

## HOÀN THIỆN CÁC QUY ĐỊNH CỦA BỘ LUẬT DÂN SỰ VỀ CĂN CỨ XÁC LẬP DI SẢN THỜ CÚNG

Lê Hoàng Nam

Học viên cao học Khóa 34, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.

### Thông tin bài viết

*Từ khóa:* Thừa kế, căn cứ xác lập, di sản dùng vào việc thờ cúng.

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài: 14/07/2022

Biên tập: 22/10/2022

Duyệt bài: 24/10/2022

### Article Information

*Keywords:* Inheritance; determination ground; inheritance used for ancestor worship.

*Article History:*

Received: 17 Jul. 2022

Edited: 22 Oct. 2022

Approved: 24 Oct. 2022

### Tóm tắt:

Pháp luật thừa kế Việt Nam các thời kỳ trước quy định rất chi tiết về hương hỏa cũng như việc thiết lập hương hỏa. Tuy nhiên, kể từ sau Pháp lệnh Thừa kế đến nay, các Bộ luật Dân sự đều chỉ quy định về di sản dùng vào việc thờ cúng trong duy nhất một điều luật. Điều này dẫn đến không tránh khỏi những thiếu sót mà một trong số đó là căn cứ xác lập di sản thờ cúng. Trong phạm vi bài viết này, tác giả trình bày các căn cứ xác lập di sản thờ cúng theo pháp luật ở các thời kỳ trước, phân tích các quy định của Bộ luật Dân sự hiện hành về căn cứ xác lập di sản thờ cúng, chỉ ra những hạn chế và kiến nghị hướng hoàn thiện.

### Abstract:

The legal regulations on inheritance of Vietnam in previous years provided intensely specific provisions on the ancestor worship and the establishment of worshipping inheritance. However, since the Ordinance on Inheritance, the Civil Codes through each period have regulated inheritance used for worship in only one article. As a result, it leads to inevitable shortcomings, one of which is the basis for establishing the worshipping inheritance. Within the scope of the article, the author presents the legal ground for establishing worshipping inheritance according to the law of the previous period, an analysis of the provisions of the current Civil Code, gives out shortcomings, and also a number of suggestions for the purpose of improving the legal regulations on establishing worshipping inheritance.

### 1. Căn cứ xác lập di sản dùng vào việc thờ cúng theo pháp luật ở các thời kỳ trước đây

Thờ cúng tổ tiên là tín ngưỡng văn hóa lâu đời của người Việt Nam thể hiện sự kính trọng và biết ơn những người đã có công sinh thành, dưỡng dục. Từ rất sớm pháp luật nước ta đã có sự ghi nhận và điều chỉnh đối với vấn đề thờ cúng tổ tiên cũng như di sản dùng vào việc thờ cúng tổ tiên thông qua các quy định về hương hỏa<sup>1</sup>. Nghiên cứu các quy

định về hương hỏa trong pháp luật thời kỳ phong kiến thông qua Quốc triều Hình luật, Hoàng Việt luật lệ và pháp luật cận đại thông qua Bộ Dân luật Bắc kỳ, Bộ Dân luật Trung kỳ và Bộ Dân luật Sài Gòn năm 1972 cho thấy căn cứ xác lập đối với loại di sản này khá đa dạng, có thể kể đến như sau:

*Thứ nhất, theo quy định bắt buộc của pháp luật*

Nếu hiểu theo nghĩa rộng, mọi căn cứ xác lập di sản thờ cúng được quy định trong

1 Trong cổ luật, ngoài hương hỏa, hậu điền và kỵ điền cũng là di sản dùng vào việc thờ cúng, nhưng các tự sản này có tính chất rất khác và cũng không phổ biến như hương hỏa.

luật đều là căn cứ xác lập theo quy định của pháp luật. Tuy nhiên, căn cứ xác lập theo quy định của pháp luật được nhắc đến ở đây là căn cứ thể hiện ý chí của Nhà nước trong việc đòi hỏi người để lại di sản thừa kế cũng như những người hưởng thừa kế trong mọi trường hợp phải dành một phần nhất định trong khối di sản do người chết để lại để dùng vào việc thờ phụng tổ tiên sau khi người đó qua đời.

Trong chế độ phong kiến, việc thờ cúng tổ tiên là một việc làm bắt buộc xuất phát từ quan niệm về chữ Hiếu trong việc duy trì nòi giống theo tư tưởng Nho giáo. Theo đó, việc tế tự tổ tiên còn có một ý nghĩa sâu xa là nhờ ơn sinh thành của tổ tiên và lưu truyền nòi giống mãi mãi về sau, cho nên có thể cho rằng tế tự tổ tiên là lấy sự duy trì chủng tộc làm mục đích<sup>2</sup>. Để việc thờ cúng tổ tiên được duy trì lâu dài, đòi hỏi phải có tài sản tồn tại song song nhằm tạo thuận tiện cho việc khai thác hoa lợi phục vụ cho việc thờ cúng đó. Chính vì vậy, pháp luật quy định người có tài sản thì phải có hương hỏa, do đó không nhất thiết phải có sự định đoạt của người để lại di sản thừa kế. Theo đó, Điều 388 Quốc triều Hình luật quy định: *“Cha mẹ mất cả, có ruộng đất, chưa kịp để lại chúc thư, mà anh chị em tự chia nhau, thì lấy một phần 20 số ruộng đất làm phần hương hỏa, giao cho người con trai trưởng giữ, còn thì chia nhau. Phần con của vợ lẽ, nàng hầu, thì phải kém. Nếu đã có lệnh của cha mẹ và chúc thư, thì phải theo đúng, trái thì phải mất phần mình”*. Đến thời nhà Nguyễn, pháp luật cũng đặt ra quy định về việc thiết lập hương hỏa với nội dung: *“bó buộc phải để dành một phần di sản của người quá cố để lập làm hương hỏa”*<sup>3</sup>. Như vậy, việc thiết lập di sản thờ cúng là quy định bắt buộc và trong mọi trường hợp đều có thể thực hiện được ngay cả khi người có tài sản không có nguyện vọng hoặc không có chỉ định về việc này.

Mặc dù, căn cứ xác lập di sản thờ cúng này thể hiện sự đề cao và kế thừa các giá trị văn hóa truyền thống tốt đẹp của dân tộc nhưng mặt khác cũng thể hiện sự can thiệp quá mức cần thiết của Nhà nước khi đã “thay mặt” chủ sở hữu định đoạt một phần tài sản của họ trong trường hợp họ không để lại di chúc chỉ định việc xác lập di sản thờ cúng. Nhìn chung, việc xác lập di sản thờ cúng theo căn cứ này chưa thể hiện sự tôn trọng quyền tự do định đoạt của người để lại di sản thừa kế. Bởi lẽ, trong trường hợp nếu người quá cố có nguyện vọng sử dụng một phần tài sản của mình để thờ tự tổ tiên sau khi người đó qua đời và thể hiện nguyện vọng đó một cách minh thị thông qua di chúc thì vấn đề không có gì để bàn. Tuy nhiên, trong trường hợp người đó không để lại di chúc, cũng không để lại bất cứ dấu hiệu nào minh chứng cho nguyện vọng đó thì việc bắt buộc những người thừa kế phải trích lập hương hỏa cũng chỉ có thể được quy định căn cứ dựa trên sự phỏng đoán về ý chí của người để lại di sản thừa kế. Do đó, việc áp đặt ý chí của Nhà nước trong trường hợp này đã xâm phạm đến quyền định đoạt của người để lại di sản thừa kế cũng như quyền sở hữu hợp pháp của những người thừa kế. Nhận thấy sự hạn chế này, pháp luật dân sự ở các giai đoạn sau đã không còn ghi nhận đối với căn cứ xác lập di sản thờ cúng theo quy định của pháp luật.

**Thứ hai, di chúc và các văn bản phân chia tài sản khác**

Xác lập di sản dùng vào việc thờ cúng theo ý chí của người để lại di sản thừa kế là phương thức xác lập phổ biến nhất bao gồm hai căn cứ xác lập, cụ thể là di chúc và các văn bản khác ngoài di chúc thể hiện sự định đoạt sử dụng tài sản dùng vào việc thờ cúng.

Pháp luật dân sự Việt Nam từ xưa đến

2 Đào Duy Anh, Việt Nam văn hóa sử cương, Nxb. Văn học, Hà Nội, năm 2021, tr. 214.

3 Điều 83 Hoàng Việt luật lệ.

nay đều ghi nhận di chúc là căn cứ xác lập di sản thờ cúng. Trong thời kỳ phong kiến, luật nhà Lê quy định trong trường hợp nếu có lệnh của cha mẹ và có chúc thư định đoạt di sản dùng vào việc hương hỏa thì các con phải tuân theo sự định đoạt đó, nếu không thực hiện đúng thì phải mất phần thừa kế<sup>4</sup>. Trong thời kỳ cận đại, Bộ Dân luật Bắc kỳ, Bộ Dân luật Trung kỳ và sau đó là Bộ Dân luật Sài Gòn năm 1972 cũng quy định theo hướng xem di chúc là căn cứ xác lập di sản thờ cúng. Tuy nhiên, di chúc này phải được thể hiện bằng hình thức văn bản. Pháp luật không đặt ra việc thừa nhận đối với di chúc miệng do tính chất khó xác định ý chí đích thực của người để lại di sản và do đó, *“hương hỏa phải lập bằng giấy tờ theo thể thức định trong hộ luật và không ai có thể lập hương hỏa bằng miệng”*<sup>5</sup>.

Tuy nhiên, di chúc không phải là căn cứ duy nhất thể hiện ý chí của người để lại di sản thừa kế có nguyện vọng thiết lập di sản thờ cúng. Điều này đã được các nhà làm luật cận đại dự liệu và đã quy định theo hướng, ngoài di chúc, hương hỏa còn có thể được xác lập bởi các văn bản khác như giấy tờ phân chia tài sản hoặc chứng thư<sup>6</sup> mà nội dung của các văn bản này thể hiện được ý chí của người có tài sản trong việc dùng tài sản để làm hương hỏa. Trong trường hợp này, người có tài sản được quyền chỉ định việc tạo lập hương hỏa ngay khi họ còn sống. Tuy nhiên, quyết định này chỉ phát sinh hiệu lực sau khi người đó qua đời. Trong một án lệ của Tòa Thượng thẩm Sài Gòn năm 1961 đã nhận định: *“việc lập hương hỏa chỉ thành nhất định và phát sinh hậu quả khi nào người lập hương hỏa hay người phụng sự đã chết, vì trật tự công*

*cộng không cho phép thờ cúng một người còn sống, cũng như không cho phép làm cho tài sản trở thành bất đắc chuyển nhượng ngay khi sanh thời người sẽ được phụng tự”*<sup>7</sup>. Mặt khác, sau khi quyết định tạo lập hương hỏa thì bất cứ lúc nào người có tài sản cũng có quyền thay đổi hoặc truất bỏ quyết định đó khi còn sống.

### *Thứ ba, do dòng họ truyền lại*

Khi nói về cách thức đặt phần di sản hương hỏa thì có hai cách khác nhau gọi là “hương hỏa sơ lập” và “hương hỏa tổ truyền”<sup>8</sup>. Trong đó, hương hỏa sơ lập là di sản thờ cúng được tạo nên lần đầu tiên mà trước đó chưa từng có ai định đoạt sử dụng phục vụ vào mục đích thờ cúng. Di sản này có bản chất là tài sản thuộc sở hữu của cá nhân người có nguyện vọng tạo lập di sản thờ cúng, người này có quyền định đoạt giá trị phần di sản cũng như chỉ định người quản lý di sản và thực hiện việc thờ cúng tổ tiên sau khi họ qua đời. Ngược lại, hương hỏa tổ truyền là di sản thờ cúng đã được các đời trước tạo lập sẵn cho những người quản lý. Mặc dù không tồn tại bất kỳ di chúc nào thể hiện di sản đó là di sản dùng vào việc thờ cúng nhưng các thế hệ đã giữ gìn, sử dụng di sản vào mục đích duy nhất là thờ cúng ông bà, tổ tiên và lưu truyền di sản đó từ thế hệ này sang thế hệ khác. Trong trường hợp này, việc lưu truyền di sản đó cũng được xem là căn cứ hình thành nên di sản thờ cúng.

## **2. Các quy định của Bộ luật Dân sự hiện hành về căn cứ xác lập di sản thờ cúng và kiến nghị hướng hoàn thiện**

Kể từ khi Pháp lệnh Thừa kế năm 1990 được ban hành và tiếp sau đó là sự ra đời của

4 Điều 388 Quốc triều Hình luật.

5 Án lệ của Tòa Thượng thẩm Sài Gòn ngày 10/8/1961, Pháp lý tập san năm 1962, tr. 41, Trích theo: Trần Đại Khâm, Án lệ vụng tập, Nxb. Khai Trí, Sài Gòn, năm 1969, tr. 172.

6 Điều 395 Bộ Dân luật Bắc kỳ, Điều 401 Bộ Dân luật Trung kỳ và Điều 601 Bộ Dân luật năm 1972.

7 Trần Đại Khâm, Án lệ vụng tập, Nxb. Khai Trí, Sài Gòn, năm 1969, tr. 169.

8 Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh, Giáo trình Pháp luật về tài sản, quyền sở hữu và thừa kế, Nxb. Hồng Đức – Hội Luật gia Việt Nam, TP. Hồ Chí Minh, năm 2019, tr. 521.

các Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 1995 và 2005, di sản thờ cúng được chính thức ghi nhận trong văn bản quy phạm pháp luật của Nhà nước ta. Mặc dù nội dung quy định có những điểm khác biệt nhưng về cơ bản vẫn thống nhất di sản thờ cúng chỉ có thể được hình thành dựa trên căn cứ duy nhất là di chúc của người để lại di sản thừa kế.

Kế thừa các quy định vừa nêu, BLDS năm 2015 điều chỉnh về căn cứ xác lập di sản thờ cúng với nội dung như sau: “*Trường hợp người lập di chúc để lại một phần di sản dùng vào việc thờ cúng thì phần di sản đó không được chia thừa kế và được giao cho người đã được chỉ định trong di chúc quản lý để thực hiện việc thờ cúng ...*”<sup>9</sup>. Theo quy định này, di sản thờ cúng chỉ tồn tại khi “*người lập di chúc định đoạt phần di sản dùng vào việc thờ cúng và chỉ rõ phần tài sản nào được dùng vào việc thờ cúng thì phần di sản đó là phần di sản dùng vào việc thờ cúng*”<sup>10</sup>. Tuy nhiên, không phải mọi di chúc có định đoạt phần di sản thờ cúng thì mặc nhiên phần di sản đó được công nhận là di sản thờ cúng, để được công nhận thì di chúc đó phải lập một cách hợp pháp. Hiện nay, pháp luật quy định về hình thức di chúc bao gồm hai loại chính là di chúc bằng văn bản và di chúc miệng, tuy nhiên đối với di chúc miệng, pháp luật đặt ra một số yêu cầu nhất định để được xem là hợp pháp, trong đó có yêu cầu người làm chứng phải ghi chép lại ý chí cuối cùng của người di chúc miệng. Như vậy, mọi di chúc hợp pháp đều phải được thể hiện dưới hình thức văn bản. Hơn nữa, xuất phát từ tính chất đặc thù của di sản thờ cúng là di sản không được chia, không thể chuyển dịch thông qua mua bán, thế chấp,... và được thiết lập để phục vụ cho mục đích chính yếu là thờ cúng nên các tài sản này phải được đưa ra khỏi lưu thông dân sự, điều này dẫn đến việc thiết lập di sản

này không thể thực hiện một cách tùy tiện do có khả năng làm ảnh hưởng đến quyền, lợi ích hợp pháp của những người thừa kế vì không thể chuyển dịch tài sản. Vì vậy, việc lập di chúc để định đoạt di sản dùng vào việc thờ cúng phải được thực hiện thông qua hình thức văn bản.

Quy định về xác lập di sản thờ cúng trên cơ sở ý chí của người để lại di sản thông qua di chúc thể hiện sự tôn trọng quyền tự do định đoạt của người có tài sản, theo đó pháp luật không còn quy định việc tạo lập di sản thờ cúng là nghĩa vụ bắt buộc mà thay vào đó người có tài sản có quyền quyết định lập hoặc không lập di sản thờ cúng tùy vào nguyện vọng của họ mà pháp luật không can thiệp. Tuy nhiên, so với pháp luật trước đây, có thể thấy BLDS năm 2015 đã thu hẹp đến mức tối đa các quy định về di sản thờ cúng vốn được quy định rất cụ thể và chi tiết trong cổ luật và luật cận đại. Việc chỉ quy định di chúc là căn cứ duy nhất để xác lập di sản thờ cúng của BLDS năm 2015 vô hình trung đã bỏ qua nhiều phương thức khác trong việc hình thành di sản có tính chất đặc biệt này, có thể kể đến như:

**Thứ nhất**, xác lập di sản thờ cúng theo văn bản thỏa thuận phân chia tài sản

Trong các căn cứ hình thành di sản thờ cúng đã từng tồn tại trong pháp luật thừa kế ở thời kỳ trước, căn cứ được ghi nhận phổ biến cũng như được áp dụng nhiều nhất là di chúc. Bởi vì, căn cứ này thể hiện rõ ràng nhất ý chí của người để lại di sản. Tuy nhiên, cũng cần thừa nhận rằng, ngoài di chúc ý chí của người để lại di sản còn có thể tồn tại dựa vào nội dung của văn bản khác ngoài di chúc.

Nhiều trường hợp, lúc sinh thời người có tài sản đã quyết định phân chia tài sản cho

9 Điều 645 Bộ luật Dân sự năm 2015.

10 Phùng Trung Tập, Từ quy định về di sản dùng vào việc thờ cúng và di tặng, <http://lapphap.vn/Pages/tintuc/tinchitiet.aspx?tintucid=207108>, truy cập ngày 01/7/2022.

các con thông qua các cuộc họp gia đình, được ghi nhận trong các văn bản thỏa thuận phân chia tài sản và đôi khi nội dung còn định đoạt cả việc dành một phần tài sản để dùng vào việc thờ cúng sau khi người đó qua đời. Việc phân chia tài sản này có thể có hiệu lực ngay tại thời điểm người có tài sản còn sống, việc làm này thực chất giống như một thỏa thuận tặng cho tài sản giữa người có tài sản và người được nhận tài sản mà phổ biến là cha mẹ tặng cho nhà đất cho con cái, riêng đối với phần tài sản đưa vào thờ cúng thì chỉ phát sinh hiệu lực sau khi người có tài sản qua đời.

Về cơ bản, các văn bản phân chia tài sản ngoài sự khác biệt ở thời điểm phát sinh hiệu lực thì văn bản này cũng có những điểm tương đồng với di chúc như: thể hiện ý chí của người có tài sản trong việc chuyển giao quyền sở hữu của mình cho chủ thể khác, đối với phần tài sản dùng vào việc thờ cúng cũng chỉ có thể phát sinh hiệu lực sau khi người có tài sản qua đời. Mặt khác, sau khi thực hiện thỏa thuận, người có tài sản vẫn có quyền thay đổi ý chí đối với phần tài sản định đoạt vào việc thờ cúng; điều này cũng tương đồng với việc thay đổi nội dung di chúc của người lập di chúc. Như vậy, nếu đã ghi nhận di chúc là căn cứ xác lập di sản dùng vào việc thờ cúng thì không có lý do gì từ chối việc xác lập di sản này trên cơ sở các văn bản phân chia tài sản khác mà trong đó có nội dung định đoạt đối với di sản thờ cúng sau khi người có tài sản qua đời.

Hiện nay, có trường hợp cha mẹ tặng cho con cái nhà đất, tuy nhiên lại kèm theo điều kiện chỉ được ở để thờ cúng tổ tiên mà không được bán. Có ý kiến cho rằng, trong bối cảnh pháp luật hiện hành, nên xem hợp đồng tặng cho có điều kiện như trên cũng là một hình thức của việc xác lập di sản thờ cúng. Tác giả không đồng tình với quan điểm này, mặc dù đối tượng của hợp đồng tặng cho tuy có nét tương đồng với di sản

thờ cúng là đều được chỉ định dùng vào việc thờ tự, phải được duy trì mà không được chuyển giao cho người khác thông qua giao dịch mua bán. Tuy nhiên, về bản chất của đối tượng và mục đích xác lập của hai giao dịch này là hoàn toàn không giống nhau, thể hiện ở chỗ:

(i) Di sản được định đoạt dùng vào việc thờ cúng thì mục đích chính yếu là sử dụng để phục vụ cho các công việc liên quan đến việc thờ cúng, còn đối với hợp đồng tặng cho thì việc thờ cúng chỉ là một trong các mục đích để được tặng cho đồng thời cũng là điều kiện mà người nhận tặng cho phải thực hiện.

(ii) Di sản thờ cúng là di sản chung của tất cả những người thừa kế mặc dù không được chia cũng như không thuộc riêng về bất kỳ người thừa kế nào. Di sản này được giao cho người quản lý để thực hiện việc thờ cúng cũng như bảo quản, giữ gìn, khai thác hoa lợi để phục vụ việc thờ cúng dưới sự giám sát của những người thừa kế. Còn đối với tài sản được định đoạt trong hợp đồng tặng cho có điều kiện thì tài sản thuộc quyền sở hữu của một chủ thể nhất định mặc dù quyền sở hữu này có thể bị “giới hạn” do điều kiện của hợp đồng. Tuy nhiên, về nguyên tắc chủ sở hữu có khả năng chuyển quyền sở hữu tài sản cho người thừa kế của họ.

(iii) Đối với di sản thờ cúng nếu người quản lý di sản vi phạm nghĩa vụ thờ cúng thì những người thừa kế có quyền thỏa thuận chỉ định ra một người quản lý di sản mới. Còn đối với hợp đồng tặng cho có điều kiện, nếu người tặng cho đã qua đời thì những người thừa kế không có quyền khởi kiện nếu người được nhận tặng cho vi phạm điều kiện của hợp đồng.

Như vậy, không phải văn bản nào ngoài di chúc cũng có khả năng sử dụng làm căn cứ xác lập di sản thờ cúng mà chỉ các văn bản có nội dung thể hiện rõ ý chí của người

thừa kế trong việc quyết định dành một phần tài sản để sử dụng phục vụ cho việc thờ tự tổ tiên thì mới xem đó là cơ sở để hình thành đối với di sản thờ cúng. Thông thường, ngoài di chúc, văn bản thỏa thuận phân chia tài sản có sự tham gia và thể hiện ý chí của người có tài sản có khả năng ghi nhận để làm căn cứ xác lập di sản thờ cúng.

**Thứ hai, xác lập di sản thờ cúng theo sự thỏa thuận của những người thừa kế.**

Trong thực tế không hiếm trường hợp người để lại di sản không lập di chúc hoặc lập di chúc nhưng không định đoạt di sản thờ cúng và sau đó, những người thừa kế đã cùng nhau thỏa thuận trích một phần trong khối di sản để phục vụ cho việc thờ cúng tổ tiên. Trước tình huống này, phần di sản được trích ra từ khối di sản do người quá cố để lại có tư cách pháp lý là tài sản thông thường chưa chia hay là di sản thờ cúng không được chia? Liên quan đến vấn đề này, hiện nay còn đang có nhiều quan điểm chưa thống nhất. Theo đó, có quan điểm cho rằng, di sản thờ cúng chỉ tồn tại khi có di chúc định đoạt hay nói ngược lại nếu không có di chúc thì không có di sản thờ cúng. Bởi lẽ, tại thời điểm người để lại di sản qua đời cũng là thời điểm mở thừa kế và “kể từ thời điểm mở thừa kế, những người thừa kế có các quyền, nghĩa vụ tài sản do người chết để lại”. Như vậy, sau thời điểm này, người thừa kế đã kế thừa quyền sở hữu của người để lại di sản và di sản lúc này trở thành tài sản thuộc quyền sở hữu của người thừa kế. Do đó, những người thừa kế hoàn toàn có khả năng thỏa thuận cùng nhau trong việc dùng tài sản để dùng vào việc thờ cúng tổ tiên, ông bà, cha mẹ nhưng trường hợp này phải gọi là “tài sản dùng vào việc thờ cúng” chứ

không thể xem là “di sản dùng vào việc thờ cúng”<sup>11</sup>. Bên cạnh đó, quan điểm khác lại theo hướng không đồng tình với quan điểm vừa nêu và cho rằng di sản thờ cúng tồn tại không phải lúc nào cũng có sự tồn tại của di chúc. Điều này đồng nghĩa với việc di chúc không phải là căn cứ duy nhất xác lập nên di sản thờ cúng. Vì vậy, việc những người thừa kế cùng nhau thống nhất thỏa thuận trích lập di sản để dùng vào việc thờ cúng nếu được thực hiện trên tinh thần tự do, tự nguyện về ý chí, nội dung, mục đích thỏa thuận không vi phạm pháp luật, không trái đạo đức xã hội thì cần phải được tôn trọng theo đúng tinh thần của nguyên tắc cơ bản của luật dân sự<sup>12</sup>.

Tác giả cho rằng, trong trường hợp sau thời điểm mở thừa kế cho đến trước thời điểm hoàn thành việc phân chia di sản mà những người thừa kế thỏa thuận cùng nhau trích lập di sản thờ cúng thì pháp luật cũng nên ghi nhận đối với căn cứ xác lập di sản thờ cúng này. Bởi lẽ, tại thời điểm mở thừa kế về nguyên tắc người thừa kế sẽ kế thừa các quyền và nghĩa vụ của người để lại di sản. Tuy nhiên, thời điểm này không mặc nhiên là thời điểm thực hiện quyền hưởng di sản, hai thời điểm là khác nhau và vì vậy sau thời điểm mở thừa kế nếu di sản chưa được chia thì di sản vẫn chưa thuộc về người thừa kế. Nhận thấy nội dung, mục đích của việc thiết lập di sản thờ cúng là để phục vụ cho việc thờ tự ông bà, cha mẹ những người có công sinh thành, dưỡng dục thể hiện truyền thống “uống nước nhớ nguồn” tốt đẹp của dân tộc, thiết nghĩ cần được tôn trọng.

Tuy nhiên, để tránh việc phát sinh tranh chấp sau khi thỏa thuận, cần phải đặt ra một số điều kiện nhất định đối với thỏa thuận này. Cụ thể, việc thỏa thuận cần được lập

11 Hồ Thị Bảo Ngọc, Di sản dùng vào việc thờ cúng theo quy định của pháp luật Việt Nam, Tạp chí Nghề luật, số 06, năm 2020, tr. 34.

12 Đỗ Văn Đại, Luật Thừa kế Việt Nam – Bản án và bình luận bản án, Tập 1, Nxb. Hồng Đức – Hội Luật gia Việt Nam, TP. Hồ Chí Minh, năm 2019, tr. 699-703.

bằng văn bản thể hiện nội dung toàn bộ những người thừa kế thống nhất trích một phần trong khối di sản để làm di sản thờ cúng. Việc thỏa thuận phải có sự đồng ý của tất cả những người thừa kế rất quan trọng, điều này nhằm loại trừ khả năng thay đổi ý chí của người thừa kế sau khi thỏa thuận mà tiến hành yêu cầu phân chia di sản thừa kế, trường hợp nếu chỉ có đa số đồng ý trích lập di sản thì không nên chấp nhận sự thỏa thuận đó là căn cứ lập nên di sản thờ cúng để tránh các tranh chấp phát sinh về sau.

*Thứ ba, xác lập di sản thờ cúng do di sản được dòng họ truyền lại*

Hiện nay, di sản được sử dụng vào mục đích thờ cúng do dòng họ truyền lại vẫn còn tồn tại và đặc biệt phổ biến ở các vùng nông thôn. Việc pháp luật chưa có sự ghi nhận đã làm cho loại di sản này không có cơ sở được điều chỉnh phù hợp đúng với mục đích và ý nghĩa được tạo lập nên nó và luôn đứng trước nguy cơ bị yêu cầu phân chia như một di sản thông thường.

Pháp luật dân sự hiện hành chỉ ghi nhận và điều chỉnh đối với di sản được xác lập lần đầu tiên mà không ghi nhận đối với di sản do dòng họ truyền lại, điều này đã dẫn đến sự tồn tại “điểm trống” trong pháp luật. Cụ thể: Về phân loại di sản, di sản được thế hệ trước tạo lập sẵn truyền lại cho thế hệ sau sử dụng phục vụ cho mục đích thờ cúng tổ tiên được xem là di sản thờ cúng hay xem là di sản thông thường. Bởi vì, việc tạo lập và lưu truyền di sản từ đời này sang đời khác không được thể hiện bằng bất kỳ di chúc nào. Về vấn đề lưu truyền di sản, nếu người quản lý di sản do dòng họ truyền lại này chết thì người quản lý di sản có thể lập di chúc để chỉ định người quản lý di sản ở đời tiếp theo hay không? Và nếu người quản lý di sản không

lập di chúc để chỉ định thì khối di sản này sẽ được giải quyết ra sao? Liên quan đến những vấn đề này hiện nay chưa có văn bản quy phạm pháp luật nào điều chỉnh.

Như đã trình bày, hương hỏa tổ truyền không phải là tài sản thuộc sở hữu của người quản lý di sản. Do đó, họ không có khả năng định đoạt đối với di sản này và *di chúc là sự thể hiện ý chí của cá nhân nhằm chuyển tài sản của mình cho người khác sau khi chết*<sup>13</sup>. Vì vậy, về nguyên tắc người quản lý di sản cũng không thể lập di chúc để chuyển giao tài sản này cho người quản lý di sản khác. Một khi người quản lý di sản chết đi, không lập di chúc để chỉ định người quản lý di sản tiếp theo thì sẽ xuất hiện hai phương án xử lý khối di sản: *Một là*, tiếp tục xem đây là di sản thờ cúng và mặc nhiên phải truyền lại cho thế hệ sau và; *Hai là*, phải thực hiện chia thừa kế vì theo quy định của pháp luật hiện hành di sản thờ cúng chỉ tồn tại khi có di chúc, trường hợp này không tồn tại bất kỳ di chúc nào, do đó khi có yêu cầu phân chia di sản, tòa án phải chấp nhận yêu cầu đó.

Trước thực trạng pháp luật hiện hành, phương án xử lý thứ nhất hoàn toàn không có cơ sở để thực hiện, mặc dù *theo truyền thống, di sản thờ cúng của đời trước để lại thì tiếp sau đó người quản lý di sản thờ cúng buộc phải truyền cho đời sau*<sup>14</sup>, nhưng nếu áp dụng phương án thứ hai thì dường như không đảm bảo ý nghĩa của di sản thờ cúng. Bởi vì, di sản này đã được lưu truyền nhiều đời từ thế hệ này sang thế hệ khác phục vụ trực tiếp công việc thờ cúng thì lại không được pháp luật công nhận là di sản thờ cúng. Do đó, cần thiết nghiên cứu một cách nghiêm túc trong việc ghi nhận đối với loại di sản thờ cúng do dòng họ truyền lại ■

13 Điều 624 Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2015.

14 Trần Thị Huệ, Bất cập trong quy định của Bộ luật Dân sự về di sản thờ cúng, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 07, năm 2014, tr. 44.