

Mã số: 305

Ngày nhận: 27/08/2016

Ngày gửi phản biện lần 1: 13/9/2016

Ngày gửi phản biện lần 2: 20/9/2016

Ngày hoàn thành biên tập: 27/9/2016

Ngày duyệt đăng: 5/10/2016

TẬP QUÁN VÀ NGUYÊN TẮC ÁP DỤNG TẬP QUÁN THEO BỘ LUẬT DÂN SỰ 2015

Đinh Thị Tâm¹

Tóm tắt: Bài viết phân tích các quy định của Bộ luật Dân sự (BLDS) 2015 về giá trị của tập quán với tư cách là một nguồn luật trong điều chỉnh các quan hệ dân sự và nguyên tắc áp dụng tập quán. Tập quán khi được nhà nước thừa nhận là một loại nguồn của pháp luật thì việc áp dụng tập quán cũng được hiểu là áp dụng pháp luật, do đó, việc áp dụng cần phải tuân theo những nguyên tắc nhất định nhằm đảm bảo tính pháp lý, tránh tùy tiện trong việc áp dụng. Vấn đề đặt ra là, có phải tất cả các tập quán tồn tại trong xã hội đều được coi là nguồn của pháp luật không và việc áp dụng tập quán trong điều chỉnh các quan hệ xã hội nói chung, quan hệ dân sự nói riêng phải tuân theo những nguyên tắc nào? Bài viết tìm cách trả lời các câu hỏi đó thông qua việc làm rõ khái niệm, đặc điểm, giá trị áp dụng của tập quán, phân tích các nguyên tắc của việc áp dụng tập quán được quy định trong BLDS 2015.

Từ khóa: Tập quán, nguyên tắc áp dụng tập quán, áp dụng tập quán trong dân sự.

Abstract: The article analyzes the provisions of the Civil Code (CC) 2015 about the value of practices as the source of law in civil relations' adjustments and principles of the application of practices. Whenever practices are recognized as a source of law by State, its application is equivalent to the application of law, therefore, the application of practices should follow certain principles in order to ensure legality and to avoid misusing. The concerns are, should all practices in society be the source of law? And which rules should the application of practices in the adjustment of social

¹ Thạc sỹ, Giảng viên Khoa Luật, Trường ĐH Ngoại thương. Email: dinhnam@ftu.edu.vn

relations' adjustments in general, or civil relations in particular follow? The article addresses these questions by clarifying the concept, characteristics, and values of the application of practices; then analyzing the principles of the application of practices stipulated in the CC 2015.

Keywords: *Practices, principles of the application of practices, apply practices in civil law.*

1. Khái quát về tập quán

Tập quán là một loại quy phạm xã hội tồn tại song hành cùng nhiều loại quy phạm xã hội khác như pháp luật, đạo đức, tín điều tôn giáo... nhằm điều chỉnh hành vi ứng xử của con người trong các quan hệ xã hội. Với tư cách là một loại quy phạm xã hội, tập quán luôn đóng vai trò quan trọng trong việc điều chỉnh các quan hệ xã hội nói chung và các quan hệ dân sự nói riêng.

Tập quán là một thuật ngữ có thể được hiểu theo nhiều cách tiếp cận khác nhau. Dưới góc độ ngôn ngữ tập quán được hiểu là “*thói quen được hình thành đã lâu trong đời sống, được mọi người tuân theo*”², là “*những quy tắc xử sự được hình thành một cách tự phát lâu ngày thành thói quen trong đời sống xã hội hoặc giao lưu quốc tế, đang tồn tại và được các chủ thể thừa nhận như là quy tắc xử sự chung*”³. Dưới góc độ pháp lý, 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*”⁴. Trong BLDS 2015 thuật ngữ “tập quán” được định nghĩa tại khoản 1 Điều 5, theo đó: “*Tập quán là quy tắc xử sự có nội dung rõ ràng để xác định quyền, nghĩa vụ của cá nhân, pháp nhân trong quan hệ dân sự cụ thể, được hình thành và lặp đi lặp lại nhiều lần trong một thời gian dài, được thừa nhận và áp dụng rộng rãi trong một vùng, miền, dân tộc, cộng đồng dân cư hoặc trong một lĩnh vực dân sự*”.

Như vậy, mặc dù có những cách tiếp cận khác nhau về tập quán nhưng các quan điểm đều thống nhất thừa nhận tập quán là thói quen được hình thành và tồn tại lâu dài trong đời sống xã hội. Một quy tắc xử sự để được thừa nhận là tập quán thì quy tắc đó phải được một cộng đồng người gắn với một phạm vi lãnh thổ nhất định hoặc một lĩnh vực hoạt động xã hội thừa nhận và áp dụng rộng rãi trong đời sống. Tập quán bao gồm

² Nguyễn Như Ý (Chủ biên), 1996, tr.1014.

³ Bộ Tư Pháp, Viện Khoa học Pháp lý, 2006, tr.693.

⁴ Hội đồng thẩm phán TAND tối cao, 2012, Nghị quyết số 04/2012/NQ-HĐTP, Điều 3 khoản 2 điểm g.

nhiều loại, có thể là tập quán của một vùng, miền, dân tộc, cộng đồng dân cư hoặc trong các lĩnh vực khác nhau của đời sống xã hội, tập quán cũng có thể là tập quán trong nước hoặc tập quán quốc tế.

Tập quán là một loại quy phạm xã hội nên nó mang đầy đủ các đặc điểm chung của quy phạm xã hội. Tuy nhiên, với tư cách là một loại quy phạm xã hội đặc thù, tập quán có những điểm khác biệt cơ bản so với các loại quy phạm xã hội khác. Sự khác biệt đó thể hiện qua một số nét đặc trưng cơ bản như:

Thứ nhất, tập quán không mang tính quyền lực nhà nước

Tập quán là loại quy phạm xã hội ra đời từ rất sớm, trước cả khi có sự ra đời của nhà nước. Tập quán “*giống như một con đường mòn do lâu ngày nhiều người cùng đi mà tạo nên. Ở đây, ngoài ước vọng và ý chí chung của cộng đồng thì ta chưa thấy rõ một thế lực nào đó áp đặt, cưỡng chế giống như đối với pháp luật nhà nước*”⁵. Quá trình hình thành tập quán và nội dung các tập quán không chịu sự “chỉ đạo” hay “áp đặt” từ nhà nước, không mang tính quyền lực nhà nước như pháp luật. Tập quán được hình thành một cách tự phát trong “nội bộ” cộng đồng như một nhu cầu tất yếu không thể thiếu để duy trì và ổn định trật tự cộng đồng. Với tư cách là một loại công cụ điều chỉnh hành vi của con người, tập quán là những chuẩn mực xã hội, giới hạn hành vi ứng xử của con người sao cho phù hợp với lợi ích chung của cộng đồng và được sự “nhất trí” của cả cộng đồng. Tập quán không phản ánh ý chí, nguyện vọng của một giai cấp, một tầng lớp trong xã hội mà nó phản ánh ý chí, nguyện vọng của toàn thể cộng đồng, nhằm ổn định trật tự có lợi cho toàn thể các thành viên trong cộng đồng. Tập quán vì vậy không phải là công cụ để duy trì địa vị thống trị của một giai cấp, tầng lớp nào đó trong xã hội, mà nó là công cụ duy trì trật tự chung của cộng đồng. Chính vì lẽ đó, tập quán được các thành viên trong cộng đồng chấp nhận một cách đương nhiên với lòng tin về tính công bằng, chính xác của các quy tắc xử sự này.

Thứ hai, tập quán mang tính cộng đồng

Tập quán là sản phẩm của quá trình tích lũy, chắt lọc các kinh nghiệm trong đời sống và sinh hoạt xã hội, được lưu truyền từ thế hệ này sang thế hệ khác vì thế nó tồn tại lâu bền trong đời sống xã hội, gắn gũi với lối sống và tâm lý của các thành viên trong cộng đồng. Trong chừng mực nhất định, tập quán dường như ăn sâu vào tiềm thức của mỗi người và trở thành tiêu chuẩn cho hành vi ứng xử của mỗi thành viên

⁵ GS.TS. Ngô Đức Thịnh, 2014, tr 50.

trong cộng đồng. Các quy tắc tập quán, vì vậy, thường được các thành viên trong cộng đồng thực hiện một cách tự giác, tự nguyện, ai không thực hiện nghiêm chỉnh sẽ bị dư luận lên án và còn có thể phải chịu những biện pháp trừng phạt của cộng đồng. Chính sức mạnh cưỡng chế tự nhiên của tập quán đã hướng các thành viên trong cộng đồng xử sự phù hợp với các chuẩn mực truyền thống, tạo nên sự gắn kết cũng như sự ổn định trong cộng đồng. Thêm vào đó, sự hình thành của tập quán luôn gắn với một cộng đồng dân cư, một lĩnh vực đời sống nhất định, phù hợp với các điều kiện thực tiễn nên các quy định tập quán thường rất cụ thể, dễ hiểu, dễ áp dụng cho mọi thành viên trong cộng đồng, có giá trị thực tiễn cao, phù hợp để điều chỉnh các quan hệ cụ thể mà nó hướng tới.

Thứ ba, tập quán mang tính đa dạng

Sự phong phú, đa dạng của tập quán bắt nguồn từ chính cơ sở hình thành nên loại quy phạm này. Tập quán hình thành, tồn tại gắn liền với hoạt động của con người trên các lĩnh vực khác nhau và có mặt trong mọi giai đoạn phát triển của xã hội loài người. Tập quán hình thành luôn gắn với một cộng đồng dân cư, một lĩnh vực đời sống nhất định, nhằm mang lại lợi ích, đảm bảo trật tự riêng cho từng cộng đồng mà mỗi một cộng đồng lại hướng đến các lợi ích khác nhau và có các điều kiện kinh tế - xã hội, môi trường văn hóa riêng, do vậy, tập quán của họ cũng khác nhau. Ở Việt Nam với lịch sử hình thành và phát triển hàng ngàn năm cùng với sự đa dạng về văn hóa và sự đa dạng về tộc người, nước ta có một hệ thống các phong tục, tập quán được hình thành, phát triển từ rất sớm và vô cùng đa dạng. Có thể nói, gắn với mỗi bản, mỗi làng, mỗi tộc người là một hệ thống phong tục, tập quán riêng đã được đúc kết, sàng lọc qua nhiều thế hệ, thể hiện nếp sống, nét văn hóa riêng của mỗi bản, mỗi làng, mỗi tộc người ở từng địa phương. Chính sự tồn tại hết sức phong phú, đa dạng của tập quán trong đời sống xã hội là cơ sở thực tiễn, là điều kiện tiên quyết cho việc áp dụng tập quán trong điều chỉnh các quan hệ xã hội nói chung và quan hệ dân sự nói riêng.

Thứ tư, tập quán mang tính linh hoạt

Tập quán là kết quả của quá trình hình thành và phát triển lâu dài trong đời sống xã hội của mỗi cộng đồng, được truyền từ đời này sang đời khác chủ yếu thông qua thực hành xã hội, do vậy, nhìn chung tập quán thường mang tính ổn định và khó thay đổi. Tuy nhiên, với tư cách là một loại công cụ để quản lý và điều hành xã hội thì tập quán luôn gắn bó mật thiết với các điều kiện thực tiễn, phù hợp với điều kiện thực tiễn.

Chính vì vậy, trong chừng mực nhất định tập quán có khả năng tự biến đổi linh hoạt để thích ứng với sự phát triển của thực tế cuộc sống. Đây cũng chính là cơ sở quan trọng tạo nên giá trị sử dụng lâu bền của tập quán trong đời sống xã hội. Trong tác phẩm “Bàn về khế ước xã hội”, Rút-xô cũng đã cho rằng, tập quán là một “loại pháp luật” và *“luật này mỗi ngày lại thêm sức mới, khi các thứ luật khác đã già cỗi hoặc tắt ngấm thì luật này thấp cho nó lại sáng lên, hoặc bổ sung thay thế nó, duy trì cả dân tộc trong tinh thần thể chế, lẳng lặng đưa sức mạnh của thói quen thay sức mạnh của quyền uy”*⁶.

Có thể nói, giá trị áp dụng của tập quán bắt nguồn từ chính những nét đặc trưng riêng có của loại quy phạm xã hội này so với các loại quy phạm xã hội khác. Giá trị của việc áp dụng tập quán trong điều chỉnh các quan hệ xã hội nói chung, quan hệ dân sự nói riêng thể hiện ở một số phương diện cơ bản sau:

Một là, tập quán nguồn hỗ trợ, bổ sung cho pháp luật

Thực tế cho thấy, *“trong điều kiện mà trình độ phát triển của các cộng đồng còn khác biệt 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”*⁷. Trong khi đó, ở Việt Nam hiện nay, sự phát triển ở các vùng miền, các dân tộc còn không đồng đều, thậm chí vẫn còn có sự chênh lệch không nhỏ về trình độ phát triển, đời sống văn hóa, tinh thần giữa các vùng miền, cộng đồng dân cư. Vì vậy, không phải khi nào và ở đâu, các quy phạm pháp luật với tính khái quát cao cũng hoàn toàn phù hợp để điều chỉnh một cách chính xác, thỏa đáng những vấn đề pháp lý phát sinh ở các vùng miền, các cộng đồng dân cư khác nhau đó. *“Do vậy, mỗi một cộng đồng làng xã cụ thể luôn cần đến các quy định cụ thể, gần gũi, dễ hiểu, dễ thực hiện cho mọi thành viên trong làng, phản ánh được nhu cầu tổ chức và phát triển của mỗi làng, xã cụ thể”*⁸. Điều này đặt ra nhu cầu tất yếu phải áp dụng tập quán nhằm hỗ trợ cho pháp luật quản lý xã hội.

Hơn nữa, sẽ là rất khó để một nhà nước có thể ban hành một hệ thống các quy phạm pháp luật điều chỉnh được hết mọi vấn đề phát sinh trong xã hội, vì rằng, hệ thống các quy phạm pháp luật thì mang tính ổn định, trong khi đó các quan hệ xã hội thì vô cùng đa dạng và luôn phát triển không ngừng, do đó, khi xây dựng và ban hành các quy phạm pháp luật, các nhà làm luật không thể dự liệu hết được các tình huống

⁶ Giảng-giác Rút xô, 1992, tr.90.

⁷ Chính phủ Việt Nam, Chương trình phát triển Liên hiệp quốc, 2013, tr.15.

⁸ PGS.TS. Lê Minh Thông, 2008, tr.707.

pháp lý phát sinh trên mọi lĩnh vực đời sống xã hội. Nói cách khác, nhà nước không thể nào “luật hóa” được mọi lĩnh vực, mọi ngõ ngách của đời sống xã hội, vì thế, trong thực tiễn sẽ luôn có những tình huống thiếu pháp luật thành văn để điều chỉnh, trong khi đó tập quán lại rất phong phú và đa dạng, với cơ chế điều chỉnh mềm dẻo, linh hoạt chính là nguồn hỗ trợ, bổ sung quan trọng cho pháp luật trong điều chỉnh các quan hệ xã hội nói chung và quan hệ dân sự nói riêng.

Hai là, tập quán là tiền đề giúp cho pháp luật đi vào đời sống xã hội

Tập quán có tác động không nhỏ đến việc tiếp nhận và thi hành pháp luật của người dân. Tập quán lạc hậu sẽ trở thành lực cản trong việc tiếp nhận và thi hành pháp luật. Ngược lại, tập quán tiến bộ sẽ đóng vai trò tích cực trong việc tiếp nhận và thi hành pháp luật một cách tự giác của người dân. Việc áp dụng “*tập quán tốt đẹp sẽ đóng vai trò tích cực trong việc xây dựng tình đoàn kết nội bộ, giải quyết các tranh chấp bằng con đường hoà giải, giải quyết linh hoạt, kịp thời, có tình, có lý các mâu thuẫn trong cộng đồng dân cư, phù hợp với điều kiện của từng địa phương bảo đảm ổn định trật tự xã hội và do vậy, sẽ hỗ trợ cho việc thực hiện pháp luật, xây dựng ý thức pháp luật*”⁹. Nói cách khác, yếu tố tập quán chính là tiền đề, là điều kiện khách quan giúp cho pháp luật của nhà nước gần với đời sống của người dân hơn, dễ được người dân chấp nhận hơn. Kinh nghiệm phát triển kinh tế xã hội ở nước ta thời gian qua cũng cho thấy, không thể bỏ qua các đặc điểm văn hóa, đặc trưng dân tộc và khu vực trong công tác quản lý xã hội, bởi nếu bỏ qua các yếu tố này thì khi pháp luật đi vào đời sống sẽ khó được người dân tiếp nhận và thi hành một cách tự giác làm cho hiệu quả quản lý xã hội bị giảm đi đáng kể. Do vậy, để quản lý tốt đời sống xã hội thì không thể bỏ qua việc áp dụng tập quán.

Ba là, tập quán là nguồn nội dung của pháp luật

Gắn lịch sử hình thành và phát triển của mình, các quốc gia, dân tộc trên thế giới đều có các tập quán riêng để quản lý đời sống xã hội trong cộng đồng của họ. Cùng với quá trình xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật, thông qua pháp điển hóa các nhà nước đã chuyển hóa rất nhiều các tập quán mang bản sắc riêng của dân tộc mình thành các quy phạm pháp luật thành văn. Ở Việt Nam hiện nay, trong quá trình xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật nhà nước cũng đã thừa nhận rất nhiều những tập quán tốt đẹp có sẵn, biến chúng thành pháp luật.

⁹ Nguyễn Năng Nam, “Kết hợp pháp luật và phong tục, tập quán trong việc quản lý xã hội ở nước ta hiện nay”, <http://www.vanhoahoc.vn>.

Tập quán không chỉ là nguồn bổ sung cho pháp luật, là tiền đề khách quan đưa pháp luật vào cuộc sống mà còn là nguồn nội dung của pháp luật, là “chất liệu quý” để hoàn thiện một nền pháp luật tiên tiến, đậm đà bản sắc dân tộc. Vì vậy, trên cơ sở xác định đúng đắn vị trí, vai trò, giá trị của tập quán trong giai đoạn phát triển hiện nay, trong Nghị quyết 48 về Chiến lược xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam đến năm 2010, định hướng đến năm 2020 Bộ Chính trị đã chỉ rõ cần “*ngiên 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*”¹⁰. Quán triệt chủ trương này, trong quá trình xây dựng và hoàn thiện pháp luật nhà nước đã từng bước thể chế hóa thành các quy định cụ thể trong các lĩnh vực khác nhau, trong đó có lĩnh vực dân sự. Điều này không chỉ tạo ra hành lang pháp lý cần thiết cho việc áp dụng tập quán trong điều chỉnh các quan hệ xã hội mà còn góp phần không nhỏ vào việc giữ gìn những nét văn hóa riêng của dân tộc, thúc đẩy lòng tự hào dân tộc trong giao lưu, hội nhập quốc tế.

Dù xã hội đã có những biến đổi theo thời gian nhưng những giá trị tích cực của tập quán xưa vẫn là “*những mạch ngầm ẩn dưới tầng sâu của văn hoá dân tộc và không hề đứt*”¹¹. Bởi lẽ, “*nhân dân Việt Nam vốn có tinh thần trân quý những giá trị truyền thống, có những phương pháp lưu giữ tập quán rất bền vững. Chính vì vậy, các tập quán tốt đẹp hoặc thuận lợi cho nhân dân hầu như không mai một. Đây chính là điều kiện quan trọng để đảm bảo tính khả thi cho việc áp dụng tập quán*”¹². Tuy nhiên, thực tế cho thấy, không phải tập quán nào tồn tại trên thực tế cũng tiến bộ, cũng hoàn toàn phù hợp để áp dụng trong điều kiện hiện nay. Trong lời “Tựa” cuốn “*Việt Nam Phong Tục*”, nhà nghiên cứu Phan Kế Bính cũng đã khẳng định: “*đại để tục gì cũng vậy, phải trải lâu tháng lâu năm mới thành được, mà trong những tục ấy cũng có tục hay, cũng có tục dở*”¹³. Vì vậy, để phát huy được vai trò, giá trị của tập quán trong điều chỉnh các quan hệ xã hội nói chung, quan hệ dân sự nói riêng, góp phần đảm bảo quyền lợi chính đáng cho các chủ thể, cũng như đảm bảo trật tự xã hội thì việc áp dụng tập quán cần phải tuân theo những nguyên tắc nhất định nhằm đảm bảo trong quá trình áp dụng tập quán có thể kế thừa được những tập quán “hay” và loại bỏ được những tập quán “dở”.

¹⁰ Bộ Chính trị, 2005, Nghị quyết số 48-NQ/TW, Phần III mục 1.7.

¹¹ PGS.TS. Lê Minh Thông, 2008, tr.711.

¹² Nguyễn Thị Tuyết Mai, 2014, tr.82.

¹³ Phan Kế Bính, 2014, tr.7.

2. Nguyên tắc áp dụng tập quán theo quy định của Bộ Luật Dân sự 2015

Tập quán tồn tại trong thực tế cuộc sống vô cùng phong phú, đa dạng nhưng không phải bất cứ tập quán nào cũng được nhà nước thừa nhận với tư cách là nguồn của pháp luật để điều chỉnh các quan hệ xã hội nói chung, quan hệ dân sự nói riêng. Để được thừa nhận áp dụng với tư cách là nguồn của pháp luật, tập quán phải đảm bảo những điều kiện nhất định và việc áp dụng cũng phải tuân theo những nguyên tắc nhất định nhằm đảm bảo tính pháp lý và tránh sự tùy tiện trong áp dụng.

Nguyên tắc áp dụng tập quán theo quy định của BLDS 2015 là những tư tưởng cơ bản chỉ đạo hoạt động áp dụng tập quán trong điều chỉnh các quan hệ dân sự. Những nguyên tắc này được quy định tại Điều 5 BLDS 2015. Cụ thể như sau:

“ 1. Tập quán là quy tắc xử sự có nội dung rõ ràng để xác định quyền, nghĩa vụ của cá nhân, pháp nhân trong quan hệ dân sự cụ thể, được hình thành và lặp đi lặp lại nhiều lần trong một thời gian dài, được thừa nhận và áp dụng rộng rãi trong một vùng, miền, dân tộc, cộng đồng dân cư hoặc trong một lĩnh vực dân sự.

2. Trường hợp các bên không có thoả thuận và pháp luật không quy định thì có thể áp dụng tập quán nhưng tập quán áp dụng không được trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự quy định tại Điều 3 của Bộ luật này”.

Như vậy, theo điều luật trên tập quán chỉ được thừa nhận áp dụng để điều chỉnh các quan hệ dân sự với tư cách là một nguồn luật khi đảm bảo các điều kiện sau:

2.1. Tập quán phải rõ ràng để xác định được quyền và nghĩa vụ của các bên trong quan hệ dân sự

Một tập quán để được nhà nước thừa nhận áp dụng thì tập quán đó phải mang tính quy phạm, là mô hình chuẩn mực cho hành vi ứng xử của các chủ thể tham gia các quan hệ dân sự. Nói cách khác, *“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”*¹⁴ của các bên tham gia vào quan hệ dân sự mà tập quán đó điều chỉnh. Nếu một tập quán nào đó mà không rõ ràng thì sẽ không được thừa nhận là tập quán với tư cách là một nguồn luật để điều chỉnh các quan hệ dân sự. Tính rõ ràng của tập quán được xem xét dưới hai khía cạnh:

Thứ nhất, tập quán phải có nguồn gốc rõ ràng, tức là, phải xác định được tập quán đó thuộc vùng, miền, dân tộc, cộng đồng dân cư nào hoặc thuộc lĩnh vực nào của

¹⁴ Chính phủ Việt Nam, Chương trình phát triển Liên hiệp quốc, 2013, tr.65.

đời sống dân sự. Điều này có ý nghĩa rất quan trọng, bởi đây không chỉ là căn cứ để lựa chọn tập quán áp dụng mà còn là giải pháp để giải quyết những tình huống xung đột trong áp dụng tập quán. Ví dụ, khoản 2 Điều 29 BLDS 2015 quy định: *“Cá nhân khi sinh ra được xác định dân tộc theo dân tộc của cha đẻ, mẹ đẻ. Trường hợp cha đẻ, mẹ đẻ thuộc hai dân tộc khác nhau thì dân tộc của con được xác định theo dân tộc của cha đẻ hoặc mẹ đẻ theo thỏa thuận của cha đẻ, mẹ đẻ; trường hợp không có thỏa thuận thì dân tộc của con được xác định theo tập quán; trường hợp tập quán khác nhau thì dân tộc của con được xác định theo tập quán của dân tộc ít người hơn”*. Như vậy, căn cứ vào tiêu chí này sẽ xác định được tập quán cần áp dụng cũng như giải quyết được vấn đề xung đột trong áp dụng tập quán.

Thứ hai, tập quán phải có nội dung rõ ràng, tức là, nội dung của tập quán phải chứa đựng các quy tắc xử sự cụ thể *“để các chủ thể liên quan có thể hiểu được, thực hiện được; hoặc nếu họ không phải là người thực hiện thì họ cũng có thể đánh giá được tính phù hợp hay không phù hợp tập quán của những hành vi của người khác”*¹⁵. Chẳng hạn, trong quan hệ về cầm cố tài sản, tập quán của người M'Nông quy định: *“Cầm bộ chiêng chỉ tính phần nửa. Cầm bộ công chỉ tính phần nửa. Cầm ché rlung chỉ tính một phần. Cầm voi chỉ tính một phần”*¹⁶. Và nếu cầm quá lâu mà không chuộc về thì tài sản cầm cố sẽ bị xử lý như sau: *“Cầm chiêng không chuộc thì bỏ. Cầm ché không chuộc thì mất”*¹⁷. Hay trong việc xác định hoa lợi giữa các bờ rẫy chung: *“Dưa, bầu mọc trong rẫy. Bò qua họ, họ hái. Bò qua mình, mình thu...”*¹⁸. Có thể thấy, các tập quán này có nội dung rất rõ ràng. Nội dung của tập quán này đã quy định cụ thể về quyền và nghĩa vụ của các bên trong các quan hệ cụ thể, do đó, việc áp dụng rất dễ dàng vì các bên có thể hiểu được, thực hiện được các quyền và nghĩa vụ của mình. Trong trường hợp phát sinh tranh chấp thì chủ thể giải quyết tranh chấp cũng có thể dễ dàng đánh giá được tính phù hợp hay không phù hợp tập quán của các hành vi xử sự của các bên liên quan.

Tóm lại, chỉ những tập quán có nội dung rõ ràng mới được thừa nhận áp dụng điều chỉnh các quan hệ dân sự. Với những tập quán có nội dung không rõ ràng thì không được thừa nhận áp dụng để điều chỉnh các quan hệ dân sự với tư cách là một nguồn luật, bởi lẽ, nếu áp dụng một tập quán có nội dung không rõ ràng thì các bên

¹⁵ Nguyễn Thị Tuyết Mai, 2014, tr.43.

¹⁶ Viện nghiên cứu Văn hóa dân gian, PGS. Ngô Đức Thịnh (Chủ biên) 1998, tr.56.

¹⁷ Viện nghiên cứu văn hóa dân gian, PGS. Ngô Đức Thịnh (Chủ biên), 1998, tr.56.

¹⁸ GS.TS. Ngô Đức Thịnh, 2014, tr.113.

trong quan hệ dân sự không thể hoặc rất khó để xác định được quyền và nghĩa vụ, điều này có thể dẫn đến việc các bên không thể thực hiện được các quyền và nghĩa vụ của mình, gây ảnh hưởng tiêu cực đến hiệu lực, hiệu quả của quan hệ đó, hơn nữa, trong trường hợp phát sinh tranh chấp thì các chủ thể có liên quan khác cũng rất khó để đánh giá tính phù hợp hay không phù hợp tập quán của các hành vi xử sự của các bên khiến cho việc giải quyết vụ việc trở nên khó khăn, phức tạp.

2.2. Tập quán phải là thói quen được hình thành, thừa nhận và áp dụng rộng rãi trong đời sống xã hội

Tập quán là thói quen. Thói quen đó được hình thành từ cuộc sống, là kết quả của quá trình trải nghiệm của các thành viên trong cộng đồng. Hình thức tồn tại chủ yếu của tập quán là thông qua thực hành xã hội mà lưu truyền từ đời này sang đời khác. Tuy nhiên, cần phải lưu ý rằng, thói quen xử sự của một cá nhân không được cộng đồng thừa nhận và áp dụng rộng rãi thì không phải là tập quán. Ví dụ, một người có thói quen đọc sách vào mỗi buổi sáng, thói quen này không phải là tập quán vì nó chỉ là thói quen của cá nhân. Để được công nhận là tập quán thì thói quen đó bắt buộc phải được một cộng đồng người gắn với một phạm vi lãnh thổ nhất định hoặc một lĩnh vực hoạt động xã hội thừa nhận và sử dụng rộng rãi.

Tập quán gồm nhiều loại, tồn tại ở các cấp độ khác nhau nhưng luôn gắn với một cộng đồng người hoặc một lĩnh vực đời sống xã hội nhất định. Chẳng hạn, tập quán của một dân tộc, tập quán của một vùng, miền, tập quán trong dân sự, trong hôn nhân gia đình, trong hoạt động thương mại... Ví dụ, về quản lý tài sản, người Ê Đê theo chế độ gia đình mẫu hệ nên mọi của cải đều do nữ giới nắm giữ, quản lý: *“Dù là cái chén con, cái bát đồng nhỏ hay những đồ lặt vặt cũng không được cả gan bán đi để ăn, mà phải mãi mãi cất giữ. Từ những cái gùi Giarai đến những cái sọt, cái túi, cái nải, đến những đồ lặt vặt, người chị cả đại diện cho người mẹ có nhiệm vụ chăm nom cất giữ...”*¹⁹, đây chính là một tập quán của dân tộc. Hay tập quán về bồi thường thiệt hại do súc vật thả rông theo tập quán gây ra là một tập quán dân sự... Tập quán có thể là tập quán trong nước hoặc tập quán quốc tế. Đối với tập quán quốc tế, là những tập quán được hình thành và có giá trị điều chỉnh các quan hệ xã hội trên phạm vi lãnh thổ của nhiều quốc gia nên để được thừa nhận là nguồn của pháp luật thì tập quán đó phải được các chủ thể của luật quốc tế thừa nhận áp dụng.

¹⁹ GS.TS. Ngô Đức Thịnh, 2014, tr.246.

Ngoài ra, tập quán được áp dụng phải tồn tại một cách rõ ràng, công khai, phổ biến vào thời điểm áp dụng và có tính liên tục. Tức là, các chủ thể có liên quan phải nhận biết được sự tồn tại của tập quán đó. Các chủ thể đương nhiên không thể áp dụng một tập quán mà bản thân họ cũng không thể xác định, nhận biết được sự có hay không tồn tại tập quán đó trong thực tiễn. Thêm vào đó, một tập quán mặc dù đã từng được thừa nhận và áp dụng rộng rãi trong đời sống xã hội nhưng nó đã bị mai một và không còn được áp dụng phổ biến nữa thì tập quán đó cũng không được thừa nhận áp dụng để điều chỉnh các quan hệ dân sự ở thời điểm hiện tại.

2.3. Tập quán được áp dụng trong trường hợp các bên không có thỏa thuận và pháp luật không quy định

Dân sự thuộc lĩnh vực luật tư, vì vậy, một nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự là tôn trọng sự tự do, tự nguyện, cam kết, thỏa thuận của các bên tham gia quan hệ, đương nhiên sự thỏa thuận đó phải đảm bảo không vi phạm điều cấm của luật, không trái đạo đức xã hội. Theo quy định tại khoản 2 Điều 5 BLDS 2015: “*Trường hợp các bên không có thỏa thuận và pháp luật không quy định thì có thể áp dụng tập quán*”. Về cơ bản nguyên tắc này mang tính kế thừa BLDS 2005, chỉ có sự thay đổi nhỏ trong cấu trúc câu và ngôn từ được sử dụng. Cụ thể, Điều 3 BLDS 2005 quy định: “*Trong trường hợp pháp luật không quy định và các bên không có thỏa thuận thì có thể áp dụng tập quán*”. Mặc dù chỉ là sự thay đổi nhỏ trong cấu trúc câu nhưng ý nghĩa của hai quy định này lại có sự khác biệt đáng kể. Theo Điều 3 BLDS 2005 thì pháp luật được ưu tiên áp dụng đầu tiên, hay nói một cách chính xác hơn pháp luật có giá trị bắt buộc phải áp dụng, khi đã có quy định pháp luật thì tập quán không được áp dụng. Theo BLDS 2015 thì đã có sự ưu tiên thừa nhận thỏa thuận của các bên hơn trong việc thiết lập, thực hiện các quan hệ dân sự so với việc áp dụng các quy định pháp luật. Sự thay đổi này theo chúng tôi là phù hợp với bản chất của quan hệ dân sự, đảm bảo tốt hơn quyền tự do, tự nguyện, thỏa thuận, cam kết trong xác lập quan hệ dân sự của các chủ thể.

BLDS 2015 mặc dù đã có sự thay đổi tích cực hơn khi quy định về trường hợp áp dụng tập quán, tuy nhiên, Bộ luật này vẫn chưa khắc phục được những hạn chế của các Bộ luật dân sự trước đó khi vẫn chỉ đưa ra quy định mang tính nguyên tắc về việc thừa nhận áp dụng tập quán mà chưa làm rõ được nhiều vấn đề còn vướng mắc trong thực tiễn áp dụng. Chẳng hạn, có phải mọi trường hợp “*các bên không có thỏa thuận*

và pháp luật không quy định” thì tập quán đương nhiên được áp dụng không hay chỉ áp dụng tập quán trong một số trường hợp nhất định? Việc luật quy định theo kiểu “nước đôi” là “có thể áp dụng tập quán” có được hiểu đồng nghĩa với việc không có “sự bắt buộc” phải áp dụng tập quán không? Vậy khi có tranh chấp xảy ra cần có sự can thiệp của nhà nước mà các bên không có thỏa thuận và pháp luật không quy định mà các cơ quan có thẩm quyền không áp dụng tập quán để giải quyết thì có được không? Hay trường hợp các bên đương sự cư trú ở các địa phương khác nhau thì lựa chọn tập quán của bên nào để áp dụng, các bên có được lựa chọn áp dụng tập quán của địa phương khác (không phải nơi mình đang sinh sống) để điều chỉnh quan hệ dân sự của mình không? Việc lựa chọn tập quán để áp dụng là quyền của cơ quan giải quyết tranh chấp hay quyền của các bên đương sự hay của cả hai loại chủ thể này... Thiết nghĩ, để việc áp dụng tập quán được thuận tiện và hiệu quả thì các văn bản hướng dẫn thi hành BLDS 2015 nên quy định cụ thể hơn về những vấn đề này.

2.4. Tập quán được áp dụng không được trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự

Nguyên tắc cơ bản của pháp luật là nền tảng của hệ thống pháp luật, là sợi chỉ đỏ xuyên suốt toàn bộ hệ thống pháp luật. Hệ thống pháp luật được thiết lập dựa trên các nguyên tắc cơ bản, do đó, nguyên tắc cơ bản của pháp luật như hệ thống xương cốt làm nên giá đỡ cho toàn bộ hệ thống pháp luật. Nói cách khác, nguyên tắc cơ bản của pháp luật chính là cơ sở cho việc xây dựng, thực hiện và áp dụng pháp luật. Áp dụng tập quán được nhà nước thừa nhận cũng chính là áp dụng pháp luật, vì vậy, việc áp dụng tập quán phải phù hợp với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật. Hơn nữa, ở Việt Nam hiện nay, pháp luật được xác định là công cụ quan trọng nhất trong việc đảm bảo cho xã hội tồn tại và phát triển ổn định, là công cụ để thiết lập, bảo đảm công bằng xã hội, thực hiện dân chủ xã hội chủ nghĩa, mọi hoạt động của các chủ thể trong xã hội đều phải tuân thủ pháp luật. Bởi lẽ, pháp luật là những quy tắc xử sự có tính chất bắt buộc chung, do nhà nước ban hành “*nhằm đảm bảo ổn định và phát triển của xã hội, của đất nước. Nói cách khác, lợi ích chung phải được ưu tiên hơn so với lợi ích riêng của một nhóm người*”²⁰. Chính vì vậy, việc công nhận và áp dụng tập quán cũng phải tuân thủ pháp luật, không được trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật.

²⁰ Chính phủ Việt Nam, Chương trình phát triển Liên hiệp quốc, 2013, tr.66.

Các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự được quy định cụ thể tại Điều 3 BLDS 2015. Theo đó, việc áp dụng tập quán trong lĩnh vực dân sự phải đáp ứng các điều kiện:

Tập quán được áp dụng phải đảm bảo cá nhân, pháp nhân đều bình đẳng, không được lấy bất kỳ lý do nào để phân biệt đối xử. Các quy định tập quán không đảm bảo điều kiện này thì sẽ không được phép áp dụng. Chẳng hạn, tập quán phạt vợ khi vợ, chồng ly hôn, tập quán chỉ để lại thừa kế cho con gái, hay tập quán nếu nhà trai không có tiền cưới và đồ sinh lễ, thì sau khi kết hôn, người con rể buộc phải ở rể để trả công cho bố mẹ vợ... là những tập quán thể hiện sự bất bình đẳng về giới hay ít nhiều ảnh hưởng đến quyền tự do của vợ chồng thì sẽ không được phép áp dụng.

Tập quán được áp dụng không được trái đạo đức xã hội. Trước khi có nhà nước và pháp luật thì bản thân các quan hệ xã hội đã được điều chỉnh bằng các loại quy phạm xã hội khác trong đó không thể không kể đến các quy phạm đạo đức. *“Trong xã hội có hay không có nhà nước thì đạo đức luôn là kim chỉ nam cho hành động và là nền tảng để xã hội phát triển bền vững”*²¹. Vì vậy, việc áp dụng tập quán không được trái đạo đức xã hội. Điều này có nghĩa là một tập quán trái đạo đức xã hội thì không thể được áp dụng làm chuẩn mực ứng xử cho các quan hệ dân sự và nếu một quan hệ dân sự được thiết lập dựa trên một tập quán trái đạo đức xã hội thì quan hệ đó bị coi là bất hợp pháp.

Tập quán được áp dụng không xâm phạm đến lợi ích quốc gia, dân tộc, lợi ích công cộng, quyền và lợi ích hợp pháp của các chủ thể khác. Tập quán tồn tại trên thực tế vô cùng phong phú, đa dạng. Việc áp dụng một tập quán cụ thể trong những trường hợp nhất định *“có thể có lợi cho cá nhân, cộng đồng, nhóm xã hội này nhưng không có lợi cho cá nhân, cộng đồng, nhóm xã hội khác”*²². Vì vậy, để đảm bảo lợi ích chung của cộng đồng cũng như quyền và lợi ích hợp pháp của các chủ thể trong xã hội thì việc áp dụng tập quán phải đảm bảo nguyên tắc không được xâm phạm đến lợi ích quốc gia, dân tộc, lợi ích công cộng, quyền và lợi ích hợp pháp của người khác. Quán triệt quan điểm này không chỉ tạo ra sự công bằng trong các quan hệ xã hội, ổn định trật tự xã hội mà còn góp phần xây dựng và hoàn thiện nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa ở nước ta hiện nay.

²¹ Nguyễn Thị Tuyết Mai, 2014, tr.72.

²² Nguyễn Thị Tuyết Mai, 2014, tr.126.

Ngoài ra, như đã trình bày trong các nội dung bên trên, tập quán là sản phẩm của quá trình hình thành và phát triển lâu dài trong một cộng đồng dân cư, một lĩnh vực nhất định, được truyền từ đời này sang đời khác nên nó mang tính ổn định và trong chừng mực nhất định nó có tính lạc hậu hơn so với các quan hệ xã hội. Chính vì vậy, nguyên tắc cơ bản nữa trong áp dụng tập quán là không áp dụng các tập quán lạc hậu, chỉ áp dụng những tập quán tiến bộ, phù hợp với các điều kiện văn hóa, kinh tế - xã hội hiện nay của đất nước. Ví dụ: *tập quán nhận trẻ em mồ côi cha, mẹ làm con nuôi, chăm sóc con nuôi, coi con nuôi như con đẻ, con nuôi và con đẻ coi nhau như anh, em ruột thịt, con nuôi được hưởng các quyền như con đẻ*²³ là một tập quán tốt đẹp thể hiện lòng tương thân tương ái của dân tộc ta được nhà nước khuyến khích thực hiện. Những tập quán lạc hậu, trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật, đạo đức xã hội, xâm phạm đến quyền và lợi ích hợp pháp của người khác thì không được thừa nhận áp dụng, thậm chí là bị nhà nước cấm áp dụng. Ví dụ: *tập quán bắt buộc người phụ nữ góa chồng, người đàn ông góa vợ, nếu kết hôn với người khác, thì phải trả lại tiền cưới cho nhà chồng cũ hoặc nhà vợ cũ, tập quán tảo hôn, cướp vợ*²⁴... là những tập quán lạc hậu mà nhà nước đang vận động xóa bỏ và cấm áp dụng.

Khi nghiên cứu về phong tục, tập quán của Việt Nam, nhà nghiên cứu Phan Kế Bính đã viết:

“ Ta ngoảnh lại mà xem những tục cũ thì tỏ ra nhiều điều ngày trước là hay mà bây giờ hóa ra hủ bại lắm rồi.

Đó không phải là tổ tiên ta khi trước có vụng dại gì, chỉ là thời thế mỗi lúc một khác, mà mỗi lần biến cải thì cái trình độ khai hóa lại tấn tới thêm lên một tầng. Ấy cũng là cái lẽ tự nhiên của tạo hóa như thế.

*Tuy vậy, cái tục cũ đã truyền nhiễm lâu, không dễ gì một mai đổi ngay được. Muốn đổi thì phải lựa dần dần, trước hết phải xét điều gì quá tệ mà bỏ bớt đi, rồi lâu lâu mới đem cái tục hay mà bỏ hết cho cái tục dở. Còn tục gì hay mà là quốc túy của ta thì cứ giữ lấy.”*²⁵

Tập quán được lưu truyền từ thế hệ này sang thế hệ khác, tồn tại lâu dài trong đời sống xã hội, vì vậy, không phải tập quán nào cũng còn phù hợp để điều chỉnh các quan hệ xã hội trong thời kỳ hiện nay. Thực tế cho thấy, tập quán có tác động không

²³ Chính phủ, 2002, Nghị định số 32/2002/NĐ-CP.

²⁴ Chính phủ, 2002, Nghị định số 32/2002/NĐ-CP.

²⁵ Phan Kế Bính, 2014, tr.7.

nhỏ đến việc tiếp nhận và thi hành pháp luật của người dân. Tập quán lạc hậu sẽ trở thành lực cản trong việc tiếp nhận và thi hành pháp luật. Ngược lại, tập quán tốt đẹp, tiên bộ, phù hợp với điều kiện thực tiễn sẽ 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*”²⁶. Vì vậy, việc xác định rõ nguyên tắc áp dụng tập quán trong điều chỉnh các quan xã hội nói chung và quan hệ dân sự nói riêng rất quan trọng nhằm bảo tồn và phát huy giá trị của những tập quán tiên bộ và loại bỏ dần và tiến tới loại bỏ hoàn toàn những tập quán lạc hậu không còn phù hợp để áp dụng trong điều kiện hiện nay.

Kết luận

Trong giai đoạn hiện nay, pháp luật được xác định là công cụ quan trọng nhất trong điều chỉnh các quan hệ xã hội nói chung, quan hệ dân sự nói riêng, nhưng tập quán với những đặc trưng riêng của mình luôn là nguồn bổ sung, thay thế cho pháp luật để điều chỉnh các quan hệ xã hội, đặc biệt là các quan hệ cụ thể phát sinh trong đời sống của các cộng đồng dân cư. Áp dụng tập quán trong điều chỉnh các quan hệ xã hội nói chung, quan hệ dân sự nói riêng không chỉ góp phần giải quyết thấu đáo, hợp tình, hợp lý những vấn đề phát sinh trong đời sống xã hội mà còn là sự giữ gìn bản sắc văn hóa dân tộc, phát huy sức mạnh nội sinh của dân tộc, thúc đẩy kinh tế - xã hội phát triển./.

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Phan Kế Bính, 2014, *Việt Nam Phong Tục*, Nxb Văn học, Hà Nội.
2. Bộ Chính trị, 2005, *Nghị quyết số 48-NQ/TW ngày 24/5/2005 về Chiến lược xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam đến năm 2010, định hướng đến năm 2020*.
3. Bộ Tư Pháp, Viện Khoa học Pháp lý, 2006, *Từ điển Luật học*, Nxb Bách Khoa - Tư Pháp, Hà Nội.
4. Chính phủ, 2002, *Nghị định số 32/2002/NĐ-CP ngày 27 tháng 3 năm 2002 Quy định việc áp dụng Luật Hôn nhân và Gia đình đối với các dân tộc thiểu số*.
5. Chính phủ Việt Nam, Chương trình phát triển Liên hiệp quốc, 2013, *Báo cáo nghiên cứu: Tập quán pháp - Thực trạng ở Việt Nam và một số đề xuất nhằm nâng cao hiệu quả áp dụng tập quán pháp ở Việt Nam*.

²⁶ Chính phủ Việt Nam, Chương trình phát triển Liên hiệp quốc, 2013, tr.16.

6. Giảng-giác Rút xô, 1992, *Bàn về khế ước xã hội*, Nxb Thành phố HCM.
7. Hội đồng thẩm phán TAND tối cao, 2012, *Nghị quyết số 04/2012/NQ - HĐTP Hướng dẫn thi hành một số quy định về “chứng minh và chứng cứ” của Bộ luật Tố tụng Dân sự đã được sửa đổi, bổ sung theo luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Bộ luật Tố tụng Dân sự*.
8. Nguyễn Thị Tuyết Mai, 2014, *Áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc dân sự của Tòa án nhân dân ở Việt Nam hiện nay*, Luận án Tiến sỹ Luật học.
9. Nguyễn Năng Nam, “*Kết hợp pháp luật và phong tục, tập quán trong việc quản lý xã hội ở nước ta hiện nay*”, <http://www.vanhoahoc.vn>, truy cập: 22h30 ngày 18 tháng 5 năm 2016.
10. Lê Minh Thông, 2008, “*Luật nước và hương ước lệ làng trong đời sống pháp lý của các cộng đồng làng xã Việt Nam*”, Kỷ yếu Hội thảo Quốc tế Việt Nam học lần thứ 3.
11. Ngô Đức Thịnh, 2014, *Luật tục trong đời sống các tộc người ở Việt Nam*, Nxb Tư pháp, Hà Nội.
12. Viện nghiên cứu Văn hóa Dân gian, Ngô Đức Thịnh (Chủ biên), 1998, *Luật tục M’Nông*, Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội.
13. Nguyễn Như Ý (chủ biên), 1996, *Từ điển tiếng Việt thông dụng*, Nxb Giáo dục, Hà Nội.