

MẤY Ý KIẾN VỀ PHẦN THỨ BẢY “QUAN HỆ DÂN SỰ CÓ YẾU TỐ NƯỚC NGOÀI” TRONG DỰ THẢO BỘ LUẬT DÂN SỰ (SỬA ĐỔI)

Nguyễn Trung Tín*

Thực hiện Nghị quyết của Quốc hội khoá XI, kỳ họp thứ 2 về Chương trình xây dựng luật, pháp lệnh của Quốc hội nhiệm kỳ khoá XI (2002-2007) và Nghị quyết của Quốc hội khoá XI, kỳ họp thứ 6 về Chương trình xây dựng luật, pháp lệnh năm 2005, Ủy ban Thường vụ Quốc hội quyết định lấy ý kiến nhân dân, các ngành, các cấp về Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi) nhằm tiếp tục hoàn thiện Dự thảo Bộ luật, chuẩn bị trình Quốc hội xem xét, thông qua tại kỳ họp thứ 7 sắp tới. Bài này nhằm góp ý về phần thứ bảy của Dự thảo trên.

Có thể thấy ngay rằng, phần này đã được sửa đổi, bổ sung một cách căn bản (trong Phần VII của Bộ luật Dân sự hiện có 13 điều, trong Dự thảo có 22 điều; ngoài ra, một số quy định trong 13 điều trên đã có một số sửa đổi, bổ sung).

Về Điều 770 "Quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài" (sửa đổi, bổ sung)

Theo Dự thảo, "Trong Bộ luật này quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài được hiểu là quan hệ dân sự có ít nhất một trong các bên tham gia là cơ quan, tổ chức, cá nhân nước ngoài, người Việt Nam định cư ở nước ngoài tham gia hoặc các quan hệ dân sự giữa các bên tham gia là công dân, tổ chức Việt Nam nhưng căn cứ để xác lập, thay đổi, chấm dứt quan hệ đó theo pháp luật nước ngoài, phát sinh tại nước ngoài hoặc tài sản liên quan đến quan hệ đó ở nước ngoài."

Như vậy là đã có sự bổ sung khía cạnh nơi cư trú với tính chất là yếu tố nước ngoài về mặt chủ thể. Cách xác định quan hệ đó của Ban Soạn thảo đã đầy đủ hơn. Tuy nhiên, các câu chữ trong Điều này đã được diễn đạt một

cách hơi dài dòng tới mức không cần thiết và gây ra khó hiểu. Cụm từ "căn cứ để xác lập, thay đổi, chấm dứt quan hệ đó theo pháp luật nước ngoài" là điều không thể hiểu được. Bởi vì, đã biết quy phạm xung đột dẫn chiếu ra sao mà đã khẳng định ngay rằng các căn cứ trên theo pháp luật nước ngoài (?). Theo chúng tôi, phần này cần rút gọn và sửa lại như sau: "Trong Bộ luật này, quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài được hiểu là quan hệ dân sự có ít nhất một trong ba yếu tố sau: 1- Bên tham gia có quốc tịch hoặc nơi cư trú ở nước ngoài, 2- Tài sản liên quan tới quan hệ ở nước ngoài, 3- Các căn cứ làm phát sinh hoặc thay đổi hoặc chấm dứt quan hệ xảy ra ở nước ngoài" (phần nghiêng gạch chân ở đây là ý kiến của tác giả). Cách xác định như đã nêu vừa ngắn gọn và chính xác, vừa dễ hiểu.

Về Điều 771 "Áp dụng pháp luật dân sự Việt Nam, điều ước quốc tế, tập quán quốc tế và pháp luật nước ngoài" (sửa đổi, bổ sung)

Theo Dự thảo, "1- Các quy định của pháp luật dân sự Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam được áp dụng đối với quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài, trừ trường hợp Bộ luật này có quy định khác."

2- Trong trường hợp điều ước quốc tế mà Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên có quy định khác với quy định của Bộ luật này, thì áp dụng quy định của điều ước quốc tế.

3- Trong trường hợp việc áp dụng pháp luật nước ngoài được Bộ luật này, các văn bản pháp luật khác của Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam quy định hoặc được điều ước

* Tiến sĩ luật học, Viện Nhà nước và pháp luật, Viện Khoa học Xã hội Việt Nam

quốc tế mà Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên dẫn chiếu, thì pháp luật nước ngoài được áp dụng đối với quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài; nếu pháp luật nước đó dẫn chiếu trở lại pháp luật Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam, thì áp dụng pháp luật của Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam.

Pháp luật nước ngoài cũng được áp dụng trong trường hợp các bên thoả thuận trong hợp đồng, nếu sự thoả thuận đó không trái với quy định của Bộ luật này và các văn bản khác của Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam.

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

Theo chúng tôi Điều này không cần thiết, cần bỏ đi. Bởi vì, pháp luật dân sự Việt Nam, điều ước quốc tế, tập quán quốc tế và pháp luật nước ngoài có được áp dụng đối với quan hệ trên hay không là căn cứ vào sự dẫn chiếu của quy phạm xung đột được quy định trong phần này (tập quán quốc tế sẽ dựa trên cơ sở luật theo ý chí các bên; trong trường hợp không có cơ sở pháp luật để điều chỉnh quan hệ, thì người ta áp dụng nguyên tắc tương tự, chứ không phải là áp dụng tập quán quốc tế).

Trong khoản 3 Điều 771 có mục quy định: "Pháp luật nước ngoài cũng được áp dụng trong trường hợp các bên có thoả thuận trong hợp đồng, nếu sự thoả thuận đó không trái với quy định của Bộ luật này và các văn bản khác của Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam". Cách quy định như vậy vừa khó hiểu và không chuẩn xác. Bởi vì, thứ nhất, không phải về cái gì trong hợp đồng các bên cũng được thoả thuận chọn pháp luật; thứ hai, việc các bên có được phép thoả thuận chọn pháp luật trong hợp đồng hay không là do pháp luật

quy định (Điều 783 của Dự thảo này đã quy định). Nếu các bên thoả thuận chọn pháp luật không trên cơ sở điều đó, thì sự thoả thuận ấy là bất hợp pháp. Còn trường hợp các bên thoả thuận chọn pháp luật phù hợp với khoản 1 Điều 783 thì có nghĩa là thoả thuận trên là hợp pháp và ý chí của các bên cần được tôn trọng (trừ trường hợp khi các bên chọn pháp luật nước ngoài mà hậu quả của việc áp dụng đó mâu thuẫn với trật tự công cộng của nước ta). Cách quy định như mục trên của khoản 3, Điều 771 là không phù hợp với thực tế, khó hiểu và mâu thuẫn với các khoản 1 và 2 Điều 783 của Dự thảo. Vì vậy, theo chúng tôi, cần lược bỏ mục này.

Ngoài ra, khoản 3 Điều 771 như nêu trong Dự thảo còn có phần quy định về dẫn chiếu trở lại. Theo chúng tôi, cách giải quyết vấn đề dẫn chiếu trở lại (dẫn chiếu ngược) và dẫn chiếu tới nước thứ ba là một trong các vấn đề thuộc chính sách tư pháp quốc tế của các quốc gia mà các nhà lập pháp phải giải quyết nếu như không muốn giao phó điều này cho thực tiễn xét xử. Song một vấn đề khác trong thực tiễn điều chỉnh pháp luật đối với các quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài là dẫn chiếu tới nước thứ ba thì lại chưa được quy định trong Phần thứ bảy. Vấn đề này chưa được đề cập thì rõ ràng phải chăng là điều chưa đầy đủ. Ví dụ, pháp luật Việt Nam dẫn chiếu tới pháp luật nước ngoài, song pháp luật nước ngoài không dẫn chiếu tới chính nó và cũng không dẫn chiếu trở lại pháp luật Việt Nam, mà lại dẫn chiếu tới pháp luật nước thứ ba thì sao? Một câu hỏi hợp lý đặt ra ở đây là chính sách dẫn chiếu tới nước thứ ba của Việt Nam được quy định như thế nào? Đây rõ ràng là chỗ hỏng pháp luật. Điều này sẽ gây khó khăn không chỉ cho các nhà hoạt động thực tiễn áp dụng pháp luật (các nhà quản lý, các nhà hoạt động tư pháp) mà còn cho các bên trong việc xác định hành vi của mình. Bởi trong quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài nói riêng, cũng như trong quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài nói chung, nhiều trường hợp các bên cần xác định hành vi hợp pháp của mình ngay từ khi chuẩn bị bước vào quan hệ (ví dụ, quan

hệ hợp đồng, quan hệ hôn nhân...), chứ không phải chỉ khi phát sinh tranh chấp. Điều này là cần thiết đối với các bên, trong một số trường hợp, để đi tới quyết định có thiết lập quan hệ hay không (ví dụ, ký kết hợp đồng).

Ở các quốc gia trên thế giới về chính sách dẫn chiếu trở lại và dẫn chiếu tới nước thứ ba, có ba cách thức thực hiện: cách thứ nhất là không chấp nhận hoàn toàn dẫn chiếu trở lại và dẫn chiếu tới nước thứ ba; cách thứ hai là chấp nhận hoàn toàn cả dẫn chiếu ngược và dẫn chiếu tới nước thứ ba; cách thứ ba là chấp nhận cả dẫn chiếu trở lại và dẫn chiếu tới nước thứ ba trừ một số trường hợp đặc biệt (ví dụ, khi cho phép các bên thoả thuận chọn pháp luật). Ngoài ra, có quốc gia chỉ chấp nhận dẫn chiếu trở lại, mà không chấp nhận dẫn chiếu tới nước thứ ba. Song điều đó phải được quy định rõ trong pháp luật¹.

Do vậy, theo chúng tôi cần có một Điều riêng nói về chính sách này và cần quy định như sau:

"Điều (?). Dẫn chiếu trở lại và dẫn chiếu tới nước thứ ba

1- Trong trường hợp áp dụng các quy phạm xung đột được quy định trong Bộ luật này hoặc các văn bản khác của Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam mà chúng dẫn chiếu áp dụng pháp luật nước ngoài và pháp luật nước ngoài đó lại dẫn chiếu trở lại áp dụng pháp luật Việt Nam thì áp dụng pháp luật Việt Nam.

2- Trong trường hợp áp dụng các quy phạm xung đột mà các quy phạm đó dẫn chiếu áp dụng pháp luật nước thứ ba thì áp dụng pháp luật nước đó, trừ trường hợp quan hệ về nội dung hợp đồng mà quy phạm xung đột dựa trên dấu hiệu theo ý chí các bên và thực tế các bên đã thoả thuận chọn pháp luật áp dụng".

Về Điều 772 "Nguyên tắc áp dụng pháp luật nước ngoài và tập quán quốc tế" (sửa đổi, bổ sung)

Theo Dự thảo, "Trong các trường hợp quy định tại khoản 3 và khoản 4 Điều 771 của Bộ luật này, thì pháp luật nước ngoài, tập quán quốc tế cũng chỉ được áp dụng, nếu việc áp dụng hoặc hậu quả của việc áp dụng đó không trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam".

Đây là Điều quy định về điều bảo lưu trật tự công cộng trong tư pháp quốc tế. Tuy nhiên, cách quy định như vậy cũng không ổn. Bởi trong khoa học tư pháp quốc tế cũng như thực tiễn điều chỉnh pháp luật trong lĩnh vực tư pháp quốc tế của các quốc gia, điều bảo lưu trật tự công cộng được quy định theo cách là pháp luật nước ngoài sẽ không được áp dụng nếu hậu quả của việc áp dụng trái với trật tự công cộng (trật tự công cộng thường được hiểu là các nguyên tắc cơ bản của pháp luật một quốc gia). Còn cách quy định như trên đã đề cập tới đối tượng áp dụng không chỉ pháp luật nước ngoài mà còn cả tập quán quốc tế (về vấn đề này chúng tôi đã nêu ở trên) và việc trái với trật tự công cộng là bản thân việc áp dụng pháp luật nước ngoài thì không phải chỉ là hậu quả của việc áp dụng pháp luật nước ngoài.

Về nguyên tắc, khi áp dụng pháp luật nước ngoài bao giờ cũng có hậu quả của nó. Hậu quả đó có thể là trái hoặc không trái với trật tự công cộng (các nguyên tắc cơ bản của pháp luật). Thực tiễn điều chỉnh pháp luật trong lĩnh vực tư pháp quốc tế ở các quốc gia văn minh cho thấy rằng điều quan tâm của các quốc gia là hậu quả của việc áp dụng chứ không phải việc áp dụng².

Điều quan tâm của các nhà làm luật khi xây dựng các quy phạm pháp luật phải chăng là ở hậu quả mà họ mong muốn. Có quy phạm pháp luật sau khi được áp dụng mà không có hậu quả không? Rõ ràng là không, bao giờ có chuyện như vậy. Chỉ có thể xảy ra là hậu quả đó có thể là mong muốn và có thể là không mong muốn. Nhiệm vụ của các nhà

¹ Xem: Ma-rur-sev N. I, Tư pháp quốc tế, NXB "INFA.M", Mat-xơ-va - 2000, Tiếng Nga, tr. 75-77.

² Xem: Ba-gu-slav- ski M. M., Giáo trình Tư pháp quốc tế, NXB "LAW", Mát-xơ-va - 1994, Tiếng Nga, tr. 468.

làm luật là xây dựng các quy phạm pháp luật sao cho hậu quả áp dụng của nó là điều mà họ mong muốn.

Theo chúng tôi, Điều này cần được quy định như sau: "Pháp luật nước ngoài sẽ không được áp dụng mặc dù có quy phạm xung đột dẫn chiếu áp dụng nếu như hậu quả của việc áp dụng đó mâu thuẫn với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam".

Về Điều 774 "Năng lực pháp luật dân sự của cá nhân là người nước ngoài" (sửa đổi, bổ sung)

Theo Dự thảo, "1- Năng lực pháp luật dân sự của cá nhân là người nước ngoài được xác định theo luật của nước mà người đó có quốc tịch;

2 - Người nước ngoài có năng lực pháp luật dân sự như công dân Việt Nam, trừ trường hợp Bộ luật này, các văn bản pháp luật của Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam có quy định khác".

Cách quy định như vậy là không phù hợp với các lý do sau:

Thứ nhất, năng lực pháp luật dân sự là khả năng người đó có các quyền dân sự theo quy định của pháp luật. Theo nguyên tắc chung, mọi người có năng lực pháp luật dân sự giống nhau, trừ một số trường hợp ngoại lệ. Trường hợp đó thường áp dụng với người nước ngoài. Bởi vì, địa vị pháp lý của người nước ngoài tại quốc gia sở tại thường khác với địa vị pháp lý của công dân sở tại. Sự khác nhau này chính là việc người nước ngoài được hưởng ở quốc gia sở tại các chế độ tối huệ quốc và chế độ có đi có lại. Người nước ngoài ở đây là tất cả những người không có quốc tịch của quốc gia sở tại. Điều này không phụ thuộc vào việc họ đang có mặt ở đâu, có quốc tịch của ai, có nơi cư trú ở quốc gia nào hay hoàn toàn không xác định được các vấn đề ấy. Ví dụ, khi toà án Việt Nam giải quyết một vụ việc dân sự có một bên là công dân Việt Nam và bên kia là người không phải công dân Việt Nam. Khi đó chúng ta gọi người không phải là công dân Việt Nam ấy là người nước ngoài. Trong khi đó hành vi người ấy thực hiện có thể ở các quốc gia khác nhau (có thể ở quốc

gia mà người nước ngoài đó có quốc tịch hoặc có thể ở quốc gia mà người đó không có quốc tịch nhưng có nơi cư trú hoặc có thể ở quốc gia nước ngoài khác). Trong các trường hợp đó, các hành vi như vậy chỉ có thể được coi là hợp pháp từ góc độ năng lực pháp luật dân sự theo pháp luật của quốc gia nơi thực hiện hành vi mà chúng ta xem xét chứ không thể theo pháp luật mà người đó có quốc tịch được. Ví dụ, một công dân Việt Nam khi ra nước ngoài thực hiện hành vi của mình thì bao giờ cũng phải quan tâm tới việc ở nước ngoài đó anh ta bị coi là người nước ngoài thì sẽ có các quyền gì theo các chế độ pháp lý mà nước ngoài đó quy định. Do vậy, khi giải quyết vụ việc các quan toà cần dựa trên cơ sở quy phạm xung đột quy định rằng năng lực pháp luật dân sự của người nước ngoài được xác định theo pháp luật của quốc gia nơi thực hiện hành vi chứ không thể là quốc gia mà người đó có quốc tịch được. Việc giải quyết theo nguyên tắc như vậy mới bảo vệ được lợi ích chính đáng của các bên. Chính vì vậy, Điều 19 của Hiệp định Tương trợ tư pháp và pháp lý về các vấn đề dân sự và hình sự giữa Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam và Liên bang Nga năm 1998 chỉ quy định việc chọn pháp luật để xác định năng lực hành vi dân sự của cá nhân mà không quy định về năng lực pháp luật dân sự của cá nhân.

Thứ hai, khi giải quyết các vụ việc hoặc tham gia vào quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài các cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam (hoặc các chủ thể tư pháp quốc tế của Việt Nam) cần phải xác định không chỉ năng lực pháp luật dân sự của cá nhân là người nước ngoài mà còn của cả công dân Việt Nam. Do vậy, việc chỉ quy định trong Điều này về năng lực pháp luật dân sự của cá nhân là người nước ngoài không thôi là chưa đủ. Một câu hỏi hợp lý đặt ra ở đây là năng lực pháp luật dân sự của công dân Việt Nam được xác định theo pháp luật của ai (?). Rõ ràng ở đây chưa có câu trả lời. Có thể có người cho rằng năng lực pháp luật dân sự của công dân Việt Nam thì phải theo pháp luật Việt Nam là đương nhiên rồi cho nên ở đây không cần quy định về cái điều đương nhiên ấy. Một điều ai

cũng biết rằng không có cái gì là đương nhiên cả khi mà pháp luật không quy định. Hơn thế, điều này, không hề là đương nhiên, vì trong trường hợp công dân Việt Nam thực hiện các hành vi ở nước ngoài thì năng lực pháp luật dân sự của công dân ấy cần phải xác định theo pháp luật nơi thực hiện hành vi, chứ không thể theo pháp luật Việt Nam được. Khi đó, công dân Việt Nam cần xác định rằng theo pháp luật nơi thực hiện hành vi, mình có các quyền dân sự gì (ví dụ có quyền ký các hợp đồng dân sự về sản bán hay không?).

Thứ ba, khoản 1 và khoản 2 mâu thuẫn với nhau: theo khoản 1, năng lực pháp luật dân sự của cá nhân là người nước ngoài được xác định theo luật của nước mà người đó có quốc tịch; theo khoản 2, người nước ngoài có năng lực pháp luật dân sự như công dân Việt Nam ...

Do vậy, theo chúng tôi, Điều này cần sửa đổi như sau: "Điều 774 Năng lực pháp luật dân sự của cá nhân (sửa đổi, bổ sung).

Năng lực pháp luật dân sự của cá nhân được xác định theo pháp luật nơi thực hiện hành vi".

Cách quy định như vậy vừa phù hợp với thực tế hơn, khắc phục được chỗ hỏng pháp luật như đã nêu trên, vừa tạo ra sự bình đẳng, khách quan của các chủ thể dân sự không phụ thuộc vào việc họ là công dân Việt Nam hay người nước ngoài. Đây là điều kiện quan trọng để thúc đẩy quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài phát triển.

Về Điều 775 Năng lực hành vi dân sự của cá nhân là người nước ngoài (sửa đổi, bổ sung)

Theo Dự thảo, "1- Năng lực hành vi dân sự của cá nhân là người nước ngoài được xác định theo pháp luật của nước mà người đó có quốc tịch.

2- Trong trường hợp người nước ngoài xác lập, thực hiện các giao dịch dân sự tại Việt Nam, thì năng lực hành vi dân sự của người nước ngoài được xác định theo pháp luật của Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam".

Cách quy định như Dự thảo là không ổn bởi hai lẽ : thứ nhất, ở đây quy định năng lực

hành vi dân sự chỉ đối với cá nhân là người nước ngoài mà chưa đối với cá nhân là công dân Việt Nam; thứ hai, không có sự thống nhất trong lựa chọn pháp luật về vấn đề này.

Đối với các giao dịch dân sự được xác lập, thực hiện ở nước ngoài thì theo nguyên tắc quốc tịch còn ở Việt Nam thì lại theo pháp luật Việt Nam.

Sự chưa có hoặc không thống nhất trên không có cơ sở khoa học. Như chúng tôi đã nêu ở trên, việc chỉ quy định đối với cá nhân là người nước ngoài mà không quy định đối với cá nhân Việt Nam là điều không chấp nhận được. Còn việc khi người nước ngoài xác lập, thực hiện hành vi dân sự ở ngoài lãnh thổ Việt Nam thì xác định theo pháp luật mà người đó có quốc tịch, còn trong lãnh thổ Việt Nam thì theo pháp luật Việt Nam là không ổn. Bởi cách quy định như vậy không phù hợp với phong tục, truyền thống của các quốc gia. Việc áp dụng nguyên tắc quốc tịch hoặc nơi cư trú để xác định năng lực hành vi dân sự của cá nhân được áp dụng phổ biến trên thế giới.³ Điều này xuất phát từ việc xem xét tính chất gắn bó của cá nhân với các hệ thống pháp luật ấy. Do vậy, cách xác định năng lực hành vi dân sự của cá nhân theo các nguyên tắc quốc tịch là bảo vệ được lợi ích chính đáng của họ và thúc đẩy được quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài phát triển (trong các hiệp định tương trợ pháp lý giữa Việt Nam và một số quốc gia cũng theo nguyên tắc này).

Do vậy, theo chúng tôi, Điều này cần được sửa như sau: "Điều 775 Năng lực hành vi dân sự của cá nhân (sửa đổi, bổ sung).

Năng lực hành vi dân sự của cá nhân được xác định theo pháp luật mà cá nhân có quốc tịch, trừ trường hợp Bộ luật này hoặc các văn bản khác của Việt Nam quy định khác".

Về Điều 778 "Năng lực pháp luật dân sự của pháp nhân nước ngoài" (sửa đổi, bổ sung)

³ Xem: Sa-di-cov O.N, Ma-rur-sev N.I., Giáo trình Tư pháp quốc tế, Nhà xuất bản pháp lý, Matxcova-1984.

Theo Dự thảo, "1- Năng lực pháp luật dân sự của pháp nhân nước ngoài được xác định theo pháp luật của nước nơi pháp nhân đó thành lập, trừ trường hợp quy định tại khoản 2 Điều này.

2- Trong trường hợp pháp nhân nước ngoài xác lập, thực hiện, thay đổi, chấm dứt các giao dịch dân sự tại Việt Nam, thì năng lực pháp luật dân sự của pháp nhân nước ngoài được xác định theo pháp luật Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam".

Cách quy định như vậy là không phù hợp, bởi vì: thứ nhất, năng lực pháp luật dân sự của pháp nhân nước ngoài không phải là tất cả các vấn đề thuộc quy chế riêng của pháp nhân nước ngoài⁴; thứ hai, năng lực pháp luật của pháp nhân nước ngoài bao giờ cũng được xác định theo pháp luật mà pháp nhân đó có quốc tịch chứ không thể theo pháp luật quốc gia sở tại hoặc tòa án được.⁵ Để làm sáng tỏ vấn đề này chúng ta cần phân biệt các vấn đề sau: 1- Địa vị pháp lý với năng lực pháp luật dân sự của pháp nhân nước ngoài, 2- Năng lực pháp luật với quy chế riêng của pháp nhân nước ngoài, 3- Quốc tịch của pháp nhân nước ngoài với năng lực pháp luật dân sự và quy chế riêng của nó.

Địa vị pháp lý của pháp nhân nước ngoài khác với năng lực pháp luật dân sự của nó. Địa vị pháp lý của pháp nhân nước ngoài là tổng thể các quyền và nghĩa vụ mà pháp nhân có thể có và phải thực hiện ở quốc gia sở tại. Trong thực tiễn quan hệ quốc tế hiện nay, địa vị pháp lý của pháp nhân nước ngoài được xác định trên cơ sở nguyên tắc đả ngộ quốc gia và nguyên tắc tối huệ quốc (chủ yếu các nguyên tắc này được ghi nhận trong các điều ước quốc tế giữa các quốc gia hữu quan). Trong khi đó, năng lực pháp luật dân sự của pháp nhân nước ngoài bao giờ cũng được xác định trên cơ sở pháp luật của quốc gia mà pháp nhân có quốc tịch. Năng lực pháp luật

dân sự của pháp nhân là khả năng pháp nhân có các quyền và gánh vác các nghĩa vụ dân sự. Khả năng này được thể hiện trong điều lệ của pháp nhân và các quy định pháp luật của quốc gia đó đối với từng loại pháp nhân. Mỗi một pháp nhân có một bản điều lệ của riêng mình trên cơ sở phù hợp với pháp luật của quốc gia mà pháp nhân đó có quốc tịch.

Do vậy, trên thực tế năng lực pháp luật dân sự của pháp nhân này khác với năng lực pháp luật dân sự của pháp nhân kia. Điều này khác hẳn với vấn đề năng lực pháp luật dân sự của cá nhân (thông thường, các cá nhân cùng là công dân một nước thì có năng lực pháp luật dân sự giống nhau trừ một số trường hợp pháp luật quy định khác).

Năng lực pháp luật dân sự của pháp nhân nước ngoài khác với quy chế riêng của nó. Sự khác nhau này được thể hiện ở chỗ, quy chế riêng của pháp nhân nói chung bao gồm các vấn đề như: năng lực pháp luật dân sự, trình tự thành lập và giải thể, đại diện hợp pháp của pháp nhân, thanh lý tài sản của pháp nhân. Như vậy, vấn đề về năng lực pháp luật dân sự của pháp nhân nước ngoài chỉ là một trong bốn vấn đề trên của pháp nhân. Thực tiễn điều chỉnh pháp luật của các quốc gia cho thấy rằng quy chế riêng của pháp nhân được xác định theo pháp luật của quốc gia mà pháp nhân có quốc tịch. Do vậy, nếu chúng ta chỉ quy định vấn đề năng lực pháp luật dân sự của pháp nhân nước ngoài không thôi thì có nghĩa là còn một số vấn đề quan trọng thuộc quy chế riêng của nó chưa được giải quyết.

Quốc tịch của pháp nhân nước ngoài khác với năng lực pháp luật dân sự và quy chế riêng của nó. Quốc tịch của pháp nhân là mối quan hệ pháp lý đặc biệt giữa một quốc gia với một pháp nhân của mình. Việc xác định quốc tịch của pháp nhân ở các quốc gia thường căn cứ vào các dấu hiệu như nơi đăng ký thành lập (Anh, Mỹ), nơi pháp nhân có trụ sở chính (các quốc gia Châu Âu lục địa), nơi hoạt động chính (Syri, Ai Cập). Việc xác định quốc tịch của pháp nhân được đặt ra để phân biệt pháp nhân của quốc gia sở tại với pháp nhân nước ngoài. Ví dụ, các pháp nhân Việt Nam là các pháp nhân được thành lập theo

⁴ Xem: Viện Pháp chế và Luật học so sánh thuộc Chính phủ Nga, Tư pháp quốc tế, Nhà xuất bản "INPHRA.M", Matxcova - 2000, tr. 144, Tiếng Nga.

⁵ Xem: G.K.Đmit-pia-eva, Tư pháp quốc tế, Nhà xuất bản "Luật gia", Matxcova - 1993, tr.77, Tiếng Nga.

pháp luật Việt Nam. Các pháp nhân không phải pháp nhân Việt Nam là các pháp nhân nước ngoài. Còn việc pháp nhân nước ngoài đó có quốc tịch của quốc gia nào thì pháp nhân đó phải có các giấy tờ cần thiết để chứng minh sau khi được hợp pháp hoá lãnh sự. Việc chứng minh quốc tịch của quốc gia đối với pháp nhân có ý nghĩa không chỉ trong việc xác định năng lực pháp luật dân sự, quy chế riêng của pháp nhân nước ngoài mà còn trong việc xác định quyền bảo vệ ngoại giao của một quốc gia đối với pháp nhân, các chế độ pháp lý mà pháp nhân được hưởng ...

Ngoài ra, Điều 832 nêu trên chỉ quy định về pháp nhân nước ngoài. Vấn đề đặt ra là những việc tương tự như vậy đối với pháp nhân Việt Nam thì xác định theo pháp luật của ai? Đây là câu hỏi mà các nhà lập pháp nước ta cần trả lời cho không chỉ các cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam mà còn các cá nhân, pháp nhân Việt Nam và nước ngoài. Nếu không có câu trả lời rõ trong pháp luật Việt Nam, thì chỉ có thể có hai cách hiểu: một là luôn luôn áp dụng pháp luật Việt Nam; hai là không thể xác định được. Như đã phân tích ở trên, quy chế riêng của pháp nhân luôn được xác định theo pháp luật của quốc gia mà pháp nhân có quốc tịch. Bởi vậy, theo chúng tôi, Điều này cần giải quyết quy chế riêng không chỉ của pháp nhân nước ngoài mà còn của cả pháp nhân Việt Nam trong quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài. Cách giải quyết như vậy sẽ là cơ sở để các cá nhân, pháp nhân Việt Nam và nước ngoài xác định đúng hành vi hợp pháp của mình và đối tác. Giải quyết được như vậy sẽ không những phù hợp với thực tiễn hiện nay, với các tiêu chí phổ biến chung trên thế giới mà còn là một sự minh bạch hoá pháp luật theo đòi hỏi tất yếu của nền kinh tế thị trường trong điều kiện hội nhập quốc tế.

Khoản 2 của Điều 778 không phù hợp nên bỏ đi, vì không bao giờ năng lực pháp luật của pháp nhân nước ngoài lại được xác định theo pháp luật Việt Nam, thậm chí cả trường hợp thực hiện các giao dịch dân sự tại Việt Nam. Trong trường hợp pháp nhân nước ngoài thực hiện các giao dịch dân sự tại Việt Nam, thì pháp

nhân nước ngoài (cơ quan nhà nước có thẩm quyền, các bên thứ ba) không chỉ cần dựa trên năng lực pháp luật của pháp nhân nước ngoài đó, mà còn phải dựa trên địa vị pháp lý của pháp nhân nước ngoài ở Việt Nam (vì vậy, sẽ không có cơ sở cho sự e ngại rằng pháp nhân nước ngoài có thể chỉ căn cứ vào quy chế riêng của mình mà hành động chứ không cần để ý tới pháp luật nơi pháp nhân đó thực hiện các giao dịch dân sự). Nếu quy định như khoản 2 nêu trên sẽ vô lý và nguy hiểm ở chỗ, thứ nhất, pháp luật Việt Nam không có quy định về năng lực pháp luật của pháp nhân nước ngoài (như trên đã trình bày); thứ hai, trong trường hợp có tranh chấp về việc thực hiện các giao dịch dân sự đó, toà án nước ngoài có thể sẽ giải quyết, thì khi đó toà án ấy có thể tuyên bố là giao dịch vô hiệu nếu như năng lực pháp luật được xác định như trên. Do vậy không phải ngẫu nhiên các quốc gia đều không quy định như vậy. Ví dụ, pháp luật Cộng hoà Liên bang Nga chỉ quy định rằng trong trường hợp pháp nhân nước ngoài thực hiện các giao dịch dân sự tại Cộng hoà Liên bang Nga, thì họ không được viện dẫn vào các quy định về thẩm quyền của cơ quan pháp nhân đó nếu nó xa lạ với pháp luật Cộng hoà Liên bang Nga (khoản 2 Điều 161 Các cơ sở của pháp luật Dân sự của Cộng hoà Liên bang Nga 1991).

Do đó, theo chúng tôi, Điều 778 cần được sửa đổi như sau: "Quy chế riêng của pháp nhân được xác định theo pháp luật của quốc gia mà pháp nhân có quốc tịch".

Về Điều 780 "Quyền sở hữu tài sản" (sửa đổi, bổ sung)

Theo Dự thảo, "1- Việc xác lập, chấm dứt quyền sở hữu, nội dung quyền sở hữu đối với tài sản được xác định theo pháp luật của nước nơi có tài sản đó, trừ trường hợp quy định tại khoản 2 và khoản 4 Điều này.

2- Quyền sở hữu đối với động sản trên đường vận chuyển được xác định theo pháp luật của nước nơi động sản được chuyển đến, nếu không có thoả thuận khác.

3- Việc phân biệt tài sản là động sản hoặc bất động sản được xác định theo pháp luật của nước nơi có tài sản

Việc xác định quyền sở hữu đối với tàu bay dân dụng và tàu biển tại Việt Nam phải tuân theo pháp luật chuyên ngành về hàng không dân dụng và hàng hải nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam".

Cách quy định như vậy còn chưa đầy đủ, bởi khoản 2 chưa nêu hết các trường hợp ngoại lệ không áp dụng nguyên tắc luật nơi có vật.

Việc không áp dụng nguyên tắc nơi có vật trên đường vận chuyển quốc tế đối với quan hệ về quyền sở hữu được thực hiện ở các quốc gia. Điều này xuất phát từ thực tế, bởi khi hàng hoá trên đường vận chuyển quốc tế (ví dụ, ở biển cả) chúng ta có muốn áp dụng dạng hệ thuộc luật nơi có vật cũng không áp dụng được (biển cả không phải là quốc gia nên không có pháp luật về quyền sở hữu). Ở đây cần xác định rõ là "đường vận chuyển quốc tế không thuộc lãnh thổ của bất cứ quốc gia nào" thay cho từ "đường vận chuyển". Bởi trong trường hợp vận chuyển trên lãnh thổ một quốc gia xác định (ví dụ, tại lãnh thổ Việt Nam) thì nguyên tắc nơi có vật vẫn cần được ưu tiên áp dụng là thuận tiện và dễ xác định hơn cả.

Ngoài ra, cách quy định theo khoản 2 cũng chưa kín kẽ, bởi nếu trong trường hợp các bên không thoả thuận mà nơi hàng được chuyển đến là hai quốc gia thì sao (?). Pháp luật của quốc gia nơi hàng được chuyển đến ở đây là pháp luật của ai (?). Do vậy, theo chúng tôi trong trường hợp này cần quy định như sau: "Quyền sở hữu đối với động sản trên đường vận chuyển quốc tế không thuộc lãnh thổ của bất kỳ quốc gia nào thì áp dụng pháp luật của quốc gia mà các bên thoả thuận, trong trường hợp không thoả thuận thì áp dụng pháp luật của quốc gia nơi hàng được chuyển đến, nếu không xác định được, thì áp dụng pháp luật của quốc gia mà con tàu chở hàng có quốc tịch".

Trong thực tiễn quan hệ quốc tế còn nhiều trường hợp ngoại lệ không áp dụng nguyên tắc luật nơi có vật trong lĩnh vực quyền sở hữu đối với các vấn đề cơ sở xác lập và chấm dứt quyền sở hữu như: thừa kế, thanh

lý tài sản của pháp nhân; quyền sở hữu đối với động sản vô hình.⁶ Bởi vì, việc giải quyết vấn đề thừa kế tài sản ở các quốc gia được tiến hành theo các nguyên tắc giải quyết xung đột pháp luật về thừa kế (có thể không trùng với nơi có vật); việc giải quyết vấn đề thanh lý tài sản của pháp nhân (một trong vấn đề về quy chế riêng của pháp nhân) được dựa trên cơ sở pháp luật của quốc gia mà pháp nhân có quốc tịch (có thể không trùng với nơi có vật); đối với động sản vô hình thì rõ ràng chúng ta có yêu thích nguyên tắc luật nơi có vật cũng không thể áp dụng được, bởi một điều đơn giản là có nhìn thấy vật đâu mà biết nơi đó là nơi nào (?). Do vậy, theo tôi, cần thêm các khoản 3, 4, 5 như sau: "3- Đối với trường hợp thừa kế tài sản, cơ sở xác lập quyền sở hữu được xác định theo pháp luật về thừa kế; 4- Đối với trường hợp thanh lý tài sản của pháp nhân, cơ sở xác lập và chấm dứt quyền sở hữu được xác định theo pháp luật mà pháp nhân có quốc tịch; 5- Đối với tài sản vô hình (trừ tài sản thuộc lĩnh vực quyền sở hữu trí tuệ), việc xác lập và chấm dứt quyền sở hữu được xác lập theo pháp luật của quốc gia mà các bên thoả thuận lựa chọn".

Về Điều 781 thừa kế theo pháp luật (mới)

1- Quyền thừa kế theo pháp luật được xác định theo pháp luật của nước có người để lại di sản thừa kế có quốc tịch trước khi chết.

2- Thời điểm mở thừa kế phải tuân theo pháp luật của nước nơi người để lại di sản thừa kế có quốc tịch vào thời điểm chết.

3- Quyền thừa kế đối với bất động sản phải tuân theo pháp luật của nước nơi có bất động sản đó.

4- Di sản không có người thừa kế là bất động sản thuộc về Nhà nước nơi có bất động sản đó.

5- Di sản không có người thừa kế là động sản thuộc về Nhà nước mà người để lại di sản thừa kế có quốc tịch trước khi chết."

⁶ Xem: L. A. Lunx, Tư pháp quốc tế (Phần chung), Nhà xuất bản "Ấn phẩm pháp lý", Matxcova - 1973, Tiếng Nga, tr. 233-237.

Cách quy định trong Điều này còn chưa thật chính xác. Theo chúng tôi, Điều này chỉ quy định thừa kế theo pháp luật mà không quy định phân di sản không người thừa kế (phần này cần quy định vào một Điều riêng sau phần thừa kế theo di chúc). Phần thừa kế theo pháp luật cần quy định như Khoản 1 là được rồi (chỉ cần thay cụm từ "Quyền thừa kế" bằng cụm từ "Thừa kế"), bởi tài sản ở đây có thể hiểu là cả bất động sản và động sản. Cách quy định này phù hợp với điều kiện nước ta (có công dân ở nước ngoài nhiều). Bởi theo cách đó, khi quy phạm xung đột pháp luật nước ngoài dẫn chiếu tới pháp luật Việt Nam đối với di sản của công dân Việt Nam thì khi đó pháp luật Việt Nam sẽ được áp dụng (kể cả trường hợp các quốc gia áp dụng chính sách dẫn chiếu trở lại và dẫn chiếu tới nước thứ ba).

Về Điều 782 "Thừa kế theo di chúc" (mới)

"1- Năng lực lập di chúc, thay đổi và huỷ bỏ di chúc phải tuân theo pháp luật của nước mà người lập di chúc là công dân vào thời điểm lập di chúc.

2- Hình thức của di chúc phải tuân theo pháp luật của nước nơi lập di chúc".

Phần này còn thiếu việc quy định về chọn pháp luật điều chỉnh nội dung di chúc. Trong việc giải quyết thừa kế có yếu tố nước ngoài, việc chọn pháp luật điều chỉnh nội dung di chúc bao giờ cũng được đặt ra. Chỉ có thể căn cứ vào hệ thống pháp luật đó chúng ta mới có thể xác định được vấn đề di chúc đó có hợp pháp về mặt nội dung hay không (?); nếu hợp pháp thì ai được hưởng và được hưởng bao nhiêu (?).

Phần về di sản không người thừa kế cần quy định như sau: "Điều 783 - Di sản không người thừa kế - Di sản không người thừa kế thuộc về nhà nước mà người để lại di sản có quốc tịch". Cách quy định như vậy phù hợp với điều kiện nước ta trong quan hệ quốc tế hiện nay (công dân Việt Nam ở nước ngoài rất nhiều). Còn cách quy định về vấn đề này của Ban Soạn thảo sẽ dẫn đến nguy cơ là Nhà nước ta không nhận được di sản của

công dân Việt Nam không người thừa kế ở nước ngoài cả trong trường hợp pháp luật nước ngoài quy định nhà nước được nhận di sản đó là nhà nước mà công dân trên có quốc tịch (nếu như nước ngoài đã nêu áp dụng chính sách có đi có lại hoặc áp dụng dẫn chiếu ngược hoặc dẫn chiếu tới nước thứ ba).

Về Điều 783 "Hợp đồng dân sự" (Sửa đổi, bổ sung)

Theo Dự thảo, *"1- Quyền và nghĩa vụ của các bên theo hợp đồng được xác định theo pháp luật của nước nơi thực hiện hợp đồng nếu các bên không thoả thuận khác.*

Hợp đồng được giao kết tại Việt Nam và thực hiện hoàn toàn tại Việt Nam thì phải tuân theo pháp luật Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam.

Trong trường hợp hợp đồng không ghi nơi thực hiện hợp đồng, thì việc xác định nơi thực hiện hợp đồng phải tuân theo pháp luật Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam.

2- Hợp đồng liên quan đến bất động sản ở Việt Nam phải tuân theo pháp luật Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam."

Theo chúng tôi, từ "quyền và nghĩa vụ của các bên trong quan hệ hợp đồng" cần thay bằng từ "nội dung hợp đồng", bởi nội dung hợp đồng còn có nhiều vấn đề khác ngoài quyền và nghĩa vụ của các bên (ví dụ, đối tượng hợp đồng). Ngoài ra, trong điều này cần quy định năng lực hành vi ký kết hợp đồng của cá nhân (cần xác định theo nguyên tắc quốc tịch).

Ngoài ra, có hai thuật ngữ, theo chúng tôi, được sử dụng trong Dự thảo là không cần thiết. Thứ nhất, thuật ngữ "Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam" cần thay bằng thuật ngữ "Việt Nam" như trong Bộ luật hiện hành là hợp lý hơn. Bởi vì, cách dùng đó ngắn gọn góp phần cho việc áp dụng pháp luật một cách thuận lợi. Thứ hai, thuật ngữ "cá nhân là người nước ngoài" cần thay bằng thuật ngữ "người nước ngoài". Bởi vì, nước ta có văn bản pháp luật chuyên về người nước ngoài đã có việc xác định khái niệm người nước ngoài theo cách hiểu là "cá nhân" rồi.