BỘ GIÁO DỤC VÀ ĐÀO TẠO BỘ TƯ PHÁP
TRƯỜNG ĐẠI HỌC LUẬT HÀ NỘI

ĐINH THỊ TÂM

ÁP DỤNG TẬP QUÁN TRONG QUẢN LÝ XÃ HỘI CỦA NHÀ NƯỚC Ở VIỆT NAM HIỆN NAY

LUẬN ÁN TIẾN SĨ LUẬT HỌC

Hà Nội - 2022

BỘ GIÁO DỤC VÀ ĐÀO TẠO BỘ TƯ PHÁP
TRƯỜNG ĐẠI HỌC LUẬT HÀ NỘI

ĐINH THỊ TÂM

ÁP DỤNG TẬP QUÁN TRONG QUẢN LÝ XÃ HỘI CỦA NHÀ NƯỚC Ở VIỆT NAM HIỆN NAY

LUẬN ÁN TIẾN SĨ LUẬT HỌC

Chuyên ngành: Lý luận và Lịch sử Nhà nước và pháp luật
Mã số: 9380106

Người hướng dẫn khoa học: PGS. TS. LÊ VƯƠNG LONG

Hà Nội - 2022

LỜI CẢM ƠN

Với sự kính trọng và biết ơn sâu sắc, tôi xin chân thành cảm ơn thầy PGS. TS. Lê Vương Long, người đã tận tình, trực tiếp hướng dẫn tôi hoàn thành đề tài nghiên cứu này.

Cảm ơn quý thầy, cô Khoa Hành chính Nhà nước, Trường Đại học Luật Hà Nội đã nhiệt tình giảng dạy, cung cấp nhiều kiến thức chuyên ngành, giải đáp những vướng mắc trong suốt thời gian tôi làm NCS tại Trường.

Tôi xin gửi lời cảm ơn đến Khoa Sau đại học, Trường Đại học Luật Hà Nội đã tổ chức, quản lý khóa học rất chu đáo, tạo điều kiện tốt nhất để tôi học tập, nghiên cứu và hoàn thành luận án.

Tôi xin gửi lời cảm ơn chân thành đến TS. Nguyễn Hải An người đã luôn hết lòng hỗ trợ, cung cấp các tài liệu, bản án trong thực tiễn xét xử giúp tôi có được những tư liệu quý để hoàn thành luận án.

Tôi cũng xin được gửi lời cảm ơn sâu sắc đến gia đình, bạn bè, đồng nghiệp, những người đã luôn quan tâm, động viên tôi trong suốt quá trình học tập, nghiên cứu và hoàn thành luận án này.

Trân trọng!

LỜI CAM ĐOAN

Tôi xin cam đoan, đây là công trình nghiên cứu khoa học độc lập của riêng tôi.

Các kết quả nêu trong Luận án chưa được công bố trong bất kỳ công trình nào khác. Các số liệu trong Luận án là trung thực, có nguồn gốc rõ ràng, được trích dẫn đúng theo quy định.

Tôi xin chịu trách nhiệm về tính chính xác và trung thực của Luận án này.

Tác giả

Đinh Thị Tâm

MỤC LỤC

LỜI CẢM ƠN i
LỜI CAM ĐOAN ii
DANH MỤC CÁC CHỮ VIẾT TẮT v
DANH MỤC CÁC BẢNG BIỂU vi
PHẦN A. MỞ ĐẦU 1
PHẦN B. TỔNG QUAN TÌNH HÌNH NGHIÊN CỨU CÁC VẤN ĐỀ CỦA ĐỀ TÀI LUẬN ÁN 9
PHẦN C. NỘI DUNG CÁC CHƯƠNG 33
CHƯƠNG 1. CƠ SỞ LÝ LUẬN VỀ ÁP DỤNG TẬP QUÁN TRONG QUẢN LÝ XÃ HỘI CỦA NHÀ NƯỚC Ở VIỆT NAM 33
1.1. Khái niệm và sự cần thiết phải áp dụng tập quán trong quản lý xã hội của Nhà nước 33
1.2. Chủ thể, phạm vi, trường hợp và nguyên tắc áp dụng tập quán trong quản lý xã hội của Nhà nước 68
1.3. Lựa chọn và công nhận tập quán tạo nguồn để áp dụng trong quản lý xã hội của Nhà nước 82
1.4. Quy trình áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc 88
1.5. Các yếu tố tác động đến việc áp dụng tập quán trong quản lý xã hội của Nhà nước ở Việt Nam hiện nay 93
Kết luận chương 1 100
CHƯƠNG 2. THỰC TRẠNG PHÁP LUẬT VỀ ÁP DỤNG TẬP QUÁN VÀ THỰC TIỄN ÁP DỤNG TẬP QUÁN TRONG QUẢN LÝ XÃ HỘI CỦA NHÀ NƯỚC Ở VIỆT NAM HIỆN NAY 102
2.1. Thực trạng pháp luật về áp dụng tập quán trong quản lý xã hội của Nhà nước ở Việt Nam và đánh giá 102
2.2. Thực tiễn áp dụng tập quán trong quản lý xã hội của Nhà nước trong một số lĩnh vực ở Việt Nam hiện nay và đánh giá 121
Kết luận chương 2 158
CHƯƠNG 3. QUAN ĐIỂM VÀ GIẢI PHÁP ĐẢM BẢO HIỆU QUẢ ÁP DỤNG TẬP QUÁN TRONG QUẢN LÝ XÃ HỘI CỦA NHÀ NƯỚC Ở VIỆT NAM THỜI GIAN TỚI 159

3.1. Quan điểm áp dụng tập quán trong quản lý xã hội của Nhà nước ở Việt Nam thời gian tới 159

3.2. Giải pháp đảm bảo hiệu quả áp dụng tập quán trong quản lý xã hội của Nhà nước ở Việt Nam thời gian tới 166

Kết luận chương 3 181

KẾT LUẬN 182

DANH MỤC CÁC CÔNG TRÌNH KHOA HỌC ĐÃ CÔNG BỐ CÓ LIÊN QUAN ĐẾN ĐỀ TÀI LUẬN ÁN

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

PHỤ LỤC

DANH MỤC CÁC CHỮ VIẾT TẮT

Từ viết tắt	Từ viết đầy đủ
BLDS	Bộ luật Dân sự
CQNN	Cơ quan nhà nước
BLTTDS	Bộ luật Tố tụng dân sự
ĐCS	Đảng Cộng sản
HĐND	Hội đồng nhân dân
HN&GĐ	hôn nhân và gia đình
Nxb	Nhà xuất bản
QLXH	Quản lý xã hội/quản lý xã hội
STT	Số thứ tự
TAND	Tòa án nhân dân
UBND	Ủy ban nhân dân
XHCN	Xã hội chủ nghĩa

DANH MỤC CÁC BẢNG BIỂU

Biểu đồ 3.1: Tỷ lệ cán bộ ở UBND xã cho biết các hòa giải viên ở cơ sở có áp dụng tập quán trong giải quyết tranh chấp 135
Biểu đồ 3.2: Tỷ lệ Thẩm phán được hỏi về việc áp dụng tập quán trong giải quyết tranh chấp khi thụ lý vụ việc không có quy định của pháp luật.....143
Biểu đồ 3.3: Nguyên nhân các thẩm phán không áp dụng tập quán trong xét xử ..144
Biểu đồ 3.4: Đánh giá về tính thiếu đầy đủ của quy định pháp luật về tập quán của các thẩm phán.....151

PHẦN A. MỞ ĐẦU

1. Tính cấp thiết của đề tài nghiên cứu

Quản lý xã hội là vấn đề hết sức quan trọng của tất cả các quốc gia, dân tộc trong mọi thời đại nhằm mục tiêu tạo ra môi trường sống an toàn cho con người, đảm bảo cho xã hội tồn tại và phát triển bền vững. QLXH là hoạt động gắn liền với quá trình vận động và phát triển của xã hội. Hoạt động QLXH diễn ra liên tục và vô cùng phong phú, đa dạng, liên quan đến nhiều thành phần và đối tượng trong xã hội. "*Khi nhà nước xuất hiện thì phần lớn (và là phần quan trọng) các công việc của xã hội do nhà nước quản lý*"[1]. Hoạt động QLXH của Nhà nước là hoạt động mang tính đặc thù, có phạm vi tác động rộng lớn, bao trùm lên toàn bộ đời sống xã hội. Để thực hiện chức năng QLXH của mình, Nhà nước cần có các công cụ quản lý. Tập quán với tư cách là một loại quy tắc điều chỉnh hành vi được Nhà nước sử dụng như một công cụ hữu hiệu hỗ trợ cho pháp luật trong QLXH.

Hiện nay, mặc dù trong các hệ thống pháp luật khác nhau, việc thừa nhận các loại nguồn của pháp luật và thứ tự ưu tiên áp dụng có thể khác nhau, nhưng đa số các nhà nước vẫn thừa nhận tập quán là một loại nguồn của pháp luật, một loại công cụ QLXH. Có nhiều tập quán các nhà nước không pháp điển hóa thành các quy phạm pháp luật thành văn mà nhà nước thừa nhận sự tồn tại của chúng và có các cơ chế cần thiết đảm bảo cho chúng được thực hiện.

Ở Việt Nam, dưới các triều đại phong kiến, bên cạnh các quy định pháp luật do Nhà nước ban hành, tập quán luôn giữ vị trí quan trọng trong việc điều chỉnh các quan hệ xã hội, trở thành một nét văn hóa pháp lý riêng của dân tộc. Trong giai đoạn phát triển hiện nay, để tăng cường hiệu quả trong QLXH của Nhà nước thì việc thừa nhận áp dụng tập quán là hết sức cần thiết. Việc áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước không chỉ là một đòi hỏi khách quan, phù với các điều kiện lịch sử, văn hóa, kinh tế - xã hội của đất nước mà còn góp phần bảo tồn bản sắc dân tộc, đáp ứng yêu cầu của công cuộc xây dựng Nhà nước pháp quyền XHCN và xu thế hội nhập quốc tế.

Nhận thức được tầm quan trọng, sự cần thiết của việc áp dụng tập quán trong QLXH trong giai đoạn hiện nay, nên trong Chiến lược xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam đến năm 2010, định hướng đến năm 2020 (gọi tắt là Nghị

[1] Trường Đại học Luật Hà Nội (2015), Giáo trình luật hành chính Việt Nam, Nxb. Công an nhân dân, tr.13.

quyết 48-NQ/TW), Bộ Chính trị đã nêu rõ, trong quá trình hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam cần phải: "*xuất phát từ thực tiễn Việt Nam, đồng thời tiếp thu có chọn lọc kinh nghiệm quốc tế về xây dựng và tổ chức thi hành pháp luật; kết hợp hài hoà bản sắc văn hoá, truyền thống tốt đẹp của dân tộc và tính hiện đại của hệ thống pháp luật*"[2]. Từ quan điểm chỉ đạo chung này, khi đề cập đến các định hướng và giải pháp cụ thể, Nghị quyết 48-NQ/TW chỉ rõ cần "*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*"[3].

Cùng với Nghị Quyết 48-NQ/TW, Hiến pháp năm 2013, văn bản có giá trị pháp lý cao nhất trong hệ thống pháp luật cũng thừa nhận việc áp dụng tập quán. Theo Điều 5 Hiến pháp: "*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*". Đây là cơ sở pháp lý quan trọng, tạo tiền đề xây dựng các quy định cụ thể trong các văn bản quy phạm pháp luật khác, tạo hành lang pháp lý cho việc áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước.

Có thể khẳng định, ở Việt Nam hiện nay, tập quán được thừa nhận là một loại nguồn của pháp luật. Tuy nhiên, thực tiễn áp dụng tập quán trong QLXH của các chủ thể có thẩm quyền còn gặp nhiều khó khăn, vướng mắc, làm giảm đi hiệu quả tác động của tập quán trong điều chỉnh các quan hệ xã hội, mà các nguyên nhân cơ bản là do:

Thứ nhất, hệ thống pháp luật hiện hành còn thiếu các quy định cần thiết đảm bảo tính khả thi cho việc áp dụng tập quán; nhiều quy định hiện hành về áp dụng tập quán còn chung chung, chưa rõ ràng, chưa tạo ra được không gian pháp lý phù hợp cho việc áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước;

Thứ hai, thiếu các công trình nghiên cứu một cách toàn diện, sâu sắc, làm sáng tỏ các vấn đề lý luận về áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước tạo nền tảng lý luận cho việc hoàn thiện các quy định pháp luật về áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước;

Thứ ba, hoạt động nghiên cứu, đánh giá, rà soát để thiết lập các danh mục tập quán nhằm tạo nguồn áp dụng chưa được thực hiện đầy đủ, do vậy, thiếu các cơ sở tham chiếu cho hoạt động áp dụng tập quán trên thực tiễn; hoạt động tổng kết, đánh

---

[2] Phần I mục 2.3 Nghị Quyết 48-NQ/TW ngày 24/5/2005.
[3] Phần III mục 1.7 Nghị Quyết 48-NQ/TW ngày 24/5/2005.

giá những tập quán đã được áp dụng trong thực tiễn của các CQNN và chủ thể có thẩm quyền khác không nhiều và nếu có thì mới chỉ trong phạm vi ngành hẹp;

Thứ tư, sự nhận thức về vị trí, vai trò, giá trị của tập quán trong QLXH cũng như sự am hiểu về tập quán của các chủ thể có thẩm quyền áp dụng tập quán chưa được đầy đủ và sâu sắc. Điều này dẫn đến việc e ngại áp dụng tập quán trong quá trình giải quyết các vụ việc phát sinh trong đời sống mặc dù có thể áp dụng tập quán theo thẩm quyền.

Những nguyên nhân cơ bản trên, dẫn đến hiệu quả của việc áp dụng tập quán chưa cao, chưa phát huy hết được vai trò, giá trị của tập quán trong QLXH của Nhà nước. Để việc áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước đạt hiệu quả cao cần phải có một hệ thống giải pháp khoa học, đồng bộ. Tuy nhiên, hiện nay các công trình, đặc biệt là các công trình lớn nghiên cứu về lý luận và thực tiễn liên quan tới áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước dưới góc độ luật học không nhiều và chưa mang tính toàn diện. Điều này đặt ra nhu cầu cần tiếp tục nghiên cứu một cách toàn diện và sâu sắc về việc áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước nhằm tìm ra các giải pháp thiết thực, cụ thể góp phần tăng cường hiệu quả áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước ở Việt Nam trong thời gian tới. Đó chính là lý do của việc lựa chọn và nghiên cứu đề tài: "***Áp dụng tập quán trong quản lý xã hội của Nhà nước ở Việt Nam hiện nay***".

2. Mục đích và nhiệm vụ nghiên cứu

2.1. Mục đích nghiên cứu

Mục đích nghiên cứu của luận án là làm sáng tỏ những vấn đề lý luận cơ bản về áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước làm cơ sở để đánh giá thực trạng quy định pháp luật cũng như thực tiễn áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước ở Việt Nam hiện nay. Trên cơ sở đó, nêu ra các quan điểm và đề xuất các giải pháp nhằm đảm bảo hiệu quả áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước ở Việt Nam trong thời gian tới.

2.2. Nhiệm vụ nghiên cứu

Để đạt được mục đích nghiên cứu nêu trên, luận án hướng đến giải quyết các nhiệm vụ nghiên cứu cụ thể như sau:

Một là, tìm hiểu tình hình nghiên cứu các vấn đề của đề tài luận án, từ đó, đánh giá các kết quả nghiên cứu hiện có, nêu ra các vấn đề cốt lõi mà luận án sẽ tập trung nghiên cứu.

Hai là, làm rõ cơ sở lý luận về áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước. Cụ thể, nghiên cứu làm rõ: khái niệm tập quán; khái niệm áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước; luận giải sự cần thiết phải áp dụng tập quán và các yếu tố tác động đến việc áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước; xác định phạm vi, trường hợp, nguyên tắc và quy trình áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước.

Ba là, phân tích, đánh giá thực trạng áp dụng tập quán của các chủ thể có thẩm quyền trong một số lĩnh vực cụ thể, từ đó, chỉ ra nguyên nhân của những thành tựu và hạn chế của việc áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước ở Việt Nam hiện nay.

Bốn là, đánh giá xu hướng áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước ở Việt Nam trong thời gian tới, từ đó, đề xuất quan điểm và các giải pháp cụ thể nhằm đảm bảo hiệu quả áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước ở Việt Nam trong thời gian tới.

3. Đối tượng và phạm vi nghiên cứu

3.1. Đối tượng nghiên cứu

Đối tượng nghiên cứu của luận án là việc áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước ở Việt Nam hiện nay, với các vấn đề liên quan, đó là: cơ sở lý luận về áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước; thực trạng pháp luật Việt Nam về áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước; thực tiễn áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước trong một số lĩnh vực ở Việt Nam hiện nay; các giải pháp cần thực hiện nhằm đảm bảo hiệu quả áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước ở Việt Nam trong thời gian tới.

3.2. Phạm vi nghiên cứu

** Về nội dung:* Luận án nghiên cứu cả lý luận và thực tiễn về áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước ở Việt Nam. Khái niệm QLXH của Nhà nước trong luận án được tiếp cận theo nghĩa rộng, tức là hoạt động thực thi quyền lực nhà nước do các chủ thể có thẩm quyền thực hiện. Tuy nhiên, luận án chỉ tập trung nghiên cứu hoạt động của các chủ thể có liên quan trực tiếp đến việc áp dụng tập quán khi giải quyết các vụ việc phát sinh trong đời sống.

Ở Việt Nam hiện nay, tập quán dù được xác định là một loại nguồn của pháp luật nhưng không phải lĩnh vực nào, hoạt động quản lý nào của Nhà nước cũng được phép áp dụng tập quán. Vì vậy, nội dung luận án sẽ nghiên cứu thực trạng áp dụng tập quán của các chủ thể có thẩm quyền trong một số lĩnh vực mà ở đó tập

quán được thừa nhận là một loại nguồn của pháp luật để điều các quan hệ xã hội. Đó là, lĩnh vực quản lý hộ tịch của UBND, lĩnh vực xét xử của Tòa án và lĩnh vực hòa giải ở cơ sở[4].

* *Về không gian:* Phạm vi nghiên cứu về không gian là ở Việt Nam, tuy nhiên, luận án có tập trung đến việc áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước ở các địa bàn trọng điểm thuộc các khu vực: Tây Bắc, Tây Nguyên, Tây Nam bộ[5].

* *Về thời gian:* Phạm vi nghiên cứu về thời gian của luận án là việc áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước ở Việt Nam trong giai đoạn hiện nay (các nghiên cứu, đánh giá tập trung vào thực trạng áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc của các chủ thể có thẩm quyền trong giai đoạn từ 2013 đến nay).

4. Phương pháp nghiên cứu và hướng tiếp cận của luận án

4.1. Phương pháp nghiên cứu

Luận án được nghiên cứu dựa trên cơ sở lý luận và phương pháp luận của triết học duy vật biện chứng và duy vật lịch sử Mác - Lê Nin, tư tưởng Hồ Chí Minh, các quan điểm của ĐCS Việt Nam về nhà nước và pháp luật, xây dựng Nhà nước pháp quyền ở Việt Nam hiện nay. Luận án đặc biệt chú trọng các quan điểm về QLXH của Nhà nước và việc thực hiện đa dạng hóa các loại nguồn của pháp luật trong QLXH của Nhà nước.

Ngoài ra, luận án còn được thực hiện thông qua việc sử dụng kết hợp nhiều phương pháp nghiên cứu cụ thể như:

- Phương pháp phân tích, tổng hợp, lịch sử, so sánh, logic, thống kê để nghiên cứu những vấn đề lý luận, xây dựng các khái niệm và rút ra các nhận xét, đánh giá.

- Phương pháp nghiên cứu liên ngành để tìm hiểu, xác định các quan niệm về tập quán cũng như khả năng điều chỉnh của tập quán lên các lĩnh vực đời sống.

- Phương pháp khảo sát, thống kê để thu thập và xử lý thông tin về các vấn

---

[4] Trong giải quyết tranh chấp thương mại bằng trọng tài thương mại và hòa giải thương mại, tập quán thường xuyên được áp dụng. Qua phỏng vấn các trọng tài viên thì có khoảng 90% các tranh chấp liên quan đến hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế được các trọng tài viên áp dụng các tập quán thương mại quốc tế để giải quyết. Trong hòa giải thương mại, các hòa giải viên thương mại cũng cho biết, tập quán được áp dụng khá thường xuyên trong hoạt động hòa giải thương mại. Tuy nhiên, trong phạm vi nghiên cứu này, chúng tôi không nghiên cứu về thực trạng áp dụng tập quán trong hoạt động giải quyết tranh chấp bằng trọng tài thương mại và hòa giải thương mại, vì đây là những hoạt động đặc thù không thể hiện rõ nét tính quyền lực nhà nước.

[5] Sở dĩ luận án tập trung nghiên cứu các khu vực Tây Bắc, Tây Nguyên, Tây Nam là vì các khu vực này hiện có tỷ lệ người dân tộc thiểu số cao, nền kinh tế chủ yếu là dựa trên sản xuất nông nghiệp. Do đó, ở những khu vực này các thiết chế xã hội cổ truyền cơ bản vẫn tồn tại, là cơ sở thuận lợi để các tập quán duy trì được sự ảnh hưởng của nó trong đời sống xã hội.

đề liên quan đến việc đánh giá thực trạng áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước ở Việt Nam hiện nay. Cách thức thu thập số liệu trong phương pháp khảo sát, thống kê bao gồm cả thu thập gián tiếp thông qua việc kế thừa các công trình nghiên cứu trước đó và thu thập trực tiếp thông qua hoạt động phỏng vấn chuyên gia.

Việc sử dụng đa dạng các phương pháp nghiên cứu nhằm hướng đến đảm bảo tính chỉnh thể, liên thông giữa các nội dung của luận án, tạo ra sự cân đối, đồng bộ của luận án. Ngoài ra, việc sử dụng các phương pháp trên còn đảm bảo tính toàn diện, tin cậy trong các đánh giá và các giải pháp được đề xuất.

4.2. Hướng tiếp cận của luận án

Luận án được thực hiện dựa trên các hướng tiếp cận sau đây:

Thứ nhất, hướng tiếp cận mang tính lịch sử, hệ thống

Việc nghiên cứu đề tài luận án được dựa trên sự kế thừa của các công trình nghiên cứu trước đó. Thông qua hướng tiếp cận mang tính lịch sử, hệ thống, tác giả sẽ có được cái nhìn toàn diện về vấn đề nghiên cứu, đánh giá được các kết quả nghiên cứu đó trong các điều kiện lịch sử cụ thể, trong một hệ thống các mối liên hệ nhất định. Hướng tiếp cận này không chỉ giúp tác giả kế thừa được những thành tựu nghiên cứu trước đó mà còn là cơ sở để tác giả xác định được những "khoảng trống" nghiên cứu, từ đó, xác định hướng nghiên cứu phù hợp.

Thứ hai, hướng tiếp cận mang tính liên ngành

Tập quán là một yếu tố văn hóa pháp lý tồn tại rất đa dạng, phong phú trong đời sống, là đối tượng nghiên cứu của nhiều ngành khoa học như xã hội học, dân tộc học, văn hóa học, luật học… Vì vậy, hướng tiếp cận nghiên cứu liên ngành sẽ giúp tác giả có được cái nhìn toàn diện và sâu sắc hơn về đối tượng nghiên cứu.

Thứ ba, hướng tiếp cận mang tính thực tiễn

Với tư cách là một công cụ QLXH, tập quán được các chủ thể áp dụng để giải quyết các vụ việc phát sinh trong các lĩnh vực đời sống khau nhau. Tuy nhiên, trên thực tế có sự khác biệt về tập quán của cộng đồng này so với cộng đồng khác, mức độ áp dụng tập quán trong điều chỉnh các quan hệ ở các lĩnh vực khác nhau, các khu vực khác nhau cũng khác nhau. Do đó, hướng tiếp cận mang tính thực tiễn sẽ giúp tác giả đánh giá đúng được thực trạng áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước, từ đó, đề xuất những giải pháp cụ thể nhằm đảm bảo hiệu quả áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước ở Việt Nam trong thời gian tới.

5. Điểm mới của của luận án

Về tổng quát, luận án là công trình nghiên cứu đầu tiên ở Việt Nam xây dựng được mô hình lý luận tương đối chuyên sâu, toàn diện về tập quán và áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước. Luận án cũng là công trình đầu tiên nghiên cứu, đánh giá một cách khái quát thực trạng áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước ở Việt Nam hiện nay. Trên cơ sở những nghiên cứu đó, đề xuất các kiến nghị toàn diện từ chính sách, định hướng đến các giải pháp cụ thể nhằm tăng cường hiệu quả áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước ở Việt Nam trong thời gian tới.

Về chi tiết, luận án có những điểm mới cụ thể nổi bật sau đây:

Thứ nhất, luận án làm sáng tỏ dưới góc độ lí luận chung về nhà nước và pháp luật khái niệm tập quán và áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước, chỉ ra những nét đặc trưng nhất của các khái niệm này.

Thứ hai, luận án luận giải sự cần thiết phải áp dụng tập quán, các yếu tố tác động đến việc áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước ở Việt Nam hiện nay.

Thứ ba, luận án nêu lên và làm rõ những vấn đề lý luận cơ bản nhất về áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước như: xác định tiêu chí lựa chọn tập quán được áp dụng; xác định phạm vi, trường hợp, nguyên tắc áp dụng tập quán; xây dựng quy trình áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước.

Thứ tư, thông qua việc nghiên cứu thực tiễn áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước trong một lĩnh vực cụ thể, luận án làm sâu sắc hơn tri thức lý luận về vai trò, giá trị của tập quán trong QLXH, qua đó, xác định đúng đắn vai trò, vị trí của tập quán trong QLXH của Nhà nước ở Việt Nam hiện nay.

Thứ năm, đánh giá của luận án về các quy định pháp luật giúp các nhà lập pháp và các nhà nghiên cứu thấy rõ được những lỗ hổng trong các quy định pháp luật hiện hành về áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước. Đồng thời, những giải pháp mà luận án đề xuất sẽ góp phần hoàn thiện các quy định pháp luật về áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước nói riêng và nâng cao hiệu quả áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước nói chung.

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

6.1. Về mặt lý luận

Trên cơ sở giải quyết các nhiệm vụ nghiên cứu, luận án đã chỉ rõ các đặc điểm của tập quán, áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước; luận giải được sự cần thiết phải áp dụng tập quán, các yếu tố tác động đến việc áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước; xác định phạm vi, trường hợp, nguyên tắc áp dụng tập quán;

xây dựng quy trình áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước. Kết quả nghiên cứu của luận án góp phần bổ sung, hoàn thiện cơ sở lý luận về tập quán và áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước.

6.2. Về mặt thực tiễn

Luận án đánh giá khách quan thực trạng pháp luật về áp dụng tập quán cũng như thực tiễn áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước trong một số lĩnh vực ở Việt Nam hiện nay, chỉ ra những ưu điểm, những vấn đề còn hạn chế và nguyên nhân; Luận án đề xuất một số giải pháp nhằm đảm bảo hiệu quả áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước ở Việt Nam hiện nay. Kết quả nghiên cứu của luận án có thể làm tài liệu tham khảo cho các nhà lập pháp trong quá trình xây dựng, hoàn thiện hệ thống pháp luật. Đồng thời cũng là tài liệu tham khảo cho các nhà hoạt động thực tiễn trong hoạt động QLXH. Kết quả nghiên cứu của luận án còn có thể được sử dụng làm tài liệu tham khảo phục vụ cho việc giảng dạy, học tập và nghiên cứu về tập quán và áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước nói riêng và khoa học pháp lý nói chung.

7. Kết cấu của luận án

Ngoài phần mở đầu, tổng quan tình hình nghiên cứu, kết luận, danh mục tài liệu tham khảo và các phụ lục, nội dung của luận án bao gồm 3 chương:

Chương 1: Cơ sở lý luận về áp dụng tập quán trong quản lý xã hội của Nhà nước ở Việt Nam

Chương 2: Thực trạng pháp luật về áp dụng tập quán và thực tiễn áp dụng tập quán trong quản lý xã hội của Nhà nước ở Việt Nam hiện nay

Chương 3: Quan điểm và giải pháp đảm bảo hiệu quả áp dụng tập quán trong quản lý xã hội của Nhà nước ở Việt Nam trong thời gian tới.

PHẦN B. TỔNG QUAN TÌNH HÌNH NGHIÊN CỨU CÁC VẤN ĐỀ CỦA ĐỀ TÀI LUẬN ÁN

Khi tìm hiểu tình hình nghiên cứu các vấn đề của đề tài luận án, tác giả đã tìm thấy khá nhiều công trình ở các cấp độ khác nhau. Nhằm xác định khoảng trống nghiên cứu và tập hợp những vấn đề lý luận phục vụ cho việc bảo vệ luận điểm chính của luận án, tác giả sử dụng phương pháp thống kê, phân loại để xếp các nghiên cứu này vào ba nhóm, đó là: i) các nghiên cứu lý luận về áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước; ii) các nghiên cứu về thực trạng áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước; iii) các nghiên cứu về giải pháp đảm bảo hiệu quả áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước. Sau khi phân tích tóm lược các nghiên cứu tiêu biểu nhất trong mỗi nhóm[6], tác giả sẽ tổng hợp những nội dung có thể tham khảo, kế thừa và xác định những nội dung cần tiếp tục nghiên cứu, làm rõ trong luận án.

1. Tình hình nghiên cứu các vấn đề lý luận về áp dụng tập quán trong quản lý xã hội của Nhà nước

Các vấn đề lý luận về áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước là chủ đề được nghiên cứu ở nhiều góc độ khác nhau, từ chung đến chuyên biệt, và ở các cấp độ khác nhau từ các sách chuyên khảo, các đề tài nghiên cứu khoa học các cấp, đến các luận án tiến sĩ, các bài báo đăng trên tạp chí chuyên ngành.

Nghiên cứu chung về phong tục tập quán trên bình diện Quốc gia hoặc vùng miền, địa phương ở Việt Nam khá phong phú. Một số nghiên cứu nổi bật như cuốn "*Việt Nam phong tục*" của Phan Kế Bính (Nxb Văn học, Hà Nội, 2014). Tại phần Tựa tác giả đã lý giải về quá trình hình thành của phong tục, tập quán; những bước thăng trầm của phong tục, tập quán gắn với lịch sử tồn tại và phát triển của dân tộc; nêu ra quan điểm về việc xem xét cái hay, cái dở của phong tục, tập quán, sự cần thiết phải bỏ đi "các tục dở" và giữ lấy "tục gì hay". Phần nội dung được chia làm ba thiên giới thiệu về các phong tục, tập quán trong phạm vi gia tộc, làng xóm và xã hội; Cuốn "*An Nam phong tục sách (Sách phong tục An Nam)*" của Đoàn Triển. Tác giả không chỉ giới thiệu những phong tục, tập quán cơ bản, gắn bó nhất trong đời sống hàng ngày của người dân mà còn phân tích, chỉ ra được đến thời tác giả một số phong tục, tập quán đã mất đi ý nghĩa ban đầu, bị quên lãng, bị hiểu sai, do vậy, chúng cần được nhìn nhận lại

[6] Do số lượng các công trình liên quan khá lớn nên tác giả sẽ chỉ tóm lược những công trình tiêu biểu nhất liên quan chặt chẽ đến chủ đề luận án. Tập hợp đầy đủ các công trình liên quan đến luận án sẽ được tác giả trình bày trong Danh mục tài liệu tham khảo. Ngoài ra, việc xếp một công trình cụ thể vào nhóm này hay nhóm kia cũng chỉ mang tính chất tương đối, bởi những vấn đề mà công trình đó luận bàn có thể rất rộng và do vậy có thể được xếp vào tất cả các nhóm.

để áp dụng cho đúng với bản chất và thời điểm hiện tại. Nhất Thanh với "*Đất lề quê thói - Phong tục Việt Nam*" (Nxb Nhã Nam - Nxb Hồng Đức, 2015). Trong cuốn sách, tác giả đã tập hợp, giải thích rất nhiều phong tục, tập quán tốt đẹp của người Việt từ thời xa xưa. Đặc biệt, ngay phần Tựa, tác giả đã lý giải, cắt nghĩa về phong tục, tập quán mà chúng ta khó tìm thấy ở đâu sự cắt nghĩa sâu sắc hơn thế. Nghiên cứu về phong tục, tập quán như một bộ phận của văn hóa tổ chức đời sống, trong cuốn "*Cơ sở văn hóa Việt Nam*" (Nxb Giáo dục, 1999), Trần Ngọc Thêm đã dành riêng một mục viết về phong tục, giải thích khái niệm phong tục. Nội dung cuốn sách đã cung cấp cho người đọc những tri thức cơ bản, đặc trưng nhất về quá trình hình thành và phát triển của văn hóa Việt Nam với các đặc trưng về tính cộng đồng, tính tự trị làng xã là nền tảng cho sự hình thành, tồn tại và phát triển của phong tục, tập quán.

Cuốn "*Nếp cũ Làng xóm Việt Nam*" (Nxb Trẻ, Thành phố Hồ Chí Minh, 2005) của Toàn Ánh cũng là một nghiên cứu về đời sống văn hóa của người Việt nhưng gắn với các làng quê. Tác giả đã trình bày về diện mạo, nguồn gốc cũng như nếp sinh hoạt của làng quê Việt Nam. Cuốn sách có một phần riêng viết về lệ làng, trong phần này, tác giả đã cho thấy vị trí, vai trò của lệ làng trong đời sống làng xã xưa kia; lý giải tại sao các luật lệ riêng của làng được gọi là hương ước. Ngoài ra, tác giả cũng đề cập đến hình thức tồn tại, nội dung của hương ước. Cũng trong mạch nghiên cứu chung về tập quán, sự thay đổi của tập quán theo thời gian, trong cuốn "*Việt Nam văn hóa sử cương*" (Nxb Nhã Nam - Thế Giới, 2014), Đào Duy Anh đã trình bày lược sử văn hóa của người Việt, chỉ ra những biến đổi của văn hóa Việt Nam ở thời đoạn Âu hóa, với sự rạn vỡ, sự biến đổi của những giá trị cũ và sự lên ngôi của những giá trị mới. Tất cả những sự biến đổi đó đã tác động đến các tập quán sinh hoạt hàng ngày của người dân. Về phần mình, trong cuốn "*Luật tục trong đời sống các tộc người ở Việt Nam*" (Nxb Tư pháp, 2014), Ngô Đức Thịnh đã phân tích về nguồn gốc, bản chất, đặc trưng cơ bản của luật tục, các hình thức thể hiện, phát triển của luật tục. Ngoài ra, cuốn sách còn phân tích các nội dung của luật tục; các hình thực thực thi luật tục, giá trị của luật tục và mối quan hệ giữa luật tục và pháp luật của Nhà nước; vai trò của luật tục trong phát triển nông thôn hiện nay. Cuốn "*Luật tục các dân tộc thiểu số Việt Nam*" (Nxb Khoa học Xã hội, 2014) của Phan Đăng Nhật đã lí giải nguồn gốc và các đặc trưng bản chất của luật tục, vai trò của luật tục trong điều chỉnh các quan hệ xã hội ở các cộng đồng người dân tộc thiểu số. Nghiên cứu giới hạn ở phạm vi hẹp và chuyên sâu về tập quán ở một vùng, địa phương, có thể kể đến cuốn *"Luật tục Ê-đê (tập quán pháp)"* (Nxb Chính trị Quốc Gia, 1996) của Ngô Đức Thịnh và Chu Thái Sơn; cuốn*"Luật tục M'Nông (Tập*

quán pháp)" do Ngô Đức Thịnh làm chủ biên (Nxb Chính trị Quốc Gia, 1998), hay cuốn "*Phong tục Miền Nam*" của Vương Đằng (Nxb Văn hóa Thông tin, 2014)… Đây là những nghiên cứu rất sâu sắc về phong tục, tập quán trên khắp các vùng, miền, các dân tộc của Việt Nam. Các nghiên cứu trên đã dựng lên những mảng màu sinh động của bức tranh đời sống văn hóa truyền thống của người Việt với sự phong phú, đa dạng của các phong tục, tập quán. Ngoài ra, các nghiên cứu trên cũng đã đề cập, làm sáng tỏ một số vấn đề về lý luận như khái niệm phong tục, tập quán, luật tục, hương ước, lệ làng; vai trò của chúng trong đời sống xã hội ở các vùng, miền, dân tộc khác nhau trên cả nước.

Nghiên cứu tập quán để từ đó áp dụng có hiệu quả tập quán trong QLXH của Nhà nước đã được khá nhiều tác giả nghiên cứu. Có thể kể đến hai công trình nghiên cứu của Bùi Xuân Đính là "*Lệ làng phép nước*" (Nxb Pháp lý, 1985) và "*Hương ước và quản lý làng xã*" (Nxb Khoa học xã hội, 1998). Nội dung hai cuốn sách đề cập đến các hình thức tồn tại của tập quán trong xã hội, đặc biệt là phân tích, đánh giá vai trò của chúng trong quản lý cộng đồng, tác động của chúng lên hiệu quả điều chỉnh của pháp luật. Đề tài cấp Nhà nước "*Thể chế xã hội trong phát triển xã hội và quản lý phát triển xã hội ở nước ta hiện nay*" do Dương Thị Thanh Mai làm chủ nhiệm (2011). Đây là công trình nghiên cứu có hệ thống về các thể chế xã hội ở nước ta hiện nay. Về mặt lý luận, đề tài đã phân tích được nguồn gốc, bản chất, đặc điểm và vai trò của các thể chế xã hội như luật tục, hương ước với tư cách là các thể chế xã hội tự quản của cộng đồng dân cư. Nhóm tác giả Nguyễn Thị Quỳnh, Nguyễn Quốc Việt và Nguyễn Hoàng Phương với "*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*" (Chính phủ Việt Nam - Chương trình phát triển Liên Hiệp Quốc đồng tài trợ, 2013). Nghiên cứu đã giới thiệu các cách hiểu khác nhau về tập quán pháp, phân biệt tập quán và tập quán pháp. Nội dung nghiên cứu cũng trình bày về sự hình thành, đặc điểm của tập quán pháp, mối quan hệ giữa tập quán pháp và pháp luật, lợi ích của việc áp dụng tập quán pháp, vấn đề công nhận và áp dụng tập quán pháp. Vẫn trong mạch nghiên cứu này nhưng phạm vi và đối tượng hẹp và chuyên sâu hơn, cuốn"*Vận dụng luật tục dân tộc Chăm trong quản lý nhà nước của chính quyền địa phương*" của Trương Tiến Hưng (Nxb Chính trị Quốc gia - Sự thật, 2014) đã trình bày các vấn đề về luật tục và luật tục dân tộc Chăm như nguồn gốc hình thành, quá trình phát triển, hình thức thể hiện, các đặc điểm của luật tục; những yếu tố chi phối và đặc điểm cơ bản của luật tục dân tộc Chăm. Đề tài cấp bộ "*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" do Nguyễn Văn Trọng làm chủ nhiệm (2013). Về lý luận, đề tài đã trình bày khái niệm tập quán; phân biệt sự khác nhau của phong tục, tập quán và luật tục. Một đề tài nghiên cứu tương tự khác cũng ở cấp bộ, nhưng đối tượng và phạm vi nghiên cứu giới hạn ở một khu vực khác, đó là "*Vai trò của Luật tục các dân tộc thiểu số Tây Nguyên trong quản lý cộng đồng cơ sở*" do Bùi Văn Hùng làm chủ nhiệm (2018). Nghiên cứu này đã đề cập đến các vấn đề về nguồn gốc của luật tục, quan điểm của Nhà nước về luật tục, các nội dung cơ bản và hình thức của luật tục, cơ chế vận hành và giá trị của luật tục trong quản lý cộng đồng ở cơ sở. Một nghiên cứu cũng rất đáng chú ý là cuốn *"Hương ước, lệ làng - Quá khứ, hiện tại, tương lai"* của Lê Đức Tiết (Nxb Tư Pháp, 2020). Tác giả đã trình bày về lịch sử hình thành, tồn tại và phát triển của hương ước, lệ làng; phân tích mối quan hệ của hương ước, lệ làng với pháp luật quốc gia; tác dụng đa năng của hương ước, lệ làng trong đời sống của các cộng đồng làng xã Việt Nam. Đặc biệt, từ việc nghiên cứu các hương ước cổ, tác giả đã rút ra các bài học kinh nghiệm về xây dựng và áp dụng hương ước mới; nêu ra nội dung, phạm vi điều chỉnh của hương ước mới; gợi ý về kỹ thuật và trình tự soạn thảo hương ước mới.

Cùng chủ điểm nghiên cứu trên, có thể kể đến các luận án tiến sĩ như "*Áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc dân sự của Tòa án nhân dân ở Việt Nam hiện nay*" của Nguyễn Thị Tuyết Mai (Học viện Chính trị Quốc gia Hồ Chí Minh, Hà Nội, 2014). Tại Chương 2, tác giả đã phân tích khái niệm tập quán, chỉ ra một số tiêu chí để phân loại tập quán. Tác giả cũng đã nêu ra khái niệm áp dụng tập quán; phân tích các nguyên tắc, quy trình áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc dân sự của TAND ở Việt Nam. Nghiên cứu về tập quán trong lĩnh vực thương mại, có luận án tiến sĩ "*Áp dụng tập quán giải quyết các tranh chấp thương mại ở Việt Nam*" của Nguyễn Mạnh Thắng (Đại học Quốc gia Hà Nội, 2015). Tại Chương 2, tác giả đã trình bày khái niệm áp dụng tập quán; sự cần thiết áp dụng tập quán giải quyết các tranh chấp thương mại; quan hệ giữa tập quán thương mại với các loại nguồn khác của pháp luật; các nguyên tắc áp dụng tập quán thương mại. Tác giả cũng đề cập đến kĩ thuật chứng minh tập quán và cách thức tìm kiếm quy tắc tập quán. Ngoài ra, còn có thể kể đến một số luận án tiến sĩ khác cũng đã nghiên cứu các vấn đề lý luận có liên quan đến tập quán như: "*Luật tục người Thái và sự vận dụng trong quản lý nhà nước đối với cộng đồng người Thái ở các tỉnh Bắc Trung Bộ Việt Nam*" của Vi Văn Sơn (Học viện Chính trị Quốc gia Hồ Chí Minh, 2015); "*Mối quan hệ giữa luật tục và luật pháp trong quản lý xã hội (Nghiên cứu trường hợp luật tục Ê Đê trên địa bàn tỉnh Đắk Lắk)*" của Trương Thị

Hiền (Học viện Khoa học Xã hội, Viện Hàn lâm Khoa học Xã hội Việt Nam, Hà Nội, 2015); "*Ảnh hưởng của luật tục đến việc thực hiện pháp luật hôn nhân và gia đình trong các dân tộc thiểu số tại chỗ ở Tây Nguyên hiện nay*" của Nguyễn Thị Vân Anh (Trường Đại học Luật Hà Nội, 2017); "*Luật tục và ảnh hưởng của luật tục đối với thực hiện pháp luật trong cộng đồng người Êđê ở các tỉnh Tây Nguyên Việt Nam*" của Bùi Hồng Quý (Học viện Chính trị Quốc gia Hồ Chí Minh, 2018); "*Luật tục về bảo vệ tài nguyên thiên nhiên và môi trường ở Việt Nam (Qua luật tục của các dân tộc thiểu số ở Tây Bắc và Tây Nguyên)*" của Hoàng Văn Quynh (Học viện Khoa học xã hội, Viện Hàn lâm Khoa học xã hội Việt Nam, 2018)… Các nghiên cứu trên đã trình bày được một số vấn đề lý luận như khái niệm, mối quan hệ giữa luật tục và pháp luật. Đặc biệt, các tác giả đã tập trung nghiên cứu vai trò, giá trị của luật tục trong quản lý các lĩnh vực đời sống ở các vùng, miền khác nhau, phân tích các yếu tố tác động đến hiệu quả áp dụng luật tục trong các lĩnh vực như HN&GĐ, bảo vệ tài nguyên thiên nhiên và môi trường cũng như hoạt động quản lý nhà nước ở cơ sở.

Nghiên cứu tập quán trong mối tương quan với pháp luật cũng là một chủ đề được quan tâm nghiên cứu. Về chủ đề này, có thể kể đến cuốn "*Dân luật khái luận*" (Nxb Bộ Quốc gia giáo dục, Sài Gòn, 1961) của Vũ Văn Mẫu. Trong nghiên cứu này, tập quán được xem xét dưới góc độ là một nguồn của dân luật. Tại Chương thứ 8, tác giả đã nêu ra hai tiêu chuẩn (yếu tố) để nhận biết tập quán; phân tích vai trò, giá trị của tập quán trong hệ thống dân luật của Việt Nam. Phan Nhật Thanh nghiên cứu tập quán trong mối quan hệ với quyền con người trong cuốn "*Luật tập quán và quyền con người*" (Nxb Hồng Đức - Hội Luật gia Việt Nam, 2013). Tác giả đã trình bày các quan điểm khác nhau về tập quán, luật tập quán, nêu ra cách thức, tiêu chuẩn để công nhận tập quán là một loại nguồn của pháp luật; đề cập đến những điểm tích cực và hạn chế khi áp dụng tập quán, phân tích về sự "đa nguyên pháp luật" và vấn đề công nhận áp dụng tập quán như một cách thức bảo đảm quyền con người. Gần đây hơn, có cuốn "*Tập quán pháp, tiền lệ pháp và việc đa dạng hóa hình thức pháp luật ở Việt Nam*" do Phan Nhật Thanh làm chủ biên (Nxb Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh, 2017). Trong cuốn sách, các tác giả tập trung nghiên cứu hai nội dung chính là tập quán pháp và tiền lệ pháp với vai trò là nguồn của pháp luật. Đặc biệt trong Chương 4, các tác giả đã xây dựng và trình bày được các điều kiện, yêu cầu, cách thức áp dụng luật tập quán.

Bên cạnh các nghiên cứu nêu trên, còn có thể kể đến các nghiên cứu chuyên sâu vào các khía cạnh khác nhau của tập quán đăng trên các tạp chí chuyên ngành. Tiêu biểu như bài viết "*Pháp luật và tập quán trong việc điều chỉnh các mối quan hệ xã hội*"

của Lê Vương Long (Tạp chí Luật học, Số 2/2000). Không chỉ phân tích các đặc trưng của tập quán, vai trò, giá trị của tập quán trong đời sống xã hội, tác giả còn chỉ ra những điểm khác biệt của việc áp dụng tập quán so với áp dụng quy phạm pháp luật, nêu ra những câu hỏi cần phải giải quyết khi áp dụng tập quán. Bài viết "*Giá trị của luật tục từ góc nhìn pháp lý*" của Nguyễn Việt Hương, (Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, Số 4/2000). Nghiên cứu này đã phân tích, so sánh về sự giống nhau, khác nhau giữa luật tục và pháp luật; chỉ ra sự cần thiết của việc áp dụng luật tục để điều chỉnh các quan hệ trong cộng đồng các dân tộc. Hoàng Thị Kim Quế với bài viết "*Luật tục Tây Nguyên - giá trị văn hóa pháp lý, quản lý cộng đồng và mối quan hệ với pháp luật*" (Tạp chí Khoa học Kinh tế - Luật, Số 1/2005). Tác giả đã phân tích khái niệm luật tục; mối quan hệ giữa luật tục và tập quán. Làm rõ hình thức thể hiện, nội dung cơ bản, phạm vi điều chỉnh, hiệu lực thực tế của luật tục; phân tích mối quan hệ giữa luật tục và pháp luật từ thực tiễn cuộc sống của đồng bào các dân tộc ở Tây Nguyên để thấy được vai trò trong quản lý cộng đồng của loại quy phạm hết sức đặc thù này. Về phần mình, Bùi Ngọc Sơn phân tích "*Hương ước đối diện với Nhà nước pháp quyền và vấn đề toàn cầu hóa*" (Tạp chí Dân chủ và Pháp luật, Số Chuyên đề tháng 2/2008). Tác giả đã trình bày về hương ước cổ truyền; nêu ra những vấn đề mà hương ước phải đối diện trong Nhà nước pháp quyền và toàn cầu hóa. Tác giả cũng chỉ ra, trong Nhà nước pháp quyền cũng như trong xu thế toàn cầu hóa, hương ước vừa được xem là một công cụ giữ gìn văn hóa dân tộc, vừa được xem là một công cụ hỗ trợ cho việc QLXH bằng pháp luật. Bùi Quang Dũng với "*Hương ước và mấy vấn đề quản lý xã hội ở nông thôn hiện nay*" (Tạp chí xã hội học, Số 1/2013). Bài viết đã phân tích ba nội dung chính: mối quan hệ giữa khung quản lý hành chính nhà nước và "tính tự quản" của làng; các chức năng của hương ước trong đời sống xã, thôn; biến đổi xã hội nông thôn từ sau đổi mới và việc vận dụng luật pháp và hương ước trong QLXH ở nông thôn.

Cũng trong mạch nghiên cứu tập quán trong mối tương quan với pháp luật, Bùi Xuân Đính có bài viết "*Giải quyết mối quan hệ giữa pháp luật và hương ước ở nông thôn*" (Tạp chí Khoa học xã hội Việt Nam, Số 6 (91)/2015). Bài viết chỉ rõ, quá trình xây dựng xã hội mới ở bất kỳ quốc gia nào cũng phải giải quyết mối quan hệ giữa truyền thống và hiện tại trên nhiều phương diện. Về mặt QLXH, mối quan hệ giữa truyền thống và hiện tại thể hiện ở việc giải quyết mối quan hệ giữa pháp luật và phong tục cùng các giá trị đạo đức của xã hội cũ, giữa hành chính và tự quản, giữa Nhà nước với các đơn vị dân cư. Mặc dù trong xã hội mới đòi hỏi phải được quản lý bằng pháp luật nhằm tạo ra sự thống nhất, nhưng không thể bỏ qua các yếu tố truyền thống trong

đó có các phong tục, tập quán. Trong bài viết "*Pháp luật trong hệ thống các quy phạm xã hội*" (Tạp chí Khoa học Pháp lý, Số 06 (100)/2016) của Phan Nhật Thanh, khi bàn về hệ thống pháp luật quốc gia, tác giả cho rằng Nhà nước đóng vai trò mang tính quyết định trong việc công nhận các quy phạm xã hội khác; đưa ra cơ chế để xác định mối quan hệ và thứ bậc giữa chúng. Mặt khác, bản thân các quy phạm xã hội hình thành và tồn tại một cách tự nhiên trong xã hội nên cho dù Nhà nước có công nhận hay không, chúng vẫn tồn tại theo cách của chúng. Tác giả cũng chỉ ra, sự công nhận tập quán là việc hòa hợp pháp luật của Nhà nước với các quy phạm xã hội khác. Ngày nay, việc công nhận nhiều hình thức pháp luật được xem là cần thiết trong nhiều lĩnh vực. Ở nhiều nước, trong đó có Việt Nam, do sự thay đổi nhanh chóng của xã hội đã dẫn đến yêu cầu đa dạng hóa nguồn luật trong đó có cả việc nên công nhận và áp dụng tập quán như một hình thức pháp luật chính thức nhằm lấp đi lỗ hổng của pháp luật và tăng cường hiệu quả QLXH của Nhà nước. Gần đây hơn, Lê Đức Tiết có bài viết "*Hương ước, lệ làng với chiến lược tăng tốc của đất nước*" (Tạp chí Mặt trận điện tử, 8/2019). Nội dung bài viết đã giới thiệu về lịch sử ra đời của hương ước, lệ làng, tác dụng của hương ước, lệ làng và sự cần thiết khôi phục, đổi mới hương ước trong giai đoạn hiện nay. Nguyễn Thị Trà Giang với "*Vai trò của phong tục, tập quán trong đời sống xã hội hiện nay*" (Tạp chí Thông tin KH&CN Quảng Bình, Số 2/2019). Bài viết nêu ra khái niệm phong tục, tập quán, lí giải nguồn gốc ra đời của tập quán; phân tích vai trò của phong tục, tập quán trong đời sống xã hội hiện nay.

Trong một góc độ nghiên cứu khác, nhấn mạnh đến tập quán trong thực tiễn xét xử, Phạm Văn Tuyết có bài viết "*Tập quán và việc áp dụng tập quán để giải quyết các tranh chấp dân sự*" (Tạp chí Luật học, Số 11/2015). Tác giả đã phân tích khái niệm phong tục, tập quán, nêu ra các tiêu chí phân loại tập quán, các điều kiện áp dụng tập quán trong dân sự. Điểm nổi bật của bài viết là tác giả đã đưa ra quan điểm về các trường hợp cần lưu ý khi lựa chọn tập quán để áp dụng giải quyết tranh chấp dân sự. Trong bài viết "*Tập quán" có được xác định là nguồn chứng cứ và chứng cứ không?*" (Tạp chí Tòa án nhân dân, Số 12/2015), tác giả Nguyễn Thị Hạnh đã phân tích và chỉ rõ tập quán là một loại nguồn được Tòa án áp dụng để giải quyết các vụ, việc dân sự. Về phần mình, luận bàn vấn đề "*Nhận diện tập quán để áp dụng trong công tác xét xử vụ việc dân sự, hôn nhân và gia đình của Tòa án nhân dân*" (Tạp chí Tòa án Nhân dân Số 11+12/2018), tác giả Nguyễn Hải An đã trình bày về việc lựa chọn tập quán để áp dụng trong công tác xét xử vụ việc dân sự, HN&GĐ. Theo đó, có hai nguồn được lựa chọn là nguồn danh mục các tập quán được công bố và nguồn chứng minh tập quán

của đương sự.

Nghiên cứu tập quán trên góc độ so sánh luật học cũng đã được thực hiện khá nhiều trong thời gian qua. Tiêu biểu như cuốn "*Family law and Customary Law in Asia: A contemporary Legal Perspective*" của David C. Buxbaum (Chủ biên, 1968). Đây là công trình nghiên cứu về tập quán tại những quốc gia có nhiều nét tương đồng với Việt Nam. Cuốn sách gồm nhiều bài viết, được chia làm 3 phần: phần thứ nhất viết về bản chất của luật tục trong xã hội Châu Á với những tập quán liên quan đến gia đình; phần thứ hai trình bày 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. Réne David với cuốn "*Tìm hiểu pháp luật quốc tế: Những hệ thống pháp luật chính trong thế giới đương đại*" (Nguyễn Sỹ Dũng và Nguyễn Đức Lâm - dịch, Nxb Thành phố Hồ Chí Minh, 2003). Trên cơ sở nghiên cứu về các hệ thống pháp luật chính trên thế giới ngày nay, tác giả nhận định tập quán được thừa nhận là một loại nguồn trong các hệ thống pháp luật khác nhau, tuy nhiên, có sự khác nhau về vị trí, vai trò của tập quán trong các hệ thống pháp luật. Trong khi đó nhóm tác giả Mary Ann Glendon, Paolo G. Carozza và Colin B. Picker lại *"Comparative Legal Traditions in a Nutshell"* (Phiên bản thứ 3, Thomson West, 2008). Cuốn sách đề cập đến nguồn của pháp luật, trong đó, có đánh giá về việc áp dụng tập quán theo truyền thống Common Law và Civil Law. Ngoài ra, cuốn sách còn đề cập đến việc chứng minh tập quán, điều kiện áp dụng tập quán. Cũng theo mạch nghiên cứu này, Phan Nhật Thanh và Luke McNamara có viết bài "*Tập quán pháp với các góc nhìn khác nhau trên thế giới*" (Tạp chí Khoa học pháp lý, Số 5/2011). Các tác giả đã nghiên cứu về lịch sử hình thành, vị trí, vai trò của tập quán trong các hệ thống pháp luật; phân biệt hai thuật ngữ "tập quán" và "tập quán pháp"; bàn luận các quan điểm luật tập quán là pháp luật một cách tự thân và luật tập quán là pháp luật trên cơ sở công nhận của Nhà nước; về vai trò của tập quán như một nguồn hỗ trợ cho pháp luật của Nhà nước. Trong bài viết "*Kinh nghiệm thừa nhận và sử dụng luật tục ở một số quốc gia*" (Tạp chí Dân chủ và Pháp luật, Số /2014), Vi Văn Sơn đã đề cập đến chính sách đối với tập quán và việc áp dụng tập quán ở các quốc gia thuộc địa; vị trí, vai trò của tập quán sau khi các quốc gia thuộc địa giành được độc lập; các quan điểm khác nhau về vai trò của tập quán trong các hệ thống pháp luật. Đặc biệt, tác giả đã trình bày về nguyên tắc áp dụng, phạm vi điều chỉnh của tập quán tại một số quốc gia châu Á có nhiều điểm tương đồng về văn hóa với Việt Nam như Nhật Bản, Indonesia, Malaysia và Lào.

Bằng một cái nhìn "ôn cố tri tân", Matthew L.M. Fletche đã *"Rethinking*

Customary Law in Tribal Court Jurisprudence" (Trường Đại học Luật Michigan, 2007). Tác giả đã luận bàn theo hướng "tư duy lại" 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. Một nghiên cứu cũng đáng chú ý là cuốn "*The Nature of Customary Law-Legal, Historical and Philosophical Perspectives*" do Amanda Perreau-Saussine và James Bernard Murphy là chủ biên (Cambridge University, 2007). Nội dung ấn phẩm được chia làm 2 phần: phần đầu nói về tập quán và đạo đức; phần hai nói về tập quán pháp. Các bài viết tập trung nghiên cứu về bản chất của tập quán, tập quán pháp từ 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. Nội dung các bài viết cũng đã phân tích khái niệm, đặc điểm, các mối liên hệ cơ bản của tập quán. David J. Bederman luận bàn về "*Custom as a Source of Law*" (Cambridge University, 2010). Cuốn sách gồm ba phần: Phần 1 trình bày quan điểm về tập quán pháp dưới các góc nhìn của văn hóa, lịch sử, kinh tế…; phần 2 làm rõ vai trò của tập quán trong hệ thống pháp luật quốc gia gắn với các lĩnh vực cụ thể của đời sống; phần 3 trình bày về tập quán trong pháp luật quốc tế bao gồm cả lĩnh vực công pháp và tư pháp. Một điểm nổi bật nữa là ở phần cuối của cuốn sách tác giả đã phân tích và lý giải được tại sao và bằng cách nào mà tập quán có thể tồn tại và được thừa nhận trong cuộc sống. Nhóm tác giả Lisa Bernstein và Francesco Parisi nghiên cứu về tập quán trong mối quan hệ với pháp luật kinh tế trong cuốn "*Customary Law and Economics*" (Edward Elgar Publishing Limited (UK) và Edward Elgar Publishing, Inc. (USA), 2014). Nội dung cuốn sách đã đề cập đến lịch sử của tập quán pháp, luật tập quán thương mại đương thời và luật tập quán quốc tế. Đặc biệt trong ấn phẩm này đã đề cập đến các nghiên cứu liên quan tới mô hình tổ chức áp dụng tập quán pháp ngoài hệ thống pháp luật của quốc gia.

Ngoài ra, có thể kể đến các nghiên cứu khác như luận án tiến sĩ "*Why Customary Law Matters: The Role of Customary Law in the Protection of Indigenous Peoples' Human Rights*" của TOBIN Brendan Michael (Irish Centre for Human Rights, National University of Ireland Galway, 2011). Tác giả đã chỉ ra rằng, đối với người bản địa trên khắp thế giới, tập quán được coi là nguồn pháp luật chính, nếu không phải là duy nhất đối với họ. Do vậy, các nhà nước có nghĩa vụ phải dành sự tôn trọng và thừa nhận hợp lý đối với tập quán của người bản địa nhằm đảm bảo việc thực thi đầy đủ và hiệu quả quyền con người của họ. Để chứng minh, tác giả đã phân tích vị trí lịch sử, vai trò của tập quán trong việc điều chỉnh và đảm bảo quyền của người bản địa đối với đất

đai, lãnh thổ, nguồn tài nguyên, quyền tự quyết… của họ. Cũng nghiên cứu về tập quán trong mối quan hệ với quyền con người nhưng ở phạm vi nghiên cứu hẹp hơn, trong bài viết "*Customary law principles as a tool for human rights advocacy: innovating Nigerian customary practices using lessons from Ugandan and South African courts*" (Columbia Journal of Transnational Law, 56 (3), 2018), Simisola Obatusin đã phân tích lịch sử hình thành, đặc điểm, vai trò của luật tục trong các thời kì lịch sử. Theo tác giả, ngày nay luật tục vẫn có vai trò không nhỏ trong xã hội, đối với hầu hết các khu vực của lục địa châu Phi, cuộc sống của người dân vẫn được điều chỉnh bởi luật tục. Luật tục thể hiện tiềm năng rất mạnh mẽ như một công cụ để bảo vệ nhân quyền nói chung và quyền của người phụ nữ nói riêng. Đề cập đến thực tiễn công nhận hay bác bỏ áp dụng tập quán, Christa Rautenbach trong bài viết "*Case Law as an Authoritative Source of Customary Law: Piecemeal Recording of (Living) Customary Law?*" (http://www.saflii.org/za/journals/PER/2019/67.html, 2019), đã xem xét vấn đề công nhận tập quán thông qua Hiến pháp và thông qua thực tiễn xét xử của Tòa án. Việc công nhận và buộc các Tòa án phải áp dụng tập quán đã nâng vị trí của tập quán lên ngang hàng với pháp luật. Bài viết cũng đã đề cập đến ba trường hợp cụ thể mà Tòa án Hiến pháp đã ứng xử để bác bỏ việc áp dụng tập quán/phát triển quy tắc tập quán tạo ra sự bất bình đẳng nam nữ.

Những công trình nghiên cứu về tập quán của nước ngoài tuy không trực tiếp bàn đến vấn đề tập quán và áp dụng tập quán ở Việt Nam nhưng đã cung cấp các góc nhìn lý luận và thực tiễn về tập quán đáng tham khảo.

2. Tình hình nghiên cứu về thực trạng áp dụng tập quán trong quản lý xã hội của Nhà nước

Điểm khác biệt của hướng nghiên cứu này so với các nghiên cứu về lý luận đã nêu ở trên là các tác giả đã nhấn mạnh đến thực tiễn áp dụng tập quán trong đời sống xã hội. Các công trình nghiên cứu trong hướng này có thể được phân loại theo hai trục chính: các nghiên cứu về nguyên lý, nguyên tắc, phương pháp áp dụng tập quán và các nghiên cứu về áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc cụ thể của các chủ thể có thẩm quyền.

Các nghiên cứu về nguyên lý, nguyên tắc và phương pháp áp dụng tập quán được thực hiện ở các góc độ và cấp độ khác nhau. Cụ thể:

Trong cuốn "*Vận dụng luật tục Êđê vào việc xây dựng gia đình, buôn, thôn văn hóa*" (Nxb Văn hóa dân tộc, Hà Nội 2007), nhóm tác giả Trương Bi, Bùi Minh Vũ, Kra Y Wơn đã luận bàn về việc vận dụng các quy định của luật tục Êđê trong việc xây

dựng gia đình văn hóa; giữ gìn trật tự buôn, thôn; bảo vệ tài sản cộng đồng; giáo dục con cháu, dân buôn về ý thức bảo vệ rừng, đất đai, nguồn nước, giữ gìn và phát huy bản sắc văn hóa truyền thống của cộng đồng. Tác giả Đặng Thị Hoa với "*Quản lý xã hội vùng dân tộc thiểu số ở Việt Nam trong phát triển bền vững*" (Nxb Khoa học xã hội, Hà Nội 2014) đã phân tích tác động của các yếu tố truyền thống, trong đó có tập quán đến QLXH cấp cơ sở ở vùng dân tộc thiểu số hiện nay; đánh giá các ưu điểm, hạn chế của hệ thống chính trị cơ sở trong QLXH vùng dân tộc thiểu số. Trương Tiến Hưng nghiên cứu để "*Vận dụng luật tục dân tộc Chăm trong quản lý nhà nước của chính quyền địa phương*" (Nxb Chính trị Quốc gia - Sự thật, Hà Nội, 2014). Để đạt được mục đích đó, tác giả đã nghiên cứu, đánh giá thực trạng áp dụng luật tục Chăm của chính quyền địa phương trong quản lý cộng đồng người Chăm ở tỉnh Ninh Thuận trong các lĩnh vực: HN&GĐ; trật tự an toàn xã hội; tôn giáo, tín ngưỡng; dân sự; môi trường; xây dựng đời sống văn hóa mới. Cũng mạch nghiên cứu này, có thể kể đến một số luận án tiến sĩ như: "*Luật tục người Thái và sự vận dụng trong quản lý nhà nước đối với cộng đồng người Thái ở các tỉnh Bắc Trung Bộ Việt Nam*" của Vi Văn Sơn (Học viện Chính trị Quốc gia Hồ Chí Minh, 2015); "*Ảnh hưởng của luật tục đến việc thực hiện pháp luật hôn nhân và gia đình trong các dân tộc thiểu số tại chỗ ở Tây Nguyên hiện nay*" của Nguyễn Thị Vân Anh (Trường Đại học Luật Hà Nội, 2017); "*Luật tục và ảnh hưởng của luật tục đối với thực hiện pháp luật trong cộng đồng người Êđê ở các tỉnh Tây Nguyên Việt Nam*" của Bùi Hồng Quý (Học viện Chính trị Quốc gia Hồ Chí Minh, 2018); "*Luật tục về bảo vệ tài nguyên thiên nhiên và môi trường ở Việt Nam (Qua luật tục của các dân tộc thiểu số ở Tây Bắc và Tây Nguyên)"* của Hoàng Văn Quynh (Học viện Khoa học xã hội, 2018)… trong các nghiên cứu này, các tác giả đã đánh giá thực trạng áp dụng luật tục trong một số lĩnh vực ở các vùng, miền khác nhau trên cả nước. Điểm nổi bật của các nghiên cứu này là việc đánh giá thực trạng áp dụng luật tục đều được dựa trên các kết quả khảo sát nên có độ tin cậy cao. Các nghiên cứu đều chỉ ra rằng, luật tục vẫn giữ vai trò quan trọng trong điều chỉnh nhiều lĩnh vực đời sống của người dân. Ngoài ra, các tác giả cũng đã chỉ rõ những mặt tích cực và hạn chế trong thực tiễn áp dụng luật tục.

Một công trình nổi bật khác có thể kể tới là cuốn "*Luật tục Ê Đê, một nền tư pháp hòa giải: Những giá trị xã hội và sự biến đổi*" của Trương Thị Hiền (Nxb Khoa học xã hội, Hà Nội, 2017). Cuốn sách đã đề cập đến luật tục của cộng đồng dân tộc thiểu số Ê Đê, đánh giá sự thay đổi của luật tục trong xã hội hiện đại và sự tương quan giữa luật tục và luật pháp trong QLXH ngày nay. Hiện nay, trong cộng đồng người Ê

Đê, luật tục và luật pháp đang cùng tồn tại như là những chuẩn mực xã hội, luật tục vẫn là một công cụ hữu hiệu để giải quyết các tranh chấp trong cộng đồng thông qua con đường hòa giải. Gần đây, Buôn Krông Thị Tuyết Nhung đã nghiên cứu về "*Luật tục Bahnar trong đời sống đương đại*" (Nxb Đà Nẵng, Đà Nẵng 2019). Tác giả đã phân tích, đánh giá thực trạng các nhân tố tác động làm biến đổi luật tục Bahnar hiện nay, bao gồm, sự thay đổi môi trường tự nhiên và không gian xã hội; sự thay đổi về phương thức sản xuất; sự biến đổi về cơ cấu tổ chức xã hội; sự thay đổi nhận thức xã hội; sự biến đổi văn hóa, tín ngưỡng; sự tác động của chính sách, pháp luật của Nhà nước.

Trong thời gian qua, một số đề tài nghiên cứu khoa học các cấp cũng có những đánh giá về thực trạng áp dụng tập quán. Chẳng hạn, đề tài cấp Nhà nước "*Thể chế xã hội trong phát triển xã hội và quản lý phát triển xã hội ở nước ta hiện nay*" do Dương Thị Thanh Mai làm chủ nhiệm (2011). Tại chương II đề tài đã đưa ra kết quả khảo sát thực tế vai trò của luật tục Gia rai ở Gia Lai trong việc điều chỉnh các quan hệ xã hội; vai trò của người uy tín trong quá trình áp dụng luật tục vào cơ chế tự quản của làng bản để giải quyết các tranh chấp phát sinh. Đề tài cấp bộ "*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"* do Nguyễn Văn Trọng làm chủ nhiệm (2013). Trên cơ sở khảo sát các tập quán đang tồn tại ở các địa phương, nhóm nghiên cứu đã 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 của đồng bào dân tộc miền núi phía Bắc. Thời gian qua, Bộ Tư pháp đã chủ trì nhiều công trình nghiên cứu nhằm đánh giá thực trạng áp dụng tập quán. Đặc biệt, vào năm 2015, Viện Khoa học Pháp lý, Bộ Tư pháp đã được phê duyệt và bắt đầu triển khai thực hiện "*Dự án điều tra cơ bản: Các tập quán điển hình điều chỉnh quan hệ dân sự, thương mại, hôn nhân và gia đình ở Việt Nam và thực tiễn áp dụng của các cơ quan có thẩm quyền*". Để thực hiện dự án, Viện Khoa học Pháp lý đã phối hợp với các cơ quan hữu quan, các địa phương, các nhà nghiên cứu, nhà hoạt động thực tiễn tổ chức nhiều hoạt động nghiên cứu, đánh giá, các kết quả nghiên cứu bước đầu được trình bày trong các hội thảo khoa học. Thông qua các tài liệu hội thảo đã cho thấy bức tranh khá toàn cảnh về thực trạng áp dụng tập quán thuộc nhiều địa phương ở Việt Nam. Dự án này đã hoàn thành vào năm 2018, trong Báo cáo tổng hợp kết quả nhiệm vụ đã có những đánh giá về thực trạng áp dụng tập quán ở Việt Nam gắn với các lĩnh vực nghiên cứu mà nhiệm vụ đặt ra.

Cùng với các nghiên cứu nói trên, có thể kể tới các công trình nghiên cứu là các bài viết đăng trên các tạp chí chuyên ngành. Trong bài viết "*Kết hợp pháp luật và*

phong tục, tập quán trong việc quản lý xã hội ở nước ta hiện nay" (Tạp chí Phát triển nhân lực, Số 1/2011), Nguyễn Năng Nam đã phân tích thực trạng áp dụng tập quán, từ đó đưa ra nhận định: để việc QLXH đạt hiệu quả cao, phản ánh đầy đủ tính chất của Nhà nước pháp quyền XHCN, đặc biệt đối với nước ta - một quốc gia đa dân tộc, đòi hỏi chúng ta phải thực hiện tốt việc kết hợp giữa pháp luật với hệ thống các thiết chế xã hội khác, trong đó gần gũi và trực tiếp nhất là phong tục, tập quán. Nghiên cứu ở phạm vi hẹp hơn về không gian có bài viết "*Vai trò của hương ước trong quản lý xã hội hiện nay ở vùng dân tộc thiểu số (Nghiên cứu trường hợp tỉnh Sơn La)*" của Đặng Thị Hoa và Đặng Chí Thông (Tạp chí Dân tộc học, Số 5+6/2012). Theo các tác giả, trong đời sống của người dân ở vùng nông thôn và miền núi hiện nay, bên cạnh hệ thống pháp luật của Nhà nước, hương ước truyền thống vẫn có vị trí quan trọng, góp phần ổn định xã hội ở nông thôn và giữ gìn các giá trị bản sắc văn hóa tộc người. Để minh chứng, các tác giả đã đưa ra kết quả khảo sát ở 8 dân tộc trong tỉnh Sơn La. Kết quả khảo sát cho thấy: sự vận hành quản lý thôn bản và các mối quan hệ chủ yếu trong cộng đồng vẫn dựa vào hương ước, luật tục của từng thôn bản. Đây là phương tiện quan trọng để bảo vệ thôn bản trước những xáo trộn và giúp hạn chế nhiều mặt trái của xã hội đương đại ảnh hưởng đến từng hộ gia đình. Đỗ Hồng Kỳ với bài viết "*Hình thức phân xử của luật tục Ê đê trong xã hội cổ truyền và xã hội đương đại*" (Tạp chí Khoa học xã hội Việt Nam, Số 1/2013) đã đánh giá các yếu tố tác động làm biến đổi và suy giảm vai trò của luật tục trong xã hội đương đại, thực trạng sử dụng luật tục để phân xử các xung đột trong các buôn làng Ê đê. Theo tác giả, trong xã hội mới, luật tục có những thay đổi, nhưng nó vẫn đóng vai trò rất quan trọng trong đời sống của người Ê Đê.

Cũng theo mạch nghiên cứu trên nhưng gắn với vùng nông thôn có các bài viết nổi bật như: "*Hương ước và mấy vấn đề quản lý xã hội ở nông thôn hiện nay*" của Bùi Quang Dũng (Tạp chí Xã hội học, Số 1/2013). Tác giả đã phân tích, làm nổi bật mối quan hệ giữa khung quản lý hành chính nhà nước và "tính tự quản" của làng; các chức năng của hương ước trong đời sống nông thôn và biến đổi xã hội nông thôn từ sau đổi mới; việc áp dụng luật pháp và hương ước trong QLXH nông thôn hiện nay. Bài viết "*Hương ước trong quản lý xã hội nông thôn hiện nay*" của Bùi Xuân Đính (Tạp chí Khoa học Xã hội TP Hồ Chí Minh, Số 193/2014) đã chỉ rõ, ngày nay, các đặc điểm của làng truyền thống (về kinh tế-xã hội, vai trò tự quản, vị thế của làng và của người nông dân…) đã có sự thay đổi căn bản. Trong xã hội mới đòi hỏi phải được quản lý bằng pháp luật nhằm tạo ra sự thống nhất, nhưng không thể bỏ qua các yếu tố truyền thống trong đó có tập quán. Cùng luận bàn về chủ đề này, Phạm Hữu Nghị có bài viết "*Chính*

sách thực hiện, áp dụng pháp luật, vận dụng hương ước trong quản lý xã hội ở nông thôn: thực trạng và những vấn đề đặt ra" (Tạp chí Khoa học xã hội Việt Nam, Số 6/2015). Tác giả đã phân tích thực trạng chính sách thực hiện, áp dụng pháp luật, chính sách vận dụng hương ước trong QLXH ở nông thôn; chỉ ra những vấn đề còn tồn tại trong thực tiễn thực hiện và các giải pháp để khắc phục tồn tại. Trương Thị Hiền với bài viết "*Pháp luật và hương ước trong quản lý xã hội nông thôn: đánh giá từ phía người dân*" (Tạp chí Khoa học xã hội Việt Nam, Số 6/2015). Bài viết phân tích thực trạng người dân ở nông thôn thực hiện quyền được bàn bạc, quyền được giám sát, đồng thời phân tích sự tồn tại của hương ước xét từ cái nhìn của người dân và không gian pháp luật ở vùng nông thôn; chỉ rõ sự cần thiết phải tạo ra những cơ hội để có thêm sự tương tác, bổ trợ giữa hệ thống pháp luật và hương ước trong QLXH.

Nghiên cứu về thực trạng áp dụng tập quán trong lĩnh vực HN&GĐ, Nguyễn Phương Lan có bài viết "*Một số vấn đề về áp dụng tập quán trong quan hệ hôn nhân và gia đình*" (Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, Số 8/2016). Thông qua việc nghiên cứu thực tiễn, tác giả kết luận: việc áp dụng tập quán trong quan hệ HN&GĐ có thể được thực hiện qua nhiều hình thức, không chỉ ở việc xét xử của Tòa án. Một trong những hình thức có hiệu quả thiết thực là vận dụng tập quán trong việc hòa giải những mâu thuẫn gia đình ở cơ sở. Trần Thị Ngọc Anh và Hoàng Văn Sơn luận bàn về thực trạng vai trò của luật tục Thái đối với sự hình thành ý thức pháp luật nói chung, ý thức bảo vệ môi trường và tinh thần đoàn kết, lối sống tình nghĩa nói riêng với bài viết "*Vai trò của luật tục Thái đối với sự hình thành ý thức pháp luật và đạo đức*" (Tạp chí Khoa học xã hội Việt Nam, Số 12/2016). Tô Văn Hoà nghiên cứu về "*Những giá trị của luật tục về đất đai, giải quyết tranh chấp đất đai vùng Tây Nguyên*" (Tạp chí Luật học, Số 3/2020). Trên cơ sở phân tích nội dung luật tục Tây Nguyên về quyền sở hữu và sử dụng đất đai; cách thức giải quyết tranh chấp đất đai theo luật tục, tác giả đã chỉ ra những giá trị đáng tham khảo phục vụ cho việc giải quyết một cách hiệu quả các tranh chấp đất đai có liên quan tới dân tộc thiểu số ở Tây Nguyên trong giai đoạn hiện nay.

Nghiên cứu về áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc cụ thể của các chủ thể có thẩm quyền cũng được thực hiện dưới nhiều hình thức đa dạng. Cụ thể, có thể kể tới đề tài *"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"* của nhóm tác giả Nguyễn Thị Quỳnh, Nguyễn Quốc Việt và Nguyễn Hoàng Phương (Chính phủ Việt Nam - Chương trình phát triển Liên Hiệp Quốc đồng tài trợ, 2013). Nghiên cứu đã đánh giá thực trạng áp dụng tập quán pháp trong công tác xét xử ở Việt Nam trên cơ sở

phân tích, bình luận một số vụ án đã được TAND các cấp xét xử. Kết quả nghiên cứu cho thấy, áp dụng tập quán là cách thức hiệu quả trong giải quyết tranh chấp dân sự, nhất là trong các trường hợp thiếu các quy định pháp luật và sự thỏa thuận của các đương sự. Đỗ Văn Đại với cuốn "*Luật thừa kế Việt Nam: Bản án và bình luận bản án*" (Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội 2009). Cuốn sách đề cập đến thực trạng áp dụng tập quán thông qua vụ tranh chấp về thời điểm mở thừa kế được giải quyết bởi Tòa án. Trong vụ việc này, Tòa án đã áp dụng tập quán với vai trò là một nguồn chứng cứ. Cũng tác giả này, trong cuốn "*Luật Hợp đồng Việt Nam - Bản án và bình luận bản án*" (Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội 2010), đã phân tích 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") như một minh chứng về việc thừa nhận áp dụng tập quán trong công tác xét xử của Tòa án.

Nghiên cứu đánh giá thực trạng áp dụng tập quán cũng được thể hiện trong một số luận án tiến sĩ như: "*Áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc dân sự của Tòa án nhân dân ở Việt Nam hiện nay*" của Nguyễn Thị Tuyết Mai (Học viện Chính trị Quốc gia Hồ Chí Minh, Hà Nội, 2014). Tại Chương 3, tác giả đã phân tích thực trạng áp dụng tập quán trong hoạt động xét xử của Tòa án thông qua các vụ việc cụ thể; đánh giá những thành công và bất cập của việc áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc dân sự tại Tòa án hiện nay, đồng thời luận giải nguyên nhân của các bất cập đó. Trong luận án "*Áp dụng tập quán giải quyết các tranh chấp thương mại ở Việt Nam*" (Đại học Quốc gia Hà Nội, 2015), Nguyễn Mạnh Thắng đã phân tích, đánh giá thực trạng môi trường pháp lý liên quan tới áp dụng tập quán ở Việt Nam; phân tích thực tiễn áp dụng tập quán tại Tòa án gắn với 02 vụ việc cụ thể được Tòa án xét xử; nêu ra những bất cập chủ yếu liên quan tới áp dụng tập quán ở Việt Nam hiện nay và nguyên nhân của bất cập đó. Trương Thị Hiền nghiên cứu về "*Mối quan hệ giữa luật tục và luật pháp trong quản lý xã hội (Nghiên cứu trường hợp luật tục Ê Đê trên địa bàn tỉnh Đắk Lắk)*" (Học viện Khoa học Xã hội, 2015). Nghiên cứu đã chỉ ra sự hiện hữu của luật tục trong điều chỉnh các quan hệ xã hội trong cộng đồng người Ê Đê ở Đắk Lắk; phân tích việc áp dụng luật tục trong giải quyết các vụ việc cụ thể.

Cũng mạch nghiên cứu trên, có thể kể đến các bài viết như: "*Phong tục, tập quán và áp dụng tập quán trong công tác xét xử án dân sự*" của Phùng Trung Tập (Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, Số 3/2015); loạt bài viết: "*Nhận diện tập quán để áp dụng trong công tác xét xử vụ việc dân sự, hôn nhân và gia đình của Tòa án nhân dân*" (Tạp chí Tòa án Nhân dân, Số 11+12/2018); "*Áp dụng tập quán khi chưa có điều luật để áp*

dụng trong thực tiễn công tác xét xử các vụ án dân sự" (Tạp chí Khoa học pháp lý Việt Nam, Số 05/2020); "*Áp dụng tập quán có nội dung điều chỉnh mâu thuẫn với quy định của pháp luật trong thực tiễn công tác xét xử các vụ án dân sự*" (Tạp chí Khoa học pháp lý Việt Nam, Số 06/2020) của Nguyễn Hải An; bài viết "*Tập quán - Một loại nguồn bất thành văn được áp dụng để giải quyết vụ việc dân sự*" của Phạm Văn Tuyết (Tạp chí Pháp luật và Kinh tế, Số 2/2021); bài viết *"Điều kiện áp dụng tập quán trong giải quyết tranh chấp về hôn nhân và gia đình tại tòa án nhân dân"* (Tạp chí Công Thương Số 4, tháng 2/2021) của Nguyễn Bé Lê... Trong các bài viết này, việc phân tích thực trạng áp dụng tập quán đều được các tác giả gắn với các vụ việc thực tiễn.

3. Tình hình nghiên cứu về giải pháp đảm bảo hiệu quả áp dụng tập quán trong quản lý xã hội của Nhà nước

Các nghiên cứu trong hướng này thường đưa ra quan điểm và giải pháp đảm bảo hiệu quả áp dụng tập quán, có thể kể đến như:

Đề tài cấp Nhà nước "*Thể chế xã hội trong phát triển xã hội và quản lý phát triển xã hội ở nước ta hiện nay*" do Dương Thị Thanh Mai làm chủ nhiệm (2011) đã đề xuất một số giải pháp nhằm hoàn thiện và phát huy thể chế xã hội tự quản ở vùng Tây Nguyên như: cần phát huy những giá trị tích cực của luật tục, phát huy vai trò của những người uy tín trong cộng đồng. Nhóm tác giả Nguyễn Thị Quỳnh, Nguyễn Quốc Việt và Nguyễn Hoàng Phương với nghiên cứu "*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*" (Chính phủ Việt Nam - Chương trình phát triển Liên Hiệp Quốc đồng tài trợ, 2013) đã đề xuất các giải pháp nhằm nâng cao hiệu quả áp dụng tập quán ở Việt Nam, trong đó, có các giải pháp hoàn thiện pháp luật về tập quán; giải pháp nhằm nâng cao năng lực áp dụng tập quán cho các chủ thể có thẩm quyền cũng như nâng cao vai trò của các tổ chức, cá nhân (già làng, trưởng bản) trong việc giữ gìn và phát huy các giá trị tích cực của tập quán. Với phạm vi hẹp hơn về không gian, đề tài cấp bộ "*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*" do Nguyễn Văn Trọng làm chủ nhiệm (2013) đã đề xuất một số giải pháp theo hướng thực hiện các chính sách nhằm hạn chế những phong tục, tập quán lạc hậu, phát huy những phong tục, tập quán tốt đẹp. Cũng với phạm vi giới hạn ở một số nhóm người, đề tài cấp bộ "*Vai trò của Luật tục các dân tộc thiểu số Tây Nguyên trong quản lý cộng đồng cơ sở*" do Bùi Văn Hùng làm chủ nhiệm (2018) đã khái quát các giải pháp được vận dụng ở từng địa phương thành các giải pháp chung cho các tỉnh Tây Nguyên.

Trong cuốn *"Luật tập quán và quyền con người"* (Nxb Hồng Đức - Hội Luật gia Việt Nam, 2013), Phan Nhật Thanh đã đưa ra các kiến nghị về việc công nhận áp dụng tập quán như một cách thức bảo đảm quyền con người, tạo nên sự công bằng xã hội. Về phần mình, Đặng Thị Hoa trong cuốn "*Quản lý xã hội vùng dân tộc thiểu số ở Việt Nam trong phát triển bền vững*" (Nxb Khoa học Xã hội, Hà Nội, 2014) đã đề xuất các giải pháp sử dụng các yếu tố truyền thống, trong đó có tập quán để tăng cường hiệu quả QLXH tại vùng dân tộc thiểu số. Trong khi đó, trong cuốn "*Vận dụng luật tục dân tộc Chăm trong quản lý nhà nước của chính quyền địa phương*" (Nxb Chính trị Quốc gia - Sự thật, Hà Nội, 2014), Trương Tiến Hưng đã đánh giá thực trạng áp dụng luật tục Chăm của chính quyền địa phương trong quản lý cộng đồng người Chăm ở tỉnh Ninh Thuận, nêu ra các quan điểm và giải pháp cơ bản bảo đảm việc áp dụng luật tục Chăm trong quản lý cộng đồng người Chăm của chính quyền địa phương. Từ việc phân tích vai trò của luật tục trong đời sống của người Bahnar hiện nay, trong cuốn "*Luật tục Bahnar trong đời sống đương đại*" (Nxb Đà Nẵng, Đà Nẵng, 2019), Buôn Krông Thị Tuyết Nhung đề xuất một số giải pháp bảo tồn và phát huy giá trị của luật tục nói chung và luật tục Bahnar nói riêng. Một số giải pháp cụ thể như: thừa nhận sự tồn tại của luật tục; lựa chọn, kế thừa mặt tích cực của luật tục trong quản lý cơ sở; phát huy vai trò của già làng, người có uy tín trong cộng đồng; bồi dưỡng, đào tạo nguồn nhân lực cấp cơ sở vùng đồng bào dân tộc thiểu số có kiến thức về luật tục, phong tục tập quán; xây dựng quy ước nông thôn trên nền tảng luật tục… Trong cuốn "*Hương ước, lệ làng - Quá khứ, hiện tại, tương lai*" (Nxb Tư Pháp, Hà Nội, 2020), Lê Đức Tiết đã kiến nghị một số yêu cầu về mặt kỹ thuật lập pháp đối với hương ước, quy ước như: nội dung, văn phong, trình tự soạn thảo, ban hành áp dụng, sửa đổi, bổ sung… nhằm kế thừa và phát huy những mặt tích cực của hương ước cổ để phục vụ cho sự nghiệp giữ nước và dựng nước trong thời gian tới.

Trên cơ sở đánh giá thực trạng "*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, Học viện Chính trị Quốc gia Hồ Chí Minh, Hà Nội, 2014), Nguyễn Thị Tuyết Mai đã nêu các quan điểm và đề xuất các giải pháp nhằm đảm bảo áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc dân sự của Tòa án. Theo tác giả, phải đảm bảo pháp chế XHCN trong áp dụng tập quán, theo đó, cần tôn trọng tính tối cao của Hiến pháp và đảm bảo tính thống nhất của hệ thống pháp luật; cần hiểu và áp dụng thống nhất những quy định của pháp luật khi áp dụng tập quán; hiểu thống nhất về tập quán… Về giải pháp, tác giả đã đề xuất các giải pháp liên quan đến hoàn thiện pháp luật, 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. Ngoài ra, tác giả còn đề xuất các giải pháp liên quan trực tiếp tới công tác xét xử của Tòa án như giải pháp về công tác báo cáo, thống kê, tập hợp tập quán phục vụ hoạt động giải quyết vụ việc dân sự... Luận án tiến sĩ "*Áp dụng tập quán giải quyết các tranh chấp thương mại ở Việt Nam*" của Nguyễn Mạnh Thắng (Đại học Quốc gia Hà Nội, 2015) thì kiến nghị về chính sách và những định hướng liên quan tới áp dụng tập quán thương mại. Cụ thể, tác giả kiến nghị các giải pháp về lập pháp như cần xây dựng mô hình áp dụng tập quán giải quyết các tranh chấp thương mại (như tổ chức một số tòa án chuyên biệt áp dụng tập quán tại một số địa phương để giải quyết các tranh chấp); xây dựng hệ thống pháp luật có các loại nguồn và thứ tự ưu tiên các loại nguồn thống nhất và hợp lý. Kiến nghị các giải pháp thi hành như tìm tòi, sưu tập và nghiên cứu các tập quán thương mại; tập huấn việc áp dụng tập quán thương mại cho các thẩm phán, luật sư, cũng như các trọng tài viên… Từ việc nghiên cứu "*Luật tục người Thái và sự vận dụng trong quản lý nhà nước đối với cộng đồng người Thái ở các tỉnh Bắc Trung Bộ Việt Nam*" (Luận án tiến sĩ, Học viện Chính trị Quốc gia Hồ Chí Minh, 2015), Vi Văn Sơn đã nêu sáu quan điểm và năm nhóm giải pháp đảm bảo việc vận dụng luật tục người Thái trong quản lý nhà nước đối với cộng đồng người Thái ở các tỉnh Bắc Trung bộ Việt Nam. Nguyễn Thị Vân Anh trong luận án tiến sĩ "*Ảnh hưởng của luật tục đến việc thực hiện pháp luật hôn nhân và gia đình trong các dân tộc thiểu số tại chỗ ở Tây Nguyên hiện nay*" (Trường Đại học Luật Hà Nội, 2017) và Bùi Hồng Quý trong luận án tiến sĩ "*Luật tục và ảnh hưởng của luật tục đối với thực hiện pháp luật trong cộng đồng người Êđê ở các tỉnh Tây Nguyên Việt Nam*" (Học viện Chính trị Quốc gia Hồ Chí Minh, 2018) cũng đã nêu ra các quan điểm và kiến nghị các giải pháp nhằm phát huy ảnh hưởng tích cực, hạn chế ảnh hưởng tiêu cực của luật tục đối với thực hiện pháp luật trong cộng đồng các dân tộc thiểu số ở Tây Nguyên. Với một góc nhìn khá thú vị, luận án tiến sĩ: "*Luật tục về bảo vệ tài nguyên thiên nhiên và môi trường ở Việt Nam (Qua luật tục của các dân tộc thiểu số ở Tây Bắc và Tây Nguyên)"* của Hoàng Văn Quynh (Học viện Khoa học xã hội, 2018) đã chỉ rõ nhu cầu bảo tồn, phát huy vai trò của luật tục trong việc bảo vệ tài nguyên thiên nhiên và môi trường; tác giả nêu ra ba quan điểm và đề xuất bốn nhóm giải pháp nhằm bảo tồn, phát huy các giá trị của luật tục trong việc bảo vệ tài nguyên thiên nhiên và môi trường ở Việt Nam hiện nay, trong đó, nổi bật là các giải pháp về khai thác, vận dụng giá trị mang tính tích cực của luật tục để hoàn thiện các văn bản về quản lý, bảo vệ tài nguyên thiên nhiên và môi trường ở các vùng dân tộc thiểu số; đào tạo đội ngũ cán bộ cấp cơ sở, già làng, trưởng

bản và những người có uy tín phục vụ công tác bảo tồn, khai thác và phát huy luật tục trong việc bảo vệ tài nguyên thiên nhiên và môi trường.

Bên cạnh các công trình nêu trên, có thể kể đến các bài viết đăng trên các tạp chí chuyên ngành. Chẳng hạn, bài viết "*Luật tục và pháp luật trong điều kiện xây dựng Nhà nước pháp quyền ở Việt Nam*" của Nguyễn Quốc Sửu (Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, Số 7/2012) đã khảo cứu kinh nghiệm của một số nước trong việc phát huy vai trò của luật tục, từ đó, rút ra bài học cho Việt Nam trong điều kiện xây dựng Nhà nước pháp quyền XHCN. Bài viết "*Tạo lập nguồn pháp luật đáp ứng yêu cầu xây dựng Nhà nước pháp quyền và hội nhập quốc tế*" (Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, Số 12/2013) của Nguyễn Minh Đoan và Nguyễn Minh Đức lại nhấn mạnh đến yêu cầu và giải pháp tạo lập nguồn của pháp luật trong điều kiện xây dựng Nhà nước pháp quyền và hội nhập quốc tế ở Việt Nam hiện nay. Theo các tác giả, cần củng cố, hoàn thiện những loại nguồn hiện có, làm rõ mối quan hệ giữa các loại nguồn và thứ tự ưu tiên áp dụng chúng để đảm bảo tính thống nhất, chính xác trong việc áp dụng. Đối với tập quán, để loại nguồn này phát huy hơn nữa vai trò của mình thì cần phải sưu tầm, công bố các tập quán, có hướng dẫn cụ thể hơn về điều kiện, nguyên tắc áp dụng tập quán. Với phạm vi nghiên cứu gắn với một địa phương cụ thể, Trần Hoàng Hiểu có bài viết "*Ảnh hưởng của phong tục tập quán đến phát triển kinh tế của cộng đồng người Khmer đồng bằng sông Cửu Long*" (Tạp chí Khoa học Cần Thơ, Số 3/2019). Từ việc khẳng định phong tục, tập quán của cộng đồng Người Khmer có ảnh hưởng đến phát triển kinh tế, tác giả đã đưa ra một số kiến nghị nhằm phát huy những ảnh hưởng tích cực, hạn chế những ảnh hưởng tiêu cực của phong tục tập quán đến phát triển kinh tế, góp phần nâng cao đời sống của đồng bào dân tộc Khmer đồng bằng sông Cửu Long như: phát huy vai trò các đoàn thể, các sư sãi trong nâng cao nhận thức, từng bước thay đổi những phong tục, tập quán ảnh hưởng đến phát triển kinh tế; tăng cường vai trò của Nhà nước trong việc hạn chế những tác động tiêu cực từ phong tục tập quán đến phát triển kinh tế. Trong bài viết "*Tăng cường hiệu lực pháp luật, kết hợp với phát huy vai trò của luật tục trong quản lý phát triển xã hội ở vùng đồng bào dân tộc thiểu số tỉnh Sơn La*" (https://www.tapchicongsan.org.vn, 10/2020), Nguyễn Hữu Đông đã nêu ra một số giải pháp cần thực hiện để kết hợp hài hòa giữa tăng cường hiệu lực pháp luật và phát huy vai trò của luật tục trong quản lý, phát triển xã hội vùng đồng bào dân tộc thiểu số tại tỉnh Sơn La như: vận dụng luật tục phải gắn với xây dựng hệ thống chính trị cơ sở vững mạnh, phát huy dân chủ ở cơ sở và vai trò của người có uy tín trong cộng đồng; vận dụng luật tục phải bảo đảm tính bình đẳng, đoàn kết giữa các dân tộc, tăng cường

hòa giải ở cơ sở.

4. Nhận xét tình hình nghiên cứu các vấn đề của đề tài và những vấn đề cần tiếp tục nghiên cứu trong luận án

4.1. Nhận xét tình hình nghiên cứu các vấn đề của đề tài luận án

Qua khảo cứu các công trình nghiên cứu các vấn đề của đề tài luận án, có thể thấy rõ tập quán và áp dụng tập quán là đề tài thu hút được sự quan tâm nghiên cứu dưới nhiều góc độ, khía cạnh khác nhau. Tuy nhiên, hiện nay chưa có công trình nào nghiên cứu trực tiếp, toàn diện về áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước. Những vấn đề của đề tài luận án dù ít nhiều đã được đề cập trong các nghiên cứu đó nhưng còn chưa làm rõ được đầy đủ các nội dung về lý luận, thực trạng và quan điểm, giải pháp cho vấn đề này. Khái quát lại tình hình nghiên cứu các vấn đề của đề tài luận án có thể rút ra một số nhận xét như sau:

Đối với các vấn đề lý luận về áp dụng tập quán:

Các nghiên cứu hiện có đã xây dựng được một số vấn đề lý luận về tập quán và áp dụng tập quán như: khái niệm tập quán, nguồn gốc, bản chất, hình thức tồn tại, vai trò, giá trị của tập quán; phân biệt tập quán với các quy tắc xử sự khác. Một số nghiên cứu đã xây dựng và phân tích được khái niệm áp dụng tập quán, sự cần thiết phải áp dụng tập quán trong QLXH, cách thức chứng minh sự tồn tại của tập quán. Ngoài ra, một số nghiên cứu đã trình bày về nguyên tắc, quy trình, các yếu tố tác động đến việc áp dụng tập trong một số lĩnh vực nhất định. Các nghiên cứu này là nguồn tư liệu tốt để tác giả tham khảo trong quá trình thực hiện đề tài luận án của mình. Tuy nhiên, do góc độ và phạm vi nghiên cứu nên về mặt lý luận, các nghiên cứu hiện có không đi sâu vào phân tích từng vấn đề lí luận cụ thể mà chủ yếu chỉ trình bày một cách cơ bản, ngắn gọn một số vấn đề lý luận có liên quan, chưa xây dựng được cơ sở lý luận đầy đủ cho việc áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước. Do vậy, đây chính là một trong những nhiệm vụ đặt ra cho luận án này.

Về thực trạng áp dụng tập quán:

Các nghiên cứu đã cho thấy sự tồn tại tất yếu và vai trò không thể bỏ qua của tập quán với tư cách là nguồn bổ sung của pháp luật trong QLXH. Một số nghiên cứu đã có những phân tích, đánh giá cụ thể về thực trạng áp dụng tập quán trong một số lĩnh vực hoặc ở một số địa phương nhất định, trong đó có các dẫn chứng, số liệu khảo sát minh họa. Từ thực tiễn áp dụng tập quán trong điều chỉnh các quan hệ xã hội, có thể thấy sự hiện hữu và sự hồi sinh các giá trị của tập quán trong đời sống xã hội hiện đại. Đây chính là yếu tố góp phần làm thay đổi nhận thức của các nhà lập pháp cũng như

những người làm công tác thực tiễn, từ đó, có những giải pháp phù hợp để giữ gìn và phát huy các giá trị của tập quán. Tuy nhiên, cũng do xuất phát từ góc độ, phạm vi nghiên cứu mà hầu hết các đánh giá của các nghiên cứu lớn mới chỉ đánh giá thực trạng áp dụng tập quán trong một lĩnh vực hoặc một địa phương nhất định nên chưa phản ánh được thực trạng áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước ở Việt Nam hiện nay. Vì vậy, nhiệm vụ của luận án là có những phân tích, đánh giá mang tính khái quát và toàn diện về thực trạng áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước ở Việt Nam hiện nay.

Về quan điểm và giải pháp đảm bảo áp dụng tập quán:

Các nghiên cứu đã nêu ra các quan điểm và giải pháp nhằm đảm bảo hiệu quả của áp dụng tập quán. Tuy nhiên, với các bài viết thì các giải pháp nêu ra chỉ mang tính gợi mở, khái quát chung chung. Một số công trình nghiên cứu như các sách chuyên khảo, tham khảo, các luận án tiến sĩ, các đề tài nghiên cứu khoa học cấp Bộ, cấp Nhà nước thì dù đã nêu được các quan điểm và xây dựng được hệ thống các giải pháp nhằm đảm bảo hiệu quả áp dụng tập quán nhưng lại chỉ gắn với một số lĩnh vực hoặc địa phương nhất định. Vì vậy, các giải pháp chưa mang tính toàn diện, thậm chí một số giải pháp nêu ra không còn phù hợp và cần thiết. Chẳng hạn, một số giải pháp đề xuất hoàn thiện các quy định pháp luật, nhưng hiện nay các quy định đó đã được sửa đổi, bổ sung. Để đảm bảo hiệu quả áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước trong thời gian tới cần phải có những quan điểm và giải pháp đồng bộ về vấn đề này.

Có thể khẳng định, các nghiên cứu về tập quán nói chung và áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước nói riêng hiện đã đạt được những kết quả nhất định có thể được kế thừa trong luận án nên đều là tài liệu tham khảo hữu ích cho tác giả trong quá trình thực hiện luận án này.

4.2. Những vấn đề cần tiếp tục nghiên cứu trong luận án

Sau khi đánh giá tình hình nghiên cứu các nội dung của đề tài luận án, có thể thấy rằng một số nội dung của đề tài vẫn còn bỏ ngỏ, hoặc một số nội dung mặc dù đã được nghiên cứu nhưng tính thời sự không còn hoặc chưa toàn diện, sâu sắc. Vì vậy, luận án sẽ tập trung nghiên cứu, làm rõ những nội dung đó, cụ thể như sau:

Thứ nhất, nghiên cứu để tìm ra nội hàm khái niệm áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước, từ đó, rút ra định nghĩa, các đặc điểm của áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước.

Thứ hai, nghiên cứu khái quát về chủ thể áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước để thấy được sự khác biệt trong cách thức áp dụng tập quán của từng loại

chủ thể.

Thứ ba, luận giải, làm sáng tỏ các vấn đề lý luận về tiêu chí, cách thức lựa chọn và công nhận nhận tập quán; phạm vi, trường hợp, nguyên tắc, quy trình áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước ở Việt Nam hiện nay.

Thứ tư, phân tích, đánh giá thực trạng áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước ở Việt Nam hiện nay, chỉ ra những thành tựu và hạn chế của thực trạng này, xác định những nguyên nhân dẫn đến thực trạng đó.

Thứ năm, nêu ra các quan điểm và đề xuất các giải pháp cụ thể nhằm đảm bảo hiệu quả của việc áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước ở Việt Nam trong thời gian tới.

5. Giả thuyết nghiên cứu và câu hỏi nghiên cứu của luận án

5.1. Giả thuyết nghiên cứu của luận án

Sau khi khảo sát các công trình nghiên cứu các vấn đề của đề tài luận án, tác giả đưa ra giả thuyết nghiên cứu nhằm định hình cho việc nghiên cứu của luận án như sau:

Áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước ở một số lĩnh vực cụ thể ở nước ta hiện nay vẫn một tất yếu và đảm bảo hiệu quả áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước cũng là một tất yếu, kể cả trong điều kiện xây dựng Nhà nước pháp quyền. Nhưng để đảm bảo hiệu quả của việc áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước ở nước ta hiện nay thì cần phải thực hiện một số giải pháp nhất định.

5.2. Câu hỏi nghiên cứu của luận án

Trên cơ sở xác định rõ đối tượng nghiên cứu và mục đích nghiên cứu, tác giả đặt ra các câu hỏi nghiên cứu, cụ thể đó là:

1/ Áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước là gì? Áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước có những đặc điểm gì? Những chủ thể nào có thể áp dụng tập quán và việc áp dụng của họ phải dựa trên những nguyên tắc nào?

2/ Việc áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước ở nước ta trong thời gian qua diễn ra như thế nào? Có những ưu điểm, hạn chế gì? Nguyên nhân nào dẫn đến thực trạng đó?

3/ Trong điều kiện xây dựng Nhà nước pháp quyền ở nước ta hiện nay có cần thiết tiếp tục áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước không? Nếu có thì cần thực hiện những giải pháp nào để có thể áp dụng tập quán một cách có hiệu quả nhất?

Kết luận Tổng quan

Tập quán nói chung và áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước nói riêng là chủ đề nghiên cứu thu hút được sự quan tâm của nhiều nhà khoa học. Các nhà nghiên cứu dù có sự khác nhau về cách thức tiếp cận, phạm vi nghiên cứu, xong về cơ bản các nhà nghiên cứu đều hướng đến việc làm rõ nội hàm của khái niệm tập quán, nguồn gốc, bản chất, hình thức tồn tại và giá trị của tập quán trong điều chỉnh các quan hệ xã hội. Các nhà nghiên cứu cũng đã phần nào đề cập, làm sáng tỏ một số vấn đề về tiêu chí, cách thức lựa chọn và công nhận tập quán; nguyên tắc, quy trình áp dụng tập quán trong một số lĩnh vực cụ thể. Về mặt thực trạng, các nhà nghiên cứu đã đánh giá được thực trạng áp dụng tập quán trong một số lĩnh vực hoặc ở một số địa phương nhất định, chỉ ra được những mặt tích cực và hạn chế của thực trạng áp dụng, cũng như nguyên nhân của thực trạng đó. Về mặt giải pháp, các nhà nghiên cứu đã nêu ra được các quan điểm và đề xuất các giải pháp nhằm đảm bảo hiệu quả áp dụng tập quán trong một số lĩnh vực hoặc ở một số địa phương cụ thể. Kết quả của các công trình nghiên cứu đã tạo nên một hệ thống tri thức phong phú về tập quán nói chung và áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước nói riêng, là tiền đề để các nhà nghiên cứu cũng như các nhà hoạt động thực tiễn có được những nhận thức đúng đắn về tập quán và áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước.

Tuy nhiên, thông qua việc khảo cứu tình hình nghiên cứu các vấn đề của đề tài luận án, có thể khẳng định, cho đến nay chưa có công trình nào nghiên cứu một cách đầy đủ, toàn diện, có hệ thống về áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước ở Việt Nam hiện nay, nhằm xây dựng và hoàn thiện các vấn đề lý luận có liên quan, đánh giá thực trạng, nêu ra các quan điểm và giải pháp đồng bộ để đảm bảo hiệu quả áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước, góp phần giữ gìn và phát huy những tập quán tốt đẹp của dân tộc, đảm bảo trật tự xã hội, thúc đẩy phát triển kinh tế - xã hội, tăng cường hội nhập quốc tế. Đây cũng chính là những nhiệm vụ nghiên cứu mà luận án này cần giải quyết.

PHẦN C. NỘI DUNG CÁC CHƯƠNG

CHƯƠNG 1. CƠ SỞ LÝ LUẬN VỀ ÁP DỤNG TẬP QUÁN TRONG QUẢN LÝ XÃ HỘI CỦA NHÀ NƯỚC Ở VIỆT NAM

1.1. Khái niệm và sự cần thiết phải áp dụng tập quán trong quản lý xã hội của Nhà nước

1.1.1. Khái niệm tập quán

Tập quán là loại quy phạm xã hội hình thành một cách tự phát trong đời sống, là sản phẩm sáng tạo của các cộng đồng, dân tộc trong tiến trình phát triển, để điều chỉnh các quan hệ xã hội phát sinh trong cộng đồng, dân tộc đó. Tập quán được coi là một loại quy phạm đặc thù và lâu đời nhất, tham gia điều chỉnh các quan hệ xã hội từ giai đoạn tiền nhà nước và tiếp tục tồn tại trong xã hội có nhà nước. Trong thời kỳ tiền nhà nước, các quan hệ xã hội chủ yếu được điều chỉnh bởi tập quán và các quy phạm xã hội khác như đạo đức, tín điều tôn giáo... Hiện nay, tập quán vẫn được các nhà nước thừa nhận là một loại nguồn của pháp luật, tham gia điều chỉnh các quan hệ xã hội.

Tập quán là thuật ngữ có thể được hiểu theo nhiều cách khác nhau tùy theo góc độ tiếp cận. Dưới góc độ ngôn ngữ phổ thông, tập quán được hiểu là "*thói quen được hình thành đã lâu trong đời sống, được mọi người tuân theo*"[7]; là "*thói quen đã thành nếp trong đời sống xã hội, trong sản xuất và trong sinh hoạt thường ngày, được mọi người công nhận và làm theo*"[8].

Trong khoa học pháp lý, tập quán được hiểu là: "*những quy tắc xử sự được hình thành một cách tự phát lâu ngày thành thói quen trong đời sống xã hội hoặc giao lưu quốc tế, đang tồn tại và được các chủ thể thừa nhận như là quy tắc xử sự chung*"[9]. Hoặc 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*"[10]

Dưới góc độ pháp lý, tập quán được định nghĩa trong một số văn bản quy phạm pháp luật. Chẳng hạn, theo khoản 2 Điều 3 Nghị quyết số 04/2012/NQ-HĐTP của Hội đồng Thẩm phán TAND tối cao, tập quán là "*thói quen đã thành nếp trong*

---

[7] Nguyễn Như Ý (Chủ biên) (1996), Từ điển tiếng Việt thông dụng, Nxb. Giáo dục, Hà Nội, tr.1014.
[8] Viện Ngôn ngữ học (2003), Từ điển tiếng Việt, Nxb. Đà Nẵng - Trung tâm Từ điển học, Hà Nội, tr.901.
[9] Bộ Tư Pháp, Viện Khoa học Pháp lý (2006), Từ điển Luật học, Nxb. Từ điển Bách khoa - Nxb Tư pháp, tr.693.
[10] Nguyễn Thị Tuyết Mai (2014), Áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc dân sự của Tòa án nhân dân ở Việt Nam hiện nay, Luận án tiến sĩ Luật học, Học viện Chính trị Quốc gia Hồ Chí Minh, Hà Nội, tr.42.

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". Hoặc theo khoản 1 Điều 5 BLDS năm 2015: "*Tập quán là quy tắc xử sự có nội dung rõ ràng để xác định quyền, nghĩa vụ của cá nhân, pháp nhân trong quan hệ dân sự cụ thể, được hình thành và lặp đi lặp lại nhiều lần trong một thời gian dài, được thừa nhận và áp dụng rộng rãi trong một vùng, miền, dân tộc, cộng đồng dân cư hoặc trong một lĩnh vực dân sự*".

Mặc dù được tiếp cận dưới nhiều góc độ khác nhau, nhưng nhìn chung các quan điểm trên đều thống nhất ở điểm thừa nhận tập quán là thói quen hình thành và tồn tại lâu dài trong đời sống xã hội, được các chủ thể thừa nhận và tuân theo. Tập quán luôn gắn liền với cộng đồng, lĩnh vực đời sống nơi mà nó hình thành và tồn tại. Một thói quen của cộng đồng chỉ được coi là tập quán với tư cách là một loại quy tắc xử sự khi thỏa mãn các tiêu chuẩn: "(i) tính lặp đi lặp lại; (ii) tồn tại trong một thời gian dài; (iii) được thừa nhận rộng rãi; (iv) có nội dung về quyền và nghĩa vụ của các bên trong quan hệ"[11].

Khi nghiên cứu về tập quán, chúng ta có thể bắt gặp các thuật ngữ có tính chất tương đồng với nó như phong tục, luật tục, hương ước, lệ làng… Đây là các tên gọi khác nhau của loại quy tắc điều chỉnh hành vi mang tính thói quen có nguồn gốc hình thành từ cộng đồng. Tuy nhiên, tùy từng trường hợp mà các thuật ngữ này có thể được hiểu không hoàn toàn đồng nhất với nhau.

Trong đời sống, có thể thường xuyên bắt gặp cụm từ "phong tục tập quán" được sử dụng gắn liền với nhau đều chỉ chung thói quen xử sự, tức là, không có sự phân biệt phong tục với tập quán[12]. Tuy nhiên, cũng có nhiều nhà nghiên cứu phân biệt hai thuật ngữ này. Theo đó, phong tục được hiểu 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)"*[13]. Sự tương quan giữa phong tục và tập quán nằm ở chỗ cả hai đều là những thói quen có thể chuyển biến. Nhưng tập quán và phong tục khác nhau ở phạm vi tác động, thường thì tập quán có phạm vi tác động hẹp hơn (trong một bản, làng, huyện, tỉnh), còn phong tục thì có phạm vi tác động rộng hơn (trong một vùng, miền, quốc gia). Thêm vào đó, tập quán ít chi phối đời sống cá nhân hơn phong tục. Một cá nhân không tuân theo tập

[11] Trương Nhật Quang (2020), Pháp luật về hợp đồng - Các vấn đề pháp lý cơ bản, Nxb. Dân trí, Hà Nội, tr.113.
[12] Trường Đại học Luật Hà Nội (2018), Giáo trình Lí luận chung về nhà nước và pháp luật, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, tr.232.
[13] Trần Ngọc Thêm (1999), Cơ sở văn hóa Việt Nam, Nxb. Giáo dục, Hà Nội, tr.143.

quán ít bị những người xung quanh chỉ trích hơn là khi họ sống trái với phong tục[14]. Đồng quan điểm, một tác giả cho rằng, phong tục thiên về vấn đề văn hóa, dân tộc nhiều hơn là tập quán. Xét về phạm vi, phong tục rộng hơn tập quán. Nếu tập quán chỉ là các quy tắc xử sự chứa đựng quyền và nghĩa vụ cụ thể của các chủ thể trong quan hệ nhất định thì phong tục chứa cả lễ nghi, cách thức triển khai lễ hội, nghi lễ tâm linh… Xét về tính bảo lưu, phong tục thường mang tính bảo thủ hơn vì chậm thay đổi so với các điều kiện xã hội, đặc biệt là các phong tục về tâm linh, lễ nghi[15]. Có quan điểm nêu rõ, 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. Nghiên cứu này còn đưa ra dẫn chứng, việc tảo mộ vào dịp cuối năm hoặc đầu năm là phong tục, nếu không làm sẽ bị dư luận lên án. Trong khi đó, đối với tập quán nếu không làm sẽ phải chịu chế tài của cộng đồng[16]. Như vậy, có thể nói phong tục chứa đựng tập quán, giữa phong tục và tập quán có sự giao thoa với nhau nhưng chúng là hai thuật ngữ không hoàn toàn đồng nhất.

Luật tục là những quy tắc xử sự mang tính chất bắt buộc do các cộng đồng làng, xã xây dựng nên và được truyền từ đời này qua đời khác[17]. Luật tục thường bắt nguồn từ tập quán[18]. Có quan điểm cho rằng, luật tục là hình thức phát triển cao của phong tục tập quán và là hình thức sơ khai của pháp luật[19]. Điểm giống nhau lớn nhất giữa luật tục và tập quán chính là chúng đều có nội dung rõ ràng, xác định quyền và nghĩa vụ của các thành viên trong cộng đồng[20]. Tuy nhiên, luật tục khác với tập quán thông thường là có tính bắt buộc thực hiện[21]. Tập quán được mọi người tự giác tuân theo, theo dư luận điều chỉnh còn luật tục có tính cưỡng chế cao, gây áp lực bắt buộc mọi cá nhân tuân theo[22]. Nội dung của luật tục thường quy định rõ những điều được phép làm, những điều bị ngăn cấm và cả hướng xử lý đối với các hành vi vi phạm.

Giống như luật tục, hương ước cũng có nguồn gốc từ tập quán, được hình

---

[14] Xem: Vương Đằng (2014), Phong tục miền Nam, Nxb. Văn hóa Thông tin, Hà Nội, tr.16 - tr.17.
[15] Nguyễn Mai Trang (2016), "Một số nghiên cứu ban đầu về tập quán", Tài liệu Tọa đàm: Đánh giá pháp luật và các dạng tập quán điển hình điều chỉnh quan hệ dân sự, thương mại, hôn nhân và gia đình của đồng bào dân tộc thiểu số, Bộ Tư pháp, Viện khoa học pháp lý, tháng 9/2016, tr.2 của bài viết.
[16] Nguyễn Thị Tuyết Mai (2014), tlđd, tr.40.
[17] Bộ Tư Pháp, Viện Khoa học Pháp lý (2006), tlđd, tr.528.
[18] Trần Hữu Sơn (1999), "Tập quán và luật tục trong việc quản lý nông thôn ở một số dân tộc ít người tại tỉnh Lào Cai", Thông tin Khoa học pháp lý, Chuyên đề: Mối quan hệ giữa tập tục và pháp luật, Bộ Tư Pháp, Viện Khoa học Pháp lý (10/1999), tr.37.
[19] Trường Đại học Luật Hà Nội (2018), tlđd, tr.235.
[20] Nguyễn Mai Trang (2016), tlđd, tr.3 của bài viết.
[21] Bộ Tư Pháp, Viện Khoa học Pháp lý (2006), tlđd, tr.528.
[22] Trần Hữu Sơn (1999), tlđd, tr.37.

thành trên cơ sở tập quán của mỗi làng[23]. Các quy định của hương ước cũng có tính bắt buộc thực hiện đối với các thành viên trong làng. Có lẽ bởi vậy, mà hương ước cũng được xem là một hình thức của luật tục[24]. Tuy nhiên, hương ước cũng có điểm khác biệt nhất định so với luật tục. Bên cạnh những quy định được chép lại từ tập quán, trong bản hương ước của mỗi làng còn có những quy định do dân làng đặt ra trên cơ sở điều kiện, hoàn cảnh cụ thể của làng[25]; thể hiện sự thỏa thuận, cam kết, tự cam kết với nhau của các thành viên trong làng. Để Nhà nước có thể nắm được các làng, hạn chế bớt sự tự trị, tự quản của các làng, Nhà nước thường quy định về thủ tục phê chuẩn hương ước và đưa vào đó những quy định liên quan đến Nhà nước. Hương ước vì thế được coi như là một sự dung hòa giữa pháp luật của Nhà nước với tập quán của làng[26]. Hiện nay, Nhà nước chủ trương khuyến khích các cộng đồng dân cư xây dựng và thực hiện hương ước mới trên cơ sở kế thừa những mặt tích cực của hương ước cũ cũng như đảm bảo sự phù hợp với các quy định của pháp luật hiện hành[27].

Như vậy, dù được biểu đạt bằng tên gọi khác nhau và không hoàn toàn đồng nhất, nhưng luật tục, hương ước đều có chung nguồn gốc, đều là những quy tắc xự sự mang tính bắt buộc đối với các thành viên trong cộng đồng. Có quan điểm còn cho rằng: "*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*"[28]. Luật tục, hương ước chính là "luật" chung của bản, làng; là "cương lĩnh tinh thần", "cương lĩnh về nếp sống" của một cộng đồng dân cư nhất định. Luật tục, hương ước có thể tồn tại bằng hình thức truyền miệng hoặc được ghi thành văn bản. Luật tục, hương ước hàm chứa nội dung rất đa dạng, phong phú, bao trùm nhiều mặt sinh hoạt trong đời sống cộng đồng; thể hiện quyền tự quản của cộng đồng.

---

[23] Hương ước là tên gọi chung để chỉ để chỉ hệ thống quy chế riêng của mỗi làng (lệ làng). Do đó, hai thuật ngữ hương ước và lệ làng thường được sử dụng với hàm nghĩa đồng nhất. Hương ước còn được gọi với nhiều tên gọi khác nhau như hương lệ, hương khoán, khoán lệ, quy ước…

[24] Bùi Hồng Quý (2018), Luật tục và ảnh hưởng của luật tục đối với thực hiện pháp luật trong cộng đồng người Êđê ở các tỉnh Tây Nguyên Việt Nam, Luận án tiến sĩ Luật học, Học viện Chính trị Quốc gia Hồ Chí Minh, tr.32.

[25] Xem: Trường Đại học Luật Hà Nội (2018), tlđd, tr.233 - tr234.

[26] Xem: Trường Đại học Luật Hà Nội (2018), tlđd, tr.234.

[27] Việc xây dựng và công nhận hương ước hiện nay được thực hiện theo Quyết định số 22/2018/QĐ-TTg ngày 08/5/2018 của Thủ tướng Chính phủ Về xây dựng, thực hiện hương ước, quy ước.

[28] Xem: Nguyễn Thị Tuyết Mai (2014), tlđd, tr.41.

Bên cạnh các thuật ngữ trên, khi nghiên cứu về tập quán, còn có thể bắt gặp các thuật ngữ như luật tập quán, tập quán pháp. Để có nhận thức thống nhất cũng cần làm rõ các thuật ngữ có liên quan này.

Một số nhà nghiên cứu cho rằng, tập quán và luật tập quán là hai khái niệm không đồng nhất với nhau. Theo đó, tập quán là thói quen hành xử trong một cộng đồng nhất định và nó không mang tính bắt buộc. Trong khi đó, luật tập quán cũng là thói quen. Thói quen này được thiết lập bởi cộng đồng và trở thành khuôn mẫu của hành vi; luật tập quán chỉ xuất hiện khi mà hành vi thông thường trở thành một hành vi mang tính cưỡng chế được chấp nhận và tuân thủ bởi các chủ thể của cộng đồng[29]. Nói cách khác, luật tập quán là cách hành xử mang tính chất bắt buộc cho các thành viên của cộng đồng để duy trì các giá trị cộng đồng. Các thành viên vì lo ngại bị áp dụng chế tài mà buộc phải tuân thủ theo[30]. Một số nhà nghiên cứu, khi nhấn mạnh vào tính quy phạm của tập quán thì cho rằng, tập quán và luật tập quán là hai khái niệm đồng nhất. Theo đó, tập quán không đơn thuần là thói quen, nó là khuôn mẫu, là chuẩn mực mang tính bắt buộc chung[31]. Về vấn đề này, thiết nghĩ, nếu xem xét tập quán ở góc độ chung nhất thì tập quán được hiểu là thói quen tồn tại lâu dài trong đời sống, không mang tính bắt buộc thực hiện. Tập quán được các thành viên trong cộng đồng thực hiện trên cơ sở tự giác, tự nguyện. Tập quán được bảo đảm thực hiện bởi dư luận xã hội. Trong trường hợp này, tập quán và luật tập quán không đồng nhất với nhau. Luật tập quán chỉ bao gồm các tập quán mang tính quy phạm và có giá trị bắt buộc thực hiện (có thể hiểu như luật tục). Tuy nhiên, nếu xem xét tập quán ở góc độ hẹp hơn, là một loại quy phạm xã hội, một loại quy tắc xử sự thì có thể hiểu tập quán cũng chính là luật tập quán (luật của cộng đồng). Tập quán trong trường hợp này, là các quy tắc xử sự có giá trị bắt buộc thực hiện đối với tất cả các thành viên trong một cộng đồng nhất định, nếu cá nhân nào không thực hiện sẽ bị áp dụng các biện pháp chế tài của cộng đồng.

Một vấn đề đặt ra là, tập quán (hay luật tập quán) là pháp luật một cách tự thân hay là pháp luật trên cơ sở sự thừa nhận của Nhà nước, chúng có phải là một loại nguồn của pháp luật để Nhà nước sử dụng trong QLXH hay không thì hiện tồn

---

[29] Xem: Phan Nhật Thanh (2013), Luật tập quán và quyền con người, Nxb Hồng Đức - Hội Luật gia Việt Nam, Hà Nội, tr.21.

[30] New Zealand Law Commission (2006), Converging Currents: Custom and Human Rights in the Pacific, Wellington, New Zealand, tr.47.

[31] David Ibbetson (2007), "Custom in Medieval Law" in Amanda Perreau-Saussine and James Bernard Murphy, The Nature of Customary Law- Legal, Historical and Philosophical Perspectives, Cambridge University Press, tr.156.

tại các quan điểm khác nhau, phụ thuộc vào trường phái pháp luật.

Theo thuyết đa nguyên pháp luật, pháp luật được hiểu là những quy tắc xử sự có khả năng điều chỉnh các quan hệ xã hội. Nó bao gồm cả pháp luật của Nhà nước (do Nhà nước ban hành) và các quy phạm xã hội khác như đạo đức, tín điều tôn giáo, tập quán (không do Nhà nước ban hành). Pháp luật của Nhà nước chỉ là một trong những hình thức pháp luật tồn tại trong một xã hội nhất định[32]. Theo đó, Nhà nước cần công nhận các loại nguồn pháp luật không do Nhà nước ban hành được tồn tại song song với pháp luật của Nhà nước dựa trên cơ sở là tính lịch sử và tính pháp lý của chúng. Luật tập quán đã tồn tại lâu đời trong xã hội nên mang tính lịch sử; và với tư cách là một hệ thống quy phạm điều chỉnh hành vi nên tập quán mang tính pháp lý. Việc thừa nhận luật tập quán cũng giống như việc thừa nhận một hiện tượng lịch sử pháp lý[33]. Theo đó, luật tập quán không cần dựa vào các nhà lập pháp để có tính chính danh, bản thân nó đã tự xác định vai trò quan trọng trong hệ thống pháp luật. Với đặc tính quy phạm vốn có, luật tập quán có đủ yếu tố để được coi là pháp luật[34].

Thuyết nhất nguyên pháp luật lại cho rằng, pháp luật là luật của Nhà nước. Pháp luật chỉ tồn tại trong xã hội có Nhà nước, hình thành thông qua con đường Nhà nước và được Nhà nước bảo đảm thực hiện. Luật tập quán vì vậy, không phải là pháp luật. Luật tập quán chỉ trở thành pháp luật khi được Nhà nước thừa nhận và bảo đảm thực hiện. Thông qua quá trình xây dựng pháp luật, Nhà nước có thể sử dụng hoặc loại bỏ luật tập quán trên thực tế[35]. Nói cách khác, chỉ khi được Nhà nước thừa nhận thì luật tập quán mới trở thành những quy tắc xử sự mang tính chất bắt buộc và có tính chất pháp lý[36].

Ở Việt Nam hiện nay, mặc dù chấp nhận sự đa dạng hóa các loại nguồn của pháp luật, theo đó, pháp luật không còn được hiểu khép kín chỉ bao gồm những quy tắc xử sự chung do Nhà nước đặt ra và bảo đảm thực hiện. Pháp luật còn có thể bao gồm những quy tắc xử sự khác không do Nhà nước đặt ra như tập quán, đạo đức, tín điều tôn giáo, điều lệ… Tuy nhiên, tập quán cũng như các quy phạm xã hội này, chỉ được coi là một loại nguồn của pháp luật với điều kiện chúng phù hợp và được Nhà

---

[32] Xem: Phan Nhật Thanh (2013), tlđd, tr.25.
[33] Xem: Phan Nhật Thanh (2013), tlđd, tr.27 - tr.28.
[34] James Bernard Murphy (2007), "Habit and Convention at the Foundation of Custom" in Amanda Perreau-Saussine and James Bernard Murphy, The Nature of Customary Law- Legal, Historical and Philosophical Perspectives, Cambridge University Press, tr.77.
[35] Xem: Phan Nhật Thanh (2013), tlđd, tr.24 - tr.25.
[36] Phan Nhật Thanh (Chủ biên) (2017), Tập quán pháp, tiền lệ pháp và việc đa dạng hóa hình thức pháp luật ở Việt Nam, Nxb. Đại học Quốc gia Thành phố Hồ Chí Minh, TP. Hồ Chí Minh, tr.60.

nước thừa nhận. Tập quán khi được Nhà nước thừa nhận thì thường được gọi là tập quán pháp[37]. Trong ngôn ngữ cũng như trong nghiên cứu học thuật pháp luật, thuật ngữ tập quán pháp được định nghĩa tương đối thống nhất. Chẳng hạn, theo Từ điển Bách khoa Việt Nam "*Tập quán pháp là hệ thống các quy tắc xử sự dựa trên cơ sở các tập quán được nhà nước thừa nhận để điều chỉnh các quan hệ xã hội*"[38]. Theo Giáo trình Lí luận chung về nhà nước và pháp luật của Đại học Quốc gia Hà Nội thì "*Tập quán pháp là những tập quán lưu truyền trong xã hội, phù hợp về cơ bản với lợi ích nhà nước và với thực tiễn cuộc sống, 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 hiện*"[39]. Trong khi đó, Giáo trình Lí luận chung về nhà nước và pháp luật của Trường Đại học Luật Hà Nội định nghĩa "*Tập quán pháp là những tập quán của cộng đồng được nhà nước thừa nhận, nâng lên thành pháp luật*"[40]. Có thể thấy, mặc dù thuật ngữ tập quán pháp được diễn đạt khác nhau nhưng đều có sự thống nhất ở một điểm chung tập quán pháp là tập quán được Nhà nước thừa nhận. Chúng tôi đồng tình với cách hiểu này. Tập quán là thói quen ứng xử được các chủ thể trong một cộng đồng, lĩnh vực đời sống nhất định thừa nhận áp dụng, bản thân tập quán không có tính chất pháp lý. Để trở thành một loại nguồn của pháp luật, tức là có tính chất pháp lý và bắt buộc phải thi hành thì tập quán phải được Nhà nước thừa nhận và khi đó tập quán mới trở thành tập quán pháp. Nói cách khác, tập quán và tập quán pháp là hai thuật ngữ không đồng nhất. Tập quán pháp được hình thành trên cơ sở tập quán nhưng không phải mọi tập quán đều có thể trở thành tập quán pháp. Việc Nhà nước thừa nhận một tập quán thành tập quán pháp là cách thức đưa quyền lực nhà nước vào trong tập quán đó[41].

Về hình thức tồn tại của tập quán, các quy tắc tập quán được hình thành và truyền từ đời này qua đời khác chủ yếu thông qua truyền miệng, qua thực hành xã hội. Ban đầu, các tập quán tồn tại ở dạng bất thành văn, về sau, một bộ phận tập quán được văn bản hóa, tức là, tồn tại ở dạng thành văn. Tuy nhiên, "thành văn" ở đây không hoàn toàn được hiểu theo nghĩa pháp lý, mà nhiều trường hợp chỉ đơn giản là tập quán được ghi chép lại thành tư liệu. Ở Việt Nam, tập quán cũng tồn tại

---

[37] Xem: Nguyễn Thị Tuyết Mai (2014), tlđd, tr.48 - tr.49.
[38] Hội đồng quốc gia chỉ đạo biên soạn Từ điển Bách khoa Việt Nam (2005), Từ điển Bách khoa Việt Nam, Nxb Từ điển Bách khoa, Hà Nội, Quyển 4, tr.102.
[39] Đại học Quốc gia Hà Nội (2005), Giáo trình Lí luận chung về nhà nước và pháp luật, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, Hà Nội, tr.307.
[40] Trường Đại học Luật Hà Nội (2018), tlđd, tr.286.
[41] Xem: Trường Đại học Luật Hà Nội (2018), tlđd, tr.286.

cả ở dạng thành văn và bất thành văn. Đối với đồng bào dân tộc Kinh ở nhiều vùng, miền, tập quán có thể được lưu truyền qua truyền miệng, qua thực hành xã hội hoặc được ghi chép trong hương ước, lệ làng; đối với đồng bào các dân tộc thiểu số, tập quán có thể lưu truyền qua lời kể của già làng, trưởng bản, người lớn tuổi có uy tín trong cộng đồng, qua thực hành xã hội hoặc được ghi chép trong hệ thống luật tục; trong các dòng họ, có thể tìm thấy các quy tắc tập quán trong gia phả, quy ước, tộc ước; trong các lĩnh vực ngành nghề, tập quán có thể được lưu truyền thông qua các bản ghi chép hoặc qua các hành vi thực hành xã hội…

Từ phân tích trên có thể hiểu: *Tập quán là quy tắc xử sự có nội dung rõ ràng, được hình thành trên cơ sở thói quen ứng xử của một cộng đồng dân cư hoặc lĩnh vực đời sống nhất định, đang tồn tại và được các chủ thể thừa nhận là quy tắc xử sự chung để điều chỉnh các quan hệ xã hội phát sinh trong cộng đồng dân cư, lĩnh vực đời sống nhất định đó.*

Với tư cách là một loại quy phạm xã hội đặc thù, tập quán mang các đặc điểm cơ bản sau:

Thứ nhất, tập quán không mang tính quyền lực nhà nước, mà mang tính cộng đồng.

Xét về mặt lịch sử, tập quán là loại quy phạm xã hội ra đời từ rất sớm, trước cả khi nhà nước ra đời. Tập quán "*giống như một con đường mòn do lâu ngày nhiều người cùng đi mà tạo nên. Ở đây, ngoài ước vọng và ý chí chung của cộng đồng thì ta chưa thấy rõ một thế lực nào đó áp đặt, cưỡng chế giống như đối với pháp luật nhà nước*"[42]. Quá trình hình thành và nội dung của tập quán không chịu sự "chỉ đạo" hay "áp đặt" từ nhà nước, không mang tính quyền lực nhà nước. Tập quán được hình thành một cách tự phát trong "nội bộ" cộng đồng như một nhu cầu tất yếu không thể thiếu để duy trì và ổn định trật tự cộng đồng. Với tư cách là một loại quy tắc xử sự, tập quán là những chuẩn mực xã hội, giới hạn hành vi ứng xử của con người sao cho phù hợp với lợi ích chung của cộng đồng. Tập quán không phản ánh ý chí, nguyện vọng của một giai cấp, tầng lớp trong xã hội mà phản ánh ý chí, nguyện vọng của cộng đồng, nhằm ổn định trật tự có lợi cho toàn thể các thành viên trong cộng đồng. Nói cách khác, tập quán không phải là công cụ để duy trì địa vị thống trị của một giai cấp, tầng lớp nào đó trong xã hội, mà nó là công cụ duy trì trật tự chung của cộng đồng. Một số học giả còn cho rằng, tập quán không chỉ là luật không thể thiếu của cộng đồng, mà nó còn là hình thức lập pháp dân chủ nhất vì

[42] Ngô Đức Thịnh (2014), Luật tục trong đời sống các dân tộc Việt Nam, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, tr.50.

nó được hình thành bởi cộng đồng và được các thành viên tự nguyện tuân theo[43].

Tập quán là sản phẩm của quá trình tích lũy, chắt lọc kinh nghiệm trong đời sống và sinh hoạt xã hội, được lưu truyền từ thế hệ này sang thế hệ khác, tồn tại lâu bền trong đời sống xã hội, gần gũi với lối sống và tâm lý của các thành viên trong cộng đồng. Bởi thế, trong chừng mực nhất định, tập quán dường như ăn sâu vào tiềm thức của mỗi người, trở thành tiêu chuẩn cho hành vi ứng xử và thường được các thành viên thực hiện một cách tự giác, ai không thực hiện nghiêm chỉnh sẽ bị dư luận lên án và còn có thể bị áp dụng các biện pháp chế tài của cộng đồng. Chính sức mạnh cưỡng chế tự nhiên của tập quán đã hướng các thành viên trong cộng đồng xử sự phù hợp với các chuẩn mực truyền thống, tạo nên sự gắn kết cũng như sự ổn định trong cộng đồng.

Thứ hai, tập quán hình thành và tồn tại luôn gắn liền với một cộng đồng dân cư hoặc lĩnh vực đời sống nhất định.

Quá trình hình thành và tồn tại của tập quán luôn gắn liền với một cộng đồng dân cư hoặc lĩnh vực đời sống nhất định, đó chính là môi trường xã hội nơi mà nó nảy sinh, tồn tại và biến đổi. Một thói quen xử sự chỉ trở thành tập quán khi thói quen đó được một cộng đồng người gắn với một phạm vi lãnh thổ hoặc một lĩnh vực đời sống nhất định thừa nhận. Tức là, tập quán phải tồn tại một cách công khai và mang tính phổ biến. Một quy tắc xử sự dựa trên thói quen của một cá nhân không được cộng đồng thừa nhận thì không phải là tập quán. Đối với tập quán quốc tế thì phải được các chủ thể có liên quan thừa nhận[44].

Tập quán hình thành và tồn tại luôn gắn liền với một cộng đồng dân cư hoặc lĩnh vực đời sống nhất định nên luôn phản ánh các đặc tính đặc thù riêng của cộng đồng dân cư, lĩnh vực đời sống đó. Nói cách khác, vai trò, giá trị của tập quán là để điều chỉnh các quan hệ của các thành viên trong một cộng đồng xã hội nhất định. Vì vậy, nếu tách tập quán ra khỏi môi trường nơi mà nó hình thành và tồn tại thì tập quán sẽ không còn giữ được vai trò và giá trị như là công cụ để điều chỉnh các quan hệ xã hội nữa.

Cũng bởi luôn gắn bó với một cộng đồng xã hội nhất định nên tập quán không chỉ phản ánh các điều kiện thực tiễn mà còn phù hợp với các điều kiện thực tiễn, nội dung của tập quán thường rất cụ thể, dễ hiểu, dễ áp dụng cho mọi thành

---

[43] Amanda Perreau-Saussine and James Bernard Murphy (2007), "The Character of Customary Law: An Introduction" in Amanda Perreau-Saussine and James Bernard Murphy, The Nature of Customary Law- Legal, Historical and Philosophical Perspectives, Cambridge University Press, tr.2.

[44] Xem: Nguyễn Thị Tuyết Mai (2014), tlđd, tr.43.

viên trong cộng đồng, có giá trị thực tiễn cao, phù hợp để điều chỉnh các quan hệ cụ thể mà nó hướng tới.

Thứ ba, tập quán rất đa dạng và không phải mọi tập quán đều phù hợp với các quy định pháp luật.

Sự phong phú, đa dạng của tập quán bắt nguồn từ chính cơ sở hình thành nên loại quy phạm này. Tập quán hình thành, tồn tại gắn liền với hoạt động của con người trên các lĩnh vực khác nhau và có mặt trong mọi giai đoạn phát triển của xã hội loài người nên nội dung của nó rất đa dạng. Hơn nữa, tập quán hình thành luôn gắn với một cộng đồng dân cư, một lĩnh vực đời sống nhất định, nhằm mang lại lợi ích, đảm bảo trật tự riêng cho cộng đồng đó, mà mỗi một cộng đồng có thể hướng đến các lợi ích khác nhau và có các đặc điểm về điều kiện tự nhiên, văn hóa, kinh tế - xã hội riêng, do vậy, tập quán của họ cũng khác nhau.

Chính sự phong phú, đa dạng và mục đích điều chỉnh mà tập quán hướng tới đã dẫn đến tình trạng có sự khác biệt về nội dung giữa tập quán của cộng đồng này với tập quán của cộng đồng khác trong điều chỉnh cùng một vấn đề và đương nhiên cũng có sự khác biệt nhất định so với các quy định pháp luật. Trong một số trường hợp, đã phát sinh sự xung đột giữa tập quán của cộng đồng này với tập quán của cộng đồng khác, giữa tập quán với các quy định pháp luật[45]. Có lẽ chính điều này, đã khiến các nhà nước có sự dè dặt nhất định trong việc thừa nhận áp dụng tập quán. Trên thực tế, nhiều cộng đồng thiểu số có xu hướng mong muốn được áp dụng tập quán của họ hơn là áp dụng pháp luật do nhà nước ban hành. Chẳng hạn, ở Indonesia nhóm dân tộc vùng cao phía Tây Sumatra luôn yêu cầu nhà nước công nhận và áp dụng tập quán của họ (tập quán của người Minangkabau) dù trên thực tế tập quán (adat) khác với pháp luật của nhà nước, đặt biệt trong lĩnh vực đất đai. Tuy nhiên, từ góc độ các nhà nước, để đảm bảo quyền lực nhà nước, sự thống nhất trong quản lý lại mong muốn xây dựng và áp dụng một hệ thống pháp luật thống nhất trên phạm vi toàn bộ lãnh thổ quốc gia. Để hài hòa hóa vấn đề này, một số nhà nước ở chừng mực nhất định đã cố gắng xây dựng một hệ thống pháp luật mà trong đó có sự hòa hợp với tập quán hoặc thừa nhận tập quán như một nguồn bổ sung trong hệ thống pháp luật. Tuy nhiên, trong hầu hết các trường hợp, pháp luật do nhà nước

[45] Chẳng hạn, về tập quán phân chia tài sản thừa kế. Ở các dân tộc theo chế độ phụ hệ thì tài sản thừa kế thuộc về người chồng hoặc gia đình chồng, trường hợp cha mẹ chết thì chỉ con trai được hưởng di sản. Trong khi ở các dân tộc theo chế độ mẫu hệ thì xác định tài sản thừa kế thuộc về vợ hoặc gia đình vợ, trường hợp cha mẹ chết thì chỉ con gái được hưởng di sản. Nội dung của tập quán này không chỉ có sự khác biệt giữa dân tộc này với dân tộc khác mà còn có sự mâu thuẫn với các quy định pháp luật hiện hành vì nó không đảm bảo sự bình đẳng giữa các con.

ban hành vẫn có giá trị hiệu lực cao hơn tập quán[46].

Thứ tư, tập quán khá mềm dẻo và có khả năng cải biến để thích ứng với các điều kiện xã hội.

Các quy tắc tập quán thường mang tính mềm dẻo. Nếu pháp luật thường có tính nguyên tắc, hướng đến tính thống nhất cao thì tập quán lại mang tính mềm dẻo, uyển chuyển trong quá trình giải quyết các vụ việc phát sinh trên thực tế, bởi mục đích mà tập quán hướng đến là đoàn kết, cố kết cộng đồng. Sự mềm dẻo, uyển chuyển tạo ra khả năng cho việc có thể áp dụng tập quán để giải quyết một cách hợp hợp tình, hợp lí nhất các tình huống phát sinh trong cộng đồng.

Tập quán là kết quả của quá trình hình thành và phát triển lâu dài trong đời sống của một cộng đồng xã hội nhất định nên nhìn chung, tập quán thường mang tính ổn định và khó thay đổi. Tuy nhiên, "*dù có tính bền vững rất cao, vẫn không phải là yếu tố bất di bất dịch mà luôn ở trong quá trình vận động*"[47]. Với tư cách là một loại công cụ điều chỉnh quan hệ xã hội, tập quán luôn gắn bó mật thiết với các điều kiện thực tiễn, vì vậy, trong chừng mực nhất định, tập quán có khả năng cải biến cho phù hợp với các đòi hỏi, thay đổi mới nảy sinh trong cuộc sống. Trong tác phẩm "Bàn về khế ước xã hội", Rút-xô cho rằng, tập quán là một "loại pháp luật" và thậm chí là loại quan trọng hơn cả. Ông nhận định: *"Luật này không khắc lên đá, lên đồng, mà khắc vào lòng công dân, tạo nên Hiến pháp chân chính của quốc gia. Luật này mỗi ngày lại thêm sức mới; khi các thứ luật khác đã già cỗi hoặc tắt ngấm thì luật này thắp cho nó lại sáng lên, hoặc bổ sung, thay thế nó, duy trì cả dân tộc trong tinh thần thể chế, lẳng lặng đưa sức mạnh của thói quen thay vào sức mạnh của quyền uy*"[48]. Chính khả năng có thể cải biến để thích ứng với các điều kiện xã hội mới là cơ sở tạo nên sức sống và giá trị sử dụng lâu bền của tập quán trong đời sống xã hội.

Tập quán tồn tại trên thực tế rất đa dạng và cũng có rất nhiều cách phân loại tập quán. Chẳng hạn như:

Dựa vào tính phù hợp với pháp luật, đạo đức và sự tiến bộ xã hội, tập quán được chia thành tập quán lạc hậu và tập quán tiến bộ (tập quán tốt đẹp).

Tập quán tiến bộ là tập quán phù hợp với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật, không trái đạo đức xã hội, hướng đến bảo vệ những giá trị tốt đẹp của con

---

[46] Xem: Phan Nhật Thanh (2013), tlđd, tr.31 - tr.32.

[47] Viện nghiên cứu Khoa học pháp lý, Bộ Tư pháp (10/1999), Thông tin Khoa học pháp lý, Chuyên đề: Mối quan hệ giữa tập tục và pháp luật, "Báo cáo dẫn đề của ban chủ nhiệm đề tài", tr.8.

[48] J.J.Rouseau: Bàn về khế ước xã hội, Nxb Lý luận chính trị, Hà Nội, 2004, tr.119.

người, thúc đẩy xã hội phát triển công bằng, an toàn và bền vững. Chẳng hạn, người Ê Đê có tập quán con, cháu có nghĩa vụ chăm sóc, phụng dưỡng ông, bà, cha, mẹ khi về già, nếu vi phạm nghĩa vụ này sẽ không được hưởng tài sản thừa kế[49]. Hoặc người Hà Nhì ở Lào Cai có tập quán bảo vệ rừng, theo đó, một năm chỉ mở cửa rừng hai lần, người dân được vào rừng lấy củi nhưng chỉ được lấy củi khô. Nếu ai vi phạm thì sẽ tiến hành họp thôn, bản để mọi người cùng đưa ra ý kiến xử lý. Tập quán lạc hậu là tập quán điều chỉnh các quan hệ xã hội theo hướng xâm hại tới các quyền, lợi ích chính đáng của các chủ thể khác hoặc trái với các chuẩn mực đạo đức, kìm hãm sự phát triển của con người, của xã hội. Chẳng hạn, tập quán của một số dân tộc theo chế độ mẫu hệ buộc người chồng sau khi kết hôn phải ở rể, khi vợ chết thì phải nối dây (tục chuê nuê) - lấy một người con gái trong gia đình vợ, có thể là em gái của vợ còn rất nhỏ hoặc chị của vợ già hơn mình rất nhiều, miễn người đó chưa có chồng, nếu không chịu nối dây hoặc không có người để nối dây thì phải trở về nhà cha mẹ đẻ với hai bàn tay trắng (không được mang theo tài sản, không được nuôi con cái)[50].

Dựa vào lĩnh vực điều chỉnh, tập quán được chia thành tập quán dân sự, tập quán kinh doanh - thương mại, tập quán chính trị...

Theo cách phân chia này, mỗi loại tập quán sẽ điều chỉnh các quan hệ xã hội trong các lĩnh vực tương ứng. Chẳng hạn, tập quán dân sự như: người Ê Đê ở Đắk Lắk khi tham gia các quan hệ mua bán, vay mượn, trao đổi các tài sản có giá trị lớn thì mỗi bên thường sẽ nhờ một hoặc hai người là họ hàng thân thích "làm chứng". Nếu sau đó có tranh chấp thì người "làm chứng" sẽ làm chứng trước sự phân xử của già làng. Theo tập quán này, người làm chứng đồng thời cũng là người "bảo lãnh" cho người tham gia giao kết, nên khi người giao kết không thực hiện đầy đủ các nội dung đã giao kết thì người làm chứng phải có trách nhiệm thực hiện thay (như trả nợ cho bên kia)[51]. Tập quán thương mại như: tập quán ký gửi nông sản ở các tỉnh Tây Nguyên, đặc biệt là ở hai tỉnh Đắk Lắk, Gia Lai. Theo đó, người dân sau khi thu hoạch nông sản (như hồ tiêu, cà phê) thường ký gửi vào kho của các doanh

---

[49] Ngô Đức Thịnh, Chu Thái Sơn (1996), Luật tục Ê-đê (tập quán pháp), Nxb. Chính trị Quốc Gia, Hà Nội, tr.159 - tr.160.

[50] Xét về bản chất, tục nối dây cũng có tính nhân văn bởi nó giúp tìm mẹ (cha) làm chỗ dựa cho những đứa trẻ vừa mất mẹ (cha), tìm bạn đời cho người còn lại, duy trì gia đình như nó vốn có, gìn giữ mối quan hệ tình thân của đôi bên gia đình. Tuy nhiên, nó cũng có thể kéo theo những hệ lụy không đáng có như không đảm bảo được quyền tự do yêu đương, kết hôn của nam, nữ.

[51] Bộ Tư pháp, Viện khoa học pháp lý (2018), Dự án điều tra cơ bản: Các tập quán điển hình điều chỉnh quan hệ dân sự, thương mại, hôn nhân và gia đình ở Việt Nam và thực tiễn áp dụng của các cơ quan có thẩm quyền, Báo cáo tổng hợp kết quả nhiệm vụ, tr.70.

nghiệp kinh doanh nông sản để bảo quản nhưng không phải trả phí ký gửi. Khi bên ký gửi muốn bán thì chốt giá với doanh nghiệp mình đã ký gửi. Nếu người ký gửi muốn bán lấy tiền ngay thì sẽ bán theo giá đã chốt và nhận tiền. Nếu doanh nghiệp nhận ký gửi chưa chuyển tiền khi chốt giá mà sau đó giá nông sản tăng thì phải trả theo mức giá tăng, nếu giá giảm thì vẫn phải trả theo mức giá đã chốt.

Dựa vào phạm vi lãnh thổ tác động, tập quán được chia thành tập quán trong nước và tập quán quốc tế.

Tập quán trong nước là tập quán hình thành, tồn tại trong các cộng đồng người cư trú trên lãnh thổ của một quốc gia. Tập quán trong nước có thể là tập quán của một vùng, miền, dân tộc, dòng họ... Chẳng hạn, người Thái ở Hòa Bình, Điện Biên, Sơn La có tập quán con trai mới có quyền thừa kế tài sản của cha mẹ, con gái chỉ được hưởng của hồi môn. Nguyên tắc chia tài sản "anh được hai, em được một". Tức là, tài sản chia ba, anh cả được hai phần, phần còn lại tiếp tục chia ba, anh hai được hai phần, còn lại một phần của anh ba, đối với gia đình đông con trai, tài sản tiếp tục được chia theo nguyên tắc này. Cuối cùng, nếu hết tài sản thì anh cả, anh hai bớt phần tài sản của mình cho em út[52]. 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. Chẳng hạn, trong hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế, các bên thường sử dụng tập quán thương mại quốc tế như Incoterms[53]. Hoặc khi thực hiện thanh toán quốc tế theo phương thức thanh toán bằng L/C (tín dụng chứng từ), các bên liên quan thường áp dụng bộ tập quán quốc tế UCP do ICC ban hành điều chỉnh về L/C [54].

Dựa vào tính quy phạm, tập quán được chia thành tập quán không mang tính quy phạm và tập quán mang tính quy phạm.

Tập quán không mang tính quy phạm là thói quen, hành vi lặp đi, lặp lại nhiều lần nhưng không phải là các quy tắc xác định quyền và nghĩa vụ cho các chủ thể có liên quan. Chẳng hạn, người Thái ở Lai Châu có tập quán con gái mặc áo cóong, con trai chơi đàn tính tẩu. Hoặc người M.Nông có tập quán cưa ngắn bớt một số răng cửa và xâu lỗ tai để đeo đồ trang sức. Việc tuân theo các tập quán này mang tính tự nguyện, không bắt buộc và được đảm bảo bởi dư luận xã hội chứ

---

[52] Tạ Thị Tâm (2016), "Luật tục trong xã hội của dân tộc Thái, H'Mông ở Tây Bắc", Tài liệu Tọa đàm: Đánh giá pháp luật và các dạng tập quán điển hình điều chỉnh quan hệ dân sự, thương mại, hôn nhân và gia đình của đồng bào dân tộc thiểu số, Bộ Tư pháp, Viện khoa học pháp lý, tháng 9/2016, tr.7 của bài viết.

[53] Các điều kiện Incoterms thường được sử dụng trong các hợp đồng mua bán quốc tế, chủ yếu mô tả các nghĩa vụ, chi phí và rủi ro trong quá trình hàng hóa được giao từ người bán sang người mua.

[54] UCP là 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). Bản được sử dụng phổ biến hiện nay là UCP 600.

không phải bởi các biện pháp chế tài. Tập quán mang tính quy phạm là những quy tắc xử sự mang tính bắt buộc, xác định rõ quyền và nghĩa vụ của các bên tham gia quan hệ. Khi chủ thể không thực hiện đúng các yêu cầu sẽ phải gánh chịu các biện pháp chế tài. Chẳng hạn, người Thái ở Sơn La có tập quán về xử lý hành vi trộm cắp: "*nếu đã ăn trộm thì cho dù của chỉ là nước lã thôi cũng bị phạt vạ*" và ghi thành điều khoản "*ai ăn cắp nước lã phạt 15 lạng bạc kèm theo rượu, trâu, phải cúng vía cho chủ nước 3 đồng bạc và trả lại số nước lã đã mất*"[55].

Như vậy, dựa trên các tiêu chí khác nhau, tập quán có thể được xếp vào các nhóm khác nhau. Việc phân chia này tạo nên cái nhìn toàn diện về tập quán, từ đó, có cách tiếp cận, đánh giá phù hợp với từng loại tập quán.

1.1.2. Khái niệm, chủ thể và đối tượng quản lý xã hội của Nhà nước

1.1.2.1. Khái niệm quản lý xã hội của Nhà nước

Con người không tồn tại một cách biệt lập. Để có thể sinh tồn và phát triển, con người buộc phải quần tụ theo cộng đồng. Trong cộng đồng sinh tồn này, có nhiều hoạt động con người buộc phải liên kết với nhau để cùng thực hiện. Quản lý ra đời gắn với các hoạt động chung của con người, là một dạng hoạt động đặc biệt quan trọng của con người nhằm duy trì sự tồn tại và phát triển của xã hội.

Xét dưới góc độ ngôn ngữ, Từ điển tiếng Việt định nghĩa: *"Quản lý là trông coi và giữ gìn theo những yêu cầu nhất định; tổ chức và điều khiển các hoạt động theo những yêu cầu nhất định"*[56]. Theo nghĩa tiếng Việt gốc Hán: Quản lý có thể được hiểu là hai quá trình tích hợp vào nhau: quá trình "quản" là sự coi sóc, giữ gìn, duy trì ở trạng thái "ổn định"; quá trình "lý" là sự sửa sang, sắp xếp, đổi mới để đưa tổ chức vào thế "phát triển". Như vậy, theo cách tiếp cận này, bản chất của quản lý gồm hai quá trình đan kết vào nhau một cách chặt chẽ là duy trì và phát triển.

Thuật ngữ quản lý được sử dụng khá rộng rãi trong nhiều lĩnh vực đời sống. Dưới các góc độ khác nhau, các nhà nghiên cứu đã đưa ra các định nghĩa khác nhau. Chẳng hạn, có tác giả cho rằng: "*Quản lý là hoạt động đảm bảo phối hợp những nỗ lực cá nhân nhằm đạt được mục đích của tổ chức trong một môi trường và đối với những điều kiện nguồn lực cụ thể*"[57]. Cũng theo tác giả này, quản lý là một nghệ thuật nhằm đạt được mục tiêu đã đề ra thông qua việc điều khiển, chỉ huy, phối hợp,

---

[55] Tạ Thị Tâm (2016), tlđd, tr.8 của bài viết.
[56] Viện ngôn ngữ học (2003), Từ điển tiếng Việt, Nxb. Đà Nẵng - Trung tâm Từ điển học, Hà Nội - Đà Nẵng, tr.800.
[57] Harold Kootz, Cyril O'Donell, Heinz Weihrich (1992), Những vấn đề cốt yếu của quản lý, Nxb. Khoa học và Kỹ Thuật, Hà Nội, tr.33.

hướng dẫn hoạt động của những người khác. Tương tự, khi nhấn mạnh tới hiệu quả sự phối hợp hoạt động của nhiều người, một tác giả cho rằng: "*Quản lý là một quá trình do một hay nhiều người thực hiện nhằm phối hợp các hoạt động của những người khác để đạt được kết quả mà một người hành động riêng rẽ không thể nào đạt được"*[58].

Xét dưới góc nhìn của điều khiển học thì: "*Quản lý là điều khiển, chỉ đạo một hệ thống hay một quá trình, căn cứ vào những quy luật, định luật hay nguyên tắc tương ứng để tạo cho hệ thống hay quá trình ấy vận động theo ý muốn của người quản lý nhằm đạt được những mục đích đã định trước*"[59].

Mặc dù có nhiều định nghĩa khác nhau về quản lý, tuy nhiên, các định nghĩa trên đều chỉ ra các yếu tố cốt lõi của quản lý. Kế thừa những điểm chung đó, có thể hiểu: *Quản lý là sự tác động có tổ chức, bằng quyền lực, theo quy trình của chủ thể quản lý lên các đối tượng quản lý để phối hợp các nguồn lực nhằm đạt được những mục tiêu đã định trước.*

Hoạt động quản lý mang các đăc điểm cơ bản sau:

Một là, hoạt động quản lý được thực hiện bằng tổ chức và quyền uy.

Quản lý chỉ được tiến hành trong một tổ chức (hay một nhóm xã hội). "*Để thực hiện quản lý cần phải có tổ chức và quyền uy. Tổ chức phân định rõ ràng chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và mối quan hệ của những người tham gia hoạt động chung; quyền uy đem lại khả năng áp đặt ý chí của chủ thể quản lý đối với các đối tượng quản lý, bảo đảm sự phục tùng của cá nhân với tổ chức"*[60] nhờ đó, mới có thể phối hợp các nguồn lực để thực hiện mục tiêu chung.

Hai là, hoạt động quản lý thể hiện mối quan hệ giữa người với người.

Hoạt động quản lý luôn luôn là sự biểu hiện của mối quan hệ giữa con người với con người. Trong đó, chủ thể quản lý là những người quản lý (có thể là cá nhân hoặc tổ chức). Chủ thể quản lý tạo ra tác động quản lý - sự tác động này hướng vào con người và do con người thực hiện. Đối tượng quản lý là yếu tố tiếp nhận sự tác động của chủ thể quản lý. Đối tượng của quản lý là con người cùng với các hoạt động và các quan hệ cộng đồng của con người.

Ba là, hoạt động quản lý được thực hiện theo quy trình.

---

[58] James H. Donnelly, JR. James L. Gibson, John M. Ivancevich (2004), Quản trị học căn bản, Nxb. Thống Kê, Hà Nội, tr.12.
[59] Trường Đại học Luật Hà Nội (2015), tlđd, tr.10.
[60] Bộ Tư pháp, Viện Khoa học pháp lý (2006), tlđd, tr.633.

Các hoạt động cụ thể thường được thực hiện dựa trên những kiến thức, kỹ năng chuyên môn, còn hoạt động quản lý được thực hiện theo quy trình quản lý nhất định. Quy trình chung cho mọi chủ thể quản lý, mọi lĩnh vực quản lý thường bao gồm các bước cơ bản: hoạch định - tổ chức - chỉ đạo - kiểm tra. Với quy trình này, hoạt động quản lý được coi là một loại lao động mang tính gián tiếp, có vai trò định hướng, thiết kế, duy trì, thúc đẩy nhằm mang lại hiệu quả cao hơn cho hoạt động của tổ chức.

Bốn là, quản lý là tác động có ý thức nhằm hướng tới mục tiêu đã định trước.

Chủ thể quản lý tác động lên đối tượng quản lý để điều khiển hành vi của họ, phát huy cao nhất tiềm năng và năng lực của đối tượng quản lý nhằm đạt được những mục tiêu đã định của tổ chức. Do đó, tác động của chủ thể quản lý lên đối tượng quản lý phải là tác động có ý thức.

Ngoài việc hướng đến thực hiện mục tiêu chung, hoạt động quản lý còn phải đáp ứng lợi ích của đối tượng quản lý. Thực tiễn cho thấy không phải lúc nào mục tiêu chung cũng được thực hiện một cách triệt để do có sự xung đột về lợi ích giữa chủ thể quản lý với đối tượng quản lý. Vai trò của hoạt động quản lý chính là đưa ra các tác động nhằm khắc phục những xung đột ấy, thiết lập sự thống nhất về lợi ích để hướng tới mục tiêu chung.

Gắn với các hoạt động chung của con người nên quản lý rất đa dạng, trong các dạng quản lý thì QLXH là phức tạp nhất. Nói đến QLXH của Nhà nước là nói đến các tác động của Nhà nước lên đời sống xã hội nhằm duy trì và đảm bảo cho xã hội phát triển bền vững. Trong hầu hết các nghiên cứu học thuật cũng như trong các văn bản quy phạm pháp luật ở Việt Nam hiện nay thường dùng cụm từ "quản lý nhà nước" để chỉ tới hoạt động này. Trong nghiên cứu này, thuật ngữ "quản lý xã hội của Nhà nước" được hiểu đồng nhất với thuật ngữ "quản lý nhà nước".

Xét dưới góc độ ngôn ngữ, Từ điển tiếng Việt định nghĩa: "*Quản lý nhà nước là tổ chức, điều hành các hoạt động kinh tế - xã hội theo pháp luật*"[61]. Theo Từ điển Luật học: "*Quản lý nhà nước là hoạt động thực thi quyền lực nhà nước do các cơ quan nhà nước thực hiện nhằm xác lập một trật tự ổn định và phát triển xã hội theo những mục tiêu mà tầng lớp cầm quyền theo đuổi*"[62].

Theo Giáo trình về quản lý hành chính nhà nước thì: "*Quản lý nhà nước là sự tác động có tổ chức và điều chỉnh bằng quyền lực nhà nước đối với các quá trình*

---

[61] Viện ngôn ngữ học (2003), tlđd, tr.801.
[62] Bộ Tư pháp, Viện Khoa học pháp lý (2006), tlđd, tr.33.

xã hội và hành vi hoạt động của con người để duy trì và phát triển các mối quan hệ xã hội và trật tự pháp luật nhằm thực hiện những chức năng và nhiệm vụ của Nhà nước"[63]. Giáo trình Quản lý xã hội định nghĩa: "*Quản lý của nhà nước đối với xã hội là sự tác động có tổ chức và bằng pháp quyền và bộ máy nhà nước để điều chỉnh các quá trình xã hội, các hành vi hoạt động của công dân và mọi tổ chức trong xã hội để duy trì và phát triển trật tự xã hội*"[64].

Như vậy, quản lý nhà nước hay QLXH của Nhà nước là thuật ngữ nói đến các tác động có tổ chức, dựa trên quyền lực nhà nước, nhằm điều chỉnh các quan hệ xã hội, duy trì và phát triển xã hội.

Bàn về thuật ngữ QLXH của Nhà nước, có tác giả cho rằng, thuật ngữ này có thể được hiểu theo nghĩa rộng, hẹp khác nhau. Theo nghĩa rộng, QLXH của Nhà nước là hoạt động của toàn bộ bộ máy nhà nước. Theo đó, nói đến QLXH của Nhà nước là nói đến chức năng, nhiệm vụ và quyền hạn của tổng thể bộ máy nhà nước với tư cách là một tổ chức công quyền, quản lý toàn xã hội bằng các hoạt động lập pháp, hành pháp và tư pháp. Theo nghĩa hẹp, QLXH của Nhà nước là hoạt động của riêng hệ thống cơ quan hành chính nhà nước (còn được gọi là quản lý hành chính nhà nước). Theo đó, quản lý hành chính nhà nước không bao gồm hoạt động lập pháp và tư pháp của Nhà nước, mà đó chỉ là hoạt động điều hành công việc hàng ngày của bộ máy hành chính nhà nước[65].

Dù tiếp cận dưới góc độ ngôn ngữ hay học thuật chuyên ngành, theo nghĩa rộng hay nghĩa hẹp thì các quan điểm nêu trên đều tập trung vào bản chất của hoạt động quản lý nói chung và QLXH của Nhà nước nói riêng. Trong nghiên cứu này, chúng tôi kế thừa các quan điểm nêu trên, đồng thời tiếp cận thuật ngữ QLXH của Nhà nước theo nghĩa rộng. Theo đó, có thể hiểu: *Quản lý xã hội của Nhà nước là sự tác động của các chủ thể có thẩm quyền, chủ yếu bằng pháp luật để tiến hành các hoạt động tổ chức và điều chỉnh quá trình phát triển xã hội nhằm duy trì sự ổn định và phát triển của xã hội theo các mục tiêu đã định của Nhà nước*. Mặc dù tiếp cận khái niệm QLXH của Nhà nước theo nghĩa rộng, nhưng các nghiên cứu đánh giá của chúng tôi sẽ chỉ bám sát các hoạt động của các chủ thể có liên quan trực tiếp đến việc áp dụng tập quán.

Quản lý xã hội của Nhà nước mang các đặc điểm cơ bản sau:

---

[63] Học viện Hành chính quốc gia (1996), Giáo trình về quản lý hành chính nhà nước, Hà Nội, tr.407.
[64] Trường Đại học Kinh tế quốc dân (2006), Giáo trình Quản lý xã hội, Nxb. Khoa học và Kỹ thuật, Hà Nội, tr.62.
[65] Xem: Bùi Tiến Quý (2006), "Về xây dựng và phát triển văn hóa quản lý nhà nước", Tạp chí Quản lý nhà nước, Số 6, tr.27 - tr.29.

Thứ nhất, QLXH của Nhà nước mang tính quyền lực đặc biệt. Nhà nước với tư cách là một tổ chức có quyền lực công, đại diện cho ý chí chung của toàn xã hội, tiến hành các hoạt động tổ chức và điều chỉnh quá trình phát triển xã hội. Mệnh lệnh của Nhà nước mang tính đơn phương, khi cần thiết Nhà nước sử dụng sức mạnh cưỡng chế để buộc các đối tượng quản lý phải phục tùng ý chí của mình.

Thứ hai, QLXH của Nhà nước có mục tiêu rõ ràng. Mục tiêu quản lý của Nhà nước là mục tiêu tổng hợp, bao gồm, các mục tiêu chính trị, kinh tế, văn hóa, an ninh, quốc phòng… Các mục tiêu này mang tính chiến lược và ngắn hạn. Để thực hiện các mục tiêu, Nhà nước phải xây dựng chương trình, kế hoạch cụ thể.

Thứ ba, QLXH của Nhà nước là hoạt động có tính chuyên môn hóa cao và phân định thứ bậc chặt chẽ. QLXH của Nhà nước chủ yếu được thực hiện thông qua hệ thống CQNN có chức năng, nhiệm vụ khác nhau để đảm bảo tính chuyên môn hóa trong hoạt động quản lý. Những người làm việc trong CQNN là các cán bộ, công chức được đào tạo chuyên môn sâu, hoạt động chuyên nghiệp. Các CQNN được xây dựng bởi một hệ thống định chế theo thứ bậc chặt chẽ và thông suốt từ Trung ương tới địa phương. Mỗi cấp, mỗi cơ quan, mỗi cán bộ, công chức nhà nước hoạt động trong phạm vi thẩm quyền được giao.

Thứ tư, QLXH của Nhà nước có tính liên tục và tương đối ổn định. Các hoạt động xã hội của con người diễn ra thường xuyên, liên tục, vì vậy, hoạt động QLXH phải liên tục, ổn định để đảm bảo không bị gián đoạn trong bất kì tình huống nào. Tuy nhiên, cần lưu ý rằng, tính liên tục và ổn định không loại trừ khả năng thích ứng. Ổn định ở đây mang tính tương đối, không phải là cố định, không thay đổi. Đời sống kinh tế - xã hội luôn biến chuyển không ngừng, do đó, hoạt động QLXH của Nhà nước cũng phải thích ứng với thực tế trong từng thời kỳ, thích nghi với xu thế của thời đại, để đáp ứng những nhiệm vụ phát triển kinh tế - xã hội trong từng giai đoạn.

Thứ năm, QLXH của Nhà nước có tính chủ động, sáng tạo và linh hoạt. Điều này được thể hiện trong việc điều hành, phối hợp, huy động mọi lực lượng, phát huy sức mạnh tổng hợp để quản lý các lĩnh vực đời sống theo các mục tiêu đã định của Nhà nước.

Ngoài các đặc điểm cơ bản nêu trên, thực tiễn hoạt động QLXH của Nhà nước ở nước ta còn mang một số đặc điểm đặc thù như: không có sự tách biệt tuyệt đối giữa chủ thể quản lý và đối tượng quản lý. Mọi công dân vừa là chủ thể vừa là đối tượng của quản lý; QLXH của Nhà nước mang tính nhân đạo, tôn trọng quyền

và lợi ích hợp pháp của công dân…

1.1.2.2. Chủ thể và đối tượng quản lý xã hội của Nhà nước

Xã hội là một cộng đồng người được quản lý. Có nhiều chủ thể khác nhau cùng thực hiện sự tác động quản lý lên xã hội làm hình thành hệ thống QLXH. Vai trò và sự tham gia QLXH của các chủ thể khác nhau là khác nhau ở nhiều phương diện, từ số lượng, chất lượng đến quy mô, tính chất của quản lý. Sự phát triển chung của xã hội chính là kết quả tổng hợp các tác động quản lý của nhiều chủ thể QLXH.

Trong xã hội có nhà nước thì chủ thể có vai trò quan trọng nhất trong QLXH chính là Nhà nước. Nhà nước là chủ thể có vai trò quản lý trực tiếp và toàn diện đối với xã hội. Hoạt động QLXH của Nhà nước chủ yếu và trước hết được thực hiện bởi tất cả các CQNN, bao gồm, toàn bộ các hoạt động từ xây dựng và ban hành pháp luật đến tổ chức thực hiện và bảo vệ pháp luật.

Cùng với các CQNN, hoạt động QLXH của Nhà nước còn có thể được thực hiện bởi tổ chức chính trị; cộng đồng dân cư, đoàn thể nhân dân khi được Nhà nước trao quyền thực hiện chức năng QLXH.

Ở Việt Nam hiện nay, ĐCS là tổ chức chính trị được xác định là lực lượng lãnh đạo Nhà nước và xã hội. Với vị trí hiến định này, Đảng thực hiện việc lãnh đạo Nhà nước và xã hội bằng cương lĩnh, chiến lược, các định hướng về chính sách và chủ trương lớn; bằng công tác tuyên truyền, vận động, thuyết phục; bằng công tác tổ chức, kiểm tra, giám sát. Đảng thống nhất lãnh đạo công tác cán bộ thông qua việc giới thiệu những đảng viên ưu tú có đủ năng lực và phẩm chất vào hoạt động trong các CQNN và các đoàn thể. Hệ thống tổ chức đảng được thiết lập tương ứng với hệ thống tổ chức nhà nước. Đảng liên hệ mật thiết với nhân dân. Chính vì vậy, có thể khẳng định Đảng có vai trò đặc biệt trong QLXH.

Cộng đồng dân cư (cộng đồng xã hội nhỏ) tham gia QLXH khi các cộng đồng này thực hiện sự tự quản lý trong nội bộ của cộng đồng. Các cộng đồng này, có thể được hình thành theo nhiều nguồn gốc và dấu hiệu khác nhau, độ bền vững và khả năng cố kết nội bộ khác nhau. Chẳng hạn, cộng đồng hình thành theo dấu hiệu huyết thống như dòng họ; theo lãnh thổ như bản, làng, khu phố… do sự đa dạng này, mà trình độ, tính chất và quy mô của sự tự quản lý trong các cộng đồng này cũng khác nhau. Hiện nay, cùng với sự phát triển của xã hội, vai trò của các cộng đồng dân cư và khả năng QLXH có nhiều sự thay đổi. Tuy nhiên, với xu hướng mở rộng dân chủ ở cơ sở thì vai trò chủ thể QLXH của các cộng đồng dân cư sẽ tăng lên. Để thực hiện sự tự quản, trong các cộng đồng dân cư thường hình thành

và tồn tại các tổ chức tự quản. Các tổ chức tự quản trong cộng đồng dân cư có thể do chính nhân dân tự đề xuất thành lập hoặc thành lập theo sáng kiến của Nhà nước, dưới sự quản lý của CQNN. Các tổ chức tự quản thực hiện nhiệm vụ tự quản ở phạm vi nhất định các công việc mà Nhà nước không trực tiếp quản lý. Việc tham gia QLXH của các tổ chức tự quản trong cộng đồng dân cư góp phần giữ gìn an ninh chính trị, trật tự an toàn xã hội, củng cố quốc phòng an ninh tại địa phương.

Các đoàn thể nhân dân là những tổ chức được thành lập trên nguyên tắc tự nguyện và đại diện cho lợi ích của các thành viên trong tổ chức. Tuỳ theo đặc điểm, yêu cầu đòi hỏi mà các đoàn thể nhân dân mang tính chất chính trị, xã hội, nghề nghiệp khác nhau. Các đoàn thể nhân dân được pháp luật công nhận và hoạt động tuân theo pháp luật, theo điều lệ của tổ chức mình. Các đoàn thể nhân dân được tổ chức theo các cấp độ khác nhau. Có đoàn thể nhân dân được tổ chức theo cả 4 cấp hành chính, nhưng cũng có đoàn thể nhân dân chỉ có ở cấp Trung ương, ngược lại có đoàn thể nhân dân chỉ tổ chức ở cấp cơ sở. Vì vậy, không gian hoạt động của các đoàn thể nhân dân cũng khác nhau. Trong QLXH, vai trò của các đoàn thể nhân dân được thể hiện ở các phương diện chủ yếu như: nêu sáng kiến chính sách, tư vấn chính sách, giám định và phản biện chính sách; góp ý để điều chỉnh, đổi mới chính sách; giám sát hoạt động của tổ chức Đảng, các CQNN cũng như đội ngũ cán bộ, công chức; tham gia cung ứng dịch vụ công và phối hợp với chính quyền trong việc giải quyết các vấn đề xã hội… Vai trò chủ thể QLXH của các đoàn thể nhân dân được thực hiện thông qua các cơ quan đại diện của tổ chức đó.

Có thể nói, *"quản lý xã hội là sự nghiệp của toàn xã hội, nó đòi hỏi sự đóng góp công sức, mọi nỗ lực chủ động, sáng tạo của mọi người, của tất cả các nhóm người trong xã hội, của mọi thiết chế xã hội dưới sự điều hành của chủ thể quản lý xã hội cơ bản là Nhà nước"*[66]. Để QLXH thành công, Nhà nước phải luôn tính tới tác động của các chủ thể khác đối với sự vận hành và phát triển của xã hội. Điều tốt nhất là phải tạo ra được sự đồng thuận của các tác động, điều này sẽ là một nhân tố quan trọng có ý nghĩa quyết định bảo đảm cho sự phát triển xã hội theo chiều hướng an toàn, tiến bộ, công bằng và bền vững.

Đối tượng quản lý của Nhà nước là tổng thể các lĩnh vực đời sống xã hội, các lĩnh vực ấy không có gì khác là những con người với các quan hệ của họ để tiến hành các hoạt động sản xuất và tái sản xuất ra các giá trị vật chất, tinh thần… Hệ thống QLXH là một tổng thể các quan hệ xã hội không đồng nhất về tính chất và

[66] Nguyễn Vũ Tiến (2010), Giáo trình Quản lí xã hội, Nxb Giáo dục, Hà Nội, tr.17.

phạm vi hoạt động. Có những quan hệ có phạm vi hoạt động hẹp và cũng có những quan hệ có phạm vi hoạt động rộng. Điều này đòi hỏi chủ thể phải có những tác động tương ứng, phù hợp với từng nhóm quan hệ. Để làm được việc này, chủ thể quản lý phải phân cấp đối tượng quản lý. Nhìn chung, đối tượng quản lý được chia thành ba cấp: cá nhân, các nhóm xã hội, toàn bộ xã hội.

Cá nhân là hạt nhân của hệ thống đối tượng quản lý. Cá nhân mỗi con người là thực thể có ý thức, có khả năng tự điều chỉnh hành vi khi tham gia vào các quan hệ xã hội. Tuy nhiên, khả năng tự điều chỉnh ở cá nhân không giống nhau bởi nó chịu sự chi phối của môi trường sống, của các hoạt động tham gia… Thường thì, xu hướng tự điều chỉnh của cá nhân chỉ xuất hiện khi cá nhân được đặt trong mối quan hệ nhất định, thông qua các hoạt động quản lý nào đó.

Các nhóm xã hội (các tổ chức) hình thành chủ yếu dựa trên sự liên kết về lợi ích. Xu hướng phát triển cơ bản của đời sống xã hội là xu hướng "nhóm hóa" các quá trình lao động, sinh hoạt của con người. Xu hướng này tạo thành các nhóm xã hội. Sự hình thành các nhóm xã hội và xu hướng phát triển của nó tạo nên những điều kiện mới và yêu cầu mới trong QLXH, bởi bên trong các nhóm, con người cũng dần hình thành nên những phẩm chất mới và thông qua nhóm, mối liên hệ của con người với xã hội cũng có những nội dung và hình thức mới. Thực tế cho thấy, điều cốt lõi dẫn đến sự hình thành và tồn tại các nhóm xã hội chính là lợi ích. Tuy nhiên, sự thống nhất giữa lợi ích của từng thành viên và lợi ích chung của nhóm là một quá trình phức tạp và chính điều này đòi hỏi vai trò của chủ thể quản lý để tạo ra sự thống nhất về lợi ích.

Toàn bộ đời sống xã hội là cấp quản lý lớn nhất. Sự tác động của Nhà nước ở cấp này có phạm vi bao trùm lên toàn bộ các hoạt động và quan hệ xã hội tạo ra giá trị vật chất, tinh thần, các điều kiện sống của con người. Vì vậy, với đối tượng quản lý ở cấp thứ ba này đòi hỏi chủ thể quản lý phải có năng lực quản lý cao, có sự hoạch định chiến lược quản lý ở tầm vĩ mô.

Bên cạnh việc phân chia đối tượng quản lý thành các cấp, Nhà nước còn có thể phân chia đối tượng quản lý thành các loại đối tượng tương ứng với các lĩnh vực đời sống, đó có thể là, lĩnh vực chính trị, kinh tế, văn hóa… Trong các lĩnh vực đó, con người tham gia vào các hoạt động và quan hệ nhằm thực hiện lợi ích của mình và trong chừng mực nhất định cũng là thực hiện những lợi ích chung của xã hội. Mỗi một lĩnh vực có các đặc trưng riêng để phân biệt lĩnh vực này với lĩnh vực khác và tạo thành các loại đối tượng quản lý. Như vậy, đối tượng quản lý rất phong phú,

đa dạng. Điều này đòi hỏi các tác động quản lý của chủ thể quản lý phải phù hợp với tính chất đặc thù của từng loại đối tượng quản lý, tạo ra được mối quan hệ hữu cơ giữa các loại đối tượng, khi đưa ra các quyết định quản lý phải tính đến tính tương quan giữa các lĩnh vực.

QLXH là quản lý con người. Đối tượng quản lý dù ở cấp nào, thuộc lĩnh vực nào cũng đều là những con người với các hoạt động và các mối quan hệ xã hội. QLXH là công việc khó khăn, phức tạp bởi lẽ đối tượng quản lý rất lớn, rất phức tạp và luôn biến động. Khi thực hiện các tác động, Nhà nước cần tính đến khả năng tự điều chỉnh, tự quản lý của đối tượng quản lý. Các tác động của Nhà nước "*chỉ vạch ra phương hướng của sự vận động, tạo ra các mối liên hệ cơ bản và đặt con người trong các mối quan hệ này, tức là tạo ra những điều kiện cơ bản, giúp cho sự "tự vận động" của đối tượng phù hợp với mục đích của quản lý"*[67] chứ không thể bao hàm hết được mọi khía cạnh, mọi tình huống trong sự hoạt động của con người.

1.1.3. Khái niệm áp dụng tập quán trong quản lý xã hội của Nhà nước

Với sự tồn tại lâu đời, tập quán đã thẩm thấu vào pháp luật của Nhà nước. Một số tập quán được các nhà nước pháp điển hóa thành các quy phạm pháp luật, một số khác nhà nước thừa nhận sự tồn tại của chúng và sử dụng như một loại nguồn bổ sung cho pháp luật nhằm góp phần QLXH tốt hơn[68]. Như vậy, dưới góc độ nghiên cứu lý luận chung về nguồn của pháp luật có thể thấy, tập quán vừa là nguồn nội dung (là cơ sở để xây dựng và hoàn thiện các quy định pháp luật) vừa là nguồn hình thức của pháp luật (là phương tiện để giải quyết các vụ việc cụ thể). Tuy nhiên, xuất phát từ phạm vi nghiên cứu, trong nghiên cứu này, không đề cập đến khía cạnh tập quán là nguồn nội dung mà chỉ xem xét dưới góc độ tập quán là nguồn hình thức của pháp luật. Sau đây, khái niệm áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước sẽ được phân tích dựa trên phạm vi này.

Tập quán khi được Nhà nước thừa nhận thì trở thành một loại nguồn của pháp luật, áp dụng tập quán chính là áp dụng pháp luật. Do vậy, trước hết cần làm rõ áp dụng pháp luật là gì.

Theo Từ điển Luật học, áp dụng pháp luật là: "*hoạt động thực hiện pháp luật mang tính tổ chức quyền lực nhà nước, được thực hiện bởi cơ quan nhà nước có thẩm quyền, nhà chức trách hoặc tổ chức xã hội được Nhà nước trao quyền, nhằm*

---

[67] Học viện Báo chí và tuyên truyền (2019), Giáo trình Nguyên lý quản lý nhà nước, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, tr.71.
[68] Bên cạnh đó, cũng tồn tại những tập quán không phù hợp với ý chí của Nhà nước, không được Nhà nước thừa nhận áp dụng, chỉ tồn tại đơn thuần là các quy tắc xử sự trong cộng đồng.

cá biệt hóa quy phạm pháp luật vào các trường hợp cụ thể, đối với cá nhân, tổ chức cụ thể"[69]. Từ điển Bách khoa Việt Nam định nghĩa: *"thực hiện pháp luật là đưa pháp luật vào đời sống, gồm các hình thức cơ bản là áp dụng pháp luật, tuân thủ pháp luật, thi hành pháp luật, sử dụng pháp luật. Áp dụng pháp luật là hoạt động của các cơ quan công quyền (Tòa án, các cơ quan hành chính nhà nước); tuân thủ pháp luật, thi hành pháp luật, sử dụng pháp luật là các hình thức thực hiện pháp luật của mọi chủ thể của các quan hệ pháp luật"*[70]. Cả hai định nghĩa trên đều thống nhất coi áp dụng pháp luật là một hình thức thực hiện pháp luật của các chủ thể có thẩm quyền. Tuy nhiên, theo Từ điển Bách khoa Việt Nam thì chủ thể áp dụng pháp luật hẹp hơn, chỉ bao gồm Tòa án và các cơ quan hành chính nhà nước. Thiết nghĩ, không nên bó hẹp chủ thể áp dụng pháp luật chỉ bao gồm CQNN bởi trong một số trường hợp, các cá nhân, tổ chức xã hội khi được Nhà nước trao quyền áp dụng pháp luật để giải quyết các vụ việc nhất định thì cũng được xem là chủ thể có thẩm quyền áp dụng pháp luật.

Trong giáo trình của các cơ sở đào tạo luật học ở Việt Nam hiện nay, áp dụng pháp luật cũng được định nghĩa là một hoạt động do các chủ thể có thẩm quyền tiến hành. Chẳng hạn,*"áp dụng pháp luật là hoạt động mang tính tổ chức, thể hiện quyền lực nhà nước, được thực hiện thông qua những cơ quan nhà nước có thẩm quyền, nhà chức trách hoặc các tổ chức xã hội khi được Nhà nước trao quyền, nhằm cá biệt hóa những quy phạm pháp luật vào các trường hợp cụ thể đối với các cá nhân, tổ chức cụ thể"*[71]. Hoặc *"Áp dụng pháp luật là hoạt động do các chủ thể có thẩm quyền tiến hành nhằm cá biệt hóa quy phạm pháp luật thành quyền, nghĩa vụ, trách nhiệm cụ thể, đối với các cá nhân, tổ chức trong các trường hợp cụ thể"*[72].

Trong các sách tham khảo, chuyên khảo, các tác giả cũng có những quan điểm tương đồng với các quan điểm nêu trên. Chẳng hạn: *"Áp dụng pháp luật là hoạt động có tính tổ chức, quyền lực nhà nước, do các cơ quan, tổ chức hoặc cá nhân có thẩm quyền tiến hành theo trình tự, thủ tục do pháp luật quy định nhằm cá biệt hóa các quy phạm pháp luật hiện hành vào những trường hợp cụ thể, đối với các cá nhân, tổ chức cụ thể"*[73]. Hoặc: "*áp dụng pháp luật là hoạt động mang tính quyền lực, được tiến hành bởi những chủ thể có thẩm quyền, thông qua những trình*

---

[69] Bộ Tư pháp, Viện Khoa học pháp lý (2006), tlđd, tr.15.
[70] Hội đồng quốc gia chỉ đạo biên soạn Từ điển Bách khoa Việt Nam (2005), tlđd, tr.344.
[71] Đại học Quốc gia Hà Nội (2005), tlđd, tr.503.
[72] Trường Đại học Luật Hà Nội (2018), tlđd, tr.407.
[73] Nguyễn Thị Hồi (Chủ biên), (2009), Áp dụng pháp luật ở Việt Nam hiện nay - Một số vấn đề lý luận và thực tiễn, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, tr.30.

tự, thủ tục chặt chẽ mà pháp luật quy định, nhằm cá biệt hóa những quy phạm pháp luật vào các trường hợp cụ thể đối với các đối tượng cụ thể"[74].

Như vậy, dù tiếp cận dưới góc ngôn ngữ hay học thuật chuyên ngành, các quan điểm trên đều được xây dựng dựa trên những đặc trưng nổi bật của hoạt động áp dụng pháp luật. Về cơ bản các quan điểm đều thống nhất, áp dụng pháp luật là hoạt động mang tính quyền lực nhà nước, chủ thể tiến hành áp dụng pháp luật là các chủ thể nhân danh quyền lực nhà nước, bao gồm các CQCN, các cá nhân, tổ chức xã hội được Nhà nước trao quyền.

Hiện nay, khi bàn về các hình thức thực hiện pháp luật có quan điểm cho rằng: "*trong thực tiễn các thuật ngữ tuân theo pháp luật, thi hành pháp luật, áp dụng pháp luật… có thể được hiểu theo những nghĩa rộng hơn, nhiều khi chúng được sử dụng đồng nghĩa với thuật ngữ thực hiện pháp luật*"[75]. Đồng quan điểm này, một tác giả nhận định: "*trong thực tế, các thuật ngữ "tuân theo", "thi hành", "sử dụng" và "áp dụng pháp luật" nhiều khi được dùng đồng nghĩa với nhau, đều được dùng để biểu thị một nội dung là pháp luật phải được tôn trọng và thực hiện nghiêm chỉnh bởi tất cả các chủ thể trong xã hội*"[76], tức là, các thuật ngữ này có thể được hiểu theo nghĩa rộng và đồng nghĩa với "thực hiện pháp luật". Tuy nhiên, trong nghiên cứu này, khái niệm áp dụng pháp luật được tiếp cận theo nghĩa hẹp, theo đó, áp dụng pháp luật được hiểu là một trong các hình thức thực hiện pháp luật và là hình thức có sự tham gia của các chủ thể có thẩm quyền nhằm giải quyết các vụ việc phát sinh trên thực tế.

Thông thường, khi giải quyết các vụ việc phát sinh trên thực tế, các chủ thể có thẩm quyền có thể áp dụng các loại nguồn pháp luật khác nhau như: quy phạm pháp luật, tập quán, án lệ… Tuy nhiên, các định nghĩa về áp dụng pháp luật hiện nay chủ yếu chỉ đề cập đến một loại nguồn là quy phạm pháp luật mà chưa bao quát được tất cả các loại nguồn của pháp luật, trong đó, có tập quán. Thêm vào đó, tập quán lại có những điểm khác biệt nhất định so với các loại nguồn khác nên việc áp dụng tập quán cũng có những điểm khác biệt nhất định. Do vậy, khái niệm áp dụng tập quán cũng cần được làm rõ.

Theo Từ điển Luật học, áp dụng tập quán là: *"Sử dụng tập tục, thói quen có tính chất phổ thông và tiến bộ được xã hội thừa nhận để điều chỉnh quan hệ dân sự*

---

[74] Nguyễn Minh Đoan, Nguyễn Minh Đức (2019), Thực hiện, áp dụng và giải thích pháp luật ở Việt Nam, Nxb. Chính trị Quốc gia sự thật, Hà Nội, tr.135.
[75] Trường Đại học Luật Hà Nội (2018), tlđd, tr.403.
[76] Nguyễn Thị Hồi (Chủ biên), (2009), tlđd, tr.22.

cần giải quyết khi pháp luật không có quy định hoặc quy định chưa đầy đủ"[77]. Theo định nghĩa này, không phải tập tục, thói quen nào cũng được áp dụng mà chỉ những tập tục, thói quen "có tính chất phổ thông", tức là, được mọi người thừa nhận và sử dụng rộng rãi mới được áp dụng. Và hơn thế nữa, những tập tục, thói quen đó còn phải là những tập tục, thói quen "tiến bộ", thể hiện các giá trị đạo đức, truyền thống tốt đẹp của dân tộc. Ngoài ra, định nghĩa này cũng chỉ rõ tập quán chỉ được áp dụng trong trường hợp "pháp luật không có quy định hoặc quy định chưa đầy đủ".

Trong một số công trình nghiên cứu, các tác giả cũng nêu lên định nghĩa về áp dụng tập quán. Chẳng hạn: "*Áp dụng tập quán là sử dụng những quy tắc xử sự chung được hình thành trong đời sống xã hội của một cộng đồng dân tộc, địa phương được Nhà nước thừa nhận và bảo đảm thực hiện*"[78]. Hoặc: "*Áp dụng tập quán là việc sử dụng những quy tắc xử sự chung hình thành trong đời sống xã hội của một cộng đồng dân tộc, địa phương để giải quyết những vấn đề nảy sinh trong quan hệ xã hội của các chủ thể pháp luật*"[79]. Như vậy, mặc dù về câu chữ có sự diễn đạt khác nhau nhưng về nội hàm thì cả hai quan điểm này đều thống nhất cho rằng, áp dụng tập quán là áp dụng các quy tắc xử sự hình thành từ đời sống được Nhà nước thừa nhận và bảo đảm thực hiện để điều chỉnh các quan hệ xã hội.

Cũng trên cơ sở nghiên cứu về áp dụng tập quán với tư cách là một loại nguồn của pháp luật, có tác giả định nghĩa: *"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 không quy định, 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"*[80]. Có thể thấy, định nghĩa này đã nêu được những đặc trưng của áp dụng tập quán, theo đó, áp dụng tập quán là hoạt động mang tính quyền lực nhà nước, được thực hiện khi có các vụ việc phát sinh trong đời sống cần giải quyết mà pháp luật không quy định, khi đó, các chủ thể có thẩm quyền sẽ lựa chọn các tập quán phù hợp với các quy định pháp luật, không trái đạo đức xã hội để giải quyết.

Trong các văn bản quy phạm pháp luật hiện nay chưa có quy định cụ thể về

---

[77] Bộ Tư pháp, Viện Khoa học pháp lý (2006), tlđd, tr.16.
[78] Nguyễn Thị Phương (2015), Áp dụng tập quán về hôn nhân và gia đình của đồng bào dân tộc thiểu số tại Thái Nguyên", Luận văn Thạc sỹ Luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội, tr.14.
[79] Nông Bằng Giang (2020), Tập quán trong lĩnh vực hôn nhân và gia đình ở Việt Nam hiện nay và thực tiễn áp dụng, Luận văn Thạc sỹ Luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội, tr.20.
[80] Nguyễn Thị Tuyết Mai (2014), tlđd, tr.67.

điều kiện áp dụng tập quán, nhưng dựa trên các quy định chung về áp dụng tập quán trong Hiến pháp cũng như trong các văn bản quy phạm pháp luật khác, có thể thấy, việc áp dụng tập quán phải đáp ứng các điều kiện nhất định. Cụ thể, khoản 3 Điều 5 Hiến pháp năm 2013 quy định: *"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"*. Hoặc tại Điều 5 BLDS năm 2015 quy định: "*Trường hợp các bên không có thỏa thuận và pháp luật không quy định thì có thể áp dụng tập quán nhưng tập quán áp dụng không được trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự quy định tại Điều 3 của Bộ luật này*". Như vậy, tập quán được áp dụng phải là những tập quán tốt đẹp, thể hiện bản sắc văn hóa của mỗi dân tộc. Tập quán vi phạm điều cấm của luật, trái đạo đức xã hội thì không được áp dụng.

Kế thừa các quan điểm nêu trên về khái niệm áp dụng pháp luật nói chung và áp dụng tập quán nói riêng, cũng như dựa trên các quy định pháp luật hiện hành về áp dụng tập quán, có thể hiểu:

Áp dụng tập quán trong quản lý xã hội của Nhà nước là hoạt động của các cơ quan nhà nước, cá nhân, tổ chức được Nhà nước trao quyền, căn cứ vào những tập quán phù hợp với quy định của pháp luật, không trái đạo đức xã hội để giải quyết các vụ việc phát sinh trong đời sống xã hội theo thẩm quyền.

Áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước là một phần của hoạt động áp dụng pháp luật. Do vậy, áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước mang đầy đủ các đặc điểm của hoạt động áp dụng pháp luật nói chung, cụ thể: là hoạt động có tính tổ chức, quyền lực nhà nước; được tiến hành theo trình tự, thủ tục do pháp luật quy định; là hoạt động điều chỉnh mang tính cá biệt đối với các quan hệ xã hội; là hoạt động đòi hỏi tính sáng tạo của chủ thể có thẩm quyền... Tuy nhiên, với tư cách là một loại quy tắc xử sự đặc thù, áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước còn mang một số đặc điểm như:

Thứ nhất, áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước là áp dụng nguồn bổ sung của pháp luật.

Nhìn chung, tùy thuộc vào truyền thống pháp luật mà trong các hệ thống pháp luật khác nhau, việc thừa nhận các loại nguồn của pháp luật và thứ tự ưu tiên áp dụng các loại nguồn đó có thể khác nhau. Tuy nhiên, hầu hết các quốc gia trên thế giới cả trước đây và hiện nay đều thừa nhận tập quán là một loại nguồn của pháp luật. Dẫu vậy, thứ tự ưu tiên áp dụng tập quán lại khác nhau. Hiện nay, xu hướng chung ở đa số các quốc gia chỉ coi tập quán là loại nguồn bổ sung của pháp luật và

chỉ được áp dụng khi không có điều khoản nào của văn bản quy phạm pháp luật quy định về vấn đề cần giải quyết. Chẳng hạn, ở Thái Lan, Điều 4 BLDS 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*". Tương tự, một số quốc gia ở châu Âu như Italia và Áo tập quán chỉ được áp dụng khi các quy định trong các đạo luật xác định rõ ràng về việc được áp dụng. Trong khi đó, ở Đức, Thụy Sĩ, Hy Lạp lại coi văn bản quy phạm pháp luật và tập quán là hai loại nguồn của pháp luật có giá trị ngang bằng nhau, tức là, tập quán không chỉ là nguồn bổ sung của pháp luật. Thậm chí, trong một số trường hợp pháp luật của Đức còn quy định ưu tiên áp dụng tập quán hơn cả luật thành văn[81]. Ở Tây Ban Nha, trong lĩnh vực dân sự, không áp dụng BLDS đối với những vấn đề đã được tập quán địa phương điều chỉnh[82]. Ở Nhật Bản, về nguyên tắc, tập quán được coi là nguồn phụ trợ của pháp luật, theo đó, thẩm phán chỉ áp dụng tập quán khi vấn đề đó chưa được quy định trong luật thành văn. Nói cách khác, các quy định pháp luật có giá trị ràng buộc cao hơn tập quán. Tuy nhiên, trong lĩnh vực dân sự, có trường hợp tập quán có giá trị ràng buộc cao hơn. Cụ thể, Điều 92 BLDS quy định: "*Trong trường hợp tập quán khác với các quy định của luật hay pháp luật về trật tự công cộng, mà các bên trong hành vi pháp lý đã thể hiện nguyện vọng tuân thủ tập quán thì tập quán đó có ưu thế*". Như vậy, theo quy định này thì thỏa thuận lựa chọn áp dụng tập quán của các bên được ưu tiên cho dù tập quán đó có nội dung khác với các quy định pháp luật. Trong lĩnh vực HN&GĐ, Luật kết hôn đặc biệt năm 1954 của Ấn Độ quy định: "*Trong trường hợp một tập quán về kết hôn đã được công bố công khai trên công báo của Chính phủ có nội dung khác với điều kiện kết hôn được quy định trong Luật, thì việc kết hôn theo tập quán có thể được công nhận*". Ở châu Mỹ và châu Phi, về cơ bản, vai trò của tập quán trong điều chỉnh các quan hệ xã hội cũng được ghi nhận. Tại Mỹ, trong lĩnh vực dân sự, kinh doanh thương mại tập quán được thừa nhận là một loại nguồn. Trong khi đó, nhiều quốc gia ở châu Phi hiện vẫn 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[83].

---

[81] Xem: Nguyễn Thị Tuyết Mai (2014), tlđd, tr.59 - tr.61.
[82] Mary Ann Glendon, Paolo G. Carozza, Colin B. Picker (2008), Comparative Legal Traditions in a Nutshell, Third edition, Thomson West, tr.131.
[83] Nguyễn Thị Tuyết Mai (2014), tlđd, tr.61.

Ở Việt Nam hiện nay, cùng với sự phát triển về mọi mặt của đời sống, sự biến đổi của các quan hệ xã hội, sự hoàn thiện của hệ thống pháp luật dẫn đến phạm vi ảnh hưởng của tập quán dần bị thu hẹp hơn, vai trò của tập quán trong hệ thống công cụ QLXH cũng bị suy giảm đáng kể. Tập quán được Nhà nước thừa nhận là một loại nguồn của pháp luật nhưng chỉ là nguồn thứ yếu, nguồn bổ sung trong hệ thống pháp luật. Trong khi đó, văn bản quy phạm pháp luật được xác định là loại nguồn cơ bản, chủ yếu và quan trọng nhất trong điều chỉnh các quan hệ xã hội. Đặc điểm này có tính quyết định đến các trường hợp áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước. Theo đó, khi áp dụng pháp luật, các chủ thể có thẩm quyền thường phải ưu tiên áp dụng quy phạm pháp luật trước, trong trường hợp pháp luật không quy định hoặc quy định không đầy đủ thì mới áp dụng đến tập quán và các loại nguồn bổ sung khác. Nói cách khác, tập quán chỉ được xếp ở vị trí thứ hai sau văn bản quy phạm pháp luật[84].

Thứ hai, áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước là áp dụng các quy tắc hình thành từ đời sống.

Tập quán là loại quy tắc xử sự hình thành từ đời sống, thể hiện ý chí, sự đồng thuận chung của một cộng đồng xã hội, không phải là ý chí của Nhà nước. Hơn nữa, các quy tắc tập quán, tồn tại cả ở dạng thành văn và bất thành văn, thậm chí, một tập quán có thể tồn tại các dị bản khác nhau. Vì vậy, việc áp dụng tập quán đòi hỏi phải tuân theo các điều kiện phức tạp hơn so với việc áp dụng quy phạm pháp luật. Các điều kiện này, có thể bao gồm việc tìm kiếm, chứng minh sự tồn tại của tập quán; giải thích, đánh giá sự phù hợp của tập quán được áp dụng; ghi nhận nội dung quy tắc tập quán trong quyết định áp dụng pháp luật…

Thứ ba, áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước thường gắn với địa phương, cộng đồng dân cư, lĩnh vực đời sống nhất định.

Xuất phát từ đặc điểm của tập quán là hình thành và tồn tại luôn gắn liền với một cộng đồng dân cư hoặc lĩnh vực đời sống nhất định, nội dung của tập quán chính là sự phản ánh nề nếp, thói quen sinh hoạt của cộng đồng xã hội đó. Nên khi áp dụng tập quán cần lưu ý, tập quán của cộng đồng dân cư nào thì đương nhiên chỉ áp dụng ở cộng đồng dân cư đó; tập quán của lĩnh vực ngành nghề nào thì cũng chỉ áp dụng đối với vụ việc phát sinh trong lĩnh vực ngành nghề đó mà thôi. Tập quán

[84] Tuy nhiên, trong một số quan hệ, Nhà nước thừa nhận việc ưu tiên thỏa thuận của các bên bao gồm cả việc thỏa thuận lựa chọn áp dụng tập quán. Trong những trường hợp này, thứ tự áp dụng các loại nguồn có thể khác. Vấn đề này sẽ được phân tích rõ hơn ở các nội dung tiếp sau.

của cộng đồng này không thể áp dụng cho cộng đồng khác, tập quán của lĩnh vực ngành nghề này cũng không thể áp dụng cho lĩnh vực ngành nghề khác bởi mỗi cộng đồng dân cư, mỗi lĩnh vực ngành nghề sẽ có các đặc trưng riêng của mình. Việc áp dụng tập quán như vậy cũng phù hợp với nguyên tắc hiệu lực về không gian và đối tượng tác động của pháp luật.

Tóm lại, áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước là hoạt động áp dụng pháp luật của các chủ thể có thẩm quyền nhằm cá biệt hóa các quy tắc tập quán vào các trường hợp cụ thể phát sinh trong cộng đồng dân cư hoặc lĩnh vực đời sống nhất định, nơi mà tập quán đó đang tồn tại và được thừa nhận, sử dụng rộng rãi. Do những đặc tính riêng của tập quán mà việc áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước có sự phức tạp hơn so với việc áp dụng các quy phạm pháp luật.

1.1.4. Sự cần thiết phải áp dụng tập quán trong quản lý xã hội của Nhà nước ở Việt Nam hiện nay

Ở Việt Nam hiện nay, pháp luật là công cụ hàng đầu, quan trọng và có hiệu quả nhất, công cụ không thể thay thế trong QLXH. Pháp luật được xác định là hạt nhân, giữ vị trí trung tâm trong hệ thống công cụ QLXH. Điều 8 Hiến pháp năm 2013 quy định: "*Nhà nước được tổ chức và hoạt động theo Hiến pháp và pháp luật, quản lý xã hội bằng Hiến pháp và pháp luật*". Tuy nhiên, điều này không loại bỏ vai trò và sự cần thiết phải áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước, bởi các quan hệ xã hội rất đa dạng, phong phú và luôn biến đổi, trên thực tế, không phải mọi quan hệ xã hội đều được và đều cần phải được điều chỉnh bằng pháp luật. Việc xác định những quan hệ xã hội nào cần điều chỉnh bằng pháp luật là rất quan trọng đối với mỗi nhà nước. Xác định không đúng có thể dẫn đến những can thiệp không cần thiết, làm giảm đi hiệu quả QLXH của Nhà nước và thậm chí có thể xâm phạm đến các quyền tự do của con người.

Hiện nay, đang tồn tại hai xu hướng trong việc xác định phạm vi và mức độ điều chỉnh của pháp luật lên các quan hệ xã hội. Xu hướng thứ nhất muốn mở rộng phạm vi điều chỉnh pháp luật lên các quan hệ xã hội (bao gồm cả những quan hệ xã hội trước đây được điều chỉnh bằng những công cụ khác và những quan hệ xã hội mới phát sinh). Xu hướng thứ hai lại muốn thu hẹp phạm vi và mức độ điều chỉnh pháp luật, theo đó, hạn chế bớt sự can thiệp của pháp luật lên hành vi của các chủ thể, đưa lại nhiều tự do hơn cho các chủ thể trong xã hội. Nói cách khác, xu hướng thứ hai đề cao khả năng tự điều chỉnh của xã hội, cho rằng, Nhà nước, pháp luật chỉ can thiệp khi xã hội không tự giải quyết được hoặc giải quyết không có hiệu quả các

vấn đề phát sinh trong đời sống. Tuy nhiên, xu hướng chung là không nên pháp luật hóa mọi quan hệ, nhưng cái gì cần điều chỉnh bằng pháp luật thì phải có pháp luật để điều chỉnh. Nói cách khác, không nên coi pháp luật là công cụ vạn năng trong QLXH. Để tăng cường hiệu quả trong QLXH của Nhà nước thì việc thừa nhận áp dụng tập quán là rất cần thiết và là một tất yếu khách quan ở Việt Nam cả ở hiện tại và tương lai.

Sự cần thiết phải áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước ở Việt Nam xuất phát từ một số lý do cơ bản:

Một là, xuất phát từ yếu tố lịch sử, truyền thống văn hóa, kinh tế - xã hội.

Việt Nam là một quốc gia phương Đông, gắn liền với nền văn minh lúa nước, với lối sống quần cư làng, bản nên các phong tục, tập quán được hình thành từ rất sớm và vô cùng phong phú, đa dạng. Trong tiến trình lịch sử của dân tộc, các triều đại phong kiến cũng như các chính quyền đô hộ đều phải thừa nhận sự tồn tại song hành của hệ thống tập quán trong điều chỉnh các quan hệ xã hội. Khi đất nước bị xâm lăng, để chống lại sự đồng hóa, người Việt luôn giữ gìn và đặt vị trí cao nhất cho tập quán trong điều chỉnh các quan hệ của mình. Khi giành được độc lập, chủ quyền, các triều đại phong kiến cũng đều thừa nhận tập quán là một loại nguồn của pháp luật trong QLXH bởi tính đa dạng và hữu ích của loại quy phạm này. Pháp luật buộc phải thích ứng với tập quán được coi là một đặc điểm của lịch sử lập pháp phong kiến Việt Nam. Thực tế, phạm vi can thiệp của pháp luật chỉ trong các lĩnh vực trọng yếu của quốc gia như quân sự, sưu thuế, binh dịch… còn các lĩnh vực khác, đặc biệt trong tổ chức, quản lý làng, xã đều thuộc phạm vi điều chỉnh của tập quán. Có thể nói, tập quán truyền thống của nước ta luôn có sức sống kỳ diệu và luôn đóng vai trò là công cụ hữu hiệu, không thể bỏ qua trong QLXH, là yếu tố tạo nên đặc trưng văn hóa nói chung và bản sắc văn hoá pháp lý nói riêng của dân tộc.

Xã hội có những biến đổi theo thời gian nhưng những giá trị tích cực của tập quán xưa vẫn là "*những mạch ngầm ẩn dưới tầng sâu của văn hoá dân tộc và không hề dứt*"[85]. Do vậy, sẽ là thiếu khách quan nếu cho rằng, ngày nay cùng với sự phát triển của xã hội hiện đại thì vai trò, giá trị của tập quán sẽ mất đi. Vì trước hết, Nhà nước không thể dùng pháp luật thành văn để thay thế hoàn toàn cho tập quán trong QLXH. Tập quán có quá trình hình thành, tồn tại và phát triển lâu dài trong đời sống, trở thành nét đặc trưng văn hóa của mỗi vùng, miền, cộng đồng dân cư. Kinh

[85] Lê Minh Thông (2008), "Luật nước và hương ước lệ làng trong đời sống pháp lý của các cộng đồng làng xã Việt Nam", Kỷ yếu Hội thảo quốc tế Việt Nam học lần thứ 3, tr.6.

nghiệm phát triển kinh tế - xã hội của nước ta thời gian qua cho thấy, không thể bỏ qua các đặc điểm văn hóa, đặc trưng dân tộc và khu vực trong QLXH, bởi nếu bỏ qua các yếu tố này thì pháp luật sẽ khó được người dân tiếp nhận và thi hành một cách tự giác, dẫn đến hiệu quả QLXH bị giảm đi đáng kể.

Bên cạnh đó, Việt Nam là một quốc gia đa dân tộc, với 54 dân tộc anh em cùng chung sống trên các vùng, miền khác nhau của Tổ quốc, mà sự phát triển ở các vùng, miền hiện nay còn không đồng đều, thậm chí vẫn còn có sự chênh lệch không nhỏ về trình độ phát triển, đời sống văn hóa, tinh thần giữa các vùng miền, cộng đồng dân cư. Vì vậy, không phải khi nào và ở đâu, các quy phạm pháp luật với tính khái quát hóa cao cũng hoàn toàn phù hợp để điều chỉnh một cách chính xác, thỏa đáng những vấn đề pháp lý phát sinh ở các vùng, miền, các cộng đồng dân cư khác nhau, đặc biệt là ở vùng đồng bào dân tộc thiểu số. Trong khi đó, tập quán với đặc trưng là được hình thành dựa trên những điều kiện cụ thể của mỗi địa phương, mỗi cộng đồng dân cư, phù hợp với các đặc điểm về phong tục, lối sống và tâm lý của người dân nên rất phù hợp để điều chỉnh các quan hệ xã hội cụ thể và do vậy, có thể thay thế, hỗ trợ đắc lực cho pháp luật trong một số phạm vi và lĩnh vực nhất định.

Hai là, xuất phát từ giá trị điều chỉnh của tập quán lên các quan hệ xã hội.

Mỗi loại quy phạm xã hội đều có vị trí, vai trò đặc thù riêng của mình trong việc điều chỉnh các quan hệ xã hội. Tuy nhiên, chúng luôn nằm trong một chỉnh thể thống nhất, bổ sung, hỗ trợ cho nhau trong quá trình điều chỉnh hành vi của con người. Nếu đặt tập quán trong mối tương quan với pháp luật thì có thể thấy, mặc dù chúng đều là các quy tắc điều chỉnh hành vi, định hướng cách xử sự của con người theo khuôn mẫu chung nhưng phạm vi, mục đích điều chỉnh của hai loại quy phạm này không hoàn toàn đồng nhất với nhau. "*Nếu pháp luật hướng đến trật tự xã hội chung thì phong tục, tập quán hướng đến trật tự cộng đồng; pháp luật tạo lập đồng thuận xã hội thì phong tục, tập quán tạo lập, củng cố đồng thuận cộng đồng*"[86]. Điều này có nghĩa, tập quán chỉ có giá trị điều chỉnh các quan hệ xã hội, duy trì trật tự xã hội trong phạm vi cộng đồng xã hội nơi mà nó hình thành và tồn tại, nhưng như vậy không có nghĩa là giá trị QLXH của tập quán là hạn hẹp, bởi trật tự cộng đồng là nền tảng để tạo nên trật tự xã hội, trật tự xã hội chỉ có thể tồn tại trên cơ sở trật tự của các cộng đồng. Có thể nói, mối quan hệ giữa trật tự chung của xã hội và trật tự riêng của mỗi cộng đồng chính là mối quan hệ "cộng sinh tương hỗ".

---

[86] Nguyễn Năng Nam (2011), "Kết hợp pháp luật và phong tục, tập quán trong việc quản lý xã hội ở nước ta hiện nay", Tạp chí Phát triển nhân lực, Số 1, tr.47.

Việc áp dụng tập quán trong QLXH tạo ra "*môi trường văn hóa pháp lý đặc thù vừa để phát huy hiệu lực của luật nước vừa để hạn chế luật nước trong mối quan hệ bảo lưu các nét đặc trưng của lối sống cộng đồng*"[87]. Chính sự tương tác giữa pháp luật và tập quán đã tạo nên bản sắc văn hoá pháp lý Việt Nam với đặc điểm "lưỡng tính" của thể chế pháp lý biểu hiện ở sự thống nhất quốc gia và quyền tự quản trong các cộng đồng. Vấn đề đặt ra là, tự quản là hoạt động gắn liền với kết cấu xã hội truyền thống, với các đơn vị xã hội được thiết lập dựa trên quan hệ thân tộc. Tuy nhiên, cùng với sự phát triển của đất nước, kết cấu xã hội đã có nhiều thay đổi và về cơ bản đã mất dần các yếu tố gắn kết có tính cổ truyền. Điều này đặt ra nghi ngờ rằng, trong giai đoạn hiện nay, tập quán liệu có còn không gian xã hội để áp dụng? Thực tiễn phát triển của đất nước thời gian qua cho thấy, có một giai đoạn ngắn chúng ta đã xem nhẹ việc vận dụng các yếu tố văn hóa truyền thống trong QLXH, bao gồm cả việc áp dụng tập quán. Điều này đã dẫn đến tình trạng phát sinh nhiều hiện tượng tiêu cực trong xã hội do thiếu đi sự tự quản của cộng đồng. Tuy nhiên, trong những năm gần đây, việc kết hợp pháp luật và các yếu tố văn hóa truyền thống trong QLXH đã được chú trọng hơn, các yếu tố tích cực của xã hội truyền thống đang dần được "hồi sinh", vai trò QLXH của các thể chế truyền thống đang dần được tái khẳng định, đã góp phần tăng cường hiệu quả QLXH của Nhà nước.

Ba là, xuất phát từ yêu cầu hội nhập quốc tế.

Hội nhập quốc tế đang là một xu thế tất yếu mà các quốc gia trên thế giới đều hướng tới, đều cần tranh thủ những yếu tố tích cực, loại bỏ những yếu tố tiêu cực của nó để tiến nhanh trên con đường phát triển. Tiến trình hội nhập đã "*làm chuyển biến quan niệm về pháp luật, trong đó trước hết là quan niệm cũng như nhu cầu mở rộng nguồn pháp luật của mỗi quốc gia*"[88]. Xu hướng chung của các quốc gia trên thế giới hiện nay là chấp nhận sự đa dạng hóa các loại nguồn của pháp luật, trong đó, có tập quán. Vì vậy, việc thừa nhận áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước ở nước ta hiện nay không chỉ phù với các điều kiện kinh tế - xã hội của đất nước mà còn phù hợp với xu thế phát triển chung của các hệ thống pháp luật trên thế giới.

Hơn nữa, với xu thế hội nhập kinh tế quốc tế ngày càng sâu rộng như hiện nay, việc thừa áp dụng tập quán nói chung, tập quán thương mại quốc tế nói riêng,

---

[87] Lê Minh Thông (2008), tlđd, tr.1.

[88] Xem: TS. Mai Văn Thắng, "Đa dạng hóa các loại nguồn pháp luật ở Việt Nam hiện nay là một tất yếu khách quan", http://maivanthangsl.blogspot.com.

cũng là đòi hỏi tất yếu nhằm tạo ra sự thích ứng cho các doanh nghiệp Việt Nam khi tham gia vào "sân chơi" quốc tế. Bởi lẽ, tập quán được biết đến với vai trò là nền tảng của luật thương mại quốc tế, có nhiều tập quán thương mại quốc tế đã, đang được các nước thừa nhận và sử dụng khá rộng rãi. Vì vậy, khi tham gia vào "sân chơi" chung thì chúng ta không thể không biết, không tuân thủ các "luật chơi" chung đó. Mặc dù, trong quá trình hội nhập, các quốc gia, trong đó có Việt Nam đã cùng nhau ký kết không ít các hiệp định song phương và đa phương về nhiều lĩnh vực khác nhau, nhưng cũng không thể bao quát được tất cả các trường hợp phát sinh trên thực tế, do đó, để giải quyết được những vấn đề phát sinh trên thực tế thì vẫn cần phải áp dụng tập quán. Để thích ứng với các chuẩn mực chung của thế giới và không bị thua thiệt khi tham gia hội nhập, đòi hỏi chúng ta phải nghiên cứu, tiếp thu, áp dụng có chọn lọc các tập quán thương mại quốc tế, đặc biệt là các tập quán thương mại quốc tế có tính phổ biến, được sử dụng rộng rãi trong hoạt động thương mại hiện nay.

Bốn là, xuất phát từ nhu cầu giữ gìn, phát huy bản sắc văn hóa của dân tộc trong quá trình hội nhập.

Việc áp dụng tập quán không chỉ góp phần QLXH tốt hơn mà còn là sự giữ gìn những nét văn hóa riêng của dân tộc, thúc đẩy lòng tự hào dân tộc trong giao lưu, hội nhập quốc tế.

Toàn cầu hóa tạo điều kiện thuận lợi để giao lưu, hội nhập văn hóa, tiếp nhận các giá trị, tinh hoa văn hóa nhân loại nhằm làm giàu thêm, phong phú thêm các giá trị văn hóa của dân tộc, thúc đẩy và hình thành nền kinh tế tri thức, hình thành lối sống văn minh, hiện đại… Tuy nhiên, bên cạnh những mặt tích cực thì toàn cầu hóa cũng có những tác động tiêu cực là tạo nguy cơ lệ thuộc về kinh tế, chính trị; làm cho các giá trị văn hóa truyền thống bị phôi phai, biến dạng… Vì vậy, trong quá trình toàn cầu hóa hiện nay, vấn đề giữ gìn và phát huy các giá trị văn hóa truyền thống được đặt ra bức thiết hơn bao giờ hết đối với mọi quốc gia. Một quốc gia, dân tộc sẽ không còn là chính mình nếu đánh mất bản sắc văn hoá. "*Văn hóa truyền thống là nền tảng, không có văn hóa truyền thống sẽ không có sự phát triển. Giá trị văn hóa truyền thống là những giá trị thuộc về tư tưởng, lối sống, chuẩn mực đạo đức được cộng đồng thừa nhận và bảo tồn, gìn giữ từ đời này sang đời khác… Không dựa trên nền tảng của giá trị văn hóa truyền thống thì không thể tiếp thu có*

hiệu quả những thành tựu hiện đại và càng không thể có sự phát triển lâu bền"[89].

Giữ gìn và phát huy bản sắc văn hóa dân tộc chính là việc phát huy sức mạnh nội sinh, tạo nền tảng cho sự phát triển bền vững của đất nước. Ý thức được tầm quan trọng của việc giữ gìn và phát huy bản sắc văn hóa dân tộc trong quá trình phát triển đất nước trong giai đoạn hiện nay, Đảng ta đã nhấn mạnh việc: "*quan tâm giữ gìn và nâng cao bản sắc văn hoá dân tộc, kế thừa và phát huy truyền thống đạo đức, tập quán tốt đẹp và lòng tự hào dân tộc*"[90]. Trong thời gian qua, Nhà nước đã từng bước thể chế hóa quan điểm này trong quá trình hoàn thiện hệ thống pháp luật, tạo cơ sở cho việc giữ gìn và phát huy những tập quán tốt đẹp của dân tộc, từng bước cải tạo, xoá bỏ những tập quán lạc hậu, không còn phù hợp với sự phát triển của xã hội.

Năm là, xuất phát từ nhu cầu thực tiễn của quản trị quốc gia và sự không bao giờ đầy đủ của pháp luật thành văn.

Trong công cuộc xây dựng Nhà nước pháp quyền XHCN của nhân dân, do nhân dân và vì nhân dân ở nước ta, pháp luật được xác định là công cụ quan trọng nhất để Nhà nước QLXH. Chính vì vậy, Nhà nước luôn chú trọng việc xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật. Nhờ đó, hệ thống pháp luật ngày một hoàn thiện, trở thành công cụ hữu hiệu trong QLXH, góp phần ổn định trật tự xã hội, thúc đẩy phát triển mọi mặt đời sống xã hội. Tuy nhiên, thực tế cho thấy, sẽ là rất khó để một nhà nước có thể ban hành một hệ thống các quy phạm pháp luật điều chỉnh được hết mọi vấn đề phát sinh trong xã hội cần có sự quản lý của Nhà nước, bởi lẽ, hệ thống các quy phạm pháp luật thì mang tính ổn định tương đối cao và nhận thức của con người thì có hạn, trong khi đó, các quan hệ xã hội thì vô cùng đa dạng, phong phú, phức tạp và luôn phát triển không ngừng. Vì vậy, khi xây dựng và ban hành các quy phạm pháp luật, các nhà làm luật không thể dự liệu hết được các tình huống pháp lý có thể phát sinh trong đời sống thực tế. Nói cách khác, Nhà nước không thể nào "luật hóa" được mọi lĩnh vực, mọi ngõ ngách của đời sống xã hội, vì thế, trong thực tiễn sẽ luôn có những tình huống thiếu pháp luật thành văn để điều chỉnh các quan hệ xã hội. Trong những trường hợp đó, với sự phong phú và đa dạng, tập quán chính là loại nguồn bổ sung quan trọng cho pháp luật, hỗ trợ, tạo điều kiện cho pháp luật thực hiện được vai trò QLXH có hiệu quả.

---

[89] ThS. Bùi Thanh Thủy, "Kế thừa và phát huy các giá trị văn hóa truyền thống trong quá trình toàn cầu hóa", http://vhttcs.org.vn, truy cập: 16/2/2021.

[90] Đảng Cộng sản Việt Nam, Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ VIII, Nxb. CTQG, Hà Nội, 1996.

Mặt khác, thực tế tồn tại những quan hệ xã hội không cần đến sự điều chỉnh pháp luật hoặc sự điều chỉnh pháp luật tỏ ra không hiệu quả bằng sự điều chỉnh của các quy phạm xã hội khác. Chẳng hạn, các quan hệ tình cảm cá nhân không cần đến sự điều chỉnh pháp luật; hay đối với một số vấn đề phát sinh tại cộng đồng dân cư, mang bản sắc của cộng đồng dân cư đó thì việc điều chỉnh bằng pháp luật thường tỏ ra ít hiệu quả hơn so với việc điều chỉnh bằng các quy tắc tập quán của chính cộng đồng dân cư đó. Trong những trường hợp này, tập quán có ý nghĩa quan trọng để thay thế cho pháp luật, góp phần bảo vệ tốt hơn các quyền và lợi ích chính đáng của các chủ thể trong xã hội.

Thêm vào đó, tập quán còn có tác động không nhỏ đến việc tiếp nhận và thi hành pháp luật của người dân. Tập quán lạc hậu sẽ trở thành lực cản trong việc tiếp nhận và thi hành pháp luật. Ngược lại, tập quán tiến bộ, tốt đẹp sẽ đóng vai trò tích cực trong việc tiếp nhận và thi hành pháp luật một cách tự giác của người dân. Việc áp dụng "*tập quán tốt đẹp sẽ đóng vai trò tích cực trong việc xây dựng tình đoàn kết nội bộ, giải quyết các tranh chấp bằng con đường hoà giải, giải quyết linh hoạt, kịp thời, có tình, có lý các mâu thuẫn trong cộng đồng dân cư, phù hợp với điều kiện của từng địa phương, bảo đảm ổn định trật tự xã hội*"[91]. Trong trường hợp này, tập quán chính là điều kiện khách quan giúp cho pháp luật của Nhà nước gần với đời sống của người dân, dễ được người dân chấp nhận hơn.

Nhà nước pháp quyền không chỉ là Nhà nước khẳng định sự thượng tôn của pháp luật. Nhà nước pháp quyền còn là Nhà nước có xã hội công dân phát triển, trong Nhà nước pháp quyền, các quyền con người được tôn trọng, ghi nhận và đảm bảo thực hiện. Theo đó, "*những quy tắc xử sự xuất phát từ dân, thể hiện truyền thống và ý chí của dân, của cộng đồng luôn được tôn trọng và phát triển. Tập quán xuất phát từ các phong tục, truyền thống của cộng đồng dân cư vì vậy sẽ dễ được chấp nhận, được thừa nhận và phát triển. Coi trọng và phát triển tập quán thành nguồn của pháp luật là minh chứng cho một thể chế và xã hội dân chủ*"[92]. Như vậy, trong điều kiện xây dựng Nhà nước pháp quyền, cần tôn trọng và đề cao quyền con người, đề cao tính nhân văn trong mọi hoạt động của Nhà nước, xã hội hóa các hoạt động của Nhà nước, tôn trọng tính tự quản của cộng đồng thì việc áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước lại càng cần thiết và chính xu thế phát triển này sẽ tạo ra

---

[91] Nguyễn Năng Nam (2011), tlđd, tr.48.

[92] Xem: TS. Mai Văn Thắng, "Đa dạng hóa các loại nguồn pháp luật ở Việt Nam hiện nay là một tất yếu khách quan", http://maivanthangsl.blogspot.com.

môi trường rộng mở hơn cho việc áp dụng tập quán trong QLXH.

Tóm lại, tập quán không chỉ là một loại nguồn bổ sung, bù đắp cho sự thiếu hụt của pháp luật, hỗ trợ cho pháp luật trong QLXH, mà còn là môi trường đưa pháp luật vào cuộc sống, đồng thời là "chất liệu quý" để hoàn thiện một nền pháp luật tiên tiến, hiện đại, đậm đà bản sắc dân tộc. Vì vậy, việc ghi nhận và áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước là một đòi hỏi tất yếu ở Việt Nam hiện nay.

1.2. Chủ thể, phạm vi, trường hợp và nguyên tắc áp dụng tập quán trong quản lý xã hội của Nhà nước

1.2.1. Chủ thể áp dụng tập quán trong quản lý xã hội của Nhà nước

Áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước là một hình thức QLXH của Nhà nước. Cơ sở pháp lý của việc áp dụng tập quán trong QLXH là các quy định thừa nhận tập quán là một loại nguồn của pháp luật và cho phép áp dụng tập quán để điều chỉnh các quan hệ xã hội. Ở Việt Nam, việc thừa nhận tập quán là một loại nguồn của pháp luật và cho phép áp dụng tập quán thuộc về chủ thể thực hiện quyền lập pháp. Nói cách khác, Quốc hội là chủ thể tạo lập thể chế cho hoạt động QLXH của Nhà nước nói chung và hoạt động áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước nói riêng. Thông qua hoạt động lập pháp, việc thừa nhận tập quán là một loại nguồn của pháp luật và cho phép áp dụng tập quán được ghi nhận trong Hiến pháp và các văn bản quy phạm pháp luật khác. Sự công nhận này tạo ra địa vị pháp lý vững chắc cho tập quán và việc áp dụng tập quán ở cấp độ quốc gia chứ không chỉ là ở địa phương. Trên cơ sở các quy định thừa nhận tập quán là một loại nguồn của pháp luật và cho phép áp dụng tập quán, các chủ thể có thẩm quyền sẽ xem xét áp dụng tập quán để giải quyết các vụ việc cụ thể phát sinh trong đời sống.

Áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước là hoạt động mang tính quyền lực nhà nước. Do vậy, chủ thể áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước là các chủ thể có thẩm quyền. Các chủ thể này khá đa dạng, trong nhiều trường hợp, chủ thể có thẩm quyền áp dụng pháp luật cũng chính là chủ thể có thẩm quyền áp dụng tập quán.

Đối với chủ thể là các CQNN, khi giải quyết các vấn đề liên quan đến quản lí hành chính thì sẽ do UBND các cấp thực hiện việc áp dụng tập quán theo thẩm quyền. Chẳng hạn, UBND cấp xã dựa trên tập quán để xác định họ, tên, dân tộc cho trẻ em trong trường hợp cha, mẹ của đứa trẻ đó khác nhau về dân tộc và họ không có thỏa thuận về lựa chọn dân tộc cho con. Trong trường hợp các vụ việc phát sinh trong đời sống được đưa ra xét xử tại Tòa án thì Tòa án sẽ là chủ thể áp dụng tập

quán. BLDS năm 2015 quy định: *"Tòa án không được từ chối giải quyết vụ, việc dân sự vì lý do chưa có điều luật để áp dụng"*[93], trong trường hợp không có quy định cụ thể điều chỉnh mà quan hệ đó mang tính pháp lý, cần có sự can thiệp của Nhà nước thì thẩm phán áp dụng tập quán, áp dụng tương tự pháp luật, các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự, án lệ, lẽ công bằng để giải quyết[94]. Có thể nói, Tòa án vừa là chủ thể có thẩm quyền áp dụng tập quán trong hoạt động xét xử, vừa là chủ thể có nghĩa vụ áp dụng tập quán trong hoạt động xét xử nhằm đảm bảo quyền, lợi ích chính đáng của các chủ thể có liên quan.

Bên cạnh các CQNN thì chủ thể áp dụng tập quán còn bao gồm, các tổ chức xã hội, các cá nhân được Nhà nước trao quyền. Chẳng hạn, trong hoạt động quản lý nhà nước ở địa phương thì Hòa giải viên, Tổ hòa giải cơ sở theo Luật Hòa giải ở cơ sở năm 2013 cũng có thể là chủ thể áp dụng tập quán. Theo Nghị định 15/2014/NĐ-CP Quy định chi tiết một số điều và biện pháp thi hành Luật Hòa giải ở cơ sở thì phạm vi hòa giải ở cơ sở rất rộng, từ những mâu thuẫn, tranh chấp trong cuộc sống hàng ngày của người dân địa phương cho đến cả những hành vi vi phạm pháp luật[95]. Khoản 3 Điều 21 Luật Hòa giải ở cơ sở năm 2013 quy định: "*Tùy thuộc vào vụ, việc cụ thể, trên cơ sở quy định của pháp luật, đạo đức xã hội, phong tục, tập quán tốt đẹp của nhân dân, hòa giải viên áp dụng các biện pháp thích hợp nhằm giúp các bên hiểu rõ về quyền lợi, trách nhiệm của mỗi bên trong vụ, việc để các bên thỏa thuận việc giải quyết các mâu thuẫn, tranh chấp và tự nguyện thực hiện thỏa thuận đó*". Như vậy, trong quá trình tiến hành hòa giải cho các bên, Hòa giải viên có thể áp dụng tập quán tốt đẹp của địa phương để hướng dẫn, giúp đỡ các bên đạt được thỏa thuận, tự nguyện giải quyết với nhau các tranh chấp.

Tóm lại, việc áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước ở Việt Nam hiện nay được thực hiện bởi nhiều loại chủ thể. Mỗi loại chủ thể ứng với chức năng, nhiệm vụ của mình sẽ có thẩm quyền và cách thức riêng trong việc áp dụng tập quán để giải quyết các vấn đề phát sinh trong đời sống xã hội.

1.2.2. Phạm vi áp dụng tập quán trong quản lý xã hội của Nhà nước

Về xác định phạm vi áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước đặt ra các vấn đề cơ bản cần làm rõ, đó là, xác định không gian và lĩnh vực áp dụng tập quán.

Về không gian, đối với tập quán trong nước, xuất phát từ đặc điểm của tập

---

[93] Khoản 2 Điều 14 BLDS năm 2015.
[94] Xem: Khoản 2 Điều 14, Điều 5, Điều 6 BLDS năm 2015.
[95] Xem: khoản 1 Điều 5 Nghị định 15/2014/NĐ-CP.

quán là hình thành và tồn tại lâu dài gắn với một cộng đồng xã hội nhất định, phản ánh các đặc trưng riêng của cộng đồng xã hội đó nên phạm vi áp dụng tập quán chính là tại nơi mà tập quán đã hình thành và tồn tại. Điều này là phù hợp bởi chúng ta không thể mang thể chế của cộng đồng này áp đặt cho một cộng đồng khác. Đối với tập quán quốc tế chỉ có thể trở thành nguồn của pháp luật khi được pháp luật quốc gia thừa nhận hoặc được các quốc gia hữu quan quy định trong điều ước quốc tế hoặc được các bên chủ thể tham gia quan hệ lựa chọn áp dụng với điều kiện việc áp dụng và hậu quả của việc áp dụng tập quán quốc tế đó không trái với nguyên tắc cơ bản của pháp luật của các bên. Khi được thừa nhận, lựa chọn áp dụng thì tập quán quốc tế có thể điều chỉnh các quan hệ xã hội trên phạm vi lãnh thổ của nhiều quốc gia. Ở Việt Nam hiện nay, tập quán quốc tế được thừa nhận áp dụng, nhưng chỉ được áp dụng trong điều chỉnh các quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài.

Như vậy, về cơ bản, phạm vi không gian áp dụng tập quán được xác định khá rõ. Tuy nhiên, thực tiễn áp dụng tập quán phát sinh những vấn đề khó khăn, vướng mắc mà nguyên nhân chủ yếu là bởi hiện tượng xung đột pháp luật.

Thứ nhất, là xung đột giữa tập quán và các quy định trong văn bản quy phạm pháp luật.

Khi Nhà nước thừa nhận áp dụng tập quán sẽ dẫn đến sự tồn tại song song hai hệ thống pháp luật cùng điều chỉnh các quan hệ xã hội, hai hệ thống này có thể có mâu thuẫn với nhau. Một hành vi có thể không trái với tập quán nhưng lại bị xem là vi phạm pháp luật hoặc ngược lại thì phải giải quyết như thế nào? Các bên liên quan có quyền lựa chọn hệ thống pháp luật có lợi hơn cho mình không? Nếu vụ việc đó đã được giải quyết bằng tập quán hoặc quy định pháp luật rồi thì sau đó có thể lại quyết lại bằng quy định pháp luật hoặc tập quán không? Nếu áp dụng tập quán để giải quyết tranh chấp thì thẩm quyền thuộc về thiết chế tự quản của cộng đồng hay CQNN hay cả hai thiết chế này?

Ở Việt Nam hiện nay, trong một số quan hệ, chúng ta ưu tiên thỏa thuận của các bên[96], theo đó, các bên có thể thỏa thuận lựa chọn tập quán để điều chỉnh quan hệ của mình. Nói cách khác, khi được các bên thỏa thuận lựa chọn, tập quán sẽ có thứ tự ưu tiên áp dụng trước cả quy định pháp luật. Tuy nhiên, trong quá trình giải quyết các vấn đề phát sinh, các chủ thể có thẩm quyền áp dụng pháp luật phải xem xét tập quán mà các bên thỏa thuận lựa chọn có phù hợp với nội dung quan hệ cần giải quyết không, có trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật và chuẩn mực đạo

[96] Xem: Khoản 2, Điều 5 BLDS năm 2015.

đức không. Nếu sau khi xem xét, tập quán đó đáp ứng được các nguyên tắc áp dụng thì chủ thể có thẩm quyền áp dụng phải căn cứ vào tập quán để giải quyết vụ việc. Còn nếu không đáp ứng được thì chủ thể có thẩm quyền áp dụng phải bác bỏ việc áp dụng. Tức là, khi có sự xung đột giữa tập quán và quy định pháp luật thì quy định pháp luật sẽ được ưu tiên áp dụng[97]. Một hành vi không trái với tập quán nhưng trái với các quy định pháp luật thì vẫn có thể bị xử lý theo quy định pháp luật. Nói cách khác, trong những trường hợp, hành vi dù không bị coi là vi phạm tập quán nhưng lại là hành vi vi phạm pháp luật thì các chủ thể thường không được quyền lựa chọn hệ thống pháp luật có lợi hơn cho mình để áp dụng. Chẳng hạn, theo tập quán của một số dân tộc ở Lai Châu, nếu gia súc vào vườn nhà khác phá hoại thì chủ nhà có quyền bắn chết con gia súc đó. Ông A đã bắn chết con trâu của nhà khác khi nó vào phá vườn nhà mình. Đây là hành vi được tập quán cho phép. Tập quán này thậm chí đã được đưa vào quy ước của bản và được HĐND xã ra nghị quyết phê duyệt. Tuy nhiên, vì con trâu có trị giá trên 2 triệu đồng nên ông A đã bị truy tố về tội hủy hoại tài sản theo quy định của Bộ Luật Hình sự[98]. Như vậy, ông A không thể viện dẫn tập quán để miễn trừ trách nhiệm hình sự cho mình.

Nhiều trường hợp, các chủ thể thực hiện hành vi không bị xem là vi phạm quy định pháp luật nhưng lại vi phạm tập quán thì vẫn có thể bị cộng đồng áp dụng các biện pháp chế tài. Chẳng hạn, người Dao ở Lai Châu có tập quán cấm bản khi cần làm lễ. Khi đó, không ai được đi qua bản. Những người vi phạm sẽ bị bản phạt. Cán bộ xuống công tác không để ý đi vào nên bị yêu cầu phạt lợn và rượu[99]. Tuy nhiên, nếu vụ việc được đưa ra giải quyết tại các CQNN có thẩm quyền thì những yêu cầu mà các bên đưa ra là trái hoặc không có trong quy định pháp luật thì thường sẽ không được chấp nhận.

Về lựa chọn hệ thống pháp luật áp dụng, một số quốc gia cho phép các cá nhân lựa chọn áp dụng hệ thống pháp luật có lợi hơn cho mình. Chẳng hạn, ở Indonesia khi thuộc trường hợp có hai hệ thống pháp luật cùng có thể điều chỉnh quan hệ (quy định pháp luật của Nhà nước và tập quán) thì cá nhân có quyền lựa chọn hệ thống pháp luật nào có lợi hơn cho mình. Trong một nghiên cứu, một tác giả đã chỉ ra rằng, những người đàn ông trong một quận ở Indonesia đã tìm cách để

---

[97] Một số quốc gia chấp nhận cả những tập quán có mâu thuẫn với pháp luật. Trong trường hợp tập quán có mâu thuẫn với pháp luật thì tùy thuộc vào mức độ tự chủ của địa phương mà tập quán đó sẽ được áp dụng hay quy định pháp luật của Nhà nước được áp dụng. Ví dụ: Một phần khu vực Aceh ở Indonesia công nhận tập quán Shari'ad trong khi những khu vực khác trên quần đảo thì không công nhận - Xem: Phan Nhật Thanh (2013), tlđd, tr.34.
[98] Xem: Bộ Tư pháp, Viện khoa học pháp lý (2018), tlđd, tr.110.
[99] Xem: Bộ Tư pháp, Viện khoa học pháp lý (2018), tlđd, tr.63.

được áp dụng luật tục, theo đó, phụ nữ không phải là người thừa kế, còn những người phụ nữ (chủ yếu là người trẻ) đòi quyền thừa kế theo luật tiểu bang. Đa số các trường hợp, Tòa án đã tuyên cho người phụ nữ thắng, tuy nhiên, nhiều người trong số họ đã phải theo đuổi vụ kiện trong thời gian rất dài[100].

Việc tồn tại song song hai hệ thống pháp luật có thể phát sinh các trường hợp, nếu vụ việc đã được giải quyết bằng tập quán thì rất khó áp dụng các quy định pháp luật sau đó, nhất là trường hợp quy định pháp luật bất lợi hơn cho đối tượng bị áp dụng; nếu chủ thể đã bị áp dụng một chế tài theo quy định pháp luật thì họ sẽ không chấp nhận thêm chế tài của tập quán, vì chủ thể cho rằng, hành vi của họ đã bị áp dụng chế tài rồi[101]. Vấn đề đặt ra là, thực tế vẫn xảy ra trường hợp một vụ việc cùng lúc được "xét xử" hai lần bởi hai loại chủ thể khác nhau và các chủ thể này có thể áp dụng tập quán hoặc quy định pháp luật để giải quyết vụ việc. Những trường hợp này, kết quả giải quyết có thể khác nhau, do đó, việc thực hiện một trong hai phán quyết sẽ không khả thi. Chẳng hạn, người Ê Đê ở Tây Nguyên có tập quán khi ly hôn các con đều ở với mẹ, người mẹ có trách nhiệm tiếp tục chăm sóc, nuôi dưỡng các con cho đến khi trưởng thành. Người chồng không được chia con, không có quyền trực tiếp nuôi dưỡng các con. Nếu khi ly hôn mà Tòa án dựa theo quy định pháp luật để trao quyền trực tiếp nuôi con theo yêu của người chồng thì bản án sau đó sẽ rất khó được thực thi. Người vợ có thể không chấp nhận bản án của Tòa án vì cho rằng, bản án đó trái với tập quán của dân tộc mình. Người vợ có thể sẽ yêu cầu thiết chế tự quản trong cộng đồng (già làng, trưởng bản) xét xử theo tập quán, phán quyết của già làng, trưởng bản dựa theo tập quán được cộng đồng ủng hộ nên người chồng thường sẽ phải tuân theo phán quyết đó mà không thể xin thay đổi người trực tiếp nuôi con. Như vậy, việc thừa nhận áp dụng tập quán còn có thể tạo ra khả năng xung đột về thẩm quyền áp dụng. Thông thường, tập quán được áp dụng trong một địa phương nhất định và thẩm quyền xét xử cũng mang tính địa phương. Trong hầu hết các trường hợp, những người đứng đầu các cộng đồng thiểu số cũng tham gia vào quá trình xét xử và điểm này tạo được niềm tin trong việc ra phán quyết đối với các thành viên cộng đồng[102]. Tuy nhiên, như đã nêu ở trên, hiện nay vấn đề thẩm quyền áp dụng đang bị chồng lấn khi một vụ việc có thể được giải quyết bởi hai loại thiết chế khác nhau. Để làm hài hòa vấn đề xung đột này là điều không đơn giản,

---

[100] Sulistyowati Irianto (2004), "Competition and Interaction between State Law and Customary Law in the Court Room: A Study of Inheritance Cases in Indonesia", https://commission-on-legal, truy cập 06/9/2021.
[101] Xem: Phan Nhật Thanh (Chủ biên) (2017), tlđd, tr.88.
[102] Xem: Phan Nhật Thanh (Chủ biên) (2017), tlđd, tr.81.

đòi hỏi Nhà nước phải có các quy định đảm bảo sự bình đẳng và thống nhất trong áp dụng.

Thứ hai, là xung đột giữa các tập quán với nhau.

Đối với trường hợp có sự xung đột giữa các tập quán thì việc xác định tập quán nào được áp dụng để đảm bảo quyền lợi cũng như trách nhiệm thực hiện nghĩa vụ của các bên cũng là vấn đề cần phải xét tới. Chẳng hạn, trường hợp các bên tham gia quan hệ thuộc các vùng, miền, dân tộc khác nhau và ở các vùng, miền, dân tộc ấy tồn tại các tập quán trái ngược nhau thì áp dụng tập quán của bên nào? Hoặc trường hợp các bên tham gia quan hệ thuộc cùng một địa phương nhưng thuộc các dân tộc khác nhau, có các tập quán khác nhau điều chỉnh quan hệ đó thì áp dụng tập quán của bên nào? Hoặc trường hợp hợp đồng được giao kết một nơi nhưng được thực hiện ở một nơi khác thì áp dụng tập quán của nơi nào? Nếu cho phép các bên thỏa thuận lựa chọn áp dụng tập quán thì các bên có được lựa chọn áp dụng tập quán của địa phương khác (không phải nơi mình đang sinh sống) để điều chỉnh quan hệ của mình không? Thực tế, chủ thể có thẩm quyền giải quyết vụ việc không thể áp đặt tập quán của một bên để giải quyết tranh chấp mà trong đó các bên khác nhau về dân tộc, tôn giáo, địa phương sinh sống khi mà tập quán của các dân tộc, tôn giáo địa phương này mâu thuẫn với nhau. Theo quan điểm thông thường, các bên sẽ luôn muốn áp dụng quy định có lợi hơn cho mình. Vì vậy, đối với những vấn đề này, Nhà nước cần phải xây dựng một cơ chế thống nhất, tránh gây vướng mắc trong thực tiễn áp dụng, thậm chí là gây xung đột, chia rẽ giữa các cộng đồng, dân tộc. Bởi việc thừa nhận áp dụng tập quán có thể tạo ra sự bất bình đẳng giữa các chủ thể trong quá trình áp dụng pháp luật. Để tránh các xung đột, các quốc gia thường có các quy định chặt chẽ về việc áp dụng tập quán. Chẳng hạn, ở Tanzania, tập quán được áp dụng trong lĩnh vực dân sự và chỉ áp dụng khi các bên (hoặc một trong các bên) là thành viên của cộng đồng mà trong đó, tập quán có liên quan đến vấn đề đang tranh chấp đã được thiết lập và công nhận[103]. Các bên không thể tùy tiện lựa chọn việc áp dụng tập quán điều chỉnh quan hệ của mình mà việc lựa chọn áp dụng tập quán phải tuân theo các quy định pháp luật. Hiện nay, trong công tác xét xử, TAND tối cao đã có hướng dẫn nhằm giải quyết xung đột khi áp dụng tập quán như sau: "*Trường hợp Tòa án áp dụng tập quán để giải quyết tranh chấp dân sự mà các bên viện dẫn các tập quán khác nhau thì Tòa án căn cứ Điều 3, Điều 5 và các quy định khác của Bộ luật Dân sự năm 2015; Điều 45 Bộ luật Tố tụng dân sự năm*

[103] Judicature and Application of Law Act 1961 (Tanzania), Điều 11.

2015, tùy từng trường hợp cụ thể giải quyết như sau: Tập quán có giá trị áp dụng là tập quán không trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự quy định tại Điều 3 Bộ luật Dân sự năm 2015. Trường hợp có nhiều tập quán thì áp dụng tập quán do các bên thỏa thuận; nếu các đương sự viện dẫn các tập quán khác nhau thì tập quán có giá trị áp dụng là tập quán được thừa nhận tại nơi phát sinh vụ việc dân sự"[104].

Về lĩnh vực áp dụng, hiện nay, đa số các quốc gia chỉ thừa nhận áp dụng tập quán trong lĩnh vực dân sự. Một số ít các quốc gia như Sundan cho phép áp dụng tập quán trong cả lĩnh vực hình sự nhưng cũng chỉ trong phạm vi những vụ việc nhỏ có liên quan đến trẻ em[105]. Ở Việt Nam, không có quy định cụ thể lĩnh vực nào được phép áp dụng tập quán, lĩnh vực nào không được áp dụng. Tuy nhiên, thông qua các quy định về áp dụng tập quán trong hệ thống pháp luật hiện hành có thể thấy rõ, các quy định này chỉ xuất hiện trong một số văn bản quy phạm pháp luật điều chỉnh các quan hệ dân sự theo nghĩa rộng. Điều này được xem là hợp lý bởi quan hệ dân sự với bản chất là quan hệ giữa các chủ thể tư với nhau, do đó, việc áp dụng các quy tắc hình thành từ cộng đồng sẽ phù hợp ý chí và mong muốn của các chủ thể này. "*Đối với lĩnh vực hình sự hay hành chính vì cả hai lĩnh vực này liên quan chặt chẽ với quyền lực nhà nước, với chính trị. Sẽ là một việc rất khó khăn nếu trực tiếp chia sẻ quyền lực chính trị*"[106] vì việc này có thể tạo ra nguy cơ chia rẽ dân tộc, gây bất ổn trong quốc gia.

Tập quán có thể tham gia điều chỉnh các quan hệ xã hội trong nhiều lĩnh vực khác nhau, nhưng các quy tắc tập quán thường không có sự phân chia cụ thể theo ngành hay lĩnh vực như các quy định trong văn bản quy phạm pháp luật. Điều này cũng gây ra những khó khăn nhất định trong thực tiễn áp dụng. Thực tế, các chủ thể có thẩm quyền áp dụng đôi khi cũng có sự nhầm lẫn tính chất của vụ việc dẫn đến tình trạng áp dụng pháp luật không đúng với tính chất của vụ việc. Hơn nữa, nhiều trường hợp, đối tượng áp dụng cũng không phân biệt rõ được vụ việc của mình là thuộc lĩnh vực dân sự, hình sự, hành chính… nên có thể đưa ra các yêu cầu hoặc viện dẫn việc áp dụng tập quán không phù hợp với lĩnh vực được áp dụng tập quán. Do vậy, Nhà nước cần có quy định cụ thể xác định lĩnh vực có thể áp dụng tập quán; đồng thời, phải tổ chức tuyên truyền, phổ biến pháp luật rộng rãi, giúp cho

---

[104] Điểm 1 Mục III Giải đáp số 01/2017/GĐ-TANDTC, Giải đáp một số vấn đề về nghiệp vụ của TAND tối cao ngày 07/04/2017.
[105] Xem: Phan Nhật Thanh (Chủ biên) (2017), tlđd, tr.81.
[106] Phan Nhật Thanh (2013), tlđd, tr.214.

người dân hiểu rõ và phân biệt được quan hệ dân sự với quan hệ hình sự, quan hệ hành chính... tức là, giúp các chủ thể nhận thức rõ tính chất của từng loại vụ việc được phép hay không được phép áp dụng tập quán.

1.2.3. Các trường hợp và nguyên tắc áp dụng tập quán trong quản lý xã hội của Nhà nước

Về trường hợp áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước ở Việt Nam hiện nay thì trong các văn bản quy phạm pháp luật hiện hành có sự quy định không thống nhất.

Trong quan hệ dân sự, khoản 2 Điều 5 BLDS năm 2015 quy định: "*Trường hợp các bên không có thỏa thuận và pháp luật không quy định thì có thể áp dụng tập quán*". Về cơ bản quy định này mang tính kế thừa BLDS năm 2005. Cụ thể, Điều 3 BLDS năm 2005 quy định: "*Trong trường hợp pháp luật không quy định và các bên không có thỏa thuận thì có thể áp dụng tập quán*". Mặc dù vậy, với một sự thay đổi nhỏ trong cấu trúc câu và ngôn từ sử dụng, ý nghĩa của hai quy định này lại có sự khác biệt đáng kể. Theo Điều 3 BLDS năm 2005 thì pháp luật được ưu tiên áp dụng đầu tiên, hay nói một cách chính xác hơn pháp luật có giá trị bắt buộc phải áp dụng, khi đã có quy định pháp luật thì tập quán không được áp dụng. Tuy nhiên, theo quy định của BLDS năm 2015 thì đã có sự ưu tiên thừa nhận thỏa thuận của các bên hơn trong việc thiết lập, thực hiện các quan hệ dân sự so với việc áp dụng các quy định pháp luật. Sự thay đổi này là phù hợp với bản chất của quan hệ dân sự, đảm bảo tốt hơn quyền tự do, tự nguyện, thỏa thuận trong xác lập, thực hiện quan hệ dân sự của các bên.

Như vậy, trong quan hệ dân sự, thỏa thuận của các bên được xác định là căn cứ đầu tiên để điều chỉnh quan hệ; nếu các bên không có thỏa thuận thì áp dụng các quy định pháp luật tương ứng; nếu pháp luật không có quy định thì áp dụng tập quán. Trường hợp "pháp luật không quy định" có thể được hiểu là việc Nhà nước chưa đặt ra quy định điều chỉnh quan hệ đó hoặc đã có quy định nhưng chỉ mang tính nguyên tắc, không quy định cách xử sự cụ thể cho các chủ thể mà cho phép áp dụng tập quán. Chẳng hạn, việc áp dụng tập quán về quyền nhân thân; về xác định ranh giới giữa các bất động sản; về hình thức họ, hụi, biêu, phường[107]… thì không phải là trường hợp pháp luật không quy định mà là trường hợp pháp luật quy định nguyên tắc cho phép áp dụng tập quán. Trong những trường hợp này, chủ thể có thẩm quyền áp dụng pháp luật sẽ căn cứ vào tập quán để giải quyết vụ việc.

[107] Xem: Khoản 2 Điều 26; khoản 2 Điều 29; khoản 1 Điều 175, khoản 1 Điều 471 BLDS năm 2015.

Ngoài ra, BLDS năm 2015 còn quy định về việc cho phép các bên trong quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài được lựa chọn áp dụng tập quán trong trường hợp việc áp dụng đó không trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam[108].

Có thể nói, BLDS năm 2015 đã có sự thay đổi tích cực, cởi mở hơn khi quy định về trường hợp áp dụng tập quán. Tuy nhiên, việc quy định *"có thể áp dụng tập quán"* khiến cho quy định này chưa thực sự đảm bảo được tính chuẩn mực, chưa ràng buộc được nghĩa vụ áp dụng tập quán của các chủ thể có thẩm quyền trong việc giải quyết các vụ việc cụ thể, bởi nó có thể khiến các chủ thể hiểu đây là một quy định mang tính chất tùy nghi có thể áp dụng hay không áp dụng tập quán đều được. Điều này có thể dẫn tới tình trạng các chủ thể có thẩm quyền áp dụng có thể dựa vào đó để từ chối áp dụng tập quán trong trường hợp có thể áp dụng tập quán để giải quyết vụ việc. Từ nghiên cứu thực tiễn, một tác giả cho rằng: "*Thông thường, Tòa án sẽ không lựa chọn tập quán để áp dụng mà lại chọn cách áp dụng quy định tương tự của pháp luật, nên quy định việc áp dụng tập quán sẽ kém hiệu quả trên thực tế*"[109]. Cách giải quyết này đã vi phạm nguyên tắc về thứ tự ưu tiên áp dụng luật và có nguy cơ làm ảnh hưởng đến quyền và lợi ích chính đáng của các chủ thể có liên quan.

Trong quan hệ thương mại, Điều 13 Luật Thương mại năm 2005 quy định, tập quán được áp dụng trong hoạt động thương mại khi: pháp luật không có quy định, các bên không có thoả thuận và không có thói quen đã được thiết lập giữa các bên. Như vậy, theo quy định này, tập quán có thứ tự áp dụng sau quy phạm pháp luật; thỏa thuận của các bên; thói quen của các bên. Nói cách khác, nếu không có cả ba loại căn cứ này thì tập quán thương mại mới được áp dụng.

Tuy nhiên, đối với tập quán thương mại quốc tế, áp dụng cho các quan hệ thương mại có yếu tố nước ngoài thì Luật Thương mại năm 2005 quy định khá cởi mở về trường hợp áp dụng. Cụ thể, tập quán thương mại quốc tế được áp dụng trong hai trường hợp: (i) khi điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên có quy định áp dụng; (ii) khi các bên trong quan hệ thoả thuận áp dụng (đáp ứng điều kiện tập quán được lựa chọn không trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam)[110]. Rõ

---

[108] Điều 666 Bộ luật Dân sự năm 2015.

[109] Tòa án nhân dân tỉnh Gia Lai (2017), Tài liệu tọa đàm: Các tập quán điển hình điều chỉnh quan hệ dân sự, thương mại, hôn nhân và gia đình ở Việt Nam và thực tiễn áp dụng của cơ quan nhà nước có thẩm quyền tỉnh Gia Lai, ngày 18/8/2017.

[110] Xem: Điều 5 Luật thương mại năm 2005.

ràng, việc áp dụng tập quán trong cả hai trường hợp này không phải do không có quy phạm pháp luật. Quy định này đã tạo cho các chủ thể cơ hội lựa chọn áp dụng tập quán thương mại quốc tế hoặc pháp luật khi cả hai loại quy phạm này cùng tồn tại và cùng có thể được áp dụng điều chỉnh quan hệ mà các bên tham gia.

Trong quan hệ HN&GĐ, khoản 1 Điều 7 Luật HN&GĐ năm 2014 quy định, tập quán được áp dụng trong trường hợp pháp luật không quy định và các bên không có thỏa thuận. Nghị định 126/2014/NĐ-CP của Chính phủ quy định chi tiết một số điều và biện pháp thi hành Luật HN&GĐ năm 2014 đã giải thích: "các bên không có thỏa thuận" được hiểu là các bên không có thỏa thuận về áp dụng tập quán và cũng không có thỏa thuận khác về vụ, việc cần được giải quyết. Trường hợp các bên có thỏa thuận về tập quán được áp dụng thì giải quyết theo thỏa thuận đó[111]. Như vậy, trong quan hệ HN&GĐ nếu có quy định pháp luật thì áp dụng quy định pháp luật đó; nếu không có quy định pháp luật thì áp dụng thỏa thuận của các bên - các bên được thỏa thuận về áp dụng tập quán; nếu không có thỏa thuận của các bên thì tập quán được *"chỉ định"* áp dụng để giải quyết vụ việc.

Ngoài ra, trong một số luật chuyên ngành khác cũng có quy định về trường hợp áp dụng tập quán. Một số quy định chỉ cho phép áp dụng trong trường hợp pháp luật chưa có quy định[112]; một số trường hợp khác cho phép các chủ thể lựa chọn tập quán để điều chỉnh quan hệ của mình dù quan hệ đó có thể đã có các quy định pháp luật có thể điều chỉnh[113].

Để đảm bảo tính pháp lý trong áp dụng tập quán, việc áp dụng tập quán phải tuân theo những nguyên tắc nhất định. Các quy định hiện nay cũng đã nêu ra các nguyên tắc áp dụng tập quán. Từ các quy định này, có thể thấy, các nguyên tắc cơ bản trong áp dụng tập quán trong QLXH ở Việt Nam hiện nay, bao gồm:

Thứ nhất, việc áp dụng tập quán phải phù hợp với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật.

Nguyên tắc cơ bản của pháp luật là nền tảng của hệ thống pháp luật. Nói cách khác, nguyên tắc cơ bản của pháp luật chính là cơ sở cho việc xây dựng, thực hiện pháp luật nói chung và áp dụng pháp luật nói riêng. Áp dụng tập quán trong quản lý xã hội của Nhà nước là áp dụng pháp luật, vì vậy, việc áp dụng tập quán phải phù hợp với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật.

---

[111] Xem: Điều 3 Nghị định 126/2014/NĐ-CP.
[112] Xem: Khoản 3 Điều 5 Pháp lệnh Ngoại hối năm 2005 (sửa đổi, bổ sung 2013).
[113] Xem: Khoản 3 Điều 4 Luật Chuyển giao công nghệ năm 2006; khoản 2 Điều 5 Bộ luật Hàng hải năm 2015.

Trong lĩnh vực dân sự, các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự được quy định tại Điều 3 BLDS năm 2015. Ngoài quy định chung này, những nguyên tắc cơ bản trong hoạt động thương mại được quy định từ Điều 10 đến Điều 15 Luật Thương mại năm 2005; những nguyên tắc cơ bản của chế độ HN&GĐ được quy định tại Điều 2 của Luật HN&GĐ năm 2014. Bên cạnh việc thể hiện sự đặc thù của mỗi chuyên ngành thì nhìn chung, các quy định này đều đảm bảo tính thống nhất với quy định của BLDS. Vấn đề là, có nhiều nguyên tắc cơ bản nhưng hiện không có quy định nào xác định những nguyên tắc cơ bản nào được coi là cơ sở để đánh giá tính đúng đắn, phù hợp của việc áp dụng tập quán. Vậy liệu việc áp dụng tập quán có nhất thiết phải tuân thủ tất cả các nguyên tắc đó không? Thiết nghĩ, việc áp dụng tập quán cần đảm bảo các nguyên tắc cơ bản của pháp luật, như sau:

Một là, việc áp dụng tập quán phải bảo đảm cho các cá nhân, pháp nhân đều bình đẳng, không được lấy bất kỳ lý do nào để phân biệt đối xử. Các quy tắc tập quán không bảo đảm điều kiện này thì sẽ không được phép áp dụng. Chẳng hạn, tập quán của một số dân tộc theo chế độ mẫu hệ chỉ cho người con gái hưởng thừa kế do cha mẹ để lại; hoặc tập quán cấm kết hôn giữa những người cùng họ, tập quán thách cưới của nhiều dân tộc thiểu số… sẽ không được thừa nhận áp dụng vì những tập quán này không đảm bảo nguyên tắc bình đẳng giữa các chủ thể, thậm chí gây cản trở đến việc thực hiện các quyền tự do của cá nhân.

Hai là, việc áp dụng tập quán không được vi phạm điều cấm của luật. Như đã biết, tập quán là loại quy phạm đặc thù gắn với các cộng đồng xã hội nhất định, hướng tới lợi ích riêng của cộng đồng, duy trì trật tự của cộng đồng. Trong khi đó pháp luật là loại quy phạm mang tính phổ quát chung cho toàn xã hội, nhằm mang lại lợi ích quốc gia, duy trì trật tự chung. Do vậy, việc áp dụng tập quán phải trên cơ sở pháp luật, không được vi phạm điều cấm của luật. Nói cách khác, lợi ích chung, trật tự chung phải được ưu tiên hơn so với lợi ích riêng của các nhóm xã hội.

Ba là, việc áp dụng tập quán không được trái với các chuẩn mực đạo đức. Khi nghiên cứu về đạo đức, một tác giả nhận định: đạo đức là lẽ phải ở đời, là nguyên lý tự nhiên của cuộc sống. Chính vì vậy, có thể nói, mọi quan hệ giữa con người với nhau đều phải được diễn ra trên nền tảng đạo đức. Quan hệ xã hội chỉ được khuyến khích, củng cố khi phù hợp với những chuẩn mực đạo đức xã hội, trái lại nó sẽ chịu sự phản đối, sự tẩy chay của dư luận xã hội. Do vậy, điều chỉnh quan hệ xã hội bằng các công cụ khác phải thuận chiều với sự điều chỉnh bằng đạo

đức[114]. Các chuẩn mực đạo đức tiến bộ, tốt đẹp của dân tộc là nhân tố quan trọng đảm bảo cho đời sống xã hội có trật tự, phát triển ổn định, lành mạnh, bền vững. Tuy nhiên, cũng cần lưu ý rằng, các chuẩn mực đạo đức cũng mang tính lịch sử, một quan niệm, quy tắc đạo đức nào đó có thể là chuẩn mực ứng xử trong thời đại này nhưng sang thời đại khác có thể không còn giá trị. Bởi vậy, các chuẩn mực đạo đức cần tuân theo chỉ bao gồm những chuẩn mực đạo đức đang thịnh hành trong xã hội đương đại.

Bốn là, việc áp dụng tập quán không được xâm phạm đến lợi ích quốc gia, dân tộc, lợi ích công cộng, quyền và lợi ích hợp pháp của các chủ thể khác. Tập quán tồn tại trên thực tế rất đa dạng. Một tập quán cụ thể có thể có lợi cho cá nhân, cộng đồng, nhóm xã hội này nhưng lại không có lợi cho cá nhân, cộng đồng, nhóm xã hội khác. Vì vậy, để đảm bảo lợi ích chung của cộng đồng cũng như quyền và lợi ích chính đáng của các chủ thể trong xã hội thì việc áp dụng tập quán phải bảo đảm nguyên tắc không xâm phạm đến lợi ích quốc gia, dân tộc, lợi ích công cộng, quyền và lợi ích chính đáng của người khác. Tuân thủ nguyên tắc này không chỉ tạo ra sự công bằng, bình đẳng trong các quan hệ xã hội mà còn góp phần xây dựng và hoàn thiện Nhà nước pháp quyền XHCN ở nước ta hiện nay.

Thứ hai, chỉ áp dụng những tập quán có nguồn gốc và nội dung rõ ràng.

Trước hết, tập quán phải có nguồn gốc rõ ràng, tức là, phải xác định được tập quán đó thuộc vùng, miền, dân tộc, cộng đồng dân cư hoặc thuộc lĩnh vực nào của đời sống. Điều này có ý nghĩa rất quan trọng, bởi đây không chỉ là căn cứ để lựa chọn tập quán áp dụng (theo phạm vi điều chỉnh) mà còn là giải pháp để giải quyết những tình huống xung đột trong áp dụng. Chẳng hạn, khoản 2 Điều 29 BLDS năm 2015 quy định: "*Cá nhân khi sinh ra được xác định dân tộc theo dân tộc của cha đẻ, mẹ đẻ. Trường hợp cha đẻ, mẹ đẻ thuộc hai dân tộc khác nhau thì dân tộc của con được xác định theo dân tộc của cha đẻ hoặc mẹ đẻ theo thoả thuận của cha đẻ, mẹ đẻ; trường hợp không có thỏa thuận thì dân tộc của con được xác định theo tập quán; trường hợp tập quán khác nhau thì dân tộc của con được xác định theo tập quán của dân tộc ít người hơn*". Như vậy, dựa vào nguyên tắc này, các chủ thể có thẩm quyền sẽ xác định được tập quán cần áp dụng và giải quyết được vấn đề xung đột trong áp dụng tập quán.

Ngoài ra, tập quán phải có nội dung rõ ràng. Nói cách khác, tập quán phải

---

[114] Xem: Nguyễn Văn Năm (2012), Quan hệ giữa pháp luật và đạo đức trong điều kiện xây dựng nhà nước pháp quyền Việt Nam hiện nay, Luận án tiến sĩ, Trường Đại học Luật Hà Nội, Hà Nội, tr.40.

đảm bảo tính quy phạm, nội dung của tập quán phải chứa đựng các quy tắc xử sự cụ thể "*để các chủ thể liên quan có thể hiểu được, thực hiện được; hoặc nếu họ không phải là người thực hiện thì họ cũng có thể đánh giá được tính phù hợp hay không phù hợp tập quán của những hành vi của người khác*"[115]. Chẳng hạn, trong quan hệ hôn nhân, tập quán của người M'Nông quy định về phạt khi đã hứa hôn mà còn quan hệ với người khác hay hủy hôn: *"...Anh đã hứa hôn, dấu cắt còn trên chuôi dao… Quan hệ với phụ nữ, bị phạt một hũ rượu đền. Từ chối kết hôn với con cái nhà cậu phạt một con trâu"*[116]; trong việc xác định hoa lợi giữa các bờ rãy chung: "*Dưa, bầu mọc trong rẫy. Bò qua họ, họ hái. Bò qua mình, mình thu*"[117]. Hoặc người Kơ Ho có tập quán về xử lý hành vi trộm cắp: *"Ăn cắp điếu đồng phạt con dê; Ăn cắp điếu le phạt con trâu"*[118]. Có thể thấy, nội dung các tập quán này đã xác định rõ quyền và nghĩa vụ của các bên trong các quan hệ. Dựa vào nội dung tập quán, các bên trong quan hệ có thể nhận biết được các quyền và nghĩa vụ của mình để thực hiện. Trong trường hợp phát sinh tranh chấp, dựa vào nội dung tập quán, chủ thể có thẩm quyền giải quyết vụ việc cũng dễ dàng xác định được tập quán đó có trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật hay không; có vi phạm điều cấm của luật, trái đạo đức xã hội hay không; có liên quan đến vụ việc cần giải quyết hay không… Tức là, xác định được tập quán đó có phù hợp để lựa chọn áp dụng khi giải quyết vụ việc đó hay không. Nếu tập quán đó phù hợp và được lựa chọn áp dụng thì chủ thể có thẩm quyền cũng dễ dàng xác định được một cách chính xác quyền và nghĩa vụ của các bên liên quan.

Thứ ba, chỉ áp dụng những tập quán đã trở thành thông dụng, được cộng đồng thừa nhận áp dụng và còn tồn tại vào thời điểm áp dụng.

Tập quán được áp dụng phải là tập quán đã trở thành thông dụng, được thừa nhận áp dụng rộng rãi trong cộng đồng xã hội nhất định. Điều này đảm bảo cho các chủ thể có thể nhận biết và tuân theo quy tắc tập quán đó trong điều chỉnh các quan hệ của mình. Việc thừa nhận có thể chỉ đòi hỏi ở phạm vi là một cộng đồng dân tộc thường là một bản, làng, buôn, sóc. Việc thừa nhận thể hiện trên thực tế là nhiều người trong bản, làng, buôn, sóc biết đến và áp dụng, do các già làng, người có uy tín trong cộng đồng cung cấp thông tin hoặc xác nhận sự tồn tại của tập quán đó; hoặc trong

---

[115] Nguyễn Thị Tuyết Mai (2014), tlđd, tr.43.
[116] Ngô Đức Thịnh, Ngô Văn Lý (2004), Tìm hiểu luật tục các dân tộc ở Tây Nguyên, Nxb Văn hóa dân tộc, Hà Nội, tr.221.
[117] Ngô Đức Thịnh (2014), tlđd, tr.113.
[118] Đặng Trọng Hộ (2006), Phát huy mặt tích cực của luật tục trong vùng đồng bào dân tộc thiểu số ở Lâm Đồng để xây dựng thôn buôn văn hóa, Đề tài nghiên cứu khoa học cấp tỉnh, tr.24.

một ngành nghề nhất định như trong hoạt động nghề nghiệp của các thương nhân, các quy tắc này được các thương nhân thừa nhận và áp dụng khi thiết lập quan hệ với nhau. Đối với tập quán quốc tế thì đòi hỏi phải được các chủ thể của luật quốc tế thừa nhận. Thực chất, đây chính là việc xác định hiệu lực về không gian của tập quán.

Ngoài ra, tập quán được áp dụng phải tồn tại vào thời điểm áp dụng. Nếu một tập quán nào đó mặc dù đã từng tồn tại lâu dài trong đời sống nhưng ở thời điểm hiện tại nó không còn được sử dụng rộng rãi nữa thì không được thừa nhận áp dụng. Như vậy, khi áp dụng tập quán cũng cần phải xác định hiệu lực về thời gian của tập quán. Việc xác định hiệu lực về thời gian đặt ra vấn đề cần giải quyết trên thực tế, đó là, có nhiều trường hợp thời điểm phát sinh quan hệ và thời điểm có tranh chấp xảy ra khá xa nhau. Vậy nếu tập quán tồn tại và được thừa nhận áp dụng rộng rãi ở thời điểm phát sinh quan hệ nhưng khi xảy ra tranh chấp, tập quán đó không còn tồn tại hoặc không còn được thừa nhận áp dụng rộng rãi nữa thì có áp dụng tập quán đó hay không? Trong trường hợp do có sự biến đổi của nội dung tập quán nên việc áp dụng tập quán tại thời điểm quan hệ phát sinh gây bất lợi hơn cho một bên so với áp dụng tập quán ở thời điểm phát sinh tranh chấp thì nên áp dụng tập quán ở thời điểm nào? Thiết nghĩ, để giải quyết vấn đề này, đảm bảo tính thống nhất trong áp dụng thì tập quán được lựa chọn áp dụng phải là tập quán tồn tại ở thời điểm phát sinh quan hệ. Nguyên tắc lựa chọn này cũng phù hợp và thống nhất với nguyên tắc chung trong xác định hiệu lực về thời gian của văn bản quy phạm pháp luật.

Thứ tư, chỉ áp dụng những tập quán tốt đẹp thể hiện bản sắc văn hóa của dân tộc.

Tập quán hình thành và tồn tại gắn với các điều kiện kinh tế - xã hội nhất định, khi các điều kiện kinh tế - xã hội thay đổi có thể khiến một số tập quán cũ trở nên lỗi thời không còn phù hợp để áp dụng nữa. Do vậy, tập quán được áp dụng chỉ có thể là những tập quán tiến bộ, thể hiện bản sắc văn hóa tốt đẹp của các dân tộc. Tuy nhiên, thực tiễn áp dụng nguyên tắc này đã gặp phải những vướng mắc, bởi chưa có quy định thế nào thì được coi là giữ gìn bản sắc văn hóa của dân tộc. Nguyên tắc chung là những "tập quán tốt đẹp" thì được áp dụng nhưng tính chất "tốt đẹp" lại là một giá trị trừu tượng, nội dung của giá trị này có thể thay đổi theo từng giai đoạn phát triển của xã hội, đồng thời còn phụ thuộc vào quan niệm của từng cá nhân, gia đình, cộng đồng, tầng lớp xã hội. Vì vậy, trong thực tế, rất khó xác định tập quán nào là tốt đẹp có thể áp dụng, tập quán nào không tốt đẹp cần được loại bỏ. Hơn nữa, nước ta là một nước đa dân tộc, mỗi dân tộc có bản sắc văn

hóa riêng nên thực tế có những trường hợp có sự xung đột giữa tập quán của dân tộc này với dân tộc khác. Một tập quán có thể là bản sắc của dân tộc này nhưng lại bị coi là không phù hợp với dân tộc khác. Do đó, trong trường hợp tồn tại các tập quán khác nhau của các bên trong quan hệ thì các chủ thể có thẩm quyền cũng khó lựa chọn áp dụng tập quán nào để giải quyết.

1.3. Lựa chọn và công nhận tập quán tạo nguồn để áp dụng trong quản lý xã hội của Nhà nước

Việc lựa chọn và công nhận tập quán để áp dụng trong QLXH của Nhà nước có thể được hiểu theo nghĩa rộng, hẹp khác nhau. Theo nghĩa rộng, việc lựa chọn và công nhận tập quán được hiểu là một hoạt động lập pháp nhằm tạo nguồn của pháp luật. Theo nghĩa hẹp, việc lựa chọn và công nhận tập quán để áp dụng được hiểu là một bước trong quy trình áp dụng pháp luật. Trong nội dung này, việc lựa chọn và công nhận tập quán để áp dụng được hiểu theo nghĩa rộng, với ý nghĩa là một hoạt động tạo ra nguồn bổ sung cho hệ thống pháp luật [119].

1.3.1. Lựa chọn tập quán tạo nguồn để áp dụng trong quản lý xã hội của Nhà nước

Việc lựa chọn và xây dựng danh mục tập quán được áp dụng là cách thức Nhà nước xác định sự tồn tại hay không tồn tại của một quy tắc tập quán trên thực tế; sàng lọc một tập quán có phù hợp hay không phù hợp để áp dụng; gắn thuộc tính pháp lý cho các quy tắc được lựa chọn. Việc lựa chọn và xây dựng danh mục tập quán được áp dụng tạo ra tính khả thi cao cho hoạt động áp dụng tập quán trong thực tiễn bởi khi gặp trường hợp có thể hoặc cần áp dụng tập quán thì các chủ thể có thể dễ dàng tìm được các quy tắc tập quán cần thiết đảm bảo độ tin cậy, tính pháp lý để áp dụng. Tuy nhiên, ở Việt Nam hiện nay, công việc này vẫn chưa được thực hiện đầy đủ và thực tế vẫn rất thiếu các danh mục tập quán được áp dụng. Điều này một phần là do thiếu cơ sở lý luận và cơ sở pháp lý tham chiếu cho hoạt động này.

Để lựa chọn được tập quán phù hợp đưa vào danh mục tập quán được áp dụng, cần xác định rõ các vấn đề cơ bản sau:

Thứ nhất, xác định chủ thể có thẩm quyền lựa chọn và xây dựng danh mục tập quán được áp dụng.

Trên thực tế, việc tập hợp, biên soạn các quy tắc tập quán thành các văn bản

---

[119] Như đã trình bày trong mục 1.3.1, tập quán có thể vừa là nguồn nội dung, vừa là nguồn hình thức của pháp luật. Tuy nhiên, trong phạm vi nghiên cứu này chúng tôi chỉ xem xét tập quán với tư cách là nguồn hình thức của pháp luật. Do vậy, ở đây việc lựa chọn và công nhận tập quán để tạo nguồn áp dụng chỉ được hiểu là việc Nhà nước thừa nhận và cho phép áp dụng những tập quán đang tồn tại trong đời sống xã hội.

có thể được thực hiện bởi nhiều chủ thể khác nhau, từ các nhà nghiên cứu lịch sử, văn hóa, dân tộc học đến các nhà luật học. Các kết quả này có ý nghĩa và giá trị khác nhau. Tuy nhiên, việc lựa chọn và xây dựng danh mục tập quán được áp dụng nhằm tạo nguồn để áp dụng trong QLXH của Nhà nước phải là công việc của Nhà nước, chủ thể thực hiện phải là các chủ thể có thẩm quyền, nhân danh Nhà nước.

Việc lựa chọn và xây dựng danh mục tập quán chỉ nên được coi như là bước "xây dựng dự thảo" trong quy trình xây dựng pháp luật. Tức là, để "dự thảo" danh mục tập quán này chính thức có giá trị áp dụng thì còn cần phải trải qua các bước tiếp theo là, rà soát, thẩm định để xem xét sự phù hợp của chúng với chủ trương, chính sách của Đảng và Nhà nước nói chung, các quy định của pháp luật hiện hành nói riêng, tiếp đến là phê duyệt và công bố danh mục tập quán.

Vấn đề xác định chủ thể có thẩm quyền tập hợp, lựa chọn và xây dựng danh mục tập quán; rà soát, thẩm định, phê duyệt danh mục tập quán; công bố danh mục tập quán để tạo nguồn áp dụng trong QLXH của Nhà nước nên thực hiện giống như quy trình xây dựng pháp luật nói chung. Hiện nay, chúng ta vẫn còn thiếu vắng các quy định cụ thể về vấn đề này, hiện chỉ có một vài quy định về việc giao trách nhiệm xây dựng danh mục tập quán trong một số lĩnh vực. Chẳng hạn, khoản 1 Điều 6 Nghị định số 126/2014/NĐ-CP ngày 31 tháng 12 năm 2014 Quy định chi tiết một số điều và biện pháp thi hành luật HN&GĐ quy định: "*Trong thời hạn ba năm kể từ ngày Nghị định này có hiệu lực, Ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương (sau đây gọi là Ủy ban nhân dân cấp tỉnh) có trách nhiệm xây dựng, trình Hội đồng nhân dân cùng cấp phê duyệt danh mục các tập quán về hôn nhân và gia đình được áp dụng tại địa phương*". Có thể nói, việc giao trách nhiệm cho UBND cấp tỉnh trong việc xây dựng danh mục tập quán được áp dụng tại địa phương để trình cho HĐND cùng cấp phê duyệt là hợp lý. Tuy nhiên, thực tế còn tồn tại các tập quán có phạm vi áp dụng vượt ra ngoài phạm vi một tỉnh, thậm chí được áp dụng trong phạm vi cả nước, do đó, cũng cần phải sớm có các quy định cụ thể nhằm xác định rõ các chủ thể có chức năng, nhiệm vụ trong việc thực hiện các công việc trên.

Thứ hai, xác định sự tồn tại và nguồn chứa đựng tập quán.

Các quy tắc tập quán tồn tại cả ở dạng thành văn và bất thành văn, nhiều tập quán tồn tại nhiều dị bản khác nhau, việc xác định sự tồn tại và nguồn chứa đựng các quy tắc tập quán vì vậy phức tạp hơn so với các quy phạm pháp luật.

Việc xác định sự tồn tại của tập quán phải dựa vào các yếu tố nội tại của tập

quán. Theo một số nhà nghiên cứu, bất cứ một quy tắc tập quán nào cũng đều bao gồm hai yếu tố là yếu tố vật chất (yếu tố thực tại) và yếu tố tinh thần (yếu tố ý thức hay yếu tố tâm lý). Đồng quan điểm này, một tác giả cho rằng[120]:

Yếu tố vật chất của tập quán bao gồm hai hợp phần quan trọng, đó là: có sự tồn tại một quy tắc xử sự; có không gian và thời gian tồn tại của quy tắc đó. Quy tắc xử sự này hình thành trong thực tiễn đời sống, có khả năng xác định quyền và nghĩa vụ của các bên tham gia quan hệ, có nghĩa là nó có khả năng điều chỉnh hành vi thực tế của các bên. Và nó đã tồn tại trong một khoảng thời gian dài, có nghĩa là nó đã được các thành viên trong cộng đồng dân cư, lĩnh vực nghề nghiệp nhất định sử dụng lặp đi lặp lại nhiều lần, có khả năng ảnh hưởng tới tâm lý chung của các thành viên đó cũng như sự phù hợp để áp dụng.

Yếu tố tinh thần của tập quán bao gồm hai hợp phần không thể thiếu, đó là: nhận thức và ý chí. Sự tồn tại của quy tắc tập quán trong cộng đồng đòi hỏi mọi thành viên trong cộng đồng biết tới quy tắc tập quán đó (yếu tố nhận thức), tức là biết tới quyền và nghĩa vụ của mình khi tham gia quan hệ chịu sự điều chỉnh của quy tắc đó. Và mọi thành viên của cộng đồng này đều mong muốn hay tự nguyện tuân thủ quy tắc đó (yếu tố ý chí). Nói cách khác, bên có quyền nhận biết được quyền, lợi ích của mình có được từ quan hệ cụ thể đó và mong muốn được hưởng; bên có nghĩa vụ cũng nhận biết được nghĩa vụ của mình phát sinh từ quan hệ đó và coi việc đáp ứng quyền yêu cầu của người có quyền như một nghĩa vụ không thể chối cãi của mình.

Tập quán dù tồn tại dưới hình thức nào đi nữa thì nó phải được thể hiện hay lưu giữ trong một hay nhiều dạng vật chất nhất định. Nếu thiếu sự thể hiện hay lưu giữ như vậy thì không thể chứng minh được sự tồn tại của nó. Thông thường, tập quán có thể được thể hiện dưới dạng truyền miệng và được thi hành qua thực tiễn hoặc được ghi chép lại thành văn bản. Để xác định việc có quy tắc tập quán tồn tại hay không, người ta phải tìm tới các nguồn chứa đựng nó.

Tập quán tồn tại ở nhiều nguồn nên khi tìm kiếm, tập hợp các quy tắc tập quán thì cũng phải tìm từ nhiều nguồn. Đối với những tập quán đã được văn bản hóa thì việc tìm kiếm và xác định sự tồn tại của các quy tắc tập quán khá thuận lợi. Tuy nhiên, cần lưu ý là không phải mọi văn bản, tư liệu ghi chép có chứa đựng các quy tắc tập quán đều là các văn bản chỉ chuyên về các quy tắc tập quán. Tập quán

---

[120] Nguyễn Mạnh Thắng (2015), Áp dụng tập quán giải quyết các tranh chấp thương mại ở Việt Nam, Luận án tiến sĩ Luật học, Đại học Quốc gia Hà Nội, Hà Nội, tr.77 - tr.78.

có thể được ghi chép trong các văn bản, tư liệu khác nhau như các ghi chép về văn hóa, xã hội, tộc người… Vì vậy, việc tìm kiếm, tập hợp các tập quán đòi hỏi phải "bóc tách" được các quy tắc tập quán từ những nguồn này. Trong trường hợp tập quán chưa được văn bản hóa mà tồn tại thông qua truyền miệng thì có thể xác nhận sự tồn tại của chúng qua việc hỏi già làng, trưởng bản, người dân sinh sống tại địa phương; những người tham gia trong lĩnh vực nghề nghiệp đó; những người chuyên nghiên cứu, sưu tầm tập quán... Ngoài ra, các quy tắc tập quán còn có thể được tìm thấy trong các phán quyết của Tòa án khi giải quyết các vụ việc tranh chấp cụ thể. Phán quyết của Tòa án áp dụng quy tắc của tập quán cũng được xem là tư liệu ghi chép tập quán[121].

Về nguyên tắc, các bên có quyền viện dẫn tập quán như một nguồn chứng cứ điều chỉnh quan hệ của mình. Thông thường, bên viện dẫn sự tồn tại của bất kỳ quy tắc tập quán nào thì có nghĩa vụ chứng minh nó. Liên quan đến vấn đề chứng minh sự tồn tại và nội dung của tập quán, TAND tối cao đã có hướng dẫn: "*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 Ủy ban nhân dân xã, phường thị trấn về chữ ký của những người xác nhận và có thể có cả ý kiến của Ủy ban nhân dân 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*"[122]. Như vậy, các bên có quyền viện dẫn và có nghĩa vụ chứng minh sự tồn tại, nội dung của tập quán. Tuy nhiên, việc xác nhận có sự tồn tại của tập quán hay không, tập quán đó có liên quan đến vụ việc hay không và nếu có thì nội dung có phù hợp để áp dụng giải quyết vụ việc hay không phụ thuộc vào chủ thể có thẩm quyền áp dụng tập quán. Khoản 1 Điều 45 BLTTDS năm 2015 quy định: *"Khi yêu cầu Tòa án giải quyết vụ việc dân sự, đương sự có quyền viện dẫn tập quán để yêu cầu Tòa án xem xét áp dụng. Tòa án có trách nhiệm xác định giá trị áp dụng của tập quán bảo đảm đúng quy định tại Điều 5 của Bộ luật Dân sự"*. Thực tiễn, trong quá trình xét xử, khi các bên viện dẫn tập quán thì Tòa án phải thực hiện việc xác định, đánh giá chứng cứ là tập quán để

[121] Nguyễn Mạnh Thắng (2015), tlđd, tr.84.
[122] 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 năm 2011, tr.6.

xác định giá trị áp dụng hoặc bác bỏ việc áp dụng. Chẳng hạn, trong vụ án tranh chấp quyền sở hữu cây chà (cội chà) ở huyện Long Điền, Tỉnh Bà Rịa - Vũng Tàu đã xảy ra trường hợp các bên cùng viện dẫn tập quán nhưng nội dung của tập quán được viện dẫn lại khác nhau, Tòa án đã phải xác định và đánh giá nội dung tập quán thông qua những người làm chứng trong vụ án, xác nhận của chính quyền địa phương và Chi cục thủy sản tỉnh Bà Rịa - Vũng Tàu, trên cơ sở đó, xác định sự tồn tại và nội dung của tập quán có giá trị áp dụng để giải quyết vụ việc[123].

Như vậy, việc xác định sự tồn tại, nội dung của tập quán trên thực tế có sự phức tạp hơn nhất định so với việc xác định các quy phạm pháp luật, nhưng không phải là quá khó khăn bởi tập quán hình thành và tồn tại một cách khách quan.

Thứ ba, xác định tiêu chí để tập quán được lựa chọn.

Việc lựa chọn và xây dựng các danh mục tập quán để tạo nguồn áp dụng trong QLXH của Nhà nước phải được coi là một quy trình xây dựng pháp luật đặc biệt. Theo đó, tập quán được lựa chọn phải đáp ứng các tiêu chí nhất định, bao gồm:

- *Tính lâu đời và được thừa nhận áp dụng rộng rãi của tập quán.*

Tính lâu đời yêu cầu tập quán phải tồn tại trong một thời gian dài[124]. Đồng quan điểm, một tác giả cho rằng, để được thừa nhận là một loại nguồn của pháp luật, tập quán phải "*được tạo lập sau một thời gian 10, 20 hay 30 năm, mà các đương sự có ý thức rõ rệt phải tuân hành khi cần giải quyết một vấn đề pháp lý*"[125]. Tập quán được lựa chọn là tập quán đã tồn tại lâu dài trong đời sống, tuy nhiên, rất khó để "áp đặt" một khoảng thời gian tồn tại cụ thể, bởi thực tế có những tập quán đã tồn tại qua nhiều thế hệ nhưng cũng có những tập quán mới hình thành. Do vậy, việc xác định tính lâu đời có lẽ nên có sự linh hoạt nhất định đối với những tập quán mới hình thành. Ngoài ra, tập quán được lựa chọn phải là những tập quán đang được thừa nhận áp dụng rộng rãi trong một cộng đồng dân cư (có thể là một bản, làng, buôn, sóc…) hay một lĩnh vực đời sống nhất định. Nói tóm lại, tập quán được lựa chọn phải tồn tại lâu dài về thời gian và phổ biến rộng rãi về không gian.

- *Tính quy phạm của tập quán.*

Một tập quán muốn được Nhà nước thừa nhận áp dụng với tư cách là nguồn của pháp luật thì tập quán đó phải đảm bảo tính quy phạm, phải là mô hình chuẩn mực cho hành vi ứng xử của các chủ thể. Nói cách khác, dựa vào nội dung của tập

---

[123] Xem: Bản án dân sự sơ thẩm số 06/2018/DSST ngày 4/4/2018 của Tòa án nhân dân huyện Long Điền, tỉnh Bà Rịa - Vũng Tàu về tranh chấp quyền sở hữu cây chà (cội chà).
[124] Phan Nhật Thanh (2013), tlđd, tr.53.
[125] Vũ Văn Mẫu (1961), Dân luật khái luận, Nxb Bộ Quốc gia giáo dục, Sài Gòn, tr.109.

quán, các chủ thể có thể nhận biết rõ quyền và nghĩa vụ (nếu có) của mình khi tham gia quan hệ. Nếu một "thói quen" tồn tại trên thực tế mà không đáp ứng được tiêu chí này thì sẽ không được thừa nhận để áp dụng.

- Tính phù hợp của tập quán.

Tập quán được lựa chọn phải phù hợp với các quy định pháp luật và lợi ích công cộng. Tập quán có nội dung trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật, vi phạm điều cấm của luật, không phù hợp với các chuẩn mực đạo đức xã hội thì không được thừa nhận áp dụng.

1.3.2. Công nhận tập quán tạo nguồn để áp dụng trong quản lý xã hội của Nhà nước

Tập quán là thói quen ứng xử được các chủ thể trong một cộng đồng xã hội nhất định thừa nhận áp dụng, bản thân tập quán không có tính chất pháp lý. Để trở thành một loại nguồn của pháp luật, tức là, có tính chất pháp lý và bắt buộc phải thi hành thì tập quán phải được Nhà nước công nhận. Về mặt lý thuyết, để được công nhận là một loại nguồn của pháp luật, tập quán phải đảm bảo các tiêu chí nhất định. Về mặt thực tiễn, việc công nhận tập quán là một loại nguồn của pháp luật phải được thực hiện thông qua CQNN có thẩm quyền[126]. Tùy thuộc vào mỗi quốc gia mà cách thức công nhân tập quán là nguồn của pháp luật có thể khác nhau. Về cơ bản có hai hình thức là: (i) Công nhận qua con đường lập pháp. Việc công nhận được quy định trong Hiến pháp và các văn bản quy phạm pháp luật khác. Sự công nhận này tạo ra giá trị pháp lý của tập quán, là cơ sở pháp lý cho việc áp dụng tập quán; (ii) Công nhận qua con đường tư pháp. Sự công nhận được thể hiện qua việc tập quán được lựa chọn và áp dụng bởi các thẩm phán. Bằng hình thức này, tập quán đã mang tính quyền lực nhà nước và trở thành quy tắc xử sự có tính pháp lý.

Ở nhiều quốc gia theo hệ thống Thông luật như Anh, Mỹ, Úc và một số nước châu Phi, tập quán được công nhận thông qua các quyết định tư pháp[127]. Tức là, các tập quán tồn tại trên thực tế sẽ trở thành luật sau khi các tập quán đó được các thẩm phán áp dụng vào giải quyết các vụ việc. Do Thẩm phán là các nhà làm luật nên họ có khả năng đánh giá được tính thực tiễn của tập quán. Bên cạnh đó, các thẩm phán cũng có thể kiểm tra tính lâu đời của tập quán mà cộng đồng đã ghi nhận. Thông thường, Tòa án chỉ yêu cầu tập quán đó thể hiện được ý chí của cộng đồng mà

---

[126] Xem: Phan Nhật Thanh (2013), tlđd, tr.48.

[127] David Lefkowitz (2005), *Customary Law and the Case for Incorporationism*, Legal Theory, No.11 (4) Legal Theory 405, tr. 409.

không yêu cầu nó phải là tồn tại thành văn hay phải có người chứng minh. Sau khi kiểm tra, Thẩm phán sẽ quyết định là quy phạm tập quán đó có trở thành luật và được áp dụng vào quá trình xét xử hay không[128]. Việc thừa nhận áp dụng song song pháp luật và tập quán có thể dẫn đến các kết quả khác nhau trong việc áp dụng. Do đó, khi thừa nhận áp dụng tập quán, Nhà nước thường phải đưa ra các quy định về điều kiện, trường hợp, chủ thể áp dụng... Đối với một số quốc gia, căn cứ vào tính chất và mức độ của các quan hệ xã hội mà sẽ áp dụng tập quán địa phương (chỉ áp dụng trong một địa phương nhất định); áp dụng tập quán cho một chủ thể nhất định (như thương nhân, nhóm dân tộc thiểu số…) hoặc tập quán gia tộc (cho các quan hệ mang tính chất gia đình như cưới hỏi, ly hôn…)[129].

Ở Việt Nam hiện nay, việc công nhận tập quán là một loại nguồn của pháp luật được thực hiện thông qua hoạt động xây dựng pháp luật và hoạt động áp dụng pháp luật (của Tòa án, UBND). Thông qua hoạt động xây dựng pháp luật, tập quán được ghi nhận là một loại nguồn của pháp luật và được cho phép áp dụng trong văn bản có hiệu lực cao nhất là Hiến pháp và được cụ thể hóa trong các văn bản quy phạm pháp luật khác. Các quy định hiện nay về áp dụng tập quán có thể chia thành ba nhóm: (i) các quy định định nghĩa tập quán, xác định nguyên tắc, thứ tự ưu tiên áp dụng tập quán trong hệ thống các loại nguồn của pháp luật; (ii) các quy định dẫn chiếu đến việc áp dụng tập quán trong một số trường hợp cụ thể nhưng không đề cập đến nội dung của tập quán; (iii) quy định về áp dụng tập quán trong trường hợp cụ thể và nêu rõ nội dung tập quán được áp dụng. Bên cạnh đó, việc công nhận tập quán còn được thực hiện thông qua hoạt động áp dụng pháp luật của các chủ thể có thẩm quyền. Theo đó, trên cơ sở các quy định pháp luật về thừa nhận áp dụng tập quán, trong thực tiễn giải quyết các vụ việc phát sinh trong đời sống, các chủ thể có thẩm quyền áp dụng pháp luật sẽ lựa chọn và áp dụng tập quán phù hợp để giải quyết các vụ việc cụ thể. Các tập quán được lựa chọn áp dụng sẽ trở thành nguồn của pháp luật.

1.4. Quy trình áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc

Kết quả của hoạt động áp dụng pháp luật có ảnh hưởng rất lớn đến đối tượng áp dụng, các đối tượng đó có thể được hưởng các quyền, lợi ích rất lớn, nhưng cũng có thể bị mất quyền, bị tước đoạt các lợi ích. Vì vậy, để đảm bảo hoạt động áp dụng pháp luật được đúng đắn, thống nhất, đảm bảo quyền, lợi ích chính đáng của các chủ thể có liên

---

[128] Phan Nhật Thanh (Chủ biên) (2017), tlđd, tr.73 - tr.74.
[129] P. K. Bandyopadhyay (1994), "Importance of Customary Law", Central India Law Quarterly, No. 7(1), tr.96.

quan, trật tự chung của xã hội, đòi hỏi hoạt động áp dụng pháp luật phải tuân theo quy trình chặt chẽ.

Hoạt động áp dụng pháp luật được thực hiện trong các lĩnh vực khác nhau, bởi các chủ thể có thẩm quyền khác nhau, ứng với các quy trình áp dụng khác nhau. Nói cách khác, quy trình áp dụng pháp luật có liên quan chặt chẽ đến nội dung, tính chất của vụ việc cần giải quyết. Khi thực hiện việc áp dụng pháp luật, chủ thể có thẩm quyền phải xác định được nội dung, tính chất của vụ việc, từ đó, mới có thể lựa chọn được quy trình cần tiến hành.

Hiện nay, trong giáo trình giảng dạy môn Lí luận chung về nhà nước và pháp luật của nhiều trường Đại học ở Việt Nam[130] cũng như trong các sách tham khảo, chuyên khảo[131], quan điểm về quy trình áp dụng pháp luật cơ bản là thống nhất, đều cho rằng quy trình áp dụng pháp luật bao gồm các giai đoạn tiếp nối nhau, đó là: (1) Phân tích, đánh giá đúng, chính xác các tình tiết, hoàn cảnh, điều kiện thực tế của sự việc đã xảy ra; (2) Lựa chọn quy phạm pháp luật phù hợp để áp dụng; (3) Ra quyết định áp dụng pháp luật; (4) Tổ chức thực hiện quyết định áp dụng pháp luật đã được ban hành và có hiệu lực pháp lý. Tuy nhiên, quy trình này chỉ phù hợp với hoạt động áp dụng quy phạm pháp luật. Trong khi áp dụng tập quán là áp dụng loại nguồn khác, nguồn bổ sung của pháp luật, áp dụng các quy tắc hình thành từ đời sống chứ không phải áp dụng quy phạm pháp luật. Do vậy, quy trình áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước vừa mang các đặc điểm giống với quy trình áp dụng quy phạm pháp luật vừa mang các đặc điểm riêng. Tức là, quy trình áp dụng tập quán cũng phải trải qua các giai đoạn cơ bản của quy trình áp dụng pháp luật nói chung, ngoài ra, đan xen vào quy trình chung đó còn có những giai đoạn đặc thù. Vậy, quy trình áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước bao gồm những giai đoạn nào?

Như đã đề cập ở nội dung về trường hợp áp dụng tập quán, hiện nay, các quy định hiện hành về trường hợp áp dụng tập quán không có sự thống nhất. Về cơ bản, tập quán được áp dụng trong trường hợp pháp luật không có quy định. Nói cách khác, tập quán sẽ có thứ tự áp dụng sau quy phạm pháp luật. Tuy nhiên, trong một số quan hệ, thỏa thuận của các bên được ưu tiên hơn và trong những trường hợp này, các bên có thể thỏa thuận lựa chọn tập quán điều chỉnh quan hệ của mình. Theo đó, tập quán sẽ có thứ tự ưu tiên áp dụng trước quy phạm pháp luật. Chính vì vậy, gắn với mỗi trường

---

[130] Xem chi tiết tại: Trường Đại học Luật Hà Nội (2018), tlđd, tr.409 - tr.412; Đại học Quốc gia Hà Nội (2005), tlđd, tr.507 - tr.512.

[131] Xem chi tiết tại: Nguyễn Thị Hồi (Chủ biên), (2009), tlđd, tr.48 - 58; Nguyễn Minh Đoan, Nguyễn Minh Đức (2019), tlđd, tr.147 - tr.154.

hợp, quy trình áp dụng tập quán sẽ sự khác biệt nhất định.

Đối với trường hợp tập quán được áp dụng khi pháp luật không có quy định thì quy trình áp dụng tập quán sẽ tuần tự trải qua các giai đoạn:

Giai đoạn 1: Phân tích, đánh giá đúng, chính xác các tình tiết, hoàn cảnh, điều kiện thực tế của vụ việc đã xảy ra

Đây là giai đoạn rất quan trọng, có tính chất quyết định đối với việc có hay không triển khai các giai đoạn sau. Trong giai đoạn này cần phải: (i) Xác định tính chất pháp lý của vụ việc; (ii) Xác định chủ thể có thẩm áp dụng pháp luật đối với trường hợp đó; (iii) Nghiên cứu khách quan, toàn diện và đầy đủ các tình tiết của vụ việc; (iv) Tuân thủ các quy định mang tính thủ tục đối với từng loại vụ việc.

Kết thúc giai đoạn này phải giải quyết được vấn đề có cần tiếp tục áp dụng pháp luật đối với trường hợp cụ thể đó nữa hay không. Nếu không cần thì chủ thể có thẩm quyền ra quyết định chấm dứt việc áp dụng pháp luật. Nếu thấy cần áp dụng pháp luật và đủ căn cứ để áp dụng thì chuyển sang giai đoạn 2.

Giai đoạn 2: Lựa chọn quy phạm phù hợp để áp dụng

Để giải quyết một vụ việc cụ thể thì thường *"có hai loại quy phạm pháp luật cùng có liên quan đến việc đưa ra quyết định áp dụng pháp luật, đó là quy phạm nội dung và quy phạm hình thức hay quy phạm thủ tục"*[132]. Quy phạm nội dung có vai trò xác định nội dung cần được áp dụng còn quy phạm hình thức quy định trình tự, thủ tục của quy trình áp dụng pháp luật. Khi lựa chọn quy phạm cần phải chú ý đến hiệu lực của quy phạm đó. Quy phạm được lựa chọn phải là quy phạm đang có hiệu lực áp dụng. Trường hợp có sự chồng chéo, mâu thuẫn giữa các quy phạm thì việc lựa chọn quy phạm áp dụng phải tuân theo các nguyên tắc về thứ tự ưu tiên áp dụng luật.

Sau khi đã lựa chọn được quy phạm thì cần phải làm sáng tỏ nội dung và ý nghĩa của quy phạm pháp luật được lựa chọn. Điều này nhằm đảm bảo áp dụng đúng đắn pháp luật. Đây là quá trình tư duy chịu sự tác động lớn bởi trình độ, khả năng nhận thức của chủ thể có thẩm quyền áp dụng.

Tóm lại, trong giai đoạn 2, chủ thể có thẩm quyền cần phải: (i) Lựa chọn đúng quy phạm pháp luật được dự liệu cho trường hợp cần giải quyết; (ii) Xác định quy phạm được lựa chọn là đang có hiệu lực, có giá trị để áp dụng với trường hợp cần giải quyết; (iii) Nhận thức đúng đắn nội dung, tư tưởng của quy phạm được lựa chọn áp dụng. Trong giai đoạn 2 này, nếu chủ thể có thẩm quyền áp dụng pháp luật không tìm thấy quy phạm nội dung nào trực tiếp điều chỉnh quan hệ cụ thể cần giải quyết thì chủ

[132] Nguyễn Thị Hồi (Chủ biên), (2009), tlđd, tr.50.

thể có thẩm quyền áp dụng pháp luật chuyển sang giai đoạn tiếp theo nhằm lựa chọn tập quán để áp dụng.

Giai đoạn 3: Lựa chọn tập quán áp dụng để giải quyết vụ việc cụ thể.

Hiện nay, việc lựa chọn tập quán áp dụng để giải quyết các vụ việc cụ thể của các chủ thể có thẩm quyền đặt ra các trường hợp:

Một là, tập quán đã được viện dẫn trong các văn bản quy phạm pháp luật[133]. Trường hợp này việc lựa chọn tập quán áp dụng khá thuận lợi và không khác gì nhiều so với việc áp dụng quy phạm pháp luật.

Hai là, tập quán chưa được viện dẫn trong luật. Đây là trường hợp áp dụng tập quán dựa trên nguyên tắc chung về thừa nhận áp dụng tập quán. Trường hợp này việc áp dụng tập quán lại chia ra làm hai trường hợp, đó là:

(i) Tập quán đã được các chủ thể có thẩm quyền lựa chọn và đưa vào danh mục tập quán được áp dụng. Trường hợp này việc áp dụng tập quán cũng tương tự như ở trường hợp một. Tuy nhiên, hiện nay lại rất thiếu các danh mục tập quán được áp dụng.

(ii) Tập quán chưa được đưa vào danh mục tập quán được áp dụng. Đây là trường hợp áp dụng tập quán phức tạp nhất. Với trường hợp này, chủ thể có thẩm quyền áp dụng phải dựa trên các nguyên tắc chung về thừa nhận áp dụng tập quán và chủ động trong việc xem xét, đánh giá tập quán do các bên viện dẫn hoặc tự mình lựa chọn tập quán phù hợp làm căn cứ giải quyết vụ việc.

Tóm lại, ở giai đoạn 3, chủ thể có thẩm quyền cần xác định được các vấn đề: (i) Có quy tắc tập quán nhất định tồn tại hay không; (ii) Nếu có quy tắc tập quán thì quy tắc đó có liên quan tới vụ việc cần giải quyết hay không. (iii) Quy tắc đó liệu có phù hợp để áp dụng giải quyết vụ việc cụ thể cần giải quyết hay không. Trên thực tế, để xác định sự tồn tại của quy tắc tập quán đương nhiên phải dựa vào việc chứng minh các yếu tố nội tại của tập quán. Để xác định quy tắc tập quán đó có liên quan tới vụ việc tranh chấp hay không thì phải xem xét các tình tiết pháp lý của vụ việc. Còn để xác định tập quán đó có phù hợp để áp dụng hay không thì phải xác định nhiều yếu tố như quan hệ đó hiện không có quy phạm pháp luật nào điều chỉnh (nếu thuộc trường hợp ưu tiên thỏa thuận của các bên thì các bên trong quan hệ có thỏa thuận lựa chọn áp dụng tập quán đó hay không?); nội dung của tập quán có phù hợp với các quy định pháp luật và chuẩn mực đạo đức không…

Như vậy, trong giai đoạn này chủ thể có thẩm quyền phải phối hợp sử dụng kết

---

[133] Chẳng hạn, tập quán xác định họ, tên của cá nhân (Điều 26 BLDS năm 2015); tập quán xác định dân tộc của cá nhân (Điều 29 BLDS năm 2015); tập quán xác định ranh giới giữa các bất động sản (Điều 175 BLDS năm 2015)…

quả của giai đoạn 1 và giai đoạn 2 của quy trình áp dụng pháp luật. Từ việc phân tích ở trên cũng cho thấy, nếu có sẵn các danh mục tập quán do Nhà nước lựa chọn và công bố thì việc lựa chọn tập quán để áp dụng trong giải quyết các vụ việc cụ thể của các chủ thể có thẩm quyền sẽ trở nên dễ dàng, thuận lợi hơn rất nhiều; còn nếu không thì việc xác định, chứng minh sự tồn tại, sự phù hợp để áp dụng của quy tắc tập quán sẽ gặp nhiều khó khăn, phức tạp.

Kết thúc giai đoạn 3, chủ thể có thẩm quyền đã lựa chọn được quy tắc tập quán phù hợp để giải quyết vụ việc thì sẽ chuyển sang giai đoạn tiếp theo. Tuy nhiên, trong quy trình áp dụng tập quán cần lưu ý, quy tắc tập quán được lựa chọn chỉ có thể là các quy phạm nội dung. Tức là, việc áp dụng tập quán là để xác định các quyền, nghĩa vụ (nếu có) cho các chủ thể có liên quan. Còn về trình tự, thủ tục giải quyết các vụ việc thì phải tuân theo các quy phạm pháp luật có liên quan. Nói cách khác, các quy tắc tập quán không thể là các quy phạm thủ tục.

Giai đoạn 4: Ra quyết định áp dụng pháp luật để giải quyết vụ việc[134].

Sau khi lựa chọn được tập quán phù hợp, chủ thể có thẩm quyền áp dụng pháp luật phải ra quyết định áp dụng pháp luật, xác định xõ quyền, nghĩa vụ pháp lý (nếu có) của đối tượng áp dụng pháp luật. Nói cách khác, quyết định áp dụng pháp luật chính là sự phản ánh kết quả thực tế của quá trình áp dụng pháp luật[135]. Đây chính là giai đoạn "chuyển hóa" các quy tắc xử sự chung thành các quy tắc cá biệt cho các trường hợp cụ thể. Để đảm bảo tính khả thi, các quyết định áp dụng pháp luật được ban hành phải đảm bảo tính khách quan, hợp pháp và phù hợp với thực tiễn.

Khi ban hành quyết định áp dụng pháp luật, một trong những yêu cầu cơ bản, quan trọng, đó là, quyết định áp dụng pháp luật phải được ban hành trên cơ sở pháp lý. Đối với việc áp dụng các quy phạm pháp luật thì các chủ thể có thẩm quyền phải nêu rõ cơ sở pháp lý là (điểm, khoản, điều) nào của văn bản quy phạm pháp luật được áp dụng. Do đó, trong trường hợp áp dụng tập quán thì quyết định áp dụng pháp luật cũng phải nêu rõ cơ sở pháp lý là áp dụng tập quán nào, nội dung cụ thể của tập quán là gì và có sự lý giải kỹ càng về tính hợp pháp, hợp lý của việc áp dụng tập quán đó.

Giai đoạn 5: Tổ chức thực hiện quyết định áp dụng pháp luật đã được ban hành và có hiệu lực pháp lý.

Việc tổ chức thực hiện quyết định áp dụng pháp luật đã được ban hành và có

---

[134] Các quyết định áp dụng pháp luật có thể được thể hiện bằng lời nói hoặc bằng văn bản. Hiện nay, phổ biến là thể hiện bằng văn bản. Các quyết định được thể hiện bằng văn bản được gọi là văn bản áp dụng pháp luật.

[135] Trong hoạt động hòa giải ở cơ sở, các hòa giải viên, tổ hòa giải có thể áp dụng tập quán để hỗ trợ các bên giải quyết vụ việc bằng hòa giải. Nhưng kết quả hòa giải thành có thể không có "quyết định áp dụng tập quán" nào cả.

hiệu lực pháp lý là giai đoạn cuối cùng của quy trình áp dụng pháp luật nói chung và áp dụng tập quán nói riêng. Ở giai đoạn này, trong nhiều trường hợp cần tiến hành những hoạt động mang tính tổ chức nhằm đảm bảo các điều kiện về mặt vật chất, kỹ thuật để có thể thi hành được quyết định áp dụng pháp luật. Cùng với đó, các chủ thể có thẩm quyền cũng cần tiến hành hoạt động kiểm tra, giám sát nhằm đảm bảo các quyết định áp dụng pháp luật được các chủ thể có liên quan tôn trọng và thi hành nghiêm chỉnh.

Đối với trường hợp các bên có thỏa thuận lựa chọn áp dụng tập quán để điều chỉnh quan hệ của mình thì quy trình áp dụng tập quán có sự khác biệt nhất định so với quy trình nêu trên. Cụ thể:

Sau khi kết thúc giai đoạn 1, xác định được tính chất pháp lý cũng như chủ thể có thẩm quyền giải quyết vụ việc thì tại giai đoạn 2 của quy trình, chủ thể có thẩm quyền giải quyết vụ việc thay vì phải tìm xem có quy phạm pháp luật nội dung nào điều chỉnh quan hệ đó hay không thì phải xác định vụ việc có thuộc trường hợp các bên được thỏa thuận lựa chọn áp dụng tập quán hay không; xác định nội dung tập quán, tính phù hợp của nội dung tập quán mà các bên thỏa thuận áp dụng (có phù hợp với nội dung quan hệ cần giải quyết không, có trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật và chuẩn mực đạo đức không). Nếu vụ việc thuộc trường hợp các bên được thỏa thuận lựa chọn áp dụng tập quán, các bên có thỏa thuận áp dụng tập quán, nội dung tập quán mà các bên lựa chọn phù hợp với nguyên tắc áp dụng và phù hợp để giải quyết vụ việc thì chủ thể có thẩm quyền phải căn cứ vào nội dung tập quán được lựa chọn để giải quyết vụ việc. Như vậy, tại giai đoạn 2, chủ thể có thẩm quyền giải quyết vụ việc phải xác định được nội dung, sự phù hợp của tập quán mà các bên lựa chọn làm tiền đề để chuyển sang giai đoạn tiếp theo. Nói cách khác, trong trường hợp này, các giai đoạn của quy trình áp dụng tập quán, bao gồm: (1) Phân tích, đánh giá đúng, chính xác các tình tiết, hoàn cảnh, điều kiện thực tế của sự việc đã xảy ra; (2) Xác định nội dung và tính phù hợp của tập quán được các bên thỏa thuận lựa chọn; (3) Ra quyết định áp dụng pháp luật để giải quyết vụ việc; (4) Tổ chức thực hiện quyết định áp dụng pháp luật đã được ban hành và có hiệu lực pháp lý.

Có thể nói, dù thuộc trường hợp pháp luật không có quy định hay thuộc trường hợp các bên có thỏa thuận lựa chọn áp dụng tập quán thì trong quy trình áp dụng tập quán vấn đề phức tạp nhất chính là xác định sự tồn tại, nội dung và tính phù hợp của tập quán được áp dụng. Đây cũng là điểm khác biệt nổi bật của quy trình áp dụng tập quán so với quy trình áp dụng pháp luật nói chung.

1.5. Các yếu tố tác động đến việc áp dụng tập quán trong quản lý xã hội

của Nhà nước ở Việt Nam hiện nay

Việc áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước chịu sự tác động của nhiều yếu tố, mà cơ bản là các yếu tố sau:

1.5.1. Hệ thống chính sách, pháp luật

Hệ thống chính sách, pháp luật là yếu tố có vai trò quyết định việc áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước, bởi áp dụng pháp luật nói chung và áp dụng tập quán nói riêng trong QLXH phải được thực hiện dựa trên cơ sở pháp lý.

Ở Việt Nam hiện nay, việc thừa nhận tập quán là một loại nguồn của pháp luật để điều chỉnh các quan hệ xã hội là một trong những tư tưởng chỉ đạo của Đảng. Trên cơ sở đó, Nhà nước đã thể chế hóa thành các quy phạm pháp luật, tạo nên cơ sở pháp lý cho hoạt động áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước.

Bên cạnh hoạt động xây dựng pháp luật, Nhà nước còn có các chính sách nhằm phát phát huy các tập quán tốt đẹp, bài trừ, xóa bỏ các tập quán lạc hâu, không còn phù hợp để áp dụng trong giai đoạn hiện nay. Thực hiện các chính sách này, trong thời gian qua, các chủ thể có thẩm quyền đã triển khai nhiều hoạt động tuyên truyền pháp luật, vận động người dân từ bỏ các tập quán lạc hậu như: tảo hôn; kết hôn cận huyết; di canh di cư; đốt nương làm rãy… Các hoạt động tuyên truyền được thực hiện bằng nhiều hình thức khác nhau đã làm thay đổi tích cực nhận thức của người dân về tập quán.

1.5.2. Điều kiện kinh tế - xã hội

Điều kiện kinh tế - xã hội là yếu tố có tác động không nhỏ đến việc áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước. Thực tiễn cho thấy, trong điều kiện của nền nông nghiệp cổ truyền, các quan hệ kinh tế - xã hội còn đơn giản, diễn ra trong không gian hẹp, chủ thể của các mối quan hệ này thường có mối quan hệ huyết thống, thân tộc, láng giềng với nhau thì tập quán thường được coi trọng và được áp dụng thường xuyên trong đời sống hàng ngày. Ngược lại, khi điều kiện kinh tế - xã hội phát triển, các quan hệ xã hội mở rộng, không còn bó hẹp trong lũy tre làng, sự ràng buộc bởi các quan hệ về huyết thống, thân tộc, làng, xóm trở nên lỏng lẻo hơn thì vai trò của tập quán cũng bị giảm đi. Nói cách khác, trong cơ cấu xã hội truyền thống thì tập quán thường được áp dụng phổ biến hơn so với xã hội hiện đại ngày nay.

Kinh tế- xã hội thay đổi là nguyên nhân dẫn đến một số tập quán không còn phù hợp và không còn được áp dụng. Chẳng hạn, trước kia người dân ở khu vực miền núi thường có thói quen khai hoang, đốt nương làm rẫy nên duy trì các tập quán xác lập quyền sở hữu cho người phát nương đầu tiên. Hiện nay, phần lớn đất đai đã được cấp sổ nên tập quán này hoặc không còn được áp dụng hoặc bị xung đột với các quy định

pháp luật; hoặc trước kia người dân ở khu vực miền núi thường có tập quán thả rông súc vật. Hiện nay, hiện tượng này đã giảm đi nhiều khiến cho các tập quán về xác định chủ sở hữu, xác định bồi thường thiệt hại đối với súc vật thả rông cũng không còn được áp dụng nhiều như trước. Có thể nói, dưới sự tác động của các điều kiện kinh tế - xã hội, một số các tập quán cũ đã lỗi thời mà tập quán mới chưa hình thành đã dẫn đến việc áp dụng tập quán bị giảm đi.

Ngoài ra, kinh tế - xã hội phát triển đã góp phần nâng cao đời sống vật chất, tinh thần cho người dân, người dân có các điều kiện tốt hơn để tiếp cận và cập nhật các thông tin, trong đó có các thông tin tuyên truyền, phổ biến, giáo dục pháp luật, nhờ vậy, họ sẽ có sự hiểu biết về pháp luật, có ý thức hơn trong việc tự giác thực hiện pháp luật, không làm theo các tập quán lạc hậu.

1.5.3. Truyền thống văn hóa, tín ngưỡng, tôn giáo

Việt Nam là một quốc gia đa dân tộc, mỗi dân tộc có bản sắc văn hóa riêng, gắn với đó là các tập quán riêng, rất đa dạng. Tập quán trở thành một phần của đời sống cộng đồng mà mỗi cá nhân sống trong đó luôn tuân theo một cách tự nhiên, tự nguyện. Theo thời gian, bằng cách này hay cách khác, các tập quán vẫn được lưu truyền cho thế hệ sau. Nhìn vào lịch sử văn hóa pháp lý có thể thấy, người Việt luôn trân quý các giá trị văn hóa truyền thống, có những cách thức khác nhau để lưu giữ các tập quán, nhất là những tập quán tốt đẹp hoặc thuận lợi cho người dân sử dụng. Theo thời gian, các tập quán ngày càng phát triển đa dạng và có những biến đổi để đáp ứng yêu cầu điều chỉnh các quan hệ trong xã hội mới. Tập quán trở thành một phần của văn hóa, áp dụng tập quán là nét đặc trưng của văn hóa pháp lý Việt Nam.

Ngoài ra, một nét đặc trưng nữa trong văn hóa pháp lý của người Việt là văn hóa nặng duy tình, ít duy lý. Người Việt luôn muốn giải quyết các mâu thuẫn, tranh chấp bằng hòa giải trên cơ sở "có tình, có lý", hơn nữa, với tâm lý "vô phúc đáo tụng đình", khi xảy ra những tranh chấp, người Việt thường đặt tập quán ở thứ tự ưu tiên cao nhất khi lựa chọn các quy tắc để giải quyết tranh chấp của mình, chứ ít khi muốn mang nhau đến cửa công để giải quyết bằng luật. Đây là môi trường thuận lợi cho việc áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước ở Việt Nam hiện nay.

Tín ngưỡng, tôn giáo cũng là một bộ phận của văn hóa, là lĩnh vực hạt nhân trong đời sống văn hóa tinh thần. Các tín ngưỡng, tôn giáo truyền thống phản ánh đời sống tâm linh phong phú, đa dạng, sự khoan dung, độ lượng, nhân ái của người Việt cũng như tinh thần đoàn kết toàn dân tộc. Mỗi tín ngưỡng, tôn giáo tuy mang những nét văn hóa riêng biệt nhưng đều chịu ảnh hưởng của truyền thống dân tộc, góp phần

tạo nên những nét đẹp trong nền văn hóa đa dạng, phong phú về bản sắc của dân tộc ta. Niềm tin về tín ngưỡng, tôn giáo ẩn trong thế giới quan, ý thức hệ của mỗi người, tác động đến cách nhìn nhận xã hội, đến các quyết định mà con người đưa ra hàng ngày. Tín ngưỡng, tôn giáo không chỉ chi phối đến nội dung của tập quán mà còn tác động đến việc áp dụng tập quán. Người dân áp dụng các quy tắc tập quán theo thói quen, theo niềm tin vào tín ngưỡng, tôn giáo, vì vậy, việc áp dụng tập quán thường xuất phát từ sự tự nguyện và được đảm bảo bởi niềm tin của mỗi người, đặc biệt là các tập quán có nội dung phù hợp với tín ngưỡng, tôn giáo.

Trong quá trình giao lưu, hội nhập, sự biến đổi của tín ngưỡng, tôn giáo đã có tác động nhất định đến phong tục, tập quán truyền thống. Thực tế, tư tưởng, nội dung tuyên truyền của các tôn giáo đã ảnh hưởng đến cấu trúc văn hóa, tập quán của nhiều dân tộc thiểu số. Chẳng hạn, với đạo Tin lành, sự hiện diện của tôn giáo này cùng với những giáo lý, luật lệ, nghi lễ của nó đã làm thay đổi hẳn lề lối sinh hoạt, cách sống và hành vi ứng xử trong cuộc sống hàng ngày của đồng bào dân tộc thiểu số theo đạo. Từ niềm tin vào thế giới đa thần, một bộ phận người dân tộc thiểu số chuyển sang niềm tin vào thế giới độc thần với sự sáng tạo của Chúa. Sự thay đổi thế giới quan này, đã kéo theo nhiều thay đổi về lối sống của đồng bào. Thực tiễn tại khu vực miền núi phía Bắc và khu vực Tây Nguyên, ở làng bản nào có đông người dân theo đạo Tin lành thì lối sống ở đó có nhiều biến đổi tiến bộ, các hủ tục lạc hậu giảm bớt như khi ốm đau người dân không còn tin vào việc cúng ma, trừ tà; không tổ chức cưới xin, tang ma dài ngày gây tốn kém; tục thách cưới cũng giảm bớt… Bên cạnh những tác động tích cực thì sự biến đổi tôn giáo ở các vùng dân tộc thiểu số cũng có những tác động tiêu cực đến phong tục, tập quán truyền thống của đồng bào. Nhiều giá trị tốt đẹp trong phong tục, tập quán truyền thống của đồng bào dân tộc thiểu số đã bị ảnh hưởng, thậm chí bị loại bỏ hoàn toàn. Chẳng hạn, người H'Mông có nhiều lễ hội truyền thống đặc sắc như: Lễ tạ ơn (thể hiện lòng biết ơn tổ tiên, cha mẹ); Lễ Nào Cống, Lễ Nào sồng (cầu mong thần phù hộ cho bản làng được yên ổn, mùa màng bội thu và công bố bản quy ước chung cho công việc của cả làng, cả bản trong suốt một năm)… tuy nhiên, do sự khác biệt về đức tin nên hiện còn rất ít người dân theo đạo Tin lành còn tham gia các lễ hội này. Ở khu vực Tây Nguyên cũng đã từng xảy ra tình trạng tương tự. Thời kì đầu, khi mới bỏ niềm tin truyền thống để đi theo tôn giáo mới, đa phần đồng bào cũng đoạn tuyệt hoàn toàn với văn hóa truyền thống, gây nên những đứt gãy văn hóa, làm phai

nhạt bản sắc văn hóa tộc người[136]. Có thể nói, trong thời gian qua, sự biến đổi của tín ngưỡng, tôn giáo, với xâm nhập và phát triển nhanh của các tôn giáo mới, đặc biệt là ở các vùng nông thôn, vùng dân tộc thiểu số đã có tác động lớn đến phong tục, tập quán và việc áp dụng tập quán trên thực tế. Người dân có xu hướng áp dụng tập quán ít đi và ở các buôn làng theo tôn giáo mới vai trò của già làng, trưởng bản cũng bị mờ nhạt và có xu hướng xa rời tập quán.

1.5.4. Ý thức pháp luật và sự am hiểu tập quán của các chủ thể có thẩm quyền và đội ngũ hành nghề luật

Ở Việt Nam hiện nay, đường lối chính sách của Đảng, pháp luật của Nhà nước đã định hướng, tạo hành lang pháp lý cho hoạt động áp dụng tập quán. Nhưng tập quán có được áp dụng để giải quyết các vụ việc phát sinh trên thực tế hay không phụ thuộc rất lớn vào các chủ thể có thẩm quyền áp dụng tập quán.

Áp dụng pháp luật nói chung và áp dụng tập quán nói riêng là hoạt động của các chủ thể có thẩm quyền, nhằm cá biệt hóa các quy tắc xử sự chung thành các quy tắc xử sự mang tính cá biệt. Do vậy, để áp dụng đúng đắn pháp luật nói chung, tập quán nói riêng đòi hỏi các chủ thể có thẩm quyền áp dụng phải là người có ý thức pháp luật tốt.

Trong áp dụng tập quán thì chủ thể có thẩm quyền trước hết phải có sự hiểu biết về hệ thống pháp luật, điều này là rất quan trọng, vì nó giúp các chủ thể có thẩm quyền xác định được thẩm quyền, trình tự thủ tục cũng như lựa chọn được quy tắc phù hợp để áp dụng... Ngoài ra, chủ thể có thẩm quyền còn cần phải có sự am hiểu sâu sắc về tập quán của cộng đồng dân cư, lĩnh vực nghề nghiệp nhất định thì mới có thể viện dẫn, áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc cụ thể. Trong nhiều trường hợp, tập quán có được áp dụng hay không còn đòi hỏi bản lĩnh, thái độ tôn trọng tập quán của các chủ thể có thẩm quyền áp dụng. Như đã biết, việc áp dụng tập quán có những khó khăn, phức tạp hơn so với việc áp dụng các quy phạm pháp luật, do đó, nếu chủ thể có thẩm quyền không có sự am hiểu sâu sắc về tập quán, không có bản lĩnh, thái độ tôn trọng tập quán thì thường sẽ "bỏ qua" việc áp dụng tập quán trong khi vụ việc đó hoàn toàn có thể giải quyết bằng cách áp dụng tập quán.

Thông qua hoạt động áp dụng tập quán, các chủ thể có thẩm quyền không chỉ áp dụng tập quán vào việc giải quyết các vụ việc phát sinh trong đời sống mà còn có thể có những tác động nhất định để duy trì, phát huy những tập quán tốt đẹp và loại bỏ các

---

[136] Xem: Hoàng Thị Lan (2019), Tác động của biến đổi tôn giáo đối với phong tục, tập quán truyền thống Việt Nam, Tạp chí Lý luận chính trị, Số 10, tr.32 - tr.36.

tập quán lạc hậu[137]. Nói cách khác, chủ thể có thẩm quyền áp dụng tập quán không chỉ có vai trò rất quan trọng trong việc hiện thực hóa các quy tắc tập quán trong QLXH mà còn có vai trò trong việc duy trì các tập quán tiến bộ, loại bỏ các tập quán lạc hậu không còn phù hợp với các điều kiện phát triển hiện nay.

Ngoài ra, hoạt động áp dụng tập quán để giải quyết các vụ việc trên thực tế cũng chịu tác động không nhỏ bởi vai trò của đội ngũ hành nghề luật như các luật sư, trọng tài viên, hòa giải viên thương mại, những người làm công tác trợ giúp pháp lý... Hiện nay, trong các quan hệ thương mại có yếu tố nước ngoài, các bên được thỏa thuận lựa chọn 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. Thực tế cho thấy, các bên thường thỏa thuận lựa chọn áp dụng các tập quán thương mại quốc tế, chính vì vậy, khi giải quyết các vấn đề phát sinh từ các quan hệ này, các luật sư, trọng tài viên, hòa giải viên thương mại… thường xuyên phải viện dẫn tập quán để giải quyết. Tuy nhiên, hiện nay trong các quan hệ nội địa thì đội ngũ này thường ít chú ý tới việc tìm tòi và viện dẫn ra các quy tắc tập quán để yêu cầu áp dụng. Do đó, nếu việc áp dụng tập quán nhận được sự quan tâm chú ý nhiều hơn của đội ngũ này thì chắc hẳn sẽ làm cho việc áp dụng tập quán trên thực tế có xu hướng tăng lên và có hiệu quả cao hơn.

1.5.5. Ý thức pháp luật và sự am hiểu tập quán của của người dân

Hiện nay, cùng với việc Nhà nước tăng cường, mở rộng công tác tuyên truyền, phổ biến, giáo dục pháp luật cho người dân, đặc biệt là người dân ở các khu vực miền núi, vùng sâu, vùng xa, đại bộ phận nhân dân đã có ý thức pháp luật tốt hơn. Ý thức pháp luật tốt là cơ sở quan trọng giúp người dân bảo vệ được các quyền, lợi ích chính đáng của mình khi tham gia các quan hệ xã hội. Trong áp dụng tập quán, ý thức pháp luật tốt là cơ sở để người dân nhận biết, phân định được sự phù hợp hay không phù hợp của một tập quán cụ thể với quy định pháp luật, tránh tình trạng có những hành vi trái pháp luật do làm theo những tập quán lạc hậu mà Nhà nước đã cấm áp dụng. Bên cạnh đó, nếu người dân có ý thức pháp luật tốt thì khi tham gia các quan hệ họ sẽ biết lựa chọn các tập quán phù hợp với quy định pháp luật để điều chỉnh quan hệ của mình, trong trường hợp có phát sinh các tranh chấp thì cũng có thể viện dẫn được các tập quán phù hợp để các chủ thể có thẩm quyền áp dụng giải quyết, tránh việc nại ra các

[137] Chẳng hạn, thông qua hoạt động giải quyết các vụ việc, các chủ thể có thẩm quyền thừa nhận áp dụng các tập quán tốt đẹp đã góp phần gìn giữ các tập quán này; và khi từ chối áp dụng các tập quán lạc hậu sẽ góp phần loại bỏ các tập quán lạc hậu đó. Bên cạnh đó, cũng có thể phối hợp tuyên truyền để người dân hiểu và tự giác thực hiện.

tập quán trái với các quy định pháp luật.

Để có thể lựa chọn được tập quán phù hợp điều chỉnh quan hệ mà mình tham gia thì ngoài việc hiểu biết các quy định pháp luật của Nhà nước, người dân còn phải có sự am hiểu về tập quán. Sự am hiểu về tập quán của người dân là yếu tố rất quan trọng đảm bảo cho việc áp dụng tập quán trên thực tế. Hơn nữa, việc người dân am hiểu về tập quán chính là căn cứ để chứng minh sự tồn tại của tập quán trong đời sống. Nếu một tập quán đã bị mai một, đại bộ người dân sống trong cộng đồng dân cư hoặc làm trong lĩnh vực ngành nghề đó không còn biết rõ về nó thì tập quán ấy đương nhiên mất đi tầm ảnh hưởng và không còn khả năng được thừa nhận áp dụng. Trong quá trình giải quyết các vụ việc, các chủ thể có thẩm quyền cũng phải dựa vào sự am hiểu, sự thừa nhận tập quán của người dân để có thể xác định rõ sự tồn tại cũng như nội dung của tập quán, từ đó, có thể áp dụng tập quán một cách đúng đắn, đầy đủ và chính xác.

Kết luận chương 1

Tập quán là loại quy phạm hình thành một cách tự phát trong đời sống, là sản phẩm sáng tạo của các cộng đồng xã hội trong tiến trình phát triển, nhằm điều chỉnh các quan hệ xã hội phát sinh trong cộng đồng xã hội đó. Nét đặc trưng nổi bật của tập quán là nó luôn gắn với một cộng đồng xã hội nhất định, phản ánh các điều kiện riêng biệt của cộng đồng nơi mà nó hình thành và tồn tại. Tập quán điều chỉnh nhiều lĩnh vực đời sống nên nội dung của tập quán vô cùng phong phú, đa dạng.

Ở Việt Nam, việc áp dụng tập quán đã có lịch sử hình thành và phát triển lâu dài qua các thời kỳ, trở thành một nét văn hóa pháp lý riêng của dân tộc. Trong thời kì phong kiến, bên cạnh luật nước, tập quán luôn giữ vị trí quan trọng trong điều chỉnh các quan hệ xã hội và quản lý đời sống cộng đồng. Hiện nay, cùng với sự phát triển về mọi mặt của đời sống, sự biến đổi của các quan hệ xã hội, sự hoàn thiện của hệ thống pháp luật dẫn đến phạm vi ảnh hưởng của tập quán dần bị thu hẹp hơn, vai trò của tập quán trong hệ thống công cụ QLXH cũng bị suy giảm đáng kể. Tuy nhiên, điều này không loại bỏ sự cần thiết phải áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước. Bởi lẽ, tập quán không chỉ góp phần bù đắp những thiếu hụt của pháp luật mà còn có thể thay thế cho sự điều chỉnh bằng pháp luật trong một số trường hợp nhất định. Ngoài ra, tập quán còn góp phần làm cho pháp luật được thực hiện một cách nghiêm chỉnh và tự giác hơn. Vì vậy, việc thừa nhận áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước ở Việt Nam hiện nay và cả trong tương lai vẫn hết sức cần thiết và là một tất yếu khách quan.

Tập quán hình thành và tồn tại trong công đồng một cách tự phát. Bản thân tập quán không mang tính pháp lý. Tập quán chỉ trở thành một loại nguồn của pháp luật và mang tính pháp lý khi được Nhà nước thừa nhận và cho phép áp dụng. Áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước thực chất là áp dụng các quy tắc xử sự hình thành từ đời sống được Nhà nước thừa nhận và bảo đảm thực hiện. Áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước là hoạt động được thực hiện bởi các chủ thể có thẩm quyền. Theo đó, khi có các vụ việc phát sinh trong đời sống, có thể hoặc cần phải áp dụng tập quán thì các chủ thể có thẩm quyền sẽ căn cứ vào những tập quán tồn tại trong đời sống, phù hợp với các quy định pháp luật, không trái đạo đức xã hội để làm căn cứ giải quyết các vụ việc đó.

Để đảm bảo tính khả thi của việc áp dụng tập quán thì ngoài việc tạo cơ sở pháp lý rõ ràng, vững chắc cho hoạt động này còn cần phải có nguồn tập quán phong phú và phù hợp để áp dụng. Ở Việt Nam hiện nay, các tập quán vẫn tồn tại

rất phong phú, đa dạng và được người dân áp dụng khá phổ biến trong cuộc sống hàng ngày, đặc biệt là ở các vùng miền núi, vùng đồng bào dân tộc thiểu số. Đây chính là biểu hiện rõ nét về sự hiện hữu và vai trò của tập quán trong đời sống. Cũng như những hiện tượng xã hội khác, trong quá trình hình thành, tồn tại và phát triển, tập quán đã trải qua những bước thăng trầm. Tập quán giữ được sức sống bền bỉ và vai trò của mình trong QLXH một phần là do nội dung tập quán luôn có xu hướng cải biến cho phù hợp với các đòi hỏi, thay đổi mới nảy sinh trong cuộc sống. Đa phần các tập quán được lưu truyền là những tập quán có nội dung tiến bộ, đây chính là cơ sở quan trọng để Nhà nước có thể áp dụng trong QLXH. Tuy nhiên, trên thực tế cũng có những tập quán không còn phù hợp với đời sống hiện tại. Do vậy, việc áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước ở Việt Nam trong giai đoạn hiện nay cần phải có sự chọn lựa những tập quán có nội dung phù hợp để áp dụng.

CHƯƠNG 2. THỰC TRẠNG PHÁP LUẬT VỀ ÁP DỤNG TẬP QUÁN VÀ THỰC TIỄN ÁP DỤNG TẬP QUÁN TRONG QUẢN LÝ XÃ HỘI CỦA NHÀ NƯỚC Ở VIỆT NAM HIỆN NAY

2.1. Thực trạng pháp luật về áp dụng tập quán trong quản lý xã hội của Nhà nước ở Việt Nam và đánh giá

2.1.1. Lược sử quy định pháp luật về áp dụng tập quán trong hệ thống pháp luật Việt Nam

Trong suốt chiều dài phát triển của lịch sử dân tộc, dù có những bước thăng trầm, những giai đoạn phát triển khác nhau, nhưng tập quán vẫn luôn được ghi nhận với vai trò là một loại nguồn của pháp luật trong hệ thống pháp luật Việt Nam.

Ở thời kì Nhà nước Văn Lang - Âu Lạc, tổ chức nhà nước vẫn còn sơ khai, pháp luật vì thế cũng chưa được quy củ. Hình thức pháp luật giữ vai trò chủ đạo và phổ biến nhất trong thời kì này là tập quán. *"Tập quán điều chỉnh nhiều lĩnh vực quan hệ xã hội, như quan hệ sở hữu, chiếm hữu và sử dụng ruộng đất, các quan hệ về trật tự an toàn xã hội…"*[138].

Vào thời kì Bắc thuộc (từ năm 179 TCN đến năm 938) *"các quan hệ xã hội chủ yếu được điều chỉnh bằng luật tục của người Việt và pháp luật của phong kiến Trung Quốc"*[139]. Sở dĩ có tình trạng này là bởi, chính quyền phong kiến đô hộ không thể sử dụng pháp luật của mình để cai trị đối với thuộc địa nên phải thừa nhận tập quán như một hình thức pháp luật phù hợp với xã hội nông thôn khép kín của người bản địa. Tập quán trong thời kì này tồn tại dưới dạng luật tục của người Việt có từ thời Hùng Vương và được áp dụng để điều chỉnh nhiều lĩnh vực của đời sống như các quan hệ về tài sản, sở hữu cũng như các quan hệ trong lĩnh vực hành chính và quản lý cộng đồng làng xã[140].

Sau khi giành được độc lập, tình hình chính trị - xã hội của nước ta có nhiều biến động gắn với ba triều đại: Ngô, Đinh, Tiền Lê (từ năm 939 đến năm 1009). Trong hoạt động QLXH của Nhà nước, bên cạnh pháp luật thành văn, "*luật tục vẫn giữ vai trò rất quan trọng và rộng khắp trong việc điều chỉnh nhiều quan hệ xã hội. Đó là những lệ của các làng xã cổ truyền. Những lệ này có hiệu lực không gian rộng khắp là các làng xã và chủ yếu điều chỉnh các quan hệ trong các lĩnh vực*

---

[138] Trường ĐH Luật Hà Nội (2010), Giáo trình Lịch sử Nhà nước và pháp luật Việt Nam, Nxb. Công an Nhân dân, Hà Nội, tr.26.
[139] Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh (2013), Giáo trình Lịch sử Nhà nước và pháp luật Việt Nam, NXb Hồng Đức - Hội Luật gia Việt Nam, Hà Nội, tr.55.
[140] Xem: Phan Nhật Thanh (2013), tlđd, tr.157 - tr.158.

ruộng đất, hôn nhân và gia đình"[141]. Thực tế, người dân trong các làng xã bấy giờ chủ yếu sống theo lệ làng, chứ ít khi bị chi phối bởi luật pháp của triều đình.

Từ năm 1010 đến năm 1407, các triều đại Lý, Trần, Hồ kế tiếp nhau tồn tại. So với các triều đại trước đó, hoạt động xây dựng pháp luật trong các triều đại Lý, Trần, Hồ rất được chú trọng, khá nhiều văn bản quy phạm pháp luật đã được ban hành. Tuy nhiên, bên cạnh văn bản quy phạm pháp luật, tập quán vẫn được thừa nhận áp dụng. *"Phổ biến nhất là các tập quán được sử dụng trong đời sống chính trị như tập quán truyền ngôi theo nguyên tắc thế tập, tập quán trong đời sống dân sự như tập quán về sở hữu ruộng đất, tập quán canh tác…"*[142].

Thời nhà Lê hoạt động xây dựng và hoàn thiện pháp luật vẫn tiếp tục được chú trọng. Nhìn chung, pháp luật nhà Lê tồn tại dưới hai hình thức cơ bản là văn bản quy phạm pháp luật và tập quán. Khi nghiên cứu về pháp luật nhà Lê, có tác giả nhận định:*"pháp luật thời Lê thể hiện sự lệ thuộc vào các truyền thống và phong tục cũ"*[143]. Điều này được thể hiện rõ trong nội dung của các văn bản được ban hành thời kì này, đặc biệt là Quốc triều hình luật, "*Bộ luật được xem là còn giữ lại nhiều dáng vẻ của luật tục Việt Nam"*[144]. Nhiều quy định được ban hành trong thời kì này có nguồn gốc từ các phong tục, tập quán lâu đời như các quy định trong lĩnh vực HN&GĐ, trong tổ chức, quản lý trật tự cộng đồng... Ngoài ra, trong hệ thống pháp luật cũng có các quy định mang tính nguyên tắc về thừa nhận áp dụng tập quán. Chẳng hạn, Điều 40 Quốc triều hình luật quy định: *"Những người miền thượng du cùng phạm tội với nhau thì theo phong tục xứ ấy mà định tội. Những người thượng du phạm tội với người trung châu thì theo luật mà định tội"*. Có thể nói, trong nhiều quan hệ cụ thể, pháp luật nhà Lê không trực tiếp điều chỉnh mà "nhường chỗ" cho các phong tục, tập quán điều chỉnh. Tuy nhiên, bên cạnh các ưu điểm, việc áp dụng tập quán cũng bộc lộ một số vấn đề hạn chế như tính cục bộ địa phương. Để tránh tình trạng này, vua Lê Thánh Tông từng tuyên bố xóa bỏ tất cả các tập quán, lệ làng nhưng không đạt được vì sự tồn tại của nó dưới dạng bất thành văn. Năm 1475, ông đã ban hành chỉ dụ "kiểm duyệt hương ước", theo đó, hương ước do các làng xã lập ra phải trình lên quan trên xem xét, phê duyệt.

Năm 1802, nhà Nguyễn được thành lập và tồn tại đến năm 1945. Trong giai

---

[141] Trường Đại học Luật Hà Nội (2010), tlđd, tr.80.
[142] Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh (2013), tlđd, tr.113.
[143] Insun Yu (1990), Law and Society in Seventeeth and Eighteeth Century Vietnam, Asiatic Research Center, Korea University, tr.42.
[144] Insun Yu (1990), tlđd, tr.19.

đoạn độc lập (1802 - 1884), nhà Nguyễn đã rất quan tâm đến hoạt động xây dựng pháp luật, điển hình là việc ban hành Hoàng Việt luật lệ (Luật Gia Long). Nội dung pháp luật triều Nguyễn vẫn tiếp tục ghi nhận các tập quán truyền thống, nhiều quy định là sự ghi lại các tập quán trong đời sống xã hội. Khi nghiên cứu về pháp luật triều Nguyễn liên quan đến vấn đề tài sản trong quan hệ HN&GĐ, một tác giả cho rằng: *"nhìn chung pháp luật triều Nguyễn vẫn giải quyết các vấn đề tài sản trong hôn nhân và gia đình theo phong tục tập quán sinh hoạt của người Việt Nam, đã kế thừa theo truyền thống pháp luật của dân tộc"*[145]. Từ năm 1884 đến năm 1945 là giai đoạn thực dân Pháp thực hiện chính sách thực dân và cai trị ở nước ta. *"Trong giai đoạn này hệ thống pháp luật của nước ta rất đa dạng, bao gồm pháp luật của triều đình nhà Nguyễn, pháp luật của chính quyền Pháp, các án lệ và tập quán. Điều này xuất phát từ sự phức tạp của tình hình chính trị ở nước ta giai đoạn này"*[146]. Khi đó, Việt Nam bị chia thành ba xứ Bắc kỳ, Trung kỳ, Nam kỳ, mỗi xứ có quy chế chính trị khác nhau nên quy chế pháp lý cũng khác nhau. Trong lĩnh vực dân sự có 3 bộ dân luật được áp dụng là: Dân luật Bắc kỳ 1931, Dân luật Trung kỳ 1936, Dân luật giản yếu Nam kỳ 1883. Theo quy định của Bộ Dân luật Bắc kỳ thì tập quán được áp dụng khi không có điều khoản nào của pháp luật liên quan. Cụ thể, Điều 4 quy định: *"Khi nào không có điều luật thi hành được, thì quan Thẩm phán xử theo phong tục, và nếu không có phong tục, thì xử theo lẽ phải và sự công bằng, cùng là châm chước tục riêng, thói quen và tình ý của người đương sự"*. Bộ Dân luật Trung kỳ cũng có quy định tương tự như trên tại Điều 4. Ngoài ra, cả hai bộ luật này còn quy định mọi giao kết trái với phong tục sẽ không có giá trị. Cụ thể, Điều 10 Dân luật Bắc kỳ quy định: *"Không ai được lấy tư ước mà làm trái với pháp luật thuộc về trật tự và phong tục chung"*; theo Điều 10 Dân luật Trung kỳ: *"Phàm dân ta giao ước với nhau sự gì mà trái với pháp luật, với trật tự hay là với phong tục đều cho là vô hiệu"*. Trong Bộ Dân luật giản yếu Nam kỳ, tại chương thứ ba, phần Duyên cớ cũng có quy định liên quan đến tập quán, theo đó: *"Duyên cớ bất pháp (trái với pháp luật) là khi bị pháp luật cấm, khi trái với thuần phong mỹ tục hay trái với trật tự công cộng"*. Nhìn chung, theo các quy định trong cả 3 bộ luật này thì tập quán được xác định là nguồn bổ trợ, có thứ tự áp dụng ngay sau pháp luật. Tuy nhiên, cũng có trường hợp tập quán có thể được ưu tiên áp dụng hơn, đặc

---

[145] Xem: Nguyễn Quyết Thắng (2002), Lược khảo Hoàng Việt luật lệ (Bước đầu tìm hiểu luật Gia Long), Nxb. Văn hóa - Thông tin, tr.146.
[146] Phan Nhật Thanh (chủ biên) (2017), tlđd, tr.97.

biệt ở các vùng dân tộc thiểu số. Ở một số vùng, người Pháp còn cho thành lập các Tòa án phong tục và cho phép áp dụng luật tục trong xét xử.

Có thể nói, trong suốt thời kì phong kiến ở nước ta, cùng với bao thăng trầm của lịch sử dân tộc, bao biến động về mặt thể chế chính trị, tập quán vẫn luôn thể hiện một sức sống trường tồn. Thậm chí với sự tồn tại và phát triển phong phú của hệ thống phong tục, tập quán ở mỗi bản, làng đã làm cho nó có vai trò quan trọng trong QLXH. *"Trong giai đoạn này, hệ thống các phong tục, tập quán ở mỗi địa phương thường được thừa nhận và áp dụng triệt để hơn là các quy định của Nhà nước phong kiến"*[147]. Sự thừa nhận ấy không chỉ tồn tại trong các quy định của Nhà nước mà nhiều khi *"chỉ đơn giản là một nét văn hóa của người Việt thời bấy giờ. Dường như trong tâm trí mỗi người Việt Nam ở thời kì này đều tồn tại tư tưởng "phép vua thua lệ làng""*[148].

Ngày 02/9/1945, Chủ tịch Hồ Chí Minh đọc bản Tuyên Ngôn độc lập, khai sinh ra nước Việt Nam Dân chủ Cộng hòa, mở ra một kỷ nguyên mới, kỷ nguyên độc lập, tự do cho dân tộc. Tình hình nước ta trong hơn một năm đầu sau khi giành được độc lập vô cùng khó khăn phức tạp, chính quyền mới còn non trẻ phải đối mặt với thù trong giặc ngoài, chưa kịp khắc phục được những hậu quả nặng nề của chiến tranh lại phải chuẩn bị cho một cuộc chiến mới nên việc xây dựng, hoàn thiện hệ thống pháp luật để ổn định QLXH là rất cấp thiết. Đứng trước tình trạng thiếu luật, mặc dù rất nhiều khó khăn nhưng Nhà nước đã kịp thời ban hành một số văn bản pháp luật đầu tiên để giải quyết và phục vụ những nhiệm vụ lớn, cấp bách của đất nước đang đặt ra. Ngày 10/10/1945, Chính phủ lâm thời nước Việt Nam Dân chủ Cộng Hòa đã ban hành Sắc lệnh 47 về việc giữ tạm thời các luật lệ hiện hành ở Bắc, Trung, Nam bộ cho đến khi ban hành những bộ luật pháp duy nhất cho toàn quốc. Như vậy, thông qua việc thừa nhận áp dụng các văn bản của chế độ cũ thì tập quán vẫn gián tiếp được thừa nhận áp dụng[149].

Từ năm 1954 đến năm 1975, Việt Nam tạm thời bị chia cắt làm hai miền. Miền Bắc hoàn toàn độc lập đi lên xây dựng chủ nghĩa xã hội, miền Nam vẫn đang trong cuộc chiến tranh chống sự can thiệp, xâm lược của đế quốc Mỹ. Do sự tồn tại của hai chính quyền ở hai miền Bắc, Nam nên cũng tồn tại hai hệ thống pháp luật khác nhau. Dẫu vậy, trong các văn bản quy phạm pháp luật của cả hai miền vẫn cho

---

[147] Chính phủ Việt Nam - Chương trình phát triển Liên hiệp quốc (2013), tlđd, tr.21.
[148] Chính phủ Việt Nam - Chương trình phát triển Liên hiệp quốc (2013), tlđd, tr.21.
[149] Theo Điều thứ 12 của Sắc lệnh 47: "*Những điều khoản trong các luật lệ cũ được tạm giữ lại do sắc luật này, chỉ thi hành khi nào không trái với nền độc lập của nước Việt Nam và chính thể dân chủ cộng hoà*".

thấy tập quán luôn được dành một vị trí phù hợp và là một loại nguồn pháp luật chính thức trong điều chỉnh các quan hệ xã hội. Cụ thể, trong hệ thống pháp luật của miền Bắc, việc thừa nhận áp dụng tập quán được ghi nhận trong văn bản có hiệu lực pháp lý cao nhất là Hiến pháp. Điều 3 Hiến pháp năm 1959 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"*. Ngoài ra, trong lĩnh vực HN&GĐ trong một số trường hợp, tập quán được coi là căn cứ để xác định điều kiện kết hôn[150]. Thậm chí, Luật HN&GĐ năm 1959 còn quy định về việc cho phép đặt ra các quy định riêng biệt cho những vùng dân tộc thiểu số bởi ở đó đang tồn tại các tập quán lâu đời của đồng bào các dân tộc thiểu số[151]. Ở miền Nam tồn tại hệ thống pháp luật của chính quyền Việt Nam Cộng hòa. Hệ thống pháp luật này thừa nhận vai trò là nguồn bổ trợ của tập quán. Điều này được ghi nhận trong các văn bản quy phạm pháp luật như Hiến pháp năm 1967 và Bộ Dân Luật năm 1972. Chẳng hạn, Điều 9 Bộ Dân Luật năm 1972 quy định: "*Gặp trường hợp không có điều luật nào có thể dẫn dụng, Thẩm phán sẽ quyết định theo tục lệ; nếu không có tục lệ, sẽ theo công bằng và lẽ phải mà xét xử và phải chú trọng đến ý định của các đương sự*". Không chỉ là nguồn bổ trợ, trong một số trường hợp tập quán còn có vai trò quyết định đến hiệu lực của quan hệ pháp luật. Cụ thể, theo Điều 13 Bộ Dân Luật năm 1972: "*Trong việc kết ước, không được làm trái với những luật liên quan đến trật tự công cộng hay thuần phong mỹ tục*". Ngoài ra, chính quyền Việt Nam Cộng hòa còn ban hành Sắc luật số 006/65 ngày 22/7/1965 về việc tái lập Toà án phong tục.

Ngay khi miền Nam hoàn toàn giải phóng, đất nước thống nhất, việc hoàn thiện hệ thống pháp luật đã được Nhà nước rất chú trọng. Trong giai đoạn từ năm 1975 đến năm 1986, hệ thống pháp luật của nước ta chịu ảnh hưởng lớn của hệ thống pháp luật XHCN, đề cao vai trò của văn bản quy phạm pháp luật mà ít quan tâm chú ý đến các loại nguồn khác, trong đó, có tập quán. Điều 12 Hiến pháp năm 1980 quy định: *"Nhà nước quản lý xã hội theo pháp luật và không ngừng tăng cường pháp chế xã hội chủ nghĩa*". Mặc dù vậy, vai trò của tập quán vẫn không bị loại bỏ hoàn toàn. Tập quán vẫn được ghi nhận trong các văn bản quy phạm pháp luật quan trọng của đất nước. Điều 5 Hiến pháp năm 1980 quy định: *"Các dân tộc*

---

[150] Điều 9 Luật HN&GĐ năm 1959: "*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*".

[151] Điều 35 Luật HN&GĐ năm 1959: "*Trong những vùng dân tộc thiểu số, có thể căn cứ vào tình hình cụ thể mà đặt ra những điều khoản riêng biệt đối với Luật này. Những điều khoản riêng biệt ấy phải được Uỷ ban thường vụ Quốc hội phê chuẩn*".

có quyền dùng tiếng nói, chữ viết, giữ gìn và phát huy những phong tục, tập quán, truyền thống và văn hoá tốt đẹp của mình". Ngoài ra, ngay trong lời dẫn của Luật HN&GĐ năm 1986 cũng ghi nhận một trong các mục đích của việc ban hành Luật này là "*để tiếp tục xây dựng và củng cố gia đình xã hội chủ nghĩa, giữ gìn và phát huy những phong tục, tập quán tốt đẹp của dân tộc, xoá bỏ những tục lệ lạc hậu"*. Như vậy, dù đề cao vai trò của văn bản quy phạm pháp luật nhưng với những tập quán tốt đẹp của dân tộc thì Nhà nước vẫn khuyến khích phát huy.

Sau Đại hội Đảng lần thứ VI năm 1986 đất nước ta bước vào thời kì đổi mới. Với những chính sách đổi mới về kinh tế đã làm cho đời sống xã hội có những bước chuyển biến vượt bậc, nhiều quan hệ xã hội mới xuất hiện và ngày càng trở nên đa dạng, phức tạp đòi hỏi sự điều chỉnh của pháp luật. *"Các văn bản quy phạm pháp luật của Nhà nước không thể điều chỉnh tất cả các quan hệ xã hội mới. Chính vì thế mà tập quán lại trở thành một nguồn luật quan trọng lúc bấy giờ"*[152]. Việc thừa nhận tập quán là một loại nguồn của pháp luật, có vai trò hỗ trợ cho pháp luật trong QLXH được ghi nhận trong nhiều văn bản khác nhau.

Trước hết phải kể đến Hiến pháp năm 1992, bản Hiến pháp của thời kì đổi mới. Điều 5 Hiến pháp quy định: "*Các dân tộc có quyền dùng tiếng nói, chữ viết, giữ gìn bản sắc dân tộc và phát huy những phong tục, tập quán, truyền thống và văn hoá tốt đẹp của mình"*. Thông qua quy định trong văn bản có hiệu lực pháp lý cao nhất, Nhà nước đã định ra chính sách tôn trọng, giữ gìn, phát huy những tập quán tốt đẹp của các dân tộc. Dựa trên cơ sở pháp lý này, các văn bản quy phạm pháp luật khác đã cụ thể hóa, tạo nên hành lang pháp lý cho việc áp dụng tập quán với vai trò là một loại nguồn của pháp luật.

Trong quan hệ dân sự, BLDS năm 1995 không chỉ thừa nhận việc áp dụng tập quán mà còn coi việc tôn trọng và phát huy phong tục, tập quán, truyền thống tốt đẹp là một nguyên tắc cơ bản của BLDS. Cụ thể, Điều 4 quy định: "*Việc xác lập, thực hiện quyền, nghĩa vụ dân sự phải bảo đảm giữ gìn bản sắc dân tộc, tôn trọng và phát huy phong tục, tập quán, truyền thống tốt đẹp, tình đoàn kết, tương thân, tương ái, mỗi người vì cộng đồng, cộng đồng vì mỗi người và các giá trị đạo đức cao đẹp của các dân tộc cùng sinh sống trên đất nước Việt Nam*". Bên cạnh đó, Nghị định 60-CP ngày 06/6/1997 về hướng dẫn thi hành phần VII của BLDS năm 1995 đã quy định về nguyên tắc áp dụng tập quán quốc tế trong quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài. Theo đó, tập quán quốc tế được áp dụng trong trường hợp pháp

[152] Phan Nhật Thanh (Chủ biên) (2017), tlđd, tr.100.

luật Việt Nam, Điều ước quốc tế mà Việt Nam tham gia không có quy định và các bên cũng không có thỏa thuận về lựa chọn luật áp dụng[153].

Tập quán cũng được áp dụng trong quan hệ thương mại. Khoản 3 Điều 4 Luật thương mại năm 1997 quy định về việc áp dụng tập quán trong quan hệ thương mại có yếu tố nước ngoài: "*Các bên trong hợp đồng được thoả thuận áp dụng tập quán thương mại quốc tế nếu tập quán thương mại quốc tế đó không trái với pháp luật Việt Nam*". Ngoài ra, luật này còn quy định về áp dụng tập quán trong việc xác định điều kiện gia công với thương nhân nước ngoài[154].

Nhằm giữ gìn, phát huy thuần phong, mỹ tục, xóa bỏ hủ tục, ngày 19/6/1998 Thủ tướng Chính phủ đã ban hành Chỉ thị 24/1998/CT-TTg về việc xây dựng và thực hiện hương ước, quy ước của làng, bản, thôn, ấp, cụm dân cư. Chỉ thị đã khẳng định vai trò không nhỏ của hương ước, quy ước của làng, bản, thôn, ấp, cụm dân cư trong việc hỗ trợ thực hiện pháp luật, điều chỉnh các mối quan hệ xã hội mang tính tự quản tại cộng đồng dân cư ở cơ sở. Chỉ thị cũng chỉ rõ trách nhiệm của các tổ chức, cá nhân trong việc xây dựng nguồn tập quán và cách thức để thực hiện nhiệm vụ được giao. Để hướng dẫn về nội dung và hình thức của hương ước, ngày 31/1/2000, Bộ Tư pháp, Bộ Văn hóa Thông tin, Ban Thường trực Ủy ban Trung ương Mặt trận Tổ quốc Việt Nam đã ban hành Thông tư liên tịch số 03/2000/TTLT-BTP-BVHTT-BTTUBTƯMTTQVN hướng dẫn việc xây dựng và thực hiện hương ước, quy ước của làng, bản, thôn, ấp, cụm dân cư. Thông tư liên tịch này khẳng định: *"Phần lớn các hương ước mới đã có nội dung phù hợp với các quy định của pháp luật hiện hành, góp phần phát huy thuần phong mỹ tục, đề cao các chuẩn mực đạo lý và đạo đức truyền thống của dân tộc, hỗ trợ tích cực cho việc quản lý nhà nước bằng pháp luật ở cơ sở"*. Do vậy, cần tiếp tục đẩy mạnh việc xây dựng và thực hiện hương ước ở cơ sở.

Trong quan hệ HN&GĐ, Luật HN&GĐ năm 2000 tiếp tục ghi nhận việc áp dụng tập quán. Ngày tại Lời nói đầu đã nêu rõ tinh thần: *"giữ gìn và phát huy truyền thống và những phong tục, tập quán tốt đẹp của dân tộc Việt Nam, xoá bỏ những phong tục, tập quán lạc hậu về hôn nhân và gia đình"*. Tiếp đó, Điều 6 quy định về nguyên tắc áp dụng tập quán trong quan hệ HN&GĐ: "*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*

[153] Xem: Điều 4 Nghị định 60-CP ngày 06/6/1997 của Chính phủ.
[154] Xem: Điều 133 Luật Thương mại năm 1997.

huy". Nhằm tăng cường quản lý của Nhà nước trong lĩnh vực HN&GĐ, khuyến khích phát huy các phong tục, tập quán tốt đẹp, tiến tới xoá bỏ các phong tục, tập quán lạc hậu về HN&GĐ, ngày 27 tháng 3 năm 2002, Chính phủ đã ban hành Nghị định số 32/2002/NĐ-CP quy định việc áp dụng Luật HN&GĐ đối với các dân tộc thiểu số. Cụ thể, Điều 2 quy định về các tập quán tốt đẹp được tôn trọng và phát huy; các tập quán lạc hậu bị nghiêm cấm và vận động xóa bỏ. Điểm nổi bật của văn bản này là đã ban hành kèm theo danh mục các tập quán tốt đẹp được khuyến khích áp dụng và các tập quán lạc hậu bị nghiêm cấm áp dụng hoặc cần vận động xoá bỏ.

Việc thừa nhận áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước ngày càng được chú trọng hơn, đặc biệt là từ sau khi có sự chỉ đạo mang tính chiến lược của Đảng. Nghị quyết 48-NQ/TW đã nêu quan điểm chỉ đạo chung cho quá trình hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam là: "*Xuất phát từ thực tiễn Việt Nam, đồng thời tiếp thu có chọn lọc kinh nghiệm quốc tế về xây dựng và tổ chức thi hành pháp luật; kết hợp hài hoà bản sắc văn hoá, truyền thống tốt đẹp của dân tộc và tính hiện đại của hệ thống pháp luật*"[155]. Từ quan điểm chỉ đạo chung này, khi đề cập đến các định hướng và giải pháp cụ thể, Nghị quyết 48-NQ/TW nêu rõ cần: "*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*"[156]. Đối với việc xây dựng và hoàn thiện pháp luật về dân sự, kinh tế, Nghị quyết 48-NQ/TW nêu rõ cần phải: "*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*"[157]. Để phù hợp với xu thế hội nhập quốc tế, Nghị quyết 48-NQ/TW nêu rõ định hướng chỉ đạo: "*Hoàn thiện pháp luật về giải quyết tranh chấp kinh tế (trọng tài, hoà giải) phù hợp với tập quán thương mại quốc tế*"[158]. Như vậy, theo Nghị quyết 48-NQ/TW, tập quán được xác định là nguồn "bổ sung" góp phần "hoàn thiện pháp luật". Cũng theo Nghị quyết này, "*tôn trọng tập quán được coi là một trong những nguyên tắc cơ bản trong việc hoàn thiện các quy định về dân sự cũng như pháp luật về giải quyết tranh chấp thương mại*"[159]. Theo đó, tư tưởng chỉ đạo trong xây dựng và hoàn thiện các quy định pháp luật về dân sự, về giải quyết tranh chấp

[155] Phần I mục 2.3 Nghị Quyết 48-NQ/TW.
[156] Phần III mục 1.7 Nghị Quyết 48-NQ/TW.
[157] Phần II mục 3 Nghị Quyết 48-NQ/TW.
[158] Phần II mục 6 Nghị Quyết 48-NQ/TW.
[159] Chính phủ Việt Nam, Chương trình phát triển Liên hiệp quốc (2013), tlđd, tr.29.

thương mại sẽ theo hướng cho phép áp dụng rộng rãi các tập quán nói chung và tập quán thương mại quốc tế nói riêng trên nguyên tắc việc áp dụng đó "không trái với đạo đức xã hội", "không xâm phạm trật tự công cộng".

Thể chế hóa Nghị quyết 48-NQ/TW, BLDS năm 2005 đã ghi nhận nhiều quy định tạo cơ sở pháp lý cho việc áp dụng tập quán trong quan hệ dân sự. Cụ thể, Điều 3 BLDS năm 2005 quy định: *"Trong trường hợp pháp luật không quy định và các bên không có thoả thuận thì có thể áp dụng tập quán; nếu không có tập quán thì áp dụng quy định tương tự của pháp luật. Tập quán và quy định tương tự của pháp luật không được trái với những nguyên tắc quy định trong Bộ luật này"*. Quy định này đã nêu rõ nguyên tắc áp dụng tập quán cũng như thứ tự áp dụng của tập quán trong hệ thống các loại nguồn của pháp luật. Bên cạnh quy định mang tính nguyên tắc này, BLDS năm 2005 còn có nhiều điều khoản khác cho phép áp dụng tập quán trong các quan hệ cụ thể[160].

Cũng trên tinh thần thể chế hóa Nghị quyết 48-NQ/TW, Luật Thương mại năm 2005 không chỉ mở rộng phạm vi áp dụng tập quán trong quan hệ thương mại hơn so với Luật Thương mại năm 1997 mà còn có nhiều quy định khá cụ thể về áp dụng tập quán. Khoản 4 Điều 3 Luật Thương mại năm 2005 định nghĩa: "*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*". Đây là điểm nổi bật hơn của Luật Thương mại năm 2005 so với BLDS năm 2005 vì BLDS năm 2005 chưa đưa ra được định nghĩa về tập quán. Tiếp đến, Điều 13 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 này và trong Bộ luật Dân sự*". Theo quy định này, thứ tự áp dụng các loại nguồn trong quan hệ thương mại lần lượt là: (1) quy phạm pháp luật; (2) thỏa thuận giữa các bên; (3) thói quen đã được thiết lập giữa các bên; (4) tập quán thương mại. Như vậy, về thứ tự ưu tiên áp dụng thì Luật Thương mại năm 2005 ưu tiên thói quen đã được thiết lập giữa các bên hơn tập quán. Việc quy định "thói quen đã được thiết lập giữa các bên" là một loại nguồn điều chỉnh các quan hệ thương mại được coi là xuất phát từ đặc thù của các quan hệ thương mại. Luật Thương mại năm 2005 phân biệt khá rõ thói quen

[160] Chẳng hạn, Điều 8 về nguyên tắc tôn trọng đạo đức, truyền thống tốt đẹp; khoản 1 Điều 28 về quyền xác định dân tộc; khoản 1 Điều 126 về giải thích giao dịch dân sự; Điều 409 về giải thích hợp đồng dân sự;…

thương mại và tập quán thương mại. Khoản 3, 4 Điều 3 quy định: "*3. Thói quen trong hoạt động thương mại là quy tắc xử sự có nội dung rõ ràng được hình thành và lặp lại nhiều lần trong một thời gian dài giữa các bên, được các bên mặc nhiên thừa nhận để xác định quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng thương mại; 4. 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*". Như vậy, theo quy định này, thói quen thương mại là khái niệm rộng hơn khái niệm tập quán thương mại. Thói quen thương mại chỉ phát sinh trong các quan hệ cụ thể giữa các bên. Còn tập quán thương mại là thói quen được thừa nhận rộng rãi trong hoạt động thương mại. Bên cạnh các quy định mang tính nguyên tắc, Luật Thương mại năm 2005 còn có các quy định về áp dụng tập quán trong các trường hợp cụ thể[161]. Ngoài ra, đối với quan hệ thương mại có yếu tố nước ngoài, Luật Thương mại năm 2005 cho phép các bên được thoả thuận áp dụng tập quán thương mại quốc tế nếu tập quán đó không trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam[162].

Ở góc độ pháp luật tố tụng, BLTTDS năm 2004, sửa đổi, bổ sung năm 2011 (sau đây gọi tắt là BLTTDS năm 2004) thừa tập quán là một nguồn chứng cứ trong tố tụng dân sự[163]. Bộ luật này còn quy định rõ cách "xác định chứng cứ" là tập quán. Cụ thể, khoản 7 Điều 83 quy định: *"Tập quán được coi là chứng cứ nếu được cộng đồng nơi có tập quán đó thừa nhận"*. Nhằm tạo cơ sở cho việc xác định chứng cứ là tập quán trong TTDS, Nghị quyết số 04/2005/NQ-HĐTP ngày 17/9/2005 của Hội đồng Thẩm phán TAND tối cao về hướng dẫn thi hành một số quy định của BLTTDS về "chứng minh và chứng cứ" lần đầu tiên đã đưa ra các định nghĩa giải thích các thuật ngữ: "*cộng đồng*", "*tập quán*", "*tập quán thương mại*", "*tập quán thương mại quốc tế*"[164] và quy định một số điều kiện áp dụng tập quán, trường hợp không áp dụng tập quán[165]. Các quy định này sau đó được tái ghi nhận trong Điều 3 Nghị quyết số 04/2012/NQ-HĐTP ngày 03 tháng 12 năm 2012 của Hội đồng Thẩm phán TAND tối cao về hướng dẫn thi hành một số quy định về "chứng minh và chứng cứ" theo luật sửa đổi, bổ sung một số điều của BLTTDS. BLTTDS năm 2004

[161] Xem chi tiết tại Phụ lục 1.
[162] Xem khoản 2 Điều 5 Luật Thương mại năm 2005.
[163] Xem cụ thể tại Điều 82 BLTTDS năm 2004.
[164] Xem cụ thể tại mục 2.7 phần II Nghị quyết số 04/2005/NQ-HĐTP.
[165] Xem cụ thể tại điểm đ mục 2.7 phần II Nghị quyết số 04/2005/NQ-HĐTP.

không quy định rõ ai có nghĩa vụ chứng minh sự tồn tại tập quán để viện dẫn nó là một loại chứng cứ, tuy nhiên, căn cứ theo nguyên tắc chung về nghĩa vụ chứng minh trong quan hệ TTDS thì nghĩa vụ này thuộc về đương sự[166].

Ngoài ra, ở giai đoạn này, việc thừa nhận áp dụng tập quán còn được ghi nhận trong một số các văn bản khác như Bộ luật Hàng hải năm 2005; Luật Chuyển giao công nghệ năm 2006; Pháp lệnh Ngoại hối năm 2005 (sửa đổi, bổ sung năm 2013); Luật Trọng tài thương mại năm 2010; Luật Hòa giải ở cơ sở năm 2013…

Trên cơ sở kế thừa các bản Hiến pháp trước về việc thừa nhận áp dụng tập quán, Điều 5 Hiến Pháp năm 2013 quy định: "*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, Hiến pháp năm 2013 đã đưa ra quy định mang tính nguyên tắc về việc thừa nhận áp dụng phong tục, tập quán tốt đẹp của các dân tộc làm nền tảng cho các văn bản quy phạm khác cụ thể hóa trong từng lĩnh vực.

Sau Hiến pháp năm 2013, Luật HN&GĐ năm 2014, BLDS năm 2015, BLTTDS năm 2015 ra đời với nhiều quy định được sửa đổi, bổ sung đã tạo ra diện mạo mới cho các quy định về thừa nhận áp dụng tập quán trong các quan hệ thuộc phạm vi điều chỉnh. Cụ thể:

Luật HN&GĐ năm 2014 đã có nhiều quy định mới so với các luật HN&GĐ trước đó liên quan đến việc áp dụng tập quán. Khoản 4 Điều 3 định nghĩa: "*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*". Tiếp đó, khoản 1 Điều 4 Luật này quy định: "*Nhà nước có chính sách, biện pháp bảo hộ hôn nhân và gia đình, tạo điều kiện để nam, nữ xác lập hôn nhân tự nguyện, tiến bộ, một vợ một chồng, vợ chồng bình đẳng; (...); vận động nhân dân xóa bỏ phong tục, tập quán lạc hậu về hôn nhân và gia đình, phát huy truyền thống, phong tục, tập quán tốt đẹp thể hiện bản sắc của mỗi dân tộc*". Ngoài ra, Luật HN&GĐ năm 2014 cũng đã quy định về trường hợp áp dụng tập quán tại khoản 1 Điều 7 và về việc thừa nhận áp dụng tập quán quốc tế tại khoản 3 Điều 121[167].

Việc áp dụng tập quán trong lĩnh vực HN&GĐ được quy định chi tiết trong Nghị định 126/2014/NĐ-CP ngày 31 tháng 12 năm 2014 của Chính phủ quy định chi tiết một số điều và biện pháp thi hành Luật HN&GĐ (sau đây gọi tắt là Nghị

[166] Xem cụ thể tại Điều 6 BLTTDS năm 2004.
[167] Xem chi tiết tại Phụ lục 1

định 126/2014/NĐ-CP). Theo đó, tập quán về HN&GĐ được áp dụng trong trường hợp pháp luật không quy định và các bên không có thỏa thuận (các bên không có thỏa thuận được hiểu là các bên không có thỏa thuận về áp dụng tập quán và cũng không có thỏa thuận khác về vụ, việc cần được giải quyết[168]). Trường hợp các bên có thỏa thuận về tập quán được áp dụng thì giải quyết theo thỏa thuận đó. Tuy nhiên, tập quán được áp dụng phải là tập quán tốt đẹp, thể hiện bản sắc của mỗi dân tộc, không áp dụng các tập quán lạc hậu về hôn nhân và gia đình (tập quán lạc hậu về HN&GĐ là tập quán trái với những nguyên tắc cơ bản của chế độ HN&GĐ quy định tại Điều 2 của Luật HN&GĐ hoặc vi phạm điều cấm quy định tại Khoản 2 Điều 5 của Luật HN&GĐ[169]). Ngoài ra, Nghị định 126/2014/NĐ-CP cũng đã quy định về chủ thể có trách nhiệm xây dựng danh mục tập quán được áp dụng và ban hành kèm theo danh mục tập quán lạc hậu về HN&GĐ cần vận động xóa bỏ hoặc cấm áp dụng.

Bộ luật Dân sự năm 2015 tiếp tục kế thừa các quy định của các BLDS trước về việc thừa nhận áp dụng tập quán. Ngoài ra, BLDS năm 2015 còn có những sửa đổi, bổ sung, không chỉ tạo ra hành lang pháp lý rộng mở hơn mà còn đảm bảo tính khả thi hơn cho việc áp dụng tập quán trong các quan hệ dân sự. Lần đầu tiên BLDS xây dựng khái niệm tập quán. Theo khoản 1 Điều 5: "*Tập quán là quy tắc xử sự có nội dung rõ ràng để xác định quyền, nghĩa vụ của cá nhân, pháp nhân trong quan hệ dân sự cụ thể, được hình thành và lặp đi lặp lại nhiều lần trong một thời gian dài, được thừa nhận và áp dụng rộng rãi trong một vùng, miền, dân tộc, cộng đồng dân cư hoặc trong một lĩnh vực dân sự"*. Theo quy định này, các tiêu chí để xác định tập quán với tư cách là nguồn của pháp luật, bao gồm: (i) quy tắc xử sự phải có nội dung rõ ràng; (ii) đã tồn tại lâu dài trong đời sống xã hội; (iii) được thừa nhận và áp dụng rộng rãi trong một vùng, miền, dân tộc, cộng đồng dân cư hoặc trong một lĩnh vực nhất định. Việc xây dựng được các tiêu chí xác định tập quán trong quan hệ dân sự có ý nghĩa rất quan trọng trong việc tháo gỡ các vướng mắc trong thực tiễn áp dụng, do thực tiễn tồn tại nhiều loại tập quán mà không phải tất cả trong số đó đều mang tính quy phạm. Bên cạnh đó, khoản 2 Điều 5 đã quy định về điều kiện áp dụng tập quán: "*Trường hợp các bên không có thỏa thuận và pháp luật không quy định thì có thể áp dụng tập quán nhưng tập quán áp dụng không được trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự*". Kết hợp quy định này với Điều 6 về

[168] Xem: khoản 1 Điều 3 Nghị định 126/2014/NĐ-CP.
[169] Xem: khoản 2 Điều 5 Nghị định 126/2014/NĐ-CP.

áp dụng tương tự pháp luật, có thể thấy, thứ tự ưu tiên áp dụng các loại nguồn của pháp luật trong quan hệ dân sự được xác định như sau[170]: (1) thỏa thuận của các bên; (2) pháp luật; (3) tập quán; (4) tương tự pháp luật; (5) các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự; (6) án lệ; (7) lẽ công bằng. Như vậy, trong quan hệ dân sự, thỏa thuận của các bên được ưu tiên đầu tiên, điều này được cho là phù hợp với bản chất của các quan hệ tư. Ngoài ra, BLDS năm 2015 còn có khá nhiều các quy định 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; về nguyên tắc áp dụng tập quán quốc tế [171].

Trên cơ sở kế thừa các quy định của BLTTDS năm 2004, BLTTDS năm 2015 đã có các quy định cụ thể hơn về áp dụng tập quán trong TTDS. Khoản 1 Điều 45 quy định: *"Tòa án áp dụng tập quán để giải quyết vụ việc dân sự trong trường hợp các bên không có thỏa thuận và pháp luật không quy định. Tập quán không được trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự quy định tại Điều 3 của Bộ luật Dân sự"*. Và "*Khi yêu cầu Tòa án giải quyết vụ việc dân sự, đương sự có quyền viện dẫn tập quán để yêu cầu Tòa án xem xét áp dụng".* Như vậy, mặc dù không có quy định riêng xác định tập quán là một loại nguồn chứng cứ như BLTTDS năm 2004, tuy nhiên, với quy định này có thể hiểu tập quán cũng chính là một loại chứng cứ mà Tòa án có thể dựa vào đó để đưa ra phán quyết. Tương tự như BLTTDS năm 2004, BLTTDS năm 2015 cũng không có quy định cụ thể về nghĩa vụ chứng minh tập quán, do đó, để xác định chủ thể có nghĩa vụ chứng minh tập quán cũng phải dựa vào nguyên tắc chung về nghĩa vụ chứng minh trong TTDS được quy định tại Điều 6 BLTTSD năm 2015, theo đó, nghĩa vụ thuộc về đương sự. Tuy nhiên, việc xác nhận tập quán đó có giá trị để áp dụng hay không là trách nhiệm của Tòa án. Cụ thể, khoản 1 Điều 45: "*Tòa án có trách nhiệm xác định giá trị áp dụng của tập quán bảo đảm đúng quy định tại Điều 5 của Bộ luật Dân sự".* Một điểm nổi bật nữa của quy định này là đã xác định rõ việc lựa chọn tập quán có giá trị áp dụng khi các bên viện dẫn các tập quán khác nhau. Cụ thể, "*Trường hợp các đương sự viện dẫn các tập quán khác nhau thì tập quán có giá trị áp dụng là tập quán được thừa nhận tại nơi phát sinh vụ việc dân sự".*

Một vấn đề cần lưu ý, ở góc độ pháp luật tố tụng thì tập quán chỉ được thừa

---

[170] Điều 6 BLDS năm 2015 quy định: "*1. Trường hợp phát sinh quan hệ thuộc phạm vi điều chỉnh của pháp luật dân sự mà các bên không có thỏa thuận, pháp luật không có quy định và không có tập quán được áp dụng thì áp dụng quy định của pháp luật điều chỉnh quan hệ dân sự tương tự.*
2. Trường hợp không thể áp dụng tương tự pháp luật theo quy định tại khoản 1 Điều này thì áp dụng các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự quy định tại Điều 3 của Bộ luật này, án lệ, lẽ công bằng".
[171] Xem chi tiết tại Phụ lục 1.

nhận là nguồn nội dung, là nguồn chứng cứ để giải quyết các vụ việc cụ thể. Tập quán không phải là nguồn hình thức, tức là, các chủ thể có thẩm quyền không thể căn cứ vào tập quán để tiến hành trình tự thủ tục tố tụng. Nói cách khác, trình tự thủ tục tố tụng phải căn cứ vào các văn bản quy phạm pháp luật về tố tụng.

Bên cạnh các văn bản nêu trên, việc thừa nhận áp dụng tập quán còn được ghi nhận trong một số văn bản khác như: Luật Đầu tư năm 2014; Bộ luật Hàng hải năm 2015; Luật Kinh doanh bảo hiểm năm 2000 (sửa đổi, bổ sung năm 2010 và năm 2019)… Các quy định về áp dụng tập quán trong các văn bản này chủ yếu điều chỉnh các quan hệ có yếu tố nước ngoài. Để phù hợp với thông lệ quốc tế, trong nhiều quan hệ, Nhà nước đã thừa nhận cho các bên được thỏa thuận áp dụng các tập quán quốc tế trong các lĩnh vực cụ thể với điều kiện tập quán đó không trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam[172].

Như vậy, thông qua việc lược sử các quy định về áp dụng tập quán với tư cách là một loại nguồn của pháp luật trong hệ thống pháp luật Việt Nam, có thể thấy, tập quán đã hình thành và tồn tại xuyên suốt lịch sử phát triển của dân tộc ta từ khi Nhà nước mới hình thành cho đến hiện nay. Mặc dù có những lúc thăng trầm, nhưng tập quán vẫn luôn chứng tỏ được giá trị trường tồn của mình trong đời sống xã hội. Để có cái nhìn khái quát nhất về thực trạng các quy định pháp luật về áp dụng tập quán trong QLXH, chúng tôi đã lập bảng thống kê các quy định pháp luật hiện hành về áp dụng tập quán trong một số lĩnh vực cụ thể tại Phụ lục 01 của nghiên cứu này.

2.1.2. Đánh giá thực trạng quy định pháp luật về áp dụng tập quán trong quản lý xã hội của Nhà nước Việt Nam hiện nay

2.1.2.1. Về ưu điểm

Qua nghiên cứu các quy định pháp luật hiện hành về thừa nhận áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước, có thể rút ra một số ưu điểm như sau:

Thứ nhất, hiện nay việc thừa nhận tập quán là một loại nguồn của pháp luật để điều chỉnh các quan hệ xã hội là một trong những tư tưởng chỉ đạo của Đảng. Tư tưởng chỉ đạo này đã được Nhà nước thể chế hóa thành các quy định trong Hiến pháp và các văn bản quy phạm khác trong hệ thống pháp luật. Đây là cơ sở pháp lý cần thiết đảm bảo cho việc áp dụng tập quán trên thực tiễn cũng như là cơ sở để từng bước hoàn thiện các quy định về áp dụng tập quán.

Thứ hai, hệ thống các quy định pháp luật về áp dụng tập quán trong QLXH

[172] Xem chi tiết tại Phụ lục 1.

hiện nay khá toàn diện và tương đối cởi mở, phù hợp với thực tế và xu hướng phát triển chung của hệ thống pháp luật thế giới. Phạm vi được phép áp dụng tập quán phù hợp với tính chất của tập quán cũng như điều kiện thực tế về kinh tế - xã hội - văn hóa của đất nước. Việc áp dụng tập quán trong các quan hệ kinh doanh - thương mại, HN&GĐ có yếu tố nước ngoài là phù hợp với thông lệ cũng như xu thế phát triển chung của hệ thống pháp luật thế giới.

Thứ ba, nhiều quy định về áp dụng tập quán được quy định tương đối chi tiết. Các khái niệm có liên quan như tập quán, tập quán HN&GĐ, tập quán thương mại, tập quán thương mại quốc tế… đã được ghi nhận trong các văn bản quy phạm pháp luật khác nhau; một số văn bản đã ghi nhận các tiêu chí xác định tập quán được lựa chọn, trường hợp, nguyên tắc áp dụng tập quán; thậm chí một số quy định còn xác định rõ tập quán nào được áp dụng trong các trường hợp cụ thể… Nhờ vậy, các chủ thể có thẩm quyền áp dụng tập quán cũng như các chủ thể có liên quan có thể nhận diện được các quy tắc tập quán tồn tại trên thực tế, cũng như hiểu được trường hợp, nguyên tắc, thứ tự ưu tiên áp dụng tập quán trong việc điều chỉnh các quan hệ cụ thể so với các loại nguồn của pháp luật khác, từ đó, có thể áp dụng tập quán để giải quyết các vụ việc phát sinh trên thực tế một cách chính xác.

Thứ tư, đã có các quy định giao trách nhiệm cho các CQNN trong việc rà soát, tập hợp, lập danh mục các tập quán nhằm tạo nguồn để áp dụng. Các quy định này là rất cần thiết bởi việc tập hợp và lập danh mục tập quán được phép áp dụng là cách thức Nhà nước gắn thuộc tính pháp lý cho các tập quán được lựa chọn. Và hơn nữa, việc này còn tạo ra tính khả thi cao của việc áp dụng tập quán trong thực tiễn bởi khi gặp trường hợp có thể hoặc cần áp dụng tập quán thì các chủ thể dễ dàng tìm được các quy tắc tập quán cần thiết đảm bảo độ tin cậy, tính pháp lý để áp dụng. Hiện nay, bước đầu đã có hệ thống danh mục các phong tục, tập quán tiến bộ được khuyến khích phát huy và danh mục các phong tục, tập quán lạc hậu cần phải được loại bỏ thuộc lĩnh vực HN&GĐ. Điều này thể hiện rõ chủ trương của Đảng và Nhà nước trong việc giữ gìn, phát huy bản sắc văn hóa của các dân tộc, đồng thời bài trừ, loại bỏ những hủ tục lạc hậu không còn phù hợp với xã hội hiện nay.

2.1.2.2. Về hạn chế

Bên cạnh những ưu điểm nêu trên, các quy định hiện hành về áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước vẫn bộc lộ một số hạn chế gây ảnh hưởng không nhỏ đến tính khả thi, hiệu lực, hiệu quả của việc áp dụng tập quán. Cụ thể:

Thứ nhất, một số quy định hiện nay về tập quán áp dụng còn chưa thống

nhất, rõ ràng, chặt chẽ. Có thể nêu một số dẫn chứng như:

- Các định nghĩa về tập quán trong các văn bản quy phạm pháp luật hiện nay chưa thống nhất, vì vậy, khá khó để có cách hiểu thống nhất về tập quán trên thực tế. Các tiêu chí được đưa ra để xác định một thói quen ứng xử được cộng đồng thừa nhận được coi là tập quán trong các định nghĩa này còn chung chung, khó xác định thói quen ứng xử nào là tập quán. Hiện nay, khi định nghĩa về tập quán các văn bản quy phạm pháp luật đều sử dụng các cụm từ rất khó lượng hóa như: "*lặp đi lặp lại nhiều lần*", "*thời gian dài*" vậy, một thói quen ứng xử được lặp lại bao nhiêu lần thì sẽ được coi là nhiều lần và thời gian dài là bao lâu. Dẫu biết việc lượng hóa là không hề đơn giản, nhất là đối với các tập quán mới hình thành. Nhưng việc quy định quá chung chung cũng sẽ dẫn đến những khó khăn trong thực tiễn áp dụng. Hoặc thế nào là "*được thừa nhận*", "*áp dụng rộng rãi*"… Cùng với sự phát triển của đời sống xã hội, các tập quán có thể mất đi hoặc phát sinh mới trong một cộng đồng, một lĩnh vực nhất định, vậy được thừa nhận và áp dụng rộng rãi là thừa nhận và áp dụng ở thời điểm nào, khi phát sinh quan hệ hay khi phát sinh tranh chấp giữa các bên? Hơn nữa, tập quán cũng có thể tồn tại ở các cấp độ khác nhau, như tập quán của một vùng, một dân tộc, một tôn giáo và cũng có thể tập quán chỉ là của một dòng họ hoặc một nhóm gia đình... thì việc đo lường "*áp dụng rộng rãi*" như thế nào? Trong sự biến đổi của các tập quán cũng như sự trộn lẫn giữa các hình thái tập quán, việc lượng hóa các tiêu chí nêu trên là không dễ dàng. Chẳng hạn, trên cùng một địa bàn có nhiều dân tộc, tôn giáo khác nhau cùng sinh sống thì các hình thái tập quán sẽ có sự đan xen không dễ dàng tách biệt, khó đáp ứng được tiêu chí mà pháp luật đưa ra. Vì vậy, trên thực tiễn có thể phát sinh những tranh cãi về việc xác định một thói quen là tập quán[173].

- Việc áp dụng tập quán hiện nay đều phải đáp ứng các điều kiện là: "*giữ gìn bản sắc dân tộc, phát huy phong tục, tập quán truyền thống và văn hóa tốt đẹp*", "*không trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật"*, tuy nhiên, chưa có quy định thế nào thì được coi là giữ gìn bản sắc văn hóa của các dân tộc; cũng không có quy định những nguyên tắc cơ bản nào của pháp luật được coi là cơ sở để đánh giá tính đúng đắn, phù hợp của tập quán. Điều này gây không ít khó khăn cho các chủ thể trong quá trình giải quyết các vụ việc phát sinh trong thực tiễn. Hơn nữa, nước ta là

[173] Tính thừa nhận rộng rãi của tập quán phải được xác định trong một khoảng không gian nhất định, nhưng khoảng không gian này được xác định như thế nào? theo địa giới hành chính hay vùng, miền, cộng đồng dân tộc… thì hiện nay chưa có quy định để xác định cụ thể.

một nước đa dân tộc, theo đó, mỗi dân tộc lại có bản sắc văn hóa riêng nên thực tế có những trường hợp có sự xung đột giữa tập quán của dân tộc này với dân tộc khác, một tập quán có thể là bản sắc của dân tộc này nhưng lại bị coi là không phù hợp đối với dân tộc khác. Do đó, trong trường hợp tồn tại các tập quán khác nhau của các bên trong quan hệ thì các chủ thể có thẩm quyền cũng khó lựa chọn áp dụng tập quán nào để giải quyết[174].

- Quy định chung về áp dụng tập quán trong BLDS năm 2015 chưa thể hiện được tinh thần coi trọng tập quán đã được ghi nhận trong Hiến pháp năm 2013. Khoản 2 Điều 5 BLDS năm 2015 quy định: *"Trường hợp các bên không có thỏa thuận và pháp luật không quy định thì có thể áp dụng tập quán"*. Quy định này có thể đưa đến nhận thức là tập quán chỉ là một "giải pháp tình thế" trong trường hợp thiếu luật. Tuy nhiên, khoản 3 Điều 5 Hiến pháp năm 2013 quy định: "*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, theo quy định này thì việc áp dụng tập quán là việc thường xuyên, kể cả khi đã có quy định pháp luật chứ không phải khi không có pháp luật quy định mới được áp dụng.

Ngoài ra, việc quy định "*có thể áp dụng tập quán*" khiến cho quy định này chưa thực sự đảm bảo được tính chuẩn mực, chưa ràng buộc được nghĩa vụ áp dụng tập quán của các chủ thể có thẩm quyền trong việc giải quyết các vụ việc cụ thể, bởi nó có thể khiến các chủ thể hiểu đây là một quy định mang tính chất tùy nghi, do vậy, có thể áp dụng hay không áp dụng tập quán đều được. Để bảo đảm tính minh thị cũng như tính khả thi của quy định thì các văn bản hướng dẫn thi hành BLDS năm 2015 cần quy định rõ về vấn đề này theo hướng quy định nghĩa vụ phải áp dụng tập quán của các chủ thể có thẩm quyền giải quyết vụ việc khi vụ việc đó thuộc trường hợp áp dụng tập quán.

Một số quy định của BLDS năm 2015 về áp dụng tập quán trong các trường hợp cụ thể còn chưa rõ ràng, chặt chẽ. Chẳng hạn, quy định tại Điều 175 BLDS năm 2015 về xác định ranh giới giữa các bất động sản: "*Ranh giới cũng có thể được xác định theo tập quán hoặc theo ranh giới đã tồn tại từ 30 năm trở lên mà không có tranh chấp*". Với quy định này thì trong trường hợp một vụ việc thỏa mãn cả hai điều kiện là có tập quán điều chỉnh và có ranh giới tồn tại ổn định từ 30 năm trở lên không có tranh chấp nhưng việc áp dụng theo các căn cứ này lại cho kết quả khác

[174] Chẳng hạn, vợ là người Ê Đê, chồng là người Kinh. Khi ly hôn cả hai vợ chồng đều yêu cầu áp dụng tập quán của dân tộc mình để giải quyết các tranh chấp.

nhau thì ranh giới sẽ được xác định theo căn cứ nào? Hoặc Điều 208 quy định: "*Quyền sở hữu chung được xác lập theo thỏa thuận, theo quy định của pháp luật hoặc theo tập quán*"; khoản 2 Điều 211 quy định: "*Các thành viên của cộng đồng cùng quản lý, sử dụng, định đoạt tài sản chung theo thỏa thuận hoặc theo tập quán*"… với những trường hợp này thì việc xác định thứ tự ưu tiên áp dụng sẽ như thế nào? Căn cứ vào từng trường hợp cụ thể để xác định thứ tự ưu tiên hay phụ thuộc vào quan điểm của chủ thể có thẩm quyền giải quyết việc?

- Trong lĩnh vực HN&GĐ, ngoài sự thiếu minh thị của các quy định chung về áp dụng tập quán thì còn có sự thiếu thống nhất trong một số quy định cụ thể. Chẳng hạn, có sự thiếu thống nhất về vấn đề xác định tập quán nào cần vận động xóa bỏ, tập quán nào cấm áp dụng theo Luật HN&GĐ năm 2014 so với Danh mục các tập quán lạc hậu về HN&GĐ cần vận động xóa bỏ hoặc cấm áp dụng được ban hành kèm Nghị định 126/2014/NĐ-CP. Cụ thể, khoản 2 Điều 5 Luật HN&GĐ năm 2014 quy định các hành vi bị cấm bao gồm: "*Tảo hôn, cưỡng ép kết hôn, lừa dối kết hôn, cản trở kết hôn*". Trong khi đó, trong Danh mục các tập quán lạc hậu cần vận động xóa bỏ có các trường hợp: "*Kết hôn trước tuổi quy định của Luật Hôn nhân và gia đình"* và *"Cưỡng ép kết hôn do xem "lá số" và do mê tín dị đoan; cản trở hôn nhân do khác dân tộc, tôn giáo".* Nếu đối chiếu với quy định tại khoản 2 Điều 5 Luật HN&GĐ năm 2014 thì hai tập quán "tảo hôn" và "cưỡng ép kết hôn" vi phạm điều cấm của Luật phải thuộc trường hợp tập quán bị cấm áp dụng, phải loại bỏ chứ không thể thuộc trường hợp vận động xóa bỏ như Nghị định 126/2014/NĐ-CP đã nêu. Vì vậy, cần có sự quy định thống nhất về vấn đề này, tránh tình trạng văn bản hướng dẫn lại quy định trái với văn bản được hướng dẫn.

Bên cạnh đó, một số quy định cũ đã hết hiệu lực nhưng chưa có quy định mới để điều chỉnh các vấn đề có liên quan cũng gây khó khăn, lúng túng trong thực tiễn áp dụng[175].

Thứ hai, thiếu các quy định cụ thể để đảm bảo tính khả thi, thống nhất trong thực tiễn áp dụng như quy định về tiêu chí xác định tập quán được lựa chọn; quy định về quy trình áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc cụ thể…

- Các quy định hiện nay hầu hết mới chỉ nêu ra được trường hợp nào thì áp dụng tập quán, thứ tự ưu tiên áp dụng tập quán so với các loại nguồn khác, cũng

[175] Chẳng hạn, về vấn đề sính lễ, của hồi môn, Hội đồng Thẩm phán TAND tối cao đã có hướng dẫn tại mục 3 Nghị quyết số 01/1988/NQ-HĐTP ngày 20/01/1988 hướng dẫn áp dụng một số quy định của Luật HN-GĐ năm 1986. Tuy nhiên, hướng dẫn này không còn được áp dụng bởi Luật HN-GĐ năm 1986 đã hết hiệu lực thi hành, trong khi các quy định hiện nay không quy định về vấn đề này.

như một số nguyên tắc để áp dụng tập quán chứ chưa có quy định cụ thể về tiêu chí xác định tập quán được lựa chọn để áp dụng với tư cách là nguồn của pháp luật. Dưới góc độ tố tụng thì hiện cũng chỉ có quy định về việc Tòa án có trách nhiệm xác định giá trị áp dụng của tập quán bảo đảm không trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật chứ cũng không có quy định tiêu chí, trình tự, cách thức để Tòa án xác định tập quán trở thành nguồn của pháp luật[176]. Ngoài ra, hiện nay trong TTDS cũng chỉ có quy định chung về nghĩa vụ cung cấp chứng cứ và chứng minh trong TTDS thuộc về đương sự, do đó, có thể suy ra là đương sự muốn viện dẫn tập quán như là một chứng cứ trong vụ việc của mình thì phải có nghĩa vụ chứng minh tập quán đó[177]. Tuy nhiên, nếu các bên có cách hiểu khác nhau về cùng một tập quán thì hướng giải quyết như thế nào hiện cũng chưa có quy định.

- Áp dụng tập quán có những đặc điểm khác biệt so với áp dụng quy phạm pháp luật, tuy nhiên, hiện nay cũng chưa có quy định cụ thể về quy trình áp dụng tập quán. Hơn nữa, tập quán được áp dụng trong nhiều lĩnh vực đời sống, do nhiều chủ thể có thẩm quyền khác nhau áp dụng, do đó, cần có quy định về quy trình áp dụng tập quán phù hợp với từng lĩnh vực QLXH của Nhà nước.

Thứ ba, thiếu các quy định cụ thể về việc giao trách nhiệm trong xây dựng và phê duyệt các danh mục tập quán dẫn đến việc thiếu các danh mục để áp dụng trong thực tiễn.

Hiện nay, đã có quy định về việc giao trách nhiệm xây dựng và phê duyệt danh mục các tập quán được áp dụng, tuy nhiên, quy định giao trách nhiệm này mới chỉ đề cập đến các tập quán ở địa phương và trong lĩnh vực HN&GĐ[178] mà chưa có các quy định đề cập đến việc giao trách nhiệm cho chủ thể có thẩm quyền nào trong việc xây dựng và phê duyệt danh mục các tập quán có phạm vi điều chỉnh trong cả nước, trong đó, có các tập quán gắn với các lĩnh vực khác nhau. Hơn nữa, việc triển khai quy định hiện có ở các địa phương cũng chưa đạt được kết quả như kế hoạch đề ra. Việc chậm trễ trong xây dựng và phê duyệt các danh mục tập quán dẫn đến tình trạng thiếu các danh mục tập quán được áp dụng, gây khó khăn và thiếu thống nhất trong thực tiễn áp dụng[179]. Trên thực tế, việc áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc phát sinh phụ thuộc nhiều vào ý chí chủ quan của chủ thể có thẩm

[176] Xem: Điều 45 BLTTDS năm 2015.
[177] Xem: Điều 6 BLTTDS năm 2015.
[178] Xem: Khoản 1 Điều 6 Nghị định 126/2014/NĐ-CP.
[179] Trên thực tế mới có lĩnh vực HN&GĐ có Danh mục tập quán được áp dụng; tập quán được vận động xóa bỏ; tập quán cấm áp dụng theo Nghị định 32/2002/NĐ-CP; Và Danh mục tập quán lạc hậu về hôn nhân và gia đình cần vận động xóa bỏ hoặc cấm áp dụng theo Nghị định 126/2014/NĐ-CP.

quyền giải quyết vụ việc. Do đó, để tạo sự thuận tiện, đảm bảo tính khả thi, thống nhất trong thực tiễn áp dụng thì cần phải có các danh mục tập quán được áp dụng.

Khi xây dựng các danh mục tập quán trong lĩnh vực HN&GĐ ở các địa phương, khó khăn chủ yếu mà các cơ quan xây dựng danh mục gặp phải là xác định như thế nào là tập quán; như thế nào là tập quán không trái với nguyên tắc cơ bản của Luật HN&GĐ. Đây có lẽ cũng là khó khăn chung khi tiến hành xây dựng và phê duyệt các danh mục tập quán nói chung chứ không chỉ riêng trong lĩnh vực HN&GĐ. Thực tế, rất nhiều tập quán được đưa vào dự thảo danh mục không thực sự chứa đựng các quy tắc xử sự mang tính xác định quyền và nghĩa vụ của các chủ thể có liên quan, mà đó chỉ là các tập quán trong đời sống văn hóa hàng ngày của đồng bào dân tộc. Điều này cho thấy, bản thân các CQNN chưa thực sự hiểu biết một cách sâu sắc về tập quán, chưa nhận biết rõ các tiêu chí để xác định tập quán với tư cách là một quy tắc điều chỉnh hành vi, xác định quyền và nghĩa vụ của các bên tham gia quan hệ mà nó điều chỉnh. Cũng liên quan đến việc lựa chọn các tập quán để áp dụng, trên thực tế, khi xây dựng hương ước, quy ước của thôn, bản đã xảy ra tình trạng có những tập quán trái với quy định pháp luật cũng được đưa vào dự thảo hương ước, quy ước và thậm chí sau đó dự thảo này còn được chính quyền địa phương phê duyệt. Từ thực tiễn này, đòi hỏi phải có những quy định đầy đủ và cụ thể hơn về việc giao trách nhiệm xây dựng và phê duyệt các danh mục tập quán, theo đó, cần có cơ chế thực hiện cụ thể, bên cạnh các cơ quan được giao chủ trì các nhiệm vụ cần có bộ phận tham mưu phối hợp thực hiện để đảm bảo việc xây dựng các danh mục dự thảo được thực hiện theo đúng kế hoạch về thời gian đã định, cũng như đảm bảo nội dung các tập quán được đưa vào danh mục đáp ứng các tiêu chí của một quy phạm, không trái với các nguyên tắc cơ bản pháp luật, phù hợp với chuẩn mực đạo đức xã hội.

2.2. Thực tiễn áp dụng tập quán trong quản lý xã hội của Nhà nước trong một số lĩnh vực ở Việt Nam hiện nay và đánh giá

2.2.1. Thực tiễn áp dụng tập quán trong quản lý xã hội của Nhà nước trong một số lĩnh vực ở Việt Nam hiện nay

Thông qua nghiên cứu thực tiễn cho thấy trong hoạt động QLXH của Nhà nước, các chủ thể có thẩm quyền gặp nhiều tình huống hoặc yêu cầu liên quan đến hoặc xuất phát từ các tập quán của người dân. Mặc dù đã có các quy định pháp luật về áp dụng tập quán nhưng không phải lúc nào cũng có thể dễ dàng áp dụng để giải quyết những vấn đề phát sinh đó.

2.2.1.1. Thực tiễn áp dụng tập quán trong quản lý hộ tịch của Ủy ban nhân dân

Hộ tịch là những sự kiện gắn liền với mỗi cá nhân con người từ khi sinh ra cho đến khi chết đi như: khai sinh; kết hôn; ly hôn; giám hộ; xác định và nhận cha, mẹ, con; thay đổi, cải chính hộ tịch, xác định lại dân tộc, bổ sung thông tin hộ tịch; khai tử. Đăng kí hộ tịch là việc CQNN có thẩm quyền xác nhận hoặc ghi vào Sổ hộ tịch các sự kiện hộ tịch của cá nhân, tạo cơ sở pháp lý để Nhà nước bảo hộ quyền, lợi ích hợp pháp của cá nhân, thực hiện quản lý về dân cư[180].

Hiện nay, hoạt động quản lý hộ tịch được thực hiện theo quy định của Luật Hộ tịch năm 2014, các văn bản hướng dẫn chi tiết thi hành là Nghị định số 123/2015/NĐ-CP và Thông tư 04/2020/TT-BTP. Trong hoạt động quản lý hộ tịch, các CQNN đã áp dụng tập quán của các dân tộc để giải quyết các vụ việc phát sinh phù hợp với quy định của pháp luật. Tuy nhiên, trong công tác khai sinh, kết hôn, ly hôn, giám hộ, xác định và nhận cha, mẹ, con, xác nhận tình trạng nhân thân của cá nhân, khai tử… vẫn có một số quy định pháp luật không tương thích với tập quán của người dân, dẫn đến những khó khăn, vướng mắc trong thực tiễn áp dụng.

** Về vấn đề xác định họ, tên khi khai sinh*

Việc đăng kí khai sinh cho trẻ em được thực hiện theo quy định của Luật hộ tịch năm 2014[181] và được quy định chi tiết tại Nghị định số 123/2015/NĐ-CP[182] và Thông tư 04/2020/TT-BTP[183]. Theo đó, nội dung thông tin khai sinh gồm: Họ, chữ đệm, tên và dân tộc. Việc xác định họ, tên cho trẻ khi khai sinh được thực hiện theo pháp luật dân sự. Có thể nói, hiện nay các quy định về xác định họ, tên cho trẻ khi khai sinh khá đầy đủ và chi tiết. Các quy định đã hướng đến việc bảo đảm cho người dân được lấy họ, tên, dân tộc theo tập quán của dân tộc mình. Và trên thực tế, các chủ thể có thẩm quyền cũng đã áp dụng tập quán khi thực hiện đăng kí khai sinh cho người dân. Tuy nhiên thực tế, việc xác định họ, tên, cho trẻ em gặp không ít khó khăn do có sự đa dạng, khác biệt trong việc xác định họ, tên theo tập quán của các dân tộc. Các dân tộc theo chế độ phụ hệ (chủ yếu tập trung ở vùng Tây Bắc) thường lấy họ của con theo họ của cha. Trong khi các dân tộc theo chế độ mẫu hệ lấy họ cho con theo họ của mẹ (như người J'Rai và Bana tại tỉnh Gia Lai, người Ê Đê, M'Nông tại tỉnh Đắk Lắk). Một số dân tộc lại lấy họ cho con theo giới tính…

---

[180] Xem: Điều 2 Luật Hộ tịch năm 2014.
[181] Xem: Khoản 2 Điều 14 Luật Hộ tịch năm 2014.
[182] Xem: Khoản 1 Điều 4 Nghị định số 123/2015/NĐ-CP.
[183] Xem: Điều 6 Thông tư 04/2020/TT-BTP.

Theo báo cáo của Sở Tư pháp tỉnh Lâm Đồng, một số dân tộc thiểu số tại địa phương không có họ khi khai sinh. Chẳng hạn, người dân tộc Churu đăng ký khai sinh thường chỉ dùng chữ đệm Ka, Dam hoặc Ya đối với nam và Ma hoặc Nai đối với nữ, sau đó là tên. Tình trạng này tồn tại tập trung tại hai huyện Đức Trọng và Đơn Dương. Tại huyện Đức Trọng, trong các sổ đăng ký khai sinh hiện đang lưu giữ tại các UBND cấp xã, có đến trên 2000 trường hợp đồng bào dân tộc Churu đăng ký khai sinh không có họ. Tại huyện Đơn Dương, có đến trên 9000 trường hợp đồng bào dân tộc Churu đăng ký khai sinh không có họ. Đa số các trường hợp khai sinh không có họ nêu trên thường chỉ có chữ đệm Ka, Dam, Ya đối với nam và Ma, Nai đối với nữ, sau đó là tên. Thực tế, đồng bào dân tộc Chu Ru tại huyện Đơn Dương và huyện Đức Trọng có các họ là Touprong, Touneh, Jơnơng Sang, Churu Yang, Jơnơng Sang Kiă, Jơr Lơng, Mơ U… Nguyên nhân chính của việc khai sinh không lấy họ ở hai huyện này là do tập quán của người dân và một phần là do người dân chưa nhận thức đủ về tầm quan trọng của việc chọn họ cho con khi đăng ký khai sinh. Việc đăng kí khai sinh không có họ đã dẫn đến các giấy tờ hộ tịch, giấy tờ nhân thân khác được cấp dựa trên Giấy khai sinh nên cũng không có họ. Hiện nay, tình trạng khai sinh không có họ của người dân tộc Churu ở hai huyện này đã giảm đáng kể, do khi đăng ký khai sinh, cán bộ hộ tịch xã luôn giải thích và yêu cầu người dân đăng ký khai sinh cho con phải có họ[184].

Khác với người Churu, người Châu Mạ ở địa bàn tỉnh Lâm Đồng lại có tập quán xác định họ cho con theo giới tính. Theo đó, phần họ được dùng để phân biệt người nam là (K') và người nữ là (Ka). Khi đăng ký khai sinh, căn cứ vào giới tính của trẻ, cha, mẹ thực hiện đặt tên cho con và lấy họ K' cho trẻ có giới tính nam và họ Ka cho trẻ có giới tính nữ. Chẳng hạn, người nam tên K' Nhất, K' Quyn… còn người nữ tên Ka Rêm, Ka Hệp… Như vậy, họ thực chất chỉ là ký hiệu để phân biệt người nam và người nữ. Việc xác định họ theo tập quán này đã gây ra vướng mắc trên thực tiễn. Trong khi đó, theo quy định tại khoản 2 Điều 26 BLDS năm 2015: "*Họ của cá nhân được xác định là họ của cha đẻ hoặc họ của mẹ đẻ theo thỏa thuận của cha mẹ; nếu không có thỏa thuận thì họ của con được xác định theo tập quán. Trường hợp chưa xác định được cha đẻ thì họ của con được xác định theo họ của mẹ đẻ*". Theo quy định này, con trai do người mẹ đơn thân sinh ra thì không thể áp dụng tập quán để lựa chọn họ

[184] Sở Tư pháp tỉnh Lâm Đồng (2017), "Báo cáo tham luận: Thực hiện các văn bản quy phạm pháp luật về công tác đăng ký và quản lý hộ tịch liên quan đến các tập quán chứa đựng quy tắc ứng xử, quyền và nghĩa vụ của đồng bào dân tộc tại địa phương Lâm Đồng", Tài liệu Hội thảo cấp tỉnh về: "Các tập quán điển hình điều chỉnh quan hệ dân sự, thương mại, hôn nhân và gia đình ở Việt Nam và thực tiễn áp dụng của các cơ quan có thẩm quyền", Viện khoa học pháp lý, Bộ Tư pháp, tr.3 - tr.4 của bài viết.

cho con là họ K', mà phải lấy họ theo họ mẹ là Ka. Điều này gây khó khăn cho cuộc sống của người con sau này vì là con trai nhưng lại mang họ con gái gây nhầm lẫn là giới tính nữ. Nhiều trường hợp người dân sau khi làm thủ tục khai sinh không đến nhận giấy khai sinh khi biết mình mang họ Ka.

Tại tỉnh Kon Tum, đồng bào dân tộc thiểu số cũng thường đặt họ cho con căn cứ theo giới tính. Chẳng hạn, người Xơ Đăng đặt họ Y cho con gái (như: Y Hòa, Y Phụng…); còn con trai thì đặt họ A (như: A Sủng, A Chiên…). Cách đặt họ này cũng tương tự như của người Châu Mạ ở Lâm Đồng nên cũng sẽ gặp vướng mắc giống như đã nêu ở trên.

Việc đặt tên cho con do cha, mẹ tùy chọn, nhưng phải phù hợp với pháp luật và yêu cầu giữ gìn bản sắc dân tộc, tập quán, truyền thống văn hóa tốt đẹp của dân tộc. Trên thực tế việc xác định tên cho trẻ cũng gặp nhiều vấn đề.

Tại tỉnh Lai Châu, người dân tộc Dao có tập quán đặt tên giống nhau cho con gái (theo thứ tự sinh từ một đến chín, gọi theo tiếng Quan Hỏa là Tả Mẩy, Lở Mẩy, San Mẩy, Sử Mẩy…). Điều này gây ra những khó khăn nhất định trong công tác quản lý hộ tịch do có quá nhiều người trùng tên. Để khắc phục, các cán bộ thường vận động người dân đặt tên theo kiểu mới, tuy nhiên, điều này có thể ảnh hưởng đến việc giữ gìn bản sắc văn hóa của đồng bào nên cũng cần cân nhắc khi thực hiện. Người dân tộc Thái có tập quán khi người con gái lấy chồng thì đổi sang họ của chồng. Tuy nhiên, trên thực tế số lượng phụ nữ sau kết hôn làm thủ tục cải chính hộ tịch rất ít cũng dẫn đến những bất cập trong công tác quản lý hộ tịch của CQNN.

Tại tỉnh Đắk Lắk, người M'Nông có tập quán đặt tên theo công thức: tên đệm xác định giới tính + tên chính + họ. Tuy nhiên, nhiều trường hợp, đồng bào dân tộc M'Nông khai sinh cho con chỉ có tên và không có họ. Về chữ đệm và tên của người M'Nông thì tên của con trai thường ghép với chữ đệm là chữ Y, chữ K (như: K'Thanh, Y Rơi…); tên của con gái thường được ghép với chữ đệm là H' (như H'Hồng, H'Mai…). Người Xơ Đăng ở huyện Krông Pắc có tập quán không đặt họ, khi đăng ký khai sinh chỉ có tên mà không có họ, tên đệm (như chỉ đăng ký khai sinh là Bê, Bằng…)[185]. Thực tế này, khiến cho cán bộ hộ tịch hết sức lúng túng không biết nên đăng kí cho người dân như yêu cầu hay hướng dẫn người dân đặt tên như thế nào. Và nếu đăng kí cho người dân như yêu cầu của họ thì có thể sau này người dân sẽ gặp khó

[185] Sở Tư pháp tỉnh Đắk Lắk (2017), "Vấn đề áp dụng tập quán trong quản lý hộ tịch và công tác hòa giải ở cơ sở", Tài liệu Hội thảo: Các tập quán điển hình điều chỉnh quan hệ dân sự, thương mại, hôn nhân & gia đình ở Việt Nam và thực tiễn áp dụng của các cơ quan có thẩm quyền, Bộ Tư pháp, Viện khoa học pháp lý - UBND tỉnh Đắk Lắk, Sở Tư pháp, tr.2 - tr.3 của bài viết.

khăn khi tham gia vào các quan hệ pháp luật, khi đó, lại phải làm thủ tục cải chính rất phức tạp.

Ngoài ra, khi đồng bào dân tộc đặt họ, tên theo tập quán dân tộc mình thì trong họ, tên thường chứa các kí tự khá đặc biệt. Một số cán bộ hộ tịch cho biết khi triển khai phần mềm đăng kí hộ tịch, hệ thống hiện tại không thể hiện được tất cả các kí tự thường có trong tên của đồng bào, dẫn đến việc một số tên của đồng bào không thể nhập chính xác vào hệ thống. Điều này gây ra nhiều khó khăn cho người dân khi có các công việc phát sinh liên quan đến thủ tục, giấy tờ, xác nhận nhân thân… Bản thân các CQNN cũng gặp khó khăn trong công tác quản lý do sự thiếu thống nhất và chính xác của các thông tin lưu trữ.

Nhìn chung, do có sự không tương thích trong một số quy định pháp luật và tập quán của các dân tộc, cũng như do sự nhận thức chưa đầy đủ về tầm quan trọng của việc xác định họ, tên cho con khi khai sinh của đồng bào dân tộc mà dẫn đến những tình huống vướng mắc trên thực tiễn của các CQNN trong công tác đăng kí, quản lý hộ tịch cũng như những khó khăn, bất tiện cho người dân khi họ bị "mắc kẹt" giữa quy định pháp luật và tập quán của dân tộc mình. Theo kết quả điều tra tại 8 tỉnh/thành phố, trong số 325 cán bộ phụ trách công tác tư pháp tại các UBND xã được khảo sát thì có 49 cán bộ cho biết họ đã từng được người dân đề nghị ghi trong giấy khai sinh họ của con khác với họ của cha, mẹ đẻ (chiếm 15,1% trong tổng số người được hỏi). Đặc biệt tại Gia Lai, trong số 29 cán bộ phụ trách công tác tư pháp được hỏi thì có tới 14 cán bộ cho biết họ đã từng được người dân đề nghị ghi trong giấy khai sinh họ của con khác với họ của cha, mẹ đẻ (chiếm tới 51,9% số người được hỏi). Điểm đáng chú ý là, khi được đề nghị như vậy, chỉ có 01 cán bộ (tại Sơn La) trong số 49 cán bộ nêu trên đã chấp nhận ghi họ của con khác với họ của bố mẹ theo yêu cầu của người dân (chiếm 2% trong tổng số người được hỏi), 34 cán bộ cho biết họ đã hướng dẫn người dân cách đặt họ, tên cho con theo quy định của pháp luật (chiếm 82% trong tổng số người được hỏi)[186]. Kết quả này cho thấy, đồng bào dân tộc vẫn có nhu cầu rất lớn trong việc lựa chọn họ, tên theo tập quán của dân tộc mình. Tuy nhiên, không phải lúc nào yêu cầu của họ cũng được cán bộ làm công tác đăng kí hộ tịch chấp nhận. Việc cán bộ làm công tác đăng kí hộ tịch hướng dẫn người dân cách đặt họ, tên cho con theo quy định của pháp luật sẽ giúp cho công tác quản lý hộ tịch thuận lợi hơn, và người dân có các giấy tờ nhân thân phù hợp quy định pháp luật, thuận tiện hơn cho người dân khi tham gia các quan hệ pháp luật. Tuy nhiên, việc đặt tên theo kiểu mới cho phù hợp quy định

[186] Xem: Bộ Tư pháp, Viện khoa học pháp lý (2018), tlđd, tr.99.

pháp luật có thể làm ảnh hưởng đến bản sắc văn hóa của đồng bào. Do vậy, vấn đề này cũng cần có sự cân nhắc kỹ lưỡng.

** Về vấn đề xác định dân tộc*

Cũng như việc xác định họ, tên, việc xác định dân tộc khi khai sinh được thực hiện theo quy định của BLDS năm 2015 và các văn bản quy phạm pháp luật về quản lý hộ tịch. Nhìn chung, khi đăng kí khai sinh gần như cha mẹ đều đã có sự thỏa thuận với nhau từ trước về xác định họ, tên, dân tộc cho con nên cũng tạo thuận lợi cho cán bộ hộ tịch khi thực hiện đăng kí.

Tại Đắk Lắk, văn hóa truyền thống của người Ê Đê và M'Nông là theo chế độ mẫu hệ nên con sinh ra phần lớn mang họ mẹ. Việc xác định họ cho con đối với người Ê Đê và M'Nông trong đăng kí khai sinh trên địa bàn tỉnh Đắk Lắk chủ yếu được áp dụng theo tập quán và phù hợp với quy định pháp luật. Cụ thể, khi cha, mẹ đều là người Ê Đê hoặc M'Nông thì họ của con sẽ theo họ của mẹ và dân tộc của con cũng được xác định theo dân tộc của người mẹ. Nhưng khi cha là người Ê Đê, M'Nông mà mẹ là người Kinh (hoặc người dân tộc thiểu số phía Bắc) thì con sẽ được lấy theo họ cha, còn dân tộc của con sẽ được xác định theo thỏa thuận của cha, mẹ; trường hợp mẹ là người Ê Đê, M'Nông, cha là người Kinh (hoặc người dân tộc thiểu số phía Bắc) thì con cũng lấy họ cha nhưng thường được kèm thêm tên đệm của người Ê Đê, M'Nông còn dân tộc của con được xác định theo thỏa thuận. Theo thống kê từ năm 2011 đến năm 2015 trên địa bàn tỉnh Đắk Lắk có 32.057 trường hợp áp dụng tập quán để xác định họ cho con; 26.048 trường hợp áp dụng tập quán để xác định dân tộc cho con[187]. Điều này cho thấy các quy định về thừa nhận áp dụng tập quán trong xác định họ, dân tộc đã được tôn trọng và thực hiện tương đối tốt tại địa phương.

Tuy nhiên, trên thực tiễn, trong trường hợp cha, mẹ không thỏa thuận được việc xác định dân tộc cho con thì vấn đề trở nên khó khăn vì có sự xung đột trong xác định dân tộc theo tập quán khi cha, mẹ thuộc hai dân tộc khác nhau hoặc khi tập quán điều chỉnh khác với quy định pháp luật. Theo khoản 2 Điều 29 BLDS năm 2015: "*Cá nhân khi sinh ra được xác định dân tộc theo dân tộc của cha đẻ, mẹ đẻ. Trường hợp cha đẻ, mẹ đẻ thuộc hai dân tộc khác nhau thì dân tộc của con được xác định theo dân tộc của cha đẻ hoặc mẹ đẻ theo thỏa thuận của cha đẻ, mẹ đẻ; trường hợp không có thỏa thuận thì dân tộc của con được xác định theo tập quán; trường hợp tập quán khác nhau thì dân tộc của con được xác định theo tập quán của dân tộc ít người hơn*". Như vậy, trường hợp cha, mẹ thuộc hai dân tộc khác nhau mà họ không thỏa thuận được việc xác

[187] Sở Tư pháp tỉnh Đắk Lắk (2017), tlđd, tr.2 của bài viết.

định dân tộc cho con thì xác đinh theo tập quán. Tuy nhiên, có nhiều trường hợp hai vợ chồng thuộc hai dân tộc có tập quán trái ngược nhau về xác định dân tộc cho con. Chẳng hạn, người vợ là người Ê Đê, M'Nông, J'rai và người chồng là người Kinh. Người Ê Đê, M'Nông, J'rai theo chế độ mẫu hệ, con sinh ra được xác định dân tộc theo mẹ. Còn theo tập quán của người Kinh thì con sinh ra sẽ xác định dân tộc theo cha. Trong trường hợp này, theo quy định của pháp luật thì dân tộc của con sẽ là dân tộc Ê Đê, M'Nông, J'rai theo mẹ nhưng điều này có thể gây ra bất hòa trong gia đình vì việc xác định dân tộc cho con theo mẹ trái với tập quán truyền thống của người Kinh.

Tại Gia Lai, Thẩm phán đã chia sẻ về một trường hợp: Chị Siu T dân tộc J'rai lấy anh Nguyễn N dân tộc Kinh, họ cùng sinh sống tại thị xã Ayun Pa. Tháng 10 năm 2015, chị T sinh hạ một con trai. Tháng 11/2015 anh N đi làm khai sinh cho con với họ, tên là Nguyễn Siu R, dân tộc Kinh. Làm xong anh đem về cho vợ xem thì chị T đồng ý về họ, tên con nhưng không đồng ý để con lấy dân tộc Kinh nên đã xảy ra tranh chấp. Chị T yêu cầu anh N làm lại giấy khai sinh cho con nhưng anh N không đồng ý để con lấy dân tộc J'rai của vợ. Anh N giải thích cho chị T biết, pháp luật cho phép con lấy dân tộc của cha hoặc mẹ, mặt khác, theo tập quán của anh N, con phải lấy cả họ và dân tộc của cha. Nhưng chị N kiên quyết không đồng ý nên đã làm đơn yêu cầu Tòa án giải quyết, buộc Tòa án xác định lại dân tộc của con từ dân tộc Kinh sang dân tộc J'rai[188]. Như vậy, theo quy định tại khoản 2 Điều 29 BLDS năm 2015 thì Tòa án cần phải áp dụng tập quán của người J'rai và theo đó, phải chấp nhận yêu cầu của chị T.

Ngoài ra, hiện nay cũng chưa có văn bản quy phạm pháp luật nào chính thức quy định về khái niệm, các thành phần dân tộc ở Việt Nam. Trong hoạt động đăng kí và quản lý hộ tịch hiện nay, việc xác định thành phần, tên gọi các dân tộc Việt Nam vẫn được thực hiện theo Quyết định số 121-TCTK/PPCĐ ngày 02/3/1979 của Tổng cục Thống kê[189]. Thực tế, theo Báo cáo của Sở Tư pháp tỉnh Lâm Đồng, tại địa phương này đã có trường hợp người dân yêu cầu xác định lại dân tộc thành một dân tộc không có trong danh mục những dân tộc được công nhận trong Quyết định số 121-TCTK/PPCĐ[190]. Tương tự như Lâm Đồng, tại Kon Tum, nhiều người dân trước đây được cấp giấy tờ hộ tịch ghi tên dân tộc không có trong Quyết định số 121-TCTK/PPCĐ. Những trường hợp này đã khai báo, sử dụng thông tin về dân tộc của mình trong tất cả các giấy tờ, hồ sơ cá nhân và không chấp nhận tên gọi dân tộc khác,

---

[188] Theo chia sẻ của Chánh án TAND thị xã Ayun Pa, tỉnh Gia Lai.
[189] Theo quyết định này, Tổng cục Thống kê đã ban hành Phụ lục 2 Danh mục dân tộc với 54 dân tộc.
[190] Sở Tư pháp tỉnh Lâm Đồng (2017), tlđd, tr.6 của bài viết.

chỉ chấp nhận tên gọi do cộng đồng mình công nhận[191]. Do đó, khi có yêu cầu đăng ký khai sinh đối với những trường hợp cha, mẹ có thông tin dân tộc như trên, cán bộ đăng kí hộ tịch gặp khó khăn trong việc xác định dân tộc cho trẻ để ghi vào giấy khai sinh, nếu căn cứ vào dân tộc của cha hoặc mẹ theo quy định của Bộ luật Dân sự thì không có trong danh mục dân tộc theo Quyết định số 121 - TCTK/PPCĐ, nếu từ chối đăng ký khai sinh thì không bảo đảm quyền lợi của trẻ em, không đảm bảo nguyên tắc đăng ký hộ tịch đầy đủ, kịp thời theo quy định tại khoản 2 Điều 5 Luật Hộ tịch năm 2014. Vì vậy, việc xác định dân tộc chỉ trong phạm vi các dân tộc được công nhận theo Danh mục các dân tộc Việt Nam hay theo yêu cầu của người dân là vấn đề cần được làm rõ.

** Về thời gian đăng kí khai sinh*

Về vấn đề thời gian đăng kí khai sinh, khoản 1 Điều 15 Luật Hộ tịch năm 2014 quy định: "*Trong thời hạn 60 ngày kể từ ngày sinh con, cha hoặc mẹ có trách nhiệm đăng ký khai sinh cho con; trường hợp cha, mẹ không thể đăng ký khai sinh cho con thì ông hoặc bà hoặc người thân thích khác hoặc cá nhân, tổ chức đang nuôi dưỡng trẻ em có trách nhiệm đăng ký khai sinh cho trẻ em*". Tuy nhiên, tại nhiều địa phương tình trạng khai sinh muộn vẫn thường xuyên xảy xa, đặc biệt là ở các vùng sâu, vùng xa. Có nhiều trường hợp, khi trẻ tới độ tuổi đi học tiểu học, nhà trường yêu cầu nộp giấy khai sinh thì gia đình mới tiến hành đăng ký khai sinh cho trẻ. Điều này một phần là do nhận thức chưa đầy đủ của người dân về vấn đề này, bên cạnh đó cũng do người dân sinh sống ở vùng sâu, vùng xa, điều kiện đi lại và kinh tế còn khó khăn. Chẳng hạn, người H'Mông ở Hà Giang, Lai Châu thường tụ cư thành các bản nhỏ đồng tộc nằm rải rác theo các sườn núi cao hiểm trở hoặc các thung lũng nằm sâu trong các núi cao, địa hình đi lại khó khăn, cùng với lối sống khép kín, tự cấp khiến cho việc giao tiếp với chính quyền địa phương trở nên hạn chế nên cha, mẹ người H'Mông hầu như không quan tâm đến việc thực hiện đăng kí khai sinh cho con, do đó, rất ít trường hợp cha mẹ chủ động đi khai sinh đúng hạn cho trẻ. Ngoài ra, tập quán cũng có ảnh hưởng nhất định. Có thể kể đến một số tập quán ảnh hưởng đến việc đăng kí khai sinh muộn như: theo tập quán người Dao ở Tuyên Quang, thì trẻ sinh ra phải sau 03 tháng (ba con trăng) thì mới được đặt tên. Khi đủ ba con trăng, cha mẹ phải làm lễ, mời họ hàng đến và tên của đứa trẻ sẽ do người có uy tín trong dòng họ đặt để đứa trẻ được hưởng phúc đức, khỏe mạnh, may mắn. Chỉ sau khi đứa trẻ được làm lễ đặt tên thì những bậc cha mẹ có ý thức về trách nhiệm đăng kí khai sinh cho con mới đến UBND xã để đăng kí khai sinh. Đa phần cha mẹ rất coi trọng lễ đặt tên cho trẻ theo tập quán, nhưng lại cho rằng việc

[191] Bộ Tư pháp, Viện khoa học pháp lý (2018), tlđd, tr.101.

làm thủ tục đăng kí khai sinh là không cấp bách, không cần thiết. Tương tự, người Banar cũng chỉ đi khai sinh cho trẻ sau khi đã thực hiện lễ thổi tai cho trẻ; người Churu ở Lâm Đồng có tập quán trẻ sinh ra thường sau 01 năm cha mẹ mới đặt tên. Tập quán này xuất phát từ quan niệm phải nuôi nấng trẻ sơ sinh cho cứng cáp rồi mới được đặt tên và chỉ đặt tên cho những trẻ còn sống đến thời điểm đó[192].

Nhằm thực hiện việc đăng kí khai sinh cho trẻ đúng hạn, khoản 2 Điều 5 Luật Hộ tịch năm 2014 quy định: "*Công chức tư pháp - hộ tịch thường xuyên kiểm tra, đôn đốc việc đăng ký khai sinh cho trẻ em trên địa bàn trong thời hạn quy định; trường hợp cần thiết thì thực hiện đăng ký khai sinh lưu động"*. Nhờ triển khai quy định này mà tình trạng đăng kí khai sinh muộn đã có chiều hướng giảm đáng kể. Tuy nhiên, đối với các xã miền núi, cư dân sống rải rác, địa hình đi lại khó khăn thì việc nắm bắt tình hình các sự kiện hộ tịch phát sinh trong cộng đồng dân cư cũng như việc triển khai đăng ký lưu động tại nơi ở của đồng bào còn gặp nhiều khó khăn và không thể thực hiện thường xuyên trong điều kiện mỗi cán bộ tư pháp xã phải đảm đương nhiều công việc. Do vậy, cần có chính sách hỗ trợ thêm cho các cán bộ tư pháp ở những địa bàn này, cũng như cần tăng cường đội thêm ngũ cán bộ.

** Về vấn đề cải chính hộ tịch*

Dân tộc Thái ở Lai Châu, Sơn La có tập quán người phụ nữ đi lấy chồng sẽ theo họ chồng. Hiện nay, những người con gái được học hành, có bằng cấp, khi đi lấy chồng thì thường vẫn giữ họ của bố mẹ đẻ, để thông tin về họ, tên cá nhân giống như trong các văn bằng đã được cấp. Những người con gái không được học hành, không có bằng cấp thì vẫn giữ tập quán là theo họ nhà chồng. Họ có đến cơ quan công an để được ghi vào sổ hộ khẩu theo họ mới và công an cũng căn cứ vào sổ hộ khẩu này để làm chứng minh thư. Tuy nhiên, những người này lại không làm thủ tục cải chính hộ tịch tại cơ quan tư pháp, dẫn đến tình trạng tên trong giấy tờ do cơ quan công an quản lý khác với tên trong hồ sơ do cơ quan hành chính tư pháp quản lý[193]. Điều này gây khó khăn cho các cơ quan quản lý cũng như cho chính người dân khi tham gia các quan hệ pháp luật.

** Về vấn đề đăng kí kết hôn*

Hoạt động quản lý về đăng kí kết hôn hiện vẫn gặp không ít khó khăn, đặc biệt là ở các vùng dân tộc thiểu số miền núi, nguyên nhân chủ yếu là do sự tác động từ một số tập quán lạc hậu về hôn nhân.

---

[192] Xem: Phạm Trọng Cường (2005), "Ảnh hưởng của phong tục, tập quán tới hiệu quả đăng kí khai sinh", Tạp chí Dân chủ và pháp luật, Số 1, tr.18 - tr.19.
[193] Bộ Tư pháp, Viện khoa học pháp lý (2018), tlđd, tr.102.

Ở một số dân tộc thiểu số, tập tục tảo hôn vẫn tồn tại. Việc nam, nữ lấy nhau sớm hơn độ tuổi pháp luật cho phép cũng đồng nghĩa với việc họ không thể đăng ký kết hôn. Khi họ sinh con, do không có giấy đăng ký kết hôn, nên thủ tục đăng kí khai sinh rất phức tạp, nhiều trường hợp cha, mẹ đứa trẻ không đưa ra được các minh chứng chứng minh quan hệ cha - con nên cán bộ đăng ký hộ tịch chỉ có thể đăng kí cho đứa trẻ mang họ mẹ[194]. Việc này dẫn đến nhiều trường hợp, người cha và gia đình hai bên phản đối, gây ra những căng thẳng nhất định giữa người dân và chính quyền.

Ngoài ra, tình trạng sống chung như vợ chồng nhưng không đăng ký kết hôn vẫn tồn tại, nguyên nhân chủ yếu là do một số dân tộc có tập quán cưới xin chỉ cần xin phép gia đình, dòng họ, già làng là được công nhận quan hệ vợ chồng. Vì vậy, họ không quan tâm đến đăng ký kết hôn tại CQNN. Mặc dù công tác tuyên truyền, phổ biến pháp luật về HN&GĐ vẫn được duy trì thường xuyên song chưa giải quyết được triệt để tình trạng này. Chẳng hạn, trong cộng đồng người Ê Đê ở Đắk Lắk, có rất ít cặp vợ chồng đăng kí kết hôn, chủ yếu họ chỉ làm thủ tục kết hôn theo tập quán. Số ít các cặp vợ chồng có đăng kí kết hôn là những cặp vợ chồng đang làm việc trong các CQNN hoặc những người có hiểu biết về xã hội, pháp luật và những người trẻ[195].

Việc không thực hiện được đăng kí kết hôn còn do tình trạng hôn nhân cận huyết. Theo thống kê, đa số các dân tộc thiểu số đều có tập quán cấm kết hôn với những người có cùng họ. Chẳng hạn, người Ê Đê ở Đắk Lắk, người K'Ho ở Lâm Đồng, người H'Mông ở Sơn La, người Khmer ở Sóc Trăng… đều cấm kết hôn với người cùng họ dù gần hay xa, cách nhau bao nhiêu đời cũng không được kết hôn với nhau. Nếu vi phạm thì bị coi là loạn luân và bị phạt rất nặng. Tuy nhiên, cũng theo tập quán này thì chỉ cần mang họ khác, dù cách rất ít thế hệ, vẫn được lấy nhau. Như vậy, đối với các dân tộc theo chế độ phụ hệ thì con chú, con bác không thể lấy nhau nhưng con cô con cậu hoặc con dì, già vẫn có thể lấy nhau. Ngược lại, đối với các dân tộc theo chế độ mẫu hệ thì con của dì, già không lấy được nhau nhưng con của chú, bác hoặc con của cô, cậu vẫn có thể lấy nhau. Do tập quán này, mà hôn nhân cận huyết hiện nay vẫn còn tồn tại ở một số dân tộc thiểu số, đặc biệt là những vùng hẻo lánh. Hôn nhân cận huyết thuộc trường hợp cấm kết hôn được quy định tại khoản 2 Điều 5 của Luật HN&GĐ 2014 nên không thể đăng kí kết hôn được.

---

[194] Xem các thủ tục cụ thể tại Điều 14 Thông tư 04/2020/TT-BTP.

[195] Tòa án nhân dân tỉnh Đắk Lắk (2017), Báo cáo tham luận: "Đánh giá pháp luật về tập quán và cơ chế áp dụng tập quán từ góc nhìn của ngành tòa án nhân dân", Tài liệu Tọa đàm: Các tập quán điển hình điều chỉnh quan hệ dân sự, thương mại, hôn nhân & gia đình ở Việt Nam và thực tiễn áp dụng của các cơ quan có thẩm quyền, Bộ Tư pháp, Viện khoa học pháp lý - Tòa án nhân dân tối cao, Tòa án nhân dân tỉnh Đắk Lắk, tr.3 của bài viết.

Việc thống kê các trường hợp tảo hôn, hôn nhân thực tế, hôn nhân cận huyết tại các địa phương hiện nay chưa được thực hiện đủ. Do đó, để hướng tới xóa bỏ tình trạng này thì các CQNN ở địa phương cần có sự phối hợp, rà soát để có các số liệu thực tế, từ đó, có các biện pháp phù hợp như tăng cường, mở rộng tuyên truyền pháp luật về HN&GĐ để người dân nhận thức rõ về vấn đề này và không thực hiện theo các tập quán lạc hậu; đối với các trường hợp tảo hôn, hôn nhân thực tế mà đủ điều kiện đăng kí thì tiến hành đăng kí cho người dân[196]; đối với trường hợp kết hôn cận huyết (nếu đã thực hiện việc đăng kí kết hôn tại CQNN) thì phải có yêu cầu Tòa án tuyên bố hủy hôn nhân trái pháp luật.

3.2 1.2. Thực tiễn áp dụng tập quán trong hòa giải ở cơ sở

Trong các cộng đồng làng xã cổ truyền, người Việt quen sống với các mối quan hệ gia đình, dòng tộc, làng, xóm ràng buộc nhau một cách chặt chẽ, do đó, người dân rất coi trọng tình làng, nghĩa xóm, "tối lửa tắt đèn có nhau". Nếu có mâu thuẫn, tranh chấp giữa các thành viên trong gia đình, dòng họ, làng, xóm thì họ chủ trương "đóng cửa bảo nhau", "chín bỏ làm mười", xóa bỏ bất đồng, mâu thuẫn, xây dựng cộng đồng hòa thuận, yên vui, hạnh phúc. Truyền thống đó ngày nay vẫn được lưu giữ. Vì vậy, hòa giải được xem là phương án tối ưu để giải quyết mâu thuẫn, tranh chấp trong cộng đồng. Chính vì lẽ đó, Đảng và Nhà nước ta luôn quan tâm đến công tác hoà giải, đã có những chính sách phù hợp nhằm duy trì, củng cố và phát triển công tác hoà giải, tạo cơ sở pháp lý cho công tác này không ngừng phát triển và phát huy tác dụng tích cực đối với đời sống.

Điều 2 Luật Hòa giải ở cơ sở năm 2013 quy định: "*Hòa giải ở cơ sở là việc hòa giải viên hướng dẫn, giúp đỡ các bên đạt được thỏa thuận, tự nguyện giải quyết với nhau các mâu thuẫn, tranh chấp, vi phạm pháp luật theo quy định của Luật này*". Thông qua hoạt động hòa giải, các bên tranh chấp đạt được thỏa thuận, tự nguyện giải quyết với nhau các mâu thuẫn, tranh chấp, vi phạm pháp luật nhỏ nhằm giữ gìn đoàn kết, củng cố phát huy những tình cảm, truyền thống tốt đẹp trong gia đình và cộng đồng dân cư, phòng ngừa, hạn chế vi phạm pháp luật, bảo đảm trật tự an toàn xã hội trong cộng đồng dân cư.

---

[196] Về độ tuổi kết hôn pháp luật nhiều nước không quy định cứng nhắc trong mọi trường hợp, mà có sự mềm dẻo nhất định trong các trường hợp đặc biệt. Khi giải quyết một vụ việc cụ thể, các chủ thể có thẩm quyền sẽ xem xét để hiểu rõ tâm tư, nguyện vọng của các đương sự, từ đó, đưa ra hướng giải quyết thấu tình, đạt lý. Chẳng hạn, Điều 1448 BLDS và Thương mại năm 1956 của Thái Lan quy định: "*việc đính hôn chỉ có thể được thực hiện khi người đàn ông và người đàn bà đã đủ 17 tuổi. Nhưng Tòa án có thể, trong trường hợp có lý do chính đáng, cho phép họ kết hôn trước tuổi 17*"; Luật Hôn nhân năm 1987 của Thụy Điển quy định tuổi kết hôn của nam, nữ là từ đủ 18 tuổi, nhưng Tòa án có thể công nhận việc kết hôn của người dưới 18 tuổi nếu có lý do chính đáng. Đây là vấn đề mà theo chúng tôi Việt Nam cũng cần cân nhắc để học hỏi, hoàn thiện pháp luật về HN&GĐ.

Hòa giải ở cơ sở là hoạt động gắn với việc giải quyết các mâu thuẫn, tranh chấp, vi phạm pháp luật xảy ra ở cơ sở nên khi giải quyết, để đạt được sự đồng thuận của các bên không thể không xem xét áp dụng các tập quán của địa phương. Theo khoản 3 Điều 21 Luật Hòa giải ở cơ sở năm 2013: "*Tùy thuộc vào vụ, việc cụ thể, trên cơ sở quy định của pháp luật, đạo đức xã hội, phong tục, tập quán tốt đẹp của nhân dân, hòa giải viên áp dụng các biện pháp thích hợp nhằm giúp các bên hiểu rõ về quyền lợi, trách nhiệm của mỗi bên trong vụ, việc để các bên thỏa thuận việc giải quyết các mâu thuẫn, tranh chấp và tự nguyện thực hiện thỏa thuận đó*".

Việc hòa giải ở cơ sở thường được thực hiện thông qua hai hình thức là: thông qua hệ thống tổ hòa giải ở cơ sở với các hòa giải viên do Nhà nước công nhận; và thông qua các thiết chế của làng, bản mà chủ yếu là già làng và những người có uy tín trong cộng đồng. Tại nhiều địa phương, không có sự phân biệt rạch ròi giữa hai hình thức hòa giải này, bởi già làng, trưởng bản đồng thời cũng có thể tham gia vào các tổ hòa giải ở cơ sở.

Theo số liệu báo cáo của 63 tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương, tính từ năm 2014 đến năm 2019, hòa giải viên cả nước đã hòa giải thành 707.945/875.312 vụ việc tiến hành hòa giải (đạt tỷ lệ 80,9%)[197]. Việc kịp thời hòa giải những tranh chấp, bất đồng ngay từ khi mới phát sinh trong cộng đồng dân cư đã giải quyết dứt điểm mâu thuẫn, tranh chấp, xóa bỏ bất đồng, hận thù với nhau; không để tranh chấp kéo dài, khó xử lý và không dẫn đến tình trạng khiếu kiện ra CQNN, khiếu kiện vượt cấp; từ đó, góp phần giữ gìn trật tự, an toàn xã hội, xây dựng khối đoàn kết cộng đồng bền vững. Ngoài ra, việc hòa giải thành tại cơ sở còn có ý nghĩa rất lớn đối với việc tiết kiệm thời gian, công sức, tiền bạc của nhân dân và Nhà nước.

Các cán bộ ở địa phương và các hòa giải viên cho biết, việc hòa giải ở cơ sở thường dựa vào tập quán tồn tại trong cộng đồng. Tuy nhiên, không phải lúc nào việc hòa giải cũng dựa vào các tập quán cụ thể. Nhiều trường hợp, các hòa giải viên sẽ khuyên giải các bên tranh chấp dựa vào tình làng nghĩa xóm, mối quan hệ tốt đẹp giữa những người dân trong cộng đồng để hóa giải tranh chấp. Một số hòa giải viên là người dân tộc thiểu số dựa vào những quy tắc chung chung, chẳng hạn như quy tắc của người Giáy "pó má peo, pó má láy" nghĩa là cái gì sai thì cái đó phải chịu để phân xử. Một số trường hợp khác, các già làng hoặc người đứng đầu dòng họ cũng có thể áp dụng các tập quán cụ thể để xử lý vụ việc tranh chấp. Hình thức phạt có thể là phạt bò, heo hoặc

[197] Vụ Phổ biến, giáo dục pháp luật - Bộ Tư pháp, https://pbgdpl.moj.gov.vn/qt/tintuc/Pages/trao-doi-kinh-nghiem.aspx?ItemID=106 - Truy cập ngày 20/6/2021.

đi làm công ích cho làng... Sau khi đã hòa giải thành, không bên nào được thắc mắc lại sự việc, nếu bên nào thắc mắc lại sẽ bị phạt gấp đôi[198].

Cụ thể, thực tiễn áp dụng tập quán trong công tác hòa giải ở cơ sở tại một số địa phương như sau:

Tại Lai Châu, theo số liệu thống kê của Sở Tư pháp, năm 2020, các tổ hòa giải trên địa bàn tỉnh đã tiếp nhận và giải quyết 1412 vụ việc, trong đó, đã hòa giải thành công 1183 vụ, đạt 83,78%[199]. Theo các cán bộ địa phương thì nhiều trường hợp tranh chấp giải quyết bằng tập quán có hiệu quả tốt hơn áp dụng quy định của pháp luật. Các tranh chấp về dân sự tại Tòa án mà đương sự là người dân tộc thiểu số rất ít. Khi có tranh chấp về đất đai, HN&GĐ, người dân thường mời già làng, trưởng bản đến để các bên hoà giải, ít khi đưa ra Toà án[200]. Các CQNN cũng cho biết, việc áp dụng tập quán vào giải quyết tranh chấp ở cơ sở có tác dụng rất lớn. Trong các tranh chấp đất đai, theo tập quán ai khai phá, canh tác trước thì đất sẽ thuộc về người đó. Hiện nay, mặc dù phần lớn đất đai đã có sổ nhưng vẫn còn tồn tại những trường hợp trên thực tế chưa cấp hết, nếu có tranh chấp thì vẫn dựa vào tập quán để hoà giải. Chẳng hạn, trường hợp tranh chấp đất nương giữa người cháu và người chú dượng ở Lai Châu. Người chú dượng bỏ đi một thời gian, theo Luật Đất đai thì đất nương trở thành vô chủ và người cháu chiếm giữ, sử dụng. Tuy nhiên, cán bộ hòa giải tại cơ sở đã giải thích cho người cháu và đưa ra cộng đồng phân xử. Người chú được cộng đồng ủng hộ, và các cán bộ hòa giải đã thuyết phục người cháu trả lại đất cho chú.

Tại Gia Lai, toàn tỉnh hiện có 2.164 tổ hòa giải với 11.919 hòa giải viên. Trong đó hòa giải viên là người dân tộc thiểu số, già làng, trưởng bản, người có uy tín trong cộng đồng dân cư là 5.714 người (chiếm 48%). Từ số liệu này cho thấy tỉ lệ hòa giải viên là người dân tộc thiểu số chiếm số lượng lớn, đảm bảo yêu cầu của Luật Hòa giải ở cơ sở[201]. Trong quá trình hòa giải, các hòa giải viên thường xuyên áp dụng tập quán. Theo báo cáo của chính quyền địa phương, từ năm 2011 đến 2015 tỉnh Gia Lai đã tiếp nhận 9.517 vụ việc hòa giải trong đó phần lớn các vụ việc đã được hòa giải thành với 8.114 vụ việc, chiếm 85,25%. Các huyện có nhiều vụ, việc vận dụng tập quán để hòa giải thành là Ia Grai (668 vụ việc), Đức Cơ (581 vụ việc), Đak Pơ (376 vụ việc), Phú Thiện (257 vụ việc), Kong Chro (233 vụ việc), Chư Pưh (183 vụ việc), thị xã Ayunpa (56 vụ việc)... Các tập quán thường được áp dụng như tập quán xác định quyền sở hữu,

---

[198] Xem: Bộ Tư pháp, Viện khoa học pháp lý (2018), tlđd, tr.104.
[199] https://pbgdpl.moj.gov.vn/qt/tintuc/Pages/hoat-dong-pgbdpldp.aspx?ItemID=2598 - Truy cập ngày 20/6/2021.
[200] Theo chia sẻ của một thẩm phán tại TAND tỉnh Lai Châu.
[201] Xem Điều 12 Luật Hòa giải ở cơ sở năm 2013.

ranh giới đất, tập quán xác định chủ sở hữu đối với vật nuôi thả rông… Việc xác định ranh giới đất giữa các buôn, bản thường dựa theo các mốc giới tự nhiên như sườn đồi, dòng nước, khe suối. Còn giữa các hộ gia đình thì thường do các bên thỏa thuận và thống nhất tự cắm mốc bằng cách chôn sâu các hòn đá hoặc trồng cây trên phân ranh giới đất. Nếu có tranh chấp, các bên sẽ mời những người hàng xóm, già làng, trưởng bản để giúp chỉ ranh giới rồi hoà giải. Đối với tranh chấp vật nuôi được chăn thả rông, tập quán được áp dụng thường là theo nguyên tắc "mẹ nào, con nấy". Tức là, con nghé, con bê, đàn lợn… vừa sinh ra hoặc đã lớn đi theo con mẹ nào thì xác định con mà nó đi theo là mẹ và con mẹ thuộc đàn nhà ai thì đương nhiên con mà nó đi theo thuộc nhà đó. Theo các cán bộ địa phương, đây là một tập quán rất khoa học, dựa trên bản năng của động vật và nằm ngoài ý chí của con người, cách xác định này có thể giúp ngăn chặn được những hành vi trái pháp luật muốn chiếm đoạt tài sản của người khác[202].

Tại Kon Tum, các hòa giải viên ở cơ sở thường áp dụng tập quán, kết hợp với các quy định của pháp luật để giải quyết các tranh chấp tại cộng đồng[203]. Kết quả hòa giải thường được các bên tự giác chấp hành vì đã áp dụng tập quán, đúng với mong muốn, nguyện vọng của các bên. Các hòa giải viên ở cơ sở là người sinh sống cùng làng, bản với các bên nên họ phần nào biết được nguyên nhân của việc tranh chấp, nắm được các tập quán tại địa phương liên quan đến vụ việc để áp dụng khi hòa giải nên việc hòa giải khá thuận lợi.

Tại Đắk Lắk hiện có 2.501 tổ hòa giải với 15.024 hòa giải viên, 100% thôn, buôn, tổ dân phố đều có tổ hòa giải; tỷ lệ hòa giải thành công ở nhiều đơn vị đạt trên 80%[204]. Trên thực tế, khi xảy ra tranh chấp liên quan tới HN&GĐ hoặc gây thiệt hại cho sức khoẻ thì trước khi nhờ chính quyền giải quyết, các bên tranh chấp thường nhờ hai bên gia đình hoặc già làng, trưởng thôn, buôn giải quyết bằng con đường hoà giải. Khi hòa giải, các hòa giải viên có thể kết hợp áp dụng các quy định pháp luật và các tập quán tốt đẹp của cộng đồng để giải thích, hướng dẫn, thuyết phục các bên, giúp họ hiểu được quyền và nghĩa vụ của mình, để họ tự lựa chọn, tự dàn xếp ổn thỏa với nhau mâu thuẫn, tranh chấp. Chẳng hạn, trong lĩnh vực HN&GĐ, người Ê Đê có tập quán coi trọng việc "vợ, chồng kết hôn ăn ở bền vững, không bỏ nhau" hoặc nhấn mạnh trách

---

[202] Xem: Bộ Tư pháp, Viện khoa học pháp lý (2018), tlđd, tr.105 - tr.106.

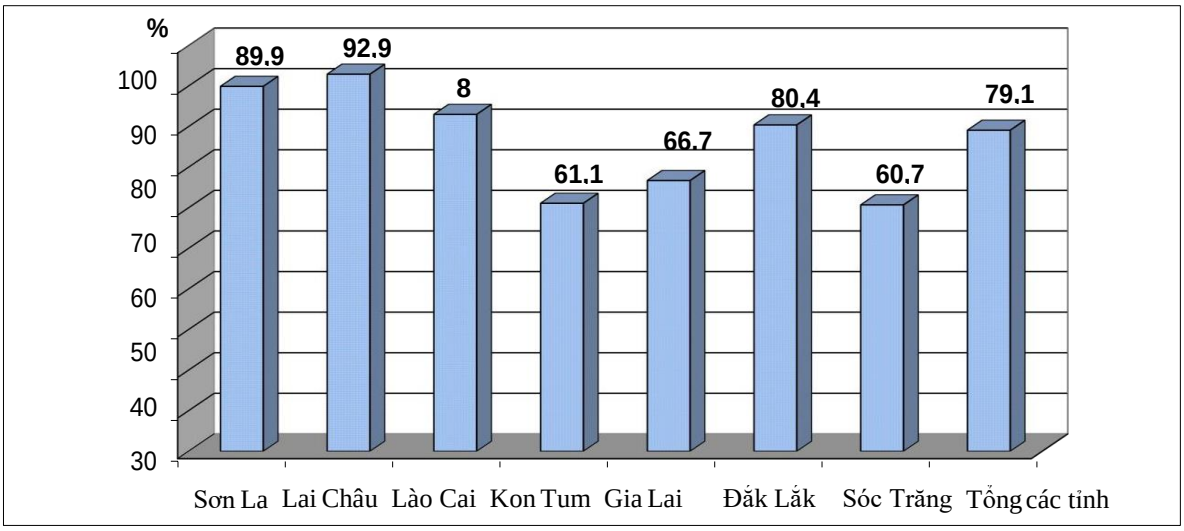
[203] Theo báo cáo của Sở Tư pháp tỉnh Kon Tum, từ năm 2011 đến năm 2015 thì đa số các vụ việc hòa giải ở cơ sở đã áp dụng tập quán để giúp các bên giải quyết các tranh chấp. Cụ thể, số vụ hòa giải ở cơ sở có áp dụng tập quán trên tổng số vụ được hòa giải là: năm 2011 có 365/886 vụ (chiếm 42%); năm 2012 có 423/596 vụ (chiếm 71%); năm 2013 có 312/601 vụ (chiếm 52%); năm 2014 có 415/670 vụ (chiếm 62%); năm 2015 có 309/808 (chiếm 38%).

[204] http://baodaklak.vn/channel/3485/202006/nhung-bat-cap-trong-cong-tac-hoa-giai-o-co-so-5688324/ - Truy cập ngày 20/6/2021.

nhiệm của các con đối với cha mẹ, không được có cử chỉ bất kính, phải vâng lời cha, mẹ, có trách nhiệm chăm sóc ông, bà, cha, mẹ. Nếu vi phạm các quy tắc này thì có thể bị mất quyền thừa kế tài sản.

Theo số liệu khảo sát về công tác hòa giải ở cơ sở: Khi hỏi tổng số 320 cán bộ phụ trách công tác tư pháp tại UBND các xã, có 253 cán bộ cho biết các hòa giải viên ở cơ sở thường áp dụng tập quán để hòa giải (chiếm 79,1% trong tổng số người được hỏi), trong đó, các tỉnh có con số này ở mức cao là: Lai Châu (92,9%), Sơn La (89,8%), Lào Cai (83%) và Đắk Lắk (80,4%); tại các tỉnh Kon Tum, Gia Lai và Sóc Trăng, con số này đều chỉ xấp xỉ 60% trong số người được hỏi (xem Biểu đồ số 3.1). Loại vụ việc thường được các hòa giải viên ở cơ sở áp dụng tập quán trong giải quyết tranh chấp là các tranh chấp về HN&GĐ (chiếm 69,6% trong tổng số 237 người được hỏi)[205].

Biểu đồ 3.1: Tỷ lệ cán bộ ở UBND xã cho biết các hòa giải viên ở cơ sở có áp dụng tập quán trong giải quyết tranh chấp



Nguồn: Dự án điều tra cơ bản: Các tập quán điển hình điều chỉnh quan hệ dân sự, thương mại, hôn nhân và gia đình ở Việt Nam và thực tiễn áp dụng của các cơ quan có thẩm quyền, Báo cáo tổng hợp kết quả nhiệm vụ, Bộ Tư pháp, Viện Khoa học pháp lý, 2018.

Có thể nói, hiện nay tập quán được áp dụng khá phổ biến trong hoạt động hòa giải ở cơ sở. Việc áp dụng tập quán trong hòa giải ở cơ sở có ý nghĩa quan trọng khi giải quyết các tranh chấp phát sinh trong gia đình, cộng đồng dân cư, từ đó, khôi phục, duy trì, củng cố tình đoàn kết trong nhân dân, đảm bảo an ninh, trật tự an toàn xã hội. Ngoài ra, hòa giải ở cơ sở còn góp phần phát huy quyền làm chủ của nhân dân trong

[205] Bộ Tư pháp, Viện khoa học pháp lý (2018), tlđd, tr.107.

QLXH ở địa phương, bởi đặc trưng cơ bản của hòa giải là bảo đảm quyền tự định đoạt của các bên trong giải quyết tranh chấp, mâu thuẫn.

2.2.1.3. Thực tiễn áp dụng tập quán trong công tác xét xử của Tòa án

Việc áp dụng tập quán trong công tác xét xử của Tòa án trong thời gian qua không nhiều, tuy nhiên, số các bản án, quyết định có áp dụng tập quán trong giải quyết một số vấn đề cụ thể của các vụ việc không phải là ít và có xu hướng tăng lên.

Nhận định chung về vấn đề áp dụng tập quán trong xét xử, nhiều Thẩm phán cho rằng tập quán có ảnh hưởng nhất định đến hoạt động xét xử. Trong hoạt động xét xử, các thẩm phán cũng có ý thức tìm hiểu các tập quán có liên quan đến vụ việc cần giải quyết để cân nhắc và đưa ra quyết định phù hợp. Tuy nhiên, các thẩm phán cũng cho rằng, áp dụng tập quán là vấn đề hết sức phức tạp. Bản thân các thẩm phán chưa có quan điểm nhất quán về áp dụng tập quán[206]. Một mặt, các thẩm phán khẳng định phải căn cứ vào quy định pháp luật khi xét xử để đảm bảo tính thượng tôn của pháp luật. Các tập quán được áp dụng phải phù hợp với quy định pháp luật. Trong trường hợp tập quán không phù hợp với quy định pháp luật thì phải áp dụng quy định pháp luật. Mặt khác, các thẩm phán cũng cho rằng, cần cân nhắc áp dụng tập quán trong quá trình xét xử để đảm bảo bản án "*hợp tình, hợp lý*". Có thể nói, yêu cầu về tính hợp tình, hợp lý chính là yếu tố được đề cao trong quá trình xét xử của các thẩm phán. Yêu cầu này khiến một số Thẩm phán có quan niệm khá mềm dẻo về cách thức áp dụng tập quán.

Hiện nay, nhìn chung phần lớn các vụ, việc được đưa ra xét xử tại Tòa án có liên quan đến tập quán xảy ra ở các vùng có đông đồng bào dân tộc thiểu số. Các vụ việc phát sinh có liên quán đến tập quán khá đa dạng, bao gồm cả những vụ việc dân sự và hình sự. Có thể kể đến một số vụ việc đã được các thẩm phán chia sẻ như:

- *Vụ việc phát sinh từ tập quán phạt khi vợ, chồng có hành vi ngoại tình hoặc khi ly hôn*

Tập quán của người Ê Đê, Bana, J'Rai ở Gia Lai khi ly hôn người vợ được

---

[206] Khi được hỏi ý kiến về vấn đề áp dụng tập quán, một số thẩm phán đã chia sẻ:

- Theo Chánh án TAND Thành phố Nha Trang thì trong quá trình công tác, đồng chí chưa gặp trường hợp nào cần áp dụng tập quán nhưng nếu gặp thì sẽ sẵn sàng áp dụng;
- Theo Phó Chánh án TAND Huyện Yên Định, tỉnh Thanh Hóa chia sẻ, nếu gặp trường hợp pháp luật không quy định thì cũng không dám áp dụng tập quán vì e ngại bản án sau đó sẽ bị Tòa án cấp cao hơn hủy án. Cũng theo đồng chí, tập quán chỉ được áp dụng trong hòa giải ở vùng sâu, vùng xa;
- Theo nguyên Phó Chánh án TAND tỉnh Quảng Ninh thì từ năm 2004 - 2019 đồng chí chưa áp dụng tập quán lần nào và thường nếu cần áp dụng tập quán thì sẽ xin ý kiến chỉ đạo từ TAND tối cao;
- Theo đồng chí Phó phòng Giám đốc thẩm án DS - KDTM, TAND tối cao thì trong quá trình công tác đồng chí chủ yếu gặp các trường hợp tập quán thương mại quốc tế được áp dụng trong các quan hệ kinh doanh, thương mại có yếu tố nước ngoài. Chưa gặp trường hợp nào áp dụng tập quán trong nước.
- Theo Chánh án Tòa án Quân sự Trung ương thì khi gặp trường hợp pháp luật không quy định thì sẽ áp dụng lẽ công bằng.

hưởng hết tài sản và bên nào có lỗi thì bị phạt. Chẳng hạn, người Ê Đê ở Gia Lai có tập quán là lập hôn ước khi kết hôn, nếu bên nào vi phạm hôn ước sẽ bị phạt, có thể đến hàng chục con trâu, bò. Tương tự, theo tập quán của người Ê Đê ở Đắk Lắk, nếu người vợ hoặc chồng đi ngoại tình với người khác đã có vợ hoặc chồng thì phải chịu bồi thường danh dự cho người chồng hoặc vợ của mình và người chồng hoặc vợ của người tình. Nếu vợ hoặc chồng đi ngoại tình với người chưa có vợ hoặc chồng thì hai người đang ngoại tình phải chịu bồi thường danh dự cho người chồng hoặc người vợ kia. Nếu chồng bỏ vợ không có lý do chính đáng thì phải hoàn trả lại gấp đôi các khoản thách cưới, sính lễ đã nhận, đồng thời phải cúng cho vợ 01 con heo và 01 số tiền (do hai bên thỏa thuận) để bồi thường danh dự cho vợ. Nếu vợ bỏ chồng không có lý do chính đáng thì toàn bộ các khoản thách cưới, sính lễ cưới đã đưa cho nhà trai sẽ mất hoàn toàn, đồng thời phải cúng cho chồng 01 con heo và 01 số tiền (do hai bên thỏa thuận) để bồi thường danh dự cho chồng. Nếu hai vợ chồng thuận tình ly hôn thì hai bên không bị phạt. Thông thường, việc phạt này được thực hiện theo giao kèo khi cưới và được lập thành văn bản[207]. Những tập quán này hoàn toàn khác với quy định pháp luật, do vậy, khi xét xử Thẩm phán phải có sự cân nhắc áp dụng tập quán nhằm đảm bảo tính khả thi của bản án sau khi được tuyên. Thông thường Tòa án chỉ giải quyết về phần hôn nhân, còn phần phạt các bên tự thỏa thuận hoặc về già làng, trưởng bản phân xử theo tập quán[208]. Tương tự, tại Lâm Đồng, trong cộng đồng các dân tộc K'Ho, Mạ, Chu ru cũng có tập quán phạt vạ khi ly hôn, đặc biệt hành vi ngoại tình được xác định là một tội lớn và khi ly hôn sẽ bị trừng phạt rất nặng nề[209]. Người bị phạt phải lấy tài sản của dòng họ mình để nộp phạt chứ không được lấy tài sản chung của vợ chồng.

Theo tập quán của người H'Mông ở Điện Biên, Sơn La, nếu ngoại tình với vợ người khác thì ngoài việc bị chồng của người vợ đánh, còn bị phạt bốn nén bạc trắng, một con lợn đãi làng. Đối với người Dao ở Lai Châu, con gái mà bỏ chồng thì sẽ không được chia tài sản gì. Người Thái ở Tây Bắc (Điện Biên, Hòa Bình, Sơn La) có tập quán vợ bỏ chồng thì nhà gái phải đền tiền cho nhà trai. Nếu nhà gái không thực hiện đúng theo tập quán thì người vợ không được phép ly hôn chồng[210]. Tập quán này đã gây cản trở việc thực hiện quyền nhân thân cơ bản của người vợ.

---

[207] Theo chia sẻ của Chủ tịch UBND xã Ea Ktur, huyện Cư Kuin, tỉnh Đắk Lắk.
[208] Xem: Bộ Tư pháp, Viện khoa học pháp lý (2018), tlđd, tr.108.
[209] Ban Dân tộc, UBND tỉnh Lâm Đồng (2017), Báo cáo tham luận: Phong tục tập quán của cộng đồng dân tộc trên địa bàn tỉnh Lâm Đồng và ảnh hưởng của các phong tục, tập, tập quán trong đời sống, Tài liệu Hội thảo cấp tỉnh về: "Các tập quán điển hình điều chỉnh quan hệ dân sự, thương mại, hôn nhân & gia đình và thực tiễn áp dụng của các cơ quan có thẩm quyền, Viện khoa học pháp lý, Bộ Tư pháp, tr.4 của bài viết.
[210] Xem: Tạ Thị Tâm (2016), tlđd, tr.6 của bài viết.

- *Vụ việc phát sinh từ tập quán yêu cầu sính lễ khi cưới hỏi:*

Thực tiễn cho thấy, đã có không ít các tranh chấp liên quan đến sính lễ khi cưới hỏi xảy ra ở khắp các tỉnh Bắc - Trung - Nam. Các thẩm phán cũng cho biết, Tòa án đã thụ lý giải quyết nhiều vụ việc phát sinh từ tập quán yêu cầu sính lễ khi cưới hỏi.

Tại Lào Cai, thẩm phán chia sẻ về một vụ án cướp tài sản liên quan đến sính lễ. Cụ thể, khi hủy hôn, bên nhà trai đòi lại sính lễ nhưng nhà gái không trả. Nhà trai đã tổ chức cướp lại sính lễ. Những người cướp sính lễ sau đó bị truy tố về tội cướp tài sản. Rõ ràng, hành vi cướp lại sính lễ là hành vi vi phạm pháp luật. Tại Sơn La, các thẩm phán cho biết người Thái tại huyện Mường La cũng có tập quán về sính lễ trước khi cưới. Người đàn ông chuẩn bị lấy vợ phải chuẩn bị sính lễ là hom tóc, trâm cài tóc, đôi vòng tay. Người phụ nữ sau khi lấy chồng thì phải tằng cẩu bằng các đồ vật này và theo quan niệm của người Thái chúng còn có giá trị cao hơn cả giấy đăng ký kết hôn. Các đồ vật này đối với các gia đình người Thái ít có giá trị về vật chất nhưng có ý nghĩa rất cao về mặt tinh thần. Nhiều trường hợp, hom tóc là tài sản mà người mẹ phải tích cóp rất lâu mới đủ cho con trai đi lấy vợ. Các gia đình ngầm hiểu rằng khi ly hôn thì người phụ nữ phải trả lại cho gia đình nhà chồng. Đây cũng là vấn đề gây tranh cãi giữa các thẩm phán. Có Thẩm phán cho rằng, Tòa án không có cơ sở để chấp nhận yêu cầu này, vì đây là quan hệ tặng cho theo pháp luật dân sự. Tuy nhiên, cũng có Thẩm phán cho rằng, có thể coi đó là hợp đồng tặng cho có điều kiện và điều kiện ở đây là quan hệ hôn nhân. Nếu quan hệ hôn nhân không tồn tại thì điều kiện không thỏa mãn và phải trả lại. Trên thực tế, để giải quyết những vụ việc như vậy, Thẩm phán thường hướng dẫn các bên trả lại cho nhau nhưng không ghi vào bản án, cũng không ghi vào biên bản hoà giải thành mà chỉ căn dặn các bên tự nguyện thực hiện, không kháng cáo[211].

Tại tỉnh Sóc Trăng, người dân có tập quán: "*Tặng cho tài sản ngày đính hôn*". Tại ngày lễ đính hôn, nhà trai qua nhà gái tặng cho cô dâu nữ trang và các tài sản khác. Sau khi đính hôn, do phát sinh mâu thuẫn giữa hai gia đình với với nhau (vì nhiều lý do), dẫn đến nhà gái từ chối việc cưới thì phía nhà trai có thể yêu cầu nhà gái hoàn trả nữ trang và tài sản khác đã tặng cho vào ngày đính hôn, nhưng nhà gái có thể không chịu trả, từ đó, phát sinh tranh chấp. Theo tập quán, đôi bông tai mà nhà trai tặng cho cô dâu ngày đính hôn tượng trưng cho cái "duyên" của người con gái nên khi giải quyết tranh chấp, Tòa án áp dụng tập quán để quyết định không buộc cô dâu phải trả lại bông tai cho nhà trai[212].

---

[211] Xem: Bộ Tư pháp, Viện khoa học pháp lý (2018), tlđd, tr.109.

[212] Tòa Dân sự, TAND tỉnh Sóc Trăng (2017), "Vấn đề xem xét áp dụng tập quán trong công tác giải quyết các vụ

Tại Lai Châu, Thẩm phán cũng cho biết, khi giải quyết ly hôn có nhiều trường hợp các bên có yêu cầu đòi tiền sính lễ, đền bù tuổi thanh xuân... Tuy nhiên, nhiều trường hợp, yêu cầu của các bên bị Tòa án bác bỏ, như yêu cầu đền bù tuổi thanh xuân vì không có cơ sở pháp lý.

- Vụ việc phát sinh từ tập quán con trai phải ở với bố, con gái phải ở với mẹ theo tập quán của các dân tộc theo chế độ phụ hệ; hoặc tập quán con theo mẹ của các dân tộc theo chế độ mẫu hệ.

Các thẩm phán ở Sơn La, Lai Châu, Lào Cai cho biết, người H'Mông và một số dân tộc ở khu vực Tây Bắc có tập quán, khi ly hôn thì con trai theo bố, con gái theo mẹ và đây cũng là yêu cầu mà các bên đưa ra tại Tòa án trong những vụ xét xử ly hôn. Yêu cầu này có những trường hợp không phù hợp với pháp luật vì theo quy định của Luật HN&GĐ thì con dưới 36 tháng tuổi, bất kể là trai hay gái đều được giao cho mẹ trực tiếp nuôi dưỡng để đảm sự chăm sóc tốt nhất cho đứa trẻ[213].

Cũng liên quan đến vấn đề con ở với ai khi bố mẹ ly hôn, người Ê Đê ở Đắk Lắk theo chế độ mẫu hệ, khi ly hôn, theo tập quán các con đều ở với mẹ, người mẹ có trách nhiệm tiếp tục chăm sóc, nuôi dưỡng các con cho đến khi các con trưởng thành. Người cha không được quyền xin thay đổi người trực tiếp nuôi con. Về vấn đề cấp dưỡng, theo tập quán, người cha có trách nhiệm nuôi con, nhưng phải trợ cấp một lần bằng hiện vật hoặc bằng tiền, không có quy định trợ cấp hàng tháng[214]. Khi giải quyết vụ án ly hôn có tranh chấp về quyền nuôi con hoặc có yêu cầu về cấp dưỡng như vậy thì Thẩm phán cũng phải giải thích để các bên hiểu quy định của Luật HN&GĐ về vấn đề này, từ đó, đưa ra phán quyết hợp tình, hợp lí.

Ở huyện Lạc Dương tỉnh Lâm Đồng, các thẩm phán cho biết, cộng đồng người dân tộc thiểu số (trừ các dân tộc thiểu số vùng khác di cư đến) đều theo chế độ mẫu hệ, khi ly hôn con sẽ do mẹ nuôi dưỡng, người cha sau khi ly hôn sẽ về ở với gia đình bố mẹ đẻ, không có trách nhiệm gì đối với việc chăm sóc, giáo dục con[215]. Điều này là trái với các quy định của Luật HN&GĐ về nghĩa vụ nuôi dưỡng, chăm sóc con của cha, mẹ. Do vậy, khi giải quyết ly hôn, dù người mẹ không có yêu cầu về cấp dưỡng, Tòa án cũng phải giải thích cho các bên hiểu đây là quyền của con và xem xét điều kiện của

---

việc dân sự của Tòa án nhân dân", Tài liệu tọa đàm: "Các tập quán điển hình điều chỉnh quan hệ dân sự, thương mại, hôn nhân và gia đình và thực tiễn áp dụng của cơ quan nhà nước có thẩm quyền".

[213] Khoản 3 Điều 81 Luật HN&GĐ năm 2014 quy định: "*Con dưới 36 tháng tuổi được giao cho mẹ trực tiếp nuôi, trừ trường hợp người mẹ không đủ điều kiện để trực tiếp trông nom, chăm sóc, nuôi dưỡng, giáo dục con hoặc cha mẹ có thỏa thuận khác phù hợp với lợi ích của con*".

[214] Tòa án nhân dân tỉnh Đắk Lắk (2017), tlđd, tr.3 của bài viết.

[215] TAND tỉnh Lâm Đồng (2017), Tham luận: Thực tiễn áp dụng tập quán trong công tác giải quyết các vụ việc dân sự của Tòa án nhân dân tỉnh Lâm Đồng.

người mẹ xem có đủ khả năng nuôi dưỡng tốt nhất cho con hay không; nếu người mẹ có khó khăn về kinh tế thì người cha phải cấp dưỡng để đảm bảo quyền lợi cho con.

Hiện nay, trong các cộng đồng dân tộc thiểu số, già làng, người có uy tín, trưởng họ… vẫn có vai trò quan trọng trong cộng đồng, họ là những người dẫn dắt, định hướng cho cách ứng xử của cộng đồng. Chính vì vậy, trong quá trình giải quyết các tranh chấp nói chung, tranh chấp về HN&GĐ nói riêng, tiếng nói của những người này rất có giá trị. Khi giải quyết các tranh chấp, Thẩm phán thường phối hợp, tranh thủ ý kiến của già làng, người có uy tín, trưởng họ… trong việc hòa giải, phân tích phải trái cho các bên, qua đó, một mặt giúp các bên hòa giải thành công, mặt khác tuyên truyền, phổ biến pháp luật cho người dân.

- *Vụ việc phát sinh từ tập quán về thừa kế:*

Các dân tộc có các tập quán phân chia thừa kế khác nhau. Ở các dân tộc theo chế độ phụ hệ thì tài sản thừa kế thuộc về người chồng hoặc gia đình chồng, trường hợp cha mẹ chết thì chỉ con trai được hưởng di sản. Chẳng hạn, theo người Dao đỏ ở Lào Cai, di sản của cha mẹ sẽ chia cho con cả 1/3, còn lại chia cho các con trai khác, con gái không được hưởng. Tương tự, người Thái ở Hòa Bình, Điện Biên, Sơn La có tập quán chỉ con trai mới có quyền thừa kế tài sản của cha mẹ, con gái chỉ được hưởng của hồi môn. Ở một vài nơi còn có quy định, di sản được chia cho anh hơn em một đơn vị. Chẳng hạn, chia ruộng cho anh cả 10 bó mạ, anh hai 9 bó mạ, anh ba 8 bó mạ… Nếu người chết tuyệt tự (không có con trai nối dõi) họ hàng cùng một ông tổ bảy đời chia nhau tài sản. Ở huyện Mai Châu (Hòa Bình) trưởng bản thu sẽ hết tài sản của người chết nếu người chết chỉ có con gái, bản mường còn phạt vạ vì tội tuyệt tự[216]. Ở các dân tộc theo chế độ mẫu hệ thì xác định tài sản thừa kế thuộc về vợ hoặc gia đình vợ, trường hợp cha mẹ chết thì chỉ con gái được hưởng di sản, con trai không được hưởng. Chẳng hạn, theo tập quán của người Ê Đê ở Đắk Lắk, trường hợp người chồng chết trước, nếu cha mẹ của người chồng còn sống thì cha mẹ được hưởng một phần tài sản của người con trai do gia đình vợ tự nguyện chia cho. Nếu cha mẹ của người chồng đã chết thì em gái út hoặc tất cả chị em gái hoặc cháu chắt gái bên nhà chồng sẽ được hưởng thừa kế. Trường hợp người vợ chết trước, nếu người chồng không ở lại với các con mà trở về sống với cha mẹ hoặc chị em gái thì người chồng chỉ được mang đi một phần nhỏ tài sản do gia đình nhà vợ chia cho, không xác định là di sản thừa kế mà chỉ coi là một phần công sức đóng góp của người chồng trong thời kì hôn nhân. Trường hợp cha mẹ đều đã chết hoặc mẹ chết

[216] Xem: Bộ Tư pháp, Viện khoa học pháp lý (2016), tlđd.

trước thì toàn bộ số tài sản còn lại (sau khi đã chia cho cha) sẽ thuộc về người con gái út hoặc người cháu gái (sống cùng cha mẹ lúc tuổi già). Nếu người chồng có tài sản được tặng cho riêng thì khi người chồng chết, tài sản được tặng cho riêng đó sẽ được trả lại cho gia đình nhà chồng[217]. Các tập quán này khác hoặc trái với quy định pháp luật hiện hành về thừa kế nên đã làm phát sinh các tranh chấp trong thực tiễn.

- Vụ việc phát sinh từ tập quán xác lập quyền sở hữu đất cho người khai phá đầu tiên:

Người dân tộc thiểu số có quan niệm, đất đã phát nương làm rẫy là đất của mình, kể cả sau này có bỏ đi nơi khác. Chẳng hạn theo tập quán, người Ê Đê ở Đắk Lắk khai phá đất đai để canh tác trong thời gian nhất định, thông thường là ba mùa làm rẫy thì họ sẽ không canh tác nữa mà bỏ hoang để khai phá mảnh đất khác. Trong thời gian bỏ hoang, người khác có thể canh tác trên mảnh đất này mà người khai phá không có quyền đòi lại. Người canh tác sau cũng chỉ canh tác một thời gian thì bỏ hoang, lúc này người khai phá có thể quay lại tiếp tục canh tác. Chính do tập quán này, mà hiện nay đang phát sinh nhiều tranh chấp giữa những người khai phá và người đến canh tác sau. Hiện nay, do quỹ đất ngày càng hạn hẹp, người khai phá đã bỏ đất từ rất lâu nhưng giờ lại quay lại đòi của người đang canh tác. Có những trường hợp, vụ việc tranh chấp được giải quyết theo tập quán của buôn, làng. Tuy nhiên hiện nay, khi giải quyết tranh chấp, đa số đều áp dụng theo các quy định của pháp luật; các bên cũng thường chọn phương pháp giải quyết bằng việc khởi kiện ra Tòa án[218].

- Vụ việc phát sinh từ tập quán thả rông gia súc:

Trước đây, có khá nhiều tranh chấp liên quan đến tập quán thả rông gia súc đã phát sinh tại Toà án. Hiện nay, các tranh chấp này đã giảm đáng kể do người dân không còn nuôi gia súc theo tập quán thả rông nhiều như trước, nhưng vẫn có các tranh chấp xảy ra. Nội dung tranh chấp có thể là tranh chấp quyền sở hữu con bê, con nghé được sinh ra ở khu vực chăn thả chung hoặc tranh chấp về quyền sở hữu đối với trâu, bò đi lạc; hoặc tranh chấp về công chăn dắt…

- Vụ việc phát sinh từ tập quán bồi thường thiệt hại do vật nuôi gây ra:

Người Bana ở Gia Lai có tập quán nếu gia súc thả rông mà phá tài sản của người khác thì phải đền. Trong trường hợp phá lúa nhà người khác thì còn phải có con gà làm lễ cúng Giàng để cầu lại hồn cho cây lúa sau đó mới tính giá trị phải đền. Tập quán của người H'Mông ở Điện Biên, Sơn La quy định: trâu, bò phải chăn dắt, lợn gần

[217] Xem: Nguyễn Hải An (2018), "Nhận diện tập quán để áp dụng trong công tác xét xử vụ việc dân sự, hôn nhân và gia đình của Tòa án nhân dân", Tạp chí Tòa án Nhân dân, Số 12, tr.9.
[218] Theo chia sẻ của Phó Chánh án TAND huyện Ea H' Leo tỉnh Đắk Lắk.

khu ruộng phải nhốt. Khi mới gieo hạt và lúa trổ bông, đàn gà cũng phải nhốt trong chuồng, ai vi phạm sẽ phải bồi thường phải bồi thường thiệt hại bằng cách trồng đền, trả giống, trả sản phẩm theo mức thu mỗi mùa vụ. Trường hợp, trâu, bò, dê… vượt rào vào phá hoại hoa màu thì chủ nhà còn có quyền bắn chết con vật đó và mời trưởng bản đến để xác định giá trị của hoa màu bị thiệt hại. Nếu chỗ hoa màu đó giá trị bằng con vật, thì hai bên mổ thịt chia đều cho mỗi bên một nửa. Nếu chỗ hoa màu bị thiệt hại có giá trị lớn hơn con vật thì chủ vật nuôi phải đền tiền và được mang con vật đó về.

Tại tỉnh Lai Châu, các thẩm phán cũng cho biết đã phát sinh nhiều vụ việc liên quan đến việc bắn chết gia súc phá hoại cây trồng. Có trường hợp, dê vào nương sắn bị chủ nương sắn bắn chết và bị chủ con dê kiện. Tại Tòa, người chủ nương sắn cho rằng theo tập quán, ông ta có quyền bắn chết con dê đó. Trong một vụ việc khác, ông A (là Chủ tịch xã) đã bắn chết con trâu của người khác khi con trâu vào phá vườn nhà mình. Đây cũng là hành vi được tập quán cho phép. Tập quán này thậm chí đã được đưa vào quy ước của bản và đã được HĐND xã ra Nghị quyết phê duyệt[219]. Tuy nhiên, theo quy định pháp luật thì hành vi bắn chết gia súc của nhà khác là hành vi trái pháp luật.

- *Vụ việc phát sinh từ tập quán làm cỗ đền cho bản; làm khoăn, làm lý:*

Bản Còn Khà (tỉnh Lai Châu) có tập quán người vi phạm khi bị phát hiện phải làm lý (làm cỗ đền cho bản) và xin lỗi cộng đồng. Có người từ bản U Ma Tùng Khàng lên bản Còn Khà chơi thấy có xe để dưới lòng đường nên tháo lốp ra lắp vào xe máy của mình đi về. Người này sau đó bị yêu cầu trả lại, đồng thời phải làm lý và xin lỗi. Tuy nhiên, bản U Ma Tùng Khàng không có tập quán đó nên người này không chịu làm theo yêu cầu. Người chủ xe ở bản Còn Khà đã huy động thanh niên toàn bản đến nhà người kia bắt một con lợn về mổ và cho toàn bản đến ăn. Sau khi có đơn kiện, cơ quan có thẩm quyền đã vào cuộc và người bắt lợn mổ cho toàn bản đến ăn bị xác định là phạm tội[220].

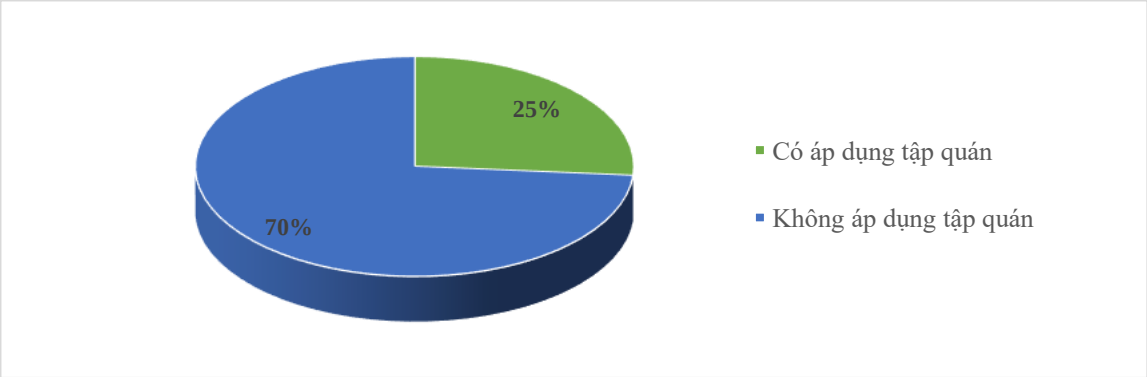
Một số dân tộc thiểu số như người Dao ở Tây Bắc có niềm tin rằng con người có phần hồn và phần xác. Khi bị tai nạn, thương tích thì không chỉ cơ thể bị thương mà cả phần hồn cũng bị thương. Nên nếu ai làm người khác bị thương/bị chết thì phải có trách nhiệm sửa hồn (panh khuôn) hoặc phục hồn (khe khuôn) cho nạn nhân. Bắt nguồn từ tập quán này, mà trên thực tế Tòa án đã phải giải quyết các vụ việc liên quan đến bồi thường thiệt hại mà ở đó, nạn nhân ngoài đòi bồi thường thiệt hại theo quy định pháp luật còn yêu cầu phải bồi thường tiền/lễ vật để làm khoăn, làm lý tức là để sửa

[219] Xem: Bộ Tư pháp, Viện khoa học pháp lý (2018), tlđd, tr.110.
[220] Xem: Bộ Tư pháp, Viện khoa học pháp lý (2018), tlđd, tr.110.

hồn, giải đen cho nạn nhân. Đây là yêu cầu hoàn toàn không có trong pháp luật nhưng theo tập quán của người dân thì đó là điều bắt buộc phải làm. Người Ê Đê ở Đắk Lắk, người K'Ho, Mạ, Churu ở Lâm Đồng… cũng có tập quán về bồi thường thiệt hại tương tự. Theo đó, người gây thiệt hại có trách nhiệm bồi thường, mức bồi thường căn cứ vào hình thức lỗi của người gây thiệt hại. Ngoài khoản bồi thường vật chất, người gây thiệt hại còn phải thực hiện những nghi lễ nhất định để chuộc lỗi.

Có thể thấy, thực tiễn các tranh chấp được đưa ra giải quyết tại Tòa án có liên quan đến tập quán khá phong phú, đa dạng. Việc áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ, việc cụ thể của Tòa án là hoạt động có cơ sở pháp lý và cơ sở thực tiễn. Tuy nhiên, do tính chất phức tạp của việc áp dụng tập quán mà trên thực tế có không nhiều bản án chính thức áp dụng tập quán. Khi hỏi các thẩm phán về việc đồng chí đã từng được yêu cầu thụ lý giải quyết vụ việc mà pháp luật không có quy định hay chưa, thì có 61 trong tổng số 291 Thẩm phán của 8 tỉnh khảo sát cho biết họ đã từng được yêu cầu (chiếm 21%). Trong số 61 Thẩm phán này thì có 32 Thẩm phán cho biết họ có thụ lý vụ án/vụ việc đó (chiếm 52,5%), và khi thụ lý vụ án/vụ việc đó thì 24/32 Thẩm phán cho biết họ không áp dụng tập quán để giải quyết (chiếm 75%) - xem Biểu đồ 3.2.

Biểu đồ 3.2: Tỷ lệ Thẩm phán được hỏi về việc áp dụng tập quán trong giải quyết tranh chấp khi thụ lý vụ việc không có quy định của pháp luật

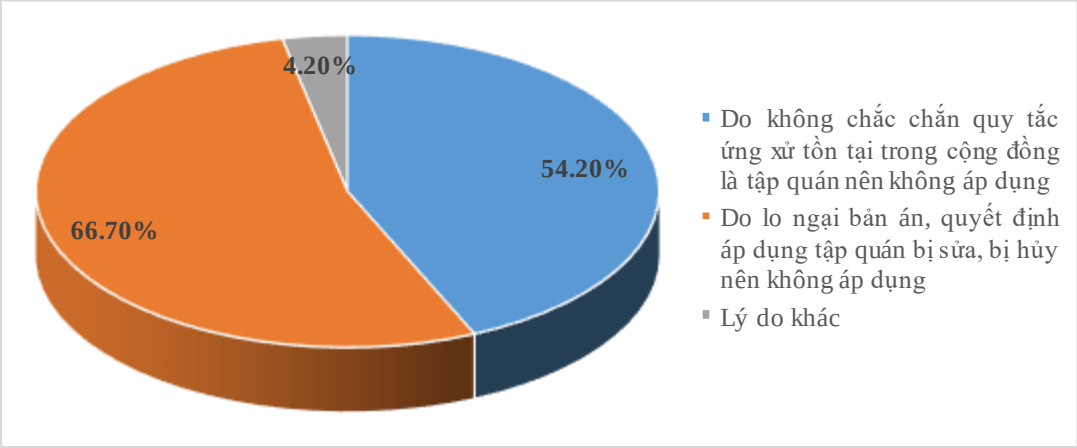


Nguồn: Dự án điều tra cơ bản: Các tập quán điển hình điều chỉnh quan hệ dân sự, thương mại, hôn nhân và gia đình ở Việt Nam và thực tiễn áp dụng của các cơ quan có thẩm quyền, Báo cáo tổng hợp kết quả nhiệm vụ, Bộ Tư pháp, Viện Khoa học pháp lý, 2018.

Lý do của việc không áp dụng tập quán trong xét xử của Thẩm phán qua kết quả điều tra cho thấy: do không chắc chắn quy tắc ứng xử tồn tại trong cộng đồng là tập quán nên không áp dụng (chiếm 54,2% số người được hỏi); do lo ngại bản án, quyết định áp dụng tập quán bị sửa, bị hủy nên không áp dụng (chiếm 66,7% số

người được hỏi); vì lý do khác (chiếm 4,2% người được hỏi) - xem Biểu đồ 3.3.

Biểu đồ 3.3: Nguyên nhân các thẩm phán không áp dụng tập quán trong xét xử



Nguồn: Dự án điều tra cơ bản: Các tập quán điển hình điều chỉnh quan hệ dân sự, thương mại, hôn nhân và gia đình ở Việt Nam và thực tiễn áp dụng của các cơ quan có thẩm quyền, Báo cáo tổng hợp kết quả nhiệm vụ, Bộ Tư pháp, Viện Khoa học pháp lý, 2018.

Các thẩm phán chia sẻ, khi giải quyết các vụ việc có liên quan đến tập quán, mặc dù không trực tiếp ghi nhận việc áp dụng tập quán trong bản án, các tập quán ở mức độ nhất định vẫn có ảnh hưởng đến quá trình xét xử các vụ việc tại Tòa án. Ảnh hưởng của tập quán đến các phán quyết khác nhau là khác nhau, tùy thuộc vào tính chất của vụ việc và cả quan điểm của Thẩm phán. Về cơ bản, có ba cách ứng xử của Tòa án đối với tập quán là: (1) áp dụng tập quán trong bản án; (2) bác bỏ các yêu cầu áp dụng tập quán; (3) áp dụng tập quán một cách không chính thức.

(1) Tòa án áp dụng tập quán:

Ở nhiều khu vực miền núi, khi có các tranh chấp liên quan đến tập quán thả rông gia súc xảy ra, các thẩm phán cũng thường dựa vào các tập quán để phân xử. Chẳng hạn, liên quan đến tranh chấp tiền công chăn dắt, năm 2017, TAND huyện Điện Biên Đông, tỉnh Điện Biên đã xét xử vụ tranh chấp quyền sở hữu tài sản (Trâu) và đòi tiền công chăn dắt trâu giữa nguyên đơn là anh Lò Văn K và bị đơn là anh Quàng Văn B. Theo đó, Tòa án đã xác minh tại địa phương tập quán trả tiền công chăn dắt và tiền công lao động phổ thông trên địa bàn để dựa theo đó tính tiền công chăn dắt cho bị đơn[221].

Đối với các tranh chấp về quyền sử dụng đất, hiện nay hầu hết sẽ được giải

[221] Bản án dân sự sơ thẩm số 01/2017/DS-ST ngày 28/07/2017 của TAND huyện Điện Biên Đông, tỉnh Điện Biên.

quyết dựa trên giấy chứng nhận quyền sử dụng đất. Tuy nhiên, không phải lúc nào đất cũng có Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất. Đối với những trường hợp chưa có Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, người dân có thể dựa vào tập quán đất thuộc về người khai hoang đầu tiên. Chính quyền cơ sở (bản và xã) cũng thừa nhận vấn đề đó. Một số Thẩm phán cho biết họ sẽ xác minh thông qua người lớn tuổi trong bản, xã để xem đất trước đó ai canh tác hoặc của ông cha người nào để lại. Các thẩm phán cho biết nếu là đất khai hoang và xác định được nguồn gốc thì khi xét xử, không có lý do gì không trả lại cho người dân theo tập quán của họ. Trường hợp người dân quay lại canh tác trên nương cũ của mình nhưng nương đó đã trở thành rừng đầu nguồn và họ trở thành người vi phạm thì CQNN cũng nên xem xét tập quán để tránh khởi tố họ.

Trong một số lĩnh vực nghề nghiệp cũng có các tranh chấp liên quan đến tập quán được xét xử tại Tòa án. Chẳng hạn, tại Bà Rịa - Vũng Tàu, ngư dân có tập quán "thả chà" để tạo thuận lợi cho việc đánh bắt hải sản. Theo tập quán, "*Chà là một công trình nhân tạo đặt dưới đáy biển, kết cấu bởi các vật nặng để cố định vị trí cội chà như: Xác vỏ tàu thuyền, xác vỏ xe, các sọt đá, lá dừa, cây tre và các vật liệu liên kết như: dây nylon, dây sóng lá, dây củ mì… kết thành khối vật thể (gọi tắt là cội chà) nhằm tạo bóng mát và nhiều khu vực trú ẩn để thu hút cá, tôm, mực và các loại thủy sinh vật khác tới trú ẩn, sinh sản*"[222]. Từ tập quán này, mà trên thực tế đã phát sinh các tranh chấp liên quan đến quyền sở hữu cây chà, quyền ưu tiên đánh bắt hải sản ở địa điểm đặt chà. Chẳng hạn, vụ án tranh chấp quyền sở hữu "cội chà" ở huyện Long Điền, Tỉnh Bà Rịa - Vũng Tàu vào năm 2018. Đây có thể được xem là một ví dụ điển hình cho việc áp dụng tập quán trong xét xử[223].

Theo bản án, nguyên đơn, bà Huỳnh Thị Kim C khởi kiện yêu cầu Tòa án công nhận cây chà 19,49 thuộc quyền sở hữu của bà C và yêu cầu ông Nguyễn Tiến T trả lại cây chà 19,49 cho bà C. Ông Nguyễn Tiến T đề nghị Tòa án công nhận cây chà 19,49 mua của bà Huỳnh Thị Kim H thuộc quyền sở hữu của ông T. Tòa án cấp sơ thẩm đã quyết định: Chấp nhận yêu cầu khởi kiện của bà Huỳnh Thị Kim C đối với ông Nguyễn Tiến T. Công nhận cây chà tại vị trí tọa độ 08019'107,49 (vĩ độ 08019'979", kinh độ 1070.49'.949") thuộc quyền sở hữu của bà Huỳnh Thị Kim C. Ông Nguyễn Tiến T có trách nhiệm trả lại cây chà tại vị trí tọa độ 08019'107,49 (vĩ độ 08019'979", kinh độ 1070.49'.949") cho bà Huỳnh Thị Kim C. Không chấp

[222] Bản án dân sự sơ thẩm số 06/2018/DS-ST ngày 4/4/2018 của TAND huyện Long Điền, tỉnh Bà Rịa - Vũng Tàu.
[223] Bản án dân sự sơ thẩm số 06/2018/DS-ST ngày 4/4/2018 của TAND huyện Long Điền, tỉnh Bà Rịa - Vũng Tàu.

nhận yêu cầu phản tố của ông Nguyễn Tiến T về việc công nhận cây chà tại vị trí tọa độ 08019’107,49 (vĩ độ 08019’979”, kinh độ 1070.49’.949”) thuộc quyền sở hữu của ông T”. Trong quá trình xét xử, nguyên đơn, bị đơn, người có quyền lợi nghĩa vụ liên quan và những người làm chứng như ông Huỳnh Quang H, ông Lý Văn N và ông Huỳnh Vân S đều xác định nguồn gốc cây chà 19,49 là của ông Huỳnh Vân S tạo lập, ông S là người đầu tiên đặt điểm chà. Theo xác minh tại UBND thị trấn Long Hải, huyện Long Điền, Chi cục Thủy sản tỉnh Bà Rịa - Vũng Tàu, các đương sự cũng như người làm chứng trong vụ án đều xác nhận nội dung của tập quán là: “*Người đầu tiên sáng lập điểm chà là chủ sở hữu hợp pháp của cây chà và họ có quyền định đoạt đối với cây chà cho dù họ có bỏ điểm chà một thời gian dài không khai thác sử dụng*”. Bà Huỳnh Thị Kim H cho rằng ông S đã bán ghe cùng cây chà 19,49 cho bà H mà theo tập quán là chà đi theo ghe nên bà H có quyền bán cây chà trên cho ông T, do đó, chủ sở hữu hợp pháp cây chà 19,49 là ông T. Nhưng bà C, ông P và những người làm chứng đều khai từ trước đến nay không có tập quán nào quy định bán ghe là bán cả cây chà, điều này phù hợp với xác nhận của Chi cục Thủy sản tỉnh Bà Rịa - Vũng Tàu tại biên bản xác minh ngày 15/3/2018, xác định việc bán ghe có kèm theo chà hay không là do thỏa thuận mua bán giữa các bên chứ không đương nhiên bán ghe là bán cả chà kèm theo. Tại phiên tòa, bà H thừa nhận năm 2011 bán ghe BV 0829TS nhưng không kèm theo cây chà, do đó, lời khai của bà H, ông P bán ghe bán cả chà là không có cơ sở, mà việc bán ghe có bán cả cây chà hay không là theo sự thỏa thuận giữa các bên với nhau. Như vậy, có cơ sở để khẳng định ông S là chủ sở hữu cây chà 19,49 nhưng đã cho bà C từ năm 1998 là phù hợp với chứng cứ khách quan, cùng thời điểm bà C đã đóng tàu mang số hiệu BV 4997TS và đặt tên là Phúc Hưng để hành nghề đánh bắt. Bà H cho rằng, ông S đã bán ghe và chà cho bà H nhưng ông S không thừa nhận việc bán cây chà 19,49 cho bà H, trong khi đó bà H không đưa ra được chứng cứ, chứng minh việc ông S đã bán cây chà 19,49 cho mình. Bà C sử dụng ổn định cây chà 19,49 từ năm 1998 đến năm 2015 mà không có sự tranh chấp. Từ đó, có đủ cơ sở để xác định cây chà 19,49 thuộc quyền sở hữu hợp pháp của bà C. Vì vậy, ông T có trách nhiệm trả lại cây chà 19,49 cho bà C. Như vậy, trong vụ án này, các bên đã viện dẫn các cách hiểu khác nhau liên quan đến tập quán “thả chà”, đó là: tập quán là chà đi theo ghe; không có tập quán nào quy định bán ghe là bán cả cây chà; tập quán xác định việc bán ghe có kèm theo chà hay không là do thỏa thuận mua bán giữa các bên chứ không đương nhiên bán ghe là bán cả chà kèm theo. Tuy nhiên, thông qua lời khai

của các bên đương sự, của người làm chứng, cũng như thông qua việc xác minh nội dung tập quán "thả chà" tại địa phương, Tòa án đã xác định được tập quán có giá trị áp dụng là bán ghe không đương nhiên bán kèm theo cây chà. Trên cơ sở đó đưa ra phán quyết buộc ông T có trách nhiệm trả lại cây chà 19,49 cho bà C.

(2) Tòa án bác bỏ các yêu cầu áp dụng tập quán:

Trong nhiều vụ việc, Tòa án bác bỏ tập quán nếu đó là những trường hợp tập quán trái pháp luật hoặc không có căn cứ rõ ràng.

Một số Thẩm phán cho biết, họ bác những yêu cầu phát sinh từ tập quán có nội dung trái với quy định pháp luật. Chẳng hạn, khi đương sự trong vụ việc ly hôn yêu cầu con trai phải ở với bố trong trường hợp con còn quá nhỏ, Tòa án sẽ áp dụng quy định của Luật HN&GĐ, giao con cho người mẹ.

Bên cạnh đó, những yêu cầu theo tập quán không có căn cứ rõ ràng cũng sẽ bị bác yêu cầu. Chẳng hạn, đòi bồi thường tuổi thanh xuân, yêu cầu nộp tiền do vi phạm tục cấm bản... các thẩm phán bác các yêu cầu này vì cho rằng, không có căn cứ xác định thiệt hại để bồi thường. Một trường hợp khác, tại Lào Cai có vụ kiện yêu cầu bồi thường thiệt hại đối với trường hợp vô ý làm chết người. Theo tập quán của một số dân tộc ở Lào Cai, người chết chỉ chôn một lần mà không cải táng, vì vậy, họ thường xây dựng nhà táng. Việc xây dựng nhà táng thường rất tốn kém. Người thân của người bị chết đã yêu cầu người vô ý làm chết người phải chịu cả chi phí xây dựng nhà táng. Tuy nhiên, Tòa án cũng không công nhận yêu cầu này, vì không có căn cứ pháp luật.

Một lý do cũng được các thẩm phán sử dụng để bác các yêu cầu theo tập quán là tập quán đó không có trong hương ước, tức là chưa được CQNN thừa nhận. Một Thẩm phán cho biết, trong vụ việc đòi bồi thường thiệt hại do con dê bị người chủ nương sắn bắn chết, người chủ nương sắn cho rằng mình làm đúng vì việc bắn chết dê là đúng với tập quán. Thẩm phán bác bỏ lập luận này, với lý do, tập quán đó không được ghi nhận trong hương ước của bản[224]. Tuy nhiên, ngay cả trong trường hợp, tập quán đã được ghi nhận trong các quy ước, hương ước, Thẩm phán cũng vẫn cân nhắc bác bỏ nếu cho rằng hương ước, quy ước có vi phạm pháp luật. Chẳng hạn, trường hợp một người bắn chết con trâu phá vườn nhà mình, Thẩm phán cũng không chấp nhận lý do việc bắn trâu được tập quán cho phép và tập quán đó đã được HĐND xã phê duyệt. Thẩm phán cho rằng, HĐND ra Nghị quyết phê duyệt hương ước như vậy là trái pháp luật.

[224] Bộ Tư pháp, Viện khoa học pháp lý (2018), tlđd, tr.115 - tr.116.

Các thẩm phán cũng cho biết, khi có những vụ việc mà đương sự yêu cầu áp dụng tập quán trái với quy định của pháp luật, họ thường phải sử dụng kinh nghiệm trong giải quyết án, kinh nghiệm trong cuộc sống để phân tích, giải thích cho đương sự hiểu. Chẳng hạn, trong những vụ việc về HN&GĐ có tranh chấp về con, người cha không nhận nuôi đứa con nào nếu chỉ toàn con gái hoặc đứa con trai còn rất nhỏ vẫn đòi nuôi và nhiều trường hợp chính người mẹ cũng không nhận nuôi đứa con trai đó. Đây là những tình huống khá khó khăn với các thẩm phán, vì họ phải cân nhắc khả năng bản án thi hành được hay không. Các thẩm phán cho biết, trong những trường hợp như vậy, Thẩm phán sẽ phải giải thích, thuyết phục các bên và tranh thủ thêm sự ảnh hưởng của già làng, trưởng bản để giúp tăng hiệu quả thuyết phục các bên[225].

Ở nhiều vùng dân tộc thiểu số, người dân có tập quán kết hôn sớm. Chẳng hạn, người H'Mông ở Sơn La, Điện Biên thường kết hôn từ khi mới 13 đến 17 tuổi; người Churu ở Lâm Đồng, con gái 14, 15 tuổi là đến tuổi lấy chồng; người J'Rai ở Gia Lai, người Ê Đê ở Đắk Lắk tình trạng tạo hôn cũng xảy ra khá phổ biến. Người dân thường cho con cái lập gia đình khi mới 15 - 16 tuổi. Dù không được đăng ký kết hôn nhưng những trường hợp này vẫn được gia đình, dân làng công nhận. Bởi theo tập quán, quan hệ hôn nhân được thừa nhận khi được sự chấp thuận của gia đình, già làng. Tập quán này trái với quy định của pháp luật nên Tòa án bác bỏ các yêu cầu áp dụng. Khi có tranh chấp thì Thẩm phán giải thích cho các bên và không công nhận quan hệ vợ chồng. Chẳng hạn trường hợp: Chị Lù Thị N sinh năm 1978 và anh Giàng Seo T sinh năm 1980, "kết hôn" từ năm 1993, khi đó chị N mới 15 tuổi, anh T mới 13 tuổi, do gia đình hai bên sắp đặt và tổ chức lễ cưới theo tập quán địa phương. Trong cuộc sống hàng ngày, hai người thường xuyên xảy ra mâu thuẫn. Từ năm 2002, hai vợ chồng đã sống ly thân, đến ngày 18/12/2017 anh T có đơn xin ly hôn với chị N. Tòa án cấp sơ thẩm quyết định: "*Không công nhận quan hệ vợ chồng giữa anh Giàng Seo T và chị Lù Thị N*"[226]. Hoặc trường hợp: Chị Hơ Thị D sinh năm 1994 và anh Thao Văn L sinh năm 1988. Hai người tự do yêu đương, hoàn toàn tự nguyện đến với nhau, được gia đình tổ chức lễ cưới theo tập quán của người H'Mông tại địa phương vào tháng 3 năm 2009. Tuy nhiên, lúc đó chị D mới 15 tuổi, chưa đủ tuổi đăng ký kết hôn, nên không thể đăng ký kết hôn. Cưới xong, vợ chồng chung sống hạnh phúc được một thời gian, sau đó anh L không chịu tu chí

[225] Bộ Tư pháp, Viện khoa học pháp lý (2018), tlđd, tr.116.
[226] Bản án Dân sự Sơ thẩm số 03/2018/HNGĐ-ST ngày 18/5/2018 của TAND huyện Xín Mần, tỉnh Hà Giang.

làm ăn, ham chơi cùng bạn bè, nhiều lần chị D và gia đình hai bên nội, ngoại đã động viên, khuyên bảo nhưng anh L không nghe, anh L còn đánh đập chị D. Tình cảm vợ chồng không được cải thiện, chị D không còn tình cảm với anh L, hai người đã sống ly thân và vì bị anh L đánh, đuổi nên chị D đã phải về nhà mẹ đẻ ở nhờ. Chị D yêu cầu Tòa án cho chị và anh L chấm dứt quan hệ vợ chồng. Tuy nhiên, anh L và chị D chưa đăng kí kết hôn với nhau nên Tòa án cấp sơ thẩm quyết định: "*Không công nhận quan hệ vợ chồng giữa chị Hơ Thị D và anh Thao Văn L*"[227].

(3) Toà án áp dụng tập quán một cách không chính thức:

Áp dụng tập quán nhưng không thể hiện trên bản án là cách mà một số Thẩm phán thường sử dụng khi thấy rằng cần phải chấp nhận tập quán để đảm bảo tính hợp tình, hợp lý trong quyết định của Toà án. Việc áp dụng này có thể thông qua việc chấp nhận thực tiễn hoặc yêu cầu phát sinh từ tập quán nhưng Toà án không nêu rõ áp dụng tập quán mà lại dựa trên những lập luận khác. Chẳng hạn, khi xét xử một vụ việc ly hôn, người mẹ nhận nuôi một người con gái, còn người bố được giao nuôi hai người con trai theo đúng tập quán của người H'Mông. Tuy nhiên, trong phần lập luận của mình, Thẩm phán không ghi áp dụng tập quán mà ghi với nội dung là người bố có thu nhập cao hơn nên giao hai con trai cho người bố[228].

Các thẩm phán có thể áp dụng tập quán dưới hình thức hòa giải. Theo chia sẻ của một Thẩm phán xét xử vụ án về tai nạn giao thông xảy ra trong một bản người Thái ở Lai Châu thì khi xảy ra vụ việc, bên bị tai nạn yêu cầu người gây tai nạn ngoài nghĩa vụ bồi thường theo quy định của pháp luật còn phải nộp một khoản tiền/lễ vật để làm "khoăn" (giải đen) cho nạn nhân theo tập quán của người Thái. Thẩm phán phân tích, đưa ra lý lẽ để bên gây ra tai nạn thực hiện nghĩa vụ làm "khoăn", nhưng việc thuyết phục này chỉ mang tính chất hoà giải ngoài Toà án, không đưa vào bản án. Nhìn chung, Toà án có xu hướng áp dụng các tập quán để hoà giải các tranh chấp. Theo các thẩm phán, khi dựa vào tập quán và lấy tập quán để giải thích, các bên dễ tìm được tiếng nói chung, khi đó Toà án có thể coi đó là tôn trọng sự thoả thuận của đương sự[229].

Trong một số trường hợp, Thẩm phán tham khảo nội dung của các tập quán để ra quyết định xét xử các vụ việc. Chẳng hạn, Thẩm phán tham khảo tập quán để xem xét giảm nhẹ trách nhiệm trong những trường hợp vì thực hiện theo tập quán

---

[227] Bản án Dân sự Sơ thẩm số 07/2019/DSST ngày 29/11/2019 của TAND huyện Mường Lát, tỉnh Thanh Hóa.
[228] Theo chia sẻ của một đồng chí Thẩm phán ở TAND huyện Xi Ma Cai, tỉnh Lào Cai.
[229] Theo chia sẻ của một đồng chí Thẩm phán ở TAND huyện Phong Thổ tỉnh Lai Châu.

mà vi phạm pháp luật hình sự. Trong vụ việc, một người bắn chết trâu thả rông theo tập quán vào phá vườn nhà mình, theo hương ước của bản, trâu vào vườn lần 1 phạt 20 ngàn, lần 2 phạt 30 ngàn và lần 3 thì được bắn chết. Hương ước này đã được HĐND xã ra Nghị quyết công nhận. Khi giải quyết vụ án này, Thẩm phán nhận định rằng, tập quán trên là không phù hợp với pháp luật, người bắn trâu đã vi phạm quy định của Bộ luật Hình sự về tội hủy hoại tài sản. Tuy nhiên, Thẩm phán cũng cân nhắc các yếu tố tập quán nên chỉ xem xét vụ việc dưới góc độ dân sự và chỉ yêu cầu bồi thường thiệt hại, không truy cứu trách nhiệm hình sự[230].

Một số thẩm phán cũng chia sẻ rằng, các thẩm phán thường không khẳng định việc áp dụng tập quán trong bản án mà chỉ coi tập quán là nguồn chứng cứ để đánh giá tình tiết vụ việc và dùng tập quán để củng cố niềm tin nội tâm của mình khi đưa ra phán quyết. Chẳng hạn, một Thẩm phán đã chia sẻ kinh nghiệm khi xét xử một vụ tranh chấp về sở hữu gia súc giữa hai người H'Mông ở Lai Châu. Trong vụ tranh chấp này, A cho rằng mình cho B mượn trâu nên sau 12 tháng đi đòi, còn B cho rằng mình đã mua con trâu này nên không trả. Thẩm phán tìm hiểu và nắm được rằng người H'Mông xã Tào Nùng có tập quán là, khi chủ sở hữu gia súc cho người khác mượn gia súc thì người mượn phải mang rượu sang để cảm ơn người chủ. Vì vậy, thẩm phán đã kiểm tra đương sự xem có việc mang rượu và lễ vật sang cảm ơn không và phát hiện là không có việc này. Trên cơ sở xác minh và bằng niềm tin nội tâm của mình, Thẩm phán đã giải thích và nguyên đơn sau đó đã rút đơn. Hoặc trong vụ việc tranh chấp trâu, Thẩm phán đã dựa vào tập quán xác định sở hữu trâu của người dân, theo đó, đương sự cùng hô con trâu đứng lại, trâu nghe theo người nào thì người đó là chủ trâu[231].

Thực tế, các thẩm phán đã có các cách thức khác nhau để áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc tại Tòa án. Tuy nhiên, số vụ việc có áp dụng tập quán hiện không nhiều. Thẩm phán thường chỉ chấp nhận áp dụng tập quán khi đã chắc chắn về tính phù hợp với pháp luật của tập quán đó, hoặc ít nhất là tập quán đó đã được ghi nhận trong hương ước, quy ước của địa phương. Đối với các tập quán trái với quy định pháp luật thì yêu cầu áp dụng tập quán của người dân sẽ bị bác bỏ.

Thực tiễn áp dụng tập quán trong xét xử của Tòa án chưa đạt được kết quả như mong muốn là do nhiều yếu tố tác động. Có thể kể đến một số yếu tố như:

Thứ nhất, bất cập từ quy định pháp luật về áp dụng tập quán

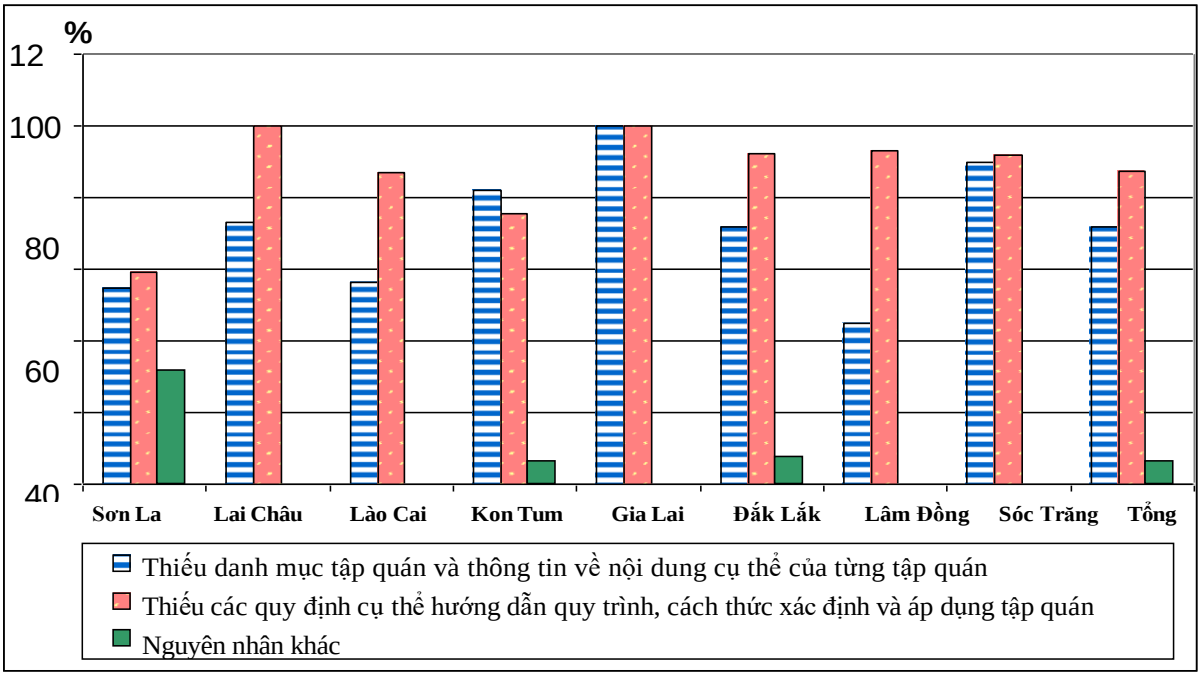
---

[230] Theo chia sẻ của một đồng chí Thẩm phán ở TAND tỉnh Lai Châu.
[231] Bộ Tư pháp, Viện khoa học pháp lý (2018), tlđd, tr.118 - tr.119.

Các quy định pháp luật hiện nay liên quan đến việc áp dụng tập quán chủ yếu mới chỉ thừa nhận mang tính nguyên tắc về việc áp dụng tập quán mà thiếu các quy định cụ thể đảm bảo tính khả thi của việc này. Vì vậy, các thẩm phán thường gặp nhiều khó khăn trong việc thực hiện nghĩa vụ xét xử khi có các yêu cầu liên quan đến áp dụng tập quán phát sinh tại Tòa án. Đây là lý do có rất ít bản án trực tiếp viện dẫn đến các tập quán mặc dù có không ít các tranh chấp có liên quan đến tập quán được đưa ra giải quyết tại Tòa.

Kết quả thu được từ phiếu khảo sát cho thấy, 245/291 số Thẩm phán được hỏi đánh giá các quy định pháp luật hiện nay về tập quán là chưa đầy đủ (chiếm 84,2%). Cụ thể, điểm chưa đầy đủ của pháp luật được đánh giá ở các khía cạnh: một là, thiếu danh mục tập quán và thông tin về nội dung cụ thể của từng tập quán (chiếm 72% người được hỏi); hai là, thiếu các quy định cụ thể hướng dẫn quy trình, cách thức xác định và áp dụng tập quán (chiếm 87,4% người được hỏi); ba là, các nguyên nhân khác (6,5% người được hỏi) - xem Biểu đồ 3.4.

Biểu đồ 3.4: Đánh giá về tính thiếu đầy đủ của quy định pháp luật về tập quán của các thẩm phán



Nguồn: Dự án điều tra cơ bản: Các tập quán điển hình điều chỉnh quan hệ dân sự, thương mại, hôn nhân và gia đình ở Việt Nam và thực tiễn áp dụng của các cơ quan có thẩm quyền, Báo cáo tổng hợp kết quả nhiệm vụ, Bộ Tư pháp, Viện Khoa học pháp lý, 2018.

Thứ hai, nguy cơ bản án bị sửa, hủy khi áp dụng tập quán.

Theo quy định, trong một nhiệm kì, Thẩm phán có tổng số bản án, quyết định bị hủy do lỗi chủ quan chiếm tỷ lệ trên 3% so với tổng số vụ, việc đã giải quyết, xét xử thì sẽ không được xem xét đề nghị bổ nhiệm lại[232]. Điều này tạo ra áp lực rất lớn với Thẩm phán khi xét xử nói chung và áp dụng tập quán trong xét xử nói riêng. Thực tế, các bản án áp dụng tập quán có nguy cơ bị hủy, sửa rất cao, do căn cứ pháp lý chưa vững chắc. Như trên đã trình bày, 66,7% số thẩm phán (trong tổng số 24 thẩm phán được hỏi) cho biết họ không áp dụng tập quán trong xét xử là do lo ngại bản án bị hủy, bị sửa. Các thẩm phán thường tìm phương án an toàn cho mình trong việc áp dụng tập quán. Hoặc là họ tìm cách bác bỏ tập quán; áp dụng tập quán nhưng dựa theo căn cứ khác thay vì viện dẫn trực tiếp tập quán; chỉ áp dụng tập quán để hòa giải.

Thứ ba, quan điểm, sự am hiểu về áp dụng tập quán trong xét xử của các thẩm phán chưa đồng đều.

Một số Thẩm phán chưa am hiểu về tập quán nên không xác định rõ được tiêu chí lựa chọn tập quán, phạm vi, nguyên tắc, quy trình áp dụng tập quán, dẫn đến không lựa chọn áp dụng tập quán trong những trường hợp có thể áp dụng tập quán. Có Thẩm phán cho rằng, nên hạn chế áp dụng tập quán vì khó xác định tập quán để áp dụng. Một số Thẩm phán khác lại cho rằng tập quán phải được áp dụng rộng rãi (đây là lý do khiến một số Thẩm phán đề nghị cần tập hợp danh mục các tập quán điển hình để áp dụng chung)[233].

Ngoài ra, nhận thức của người dân cũng đã thay đổi. Trong nhiều trường hợp người dân thấy nếu áp dụng tập quán mà không có lợi cho mình thì sẽ kháng cáo, đặt thẩm phán vào tình huống bất lợi. Nên khi xét xử các thẩm phán cũng cân nhắc để tránh áp dụng tập quán.

2.2.2. Đánh giá thực tiễn áp dụng tập quán trong quản lý xã hội của Nhà nước ở Việt Nam hiện nay

2.2.2.1. Một số thành tựu đạt được và nguyên nhân

** Một số thành tựu đạt được*

Thứ nhất, về chủ thể áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước.

Từ thực tiễn áp dụng tập quán của các chủ thể có thẩm quyền cho thấy, các

---

[232] Xem: khoản 1 Điều 13 Quyết định số 120/QĐ-TANDTC ngày 19 tháng 6 năm 2017 về Ban hành quy định xử lý trách nhiệm người giữ chức danh tư pháp trong Tòa án nhân dân.

[233] Bộ Tư pháp, Viện khoa học pháp lý (2018), tlđd, tr.121.

quy định về áp dụng tập quán nhìn chung đã được các chủ thể có thẩm quyền áp dụng trong thực tiễn. Các chủ thể có thẩm quyền áp dụng tập quán bao gồm, UBND cấp xã trong hoạt động quản lý hộ tịch, hòa giải đất đai; Tổ hòa giải cơ sở trong hoạt động hòa giải ở cơ sở; TAND các cấp trong công tác xét xử... Đối với TAND các cấp thì việc áp dụng tập quán trong nước thuộc thẩm quyền của tất cả các cấp Tòa án, nhưng đối với các tranh chấp thương mại quốc tế thì chỉ thuộc thẩm quyền xét xử của TAND cấp tỉnh trở lên nên chỉ có TAND cấp tỉnh trở lên mới có thẩm quyền áp dụng tập quán thương mại quốc tế. Nhìn chung, các chủ thể có thẩm quyền đã thực hiện việc áp dụng tập quán theo đúng thẩm quyền của mình.

Thứ hai, về phạm vi áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước.

Việc áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc phát sinh trên thực tế của các chủ thể có thẩm quyền cho thấy, tập quán được áp dụng để giải quyết các quan hệ trong nhiều lĩnh vực khác nhau, nhưng nhìn chung là phù hợp với phạm vi áp dụng. Trong hoạt động quản lý hộ tịch, UBND xã đã áp dụng tập quán để xác định dân tộc, họ, tên cho cá nhân…; trong hòa giải ở cơ sở, các tổ hòa giải đã áp dụng tập quán của địa phương, dân tộc để giúp các bên giải quyết các tranh chấp; trong xét xử, tùy từng vụ việc cụ thể, các thẩm phán đã áp dụng tập quán giải quyết các tranh chấp dân sự, kinh doanh thương mại, HN&GĐ.

Thứ ba, về trường hợp và nguyên tắc áp dụng tập quán.

Thực tiễn áp dụng cho thấy, các trường hợp áp dụng tập quán đều đảm bảo tuân thủ các quy định về trường hợp và nguyên tắc áp dụng. Tùy từng loại quan hệ khác nhau mà các chủ thể có thẩm quyền áp dụng tập quán theo các nguyên tắc tương ứng như về thứ tự ưu tiên áp dụng pháp luật. Tập quán được áp dụng là các tập quán tiến bộ, không trái với các quy định pháp luật và các chuẩn mực đạo đức xã hội. Trường hợp các bên đương sự viện dẫn các tập quán trái với quy định pháp luật hay các chuẩn mực đạo đức thì sẽ bị các chủ thể có thẩm quyền từ chối áp dụng tập quán đó.

Thứ tư, về quy trình áp dụng tập quán.

Tùy từng loại vụ việc cũng như tính chất của vụ việc mà việc áp dụng tập quán thuộc thẩm quyền của các chủ thể khác nhau, tuân theo quy trình khác nhau. Thông thường, đối với các tập quán đã được pháp luật ghi nhận hoặc đã được đưa vào danh mục thì việc áp dụng tập quán khá thuận lợi. Nhưng đối với những tập quán chưa được pháp luật ghi nhận hoặc chưa được đưa vào danh mục tập quán được áp dụng mà Nhà nước mới chỉ thừa nhận áp dụng theo nguyên tắc chung thì

nhiều trường hợp các chủ thể có thẩm quyền áp dụng đã có sự chủ động áp dụng dựa trên các tập quán đang tồn tại và được thừa nhận rộng rãi tại địa phương. Một số trường hợp đặc biệt, các chủ thể có thẩm quyền đã tham vấn ý kiến của chính quyền địa phương như vụ Cây chà 19 tiếng. Từ thực tiễn các vụ việc đã áp dụng tập quán cho thấy, trong quá trình áp dụng các chủ thể có thẩm quyền đều tuân thủ đúng quy trình áp dụng. Trên thực tế, có một số ít các vụ, việc việc áp dụng tập quán của chủ thể có thẩm quyền không nhận được sự đồng thuận của các chủ thể liên quan (như trường hợp cấp Giấy khai sinh cho người con trai của người mẹ đơn thân) hoặc bản án có áp dụng tập quán sau đó bị hủy, bị sửa nhưng nguyên nhân không phải là do vi phạm trình tự, thủ tục áp dụng mà chủ yếu là do sự xung đột về quan điểm liên quan đến tập quán đã được áp dụng.

Ngoài ra, thực tiễn áp dụng tập quán của các chủ thể có thẩm quyền cũng cho thấy việc áp dụng tập quán đã góp phần hỗ trợ cho pháp luật trong nhiều trường hợp, đặc biệt là những trường hợp tập quán có vai trò là nguồn chứng cứ trong giải quyết vụ việc. Việc áp dụng tập quán cũng góp phần hoàn thiện pháp luật, bởi qua thực tiễn áp dụng có thể phát hiện ra những "lỗ hổng" của pháp luật, từ đó, có các giải pháp hoàn thiện hệ thống pháp luật. Bên cạnh đó, việc áp dụng tập quán trên thực tiễn có thể làm định hình rõ hơn cách thức công nhận tập quán thông qua con đường tư pháp. Đối với những tập quán chưa được pháp luật ghi nhận hay đưa vào danh mục nhưng được nhân dân sử dụng rộng rãi thì việc áp dụng của Thẩm phán trong quá trình giải quyết vụ việc cụ thể có thể được coi là một căn cứ để áp dụng cho các vụ việc tương tự về sau.

** Nguyên nhân của những thành tựu đạt được*

Những thành tựu đạt được là khá khả quan, là minh chứng cho vai trò, sự cần thiết của tập quán trong việc hỗ trợ cho pháp luật trong QLXH của Nhà nước, góp phần bảo vệ tốt hơn các quyền và lợi ích chính đáng của các chủ thể pháp luật, bảo đảm trật tự an toàn xã hội. Sở dĩ có được những thành tựu trên là do các nguyên nhân cơ bản:

Thứ nhất, do sự chỉ đạo đúng đắn của Đảng về phát huy vai trò của tập quán trong hệ thống nguồn của pháp luật, đặc biệt là các định hướng mang tính chiến lược trong Nghị quyết 49-NQ/TW của Bộ Chính trị. Từ định hướng mang tính chiến lược của Đảng, Nhà nước đã thể chế hóa thành các quy định cụ thể và cùng với thời gian, các quy định về áp dụng tập quán cũng ngày càng được hoàn thiện, tạo ra cơ sở pháp lý vững chắc và phù hợp cho hoạt động áp dụng tập quán. Cùng

với việc hoàn thiện hệ thống pháp luật nói chung và hoàn thiện các quy định về áp dụng tập quán nói riêng, Nhà nước đã có nhiều chính sách nhằm khuyến khích, phát huy các tập quán tốt đẹp, theo đó, nhiều hoạt động tuyên truyền, phổ biến pháp luật và các tập quán tốt đẹp trong nhân dân đã được các CQNN có thẩm quyền thực hiện thường xuyên trong thời gian vừa qua. Các hoạt động này đã có tác động tích cực đến ý thức pháp luật của nhân dân. Nhân dân đã có sự chủ động hơn trong việc lựa chọn, viện dẫn các tập quán phù hợp để điều chỉnh các quan hệ của mình.

Thứ hai, do sự phát triển đáng kể về số lượng và trình độ chuyên môn, kỹ năng nghiệp vụ của các chủ thể có thẩm quyền áp dụng pháp luật nói chung, áp dụng tập quán nói riêng. Ngoài việc phát triển về số lượng đội ngũ, chuẩn hóa các tiêu chuẩn cho từng vị trí, chức danh, Nhà nước còn chú trọng việc đào tạo chuyên môn, kĩ năng áp dụng tập quán cho các chủ thể có thẩm quyền. Công tác tập huấn, bồi dưỡng chuyên môn nghiệp vụ được tiến hành thường xuyên. Thực tiễn áp dụng tập quán cho thấy các chủ thể có thẩm quyền có sự am hiểu khá sâu sắc về văn hóa, phong tục tập quán cũng như các quy định về áp dụng tập quán. Đặc biệt, đội ngũ hòa giải viên ở cơ sở đã phát huy rất tốt vai trò của mình trong việc áp dụng tập quán để giúp các bên giải quyết các tranh chấp.

Thứ ba, do sự am hiểu tập quán của nhân dân và sự phong phú của tập quán trên phạm vi cả nước. Với các đặc điểm về văn hóa, lịch sử, điều kiện kinh tế, xã hội, nước ta có một hệ thống tập quán rất phong phú, đa dạng. Tại nhiều cộng đồng dân tộc, bản, làng có các luật tục, hương ước, quy ước tương đối hoàn chỉnh, điều chỉnh mọi mặt đời sống xã hội, được nhân dân coi như cương lĩnh tinh thần và tự nguyên thực hiện. Các quy phạm này phát sinh từ thực tiễn đời sống nên phần lớn chúng có tính hợp lý, có thể bổ khuyết cho pháp luật, có vai trò tích cực trong QLXH.

Thứ tư, do những thành tựu trong hoạt động nghiên cứu khoa học pháp lý. Các kết quả nghiên cứu đã làm sáng tỏ nhiều vấn đề lý luận làm cơ sở cho việc hoàn thiện pháp luật về áp dụng tập quán cũng như việc áp dụng tập quán trên thực tiễn. Bên cạnh đó, các nghiên cứu cũng đã đánh giá được thực trạng áp dụng tập quán trong đời sống xã hội hiện nay, đưa ra những giải pháp nhằm đảm bảo tính khả thi và hiệu quả áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước, nhờ vậy, đã góp phần nâng cao nhận thức về tập quán, thúc đẩy hoạt động áp dụng tập quán trên thực tiễn.

Có thể nói, thực tiễn áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước ở Việt Nam trong thời gian qua đã đạt được nhưng kết quả đáng ghi nhận ở nhiều mặt.

Việc áp dụng tập quán đã góp phần giải quyết thấu tình đạt lý nhiều tranh chấp phát sinh trong đời sống. Trong công tác xét xử, các bản án có áp dụng tập quán có tính khả thi cao. Trong công tác hòa giải ở cơ sở, các tranh chấp được giải quyết nhẹ nhàng, triệt để ngay tại cộng đồng đã giúp giải tỏa các xung đột, tạo sự gắn kết trong cộng cồng, nhờ vậy, trật tự cộng đồng đảm bảo tốt hơn và cùng góp phần giảm tải công việc của các CQNN khi người dân không cần phải đưa vụ việc tranh chấp của mình ra giải quyết tại các CQNN.

2.2.2.2. Một số hạn chế và nguyên nhân

** Một số hạn chế*

Mặc dù thực tiễn áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước trong thời gian vừa qua đã đạt được những thành tựu đáng kể, nhưng xét một cách khách quan thì những thành tựu đó chưa thể hiện hết khả năng của tập quán với vai trò là một nguồn bổ sung của pháp luật. Từ thực tiễn áp dụng đã bộc lộ một số hạn chế như:

Thứ nhất, thực tế vẫn còn nhiều trường hợp nảy sinh có thể và cần áp dụng tập quán để giải quyết nhưng các chủ thể có thẩm quyền lại lúng túng, vì vậy, đã bỏ qua việc áp dụng tập quán, thay vào đó, chủ thể có thẩm quyền có thể lựa chọn cách áp dụng tương tự pháp luật để giải quyết, làm cho tập quán không phát huy được vai trò, giá trị của mình. Thậm chí, một số trường hợp chủ thể có thẩm quyền đã từ chối việc áp dụng tập quán khiến cho quyền lợi chính đáng của các chủ thể có liên quan không được bảo vệ một cách tốt nhất.

Thứ hai, còn xảy ra hiện tượng xung đột về quan điểm trong áp dụng tập quán giữa các chủ thể có thẩm quyền áp dụng tập quán, cũng như của các bên liên quan. Đặc biệt, trong hoạt động xét xử của Tòa án thường "*xảy ra hiện tượng xung đột về quan điểm áp dụng tập quán giữa các cấp TAND với nhau, giữa đương sự với nhau, giữa đương sự với TAND, giữa TAND với 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*"[234]. Qua khảo sát thì đây là nguyên nhân chính dẫn đến việc các thẩm phán có sự dè dặt trong việc lựa chọn áp dụng tập quán.

Thứ ba, trong một số trường hợp việc áp dụng tập quán còn tùy tiện. Chẳng hạn, khi ban hành quyết định áp dụng pháp luật, chủ thể có thẩm quyền chỉ ghi rất chung chung là theo tập quán gì mà không nêu rõ nội dung tập quán trong quyết

[234] Nguyễn Thị Tuyết Mai (2014), tlđd, tr.110.

định áp dụng pháp luật khiến cho quyết định, bản án được ban hành không đảm bảo tính thuyết phục.

** Nguyên nhân của hạn chế*

Một là, như đã đánh giá, các quy định về áp dụng tập quán hiện nay vẫn còn những khiếm khuyết, nhiều quy định chưa cụ thể, rõ ràng dẫn đến những vướng mắc trong thực tiễn áp dụng.

Hai là, chưa có nhiều nghiên cứu tập trung vào việc luận giải các vấn đề lý luận, đánh giá thực trạng và đưa ra các giải pháp cần thiết về áp dụng tập quán trong các lĩnh vực nói riêng và áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước nói chung.

Ba là, do quan điểm, nhận thức và sự am hiểu tập quán của các chủ thể có thẩm quyền trong việc áp dụng tập quán chưa thống nhất, đồng đều. Không ít trường hợp các chủ thể có thẩm quyền còn e ngại việc áp dụng tập quán vì cho rằng việc áp dụng tập quán thiếu sự rõ ràng, khó xác định sự tồn tại và tính phù hợp của các quy tắc tập quán. Thậm chí có người còn cho rằng, không nên và không cần thiết áp dụng tập quán vì tập quán mang tính vùng, miền, cục bộ và lạc hậu.

Bốn là, do sự hạn chế của tập quán. Tập quán là loại quy phạm hình thành và tồn tại lâu dài trong đời sống xã hội, vì vậy, tập quán thường lạc hậu hơn so với đời sống xã hội, nhiều tập quán không còn phù hợp để áp dụng ở thời điểm hiện nay. Hơn nữa, các quy tắc tập quán chủ yếu được lưu truyền từ đời này sang đời khác thông qua truyền miệng nên thiếu sự thống nhất, một tập quán có thể có nhiều dị bản khác nhau gây khó khăn cho việc xác định sự tồn tại cũng như việc lựa chọn nội dung nào mới là nội dung phù hợp để áp dụng trong giải quyết các vụ việc cụ thể. Nhiều tập quán dù được văn bản hóa trong các luật tục, hương ước nhưng lại thể hiện ở hình thức văn vần nên nhiều nội dung không cụ thể, rất khó để xác định chính xác quyền và nghĩa vụ cho các bên tham gia quan hệ mà nó điều chỉnh.

Kết luận chương 2

Thông qua thực trạng các quy định pháp luật về áp dụng tập quán, có thể nhận thấy, các quy định pháp luật về áp dụng tập quán trong hệ thống pháp luật của nước ta hiện nay tương đối cởi mở, điều này là phù hợp với tình hình thực tế của nước ta cũng như xu hướng phát triển chung của hệ thống pháp luật thế giới về sự đa dạng hóa các nguồn của pháp luật.

Thực tiễn áp dụng thấy, đa số các chủ thể có thẩm quyền trong hoạt động áp dụng pháp luật của mình đã ý thức được vai trò, giá trị không thể bỏ qua của tập quán trong giải quyết các vấn đề phát sinh từ cuộc sống của người dân. Trong chừng mực nhất định, tập quán đã được tôn trọng và xem xét để áp dụng trong giải quyết các vụ việc cụ thể. Trong một số lĩnh vực, các chủ thể có thẩm quyền đã thường xuyên áp dụng tập quán và thu được những kết quả khả quan như trong hoạt động quản lý hộ tịch, trong hòa giải ở cơ sở… nhờ vậy, đã góp phần bảo vệ tốt hơn quyền, lợi ích chính đáng của các chủ thể có liên quan, góp phần giữ gìn bản sắc văn hóa của các dân tộc, vùng, miền, cũng như đảm bảo trật tự xã hội.

Tuy nhiên, thực tiễn áp dụng tập quán các chủ thể có thẩm quyền cũng cho thấy, các chủ thể có thẩm quyền đã gặp không ít khó khăn, vướng mắc trong quá trình giải quyết các vụ việc, dẫn đến nhiều trường hợp tập quán không được áp dụng dù đáng ra có thể áp dụng và nên áp dụng để giải quyết các vụ việc. Nguyên nhân chủ yếu của những khó khăn, vướng mắc hiện nay là do các quy định về áp dụng tập quán còn chưa thực sự minh thị, cụ thể và thậm chí, một số quy định còn cứng nhắc; thiếu các nghiên cứu đầy đủ và thấu đáo cả về mặt lý luận và thực tiễn về áp dụng tập quán trong QLXH để làm cơ sở tham chiếu, đánh giá. Bên cạnh đó, bản thân các chủ thể có thẩm quyền áp dụng cũng chưa thực sự am hiểu về tập quán; chưa có sự thống nhất trong quan điểm về áp dụng tập quán của các chủ thể có thẩm quyền, dẫn đến việc các quyết định, bản án có áp dụng tập quán của Tòa án sau đó lại bị Viện kiểm sát kháng nghị, Tòa án cấp trên sửa hoặc hủy bỏ, điều này đã làm cho các thẩm phán có sự dè dặt khi áp dụng tập quán trong xét xử. Ngoài ra, các luật sư khi tham gia vào việc giải quyết các vụ việc cũng hiếm khi tìm tòi và nại ra các tập quán để yêu cầu áp dụng. Điều này cho thấy, đội ngũ luật sư hiện còn ít quan tâm chú ý đến loại nguồn tập quán. Vì vậy, để đảm bảo hiệu quả áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước đòi hỏi phải có các quan điểm mang tính chiến lược cũng như một hệ thống các giải pháp đồng bộ.

CHƯƠNG 3. QUAN ĐIỂM VÀ GIẢI PHÁP ĐẢM BẢO HIỆU QUẢ ÁP DỤNG TẬP QUÁN TRONG QUẢN LÝ XÃ HỘI CỦA NHÀ NƯỚC Ở VIỆT NAM THỜI GIAN TỚI

3.1. Quan điểm áp dụng tập quán trong quản lý xã hội của Nhà nước ở Việt Nam thời gian tới

Áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước ở Việt Nam là một quá trình liên tục, là sự kết nối quá khứ, hiện tại và tương lai. Trong lịch sử, Nhà nước đã luôn thừa nhận tập quán là một loại nguồn của pháp luật, tồn tại song hành cùng với quy phạm pháp luật trong điều chỉnh các quan hệ xã hội. Thực tiễn cho thấy, hiện nay, tập quán vẫn phát huy được vai trò tích cực của mình trong QLXH của Nhà nước. Trong tương lai, dù hệ thống pháp luật có hoàn thiện đi chăng nữa thì việc thừa nhận áp dụng tập quán trong QLXH ở Việt Nam vẫn là cần thiết bởi việc thừa nhận áp dụng tập quán sẽ làm cho hệ thống pháp luật thêm toàn diện và khả thi; hơn thế nữa, còn góp phần bảo tồn bản sắc văn hóa của dân tộc trong quá trình hội nhập quốc tế; mở rộng quyền dân chủ ở cơ sở cho người dân...

Nghiên cứu nhằm đảm bảo hiệu quả áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước ở Việt Nam trong thời gian tới, cần nhất quán một số quan điểm sau đây:

3.1.1. Áp dụng tập quán trong quản lý xã hội của Nhà nước phải trên cơ sở tôn trọng Hiến pháp và pháp luật, phù hợp với các nguyên tắc xây dựng Nhà nước pháp quyền ở nước ta

"*Trong nhà nước pháp quyền không cho phép bất kỳ một người nào, cơ quan, tổ chức nào đứng trên pháp luật*"[235]. Pháp luật có tính tối thượng mà mọi chủ thể bao gồm cả Nhà nước và tổ chức, cá nhân đều bị điều chỉnh và đều phải tuân thủ. Vì vậy, việc áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước cũng phải dựa trên cơ sở luật định.

Pháp luật Việt Nam hiện nay là pháp luật bắt nguồn từ nhân dân, vì nhân dân, của nhân dân, là pháp luật thể hiện ý chí của giai cấp công nhân và toàn thể nhân dân lao động, bảo vệ lợi ích chung của toàn xã hội, phù hợp với trình độ phát triển của xã hội, có hiệu lực trong phạm vi toàn bộ lãnh thổ quốc gia. Pháp luật giữ vai trò chủ đạo trong điều chỉnh các quan hệ xã hội, tập quán là nguồn bổ trợ được

[235] Trần Ngọc Đường (2020), Các nguyên tắc pháp quyền và việc tuân thủ các nguyên tắc pháp quyền trong xây dựng Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa ở nước ta, https://www.tapchicongsan.org.vn/web/guest/media-story/-/asset_publisher/V8hhp4dK31Gf/content/cac-nguyen-tac-phap-quyen-va-viec-tuan-thu-cac-nguyen-tac-phap-quyen-trong-xay-dung-nha-nuoc-phap-quyen-xa-hoi-chu-nghia-o-nuoc-ta. Truy cập ngày: 27/6/2021.

xếp thứ hai sau pháp luật. Tập quán tuy chứa đựng những giá trị văn hóa, tinh thần của đồng bào các dân tộc, nhưng chỉ phù hợp để điều chỉnh các quan hệ trong cộng đồng, dân tộc đó. Nói cách khác, đối tượng và phạm vi điều chỉnh của tập quán chỉ giới hạn là quan hệ phát sinh trong cộng đồng xã hội nơi tập quán đó hình thành và tồn tại. Áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước là hoạt động quản lý dựa trên tính đặc thù của địa phương, lĩnh vực xã hội nhằm đem lại hiệu quả quản lý cao nhất. Tuy nhiên, tôn trọng tính đặc thù không có nghĩa là các địa phương được thực hiện những hoạt động mang tính biệt lệ, vô nguyên tắc. Vì vậy, việc áp dụng tập quán phải đảm bảo tuân thủ các nguyên tắc nhất định, cụ thể:

Phải tôn trọng tính tối cao của Hiến pháp và đảm bảo tính thống nhất của hệ thống pháp luật. Hoạt động áp dụng tập quán không được mâu thuẫn với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật, phải hướng tới việc nâng cao ý thức pháp luật cho người dân để người dân tôn trọng Hiến pháp và pháp luật; thực thi Hiến pháp và pháp luật tốt hơn. Khoản 3 Điều 5 Hiến pháp năm 2013 quy định: "*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, những tập quán được áp dụng phải là "*tập quán tốt đẹp*" chứ không phải mọi tập quán đang tồn tại trên thực tế. Bên cạnh đó, tập quán được áp dụng để điều chỉnh các quan hệ trong các lĩnh vực cụ thể phải phù hợp với những nguyên tắc được nêu trong các văn bản quy phạm pháp luật thuộc lĩnh vực đó. Cụ thể, trong lĩnh vực dân sự thì phải đảm bảo các nguyên tắc được nêu trong BLDS; trong lĩnh vực kinh doanh - thương mại thì phải phù hợp với Luật Thương mại; trong lĩnh vực HN&GĐ thì phải phù hợp với Luật HN&GĐ…

Phải hiểu và áp dụng thống nhất các quy định pháp luật về áp dụng tập quán. Chỉ áp dụng tập quán khi ở vào những trường hợp được pháp luật cho phép. Không phải lĩnh vực nào cũng được phép áp dụng tập quán. Các quy định hiện nay thừa nhận việc áp dụng tập quán trong trường hợp các bên thỏa thuận áp dụng tập quán hoặc trường hợp pháp luật chưa có quy định 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 HN&GĐ. Không tạo ra những biệt lệ, vô nguyên tắc khi áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước. Biệt lệ, vô nguyên tắc ở đây có thể là áp dụng tập quán trong những trường hợp không được phép áp dụng; áp dụng những tập quán có nội dung trái với các nguyên tắc cơ bản

pháp luật, không phù hợp với thuần phong, mĩ tục của dân tộc; áp dụng những tập quán có nội dung không rõ ràng, thậm chí, viện dẫn những cách xử lý mà thực tế không có tập quán có nội dung như vậy…

Về nguyên tắc, khi pháp luật thừa nhận việc áp dụng tập quán thì đương nhiên các chủ thể có thẩm quyền sẽ được thực hiện quyền này. Nhưng cũng cần phải hiểu đây cũng là nghĩa vụ của các chủ thể có thẩm quyền nhằm bảo đảm quyền, lợi ích chính đáng cho các chủ thể có liên quan, bảo vệ trật tự xã hội. Nếu pháp luật chưa có quy định mà có tập quán không trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật, hay ở vào các trường hợp được áp dụng tập quán khác thì chủ thể có thẩm quyền không thể không áp dụng tập quán để giải quyết vụ việc. Việc quy định nghĩa vụ của chủ thể có thẩm quyền sẽ thúc đẩy việc áp dụng tập quán trên thực tế, bởi hiện nay, một trong những nguyên nhân khiến việc áp dụng tập quán chưa thực sự khả thi chính là do việc "e ngại" áp dụng tập quán của các chủ thể có thẩm quyền, đặc biệt là các thẩm phán trong quá trình xét xử. Chủ thể có thẩm quyền khi áp dụng tập quán 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. Nói cách khác, chủ thể có thẩm quyền phải xác định giá trị áp dụng của tập quán.

Ngoài ra, khi áp dụng tập quán cần phải tuân thủ thứ tự ưu tiên áp dụng các loại nguồn của pháp luật. Cần lưu ý, mỗi lĩnh vực, mỗi loại quan hệ xã hội khác nhau thì thứ tự ưu tiên áp dụng các loại nguồn có thể khác nhau.

Có thể nói, ở một mức độ nào đó, việc thừa nhận áp dụng các quy phạm xã hội khác, trong đó, có tập quán là nguồn của pháp luật có thể xem là sự chia sẻ quyền lực của nhà nước cho các cộng đồng, ít nhiều mang yếu tố tự trị, có thể ảnh hưởng xấu đến sự thống nhất trong QLXH của Nhà nước. Tuy nhiên, việc thừa nhận áp dụng tập quán theo các nguyên tắc nhất định do Nhà nước đặt ra sẽ giúp Nhà nước kiểm soát được việc áp dụng nó, đảm bảo tính thống nhất trong thực tiễn áp dụng và tạo ra sự hài hòa trong mối quan hệ giữa Nhà nước với các thiết chế xã hội khác, giữa pháp luật và các quy tắc ứng xử hình thành từ cộng đồng.

3.1.2. Áp dụng tập quán trong quản lý xã hội của Nhà nước ở Việt Nam phải hướng đến việc xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật

Trong Nhà nước pháp quyền, hệ thống pháp luật phải thực sự hoàn thiện. Do vậy, việc thừa nhận tập quán là một loại nguồn của pháp luật và áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước là một trong những giải pháp quan trọng, kịp thời bổ

sung những thiếu hụt của hệ thống văn bản quy phạm pháp luật. Ngoài ra, thông qua thực tiễn áp dụng, Nhà nước sẽ lựa chọn được những tập quán phù hợp với mục đích điều chỉnh các quan hệ xã hội để nâng lên thành pháp luật, làm cho hệ thống pháp luật trở nên hoàn thiện hơn. Đây vốn là cách làm truyền thống, khi các nhà nước mới ra đời, giai cấp thống trị đã sử dụng phương pháp này để làm hình thành nên hệ thống pháp luật bên cạnh việc tự đặt ra những quy định mới. Các quy tắc tập quán hình thành từ đời sống và cũng biến đổi theo sự biến đổi của đời sống nên việc thừa nhận và nâng những quy tắc này lên thành pháp luật là một cách làm hay, giúp cho các quy phạm pháp luật dễ đi vào đời sống, nhờ vậy sẽ đem lại hiệu quả điều chỉnh tốt nhất.

Thừa nhận áp dụng tập quán sẽ góp phần hoàn thiện hệ thống pháp luật, làm cho hệ thống pháp luật có nguồn "mở", nguồn phong phú, đa dạng. Thực tế đã chứng minh, 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 đầy đủ và tính khái quát hóa cao của chính loại nguồn này.

Với ý nghĩa quan trọng đó, việc áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước ở Việt Nam hiện nay cần được thực hiện nghiêm túc, có tổng kết, rút kinh nghiệm và báo cáo các cơ quan có thẩm quyền để có căn cứ đề xuất giải pháp hoàn thiện hệ thống pháp luật cũng như các giải pháp đảm bảo thực thi khác.

3.1.3. Áp dụng tập quán trong quản lý xã hội của Nhà nước phải kế thừa, phát huy các giá trị truyền thống tốt đẹp của dân tộc, hướng đến xây dựng nền văn hóa tiên tiến, đậm đà bản sắc dân tộc

"*Nước Việt Nam 4.000 năm lịch sử không bị lôi cuốn đồng hóa với Trung Hoa sau mười một thế kỷ bị độ hộ, với Pháp sau ngót một thế kỷ bị đô hộ, vì vẫn giữ được đặc tính dân tộc, có phong tục và ngôn ngữ riêng*"[236]. Chính vì thế, để tồn tại và phát triển, đặc biệt, trong bối cảnh toàn cầu hoá hiện nay, việc giữ gìn và phát huy bản sắc văn hóa dân tộc nói chung, áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước nói riêng là một yêu cầu có tính nguyên tắc.

Ngay từ những năm kháng chiến, Chủ tịch Hồ Chí Minh đã rất chú trọng đến

[236] Nhất Thanh (2015), Đất lề quê thói - Phong tục Việt Nam, Nxb. Nhã Nam - Nxb. Hồng Đức, tr.9.

việc giữ gìn, tôn trọng phong tục, tập quán, tín ngưỡng của cộng đồng các dân tộc Việt Nam. Người coi đó là "*những vốn cũ quý báu của dân tộc*" cần được giữ gìn, bảo vệ và phát huy. Tuy nhiên, người cũng chỉ rõ: "*Cái gì cũ mà xấu thì phải bỏ, cái gì cũ mà không xấu, không phiền phức thì sửa đổi, bổ sung cho hợp lý, cái gì cũ mà tốt thì phát triển thêm, cái mới mà hay thì làm theo*". Việc giữ gìn và phát huy văn hóa truyền thống, trong đó, có tập quán là rất cần thiết, tuy nhiên, việc kế thừa phải có chọn lọc.

Tập quán là sản phẩm của đời sống xã hội, ra đời gắn liền với lịch sử phát triển của các cộng đồng xã hội nên nó mang đậm bản sắc của các cộng đồng xã hội nơi nó hình thành và tồn tại. Có thể nói, "*phong tục tập quán của mỗi dân tộc không chỉ là thói quen, lối sống của một cộng đồng dân tộc mà còn là sự biểu hiện của triết lý vũ trụ, nhân sinh quan của dân tộc ấy. Phong tục tập quán vừa có cái chung, vừa có cái riêng, thể hiện bản sắc văn hóa dân tộc một cách đậm đà và sâu sắc*"[237]. Những nét văn hóa riêng của mỗi dân tộc bổ sung cho nhau, hòa trộn vào nền văn hóa chung, làm cho nền văn hóa của cả dân tộc Việt Nam phong phú hơn. Việc giữ gìn, bảo vệ, phát huy và phát triển các giá trị văn hóa riêng biệt, độc đáo, có tính truyền thống của mỗi dân tộc anh em chính là sự giữ gìn, bảo vệ, phát huy và phát triển bản sắc văn hóa Việt Nam. Tuy nhiên, nhiều tập quán được hình thành từ lâu đời, trong những điều kiện, hoàn cảnh xã hội khác xa với xã hội ngày nay, tập quán không tránh khỏi những điều bất cập, những điều lạc hậu cần phải điều chỉnh, thậm chí một số tập quán cần phải loại bỏ ra khỏi đời sống bởi chúng không còn phù hợp với điều kiện xã hội hiện nay. Chính vì vậy, áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước ở Việt Nam trong thời gian tới cần quán triệt nguyên tắc: "*Gạn đục khơi trong*", chỉ áp dụng những tập quán tiến bộ, thể hiện các giá trị truyền thống tốt đẹp của các dân tộc, loại bỏ các tập quán lạc hậu, không còn phù hợp với xã hội mới. Mỗi dân tộc dù có những điểm khác nhau về bản sắc văn hóa nhưng đều có mục tiêu chung là cùng nhau xây dựng đời sống văn hóa mới, giữ gìn thuần phong, mỹ tục của dân tộc.

"*Nói đến bản sắc là nói đến văn hóa truyền thống đã được định hình trong lịch sử, nhưng truyền thống đó không "nhất thành bất biến" mà luôn vận động phát*

---

[237] Chủ tịch Hồ Chí Minh với việc giữ gìn và phát huy giá trị văn hóa tinh thần của dân tộc, https://bvhttdl.gov.vn/chu-tich-ho-chi-minh-voi-viec-giu-gin-va-phat-huy-gia-tri-van-hoa-tinh-than-cua-dan-toc-20210603154428429.htm - Truy cập ngày: 26/6/2021.

triển. Chủ thể văn hóa luôn sáng tạo thêm những giá trị văn hóa mới, trên cơ sở kế thừa có chọn lọc để văn hóa song hành với cuộc sống, nhưng vẫn giữ được nét ổn định, tính nhất quán, tức là giữ được sắc thái gốc của văn hóa"[238]. Bảo tồn, phát huy những giá trị truyền thống không có nghĩa là quay về với quá khứ, lãng quên hiện tại và thờ ơ trước tương lai, mà nó là điểm khởi đầu cho bước phát triển mới.

3.1.4. Áp dụng tập quán trong quản lý xã hội của Nhà nước phải đảm sự tôn trọng, bảo vệ quyền, lợi ích chính đáng của các cá nhân, tổ chức tham gia quan hệ xã hội và trật tự công cộng

Khi tham gia vào các quan hệ pháp luật, các chủ thể luôn được bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp. Tuy nhiên, đối với những quan hệ xã hội mà pháp luật chưa điều chỉnh hoặc điều chỉnh không đầy đủ, quyền, lợi ích hợp pháp của các chủ thể có thể chưa xác định được cụ thể, thì trong những trường hợp này các chủ thể cũng luôn có quyền, nghĩa vụ, lợi ích chính đáng. Dù chưa có pháp luật điều chỉnh hay pháp luật chưa điều chỉnh hoàn thiện, thì những nguyên tắc cơ bản như bảo vệ giá trị đạo đức, trật tự công cộng, tính công bằng... vẫn luôn phải được tính đến. Vì vậy, khi áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước, các chủ chể có thẩm quyền phải quán triệt nguyên tắc tôn trọng, bảo vệ quyền, lợi ích chính đáng của các cá nhân, tổ chức tham gia quan hệ 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.

Không chỉ bảo đảm quyền, lợi ích hợp pháp, chính đáng của các cá nhân, tổ chức trong quan hệ pháp luật có áp dụng tập quán, mà việc áp dụng tập quán còn phải đảm bảo tôn trọng, bảo vệ quyền, lợi ích chính đáng của các cá nhân, tổ chức khác trong xã hội, bảo vệ lợi ích chung của cộng đồng. Nói cách khác, là phải bảo vệ trật tự công cộng. Một quy phạm tập quán tồn tại trong đời sống xã hội có thể có lợi cho cá nhân, cộng đồng, nhóm xã hội này nhưng có thể không có lợi cho cá nhân, cộng đồng, nhóm xã hội khác. Thậm chí, một tập quán quốc tế có thể chỉ có lợi cho chủ thể tham gia quan hệ của quốc gia này mà không có lợi cho chủ thể tham gia của một quốc gia khác trong một quan hệ pháp luật cụ thể. Vì vậy, việc áp dụng tập quán phải được xem xét thận trọng, đảm bảo hài hòa lợi ích của các bên liên quan.

3.1.5. Áp dụng tập quán trong quản lý xã hội của Nhà nước phải bảo đảm

---

[238] Nguyễn Hồng (2013), Bản sắc dân tộc và sự phát triển văn hóa, https://www.tapchicongsan.org.vn/truyen-thong-hien-tai/-/2018/22547/ban-sac-dan-toc-va-su-phat-trien-van-hoa.aspx#.

sự bình đẳng, đoàn kết giữa các dân tộc, vùng, miền, cộng đồng; phát huy dân chủ ở cơ sở

Với một quốc gia đa dân tộc, việc thừa nhận áp dụng tập quán của các dân tộc là một cách thức "hài hòa hóa sự khác biệt" giữa các cộng đồng xã hội, góp phần tăng cường hiệu quả QLXH của Nhà nước. Việc áp dụng tập quán sẽ xác định rõ quyền của mỗi cộng đồng dân tộc, thông qua việc áp dụng tập quán của dân tộc mình, mỗi cá nhân trong cộng đồng dân tộc thực hiện được quyền tự do cá nhân nhiều hơn, đáp ứng được mong muốn tự quản về mặt pháp lý của cộng đồng dân tộc đó tốt hơn. Trên thực tế, do có sự khác biệt nhất định về điều kiện tự nhiên, kinh tế - xã hội, địa vị chính trị của các dân tộc nên các nhóm dân tộc thiểu số cần được hưởng những chính sách ưu tiên nhất định để đảm bảo cân bằng, hài hòa lợi ích giữa các dân tộc. Việc thừa nhận áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước có thể được xem như là một quyền ưu tiên dành cho các cộng đồng dân tộc nhất định nhằm thúc đẩy sự phát triển trong các cộng đồng đó. Ở Việt Nam hiện nay, vẫn tồn tại khoảng cách lớn giữa các vùng, miền, giữa các dân tộc, giữa thành thị và nông thôn. Do vậy, không nên "đánh đồng" áp dụng một chính sách chung cho các chủ thể trong khi các chủ thể này có sự khác biệt về điều kiện kinh tế, văn hóa, xã hội. Cần thực hiện các chính sách, áp dụng các công cụ pháp lý phù hợp với mỗi chủ thể để tạo nên sự bình đẳng, đoàn kết, tiến bộ, phát triển của tất cả các dân tộc trong hoạt động quản lý của Nhà nước.

Thừa nhận áp dụng tập quán của các cộng đồng dân tộc tạo ra sự bình đẳng giữa các dân tộc. Tuy nhiên, cần xem xét, nhận thức về vấn đề này một cách toàn diện và sâu sắc để đảm bảo sự thống nhất, đoàn kết giữa các dân tộc. Cần phải có những cách thức để hạn chế hoặc tránh xung đột giữa pháp luật của Nhà nước và tập quán của các dân tộc, cũng như giữa tập quán của các dân tộc với nhau. Bên cạnh đó, cũng cần phải có những biện pháp ngăn chặn việc hình thành chế độ tự trị hay những mâu thuẫn sắc tộc bởi nếu điều này xảy ra sẽ gây chia rẽ dân tộc, gây bất ổn trong nội bộ đất nước. Muốn vậy, cần xác định rõ những định hướng và biện pháp cụ thể khi áp dụng tập quán. Áp dụng tập quán là để tạo nên sự công bằng, đảm bảo quyền con người, quyền tự do, dân chủ chứ không phải vì mục đích chính trị hay mục đích giành quyền tự trị cho một chủ thể nhất định. Tập quán được coi là một công cụ pháp lý, không phải là một công cụ chính trị, áp dụng tập quán là hướng đến sự phù hợp với các điều kiện, hoàn cảnh cụ thể của từng cộng đồng dân

tộc, hướng đến lợi ích của cộng đồng được áp dụng, sao cho cân đối, hài hòa với sự phát triển chung của cả nước. Đối với mỗi cộng đồng dân tộc cũng cần quán triệt quan điểm, việc thừa nhận áp dụng tập quán là cơ hội để mở rộng quyền tự quản, làm cho đời sống xã hội tốt hơn và cũng làm cho mối quan hệ giữa mỗi cộng đồng và toàn xã hội được gắn kết hơn, chứ không phải là cách thức để thoát ly sự ràng buộc của Nhà nước, cách thức để giành quyền tự chủ hay cách thức để tạo ra lợi thế hơn so với các cộng đồng dân tộc khác. Nói cách khác, áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước phải hướng đến tạo ra sự bình đẳng về địa vị chính trị của các dân tộc, tuy nhiên, quá trình áp dụng cần đảm bảo chính sách đại đoàn kết dân tộc.

Bên cạnh đó, việc áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước phải hướng đến phát huy dân chủ ở cơ sở, đảm bảo tính dân chủ, tự nguyện của người dân trong giải quyết các tranh chấp. Theo đó, cần coi trọng hoạt động hòa giải trong giải quyết các tranh chấp nội bộ nhằm bảo vệ quyền, lợi ích chính đáng của cá nhân, tổ chức tham gia quan hệ, cá nhân tổ chức khác trong xã hội cũng như trật tự công cộng. Thực tiễn cũng cho thấy, có nhiều trường hợp việc giải quyết các tranh chấp bởi các thiết chế tự quản của cộng đồng dựa trên tập quán tỏ ra có hiệu quả hơn việc giải quyết bởi các CQNN dựa trên các quy định pháp luật, đặc biệt là đối với các tranh chấp phát sinh trong nội bộ gia đình, dòng tộc, dân tộc, thôn, bản… Do vậy, nếu chủ trương, chính sách áp dụng tập quán hướng đến phát huy dân chủ ở cơ sở được thực hiện một cách khoa học, hợp lý thì chắc chắn sẽ thúc đẩy hoạt động hòa giải ở cơ sở phát huy được hiệu quả tích cực trong giải quyết các tranh chấp của người dân, góp phần quan trọng trong QLXH của Nhà nước ở địa phương.

3.2. Giải pháp đảm bảo hiệu quả áp dụng tập quán trong quản lý xã hội của Nhà nước ở Việt Nam thời gian tới

3.2.1. Đổi mới và thống nhất nhận thức về vai trò, giá trị của tập quán trong quản lý xã hội của Nhà nước

Xã hội chỉ có thể tồn tại và phát triển được dựa trên sự trật tự và ổn định. Để có được điều này thì Nhà nước cần phải có các công cụ quản lý. Cùng với pháp luật, tập quán được xác định là một loại công cụ quan trọng trong QLXH. Điểm lại các giai đoạn phát triển của dân tộc ta, có thể thấy, tập quán như một sợi chỉ đỏ xuyên suốt chiều dài lịch sử, là nét đặc trưng trong văn hóa pháp lý của dân tộc. Trải qua bao thăng trầm, những giá trị của tập quán không những không mất đi mà đã có sự cải biến, phát triển phù hợp với điều kiện mới. Hơn nữa, pháp luật không phải là công cụ vạn năng,

có thể điều chỉnh một cách có hiệu quả mọi quan hệ xã hội. Do vậy, trong quản lý, điều hành xã hội, ngoài việc sử dụng quy phạm pháp luật, Nhà nước còn cần phải sử dụng các quy phạm xã hội khác, trong đó có tập quán. Bởi lẽ, hiệu quả QLXH phụ thuộc vào một số yếu tố như sự phù hợp giữa pháp luật và quan hệ xã hội mà nó điều chỉnh, sự hoàn thiện, đầy đủ của hệ thống pháp luật và đặc biệt là trình độ dân trí và ý thức pháp luật của người dân.

Để đảm bảo hiệu quả áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước, cần phải có sự đổi mới và thống nhất trong nhận thức về vai trò và giá trị của tập quán trong QLXH theo hướng đánh giá khách quan, toàn diện hơn tác động của tập quán trong đời sống xã hội. Bên cạnh một số tác động tiêu cực không mong muốn thì tập quán còn có khá nhiều tác động tích cực và những giá trị không thể phủ nhận trong đời sống cộng đồng, địa phương. Cần xóa bỏ những nhận thức phiến diện, chủ quan về vai trò và giá trị của tập quán theo hướng phủ nhận hoàn toàn những tác động tích cực của tập quán, thổi phồng những tác động tiêu cực của tập quán hoặc tuyệt đối hóa tác động tích cực của tập quán trong đời sống xã hội.

Khi áp dụng tập quán với vai trò là một loại nguồn của pháp luật cần phải có sự thống nhất trong nhận thức về những điểm đặc thù của loai quy tắc điều chỉnh hành vi này để xác định phạm vi, trường hợp, nguyên tắc, quy trình áp dụng phù hợp. Tập quán về cơ bản chỉ phù hợp để điều chỉnh các quan hệ của đời sống dân sự và chỉ có ý nghĩa để điều chỉnh các quan hệ trong cộng đồng, lĩnh vực nhất định nơi tập quán đó hình thành và tồn tại.

3.2.2. Đẩy mạnh nghiên cứu các vấn đề lý luận về áp dụng tập quán trong quản lý xã hội của Nhà nước

Thông qua nghiên cứu thực tiễn áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước ở Việt Nam hiện nay cho thấy, những hạn chế về mặt lý luận về tập quán và áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước là một trong những nguyên nhân cơ bản dẫn đến khó khăn, vướng mắc trong việc hoàn thiện các quy định pháp luật về thừa nhận áp dụng tập quán cũng như những khó khăn, vướng mắc trong thực tiễn áp dụng tập quán. Để khắc phục vấn đề này, cần đẩy mạnh hoạt động nghiên cứu các vấn đề lý luận về áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước. Hiện nay, đây vẫn còn là mảng trống trong khoa học pháp lý bởi sự thiếu vắng các nghiên cứu mang tính quy mô và chuẩn mực về vấn đề này. Việc nghiên cứu làm rõ các vấn đề lý luận là rất cần thiết để tạo cơ sở tham chiếu cho hoạt động xây dựng, hoàn thiện các quy định pháp luật về áp dụng tập quán

cũng như tháo gỡ những lúng túng trong thực tiễn áp dụng. Do vậy, cần có thêm các công trình khoa học nghiên cứu riêng và chuyên sâu lý luận về áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước.

Thiết nghĩ, dưới góc độ nghiên cứu lý luận, cần làm sáng tỏ các vấn đề cơ bản về áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước như: nghiên cứu xây dựng khái niệm tập quán thống nhất để đưa vào văn bản quy phạm pháp luật đảm bảo tính đồng bộ trong hệ thống pháp luật. Hiện này, tồn tại nhiều khái niệm về tập quán và những khái niệm tương đồng hoặc có ý nghĩa, vai trò tương tự tập quán như: phong tục, luật tục, hương ước, lệ làng, quy ước… Vì vậy, cần phải làm rõ khái niệm tập quán với tư cách là một loại nguồn của pháp luật, phân biệt nó với những khái niệm có liên quan. Cần làm rõ phong tục, luật tục, hương ước, lệ làng, quy ước… có phải là nguồn của pháp luật không? Hoặc nếu là nguồn của pháp luật với tư cách là tập quán thì phải đáp ứng điều kiện gì? Nội dung khái niệm tập quán cần chứa đựng các tiêu chí đặc định để xác định một tập quán được lựa chọn là nguồn của pháp luật, tạo cơ sở để các chủ thể có thẩm quyền có thể nhận biết, tập hợp, xây dựng danh mục tập quán, cũng như lựa chọn áp dụng tập quán trong thực tiễn.

Bên cạnh việc xây dựng khái niệm tập quán cũng cần làm rõ các vấn đề lý luận khác như nguồn chứa đựng tập quán; quy trình, cách thức lựa chọn và công nhận tập quán với tư cách là một loại nguồn luật; phạm vi, trường hợp, nguyên tắc, quy trình áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc cụ thể; các yếu tố tác động đến việc áp dụng tập quán để làm cơ sở tham chiếu cho việc xây dựng các quy định pháp luật cụ thể về áp dụng tập quán trong các lĩnh vực khác nhau nhằm đảm bảo tính khả thi, thống nhất của các quy định này. Để làm được điều này, cần có sự nghiên cứu chuyên sâu từ cả góc độ văn hóa, ngôn ngữ và lý luận chung về nhà nước và pháp luật. Trên cơ sở các khái niệm tập quán ở góc độ ngôn ngữ, văn hóa phải liên hệ với các tri thức trong lý luận chung về nhà nước và pháp luật về các tiêu chuẩn của một quy tắc xử sự được coi là quy tắc xử sự chung để đưa ra các tiêu chuẩn xác định tập quán; tương tự, phải dựa trên các kiến thức lý luận chung về nhà nước và pháp luật để làm sáng tỏ các vấn đề về quy trình, cách thức lựa chọn và công nhận tập quán với tư cách một loại nguồn của pháp luật; quy trình áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc cụ thể…

3.2.3. Hoàn thiện các quy định pháp luật về áp dụng tập quán trong quản lý xã hội của Nhà nước

Hiện nay, các quy định về áp dụng tập quán chưa thực sự hoàn thiện, đồng bộ

và khả thi, do vậy, việc áp dụng chưa đem lại hiệu quả như mong đợi. Để tháo gỡ trở ngại này, cần tiếp tục xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật hiện hành nhằm tạo ra hành lang pháp lý thuận lợi hơn cho việc áp dụng tập quán.

Tập quán khi được Nhà nước thừa nhận là một loại nguồn của pháp luật thì việc áp dụng tập quán là áp dụng pháp luật, vì vậy, trình tự thủ tục áp dụng cần được quy định chặt chẽ để việc áp dụng vừa thuận lợi, vừa đảm bảo tính thống nhất, tránh tùy tiện trong việc áp dụng. Điều này đòi hỏi phải hoàn thiện các quy định về áp dụng tập quán. Theo đó, cần hoàn thiện các quy định về tiêu chí lựa chọn tập quán; quy trình, cách thức lựa chọn và công nhận tập quán với tư cách là một loại nguồn của pháp luật; xác định rõ phạm vi, trường hợp, nguyên tắc, quy trình áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc cụ thể, tránh quy định chung chung, không rõ ràng. Ngoài ra, cũng cần quy định rõ chủ thể có thẩm quyền giải thích tập quán nhằm giải quyết những trường hợp sự việc phát sinh cần áp dụng tập quán mà bản thân chủ thể có thẩm quyền áp dụng lại chưa thực sự hiểu rõ nội dung tập quán; hoặc khi các bên trong quan hệ viện dẫn tập quán như một nguồn chứng cứ điều chỉnh quan hệ của mình nhưng lại đưa ra các cách hiểu khác nhau về nội dung của tập quán được viện dẫn; hoặc khi tập quán có nhiều dị bản trong thực tế để áp dụng…

Việc xây dựng và hoàn thiện các quy định pháp luật hiện hành về áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước cần theo hướng tạo ra không gian pháp lý phù hợp để tập quán thực sự được áp dụng trong QLXH của Nhà nước. Bởi lẽ, tập quán chỉ có thể phát huy được vai trò, giá trị của mình trong QLXH của Nhà nước khi nó được áp dụng phổ biến trong đời sống xã hội. Muốn vậy, pháp luật phải tạo không gian pháp lý phù hợp cho việc áp dụng tập quán. Để thực hiện việc này, trước hết, trong quá trình sửa đổi, bổ sung, quy định chi tiết các văn bản quy phạm pháp luật hiện hành liên quan đến vấn đề áp dụng tập quán, các nhà làm luật cần xây dựng được các quy định mang tính thống nhất và cụ thể hơn về các trường hợp áp dụng tập quán theo định hướng: tôn trọng sự thỏa thuận của các bên về lựa chọn áp dụng tập quán, miễn sao sự thỏa thuận đó không trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật và các chuẩn mực đạo đức xã hội; quy định nghĩa vụ phải áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc của các chủ thể có thẩm quyền trong trường hợp có đủ điều kiện để áp dụng tập quán. Thêm vào đó, Nhà nước cũng cần có chính sách thu hẹp đối tượng chịu sự điều chỉnh trực tiếp của pháp luật. "*Hay nói cụ thể hơn, pháp luật chỉ nên điều chỉnh những quan hệ xã hội cơ bản có tính phổ biến và điển hình đối với toàn bộ đời sống chính trị, kinh tế - xã hội*

trong tất cả các loại hình làng xã. Những quan hệ nào không có tính điển hình cho tất cả làng xã, thể hiện các đặc điểm của từng loại cộng đồng có thể dành cho sự điều chỉnh bởi các loại quy phạm xã hội khác"[239], trong đó, quan trọng nhất chính là các quy phạm tập quán. Thừa nhận tập quán với tư cách là một loại nguồn của pháp luật chính là đã tạo hành lang pháp lý cho việc áp dụng tập quán. Tuy nhiên, cùng với nó, cũng cần tăng cường dân chủ ở cơ sở, thừa nhận quyền tự quản của các cộng đồng dân cư, bởi lẽ, nếu không tăng cường dân chủ ở cơ sở, trao quyền tự quản cho các cộng đồng dân cư thì tập quán trong các cộng đồng dân cư không có không gian để áp dụng.

3.2.4. Nâng cao năng lực chuyên môn, phẩm chất chính trị của các chủ thể có thẩm quyền áp dụng tập quán trong quản lý xã hội của Nhà nước

Một trong những khó khăn trong hoạt động áp dụng tập quán đó là yếu tố con người. Tập quán được thừa nhận là một loại nguồn của pháp luật, nhưng việc áp dụng trên thực tế đạt hiệu quả như thế nào phụ thuộc rất lớn vào vai trò của các chủ thể có thẩm quyền áp dụng. Nếu các chủ thể có thẩm quyền áp dụng từ chối, bỏ qua việc áp dụng tập quán thì sẽ không thể phát huy được vai trò của tập quán trong QLXH của Nhà nước. Do đó, để đảm bảo hiệu quả áp dụng tập quán thì cần phải nâng cao năng lực chuyên môn, phẩm chất chính trị của các chủ thể có thẩm quyền áp dụng tập quán.

Thứ nhất, đối với cán bộ làm công tác quản lý hành chính ở địa phương.

Nhà nước cần đầu tư kinh phí cho việc đào tạo, bồi dưỡng đội ngũ cán bộ làm công tác quản lý hành chính ở địa phương, đặc biệt là ở vùng nông thôn, miền núi, vùng sâu, vùng xa. Chất lượng đội ngũ cán bộ làm công tác quản lý hành chính ở địa phương, đặc biệt là ở vùng nông thôn, miền núi, vùng sâu, vùng xa hiện vẫn còn nhiều hạn chế. Chính vì vậy, cần phải nâng cao chất lượng cho đội ngũ này cả về trình độ văn hóa, trình độ quản lý, năng lực điều hành công việc. Đây những người hàng ngày tiếp xúc với nhân dân, trực tiếp giải quyết nhiều vấn đề, yêu cầu của nhân dân, vì vậy, nếu đội ngũ này có năng lực chuyên môn tốt, phẩm chất chính trị vững vàng và còn am hiểu đầy đủ, sâu sắc về các tập quán của địa phương nơi mình quản lý thì sẽ đem lại hiệu quả cao trong quản lý nhà nước ở địa phương và ngược lại. Bản thân đội ngũ này thường sinh sống tại địa phương nên họ cũng đã có sự hiểu biết nhất định về các tập quán của địa phương, do đó, cũng có những thuận lợi trong việc xác định sự tồn tại của tập quán, nội dung của tập quán, nhờ vậy, họ có thể dễ dàng lựa chọn được tập quán

[239] Lê Minh Thông (2008), tlđd, tr.7.

phù hợp để áp dụng. Cũng vì gần gũi, tiếp xúc trực tiếp với nhân dân nên họ cũng chính là những người có vai trò quan trọng trong việc tuyên truyền, phổ biến pháp luật nói chung và tập quán tốt đẹp nói riêng cho người dân nơi mà họ sinh sống và làm việc. Nhờ vậy, người dân sẽ nắm được chính sách pháp luật của Nhà nước, nhận biết được tập quán nào của địa phương, dân tộc mình là phù hợp với quy định pháp luật, tập quán nào trái pháp luật, từ đó, có cách ứng xử phù hợp.

Để xây dựng được một đội ngũ cán bộ làm công tác quản lý hành chính ở địa phương vừa có trình độ chuyên môn tốt, vừa có sự am hiểu về văn hóa, tập quán của địa phương thì cần tiến hành khảo sát, rà soát lại cơ cấu, thành phần cán bộ, phải chú ý đến đội ngũ cán bộ là người dân tộc thiểu số. Trên cơ sở rà soát, lập kế hoạch đào tạo, xây dựng đội ngũ phù hợp, nhất là đối với đội ngũ công chức xã nói chung và công chức tư pháp - hộ tịch nói riêng. Cần có chương trình, kế hoạch tuyển chọn những người có năng lực chuyên môn, phẩm chất chính trị vững vàng, đạo đức tốt để cử đi đào tạo (hoặc đào tạo nâng cao) về chuyên ngành luật. Đồng thời phải đổi mới, trẻ hóa đội ngũ cán bộ trên cơ sở kết hợp các độ tuổi nhằm đảm bảo tính liên tục, kế thừa và phát triển nguồn cán bộ của địa phương. Việc phát triển đội ngũ cán bộ, đặc biệt là đội ngũ cán bộ trẻ là con em các dân tộc thiểu số có ý nghĩa quan trọng, bởi họ sẽ trở thành lực lượng nòng cốt, tiên phong trong các hoạt động quản lý ở địa phương. Họ là những người vừa am hiểu văn hóa, tập quán của địa phương, vừa có kiến thức hiện đại nên sẽ tạo ra được sự tin cậy đối với cộng đồng và có khả năng tuyên truyền, vận dụng chủ trương, đường lối của Đảng, chính sách, pháp luật của Nhà nước trong quản lý Nhà nước ở địa phương một cách hiệu quả nhất.

Thứ hai, đối với đội ngũ cán bộ làm công tác xét xử.

Đối với đội ngũ cán bộ làm công tác xét xử cần phải xác định rõ việc áp dụng tập quán không chỉ là quyền mà còn là nghĩa vụ trong xét xử. Thẩm phán, Hội thẩm nhân dân và Kiểm sát viên trong hoạt động tố tụng phải quán triệt tinh thần này khi thi hành công vụ. Các chủ thể này, ngoài yêu cầu phải có kiến thức pháp luật tốt còn cần phải có sự am hiểu về văn hóa nói chung và tập quán nói riêng, thậm chí là phải có bản lĩnh chính trị vững vàng để mạnh dạn áp dụng tập quán khi có đủ căn cứ áp dụng để giải quyết các vụ việc cụ thể. Với kiến thức sâu rộng về pháp luật, văn hóa, cũng như tập quán, các chủ thể này sẽ có điều kiện để đánh giá một cách đúng đắn, khách quan về sự tồn tại, nội dung của các quy tắc tập quán, từ đó, có thể lựa chọn và áp dụng các tập quán phù hợp với quy định pháp luật, giải quyết thấu tình, đạt lý các vụ việc theo

đúng thẩm quyền.

Để nâng cao sự am hiểu về tập quán và áp dụng tập quán cho Thẩm phán, Kiểm sát viên thì giải pháp đầu tiên có lẽ nên bắt đầu từ trong quá trình đào tạo cử nhân luật. Theo đó, cần tăng thời lượng và làm phong phú, sâu sắc hơn nữa các nội dung về nguồn của pháp luật, về vị trị, vai trò của các quy phạm xã hội, trong đó, có tập quán trong hệ thống công cụ điều chỉnh quan hệ xã hội. Hiện nay, các nội dung này trong các giáo trình lý luận chung về nhà nước và pháp luật còn khá mờ nhạt và khiêm tốn về dung lượng. Đồng thời trong giáo trình giảng dạy các môn luật chuyên ngành thuộc lĩnh vực được phép áp dụng tập quán như dân sự, kinh doanh - thương mại, HN&GĐ… cũng cần chú trọng nhấn mạnh hơn nữa nội dung về nguồn tập quán. Thực tế hiện nay, trong các giáo trình này vai trò, nội dung của các văn bản quy phạm pháp luật được chú trọng gần như tuyệt đối, còn các nguồn khác như tập quán, án lệ… chưa được quan tâm thỏa đáng. Do vậy, chưa trang bị được cho sinh viên các kiến thức, kĩ năng cần thiết về tập quán và áp dụng tập quán. Ngoài ra, điều này còn gây ảnh hưởng nhất định đến nhận thức của các sinh viên về vị trí, vai trò của tập quán trong hệ thống pháp luật. Do đó, cần làm cho các cử nhân luật, những người sau này sẽ trở thành Thẩm phán, Kiểm sát viên, Luật sư, người làm công tác tư pháp… thấy được tầm quan trọng, sự cần thiết của việc áp dụng các quy phạm xã hội nói chung, tập quán nói riêng trong điều chỉnh các quan hệ xã hội.

Bên cạnh đó, Tòa án, Viện kiểm sát, đặc biệt là TAND tối cao, Viện kiểm sát nhân dân tối cao, cần tăng cường đào tạo, bồi dưỡng kiến thức chuyên môn, lý luận chính trị, QLXH cho đội ngũ cán bộ tòa án và cán bộ viện kiểm sát. Các cơ quan này cần xây dựng chương trình, kế hoạch tập huấn cho đội ngũ cán bộ của mình về tập quán để các chủ thể này có kiến thức, sự hiểu biết nhất định về tập quán; Đối với Tòa án cần tổ chức các hội nghị tập huấn cho Thẩm phán theo các chủ đề như: kỹ năng áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ, việc dân sự; kỹ năng áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ, việc kinh doanh - thương mại; kỹ năng áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ, việc HN&GĐ… các lớp tập huấn này cần được tiến hành định kỳ ít nhất 03 - 05 năm một lần để đảm bảo tất cả các thẩm phán đều nắm vững được các kỹ năng áp dụng tập quán trong xét xử. Trong các khóa tập huấn này, cần cập nhật những bản án, quyết định có áp dụng tập quán làm các ví dụ để phân tích cho các cán bộ tham gia tập huấn nhận biết rõ kỹ năng áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc cụ thể. Đối với Viện kiểm sát cũng cần tăng cường tổ chức các hội nghị tập huấn về kỹ năng kiểm sát

việc áp dụng tập quán trong xét xử của Tòa án cho các kiểm sát viên để khi Kiểm sát viên thực hiện chức năng, nhiệm vụ của mình sẽ không có những nhận định chủ quan, sai lầm làm hạn chế hiệu quả áp dụng tập quán của Tòa án.

Ngoài ra, ngành Tòa án cũng cần tổ chức các chương trình bồi dưỡng, tập huấn kỹ năng xét xử nói chung và kỹ năng áp dụng tập quán nói riêng cho các Hội thẩm nhân dân để nâng cao nhận thức của đội ngũ này về vấn đề nguồn của pháp luật áp dụng trong xét xử, vai trò, vị trí của tập quán trong hệ thống pháp luật, sự cần thiết và bắt buộc phải áp dụng tập quán trong xét xử.

Tóm lại, để tăng cường hiệu quả áp dụng tập quán trong xét xử thì phải nâng cao năng lực chuyên môn, phẩm chất chính trị của tất cả các chủ thể tham gia vào hoạt động xét xử. Đồng thời giữa các cấp, các tòa án cần có sự thống nhất quan điểm, phối hợp chặt chẽ, chia sẻ thông tin nhằm hạn chế tối đa tình trạng thiếu thống nhất trong áp dụng tập quán khi xét xử. Đặc biệt là tình trạng Tòa án cấp trên tuyên hủy, sửa bản án đã tuyên có áp dụng tập quán của Tòa án cấp dưới.

Thứ ba, đối với đội ngũ làm công tác hòa giải trong các thiết chế tự quản được Nhà nước trao quyền.

Tập quán được thực hiện tốt hay không có ảnh hưởng một phần không nhỏ từ vai trò của cộng đồng, của các thiết chế tự quản tại nơi tồn tại tập quán đó. Vì vậy, để tăng cường hiệu quả áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước thì cần phát huy tốt hơn nữa vai trò của các thiết chế tự quản. Theo đó, cần phát huy vai trò của già làng, trưởng bản, người có uy tín trong cộng đồng… trong việc áp dụng tập quán, đặc biệt là trong hoạt động hoà giải ở cơ sở. Già làng, trưởng bản, người có uy tín thường là những người nhận được sự tín nhiệm rất cao trong cộng đồng, họ được coi là đại diện của làng, bản trong các mối quan hệ. Già làng, trưởng bản cũng chính là những người gìn giữ, lưu truyền tập quán nên họ có sự hiểu biết sâu sắc về các tập quán của cộng đồng, địa phương mình. Với vai trò, vị trí như vậy, già làng, trưởng bản có khả năng giáo dục, thuyết phục, hoà giải, khuyên bảo mọi người rất hiệu quả, nhờ vậy, sẽ dung hoà được các tranh chấp, bảo đảm được tình đoàn kết trong cộng đồng. Trên thực tế, việc giải quyết các tranh chấp có sự tham gia của các già làng, trưởng bản, người có uy tín với vai trò hoà giải thường đạt hiệu quả cao hơn rất nhiều so với việc giải quyết tranh chấp không có sự tham gia của những người này. Tuy nhiên, bên cạnh những ưu điểm này thì già làng, trưởng bản thường là những người lớn tuổi, mang nặng các quan điểm của lối sống cũ, các vụ việc do họ tham gia giải quyết thường dựa trên kinh

nghiệm sống, các tập quán tồn tại lâu đời trong cộng đồng nên có những vụ việc được giải quyết không phù hợp với quy định pháp luật hiện hành. Đây cũng là một vấn đề cần có các giải pháp để khắc phục.

Để phát huy tốt hơn nữa vai trò của già làng, trưởng bản trong việc áp dụng tập quán trước hết cần xác định rõ và công nhận vai trò của những người này trong quy định pháp luật[240]. Việc này sẽ xác định địa vị pháp lý và thẩm quyền của họ trong việc áp dụng pháp luật nói chung và áp dụng tập quán nói riêng để giải quyết các vấn đề phát sinh trong cộng đồng. Ngoài ra, để những người này có thể tham gia "cầm cân, nẩy mực" trong giải quyết các vấn đề phát sinh trong cộng đồng thì họ phải có kiến thức chuyên môn nhất định. Muốn làm được như vậy thì cần đẩy mạnh hơn nữa việc cung cấp thông tin, phổ biến, giáo dục chính sách của Đảng, pháp luật của Nhà nước cho đội ngũ này. Bên cạnh đó, cũng cần thường xuyên tổ chức tập huấn các kỹ năng hòa giải, kỹ năng áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc phát sinh trong đời sống cộng đồng cho họ[241]. Ngoài ra, cũng cần tăng thêm các chính sách hỗ trợ vật chất, động viên tinh thần để khích lệ họ yên tâm, tích cực tham gia các hoạt động quản lý tại cộng đồng.

Ngoài việc nâng cao năng lực chuyên môn, phẩm chất chính trị cho các chủ thể có thẩm quyền áp dụng tập quán, cũng cần quan tâm, chú ý nâng cao nhận thức, sự hiểu biết về tập quán nói chung và kỹ năng tìm kiếm, viện dẫn áp dụng tập quán nói riêng cho đội ngũ hành nghề luật như các luật sư, trọng tài viên, hòa giải viên thương mại… nhằm tạo ra sự chủ động hơn cho đội ngũ này trong việc tìm và viện dẫn áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc. Để nâng cao nhận thức, sự hiểu biết về tập quán nói chung và kỹ năng tìm kiếm, viện dẫn áp dụng tập quán cho đội ngũ này thì ngoài việc tăng cường thời lượng, làm sâu sắc hơn các nội dung liên quan đến tập quán trong chương trình đào tạo cử nhân luật như đã đề cập ở trên thì cũng cần có các hoạt động thường xuyên nhằm tuyên truyền về tập quán và áp dụng tập quán; tập huấn kỹ năng tìm và viện dẫn áp dụng tập quán; cập nhật nội dung các tập quán đã được đưa vào danh mục hoặc đã được áp dụng trong giải quyết các vụ việc thực tiễn. Thực tế, không phải trọng tài viên, hòa giải viên thương mại nào cũng là những người được đào

[240] Theo Điều 4 Quyết định số 12/2018/QĐ-TTg ngày 06/3/2018 về tiêu chí lựa chọn, công nhận người có uy tín và chính sách đối với người có uy tín trong đồng bào dân tộc thiểu số thì già làng, trưởng bản là một trong số các đối tượng được xem xét lựa chọn là "người có uy tín" trong cộng đồng.

[241] Theo khoản 1 Điều 5 Quyết định số 12/2018/QĐ-TTg ngày 06/3/2018 thì những người có uy tín trong đồng bào dân tộc thiểu số theo định kỳ được tập huấn, bồi dưỡng kiến thức pháp luật, quốc phòng, an ninh, chính sách dân tộc và kỹ năng hòa giải, tuyên truyền, vận động quần chúng.

tạo chuyên sâu về luật (họ có thể là những người hoạt động trong các lĩnh vực ngành nghề khác nhau), do đó, họ cũng cần được đào tạo, tập huấn thêm các kiến thức về pháp luật nói chung, các kiến thức về nguồn của pháp luật và thứ tự ưu tiên áp dụng các nguồn của pháp luật, trong đó, có tập quán nói riêng. Có như vậy, đội ngũ này mới phát huy được vai trò của mình nhằm tăng cường hiệu quả áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước.

3.2.5. Nâng cao ý thức pháp luật, sự hiểu biết của nhân dân về tập quán và áp dụng tập quán trong quản lý xã hội của Nhà nước

Thực tế cho thấy, để hoạt động áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước đạt hiệu quả cao nhất thì ngoài việc nâng cao năng lực chuyên môn, phẩm chất chính trị cho các chủ thể có thẩm quyền áp dụng tập quán còn phải nâng cao ý thức pháp luật, sự hiểu biết của nhân dân về tập quán và áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước. Để làm được điều này, cần có các hoạt động tuyên truyền, phổ biến, giáo dục pháp luật nói chung và tuyên truyền, phổ biến nội dung các tập quán tốt đẹp và chủ trương, chính sách áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước nói riêng cho người dân, đặc biệt là ở các vùng nông thôn, vùng dân tộc thiểu số.

Các hình thức thực hiện có thể là thông qua hoạt động tuyên truyền truyền miệng tại các buổi sinh hoạt văn hóa cộng đồng, họp thôn, bản; tuyên truyền, phổ biến thông qua các phương tiện thông tin đại chúng, trong đó chú trọng tuyên truyền, phổ biến qua mạng lưới truyền thanh cơ sở; biên soạn ngắn gọn, súc tích các nội dung cần tuyên truyền dưới dạng tờ rơi để phát cho người dân… Bên cạnh đó, có thể kết hợp các hình thức khác như thông qua hoạt động hòa giải, giáo dục ở nhà trường, xét xử lưu động… Thông qua các hoạt động này, giúp người dân có kiến thức pháp luật, nhận biết rõ tập quán nào phù hợp với pháp luật, được khuyến khích áp dụng và tập quán nào đã lạc hậu, trái với các quy định pháp luật, cần phải xóa bỏ. Điều này một mặt 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 tác động tích cực lên hành vi của các chủ thể trong các quan hệ xã hội, tránh những xung đột, căng thẳng trong trường hợp các chủ thể có thẩm quyền áp dụng tập quán hoặc từ chối áp dụng tập quán khác với yêu cầu của các bên. Hơn nữa, việc nâng cao hiểu biết về tập quán cho người dân còn giúp họ có thể áp dụng các tập quán tốt đẹp, không trái với quy định pháp luật vào điều chỉnh các quan hệ mà mình tham gia thông qua sự thỏa thuận lựa chọn áp dụng tập quán của các bên trong quan hệ. Những tranh chấp cũng vì vậy sẽ được hạn chế hơn và nếu có phát sinh

tranh chấp thì cũng có cơ sở phù hợp để giải quyết.

3.2.6. Đảm bảo nguồn lực tài chính cần thiết và tổ chức thực hiện các hoạt động khác nhằm đảm bảo tính khả thi của việc áp dụng tập quán trong quản lý xã hội của Nhà nước

Để tăng cường hiệu quả áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước ở giai đoạn hiện nay, Nhà nước cần đảm bảo nguồn lực tài chính cần thiết nhằm triển khai đồng bộ các hoạt động bảo đảm cho việc áp dụng tập quán trong thực tiễn. Bao gồm, nguồn lực tài chính cho hoạt động xây dựng, hoàn thiện các quy định pháp luật về áp dụng tập quán; hoạt động sưu tầm, đánh giá, lập danh mục tập quán; hoạt động tập huấn, bồi dưỡng cho các chủ thể có thẩm quyền áp dụng tập quán; hoạt động tuyên truyền, phổ biến nội dung các tập quán đã được công nhận; hoạt động thống kê, báo cáo kết quả thực hiện… Tất cả các hoạt động này cần có nguồn kinh phí được xây dựng trong dự toán ngân sách hàng năm và được phân bổ cho các chủ thể có liên quan.

Cùng với việc đảm bảo nguồn lực tài chính cần thiết, Nhà nước còn cần phải tổ chức thực hiện các hoạt động khác nhằm đảm bảo tính khả thi của việc áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước. Các hoạt động này có thể bao gồm:

Thứ nhất, thành lập Tổ tư vấn tập quán ở thôn, bản và Hội đồng tư vấn tập quán ở cấp xã nhằm hỗ trợ triển khai các hoạt động rà soát, tập hợp các tập quán ở địa phương để xây dựng danh mục tập quán; tuyên truyền các tập quán đã được đưa vào danh mục tập quán được áp dụng.

Thành phần Tổ tư vấn tập quán ở thôn, bản nên gồm khoảng 5 -7 thành viên, trong đó có 01 tổ trưởng và 01 (hoặc 02) tổ phó do các thành viên của tổ tự bầu chọn. Tổ tư vấn này có quy chế hoạt động trên cơ sở hướng dẫn, phê duyệt của chính quyền địa phương. Đối tượng tham gia có thể chính là các thành viên của bộ máy tự quản ở thôn, bản như trưởng thôn, trưởng bản, già làng, thành viên tổ hòa giải cơ sở… Các thành viên cần đáp ứng các tiêu chuẩn nhất định về trình độ văn hóa, sự am hiểu về phong tục, tập quán của địa phương, có uy tín trong cộng đồng…

Thành phần Hội đồng tư vấn tập quán ở cấp xã gồm tổ trưởng tổ tư vấn (hoặc tổ phó - tùy vào điều kiện cụ thể) của thôn, bản và một số thành viên là cán bộ, công chức xã. Cụ thể, về thành phần cán bộ, công chức xã nên có sự tham gia của Phó Chủ tịch xã phụ trách mảng văn hóa - xã hội với tư cách là Chủ tịch Hội đồng tư vấn, gắn với trách nhiệm quản lý nhà nước ở địa phương; ba thành viên còn lại nên là cán bộ phụ trách văn hóa, cán bộ phụ trách tư pháp và Chủ tịch Hội người cao tuổi của xã. Hội đồng tư

vấn tập quán của xã cũng cần phải có quy chế hoạt động được chính quyền địa phương phê duyệt.

Mục đích thành lập Tổ tư vấn và Hội đồng tư vấn tập quán, trước hết là để hỗ trợ các CQNN trong việc rà soát, tập hợp, xác định nội dung tập quán; phân loại tập quán; xây dựng dự thảo danh mục tập quán được áp dụng. Ngoài ra, những thành viên này sẽ là lực lượng nòng cốt trong tuyên truyền các tập quán đã được đưa vào danh mục, vận động người dân phát huy truyền thống văn hóa, tập quán tốt đẹp của địa phương, dân tộc mình, xóa bỏ những tập quán lạc hậu, trái với các quy định pháp luật. Thêm vào đó, Tổ tư vấn và Hội đồng tư vấn tập quán sẽ là những người được chính quyền cơ sở mời với tư cách là những người am hiểu về văn hóa, tập quán dân tộc, địa phương tham gia tư vấn xây dựng, sửa đổi, bổ sung các quy chế, quy định liên quan đến quản lý, điều hành của chính quyền cơ sở nhằm vừa phát huy dân chủ ở cơ sở, vừa gìn giữ, đưa các giá trị tốt đẹp của tập quán vào cuộc sống.

Về vấn đề có cần tiếp tục duy trì Tổ tư vấn tập quán ở thôn, bản và Hội đồng tư vấn tập quán ở cấp xã khi mà các danh mục tập quán đã được xây dựng thì có lẽ phải dựa vào tình hình cụ thể tại địa phương để xem xét, quyết định. Tuy nhiên, có lẽ việc duy trì vẫn là cần thiết bởi trước hết, đây là lực lượng nòng cốt mà các chủ thể có thẩm quyền trong quá trình áp dụng tập quán để giải quyết các vụ việc cụ thể có thể vẫn thường xuyên cần để tham vấn các ý kiến của họ. Hiện nay, khi cần xác định nội dung tập quán đối với những tập quán chưa được đưa vào danh mục tập quán được áp dụng hoặc khi cần giải thích rõ nội dung tập quán thì các chủ thể có thẩm quyền áp dụng tập quán không biết phải xác nhận dưới hình thức nào? Cơ quan, tổ chức, cá nhân nào chịu trách nhiệm xác nhận, giải thích nội dung tập quán. Do vậy, việc duy trì Tổ tư vấn tập quán ở thôn, bản và Hội đồng tư vấn tập quán ở cấp xã để thực hiện các công việc này là cần thiết. Hơn nữa, tập quán không phải là một hiện tượng xã hội bất biến mà tập quán luôn biến đổi, vì vậy, những thiết chế này sẽ có vai trò cập nhật các nội dung đã thay đổi của tập quán, góp phần làm cho tập quán không bị xơ cứng bởi sự văn bản hóa mà luôn có sức sống mới.

Thứ hai, lập danh mục và phê duyệt danh mục tập quán được áp dụng.

Một trong những khó khăn không nhỏ của các chủ thể có thẩm quyền khi áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc đó là thiếu các danh mục tập quán. Như đã biết, tập quán là loại quy phạm hình thành và tồn tại lâu đời trong đời sống, không phải tập quán nào cũng còn phù hợp để áp dụng trong điều kiện hiện nay. Thêm vào đó, các

tập quán tồn tại cả ở dạng thành văn và bất thành văn. Nhiều tập quán tồn tại nhiều dị bản, nhiều cách hiểu khác nhau. Vì vậy, việc thiếu các danh mục tập quán được Nhà nước thừa nhận áp dụng gây khó khăn, lúng túng cho các chủ thể có thẩm quyền khi cần phải xác định một tập quán tồn tại trên thực tế có đủ đáp ứng các tiêu chuẩn để áp dụng như một loại nguồn của pháp luật hay không và nội dung, cách hiểu nào của tập quán đó mới có giá trị áp dụng vào vụ việc cụ thể cần giải quyết.

Để tạo sự thuận tiện cho các chủ thể có thẩm quyền và cho nhân dân trong việc áp dụng, viện dẫn tập quán vào giải quyết các vụ việc cụ thể thì cần đẩy mạnh công tác sưu tầm, xây dựng danh mục các tập quán được thừa nhận áp dụng, đặc biệt là trong các lĩnh vực cụ thể. Thực hiện giải pháp này, cần có sự tham gia, phối hợp từ phía các cơ quan, tổ chức hoạt động trong lĩnh vực văn hóa. Bởi lẽ, để đảm bảo tính khả thi trong thực tiễn áp dụng của các tập quán được văn bản hóa, thì các tập quán được đưa vào danh mục không chỉ cần phù hợp với pháp luật mà còn phải phù hợp với các yếu tố văn hóa. Nói cách khác, các tập quán được đưa vào danh mục cần hướng đến cả mục đích pháp lý và mục đích bảo tồn văn hóa.

Việc sưu tầm, lập các danh mục tập quán không chỉ tạo thuận tiện cho việc áp dụng tập quán mà còn góp phần lưu giữ các tập quán tốt đẹp, tránh sự mai một theo thời gian. Tuy nhiên, việc văn bản hóa các quy tắc tập quán cần lưu ý, tập quán là một loại quy tắc điều chỉnh hành vi xuất phát từ đời sống xã hội và cũng biến đổi theo sự biến đổi của đời sống xã hội. Vì vậy, để tránh tình trạng "xơ cứng", "lạc hậu" của tập quán khi chúng được văn hóa bản thì cũng cần thường xuyên có các hoạt động rà soát để đưa vào những tập quán mới; điều chỉnh nội dung những tập quán cũ đã có sự thay đổi; loại bỏ những tập quán không còn được áp dụng rộng rãi trên thực tế nữa.

Đối với việc sưu tầm, xây dựng dự thảo danh mục các tập quán ở địa phương thì nên giao cho UBND cấp xã phụ trách với lực lượng nòng cốt là Tổ tư vấn tập quán thôn, bản và Hội đồng tư vấn tập quán cấp xã. Tập quán sau khi được sưu tầm, cần có sự đánh giá bước đầu, phân loại, sắp xếp nội dung theo nhóm, lĩnh vực để đưa vào dự thảo danh mục tập quán được áp dụng. Dự thảo danh mục tập quán được áp dụng cần được rà soát, đối chiếu tính phù hợp với các quy định pháp luật trước khi được phê duyệt và công bố. Thiết nghĩ, việc rà soát và phê duyệt nên giao cho HĐND cấp huyện. Và việc công bố có thể giao cho Chủ tịch UBND cấp huyện. Đối với việc xây dựng danh mục các tập quán trong các lĩnh vực cụ thể như dân sự, kinh doanh, thương mại… cần có sự tham gia phối hợp của các phòng thương mại.

Thứ ba, tuyên truyền nội dung tập quán đã được phê duyệt đến các chủ thể có thẩm quyền áp dụng tập quán và đến nhân dân.

Sau khi tập quán đã được văn bản hóa trong các danh mục tập quán được áp dụng, Nhà nước cần tổ chức các hoạt động tuyên truyền, phổ biến rộng rãi nội dung các tập quán giống như đối với việc tuyên truyền, phổ biến pháp luật để mọi chủ thể đều có điều kiện tiếp cận thông tin tốt nhất. Tùy vào từng loại danh mục tập quán mà có thể xác định cụ thể phạm vi, đối tượng cần tuyên tuyền, phổ biến. Chẳng hạn, với các tập quán của một địa phương nhất định thì phạm vi tuyên truyền, phổ biến chỉ cần giới hạn trong địa phương đó và đối tượng tuyên truyền, phổ biến chủ yếu là người dân sinh sống tại địa phương, các cán bộ, công chức công tác tại đại phương... Tuy nhiên, đối với các tập quán kinh doanh - thương mại, đặc biệt là các tập quán thương mại quốc tế thì phạm vi tuyên truyền, phổ biến có thể là trên cả nước và đối tượng tuyên truyền, phổ biến chủ yếu là các thương nhân. Ngoài ra, cũng không thể loại trừ các chủ thể khác như Thẩm phán, Kiểm sát viên, Luật sư, Trọng tài viên… vì đây sẽ là những chủ thể tham gia vào hoạt động giải quyết các tranh chấp khi có những tranh chấp phát sinh từ hoạt động kinh doanh, thương mại.

Trong quá trình thực hiện việc tuyên truyền, cần chú ý để lựa chọn hình thức, nội dung tuyên truyền phù hợp với từng nhóm đối tượng. Đối với các tập quán địa phương, tập quán dân tộc, thiết nghĩ nên thực hiện hình thức tuyên truyền tại chỗ thông qua các buổi sinh hoạt cộng đồng, trong trường hợp cần thiết có thể sử dụng tiếng Việt hoặc tiếng của đồng bào dân tộc thiểu số tại nơi cần tuyên truyền nhằm tạo điều kiện để người dân tiếp cận thông tin tốt nhất, hiệu quả nhất. Ngoài ra, có thể kết hợp tuyên truyền qua mạng lưới truyền thanh của thôn, bản; đối với các thương nhân có thể sử dụng hình thức tuyên truyền chính thông qua các phương tiên thông tin đại chúng, thông qua hoạt động của các hiệp hội nghề nghiệp; đối với đội ngũ cán bộ, công chức tại địa phương, Thẩm phán, Kiểm sát viên,… thì việc tuyên truyền nên gắn với các khóa tập huấn định kì, các buổi sinh hoạt chuyên môn tại đơn vị, trên các phương tiện thông tin đại chúng…

Thứ tư, thực hiện công tác kiểm tra, giám sát, báo cáo, thống kê kết quả hoạt động áp dụng tập quán.

Để đảm bảo thực hiện có hiệu quả hoạt động áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước thì trong quá trình triển khai các hoạt động này cần có sự kiểm tra, giám sát từ các cơ quan cấp trên, người đứng đầu các cơ quan, tổ chức hữu quan. Việc kiểm tra,

giám sát cần được thực hiện thường xuyên để kịp thời phát hiện, điều chỉnh những vấn đề thiếu sót; xử lý thỏa đáng các trường hợp sai phạm nếu có.

Ngoài ra, để đánh giá tổng quan tình hình triển khai các hoạt động liên quan đến xây dựng danh mục tập quán, thực tiễn áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc phát sinh trong đời sống thì định kỳ các cơ quan, tổ chức hữu quan cũng cần có các hoạt động tổng kết, báo cáo, thống kê tình hình thực hiện các công việc được giao theo thẩm quyền. Hoạt động này sẽ giúp các cơ quan cấp trên, người đứng đầu các cơ quan, tổ chức hữu quan kịp thời phát hiện, ghi nhận được những vấn đề nảy sinh trong quá trình thực hiện để có sự đôn đốc, hướng dẫn thực hiện, khi cần thiết có thể tăng cường thêm các hoạt động hỗ trợ khác để đảm bảo hiệu quả thực hiện; khen thưởng kịp thời các tổ chức, cá nhân có thành tích cao; phê bình tổ chức, cá nhân thực hiện chưa hiệu quả. Có thể nói, trong chừng mực nhất định, hoạt động này còn góp phần tạo sức ép để các chủ thể có thẩm quyền trực tiếp thực hiện các hoạt động đó phải thực hiện công việc được giao đúng tiến độ và đúng các yêu cầu có liên quan khác. Đây cũng là cơ hội để họ rút kinh nghiệm, tiếp tục thực hiện tốt hơn.

Kết luận chương 3

Để đảm bảo hiệu áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước ở Việt Nam trong thời gian tới, trước hết cần nhận thức đúng đắn các quan điểm về áp dụng tập quán, xem đây là những nguyên tắc không thể thiếu, làm cơ sở để đề ra những giải pháp áp dụng phù hợp với thực tiễn QLXH. Những quan điểm phải lưu ý đó là: Áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước phải trên cơ sở tôn trọng Hiến pháp và pháp luật, phù hợp với các nguyên tắc xây dựng Nhà nước pháp quyền ở nước ta; áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước ở Việt Nam phải hướng đến việc xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật; áp dụng tập quán trong QXLH của Nhà nước phải kế thừa, phát huy các giá trị truyền thống tốt đẹp của dân tộc, hướng đến xây dựng nền văn hóa tiên tiến, đậm đà bản sắc dân tộc; áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước phải đảm sự tôn trọng, bảo vệ quyền, lợi ích chính đáng của các cá nhân, tổ chức tham gia quan hệ xã hội và trật tự công cộng; áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước phải bảo đảm sự bình đẳng, đoàn kết giữa các dân tộc, vùng, miền, cộng đồng; phát huy dân chủ ở cơ sở.

Hiện nay, tập quán đã được thừa nhận là một loại nguồn của pháp luật. Tuy nhiên, trên thực tế, việc thừa nhận một loại nguồn của pháp luật là điều tương đối đơn giản, nhưng để đảm bảo cho sự thừa nhận ấy thực sự mang tính pháp lý và khả thi thì cần có sự vào cuộc của cả hệ thống chính trị. Việc đưa một, hay một số quy định vào các văn bản quy phạm pháp luật không phải là điều quá khó. Vấn đề làm sao để quy định đó thực sự hữu dụng mới là vấn đề khó khăn. Để đảm bảo hiệu quả áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước, hiện thực hóa các quy định pháp luật có liên quan về vấn đề này thì cần có sự phối hợp thực hiện đồng bộ nhiều giải pháp khác nhau, trong đó, có các giải pháp cơ bản, quan trọng là: Đổi mới và thống nhất nhận thức về vai trò, giá trị của tập quán trong QLXH của Nhà nước; đẩy mạnh nghiên cứu các vấn đề lý luận có liên quan làm nền tảng cho hoạt động xây dựng và hoàn thiện pháp luật, cũng như tháo gỡ những vướng mắc trong thực tiễn áp dụng; hoàn thiện hệ thống pháp luật hiện hành theo hướng quy định đầy đủ, cụ thể và đồng bộ hơn về áp dụng tập quán; đào tạo, bồi dưỡng nhằm nâng cao phẩm chất chính trị, năng lực chuyên môn, kỹ năng áp dụng tập quán cho các chủ thể có thẩm quyền... Các giải pháp này có sự liên hệ mật thiết với nhau, không thể coi trọng giải pháp này hoặc xem nhẹ giải pháp kia.

KẾT LUẬN

Đẩy mạnh xây dựng Nhà nước pháp quyền ở nước ta là một trong những nhiệm vụ quan trọng trong giai đoạn hiện nay. Một trong những yêu cầu của Nhà nước pháp quyền là phải có một hệ thống pháp luật hoàn thiện với đầy đủ những tiêu chí như tính toàn diện; tính thống nhất, đồng bộ; tính phù hợp, khả thi; trình độ kỹ thuật pháp lý cao. Nhận thức rõ điều này, kể từ khi xác định xây dựng Nhà nước pháp quyền, Đảng và Nhà nước ta 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 dưới luật như pháp lệnh, nghị định. Chất lượng văn bản ngày càng được nâng lên. Nhìn chung, về cơ bản hệ thống pháp luật đã đáp ứng được nhu cầu QLXH của một Nhà nước phát triển theo mô hình Nhà nước pháp quyền.

Tuy nhiên, các văn bản quy phạm pháp luật không thể ghi nhận và điều chỉnh được tất cả mọi quan hệ xã hội trên các lĩnh vực đời sống mà Nhà nước cần điều chỉnh. Để bù đắp cho những thiếu hụt của các văn bản quy phạm pháp luật, Nhà nước đã và đang thực hiện giải pháp đa dạng hóa nguồn của pháp luật. Theo đó, Nhà nước đã thừa nhận các nguồn bổ sung của pháp luật, bao gồm, tập quán và án lệ. Các quy phạm pháp luật ghi nhận tập quán với vai trò là một loại nguồn của pháp luật và thừa nhận việc áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước đã lần lượt được ban hành. Nhiều tranh chấp trong các quan hệ pháp luật tưởng chừng bế tắc đã có cơ sở hợp pháp và phù hợp với thực tiễn để áp dụng giải quyết hợp tình, hợp lý. Việc áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc phát sinh trong đời sống được các chủ thể có thẩm quyền thực hiện ngày càng thường xuyên hơn đã góp phần bảo vệ tốt hơn quyền, lợi ích chính đáng của các chủ thể trong xã hội.

Nhưng cũng chính từ thực tiễn áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước cho thấy, bên cạnh các kết quả đạt được thì cũng có nhiều vấn đề bất cập đã nảy sinh. Những vấn đề bất cập xuất phát từ rất nhiều nguyên nhân khách quan và chủ quan khác nhau. Trước hết, do các quy định pháp luật về thừa nhận áp dụng tập quán hiện hành chưa thực sự đầy đủ và minh thị nên tính khả thi thấp. Trong thực tiễn áp dụng, các chủ thể có thẩm quyền còn gặp nhiều khó khăn khi xác định các quy tắc tập quán do thiếu các tiêu chí để lựa chọn tập quán. Khi áp dụng cũng thiếu sự thống nhất trong việc xác định các trường hợp, nguyên tắc, quy trình áp dụng… Do những nguyên nhân này, mà trên thực tiễn áp dụng, xuất hiện những quyết định,

bản án áp dụng tập quán được các bên liên quan đồng tình, dư luận đánh giá cao, nhưng cũng có những quyết định, bản án áp dụng tập quán không nhận được sự đồng thuận của các bên liên quan cũng như sự ủng hộ của dư luận, một số các bản án thì sau đó 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 đạt được hiệu quả như mong muốn. Bên cạnh đó, trong nhiều trường hợp, các chủ thể có thẩm quyền chưa có nhận thức đầy đủ về tập quán nên đã không dám hoặc không chú trọng áp dụng tập quán mặc dù thuộc trường hợp pháp luật cho phép áp dụng. Thậm chí, có quan điểm còn cho rằng, việc áp dụng tập quán là không cần thiết, không khả thi, dễ dẫn đến tùy tiện… cũng làm giảm hiệu quả áp dụng tập quán.

Để việc áp dụng tập quán trong QLXH của Nhà nước trở nên hiệu quả hơn, thiết nghĩ, cần phải xây dựng được một cơ chế đồng bộ. Tập quán luôn cần được xác định là một loại nguồn của pháp luật. Loại nguồn pháp luật này chắc chắn sẽ còn cần thiết trong hoạt động QLXH của Nhà nước. Xã hội luôn luôn vận động và phát triển, các quan hệ xã hội vì thế cũng biến đổi theo, do đó, như một điều tất yếu khách quan, dù hệ thống pháp luật có hoàn thiện đến đâu 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 đâu thì vẫn sẽ luôn 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.

DANH MỤC CÁC CÔNG TRÌNH KHOA HỌC ĐÃ CÔNG BỐ CÓ LIÊN QUAN ĐẾN ĐỀ TÀI LUẬN ÁN

1. Đinh Thị Tâm (2016), Tập quán và nguyên tắc áp dụng tập quán theo Bộ luật Dân sự 2015, *Tạp chí Kinh tế đối ngoại* (Hiện nay đổi tên là Tạp chí Quản lý và Kinh tế quốc tế), Số 86 (10/2016).
2. Đinh Thị Tâm (2020), Thứ tự ưu tiên áp dụng giữa tập quán quốc tế và pháp luật quốc gia trong quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài, *Tạp chí Nghề Luật*, Số 7/ 2020.
3. Đinh Thị Tâm (2020), Áp dụng tập quán và thói quen giữa các bên theo công ước viên năm 1980, *Tạp chí Nghề Luật*, Số 12/2020.
4. Đinh Thị Tâm (2021), Xác định phạm vi áp dụng tập quán trong quản lý xã hội của Nhà nước ở Việt Nam hiện nay, *Tạp chí Công thương*, Số 25 tháng 11/2021.
5. Đinh Thị Tâm (2021), Về trường hợp và nguyên tắc áp dụng tập quán trong quản lý xã hội của nhà nước ở Việt Nam hiện nay, *Tạp chí Công thương*, Số 26 tháng 11/2021.
6. Đinh Thị Tâm (2022), Một số vấn đề lý luận về lựa chọn và công nhận tập quán nhằm tạo nguồn áp dụng trong quản lý xã hội của Nhà nước, *Tạp chí Quản lí nhà nước*, Số 317 (tháng 6/2022).

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

*** Tài liệu tiếng Việt**

1. Nguyễn Hải An (2014), "Áp dụng tập quán trong công tác xét xử án dân sự, hôn nhân và gia đình của Tòa án nhân dân", Tạp chí Tòa án nhân dân, Số 6.
2. Nguyễn Hải An (2018), "Nhận diện tập quán để áp dụng trong công tác xét xử vụ việc dân sự, hôn nhân và gia đình của Tòa án nhân dân", Tạp chí Tòa án Nhân dân Số 11+12.
3. Nguyễn Hải An (2020), "Áp dụng tập quán khi chưa có điều luật để áp dụng trong thực tiễn công tác xét xử các vụ án dân sự", Tạp chí Khoa học pháp lý Việt Nam, Số 05 (135).
4. Nguyễn Hải An (2020), "Áp dụng tập quán có nội dung điều chỉnh mâu thuẫn với quy định của pháp luật trong thực tiễn công tác xét xử các vụ án dân sự", Tạp chí Khoa học pháp lý Việt Nam, Số 06 (136).
5. Đào Duy Anh (2014), Việt Nam văn hóa sử cương, Nxb Nhã Nam - Nxb Thế giới, Hà Nội.
6. Trần Thị Ngọc Anh, Hoàng Văn Sơn (2016), Vai trò của luật tục Thái đối với sự hình thành ý thức pháp luật và đạo đức, Tạp chí Khoa học xã hội Việt Nam, Số 12 (109).
7. Nguyễn Thị Vân Anh (2017), Ảnh hưởng của luật tục đến việc thực hiện pháp luật hôn nhân và gia đình trong các dân tộc thiểu số tại chỗ ở Tây Nguyên hiện nay, Luận án tiến sĩ Luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội.
8. Toàn Ánh (2005), Nếp cũ Làng xóm Việt Nam, Nxb Trẻ, TP Hồ Chí Minh.
9. Hoàng Chí Bảo (2010), Dân chủ và dân chủ cơ sở ở nông thôn trong tiến trình đổi mới, Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội.
10. Phan Kế Bính (2014), Việt Nam Phong tục, Nxb Văn học, Hà Nội.
11. Trần Ngọc Bình (2009), Giới thiệu một số nét văn hóa pháp lý các dân tộc Việt Nam, Nxb. Tư pháp, Hà Nội.
12. Bộ Tư Pháp, Viện Khoa học Pháp lý (2006), Từ điển Luật học, Nxb. Từ điển Bách khoa - Nxb Tư pháp, Hà Nội.
13. Bộ Tư pháp, Viện khoa học pháp lý (2015), Dự án điều tra cơ bản: Các tập quán điển hình điều chỉnh quan hệ dân sự, thương mại, hôn nhân và gia đình ở Việt Nam và thực tiễn áp dụng của các cơ quan có thẩm quyền.
14. Bộ Tư pháp, Viện khoa học pháp lý (2016), Tài liệu Tọa đàm: Đánh giá pháp luật và các dạng tập quán điển hình điều chỉnh quan hệ dân sự, thương mại, hôn nhân và gia đình của đồng bào dân tộc thiểu số.

15. Bộ Tư pháp, Viện khoa học pháp lý (2017), Tài liệu Hội thảo cấp tỉnh về "Các tập quán điển hình điều chỉnh quan hệ dân sự, thương mại, hôn nhân và gia đình ở Việt Nam và thực tiễn áp dụng của các cơ quan có thẩm quyền", Tổ chức tại tỉnh Lâm Đồng.
16. Bộ Tư pháp (2017), Báo cáo số 101/BC-BTP ngày 03/4/2017 sơ kết 03 năm thực hiện Luật hòa giải ở cơ sở, Hà Nội.
17. Bộ Tư pháp, Viện khoa học pháp lý - UBND tỉnh Đắk Lắk, Sở Tư pháp (2017), Tài liệu hội thảo: Các tập quán điển hình điều chỉnh quan hệ dân sự, thương mại, hôn nhân và gia đình ở Việt Nam và thực tiễn áp dụng của các cơ quan có thẩm quyền.
18. Bộ Tư pháp, Viện khoa học pháp lý (2018), Dự án điều tra cơ bản: Các tập quán điển hình điều chỉnh quan hệ dân sự, thương mại, hôn nhân và gia đình ở Việt Nam và thực tiễn áp dụng của các cơ quan có thẩm quyền, Báo cáo tổng hợp kết quả nhiệm vụ.
19. Chính phủ Việt Nam, Chương trình phát triển Liên hiệp quốc (2013), "Báo cáo nghiên cứu: Tập quán pháp - Thực trạng ở Việt Nam và một số đề xuất nhằm nâng cao hiệu quả áp dụng tập quán pháp ở Việt Nam".
20. Nguyễn Trọng Doanh (2010), "Bảo vệ giá trị văn hóa, thuần phong mỹ tục của địa phương qua việc xây dựng và thực hiện hương ước, quy ước", Tạp chí Dân chủ và Pháp luật, số Chuyên đề tháng 6.
21. Bùi Quang Dũng (2013), "Hương ước và mấy vấn đề quản lý xã hội ở nông thôn hiện nay", Tạp chí xã hội học, Số 1.
22. Đỗ Văn Đại (2009), Luật thừa kế Việt Nam: Bản án và bình luận bản án, Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội
23. Đỗ Văn Đại (2010), Luật Hợp đồng Việt Nam - Bản án và bình luận bản án, Nxb Chính trị quốc gia.
24. 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, Hà Nội.
25. Đại học khoa học xã hội và nhân văn, Đại học Quốc gia Hà Nội (2006), Làng Việt Nam - Đa nguyên và chặt, Nxb Đại học Quốc gia Hà Nội.
26. Bùi Văn Đạo (2013), "Vai trò của già làng các dân tộc thiểu số Tây Nguyên và một số vấn đề đặt ra trong phát triển bền vững", Tạp chí Khoa học công nghệ Việt Nam, Số 24.
27. Vương Đằng (2014), Phong tục Miền Nam, Nxb Văn hóa Thông tin, Hà Nội.
28. Nguyễn Minh Đoan và Nguyễn Minh Đức (2013), "Tạo lập nguồn pháp luật

đáp ứng yêu cầu xây dựng Nhà nước pháp quyền và hội nhập quốc tế", Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, Số 12.

29. Nguyễn Minh Đoan, Nguyễn Minh Đức (2019), Thực hiện, áp dụng và giải thích pháp luật ở Việt Nam, Nxb. Chính trị Quốc gia sự thật, Hà Nội.
30. Bùi Xuân Đính (1998), Hương ước và quản lý làng xã, Nxb Khoa học xã hội, Hà Nội.
31. Bùi Xuân Đính (2005), Nhà nước và pháp luật thời phong kiến Việt Nam: những suy ngẫm, Nxb Tư pháp.
32. Bùi Xuân Đính (2014), "Hương ước trong quản lý xã hội nông thôn hiện nay", Tạp chí Khoa học Xã hội thành phố Hồ Chí Minh, Số 193.
33. Bùi Xuân Đính (2015), "Giải quyết mối quan hệ giữa pháp luật và hương ước ở nông thôn", Tạp chí Khoa học xã hội Việt Nam, số 6 (91).
34. Nông Bằng Giang (2020), Tập quán trong lĩnh vực hôn nhân và gia đình ở Việt Nam hiện nay và thực tiễn áp dụng, Luận văn Thạc sỹ Luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội.
35. Nguyễn Thị Trà Giang (2019), "Vai trò của phong tục, tập quán trong đời sống xã hội hiện nay", Tạp chí Thông tin Khoa học và Công nghệ Quảng Bình, Số 2.
36. Lê Sỹ Giáo (2000), "Luật tục: Sự hình thành và vai trò của nó trong đời sống của một số cộng đồng dân cư nước ta", Tạp chí Nhà nước và pháp luật, Số 7.
37. Nguyễn Hữu Hải (Chủ biên) (2010), Giáo trình Quản lý học đại cương, Nxb Khoa học và Kỹ thuật, Hà Nội.
38. Trương Thị Hiền (2015), "Pháp luật và hương ước trong quản lý xã hội nông thôn: đánh giá từ phía người dân", Tạp chí Khoa học xã hội Việt Nam, Số 6.
39. Trương Thị Hiền (2017), Luật tục Ê Đê, một nền tư pháp hòa giải: Những giá trị xã hội và sự biến đổi, Nxb. Khoa học xã hội, Hà Nội.
40. Trương Thị Hiền (Chủ nhiệm) (2018), Nghiên cứu áp dụng Quy ước thôn buôn trong quản lý xã hội vùng nông thôn Tây Nguyên, Đề tài khoa học cấp Bộ, Trường đại học Tây Nguyên, Đắk Lắk.
41. Lê Thị Mỹ Hiền (2010), "Hương ước, quy ước trong việc việc quản lý xã hội và thực hiện dân chủ ở khu dân cư", Tạp chí Dân chủ và Pháp luật, Số Chuyên đề tháng 6.
42. Trần Hoàng Hiểu (2019), "Ảnh huởng của phong tục tập quán đến phát triển kinh tế của cộng đồng người Khmer đồng bằng sông Cửu Long", Tạp chí Khoa học Cần Thơ, Số 3.

43. Đặng Thị Hoa, Đặng Chí Thông (2012), "Vai trò của hương ước trong quản lý xã hội hiện nay ở vùng dân tộc thiểu số (Nghiên cứu trường hợp tỉnh Sơn La)", Tạp chí Dân tộc học, Số 5&6.
44. Đặng Thị Hoa (2014), Quản lý xã hội vùng dân tộc thiểu số ở Việt Nam trong phát triển bền vững. Nxb. Khoa học xã hội, Hà Nội.
45. Lâm Bá Hòa (2015), "Quan hệ tình - lý trong văn hóa pháp luật Việt Nam", Tạp chí Khoa học xã hội Việt Nam, số 3(88).
46. Tô Văn Hoà (2020), "Những giá trị của luật tục về đất đai, giải quyết tranh chấp đất đai vùng Tây Nguyên", Tạp chí Luật học, Số 3.
47. Học viện Hành chính quốc gia (1996), Giáo trình về quản lý hành chính nhà nước, Hà Nội.
48. Học viện Hành chính Quốc gia (2010), Giáo trình Lý luận hành chính nhà nước, Nxb Kỹ Thuật, Hà Nội
49. Học viện Hành chính (2012), Giáo trình Quản lý học đại cương, Nxb. Khoa học và Kỹ thuật.
50. Học viện Báo chí và tuyên truyền (2019), Giáo trình Nguyên lý quản lý nhà nước, Nxb. Tư pháp, Hà Nội.
51. Đặng Trọng Hộ (2006), Phát huy mặt tích cực của luật tục trong vùng đồng bào dân tộc thiểu số ở Lâm Đồng để xây dựng thôn buôn văn hóa, Đề tài nghiên cứu khoa học cấp tỉnh.
52. Hội đồng quốc gia chỉ đạo biên soạn Từ điển Bách khoa Việt Nam (2005), Từ điển Bách khoa Việt Nam, Nxb Từ điển Bách khoa, Hà Nội, Quyển 4.
53. Nguyễn Thị Hồi (2008), "Các loại nguồn của pháp luật Việt Nam hiện nay", Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, Số 12 (128).
54. Nguyễn Thị Hồi (chủ biên), (2009), Áp dụng pháp luật ở Việt Nam hiện nay - Một số vấn đề lý luận và thực tiễn, Nxb Tư pháp, Hà Nội.
55. Bùi Văn Hùng (Chủ nhiệm) (2018), Vai trò của Luật tục các dân tộc thiểu số Tây Nguyên trong quản lý cộng đồng cơ sở, Đề tài khoa học cấp Bộ.
56. Trương Tiến Hưng (2014), Vận dụng luật tục dân tộc Chăm trong quản lý nhà nước của chính quyền địa phương, Nxb Chính trị Quốc gia - Sự thật, Hà Nội.
57. Nguyễn Việt Hương (2000), "Giá trị của luật tục từ góc nhìn pháp lý", Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, Số 4.
58. Nguyễn Thị Việt Hương, Lê Thị Hương (2009), "Nhu cầu tích hợp các giá trị truyền thống trong mô hình nhà nước pháp quyền Việt Nam", Tạp chí Nhà

nước và pháp luật, Số 12.

59. 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.
60. Đỗ Hồng Kỳ (2013), "Hình thức phân xử của luật tục Ê Đê trong xã hội cổ truyền và xã hội đương đại", Tạp chí Khoa học xã hội Việt Nam, Số 1.
61. Nguyễn Phương Lan (2016), "Một số vấn đề về áp dụng tập quán trong quan hệ hôn nhân và gia đình", Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, Số 8(340).
62. Hoàng Thị Lan (2019), "Tác động của biến đổi tôn giáo đối với phong tục, tập quán truyền thống Việt Nam", Tạp chí Lý luận chính trị, Số 10.
63. Nguyễn Bé Lê (2021), "Điều kiện áp dụng tập quán trong giải quyết tranh chấp về hôn nhân và gia đình tại tòa án nhân dân", Tạp chí Công thương, Số 4, tháng 2 năm 2021.
64. Lê Vương Long (2001), "Pháp luật và tập quán trong việc điều chỉnh quan hệ xã hội", Tạp chí Luật học, Số 2.
65. Nguyễn Thị Tuyết Mai (2014), Áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc dân sự của Tòa án nhân dân ở Việt Nam hiện nay, Luận án tiến sĩ Luật học, Học viện Chính trị Quốc gia Hồ Chí Minh, Hà Nội.
66. Vũ Văn Mẫu (1961), Dân luật khái luận, Nxb Bộ Quốc gia giáo dục, Sài Gòn.
67. Vũ Duy Mền, Nguyễn Hữu Tâm (2016), "Hương ước trong việc quản lý làng xã đồng bằng Bắc Bộ, Việt Nam (cuối thế kỉ XIX đầu thế kỉ XX)", Tạp chí Nghiên cứu Lịch sử, Số 7.
68. Nguyễn Năng Nam (2011), "Kết hợp pháp luật và phong tục, tập quán trong việc quản lý xã hội ở nước ta hiện nay", Tạp chí Phát triển nhân lực, Số 1.
69. Phạm Hữu Nghị (2015), "Chính sách thực hiện, áp dụng pháp luật, vận dụng hương ước trong quản lý xã hội ở nông thôn: thực trạng và những vấn đề đặt ra", Tạp chí Khoa học xã hội Việt Nam, Số 6 (91).
70. Sử Văn Ngọc, Sử Thị Trà Giang (2012), Luật tục trong xã hội Chăm, Nxb. Thanh Niên, Hà Nội.
71. 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.
72. Phan Đăng Nhật (chủ biên) (2014), Luật tục các dân tộc thiểu số Việt Nam, Nxb Khoa học Xã hội.
73. Trần Hồng Nhung (2016), "Bảo vệ trật tự, an ninh làng xã trong hương ước thế kỉ XVII - XIX và những giá trị kế thừa", Tạp chí Luật học, Số 5.

74. Buôn Krông Thị Tuyết Nhung (2019), Luật tục Bahnar trong đời sống đương đại, Nxb Đà Nẵng, Đà Nẵng
75. Trần Nguyễn Khánh Phong (2016), "Luật tục và tri thức bản địa của người Tà Ôi đối với tài nguyên rừng", Tạp chí Nghiên cứu và Phát triển, Số 4.
76. Nguyễn Thị Phương (2015), Áp dụng tập quán về hôn nhân và gia đình của đồng bào dân tộc thiểu số tại Thái Nguyên", Luận văn Thạc sỹ Luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội.
77. Trương Nhật Quang (2020), Pháp luật về hợp đồng - Các vấn đề pháp lý cơ bản, Nxb. Dân trí, Hà Nội.
78. Bùi Hồng Quý (2018), Luật tục và ảnh hưởng của luật tục đối với thực hiện pháp luật trong cộng đồng người Êđê ở các tỉnh Tây Nguyên Việt Nam, Luận án tiến sĩ Luật, Học viện Chính trị Quốc gia Hồ Chí Minh.
79. Bùi Tiến Quý (2006), "Về xây dựng và phát triển văn hóa quản lý nhà nước", Tạp chí Quản lý nhà nước, Số 6.
80. Hoàng Văn Quynh (2018), Luật tục về bảo vệ tài nguyên thiên nhiên và môi trường ở Việt Nam (Qua luật tục của các dân tộc thiểu số ở Tây Bắc và Tây Nguyên), Luận án tiến sĩ Luật học, Học viện Khoa học xã hội, Viện Hàn lâm Khoa học xã hội Việt Nam.
81. Nguyễn Thế Sang (2011), Luật tục và công cuộc phát triển kinh tế xã hội Raglai, Nxb. Văn hóa dân tộc, Hà Nội.
82. Bùi Ngọc Sơn (2008), "Hương ước đối diện với Nhà nước pháp quyền và vấn đề toàn cầu hóa", Tạp chí Dân chủ và Pháp luật, Số Chuyên đề tháng 2.
83. Nguyễn Văn Sơn (2019), "Áp dụng tập quán để giải quyết vụ việc dân sự trong trường hợp chưa có điều luật để áp dụng", Tạp chí Tòa án nhân dân, Số 24.
84. Võ Kim Sơn (Chủ biên) (2012), Giáo trình Quản lý học đại cương, Nxb Khoa học và Kỹ Thuật, Hà Nội.
85. Vi Văn Sơn (2015), Luật tục người Thái và sự vận dụng trong quản lý nhà nước đối với cộng đồng người Thái ở các tỉnh Bắc Trung Bộ Việt Nam, Luận án tiến sĩ Luật, Học viện Chính trị Quốc gia Hồ Chí Minh.
86. 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.
87. Phùng Trung Tập (2008), "Về bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng trong luật tục Ê Đê và M'Nông", Tạp chí Dân chủ và Pháp luật, Số 9.
88. Phùng Trung Tập (2015), "Phong tục, tập quán và áp dụng tập quán trong

công tác xét xử án dân sự", Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, Số 3.

89. Nhất Thanh (2015), Đất lề quê thói - Phong tục Việt Nam, Nxb Nhã Nam - Nxb Hồng Đức.
90. Bùi Quang Thanh (2015), Nghiên cứu luật tục, phong tục các dân tộc thiểu số ở Quảng Nam, Nxb. Khoa học xã hội, Hà Nội.
91. Phan Nhật Thanh, Luke McNamara (2011), "Tập quán pháp với các góc nhìn khác nhau trên thế giới" Tạp chí Khoa học pháp lý, Số 5.
92. Phan Nhật Thanh (2011), "Vấn đề lựa chọn và áp dụng tập quán pháp để bảo đảm quyền con người cho cộng đồng dân tộc thiểu số", Tạp chí Khoa học pháp lý, Số 1(62).
93. Phan Nhật Thanh (2013), Luật tập quán và quyền con người, Nxb Hồng Đức - Hội Luật gia Việt Nam.
94. Phan Nhật Thanh (2016), "Pháp luật trong hệ thống các quy phạm xã hội", Tạp chí Khoa học Pháp lý, Số 06 (100).
95. Phan Nhật Thanh (Chủ biên) (2017), Tập quán pháp, tiền lệ pháp và việc đa dạng hóa hình thức pháp luật ở Việt Nam, Nxb Đại học Quốc gia Thành phố Hồ Chí Minh.
96. Bùi Quang Thanh (2009), Luật tục, phong tục với việc sở hữu và bảo vệ tài nguyên thiên nhiên trong cộng đồng các dân tộc thiểu số Quảng Nam, Nxb. Khoa học xã hội, Hà Nội.
97. Nguyễn Mạnh Thắng (2015), "Áp dụng tập quán giải quyết các tranh chấp thương mại ở Việt Nam", Luận án tiến sĩ Luật học, Đại học Quốc gia Hà Nội, Hà Nội.
98. Nguyễn Quyết Thắng (2002), Lược khảo Hoàng Việt luật lệ (Bước đầu tìm hiểu luật Gia Long), Nxb. Văn hóa - Thông tin, Hà Nội.
99. Thái Vĩnh Thắng (2007), "Nguồn pháp luật trong hệ thống pháp luật Anh - Mỹ", Tạp chí Luật học, số 11.
100. Trần Ngọc Thêm (1999), Cơ sở văn hóa Việt Nam, Nxb Giáo dục, Thành phố Hồ Chí Minh.
101. Ngô Đức Thịnh (chủ biên) (1998), Luật tục M'Nông (Tập quán pháp), Nxb Nxb Chính trị Quốc Gia, Hà Nội.
102. Ngô Đức Thịnh, Ngô Văn Lý (2004), Tìm hiểu luật tục các dân tộc ở Tây Nguyên, Nxb Văn hóa dân tộc, Hà Nội, tr.221.
103. Ngô Đức Thịnh (2014), Luật tục trong đời sống các tộc người ở Việt Nam, Nxb Tư pháp, Hà Nội.

104. Vừa Bá Thông (2013), "Áp dụng phong tục, tập quán trong lĩnh vực hôn nhân và gia đình - thực trạng và kiến nghị", Tạp chí Dân chủ và pháp luật, Số chuyên đề Sửa đổi, bổ sung Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000.
105. Lê Minh Thông (2008), "Luật nước và hương ước lệ làng trong đời sống pháp lý của các cộng đồng làng xã Việt Nam", Kỷ yếu Hội thảo quốc tế Việt Nam học lần thứ 3.
106. Trịnh Thị Thủy (2009), "Luật tục trong đời sống đồng bào các dân tộc thiểu số - Những giá trị cần bảo tồn, phát huy, những hủ tục cần loại bỏ", Tạp chí Dân tộc, Số 108.
107. Phạm Quang Tiến, Nguyễn Thị Hồi (2010), "Tập quán và luật tục bảo vệ môi trường của một số dân tộc ít người ở Việt Nam", Tạp chí Luật học, Số 6.
108. Nguyễn Vũ Tiến (2010), Giáo trình Quản lí xã hội, Nxb Giáo dục, Hà Nội.
109. Lê Đức Tiết (1998), Về hương ước, lệ làng, Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội.
110. Lê Đức Tiết (2005), Văn hóa pháp lý Việt Nam, Nxb Tư pháp
111. Lê Đức Tiết (2020), Hương ước, lệ làng - Quá khứ, hiện tại, tương lai, Nxb Tư Pháp, Hà Nội.
112. Tạ Quang Tòng (2017), "Tòa án phong tục của người Stiêng", Tạp chí Luật sư Việt Nam, Số 1+2.
113. Nguyễn Thành Tới (2018), "Cầm cố quyền sử dụng đất - Vướng mắc của Tòa án trong giải quyết tranh chấp", Tạp chí Tòa án nhân dân, Số 15.
114. 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.
115. Trung tâm Khoa học Xã hội và Nhân văn Quốc gia, Viện Nghiên cứu Văn hóa dân gian (2000), Luật tục và phát triển nông thôn hiện nay ở Việt Nam, Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội.
116. Trường Đại học Kinh tế quốc dân (2006), Giáo trình Quản lý xã hội, Nxb Khoa học và Kỹ thuật, Hà Nội.
117. Trường Đại học Luật Hà Nội (2010), Giáo trình Lịch sử Nhà nước và pháp luật Việt Nam, Nxb. Công an Nhân dân, Hà Nội.
118. Trường Đại học Luật Hà Nội (2015), Giáo trình luật hành chính Việt Nam, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội.
119. Trường Đại học Luật Hà Nội (2018), Giáo trình Lí luận chung về nhà nước và pháp luật, Nxb. Tư pháp, Hà Nội.

120. Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh (2013), Giáo trình Lịch sử Nhà nước và pháp luật Việt Nam, NXb Hồng Đức - Hội Luật gia Việt Nam.
121. Phạm Văn Tuyết (2015), "Tập quán và việc áp dụng tập quán để giải quyết các tranh chấp dân sự", Tạp chí Luật học, Số 11/2015.
122. Phạm Văn Tuyết (2021), "Tập quán - Một loại nguồn bất thành văn được áp dụng để giải quyết vụ việc dân sự", Tạp chí Pháp luật và Kinh tế số 2 (347).
123. Nguyễn Đình Tường (2006), "Giữ gìn và phát huy giá trị văn hóa truyền thống ở Việt Nam trước tác động của toàn cầu hóa", Tạp chí Triết học, Số 5.
124. Đặng Nghiêm Vạn (2010), Văn hóa Việt Nam đa tộc người, Nxb Văn học, Hà Nội.
125. Nguyễn Thị Ánh Vân (2017), "Nguồn luật hợp đồng của Anh và Pháp dưới góc độ so sánh", Tạp chí Luật học, số
126. Viện ngôn ngữ học (2003), Từ điển tiếng Việt, Nxb Đà Nẵng - Trung tâm Từ điển học, Hà Nội.
127. Viện Sử học (2013), Quốc triều hình luật (Luật hình triều Lê), Nxb. Tư pháp, Hà Nội.
128. Nguyễn Cửu Việt (2007), Bàn về thuật ngữ "Quản lý hành chính nhà nước", Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, Số 3.
129. Nguyễn Như Ý (chủ biên) (1996), Từ điển tiếng Việt thông dụng, Nxb. Giáo dục, Hà Nội.

*** Tài liệu tiếng nước ngoài**

130. Lisa Bernstein (2014), "Merchant Law in Merchant Court: Rethinking the Code's Search for Immanent Bussiness Norms", Customary Law and Economics, Edited by Lisa Bernstein & Francesco Parisi, Edward Elgar Publishing Limited (UK) & Edward Elgar Publishing, Inc. (USA).
131. Tobin Brendan (2013), The role of customary law in access and benefit-sharing and traditional knowledge governance: Perspectives from Andean and Pacific Island countries, WIPO and United Nations University, Geneva.
132. David C. Buxbaum (editor) (1968), Family law and Customary Law in Asia: A contemporary Legal Perspective, Netherlands.
133. Mary Ann Glendon, Paolo G. Carozza, Colin B. Picker (2008), Comparative Legal Traditions in a Nutshell, Third edition, Thomson West.
134. David J.Bederman (2010), Custom as a Source of Law, Cambridge University Press.
135. David Lefkowitz (2005), "Customary Law and the Case for

Incorporationism", Legal Theory, No.11 (4).

136. Matthew L.M. Fletcher (2007), Rethinking Customary Law in Tribal Court Jurisprudence, Mich J Race Law 13 no1.
137. New Zealand Law Commission (2006), Converging Currents: Custom and Human Rights in the Pacific, Wellington, New Zealand.
138. Simisola Obatusin (2018), "Customary law principles as a tool for human rights advocacy: innovating Nigerian customary practices using lessons from Ugandan and South African courts", Columbia Journal of Transnational Law, 56 (3).
139. Peter Orebech (2005), "How Custom Becomes Law in Norway" in The Role of Customay law in Sustainale Development, Cambridge University Press.
140. Amanda Perreau-Saussine and James Bernard Murphy (2007), The Nature of Customary Law- Legal, Historical and Philosophical Perspectives, Cambridge University Press.
141. P. K. Bandyopadhyay (1994), "Importance of Customary Law", Central India Law Quarterly, No. 7(1).
142. Insun Yu (1990), Law and Society in Seventeeth and Eighteeth Century Vietnam, Asiatic Research Center, Korea University.

*** Tài liệu trên website**

143. Đinh Xuân Dũng (2019), Gìn giữ, phát huy và phát triển bản sắc văn hóa dân tộc trong quá trình toàn cầu hóa và hội nhập quốc tế, http://tuyengiao.vn/van-hoa-xa-hoi/van-hoa/gin-giu-phat-huy-va-phat-trien-ban-sac-van-hoa-dan-toc-trong-qua-trinh-toan-cau-hoa-va-hoi-nhap-quoc-te-125618.
144. Hoàng Điệp (2017), Giám định ADN cho… trâu, https://tuoitre.vn/giam-dinh-adn-cho-trau-20190919090510314.htm.
145. Cao Anh Đô, "Mối tương quan giữa hoạt động tự quản của cộng đồng dân cư và thực thi quyền lực nhà nước ở cơ sở", http://isos.gov.vn.
146. Nguyễn Hữu Đông (2020), "Tăng cường hiệu lực pháp luật, kết hợp với phát huy vai trò của luật tục trong quản lý phát triển xã hội ở vùng đồng bào dân tộc thiểu số tỉnh Sơn La", https://www.tapchicongsan.org.vn.
147. Nguyễn Hữu Đức, Nghề "thả chà" đánh bắt cá, Báo Bình Định, http://www.baobinhdinh.com.vn/566/2004/12/17528/.
148. Trần Ngọc Đường (2020), Các nguyên tắc pháp quyền và việc tuân thủ các nguyên tắc pháp quyền trong xây dựng Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa ở nước ta, https://www.tapchicongsan.org.vn/web/guest/media-story/-

/asset_publisher/V8hhp4dK31Gf/content/cac-nguyen-tac-phap-quyen-va-viec-tuan-thu-cac-nguyen-tac-phap-quyen-trong-xay-dung-nha-nuoc-phap-quyen-xa-hoi-chu-nghia-o-nuoc-ta.

149. Trương Thị Hiền (2016), Phát huy vai trò của già làng trong xu thế hiện đại hóa, http://danvan.vn/Home/Dien-dan/4106/Phat-huy-vai-tro-cua-gia-lang-trong-xu-the-hien-dai-hoa.

150. Lê Như Hoa, "Tư tưởng Hồ Chí Minh với việc xây dựng nền văn hóa Việt Nam tiên tiến, đậm đà bản sắc dân tộc", https://nhandan.vn.

151. Nguyễn Hồng (2013), Bản sắc dân tộc và sự phát triển văn hóa, https://www.tapchicongsan.org.vn/truyen-thong-hien-tai/-/2018/22547/ban-sac-dan-toc-va-su-phat-trien-van-hoa.aspx#.

152. Đào Khang (2020), Gìn giữ phong tục, tục lệ của làng trong xây dựng nông thôn mới ở Nghệ An, http://khxhnvnghean.gov.vn/m/?x=3834/dien-dan/gin-giu-phong-tuc-tuc-le-cua-lang-trong-xay-dung-nong-thon-moi-o-nghe-an.

153. Y Phi Kbuôr, "Phong tục tập quán và việc vận dụng phong tục tập quán trong công tác xét xử của Tòa án nhân dân tỉnh Đắk Lắk", http://toaandaklak.gov.vn/trao-doi-nghiep-vu/phong-tuc-tap-quan-va-viec-van-dung-phong-tuc-tap-quan-trong-cong-tac-xet-xu-cua-toa-an-nhan-dan-tinh-dak-lak-211.html.

154. Phương Liên - Trần Quỳnh (2021), Một số giải pháp phát huy vai trò người có uy tín, https://dangcongsan.vn/multimedia/mega-story/bai-cuoi-mot-so-giai-phap-phat-huy-vai-tro-nguoi-co-uy-tin-579703.html.

155. Phạm Văn Linh (2019), "Xây dựng và phát triển nền văn hóa Việt Nam tiên tiến, đậm đà bản sắc dân tộc", http://hdll.vn/vi/nghien-cuu---trao-doi/xay-dung-va-phat-trien-nen-van-hoa-viet-nam-tien-tien-dam-da-ban-sac-dan-toc.html.

156. Buôn Krông Tuyết Nhung (2016), "Luật tục với quản lý, phát triển xã hội cấp cơ sở vùng đồng bào dân tộc thiểu số Tây Nguyên", https://tapchicongsan.org.vn/web/guest/van_hoa_xa_hoi/-/2018/40965/luat-tuc-voi-quan-ly%2C-phat-trien-xa-hoi-cap-co-so-vung-dong-bao-dan-toc-thieu-so-tay-nguyen.aspx.

157. Nguyễn Minh Phương, Bùi Văn Minh, Các yếu tố tác động đến hiệu quả quản lý nhà nước ở nước ta hiện nay, https://tcnn.vn/news/detail/41620/Cac-yeu-to-tac-dong-den-hieu-qua-quan-ly-nha-nuoc-o-nuoc-ta-hien-nay.

158. Vi Văn Sơn, "Kinh nghiệm thừa nhận và sử dụng luật tục ở một số quốc gia

trên thế giới", http://moj.gov.vn/tcdcpl.

159. Mai Văn Thắng, "Đa dạng hóa các loại nguồn pháp luật ở Việt Nam hiện nay là một tất yếu khách quan", http://maivanthangsl.blogspot.com.

160. Trương Công Thi (2021), Nhân xuân Tân Sửu kể chuyện án tranh chấp trâu, https://tapchitoaan.vn/bai-viet/chuyen-phap-dinh/nhan-xuan-tan-suu-ke-chuyen-an-tranh-chap-trau.

161. Lê Đức Tiết, "Hương ước, lệ làng với chiến lược tăng tốc của đất nước" http://tapchimattran.vn/nghien-cuu/huong-uoc-le-lang-voi-chien-luoc-tang-toc-cua-dat-nuoc-28288.html.

162. Bùi Thanh Thủy, "Kế thừa và phát huy các giá trị văn hóa truyền thống trong quá trình toàn cầu hóa", http://vhttcs.org.vn.

163. D.S Koyana (1997), Customary Law and the Role of the Customary Courts Today, https://www.gcbsa.co.za/law-journals/1997/november/1997-november-vol010-no2-pp126-128.pdf.

164. Christa Rautenbach (2019), "Case Law as an Authoritative Source of Customary Law: Piecemeal Recording of (Living) Customary Law?", http://www.saflii.org/za/journals/PER/2019/67.html.

165. Gordon R Woodman (2001), Customary Law in common Law System, https://core.ac.uk/download/pdf/286044337.pdf.

PHỤ LỤC

Để tiện cho việc theo dõi, đối chiếu thêm các thông tin, tác giả cung cấp 03 phụ lục bao gồm:

1. Phụ lục 01: Các quy định pháp luật thừa nhận việc áp dụng tập quán trong hệ thống pháp luật Việt Nam hiện nay.
2. Phụ lục 02: Danh mục tập quán thu thập được qua điều tra, khảo sát.
3. Phụ lục 03: Phiếu phỏng vấn chuyên gia.

PHỤ LỤC 1

CÁC QUY ĐỊNH PHÁP LUẬT THỪA NHẬN VIỆC ÁP DỤNG TẬP QUÁN TRONG HỆ THỐNG PHÁP LUẬT VIỆT NAM HIỆN NAY

Bảng 01. Các quy định pháp luật thừa nhận việc áp dụng tập quán trong quan hệ dân sự theo BLDS 2015

STT	Điều luật	Nội dung quy định/trường hợp áp dụng
1	Điều 5	1. Tập quán là quy tắc xử sự có nội dung rõ ràng để xác định quyền, nghĩa vụ của cá nhân, pháp nhân trong quan hệ dân sự cụ thể, được hình thành và lặp đi lặp lại nhiều lần trong một thời gian dài, được thừa nhận và áp dụng rộng rãi trong một vùng, miền, dân tộc, cộng đồng dân cư hoặc trong một lĩnh vực dân sự. 2. Trường hợp các bên không có thỏa thuận và pháp luật không quy định thì có thể áp dụng tập quán nhưng tập quán áp dụng không được trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự quy định tại Điều 3 của Bộ luật này.
2	Khoản 2 Điều 26	Họ của cá nhân được xác định là họ của cha đẻ hoặc họ của mẹ đẻ theo thỏa thuận của cha mẹ; nếu không có thỏa thuận thì họ của con được xác định theo tập quán.
3	Khoản 2 Điều 29	Trường hợp cha đẻ, mẹ đẻ thuộc hai dân tộc khác nhau thì dân tộc của con được xác định theo dân tộc của cha đẻ hoặc mẹ đẻ theo thỏa thuận của cha đẻ, mẹ đẻ; trường hợp không có thỏa thuận thì dân tộc của con được xác định theo tập quán; trường hợp tập quán khác nhau thì dân tộc của con được xác định theo tập quán của dân tộc ít người hơn.
4	Khoản 1 Điều 121	Giao dịch dân sự có nội dung không rõ ràng, khó hiểu, được hiểu theo nhiều nghĩa khác nhau thì việc giải thích giao dịch dân sự đó được thực hiện theo thứ tự sau đây: a) Theo ý chí đích thực của các bên khi xác lập giao dịch; b) Theo nghĩa phù hợp với mục đích của giao dịch; c) Theo tập quán nơi giao dịch được xác lập.
5	Khoản 1 Điều 175	Khi xác định ranh giới giữa các bất động sản.
6	Điều 208	Quyền sở hữu chung được xác lập theo thỏa thuận, theo quy định của pháp luật hoặc theo tập quán.

STT	Điều luật	Nội dung quy định/trường hợp áp dụng
7	Khoản 1, 2 Điều 211	Khi xác lập quyền sở hữu chung cộng đồng; quản lý, sử dụng, định đoạt tài sản chung cộng đồng.
8	Khoản 1 Điều 231	Khi xác lập quyền sở hữu đối với gia súc thả rông theo tập quán
9	Khoản 3 Điều 404	Khi hợp đồng có điều khoản hoặc ngôn từ khó hiểu thì phải được giải thích theo tập quán tại địa điểm giao kết hợp đồng.
10	Khoản 1 Điều 471	Họ, hụi, biêu, phường là hình thức giao dịch về tài sản theo tập quán trên cơ sở thỏa 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.
11	Khoản 1 Điều 481	Bên thuê phải trả đủ tiền thuê đúng thời hạn đã thỏa thuận; nếu không có thỏa thuận về thời hạn trả tiền thuê thì thời hạn trả tiền thuê được xác định theo tập quán nơi trả tiền; nếu không thể xác định được thời hạn theo tập quán thì bên thuê phải trả tiền khi trả lại tài sản thuê.
12	Khoản 4 Điều 603	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.
13	Điều 658	Xác định chi phí mai tang trong thứ tự ưu tiên thanh toán các nghĩa vụ liên quan đến di sản thừa kế.
14	Điều 666	Các bên được lựa chọn tập quán quốc tế trong trường hợp quy định tại khoản 2 Điều 664 của Bộ luật này. Nếu hậu quả của việc áp dụng tập quán quốc tế đó trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam thì pháp luật Việt Nam được áp dụng.

Bảng 02. Các quy định pháp luật thừa nhận việc áp dụng tập quán trong quan hệ thương mại theo Luật Thương mại 2005

STT	Điều luật	Nội dung quy định/trường hợp áp dụng
1	Khoản 4 Điều 3	Tập quán thương mại là thói quen được thừa nhận rộng rãi trong hoạt động thương mại trên một vùng, miền hoặc một lĩnh vực thương mại, có nội dung rõ ràng được các bên thừa nhận để xác định quyền và nghĩa vụ của các bên trong hoạt động thương mại.

2	Khoản 2 Điều 5	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.
3	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.
4	Khoản 2 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.
5	Khoản 1 Điều 237	Miễn trách nhiệm đối với thương nhân kinh doanh dịch vụ logistics trong những trường hợp miễn trách nhiệm theo quy định của pháp luật và tập quán vận tải.
6	Khoản 7 Điều 292	Các biện pháp chế tài trong thương mại do các bên thỏa thuận nhưng không được trái với nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam, điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên và tập quán thương mại quốc tế.

Bảng 03. Các quy định pháp luật thừa nhận việc áp dụng tập quán trong quan hệ HN&GĐ theo Luật HN&GĐ 2014 và Nghị định 126/2014/NĐ-CP

STT	Điều luật	Nội dung quy định/trường hợp áp dụng
1	Khoản 4 Điều 3 Luật HN&GĐ	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.
2	Khoản 1 Điều 7 Luật HN&GĐ	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.
3	Khoản 1 Điều 121 Luật HN&GĐ	Nhà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam bảo hộ quyền, lợi ích hợp pháp của công dân Việt Nam ở nước ngoài trong quan hệ hôn nhân và gia đình phù hợp với pháp luật Việt Nam, pháp luật của nước sở tại, pháp luật và tập quán quốc tế.
4	Điều 2 Nghị định 126/2014/NĐ-CP	Nguyên tắc áp dụng tập quán 1. Tập quán được áp dụng phải là quy tắc xử sự phù hợp với quy định tại Khoản 4 Điều 3 của Luật Hôn nhân và gia đình. 2. Việc áp dụng tập quán phải tuân theo các điều kiện được quy định tại Điều 7 của Luật Hôn nhân và gia đình. 3. Tôn trọng sự thỏa thuận của các bên về tập quán được áp dụng.
5	Điều 3 Nghị định 126/2014/NĐ-CP	Thỏa thuận về áp dụng tập quán 1. Quy định các bên không có thỏa thuận tại Khoản 1 Điều 7 của Luật Hôn nhân và gia đình được hiểu là các bên không có thỏa thuận về áp dụng tập quán và cũng không có thỏa thuận khác về vụ, việc cần được giải quyết. 2. Trường hợp các bên có thỏa thuận về tập quán được áp dụng thì giải quyết theo thỏa thuận đó; nếu các bên

STT	Điều luật	Nội dung quy định/trường hợp áp dụng
		không có thỏa thuận thì giải quyết theo quy định tại Điều 4 của Nghị định này.
6	Điều 4 Nghị định 126/2014/NĐ-CP	Giải quyết vụ, việc hôn nhân và gia đình có áp dụng tập quán 1. Trường hợp giải quyết vụ, việc hôn nhân và gia đình có áp dụng tập quán thì thực hiện việc hòa giải theo quy định của pháp luật về hòa giải ở cơ sở, khuyến khích sự tham gia hòa giải của người có uy tín trong cộng đồng, chức sắc tôn giáo. 2. Trường hợp hòa giải không thành hoặc vụ, việc hôn nhân và gia đình có áp dụng tập quán không thuộc phạm vi hòa giải ở cơ sở thì Tòa án giải quyết vụ, việc đó theo quy định của pháp luật tố tụng dân sự.
7	Điều 5 Nghị định 126/2014/NĐ-CP	Tuyên truyền, vận động nhân dân về áp dụng tập quán 1. Các Bộ, ngành liên quan và Ủy ban nhân dân các cấp phối hợp với Mặt trận Tổ quốc Việt Nam xây dựng, thực hiện các chính sách, biện pháp sau đây: a) Tạo điều kiện để người dân thực hiện các quy định của pháp luật về hôn nhân và gia đình; phát huy truyền thống, tập quán tốt đẹp thể hiện bản sắc của mỗi dân tộc, xóa bỏ tập quán lạc hậu về hôn nhân và gia đình; b) Tăng cường tuyên truyền, phổ biến pháp luật về hôn nhân và gia đình, vận động người dân phát huy truyền thống, tập quán tốt đẹp và xóa bỏ tập quán lạc hậu về hôn nhân và gia đình; c) Giáo dục thế hệ trẻ bảo tồn, phát triển ngôn ngữ, chữ viết và phát huy các giá trị văn hóa trong tập quán tốt đẹp của mỗi dân tộc. 2. Tập quán lạc hậu về hôn nhân và gia đình là tập quán trái với những nguyên tắc cơ bản của chế độ hôn nhân và gia đình quy định tại Điều 2 của Luật Hôn nhân và gia đình hoặc vi phạm điều cấm quy định tại Khoản 2 Điều 5 của Luật Hôn nhân và gia đình. Ban hành kèm theo Nghị định này Danh mục tập quán

STT	Điều luật	Nội dung quy định/trường hợp áp dụng
		lạc hậu về hôn nhân và gia đình cần vận động xóa bỏ hoặc cấm áp dụng.
8	Điều 6 Nghị định 126/2014/NĐ-CP	Trách nhiệm về xây dựng danh mục tập quán được áp dụng 1. Trong thời hạn ba năm kể từ ngày Nghị định này có hiệu lực, Ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương (sau đây gọi là Ủy ban nhân dân cấp tỉnh) có trách nhiệm xây dựng, trình Hội đồng nhân dân cùng cấp phê duyệt danh mục các tập quán về hôn nhân và gia đình được áp dụng tại địa phương. 2. Căn cứ vào thực tiễn áp dụng tập quán về hôn nhân và gia đình tại địa phương, Ủy ban nhân dân cấp tỉnh trình Hội đồng nhân dân cùng cấp sửa đổi, bổ sung danh mục tập quán đã ban hành.

Bảng 04. Các quy định pháp luật thừa nhận việc áp dụng tập quán trong các quan hệ chuyên ngành khác

STT	Điều luật	Nội dung quy định/trường hợp áp dụng
1	Khoản 3 Điều 4 Luật chuyển giao công nghệ 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.
2	Khoản 3 Điều 5 Pháp lệnh ngoại hối 2005 (sửa đổi, bổ sung 2013)	Hoạt động ngoại hối mà pháp luật Việt Nam chưa có quy định thì các bên có thể thỏa thuận áp dụng tập quán quốc tế nếu việc áp dụng tập quán quốc tế đó không trái với những nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam.
3	Khoản 4 Điều 4 Luật đầu tư 2014	Đối với hợp đồng trong đó có ít nhất một bên tham gia là nhà đầu tư nước ngoài hoặc tổ chức kinh tế quy định tại khoản 1 Điều 23 của Luật này thì các bên có thể thỏa thuận trong hợp đồng việc áp dụng tập quán đầu tư quốc tế nếu thỏa thuận đó không trái với quy định của pháp luật Việt Nam
4	Khoản 2 Điều 5 Bộ luật hàng hải 2015	Hoạt động hàng hải mà trong đó 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 trong quan hệ hợp

		đồng.
5	Khoản 3 Điều 2 Luật kinh doanh bảo hiểm 2000 (sửa đổi 2010, 2019)	Các bên tham gia bảo hiểm có thể thỏa thuận áp dụng tập quán quốc tế, nếu tập quán đó không trái với pháp luật Việt Nam
6	Khoản 3 Điều 14 Luật trọng tài thương mại 2010	Trường hợp pháp luật Việt Nam, pháp luật do các bên lựa chọn không có quy định cụ thể liên quan đến nội dung tranh chấp thì Hội đồng trọng tài được áp dụng tập quán quốc tế để giải quyết tranh chấp nếu việc áp dụng hoặc hậu quả của việc áp dụng đó không trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam.
7	Khoản 1 Điều 7 Nghị định 22/2017/NĐ-CP	Xác định tiêu chuẩn hòa giải viên thương mại.
8	Khoản 2 Điều 4; Khoản 3 Điều 21 Luật hòa giải ở cơ sở 2013	Áp dụng trong hòa giải ở cơ sở.

Bảng 05. Các quy định pháp luật thừa nhận việc áp dụng tập quán trong quan hệ TTDS theo BLTTDS 2015

STT	Điều luật	Nội dung quy định/trường hợp áp dụng
1	Khoản 1 Điều 45	Nguyên tắc giải quyết vụ việc dân sự trong trường hợp chưa có điều luật để áp dụng 1. Việc áp dụng tập quán được thực hiện như sau: Tòa án áp dụng tập quán để giải quyết vụ việc dân sự trong trường hợp các bên không có thỏa thuận và pháp luật không quy định. Tập quán không được trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự quy định tại Điều 3 của Bộ luật Dân sự. Khi yêu cầu Tòa án giải quyết vụ việc dân sự, đương sự có quyền viện dẫn tập quán để yêu cầu Tòa án xem xét áp dụng. Tòa án có trách nhiệm xác định giá trị áp dụng của tập quán bảo đảm đúng quy định tại Điều 5 của Bộ luật Dân sự. Trường hợp các đương sự viện dẫn các tập quán khác nhau thì tập quán có giá trị áp dụng là tập quán được thừa nhận tại nơi phát sinh vụ việc dân sự.
2	Khoản 2	Vụ án thuộc trường hợp áp dụng tập quán thì khi nghị án các

	Điều 264	thành viên Hội đồng xét xử phải căn cứ vào tập quán để giải quyết các vấn đề của vụ án.
3	Khoản 2 Điều 266	Vụ án thuộc trường hợp áp dụng tập quán thì trong nội dung quyết định của bản án phải ghi rõ căn cứ vào tập quán.

PHỤ LỤC 02*

DANH MỤC TẬP QUÁN THU THẬP ĐƯỢC QUA ĐIỀU TRA, KHẢO SÁT

1. Tập quán liên quan đến tín ngưỡng, tôn giáo

STT	Mô tả tập quán	Nội dung	Đị phươ dụ
1	Tục cấm bản	Khi cần làm lễ, không ai được phép đi qua bản. Người nào vi phạm sẽ bị phạt.[1]	Lai C
2	Tục kiêng nhà	Khi nhà có lễ, nếu thầy mo đang làm lễ thì có thể vào nhưng khi đã làm lễ xong thì không được vào, người nào vào trong nhà vào thời điểm đang kiêng nhà sẽ bị yêu cầu nộp phạt.	Lai C
3	Tập quán sinh đẻ	Khi người vợ đẻ, người nào đi vào thì bị phạt gà.	Lai C
		Người phụ nữ mang thai kiêng không được đến khu vực bàn thờ tổ tiên của gia đình, kiêng đi vào các khu rừng thiêng của làng, kiêng đi thăm hỏi các gia đình vào đầu năm mới để tránh những điều không may mắn đến với thai phụ và gia đình người khác. Người chồng của sản phụ không được đi giúp nhà làm đám tang, làm nhà mới kể cả việc cưới xin, cũng không được đến, vào nhà khác và không được tham gia các công việc chung của cộng đồng (cúng rừng, cúng lành, cúng thần nước, cúng thần ruộng).	Tây
4	Tục kiêng gió	Vào những ngày kiêng gió, không được chạy xe qua bản để tránh tạo ra gió. Ai vi phạm sẽ phải nộp phạt cho bản.[2]	Lai C
5	Hòn đá thiêng	Đá thiêng là do cụ tổ mang về trong chuyến đi săn thất bại, được cộng đồng thừa nhận là vật thiêng chung. Nam giới 18 tuổi trở lên mới được phép đến gần hòn đá, tham dự các nghi lễ rước đá hoặc tắm rượu huyết. Trẻ em và phụ nữ không được đến gần hòn đá. Nếu ai vi phạm sẽ bị phạt heo, trâu để cúng thần và cả làng ăn uống.	Huyện Thầy, Tum
6	Lễ xóa tội	Hàng năm, cứ hết mùa xuân thì mọi người sẽ tổ chức họp. Ai có tội lỗi gì thì thông báo cho gia đình và gia đình báo cho già làng để làm lễ xoá tội. Đối với trường hợp nghiêm trọng có thể họp xử đến 2-3 ngày, xử phạt	Gia La

* Nguồn: Dự án điều tra cơ bản: Các tập quán điển hình điều chỉnh quan hệ dân sự, thương mại, hôn nhân và gia đình ở Việt Nam và thực tiễn áp dụng của các cơ quan có thẩm quyền, Bộ Tư pháp - Viện Khoa học pháp lý, 2018.

[1] Ở bản Ma Quai Thàng có 3 ngày cấm bản, cán bộ xuống công tác không để ý đi vào nên bị yêu cầu phạt lợn và rượu.

[2] Do sự phát triển của hệ thống giao thông, tục kiêng gió cũng không quá khắt khe. Nếu bản có đường liên thôn, liên xã chạy qua thì sẽ cử người đứng ở hai đầu bản để nhắc nhở. Nếu bản nằm ven đường quốc lộ, đường liên tỉnh thì việc kiêng gió gần như không thể thực hiện được.

STT	Mô tả tập quán	Nội dung	Đị phươ dụ
		nặng có thể đến trâu hoặc đuổi ra khỏi làng, bị ghẻ lạnh.	
7	Thịt con vật sinh con một bề	Nếu con mèo hay chó đẻ con một bề sẽ phải thịt và mời cả bản.	Lai Ch
8	Ăn xụt người chết	Người chết không có con trai mà chỉ có con gái thì phải nộp phạt vì tội tuyệt tự. Của cải của người chết để lại phải đem chia làm ma cho người đó, sau đó nộp phạt xụt, còn thừa lại bao nhiêu trả lại cho người con gái. Nếu là tạo mường phạt 3 nén bạc; nếu là tạo bản, phạt một nén; nếu là họ hàng nhà tạo không tại chức, năm lạng; nếu là dân thường, ba lạng. Nếu đã tịch thu ruộng đất không được phạt tiền. Nếu không lấy ruộng đất mới được ăn xụt.	Tây Nguyê

2. Tập quán về hôn nhân và gia đình

STT	Mô tả tập quán	Nội dung	Địa phương áp dụng
9	Tục ngủ chung	Buổi tối, nam nữ thanh niên chưa vợ, chưa chồng sẽ tập trung tại nhà rông để ngủ. Việc ngủ chung ở nhà rông làng có nhiều ý nghĩa: tập hợp thanh niên để giữ làng, phòng ngừa trộm cướp, thú dữ, bị đánh úpbởi làng khác; tạo môi trường cho nam nữ thanh niên gặp gỡ tìm hiểu đi đến hôn nhân, đồng thời phòng ngừa các vấn đề về loạn luân trong gia đình. Tuy nhiên nam nữ không được quan hệ tình dục trước hôn nhân. Hành vi quan hệ bất chính này bị luật làng phạt vạ rất nặng và bịdân làng chê bai khinh rẻ.	Kon Tum
10	Tục chặt củi bắt chồng	Theo tục lệ, trước khi lấy chồng, người con gái phải thường xuyên vàorừng, chọn chặt mang về những bó củi to, chất dần quanh nhà để trongngày cưới gùi mang sang nhà chồng. Khi một cô gái ưng cái bụng với chàng trai nào đó, cô sẽ thủ thỉ với ông mai, bà mối là người trong làng có duyên ăn nói, có cuộc sống vợ chồng hạnh phúc, nhờ họ đi nóilại với chàng trai. Nếu chàng trai cũng ưng bụng thì họ hẹn nhau gặp gỡ ở nhà rông của làng để tâm tình. Việc ngủ chung chỉ được diễn ra tối đa trong 5 ngày. Trong thời gian này, nếu cả hai gặp được giấc mơ đẹp nghĩa là Yàng (Trời, Thần) đã đồng ý	Huyện Tu Mơ Rông, huyện Đăk Tô, huyện Ngọc Hồi và huyện Đăk Glei. , tỉnh Kon

STT	Mô tả tập quán	Nội dung	Địa phương áp dụng
		và có thể đi đến hôn nhân. Nếu quá thời hạn đó mà gia đình nhà trai chưa ngỏ lời với nhà gái thì làng có quyền phạt vạ một con heo và 10 chén rượu.[3]	Tum
11	Sính lễ ăn hỏi	Nếu ăn hỏi rồi mà con trai không lấy thì phải để lại sính lễ, bị phạttiền, con gái không lấy thì phải trả lại sính lễ.	Lào Cai
12	Tục chồng bắt	Trong ngày gặp đó nhà trai sẽ đưa ra điều kiện "*thách cưới*". Nếu nhà trai chấp nhận người con gái kia và nhà gái đồng ý những điều kiện mà nhà trai đã nêu ra thì coi như buổi lễ ăn hỏi đã thành công, khi đó nhà trai sẽ nhận một phần lễ vật, phần còn lại sẽ nhận tiếp vào ngày sắp cưới được hai bên định sẵn. Ngược lại, nếu nhà trai không đồng ý chấp nhận người con gái này làm con dâu hay nhà gái không thể đáp ứng những điều kiện "*thách cưới*" thì họ nhà trai sẽ không cho lấy và cũng sẽ không nhận bất cứ một lễ vật nào.	Lâm Đồng
13	Tục kéo vợ	Nếu chàng trai ưng cô gái nào thì kéo về làm vợ, chính thức xác lậpquan hệ hôn nhân.[4]	Lai Châu
			Sơn La
			Lào Cai
14	Tục ngủ chơi	Khi con gái chuẩn bị lấy chồng thì bên nhà trai mời nhà gái sang chơi, ăn uống giao lưu, ngủ lại một đêm. Nếu trong đêm đó mẹ cô dâu ngủmơ thấy giấc mộng xấu thì sẽ hủy kết hôn.	Hòa Bình
15	Tục trao đổi vòng	Để xác định mối quan hệ vợ chồng, bên nhà gái sẽ trao cho chú rể mộtcái vòng của nhà gái, nhà trai sẽ trao cho cô dâu vòng của nhà trai. Nếu vợ chồng bỏ nhau thì chỉ cần thực hiện tục trả vòng. Nữ trả vòngcho nam, nam trả vòng cho nữ.	Gia Lai

[3] Hiện nay, phong tục này đã có nhiều thay đổi để bảo vệ rừng và phù hợp với luật pháp. Ví dụ, con gái phải đủ 18 tuổi mới được kết hôn, nghiêm cấm việc trai gái được ngủ chung trước khi cưới, việc tặng củi và săn thú rừng chỉ còn là hình thức nhưng vẫn giữ gìn được những ý nghĩa thiêng liêng và nét đẹp truyền thống vốn có.

[4] Hiện nay, để phù hợp với nguyên tắc hôn nhân tự nguyện, việc kéo vợ chỉ thực hiện khi chàng trai và cô gái đã tìm hiểu và đồng ý kết hôn.

STT	Mô tả tập quán	Nội dung	Địa phương áp dụng
16	Tục nối dây	Khi người chồng chết, người vợ tiếp tục lấy anh hoặc em chồng nếu họ còn độc thân. Vợ chết, người chồng cũng được lấy em vợ.[5]	Gia Lai, Lâm Đồng, Lai Châu
			Đắk Lắk
17	Tục ở rể	Người chồng phải ở rể khoảng 5 năm, 7 năm. Nếu không muốn ở rể thì có thể tính thành tiền. Nếu ở rể mà kết hôn không thành thì người đó cũng không được tính công sức đóng góp cho gia đình trong thời gian ở rể vì việc ở rể là tự nguyện. Có 2 cách ở rể: một là người con trai ở rể tại nhà bố mẹ vợ trong thời gian 2 - 3 năm sau đó về nhà trai; hai là, người con trai đổi họ sang họ nhà gái, việc đổi họ ở đây chỉ là hình thức để "cúng cơm" và chỉ người trong gia đình biết với nhau. Người con trai phải sang ở nhà bố mẹ vợ đến hết đời. Người chồng đã về nhà vợ ở rể thì sẽ phải nhập ma nhà vợ và theo đạo của nhà vợ.	Lai Châu
			Lào Cai
			Vùng Ajunpa tỉnh Gia Lai
			Đắk Lắk
			Lâm Đồng
18	Cưỡng ép kết hôn do xem lá số	Cha mẹ và gia đình có quyền lựa chọn vợ/chồng cho con bằng cách khi người con được 12 tuổi trở lên thì cha mẹ cầm lá số của con mình đến những gia đình có con cùng lứa tuổi hoặc nhiều hơn. Nếu hai lá sốhợp nhau thì sẽ tiến hành rạm hỏi. Khi đủ tuổi kết hôn thì hai gia đình sẽ tổ chức lễ kết hôn kể cả trong trường hợp hai bên nam nữ không đồng ý	Lào Cai
19	Tảo hôn	Con gái 13 tuổi, con trai 15 tuổi đã có thể kết hôn.	Sơn La
		Con gái 16 – 17 tuổi, con trai 18 – 20 tuổi có thể kết hôn	Lâm Đồng

[5] Ở dân tộc Lào thuộc xã Mường Khoa, huyện Tân Uyên, tỉnh Lai Châu, tục nối dây (lấy vợ của anh hoặc em trai) vẫn xảy ra nhiều. Ở dân tộc J'Rai, việc chấp nhận làm vợ hoặc chồng đều được thực hiện tự nguyện, không ép buộc; Ở Đắk Lắk, tục nối dây (Tục Chuê nuê) vẫn chưa xóa bỏ hẳn trong đời sống người Ê Đê và M'nông. Tuy nhiên, tục nối dây đều được thực hiện dựa trên sự tự nguyện của đôi nam nữ.

STT	Mô tả tập quán	Nội dung	Địa phương áp dụng
		Con gái 13- 15 tuổi, con trai 15 - 17 tuổi đã có thể kết hôn. Con gái tới 14 – 15 tuổi đã có thể kết hôn	Lâm Đồng
		Con trai và con gái tới 15 – 16 tuổi thì đã có thể kết hôn	Đắk Lắk
		Con trai, con gái từ khoảng 15 tuổi đến 18 tuổi thì đã có thể kết hôn	Sa Pa, Lào Cai
		Nam dưới 20 tuổi và nữ dưới 18 tuổi đã kết hôn.[6]	Sóc Trăng
		Nam, nữ không có quy định về tuổi kết hôn mà chỉ dựa vào vóc dángbên ngoài.	Kon Tum
		Con trai, con gái từ 13, 14 tuổi đã có thể kết hôn.	Gia Lai
20	Xử phạt hành vi loạn luân	Người ông phát sinh quan hệ với cháu dâu thì con trai trưởng phải nộp phạt thay cho người cha. Gia đình c háu dâu cũng bị làng bản phạt vì tội không giáo dục con gái đến nơi đến chốn để gây hậu quả xấu cho làng bản. Nếu bố chồng và con dâu phát sinh quan hệ mà có thai thì người con dâu sẽ thành vợ của bố chồng (vợ lẽ). Người con trai từ bỏ người bố, và thường sống riêng hoặc bỏ đi. . Người bố sẽ phải nộp bạc, trâu, rượu cho làng để làng làm cỗ phạt vạ. Nếu con rể phát sinh quan hệ với mẹ vợ góa mà có thai thì con rể và mẹ vợ đều bị phạt vạ.	Huyện Than Uyên, Lai Châu
21	Phạt vạ khi người phụ	Gia đình và cô gái sẽ được người đứng đầu trong làng gọi đến dưới sự chứng kiến của các vị cao niên, trưởng họ để tra hỏi cô gái xem	Huyện Bảo

[6] Nam, nữ sẽ sống chung với nhau như vợ chồng, cha mẹ vẫn làm thủ tục cưới xin nhưng chờ tới khi đủ tuổi mới đăng ký kết hôn.

STT	Mô tả tập quán	Nội dung	Địa phương áp dụng
	nữ chửa hoang	tác giảcủa cái thai trong bụng và ghi chép lại vào sổ của làng. Gia đình phải mang nộp phạt một con lợn khoảng 15 đến 30 cân để cả làng làm thịt và ăn uống. Đối với chàng trai đã làm cô gái có thai nếu chưa có vợ thì làng bắt phải lấy cô gái, đám cưới được diễn ra đơn giản, chỉ có hai gia đình vàmột số người thân trong dòng họ tham dự. Về số lượng cũng như các lễ vật, nhà gái chỉ yêu cầu hai đồng bạc trắng nhưng thường thì nhàtrai mang đến theo yêu cầu của nhà gái và còn có thêm một ít cau, trầu, chè, miến, đôi gà. Nếu chàng trai có vợ, không thể lấy cô gái đó thì khi cô gái đẻ, gia đình chàng trai phải đến chăm cho hai mẹ con trong 15 ngày. Sau khi đứa trẻ ra đời, chàng trai phải kiêng 15 ngày và cô gái phải trong 45ngày không được vào nhà người khác, vì trong thời gian ấy cô gái "không được sạch".[7] Những trường hợp cô gái chưa lấy chồng mà bị chửa hoang thì bị phạtvạ cho làng là: 30 kg thịt lợn hoặc gà; 30 lít rượu; 30 kg gạo. Con gái lấy chồng mà đẻ con sớm cũng bị phạt như vậy. Khi lấy vợ chồng rồi mà đứa con đầu lòng chưa đủ 9 tháng 10 ngày đãsinh thì vẫn bị phạt, bởi vì tộc người quy định chặt chẽ vấn đề này, họ cho rằng đôi vợ chồng này đã ăn vụng ăn trộm trước khi cưới.	Thắng, Lào Cai Tây Bắc
22	Chuẩn bị sính lễ[9]	Nhà gái yêu cầu nhà trai chuẩn bị sính lễ (thường là tiền, khoảng 2,4,6… đồng). Nếu ăn hỏi rồi mà con trai hủy, không lấy cô gái nữathì phải để lại sính lễ và bị phạt rất nhiều tiền.[8]	Lai Châu
		Nhà trai phải chuẩn bị bạc trắng hoặc tiền và lễ vật (rượu, gạo, lợn, gà,…) để làm sính lễ. Nếu không chuẩn bị được thì nhà gái sẽ không gả con gái cho nhà trai.[9]	Huyện Sa Pa, Lào Cai SơnLa

[7] Trên thực tế, chuyện chửa hoang hoặc đã có gia đình mà vẫn quan hệ với người khác đã không thấy xảy ra ở vùng người Dao Họ.
[8] Hiện nay, ở nhiều dân tộc, chuẩn bị sính lễ chỉ còn là hình thức, không mang tính gả bán như trước kia.
[9] Tập quán này mang tính chất gả bán, được áp dụng hầu hết ở các dân tộc thiểu số trên địa bàn huyện Sa Pa, đặc trưng nhất là dân tộc Dao và dân tộc H'Mông.

STT	Mô tả tập quán	Nội dung	Địa phương áp dụng
		Nhà trai phải lo sính lễ, nếu không có sính lễ thì có thể đổi bằng tiền mặt, số tiền không lớn hơn 5 triệu đồng. Nếu cô gái sau này bỏ trốn thìnhà gái lo trả lại tiền lễ cưới 50% và trả tất tiền sính lễ. Nếu do contrai không lấy người vợ đó thì nhà trai sẽ mất trắng số sính lễ đó.	BảnChung Trinh, xã Tà Xùa, huyện Bắc yên, tỉnh Sơn La Bản Háng C, xã Tà Xùa, huyện Bắc yên, tỉnh Sơn La[10]
		Gia đình nhà gái sẽ phải chuẩn bị sính lễ, nếu gia đình nhà gái không hoặc chưa đáp ứng đủ các lễ vật nhà trai thách cưới thì vẫn được tổ chức kết hôn nhưng lễ vật nhà gái phải trả dần cho đến khi đủ.	Xã Lát, huyện Lạc Dương, tỉnh Lâm Đồng
		Nhà trai đòi hỏi nhà gái phải cung cấp mỗi người 1 bộ khố và có đòi hỏi trâu bò, nếu ko đáp ứng được thì sẽ nợ. Nếu người vợ chết đi thìnợ vẫn còn đến đời tiếp theo. Khi đã cưới trai về, con trai phải ở nhà người vợ.	Vùng Adum, Gia Lai
23	Kết hôn	Nam và nữa khác họ có thể lấy nhau, kể cả là người thân trong phạmvi ba đời.	Lai Châu xã Ea Ktur, huyện Cư Kuin, Đắk Lắk Thị trấn Ea Pôk, Huyện Cư M'gar, Đắk Lắk

[10] Ở bản Háng C, nếu không cưới hoặc một thời gian sau bỏ nhau thì nhà gái cũng không phải trả lại sính lễ.
[11] Hiện nay, con gái Cil muốn bắt chồng về thì phải trả một khoản tiền thách cưới (đắt nhất là 50 triệu, thông thường là 20 triệu). Đám cưới do bên nhà gái lo hết.

STT	Mô tả tập quán	Nội dung	Địa phương áp dụng
		Nam, nữ cùng một dòng họ phải sau 5, 7, 9 đời mới được lấy nhau.Nếu vi phạm sẽ bị đuổi đi nơi khác.	Phía Bắc
		Nếu nam, nữ cùng họ với nhau thì trong phạm vi 4-5 đời không được lấy nhau.	Lai Châu
		Tổ chức việc cưới phải đảm bảo theo đúng quy định của Luật Hôn nhân và gia đình như: Nam từ đủ 20 tuổi trở lên, nữ từ đủ 18 tuổi trở lên mới được kết hôn, trước khi tổ chức lễ cưới đôi nam nữ phải đến Uỷ ban nhân dân xã, phường, làm thủ tục đăng ký kết hôn theo đúng quy định; Thực hiện tiết kiệm, chống lãng phí trong tổ chức việc cưới, lễ hội, tang lễ, mừng thọ… theo nếp sống văn hóa mới. Trước khi tổ chức lễ cưới phải đăng ký kết hôn, tuân thủ đầy đủ quy định của Luật Hôn nhân và gia đình. Khi tổ chức việc cưới phải báo cho Ban tư pháp và Ban quản lý thôn biết trước 07 ngày, đảm bảo việc cưới trang trọng, tiết kiệm, phù hợp với gia đình. Không cưỡng ép, gả bán, tảo hôn (kết hôn không đúng độ tuổi quy định), kết hôn cận huyết thống. Trường hợp vi phạm quy định này sẽ bị đình chỉ việc tổ chức lễ cưới.	Kon Tum
		Những người có cùng họ, con chú, con bác, con dì không được lấy nhau. Trái lại con cô, con cậu có thể có quan hệ hôn nhân với nhautheo luật tục.	Lâm Đồng
		Những người phụ nữ góa chồng hay người đàn ông góa vợ, nếu muốn kết hôn với người khác thì phải trả lại tiền cưới cho nhà chồng cũ hoặc nhà vợ cũ.	Đắk Lắk
24	Chung sống với người mất vợ hoặc chồng	Những trường hợp chồng hay vợ chết sớm thì được phép chung sống với người chết vợ hoặc chồng, chưa chồng, chưa vợ nhưng phải sau 3 năm kể từ khi người chồng hoặc người vợ mất đi.	Xã Đăk La, huyện Đăk Hà, tỉnh Kon

STT	Mô tả tập quán	Nội dung	Địa phương áp dụng
			Tum
25	Trách nhiệm của vợ chồng với nhau	Vợ chồng phải có nghĩa vụ ở với nhau suốt đời, khi ốm đau, bệnh tật và cả lúc khỏe mạnh. Nghĩa vụ vợ gây ra chồng phải cùng gánh vác, chịu trách nhiệm và ngược lại.	Gia Lai
26	Xác định họ, tên cho con	Người dân đưa ra quy định về họ của con trai, con gái. Đối với con trai, lấy họ là "Đinh Văn…." Đối với con gái, lấy họ là"Đinh Thị…". Ngoài ra, hiện nay còn bổ sung thêm một số họ như Y, Huỳnh, Hồ…	Gia Lai
		Căn cứ vào giới tính, cha mẹ xác định họ cho đứa con.[12]	Lâm Đồng
			Đắk Lắk
		Con sinh ra sẽ theo họ và dân tộc của người mẹ.[14]	Thị xã Ayun Pa, Gia Lai Lâm Đồng
			Đắk Lắk
		Họ của con thường theo họ chồng nhưng cũng có trường hợp lấy họ mẹ. Con gái khi lấy chồng thì chuyển sang họ của chồng.	Lai Châu
		Tập quán xác định họ con khác với họ của cha, mẹ.[15]	Sóc Trăng

[12] Người Châu Mạ thống nhất quy định rằng con trai sẽ có họ K', con gái sẽ có họ Ka. Đối với trường hợp con ngoài giá thú, không căn cứ vào giới tính, đứa con sẽ mang họ củangười mẹ là Ka. Đối với người Ê Đê, tên con trai thường được ghép với chữ đệm là chữ Y, chữ K (K Thanh, Y Rơi,…), con gái được ghép với chữ đệm là chữ H' (H' Hồng, H' Mai,…).

[13] Con gái theo họ mẹ, con trai theo họ bố.

[14] Trong một bộ phận dân cư ở Bắc Kạn, nếu gia đình chỉ có con gái mà không có con trai thì gia đình đó sẽ lấy rể vào nhà mình để nối dõi tông đường, giữ hương hỏa,... và người chồng sẽ được nhận thừa kế bên nhà vợ. Khi đó, đứa con sinh ra sẽ mang họ của người mẹ.

[15] Người Khmer thường lấy tên cha làm họ của con hoặc tùy ý nên anh em cùng cha nhưng có thể khác họ. Hiện nay, do ảnh hưởng của người Kinh nên còn rất ít trường hợp này.

STT	Mô tả tập quán	Nội dung	Địa phương áp dụng
		Con sinh ra sẽ mang họ và dân tộc của người cha.[16]	Tây Bắc
			Bắc Kạn
			Lào Cai
			Bản Háng, bản Chung Trinh, tỉnh Sơn La
			Sóc

[16] Hiện nay, người con gái ở dân tộc Hà Nhì (vùng Tây Bắc) đều có tên đệm là "Thị" giống người Kinh (Ví dụ: Ly Thị Ha, Sần Thị Sái,…)
Trong cách đặt tên của người Dao đỏ ở Lai Châu và Tuyên Quang, con trai thường đặt tên là Lở hoặc Tả, con gái thường gọi theo số thứ tự của tiếng Quan Hỏa là Mẩy và gọi theo sốthứ tự như Tả Mẩy, Lở Mẩy, San Mẩy, Sử Mẩy,...

STT	Mô tả tập quán	Nội dung	Địa phương áp dụng
			Trăng
27	Chung sống trước khi đăng ký kết hôn	Nam, nữ mà chung sống với nhau trước đăng ký kết hôn hoặc chưachồng mà có con thì bị phạt như heo, gà, bò, dê giá trị tương đương là 250.000 đồng.	Xã Đăk La, huyện Đăk Hà, tỉnh Kon Tum
28	Xử phạt trong hôn nhân	Khi trai gái đã làm đám cưới theo phong tục, với bất kỳ lý do gì, dù cógiấy kết hôn hay không có giấy kết hôn nhưng đôi vợ chồng đó không cùng chung sống được với nhau nữa thì đều bị làng xử phạt. Việc xử phạt thực hiện công bằng cho cả trai lẫn gái, bên nào chủ độngbỏ trước thì phải chịu bồi thường trâu, bò, heo… (thực hiện theo lời thề trước khi làm lễ đám cưới) cho bên kia. Ngoài ra phải nộp phạt cho làng (trả công xét xử) để làng liên hoan sau buổi xét xử. Nếu khi đã có con mà bỏ nhau thì con cái đều do người mẹ được quyền chăm sóc và nuôi dưỡng (ưu tiên số 1) các hình thức phạt cũng sẽ nặng hơn so với khi chưa có con.	Huyện Kon Plong, Kon Tum
		Nếu một bên vợ hoặc chồng vi phạm chế độ hôn nhân một vợ một chồng; bỏ vợ, hoặc bỏ chồng để lấy vợ, lấy chồng mới thì phải cúng sính lễ bằng các lễ vật như heo, gà, trâu,…	Xã Sơn Lang, huyện Kbang, Gia Lai
29	Xử phạt hành vi ngoại tình	Khi người vợ hoặc người chồng một ngoại tình thì Hội đồng già làngcó thể mời họ hàng đến để cùng giải quyết. Nếu người chồng ngoại tình thì sẽ bồi thường cho người vợ và ngược lại người vợ ngoại tìnhthì sẽ bồi thường cho người chồng. Trước đây, Hội đồng già làng sẽ	Kon Tum
		yêu cầu người vi phạm phải bồi thường những tài sản như: nồi đồng, gùi, khăn, con heo, ghè rượu…[17]	
		Nếu phát hiện vợ hoặc chồng có hành vi ngoại tình thì sẽ bị làng bắt phạt một con heo 03 nắm (tầm 25- 30kg) và rượu cần cúng cho cảlàng.	Kon Tum

[17] Nhưng hiện nay, do điều kiện kinh tế xã hội thay đổi mà những vật dụng trên được thay thế bởi số tiền nộp phạt (500.000 đồng, 600.000 đồng, 1.000.000 đồng tùy vào điều kiện) để nộp vào quỹ của làng, ghè rượu, con heo dùng để mời làng chứng kiến. Nếu vẫn tiếp tục vi phạm thì sẽ bị phạt nặng hơn.

STT	Mô tả tập quán	Nội dung	Địa phương áp dụng
		Người vợ hoặc người chồng ngoại tình thì sẽ bị làng phạt rất nặng bằng cách phạt heo, bò mời cả làng (già, trẻ, gái, trai, đủ mọi lứa tuổi đều tham gia) đến ăn và được chia phần đem về. Theo họ đây là cách thức răn đe người vi phạm không được tái phạm và cho mọi người trong làng biết để tránh không được vi phạm	- Kon Tum - Huyện Kong Chro, Gia Lai
		Khi đã kết hôn rồi thì phải chung thủy một vợ một chồng, ai ngoại tình mà có bằng chứng thì bị phạt nặng, phạt trâu, bò, ché, đuổi về nhà bốmẹ đẻ.	Lâm Đồng
		Nếu người vợ hoặc chồng đi ngoại tình với người đã có vợ hoặc chồngthì phải bồi thường danh dự cho người chồng vợ của mình và người chồng hoặc vợ của người tình. Ngoài ra, người ngoại tình còn phải chịu phạt trước cả dòng họ và con cái, mức phạt ngoại tình được quyra tiền và phải cùng bò hoặc heo. Nếu người vợ hoặc chồng ngoại tình với người chưa có vợ hoặc chồng thì hai người đang ngoại tình phải bồi thường danh dự cho ngườichồng hoặc vợ kia.[18]	Xã Ea Ktur, huyện Cư Kuin, Đắk Lắk Đắk Lắk
		Người nào mang thai trước khi kết hôn, ngoại tình, bỏ vợ, bỏ chồng đều bị phạt heo, gà rượu	Huyện Sa Thầy, Kon Tum
30	Phạt vạ khi vợ, chồng ly hôn	Nếu ly hôn do lỗi của một bên vợ hoặc chồng thì người có lỗi (một bên đề nghị ly hôn, một bên không đồng ý ly hôn) bị phạt vạ.[19] Nếu ly hôn do hai bên tự nguyện, không có lỗi của bên nào thì không bị phạt vạ.	Đắk Lắk
		Nếu người chồng làm việc sai trái, có lỗi thì người vợ được bỏ người chồng và không bị phạt vạ. Người chồng không được chia tài sản, không được nuôi con, mà ra đi tay không.[20]	Gia Lai, Lâm Đồng
		Vợ chồng không được bỏ nhau (ly hôn), nhưng được ly thân. Nếu vợ chồng bỏ nhau, vợ hoặc chồng không được cưới người khác,	Kon Tum

[18] Thông thường, nội dung phạt về hành vi ngoại tình đã được thỏa thuận trong ngày cưới và được lập thành văn bản.
[19] Tuy mức độ lỗi mà người có lỗi sẽ bị phạt một con heo hoặc một con bò.
[20] Ở dân tộc Cơ Ho, Churu, Mạ, người chồng còn phải đền bù của cải cưới xin và những chi phí lễ ly hôn.

STT	Mô tả tập quán	Nội dung	Địa phương áp dụng
		nhưng được sống chung với người thứ ba. Khi một trong hai người, vợ hoặc chồng chết đi thì người còn lại mới được cưới người khác.[21]	
		Vợ chồng mà ly hôn thì theo lệ của làng sẽ bị phạt nặng. Nếu vợ chồng ly hôn thì cả 2 người đều bị phạt. Nếu người chồng mà bỏ vợ dẫn đến vợ chồng ly hôn thì sau 3 năm người chồng đó mới được lấy vợ khác hoặc khi vợ hoặc chồng có người chết trước thì người còn lại sau 2 năm mới được kết hôn. Nếu vi phạm các quy định này cũng bị phạt. Nếu chồng bỏ vợ hoặc ngược lại thì bị phạt trâu bò, ruộng đất, thấp nhất là từ 3 - 4 con trâu và 5 sào đất để đền bù cho người bị bỏ rơi.	Huyện Kbang,Gia Lai - Huyện Kong Chro, Gia Lai
		Vợ chồng ly hôn thì sẽ phải chịu phạt và phải được bố, mẹ và già làng chấp nhận. Nếu vợ chồng không muốn chung sống với nhau thì sẽ cho phép lý hôn nếu một trong hai bên ngoại tình hay vi phạm phong tục gây ảnh hưởng đến đời sống gia đình.[22]	Lâm Đồng
		Nếu ly hôn do yêu cầu của người vợ thì gia đình vợ phải trả lại toàn bộ sính lễ khi kết hôn đồng thời phải bồi thường danh dự cho nhà trai, khoản tiền này tùy trường hợp cụ thể sẽ do bên nhà trai yêu cầu.	Huyện Lạc Dương, Lâm Đồng
		Nếu cô gái bị bạc đãi, đánh đập bởi chồng và nhà chồng, cha mẹ cô gái có thể đón con mình về nhà nhưng phải nộp trả lại tất cả các khoản tiền từ khi hỏi đến khi cưới.[23] Nếu chồng của con gái chết, gia đình cô gái muốn đón con gái về họ phải trả cho nhà trai một khoảng tiền (có thể lên tới 30 lạng bạc). Khi cô gái đã được chuộc sẽ không còn quan hệ liên đới gì với nhà chồng nữa và được tự do quyết định cuộc sống của mình.	Huyện Than Uyên, Lai Châu ThanhHóa
		Nếu người vợ muốn bỏ chồng thì người vợ phải rời khỏi gia đình nhà chồng và hoàn lại toàn bộ lễ vật đã nhận từ nhà trai. Người chồng sẽ quyết định việc phân chia tài sản của hai vợ chồng.	Lào Cai

[21] Theo lời kể của bà Y Blưn- 68 tuổi, dân tộc Bahnar, Nghệ nhân công chiêng làng Kon Tum Kơ Pâng- Thành phố Kon Tum.
[22] Tình trạng này ít khi xảy ra bởi sự ràng buộc rất chặt chẽ của luật tục trong hôn nhân của cac dân tộc ở đây.
[23] Có trường hợp phải nộp cao hơn số tiền thực để đưa con về vì bị nhà trai phạt thêm một số tiền khác.

STT	Mô tả tập quán	Nội dung	Địa phương áp dụng
		Nếu người chồng muốn bỏ vợ thì người vợ có quyền yêu cầu người chồng bồi thường và chia tài sản cho mình.	
		Nếu vợ chồng mâu thuẫn, không còn tình yêu thương, không muốn sống chung với nhau nữa thì hai vợ chồng *mỗi người cầm một đầu dâycùng lấy dao cắt dứt dây* đồng nghĩ với việc cắt đứt quan hệ vợ chồng. Nếu nghi ngờ, đánh ghen, ai là người sai phải chịu phạt cho làng rượu,thịt, cho vợ hoặc chồng heo, bò… cao nhất là chiêng tha, và xin xá tội trước Giàng.[24]	Tuyên Quang Kon Tum
		Đặc biệt nếu đã có con mà bỏ nhau sẽ bị phạt rất nặng, bên bỏ nộp cho bên kia 1 bộ chiêng, 1 đôi ghè, 1 con trâu hay 1 con bò, cấp đủ ghè rượu cho cả làng uống đủ một ngày đêm. Quan hệ bất chính sẽ bị phạt 1 bộ chiêng và 2 chiếc ché lem.	Huyện Sa Thầy, Kon Tum
		Khi trai gái đã làm đám cưới theo phong tục, với bất kỳ lý do gì, dù có giấy kết hôn hay không có giấy kết hôn nhưng đôi vợ chồng đó không cùng chung sống được với nhau nữa thì đều bị làng xử phạt. Việc xử phạt thực hiện công bằng cho cả trai lẫn gái, bên nào chủ động bỏ trước thì phải chịu bồi thường trâu, bò, heo… (thực hiện theo lời thề trước khi làm lễ đám cưới) cho bên kia. Ngoài ra phải nộp phạt cho làng (trả công xét xử) để làng liên hoan sau buổi xét xử. Nếu khi đã có con mà bỏ nhau thì con cái đều do người mẹ được quyền chăm sóc và nuôi dưỡng (ưu tiên số 1) các hình thức phạt cũng sẽ nặng hơn so với khi chưa có con.	Huyện Kon Plong, Kon Tum
31	Phân chia tài sản sau khi ly hôn, vợ hoặc chồng chết	Đối với trường hợp, khi kết hôn, người chồng được gia đình bên chồng chia thửa đất hoặc một số vốn, tài sản để canh tác, làm ăn thì đất hoặc tài sản này được trả lại cho người chồng sau khi ly hôn.	Đắk Lắk
		Nếu người chồng chết trước người vợ thì đất hoặc tài sản này được trả lại cho họ hàng gia đình bên chồng, không được để lại cho người vợ hoặc các con. Nếu chồng bỏ vợ không có lý do chính đáng	Xã Ea Ktur, huyện Cư

[24] Tập quán về hôn nhân gia đình vẫn còn song áp dụng rất ít.

STT	Mô tả tập quán	Nội dung	Địa phương áp dụng
		thì phải hoàn trả lại gấp đôi các khoản thách cưới, sính lễ cưới đã nhận, đồng thời sẽ bị phạt vạ.[25] Nếu vợ bỏ chồng không có lý do chính đáng thì toàn bộ các khoản thách cưới, sính lễ đã đưa cho nhà trai sẽ mất hoàn toàn, đồng thời cũng sẽ bị phạt vạ.[26]	Kuin, Đắk Lắk
		Nếu hai vợ chồng thuận tình ly hôn thì tài sản chung của vợ chồngđược chia đôi, tài sản riêng của ai thì người đó hưởng	Đắk Lắk
		Nếu do người chồng bỏ thì người vợ có thể mang những thứ mình đã mang đến khi về nhà chồng trừ những tài sản đã đưa cho họ hàng sử dụng. Nếu người vợ tự ý bỏ thì phải đền tiền cỗ cưới. Nếu không đền thì sẽ không bao giờ được lấy chồng.[27]	Lai Châu
		Nếu người vợ không làm tròn trách nhiệm của mình và tự ý bỏ chồng thì nhà chồng sẽ giữ lại tất cả tài sản, những thứ của nhà vợ thì mang về nhà vợ, của chung do hai vợ chồng làm ra sẽ chia đôi. Nhưng tất cả các khoản tiền bao gồm tiền thách cưới, tiền cúng vía cho cô gái, tiền vòng tay mẹ vợ, tiền xanh rửa chân… nhà gái sẽ phải đền nhà trai gấp đôi.	ThanhHóa
		Nếu người vợ bỏ chồng thì sẽ không được chia tài sản. Nếu vợ chồng ở riêng thì chia đôi tài sản. Nếu chồng mất thì khi chia tài sản người vợ được hưởng nhưng nếu tái giá thì phải để lại tài sản cho con.	Lai Châu
		Nếu người chồng chết trước người vợ thì người vợ và con cái tự nguyện cho gia đình nhà chồng một số tài sản, tiền bạc. Trong trường hợp khi lấy vợ người chồng đã được bố mẹ ruột cho tài sản (của hồi môn) thì phần tài sản đó sẽ được trả lại cho phía gia đình nhà chồng. Nếu người vợ chết trước người chồng thì người chồng sẽ được hưởng một ít tài sản do nhà vợ cho và quay trở về nhà bố mẹ đẻ để sinh sống.	Xã Ea Ktur, huyện Cư Kuin, Đắk Lắk

[25] Người chồng phải cúng cho vợ 01 con heo và 1 số tiền (tùy hai bên thỏa thuận) để bồi thường danh dự cho vợ.
[26] Người vợ phải cúng cho nhà chồng 01 con heo và 1 số tiền (do hai bên thỏa thuận) để bồi thường danh dự cho người chồng.
[27]Đối với người Dao, khi con gái đi lấy chồng mà bỏ chồng thì sẽ về mà không được chia tài sản.

STT	Mô tả tập quán	Nội dung	Địa phương áp dụng
		Khi ly hôn, người phụ nữ sẽ không được phân chia tài sản. Nếu người phụ nữ ở vậy nuôi con thì được tiếp tục sử dụng tài sản, nếu đi lấy chồng khác thì không được hưởng gì	Lào Cai
		Sau khi ly hôn, người chồng trở về cha mẹ đẻ mà không mang theo bất cứ tài sản hay đồ dùng nào cho riêng mình.	Gia Lai
32	Xác định quyền nuôi con sau khi vợ chồng ly hôn, vợ hoặc chồng chết	Khi vợ chồng ly hôn, người chồng thường nhận nuôi con lớn hoặc con trai.	Lai Châu
		Con trai sẽ sống với bố, con gái sẽ sống với mẹ.	Lai Châu
		Con cái sẽ sống với mẹ, không đi theo cha.	Lào Cai
			Xã Ea Ktur, huyện Cư Kuin, Đắk Lắk
			Đắk Lắk

[28] Nếu cha mẹ ly hôn, người mẹ sẽ có trách nhiệm nuôi dưỡng các con đến khi các con trưởng thành. Người chồng không được quyền xin thay đổi người trực tiếp nuôi con. Người chồng có nghĩa vụ trợ cấp nuôi con, trợ cấp một lần bằng tiền hoặc hiện vật. Nếu cha, mẹ đều mất thì con cái còn nhỏ đều sẽ do chị cả (chị ruột) đã trưởng thành nuôi dưỡng.

STT	Mô tả tập quán	Nội dung	Địa phương áp dụng
			Gia Lai
			Huyện Kon Plong, Kon Tum
33	Hành vi ngược đãi cha mẹ	Người có hành vi ngược đãi, đánh đập cha mẹ thì phải xin lỗi bằngcon heo to, ghè rượu. Thông thường Hội đồng già làng sẽ hỏi ý kiến người bị hại giải quyết như thế nào để thực hiện hình phạt cho tương xứng.	Kon Tum
34	Xử lý hành vi bất hiếu của con, cháu không chăm sóc cha mẹ, ông bà	Người nào không chăm sóc gia đình, người thân (vợ con, cha mẹ nóichung) thì là kẻ có tội và bị xử phạt.[29]	Đắk Lắk

3. Tập quán điều chỉnh quan hệ dân sự, thương mại

STT	Mô tả tập quán	Nội dung	Địa phươngáp dụng

[29] Một số hành vi không chăm sóc gia đình, người thân: Người chồng đã bỏ đi, không chăm nom gì đến vợ con; kẻ lười biếng, không lo nuôi vợ con, không làm chòi làm rẫy, chỉnghĩ đến chuyện lang thang, lêu lổng; con không chăm sóc, bất kính với cha mẹ;

STT	Mô tả tập quán	Nội dung	Địa phươngáp dụng
35	Xác lập quyền sở hữu đối với tài sản	Người dân xác lập quyền sở hữu tổ ong bằng cách đóng miếng tre vào cây, ai lấy thì coi như ăn trộm, già làng trưởng bản phải đứng ra giải quyết.	Sơn La
		Để xác định quyền sở hữu đối với cái cây, người dân sẽ đánh dấu vào cây và đặt một cái chạc lên cây. Nếu có người cố ý chặt thì sẽ bị coi là ăn cướp và sẽ bị đưa ra dân làng, dòng họ giải quyết.	Lào Cai
		Người dân đánh dấu quyền sở hữu đối với vùng đất mà mình khai hoang bằng cách cắm cây (hai cây buộc thành dấu cộng).	Gia Lai
		Ranh giới đất canh tác tại các khu vực rừng nguyên sinh, tái sinh thì ranh giới được xác định bằng cách đổ nước từ trên đỉnh đồi xuống, nước chảy xuống chỗ trũng và dừng lại ở đâu thì ranh giới đất được xác định tới đó. Đối với dòng suối, sông, ranh giới là ở giữa.	Lai Châu
		Các bên thỏa thuận, tự cắm mốc hoặc lấy gốc cây trên đất để làm ranhgiới giữa hai thửa đất liền kề.	Huyện Kbang, Gia Lai
		Trong phạm vi đất chung của làng, người nào phát nương trước và đánh dấu bằng một đường băng vòng quanh khu vực đó thì thuộc quyền sở hữu của người đó.	Sóc Trăng
		Nếu sau hai năm gia đình không khai thác trở lại thì gia đình khác trong làng có quyền khai thác trên mảnh nương đó mà không vi phạmquy định của làng.	Sơn La
37	Xác định ranh giới đất của làng, bản	Đất đai canh tác và đất rừng nằm trong phạm vi làng là của làng, thuộc sở hữu của làng. Ranh giới của làng được xác định trên cơ sở dựa vào đặc điểm tự nhiên như sông Sa Thầy, núi và con đường mòn. Nếu vi phạm ranh giới của làng khác sẽ phải nộp phạt một con heo để cúng thần linh ở làng đó.	Sa Thầy, Kon Tum
		Ranh giới đất đai giữa các bản được đánh dấu bằng các mốc tự nhiênnhư khe, suối, ngọn núi, mỏm đá hay cây cổ thụ.	Xã Mường Phăng, Thành phố Điện Biên Phủ
			Sơn La[30]

[30] Ở Sơn La, người Thái có quy tắc "giọt nước chia đôi".

STT	Mô tả tập quán	Nội dung	Địa phươngáp dụng
		Ranh giới giữa các làng được xác định bởi các nương lúa, bờ kè đá, khe suối nằm bao bọc lấy làng	Tây Bắc
38	Giải quyết tranh chấp đất đai	Trước hết giữa hai bên có tranh chấp tự hòa giải với nhau, nếu vẫn chưa giải quyết được và để có cái nhìn khách quan hơn thì họ sẽ đưa vấn đề này ra già làng hoặc Hội đồng già làng hòa giải. Nếu hòa giải thành công, hai bên có tranh chấp sẽ cùng nhau góp gà, heo, ghè rượu… mời Hội đồng già làng, họ hàng đến chứng kiến và chia vui. Nếu hòa giải không thành, lúc này sự việc sẽ được đưa ra chính quyền địa phương xem xét, giải quyết.	Kon Tum
39	Cố đất	Bên có đất giao đất thuộc quyền sử dụng hợp pháp của mình cho ngườikhác sử dụng và người nhận cố đất giao cho bên chủ đất một khoảntiền, vàng theo thỏa thuận, khi nào chủ đất trả lại khoản tiền, vàng đã nhận thì bên nhân cố trả lại đất. Trong quan hệ giữa người cố đất và bên nhận cố đất thì người cố đất sẽ không có quyền định đoạt.[31]	Tây Nam Bộ, Sóc Trăng
40	Ký gửi nông sản	Người dân sau khi thu hoạch thường ký gửi nông sản (thường là hồ tiêu, cà phê) cho các doanh nghiệp kinh doanh nông sản, nhưng không phải trả phí ký gửi. Khi bên ký gửi muốn bán thì chốt giá đối với doanhnghiệp mình đã ký gửi. Nếu người ký gửi muốn bán lấy tiền ngay thì sẽbán theo giá đã chốt và nhận tiền. Nếu chưa nhận tiền thì khi nào nhận cũng chỉ được theo mức giá đã chốt. Nếu doanh nghiệp nhận gửi giữ chưa chuyển tiền khi chốt giá mà sau đó giá nông sản tăng thì tính theo mức giá tăng, nếu giá nông sản giảm thì được tính theo mức giá đã chốt.	Đắk Lắk, Gia Lai
41	Xác định chủ	Tranh chấp vật nuôi được xác định theo nguyên tắc "mẹ nào, con	Gia Lai,

[31] Tại xã Tham Đôn, huyện Mỹ Xuyên tỉnh Sóc Trăng, cố đất không lấy tiền mà lấy vàng để trao đổi. Ví dụ, có trường hợp cầm cố đất trong 3 năm với số tiền là 3 chỉ vàng. Nếu sau3 năm trả lại 3 chỉ vàng thì được chuộc lại đất. Nếu sau 3 năm nếu không có đủ: người nhận cầm tiếp tục canh tác.

STT	Mô tả tập quán	Nội dung	Địa phươngáp dụng
	sở hữu vật nuôi thả rông	nấy". Tức là trâu, bò, lợn con đi theo đàn nào thì thuộc về đàn đó vì chúng theo mẹ. Mẹ thuộc đàn nhà ai thì con cũng thuộc đàn nhà đó.	Bắc Kạn, Thanh Hóa
			Lào Cai
			Hòa Bình
42	Tập quán về kiêng họ	Chỉ cho những người cùng họ mới được vay tài sản, những người khác họ sẽ không được vay tài sản.	Sơn La
43	Quan hệ vay mượn tài sản	Nếu tài sản vay không trả được thì con cái sẽ có nghĩa vụ trả cho bố mẹ.	Lai Châu
		Nếu người vay không trả được tài sản thì sẽ phải trả bằng ngày công.	Sơn La
		Trong quan hệ vay mượn tài sản, vay mượn bằng hiện vật thì trả hiện vật tương đương hoặc giá trị bằng hiện vật. Vay mượn tiền đều không tính lãi suất, nhưng khi vi phạm về các giao dịch thường bị phạt bằng các con vật (tùy theo mức độ vi phạm để các già làng xử phạt nhằm răn đe trốn tránh nhiệm vụ và kiểm điểm trước dân làng).	Gia Lai
44	Tục nuôi rẽ	Chủ sở hữu gia súc cho người khác thuê gia súc của mình. Người thuê sẽ nuôi gia súc, được sử dụng công cày kéo và phân gia súc để bón ruộng. Khi gia súc đẻ con, con thứ nhất sẽ phải trả cho người chủ, con thứ hai thì người thuê được dử dụng.	Lào Cai
45	Mua bán tài sản	Các bên tiến hành trao đổi ngang giá hàng đổi hàng, vật đổi vật. Người mua và người bán thực hiện trao đổi hàng hóa lấy hàng hóa thaycho hình thức tiền hàng.	Gia Lai
			Xã Vân

[32] Ví dụ, mua bán con trâu, con bò thì dùng nồi bung, nồi 7 để trao đổi mua bán; muốn mua bán trang phục, quần áo như váy, khố… thì dùng mật ong để trao đổi lấy váy, khố. Hoặckhi mua bán heo, người ta không dùng cân, ký để tính giá trị con heo mà dùng tay, ví dụ như mĩnh max, mĩnh cung… và cứ thế vòng tay người cứ nới rộng dần để thể hiện giá trị, cân nặng của con vật.

STT	Mô tả tập quán	Nội dung	Địa phươngáp dụng
			Am, Cao Ngọc, Đồng Thịnh, Nguyệt Ấn, KiênThọ, Minh Sơn, Ngọc Liên thuộc huyện Ngọc Lặc, Thanh Hóa
46	Bán tạm thời và bán chết	Trường hợp bán tạm thời (có thời hạn), sau khi hết hạn bán, người bán có quyền chuộc lại tài sản (trả ngang giá bằng hiện vật) hoặc trả theo giá thị trường, hoặc thêm giá bán vĩnh viễn. Việc mua bán thường được ghi bằng băn bản hoặc quy ước vật chứng và phải có người làm chứng. Trường hợp bán vĩnh viễn (bán chết), người bán dùng tính mạng của mình để bảo đảm rằng sẽ không đòi mua lại, nếu bên nào vi phạm thì phải trả bằng tính mạng. Việc mua bán buộc phải có người làm chứng, người làm chứng sẽ nắm giữ tín vật. Khi xảy ra tranh chấp, người làm chứng đứng ra hoa giải, dùng tín vật và văn bản để chứng minh. Trường hợp người làm chứng đã chết, tín vật được chuyển lại cho con cháu và có giá trị như người làm chứng.	Lào Cai
47	Mua bán tôm giống	Bên bán tôm giống giao cho bên mua các bọc tôm giống (2000 con/bọc) và luôn luôn phải giao cho bên mua số lượng con giống tăng 20% so với hợp đồng, phần tăng thêm này nằm ngoài các chương trình khuyến mại, không phải là biện pháp bảo đảm và không cần thiết phải thỏa thuận trong hợp đồng.	Sóc Trăng
48	Xác định đơn vị đếm	Đơn vị đo đếm được xác định theo vật được đo đếm. Cụ thể, một chục dừa là 12 trái, một chục bắp ngô là 14 trái, một chục chuối là 10 nải… Tương tự như vậy, diện tích đất đai cũng không được đo đạc theo đơn vị tính là m2 là theo công đất. Theo đó, 1 công đất lớn tương đương với 1.300m2 và 1 công đất nhỏ tương đương với 1000m2…	Sóc Trăng
49	Bồi thường	Các bên xem xét thiệt hại thực tế xảy ra và tự thỏa thuận, đền bù bằng	Huyện

STT	Mô tả tập quán	Nội dung	Địa phươngáp dụng
	thiệt hại ngoài hợp đồng	thịt lợn, thóc, ngô,... Người dân sẽ lấy kg thịt lợn, kg thóc, ngô làm mốc chuẩn, sau đó quy ra giá trị tương đương để tính toán bồi thường thiệt hại.	Ngân Sơn, Huyện NaRì, tỉnh Bắc Kạn
		Nếu thanh niên đánh nhau, gây tai nạn giao thông: phải bồi thườngthiệt hại cho người bị đánh hay bị tai nạn và phải làm khăn để giải đen cho họ, mức độ là tuỳ tâm (có thể là con lợn hoặc con gà).	Lai Châu
		Ngoài việc bồi thường thiệt hại theo pháp luật, bên gây thiệt hại tùytheo mức độ thiệt hại phải chịu thêm một khoản bồi thường.[33]	Gia Lai
			Đắk Lắk
		Nếu người chồng gây thiệt hại cho người khác thì bố mẹ chồng phải dùng tài sản của mình để bồi thường cho phía người bị hại. Nếu người vợ có lỗi trong việc người chồng gây thiệt hại cho người khác thì hai vợ chồng cùng chịu trách nhiệm bồi thường. Nếu hai vợ chồng không có tài sản thì bố mẹ vợ và bố mẹ chồng có nghĩa vụ bồi thường thay.	Đắk Lắk
		Người nào vô ý gây thiệt hại cho người khác thì không phải bồi thường thiệt hại.	
50	Đền bù thiệt hại do gia súc, gia cầm gây ra	Lợn phá vườn nhà người khác có thể bắt và gọi đến để phạt, tuỳ quy định của bản có thể là 50.000đ và cao nhất là 150.000đ.	Lai Châu
		Nếu trâu ăn lúa thì sẽ yêu cầu đền lúa hoặc tiền. Bản sẽ xem và xác định ăn nhiều hay ít.	Lai Châu
		Gia súc gây thiệt hại thì chủ sở hữu gia súc phải bồi thường toàn bộ, còn gia súc có thể bị làm thịt chia cho chủ nhà ½ gia súc, ½ còn lại dân làng tổ chức ăn uống rút kinh nghiệm, phòng ngừa sau này hoặc có thể bắt chủ nhà nộp ½ giá trị gia súc để làm quỹ cho dân làng.	Xã IaKo, huyện Chư Sê, Gia Lai
		Gia súc gây thiệt hại cho người khác thì chủ của gia súc đó phải bồi thường thiệt hại theo nguyên tắc ngang giá. Người có gia súc gây thiệt	Lâm Đồng

[33] Ở Dân tộc Bah Nar, bên gây thiệt hại sẽ phải bồi thường thêm các khoản sính lễ như 1 con gà- 1 ghè rượu, 1 con heo- 1 ghè rượu…
Ở dân tộc Ê Đê, kẻ cắp, kẻ trộm phải trả lại đủ giá (số của cải đã đánh cắp, ăn trộm); ngoài ra, phải chịu một khoản bồi thường: *hắn phải trả thêm hai (tức) phải trả gấp ba, thêm một trước, một sau (số của cải đã đánh cắp).*

STT	Mô tả tập quán	Nội dung	Địa phươngáp dụng
		hại cho người khác về sức khoẻ, tính mạng, tài sản còn phải chịu trách nhiệm bằng một số tài sản khác, ngoài khoản bồi thường thiệt hại thực tế.	
		Trường hợp gia súc đi chăn chung với người khác mà húc nhau chết thì người có gia súc gây thiệt hại không phải bồi thường. Gia súc bị chết sẽ được đem thui (đốt), thịt được chia cho mỗi người một ít và mọi người ủng hộ tài sản cho chủ gia súc bị chết bằng hiện vật hoặc bằng tiền để người đó đỡ thiệt thòi.	Gia Lai
		Trâu bò nhà nào vượt rào phá hoại hoa màu, theo luật tục có nơi chủ nhà có quyền bắn chết trâu, mời trưởng bản đến để xác nhận giá trị của hoa màu bị thiệt hại.[35] Nếu chỗ hoa màu đó giá trị bằng con vật, thì hai bên mổ thịt chia đều mỗi bên một nửa. Nếu hoa màu lớn hơn giá trị con trâu thì chủ trâu đền tiền, và được mang con trâu về nhà mình.	Điện Biên, SơnLa
51	Chăn thả gia súc	Gia súc chỉ được chăn thả vào mùa khô. Nếu ai chăn thả gia súc vào mùa mưa mà để gia súc phá hoại cây cối, tài sản của người khác thì sẽ bị phạt. Nếu thả rông gia súc vào mùa khô mà để ăn lúa, rau thì sau 3 lần nhắc nhở, người có lúa, rau bị phá có quyền bắt giữ con gia súc đó và gọi cho chủ sở hữu để đền bù và nhận lại gia súc. Nếu không chịu nhận thì sẽ làm thịt gia súc đó để giữ lại ½ số thịt và trả lại cho chủ sở hữu số còn lại.	Gia Lai
52	Thời gian thu hoạch thảo quả	Thời điểm thu hoạch thảo quả là vào tháng 10. Ai thu hoạch thảo quả trước ngày 25 tháng 9 thì sẽ bị thu lại.	Lai Châu Sóc Trăng
53	Thừa kế	Con trai, con gái được thừa kế tài sản như nhau.	Tây Nguyên Sóc Trăng[34]

[34] Người Khmer nhiều khi chia cho con gái nhiều hơn con trai. Người Hoa trước đây không chia tài sản cho con gái, giờ cũng chia đều. Cha mẹ sẽ phân chia tài sản cho con cái khicon cái kết hôn hoặc ra ở riêng và thường để lại phần tài sản nhiều hơn dành cho con trai út. Con trai út sau này sẽ lấy vợ và ở cùng, chăm sóc bố mẹ.

STT	Mô tả tập quán	Nội dung	Địa phươngáp dụng
		Quyền thừa kế tài sản thuộc về những người con gái, con trai không được thừa kế tài sản.[35]	-Huyện Lạc Dương, tỉnh LâmĐồng -Tây Nguyên
			Đắk Lắk
		Bố mẹ thường chia tài sản cho con cái từ khi ở riêng. Khi bố mẹ mất thì sẽ không chia nữa, ai đang ở với cha mẹ thì sẽ được hưởng tài sản đó.[36]	Lai Châu
		Cha mẹ chỉ chia tài sản cho con trai, không chia cho con gái.[37]	Lào Cai
			Phía Bắc

[35] Ở dân tộc Ê Đê, khi những người con gái lập gia đình, bố mẹ sẽ chia luôn tài sản cho họ. Khi bố mẹ mất thì con gái út hoặc người nuôi bố mẹ được hưởng phần lớn tài sản do bố mẹ để lại, còn người con trai không được hưởng gì hết.

[36] Đối với người Lào, bố mẹ thường ở với con trai út nhưng cũng có trường hợp ở với con cả.

[37] Ở dân tộc Thái, con đẻ hay con nuôi đều được chia tài sản thừa kế công bằng. Con cả sẽ được hưởng nhiều tài sản nhất và sẽ giảm dần tới con út.

Tại dân tộc Dao ở phía Bắc, khi lấy chồng, con gái sẽ được cho quần áo và đồ trang sức để làm của hồi môn. Người Dao đỏ (Lào Cai) sẽ chia cho con cả 1/3 tài sản, số tài sản còn lại được chia cho các con trai khác, con gái không được chia.

Theo tập quán của Dân tộc Lào ở Lào Cai, bố mẹ chỉ chia tài sản cho con trai từ khi con trai ở riêng và khi bố mẹ mất không chia nữa, ai đang ở với cha mẹ thì sẽ được hưởng tài sản đó. Ở dân tộc Sán Dìu, người con trai trưởng được tôn trọng ngang với người bố và chỉ có những người con trai mới có quyền thừa hưởng tài sản của cha mẹ. Địa vị của người con gái trong gia đình địa vị thấp kém. Họ không có quyền thừa kế tài sản của cha mẹ, trừ trường hợp những gia đình không có con trai, người con gái lấy chồng ở rể mới được hưởng tài sảncủa cha mẹ, khi đó người con rể được coi như con trai có nghĩa vụ và trách nhiệm phụng dưỡng cha mẹ.

STT	Mô tả tập quán	Nội dung	Địa phươngáp dụng
			Tây Nguyên
			Bắc Kạn
			Hà Giang, Lào Cai
			Mường Tè, Lai Châu
		Khi bố mẹ chết, ai ở cùng bố mẹ thì sẽ được hưởng toàn bộ tài sản	Sơn La
		Con gái lấy chồng thì sẽ tách ra ở riêng và được chia một phần tài sản. Con rể sẽ về ở nhà vợ và không được thừa kế tài sản.	Tây Nguyên
54	Bảo vệ nguồn nước	Để bảo vệ nguồn nước đầu nguồn, người dân không được tắm, giặt, rửa ráy, không được thả trâu bò ở đầu nguồn nước. Mỗi bản có 02 bãi tắm cộng đồng (nam riêng, nữ riêng) và bãi tắm của	Điện Biên, SơnLa

[38] Người La Chí quan niệm "Nhà to là nhà của anh, ruộng to là ruộng của em út", khi chia tài sản, anh cả được thừa kế căn nhà của bố mẹ, còn các thứ như ruộng, nương, gia súc… theo nguyên tắc chia đều cho các con trai, nhưng em út bao giờ cũng được phần ruộng nhiều hơn một chút. Lý do được đưa ra là khi các anh chết đi em út là người chăm nom mồ mảcủa gia đình.

STT	Mô tả tập quán	Nội dung	Địa phươngáp dụng
		nữ thường ở phía trên bãi tắm của nam. Bãi giặt thường ở dưới bãi tắm (dưới suối) để tránh gây ô nhiễm nguồn nước.	
		- Mọi người trong bản, ngoài bản không được để trâu lội vào nguồn nước, nếu trâu tắm trong nguồn nước, phóng uế vào nguồn nước mà bị người dân trong bản biết được, người có trâu phải tự nguyện đến nhà già làng "gạ ma à guy" để nhận việc sai trái, phải tự mình dọn dẹp sạch nguồn nước. - Không ai trong cộng đồng làng được rửa, giặt bất kỳ thứ gì ở đầu nguồn nước. - Người nào phá nguồn nước người ấy phải làm trả lại cộng đồng, nếu phá nguồn nước lại đánh cả người phát hiện nhắc nhở thì người này vừa phải làm lại nguồn nước vừa bị đuổi ra khỏi bản làng (nếu có vợ con thì phải mang cả vợ con đi theo). - Những người vứt các thứ độc hại vào nguồn nước, làm ảnh hưởng tới cộng đồng, thì người ấy phải tự đi khỏi cộng đồng (bố mẹ anh em người này không phải đi theo).	Tây Bắc
		Mọi cá nhân trong làng đều phải có trách nhiệm bảo vệ nguồn nước. Không ai được được chăn, thả gia súc, tắm giặt đầu nguồn nước ăn và không ai được đắp, ngăn dành riêng cho gia đình mình. Ai vi phạm thì sẽ bị làng phạt.	Lào Cai
55	Bảo vệ rừng	- Khi cần tre, gỗ làm bất cứ việc gì trong nhà cũng cần phải báo cho độibảo vệ và xin phép uỷ ban nhân dân xã, nếu được phép mới được vào rừng chặt và chỉ được chặt đủ số vật liệu yêu cầu. - Khi lấy củi đốt, mọi người lấy bao nhiêu cũng được, không giới hạn và chỉ lấy củi khô. - Người nào vi phạm (chặt cây, lấy củi đốt, lấy măng vầu, săn thú…) mà bị phát hiện thì sẽ bị bắt, bị phạt.	Lào Cai Sơn La
56	Chặt cây trong rừng	Ai chọn cây nào thì phải lấy con dao dấu chéo trên thân cây mang ý nghĩa thông báo cho mọi người là cây gỗ này đã có người chọn trước,	Lào Cai

[39] Mức độ phạt cụ thể được các gia đình bàn bạc và quyết định nhưng cao nhất là phạt 36 kg thịt hoặc phạt 36 kg gạo hoặc phạt 36 lít rượu; phạt một thồ thóc (tương đương với 65kg) cho người phát hiện.

STT	Mô tả tập quán	Nội dung	Địa phươngáp dụng
		người đến sau sẽ chọn cây gỗ khác.	

4. Một số tập quán khác

STT	Mô tả tập quán	Nội dung	Địa phương áp dụng
57	Hành vi trộm cắp	Đối với những tội như trộm cắp vặt,… thì thường xử phạt là dàn hòa bằng một ché rượu cần + một con gà.	Lâm Đồng
58	Xử lý hành vi giết người	Tội giết người là trọng tội và bị xử phạt rất nặng. Có ba hình thức xử phạt: Thứ nhất là giết chết người phạm tội (nếu là malai). Thứ hai là phạt từ 7 – 30 trâu, có thể trả dần hàng năm bằng cách quy đổi ra lúa (15 gùi lúa loại lớn nhất = một con trâu). Thứ ba là bắt người phạm tội làm nô dịch suốt đời cho gia đình, tộc họ của người bị hại	Lâm Đồng

PHỤ LỤC 3

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 quản lý xã hội của Nhà nước 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.

Xin ông/bà vui lòng cho biết ý kiến đối với các câu hỏi sau:

Câu 1: Theo ông/bà, quy định pháp luật hiện hành về áp dụng tập quán trong quản lý xã hội của Nhà nước ở Việt Nam đã đầy đủ, đồng bộ và khả thi hay chưa?

Câu 2: Ông/bà đã từng áp dụng tập quán để giải quyết các vụ việc thuộc thẩm quyền giải quyết của mình chưa? (Nếu có thì mức độ sử dụng là nhiều hay không nhiều? Ông/bà vui lòng chia sẻ về vụ việc đã áp dụng tập quán đó? Nếu chưa từng áp dụng tập quán thì vì sao?)

Câu 3: Ông/bà đánh giá như thế nào về tính hiệu quả của việc áp dụng tập quán trong quản lý xã hội của Nhà nước ở Việt Nam trong thời gian qua?

Câu 4: Theo ông/bà, trong thời gian tới có cần tiếp tục thừa nhận tập quán là một loại nguồn bổ sung của pháp luật ở Việt Nam hay không? Vì sao?

Câu 5: Ông/bà vui lòng nêu một số giải pháp để đảm bảo hiệu quả áp dụng tập quán trong quản lý xã hội của Nhà nước ở Việt Nam trong thời gian tới?

Xin trân trọng cảm ơn ông/bà đã dành thời gian trả lời.

Kính chúc ông/bà luôn mạnh khỏe, thành công và hạnh phúc!