*Thứ tư*, phát huy vai trò của các cá nhân, tổ chức tích cực trong công nhận và áp dụng tập quán pháp.

Các già làng, trưởng bản là những người có uy tín, có vai trò quan trọng trong việc duy trì các phong tục, tập quán theo lệ làng và quyết định giải quyết các vấn đề phát sinh trong dân làng. Già làng là người tích lũy được nhiều kinh nghiệm, có sự am hiểu sâu rộng về cách thức làm ăn, phong tục, tập quán, quan hệ đối nội, đối ngoại, mọi sự tranh chấp về đất đai, nguồn nước, lâm thổ sản... Già làng là cố vấn cao nhất về phong tục, tập quán, về kinh nghiệm sản xuất, về đối nhân xử thế cho cá nhân và cho cả cộng đồng. Già làng giữ vai trò dẫn dắt đồng bào của mình<sup>40</sup>. Tuy nhiên, “già làng, trưởng bản, trưởng tộc còn mang nặng tư tưởng phong kiến – gia trưởng, việc thuyết phục được họ không phải là đơn giản; cần kiên trì, hiểu được tâm lý, tôn trọng và có sự động viên thỏa đáng<sup>41</sup>. Các vụ

---

<sup>40</sup> Bộ Tư pháp (1996), *Một số vấn đề về giáo dục pháp luật ở miền núi và vùng dân tộc thiểu số*, Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội, tr. 116

<sup>41</sup> Bộ Tư pháp (1996), *Một số vấn đề về giáo dục pháp luật ở miền núi và vùng dân tộc thiểu số*, Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội, tr. 146.

việc do các già làng, trưởng bản tiến hành thường chỉ dựa trên kinh nghiệm sống, đạo đức, phong tục, tập quán tồn tại lâu dài cho nên có những vụ việc được giải quyết không phù hợp với pháp luật. Vì vậy, Nhà nước cần có chính sách và kế hoạch cụ thể cho việc tập huấn giáo dục pháp luật cho các già làng, trưởng bản. Chính các già làng, trưởng bản sẽ là cầu nối rất quan trọng trong việc đem chính sách pháp luật của Đảng và Nhà nước đến với các dân tộc<sup>42</sup>. Họ giúp lựa chọn tập quán tốt, loại bỏ tập quán lạc hậu; tạo niềm tin, thúc đẩy thực thi hiệu quả tập quán pháp. Theo chúng tôi, nên quy định cụ thể về địa vị pháp lý như quyền, nghĩa vụ, phạm vi thẩm quyền của già làng, trưởng bản trong công nhận và áp dụng tập quán pháp trong văn bản pháp luật.

## **5. Kết luận**

Ở Việt Nam, tập quán pháp không phải là vấn đề hoàn toàn mới nhưng còn là vấn đề phức tạp. Kinh nghiệm của các nước và thực tế ở nước ta cho thấy giá trị của tập quán pháp trong điều chỉnh các quan hệ xã hội thuộc lĩnh vực dân sự cũng như góp phần bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của chủ thể. Tuy nhiên, pháp luật nước ta về tập quán pháp đã hình thành từ lâu nhưng cho đến nay còn không ít hạn chế và khiếm khuyết; đồng thời, thực tiễn xét xử cũng cho thấy nhiều vướng mắc trong công nhận và áp dụng tập quán pháp. Để nâng cao hiệu quả áp dụng tập quán pháp, cần phải thực hiện đồng bộ nhiều giải pháp chứ không chỉ riêng hoàn thiện khung pháp luật về công nhận và áp dụng tập quán pháp. Hơn nữa, để đạt được mục tiêu này, cần sự nỗ lực của nhiều chủ thể chứ không chỉ riêng ngành tòa án. Đặc biệt, chính sách và định hướng rõ ràng của Đảng, Nhà nước về vấn đề này và sự phối hợp chặt chẽ giữa các chủ thể có liên quan đóng vai trò hết sức quan trọng./.

---

<sup>42</sup> Bộ Tư pháp, Viện nghiên cứu khoa học pháp lý (1999), Chuyên đề: *Mối quan hệ giữa tập tục và pháp luật*, Hà Nội, tr. 74.

# DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

## VĂN BẢN PHÁP LUẬT

1. Hiến pháp năm 1946
2. Hiến pháp năm 1959
3. Hiến pháp năm 1980
4. Hiến pháp năm 1992
5. Bộ luật dân sự năm 1995
6. Bộ luật dân sự năm 2005
7. Dân luật Bắc kỳ năm 1931
8. Dân luật Trung kỳ năm 1936
9. Dân luật giản yếu Nam kỳ năm 1883
10. Dân luật Sài Gòn năm 1972
11. Luật hôn nhân và gia đình năm 1959
12. Luật hôn nhân và gia đình năm 1986
13. Luật hôn nhân và gia đình năm 2000
14. Luật thương mại năm 1997
15. Luật thương mại năm 2005
16. Luật Tổ chức Tòa án nhân dân năm 2002
17. Nghị định số 32/2002/NĐ-CP của Chính phủ về việc áp dụng Luật hôn nhân và gia đình đối với các dân tộc thiểu số
18. Nghị quyết số 48-NQ/TW ngày 24 tháng 5 năm 2005 của Bộ Chính trị về chiến lược xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam đến năm 2010, định hướng đến năm 2020
19. Nghị quyết số 04/2005/NQ-HĐTP ngày 17 tháng 9 năm 2005 của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao hướng dẫn thi hành một số quy định của Bộ luật Tố tụng dân sự về chứng minh và chứng cứ

20. Sắc lệnh số 97/SL của Chủ tịch Chính phủ nước Việt Nam Dân chủ Cộng hòa ngày 22 tháng 5 năm 1950
21. Thông tư liên tịch 03/2000/BTP-BVHTT-BTTUBTWMTTQVN của Bộ Tư pháp, Bộ Văn hóa-Thông tin, Ban thường trực Ủy ban Trung ương Mặt trận tổ quốc Việt Nam ngày 31/03/2000 về việc hướng dẫn xây dựng và thực hiện hương ước, quy tắc của làng, bản, thôn, ấp, cụm dân cư

#### **BẢN ÁN, QUYẾT ĐỊNH CỦA TÒA ÁN**

1. Bản án sơ thẩm số 94 ngày 13/10/2000, Tòa án nhân dân huyện Long Đất, tỉnh Bà Rịa – Vũng Tàu
2. Bản án phúc thẩm số 46 ngày 14/12/2000, Tòa án nhân dân tỉnh Bà Rịa - Vũng Tàu
3. Bản án dân sự sơ thẩm số 07/2007/DSST ngày 04/7/2007, Tòa án nhân dân huyện Phú Cừ, tỉnh Hưng Yên
4. Bản án dân sự phúc thẩm số 40/2007/DSPT ngày 24/9/2007, Tòa án nhân dân tỉnh Hưng Yên
5. Bản án dân sự sơ thẩm số 13/2008/DSST ngày 22/05/2008, Tòa án nhân dân huyện Krong Buk, tỉnh Đắk Lắk
6. Bản án dân sự phúc thẩm số 123/2008/DSPT ngày 24/09/2008, Tòa án nhân dân tỉnh Đắk Lắk
7. Bản án dân sự sơ thẩm số 02/2009/DSST ngày 01/10/2009, Tòa án nhân dân tỉnh Đắk Lắk
8. Bản án dân sự phúc thẩm số 22/2009/DSPT ngày 11/03/2010, Tòa phúc thẩm Tòa án nhân dân tối cao tại Đà Nẵng
9. Quyết định giám đốc thẩm số 93/GDDT-DS ngày 27/5/2002, Tòa Dân sự - Tòa án nhân dân tối cao

10. Quyết định giám đốc thẩm số 200/2011/DS-GĐT ngày 19/3/2011, Tòa Dân sự Tòa án nhân dân tối cao
11. Quyết định giám đốc thẩm số 94/2012/DS-GĐT ngày 24/02/2012, Tòa Dân sự - Tòa án nhân dân tối cao
12. Quyết định giám đốc thẩm số 231/2012/DS-GĐT ngày 23/5/2012, Tòa Dân sự - Tòa án nhân dân tối cao
13. Quyết định giám đốc thẩm số 39/2012/DS-GĐT ngày 27/8/2012, Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao

#### **TÀI LIỆU KHÁC**

1. Bộ Tư pháp, *Một số vấn đề về giáo dục pháp luật ở miền núi và vùng dân tộc thiểu số*, Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội, 1996
2. Bộ Tư pháp, Viện nghiên cứu khoa học pháp lý, Chuyên đề: *Mối quan hệ giữa tập tục và pháp luật*, Hà Nội, 1999
3. Bùi Xuân Đỉnh, *Nhà nước và pháp luật thời phong kiến Việt Nam - Những suy ngẫm*, Nxb Tư pháp, Hà Nội, 2005
4. Bùi Xuân Phái “Pháp luật Xã hội chủ nghĩa”, *Nội dung cơ bản của môn học lý luận nhà nước và pháp luật*, Nxb Giao thông vận tải, Hà Nội, 2008
5. Đào Duy Anh, *Việt Nam văn hóa sử cương*, <[http://vi.wikipedia.org/wiki/Lịch\\_sử\\_Việt\\_Nam](http://vi.wikipedia.org/wiki/Lịch_sử_Việt_Nam)>
6. Đèo Thị Lan Hương, *Áp dụng phong tục, tập quán trong lĩnh vực hôn nhân và gia đình ở một số tỉnh miền núi phía bắc, khóa luận tốt nghiệp*, Hà Nội, 2012
7. Francis Lemeunier, *Nguyên lý và thực hành luật thương mại, luật kinh doanh*, Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội 1993
8. John Gillespie, *Transplanting Commercial Law Reform: Developing a “Rule of Law” in Vietnam*, Ashgate, 2006

9. Lê Thị Sơn (chủ biên), *Quốc triều hình luật*, Nxb Khoa học xã hội, Hà Nội, 2004
10. Leila Chirayath, Caroline Sage and Michael Woolcock, *Customary Law and Policy Reform: Engaging with the Plurality of Justice Systems*, July 2005, <<https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/9075>>
11. Ngô Huy Cương, *Cụ thể hóa quan điểm về tập quán pháp theo Nghị quyết số 48 – NQ/TW của Bộ Chính trị*, Tạp chí nghiên cứu lập pháp điện tử, <[http://www.nclp.org.vn/nha\\_nuoc\\_va\\_phap\\_luat/phap-luat/cu-the-hoa-quan-11-liem-ve-tap-quan-phap-theo-nghi-quet-so-48-nq-tw-cua-bo-chinh-tri](http://www.nclp.org.vn/nha_nuoc_va_phap_luat/phap-luat/cu-the-hoa-quan-11-liem-ve-tap-quan-phap-theo-nghi-quet-so-48-nq-tw-cua-bo-chinh-tri)>
12. Nguyễn Ngọc Điện, *Một số vấn đề lý luận về các phương pháp phân tích luật viết*, Nxb Tư pháp, 2006
13. Nguyễn Ngọc Thuần, Lê Tuấn Anh, Trần Thị Kim Anh, *Một số văn bản điển chế và Pháp luật Việt Nam từ thế kỷ XV đến XVIII*, Nxb Khoa học xã hội, 2006
14. Nguyễn Quốc Phẩm (chủ biên), *Hệ thống chính trị cấp cơ sở và dân chủ hóa đời sống xã hội nông thôn miền núi, vùng dân tộc thiểu số (các tỉnh miền núi phía Bắc nước ta)*, Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2000
15. Nguyễn Văn Thành - Vũ Trinh - Trần Hựu, *Hoàng Việt luật lệ (I, II, III, IV, V)*, Nxb Văn hóa - thông tin, Tp. HCM, tháng 9/1994
16. Nxb Thành phố Hồ Chí Minh, *Quốc triều Hình luật*, TP. HCM, tháng 3-2003
17. Phan, Nhat Thanh, *Recognizing Customary Law in Vietnam: Legal pluralism and human rights*, Doctor of Philosophy Thesis, Faculty of Law, University of Wollongong, 2011

18. *Triệu Quốc Mạnh, Pháp luật và dân luật đại cương, Nxb. Thành phố Hồ Chí Minh, 2000*