HỌC VIỆN CHÍNH TRỊ QUỐC GIA HỒ CHÍ MINH

NGUYỄN THỊ TUYẾT MAI

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 SĨ LUẬT HỌC

HÀ NỘI - 2014

HỌC VIỆN CHÍNH TRỊ QUỐC GIA HỒ CHÍ MINH

NGUYỄN THỊ TUYẾT MAI

ÁP DỤNG TẬP QUÁN TRONG GIẢI QUYẾT CÁC VỤ VIỆC DÂN SỰ CỦA TÒA ÁN NHÂN DÂN Ở VIỆT NAM HIỆN NAY

Chuyên ngành **: Lý luận và lịch sử Nhà nước và pháp luật**

Mã số **: 62 38 01 01**

LUẬN ÁN TIẾN SĨ LUẬT HỌC

Người hướng dẫn khoa học: **GS, TS HOÀNG THỊ KIM QUẾ**

HÀ NỘI - 2014

LỜI CAM ĐOAN

Tôi xin cam đoan, đây là công trình nghiên cứu của tôi, có sự hỗ trợ của các đồng nghiệp. Các số liệu nêu trong luận án là trung thực. Những kết luận khoa học của luận án chưa được ai công bố trong bất kỳ công trình nào.

TÁC GIẢ LUẬN ÁN

Nguyễn Thị Tuyết Mai

MỤC LỤC

Trang

MỞ ĐẦU 1

Chương 1: TỔNG QUAN TÌNH HÌNH NGHIÊN CỨU VỀ ÁP DỤNG TẬP QUÁN TRONG GIẢI QUYẾT CÁC VỤ VIỆC DÂN SỰ CỦA TÒA ÁN 11

1.1. Tổng quan về tài liệu trong nước 11

1.2. Tổng quan về tài liệu nước ngoài 29

1.3. Những vấn đề cần tiếp tục nghiên cứu 34

Chương 2: CƠ SỞ LÝ LUẬN VỀ ÁP DỤNG TẬP QUÁN TRONG GIẢI QUYẾT CÁC VỤ VIỆC DÂN SỰ CỦA TÒA ÁN NHÂN DÂN Ở VIỆT NAM 40

2.1. Tập quán và vấn đề áp dụng tập quán với tư cách là nguồn của pháp luật 40

2.2. Khái niệm, đặc điểm, nguyên tắc, quy trình, thủ tục áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc dân sự của Tòa án nhân dân ở Việt Nam hiện nay 64

2.3. Các điều kiện đảm bảo cho hoạt động áp dụng tập quán trong giải quyết vụ việc dân sự của Tòa án nhân dân ở Việt Nam hiện nay 78

Chương 3: THỰC TRẠNG ÁP DỤNG TẬP QUÁN TRONG GIẢI QUYẾT CÁC VỤ VIỆC DÂN SỰ CỦA TÒA ÁN NHÂN DÂN Ở VIỆT NAM HIỆN NAY 86

3.1. Khái quát về tổ chức, hoạt động và sự ảnh hưởng tới vấn đề áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc dân sự của Tòa án nhân dân ở Việt Nam 86

3.2. Kết quả đạt được và bất cập trong áp dụng tập quán để giải quyết các vụ việc dân sự của Tòa án nhân dân ở Việt Nam từ năm 1996 đến nay 100

Chương 4: QUAN ĐIỂM VÀ CÁC GIẢI PHÁP BẢO ĐẢM ÁP DỤNG TẬP QUÁN TRONG GIẢI QUYẾT VỤ VIỆC DÂN SỰ CỦA TÒA ÁN NHÂN DÂN Ở VIỆT NAM HIỆN NAY 123

4.1. Quan điểm bảo đảm áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc dân sự của Tòa án nhân dân ở Việt Nam hiện nay 123

4.2. Giải pháp bảo đảm áp dụng tập quán trong giải quyết vụ việc dân sự của Tòa án nhân dân ở Việt Nam hiện nay 129

KẾT LUẬN 150

DANH MỤC CÁC CÔNG TRÌNH CỦA TÁC GIẢ ĐÃ CÔNG BỐ CÓ LIÊN QUAN ĐẾN LUẬN ÁN 153

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO 154

PHỤ LỤC 164

DANH MỤC CÁC CHỮ VIẾT TẮT TRONG LUẬN ÁN

HĐND	Hội đồng nhân dân
ICC	Phòng Thương mại quốc tế Paris
ISBP	Tập quán ngân hàng tiêu chuẩn quốc tế dùng để kiểm tra chứng từ trong phương thức tín dụng chứng từ
Nxb	Nhà xuất bản
TAND	Tòa án nhân dân
UBND	Ủy ban nhân dân
UCP	Quy tắc và Thực hành thống nhất Tín dụng chứng từ
XHCN	Xã hội chủ nghĩa

DANH MỤC CÁC BẢNG TRONG LUẬN ÁN

Số hiệu	Nội dung	Trang
Bảng 2.1:	Các quy định pháp luật cho phép áp dụng tập quán trong quan hệ dân sự, theo Bộ luật Dân sự năm 2005	57
Bảng 2.2:	Các quy định pháp luật cho phép áp dụng tập quán trong quan hệ thương mại theo Luật Thương mại năm 2005	58
Bảng 2.3:	Các quy định pháp luật cho phép áp dụng tập quán trong các lĩnh vực chuyên ngành của kinh doanh - thương mại	58
Bảng 2.4:	Các quy định pháp luật cho phép áp dụng tập quán trong quan hệ hôn nhân và gia đình, theo Luật hôn nhân và gia đình năm 2000 và Luật hôn nhân và gia đình năm 2014	59
Bảng 3.1:	Tổng quan tình hình thụ lý, giải quyết các vụ việc dân sự, hôn nhân và gia đình, kinh doanh thương mại từ năm 2006 đến năm 2012	89

MỞ ĐẦU

1. Tính cấp thiết của đề tài nghiên cứu

Tập quán là một loại quy tắc xử sự có vai trò quan trọng trong việc điều chỉnh hành vi của con người. Trong tiến trình phát triển của lịch sử xã hội loài người, tập quán ra đời, điều chỉnh các quan hệ xã hội từ trước khi có nhà nước, có pháp luật và vẫn còn tồn tại cho đến ngày nay. Nhận thức được ý nghĩa, tầm quan trọng của tập quán trong việc giữ gìn trật tự xã hội, kể từ khi nhà nước ra đời, nhà nước đã lựa chọn những tập quán phù hợp với ý chí giai cấp thống trị để nâng lên thành pháp luật. Trên thế giới có nhiều quốc gia thừa nhận tập quán làm nguồn của pháp luật.

Ở Việt Nam trước đây, do nhiều nguyên nhân chủ quan và khách quan, trong một vài giai đoạn lịch sử, chúng ta không thừa nhận tập quán là một loại nguồn của pháp luật. Hiện nay, trong nỗ lực đẩy mạnh xây dựng nhà nước pháp quyền XHCN, để góp phần hoàn thiện hệ thống pháp luật, đảm bảo tính toàn diện, tính đồng bộ, tính phù hợp, tính khả thi, bên cạnh văn bản quy phạm pháp luật với vai trò là nguồn chủ yếu thì tập quán được coi là nguồn bổ trợ. Trên bình diện chung, trong các lĩnh vực: dân sự, thương mại, hôn nhân và gia đình, một số tập quán đã được sự thừa nhận và đảm bảo thực hiện từ phía Nhà nước, chúng được gọi là tập quán pháp.

Việc thừa nhận vai trò của tập quán và coi tập quán như một loại nguồn của pháp luật ở Việt Nam được thể hiện rõ trong các văn kiện của Đảng và văn bản quy phạm pháp luật của Nhà nước. Trong Nghị quyết số 48-NQ/TW ngày 24/5/2005 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***, khi đề cập đến các giải pháp xây dựng pháp luật có nêu: *cần nghiên cứu về khả năng khai thác, sử dụng tập quán nhằm góp phần bổ sung và hoàn thiện pháp luật*. Trước đó, vào năm 2000, Luật hôn nhân và gia đình Việt Nam quy định tại Điều 6: "*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*". Bộ luật dân sự Việt Nam năm 2005, một trong những văn bản quy phạm pháp luật có giá trị pháp lý cao và có vai trò điều chỉnh nhiều quan hệ xã hội quan trọng trong đời sống dân sự, cũng đã quy định tại Điều 3: "*Trong trường hợp pháp luật không*

quy định và các bên không có thoả thuận thì có thể áp dụng tập quán; (...)Tập quán (...) không được trái với những nguyên tắc quy định trong Bộ luật này".

Với cơ sở pháp lý hiện hành, TAND các cấp trong hoạt động giải quyết các tranh chấp dân sự áp dụng những tập quán phù hợp để làm căn cứ đưa ra phán quyết là điều hoàn toàn có thể xảy ra. Chẳng hạn, có Tòa án áp dụng tập quán của địa phương, nơi mà tên cha, mẹ thường được gọi bằng tên con trưởng, để xác định nhà, đất là của người cha và người mẹ, mặc dù trích lục bản đồ đất đứng tên con trưởng [25]. Có Tòa án áp dụng tập quán để xác định quyền ưu tiên khai thác địa điểm đánh bắt hải sản ở vùng biển xa bờ… [15]. Hoạt động này của TAND đã góp phần làm giảm những vụ việc phải từ chối giải quyết như trường hợp từ chối thụ lý giải quyết các tranh chấp về hụi (còn gọi là *họ, biêu* hoặc *phường*) phát sinh từ việc chơi hụi được xác lập trong thời gian có hiệu lực của Bộ luật dân sự năm 1995 [69]. Sự tham gia điều chỉnh các quan hệ pháp luật của tập quán đồng thời cũng làm cho hệ thống pháp luật trở nên hoàn thiện hơn.

Tuy nhiên, cũng chính từ thực tiễn cho thấy, việc TAND áp dụng tập quán để giải quyết các vụ việc dân sự đã gặp phải nhiều khó khăn, vướng mắc cần tiếp tục nghiên cứu, giải quyết.

Thứ nhất, về góc độ lý luận và cơ sở pháp lý, chưa có cách hiểu thực sự thống nhất về tập quán, do vậy, rất khó xác định những tập quán nào là tập quán phù hợp để TAND các cấp áp dụng. Trong các công trình nghiên cứu khoa học, tồn tại nhiều khái niệm khác nhau về tập quán. Còn tại các văn bản quy phạm pháp luật thì Bộ luật dân sự năm 2005 chỉ đưa ra nguyên tắc áp dụng tập quán, không nêu định nghĩa tập quán, không phân biệt các loại tập quán; Luật thương mại năm 2005, tại khoản 4 điều 3 sử dụng thuật ngữ *tập quán thương mại* (không phải là *tập quán*) và xác định *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*. Ngoài những văn bản nêu trên, ngày 17/9/2005, Hội đồng Thẩm phán TAND Tối cao đã ban hành Nghị quyết số 04/2005/NQ-HĐTP *hướng dẫn thi hành một số quy định của Bộ luật tố tụng dân sự về "chứng minh và chứng cứ* (sau đây gọi là Nghị quyết 04/2005/NQ-HĐTP). Nghị quyết này hiện đã được

thay thế bằng Nghị quyết 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* do Hội đồng Thẩm phán TAND tối cao ban hành ngày 03/12/2012 (sau đây gọi là Nghị quyết 04/2012/NQ-HĐTP). Cả hai Nghị quyết đều giải thích cụ thể các thuật ngữ: *tập quán, tập quán thương mại* và *tập quán thương mại quốc tế*. Tuy nhiên, so sánh giải thích từ ngữ về tập quán thương mại trong Luật thương mại và các giải thích từ ngữ liên quan đến tập quán trong Nghị quyết 04/2012/NQ-HĐTP cho thấy những quy định này còn có một số điểm chưa hoàn toàn thống nhất với nhau.

Thứ hai, mặc dù nguyên tắc áp dụng tập quán là nguyên tắc luật định, nhưng pháp luật Việt Nam hiện nay chưa quy định chủ thể có thẩm quyền cung cấp và chịu trách nhiệm về sự tồn tại, về nội dung của tập quán hoặc có thẩm quyền giải thích tập quán trong trường hợp có những cách hiểu khác nhau về chúng. Trong điều kiện của Việt Nam, tập quán vốn dĩ vô cùng phong phú, đa dạng. Không chỉ có tập quán vùng miền, khu vực, dân tộc… mà trong bản thân mỗi vùng, miền, dân tộc, lại tồn tại những tập quán cùng điều chỉnh về một quan hệ xã hội nhưng đưa ra những quy tắc xử sự trái chiều nhau. Do vậy, trong những trường hợp Tòa án muốn áp dụng tập quán, nếu tập quán có xung đột hoặc quy định không rõ ràng, hoặc thậm chí, Tòa án không rõ là có tồn tại tập quán điều chỉnh về một vấn đề nào đó hay không, thì sẽ được quyền yêu cầu cơ quan, tổ chức nào giải thích? Điều này vẫn đang là một khoảng trống pháp lý khiến quy định về áp dụng tập quán trở nên thiếu khả thi.

Thứ ba, có hiện tượng TAND các cấp né tránh áp dụng tập quán trong hoạt động giải quyết vụ việc dân sự. Điều này bắt nguồn từ ba lý do: *i)* do cách hiểu về tập quán chưa thống nhất như đã nêu ở trên nên khó xác định đâu là tập quán để áp dụng; *ii)* do hiệu quả của việc áp dụng tập quán chưa cao. Có công trình nghiên cứu khảo sát ở một số tỉnh miền núi thường xuyên áp dụng phong tục, tập quán đã đưa ra kết luận rằng, có đến một nửa số bản án, quyết định viện dẫn tập quán để giải quyết tranh chấp không được Viện kiểm sát, Toà án cấp phúc thẩm chấp nhận. Ngay đối với các đoàn thể xã hội cũng chỉ chấp nhận, đồng tình với 58,3% các bản án, quyết định có áp dụng tập quán [100]; iii) chúng ta chưa quy định nguyên tắc cấm từ chối giải quyết vụ, việc trong hoạt động của hệ thống cơ quan Tòa án, do vậy, để chọn giải pháp an

toàn, các Tòa án có thể lựa chọn cách từ chối giải quyết trong những trường hợp nhạy cảm, thiếu quy định trong các văn bản quy phạm pháp luật.

Việc né tránh áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc dân sự của TAND đã dẫn đến những hậu quả tiêu cực nhất định. Trong đó, có các biểu hiện cụ thể như: 1, Tòa án có thể trả lại đơn khởi kiện; 2, Tòa án sẽ vẫn giải quyết nhưng không áp dụng tập quán trong khi cần phải áp dụng, được pháp luật cho phép và đủ điều kiện áp dụng. Điều này đã làm ảnh hưởng đến quyền, lợi ích hợp pháp của đương sự [2]. Các biểu hiện trên làm cho hệ thống pháp luật bị đánh giá là còn quá nhiều bất cập, trong khi thực tế những khoảng trống pháp lý này hoàn toàn có thể được giải quyết một cách hợp pháp bởi các tập quán.

Rõ ràng, việc áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc dân sự của TAND là hoạt động có cơ sở pháp lý, cơ sở thực tiễn, có tính khả thi và hết sức cần thiết. Đặc biệt là trong điều kiện hiện nay, chúng ta còn phải tiếp tục xây dựng và hoàn thiện hơn nữa hệ thống pháp luật. Mặt khác, việc áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc dân sự cũng phù hợp với yêu cầu của hội nhập quốc tế, làm cho hệ thống pháp luật thực sự có tính mở và tính năng động.

Nhưng cho đến nay lại chưa có một cơ chế đồng bộ, khoa học để các quy định pháp luật về áp dụng tập quán được đảm bảo thực thi trên thực tiễn, tạo sự thuận lợi cho TAND các cấp trong giải quyết các tranh chấp dân sự, đảm bảo các bản án, quyết định dân sự luôn được tuyên có căn cứ, đúng pháp luật.

Xuất phát từ nhận thức đó, chúng tôi lựa chọn vấn đề: "***Áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc dân sự của Tòa án nhân dân ở Việt Nam hiện nay***" để làm đề tài nghiên cứu cho luận án tiến sĩ.

2. Mục tiêu và nhiệm vụ nghiên cứu

2.1. Mục tiêu nghiên cứu

Mục tiêu nghiên cứu của luận án là nhằm xây dựng và hoàn thiện hệ thống giải pháp bảo đảm việc áp dụng tập quán trong giải quyết vụ việc dân sự của TAND ở Việt Nam một cách hợp pháp và có hiệu quả.

2.2. Nhiệm vụ nghiên cứu

Để đạt được mục tiêu nghiên cứu nêu trên, đề tài hướng đến giải quyết 3 nhiệm vụ nghiên cứu cơ bản sau:

- Phân tích cơ sở lý luận về áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc dân sự của TAND ở Việt Nam.

- Phân tích, đánh giá thực trạng, từ đó chỉ ra nguyên nhân của những thành tựu và hạn chế khi thực hiện áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc dân sự của TAND ở Việt Nam hiện nay.

- Xác định quan điểm và hệ thống giải pháp bảo đảm việc áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc dân sự của TAND ở Việt Nam trong giai đoạn hiện nay.

3. Đối tượng và phạm vi nghiên cứu

3.1. Đối tượng nghiên cứu

Việc nghiên cứu được thực hiện trên đối tượng là hoạt động áp dụng tập quán của TAND các cấp để giải quyết các vụ việc dân sự (vụ việc dân sự gồm các vụ án dân sự và các việc dân sự).

Khái niệm vụ việc dân sự đề cập đến trong luận án được tiếp cận theo nghĩa rộng, bao gồm: các vụ việc dân sự theo nghĩa hẹp (còn gọi là các vụ việc dân sự thuần túy); các vụ việc về hôn nhân và gia đình; các vụ việc về kinh doanh - thương mại; các vụ việc về lao động. Thuật ngữ vụ việc dân sự theo nghĩa rộng là thuật ngữ được sử dụng trong Bộ luật tố tụng dân sự hiện hành.

Tuy nhiên, trong số các loại vụ việc dân sự theo nghĩa rộng nêu trên, luận án giới hạn việc nghiên cứu như sau: luận án chỉ khảo sát hoạt động áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc dân sự theo nghĩa hẹp, các vụ việc hôn nhân và gia đình, các vụ việc về kinh doanh - thương mại. Luận án không khảo sát hoạt động áp dụng tập quán của TAND các cấp trong giải quyết vụ việc lao động. Sự giới hạn này xuất phát từ những lý do: 1, quan hệ pháp luật lao động là loại quan hệ pháp luật tương đối đặc thù so với các quan hệ dân sự theo nghĩa hẹp, quan hệ kinh doanh - thương mại và quan hệ hôn nhân và gia đình. Đặc thù thể hiện ở đối tượng điều chỉnh và chủ thể của loại quan hệ pháp luật lao động. Quan hệ lao động chỉ diễn ra trong lĩnh vực lao động, việc làm, giữa chủ thể là người lao động, người sử dụng lao động hoặc giữa các chủ thể trong quan hệ học nghề. Xét ở khía cạnh này, quan hệ dân sự theo nghĩa hẹp, quan hệ kinh doanh - thương mại, quan hệ hôn nhân và gia đình có sự tương đồng với nhau; 2, hiện nay không có căn cứ pháp lý và thực trạng rõ ràng cho thấy có thể áp dụng tập quán trong giải quyết vụ việc lao động. Vào năm 1994, khi Quốc hội ban

hành Bộ luật Lao động đã không đưa nguyên tắc áp dụng tập quán vào Bộ luật, các lần sửa đổi Bộ luật này sau đó cũng không đưa ra nguyên tắc này.

3.2. Phạm vi nghiên cứu

- *Về không gian nghiên cứu*: Đề tài nghiên cứu trên phạm vi không gian là ở Việt Nam. Số liệu, dẫn chứng được trích dẫn, khảo sát không giới hạn địa phương. Tuy nhiên, đề tài có sử dụng phương pháp nghiên cứu điều tra xã hội học bằng phiếu thăm dò ý kiến, trong khi trên phạm vi toàn quốc hiện có TAND tối cao, 63 TAND cấp tỉnh và trong các tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương có nhiều TAND cấp huyện, nên việc khảo sát đối với tất cả các TAND trên cả nước là không khả thi. Do đó, khi thăm dò ý kiến, đề tài sử dụng phương pháp chọn mẫu trong nghiên cứu để giới hạn về không gian, nhằm đảm bảo tính toàn diện và đặc thù.

+ Khảo sát tại các tỉnh: việc khảo sát trên không gian này nhằm mục đích chủ yếu là thu thập số liệu, thực trạng áp dụng tập quán giải quyết các vụ, việc dân sự theo nghĩa hẹp, các vụ việc hôn nhân, gia đình và các vụ việc kinh doanh, thương mại không có yếu tố nước ngoài. Do vậy, đề tài lựa chọn khảo sát các địa bàn có sự đa dạng về phong tục, tập quán hoặc những địa phương có nhiều đồng bào dân tộc thiểu số sinh sống. Với nhóm địa phương này, việc chọn mẫu của đề tài thực hiện theo nguyên tắc đảm bảo mỗi vùng, miền trong cả nước đều có địa phương cấp tỉnh được lựa chọn. Tại các vùng: miền Bắc, miền Trung và Tây Nguyên, miền Tây Nam bộ, miền Đông Nam bộ, đề tài lựa chọn từ 2 đến 3 tỉnh. Tại mỗi tỉnh, việc khảo sát thực hiện tại các TAND tỉnh và ít nhất 2 đơn vị Tòa án cấp huyện để đảm bảo khảo sát ở cả hai cấp xét xử là sơ thẩm và phúc thẩm, hai nhóm thẩm phán là thẩm phán cấp huyện và thẩm phán cấp tỉnh. Cụ thể:

- Ở miền Bắc: khảo sát tại Hà Giang, Bắc Giang;

- Ở miền Trung và Tây Nguyên: khảo sát tại Hà Tĩnh và Đắk Lắk;

- Ở Tây Nam bộ: khảo sát tại An Giang, Sóc Trăng, Cà Mau;

- Ở Đông Nam bộ: khảo sát tại Bình Phước, Bà Rịa - Vũng Tàu.

+ Khảo sát tại các thành phố trực thuộc trung ương: việc khảo sát trên không gian này nhằm mục đích thu thập số liệu, dẫn liệu đánh giá thực trạng áp dụng tập quán quốc tế. Đề tài lựa chọn khảo sát tại TAND của ba thành phố trực thuộc trung ương là:

- Tòa án nhân dân thành phố Cần Thơ;

- Tòa án nhân dân thành phố Đà Nẵng;

- Tòa án nhân dân thành phố Hồ Chí Minh.

Tại ba địa phương này, đề tài không khảo sát các TAND cấp huyện. Vì trên thực tiễn, các địa bàn nơi có quan hệ thương mại quốc tế sôi động thường là các thành phố trực thuộc trung ương và về mặt nguyên tắc chỉ có TAND cấp tỉnh mới có thẩm quyền áp dụng tập quán quốc tế.

- *Về thời gian nghiên cứu:*

Thời gian nghiên cứu của đề tài tập trung vào giai đoạn từ khi Bộ luật dân sự đầu tiên của Nước Cộng hòa XHCN Việt Nam - Bộ luật dân sự năm 1995 được ban hành - cho đến hết năm 2013. Bộ luật dân sự năm 1995 đã đưa ra quy định cho phép áp dụng tập quán trong quan hệ dân sự, tạo cơ sở pháp lý quan trọng để TAND các cấp có căn cứ áp dụng tập quán trong hoạt động giải quyết các vụ việc dân sự. Tiếp nối Bộ luật dân sự năm 1995, Bộ luật dân sự thứ hai của nước ta được ban hành năm 2005 vẫn tiếp tục khẳng định nguyên tắc này nên đã duy trì cơ sở pháp lý cho việc áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc dân sự của TAND.

Ngoài thời gian nghiên cứu nêu trên, đề tài còn mở rộng nghiên cứu về các khoảng thời gian trong lịch sử để có thêm số liệu đánh giá, so sánh, minh họa cho các luận cứ khoa học trong luận án.

4. Phương pháp nghiên cứu

Đề tài được thực hiện thông qua việc sử dụng kết hợp nhiều phương pháp nghiên cứu.

Trước hết, đề tài sử dụng các phương pháp nghiên cứu của chủ nghĩa duy vật lịch sử và chủ nghĩa duy vật biện chứng trong triết học Mác -Lênin như: Phân tích, Tổng hợp, Lịch sử - cụ thể để nghiên cứu tất cả các chương trong nội dung luận án.

Ngoài ra, đề tài còn kết hợp các phương pháp nghiên cứu khác như:

1. Phương pháp điều tra xã hội học: Phương pháp này sử dụng nhằm thăm dò ý kiến của các thẩm phán TAND về quan điểm, đánh giá thực trạng và đề xuất giải pháp đối với việc áp dụng tập quán trong giải quyết vụ việc dân sự của TAND ở Việt Nam hiện nay. Với nội dung này, đề tài xây dựng 01 mẫu phiếu điều tra.

Địa bàn điều tra: là các địa phương đã được xác định trong phần phạm vi nghiên cứu. Cụ thể gồm 3 thành phố trực thuộc trung ương và 9 tỉnh, tổng cộng là 12 đơn vị cấp tỉnh.

Đối tượng điều tra: phiếu điều tra hướng tới đối tượng là thẩm phán của TAND cấp tỉnh và TAND cấp huyện.

Phương pháp chọn mẫu trong điều tra xã hội học: Với địa bàn điều tra như trên, đề tài chọn mẫu theo phương pháp ngẫu nhiên kết hợp với chọn mẫu mặc định. Mặc định chọn điều tra tại tất cả các TAND cấp tỉnh của mỗi địa bàn. Tổng số có 12 TAND tỉnh và thành phố trực thuộc Trung ương được điều tra, phiếu điều tra gửi tới các thẩm phán của Tòa Dân sự, Tòa Kinh tế. Ngẫu nhiên chọn điều tra tại ít nhất 2 đơn vị TAND cấp huyện của 9 tỉnh, mẫu điều tra gửi tới tất cả các thẩm phán của TAND cấp huyện nơi được chọn điều tra.

Phương pháp điều tra xã hội học được thực hiện với mục đích chính là phục vụ các nội dung nghiên cứu về phần thực trạng và giải pháp cho luận án.

2. Phương pháp chuyên gia: Tiến hành một số cuộc phỏng vấn bằng việc phát phiếu phỏng vấn đối với:

- Một số nhà khoa học quan tâm và đã có công trình nghiên cứu liên quan đến vấn đề áp dụng tập quán với vai trò nguồn bổ trợ cho pháp luật;

- Một số luật sư tham gia hành nghề trong lĩnh vực dân sự, qua đó, tìm hiểu nhận xét của họ về việc thực hiện hoạt động áp dụng tập quán trong giải quyết vụ việc dân sự của TAND các cấp hiện nay.

Phương pháp này được thực hiện để thu thập số liệu, dẫn liệu và tìm hiểu về quan điểm, tư tưởng nhằm phục vụ việc nghiên cứu chương 3 và chương 4 của luận án.

3. Phương pháp thống kê: Đề tài sử dụng phương pháp thống kê để hệ thống hóa các tài liệu liên quan đến vấn đề nghiên cứu và đánh giá phần trả lời phỏng vấn, trả lời các phiếu thăm dò ý kiến trong điều tra xã hội học. Ngoài ra, đề tài sẽ thu thập các Báo cáo về tình hình áp dụng pháp luật và áp dụng tập quán trong giải quyết tranh chấp dân sự của TAND các cấp, từ đó thống kê để đưa ra những con số cụ thể minh chứng cho các nhận định trong nghiên cứu.

Phương pháp này được thực hiện nhằm nghiên cứu Chương 1, Chương 2, Chương 3 của đề tài.

Cách thức thu thập số liệu trong phương pháp thống kê gồm:

- Thu thập gián tiếp hay nghiên cứu tại địa bàn:

+ Kế thừa các công trình nghiên cứu trước đó;

+ Tổng hợp các nguồn số liệu thông qua các báo cáo, tổng kết của các nguồn thông tin chính thức;

+ Tìm thông tin thông qua các phương tiện thông tin đại chúng: Báo chí, Internet...

- Thu thập dữ liệu trực tiếp hay nghiên cứu thực tế:

+ Điều tra xã hội học;

+ Phỏng vấn chuyên gia và những người hoạt động thực tiễn.

5. Điểm mới của luận án

Từ mục tiêu và nhiệm vụ đã xác định ở trên, luận án có những điểm mới sau đây:

1. Luận án xây dựng khái niệm áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc dân sự của TAND làm cơ sở khoa học xuyên suốt cho việc nghiên cứu các nội dung liên quan. Phân tích cơ sở pháp lý, đặc điểm, nguyên tắc, quy trình và thủ tục áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc dân sự của TAND ở Việt Nam. Trình bày điều kiện đảm bảo cho việc áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc dân sự của TAND ở Việt Nam gồm: điều kiện về cơ sở chính trị, cơ sở pháp lý; điều kiện về văn hóa; điều kiện về chủ thể áp dụng; điều kiện về ý thức pháp luật của nhân dân; điều kiện về sự am hiểu tập quán của nhân dân.

2. Luận án trình bày khái quát về tổ chức và hoạt động giải quyết vụ việc dân sự của TAND ở Việt Nam thời gian qua. Trình bày các kết quả đạt được trong áp dụng tập quán giải quyết các vụ việc dân sự của TAND ở Việt Nam kể từ khi có Bộ luật dân sự năm 1995 đến nay, phân tích các nguyên nhân của những kết quả đó. Đồng thời, luận án trình bày những bất cập trong việc áp dụng tập quán để giải quyết các vụ việc dân sự của TAND ở Việt Nam, phân tích các nhóm nguyên nhân của những bất cập.

3. Luận án phân tích các quan điểm nhằm đảm bảo cho việc áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc dân sự của TAND ở Việt Nam.

4. Luận án đề xuất một hệ thống giải pháp nhằm đảm bảo cho việc áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc dân sự của TAND ở Việt Nam. Các giải pháp

được phân tích trên cơ sở và nhằm giải quyết những nguyên nhân của các bất cập trong hoạt động giải quyết các vụ việc dân sự của TAND ở Việt Nam thời gian qua, cụ thể: nhóm giải pháp về lý luận, nhóm giải pháp hoàn thiện pháp luật, nhóm giải pháp nâng cao năng lực và nhận thức của chủ thể áp dụng tập quán và của nhân dân; nhóm giải pháp về công tác báo cáo, thống kê, tập hợp tập quán phục vụ hoạt động giải quyết vụ việc dân sự; nhóm giải pháp về quy trình, thủ tục pháp lý trong hoạt động tố tụng.

6. Ý nghĩa lý luận và thực tiễn của luận án

Về ý nghĩa lý luận:

+ Luận án được nghiên cứu nhằm góp phần hoàn thiện cơ sở lý luận về áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc dân sự của TAND ở Việt Nam.

+ Luận án là một công trình khoa học độc lập để các nhà nghiên cứu, các giảng viên, sinh viên, học viên chuyên ngành luật tham khảo trong việc thực hiện các công trình nghiên cứu, giảng dạy và học tập các vấn đề liên quan.

Về ý nghĩa thực tiễn:

+ Luận án đánh giá khách quan, trung thực về thực trạng áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc dân sự của TAND ở Việt Nam hiện nay.

+ Luận án đề xuất một số giải pháp nhằm hoàn thiện các văn bản quy phạm pháp luật như: Bộ luật dân sự, Bộ luật tố tụng dân sự, Luật thương mại, Luật hôn nhân và gia đình cùng với các Nghị định của Chính phủ, Nghị quyết của Hội đồng thẩm phán TAND tối cao về lĩnh vực dân sự và tố tụng dân sự.

+ Luận án đề xuất một số giải pháp góp phần nâng cao năng lực cho đội ngũ thẩm phán TAND trong hoạt động áp dụng tập quán để giải quyết các vụ việc dân sự.

+ Luận án đề xuất một số giải pháp góp phần đảm bảo tính pháp lý và hiệu quả của hoạt động áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc dân sự của TAND ở Việt Nam hiện nay.

7. Cấu trúc của luận án

Ngoài phần mở đầu, kết luận, danh mục tài liệu tham khảo và phụ lục, nội dung luận án được kết cấu làm 4 chương, 10 tiết.

Chương 1
TỔNG QUAN TÌNH HÌNH NGHIÊN CỨU VỀ ÁP DỤNG TẬP QUÁN TRONG GIẢI QUYẾT CÁC VỤ VIỆC DÂN SỰ CỦA TÒA ÁN

Vấn đề áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc dân sự của TAND là vấn đề vừa liên quan đến thực tiễn thực hiện hoạt động của TAND vừa liên quan đến lý luận về nguồn pháp luật, về sự thừa nhận loại nguồn tập quán pháp. Từ trước đến nay, chưa có công trình nghiên cứu nào đề cập trực tiếp, toàn diện và hệ thống nội dung lý luận, thực tiễn và đề xuất giải pháp cho hoạt động áp dụng tập quán trong giải quyết vụ việc dân sự của TAND ở Việt Nam. Mặc dù vậy, trong quá trình nghiên cứu tài liệu để thực hiện công trình này, chúng tôi đã khái quát được tình hình nghiên cứu những vấn đề liên quan đến đề tài như sau:

1.1. TỔNG QUAN VỀ TÀI LIỆU TRONG NƯỚC

1.1.1. Nghiên cứu về tập quán nói chung

Với một nền văn hóa giàu bản sắc và nhiều dân tộc anh em cùng sinh sống, Việt Nam là quốc gia tồn tại nhiều phong tục tập quán. Xuất phát từ thực tiễn này và nhận thức được vai trò lớn lao của tập quán trong các lĩnh vực đời sống của mọi thành phần dân cư, có rất nhiều công trình nghiên cứu về loại quy phạm đặc biệt này.

Tham khảo các công trình này giúp cho luận án có những góc nhìn đa chiều về cách tiếp cận tập quán, về khái niệm, đặc điểm của tập quán, về những ưu điểm hạn chế đặt trong sự so sánh với pháp luật để từ đó làm hoàn thiện hơn về mặt lý luận và đề xuất các giải pháp. Các công trình loại này tiêu biểu phải kể đến gồm:

** Các công trình sách:*

Nghiên cứu về phong tục, tập quán nhưng dưới góc nhìn văn hóa, cuốn *Văn hóa Việt Nam đa tộc người* giáo sư Đặng Nghiêm Vạn [85] là một công trình nghiên cứu công phu với 976 trang trình bày cặn kẽ về văn hóa trên các lĩnh vực kinh tế, vật chất, tổ chức xã hội, tinh thần của các dân tộc anh em trên lãnh thổ Việt Nam. Trong tác phẩm này, tác giả đề cập đến rất nhiều phong tục, tập quán, luật tục. Chẳng hạn, tác giả giới thiệu những tục lệ trong hôn nhân, gia đình của dân tộc Ê-đê là cấm kết hôn giữa những người cùng hệ dòng Mlô hay Niê; tục nối dây theo các

nguyên tắc như *chị chết em thay, anh chết em thay, cậu chết cháu thay, ông/bà chết cháu thay*... [85, tr. 631]. Nhiều tục lệ, luật tục của người Việt nêu trong tác phẩm của GS Đặng Nghiêm Vạn được tác giả khẳng định cũng chính là những quy định được nhà nước phong kiến đảm bảo thực hiện, và ngày nay đã trở thành pháp luật. Ví dụ như luật tục của người Việt ở vùng đồng bằng và trung du cấm người bố không được quan hệ bất chính với con gái của vợ kế, nếu có sẽ bị hình phạt rất nặng [85, tr. 663]. Quy định cấm kết hôn giữa bố dượng với con riêng của vợ hiện là một trong các trường hợp được ghi nhận tại Điều 10 Luật hôn nhân và gia đình năm 2000 của Việt Nam.

Cùng thể loại công trình nghiên cứu về văn hóa, tác giả Nguyễn Hữu Hiếu có tác phẩm *Diễn trình văn hóa Đồng bằng Sông Cửu Long* [30]. Chỉ nghiên cứu về đồng bằng Sông Cửu Long nhưng tác giả trình bày rất nhiều vấn đề thuộc lĩnh vực văn hóa. Đặc biệt, công trình giới thiệu nhiều loại tập quán của đồng bào ở khu vực Đồng bằng Sông Cửu Long như tập quán ăn uống, tập quán xây dựng nơi cư trú, tập quán trang phục v.v..

Tác phẩm "*Tập quán ca*" của viên công sứ người Pháp Sabatier là một trong những tác phẩm có ý nghĩa quan trọng về phương diện nghiên cứu về phong tục tập quán [Dẫn theo: 81, tr.65-68]. Để thực hiện công trình này, tác giả đã ghi âm luật tục Ê-đê bằng tiếng Ê-đê và đã công bố công trình vào năm 1926. Mặc dù mục đích chính lúc thực hiện tác phẩm này là để cai trị người Ê-đê, nhưng nhiều nhà khoa học Việt Nam cho rằng người Pháp đã đi tiên phong trong nghiên cứu luật tục Ê-đê ở vùng Tây Nguyên của nước ta.

Hai công trình của tác giả Bùi Xuân Đính là "*Lệ làng phép nước*" [16] và "*Hương ước và quản lý làng xã*" [17] là những công trình đề cập đến các hình thức tồn tại của tập quán trong xã hội, vai trò của chúng trong quản lý cộng đồng, tác động của chúng lên hiệu quả điều chỉnh của pháp luật.

Đặc biệt, phải kể đến rất nhiều công trình của tác giả Ngô Đức Thịnh như: "*Luật tục Ê-đê (tập quán pháp)*" [63] ; "*Tìm hiểu luật tục của các tộc người Việt Nam*" [64];... Đây là những công trình nghiên cứu công phu về phong tục, tập quán của nhiều dân tộc anh em cùng sinh sống trên lãnh thổ Việt Nam. Các công

trình này cho thấy sự bền vững và tính ảnh hưởng sâu sắc của loại quy phạm tập quán trong đời sống cộng đồng cư dân Việt, đặc biệt là cư dân nông thôn.

Với công trình *Cơ sở văn hóa Việt Nam* [61], PGS Viện sĩ Trần Ngọc Thêm dành một phần trong Chương IV cho những nghiên cứu về phong tục. Theo tác giả, phong tục là những thói quen ăn sâu vào đời sống xã hội từ lâu đời, được đại đa số mọi người thừa nhận và làm theo (phong: gió; tục: thói quen; phong tục: thói quen lan rộng). Tác giả giới thiệu nhiều phong tục của Việt Nam liên quan đến hôn nhân, tang ma, lễ Tết và lễ hội. Cùng chủ đề trên có cuốn *Tìm hiểu tín ngưỡng, tôn giáo, phong tục, tập quán và lễ hội tôn giáo Việt Nam* của tác giả Thu Huyền [29].

Bên cạnh các công trình nghiên cứu về tập quán mang đậm màu sắc văn hóa, còn phải kể đến hàng loạt các công trình tập hợp tập quán và những công trình này có thể hiểu là sự tập hợp hóa, văn bản hóa tập quán, làm cơ sở cho luận án đề xuất giải pháp tiếp tục văn bản hóa tập quán qua đó ban hành kèm theo các văn bản quy phạm pháp luật tạo cơ sở pháp lý cho việc thừa nhận, kìm hãm hoặc loại bỏ tập quán. Các công trình loại này rất phong phú, có thể liệt kê một số công trình tiêu biểu như:

Về tập quán quốc tế có cuốn *Bộ tập quán quốc tế về L/C, các văn bản hiệu lực mới nhất,* bản song ngữ Anh - Việt, do GS, NGUT Đinh Xuân Trình dịch và giới thiệu trong khuôn khổ hoạt động nghiên cứu của Phòng Thương mại Quốc tế [47]. Cuốn sách là tài liệu tham khảo tốt cho các tổ chức ngân hàng, các doanh nghiệp có liên quan đến thanh toán quốc tế, cũng như những người học tập, nghiên cứu về tập quán quốc tế cập nhật và hiểu chính xác những văn bản mới nhất của bộ tập quán quốc tế về phương thức thanh toán bằng thư tín dụng (L/C). Sách gồm 4 phần: Phần 1 trình bày về UCP 600 - 2007 ICC - *Các quy tắc và thực hành thống nhất về thư tín dụng* điều chỉnh tất cả các mối quan hệ của các bên tham gia nghiệp vụ thanh toán L/C, trách nhiệm và nghĩa vụ bên tham gia trong nghiệp vụ thanh toán L/C; Qui định cách thức lập và kiểm tra chứng từ xuất trình theo L/C. Văn bản có hiệu lực từ ngày 01/7/2007; Phần 2 trình bày về ISBP - 681 2007 ICC - *Tập quán ngân hàng tiên chuẩn quốc tế để kiểm tra chứng từ theo thư tín dụng - phiên bản số 681, do ICC ban hành năm 2007*. Nội dung này cụ thể hóa UCP 600, giải thích rõ ràng cách thực hiện UCP đối với những người làm thực tế liên quan đến tín

dụng chứng từ; Phần 3 của cuốn sách trình bày nội dung eUCP 1.1 - *Bản phụ trương của UCP 600 về việc xuất trình chứng từ điện tử - Bản diễn giải số 1.1 năm 2007* và phần thứ tư là nội dung URR 725 2008 ICC - *Quy tắc thống nhất về hoàn trả tiền giữa các ngân hàng theo thư tín dụng*. Quy tắc này có hiệu lực từ 01/10/2008, thay thế văn bản URR 255 1995.

Cùng với các công trình trên, để có cái nhìn toàn diện hơn về tập quán và luật tục của các nước khác trên thế giới, chúng tôi đã tham khảo tác phẩm "*Một số Luật tục và luật cổ ở Đông Nam Á*" của Viện Đông Nam Á [86]. Đây là công trình giới thiệu về sự phong phú, đa dạng của luật tục các nước trong khu vực Đông Nam Á, giúp chúng ta hiểu hơn về nền văn hóa của các nước láng giềng, trong khu vực. Những luật tục và luật cổ của My-an-ma như luật tục Chin, luật tục Ka-chin, Luật Lào, Luật Luông Pha-băng của Lào, Luật hôn nhân và thừa kế của người Gia-va và Hồi giáo được trình bày tương đối chi tiết.

Về tập quán trong nước, có thể đánh giá khái lược như sau: Trước khi Việt Nam bị thực dân Pháp xâm lược thì các triều đại phong kiến đã chú trọng sưu tầm luật tục, thậm chí còn thể hiện dưới dạng sách dạy học. Minh chứng là cuốn An Nam phong tục sách (Tiểu học Bản quốc phong tục sách) của tác giả Đoàn Triển (1854 - 1919) và sau này được Nguyễn Tú Lan dịch từ tiếng Hán [80] - một tác phẩm văn xuôi viết bằng chữ Hán được viết theo phương pháp sách giáo khoa để dạy cho học sinh bậc tiểu học về những phong tục tập quán truyền thống cơ bản nhất của người Việt Nam. Nội dung là những phong tục tập quán tốt đẹp và rất gần gũi với đời sống văn hoá của nhân dân ta. Các phong tục tập quán được tác giả mô tả đơn giản và dễ hiểu, là tài liệu lịch sử, văn hóa có giá trị tham khảo tốt. Trong thời kỳ thuộc Pháp, sau sự ra đời của cuốn *Luật tục Êđê* của L.Sabatier năm 1927, người Pháp tiếp tục công bố thêm nhiều công trình sưu tầm, nghiên cứu luật tục khác của người Gia Rai, Xơ Đăng, Mạ, Xtiêng với mục đích để cai trị… Công việc này bị gián đoạn ở niềm Nam từ sau chiến thắng Điện Biên Phủ. Riêng miền Bắc, các nhà nghiên cứu tiếp tục tập hợp quy định mang tính phong tục, tập quán của vùng, miền. Tuy vậy, xét thời kỳ lịch sử dài do những biến động của chiến tranh, việc nghiên cứu thực sự chưa phát huy hết tiềm năng, khảo sát hết khả năng. Từ sau năm 1999 đến nay, hàng loạt các tài liệu tập hợp luật tục, hương ước được

ra đời. Một số công trình khảo sát chuyên biệt về luật tục, hương ước của các vùng, miền; một số công trình khảo sát mang tính tổng hợp. Có thể kể đến một số cuốn mang tính tổng hợp như: Cuốn *Truyền thống và tập quán của các dân tộc thiểu số* của Nguyễn Thị Bảo Hoa (chủ biên) [19]. Cuốn sách gồm ba chương, được thực hiện trong khuôn khổ Dự án Phát triển giáo dục THCS II do Bộ Giáo dục và Đào tạo phối hợp với Trung tâm Nghiên cứu giáo dục dân tộc (Viện Khoa học Giáo dục Việt Nam) tổ chức biên soạn. Đặc biệt trong Chương Hai của cuốn sách, các tác giả đã giới thiệu mang tính tuyên truyền về Truyền thống và tập quán của các dân tộc thiểu số Việt Nam; Cuốn *Tập quán mưu sinh của các dân tộc thiểu số ở Đông Bắc Việt Nam* của tác giả Trần Bình [6]. Cuốn sách này tập hợp các tập quán của các dân tộc thiểu số của vùng Đông Bắc như Tày, Dao, Hà Nhì, Cơ Lao, Sán Chay v.v..

* *Các công trình đăng tạp chí, đăng báo:*

Với đặc trưng là một nhà nước có nhiều dân tộc anh em cùng sinh sống và một bề dày lịch sử dựng nước, giữ nước lâu đời, trên lãnh thổ Việt Nam tồn tại rất nhiều loại phong tục tập quán. Các công trình nghiên cứu đăng tải trên các tạp chí và đăng báo viết về phong tục tập quán thực sự đồ sộ. Có thể liệt kê một số công trình như: *Lễ hội rước chúa Gái và phong tục hôn nhân thời Hùng Vương* của tác giả Phan Duy Kha [31]; *"Góp phường" ở đồng bào Mường Hòa Bình* của tác giả Mai Hoa [20]...

* *Các công trình là luận văn, luận án, đề tài nghiên cứu, hội thảo khoa học:*

Vào năm 1999, Viện Nghiên cứu văn hóa dân gian thuộc Trung tâm Khoa học Xã hội và Nhân văn Quốc gia và UBND tỉnh Đắc Lắc đã phối hợp tổ chức cuộc hội thảo quốc tế với chủ đề: *Luật tục và phát triển nông thôn hiện nay ở Việt Nam.* Đây là hội thảo đầu tiên về vấn đề này ở nước ta. Các bài viết trong hội thảo đề cập đến các vấn đề như: luật tục - các vấn đề chung; luật tục và vấn đề bảo tồn, khai thác hợp lý tài nguyên thiên nhiên; luật tục và vấn đề quản lý xã hội và văn hóa; luật tục và luật pháp. Hội thảo đã đi đến một số giải pháp và kiến nghị rất quan trọng nhằm phát huy vai trò của luật tục trong việc quản lý xã hội và sưu tầm để gìn giữ loại hình văn hóa đặc sắc này. Kỷ yếu hội thảo này sau đó đã được Nxb Chính trị Quốc gia xuất bản vào năm 2000 [81].

Một công trình nghiên cứu chuyên sâu về tập quán của đồng bào dân tộc ít người ở miền núi phía Bắc với mục đích tìm hiểu về những tập quán có ảnh hưởng xấu đến đời sống kinh tế, xã hội, đó là đề tài: ***"Nghiên cứu đánh giá những tập quán của đồng bào dân tộc miền núi khu vực phía Bắc ảnh hưởng xấu đến đời sống kinh tế - xã hội. Một số giải pháp và kiến nghị"*** [1]**.** Đề tài trình bày khá sâu sắc về khái niệm và sự phân biệt phong tục, tập quán, luật tục. Trên cơ sở giải quyết các vấn đề lý luận liên quan, đề tài giới thiệu về nhiều tập quán của nhiều dân tộc trên địa bàn khảo sát, đánh giá về thực trạng của các phong tục, tập quán có tác động tiêu cực và tích cực đến đời sống kinh tế xã hội. Mặc dù đến phần giải pháp, đề tài chủ yếu hướng tới việc đề xuất thực hiện các chính sách nhằm hạn chế những phong tục tập quán tiêu cực, phát huy những phong tục, tập quán tích cực, song đề tài là công trình nghiêm túc, công phu và có giá trị tham khảo tốt về những tập quán hiện tồn tại trong đời sống của một bộ phận không nhỏ dân cư ở vùng núi phía Bắc của nước ta. Về ý nghĩa đối với đời sống pháp luật, có thể dựa vào nghiên cứu này và theo hướng nghiên cứu này để ghi chép lại các phong tục, tập quán tiến bộ, làm cơ sở cho việc áp dụng chúng trong quản lý nhà nước.

1.1.2. Nghiên cứu về tập quán với vai trò là một loại nguồn của pháp luật và mối quan hệ giữa tập quán với pháp luật

Việc thừa nhận tập quán làm nguồn của pháp luật là một vấn đề khá mới mẻ ở nước ta nếu tính từ khi nhà nước Việt Nam dân chủ cộng hòa ra đời. Nhưng vấn đề này đối với nhiều quốc gia khác trên thế giới lại không phải là điều mới, và cũng không phải là điều mới trong lịch sử nhà nước và pháp luật Việt Nam. Đồng thời, dù có coi tập quán là nguồn của pháp luật hay không thì trong mỗi nhà nước, pháp luật và tập quán luôn có mối quan hệ tác động qua lại lẫn nhau. Nhận định này được nêu rõ và minh chứng trong rất nhiều công trình nghiên cứu của các nhà khoa học Việt Nam.

* *Các công trình sách:*

Một công trình khảo sát sâu sắc về các chế định dân luật trong lịch sử cho đến thời kỳ những năm 1960 ở Việt Nam là công trình *Việt Nam dân luật lược khảo* của tác giả Vũ Văn Mẫu [39]. Thông qua công trình này, các chế định dân sự, hôn

nhân và gia đình được tác giả bình luận, đánh giá, so sánh từ cổ luật - Luật nhà Lê, Luật Gia Long... đến tục lệ, cho đến các văn bản như Dân luật Bắc, Dân luật Trung, Dân Luật Giản Yếu. Công trình này có giá trị tham khảo rất to lớn nếu nghiên cứu về vai trò của tập quán trong lịch sử pháp luật, vì với mỗi chế định, tác giả đều trình bày ba nội dung: quy định cổ luật, tục lệ, quy định hiện hành (thời điểm tác giả nghiên cứu).

Cùng chủ đề về lịch sử, Giáo trình Lịch sử Nhà nước và Pháp luật Việt Nam của Trường Đại học Luật Hà Nội [84], ở các nội dung về pháp luật trong lịch sử đều đề cập đến một loại nguồn quan trọng của pháp luật Việt Nam là tập quán. Công trình này khảo sát một cách có hệ thống theo thời gian, theo từng triều đại hoặc theo từng giai đoạn lịch sử khi đánh giá về ý nghĩa, vai trò của tập quán trong điều chỉnh các quan hệ xã hội.

Phù hợp với nhận định cho rằng tập quán không chỉ được coi là nguồn của pháp luật trong lĩnh vực dân sự mà còn cả những lĩnh vực mang tính chất công pháp khác, giáo trình Luật Hiến pháp các nước Tư bản của Khoa Luật Đại học Quốc gia Hà Nội do Nguyễn Đăng Dung chủ biên [12] cho rằng các tập quán đóng vai trò quan trọng trong hệ thống nguồn của luật hiến pháp tư bản, đặc biệt là ở những nước có hiến pháp bất thành văn (Unwritten Constitution). Chẳng hạn như đối với Hiến pháp nước Anh, có rất nhiều quy tắc điều chỉnh mối quan hệ giữa lập pháp và hành pháp là các quy tắc tập quán. Nội các được hình thành hoàn toàn bởi tập quán, nhiều hành động của Nguyên thủ quốc gia dựa trên tập quán v.v..

** Các công trình đăng tạp chí, đăng báo:*

Nghiên cứu về luật tục nhưng không phải dưới góc nhìn văn hóa mà là dưới giác độ lý luận pháp luật, PGS. TS. Thái Vĩnh Thắng có rất nhiều công trình liên quan. Trong bài viết với tiêu đề: "*Nguồn pháp luật trong hệ thống pháp luật Anh - Mỹ*"[58], tác giả đề cập đến các loại nguồn của hệ thống pháp luật Anh - Mỹ, khẳng định tập quán pháp là nguồn lâu đời, nhiều tập quán đã được chuyển hóa thành luật thành văn nhưng vẫn có nhiều tập quán được áp dụng phổ biến, độc lập, có vai trò quan trọng, trong cả lĩnh vực thương mại, dân sự và hành chính, nhà nước. Tại công trình "*Về hệ thống pháp luật hồi giáo*" [79], tác giả nêu rõ nguồn của pháp luật Hồi

giáo gồm có 4 loại là: Kinh Coran; Sunna - là các phong tục tập quán mang tính truyền thống; Ijam - là sự thoả thuận, nhất trí của người có thẩm quyền và Quiyas - sự suy đoán tương tự pháp luật. Trong 4 nguồn luật nói trên thì Coran và Sunna là nguồn luật chính còn Ijam và Quiyas là nguồn phụ. Tại phần III khi viết về hai hệ thống cơ bản của pháp luật tư sản trong sách chuyên khảo "*Nhà nước và pháp luật tư sản đương đại - Lý luận và thực tiễn*" [59], PGS.TS Thái Vĩnh Thắng khẳng định: Tập quán pháp là một nguồn luật tồn tại từ lâu đời và mặc dù rất nhiều tập quán pháp luật đã được chuyển hóa vào pháp luật thành văn và án lệ, tuy nhiên cho đến nay nó vẫn là một nguồn luật độc lập có vai trò quan trọng trong đời sống pháp luật của hệ thống pháp luật Anh - Mỹ, chúng được áp dụng trong cả lĩnh vực thương mại, dân sự, nghi lễ quốc gia, đối ngoại, tổ chức, hoạt động của các cơ quan nhà nước v.v.. Trong hệ thống pháp luật Châu Âu lục địa, dù tồn tại nhiều quan điểm khác nhau, song trong lịch sử, trước thế kỷ XIII là giai đoạn pháp luật hình thành từ tập quán; còn hiện nay nhiều quốc gia vẫn thừa nhận tập quán pháp là nguồn của pháp luật, thậm chí nhiều khi quan điểm lý luận có nhiều bất đồng nhưng chúng không ảnh hưởng đến vai trò thực tế của tập quán.

Với chủ đề nghiên cứu về các hệ thống pháp luật lớn trên thế giới, tác giả Trần Anh Tuấn, Luật sư Tiến sĩ, Phó Chủ tịch Hiệp hội Luật sư Quốc tế (Union Internationale des Avocats - UIA) - Giáo viên cơ hữu Khoa Kinh tế và Quản trị Kinh doanh Đại học Mở Bán công thành phố Hồ Chí Minh có bài viết *"Các hệ thống pháp luật hiện nay trên thế giới"* [93]. Trong bài viết này, tác giả đề cập đến các hệ thống pháp luật: Hệ thống dân luật La Mã - Đức; Hệ thống luật chung của Anh - Mỹ; Hệ thống luật Islam giáo. Theo nghiên cứu này, tập quán pháp đóng vai trò không nhỏ trong việc góp phần làm hoàn thiện pháp luật của từng hệ thống. Chẳng hạn như, đối với hệ thống dân luật La Mã - Đức, vào thời Phục hưng, cả Luật La Mã và Luật bộ tộc của Đức đều không đáp ứng được yêu cầu của hoạt động thương mại nên các thương gia đã tự điều chỉnh hoạt động kinh doanh theo tập quán của họ, lập ra tòa án riêng (gọi là toà chân đất, pepoudrous court) để xét xử việc kinh doanh giữa họ với nhau theo tiêu chuẩn thực tế và công bằng. Về sau, những tập quán, qui tắc này được các tòa án của Nhà nước và giáo hội chấp nhận, gọi là

luật của thương gia; được xem là luật quốc tế áp dụng trong kinh doanh qua biên giới các quốc gia. Đối với hệ thống pháp luật Anh - Mỹ, hoạt động của tòa án có thể tạo ra tập quán, được gọi là tập quán chung, nhằm phân biệt với tập quán địa phương. Còn hệ thống pháp luật Islam giáo, có một đặc điểm nổi bật là quy định có tính chất đạo đức, ít có qui định về thương mại hoặc quan hệ giữa các quốc gia, mặc dù vậy, cũng có một số nguyên tắc pháp luật của hệ thống Dân luật và hệ thống luật chung. Ví dụ trong dân luật 1953 của Libya, có nói đến việc áp dụng tập quán, luật tự nhiên, lẽ công bằng như trong hệ thống dân luật và luật chung.

TS Nguyễn Thị Hồi có bài viết "*Các loại nguồn của pháp luật Việt Nam hiện nay*" [23]. Tác giả đưa ra khái niệm nguồn của pháp luật, đó là tất cả các căn cứ được các chủ thể có thẩm quyền sử dụng làm cơ sở để xây dựng, ban hành, giải thích pháp luật, bao gồm: đường lối chính sách của Đảng; các tư tưởng, học thuyết pháp lý; văn bản quy phạm pháp luật; điều ước quốc tế; phong tục tập quán; án lệ; quy tắc của các hiệp hội nghề nghiệp. Đồng thời, tác giả đi sâu phân tích về loại nguồn tập quán pháp. Tác giả Nguyễn Thị Hồi trích dẫn Từ điển *Black's Law, Seventh Edition. Bryan A, Garner. Editor in Chief. ST. Paul, Minn., 1999, tr. 390,* xác định một số loại tập quán như: *tập quán thông thường* còn được gọi là phong tục; *tập quán chung* có hai nghĩa, một là một tập quán thịnh hành khắp đất nước và tạo nên một trong các nguồn của pháp luật của đất nước, hai là một tập quán mà được công nhận và tuân theo trong thương mại; *tập quán pháp luật* là tập quán được thực hiện như là một quy định bắt buộc của pháp luật, là sự thu hẹp của tập quán; *tập quán địa phương* là tập quán chỉ thịnh hành ở một số địa phương nhất định. Tác giả khẳng định tập quán chính là loại nguồn đã được chính thức thừa nhận trong pháp luật cũng như trong thực tiễn ở Việt Nam hiện nay.

Tác giả Nguyễn Thế Quyền có bài viết "*Hoàn thiện các quy định về xây dựng pháp luật*" đăng trên Tạp chí Nghiên cứu lập pháp [56]. Tác giả cho rằng hoạt động xây dựng pháp luật ở Việt Nam hiện nay không đơn thuần là ban hành các văn bản quy phạm pháp luật, mà còn bao hàm cả việc phê chuẩn các văn bản có tính quy phạm của các chủ thể không có thẩm quyền ban hành văn bản và việc *thừa nhận những tập quán trong xã hội nhằm biến chúng thành pháp luật*. Bởi vậy, cần nghiên cứu để luật hóa hoạt động thừa nhận tập quán trong xã hội, có như

vậy, nguyên tắc áp dụng tập quán nêu trong Bộ luật dân sự và nhiều văn bản quy phạm pháp luật khác mới có thể được đảm bảo trong thực tiễn.

Tác giả TS Nguyễn Quốc Sửu có bài viết *Luật tục và pháp luật trong điều kiện xây dựng Nhà nước pháp quyền ở Việt Nam* đăng trên tạp chí Nghiên cứu lập pháp [57]. Đây là công trình đề cập đến vai trò của luật tục trong đời sống xã hội nơi nó tồn tại, những giá trị tích cực và những hạn chế của luật tục. Đồng thời, cũng qua bài viết, tác giả đề cập đến kinh nghiệm của một số nước trong việc phát huy vai trò của luật tục, qua đó rút ra bài học cho Việt Nam trong điều kiện xây dựng Nhà nước pháp quyền XHCN.

Tác giả Lê Đình Hoan có công trình "*Sự cần thiết vận dụng luật tục Ê-đê trong quản lý nhà nước ở tỉnh Đăk Lắc*" đăng trên Tạp chí Dân tộc bản điện tử [22]. Trong bài viết này, tác giả đã phân tích về truyền thống văn hóa của người Ê-đê, đặc điểm tự nhiên nơi sinh sống của đồng bào... để đi đến kết luận rằng sẽ là cần thiết và phù hợp thực tiễn khi tỉnh Đắk Lắc vận dụng luật tục của người Ê-đê vào quản lý nhà nước đối trên địa bàn có người Ê-đê sinh sống.

TS. Nguyễn Thị Việt Hương - Viện Nhà nước và Pháp luật, Viện Khoa học xã hội Việt Nam có công trình: "*Giá trị của luật tục từ góc nhìn pháp lý*" [106]. Trong công trình này, tác giả đã phân tích, so sánh về sự giống nhau, khác nhau giữa luật tục và pháp luật. Đồng thời, tác giả khẳng định, hiện nay, ở một số địa phương, Tòa án phong tục thực chất vẫn tồn tại bên cạnh Tòa án của chính quyền. Ở một số nơi khác, Tòa án phong tục tuy không còn, nhưng thay vào đó là các tổ hòa giải hoạt động trên cơ sở luật tục. Từ đó, tác giả đi đến kết luận rằng quan điểm xây dựng một Luật Dân tộc tỏ ra là hợp lý. Trong Luật này, dành một phần để quy định những nguyên tắc chung nhất về luật tục, những nguyên tắc sử dụng luật tục, bao gồm việc thừa nhận các quy định phù hợp và cách thức, mức độ sử dụng các quy định không phù hợp.

Tác giả Phan Hồng Thủy có công trình: *"Bước đầu tìm hiểu quan hệ giữa luật tục và luật thực định"* được công bố tại địa chỉ trang tin điện tử của Ủy ban dân tộc http://www.cema.gov.vn [94]. Trong công trình, tác giả đưa ra đề xuất: *Ngành chức năng cần tập hợp những luật tục có giá trị, đang tồn tại ở các vùng miền trên toàn quốc, qua đó có biện pháp giữ gìn, phát huy những luật tục tốt đẹp, hạn chế*

tiến tới loại bỏ những luật tục lạc hậu, không còn phù hợp với cuộc sống văn minh, trái với luật thực định hiện hành. Phát huy vai trò của những người đứng đầu cộng đồng (Già làng, trưởng bản, trưởng họ tộc…). Có cơ chế để họ vừa phải chịu trách nhiệm trước toàn thể thành viên trong cộng đồng và chính quyền cấp cơ sở [94]. Chúng tôi cho rằng, đề xuất mà tác giả đưa ra thực sự có ý nghĩa thực tiễn, không chỉ nhìn từ góc độ bảo tồn văn hóa, mà còn có ý nghĩa cả từ góc độ làm hoàn thiện hơn nữa hệ thống pháp luật Việt Nam.

Một công trình khác đã được công bố năm 2005 là công trình của PGS, TS Hoàng Thị Kim Quế với chủ đề "Luật tục Tây Nguyên - giá trị văn hóa pháp lý, quản lý cộng đồng và mối quan hệ với pháp luật" [49]. Tác giả đi sâu phân tích mối quan hệ giữa luật tục với pháp luật từ thực tiễn luật tục của các dân tộc ở Tây Nguyên từ đó làm nổi bật giá trị văn hóa pháp lý và vai trò trong quản lý cộng đồng của loại quy phạm hết sức đặc thù này.

Bên cạnh đó, trên trang thông tin điện tử http://www.thoibaotre.vn, ngày 04/9/2007, tác giả Từ Thị Loan có công trình "*Luật tục ở Việt Nam và Adat ở Indonesia - một cái nhìn tham chiếu*" [92]. Trong bài viết này, tác giả giới thiệu bức tranh tổng quát và đối chiếu, so sánh về luật tục Việt Nam với Adat ở Indonesia. Tác giả đưa ra nhận định: "*ngày nay, một số người cho rằng tập tục và luật tục rồi sẽ bị thay thế bởi luật pháp và đó là một sự tiến triển tất yếu*". Nhưng thực tế không hoàn toàn như vậy, ở góc độ nào đó, luật tục và Adat có cơ sở tồn tại và thậm chí một bộ phận quy định của chúng nếu được giữ gìn sẽ đồng nghĩa với việc giữ gìn được quyền lực của đạo đức trong đời sống xã hội hiện đại.

** Các công trình là luận văn, luận án, đề tài nghiên cứu, hội thảo khoa học:*

Hội thảo: "*Luật tục với thi hành pháp luật*" do Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp phối hợp với Khoa Luật học, trường Đại học Đà Lạt tiến hành tại trường Đại học Đà Lạt [34]. Tham gia Hội thảo có các nhà nghiên cứu luật học, xã hội học, dân tộc học, đại biểu Quốc hội, HĐND, đại diện một số cơ quan tư pháp, cơ quan quản lý nhà nước, một số già làng và sinh viên luật. Hội thảo trao đổi về kết quả nghiên cứu, khảo sát của Đại học Luật Đà Lạt tại một số cộng đồng dân tộc thiểu số ở trong và ngoài tỉnh Lâm Đồng về quan hệ giữa luật tục với pháp luật, vai trò của luật tục trong quản lý địa phương. Trên cơ sở 8 tham luận và nhiều ý kiến thảo luận, Hội

thảo đã đưa ra nhiều kết luận quan trọng, trong đó nhấn mạnh: Trong xét xử, thi hành án, đền bù... cần nghiên cứu sâu hơn về luật tục để có thể có cách thức thích hợp, vận hành có chọn lọc, hỗ trợ cho việc thi hành pháp luật một cách hiệu quả - đó cũng chính là việc góp phần đưa pháp luật vào cuộc sống.

Tác giả Bùi Hồng Quý có công trình nghiên cứu làm tiểu luận tốt nghiệp chương trình lý luận chính trị cao cấp tại Học viện Chính trị Quốc gia Hồ Chí Minh - Phân viện Đà Nẵng với đề tài: "Luật tục và ảnh hưởng của nó trong quá trình thực thi pháp luật của đồng bào dân tộc thiểu số tại Đắc Lắc (Qua khảo sát Luật tục của người M'Nông tại Đắc Lắc) [55]. Đây là công trình nghiên cứu nghiêm túc, công phu của một người có kinh nghiệm thực tiễn và am hiểu sâu sắc luật tục của đồng bào M'Nông ở Đắc Lắc. Trong công trình này, ở phần lý luận tác giả tập trung làm rõ mối quan hệ giữa luật tục với pháp luật Nhà nước và ảnh hưởng của nó đến quá trình thực thi pháp luật của đồng bào dân tộc thiểu số; trình bày quan điểm của Đảng và Nhà nước ta về vấn đề luật tục trong quản lý nhà nước ở địa phương. Điểm đặc sắc của công trình là ở phần đánh giá thực trạng áp dụng luật tục điều chỉnh các quan hệ xã hội trong cộng đồng M' Nông tại Đắc Lắc. Tuy nhiên, bên cạnh khảo sát về thực trạng cơ quan Nhà nước có thẩm quyền áp dụng luật tục, tác giả tập trung nghiên cứu sâu hơn về việc áp dụng luật tục của chính nhân dân địa phương và đánh giá cách giải quyết của Nhà nước và của cộng đồng dân tộc M'Nông ở Đắc Lắc khi cùng một quan hệ xã hội mà vừa có luật tục vừa có pháp luật điều chỉnh và có xung đột.

Tác giả Lê Đình Hoan có luận văn thạc sĩ Luật học "*Luật tục Ê-đê và sự vận dụng trong quản lý Nhà nước ở tỉnh Đăk-Lắc*" [21]. Đây là công trình nghiên cứu về Bộ luật tục của người Ê-đê, đánh giá những giá trị của nó trong điều chỉnh quan hệ xã hội tộc người thiểu số Ê-đê và đưa ra những giải pháp vận dụng luật tục Ê-đê trong quản lý Nhà nước đối với đối tượng là cộng đồng người Ê-đê ở tỉnh Đăk-Lắc.

Từ những nghiên cứu trên cho thấy, áp dụng tập quán trong điều chỉnh các quan hệ xã hội nhằm bổ trợ pháp luật thành văn là cách làm của nhiều quốc gia trên thế giới trước đây và hiện nay. Các quốc gia thừa nhận tập quán là nguồn của pháp luật đã góp phần làm giảm bớt áp lực cho hoạt động lập pháp và tạo được cơ chế

hiệu quả để tòa án không bị rơi vào hai trường hợp vi phạm nguyên tắc hoạt động là từ chối giải quyết hoặc giải quyết thiếu cơ sở pháp lý.

1.1.3. Những công trình nghiên cứu việc áp dụng tập quán trong lĩnh vực dân sự và trong hoạt động giải quyết các vụ việc dân sự ở Việt Nam

Việc nghiên cứu về áp dụng tập quán trong giải quyết vụ việc dân sự ở Việt Nam trong thời kỳ các triều đại phong kiến vốn rất hiếm hoi cũng như sự hiếm hoi các công trình nghiên cứu về nhà nước, pháp luật nói chung. Trong giai đoạn từ năm 1945 cho đến trước năm 1975 với những biến động của lịch sử, các công trình nghiên cứu về vấn đề này dường như chỉ xuất hiện ở miền Nam Việt Nam với số lượng rất ít ỏi thông qua một vài luật gia tiêu biểu của thời kỳ đó. Một trong số những công trình đó phải kể đến là cuốn *Dân - luật khái - luận* của tác giả Vũ Văn Mẫu [38]. Theo Vũ Văn Mẫu, trong các chế độ cũ ở Việt Nam, tập quán là loại nguồn bổ trợ, được sử dụng để bù đắp cho sự bất cập, chưa hoàn thiện của pháp luật.

Sau năm 1975 với những ngổn ngang của thời kỳ hậu chiến và với đặc trưng coi trọng vai trò của văn bản quy phạm pháp luật, các nghiên cứu về cơ sở lý luận, pháp lý và thực trạng áp dụng tập quán trong giải quyết vụ việc dân sự gần như không có. Sự ra đời của Hiến pháp 1992 và các đạo Luật trong lĩnh vực dân sự cho phép áp dụng tập quán cũng đồng thời tạo nên xu hướng quan tâm nghiên cứu về áp dụng tập quán. Các công trình nghiên cứu về tập quán nhiều lên như đã nêu trên. Mặc dù vậy, vẫn chưa có công trình nào nghiên cứu toàn diện về áp dụng tập quán trong lĩnh vực dân sự của TAND.

Tuy nhiên, trong quá trình khảo sát tài liệu để xác định và giải quyết mục đích, nhiệm vụ, nội dung nghiên cứu, chúng tôi đã hệ thống được một cách tổng quát các tài liệu nghiên cứu từng được thực hiện có liên quan đến đề tài như sau:

** Các công trình sách:*

Một công trình khá mới mẻ đề cập đến vấn đề áp dụng tập quán trong xét xử dân sự, đó là công trình của tác giả Đỗ Văn Đại*: "Luật hợp đồng Việt Nam- Bản án và bình luận bản án"* [15]. Trong công trình này, tác giả có đề cập đến vụ án dân sự về tranh chấp điểm đánh bắt hải sản được tòa án áp dụng tập quán để giải quyết

(còn gọi là vụ án "Cây chà 19 tiếng"). Tác giả bình luận rằng việc tòa án áp dụng tập quán như vậy là đúng đắn bởi đáp ứng đầy đủ các điều kiện như: chưa có văn bản quy phạm pháp luật nào điều chỉnh về vấn đề này, pháp luật chưa quy định quyền ưu tiên đánh bắt hải sản ở vùng biển xa bờ; các bên trong tranh chấp trước đó đã không có thỏa thuận gì khác; việc viện dẫn những tập quán để giải quyết vụ việc dân sự không trái với pháp luật và đạo đức xã hội.

Đồng tác giả với công trình trên, trong công trình "*Luật thừa kế Việt Nam: Bản án và bình luận bản án*" [13], tác giả TS Đỗ Văn Đại có đề cập đến việc trên thực tế, đôi khi cơ quan xét xử xác định ngày mở thừa kế thông qua tập quán ở địa phương. Tác giả nêu ví dụ minh họa là khi có tranh chấp về thời điểm mở thừa kế, Tòa án địa phương huyện Đông Anh - Hà Nội căn cứ vào giấy chứng tử lập năm 2004 để xác định người để lại di sản chết tháng 01/1995. Nhưng tại cấp phúc thẩm, Tòa án có thẩm quyền đã xem xét bia mộ khi cải táng, khẳng định bia mộ khi cải táng ghi ngày mất của người để lại di sản là 02/01/1994, cải táng vào tháng 11/1996, và theo tập quán địa phương, người chết sau 27 tháng mới được cải táng, như vậy giấy chứng tử ghi thời điểm chết tháng 01/1995 là không phù hợp, vì nếu chết vào thời điểm đó, lúc cải táng là lúc chưa đủ 27 tháng.

Trong công trình *Tư pháp quốc tế Việt Nam, quan hệ dân sự, lao động, thương mại có yếu tố nước ngoài* của hai tác giả TS Đỗ Văn Đại và PGS TS Mai Hồng Quỳ [14], các tác giả đã dành một phần nội dung khá lớn để trình bày về nguồn của tư pháp quốc tế Việt Nam. Loại nguồn được các tác giả nhắc đến nhiều là tập quán quốc tế. Công trình này phân tích khái niệm từ góc độ pháp lý của tập quán quốc tế, trình bày những điều kiện để xác định tập quán quốc tế và nêu ví dụ về loại nguồn này cũng như thực tiễn áp dụng chúng ở Việt Nam được thực hiện bởi TAND tại các địa phương như Khánh Hòa, Thành phố Hồ Chí Minh... và TAND tối cao.

** Các công trình đăng tạp chí, đăng báo:*

- TS. Ngô Huy Cương có công trình: "*Cụ thể hóa quan điểm về tập theo Nghị quyết số 48-NQ/TW của Bộ Chính trị*" [11]. Công trình này đã đề cập đến những vấn đề như quan điểm của Đảng về áp dụng tập quán pháp, thực tiễn áp dụng tập quán pháp ở Việt Nam và những vấn đề pháp lý cần tiếp tục nghiên cứu

khi thừa nhận tập quán pháp. Trong đó, tác giả đưa ra nhận định: Nếu có các công trình nghiên cứu về tập quán nào đó thì chúng có thể mang nặng hơi hướng của các công trình nghiên cứu lịch sử hoặc dân tộc học…, chứ không phải hướng tới tập quán pháp.

Điều này cho thấy, việc nghiên cứu để áp dụng tập quán trong xét xử dân sự thực sự là vấn đề cần thiết và có ý nghĩa cả về lý luận và thực tiễn.

Ngoài công trình kể trên, TS Ngô Huy Cương còn có bài viết "*Bàn về sửa đổi các quy định chung về hợp đồng của Bộ luật dân sự 2005*" [10]. Thông qua việc phân tích Điều 462 Bộ luật dân sự 2005 quy định về mua bán tài sản với điều kiện chuộc lại, nhìn nhận những bất cập liên quan tới kỹ thuật pháp lý, kỹ thuật lập pháp, nhận thức về luật dân sự nói chung và luật hợp đồng nói riêng của nhà làm luật, tác giả Ngô Huy Cương cho rằng Điều luật này chưa trù liệu hết những điều có thể xảy ra trên thực tế liên quan đến việc mua bán tài sản có điều kiện chuộc lại. Giả định mà tác giả đặt ra là việc mua bán một ngôi nhà có điều kiện chuộc lại trong 05 năm, trong thời hạn 05 năm này, người bán nhà hoặc người mua nhà chết trước khi ngôi nhà được chuộc lại. Từ giả định này, có một số câu hỏi chưa trả lời được nếu chỉ căn cứ vào các quy định của Bộ luật dân sự, đó là người bán nhà có quyền để thừa kế quyền chuộc lại nhà hay không? Người mua nhà có quyền để thừa kế ngôi nhà do mình đã mua nhưng bị ràng buộc bởi điều khoản chuộc lại của người bán hay không? những người thừa kế nếu có sẽ phải thực hiện nghĩa vụ cho người khác chuộc lại nhà như thế nào?... Từ đó, theo tác giả Ngô Huy Cương, việc giải quyết các tranh chấp về hợp đồng nếu chỉ căn cứ vào các quy phạm pháp luật không thôi thì chưa đủ. Để đảm bảo tính hiệu quả trong hoạt động điều chỉnh pháp luật, nhất là trong lĩnh vực dân sự, thì còn phải căn cứ vào các nguồn khác của pháp luật như tiền lệ pháp, tập quán pháp, học thuyết pháp lý và lẽ công bằng. Đồng thời, tác giả đưa ra một giải pháp, đó là "cần xem tiền lệ, tập quán, học thuyết pháp lý và lẽ công bằng là các loại nguồn của luật dân sự".

Liên quan đến áp dụng tập quán trong giải quyết các tranh chấp, tác giả Phan Đăng Nhật có công trình: "*Tòa án phong tục: một kiểu vận dụng luật tục có hiệu quả*" [45]. Công trình này đề cập đến một hình thức xét xử khác bên cạnh tòa án

của nhà nước, đó là tòa án phong tục. Nó mang lại những hiệu quả nhất định cho việc giữ gìn trật tự xã hội ở những địa phương có nhiều phong tục tập quán.

Tác giả Đỗ Văn Nhân, trong bài viết *Ngăn chặn tình trạng xác định lại dân tộc nhằm hưởng lợi bất chính từ chính sách dân tộc của Nhà nước* [44] có đề cập đến thực tiễn áp dụng khoản 1 Điều 28 Bộ luật dân sự năm 2005 về việc áp dụng tập quán trong việc xác định dân tộc cho con. Tác giả bài viết cho rằng, hiện nay quy định này rất dễ bị lợi dụng, đó là do không có hướng dẫn rõ ràng, cụ thể về tập quán của từng dân tộc để quan đó cơ quan nhà nước có thẩm quyền xác định chính xác khi cha, mẹ khác nhau về dân tộc thì con sinh ra mang dân tộc của ai.

Thạc sỹ Nguyễn Hồng Hải, Khoa Luật Dân sự thuộc Đại học Luật Hà Nội có bài viết *Một số vấn đề về áp dụng phong tục tập quán trong giải quyết các tranh chấp về hôn nhân và gia đình* [101]. Trong bài viết này, tác giả nêu khái niệm phong tục, tập quán trong hôn nhân và gia đình, một số nguyên tắc, điều kiện trong áp dụng tập quán về hôn nhân và gia đình. Các nguyên tắc và điều kiện áp dụng mà tác giả trình bày phù hợp với quy định của pháp luật và có ý nghĩa trong việc áp dụng phong tục, tập quán khi giải quyết các tranh chấp về hôn nhân, gia đình ở Việt Nam hiện nay.

Nghiên cứu về thực tiễn và đề xuất giải pháp mạnh dạn áp dụng tập quán trong điều chỉnh các quan hệ dân sự, giải quyết tranh chấp dân sự, tác giả Hoàng Yến có bài "Tranh chấp dân sự: ngôi mộ của ai?" [91]. Trong bài viết, tác giả trình bày thực trạng các tranh chấp về mồ mả thời gian qua diễn ra không phải là hiện tượng cá biệt nữa, tuy nhiên, cả UBND và Tòa án đều lúng túng trong việc quyết định có thuộc thẩm quyền của mình hay không. Cũng trong bài viết này, tác giả dẫn lời một thẩm phán và một luật sư cho rằng đúng là hiện nay pháp luật không quy định thẩm quyền và cách giải quyết tranh chấp về mồ mả, và phù hợp với tình hình hiện nay, Tòa án không nên từ chối xét xử mà nên áp dụng tập quán để xét xử. Tuy nhiên, công trình này không đưa ra kiến nghị áp dụng tập quán như thế nào và không minh họa có tập quán nào có thể giải quyết được tranh chấp về mồ mả.

Tác giả Duy Lin có bài viết *Một số điểm hạn chế, bất cập trong Luật hôn nhân và gia đình và các văn bản hướng dẫn thi hành* [102]. Mặc dù đây không phải bài viết chuyên sâu về áp dụng tập quán trong xét xử dân sự, nhưng khi đánh giá về việc áp

dụng tập quán để điều chỉnh các quan hệ hôn nhân và gia đình, tác giả đưa ra nhận xét: *Trên thực tế việc áp dụng phong tục, tập quán để giải quyết vẫn còn nhiều kẻ hở, hiệu quả chưa cao, còn nhiều bất cập trong việc áp dụng phong tục tập quán trong quá trình xét xử giữa các Tòa án với nhau; chưa có quy định thống nhất về quan điểm, về các nguyên tắc và điều kiện đặt ra trong áp dụng phong tục, tập quán*. Cũng từ nhận xét này, tác giả đưa ra quan điểm, giải pháp để hoàn thiện các quy định của pháp luật về hôn nhân và gia đình nói chung, trong đó có các giải pháp nhằm làm cho những quy định về áp dụng phong tục tập quán trở nên khả thi.

** Các công trình luận văn, luận án, đề tài nghiên cứu, hội thảo khoa học:*

- Vào năm 1998, Bộ Tư pháp có tài liệu Thông tin Khoa học pháp lý đăng tải nhiều bài viết về việc áp dụng tập quán trong lĩnh vực hôn nhân và dân sự [4]. Tập tài liệu có những bài viết liên quan như: *Vấn đề phong tục tập quán và việc áp dụng các quy định của pháp luật đối với quan hệ hôn nhân và gia đình của đồng bào các dân tộc*, của tác giả Lê Hương Lan, Vụ Pháp luật Dân sự - Kinh tế, Bộ Tư pháp; *Việc áp dụng tập quán trong xét xử các vụ án dân sự, hôn nhân và gia đình ở Yên Bái,* của tác giả Hoàng Thị Long, Phó Chánh án TAND tỉnh Yên Bái…

Tác giả Nguyễn Thị Tĩnh có công trình *Mối quan hệ giữa pháp luật và luật tục Ê-đê (qua thực tiễn xét xử tại Tòa án nhân dân tỉnh ĐakLak)* [68]. Trong luận văn này, tại Chương 2, tác giả đánh giá thực trạng mối quan hệ giữa pháp luật và luật tục Ê-đê, trong đó có phần đánh giá thực trạng mối quan hệ pháp luật và luật tục trong hoạt động áp dụng luật tục. Tác giả cho biết hoạt động áp dụng luật tục diễn ra trên cả hai góc độ: có sự tham gia của Nhà nước và không có sự tham gia của Nhà nước. Tác giả khẳng định TAND có áp dụng luật tục Ê-đê trong những trường hợp được pháp luật cho phép để giải quyết các tranh chấp dân sự, mặc dù tác giả không cung cấp một tình huống cụ thể. Bên cạnh đó, công trình còn nêu các trường hợp áp dụng luật tục trong giải quyết các tranh chấp dân sự được thực hiện bởi các trưởng buôn trong phạm vi pháp luật cho phép.

Luật sư Phùng Trung Tập có công trình *Những quy định của luật tục Êđê về hợp đồng và bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng* [Dẫn theo 68]. Công trình này nghiên cứu chuyên sâu về trình tự, thủ tục giao kết hợp đồng dân sự, giải quyết

tranh chấp hợp đồng dân sự và giải quyết bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng theo quy định của luật tục ÊĐê. Mặc dù không nghiên cứu việc áp dụng của cơ quan nhà nước có thẩm quyền để giải quyết tranh chấp dân sự, nhưng công trình này đã cung cấp nguồn tư liệu quý để nghiên cứu và đánh giá tính phù hợp giữa luật tục Ê-đê với những nguyên tắc cơ bản của pháp luật và khả năng áp dụng những quy định này của luật tục Ê-đê trong trường hợp pháp luật không điều chỉnh.

Một trong những công trình chứa đựng nhiều thông tin về thực tiễn là luận văn tốt nghiệp đại học của sinh viên Phùng Thị Ánh Xuân với đề tài *Tập quán cố đất ở đồng bằng Sông Cửu Long - lý luận và thực tiễn* [89]. Nội dung của công trình tập trung phân tích về lý luận và đặc biệt là thực tiễn thực hiện, thực tiễn áp dụng pháp luật khi có tranh chấp xảy ra đối với loại giao dịch mang nặng yếu tố tập quán về đất đai mà người dân đồng bằng Sông Cửu Long quen gọi là *cố đất (cầm cố đất đai để đảm bảo nghĩa vụ vay tiền, vàng).* Công trình chủ yếu khảo sát ở thành phố Cần Thơ và tỉnh Hậu Giang. Trên cơ sở phân tích những nét tương đồng và khác biệt giữa loại giao dịch *cố đất* với một số giao dịch dân sự đã được điều chỉnh trong Bộ luật dân sự, tác giả cho rằng cố đất là một giao dịch dân sự theo tập quán và cần phải tiếp tục có những nghiên cứu để góp phần làm hoàn thiện hơn quy định về vấn đề này trong Bộ luật dân sự.

Cũng nghiên cứu về áp dụng tập quán trong lĩnh vực dân sự, tác giả Nguyễn Thị Minh Phương đã thực hiện đề tài: *Áp dụng phong tục, tập quán về hôn nhân và gia đình đối với đồng bào dân tộc thiểu số theo quy định của pháp luật Việt Nam* làm luận văn tốt nghiệp cao học [48]. Luận văn là công trình nghiên cứu chuyên sâu về áp dụng phong tục, tập quán trong một lĩnh vực của quan hệ dân sự theo nghĩa rộng, đó là lĩnh vực hôn nhân và gia đình. Tác giả đã đánh giá thực trạng áp dụng phong tục, tập quán trong từng nhóm quan hệ xã hội như kết hôn, ly hôn, quan hệ pháp luật giữa cha mẹ và các con, quan hệ pháp luật giữa vợ và chồng v.v..

Một trong những công trình mới mẻ nhất là Hội thảo *Về áp dụng tập quán trong công tác xét xử* do Báo Công lý của TAND tối cao tổ chức [77]. Thông qua Hội thảo, các tham luận đã góp phần chỉ rõ vai trò nguồn bổ trợ của tập quán đối với pháp luật. Đồng thời, đánh giá về thực trạng lý luận, pháp lý và thực trạng áp

dụng tập quán trong xét xử ở Việt Nam hiện nay. Các tham luận chỉ rõ, ở nước ta, cơ sở pháp lý cho công nhận và áp dụng tập quán còn nhiều hạn chế. Việc áp dụng tập quán trong thực tiễn còn gặp nhiều khó khăn bắt nguồn bởi nhiều nguyên nhân như: nguyên tắc tổ chức và hoạt động của Tòa án nói riêng và hệ thống cơ quan tư pháp nói chung không tạo điều kiện rộng rãi cho áp dụng tập quán; những hạn chế về mặt lý luận và nâng cao nhận thức; cơ sở pháp lý quá bất cập v.v.. Tài liệu Hội thảo này có thể xem là công trình gần gũi nhất với luận án. Tuy nhiên, các tham luận đều chỉ đề cập đến những vấn đề nhỏ và đặc biệt, Hội thảo tập trung nghiên cứu và thảo luận về áp dụng tập quán trong xét xử nói chung chứ không giới hạn vấn đề nghiên cứu là hoạt động xét xử dân sự của TAND. Mặc dù vậy, đây là một công trình nghiên cứu có giá trị tham khảo lớn đối với luận án, vì công trình này tập hợp được tiếng nói của các nhà khoa học lẫn các nhà hoạt động thực tiễn vốn dĩ là những người rất trăn trở với việc áp dụng tập quán ở Việt Nam.

Cùng chủ đề trên, vào tháng 8/2013, 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 thông qua đơn vị đầu mối là Vụ hợp tác quốc tế TAND Tối cao đã tổ chức nhóm chuyên gia trong nước nghiên cứu và xây dựng *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* [9]. Tên của báo cáo là báo cáo nghiên cứu tập quán pháp, song nội dung chủ yếu của Báo cáo ngoài việc nêu những vấn đề lý luận cơ bản về tập quán pháp đã trình bày về thực trạng áp dụng tập quán pháp ở Việt Nam. Dù Báo cáo nghiên cứu về tập quán pháp, không hạn chế phạm vi nghiên cứu trong lĩnh vực dân sự, không hạn chế đối tượng nghiên cứu là áp dụng tập quán của TAND, nhưng các bản án áp dụng tập quán được ví dụ trong phần thực trạng đều là các bản án dân sự. Đây là công trình mà luận án có thể tham khảo để làm sâu sắc thêm một số nội dung về lý luận, thực trạng và giải pháp của đề tài nghiên cứu.

1.2. TỔNG QUAN VỀ TÀI LIỆU NƯỚC NGOÀI

Có rất nhiều công trình của các nhà nghiên cứu thuộc nhiều nước trên thế giới đề cập đến tập quán nói chung và tập quán với vai trò là một loại nguồn của pháp luật và việc sử dụng nguồn tập quán trong hoạt động quản lý của nhà nước, kể

cả hoạt động của cơ quan tư pháp. Tuy nhiên, mỗi công trình chỉ đề cập đến một hoặc một vài khía cạnh của vấn đề. Sau đây một số công trình tiêu biểu theo từng nhóm vấn đề cụ thể:

1.2.1. Các công trình nghiên cứu về tập quán nói chung

- Công trình: *Lý thuyết về luật tục,* Thông tin về tập quán pháp châu Phi cho Nam Phi (A Sourcebook of African Customary Law for Southern Africa) do tác giả T W Bennett biên soạn [122]. Theo tác phẩm này, phong tục, tập quán và luật tục thường được nhìn nhận là gắn liền với bộ lạc, những dân tộc thiểu số. Tuy nhiên, sau khi thu hút được sự nghiên cứu của các nhà nhân chủng học, văn hóa học, thì nhiều quy định trong số đó đã được pháp luật hóa thông qua các đạo luật, thông qua quyết định của cơ quan tòa án... Điều quan trọng là luật tục nên được hiểu như thế nào để cho phép biểu hiện của quyền cá nhân và quyền tự do? Công trình một mặt nhìn nhận về các quan điểm về luật tục trong suốt thời gian dài ở Châu Phi. Thoạt đầu, khi nước Anh khai thác thuộc địa ở Châu Phi, luật tục bị coi là loại quy tắc khó tạo thiện cảm trong quản lý xã hội, còn thiếu rất nhiều yếu tố để được gọi là pháp luật dẫn đến việc Chính phủ Anh, các luật sư của Anh quốc áp đặt thứ pháp luật của Anh quốc mà họ cho là tốt lên những nước thuộc địa Châu Phi. Sau đó, do thực tiễn cho thấy luật tục nổi lên từ những gì mọi người làm, hoặc chính xác hơn những gì mọi người tin rằng họ nên làm, nên nó đã được chấp nhận theo nhiều cách khác nhau để đóng vai trò trong quản lý xã hội, hỗ trợ cho những quy tắc do nhà nước đặt ra. Phần nhiều những lý thuyết về luật tục được đề cập trong tác phẩm cho thấy, luật tục ngày càng được quan tâm khi tìm kiếm những giải pháp làm cho hệ thống pháp luật trở nên khả thi, dễ đi vào cuộc sống hơn.

- Bài viết *Luật tục ở Châu Phi: Vấn đề quan điểm và định nghĩa,* của tác giả C.M.N. White, Ủy viên Tòa án Bản địa, Cộng hòa Zambia, đăng tải trên Tạp chí Luật châu Phi [110]: Bài viết khẳng định sự đa dạng, phong phú của định nghĩa về luật tục và sự không đồng thuận về quan điểm của các luận sư, thẩm phán, các nhà nghiên cứu pháp lý về định nghĩa luật tục. Đồng thời bài viết cũng cho thấy quan điểm của nhiều nhà nghiên cứu và hoạt động thực tiễn trong lĩnh vực pháp lý, thông

thường theo xu hướng: các luật sư và luật gia coi trọng pháp luật thành văn, còn các nhà văn hóa học thì đánh giá tầm quan trọng nhất định của luật tục khi nó tham gia điều chỉnh hành vi của con người và đảm bảo sự nghiêm chỉnh trong thực hiện nghĩa vụ giữa các bên trong quan hệ xã hội. Cũng qua bài viết, tác giả khẳng định việc các quốc gia Châu Phí ngày càng có ý thức coi trọng luật tục, sử dụng nó như là nguồn bổ trợ cho pháp luật.

- Gần đây hơn có các công trình: Quan niệm và chức năng của tập quán trong Công ước Liên hợp quốc về mua bán hàng hóa quốc tế (The Concept and Function of Usages in the United NationsConvention on the International Sale of Goods) của Ch.Pamboukis [111]. Bài viết ngoài phần mở đầu và kết luận được thiết kế làm 2 phần, trong đó phần 1 là phần trình bày về sự nhất trí về tập quán và sự tham gia của các bên. Trong phần 1, tác giả trình bày một nội dung quan trọng là sự lựa chọn tập quán. Cùng chủ đề trên, tác giả Prof. Dr Franco Ferrari, LL.M có bài viết *Các thói quen và tập quán thương mại phù hợp với pháp luật thương mại quốc tế* (Relevant trade usage and practices under UN sales law) [120]. Bài viết tập trung trình bày về sự phù hợp giữa tập quán, các thói quen trong thương mại quốc tế với văn kiện Công ước Quốc tế về hợp đồng trong mua bán hàng hóa quốc tế. Cùng chủ đề về các tập quán thương mại quốc tế còn có rất nhiều bài viết liên quan bởi lý do đơn giản, trong thương mại quốc tế, việc áp dụng tập quán vốn dĩ rất phổ biến, thậm chí pháp luật quốc gia trong nhiều trường hợp phải thua về hiệu lực.

- Tác phẩm *Bản chất của tập quán pháp tiếp cận từ góc độ pháp lý, lịch sử và triết học* của nhóm các nhà khoa học, do hai nhà khoa học là Amanda Perreau-Saussine thuộc Đại học Cambridge và James B. Murphy, Đại học Dartmouth, New Hampshire chủ biên [108]. Cuốn sách gồm tập hợp 13 bài viết được chia làm 2 phần lớn, phần đầu nói về tập quán và đạo đức, phần 2 nói về tập quán pháp. Các chuyên đề tập trung đánh giá về bản chất của tập quán, tập quán pháp từ các góc độ: pháp lý trong bối cảnh toàn cầu, lịch sử phát triển của tập quán trong vai trò hỗ trợ Nhà nước điều chỉnh các quan hệ xã hội và góc độ triết học của tập quán, của tập quán pháp.

1.2.2. Các công trình nghiên cứu về tập quán với vai trò nguồn của pháp luật và mối quan hệ giữa tập quán với pháp luật

- Công trình *Tư duy lại về tập quán pháp tại tòa án bộ lạc trong khoa học pháp lý* của tác giả Matthew L.M. Fletche, Trường Đại học Luật Michigan [117] đã trình bày về nhiều vấn đề liên quan đến tập quán pháp như: vai trò của tập quán trong khoa học pháp lý hiện đại; khuôn khổ pháp lý của việc sử dụng tập quán trong các phiên tòa; cách sử dụng tập quán và các lưu ý khi sử dụng… Công trình nghiên cứu công phu này cho thấy vai trò không thể thay thế của tập quán đối với hoạt động tư pháp trong các nền pháp lý hiện đại - nơi mà bóng dáng của pháp luật bất thành văn, của phong tục tập quán trong các phiên tòa ngày càng mờ nhạt, thay vào đó là hệ thống văn bản quy phạm pháp luật hoặc án lệ.

- Bài viết của hai nhà khoa học là GS Luke McNamara, Trưởng Khoa Luật, Đại học Wollongong, Australia và Phan Nhật Thanh, nghiên cứu sinh Đại học Wollongong, Australia với tiêu đề: "*Tập quán pháp với các góc nhìn khác nhau trên thế giới*" [36] đã cho thấy cái nhìn bao quát về nhiều công trình nghiên cứu liên quan. Bài viết này đề cập đến khái niệm tập quán, tập quán pháp; trình bày các quan niệm khác nhau về việc coi luật tập quán là pháp luật hay đơn thuần chỉ là quy phạm xã hội, trong đó nổi lên các xu hướng như: 1, coi luật tập quán là pháp luật một cách tự thân - pháp luật không phải của nhà nước; 2, coi luật tập quán là pháp luật trên cơ sở sự công nhận của nhà nước; 3, coi đây là nguồn hỗ trợ cho pháp luật của nhà nước; 4, phủ nhận vai trò của luật tập quán với tư cách là nguồn pháp luật. Trong bài viết, các tác giả trích dẫn nhiều quan điểm của nhiều nhà khoa học. Điều này cho thấy sự nghiên cứu về tập quán thực sự là mối quan tâm của nhiều học giả trên thế giới.

- Sách *Luật gia đình và luật tục ở Châu Á từ góc nhìn pháp lý hiện đại,* chủ biên David C. Buxbaum [112]. Cuốn sách gồm nhiều bài viết, được chia làm ba phần lớn: Phần thứ nhất viết về bản chất của luật tục trong xã hội đa dạng ở Châu Á với những tập quán liên quan đến gia đình như cưới hỏi, góa bụa, ly dị, phân chia tài sản và nuôi con v.v..; phần thứ hai của công trình này nghiên cứu về mối quan hệ tương tác và xung đột giữa luật tục và pháp luật thành văn; phần thứ ba là tập hợp các bài viết về luật tục và gia đình trong một xã hội đang hiện đại hóa.

Đây là công trình nghiên cứu về luật tục tại những quốc gia có nhiều nét tương đồng với Việt Nam. Cuốn sách góp phần khẳng định sự tất yếu trong điều chỉnh xã hội của luật tục, tập quán, sự thừa nhận tập quán pháp trong các lĩnh vực hôn nhân và gia đình của nhiều quốc gia trong khu vực Châu Á.

- Sách *Tập quán là một loại nguồn của pháp luật (Custom as a Source of Law)* của tác giả David J.Bederman [113]. Cuốn sách được kết cấu làm ba phần. Phần 1 tác giả trình bày những quan điểm về tập quán pháp từ các góc độ: nhân chủng học, văn hóa, lịch sử, kinh tế v.v.. Phần 2 của cuốn sách tác giả viết về tập quán trong các hệ thống pháp luật quốc gia, cụ thể là trong những lĩnh vực pháp luật như: Luật Gia đình, Về tài sản, Hợp đồng, Luật Hiến pháp, Vi phạm pháp luật v.v.. Phần 3 trình bày về tập quán trong pháp luật quốc tế, gồm công pháp và tư pháp. Trong phần kết luận của cuốn sách, tác giả phân tích lý do bằng cách nào và tại sao tập quán có thể tồn tại và được thừa nhận. Cùng chủ đề này có nhiều công trình tương tự, chẳng hạn như công trình: *Custom as a Source of International Law* của tác giả Michael Akehurst [119] viết về tập quán như một loại nguồn của luật quốc tế.

- Ngoài tài liệu nghiên cứu là các sách, bài tạp chí, nghiên cứu về tập quán pháp còn có hàng loạt công trình đăng tải trên các trang web dưới dạng bài thuyết trình hoặc bài giảng. Một trong số những công trình đó phải kể đến bài viết đăng trên trang http://www.humanrights.gov.au của tác giả Tom Calma về chủ đề *Sự du nhập tập quán pháp vào hệ thống pháp luật ở Australia* [107]. Bài viết cho rằng sự chấp nhận luật tục của người thổ dân ở Úc vào hệ thống pháp luật là điều tất yếu, thể hiện sự tôn trọng nhân quyền và cũng là hướng tới mục tiêu quản lý xã hội tốt hơn. Calma khẳng định*: Luật tục có thể là một phương tiện để tự quản lý và giải quyết tranh chấp - đó là một cách để cộng đồng để kiểm soát cuộc sống của mình. Sự tích hợp của luật tục vào hệ thống quản lý cộng đồng cũng như vào hệ thống luật pháp Úc có khả năng hỗ trợ để người dân sống tốt* [107]. Bài viết cho thấy tầm quan trọng của việc thừa nhận tập quán pháp và khẳng định xu hướng nguồn mở của pháp luật ngay cả trong những quốc gia có trình độ kỹ thuật pháp lý cao.

1.2.3. Những công trình nghiên cứu việc áp dụng tập quán trong lĩnh vực dân sự và trong việc giải quyết các vụ việc dân sự

Về việc áp dụng tập quán trong lĩnh vực dân sự và giải quyết các vụ việc dân sự ở Việt Nam, cho đến nay không có công trình nghiên cứu nào ở nước ngoài và các nhà khoa học nước ngoài đề cập đến. Còn đối với vấn đề này ở các nước khác, một số nhà khoa học nước ngoài đã nghiên cứu. Chẳng hạn: tác phẩm *Luật tục với ý nghĩa riêng trong giải quyết tranh chấp và hỗ trợ tư pháp: Mô tả về hệ thống pháp luật hiện đại không cần cưỡng chế nhà nước.* (Customary Law with Private Means of Resolving Disputes and Dispensing Justice: A Description of a Modern System of Law and Order without State Coercion), tác giả là Bruce L. Benson, Giáo sư Kinh tế, Đại học Kinh tế tiểu bang Florida là một trong những bài viết thuộc nhóm chủ đề này [120]. Bài viết đề cập đến luật tục như một loại khế nước xã hội bất thành văn. Thông qua việc trình bày những đặc điểm của luật tục, phân tích về sự trừng phạt đối với những người vi phạm pháp luật và cơ chế vận hành của các quy định pháp luật tư (private law), tác giả cho rằng, một hệ thống pháp luật có thể chưa hoàn hảo, nhưng tự do và trách nhiệm xã hội của các cá nhân trong cộng đồng có thể được thiết lập trên cơ sở luật tục đối với khu vực tư nhân.

Các công trình nghiên cứu nói trên đã đề cập đến nhiều khía cạnh lý luận của tập quán, tập quán pháp; cho thấy sự thuận lợi, những vướng mắc khi một quốc gia, một nhóm quốc gia coi những quy tắc tập quán là pháp luật dưới dạng không do nhà nước ban hành mà do nhà nước thừa nhận. Cũng từ những công trình này cho thấy, một quốc gia dù là có hệ thống pháp luật hoàn thiện đến bao nhiêu thì sự thiếu hụt các quy phạm thành văn trong các văn bản do nhà nước ban hành cũng là điều tất yếu. Thừa nhận tập quán làm nguồn của pháp luật không phải là minh chứng của một nền pháp luật chưa hoàn thiện, mà là minh chứng cho một nền pháp luật đang ngày càng trở nên hoàn thiện hơn.

1.3. NHỮNG VẤN ĐỀ CẦN TIẾP TỤC NGHIÊN CỨU

Thông qua việc hệ thống các công trình nghiên cứu liên quan đến đề tài lựa chọn, tác giả luận án có một số đánh giá như sau:

- Nghiên cứu về tập quán với vai trò là một loại quy phạm xã hội thuần túy hay với vai trò là một loại quy phạm xã hội có sự tương tác với pháp luật trong điều chỉnh các quan hệ xã hội đã và đang là một vấn đề được các nhà khoa học quan tâm từ hai góc độ: góc độ văn hóa học và góc độ pháp lý. Qua phần tổng quan tình hình nghiên cứu cho thấy, có nhiều công trình ở các cấp độ khác nhau, từ đề tài các cấp tới luận văn, sách tham khảo, tạp chí và bài báo đã nghiên cứu về tập quán. Hay nói cách khác, các công trình nghiên cứu về tập quán nói chung, tập quán với vai trò nguồn của pháp luật nói riêng cho đến nay là rất phong phú, đa dạng. Sự phong phú, đa dạng này không phải chỉ là nhận xét đối với các nghiên cứu của các nhà khoa học Việt Nam mà còn là đánh giá về các công trình nghiên cứu của các nhà khoa học nước ngoài.

Các công trình này làm hình thành nguồn tư liệu quý giá để tác giả luận án cũng như nhiều người nghiên cứu khác tham khảo. Những nghiên cứu đề cập đến ở trên đã làm cho lý luận về tập quán trở nên hoàn thiện, bao gồm cả "tập quán truyền thống" (như luật tục, hương ước, tập quán vùng - miền, tập quán dòng họ, tập quán làng...) đến tập quán "phi truyền thống" (như tập quán thương mại quốc tế được ban hành bởi những tổ chức quốc tế có uy tín). Các nghiên cứu sau này có thể dựa vào nguồn tư liệu nói trên để hệ thống hóa lý luận về tập quán, với các vấn đề như: khái niệm, đặc điểm, phân loại, các ví dụ, giá trị của tập quán đối với sự quản lý xã hội của nhà nước, mối quan hệ giữa tập quán với pháp luật...

- Những nghiên cứu về tập quán với vai trò nguồn của pháp luật cũng đã tạo thành một tập hợp gồm rất nhiều công trình. Nhóm công trình nghiên cứu này gồm cả công trình nghiên cứu của Việt Nam và của nước ngoài, đề cập đến vai trò nguồn bổ trợ cho pháp luật của tập quán đối với các nhà nước nói chung, nhà nước Việt Nam nói riêng trong từng thời kỳ phát triển của lịch sử. Các công trình này tồn tại ở các dạng: đề tài nghiên cứu, hội thảo, sách, tạp chí và một số lượng không nhỏ các bài báo. Đối với Việt Nam, các vấn đề này dường như rất thu hút giới nghiên cứu. Các nhà khoa học có thể viết về sự bổ trợ của tập quán đối với pháp luật nói chung, hay có thể viết về vai trò, biểu hiện sự bổ trợ của các loại tập quán đối với hoạt động quản lý nhà nước trong từng cộng đồng người nói riêng. *Ví dụ như* luật tục

của các dân tộc đối với quản lý xã hội, đối với bảo vệ rừng, đối với quan hệ hôn nhân và gia đình v.v..

Nguồn tư liệu trên hỗ trợ cho tác giả luận án và những người nghiên cứu hiện nay các vấn đề như: hoàn thiện lý thuyết về nguồn tập quán pháp của pháp luật; Giúp khẳng định vai trò tất yếu và không thể thay thế của tập quán trong vai trò nguồn bổ trợ cho pháp luật, không chỉ đối với những quốc gia có hệ thống pháp luật chưa hoàn thiện, mà còn đối với những quốc gia có trình độ kỹ thuật pháp lý cao và một hệ thống pháp luật tiên tiến; Minh chứng về sự hiện diện của tập quán trong các tình huống bổ trợ pháp luật cụ thể...

Với tổng quan tình hình công trình khoa học như trên, chúng tôi cho rằng có rất nhiều vấn đề cần tiếp tục được nghiên cứu như:

Một là: Nghiên cứu cơ sở lý luận về áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc dân sự ở Việt Nam hiện nay.

Cơ sở lý luận về áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc dân sự ở Việt Nam hiện nay là vấn đề khoa học rộng lớn, liên quan đến thẩm quyền của nhiều loại chủ thể. Trong phạm vi luận án này, chúng tôi sẽ chỉ nghiên cứu cơ sở lý luận về áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc dân sự của một loại chủ thể có thẩm quyền, đó là của TAND. Đây sẽ là mảng vấn đề mà luận án thể hiện tính mới, vì chưa có công trình nào trực tiếp và công phu nghiên cứu vấn đề này.

Để hoàn thiện luận án về vấn đề này, tác giả sẽ dựa vào các nghiên cứu gần gũi thuộc nhóm nghiên cứu tập quán nói chung và tập quán với vai trò nguồn của pháp luật để xây dựng phần lý luận về áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc dân sự của TAND ở Việt Nam hiện nay.

Hai là: Nghiên cứu công phu, sâu, rộng các vấn đề pháp lý về áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc dân sự ở Việt Nam hiện nay. Vấn đề này thời gian qua đã được đề cập trong một số sách, đề tài, hội thảo, bài báo nhưng không phải là đề cập trực tiếp, toàn diện. Mỗi công trình liên quan chỉ đề cập đến một vấn đề nhỏ. *Ví dụ*, có công trình đề cập đến cơ sở pháp lý của áp dụng tập quán trong một đạo luật (Luật hôn nhân và gia đình, Bộ luật dân sự...); có công trình đề cập đến cơ sở pháp lý của áp dụng tập quán trong giải quyết một vụ, việc cụ thể (thông thường là

nghiên cứu dưới dạng bình luận bản án hoặc đánh giá một phán quyết của cơ quan giải quyết tranh chấp dân sự).

Khi nghiên cứu vấn đề này, luận án sẽ kế thừa các nghiên cứu hiện có, phát triển thành mảng nội dung có hệ thống, có tính khái quát về cơ sở pháp lý trong áp dụng tập quán để giải quyết các vụ việc dân sự của TAND ở Việt Nam hiện nay. Phát hiện những ưu điểm để phát huy, tìm kiếm những hạn chế và nguyên nhân để giải quyết những hạn chế đó.

Ba là: Nghiên cứu về thực trạng áp dụng tập quán trong điều chỉnh các quan hệ dân sự ở Việt Nam. Đây là vấn đề mà các công trình hiện có mới chỉ đề cập ở cấp độ đơn lẻ, đề cập đến thực trạng áp dụng tập quán trong những vụ việc cụ thể. Chưa có những công trình khái quát, nghiên cứu chuyên sâu.

Luận án này không hướng đến mục tiêu nghiên cứu về thực trạng áp dụng tập quán trong điều chỉnh các quan hệ dân sự nói chung, mà chỉ tập trung nghiên cứu thực trạng áp dụng tập quán để giải quyết các vụ việc dân sự của TAND ở Việt Nam hiện nay. Ngoài ra, còn có những vấn đề cần có các công trình khác nghiên cứu, ví dụ như thực trạng các cơ quan quản lý áp dụng tập quán nhằm đảm bảo các quyền nhân thân, quyền tài sản trong quan hệ dân sự...

Tác giả luận án sẽ kế thừa phần trình bày về các trường hợp áp dụng tập quán trong những công trình nghiên cứu đã có. Đồng thời, bổ sung thêm những trường hợp áp dụng tập quán mà các công trình nghiên cứu khác chưa đề cập đến. Vấn đề quan trọng là luận án sẽ trình bày những nghiên cứu hoàn toàn mới trong phần khái quát thực trạng, phần đánh giá ưu điểm, hạn chế và chỉ ra nguyên nhân của các ưu điểm, hạn chế của việc áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc dân sự của TAND ở Việt Nam hiện nay.

Bốn là: Nghiên cứu về quan điểm, giải pháp đảm bảo áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc dân sự ở Việt Nam hiện nay cũng là vấn đề mới. Trong luận án này, tác giả tập trung nghiên cứu, xây dựng các quan điểm và đề xuất các giải pháp nhằm đảm bảo áp dụng tập quán trong giải quyết vụ việc dân sự của TAND ở Việt Nam hiện nay.

Trong các công trình nghiên cứu đã có, khi trình bày về những nội dung lý thuyết liên quan, các tác giả có thể đã đề xuất một vài giải pháp cho những tình

huống cụ thể. Tác giả luận án sẽ dựa vào những nguyên nhân của thực trạng được nghiên cứu trong luận án để xác định các quan điểm và xây dựng các giải pháp giải quyết nội dung khoa học này.

Với tổng quan tình hình nghiên cứu như trên và xuất phát từ những nhận định tại phần tiểu kết này, nghiên cứu sinh quyết định lựa chọn đề tài "*Áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc dân sự của Tòa án nhân dân ở Việt Nam hiện nay*" để làm luận án tiến sĩ chuyên ngành Lý luận và lịch sử nhà nước và pháp luật. Trong luận án, ngoài các nội dung có thể kế thừa một phần từ những công trình khác thì hầu hết phần nghiên cứu về lý luận, pháp lý, thực trạng, quan điểm và giải pháp sẽ thể hiện sự đóng góp mới của đề tài cho vấn đề nghiên cứu.

Kết luận chương 1

Trong Nghị quyết số 48-NQ/TW năm 2005 của Bộ Chính trị, khi đề cập đến các giải pháp hoàn thiện hệ thống pháp luật đã xác định: cần thiết phải nghiên cứu về khả năng khai thác, sử dụng án lệ và tập quán trên cơ sở thực tiễn nước ta và tiếp thu có chọn lọc kinh nghiệm quốc tế. Về kinh nghiệm quốc tế, có thể thấy rõ, trong nhiều hệ thống pháp luật lớn trên thế giới, tập quán luôn đóng vai trò nguồn của pháp luật với vị trí không thể thay thế. Đối với Việt Nam, trong suốt chiều dài lịch sử phát triển của nhà nước và pháp luật, tập quán là loại quy phạm xã hội không thể thiếu để điều chỉnh hành vi các thành viên của cộng đồng, duy trì trật tự xã hội và hỗ trợ Nhà nước trong quản lý.

Ý nghĩa của tập quán quan trọng là vậy, tuy nhiên, vì nhiều lý do, các công trình nghiên cứu về tập quán và áp dụng tập quán tùy thuộc vào từng giai đoạn phát triển của lịch sử mà ra đời với số lượng nhiều, ít khác nhau. Thông qua việc khảo sát về tổng quan tình hình nghiên cứu về áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ, việc dân sự của TAND ở Việt Nam có thể rút ra một số nhận định như sau:

- Số lượng công trình nghiên cứu về tập quán từ các góc tiếp cận văn hóa, dân tộc học và pháp lý nhìn chung rất nhiều và có nhiều công trình có giá trị tham khảo tốt.

- Các công trình nghiên cứu về thực tiễn sử dụng tập quán ở Việt Nam và trên thế giới không phải là ít. Song gần như việc khảo sát chủ yếu tập trung vào một lĩnh vực rất hẹp của dân sự là kinh doanh - thương mại quốc tế. Còn các công trình nghiên cứu về thực tiễn áp dụng tập quán ở Việt Nam trong lĩnh vực dân sự theo nghĩa hẹp chủ yếu tập trung vào giai đoạn Nhà nước phong kiến Việt Nam. Kể từ khi Nhà nước kiểu mới ra đời, đặc biệt giai đoạn gần đây, khi tập quán ngày càng được nhắc đến với vai trò quan trọng thì các nhà khoa học cũng vì vậy chú trọng hơn trong công tác nghiên cứu.

- Việt Nam chưa thực sự thu hút được sự nghiên cứu, phối hợp nghiên cứu của các nhà khoa học nước ngoài trong việc khảo sát áp dụng tập quán trong lĩnh vực dân sự, kinh doanh, thương mại.

- Việc có không nhiều công trình khoa học mang tính chất giáo trình, giáo khoa nghiên cứu chuyên sâu về tập quán và áp dụng tập quán thực sự là khoảng trống trong lý luận ở Việt Nam hiện nay và là vấn đề cần phải sớm được khắc phục.

- Một trong những chủ thể có thẩm quyền áp dụng tập quán là TAND. Tuy nhiên, thời gian qua, chúng ta chưa thực sự chú trọng nghiên cứu một cách tổng quát việc áp dụng tập quán trong giải quyết vụ, việc dân sự của TAND. Đây có lẽ cũng là một trong những lý do để quy định áp dụng tập quán trong các văn bản quy phạm pháp luật dường như vẫn còn rất nhiều bất cập.

Từ những nhận định trên, chúng tôi cho rằng đẩy mạnh nghiên cứu về lý luận cũng như thực tiễn áp dụng tập quán trong hoạt động của các cơ quan nhà nước có thẩm quyền, trong đó có hệ thống TAND là cần thiết để Việt Nam khai thác, sử dụng tốt hơn tập quán và góp phần hỗ trợ hoàn thiện hệ thống pháp luật.

Chương 2
CƠ SỞ LÝ LUẬN VỀ ÁP DỤNG TẬP QUÁN TRONG GIẢI QUYẾT CÁC VỤ VIỆC DÂN SỰ CỦA TÒA ÁN NHÂN DÂN Ở VIỆT NAM

2.1. TẬP QUÁN VÀ VẤN ĐỀ ÁP DỤNG TẬP QUÁN VỚI TƯ CÁCH LÀ NGUỒN CỦA PHÁP LUẬT

2.1.1. Khái niệm, đặc điểm và phân loại tập quán

2.1.1.1. Khái niệm, đặc điểm của tập quán

Là một trong những loại quy phạm xã hội xuất hiện từ buổi bình minh của loài người, tập quán có sức sống kì diệu và đóng vai trò không thể thay thế để điều chỉnh hành vi các thành viên trong cộng đồng nơi nó tồn tại. Trong lịch sử, khi các cộng đồng người hình thành, phát triển, dù có "tính tương cận“ - gần gũi về đạo đức và tính người, thì “tập tương viễn" - tập quán lại thường không giống nhau. Tập quán có thể tồn tại theo nhiều cách: truyền miệng qua các thế hệ, hành vi chuẩn mực trong xã hội, được viết, vẽ lên đá, lên giấy v.v... Kể cả khi xã hội loài người có nhà nước, cùng với đó là pháp luật - một loại quy phạm do nhà nước đặt ra, dùng sức mạnh cưỡng chế để bảo đảm thực hiện - thì tập quán vẫn là loại quy phạm xã hội luôn hiện diện.

Tập quán là một thuật ngữ có nhiều cách tiếp cận và nhiều cách hiểu.

Tiếp cận từ góc độ ngôn ngữ phổ thông, tập quán là “*thói quen hình thành đã lâu trong đời sống, được mọi người tuân theo*“ [90, tr.1014], là *“thói quen đã được mọi người tuân thủ tại một địa phương trong một hoàn cảnh bắt buộc phải chấp nhận lề thói ấy như một phần luật pháp của địa phương”* [46, tr.742]. Thuật ngữ tập quán khi sử dụng độc lập, tách khỏi cụm từ *phong tục tập quán* thường là do nó được nhấn mạnh đến tính quy phạm, tức là những quy tắc phổ biến mang tính truyền thống được chấp nhận hoặc dự kiến trong một cộng đồng, một nghề nghiệp, trong lĩnh vực của đời sống [95]. Chẳng hạn, việc tảo mộ vào dịp cuối năm hoặc đầu năm là phong tục; những việc mà nếu không làm sẽ bị dư luận lên án, sẽ phải chịu chế tài của cộng đồng thì gọi là tập quán (đối với các dân tộc ít người, loại quy phạm này thường được gọi là luật tục).

Theo cách tiếp cận này, tập quán có thể có những tên gọi khác nhau tùy thuộc vào từng hoàn cảnh cụ thể. Tập quán là tên gọi chung cho những loại quy phạm xã hội mang tính thói quen và có tính bắt buộc trong một phạm vi đối tượng và địa bàn nhất định. Nếu loại quy phạm này tồn tại trong các dân tộc thiểu số thì nó thường được gọi là luật tục. Loại quy phạm này tồn tại trong các vùng miền gắn với địa bàn nông thôn cấp làng, xã và được văn bản hóa trên cơ sở sự đồng tình, thừa nhận của nhân dân thì thường gọi là hương ước, lệ làng [66]; [51, tr.214-215].

Tiếp cận từ góc độ pháp lý, thuật ngữ *tập quán* chưa được định nghĩa trong các văn bản luật. Tuy nhiên, định nghĩa một số loại tập quán cụ thể thì đã được nêu trong các đạo luật như: Luật thương mại năm 2005 nêu định nghĩa *tập quán thương mại* ("*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" - khoản 4 Điều 3 Luật thương mại 2005); Luật hôn nhân và gia đình năm 2014 nêu định nghĩa *tập quán về hôn nhân và gia đình* ("*Tập quán về hôn nhân và gia đình* là quy tắc xử sự có nội dung rõ ràng về quyền, nghĩa vụ của các bên trong quan hệ hôn nhân và gia đình, được lặp đi, lặp lại trong một thời gian dài và được thừa nhận rộng rãi trong một vùng, miền hoặc cộng đồng" - khoản 4 Điều 3 Luật hôn nhân và gia đình năm 2005).

Chưa có văn bản luật định nghĩa về tập quán, song định nghĩa tập quán, tập quán thương mại, tập quán thương mại quốc tế thì đã được nêu trong hai Nghị quyết của Hội đồng thẩm phán TAND tối cao, một trong số đó là Nghị quyết 04/2012/NQ-HĐTP. Theo đó:

> 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;
>
> 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;

> 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 (điểm g khoản 2 Điều 3).

Từ những trình bày ở trên cho thấy, khái niệm tập quán nếu tiếp cận ở góc độ văn hóa thường được hiểu là thói quen; còn nếu tiếp cận ở góc độ pháp lý, nó được coi như một loại quy phạm xã hội, là một loại quy tắc xử sự.

Sau đây, thuật ngữ tập quán sẽ được tiếp cận dưới góc độ pháp lý. Theo cách tiếp cận này, khái niệm tập quán được hiểu như sau: *tập quán là quy tắc xử sự được hình thành trên cơ sở thói quen, có nội dung rõ ràng, được thừa nhận trong đời sống xã hội của một cộng đồng người, được cộng đồng nơi tập quán đó tồn tại lấy làm chuẩn mực để thực hiện, điều chỉnh, đánh giá hành vi của các thành viên trong cộng đồng.* Những nghiên cứu tiếp theo cũng sẽ đề cập đến tập quán từ góc độ tiếp cận này và theo khái niệm nêu trên.

Là một loại quy tắc xử sự tồn tại bên cạnh nhiều loại quy tắc xử sự khác như đạo đức, tín điều, điều lệ, pháp luật… song tập quán có những điểm khác biệt so với những loại quy tắc này. Sự khác biệt thể hiện qua các đặc điểm sau:

Thứ nhất, tập quán là loại quy tắc xử sự được hình thành trên cơ sở thói quen. Các loại quy tắc xử sự khác như đạo đức, pháp luật, tín điều, điều lệ cũng là quy tắc xử sự, nhưng không phải theo thói quen mà nó được hình thành nhằm điều chỉnh hành vi phù hợp với những mục tiêu và ý chí của các chủ thể đặt ra chúng. *Ví dụ như* đạo đức hướng con người đến các giá trị như chân, thiện, mỹ; pháp luật hướng các quan hệ phát triển phù hợp với ý chí giai cấp thống trị, phù hợp định hướng điều chỉnh quan hệ xã hội của Nhà nước; tín điều hướng con người đến việc giữ gìn, thực hành đức tin; điều lệ hướng hành vi của các thành viên trong tổ chức phát triển theo mục tiêu của tổ chức. Tập quán không bị chi phối bởi những mục tiêu và ý chí nói trên. Tập quán hình thành dựa trên thói quen. Thói quen này có thể do kết quả của quá trình trải nghiệm của các thành viên trong cộng đồng, có thể do chúng duy trì sự ổn định trong cộng đồng và cũng có thể chỉ do tạo sự tiện lợi trong thực hiện hành vi.

Thứ hai, tập quán là loại quy tắc được hình thành và thừa nhận trong đời sống xã hội của một cộng đồng người hoặc một lĩnh vực đời sống. Tập quán phải

tồn tại một cách công khai và mang tính phổ biến. Tập quán luôn gắn với một cộng đồng người hoặc một lĩnh vực đời sống xã hội. Ví dụ tập quán của một dòng họ, tập quán của một dân tộc, tập quán của một vùng, miền, tập quán trong hoạt động thương mại v.v.. Có nghĩa là, một thói quen xử sự muốn trở thành tập quán bắt buộc phải được cộng đồng người gắn với một phạm vi lãnh thổ hoặc một lĩnh vực hoạt động xã hội thừa nhận. Quy tắc xử sự dựa trên thói quen của một cá nhân không được cộng đồng thừa nhận thì không phải là tập quán. Ví dụ, một dòng họ có quy định cấm kết hôn giữa những người trong cùng dòng họ, quy định này được đông đảo các thành viên trong dòng họ đó nhận biết và chấp hành, lưu truyền từ đời này sang đời khác, đó là tập quán. Tại một vùng, miền, trong hoạt động dân sự hoặc thương mại, đơn vị đo lường *một chục* được hiểu là tổng cộng của 10 cá thể hoặc 12 cá thể, cách đo lường này được đông đảo thành viên tham gia hoạt động dân sự, thương mại trong khu vực đó thừa nhận, đó là tập quán. Đối với một tập quán thương mại quốc tế thì phải được các tổ chức quốc tế có liên quan thừa nhận. Một người có thói quen đi bộ vào mỗi buổi sáng, thói quen này không phải là tập quán.

Thứ ba, tập quán được coi là chuẩn mực để thực hiện, điều chỉnh, đánh giá hành vi của các thành viên trong cộng đồng, trong lĩnh vực nơi tập quán đó tồn tại. Một hành vi thực hiện trái với tập quán sẽ bị đánh giá là làm sai, lệch chuẩn. Tương tự, các cá nhân trong cộng đồng khi thực hiện hành vi sẽ đối chiếu với tập quán để tự phán xét về tính chuẩn mực hay lệch chuẩn của hành vi bản thân. *Ví dụ*, cộng đồng dân tộc Thái ở vùng núi phía Bắc Việt Nam có tập quán *tằng cẩu* (người phụ nữ đã kết hôn phải đội búi tóc lớn lên đỉnh đầu để xác định tình trạng hôn nhân của mình), nếu người phụ nữ Thái đã có chồng mà không *tằng cẩu* thì sẽ bị cộng đồng lên án, coi đó là hành vi lệch chuẩn.

Thứ tư, tập quán có thể điều chỉnh các quan hệ xã hội theo hướng phù hợp hoặc không phù hợp với đạo đức, pháp luật và những loại quy tắc xử sự khác. Không phải lúc nào tập quán cũng phù hợp với đạo đức hoặc pháp luật. *Ví dụ* như tập quán *lấy chồng từ thuở 13* của một số vùng miền trên lãnh thổ Việt Nam trong thời kỳ phong kiến là phù hợp quy định của pháp luật nhưng theo Luật hôn nhân và gia đình Việt Nam hiện hành lại là tập quán trái pháp luật. Đây là điểm khác biệt giữa tập quán và tập quán pháp. Tập quán pháp bắt buộc phải phù hợp với pháp

luật, đó là tập quán đã được Nhà nước thừa nhận, coi như là những quy tắc xử sự chung và đảm bảo thực hiện. Còn tập quán thì có thể hợp pháp hoặc bất hợp pháp, phù hợp hoặc không phù hợp với đạo đức.

Thứ năm, nội dung của tập quán phải rõ ràng. Tính rõ ràng của tập quán thể hiện ở các khía cạnh, đó là *nguồn gốc rõ ràng*, *nội dung rõ ràng* và *tồn tại rõ ràng.* Như vậy xét về nội dung, tập quán phải rõ ràng để các chủ thể liên quan 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. Tập quán phải tồn tại rõ ràng, các chủ thể liên quan đương nhiên phải nhận biết được sự tồn tại đó.

Thứ sáu, tập quán và tập quán pháp là hai phạm trù không đồng nhất. Tập quán pháp là *những tập quán được nhà nước thừa nhận có giá trị pháp lý, trở thành những quy tắc xử sự chung và được nhà nước đảm bảo thực hiện* [32, tr.307]. 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. Nên 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 do nhà nước đảm bảo thực hiện. Như vậy để được coi là tập quán pháp thì bản thân quy phạm tập quán đó bắt buộc phải được nhà nước thừa nhận [37].

2.1.1.2. Phân loại tập quán

Từ những cách tiếp cận khác nhau và từ khái niệm, đặc điểm tập quán như đã trình bày ở trên, tập quán có thể được xác định gồm nhiều loại dựa vào những tiêu chí khác nhau.

Nếu dựa vào phạm vi lãnh thổ tác động, tập quán được chia làm hai loại là tập quán trong nước và tập quán quốc tế.

Tập quán trong nước là những tập quán hình thành và tồn tại trong các cộng đồng người cư trú trên lãnh thổ một quốc gia, đóng vai trò điều chỉnh các quan hệ xã hội trên nhiều lĩnh vực của đời sống như kinh tế, chính trị, văn hóa, hôn nhân và gia đình, trật tự xã hội v.v. Tập quán trong nước có thể là tập quán vùng, miền, tập

quán dân tộc, tập quán dòng họ, tập quán địa phương, tập quán được văn bản hóa thành hương ước, lệ làng v.v.. *Ví dụ*, luật tục của đồng bào dân tộc ít người như đồng bào dân tộc Thái, dân tộc Ê-đê, dân tộc M'nông v.v.. được gọi là tập quán dân tộc.

Chẳng hạn như đồng bào dân tộc Ê-đê của Việt Nam có luật tục quy định:

> Có cây đa thì phải hỏi cây đa, có cây sung thì phải hỏi cây sung, có mẹ cha thì phải hỏi mẹ cha.
>
> (…). Hắn đi rừng lấy củi mà không hỏi cha, đi suối lấy nước mà chẳng nói với mẹ; bán cái này, mua cái nọ mà không hỏi các ông già bà cả. Như vậy là có chuyện sai lầm phải đưa ra xét xử (Điều 27 Luật tục Ê-đê) [63].

Quy định này đặt ra yêu cầu: trong gia đình con cái phải nghe theo lời cha mẹ, nếu con cái làm trái với quy định này thì phải đưa ra xét xử.

Hay như một số dòng họ ở xã Thái Yên, huyện Đức Thọ, tỉnh Hà Tĩnh như dòng họ Nguyễn Viết, Nguyễn Minh v.v.. có tập quán cấm kết hôn giữa những người trong dòng họ, đây là tập quán dòng họ. Tất cả những tập quán nêu trên đều là tập quán trong nước. Tập quán trong nước là phạm trù chung, trong đó, có những loại tập quán đặc thù như gia phả dòng họ, luật tục, hương ước v.v..

Tập quán quốc tế là những tập quán hình thành, có giá trị điều chỉnh các quan hệ xã hội trên phạm vi lãnh thổ nhiều quốc gia. Theo điểm b khoản 1 Điều 38 Quy chế Tòa án Quốc tế, tập quán quốc tế được coi là nguồn của pháp luật, được áp dụng trong xét xử của Tòa án khi các tập quán quốc tế "như những chứng cứ thực tiễn chung, được thừa nhận như những quy phạm pháp luật".

Ví dụ, trong lĩnh vực ngoại thương, khi thực hiện thanh toán quốc tế theo phương thức thanh toán bằng L/C (tín dụng chứng từ) thương mại, các bên liên quan thường áp dụng bộ tập quán quốc tế do ICC ban hành điều chỉnh về L/C. Bộ tập quán gồm có:

- UCP 500 1993 ICC hoặc UCP 600 2007 ICC: UCP là những từ viết tắt bằng tiếng Anh của "Quy tắc và Thực hành thống nhất Tín dụng chứng từ" (The Uniform Customs and Practice for Documentary Credits). UCP quy định về việc ban hành và sử dụng thư tín dụng (L/C). Về lịch sử hình thành, UCP do các bên tham gia thương mại xây dựng để trở thành thông lệ trong hoạt động ban hành và

sử dụng L/C. Vào năm 1933, các thông lệ này lần đầu tiên được ICC xuất bản. Các năm tiếp theo sau đó, UCP được ICC sửa đổi thường xuyên. Năm 1993, UCP sửa đổi lần thứ 500, gọi là UCP 500. Bản sửa đổi này được sử dụng khá phổ biến. Hiện nay, bản sửa đổi được sử dụng thường xuyên là UCP 600, được sửa đổi năm 2006 [96].

- ISBP 645 2003 ICC nay là ISBP 681 2007 ICC: ISBP là từ viết tắt tiếng Anh của "Tập quán ngân hàng tiêu chuẩn quốc tế dùng để kiểm tra chứng từ trong phương thức tín dụng chứng từ" (International Standard Banking Practice for the Examination of Documents Under Documentary Credits). Tập quán này do ICC ban hành và có nhiều phiên bản. Ví dụ: ISBP 645 2003 ICC là phiên bản số 645 do ICC ban hành năm 2003, ISBP 681 2007 ICC là phiên bản số 681 do ICC ban hành năm 2007, do ICC ban hành năm 2007. Tập quán này là sự cụ thể hóa UCP, giải thích rõ ràng cách thực hiện UCP [97].

- eUCP 1.0 ICC nay là eUCP 1.1 2007 ICC: Tức là UCP điện tử - phiên bản 1.0 của ICC hay phiên bản 1.1 năm 2007 của ICC.

- URR 525 1995 ICC nay là URR 725 2008 ICC: Quy tắc thống nhất về hoàn trả giữa các ngân hàng (URR: Uniform Rules for Bank-to-Bank Reimbursement) ấn bản của ICC số 525 năm 1999 hay ấn bản của số 725 năm 2008.

Bên cạnh đó, có nhiều tập quán thương mại quốc tế điều chỉnh các hoạt động khác liên quan như: Incoterms (viết tắt của các từ tiếng Anh: International Commerce Terms, có nghĩa là *Các điều kiện thương mại quốc tế*, với nhiều phiên bản không phủ định hay thay thế lẫn nhau như Incoterms 1936, 1953, 1980, 1990, 2000, 2010), là quy tắc chính thức của ICC để giải thích thống nhất các điều kiện thương mại, thông qua đó tạo điều kiện cho các giao dịch thương mại quốc tế diễn ra thuận lợi, trôi chảy; Bộ quy tắc URR điều chỉnh các quan hệ trong giao dịch sử dụng phương thức thanh toán nhờ thu v.v..

Nếu dựa vào lĩnh vực điều chỉnh của tập quán, các tập quán có thể được chia làm nhiều loại như tập quán dân sự, tập quán kinh doanh - thương mại, tập quán chính trị v.v. *Ví dụ,* tập quán bồi thường thiệt hại do trâu bò thả rong gây ra là một tập quán dân sự; Incoterms là tập quán thương mại. Mỗi loại tập quán có giá trị điều chỉnh các quan hệ xã hội trong một lĩnh vực nhất định của đời sống.

Nếu dựa vào tính phù hợp với pháp luật, đạo đức và sự tiến bộ xã hội, tập quán gồm có tập quán lạc hậu và tập quán tiến bộ (có thể gọi là tập quán tốt đẹp). Tập quán tiến bộ là tập quán phù hợp với nguyên tắc cơ bản của pháp luật, không trái các quy định cụ thể của pháp luật và không trái đạo đức xã hội. *Chẳng hạn* như tập quán của nhiều vùng miền, dân tộc trong lĩnh vực hôn nhân và gia đình có quy định: "*Cha, mẹ có trách nhiệm nuôi dưỡng, giáo dục con nên người, có trách nhiệm bồi thường thiệt hại do con gây ra"; "Con có nghĩa vụ nghe lời, phụng dưỡng ông, bà, cha, mẹ khi về già. Trong gia đình và xã hội, sinh hoạt có tôn ty, trật tự (có trên có dưới), các con được đối xử bình đẳng như nhau, không phân biệt đối xử giữa con gái và con trai, giữa con đẻ và con nuôi*". Tập quán lạc hậu là tập quán điều chỉnh các quan hệ xã hội mà xâm hại tới các quyền, lợi ích hợp pháp của các chủ thể đã được pháp luật ghi nhận, bảo vệ hoặc trái với đạo đức, kìm hãm sự phát triển của xã hội, của con người. *Ví dụ* tập quán của một số dân tộc trong hôn nhân theo chế độ phụ hệ đưa ra quy định: *"Khi người chồng chết, người vợ goá không có quyền hưởng phần di sản của người chồng quá cố để lại. Nếu người vợ goá tái hôn với người khác thì không được hưởng và mang đi bất cứ tài sản gì; Khi người cha chết, chỉ các con trai có quyền còn các con gái không có quyền hưởng phần di sản của người cha quá cố để lại"* [8]…

Ngoài ra, có một tiêu chí cũng được sử dụng để phân loại tập quán, đó là dựa vào các yếu tố cấu thành nội dung tập quán. Theo đó, tập quán được chia thành hai loại là tập quán không mang tính quy phạm và tập quán mang tính quy phạm. Tập quán không mang tính quy phạm là thói quen, là hành vi lặp đi lặp lại nhiều lần, chúng được tuân theo một cách không bắt buộc, việc tuân theo này là do dư luận xã hội hay áp lực cộng đồng, chứ không vì những biện pháp xử lý dự kiến kèm theo. Cách hiểu tập quán như vậy tương tự cách hiểu về phong tục của nhà văn hóa Trần Ngọc Thêm [61, tr.143], tức là những thói quen lan rộng. *Chẳng hạn*, đồng bào M' Nông ở nước ta có tập quán cưa ngắn bớt một số răng cửa và xâu lỗ tai để mang đồ trang sức. Cùng với tục cà răng, căng tai, là tập tục nhuộm răng đen, ăn trầu. Đàn ông M' Nông thường đóng khố, ở trần. Đàn bà mặc váy cuốn buông dài đến mắt cá. Áo của nam, nữ đều là áo chui đầu. Áo của người nam dài quá mông. Áo của người nữ ngắn và may sát vào thân. Mặt khố và váy, áo đều thêu dệt những

dải hoa văn truyền thống trên nền chàm sẫm. Đây gọi là tập quán, nhưng không mang tính quy phạm [Dẫn theo 55]. Tuy nhiên, nhiều nhà nghiên cứu lại cho rằng loại tập quán không mang tính quy phạm này thực ra phải gọi là phong tục.

Tập quán mang tính quy phạm là những quy tắc bắt buộc, chỉ rõ điều mọi người phải làm hoặc không được làm, những chế tài kèm theo nếu vi phạm [36]. *Ví dụ* trong lĩnh vực hôn nhân, tập tục ở nhiều làng xã Việt Nam quy định khi cưới vợ, nhà trai phải nộp cho làng xã bên nhà gái một khoản tiền, gọi là "cheo", thì đám cưới mới được công nhận, dân gian truyền câu nói về vấn đề này: "*Nuôi lợn thì phải vớt bèo; Lấy vợ thì phải nộp cheo cho làng"* [61, tr.145]. Hay như trường hợp luật tục của người Thái ở Mường La ràng buộc vợ chồng, hạn chế ly hôn bằng quy định: "*Nếu trai bỏ vợ: mất không. Nếu vợ bỏ chồng: một thành hai*" (tức là nhà gái phải đền tiền cưới gấp đôi). Đối với người dân tộc Ê-đê, trong cộng đồng tồn tại tập tục *nối dây*; Người dân tộc Thái ở miền núi phía Bắc có tập tục *tằng cẩu* v.v..

Tập quán mang tính quy phạm còn được một số nhà nghiên cứu quan niệm là luật tập quán (tập quán pháp). Tuy nhiên, hiện có sự khác nhau về cách hiểu thuật ngữ tập quán pháp. Điều này phụ thuộc vào việc người đưa ra quan niệm ủng hộ thuyết đa nguyên hay nhất nguyên pháp luật.

Những người theo thuyết đa nguyên pháp luật cho rằng pháp luật là những quy tắc xử sự có khả năng điều chỉnh hành vi, điều chỉnh các quan hệ xã hội. Pháp luật có thể là của nhà nước, có thể là của tôn giáo (tín điều), có thể là của từng cộng đồng, từng nhóm người (đạo đức, luật tập quán, luật tục - customary law). Theo đó, luật tập quán chính là tập quán mang tính quy phạm, tập quán pháp.

Với quan điểm khác, những người theo thuyết nhất nguyên pháp luật cho rằng pháp luật chỉ có thể là do nhà nước ban hành hoặc thừa nhận và phải được nhà nước đảm bảo thực hiện. Nói cách khác, chỉ được coi là pháp luật nếu quy tắc xử sự đó ra đời, tồn tại xuất phát từ ý chí của nhà nước và được chính nhà nước đảm bảo thực hiện bằng các thiết chế mang tính cưỡng chế. Tập quán, gồm cả loại mang tính cưỡng chế cộng đồng và loại phản ánh thói quen, hành vi, chỉ đơn thuần là tập quán. Chúng chỉ trở thành tập quán pháp khi chúng được nhà nước thừa nhận và đảm bảo thực hiện. Những tập quán nào được nhà nước thừa nhận, đảm bảo thực hiện mới

gọi là tập quán pháp. Các tập quán còn lại, kể cả luật tục, đều không phải là tập quán pháp.

Các giáo trình lý luận về nhà nước và pháp luật dùng giảng dạy trong các cơ sở đào tạo pháp luật của Việt Nam lâu nay thường theo xu hướng này. Đồng thời, những năm gần đây, do tác động của việc hội nhập quốc tế, giao lưu khoa học pháp lý, trong một số ấn phẩm khoa học đã bắt đầu xuất hiện những quan điểm ủng hộ tính hợp lý của quan niệm rộng về "pháp luật", đặc biệt khi đề cập đến "nguồn pháp luật". Pháp luật không còn được hiểu một cách khép kín là chỉ gồm những quy tắc xử sự có tính bắt buộc chung do nhà nước đặt ra và đảm bảo thực hiện. Pháp luật còn bao gồm các những quy tắc xử sự khác như đạo đức, tập quán, tín điều, điều lệ... với điều kiện chúng phù hợp, được nhà nước thừa nhận. Những nghiên cứu của công trình này cũng thực hiện trên cơ sở đồng thuận với xu hướng trên.

2.1.2. Áp dụng tập quán với tư cách là nguồn của pháp luật

2.1.2.1. Vấn đề áp dụng tập quán với tư cách là nguồn của pháp luật ở Việt Nam

** Thời kỳ trước khi nhà nước Việt Nam dân chủ cộng hòa ra đời*

Trong lịch sử Việt Nam, tập quán luôn đóng vai trò hết sức quan trọng, là loại nguồn không thể thay thế của pháp luật ở nhiều giai đoạn phát triển và tồn tại nhà nước. Tập quán có rất nhiều dạng biểu hiện như tập quán vùng miền, tập quán dòng họ, tập quán dân tộc, hương ước, lệ làng, luật tục v.v.. Tập quán nói chung xuất hiện trước khi có pháp luật, là loại quy tắc phổ biến điều chỉnh hành vi của các thành viên trong một cộng đồng khi xã hội chưa phân chia giai cấp và chưa có nhà nước. Sau này, khi nhà nước ra đời, từ nhà nước Văn Lang - Âu Lạc tới chính quyền đô hộ phương Bắc và các triều đại phong kiến độc lập đều phải thừa nhận sự tồn tại của chúng. Thoạt đầu, tập quán, lệ làng, luật tục chưa thành văn, dần dần, một bộ phận trong chúng được văn bản hóa. Tập quán và pháp luật trong lịch sử Việt Nam có mối quan hệ thống nhất trong sự khác biệt. Tức là, nhiều tập quán được Nhà nước thừa nhận, đảm bảo thực hiện, bởi nội dung của nó bổ khuyết cho pháp luật của Nhà nước, thậm chí trong nhiều lĩnh vực, Nhà nước không xây dựng pháp luật mà để tập quán điều chỉnh. Bên cạnh sự thống nhất, vẫn tồn tại trường hợp lệ làng khác biệt với luật của nhà nước, khi có hiện tượng này, thì thường lệ

làng, tập quán được người dân ưu tiên áp dụng. Đúng như người Việt Nam từng có câu "*Phép vua thua lệ làng*".

Tập quán là loại quy tắc quan trọng được nhà nước thừa nhận và bảo đảm thực hiện để điều chỉnh các quan hệ xã hội trong nhiều lĩnh vực của đời sống, từ hôn nhân và gia đình tới dân sự, hình sự, thậm chí cả trong lĩnh vực chính trị.

Trong lĩnh vực hôn nhân và gia đình, tập quán tham gia điều chỉnh rất nhiều mối quan hệ, từ kết hôn, ly hôn, quyền, nghĩa vụ giữa vợ với chồng, cha mẹ và các con, các thành viên khác trong gia đình với nhau v.v.. Điểm qua những quy định của các văn bản quy phạm pháp luật hoặc những bản án trong lịch sử cho thấy rất rõ điều này. *Chẳng hạn,* khi xem xét về bằng chứng giá thú để chấp nhận hay không chấp nhận tính hợp pháp của một cuộc hôn nhân, tục lệ của người Việt là sự chấp hữu thân trạng có thể dùng làm bằng chứng giá thú, tức là các yếu tố như tính danh, sự đối xử, sự công nhận cũng có thể là bằng chứng giá thú. Trong bản án của Tòa Thượng Thẩm Hà Nội ngày 19-10-1932, ngày 31-10-1934, khi có yêu cầu ly hôn mà không có bằng chứng giá thú theo Dân luật Bắc kỳ được ban hành năm 1931, Dân luật Trung kỳ ban hành năm 1936 như là nhân chứng, sổ hộ tịch, bằng chứng văn thư thì theo tục lệ, sự chấp hữu thân trạng được công nhận [39, tr.154]. Hay như khi xác định cha con hệ chính thức, suốt thời kỳ dài trong lịch sử gần như chỉ dựa vào tục lệ chứ pháp luật không quy định. Tục lệ của Việt Nam thường công nhận thời kỳ thai nghén là 9 tháng 10 ngày hoặc 280 ngày, tuy nhiên cũng không loại trừ trường hợp đặc biệt là trẻ sinh sau 5 tháng hay quá 12 tháng thai nghén khi xem xét người con có phải là con chung của vợ chồng hay không. Sau này, trong Bộ Dân Luật Giản Yếu, khi không có chứng thư chứng minh quan hệ cha, con, người con vẫn có thể được coi là con của cha nếu cha cho mang họ cha. Đây có thể hiểu là một chứng cứ mang tính tập quán [39, tr.175-182]. Ngoài ra, còn rất nhiều quy tắc trong hôn nhân và gia đình mà pháp luật không điều chỉnh do đã có tục lệ và tục lệ được thừa nhận khi giải quyết tranh chấp, ví dụ như tục lệ về việc con do vợ lẽ sinh ra dù là sinh trước vẫn phải gọi con do vợ cả sinh ra là anh; tục lệ khi cha qua đời thì người vợ cả của cha trở thành người nắm quyền thay chồng trong gia đình [39, tr.451].

Trong lĩnh vực dân sự, ngay từ khi nhà nước đầu tiên ra đời ở Việt Nam là nhà nước Văn Lang - Âu Lạc, tập quán pháp đã giữ vai trò chủ đạo và phổ biến. Tập quán pháp điều chỉnh nhiều loại quan hệ xã hội trong lĩnh vực dân sự như quan hệ sở hữu, chiếm hữu và sử dụng ruộng đất, các quan hệ về trật tự an toàn xã hội. Đến thời kỳ Bắc thuộc, nguồn luật ở nước ta gồm hai loại, trong đó có bộ phận quan trọng là luật tục của người Việt có từ thời đại Hùng Vương, được chính quyền đô hộ mặc nhiên thừa nhận. Bước sang thời kỳ phong kiến, ngoài luật của triều đình, luật tục tiếp tục giữ vai trò quan trọng và rộng khắp, điều chỉnh những quan hệ như ruộng đất, thừa kế v.v.. Thậm chí, người dân gần như chủ yếu sống theo tục lệ chứ ít khi bị chi phối bởi pháp luật của triều đình. Vào thời kỳ Pháp thuộc (từ năm 1858 - 1945), pháp luật rất đa dạng, phức tạp. Xét về pháp luật thành văn, chính quyền thực dân - phong kiến thời kỳ này đã ban hành được hơn 10 bộ luật, trong đó phải kể đến những bộ luật như Bộ Hoàng Việt luật lệ (Bộ Luật Gia Long), Bộ luật hình sự Bắc kỳ ban hành ngày 02/12/1922, Bộ dân luật Bắc kỳ được ban hành năm 1931, Bộ luật dân sự Trung kỳ ban hành năm 1933 v.v.. Tuy có nhiều bộ luật như vậy nhưng các hương ước đã được văn bản hóa vẫn là một bộ phận quan trọng trong hệ thống pháp luật thời kỳ này.

Trong lĩnh vực chính trị, tập quán cũng đóng một vai trò hết sức to lớn, chẳng hạn như tập quán truyền ngôi của vua và các chức quan cho con cái, tập quán cống nạp, ăn ruộng v.v.. trong thời đại Hùng Vương; Tập quán vua phong tước vương cho các con trai, vua phong nhiều hoàng hậu, mời cao tăng làm cố vấn chính trị, tập quán Thái thượng hoàng thời Trần, tập quán cày tịch điền của nhà vua thời Lý, tiền Lê v.v.. [84, tr.26].

Vai trò quan trọng của tập quán còn thể hiện ở việc trong một số giai đoạn lịch sử, các nhà nước đã thành lập ra tòa án phong tục để áp dụng phong tục, tập quán xét xử những đối tượng là người dân tộc thiểu số, những nơi có phong tục tập quán khác với pháp luật của nhà nước, vùng thượng du v.v.. Tòa án phong tục khi xét xử đã dựa vào phong tục để ra phán quyết. Tòa án này không chỉ xét xử dân sự mà còn cả hình sự, chính trị. *Ví dụ* như năm 1938, trong phiên tòa ngày 2/9/1938, tòa án phong tục thiểu số tỉnh Đắk Lắk xử Săm brăm 10 năm tù giam và buộc nộp phạt 500 đồng. Săm brăm là người dân tộc Chăm, là vị thủ lĩnh tổ chức lực lượng

đánh đuổi giặc Pháp, giành độc lập cho các dân tộc vùng Tây Nguyên và Phú Yên vào những năm 1935 [98].

** Thời kỳ từ khi Nhà nước Việt Nam dân chủ cộng hòa ra đời đến nay*

Thời kỳ này có thể chia làm hai giai đoạn chính căn cứ vào việc ban hành Bộ luật dân sự năm 1995. Sở dĩ lựa chọn thời điểm Bộ luật dân sự năm 1995 ra đời để phân chia giai đoạn là vì Bộ luật dân sự năm 1995 đánh dấu bước phát triển mới của pháp luật về dân sự ở Việt Nam và đánh dấu việc luật hóa nguyên tắc áp dụng tập quán trong đạo luật gốc của lĩnh vực dân sự.

- Giai đoạn trước khi có Bộ luật dân sự năm 1995:

Trong suốt thời kỳ lịch sử dài từ khi Việt Nam bước vào xây dựng nhà nước XHCN cho đến nay, Việt Nam luôn chú trọng xây dựng, hoàn thiện hệ thống pháp luật. Tại nhiều giai đoạn phát triển của nhà nước, việc hoàn thiện pháp luật không loại trừ sự thừa nhận vai trò nguồn bổ trợ của tập quán.

Ngay từ khi Việt Nam Dân chủ cộng hòa tuyên ngôn độc lập vào năm 1945, Chủ tịch Hồ Chí Minh cùng với các cơ quan nhà nước có thẩm quyền đã kịp thời ban hành những văn bản cần thiết để đảm bảo cho nhà nước quản lý xã hội bằng pháp luật. Đồng thời, Việt Nam cũng giữ lại nhiều quy định của chế độ cũ còn phù hợp với điều kiện và đòi hỏi của nhà nước kiểu mới, đặc biệt là những quy định về lĩnh vực hôn nhân, gia đình, dân sự và nhiều quy định trong số này thừa nhận tập quán. Trong nhiều văn bản quy phạm pháp luật của Nhà nước ta thời kỳ này, tập quán luôn được dành một ví trị phù hợp. Ví dụ Hiến pháp năm 1959 tại Điều 3 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."* Luật hôn nhân và gia đình năm 1959 - một trong những văn bản Luật đầu tiên trong lĩnh vực dân sự của Việt Nam Dân chủ Cộng hòa - tại Điều 9 cho phép: *"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"*.

Trong giai đoạn này, khoảng thời gian từ năm 1954 đến 1975, vì hoàn cảnh lịch sử, Việt Nam tạm thời bị chia cắt làm hai miền. Miền Nam với sự tồn tại của chính quyền Việt Nam Cộng hòa đã xây dựng một hệ thống pháp luật theo mô hình

pháp luật Pháp [84, tr.509]. Hệ thống pháp luật này thừa nhận vai trò nguồn bổ trợ của tập quán. Điều này thể hiện tại nhiều văn bản quy phạm pháp luật của chính quyền Việt Nam Cộng hòa, *ví dụ*, tại Điều 9 của Bộ Dân luật 1972 Quyển 1 quy định: *Gặp trường hợp không có điều luật nào có thể dẫn dụng, thẩm phán sẽ quyết định theo tục lệ*.

Từ khi Miền Nam hoàn toàn giải phóng, đất nước được thống nhất, việc hoàn thiện hệ thống pháp luật được chú trọng. Tuy nhiên, giai đoạn từ năm 1975 đến năm 1986, do chủ quan, nóng vội nên việc xây dựng hệ thống pháp luật còn có nhược điểm, yếu kém. Pháp luật giai đoạn này chịu sự ảnh hưởng của hệ thống pháp luật Xô-Viết và các nước XHCN. Hệ thống pháp luật XHCN nói chung là hệ thống pháp luật có xu hướng tuyệt đối hóa vai trò của văn bản quy phạm pháp luật. Chính điều này đã làm cho Việt Nam gặp nhiều khó khăn trong việc Nhà nước quản lý, điều chỉnh các quan hệ xã hội bằng pháp luật khi mà hệ thống pháp luật chưa thực sự hoàn thiện. Những văn bản quy phạm pháp luật được ban hành giai đoạn này không thể hiện nguyên tắc thừa nhận vai trò bổ trợ của tập quán đối với pháp luật.

Từ sau năm 1986, đặc biệt là từ năm 1992, với sự ra đời của Hiến pháp 1992 và sau đó là hàng loạt các bộ luật, luật, các văn bản dưới luật, hệ thống pháp luật ngày càng trở nên hoàn thiện, việc thừa nhận vai trò bổ trợ cho pháp luật của tập quán càng ngày càng trở nên rõ nét.

Trên bình diện chung, văn bản phải kể đến đầu tiên là Hiến pháp 1992 (sửa đổi, bổ sung năm 2001). Tại Điều 5 Hiến pháp khẳng định đối với Việt Nam, các dân tộc cùng sinh sống trên đất nước *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*. Như vậy, thông qua văn bản quy phạm pháp luật có giá trị pháp lý cao nhất, Nhà nước đã khẳng định chính sách tôn trọng, thừa nhận, giữ gìn, phát huy những tập quán tốt đẹp của các dân tộc trong đại gia đình các dân tộc Việt Nam. Đây chính là cơ sở pháp lý quan trọng để các văn bản luật và các văn bản quy phạm pháp luật khác xây dựng nên cơ chế đảm bảo áp dụng tập quán với vai trò nguồn của pháp luật ở Việt Nam.

- *Giai đoạn từ khi có Bộ luật dân sự năm 1995 đến nay:*

Cùng với Bộ luật dân sự năm 1995, hàng loạt văn bản quy phạm pháp luật khác trong các lĩnh vực của đời sống như dân sự, hôn nhân và gia đình, thương mại, môi trường v.v.. đều thể hiện nguyên tắc cho phép áp dụng tập quán. Cơ sở pháp lý của việc áp dụng tập quán vì vậy rất phong phú.

Theo trình tự thời gian, văn bản đầu tiên cần được nhắc đến ở đây là Bộ luật dân sự năm 1995 và Nghị định 60/CP ngày 6-6-1997 hướng dẫn phần VII, Bộ luật dân sự năm 1995. Tiếp theo sau đó là Luật hôn nhân và gia đình năm 2000. Tại Điều 6 của Luật nêu rõ: "*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*". Để hướng dẫn cụ thể hơn, Chính phủ đã ban hành 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. Tại Điều 2 Nghị định này khẳng định:

> 1. 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; 2. 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.

Điều 3 Bộ Luật dân sự năm 2005 ghi nhận nguyên tắc: "*Trong trường hợp pháp luật không quy định và các bên không có thoả thuận thì có thể áp dụng tập quán… Tập quán (…) không được trái với những nguyên tắc quy định trong Bộ luật này*". Ngoài Điều 3 Bộ luật dân sự năm 2005 còn có nhiều quy định khác cho phép áp dụng tập quán hoặc lựa chọn giữa tập quán và sự thỏa thuận của các bên trong các quan hệ dân sự.

Điều 5 Luật thương mại năm 2005 nêu những trường hợp áp dụng tập quán thương mại là: "*1. Trường hợp điều ước quốc tế mà Cộng hoà XHCN Việt Nam là thành viên có quy định áp dụng (…) tập quán thương mại quốc tế (…) thì áp dụng*

quy định của điều ước quốc tế đó; 2. Các bên trong giao dịch thương mại có yếu tố nước ngoài được thoả 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». Điều 235 Luật thương mại năm 2005 khi quy định về quyền, nghĩa vụ của người kinh doanh dịch vụ logistics khẳng định, khi thực hiện việc vận chuyển hàng hóa, thương nhân kinh doanh dịch vụ này phải tuân thủ các quy định của pháp luật và tập quán vận tải.

Tiếp tục thể hiện nguyên tắc coi tập quán làm nguồn bổ trợ cho pháp luật, Luật hôn nhân và gia đình năm 2014 ghi nhận và quy định một cách hoàn thiện hơn vấn đề áp dụng tập quán để điều chỉnh quan hệ hôn nhân, gia đình.

Nếu tiếp cận từ góc độ pháp luật tố tụng, mặc dù trong Bộ luật tố tụng dân sự và các văn bản hướng dẫn thi hành không đưa ra nguyên tắc áp dụng tập quán, song tại Điều 82 và 83 của Bộ luật này cũng như Điều 1 của Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Bộ luật tố tụng dân sự cho phép xác định nguồn của chứng cứ là tập quán, "*tập quán được coi là chứng cứ nếu được cộng đồng nơi có tập quán đó thừa nhận*". Quy định này được Hội đồng Thẩm phán TAND Tối cao giải thích rõ thêm qua Nghị quyết số 04/2012/NQ-HĐTP ngày 03 tháng 12 năm 2012 *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.* Nghị quyết nêu: nguồn của chứng cứ là tập quán nếu được cộng đồng nơi có tập quán đó thừa nhận.

Từ quy định trên, cần phân biệt vai trò tập quán với tư cách nguồn của pháp luật và với tư cách nguồn của chứng cứ. Trong lĩnh vực dân sự, tập quán là nguồn của pháp luật, tức là, tập quán có thể được coi như pháp luật, tham gia điều chỉnh các quan hệ dân sự. Còn trong lĩnh vực tố tụng dân sự, tập quán không phải là nguồn của pháp luật. Có nghĩa là, trong tố tụng dân sự, TAND không thể căn cứ vào tập quán để tiến hành quy trình, thủ tục. Mọi hoạt động tố tụng dân sự đều phải theo Bộ luật tố tụng dân sự và các văn bản lên quan. Tuy nhiên, trong quá trình giải quyết vụ việc dân sự, khi cần chứng cứ, Tòa án có thể có nhiều nguồn chứng cứ. Một trong số các nguồn của chứng cứ là tập quán. Đối với lĩnh vực tố tụng dân sự, tập quán là nguồn chứng cứ chứ không phải là nguồn của pháp luật tốt tụng.

Văn bản quy phạm pháp luật có nhiều điều khoản về áp dụng tập quán nhất hiện nay phải kể đến Bộ luật dân sự năm 2005. Ngoài Điều 3 ghi nhận nguyên tắc, có nhiều điều khoản khẳng định vai trò của tập quán như: *i)* áp dụng tập quán điều chỉnh quan hệ nhân thân. Trong số những quyền nhân thân được Bộ luật dân sự năm 2005 ghi nhận, bảo vệ thì quyền xác định dân tộc là quyền có sự tham gia điều chỉnh của tập quán pháp, thể hiện tại khoản 1 Điều 28; *ii)* áp dụng tập quán trong một số vấn đề liên quan đến giao dịch dân sự như: giải thích giao dịch dân sự (bao gồm cả hợp đồng dân sự), hình thức giao dịch hụi (họ), giao dịch thuê tài sản quy định tại khoản 1 Điều 126, khoản 4 Điều 409, khoản 1 Điều 479, khoản 1 Điều 485, khoản 1 Điều 489; *iii)*, áp dụng tập quán trong vấn đề xác lập quyền sở hữu chung, hình thành, quản lý, sử dụng, định đoạt tài sản chung của cộng đồng, quy định tại Điều 215, Điều 220; *iv)*, áp dụng tập quán xác định nghĩa vụ dân sự, gồm: *nghĩa vụ tôn trọng ranh giới giữa các bất động sản, nghĩa vụ bồi thường thiệt hại do súc vật gây ra* và *nghĩa vụ tài sản liên quan đến thừa kế* quy định tại khoản 1 Điều 265, khoản 4 Điều 625, Điều 683; *v)* vấn đề tập quán quốc tế. Tại khoản 4 Điều 759 của Bộ luật dân sự năm 2005, nguyên tắc áp dụng tập quán quốc tế được quy định như sau:

> 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 XHCN Việt Nam, điều ước quốc tế mà Cộng hoà XHCN 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 XHCN Việt Nam.

Ngoài những văn bản quy phạm pháp luật nêu trên, còn có rất nhiều văn bản quy phạm pháp luật cho phép áp dụng tập quán quốc tế trong quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài. *Chẳng hạn như,* Bộ luật hàng hải năm 2005 tại Điều 4 quy định trong các quan hệ hợp đồng có ít nhất một bên là tổ chức hoặc cá nhân nước ngoài thì: "có quyền thỏa thuận áp dụng tập quán hàng hải quốc tế". Luật chuyển giao công nghệ năm 2006 tại Điều 4 cho phép hoạt động chuyển giao công nghệ có yếu tố nước ngoài thì các bên được thỏa thuận về việc áp dụng tập quán thương mại

quốc tế. Pháp lệnh ngoại hối năm 2005 (sửa đổi, bổ sung năm 2013) cũng cho phép áp dụng tập quán trong trường hợp hoạt động ngoại hối mà pháp luật Việt Nam chưa có quy định với điều kiện việc áp dụng đó không trái nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam.

Các bảng dưới đây là sự hệ thống các quy định pháp luật cho phép áp dụng tập quán trong lĩnh vực dân sự theo nghĩa rộng:

Bảng 2.1: Các quy định pháp luật cho phép áp dụng tập quán trong quan hệ dân sự, theo Bộ luật dân sự năm 2005

TT	Cơ sở pháp lý	Trường hợp áp dụng
1	Điều 3	Áp dụng khi pháp luật không quy định và các bên không có thỏa thuận
2	Điều 8	Trong xác lập, thực hiện quyền, nghĩa vụ dân sự
3	Điều 28	Xác định dân tộc cho con khi cha, mẹ khác nhau về dân tộc
4	Điều 126	Áp dụng giải thích giao dịch dân sự
5	Điều 215	Khi xác lập quyền sở hữu chung
6	Điều 220	Hình thành, quản lý, sử dụng, định đoạt tài sản chung của cộng đồng
7	Điều 242	Bảo vệ quyền sở hữu đối với gia súc thả rông
8	Điều 265	Xác định ranh giới giữa các bất động sản liền kề
9	Điều 409	Giải thích hợp đồng dân sự
10	Điều 479	Giao dịch hụi, họ, biêu, phường
11	Điều 485	Nghĩa vụ bảo đảm giá trị sử dụng của tài sản thuê đối với những hư hỏng nhỏ
12	Điều 489	Về thời hạn trả tiền thuê tài sản
13	Điều 625	Bồi thường thiệt hại do súc vật thả rông theo tập quán gây ra
14	Điều 683	Xác định các khoản chi phí hợp lý liên quan đến mai táng trong thứ tự ưu tiên thanh toán các nghĩa vụ liên quan đến thừa kế
15	Điều 749	Trong quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài không được Bộ luật dân sự, các văn bản pháp luật khác của Cộng hoà XHCN Việt Nam, điều ước quốc tế mà Cộng hoà XHCN Việt Nam là thành viên hoặc hợp đồng dân sự giữa các bên điều chỉnh thì áp dụng tập quán quốc tế.

Bảng 2.2: Các quy định pháp luật cho phép áp dụng tập quán trong quan hệ thương mại theo Luật thương mại năm 2005

TT	Cơ sở pháp lý	Trường hợp áp dụng
1	Điều 5	Trường hợp điều ước quốc tế mà Cộng hoà XHCN Việt Nam là thành viên có quy định áp dụng tập quán thương mại quốc tế Trường hợp các bên trong giao dịch thương mại có yếu tố nước ngoài thoả thuận áp dụng tập quán thương mại quốc tế không trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam
2	Điều 13	Trường hợp pháp luật không có quy định, các bên không có thoả 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.
3	Điều 235	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.
4	Điều 237	Miễn trách nhiệm đối với thương nhân kinh doanh dịch vụ logistics trong trường hợp miễn trách nhiệm theo tập quán vận tải
5	Điều 292	Các biện pháp chế tài trong thương mại có thể do các bên thỏa thuận nhưng không được trái với tập quán quốc tế

Bảng 2.3: Các quy định pháp luật cho phép áp dụng tập quán trong các lĩnh vực chuyên ngành của kinh doanh - thương mại

TT	Cơ sở pháp lý	Trường hợp áp dụng
1	Điều 4 Bộ luật hàng hải 2005	Trong các quan hệ hợp đồng có ít nhất một bên là tổ chức hoặc cá nhân nước ngoài thì có quyền thỏa thuận áp dụng tập quán hàng hải quốc tế
2	Điều 4 Luật chuyển giao công nghệ năm 2006	Hoạt động chuyển giao công nghệ có yếu tố nước ngoài thì các bên được thỏa thuận về việc áp dụng tập quán thương mại quốc tế.
3	Pháp lệnh ngoại hối năm 2005 (sửa đổi bổ sung năm 2013)	Hoạt động ngoại hối mà pháp luật Việt Nam chưa có quy định thì được quyền áp dụng tập quán quốc tế với điều kiện việc áp dụng đó không trái nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam.

Bảng 2.4: Các quy định pháp luật cho phép áp dụng tập quán trong quan hệ hôn nhân và gia đình theo Luật hôn nhân và gia đình năm 2000 (trong bảng này gọi là Luật năm 2000) và Luật hôn nhân và gia đình năm 2014 (trong bảng này gọi là Luật năm 2014)

TT	Cơ sở pháp lý	Trường hợp áp dụng	Cơ sở pháp lý	Trường hợp áp dụng
1	Điều 6 Luật năm 2000	Những phong tục, tập quán thể hiện bản sắc của mỗi dân tộc mà không trái với những nguyên tắc quy định tại Luật hôn nhân và gia đình thì được tôn trọng và phát huy	Điều 7 Luật năm 2014	Trong trường hợp pháp luật không quy định và các bên không có thỏa thuận thì tập quán tốt đẹp thể hiện bản sắc của mỗi dân tộc, không trái với nguyên tắc quy định tại Điều 2 và không vi phạm điều cấm của Luật này được áp dụng.
2	Điều 100 Luật năm 2000	Nhà nước 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.	Điều 121 Luật năm 2014	Nhà nước Cộng hòa XHCN 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.

2.1.2.2. Áp dụng tập quán với tư cách là nguồn của pháp luật ở các quốc gia trên thế giới

Hiện nay trên thế giới có nhiều quốc gia, mỗi quốc gia có một hệ thống pháp luật riêng, thậm chí có những quốc gia có thể có hơn một hệ thống pháp luật (trong các quốc gia liên bang, quốc gia có khu vực tự trị...), tuy nhiên, nhiều quốc gia trên thế giới trước đây và hiện nay thừa nhận vai trò của tập quán, sau đây là một số minh họa cụ thể:

Tại một số quốc gia Châu Á:

Thái Lan là một quốc gia láng giềng của Việt Nam với nhiều nét tương đồng về văn hóa và tập quán. Tại quốc gia này, Bộ luật dân sự và thương mại quy định: "*Luật phải được áp dụng đối với tất cả các vụ việc nằm trong phạm vi chữ và nghĩa của bất kỳ quy định nào của nó. Khi không có quy định có thể áp dụng, vụ việc phải được quyết định phù hợp với tập quán địa phương*" (Điều 4). Như vậy, theo quy định này, tập quán của địa phương sẽ được áp dụng trong trường hợp thiếu quy định trong Bộ luật, đây là biểu hiện của việc coi tập quán làm nguồn bổ trợ của pháp luật thành văn.

Đây là quy định có nhiều điểm tương đồng với quy định hiện hành ở Việt Nam về áp dụng tập quán trong quan hệ dân sự.

Nhật Bản là một quốc gia có Bộ luật dân sự và Bộ luật thương mại được ra đời từ rất sớm và có hiệu lực lâu dài. Bộ luật dân sự của Nhật quy định vợ chồng sau khi kết hôn phải lấy tên riêng của một người làm tên chung và tên được lấy là tên vợ hay chồng thì xác định theo tập quán (thường là tập quán lấy tên của chồng). Bộ luật thương mại của Nhật quy định: nếu một tranh chấp thương mại được đưa ra giải quyết thì trước hết áp dụng các quy định của Bộ luật này; nếu không có các quy định như vậy thì áp dụng tập quán thương mại; và nếu không có một tập quán như vậy thì áp dụng các quy định của Bộ luật dân sự [99].

Quy định này vừa có điểm tương đồng vừa có điểm khác biệt so với các quy định về áp dụng tập quán hiện hành tại Việt Nam. Sự tương đồng thể hiện ở việc cho phép áp dụng tập quán thương mại khi Bộ luật thương mại không quy định. Sự khác biệt là trong quan hệ hôn nhân và gia đình, việc lấy tên vợ chồng trong thời kỳ hôn nhân được pháp luật quy định áp dụng tập quán. Ở Việt Nam, vấn đề tương tự là lựa chọn dân tộc cho con khi cha mẹ khác nhau về dân tộc, Bộ luật dân sự cho phép theo tập quán hoặc theo sự lựa chọn của cha mẹ.

Tại một số quốc gia Châu Âu:

Nhiều quốc gia ở châu lục này coi tập quán đóng vai trò nguồn bổ trợ hay là nguồn ngang bằng với văn bản quy phạm pháp luật, thậm chí có quốc gia còn đặt tập quán ở vị trí ưu trội so với văn bản quy phạm pháp luật.

Cụ thể, tại Italia và Áo, tập quán chỉ được áp dụng khi các quy định trong các đạo luật xác định rõ ràng về vấn đề này. So sánh với Việt Nam hiện nay cho thấy, khả năng áp dụng tập quán trong pháp luật Việt Nam rộng rãi hơn so với pháp luật Italia và Áo.

Ở Đức, Thụy Sĩ và Hy Lạp có khuynh hướng coi văn bản lập pháp và tập quán là hai loại nguồn pháp luật ngang bằng nhau, tức là, tập quán có vị trí cao chứ không phải chỉ là nguồn bổ trợ của pháp luật. Pháp luật của Đức quy định ưu tiên áp dụng tập quán trong một số trường hợp trên cả luật thành văn. Đối với Tây Ban Nha, trong lĩnh vực dân sự, Bộ luật dân sự không áp dụng đối với những vấn đề đã

được luật tập quán địa phương điều chỉnh [99]. Những quy định này cho thấy trong nhiều trường hợp, khi điều chỉnh các quan hệ dân sự, tập quán ưu trội hơn quy định do Nhà nước đặt ra trong các văn bản quy phạm pháp luật, đây là sự khác biệt so với quy định hiện hành của Việt Nam.

Tại một số quốc gia ở Châu Mỹ và Châu Phi:

Châu Phi là châu lục hiện còn nhiều quốc gia coi trọng vai trò của tập quán trong điều chỉnh các quan hệ xã hội. Thậm chí, nhiều tranh chấp trong xã hội luôn có xu hướng giải quyết hiệu quả thông qua những tập quán của cộng đồng. Còn đối với Mỹ, trong lĩnh vực dân sự nói chung, kinh doanh thương mại nói riêng, ngoài việc chú trọng hoàn thiện hệ thống pháp luật thông qua các quy phạm thành văn và án lệ thì quốc gia này còn cho phép áp dụng tập quán, thói quen ứng xử và thỏa thuận giữa các bên. Đây là vấn đề mà Việt Nam cần nghiêm túc nghiên cứu để đưa ra những quy định pháp luật phù hợp trong lĩnh vực thương mại - đặc biệt là thương mại quốc tế, nhất là trong bối cảnh toàn cầu hóa và hội nhập như hiện nay.

Từ thực tiễn này cho thấy:

Thứ nhất, tập quán được nhận thức, thừa nhận, áp dụng như một loại nguồn của pháp luật đối với nhiều quốc gia trên thế giới không phải chỉ trong lịch sử, mà đã trở thành vấn đề mang tính quy luật, mặc dù cách thức, mức độ có thể không hoàn toàn giống nhau.

Trong thời kỳ nhà nước mới xuất hiện, việc nhận thức, thừa nhận và áp dụng tập quán làm nguồn của pháp luật là tất yếu, bởi vì nhà nước không thể ngay lập tức ban hành được đầy đủ các quy phạm thành văn để điều chỉnh mọi quan hệ xã hội cần thiết. Cùng với thời gian, nhà nước ngày càng củng cố được hệ thống pháp luật thành văn, vai trò của tập quán đối với việc bổ trợ cho pháp luật thành văn cũng vì thế thay đổi, nhưng không phải là mất đi. Trên thế giới nổi lên hai xu hướng: có những quốc gia không quá chú trọng vào việc thay thế tập quán bằng văn bản quy phạm pháp luật, miễn là tập quán điều chỉnh các quan hệ xã hội phát triển phù hợp với mục tiêu của nhà nước; có những quốc gia rất chú trọng vào tính hoàn chỉnh của hệ thống pháp luật thành văn nên sẽ thay thế tập quán pháp bằng văn bản khi đủ điều kiện. Song, có một thực tế khách quan là, dù cho nhà nước có cố gắng hoàn thiện pháp luật nhanh chóng và hiệu quả bao nhiêu, thì pháp luật vẫn luôn mang đặc điểm

là ghi nhận và điều chỉnh các quan hệ xã hội, chủ yếu đi sau các quan hệ xã hội. Khi một quan hệ xã hội mới, một hiện tượng xã hội mới xuất hiện, chúng hầu hết đều chưa có pháp luật điều chỉnh. Trong khi đó, tập quán với tư cách là loại quy tắc xử sự theo thói quen, thì thường đã quy phạm hóa được cách xử sự phù hợp cho quan hệ xã hội, hiện tượng xã hội mới đó. Tập quán vì vậy là loại quy tắc xử sự không thể thay thế và là loại quy tắc xử sự hỗ trợ pháp luật thành văn một cách hữu hiệu khi pháp luật thành văn chưa hoàn thiện và cả khi pháp luật thành văn đã tương đối hoàn thiện song các quan hệ xã hội còn vận động, biến đổi, phát sinh và phát triển.

Cũng từ vấn đề mang tính tất yếu trên và từ những xu hướng khác nhau ở từng quốc gia, từng thời kỳ, việc nhìn nhận tầm quan trọng của tập quán trong hệ thống pháp luật của mỗi quốc gia có thể thay đổi theo thời gian. *Chẳng hạn* như đối với nhóm hầu hết các nước ở châu Âu hoặc châu Mỹ (gồm các nước châu Âu; các nước ở châu lục khác như: Úc, Niu-di-lân, Nam Phi, Ixrael; các nước châu Mỹ - trừ Cu Ba), trong giai đoạn hiện nay thì tập quán chỉ đóng vai trò *thứ yếu* trong nguồn của pháp luật (thứ yếu ở đây là muốn nhấn mạnh đến số lượng các quan hệ xã hội mà tập quán điều chỉnh và được nhà nước đảm bảo thực hiện ít hơn so với các loại nguồn khác, chứ không phải là ở mức độ quan trọng của các quan hệ xã hội mà nhà nước thừa nhận sự điều chỉnh mang tính pháp lý của tập quán), trong khi có những thời kỳ khác trong lịch sử thì các nước này được xếp vào nhóm theo hệ thống pháp luật Châu Âu lục địa và được đánh giá: coi tập quán là loại nguồn thứ nhất về mặt lý thuyết, song trong thực tiễn lại coi thường tập quán. Cụ thể như ở Anh, tập quán dù đóng vai trò thứ yếu, nhưng tập quán lại có thể điều chỉnh các quan hệ chính trị. Đối với các nước ở châu Phi và châu Á, cơ cấu pháp luật có sự tồn tại đan xen, ảnh hưởng lẫn nhau giữa pháp luật truyền thống và pháp luật hiện đại. Tại nhiều nước châu Phi, pháp luật truyền thống được hình thành chủ yếu từ tập quán, nhưng trong nhiều trường hợp chịu sự ảnh hưởng của pháp luật Hồi giáo hoặc pháp luật Hin-đu, pháp luật hiện đại được hình thành chủ yếu theo mô hình pháp luật phương Tây. Pháp luật truyền thống thường điều chỉnh các vấn đề về gia đình, đất đai và đang dần thay đổi vì công tác pháp điển hóa, pháp luật hiện đại chủ yếu điều chỉnh về đô thị, kinh tế, hành chính. Các nước châu Á cũng có hiện tượng tương tự, tức là sự ảnh hưởng của tập quán lên pháp luật là rất lớn, đặc biệt trong những lĩnh vực pháp luật về dân sự như gia đình, đất đai, hôn nhân, dân sự... *Ví dụ như* ở Trung Quốc,

nhiều lĩnh vực của đời sống vẫn nằm ngoài phạm vi điều chỉnh của pháp luật do có sự điều chỉnh của tập quán đúng như truyền thống của nước này.

Thứ hai, việc nhận thức, thừa nhận tập quán (gồm tập quán dân gian lâu đời và những tập quán mới xuất hiện) như một trong những loại nguồn pháp luật ngày càng được khẳng định ngay cả trong xã hội hiện đại, đặc biệt là những lĩnh vực luật tư nói chung, pháp luật dân sự nói riêng.

Sở dĩ tập quán có vai trò đặc biệt trong lĩnh vực luật tư vì khác với luật công, luật tư điều chỉnh vai trò giữa các tổ chức, cá nhân trong xã hội không mang yếu tố công quyền. Trong khi các chủ thể công quyền bị chi phối bởi nguyên tắc trong tổ chức và hoạt động là *chỉ được làm những gì pháp luật cho phép* thì các chủ thể của luật tư gần như được hoạt động theo nguyên tắc *được làm tất cả những gì pháp luật không cấm*. Nghĩa là, các cá nhân, tổ chức trong quan hệ pháp luật tư được quyền thiết lập những quan hệ xã hội mà không vi phạm điều cấm của pháp luật. Do thực tiễn cuộc sống phong phú, xã hội sẽ luôn xuất hiện những hành vi, những quan hệ xã hội mà pháp luật không cấm, song lại chưa được quy định chi tiết, quy tắc xử sự điều chỉnh chúng chưa được thể chế hóa. Xã hội càng phát triển thì các loại quan hệ xã hội này càng xuất hiện nhiều (*ví dụ* như quan hệ giữa người với người liên quan tới những loại tài sản đặc biệt như *tài sản ảo trên mạng internet,* mồ mả, quyền tài sản đối với việc khai thác vùng biển xa bờ...; hay các giá trị nhân thân đặc biệt như *trinh tiết, tuổi thanh xuân*...). Để điều chỉnh chúng, việc thừa nhận tập quán phù hợp, coi như là nguồn của pháp luật trở thành một giải pháp hết sức hữu hiệu, vì ngay khi các quan hệ này xuất hiện thì trong cộng đồng dân cư đều đã có cách xử sự hợp lý và chúng dần trở thành thói quen, trở thành tập quán. Vì vậy, tập quán không chỉ là những quy tắc xử sự hình thành từ xa xưa, mà còn là những quy tắc xử sự mới xuất hiện trong điều kiện kinh tế - xã hội mới.

Hơn nữa, tập quán không chỉ bó hẹp trong phạm vi một quốc gia, mà trong bối cảnh toàn cầu hóa và hội nhập, trong nhiều lĩnh vực của đời sống, khi diễn ra các quan hệ xã hội dân sự mang tính quốc tế, các nhà nước ngoài việc sử dụng công cụ điều ước song phương, đa phương còn thừa nhận tập quán quốc tế để điều chỉnh. *Chẳng hạn như,* trong lĩnh vực kinh doanh - thương mại quốc tế, nhiều tập quán quốc tế điều chỉnh hoạt động kinh doanh, thương mại được hầu hết các quốc gia

chấp thuận áp dụng như: Bộ tập quán quốc tế do ICC ban hành điều chỉnh về L/C được 174 nước thành viên của ICC tuyên bố áp dụng (trong đó có Việt nam). Trong lĩnh vực môi trường, có nhiều tập quán quốc tế về môi trường được áp dụng v.v..

Thứ ba, việc đề cao vai trò của một loại nguồn nào đó trong pháp luật của từng quốc gia đều có những ưu điểm và hạn chế nhất định, việc thừa nhận tập quán hay không thừa nhận tập quán làm nguồn pháp luật cũng vậy. Đối với những quốc gia coi tập quán là nguồn cơ bản, thì vì do tập quán đã được hình thành từ lâu đời và là sự đúc kết kinh nghiệm từ nhân dân nên hệ thống pháp luật đó thường là đầy đủ, có tính thực tiễn. Tuy nhiên, pháp luật ở những quốc gia này có thể có hiện tượng tồn tại các quy định không rõ ràng, chính xác và kém linh hoạt, thậm chí khó nắm bắt về mặt bản chất do tập quán vốn dĩ phong phú, đa dạng. Đối với những quốc gia coi văn bản quy phạm pháp luật là nguồn cơ bản thì pháp luật sẽ có tính linh hoạt, tính mở, tính năng động. Tuy vậy, giả sử quá nhấn mạnh vai trò của văn bản quy phạm pháp luật, không thừa nhận bất kỳ loại nguồn nào khác, sẽ dễ xảy ra hiện tượng thiếu quy phạm pháp luật để điều chỉnh các quan hệ xã hội cần thiết nhằm đảm bảo trật tự xã hội.

2.2. KHÁI NIỆM, ĐẶC ĐIỂM, NGUYÊN TẮC, QUY TRÌNH, THỦ TỤC ÁP DỤNG TẬP QUÁN TRONG GIẢI QUYẾT CÁC VỤ VIỆC DÂN SỰ CỦA TÒA ÁN NHÂN DÂN Ở VIỆT NAM HIỆN NAY

2.2.1. Vụ việc dân sự và thẩm quyền, nguyên tắc, thủ tục giải quyết các vụ việc dân sự của Tòa án nhân dân ở Việt Nam hiện nay

Theo quy định pháp luật hiện hành, vụ việc dân sự là thuật ngữ dùng chỉ hai đối tượng, gồm: *vụ án dân sự* và *việc dân sự.*

Vụ án dân sự - một trong những đối tượng của hoạt động giải quyết vụ việc dân sự của TAND - là những tranh chấp phát sinh từ các quan hệ pháp luật dân sự theo nghĩa rộng (gồm tranh chấp về dân sự, hôn nhân và gia đình, kinh doanh, thương mại, lao động) do cá nhân, cơ quan, tổ chức yêu cầu Tòa án giải quyết và đã được Tòa án thụ lý.

Việc dân sự cũng là đối tượng của hoạt động giải quyết vụ việc dân sự của TAND. *Việc dân sự* là việc cá nhân, cơ quan, tổ chức không có tranh chấp, nhưng có yêu cầu Toà án công nhận hoặc không công nhận một sự kiện pháp lý là căn cứ làm

phát sinh quyền, nghĩa vụ dân sự, hôn nhân và gia đình, kinh doanh, thương mại, lao động của mình hoặc của cá nhân, cơ quan, tổ chức khác; yêu cầu Toà án công nhận cho mình quyền về dân sự, hôn nhân và gia đình, kinh doanh, thương mại, lao động.

Theo đó, TAND các cấp ở Việt Nam có thẩm quyền căn cứ vào các quy định của pháp luật, thực hiện các hoạt động tố tụng để giải quyết các vụ án dân sự và việc dân sự.

Hiện nay ở Việt Nam, thẩm quyền giải quyết vụ việc dân sự ngoài thuộc về TAND còn được xã hội hóa một phần cho Trọng tài thương mại và một số tranh chấp về đất đai được giao cho UBND. Để phân biệt hoạt động giải quyết tranh chấp của UBND, của Trọng tài thương mại với hoạt động giải quyết vụ việc dân sự của TAND, có thể dựa vào những đặc điểm sau:

Thứ nhất, về chủ thể, hoạt động giải quyết vụ việc dân sự của TAND được thực hiện bởi các cơ quan tiến hành tố tụng và người tiến hành tố tụng. Theo Điều 39 của Bộ luật tố tụng dân sự năm 2005, cơ quan tiến hành tố tụng gồm: TAND, Viện kiểm sát nhân dân; người tiến hành tố tụng gồm: Chánh án Toà án, Thẩm phán, Hội thẩm nhân dân, Thư ký Toà án; Viện trưởng Viện kiểm sát, Kiểm sát viên. Hoạt động giải quyết tranh chấp của Trọng tài thương mại do Trọng tài viên thực hiện. Đối với các tranh chấp đất đai không thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án thì chủ thể sẽ là UBND và UBND không gọi là cơ quan tiến hành tố tụng.

Thứ hai, về đối tượng, hoạt động là giải quyết các vụ việc dân sự của TAND gồm giải quyết các vụ án dân sự và việc dân sự (gồm vụ án và việc dân sự, hôn nhân và gia đình, kinh doanh, thương mại, lao động). Tuy nhiên, nếu các tranh chấp đó là về đất đai thì TAND chỉ có thẩm quyền giải quyết tranh chấp quyền sử dụng đất đã có giấy chứng nhận quyền sử dụng đất hoặc có một trong các loại giấy tờ mà Luật đất đai hiện hành quy định tại khoản 1, 2, 5 Điều 50 và tranh chấp về tài sản gắn liền với đất, về hậu quả giao dịch vô hiệu. Các tranh chấp về đất đai khác thuộc thẩm quyền của UBND. Cũng là giải quyết tranh chấp về dân sự theo nghĩa rộng, song đối tượng của hoạt động giải quyết tranh chấp của Trọng tài thương mại chỉ gồm các tranh chấp về kinh doanh - thương mại và các tranh chấp khác theo quy định của pháp luật.

Thứ ba, về cơ sở pháp lý để thực hiện hoạt động, TAND giải quyết các vụ việc dân sự phải tuân theo các quy định về thẩm quyền, trình tự, thủ tục, nguyên tắc… trong Bộ luật tố tụng dân sự và các văn bản liên quan, gọi chung là pháp luật về tố tụng dân sự. Trọng tài thương mại giải quyết các tranh chấp thuộc thẩm quyền sẽ căn cứ vào các quy định của pháp luật về tổ chức và hoạt động của Trọng tài thương mại. Thẩm quyền giải quyết tranh chấp đất đai của UBND thực hiện theo Luật Tổ chức HĐND và UBND, Luật Đất đai cùng các văn bản liên quan.

Thứ tư, về tính chất hoạt động của TAND là hoạt động tố tụng do cơ quan nhà nước thực hiện. Hoạt động của Trọng tài thương mại cũng là hoạt động tố tụng, song đó là tố tụng của chủ thể phi nhà nước. UBND thực hiện hoạt động giải quyết tranh chấp đất đai là thực hiện hoạt động quản lý.

Việc giải quyết vụ việc dân sự của TAND ở Việt Nam hiện nay được thực hiện trên cơ sở nhiều nguyên tắc hiến định và luật định, các nguyên tắc đó bao gồm:

+ Nguyên tắc bảo đảm pháp chế XHCN trong tố tụng dân sự: Theo đó, mọi tổ chức, cá nhân tiến hành tố tụng, tham gia tố tụng hoặc liên quan đều phải chấp hành pháp luật một cách nghiêm chỉnh, triệt để và thống nhất.

+ Nguyên tắc Hội thẩm nhân dân tham gia xét xử vụ án dân sự:

+ Nguyên tắc Thẩm phán và Hội thẩm nhân dân xét xử độc lập và chỉ tuân theo pháp luật;

+ Nguyên tắc xét xử tập thể;

+ Nguyên tắc xét xử công khai;

+ Nguyên tắc hai cấp xét xử, gồm xét xử sơ thẩm và phúc thẩm;

+ Nguyên tắc tự định đoạt của đương sự;

+ Nguyên tắc hòa giải trong tố tụng dân sự:

+ Nguyên tắc cung cấp chứng cứ và chứng minh trong tố tụng dân sự.

Thủ tục giải quyết vụ việc dân sự của TAND bao gồm thủ tục giải quyết vụ án dân sự và thủ tục giải quyết việc dân sự.

Thủ tục giải quyết vụ án dân sự gồm:

- Thủ tục giải quyết vụ án tại tòa án cấp sơ thẩm với các bước như: khởi kiện, thụ lý đơn kiện; hòa giải và chuẩn bị xét xử; tiến hành phiên tòa sơ thẩm;

- Thủ tục giải quyết vụ án tại tòa án cấp phúc thẩm: đây là thủ tục mà Toà án cấp trên trực tiếp xét xử lại vụ án khi bản án, quyết định của Toà án cấp sơ thẩm chưa có hiệu lực pháp luật bị kháng cáo hoặc kháng nghị.

- Thủ tục giám đốc thẩm, tái thẩm: Giám đốc thẩm là thủ tục xét lại bản án, quyết định của Toà án đã có hiệu lực pháp luật nhưng bị kháng nghị vì phát hiện có vi phạm pháp luật nghiêm trọng trong việc giải quyết vụ án. Tái thẩm là thủ tục xét lại bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật nhưng bị kháng nghị vì có những tình tiết mới được phát hiện có thể làm thay đổi cơ bản nội dung của bản án, quyết định mà Toà án, các đương sự không biết được khi Toà án ra bản án, quyết định đó.

Thủ tục giải quyết việc dân sự gồm có:

- Trình tự sơ thẩm;

- Trình tự phúc thẩm đối với trường hợp quyết định giải quyết việc dân sự bị kháng cáo, kháng nghị và phải được giải quyết theo thủ tục phúc thẩm.

2.2.2. Khái niệm áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc dân sự của Tòa án nhân dân ở Việt Nam

Trong phần nghiên cứu này, việc áp dụng tập quán được xác định là hoạt động của chủ thể có thẩm quyền để áp dụng tập quán như áp dụng một loại nguồn của pháp luật.

Trên cơ sở tổng quan về tập quán và cơ sở pháp lý của việc thừa nhận tập quán làm nguồn bổ trợ cho pháp luật có thể hiểu, *áp dụng tập quán* là hoạt động của cơ quan nhà nước có thẩm quyền, cá nhân, tổ chức được Nhà nước trao quyền, trong trường hợp pháp luật, xác định, lựa chọn và căn cứ vào các tập quán không trái đạo đức, phù hợp với quy định của pháp luật để tổ chức cho các chủ thể thực hiện quyền và nghĩa vụ pháp lý hoặc tự mình căn cứ vào tập quán, ra các quyết định làm phát sinh, thay đổi, đình chỉ hoặc chấm dứt quan hệ pháp luật.

Áp dụng tập quán được thực hiện bởi nhiều loại chủ thể có thẩm quyền. Đó có thể là cơ quan nhà nước hoặc cá nhân, tổ chức được nhà nước trao quyền. Tuy vậy, thẩm quyền áp dụng tập quán không phải là mặc nhiên, mà nó phụ thuộc vào việc nhà nước cho phép hay không. Ở Việt Nam hiện nay, trong nhiều lĩnh vực, các chủ thể có thẩm quyền áp dụng pháp luật cũng đồng thời có thể áp dụng tập quán làm nguồn bổ trợ cho pháp luật. *Ví dụ n*hư UBND cấp xã căn cứ vào tập quán để

xác định dân tộc của người con, ghi vào giấy khai sinh, trong trường hợp cha và mẹ của người con đó khác nhau về dân tộc và họ không có thỏa thuận lựa chọn dân tộc cho con [53]. Trọng tài thương mại có thể áp dụng tập quán để phán quyết trong một tranh chấp kinh doanh - thương mại. Hay như việc TAND căn cứ vào tập quán để ra phán quyết về một tranh chấp trong trường hợp pháp luật không điều chỉnh... Thông qua việc áp dụng tập quán, các quan hệ pháp luật sẽ được phát sinh, thay đổi hoặc chấm dứt; các tranh chấp sẽ được giải quyết. Áp dụng tập quán thuộc thẩm quyền của nhiều chủ thể, với phạm vi tác động không hoàn toàn giống nhau.

Theo đó, có thể định nghĩa: *Áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc dân sự của TAND là hoạt động của TAND các cấp căn cứ vào những tập quán không trái đạo đức, phù hợp với quy định của pháp luật để giải quyết vụ việc dân sự.*

2.2.3. Đặc điểm áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc dân sự của Tòa án nhân dân ở Việt Nam

Áp dụng tập quán trong giải quyết vụ việc dân sự của TAND là vấn đề đã có sự giới hạn về chủ thể và phạm vi. Về chủ thể, đây là hành vi của TAND các cấp. Về phạm vi, đây là hoạt động áp dụng tập quán để giải quyết vụ việc dân sự.

Đặc điểm về chủ thể: Chủ thể của hoạt động áp dụng tập quán nghiên cứu trong luận án này là TAND các cấp. Hiến pháp năm 1992 (sửa đổi, bổ sung 2001) và Luật Tổ chức TAND năm 2002 của ở nước Cộng hòa XHCN Việt Nam quy định TAND ở Việt Nam gồm: TAND tối cao; các TAND tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương; các TAND huyện,quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh; các Tòa án quân sự; các Tòa án khác do luật định. Ngoài ra, trong tình hình đặc biệt, Quốc hội có thể quyết định thành lập Tòa án đặc biệt. Trong số các Tòa án nêu trên, thẩm quyền giải quyết các vụ việc dân sự theo Luật định hiện nay không thuộc về Tòa án quân sự và Tòa án đặc biệt.

Đặc điểm về phạm vi: Phạm vi áp dụng tập quán ở đây là để giải quyết vụ việc dân sự. Vụ việc dân sự là một thuật ngữ pháp lý chuyên ngành. Theo quy định tại Điều 1 của Bộ luật tố tụng dân sự 2004, vụ việc dân sự bao gồm vụ án dân sự và việc dân sự.

* Vụ án dân sự: Các vụ án về tranh chấp dân sự, hôn nhân và gia đình, kinh doanh, thương mại, lao động được gọi chung là vụ án dân sự. Các tranh chấp dân sự thuộc thẩm quyền giải quyết của TAND gồm:

- Những tranh chấp về dân sự theo nghĩa hẹp

- Những tranh chấp về hôn nhân và gia đình:

- Những tranh chấp về kinh doanh, thương mại:

- Những tranh chấp về lao động:

* Việc dân sự: Các việc về yêu cầu dân sự, hôn nhân và gia đình, kinh doanh, thương mại, lao động được gọi chung là việc dân sự. Các việc dân sự thuộc thẩm quyền giải quyết của TAND bao gồm:

- Những yêu cầu về dân sự theo nghĩa hẹp:

- Những yêu cầu về hôn nhân và gia đình:

- Những yêu cầu về kinh doanh, thương mại:

- Những yêu cầu về lao động:

Theo những trình bày trên, phạm vi giải quyết các vụ việc dân sự của TAND sẽ bao gồm việc giải quyết các *vụ án dân sự* và giải quyết các *việc dân sự*; tức là gồm các vụ án, các việc dân sự theo nghĩa hẹp; các vụ án, các việc về hôn nhân và gia đình; các vụ án, các việc về kinh doanh - thương mại; các vụ án, các việc về lao động. Đối với luận án này, trong phần mở đầu đã giới hạn về nghiên cứu khi tiếp cận thuật ngữ dân sự theo nghĩa rộng. Luận án không nghiên cứu về việc áp dụng tập quán để giải quyết các vụ, việc lao động.

2.2.4. Nguyên tắc áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc dân sự của Tòa án nhân dân ở Việt Nam hiện nay

Nguyên tắc áp dụng tập quán trong giải quyết vụ việc dân sự của TAND là những tư tưởng cơ bản chỉ đạo hoạt động áp dụng tập quán giải quyết các vụ việc dân sự thuộc thẩm quyền của TAND các cấp. Những nguyên tắc này được quy định trong các văn bản quy phạm pháp luật cho phép áp dụng tập quán như Bộ luật dân sự, Luật hôn nhân và gia đình, Luật thương mại, Bộ luật tố tụng dân sự, Luật tổ chức TAND v.v..

Trên cơ sở những văn bản này, có thể rút ra các nguyên tắc mà TAND cần đảm bảo khi thực hiện việc áp dụng tập quán đề giải quyết các vụ việc dân sự gồm ba nhóm sau:

- Nhóm nguyên tắc của hoạt động giải quyết vụ việc dân sự;

- Nhóm nguyên tắc của việc áp dụng tập quán trong giải quyết vụ việc dân sự nói chung;

- Những nguyên tắc đặc thù khi áp dụng tập quán trong giải quyết vụ việc dân sự theo từng lĩnh vực cụ thể như dân sự theo nghĩa hẹp, kinh doanh - thương mại, hôn nhân và gia đình.

Do nhóm nguyên tắc của hoạt động giải quyết vụ việc dân sự đã được trình bày ở phần trên nên trong nội dung này sẽ trình bày hai nhóm nguyên tắc còn lại.

2.2.4.1. Những nguyên tắc chung trong áp dụng tập quán để giải quyết các vụ việc dân sự của Tòa án nhân dân

Một là: *Chỉ áp dụng những tập quán không trái với nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam*.

Điều 6 Luật hôn nhân và gia đình năm 2000, Điều 7 Luật hôn nhân và gia đình năm 2014, Điều 3 Bộ luật dân sự năm 2005, Điều 5 Luật thương mại đều quy định nguyên tắc này.

Điều 3 Bộ luật dân sự năm 2005 khẳng định tập quán muốn được áp dụng phải không được trái với những nguyên tắc quy định trong Bộ luật dân sự. Các nguyên tắc này được ghi nhận từ Điều 4 đến Điều 12 của Bộ luật này, gồm:

- Nguyên tắc tự do, tự nguyện cam kết, thoả thuận.
- Nguyên tắc bình đẳng
- Nguyên tắc thiện chí, trung thực
- Nguyên tắc chịu trách nhiệm dân sự
- Nguyên tắc tôn trọng đạo đức, truyền thống tốt đẹp
- Nguyên tắc tôn trọng, bảo vệ quyền dân sự
- Nguyên tắc tôn trọng lợi ích của Nhà nước, lợi ích công cộng, quyền, lợi ích hợp pháp của người khác
- Nguyên tắc tuân thủ pháp luật
- Nguyên tắc hoà giải

Theo Điều 6 Luật hôn nhân và gia đình năm 2000, 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. Đó là những nguyên tắc tại Điều 2 của Luật gồm: hôn nhân tự nguyện, tiến bộ, một vợ một chồng, vợ chồng bình đẳng; hôn nhân giữa công dân Việt Nam thuộc các dân tộc, các tôn giáo, giữa người theo tôn giáo với người không theo tôn giáo, giữa công

dân Việt Nam với người nước ngoài được tôn trọng và được pháp luật bảo vệ; vợ chồng có nghĩa vụ thực hiện chính sách dân số và kế hoạch hoá gia đình; cha mẹ có nghĩa vụ nuôi dạy con thành công dân có ích cho xã hội; con có nghĩa vụ kính trọng, chăm sóc, nuôi dưỡng cha mẹ; cháu có nghĩa vụ kính trọng, chăm sóc, phụng dưỡng ông bà; các thành viên trong gia đình có nghĩa vụ quan tâm, chăm sóc, giúp đỡ nhau; Nhà nước và xã hội không thừa nhận sự phân biệt đối xử giữa các con, giữa con trai và con gái, con đẻ và con nuôi, con trong giá thú và con ngoài giá thú; Nhà nước, xã hội và gia đình có trách nhiệm bảo vệ phụ nữ, trẻ em, giúp đỡ các bà mẹ thực hiện tốt chức năng cao quý của người mẹ. Điều 7 Luật hôn nhân và gia đình năm 2014 nêu rõ: Trong trường hợp pháp luật không quy định và các bên không có thỏa thuận thì tập quán tốt đẹp thể hiện bản sắc của mỗi dân tộc, không trái với nguyên tắc quy định tại Điều 2 và không vi phạm điều cấm của Luật này được áp dụng.

Tương tự, Điều 5 Luật thương mại năm 2005 cho phép các bên trong giao dịch thương mại có yếu tố nước ngoài được thoả thuận áp dụng pháp luật nước ngoài, tập quán thương mại quốc tế nếu pháp luật nước ngoài, tập quán thương mại quốc tế đó không trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam. Điều 13 Luật thương mại năm 2005 quy định trường hợp pháp luật không có quy định, các bên không có thoả 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 thương mại và trong Bộ luật dân sự. Những nguyên tắc của Luật thương mại đã được khẳng định từ Điều 10 đến Điều 15 của Luật này, gồm: Nguyên tắc bình đẳng trước pháp luật của thương nhân trong hoạt động thương mại; Nguyên tắc tự do, tự nguyện thoả thuận trong hoạt động thương mại; Nguyên tắc áp dụng thói quen trong hoạt động thương mại được thiết lập giữa các bên; Nguyên tắc áp dụng tập quán trong hoạt động thương mại; Nguyên tắc bảo vệ lợi ích chính đáng của người tiêu dùng; Nguyên tắc thừa nhận giá trị pháp lý của thông điệp dữ liệu trong hoạt động thương mại. Ngoài ra, trong áp dụng tập quán thương mại quốc tế, cần quán triệt nguyên tắc: nếu có tập quán chung và tập quán riêng thì tập quán riêng có giá trị trội hơn: ví dụ: FOB Incoterms năm 2000 là tập quán chung; FOB cảng đến (shipment to destination) của Hoa Kỳ là tập quán riêng nên FOB shipment

to destination của Hoa Kỳ sẽ được ưu tiên áp dụng. Nếu có tập quán mặt hàng (cái riêng) và tập quán ngành hàng (cái chung) thì đương nhiền tập quán mặt hàng (cái riêng) sẽ được ưu tiên áp dụng.

Hai là: Chỉ được áp dụng tập quán đã trở thành thông dụng, được cộng đồng thừa nhận.

Nguyên tắc này không được quy định thành một điều, khoản trong một văn bản quy phạm pháp luật cụ thể nhưng nội dung của nó được ghi nhận trong nhiều văn bản quy phạm pháp luật khác nhau. Chẳng hạn, Nghị quyết 04/2012/NQ-HĐTP khi giải thích chi tiết về tập quán với tư cách là một nguồn của chứng cứ tại điểm g khoản 2 Điều 3 nêu rõ tập quán phải *(...) được cộng đồng nơi có tập quán đó thừa nhận và làm theo như một quy ước chung của cộng đồng.* Điều 3 Luật thương mại năm 2005 của Việt Nam khi định nghĩa về tập quán thương mại cũng cho rằng: *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.

Ba là: Không áp dụng những tập quán trái đạo đức xã hội, gây thiệt hại cho quyền, lợi ích hợp pháp của cá nhân, tổ chức.

Chúng ta đều biết, xây dựng nhà nước pháp quyền là xây dựng xã hội thượng tôn pháp luật, song không phải là độc tôn pháp luật. 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. Việc áp dụng tập quán phải không trái đạo đức xã hội, vì nếu một quan hệ pháp luật dân sự được thiết lập mà trái đạo đức xã hội thì quan hệ đó đã bị coi như bất hợp pháp, một tập quán trái đạo đức xã hội không thể được áp dụng làm chuẩn mực cho một quan hệ dân sự.

Trong nhà nước pháp quyền, quyền, lợi ích hợp pháp của cá nhân, tổ chức được nhà nước ghi nhận, bảo đảm và bảo vệ. Nếu cơ quan nhà nước có thẩm quyền giải quyết một vụ việc dân sự mà áp dụng một tập quán xâm hại đến quyền, lợi ích hợp pháp của các nhân, tổ chức tức là đã có hành vi vi hiến. Do vậy, không áp dụng những tập quán trái đạo đức xã hội, gây thiệt hại cho quyền, lợi ích hợp pháp của cá nhân, tổ chức là một nguyên tắc quan trọng mà TAND phải luôn quán triệt, thực hiện.

2.2.4.2. Những nguyên tắc đặc thù khi áp dụng tập quán trong nước và tập quán quốc tế cho từng lĩnh vực quan hệ dân sự cụ thể

**** Nguyên tắc khi áp dụng tập quán giải quyết các vụ việc dân sự theo nghĩa hẹp***

Một là: Tập quán trong nước được áp dụng cho quan hệ dân sự không có yếu tố nước ngoài; tập quán quốc tế được áp dụng cho quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài.

Cơ sở pháp lý của nguyên tắc này là các quy định của Bộ luật dân sự năm 2005. Khoản 4 Điều 759 của Bộ luật dân sự 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 XHCN Việt Nam, điều ước quốc tế mà Cộng hoà XHCN 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 XHCN Việt Nam.*

Từ quy định này cho thấy, tập quán quốc tế chỉ được áp dụng trong điều chỉnh quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài. Nói cách khác, không áp dụng tập quán quốc tế điều chỉnh quan hệ dân sự không có yếu tố nước ngoài, và ngược lại, nếu quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài mà không có pháp luật hoặc điều ước quốc tế điều chỉnh thì tập quán được áp dụng, và đó là tập quán quốc tế.

Hai là: Chỉ áp dụng khi không có pháp luật, không có thỏa thuận giữa các bên.

Điều 3, Điều 759 và nhiều quy định khác trong Bộ luật dân sự năm 2005 đều cho thấy rõ nguyên tắc này. Pháp luật được xác định là cơ sở pháp lý quan trọng và bắt buộc phải áp dụng. Tuy nhiên, trong trường hợp pháp luật không tồn tại hoặc còn khuyết thiếu, các bên được quyền thỏa thuận về cách xử sự. Trường hợp các bên cũng không có thỏa thuận thì tập quán được áp dụng. Việc không có pháp luật ở đây được hiểu là việc nhà nước chưa đặt ra quy định hoặc đã có quy định mang tính nguyên tắc và nhà nước cho phép các bên được áp dụng tập quán. Chẳng hạn như việc cho phép áp dụng tập quán để xác định dân tộc cho con khi con sinh ra giữa cha và mẹ khác nhau về dân tộc. Đây không phải là trường hợp không có pháp luật, mà là trường hợp pháp luật đưa ra nguyên tắc cho phép áp dụng tập quán.

**** Nguyên tắc khi áp dụng tập quán giải quyết vụ việc hôn nhân và gia đình:*** *Tôn trọng và phát huy những tập quán không trái với nguyên tắc Luật định.*

Điều 6 Luật hôn nhân và gia đình năm 2000 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*. Quy định này đồng nghĩa với việc tập quán được áp dụng không bắt buộc phải là do không có pháp luật. Tập quán trong hôn nhân và gia đình luôn được tôn trọng và phát huy. Quy định này đã tạo cơ sở pháp lý rộng rãi cho việc áp dụng tập quán trong lĩnh vực hôn nhân và gia đình nếu đặt trong sự so sánh với quy định của Bộ luật dân sự.

**** Nguyên tắc khi áp dụng tập quán giải quyết vụ việc thương mại***

Một là: Tập quán trong nước được áp dụng cho quan hệ thương mại không có yếu tố nước ngoài; tập quán quốc tế được áp dụng cho quan hệ thương mại có yếu tố nước ngoài.

Nguyên tắc này không được nêu trong một điều khoản cụ thể, nhưng dựa vào nhiều quy định trong Luật thương mại năm 2005 cho thấy, việc áp dụng tập quán là được phép. Đồng thời, Luật dành một số quy phạm để điều chỉnh về áp dụng tập quán thương mại quốc tế. Với cách quy định như vậy, rõ ràng, việc áp dụng tập quán thương mại quốc tế thực hiện theo nguyên tắc riêng, không giống như các trường hợp áp dụng tập quán thương mại nói chung. Việc áp dụng tập quán thương mại quốc tế và tập quán thương mại được thực hiện theo hai nguyên tắc riêng biệt trình bày tiếp theo sau đây.

Hai là: Tập quán thương mại được áp dụng khi không có pháp luật, không có thói quen và không có thỏa thuận giữa các bên.

Đây là nguyên tắc đã được quy định trong Điều 13 của Luật thương mại. Để giải quyết thực trạng chưa hoàn thiện của hệ thống pháp luật hoặc trường hợp tập quán thương mại phù hợp với việc điều chỉnh các quan hệ thương mại, đồng thời thể hiện sự tôn trọng đối với quyền tự định đoạt giữa các bên trong quan hệ thương mại, Nhà nước cho phép khi không có pháp luật thì thói quen hoặc thỏa thuận giữa các bên được ưu tiên áp dụng. Nếu không có thói quen hoặc thỏa thuận giữa các bên thì sẽ áp dụng những tập quán không trái nguyên tắc cơ bản của Luật thương mại và Bộ luật dân sự.

Nguyên tắc này là sự cụ thể hóa và chuyên ngành hóa nguyên tắc trong Bộ luật dân sự. Bộ luật dân sự quy định áp dụng pháp luật trước, tiếp theo ưu tiên cho

sự thỏa thuận giữa các bên, và thứ ba là áp dụng tập quán. Trong khi đó, Luật thương mại lại quy định, thói quen trong hoạt động thương mại giữa các bên có vị trí ưu tiên hơn là tập quán. Nếu không có cả ba loại căn cứ trên thì tập quán mới được áp dụng.

Ba là: Tập quán thương mại quốc tế được áp dụng theo điều ước quốc tế hoặc theo thỏa thuận giữa các bên.

Đây là quy định hết sức đặc thù trong hoạt động thương mại có yếu tố nước ngoài. Tập quán quốc tế được áp dụng trong các trường hợp sau:

- Áp dụng tập quán thương mại quốc tế khi các bên thỏa thuận áp dụng tập quán trong một quan hệ cụ thể;

- Áp dụng tập quán thương mại quốc tế khi điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên quy định áp dụng.

Trong cả hai trường hợp này, tập quán được áp dụng không phải do không có pháp luật. Rõ ràng, đây là đặc thù của hoạt động áp dụng tập quán. Vì đối với những hoạt động áp dụng tập quán khác, tập quán gần như chỉ đóng vai trò bổ trợ cho pháp luật, áp dụng khi pháp luật còn khuyết thiếu. Riêng quan hệ thương mại có yếu tố nước ngoài lại tạo cho các chủ thể cơ hội lựa chọn áp dụng tập quán thương mại quốc tế hoặc pháp luật khi cả hai cùng tồn tại.

2.2.5. Quy trình áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc dân sự của Tòa án nhân dân ở Việt Nam hiện nay

Quy trình áp dụng tập quán trong giải quyết vụ việc dân sự của TAND có thể hiểu là quy trình áp dụng pháp luật, nhưng không phải là áp dụng các quy định pháp luật thành văn, mà là các quy định tập quán được nhà nước thừa nhận và bảo đảm, chính xác là áp dụng *tập quán pháp*. Quy trình này vừa có những nét tương đồng như mọi quy trình áp dụng văn bản quy phạm pháp luật, nhưng lại có những điểm khác biệt, cụ thể:

** Điểm tương đồng với quy trình áp dụng văn bản quy phạm pháp luật:*

Về mặt lý luận và thực tiễn, việc áp dụng văn bản quy phạm pháp luật thường trải qua các bước [50]:

- Phân tích, đánh giá các tình huống, hoàn cảnh, điều kiện thực tế của sự việc xảy ra. Chúng ta đều biết, tình huống, hoàn cảnh, điều kiện thực tế nếu là những

tình huống phổ biến, điển hình hoặc cần thiết phải điều chỉnh bằng pháp luật thì Nhà nước sẽ ban hành các quy phạm pháp luật và đưa những thông tin này vào phần giả định của quy phạm pháp luật. Việc phân tích sẽ cho phép xác định chính xác có hay không có quy phạm pháp luật điều chỉnh tình huống đã xảy ra? Nếu có thì đó là quy phạm pháp luật thành văn hoặc quy phạm tập quán pháp?

- Lựa chọn quy phạm pháp luật phù hợp và phân tích làm rõ nội dung, ý nghĩa của quy phạm pháp luật đối với trường hợp cần áp dụng. Khi đã làm rõ được điều kiện, hoàn cảnh, tình huống, điều quan trọng tiếp theo là lựa chọn quy phạm phù hợp. Vì thực tế nhiều khi có những tình huống khá gần gũi nhau mà nếu không nghiên cứu kỹ, việc áp dụng pháp luật có thể nhầm lẫn. *Ví dụ* như trường hợp cá nhân A cho cá nhân B vay tiền, B không trả tiền cho A đúng như thỏa thuận, A yêu cầu cơ quan nhà nước có thẩm quyền bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của mình. Lúc này cơ quan nhà nước có thẩm quyền áp dụng quy định về phạt vi phạm nghĩa vụ hay là quy định về tội lừa đảo nhằm chiếm đoạt tài sản?

- Ban hành văn bản áp dụng pháp luật. Sau khi lựa chọn đúng quy phạm và xác định đúng hướng giải quyết vấn đề trên cơ sở pháp luật, cơ quan nhà nước có thẩm quyền áp dụng pháp luật sẽ ban hành văn bản áp dụng pháp luật để giải quyết tranh chấp.

- Tổ chức thực hiện văn bản áp dụng pháp luật. Đây là giai đoạn cuối cùng của hoạt động áp dụng pháp luật và hoạt động có ý nghĩa làm cho các quy phạm pháp luật được đảm bảo thực hiện trên thực tế.

** Sự khác biệt giữa áp dụng tập quán và áp dụng văn bản quy phạm pháp luật:*

Mặc dù cũng phải trải qua các bước cơ bản, nhưng hoạt động áp dụng tập quán trong xét xử dân sự có những nét khác biệt so với hoạt động áp dụng văn bản quy phạm pháp luật. Có hai loại quy trình riêng biệt như sau:

- *Quy trình áp dụng tập quán để giải quyết các vụ, việc dân sự theo nghĩa hẹp, hôn nhân và gia đình*: Quy trình này phải trải qua các bước như sau: Thực hiện xong bước 1 và bước 2 của quy trình áp dụng pháp luật nói chung mà vẫn không tìm thấy quy phạm pháp luật phù hợp, người có thẩm quyền áp dụng tập quán phải thực hiện bước tiếp theo sau đây mà không phải là chuyển ngay sang bước 3 và bước 4, đó là: phải tìm kiếm được các quy phạm tập quán tồn tại, không trái với với nguyên tắc của pháp luật và phù hợp để giải quyết vụ, việc dân sự.

Từ những phân tích trên cho thấy, nếu hoạt động áp dụng quy phạm pháp luật thành văn là hoạt động có 4 bước cơ bản, thì hoạt động áp dụng tập quán trong giải quyết vụ, việc dân sự theo nghĩa hẹp, hôn nhân và gia đình là hoạt động có 5 bước cơ bản.

- *Quy trình áp dụng tập quán để giải quyết các vụ việc kinh doanh - thương mại*: Các tranh chấp về kinh doanh - thương mại có thể được giải quyết tại TAND theo quy định tại Bộ luật tố tụng dân sự hoặc giải quyết bằng Trọng tài Thương mại theo Luật trọng tài thương mại. Ở đây chỉ xem xét quy trình áp dụng tập quán giải quyết vụ việc kinh doanh - thương mại tại TAND.

Đối với các tranh chấp về kinh doanh - thương mại, nếu không có điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên quy định khác và không thuộc trường hợp có yếu tố nước ngoài, quy trình sẽ tương tự như quy trình áp dụng tập quán giải quyết vụ, việc dân sự, hôn nhân và gia đình.

Đối với những tranh chấp về kinh doanh, thương mại thuộc trường hợp có yếu tố nước ngoài đã được các bên thỏa thuận chọn áp dụng tập quán quốc tế hoặc có sự điều chỉnh của điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên cho phép áp dụng tập quán quốc tế và các tập quán này không trái nguyên tắc của pháp luật Việt Nam thì đương nhiên áp dụng tập quán quốc tế. Trong trường hợp này, quy trình sẽ phải trải qua các bước:

- Bước thứ nhất, xem xét thẩm quyền: TAND sẽ phải xem xét vụ việc để xác định việc giải quyết vụ, việc đó thuộc TAND hay Trọng tài thương mại;

- Bước thứ hai, xem xét lựa chọn loại quy phạm áp dụng: Cụ thể, nếu vụ việc thuộc thẩm quyền của Tòa án, bước tiếp theo, Tòa án phải xem xét để lựa chọn quy phạm nội dung điều chỉnh quan hệ. Nếu thuộc trường hợp áp dụng tập quán quốc tế thì không phải tìm kiếm các quy định pháp luật của Việt Nam tương ứng. Bản án, quyết định của Tòa án sẽ căn cứ vào tập quán quốc tế chứ không phải căn cứ vào quy phạm pháp luật thành văn của Việt Nam.

- Các bước tiếp theo: tương tự như trường hợp áp dụng pháp luật thông thường.

2.2.6. Thủ tục áp dụng tập quán để giải quyết vụ, việc dân sự tại Tòa án nhân dân ở Việt Nam hiện nay

Thủ tục áp dụng tập quán trong giải quyết vụ, việc dân sự cũng chính là thủ tục giải quyết vụ việc dân sự nói chung, tức là sẽ tuân theo quy định về thủ

tục tại Bộ luật tố tụng dân sự và các văn bản quy phạm pháp luật liên quan. Thủ tục này được xác định theo thủ tục giải quyết vụ án dân sự, thủ tục giải quyết vụ việc dân sự:

Thủ tục áp dụng tập quán để giải quyết vụ án dân sự gồm:

- Trình tự giải quyết vụ án tại tòa án cấp sơ thẩm;

- Trình tự giải quyết vụ án tại tòa án cấp phúc thẩm;

- Trình tự xem xét lại bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật, gồm có thủ tục giám đốc thẩm và thủ tục tái thẩm.

Thủ tục áp dụng tập quán để giải quyết việc dân sự gồm:

- Trình tự sơ thẩm;

- Trình tự phúc thẩm đối với trường hợp quyết định giải quyết việc dân sự bị kháng cáo, kháng nghị và phải được giải quyết theo thủ tục phúc thẩm.

2.3. CÁC ĐIỀU KIỆN ĐẢM BẢO CHO HOẠT ĐỘNG ÁP DỤNG TẬP QUÁN TRONG GIẢI QUYẾT VỤ VIỆC DÂN SỰ CỦA TÒA ÁN NHÂN DÂN Ở VIỆT NAM HIỆN NAY

2.3.1. Điều kiện về cơ sở chính trị, cơ sở pháp lý

Việc áp dụng pháp luật nói chung, áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc dân sự của TAND ở Việt Nam nói riêng phải luôn có cơ sở pháp lý thì mới đáp ứng được yêu cầu của nguyên tắc pháp chế XHCN và yêu cầu của việc xây dựng nhà nước pháp quyền XHCN. Đồng thời, Hiến pháp 1992 và Hiến pháp 2013 của Nước Cộng hòa XHCN Việt Nam quy định vai trò lãnh đạo Nhà nước và xã hội của Đảng Cộng sản Việt Nam, do vậy, hoạt động áp dụng tập quán của TAND trong giải quyết các vụ việc dân sự nhất thiết phải có cơ sở chính trị, phải được quy định trong các Văn kiện của Đảng.

- *Cơ sở chính trị:* Nghị quyết 48-NQ/TW ngày 24/5/2005 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 nhấn mạnh sự cần thiết phải hoàn thiện hệ thống pháp luật theo hướng phù hợp với tập quán quốc tế, yêu cầu nghiên cứu về khả năng khai thác và sử dụng tập quán góp phần bổ sung, hoàn thiện hệ thống pháp luật. Nghị quyết chỉ rõ: *"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". "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". "Hoàn thiện pháp luật về giải quyết tranh chấp kinh tế (trọng tài, hoà giải) phù hợp với tập quán thương mại quốc tế". Cơ sở chính trị này là một trong những yếu tố quan trọng để thời gian qua các cơ quan nhà nước có thẩm quyền thể chế hóa thành các văn bản quy phạm pháp luật, làm hình thành nên hành lang pháp lý cho hoạt động áp dụng tập quán trong điều chỉnh các quan hệ xã hội phù hợp nói chung và cho hoạt động áp dụng tập quán giải quyết các vụ việc dân sự của TAND nói riêng.

- *Cơ sở pháp lý:* Như đã phân tích ở các nội dung trước của Chương này, việc Tòa án có thể áp dụng tập quán, gồm tập quán trong nước và tập quán quốc tế để giải quyết các vụ, việc dân sự là hoạt động mang tính pháp lý, được ghi nhận trong nhiều văn bản luật và các văn bản quy phạm pháp luật liên quan. Trong quá trình giải quyết các vụ, việc kinh doanh, thương mại có yếu tố nước ngoài, tập quán quốc tế nếu được các bên lựa chọn thì việc áp dụng chúng là tất yếu. Còn trong các quan hệ dân sự, kinh doanh, thương mại, hôn nhân và gia đình không có yếu tố nước ngoài, nếu không có các văn bản quy phạm pháp luật làm căn cứ giải quyết tranh chấp, Tòa án hoàn toàn có thẩm quyền viện dẫn các tập quán phù hợp để đưa ra phán quyết.

2.3.2. Điều kiện về văn hóa

Nước Cộng hòa XHCN Việt Nam với bề dày văn hóa lịch sử, với 54 dân tộc anh em cùng sinh sống, là quốc gia có sự tồn tại của nhiều tập quán, gồm tập quán dân tộc, tập quán vùng, miền, tập quán dòng họ, tập quán địa phương... Hệ thống tập quán này điều chỉnh nhiều quan hệ xã hội mà Nhà nước chưa định ra quy phạm pháp luật. Hay nói cách khác, gần như mọi quan hệ xã hội đều đã có quy phạm tập quán điều chỉnh.

Cùng với thời gian, các phong tục tập quán về cơ bản vẫn được lưu truyền bằng nhiều cách. Đối với đồng bào dân tộc Kinh ở nhiều vùng miền, phong tục tập quán lưu truyền bằng hương ước hay truyền miệng. Đồng bào các dân tộc ít người lưu truyền phong tục tập quán trong hệ thống luật tục hoặc qua hành vi thực hành xã

hội tại cộng đồng, qua lời kể của những người cao tuổi có uy tín. Các dòng họ lưu truyền tập quán của mình tại gia phả. Các nhóm kinh doanh, thương mại lưu truyền tập quán thông qua những thói quen v.v.. Đặc biệt, thời gian gần đây, nhiều công trình nghiên cứu về văn hóa đã dày công tìm kiếm, sưu tập và văn bản hóa các tập quán. Điều này tạo sự thuận lợi cho việc áp dụng tập quán trong điều chỉnh các quan hệ dân sự nói chung, trong giải quyết các vụ việc dân sự của TAND nói riêng.

Điều đặc biệt là, nhân dân không chỉ lưu giữ tập quán như một yếu tố truyền thống, mà còn đặt chúng ở vị trí ưu trội khi cùng với nhiều quy phạm xã hội khác tham gia điều chỉnh hành vi con người. Người Việt Nam thường có nguyên tắc "bất đáo tụng đình" khi còn có thể giải quyết được với nhau. Khi nhân dân không thể tự mình giải quyết mà phải "đáo tụng đình", bản án, quyết định của Tòa án sẽ vẫn không kém sức thuyết phục nếu được pháp luật cho phép, Tòa án viện dẫn tập quán của nhân dân để giải quyết cho nhân dân.

Tất nhiên không phải mọi tập quán đều tiến bộ, nhưng có nhiều tập quán truyền thống có tính hợp lý, được vận dụng trong thực tiễn ở những mức độ khác nhau nhất định, phù hợp lợi ích người dân, đạo đức xã hội, có vai trò quan trọng trong việc điều chỉnh quan hệ xã hội, góp phần hỗ trợ nhà nước quản lý xã hội. Khi TAND muốn áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc dân sự thì việc tìm kiếm những tập quán này không phải là điều không khả thi. Điều kiện về văn hóa vì vậy là một trong những đảm bảo quan trong cho việc áp dụng tập quán trong giải quyết vụ việc dân sự của TAND các cấp.

2.3.3. Điều kiện về chủ thể áp dụng tập quán

Thực hiện chủ trương cải cách tư pháp, đội ngũ cán bộ công chức của ngành TAND đã và đang ngày càng đáp ứng tốt hơn yêu cầu của việc áp dụng tập quán trong xét xử dân sự. Trình độ của đội ngũ cán bộ, công chức ngành Tòa án được chuẩn hóa. Nhiều thẩm phán có bản lĩnh và có sự am hiểu sâu sắc về phong tục tập quán của địa phương, vùng miền... nên khi giải quyết vụ việc dân sự luôn biết tìm kiếm sự hỗ trợ hợp pháp từ phía phong tục, tập quán và mạnh dạn áp dụng loại quy phạm này. Thái độ tôn trọng phong tục tập quán và sự công tâm của đội ngũ cán bộ công chức ngành Tòa án cũng là điều kiện quan trọng đảm bảo cho quy định áp

dụng tập quán ở Việt Nam phát huy hiệu lực thời gian qua. Thực tiễn cho thấy nếu không có đội ngũ cán bộ công chức ngành Tòa án có bản lĩnh, hiểu biết về tập quán, tôn trọng tập quán thì quy định áp dụng tập quán với nhiều điểm còn bất cập như hiện nay rất khó được thực hiện.

Điều kiện này cũng đặt ra yêu cầu đối với ngành TAND là phải không ngừng xây dựng, củng cố lực lượng. Quy phạm pháp luật dù có hoàn thiện đến đâu và quy phạm tập quán dù có phong phú, đa dạng đến đâu đi chăng nữa cũng không thể phát huy được hết hiệu lực, hiệu quả nếu thiếu đi những con người cầm cần nẩy mực có tài, có đức.

Thời gian qua, để củng cố điều kiện này, chính sách đãi ngộ cho cán bộ, công chức công tác trong ngành TAND ngày càng được cải thiện. Điều này góp phần động viên không nhỏ để đội ngũ thẩm phán, thư ký hoàn thành tốt nhiệm vụ. Bên cạnh đó, ngành Tòa án cùng với nhiều cơ quan nhà nước có biện pháp hỗ trợ nâng cao nhận thức như xuất bản các cẩm nang hướng dẫn áp dụng tập quán, tổ chức tập huấn, xuất bản các tuyển tập về phong tục tập quán về dân sự, hôn nhân và gia đình, thương mại quốc tế v.v.. Đây chính là điều kiện quan trọng để đảm bảo việc áp dụng tập quán trong giải quyết vụ việc dân sự của TAND được thực hiện ngày một hiệu quả hơn.

2.3.4. Điều kiện đảm bảo từ ý thức pháp luật của nhân dân

Ý thức pháp luật của nhân dân góp phần rất quan trọng cho việc bảo đảm áp dụng tập quán trong giải quyết vụ việc dân sự của TAND. Trước hết, nếu nhân dân có ý thức pháp luật tốt, nhân dân sẽ phân định được sự phù hợp hay không phù hợp với pháp luật của một tập quán cụ thể. Điều này giúp tránh những vi phạm pháp luật do thiếu hiểu biết dẫn đến nhầm lẫn tập quán là pháp luật. Ví dụ như, nếu người dân có ý thức pháp luật tốt, người dân sẽ hiểu rằng việc chia di sản thừa kế của cha mẹ theo pháp luật phải thực hiện công bằng đối với tất cả những người con, không phân biệt giới tính và giá thú. Đây là sự khác biệt giữa tập quán và pháp luật mà không phải người dân nào cũng nắm được.

Bên cạnh đó, nhân dân có ý thức pháp luật tốt thì trong các giao dịch dân sự, các việc dân sự, nhân dân sẽ biết lựa chọn, thỏa thuận, sử dụng các tập quán phù hợp pháp luật để điều chỉnh quan hệ, hạn chế mâu thuẫn, hạn chế tranh chấp. Nếu

như xuất hiện những tranh chấp cần giải quyết bằng vụ, việc dân sự mà chưa có quy phạm pháp luật điều chỉnh, nhân dân sẽ nhận biết được những quy phạm tập quán nào phù hợp với pháp luật để cung cấp, viện dẫn cho Tòa án. Tránh hiện tượng cung cấp tập quán trái nguyên tắc cơ bản của pháp luật.

Ý thức pháp luật còn là điều kiện để người dân chấp hành nghiêm chỉnh những bản án, quyết định của TAND có áp dụng tập quán khi chúng có hiệu lực, hạn chế việc không chấp hành bản án, quyết định hoặc không đánh giá đúng đắn những phán quyết của TAND dẫn đến kháng cáo, khiếu nại. Hơn thế, nếu TAND viện dẫn những tập quán không phù hợp khi ra các phán quyết thì người dân biết cách bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của mình.

Thời gian qua, cùng với việc Nhà nước và xã hội coi giáo dục là quốc sách hàng đầu, chú trọng xây dựng con người mới XHCN, phát triển văn hóa, tích cực xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật, tuyên truyền, phổ biến, giáo dục pháp luật, ý thức pháp luật của người dân Việt Nam ngày càng được nâng cao. Sự phát triển như vũ bão của công nghệ thông tin tác động tích cực đến ý thức pháp luật của nhân dân. Điều kiện này vì vậy đã góp phần làm cho việc áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc dân sự của TAND ngày càng có cơ sở nâng cao hiệu quả.

2.3.5. Điều kiện đảm bảo từ sự am hiểu về tập quán của nhân dân

Sự am hiểu tập quán của nhân dân cũng là một điều kiện để đảm bảo cho việc áp dụng tập quán vào hoạt động tố tụng dân sự. Nhân dân am hiểu tập quán là yêu cầu khách quan chứng minh sự tồn tại của tập quán. Vấn đề mang tính nguyên tắc là, chỉ những tập quán được cộng đồng thừa nhận thì TAND mới được áp dụng. Nếu tập quán bị mai một trong lòng nhân dân, nếu đại bộ phận dân chúng trong một cộng đồng không còn nắm rõ một tập quán nào đó, thì tập quán ấy đương nhiên mất đi tầm ảnh hưởng và không còn khả năng được pháp luật cho phép TAND áp dụng.

Sự am hiểu tập quán của nhân dân còn góp phần hỗ trợ cho Tòa án trong việc xác định nội dung của từng tập quán cụ thể. Trong thực tế có trường hợp một vụ tranh chấp, các bên đều viện dẫn tập quán, nhưng nội dung của tập quán mà các bên viện dẫn lại điều chỉnh quan hệ xã hội theo hai hướng khác nhau. Điều này sẽ gây trở ngại cho hoạt động của TAND.

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.

Kết luận chương 2

Áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc dân sự của TAND là hoạt động của TAND các cấp căn cứ vào những tập quán không trái đạo đức, phù hợp với quy định của pháp luật để giải quyết vụ việc dân sự. Những tập quán được áp dụng có thể là tập quán trong nước hay tập quán quốc tế. Đây không phải một hiện tượng pháp lý mới, và cũng không phải hiện tượng riêng biệt đối với nước ta. Trong lịch sử, nhiều thời kỳ thuộc các triều đại phong kiến và chính quyền đô hộ, Việt Nam đã coi tập quán là nguồn bổ trợ cho pháp luật thành văn. Hiện nay trên thế giới cũng có nhiều quốc gia thừa nhận tập quán làm nguồn bổ trợ cho pháp luật. Phù hợp với điều kiện xây dựng nhà nước pháp quyền XHCN ở Việt Nam, vấn đề áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc dân sự được coi như giải pháp hữu hiệu nhằm góp phần hoàn thiện hệ thống pháp luật.

Áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc dân sự của TAND ở Việt Nam hiện nay là một nguyên tắc đã được luật định, có nhiều yếu tố đảm bảo thực hiện. Cụ thể, hoạt động này được đảm bảo thực hiện bởi cơ sở chính trị là các quan điểm của Đảng, cơ sở pháp lý là hệ thống các văn bản quy phạm pháp luật ghi nhận nguyên tắc này, từ Hiến pháp cho tới các đạo luật quan trọng như Bộ luật dân sự, Luật thương mại, Luật hôn nhân và gia đình và nhiều văn bản khác; Đồng thời, hoạt động này còn được đảm bảo bởi nhiều điều kiện khách quan và chủ quan khác như: điều kiện về văn hóa của Việt Nam, về năng lực thực hiện của chủ thể, về ý thức pháp luật và sự am hiểu tập quán của nhân dân.

Xét về đặc điểm, hoạt động áp dụng tập quán trong giải quyết vụ việc dân sự của TAND vừa giống như hoạt động áp dụng pháp luật của TAND, vừa có điểm đặc thù. Xét về nguyên tắc, hoạt động này vừa phải tuân theo những nguyên tắc của hoạt động áp dụng pháp luật trong tố tụng dân sự, vừa phải tuân theo những nguyên tắc mà chỉ yêu cầu khi TAND lựa chọn tập quán để đưa ra phán quyết. Quy trình,

thủ tục áp dụng tập quán trong giải quyết vụ việc dân sự của TAND cũng là những vấn đề đã được luật hóa.

Từ khi có quy định cho phép áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc dân sự của TAND, những trường hợp pháp luật còn bất cập, pháp luật không đủ chi tiết về mặt nguyên tắc đã có cơ chế giải quyết.

Tuy nhiên, trên thực tế, thẩm quyền này của TAND dường như vẫn còn được sử dụng hết sức dè dặt. Điều này nếu lý giải từ góc độ lý luận, pháp lý thì xuất phát bởi những nguyên nhân sau:

Thứ nhất, thuật ngữ *tập quán* vốn dĩ là một thuật ngữ rất quen thuộc, rất phổ thông nên các nhà lập pháp, lập quy của Việt Nam mặc nhiên thừa nhận tính phổ thông của thuật ngữ này khi đưa ra quy định về quyền áp dụng tập quán trong văn bản quy phạm pháp luật mà không trù liệu được rằng một thuật ngữ phổ thông không có nghĩa là nó cũng trở thành một *thuật ngữ pháp lý mang tính phổ thông*. Các nhà làm luật của Việt Nam đã không hề đưa ra một định nghĩa nào dành cho *tập quán* trong đạo luật quan trọng là Bộ luật dân sự và mặc nhiên sử dụng trong Hiến pháp, Luật hôn nhân và gia đình, Luật thương mại cũng như nhiều văn bản quy phạm pháp luật khác. Vì vậy, khi quy định cho phép áp dụng tập quán trong quan hệ dân sự và trong hoạt động xét xử đi vào cuộc sống thì chính sự thiếu hụt định nghĩa tập quán là vấn đề lớn nhất cản trở các chủ thể trong quan hệ dân sự và trong quan hệ tố tụng dân sự thực hiện quyền này.

Thứ hai, một quyền, nghĩa vụ trong quan hệ pháp luật muốn mang tính khả thi thì nó phải có cơ chế đảm bảo thực hiện. Quyền áp dụng tập quán trong quan hệ dân sự, quyền, nghĩa vụ áp dụng tập quán trong giải quyết vụ việc dân sự không phải là ngoại lệ. Hiến pháp khi đưa ra quy định gần như chỉ là quy định mang tính nguyên tắc. Các đạo luật trong phạm vi nội dung phải cụ thể hóa một bước, thậm chí là cụ thể hóa đủ chi tiết để áp dụng. Một cơ chế đảm bảo thực hiện đòi hỏi tất cả các quy định liên quan phải làm định hình đầy đủ các bước thực hiện và đủ chi tiết để thực hiện. Điều này chưa có được đối với quy định áp dụng tập quán. Nhận định khái quát là các quy định hãy còn mang tính nguyên tắc hoặc chung chung. Việc xác định có hay không có một tập quán nào đó; xác định một tập quán đang tồn tại là không trái với nguyên tắc của pháp luật và đạo đức xã hội nên có giá trị điều

chỉnh một quan hệ pháp luật; xác định các bước trong quy trình áp dụng tập quán; xác định ai có thẩm quyền viện dẫn tập quán, giải thích tập quán trong trường hợp nội dung có mâu thuẫn, không rõ ràng v.v.. là vấn đề mà hiện nay chưa có văn bản quy phạm pháp luật nào quy định. Điều này làm cho hoạt động áp dụng tập quán rất ít có cơ hội được thực hiện trong thực tiễn.

Trong lịch sử, hiện tại và cả tương lai, để đảm bảo có hệ thống pháp luật hoàn thiện, việc thừa nhận nguồn tập quán pháp (và án lệ) là điều hết sức cần thiết và phù hợp. Nghiên cứu thực tiễn thừa nhận tập quán trong lịch sử nhà nước và pháp luật ở Việt Nam và ở các nước khác trên thế giới cho thấy tập quán luôn đóng một vai trò không thể thay thế trong giữ gìn sự ổn định của từng cộng đồng người trong một quốc gia hoặc trong một lĩnh vực đời sống của một khu vực. Đối với việc thực hiện sự quản lý của nhà nước, tập quán có thể thể hiện một trong hai loại ảnh hưởng: ảnh hưởng tích cực, ảnh hưởng tiêu cực. Tất cả các quốc gia khi thừa nhận tập quán đều có nguyên tắc. Thông thường, đối với loại tập quán tích cực, nhà nước sẽ thừa nhận, đảm bảo thực hiện hoặc khuyến khích phát huy; đối với loại tập quán tiêu cực, nhà nước sẽ kìm hãm sự phát triển hoặc vận động xóa bỏ. Do vậy, các quốc gia có thừa nhận tập quán thường chỉ cho phép áp dụng tập quán khi chúng không trái với nguyên tắc cơ bản của pháp luật và khi chưa có pháp luật, pháp luật chưa hoàn thiện, các bên không có thỏa thuận khác.

Việt Nam đã ghi nhận nguyên tắc coi tập quán là nguồn bổ trợ của pháp luật. Nhưng xét ở góc độ lý luận và pháp lý, vẫn còn nhiều bất cập, hạn chế làm cản trở việc thực hiện quy định này. Những hạn chế đó phải giải quyết kịp thời để nguyên tắc áp dụng tập quán trở nên mang tính khả thi. Để xây dựng Nhà nước pháp quyền XHCN của nhân dân, do nhân dân, vì nhân dân, điều cần thiết là phải xây dựng được một hệ thống pháp luật hoàn thiện với đầy đủ các tiêu chí: tính toàn diện, tính đồng bộ, tính khả thi, trình độ kỹ thuật pháp lý cao. Khắc phục những hạn chế về mặt lý luận và pháp lý đối với vấn đề áp dụng tập quán theo đó đóng một vai trò hết sức quan trọng cho việc xây dựng, hoàn thiện hệ thống pháp luật cho Nhà nước pháp quyền XHCN ở Việt Nam.

Chương 3
THỰC TRẠNG ÁP DỤNG TẬP QUÁN TRONG GIẢI QUYẾT CÁC VỤ VIỆC DÂN SỰ CỦA TÒA ÁN NHÂN DÂN Ở VIỆT NAM HIỆN NAY

3.1. KHÁI QUÁT VỀ TỔ CHỨC, HOẠT ĐỘNG VÀ SỰ ẢNH HƯỞNG TỚI VẤN ĐỀ ÁP DỤNG TẬP QUÁN TRONG GIẢI QUYẾT CÁC VỤ VIỆC DÂN SỰ CỦA TÒA ÁN NHÂN DÂN Ở VIỆT NAM

3.1.1. Cơ cấu tổ chức, các nguyên tắc tổ chức, hoạt động và sự ảnh hưởng tới việc áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ, việc dân sự của Tòa án nhân dân

Tại nước Cộng hòa XHCN Việt Nam, TAND được tổ chức thành một hệ thống từ Trung ương tới cấp huyện và tương đương. Kể từ khi Nhà nước Việt Nam dân chủ cộng hòa ra đời cho đến nay, hệ thống TAND ngày càng được hoàn thiện. Hiến pháp năm 2013 ra đời đã tạo cơ sở pháp lý cho việc củng cố hơn nữa hệ thống TAND. Tuy nhiên, việc tổ chức, hoạt động của TAND cho đến thời điểm này về cơ bản vẫn căn cứ vào bản Hiến pháp 1992 (sửa đổi, bổ sung năm 2001) và Luật Tổ chức TAND hiện hành.

Theo quy định của Hiến pháp năm 1992 (sửa đổi, bổ sung 2001) và Luật Tổ chức TAND năm 2002, các Tòa án trong hệ thống TAND là các cơ quan xét xử của nước Cộng hòa XHCN Việt Nam. Hệ thống TAND gồm các Tòa án:

1. Tòa án nhân dân tối cao;
2. Các TAND tỉnh,thành phố trực thuộc trung ương;
3. Các TAND huyện,quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh;
4. Các Tòa án quân sự;
5. Các Tòa án khác do luật định.

Ngoài ra, trong tình hình đặc biệt, Quốc hội có thể quyết định thành lập Tòa án đặc biệt. Theo quy định, các Tòa án trong hệ thống TAND có chức năng xét xử; có nhiệm vụ xét xử các vụ án hình sự, dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động, kinh tế, hành chính và giải quyết những việc khác theo quy định của pháp luật.

Hiến pháp năm 2013 khi quy định về TAND đã ghi rõ: "*Tòa án nhân dân là cơ quan xét xử của nước Cộng hoà XHCN Việt Nam, thực hiện quyền tư pháp. Tòa án nhân dân gồm Tòa án nhân dân tối cao và các Tòa án khác do luật định".* (Điều 102).

Trong cơ cấu tổ chức, mặc dù có TAND các cấp và các Tòa án quân sự, song các Tòa án quân sự chỉ có thẩm quyền xét xử lĩnh vực hình sự và trong trường hợp bị cáo là quân nhân tại ngũ hoặc những vụ án khác theo quy định của pháp luật. Như vậy, đối với các vụ việc dân sự, thẩm quyền luôn thuộc về TAND các cấp, không có sự tham gia của Tòa án quân sự.

Về mặt hoạt động, để thực hiện chức năng, nhiệm vụ, TAND dựa trên nhiều nguyên tắc hiến định và Luật định (đây vừa là nguyên tắc trong tổ chức vừa là nguyên tắc trong hoạt động). Các nguyên tắc này đã được trình bày ở chương 1 của luận án.

Cơ cấu tổ chức và những nguyên tắc tổ chức, hoạt động như đã nêu trên đã có những ảnh hưởng tích cực tới việc áp dụng tập quán trong xét xử dân sự của TAND.

Thứ nhất, những ảnh hưởng tích cực từ cơ cấu tổ chức hệ thống TAND: Việc tổ chức TAND theo các cấp hành chính là cấp huyện, cấp tỉnh và cấp trung ương, song việc xét xử lại thực hiện theo chế độ hai cấp xét xử (sơ thẩm, phúc thẩm) tạo ra cơ chế sáng tạo cho TAND cấp dưới trong áp dụng pháp luật và áp dụng tập quán, đồng thời tạo cơ chế giám đốc, kiểm tra, đảm bảo pháp chế cho hoạt động áp dụng pháp luật và áp dụng tập quán của các Tòa án cấp dưới bằng hoạt động của Tòa án cấp trên. Đặc biệt, trong hệ thống TAND có TAND tối cao là cơ quan thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn hướng dẫn các TAND địa phương áp dụng thống nhất pháp luật, bao gồm cả việc áp dụng tập quán. Đồng thời, TAND tối cao tổng kết kinh nghiệm xét xử, giám đốc việc xét xử sơ thẩm, phúc thẩm; xét xử tái thẩm, giám đốc thẩm theo thẩm quyền để đảm bảo hoạt động này được thực hiện nghiêm minh, kịp thời, đúng pháp luật. Do vậy, khi phát sinh những trường hợp áp dụng tập quán để giải quyết các vụ việc dân sự, các bản án, quyết định của Tòa án cấp dưới sẽ luôn có cơ chế đảm bảo tính đúng đắn thông qua vai trò của Tòa án cấp trên và TAND tối cao.

Thứ hai, những ảnh hưởng tích cực từ các nguyên tắc tổ chức và hoạt động của TAND: Chẳng hạn như: Nguyên tắc xét xử có sự tham gia của Hội thẩm nhân dân trong trường hợp lựa chọn được những Hội thẩm am hiểu về văn hóa, phong tục, tập quán sẽ góp phần hỗ trợ cho thẩm phán khi đưa ra những phán quyết có áp dụng tập quán; Nguyên tắc hòa giải trong tố tụng bên cạnh ý nghĩa về mặt pháp lý

còn tạo ra một kênh tiếp cận thông tin để các bên trao đổi với nhau về những giải pháp thấu tình đạt lý, phù hợp phong tục tập quán; Nguyên tắc xét xử công khai không những đảm bảo dân chủ, mà còn làm hình thành nên cơ chế kiểm tra sự đồng thuận của nhân dân về một tập quán nào đó khi được viện dẫn áp dụng.

Tuy nhiên, với cơ cấu tổ chức và những nguyên tắc như trên, không phải không có những bất cập đối với việc áp dụng tập quán trong xét xử dân sự. Ví dụ như với tư duy và thực tiễn áp dụng về nguồn pháp luật đang tồn tại hiện nay là chỉ áp dụng quy định có trong các văn bản quy phạm pháp luật cùng với tâm lý ngại chạm vào việc áp dụng tập quán, thì sẽ dẫn tới hậu quả là vô hiệu hóa nguyên tắc áp dụng tập quán.

Vấn đề thực hiện chế độ bổ nhiệm Thẩm phán đặt các thẩm phán trước thách thức về việc xem xét bổ nhiệm lại sau mỗi nhiệm kỳ, các thẩm phán có thể vì e ngại án bị hủy, sửa… mà không áp dụng tập quán. Bởi vì, nếu không áp dụng tập quán để xét xử trong lúc thiếu quy phạm pháp luật thành văn có thể không phải chịu trách nhiệm gì, nhưng nếu áp dụng tập quán mà không phù hợp với quan điểm của cấp xét xử phúc thẩm hoặc giám đốc thẩm thì sẽ có ảnh hưởng nhất định tới việc tái bổ nhiệm. Hơn nữa, trong hệ thống các nguyên tắc cho thấy không có nguyên tắc nào ràng buộc Tòa án phải giải quyết tranh chấp trong trường hợp tranh chấp không thuộc thẩm quyền của bất cứ cơ quan nhà nước nào khác hoặc không có quy định của pháp luật để giải quyết (nói cách khác, không có nguyên tắc "cấm từ chối xét xử").

3.1.2. Khái quát thực trạng giải quyết các vụ việc dân sự của Tòa án nhân dân các cấp ở Việt Nam và sự ảnh hưởng từ quy định cho phép áp dụng tập quán

Từ năm 1992 với sự ra đời của Hiến pháp, đạo luật này đã đặt cơ sở pháp lý quan trọng cho việc thực hiện chức năng, nhiệm vụ của TAND các cấp. Tiếp theo sau đó, năm 1995 Quốc hội ban hành Bộ luật dân sự đầu tiên, đặt nền móng cho một hệ thống pháp luật ngày càng hoàn thiện điều chỉnh các quan hệ dân sự. Từ năm 2006 đến nay, với sự ra đời và có hiệu lực của nhiều văn bản có giá trị pháp lý cao điều chỉnh hoạt động xét xử dân sự như Bộ luật tố tụng dân sự năm 2004 (được sửa đổi, bổ sung năm 2011), Bộ luật dân sự năm 2005, Luật thương mại năm 2005... và nhiều văn bản liên quan khác, hoạt động xét xử dân sự của TAND đã ngày càng đảm bảo về số lượng và nâng cao về chất lượng.

Theo Báo cáo tham luận của TAND tối cao tại Hội nghị toàn quốc tổng kết thi hành Luật hôn nhân và gia đình năm 2000 trình bày ngày 16/4/2013, từ ngày 01-9-2000 đến ngày 30-9-2011, TAND các cấp đã thụ lý 3.143.746 vụ việc dân sự, kinh doanh thương mại, lao động, hành chính, hôn nhân và gia đình. Tỷ lệ vụ án dân sự được giải quyết trên số vụ án đã thụ lý đạt trên 80%. Theo các văn bản khác như Báo cáo số 20/BC-TANDTC ngày 01/9/2010 của TAND tối cao tổng kết 5 năm thi hành Bộ luật tố tụng dân sự và các Báo cáo của TAND tối cao về công tác xét xử của TAND các cấp hàng năm, án bị hủy, sửa dao động, tăng giảm hàng năm nhưng các năm sau có xu hướng giảm so với những năm trước. Tham khảo Bảng 3.1 dưới đây từ năm 2006 để thấy rõ hơn thực trạng này:

Bảng 3.1: Tổng quan tình hình thụ lý, giải quyết các vụ việc dân sự, hôn nhân và gia đình, kinh doanh thương mại từ năm 2006 đến năm 2012

		Vụ, việc thụ lý	Vụ, việc giải quyết	Tỷ lệ giải quyết/ thụ lý	Tỷ lệ án bị hủy	Tỷ lệ án bị sửa
1- Năm 2006						
Dân sự Hôn nhân và gia đình	**Tổng hợp**	**160.979**	**143.580**	**89%**	**1,4%**	**3,8%**
	Sơ thẩm	143.404	127.137	88,6%	2%	
	Phúc thẩm	16.926	15.856	93%		
	Giám đốc thẩm, tái thẩm	649	587	89%		
Kinh doanh, thương mại, phá sản	**Tổng hợp**	**2.866**	**2.274**	**79,4%**	**2%**	**3%**
	Sơ thẩm	2498	1978	79,2%		
	Phúc thẩm	347	280	80,7%		
	Giám đốc thẩm, tái thẩm	21	16	76,2%		
2- Năm 2007						
Dân sự	**Tổng hợp**	**105.358**	**93.090**	**88,4%**		
	Sơ thẩm	89.944	78.528	87,3%		
	Phúc thẩm	14.724	13.932	94,6%		
	Giám đốc thẩm, tái thẩm	690	630	91,3%		
Hôn nhân và gia đình	**Tổng hợp**	**77.561**	**73.174**	**94,3%**		
	Sơ thẩm	74.484	70.204	94,3%		
	Phúc thẩm	2.936	2.840	96,7%		
	Giám đốc thẩm, tái thẩm	141	130	92,2%		
Kinh doanh, thương mại	**Tổng hợp**	**4.798**	**4.206**	**87,7%**		
	Sơ thẩm	4.287	3.783	88,2%		
	Phúc thẩm	485	401	82,7%		
	Giám đốc thẩm, tái thẩm	22	26	84,6%		

3- Năm 2008						
Dân sự	**Tổng hợp**	**100.593**	**88.454**	**88%**		
	Sơ thẩm	85.893	74.562	86,8%		
	Phúc thẩm	13.887	13.213	95,1%		
	Giám đốc thẩm, tái thẩm	759	679	89,5%		
Hôn nhân và gia đình	**Tổng hợp**	**83.856**	**79.143**	**94,4%**		
	Sơ thẩm	80.770	76.152	94,3%		
	Phúc thẩm	2.975	2.885	97%		
	Giám đốc thẩm, tái thẩm	111	106	95,5%		
Kinh doanh, thương mại	**Tổng hợp**	**6.034**	**5.343**	**88,5%**		
	Sơ thẩm	5.384	4.748	88,2%		
	Phúc thẩm	626	538	82,7%		
	Giám đốc thẩm, tái thẩm	24	21	87,5%		
4- Năm 2009						
Dân sự, hôn nhân và gia đình, kinh doanh, thương mại	**Tổng hợp**	**214.174**	**194.358**	**90,7%**	**1,55%**	**2,64%**
	Sơ thẩm		177.417			
	Phúc thẩm		15.893			
	Giám đốc thẩm, tái thẩm		1.048			
5- Năm 2010						
Dân sự, hôn nhân và gia đình, kinh doanh, thương mại	**Tổng hợp**	**215.741**	**194.372**	**90%**	**1,6%**	**2%**
	Sơ thẩm		180.022			
	Phúc thẩm		13.032			
	Giám đốc thẩm, tái thẩm		1.318			
6- Năm 2011						
Dân sự, hôn nhân và gia đình, kinh doanh, thương mại	**Tổng hợp**	**246.915**	**222.386**	**90%**	**1,6%**	**2%**
	Sơ thẩm		207.230			
	Phúc thẩm		13.730			
	Giám đốc thẩm, tái thẩm		1.426			
7- Năm 2012						
Dân sự, hôn nhân và gia đình, kinh doanh, thương mại	**Tổng hợp**	**271.306**	**246.215**	**90%**	**1,6%**	**2%**
	Sơ thẩm		231.546			
	Phúc thẩm		13.484			
	Giám đốc thẩm, tái thẩm		1.185			

Nguồn: Báo cáo số 20/BC-TANDTC ngày 01/9/2010 của TAND Tối cao tổng kết 5 năm thi hành Bộ luật tố tụng dân sự; Báo cáo số 01/BC-TA ngày 04/01/2011 của TAND tối cao Tổng kết công tác năm 2010 và nhiệm vụ trọng tâm công tác năm 2011; Báo cáo số 36/BC-TA ngày 28/12/2011 của TAND tối cao Tổng kết công tác năm 2011 và nhiệm vụ trọng tâm công tác năm 2012 của ngành TAND; Báo cáo số 05/BC-TA ngày 18/01/2013 của TAND tối cao Tổng kết công tác năm 2012 và nhiệm vụ trọng tâm công tác năm 2013 của ngành TAND; Báo cáo tham luận của TAND tối cao tại Hội nghị toàn quốc tổng kết thi hành Luật hôn nhân và gia đình năm 2000 trình bày ngày 16/4/2013.

Có nhiều nguyên nhân dẫn đến những thành tựu trong hoạt động xét xử của TAND. Trong đó, không thể không kể đến sự hoàn thiện của pháp luật, đặc biệt là từ việc các văn bản luật quan trọng trong lĩnh vực dân sự đã kịp thời bổ sung quy định cho phép áp dụng tập quán trong những trường hợp Luật định. Bằng các quy định cho phép áp dụng tập quán, TAND các cấp có thể sử dụng tập quán để giải quyết các vụ, việc dân sự thuộc thẩm quyền trong trường hợp không có văn bản quy phạm pháp luật.

Mặc dù vậy, hệ thống TAND vẫn chưa giải quyết được triệt để hiện tượng án bị hủy, sửa hay quá thời hạn xét xử, thậm chí là trường hợp không giải quyết vì cho rằng thiếu căn cứ pháp lý. Có nhiều nguyên nhân dẫn đến thực trạng này. Tiếp cận từ góc độ áp dụng pháp luật, các Báo cáo của TAND chỉ ra những nguyên nhân của hạn chế như: Công tác hướng dẫn áp dụng thống nhất pháp luật chưa đáp ứng đầy đủ yêu cầu công tác xét xử; Một số thẩm phán, Hội thẩm nhân dân chưa nêu cao tinh thần trách nhiệm trong công tác, còn hạn chế về năng lực, trình độ, bản lĩnh nghề nghiệp; Một số trường hợp thẩm phán áp dụng pháp luật chưa thật chính xác; Một số khó khăn, vướng mắc trong thực tiễn xét xử chưa có quy định hoặc chậm có văn bản hướng dẫn cụ thể; Việc trao đổi, hướng dẫn nghiệp vụ của các Tòa chuyên trách và Viện khoa học xét xử của TAND tối cao trong một số trường hợp còn chậm làm ảnh hưởng tiến độ giải quyết vụ án; Những vướng mắc do sự thiếu hoàn thiện của hệ thống pháp luật vẫn còn tồn tại và có lúc chậm được khắc phục…

Trong các Báo cáo không đề cấp đến việc TAND các cấp có áp dụng tập quán để xét xử và có vụ, việc nào bị từ chối xét xử vì lý do không có pháp luật điều chỉnh hay không. Các Báo cáo cũng không đề cập đến con số thống kê những vụ, việc đương sự yêu cầu Tòa án giải quyết mà bị Tòa án từ chối thụ lý vì lý do không có pháp luật điều chỉnh. Tuy vậy, trên thực tế, hiện tượng này vẫn xảy ra. Chẳng hạn, chỉ tính riêng tranh chấp về mồ mả, không còn là hiện tượng cá biệt nhưng Tòa án không thụ lý những vụ việc này với lý do không có quy phạm pháp luật thành văn để giải quyết, hơn nữa, TAND cũng không có căn cứ pháp lý để xác định vụ, việc này thuộc thẩm quyền của TAND [91]. Hay như những vụ kiện đòi trả lại lễ vật mà nhà trai đưa cho nhà gái theo phong tục tập quán để chuẩn bị làm đám cưới

nhưng lễ cưới không diễn ra cho nhà gái hủy hôn, các tranh chấp này cũng diễn ra tương đối nhiều thời gian gần đây.

Như vậy, mặc dù có quy định áp dụng tập quán, nhưng quy định trong nhiều trường hợp vẫn chưa phát huy được hiệu quả điều chỉnh như mong muốn của TAND và như khả năng mà quy định này có thể mang lại. Điều này đã được TAND tối cao tổng kết một phần thông qua việc tổng kết 12 năm thực hiện Luật hôn nhân và gia đình năm 2000. Theo nhận định của TAND tối cao, Điều 6 của Luật hôn nhân và gia đình năm 2000 chỉ là quy định mang tính nguyên tắc, và vì là quy định mang tính nguyên tắc nên không thể áp dụng trực tiếp. Hơn nữa, do Việt Nam có 54 dân tộc anh em, nên việc áp dụng phong tục tập quán dễ dẫn đến thực trạng là kết quả giải quyết vụ việc theo từng tập quán sẽ không giống nhau vì mỗi tập quán điều chỉnh cùng một quan hệ xã hội song quy định của chúng lại khác nhau. TAND cũng gặp khó khăn khi xác định một tập quán nào là tốt đẹp, tập quán nào là không tốt đẹp vì trong thực tiễn không phải lúc nào điều này cũng dễ phân định. Bên cạnh đó, một số quy định cho phép áp dụng tập quán đã được hướng dẫn trực tiếp thì nay đã hết hiệu lực mà cơ quan có thẩm quyền không kịp thời ban hành văn bản thay thế làm cho Tòa án khó khăn khi áp dụng. Chẳng hạn như quy định hướng dẫn về áp dụng tập quán khi giải quyết các trường hợp kiện đòi lễ vật trao tặng trước khi kết hôn mà hôn nhân bị hủy, hướng dẫn này ban hành trên cơ sở Luật hôn nhân và gia đình năm 1986, nay Luật đó cùng với các văn bản hướng dẫn thi hành đã hết hiệu lực. Hiện không có văn bản hướng dẫn Luật hôn nhân và gia đình năm 2000 về vấn đề này.

Tóm lại, việc cho phép áp dụng tập quán trong điều chỉnh quan hệ dân sự là quy định nhân văn và cần thiết, phù hợp. Tuy nhiên, cơ chế áp dụng chưa hoàn thiện là rào cản làm quy định này trở nên chưa thực sự có tính khả thi. Điều này ảnh hưởng không nhỏ đến kết quả giải quyết vụ, việc dân sự của TAND các cấp.

3.1.3. Tổng quan về các trường hợp Tòa án nhân dân áp dụng tập quán để giải quyết vụ, việc dân sự

Có thể nhận thấy, hệ thống pháp luật của Việt Nam ngày càng được hoàn thiện, hầu hết các vụ, việc dân sự khi các bên tranh chấp và yêu cầu Tòa án giải quyết Tòa án đều có căn cứ từ các văn bản quy phạm pháp luật để thực hiện. Các vụ

việc được áp dụng tập quán để giải quyết tất cả các quan hệ pháp luật liên quan thường xảy ra không nhiều.

Việc áp dụng tập quán để giải quyết một số vấn đề cụ thể trong các vụ việc xảy ra nhiều hơn và có xu hướng ngày càng rõ nét. Nhận định này được đưa ra trên cơ sở hai căn cứ: một là dựa vào kết quả khảo sát bằng phiếu thăm dò ý kiến; hai là dựa vào khảo sát các vụ án từng áp dụng tập quán trong xét xử dân sự ở Việt Nam thời gian qua.

Thứ nhất, căn cứ vào kết quả khảo sát các thẩm phán của TAND các cấp ở một số tỉnh, thành phố ở Việt Nam. Kết quả khảo sát cho thấy, câu trả lời cho câu hỏi: từng áp dụng tập quán đề giải quyết tranh chấp dân sự hay chưa, thì câu trả lời hầu hết là "chưa từng áp dụng" (tỷ lệ 74,9%). Số người trả lời "đã từng áp dụng" không nhiều (23,3%), đặc biệt, chỉ có 1,9% số người được hỏi trả lời ở phương án "thường xuyên áp dụng".

Thứ hai, nghiên cứu trên phạm vi toàn quốc từ khi có Bộ luật dân sự năm 1995 và trong Bộ luật cho phép áp dụng tập quán cho đến nay, số lượng bản án, quyết định áp dụng tập quán mặc có nhưng chiếm tỷ lệ không nhiều trong số vụ đã giải quyết được bằng các quy định trong văn bản quy phạm pháp luật. Tuy vậy, con số này cũng không phải là ít. Đặc biệt, việc áp dụng tập quán để điều chỉnh một vài vấn đề trong tổng thể một vụ án có xu hướng gia tăng, chứng tỏ hiệu quả ngày càng cao của quy định cho phép áp dụng tập quán trong pháp luật Việt Nam.

3.1.3.1. Các trường hợp Tòa án nhân dân áp dụng tập quán trong nước

Thứ nhất, áp dụng *tập quán trong nước* để điều chỉnh quan hệ dân sự theo nghĩa hẹp, quan hệ hôn nhân và gia đình trong trường hợp không có quy phạm pháp luật điều chỉnh hoặc có pháp luật nhưng pháp luật cho phép áp dụng tập quán. Thực tiễn thời gian qua đã nhiều lần TAND áp dụng tập quán trong trường hợp này. Sau đây là một số ví dụ minh họa:

- Áp dụng tập quán để giải quyết vụ án dân sự (1): Bản án dân sự sơ thẩm số 94 ngày 13-10-2000, TAND huyện Long Đất tỉnh Bà Rịa - Vũng Tàu áp dụng tập quán về quyền ưu tiên khai thác điểm đánh bắt hải sản ở vùng biển xa bờ để giải quyết tranh chấp. Tòa án đã coi tập quán về quyền ưu tiên khai thác điểm đánh bắt hải sản ở vùng biểu xa bờ là tập quán về quyền tài sản, tức là một trong bốn loại tài

sản. Theo lập luận của Tòa án, tranh chấp về quyền tài sản là một lại tranh chấp thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án, tuy nhiên, về pháp luật nội dung, hiện chưa có quy phạm nào quy định về vấn đề này nên phải áp dụng tập quán. Tập quán được áp dụng ở đây cũng không trái với nguyên tắc cơ bản của pháp luật.

- Áp dụng tập quán để giải quyết vụ án dân sự (2): Bản án số 222/2005/DSPT ngày 02/12/2005 của TAND Tỉnh Trà Vinh: "Cầm đất là giao dịch không được pháp luật quy định nhưng đó là *thói quen tập quán* hình thành lâu đời trong nhân dân. Cầm đất là việc bên có đất giao đất thuộc quyền sử dụng hợp pháp của mình cho người khác sử dụng và người nhận cầm đất giao cho bên chủ đất một khoản tiền, vàng theo thỏa thuận, khi nào chủ đất trả lại khoản tiền, vàng đã nhận thì bên nhận cầm trả đất lại, nên trong việc cầm đất, người đi cầm không có quyền định đoạt". Đối với loại tranh chấp trong trường hợp này, có một số TAND quan niệm cầm đất là biện pháp bảo đảm hợp đồng vay tiền, vàng; tuy nhiên, có những Tòa án lại quan niệm cầm đất là một loại giao dịch dân sự rất đặc thù, là loại giao dịch dân sự theo tập quán và chưa có pháp luật điều chỉnh.

- Áp dụng tập quán để giải quyết vụ án dân sự (3): Các bản án giải quyết việc hai gia đình có con trai và con gái dự kiến kết hôn, đã tổ chức lễ hỏi và nhà trai đã mang lễ vật có thể là tiền, vàng, vật dụng khác… tới cho nhà gái nhưng sau đó đôi trai gái không tiến tới hôn nhân, nhà trai yêu cầu trả lại lễ vật. Đối với những tranh chấp này, có TAND coi đây là tranh chấp về quan hệ hợp đồng tặng cho có điều kiện, tuy nhiên, nhiều TAND cho rằng đây là loại quan hệ pháp luật rất đặc biệt chứ không phải hợp đồng. Những Tòa án địa phương nào không coi đây là hợp đồng tặng cho có điều kiện thì thường căn cứ vào tập quán để giải quyết các vụ kiện đòi lễ vật của nhà trai khi nhà trai hoặc nhà gái hủy việc kết hôn. Ví dụ: Bản án số 42/2010/DS-ST ngày 15/6/2010 của TAND huyện Châu Thành, tỉnh Long An xác định: *"Theo tập quán địa phương*, hoa tai và tiền cho cô dâu may trang phục cưới là bắt buộc nên bà Thoa được quyền giữ lại. Các tài sản khác mà bà Thoa đang quản lý là một dây chuyền 05 chỉ vàng 24K, một vòng đeo tay (lắc) 05 chỉ vàng 24K, bà Thoa phải hoàn trả lại cho ông Thát".

- Áp dụng tập quán để giải quyết vụ án dân sự (4): Bản án dân sự sơ thẩm số 07/2007/DSST ngày 04/7/2007 của TAND huyện Phủ Cừ, tỉnh Hưng Yên; Bản án

dân sự phúc thẩm 40/2007/DSPT ngày 24/9/2007 TAND tỉnh Hưng Yên giữ nguyên bản án dân sự sơ thẩm; Quyết định giám đốc thẩm số 200/2011/DS-GĐT ngày 19/3/2011 của Tòa Dân sự TAND tối cao: Các bản án, quyết định này đều để giải quyết vụ việc tranh chấp quyền sử dụng đất và nhà thờ họ giữa dòng họ Nguyễn Đức - thôn Trà Bồ, xã Phan Sào Nam, huyện Phủ Cừ, tỉnh Hưng Yên với bà Nguyễn Thị Thất - vợ của trưởng họ đã mất là ông Nguyễn Đức Sùng. Theo đó, khi phán quyết, các cấp Tòa án đều căn cứ vào tập quán địa phương, xác định: *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.*

- Áp dụng tập quán để giải quyết việc dân sự (1): giải thích hợp đồng dân sự. Ví dụ như trong một giao dịch dân sự mua bán tài sản, các bên sử dụng biện pháp bảo đảm là *đặt cọc* và giao kết: nếu bên mua hàng không mua thì mất cọc, nếu bên bán không bán thì phạt "gấp bội". Khi một trong các bên không thực hiện đúng hợp đồng sẽ bị phạt vi phạm và việc phạt *gấp bội* được giải thích trên cơ sở tập quán. Ở đây không có tranh chấp giữa các bên mà chỉ có yêu cầu giải thích hợp đồng dân sự về thuật ngữ *gấp bội.*

- Áp dụng tập quán để giải quyết việc dân sự (2): Một số địa phương hiện nay có tập quán khi một tàu đánh cá phát hiện ra đàn cá và gọi tàu khác cùng đến đánh cá thì khi chia sản phẩm, người phát hiện ra đàn cá sẽ được chia với tỷ lệ nhiều hơn [74, tr.6]. Ở đây không có tranh chấp mà chỉ có yêu cầu xác định quyền sở hữu tài sản đối với sản phẩm đạt được.

- Áp dụng tập quán để giải quyết các việc dân sự (3): TAND áp dụng quy phạm đạo đức để giải quyết yêu cầu hạn chế quyền của cha, mẹ đối với con chưa thành niên hoặc quyền thăm nom con sau khi ly hôn theo khoản 4 Điều 28 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2004 và Điều 41 Luật hôn nhân và gia đình. Theo đó, nếu cha, mẹ có *lối sống đồi truỵ* hoặc xúi giục, ép buộc con làm những việc trái pháp luật, *trái đạo đức xã hội*, thì Toà án có thể ra quyết định không cho cha, mẹ trông nom, chăm sóc, giáo dục con, quản lý tài sản riêng của con hoặc đại diện theo pháp luật cho con trong thời hạn từ một năm đến năm năm.

- Áp dụng tập quán để giải quyết việc dân sự (4): TAND áp dụng tập quán về xác định dân tộc cho con khi cha mẹ khác nhau về dân tộc để công nhận con sinh ra mang dân tộc của cha hay của mẹ theo yêu cầu công nhận của cha, mẹ hoặc con.

Thứ hai, áp dụng *tập quán trong nước* để điều chỉnh các quan hệ kinh doanh, thương mại không có yếu tố nước ngoài. Thực tiễn thời gian qua TAND các cấp đã từng áp dụng, thể hiện qua những bản án, quyết định minh họa sau đây:

- Áp dụng tập quán để giải quyết vụ án kinh doanh, thương mại (1): Bản án số 1034/DSST ngày 08/7/2002 của TAND thành phố Hồ Chí Minh đã xét rằng: "*theo thông lệ chiết khấu tại các Ngân hàng thương mại Việt Nam*; và cam kết của người chiết khấu khi xuất trình bộ chứng từ tại Ngân hàng để yêu cầu chiết khấu, là người chiết khấu phải hoàn trả (hoặc ghi nợ) số tiền được chiết khấu, lãi, chi phí theo qui định cho Ngân hàng".

- Áp dụng tập quán để giải quyết vụ án kinh doanh, thương mại (2): Bản án số 2392/DSPT ngày 30/12/2002 của TAND thành phố Hồ Chí Minh nhận định: "theo cách thức *tập quán mua bán vàng của các cửa hàng kinh doanh vàng tư nhân* thì đây là một loại hàng hóa có biến động giá rất nhanh và rất lớn, tăng hoặc giảm giá, không thể có việc bán tiếp 10 lượng vàng theo giá cũ trước đó 3 tháng, khi người mua chỉ trả trước tiền mua 3 lượng 5, nếu có thì hai bên thông thường chỉ tính giá cũ là với 3,5 lượng vàng 24K (SJC) còn lại tính theo giá mới mới phù hợp với thực tế tập quán mua bán loại hàng này".

- Áp dụng tập quán để giải quyết vụ án kinh doanh, thương mại (3): Bản án dân sự sơ thẩm số 02/2009/DSST ngày 01/10/2009 của TAND tỉnh Đăk Lăk giải quyết tranh chấp giữa ông Lê Văn Dũng (gọi tắt là ông Dũng) và bà Nguyễn Thị Thùy Mỹ (gọi tắt là bà Mỹ) về hợp đồng gửi giữ tài sản. Ngày 07/2/2001, ông Dũng gửi đại lý của bà Mỹ 3.225 kg cà phê nhân xô. Hai bên thỏa thuận khi nào giá cà phê lên thì chốt giá lấy tiền. Khoảng tháng 07/2004, giá cà phê lên 9.700đ/kg, ông Dũng gọi điện thoại cho bà Mỹ chốt giá, quy thành tiền là 31.282.000đ. Bà Mỹ không trả tiền, nên ông Dũng khởi kiện ra Tòa án tỉnh Đăk Lăk yêu cầu bà Mỹ phải thực hiện một trong hai phương án: 1, trả cho ông số tiền đã chốt giá, lãi suất từ khi chốt giá; 2, trả lại cà phê cho ông. TAND tỉnh Đăk Lăk đã 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 theo *tập quán chốt giá cà phê.*

Thứ ba, áp dụng *tập quán trong nước* trong trường hợp có pháp luật nhưng pháp luật chỉ quy định nguyên tắc, không quy định cách xử sự cụ thể mà cho phép xử sự theo tập quán. Trong trường hợp này, trên thực tế TAND cũng đã không ít lần áp dụng. Sau đây là trích dẫn, minh họa một số bản án, quyết định, trường hợp liên quan:

- Áp dụng tập quán để giải quyết vụ án dân sự (1): Bản án số 12/DSPT ngày 18-01-2005 của TAND thành phố Hà Nội giải quyết tranh chấp về thời điểm mở thừa kế. Theo bản án sơ thẩm, Tòa án địa phương huyện Đông Anh - Hà Nội căn cứ vào giấy chứng tử lập năm 2004 để xác định người để lại di sản chết tháng 01/1995. Nhưng tại cấp phúc thẩm, Tòa án thành phố Hà Nội đã xem xét bia mộ khi cải táng, khẳng định bia mộ khi cải táng ghi ngày mất của người để lại di sản là 02/01/1994, cải táng vào tháng 11/1996, và theo tập quán địa phương, người chết sau 27 tháng mới được cải táng, như vậy giấy chứng tử ghi thời điểm chết tháng 01/1995 là không phù hợp, vì nếu chết vào thời điểm đó, lúc cải táng là lúc chưa đủ 27 tháng [13]. Ở đây TAND thành phố Hà Nội đã căn cứ vào tập quán để làm nguồn của chứng cứ.

- Áp dụng tập quán để giải quyết vụ án dân sự (2): Quyết định số 705/2009/DS-GĐT ngày 29/12/2009 của Tòa dân sự TAND tối cao nêu: căn cứ các tài liệu, gồm: Cuốn Gia phả lập năm 152 (trang 60) do ông Khải xuất trình; "Văn bản giao trách nhiệm trông nom nhà thờ Ât chi Đinh Tộc" của ngành 2 họ Đinh lập ngày 20/02/1994; Biên bản họp chi thứ nhất của năm chi họ Đinh thôn Lộc Dư (họp tại nhà ông Hương) ngày 17/11/2004; Giấy chuyển nhượng quyền sở hữu tài sản của ông Khải cho ông Truyền ngày 15/5/1990, tất cả các văn bản này đều xác định ngôi nhà thờ trên diện tích 343m^2 đất tại thôn Lộc Dư, xã Nguyễn Trãi là nhà thờ tổ năm chi ngành 2 họ Đinh thôn Lộc Dư do ông Khải cháu kế trưởng đời thứ 12 chi 1 ngành 2 trông nom quản lý thờ tự; và đây là nơi duy nhất thờ tự chung, nơi sinh hoạt chung của cả ngành 2 trong ngày cúng giỗ cụ tổ của cả 5 chi ngành 2 họ Đinh thôn Lộc Dư, nên có cơ sở xác định đây là *nhà thờ thuộc sở hữu chung của cả ngành 2 họ Đinh thôn Lộc Dư được hình thành theo tập quán*

thờ cúng tổ tiên". Tập quán này được áp dụng để xác lập quyền sở hữu đối với tài sản chung của cộng đồng.

- Áp dụng tập quán để giải quyết vụ án dân sự (3): Quyết định số 236/2006/DS-GĐT ngày 02/10/2006 của Tòa dân sự TAND tối cao: Tập quán được sử dụng để xác định ranh giới đất giữa các bất động sản liền kề. Tòa án dựa vào tập quán để xác định ở Việt Nam, nhà cấp 4 có một phần mái nhô ra khỏi tường để bảo vệ tường tránh mưa nắng và phần mái nhô ra này thường nằm trên đất của gia đình người có nhà.

- Áp dụng tập quán để giải quyết vụ án dân sự (4): Áp dụng tập quán để giải thích các hợp đồng, giao dịch dân sự. Trong hợp đồng, giao dịch dân sự, nếu đương sự thỏa thuận với nhau về tiền là "chục ngàn" thì các TAND thống nhất hiểu là "10 ngàn". Tuy nhiên, nếu đương sự thỏa thuận là chục trái cây, chục hột gà/hột vịt (quả trứng gà/vịt) thì đối với miền Tây Nam Bộ, tùy thuộc nơi giao dịch được xác lập mà giải thích theo tập quán chục là 12, 14 hoặc 16 đơn vị.

3.1.3.2. Các trường hợp Tòa án nhân dân áp dụng tập quán quốc tế

Thứ nhất, áp dụng *tập quán quốc tế về dân sự* trong trường hợp quan hệ dân sự (theo nghĩa hẹp) có yếu tố nước ngoài không được Bộ luật dân sự, các văn bản pháp luật khác của Cộng hoà XHCN Việt Nam, điều ước quốc tế mà Cộng hoà XHCN Việt Nam là thành viên hoặc hợp đồng dân sự giữa các bên điều chỉnh. Về trường hợp này, rất hiếm xảy ra trên thực tế nên không có minh chứng cụ thể.

Thứ hai, áp dụng *tập quán quốc tế* để điều chính quan hệ kinh doanh, thương mại có yếu tố nước ngoài trong trường hợp có điều ước quốc tế có hiệu lực quy định áp dụng hoặc các bên thỏa thuận áp dụng. Đây là trường hợp rất dễ xảy ra và trên thực tế, trong điều kiện hội nhập thì thường xuyên xảy ra. Sau đây là phần mình họa thông qua một số bản án, quyết định của TAND các cấp:

- Áp dụng tập quán để giải quyết vụ án kinh doanh, thương mại (1): Bản án số 37/2006/KDTM-ST ngày 14+20.4.2006 của TAND thành phố Hà Nội nhận định "theo quy định tại Điều 12 của hợp đồng thì Công ty vật tư nông nghiệp Nghệ An phải mở L/C chậm nhất là ngày 05/9/2004. Nhưng trên thực tế, ngày 30/8/2004 Ngân hàng công thương Việt Nam đã phát hành L/C số 440LCB200400025 cho Công ty Summit là người thụ hưởng. Như vậy, nguyên đơn đã mở L/C trước thời

hạn 05 ngày so với thời hạn hai bên thoả thuận trong hợp đồng. Ngày 01/9/2004, ngân hàng thông báo của Summit đã chính thức thông báo L/C nói trên cho bị đơn, *điều đó chứng tỏ L/C được mở đã đảm bảo được tính chân thật bề ngoài, nguyên đơn đã hoàn thành nghĩa vụ của mình trong việc mở L/C đúng với Điều 7 UCP 500.1993 ICC*".

- Áp dụng tập quán để giải quyết vụ án kinh doanh, thương mại (2): Bản án số 16/2008/KDTM-PT ngày 14/01/2008 của Tòa phúc thẩm TAND tối cao tại Hà Nội quyết định: "*Căn cứ Điều 1, Điều 3 của UCP 500.* 1. Chấp nhận yêu cầu của Công ty Jinyuan Quảng Tây đối với Ngân hàng Đông Á theo đơn khởi kiện đề ngày 08/01/2007. 2. Buộc Ngân hàng Đông Á phải thanh toán cho Công ty Jinyuan Quảng Tây, Trung Quốc số tiền trong hóa đơn thương mại là 180.270,84 USD (một trăm tám mươi nghìn, hai trăm bảy mươi đô la Mỹ, tám mươi tư cent) theo L/C số 009LC1061370003 mở tại Ngân hàng Đông Á - Chi nhánh Hà Nội ngày 17/5/2006. 3. Buộc Ngân hàng Đông Á phải thanh toán cho Công ty Jinyuan Quảng Tây khoản tiền lãi do chậm thanh toán L/C là 8.000 USD...".

- Áp dụng tập quán để giải quyết vụ án kinh doanh, thương mại (3): Tòa án áp dụng tập quán quốc tế giải quyết tranh chấp hợp đồng gia công trong thương mại: Nguyên đơn đòi bị đơn bồi thường thiệt hại do giao sản phẩm gia công chậm so với thời hạn trong hợp đồng. Số tiền thiệt hại mà Tòa án yêu cầu bị đơn phải bồi thường cho nguyên đơn chính là tiền chênh lệch giữa cước vận chuyển bằng đường hàng không so với cước vận chuyển bằng đường biển. Tập quán mà Tòa án áp dụng để buộc bị đơn bồi thường phần cước chênh lệch này là: trong vận chuyển hàng hóa quốc tế, việc vận chuyển thông thường là bằng đường biển vì giá cước rẻ. Do bị đơn chậm giao hàng gia công làm cho nguyên đơn phải vận chuyển hàng hóa bằng đường hàng không [Phiếu thăm dò ý kiến của Phó Chánh tòa Kinh tế, TAND thành phố Hồ Chí Minh, thăm dò do Nghiên cứu sinh thực hiện vào tháng 4/2013].

- Áp dụng tập quán để giải quyết việc kinh doanh, thương mại (1): Áp dụng thông lệ quốc tế để giải quyết yêu cầu công nhận và cho thi hành quyết định của Trọng tài nước ngoài tại Việt Nam. Bên phải thi hành quyết định cho rằng thỏa thuận trọng tài phải được xác lập bằng một văn bản riêng ngoài hợp đồng. Tòa án

áp dụng thông lệ quốc tế để công nhận thỏa thuận trọng tài có thể quy định ngay trong hợp đồng [Phiếu thăm dò ý kiến của Phó Chánh tòa Kinh tế, TAND thành phố Hồ Chí Minh, thăm dò do Nghiên cứu sinh thực hiện vào tháng 4/2013]. Cụ thể, khi giải quyết một tranh chấp về kinh doanh, thương mại quốc tế có tranh chấp về thẩm quyền giải quyết tranh chấp đó, thường các bên có hai loại ý kiến khác nhau. Một bên trong quan hệ tranh chấp có thể cho rằng một thỏa thuận trọng tài chỉ có hiệu lực khi thỏa thuận đó lập thành một văn bản riêng. Một bên khác trong quan hệ có thể phủ nhận quan điểm đó và cho rằng thỏa thuận trọng tài có thể quy định ngay trong hợp đồng. TAND sẽ áp dụng thông lệ quốc tế để giải quyết tranh chấp này. Theo thông lệ quốc tế, thỏa thuận trọng tài có thể quy định ngay trong hợp đồng chứ không nhất thiết phải lập thành một văn bản riêng.

3.2. KẾT QUẢ ĐẠT ĐƯỢC VÀ BẤT CẬP TRONG ÁP DỤNG TẬP QUÁN ĐỂ GIẢI QUYẾT CÁC VỤ VIỆC DÂN SỰ CỦA TÒA ÁN NHÂN DÂN Ở VIỆT NAM TỪ NĂM 1996 ĐẾN NAY

3.2.1. Kết quả đạt được và các nguyên nhân

3.2.1.1. Về kết quả đạt được

** Về chủ thể áp dụng*

Từ phần trình bày về những vụ án áp dụng tập quán điển hình nêu trên có thể khẳng định, quy định cho phép căn cứ vào tập quán trong xét xử dân sự đã được TAND ở các cấp xét xử từ sơ thẩm đến phúc thẩm, giám đốc thẩm áp dụng. Chủ thể áp dụng là các thẩm phán của TAND cấp huyện, TAND cấp tỉnh và TAND tối cao. Theo kết quả thăm dò ý kiến của luận án, trong 215 thẩm phán được hỏi, có 54 người từng áp dụng tập quán để giải quyết các vụ việc dân sự.

Một điều cần lưu ý ở đây là, việc áp dụng tập quán trong nước thuộc thẩm quyền của TAND các cấp nên TAND từ cấp huyện đến TAND tối cao đều đã từng áp dụng. Còn việc áp dụng tập quán thương mại quốc tế chỉ thực hiện đối với các quan hệ thương mại quốc tế. Quan hệ thương mại quốc tế nếu có tranh chấp thì thuộc thẩm quyền giải quyết của TAND từ cấp tỉnh trở lên theo quy định của Bộ luật tố tụng dân sự. Do vậy TAND cấp huyện không có thẩm quyền áp dụng tập quán thương mại quốc tế. Trên thực tế, các vụ việc áp dụng tập quán thương mại quốc tế ở nước ta thời gian qua đều chỉ được thực hiện tại TAND cấp tỉnh và

TAND tối cao. Như vậy, việc thực hiện này, xét theo thẩm quyền được quy định trong Bộ luật tố tụng dân sự và Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Bộ luật tố tụng dân sự là hoàn toàn phù hợp.

** Về quy trình áp dụng*

Thủ tục tố tụng là một trong những căn cứ quan trọng để đánh giá giá trị hiệu lực của một bản án, quyết định của cơ quan xét xử. Thủ tục tố tụng không được đảm bảo hoặc bị vi phạm là một trong những căn cứ để hủy bản án, quyết định. Việc áp dụng tập quán để giải quyết các vụ, việc dân sự của Tòa án không là ngoại lệ của trường hợp này. Theo quy định tại Điều 3 Bộ luật tố tụng dân sự, mọi hoạt động tố tụng dân sự của người tiến hành tố tụng, người tham gia tố tụng, của cá nhân, cơ quan, tổ chức có liên quan phải tuân theo các quy định của Bộ luật này. Như vậy, việc áp dụng tập quán muốn đảm bảo tính đúng đắn nhất thiết phải tuân theo quy định trong Bộ luật tố tụng dân sự.

Thực tiễn những vụ việc đã áp dụng tập quán cho thấy, hầu hết các vụ, việc mà Tòa án áp dụng tập quán thì đều có căn cứ pháp lý và đúng quy trình, thủ tục. Một số vụ án xét xử ở cấp sơ thẩm sau đó bị kháng cáo hoặc kháng nghị, điều này không liên quan đến trình tự, thủ tục mà chủ yếu do các chủ thể có thẩm quyền hoặc đương sự có xung đột với nhau về quan điểm liên quan đến các tập quán đã được áp dụng.

** Về việc đảm bảo nguyên tắc trong áp dụng tập quán*

Từ thực tiễn áp dụng tập quán có thể khẳng định, hầu hết các trường hợp áp dụng tập quán thì đều đảm bảo nguyên tắc, tức là, trong quan hệ dân sự nói chung, chỉ áp dụng khi pháp luật Việt Nam, điều ước quốc tế mà Việt Nam ký kết hoặc tham gia không quy định và các bên không có thỏa thuận; trường hợp quan hệ thương mại có yếu tố nước ngoài, chỉ áp dụng tập quán thương mại quốc tế khi các bên lựa chọn áp dụng tập quán thương mại quốc tế. Và các trường hợp này đều áp dụng các tập quán không trái với những nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam. Về vấn đề này, đúng như nhận định của một nhà nghiên cứu, "chưa thấy một ví dụ nào cho thấy việc áp dụng tập quán quốc tế trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam" [15, tr.68].

** Về việc phát huy vai trò tập quán, góp phần làm hoàn thiện hệ thống pháp luật*

Có một thực tế là các hệ thống pháp luật dù hoàn thiện đến đâu cũng sẽ luôn có những "lỗ hổng", tức là luôn có những quan hệ xã hội cần thiết được điều chỉnh mà thiếu quy phạm pháp luật điều chỉnh. Tập quán pháp có thể được xem là một trong những giải pháp khả thi để khắc phục hiện tượng này.

Một điều cần thống nhất khi nhận định về vai trò của tập quán đối với việc hoàn thiện hệ thống pháp luật là, việc áp dụng tập quán trong xét xử dân sự không đồng nghĩa với việc áp dụng tập quán để giải quyết toàn bộ các tranh chấp trong vụ, việc đó. Đôi khi (và vấn đề này sẽ ngày càng phổ biến), chỉ một, một số quan hệ cụ thể trong toàn bộ tranh chấp đó cần thiết và phải được áp dụng tập quán, còn nhiều quan hệ còn lại trong tranh chấp vẫn áp dụng pháp luật. Ví dụ như trong bản án số 12/DSPT ngày 18-01-2005 của TAND thành phố Hà Nội, toàn bộ vụ việc được giải quyết trên cơ sở pháp luật, chỉ có duy nhất vấn đề chứng cứ để chứng minh ngày chết của người để lại di sản thì Tòa án căn cứ vào bia mộ khi cải táng và căn cứ vào tập quán địa phương quy định thời gian tối thiểu từ khi chết đến khi cải táng để khẳng định ngày mà người để lại di sản chết.

Vì sự phong phú, đa dạng và ngày càng phức tạp của các quan hệ xã hội trong lĩnh vực dân sự, kinh doanh, thương mại mà vấn đề áp dụng tập quán sẽ là cần thiết, để lấp đầy khoảng trống pháp lý, làm cho hệ thống pháp luật luôn hoàn thiện vì sự phong phú của nguồn pháp luật.

** Qua thực tiễn áp dụng có thể văn bản hóa tập quán, làm cho pháp luật trở nên hoàn thiện hơn*

Chúng ta đều biết trường hợp từ chối xét xử của các TAND về tranh chấp hụi, họ, biêu, phường phát sinh từ ngày 01/7/1996 (ngày Bộ luật dân sự năm 2005 có hiệu lực). Tại sao lại có trường hợp này? Trên thực tế, họ, hụi, biêu, phường là hình thức giao dịch dân sự rất phổ biến ở nước ta. Trước khi Bộ luật dân sự năm 1995 có hiệu lực (01/7/1996), tranh chấp hụi, họ được toà án giải quyết theo Thông tư liên ngành số 04 ngày 08/08/1992 giữa Viện Kiểm sát nhân dân tối cao và TAND tối cao. Từ khi Bộ luật dân sự năm 1995 có hiệu lực, do trong Bộ luật không có quy định về họ, hụi nên dù những tranh chấp liên quan đến hình thức giao dịch

này diễn ra nhiều song không được giải quyết. Đến tận thời điểm năm 1999, TAND tối cao có Công văn số 16/1999/KHXX ngày 01/02/1999 hướng dẫn các TAND địa phương là *các toà án không thụ lý* các tranh chấp về hụi, họ phát sinh từ ngày 01/7/1996, để chờ hướng dẫn mới. Việc Bộ luật dân sự năm 2005 tại Điều 479 quy định: *Họ, hụi, biêu, phường (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. Hình thức họ nhằm mục đích tương trợ trong nhân dân được thực hiện theo quy định của pháp luật* là thực sự cần thiết. Một mặt, nó ghi nhận và bảo vệ các quan hệ xã hội theo tập quán vốn đang xuất hiện ngày càng nhiều, rất cần sự điều chỉnh của pháp luật; mặt khác, góp phần định hướng các quan hệ đó phát triển theo hướng tiến bộ, lành mạnh.

Từ quy định của Bộ luật D\dân sự năm 2005, lúc đầu, quan hệ hụi, họ, biêu, phường hoàn toàn chỉ dựa trên tập quán và được Nhà nước thừa nhận, bảo đảm thực hiện. Nhưng sau đó, Chính phủ đã bằng việc văn bản hóa, làm cho tập quán trở thành quy phạm pháp luật thông qua Nghị định 144/2006/NĐ-CP ngày 27/11/2006 về hụi, họ, biêu, phường. Đây là cách làm mà chúng ta có thể phát huy.

** Việc áp dụng tập quán có thể làm định hình đường lối giải quyết các trường hợp tương tự về sau, làm căn cứ cho việc phát triển án lệ*

Những vụ việc áp dụng tập quán thời gian qua cho thấy, người có thẩm quyền áp dụng tập quán đã làm một việc gần như là mở đường trong những trường hợp chưa hề có quy định pháp luật điều chỉnh các quan hệ tranh chấp. Sự mở đường này chính là bài học quý cho các thẩm phán khi gặp phải những vụ việc tương tự về sau. Dù rằng vào trước đó và thời điểm này, chúng ta chưa thừa nhận án lệ, song hoạt động hướng dẫn xét xử hàng năm của TAND tối cao rất gần gũi với việc tạo lập án lệ. Những bản án, quyết định có áp dụng tập quán trong giải quyết vụ, việc dân sự có thể được tham khảo, rút kinh nghiệm, làm hình thành nên đường lối giải quyết cho những vụ việc tương tự về sau.

3.2.1.2. Nguyên nhân của những kết quả trên

Những thành tựu nói trên là rất đáng kể và là sự minh chứng cho tính đúng đắn của quan điểm phát huy vai trò tập quán trong việc hỗ trợ nhà nước quản lý xã

hội. Điều này càng đặc biệt đáng được ghi nhận trong bối cảnh những quy định về áp dụng tập quán thực sự chưa hoàn thiện. Sở dĩ có được những thành tựu trên là do nhiều nguyên nhân.

Trước hết, do sự lãnh đạo đúng đắn của các cấp ủy Đảng. Với các văn kiện chỉ đạo kịp thời, khoa học, các cấp ủy Đảng từ Trung ương đến địa phương và Đảng ủy ngành Tòa án đã lãnh đạo ngành TAND phát triển ngày càng lớn mạnh, đặc biệt kể từ sau khi có Nghị quyết 49-NQ/TW của Bộ Chính trị về Chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020; Nghị quyết lần thứ tư Ban chấp hành Trung ương Đảng Khóa XI về "Một số vấn đề cấp bách về xây dựng Đảng hiện nay". Trên cơ sở Văn kiện, Nghị quyết của Trung ương Đảng, hàng năm Ban Cán sự Đảng TAND tối cao đều có Nghị quyết về việc lãnh đạo, chỉ đạo triển khai thực hiện nhiệm vụ công tác trong tâm của năm. Trong những năm gần đây, đặc biệt từ sau khi có Nghị quyết 49-NQ/TW của Bộ Chính trị, Ban Cán sự Đảng TAND tối cao luôn chú trọng việc tổ chức thực hiện tốt các nghị quyết của Đảng, Quốc hội Ủy ban Thường vụ Quốc hội về công tác cải cách tư pháp; chỉ đạo thực hiện quyết liệt các giải pháp về công tác tổ chức, cán bộ để xây dựng đội ngũ công chức Tòa án đủ năng lực; Thường xuyên thực hiện công tác giáo dục tư tưởng, chính trị; Duy trì thực hiện công tác tập huấn, tăng cường công tác đào tạo, bồi dưỡng nhân lực cho ngành Tòa án. Với sự chỉ đạo đúng đắn, kịp thời của Ban Cán sự và các cấp ủy Đảng TAND tối cao, chất lượng các hoạt động áp dụng pháp luật được nâng cao, trong đó có chất lượng công tác áp dụng tập quán trong xét xử các vụ án dân sự [78].

Thứ hai, do TAND tối cao và các cấp Tòa án khác chú trọng đẩy mạnh nâng cao trình độ chuyên môn cho cán bộ, công chức Tòa án. Chỉ tính riêng trong 03 năm là từ năm 2010, 2011 đến năm 2012 ngành Tòa án đã cử 713 cán bộ đi đào tạo sau đại học (trong đó có 12 người được cử đi đào tạo tiến sỹ, thạc sỹ ở nước ngoài). Có 520 lượt cán bộ, công chức được cử tham dự các hội thảo quốc tế về sở hữu trí tuệ, tranh chấp thương mại quốc tế - vốn là những lĩnh vực thường xuyên phải áp dụng tập quán quốc tế hoặc thông lệ quốc tế. Ngành Tòa án đã tổ chức 102 lớp bồi dưỡng nghiệp vụ, trong đó tập trung chủ yếu vào việc tập huấn các văn bản pháp luật và các nghị quyết của Hội đồng Thẩm phán TAND tối cao. TAND tối cao cũng đã phân cấp cho Chánh án TAND các tỉnh tổ chức các lớp bồi dưỡng, tập huấn theo

định kỳ hoặc đột xuất về chuyên môn nghiệp vụ cho các cán bộ, Thẩm phán, Hội thẩm nhân dân thuộc quyền quản lý và việc này được duy trì đúng quy định.

Thứ ba, do công tác tổ chức thực hiện việc áp dụng pháp luật của toàn ngành TAND luôn được chú trọng, nghiêm túc. Hàng năm, TAND tối cao đều ban hành hoặc phối hợp ban hành những văn bản hướng dẫn áp dụng thống nhất pháp luật, ban hành nhiều công văn trao đổi nghiệp vụ với Tòa án địa phương. Chẳng hạn, Hội đồng thẩm phán TAND tối cao đã ban hành nhiều Nghị quyết hướng dẫn thi hành Bộ luật tố tụng dân sự; TAND tối cao đã phối hợp với các cơ quan có liên quan xây dựng và ban hành Thông tư liên tịch số 01/2011/TTLT/TANDTC-BQP-BNV hướng dẫn thi hành một số quy định của Pháp lệnh sửa đổi, bổ sung một số điều của Pháp lệnh Thẩm phán và Hội thẩm TAND... Những hoạt động này góp phần làm cho công tác xét xử dân sự nói chung và hoạt động áp dụng pháp luật, áp dụng tập quán nói riêng càng ngày càng trở nên rõ ràng về cơ sở pháp lý.

Thứ tư, sự phát triển đáng kể về số lượng và trình độ năng lực của thẩm phán, là những người đóng vai trò quan trọng trong việc thực tiễn hóa nguyên tắc áp dụng tập quán trong các đạo luật. Tính đến cuối năm 2012, số lượng thẩm phán và hội thẩm ngày càng được tăng lên đáp ứng yêu cầu của công việc. Vào năm 2010, toàn ngành TAND có 4.680 thẩm phán. Năm 2011, có hơn 200 thẩm phán TAND các cấp được bổ nhiệm mới. Trong năm 2012, có thêm 241 thẩm phán TAND các cấp được bổ nhiệm mới. Tính đến ngày 30/9/2012, toàn ngành TAND có 4.914 Thẩm phán (trong đó Thẩm phán TAND tối cao là 112 người; Thẩm phán trung cấp là 1.246 người; Thẩm phán sơ cấp là 3.556 người). Các thẩm phán đều đáp ứng yêu cầu, tiêu chuẩn theo quy định của pháp luật. Bên cạnh đội ngũ thẩm phán, ngành TAND còn có số lượng 15.906 hội thẩm bao gồm Hội thẩm TAND cấp tỉnh và Hội thẩm TAND cấp huyện [75]. Việc đào tạo chuyên môn nghiệp vụ cho cán bộ Tòa án được chú trọng thực hiện. Công tác bồi dưỡng, tập huấn chuyên môn nghiệp vụ được tiến hành thường xuyên. Ngoài ra, TAND tối cao còn cử giảng viên hỗ trợ cho các Tòa án địa phương tổ chức các lớp bồi dưỡng nghiệp vụ cho Hội thẩm nhân dân, biên soạn tài liệu tập huấn cho Hội thẩm nhân dân v.v.. Việc mạnh dạn áp dụng tập quán của nhiều chủ thể cho thấy bản lĩnh, sự am hiểu sâu sắc về văn hóa, phong tục, tập quán của các thẩm phán cũng như sự am hiểu sâu sắc các quy định về tập

quán thương mại quốc tế của một bộ phận không nhỏ thẩm phán của Việt Nam. Một số người hoạt động thực tiễn như luật sư, thẩm phán cho rằng các thẩm phán mạnh dạn áp dụng tập quán thường là những thẩm phán có uy tín, có kinh nghiệm do đã được tập huấn, hướng dẫn tốt.

Thứ năm, cùng với thời gian, hệ thống pháp luật cũng đã trở nên hoàn thiện hơn, cơ chế cho phép áp dụng tập quán trong xét xử dân sự ngày càng rõ ràng và khả thi, đồng thời, ý thức pháp luật của nhân dân được nâng cao.

Điều này được minh chứng qua những phân tích ở trên, trong những đạo luật như Hiến pháp năm 1992 (sửa đổi, bổ sung năm 2001), Luật hôn nhân và gia đình năm 2000, Bộ luật dân sự năm 2005, Bộ luật tố tụng dân sự năm 2004, Luật thương mại năm 2005, Bộ luật hàng hải năm 2005, Luật chuyển giao công nghệ năm 2006... và trong những văn bản dưới luật như Pháp lệnh ngoại hối năm 2005 (sửa đổi, bổ sung năm 2013) Nghị định 32/2002/NĐ-CP; Nghị định 144/2006/NĐ-CP v.v..

Mức độ ngày càng hoàn thiện của hệ thống pháp luật tác động tích cực đến ý thức pháp luật của nhân dân. Nhân dân đã có thể dễ dàng tiếp cận với các văn bản quy phạm pháp luật thông qua cổng thông tin điện tử của các cơ quan nhà nước. Hệ thống truyền thông cũng phát huy vai trò to lớn khi tuyên truyền phổ biến pháp luật tới nhân dân. Trong các cơ sở giáo dục phổ thông trung học và giáo dục chuyên nghiệp đều có chương trình giảng dạy về pháp luật.

Thứ sáu, sự am hiểu tập quán của nhân dân và sự phong phú của tập quán trên phạm vi toàn lãnh thổ Việt Nam, trong đó có nhiều tập quán tiến bộ là thế mạnh để lựa chọn và làm cho quy định về áp dụng tập quán trong nước ngày càng trở nên phát huy hiệu quả.

Điều thuận lợi của Việt Nam khi thừa nhận tập quán là Việt Nam có rất nhiều dân tộc cùng sinh sống trên lãnh thổ mà hệ thống tập quán, luật tục của nhiều dân tộc tương đối hoàn chỉnh và điều chỉnh toàn diện đời sống xã hội, được nhân dân nắm rõ để thực hiện. Bên cạnh đó, thiết chế làng xã tồn tại lâu đời ở Việt Nam với những *lệ làng, hương ước* là sản phẩm thành văn hoặc bất thành văn chứa đựng hệ thống quy phạm phong phú đa dạng đóng vai trò như *cương lĩnh tĩnh thần* là công cụ điều chỉnh mối quan hệ nội bộ thôn làng hết sức hữu hiệu. Các quy phạm

này đủ chi tiết có thể bổ khuyết cho pháp luật và có sức mạnh bảo đảm thực hiện - trong đó có cả bảo đảm bằng dư luận xã hội và chế tài nghiêm khắc của cộng đồng, và chúng đang có xu hướng vận động để phù hợp với thực tiễn hơn. Ngoài ra, những đặc điểm của quy phạm tập quán như tính hợp lý, tính có ích, tính tự giác trong thực hiện... là yếu tố tác động tích cực tới hiệu quả áp dụng tập quán với vai trò nguồn bổ trợ pháp luật. Tập quán là loại quy phạm phát sinh từ đời sống nên phần lớn chúng có tính hợp lý, có vai trò tích cực trong quản lý xã hội. Sự tồn tại của một tập quán trong nhiều trường hợp có lý do sâu sắc là tập quán đó có ích cho cộng đồng. Bởi vậy, tập quán dễ được thực hiện một cách tự nguyện, không cần cưỡng chế. Điều này khác với đặc điểm của pháp luật là luôn phải đảm bảo thực hiện bởi nhà nước. Đặc điểm của tập quán như đã nêu ở trên chính là yếu tố tác động tích cực tới hoạt động áp dụng tập quán ở Việt Nam hiện nay.

Những quan hệ dân sự theo tập quán đều đã được diễn ra hằng ngày, có tính truyền thống, nên các thẩm phán có cơ sở mạnh dạn trong việc giải quyết các vụ việc dân sự liên quan. Đơn cử, chỉ tính trong lĩnh vực Hôn nhân và gia đình, thông qua Nghị định 32/2002/NĐ-CP, Chính phủ liệt kê ra 10 loại phong tục tập quán ở phụ lục A và trong nội dung cũng có rất nhiều quy định khẳng định về sự tôn trọng và phát huy phong tục tập quán hiện đang điều chỉnh quan hệ xã hội mà điều khoản đó điều chỉnh. Và số lượng tập quán được liệt kê trong phụ lục A cũng chỉ là con số rất nhỏ nhoi, bên cạnh đó, còn có rất nhiều tập quán trong nước điều chỉnh quan hệ dân sự, quan hệ thương mại cùng với nhiều tập quán thương mại quốc tế, tạo nên một cơ sở tập quán phong phú. Sự đa dạng, phong phú của tập quán trong nước và tập quán quốc tế là nguồn bổ trợ hữu hiệu để hoạt động xét xử dân sự của TAND không bị rơi vào tình trạng thiếu quy phạm điều chỉnh hành vi, đánh giá hành vi.

Thứ bảy, các tập quán thương mại quốc tế đã có vị trí tương đối ổn định trong hệ thống nguồn của pháp luật Việt Nam và ngày càng được hoàn thiện về nội dung chính là thuận lợi cho hoạt động áp dụng tập quán trong thương mại quốc tế và giải quyết tranh chấp liên quan.

Chúng ta đều biết, các tập quán thương mại quốc tế đã hình thành trong lịch sử. Trong mỗi giai đoạn phát triển của hoạt động giao lưu thương mại quốc tế, những tập quán này thường được bổ sung, hoàn thiện, làm hình thành nên nhiều

phiên bản khác nhau, đáp ứng tốt hơn việc điều chỉnh các quan hệ thương mại quốc tế.

Những giá trị pháp lý và giá trị xã hội của tập quán quốc tế chính là yếu tố tác động tích cực đến việc áp dụng tập quán quốc tế ở Việt Nam thời gian qua. Tập quán quốc tế thường được các bên trong quan hệ pháp lý quốc tế biết đến, thừa nhận và lựa chọn bởi nó khắc phục được sự thiếu hụt của hệ thống pháp luật quốc gia, các điều ước song phương, đa phương. Xu hướng hội nhập làm xuất hiện những quan hệ quốc tế mà pháp luật quốc gia hoặc các điều ước quốc tế chưa trù liệu đến, hoặc đã trù liệu đến song không hợp lý. Đây chính là nguyên nhân góp phần làm cho hoạt động áp dụng tập quán thương mại ngày càng trở nên phổ biến, dễ thực hiện và đạt hiệu quả cao trong việc giải quyết tranh chấp về kinh doanh, thương mại.

Thứ tám, do những thành tựu trong hoạt động nghiên cứu khoa học và hợp tác quốc tế về nghiên cứu khoa học liên quan đến tập quán pháp. Thời gian vừa qua, các nhà khoa học Việt Nam và nước ngoài đã không ngừng nỗ lực nghiên cứu về tập quán, tập quán pháp, tập quán quốc tế. Nhiều công trình khoa học sưu tầm về tập quán, luật tục đã được xuất bản. Nhiều công trình dịch thuật và giới thiệu về tập quán quốc tế trong các lĩnh vực (thương mại, vận tải, tài chính ngân hàng, hàng hải...) đã xuất hiện ở Việt Nam. Những hoạt động khoa học này có ý nghĩa to lớn về trước mắt và lâu dài cho việc nâng cao nhận thức về tập quán, đánh giá thực trạng áp dụng tập quán, đánh giá mức độ đi vào cuộc sống của pháp luật khi cho phép áp dụng tập quán, đưa ra những giải pháp nhằm đảm bảo tính khả thi, hiệu quả áp dụng tập quán trong hoạt động xét xử của TAND các cấp nói riêng, trong quản lý nhà nước nói chung.

3.2.2. Bất cập và các nguyên nhân

3.2.2.1. Bất cập

Tuy đạt được những thành tựu đáng kể, song xét một cách khách quan, những thành tựu đó vẫn chưa thể hiện hết khả năng của tập quán trong vai trò nguồn bổ trợ. Những bất cập trong việc áp dụng tập quán giải quyết tranh chấp dân sự của TAND ở Việt Nam vẫn còn nhiều như:

Thứ nhất, vẫn còn nhiều trường hợp nảy sinh trong thực tiễn có thể và cần áp dụng tập quán nhưng cơ quan có thẩm quyền lúng túng, tập quán không phát huy

được vai trò. Chẳng hạn như: Xuất hiện những tranh chấp mà dựa vào các quy định chung, có thể xác định đó là tranh chấp dân sự nhưng lại không có quy phạm cụ thể điều chỉnh; Xuất hiện những tranh chấp mà tính chất giống như tranh chấp dân sự nhưng Tòa án không thể thụ lý giải quyết do sự thiếu đồng bộ của hệ thống pháp luật. Đó là trường hợp tranh chấp về ngôi mộ ở trên đất, hay tranh chấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, hiện tượng cầm cố đất v.v.. Nhiều Tòa án lúng túng, thậm chí cơ quan quản lý cũng lúng túng khi xẩy ra hiện tượng người dân đòi nhận hoặc không nhận một ngôi mộ trên đất, hay như trường hợp tranh chấp do người dân đem đất thuộc quyền sử dụng của mình đi cầm cố [71]; xuất hiện những tranh chấp chưa hề có quy định của pháp luật điều chỉnh hoặc đã lạc hậu. Do sự phát triển của các quan hệ xã hội trong giao lưu dân sự, pháp luật trong nhiều trường hợp chưa kịp ra đời để điều chỉnh hoặc đã từng có nhưng hiện nay không phù hợp nữa. Chẳng hạn như những trường hợp vợ kiện chồng đòi bồi thường trinh tiết, kiện về việc thực hiện giao dịch cầm đất v.v..

Thứ hai, trong một số trường hợp, việc áp dụng tập quán còn diễn ra tùy tiện. Cụ thể:

- Có trường hợp Tòa án đưa ra một quy tắc để áp dụng và cho rằng đó là tập quán nhưng thực tế ở địa phương không hề có tập quán đó. Ví dụ như trường hợp TAND của một địa phương khi giải quyết tranh chấp về thừa kế đã không cho một đương sự được hưởng quyền thừa kế với tư cách là con nuôi vì Tòa nhận định *theo tập quán, người được công nhận là con nuôi thì phải được cha mẹ nuôi nuôi từ nhỏ.* Dư luận cho rằng, việc viện dẫn tập quán này là điều hết sức vô lý [103].

- Có trường hợp các bên không có thỏa thuận cụ thể về việc áp dụng mà Tòa án khi giải quyết tranh chấp vẫn áp dụng. Bản án số 02/2005/KT-ST ngày 22-8-2005 của TAND tỉnh Khánh Hòa giải quyết tranh chấp giữa Công ty Nha Trang và Công ty Sei Young nêu trên là một ví dụ. Không một chi tiết nào trong hợp đồng cho thấy các bên thỏa thuận áp dụng UCP 500, trong khi thực tế, phán quyết của Tòa án lại dựa vào tập quán thương mại quốc tế này.

Về vấn đề này, cần phân biệt rõ, việc áp dụng tập quán trong quan hệ dân sự nói chung nếu căn cứ vào Bộ luật dân sự năm 2005 thì được thực hiện theo nguyên tắc là: *pháp luật không quy định và các bên không có thoả thuận thì có thể áp dụng*

tập quán; trong khi đó, nếu quan hệ thương mại, căn cứ vào Luật thương mại thì tập quán quốc tế chỉ áp dụng trong trường hợp: *các bên trong giao dịch thương mại có yếu tố nước ngoài được thoả thuận áp dụng pháp luật nước ngoài, tập quán thương mại quốc tế.* Do vậy tập quán thương mại quốc tế chỉ áp dụng khi các bên thỏa thuận áp dụng và áp dụng trong giao dịch thương mại có yếu tố nước ngoài.

- Có trường hợp TAND đưa ra phán quyết và cho rằng dựa trên tập quán, song Tòa án lại không nêu cơ sở khẳng định tập quán đó đã được công nhận tại một cộng đồng nên phán quyết của Tòa án thiếu tính thuyết phục. Ví dụ như Bản án số 1536/2008/DSPT ngày 24 /12/2008 của TAND thành phố Hồ Chí Minh nhận định: "Xét thấy nguyên đơn xuất trình được bản gốc của các chứng cứ này, bị đơn thừa nhận đây là chữ ký và chữ viết của bị đơn, *theo tập quán làm ăn giao dịch trong nhân dân, việc nguyên đơn có bản gốc của các giấy ghi nhận cùng với nội dung ghi trong các tờ giấy này đã thể hiện phía bị đơn có nợ nguyên đơn* theo như nguyên đơn trình bày". Hay như Bản án số 34/2012/DS-ST ngày 19/01/2012 của TAND huyện Củ Chi, thành phố Hồ Chí Minh nhận định: "mặc dù hình thức giao dịch dân sự là hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất không thể hiện có công trình nhà trên đất nhưng ý chí thật sự của hai bên là chuyển nhượng cả đất và nhà (giấy tay hai bên thể hiện là có chuyển nhượng nhà), *theo thông lệ chuyển nhượng đất thì chuyển nhượng luôn nhà nếu trên đất đó có nhà*, hai bên không có giao dịch cùng sử dụng song song đất nhà nên không có việc chuyển nhượng đất không có nhà".

Thứ ba, còn xảy ra hiện tượng xung đột về quan điểm trong áp dụng tập quán giữa các cấp TAND với nhau, giữa các đương sự với nhau, giữa các đương sự với TAND, giữa TAND và Viện kiểm sát nhân dân. Biểu hiện của bất cập này là ở một số địa phương, tỷ lệ án bị hủy, sửa khi Thẩm phán xét xử áp dụng tập quán lên tới 50%. Đồng thời, nếu trong bản án, quyết định có áp dụng tập quán thì cũng có nguy cơ cao phải xét xử phúc thẩm hoặc giám đốc thẩm do bị kháng cáo, kháng nghị. Nhiều trường hợp Tòa án hoặc một trong các bên đương sự viện dẫn tập quán thì bị chủ thể có thẩm quyền hoặc đương sự khác cho rằng tập quán đó không tồn tại, việc áp dụng tập quán làm cho bản án bị mất đi tính pháp lý. Có trường hợp khi đương sự viện dẫn tập quán thì có đương sự khác viện dẫn một quy định khác và khẳng định rằng không có tập quán như phía bên kia đưa ra v.v..

3.2.2.2. Nguyên nhân

** Những nguyên nhân về lý luận*

Ở Việt Nam, vấn đề nguồn pháp luật, trong đó có loại nguồn tập quán - tập quán pháp còn ít được đầu tư nghiên cứu. Thông tin từ các quốc gia khác về vấn đề này chưa được đề cập nhiều. Tài liệu quốc tế về tập quán pháp tương đối phong phú song ít được dịch ra tiếng Việt.

Chỉ gần đây, vấn đề này mới bắt đầu có sự quan tâm nghiên cứu. Vì vậy, kết quả ứng dụng vào thực tiễn chưa nhiều. So với những vấn đề lý luận pháp lý khác, các công trình nghiên cứu về lý luận áp dụng tập quán, loại nguồn tập quán được nghiên cứu ở Việt Nam cần phải tiếp tục đẩy mạnh hơn nữa.

** Những nguyên nhân từ cơ sở pháp lý*

Xét một cách tổng quát, nguyên nhân từ cơ sở pháp lý là do sự bất cập của các quy định pháp luật hiện hành về áp dụng tập quán. Trong kết quả trả lời phiếu thăm dò ý kiến, có trên 50% thẩm phán được hỏi đã cho rằng, những hạn chế trong áp dụng tập quán để giải quyết vụ việc dân sự xuất phát từ một nguyên nhân rất quan trọng là sự bất cập của pháp luật. Qua nghiên cứu cho thấy, những bất cập này thể hiện như:

- Cơ sở pháp lý phức tạp;

- Quy định về thuật ngữ tập quán theo các văn bản quy phạm pháp luật có lúc còn thiếu thống nhất;

- Các quy định về tập quán không đủ chi tiết và làm hạn chế khả năng áp dụng tập quán;

- Không có sự ràng buộc mang tính nguyên tắc và chế tài kèm theo trong trường hợp không có pháp luật điều chỉnh mà chủ thể có thẩm quyền không áp dụng tập quán để giải quyết vụ, việc dân sự.

Trước hết, về sự phức tạp của cơ sở pháp lý: Lĩnh vực dân sự theo nghĩa rộng hiện nay được điều chỉnh bởi rất nhiều văn bản quy phạm pháp luật, đặc biệt có nhiều Luật, Bộ luật cùng tham gia điều chỉnh. Về vấn đề áp dụng tập quán, Bộ luật dân sự năm 2005 có thể hiểu là đạo luật gốc, tại Điều 3 Bộ luật xác định: *"Trong trường hợp pháp luật không quy định và các bên không có thỏa thuận thì có thể áp dụng tập quán"*, trong khi đó, Luật hôn nhân và gia đình năm 2000 (ra đời trước và hiện vẫn

còn hiệu lực) quy định *"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"*. Nếu xét đúng bản chất vấn đề thì áp dụng tập quán là thường xuyên. Kể cả khi đã có quy định pháp luật, song xuất phát từ sự phù hợp thực tiễn và tính hiệu quả cũng như dựa trên nguyên tắc thỏa thuận, tự định đoạt trong dân sự, tập quán cũng cần được tham khảo, áp dụng. Cách quy định trên của BLDS có thể đưa đến nhận thức là: áp dụng tập quán chỉ như là một giải pháp tình thế khi còn thiếu luật. Quy định trong đạo luật gốc của lĩnh vực dân sự như vậy cũng không thực sự nhất quán với các quy định khác của Hiến pháp, Luật hôn nhân và gia đình...

Rõ ràng quy định của Luật hôn nhân và gia đình quy định cho phép áp dụng tập quán rộng rãi hơn. Tuy nhiên, nếu luật pháp quy định là *được tôn trọng và phát huy* thì giá trị hiệu lực của quy định này không cao. *Tôn trọng và phát huy* không đủ căn cứ pháp lý để các thẩm phán chỉ có một quyền lựa chọn duy nhất. Quy định này mới chỉ tạo ra cơ chế tôn trọng chứ chưa tạo ra căn cứ pháp lý, nói cách khác, cơ sở pháp lý không đủ chặt chẽ và khó thực hiện trong thực tiễn.

Tương tự, đối với hoạt động thương mại, Điều 4 và Điều 5 của Luật cho thấy: *Hoạt động thương mại phải tuân theo Luật thương mại và pháp luật có liên quan; Hoạt động thương mại đặc thù được quy định trong luật khác thì áp dụng quy định của luật đó; Hoạt động thương mại không được quy định trong Luật thương mại và trong các luật khác thì áp dụng quy định của Bộ luật dân sự. Các bên trong giao dịch thương mại có yếu tố nước ngoài được thoả 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.* Từ những quy định này đòi hỏi người có thẩm quyền khi áp dụng tập quán phải xác định một cách chính xác lĩnh vực áp dụng là lĩnh vực nào ? dân sự theo nghĩa hẹp hay thương mại, hôn nhân và gia đình ? Nếu là lĩnh vực chuyên ngành thì có thuộc trường hợp áp dụng tập quán theo Luật chuyên ngành hay không ? Hay dù là lĩnh vực chuyên ngành nhưng lại được viện dẫn quy định để áp dụng tập quán theo Bộ luật dân sự?

Sự phức tạp này cũng thể hiện trong các quy định của Bộ luật dân sự và Luật thương mại khi cho phép áp dụng tập quán quốc tế trong giải quyết tranh chấp thương mại. Tính phức tạp này được phân tích cụ thể như sau: Tại khoản 1 Điều 769

Bộ luật dân sự năm 2005 quy định, trong quan hệ hợp đồng, quyền và nghĩa vụ của các bên được xác định theo pháp luật của nước nơi thực hiện hợp đồng, nếu không có thỏa thuận khác. Như vậy, khi giải quyết tranh chấp về hợp đồng mà các bên không có thỏa thuận cụ thể về luật áp dụng, điều đầu tiên Tòa án phải xác định là hợp đồng này được thực hiện ở đâu. Hợp đồng thực hiện ở đâu thì áp dụng pháp luật của nước đó. Nếu hợp đồng thực hiện ở Việt Nam, mà pháp luật Việt Nam không quy định cụ thể và đủ điều kiện để áp dụng tập quán thì lúc này mới áp dụng tập quán. Nhưng có nhiều trường hợp, do sự phức tạp này mà Tòa án ở Việt Nam đã viện dẫn ngay tập quán thương mại quốc tế để giải quyết khi các bên trong hợp đồng không có thỏa thuận khác, mà không xem xét xem hợp đồng được thực hiện ở đâu.

Mặt khác, do quy định về thuật ngữ tập quán trong các văn bản còn thiếu nhất quán. Luật hôn nhân và gia đình năm 2000 sử dụng thuật ngữ *phong tục, tập quán* mà không có quy định nào cho biết phong tục và tập quán ở đây được tiếp cận như thế nào? phải hiểu như thế nào? Trong quy định của Bộ luật dân sự năm 2005, tại Điều 3 và rất nhiều điều, khoản khác sử dụng thuật ngữ *tập quán,* nhưng Bộ luật này không giải thích thuật ngữ *tập quán*. Tương tự như Bộ luật dân sự năm 2005, Luật thương mại năm 2005 không định nghĩa tập quán song có định nghĩa *tập quán thương mại* và không đồng nhất tập quán với thói quen nếu như thói quen đó là thói quen của các bên trong hợp đồng thương mại. Trên cơ sở cách hiểu này, Luật thương mại đưa ra nguyên tắc về thứ tự ưu tiên trong áp dụng tập quán và thói quen trong hoạt động thương mại tại Điều 12 và Điều 13 của Luật, đó là, thói quen trong hoạt động thương mại giữa các bên được ưu tiên áp dụng so với tập quán.

Vấn đề đặt ra ở đây là, cần phải có một định nghĩa thống nhất về tập quán để có thể áp dụng nhất quán trong lĩnh vực dân sự. Điều này hiện nay các văn bản quy phạm pháp luật hiện hành chưa thể hiện được.

Bên cạnh đó, cơ sở pháp lý chưa đủ chi tiết và còn làm hạn chế khả năng áp dụng tập quán. Ngoại trừ lĩnh vực Hôn nhân và Gia đình đã có một văn bản quy phạm pháp luật liệt kê danh mục tập quán tạo cơ sở pháp lý cho việc áp dụng là Nghị định số 32/2002/NĐ-CP, các lĩnh vực khác, quy định áp dụng tập quán mới chỉ dừng lại ở cấp độ Luật/Bộ luật, chỉ nêu ra nguyên tắc hoặc quy định các trường hợp được áp dụng tập quán. Còn nhiều vấn đề cần chi tiết mà pháp luật chưa quy

định. Ví dụ như các tập quán cụ thể áp dụng cho từng trường hợp là gì? Chủ thể nào có thẩm quyền cung cấp tập quán? Trong trường hợp các đương sự viện dẫn tập quán mà những tập quán cùng điều chỉnh về một vấn đề lại có nội dung khác nhau hoặc đương sự này viện dẫn tập quán song đương sự khác cho rằng không có tập quán đó thì giải quyết như thế nào? v.v..

Ngoài ra, sự thiếu hụt cơ chế ràng buộc cũng làm hạn chế việc áp dụng tập quán. Pháp luật hiện hành chỉ quy định đối với các quan hệ dân sự, kinh doanh - thương mại, hôn nhân và gia đình không có yếu tố nước ngoài, trong trường hợp không có pháp luật thì áp dụng tập quán. Nhưng nếu không áp dụng tập quán thì không có chế tài hoặc hậu quả pháp lý nào xảy ra với các chủ thể có thẩm quyền giải quyết tranh chấp. Ngay cả quy định tại Điều 3 của Bộ luật dân sự năm 2005 cũng đã cho thấy sự thiếu ràng buộc trong quy phạm. Điều luật quy định*: trường hợp pháp luật không quy định và các bên không có thoả thuận thì có thể áp dụng tập quán.* Chính quy định này làm cho nhiều thẩm phán và những người tiếp cận điều luật cho rằng *có thể áp dụng tập quán* đồng nghĩa với việc áp dụng cũng được mà không áp dụng cũng không sao. Vì Điều 3 của Bộ luật dân sự không quy định rằng *thì áp dụng tập quán,* mà chỉ quy định *thì có thể áp dụng tập quán.* Do đó, các thẩm phán trong trường hợp không có pháp luật và không có thỏa thuận của đương sự cũng không nhất thiết phải tìm kiếm tập quán để áp dụng.

Hơn nữa, trong nhiều trường hợp, thẩm phán gặp khó khăn trong việc xác định một tranh chấp nào đó đã có pháp luật điều chỉnh hay chưa. Ví dụ như kiện đòi trả lại lễ vật mà nhà trai tặng cho cô gái trong đám hỏi khi cô gái từ hôn, đây là hợp đồng có điều kiện đã được Bộ luật dân sự quy định hay đây không phải là hợp đồng có điều kiện mà đơn thuần chỉ là một quan hệ về tài sản theo tập quán? Hay như trường hợp *cầm đất* ở nhiều tỉnh thuộc Đồng bằng Sông Cửu Long, đây là quan hệ pháp luật thiếu quy phạm điều chỉnh hay đây là trường hợp giao dịch vay tiền đảm bảo nghĩa vụ bằng cầm cố v.v..

** Những nguyên nhân từ chủ thể có thẩm quyền*

Một là, do thái độ, sự lựa chọn của người có thẩm quyền áp dụng tập quán có lúc còn thiếu mạnh dạn hoặc còn máy móc. Ví dụ như trong lĩnh vực hôn nhân và gia đình, nhiều Thẩm phán không dám áp dụng những phong tục, tập quán nếu

chúng chưa được đề cập trong Nghị định số 32/2002/NĐ-CP. Riêng trong các lĩnh vực khác như dân sự theo nghĩa hẹp, kinh doanh - thương mại thì việc áp dụng tập quán rất hiếm xảy ra, và nếu có xảy ra thì những thẩm phán áp dụng phong tục, tập quán cũng phải thực sự là những người rất bản lĩnh, vì chưa có bất kỳ văn bản nào liệt kê ra các tập quán. Đây là điều chúng ta phải quan tâm, vì con người là gốc của công việc, nếu các Thẩm phán không mạnh dạn áp dụng tập quán thì việc quy định cho phép áp dụng tập quán sẽ không khả thi. Bên cạnh đó, vẫn còn một bộ phận công chức TAND còn hạn chế về trình độ chuyên môn nghiệp vụ; tinh thần trách nhiệm trong công tác chưa cao, nên ảnh hưởng tới hiệu quả công tác [76], trong đó có việc mạnh dạn áp dụng tập quán trong giải quyết những vụ việc dân sự trong trường hợp không có pháp luật điều chỉnh.

Hai là, do có trường hợp người có thẩm quyền nhận thức cứng nhắc về một số nguyên tắc trong tổ chức và hoạt động của TAND và Viện Kiểm sát nhân dân, điều này làm cho vấn đề áp dụng tập quán không được rộng rãi.

Cụ thể, Luật tổ chức TAND năm 2002 tại Điều 5 đưa ra nguyên tắc: "*Khi xét xử, Thẩm phán và Hội thẩm độc lập và chỉ tuân theo pháp luật*". Luật tổ chức Viện Kiểm sát nhân dân năm 2002 quy định tại Điều 1: *Viện Kiểm sát nhân dân thực hành quyền công tố và kiểm sát các hoạt động tư pháp theo quy định của Hiến pháp và pháp luật*. Nếu nhận thức một cách cứng nhắc rằng, từ *pháp luật* được nêu trong các quy định trên là các văn bản quy phạm pháp luật, thì có thể sẽ có quan điểm cho rằng, khi xét xử không tuân theo một quy định cụ thể nào đó trong các văn bản quy phạm pháp luật tức là không tuân theo pháp luật. Nhận thức như vậy đồng nghĩa với việc coi áp dụng tập quán là vi phạm nguyên tắc *theo quy định của Hiến pháp và pháp luật*.

Bên cạnh đó, việc áp dụng một cách cứng nhắc và triệt để nguyên tắc pháp chế XHCN phần nào cũng ảnh hưởng đến thực trạng áp dụng tập quán theo hướng hạn chế áp dụng. Ngay tại Điều 3 của Bộ luật tố tụng dân sự năm 2004 đã đưa ra nguyên tắc *Bảo đảm pháp chế XHCN trong tố tụng dân sự*, theo đó, *mọi hoạt động tố tụng dân sự của người tiến hành tố tụng, người tham gia tố tụng, của cá nhân, cơ quan, tổ chức có liên quan phải tuân theo các quy định của Bộ luật này*. Nếu quát triệt một cách cứng nhắc theo nguyên tắc này, mọi hoạt động trong tố tụng dân sự

phải tuân theo Bộ luật tố tụng dân sự, trong khi đó, một điều rất hiển nhiên là Bộ luật này không hề có quy định về trình tự, thủ tục áp dụng tập quán trong xét xử dân sự. Nhiều nhà nghiên cứu và những người hoạt động thực tiễn cho rằng, trong Nhà nước pháp quyền XHCN, pháp luật là thượng tôn và để đảm bảo các yêu cầu của pháp chế XHCN thì không thể thừa nhận loại nguồn tập quán với nhiều đặc điểm vốn dĩ khó dung hòa với tính thống nhất trong áp dụng pháp luật như mang tính vùng miền, thường tồn tại không thành văn, mang tính cục bộ và lạc hậu v.v..

Ngoài ra, do quy định về nhiệm kỳ của thẩm phán và việc xem xét để tái bổ nhiệm sau mỗi nhiệm kỳ bị chi phối bởi nhiều yếu tố, trong đó có sự ràng buộc về số lượng án bị hủy vì lỗi chủ quan nên các thẩm phán luôn phải cân nhắc khi áp dụng tập quán. Theo quy định của TAND tối cao, để được xem xét tái bổ nhiệm, ngoài việc không vi phạm về đạo đức tác phong thì có một chỉ tiêu định lượng mà các thẩm phán phải đáp ứng, đó là số án bị hủy vì lỗi chủ quan không quá 1,16%. Trong xu hướng các bản án có áp dụng tập quán thường có nguy cơ bị hủy, sửa hoặc ít khi nhận được sự đồng tình của cá nhân, tổ chức có liên quan thì thông thường các thẩm phán sẽ chọn giải pháp án toàn. Nếu thiếu cơ sở pháp lý trong các văn bản quy phạm pháp luật thì sẽ không thụ lý, chứ không áp dụng tập quán để giải quyết.

Ba là, mặc dù được sự quan tâm của Đảng, Nhà nước nói chung và TAND tối cao nói riêng, song có thể nhận thấy, thời gian gần đây, trong xu hướng hoàn thiện cơ chế nguồn bổ trợ của pháp luật là tập quán pháp và tiền lệ pháp, thì dường như tiền lệ pháp được ưu tiên chú trọng hơn. Xét một cách khách quan, việc thừa nhận tập quán pháp hình thành sớm hơn - từ Hiến pháp 1992 đến Bộ luật dân sự năm 1995 và sau này là Luật hôn nhân và gia đình năm 2000, Bộ luật dân sự năm 2005, Luật thương mại năm 2005, Bộ luật tố tụng dân sự năm 2004 v.v.. Song, cơ chế áp dụng tập quán lại không mang tính khả thi và dù nhận rõ thực trạng, hiện nay TAND tối cao chưa có một chương trình, kế hoạch hay đề án nào để hoàn thiện cơ chế này. Trong khi đó, việc áp dụng án lệ chưa hề được quy định trong các văn bản quy phạm pháp luật hiện hành, song đến năm 2012, TAND tối cao đã có Đề án phát triển án lệ. Đề án phát triển án lệ của TAND tối cao thực sự chi tiết và khi thực hiện

xong, hứa hẹn vấn đề áp dụng án lệ sẽ khả thi. Còn việc hoàn thiện cơ chế áp dụng tập quán sẽ phải tiếp tục nỗ lực, chờ đợi.

Bốn là, không có tòa án phong tục, không có cơ chế xác định và giải thích tập quán, Toà án các cấp chưa thống nhất về quan niệm, về các nguyên tắc và điều kiện đặt ra trong áp dụng phong tục, tập quán dẫn đến tình trạng áp dụng không đúng, lạm dụng hoặc đi ngược lại tâm tư, nguyện vọng của cộng đồng dân cư nơi có phong tục, tập quán. Trong lịch sử, ở Việt Nam từng có những thời kỳ tồn tại Tòa án phong tục như thời kỳ cai trị của thực dân Pháp ở Việt Nam, thời kỳ chính quyền Sài Gòn trước năm 1975. Thiết nghĩ, áp dụng tập quán cần phải có cơ chế đồng bộ, chứ không phải chỉ thông qua các quy định pháp luật còn có phần hạn chế như hiện nay.

** Những nguyên nhân từ sự hạn chế của quy phạm tập quán*

Có nhiều ý kiến của các thẩm phán khi trả lời phiếu thăm dò ý kiến cho cho rằng, những hạn chế của tập quán đã cản trở việc chúng được áp dụng trong giải quyết vụ việc dân sự. Trên 50% ý kiến cho rằng do tập quán có nội dung thiếu rõ ràng; gần 1% cho rằng tập quán mang tính cục bộ, thiếu thống nhất và thông thường là lạc hậu. Có thể khái quát những hạn chế của tập quán dẫn đến việc bất cập khi áp dụng chúng để giải quyết vụ việc dân sự như:

Trước hết, đó là sự khó nắm bắt của tập quán, sự không thừa nhận của các bên về một tập quán được áp dụng hoặc đương sự viện dẫn những tập quán có nội dung trái ngược nhau. Ví dụ như trường hợp áp dụng tập quán của TAND huyện Long Đất trong bản án dân sự sơ thẩm số 94 ngày 13 tháng 10 năm 2000 xử tranh chấp địa điểm đánh bắt hải sản giữa nguyên đơn Chiêm Thị Mỹ Loan và bị đơn La Văn Thanh và trường hợp áp dụng tập quán của Tòa dân sự TAND tối cao trong Quyết định giám đốc thẩm số 93/GĐT-DS ngày 27/5/2002 để giải quyết vụ tranh chấp nói trên, sau này, nguyên đơn đã có đơn xin tái thẩm. Lý do mà nguyên đơn đưa ra là: Ở địa phương không hề có tập quán tài công là người có quyền chọn và cho người khác điểm đánh bắt cá, mà chỉ có tập quán ăn chia lợi nhuận giữa chủ ghe và tài công, ngư dân [Dẫn theo 51].

Bên cạnh đó, có trường hợp một tập quán được viện dẫn nhưng các bên liên quan lại có cách hiểu khác nhau. Ví dụ như trong một giao dịch dân sự mua bán tài

sản, các bên sử dụng biện pháp bảo đảm là *đặt cọc* và giao kết: nếu bên mua hàng không mua thì mất cọc, nếu bên bán không bán thì phạt "gấp bội". Do bên bán không thực hiện đúng cam kết nên bên mua yêu cầu bên bán trả lại cọc và phạt *gấp bội.* Tuy vậy hiểu *gấp bội* là gấp bao nhiêu thì phải dựa vào tập quán. Theo tập quán một số vùng miền, *gấp bộ là* gấp đôi; tuy vậy, vẫn có ý kiến cho rằng *gấp bội* là gấp theo cấp số nhân.

Ngoài ra, một điều dễ nhận thấy là, một số tập quán - đặc biệt là tập quán thương mại quốc tế - quá phức tạp, đòi hỏi người có thẩm quyền áp dụng phải thật am hiểu; một số tập quán lại có nhiều điểm bất cập ngay trong chính những quy định của nó. Ví dụ, trong thanh toán quốc tế, các bên trong quan hệ thương mại quốc tế chủ yếu thanh toán bằng phương thức L/C. Thông thường, khi thanh toán bằng phương thức này, các bên lựa chọn cơ sở pháp lý là bộ tập quán quốc tế điều chỉnh về L/C được ICC ban hành. Bộ tập quán gồm nhiều nội dung mà không am hiểu nó thì không thể áp dụng. Ngoài phương thức này, thanh toán bằng phương thức nhờ thu mặc dù chiếm một tỷ trọng nhỏ trong tổng thanh toán quốc tế của Việt Nam, nhưng vẫn là một phương thức thanh toán trong thương mại quốc tế. Hiện nay, cơ sở pháp lý quốc tế về nhờ thu duy nhất trên thế giới là tập quán URC 522 1995 (Quy tắc thống nhất nhờ thu số 522 phiên bản năm 1995 của Phòng thương mại quốc tế ban hành (Uniform Rules for Collection, Publication No 522, Version 1995, ICC - viết tắt URC 522 ICC)) dùng để điều chỉnh phương thức thanh toán nhờ thu. Tuy vậy, văn bản này hiện có những mặt hạn chế như: Trong bối cảnh môi trường tài chính quốc tế, điều kiện thương mại quốc tế và dịch vụ ngân hàng quốc tế hiện đại, nhiều quy định của văn bản này trở nên không thích hợp; Nội dung còn thiếu tính chặt chẽ, tính cụ thể và tính tổng thể; Kết cấu chưa phù hợp với kết cấu truyền thống của các văn bản pháp lý quốc tế, cho nên, khó có điều kiện hội nhập vào môi trường pháp lý quốc tế hiện đại.

** Những nguyên nhân khác*

Ngoài các nguyên nhân kể trên, hạn chế trong áp dụng tập quán còn do những nguyên nhân khác như:

- Do việc áp dụng tập quán trong nhiều trường hợp dễ dẫn đến hủy án, sửa án. Có tới 56,3% số thẩm phán được hỏi đã cho rằng đây là nguyên nhân hàng đầu

làm hạn chế việc áp dụng tập quán. Về mặt nguyên tắc, việc hủy án, sửa án là do những sai sót về nội dung hoặc hình thức trong quá trình tố tụng. Tuy nhiên, hiện nay, tỷ lệ án bị hủy, sửa do liên quan đến việc áp dụng tập quán là tương đối cao dẫn đến thái độ e ngại của các thẩm phán khi áp dụng. Theo thông tin từ việc điều tra xã hội học, tại tỉnh Quảng Ninh, có khoảng một nửa số bản án, quyết định áp dụng tập quán để giải quyết tranh chấp của Tòa án cấp dưới đã không được Tòa án cấp trên chấp nhận [104]. Đơn cử như bản án dân sự sơ thẩm số 02/2009/DSST ngày 01/10/2009 của TAND tỉnh Đăk Lăk giải quyết tranh chấp giữa ông Lê Văn Dũng và bà Nguyễn Thị Thùy Mỹ về hợp đồng gửi giữ tài sản đã nêu ở trên, sau đó đã bị bản án dân sự phúc thẩm số 22/2009/DSPT ngày 11/03/2010, Tòa phúc thẩm TAND tối cao tại Đà Nẵng quyết định sửa một phần về phương thức thanh toán, không chấp nhận tập quán *chốt giá* cà phê. Án bị hủy, sửa là một trong những lý do ảnh hưởng đến việc tái bổ nhiệm đối với các thẩm phán, trong khi đó nếu thẩm phán không áp dụng tập quán để giải quyết thì lại không hề có chế tài xử lý nào. Chính vì vậy, các thẩm phán thường ít khi áp dụng tập quán một phần cũng là để tránh những rủi ro trong nghề nghiệp.

- Do không có nguyên tắc TAND bắt buộc phải thụ lý và giải quyết mọi tranh chấp khi những tranh chấp đó không thuộc thẩm quyền của các cơ quan nhà nước khác, điều này dẫn đến hiện tượng các thẩm phán không mạnh dạn áp dụng tập quán để thụ lý những tranh chấp "bất thường", chưa có pháp luật điều chỉnh.

- Do những hạn chế về mặt kỹ thuật làm cản trở việc phát hiện và kịp thời khắc phục bất cập trong các quy định về áp dụng tập quán. Tham khảo sổ thụ lý của TAND hiện nay cho thấy, sổ không có biểu mẫu ghi nhận lý do cụ thể của những trường hợp trả đơn kiện cho đương sự vì không đủ căn cứ để thụ lý, nên thực tế, không có bất kỳ thống kê nào về những tranh chấp nảy sinh trên thực tế mà hiện còn thiếu quy phạm pháp luật thành văn điều chỉnh. Mẫu Sổ thụ lý và kết quả giải quyết các vụ việc dân sự sơ thẩm, các vụ việc kinh doanh thương mại sơ thẩm, các vụ việc hôn nhân và gia đình ghi nhận quá trình từ khi một vụ việc được thụ lý cho đến khi được giải quyết trên cơ sở quyết định của Tòa án cấp phúc thẩm, gồm:

- Thụ lý (số, ngày tháng năm);

- Nguyên đơn hoặc người yêu cầu;

- Bị đơn hoặc người liên quan;

- Đơn khởi kiện của cơ quan, tổ chức;

- Người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan;

- Họ tên người bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của đương sự;

- Quan hệ pháp luật khi thụ lý;

- Lý do xin ly hôn; Số con chưa thành niên; Hòa giải đoàn tụ (chỉ có trong mẫu Sổ thụ lý và kết quả giải quyết các vụ án Hôn nhân và Gia đình sơ thẩm);

- Áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời

- Chuyển hồi sơ vụ việc;

- Tạm đình chỉ;

- Đình chỉ;

- Lý do;

- Công nhận sự thỏa thuận của đương sự;

- Hội đồng xét xử, đại diện Viện kiểm sát, thư ký phiên tòa;

- Bản án, quyết định sơ thẩm;

- Quan hệ pháp luật Tòa án đã giải quyết;

- Tóm tắt quyết định của Bản án, quyết định sơ thẩm;

- Có yếu tố nước ngoài;

- Việc (Hôn nhân và Gia đình, Dân sự, Lao động, Kinh doanh thương mại);

- Kháng cáo;

- Kháng nghị;

- Chuyển hồ sơ cho Tòa phúc thẩm;

- Quyết định của Tòa án cấp phúc thẩm;

- Ghi chú.

Ở đây tồn tại quy trình: khi vụ việc đã được thụ lý và người có thẩm quyền giải quyết vụ việc cho rằng không có cơ sở pháp lý để giải quyết thì vụ việc mới có thể được xử lý theo hướng đình chỉ, đồng thời kèm theo ghi lý do đình chỉ trong sổ thụ lý. Phần ghi lý do này là cơ sở để TAND các cấp có thông tin về những điểm bất cập của pháp luật qua đó hoàn thiện hoặc kiến nghị hoàn thiện trong phạm vi thẩm quyền.

Như vậy, nếu ngay từ khi tiếp nhận đơn, Tòa án đã cho rằng không có cơ sở pháp lý để thụ lý thì vụ việc sẽ không được đưa vào sổ thụ lý. Do đó, không có cơ chế nào ghi nhận sự bất cập của pháp luật ngay từ giai đoạn này. Chính thực trạng này dẫn đến hệ quả là TAND các cấp không có được những số liệu về trường hợp không thụ lý do không đủ căn cứ pháp lý và cũng không có số liệu về những trường hợp tranh chấp nảy sinh trong thực tế mà thiếu pháp luật điều chỉnh. Trong khi nếu điều này được thực hiện tốt thì sẽ là một kênh thông tin quan trọng đề xuất xây dựng, hoàn thiện hệ thống pháp luật; đồng thời, là cơ sở để TAND các cấp kiến nghị TAND tối cao kịp thời ban hành các Nghị quyết đề khắc phục tình trạng chưa hoàn thiện của pháp luật, kịp thời hướng dẫn về việc áp dụng tập quán trong thực tiễn xét xử dân sự.

Kết luận chương 3

Áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc dân sự là quy định đã được đề cập đến trong nhiều văn bản quy phạm pháp luật. Sự ra đời của quy định này góp phần hỗ trợ cho thực trạng thiếu hụt quy phạm pháp luật thành văn, làm cho hệ thống pháp luật trở nên hoàn thiện hơn cũng như giúp các cơ quan tiến hành tố tụng hoạt động hiệu quả hơn, qua đó, quyền, lợi ích hợp pháp của nhân dân được đảm bảo tốt hơn.

Với ý nghĩa đó, thời gian vừa qua, hoạt động áp dụng tập quán của TAND các cấp đã được thực hiện và ngày càng đạt hiệu quả, chứng minh cho sự cần thiết và tính đúng đắn của xu hướng thừa nhận vai trò bổ trợ của tập quán trong nguồn pháp luật. Thành công này được quyết định bởi sự quan tâm của các cấp ủy Đảng và các cơ quan trong hệ thống TAND, đặc biệt là TAND tối cao đối với tập quán pháp. Hoạt động nghiên cứu khoa học về tập quán pháp, về áp dụng tập quán bổ trợ cho pháp luật được đẩy mạnh cũng làm hoàn thiện thêm cơ sở lý luận, phản ánh khách quan thực trạng, đề xuất những giải pháp đối với vấn đề này. Ngoài ra, sự phát triển về số lượng, nâng cao chất lượng đội ngũ thẩm phán đã góp phần không nhỏ hiện thực hóa quy định áp dụng tập quán. Đồng thời, sự phong phú, đa dạng và sức sống mãnh liệt của hệ thống tập quán tiến bộ ở Việt Nam đóng một

vai trò to lớn cho việc áp dụng tập quán khi mà các thẩm phán có thể tìm kiếm được những quy định tập quán phù hợp cho các quan hệ tranh chấp cụ thể pháp luật chưa trù liệu đến.

Tuy vậy, so với ý nghĩa và vai trò, việc các cơ quan có thẩm quyền áp dụng tập quán thời gian qua quả thực vẫn còn rất khiêm tốn. Điều đáng nói ở đây là, không phải do không có vụ, việc cần áp dụng tập quán, mà trong hoàn cảnh có nhiều vụ, việc cần áp dụng tập quán song TAND từ chối, né áp dụng hoặc áp dụng không hiệu quả. Thậm chí nhiều trường hợp Tòa án cấp dưới áp dụng tập quán hiệu quả nhưng lại bị Tòa án cấp trên hủy, sửa vì không nhất trí về quan điểm hoặc vì những lý do chủ quan, khách quan khác.

Những bất cập trong việc áp dụng không hiệu quả quy định cho phép tập quán tham gia quan hệ tố tụng dân sự, quan hệ dân sự bắt nguồn tư nhiều nguyên nhân. Xét về nguyên nhân lý luận, các công trình nghiên cứu và các tài liệu học tập, giảng dạy để áp dụng tập quán hiệu quả hơn vẫn còn là khoảng trống ở Việt Nam hiện nay. Về nguyên nhân pháp lý, thiếu cơ chế chi tiết để áp dụng tập quán, hay nói cách khác, sự bất cập, thiếu đồng bộ, thiếu quy định chi tiết làm cho các nhà tư pháp không thể sử dụng quyền áp dụng tập quán luật định. Ngoài ra, các nguyên nhân khác như nguyên nhân năng lực chủ thể, nguyên nhân về kỹ thuật v.v.. cũng góp phần gây trở ngại cho việc áp dụng tập quán trong xét xử dân sự của TAND ở Việt Nam.

Trước thực trạng này, để quy định áp dụng tập quán thực sự khả thi, việc dựa vào nguyên nhân để đề xuất các giải pháp là hết sức cần thiết. Nếu không có thêm bất kỳ sự thay đổi nào từ nhiều phía: khía cạnh lý luận về tập quán, áp dụng tập quán; hệ thống quy định về áp dụng tập quán; năng lực của chủ thể có thẩm quyền áp dụng tập quán; các vấn đề thuần túy mang ý nghĩa kỹ thuật để ghi nhận sự cần thiết phải áp dụng tập quán; cơ chế phát hiện những thiếu hụt của pháp luật đòi hỏi phải được tập quán bổ trợ v.v.. thì hẳn nhiên TAND sẽ vẫn tiếp tục gặp khó khăn khi thực hiện quyền áp dụng tập quán để xét xử các vụ án dân sự. Một quan điểm đúng đắn để chỉ đạo và một hệ thống giải pháp đồng bộ là điều cần phải có trong điều kiện hiện nay.

Chương 4
QUAN ĐIỂM VÀ CÁC GIẢI PHÁP BẢO ĐẢM ÁP DỤNG TẬP QUÁN TRONG GIẢI QUYẾT VỤ VIỆC DÂN SỰ CỦA TÒA ÁN NHÂN DÂN Ở VIỆT NAM HIỆN NAY

4.1. QUAN ĐIỂM BẢO ĐẢM ÁP DỤNG TẬP QUÁN TRONG GIẢI QUYẾT CÁC VỤ VIỆC DÂN SỰ CỦA TÒA ÁN NHÂN DÂN Ở VIỆT NAM HIỆN NAY

Áp dụng tập quán làm nguồn bổ trợ cho pháp luật là giải pháp quan trọng trong giai đoạn mà hệ thống pháp luật thành văn chưa thực sự hoàn thiện. Ngay cả trong một hệ thống pháp luật hoàn thiện, áp dụng tập quán cũng sẽ làm cho hệ thống pháp luật thêm toàn diện và khả thi. Bởi vì, trong nhà nước pháp quyền, pháp luật được đặt ở vị trí "thượng tôn" chứ không phải là "độc tôn" và vẫn phải sử dụng nhiều loại nguồn pháp luật khác trong đó có tập quán.

Để áp dụng tập quán trong giải quyết vụ, việc dân sự của TAND được hiệu quả, khoa học và bảo đảm pháp chế XHCN, cần dựa trên quan điểm của chủ nghĩa Mác-Lênin, sự lãnh đạo của Đảng đối với vấn đề xây dựng, hoàn thiện hệ thống pháp luật, cải cách tư pháp, đồng thời, đảm bảo những quan điểm sau:

4.1.1. Đảm bảo pháp chế xã hội chủ nghĩa trong áp dụng tập quán

Đảm bảo pháp chế XHCN là một trong những nguyên tắc tổ chức và hoạt động của các cơ quan trong bộ máy nhà nước của nước Cộng hòa XHCN Việt Nam. Một trong những nội dung của nguyên tắc pháp chế XHCN là các cơ quan nhà nước phải thực hiện pháp luật một cách nghiêm chỉnh, triệt để, trong đó, Hiến pháp được đặt ở vị trí tối cao, mọi hành vi pháp lý không được trái Hiến pháp; pháp chế XHCN còn đòi hỏi pháp luật phải được hiểu và thực hiện một cách thống nhất trên phạm vi toàn quốc, tôn trọng tính đặc thù của địa phương nhưng các địa phương không được thực hiện những hoạt động mang tính biệt lệ, vô nguyên tắc. Đối với TAND, khi áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc dân sự, nguyên tắc đảm bảo pháp chế XHCN đặt ra những yêu cầu cụ thể sau:

- Phải tôn trọng tính tối cao của Hiến pháp và đảm bảo tính thống nhất của hệ thống pháp luật: Quá trình áp dụng tập quán không được trái với những nguyên tắc cơ bản đã được nêu trong Hiến pháp. Trước hết, theo đúng quy định của Khoản

3 Điều 5 Hiến pháp 2013, "*các dân tộc có quyền dùng tiếng nói, chữ viết, giữ gìn bản sắc dân tộc, phát huy phong tục, tập quán, truyền thống và văn hóa tốt đẹp của mình"*. Như vậy rõ ràng, những tập quán được áp dụng ở đây bắt buộc phải đảm bảo nguyên tắc Hiến định là *tập quán tốt đẹp* chứ không phải mọi loại tập quán. Bên cạnh đó, tập quán tốt đẹp để được áp dụng điều chỉnh các quan hệ xã hội cụ thể và để làm cho quan hệ xã hội đó trở thành quan hệ pháp luật thì phải phù hợp với những nguyên tắc được nêu trong các văn bản quy phạm pháp luật đóng vai trò là đạo luật gốc. Cụ thể, trong lĩnh vực dân sự thì phải đảm bảo nguyên tắc nêu trong Bộ luật dân sự; Trong lĩnh vực kinh doanh - thương mại phải phù hợp với Luật thương mại; Trong lĩnh vực hôn nhân và gia đình thì phải phù hợp với Luật tôn nhân và gia đình.

- Phải hiểu và áp dụng thống nhất những quy định của pháp luật khi áp dụng tập quán; hiểu thống nhất về tập quán. Chẳng hạn như, khi pháp luật cho phép áp dụng tập quán thì đương nhiên cơ quan có thẩm quyền sẽ được thực hiện quyền này. Nhưng đây cũng cần phải được hiểu là nghĩa vụ của cơ quan có thẩm quyền. Nếu không có pháp luật mà có tập quán không trái với những nguyên tắc cơ bản của pháp luật, ở vào các trường hợp được áp dụng tập quán thì không thể không áp dụng tập quán. Tập quán được viện dẫn phải là những tập quán có sự thống nhất về nội dung. Tức là, tập quán đó không phải là tất cả mọi người trong cộng đồng đều biết, nhưng nhất thiết phải là tập quán mà được những người biết về nó thống nhất về nội dung. Chủ thể có thẩm quyền khi áp dụng tập quán thì phải áp dụng những tập quán đã được xác định là tồn tại và phải áp dụng theo cách hiểu thống nhất của cộng đồng. Việc đảm bảo tính thống nhất của hệ thống pháp luật còn thể hiện ở khía cạnh, trong trường hợp án lệ được coi là nguồn của pháp luật thì pháp luật Việt Nam sẽ có ba loại nguồn là văn bản quy phạm pháp luật, tập quán và án lệ, khi đó, áp dụng án lệ hay áp dụng tập quán phải không được mâu thuẫn, chồng chéo và đảm bảo thứ tự ưu tiên trên cơ sở quy định pháp luật.

- Chỉ áp dụng tập quán khi ở vào những trường hợp pháp luật cho phép: Nghiên cứu những văn bản quy phạm pháp luật là nguồn cơ bản của các ngành luật chủ yếu trong hệ thống pháp luật Việt Nam cho thấy, nguyên tắc áp dụng tập quán gần như chỉ được quy định cho việc điều chỉnh các quan hệ pháp luật giữa các cá

nhân, tổ chức trong xã hội với nhau, trong đó không có chủ thể mang công quyền. Cụ thể, ngành luật Hình sự, luật Hành chính, luật Tố tụng Hình sự không hề có những văn bản cho phép áp dụng tập quán. Nguyên tắc áp dụng tập quán trong trường hợp không có pháp luật cũng chỉ xuất hiện trong một số văn bản quy phạm pháp luật điều chỉnh quan hệ dân sự theo nghĩa rộng, gồm quan hệ dân sự, quan hệ kinh doanh - thương mại, quan hệ hôn nhân và gia đình. Trong Bộ luật Lao động không đề cập đến nguyên tắc này.

Như vậy, cần quán triệt quan điểm, dù hệ thống pháp luật chưa thực sự hoàn thiện, việc thiếu quy phạm điều chỉnh quan hệ xã hội là điều tồn tại trong mọi ngành luật, thì nguyên tắc áp dụng tập quán chỉ được quy định đối với một số ngành luật. Do đó, chỉ một số ngành luật được áp dụng tập quán, chứ không phải mọi ngành luật đều có thể sử dụng loại nguồn bổ trợ này.

Mặt khác, trong từng ngành luật cho phép áp dụng tập quán, không phải mọi quan hệ xã hội đều được áp dụng tập quán. Nguyên tắc cần đảm bảo ở đây là:

Thứ nhất, đối với các tập quán trong nước: 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 hôn nhân và gia đình thì được tôn trọng và phát huy. Ví dụ như việc thực hiện đám cưới, việc thực hiện các lễ trước và sau đám cưới (lễ dạm ngõ, lễ hỏi, lễ nạp tài, lễ lại mặt v.v..); Trong quan hệ dân sự và kinh doanh - thương mại: trường hợp pháp luật không quy định và các bên không có thoả thuận thì có thể áp dụng tập quán; tập quán không được trái với những nguyên tắc quy định trong Bộ luật dân sự.

Thứ hai, đối với các tập quán quốc tế: Trường hợp điều ước quốc tế mà nước Cộng hoà XHCN Việt Nam là thành viên có quy định áp dụng tập quán thương mại quốc tế thì tập quán thương mại quốc tế được áp dụng; trường hợp các bên trong giao dịch thương mại có yếu tố nước ngoài thoả thuận áp dụng tập quán thương mại quốc tế và tập quán thương mại quốc tế đó không trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam thì tập quán thương mại quốc tế sẽ được áp dụng.

Sự chủ động, tích cực của TAND tối cao sẽ đảm bảo cho rất nhiều giải pháp đẩy mạnh áp dụng tập quán được khả thi. Chẳng hạn như chủ động tích cực để tập huấn về tập quán cho thẩm phán; chủ động, tích cực nghiên cứu về tập quán, tuyên

truyền phổ biến về tập quán; chủ động tích cực kiến nghị và tham gia xây dựng, hoàn thiện pháp luật về áp dụng tập quán v.v..

Vai trò chủ động, tích cực của Tòa án còn thể hiện ở sự tích cực, chủ động của TAND cấp tỉnh, cấp huyện và các thẩm phán. Theo quy định hiện hành, tập quán là loại nguồn bổ trợ cho pháp luật thành văn. Nếu không có pháp luật thành văn thì có thể áp dụng tập quán. Tuy nhiên, việc áp dụng tập quán hiện nay không phải là sự bắt buộc cho mọi trường hợp. Do vậy, nếu chủ thể có thẩm quyền không áp dụng, thì không có chế tài cụ thể nào để xử lý. Đó cũng chính là lý do vì sao quan điểm áp dụng tập quán là phải phát huy vai trò chủ động, tích cực của TAND các cấp. Hiện nay, một trong những nguyên nhân khiến việc áp dụng tập quán chưa thực sự khả thi chính là do việc ngại áp dụng của các thẩm phán.

- Không tạo ra những biệt lệ, vô nguyên tắc khi áp dụng tập quán để giải quyết các vụ việc dân sự. Biệt lệ, vô nguyên tắc ở đây có thể là áp dụng tập quán trong những trường hợp không được áp dụng hoặc áp dụng những tập quán có nội dung không rõ ràng, không phù hợp, thậm chí, viện dẫn những cách xử lý mà thực tế không có tập quán. Để đảm bảo pháp chế XHCN, cần tránh những xu hướng này.

4.1.2. Áp dụng tập quán hướng đến việc xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật xã hội chủ nghĩa ở Việt Nam

Theo quan điểm của Đảng và trên cơ sở quy định của Hiến pháp, Nhà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam là Nhà nước pháp quyền XHCN của nhân dân, do nhân dân, vì nhân dân. Trong nhà nước pháp quyền, hệ thống pháp luật phải thực sự hoàn thiện. Do vậy, việc áp dụng tập quán ngoài mục đích bổ trợ cho pháp luật thì còn mang ý nghĩa là từ thực tiễn áp dụng, nhà nước sẽ lựa chọn những tập quán nào phù hợp với mục tiêu điều chỉnh các quan hệ xã hội của nhà nước đề nâng nó lên thành pháp luật, làm cho hệ thống pháp luật trở nên hoàn thiện hơn. Đây vốn dĩ là cách làm truyền thống, ngay từ khi nhà nước mới được thành lập, giai cấp thống trị đã sử dụng phương pháp này để làm hình thành nên pháp luật bên cạnh việc ban hành những quy định mới. Đối với Việt Nam, cũng đã có trường hợp nhà nước thừa nhận tập quán, sau một thời gian áp dụng đã nâng lên thành pháp luật. Điều này không chỉ xảy ra trong các kiểu nhà nước trước đây mà còn cả trong nhà nước kiểu mới - Nhà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam, ví dụ như tập quán về hụi, họ, biêu, phường v.v..

Việc áp dụng tập quán hướng đến việc hoàn thiện hệ thống pháp luật, quan điểm này cần được quán triệt vì từ đây sẽ làm hoàn thiện hệ thống pháp luật theo các hướng:

Một là, sẽ hoàn thiện hệ thống nguồn của pháp luật, làm cho hệ thống pháp luật có nguồn "mở", nguồn phong phú, đa dạng. Thực tế đã chứng mình, nguồn của pháp luật càng phong phú, đa dạng thì hệ thống pháp luật càng trở nên có *tính toàn diện*. Một hệ thống pháp luật có nguồn "đóng", tức là chỉ dựa vào duy nhất nguồn văn bản quy phạm pháp luật thì sẽ gây nhiều khó khăn trong việc áp dụng pháp luật do sự thiếu toàn diện của chính loại nguồn văn bản này. Ví dụ như đối với hoạt động xét xử hình sự, do nguồn "đóng", chỉ thừa nhận duy nhất nguồn là Bộ luật Hình sự nên nhiều trường hợp phát sinh trên thực tế mà các cơ quan tiến hành tố tụng không thể thực thi pháp luật được [105]. Thừa nhận loại nguồn tập quán và áp dụng tập quán chính là một trong những giải pháp quan trọng để hoàn thiện hệ thống pháp luật theo hướng đảm bảo tính toàn diện cho hệ thống pháp luật.

Hai là¸ từ việc áp dụng tập quán sẽ nâng những tập quán phù hợp và có tính phổ biến lên thành văn bản quy phạm pháp luật, bổ sung những quy phạm còn thiếu hụt trong hệ thống văn bản quy phạm.

Với ý nghĩa quan trọng đó, việc áp dụng tập quán cần thực hiện nghiêm túc, có tổng kết, rút kinh nghiệm và báo cáo cơ quan có thẩm quyền để có căn cứ đề xuất hoàn thiện hệ thống pháp luật, góp phần thành công cho sự nghiệp xây dựng Nhà nước pháp quyền ở Việt Nam.

4.1.3. Áp dụng tập quán trong nước trên cơ sở đảm bảo sự bình đẳng giữa các dân tộc, vùng, miền, cộng đồng

Như chúng ta đã biết, tập quán trong nước luôn gắn liền với các dân tộc, vùng miền, dòng họ, khu vực… Do vậy, khi áp dụng tập quán cần đảm bảo nguyên tắc bình đẳng giữa các dân tộc. Có rất nhiều trường hợp pháp luật cho phép áp dụng tập quán có thể viện dẫn tới tập quán cộng đồng của nhiều chủ thể, mỗi chủ thể có những tập quán khác nhau. Trong trường hợp đó, tập quán nào được ưu tiên? Ví dụ như việc Bộ luật dân sự quy định con sinh ra khi cha, mẹ khác nhau về dân tộc thì dân tộc của con có thể chọn theo tập quán, giả sử tập quán của dân tộc người cha chỉ dẫn con phải mang dân tộc của cha, tập quán của dân tộc người mẹ chỉ dẫn con

phải mang dân tộc người mẹ thì cơ quan có thẩm quyền sẽ áp dụng tập quán của dân tộc nào? Ví dụ khác, trong giao dịch dân sự các bên thỏa thuận về đơn vị đo lường là một chục, người ở khu vực này cho rằng chục là 10 đơn vị, người ở khu vực khác lại cho rằng chục là 16 đơn vị, trong trường hợp đó phải áp dụng tập quán của khu vực nào? Chúng tôi cho rằng khi lựa chọn và áp dụng tập quán cần tránh việc phân biệt đối xử, mà phải thiết lập nguyên tắc đảm bảo công bằng, nếu không, sẽ xâm hại đến quyền, lợi ích của các bên trong quan hệ pháp luật, đồng thời có thể gây ra những chia rẽ trong cộng đồng dân cư.

4.1.4. Áp dụng tập quán nhằm đảm bảo quyền, lợi ích chính đáng của các bên trong quan hệ dân sự

Thông thường, trong quan hệ pháp luật, các bên luôn được bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp. Tuy nhiên, đối với những quan hệ xã hội trong giao lưu dân sự mà pháp luật chưa điều chỉnh hoặc điều chỉnh không đầy đủ, quyền, lợi ích hợp pháp có thể chưa xác định được, thì bản thân các bên cũng luôn có quyền, có nghĩa vụ, có lợi ích chính đáng. Khi áp dụng tập quán để giải quyết các tranh chấp dân sự, chủ thể có thẩm quyền phải lưu ý đảm bảo nguyên tắc này. Các tranh chấp dân sự suy cho cùng là tranh chấp về lợi ích, thông thường là lợi ích vật chất, cũng có thể có lợi ích tinh thần liên quan đến những giá trị nhân thân. Dù chưa có pháp luật điều chỉnh hay pháp luật chưa hoàn thiện, thì những nguyên tắc như bảo vệ giá trị đạo đức, trật tự công cộng, tính công bằng... vẫn luôn phải được tính đến. Do vậy, đối với hoạt động áp dụng tập quán để giải quyết các tranh chấp dân sự, TAND phải quán triệt nguyên tắc bảo đảm quyền, lợi ích chính đáng của các bên, vì điều đó cũng chính là bảo vệ giá trị đạo đức, bảo vệ trật tự công cộng, tôn trọng tính công bằng trong các quan hệ xã hội.

4.1.5. Áp dụng tập quán phải đảm sự tôn trọng, bảo vệ quyền, lợi ích chính đáng của các cá nhân, tổ chức, quốc gia

Không chỉ bảo đảm quyền, lợi ích chính đáng, hợp pháp của các bên trong quan hệ pháp luật có áp dụng tập quán, mà việc áp dụng tập quán còn phải tôn trọng, bảo vệ lợi ích của cộng đồng, của quốc gia và của các cá nhân, tổ chức khác trong xã hội. Một quy phạm tập quán tồn tại trong xã hội 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. Thậm chí, một tập quán quốc tế có thể không có lợi cho một quốc gia

trong một quan hệ pháp luật cụ thể. Ở vào những trường hợp trên, việc áp dụng tập quán phải được cân nhắc.

Quán triệt nguyên tắc này cũng chính là góp phần xây dựng và hoàn thiện nhà nước pháp quyền XHCN. Nhà nước pháp quyền XHCN ở Việt Nam đã đưa ra những cam kết hiến định trong Hiến pháp năm 2013 như: đối với các cá nhân, Nhà nước bảo đảm và phát huy quyền làm chủ; trong mối quan hệ với các quốc gia khác, Nhà nước công nhận, tôn trọng, bảo vệ và bảo đảm quyền con người, quyền công dân; thực hiện nhất quán đường lối đối ngoại độc lập, tự chủ, hòa bình, hữu nghị, hợp tác và phát triển; đa phương hóa, đa dạng hóa quan hệ, chủ động và tích cực hội nhập, hợp tác quốc tế trên cơ sở tôn trọng độc lập, chủ quyền và toàn vẹn lãnh thổ, không can thiệp vào công việc nội bộ của nhau, bình đẳng, cùng có lợi.

4.2. GIẢI PHÁP BẢO ĐẢM ÁP DỤNG TẬP QUÁN TRONG GIẢI QUYẾT VỤ VIỆC DÂN SỰ CỦA TÒA ÁN NHÂN DÂN Ở VIỆT NAM HIỆN NAY

Từ việc phân tích cơ sở lý luận, đánh giá thực trạng, phù hợp với những quan điểm nêu trên, chúng tôi cho rằng, việc đẩy mạnh xây dựng nhà nước pháp quyền ở Việt Nam không loại trừ khả năng áp dụng tập quán trong điều chỉnh các quan hệ pháp lý dân sự.

Để đảm bảo áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc dân sự của TAND cần có một hệ thống giải pháp đồng bộ và khả thi. Các giải pháp này phải giải quyết được những nguyên nhân bất cập trong việc áp dụng tập quán để giải quyết các vụ việc dân sự ở Việt Nam, đảm bảo quyền, lợi ích chính đáng của các bên trong quan hệ dân sự cũng như của cả xã hội, bảo đảm tính hợp lý, sự công bằng, hiệu quả, linh hoạt mà hợp hiến trong hoạt động của cơ quan TAND.

Công trình này đề xuất các nhóm sau:

- Nhóm giải pháp về lý luận;
- Nhóm giải pháp về hoàn thiện pháp luật;
- Nhóm giải pháp về công tác báo cáo, thống kê, tập hợp tập quán phục vụ hoạt động giải quyết vụ việc dân sự;
- Nhóm giải pháp nâng cao năng lực và nhận thức của người có thẩm quyền và của nhân dân trong áp dụng tập quán để giải quyết các vụ việc dân sự;
- Nhóm giải pháp về quy trình, thủ tục pháp lý trong hoạt động tố tụng.

4.2.1. Nhóm giải pháp về lý luận

Nghiên cứu cơ sở lý luận của việc TAND áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc dân sự có thể khẳng định, những hạn chế từ lý luận về tập quán là một trong những nguyên nhân dẫn đến sự khó khăn trong việc hoàn thiện quy định pháp luật về tập quán và nhiều vướng mắc khi áp dụng tập quán trong thực tiễn hoạt động giải quyết các vụ, việc dân sự.

Để khắc phục hạn chế này, từ góc độ lý luận, cần tiếp tục nghiên cứu về tập quán từ nhiều cấp độ, khía cạnh như sau:

Thứ nhất, các cơ sở nghiên cứu và giảng dạy khoa học pháp lý, TAND tối cao cùng với các nhà khoa học tâm huyết với vấn đề này cần đẩy mạnh nghiên cứu làm rõ ba khái niệm: tập quán, tập quán trong nước, tập quán quốc tế

- Đối với tập quán trong nước:

Cần xây dựng khái niệm này thành khái niệm pháp lý, trình bày trong một đạo luật. Hiện nay, có rất nhiều khái niệm về tập quán và những khái niệm tương đồng hoặc có ý nghĩa, vai trò tương tự tập quán, ví dụ như luật tục, hương ước, phong tục, thông lệ... Điều quan trọng là, nếu pháp luật của một quốc gia cho phép tập quán được áp dụng như pháp luật trong một số trường hợp, thì nhất thiết phải làm cho khái niệm này trở nên đơn giản, rõ ràng, dễ hiểu và đồng bộ trong hệ thống pháp luật.

Để thực hiện được công việc này, trước hết đòi hỏi phải có sự nghiên cứu chuyên sâu từ góc độ văn hóa và ngôn ngữ. Vì mặc dù trong các loại từ điển Tiếng Việt đều có đưa ra định nghĩa về tập quán, song những định nghĩa này không đồng nhất với nhau. Hơn nữa, từ góc độ khoa học về văn hóa, mỗi công trình nghiên cứu về tập quán lại có những quan niệm khác nhau về vấn đề này. Cần làm cho khái niệm tập quán từ góc độ ngôn ngữ và góc độ văn hóa trở nên gần gũi với nhau hơn. Trên cơ sở khái niệm tập quán từ góc độ ngôn ngữ (nêu trong Từ điển tiếng Việt), cần nghiên cứu để phân biệt nó với những vấn đề liên quan như phong tục, luật tục, hương ước, lệ làng, tập tục v.v.. Dựa vào những nghiên cứu về ngôn ngữ và văn hóa, đơn vị có chức năng nghiên cứu của Bộ Tư pháp hoặc TAND tối cao sẽ thực hiện những công trình nghiên cứu khoa học chuyên đề lý luận về tập quán làm cơ

sở khoa học cho việc xây dựng khái niệm tập quán, phong tục, thói quen, thông lệ v.v.. trong Bộ luật dân sự, Luật hôn nhân và gia đình và Luật thương mại.

- Đối với tập quán quốc tế:

Tương tự như đối với tập quán trong nước, cần luật hóa thuật ngữ tập quán quốc tế. Trên cơ sở chỉ rõ khái niệm tập quán quốc tế, cần nghiên cứu để phân biệt tập quán quốc tế với tập quán quốc gia (tập quán trong nước). Trước hết, phải thống nhất về mặt ngôn ngữ cách sử dụng những thuật ngữ này, ví dụ, nếu sử dụng ngôn ngữ *tập quán* thì có nghĩa chỉ là tập quán trong nước, còn nếu không phải là tập quán trong nước thì phải sử dụng ngôn ngữ là *tập quán quốc tế* để tránh nhầm lẫn. Trên thực tế, hiện nay trong Bộ luật dân sự, Luật thương mại, Bộ luật hàng hải và nhiều văn bản quy phạm pháp luật ở Việt Nam đã có sự phân biệt giữa hai thuật ngữ này nhưng đang dừng ở cấp độ mặc định, chưa có quy định chính thức, rõ ràng.

Ngoài ra, cần làm rõ nội hàm của thuật ngữ tập quán quốc tế, phân biệt tập quán quốc tế với thông lệ quốc tế, thói quen trong giao lưu thương mại quốc tế v.v.. Các khái niệm liên quan đến tập quán quốc tế nêu trên cũng phải được thể chế hóa trong các đạo luật như Bộ luật dân sự, Luật thương mại v.v..

Thứ hai, đẩy mạnh nghiên cứu lý luận về tập quán trong nước và tiến hành tập hợp tập quán trong nước trong các văn bản pháp quy để làm cơ sở áp dụng giải quyết các vụ việc dân sự

Lý luận về tập quán trong nước ở nước ta hiện nay không phải là ít. Tập hợp tập quán ở Việt Nam hiện nay cũng rất phong phú, đa dạng. Tuy nhiên, các công trình này chủ yếu nghiên cứu từ góc độ văn hóa, ví dụ như các công trình nghiên cứu văn hóa dân gian, tập hợp luật tục với vai trò là một loại di sản văn hóa v.v.. Các công trình nghiên cứu từ góc độ luật học mặc dù đã có nhưng còn manh mún, riêng rẽ, chưa có công trình mang tính hệ thống, toàn diện về lý luận. Do vậy, nếu tiếp cận từ góc độ luật học thì các lý luận nghiên cứu từ lĩnh vực chuyên ngành khác chỉ hỗ trợ nghiên cứu chứ chưa đủ thông tin khoa học để góp phần hoàn thiện lý thuyết và thực tiễn pháp lý về áp dụng tập quán. Đặc biệt, các công trình sưu tập về tập quán, luật tục... cũng chỉ mang tính chất tham khảo. Các cơ quan có thẩm quyền không thể căn cứ vào một cuốn sách đã được xuất bản hay một công trình nghiên cứu có giới thiệu tập quán để lấy tập quán đó ra áp dụng trong xét xử dân sự.

Do vậy, từ góc độ khoa học pháp lý, cần tiến hành những nghiên cứu công phu, nghiêm túc, toàn diện và có tính hệ thống về tập quán với vai trò một loại nguồn của pháp luật làm cơ sở xây dựng các giáo trình, sách chuyên khảo về áp dụng tập quán trong xét xử dân sự. Đồng thời thực hiện việc tập hợp chúng theo những cách thức có đảm bảo về mặt thực tiễn và pháp lý (ví dụ như Bộ Tư pháp khảo sát, tập hợp và cung cấp cho Chính phủ ban hành kèm theo Nghị định hoặc phối hợp với TAND tối cao ban hành thông tư liên tịch v.v..), sắp xếp theo tập quán vùng, miền, dân tộc v.v.. để các cơ quan, cá nhân có thẩm quyền dễ tra cứu, áp dụng khi cần thiết.

Thứ ba, đẩy mạnh nghiên cứu lý luận về tập quán quốc tế và tập hợp tập quán quốc tế làm cơ sở áp dụng trong giải quyết vụ việc dân sự

Hiện nay, đây là mảng trống trong khoa học pháp lý Việt Nam. Chúng ta thiếu những nghiên cứu mang tính quy mô và chuẩn mực về tập quán quốc tế, đặc biệt, những kiến thức khoa học về tập quán quốc tế cần thiết trang bị cho các luật gia, luật sư tương lai chưa được chú trọng trong các cơ sở đào tạo luật học. Cụ thể, hiện nay chưa có một môn học chuyên sâu về tập quán quốc tế, mà các cơ sở đào tạo pháp luật chỉ chú trọng vào hệ thống pháp luật quốc gia hoặc các điều ước quốc tế. Tập quán quốc tế nếu có được nhắc đến cũng chỉ rất sơ sài trong một số giáo trình về Luật thương mại, Giáo trình Luật Quốc tế (Luật công pháp quốc tế và Luật tư pháp quốc tế)... Điều này dẫn đến thực trạng là nhiều người trong đội ngũ thẩm phán của Việt Nam không có được sự am hiểu sâu sắc về tập quán quốc tế nói chung, tập quán thương mại quốc tế nói riêng và dẫn đến ít áp dụng chúng trong giải quyết vụ, việc dân sự.

Cần thực hiện nhiều nghiên cứu chuyên sâu về sự ra đời, quá trình hình thành tập quán quốc tế, nội dung của tập quán quốc tế, đối tượng điều chỉnh của tập quán, các phiên bản mới, cập nhật của tập quán quốc tế trong từng lĩnh vực cụ thể. Việc này trước hết cần được thực hiện từ chính các cơ sở đào tạo ra những người sẽ làm công tác xét xử, giải quyết tranh chấp trong tương lai, đó là các cơ sở đào tạo về pháp luật như Trường Đại học Luật Hà Nội, Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh, Khoa Luật Đại học Quốc gia Hà Nội, Học viện Tư pháp v.v.. Tại các cơ sở đào tạo khoa học pháp lý cần có môn học về tập quán quốc tế với vai trò nguồn

của pháp luật. Bên cạnh đó, Bộ Tư pháp và các Trường đại học đào tạo về pháp luật cần chú trọng thực hiện các công trình nghiên cứu về tập quán với vai trò nguồn của pháp luật. Việc nghiên cứu không chỉ dừng lại ở cấp độ khẳng định vai trò nguồn bổ trợ của tập quán, mà còn phải nghiên cứu về cách hình thành, nội dung, những ưu điểm và hạn chế thường gặp khi áp dụng các loại tập quán v.v..

4.2.2. Nhóm giải pháp về hoàn thiện pháp luật

Do cơ sở pháp lý chưa thực sự hoàn thiện, đồng bộ và khả thi, TAND hiện gặp nhiều trở ngại trong việc áp dụng tập quán để giải quyết các vụ việc dân sự. Để tháo gỡ trở ngại này, việc hoàn thiện các quy định pháp luật là điều cần thiết, cụ thể:

Một là, hoàn thiện các quy định của Bộ luật dân sự năm 2005 về áp dụng tập quán.

Đối với Điều 3 của Bộ luật dân sự năm 2005, khi đưa ra nguyên tắc áp dụng tập quán đã khắc phục được hạn chế so với Bộ luật dân sự năm 1995, đó là chỉ áp dụng trong trường hợp pháp luật không quy định và các bên không có thoả thuận; và nếu không có tập quán thì mới áp dụng quy định tương tự của pháp luật. Tập quán (…) không được trái với những nguyên tắc quy định trong Bộ luật dân sự. Điều 3 với quy định như vậy là tương đối hoàn thiện. Song, để đảm bảo tính hệ thống, phù hợp với quy định trong những đạo luật khác như Luật thương mại, Luật hôn nhân và gia đình thì phải ghi rõ, tập quán ở đây là tập quán trong nước hay tập quán nói chung, nếu không, sẽ dễ gây nhầm lẫn là *tập quán,* tức là bao hàm cả tập quán trong nước và tập quán quốc tế. Về vấn đề này, cách quy định như Luật thương mại đảm bảo tính chính xác và rõ ràng hơn, Luật thương mại đã phân định tập quán và tập quán thương mại quốc tế.

Vấn đề thứ hai cần lưu ý khi sửa đổi, bổ sung Điều 3 của Bộ luật dân sự năm 2005 là không nên quy định mang tính "mềm dẻo" là *có thể áp dụng tập quán,* mà phải quy định mang tính pháp lý, thể hiện sự khẳng định, đó là *thì áp dụng tập quán.* Từ "có thể" không phải là một từ phù hợp cho bộ phận quy định của quy phạm pháp luật. Vì Bộ luật dân sự dùng từ "có thể" tại Điều 3 nên việc TAND không áp dụng tập quán trong trường hợp pháp luật cho phép cũng không phải là vi phạm pháp luật.

Hiện nay, dự thảo Bộ luật dân sự sửa đổi khi sửa lại Điều 3 vẫn tiếp tục sử dụng từ *có thể.* Nhà làm luật nên cân nhắc, không nên quy định như vậy, mà nên quy định mang tính mệnh lệnh, dứt khoát hơn.

Ngoài Điều 3, trong Bộ luật dân sự năm 2005 có nhiều điều khoản cho phép áp dụng tập quán vẫn còn chưa rõ ràng và khó thực hiện. Cần phải sửa đổi, bổ sung các quy định này, cụ thể:

- Điều 28 Bộ luật dân sự năm 2005 về quyền xác định dân tộc cho cá nhân khi cá nhân được sinh ra: *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.* Quy định này dẫn đến khó áp dụng ở chỗ, không cho biết tập quán hay thỏa thuận của cha mẹ có giá trị ưu tiên hơn. Ví dụ khi cha mẹ không thỏa thuận được thì đương nhiên áp dụng tập quán. Nhưng nếu cha mẹ thỏa thuận được mà thỏa thuận này lại khác với tập quán thì áp dụng tập quán hay theo thỏa thuận của cha, mẹ ?

Về nguyên tắc, thỏa thuận của cha mẹ cần được ưu tiên thực hiện. Do đó, Điều luật này nên sửa lại theo hướng: *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 thỏa thuận của cha mẹ; trường hợp cha đẻ, mẹ đẻ không có thỏa thuận thì áp dụng theo tập quán. Trường hợp xung đột về tập quán thì dân tộc của người con xác định theo dân tộc của người mà người con mang họ.*

- Điều 215 Bộ luật dân sự năm 2005 về xác lập quyền sở hữu chung xác 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*. Tương tự như Điều 28, Điều 215 cần sửa lại theo hướng làm rõ thứ tự ưu tiên, vì cách quy định như Điều 215 không làm rõ thứ tự ưu tiên khi áp dụng.

Cụ thể, phải sửa đổi lại là: *Quyền sở hữu chung được xác lập theo thoả thuận của các chủ sở hữu; nếu cách chủ sở hữu không thỏa thuận thì áp dụng theo quy định của pháp luật; nếu pháp luật không quy định thì áp dụng tập quán.*

- Điều 220 Bộ luật dân sự năm 2005 tại Khoản 2 quy định: «*Các thành viên của cộng đồng cùng quản lý, sử dụng, định đoạt tài sản chung theo thoả thuận hoặc theo tập quán, vì lợi ích của cộng đồng nhưng không được trái pháp luật, đạo đức*

xã hội». Điều này cũng cần sửa lại cho rõ hơn thứ tự ưu tiên áp dụng, vì nếu quy định *theo thỏa thuận hoặc theo tập quán* thì hai giả thiết này có trọng số ngang nhau, trong khi đó, tinh thần của Bộ luật dân sự nói chung là ưu tiên áp dụng thỏa thuận, nếu không có thỏa thuận mới áp dụng tập quán.

Do vậy, quy định này sửa lại như sau: *Các thành viên của cộng đồng cùng quản lý, sử dụng, định đoạt tài sản chung vì lợi ích của cộng đồng theo thỏa thuận; nếu không có thỏa thuận thì theo tập quán. Thỏa thuận và tập quán không được trái pháp luật và đạo đức xã hội.*

- Điều 265 Bộ luật dân sự năm 2005 về việc xác lập ranh giới giữa các bất động sản quy định: *Ranh giới giữa các bất động sản liền kề được xác định theo thoả thuận của các chủ sở hữu hoặc theo quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền.*

Ranh giới cũng có thể được xác định theo tập quán hoặc theo ranh giới đó tồn tại từ ba mươi năm trở lên mà không có tranh chấp.

Quy định này cũng cần phải được sửa lại theo hướng bỏ những từ «hoặc» trong các đoạn trên. Theo đó, phải ghi rõ trong các khả năng đặt ra, thứ tự ưu tiên của từng khả năng là gì ? Nếu không có khả năng thứ nhất thì phải áp dụng khả năng thứ hai. Tương tự như vậy cho bốn khả năng mà Điều luật trên đã quy định.

Hai là, hoàn thiện các quy định pháp luật trong lĩnh vực Hôn nhân và Gia đình.

Luật hôn nhân và gia đình năm 2014 được Quốc hội thông qua ngày 19/6/2014. Luật này cơ bản khắc phục được những hạn chế trong Luật hôn nhân và gia đình năm 2000. Trước hết, Luật hôn nhân và gia đình năm 2014 đã đưa ra định nghĩa về tập quán về hôn nhân và gia đình. Đây là văn bản luật đầu tiên có định nghĩa về thuật ngữ này, khắc phục được khoảng trống pháp lý trong các đạo luật như Bộ luật dân sự, Luật thương mại. Theo đó, tại khoản 4 Điều 3 của Luật hôn nhân và gia đình năm 2014, *tập quán về hôn nhân và gia đình* được hiểu là *quy tắc xử sự có nội dung rõ ràng về quyền, nghĩa vụ của các bên trong quan hệ hôn nhân và gia đình, được lặp đi, lặp lại trong một thời gian dài và được thừa nhận rộng rãi trong một vùng, miền hoặc cộng đồng.* Quy định này có thể coi như kinh nghiệm cho việc hoàn thiện Bộ luật dân sự và Luật thương mại thời gian tới.

Về nguyên tắc áp dụng tập quán, Điều 7 Luật hôn nhân và gia đình năm 2014 quy định: "*Trong trường hợp pháp luật không quy định và các bên không có thỏa thuận thì tập quán tốt đẹp thể hiện bản sắc của mỗi dân tộc, không trái với nguyên tắc quy định tại Điều 2 và không vi phạm điều cấm của Luật này được áp dụng"*. Điều 7 Luật hôn nhân và gia đình tạo sự chặt chẽ khi khẳng định tập quán sẽ được áp dụng nếu pháp luật không quy định, các bên không có thỏa thuận. Điều kiện áp dụng phải là tập quán tốt đẹp, không trái Điều 2 của Luật và không vi phạm điều cấm của Luật. Các thẩm phán khi áp dụng sẽ dễ dàng hơn vì các điều kiện nêu trong Điều 7 của Luật rất cụ thể. Đồng thời, Điều luật này coi áp dụng tập quán như một quyền của chủ thể có thẩm quyền (được áp dụng), chứ không đơn thuần là một khả năng khi thực hiện pháp luật tố tụng (có thể áp dụng).

Để đảm bảo nguyên tắc trên được khả thi, nhanh chóng đi vào cuộc sống thì Chính phủ cần sớm ban hành Nghị định quy định chi tiết. Khi ban hành quy định chi tiết, Chính phủ cần nghiên cứu để khắc phục những hạn chế của Nghị định 32/2002/NĐ-CP ngày 27-3-2002 của Chính phủ quy định việc áp dụng Luật hôn nhân và gia đình đối với các dân tộc thiểu số. Nghị định này đã đưa ra được 2 phụ lục, phụ lục A quy định những tập quán được khuyến khích phát huy và phụ lục B quy định những phong tục tập quán nghiêm cấm áp dụng hoặc vận động xóa bỏ. Tuy vậy, Nghị định 32/2002/NĐ-CP với cách quy định như hiện nay có thể gây hiểm lầm là chỉ có những tập quán được nêu trong Nghị định mới tồn tại và mới được khuyến khích phát huy; nghiêm cấp áp dụng hoặc vận động xóa bỏ. Nghị định mới phải cho thấy được những tập quán nêu trong phụ lục chỉ là *một số tập quán,* chứ không phải là tất cả.

Hạn chế thứ hai của Nghị định 32/2002/NĐ-CP là các tập quán mà nó nêu ra trong phụ lục còn quá sơ sài (10 tập quán khuyến khích phát huy; 14 tập quán nghiêm cấm áp dụng hoặc vận động xóa bỏ). Nghị định mới cần phải bổ sung để làm phong phú thêm, đầy đủ hơn.

Ngoài ra, việc hoàn thiện quy định về áp dụng tập quán trong lĩnh vực hôn nhân và gia đình còn đòi hỏi phải rà soát những quy định liên quan đến áp dụng phong tục, tập quán đã lạc hậu để kịp thời điều chỉnh, ban hành mới. Chẳng hạn như đối với một trong những tranh chấp khá phổ biến có sự giao thoa về việc điều chỉnh

của cả pháp luật và tập quán là tranh chấp đòi lại sính lễ dẫn cưới, của hồi môn…, trước đây, Hội đồng Thẩm phán TAND Tối cao đã từng hướng dẫn tại Mục 3 Nghị quyết số 01 ngày 20-1-1988 (hướng dẫn áp dụng một số quy định của Luật hôn nhân và gia đình năm 1986). Tuy nhiên, hiện nay hướng dẫn này đã lạc hậu và không còn được áp dụng bởi Luật hôn nhân và gia đình năm 1986 đã hết hiệu lực. Trong khi đó, Luật hôn nhân và gia đình năm 2000 hiện hành lại không có hướng dẫn mới, dẫn đến tình trạng thiếu thống nhất khi xét xử. Có tòa chấp nhận yêu cầu của nhà trai, buộc nhà gái phải trả lại toàn bộ lễ vật. Có tòa thì xét đến yếu tố lỗi của các bên để chấp nhận hay bác bỏ. Cần có hướng dẫn mới để chấm dứt tình trạng này.

Ba là, hoàn thiện các quy định của Luật thương mại năm 2005. Khác với Bộ luật dân sự và Luật hôn nhân và gia đình, Luật thương mại năm 2005 đã đưa ra được quy định giải thích các thuật ngữ mà nó sử dụng gồm *Thói quen trong hoạt động thương mại; Tập quán thương mại,* phân biệt giữa hai vấn đề này. Đây là ưu điểm so với các văn bản khác, nhưng cũng chính từ quy định này bộc lộ những bất cập về sự chưa hoàn toàn chính xác trong nội dung định nghĩa tập quán thương mại; đồng thời, định nghĩa này có sự khác biệt so với khái niệm tập quán nêu trong Nghị quyết 04/2005/NQ-HĐTP, Nghị quyết 04/2012/NQ-HĐTP. Do vậy, để giải quyết việc thiếu thống nhất về khái niệm tập quán và những khái niệm liên quan, cần sửa đổi quy định của Luật thương mại nêu trong khoản 4 Điều 3. Việc sửa đổi này phải phù hợp với quy định trong Bộ luật dân sự, coi đây là đạo luật gốc. Đồng thời, cần phân biệt rõ trong Luật thương mại các nhóm tập quán: tập quán trong nước, tập quán quốc tế.

Hơn nữa, quy định về áp dụng tập quán tại Điều 5 và Điều 13 của Luật thương mại rõ ràng đã phân biệt tập quán với tập quán thương mại quốc tế. Do vậy, khi sửa đổi, bổ sung Luật thương mại cần xem xét để đảm bảo sự đồng bộ giữa hai Điều luật này.

Bốn là, hoàn thiện quy định trong khoản 7 Điều 82 Bộ luật tố tụng dân sự 2004 (sửa đổi, bổ sung năm 2011) về nguồn của chứng cứ. Điều khoản này quy định coi tập quán là nguồn của chứng cứ. Để đảm bảo tính đồng bộ, cần làm rõ thêm cách hiểu tập quán phải trên cơ sở pháp lý nào. Nếu sửa đổi, bổ sung Bộ luật

dân sự năm 2005 đưa ra được định nghĩa tập quán thì tại khoản 7 Điều 82 chỉ dẫn giải thích tập quán tại Bộ luật dân sự. Ngoài ra, phải có quy định chi tiết hơn để thực hiện khoản 7 Điều 82. Trong tài liệu tập huấn hướng dẫn thi hành Bộ luật tố tụng dân sự (sửa đổi, bổ sung) của TAND tối cao - Chương trình đối tác tư pháp, tại phần tập huấn về *Chứng cứ và chứng minh trong Bộ luật tố tụng dân sự sửa đổi,* tài liệu có nêu rõ:

> Đối với một tập quán muốn trở thành chứng cứ trong một vụ án cụ thể thì Thẩm phán phải yêu cầu đương sự trình bày rõ nguồn gốc của tập quán đó và chứng minh tập quán đó bằng cách ghi nhận nó bằng văn bản thể hiện việc cả cộng đồng dân cư nơi có tập quán đó thừa nhận và làm theo... Văn bản này có thể là bản xác nhận của cộng đồng nơi có tập quán đó và chứng thực của UBND xã, phường, thị trấn về chữ ký của những người xác nhận và có thể có cả ý kiến của UBND về tập quán đó. Nếu không chứng minh được tính quy ước chung của cộng đồng trong cái gọi là "tập quán" thì nó sẽ không có giá trị chứng cứ [74, tr.6].

Nội dung trên chỉ là tài liệu tập huấn chứ không phải là văn bản quy phạm pháp luật nên về mặt nguyên tắc không có giá trị ràng buộc. Tuy nhiên cũng qua tài liệu này cho thấy sẽ rất khó khăn cho đương sự khi phải chứng minh về một tập quán - nếu không muốn nói là không khả thi - và bản thân các thẩm phán cũng sẽ rất e ngại khi sử dụng chứng cứ đó. Vì làm sao có thể có được một văn bản thể hiện cả cộng đồng dân cư đồng ý, có xác nhận của công đồng dân cư? Ai được đại diện cộng đồng dân cư xác nhận? Ngoài ra còn phải có ý kiến của UBND, có chứng thực của UBND. Từ đây có thể thấy quy định này khi chỉ dừng lại ở cơ sở pháp lý như trên là không thể thực hiện được.

Năm là, bổ sung quy định chủ thể có thẩm quyền giải thích tập quán trong Bộ luật tố tụng dân sự. Vấn đề này hiện đang là khoảng trống trong pháp luật Việt Nam. Vấn đề cần làm rõ ở đây là, khi có tình huống nảy sinh cần áp dụng tập quán mà bản thân người áp dụng chưa thực sự thấu hiểu nội dung tập quán hay chưa xác định rõ là có hay không có tập quán trong thực tế thì chủ thể nào có thẩm quyền giải thích để giải thích này mang giá trị pháp lý? Việc quy định chủ thể có thẩm quyền

giải thích tập quán là vấn đề hết sức cần thiết nhằm giúp cho chủ thể có thẩm quyền áp dụng tập quán có thể mạnh dạn hơn khi thực hiện quyền của mình.

Để giải quyết vấn đề này, nên đưa ra những quy định trên cơ sở tham khảo quy định về quyền và nghĩa vụ chứng minh của đương sự đã được ghi nhận trong Bộ luật tố tụng dân sự hiện hành. Ví dụ, nguyên đơn hoặc bị đơn đưa ra một yêu cầu thì họ sẽ phải chứng minh cho yêu cầu đó; tương tự, một đương sự phản đối một yêu cầu tất nhiên cũng phải chứng minh là sự phản đối này có căn cứ. Giả sử đương sự đưa ra chứng cứ có nguồn từ tập quán thì đương nhiên đương sự phải có nghĩa vụ chứng minh được sự tồn tại có thật, nội dung rõ ràng của tập quán. Khi đương sự gặp khó khăn trong việc chứng minh thì có thể yêu cầu TAND trên cơ sở thẩm quyền của mình thu thập chứng cứ.

Sáu là, sửa đổi, bổ sung Luật Tổ chức TAND, bổ sung thêm nguyên tắc trong tổ chức và hoạt động của TAND là: "Không được từ chối giải quyết đối với những vụ việc không thuộc thẩm quyền của các cơ quan Nhà nước khác hoặc chưa được Nhà nước trao quyền cho các tổ chức khác".

Hiến pháp năm 2013 của Việt Nam trong chế định về TAND đã không đưa ra nguyên tắc *cấm từ chối xét xử*. Song khi sửa đổi Luật Tổ chức TAND hiện hành để phù hợp với Hiến pháp thì cần thiết bổ sung nguyên tắc này, vì quy định này sẽ giúp cho người dân khi có tranh chấp mà pháp luật chưa quy định do các cơ quan Nhà nước giải quyết hoặc do các tổ chức được Nhà nước trao quyền giải quyết, thì đương nhiên sẽ có TAND giải quyết. Và nếu TAND không có cơ sở pháp luật để thụ lý, giải quyết thì sẽ căn cứ vào tập quán để giải quyết.

Bảy là, xây dựng và hoàn thiện các văn bản pháp quy hướng dẫn chi tiết về áp dụng tập quán trong lĩnh vực dân sự.

- Ban hành mới các Nghị định kèm danh mục các tập quán được phép áp dụng trong các lĩnh vực dân sự, thương mại, hôn nhân và gia đình:

Cụ thể, từ những quy định cho phép áp dụng tập quán trong Bộ luật dân sự, Luật thương mại, Bộ luật hàng hải, Pháp lệnh ngoại hối, Luật Chuyển giao công nghệ v.v.. rà soát, tập hợp các tập quán có nội dung điều chỉnh phù hợp với các quy định pháp luật nói trên và nhóm thành từng nhóm tập quán để ban hành trong các Nghị định, tạo cơ sở cho việc áp dụng chúng. Chẳng hạn như:

Trong lĩnh vực dân sự theo nghĩa hẹp: Ví dụ thứ nhất, tại Điều 28 Bộ luật dân sự năm 2005 về quyền xác định dân tộc cho cá nhân khi cá nhân được sinh ra: *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.* Để áp dụng được quy định này, cần rà soát trong 54 dân tộc cùng sinh sống trên lãnh thổ Việt Nam tồn tại tập quán xác định dân tộc cho con như thế nào. Ví dụ thứ hai, tại Điều 265 Bộ luật dân sự năm 2005 về việc xác lập ranh giới giữa các bất động sản quy định: *Ranh giới cũng có thể được xác định theo tập quán hoặc theo ranh giới đó tồn tại từ ba mươi năm trở lên mà không có tranh chấp.* Để áp dụng được quy định này, cần rà soát và tập hợp tập quán của các dân tộc, vùng, miền về tập quán xác định ranh giới đất. Ví dụ thứ ba: Tại khoản 4 Điều 625 Bộ luật dân sự 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 »*. Nếu chỉ dừng ở quy định như thế này trong Bộ luật dân sự thì các thẩm phán không thể áp dụng được vì quy định thiếu rõ ràng. Cần hướng dẫn chi tiết như thế nào là trái đạo đức xã hội. Điều cần thiết là phải xác định được những khu vực thả rông gia súc theo tập quán, xác định các tập quán bồi thường hiện đang tồn tại, ban hành thành dành mục các tập quán được áp dụng và tập quán không được áp dụng v.v..

Trong lĩnh vực hôn nhân và gia đình: Ngoài việc sửa đổi, bổ sung hệ thống tập quán nêu tại Nghị định 32/2002/NĐ-CP của Chính phủ, Bộ Tư pháp cần kiến nghị sự hỗ trợ từ phía cơ quan đại diện ngoại giao của Việt Nam ở các nước, tập hợp các tập quán quốc tế trong quan hệ hôn nhân và gia đình theo từng quốc gia, từng khu vực mà công dân Việt Nam thường có quan hệ hôn nhân. Có thực hiện điều này thì quy định tại Điều 121 Luật hôn nhân và gia đình 2014 mới khả thi.

Trong lĩnh vực thương mại nói chung và các hoạt động thương mại đặc thù nói riêng: Tại Điều 235 của Luật thương mại năm 2005 quy định: 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. Như vậy, để thực hiện được điều này, điều cần thiết là phải hệ thống hóa được các tập quán vận tải quốc tế và tập quán vận tải vùng, miền mà Việt Nam thường thiết lập quan hệ pháp luật. Tương tự,

để đảm bảo tính khả thi cho Điều 4 của Bộ luật hàng hải năm 2005, cần tập hợp và phổ biến tập quán hàng hải quốc tế. Tính khả thi của Điều 4 Luật chuyển giao công nghệ năm 2006 không thể có được nếu không nắm được hệ thống tập quán quốc tế về chuyển giao công nghệ. Đồng thời, cần tập hợp các tập quán quốc tế trong hoạt động ngoại hối để quy định của Pháp lệnh ngoại hối năm 2005 (sửa đổi, bổ sung năm 2013) về cho phép áp dụng tập quán đảm bảo thực hiện. Sở dĩ việc tập hợp tập quán phải được thực hiện một cách khoa học và chính xác vì đối với các tập quán quốc tế về thương mại, khi áp dụng các bên cần phải chứng minh nội dung. Đồng thời, cần thiết phải tiến hành phân loại tập quán quốc tế khi áp dụng vì nếu có tập quán chung và tập quán riêng thì tập quán riêng có giá trị ưu tiên.

Tám là, sửa đổi, bổ sung Pháp lệnh Thẩm phán và Hội thẩm TAND để ghi nhận quy định: *Thẩm phán có nghĩa vụ áp dụng tập quán khi xét xử trong trường hợp pháp luật cho phép áp dụng và tồn tại tập quán không trái với những nguyên tắc do pháp luật quy định.* Quy định này kết hợp với quy định về nguyên tắc cấm từ chối xét xử được quy định cho TAND trong Luật tổ chức TAND sẽ đảm bảo cho việc áp dụng tập quán của Thẩm phán trong trường hợp không có văn bản quy phạm pháp luật tạo cơ sở pháp lý cho hoạt động xét xử.

Đồng thời, liên quan đến các quy định về nhiệm kỳ bổ nhiệm thẩm phán và điều kiện tái bổ nhiệm, chúng tôi cho rằng, cần sửa đổi, bổ sung quy định hiện hành để góp phần đảm bảo thẩm phán thực sự độc lập trong xét xử và chỉ tuân theo pháp luật. Trước hết, việc bổ nhiệm thẩm phán nên là suốt đời như những ngạch công chức khác. Nếu trong quá trình hoạt động nghề nghiệp thẩm phán có vi phạm pháp luật thì tùy thuộc vào từng vi phạm cụ thể mà xử lý kỷ luật theo Luật Cán bộ, công chức kết hợp với các quy định chuyên ngành theo những hình thức như khiển trách, cảnh cáo, hạ bậc lương, giáng chức, cách chức, buộc thôi việc. Nếu có được quy định này, chắc chắn các thẩm phán sẽ mạnh dạn hơn trong áp dụng tập quán vì không bị chi phối bởi tiêu chí không được để án mình xét xử bị hủy vì lỗi chủ quan quá 1,16% như quy định hiện hành.

Chín là, tiếp tục nghiên cứu và nâng các quy phạm tập quán trong lĩnh vực dân sự thành quy phạm pháp luật. Mục tiêu xây dựng và hoàn thiện nhà nước pháp quyền XHCN chính là định hướng để chúng ta nỗ lực làm cho hệ thống pháp luật

trở nên hoàn thiện hơn. Bên cạnh việc cho phép áp dụng tập quán, các nhà lập pháp, lập quy cũng cần thiết phải nghiên cứu để văn bản quy phạm pháp luật hóa các tập quán. Thời gian qua, chúng ta đã thực hiện việc này nhưng chưa phải là phổ biến, chẳng hạn như Chính phủ đã ban hành Nghị định 144/2006/NĐ-CP ngày 27/11/2006 để quy định về hình thức hụi, họ, biêu, phường. Đây là sự cụ thể hóa Điều 479 của Bộ luật dân sự năm 2005. Nếu tập quán phù hợp được nâng lên thành văn bản quy phạm pháp luật, chắc chắn khoảng trống pháp lý sẽ được giảm dần và hệ thống pháp luật sẽ ngày càng hoàn thiện, khả thi và thực tiễn hơn.

Mười là, tăng cường hoạt động ban hành văn bản quy phạm pháp luật của TAND tối cao để giải thích, hướng dẫn áp dụng tập quán. Thời gian qua, hoạt động này đã được TAND tối cao chú trọng thực hiện. Thông qua những văn bản quy phạm pháp luật TAND tối cao ban hành, vấn đề áp dụng tập quán trong xét xử dân sự đã trở nên rõ ràng, chi tiết và khả thi hơn, khắc phục tình trạng quy định chung chung trong các đạo luật. Tuy nhiên, vì các quy định cho phép áp dụng tập quán trong lĩnh vực dân sự tồn tại trong rất nhiều đạo luật và các trường hợp có thể áp dụng tập quán ngày càng trở nên phong phú, nên TAND tối cao cần tiếp tục ban hành những văn bản có tính pháp lý về việc áp dụng tập quán để TAND các cấp thực hiện. Việc này phải thực hiện bằng hình thức ban hành các văn bản quy phạm pháp luật như Thông tư của Chánh án TAND tối cao, Nghị quyết của Hội đồng thẩm phán TAND tối cao, Thông tư liên tịch của TAND tối cao với các chủ thể có thẩm quyền như Bộ trưởng, Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao.

4.2.3. Nhóm giải pháp về công tác báo cáo, thống kê, tập hợp tập quán phục vụ hoạt động giải quyết vụ việc dân sự

Thứ nhất, TAND tối cao cần yêu cầu TAND các cấp thực hiện việc báo cáo, thống kê về tình trạng thụ lý hàng năm, trong đó có báo cáo chi tiết về những vụ việc người dân yêu cầu nhưng không thụ lý giải quyết do thiếu cơ sở pháp lý. TAND tối cao dựa trên những báo cáo này để thống kê số liệu cụ thể và nội dung của những vụ việc không được thụ lý. Quá trình này sẽ giúp TAND tối cao phát hiện, ghi nhận được những yêu cầu nảy sinh trên thực tiễn mà pháp luật chưa trù liệu đến để lấy làm cơ sở hướng dẫn cho TAND các cấp áp dụng tập quán, đồng thời kiến nghị bổ sung, hoàn thiện văn bản quy phạm pháp luật.

Thứ hai, trong thời điểm mà các Nghị định về ban hành danh mục các tập quán trong các lĩnh vực dân sự, hôn nhân và gia đình, kinh doanh - thương mại chưa được ban hành, để có căn cứ áp dụng tập quán một cách thống nhất mà vẫn đảm bảo không bị hành chính hóa, TAND tối cao yêu cầu TAND các cấp tập hợp tập quán, luật tục để TAND tối cao tổng hợp, phổ biến theo từng nhóm, cho từng lĩnh vực, từng vùng miền, cụ thể:

+ Nhóm tập quán, luật tục khuyến khích phát huy;

+ Nhóm tập quán, luật tục nghiêm cấm áp dụng;

+ Nhóm tập quán, luật tục vận động xóa bỏ.

Việc tổng hợp, phổ biến này chỉ mang tính chất ràng buộc trong hệ thống TAND và trong trường hợp chưa có các Nghị định hướng dẫn chi tiết các quy định cho phép áp dụng tập quán. Điều này góp phần làm cho từng quy định trong các đạo luật trở nên khả thi ngay từ khi đạo luật đó vừa mới bắt đầu có hiệu lực.

4.2.4. Nhóm giải pháp nâng cao năng lực, nhận thức của người có thẩm quyền và của nhân dân trong áp dụng tập quán để giải quyết các vụ việc dân sự

Thứ nhất, nâng cao năng lực người có thẩm quyền áp dụng tập quán ở đây chủ yếu là những người thực hiện hoạt động tố tụng dân sự, kiểm sát hoạt động tố tụng dân sự và trong một số trường hợp là những người thực hiện hoạt động quản lý hành chính nhà nước. Nhóm giải pháp cụ thể này hướng tới việc nâng cao năng lực cho Thẩm phán TAND, Hội thẩm nhân dân và Kiểm sát viên Viện kiểm sát nhân dân.

Thẩm phán TAND, Hội thẩm nhân dân phải nhận thức được quyền đồng thời là nghĩa vụ khi áp dụng tập quán. Kiểm sát viên, Thẩm phán và Hội thẩm nhân dân cần nhận thức được tính hợp pháp, hợp hiến của việc áp dụng tập quán trên cơ sở pháp luật. Các chủ thể này không những phải am hiểu về pháp luật mà còn phải có kiến thức sâu sắc về văn hóa và đủ bản lĩnh để mạnh dạn áp dụng tập quán khi có căn cứ cho rằng thiếu pháp luật thành văn để giải quyết các tình huống pháp lý nẩy sinh. Với kiến thức sâu rộng về pháp luật và văn hóa, người có thẩm quyền sẽ có cách đánh giá khách quan, khoa học về sự tồn tại, nội dung của tập quán. Đồng thời, họ phải quán triệt sâu sắc rằng, dù Nhà nước có cố gắng liệt kê thì cũng sẽ không

bao giờ liệt kê hết các tập quán, do vậy, khi áp dụng tập quán, không phải chỉ là áp dụng những tập quán nằm trong danh mục đã được ban hành (như là áp dụng danh mục trong Nghị định 32/2002/NĐ-CP trong lĩnh vực hôn nhân và gia đình).

Để nâng cao năng lực cho đội ngũ Thẩm phán, Hội thẩm nhân dân, Kiểm sát viên thì cần phải thực hiện các giải pháp gắn với các chủ thể có trách nhiệm như sau:

- Các cơ sở nghiên cứu, giảng dạy chuyên ngành pháp luật như Viện Hàn lâm khoa học xã hội Việt Nam, Học viện Chính trị Quốc gia Hồ Chí Minh, Trường đại học Luật Hà Nội, Trường đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh, Học viện Tư pháp, các trường trung cấp pháp lý v.v..và các Trường đại học, cao đẳng, trung cấp có giảng dạy pháp luật đại cương phải thực hiện sâu sắc hơn nội dung giảng dạy về hình thức pháp luật trong chương trình pháp luật đại cương dành cho các trường đại học hiện nay. Vì sẽ có nhiều Hội thẩm nhân dân không phải là người tốt nghiệp tại các cơ sở đào tạo Luật, tuy nhiên, nếu họ đã được trải qua chương trình pháp luật đại cương trong các trường đại học thì nhận thức về hình thức pháp luật sâu sắc sẽ hỗ trợ cho nhận thức và áp dụng tập quán trong nghề nghiệp sau này.

- Tăng thời lượng và làm phong phú, sâu sắc hơn nữa nội dung về hình thức pháp luật trong các giáo trình và chương trình giảng dạy lý luận chung về pháp luật cho sinh viên học chuyên ngành luật và kiểm sát (Trung cấp pháp lý, đại học các chuyên ngành luật, trường của ngành kiểm sát). Hiện nay nội dung này trong các giáo trình lý luận chung về nhà nước và pháp luật, pháp luật đại cương rất mờ nhạt và khiêm tốn về dung lượng. Đồng thời, trong giáo trình và nội dung giảng dạy các ngành luật có sử dụng tập quán như ngành luật dân sự, Luật hôn nhân và gia đình, luật kinh doanh - thương mại, công pháp quốc tế và tư pháp quốc tế… cần chú trọng nhấn mạnh hơn nữa nội dung về hình thức pháp luật. Thực tế, trong các giáo trình và chương trình giảng dạy, vai trò và nội dung các văn bản quy phạm pháp luật được chú trọng gần như tuyệt đối. Cần làm cho các cử nhân luật - sau này sẽ trở thành luật sư, thẩm phán, người làm công tác tư pháp, quản lý nhà nước… - nhận thức được rằng tập quán là nguồn không thể thiếu của pháp luật dù mức độ ảnh hưởng của nó trong từng ngành luật, trong từng giai đoạn lịch sử có thể khác nhau.

- TAND tối cao cần tăng cường tổ chức các hội nghị tập huấn về kỹ năng áp dụng tập quán theo từng chuyên đề và phổ biến tài liệu tập huấn này tới tất cả các TAND các cấp. Các hội nghị tập huấn có thể theo những chuyên đề như: Kỹ năng áp dụng tập quán trong giải quyết vụ, việc dân sự; Kỹ năng áp dụng tập quán trong giải quyết vụ, việc Hôn nhân và Gia đình; Kỹ năng áp dụng tập quán trong giải quyết vụ, việc kinh doanh - thương mại; Kỹ năng áp dụng tập quán quốc tế trong giải quyết các vụ, việc kinh doanh - thương mại… Các lớp tập huấn này phải tiến hành định kỳ, ít nhất là 5 năm một lần (trong nhiệm kỳ của thẩm phán) để đảm mọi thẩm phán đều nắm vững kỹ năng áp dụng tập quán trong giải quyết các vấn đề pháp lý. Trong các lớp tập huấn này sẽ cập nhật những bản án, quyết định có áp dụng tập quán, phân tích để các học viên tham gia lớp học nhận thức được một cách sâu sắc kỹ năng áp dụng tập quán trong giải quyết vụ việc dân sự.

- Viện Kiểm sát nhân dân tối cao cần tăng cường tổ chức hội nghị tập huấn về kỹ năng kiểm sát việc áp dụng tập quán trong xét xử dân sự của TAND cho các kiểm sát viên để khi kiểm sát viên thực hiện chức năng, nhiệm vụ sẽ không có những nhận định chủ quan, sai lầm làm hạn chế hiệu quả áp dụng tập quán của TAND.

- TAND tối cao, Viện kiểm sát nhân dân tối cao cần đẩy mạnh xây dựng các tài liệu phổ biến về tập quán cho kiểm sát viên, thẩm phán và hội thẩm nhân dân theo các mảng nội dung: tập quán trong nước và tập quán quốc tế.

Đối với tập quán quốc tế, tài liệu phổ biến phải chuyển tải nội dung các tập quán, cách thức hình thành, các phiên bản cập nhật theo từng thời kỳ, đối tượng áp dụng, quan hệ mà tập quán điều chỉnh… Thực tiễn cho thấy, sự am hiểu về tập quán quốc tế khó khăn hơn tập quán trong nước nhưng lại hết sức cần thiết. Để nâng cao năng lực của đội ngũ thẩm phán và hội thẩm nhân dân trong việc áp dụng tập quán quốc tế, cần tập hợp và phổ biến tới từng cá nhân những tập quán thương mại quốc tế hiện hành và cập nhật các phiên bản mới trong trường hợp nó được sửa đổi, bổ sung. Đây là việc làm hết sức có ý nghĩa, vì hiện nay, trong bối cảnh quan hệ thương mại quốc tế ngày càng trở nên phổ biến, các bên trong quan hệ thương mại quốc tế có xu hướng ưu tiên sử dụng tập quán quốc tế điều chỉnh quan hệ mà họ tham gia. Do vậy, khi có tranh chấp xảy ra, nếu các bên lựa chọn chủ thể có thẩm

quyền giải quyết tranh chấp là TAND ở Việt Nam thì điều nhất thiết là Tòa án phải áp dụng tập quán quốc tế. Việc này sẽ không thể thực hiện được nếu các thẩm phán của Việt Nam không am hiểu sâu sắc về tập quán quốc tế, không rõ là có hay không có tập quán quốc tế đó. Cần nhận thức được một cách sâu sắc rằng tập quán quốc tế cũng như tập quán trong nước, tồn tại để điều chỉnh các quan hệ xã hội trên tất cả các lĩnh vực. Chẳng hạn có tập quán thương mại quốc tế, tập quán quốc tế trong quan hệ hôn nhân và gia đình, tập quán quốc tế về môi trường v.v..

Đối với tập quán trong nước, tài liệu phổ biến nói về nội dung, địa bàn áp dụng các tập quán và phổ biến theo từng địa phương cấp tỉnh nơi tồn tại tập quán. Có thể kế thừa những thành quả đã có về việc tập hợp tập quán là những sách, những công trình tập hợp tập quán, các bản hương ước cũ, hương ước mới. Trên cơ sở những công trình này, cơ quan nhà nước có thẩm quyền sẽ tái bản, sửa đổi, bổ sung và sử dụng lại thành các phụ lục kèm theo văn bản quy phạm pháp luật, liệt kê các tập quán này theo từng nhóm dựa trên tiêu chí giá trị pháp lý là: tập quán được khuyến khích áp dụng, được thừa nhận; tập quán vận động xóa bỏ; tập quán nghiêm cấm áp dụng. Những tập quán mới chưa hề được sưu tập, xuất bản thì sẽ tiến hành sưu tập và văn bản hóa, bổ sung vào kho tàng lưu trữ tập quán, phát triển nguồn tập quán pháp cho Việt Nam hiện nay.

Thứ hai, các cơ quan nhà nước, các tổ chức chính trị - xã hội cần thực hiện tốt hơn trách nhiệm nâng cao sự hiểu biết của nhân dân về tập quán và vai trò của tập quán trong quản lý xã hội:

Đối với tập quán trong nước, chúng ta đều biết, mặc dù có tính phổ biến rộng rãi trong cộng đồng nơi tập quán đó tồn tại, nhưng điều này không đồng nghĩa với việc mọi người trong cộng đồng đó đều biết về tập quán đó. Do vậy, cần thông qua các hình thức sinh hoạt văn hóa hoặc qua các loại tài liệu phát hành, tuyên truyền, phổ biến về nội dung của những tập quán tiến bộ, nhân văn, nhân đạo. Điều này một mặt sẽ giữ gìn, bảo tồn được những nét truyền thống, văn hóa tốt đẹp của địa phương, dân tộc, vùng miền; mặt khác, tạo điều kiện để tập quán ảnh hưởng lên hành vi của các chủ thể trong quan hệ xã hội và tránh những xung đột trong trường hợp Tòa án áp dụng tập quán. Ý nghĩa của việc nâng cao hiểu biết về tập quán, ở khía cạnh khác, chúng ta đều biết, trong hầu hết các quan hệ dân sự, một vấn đề

mang tính nguyên tắc là Nhà nước tôn trọng sự thỏa thuận của đương sự. Nếu đương sự am hiểu về phong tục tập quán, họ có thể đưa những quy định này vào trong hợp đồng, giao dịch với ý nghĩa là thỏa thuận của các bên. Những tranh chấp cũng vì vậy sẽ được hạn chế trong các giao lưu dân sự.

Đối với tập quán quốc tế, nếu các chủ thể trong quan hệ thương mại quốc tế không thực sự nắm rõ tập quán thì có thể sẽ áp dụng không chính xác hoặc làm vô hiệu khả năng áp dụng tập quán. Chẳng hạn như, do tập quán quốc tế về thương mại có nhiều loại nên để tránh sự nhầm lẫn hoặc hiểu không thống nhất về một tập quán nào đó, các bên trong quan hệ thương mại quốc tế cần phải quy định cụ thể tập quán đó trong hợp đồng. Ví dụ: Trong hợp đồng, tại điều khoản về giá có ghi: giá hàng là 250 USD/MT FOB Hải Phòng Incoterms 2000, điều này có nghĩa là áp dụng bản Quy tắc của ICC về các điều kiện thương mại quốc tế (Incoterms), bản sửa đổi năm 2000. Việc nêu cụ thể Incoterms 2000 sẽ giúp chúng ta tránh áp dụng nhầm các bản sửa đổi Incoterms trước đó, như bản sửa đổi năm 2000, 1980, 1990…

Những điều phân tích trên cho thấy, nếu không tạo nên sự am hiểu sâu sắc cho cả chủ thể trong quan hệ pháp luật lẫn chủ thể có thẩm quyền áp dụng tập quán thì việc áp dụng tập quán sẽ không mang lại hiệu quả tối đa. Nâng cao hiệu quả áp dụng tập quán trong xét xử dân sự của TAND không phải chỉ là nâng cao nhận thức của thẩm phán và Hội thẩm nhân dân, mà còn là nâng cao nhận thức của các chủ thể pháp luật khác.

4.2.5. Nhóm giải pháp về thủ tục, quy trình trong hoạt động tố tụng dân sự

Việc đẩy mạnh áp dụng tập quán cần phải được thực hiện một cách đồng bộ. Ngoài các giải pháp về pháp lý và về nâng cao năng lực thì còn phải thực hiện những điều chỉnh liên quan đến thủ tục, qui trình giải quyết vụ việc dân sự.

Thứ nhất, TAND tối cao nghiên cứu sửa lại mẫu sổ thụ lý đề đảm bảo khi có vụ việc mà người dân yêu cầu Tòa án giải quyết, dù không có căn cứ pháp lý để giải quyết và Tòa án không thụ lý thì Tòa án vẫn thống kê, ghi nhận được trường hợp tranh chấp. Từ những thống kê này, Tòa án các cấp phản ánh lên TAND tối cao. TAND tối cao trong phạm vi thẩm quyền ban hành Nghị quyết hoàn thiện cơ sở pháp lý, hướng dẫn áp dụng tập quán hoặc chuyển tới cơ quan lập pháp, lập quy. Cơ quan lập pháp, lập quy có thẩm quyền sẽ ban hành văn bản hướng dẫn cụ thể cho

phép áp dụng tập quán để giải quyết hoặc ban hành quy phạm pháp luật thành văn điều chỉnh những quan hệ xã hội đó.

Để giải quyết được vấn đề này, chúng tôi cho rằng nên sửa lại tên hiện đang sử dụng thành "Sổ tiếp nhận, thụ lý và kết quả giải quyết…". Trong nội dung của sổ, cần bổ sung thêm hai cội là: Tiếp nhận (số, ngày, tháng, năm); Không thụ lý (lý do). Nếu không có sổ sách ghi chép những thông tin này thì cơ quan nhà nước có thẩm quyền khó có thể nắm được những trường hợp pháp luận chưa hoàn thiện để thống kê về nhu cầu áp dụng tập quán và thực hiện việc hoàn thiện hệ thống pháp luật.

Thứ hai, hệ thống TAND cần thực hiện công khai tất cả các bản án có áp dụng tập quán trên phạm vi toàn quốc dưới dạng tư liệu chuyên đề hoặc ấn phẩm xuất bản tương tự như ấn phẩm xuất bản các *Quyết định giám đốc thẩm của Hội đồng thẩm phán TAND tối cao* hiện TAND tối cao đang thực hiện và phổ biến tài liệu này cho TAND các cấp để tham khảo, rút kinh nghiệm, làm cho các thẩm phán trở nên mạnh dạn hơn khi áp dụng tập quán. Đây cũng là giải pháp góp phần làm cho hoạt động áp dụng tập quán trở nên thống nhất, hiệu quả. Ở một khía cạnh khác, việc công khai bản án, quyết định có áp dụng tập quán cũng là một trong những hoạt động hướng đến việc phát triển án lệ ở Việt Nam theo Đề án phát triển án lệ đã được Chánh án TAND tối cao phê chuẩn.

Kết luận chương 4

Việc ghi nhận sự tham gia điều chỉnh các quan hệ pháp luật của quy phạm tập quán là một trong những giải pháp đúng đắn của Nhà nước ta trong nỗ lực xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật. Từ năm 1992 với sự ra đời Hiến pháp hiện hành, năm 1995 ra đời Bộ luật dân sự đến nay, mặc dù Việt Nam đã có những bước tiến vượt bậc trong hoạt động lập pháp, lập quy song nguồn tập quán luôn có một ví trí nhất định trong hệ thống pháp luật về dân sự. Bộ luật dân sự năm 2005, Luật thương mại năm 2005 tiếp tục hoàn thiện thêm về cơ chế sử dụng tập quán trong điều chỉnh quan hệ dân sự. Hiến pháp năm 2013 vừa có hiệu lực đã tiếp tục đặt cơ sở hiến định cho vấn đề này. Tuy vậy không thể phủ nhận, việc áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ, việc dân sự hiện vẫn còn nhiều hạn chế. Để khắc phục hạn chế này, các nhà

khoa học phải tiếp tục nghiên cứu làm hoàn thiện hơn lý luận về áp dụng tập quán, đồng thời, các cơ quan Nhà nước có thẩm quyền cần thực hiện một hệ thống giải pháp đồng bộ làm khả thi nguyên tắc áp dụng tập quán trong xét xử dân sự.

Trên cơ sở quan điểm nhất quán không phủ nhận vai trò nguồn bổ trợ của tập quán trong hệ thống pháp luật, thời gian tới, các cơ sở đào tạo, bồi dưỡng về pháp luật cần nhấn mạnh hơn nguồn tập quán trong hệ thống pháp luật. Quốc hội phải sửa đổi, bổ sung các đạo luật cho phép áp dụng tập quán gồm Bộ luật dân sự, Luật thương mại, Bộ luật tố tụng dân sự, Luật hôn nhân và gia đình, Luật Tổ chức TAND. TAND tối cao tập trung nâng cao năng lực áp dụng tập quán trong xét xử; thực hiện các hoạt động tập huấn nghiệp vụ này; công khai tất cả các bản án có áp dụng tập quán theo chuyên đề tập quán trong nước, tập quán quốc tế; hướng dẫn áp dụng hoặc kiến nghị cơ quan nhà nước có thẩm quyền ban hành, sửa đổi, bổ sung các quy định nhằm đảm bảo những nguyên tắc về áp dụng tập quán trong xét xử dân sự được thực hiện; đồng thời, rà soát, điều chỉnh các mẫu sổ sách ghi chép việc khởi kiện, thụ lý các vụ, việc dân sự để đảm bảo kịp thời ghi nhận, phát hiện sự thiếu hoàn thiện của pháp luật, đẩy mạnh áp dụng tập quán. Chính phủ sớm ban hành đầy đủ các văn bản hướng dẫn thi hành các đạo luật để văn bản hóa tập quán trong trường hợp cần thiết hoặc làm cho cơ chế áp dụng pháp luật được hoàn thiện hơn ở góc độ lập quy. Trong phạm vi thẩm quyền, các cơ quan nhà nước có chức năng, nhiệm vụ quản lý về văn hóa tích cực sưu tầm hoặc thúc đẩy hoạt động sưu tầm, văn bản hóa phong tục, tập quán để cơ quan xét xử lấy đó làm căn cứ xác định nội dung tập quán trong những trường hợp sự viện dẫn thiếu rõ ràng hoặc có nhiều tranh cãi.

Từ thực tiễn hoạt động của TAND trong việc phát triển án lệ cho thấy, việc thừa nhận một loại nguồn của pháp luật là điều tương đối giản đơn; song việc đảm bảo cho sự thừa nhận ấy thực sự mang tính pháp lý và khả thi thì cần có sự vào cuộc của toàn bộ các cơ quan nhà nước và sự tham gia của các chủ thể pháp lý khác. Việc đưa một quy định vào một, một số đạo luật thực ra không phải là điều quá khó. Vấn đề thực sự cần thiết nhưng cũng vô cùng khó khăn là làm sao để quy định đó không chỉ nằm trên giấy. Thực tiễn áp dụng tập quán trong xét xử dân sự của TAND ở Việt Nam thời gian qua là sự minh chứng hết sức rõ ràng cho những nhận định mang tính tiểu kết trên đây của chúng tôi.

KẾT LUẬN

Đẩy mạnh xây dựng nhà nước pháp quyền XHCN ở nước ta là một trong những nhiệm vụ quan trọng trong giai đoạn hiện nay. Để có được một nhà nước đáp ứng mô hình nhà nước pháp quyền, yếu tố quan trọng đầu tiên là phải có một hệ thống pháp luật hoàn thiện với đầy đủ những tiêu chí như tính toàn diện, tính đồng bộ, tính minh bạch, tính phù hợp và trình độ kỹ thuật pháp lý cao. Nhận thức rõ điều này, trong khoảng thời gian gần 30 năm đổi mới và kể từ khi bắt đầu xác định xây dựng nhà nước pháp quyền, Nhà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam đã dành nhiều nỗ lực để hoàn thiện hệ thống pháp luật. Số lượng các văn bản quy phạm pháp luật ngày càng nhiều. Các văn bản có giá trị pháp lý cao như các đạo luật dần thay thế cho các văn bản như Nghị định, Pháp lệnh. Chất lượng văn bản ngày càng được nâng lên. Nhìn chung, về cơ bản hệ thống pháp luật đáp ứng được nhu cầu quản lý xã hội của một nhà nước phát triển theo mô hình nhà nước pháp quyền XHCN.

Tuy vậy, các quy phạm pháp luật vẫn chưa thể ghi nhận và điều chỉnh được hết tất cả mọi quan hệ xã hội trên các lĩnh vực đời sống mà Nhà nước cần điều chỉnh. Có rất nhiều giải pháp đã được đề ra. Từ gốc rễ của vấn đề, Nhà nước ta đã và đang thực hiện giải pháp sử dụng và nghiên cứu khả năng sử dụng nguồn bổ trợ cho pháp luật, bao gồm tập quán và án lệ.

Những quy phạm pháp luật ghi nhận khả năng áp dụng tập quán bổ trợ cho pháp luật thành văn đã ra đời. Nhiều tranh chấp trong các quan hệ pháp luật tưởng chừng bế tắc đã có cơ sở hợp pháp và phù hợp để giải quyết. Áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc dân sự được TAND các cấp thực hiện ngày càng thường xuyên hơn.

Nhưng cũng chính từ trong quá trình TAND áp dụng tập quán để giải quyết các vụ việc dân sự, bên cạnh các kết quả đạt được thì có nhiều bất cập đã nảy sinh. Trước hết, đó là những tranh cãi ở góc độ lý luận, sự thiếu đồng nhất trong quan điểm khi nhận dạng tập quán, xác định những tập quán có thể áp dụng trong rất nhiều tập quán vùng, miền, dân tộc, dòng họ... đang tồn tại ở các cộng đồng người trên lãnh thổ Việt Nam. Xuất hiện những bản án áp dụng tập quán được dư luận

đánh giá cao nhưng cũng có những bản án áp dụng tập quán phải xét xử phúc thẩm hoặc xem xét lại theo thủ tục giám đốc thẩm. Việc áp dụng tập quán nhìn chung không phải lúc nào cũng hiệu quả. Trong nhiều trường hợp, người có thẩm quyền đã không dám hoặc không chú trọng áp dụng tập quán ngay cả khi pháp luật cho phép. Thậm chí, có nhiều quan điểm còn cho rằng việc áp dụng tập quán là không cần thiết, không khả thi, dễ dẫn đến tùy tiện v.v..

Thực trạng này xuất phát từ rất nhiều nguyên nhân chủ quan và khách quan. Về nguyên nhân của thành tựu, đó là do sự quan tâm của các cấp ủy Đảng và lãnh đạo ngành TAND để nhằm nâng cao trình độ, bồi dưỡng chuyên môn nghiệp vụ cho công chức ngành; sự phong phú về tập quán tạo điều kiện thuận lợi để tập quán hỗ trợ pháp luật; các quy định cho phép áp dụng tập quán ngày càng chi tiết và dễ áp dụng hơn.... Về nguyên nhân của hạn chế, có thể kể đến gồm: sự thiếu hoàn thiện về lý luận; sự thiếu chú trọng trong việc nâng cao nhận thức để áp dụng tập quán; những quy định pháp luật cho phép áp dụng tập quán còn nhiều bất cập; cơ chế ràng buộc các chủ thể có thẩm quyền áp dụng tập quán không rõ ràng... Ngoài ra, còn có những yếu tố tưởng chừng rất nhỏ nhặt nhưng lại góp phần hạn chế hiệu quả của việc áp dụng tập quán.

Dựa vào các nguyên nhân, cần phải có một hệ thống giải pháp chi tiết mới có thể đảm bảo được việc áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc dân sự của TAND các cấp. Các giải pháp này được xác định định gồm những nhóm như: giải pháp về lý luận, giải pháp về hoàn thiện pháp luật, giải pháp nâng cao chất lượng đội ngũ công chức Tòa án, giải pháp hỗ trợ hoạt động áp dụng tập quán, các giải pháp về kỹ thuật v.v..

Chúng tôi cho rằng, vấn đề nguyên tắc là phải xây dựng được một cơ chế để việc áp dụng tập quán trở nên hiệu quả hơn. Tập quán luôn cần được xác định là nguồn bổ trợ. Nguồn bổ trợ này chắc chắn còn cần thiết khi xã hội còn nhà nước và pháp luật. Như một tất yếu khách quan, dù hệ thống pháp luật có hoàn thiện đến mức nào vẫn sẽ luôn có những tình huống thực tiễn thiếu pháp luật thành văn để điều chỉnh. Hơn nữa, dù pháp luật có hoàn thiện đến mức nào thì vẫn sẽ có những quan hệ xã hội mà nhà nước dù cần điều chỉnh cũng không cần thiết phải đặt ra

pháp luật, bởi vì bản thân các quy phạm xã hội trong đó có tập quán đã thực hiện rất tốt vai trò này và nhà nước chỉ nên làm công việc là thừa nhận chúng, đảm bảo cho chúng được thực hiện.

Những nghiên cứu trong luận án trên cơ sở trình bày các vấn đề lý luận và pháp lý về áp dụng tập quán trong giải quyết vụ việc dân sự của TAND ở Việt Nam đã đi sâu phân tích, đánh giá thực trạng, từ đó chỉ ra nguyên nhân của những thành tựu và hạn chế khi thực hiện áp dụng tập quán trong giải quyết vụ việc dân sự của TAND ở Việt Nam hiện nay. Một mục tiêu quan trọng mà luận án đã tập trung nghiên cứu và hoàn thiện là xác định quan điểm, các giải pháp và đã trình bày được các quan điểm và 5 nhóm giải pháp bảo đảm việc áp dụng tập quán trong giải quyết vụ việc dân sự của TAND ở Việt Nam trong giai đoạn hiện nay.

DANH MỤC CÁC CÔNG TRÌNH CỦA TÁC GIẢ ĐÃ CÔNG BỐ CÓ LIÊN QUAN ĐẾN LUẬN ÁN

1. Nguyễn Thị Tuyết Mai (2002), "Xã hội hoá dịch vụ công trong cải cách hành chính theo tinh thần Nghị quyết Đại hội IX của Đảng", *Tạp chí Lý luận Chính trị,* số 4, tr.27-30.
2. Nguyễn Thị Tuyết Mai (2003), "Nâng cao và phát huy giá trị xã hội của pháp luật trong Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam", *Tạp chí Lý luận chính trị,* số 6, tr.31-34.
3. Nguyễn Thị Tuyết Mai (2006), "Một số vấn đề về giáo dục pháp luật ở các địa phương có luật tục hiện nay", *Tạp chí Khoa học Chính trị,* số 5, tr.46-52.
4. Nguyễn Thị Tuyết Mai, Trịnh Đức Thảo (Chủ biên) (2009), *Tư tưởng Hồ Chí Minh về pháp luật, pháp chế và sự vận dụng trong xây dựng Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam*, Nxb Chính trị - Hành chính, Hà Nội.
5. Nguyễn Thị Tuyết Mai (2009), "Tập quán pháp và việc thực hiện nguyên tắc áp dụng tập quán trong Bộ luật dân sự năm 2005", *Tạp chí Nghiên cứu lập pháp,* số 3, tr.48-51.
6. Nguyễn Thị Tuyết Mai (2012), *Lựa chọn lãnh đạo cấp cao khu vực công - góc nhìn so sánh từ các hệ thống pháp luật lớn trên thế giới,* Kỷ yếu Hội thảo khoa học Quốc tế tại Thượng Hải - Trung Quốc: Research Development of Leadership: Theory and Application.
7. Nguyễn Thị Tuyết Mai (2013), "Tập quán pháp - một loại nguồn của pháp luật trong Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam", *Tạp chí Khoa học chính trị*, số 3, tr.42-46.
8. Nguyễn Thị Tuyết Mai (2013), "Cơ sở pháp lý và thực tiễn áp dụng tập quán trong lĩnh vực dân sự", *Tạp chí Nghiên cứu lập pháp,* số 7, tr.53-57.
9. Nguyễn Thị Tuyết Mai, Phạm Minh Tuấn (Chủ biên) (2014), *Tài liệu học tập môn Nhà nước và pháp luật*, Nxb Tư pháp.
10. Nguyễn Thị Tuyết Mai, Phạm Minh Tuấn (Chủ biên) (2014), *Tài liệu học tập môn Luật Kinh doanh*, Nxb Tư pháp.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

*** Tài liệu tiếng Việt**

1. Báo Dân tộc và Phát triển - Ủy ban Dân tộc (Chủ trì), Nguyễn Văn Trọng (Chủ nhiệm) (2013), *Nghiên cứu đánh giá những tập quán của đồng bào dân tộc miền núi khu vực phía Bắc ảnh hưởng xấu đến đời sống kinh tế - xã hội. Một số giải pháp và kiến nghị.* Đề tài nghiên cứu khoa học cấp Bộ.
2. Báo Pháp luật TP Hồ Chí Minh online (2008), "Ranh giới đất, xác định sao cho đúng?", ngày 13/3.
3. 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.*
4. Bộ Tư pháp (1998), *Thông tin Khoa học pháp lý*, số 5.
5. Bộ Tư pháp (2000), *Dự thảo Tờ trình Về dự án Luật sửa đổi, bổ sung một số điều Luật hôn nhân và gia đình năm 2000.*
6. Trần Bình (2006), *Tập quán mưu sinh của các dân tộc thiểu số ở Đông Bắc Việt Nam,* Nxb Phương Đông, Hà Nội.
7. Lê Cảm, Nguyễn Ngọc Chí (đồng chủ biên) (2004), *Cải cách tư pháp ở Việt Nam trong giai đoạn xây dựng nhà nước pháp quyền,* Nxb Đại học Quốc gia Hà Nội.
8. Chính phủ (2002), *Nghị định số 32/2002/NĐ-CP Quy định việc áp dụng Luật hôn nhân và gia đình đối với các dân tộc thiểu số.*
9. 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, Đơn vị đầu mối: Vụ hợp tác quốc tế Tòa án nhân dân Tối cao, Nhóm chuyên gia trong nước (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.*
10. Ngô Huy Cương (2009), "Bàn về sửa đổi các quy định chung về hợp đồng của Bộ luật dân sự 2005", *Tạp chí Nghiên cứu lập pháp*, số 153.
11. Ngô Huy Cương (2010), "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*, số 164-165.

12. Nguyễn Đăng Dung (chủ biên) (2001), *Giáo trình Luật Hiến pháp các nước tư bản,* Khoa Luật Đại học Quốc gia Hà Nội, Nxb Đại học Quốc gia Hà Nội.
13. Đỗ Văn Đại (2009), *Luật thừa kế Việt Nam: Bản án và bình luận bản án,* Sách chuyên khảo, Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội.
14. Đỗ Văn Đại, Mai Hồng Quỳ (2010), *Tư pháp quốc tế Việt Nam, quan hệ dân sự, lao động, thương mại có yếu tố nước ngoài,* Nxb Chính trị quốc gia.
15. Đỗ Văn Đại (2010), *Luật Hợp đồng Việt Nam - Bản án và bình luận bản án,* Sách chuyên khảo, Nxb Chính trị quốc gia.
16. Bùi Xuân Đính (1985), *Lệ làng phép nước*, Nxb Pháp lý, Hà Nội.
17. Bùi Xuân Đính (1998), *Hương ước và quản lý làng xã,* Nxb Khoa học xã hội, Hà Nội.
18. Bùi Xuân Đính (2005), *Nhà nước và pháp luật thời phong kiến Việt Nam: những suy ngẫm*, Nxb Tư pháp.
19. Nguyễn Thị Bảo Hoa (chủ biên) (2012), *Truyền thống và tập quán của các dân tộc thiểu số,* Nxb Công ty Cổ phần Dịch vụ Xuất bản Giáo dục Gia Định, Thành phố Hồ Chí Minh.
20. Mai Hoa (2013), "Góp phường" ở đồng bào Mường Hòa Bình", *Tạp chí Văn hiến điện tử Việt Nam,* tháng 3.
21. Lê Đình Hoan (2006), *Luật tục Ê-đê và sự vận dụng trong quản lý Nhà nước ở tỉnh Đăk-Lắc,* Luận văn thạc sỹ, Học viện Chính trị - Hành chính Quốc gia Hồ Chí Minh.
22. Lê Đình Hoan (2006), "Sự cần thiết vận dụng luật tục Ê-đê trong quản lý nhà nước ở tỉnh Đăk Lắc", *Tạp chí Dân tộc bản điện tử,* ngày 24/8.
23. Nguyễn Thị Hồi (2008), "Các loại nguồn của pháp luật Việt Nam hiện nay", *Tạp chí Nghiên cứu lập pháp*, số 128.
24. Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân Tối cao (2005), *Nghị quyết số 04/2005/NQ-HĐTP ngày 17 tháng 9 năm 2005 hướng dẫn thi hành một số quy định của Bộ luật tố tụng dân sự về chứng minh và chứng cứ.*
25. Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao (2006), *Quyết định Giám đốc thẩm số 21/2006/DS-GĐT ngày 03-8-2008 về vụ án Tranh chấp về thừa kế.*

26. Hội đồng Thẩm phán TAND tối cao (2012), *Nghị quyết số 04/2012/NQ-HĐTP ngày 03/12/2012 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*
27. Lê Mạnh Hùng (2011), "Án lệ trong hệ thống Tòa án Australia - Lựa chọn nào cho Việt Nam trong việc phát triển án lệ?", *Tạp chí Tòa án nhân dân*, số 19 + 20.
28. Trương Tiến Hưng (2003), *Luật tục của người Chăm và sự vận dụng trong quản lý nhà nước của chính quyền cấp xã ở tỉnh Ninh Thuận,* Luận văn thạc sỹ Luật học, Học viện Chính trị - Hành chính quốc gia Hồ Chí Minh.
29. Thu Huyền (2012), *Tìm hiểu tín ngưỡng, tôn giáo, phong tục, tập quán và lễ hội tôn giáo Việt Nam,* Nxb Lao động, Hà Nội.
30. Nguyễn Hữu Hiếu (2010), *Diễn trình văn hóa đồng bằng sông Cửu Long*, Nxb Thời đại, Hà Nội.
31. Phan Duy Kha (2013), "Lễ hội rước chúa Gái và phong tục hôn nhân thời Hùng Vương", *Tạp chí Văn hiến điện tử Việt Nam,* tháng 7.
32. Khoa Luật Đại học Quốc gia Hà Nội (2005), *Giáo trình Lý luận chung về Nhà nước và pháp luật,* Nxb Đại học Quốc gia, Hà Nội.
33. Duy Kiên (2012), "Những nguyên tắc cơ bản của Luật hôn nhân và gia đình và việc áp dụng phong tục, tập quán", *Tạp chí Tòa án nhân dân,* Số 24.
34. Kỷ yếu hội thảo: "Luật tục với thi hành pháp luật" (2005), *Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp và Khoa Luật học,* Trường Đại học Đà Lạt.
35. Nguyễn Đức Lam (2012), "Án lệ ở Anh Quốc: Lịch sử, khái niệm, nguyên tắc và cơ chế thực hiện", *Tạp chí Nghiên cứu lập pháp,* Số 3 (211).
36. Luke McNamara, Phan Nhật Thanh (2011), "Tập quán pháp với các góc nhìn khác nhau trên thế giới" *Tạp chí Khoa học pháp lý,* Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh số 5(66)/.
37. Nguyễn Thị Tuyết Mai (2009), "Tập quán pháp và việc thực hiện nguyên tắc áp dụng tập quán trong Bộ luật dân sự năm 2005", *Tạp chí Nghiên cứu lập pháp*, số 5(142), tháng 3.

38. Vũ Văn Mẫu (1960), *Dân - luật khái - luận,* Nxb Bộ Quốc - gia giáo - dục, Sài Gòn.
39. Vũ Văn Mẫu (1962), *Việt Nam dân luật lược khảo,* Sài Gòn.
40. Michel Fromont (2006), *Các hệ thống pháp luật cơ bản trên thế giới,* Trường Đại học Panthéon-Sorbonne (Paris I), Nxb Tư pháp, Hà Nội.
41. Y Nha, Nguyễn Lộc, Y Phi, *Giải quyết tranh chấp về dân sự trong luật tục ÊĐê,* Tòa án nhân dân tỉnh DakLak.
42. Y Nha, Nguyễn Lộc, Y Phi, *Hiệu lực của luật tục ÊĐê trong đời sống dân sự hiện đại,* Tòa án nhân dân tỉnh DakLak.
43. Y Nha, Nguyễn Lộc, Y Phi, *Vai trò của người điều hành và thực thi luật tục,* Tòa án nhân dân tỉnh DakLak.
44. Đỗ Văn Nhân (2011), "Ngăn chặn tình trạng xác định lại dân tộc nhằm hưởng lợi bất chính từ chính sách dân tộc của Nhà nước", *Tạp chí Dân chủ và Pháp luật,* số 10.
45. Phan Đăng Nhật (2007), "Tòa án phong tục: một kiểu vận dụng luật tục có hiệu quả", *Tạp chí Nhà nước và Pháp luật,* số 3.
46. Hoàng Phê (chủ biên) (1997), *Từ điển tiếng Việt,* Nxb Đà Nẵng.
47. Phòng Thương mại Quốc tế (2010), *Bộ tập quán quốc tế về L/C, các văn bản hiệu lực mới nhất,* Đinh Xuân Trình dịch và giới thiệu, Nxb Thông tin và Truyền thông.
48. Nguyễn Thị Minh Phương (2007), *Áp dụng phong tục, tập quán về hôn nhân và gia đình đối với đồng bào dân tộc thiểu số theo quy định của pháp luật Việt Nam,* Luận văn thạc sĩ, Khoa Luật Đại học Quốc gia Hà Nội.
49. Hoàng Thị Kim Quế (2005), *Luật tục Tây Nguyên - giá trị văn hóa pháp lý, quản lý cộng đồng và mối quan hệ với pháp luật,* Khoa học kinh tế - luật, (1).
50. Hoàng Thị Kim Quế (chủ biên) (2005), *Giáo trình Lý luận chung về Nhà nước và Pháp luật,* Khoa Luật Đại học Quốc gia Hà Nội, Nxb Đại học Quốc gia Hà Nội.
51. Hoàng Thị Kim Quế, Ngô Huy Cương (đồng chủ biên) (2011), *Tập quán pháp ở Việt Nam hiện nay, Văn hóa pháp luật những vấn đề lý luận cơ bản và ứng dụng chuyên ngành,* Nxb Đại học Quốc gia Hà Nội.

52. Quốc hội nước Cộng hòa Xã hội chủ nghĩa Việt Nam (2004), *Bộ luật tố tụng dân sự*.
53. Quốc hội nước Cộng hòa Xã hội chủ nghĩa Việt Nam (2005), *Bộ luật dân sự*.
54. Quốc hội nước Cộng hòa Xã hội chủ nghĩa Việt Nam (2005), *Luật thương mại*.
55. Bùi Hồng Quý (2003), *Luật tục và ảnh hưởng của nó trong quá trình thực thi pháp luật của đồng bào dân tộc thiểu số tại Đắc Lắc* (Qua khảo sát Luật tục của người M'Nông tại Đắc Lắc), Tiểu luận tốt nghiệp chương trình lý luận chính trị cao cấp, Học viện Chính trị Quốc gia Hồ Chí Minh - Phân viện Đà Nẵng.
56. Nguyễn Thế Quyền (2009), "Hoàn thiện các quy định về xây dựng pháp luật", *Tạp chí Nghiên cứu lập pháp,* số 152.
57. Nguyễn Quốc Sửu (2012), "Luật tục và pháp luật trong điều kiện xây dựng Nhà nước pháp quyền ở Việt Nam", *Tạp chí Nghiên cứu lập pháp,* số 7.
58. Thái Vĩnh Thắng (2007), "Nguồn pháp luật trong hệ thống pháp luật Anh - Mỹ", *Tạp chí Luật học,* số 11.
59. Thái Vĩnh Thắng (2010), *Nhà nước và pháp luật tư sản đương đại - lý luận và thực tiễn*, (Sách chuyên khảo), Nxb Tư pháp, Hà Nội.
60. Nguyễn Mạnh Thắng (2012), "Mối quan hệ giữa tập quán thương mại với các nguồn pháp luật khác", *Tạp chí Nghiên cứu lập pháp,* số 18.
61. Trần Ngọc Thêm (1999), *Cơ sở văn hóa Việt Nam,* Nxb Giáo dục.
62. Ngô Đức Thịnh (1997), *Luật tục và phát triển nông thôn hiện nay ở Việt Nam,* Kỷ yếu Hội thảo chuyên đề về Luật tục do Viện Nghiên cứu khoa học pháp lý Bộ Tư pháp tổ chức.
63. Ngô Đức Thịnh (1996), *Luật tục Ê-đê (tập quán pháp),* Nxb Chính trị Quốc Gia, Hà Nội.
64. Ngô Đức Thịnh (2003), *Tìm hiểu luật tục của các tộc người Việt Nam,* Nxb Khoa học Xã hội, Hà Nội.
65. Trần Minh Tiến (2006), *Tra cứu Bộ luật tố tụng dân sự*, Nxb Tư pháp, Hà Nội.
66. Lê Đức Tiết (1998), *Về hương ước, lệ làng,* Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội.
67. Lê Đức Tiết (2005), *Văn hóa pháp lý Việt Nam,* Nxb Tư pháp.

68. Nguyễn Thị Tĩnh (2006), *Mối quan hệ giữa pháp luật và luật tục Ê-đê (qua thực tiễn xét xử tại Tòa án nhân dân tỉnh ĐakLak)*, Luận văn thạc sĩ, Khoa Luật Đại học Quốc gia Hà Nội.
69. Toà án nhân dân tối cao (1999), *Giải đáp số 16/1999/KHXX ngày 01 tháng 02 năm 1999 về một số vấn đề về hình sự, dân sự, kinh tế, lao động, hành chính và tố tụng.*
70. Tòa án nhân dân Tối cao (2010), *Báo cáo số 20/BC-TANDTC ngày 01/9/2010 tổng kết 5 năm thi hành Bộ luật tố tụng dân sự.*
71. Tòa án nhân dân tối cao (2011), *Quyết định số 534/2011/DS-GĐT ngày 22/7/2011.*
72. Tòa án nhân dân tối cao (2011), *Báo cáo số 01/BC-TA ngày 04/01/2011 Tổng kết công tác năm 2010 và nhiệm vụ trọng tâm công tác năm 2011 của ngành Tòa án nhân dân*
73. Tòa án nhân dân tối cao (2011), *Báo cáo số 36/BC-TA ngày 28/12/2011 Tổng kết công tác năm 2011 và nhiệm vụ trọng tâm công tác năm 2012 của ngành Tòa án nhân dân.*
74. Tòa án nhân dân tối cao - Chương trình đối tác tư pháp (2012), *Tài liệu tập huấn hướng dẫn thi hành Bộ luật tố tụng dân sự (sửa đổi, bổ sung).*
75. Tòa án nhân dân tối cao (2013), *Báo cáo số 05/BC-TA ngày 18 tháng 01 năm 2013 Tổng kết công tác năm 2012 và nhiệm vụ trọng tâm công tác năm 2013 của ngành Tòa án nhân dân.*
76. Tòa án nhân dân tối cao (2013), *Báo cáo số 11/BC-TA ngày 20/3/2013 gửi Ủy ban Thường vụ Quốc hội về việc trả lời chất vấn của đại biểu Quốc hội.*
77. Tòa án nhân dân tối cao - Báo Công lý (2013), *Tài liệu Hội thảo về áp dụng tập quán trong công tác xét xử.*
78. Tòa án nhân dân tối cao, *Tài liệu Hội nghị triển khai công tác Tòa án hàng năm.*
79. Thái Vĩnh Thắng (2008), "Về hệ thống pháp luật hồi giáo", *Tạp chí Nghiên cứu lập pháp*, số 135, tháng 11.
80. Đoàn Triển, Nguyễn Tú Lan (dịch) (2007), *An Nam phong tục sách (Tiểu học Bản quốc phong tục sách)*, Nxb Hà Nội, Hà Nội.

81. Trung tâm Khoa học xã hội và nhân văn quốc gia - Viện Nghiên cứu văn hóa dân gian (2000), *Kỷ yếu Hội thảo Khoa học Luật tục và phát triển nông thôn hiện nay ở Việt Nam,* Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội.
82. Trường Đại học Luật Hà Nội (2005), *Giáo trình Luật Hiến pháp Việt Nam,* Nxb Công an Nhân dân, Hà Nội.
83. Trường Đại học Luật Hà Nội (2005), *Giáo trình Quan hệ kinh tế quốc tế,* Nxb Công an Nhân dân, Hà Nội.
84. Trường Đại học Luật Hà Nội (2004), *Giáo trình Lịch sử Nhà nước và pháp luật Việt Nam*, NXB Công an nhân dân.
85. Đặng Nghiêm Vạn (2010), *Văn hóa Việt Nam đa tộc người,* Nxb Văn học, Hà Nội.
86. Viện Đông Nam Á (1995), *Một số Luật tục và Luật cổ ở Đông Nam Á,* Nxb Văn hóa - Thông tin, Hà Nội.
87. Viện Khoa học pháp lý - Bộ Tư pháp (2004), "Thông tin khoa học pháp lý, Một số vấn đề về tranh tụng trong tố tụng dân sự", *Số chuyên đề,* tháng 2.
88. Viện Khoa học pháp lý - Bộ Tư pháp (2004), "Thông tin khoa học pháp lý, Tổng hợp các ý kiến đóng góp về dự thảo Bộ luật tố tụng dân sự", *Số chuyên đề,* tháng 1.
89. Phùng Thị Ánh Xuân (2011), *Tập quán cố đất ở đồng bằng Sông Cửu Long - lý luận và thực tiễn*, Luận văn Tốt nghiệp đại học tại Khoa Luật Đại học Cần Thơ.
90. Nguyễn Như Ý (chủ biên) (1996), *Từ điển Tiếng Việt thông dụng,* Nxb Giáo dục, Hà Nội.

*** Tài liệu trên website**

91. http://thongtinphapluatdansu.edu.vn, Hoàng Yến, *Tranh chấp dân sự: Ngôi mộ của ai?*: Civillawinfor,
92. http://www.thoibaotre.vn, Từ Thị Loan (2007), *Luật tục ở Việt Nam và Adat ở Indonesia - một cái nhìn tham chiếu* ngày 04/9.

93. http://www.wattpad.com. Các hệ thống pháp luật hiện nay trên thế giới“, Trần Anh Tuấn, Luật sư Tiến sĩ, Phó Chủ tịch Hiệp hội Luật sư Quốc tế (Union Internationale des Avocats - UIA) - Giảng viên cơ hữu Khoa Kinh tế và Quản trị Kinh doanh Đại học Mở Bán công Thành phố Hồ Chí Minh.
94. http://www.cema.gov.vn.Phan Hồng Thủy, *Bước đầu tìm hiểu quan hệ giữa luật tục và luật thực định,* Trang tin điện tử của Ủy ban dân tộc
95. http://www.businessdictionary.com/definition/customary-law.html.
96. http://vi.wikipedia.org/wiki
97. http://vi.wikipedia.org/wiki/T%C3%ADn_d%E1%BB%A5ng_th%C6%B0
98. http://www.baophuyen.com.vn, ngày 06-5-2008.
99. http://vnclp.gov.vn/ct/cms/tintuc/Lists/KinhNghiemQT/View_Detail.aspx?ItemID=103#_ftn13
100. http://thongtinphapluatdansu.wordpress.com/2007/09/11/3456134 của Nguyễn Hồng Hải, Giảng viên Khoa Luật Dân sự Trường Đại học Luật Hà Nội.
101. http://luathonnhan.net, Nguyễn Hồng Hải, *Một số vấn đề về áp dụng phong tục tập quán trong giải quyết các tranh chấp về hôn nhân và gia đình.*
102. http://www.sotuphap.bentre.gov.vn, *Một số điểm hạn chế, bất cập trong Luật hôn nhân và gia đình và các văn bản hướng dẫn thi hành*, ngày 03/7/2012.
103. http://laodong.com.vn/Phap-luat/Toa-chap-nhan-dieu-vo-ly/89889.bld
104. http://phapluattp.vn/20130506123318774p0c1063/toa-kho-ap-dung-phong-tuc-tap-quan.htm.
105. http://phapluatvn.vn/tuphap/xaydungpl/201304/Xu-the-nao-khi-nam-gioi-bi-hiep-dam-2077386/.
106. http://www.hids.hochiminhcity.gov.vn/Hoithao/VNHOC/TB7/huong.pdf
107. http://www.humanrights.gov.au/news/speeches/integration-customary-law-australian-legal-system-calma

*** Tài liệu tiếng Anh**

108. Amanda Perreau-Saussine and James B. Murphy (edited), *The Nature of Customary Law - Legal, Historical and Philosophical Perspectives*, Cambridge University Press, 2007.
109. Bruce L. Benson, Professor of Economics Florida State University, *Customary Law with Private Means of Resolving Disputes and Dispensing Justice: A Description of a Modern System of Law and Order without State Coercion*, Journal Libertarian Studies, Vol IX, No 2, Fall 1990.
110. C.M.N. White (1965). *African Customary Law: The Problem of Concept and Definition. Journal of African Law, 9.*
111. Ch.Pamboukis, *The Concept and Function of Usages in the United NationsConvention on the International Sale of Goods*, Journal of Law and Commerce, Vol 25 (2005-06)
112. David C. Buxbaum (editor) (1968), *Family law and Customary Law in Asia: A contemporary Legal Perspective,* Netherlands.
113. David J.Bederman (2010), *Custom as a Source of Law*, Cambridge University Press, 138.
114. John E.C.Brierley, Roderick A Macdonald, *Quebec Civil Law - An Introduction to Quebec Private Law*, Emond Montgomery Publications Limited, Toronto, Canada, 1993.
115. Julius Lewin, Native Courts and British Justice in Africa, *Journal of the International African Institute* Vol. 14, No. 8 (Oct., 1944).
116. Mary Ann Glendon, Paolo G. Carozza, Colin B. Picker, *Comparative Legal Traditions in a Nutshell*, Third edition, Thomson West, 2008.
117. Matthew L.M. Fletcher, *Rethinking Customary Law in Tribal Court Jurisprudence*, Mich J Race Law 13 no1 Fall 2007.
118. Michel Fromont (2006), *Grands systèmes de droit étrangers*, Trương Quang Dũng dịch, Nxb Tư pháp Hà Nội.
119. Michael Akehurst (1975), Custom as a Source of International Law, *Oxford Journals, Law, British Yearbook of International Law,* Volume 47 Issue 1, Pp 1-53.

120. Prof. Dr Franco Ferrari, LL.M, *Relevant trade usage and practices under UN sales law*, The European Legal Forum (E) 5-2002, 273 - 277)

121. René David and John E.C. Brierlrey, *Major Legal Systems in the World Today,* Second Edition, The Three Press, New Youk. London. Toronto. Sydney. Tokyo. Singapore, 1975.

122. T W Bennett (1995), *A Sourcebook of African Customary Law for Southern Africa*, Juta & Co, Ltd, CAPE TOWN, WETTON, JOHANNESBURG.

123. Watson, Alan, "Legal Change: Sources of Law and Legal Culture" (1983), University of Pennsyvania.

124. http://jim.com/custom.htm*: The Enterprise of Law: Justice Without the State*by Bruce Benson.

125. http://www.businessdictionary.com/definition/customary-law.html

126. http://www.humanrights.gov.au: *The Integration of Customary Law into the Australian Legal System,* Tom Calma, Aboriginal and Torres Strait Islander Social Justice Commissioner, National Indigenous Legal Conference.

PHỤ LỤC

1. Phiếu thăm dò ý kiến thẩm phán

PHIẾU KHẢO SÁT Ý KIẾN CHUYÊN GIA

Để góp phần hoàn thiện luận án Tiến sĩ luật học chuyên ngành Lý luận và Lịch sử Nhà nước và Pháp luật với đề tài: "***Áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc dân sự của Tòa án nhân dân ở Việt Nam hiện nay"***, nghiên cứu sinh tiến hành khảo sát ý kiến các chuyên gia về quan điểm, thực trạng và giải pháp của vấn đề nghiên cứu.

Kết quả khảo sát chỉ sử dụng vào mục đích nghiên cứu khoa học.

Xin ông/bà vui lòng cho biết ý kiến của mình về những vấn đề sau đây (đồng ý đánh dấu + hoặc ghi số thứ tự vào ô vuông tương ứng trong các phương án; không đồng ý để trống):

Câu 1: Ông/bà vui lòng cho biết theo ông/bà, ở Việt Nam hiện nay, trong hoạt động giải quyết các vụ, việc dân sự, kinh doanh - thương mại, chủ thể có thẩm quyền có được áp dụng tập quán hay không?

- Đối với tập quán trong nước (chỉ chọn một trong số các phương án sau):

1. Không được phép áp dụng	□
2. Được áp dụng trong mọi trường hợp	□
3. Chỉ được áp dụng trong trường hợp pháp luật không quy định và các bên không có thoả thuận, đồng thời tập quán không được trái với những nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam	□

- Đối với tập quán thương mại quốc tế (có thể chọn nhiều phương án):

1. Không được phép áp dụng	□
2. Được áp dụng trong mọi trường hợp	□
3. Được áp dụng trong trường hợp điều ước quốc tế mà Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên có quy định áp dụng tập quán thương mại quốc tế.	□
4. Được áp dụng trong trường hợp các bên trong giao dịch thương mại có yếu tố nước ngoài thoả thuận áp dụng và tập quán thương mại quốc tế đó không trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam.	□

Câu 2: Theo ông/bà, ở Việt Nam hiện nay thừa nhận những loại nguồn pháp luật nào? (có thể chọn nhiều phương án)

1. Văn bản quy phạm pháp luật	□
2. Tập quán pháp	□
3. Tiền lệ pháp (Án lệ)	□
4. Các học thuyết chính trị/pháp lý	□
5. Nguồn khác (vui lòng nêu rõ)	

Câu 3: Theo ông/bà, hiện nay pháp luật Việt Nam đã có quy định giải thích thuật ngữ tập quán hay chưa? (có thể chọn nhiều phương án)

1. Thuật ngữ tập quán đã được giải thích trong Bộ luật dân sự hiện hành	□
2. Thuật ngữ tập quán thương mại đã được giải thích trong Luật thương mại hiện hành	□
3. Thuật ngữ tập quán thương mại đã được giải thích trong Nghị quyết của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao	□
4. Thuật ngữ tập quán chưa được giải thích trong bất kỳ văn bản quy phạm pháp luật nào	□
5. Ý kiến khác (vui lòng ghi rõ)	

Câu 4: Trong quá trình thực hiện nhiệm vụ giải quyết vụ, việc dân sự ông/bà đã từng áp dụng tập quán trong nước hay chưa?

1. Chưa từng áp dụng	□
2. Ít khi áp dụng	□
3. Thường áp dụng	□
4. Luôn áp dụng	□

Câu 5: Trong quá trình thực hiện nhiệm vụ giải quyết vụ, việc dân sự, ông/bà đã từng áp dụng tập quán quốc tế hay chưa?

1. Chưa từng áp dụng	□
2. Ít khi áp dụng	□
3. Thường áp dụng	□
4. Luôn áp dụng	□

Câu 6: (Chỉ trả lời khi ở câu 4 và câu 5 không chọn phương án 1) Xin vui lòng nêu tóm tắt một/một số vụ việc dân sự mà ông/bà đã áp dụng tập quán để giải quyết và nêu tập quán đã áp dụng trong các vụ việc đó.

Câu 7: Ông/bà đã từng gặp phải trường hợp thiếu cơ sở pháp lý để thụ lý hoặc giải quyết các vụ/việc dân sự hay chưa?

1. Chưa từng	□
2. Ít khi	□
3. Thường xuyên	□
4. Rất thường xuyên	□

Câu 8: Giả sử trong quá trình tiếp nhận và giải quyết vụ, việc dân sự, xét thấy không đủ cơ sở pháp lý từ các văn bản quy phạm pháp luật để thụ lý hoặc giải quyết, ông/bà sẽ làm như thế nào?

1. Từ chối thụ lý hoặc đình chỉ việc giải quyết	□
2. Thụ lý và giải quyết bằng cách áp dụng tương tự pháp luật	□
3. Thụ lý và giải quyết bằng cách áp dụng tập quán	□
4. Cách làm khác (vui lòng nêu rõ)	□

Câu 9: Từ thực tiễn tham gia hoạt động tố tụng, ông/bà vui lòng cho biết mức độ đồng ý đối với nhận định sau: Trong hoạt động giải quyết vụ, việc dân sự tại Tòa án nhân dân, nếu không thuộc trường hợp có yếu tố nước ngoài thì ít áp dụng tập quán.

1. Hoàn toàn nhất trí	□
2. Cơ bản nhất trí	□
3. Không nhất trí (vui lòng nêu lý do)	□

Câu 10: Theo ông/ bà, trong hoạt động giải quyết các vụ việc dân sự, đâu là những nguyên nhân làm hạn chế việc áp dụng tập quán? *(có thể chọn nhiều nguyên nhân và đánh số thứ tự theo tầm quan trọng; nguyên nhân quan trọng nhất đánh số 1, đánh các số tiếp cho mức độ giảm dần theo cho những nguyên nhân khác)*

1. Do sự thiếu rõ ràng, chính xác của tập quán	☐
2. Do thiếu quy định chi tiết về điều kiện, yêu cầu khi áp dụng tập quán	☐
3. Do việc áp dụng tập quán dễ dẫn đến hủy, sửa bản án	☐
4. Do không thể biết có tập quán hay không.	☐
5. Do không nắm được nội dung của tập quán	☐
6. Do không rõ ai có thẩm quyền cung cấp nội dung tập quán cho Tòa án	☐
7. Do đương sự viện dẫn các tập quán xung đột nhau	☐
8. Do pháp luật đã hoàn thiện nên không cần áp dụng tập quán	☐
9. Do áp dụng tập quán làm cho bản án không có cơ sở pháp lý	☐
10. Do pháp luật không quy định thẩm quyền áp dụng tập quán khi giải quyết vụ, việc dân sự cho Tòa án	☐
11. Nguyên nhân khác (ông/bà vui lòng ghi rõ đó là nguyên nhân nào?)	☐

Câu 11: Theo ông/bà, việc áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc dân sự có cần thiết hay không? Vì sao?

1. Không cần thiết, vì pháp luật thành văn đã đủ hoàn thiện	☐
2. Không cần thiết, vì dễ dẫn đến áp dụng tùy tiện	☐
3. Không cần thiết, vì dễ tạo ra biệt lệ, không đảm bảo pháp chế	☐
4. Không cần thiết, vì không phù hợp với những đặc trưng của Nhà nước pháp quyền	☐
5. Cần thiết trong giai đoạn hiện nay, vì hệ thống pháp luật thành văn chưa hoàn thiện nên cần áp dụng tập quán làm nguồn bổ sung	☐
6. Cần thiết cả trong giai đoạn hiện nay và sau này, vì một hệ thống pháp luật hoàn thiện luôn cần sự hỗ trợ của các loại nguồn bổ sung, trong đó có tập quán	☐
7. Cần thiết, vì có những quan hệ xã hội Nhà nước không cần điều chỉnh bằng pháp luật thành văn mà có thể áp dụng tập quán	☐
8. Cần thiết, vì lý do khác (vui lòng nêu rõ)	
9. Không cần thiết, vì lý do khác (vui lòng nêu rõ)	

Câu 12: Theo ông/bà, để áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc dân sự một cách có hiệu quả cần có những giải pháp nào? (có thể lựa chọn nhiều giải pháp)

1. Quy định cụ thể về điều kiện và nguyên tắc áp dụng	□
2. Quy định cụ thể về quy trình áp dụng	□
3. Quy định cụ thể về thẩm quyền cung cấp, viện dẫn, giải thích tập quán	□
4. Giao cho chủ thể có thẩm quyền tập hợp tập quán thành văn bản để có căn cứ áp dụng	□
5. Quy định cụ thể về trường hợp cho phép áp dụng	□
6. Ban hành danh mục tập quán được áp dụng trong các văn bản quy phạm pháp luật để đảm bảo tính pháp lý của việc áp dụng tập quán	□
7. Giải pháp khác (vui lòng nêu rõ)	□

Ông/bà vui lòng cho biết thông tin về cá nhân ông/bà:

+ Tuổi:.....

+ Trình độ chuyên môn:…….

+ Ngạch công chức:.....

+ Thâm niên trong công tác xét xử:.....năm.

Và vui lòng cho biết thêm những thông tin sau đây nếu việc cung cấp thông tin này không làm phiền ông/bà.

+ Họ và tên người trả lời: ……

+ Cơ quan công tác: ……

+ Chức vụ: ……

Xin chân thành cảm ơn ông/bà!

2. Tổng hợp phiếu thăm dò ý kiến

KẾT QUẢ KHẢO SÁT Ý KIẾN CHUYÊN GIA

Câu 1: Nhận thức: ở Việt Nam hiện nay, trong hoạt động giải quyết các vụ, việc dân sự, kinh doanh - thương mại, chủ thể có thẩm quyền có được áp dụng tập quán hay không?

- Đối với tập quán trong nước:

Các phương án	Tần số	Phần trăm	Phần trăm hợp lệ	Tỷ lệ tích lũy
Không được áp dụng	42	19.5	19.5	19.5
Được áp dụng trong mọi trường hợp	1	.5	.5	20.0
Chỉ được áp dụng khi pháp luật không có quy định, các bên không có thỏa thuận và không trái nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam	172	80.0	80.0	100.0
Tổng cộng	215	100.0	100.0	

- Đối với tập quán thương mại quốc tế:

Trường hợp	Số lượt lựa chọn	Tỷ lệ
Không được áp dụng	7	3.3%
Được áp dụng trong mọi trường hợp	2	.9%
Được áp dụng trong trường hợp điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên có quy định áp dụng	125	58.7%
Được áp dụng trong trường hợp các bên trong giao dịch thương mại có yếu tố nước ngoài thỏa thuận và tập quán không trái nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam	152	71.4%

Câu 2: Nguồn pháp luật được thừa nhận:

Các phương án	Số lượt lựa chọn	Tỷ lệ
Văn bản quy phạm pháp luật	205	96.2%
Tập quán pháp	98	46.0%
Tiền lệ pháp	57	26.8%
Các học thuyết chính trị - pháp lý	15	7.0%
Nguồn khác	19	8.9%

Câu 3: Nhận thức: Pháp luật Việt Nam đã có quy định giải thích thuật ngữ tập quán hay chưa?

Các phương án	Số lượt lựa chọn	Tỷ lệ
Giải thích trong Bộ luật dân sự hiện hành	68	32.4%
Giải thích trong Luật thương mại hiện hành	71	33.8%
Giải thích trong Nghị quyết của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao	78	37.1%
Chưa được giải thích	77	36.7%
Ý kiến khác: - Mới chỉ nêu chứ chưa giải thích; - Giải thích trong giáo trình Pháp luật đại cương; lý luận về pháp luật;	8	3.8%
Tổng cộng	210	143.8%

Câu 4: Thực tiễn: Đã từng áp dụng tập quán trong nước để giải quyết vụ việc dân sự hay chưa?

Các phương án	Tần số	Phần trăm	Phần trăm hợp lệ	Tỷ lệ tích lũy
Chưa từng áp dụng	161	74.9	74.9	74.9
Ít khi áp dụng	50	23.3	23.3	98.1
Thường áp dụng	4	1.9	1.9	100.0
Tổng cộng	215	100.0	100.0	

Câu 5: Thực tiễn: Đã từng áp dụng tập quán quốc tế trong giải quyết vụ việc dân sự hay chưa?

Các phương án	Tần số	Phần trăm	Phần trăm hợp lệ	Tỷ lệ tích lũy
Chưa từng áp dụng	175	84.1	84.1	84.1
Ít khi áp dụng	37	17.2	17.2	17.2
Thường áp dụng	3	1.4	1.4	1.4
Tổng cộng	215	100.0	100.0	100.0

Câu 6: Thực tiễn nêu tóm tắt một/một số vụ việc dân sự mà ông/bà đã áp dụng tập quán để giải quyết và nêu tập quán đã áp dụng trong các vụ việc đó.

Các vụ việc được nêu đã trình bày trong chương 2

Câu 7: Thực tiễn: Đã từng gặp trường hợp thiếu cơ sở pháp lý để thụ lý/giải quyết vụ việc dân sự?

Các phương án	Tần số	Phần trăm	Phần trăm hợp lệ	Tỷ lệ tích lũy
Chưa từng	87	40.5	40.8	40.8
Ít khi	87	40.5	40.8	81.7
Thường xuyên	38	17.7	17.8	99.5
Rất thường xuyên	1	.5	.5	100.0
Không trả lời	2	.9		
Tổng cộng	215	100.0	100.0	100.0

Câu 8: Thực tiễn: Nếu không có cơ sở pháp lý để thụ lý/giải quyết thì sẽ làm như thế nào?

Trường hợp	Số lượt lựa chọn	Tỷ lệ
Từ chối thụ lý hoặc đình chỉ việc giải quyết	144	67.9%
Thụ lý và giải quyết bằng cách áp dụng tương tự pháp luật	56	26.4%
Thụ lý và giải quyết bằng cách áp dụng tập quán	13	6.1%
Cách làm khác	14	6.6%
Tổng cộng	212	107.1%

Câu 9: Ý kiến khác

Các phương án	Tần số	Phần trăm	Phần trăm hợp lệ	Tỷ lệ tích lũy
Đề nghị cấp trên trao đổi, hướng dẫn	1	.5	.5	.5
- Thụ lý: Từ chối hoặc đình chỉ vì theo quy định của Bộ luật tố tụng dân sự; - Giải quyết: Áp dụng tập quán hoặc tương tự pháp luật	1	.5	.5	.5
Hướng dẫn đương sự bổ sung để có đủ cơ sở thụ lý, giải quyết	1	.5	.5	.5
Nếu chưa thụ lý thì trả đơn kiện và tài liệu kèm theo/ Nếu đã thụ lý thì đình chỉ, xóa khỏi sổ thụ lý và trả tài liệu kèm theo	1	.5	.5	.5
Thông báo trả lại đơn khởi kiện	1	.5	.5	.5
Thụ lý và xin ý kiến của Tòa cấp trên	1	.5	.5	.5
Thụ lý và xin ý kiến Tòa án nhân dân tối cao	1	.5	.5	.5
Trả đơn	1	.5	.5	.5
Trả đơn, yêu cầu cung cấp thêm chứng cứ	1	.5	.5	.5
Trả đơn kiện và chứng cứ kèm theo	1	.5	.5	.5

Câu 10: Quan điểm: Mức độ nhất trí với nhận định: Tòa án nhân dân ít khi áp dụng tập quán nếu không thuộc trường hợp có yếu tố nước ngoài

Các phương án	Tần số	Phần trăm	Phần trăm hợp lệ	Tỷ lệ tích lũy
Hoàn toàn nhất trí	85	39.5	39.9	39.9
Cơ bản nhất trí	96	44.7	45.1	85.0
Không nhất trí	32	14.9	15.0	100.0
Tổng cộng	213	99.1	100.0	
Bỏ qua	2	.9		
Tổng cộng	215	100.0		

Câu 11: Lý do không nhất trí

Các phương án	Tần số	Phần trăm	Phần trăm hợp lệ	Tỷ lệ tích lũy
Chưa có quy định	4	1.9	1.9	1.9
Do pháp luật không xác định quyền áp dụng tập quán cho Tòa án	1	.5	.5	.5
Hội đồng xét xử vận dụng Điều 3 Bộ luật dân sự để giải quyết	1	.5	.5	.5
Khi tranh chấp giữa đương sự trong nước và quốc tế mà đương sự trong nước thuộc dân tộc thiểu số thì vẫn áp dụng tập quán của dân tộc thiểu số đó	1	.5	.5	.5
Không phải ít mà không dễ áp dụng	1	.5	.5	.5
Tập quán có thể áp dụng trong trường hợp viện dẫn ở câu 1	1	.5	.5	.5
Pháp luật thống nhất, toàn diện, đồng bộ thì áp dụng pháp luật	1	.5	.5	.5
Tòa án tối cao chưa đưa tập quán vào áp dụng	1	.5	.5	.5
Vì tập quán ở mỗi vùng miền là khác nhau	1	.5	.5	.5
Thực tế xét xử chỉ căn cứ vào văn bản quy phạm pháp luật và các văn bản khác chứ không căn cứ vào tập quán	1	.5	.5	.5

Câu 12: Những nguyên nhân làm hạn chế việc áp dụng tập quán? (có thể chọn nhiều nguyên nhân và đánh số thứ tự theo tầm quan trọng; nguyên nhân quan trọng nhất đánh số 1, đánh các số tiếp cho mức độ giảm dần theo cho những nguyên nhân khác)

Kết quả xếp theo tầm quan trọng giảm dần:

Phương án		Số lượt lựa chọn	Tỷ lệ
3	Việc áp dụng tập quán dễ dẫn đến hủy, sửa bản án	117	56.3%
1	Sự thiếu rõ ràng, chính xác của tập quán	112	53.8%
10	Pháp luật không quy định thẩm quyền áp dụng tập quán khi giải quyết vụ việc dân sự cho Tòa án	111	53.4%
2	Thiếu quy định chi tiết về điều kiện, yêu cầu khi áp dụng tập quán	110	52.9%
9	Áp dụng tập quán làm bản án không có cơ sở pháp lý	89	42.8%
5	Không nắm được nội dung tập quán	79	38.0%
6	Không rõ ai có thẩm quyền cung cấp nội dung tập quán cho Tòa án	78	37.5%
4	Không thể biết có tập quán hay không	76	36.5%
8	Pháp luật đã hoàn thiện nên không cần tập quán	58	27.9%
7	Đương sự viện dẫn các tập quán xung đột nhau	48	23.1%
11	Nguyên nhân khác	12	5.8%
Tổng cộng		208	427.9%

Phân tích phương án 11 của câu 10 (nguyên nhân khác)

Các nguyên nhân	Số lượt nêu	Tỷ lệ	Tỷ lệ hợp lệ
Chưa có quy định cụ thể	1	.5	.5
Do pháp luật chưa quy định	1	.5	.5
Do tập quán mang tính cục bộ, không thống nhất và nhiều trường hợp lạc hậu	1	.5	.5
Do thói quen chỉ dựa vào văn bản quy phạm pháp luật của thẩm phán	1	.5	.5
Do sự khác nhau của tập quán	1	.5	.5
Vì lý luận chung về pháp luật không thừa nhận tập quán	1	.5	.5
Tổng cộng	6	100.0	100.0

Câu 13: Việc áp dụng tập quán trong giải quyết vụ việc dân sự cần thiết hay không? Vì sao?

TT	Phương án	Số lượt lựa chọn	Tỷ lệ
1	Không. Vì pháp luật thành văn đã đủ hoàn thiện.	25	11.9%
2	Không. Vì dễ áp dụng tùy tiện	52	24.8%
3	Không. Vì dễ tạo ra biệt lệ, không đảm bảo pháp chế xã hội chủ nghĩa	31	14.8%
4	Không. Vì không phù hợp đặc trưng của nhà nước pháp quyền	39	18.6%
5	Cần thiết trong giai đoạn hiện nay. Vì hệ thống pháp luật chưa hoàn thiện	73	34.8%
6	Cần thiết cả bây giờ và sau này, vì muốn có hệ thống pháp luật hoàn thiện thì phải có nguồn bổ trợ	79	37.6%
7	Cần thiết vì có những quan hệ xã hội Nhà nước không cần điều chỉnh bằng văn bản quy phạm pháp luật mà có thể áp dụng tập quán	23	11.0%
8	Cần thiết vì lý do khác	3	1.4%
9	Không cần thiết vì lý do khác	2	1.0%
Tổng cộng		210	155.7%

Phân tích phương án 8 của câu 11. Cần áp dụng tập quán vì các lý do sau:

Các phương án
Để giữ gìn bản sắc dân tộc, tôn trọng, phát huy truyền thống dân tộc và làm quen với tập quán quốc tế
Để bản án hợp pháp và đảm bảo tính hợp lý (có tình có lý)

Phân tích phương án 9 của câu 11. Không cần áp dụng tập quán vì các lý do sau:

Các phương án
Pháp luật đã quy định rõ ràng
Pháp luật đã hoàn thiện, quy định đầy đủ

Câu 14: Giải pháp để áp dụng tập quán có hiệu quả:

TT	Phương án	Số lượt chọn	Tỷ lệ
1	Quy định cụ thể về điều kiện và nguyên tắc áp dụng	155	73.8%
2	Ban hành danh mục tập quán được áp dụng trong các văn bản quy phạm pháp luật để đảm bảo tính pháp lý của việc áp dụng tập quán	135	64.3%
3	Quy định cụ thể về thẩm quyền cung cấp, viện dẫn, giải thích tập quán	105	50.0%
4	Giao cho chủ thể có thẩm quyền tập hợp tập quán thành văn bản để có căn cứ áp dụng	87	41.4%
5	Quy định cụ thể về trường hợp cho phép áp dụng	78	37.1%
6	Quy định cụ thể về quy trình áp dụng	62	29.5%
7	Giải pháp khác	4	1.9%
Tổng cộng		210	298.1%

Phân tích phương án 7 của câu 12. Các giải pháp khác

Các phương án
Áp dụng phong tục tập quán đã trở thành thông dụng, được tất cả mọi người trên địa bàn sinh sống thừa nhận
Áp dụng những phong tục tập quán không trái nguyên tắc của pháp luật, chỉ áp dụng khi không có pháp luật
Phải định nghĩa tập quán trong Bộ luật dân sự để tránh nhầm lẫn tập quán với quan niệm của một số cá nhân. Khi áp dụng phải đảm bảo đó là phương án duy nhất, nếu không áp dụng thì không có phương án nào khác mới được áp dụng.

3. Phiếu phỏng vấn chuyên gia

PHIẾU PHỎNG VẤN CHUYÊN GIA

Xin chào ông/bà!

Để có thêm cơ sở hoàn thiện luận án với đề tài: ***Áp dụng tập quán trong xét xử dân sự của Tòa án nhân dân ở Việt Nam hiện nay,*** nghiên cứu sinh thực hiện việc phỏng vấn các chuyên gia về một số vấn đề liên quan.

Kết quả phỏng vấn chỉ sử dụng vào mục đích nghiên cứu khoa học.

Mong ông/bà vui lòng cho biết ý kiến đối với các câu hỏi sau:

Câu 1: Theo ông/bà, quy định pháp luật cho phép áp dụng tập quán điều chỉnh các quan hệ xã hội thuộc lĩnh vực dân sự ở Việt Nam hiện nay đã đầy đủ, đồng bộ và khả thi hay chưa? (Vui lòng giải thích rõ)

Câu 2: Theo ông/bà việc áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ, việc dân sự vừa qua của Tòa án nhân dân ở Việt Nam diễn ra nhiều hay ít? Nguyên nhân nào dẫn đến thực trạng đó?

Câu 3: Theo ông/bà, có vấn đề bản án dân sự bị hủy, sửa vì áp dụng tập quán trong xét xử hay không? Vì sao?

Câu 4: Ông/bà có đồng ý duy trì quy định trong pháp luật Việt Nam về áp dụng tập quán và coi tập quán là nguồn bổ trợ cho pháp luật hay không? Vì sao?

Câu 5: Ông/bà hãy vui lòng nêu một số giải pháp để thực hiện tốt hơn quy đinh về áp dụng tập quán trong xét xử dân sư?

Xin trân trọng cảm ơn ông/bà đã dành thời gian trả lời.
Kính chúc ông/bà luôn dồi dào sức khỏe, thành công và hạnh phúc!