

TS. ĐOÀN NĂNG

MỘT SỐ VẤN ĐỀ
LÝ LUẬN CƠ BẢN
VỀ TƯ PHÁP QUỐC TẾ

(SÁCH THAM KHẢO)



NHÀ XUẤT BẢN CHÍNH TRỊ QUỐC GIA

TS. ĐOÀN NẶNG

MỘT SỐ VẤN ĐỀ
LÝ LUẬN CƠ BẢN
VỀ TƯ PHÁP QUỐC TẾ

(SÁCH THAM KHẢO)

NHÀ XUẤT BẢN CHÍNH TRỊ QUỐC GIA
Hà Nội - 2001

LỜI NHÀ XUẤT BẢN

Trong thời kỳ đổi mới, việc mở rộng quan hệ đối ngoại và chủ động hội nhập kinh tế quốc tế là một trong những chính sách lớn của Đảng và Nhà nước ta. Chúng ta chủ trương thực hiện nhất quán đường lối đối ngoại độc lập tự chủ, rộng mở, đa phương hoá, đa dạng hoá các quan hệ quốc tế; Việt Nam sẵn sàng là bạn và đối tác tin cậy của các nước trong cộng đồng quốc tế, phấn đấu vì hoà bình, độc lập và phát triển.

Thực hiện đường lối đối ngoại đó, các quan hệ hợp tác kinh tế, thương mại, khoa học, công nghệ và văn hoá giữa Việt Nam với các nước và các tổ chức quốc tế ngày càng phát triển mạnh mẽ. Hệ quả tất yếu của quá trình này là các quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài cũng ngày càng đa dạng, phong phú và phức tạp.

Để bảo vệ một cách có hiệu quả các quyền và lợi ích hợp pháp của các tổ chức, cá nhân Việt Nam, của Nhà nước Việt Nam cũng như của các tổ chức, cá nhân nước ngoài, của nhà nước nước ngoài trong giao lưu dân sự quốc tế, nhằm góp phần thúc đẩy giao lưu kinh tế, thương mại, khoa học, công nghệ và văn hoá của Việt Nam với các nước và các tổ chức quốc tế, chúng ta cần nghiên cứu, nắm vững và xử lý tốt những vấn đề lý luận và thực tiễn điều chỉnh pháp lý các mối quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài.

Với hy vọng giúp bạn đọc nghiên cứu, tìm hiểu những vấn đề lý luận cơ bản về tư pháp quốc tế, góp phần nâng cao hiệu quả điều chỉnh pháp lý các mối quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài,

Nhà xuất bản Chính trị quốc gia xuất bản cuốn sách ***Một số vấn đề lý luận cơ bản về tư pháp quốc tế*** (sách tham khảo) do TS. Đoàn Năng, Vụ trưởng Vụ Pháp chế Bộ Khoa học, Công nghệ và Môi trường biên soạn.

Rất mong nhận được ý kiến đóng góp xây dựng của bạn đọc.

Tháng 6 năm 2001

NHÀ XUẤT BẢN CHÍNH TRỊ QUỐC GIA

CHƯƠNG I

NHỮNG ĐẶC ĐIỂM CƠ BẢN CỦA TƯ PHÁP QUỐC TẾ

Lịch sử của xã hội loài người từ khi có nhà nước đến nay đã cho chúng ta thấy rằng, không chỉ có các mối quan hệ xã hội phát sinh trong nội bộ quốc gia mà còn có các quan hệ xã hội phát sinh trong sinh hoạt quốc tế. Đó là các quan hệ về nhiều mặt với sự tham gia của các quốc gia, các tổ chức quốc tế, và của cả các công dân, pháp nhân của các quốc gia. Những quan hệ đó phát triển theo hướng ngày càng đa dạng về chủng loại, ngày càng phong phú, phức tạp về mặt nội dung, đặc biệt trong bối cảnh gia tăng mạnh mẽ của xu thế khu vực hoá, toàn cầu hoá nền kinh tế.

Cũng như các mối quan hệ xã hội trong nội bộ của mỗi quốc gia, các quan hệ xã hội phát sinh trong sinh hoạt quốc tế đòi hỏi phải được điều chỉnh về mặt pháp lý với hiệu quả ngày càng cao hơn. Một bộ phận quan hệ xã hội phát sinh trong sinh hoạt quốc tế được điều chỉnh bởi công pháp quốc tế và một bộ phận khác được điều chỉnh bởi tư pháp quốc tế. Để có thể xác định chính xác các đặc điểm của tư pháp quốc tế, chúng ta cần có quan điểm đúng đắn và khoa học về đối tượng điều chỉnh; chủ thể; thành phần quy phạm và nguồn của tư pháp quốc tế; phương pháp điều chỉnh; bản chất giai cấp của tư pháp quốc tế; mục đích và các nguyên tắc cơ bản

của tư pháp quốc tế; mối quan hệ của tư pháp quốc tế với công pháp quốc tế và với pháp luật quốc gia.

1- VỀ ĐỐI TƯỢNG ĐIỀU CHỈNH CỦA TƯ PHÁP QUỐC TẾ

Đối tượng điều chỉnh của pháp luật nói chung và của tư pháp quốc tế nói riêng, là các mối quan hệ xã hội. Các mối quan hệ xã hội phát sinh trong nội bộ mỗi quốc gia do pháp luật của quốc gia điều chỉnh. Riêng các mối quan hệ xã hội phát sinh trong sinh hoạt quốc tế được điều chỉnh bằng pháp luật nào là vấn đề chúng ta cần xem xét khẳng định.

Về mặt lý luận cũng như trên thực tế, các mối quan hệ phát sinh trong sinh hoạt quốc tế bao gồm hai loại¹:

a) Quan hệ chính trị, quân sự, khía cạnh chính trị của các quan hệ kinh tế, thương mại, khoa học - kỹ thuật, văn hoá, v.v., giữa các quốc gia, các tổ chức quốc tế liên chính phủ và các dân tộc đang đấu tranh giành độc lập với nhau;

b) Quan hệ có tính chất dân sự với sự tham gia của các cá nhân, pháp nhân của các quốc gia, và trong phạm vi nhất định có cả sự tham gia của các quốc gia, các tổ chức quốc tế liên chính phủ.

Theo quan điểm tương đối thống nhất của các luật gia Việt Nam hiện nay, loại quan hệ thứ nhất nêu trên do công pháp quốc tế điều chỉnh; loại quan hệ thứ hai được điều

1. *Giáo trình Luật quốc tế* (TS. Đoàn Năng chủ biên), Trường Đại học Tổng hợp Hà Nội, 1993, tr. 12,13; *Giáo trình Luật quốc tế* (TS. Đoàn Năng chủ biên), Trường Đại học Luật Hà Nội, 1997, tr. 14, 15.

chính bởi một tổng hợp các nguyên tắc, quy phạm pháp luật mà trong khoa học pháp lý người ta vẫn gọi là tư pháp quốc tế¹.

Như vậy, đối tượng điều chỉnh của tư pháp quốc tế không phải là những quan hệ xã hội phát sinh trong nội bộ mỗi quốc gia. Nó vượt ra ngoài phạm vi không gian hiệu lực của pháp luật của mỗi quốc gia và liên quan đến các quốc gia khác, đến phạm vi không gian hiệu lực của pháp luật của nước khác. Điều cần phải nghiên cứu và khẳng định chính là ở chỗ, tư pháp quốc tế điều chỉnh các quan hệ có tính chất dân sự phát sinh trong sinh hoạt quốc tế mà trong khoa học pháp lý thường được gọi là quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài.

Nếu so với pháp luật quốc gia, thì theo quan điểm của nhiều luật gia Việt Nam, tư pháp quốc tế giống các ngành có liên quan của pháp luật quốc gia ở chỗ, có đối tượng điều chỉnh là các mối quan hệ dân sự. Song, sự khác biệt của tư pháp quốc tế so với pháp luật quốc gia thể hiện ở việc đối tượng điều chỉnh của tư pháp quốc tế là quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài.

Vấn đề còn có ý kiến khác nhau giữa các luật gia Việt Nam, giữa quy định của pháp luật và quan điểm của các nhà khoa học là vấn đề về phạm vi rộng hay hẹp của quan hệ dân sự và về những tiêu chí để xác định một quan hệ dân sự được công nhận là có yếu tố nước ngoài. Cụ thể như sau:

Theo quy định tại Điều 1 của Bộ luật Dân sự Việt Nam năm 1995, quan hệ dân sự bao gồm các quan hệ tài sản và nhân thân phi tài sản phát sinh trong giao lưu dân sự. Vì

1. *Giáo trình Tư pháp quốc tế* (TS. Đoàn Năng chủ biên), Trường Đại học Tổng hợp Hà Nội, 1994, tr. 11.

vậy, khái niệm quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài quy định tại Điều 826 Bộ luật Dân sự Việt Nam đương nhiên chỉ bao gồm quan hệ tài sản và nhân thân phi tài sản phát sinh trong giao lưu dân sự quốc tế (những quan hệ khác có tính chất dân sự phát sinh trong giao lưu quốc tế được quy định riêng trong các văn bản pháp luật chuyên ngành). Nói cách khác, quan hệ dân sự và cả quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài trong Bộ luật Dân sự Việt Nam vẫn chỉ là quan hệ dân sự theo nghĩa hẹp. Nếu hiểu theo nghĩa rộng thì còn có thể xếp nhiều loại quan hệ xã hội vào phạm trù quan hệ dân sự.

Theo quan điểm của các nhà khoa học Việt Nam, cho đến nay tuy có những cách viết khác nhau, nhưng chung quy lại đều thống nhất khẳng định quan hệ dân sự trong tư pháp quốc tế được hiểu theo nghĩa rộng hơn so với khái niệm quan hệ dân sự trong Bộ luật Dân sự Việt Nam năm 1995, bao gồm không chỉ các quan hệ tài sản, quan hệ nhân thân phi tài sản phát sinh trong giao lưu dân sự quốc tế mà trong đó đã có quan hệ hôn nhân và gia đình như Bộ luật Dân sự Việt Nam năm 1995 quy định, mà cả quan hệ lao động và quan hệ tổ tụng dân sự có yếu tố nước ngoài.

Xét về tính chất của quan hệ xã hội thì hoàn toàn có thể xếp quan hệ lao động có yếu tố nước ngoài vào phạm trù quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài. Tuy quan hệ lao động là loại quan hệ có nhiều đặc thù và phải được điều chỉnh bằng các nguyên tắc và quy phạm đặc thù, không thể theo các nguyên tắc và quy phạm thông thường điều chỉnh các quan hệ dân sự, nhưng khi có yếu tố nước ngoài, cả quan hệ dân sự và quan hệ lao động ngoài việc tuân theo các nguyên tắc và phương pháp điều chỉnh đặc thù của mình, còn phải tuân theo các nguyên tắc và phương pháp điều chỉnh chung (xem Mục IV của Chương này).

Ở mỗi quốc gia, các nguyên tắc, quy phạm điều chỉnh các quan hệ tố tụng dân sự cấu thành một ngành pháp luật độc lập so với pháp luật nội dung điều chỉnh các quan hệ dân sự. Song, các nhà khoa học về tư pháp quốc tế ở tất cả các nước đều xếp các nguyên tắc, quy phạm điều chỉnh các quan hệ tố tụng dân sự có yếu tố nước ngoài thành bộ phận của tư pháp quốc tế. Nói cách khác, họ đều coi quan hệ tố tụng dân sự có yếu tố nước ngoài thuộc phạm vi điều chỉnh của tư pháp quốc tế. Chúng ta ủng hộ quan điểm này vì trong quá trình điều chỉnh các quan hệ tố tụng dân sự có yếu tố nước ngoài, bên cạnh việc tuân thủ các nguyên tắc và phương pháp điều chỉnh đặc thù của pháp luật tố tụng dân sự, còn phải tuân theo các nguyên tắc và phương pháp chung trong việc điều chỉnh các quan hệ có yếu tố nước ngoài (xem Phần IV của Chương này và Chương VII).

Về tiêu chí xác định một quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài, Điều 826 của Bộ luật Dân sự Việt Nam quy định như sau:

- Có người nước ngoài, pháp nhân nước ngoài tham gia, hoặc
- Căn cứ để xác lập, thay đổi, chấm dứt quan hệ đó phát sinh ở nước ngoài, hoặc
- Tài sản liên quan đến quan hệ đó ở nước ngoài.

Trong sách báo về tư pháp quốc tế cũng có những nhà khoa học ủng hộ quan điểm đã được thể hiện trong Bộ luật Dân sự Việt Nam về tiêu chí xác định yếu tố nước ngoài của quan hệ dân sự¹. Song, có những nhà khoa học khác về tư pháp quốc tế nhận xét rằng quan điểm này không hoàn toàn

1. *Giáo trình Tư pháp quốc tế* (TS. Hồ Phong Tư chủ biên). Trường Đại học Pháp lý Hà Nội, 1992, tr.5.

xác đáng vì các tiêu chí mà Bộ luật Dân sự năm 1995 quy định để xác định yếu tố nước ngoài của quan hệ dân sự không bao quát hết các loại quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài¹. Nhận xét này hoàn toàn đúng đắn, vì trong thực tiễn có những trường hợp có cả nhà nước nước ngoài, và cả các tổ chức quốc tế liên chính phủ cũng tham gia vào quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài; có cả trường hợp các bên đương sự đều có quốc tịch của một nước, nhưng lại có ít nhất một bên đương sự cư trú hay đặt trụ sở chính ở nước khác mà khi xử lý tranh chấp, các cơ quan có thẩm quyền không thể bỏ qua thực tế này. Nói cách khác, có lẽ nên bổ sung thêm vào Điều 826 của Bộ luật Dân sự và viết lại như sau: Là quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài trong các trường hợp sau đây:

- Có ít nhất một bên tham gia quan hệ xã hội là người nước ngoài hoặc pháp nhân nước ngoài, hoặc Nhà nước nước ngoài, hoặc Mặt trận dân tộc giải phóng đại diện cho dân tộc đang đấu tranh giành độc lập, hoặc tổ chức quốc tế liên chính phủ, hoặc

- Có ít nhất một bên tham gia quan hệ xã hội cư trú hay đặt trụ sở chính ở nước ngoài, hoặc

- Căn cứ xác lập, thay đổi, chấm dứt quan hệ xã hội đó xảy ra ở nước ngoài, hoặc

- Tài sản là khách thể của quan hệ xã hội đó tồn tại ở nước ngoài.

Quan điểm này gần đây đã được các cơ quan tham gia soạn thảo Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000 và sau đó cũng được Quốc hội nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt

1. *Giao trình Tư pháp quốc tế* (TS. Đoàn Năng chủ biên), Trường Đại học Tổng hợp Hà Nội, 1994, tr.5.

Nam chấp nhận và thể hiện tại khoản 4 Điều 100 của Luật này như sau: "Các quy định của Chương này cũng được áp dụng đối với quan hệ hôn nhân và gia đình giữa công dân Việt Nam với nhau mà một bên hoặc cả hai bên định cư ở nước ngoài". Song rất tiếc cho đến nay, quan điểm này chưa được thể hiện rõ trong các văn bản pháp luật chuyên ngành khác của Việt Nam.

Tóm lại, đặc điểm của tư pháp quốc tế về mặt đối tượng điều chỉnh thể hiện chủ yếu ở yếu tố nước ngoài của các quan hệ dân sự theo nghĩa rộng. Chính yếu tố nước ngoài của các quan hệ xã hội do tư pháp quốc tế điều chỉnh sẽ quyết định các đặc điểm về chủ thể, về thành phần quy phạm, về nguồn, về các nguyên tắc và phương pháp điều chỉnh đặc thù, v.v., của tư pháp quốc tế, và cả về tính chất và mối quan hệ của tư pháp quốc tế với công pháp quốc tế và với pháp luật quốc gia.

II- VỀ CHỦ THỂ CỦA TƯ PHÁP QUỐC TẾ

Chủ thể của pháp luật nói chung, và của tư pháp quốc tế nói riêng, là con người và các tổ chức của con người được pháp luật thừa nhận có quyền năng chủ thể pháp luật. Tuy nhiên mỗi hệ thống, mỗi lĩnh vực, mỗi ngành pháp luật đều có đặc thù của mình về mặt chủ thể pháp luật. Đặc thù này được quyết định bởi tính chất và đặc điểm của các mối quan hệ xã hội do hệ thống, lĩnh vực, ngành pháp luật cụ thể điều chỉnh.

Về mặt lý luận cũng như theo các quy định của pháp luật ở tất cả các nước trên thế giới, chủ thể của các quan hệ pháp luật dân sự trước hết và chủ yếu gồm các cá nhân và pháp nhân. Bởi vì, quan hệ dân sự chủ yếu phát sinh giữa cá nhân

với cá nhân, giữa cá nhân với pháp nhân và giữa các pháp nhân với nhau. Bản thân nhà nước đôi khi cũng tham gia với tư cách một bên của quan hệ dân sự với các cá nhân, pháp nhân.

Chủ thể của tư pháp quốc tế trước hết và chủ yếu là cá nhân, pháp nhân của các nước tham gia vào giao lưu quốc tế, bởi lẽ, đối tượng điều chỉnh của tư pháp quốc tế là các mối quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài. Đây là quan điểm không có luật gia hay nhà khoa học nào của Việt Nam phản đối.

Ngoài cá nhân, pháp nhân, bản thân quốc gia, dân tộc đấu tranh giành độc lập mà đại diện là mặt trận dân tộc giải phóng trong thời kỳ trước đây¹ và các tổ chức quốc tế liên chính phủ cũng phải được công nhận là chủ thể của tư pháp quốc tế. Về tư cách chủ thể đặc biệt của quốc gia trong tư pháp quốc tế, không có nhà khoa học nào bác bỏ. Song về tư cách chủ thể tư pháp quốc tế của dân tộc đang đấu tranh giành độc lập và tổ chức quốc tế liên chính phủ cũng có trường hợp không được một số nhà khoa học đề cập².

Về mặt lý luận cũng như trong thực tiễn sinh hoạt quốc tế, không chỉ quốc gia mà cả các dân tộc đấu tranh giành độc

1. Ở đây là nói đến các phong trào giải phóng dân tộc đấu tranh chống đế quốc, thực dân (chủ yếu tại châu Á, châu Phi) phát triển rất mạnh sau Chiến tranh thế giới lần thứ hai kéo dài đến những năm 60, 70 của thế kỷ XX nhằm giành độc lập dân tộc tại các thuộc địa của chủ nghĩa đế quốc, được các nước xã hội chủ nghĩa ủng hộ đã đấu tranh đòi được công nhận làm chủ thể của công pháp quốc tế và tư pháp quốc tế; sau đó đã trở thành các quốc gia độc lập; vì thế, sau đây sẽ không đề cập chủ thể này...

2. *Giáo trình Tư pháp quốc tế* (TS. Hồ Phong Tư chủ biên), Trường Đại học Pháp lý Hà Nội, 1992, tr.55 – 87.

lập mà đại diện là mặt trận dân tộc giải phóng trước đây¹ và các tổ chức quốc tế liên chính phủ hoàn toàn có quyền tham gia vào các quan hệ dân sự với các cá nhân, pháp nhân nước ngoài như quan hệ hợp đồng thuê mượn, vay mượn, cho tặng tài sản, thậm chí cả quan hệ thừa kế có yếu tố nước ngoài như nhận tài sản thừa kế theo di chúc của cá nhân nước ngoài, v.v.. Trên thực tế không thiếu những trường hợp các chủ thể này tham gia vào quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài.

Ví dụ một quốc gia muốn đặt cơ quan đại diện ngoại giao của mình ở một quốc gia khác thì đương nhiên phải ký hợp đồng mua hoặc thuê đất để xây nhà hoặc thuê nhà làm trụ sở cho cơ quan đại diện này, v.v.; Khi đặt cơ quan đại diện của mình tại Hà Nội, các tổ chức của Liên hợp quốc đều phải ký hợp đồng thuê đất, thuê nhà, v.v., với các tổ chức có tư cách pháp nhân của Việt Nam.

Nhìn chung, chủ thể của công pháp quốc tế trước hết và chủ yếu là các quốc gia; (dân tộc đang đấu tranh giành độc lập trước đây là chủ thể đặc biệt), các tổ chức quốc tế liên chính phủ là chủ thể hạn chế; cá nhân, pháp nhân luôn luôn thuộc quyền tài phán của quốc gia, không là chủ thể của công pháp quốc tế. Không thể đặt cá nhân, pháp nhân ngang hàng với các quốc gia.

Nếu đặt cá nhân, pháp nhân ngang hàng với các quốc gia thì sẽ dẫn đến hậu quả là phủ nhận chủ quyền quốc gia - điều mà chúng ta không thể chấp nhận được. Ngược lại, chủ thể chủ yếu của tư pháp quốc tế, như đã trình bày ở trên, là cá nhân, pháp nhân, bởi vì đối tượng điều chỉnh của tư pháp

1. *Giáo trình Tư pháp quốc tế* (TS. Bùi Xuân Nhựt chủ biên) Trường Đại học Luật Hà Nội, 1997, tr. 65 - 110.

quốc tế là các quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài; các quốc gia, các dân tộc đang đấu tranh giành độc lập và các tổ chức quốc tế liên chính phủ cũng đều là chủ thể của tư pháp quốc tế, nhưng có quy chế pháp lý đặc biệt¹. Quan điểm này không ai có thể bác bỏ nổi cả về phương diện lý luận lẫn thực tiễn (xem Chương V).

III- VỀ THÀNH PHẦN QUY PHẠM VÀ NGUỒN CỦA TƯ PHÁP QUỐC TẾ

1. Thành phần quy phạm của tư pháp quốc tế

Pháp luật nói chung, từng hệ thống pháp luật, từng ngành pháp luật nói riêng, bao gồm tổng thể các nguyên tắc và quy phạm có nhiệm vụ điều chỉnh các quan hệ xã hội nhất định. Tư pháp quốc tế cũng bao gồm tổng thể các nguyên tắc và quy phạm nhất định có nhiệm vụ điều chỉnh các quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài. Nội dung các nguyên tắc của tư pháp quốc tế được thể hiện trong nội dung của cả hệ thống quy phạm và trong từng quy phạm cụ thể của tư pháp quốc tế.

Vấn đề thành phần quy phạm của tư pháp quốc tế là vấn đề phức tạp và chưa có ý kiến thống nhất trong giới khoa học về tư pháp quốc tế ở các nước trên thế giới và cả ở Việt Nam. Trên thực tế có 3 quan điểm khác nhau như sau:

1. 1. Quan điểm thứ nhất:

Ở một số nước trên thế giới, có các nhà khoa học nổi tiếng

1. *Giáo trình Tư pháp quốc tế* (T.S. Đoàn Năng chủ biên). Trường Đại học Tổng hợp Hà Nội, 1994, tr.7.8.

như L. Raape¹, G. Kegel² cho rằng tư pháp quốc tế chỉ bao gồm một loại quy phạm là quy phạm xung đột - quy phạm hướng dẫn chọn pháp luật của nước này hay nước khác để điều chỉnh quan hệ xã hội cụ thể có yếu tố nước ngoài.

Có hai loại quy phạm xung đột: Quy phạm xung đột của từng quốc gia do quốc gia tự xây dựng trong văn bản pháp luật quốc gia; quy phạm xung đột thống nhất do các quốc gia thoả thuận xây dựng bằng cách ký kết các điều ước quốc tế hoặc cùng chấp nhận áp dụng các tập quán quốc tế nhất định có nội dung của quy phạm xung đột. Vì vậy, họ đồng nhất tư pháp quốc tế với luật xung đột.

2.1. Quan điểm thứ hai:

Theo quan điểm này, các quy phạm của tư pháp quốc tế bao gồm cả quy phạm xung đột và quy phạm thực chất.

Theo quan niệm của họ, quy phạm thực chất ở đây bao gồm quy phạm thực chất thống nhất (quy phạm do các quốc gia thoả thuận xây dựng bằng cách ký kết các điều ước quốc tế hoặc thoả thuận cùng áp dụng các tập quán quốc tế nhất định với nội dung quy định rõ quyền và nghĩa vụ của các bên tham gia quan hệ xã hội, quy định cả các hình thức và biện pháp chế tài cần hoặc có thể được áp dụng trong trường hợp có hành vi vi phạm pháp luật xảy ra) và cả các quy phạm thực chất do từng quốc gia tự xây dựng để áp dụng trực tiếp đối với các quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài mà không cần sự chỉ dẫn của quy phạm xung đột³ (ví

1. Leo Raape: *Tư pháp Quốc tế*, IL, 1960 (Tiếng Nga), các chương I, II, III.

2. G. Kegel. *IPR*, Munchen - Berlin, 1964.

3. *Giáo trình Tư pháp quốc tế* (TS. Bùi Xuân Nhự chủ biên), Trường Đại học Luật Hà Nội, 1997, tr. 10.

dụ, các quy định của quốc gia trong các văn bản về xuất nhập cảnh, cư trú, di lại của người nước ngoài; các văn bản pháp luật quy định cụ thể quyền, nghĩa vụ của người nước ngoài, các văn bản pháp luật về đầu tư trực tiếp nước ngoài, v.v...).

3.1. Quan điểm thứ ba:

Những người theo quan điểm này bác bỏ các quan điểm thứ nhất và thứ hai, và khẳng định tư pháp quốc tế chỉ có hai loại quy phạm là quy phạm thực chất thống nhất và quy phạm xung đột¹.

Quan điểm thứ nhất không đúng về mặt lý luận và cũng không phù hợp với thực tiễn điều chỉnh các mối quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài. Sở dĩ như vậy là vì, các quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài trên thực tế được điều chỉnh không chỉ bởi các quy phạm xung đột mà bởi cả các quy phạm thực chất thống nhất.

Trên thực tế không có luật gia nào lên tiếng bác bỏ và cũng không có quyền bác bỏ việc các quốc gia ký kết với nhau, thậm chí ký kết ngày càng nhiều các điều ước quốc tế để xây dựng không chỉ các quy phạm xung đột thống nhất mà xây dựng cả các quy phạm thực chất thống nhất (ví dụ: Công ước Viên năm 1980 về mua bán quốc tế hàng hoá, các công ước quốc tế về vận tải đường sắt quốc tế, vận tải đường bộ quốc tế, vận tải đường hàng không quốc tế, các công ước quốc tế về bưu chính viễn thông quốc tế, v.v.) hoặc cùng chấp nhận áp dụng một số tập quán nhất định có nội dung của quy phạm thực chất thống nhất (ví dụ: các tập quán CIF, FOB, v.v., trong lĩnh vực buôn bán và hàng hải quốc tế)

1. *Giáo trình Tư pháp quốc tế* (TS. Đoàn Năng chủ biên), Trường Đại học Tổng hợp Hà Nội, 1994, tr. 9 - 14.

nhằm nâng cao hiệu quả điều chỉnh pháp lý các mối quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài. Ngay cả các luật gia đồng nhất tư pháp quốc tế với luật xung đột cũng không lên tiếng bác bỏ việc này.

Quan điểm thứ hai cũng không đúng về mặt lý luận cũng như thực tiễn điều chỉnh các mối quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài.

Nếu cho rằng tư pháp quốc tế bao gồm cả quy phạm thực chất do từng quốc gia tự xây dựng thì dẫn đến tình trạng phủ nhận tính độc lập của tư pháp quốc tế, phủ nhận sự tồn tại thực tế và khách quan của một số quy phạm xung đột. Ví dụ, ngay trong Hiến pháp Việt Nam năm 1992 (Điều 81) có quy định “Người nước ngoài cư trú ở Việt Nam phải tuân theo Hiến pháp và pháp luật Việt Nam, được Nhà nước bảo hộ tính mạng, tài sản và các quyền lợi chính đáng theo pháp luật Việt Nam”. Điều 4 Nghị định số 24/2000/NĐ-CP ngày 31-7-2000 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam quy định: “Các đối tượng tham gia hợp tác đầu tư quy định tại Điều 2 Nghị định này phải tuân thủ quy định của Luật Đầu tư nước ngoài, quy định của Nghị định này và các quy định khác có liên quan của pháp luật Việt Nam”.

Theo quan điểm của chúng ta, các quy định nêu trên của Hiến pháp năm 1992 cũng như của Nghị định số 24/2000/NĐ-CP chứa đựng nội dung của quy phạm xung đột có tính chất chung, chỉ dẫn áp dụng các quy phạm thực chất do Nhà nước ta xây dựng để áp dụng riêng cho những trường hợp quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài. Đây thực chất là quy phạm xung đột một bên, chỉ quy định trường hợp áp dụng pháp luật Việt Nam.

Mô hình quy phạm xung đột một bên này còn được thể

hiện tại Điều 830 của Bộ luật Dân sự Việt Nam “Người nước ngoài có năng lực pháp luật dân sự tại Việt Nam như công dân Việt Nam, trừ trường hợp Bộ luật Dân sự này, các văn bản pháp luật khác của cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam có quy định khác”. Nói cách khác, trong mọi trường hợp quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài, nếu không có quy phạm thực chất thống nhất điều chỉnh thì đều cần phải có quy phạm xung đột hướng dẫn chọn pháp luật để áp dụng¹.

Không ai có thể bác bỏ được quan điểm thứ ba, vì quan điểm này vừa đúng về mặt lý luận vừa phù hợp với pháp luật thực định cũng như thực tiễn điều chỉnh các quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài. Nếu so sánh hai loại quy phạm của tư pháp quốc tế thì chúng ta thấy rằng, hiện tại quy phạm xung đột là bộ phận chủ yếu; nếu so sánh quy phạm xung đột do từng quốc gia tự xây dựng với quy phạm xung đột thống nhất tồn tại dưới dạng điều ước quốc tế và tập quán quốc tế, thì quy phạm xung đột do từng quốc gia lại là bộ phận chủ yếu.

Tuy nhiên, xu hướng chung hiện nay là các quốc gia đã và đang cố gắng ký kết ngày càng nhiều điều ước quốc tế để xây dựng các quy phạm thực chất thống nhất; trường hợp không xây dựng được các quy phạm thực chất thống nhất thì cố gắng xây dựng quy phạm xung đột thống nhất nhằm thống nhất việc hướng dẫn chọn pháp luật điều chỉnh các mối quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài. Vì vậy, tương quan giữa quy phạm thực chất thống nhất với quy phạm xung đột, giữa quy phạm xung đột thống nhất với quy phạm xung đột do từng quốc gia tự xây dựng sẽ dần dần thay đổi theo hướng số lượng và vai trò của các quy phạm thống

1. *Sđd*, tr.34.

nhất sẽ ngày càng được nâng cao.

2. Nguồn của tư pháp quốc tế

Tìm hiểu nguồn của pháp luật là tìm hiểu hình thức tồn tại hay nơi ghi nhận các quy phạm pháp luật. Thông thường các quy phạm pháp luật tồn tại trong các văn bản pháp luật do Nhà nước ban hành, nhiều khi tồn tại ở dưới dạng tập quán được Nhà nước chấp nhận và bảo đảm thi hành.

Theo quan điểm của chúng ta, cái gì được Nhà nước công nhận là nguồn của pháp luật thì có nghĩa là cái đó được các cơ quan có thẩm quyền của Nhà nước và cả các chủ thể của quan hệ pháp luật viện dẫn làm căn cứ pháp luật để xác định quyền, nghĩa vụ pháp lý của các bên tham gia quan hệ xã hội và xác định cả các hình thức và biện pháp chế tài có thể hoặc cần phải áp dụng khi có sự vi phạm pháp luật xảy ra.

Thông thường pháp luật các nước đều quy định rõ vấn đề được phép áp dụng cái gì làm căn cứ pháp luật để xác định quyền, nghĩa vụ pháp lý của các bên tham gia quan hệ xã hội và xác định cả các hình thức và biện pháp chế tài có thể hoặc cần phải áp dụng khi có sự vi phạm pháp luật xảy ra. Ví dụ, Điều 14 của Bộ luật Dân sự Việt Nam năm 1995 quy định “Trong trường hợp pháp luật không quy định và các bên không có thoả thuận, thì có thể áp dụng tập quán hoặc quy định tương tự của pháp luật, nhưng không được trái với những nguyên tắc quy định trong Bộ luật này”; Điều 6 của Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000 của nước ta quy định “Trong quan hệ hôn nhân và gia đình, những phong tục, tập quán thể hiện bản sắc của mỗi dân tộc mà không trái với những nguyên tắc quy định tại luật này thì được tôn trọng và phát huy”. Như vậy, ngoài các văn bản pháp luật do Nhà nước ban hành, pháp luật nước ta cho phép áp dụng các tập quán để điều chỉnh các quan hệ xã hội trong phạm vi nhất định và với điều kiện không trái với các

nguyên tắc của pháp luật.

Với cách lập luận này và từ những điểm trình bày tại mục 1 ở trên, chúng ta có đủ căn cứ để kết luận rằng nguồn của tư pháp quốc tế bao gồm cả nguồn quốc tế (điều ước quốc tế do quốc gia ký kết hoặc tham gia và tập quán quốc tế do các quốc gia cùng thừa nhận) và nguồn quốc gia (ở Việt Nam nguồn của pháp luật chỉ gồm văn bản quy phạm pháp luật và những tập quán mà Nhà nước thừa nhận và bảo đảm thi hành; tiền lệ án chỉ có giá trị tham khảo, không được coi là nguồn của pháp luật; ở một số nước trên thế giới, ngoài văn bản quy phạm pháp luật và tập quán, tiền lệ án cũng được coi là nguồn của pháp luật). Đây chính là đặc thù của tư pháp quốc tế, bởi vì công pháp quốc tế chỉ có một loại nguồn là nguồn quốc tế, còn pháp luật quốc gia chỉ có một loại nguồn là nguồn quốc gia.

a) Nguồn quốc gia

Cho đến nay, nguồn quốc gia là nguồn chủ yếu của tư pháp quốc tế, bởi vì đại bộ phận quy phạm của tư pháp quốc tế là các quy phạm xung đột, trong đó các quy phạm xung đột của tư pháp quốc tế chủ yếu do từng quốc gia tự xây dựng, tồn tại trong các văn bản quy phạm pháp luật, tập quán của quốc gia. Ví dụ, ở Việt Nam, các quy phạm xung đột được ghi nhận ngay trong Hiến pháp năm 1992 (Điều 81), Bộ luật Hàng hải Việt Nam năm 1990 (Điều 4,5,7...), Luật Hàng không dân dụng Việt Nam năm 1991 (Điều 4 ...), Bộ luật Dân sự Việt Nam năm 1995 (Phần 7), Luật Thương mại năm 1997 (Điều 4), Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000 (Chương XI), v.v..

b) Nguồn quốc tế

Nguồn quốc tế của tư pháp quốc tế bao gồm các điều ước quốc tế đa phương có tính chất phổ cập như Công ước Viên năm 1980 về mua bán quốc tế hàng hoá v.v., các điều ước quốc tế đa phương có tính chất khu vực như các điều ước ký kết trong nội

bộ ASEAN và có cả các điều ước quốc tế song phương như các hiệp định thương mại, hiệp định lãnh sự ký kết giữa các nước với nhau, v.v.. có chứa đựng các quy phạm thực chất thống nhất, quy phạm xung đột thống nhất nhằm điều chỉnh các mối quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài. Các tập quán quốc tế như CIF, FOB, KAF, FAS, v.v., chỉ được công nhận là nguồn của tư pháp quốc tế khi các quốc gia cho phép các bên đương sự thoả thuận lựa chọn để áp dụng.

Với xu hướng ngày càng gia tăng số lượng và vai trò của quy phạm thực chất thống nhất so với quy phạm xung đột và của quy phạm xung đột thống nhất so với quy phạm xung đột do từng quốc gia tự xây dựng, vai trò bộ phận nguồn quốc tế của tư pháp quốc tế ngày càng được nâng cao so với nguồn quốc gia. Và cũng vì vậy, nếu xét từ góc độ nguồn pháp luật thì có đủ cơ sở để khẳng định rằng tính quốc tế của tư pháp quốc tế ngày càng đậm nét hơn.

c) Mối quan hệ giữa các điều ước quốc tế và các văn bản pháp luật quốc gia trong việc điều chỉnh các mối quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài.

Vấn đề quan hệ giữa pháp luật quốc tế và pháp luật quốc gia nói chung và quan hệ giữa các điều ước quốc tế và pháp luật quốc gia nói riêng là vấn đề hết sức phức tạp về mặt lý luận và hiện đang có nhiều ý kiến khác nhau ¹.

Trong việc điều chỉnh các mối quan hệ dân sự theo nghĩa

1. Đoàn Năng: *Vấn đề quan hệ giữa pháp luật quốc tế và pháp luật quốc gia trong khoa học pháp lý quốc tế ở Việt Nam*, Tạp chí "Nhà nước và Pháp luật", số 12, 1997, tr. 30-39; *Vấn đề quan hệ giữa pháp luật quốc tế và pháp luật quốc gia trong pháp luật và thực tiễn của Việt Nam*. Tạp chí "Nhà nước và Pháp luật", số 2, 1998, tr. 23-34; *Một số ý kiến về việc hoàn thiện pháp luật về ký kết và thực hiện điều ước quốc tế ở nước ta hiện nay*, Tạp chí "Nhà nước và Pháp luật", số 5, 1998, tr. 34 - 41.

rộng có yếu tố nước ngoài, vấn đề quan hệ giữa các điều ước quốc tế và các văn bản pháp luật quốc gia cũng là vấn đề hết sức phức tạp. Trong vấn đề này, các nhà khoa học còn có những ý kiến rất khác nhau khi lập luận tính chất của các biện pháp mà quốc gia thực hiện nhằm bảo đảm thi hành điều ước quốc tế cũng như khi xác định vị trí của điều ước quốc tế trong quan hệ với các văn bản pháp luật quốc gia.

Tuy nhiên, hiện nay không có ai phản đối nguyên tắc nếu về một vấn đề cụ thể mà điều ước quốc tế đã được quốc gia ký kết hoặc tham gia có quy định khác với pháp luật quốc gia thì tuân theo quy định của điều ước quốc tế. Đây là nguyên tắc giải quyết xung đột giữa điều ước quốc tế và pháp luật quốc gia. Nguyên tắc này được thừa nhận chung trên thế giới, được ghi nhận trong nhiều văn bản pháp luật quốc tế và cả trong các văn bản pháp luật của từng quốc gia. Ở Việt Nam, nguyên tắc này được ghi nhận tại khoản 4 Điều 15, khoản 2 Điều 827 của Bộ luật Dân sự năm 1995; khoản 1 Điều 4 của Luật Thương mại năm 1997; khoản 2 Điều 2 của Pháp lệnh An toàn và kiểm soát bức xạ năm 1996 và trong nhiều văn bản pháp luật khác.

Trong lĩnh vực điều chỉnh các quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài, theo quan điểm của chúng ta, sau khi quốc gia đã làm đầy đủ mọi biện pháp để bảo đảm thi hành các điều ước quốc tế mà quốc gia đã ký kết hoặc tham gia, các quy phạm thực chất thống nhất phải được áp dụng trước tiên; nếu không có quy phạm thực chất thống nhất thì áp dụng quy phạm xung đột thống nhất trước; và nếu cũng không có cả quy phạm xung đột thống nhất thì mới áp dụng quy phạm xung đột của quốc gia mình. Việc khẳng định quan điểm này không làm suy giảm vai trò của pháp luật quốc gia trong việc điều chỉnh quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài, cũng không

có nghĩa là coi điều ước quốc tế đứng trên pháp luật quốc gia. Việc áp dụng điều ước quốc tế ở đây được thực hiện theo chỉ dẫn của chính quốc gia đã ký kết hoặc tham gia điều ước.

IV- VỀ PHƯƠNG PHÁP ĐIỀU CHỈNH CỦA TƯ PHÁP QUỐC TẾ

Về mặt lý luận cũng như trên thực tế, điều chỉnh pháp lý các mối quan hệ xã hội nói chung và các mối quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài nói riêng, chính là dùng quy phạm pháp luật để ấn định cung cách cư xử cho các chủ thể tham gia các quan hệ đó và quy định luôn các hình thức và biện pháp chế tài cần hoặc có thể được áp dụng trong trường hợp có sự vi phạm pháp luật xảy ra.

Các nhà khoa học Việt Nam về tư pháp quốc tế có ý kiến thống nhất cho rằng, tương ứng với hai loại quy phạm như đã trình bày ở trên, tư pháp quốc tế có hai phương pháp điều chỉnh gồm: Phương pháp điều chỉnh trực tiếp và phương pháp điều chỉnh gián tiếp¹.

1. Phương pháp điều chỉnh trực tiếp

Điều chỉnh trực tiếp là điều chỉnh bằng cách dùng quy phạm thực chất. Những người quan niệm trong thành phần quy phạm của tư pháp quốc tế có cả quy phạm thực chất do

1. - *Giáo trình Tư pháp quốc tế*, Trường Đại học Ngoại giao Hà Nội, 1978 – 1979, Chương I.

- *Giáo trình Tư pháp quốc tế* (TS. Hồ Phong Tư chủ biên), Trường Đại học Pháp lý Hà Nội, 1992, tr. 7, 8.

- *Giáo trình Tư pháp quốc tế*, Trường Đại học Tổng hợp Hà Nội (TS. Đoàn Năng chủ biên), 1994, tr. 19 - 21.

- *Giáo trình Tư pháp quốc tế* (TS. Bùi Xuân Nhựt chủ biên), Trường Đại học Luật Hà Nội, 1997, tr. 9.

từng quốc gia xây dựng để trực tiếp áp dụng vào các quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài, thì đương nhiên họ hiểu điều chỉnh trực tiếp là dùng quy phạm thực chất thống nhất và cả quy phạm thực chất của từng quốc gia.

Có thể nói rằng, trong thành phần quy phạm của tư pháp quốc tế chỉ có hai loại quy phạm là quy phạm thực chất thống nhất và quy phạm xung đột, cho nên điều chỉnh trực tiếp của tư pháp quốc tế chỉ có nghĩa là dùng quy phạm thực chất thống nhất. Trong mọi trường hợp quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài, các quy phạm thực chất do từng quốc gia tự xây dựng chỉ được áp dụng theo chỉ dẫn của quy phạm xung đột, mặc dù quốc gia ban hành các quy phạm thực chất đó chỉ để áp dụng trong trường hợp quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài.

Khi cần xác định quyền, nghĩa vụ cũng như trách nhiệm của các bên tham gia quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài, các bên đương sự cũng như các cơ quan có thẩm quyền chỉ cần căn cứ vào quy phạm thực chất thống nhất là giải quyết được, không phải chọn pháp luật của nước này hay của nước khác để áp dụng, và do đó cũng không phải mất công tìm hiểu hay giải thích nội dung pháp luật nước ngoài. Chính vì vậy phương pháp điều chỉnh trực tiếp được công nhận là phương pháp điều chỉnh có hiệu quả nhất và được ưa chuộng nhất. Song rất tiếc cho đến nay, điều chỉnh trực tiếp chưa phải là phương pháp chủ yếu được áp dụng để điều chỉnh các quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài, vì số lượng các quy phạm thực chất thống nhất hiện nay còn quá ít ỏi so với quy phạm xung đột. Nhiều nhóm quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài hầu như chưa có các quy phạm thực chất thống nhất để điều chỉnh mà mới chỉ có các quy phạm xung đột.

2. Phương pháp điều chỉnh gián tiếp

Điều chỉnh gián tiếp là điều chỉnh bằng cách dùng quy phạm xung đột. Theo phương pháp này, muốn xác định quyền, nghĩa vụ và trách nhiệm của các các bên đương sự, thì các bên đương sự và cả các cơ quan có thẩm quyền phải căn cứ vào chỉ dẫn của quy phạm xung đột để chọn pháp luật áp dụng, sau đó căn cứ vào nội dung của hệ thống pháp luật được chọn để xem xét. Đây là việc làm hết sức phức tạp và mất nhiều thời gian, thậm chí rất khó khăn. Song, hiện nay đây lại là phương pháp điều chỉnh chủ yếu của tư pháp quốc tế. Điều chỉnh gián tiếp là phương pháp điều chỉnh đặc thù của tư pháp quốc tế. Công pháp quốc tế không có phương pháp điều chỉnh này.

Ở những nơi bộ máy Nhà nước được tổ chức theo hình thức đơn nhất, tức là chỉ có một hệ thống thống nhất các cơ quan chính quyền từ trung ương đến địa phương và chỉ có một hệ thống pháp luật duy nhất, thì không có vấn đề xung đột pháp luật giữa các đơn vị hành chính bên trong nội bộ quốc gia và không có ai đặt vấn đề áp dụng phương pháp điều chỉnh gián tiếp trong quan hệ dân sự liên quan đến các đơn vị hành chính của quốc gia.

Ở một số nơi, Nhà nước được tổ chức theo hình thức liên bang và cho phép các bang có pháp luật riêng của mình bên cạnh pháp luật của liên bang. Trên thực tế có vấn đề xung đột giữa pháp luật của các bang trong một liên bang. Vì vậy, có một số luật gia đặt vấn đề giải quyết xung đột pháp luật một cách chung chung, không phân biệt xung đột giữa pháp luật của các quốc gia và xung đột giữa pháp luật của các bang trong một liên bang, và tất nhiên theo họ có vấn đề áp

dụng phương pháp điều chỉnh gián tiếp các quan hệ dân sự trong cả sinh hoạt quốc tế và sinh hoạt nội bộ quốc gia. Chúng ta không phủ nhận thực tế tồn tại xung đột pháp luật và áp dụng phương pháp điều chỉnh gián tiếp các quan hệ dân sự liên quan đến các bang trong một Nhà nước liên bang nào đó, nhưng đây không phải là hiện tượng phổ biến trên thế giới. Vấn đề chúng ta cần nghiên cứu ở đây là các vấn đề vượt ra ngoài phạm vi biên giới của mỗi quốc gia.

Khi các quốc gia tự xây dựng quy phạm xung đột để hướng dẫn chọn pháp luật điều chỉnh quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài, thì không tránh khỏi tình trạng rất phức tạp là cùng một quan hệ cụ thể có yếu tố nước ngoài, nhưng các nước khác nhau lại hướng dẫn chọn các hệ thống pháp luật khác nhau để áp dụng. Vì vậy, việc thoả thuận với nhau để xây dựng quy phạm thực chất thống nhất và nếu không thì cũng phải xây dựng được các quy phạm xung đột thống nhất, là việc làm hết sức cần thiết để góp phần nâng cao hiệu quả điều chỉnh các quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài.

Theo xu hướng chung hiện nay, các quốc gia đang và sẽ ký kết với nhau ngày càng nhiều điều ước quốc tế để xây dựng quy phạm thực chất thống nhất và cả quy phạm xung đột thống nhất để điều chỉnh các quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài.

Phù hợp với xu hướng gia tăng số lượng và vai trò của các quy phạm thực chất thống nhất trong quá trình phát triển của tư pháp quốc tế, vai trò của phương pháp điều chỉnh trực tiếp ngày càng được nâng cao, ngày càng được sử dụng nhiều hơn.

V. VỀ BẢN CHẤT GIAI CẤP CỦA TƯ PHÁP QUỐC TẾ

Vấn đề bản chất giai cấp của pháp luật nói chung và của từng lĩnh vực pháp luật nói riêng là vấn đề lý luận cơ bản, không thể coi nhẹ. Không có thứ pháp luật nào chung chung phi giai cấp. Pháp luật quốc gia bao giờ cũng thể hiện và bảo vệ lợi ích của giai cấp cầm quyền ở quốc gia đó. Pháp luật quốc tế cũng có tính giai cấp và tư pháp quốc tế cũng có tính giai cấp của nó. Song, trong các giáo trình tư pháp quốc tế ở nhiều nước trên thế giới và ngay cả trong một số cuốn giáo trình tư pháp quốc tế ở nước ta, vấn đề này không được đề cập¹.

Như đã trình bày ở các mục trên, tư pháp quốc tế có hai bộ phận quy phạm tương ứng với hai loại nguồn.

Bộ phận quy phạm thứ nhất bao gồm các quy phạm thực chất thống nhất và quy phạm xung đột thống nhất tồn tại trong các điều ước quốc tế do các quốc gia ký kết và các tập quán quốc tế do các quốc gia cùng chấp nhận áp dụng. Bộ phận quy phạm này của tư pháp quốc tế, rõ ràng là có bản chất giai cấp giống bản chất giai cấp của công pháp quốc tế. Nó thể hiện điểm gặp nhau về lợi ích của các giai cấp cầm quyền ở các quốc gia tham gia quá trình vừa đấu tranh vừa hợp tác trên vũ đài quốc tế, phù hợp với tương quan lực lượng của cuộc đấu tranh giai cấp trên vũ đài quốc tế.

Khi tham gia xây dựng các quy phạm thực chất thống nhất cũng như các quy phạm xung đột thống nhất bằng cách

1. - *Giáo trình Tư pháp quốc tế* (TS. Hồ Phong Tư chủ biên), Trường Đại học Pháp lý Hà Nội, 1992, tr.5 - 28.

- *Giáo trình Tư pháp quốc tế* (TS. Bùi Xuân Nhựt chủ biên), Trường Đại học Luật Hà Nội, 1997, tr.5 - 26.

ký kết các điều ước quốc tế hoặc cùng chấp nhận áp dụng các tập quán quốc tế nhất định, các quốc gia phải tuân theo các nguyên tắc của tư pháp quốc tế, cũng như nguyên tắc tôn trọng chủ quyền quốc gia, tôn trọng sự bình đẳng chủ quyền giữa các quốc gia và các nguyên tắc khác của công pháp quốc tế, bảo đảm các bên cùng có lợi. Lợi ích của các giai cấp cầm quyền ở các quốc gia tham gia ký kết điều ước quốc tế trong lĩnh vực tư pháp quốc tế được thể hiện trong điều ước quốc tế, phù hợp với tương quan lực lượng giữa các quốc gia trong quá trình vừa đấu tranh vừa hợp tác. Nếu điều ước quốc tế không thể hiện và bảo vệ được lợi ích của quốc gia (thực chất là của giai cấp cầm quyền ở quốc gia) ở mức độ nào đó có thể chấp nhận được, thì chắc chắn quốc gia này sẽ không ký kết điều ước quốc tế này. Và như vậy, không ai có thể phủ nhận bản chất giai cấp của bộ phận nguồn quốc tế của tư pháp quốc tế.

Bộ phận quy phạm thứ hai bao gồm các quy phạm xung đột do từng quốc gia tự xây dựng và tồn tại trong các văn bản quy phạm pháp luật hoặc dưới dạng tập quán (ở một số nước tồn tại cả ở dạng tiền lệ án) của quốc gia. Bộ phận quy phạm này của tư pháp quốc tế đương nhiên có bản chất giai cấp giống với bản chất giai cấp của pháp luật quốc gia, thể hiện và bảo vệ lợi ích của giai cấp cầm quyền của quốc gia trên cơ sở mối tương quan lực lượng của cuộc đấu tranh giữa các giai cấp trong nội bộ quốc gia trong việc điều chỉnh các mối quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài¹. Tuy nhiên, vì đối tượng điều chỉnh của các quy phạm tư pháp quốc tế do quốc gia ban hành là các quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có

1. *Giáo trình Tư pháp quốc tế* (TS. Đoàn Năng chủ biên), Trường Đại học Tổng hợp Hà Nội, 1994, tr. 24.

yếu tố nước ngoài cho nên giai cấp cầm quyền ở quốc gia cũng phải tính đến yêu cầu đối ngoại, tức là cũng phải tôn trọng các nguyên tắc cơ bản của tư pháp quốc tế và cả các nguyên tắc cơ bản của công pháp quốc tế, tôn trọng lợi ích của các quốc gia khác.

Như vậy, về bản chất giai cấp cũng như về nguồn, tư pháp quốc tế thuộc loại lưỡng tính, một bộ phận giống công pháp quốc tế, còn bộ phận khác giống pháp luật quốc gia¹.

VI- MỤC ĐÍCH VÀ CÁC NGUYÊN TẮC CƠ BẢN ĐIỀU CHỈNH PHÁP LÝ QUAN HỆ DÂN SỰ THEO NGHĨA RỘNG CÓ YẾU TỐ NƯỚC NGOÀI

1. Mục đích điều chỉnh

Như đã trình bày ở trên, sự hình thành và phát triển các mối quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài là hệ quả tất yếu của các mối quan hệ về nhiều mặt giữa các quốc gia. Quan hệ giữa các quốc gia càng phát triển thì các mối quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài cũng càng phát triển. Hai loại quan hệ này tác động qua lại và thúc đẩy nhau cùng phát triển.

Mục đích chung và bao quát nhất, cơ bản nhất của việc điều chỉnh pháp lý các quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài là nhằm thúc đẩy sự phát triển hợp tác kinh tế, thương mại, khoa học - công nghệ và văn hoá giữa các quốc gia. Ngày nay, tất cả các quốc gia dù đã phát triển hay đang phát triển, dù giàu hay còn nghèo, đều ý thức được

1. *Giáo trình Tư pháp quốc tế* (do TS. Đoàn Năng chủ biên). Trường Đại học Tổng hợp Hà Nội, năm 1994, tr. 26.

một cách sâu sắc ích lợi của việc phát triển quan hệ hợp tác kinh tế, thương mại, khoa học - công nghệ và văn hoá giữa các quốc gia. của việc hội nhập với nền kinh tế khu vực và thế giới. Vì vậy, việc điều chỉnh các mối quan hệ xã hội phát sinh trong sinh hoạt quốc tế, dù ở góc độ công pháp quốc tế hay ở góc độ tư pháp quốc tế cũng đều phải hướng vào mục đích thúc đẩy sự phát triển hợp tác kinh tế, thương mại, khoa học - công nghệ và văn hoá giữa các quốc gia.

Để góp phần thúc đẩy quan hệ hợp tác kinh tế, thương mại, khoa học - kỹ thuật và văn hoá giữa các quốc gia phù hợp với yêu cầu của quá trình khu vực hoá, toàn cầu hoá nền kinh tế đang gia tăng mạnh mẽ vì lợi ích của từng quốc gia và của cả cộng đồng quốc tế, cần không ngừng nâng cao hiệu quả điều chỉnh pháp lý các mối quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài.

Nâng cao hiệu quả điều chỉnh pháp lý các mối quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài có nghĩa là bảo vệ một cách có hiệu quả các quyền và lợi ích hợp pháp của các cá nhân, pháp nhân, của chính bản thân quốc gia và của cả các chủ thể khác trong giao lưu dân sự quốc tế. Thông qua đó, thúc đẩy các chủ thể tham gia tích cực, mạnh dạn và ngày càng nhiều hơn vào việc thực hiện thực tế và cụ thể các mối quan hệ hợp tác quốc tế về kinh tế, thương mại, khoa học - công nghệ và văn hoá.

Mục đích trực tiếp và thiết thực của việc điều chỉnh các mối quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài là bảo vệ một cách có hiệu quả các quyền và lợi ích hợp pháp của các cá nhân, pháp nhân, của bản thân quốc gia và của cả các chủ thể khác trong giao lưu dân sự quốc tế. Sở dĩ như vậy là vì, một khi nhận biết được rằng nếu tham gia vào một quan hệ xã hội cụ thể mà các quyền và lợi ích hợp pháp của

mình không được bảo vệ thì chắc chắn các chủ thể sẽ quyết định không tham gia nữa.

Điều đáng lưu ý ở đây là mỗi quốc gia không nên chỉ quan tâm bảo vệ các quyền và lợi ích hợp pháp của cá nhân, pháp nhân của mình và của chính quốc gia mình. Trong việc điều chỉnh các mối quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài, cần tôn trọng và quan tâm bảo vệ các quyền và lợi ích hợp pháp của cả cá nhân, pháp nhân nước ngoài và của chính bản thân quốc gia nước ngoài. Nếu không xử lý đúng đắn vấn đề này thì khó có thể nói đến việc khuyến khích, thúc đẩy giao lưu dân sự quốc tế phát triển để góp phần thúc đẩy quá trình hội nhập với khu vực và thế giới.

2. Các nguyên tắc cơ bản

Trong việc điều chỉnh các mối quan hệ xã hội, mỗi hệ thống pháp luật, mỗi ngành pháp luật đều có những nguyên tắc đặc thù phù hợp với tính chất và đặc điểm của các mối quan hệ xã hội thuộc phạm vi điều chỉnh của mình. Trong việc điều chỉnh các mối quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài, tư pháp quốc tế cũng đương nhiên phải có các nguyên tắc cơ bản, đặc thù của mình. Song rất tiếc trong một số sách báo về tư pháp quốc tế ở nước ta cũng như ở các nước trên thế giới, đôi khi các nguyên tắc cơ bản của tư pháp quốc tế không được quan tâm xem xét đúng mức, thậm chí bị bỏ qua hoặc lẩn tránh, không được nhắc đến¹.

Xác định các nguyên tắc cơ bản của tư pháp quốc tế, tức là các nguyên tắc cơ bản trong việc điều chỉnh các mối quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài, thực

1. *Giáo trình Tư pháp quốc tế* (TS. Bùi Xuân Nhựt chủ biên), Trường Đại học Luật Hà Nội, 1997, tr. 5 - 26.

chất là xác định những quan điểm chính trị - pháp lý cơ bản làm cơ sở hay chỉ đạo toàn bộ quá trình xây dựng và thi hành các quy phạm của tư pháp quốc tế, nhằm đạt mục đích điều chỉnh loại quan hệ xã hội đặc thù này.

Có thể nói rằng, vì đối tượng điều chỉnh của tư pháp quốc tế là các quan hệ dân sự theo nghĩa rộng phát sinh trong sinh hoạt quốc tế - các mối quan hệ dân sự vượt ra ngoài phạm vi không gian hiệu lực của pháp luật quốc gia và liên quan đến các tổ chức, cá nhân nước ngoài, đến phạm vi không gian hiệu lực của pháp luật của các quốc gia khác, vì những nguyên tắc của công pháp quốc tế là những nguyên tắc chung trong sinh hoạt quốc tế, cho nên tư pháp quốc tế trước hết phải tuân theo các nguyên tắc cơ bản của công pháp quốc tế như: tôn trọng chủ quyền của các quốc gia; tôn trọng sự bình đẳng chủ quyền giữa các quốc gia; không can thiệp vào công việc nội bộ của các quốc gia; không dùng vũ lực hoặc đe dọa dùng vũ lực; hoà bình giải quyết các tranh chấp quốc tế; tôn trọng quyền dân tộc tự quyết; các quốc gia phải hợp tác với nhau; bảo vệ quyền cơ bản của con người; nghiêm chỉnh thực hiện các cam kết quốc tế; bảo vệ môi trường.

Tư pháp quốc tế cũng phải tuân thủ các nguyên tắc cơ bản mà pháp luật quốc gia áp dụng trong việc điều chỉnh các mối quan hệ dân sự như: tôn trọng lợi ích công cộng và các quyền, lợi ích hợp pháp của người khác; nghiêm chỉnh tuân theo pháp luật; tôn trọng đạo đức và truyền thống tốt đẹp của các dân tộc; tôn trọng, bảo vệ quyền nhân thân; tôn trọng, bảo vệ quyền sở hữu và các quyền khác đối với tài sản; tự do, tự nguyện cam kết, thoả thuận; tôn trọng sự bình đẳng; thiện chí và trung thực; chịu trách nhiệm dân sự; hoà giải. Tư pháp quốc tế cũng phải tuân thủ các nguyên tắc cơ

bản mà pháp luật quốc gia áp dụng trong việc điều chỉnh các mối quan hệ lao động, quan hệ tổ tụng dân sự.

Tuy nhiên do đặc thù của các mối quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài, ngoài việc tuân thủ các nguyên tắc cơ bản của đời sống quốc tế và các nguyên tắc trong việc điều chỉnh các mối quan hệ dân sự theo nghĩa rộng, tư pháp quốc tế phải được xây dựng và thi hành trên cơ sở các nguyên tắc cơ bản và đặc thù sau đây:

2.1. Tôn trọng quyền miễn trừ tư pháp tuyệt đối của quốc gia trong các quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài.

Như đã trình bày ở trên, nhiều trường hợp quốc gia tham gia vào các quan hệ dân sự với cá nhân, pháp nhân nước ngoài và với các chủ thể khác của tư pháp quốc tế. Song khi tham gia vào các quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài, quốc gia vẫn giữ chủ quyền của mình; không bị khởi kiện trước các cơ quan tư pháp của các quốc gia khác. Các thực thể độc lập, có chủ quyền trong cộng đồng quốc tế luôn luôn bình đẳng với nhau. Nếu tranh chấp dân sự có yếu tố nước ngoài mà quốc gia là bị đơn thì các cơ quan tư pháp của các quốc gia khác không có quyền xét xử. Từ xa xưa các nhà lý luận đã thừa nhận rằng kẻ ngang quyền này không có quyền lực gì đối với kẻ ngang quyền kia (*Par in parem non habet imperium*). Không tôn trọng nguyên tắc này sẽ dẫn đến chỗ chà đạp chủ quyền của các quốc gia. Vì quốc gia có quyền miễn trừ tư pháp tuyệt đối, cho nên tài sản quốc gia được hưởng quyền bất khả xâm phạm. Tuy nhiên, trong những trường hợp cần thiết, quốc gia có quyền tự nguyện từ bỏ quyền miễn trừ của mình vì chính lợi ích của quốc gia trong việc phát triển giao lưu dân sự quốc tế (xem Chương V).

Nguyên tắc tôn trọng quyền miễn trừ tư pháp của quốc

gia trong giao lưu dân sự quốc tế đã được thừa nhận rộng rãi từ lâu trên thế giới, thậm chí còn được quy định trong pháp luật của nhiều quốc gia. Ở Việt Nam, Điều 84 của Pháp lệnh thủ tục giải quyết các vụ án dân sự năm 1989 quy định: “Vụ án dân sự có liên quan đến nước ngoài hoặc người được hưởng quy chế ngoại giao được giải quyết bằng con đường ngoại giao, trừ trường hợp Nhà nước nước ngoài hoặc người được hưởng quy chế ngoại giao đồng ý tham gia tố tụng tại toà án Việt Nam”.

Trong nhiều điều ước quốc tế như Công ước Brúcxen năm 1926 về miễn trừ của các tàu thuyền quốc gia, Công ước châu Âu năm 1972 về miễn trừ của quốc gia, v.v., nguyên tắc tôn trọng quyền miễn trừ tư pháp của quốc gia đã được khẳng định. Từ năm 1978 đến nay, Liên hợp quốc cũng đã tích cực đẩy mạnh việc pháp điển hoá nguyên tắc này bằng cách cho tiến hành soạn thảo một số công ước quốc tế về quyền miễn trừ của quốc gia và của tài sản quốc gia.

2.2. Tôn trọng sự bình đẳng về mặt pháp lý quốc tế giữa các hệ thống pháp luật của các quốc gia khi xây dựng và áp dụng quy phạm xung đột hướng dẫn chọn pháp luật điều chỉnh các mối quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài

Một khi không có quy phạm thực chất thống nhất để áp dụng điều chỉnh các mối quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài, thì phải căn cứ vào chỉ dẫn của quy phạm xung đột (trước hết căn cứ vào quy phạm xung đột thống nhất; nếu không có quy phạm xung đột thống nhất thì căn cứ vào quy phạm xung đột của quốc gia mình) để chọn pháp luật của một quốc gia nào đó cho việc áp dụng.

Trong thế giới hiện đại, các quốc gia độc lập, có chủ quyền đều bình đẳng với nhau trên mọi lĩnh vực. Vì vậy, các

hệ thống pháp luật của các quốc gia cũng phải bình đẳng với nhau trong quá trình điều chỉnh các mối quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài liên quan đến các hệ thống pháp luật đó. Tuy nhiên, áp dụng hệ thống pháp luật của quốc gia nào cụ thể còn tùy thuộc vào chỉ dẫn của quy phạm xung đột.

Để bảo đảm nguyên tắc bình đẳng giữa các hệ thống pháp luật, khi xây dựng và áp dụng các quy phạm xung đột, không được phân biệt đối xử giữa các hệ thống pháp luật vì bất cứ lý do gì; quy phạm xung đột chỉ dẫn áp dụng pháp luật của nơi nào, quốc gia nào thì áp dụng pháp luật của nơi đó, quốc gia đó, trừ trường hợp được phép áp dụng nguyên tắc “bảo lưu trật tự công cộng”(xem Chương II).

2.3. Tôn trọng sự bình đẳng về mặt pháp lý quốc tế giữa các chế độ sở hữu của các quốc gia khác nhau

Trên thế giới hiện nay vẫn tiếp tục tồn tại các quốc gia với các chế độ sở hữu khác nhau. Sự phát sinh và phát triển của giao lưu dân sự quốc tế gắn liền với việc các quốc gia thừa nhận chế độ sở hữu của nhau, các tổ chức, cá nhân của các nước khác nhau cũng phải thừa nhận quyền sở hữu hợp pháp của nhau. Nói cách khác, nếu quyền sở hữu của một chủ thể nào đó được hình thành một cách hợp pháp trên cơ sở pháp luật ở nơi tồn tại của tài sản thì quyền sở hữu hợp pháp đó cũng được thừa nhận ở các quốc gia khác, mặc dù chế độ sở hữu ở các quốc gia đó khác nhau.

Ví dụ, một công ty tư nhân của Nhật Bản ký hợp đồng bán một dây chuyền công nghệ cho một doanh nghiệp nhà nước của Việt Nam. Việc ký kết và thực hiện hợp đồng này có nghĩa là hai bên đã thừa nhận quyền sở hữu hợp pháp của nhau trước khi bán và dẫn đến chỗ dây chuyền công nghệ thuộc quyền sở hữu của tư nhân Nhật Bản được chuyển

thành tài sản thuộc quyền sở hữu của Nhà nước Việt Nam do doanh nghiệp nhà nước của Việt Nam quản lý. Như vậy, sau khi hoàn thành việc thực hiện hợp đồng, công ty Nhật bản là bên bán hàng cũng như các cơ quan nhà nước của hai bên và mọi tổ chức, cá nhân đều phải thừa nhận quyền sở hữu của Nhà nước Việt Nam đối với các tài sản này. Trong trường hợp Nhà nước Việt Nam hoặc doanh nghiệp nhà nước của Việt Nam bán hàng cho công ty tư nhân của Nhật thì cũng phải thừa nhận quyền sở hữu của công ty Nhật đối với tài sản mà họ mua.

Về mặt pháp lý, không ai được phép ký hợp đồng mua bán khi không thừa nhận quyền sở hữu của bên bán đối với vật bán. Không có ai dám tham gia vào các quan hệ mua bán khi biết sau khi mua một cách hợp pháp, người bán không thừa nhận quyền sở hữu hợp pháp của người mua đối với tài sản đã bỏ tiền ra để mua.

Về mặt lý luận cũng như thực tiễn, không thừa nhận quyền sở hữu hợp pháp của nhau, không tôn trọng sự bình đẳng về mặt pháp lý quốc tế giữa các chế độ sở hữu của các quốc gia thì các cá nhân, pháp nhân của các quốc gia và chính bản thân quốc gia không thể tham gia vào các mối quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài.

2.4. Tôn trọng quyền của mỗi quốc gia tự do lựa chọn cho mình hình thức tổ chức và quản lý hoạt động kinh tế đối ngoại.

Phát triển các hoạt động kinh tế đối ngoại như thế nào là vấn đề thuộc chủ quyền của mỗi quốc gia. Vì vậy, hình thức tổ chức và quản lý kinh tế đối ngoại của mỗi quốc gia phải do chính bản thân quốc gia tự quyết định lựa chọn, không có sự can thiệp từ bên ngoài.

Ở các nước phương Tây, tất cả các tổ chức, cá nhân đều có quyền tham gia hoạt động kinh tế đối ngoại như hoạt động thương mại, hàng hải, đầu tư quốc tế, v.v.. Trước đây các nước xã hội chủ nghĩa thực hiện chính sách nhà nước độc quyền ngoại thương, ngoài các tổ chức ngoại thương của Nhà nước, không có tổ chức, cá nhân nào được ký kết các hợp đồng ngoại thương. Ngày nay tình hình đã có thay đổi lớn. Từ khi Liên Xô sụp đổ, các nước xã hội chủ nghĩa Đông Âu cũng không còn tồn tại và các nhà nước kế thừa Liên Xô và Đông Âu (trước đây) không còn thực hiện chính sách độc quyền của Nhà nước về ngoại thương.

Hiện nay, Việt Nam lựa chọn và thực hiện chính sách Nhà nước thống nhất quản lý các hoạt động kinh tế đối ngoại (Điều 24 Hiến pháp năm 1992) thay cho chính sách Nhà nước độc quyền về ngoại thương. Thực tiễn hơn chục năm thực hiện chính sách đổi mới vừa qua cho thấy, khi chuyển đổi sang xây dựng kinh tế thị trường, định hướng xã hội chủ nghĩa, tích cực và chủ động hội nhập với kinh tế khu vực và quốc tế, quan hệ kinh tế đối ngoại của nước ta không còn chỉ giới hạn trong lĩnh vực ngoại thương, và thực hiện chính sách nhà nước thống nhất quản lý các hoạt động kinh tế đối ngoại thay cho chính sách nhà nước độc quyền về ngoại thương là hoàn toàn đúng đắn, góp phần rất quan trọng vào việc đẩy mạnh hoạt động kinh tế đối ngoại phục vụ yêu cầu của đất nước trong giai đoạn cách mạng mới.

Thực tiễn quan hệ quốc tế cũng cho thấy rằng, nếu không tôn trọng quyền của quốc gia tự do lựa chọn hình thức tổ chức và quản lý hoạt động kinh tế đối ngoại thì

không thể thúc đẩy giao lưu kinh tế, thương mại, khoa học - công nghệ và văn hoá giữa các quốc gia.

2.5. Không phân biệt đối xử vì lý do dân tộc, chủng tộc, tôn giáo, giới tính, ngôn ngữ, chính kiến, trình độ văn hoá

Trong việc điều chỉnh pháp lý các mối quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài, không cho phép phân biệt đối xử vì các lý do dân tộc, chủng tộc, tôn giáo, giới tính, ngôn ngữ, chính kiến, địa vị tài sản và trình độ văn hoá. Nguyên tắc này phải được tôn trọng không chỉ vì mục tiêu nhân đạo mà chính là còn vì hiệu quả điều chỉnh các mối quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài.

Nếu phân biệt đối xử vì những lý do nêu trên thì sẽ trực tiếp kìm hãm sự phát triển giao lưu kinh tế, thương mại, khoa học - công nghệ và văn hoá giữa các quốc gia, giữa các dân tộc, bởi vì không ai có thể tham gia vào các mối quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài khi biết rằng mình sẽ bị phân biệt đối xử, và vì vậy quyền và lợi ích hợp pháp của mình sẽ không được bảo vệ.

Nguyên tắc này được khẳng định trong nhiều văn bản pháp lý quốc tế như Công ước năm 1966 về quyền kinh tế, xã hội và văn hoá; Công ước năm 1966 về các quyền dân sự và chính trị v.v.. Nguyên tắc này cũng được quy định trong văn bản pháp luật quốc gia của các nước. Ví dụ, Điều 8 của Bộ luật Dân sự Việt Nam năm 1995 quy định: "Trong quan hệ dân sự, không được lấy lý do khác biệt về dân tộc, giới tính, thành phần xã hội, hoàn cảnh kinh tế, tín ngưỡng, tôn giáo, trình độ văn hoá, nghề nghiệp để đối xử không bình đẳng với nhau". Quy định này cũng được áp dụng đối với quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài.

VII. VỀ MỐI QUAN HỆ GIỮA TƯ PHÁP QUỐC TẾ VỚI CÔNG PHÁP QUỐC TẾ VÀ VỚI PHÁP LUẬT QUỐC GIA

1. Mối quan hệ giữa tư pháp quốc tế với công pháp quốc tế

Như đã trình bày ở mục V, về mặt nguồn cũng như về bản chất giai cấp, tư pháp quốc tế là lĩnh vực pháp luật lưỡng tính, vừa có tính quốc tế, vừa có tính quốc gia. Do gắn bó chặt chẽ với công pháp quốc tế mà tư pháp quốc tế có tính quốc tế, và ngược lại nhờ có tính quốc tế mà tư pháp quốc tế gắn bó rất chặt chẽ với công pháp quốc tế.

Sự gắn bó chặt chẽ giữa tư pháp quốc tế và công pháp quốc tế thể hiện ở những điểm chủ yếu sau đây: Cả công pháp quốc tế và tư pháp quốc tế đều có đối tượng điều chỉnh là các quan hệ xã hội phát sinh trong sinh hoạt quốc tế; đều có nguồn là điều ước quốc tế và tập quán quốc tế; khi điều chỉnh các mối quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài, tư pháp quốc tế có các nguyên tắc đặc thù của mình, nhưng vẫn phải tuân thủ các nguyên tắc cơ bản của công pháp quốc tế. Bởi vì, các nguyên tắc cơ bản của công pháp quốc tế cũng chính là những nguyên tắc cơ bản của đời sống quốc tế. Có thể nói, các nguyên tắc cơ bản của tư pháp quốc tế được hình thành trên cơ sở hoặc được rút ra từ các nguyên tắc cơ bản của công pháp quốc tế¹.

Những biểu hiện của sự gắn bó nêu trên đã làm cho một số nhà khoa học khẳng định tư pháp quốc tế trở thành một bộ phận hay một ngành của pháp luật quốc tế.

1. *Giáo trình Tư pháp quốc tế* (TS. Đoàn Năng chủ biên), Trường Đại học Tổng hợp Hà Nội, 1994, tr. 25 – 30.

Những người ủng hộ quan điểm tư pháp quốc tế là một bộ phận hay một ngành của pháp luật quốc tế cho rằng, nói về tư pháp quốc tế là nói về quan hệ giữa các quốc gia nhưng liên quan đến những vấn đề dân sự, rằng bất kỳ tranh chấp nào trong lĩnh vực dân sự giữa các công ty, thậm chí tranh chấp về ly hôn giữa các công dân của các quốc gia cuối cùng đều có thể trở thành xung đột giữa các quốc gia. Theo họ, “Nội dung cơ bản của tư pháp quốc tế phải được nghiên cứu trong luật điều ước quốc tế”, “Chỉ có nghiên cứu các điều ước quốc tế mới hiểu rõ nội dung của ngành tư pháp quốc tế”¹.

Có thể nói rằng: những người ủng hộ quan điểm tư pháp quốc tế là một bộ phận hay một ngành của pháp luật quốc tế cũng không thể phủ nhận một thực tế khách quan là giữa tư pháp quốc tế và công pháp quốc tế vẫn còn có những điểm khác nhau rất cơ bản như sau:

- Tuy cùng là những quan hệ phát sinh trong sinh hoạt quốc tế, nhưng đối tượng điều chỉnh của công pháp quốc tế là quan hệ giữa các quốc gia và giữa các quốc gia với các chủ thể khác của công pháp quốc tế về mặt chính trị hoặc khía cạnh chính trị của các quan hệ kinh tế, thương mại, khoa học - công nghệ và văn hoá, còn đối tượng điều chỉnh của tư pháp quốc tế là các mối quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài.

- Chủ thể chủ yếu của công pháp quốc tế là các quốc gia. Cá nhân, pháp nhân không là chủ thể của công pháp quốc tế. Trong khi đó chủ thể chủ yếu của tư pháp quốc tế là các cá nhân, pháp nhân.

- Công pháp quốc tế chỉ có một loại nguồn là nguồn quốc

1. Xem: Krylov S.B: *Tư pháp quốc tế* (tiếng Nga), Leningrát, 1930, tr. 21.

tế. Pháp luật quốc gia không là nguồn của công pháp quốc tế (Trong khoa học về pháp luật quốc tế, cũng có quan điểm cho rằng pháp luật quốc gia là nguồn bổ trợ của pháp luật quốc tế. Tuy nhiên có thể khẳng định rằng, nếu đã coi pháp luật quốc gia là nguồn, cho dù là nguồn bổ trợ của pháp luật quốc tế thì sẽ tạo cơ hội cho các thế lực phản động viện dẫn pháp luật quốc gia của họ để thoái thác việc thực hiện các nghĩa vụ pháp lý quốc tế, sẽ rơi vào trạng thái bất chấp pháp luật quốc tế, làm rối loạn trật tự pháp lý quốc tế). Trong khi đó, tư pháp quốc tế có cả nguồn quốc tế lẫn nguồn quốc gia, thậm chí hiện nay nguồn quốc gia là chủ yếu.

- Tư pháp quốc tế có phương pháp điều chỉnh đặc thù là phương pháp điều chỉnh gián tiếp mà công pháp quốc tế không sử dụng.

- Tư pháp quốc tế áp dụng các hình thức và biện pháp chế tài của lĩnh vực pháp luật dân sự mà pháp luật quốc gia ở các nước thường áp dụng; công pháp quốc tế áp dụng các biện pháp chế tài hoàn toàn khác với các hình thức và biện pháp chế tài dân sự.

Như vậy, chúng ta không thể coi tư pháp quốc tế là một ngành của pháp luật quốc tế. Không thể lấy đặc điểm về nguồn pháp luật (một trong những loại nguồn cơ bản của tư pháp quốc tế là điều ước quốc tế và tập quán quốc tế) làm căn cứ chủ yếu để xếp tư pháp quốc tế vào hệ thống pháp luật quốc tế. Bởi vì, đặc điểm về nguồn không phải là yếu tố chủ yếu quyết định tính chất của một ngành hay một hệ thống pháp luật.

Giả thử đặc điểm về nguồn là cơ sở chủ yếu để xác định tính chất của các quy phạm tư pháp quốc tế, thì rõ ràng phải công nhận tư pháp quốc tế là một ngành của pháp luật quốc gia. Sở dĩ như vậy là vì, hiện nay nguồn chủ yếu của tư pháp

quốc tế là các văn bản pháp luật do từng quốc gia tự ban hành.

Nếu coi tư pháp quốc tế là một ngành thuộc hệ thống pháp luật quốc tế, thì chúng ta lâm vào tình trạng thừa nhận từng quốc gia có quyền đơn phương ban hành các quy phạm pháp luật quốc tế, điều mà cả cộng đồng quốc tế không bao giờ chấp nhận vì sẽ gây ra sự phủ nhận chủ quyền của các quốc gia khác và tạo ra sự rối loạn trong trật tự pháp lý quốc tế.

Tuy nhiên mối tương quan giữa hai loại nguồn của tư pháp quốc tế, như đã trình bày ở mục 3 của chương này, tương quan giữa nguồn quốc tế và nguồn quốc gia của tư pháp quốc tế không phải bất biến. Do quá trình quốc tế hoá, toàn cầu hoá các hoạt động kinh tế, mở rộng không ngừng sự hợp tác giữa các quốc gia trên tất cả các lĩnh vực, mối tương quan này sẽ dần thay đổi theo chiều hướng ngày càng nâng cao vai trò của nguồn quốc tế.

Như vậy, về mặt nguồn, tính quốc tế của tư pháp quốc tế ngày càng được củng cố và tăng cường. Đồng thời, cũng phải lưu ý rằng, không thể lấy điều ước quốc tế thay thế ngay và hoàn toàn cho các văn bản pháp quy của từng quốc gia trong việc điều chỉnh các mối quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài trong giai đoạn hiện nay và cả hàng chục năm tới. Lý do chính là vì trình độ phát triển kinh tế - xã hội, văn hoá, phong tục, tập quán và truyền thống lịch sử ở các quốc gia còn rất khác nhau. Tình trạng này sẽ hạn chế, trì hoãn, thậm chí trong một số lĩnh vực có thể loại trừ khả năng ký kết các điều ước quốc tế để xây dựng các quy phạm thực chất cũng như xung đột thống nhất phục vụ yêu cầu điều chỉnh các mối quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài.

Việc hiện nay phần lớn các quy phạm tư pháp quốc tế do từng nước tự ban hành không làm mất đi tính quốc tế của tư pháp quốc tế, bởi lẽ, chính yếu tố nước ngoài của các mối quan hệ xã hội do tư pháp quốc tế điều chỉnh mới là yếu tố chủ yếu quyết định tính quốc tế của tư pháp quốc tế.

Khi tự mình ban hành hay cùng các quốc gia khác thoả thuận xây dựng các quy phạm pháp luật điều chỉnh các quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài, và ngay cả trong quá trình áp dụng các quy phạm đó, mỗi quốc gia đều xuất phát từ lợi ích của mình, nhưng đồng thời cũng phải tôn trọng các nguyên tắc cơ bản của đời sống quốc tế, tôn trọng lợi ích của các quốc gia khác. Nếu ngược lại thì, các mối quan hệ xã hội trong lĩnh vực này không thể tồn tại và phát triển bình thường, không thể bảo vệ một cách có hiệu quả các quyền và lợi ích hợp pháp của các tổ chức, cá nhân và của bản thân Nhà nước mình ở nước ngoài và của cả các tổ chức, cá nhân nước ngoài trên lãnh thổ nước mình. Đây là biểu hiện chủ yếu của mối quan hệ sâu sắc giữa tư pháp quốc tế và pháp luật quốc tế.

Chúng ta không phủ nhận một thực tế là do có mối quan hệ sâu sắc giữa tư pháp quốc tế và pháp luật quốc tế, mà đôi khi sự vi phạm một số quy phạm tư pháp quốc tế cũng đồng thời là sự vi phạm các quy phạm nào đó của pháp luật quốc tế. Vì vậy, có thể có trường hợp một tranh chấp nào đó trong lĩnh vực tư pháp quốc tế không được giải quyết ổn thoả và dẫn đến chỗ các quốc gia phải can thiệp, thậm chí hơn thế nữa làm nảy sinh vấn đề khúc mắc giữa các quốc gia. Ở đây tuyệt nhiên không có hiện tượng tranh chấp dân sự trở thành tranh chấp giữa các quốc gia, nói về tư pháp quốc tế không phải là nói về quan hệ giữa các quốc gia mà là nói về quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài chủ yếu với sự

tham gia của các cá nhân, pháp nhân.

Tóm lại, cần khẳng định tư pháp quốc tế là một lĩnh vực pháp luật độc lập với công pháp quốc tế, nhưng gắn bó chặt chẽ với công pháp quốc tế nhằm thúc đẩy quan hệ hợp tác và hữu nghị giữa các quốc gia, giữa các dân tộc. Cùng với việc các quốc gia ký kết với nhau ngày càng nhiều các điều ước quốc tế để xây dựng các quy phạm thực chất thống nhất, các quy phạm xung đột thống nhất, nhằm nâng cao hiệu quả điều chỉnh các mối quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài đang phát triển rất mạnh mẽ trong bối cảnh khu vực hoá, quốc tế hoá các hoạt động kinh tế, tính quốc tế của tư pháp quốc tế ngày càng gia tăng. Song hiện nay không có đủ cơ sở lý luận và thực tiễn để coi tư pháp quốc tế là một ngành của pháp luật quốc tế.

2. Mối quan hệ giữa tư pháp quốc tế với pháp luật quốc gia

Tư pháp quốc tế cũng gắn bó rất chặt chẽ với pháp luật quốc gia. Sự gắn bó này thể hiện như sau:

- Cũng như pháp luật dân sự quốc gia, chủ thể chủ yếu của tư pháp quốc tế là cá nhân, pháp nhân.

- Bộ phận chủ yếu các quy phạm tư pháp quốc tế do từng quốc gia tự xây dựng. Vì vậy, nguồn chủ yếu của tư pháp quốc tế là các văn bản pháp luật quốc gia.

- Khi điều chỉnh các mối quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài, tư pháp quốc tế sử dụng các phương pháp mà pháp luật quốc gia sử dụng để điều chỉnh các quan hệ dân sự; sử dụng cả các hình thức và biện pháp chế tài mà pháp luật quốc gia sử dụng.

- Vì các quy phạm thực chất thống nhất hiện nay còn quá nhỏ về số lượng so với các quy phạm xung đột, cho nên cuối

cùng pháp luật được áp dụng (theo chỉ dẫn của quy phạm xung đột) làm căn cứ để xác định các quyền, nghĩa vụ, trách nhiệm của các bên tham gia quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài lại là pháp luật quốc gia.

Sự gắn bó chặt chẽ nêu trên của tư pháp quốc tế với pháp luật quốc gia làm cho nhiều nhà khoa học khẳng định tư pháp quốc tế trở thành một ngành của pháp luật quốc gia¹. Các luật gia nổi tiếng của Liên Xô trước đây như Peretersky I.S., Lunts L.A., Usenko E.T., Lebedev S.N., Rubanov A.A., v.v... đều cho rằng tư pháp quốc tế là một ngành đặc biệt của pháp luật quốc gia².

Trong các công trình nghiên cứu về tư pháp quốc tế, các luật gia nổi tiếng của các nước phương Tây cũng khẳng định tư pháp quốc tế là một ngành của pháp luật quốc gia. Chẳng hạn ông Wolff M., nguyên là giáo sư luật học trường Đại học Tổng hợp Beclin đã viết: "Hiện nay tư pháp quốc tế, không còn nghi ngờ gì nữa, là pháp luật quốc gia. Tồn tại tư pháp quốc tế của Pháp, của Đức, của Italia"³; còn tiến sĩ Leo Raape, một luật gia nổi tiếng của Cộng hoà Liên bang Đức, thì lập luận rằng: "Nhà nước Đức chế định ra các quy phạm thực chất và chế định ra cả các quy phạm xung đột. Và như vậy, dứt khoát các quy phạm xung đột là của Đức, mà tư pháp quốc tế gồm các quy phạm đó cho nên tư pháp quốc tế cũng là tư pháp quốc tế của Đức. Đồng thời với các quy phạm xung đột và tư pháp quốc tế của Đức, còn có các quy phạm

1. I.S. Peretepsky: *Tư pháp quốc tế* (tiếng Nga), Nxb. Nhà nước - Pháp luật, Mátxcova, 1940, tr. 5-15.

2. M.M. Boguslavsky: *Tư pháp quốc tế* (tiếng Nga), Nxb. Quan hệ quốc tế, Mátxcova, 1989, tr. 25 - 29.

3. M. Wolff: *Private International Law*, Oxford University Press, 1945, p.25.

xung đột và tư pháp quốc tế của Anh, của Pháp, của Italia v.v...”¹.

Ngoài những điểm thể hiện sự gắn bó chặt chẽ nêu trên, tư pháp quốc tế và pháp luật quốc gia còn có những điểm khác nhau rất cơ bản sau đây:

- Đối tượng điều chỉnh của tư pháp quốc tế là quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài, tức là quan hệ xã hội phát sinh trong sinh hoạt quốc tế, vượt ra ngoài phạm vi không gian hiệu lực của pháp luật quốc gia, liên quan đến không gian hiệu lực pháp luật của quốc gia khác. Trong khi đó, pháp luật quốc gia chỉ có hiệu lực trong phạm vi lãnh thổ quốc gia và chỉ điều chỉnh các mối quan hệ xã hội phát sinh trong phạm vi biên giới quốc gia.

- Tư pháp quốc tế có một loại nguồn mà pháp luật quốc gia không có. Đó chính là nguồn quốc tế (điều ước quốc tế và tập quán quốc tế).

Chúng ta không phủ nhận mối quan hệ hay sự gắn bó chặt chẽ giữa tư pháp quốc tế và pháp luật quốc gia, và cũng không thể phủ nhận những sự khác biệt rất cơ bản giữa tư pháp quốc tế và pháp luật quốc gia. Muốn khẳng định tư pháp quốc tế là một ngành pháp luật đặc biệt của hệ thống pháp luật quốc gia hay là một lĩnh vực pháp luật độc lập, trước hết và chủ yếu chúng ta phải căn cứ vào đặc điểm của đối tượng điều chỉnh của nó.

Pháp luật quốc gia chỉ điều chỉnh các quan hệ xã hội phát sinh trong phạm vi lãnh thổ quốc gia. Khác với pháp luật quốc gia, đối tượng điều chỉnh của tư pháp quốc tế không chỉ đơn thuần là quan hệ dân sự theo nghĩa rộng mà

1. Leo Raape: *Internationales Privatrecht*, Universitat Hamburg, 1955, p.14.

là quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài.

Chính yếu tố nước ngoài của quan hệ dân sự theo nghĩa rộng do tư pháp quốc tế điều chỉnh quyết định sự hình thành các nguyên tắc và phương pháp điều chỉnh đặc thù như đã trình bày ở các mục trên. Và cũng chính yếu tố nước ngoài này làm cho tư pháp quốc tế gắn bó rất chặt chẽ với công pháp quốc tế, buộc tư pháp quốc tế, khi điều chỉnh các quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài, cũng phải tuân theo các nguyên tắc chung của đời sống quốc tế (các nguyên tắc cơ bản của công pháp quốc tế).

Nếu đứng ở góc độ nguồn của pháp luật thì cũng không thể coi tư pháp quốc tế là một ngành của pháp luật quốc gia. Bởi vì, ngoài loại nguồn là các văn bản pháp luật quốc gia ra, tư pháp quốc tế còn có loại nguồn quốc tế bao gồm điều ước quốc tế và tập quán quốc tế. Nếu coi tư pháp là một ngành của pháp luật quốc gia thì đương nhiên là coi điều ước quốc tế là nguồn của pháp luật quốc gia.

Không thể coi điều ước quốc tế và tập quán quốc tế là nguồn của pháp luật quốc gia được. Trong khoa học pháp lý cũng có ý kiến sai lầm cho rằng các điều ước quốc tế cũng là nguồn của pháp luật quốc gia, thậm chí còn có ý định lập luận và bảo vệ quan điểm khẳng định điều ước quốc tế là hiến pháp thứ hai của quốc gia ¹.

Có thể khẳng định rằng, tư pháp quốc tế không là một ngành của pháp luật quốc gia. Việc các quốc gia có nghĩa vụ

1. - Báo cáo kết quả nghiên cứu đề tài "Điều ước quốc tế và khung pháp luật kinh tế ở Việt Nam", Hà Nội, năm 1996 – 1997, tr.3.

- Đoàn Năng: Vấn đề quan hệ giữa pháp luật quốc tế và pháp luật quốc gia trong khoa học pháp lý quốc tế ở Việt Nam, Tạp chí "Nhà nước và Pháp luật", số 12, 1997, tr. 31.

thực hiện các cam kết quốc tế quy định trong các điều ước quốc tế mà họ đã ký kết hoặc tham gia không có nghĩa là điều ước quốc tế trở thành nguồn của pháp luật quốc gia: Điều ước quốc tế luôn luôn có tính độc lập của nó.

Để bảo đảm thực hiện các cam kết quốc tế quy định trong các điều ước quốc tế mà mình đã ký kết hoặc tham gia, quốc gia có thể thực hiện một số động tác như sửa đổi, bổ sung hoặc ban hành các văn bản mới của pháp luật quốc gia, thậm chí quy định việc chỉ dẫn áp dụng ngay các quy định cụ thể nào đó của điều ước quốc tế. Việc này không làm cho điều ước quốc tế trở thành nguồn của pháp luật quốc gia cũng giống như quy phạm xung đột của nước ta chỉ dẫn phải áp dụng pháp luật nước ngoài, thì không ai nói pháp luật nước ngoài trở thành nguồn của pháp luật Việt Nam¹. Ở đây cũng không có vấn đề chuyển hoá các quy phạm điều ước quốc tế thành các quy phạm pháp luật quốc gia hoặc chuyển hoá các quy phạm pháp luật quốc gia thành các quy phạm điều ước quốc tế. Về bản chất đây chỉ là vấn đề tác động qua lại, ảnh hưởng lẫn nhau giữa điều ước quốc tế và pháp luật quốc gia trong quá trình phát triển và bảo đảm thi hành cả điều ước quốc tế lẫn pháp luật quốc gia.

Với xu hướng ngày càng gia tăng số lượng và vai trò của quy phạm thực chất thống nhất so với quy phạm xung đột và của quy phạm xung đột thống nhất so với quy phạm xung đột do từng quốc gia tự xây dựng, vai trò bộ phận nguồn quốc tế của tư pháp quốc tế ngày càng được nâng cao so với nguồn quốc gia. Và cũng vì vậy, tính quốc tế của tư pháp quốc tế

1. Đoàn Năng: *Vấn đề quan hệ giữa pháp luật quốc tế và pháp luật quốc gia trong pháp luật và thực tiễn của Việt Nam*, Tạp chí "Nhà nước và Pháp luật", số 2, 1998, tr. 25.

ngày càng đậm nét hơn.

Tóm lại, hiện tại tư pháp quốc tế tồn tại độc lập với công pháp quốc tế và với cả pháp luật quốc gia như là một tiểu hệ thống nằm giữa hai hệ thống, nhưng liên quan, gắn bó rất chặt chẽ với cả công pháp quốc tế và pháp luật quốc gia. Tuy nhiên, tính quốc tế của tư pháp quốc tế sẽ ngày càng gia tăng cùng với sự gia tăng số lượng cũng như vai trò của các quy phạm thực chất thống nhất, gia tăng cả quy phạm xung đột thống nhất do việc ký kết ngày càng nhiều các điều ước quốc tế đa phương và song phương giữa các quốc gia, nhằm nâng cao hiệu quả điều chỉnh pháp lý các quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài, đáp ứng yêu cầu phát triển của xu thế hội nhập của các quốc gia trong khu vực và trên toàn thế giới.

Do những đặc điểm nêu trên của tư pháp quốc tế, chúng ta phải thừa nhận rằng cái tên gọi "*Tư pháp quốc tế*" được dùng ở đây hoàn toàn có tính chất quy ước.

Việc khẳng định tư pháp quốc tế là bộ phận của công pháp quốc tế hoặc ngược lại là bộ phận của pháp luật quốc gia đều sai lầm về mặt lý luận và cũng không đúng với thực tế tồn tại và phát triển của tư pháp quốc tế trong giai đoạn hiện nay. Những quan điểm sai lầm này sẽ dẫn đến hậu quả chung tất yếu là phủ nhận chủ quyền quốc gia, tạo ra tiền đề cho sự rối loạn trong trật tự pháp lý quốc tế và làm cho tư pháp quốc tế không thể đạt được mục đích của mình trong việc điều chỉnh các quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài.

CHƯƠNG II

VẤN ĐỀ XUNG ĐỘT PHÁP LUẬT VÀ VIỆC ÁP DỤNG PHÁP LUẬT NƯỚC NGOÀI

I. XUNG ĐỘT PHÁP LUẬT VÀ CÁCH GIẢI QUYẾT XUNG ĐỘT PHÁP LUẬT

1. Khái niệm và nguyên nhân xung đột pháp luật

Như đã trình bày ở Chương I, các mối quan hệ xã hội do tư pháp quốc tế điều chỉnh là các mối quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài. Các quan hệ xã hội này vượt ra ngoài phạm vi không gian hiệu lực của pháp luật một quốc gia và liên quan đến các hệ thống pháp luật của hai hay nhiều quốc gia khác. Các quan hệ xã hội đó đòi hỏi phải được điều chỉnh về mặt pháp lý, và do đó phải áp dụng các quy phạm pháp luật nào đó để điều chỉnh. Lợi ích của các giai cấp cầm quyền ở các quốc gia trong các mối quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài, lợi ích của các tổ chức, cá nhân tham gia quá trình giao lưu dân sự quốc tế đòi hỏi phải làm như vậy.

Trong trường hợp không được điều chỉnh bằng các quy phạm thực chất thống nhất thì chỉ còn có cách chọn pháp luật của nước này hay của nước khác để áp dụng nhằm điều chỉnh các quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài. Vấn đề đặt ra trong trường hợp này là pháp luật của quốc gia nào cụ thể phải được áp dụng để làm cơ sở xác định

các quyền, nghĩa vụ và các lợi ích hợp pháp của các bên tham gia quan hệ xã hội đó cũng như các hình thức và biện pháp chế tài đối với bên đương sự có hành vi vi phạm pháp luật¹.

Về mặt lý luận cũng như thực tiễn, cần phải khẳng định rằng, một quan hệ xã hội liên quan đến bao nhiêu quốc gia thì pháp luật của bấy nhiêu quốc gia đều có thể được áp dụng. Sở dĩ như vậy là vì, các quốc gia là các thực thể độc lập, có chủ quyền và bình đẳng với nhau thì đương nhiên pháp luật của các quốc gia cũng phải bình đẳng với nhau trong việc điều chỉnh các mối quan hệ xã hội liên quan đến các quốc gia đó. Thừa nhận chủ quyền quốc gia và bình đẳng chủ quyền giữa các quốc gia thì kết quả lô gíc sẽ là thừa nhận sự bình đẳng giữa các hệ thống pháp luật của các quốc gia.

Thực tiễn cho chúng ta thấy rằng, cùng một lúc không thể đồng thời áp dụng cả hai hay nhiều hệ thống pháp luật để điều chỉnh một quan hệ dân sự cụ thể có yếu tố nước ngoài. Bởi vì, các hệ thống pháp luật của các quốc gia có liên quan thường không giống nhau về nội dung, và nếu có giống nhau trong các quy định cụ thể nào đó thì việc áp dụng và giải thích các quy định đó không có căn cứ để khẳng định là sẽ giống nhau².

Ví dụ: Một người nước ngoài ký kết hợp đồng mua bán hàng hoá với một thương nhân Việt Nam. Trong trường hợp này, nếu giữa Việt Nam và nước ngoài hữu quan không thoả thuận với nhau xây dựng quy phạm thực chất thống nhất về hình thức và nội dung hợp đồng mua bán hàng hoá, v.v, thì

1. *Giáo trình Tư pháp quốc tế* (TS. Đoàn Năng chủ biên), Trường Đại học Tổng hợp Hà Nội, 1994, tr. 34 - 37.

2. *Giáo trình Tư pháp quốc tế* (TS. Bùi Xuân Nhựt chủ biên), Trường Đại học Luật Hà Nội, 1997, tr. 27 - 30.

pháp luật Việt Nam và cả pháp luật của nước ngoài hữu quan đều có thể được áp dụng. Khi giải quyết tranh chấp về giá trị pháp lý của hợp đồng về mặt hình thức hay tranh chấp về việc thực hiện nội dung hợp đồng, các cơ quan có thẩm quyền phải tiến hành chọn pháp luật của một nước hữu quan nào đó làm cơ sở cho quyết định của mình.

Nếu nói nội dung pháp luật Việt Nam và pháp luật nước ngoài có liên quan cũng như cách giải thích và áp dụng các điều khoản của hai hệ thống pháp luật này ở Việt Nam và nước đó hoàn toàn giống nhau, thì vấn đề chọn pháp luật để áp dụng không phải đặt ra. Trong trường hợp này, áp dụng pháp luật của nước hữu quan nào cũng sẽ mang lại một kết quả như nhau.

Trên thực tế, nội dung pháp luật các nước không bao giờ hoàn toàn giống nhau, ngay cả khi các nước đó thuộc cùng một kiểu chế độ kinh tế - xã hội. Ví dụ, trước đây khi Liên Xô chưa sụp đổ, Liên Xô và Việt Nam là hai nước thuộc cùng một kiểu chế độ kinh tế - xã hội, nhưng pháp luật của Việt Nam về hôn nhân và gia đình quy định nữ từ 18 tuổi trở lên, nam từ 20 tuổi trở lên mới được kết hôn; trong khi đó, theo pháp luật của Liên Xô về hôn nhân và gia đình, tuổi 18 là tuổi kết hôn của cả nữ và nam.

Cũng không thiếu những trường hợp các điều khoản trong văn bản pháp quy của cùng một ngành pháp luật ở hai nước có nội dung giống nhau, thậm chí là một. Ví dụ Bôlivia, Panama và một số nước khác áp dụng Bộ luật Dân sự Napôlêông của Pháp mà hầu như không cần thay đổi điều khoản nào, nhưng do cách giải thích và áp dụng các điều khoản của Bộ luật đó không giống nhau cho nên xảy ra tình trạng cùng một điều khoản mà kết quả áp dụng ở các nước đó hoàn toàn khác nhau.

Sở dĩ có sự khác nhau về nội dung cũng như về cách giải thích và áp dụng pháp luật giữa các nước là do trình độ phát triển kinh tế, chính trị, văn hóa và xã hội của các nước không đồng đều, phong tục, tập quán và truyền thống lịch sử ở các nước không giống nhau.

Như vậy, có thể nói rằng, trong mọi trường hợp, nếu những quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài không được điều chỉnh bởi quy phạm thực chất thống nhất, thì pháp luật của các nước hữu quan đều có thể được áp dụng để điều chỉnh những mối quan hệ xã hội đó, vì thế đều phát sinh vấn đề chọn pháp luật của nước này hoặc nước khác để áp dụng trong từng quan hệ cụ thể.

Như đã trình bày ở Chương I, trong sách báo pháp luật có quan điểm cho rằng, có các quy phạm thực chất do quốc gia tự ban hành để áp dụng trực tiếp vào một số quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài mà không cần có sự chỉ dẫn của quy phạm xung đột¹. Với cách đặt vấn đề như vậy thì hệ quả tất yếu là công nhận tồn tại hiện tượng có quan hệ có yếu tố nước ngoài chưa được điều chỉnh bởi quy phạm thực chất thống nhất mà lại không có xung đột pháp luật. Có thể cho rằng, cách đặt vấn đề này thiếu thuyết phục về cơ sở lý luận và thực tiễn, không thật khách quan. Trên thực tế, mọi quy phạm thực chất do quốc gia tự ban hành đều có quy phạm xung đột chỉ dẫn áp dụng, không có trường hợp nào quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài mà không có xung đột pháp luật, trừ khi đã có quy phạm thực chất thống

1. - *Giáo trình Tư pháp quốc tế* (TS. Hồ Phong Tư chủ biên), Trường Đại học Pháp lý Hà Nội, 1992, tr. 19 - 24.

- *Giáo trình Tư pháp quốc tế* (TS. Bùi Xuân Nhự chủ biên), Trường Đại học Luật Hà Nội, 1997, tr. 8 - 12.

nhất để điều chỉnh.

Trong khoa học về Tư pháp quốc tế, hiện tượng pháp luật của hai hay nhiều nước khác nhau cùng có thể được áp dụng để điều chỉnh một quan hệ xã hội có yếu tố nước ngoài liên quan đến hai hay nhiều nước đó được gọi là hiện tượng xung đột pháp luật (việc dùng thuật ngữ "*xung đột pháp luật*" chỉ có tính chất quy ước).

Từ những điểm trình bày trên, chúng ta thấy có hai nguyên nhân làm phát sinh hiện tượng xung đột pháp luật như sau:

a) Quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài phát sinh mà không được điều chỉnh bằng quy phạm thực chất thống nhất.

b) Có sự khác nhau về nội dung cụ thể giữa pháp luật của các nước cũng như có sự khác nhau trong việc giải thích và áp dụng những quy định giống nhau về mặt hình thức.

Hai nguyên nhân nói trên không tách rời nhau, và phải bổ sung cho nhau thì mới làm phát sinh hiện tượng xung đột pháp luật - một trong những vấn đề cơ bản của Tư pháp quốc tế.

Nếu không có quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài thì không có xung đột pháp luật, mặc dù nội dung pháp luật của các nước rất khác nhau hoặc nội dung pháp luật của các nước giống nhau nhưng được giải thích và áp dụng khác nhau. Ngược lại, nếu có quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài, nhưng nội dung cũng như cách giải thích và áp dụng pháp luật của các nước hoàn toàn giống nhau thì cũng không phát sinh hiện tượng xung đột pháp luật. Thực tiễn cho thấy rằng, trong mọi trường hợp, nếu có quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài đều phát sinh hiện tượng xung đột pháp luật, trừ trường hợp

đã có các quy phạm thực chất thống nhất để áp dụng.

2. Cách giải quyết xung đột pháp luật

Về mặt lý luận cũng như thực tế, tất cả các quốc gia đều quan tâm xây dựng pháp luật để điều chỉnh các mối quan hệ xã hội, nhằm bảo vệ các lợi ích của mình (thực chất là lợi ích của giai cấp cầm quyền ở quốc gia đó) kể cả trường hợp quan hệ xã hội có yếu tố nước ngoài. Khi quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài phát sinh hiện tượng xung đột pháp luật, các quốc gia cũng đều quan tâm giải quyết bằng một cách nào đó nhằm bảo vệ các quyền và lợi ích chính đáng của các bên đương sự và thúc đẩy giao lưu dân sự quốc tế phát triển vì lợi ích của chính quốc gia mình.

Từ những nội dung trình bày ở Chương I, chúng ta có thể rút ra kết luận rằng, áp dụng các quy phạm của tư pháp quốc tế chính là để giải quyết xung đột pháp luật. Nói cách khác, có bao nhiêu loại quy phạm của tư pháp quốc tế thì có bấy nhiêu cách giải quyết xung đột pháp luật.

Nếu quan niệm tư pháp quốc tế chỉ bao gồm một loại quy phạm là quy phạm xung đột, thì chỉ có một cách giải quyết xung đột pháp luật là áp dụng quy phạm xung đột. Nếu quan niệm tư pháp quốc tế gồm hai loại quy phạm là quy phạm thực chất và quy phạm xung đột, thì sẽ có hai cách giải quyết xung đột pháp luật: *Cách thứ nhất* là áp dụng quy phạm thực chất; *Cách thứ hai* là áp dụng quy phạm xung đột.

Nếu cho rằng, quy phạm thực chất của tư pháp quốc tế chỉ bao gồm quy phạm thực chất thống nhất, không bao gồm các quy phạm thực chất do từng quốc gia tự xây dựng, để áp dụng trực tiếp vào các quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài mà không cần chỉ dẫn của quy phạm xung đột, thì khi nói giải quyết xung đột bằng cách áp dụng quy phạm thực chất

thống nhất, chúng ta phải loại trừ các quy phạm thực chất do từng quốc gia tự xây dựng nói trên.

Cho đến nay, trong khoa học về tư pháp quốc tế ở Việt Nam chưa có quan điểm thống nhất về phương pháp giải quyết xung đột pháp luật. Có ý kiến cho rằng chỉ có hai phương pháp giải quyết xung đột pháp luật là xây dựng các quy phạm thực chất và áp dụng các quy phạm xung đột. Ý kiến ủng hộ quan điểm này đã không phân biệt rõ phải giải quyết xung đột pháp luật bằng quy phạm thực chất thống nhất hay bằng cả quy phạm thực chất do từng quốc gia tự xây dựng, không chỉ ra cách xử lý trong trường hợp không có quy phạm thực chất và cũng không có cả quy phạm xung đột.

Thông thường pháp luật các quốc gia không chỉ rõ có bao nhiêu cách cụ thể để giải quyết xung đột pháp luật trong việc điều chỉnh các quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài. Pháp luật các quốc gia chỉ quy định những trường hợp áp dụng các quy định của điều ước quốc tế mà quốc gia ký kết hoặc tham gia, các tập quán quốc tế mà quốc gia chấp nhận, và quy định việc chọn pháp luật của nước mình hay của nước ngoài để áp dụng.

Vấn đề này cũng được xử lý trong Bộ luật Dân sự Việt Nam năm 1995 (Khoản 4 của Điều 827) như sau: “ Trong trường hợp quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài không được Bộ luật này, các văn bản pháp luật khác của Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam, điều ước quốc tế mà Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam ký kết hoặc tham gia hoặc hợp đồng dân sự giữa các bên điều chỉnh, thì áp dụng tập quán quốc tế...”

Theo tinh thần của Bộ luật Dân sự nói chung và của khoản 4 của Điều 827 này nói riêng, chúng ta hiểu Bộ luật Dân sự năm 1995 cho phép áp dụng ba cách giải quyết xung đột pháp luật trong việc điều chỉnh các mối quan hệ dân sự

có yếu tố nước ngoài: áp dụng quy phạm thực chất thống nhất: áp dụng quy phạm xung đột; nếu không có cả hai loại quy phạm này thì áp dụng tập quán quốc tế.

Theo tinh thần của Bộ luật Dân sự Việt Nam năm 1995, Luật Hôn nhân và gia đình Việt Nam năm 2000 và các văn bản pháp luật khác của Việt Nam, không có vấn đề áp dụng trực tiếp các quy phạm thực chất do Việt Nam tự ban hành vào các quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài mà không thông qua sự chỉ dẫn của quy phạm xung đột.

Về cơ bản có thể tán thành tinh thần nêu trên của Bộ luật Dân sự Việt Nam năm 1995. Tuy nhiên, việc áp dụng tập quán quốc tế trong lĩnh vực giải quyết xung đột pháp luật khi không có cả hai loại quy phạm thực chất thống nhất và quy phạm xung đột cần phải được xem xét để hoàn thiện thêm. Bởi vì, xác định được sự tồn tại của tập quán này hay tập quán khác trong lĩnh vực này là việc rất phức tạp và dễ gây tranh cãi, và cũng phải lường trước có thể có những trường hợp không xác định được.

Vì vậy, nên khẳng định rõ các cách giải quyết xung đột pháp luật như sau:

2.1. Xây dựng và áp dụng các quy phạm thực chất thống nhất

Quy phạm thực chất thống nhất là quy phạm do các quốc gia thoả thuận xây dựng bằng cách ký kết các điều ước quốc tế hoặc cùng thừa nhận và áp dụng những tập quán quốc tế nhất định có nội dung trực tiếp ấn định quyền, nghĩa vụ của các bên đương sự cũng như những biện pháp và hình thức chế tài cần hoặc có thể được áp dụng đối với bên vi phạm pháp luật.

Khi phải giải quyết một tranh chấp phát sinh từ quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài, cơ quan có thẩm

quyền cũng như các đương sự căn cứ ngay vào quy phạm thực chất thống nhất để xem xét, không cần giải quyết vấn đề chọn pháp luật nước này hoặc nước kia để áp dụng. Có thể nói sự tồn tại của quy phạm thực chất thống nhất loại trừ hiện tượng xung đột pháp luật¹.

Các quy phạm thực chất thống nhất hiện nay được ghi nhận trong điều ước quốc tế như: Công ước Paris năm 1883 về bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp, Công ước Bécnrơ năm 1886 về bảo vệ các tác phẩm văn học và nghệ thuật, Công ước Chicagô năm 1944 về hàng không dân dụng, Công ước Vácsava năm 1929 về vận tải hàng không, Công ước Rôma năm 1933 về thống nhất các quy phạm quy định việc bồi thường thiệt hại do tàu bay gây ra, Công ước Viên năm 1980 về mua bán quốc tế hàng hoá, v.v..

Các quy phạm thực chất thống nhất còn tồn tại dưới dạng các tập quán quốc tế như: FOB (Free on board), CIF (Cost - insurance- freight), CAF (Cost-and- freight), v.v..

Cho đến nay, không ai phủ nhận hiệu quả cao của việc dùng các quy phạm thực chất thống nhất. Thậm chí, các nước muốn ký kết nhiều điều ước quốc tế hơn nữa để xây dựng các quy phạm thực chất thống nhất, đặc biệt trong lĩnh vực thương mại và giao thông vận tải quốc tế. Tuy nhiên, việc thực hiện ý muốn này không đơn giản và nhanh chóng được, vì lợi ích của các nước khác nhau, trình độ phát triển mọi mặt cũng như phong tục, tập quán, truyền thống lịch sử không giống nhau. Và như vậy, xây dựng và áp dụng các quy phạm thực chất thống nhất tuy là cách giải quyết xung đột pháp luật hữu hiệu nhất, nhưng vẫn chỉ là một cách và

1. *Giáo trình Tư pháp quốc tế* (TS. Đoàn Năng chủ biên), Trường Đại học Tổng hợp Hà Nội, 1994, tr. 38.

không thể thay thế ngay cho tất cả các cách khác.

2.2. *Xây dựng và áp dụng các quy phạm xung đột*

Khi không có quy phạm thực chất thống nhất, các cơ quan có thẩm quyền phải chọn pháp luật của nước này hay nước khác để xác định quyền và nghĩa vụ của các bên đương sự cũng như các hình thức và biện pháp chế tài cần hoặc có thể được áp dụng đối với bên vi phạm pháp luật. Việc lựa chọn pháp luật được tiến hành trên cơ sở chỉ dẫn của quy phạm xung đột. Chính vì vậy, khoa học về tư pháp quốc tế gọi việc xây dựng và áp dụng các quy phạm xung đột là một cách giải quyết xung đột pháp luật. Đây là cách giải quyết xung đột pháp luật chủ yếu hiện nay. Bởi lẽ, các quy phạm thực chất thống nhất còn quá ít so với quy phạm xung đột; hơn nữa trong nhiều lĩnh vực hầu như chưa hoặc không xây dựng được quy phạm thực chất thống nhất. Ví dụ, trong lĩnh vực hôn nhân - gia đình và thừa kế chưa hề có quy phạm thực chất thống nhất nào được các quốc gia thoả thuận xây dựng, trong khi đó quy phạm xung đột được thoả thuận xây dựng tương đối nhiều.

Hiện nay, việc xây dựng các quy phạm xung đột nhằm hướng dẫn chọn pháp luật để điều chỉnh các mối quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài chủ yếu do các quốc gia đơn phương tự tiến hành. Vì vậy, mỗi quốc gia đều có một hệ thống quy phạm xung đột của mình. Nhiều quốc gia có hệ thống quy phạm xung đột khá đầy đủ và đồng bộ như Nga, Mỹ, Pháp, Đức, v.v.¹

Việt Nam cũng có hệ thống quy phạm xung đột của mình, nhưng còn thiếu quá nhiều và chưa đồng bộ. Các quy

1. *Sđd*, tr. 40.

phạm xung đột của Việt Nam nằm rải rác trong các văn bản pháp quy của các ngành pháp luật như: Pháp lệnh về hôn nhân và gia đình giữa công dân Việt Nam với người nước ngoài năm 1993 (nay đã hết hiệu lực do có Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000), Bộ luật Hàng hải Việt Nam năm 1990 (Điều 4 và 5) v.v.. Bộ luật Dân sự Việt Nam hiện nay cũng chỉ dành một phần (phần thứ 7) gồm 13 điều xây dựng các quy phạm xung đột hướng dẫn chọn pháp luật điều chỉnh các mối quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài, Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000 (chương XI) v.v..

Các quy phạm xung đột còn được xây dựng bằng cách ký kết các điều ước quốc tế đa phương và song phương, và được gọi là quy phạm xung đột thống nhất. Chẳng hạn như Công ước La Hay năm 1905 về xung đột pháp luật trong lĩnh vực thừa kế, Công ước La Hay năm 1955 về pháp luật áp dụng trong mua bán quốc tế các loại động sản, các Hiệp định tương trợ tư pháp giữa các nước v.v.. Trong các Hiệp định tương trợ tư pháp giữa Việt Nam với các nước có cả một hệ thống khá phong phú các quy phạm xung đột hướng dẫn chọn pháp luật điều chỉnh quan hệ dân sự, hôn nhân và gia đình và tố tụng dân sự.

So với việc dùng quy phạm thực chất thống nhất, dùng quy phạm xung đột để giải quyết xung đột pháp luật gây ra nhiều khó khăn phức tạp cho các cơ quan có thẩm quyền và cho cả các đương sự. Vì không có quy định thống nhất giữa các quốc gia về quyền và nghĩa vụ của các bên đương sự cũng như hình thức và biện pháp chế tài cần hoặc có thể được áp dụng để làm cơ sở xử lý tranh chấp, cơ quan có thẩm quyền phải tiến hành chọn hệ thống pháp luật theo chỉ dẫn của quy phạm xung đột. Nếu quy phạm xung đột chỉ dẫn áp dụng pháp luật nước ngoài, thì phải xử lý một vấn đề rất phức tạp

là tìm hiểu và giải thích nội dung pháp luật nước ngoài.

2.3. Áp dụng tập quán quốc tế hoặc "Pháp luật điều chỉnh các mối quan hệ xã hội tương tự".

Quá trình phát triển mạnh mẽ của giao lưu dân sự quốc tế hiện nay đang đòi hỏi phải hoàn thiện hệ thống các quy phạm tư pháp quốc tế, kể cả quy phạm xung đột của từng quốc gia lẫn các quy phạm xung đột thống nhất và quy phạm thực chất thống nhất, tức là hoàn chỉnh cả hai cách giải quyết xung đột pháp luật nêu trên. Tuy nhiên, đây là công việc phức tạp và phải có thời gian mới làm được.

Như đã trình bày ở trên, trong quá trình điều chỉnh các mối quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài, không tránh khỏi có những trường hợp không có quy phạm thực chất thống nhất và cũng chưa có cả quy phạm xung đột thống nhất hoặc quy phạm xung đột của từng nước. Trường hợp này xảy ra nhiều ở những quốc gia chưa có điều kiện xây dựng hệ thống pháp luật của mình một cách hoàn chỉnh, đồng bộ, chưa thể ký kết nhiều điều ước quốc tế về tư pháp quốc tế. Ngay cả những nước đã có hệ thống pháp luật phát triển tới mức hoàn thiện, có điều kiện ký kết nhiều điều ước quốc tế về tư pháp quốc tế, đôi khi cũng xảy ra trường hợp, một số quan hệ cụ thể có yếu tố nước ngoài không có quy phạm nào hướng dẫn việc chọn pháp luật để điều chỉnh. Bởi vì, không phải trong mọi trường hợp những người làm công tác xây dựng pháp luật đều có thể dự liệu được tất cả mọi khả năng có thể xảy ra trong cuộc sống muôn màu muôn vẻ và luôn luôn biến động.

Để bảo vệ các quyền và lợi ích chính đáng đã phát sinh của các đương sự, đồng thời củng cố và thúc đẩy giao lưu dân sự quốc tế phát triển, điều khẳng định rõ ràng là, cơ quan có thẩm quyền của quốc gia có trách nhiệm chọn hệ thống pháp

luật của một quốc gia nào đó hoặc của chính nước mình để áp dụng. Việc lựa chọn này phải được thực hiện trên nguyên tắc áp dụng tập quán quốc tế hoặc "*pháp luật điều chỉnh các quan hệ xã hội tương tự*" phù hợp với những nguyên tắc cơ bản của pháp luật cũng như đường lối chính sách đối ngoại của quốc gia mình¹. Nguyên tắc này cũng được áp dụng phổ biến trong việc điều chỉnh các quan hệ xã hội trong nội bộ mỗi quốc gia. Bộ luật Dân sự Việt Nam năm 1995 (Điều 14) cũng khẳng định việc áp dụng nguyên tắc này.

Để bảo vệ một cách có hiệu quả các quyền và lợi ích chính đáng của các bên đương sự, nếu các quyền và lợi ích đó hình thành trên cơ sở pháp luật nước nào thì nên áp dụng pháp luật nước đó, trừ trường hợp xét thấy hậu quả của việc áp dụng pháp luật của nước đó trái với những nguyên tắc cơ bản của chế độ xã hội và của pháp luật nước mình.

Tóm lại, ba cách giải quyết xung đột pháp luật nêu trên được tất cả các nước áp dụng, trong đó cách chủ yếu hiện nay là xây dựng và áp dụng quy phạm xung đột, mặc dù xây dựng và áp dụng quy phạm thực chất thống nhất là cách giải quyết có hiệu quả nhất, ưa dùng nhất. Xu thế chung hiện nay là các nước cố gắng ký kết với nhau ngày càng nhiều điều ước quốc tế nhằm xây dựng các quy phạm thực chất thống nhất, đặc biệt trong các lĩnh vực buôn bán, giao thông vận tải quốc tế, đầu tư nước ngoài, hoặc ít nhất nhằm thống nhất cách chọn pháp luật để điều chỉnh các mối quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài.

3. Khái niệm và phân loại quy phạm xung đột

3.1. Khái niệm quy phạm xung đột

Quy phạm xung đột là loại quy phạm pháp luật đặc biệt,

1. *Sđđ*, tr. 41-42.

không trực tiếp quy định quyền và nghĩa vụ pháp lý của các bên tham gia quan hệ xã hội cũng như các hình thức và biện pháp chế tài cần hoặc có thể được áp dụng đối với các bên đương sự vi phạm pháp luật. Quy phạm xung đột chỉ quy định việc chọn pháp luật nước này hoặc pháp luật nước kia để điều chỉnh các mối quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài.

Ví dụ, khoản 1 Điều 833 Bộ luật Dân sự Việt Nam năm 1995 quy định: "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 pháp luật Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam có quy định khác". Như vậy, nếu đối tượng sở hữu là tài sản tồn tại trên lãnh thổ Việt Nam thì pháp luật Việt Nam được áp dụng, nếu đối tượng sở hữu là tài sản tồn tại trên lãnh thổ nước ngoài thì pháp luật nước ngoài được áp dụng. Cơ sở làm phát sinh, thay đổi, chấm dứt quyền sở hữu, nội dung các quyền và nghĩa vụ của các chủ thể, thủ tục, nội dung và biện pháp bảo hộ quyền sở hữu tài sản tùy thuộc vào quy định của hệ thống pháp luật sẽ được áp dụng.

Đặc điểm của quy phạm xung đột còn thể hiện ở chỗ: Trong khi các quy phạm pháp luật thông thường được cấu thành bởi ba bộ phận là giả định, quy định và chế tài, thì quy phạm xung đột được cấu thành bởi hai phần là phần phạm vi và phần hệ thuộc.

Phần phạm vi là phần quy định rằng, quy phạm xung đột này được áp dụng đối với loại quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài nào cụ thể, quan hệ sở hữu hay quan hệ thừa kế tài sản, quan hệ thừa kế động sản hay quan hệ thừa kế bất động sản, quan hệ nghĩa vụ hợp đồng hay quan hệ nghĩa vụ ngoài hợp đồng, quan hệ vợ chồng hay

quan hệ giữa cha mẹ và con cái v.v..

Phần hệ thuộc là phần quy định pháp luật nước nào phải được áp dụng để điều chỉnh loại quan hệ xã hội nêu trong phần phạm vi, pháp luật của nước đương sự mang quốc tịch hay pháp luật của nước nơi đương sự cư trú, pháp luật của nước nơi tồn tại tài sản hay pháp luật của nước nơi hợp đồng được ký kết v.v...

Ví dụ, Điều 33 Hiệp định tương trợ tư pháp giữa Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam và Bungari quy định rằng, quyền thừa kế động sản được xác định theo pháp luật của nước ký kết mà người để lại tài sản là công dân khi chết; quyền thừa kế bất động sản được xác định theo pháp luật của nước nơi có bất động sản. Ở đây có hai quy phạm xung đột: Quy phạm xung đột về thừa kế động sản và quy phạm xung đột về thừa kế bất động sản.

Trong *quy phạm xung đột thứ nhất*, phần phạm vi là phần quy định quan hệ xã hội là quan hệ thừa kế động sản, phần hệ thuộc là phần quy định áp dụng pháp luật của nước ký kết mà người để lại tài sản thừa kế là công dân khi qua đời. Trong *quy phạm xung đột thứ hai*, phần phạm vi là phần quy định quan hệ xã hội là quan hệ thừa kế bất động sản, phần hệ thuộc là phần quy định áp dụng pháp luật nơi tồn tại bất động sản.

Điều cần lưu ý khi nghiên cứu quy phạm xung đột là: Quy phạm xung đột quy định việc lựa chọn hệ thống pháp luật của nước này hay của nước kia để điều chỉnh các mối quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài, chứ không quy định việc chọn văn bản luật hay văn bản pháp quy dưới luật hoặc những quy phạm pháp luật riêng lẻ của nước này hay nước kia. Khái niệm xung đột nói ở đây là xung đột giữa các hệ thống pháp luật của các nước, chứ không phải

xung đột giữa các văn bản hay quy phạm pháp luật cụ thể của các nước khác nhau trong việc điều chỉnh các mối quan hệ dân sự cụ thể, theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài. Cũng vì vậy, không nên dùng thuật ngữ "*xung đột luật*" mà phải dùng thuật ngữ "*xung đột pháp luật*"¹ thì mới có thể tránh được sự nhầm lẫn không đáng có.

Ngoài ra cũng phải hiểu rằng, vấn đề xung đột pháp luật ở đây được xem xét chỉ ở góc độ tư pháp quốc tế. Điều đó có nghĩa là chỉ nói đến các ngành pháp luật quốc gia liên quan đến tư pháp quốc tế như pháp luật dân sự theo nghĩa hẹp, pháp luật về Luật Hôn nhân và gia đình, pháp luật lao động và pháp luật tố tụng dân sự. Nói cách khác, quy phạm xung đột của tư pháp quốc tế chỉ hướng dẫn chọn pháp luật thuộc các ngành pháp luật dân sự theo nghĩa hẹp, pháp luật về luật hôn nhân và gia đình, pháp luật lao động và pháp luật tố tụng dân sự của các quốc gia.

3.2. Phân loại quy phạm xung đột

Do tính đa dạng và phức tạp của bản thân các mối quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài, mỗi quan hệ xã hội cụ thể đòi hỏi phải có quy định thích hợp về việc chọn pháp luật để điều chỉnh. Chính vì vậy, quy phạm xung đột rất đa dạng về chủng loại.

a) Về mặt hình thức, quy phạm xung đột gồm hai loại là quy phạm xung đột một bên và quy phạm xung đột hai bên.

Quy phạm xung đột một bên là quy phạm chỉ quy định những trường hợp phải áp dụng pháp luật của nước đã ban hành ra quy phạm này. Ví dụ, Điều 17 Luật Hàng không dân

1. Một số vấn đề lý luận về luật quốc tế (TS. Đào Trí Úc chủ biên), Chương IX về Xung đột pháp luật và việc áp dụng pháp luật nước ngoài, Nxb. Chính trị quốc gia, 1994, tr. 232.

dụng Việt Nam năm 1991 quy định: "việc chuyển nhượng quyền sở hữu, cầm cố, thế chấp tàu bay dân dụng Việt Nam phải tuân theo quy định của pháp luật Việt Nam". Điều đó cũng có nghĩa là việc chuyển nhượng quyền sở hữu, cầm cố, thế chấp tàu bay dân dụng của nước ngoài phải theo pháp luật nước nào tùy thuộc vào quy định của pháp luật nước ngoài; quy phạm xung đột do Việt Nam xây dựng ở đây chỉ quy định trường hợp áp dụng pháp luật Việt Nam.

Quy phạm xung đột hai bên là quy phạm không quy định phải áp dụng pháp luật của nước đã ban hành ra quy phạm này (hoặc tham gia xây dựng quy phạm này) hay của nước khác một cách cụ thể, mà chỉ vạch ra nguyên tắc chung xác định pháp luật nước nào sẽ phải được áp dụng. Như vậy, có nghĩa là quy phạm xung đột hai bên quy định không chỉ những trường hợp áp dụng pháp luật của nước mình mà cả những trường hợp áp dụng pháp luật của nước khác.

Ví dụ: khoản 2 Điều 31 Hiệp định tương trợ tư pháp Việt Nam - Hunggari năm 1985 quy định rằng, "*Các điều kiện về nội dung của việc kết hôn đối với mỗi người trong cặp vợ chồng tương lai, phải tuân theo pháp luật của nước mà họ là công dân*". Vì vậy, nếu đương sự là công dân Hunggari thì phải tuân theo quy định của pháp luật Hunggari về điều kiện kết hôn, bất kể nơi tiến hành kết hôn.

Trong thực tiễn xét xử ở các nước trên thế giới và cả ở Việt Nam thường xảy ra hiện tượng từ thực tiễn áp dụng quy phạm xung đột một bên đã hình thành quy phạm xung đột hai bên mà không cần phải có quy định cụ thể của pháp luật. *Ví dụ,* khoản 3 Điều 104 của Luật Hôn nhân và gia đình Việt Nam năm 2000 quy định: "Việc giải quyết tài sản là bất động sản ở nước ngoài khi ly hôn tuân theo pháp luật của nước nơi có bất động sản". Tuy Luật Hôn nhân và gia đình Việt Nam

năm 2000 không quy định việc giải quyết tài sản là bất động sản ở Việt Nam khi ly hôn phải tuân theo pháp luật của Việt Nam, nhưng trên thực tế áp dụng khoản 3 của Điều 104 của Luật này, ai cũng hiểu nếu tài sản là bất động sản ở Việt Nam thì tuân theo pháp luật Việt Nam.

b) *Về phạm vi áp dụng*, quy phạm xung đột gồm các loại sau đây: Quy phạm xung đột về quyền sở hữu; quy phạm xung đột về trái vụ; quy phạm xung đột về hôn nhân và gia đình ; quy phạm xung đột về thừa kế, v.v..

Trong từng lĩnh vực quan hệ xã hội, theo phạm vi áp dụng, các quy phạm xung đột lại được chia thành các nhóm cụ thể như trong lĩnh vực hôn nhân và gia đình có các quy phạm xung đột về nghi thức kết hôn, về điều kiện kết hôn, về ly hôn, về quan hệ giữa vợ và chồng, về quan hệ giữa cha mẹ và con cái, về nuôi con nuôi, về giám hộ v.v..

c) *Căn cứ vào phần hệ thuộc*, quy phạm xung đột được chia thành các loại như sau:

+ *Quy phạm quy định áp dụng pháp luật nhân thân (lex personalis)*. Pháp luật nhân thân được chia thành *pháp luật của nước mà đương sự là công dân*, còn gọi là pháp luật bản quốc của đương sự (*lex patriae hay lex nationalis*) và *pháp luật nơi cư trú của đương sự (lex domicilii)*.

Pháp luật nhân thân được áp dụng trong nhiều loại quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài. Ví dụ, các quan hệ thừa kế động sản, hôn nhân và gia đình, v.v.. Tuy nhiên áp dụng pháp luật nhân thân cụ thể nào còn tùy thuộc vào quy định của từng quốc gia, của từng điều ước quốc tế giữa các quốc gia.

+ *Quy phạm quy định áp dụng pháp luật của nước mà pháp nhân mang quốc tịch* (còn gọi là pháp luật bản quốc của pháp nhân (*lex societatis*)).

Pháp luật bản quốc của pháp nhân được áp dụng để xem xét các vấn đề như thành lập, giải thể, thanh lý tài sản của pháp nhân v.v..

+ *Quy phạm quy định áp dụng pháp luật của nước nơi có vật (lex rei sitae).* Pháp luật của nước nơi có vật được áp dụng rộng rãi trong việc điều chỉnh quan hệ sở hữu có yếu tố nước ngoài và cả trong lĩnh vực thừa kế bất động sản.

+ *Quy phạm quy định áp dụng pháp luật do các bên ký kết hợp đồng lựa chọn (lex voluntatis)*

Pháp luật do các bên ký kết hợp đồng lựa chọn thường được áp dụng trong lĩnh vực hợp tác kinh tế quốc tế, đặc biệt trong buôn bán và hàng hải quốc tế. Việc thoả thuận giữa các bên đương sự để chọn pháp luật phải dựa trên cơ sở tự nguyện và thực hiện trong phạm vi cho phép của pháp luật quốc gia hoặc điều ước quốc tế do quốc gia ký kết.

+ *Quy phạm quy định áp dụng pháp luật của nước nơi thực hiện hành vi (lex actus).*

Pháp luật nơi thực hiện hành vi được chia thành: Pháp luật nơi ký kết hợp đồng (lex loci contratus); pháp luật nơi thực hiện nghĩa vụ (lex loci solutionis), pháp luật nơi thực hiện hợp đồng (locus regit actum) và pháp luật nơi tiến hành kết hôn (lex loci celebrationis) v.v... Việc áp dụng dạng cụ thể nào của pháp luật nơi thực hiện hành vi tùy thuộc vào quy định của từng quốc gia hoặc từng điều ước quốc tế giữa các quốc gia.

+ *Quy phạm quy định áp dụng pháp luật của nước mà bên bán hàng mang quốc tịch (gọi tắt là pháp luật bên bán hàng - lex ventitoris).*

Pháp luật bên bán hàng được áp dụng trong lĩnh vực buôn bán quốc tế trong trường hợp các bên đương sự không có thoả thuận gì về việc chọn pháp luật. Tuy nhiên, pháp

luật này được áp dụng hay không và áp dụng ở mức độ nào còn tùy thuộc vào quy định của pháp luật từng quốc gia hoặc từng điều ước quốc tế giữa các quốc gia. Ví dụ, theo quy định tại Điều 27 Luật về tư pháp quốc tế của Ba Lan, trong thương mại quốc tế, pháp luật bên bán hàng chỉ được áp dụng trong trường hợp mua bán động sản, khi các bên mua bán không cư trú ở cùng một nước. Theo Công ước La Hay 1955 về mua bán động sản, pháp luật bên bán hàng được áp dụng, nhưng nếu bên bán nhận đơn đặt hàng tại nơi cư trú của bên mua thì áp dụng pháp luật nơi người mua cư trú.

+ *Quy phạm quy định áp dụng pháp luật của nước nơi xảy ra sự vi phạm pháp luật (lex loci delicti commissi).*

Pháp luật nơi xảy ra sự vi phạm pháp luật thường được áp dụng trong quan hệ nghĩa vụ ngoài hợp đồng có yếu tố nước ngoài nhằm xác định trách nhiệm của bên có hành vi trái pháp luật gây thiệt hại cho bên khác. Đây là quy phạm xung đột được áp dụng khá phổ biến ở các nước trên thế giới. Pháp luật này quyết định cơ sở quy trách nhiệm bồi thường thiệt hại, mức độ và phương thức bồi thường v.v..

+ *Quy phạm quy định áp dụng pháp luật của nước có toà án giải quyết tranh chấp (lex fori).*

Theo quan điểm được ủng hộ rộng rãi hiện nay và theo pháp luật của tất cả các nước, khi giải quyết tranh chấp phát sinh từ các mối quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài, toà án chỉ tuân theo pháp luật tố tụng dân sự của nước mình, trừ một số ngoại lệ do pháp luật quốc gia hoặc điều ước quốc tế quy định.

Trong một số trường hợp có quy định của pháp luật quốc gia hoặc của điều ước quốc tế mà quốc gia ký kết hoặc tham gia, pháp luật của nước có toà án giải quyết tranh chấp còn được áp dụng để xác định nội dung quyền và nghĩa vụ của

các bên đương sự, tùy theo quy định của từng quốc gia hoặc từng điều ước quốc tế giữa các quốc gia. Ví dụ, theo khoản 2 Điều 25 Hiệp định tương trợ tư pháp Việt Nam - Cuba năm 1984, khi hai vợ chồng mang hai quốc tịch khác nhau, thì cơ quan của cả hai nước đều có thẩm quyền giải quyết đơn xin ly hôn; khi giải quyết đơn ly hôn, cơ quan có thẩm quyền áp dụng pháp luật hôn nhân và gia đình của nước mình.

Như vậy, trong những trường hợp nhất định do pháp luật quốc gia hoặc điều ước quốc tế quy định, thì pháp luật của nước có toà án giải quyết tranh chấp bao gồm cả pháp luật nội dung và pháp luật tố tụng.

Ngoài ra, nếu căn cứ vào tính chất của quy phạm xung đột, có thể chia quy phạm xung đột thành *quy phạm mệnh lệnh (imperative)* và *quy phạm tùy nghi (dispositive)*.

Quy phạm xung đột có tính chất mệnh lệnh là quy phạm quy định các cơ quan, tổ chức và cá nhân phải dứt khoát tuân theo, không có quyền thoả thuận chọn pháp luật để áp dụng. Ví dụ: khoản 3 Điều 834 của Bộ luật Dân sự Việt Nam quy định: "*Hợp đồng dân sự liên quan đến bất động sản ở Việt Nam phải tuân theo pháp luật Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam*". Như vậy, nếu đối tượng của hợp đồng là nhà cửa, các công trình kiến trúc hoặc các bất động sản khác tại Việt Nam, thì chỉ có pháp luật Việt Nam được áp dụng, các bên đương sự và các cơ quan có thẩm quyền không được phép làm khác quy định đó. Theo khoản 4 Điều 81 của Luật Thương mại Việt Nam, năm 1997, "*Hợp đồng mua bán hàng hoá với thương nhân nước ngoài phải được lập thành văn bản*". Đây là quy phạm mệnh lệnh. Quy định này được hiểu là hình thức hợp đồng mua bán giữa thương nhân Việt Nam với thương nhân nước ngoài phải theo quy định của pháp luật Việt Nam và phải là hình thức văn bản, bất kể nơi ký kết.

Quy phạm xung đột có tính chất tùy nghi là quy phạm cho phép các bên đương sự thoả thuận chọn pháp luật để điều chỉnh quan hệ của mình. Nếu các đương sự không thoả thuận chọn pháp luật thì mới áp dụng pháp luật của nơi quy phạm xung đột dẫn chiếu đến. Ví dụ, khoản 2 Điều 834 của Bộ luật Dân sự Việt Nam quy định: “Quyền và nghĩa vụ của các bên theo hợp đồng dân sự được xác định theo pháp luật của nước nơi thực hiện hợp đồng, nếu không có thoả thuận khác”. Như vậy, trong quan hệ hợp đồng, nếu các bên đương sự thoả thuận chọn pháp luật nào thì pháp luật đó được áp dụng; khi không có thoả thuận chọn pháp luật thì áp dụng pháp luật theo chỉ dẫn của khoản 2 Điều 834 này.

Điều cần lưu ý ở đây là, tất cả các quốc gia, về nguyên tắc, đều cho phép các bên đương sự thoả thuận chọn pháp luật để điều chỉnh quan hệ hợp đồng có yếu tố nước ngoài, song cũng đều quy định những trường hợp không cho phép thoả thuận chọn. Ở Việt Nam, theo Điều 834 của Bộ luật Dân sự, nếu hợp đồng dân sự được giao kết tại Việt Nam và thực hiện hoàn toàn tại Việt Nam, thì phải tuân theo pháp luật Việt Nam; hợp đồng dân sự liên quan đến bất động sản ở Việt Nam phải tuân theo pháp luật Việt Nam.

Quy phạm xung đột có tính chất tùy nghi có thể là quy phạm không đề cập cụ thể quyền lựa chọn của các đương sự mà chỉ quy định chung chung về các hệ thống pháp luật nơi này hoặc nơi kia có thể được áp dụng.

Ví dụ, khoản 1 Điều 835 của Bộ luật Dân sự Việt Nam quy định: “Việc bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng được xác định theo pháp luật của nước nơi xảy ra hành vi gây thiệt hại hoặc nơi phát sinh hậu quả thực tế của hành vi gây thiệt hại”. Như vậy, theo pháp luật Việt Nam, trong việc bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng thì được phép chọn một

trong hai hệ thống pháp luật là: pháp luật nơi xảy ra hành vi gây thiệt hại hoặc pháp luật nơi phát sinh hậu quả thực tế của hành vi gây thiệt hại.

Vấn đề đặt ra ở đây là, các đương sự hay cơ quan có thẩm quyền giải quyết tranh chấp có quyền chọn một trong hai hệ thống pháp luật có liên quan này để áp dụng. Việc chọn một trong các hệ thống pháp luật liên quan đó, có thể được hiểu, thuộc quyền của không chỉ các đương sự mà của cả các cơ quan có thẩm quyền giải quyết tranh chấp phát sinh. Thông thường trong lĩnh vực này, bên bị thiệt hại có quyền chọn cơ quan xét xử, đệ đơn kiện ra toà án nơi xảy ra hành vi gây thiệt hại hoặc nơi phát sinh hậu quả thực tế của hành vi gây thiệt hại, và cơ quan nào thụ lý và giải quyết đơn kiện thì có quyền xem xét vấn đề áp dụng pháp luật của nơi có liên quan trong khuôn khổ cho phép.

Tuy nhiên, sự việc ở đây sẽ trở nên rất phức tạp khi các quy định của các hệ thống pháp luật liên quan được phép chọn có nội dung rất khác nhau, và vì thế, nếu áp dụng hệ thống pháp luật này thì có lợi cho bên đương sự này, còn nếu áp dụng hệ thống pháp luật liên quan kia thì bất lợi cho bên đương sự này mà có lợi cho bên đương sự kia. Hậu quả tất yếu là sẽ nảy sinh bất đồng mới nối tiếp bất đồng. Vì vậy, cần khẳng định rằng, cần quy định rõ việc chọn pháp luật theo quy định tại khoản 1 Điều 835 của Bộ luật Dân sự Việt Nam do cơ quan có thẩm quyền giải quyết tranh chấp quyết định.

II- VIỆC ÁP DỤNG PHÁP LUẬT NƯỚC NGOÀI

1. Sự cần thiết và thể thức áp dụng pháp luật nước ngoài

1.1. Sự cần thiết áp dụng pháp luật nước ngoài

Khi không có quy phạm thực chất thống nhất, các quốc gia đương nhiên phải giải quyết xung đột pháp luật bằng cách xây dựng và áp dụng các quy phạm xung đột. Việc áp dụng các quy phạm xung đột có nghĩa là thừa nhận rằng pháp luật nước ngoài có thể được áp dụng để điều chỉnh các mối quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài trong những trường hợp nhất định.

Thực tiễn tư pháp quốc tế đã chứng tỏ rằng, ở những mức độ và với những điều kiện khác nhau, tất cả các nước đều thừa nhận và cho phép áp dụng pháp luật nước ngoài, việc áp dụng pháp luật nước ngoài là không tránh khỏi, là đặc thù của tư pháp quốc tế.

Để hình dung sự cần thiết phải áp dụng pháp luật nước ngoài trong những trường hợp nhất định, chúng ta thử phân tích ví dụ sau đây: Hai công dân Việt Nam định cư ở nước ngoài, kết hôn với nhau theo những điều kiện và nghi thức do pháp luật nước sở tại quy định. Giả sử về điều kiện kết hôn, việc kết hôn này hoàn toàn đáp ứng những yêu cầu của Luật Hôn nhân và gia đình Việt Nam, còn về nghi thức kết hôn lại trái với Luật Hôn nhân và gia đình Việt Nam, vì các đương sự đã kết hôn theo nghi thức tôn giáo theo đúng yêu cầu của pháp luật nước sở tại.

Vấn đề đặt ra là: Việt Nam có thừa nhận giá trị pháp lý của việc kết hôn trên hay không? Nếu thừa nhận có nghĩa là chúng ta đã áp dụng pháp luật nơi tiến hành kết hôn để giải quyết vấn đề nghi thức kết hôn. Trong việc kết hôn này mọi nguyên tắc cơ bản của Luật Hôn nhân và gia đình Việt Nam đều được đảm bảo.

Việc áp dụng pháp luật nước ngoài để giải quyết vấn đề nghi thức kết hôn không gây hậu quả trái với những nguyên tắc cơ bản của chế độ xã hội và của pháp luật Việt Nam, đồng

thời lại tạo điều kiện cho công dân thực hiện các quyền và lợi ích hợp pháp và chính đáng của mình, góp phần đảm bảo tính ổn định và thúc đẩy các mối quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài phát triển. Nói cách khác, việc áp dụng pháp luật nước ngoài trong trường hợp cụ thể này là hợp lý, hợp tình, là yêu cầu khách quan của việc điều chỉnh pháp lý các quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài.

Tóm lại, trong những trường hợp nhất định, việc áp dụng pháp luật nước ngoài để điều chỉnh quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài không những có khả năng mà còn là cần thiết khách quan để bảo vệ các quyền và lợi ích chính đáng của các đương sự và thúc đẩy giao lưu dân sự quốc tế phát triển. Tuy nhiên, phạm vi cho phép áp dụng pháp luật nước ngoài phải được xác định trên cơ sở chủ quyền quốc gia và bình đẳng chủ quyền giữa các quốc gia; đồng thời bảo đảm hậu quả của việc áp dụng pháp luật nước ngoài không trái với những nguyên tắc cơ bản của chế độ xã hội và của pháp luật nước mình¹.

1.2. Thể thức áp dụng pháp luật nước ngoài

a) Khi nào được phép hoặc phải áp dụng pháp luật nước ngoài?

Về mặt lý luận cũng như trong thực tiễn, không có ai phản đối nguyên tắc các cơ quan xét xử phải áp dụng pháp luật nước ngoài theo sự chỉ dẫn của quy phạm xung đột. Tuy nhiên, như đã trình bày ở Mục I của Chương này, trong những trường hợp một quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài không được điều chỉnh bằng quy phạm

1. *Giáo trình Tư pháp quốc tế* (TS. Đoàn Năng chủ biên), Trường Đại học Tổng hợp Hà Nội, 1994, tr. 52.

thực chất thống nhất và lại cũng không có quy phạm xung đột chỉ dẫn chọn pháp luật của nước này hay pháp luật của nước khác, thì việc áp dụng pháp luật nước ngoài có thể xảy ra theo nguyên tắc "*Áp dụng tập quán quốc tế hoặc pháp luật điều chỉnh các quan hệ xã hội tương tự*" phù hợp với những nguyên tắc cơ bản của pháp luật cũng như đường lối, chính sách đối ngoại của một Nhà nước.

Cơ quan xét xử áp dụng pháp luật nước ngoài có thể theo sự chỉ dẫn của quy phạm xung đột của Nhà nước mình. Ví dụ: khoản 1 Điều 835 Bộ luật Dân sự Việt Nam quy định rằng "*Việc bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng được xác định theo pháp luật của nước nơi xảy ra hành vi gây thiệt hại hoặc nơi phát sinh hậu quả thực tế của hành vi gây thiệt hại*". Như vậy, nếu hành vi gây thiệt hại hoặc hậu quả thực tế của hành vi gây thiệt hại xảy ra ở nước ngoài nhưng vụ kiện thuộc thẩm quyền giải quyết của toà án Việt Nam thì toà án Việt Nam được phép áp dụng pháp luật nước ngoài hữu quan. Một ví dụ khác: theo khoản 3 Điều 104 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000: "*Việc giải quyết tài sản là bất động sản ở nước ngoài khi ly hôn tuân theo pháp luật của nước nơi có bất động sản đó*". Do đó để giải quyết tài sản là bất động sản ở nước ngoài khi vợ chồng xin ly hôn, cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam phải áp dụng pháp luật của nước ngoài hữu quan.

Việc áp dụng pháp luật nước ngoài cũng có thể do quy phạm xung đột thống nhất mà một Nhà nước tham gia xây dựng quy định. Ví dụ: khoản 2 Điều 20 Hiệp định tương trợ tư pháp Việt Nam - Bungari năm 1986 quy định rằng, "*hình thức kết hôn được xác định theo pháp luật của nước ký kết nơi tiến hành kết hôn*". Như vậy, bất kể quốc tịch của các bên đương sự, nếu tiến hành kết hôn trên lãnh thổ Bungari thì

pháp luật Bungari được áp dụng để xem xét giá trị pháp lý của cuộc kết hôn về mặt hình thức. Nhưng nếu tiến hành kết hôn trên lãnh thổ Việt Nam thì các quy định pháp luật Việt Nam về hình thức kết hôn sẽ được áp dụng.

Trong trường hợp để điều chỉnh cùng một quan hệ xã hội cụ thể có yếu tố nước ngoài, có cả quy phạm xung đột của riêng của một nước và quy phạm xung đột thống nhất mà Nhà nước đó tham gia xây dựng với những nội dung khác nhau thì cơ quan xét xử của nước đó áp dụng quy phạm xung đột thống nhất. Đây là nguyên tắc chung giải quyết trường hợp có sự khác nhau về nội dung giữa pháp luật quốc gia và điều ước quốc tế được quốc gia ký kết hoặc tham gia. Nguyên tắc này được quy định trong nhiều văn bản pháp luật của Việt Nam như: Pháp lệnh Công nhận và thi hành tại Việt Nam bản án, quyết định dân sự của toà án nước ngoài năm 1993 (Điều 25), Pháp lệnh Công nhận và thi hành tại Việt Nam quyết định của Trọng tài nước ngoài năm 1995 (Điều 21), Bộ luật Dân sự năm 1995 (khoản 4 của Điều 15), Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000 (Điều 7), v.v...

Khi áp dụng quy phạm xung đột cần lưu ý rằng, nếu là quy phạm xung đột có tính mệnh lệnh thì các bên đương sự không được phép thoả thuận để chọn pháp luật áp dụng cho quan hệ của họ. Nếu quy phạm xung đột là quy phạm có tính tùy nghi, thì các bên đương sự được phép thoả thuận để chọn pháp luật áp dụng cho quan hệ của họ. Nói cách khác, có loại quy phạm xung đột quy định áp dụng pháp luật của nước do các bên đương sự thoả thuận lựa chọn. Nếu các bên đương sự chọn pháp luật nước ngoài, thì cơ quan xét xử phải áp dụng pháp luật nước ngoài. Tuy nhiên thoả thuận chọn pháp luật để áp dụng giữa các đương sự phải được tiến hành trên cơ sở các quy định của pháp luật quốc gia hoặc các điều ước quốc tế

giữa các quốc gia. Nói cách khác, việc thoả thuận chọn pháp luật chỉ được tiến hành trong khuôn khổ cho phép.

Trong một số lĩnh vực quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài, pháp luật các nước và cả pháp luật Việt Nam không cho phép các bên đương sự thoả thuận chọn pháp luật để áp dụng. Ví dụ trong các quan hệ về hôn nhân và gia đình, quan hệ thừa kế tài sản, v.v..

Riêng trong quan hệ hợp đồng thuộc lĩnh vực hợp tác kinh tế, buôn bán quốc tế, hợp tác khoa học - kỹ thuật, văn hoá, pháp luật các nước ở những mức độ khác nhau đều cho phép các bên đương sự thoả thuận chọn pháp luật để áp dụng.

Ví dụ: khoản 2 Điều 4 Luật Hàng không dân dụng Việt Nam năm 1991 quy định: "Tổ chức, cá nhân Việt Nam có thể thoả thuận với tổ chức, cá nhân nước ngoài việc áp dụng pháp luật nước ngoài khi ký kết hợp đồng vận chuyển, dịch vụ hàng không với điều kiện không vi phạm điều cấm của pháp luật và phong tục tập quán Việt Nam". Khoản 2 Điều 834 Bộ luật Dân sự Việt Nam năm 1995 quy định: "Quyền và nghĩa vụ của các bên theo hợp đồng dân sự được xác định theo pháp luật của nước nơi thực hiện hợp đồng, nếu không có thoả thuận khác". Điều đó có nghĩa là Bộ luật Dân sự Việt Nam năm 1995 cho phép các bên trong quan hệ hợp đồng có yếu tố nước ngoài thoả thuận chọn pháp luật để áp dụng; chỉ trường hợp các bên đương sự không thoả thuận với nhau để chọn pháp luật thì cơ quan có thẩm quyền mới áp dụng pháp luật nơi thực hiện hợp đồng.

Trong một số quan hệ cụ thể khác, pháp luật các nước cũng đôi khi quy định cho phép các bên đương sự thoả thuận chọn pháp luật để áp dụng. *Ví dụ,* khoản 2 Điều 833 của Bộ luật Dân sự Việt Nam năm 1995 quy định "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". Như vậy, quy định này cho phép các bên đương sự thoả thuận chọn pháp luật để giải quyết vấn đề quyền sở hữu đối với hàng hoá là động sản đang trên đường vận chuyển. Trường hợp không có thoả thuận nêu trên thì mới áp dụng pháp luật nơi hàng hoá được chuyển đến.

Việc thoả thuận giữa các bên đương sự về chọn pháp luật để áp dụng phải được thể hiện rõ ràng bằng văn bản. Thoả thuận này có thể được ghi trong hợp đồng hoặc làm thành văn bản riêng kèm theo với tư cách là bộ phận cấu thành của hợp đồng. Nhìn chung, các cơ quan xét xử và mọi tổ chức, cá nhân không có quyền suy diễn hữu ý chọn pháp luật của các đương sự. Nếu suy diễn hữu ý chọn pháp luật của các bên đương sự thì không tránh khỏi trường hợp chủ quan, võ đoán gán ghép cho bên đương sự này, bên đương sự kia hoặc cho cả hai hay các bên đương sự cái "hữu ý" mà họ không hề có.

Nếu quy phạm xung đột dẫn chiếu đến pháp luật nước ngoài và cả trong trường hợp các bên đương sự thoả thuận chọn pháp luật để áp dụng trong khuôn khổ pháp luật cho phép, thì việc áp dụng pháp luật nước ngoài đó là nghĩa vụ của cơ quan xét xử và các đương sự. Cơ quan xét xử của một nước không được phép tự tiện gạt bỏ việc áp dụng pháp luật nước ngoài, trừ trường hợp cần bảo đảm trật tự công cộng theo quy định của pháp luật nước mình hoặc của các điều ước quốc tế mà nước mình đã ký kết hoặc tham gia (xem mục về bảo lưu trật tự công cộng).

b) Áp dụng pháp luật nước ngoài như thế nào?

Mục đích chủ yếu của việc áp dụng pháp luật nước ngoài là nhằm bảo vệ một cách có hiệu quả các quyền và lợi ích hợp pháp của các đương sự, khi các quyền và lợi ích đó hình thành trên cơ sở pháp luật nước ngoài, bất kể đương sự mang

quốc tịch nước ngoài hay quốc tịch nước mình, thậm chí không có quốc tịch nào; đồng thời, phải góp phần bảo đảm sự ổn định và phát triển giao lưu dân sự quốc tế vì lợi ích của từng quốc gia và của cả cộng đồng quốc tế. Vì vậy, nhìn chung, việc áp dụng pháp luật nước ngoài phải đáp ứng một số đòi hỏi như sau:

- Khi pháp luật nước ngoài phải được áp dụng, các cơ quan xét xử của một nước phải áp dụng pháp luật nước ngoài một cách đầy đủ. Điều đó có nghĩa là phải áp dụng toàn bộ các quy định hiện hành cần phải áp dụng thuộc ngành pháp luật cụ thể có liên quan của nước ngoài, bất kể các nguyên tắc và quy phạm của ngành pháp luật đó tồn tại dưới dạng thành văn hay không thành văn, dưới dạng tiền lệ án hay thực tiễn xét xử, miễn là nước ngoài hữu quan coi đó là nguồn của pháp luật hiện hành. Nếu cắt xén hay tự tiện bỏ bớt các quy định hiện hành có liên quan của pháp luật nước ngoài, thì sẽ không thể xác định được một cách chính xác, khách quan các quyền, nghĩa vụ của các bên đương sự và cả các hình thức và biện pháp chế tài cần hoặc có thể áp dụng đối với trường hợp vi phạm pháp luật.

- Bảo đảm pháp luật nước ngoài được giải thích và áp dụng như ở nơi được ban hành. Nói cách khác, tinh thần và lời văn, nội dung thực chất của pháp luật nước ngoài phải được triệt để tôn trọng. Chỉ có làm như vậy mới tránh được tình trạng xuyên tạc hay làm méo mó nội dung pháp luật nước ngoài hoặc nhồi nhét cho pháp luật nước ngoài những nội dung mà bản thân nó không hề có. Đây là công việc cực kỳ khó khăn và phức tạp, thậm chí rất tốn kém về tài chính, song không phải vì thế mà tự cho phép mình tùy tiện trong việc xác định nội dung pháp luật nước ngoài.

- Các cơ quan xét xử của một nước có trách nhiệm tìm

hiểu nội dung thực tế của pháp luật nước ngoài thông qua việc nghiên cứu các văn bản pháp quy của nước ngoài, thực tiễn xét xử, tập quán và sách báo pháp lý của nước ngoài hữu quan.

Các cơ quan xét xử có thể sử dụng sự giúp đỡ của cơ quan đại diện ngoại giao hoặc lãnh sự của nước ngoài hữu quan trên lãnh thổ nước mình hoặc các cơ quan đại diện ngoại giao hoặc cơ quan lãnh sự của nước mình ở nước ngoài hữu quan trong việc cung cấp tài liệu và thông tin về nội dung pháp luật nước ngoài.

Việc tìm hiểu nội dung pháp luật nước ngoài còn được thực hiện thông qua sự hợp tác pháp lý giữa các cơ quan tư pháp của các quốc gia trong khuôn khổ các hiệp định tương trợ tư pháp hoặc các điều ước quốc tế khác có liên quan, và cũng không có nước nào cấm việc sử dụng sự giúp đỡ ngoài khuôn khổ của các điều ước quốc tế của các tổ chức tư vấn pháp lý và các cơ quan có thẩm quyền của nước ngoài hữu quan để hoàn thành nhiệm vụ của mình.

Các bên đương sự cũng có quyền và trách nhiệm đóng góp công sức giúp các cơ quan xét xử của một nước xác định đúng và đầy đủ, chính xác nội dung pháp luật nước ngoài. Khi bảo vệ các quyền, lợi ích của mình trước các cơ quan có thẩm quyền, các bên đương sự đương nhiên cần tự tìm hiểu hoặc thông qua các tổ chức tư vấn pháp luật hoặc thông qua luật sư để tìm hiểu, nắm vững nội dung pháp luật nước ngoài, nếu phải áp dụng pháp luật nước ngoài. Tuy nhiên, nhìn chung việc xác định nội dung của pháp luật nước ngoài vẫn thuộc trách nhiệm chính của các cơ quan xét xử của Nhà nước. Thực tiễn cho chúng ta thấy rằng, ngay trong quá trình đàm phán, ký kết hợp đồng hay tham gia vào các giao dịch dân sự khác đối với các tổ chức, cá nhân nước ngoài, các tổ

chức, cá nhân Việt Nam cần phải tìm hiểu các vấn đề pháp lý liên quan đến đối tác của mình, phải có hiểu biết cần thiết về pháp luật của các nước có liên quan, đặc biệt trong trường hợp chuẩn bị cho việc thoả thuận với đối tác về chọn pháp luật để áp dụng trong phạm vi pháp luật cho phép.

Trong trường hợp đã áp dụng mọi biện pháp mà vẫn không thể xác định được nội dung pháp luật nước ngoài, nhìn chung, các cơ quan xét xử nên áp dụng pháp luật nước mình theo nguyên tắc “pháp luật điều chỉnh các quan hệ xã hội tương tự” để xử lý vụ tranh chấp giữa các đương sự. Sở dĩ như vậy là vì, không thể không giải quyết tranh chấp đã phát sinh và không thể áp dụng pháp luật nước ngoài một khi đã làm hết mọi cách mà không nắm được nội dung và cách giải thích, vận dụng pháp luật nước ngoài hữu quan. Đây là biện pháp bất đắc dĩ, nhưng không thể không thực hiện.

Theo thực tiễn tư pháp quốc tế của nhiều nước phương Tây, nguyên đơn trong từng vụ tranh chấp phải tự chứng minh được rằng pháp luật nước nào phải được áp dụng và trình bày những chứng cứ để khẳng định nội dung của pháp luật nước ngoài. Toà án chỉ có nhiệm vụ xem xét những điều trình bày của đương sự có căn cứ chắc chắn hay không. Nếu đương sự không cung cấp đầy đủ chứng cứ về nội dung pháp luật nước ngoài, thì không loại trừ khả năng toà án cho rằng đơn kiện thiếu chứng cứ và từ chối việc áp dụng pháp luật nước ngoài¹.

Ví dụ: Trọng vụ *Tallina Laevanhisus V.Estonian S.S. Line et al*, toà phá án của Anh (ngày 9 tháng 12 năm 1946) đã khẳng định rằng không áp dụng pháp luật của nước Cộng

1. L.A.Lunts: *Tư pháp quốc tế*, (tiếng Nga), Nxb. Sách Pháp lý, Mátxcova, 1970, tr. 330 - 331.

hoà xã hội chủ nghĩa Xôviết Estonia vì đương sự không cung cấp đầy đủ bằng chứng về nội dung của pháp luật này¹. Thực chất đây là cái cớ để gạt bỏ việc áp dụng pháp luật nước ngoài thuộc loại "*không mong muốn*" đối với các nhà tư bản.

Riêng ở Anh và Mỹ, pháp luật nước ngoài được coi là chứng cứ, chứ không phải là pháp luật; nếu các bên đương sự không chứng minh được nội dung pháp luật nước ngoài, toà án có quyền "*suy đoán*" rằng pháp luật nước ngoài bao giờ cũng giống pháp luật tương ứng của nước mình, và do đó toà án được quyền áp dụng pháp luật nước mình để giải quyết tranh chấp².

Việc giả định pháp luật nước ngoài bao giờ cũng giống pháp luật nước mình để áp dụng pháp luật nước mình, loại trừ việc áp dụng pháp luật nước ngoài, hoàn toàn không có cơ sở lý luận và thực tiễn. Trình độ phát triển kinh tế, chính trị - xã hội và văn hoá, phong tục tập quán, truyền thống lịch sử không giống nhau làm cho nội dung của pháp luật các nước không giống nhau. Các nước có chế độ chính trị, kinh tế - xã hội khác nhau thì pháp luật của họ không chỉ khác nhau về những quy định cụ thể mà còn khác nhau cả về bản chất. Nếu có những quy định giống nhau thì đó là sự giống nhau hình thức; những quy định đó được giải thích và vận dụng khác nhau.

Thực tiễn các nước phương Tây còn cho thấy nhiều khi các toà án của họ không giải thích và áp dụng pháp luật nước ngoài như nó vẫn được giải thích và áp dụng ở nơi nó được ban hành, thậm chí còn nhối nhét cho pháp luật nước ngoài, đặc biệt là pháp luật các nước xã hội chủ nghĩa, những nội

1,2. *Sđd*, tr. 333, 331.

dung mà bản thân nó không có. Hiện tượng này không giúp ích gì cho việc bảo vệ một cách hiệu quả các quyền và lợi ích hợp pháp của các bên đương sự, không thúc đẩy phát triển giao lưu dân sự quốc tế, trái với mục đích điều chỉnh của tư pháp quốc tế.

2. Xung đột khái niệm pháp lý

Trong quá trình chọn pháp luật để áp dụng cũng như khi áp dụng pháp luật nước này hay pháp luật nước kia để xử lý các tranh chấp dân sự có yếu tố nước ngoài, chúng ta thường gặp hiện tượng cũng một khái niệm pháp lý nhưng ở các nước khác nhau có nội dung không giống nhau. Hiện tượng này trong khoa học về tư pháp quốc tế gọi là hiện tượng xung đột khái niệm pháp lý (còn gọi là xung đột kín).

Ví dụ: Ở Anh và Mỹ, nơi ký kết hợp đồng giữa các bên đương sự vắng mặt (ký hợp đồng bằng cách trao đổi thư từ, điện tín, không cần trực tiếp đàm phán và cùng một lúc cùng ký vào một văn bản hợp đồng) là nơi bên nhận đề nghị ký hợp đồng gửi giấy chấp nhận ký hợp đồng vô điều kiện, nhưng theo pháp luật của đa số các nước khác thì nơi ký hợp đồng giữa các bên đương sự vắng mặt lại là nơi bên đề nghị ký hợp đồng nhận được giấy chấp nhận ký hợp đồng vô điều kiện của đối tác.

Theo pháp luật của tất cả các nước, tài sản không có người thừa kế đều thuộc về Nhà nước, nhưng ở Đức, Italia, Tây Ban Nha, Thụy Sĩ và nhiều nước khác, Nhà nước nhận di sản trong trường hợp này với tư cách là người thừa kế, còn ở Anh, Pháp và Mỹ, Nhà nước nhận tài sản với tư cách là người chiếm hữu tài sản vô chủ ¹.

1. L.A. Lunts: *Tư pháp quốc tế* (phần riêng) (tiếng Nga), Nxb. Sách Pháp lý, Mátxcơva, 1975, tr. 436, 437.

Ở Mỹ, nơi xảy ra hành vi vi phạm pháp luật là nơi phát sinh hậu quả của hành vi vi phạm pháp luật, nhưng ở các nước khác nơi xảy ra hành vi vi phạm pháp luật lại chính là nơi đương sự thực hiện hành vi đó, bất kể hậu quả của hành vi gây thiệt hại phát sinh ở đâu¹.

Vấn đề đặt ra là phải căn cứ vào nội dung khái niệm pháp lý của nước nào để giải thích nội dung của quy phạm xung đột, quy phạm thực chất thống nhất và của pháp luật nước ngoài khi pháp luật nước ngoài được áp dụng?. Nhìn chung, ở đây cần phân biệt ba trường hợp như sau:

a) Khi giải thích nội dung quy phạm xung đột do từng nước tự xây dựng.

Trong trường hợp này, bên có trách nhiệm giải thích dù là toà án, trọng tài hay đương sự, cũng phải căn cứ vào nội dung khái niệm pháp lý của nước đã ban hành ra quy phạm xung đột đó. Như vậy, khi cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam căn cứ vào quy phạm xung đột của Việt Nam để xem xét vấn đề pháp luật nước nào phải được áp dụng cho từng trường hợp cụ thể, thì phải căn cứ vào nội dung các khái niệm pháp lý của Việt Nam, còn khi cơ quan có thẩm quyền của nước ngoài căn cứ vào quy phạm xung đột của nước họ để xem xét vấn đề pháp luật nước nào phải được áp dụng cho từng trường hợp cụ thể, thì họ phải căn cứ vào nội dung các khái niệm pháp lý của chính nước họ. Chỉ có như vậy mới tránh được tình trạng xuyên tạc nội dung thực chất của quy phạm xung đột do từng nước ban hành.

Với cách lập luận trên, rõ ràng chúng ta thấy về nguyên tắc, đối với các quy phạm xung đột do từng nước tự ban hành,

1. *Sđđ*, tr. 364 - 366.

phải áp dụng nội dung khái niệm pháp lý của nước đã ban hành quy phạm xung đột để giải thích nội dung quy phạm xung đột. Tuy nhiên, nhìn chung, ở đây không phải là nguyên tắc không có ngoại lệ.

Theo pháp luật và thực tiễn của các nước, nội dung khái niệm động sản và bất động sản dùng trong các quy phạm xung đột được xác định theo pháp luật nơi có tài sản, bởi vì ở tất cả các nước trên thế giới, pháp luật đều quy định việc định danh tài sản được thực hiện theo pháp luật nơi có tài sản. Ví dụ, khoản 3 Điều 833 của Bộ luật Dân sự Việt Nam năm 1995 quy định: “Việc phân biệt tài sản là động sản hoặc bất động sản được xác định theo pháp luật của nước nơi có tài sản đó”. Và như vậy, nếu đối tượng tranh chấp là tài sản tồn tại ở nước ngoài và cần chọn pháp luật để giải quyết tranh chấp về tài sản này, thì chúng ta phải áp dụng nội dung khái niệm động sản và bất động sản của nước ngoài nơi có tài sản.

Trong khoa học pháp lý cũng có quan điểm cho rằng khi giải thích quy phạm xung đột của nước mình, toà án phải căn cứ vào nội dung khái niệm pháp lý của nước có pháp luật được quy phạm xung đột dẫn chiếu tới (*lex causae*). Có thể nói, quan điểm này thiếu cơ sở lý luận và thực tiễn có tính thuyết phục. Căn cứ vào nội dung khái niệm pháp lý của nước này để giải thích nội dung quy phạm xung đột do một nước khác ban hành không tránh khỏi tình trạng làm sai lệch, thậm chí xuyên tạc nội dung của quy phạm xung đột đó, trừ trường hợp phân biệt khái niệm động sản và bất động sản.

b) Khi giải thích nội dung quy phạm xung đột thống nhất.

Việc giải thích nội dung quy phạm xung đột thống nhất và cả nội dung quy phạm thực chất thống nhất phải căn cứ vào nội dung khái niệm pháp lý mà các bên ký kết điều ước

quốc tế đã thoả thuận quy định.

Trong nhiều điều ước quốc tế song phương cũng như đa phương đều có những điều dành riêng cho việc xác định thống nhất nội dung các thuật ngữ dùng trong điều ước. Ví dụ, các hiệp định về khuyến khích và bảo hộ đầu tư ký giữa Việt Nam với nước ngoài, Công ước Viên năm 1961 về quan hệ ngoại giao, Công ước Viên năm 1963 về quan hệ lãnh sự v.v... Nếu các quốc gia ký kết điều ước quốc tế không thoả thuận trước để quy định thống nhất nội dung các khái niệm pháp lý dùng trong điều ước quốc tế, thì khi có tranh chấp xảy ra về vấn đề này, các quốc gia phải thoả thuận với nhau để bảo đảm việc giải thích và vận dụng được thống nhất.

Cũng có trường hợp điều ước quốc tế không quy định trước nội dung khái niệm pháp lý dùng trong điều ước, mà trả quyền quyết định cho pháp luật của từng quốc gia ký kết điều ước. Ví dụ: Khoản 3 Điều 43 Hiệp định tương trợ tư pháp Việt Nam - Hunggari năm 1985 quy định rằng, "việc phân biệt động sản và bất động sản thì áp dụng pháp luật của nước ký kết nơi có tài sản thừa kế". Vì vậy, khi xác định cái gì là động sản, cái gì là bất động sản, chúng ta căn cứ vào nội dung khái niệm động sản và bất động sản của nước nơi có tài sản.

c) Khi áp dụng pháp luật nước ngoài.

Việc giải thích nội dung pháp luật nước ngoài phải dựa trên cơ sở nội dung khái niệm pháp lý của chính nước ngoài đó. Ví dụ: Nếu theo sự dẫn chiếu của quy phạm xung đột, pháp luật của Anh được áp dụng để xác định điều kiện kết hôn của đương sự, thì không được tính sự đồng ý của cha mẹ hay người giám hộ về việc kết hôn của người đến tuổi kết hôn (theo pháp luật của Anh) nhưng chưa đến tuổi thành niên, là điều kiện kết hôn. Pháp luật của Anh coi sự đồng ý của cha

mẹ hay người giám hộ trong trường hợp này thuộc phạm trù hình thức kết hôn; trong khi đó các nước trong lục địa châu Âu coi sự đồng ý của cha mẹ hay người giám hộ là điều kiện kết hôn.

Như vậy, nếu không căn cứ vào nội dung khái niệm pháp lý của nước ngoài để giải thích pháp luật nước ngoài, thì sẽ xảy ra tình trạng xuyên tạc, vận dụng sai pháp luật nước ngoài, sẽ không bảo vệ được các quyền và lợi ích chính đáng của đương sự khi các quyền và lợi ích đó hình thành trên cơ sở pháp luật nước ngoài. Vấn đề ở đây là bảo đảm nguyên tắc pháp luật nước ngoài phải được giải thích và áp dụng như nó vẫn được giải thích và áp dụng ở nơi nó được ban hành¹.

3. Bảo lưu trật tự công cộng

Về mặt lý luận cũng như thực tiễn, và theo pháp luật của tất cả các nước trên thế giới, các cơ quan có thẩm quyền không được phép áp dụng pháp luật của nước ngoài khi có lý do phải bảo vệ trật tự công cộng, mặc dù quy phạm xung đột dẫn chiếu đến pháp luật nước ngoài. Hiện tượng này được khoa học về tư pháp quốc tế gọi là bảo lưu trật tự công cộng².

Ví dụ: Khoản 3 Điều 4 Luật Hàng không dân dụng Việt Nam năm 1991 quy định rằng, "*Pháp luật của nước ngoài có thể được áp dụng tại Việt Nam để giải quyết tranh chấp phát sinh trong hoạt động hàng không dân dụng trong các trường hợp do pháp luật Việt Nam quy định hoặc có thoả thuận trong hợp đồng, nếu không trái với trật tự và lợi ích công cộng của Việt Nam*"; Điều 24 Bộ luật Dân sự của Angiêri quy định không áp dụng pháp luật nước ngoài nếu việc đó trái với trật

1,2. *Giáo trình Tư pháp quốc tế* (TS. Đoàn Năng chủ biên), Trường Đại học Tổng hợp, Hà Nội, 1994, tr. 56, 63 - 65.

tự công cộng và đạo đức của Angiêri; Điều 6 Bộ luật Dân sự của Pháp, Điều 307 Bộ luật Tố tụng dân sự Bungari, Điều 375 Bộ luật Tố tụng dân sự Rumani, v.v... cũng có quy định tương tự.

Vấn đề bảo lưu trật tự công cộng còn được quy định trong nhiều điều ước quốc tế đa phương và song phương. Ví dụ: Công ước New York năm 1958 về công nhận và thực hiện các quyết định của trọng tài nước ngoài (Điều 5), Hiệp định tương trợ tư pháp Việt Nam ký với Tiệp Khắc (cũ) năm 1982 (Điều 6) v.v..

Chúng ta nên hiểu thế nào về trật tự công cộng? Nói cách khác, bảo lưu trật tự công cộng là bảo lưu cái gì cụ thể?

Nói chung, trật tự công cộng, nhìn từ góc độ tư pháp quốc tế, là trật tự pháp lý hình thành trên cơ sở những nguyên tắc cơ bản của chế độ xã hội và của pháp luật ở một nước. Bảo lưu trật tự công cộng trong tư pháp quốc tế, về thực chất, là bảo vệ các nguyên tắc cơ bản của chế độ xã hội và của pháp luật quốc gia. Những nguyên tắc này được quy định trong Hiến pháp và các văn bản pháp quy khác của từng nước.

Ở Việt Nam thuật ngữ “trật tự công cộng” không được dùng một cách rộng rãi trong các văn bản pháp luật. Thuật ngữ này chỉ được sử dụng trong một vài văn bản pháp luật như Luật Hàng không dân dụng Việt Nam năm 1991 (khoản 3 Điều 4) v.v... Trong hầu hết các văn bản khác của pháp luật Việt Nam không sử dụng thuật ngữ này mà quy định trực tiếp việc bảo vệ các nguyên tắc của pháp luật Việt Nam. Ví dụ, Điều 828 của Bộ luật Dân sự Việt Nam năm 1995 quy định: “Trong các trường hợp quy định tại khoản 3 Điều 827 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”, còn Đoạn 1

Điều 101 của Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000 của Việt Nam quy định “ Trong trường hợp Luật này, các văn bản pháp luật khác của Việt Nam có quy định hoặc điều ước quốc tế mà Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam ký kết hoặc tham gia vi phạm thì pháp luật nước ngoài được áp dụng, nếu việc áp dụng đó không trái với các nguyên tắc quy định trong Luật này”. Ở đây chúng ta nên hiểu bảo vệ các nguyên tắc cơ bản của chế độ xã hội và của pháp luật nước ta có nghĩa là bảo lưu trật tự công cộng.

Áp dụng quy định về bảo lưu trật tự công cộng dẫn đến chỗ gạt bỏ việc áp dụng pháp luật nước ngoài không phải vì nội dung, bản chất của pháp luật nước ngoài trái với những nguyên tắc cơ bản của pháp luật nước mình, không phải vì pháp luật nước ngoài trái với pháp luật nước mình một cách chung chung như một số quy định hiện nay trong pháp luật về hàng hải và thương mại.

Nếu nói không áp dụng pháp luật nước ngoài vì pháp luật nước ngoài trái với pháp luật nước mình thì dẫn đến tình trạng gạt bỏ hoàn toàn việc áp dụng pháp luật nước ngoài trong mọi trường hợp. Sở dĩ như vậy là vì pháp luật của các nước, đặc biệt của các nước có chế độ chính trị, kinh tế - xã hội khác nhau, có nội dung rất khác nhau, thậm chí đối lập nhau, và nếu có những điểm giống nhau thì lại được giải thích và vận dụng khác nhau. Trên thực tế chưa có bao giờ chúng ta gạt bỏ việc áp dụng pháp luật nước ngoài chỉ vì pháp luật nước ngoài trái với pháp luật nước ta.

Thực tiễn cho thấy rằng, các cơ quan có thẩm quyền của tất cả các nước vẫn thường áp dụng pháp luật của các nước khác để điều chỉnh các mối quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài theo chỉ dẫn của quy phạm xung đột mà không cần biết pháp luật nước ngoài có trái hay đối lập về

bản chất với pháp luật nước mình hay không. Việc gạt bỏ áp dụng pháp luật nước ngoài vì lý do bảo lưu trật tự công cộng hẳn hữu mới xảy ra.

Gạt bỏ việc áp dụng pháp luật nước ngoài cũng không phải vì bản thân hành vi áp dụng pháp luật nước ngoài trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật nước mình như một số người quan niệm và như quy định về dân sự và hôn nhân - gia đình hiện hành của ta, mà chỉ là vì hậu quả của việc áp dụng pháp luật nước ngoài trái với những nguyên tắc cơ bản của chế độ xã hội và của pháp luật nước mình. Khi các cơ quan có thẩm quyền hay các đương sự căn cứ vào quy phạm xung đột của nước mình hay quy phạm xung đột mà nhà nước mình ký kết hoặc tham gia để chọn pháp luật áp dụng, nếu quy phạm xung đột chỉ dẫn áp dụng pháp luật nước ngoài, thì bản thân việc áp dụng pháp luật nước ngoài hay hành vi áp dụng pháp luật nước ngoài là việc hay hành vi hoàn toàn hợp pháp, không có vấn đề trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật hay của chế độ xã hội của nước mình. Song nếu xét thấy hậu quả của việc áp dụng pháp luật nước ngoài trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật hay của chế độ xã hội của nước mình, thì phải chấm dứt ngay việc áp dụng đó. Pháp luật của chúng ta nên khẳng định quan điểm này.

Nói tóm lại, nên sửa đổi các quy định trong pháp luật về hàng hải, thương mại, dân sự, hôn nhân và gia đình hiện hành và các quy định tương tự trong các văn bản pháp luật khác của nước ta theo hướng *chỉ loại trừ việc áp dụng pháp luật nước ngoài khi xét thấy hậu quả của việc áp dụng pháp luật nước ngoài trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật hay của chế độ xã hội của nước ta.*

Việc gạt bỏ áp dụng pháp luật nước ngoài vì lý do bảo lưu

trật tự công cộng còn phải được hiểu là chỉ gạt bỏ áp dụng một hay một số quy phạm thực chất nhất định của pháp luật nước ngoài trong trường hợp cụ thể, *khi hậu quả của việc áp dụng* những quy phạm đó trái với những nguyên tắc cơ bản của chế độ xã hội và của pháp luật nước mình, chứ không phải là gạt bỏ áp dụng pháp luật nước ngoài một cách chung chung.

Ở các nước phương Tây, khái niệm trật tự công cộng rất mơ hồ và chưa có ý kiến thống nhất. Việc giải thích nội dung cụ thể của khái niệm này tùy thuộc vào yêu cầu bảo vệ quyền lợi và chính sách của giai cấp thống trị ở từng nơi, từng lúc và đối với từng đối tượng cụ thể. Vì vậy, các cơ quan xét xử của các nước phương Tây có thể giải thích khái niệm này một cách tùy tiện nhằm gạt bỏ việc áp dụng những pháp luật nước ngoài “không ưa thích” đối với các nhà tư bản như đạo luật về quốc hữu hoá ở các nước xã hội chủ nghĩa và các nước đang phát triển trước đây. Cũng chính vì vậy, các nhà lý luận của các nước phương Tây không cố gắng, thậm chí không có hữu ý đưa ra một định nghĩa rõ ràng, khoa học và chính xác về khái niệm “trật tự công cộng”.

4. Vấn đề lẫn tránh pháp luật

Trong khoa học pháp lý, lẫn tránh pháp luật là hiện tượng các đương sự dùng những thủ đoạn để thoát ra khỏi phạm vi hiệu lực của các quy định của pháp luật. Trong lĩnh vực tư pháp quốc tế, lẫn tránh pháp luật là hiện tượng các đương sự dùng những thủ đoạn như thay đổi quốc tịch, thay đổi nơi cư trú hay thực hiện một hành vi khác nhằm hướng sự dẫn chiếu của quy phạm xung đột đến một hệ thống pháp luật có lợi hoặc đỡ bất lợi hơn cho việc thực hiện lợi ích của cá nhân mình, tránh việc áp dụng hệ thống pháp luật đáng lẽ ra

phải được áp dụng.

Ví dụ: Một công dân của nước A kết hôn với một công dân của nước B và xin cư trú chính thức ở nước B. Theo pháp luật của nước B nơi hai vợ chồng chung sống, toà án chỉ giải quyết cho ly hôn khi hai vợ chồng thuận tình ly hôn và không cho phép người chồng xin ly hôn trong thời gian người vợ có thai và trong vòng một năm kể từ ngày vợ đẻ. Trong khi đó pháp luật của nước A không có những quy định nghiêm ngặt như vậy. Với mục đích lẩn tránh pháp luật nước B, người chồng tìm cách chuyển nơi chung sống của hai vợ chồng sang nước A để dễ dàng giải quyết vấn đề ly hôn của mình trong thời gian người vợ đang có thai hoặc trong thời gian nuôi con dưới một tuổi.

Trong thực tiễn của các nước không phải không có những trường hợp các đương sự thay đổi quốc tịch nhằm tránh những quy định của pháp luật ngăn cản hoặc cấm kết hôn, ly hôn, nhận con nuôi, và có cả những trường hợp một số nhà tư bản đăng ký thành lập công ty của mình ở nước ngoài nơi mức thuế phải nộp thấp khi thành lập công ty để rồi quay trở về nước mình hoạt động với tư cách công ty "nước ngoài" nhằm tránh việc nộp thuế cao.

Về mặt lý luận, lẩn tránh pháp luật là hành vi trái pháp luật và phải bị nghiêm cấm, kể cả trường hợp lẩn tránh pháp luật đó diễn ra trong các mối quan hệ xã hội có yếu tố nước ngoài. Khoản 4 Điều 6 của Pháp lệnh Hôn nhân và gia đình giữa Việt Nam với người nước ngoài năm 1993 (hết hiệu lực từ 1-1-2001) quy định: "*Việc kết hôn giữa công dân Việt Nam với người nước ngoài được tiến hành ở nước ngoài và tuân theo pháp luật nước đó về nghi thức kết hôn thì được công nhận tại Việt Nam, trừ trường hợp việc kết hôn đó có ý định*

rõ ràng là để lẩn tránh các quy định của pháp luật Việt Nam về điều kiện kết hôn và cấm kết hôn". Pháp luật của các nước cũng đều có những quy định nghiêm cấm việc lẩn tránh pháp luật. Ví dụ: Điều 48 Bộ luật Dân sự Cộng hoà Liên bang Nga quy định rằng các hợp đồng ký kết nhằm lẩn tránh pháp luật bị coi là vô hiệu; Điều 1207 Bộ luật Dân sự Áchentina quy định rằng các hợp đồng ký kết ở nước ngoài nhằm lẩn tránh pháp luật Áchentina phải bị huỷ bỏ, còn Điều 1208 Bộ luật này quy định hợp đồng ký ở Áchentina nhằm lẩn tránh pháp luật nước ngoài cũng không có giá trị pháp lý; ở nhiều bang của nước Mỹ cũng có văn bản pháp luật cấm lẩn tránh pháp luật. Tuy nhiên, không phải pháp luật của tất cả các nước quy định rõ hậu quả pháp lý của hành vi lẩn tránh pháp luật bằng các thủ đoạn thay đổi quốc tịch hay nơi cư trú, nơi ký kết hợp đồng hay nơi thành lập công ty v.v...¹.

Trong pháp thuyết và thực tiễn tư pháp của các nước phương Tây không có quan điểm nhất quán về vấn đề lẩn tránh pháp luật. Có những trường hợp toà án của họ công nhận hiệu lực pháp lý của các hợp đồng ký kết nhằm lẩn tránh pháp luật, nhưng có những trường hợp loại hợp đồng này bị coi là không có giá trị pháp lý².

5. Vấn đề dẫn chiếu ngược trở lại và dẫn chiếu đến pháp luật của nước thứ ba

Trong thực tiễn điều chỉnh các mối quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài, các cơ quan xét xử cũng như các nhà lý luận phải giải quyết vấn đề: Việc quy phạm xung đột dẫn chiếu đến pháp luật nước ngoài phải được hiểu là

1,2. L.A.Lunts. *Tư pháp quốc tế* (tiếng Nga), Nxb. Sách pháp lý, Mátxcova, 1970, tr. 305 - 308.

dẫn chiếu đến pháp luật nước ngoài nói chung, trong đó có cả quy phạm thực chất và quy phạm xung đột của nước ngoài. hay chỉ là dẫn chiếu đến quy phạm thực chất của nước ngoài?

Nếu quan niệm quy phạm xung đột chỉ dẫn chiếu đến quy phạm thực chất của nước ngoài, thì sự việc trở nên đơn giản; cơ quan có thẩm quyền cứ việc áp dụng pháp luật nước ngoài, trừ khi hậu quả của việc áp dụng đó trái với các nguyên tắc cơ bản của chế độ xã hội và của pháp luật nước mình.

Nếu coi sự dẫn chiếu của quy phạm xung đột đến pháp luật nước ngoài là dẫn chiếu đến pháp luật nước ngoài nói chung, trong đó có quy phạm thực chất và cả quy phạm xung đột, thì sẽ xảy ra hiện tượng dẫn chiếu ngược trở lại hoặc dẫn chiếu đến pháp luật của nước thứ ba.

Dẫn chiếu ngược trở lại là hiện tượng trong đó, theo quy phạm xung đột mà cơ quan xét xử của một nước áp dụng đã chỉ ra pháp luật nước ngoài phải được áp dụng, nhưng trong pháp luật nước ngoài đó lại có quy phạm xung đột quy định rằng, đối với mối quan hệ xã hội cụ thể này, pháp luật của nước có cơ quan xét xử tranh chấp phải được áp dụng¹.

Ví dụ: Một công dân Anh cư trú trên lãnh thổ của Pháp và ký một hợp đồng mua bán một số hàng hoá tiêu dùng với một công dân Pháp cũng ở trên lãnh thổ Pháp. Sau khi đã ký hợp đồng, bên đương sự là công dân Pháp đệ đơn đòi toà án Pháp công nhận hợp đồng này không có giá trị pháp lý với lý do bên đương sự là công dân Anh bị phát hiện không có đủ năng lực hành vi ký loại hợp đồng cụ thể này. Khi căn cứ vào quy phạm xung đột của Pháp để chọn pháp luật làm cơ sở

1. *Giáo trình Tư pháp quốc tế* (TS. Đoàn Năng chủ biên), Trường Đại học Tổng hợp Hà Nội, 1994, tr. 68.

xác định năng lực hành vi của đương sự, toà án Pháp phải áp dụng pháp luật Anh - pháp luật của nước đương sự là công dân; nhưng trong pháp luật của Anh có quy phạm xung đột quy định phải áp dụng pháp luật của nước nơi đương sự cư trú để xác định năng lực hành vi. Trong trường hợp này, pháp luật nơi cư trú của đương sự là pháp luật của Pháp.

Như vậy, pháp luật của Anh trả lại quyền chi phối quan hệ xã hội cụ thể cho pháp luật Pháp. Nói cách khác, pháp luật của Anh dẫn chiếu ngược trở lại pháp luật của Pháp.

Dẫn chiếu đến pháp luật của nước thứ ba là hiện tượng một quan hệ xã hội liên quan đến ba nước, theo quy phạm xung đột của một nước thì pháp luật của nước kia phải được áp dụng, nhưng theo quy phạm xung đột của nước kia thì pháp luật của nước thứ ba phải được áp dụng.

Ví dụ: Một công dân Nga cư trú ở Pháp ký kết hợp đồng với một công dân Anh, bên đương sự là công dân Anh đòi toà án Anh thừa nhận hợp đồng không có giá trị pháp lý vì lý do bên đương sự là công dân Nga không đủ năng lực hành vi ký hợp đồng. Theo quy phạm xung đột của Anh, pháp luật của Pháp - pháp luật nơi cư trú của đương sự, phải được áp dụng, nhưng trong pháp luật của Pháp có quy phạm xung đột quy định rằng năng lực hành vi của đương sự được xác định theo pháp luật của nước mà đương sự là công dân. Vì trong trường hợp này đương sự là công dân Nga cho nên pháp luật của Nga phải được áp dụng. Như vậy pháp luật của Pháp từ chối chi phối quan hệ xã hội cụ thể và chuyển quyền chi phối đó cho pháp luật Nga.

Cho đến nay, trong pháp thuyết cũng như trong pháp luật và thực tiễn của các nước chưa có quan điểm thống nhất về việc chấp nhận hay không chấp nhận dẫn chiếu ngược lại và dẫn chiếu đến pháp luật của nước thứ ba.

Nếu quan niệm quy phạm xung đột dẫn chiếu đến pháp luật nước ngoài chỉ là dẫn chiếu đến quy phạm thực chất của nước ngoài, tức là không cho phép áp dụng quy phạm xung đột của nước ngoài, thì đương nhiên là phủ nhận dẫn chiếu ngược trở lại và dẫn chiếu đến pháp luật của nước thứ ba.

Pháp luật của một số nước quy định không được phép áp dụng quy phạm xung đột của nước ngoài. Ví dụ: Bộ luật Dân sự Hy Lạp năm 1940 (Điều 32) Bộ luật Dân sự Italia năm 1942 (Điều 30), Bộ luật Dân sự Brazil năm 1942 (Điều 16), Bộ luật Dân sự Ai Cập năm 1948 (Điều 27), Bộ luật Dân sự Síp năm 1949 (Điều 29) v.v....

Ngược lại với các nước nêu trên, pháp luật của Đức (Điều 27 phần mở đầu Bộ luật dân sự năm 1896), của Nhật Bản (Điều 29 Bộ luật Dân sự năm 1898), của Thụy Điển (Điều 2 Luật Hôn nhân và gia đình năm 1904), của Phần Lan (Điều 23 Luật Hôn nhân và gia đình năm 1929) v.v... lại cho phép áp dụng quy phạm xung đột của nước ngoài, tức là thừa nhận dẫn chiếu ngược trở lại và dẫn chiếu đến pháp luật của nước thứ ba.

Trước khi ban hành Bộ luật Dân sự Việt Nam, pháp luật Việt Nam chưa có quy định chung chính thức và cụ thể về vấn đề này. Song về mặt lý luận, việc chấp nhận áp dụng quy phạm xung đột của nước ngoài để rồi chấp nhận dẫn chiếu ngược trở lại và dẫn chiếu đến pháp luật của nước thứ ba được các nhà khoa học và cả thực tiễn tư pháp chấp nhận¹. Việc chấp nhận này không hề có hại và không vi phạm nguyên tắc bình đẳng chủ quyền giữa các quốc gia, một khi pháp luật của nước ngoài tự nguyện từ bỏ quyền chi phối.

1. *Giáo trình Tư pháp quốc tế* (TS. Đoàn Năng chủ biên), Trường Đại học Tổng hợp Hà Nội, 1994, tr. 69 - 71.

quan hệ xã hội cụ thể. Vì thế, điều đó không ảnh hưởng đến việc tôn trọng sự bình đẳng giữa các hệ thống pháp luật trong việc điều chỉnh các mối quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài. Nói cách khác, hoàn toàn có cơ sở lý luận và thực tiễn khi ủng hộ quan điểm cho rằng, quy phạm xung đột dẫn chiếu đến pháp luật nước ngoài nói chung, trong đó gồm cả quy phạm thực chất và quy phạm xung đột.

Điều cần khẳng định ở đây là, không thể vận dụng quan điểm dẫn chiếu ngược trở lại và dẫn chiếu đến pháp luật nước thứ ba trong quan hệ giữa điều ước quốc tế và pháp luật quốc gia. Cụ thể là, khi quy phạm xung đột thống nhất trong các điều ước quốc tế mà Việt Nam ký kết hoặc tham gia dẫn chiếu đến pháp luật của quốc gia nào, thì chỉ có nghĩa là dẫn chiếu đến các quy phạm thực chất của quốc gia đó. Nếu chấp nhận dẫn chiếu ngược lại và dẫn chiếu đến pháp luật của nước thứ ba trong trường hợp này sẽ làm cho quy phạm xung đột thống nhất không còn ý nghĩa nữa. Theo nguyên tắc được thừa nhận rộng rãi trên thế giới, khi điều ước quốc tế mà quốc gia ký kết hoặc tham gia có quy định khác với quy định của pháp luật quốc gia thì áp dụng quy định của điều ước quốc tế.

Theo khoản 3 Điều 827 Bộ luật Dân sự Việt Nam năm 1995, nếu pháp luật nước ngoài dẫn chiếu ngược trở lại pháp luật Việt Nam thì áp dụng pháp luật Việt Nam. Đoạn 2 Điều 101 của Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000 của Việt Nam cũng khẳng định: “Trong trường hợp pháp luật nước ngoài dẫn chiếu trở lại pháp luật Việt Nam thì áp dụng pháp luật về hôn nhân và gia đình Việt Nam”. Như vậy, Bộ luật Dân sự Việt Nam năm 1995 và cả Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000 của Việt Nam đều chấp nhận dẫn chiếu ngược trở lại, nhưng không nhắc đến trường hợp dẫn chiếu đến pháp luật

của nước thứ ba. Tuy nhiên, như đã trình bày ở trên, hệ quả tất yếu của việc chấp nhận dẫn chiếu ngược trở lại đương nhiên bao gồm cả việc chấp nhận dẫn chiếu đến pháp luật của nước thứ ba.

6. Vấn đề có đi có lại trong việc áp dụng pháp luật nước ngoài

Nguyên tắc có đi có lại là một trong những nguyên tắc được áp dụng rộng rãi trong cuộc sống hàng ngày và cả trong sinh hoạt quốc tế. Đây cũng là một trong những cơ sở để xác lập và thúc đẩy sự phát triển quan hệ các loại giữa các quốc gia. Nguyên tắc này còn được áp dụng ngay cả trong việc một quốc gia dành cho công dân và pháp nhân của quốc gia khác quy chế pháp lý nhất định¹.

Trong thực tiễn quan hệ quốc tế, nếu quốc gia A có các biện pháp phân biệt đối xử đối với các công dân và tổ chức của quốc gia B, thì thông thường quốc gia B cũng xem xét việc áp dụng các biện pháp đối xử tương tự đối với công dân và tổ chức của quốc gia A. Trong khoa học tư pháp quốc tế, các biện pháp mà quốc gia B áp dụng được gọi là biện pháp trả đũa hay báo phục.

Việc áp dụng các biện pháp trả đũa đôi khi được quy định ngay trong các văn bản pháp luật của quốc gia. Ví dụ Điều 22 của Pháp lệnh Công nhận và thi hành tại Việt Nam quyết định của Trọng tài nước ngoài năm 1995 quy định: “Trong trường hợp quyết định của Trọng tài Việt Nam hoặc đơn yêu cầu của các tổ chức, cá nhân Việt Nam về việc công nhận và cho thi hành tại nước ngoài quyết định Trọng tài không được cơ quan có thẩm quyền của nước đó xem xét vì lý do phân

1. *Sđd*, tr.72.

biệt đối xử, thì Toà án Việt Nam được quyền áp dụng các biện pháp hạn chế tương ứng đối với việc xem xét đơn yêu cầu công nhận và cho thi hành tại Việt Nam quyết định của trọng tài của nước đó hoặc đơn yêu cầu về vấn đề này của tổ chức, cá nhân của nước đó”.

Riêng trong lĩnh vực áp dụng pháp luật nước ngoài, về mặt lý luận cũng như thực tiễn, nguyên tắc này không nên áp dụng.

Về mặt lý luận cũng như trong thực tiễn quan hệ quốc tế từ trước tới nay, quy phạm xung đột dẫn chiếu đến pháp luật nước nào thì pháp luật nước đó được áp dụng, trừ trường hợp áp dụng nguyên tắc bảo lưu trật tự công cộng; cơ quan xét xử không cần biết nước hữu quan có bao giờ áp dụng pháp luật của nước mình hay không, không cần biết nước ngoài thuộc hệ thống sở hữu hoặc chế độ chính trị - xã hội nào. Từ trước đến nay, không có luật gia nào bàn luận hay nghi ngờ về tính hợp lý của quan điểm này.

Nguyên tắc có đi có lại không có ý nghĩa gì trong lĩnh vực áp dụng pháp luật nước ngoài, vì không có quyền lực nào từ bên ngoài bắt một quốc gia phải áp dụng pháp luật nước ngoài; chính quốc gia xây dựng quy phạm xung đột hoặc thoả thuận với quốc gia khác để xây dựng quy phạm xung đột thống nhất, và quốc gia áp dụng pháp luật nước ngoài theo sự dẫn chiếu của chính những quy phạm xung đột đó.

Về thực chất, việc áp dụng pháp luật nước ngoài là yêu cầu của mỗi quốc gia trong quá trình bảo vệ các quyền và lợi ích hợp pháp của công dân cũng như pháp nhân nước mình, của chính bản thân mình trong giao lưu dân sự quốc tế, một khi các quyền và lợi ích đó hình thành trên cơ sở pháp luật nước ngoài.

Việc một nước áp dụng pháp luật nước ngoài không hề

gây cho nước ngoài hữu quan bất kỳ thiệt hại gì và cũng không làm hại gì cho quan hệ giữa các quốc gia hữu quan. Ngược lại, nó làm cho giao lưu dân sự quốc tế ổn định, phát triển thuận lợi vì lợi ích chung của cả cộng đồng quốc tế, của từng quốc gia, và của tất cả các tổ chức, cá nhân tham gia giao lưu dân sự quốc tế.

Ở một vài nước trên thế giới cũng có một số quy định đòi phải áp dụng nguyên tắc có đi có lại trong việc áp dụng pháp luật nước ngoài. Ví dụ: Điều 25 phần mở đầu Bộ luật Dân sự Đức 1896 quy định rằng, Đức sẽ áp dụng biện pháp trả đũa nếu nước ngoài không áp dụng pháp luật của Đức để giải quyết vấn đề thừa kế của công dân Đức. Tuy nhiên, đây chỉ là quy định có tính chất ngoại lệ và không có cơ sở lý luận và thực tiễn có tính thuyết phục.

Một số luật gia phương Tây cho rằng việc áp dụng pháp luật nước ngoài dựa trên cơ sở "*lễ nhượng quốc tế*", mà mục đích của "*lễ nhượng quốc tế*" là nhằm tranh thủ một thái độ tương tự của nước ngoài. Quan điểm này không có tính thuyết phục, không giúp ích gì cho việc thực hiện mục tiêu điều chỉnh pháp lý các mối quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài và cũng không phù hợp với thực tiễn trong lĩnh vực này. Vấn đề ở đây không phải là "*lễ nhượng quốc tế*" hay không mà là sự cần thiết bảo vệ một cách có hiệu quả các quyền và lợi ích hợp pháp của các tổ chức, cá nhân. Nếu chỉ đặt vấn đề áp dụng pháp luật nước ngoài theo "*lễ nhượng quốc tế*" thì dẫn đến chỗ coi nhẹ vấn đề bảo vệ một cách có hiệu quả các quyền và lợi ích hợp pháp của các tổ chức, cá nhân trong sinh hoạt quốc tế và sẽ không đạt được mục đích của tư pháp quốc tế trong việc điều chỉnh các mối quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài.

Thực tiễn tư pháp quốc tế đã chứng minh rằng, việc áp

dụng pháp luật nước ngoài đã hoàn toàn không dựa trên cơ sở "*lễ nhượng quốc tế*" mà xuất phát từ mục đích bảo vệ các quyền và lợi ích hợp pháp của công dân, pháp nhân và của chính bản thân mỗi Nhà nước trong giao lưu dân sự quốc tế. Khái niệm "*lễ nhượng quốc tế*" là khái niệm mơ hồ, là cơ sở cho việc tự tiện gạt bỏ việc áp dụng pháp luật nước ngoài.

Không áp dụng nguyên tắc có đi có lại trong việc áp dụng pháp luật nước ngoài cũng có nghĩa là không phân biệt đối xử trong quan hệ với các nước khi áp dụng quy phạm xung đột¹. Phân biệt đối xử trong lĩnh vực này có nghĩa là không tôn trọng sự bình đẳng chủ quyền giữa các quốc gia và bình đẳng giữa các hệ thống pháp luật của các quốc gia. Việc gạt bỏ áp dụng pháp luật nước ngoài vì lý do nước ngoài có chế độ chính trị, kinh tế - xã hội đối lập hoặc vì chưa được công nhận hoặc chưa thiết lập quan hệ ngoại giao với Nhà nước nước ngoài đó là hành vi trái với những nguyên tắc cơ bản của cả Công pháp quốc tế lẫn Tư pháp quốc tế.

1. *Sđd*, tr. 73.

CHƯƠNG III

QUY CHẾ PHÁP LÝ CỦA NGƯỜI NƯỚC NGOÀI TRONG TƯ PHÁP QUỐC TẾ

I. KHÁI NIỆM VÀ PHÂN LOẠI NGƯỜI NƯỚC NGOÀI

1. Khái niệm người nước ngoài

Thực tiễn lịch sử quan hệ quốc tế và lịch sử của mỗi quốc gia từ xưa cho đến nay cho chúng ta thấy rằng, trên lãnh thổ của bất kỳ quốc gia nào, ngoài những người được gọi là công dân (thời phong kiến gọi là thần dân) của quốc gia này, bao giờ cũng còn có một số lượng nhất định những người không phải là thần dân hay công dân của quốc gia sở tại. Những người này mà trong khoa học pháp lý, trong các văn bản pháp luật của các nước vẫn thường gọi họ là “người nước ngoài”.

Những năm gần đây do sự phát triển mạnh mẽ của quá trình khu vực hoá, toàn cầu hoá nền kinh tế, giao lưu kinh tế, thương mại, khoa học - công nghệ và văn hoá giữa các quốc gia phát triển với tốc độ hết sức nhanh chóng đã dẫn đến việc số lượng người nước ngoài, đặc biệt số lượng người nước ngoài đầu tư, kinh doanh, lao động, học tập, du lịch v.v... trên lãnh thổ của mỗi quốc gia cũng nhanh chóng gia tăng.

Việc xây dựng quy chế pháp lý hợp lý, hợp tình cho người

nước ngoài có tác động mạnh mẽ tới việc bảo vệ một cách có hiệu quả độc lập, chủ quyền và các lợi ích của quốc gia, đồng thời cũng ảnh hưởng tới quá trình thúc đẩy phát triển giao lưu kinh tế, thương mại, khoa học - công nghệ và văn hoá giữa các quốc gia. Chính vì vậy, chúng ta cần nghiên cứu một cách nghiêm túc những vấn đề lý luận và thực tiễn xây dựng quy chế pháp lý của người nước ngoài nói chung và quy chế pháp lý của người nước ngoài trong tư pháp quốc tế nói riêng.

Để làm rõ những vấn đề lý luận và thực tiễn xây dựng quy chế pháp lý của người nước ngoài, chúng ta cần làm rõ khái niệm "người nước ngoài". Chính nội dung khái niệm "người nước ngoài" thể hiện bản chất và đặc điểm quy chế pháp lý của người nước ngoài¹.

Ngày nay, thuật ngữ "người nước ngoài" được sử dụng rộng rãi ở tất cả các nước, không chỉ trong các loại sách báo, mà cả trong các văn bản pháp luật lẫn trong giao tiếp hàng ngày của mọi tầng lớp nhân dân. Song, nội dung khái niệm này ở các nước không phải trong mọi trường hợp đều giống nhau. Chẳng hạn ở Bungari, người nước ngoài là những người không có quốc tịch Bungari. Vì vậy, đối với Bungari, người nước ngoài gồm cả người có quốc tịch nước ngoài và người không có quốc tịch.

Ở Liên Xô trước đây, trong nhiều thập kỷ, khái niệm "người nước ngoài" đồng nhất với khái niệm "công dân nước ngoài trên lãnh thổ Liên Xô". Và như vậy, những người không phải là công dân Liên Xô cư trú ở ngoài phạm vi lãnh thổ Liên Xô thì không được xác định có phải là người nước ngoài đối với Liên Xô hay không. Từ khi ban hành Hiến pháp Liên Xô năm 1977 đến khi chấm dứt tồn tại Liên bang Xô viết, khái niệm

1. *Sđd*, tr. 74.

người nước ngoài được hiểu theo nghĩa rộng và gồm cả công dân nước ngoài và người không có quốc tịch.

Từ xa xưa, nhân dân ta hay dùng thuật ngữ “ngoại kiều” hay “kiều dân nước ngoài” để chỉ những người của nước ngoài cư trú hay làm ăn, sinh sống trên lãnh thổ Việt Nam; còn thuật ngữ “Việt kiều” hay “kiều bào ta ở nước ngoài” để chỉ những người của nước ta cư trú, làm ăn sinh sống ở nước ngoài. Trong những thập kỷ gần đây, những thuật ngữ này không còn được dùng một cách phổ biến nữa. Riêng trong các văn bản pháp luật Việt Nam hiện hành các thuật ngữ này hoàn toàn không được sử dụng, và thay vào đó là các thuật ngữ “người nước ngoài”, “người Việt Nam ở nước ngoài”.

Tuy nhiên, trong sách báo pháp luật của Việt Nam chưa có quan điểm thống nhất về nội dung khái niệm “người nước ngoài”. Có người cho rằng khái niệm “người nước ngoài” bao gồm không chỉ là công dân nước ngoài và người không có quốc tịch, mà cả pháp nhân nước ngoài¹. Có ý kiến đòi mở rộng hơn nữa nội dung khái niệm người nước ngoài đến mức bao gồm cả Nhà nước nước ngoài². Đa số ý kiến cho rằng, đối với mỗi quốc gia, người nước ngoài là người không có quốc tịch của quốc gia này và chỉ bao gồm người có quốc tịch của quốc gia khác hoặc không có bất kỳ quốc tịch nào³.

Trong Quyết định số 122/CP ngày 25 tháng 4 năm 1977 của Hội đồng Chính phủ về chính sách đối với người nước ngoài cư trú và làm ăn sinh sống ở Việt Nam (Điều 1), khái

1. *Giáo trình Tư pháp quốc tế*, Đại học Ngoại giao Hà Nội, 1978 - 1979, tr. 21.

2. *Sđđ*, tr. 56.

3. *Giáo trình Luật quốc tế* (TS. Đoàn Năng chủ biên), Đại học Luật Hà Nội, 1994, tr. 146.

niệm "người nước ngoài" bao gồm những người có quốc tịch nước ngoài và những người không có quốc tịch. Tuy nhiên, Quyết định này chỉ áp dụng đối với những người nước ngoài cư trú và làm ăn sinh sống ở Việt Nam hay còn gọi là những người nước ngoài định cư ở Việt Nam.

Trong các văn bản pháp luật khác của nước ta, khái niệm "người nước ngoài" được hiểu chung hơn, cũng bao gồm người có quốc tịch nước ngoài và người không có quốc tịch, nhưng bất kể nơi cư trú. Ví dụ, khoản 1 Điều 1 của Pháp lệnh Nhập cảnh, xuất cảnh, cư trú của người nước ngoài tại Việt Nam năm 2000 và khoản 3 Điều 1 của Pháp lệnh Hôn nhân và gia đình giữa công dân Việt Nam với người nước ngoài năm 1993 (hết hiệu lực từ 1-1-2001 khi Luật Hôn nhân và gia đình Việt Nam năm 2000 bắt đầu có hiệu lực) đều quy định "Trong pháp lệnh này, người nước ngoài được hiểu là người không có quốc tịch Việt Nam". Quan điểm này cũng được khẳng định trong nhiều văn bản khác mới được ban hành gần đây. Ví dụ, khoản 6 Điều 2 của Luật Quốc tịch Việt Nam năm 1998 quy định người nước ngoài thường trú ở Việt Nam là người có quốc tịch nước ngoài và người không có quốc tịch cư trú, làm ăn sinh sống lâu dài ở Việt Nam.

Điều đặc biệt cần lưu ý ở đây là, các văn bản pháp luật hiện hành của Việt Nam không gắn khái niệm "người nước ngoài" với nơi cư trú của họ. Rõ ràng đây là quy định đúng đắn, bởi vì tiêu chí để xác định một cá nhân là người nước ngoài đối với Việt Nam không phải là nơi cư trú mà là có quốc tịch hay không có quốc tịch Việt Nam. Những người không có quốc tịch Việt Nam có thể định cư hay tạm trú trên lãnh thổ Việt Nam và cũng có thể ở ngoài phạm vi lãnh thổ Việt Nam. Song tại sao chúng ta lại xếp người có quốc tịch nước ngoài và người không có quốc tịch vào phạm trù "người

nước ngoài”?

Trước hết phải khẳng định rằng, người có quốc tịch nước ngoài, tức là công dân nước ngoài, và người không có quốc tịch là hai phạm trù khác nhau. Công dân nước ngoài là người có quốc tịch của một nước ngoài nhất định, còn người không có quốc tịch không phải là công dân của bất kỳ nước nào. Tuy nhiên, nội dung quy chế pháp lý dân sự của hai loại người này giống nhau về cơ bản. Ví dụ: Họ đều không có những quyền và nghĩa vụ gắn liền với quốc tịch của nước sở tại, đều có những quyền và nghĩa vụ giống nhau trong các quan hệ dân sự, hôn nhân và gia đình, thừa kế, v.v., do pháp luật nước sở tại quy định. Vì vậy, hoàn toàn có cơ sở khi xếp hai phạm trù "công dân nước ngoài" và "người không có quốc tịch" vào một phạm trù rộng lớn hơn là phạm trù "người nước ngoài" khi xem xét quy chế pháp lý dân sự của họ¹.

Trong các văn bản pháp luật của Việt Nam cũng như của các nước khác, khái niệm "người nước ngoài" được dùng để chỉ cá nhân (có tài liệu gọi là tự nhiên nhân hay thể nhân) có quốc tịch nước ngoài hoặc cá nhân không có quốc tịch. Trong ngôn ngữ pháp lý tiếng Việt, chữ "người" được dùng để chỉ cá nhân, chứ không chỉ các tổ chức của cá nhân như các tổ chức được hưởng tư cách pháp nhân và Nhà nước.

Quy chế pháp lý dân sự của các cá nhân nước ngoài và của pháp nhân nước ngoài rất khác nhau (xem Chương IV). Quy chế pháp lý dân sự của cá nhân nước ngoài và của Nhà nước nước ngoài trong các mối quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài lại càng khác xa nhau. Trong lĩnh vực này, Nhà nước nước ngoài được hưởng quyền miễn trừ tư pháp tuyệt đối; cá nhân,

1. *Giáo trình Tư pháp quốc tế* (TS. Đoàn Năng chủ biên), Đại học Tổng hợp Hà Nội, 1994. tr. 76.

pháp nhân không được hưởng quyền miễn trừ này. Không thể xếp các cá nhân ngang hàng với Nhà nước nước ngoài. Sẽ là sai lầm nghiêm trọng về lý luận và phải hứng chịu hậu quả tai hại của sự chà đạp chủ quyền quốc gia, nếu xếp cá nhân và cả pháp nhân ngang hàng với Nhà nước nước ngoài trong các mối quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài. Vì vậy, không có cơ sở, không hợp lý nếu chấp nhận quan điểm cho rằng, khái niệm "người nước ngoài" gồm cả pháp nhân nước ngoài hoặc cả Nhà nước nước ngoài, cho dù đó chỉ là quy ước.

Tóm lại, khi xem xét khái niệm "người nước ngoài", cần lưu ý rằng, đây là khái niệm chỉ áp dụng đối với cá nhân; Lý do xếp một cá nhân vào phạm trù "người nước ngoài" là ở chỗ cá nhân này có quốc tịch nước ngoài hoặc không có quốc tịch, bất kể nơi cư trú và thời gian cư trú. Nói cách khác, đối với Việt Nam, người nước ngoài không chỉ gồm những người có quốc tịch nước ngoài hoặc không có quốc tịch cư trú trên lãnh thổ Việt Nam, mà bao gồm cả những người không có quốc tịch Việt Nam sống hay cư trú ở ngoài phạm vi lãnh thổ Việt Nam.

2. Phân loại người nước ngoài

Tất cả các quốc gia đều quan tâm xây dựng quy chế pháp lý dành cho người nước ngoài, đặc biệt quy chế pháp lý của bộ phận người nước ngoài cư trú trên lãnh thổ của mình. Chính quy chế pháp lý này là cơ sở pháp luật cho việc thực hiện quản lý người nước ngoài trên lãnh thổ của một quốc gia, nhằm vừa bảo vệ chủ quyền, an ninh và các lợi ích khác của quốc gia, vừa góp phần thúc đẩy quá trình phát triển quan hệ hợp tác kinh tế, thương mại, khoa học - công nghệ và văn hoá của quốc gia với các quốc gia khác.

Như đã trình bày ở mục 1 nêu trên, người nước ngoài là khái niệm có nội dung rộng. Để nâng cao hiệu quả công tác

quan lý người nước ngoài, vừa bảo vệ lợi ích quốc gia, tăng cường pháp chế, vừa bảo vệ tốt các quyền và lợi ích hợp pháp của người nước ngoài, trên cơ sở quy chế pháp lý chung dành cho tất cả các loại người nước ngoài, cần phải phân loại người nước ngoài và xây dựng cho mỗi loại người nước ngoài một nội dung quy chế pháp lý cũng như biện pháp tổ chức quản lý cụ thể, thích hợp.

Có nhiều căn cứ để phân loại người nước ngoài. Nhưng những căn cứ chủ yếu gồm¹:

a) *Căn cứ vào quan hệ quốc tịch*, người nước ngoài được chia thành người có quốc tịch nước ngoài và người không có quốc tịch.

Trường hợp một người là công dân Việt Nam, nhưng đồng thời có quốc tịch của một nước ngoài vì một lý do nào đó thì đối với Nhà nước ta, người này không được coi là người nước ngoài.

b) *Căn cứ vào nơi cư trú*, người nước ngoài được chia thành người cư trú trên lãnh thổ Việt Nam và người cư trú ở ngoài lãnh thổ Việt Nam.

Việc phân loại theo tiêu chí này cũng rất cần thiết vì tuy đều được thừa nhận là chủ thể của pháp luật Việt Nam, nhưng người nước ngoài cư trú trên lãnh thổ Việt Nam và người nước ngoài cư trú ở ngoài lãnh thổ Việt Nam có quy chế khác nhau: rõ ràng là không có vấn đề quản lý của Nhà nước ta đối với những người nước ngoài cư trú ở ngoài lãnh thổ Việt Nam.

+ *Căn cứ vào thời gian cư trú trên lãnh thổ Việt Nam và mức độ ổn định của mối quan hệ pháp lý với Nhà nước Việt*

1 *Sdd.* tr. 77, 78.

Nam, người nước ngoài được chia thành người nước ngoài định cư và người nước ngoài tạm trú trên lãnh thổ Việt Nam.

Người nước ngoài định cư ở Việt Nam được hiểu là người nước ngoài được cơ quan có thẩm quyền của Nhà nước Việt Nam cho phép cư trú, làm ăn, sinh sống không có thời hạn trên lãnh thổ Việt Nam. Người nước ngoài tạm trú ở Việt Nam là người nước ngoài được cơ quan có thẩm quyền của Nhà nước Việt Nam cho phép cư trú có thời hạn trên lãnh thổ Việt Nam.

Hiện nay, hầu hết các văn bản pháp luật của Việt Nam được ban hành trong những năm gần đây không dùng khái niệm “người nước ngoài định cư ở Việt Nam” mà chuyển sang dùng khái niệm “người nước ngoài thường trú ở Việt Nam”. Ví dụ, Điều 2 của Luật Quốc tịch Việt Nam năm 1998 và Điểm 7 Điều 2 của Luật Khuyến khích đầu tư trong nước năm 1998 đều khẳng định: “Người nước ngoài thường trú ở Việt Nam” là công dân nước ngoài, người không có quốc tịch cư trú, làm ăn, sinh sống lâu dài ở Việt Nam. Tuy nhiên khái niệm “người nước ngoài định cư ở Việt Nam” vẫn còn được dùng ở một số ít văn bản. Ví dụ, các điều 18, 19, 20, 21 và 22, chương IV của Nghị định số 60/CP ngày 5-7-1994 của Chính phủ quy định về sở hữu nhà ở quy định về quyền sở hữu nhà ở và thuê đất ở của người nước ngoài định cư ở Việt Nam.

Trong các văn bản pháp luật hiện hành, thuật ngữ “định cư” vẫn được dùng đối với người Việt Nam ở nước ngoài. Ví dụ: Điểm 6 Điều 2 của Luật Khuyến khích đầu tư trong nước năm 1998 quy định “Người Việt Nam định cư ở nước ngoài” là công dân Việt Nam và người gốc Việt Nam cư trú, làm ăn, sinh sống lâu dài ở nước ngoài. Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam năm 1996 (Điều 44), Luật Quốc tịch Việt Nam năm 1998 (Điều 2) v.v., cũng dùng thuật ngữ “định cư” đối với

người Việt Nam ở nước ngoài. Như vậy, theo cách xác định của các cơ quan có thẩm quyền và theo các văn bản pháp luật hiện hành, hai khái niệm "Người nước ngoài định cư ở Việt Nam" và "Người nước ngoài thường trú ở Việt Nam" không khác nhau về mặt nội dung. Tuy nhiên nếu giải thích khái niệm "người nước ngoài thường trú ở Việt Nam" với nội dung là người ... cư trú, làm ăn, sinh sống ***lâu dài*** ở Việt Nam, còn "người Việt Nam định cư ở nước ngoài" là người... cư trú, làm ăn, sinh sống ***lâu dài*** ở nước ngoài, thì chưa chuẩn xác, bởi vì không rõ bao nhiêu năm là lâu dài. Có lẽ nên dùng từ "không có thời hạn" để thay cho từ "lâu dài" thì mới chính xác.

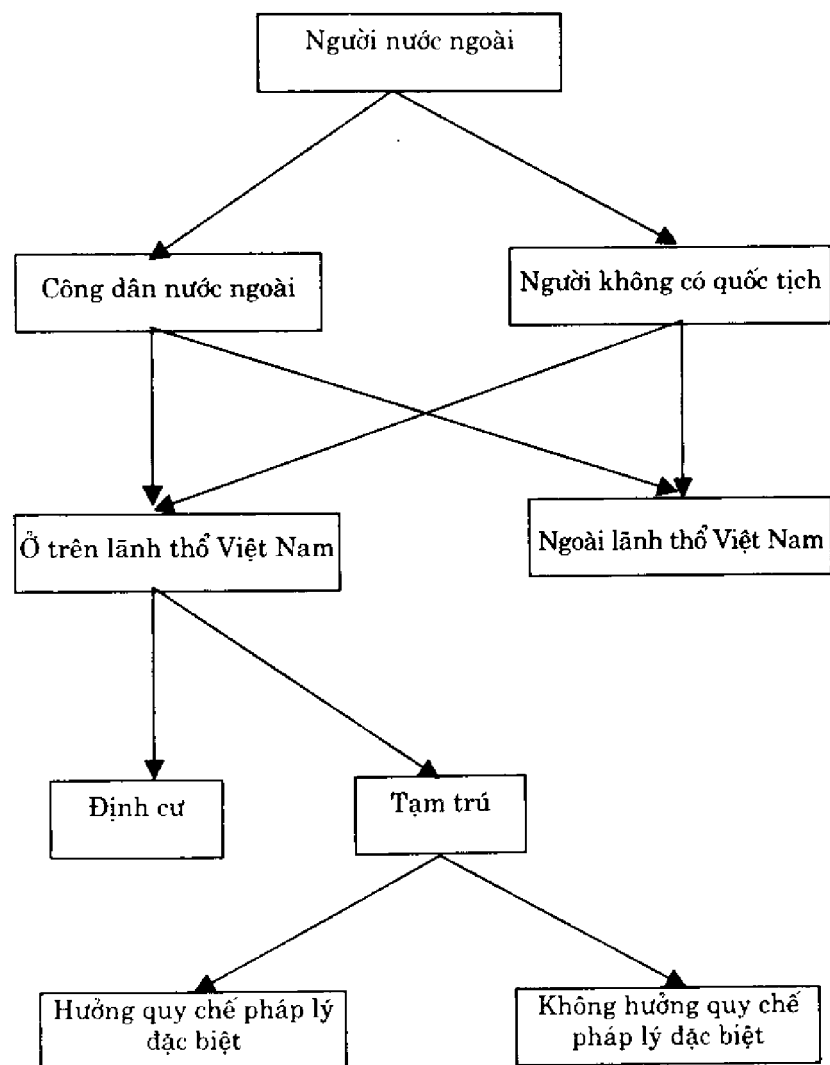
Thực tiễn thi hành pháp luật cho chúng ta thấy rằng, việc phân biệt "người nước ngoài cư trú, làm ăn, sinh sống ***lâu dài*** ở Việt Nam" với người Việt Nam cư trú, làm ăn, sinh sống ***lâu dài*** ở nước ngoài bằng cách dùng hai thuật ngữ "thường trú" và "định cư" chỉ gây rối rắm và khó hiểu cho người dân. Nên thống nhất dùng một thuật ngữ "định cư" và phải khẳng định là được cơ quan có thẩm quyền cho phép cư trú, làm ăn, sinh sống không có thời hạn.

c) *Căn cứ vào tính chất của nội dung quy chế pháp lý*, người nước ngoài được chia thành loại người được hưởng quy chế pháp lý đặc biệt (ví dụ chế độ ưu đãi và miễn trừ ngoại giao, chế độ ưu đãi và miễn trừ lãnh sự, chế độ ưu đãi đối với các nhà đầu tư nước ngoài v.v...) và loại không được hưởng các chế độ pháp lý đặc biệt này.

Việc phân loại theo tiêu chí này rất cần thiết nhằm bảo đảm thực hiện các cam kết quốc tế ghi trong Công ước quốc tế Viên năm 1961 về quan hệ ngoại giao và Công ước Viên năm 1963 về quan hệ lãnh sự mà nước ta đã tham gia; đồng thời bảo đảm thực hiện chính sách của Nhà nước ta trong các

lĩnh vực như: Thu hút đầu tư nước ngoài, tranh thu kinh nghiệm hay kiến thức của các chuyên gia giỏi của nước ngoài trong các lĩnh vực, v.v..

Trên cơ sở các cách phân loại nêu trên, chúng ta có sơ đồ như sau:



II. KHAI NIỆM VÀ CƠ SỞ XÂY DỰNG QUY CHẾ PHÁP LÝ DÂN SỰ CỦA NGƯỜI NƯỚC NGOÀI

1. Khái niệm quy chế pháp lý dân sự của người nước ngoài

Như đã trình bày ở mục I của chương này, để góp phần nâng cao hiệu quả điều chỉnh pháp lý các quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài, bảo vệ các quyền và lợi ích hợp pháp của công dân Việt Nam cũng như của người nước ngoài, thúc đẩy giao lưu kinh tế, thương mại, khoa học công nghệ và văn hoá giữa các quốc gia, mỗi quốc gia cần nghiên cứu để xây dựng quy chế pháp lý dân sự của người nước ngoài phù hợp với những yêu cầu này. Muốn nghiên cứu để xây dựng nội dung quy chế pháp lý dân sự của người nước ngoài ở mỗi nước, trước hết phải xác định khái niệm chung về quy chế pháp lý dân sự của họ.

Việc xác định khái niệm về quy chế pháp lý dân sự của người nước ngoài với tư cách là một cá nhân, gắn liền với việc giải quyết về mặt lý luận quan niệm về quy chế pháp lý của cá nhân nói chung.

Trong khoa học pháp lý, đôi khi các nhà nghiên cứu không dùng khái niệm "quy chế pháp lý", mà dùng khái niệm "địa vị pháp lý"¹, hoặc dùng cả hai khái niệm với nội dung thống nhất. Chúng ta cần làm rõ không chỉ khái niệm "quy chế pháp lý" mà cả khái niệm "địa vị pháp lý" của cá nhân,

1. *Giáo trình Tư pháp quốc tế* (TS. Hồ Phong Tư chủ biên), Đại học Pháp lý Hà Nội, 1992, tr. 58 - 68.

đồng thời phân biệt rõ sự giống nhau và khác nhau của hai khái niệm này.

Nhìn chung, về mặt lý luận, "địa vị pháp lý" của cá nhân là địa vị của cá nhân trong xã hội được thừa nhận và khẳng định trong pháp luật của mỗi nhà nước¹. Đây là hiện tượng pháp lý phức tạp mà nội dung của nó được thể hiện bởi nhiều yếu tố như quyền năng chủ thể (năng lực pháp luật và năng lực hành vi) của cá nhân; hệ thống quyền và nghĩa vụ pháp lý của cá nhân; quốc tịch của cá nhân; các nguyên tắc pháp lý làm cơ sở xây dựng hệ thống quyền và nghĩa vụ pháp lý của cá nhân; các lợi ích hợp pháp của cá nhân; những bảo đảm pháp lý đối với các quyền và lợi ích hợp pháp của cá nhân, v.v..

Trong số các yếu tố thể hiện địa vị pháp lý của cá nhân, quyền năng chủ thể, hệ thống quyền, nghĩa vụ pháp lý, lợi ích hợp pháp của cá nhân và những biện pháp pháp lý bảo đảm các quyền, nghĩa vụ pháp lý cũng như lợi ích hợp pháp của họ là những yếu tố then chốt, là hạt nhân.

Trong sách báo pháp lý và cả trong thực tiễn, có quan điểm đồng nhất nội dung địa vị pháp lý của cá nhân với hệ thống các quyền, nghĩa vụ pháp lý² và các lợi ích hợp pháp của cá nhân. Bằng chứng của quan niệm này là khi đặt vấn đề tìm hiểu địa vị pháp lý của cá nhân, chỉ đề cập các quyền và nghĩa vụ pháp lý và các lợi ích hợp pháp của cá nhân.

Việc đồng nhất nội dung địa vị pháp lý của cá nhân với hệ thống các quyền, nghĩa vụ pháp lý và các lợi ích hợp pháp của cá nhân là thiếu khách quan, có thể được xem là phiến

1. *Giáo trình Tư pháp quốc tế* (TS. Đoàn Năng chủ biên), Đại học Tổng hợp Hà Nội, 1994, tr. 79.

2. *Giáo trình Tư pháp quốc tế* (TS. Hồ Phong Tư chủ biên), Đại học Pháp lý Hà Nội, 1992, tr. 58 - 59.

diện. Bởi vì, yếu tố đầu tiên thể hiện địa vị pháp lý của cá nhân và không thể bỏ qua là vấn đề cá nhân có được công nhận là chủ thể của pháp luật của quốc gia hay không. Nếu được công nhận là chủ thể của pháp luật thì đương nhiên cá nhân có quyền năng chủ thể, tức là có năng lực pháp luật và năng lực hành vi theo quy định của pháp luật quốc gia, và chỉ nhờ đó mới có hệ thống các quyền và nghĩa vụ pháp lý cụ thể cũng như các lợi ích hợp pháp của cá nhân.

Nhìn chung, hệ thống các quyền, nghĩa vụ pháp lý và các lợi ích hợp pháp của cá nhân chỉ là một trong những yếu tố then chốt cấu thành của nội dung khái niệm địa vị pháp lý của cá nhân. Vì vậy, quan niệm nội dung địa vị pháp lý của cá nhân chỉ bao gồm hệ thống các quyền, nghĩa vụ pháp lý và các lợi ích hợp pháp của cá nhân thì chưa thể xác đáng cả về mặt lý luận và thực tiễn. Tìm hiểu địa vị pháp lý của cá nhân, người ta tìm hiểu trước hết quyền năng chủ thể; hệ thống quyền, nghĩa vụ pháp lý, các lợi ích hợp pháp của cá nhân và cả những biện pháp pháp lý bảo đảm thực hiện quyền năng chủ thể, các quyền, nghĩa vụ pháp lý cũng như lợi ích hợp pháp của họ, và nhiều yếu tố khác nữa..

Trong khoa học pháp lý, có ý kiến cho rằng, các yếu tố cấu thành cơ bản, hạt nhân của khái niệm địa vị pháp lý của cá nhân chính là những yếu tố cấu thành của nội dung quy chế pháp lý của cá nhân¹. Nói cách khác, tổng hợp các yếu tố: Quyền năng chủ thể, hệ thống quyền, nghĩa vụ pháp lý, các lợi ích hợp pháp của cá nhân và các biện pháp pháp lý bảo đảm các quyền và nghĩa vụ pháp lý và các lợi ích hợp pháp của họ cấu thành quy chế pháp lý của cá nhân. Có thể nói

1. *Giáo trình Tư pháp quốc tế* (TS. Đoàn Năng chủ biên), Đại học Tổng hợp Hà Nội, 1994, tr. 79 - 80.

rằng, quy chế pháp lý của cá nhân là địa vị pháp lý của cá nhân theo nghĩa hẹp. Rõ ràng hoàn toàn có thể chia sẻ quan điểm này.

Người nước ngoài cũng là một cá nhân trong xã hội. Vì vậy, nói tìm hiểu quy chế pháp lý dân sự của người nước ngoài là tìm hiểu quyền năng chủ thể, hệ thống quyền, nghĩa vụ pháp lý, các lợi ích hợp pháp của cá nhân và các biện pháp pháp lý bảo đảm thực hiện quyền năng chủ thể, các quyền, nghĩa vụ và các lợi ích hợp pháp của họ ở nước sở tại trong lĩnh vực dân sự. Phạm vi nội dung quy chế pháp lý dân sự của người nước ngoài ở đây được hiểu phù hợp với phạm vi điều chỉnh của tư pháp quốc tế, bao quát tất cả các lĩnh vực quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài như: Quan hệ dân sự theo nghĩa hẹp, quan hệ hôn nhân và gia đình, quan hệ lao động và quan hệ tố tụng dân sự có yếu tố nước ngoài.

2. Cơ sở xây dựng quy chế pháp lý dân sự của người nước ngoài

Theo pháp luật và thực tiễn của các nước trên thế giới, quy chế pháp lý dân sự của người nước ngoài, trong từng loại hay nhóm quan hệ dân sự cụ thể, có thể được xây dựng trên cơ sở hoặc chế độ đãi ngộ quốc dân, hoặc chế độ tối huệ quốc, hay chế độ đãi ngộ đặc biệt¹.

a) Chế độ đãi ngộ quốc dân (national Treatment)

Chế độ đãi ngộ quốc dân là chế độ cho phép người nước ngoài có các quyền và nghĩa vụ tương ứng ngang với công

1. *Sđd*, tr. 80-84.

- *Giáo trình Tư pháp quốc tế* (TS. Bùi Xuân Nhự chủ biên), Đại học Luật Hà Nội, 1997, tr. 71 - 75.

dân nước sở tại trong những quan hệ xã hội nhất định. Điều đó có nghĩa là, không phải trong mọi quan hệ xã hội người nước ngoài đều được hưởng chế độ đãi ngộ quốc dân. Trong nhiều quan hệ xã hội người nước ngoài không được hưởng các quyền mà công dân nước sở tại được hưởng, ví dụ quyền bầu cử vào các cơ quan quyền lực nhà nước, quyền hoạt động trong một số ngành nghề hay ở một số địa bàn có tầm quan trọng đặc biệt đối với việc bảo vệ an ninh và quốc phòng hay bảo vệ lợi ích kinh tế - xã hội của nước sở tại, v.v..

Trong sách báo pháp lý gần đây và cả trong một số văn bản của Nhà nước ta, thuật ngữ “chế độ đối xử quốc gia” hay được dùng thay cho thuật ngữ “chế độ đãi ngộ quốc dân”.

Với nội dung như đã xác định ở trên thì dùng thuật ngữ “chế độ đối xử quốc gia” không thể hiện chính xác nội dung cần phải được thể hiện. Vấn đề ở đây không phải là dành cho quốc gia nào các quyền, nghĩa vụ, và cũng không phải dành cho người nước ngoài các quyền, nghĩa vụ như quốc gia dành cho chính mình, mà là dành cho người nước ngoài các quyền, nghĩa vụ ngang với công dân của nước sở tại. Nói cách khác, dùng thuật ngữ “chế độ đãi ngộ quốc dân” thì chuẩn xác hơn. Từ “quốc dân” ở đây được hiểu là công dân của quốc gia.

Đối xử như công dân hay đãi ngộ quốc dân chính là dành cho người nước ngoài chế độ pháp lý mà quốc gia dành cho công dân của mình trong những quan hệ xã hội nhất định. Không phải ngẫu nhiên, có người còn dùng đến thuật ngữ “chế độ đãi ngộ như công dân”¹.

Người nước ngoài được hưởng chế độ đãi ngộ quốc dân trong những quan hệ xã hội cụ thể nào là vấn đề trước hết do

1. *Giáo trình Tư pháp quốc tế* (TS. Hồ Phong Tư chủ biên), Đại học Pháp lý Hà Nội, 1992, tr. 59.

pháp luật nước sở tại quy định. Ví dụ: Theo các điều 7 và 8 Quyết định số 122/CP ngày 25-4-1977 của Hội đồng Chính phủ về chính sách đối với người nước ngoài cư trú và làm ăn sinh sống ở Việt Nam, người nước ngoài định cư ở Việt Nam được hưởng chế độ đãi ngộ quốc dân chỉ trong lĩnh vực sở hữu cá nhân đối với thu nhập hợp pháp và tư liệu sinh hoạt, và cả trong lĩnh vực thừa kế đối với loại tài sản này, nhưng trong lĩnh vực sở hữu bất động sản thì không được hưởng; Quyết định này không đề cập vấn đề dành chế độ đãi ngộ quốc dân cho những người nước ngoài thuộc diện không định cư ở Việt Nam.

Với việc ban hành Bộ luật Dân sự của Việt Nam năm 1995, Quyết định số 122/CP ngày 25-4-1977 nêu trên không còn hiệu lực thi hành nữa.

Bộ luật Dân sự của Việt Nam năm 1995 quy định: “Người nước ngoài có năng lực pháp luật dân sự tại Việt Nam như công dân Việt Nam, trừ trường hợp Bộ luật này, các văn bản pháp luật khác của Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam có quy định khác”. Như vậy, với việc ban hành Bộ luật Dân sự năm 1995, chế độ đãi ngộ quốc dân trở thành nguyên tắc chung trong việc xác định năng lực pháp luật dân sự được khẳng định dành cho tất cả người nước ngoài, không phân biệt định cư ở Việt Nam hay chỉ tạm trú ở Việt Nam, cư trú trên lãnh thổ Việt Nam hay ở ngoài lãnh thổ Việt Nam. Tuy nhiên, phải trừ trường hợp pháp luật Việt Nam có quy định không cho người nước ngoài hưởng chế độ này trong những trường hợp nhất định. Ví dụ, theo quy định hiện hành của nước ta, cho đến thời điểm này, người nước ngoài định cư ở Việt Nam chỉ có quyền sở hữu đối với một nhà ở cho bản thân và cho gia đình của mình; trong khi đó công dân Việt Nam định cư ở Việt Nam không bị giới hạn quyền sở hữu về số

lượng nhà ở.

Pháp luật của nhiều nước trên thế giới cũng có cách quy định về việc dành chế độ đãi ngộ quốc dân cho người nước ngoài tương tự như cách quy định trong Bộ luật Dân sự của Việt Nam năm 1995. Ví dụ, theo Điều 400 Bộ luật Dân sự Mong Cổ, người nước ngoài được hưởng các quyền nhân thân và quyền tài sản như công dân Mong Cổ, nếu pháp luật Mong Cổ không có quy định khác.

Trong nhiều trường hợp, chế độ đãi ngộ quốc dân còn được quy định trong các điều ước quốc tế song phương và đa phương. Ví dụ, Điều 1 Hiệp định Tương trợ tư pháp Việt Nam - Hunggari quy định rằng: "Công dân nước ký kết này được hưởng trên lãnh thổ nước ký kết kia sự bảo hộ pháp lý về các quyền nhân thân và tài sản mà nước ký kết kia dành cho công dân của mình". Theo Công ước Paris năm 1883 về bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp, công dân nước ký kết này hưởng trên lãnh thổ nước ký kết kia mọi ưu đãi mà nước ký kết kia dành cho công dân của mình trong lĩnh vực bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp.

b) Chế độ tối huệ quốc (Most favoured nation treatment)

Chế độ tối huệ quốc là chế độ theo đó nước này dành cho công dân và pháp nhân của nước kia những quyền và ưu đãi đang hoặc sẽ dành cho công dân và pháp nhân của bất kỳ nước thứ ba nào trong lĩnh vực hợp tác kinh tế, thương mại và hàng hải quốc tế. Việc công dân và pháp nhân của nước này có được hưởng trên lãnh thổ nước kia chế độ tối huệ quốc hay không phải được quy định cụ thể trong điều ước quốc tế giữa hai nước ký kết với nhau. Ví dụ: Điều 2 Hiệp định buôn bán và hàng hải Việt Nam - Liên Xô ngày 12-3-1958 (hiện nay nước Nga thừa kế Hiệp định này của Liên Xô) quy định rằng: "Hai bên ký kết dành cho nhau chế độ tối huệ quốc

trong mọi vấn đề liên quan đến thương mại và hàng hai và trong mọi quan hệ kinh tế khác giữa hai nước”.

Điều 1 của Hiệp định thương mại Việt Nam - Mỹ quy định: “Mỗi bên dành ngay lập tức và vô điều kiện cho hàng hoá có xuất xứ hoặc được xuất khẩu từ lãnh thổ của bên kia sự đối xử không kém thuận lợi hơn sự đối xử dành cho hàng hoá tương tự có xuất xứ tại hoặc được xuất khẩu từ lãnh thổ của bất cứ nước thứ ba nào khác trong tất cả các vấn đề liên quan tới: mọi loại thuế... phương thức thanh toán...thủ tục xuất nhập khẩu v.v...”. Trong các hiệp định thương mại và hàng hải Việt Nam ký với các nước khác cũng có quy định tương tự như vậy.

Vấn đề về chế độ tối huệ quốc trong nhiều trường hợp được đề cập trong pháp luật quốc gia của các nước. Tuy nhiên, thông thường pháp luật quốc gia chỉ quy định nội dung của chế độ tối huệ quốc ở nước mình và nguyên tắc chung về việc dành cho các tổ chức, cá nhân nước ngoài chế độ này trên cơ sở quy định của các điều ước quốc tế mà quốc gia ký kết hoặc tham gia, còn việc dành chế độ này cho các tổ chức, cá nhân của một nước ngoài cụ thể nào thì phải do điều ước quốc tế ký với quốc gia đó quy định. Các điều ước quốc tế nói chung và Hiệp định Thương mại Việt - Mỹ chỉ quy định nguyên tắc dành cho nhau chế độ tối huệ quốc trong từng lĩnh vực hay trong những vấn đề này hay vấn đề khác, không quy định cụ thể nội dung các quyền, ưu đãi mà các bên được hưởng theo chế độ tối huệ quốc.

Nội dung cụ thể của các quyền, ưu đãi theo chế độ tối huệ quốc như thuế suất ưu đãi là bao nhiêu, thủ tục hành chính liên quan được lược giản ra sao, phương thức thanh toán đối với hàng hoá xuất nhập khẩu, thủ tục chuyển tiền quốc tế, các yêu cầu liên quan đến việc chào hàng, bán

hàng, vận tải, phân phối, lưu kho, sử dụng hàng hoá trên thị trường như thế nào hoàn toàn do quốc gia tự quyết định phù hợp với điều kiện cụ thể của mình và phù hợp với cả các cam kết quốc tế mà quốc gia đã khẳng định trong các điều ước quốc tế.

Tuy nhiên, theo thực tiễn quốc tế, các ưu đãi mà các quốc gia có chung đường biên giới dành cho nhau chỉ để thúc đẩy giao lưu kinh tế, thương mại giữa các khu vực biên giới của nhau thì không được đưa vào nội dung của chế độ tối huệ quốc; các quốc gia không có chung đường biên giới không có quyền đòi được hưởng các ưu đãi này. Ví dụ, Điểm b khoản 3 Điều 1 của Hiệp định thương mại Việt - Mỹ quy định rằng những quy định về tối huệ quốc nêu tại khoản 1 của Điều này không áp dụng đối với những thuận lợi dành cho nước thứ ba nhằm tạo thuận lợi cho giao lưu kinh tế biên giới.

Việc quy định rõ ràng và cụ thể nội dung của chế độ tối huệ quốc ở nước mình và nguyên tắc dành cho các tổ chức, cá nhân nước ngoài chế độ này là việc làm rất cần thiết. Một khi đã có quy định cụ thể và rõ ràng về vấn đề này, các tổ chức, cá nhân nước ngoài không bị lúng túng trong việc xác định các quyền và lợi ích của mình; các cơ quan có thẩm quyền của nước mình cũng như của nước ngoài liên quan có điều kiện hiểu và vận dụng thống nhất, chính xác.

Với tinh thần nêu trên, nước ta cũng nên sớm ban hành một văn bản luật hoặc pháp lệnh để quy định nội dung cụ thể của chế độ tối huệ quốc ở Việt Nam và nguyên tắc dành chế độ này cho các tổ chức, cá nhân nước ngoài để thuận tiện cho việc áp dụng khi điều ước quốc tế mà nước ta ký kết hoặc tham gia với các nước khẳng định phải dành

cho nhau chế độ tối huệ quốc.

Mục đích cơ bản của việc các nước dành cho nhau chế độ tối huệ quốc là nhằm xoá bỏ sự phân biệt đối xử của một nước đối với các bạn hàng khác nhau về quốc tịch, nhằm tạo ra cơ hội và điều kiện ngang nhau trong quan hệ kinh tế, thương mại và hàng hải cho tất cả các đối tác của một nước¹. Vì vậy, bản thân việc các nước dành cho nhau chế độ tối huệ quốc có ý nghĩa cực kỳ quan trọng đối với việc thúc đẩy quan hệ hợp tác kinh tế, thương mại, khoa học - công nghệ và văn hoá giữa các nước trên cơ sở bình đẳng và cùng có lợi.

c) Chế độ đãi ngộ đặc biệt

Chế độ đãi ngộ đặc biệt là chế độ cho phép những người nước ngoài nhất định hưởng các quyền và ưu đãi đặc biệt mà những người nước ngoài khác hoặc thậm chí ngay cả công dân nước sở tại cũng không được hưởng. Ví dụ: Những người nước ngoài có thân phận ngoại giao được hưởng các quyền ưu đãi và miễn trừ ngoại giao trên lãnh thổ nước sở tại; các viên chức lãnh sự nước ngoài được hưởng các quyền ưu đãi và miễn trừ lãnh sự trên lãnh thổ nước sở tại. Những người nước ngoài không thuộc hai loại này và cả công dân nước sở tại không được hưởng trên lãnh thổ của nước sở tại các loại quyền ưu đãi và miễn trừ ngoại giao hoặc lãnh sự. Những người nước ngoài không thuộc hai loại này và cả công dân nước sở tại không được hưởng các

1. - *Giáo trình Tư pháp quốc tế* (TS. Đoàn Năng chủ biên), Đại học Tổng hợp Hà Nội, 1994, tr. 82.

- *Giáo trình Tư pháp quốc tế* (TS. Bùi Xuân Nhựt chủ biên), Đại học Luật Hà Nội, 1997, tr. 74.

- *Giáo trình Tư pháp quốc tế* (TS. Hồ Phong Tư chủ biên), Đại học Pháp lý Hà Nội, 1992, tr. 60.

loại quyền ưu đãi và miễn trừ đó. nếu pháp luật nước sở tại hoặc điều ước quốc tế do nước sở tại ký kết không có quy định khác.

Ngoài những người được hưởng các quyền ưu đãi và miễn trừ ngoại giao hoặc lãnh sự, còn có một số loại người nước ngoài khác được hưởng ưu đãi đặc biệt trong từng lĩnh vực hay trong một số lĩnh vực quan hệ xã hội nhất định trên cơ sở các quy định của pháp luật nước sở tại hoặc điều ước quốc tế. Ví dụ: Theo Nghị định số 24/2000/NĐ-CP ngày 31-7-2000 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam, người nước ngoài đầu tư tại Việt Nam được ưu tiên sử dụng các loại nghiệp vụ bưu chính và viễn thông của bưu điện Việt Nam để liên lạc trong phạm vi lãnh thổ Việt Nam và ra nước ngoài; theo tinh thần của Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam năm 1996, trong thời gian đầu tư tại Việt Nam người đầu tư nước ngoài có quyền sở hữu các loại bất động sản như nhà máy, xí nghiệp, v.v., mà họ góp vốn hoặc đầu tư 100% vốn để xây dựng. Những người nước ngoài không thuộc diện đang đầu tư ở Việt Nam không được hưởng những quyền này.

Nội dung cụ thể của chế độ đãi ngộ đặc biệt dành cho các tổ chức, cá nhân nước ngoài do từng quốc gia tự quyết định để áp dụng cho từng đối tượng cụ thể, không thể thống nhất đối với mọi loại người nước ngoài và đối với mọi tổ chức, cá nhân của các nước khác nhau như nội dung của chế độ tối huệ quốc. Mỗi loại người nước ngoài đều có thể có nội dung cần ưu đãi riêng. Tuy nhiên, không thể cho phép có sự phân biệt đối xử vì lý do dân tộc, chủng tộc, nam nữ, tôn giáo, địa vị tài sản trong các quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài này.

Việc dành cho những người nước ngoài nhất định Chế độ đãi ngộ đặc biệt hoặc nhằm tạo điều kiện cho họ thực hiện chức năng và nhiệm vụ chính thức với tư cách đại diện cho nhà nước của họ về mặt ngoại giao hay lãnh sự, hoặc nhằm tranh thủ thái độ hay khuyến khích những hoạt động nhất định của loại người nước ngoài nhất định vì lợi ích của bản thân nước sở tại, và tất nhiên các nội dung của chế độ đãi ngộ đặc biệt không thể gộp vào nội dung của chế độ tối huệ quốc.

Tóm lại, mỗi nước tự quyết định việc dành cho từng loại người nước ngoài chế độ đãi ngộ quốc dân, chế độ tối huệ quốc hay chế độ đãi ngộ đặc biệt trong từng lĩnh vực, từng loại hay nhóm quan hệ xã hội cụ thể. Quyết định đó có thể được thể hiện trong pháp luật từng nước và cả trong điều ước quốc tế mà nước đó ký kết hoặc tham gia. Nếu việc hưởng các chế độ nêu trên được quy định trong điều ước quốc tế, thì phải hiểu là các nước hữu quan cam kết dành cho công dân của nhau quyền hưởng các chế độ đó trên cơ sở có đi có lại.

Nếu người nước ngoài hưởng chế độ đãi ngộ quốc dân hay chế độ đãi ngộ đặc biệt theo quy định của pháp luật nước sở tại (chế độ tối huệ quốc chỉ có tính chất điều ước và là có đi có lại), thì việc hưởng từng chế độ cụ thể này trên cơ sở có đi có lại hay không còn tùy thuộc vào quy định của mỗi nước.

Ví dụ, theo tinh thần của Điều 11 Bộ luật Dân sự Pháp, chế độ đãi ngộ quốc dân dành cho người nước ngoài trên cơ sở có đi có lại, nhưng theo tinh thần Điều 830 của Bộ luật Dân sự Việt Nam năm 1995, người nước ngoài hưởng chế độ đãi ngộ quốc dân trong những quan hệ xã hội nhất định không trên cơ sở có đi có lại.

Tuy nhiên, theo nguyên tắc được áp dụng rộng rãi trong quan hệ quốc tế, mỗi quốc gia đều có quyền quyết định áp dụng những biện pháp trả đũa cần thiết, nếu các quyền dân sự của công dân nước mình bị nước ngoài áp dụng những biện pháp hạn chế đặc biệt.

III- ĐẶC ĐIỂM QUY CHẾ PHÁP LÝ DÂN SỰ CỦA NGƯỜI NƯỚC NGOÀI

Trong lịch sử Nhà nước và pháp luật, đã từng có thời kỳ người nước ngoài đứng ngoài vòng pháp luật, không là chủ thể của pháp luật nước sở tại, không được pháp luật nước sở tại bảo hộ. Ngày nay ở tất cả các nước trên thế giới, người nước ngoài được công nhận là chủ thể của pháp luật dân sự, tức là có quyền năng chủ thể (năng lực pháp luật và năng lực hành vi) - một trong những yếu tố cơ bản cấu thành nội dung quy chế pháp lý dân sự của họ. Đây là yếu tố có tính chất tiền đề cho sự tồn tại các yếu tố khác cấu thành nội dung của quy chế pháp lý dân sự của người nước ngoài.

Trên thực tế, cá nhân được Nhà nước của mình công nhận là chủ thể của pháp luật dân sự thì khi ra các nước ngoài đều được các nước đó công nhận là chủ thể pháp luật dân sự của họ.

Như vậy, người nước ngoài vừa là chủ thể pháp luật dân sự nước sở tại, vừa là chủ thể pháp luật dân sự của nước mà người đó là công dân. Nếu thuộc loại không có quốc tịch thì người nước ngoài vừa là chủ thể pháp luật dân sự nước nơi tạm trú, vừa là chủ thể pháp luật dân sự của nước nơi thường trú.

Có thể nói, người nước ngoài cùng một lúc phải tuân

theo hai hệ thống pháp luật là pháp luật nơi cư trú và pháp luật của nước mình. Tuy nhiên, trước hết họ phải tuân theo pháp luật của nước sở tại. Họ vừa phải tuân theo pháp luật nước nơi cư trú, nhưng cũng không được vi phạm pháp luật của Nhà nước mình, và ngược lại.

Vấn đề đặt ra là, năng lực pháp luật dân sự (khả năng có các quyền và nghĩa vụ tương ứng) và năng lực hành vi dân sự (khả năng bằng hành vi của chính mình thực hiện các quyền và nghĩa vụ pháp lý dân sự và chịu trách nhiệm về những hành vi đó) và cả hệ thống quyền, nghĩa vụ pháp lý dân sự và các lợi ích hợp pháp của người nước ngoài ở một nước được xác định như thế nào?

Theo thực tiễn của các nước trên thế giới và của cả Việt Nam, người nước ngoài cư trú ở nước nào thì năng lực hưởng quyền dân sự của họ ở nước đó được xác định trên cơ sở pháp luật của nước đó. Nhập gia phải tùy tục. Đây là nguyên tắc đã được khẳng định trong thực tiễn cuộc sống. Nói cách khác, năng lực pháp luật của mỗi người ở nơi cư trú do pháp luật nơi người đó cư trú quyết định. Quan điểm này được thể hiện trong Bộ luật Dân sự Việt Nam năm 1995 như sau: Người nước ngoài có năng lực pháp luật dân sự tại Việt Nam như công dân Việt Nam, trừ trường hợp Bộ luật này, các văn bản pháp luật khác của Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam có quy định khác. Pháp luật của nhiều nước trên thế giới cũng có cách thể hiện tương tự như vậy.

Với cách quy định như trên thì sẽ xảy ra trường hợp, một người có thể trở thành sở hữu chủ của những bất động sản nhất định ở nước mình, nhưng không thể có quyền đó ở nước khác, hoặc ngược lại. Khi ở nước mình, một người có thể hoạt động trong tất cả các ngành nghề, nhưng sang nước khác thì không được hoạt động trong một số ngành nghề nhất định, v.v..

Về mặt lý luận cũng như thực tế, không có ai là người nước ngoài khi cư trú tại một nước lại được phép viện dẫn pháp luật của nước mình để thoát thác việc tuân thủ pháp luật của nước nơi mình đang cư trú.

Pháp luật của một số nước và một số điều ước quốc tế quy định rằng năng lực pháp luật của cá nhân được xác định theo pháp luật của nước mà cá nhân mang quốc tịch. Theo Điều 28 Hiệp định Tương trợ tư pháp Việt Nam - Hunggari, năng lực pháp luật của đương sự được xác định theo pháp luật của nước mà đương sự là công dân. Nếu hiểu khi cư trú trên lãnh thổ Việt Nam, năng lực pháp luật của người mang quốc tịch Hunggari được xác định chỉ trên cơ sở pháp luật Hunggari, pháp luật Việt Nam không có vai trò gì thì quả là sai lầm, không thực tế và không thể chấp nhận được, vì không thể cho phép nước này quy định khả năng có quyền và nghĩa vụ của công dân mình trên lãnh thổ nước khác. Phải chăng chỉ nên hiểu rằng, khi ở trên lãnh thổ của nhà nước mình thì năng lực pháp luật của cá nhân được xác định theo pháp luật của nước mình, nhưng sang nước ngoài thì tùy thuộc vào pháp luật của nước ngoài nơi cư trú.

Năng lực pháp luật của người nước ngoài rộng hay hẹp, được xác định trên cơ sở chế độ đãi ngộ quốc dân hay chế độ tối huệ quốc hay chế độ đãi ngộ đặc biệt, hoàn toàn phụ thuộc vào quyết định của nước sở tại. Đây là vấn đề thuộc chủ quyền của mỗi quốc gia. Tuy nhiên, quyết định đó phải phù hợp với các nguyên tắc cơ bản của công pháp quốc tế cũng như tư pháp quốc tế, với yêu cầu của nước sở tại trong việc bảo vệ an ninh, quốc phòng và phát triển kinh tế - xã hội.

Khác với vấn đề năng lực pháp luật dân sự, việc xác định năng lực hành vi của người nước ngoài không được tiến hành

theo một nguyên tắc thống nhất. Có những nước quy định rằng, năng lực hành vi được xác định theo pháp luật của nước đương sự là công dân, bất kể nơi cư trú (ví dụ: Pháp, Đức, Ý, Ba Lan, Hunggari, Bungari, Séc và Slôvakia v.v.). Một số nước khác lại quy định phải áp dụng pháp luật của nước nơi cư trú của đương sự để xác định năng lực hành vi (ví dụ Anh, Mỹ v.v...), bất kể quốc tịch của đương sự.

Bộ luật Dân sự Việt Nam (Điều 831) quy định: “Năng lực hành vi dân sự của người nước ngoài được xác định theo pháp luật của nước mà người đó là công dân, trừ trường hợp pháp luật Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam có quy định khác”. Bộ luật này cũng khẳng định rằng, nếu 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 nước cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam.

Trong thực tiễn và theo các hiệp định tương trợ tư pháp Việt Nam ký với các nước (ví dụ Điều 18 Hiệp định Việt Nam - Cu Ba năm 1984, Điều 28 Hiệp định Việt Nam - Hunggari năm 1985 v.v.), năng lực hành vi được xác định theo pháp luật của nước mà đương sự là công dân, năng lực hành vi ký kết các hợp đồng giải quyết các nhu cầu thông thường của đời sống hàng ngày được xác định theo pháp luật nơi ký kết hợp đồng.

Để bảo vệ lợi ích chính đáng của các bên đương sự, pháp luật nhiều nước quy định một số trường hợp ngoại lệ không áp dụng pháp luật của nước mà đương sự là công dân hoặc của nước đương sự cư trú. Ví dụ: theo Điều 7 Phần mở đầu Bộ luật dân sự Đức, Điều 23 Bộ luật Dân sự Bồ Đào Nha, nếu đương sự không đủ năng lực hành vi ký kết hợp đồng theo pháp luật của nước mà đương sự là công dân, nhưng đủ

năng lực hành vi theo pháp luật của nước mà toà án có thẩm quyền xét xử, thì hợp đồng vẫn có giá trị pháp lý.

Khi tham gia vào mối quan hệ xã hội cụ thể được pháp luật điều chỉnh, người nước ngoài có các quyền, nghĩa vụ pháp lý và các lợi ích hợp pháp cụ thể. Tuy nhiên, nội dung cụ thể của các quyền, nghĩa vụ pháp lý và lợi ích hợp pháp của người nước ngoài trong từng quan hệ cụ thể còn tùy thuộc vào vấn đề pháp luật nước nào được áp dụng. Ví dụ: một công dân nước ngoài kết hôn với một công dân Việt Nam trên lãnh thổ Việt Nam, theo đoạn 1 khoản 1 Điều 103 Luật Hôn nhân và gia đình Việt Nam năm 2000, “Trong việc kết hôn giữa công dân Việt Nam với người nước ngoài, mỗi bên phải tuân theo pháp luật của nước mình về điều kiện kết hôn; nếu việc kết hôn được tiến hành tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền thì người nước ngoài còn phải tuân theo các quy định của Luật này về điều kiện kết hôn”. Trong trường hợp này, quyền, nghĩa vụ và lợi ích hợp pháp của đương sự là công dân nước ngoài tùy thuộc vào cả pháp luật nước ngoài hữu quan và pháp luật Việt Nam. Nhưng có thể nói, nếu pháp luật Việt Nam được áp dụng, trong trường hợp này ở mức độ nào, thì công dân nước ngoài được hưởng chế độ đãi ngộ quốc dân ở mức độ ấy.

Đặc điểm quy chế pháp lý của người nước ngoài còn thể hiện ở chỗ, trong thời gian cư trú ở nước sở tại, người có quốc tịch của một nước ngoài nhất định sẽ được nước ngoài đó bảo vệ về mặt ngoại giao. Ngoài ra, người nước ngoài không phải thực hiện nghĩa vụ quân sự và những nghĩa vụ khác gắn liền với quốc tịch của nước sở tại, và cũng không được hưởng những quyền gắn liền với quốc tịch đó. Cũng vì vậy có thể nói, khối lượng quyền và nghĩa vụ pháp lý trong quy chế pháp lý dân sự của người nước ngoài bao giờ cũng hẹp hơn so

với khối lượng quyền và nghĩa vụ trong quy chế pháp lý dân sự của công dân nước sở tại. Đây là một thực tế được tất cả các quốc gia cũng như các luật gia thừa nhận chung.

IV. NỘI DUNG QUY CHẾ PHÁP LÝ DÂN SỰ CỦA NGƯỜI NƯỚC NGOÀI Ở CÁC NƯỚC TRÊN THẾ GIỚI VÀ Ở VIỆT NAM

1. Quy chế pháp lý dân sự của người nước ngoài ở các nước

Như đã trình bày ở mục II, nội dung cụ thể của quy chế pháp lý dân sự của người nước ngoài tùy thuộc vào pháp luật của quốc gia nơi người đó cư trú và điều ước quốc tế mà quốc gia đó ký kết hoặc tham gia. Pháp luật và điều ước quốc tế của các nước đều có quy định về vấn đề này.

Ở các nước phương Tây, theo nguyên tắc chung được thừa nhận từ lâu, về hình thức, người nước ngoài có quyền bình đẳng với công dân nước sở tại trong lĩnh vực dân sự. Ví dụ, theo Điều 11 Bộ luật Dân sự Thụy Sĩ năm 1907, mọi người đều có năng lực hưởng quyền. Quy định này chứng tỏ mọi cá nhân đều được pháp luật Thụy Sĩ cho hưởng năng lực pháp luật dân sự mà không cần biết có quốc tịch hay không hoặc có quốc tịch nào, cư trú ở đâu.

Tuy nhiên, việc quy định dành cho người nước ngoài ở các nước phương Tây chế độ đãi ngộ quốc dân chỉ là nguyên tắc chung, đôi khi phải dựa trên cơ sở có đi có lại. Ví dụ, Điều 11 Bộ luật Dân sự Napôlêôn năm 1804 quy định: "Người nước ngoài được hưởng ở Pháp các quyền dân sự mà các quyền đó đã dành hoặc sẽ dành cho công dân Pháp ở nước ngoài hữu quan trên cơ sở điều ước quốc tế". Trong trường hợp các nước

phương Tây không đặt vấn đề có đi có lại trong việc dành các quyền dân sự cho người nước ngoài thì vấn đề áp dụng các biện pháp trả đũa được đặt ra và có ý nghĩa quan trọng.

Những ngoại lệ của nguyên tắc chung về việc dành cho người nước ngoài chế độ đãi ngộ quốc dân cũng được quy định trong pháp luật các nước phương Tây, nhằm hạn chế các quyền dân sự của người nước ngoài. Những hạn chế đó thường được quy định trong các lĩnh vực như chọn ngành, chọn nghề, nơi làm việc, nơi học tập, v.v...

Ví dụ, ở Cộng hoà Liên bang Đức, nhiều quyền dân sự dành cho công nhân là công dân Đức, nhưng không dành cho công nhân là người nước ngoài. Theo Điều 6 của Luật của Cộng hoà Liên bang Đức về người nước ngoài năm 1965, người nước ngoài không có quyền hội họp, lập hội, chọn nghề, nơi làm việc, nơi học tập¹. Theo Luật nhập cư của Anh năm 1971, công dân nước ngoài nhập cư vào nước Anh chỉ được xếp ngang với công nhân làm theo quy chế mùa vụ; chỉ được phép làm việc ở những vị trí nhất định, dưới hình thức và trong thời hạn nhất định; không có giấy phép của cơ quan có thẩm quyền, thì không được thay đổi công việc được phép làm². Theo pháp luật của Pháp, người nước ngoài ở Pháp không được hành nghề luật sư, không được làm công chứng viên, bác sĩ³ v.v..

Ở một số nước phương Tây còn có những quy định nhằm hạn chế quyền dân sự không phải của người nước ngoài

1. M.M. Boguslavsky: *Tư pháp quốc tế* (tiếng Nga), Nxb. Quan hệ quốc tế, Mátxcơva, 1989, tr.103.

2. M.M. Boguslavsky: *Tư pháp quốc tế* (tiếng Nga), Nxb. Quan hệ quốc tế, Mátxcơva, 1974, tr.74.

3. L.A. Lunts: *Tư pháp quốc tế*, (tiếng Nga - phần riêng) Nxb. Quan hệ quốc tế, Mátxcơva, 1975, tr.16.

chung chung mà là của công dân một số nước ngoài nhất định. Tức là có sự phân biệt đối xử vì lý do quốc tịch. Ví dụ, bắt đầu từ năm 1951, Mỹ có cả hệ thống những quy định và biện pháp nhằm hạn chế các quyền tài sản của công dân các nước mà Mỹ không thiết lập quan hệ ngoại giao¹. Nhiều bang của Mỹ đã ban hành các đạo luật cho phép toà án cấm người thừa kế cư trú ở một số nước chuyển tài sản thừa kế ra khỏi nước Mỹ.

Nhìn chung, việc quy định cho phép người nước ngoài hưởng chế độ đãi ngộ quốc dân hay các chế độ pháp lý khác trong lĩnh vực quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài, cho hưởng ở phạm vi nào, với mức độ nào, là vấn đề thuộc chủ quyền của mỗi quốc gia; quốc gia tự quyết định trên cơ sở đường lối, chính sách đối nội, đối ngoại của mình, nhưng cũng phải tôn trọng các nguyên tắc cơ bản của công pháp quốc tế và của tư pháp quốc tế, trong đó có nguyên tắc không phân biệt đối xử giữa các cá nhân vì lý do dân tộc, chủng tộc, quốc tịch, ngôn ngữ, tôn giáo, trình độ văn hoá, giàu nghèo v.v...

Với cách đặt vấn đề trên, rõ ràng các quy định trên của Mỹ không thể chấp nhận được. Các quy định đó thể hiện sự phân biệt đối xử trong quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài, trái với các nguyên tắc cơ bản của công pháp quốc tế và tư pháp quốc tế, không thúc đẩy phát triển giao lưu kinh tế, thương mại, khoa học - công nghệ và văn hoá giữa các quốc gia.

Ở các nước Đông Âu, Nga và các nước hình thành do sự tan rã của Liên Xô, người nước ngoài cũng được hưởng chế độ đãi ngộ quốc dân trong lĩnh vực dân sự với một số ngoại lệ

1. *Sdd*, tr.17.

nhất định. Chẳng hạn ở Nga, người nước ngoài không được khai thác, đánh bắt cá và hải sản khác ở các vùng nước của nước Nga, không được tiến hành nghiên cứu thăm dò, khai thác tài nguyên khoáng sản, v.v. tại thềm lục địa của Nga, trừ trường hợp được điều ước quốc tế của Nga cho phép. Theo Điều 8 Luật năm 1965 về tư pháp quốc tế của Ba Lan, Điều 400 Bộ luật Dân sự của Mông Cổ, người nước ngoài có các quyền và nghĩa vụ dân sự ngang công dân nước sở tại, nếu pháp luật và điều ước quốc tế của nước sở tại không có quy định khác.

Ngoài các quy định liên quan đến việc dành cho người nước ngoài chế độ đãi ngộ quốc dân, các nước trên thế giới đều có quy định hoặc ký các điều ước quốc tế về việc dành cho người nước ngoài các chế độ pháp lý khác như chế độ tô thuế quốc trong lĩnh vực buôn bán và hàng hải quốc tế, và chế độ đãi ngộ đặc biệt.

2. Quy chế pháp lý dân sự của người nước ngoài ở Việt Nam

Nội dung quy chế pháp lý dân sự của người nước ngoài ở Việt Nam được quy định trong các văn bản pháp luật Việt Nam. Song cho đến nay, ở Việt Nam không có một văn bản pháp luật nào có hiệu lực cao và quy định toàn diện các nội dung quy chế pháp lý dân sự của người nước ngoài trong lĩnh vực quan hệ dân sự theo nghĩa rộng. Hiện tại, các nội dung quy chế pháp lý dân sự của người nước ngoài trong lĩnh vực quan hệ dân sự theo nghĩa rộng được quy định trong rất nhiều văn bản khác nhau. Nhiều điều ước quốc tế mà Việt Nam ký kết hoặc tham gia chứa đựng các nội dung cam kết của Việt Nam liên quan đến việc dành cho người nước ngoài các chế độ pháp lý nhất định, thậm chí có những quy định cụ

thể về quyền và nghĩa vụ pháp lý của người nước ngoài.

Theo Điều 81 của Hiến pháp nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam năm 1992, người nước ngoài cư trú tại Việt Nam phải tuân theo Hiến pháp và pháp luật Việt Nam, được Nhà nước bảo hộ tính mạng, tài sản và các quyền lợi chính đáng theo pháp luật Việt Nam. Đây là quy định có tính nguyên tắc chung và được áp dụng đối với tất cả mọi người nước ngoài cư trú trên lãnh thổ Việt Nam, không phân biệt định cư ở Việt Nam hay tạm trú, có hay không có quốc tịch. Quy định này của Hiến pháp được áp dụng trong tất cả các lĩnh vực quan hệ xã hội, bao gồm cả quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài.

Điều cần lưu ý ở đây là, Hiến pháp năm 1992 không quy định về quyền và lợi ích của những người nước ngoài cư trú ở ngoài lãnh thổ Việt Nam. Song chúng ta hiểu rằng, vấn đề này được cụ thể hoá trong các văn bản pháp luật chuyên ngành.

Về mặt lý luận cũng như theo tinh thần pháp luật và thực tiễn của Việt Nam, người nước ngoài dù ở trên lãnh thổ Việt Nam hay ở ngoài lãnh thổ Việt Nam đều được công nhận là chủ thể của pháp luật Việt Nam nói chung và pháp luật dân sự Việt Nam nói riêng. Vấn đề năng lực pháp luật dân sự và năng lực hành vi dân sự của người nước ngoài ở Việt Nam được giải quyết theo nguyên tắc phổ biến trình bày tại mục II của chương này. Về nguyên tắc, quy chế pháp lý dân sự của người nước ngoài ở Việt Nam được xác định trên cơ sở chế độ đãi ngộ quốc dân, nếu pháp luật Việt Nam và điều ước quốc tế mà Việt Nam ký kết và tham gia không có quy định khác. Trong lĩnh vực buôn bán và hàng hải quốc tế, quy chế pháp lý dân sự của người nước ngoài ở Việt Nam được xác định trên cơ sở chế độ tối huệ quốc phù hợp với cam kết quốc

tế của Việt Nam nêu trong các điều ước quốc tế mà Việt Nam ký kết hoặc tham gia. Trong một số lĩnh vực và trong những trường hợp đặc biệt, Việt Nam dành cho người nước ngoài chế độ đãi ngộ đặc biệt.

2.1. Trong lĩnh vực sở hữu tài sản

Vấn đề quy chế pháp lý của người nước ngoài trong lĩnh vực sở hữu tài sản là vấn đề quan trọng nhất trong toàn bộ nội dung quy chế pháp lý dân sự của họ. Mức độ rộng hay hẹp, có hiệu lực thực tế cao hay thấp của các nội dung quy chế pháp lý của người nước ngoài trong lĩnh vực sở hữu tài sản sẽ ảnh hưởng trực tiếp tới các nội dung quy chế pháp lý dân sự của họ trong những lĩnh vực dân sự còn lại. Chính vì vậy, điều cần trước hết và đặc biệt quan tâm nhiều hơn là việc xem xét, nghiên cứu nội dung quy chế pháp lý của người nước ngoài trong lĩnh vực sở hữu tài sản.

a) Giai đoạn trước khi ban hành Bộ luật Dân sự Việt Nam năm 1995.

Để thuận tiện cho việc nghiên cứu, phân tích nội dung quy chế pháp lý của người nước ngoài ở Việt Nam trong lĩnh vực sở hữu tài sản, nên chia người nước ngoài thành: Người nước ngoài định cư ở Việt Nam; người nước ngoài thuộc diện đang đầu tư tại Việt Nam; những người nước ngoài không thuộc diện định cư hoặc đang đầu tư ở Việt Nam¹.

- Người nước ngoài định cư ở Việt Nam

Trước khi ban hành Bộ luật Dân sự năm 1995, pháp luật

1. - Đoàn Năng: *Vấn đề quyền sở hữu của người nước ngoài trong pháp luật Việt Nam*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 4, 1992.

- *Giáo trình Tư pháp quốc tế* (TS. Đoàn Năng chủ biên), Đại học Tổng hợp Hà Nội, 1994, tr. 92 - 93.

Việt Nam chưa có quy định chung và đầy đủ về quyền sở hữu tài sản của người nước ngoài. Các quy định về vấn đề này nằm rải rác ở rất nhiều văn bản khác nhau. Ví dụ, theo Điều 7 Quyết định số 122/CP ngày 25-4-1977 của Hội đồng Chính phủ về chính sách đối với người nước ngoài cư trú và làm ăn sinh sống tại Việt Nam (chúng ta gọi là người nước ngoài định cư ở Việt Nam), người nước ngoài định cư ở Việt Nam được hưởng quyền sở hữu cá nhân về thu nhập hợp pháp, về tư liệu sinh hoạt và những công cụ sản xuất nhất định theo pháp luật Việt Nam; không có quyền sở hữu bất động sản ở Việt Nam, kể cả nhà ở (Họ chỉ có quyền sử dụng nhà ở, kể cả đối với nhà ở được xây cất hợp pháp).

Từ khi ban hành Pháp lệnh Nhà ở năm 1991, người nước ngoài định cư ở Việt Nam được hưởng quyền sở hữu đối với một loại bất động sản là nhà ở. Các quy định của Nghị định số 60/CP ngày 5-7-1994 về quyền sở hữu nhà ở và quyền sử dụng đất ở tại đô thị (Điều 18) khẳng định rõ ràng, người nước ngoài định cư ở Việt Nam chỉ được hưởng quyền sở hữu đối với một nhà ở cho bản thân và cho gia đình trên đất ở thuê của Nhà nước Việt Nam trong thời gian định cư tại Việt Nam.

Ngày 22-6-1994 Quốc hội Việt Nam đã ban hành Luật Khuyến khích đầu tư trong nước. Theo Luật này và các văn bản hướng dẫn thi hành, người nước ngoài định cư ở Việt Nam cũng được khuyến khích đầu tư và hưởng các ưu đãi, các biện pháp bảo đảm đầu tư như công dân, tổ chức Việt Nam. Và như vậy chúng ta có quyền rút ra kết luận rằng, người nước ngoài định cư ở Việt Nam từ khi đạo luật này có hiệu lực, ngoài quyền sở hữu đối với các tài sản là động sản và một nhà ở cho bản thân và cho gia đình, còn được hưởng quyền sở hữu đối với những bất động sản mà họ góp vốn hoặc

bỏ 100% vốn để xây dựng theo quy định của pháp luật Việt Nam về khuyến khích đầu tư trong nước trong suốt thời gian tồn tại và hoạt động của dự án đầu tư của họ.

- Người nước ngoài thuộc diện đang đầu tư tại Việt Nam.

Về sở hữu của người nước ngoài thuộc diện đang đầu tư tại Việt Nam, tuy chưa có quy định cụ thể và rõ ràng nhưng Điều 25 Hiến pháp năm 1992, Điều 1 và Điều 21 Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam năm 1987 đã khẳng định việc thừa nhận và bảo vệ quyền sở hữu của người đầu tư nước ngoài đối với vốn đầu tư do họ đưa vào Việt Nam, đối với các quyền về tài sản và các quyền lợi khác của họ khi các quyền đó hình thành trên cơ sở pháp luật Việt Nam.

Với tinh thần nêu trên của Hiến pháp và của Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam, Nhà đầu tư nước ngoài đương nhiên có quyền sở hữu đối với không chỉ động sản là những tài sản mà họ đưa vào Việt Nam một cách hợp pháp để đầu tư hay động sản mà họ thu nhận được một cách hợp pháp từ hoạt động đầu tư hoặc từ các nguồn hợp pháp khác mà họ còn có cả quyền sở hữu đối với bất động sản là nhà máy, xí nghiệp, các công trình xây dựng khác do họ góp vốn hoặc bỏ 100% vốn ra để xây dựng theo giấy phép đầu tư tại Việt Nam, và có quyền duy trì quyền sở hữu đối với các bất động sản đó trong suốt thời gian hoạt động của dự án đầu tư.

Người đầu tư nước ngoài cũng được công nhận có quyền sở hữu nhà ở trong thời gian đầu tư ở Việt Nam (Điều 16 Pháp lệnh năm 1991 về nhà ở). Song từ khi ban hành Nghị định số 60/CP ngày 5 tháng 7 năm 1994, người nước ngoài đang đầu tư tại Việt Nam không còn được hưởng quyền sở hữu đối với nhà ở trên lãnh thổ Việt Nam. Họ chỉ có thể thuê nhà để ở trong thời gian đầu tư tại Việt Nam.

- Những người nước ngoài không thuộc diện định cư hoặc

đang đầu tư ở Việt Nam.

Trước khi ban hành Bộ luật Dân sự Việt Nam năm 1995, pháp luật nước ta chưa có quy định về quyền sở hữu của những người nước ngoài không thuộc diện định cư hoặc đang đầu tư ở Việt Nam. Trên thực tế, những người nước ngoài thuộc loại này vẫn có quyền sở hữu đối với tư liệu sinh hoạt, thu nhập hợp pháp và các loại động sản khác trên lãnh thổ Việt Nam. Họ không có quyền sở hữu đối với bất động sản trên lãnh thổ Việt Nam, bao gồm cả nhà ở.

Pháp luật Việt Nam cũng chưa có quy định gì về quyền sở hữu của những người Việt Nam định cư ở nước ngoài đối với những tài sản tồn tại trên lãnh thổ Việt Nam. Tuy nhiên trên thực tế, họ được hưởng quy chế như người nước ngoài. Họ được hưởng quyền sở hữu đối với động sản, không có quyền sở hữu nhà ở trên lãnh thổ Việt Nam. Nếu họ về nước đầu tư theo Luật Khuyến khích đầu tư trong nước hay theo Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam, thì họ cũng chỉ có quyền sở hữu đối với những bất động sản mà họ góp vốn hoặc bỏ 100% vốn để xây dựng tại Việt Nam trong suốt thời gian thực hiện dự án đầu tư.

Việt Nam công nhận quyền sở hữu của người nước ngoài đối với những động sản mà họ là chủ sở hữu, thủ đắc hợp pháp ở nước ngoài theo pháp luật nước ngoài, khi được phép mang từ nước ngoài vào Việt Nam. Tuy nhiên, khi động sản đã được nhập cảnh hợp pháp vào Việt Nam, thì việc thay đổi, chấm dứt quyền sở hữu, nội dung quyền sở hữu, phạm vi thực hiện quyền sở hữu cũng như việc bảo vệ quyền sở hữu của họ phải tuân theo pháp luật Việt Nam.

Trong trường hợp người nước ngoài được phép có quyền sở hữu đối với những tài sản nhất định tồn tại trên lãnh thổ Việt Nam, thì việc xác lập, thay đổi, chấm dứt quyền sở hữu,

nội dung quyền sở hữu, phạm vi thực hiện quyền sở hữu cũng như việc bảo vệ quyền sở hữu của họ do pháp luật Việt Nam quy định, trừ một số trường hợp ngoại lệ được áp dụng phổ biến trên thế giới (ví dụ các trường hợp: Tài sản thuộc quyền sở hữu của Nhà nước nước ngoài; thanh lý tài sản của pháp nhân khi giải thể; vấn đề giải quyết tài sản thừa kế; vấn đề giải quyết tài sản khi vợ chồng ly hôn; vấn đề quyền sở hữu hàng hoá đang trên đường vận chuyển; vấn đề sở hữu máy bay, tàu biển; và một số trường hợp khác do pháp luật quốc gia hoặc điều ước quốc tế mà quốc gia ký kết hoặc tham gia quy định)¹.

b) Giai đoạn từ khi ban hành Bộ luật Dân sự năm 1995 đến nay.

Bộ luật Dân sự năm 1995 đã có quy định chung về quy chế pháp lý dân sự của người nước ngoài, trong đó có quy chế pháp lý của người nước ngoài trong lĩnh vực sở hữu tài sản. Điều 830 của Bộ luật này quy định “Người nước ngoài có năng lực pháp luật dân sự tại Việt Nam như công dân Việt Nam, trừ trường hợp Bộ luật này, các văn bản pháp luật khác của Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam có quy định khác”. Như vậy, về nguyên tắc, Bộ luật Dân sự năm 1995 khẳng định trong lĩnh vực sở hữu tài sản, người nước ngoài được hưởng chế độ đãi ngộ quốc dân với một số ngoại lệ nhất định. Ví dụ ngoại lệ về sở hữu nhà ở và các bất động sản khác.

Điều 833 của Bộ luật Dân sự Việt Nam cũng khẳng định rõ “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

1. L.A. Lunts: *Tư pháp quốc tế* (tiếng Nga), Mátxcova, 1970, tr.198 - 199.

có tài sản đó, trừ trường hợp pháp luật Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam có quy định khác”.

Như vậy, theo quy định của Bộ luật Dân sự năm 1995 và theo cả các quy định hiện hành khác của pháp luật Việt Nam, cho đến thời điểm này, vấn đề quyền sở hữu của người nước ngoài nói chung, bao gồm cả người nước ngoài định cư ở Việt Nam, người nước ngoài đang đầu tư tại Việt Nam và những người nước ngoài không thuộc hai loại định cư hay đang đầu tư tại Việt Nam, đều đã được pháp luật Việt Nam quy định.

Theo pháp luật Việt Nam hiện hành, bao gồm cả Bộ luật Dân sự năm 1995, các quy định về quyền sở hữu của người nước ngoài hình thành trong pháp luật và trong thực tiễn ngay trước năm 1995 vẫn tiếp tục được thừa nhận, củng cố và được làm rõ hơn.

Các quy định của Bộ luật Dân sự năm 1995 về quyền sở hữu của người nước ngoài hoàn toàn phù hợp với nguyên tắc được áp dụng phổ biến trên thế giới: Vấn đề sở hữu tài sản được giải quyết theo pháp luật nơi có tài sản. Nội dung của Điều 833 Bộ luật Dân sự Việt Nam năm 1995 được hiểu là khi tài sản có trên lãnh thổ Việt Nam, nếu pháp luật Việt Nam không có quy định khác, thì pháp luật Việt Nam quyết định tất cả các vấn đề như ai có thể có quyền sở hữu đối với loại tài sản nào, cơ sở phát sinh, thay đổi, chấm dứt quyền sở hữu, nội dung quyền sở hữu, và đương nhiên phải quy định cả việc hành sử quyền sở hữu và các biện pháp bảo vệ quyền sở hữu đối với tài sản. Các trường hợp ngoại lệ của nguyên tắc “Vấn đề sở hữu tài sản được giải quyết theo pháp luật nơi có tài sản” được quy định trong nhiều văn bản pháp luật khác nhau như: Bộ luật Dân sự năm 1995, Bộ Luật hàng hải năm 1990, Luật Hàng không dân dụng năm 1991, Luật Hôn

nhân và gia đình năm 2000 (Chương XI), v.v..

Cần phải khẳng định rằng, một khi người nước ngoài được phép có quyền sở hữu đối với một tài sản nào đó ở Việt Nam và pháp luật Việt Nam được áp dụng, thì mọi quy định của pháp luật của Việt Nam về quyền sở hữu đối với tài sản đó được áp dụng như đối với các tổ chức, cá nhân Việt Nam.

2.2. Trong lĩnh vực trái vụ

Từ trước đến nay, trên thực tế và theo pháp luật Việt Nam, người nước ngoài có thể là bên tham gia quan hệ trái vụ hợp đồng cũng như quan hệ trái vụ ngoài hợp đồng do pháp luật Việt Nam điều chỉnh.

Theo tinh thần của pháp luật Việt Nam, người nước ngoài được phép tham gia các hợp đồng nhằm đáp ứng nhu cầu sinh hoạt hàng ngày và cả các hợp đồng sản xuất, kinh doanh, v.v. phù hợp với mục đích và phạm vi hoạt động được pháp luật nước ta cho phép. Nói cách khác, năng lực pháp luật của người nước ngoài trong lĩnh vực trái vụ ở Việt Nam được xây dựng trên cơ sở chế độ dân tộc quốc dân, trừ trường hợp pháp luật Việt Nam có quy định khác theo đúng quy định tại Điều 830 của Bộ luật Dân sự Việt Nam năm 1995.

Và như vậy, trường hợp những người nước ngoài không có quyền sở hữu đối với bất động sản nói chung hay đối với từng loại bất động sản nhất định ở Việt Nam thì không được phép nhân danh chính bản thân mình ký kết các hợp đồng mua bán loại bất động sản đó, trừ trường hợp xử lý tài sản thừa kế, cho, tặng là bất động sản tồn tại trên lãnh thổ Việt Nam. Tuy nhiên, chúng ta phải hiểu việc nhận tài sản cho, tặng hay thừa kế chỉ là nhận trị giá của bất động sản, chứ không được phép duy trì quyền sở hữu đối với bất động sản trong trường hợp này.

Trong lĩnh vực trái vụ hợp đồng có yếu tố nước ngoài,

hình thức của hợp đồng và quyền, nghĩa vụ của hợp đồng được xử lý theo các cách khác nhau. Ví dụ, khoản 1 Điều 834 của Bộ luật Dân sự Việt Nam năm 1995 quy định việc hướng dẫn chọn pháp luật để xác định giá trị pháp lý của hợp đồng về mặt hình thức như sau: “ Hình thức của hợp đồng dân sự phải tuân theo pháp luật của nước nơi giao kết hợp đồng. Trong trường hợp hợp đồng được giao kết ở nước ngoài mà vi phạm hình thức hợp đồng, thì vẫn có hiệu lực về hình thức hợp đồng tại Việt Nam, nếu hình thức của hợp đồng đó không trái với quy định của pháp luật Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam”. Về các quyền và nghĩa vụ của các bên theo hợp đồng, khoản 2 Điều 834 của Bộ luật Dân sự Việt Nam năm 1995 quy định: “Quyền và nghĩa vụ của các bên theo hợp đồng dân sự được xác định theo pháp luật của nước nơi thực hiện hợp đồng, nếu không có thoả thuận khác.

Hợp đồng dân sự 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”. Theo khoản 3 của Điều này thì hợp đồng dân sự liên quan đến bất động sản ở Việt Nam phải tuân theo pháp luật Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam.

Như vậy, nội dung cụ thể các quyền, nghĩa vụ của người nước ngoài tùy thuộc vào vấn đề hệ thống pháp luật Việt Nam có được áp dụng hay không. Nếu pháp luật Việt Nam được áp dụng, thì quyền và nghĩa vụ của người nước ngoài, các biện pháp pháp lý bảo vệ các quyền và lợi ích của người nước ngoài trong lĩnh vực này ngang với quyền và nghĩa vụ của công dân Việt Nam, trừ trường hợp pháp luật Việt Nam có quy định khác theo đúng tinh thần của Điều 830 Bộ luật Dân sự Việt Nam năm 1995.

Trong các quan hệ trái vụ ngoài hợp đồng, người nước

ngoài có các quyền và nghĩa vụ như công dân Việt Nam, nếu pháp luật Việt Nam được áp dụng. Trong lĩnh vực này, pháp luật Việt Nam được áp dụng, nếu hành vi gây thiệt hại hoặc hậu quả thực tế của hành vi gây thiệt hại xảy ra trên lãnh thổ Việt Nam, bất kể quốc tịch và nơi cư trú của các đương sự. Riêng việc bồi thường thiệt hại do tàu bay, tàu biển gây ra ở không phận quốc tế hoặc biển quốc tế, thì áp dụng pháp luật của nước mà tàu bay, tàu biển mang quốc tịch, trừ trường hợp pháp luật Việt Nam về hàng không, hàng hải có quy định khác. Trong trường hợp, hành vi gây thiệt hại xảy ra ở ngoài lãnh thổ Việt Nam mà người gây thiệt hại và người bị thiệt hại đều là công dân hoặc pháp nhân Việt Nam, thì áp dụng pháp luật Việt Nam.

2.3. Trong lĩnh vực bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ

a) Trong lĩnh vực bảo hộ quyền tác giả.

Theo quy định tại Điều 836 của Bộ luật Dân sự Việt Nam năm 1995, quyền tác giả của người nước ngoài, pháp nhân nước ngoài đối với các tác phẩm văn học, nghệ thuật và khoa học lần đầu tiên được công bố, phổ biến tại Việt Nam hoặc được sáng tạo và thể hiện dưới hình thức nhất định tại Việt Nam, thì được bảo hộ theo quy định của pháp luật Việt Nam và các điều ước quốc tế mà Việt Nam ký kết hoặc tham gia. Và như vậy, họ được hưởng chế độ đãi ngộ quốc dân trong lĩnh vực bảo hộ quyền tác giả trong trường hợp các tác phẩm lần đầu tiên được công bố, phổ biến tại Việt Nam hoặc được sáng tạo và thể hiện dưới hình thức nhất định tại Việt Nam phù hợp với quy định tại Điều 830 của Bộ luật Dân sự Việt Nam năm 1995, không phân biệt họ định cư hay không định cư trên lãnh thổ Việt Nam, thậm chí không hề cư trú trên lãnh thổ Việt Nam.

Các tác phẩm của người nước ngoài lần đầu tiên công bố

ở nước ngoài chỉ được bảo hộ ở Việt Nam trên cơ sở các điều ước quốc tế mà Việt Nam ký kết hoặc tham gia. Trường hợp quyền tác giả của người nước ngoài, pháp nhân nước ngoài được bảo hộ tại Việt Nam theo điều ước quốc tế, thì họ cũng được hưởng chế độ đãi ngộ quốc dân.

b) Trong lĩnh vực bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp

Pháp luật Việt Nam quy định quyền sở hữu công nghiệp của người nước ngoài, pháp nhân nước ngoài đối với các đối tượng của quyền sở hữu công nghiệp đã được Nhà nước Việt Nam cấp văn bằng bảo hộ, thì được bảo hộ theo quy định của pháp luật Việt Nam và các điều ước quốc tế mà Việt Nam ký kết hoặc tham gia.

Theo cách quy định trên, người nước ngoài, pháp nhân nước ngoài có các đối tượng của quyền sở hữu công nghiệp đã được Nhà nước ta cấp văn bằng bảo hộ, bất kể nơi cư trú, nơi đặt trụ sở chính, đều được hưởng quyền và có nghĩa vụ như công dân Việt Nam trong việc bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp phù hợp với quy định tại Điều 830 của Bộ luật Dân sự Việt Nam năm 1995. Trường hợp các đối tượng của quyền sở hữu công nghiệp của người nước ngoài, pháp nhân nước ngoài được bảo hộ tại Việt Nam theo điều ước quốc tế, thì họ cũng được hưởng chế độ đãi ngộ quốc dân, nếu điều ước quốc tế quy định.

2.4. Trong lĩnh vực hôn nhân và gia đình

Pháp luật Việt Nam không cấm công dân Việt Nam kết hôn với người nước ngoài và giữa người nước ngoài kết hôn với nhau trên lãnh thổ Việt Nam, thậm chí còn tuyên bố tôn trọng và bảo vệ quan hệ hôn nhân và gia đình có yếu tố nước ngoài phù hợp với các quy định của pháp luật Việt Nam và các điều ước quốc tế mà Việt Nam ký kết hoặc tham gia.

Pháp luật Việt Nam về hôn nhân và gia đình khẳng định

trong quan hệ hôn nhân và gia đình với công dân Việt Nam, người nước ngoài tại Việt Nam được hưởng các quyền và có các nghĩa vụ như công dân Việt Nam, trừ trường hợp điều ước quốc tế mà Việt Nam ký kết hoặc tham gia có quy định khác.

Cũng giống như các lĩnh vực khác, nội dung cụ thể của quy chế pháp lý của người nước ngoài trong lĩnh vực này tùy thuộc vào vấn đề pháp luật nước nào được áp dụng. Trong trường hợp pháp luật Việt Nam về hôn nhân và gia đình được áp dụng thì người nước ngoài được hưởng các quyền và có các nghĩa vụ tương ứng như công dân Việt Nam.

Luật Hôn nhân và gia đình của Việt Nam năm 2000 quy định về các trường hợp áp dụng pháp luật Việt Nam như sau:

a) Trong việc kết hôn

Trong việc kết hôn giữa công dân Việt Nam với người nước ngoài, mỗi bên tuân theo pháp luật của nước mình về điều kiện kết hôn. Nếu việc kết hôn này tiến hành trước cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam, thì người nước ngoài còn phải tuân theo pháp luật Việt Nam về điều kiện kết hôn. Việc kết hôn giữa người nước ngoài với nhau tại Việt Nam trước cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam phải tuân theo pháp luật Việt Nam về điều kiện kết hôn. Như vậy, dù kết hôn với nhau hay với công dân Việt Nam trước cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam, người nước ngoài đều phải tuân theo pháp luật Việt Nam về điều kiện kết hôn.

b) Về quyền và nghĩa vụ của vợ chồng, cha mẹ và con, về nhận cha mẹ, nhận con

Luật Hôn nhân và gia đình của Việt Nam năm 2000 không quy định trực tiếp vấn đề chọn pháp luật để áp dụng giải quyết vấn đề quyền và nghĩa vụ của vợ chồng, cha mẹ và

con, về nhận cha mẹ, nhận con mà trước hết quy định thẩm quyền của các cơ quan Nhà nước của Việt Nam giải quyết các vụ việc này; khi giải quyết các vụ việc này, cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam áp dụng pháp luật Việt Nam.

c) Trong việc ly hôn

Việc ly hôn giữa công dân Việt Nam với người nước ngoài, giữa người nước ngoài với nhau thường trú tại Việt Nam được giải quyết theo pháp luật Việt Nam. Bên là công dân Việt Nam không thường trú tại Việt Nam lúc xin ly hôn thì việc ly hôn được giải quyết theo pháp luật nơi thường trú chung của vợ chồng; nếu họ không có nơi thường trú chung thì theo pháp luật Việt Nam. Việc giải quyết tài sản là bất động sản ở nước ngoài khi ly hôn theo pháp luật nơi có bất động sản đó.

d) Trong việc nuôi con nuôi

Nếu người nước ngoài xin nhận trẻ em Việt Nam hoặc trẻ em là người nước ngoài thường trú tại Việt Nam làm con nuôi, thì điều kiện nuôi con nuôi được xác định theo cả pháp luật Việt Nam và pháp luật của nước mà người xin con nuôi là công dân.

Việc công dân Việt Nam nhận trẻ em là người nước ngoài làm con nuôi đã được đăng ký tại cơ quan có thẩm quyền của nước ngoài thì được công nhận tại Việt Nam.

Quyền và nghĩa vụ giữa cha mẹ nuôi và con nuôi, việc chấm dứt nuôi con nuôi được xác định theo pháp luật Việt Nam, nếu việc nuôi con nuôi có yếu tố nước ngoài thực hiện ở Việt Nam; theo pháp luật nơi thường trú của con nuôi, nếu việc nuôi con nuôi giữa công dân Việt Nam với người nước ngoài được thực hiện ở nước ngoài.

đ) Việc giám hộ trong quan hệ hôn nhân và gia đình

Việc giám hộ trong quan hệ hôn nhân và gia đình có yếu

tổ nước ngoài được thực hiện ở Việt Nam và cả việc giám hộ đăng ký tại Cơ quan đại diện ngoại giao, Cơ quan lãnh sự của Việt Nam ở nước ngoài đều phải tuân theo quy định của pháp luật Việt Nam. Việc giám hộ trong quan hệ hôn nhân và gia đình giữa công dân Việt Nam với người nước ngoài được thực hiện tại nước ngoài thì quyền và nghĩa vụ giữa người giám hộ và người được giám hộ được xác định theo pháp luật nơi thường trú của người giám hộ.

2.5. Trong lĩnh vực thừa kế

Trước khi ban hành Bộ luật Dân sự Việt Nam năm 1995, theo tinh thần của pháp luật Việt Nam, đặc biệt theo Quyết định số 122/CP ngày 25-4-1977 của Hội đồng Chính phủ về chính sách đối với người nước ngoài cư trú, làm ăn sinh sống ở Việt Nam và trên thực tế người nước ngoài được hưởng chế độ dãi ngộ quốc dân trong lĩnh vực thừa kế¹.

Quan hệ thừa kế có yếu tố nước ngoài là một bộ phận của các mối quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài được Bộ luật Dân sự Việt Nam năm 1995 điều chỉnh. Vì vậy, theo tinh thần của Điều 830 của Bộ luật này, người nước ngoài phải được hưởng chế độ dãi ngộ quốc dân trong lĩnh vực thừa kế, trừ trường hợp pháp luật Việt Nam có quy định khác.

Theo cách đặt vấn đề nêu trên, người nước ngoài có quyền sở hữu đối với tài sản nào ở Việt Nam, thì có quyền để lại làm di sản cho người khác hoặc cho tổ chức nhất định theo di chúc hoặc theo pháp luật. Người nước ngoài, không phân biệt định cư hay không định cư ở Việt Nam, tạm trú ở Việt Nam hay hoàn toàn ở ngoài lãnh thổ Việt Nam, đều có

1. Đoàn Năng: *Mấy ý kiến về quyền thừa kế của người nước ngoài trong pháp luật Việt Nam*. Tạp chí "Nhà nước và pháp luật", số 2, 1992.

quyền thừa kế những tài sản do công dân Việt Nam cũng như do người nước ngoài khác để lại trên lãnh thổ Việt Nam theo di chúc hoặc theo pháp luật.

Trong những trường hợp, người nước ngoài không có quyền sở hữu bất động sản ở Việt Nam, nhưng lại là người thừa kế theo di chúc hoặc theo pháp luật đối với tài sản tồn tại trên lãnh thổ Việt Nam, và trong khối tài sản thừa kế đó có bất động sản, thì người nước ngoài chỉ được nhận quyền thừa kế đối với trị giá của bất động sản đó. Nói cách khác, họ phải phải thông qua cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam để chuyển bất động sản đó thành tiền và được phép nhận số tiền đó.

Tuy nhiên, cần lưu ý rằng, người nước ngoài chỉ được hưởng chế độ đãi ngộ quốc dân trong lĩnh vực thừa kế trong trường hợp pháp luật Việt Nam được áp dụng để giải quyết vấn đề thừa kế và pháp luật Việt Nam không có quy định khác.

Trong Bộ luật Dân sự Việt Nam hiện nay không có điều nào hướng dẫn chọn pháp luật điều chỉnh các quan hệ thừa kế có yếu tố nước ngoài. Đây là điều hết sức khó khăn cho các cơ quan có thẩm quyền trong thực tiễn giải quyết các vấn đề thừa kế có yếu tố nước ngoài trong trường hợp giữa Việt Nam và các nước liên quan chưa ký kết với nhau các điều ước quốc tế để xây dựng các quy phạm xung đột thống nhất về vấn đề thừa kế¹. Thực tiễn đang đòi hỏi chúng ta sớm bổ sung các quy phạm xung đột về thừa kế vào Bộ luật Dân sự.

Người nước ngoài trên thực tế được chuyển tài sản thừa

1. Đoàn Năng: *Một số ý kiến về thực trạng và phương hướng hoàn thiện hệ thống quy phạm xung đột trong pháp luật Việt Nam hiện nay*, Tạp chí "Nhà nước và pháp luật", số 9, 1998.

kế ra nước ngoài với các điều kiện:

- + Thanh toán xong các khoản nợ do người thừa kế để lại hoặc bảo đảm là sẽ thanh toán đầy đủ.

- + Đã nộp đủ hoặc bảo đảm sẽ nộp đủ các loại thuế và lệ phí về thừa kế.

- + Đã được cấp giấy phép của cơ quan có thẩm quyền Việt Nam về xuất cảnh tài sản thừa kế hoặc giấy phép chuyển tiền.

2.6. Trong lĩnh vực lao động

Nội dung quy chế pháp lý của người nước ngoài ở Việt Nam trong lĩnh vực lao động được quy định rải rác trong nhiều văn bản pháp luật khác nhau. Trước đây, theo Điều 6 Quyết định số 122/CP ngày 25-4-1977 của Hội đồng Chính phủ về chính sách đối với người nước ngoài cư trú và làm ăn sinh sống ở Việt Nam, người nước ngoài định cư ở Việt Nam có quyền tự do chọn ngành nghề như công dân Việt Nam, trừ các lĩnh vực: Ngư nghiệp, lâm nghiệp, sửa chữa thiết bị liên lạc; radiô; vô tuyến truyền hình; lái các phương tiện chở khách, in, khắc, đúc chữ, đánh máy, in rô-nê và photôcopy. Trong trường hợp được tự do chọn ngành nghề, người nước ngoài định cư ở Việt Nam vẫn phải có giấy phép của cơ quan công an địa phương. Nếu hành nghề với tư cách cá nhân thì phải đăng ký hành nghề tại cơ quan có thẩm quyền ở địa phương. Ngoài ra, pháp luật Việt Nam còn quy định rằng người nước ngoài không được làm tổng biên tập hoặc tổng giám đốc, giám đốc đài phát thanh, đài truyền hình, cơ sở thực hiện chương trình nghe nhìn thời sự, không được làm công chứng viên, v.v..

Hiện nay, các quy định của Quyết định số 122/CP ngày 25-4-1977 của Hội đồng Chính phủ không còn phù hợp và được thay thế bởi rất nhiều quy định khác nhau trong các

vấn bản pháp luật chuyên ngành hiện hành. Song có thể khẳng định rằng, khi được phép tham gia vào quan hệ lao động do pháp luật Việt Nam điều chỉnh, người nước ngoài hưởng các quyền và có các nghĩa vụ tương ứng như công dân Việt Nam, trừ trường hợp pháp luật Việt Nam và điều ước quốc tế mà Việt Nam ký kết hoặc tham gia có quy định khác.

Đối với những người nước ngoài đến Việt Nam lao động theo các hiệp định giữa Việt Nam với các nước hữu quan thì quyền và nghĩa vụ của họ do các hiệp định quy định; những vấn đề không được các hiệp định điều chỉnh thì được giải quyết theo pháp luật Việt Nam.

2.7. Trong lĩnh vực học tập

Theo quy định của pháp luật Việt Nam, người nước ngoài định cư ở Việt Nam và con em của họ được vào học tại các trường học Việt Nam từ mẫu giáo đến đại học, trừ một số trường đại học, trung học chuyên nghiệp và một số ngành học trong các trường đại học và trung học chuyên nghiệp liên quan đến an ninh, quốc phòng.

Quy chế chung về tuyển sinh vào các trường học được áp dụng đối với người nước ngoài định cư ở Việt Nam. Khi được vào học tại các trường học Việt Nam, người nước ngoài định cư ở Việt Nam phải nộp học phí theo quy định của Bộ Giáo dục và Đào tạo.

Những người nước ngoài đến Việt Nam học tập theo các hiệp định ký giữa Việt Nam với các nước ngoài, có các quyền và nghĩa vụ theo quy định của các hiệp định đó.

2.8. Trong lĩnh vực bảo đảm sức khỏe

Người nước ngoài, bất kể định cư hay không định cư ở Việt Nam, được khám và chữa bệnh tại các cơ sở y tế của Việt Nam và phải trả tiền khám và chữa bệnh theo quy định của Bộ Y tế.

2.9. Trong lĩnh vực tố tụng dân sự

Người nước ngoài được hưởng chế độ đối ngộ quốc dân trong lĩnh vực tố tụng dân sự. Điều 83 Pháp lệnh Thủ tục giải quyết các vụ án dân sự năm 1989 quy định rằng, người nước ngoài có quyền khởi kiện tại các toà án của nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam và tham gia tố tụng theo quy định của Pháp lệnh này. Điều đó có nghĩa là mọi quy định của Pháp lệnh Thủ tục giải quyết các vụ án dân sự năm 1989 áp dụng chung cho công dân Việt Nam và người nước ngoài, không có bất kỳ ngoại lệ hay hạn chế nào. Nguyên tắc này cũng được khẳng định trong các hiệp định tương trợ tư pháp giữa Việt Nam và một số nước ngoài.

CHƯƠNG IV

QUY CHẾ PHÁP LÝ CỦA PHÁP NHÂN TRONG TƯ PHÁP QUỐC TẾ

I. KHÁI NIỆM PHÁP NHÂN VÀ PHÁP NHÂN NƯỚC NGOÀI

1. Khái niệm pháp nhân

Pháp nhân là một tổ chức nhất định của con người, được pháp luật của một Nhà nước quy định có quyền năng chủ thể. Tuy nhiên, không phải bất kỳ một tổ chức nào cũng được Nhà nước công nhận có tư cách pháp nhân. Chỉ những tổ chức được thành lập theo trình tự, thủ tục và có đủ các điều kiện do pháp luật quy định hoặc tồn tại trên thực tế đáp ứng đầy đủ các điều kiện do pháp luật quy định và được Nhà nước công nhận thì mới có tư cách pháp nhân.

Theo pháp luật Việt Nam (Điều 94 Bộ luật Dân sự năm 1995), pháp nhân phải là tổ chức có đủ 4 điều kiện sau đây:

- Được cơ quan Nhà nước có thẩm quyền thành lập, cho phép thành lập, đăng ký hoặc công nhận;
- Có cơ cấu tổ chức chặt chẽ;
- Có tài sản độc lập với cá nhân, tổ chức khác và tự chịu trách nhiệm bằng tài sản đó;
- Nhân danh mình tham gia quan hệ pháp luật một cách

độc lập.

Pháp nhân có thể được thành lập theo sáng kiến của cá nhân, tổ chức kinh tế, tổ chức chính trị, tổ chức chính trị - xã hội, tổ chức xã hội, tổ chức xã hội - nghề nghiệp, quỹ xã hội, quỹ từ thiện hoặc theo quyết định của cơ quan Nhà nước có thẩm quyền và phải tuân theo thủ tục do pháp luật quy định.

Như vậy, các cơ quan Nhà nước, đơn vị vũ trang dựa trên ngân sách nhà nước nhưng có dự toán độc lập, các đoàn thể quần chúng, tổ chức xã hội độc lập về tổ chức và tài sản, các tổ chức sản xuất - kinh doanh thuộc mọi thành phần kinh tế được thành lập một cách hợp pháp, có hạch toán và tổ chức kinh tế độc lập đều được công nhận là pháp nhân. Quy chế tổ chức và hoạt động của các loại pháp nhân do pháp luật quy định tùy thuộc vào mục đích hoạt động của mỗi loại pháp nhân.

2. Khái niệm pháp nhân nước ngoài

Theo thực tiễn tư pháp quốc tế, pháp nhân được thành lập hoặc được công nhận theo pháp luật của một nước nhất định. Nói cách khác, việc thành lập hoặc công nhận một tổ chức có tư cách pháp nhân phải dựa trên cơ sở pháp luật của một nước nhất định. Thông thường, một tổ chức được thành lập hoặc được công nhận có tư cách pháp nhân ở nước nơi nó được thành lập hoặc được công nhận thì cũng được công nhận có tư cách pháp nhân ở những nước khác.

Lâu nay, thuật ngữ “Pháp nhân nước ngoài” được sử dụng rộng rãi trong sách báo pháp lý, trong các văn bản pháp luật quốc gia cũng như các văn bản pháp luật quốc tế. Song, ở các nước cho đến nay chưa có ai đưa ra được một định nghĩa rõ ràng và khoa học về pháp nhân nước ngoài. Ở Việt Nam, trong một số cuốn giáo trình tư pháp quốc tế, pháp

nhân nước ngoài đối với Việt Nam được hiểu là pháp nhân không mang quốc tịch Việt Nam¹.

Như đã trình bày ở Chương III, chúng ta hiểu khái niệm người nước ngoài đối với Việt Nam là người không có quốc tịch Việt Nam và bao gồm người có quốc tịch của nước ngoài và cả người không có quốc tịch. Vấn đề đặt ra ở đây là liệu khái niệm pháp nhân nước ngoài có được hiểu như khái niệm người nước ngoài hay không. Trong khoa học về tư pháp quốc tế chưa có ai nêu và trả lời câu hỏi này. Song về lý luận, không nên loại trừ khả năng xảy ra trường hợp một pháp nhân được hai hay nhiều quốc gia khẳng định là mang quốc tịch của mình; và cũng có thể có trường hợp một pháp nhân không được quốc gia nào công nhận là có quốc tịch của mình. Nguyên nhân của các tình trạng này là ở chỗ các quốc gia có các quy định khác nhau về nguyên tắc xác định quốc tịch pháp nhân.

Trong thực tiễn tư pháp quốc tế đã có những trường hợp một pháp nhân được coi là có hai quốc tịch, song khi xử lý các vấn đề liên quan, cơ quan có thẩm quyền ở các nước đều căn cứ vào nguyên tắc của nước mình trong việc xác định quốc tịch pháp nhân để khẳng định quốc tịch của pháp nhân. Tuy nhiên, chúng ta chưa tìm được trường hợp nào một pháp nhân bị coi là không có quốc tịch.

Với cách đặt vấn đề nêu trên, về mặt lý luận vẫn phải khẳng định rằng, đối với một nước, một pháp nhân được gọi

1.- *Giáo trình Tư pháp quốc tế* (TS. Đoàn Năng chủ biên), Đại học Tổng hợp Hà Nội, 1994, tr. 100.

- *Giáo trình Tư pháp quốc tế* (TS. Bùi Xuân Nhự chủ biên), Đại học Luật Hà Nội, 1997, tr. 88.

- *Giáo trình Tư pháp quốc tế* (TS. Hồ Phong Tư chủ biên), Đại học Pháp lý Hà Nội, 1992, tr. 70.

là pháp nhân nước ngoài, nếu nó không mang quốc tịch của nước đó.

Đối với Việt Nam, nên tiếp tục khẳng định quan điểm cho rằng, pháp nhân nước ngoài là pháp nhân không có quốc tịch Việt Nam.

II. QUỐC TỊCH CỦA PHÁP NHÂN

Quốc tịch của pháp nhân là mối liên hệ pháp lý đặc biệt và vững chắc giữa pháp nhân với một Nhà nước nhất định. Nội dung của mối quan hệ pháp lý này thể hiện ở các quyền và nghĩa vụ của Nhà nước và pháp nhân đối với nhau. Tính vững chắc và đặc biệt của mối quan hệ pháp lý giữa pháp nhân với một nhà nước nhất định thể hiện ở chỗ, một tổ chức hưởng tư cách pháp nhân theo quy định của pháp luật Nhà nước đó; khi hoạt động ở nước ngoài, pháp nhân được Nhà nước mình bảo hộ về mặt ngoại giao; việc hợp nhất, sáp nhập, chia, tách, giải thể, chấm dứt hoạt động của pháp nhân và thanh lý, giải quyết vấn đề tài sản trong các trường hợp này của pháp nhân phải tuân theo các quy định của Nhà nước mà pháp nhân mang quốc tịch.

Việc xác định quốc tịch của pháp nhân tạo cơ sở xác định nội dung quy chế pháp lý của pháp nhân, góp phần kiểm soát hoạt động của các pháp nhân, bảo vệ an ninh, chủ quyền và lợi ích kinh tế-xã hội của Nhà nước nơi pháp nhân đặt trụ sở hoặc hoạt động.

Với cách hiểu nội dung khái niệm quốc tịch pháp nhân như trên thì vấn đề xác định quốc tịch của pháp nhân có ý nghĩa đặc biệt quan trọng, vì trong điều kiện mở rộng giao lưu kinh tế, thương mại, khoa học, công nghệ và văn hoá,

pháp nhân của nước này ngày càng mở rộng phạm vi hoạt động sản xuất, kinh doanh sang lãnh thổ nước khác.

Pháp luật các nước đều có quy định về nguyên tắc xác định quốc tịch của pháp nhân.

Theo pháp luật của Cộng hoà Pháp, Cộng hoà Liên bang Đức và nhiều nước khác, pháp nhân đặt trụ sở trung tâm quản lý ở nước nào thì mang quốc tịch nước đó, không phân biệt nơi đăng ký thành lập hay tiến hành hoạt động của pháp nhân. Các luật gia Pháp cho rằng nơi đặt trung tâm quản lý là nơi đặt trụ sở chính của pháp nhân hay nơi đặt cơ quan lãnh đạo, nơi quyết định mọi công việc của pháp nhân ¹.

Khác với pháp luật của Cộng hoà Pháp và của Cộng hoà Liên bang Đức, pháp luật của Vương quốc Anh và của Mỹ quy định rằng quốc tịch của pháp nhân tùy thuộc vào nơi đăng ký điều lệ của pháp nhân khi thành lập, bất kể nơi đặt trụ sở chính hoặc nơi hoạt động của nó ².

Pháp luật của một số nước vùng Trung Cận Đông như Ai-cập, Xi-ry v.v... lại quy định áp dụng nguyên tắc quốc tịch pháp nhân tùy thuộc vào nơi trung tâm hoạt động của pháp nhân, bất kể nơi đặt trụ sở chính hay nơi đăng ký điều lệ pháp nhân khi thành lập³.

Trong thời kỳ các cuộc Chiến tranh thế giới lần thứ nhất và lần thứ hai, một số nước như Vương quốc Anh, Cộng hoà

1. L.A. Lunts: *Tư pháp quốc tế* (phần riêng)(tiếng Nga), Nxb. Sách pháp lý, Mátxcơva, 1975, tr. 42, 43.

2. M.M. Boguslavsky: *Tư pháp quốc tế* (tiếng Nga), Nxb. Quan hệ quốc tế, Mátxcơva, 1989, tr.117 - 120.

3. - *Giáo trình Tư pháp quốc tế* (TS. Đoàn Năng chủ biên), Đại học Tổng hợp Hà Nội, 1994. tr. 101.

- *Giáo trình Tư pháp quốc tế* (TS. Bùi Xuân Nhựt chủ biên), Đại học Luật Hà Nội, 1997, tr. 89.

Pháp còn quy định thêm rằng, công dân của nước nào nắm quyền kiểm soát pháp nhân thì pháp nhân được coi là mang quốc tịch của nước đó. Quy định này chỉ nhằm tạo cơ sở pháp lý cho việc không chế hoạt động và kiểm soát chặt chẽ những pháp nhân do công dân của các nước địch thủ trong chiến tranh kiểm soát¹, ngăn chặn tình trạng các pháp nhân này tổ chức cung cấp hậu cần và các vật liệu chiến tranh cho các nước thù địch.

Ở Liên bang Nga và các nước Đông Âu, hai nguyên tắc: quốc tịch pháp nhân tùy thuộc vào nơi thành lập pháp nhân và quốc tịch pháp nhân tùy thuộc vào nơi đặt trụ sở chính của pháp nhân đều được áp dụng². Thông thường, pháp nhân của những nước này thành lập ở đâu thì đặt trụ sở chính ở đó và cũng hoạt động chủ yếu ở đó. Cùng với việc xây dựng nền kinh tế thị trường và hội nhập của mỗi nước với nền kinh tế khu vực và thế giới, pháp nhân của các nước này đang dần mở rộng phạm vi hoạt động sang lãnh thổ của các nước khác.

Về mặt lý luận cũng như trên thực tế, thông thường, việc xây dựng nguyên tắc xác định quốc tịch của pháp nhân ở các nước trên thế giới đều xuất phát từ yêu cầu bảo đảm giành vai trò quyết định cho quốc gia trong việc chi phối toàn bộ vấn đề tổ chức và hoạt động của pháp nhân vì lợi ích chính trị, kinh tế - xã hội và cả lợi ích an ninh, quốc phòng của quốc gia. Không phải ngẫu nhiên mà trong thời gian xảy ra các cuộc chiến tranh thế giới, như đã trình bày ở trên, các nước Anh và Pháp lại coi các công ty do công dân của Đức giữ

1. *Giáo trình Tư pháp quốc tế* (TS. Hồ Phong Tư chủ biên), Đại học Pháp lý Hà Nội, 1992, tr. 71.

2. *Giáo trình Tư pháp quốc tế* (TS. Đoàn Năng chủ biên), Đại học Tổng hợp Hà Nội, 1994, tr. 102.

quyền kiểm soát là công ty mang quốc tịch của Đức để áp dụng các quy định khống chế và kiểm soát ngặt nghèo đối với các công ty đó.

Ở Việt Nam trước năm 1986, tức là trước thời kỳ bắt đầu thực hiện đường lối đổi mới, trên thực tế các pháp nhân được thành lập theo pháp luật Việt Nam, đồng thời cũng đặt trụ sở và hoạt động trên lãnh thổ Việt Nam; chỉ có các tổ chức kinh doanh xuất, nhập khẩu của Nhà nước mới được phép ký các hợp đồng kinh tế đối ngoại và được tiến hành một số hoạt động ở nước ngoài nhằm phục vụ cho công tác xuất nhập khẩu được giao.

Từ sau năm 1986 đến nay, hoạt động kinh tế đối ngoại của Việt Nam không chỉ bó gọn trong lĩnh vực buôn bán mà đã được mở rộng ra nhiều lĩnh vực. Đặc biệt những năm gần đây, các hoạt động hợp tác kinh tế, thương mại, khoa học - công nghệ và văn hoá của nước ta phát triển với tốc độ khá cao. Các pháp nhân của Việt Nam đã được phép mở rộng các hoạt động của mình ra nước ngoài, bao gồm cả hoạt động đầu tư thành lập các doanh nghiệp ở nước ngoài để sản xuất, kinh doanh, v.v.. Xu hướng này sẽ ngày càng phát triển mạnh cùng với việc Việt Nam chủ động và tích cực hội nhập với nền kinh tế khu vực và thế giới. Vì vậy, chúng ta rất cần xây dựng và khẳng định rõ ràng, cụ thể nguyên tắc xác định quốc tịch pháp nhân trong các văn bản pháp luật quốc gia.

Nhìn chung, nên khẳng định nguyên tắc đã được áp dụng lâu nay trên thực tiễn: "quốc tịch của pháp nhân tùy thuộc vào nơi thành lập pháp nhân". Nói cách khác, pháp nhân thành lập ở Việt Nam thì có quốc tịch Việt Nam; pháp luật Việt Nam phải là pháp luật chi phối tất cả các vấn đề về tổ chức và hoạt động của pháp nhân, bao gồm cả vấn đề chia tách, sáp nhập, giải thể pháp nhân, thanh lý tài sản pháp

nhân khi giải thể, xác định mục đích và lĩnh vực, phạm vi được phép hoạt động của pháp nhân v.v..

Bộ luật Dân sự Việt Nam năm 1995 đã không trực tiếp quy định nguyên tắc xác định quốc tịch của pháp nhân. Song, khi xem xét vấn đề năng lực pháp luật của pháp nhân nước ngoài, khoản 1 Điều 832 của Bộ luật Dân sự năm 1995 quy định phải căn cứ vào pháp luật của nước nơi pháp nhân đó thành lập. Nhìn chung, có thể nói Bộ luật Dân sự Việt Nam một cách gián tiếp thừa nhận nguyên tắc quốc tịch của pháp nhân tùy thuộc vào nơi thành lập pháp nhân.

Với tinh thần đó, các xí nghiệp liên doanh có vốn đầu tư nước ngoài và cả xí nghiệp 100% vốn nước ngoài thành lập theo Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam từ năm 1987 đến nay đều là những pháp nhân mang quốc tịch Việt Nam. Quan điểm này tiếp tục được khẳng định và được thể hiện cụ thể trong Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam năm 1996 như sau: “Doanh nghiệp liên doanh được thành lập theo hình thức công ty trách nhiệm hữu hạn, có tư cách pháp nhân theo pháp luật Việt Nam” (đoạn 3 Điều 6); “Doanh nghiệp 100% vốn đầu tư nước ngoài được thành lập theo hình thức công ty trách nhiệm hữu hạn, có tư cách pháp nhân theo pháp luật Việt Nam” (đoạn 2 Điều 15).

Như vậy, do quy định của pháp luật các nước về nguyên tắc xác định quốc tịch pháp nhân không giống nhau, trong thực tiễn không tránh khỏi trường hợp một pháp nhân có hai hay nhiều quốc tịch khi cùng một lúc được hai hay nhiều nước đồng thời coi là pháp nhân mang quốc tịch của nước mình; hoặc ngược lại một pháp nhân có thể bị coi là không có quốc tịch khi các nước liên quan đều không công nhận là pháp nhân mang quốc tịch của nước mình. Đây là hiện tượng phức tạp, gây khó khăn cho việc xác định quy chế pháp lý

cũng như bảo vệ các quyền và lợi ích hợp pháp của các pháp nhân trong bối cảnh các pháp nhân mở rộng hoạt động ra các nước ngoài.

Để giải quyết hiện tượng pháp nhân không có quốc tịch hoặc có hai hay nhiều quốc tịch, các nước nên ký kết với nhau các điều ước quốc tế nhằm thống nhất nguyên tắc xác định quốc tịch pháp nhân, cũng như thừa nhận tư cách pháp nhân của các tổ chức được thành lập và hoạt động theo pháp luật của các nước hữu quan.

III- QUY CHẾ PHÁP LÝ DÂN SỰ CỦA PHÁP NHÂN NƯỚC NGOÀI

1. Đặc điểm quy chế pháp lý dân sự của pháp nhân nước ngoài

Pháp nhân mang quốc tịch của một nước nhất định và được tổ chức và hoạt động theo pháp luật của nước đó. Nói cách khác, năng lực pháp luật dân sự tại nơi thành lập, điều kiện và thủ tục thành lập, hợp nhất, sáp nhập, chia tách, giải thể pháp nhân, thanh lý tài sản khi giải thể pháp nhân, v.v., trong mọi trường hợp đều do pháp luật của nước mà pháp nhân mang quốc tịch quy định.

Khi hoạt động với tư cách là pháp nhân nước ngoài ở một nước nào đó, năng lực pháp luật dân sự của pháp nhân trên lãnh thổ nước sở tại còn tùy thuộc vào quy định của pháp luật nước sở tại. Tuy nhiên, những vấn đề về tổ chức, vấn đề nội bộ, giải thể, thanh lý tài sản khi giải thể pháp nhân vẫn theo quy định của pháp luật của nước mà pháp nhân đó mang quốc tịch.

Việc cho pháp nhân nước ngoài vào hoạt động hay không,

cho phép vào để tiến hành những hoạt động gì, trong lĩnh vực nào, ở phạm vi nào, cho pháp nhân đó hưởng thêm những quyền gì và có những nghĩa vụ gì cụ thể, là vấn đề thuộc chủ quyền của nước sở tại. Những vấn đề này thường được quy định trong văn bản pháp luật quốc gia (ví dụ: Luật Đầu tư nước ngoài...) và cả trong các điều ước quốc tế mà nước sở tại ký kết hoặc tham gia (ví dụ: Các hiệp định buôn bán và hàng hải, các hiệp định khuyến khích và bảo hộ đầu tư giữa các nước v.v..).

Như vậy, đặc điểm quy chế pháp lý dân sự của pháp nhân nước ngoài thể hiện trước hết ở chỗ cùng một lúc pháp nhân nước ngoài phải tuân theo hai hệ thống pháp luật là pháp luật của nước mà pháp nhân mang quốc tịch và pháp luật nơi pháp nhân hoạt động, nhưng trước hết phải tuân theo pháp luật của nước nơi tiến hành hoạt động. Khi hoạt động ở nước ngoài, pháp nhân phải tuân theo pháp luật nước ngoài chỉ đối với những hoạt động ở nước ngoài; những vấn đề nội bộ của pháp nhân, giải thể, thanh lý tài sản của pháp nhân và những hoạt động trên lãnh thổ của nước mà pháp nhân mang quốc tịch, thì phải tuân theo pháp luật của nước mà nó mang quốc tịch.

Ngoài ra, đặc điểm quy chế pháp lý dân sự của pháp nhân nước ngoài còn thể hiện ở chỗ, nếu các quyền và lợi ích hợp pháp của pháp nhân nước ngoài trên lãnh thổ nước sở tại bị xâm phạm thì pháp nhân đó được Nhà nước của mình bảo hộ về mặt ngoại giao. Vấn đề này được quy định cả trong các điều ước quốc tế và cả trong pháp luật quốc gia. Ví dụ Điều 5 của Công ước Viên năm 1963 về quan hệ lãnh sự quy định rằng, một trong những chức năng của lãnh sự là bảo vệ tại nước tiếp nhận lãnh sự các quyền của nước cử lãnh sự và của công dân và pháp nhân của nước mình trong phạm vi pháp

luật quốc tế cho phép. Khoản 1 Điều 2 của Pháp lệnh lãnh sự của Việt Nam năm 1990 quy định “Cơ quan lãnh sự có nhiệm vụ, quyền hạn sau đây: Bảo vệ ở nước ngoài quyền và lợi ích của Nhà nước, pháp nhân và công dân Việt Nam....”; Điều 17 của Pháp lệnh này còn khẳng định cụ thể “1. Lãnh sự thi hành mọi biện pháp để pháp nhân và công dân Việt Nam được hưởng đầy đủ các quyền và lợi ích theo pháp luật nước tiếp nhận, điều ước quốc tế mà Việt Nam và nước tiếp nhận ký kết hoặc tham gia, hoặc theo tập quán quốc tế.

2. Khi các quyền và lợi ích chính đáng của pháp nhân hoặc công dân Việt Nam bị vi phạm, lãnh sự thi hành mọi biện pháp để khôi phục quyền và lợi ích chính đáng đó”.

Nội dung cụ thể của quy chế pháp lý của pháp nhân nước ngoài ở các nước không giống nhau. Nó tùy thuộc vào thái độ chính trị, chính sách kinh tế đối ngoại của nước sở tại, vai trò của vốn, công nghệ, kỹ thuật của nước ngoài đối với sự phát triển kinh tế - xã hội của nước sở tại.

Xu thế chung hiện nay trên thế giới là quá trình quốc tế hoá mọi mặt đời sống, đặc biệt là đời sống kinh tế ngày càng được đẩy mạnh; các nước đều phải thực hiện chính sách mở cửa (nhất là các nước đang phát triển) nhằm tranh thủ vốn, khoa học - công nghệ và kinh nghiệm quản lý tiên tiến của nước ngoài để thúc đẩy phát triển kinh tế - xã hội của mình, hội nhập với nền kinh tế khu vực và thế giới. Vì vậy, hoạt động của các pháp nhân nước ngoài ở mỗi nước sẽ ngày càng sôi động. Điều đó sẽ hối thúc các quốc gia xây dựng nội dung quy chế pháp lý của pháp nhân nước ngoài ngày càng đầy đủ và thoáng hơn.

Ví dụ, ở nước ta trước thời mở cửa, các pháp nhân nước ngoài chủ yếu gồm các tổ chức ngoại thương của các nước đến Việt Nam để tìm hiểu thị trường mua bán và ký kết các hợp

đồng mua bán. Hiện nay ngày càng có thêm nhiều pháp nhân nước ngoài đến Việt Nam để đầu tư sản xuất, kinh doanh trong nhiều lĩnh vực khác nhau.

Quy chế pháp lý của pháp nhân nước ngoài trong những quan hệ xã hội nhất định có thể được xây dựng trên cơ sở chế độ đãi ngộ quốc dân, chế độ tối huệ quốc, chế độ đãi ngộ đặc biệt. Việc áp dụng chế độ nào trong từng lĩnh vực cụ thể tùy thuộc vào quy định của pháp luật nước sở tại hoặc quy định của các điều ước quốc tế mà nước sở tại ký kết hoặc tham gia.

Theo pháp luật và thực tiễn của các nước những thập kỷ vừa qua, trong lĩnh vực tổ tụng dân sự, quy chế pháp lý của pháp nhân nước ngoài được xây dựng chủ yếu trên cơ sở chế độ đãi ngộ quốc dân. Trong các lĩnh vực khác- trên cơ sở chế độ tối huệ quốc hoặc đãi ngộ đặc biệt. Riêng trong quan hệ nội bộ của từng khu vực hoặc trong quan hệ song phương, ngoài lĩnh vực tổ tụng dân sự ra, trong nhiều trường hợp các nước thoả thuận dành cho các pháp nhân của nhau chế độ đãi ngộ quốc dân.

Việc các nước trong khối ASEAN ký Hiệp định khung về khu vực đầu tư ASEAN ngày 7-10-1998 là một bước tiến quan trọng trong quá trình thực hiện việc dành cho các pháp nhân của nhau chế độ đãi ngộ quốc dân khá rộng rãi trong lĩnh vực đầu tư trực tiếp.

1. Quy chế pháp lý dân sự của pháp nhân nước ngoài ở Việt Nam

Nhìn chung, quy chế pháp lý của pháp nhân nước ngoài ở Việt Nam được xác định trên cơ sở pháp luật Việt Nam theo nguyên tắc “nhập gia tùy tục” và trong những trường hợp nhất định, theo các điều ước quốc tế mà Việt Nam ký kết hoặc tham gia. Trường hợp các điều ước quốc tế mà Việt Nam

ký kết hoặc tham gia có quy định khác với các quy định của pháp luật Việt Nam, thì tuân theo các quy định của các điều ước quốc tế đó. Vì vậy, khi muốn tìm hiểu quy chế pháp lý của pháp nhân nước ngoài ở Việt Nam, trước hết chúng ta phải tìm hiểu các nội dung của quy chế này theo quy định của pháp luật Việt Nam.

Theo Điều 832 Bộ luật Dân sự Việt Nam năm 1995, 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 pháp luật Việt Nam có quy định khác; trong trường hợp pháp nhân nước ngoài xác lập, thực hiện 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 Việt Nam.

Với cách quy định trên của Bộ luật Dân sự năm 1995 về năng lực pháp luật dân sự của pháp nhân nước ngoài, chúng ta hiểu những vấn đề nội bộ pháp nhân, thành lập, giải thể, thanh lý tài sản pháp nhân và những hoạt động trên lãnh thổ nước mà pháp nhân mang quốc tịch, phải tuân theo pháp luật của nước mà pháp nhân mang quốc tịch, nhưng những hoạt động của pháp nhân nước ngoài trên lãnh thổ Việt Nam thì phải xác định theo pháp luật Việt Nam. Cách quy định của Bộ luật Dân sự năm 1995 và cách hiểu này hoàn toàn phù hợp với nguyên tắc “nhập gia tùy tục” mà ông cha ta đã tổng kết, đồng thời cũng phù hợp với thông lệ quốc tế và các nguyên tắc cơ bản của công pháp quốc tế cũng như tư pháp quốc tế hiện đại.

Tuy nhiên, nội dung cụ thể của quy chế pháp lý dân sự của các pháp nhân nước ngoài hoạt động ở Việt Nam không hoàn toàn giống nhau. Từ thực tiễn điều chỉnh pháp lý các hoạt động của pháp nhân nước ngoài ở Việt Nam, chúng ta có

thể chia các pháp nhân nước ngoài hoạt động ở Việt Nam thành hai loại sau đây:

- Pháp nhân nước ngoài đầu tư tại Việt Nam.
- Pháp nhân nước ngoài không thuộc diện đầu tư tại Việt Nam.

2.1. Quy chế pháp lý dân sự của pháp nhân nước ngoài đầu tư tại Việt Nam

Theo pháp luật hiện hành của nước ta về đầu tư trực tiếp nước ngoài, nội dung quy chế pháp lý dân sự của nhà đầu tư nước ngoài được xây dựng khá toàn diện, đầy đủ và thể hiện cụ thể trên những mặt sau đây:

a) Chủ thể đầu tư

Hiến pháp nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam năm 1992 (Điều 25) khẳng định việc khuyến khích các tổ chức, cá nhân nước ngoài (và cả người Việt Nam định cư ở nước ngoài) đầu tư vốn, công nghệ vào Việt Nam phù hợp với pháp luật Việt Nam, pháp luật và thông lệ quốc tế, bảo đảm quyền sở hữu hợp pháp đối với vốn, tài sản và quyền lợi khác của các tổ chức, cá nhân nước ngoài. Điều 1 Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam từ năm 1987 cho đến nay cũng luôn luôn khẳng định việc khuyến khích các nhà đầu tư nước ngoài đầu tư vào Việt Nam trên cơ sở tôn trọng độc lập, chủ quyền và tuân thủ pháp luật của Việt Nam, bình đẳng và các bên cùng có lợi.

Tuy không nói cụ thể, nhưng pháp luật Việt Nam không có sự phân biệt đối xử giữa các tổ chức, cá nhân của các nước; khẳng định các nhà đầu tư nước ngoài bất kể quốc tịch, đều được đối đãi công bằng và thoả đáng; mọi nhà đầu tư nước ngoài, bao gồm cả cá nhân và pháp nhân đều được hoan nghênh và khuyến khích. Nói cách khác, các nhà đầu tư được khuyến khích đầu tư vào Việt Nam thuộc mọi quốc tịch và

mọi thành phần kinh tế, bao gồm cả các tổ chức quốc tế.

Khi đầu tư vào Việt Nam, các nhà đầu tư nước ngoài tự do lựa chọn đối tác theo quy định của pháp luật Việt Nam. Theo quy định của pháp luật Việt Nam, các đối tác đó của nhà đầu tư nước ngoài bao gồm:

- + Các doanh nghiệp nhà nước được thành lập theo Luật Doanh nghiệp nhà nước;

- + Hợp tác xã được thành lập theo Luật Hợp tác xã; các doanh nghiệp thuộc tổ chức chính trị, tổ chức chính trị - xã hội;

- + Các công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần, công ty hợp danh, doanh nghiệp tư nhân được thành lập theo Luật Doanh nghiệp;

- + Các cơ sở khám chữa bệnh, giáo dục đào tạo, nghiên cứu khoa học đáp ứng các điều kiện do Chính phủ quy định;

- + Các cơ quan Nhà nước Việt Nam có thẩm quyền ký kết hợp đồng xây dựng - kinh doanh - chuyển giao (BOT), hợp đồng xây dựng - chuyển giao - kinh doanh (BTO) và hợp đồng xây dựng - chuyển giao (BT).

Với tư cách là pháp nhân mang quốc tịch Việt Nam, các doanh nghiệp liên doanh có vốn đầu tư nước ngoài, các doanh nghiệp 100% vốn nước ngoài cũng có quyền hợp tác đầu tư với các nhà đầu tư nước ngoài.

Như vậy, khi đầu tư vào Việt Nam, nhà đầu tư nước ngoài không được chọn các đối tác là cá nhân và cả các tổ chức nằm ngoài danh mục đối tác nêu trên. Cách quy định này nhằm tạo điều kiện cho hoạt động đầu tư của nhà đầu tư nước ngoài có hiệu quả.

b) Lĩnh vực khuyến khích đầu tư trực tiếp nước ngoài.

Các pháp nhân nước ngoài được đầu tư vào các lĩnh vực của nền kinh tế quốc dân của Việt Nam. Tuy nhiên, xuất

phát từ tình hình thực tế và yêu cầu phát triển kinh tế - xã hội của đất nước, Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam năm 1996 (Điều 3) và Luật Sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam năm 1996 được Quốc hội thông qua ngày 9-6-2000 xác định rõ những lĩnh vực khuyến khích đầu tư nước ngoài. Những lĩnh vực đó gồm:

- + Sản xuất hàng xuất khẩu;
- + Sử dụng công nghệ cao, kỹ thuật hiện đại, bảo vệ môi trường sinh thái, đầu tư và nghiên cứu và phát triển;
- + Sử dụng nhiều lao động, chế biến nguyên liệu và sử dụng có hiệu quả tài nguyên thiên nhiên ở Việt Nam;
- + Xây dựng kết cấu hạ tầng và các cơ sở sản xuất công nghiệp quan trọng.

c) Địa bàn khuyến khích đầu tư trực tiếp nước ngoài gồm:

- + Địa bàn có điều kiện kinh tế - xã hội khó khăn;
- + Địa bàn có điều kiện kinh tế - xã hội đặc biệt khó khăn.

Nhà nước Việt Nam cũng khẳng định rõ không cấp phép đầu tư vào các lĩnh vực và địa bàn gây thiệt hại đến quốc phòng, an ninh quốc gia, di tích lịch sử, văn hoá, thuần phong mỹ tục và môi trường sinh thái.

Căn cứ vào quy hoạch, định hướng phát triển trong từng thời kỳ, Chính phủ quy định các địa bàn khuyến khích đầu tư, danh mục dự án khuyến khích, đặc biệt khuyến khích đầu tư, danh mục các lĩnh vực đầu tư có điều kiện, danh mục các lĩnh vực không cấp phép đầu tư.

d) Hình thức đầu tư trực tiếp nước ngoài.

Các pháp nhân nước ngoài được đầu tư vào Việt Nam dưới các hình thức sau đây:

- + Hợp tác kinh doanh trên cơ sở hợp đồng hợp tác kinh doanh như hợp tác chia sản phẩm và các hình thức hợp tác kinh doanh khác. Đối tượng, nội dung kinh doanh, quyền lợi,

nghĩa vụ, trách nhiệm của mỗi bên và quan hệ giữa các bên do các bên thoả thuận ghi trong hợp đồng.

+ Thành lập doanh nghiệp liên doanh trên cơ sở hợp đồng liên doanh.

Các pháp nhân nước ngoài tham gia doanh nghiệp liên doanh được góp vốn pháp định bằng:

- Tiền nước ngoài, tiền Việt Nam có nguồn gốc từ đầu tư tại Việt Nam;

- Nhà xưởng, công trình xây dựng khác, thiết bị, máy móc;

- Giá trị quyền sở hữu công nghiệp, bí quyết kỹ thuật, quy trình công nghệ, dịch vụ kỹ thuật.

Phần góp vốn của bên nước ngoài vào vốn pháp định của doanh nghiệp liên doanh không bị hạn chế về mức cao nhất, tùy theo sự thoả thuận của các bên, nhưng không dưới 30% vốn pháp định, trừ trường hợp đặc biệt do Chính phủ quy định.

Các bên chia lợi nhuận và chịu rủi ro của doanh nghiệp liên doanh theo tỷ lệ góp vốn của mỗi bên.

Các bên chỉ định người của mình tham gia hội đồng quản trị theo tỷ lệ tương ứng với phần góp vốn vào vốn pháp định của xí nghiệp liên doanh, trong đó bảo đảm tổng giám đốc hoặc phó tổng giám đốc thứ nhất là công dân Việt Nam.

Mọi vấn đề về quan hệ giữa các bên liên doanh được xây dựng phù hợp với các quy định của Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam năm 1996, Luật Sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam năm 2000, Nghị định số 24/2000/NĐ-CP ngày 31-7-2000 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam và các quy định khác có liên quan của pháp luật Việt Nam.

Thời hạn hoạt động của xí nghiệp liên doanh do Chính

phủ quy định đối với từng dự án, nhưng không quá 50 năm, trường hợp đặc biệt thì không quá 70 năm.

Doanh nghiệp liên doanh được thành lập theo hình thức công ty trách nhiệm hữu hạn, có tư cách pháp nhân theo pháp luật Việt Nam.

+ Thành lập doanh nghiệp 100% vốn nước ngoài.

Doanh nghiệp 100% vốn nước ngoài được thành lập sau khi cơ quan nhà nước có thẩm quyền cấp giấy phép và chứng nhận đăng ký điều lệ. Thời hạn hoạt động của xí nghiệp 100% vốn nước ngoài được giải quyết như thời hạn hoạt động của doanh nghiệp liên doanh có vốn đầu tư nước ngoài.

Doanh nghiệp 100% vốn đầu tư nước ngoài thuộc quyền sở hữu của nhà đầu tư nước ngoài, do nhà đầu tư nước ngoài tự quản lý và chịu trách nhiệm về kết quả kinh doanh, có các quyền lợi và nghĩa vụ ghi trong giấy phép đầu tư.

Doanh nghiệp 100% vốn nước ngoài được thành lập theo hình thức công ty trách nhiệm hữu hạn, có tư cách pháp nhân theo pháp luật Việt Nam, được tổ chức và hoạt động theo các quy định của pháp luật Việt Nam.

d) Các phương thức đặc biệt trong việc thực hiện đầu tư trực tiếp nước ngoài tại Việt Nam.

Có các phương thức sau:

+ Hợp đồng xây dựng - kinh doanh - chuyển giao (gọi tắt là hợp đồng BOT) là hợp đồng ký kết giữa bên nước ngoài với cơ quan nhà nước có thẩm quyền của Việt Nam để xây dựng, khai thác, kinh doanh công trình hạ tầng (như cầu đường, sân bay, bến cảng, nhà máy điện v.v.) trong một thời hạn nhất định; hết thời hạn quy định, bên nước ngoài chuyển giao không bồi hoàn cho Chính phủ Việt Nam.

+ Hợp đồng xây dựng - chuyển giao - kinh doanh (gọi tắt là hợp đồng BTO) là hợp đồng ký kết giữa cơ quan nhà nước

có thẩm quyền của Việt Nam và nhà đầu tư nước ngoài để xây dựng công trình kết cấu hạ tầng; sau khi xây dựng xong, nhà đầu tư nước ngoài chuyển giao công trình đó cho Nhà nước Việt Nam; Chính phủ Việt Nam dành cho nhà đầu tư nước ngoài quyền kinh doanh công trình đó trong một thời gian nhất định để thu hồi vốn đầu tư và lợi nhuận hợp lý.

+ Hợp đồng xây dựng - chuyển giao (gọi tắt là hợp đồng BT) là hợp đồng ký kết giữa cơ quan nhà nước có thẩm quyền của Việt Nam và nhà đầu tư nước ngoài để xây dựng công trình kết cấu hạ tầng; sau khi xây dựng xong, nhà đầu tư nước ngoài chuyển giao công trình đó cho Nhà nước Việt Nam; Chính phủ Việt Nam tạo điều kiện cho nhà đầu tư nước ngoài thực hiện dự án khác để nhà đầu tư nước ngoài thu hồi vốn đầu tư và lợi nhuận hợp lý.

Các hợp đồng BOT, BTO và BT được thực hiện bằng 100% vốn nước ngoài hoặc bằng vốn nước ngoài cộng với vốn của Chính phủ Việt Nam hoặc vốn của cá nhân, tổ chức Việt Nam. Chủ đầu tư chịu trách nhiệm tổ chức xây dựng, kinh doanh công trình trong một thời hạn đủ để thu hồi vốn đầu tư và có lợi nhuận hợp lý theo quy định của pháp luật.

Thời hạn đầu tư theo các hình thức hợp đồng BOT, BTO và BT được giải quyết giống như cách giải quyết thời hạn hoạt động của xí nghiệp liên doanh và xí nghiệp 100% vốn nước ngoài quy định tại Điều 17 Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam năm 1996.

e) Quyền và nghĩa vụ của nhà đầu tư nước ngoài trong thời gian đầu tư tại Việt Nam

Trong thời gian tiến hành đầu tư tại Việt Nam, nhà đầu tư nước ngoài có các quyền cơ bản sau đây:

Được Nhà nước Việt Nam áp dụng các biện pháp bảo đảm đầu tư. Mọi nhà đầu tư nước ngoài được Việt Nam đối

đãi công bằng và thoả đáng theo Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam, nếu các hiệp định của Việt Nam về khuyến khích và bảo hộ đầu tư không có quy định khác. Vốn và tài sản của nhà đầu tư nước ngoài không bị trưng dụng hoặc tịch thu bằng biện pháp hành chính, xí nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài không bị quốc hữu hoá. Nhà nước Việt Nam bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp, bảo đảm lợi ích hợp pháp của các nhà đầu tư nước ngoài trong hoạt động chuyển giao công nghệ tại Việt Nam.

Trường hợp, do thay đổi quy định của pháp luật Việt Nam mà làm thiệt hại đến lợi ích của các bên tham gia hợp đồng hợp tác kinh doanh và doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài đã được cấp giấy phép, thì các bên tham gia hợp đồng hợp tác kinh doanh và doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài tiếp tục được hưởng các ưu đãi đã được quy định trong giấy phép đầu tư và Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam hoặc Nhà nước Việt Nam có biện pháp giải quyết thoả đáng đối với quyền lợi của nhà đầu tư. Ví dụ: Cho phép thay đổi mục tiêu hoạt động của dự án; miễn, giảm thuế theo quy định của pháp luật; thiệt hại của doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài, các bên tham gia hợp đồng hợp tác kinh doanh được khấu trừ vào thu nhập chịu thuế của doanh nghiệp; được xem xét bồi thường thoả đáng trong một số trường hợp cần thiết; các quy định mới ưu đãi hơn được ban hành sau khi được cấp Giấy phép đầu tư sẽ được áp dụng cho doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài và các bên tham gia hợp đồng hợp tác kinh doanh.

Nhà đầu tư nước ngoài, sau khi thực hiện các nghĩa vụ về thuế, được quyền chuyển ra nước ngoài: Lợi nhuận thu được trong quá trình kinh doanh; những khoản tiền thu được do cung ứng dịch vụ và chuyển giao công nghệ; tiền gốc và lãi

các khoản vay nước ngoài trong quá trình hoạt động; vốn đầu tư; các khoản tiền và tài sản khác thuộc quyền sở hữu hợp pháp của mình.

Các tranh chấp giữa các bên tham gia hợp đồng liên doanh, hợp đồng hợp tác kinh doanh cũng như các tranh chấp giữa các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài, các bên tham gia hợp đồng hợp tác kinh doanh với các doanh nghiệp Việt Nam, nếu không hoà giải được thì đưa ra giải quyết tại tổ chức trọng tài hoặc toà án Việt Nam theo pháp luật Việt Nam. Đối với tranh chấp giữa các bên tham gia doanh nghiệp liên doanh hoặc hợp đồng hợp tác kinh doanh, các bên có thể thoả thuận chọn một trọng tài khác để giải quyết; các tranh chấp giữa các bên tham gia hợp đồng BOT, BTO và BT được giải quyết theo phương thức do các bên thoả thuận ghi trong hợp đồng.

g) Các ưu đãi về tài chính

Doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài và bên nước ngoài hợp tác kinh doanh trên cơ sở hợp đồng nộp thuế thu nhập doanh nghiệp với thuế xuất bằng 25%. Đối với dầu khí và một số tài nguyên quý hiếm khác thì thuế thu nhập doanh nghiệp cao hơn, theo quy định của Luật Dầu khí; trong trường hợp khuyến khích đầu tư, thuế xuất thuế thu nhập doanh nghiệp là 20%; trường hợp có nhiều tiêu chuẩn khuyến khích đầu tư, thì thuế xuất thuế thu nhập doanh nghiệp là 15%; trường hợp đặc biệt khuyến khích đầu tư thì thuế xuất thuế thu nhập doanh nghiệp là 10%.

Tùy thuộc vào lĩnh vực, địa bàn đầu tư, doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài và bên nước ngoài tham gia hợp đồng hợp tác kinh doanh có thể được miễn thuế thu nhập doanh nghiệp tối đa là 2 năm, kể từ khi kinh doanh có lãi và được giảm 50% thuế thu nhập doanh nghiệp trong một thời gian

tối đa là 2 năm tiếp theo.

Trường hợp dự án đáp ứng nhiều tiêu chuẩn khuyến khích đầu tư, thì được miễn thuế lợi tức tối 4 năm kể từ khi kinh doanh có lãi và giảm 50% thuế lợi tức trong thời gian tối đa là 4 năm tiếp theo. Trường hợp đặc biệt khuyến khích đầu tư, thời gian miễn thuế lợi tức tối đa là 8 năm.

Nếu nhà đầu tư dùng lợi nhuận thu được để tái đầu tư vào các dự án khuyến khích đầu tư thì cơ quan thuế hoàn lại phần thuế lợi tức đã nộp cho số lợi nhuận tái đầu tư theo tỷ lệ do Chính phủ Việt Nam quy định tùy thuộc vào lĩnh vực, địa bàn, hình thức và thời hạn tái đầu tư.

Các xí nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài, các bên hợp doanh phải tuân theo các quy định của Luật Thuế xuất khẩu, thuế nhập khẩu; được miễn thuế nhập khẩu đối với hàng nhập vào Việt Nam để tạo tài sản cố định, mở rộng quy mô dự án, thay thế, đổi mới công nghệ, bao gồm:

- Máy móc, thiết bị;
- Phương tiện vận tải chuyên dùng nằm trong dây chuyền công nghệ và phương tiện đưa đón công nhân;
- Linh kiện, chi tiết, bộ phận rời, phụ tùng, gá lắp, khuôn mẫu, phụ kiện đi kèm với thiết bị, máy móc, phương tiện vận tải chuyên dùng nói trên;
- Nguyên liệu, vật tư dùng để chế tạo thiết bị, máy móc trong dây chuyền công nghệ hoặc để chế tạo linh kiện, chi tiết, bộ phận rời, phụ tùng, gá lắp, khuôn mẫu, phụ kiện đi kèm với thiết bị, máy móc;
- Vật tư trong nước chưa sản xuất được.

Trường hợp nguyên liệu, vật tư, linh kiện nhập khẩu để sản xuất nhưng thuộc các lĩnh vực đặc biệt khuyến khích đầu tư hoặc địa bàn có điều kiện kinh tế - xã hội đặc biệt khó khăn thì cũng được miễn thuế nhập khẩu trong thời hạn 5

năm, kể từ khi bắt đầu sản xuất.

Chính phủ Việt Nam quy định những trường hợp miễn, giảm thuế xuất khẩu và thuế nhập khẩu đối với hàng hoá đặc biệt cần khuyến khích đầu tư.

Khi chuyển lợi nhuận ra nước ngoài, nhà đầu tư nước ngoài phải nộp một khoản thuế là 3%, 5%, 7% số lợi nhuận chuyển ra nước ngoài tùy thuộc vào mức vốn góp của nhà đầu tư nước ngoài vào vốn pháp định của doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài hoặc vốn thực hiện hợp đồng hợp tác kinh doanh.

Trường hợp đầu tư vào khu chế xuất thì doanh nghiệp khu chế xuất được miễn thuế xuất khẩu, thuế nhập khẩu đối với hàng hoá từ khu chế xuất ra nước ngoài và từ nước ngoài nhập vào khu chế xuất, đồng thời vẫn được hưởng mức thuế ưu đãi theo quy định của Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam.

h) Về tổ chức sản xuất, kinh doanh

Để tạo điều kiện bảo đảm hiệu quả đầu tư của các nhà đầu tư nước ngoài, pháp luật Việt Nam quy định rằng, các bên liên doanh, xí nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài có quyền tự chủ trong sản xuất, kinh doanh; Nhà nước Việt Nam thực hiện quản lý bằng pháp luật và theo pháp luật của mình, không can thiệp vào hoạt động sản xuất kinh doanh của họ. Điều đó có nghĩa là họ toàn quyền quyết định chương trình và kế hoạch sản xuất, kinh doanh của mình, được quyền xuất khẩu hoặc uỷ quyền xuất khẩu sản phẩm của mình; được tự thực hiện hoặc uỷ thác tiêu thụ những sản phẩm của mình được phép tiêu thụ tại Việt Nam.

Đi đôi với những quyền nêu trên, khi tiến hành hoạt động đầu tư tại Việt Nam, nhà đầu tư nước ngoài phải: Tôn trọng Hiến pháp và pháp luật Việt Nam; tôn trọng độc lập

chủ quyền của Việt Nam. Nhà đầu tư nước ngoài phải nộp những khoản thuế, lệ phí do pháp luật Việt Nam quy định; phải tuân theo các quy định của pháp luật Việt Nam về chế độ kế toán, thống kê, về quản lý ngoại hối, về bảo vệ môi trường, v.v..

Như trên đã trình bày, trong hoạt động đầu tư tại Việt Nam, các nhà đầu tư phải tuân theo pháp luật Việt Nam, nhưng trong trường hợp pháp luật Việt Nam chưa có quy định, các bên có thể thoả thuận trong hợp đồng việc áp dụng pháp luật nước ngoài, nếu hậu quả của việc áp dụng pháp luật nước ngoài không trái với những nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam.

Nhà đầu tư nước ngoài, doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài, các bên tham gia hợp đồng hợp tác kinh doanh, tổ chức, cá nhân có quyền khiếu nại, khởi kiện đối với các quyết định và hành vi trái pháp luật, gây khó khăn, phiền hà của cán bộ, công chức, cơ quan nhà nước theo quy định của pháp luật.

Nhà đầu tư nước ngoài, doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài, các bên tham gia hợp đồng hợp tác kinh doanh, tổ chức, cá nhân, cán bộ, công chức, cơ quan nhà nước vi phạm các quy định của pháp luật về đầu tư nước ngoài thì tuỳ theo mức độ vi phạm mà bị xử lý theo quy định của pháp luật.

Tóm lại, nhìn chung các quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành về nội dung quy chế pháp lý dân sự của pháp nhân nước ngoài đang đầu tư tại Việt Nam rất thoáng, có tính cạnh tranh nhất định so với các nước xung quanh. Song nếu không nghiên cứu để chuẩn bị cho bước tiếp theo, nhằm hoàn thiện các quy định này theo hướng tích cực hơn nữa, nâng cao hơn nữa tính hấp dẫn và tính cạnh tranh, thì khó có thể đẩy mạnh việc thu hút thêm vốn đầu tư nước ngoài

vào Việt Nam để phục vụ cho yêu cầu gia tăng tốc độ phát triển kinh tế - xã hội để rút ngắn dần khoảng cách giữa nước ta với các nước trong khu vực và trên thế giới.

Tuy Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam năm 1996 vừa được sửa đổi, bổ sung một số điều trong năm 2000, nhưng năm tiếp theo nên tiến hành sửa đổi, bổ sung thêm một số điều nhằm mở rộng hơn nữa hình thức đầu tư theo hướng cho phép thành lập công ty cổ phần, công ty hợp danh, v.v. có vốn đầu tư nước ngoài; giải quyết vấn đề đất đai, vấn đề thủ tục hành chính, v.v. thuận lợi hơn nữa cho các nhà đầu tư; làm cho Luật Khuyến khích đầu tư trong nước và Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam xích lại gần nhau thêm một bước nữa. Cái đích cuối cùng chúng ta cần đạt tới là tạo ra một mặt bằng pháp lý giống nhau cho cả đầu tư trong nước và đầu tư trực tiếp nước ngoài tại Việt Nam.

2.2. Quy chế pháp lý dân sự của các pháp nhân nước ngoài không thuộc diện đang đầu tư tại Việt Nam

Các pháp nhân nước ngoài không thuộc diện đang đầu tư tại Việt Nam cũng ngày càng có nhiều hoạt động ở Việt Nam. Nhiều pháp nhân nước ngoài cử đại diện đến Việt Nam tìm hiểu thị trường, giao dịch, ký kết các hợp đồng mua bán, dịch vụ với các bạn hàng Việt Nam. Tuy nhiên, họ chỉ có thể ký kết những hợp đồng về những hàng hóa, dịch vụ mà Việt Nam cho phép nhập khẩu hoặc xuất khẩu, và với những bạn hàng mà pháp luật Việt Nam cho phép ký kết hợp đồng xuất khẩu, nhập khẩu hàng hoá, dịch vụ nhất định. Ví dụ, trong lĩnh vực thương mại, theo Điều 81 của Luật Thương mại Việt Nam năm 1997, đối tác Việt Nam của họ phải là các thương nhân được phép hoạt động thương mại trực tiếp với nước ngoài.

Phạm vi thẩm quyền của đại diện cho pháp nhân nước

ngoài do pháp luật của nước mà pháp nhân nước ngoài mang quốc tịch quyết định.

Trường hợp pháp nhân nước ngoài muốn đặt chi nhánh hoặc văn phòng đại diện tại Việt Nam thì phải có giấy phép của cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam. Ví dụ, Điều 37 của Luật Thương mại Việt Nam năm 1997 quy định: “Thương nhân nước ngoài có đủ điều kiện theo quy định của pháp luật Việt Nam được phép đặt Văn phòng đại diện, Chi nhánh tại Việt Nam”. Các điều từ 38 đến 44 của Luật này còn quy định cụ thể các quyền và nghĩa vụ của Văn phòng đại diện, Chi nhánh của thương nhân nước ngoài tại Việt Nam. Trong thời gian hoạt động ở Việt Nam, chi nhánh hoặc văn phòng đại diện của pháp nhân nước ngoài phải tôn trọng Hiến pháp, pháp luật Việt Nam; phải hoạt động trong khuôn khổ quy định của giấy phép thành lập, có quyền thực hiện và bảo vệ trước toà án Việt Nam các quyền và lợi ích hợp pháp của mình.

3. Quy chế pháp lý dân sự của pháp nhân Việt Nam ở nước ngoài

Những năm gần đây, thực hiện chính sách làm bạn với tất cả các nước, đẩy mạnh quan hệ kinh tế đối ngoại, hoạt động của các pháp nhân Việt Nam ở các nước ngoài ngày càng gia tăng. Hiện nay, hoạt động của các pháp nhân Việt Nam ở nước ngoài không chỉ còn là hoạt động tìm hiểu thị trường và ký kết hợp đồng xuất, nhập khẩu hàng hóa mà gồm cả hoạt động đầu tư xây dựng, cung cấp dịch vụ, đầu tư xây dựng doanh nghiệp liên doanh với các tổ chức, cá nhân nước sở tại và thậm chí xây dựng cả doanh nghiệp 100% vốn của Việt Nam ở nước ngoài... Những hình thức hoạt động này sẽ ngày càng phát triển và đa dạng, phù hợp

với trình độ phát triển kinh tế - xã hội của Việt Nam, với sức mạnh kinh tế, khoa học và công nghệ của Việt Nam nói chung và của các tổ chức kinh tế Việt Nam nói riêng.

Pháp luật Việt Nam không quy định rõ ràng và cụ thể vấn đề năng lực pháp luật dân sự của pháp nhân Việt Nam khi hoạt động ở nước ngoài. Song theo tinh thần của Điều 832 Bộ luật Dân sự Việt Nam thì năng lực pháp luật dân sự của pháp nhân Việt Nam được xác định theo pháp luật Việt Nam. Tất cả các vấn đề nội bộ, chia tách, sáp nhập, giải thể, xử lý tài sản khi giải thể của pháp nhân Việt Nam đều phải thực hiện theo pháp luật Việt Nam. Tuy nhiên, khi hoạt động ở nước ngoài, phạm vi quyền và nghĩa vụ cụ thể của pháp nhân Việt Nam trên lãnh thổ nước ngoài tùy thuộc vào các quy định của pháp luật nước ngoài và điều ước quốc tế mà nước ngoài đó ký kết với Việt Nam, đồng thời các pháp nhân, các cơ quan đại diện của pháp nhân Việt Nam hoạt động ở nước ngoài không được làm trái với quy định của pháp luật Việt Nam và của điều lệ pháp nhân.

Các pháp nhân Việt Nam, bất kể thuộc thành phần kinh tế nào, dù hoạt động ở trong nước hay ở nước ngoài, đều tự chịu trách nhiệm dân sự trong phạm vi tài sản của mình. Nhà nước Việt Nam không chịu trách nhiệm thay cho pháp nhân Việt Nam và pháp nhân Việt Nam, dù đó là doanh nghiệp Nhà nước, cũng không phải chịu trách nhiệm dân sự về những hợp đồng do chính bản thân Nhà nước ký kết. Nhà nước Việt Nam chỉ thực hiện bảo hộ ngoại giao đối với pháp nhân Việt Nam khi ở nước ngoài pháp nhân có các quyền và lợi ích hợp pháp bị xâm phạm, đồng thời tạo mọi điều kiện thuận lợi để các pháp nhân của mình hoạt động có hiệu quả.

CHƯƠNG V

QUY CHẾ PHÁP LÝ CỦA QUỐC GIA, CÁC TỔ CHỨC QUỐC TẾ LIÊN CHÍNH PHỦ TRONG TƯ PHÁP QUỐC TẾ

I. QUY CHẾ PHÁP LÝ DÂN SỰ CỦA QUỐC GIA

1. Cơ sở xác định quy chế pháp lý đặc biệt của quốc gia trong tư pháp quốc tế

Như đã trình bày ở chương I, nhiều trường hợp quốc gia tham gia vào quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài. Khi tham gia vào các mối quan hệ xã hội đó, quốc gia được hưởng quy chế pháp lý đặc biệt - không những không ngang hàng với các cá nhân và pháp nhân mà còn được hưởng quyền miễn trừ tư pháp tuyệt đối.

Cơ sở pháp lý quốc tế của quy chế pháp lý đặc biệt của quốc gia trước hết bao gồm nguyên tắc tôn trọng chủ quyền quốc gia và nguyên tắc bình đẳng chủ quyền giữa các quốc gia trong sinh hoạt quốc tế.

Từ xa xưa, các nhà lý luận pháp lý đã thừa nhận một cách rộng rãi luận điểm có tính nguyên tắc "kẻ ngang quyền này không có quyền lực gì đối với kẻ ngang quyền kia" (*Par in parem non habet imperium*)¹.

1. Xem: M.M. Boguslavsky: *Tư pháp quốc tế* (tiếng Nga), Nxb. Quan hệ quốc tế, Mátxcơva, 1989, tr.148.

Theo nguyên tắc này, Nhà nước này hoặc bất kỳ cơ quan nào của Nhà nước này không có quyền xét xử Nhà nước khác hoặc đại diện của Nhà nước khác. Ngay trong thực tiễn cuộc sống của các tầng lớp dân cư cũng như trong quan hệ giữa các cơ quan nhà nước và công chức nhà nước ở mỗi quốc gia, về mặt lý luận cũng như thực tế, cùng cấp và ngang quyền thì không bao giờ có quyền lực gì đối với nhau, chỉ có cấp trên mới có quyền lực đối với cấp dưới.

Trong quan hệ quốc tế không có quốc gia nào đứng trên hay là cấp trên của quốc gia khác. Mọi quốc gia dù lớn hay nhỏ, giàu hay nghèo, phát triển hay đang phát triển, dù theo bất kỳ hệ thống kinh tế - xã hội nào đều là những thực thể độc lập, có chủ quyền và phải bình đẳng với nhau. Bỏ qua nguyên tắc này, cho phép toà án của nước mình xét xử Nhà nước khác hoặc xét xử những người đại diện cho Nhà nước khác mà Nhà nước đó không đồng ý sẽ dẫn đến tình trạng chà đạp chủ quyền quốc gia, xoá bỏ sự bình đẳng chủ quyền giữa các quốc gia, xúc phạm đến danh dự và phẩm giá của quốc gia khác và đương nhiên cản trở quá trình phát triển bình thường của các mối quan hệ chính trị, kinh tế, thương mại, khoa học - kỹ thuật và văn hoá giữa các quốc gia, và của cả các mối quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài.

Quyền miễn trừ tư pháp tuyệt đối của quốc gia trong lĩnh vực quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài được ghi nhận rạch rác trong nhiều điều ước quốc tế, điển hình nhất là Công ước Viên năm 1961 về quan hệ ngoại giao. Theo Điều 31 của Công ước này, những người được hưởng quyền ưu đãi, miễn trừ ngoại giao theo quy định của Công ước thì được hưởng quyền miễn trừ xét xử hình sự, miễn trừ xử phạt hành chính. Họ cũng được hưởng quyền miễn trừ xét xử dân sự, trừ 3

trường hợp sau đây:

- Tham gia các vụ kiện liên quan đến bất động sản tư nhân trên lãnh thổ nước sở tại, nếu viên chức ngoại giao thủ đắc bất động sản đó nhân danh cá nhân mình;

- Tham gia các vụ kiện về thừa kế không nhân danh quốc gia cử đại diện;

- Tham gia các vụ kiện liên quan tới các hoạt động nghề nghiệp hoặc thương mại mà viên chức ngoại giao đó thực hiện ở nước sở tại ngoài phạm vi chức năng chính thức của mình.

Ngoài ba trường hợp nêu trên, các tranh chấp dân sự liên quan đến những người được hưởng quyền ưu đãi, miễn trừ ngoại giao được giải quyết bằng con đường ngoại giao, trừ trường hợp quốc gia cử viên chức đó hoặc bản thân viên chức đó đồng ý tham gia tố tụng tại Tòa án, tức là đồng ý cho tổ chức, cá nhân nước ngoài kiện viên chức ngoại giao của mình tại Tòa án và cũng có nghĩa là đồng ý cho Tòa án thụ lý và giải quyết đơn kiện chống lại viên chức ngoại giao của mình.

Ở Việt Nam, Điều 84 của Pháp lệnh thủ tục giải quyết các vụ án dân sự năm 1989 cũng khẳng định rõ: không chỉ các vụ án dân sự có liên quan đến người được hưởng quy chế ngoại giao mà cả các vụ án dân sự liên quan đến Nhà nước nước ngoài đều được giải quyết bằng con đường ngoại giao, trừ trường hợp Nhà nước nước ngoài hoặc người được hưởng quy chế ngoại giao đồng ý tham gia tố tụng tại Tòa án Việt Nam.

Điều 12 Pháp lệnh về quyền ưu đãi, miễn trừ dành cho cơ quan đại diện ngoại giao, cơ quan lãnh sự và cơ quan đại diện của các tổ chức quốc tế tại Việt Nam năm 1993

cũng khẳng định những nội dung quy định tại Điều 31 của Công ước Viên năm 1961 về quan hệ ngoại giao, đồng thời quy định cụ thể thêm rằng: viên chức ngoại giao không có nghĩa vụ phải cung cấp chứng cứ; nếu họ tự nguyện cung cấp chứng cứ thì việc cung cấp chứng cứ được thực hiện với hình thức họ tự chọn; viên chức ngoại giao được hưởng quyền miễn trừ đối với các biện pháp thi hành án, trừ trường hợp vụ tranh chấp liên quan đến bất động sản tư nhân có trên lãnh thổ Việt Nam; việc thừa kế; hoạt động thương mại hoặc nghề nghiệp mà viên chức ngoại giao tiến hành tại Việt Nam ngoài phạm vi chức năng chính của họ; trong trường hợp phải áp dụng biện pháp thi hành án thì việc đó phải được tiến hành trên cơ sở tôn trọng quyền bất khả xâm phạm về thân thể và nơi ở của viên chức ngoại giao.

Thực tiễn quan hệ quốc tế cho thấy rằng, nhìn chung các quy định của Công ước Viên năm 1961 về quan hệ ngoại giao đều được các quốc gia chấp hành nghiêm chỉnh và do đó quyền miễn trừ tư pháp của các viên chức ngoại giao được tôn trọng. Những trường hợp vi phạm quyền miễn trừ tư pháp của nhà nước nước ngoài hoặc của các viên chức ngoại giao nước ngoài ở các toà án của các nước phương Tây đôi khi cũng xảy ra, nhưng chủ yếu với mục đích chính trị hay vì động cơ phân biệt đối xử trong quan hệ đối với những nước có chế độ chính trị - xã hội đối lập hoặc có đường lối chính sách độc lập mà các nước phương Tây không mong muốn. Mỗi khi các vi phạm đó xảy ra đều bị nhiều nước và dư luận tiến bộ trên thế giới lên án mạnh mẽ.

Theo logic của vấn đề, những người đại diện của quốc

gia được hưởng quyền miễn trừ tư pháp thì đương nhiên bản thân quốc gia cũng là đối tượng được hưởng quyền miễn trừ tư pháp. Tuy nhiên về mặt lý luận cũng như trên thực tế, trước hết phải khẳng định rằng, quốc gia được hưởng quyền miễn trừ tư pháp tuyệt đối cho nên những người được quốc gia chỉ định làm đại diện cho quốc gia trong quan hệ quốc tế được hưởng quyền miễn trừ tư pháp tuyệt đối khi thi hành công vụ.

Cũng như Việt Nam, nhiều quốc gia không chỉ tham gia Công ước Viên năm 1961 về quan hệ ngoại giao mà còn ban hành các văn bản pháp luật quốc gia để cụ thể hoá các quy định của Công ước Viên năm 1961 về quan hệ ngoại giao vào điều kiện cụ thể của quốc gia, bảo đảm cho các cam kết quốc tế của quốc gia được thi hành. Thực tiễn quan hệ ngoại giao trên thế giới cho thấy nhìn chung các quốc gia đều có các biện pháp bảo đảm thi hành các quy định của Điều 31 của Công ước này.

Như vậy, quyền miễn trừ tư pháp của quốc gia trong các mối quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài được thừa nhận rộng rãi, có cơ sở vững chắc về lý luận và về thực tiễn pháp lý, về pháp lý quốc tế lẫn pháp lý quốc gia.

Việc thừa nhận nguyên tắc tôn trọng chủ quyền quốc gia, nguyên tắc tôn trọng sự bình đẳng chủ quyền giữa các quốc gia và các nguyên tắc cơ bản khác của pháp luật quốc tế hiện đại, đương nhiên dẫn đến chỗ thừa nhận quyền miễn trừ tư pháp của quốc gia và của những người đại diện của quốc gia trong quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài.

Trong sách báo về tư pháp quốc tế ở Việt Nam và ở các nước, vấn đề quyền miễn trừ tư pháp của quốc gia trong lĩnh vực quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước

ngoài thông thường được đề cập và ủng hộ. Song sự khác nhau là ở chỗ có quan điểm khẳng định rõ đây là quyền miễn trừ tư pháp tuyệt đối¹, và cũng có quan điểm không khẳng định rõ đây có là quyền tuyệt đối hay là không².

Cần phải khẳng định rằng quyền miễn trừ tư pháp của quốc gia trong lĩnh vực quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài là quyền miễn trừ tư pháp tuyệt đối. Tính tuyệt đối của quyền này thể hiện ở nội dung của nó (xem mục II của chương này) và không có ngoại lệ. Quốc gia hưởng quyền này ở mọi nơi, mọi lúc. Việc quốc gia tuyên bố từ bỏ một nội dung hay toàn bộ nội dung của quyền miễn trừ tư pháp tuyệt đối của mình trong những trường hợp cụ thể nào đó là quyền của bản thân quốc gia và không có nghĩa là ngoại lệ của quyền miễn trừ tư pháp tuyệt đối.

2. Nội dung quy chế pháp lý đặc biệt của quốc gia trong tư pháp quốc tế

Nói đến quy chế pháp lý đặc biệt của quốc gia trong tư pháp quốc tế là nói đến quyền miễn trừ tư pháp tuyệt đối của quốc gia.

Quyền miễn trừ tư pháp tuyệt đối của quốc gia thể hiện trước hết ở quyền miễn trừ xét xử - toà án của quốc gia này

1. *Giáo trình Tư pháp quốc tế* (do TS. Bùi Xuân Nhựt chủ biên), Trường Đại học Luật Hà Nội, 1997, tr.104.

- *Giáo trình Tư pháp quốc tế* (do TS. Đoàn Năng chủ biên), Trường Đại học Tổng hợp Hà Nội, 1994, tr.115.

- L.A. Lunts. *Tư pháp quốc tế* (phần riêng - tiếng Nga), Nxb. Sách pháp lý, Mátxcova, 1975, tr.75.

2. *Giáo trình Tư pháp quốc tế* (do TS. Hồ Phong Tư chủ biên), Trường Đại học Pháp lý Hà Nội, 1992, tr.82.

không có quyền xét xử quốc gia kia (*Par in parem non habet jurisdictionem*)¹, nếu quốc gia kia không cho phép. Điều đó cũng có nghĩa là, khi tham gia vào quan hệ dân sự với một quốc gia, nếu có tranh chấp xảy ra, cá nhân và pháp nhân nước ngoài không được phép đệ đơn kiện quốc gia đó tại bất kỳ toà án nào, kể cả tại toà án của chính quốc gia đó, trừ khi quốc gia đó cho phép; các tranh chấp phải được giải quyết bằng thương lượng trực tiếp hoặc bằng con đường ngoại giao giữa các quốc gia. Một quốc gia đồng ý cho cá nhân, pháp nhân nước ngoài kiện mình có nghĩa là đồng ý cho toà án thụ lý và xét xử vụ kiện mà quốc gia đó là bị đơn.

Quyền miễn trừ tư pháp tuyệt đối của quốc gia còn thể hiện ở chỗ: Nếu một quốc gia đồng ý cho cá nhân, pháp nhân nước ngoài kiện mình, cũng có nghĩa là đồng ý cho toà án nước ngoài xét xử vụ tranh chấp mà họ là bên bị đơn. Khi đó, Toà án nước ngoài được xét xử, nhưng không được phép áp dụng các biện pháp cưỡng chế, nhằm bảo đảm sơ bộ đối với đơn kiện hoặc bảo đảm thi hành quyết định của toà án. Toà án nước ngoài chỉ được phép áp dụng các biện pháp cưỡng chế đó trong trường hợp quốc gia bị đơn cho phép.

Quốc gia có quyền đứng tên nguyên đơn trong vụ tranh chấp dân sự với cá nhân hoặc pháp nhân nước ngoài. Đây là quyền không thể bị phủ nhận của mỗi quốc gia khi tham gia vào các mối quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài. Trong khoa học về tư pháp quốc tế cũng như trong thực tiễn, không có ai lên tiếng bác bỏ quyền này của quốc gia, mặc dù khi đề cập vấn đề miễn trừ tư pháp của quốc gia

1. M.M. Boguslavsky: *Tư pháp quốc tế* (tiếng Nga), Nxb. Quan hệ quốc tế, Mátxcơva, 1974, tr.112.

có trường hợp quyền này không được nhắc đến¹.

Trong trường hợp quốc gia đứng tên nguyên đơn trong vụ tranh chấp dân sự với cá nhân hoặc pháp nhân nước ngoài, toà án của quốc gia nguyên đơn cũng như toà án của nước ngoài đương nhiên được phép thụ lý và giải quyết đơn kiện. Tuy nhiên, nhìn chung, bị đơn là cá nhân, pháp nhân nước ngoài chỉ được phép đệ đơn phản kiện khi được quốc gia nguyên đơn đồng ý, ngay cả khi nội dung của đơn kiện của quốc gia nguyên đơn và nội dung của đơn phản kiện của cá nhân, pháp nhân nước ngoài có liên quan với nhau một cách chặt chẽ. Mục đích chính ở đây là bảo vệ chủ quyền, danh dự và phẩm giá của mỗi quốc gia trong quan hệ quốc tế.

Các nội dung nêu trên của quyền miễn trừ tư pháp tuyệt đối của quốc gia gắn bó chặt chẽ với nhau. Song, quốc gia có quyền từ bỏ từng nội dung hoặc tất cả các nội dung của quyền miễn trừ tư pháp tuyệt đối của mình, bởi vì hưởng quyền miễn trừ tư pháp tuyệt đối trong lĩnh vực quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài là quyền của mỗi quốc gia, không phải nghĩa vụ của quốc gia.

Việc quốc gia từ bỏ nội dung này không có nghĩa là đương nhiên từ bỏ nội dung khác của quyền miễn trừ tư pháp tuyệt đối. Từ bỏ từng nội dung hay từ bỏ toàn bộ các nội dung của quyền miễn trừ tư pháp trong trường hợp này không có nghĩa là trong trường hợp khác đương nhiên cũng từ bỏ.

Việc một quốc gia từ bỏ từng nội dung hay từ bỏ toàn bộ các nội dung của quyền miễn trừ tư pháp tuyệt đối của mình phải được thể hiện rõ ràng bằng cách quy định trong pháp luật quốc gia, trong điều ước quốc tế mà họ ký kết hoặc tham

1. *Giáo trình Tư pháp quốc tế* (TS. Hồ Phong Tư chủ biên), Trường Đại học Pháp lý Hà Nội, 1992, tr.82 – 84.

gia, hoặc bằng con đường ngoại giao hay trong từng hợp đồng cụ thể mà quốc gia này ký kết, nhằm tạo sự dễ dàng và yên tâm cho các cá nhân, pháp nhân nước ngoài khi quyết định tham gia vào các mối quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài với quốc gia này. Việc thể hiện một cách rõ ràng như vậy sẽ ngăn chặn và loại trừ sự suy diễn chủ quan, vô đoán về những trường hợp quốc gia từ bỏ hay không từ bỏ từng nội dung hay toàn bộ nội dung quyền miễn trừ tư pháp tuyệt đối của mình trong quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài.

Tóm lại, quyền miễn trừ tư pháp tuyệt đối của quốc gia trong tư pháp quốc tế gồm ba nội dung:

- Miễn trừ xét xử tại bất cứ toà án nào;
- Miễn trừ đối với các biện pháp cưỡng chế nhằm đảm bảo sơ bộ đối với đơn kiện của tổ chức, cá nhân nước ngoài, khi quốc gia đã đồng ý cho tổ chức, cá nhân nước ngoài kiện mình, tức là đồng ý cho toà án xét xử vụ kiện mà quốc gia là bị đơn;
- Miễn trừ đối với các biện pháp cưỡng chế bảo đảm thi hành quyết định của toà án trong trường hợp quốc gia đã đồng ý cho các tổ chức, cá nhân nước ngoài kiện, đồng ý cho toà án xét xử vụ kiện.

Trong khoa học về tư pháp quốc tế cũng có ý kiến cho rằng quốc gia được hưởng quyền miễn trừ xét xử, nhưng chỉ đề cập việc xét xử ở toà án nước ngoài. Cách đề cập này còn nhiều điểm cần được xem xét, bởi vì nếu để cho tổ chức, cá nhân nước ngoài đệ đơn kiện Nhà nước ta tại chính toà án nước ta khi Nhà nước ta không đồng ý, thì cũng đã để xảy ra hiện tượng xúc phạm đến danh dự và chủ quyền của Nhà nước ta. Đây là điều không thể chấp nhận được.

Trong vấn đề thi hành án của toà án nước ngoài, có ý kiến khẳng định quốc gia hưởng quyền miễn trừ về thi hành

án. Quan điểm này chưa thật chính xác. Một khi quốc gia đã đồng ý cho tổ chức, cá nhân nước ngoài kiện mình và cũng là đồng ý cho toà án nước ngoài xét xử đơn kiện mình thì quốc gia có trách nhiệm thi hành bản án của toà án nước ngoài đó, không thể đặt vấn đề miễn thi hành án. Nhìn chung, điều cần miễn ở đây là việc áp dụng các biện pháp cưỡng chế nhằm bảo đảm thi hành bản án của toà án nước ngoài.

Quyền miễn trừ tư pháp của mỗi quốc gia là tuyệt đối. Việc họ tự nguyện từ bỏ từng nội dung hoặc tất cả các nội dung của quyền miễn trừ này thì phải tôn trọng quyết định của quốc gia. Sở dĩ như vậy là vì, trong quan hệ quốc tế, các quốc gia đều là các thực thể độc lập, có chủ quyền và bình đẳng với nhau, như đã trình bày ở mục 1 của chương này.

Từ khi hình thành Liên Xô - quốc gia xã hội chủ nghĩa đầu tiên trên thế giới, đặc biệt trong thời kỳ tồn tại hệ thống các quốc gia xã hội chủ nghĩa, một số luật gia phương Tây đề xướng thuyết miễn trừ theo chức năng. Theo học thuyết của họ, chỉ khi thực thi quyền lực nhà nước thì quốc gia mới được hưởng quyền miễn trừ tư pháp; khi quốc gia tiến hành trực tiếp các hoạt động thương mại thì không được hưởng quyền miễn trừ, bị đặt vào vị trí ngang hàng với cá nhân và pháp nhân. Quan điểm miễn trừ theo chức năng của các luật gia phương Tây thậm chí còn được ghi nhận trong pháp luật một số nước như Mỹ (Luật năm 1978 về miễn trừ của Nhà nước)...

Sở dĩ một số luật gia phương tây muốn từ bỏ thuyết miễn trừ tư pháp tuyệt đối và đề xướng thuyết miễn trừ theo chức năng là vì từ khi hình thành nhà nước xã hội chủ nghĩa đầu tiên trên thế giới cho đến khi Liên Xô và Đông Âu xã hội chủ nghĩa bị sụp đổ, các nước xã hội chủ nghĩa thực thi chính sách nhà nước độc quyền ngoại thương, chỉ có các tổ chức ngoại thương của Nhà nước xã hội chủ nghĩa mới được ký kết

hợp đồng ngoại thương. Đôi khi bản thân Nhà nước xã hội chủ nghĩa cũng ký kết các hợp đồng thương mại và các hợp đồng dân sự khác.

Các nhà lý luận phương Tây lúc đó lo ngại rằng, khi ký kết hợp đồng ngoại thương với các tổ chức ngoại thương của Nhà nước xã hội chủ nghĩa cũng như với bản thân Nhà nước xã hội chủ nghĩa sẽ không bảo vệ được các quyền và lợi ích của các tổ chức, cá nhân của các nước tư bản, nếu không có sự bình đẳng và ngang quyền giữa các cá nhân, pháp nhân với Nhà nước xã hội chủ nghĩa hoặc tổ chức của Nhà nước xã hội chủ nghĩa tham gia hợp đồng theo đúng nguyên tắc điều chỉnh pháp lý các mối quan hệ dân sự thông thường.

Các nhà lý luận phương Tây cũng hiểu rằng, các tổ chức ngoại thương của Nhà nước xã hội chủ nghĩa là doanh nghiệp nhà nước, thuộc sở hữu Nhà nước và rất sợ Nhà nước xã hội chủ nghĩa cũng đòi thực hiện quyền miễn trừ tư pháp tuyệt đối cho các doanh nghiệp này trong quan hệ với tổ chức, cá nhân của các nước tư bản chủ nghĩa. Song, họ đã nhầm khi không phân biệt quy chế pháp lý của các hợp đồng do các doanh nghiệp của Nhà nước ký kết với các hợp đồng do chính bản thân Nhà nước ký kết.

Theo pháp luật của các nước xã hội chủ nghĩa, các doanh nghiệp nhà nước ở các nước xã hội chủ nghĩa là các pháp nhân, có tài sản độc lập với tài sản của các pháp nhân khác và độc lập với cả các tài sản do Nhà nước xã hội chủ nghĩa hay các cơ quan Nhà nước xã hội chủ nghĩa trực tiếp quản lý.

Theo pháp luật, với tư cách là pháp nhân độc lập trong quan hệ kinh tế, dân sự, doanh nghiệp nhà nước tự chịu trách nhiệm dân sự trong phạm vi tài sản của mình bao gồm tài sản được Nhà nước giao cho quản lý và sử dụng trong kinh doanh và cả tài sản tự có của mình, tự chịu trách nhiệm

về những hợp đồng do mình ký kết.

Không thể coi các hợp đồng do doanh nghiệp nhà nước ký kết cũng là hợp đồng do Nhà nước ký kết. Việc kinh doanh là hoạt động tự chủ của các doanh nghiệp đã được pháp luật của Nhà nước xã hội chủ nghĩa thừa nhận, được quy định rõ ràng và cụ thể. Bản thân nhà nước chỉ trực tiếp ký kết hợp đồng trong những trường hợp thật đặc biệt và tự chịu trách nhiệm đối với các hợp đồng đó.

Các doanh nghiệp nhà nước không chịu trách nhiệm về những hợp đồng do bản thân nhà nước ký kết và Nhà nước cũng không chịu trách nhiệm về những hợp đồng mà doanh nghiệp nhà nước ký kết.

Cùng với việc khẳng định chủ trương xây dựng nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa, Nhà nước ta đang chuyển mạnh sang thực hiện các biện pháp quản lý xã hội, quản lý kinh tế bằng pháp luật và theo pháp luật, xoá bỏ cơ chế bộ, ngành, cơ quan chủ quản đối với doanh nghiệp, không can thiệp trực tiếp vào hoạt động sản xuất, kinh doanh của các doanh nghiệp. Do đó, việc phân biệt trách nhiệm dân sự của nhà nước và của doanh nghiệp nhà nước trong quan hệ hợp đồng ngày càng được khẳng định rõ ràng cả về mặt lý luận và thực tiễn pháp lý.

Thực tiễn quan hệ quốc tế một số thập kỷ vừa qua cũng đã từng có những trường hợp toà án của một số nước phương Tây thực hiện việc sai áp đối với tài sản của doanh nghiệp Nhà nước này để bảo đảm đối với đơn kiện chống lại một doanh nghiệp nhà nước khác của nước ta với lý do cả hai doanh nghiệp này đều là doanh nghiệp nhà nước và thuộc quyền sở hữu của nhà nước Việt Nam. Cũng có trường hợp toà án của một vài nước tư bản chủ nghĩa sai áp đối với tài sản thuộc quyền quản lý của cơ quan nhà nước của nước ta ở

nước ngoài để bảo đảm sơ bộ đối với đơn kiện chống lại một doanh nghiệp nhà nước của nước ta. Việc thực hiện biện pháp sai áp trong các trường hợp này hoàn toàn không đúng về mặt lý luận và không có căn cứ pháp luật, không góp phần thúc đẩy quan hệ hợp tác kinh tế, thương mại giữa các quốc gia và cả quan hệ , giao lưu giữa các tổ chức, cá nhân của các quốc gia, đi ngược lại lợi ích của các quốc gia trong tiến trình hội nhập.

Như vậy, có thể khẳng định rằng, chỉ có nhà nước, cơ quan nhà nước, những người đại diện cho nhà nước mới được miễn trừ tư pháp tuyệt đối trong quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài. Các pháp nhân kinh tế, bao gồm cả các doanh nghiệp nhà nước không được hưởng quyền này, nếu pháp luật của nhà nước liên quan không có quy định khác.

Nội dung thuyết miễn trừ theo chức năng nêu trên hoàn toàn trái với các nguyên tắc cơ bản của công pháp quốc tế cũng như của tư pháp quốc tế, không có lợi cho việc thúc đẩy giao lưu kinh tế, dân sự quốc tế.

3. Quyền miễn trừ của tài sản quốc gia

Vấn đề quy chế pháp lý của tài sản quốc gia trong quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài gắn bó rất chặt chẽ với vấn đề quyền miễn trừ tư pháp tuyệt đối của quốc gia. Trên thực tế, hai trong số ba nội dung của quyền miễn trừ tư pháp tuyệt đối của các quốc gia trực tiếp đụng đến tài sản của quốc gia, bởi vì, thông thường để bảo đảm sơ bộ đối với đơn kiện cũng như bảo đảm thi hành các bản án, các toà án thực hiện sai áp đối với những tài sản nhất định của bên bị đơn trong tranh chấp dân sự.

Về mặt lý luận, trong giao lưu dân sự quốc tế, quốc gia được hưởng quyền miễn trừ tư pháp tuyệt đối thì đương

nhiên tài sản của quốc gia cũng phải được hưởng quyền này, tức là được hưởng quyền bất khả xâm phạm ở mọi nơi, mọi lúc, trừ trường hợp quốc gia tự nguyện từ bỏ quyền này đối với những tài sản nhất định của mình.

Tài sản của quốc gia được chia thành bốn nhóm: *Nhóm thứ nhất* gồm các tài sản của quốc gia ở trên lãnh thổ của chính quốc gia và do các cơ quan của quốc gia trực tiếp quản lý; *Nhóm thứ hai*, gồm các tài sản của quốc gia ở nước ngoài do các cơ quan đại diện ngoại giao, cơ quan lãnh sự của quốc gia ở nước ngoài trực tiếp quản lý; *Nhóm thứ ba*, gồm những tài sản mà quốc gia mới hình thành tiếp quản của chính quyền cũ do kế thừa và các tài sản của các tổ chức, cá nhân bị quốc hữu hoá, nhưng tồn tại ở nước ngoài vào thời điểm tiến hành quốc hữu hoá; *Nhóm thứ tư*, gồm các tài sản quốc gia giao cho các doanh nghiệp nhà nước của mình quản lý, sử dụng phục vụ cho hoạt động sản xuất, kinh doanh theo quy định của pháp luật.

3.1. Quy chế pháp lý của nhóm tài sản thứ nhất

Mặc dù chưa có điều ước quốc tế nào quy định cụ thể, nhưng về mặt lý luận pháp lý quốc tế cũng như thực tiễn quốc tế, nhóm tài sản thứ nhất bao gồm những loại tài sản cụ thể nào, được hưởng quyền bất khả xâm phạm hay không phải do pháp luật của chính quốc gia sở hữu chủ quy định. Việc quản lý, sử dụng loại tài sản này cũng do pháp luật của quốc gia sở hữu chủ quy định. Kết luận này được rút ra từ nguyên tắc tôn trọng chủ quyền quốc gia, tôn trọng sự bình đẳng chủ quyền giữa các quốc gia và các nguyên tắc cơ bản khác của công pháp quốc tế cũng như các nguyên tắc cơ bản của tư pháp quốc tế.

3.2. Quy chế pháp lý của nhóm tài sản thứ hai

Nhóm tài sản thứ hai của quốc gia thường bao gồm: Trụ

sở của các cơ quan đại diện ngoại giao, cơ quan lãnh sự của quốc gia ở nước ngoài; các tài sản như hồ sơ tư liệu, trang thiết bị, phương tiện giao thông, v.v. do các cơ quan này quản lý, được hưởng quyền bất khả xâm phạm theo quy định của các điều ước quốc tế.

Ví dụ, Công ước Viên năm 1961 về quan hệ ngoại giao (Điều 22) quy định:

- Trụ sở của cơ quan đại diện ngoại giao là bất khả xâm phạm. Chính quyền nước tiếp nhận không được phép vào nơi đó nếu không có sự đồng ý của người đứng đầu cơ quan đại diện.

- Nước tiếp nhận có nghĩa vụ đặc biệt thi hành mọi biện pháp thích đáng để ngăn chặn việc xâm nhập, làm hư hại trụ sở của cơ quan đại diện, việc phá rối sự yên tĩnh hoặc làm tổn hại đến phẩm cách của cơ quan đại diện.

- Trụ sở của cơ quan đại diện, đồ đạc và tài sản khác ở trong đó cũng như các phương tiện giao thông của cơ quan đại diện không thể bị lục soát, trưng dụng, tịch thu hoặc dùng bảo đảm thi hành án.

Công ước Viên năm 1961 về quan hệ ngoại giao còn quy định thêm rằng, giấy tờ, hồ sơ và tư liệu của cơ quan đại diện là bất khả xâm phạm bất cứ vào lúc nào và bất kỳ ở đâu (Điều 24); thư tín của cơ quan đại diện là bất khả xâm phạm, túi thư ngoại giao không thể bị mở hoặc giữ lại (Điều 27); nếu quan hệ ngoại giao bị cắt đứt giữa hai nước hoặc cơ quan đại diện được rút về hẳn hoặc tạm thời, ngay cả trong trường hợp có xung đột vũ trang, thì nước tiếp nhận vẫn phải tôn trọng và bảo vệ trụ sở cùng với tài sản và hồ sơ của cơ quan đại diện (Điều 45).

Tài sản quốc gia thuộc quyền quản lý của cơ quan đại diện của quốc gia bên cạnh các tổ chức quốc tế liên chính phủ

cũng được hưởng quy chế pháp lý tương tự như quy chế pháp lý của tài sản thuộc quyền quản lý của cơ quan đại diện ngoại giao ở nước ngoài.

Tài sản quốc gia thuộc quyền quản lý của cơ quan lãnh sự ở nước ngoài cũng được hưởng quyền bất khả xâm phạm, nhưng mức độ cụ thể của quyền này hẹp hơn quyền bất khả xâm phạm của tài sản thuộc quyền quản lý của cơ quan đại diện ngoại giao ở nước ngoài. Sự khác nhau thể hiện ở chỗ, trụ sở, đồ đạc, tài sản khác và phương tiện đi lại của cơ quan đại diện ngoại giao không thể bị trưng dụng vào mục đích công cộng hoặc quốc phòng, nhưng nếu là của cơ quan lãnh sự thì điều đó có thể xảy ra với những điều kiện nhất định quy định tại Công ước Viên năm 1963 về quan hệ lãnh sự.

Một mặt, các điều ước quốc tế khẳng định sự bất khả xâm phạm của các tài sản do các cơ quan đại diện ngoại giao, cơ quan lãnh sự của nước ngoài quản lý, mặt khác, cũng khẳng định không được sử dụng nhà cửa và các tài sản khác của các cơ quan này vào những mục đích không phù hợp với chức năng của cơ quan mà các điều ước quốc tế đã quy định.

Ngày nay, tất cả các quốc gia, kể cả các quốc gia chưa tham gia các công ước về quan hệ ngoại giao và quan hệ lãnh sự đều thừa nhận quy chế bất khả xâm phạm của loại tài sản do các cơ quan đại diện ngoại giao và cơ quan lãnh sự của nước ngoài quản lý. Trong khoa học pháp lý không có nhà lý luận nào bác bỏ hoặc đặt vấn đề xem xét lại quy chế bất khả xâm phạm của loại tài sản này. Tuy nhiên chúng ta cần lưu ý rằng, việc công nhận quy chế bất khả xâm phạm của loại tài sản này cũng như công nhận việc dành các quyền ưu đãi, miễn trừ ngoại giao cho các viên chức ngoại giao nước ngoài xuất phát trước hết từ luận thuyết về sự cần thiết chức năng, tạo điều kiện cho các viên chức ngoại giao, viên chức lãnh sự

của nước ngoài thực hiện chức năng nhiệm vụ đại diện cho quốc gia đã cử mình sang nước sở tại. Tuy nhiên, có thể nói rằng, không thể phủ nhận luận thuyết sự cần thiết chức năng, nhưng cái gốc, cái cơ sở đầu tiên để khẳng định loại tài sản này của quốc gia ở nước ngoài được hưởng quyền bất khả xâm phạm và hưởng quyền bất khả xâm phạm ở mức nào phải dựa trên chủ yếu nguyên tắc tôn trọng chủ quyền quốc gia, bình đẳng chủ quyền giữa các quốc gia và tôn trọng quyền miễn trừ tư pháp tuyệt đối của quốc gia trong sinh hoạt quốc tế.

3.3. Quy chế pháp lý của nhóm tài sản thứ ba

Vấn đề quy chế pháp lý của các tài sản mà quốc gia kế thừa chỉ đặt ra trong trường hợp một quốc gia mới hình thành do thắng lợi của cuộc cách mạng xã hội, hoặc do phân tách một quốc gia cũ thành hai hay nhiều quốc gia mới, hợp nhất các quốc gia cũ thành một quốc gia mới. Vấn đề này cũng được đặt ra trong trường hợp chuyển dịch một bộ phận lãnh thổ từ quốc gia này sang quốc gia khác.

Pháp luật và thực tiễn quốc tế thừa nhận quyền kế thừa của quốc gia trong các trường hợp nêu trên. Và đương nhiên các tài sản do quốc gia kế thừa phải thuộc quyền sở hữu của quốc gia đó. Về mặt lý luận, loại tài sản này phải được hưởng quy chế bất khả xâm phạm. Các quốc gia, nơi tồn tại của những tài sản này, có trách nhiệm tôn trọng và giúp cho quốc gia kế thừa thu hồi và quản lý những tài sản này. Sau ngày giải phóng hoàn toàn miền Nam Việt Nam, Nhà nước ta đã thu hồi tất cả các tài sản do chế độ Sài Gòn để lại ở nước ngoài. Hầu hết các nước đã tôn trọng quyền sở hữu của Nhà nước ta và giúp ta thu hồi các tài sản của chế độ Sài Gòn tồn tại trên lãnh thổ của họ. Một số nước có thái độ thù địch với

Nhà nước ta thì phong toả, nhưng cuối cùng cũng giao lại những tài sản đó cho nhà nước ta sau khi hai bên bình thường hoá quan hệ.

Riêng các tài sản của các tổ chức, cá nhân bị quốc hữu hoá và trở thành tài sản thuộc quyền sở hữu của quốc gia tiến hành quốc hữu hoá, thì thực tiễn có phức tạp hơn. Về mặt lý luận, quốc hữu hoá là một biện pháp kinh tế - xã hội, là vấn đề thuộc chủ quyền quốc gia của quốc gia tiến hành quốc hữu hoá. Vì vậy, việc quốc hữu hoá phải được tất cả các quốc gia cũng như các tổ chức, cá nhân trong và ngoài nước tôn trọng. Quốc gia tiến hành quốc hữu hoá tự quyết định quốc hữu hoá có bồi thường hoặc không có bồi thường; nếu có bồi thường thì mức độ và phương thức bồi thường ra sao. Vấn đề này cũng có thể được quy định trong các điều ước quốc tế mà quốc gia tiến hành quốc hữu hoá ký kết với các quốc gia có liên quan.

Do quốc hữu hoá mà những tài sản nhất định, những xí nghiệp nhất định, thậm chí cả một ngành hay từng bộ phận của cả ngành kinh tế thuộc quyền sở hữu của các tổ chức, cá nhân trở thành tài sản thuộc quyền sở hữu của quốc gia. Một khi đã trở thành tài sản của quốc gia theo quy định của pháp luật quốc gia, thì tài sản đó được hưởng quy chế pháp lý đặc biệt - được miễn trừ tư pháp, trừ trường hợp pháp luật của quốc gia tiến hành quốc hữu hoá có quy định khác.

Thực tiễn tư pháp quốc tế trong vấn đề liên quan đến tài sản bị quốc hữu hoá rất phức tạp. Những năm trước đây đã xảy ra những trường hợp các toà án của các nước phương Tây không tôn trọng quy chế bất khả xâm phạm của loại tài sản này của các nước xã hội chủ nghĩa và các nước đang phát triển có đường lối chính sách đối nội và đối ngoại độc lập.

Tóm lại, tài sản của quốc gia, dù quốc gia thủ đắc do kế

thừa các quốc gia khác hay do thực hiện các biện pháp quốc hữu hoá, khi tồn tại trên lãnh thổ nước ngoài đều được hưởng quyền bất khả xâm phạm, cụ thể là không ai được chiếm đoạt hay xâm phạm bằng bất cứ hình thức nào và bằng biện pháp gì; những tài sản này của quốc gia không thể bị bắt giữ, tịch biên, tịch thu, bắt bán đấu giá v.v..., trừ khi bản thân nhà nước chủ sở hữu công khai và chính thức từ bỏ quyền bất khả xâm phạm đó đối với những tài sản nhất định của mình.

3.4. Quy chế pháp lý của nhóm tài sản thứ tư

Nhóm tài sản thứ tư có được hưởng quy chế bất khả xâm phạm hay không là vấn đề phải bàn luận. Điểm đặc biệt cần lưu ý ở đây là loại tài sản này tuy thuộc quyền sở hữu của quốc gia, nhưng lại được giao cho các tổ chức có tư cách pháp nhân quản lý, sử dụng vào mục đích kinh doanh. Các luật gia của các nước xã hội chủ nghĩa trước đây và cả các luật gia Việt Nam đều cho rằng loại tài sản này không được hưởng quyền bất khả xâm phạm, trừ trường hợp pháp luật quốc gia có quy định khác¹. Sở dĩ như vậy là vì, như đã trình bày ở mục II của chương này, về mặt lý luận, khi nhà nước đã giao cho doanh nghiệp quản lý, sử dụng phục vụ cho hoạt động sản xuất, kinh doanh và pháp luật của quốc gia đã khẳng định doanh nghiệp có tư cách pháp nhân độc lập, tự hạch toán, tự chịu trách nhiệm dân sự trong phạm vi tài sản tự có hoặc được giao quản lý.

Pháp luật Việt Nam cũng đã khẳng định rằng tài sản của Nhà nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam được hưởng quyền miễn trừ tư pháp, nhưng nếu dùng vào mục đích kinh doanh thì không hưởng quyền miễn trừ tư pháp, trừ trường

1. M.M. Boguslavsky: *Tư pháp quốc tế* (tiếng Nga), Nxb. Quan hệ quốc tế, Mátxcơva, 1989, tr.180 – 182.

hợp pháp luật Việt Nam có quy định khác (Điều 9 của Nghị định số 60/CP ngày 6-6-1997 hướng dẫn thi hành các quy định của Bộ luật Dân sự về quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài). Đây là quy định rất quan trọng nhằm khắc phục tâm lý bán khoán, lo ngại của các tổ chức, cá nhân nước ngoài trong quan hệ kinh tế, thương mại, với các doanh nghiệp nhà nước Việt Nam.

Như vậy, các tổ chức cá nhân nước ngoài có thể hoàn toàn yên tâm khi tham gia vào quan hệ dân sự với các doanh nghiệp nhà nước của Việt Nam vì họ hoàn toàn bình đẳng với doanh nghiệp nhà nước Việt Nam trước pháp luật. Nhà nước Việt Nam không can thiệp vào hoạt động kinh doanh của các doanh nghiệp; các tổ chức, cá nhân nước ngoài hoàn toàn có quyền kiện các doanh nghiệp nhà nước của Việt Nam tại các toà án theo quy định của pháp luật; toà án có quyền áp dụng biện pháp sai áp đối với tài sản thuộc quyền quản lý của doanh nghiệp nhà nước để bảo đảm đơn kiện hoặc bảo đảm thi hành quyết định của toà án, trừ trường hợp pháp luật Việt Nam có quy định khác.

Vấn đề còn lại cần làm rõ là các trường hợp có quy định khác nêu trên. Trong thực tiễn tư pháp quốc tế đã từng có những trường hợp quốc gia tự quy định hoặc thoả thuận với quốc gia khác để quy định một số loại tài sản của quốc gia tuy đã giao cho các doanh nghiệp nhà nước để quản lý và phục vụ mục đích kinh doanh, nhưng khẳng định vẫn được hưởng quyền bất khả xâm phạm. Ví dụ, Điều 20 của Bộ Luật Hàng hải của Liên Xô trước đây quy định các tàu biển thuộc quyền sở hữu của Liên Xô không thể bị bắt giữ hay bị sai áp nếu không có sự đồng ý của Hội đồng Bộ trưởng Liên Xô; Điều 2 của Nghị định thư năm 1974 về thi hành Hiệp định hàng hải Liên Xô - Vương quốc Anh năm 1968 quy định tàu

biển và hàng hoá thuộc quyền sở hữu của quốc gia ký kết này không bị bắt hoặc bị giữ nhằm bảo đảm thi hành quyết định toà án của quốc gia ký kết kia, nhưng trong trường hợp này quốc gia chủ sở hữu sẽ áp dụng các biện pháp hành chính để bảo đảm thi hành quyết định đó của toà án.

Và như vậy, nếu pháp luật Việt Nam có quy định ngoại lệ đối với một số tài sản thuộc quyền sở hữu của Nhà nước Việt Nam, nhưng được giao cho các doanh nghiệp nhà nước quản lý, kinh doanh thì không có gì bất bình thường và hoàn toàn có thể chấp nhận được.

II- QUY CHẾ PHÁP LÝ DÂN SỰ CỦA TỔ CHỨC QUỐC TẾ LIÊN CHÍNH PHỦ

Tổ chức quốc tế liên chính phủ là chủ thể hạn chế của công pháp quốc tế hiện đại¹. Trong quá trình hoạt động của mình, tổ chức quốc tế liên chính phủ cũng phải tham gia vào nhiều mối quan hệ dân sự với các tổ chức và cá nhân nơi đặt trụ sở cũng như ở những nơi khác như ký kết các hợp đồng mua, thuê nhà làm trụ sở, mua, thuê đất để xây trụ sở, mua máy móc, phương tiện, thiết bị để trang bị cho trụ sở của mình v.v...

Khác với các quốc gia, tổ chức quốc tế liên chính phủ không phải là một thực thể độc lập có chủ quyền. Nó được các quốc gia thoả thuận thành lập để thực hiện một số nhiệm vụ hợp tác nhất định giữa các quốc gia thành viên. Vì vậy, khi tham gia vào các mối quan hệ dân sự với các tổ chức, cá nhân

1. *Giáo trình Luật quốc tế* (TS. Đoàn Năng chủ biên), Trường Đại học Tổng hợp Hà Nội, năm 1993, tr. 63, 64.

của các quốc gia, tổ chức quốc tế liên chính phủ không đương nhiên được hưởng quyền miễn trừ tư pháp.

Tổ chức quốc tế liên chính phủ được hưởng quyền miễn trừ tư pháp hay không, hưởng ở mức độ nào, phạm vi nào, hoàn toàn tùy thuộc vào hiệp định ký kết giữa bản thân tổ chức quốc tế liên chính phủ cụ thể với quốc gia nơi đặt trụ sở hoặc hiệp định giữa các quốc gia thành viên về việc này.

Thông thường nội dung quyền miễn trừ của tổ chức quốc tế liên chính phủ được thoả thuận phù hợp với yêu cầu bảo đảm cho tổ chức thực hiện được chức năng, nhiệm vụ của bản thân tổ chức. Theo các hiệp định do Liên hợp quốc ký với các quốc gia nơi Liên hợp quốc đặt trụ sở cơ quan của mình và theo thực tiễn quốc tế, Liên hợp quốc và các viên chức của Liên hợp quốc được hưởng các quyền ưu đãi, miễn trừ như cơ quan đại diện ngoại giao và viên chức ngoại giao của các quốc gia.

CHƯƠNG VI

VẤN ĐỀ HOÀN THIÊN HỆ THỐNG QUY PHẠM XUNG ĐỘT HƯỚNG DẪN CHỌN PHÁP LUẬT ĐIỀU CHỈNH CÁC QUAN HỆ DÂN SỰ CÓ YẾU TỐ NƯỚC NGOÀI Ở VIỆT NAM

Từ năm 1986 đến nay, cùng với việc mở rộng không ngừng mối quan hệ hợp tác kinh tế, khoa học - công nghệ và văn hoá với các nước trên thế giới, đặc biệt với các nước trong khu vực, các mối quan hệ xã hội có yếu tố nước ngoài thuộc phạm vi điều chỉnh của tất cả các lĩnh vực pháp luật từ pháp luật dân sự, tố tụng dân sự, lao động, tài chính, hành chính cho đến pháp luật hình sự, tố tụng hình sự, v.v. ngày càng phát triển, nội dung ngày càng đa dạng, phức tạp.

Thực tiễn đang đòi hỏi nâng cao hiệu quả điều chỉnh pháp lý các mối quan hệ nêu trên nhằm bảo vệ chủ quyền, lợi ích quốc gia, bảo vệ một cách có hiệu quả các quyền, lợi ích hợp pháp của các chủ thể tham gia các mối quan hệ đó, đồng thời góp phần thực hiện tốt chính sách của Đảng và Nhà nước ta trong việc chủ động và tích cực hội nhập với khu vực và thế giới.

Như đã trình bày ở Chương II, theo nguyên tắc bảo vệ chủ quyền quốc gia, tất cả các nước đều không bao giờ đặt vấn đề áp dụng pháp luật nước ngoài về hình sự, hành chính, tài chính, tố tụng (bao gồm cả tố tụng dân sự và tố tụng hình

sự), mặc dù các quan hệ xã hội trong những lĩnh vực này có yếu tố nước ngoài. Riêng trong lĩnh vực quan hệ dân sự (bao gồm cả quan hệ hôn nhân và gia đình) có yếu tố nước ngoài, tất cả các quốc gia đều chấp nhận cho áp dụng pháp luật nước ngoài trong những trường hợp nhất định và với những điều kiện nhất định. Việc áp dụng pháp luật nước mình hay pháp luật nước ngoài trong từng trường hợp cụ thể phải do bản thân pháp luật của nước mình hay điều ước quốc tế mà nước mình ký kết hoặc tham gia quy định. Nói cách khác, phải theo chỉ dẫn của quy phạm pháp luật. Trong khoa học về tư pháp quốc tế, như đã trình bày ở Chương I và Chương II, quy phạm hướng dẫn chọn pháp luật để điều chỉnh các quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài được gọi là quy phạm xung đột.

Trong phạm vi chương này, chúng ta tập trung phân tích, đánh giá thực trạng và phương hướng hoàn thiện hệ thống quy phạm xung đột trong các văn bản pháp luật của nước ta và cả trong các điều ước quốc tế mà nước ta ký kết hoặc tham gia nhằm nâng cao hiệu quả điều chỉnh pháp lý các mối quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài.

I- LỊCH SỬ PHÁT TRIỂN VÀ THỰC TRẠNG CÁC QUY PHẠM XUNG ĐỘT TRONG CÁC VĂN BẢN PHÁP LUẬT CỦA VIỆT NAM

1. Trước năm 1986

Trước khi có đường lối đổi mới của Đảng (1986), quan hệ hợp tác kinh tế, khoa học - công nghệ và văn hoá của nước ta với các nước còn hạn chế cả về phạm vi đối tác cũng như

lượng và chất. Vì vậy, các mối quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài cũng chưa thể phát triển mạnh, việc xây dựng các quy phạm xung đột hướng dẫn chọn pháp luật điều chỉnh các mối quan hệ này cũng chưa trở thành vấn đề bức xúc, thu hút sự quan tâm hay chú ý đúng mức của các cơ quan Nhà nước cũng như của các chuyên gia pháp luật.

Thông thường, các văn bản pháp luật của Nhà nước ta từ ngày thành lập năm 1945 cho tới trước năm 1986, ở những mức độ khác nhau, chỉ có các quy định về chế độ, chính sách chung cho tất cả người nước ngoài, đặc biệt đối với người nước ngoài định cư ở Việt Nam. Do hoàn cảnh chiến tranh kéo dài và chưa có sự thúc bách của thực tiễn điều chỉnh pháp lý các mối quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài, các cơ quan có thẩm quyền chưa có điều kiện và thời gian nghiên cứu xây dựng các loại quy phạm xung đột cụ thể để hướng dẫn chọn pháp luật điều chỉnh các quan hệ xã hội này mà chỉ dừng ở việc quy định chung là người nước ngoài ở Việt Nam phải tuân theo pháp luật Việt Nam hoặc vấn đề này hay vấn đề khác của người nước ngoài do pháp luật Việt Nam quy định. Ví dụ:

- Thông tư số 11/TATC ngày 12 tháng 7 năm 1974 của toà án tối cao về thủ tục giải quyết vấn đề ly hôn có yếu tố nước ngoài quy định thẩm quyền của Toà án Việt Nam trong việc giải quyết vấn đề ly hôn và khẳng định rằng, khi giải quyết vấn đề ly hôn, Toà án Việt Nam áp dụng pháp luật Việt Nam.

- Quyết định số 122/CP ngày 25-4-1977 của Hội đồng Chính phủ về chính sách đối với người nước ngoài cư trú và làm ăn sinh sống ở Việt Nam, Thông tư liên bộ Bộ Ngoại giao, Bộ Nội vụ số 178 /LB-NG-NV ngày 25-5-1977 hướng dẫn thi hành Quyết định 122/CP này đã quy định: vấn đề quyền sở hữu, thừa

kế, chọn ngành, chọn nghề, quyền và nghĩa vụ trong học tập, lao động, cư trú, đi lại của người nước ngoài cư trú, làm ăn sinh sống ở Việt Nam, tức là của người nước ngoài định cư ở Việt Nam do pháp luật Việt Nam quy định

- Điều lệ về đầu tư nước ngoài ở nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam ban hành kèm theo Nghị định số 115/CP của Hội đồng Chính phủ ngày 18-4-1977 (Điều 24) quy định: những tranh chấp giữa xí nghiệp, công ty có vốn đầu tư nước ngoài với các tổ chức kinh tế Việt Nam hoặc với nhân viên, công nhân Việt Nam làm việc trong các xí nghiệp, công ty đó hoặc với công dân Việt Nam khác, được xử lý theo pháp luật Việt Nam.

Trong nhiều văn bản pháp luật khác ban hành trong giai đoạn này cũng có cách quy định tương tự như cách quy định ở các văn bản nêu trên. Về mặt lý luận cũng như trên thực tế, quy định trên được hiểu là nội dung của quy phạm xung đột một bên - quy phạm xung đột chỉ quy định trường hợp áp dụng pháp luật nước mình.

Có thể nói, từ ngày thành lập cho tới trước năm 1986, Nhà nước Việt Nam chỉ có các quy định về việc áp dụng pháp luật Việt Nam để điều chỉnh các mối quan hệ dân sự có sự tham gia của các cá nhân, pháp nhân nước ngoài; chưa quy định trường hợp áp dụng pháp luật Việt Nam để điều chỉnh các quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài nhưng không có người nước ngoài tham gia; và cũng chưa có các quy định hướng dẫn chọn pháp luật nước ngoài để áp dụng trong những trường hợp nhất định¹.

1. Đoàn Năng: *Một số ý kiến về thực trạng và phương hướng hoàn thiện hệ thống quy phạm xung đột trong pháp luật Việt Nam hiện nay*, Tạp chí "Nhà nước và Pháp luật", số 11, 1998, tr. 40.

Pháp luật và thực tiễn điều chỉnh các mối quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài trước năm 1986 đã khẳng định một quan điểm rất quan trọng là: trên lãnh thổ Việt Nam, người nước ngoài phải tuân theo pháp luật Việt Nam, trừ trường hợp pháp luật Việt Nam và điều ước quốc tế mà Việt Nam ký kết hoặc tham gia có quy định khác. Đây là một trong những nguyên tắc cơ bản để xây dựng hệ thống các quy phạm điều chỉnh từng mối quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài.

2. Từ năm 1986 đến nay

2.1. Từ năm 1986 đến khi ban hành Bộ luật Dân sự năm 1995

Với việc ban hành Luật Hôn nhân và gia đình năm 1986, lần đầu tiên một văn bản ở tầm đạo luật chuyên ngành đã dành một số điều để quy định cụ thể việc áp dụng không chỉ pháp luật Việt Nam mà cả pháp luật nước ngoài để điều chỉnh quan hệ hôn nhân và gia đình có yếu tố nước ngoài. Song, Luật Hôn nhân và gia đình năm 1986 mới chỉ hướng dẫn chọn pháp luật để điều chỉnh nghi thức và điều kiện kết hôn giữa người nước ngoài với công dân Việt Nam ; chưa quy định về vấn đề huỷ việc kết hôn trái pháp luật, ly hôn, các quan hệ giữa vợ và chồng, giữa cha mẹ với con cái, vấn đề nuôi con nuôi có yếu tố nước ngoài nói chung và giữa công dân Việt Nam với người nước ngoài nói riêng.

Bắt đầu từ năm 1986 trở lại đây, công tác xây dựng văn bản quy phạm pháp luật ngày càng được đẩy mạnh do yêu cầu bức bách của sự phát triển kinh tế - xã hội nói chung và sự phát triển của các mối quan hệ kinh tế, thương mại, khoa học – công nghệ và văn hoá với các nước nói riêng, theo đường lối đổi mới của Đảng. Khi xây dựng các văn bản pháp luật, các cơ quan có thẩm quyền vẫn tiếp tục chú ý đến việc

xây dựng các quy phạm xung đột một bên - quy định việc áp dụng pháp luật Việt Nam để điều chỉnh các quan hệ có sự tham gia của cá nhân, pháp nhân nước ngoài. Ví dụ:

- Hiến pháp năm 1992 (Điều 81) khẳng định người nước ngoài cư trú trên lãnh thổ Việt Nam phải tuân theo Hiến pháp và pháp luật Việt Nam, được Nhà nước ta bảo hộ tính mạng, tài sản và các quyền lợi chính đáng theo pháp luật Việt Nam;

- Pháp lệnh hợp đồng kinh tế năm 1989 (Điều 43), Pháp lệnh hợp đồng dân sự năm 1991 (khoản 2 Điều 57) khẳng định rằng khi hợp đồng có cá nhân, pháp nhân nước ngoài tham gia được ký kết, đồng thời được thực hiện ở Việt Nam thì áp dụng pháp luật Việt Nam ;

- Luật Đất đai năm 1993 (chương V); Luật Bảo vệ môi trường năm 1993 (Điều 48); Pháp lệnh về quyền và nghĩa vụ của tổ chức, cá nhân nước ngoài thuê đất tại Việt Nam năm 1994 (các điều 2 và 3); Pháp lệnh bảo hộ quyền tác giả năm 1994 (Điều 45), v.v. đều quy định: trên lãnh thổ Việt Nam, pháp luật Việt Nam được áp dụng đối với các tổ chức, cá nhân nước ngoài, trừ trường hợp điều ước quốc tế mà Việt Nam ký kết hoặc tham gia có quy định khác.

Trong giai đoạn này, một số văn bản pháp luật khẳng định cho phép áp dụng pháp luật nước ngoài đối với những trường hợp nhất định và đã xây dựng được một số quy phạm xung đột hai bên - quy phạm hướng dẫn chọn pháp luật nói chung, không phân biệt pháp luật nước mình hay pháp luật nước ngoài; việc áp dụng pháp luật nước nào tùy thuộc vào loại hệ thuộc được ghi trong quy phạm xung đột như nơi có tài sản, nơi ký kết hợp đồng, nơi thực hiện hợp đồng, nơi cư trú của đương sự, nước mà đương sự mang quốc tịch, nơi xảy ra tai nạn, v.v.. ví dụ:

- Bộ luật Hàng hải năm 1990 (các điều 4, 5, 6 và 7) quy định áp dụng pháp luật của quốc gia mà tàu mang cờ để điều chỉnh quyền sở hữu tài sản trên tàu, hợp đồng cho thuê tàu, hợp đồng thuê thuyền viên, hợp đồng vận chuyển hành khách, vấn đề tai nạn đắm va, tổn thất chung;

- Luật Hàng không dân dụng năm 1991 (các điều 4, 5 và 17) quy định áp dụng pháp luật nơi đăng ký tàu bay để điều chỉnh quan hệ phát sinh trong tàu bay đang bay và các quyền về sở hữu tàu bay, việc trả công cứu hộ; pháp luật nơi ký kết hợp đồng điều chỉnh hình thức hợp đồng chuyển nhượng quyền sở hữu tàu bay; pháp luật nơi xảy ra tai nạn điều chỉnh tranh chấp phát sinh do tàu bay va chạm hoặc gây cản trở cho nhau hoặc do tàu bay đang bay gây thiệt hại cho người thứ ba ở mặt đất;

- Pháp lệnh Hôn nhân và gia đình giữa công dân Việt Nam với người nước ngoài năm 1993 quy định: pháp luật của nước mà đương sự mang quốc tịch điều chỉnh vấn đề điều kiện kết hôn và cấm kết hôn; quan hệ giữa vợ chồng, quyền và nghĩa vụ của cha mẹ và con được xác định theo pháp luật nơi thường trú chung của họ vào thời điểm phát sinh tranh chấp; v.v...

Ngoài các quy phạm xung đột được quy định trong các luật, pháp lệnh, trong giai đoạn này, các quy phạm xung đột còn được ghi nhận tại một số nghị định của Chính phủ hướng dẫn thi hành luật, pháp lệnh và ở cả một số nghị định riêng biệt; ví dụ: Nghị định số 18/CP ngày 16-4-1993 hướng dẫn chi tiết thi hành Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam (Điều 101), Nghị định số 175/CP ngày 18-10-1994 hướng dẫn thi hành Luật Bảo vệ môi trường (các điều 2 và 3) quy định trong các lĩnh vực này phải áp dụng pháp luật Việt Nam để giải quyết các tranh chấp, trừ trường hợp điều ước quốc tế

mà Việt Nam ký kết hoặc tham gia có quy định khác.

Trên cơ sở xem xét nội dung các quy định hướng dẫn chọn pháp luật điều chỉnh các quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài trước năm 1986 và từ 1986 đến trước khi ban hành Bộ luật Dân sự năm 1995, ta có thể rút ra một số kết luận như sau:

- Trong pháp luật Việt Nam mới chỉ hình thành các quy phạm xung đột để hướng dẫn chọn pháp luật điều chỉnh từng nhóm quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài. Các quy phạm này chưa đủ về số lượng, chưa bao quát hết các lĩnh vực quan trọng của quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài và chưa tạo thành một hệ thống.

- Trong một số lĩnh vực chuyên ngành (ví dụ các lĩnh vực: Đất đai, bảo vệ môi trường, v.v.), các văn bản pháp luật đều khẳng định rằng, trên lãnh thổ Việt Nam phải áp dụng pháp luật Việt Nam để điều chỉnh các quan hệ xã hội có người nước ngoài, tổ chức nước ngoài tham gia, trừ trường hợp điều ước quốc tế mà Việt Nam ký kết hoặc tham gia có quy định khác. Về mặt nội dung, đây thực chất là quy phạm xung đột một bên.

- Trong một số lĩnh vực như hàng không, hàng hải, hôn nhân và gia đình giữa công dân Việt Nam với người nước ngoài, pháp luật Việt Nam bắt đầu có các quy phạm xung đột hai bên để hướng dẫn chọn pháp luật áp dụng, không phân biệt pháp luật Việt Nam hay pháp luật nước ngoài. Nói cách khác, đến thời kỳ này đã chấm dứt tình trạng chỉ tồn tại các quy phạm xung đột một bên.

Tuy nhiên, việc áp dụng pháp luật nước ngoài, theo quy định của pháp luật Việt Nam trong giai đoạn này, chỉ được thực hiện khi pháp luật đó không trái với pháp luật Việt Nam (Điều 7 của Bộ luật Hàng hải Việt Nam năm 1990) hoặc

không trái với trật tự và lợi ích công cộng của Việt Nam (khoản 3 Điều 4 của Luật Hàng không dân dụng Việt Nam năm 1991).

2.2. Các quy phạm xung đột trong Bộ luật Dân sự năm 1995.

Việc dành toàn bộ Phần thứ VII (13 Điều, từ Điều 826 đến Điều 838) của Bộ luật để điều chỉnh các mối quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài là một bước tiến quan trọng trong quá trình xây dựng hệ thống các quy phạm xung đột ở nước ta. Nội dung cụ thể của Phần VII này như sau:

- Xác định khái niệm quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài dùng trong Bộ luật này (Điều 826) là quan hệ có người nước ngoài, pháp nhân nước ngoài tham gia hoặc căn cứ để xác lập, thay đổi, chấm dứt quan hệ đó phát sinh ở nước ngoài hoặc tài sản liên quan đến quan hệ đó tồn tại ở nước ngoài.

- Khẳng định việc áp dụng pháp luật nước ngoài phải theo chỉ dẫn của pháp luật Việt Nam hoặc điều ước quốc tế mà Việt Nam ký kết hoặc tham gia; nếu pháp luật nước ngoài dẫn chiếu trở lại pháp luật Việt Nam thì áp dụng pháp luật Việt Nam; nếu pháp luật Việt Nam hoặc điều ước quốc tế mà Việt Nam ký kết hoặc tham gia chưa quy định thì áp dụng tập quán quốc tế.

- Khi áp dụng pháp luật nước ngoài và tập quán quốc tế, phải bảo đảm nguyên tắc chỉ áp dụng pháp luật nước ngoài và tập quán quốc tế khi việc áp dụng hoặc hậu quả của việc áp dụng đó không trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam.

- Xây dựng một loạt quy phạm xung đột để hướng dẫn chọn pháp luật điều chỉnh các vấn đề cụ thể sau đây:

- + ***Xác định năng lực pháp luật dân sự của người***

nước ngoài - theo pháp luật Việt Nam, trừ trường hợp Bộ luật này và các văn bản khác của Việt Nam có quy định khác.

+ *Xác định năng lực hành vi dân sự của người nước ngoài* - theo pháp luật của nước mà người đó là công dân, trừ trường hợp pháp luật Việt Nam có quy định khác; nếu giao dịch dân sự được xác lập, thực hiện ở Việt Nam thì áp dụng pháp luật Việt Nam.

+ *Xác định năng lực pháp luật dân sự của pháp nhân nước ngoài* theo pháp luật của nước nơi pháp nhân đó thành lập, trừ trường hợp pháp luật Việt Nam có quy định khác; nếu giao dịch dân sự được xác lập, thực hiện ở Việt Nam thì áp dụng pháp luật Việt Nam.

+ *Về quyền sở hữu tài sản* - áp dụng pháp luật nơi có tài sản; quyền sở hữu động sản đang trên đường vận chuyển thì áp dụng pháp luật nơi động sản được chuyển đến, nếu không có thoả thuận khác; áp dụng pháp luật nơi có tài sản để phân biệt động sản và bất động sản.

+ *Hình thức hợp đồng* - phải tuân theo pháp luật nơi ký kết hợp đồng; *quyền và nghĩa vụ của các bên theo hợp đồng* phải theo pháp luật nơi thực hiện hợp đồng, nếu không có thoả thuận khác; hợp đồng được giao kết và thực hiện ở Việt Nam thì theo pháp luật Việt Nam; hợp đồng liên quan đến bất động sản ở Việt Nam thì theo pháp luật Việt Nam.

+ *Về bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng* - áp dụng pháp luật nơi xảy ra hành vi gây thiệt hại hoặc nơi phát sinh hậu quả thực tế của hành vi gây thiệt hại; nếu thiệt hại do tàu bay, tàu biển gây ra ở không phận quốc tế hoặc biển cả thì theo pháp luật của nước mà tàu bay, tàu biển mang quốc tịch, trừ trường hợp pháp luật về hàng không và hàng hải Việt Nam có quy định khác; nếu hành vi gây thiệt hại xảy ra

ngoài lãnh thổ Việt Nam mà bên thiệt hại và bên gây thiệt hại đều là công dân hoặc pháp nhân Việt Nam thì theo pháp luật Việt Nam.

+ ***Về quyền tác giả*** - áp dụng pháp luật Việt Nam và các điều ước quốc tế mà Việt Nam ký kết hoặc tham gia để bảo hộ, nếu tác phẩm của người nước ngoài, pháp nhân nước ngoài lần đầu tiên công bố, phổ biến hoặc được sáng tạo và thể hiện dưới hình thức nhất định tại Việt Nam.

+ ***Về quyền sở hữu công nghiệp*** - áp dụng pháp luật Việt Nam và các điều ước quốc tế mà Việt Nam ký kết hoặc tham gia để bảo hộ các đối tượng sở hữu công nghiệp đã được Việt Nam cấp văn bằng bảo hộ.

+ ***Về chuyển giao công nghệ*** - áp dụng pháp luật Việt Nam và các điều ước quốc tế mà Việt Nam ký kết hoặc tham gia đối với việc chuyển giao công nghệ giữa cá nhân, pháp nhân Việt Nam với người nước ngoài, pháp nhân nước ngoài; đối với việc chuyển giao công nghệ từ nước ngoài vào Việt Nam và từ Việt Nam ra nước ngoài.

2.3. Việc xây dựng các quy phạm xung đột từ sau năm 1995 đến trước khi ban hành Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000

Việc xây dựng các quy phạm xung đột trong Bộ luật Dân sự không loại trừ sự cần thiết xây dựng các quy phạm này trong các văn bản pháp luật chuyên ngành. Vì vậy các văn bản pháp luật ban hành sau ngày Bộ luật Dân sự ra đời như: Luật Khoáng sản năm 1996; Luật Đầu tư nước ngoài năm 1996; Luật Thương mại năm 1997 v.v., đều có chứa đựng quy phạm xung đột. Tuy nhiên, cũng như giai đoạn trước năm 1995, thông thường các văn bản pháp luật chuyên ngành chỉ có quy định về việc áp dụng pháp luật Việt Nam, tức là chỉ có quy phạm xung đột một bên. Riêng luật Thương mại, do đặc

thù của quan hệ thương mại có yếu tố nước ngoài, cho phép các bên tham gia hợp đồng thoả thuận chọn pháp luật nước ngoài, tập quán quốc tế để áp dụng, nếu pháp luật nước ngoài, tập quán quốc tế không trái với pháp luật Việt Nam.

Từ những điểm trên chúng ta có thể nói rằng, đến nay ở Việt Nam hầu hết các lĩnh vực đều đã có quy phạm xung đột một bên hoặc hai bên hướng dẫn chọn pháp luật điều chỉnh các mối quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài. Cũng có thể khẳng định, các quy phạm này đã tạo thành một hệ thống; nội dung các quy phạm xung đột đều chấp nhận được cả về lý luận và thực tiễn ¹.

Tuy vậy, phải thừa nhận rằng, cũng còn một số lĩnh vực quan hệ dân sự không kém phần quan trọng vẫn chưa có quy phạm xung đột hướng dẫn chọn pháp luật để áp dụng như: Quan hệ về thừa kế có yếu tố nước ngoài, quan hệ hôn nhân gia đình có yếu tố nước ngoài nhưng không có người nước ngoài tham gia v.v.. Một số lĩnh vực đã có quy phạm xung đột nhưng chưa đầy đủ và cụ thể. Ví dụ, trong lĩnh vực hợp đồng, Bộ luật Dân sự quy định việc chọn pháp luật để điều chỉnh hình thức hợp đồng, quyền và nghĩa vụ của các bên theo hợp đồng; Luật Thương mại cho phép các bên đương sự thoả thuận chọn pháp luật nước ngoài hoặc tập quán quốc tế để áp dụng đối với hợp đồng, nhưng chưa quy định phải tuân theo pháp luật nước nào về trình tự, thủ tục ký kết hợp đồng ngoại thương; Bộ luật Dân sự có quy định về vấn đề tuyên bố một người bị mất tích hoặc chết, nhưng không quy định hướng dẫn chọn pháp luật để điều chỉnh các vấn đề này khi có yếu tố nước ngoài v.v..

1. Đoàn Năng: *Tlđđ*, tr. 45.

Nguyên tắc áp dụng pháp luật nước ngoài và tập quán quốc tế cho đến nay được quy định ở nhiều văn bản khác nhau và không có sự thống nhất. Có văn bản quy định không áp dụng pháp luật nước ngoài nếu pháp luật nước ngoài trái với trật tự và lợi ích công cộng của Việt Nam (Điều 4 Luật Hàng không dân dụng Việt Nam năm 1991); có văn bản quy định không áp dụng pháp luật nước ngoài, nếu pháp luật nước ngoài trái với pháp luật Việt Nam một cách chung chung (Điều 7 của Bộ luật Hàng hải năm 1990, Điều 4 của Luật Thương mại năm 1997); theo Bộ luật Dân sự năm 1995 (khoản 4 Điều 827 và Điều 828), không áp dụng pháp luật nước ngoài và tập quán quốc tế, nếu việc áp dụng hoặc hậu quả của việc đó trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam, v.v..

Tình trạng trên gây khó khăn, lúng túng cho các cơ quan có thẩm quyền của ta khi giải quyết các vấn đề dân sự có yếu tố nước ngoài và khó khăn cho cả các bên đương sự trong việc bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của họ. Và đương nhiên, điều đó sẽ ảnh hưởng không tốt đến hiệu quả điều chỉnh pháp lý các mối quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài.

Nhìn chung, cần tiếp tục hoàn thiện hơn nữa hệ thống quy phạm xung đột trong pháp luật Việt Nam nhằm góp phần nâng cao hiệu quả điều chỉnh pháp lý các mối quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài, đáp ứng đòi hỏi của quá trình hội nhập với khu vực và quốc tế hiện nay.

2.4. Các quy phạm xung đột trong Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000

Luật Hôn nhân và gia đình được Quốc hội thông qua ngày 9-6-2000 đã dành riêng Chương XI (gồm 7 điều, từ Điều 100 đến Điều 106) cho việc điều chỉnh các quan hệ hôn nhân và gia đình có yếu tố nước ngoài. Nội dung của chương

này được quy định như sau:

a) Về bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của các bên trong quan hệ hôn nhân và gia đình có yếu tố nước ngoài

Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000 khẳng định Việt Nam tôn trọng và bảo vệ quan hệ hôn nhân và gia đình có yếu tố nước ngoài phù hợp với các quy định của pháp luật Việt Nam và các điều ước quốc tế mà Việt Nam ký kết hoặc tham gia. Người nước ngoài tại Việt Nam được hưởng các quyền và có nghĩa vụ như công dân Việt Nam trong quan hệ hôn nhân và gia đình với công dân Việt Nam, trừ trường hợp pháp luật Việt Nam có quy định khác. Nhà nước Việt Nam bảo hộ quyền và lợi ích hợp pháp của công dân Việt Nam ở nước ngoài trong quan hệ hôn nhân và gia đình.

Điểm đặc biệt đáng lưu ý là, việc luật khẳng định rất rõ các quy định của chương này cũng được áp dụng đối với quan hệ hôn nhân và gia đình giữa công dân Việt Nam với nhau mà một bên hoặc cả hai bên định cư ở nước ngoài.

b) Về áp dụng pháp luật nước ngoài đối với quan hệ hôn nhân và gia đình có yếu tố nước ngoài

Trong trường hợp pháp luật Việt Nam hoặc điều ước quốc tế mà Việt Nam ký kết hoặc tham gia quy định áp dụng pháp luật nước ngoài về hôn nhân và gia đình, thì áp dụng pháp luật nước ngoài đó, trừ trường hợp việc áp dụng đó trái với các nguyên tắc quy định trong luật này. Nếu pháp luật nước ngoài dẫn chiếu trở lại pháp luật Việt Nam thì áp dụng pháp luật Việt Nam.

c) Về thẩm quyền giải quyết các việc về hôn nhân và gia đình có yếu tố nước ngoài

Việc đăng ký kết hôn, nuôi con nuôi, giám hộ có yếu tố nước ngoài do Ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương thực hiện theo quy định của pháp luật Việt

Nam. Việc đăng ký kết hôn, nuôi con nuôi, giám hộ giữa công dân Việt Nam cư trú ở khu vực biên giới với công dân nước láng giềng cùng cư trú ở khu vực biên giới với Việt Nam sẽ do Chính phủ Việt Nam quy định riêng. Cơ quan đại diện ngoại giao, Cơ quan lãnh sự của Việt Nam ở nước ngoài thực hiện việc đăng ký kết hôn, nuôi con nuôi, giám hộ có yếu tố nước ngoài theo quy định của pháp luật Việt Nam và điều ước quốc tế mà Việt Nam ký kết hoặc tham gia, nếu không trái với pháp luật của nước sở tại; có trách nhiệm bảo hộ quyền và lợi ích hợp pháp của công dân Việt Nam trong quan hệ hôn nhân và gia đình có yếu tố nước ngoài.

Toà án nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương huỷ việc kết hôn trái pháp luật, giải quyết việc ly hôn, các tranh chấp về quyền, nghĩa vụ của vợ chồng, cha mẹ và con, về nhận cha mẹ, nhận con, nuôi con nuôi và giám hộ có yếu tố nước ngoài, xem xét công nhận hoặc không công nhận bản án, quyết định về hôn nhân và gia đình của toà án hoặc cơ quan có thẩm quyền khác của nước ngoài theo quy định của pháp luật Việt Nam. Những vấn đề này của công dân Việt Nam ở khu vực biên giới với công dân của nước láng giềng cùng cư trú ở khu vực biên giới với Việt Nam thì do Toà án nhân dân huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh nơi cư trú của công dân Việt Nam thực hiện theo quy định của pháp luật Việt Nam.

d) Về kết hôn có yếu tố nước ngoài

Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000 phân biệt hai trường hợp: Kết hôn giữa công dân Việt Nam với người nước ngoài và kết hôn giữa những người nước ngoài với nhau.

Trong việc kết hôn giữa công dân Việt Nam với người nước ngoài, mỗi bên tuân theo pháp luật của nước mình về điều kiện kết hôn. Nếu việc kết hôn này tiến hành trước cơ

quan có thẩm quyền của Việt Nam, thì người nước ngoài còn phải tuân theo pháp luật Việt Nam về điều kiện kết hôn.

Việc kết hôn giữa người nước ngoài với nhau tại Việt Nam trước cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam phải tuân theo pháp luật Việt Nam về điều kiện kết hôn.

Quy định trên có nghĩa là nếu người nước ngoài kết hôn với nhau ở nước ngoài và kết hôn với nhau tại Việt Nam nhưng không tiến hành trước cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam, hoặc họ kết hôn với công dân Việt Nam nhưng được tiến hành ở nước ngoài, thì người nước ngoài chỉ tuân theo pháp luật của nước ngoài.

đ) Về ly hôn có yếu tố nước ngoài

Trong vấn đề ly hôn có yếu tố nước ngoài, hệ thuộc chủ yếu được áp dụng là pháp luật nơi thường trú chung của hai vợ chồng với một số ngoại lệ và được quy định cụ thể như sau:

+ Việc ly hôn giữa công dân Việt Nam với người nước ngoài, giữa người nước ngoài với nhau thường trú tại Việt Nam được giải quyết theo pháp luật Việt Nam.

+ Bên là công dân Việt Nam không thường trú tại Việt Nam lúc xin ly hôn thì việc ly hôn được giải quyết theo pháp luật nơi thường trú chung của vợ chồng; nếu họ không có nơi thường trú chung thì theo pháp luật Việt Nam.

+ Việc giải quyết tài sản là bất động sản ở nước ngoài khi ly hôn theo pháp luật nơi có bất động sản đó.

e) Về nuôi con nuôi có yếu tố nước ngoài

Trong việc nuôi con nuôi, có ba vấn đề được Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000 quy định là: điều kiện nuôi con nuôi, quyền và nghĩa vụ giữa cha mẹ nuôi và con nuôi, việc chấm dứt nuôi con nuôi. Luật hướng dẫn chọn pháp luật như sau:

+ Nếu người nước ngoài xin nhận trẻ em Việt Nam hoặc trẻ em là người nước ngoài thường trú tại Việt Nam làm con nuôi, thì điều kiện nuôi con nuôi được xác định theo cả pháp luật Việt Nam và pháp luật của nước mà người xin con nuôi là công dân.

+ Việc công dân Việt Nam nhận trẻ em là người nước ngoài làm con nuôi đã được đăng ký tại cơ quan có thẩm quyền của nước ngoài thì được công nhận tại Việt Nam.

+ Quyền và nghĩa vụ giữa cha mẹ nuôi và con nuôi, việc chấm dứt nuôi con nuôi được xác định theo pháp luật Việt Nam, nếu việc nuôi con nuôi có yếu tố nước ngoài thực hiện ở Việt Nam; theo pháp luật nơi thường trú của con nuôi, nếu việc nuôi con nuôi giữa công dân Việt Nam với người nước ngoài được thực hiện ở nước ngoài.

g) Về giám hộ trong quan hệ hôn nhân và gia đình có yếu tố nước ngoài

Hệ thuộc chủ yếu được áp dụng trong việc giám hộ trong quan hệ hôn nhân và gia đình có yếu tố nước ngoài là pháp luật nơi thực hiện giám hộ và được quy định cụ thể như sau:

+ Việc giám hộ trong quan hệ hôn nhân và gia đình có yếu tố nước ngoài được thực hiện ở Việt Nam và việc giám hộ đăng ký tại Cơ quan đại diện ngoại giao, Cơ quan lãnh sự của Việt Nam ở nước ngoài đều phải tuân theo quy định của pháp luật Việt Nam.

+ Việc giám hộ trong quan hệ hôn nhân và gia đình giữa công dân Việt Nam với người nước ngoài được thực hiện tại nước ngoài thì quyền và nghĩa vụ giữa người giám hộ và người được giám hộ xác định theo pháp luật nơi thường trú của người giám hộ.

Như vậy, với việc ban hành Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000, về cơ bản, những khiếm khuyết trước đây của

pháp luật Việt Nam trong lĩnh vực điều chỉnh quan hệ hôn nhân và gia đình có yếu tố nước ngoài đã được khắc phục. Nhìn chung, các quy phạm xung đột hướng dẫn chọn pháp luật điều chỉnh quan hệ hôn nhân và gia đình có yếu tố nước ngoài trong luật này đều hợp lý. Như đã trình bày ở trên, đáng lưu ý nhất là Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000 đã bao quát được cả trường hợp quan hệ hôn nhân và gia đình có yếu tố nước ngoài, nhưng không có người nước ngoài tham gia. Đây là điều mà Bộ luật Dân sự Việt Nam năm 1995 chưa làm được.

Tuy nhiên, vẫn có những khiếm khuyết mà Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000 còn chưa khắc phục được. Ví dụ, cũng giống như nhiều văn bản pháp luật khác, bao gồm cả Bộ luật Dân sự Việt Nam năm 1995, Luật này vẫn giữ quan điểm cho rằng được áp dụng pháp luật nước ngoài theo chỉ dẫn của pháp luật Việt Nam hoặc của điều ước quốc tế mà Việt Nam ký kết hoặc tham gia, trừ trường hợp việc áp dụng đó trái với các nguyên tắc quy định trong luật này.

Như đã trình bày ở Chương II, nhìn chung, hành vi áp dụng pháp luật nước ngoài theo chỉ dẫn của pháp luật Việt Nam hoặc của điều ước quốc tế mà Việt Nam ký kết hoặc tham gia không bao giờ trái với các nguyên tắc cơ bản quy định trong pháp luật Việt Nam; vấn đề chính là ở hậu quả của hành vi đó.

II. PHƯƠNG HƯỚNG HOÀN THIỆN HỆ THỐNG CÁC QUY PHẠM XUNG ĐỘT Ở NƯỚC TA HIỆN NAY

1. Những quan điểm cơ bản

Trong quá trình tiếp tục hoàn thiện hơn nữa hệ thống các

quy phạm xung đột trong pháp luật Việt Nam, cần phải quán triệt một số quan điểm có tính nguyên tắc sau đây:

1.1. Góp phần tạo môi trường pháp lý ngày càng thuận lợi cho việc thực hiện chính sách mở cửa, làm bạn và đối tác tin cậy với tất cả các nước, hội nhập với khu vực và thế giới

Sự phát triển các mối quan hệ hợp tác giữa các quốc gia về kinh tế, thương mại, khoa học - công nghệ và văn hoá đòi hỏi phải có môi trường pháp lý quốc gia và quốc tế thuận lợi.

Hệ thống quy phạm xung đột hướng dẫn chọn pháp luật để điều chỉnh các mối quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài là một trong những bộ phận tạo nên cơ sở pháp lý, môi trường pháp lý thúc đẩy phát triển các mối quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài, đồng thời cũng thúc đẩy phát triển quan hệ hợp tác kinh tế, thương mại, khoa học - công nghệ và văn hoá giữa các quốc gia. Sở dĩ như vậy là vì, chủ thể tham gia ký kết, thực hiện cụ thể các giao dịch hay hợp đồng trong giao lưu quốc tế về kinh tế, thương mại, khoa học - công nghệ và văn hoá chủ yếu là các cá nhân, pháp nhân của các quốc gia. Có thể nói rằng, thực chất tất cả các quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài là hệ quả tất yếu của giao lưu quốc tế nói chung giữa các quốc gia, đặc biệt giao lưu quốc tế của các quốc gia về kinh tế, thương mại, khoa học - công nghệ và văn hoá.

Với những lý do nêu trên, cần phải khẳng định rằng, mục tiêu và nhiệm vụ xây dựng, hoàn thiện hệ thống quy phạm xung đột hướng dẫn chọn pháp luật điều chỉnh các mối quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài phải nhằm góp phần thúc đẩy phát triển quan hệ hợp tác giữa Việt Nam với các nước, các tổ chức quốc tế theo tinh thần của chính sách mở cửa, mở rộng quan hệ nhiều mặt, chủ động, tích cực hội nhập với khu vực và thế giới mà Đảng và Nhà nước ta đã khẳng định.

1.2. Bảo vệ chủ quyền và lợi ích quốc gia trên cơ sở các nguyên tắc cơ bản của công pháp quốc tế và tư pháp quốc tế hiện đại

Trong thế giới hiện đại, quá trình toàn cầu hoá về kinh tế, việc các quốc gia hội nhập với khu vực và thế giới là xu thế khách quan; sự tùy thuộc lẫn nhau cũng là xu thế khách quan và ngày càng gia tăng đã và đang đặt ra cho các nước, đặc biệt là các nước đang phát triển những cơ hội thách thức lớn. Song điều đó vẫn không làm triệt tiêu độc lập, chủ quyền của mỗi quốc gia.

Thế giới hiện đại vẫn là thế giới của các quốc gia độc lập, có chủ quyền, nhưng quan hệ chặt chẽ với nhau và tùy thuộc lẫn nhau trong quá trình tồn tại và phát triển.

Trong việc điều chỉnh các mối quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài, mỗi quốc gia, kể cả Việt Nam, đều quan tâm thúc đẩy sự phát triển của các quan hệ này, nhưng phải dựa trên cơ sở và xử lý hài hoà việc bảo vệ độc lập, chủ quyền, nền văn hoá và lợi ích quốc gia của mình, chống lại áp đặt, cưỡng quyền với việc tôn trọng chủ quyền và lợi ích của các quốc gia khác.

Với tinh thần nêu trên, cần tiếp tục quan điểm “nhập gia tùy tục” như ông cha ta đã tổng kết và pháp luật nước ta đã khẳng định, đồng thời trong những trường hợp có thể được hoặc cần thiết, với những điều kiện nhất định, thì có thể cho phép áp dụng pháp luật nước ngoài để điều chỉnh quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài.

1.3. Bảo đảm tính thống nhất, đồng bộ của hệ thống quy phạm xung đột trong pháp luật Việt Nam

Mọi quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài đều cần phải có hướng dẫn chọn pháp luật để điều chỉnh nhằm tạo điều kiện thuận lợi cho các cơ quan có thẩm quyền giải quyết các vấn

đề phát sinh, còn các chủ thể tham gia các quan hệ đó có đủ căn cứ pháp luật để bảo vệ các quyền và lợi ích hợp pháp của mình.

Thực tiễn điều chỉnh các mối quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài những năm qua cho chúng ta thấy rằng, hệ thống quy phạm xung đột hướng dẫn chọn pháp luật không đồng bộ, không thống nhất đã gây khó khăn cho các cơ quan Nhà nước có thẩm quyền trong khi thi hành nhiệm vụ và cho cả các cá nhân, tổ chức trong nước và nước ngoài khi họ tham gia vào các quan hệ xã hội đó.

1.4. Bảo vệ có hiệu quả các quyền và lợi ích hợp pháp của các tổ chức và cá nhân tham gia quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài

Tạo cơ sở pháp lý vững chắc cho việc bảo vệ có hiệu quả các quyền và lợi ích hợp pháp của tất cả các chủ thể tham gia các mối quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài, bao gồm cả cá nhân, pháp nhân Việt Nam và cá nhân, pháp nhân nước ngoài là một yêu cầu không thể coi nhẹ. Sở dĩ như vậy là vì, nếu không bảo vệ một cách có hiệu quả các quyền và lợi ích hợp pháp của các chủ thể thì họ khó có thể mạnh dạn tham gia hay tham gia ngày càng nhiều vào các quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài. Các tổ chức, cá nhân nước ngoài khó có thể tham gia vào quan hệ dân sự với các tổ chức, cá nhân Việt Nam, nếu họ thấy rằng cơ sở pháp lý không thuận lợi để họ bảo vệ một cách có hiệu quả các quyền, lợi ích chính đáng, hợp pháp của mình. Và ngược lại, các tổ chức, cá nhân Việt Nam sẽ cũng có vấn đề như vậy khi tham gia các quan hệ này.

2. Phương hướng

Xuất phát từ thực trạng hệ thống quy phạm xung đột của

nước ta hiện nay và từ những quan điểm cơ bản nêu trên, phương hướng hoàn thiện hệ thống quy phạm xung đột này, nhìn chung, nên được xác định như sau:

2.1. Trước hết nên cân nhắc để xác định một cách chuẩn xác khái niệm quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài và nguyên tắc áp dụng pháp luật nước ngoài, với các lý do như sau:

a) Việc xác định chuẩn xác khái niệm quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài có ý nghĩa quan trọng đối với việc xác định phạm vi quan hệ xã hội cần phải có quy phạm xung đột để hướng dẫn chọn pháp luật áp dụng.

Ví dụ, theo Điều 826 của Bộ luật Dân sự năm 1995, quan hệ có yếu tố nước ngoài là quan hệ dân sự có người nước ngoài, pháp nhân nước ngoài tham gia hoặc căn cứ để xác lập, thay đổi, chấm dứt quan hệ đó phát sinh ở nước ngoài hoặc tài sản tồn tại ở nước ngoài.

Song, trong thực tiễn còn có trường hợp vượt ra ngoài phạm vi quy định của Điều 826 nói trên. Đó là trường hợp quan hệ dân sự có sự tham gia của Nhà nước nước ngoài hay trường hợp quan hệ hôn nhân và gia đình, v.v., giữa công dân Việt Nam với nhau khi một người trong số họ cư trú ở nước ngoài. Vì vậy, nên chăng phải hiểu quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài là quan hệ dân sự có ít nhất một bên tham gia là người nước ngoài, pháp nhân nước ngoài, Nhà nước nước ngoài hoặc có ít nhất một bên tham gia cư trú ở nước ngoài, hoặc căn cứ để xác lập, thay đổi, chấm dứt quan hệ đó phát sinh ở nước ngoài, hoặc tài sản liên quan đến quan hệ đó ở nước ngoài.

b) Việc xác định một cách chuẩn xác nguyên tắc áp dụng pháp luật nước ngoài cũng có ý nghĩa đặc biệt quan trọng đối với việc xây dựng hệ thống quy phạm xung đột. Nếu xác định

không chuẩn xác thì hoặc sự tồn tại của hệ thống quy phạm xung đột hoặc bản thân nguyên tắc đó chỉ có tính chất hình thức.

Như đã trình bày ở Mục I, trong các văn bản hiện hành có chỗ khẳng định áp dụng pháp luật nước ngoài theo chỉ dẫn của quy phạm xung đột, nếu pháp luật nước ngoài không trái với pháp luật Việt Nam (Điều 7 của Bộ luật Hàng hải Việt Nam, Điều 4 của Luật Thương mại), hoặc nếu không trái với trật tự và lợi ích công cộng của Việt Nam (khoản 3, Điều 4 của Luật Hàng không dân dụng Việt Nam); hoặc nếu việc áp dụng hay hậu quả của việc đó không trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam (Điều 828 của Bộ luật Dân sự); hoặc nếu việc áp dụng đó không trái với các nguyên tắc quy định trong luật này (Điều 101 Luật Hôn nhân và gia đình Việt Nam). Các cách quy định nêu trên vừa chưa thật không thống nhất vừa chưa thật chuẩn xác cả về mặt lý luận lẫn thực tiễn.

Như đã trình bày ở Chương II, thực tiễn đã cho chúng ta thấy rằng, pháp luật các nước tư bản chủ nghĩa đương nhiên trái pháp luật nước ta về bản chất giai cấp; các quy định cụ thể trong pháp luật của họ cũng không giống pháp luật nước ta, nếu có giống thì chỉ giống về mặt hình thức. Vì vậy, việc khẳng định trái pháp luật Việt Nam thì không áp dụng pháp luật nước ngoài, mặc dù quy phạm xung đột đã chỉ dẫn áp dụng pháp luật nước ngoài, thì sẽ dẫn đến tình trạng phủ nhận hoàn toàn việc áp dụng pháp luật nước ngoài. Điều này không phù hợp với thực tiễn của nước ta trong việc áp dụng pháp luật nước ngoài và cũng không đúng về mặt lý luận.

Nếu khẳng định không áp dụng pháp luật nước ngoài khi việc áp dụng pháp luật nước ngoài trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam cũng không đúng cả về mặt lý

luận cũng như thực tiễn. Bản thân hành vi áp dụng pháp luật nước ngoài là hành vi hợp pháp, có cơ sở pháp lý là chỉ dẫn của quy phạm xung đột và không thể nói nó trái hay không trái nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam. Chỉ có hậu quả của việc áp dụng pháp luật nước ngoài mới có thể trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam.

Nhìn chung, sẽ là đúng và đủ khi khẳng định rằng, *không áp dụng pháp luật nước ngoài, nếu hậu quả của việc đó trái với những nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam.*

2.2. Không nên đặt vấn đề xây dựng một đạo luật hay một pháp lệnh về tư pháp quốc tế để gom tất cả các quy phạm xung đột hướng dẫn chọn pháp luật điều chỉnh các loại quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài vào một chỗ như một số nước trên thế giới đã làm và một số ít quan điểm tại Việt Nam đã nêu.

Hiện nay ngoài các quy phạm xung đột được ghi nhận tại Bộ luật Dân sự, các quy phạm xung đột khác của Việt Nam được xây dựng cho từng loại quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài và nằm ngay trong các văn bản pháp luật của từng chuyên ngành.

Thực tiễn điều chỉnh pháp lý các quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài ở nước ta từ trước đến nay cho thấy các quy phạm xung đột áp dụng điều chỉnh từng loại quan hệ dân sự nằm trong văn bản pháp luật của từng chuyên ngành là hợp lý nhất. Bởi vì, mỗi loại quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài đều có đặc thù và cần có các quy phạm xung đột đặc thù, hơn nữa, không thể không quan tâm bảo đảm sự thuận tiện nhất cho các cơ quan, tổ chức và cá nhân khi vận dụng pháp luật.

Ví dụ, do đặc thù của lĩnh vực hàng không dân dụng, Luật Hàng không dân dụng Việt Nam (Điều 5) quy định các

quyền về sở hữu tàu bay được xác định theo pháp luật quốc gia nơi đăng ký tàu bay, trong khi đó Bộ luật Dân sự Việt Nam (Điều 833) quy định việc xác lập, chấm dứt quyền sở hữu, nội dung quyền sở hữu đối với tài sản được xác định theo pháp luật nơi có tài sản, trừ trường hợp pháp luật Việt Nam có quy định khác. Chính việc Điều 833 của Bộ luật Dân sự khẳng định trừ trường hợp pháp luật Việt Nam có quy định khác chứng tỏ về mặt pháp lý, Nhà nước ta cũng đã chấp nhận phương án để cho các văn bản pháp luật chuyên ngành quy định quy phạm xung đột cho phù hợp với đặc thù của chúng, không cần gom tất cả các quy phạm xung đột vào một đạo luật hay một pháp lệnh.

Như vậy, khi xây dựng các văn bản pháp luật mới về từng lĩnh vực chuyên ngành, phải chú ý xây dựng các quy phạm xung đột ngay trong các văn bản pháp luật chuyên ngành đó.

Nếu các văn bản pháp luật chuyên ngành đã được ban hành trong đó chưa có hoặc có nhưng chưa đầy đủ quy phạm xung đột, thì nên sớm tiến hành bổ sung vào các văn bản này những quy phạm xung đột cần thiết để áp dụng nhằm bảo đảm có đầy đủ quy phạm hướng dẫn chọn pháp luật điều chỉnh tất cả các loại quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài.

Ví dụ, quan hệ thừa kế, vấn đề công nhận một người là mất tích hoặc chết, v.v., thuộc phạm vi điều chỉnh của Bộ luật Dân sự, nhưng Bộ luật Dân sự năm 1995 và các văn bản khác có liên quan đang hiện hành chưa có quy phạm xung đột nào. Trên thực tế, có những quan hệ hôn nhân và gia đình có yếu tố nước ngoài nhưng không có người nước ngoài tham gia và cũng cần được điều chỉnh về mặt pháp lý, song pháp luật hiện nay chưa có quy phạm xung đột để hướng dẫn chọn pháp luật.

Trong một số lĩnh vực tuy đã có quy phạm xung đột,

nhưng từng quan hệ cụ thể chưa có đủ quy phạm xung đột. Ví dụ, Điều 834 Bộ luật Dân sự, Điều 4 Luật Thương mại hướng dẫn chọn pháp luật áp dụng đối với hình thức hợp đồng, đối với quyền, nghĩa vụ theo hợp đồng, nhưng chưa quy định pháp luật áp dụng đối với trình tự, thể thức ký kết hợp đồng ngoại thương.

Như vậy, hệ thống quy phạm xung đột trong pháp luật nước ta hiện nay bao gồm cả quy phạm xung đột một bên và quy phạm xung đột hai bên. Có những trường hợp có thể xây dựng được quy phạm xung đột hai bên, nhưng chúng ta lại xây dựng quy phạm xung đột một bên, cho nên nếu xảy ra tình trạng khi không thuộc trường hợp phải áp dụng pháp luật Việt Nam thì có thể có việc không biết phải áp dụng pháp luật nước nào. Vì vậy, bên cạnh việc xây dựng quy phạm xung đột một bên, phải đặc biệt chú trọng xây dựng quy phạm xung đột hai bên trong những trường hợp có thể chấp nhận được, nhằm tránh tình trạng nêu trên.

III- VẤN ĐỀ NƯỚC TA THAM GIA XÂY DỰNG CÁC QUY PHẠM XUNG ĐỘT THỐNG NHẤT BẰNG CÁCH KÝ KẾT CÁC ĐIỀU ƯỚC QUỐC TẾ

Đồng thời với việc xây dựng hệ thống quy phạm xung đột trong pháp luật quốc gia, hơn chục năm qua Nhà nước ta đã chú ý đẩy mạnh việc đàm phán và đã ký kết được hàng chục điều ước quốc tế để xây dựng các quy phạm thực chất thống nhất; trong trường hợp không xây dựng được quy phạm thực chất thống nhất thì xây dựng quy phạm xung đột thống nhất, tức là thống nhất việc hướng dẫn chọn pháp luật nhằm góp phần nâng cao hiệu quả điều chỉnh pháp lý các mối quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài.

Trong số các điều ước quốc tế mà Việt Nam ký kết hoặc tham gia có chứa đựng các quy phạm xung đột thống nhất, trước hết phải kể đến các hiệp định tương trợ tư pháp. Tuy nhiên cũng phải thấy rằng, phạm vi quan hệ xã hội mà các hiệp định này xây dựng các quy phạm xung đột thống nhất không hoàn toàn giống nhau. Số lượng các quy phạm xung đột thống nhất trong các hiệp định tương trợ tư pháp cũng không như nhau. Và cũng có một số hiệp định tương trợ tư pháp chỉ quy định những vấn đề tố tụng dân sự (ví dụ Hiệp định tương trợ tư pháp Việt – Pháp năm 1999), không chứa đựng bất kỳ quy phạm xung đột thống nhất nào.

Nhiều hiệp định tương trợ tư pháp giữa nước ta với các nước khác chứa đựng khá nhiều quy phạm xung đột pháp luật, bao gồm không chỉ các quy phạm xung đột pháp luật về năng lực pháp luật, năng lực hành vi dân sự của cá nhân, pháp nhân, về kết hôn, quan hệ vợ chồng, ly hôn, quan hệ giữa cha mẹ và con cái, nuôi con nuôi, về vấn đề thừa kế mà gồm cả các quy phạm xung đột pháp luật về nghĩa vụ hợp đồng, về nghĩa vụ ngoài hợp đồng, về tài sản và về quan hệ lao động v.v.. Điển hình nhất trong số này là Hiệp định tương trợ tư pháp Việt - Nga năm 1998, Hiệp định tương trợ tư pháp Việt – Lào năm 1998, Hiệp định tương trợ tư pháp Việt Nam – Ucraina năm 2000, Hiệp định tương trợ tư pháp Việt Nam – Mông Cổ năm 2000 v.v..

Trong các hiệp định tương trợ tư pháp giữa Việt Nam với các nước như Nga, Ucraina v.v., nội dung cơ bản của một số quy phạm xung đột thống nhất được quy định như sau:

1. Về năng lực pháp luật và năng lực hành vi dân sự của các chủ thể

Năng lực pháp luật của công dân các bên ký kết trong

linh vực bảo vệ pháp lý đối với nhân thân và tài sản được xác định theo chế độ dân tộc quốc dân, tức là theo pháp luật của nơi các quyền về nhân thân và tài sản cần phải được bảo vệ.

Năng lực hành vi của cá nhân được xác định theo pháp luật của nước mà cá nhân mang quốc tịch.

Năng lực pháp luật và năng lực hành vi của pháp nhân thì theo pháp luật nơi thành lập pháp nhân đó.

2. Trong lĩnh vực hôn nhân và gia đình

Điều kiện kết hôn được xác định theo pháp luật của nước mà đương sự mang quốc tịch đồng thời vẫn phải tuân theo pháp luật nơi tiến hành kết hôn về các trường hợp cấm kết hôn.

Nghi thức kết hôn được xác định theo pháp luật của nước nơi tiến hành kết hôn.

Quan hệ vợ chồng được xác định theo pháp luật của nước nơi họ cùng thường trú; nếu họ không cùng thường trú ở một nước thì theo pháp luật của nước mà họ cùng chung quốc tịch, và nếu họ cũng không cùng chung quốc tịch thì theo pháp luật của nước họ thường trú cuối cùng.

Việc ly hôn được giải quyết theo pháp luật của nước có cơ quan có thẩm quyền giải quyết vụ ly hôn.

Quan hệ giữa cha mẹ và con cái được xác định theo pháp luật của nước nơi họ cùng thường trú; nếu họ không cùng thường trú ở một nước thì theo pháp luật của nước mà người con là công dân.

Việc nhận cha cho con, việc nhận trẻ em làm con nuôi được giải quyết theo pháp luật của nước mà người con là công dân, nhưng cũng có hiệp định quy định áp dụng pháp luật của nước mà người nuôi là công dân.

Các vấn đề giám hộ, trợ tá được xác định theo pháp luật

của bên ký kết mà người được giám hộ và trợ tá là công dân, trừ trường hợp hiệp định có quy định khác.

3. Trong lĩnh vực thừa kế

Việc thừa kế động sản được thực hiện theo pháp luật của nước mà người để lại động sản là công dân lúc qua đời.

Việc thừa kế bất động sản được thực hiện theo pháp luật của nước nơi có di sản là bất động sản.

Việc phân biệt di sản là động sản hoặc bất động sản phải tuân theo pháp luật của nơi có di sản.

4. Trong lĩnh vực nghĩa vụ dân sự

Hình thức của hợp đồng phải tuân theo pháp luật nơi ký kết hợp đồng. Hình thức của hợp đồng về bất động sản phải tuân theo pháp luật nơi có bất động sản đó.

Nghĩa vụ hợp đồng được xác định theo pháp luật do các bên lựa chọn, nếu không trái với pháp luật của các bên ký kết.

Việc bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng phải tuân theo pháp luật nơi xảy ra hành vi gây thiệt hại. Nếu nguyên đơn và bị đơn đều là công dân của một bên ký kết hoặc đều được thành lập hoặc có trụ sở ở một bên ký kết, thì áp dụng pháp luật của bên ký kết đó.

5. Trong lĩnh vực lao động

Quan hệ pháp lý phát sinh từ việc xác lập, thay đổi, chấm dứt quan hệ lao động, cũng như các yêu cầu liên quan do pháp luật của bên ký kết nơi cá nhân đang, đã hoặc cần phải thực hiện công việc điều chỉnh.

Các bên tham gia hợp đồng lao động có thể thoả thuận bằng văn bản tự lựa chọn pháp luật của một trong các bên ký kết để áp dụng, nếu pháp luật nơi tiến hành các quan hệ lao

động không cấm.

Nhìn chung, nội dung các quy phạm xung đột thống nhất trong các hiệp định tương trợ tư pháp giữa nước ta với các nước ngoài đều phù hợp với đặc điểm các quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài liên quan đến các bên ký kết hiệp định, và cũng phù hợp với thông lệ quốc tế trong lĩnh vực này. Song, rất tiếc phạm vi các quan hệ có yếu tố nước ngoài được điều chỉnh bằng quy phạm xung đột thống nhất chưa nhiều, thậm chí có những hiệp định tương trợ tư pháp chưa có các quy phạm loại này. Có thể nói các quy phạm xung đột thống nhất chưa tạo thành một hệ thống riêng. Các quy phạm này bổ sung cho hệ thống quy phạm xung đột của pháp luật trong nước về việc điều chỉnh các mối quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài.

Nhìn chung, việc đàm phán, ký kết loại điều ước quốc tế nêu trên nên tiếp tục được đẩy mạnh, mở rộng hơn nữa phạm vi các quan hệ có yếu tố nước ngoài được điều chỉnh bằng quy phạm xung đột thống nhất, nếu như không xây dựng được quy phạm thực chất thống nhất. Nói cách khác, cùng với quá trình hoàn thiện hệ thống quy phạm xung đột trong pháp luật quốc gia, chúng ta cần phấn đấu xây dựng một hệ thống quy phạm xung đột thống nhất ngày càng đầy đủ và đồng bộ, nhằm nâng cao hiệu quả điều chỉnh pháp lý các mối quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài.

CHƯƠNG VII

TỔ TỤNG DÂN SỰ QUỐC TẾ

I. KHÁI NIỆM VÀ NHỮNG NGUYÊN TẮC CƠ BẢN CỦA TỔ TỤNG DÂN SỰ QUỐC TẾ

1. Khái niệm tổ tụng dân sự quốc tế

Trong sách báo về tư pháp quốc tế, các nhà lý luận ít khi đưa ra định nghĩa về tổ tụng dân sự quốc tế¹ hoặc cố gắng đưa ra một định nghĩa nhưng chưa thật hoàn chỉnh. Ví dụ, có quan điểm cho rằng “tổ tụng dân sự quốc tế là tổng hợp những vấn đề có tính chất tổ tụng, liên quan đến việc bảo hộ quyền lợi của người nước ngoài tại các cơ quan toà án hay trọng tài², v.v.. Quan điểm này không làm rõ tính chất tổ tụng là như thế nào, không đặt vấn đề bảo vệ các quyền và lợi ích hợp pháp của tất cả các chủ thể tham gia quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài mà chỉ đề cập việc bảo vệ các quyền và lợi ích của người nước ngoài, đồng thời còn lẫn lộn giữa tổ tụng dân sự với tổ tụng trọng tài.

1. L.A. Lunts: *Tư pháp quốc tế* (tiếng Nga - phần tổ tụng dân sự quốc tế), Nxb. Sách pháp lý, Mátxcơva, 1976, tr.9-33.

2. M.M. Boguslavsky: *Tư pháp quốc tế* (tiếng Nga), Nxb. Quan hệ quốc tế, Mátxcơva, 1989, tr.317-318.

Nhìn chung, tố tụng dân sự thông thường được hiểu là những hoạt động của toà án trong việc giải quyết các vụ việc, án kiện dân sự và bảo đảm thi hành các bản án, các quyết định dân sự của toà án theo một trình tự, thủ tục do pháp luật quy định.

Với cách hiểu trên, tố tụng dân sự quốc tế là hoạt động của toà án trong việc giải quyết các vụ việc, án kiện dân sự phát sinh từ các mối quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài và bảo đảm thi hành các bản án, các quyết định dân sự về các án kiện, vụ việc dân sự đó theo một trình tự, thủ tục do pháp luật quy định. Định nghĩa này giúp chúng ta khắc phục được tất cả những nhược điểm như trên.

Điều đặc biệt cần lưu ý ở đây là, thuật ngữ "tố tụng dân sự quốc tế" là thuật ngữ được dùng hoàn toàn có tính chất quy ước, bởi vì chính các toà án của từng nước chứ không phải toà án quốc tế giải quyết các vụ việc, án kiện dân sự có yếu tố nước ngoài; trình tự, thủ tục xét xử cũng như việc bảo đảm thi hành các bản án, các quyết định dân sự về các án kiện, vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài, do pháp luật của từng nước quy định. Tuy nhiên, do các vụ việc, án kiện dân sự có yếu tố nước ngoài, tức là các vụ việc, án kiện dân sự liên quan đến ít nhất hai nước, một số vấn đề của tố tụng dân sự quốc tế, ở mức độ nào đó, có thể được thoả thuận quy định trong các điều ước quốc tế. Ví dụ như các vấn đề về quy chế pháp lý của cá nhân, pháp nhân nước ngoài, của Nhà nước nước ngoài trong lĩnh vực tố tụng dân sự, việc phân định thẩm quyền giữa các nước trong việc giải quyết các vụ việc, án kiện dân sự có yếu tố nước ngoài; uỷ thác tư pháp, công nhận và thi hành bản án, quyết định dân sự của Toà án nước ngoài.

2. Những nguyên tắc cơ bản của tổ tụng dân sự quốc tế

Một vấn đề không ai có thể phủ nhận được là, mỗi hệ thống pháp luật, mỗi ngành pháp luật trong từng hệ thống đều có những nguyên tắc đặc thù của mình. Mỗi chế định trong từng ngành pháp luật cũng phải có những nguyên tắc đặc thù của nó. Chính tính chất và đặc điểm của các nhóm, các loại quan hệ xã hội do hệ thống, ngành hay chế định pháp luật điều chỉnh đòi hỏi phải như vậy.

Với tư cách là một bộ phận của tư pháp quốc tế, tổ tụng dân sự quốc tế phải tuân theo các nguyên tắc cơ bản của tư pháp quốc tế, đồng thời cũng có những nguyên tắc cơ bản, đặc thù của mình.

Trong việc xác định hệ thống những nguyên tắc cơ bản, đặc thù của tổ tụng dân sự quốc tế hiện nay còn có những quan điểm rất khác nhau. Thậm chí nhiều học giả còn không đặt vấn đề nghiên cứu, tìm hiểu hệ thống nguyên tắc này¹. Song, từ góc độ lý luận, thực tiễn xây dựng các điều ước quốc tế cũng như thực tiễn xây dựng và thi hành pháp luật của các nước trong lĩnh vực này, phải khẳng định rằng các nguyên tắc cơ bản, đặc thù của tổ tụng dân sự quốc tế bao gồm²:

- Tôn trọng chủ quyền, an ninh quốc gia của nhau;
- Tôn trọng quyền miễn trừ tư pháp của Nhà nước nước ngoài và của những người được hưởng quyền ưu đãi, miễn trừ ngoại giao, lãnh sự;
- Bảo đảm quyền bình đẳng của các bên đương sự tham

1. M.M. Boguslavsky: *Tư pháp quốc tế* (tiếng Nga), Mátxcơva, 1989, tr.318

2. *Giáo trình Tư pháp quốc tế* (TS. Đoàn Năng chủ biên), Trường Đại học Tổng hợp Hà Nội, 1994, tr. 208.

gia tranh chấp trong việc bảo vệ lợi ích của họ;

- Bình đẳng và cùng có lợi;

- Toà án chỉ áp dụng pháp luật tố tụng dân sự của nước mình (*lex fori*).

Những nguyên tắc cơ bản nêu trên của tố tụng dân sự quốc tế luôn luôn gắn bó chặt chẽ, bổ sung cho nhau, tạo cơ sở pháp lý vững chắc để bảo vệ lợi ích quốc gia, lợi ích chính đáng của các bên tham gia tranh chấp, góp phần thúc đẩy phát triển giao lưu dân sự quốc tế. Những nguyên tắc đó hoàn toàn phù hợp với nội dung và tinh thần của các nguyên tắc cơ bản của công pháp cũng như tư pháp quốc tế.

Nội dung các nguyên tắc cơ bản của tố tụng dân sự quốc tế được ghi nhận trong rất nhiều công ước quốc tế đa phương và song phương. Ví dụ, trong các công ước quốc tế sau đây: Công ước La Hay năm 1954 về các vấn đề tố tụng dân sự; Công ước 1965 về tổng đặt giấy tờ về các vụ việc dân sự và thương mại; Công ước La Hay năm 1958 về công nhận và thi hành quyết định của toà án về cấp dưỡng cho trẻ em; Công ước nhất thể hoá các quy định về quyền tài phán dân sự đối với các vụ đâm va tàu thuyền trên biển năm 1952, các hiệp định tương trợ tư pháp giữa các nước (tính đến tháng 1-2001, Việt Nam đã ký hiệp định tương trợ tư pháp với 14 nước), v.v...

Pháp luật của từng nước, dưới những hình thức và ở những mức độ khác nhau đều khẳng định nội dung các nguyên tắc cơ bản của tố tụng dân sự quốc tế. Điều 48 luật về tư pháp quốc tế năm 1963 của Tiệp Khắc (cũ) quy định rằng: "tất cả các bên tham gia tranh chấp đều bình đẳng với nhau trong việc bảo vệ lợi ích của mình". Điều 62 bản nguyên tắc trình tự tố tụng dân sự năm 1961 của Liên Xô (cũ) quy định rằng Toà án Liên Xô chấp hành uỷ thác của Toà án nước

ngoài nếu việc đó không trái với chủ quyền hoặc không đe dọa an ninh quốc gia của Liên Xô. Ở Việt Nam, nội dung các nguyên tắc cơ bản của tố tụng dân sự quốc tế được khẳng định rõ ràng trong Pháp lệnh Thủ tục giải quyết các vụ án dân sự năm 1989, Pháp lệnh Công nhận và thi hành tại Việt Nam bản án, quyết định dân sự của Toà án nước ngoài, v.v...

II. QUY CHẾ PHÁP LÝ CỦA CÁC CHỦ THỂ TƯ PHÁP QUỐC TẾ TRONG TỔ TỤNG DÂN SỰ QUỐC TẾ

1. Quy chế pháp lý của người nước ngoài và pháp nhân nước ngoài trong tố tụng dân sự quốc tế

Vấn đề quy chế pháp lý của người nước ngoài và pháp nhân nước ngoài trong tố tụng dân sự quốc tế là một bộ phận của quy chế pháp lý của người nước ngoài và pháp nhân nước ngoài trong tư pháp quốc tế nói chung.

Về mặt lý luận cũng như theo quy định của pháp luật từng nước và các điều ước quốc tế liên quan đến tố tụng dân sự quốc tế, người nước ngoài và pháp nhân nước ngoài được hưởng chế độ đãi ngộ quốc dân trong lĩnh vực tố tụng dân sự, tức là được hưởng các quyền tố tụng dân sự và có nghĩa vụ tương ứng ngang với công dân và pháp nhân nước sở tại; người nước ngoài và pháp nhân nước ngoài tự do thừa kiện tại toà án nước sở tại, bình đẳng với công dân và pháp nhân của nước sở tại trong việc bảo vệ các quyền và lợi ích hợp pháp của mình khi thừa kiện hoặc phải theo kiện trước toà án nước sở tại.

Ví dụ, Điều 11 Bộ luật Dân sự Thụy Sĩ quy định rằng, mọi người đều có năng lực hưởng quyền. Điều 83 Pháp lệnh Thủ tục giải quyết các vụ án dân sự năm 1989 của Việt Nam

quy định: "Người nước ngoài, pháp nhân nước ngoài có quyền khởi kiện tại các toà án của nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam và tham gia tố tụng theo quy định của Pháp lệnh này". Điều 1 của các Hiệp định tương trợ tư pháp mà Việt Nam đã ký với các nước, các điều tương tự trong các Hiệp định tương trợ tư pháp giữa các nước Đông Âu với nhau và với Nga đều quy định rằng, công dân một bên ký kết được hưởng trên lãnh thổ bên ký kết kia sự bảo hộ pháp lý về các quyền nhân thân và tài sản mà bên ký kết kia dành cho công dân nước họ, tự do liên hệ với các toà án, đưa đơn kiện theo cùng những điều kiện dành cho công dân của bên ký kết kia v.v..

Thông thường, khi quy định việc dành cho người nước ngoài và pháp nhân nước ngoài chế độ đãi ngộ quốc dân trong lĩnh vực tố tụng dân sự quốc tế, pháp luật các nước không nhắc đến nguyên tắc có đi có lại. Tuy nhiên, pháp luật của một số nước, thực tiễn của đa số các nước đều khẳng định quyền của mình áp dụng biện pháp trả đũa nếu công dân và pháp nhân của họ ở nước ngoài bị phân biệt đối xử, bị hạn chế các quyền tố tụng dân sự.

Quyền khởi kiện - một trong những quyền tố tụng dân sự số một của người nước ngoài và pháp nhân nước ngoài ở một chừng mực nào đó, có thể nói là bị hạn chế nếu áp dụng chế định cực án phí (*Cautio judicatum solvi*). Theo chế định này, nếu bên nguyên đơn là người nước ngoài hoặc pháp nhân nước ngoài, khi khởi kiện tại toà án nước sở tại, phải nộp tiền cực để bảo đảm thanh toán mọi phí tổn tư pháp mà bị đơn có thể phải chi do theo kiện trong trường hợp nguyên đơn bị toà án bác đơn.

Chế định cực án phí được quy định trong pháp luật của nhiều nước trên thế giới. Tuy nhiên, cách quy định của các nước không hoàn toàn giống nhau. Chẳng hạn, theo pháp

luật của Pháp, Bỉ, Hà Lan, nguyên đơn là người nước ngoài, bất kể nơi cư trú, hoặc là pháp nhân nước ngoài, phải nộp cược án phí, nếu không có quyền sở hữu đối với phần đất đai nhất định ở Pháp, Bỉ, Hà Lan. Theo pháp luật của Anh, nguyên đơn phải nộp cược án phí nếu cư trú ở ngoài lãnh thổ của Anh. Theo pháp luật của Italia, nếu nguyên đơn không có tài sản ở Italia thì phải nộp cược án phí. Pháp luật nhiều nước quy định việc miễn nộp cược án phí chỉ được thực hiện trên cơ sở nguyên tắc có đi có lại (ví dụ: Ba Lan, Đức, Áo, Tây Ban Nha ...).

Pháp luật của một số nước như Nga, Bungari, Rumani và cả Việt Nam không quy định nghĩa vụ của nguyên đơn là người nước ngoài hoặc pháp nhân nước ngoài thì phải nộp cược án phí. Trong các hiệp định tương trợ tư pháp của các nước Đông Âu với nhau, giữa các nước Đông Âu với Nga và các Hiệp định tương trợ tư pháp Việt Nam ký với các nước đều có quy định miễn nộp cược án phí đối với công dân và pháp nhân của các nước ký kết hiệp định (ví dụ: Điều 41 Hiệp định tương trợ tư pháp Việt Nam – Bungari; Điều 41 Hiệp định tương trợ tư pháp Việt Nam – Cuba; Điều 19 Hiệp định tương trợ tư pháp Việt Nam – Hunggari ; Điều 45 Hiệp định tương trợ tư pháp Việt – Nga; Điều 17 Hiệp định tương trợ tư pháp Việt Nam – Mông Cổ v.v.). Điều 17 Công ước La Hay năm 1954 về tố tụng dân sự cũng quy định miễn nộp cược án phí đối với công dân của các nước tham gia Công ước.

Trong học thuyết về tư pháp quốc tế nói chung và về tố tụng dân sự quốc tế nói riêng, hiện nay không có ý kiến thống nhất về việc áp dụng chế định *cautio judicatum solvi*.

Có ý kiến cho rằng, nên áp dụng chế định *cautio judicatum solvi* và khẳng định việc áp dụng chế định này không trái với nguyên tắc bảo đảm quyền bình đẳng giữa các

bên tham gia tranh chấp trong việc bảo vệ các quyền và lợi ích hợp pháp của họ. Ngược lại, việc này còn bảo vệ được lợi ích chính đáng của bên bị đơn trong trường hợp đơn của bên nguyên bị toà án bác. Ý kiến khác cho rằng, việc áp dụng chế định *cautio judicatum solvi* là tàn tích của quá khứ, gây ra sự bất bình đẳng giữa công dân, pháp nhân của nước này với công dân, pháp nhân của nước khác.

Nhìn chung, không thể phủ nhận thực tế rằng, việc áp dụng chế định *cautio judicatum solvi* có tạo ra sự không bình đẳng giữa các tổ chức, cá nhân trong nước và tổ chức, cá nhân nước ngoài trong việc thực hiện quyền tố tụng dân sự, đặc biệt khó khăn, bất lợi cho những người lao động nước ngoài thuộc diện nghèo khó. Song, chúng ta cũng không thể bác bỏ quan điểm cho rằng, việc áp dụng chế định *cautio judicatum solvi* lại bảo vệ được quyền và lợi ích chính đáng của bên bị đơn trong trường hợp đơn kiện của bên nguyên bị toà án bác bỏ một cách hợp pháp. Việc áp dụng chế định này bắt buộc các đương sự thận trọng và cân nhắc kỹ khi khởi kiện tại toà án, tránh tình trạng tùy tiện khi sử dụng biện pháp toà án trong việc giải quyết các tranh chấp dân sự. Vì vậy, trong pháp luật Việt Nam nên khẳng định việc áp dụng chế định *cautio judicatum solvi*. Đồng thời, chúng ta đẩy mạnh việc ký kết các điều ước quốc tế để quy định trường hợp miễn áp dụng chế định này trong quan hệ giữa các nước cùng tham gia điều ước quốc tế. Các hiệp định tương trợ tư pháp giữa Việt Nam với các nước đều quy định miễn áp dụng chế định này.

Thực tiễn tư pháp của các nước hiện nay cũng cho thấy rằng, nếu muốn hạn chế dần hay từ bỏ hoàn toàn việc áp dụng chế định *cautio judicatum solvi* trong quan hệ song phương hay đa phương cho phù hợp yêu cầu của quá trình hội nhập với khu vực và quốc tế, thì nên ký kết các điều ước

quốc tế để khẳng định miễn cước án phí cho tố chức, cá nhân của nhau.

2. Quy chế pháp lý của Nhà nước nước ngoài và của những người được hưởng quyền ưu đãi, miễn trừ ngoại giao, lãnh sự

2.1. Nhà nước nước ngoài và những người được hưởng quyền ưu đãi, miễn trừ ngoại giao.

Như đã trình bày ở Chương I và Chương V, Nhà nước có quyền và trên thực tế vẫn tham gia vào các mối quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài. Khác với cá nhân và pháp nhân, khi tham gia vào các mối quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài, Nhà nước là chủ thể đặc biệt, được hưởng quyền miễn trừ tư pháp tuyệt đối.

Cơ sở của quyền miễn trừ tư pháp tuyệt đối của Nhà nước trong quan hệ tư pháp quốc tế là nguyên tắc tôn trọng chủ quyền quốc gia và nguyên tắc bình đẳng chủ quyền các quốc gia.

Nội dung quyền miễn trừ tư pháp tuyệt đối của Nhà nước trong tư pháp quốc tế bao gồm:

- Nhà nước nước ngoài được miễn trừ xét xử, không có cá nhân hay pháp nhân nào được phép kiện Nhà nước nước ngoài tại bất kỳ toà án nào khi có tranh chấp xảy ra, nếu Nhà nước nước ngoài đó không cho phép.

- Khi Nhà nước nước ngoài cho phép cá nhân hay pháp nhân khởi kiện mình tại toà án, toà án không được áp dụng các biện pháp cưỡng chế bảo đảm đơn kiện cũng như bảo đảm thi hành phán quyết của toà án, trừ khi Nhà nước nước ngoài đó cho phép áp dụng các biện pháp cưỡng chế.

- Nhà nước nước ngoài có quyền kiện cá nhân hay pháp nhân tại toà án, nhưng tự cá nhân, pháp nhân không được đề

đơn phản kiện khi Nhà nước nước ngoài đó chưa cho phép, mặc dù đơn kiện chính và đơn phản kiện liên quan chặt chẽ với nhau về nội dung.

Hưởng miễn trừ tuyệt đối về tư pháp là quyền, không phải nghĩa vụ của Nhà nước nước ngoài. Vì vậy, Nhà nước nước ngoài có thể từ bỏ quyền của mình trong những trường hợp nhất định, nhằm tạo ra sự yên tâm cho các cá nhân, pháp nhân trong quan hệ dân sự với Nhà nước đó. Tuy nhiên, việc từ bỏ đó phải được thể hiện rõ ràng, công khai.

Nhiều luật gia cũng như pháp luật của các nước phương Tây không chịu thừa nhận tính tuyệt đối của quyền miễn trừ tư pháp của Nhà nước nước ngoài. Họ cho rằng, khi Nhà nước nước ngoài đi buôn hay tham gia vào quan hệ dân sự với cá nhân hoặc pháp nhân thì không được hưởng quyền miễn trừ tư pháp. Quan điểm này đặt Nhà nước - thực thể độc lập, có chủ quyền, ngang hàng với cá nhân và pháp nhân, trái với nguyên tắc tôn trọng chủ quyền quốc gia và nguyên tắc bình đẳng chủ quyền giữa các quốc gia.

Pháp luật Việt Nam (Điều 84, Pháp lệnh Thủ tục giải quyết các vụ án dân sự năm 1989), cũng như thực tiễn tư pháp Việt Nam, luôn luôn bảo đảm tôn trọng quyền miễn trừ tư pháp tuyệt đối của Nhà nước nước ngoài, giải quyết các vụ án dân sự liên quan đến Nhà nước nước ngoài bằng con đường ngoại giao, trừ trường hợp Nhà nước đó tự nguyện đồng ý tham gia tố tụng tại Tòa án Việt Nam.

Đối với những người được hưởng quyền ưu đãi, miễn trừ ngoại giao, quyền miễn trừ tư pháp cũng được thừa nhận cả về mặt lý luận và thực tiễn. Điều 31 Công ước Viên năm 1961 về quan hệ ngoại giao quy định rằng, viên chức ngoại giao được miễn trừ xét xử về dân sự, trừ các trường hợp sau đây:

+ Tham gia các vụ kiện liên quan đến bất động sản tư nhân trên lãnh thổ nước sở tại, nếu viên chức ngoại giao thủ đắc bất động sau đó nhân danh cá nhân mình.

+ Tham gia các vụ kiện về thừa kế không nhân danh nước cử đại diện ngoại giao.

+ Tham gia các vụ kiện liên quan đến các hoạt động nghề nghiệp, thương mại mà viên chức ngoại giao đó thực hiện ở nước sở tại ngoài phạm vi chức năng chính thức của mình.

Ngoài ba trường hợp nêu trên, các tranh chấp dân sự liên quan đến những người hưởng quyền ưu đãi, miễn trừ ngoại giao được giải quyết bằng con đường ngoại giao, trừ trường hợp viên chức đó đồng ý tham gia tố tụng tại Toà án Việt Nam (Điều 84 Pháp lệnh Thủ tục giải quyết các vụ án dân sự năm 1989.)

Viên chức ngoại giao không bắt buộc phải ra làm chứng trước toà án nước sở tại, trừ trường hợp người đó tự nguyện. Họ có quyền bất khả xâm phạm về thân thể và nhà ở. Tuy nhiên, cần lưu ý rằng, quyền miễn trừ xét xử dân sự của viên chức ngoại giao chỉ áp dụng trong quan hệ đối với pháp luật nước tiếp nhận đại diện, không miễn trừ cho người đó trong quan hệ đối với pháp luật nước cử đại diện.

2.2. Những người được hưởng quyền ưu đãi, miễn trừ lãnh sự

Trong sách báo về tư pháp quốc tế không phải trong mọi trường hợp quy chế pháp lý của những người được hưởng quyền ưu đãi, miễn trừ lãnh sự trong lĩnh vực tố tụng dân sự được xem xét cụ thể, riêng biệt. Thông thường, vấn đề này được đề cập lướt qua khi phân tích quy chế pháp lý của những người được hưởng quyền ưu đãi, miễn

trừ ngoại giao trong lĩnh vực tổ tụng dân sự¹.

Nguyên nhân của tình trạng trên là ở chỗ, cơ quan đại diện ngoại giao hay cơ quan lãnh sự của Nhà nước nước ngoài trên lãnh thổ nước sở tại đều là cơ quan Nhà nước của nước ngoài, nên đều được hưởng quyền bất khả xâm phạm; viên chức ngoại giao hay viên chức lãnh sự của Nhà nước nước ngoài trên lãnh thổ nước sở tại đều là viên chức của Nhà nước nước ngoài, nội dung quyền ưu đãi, miễn trừ của viên chức ngoại giao và quyền ưu đãi, miễn trừ của viên chức lãnh sự tuy có rộng hẹp khác nhau nhưng về cơ bản rất gần gũi nhau, thậm chí có thể nói giống nhau về cơ bản.

Do mức độ ưu đãi, miễn trừ của viên chức ngoại giao và ưu đãi, miễn trừ của viên chức lãnh sự rộng hẹp khác nhau, cần phải xem xét cụ thể để làm rõ sự khác nhau này trong lĩnh vực tổ tụng dân sự.

Theo quy định của Công ước Viên năm 1963 về quan hệ lãnh sự mà Việt Nam là thành viên, viên chức lãnh sự nước ngoài được hưởng ở nước sở tại các ưu đãi và miễn trừ xét xử dân sự khi thi hành công vụ như viên chức ngoại giao (Điều 43), nhưng khác với viên chức ngoại giao, viên chức lãnh sự có thể được mời đến làm nhân chứng trong quá trình tiến hành tố tụng về tư pháp hoặc hành chính (việc lấy chứng cứ có thể được thực hiện tại nhà riêng của viên chức lãnh sự hoặc tại cơ quan lãnh sự hoặc nhận một bản viết tay của viên chức lãnh sự), không được từ chối cung cấp chứng cứ, trừ trường hợp chứng cứ liên quan đến việc thi hành chức năng của mình hoặc chứng cứ là thư từ chính thức và các tài liệu khác có liên quan đến việc thực hiện chức năng lãnh sự của

1. L.A. Lunts: *Tư pháp quốc tế* (tiếng Nga - phần tố tụng dân sự quốc tế), Nxb. Sách pháp lý, Mát xcova, 1976, tr.118.

mình. Họ cũng có quyền từ chối cung cấp chứng cứ với tư cách là người làm chứng chuyên môn về pháp luật của nước cử lãnh sự (Điều 44).

Sự khác nhau giữa quyền ưu đãi, miễn trừ ngoại giao và quyền ưu đãi, miễn trừ lãnh sự còn thể hiện ở chỗ khi viên chức lãnh sự tiến hành khởi kiện về một vấn đề mà họ có thể được hưởng quyền miễn trừ xét xử theo quy định tại Điều 43 của Công ước nói trên, thì viên chức đó không được hưởng quyền miễn trừ xét xử khi có đơn phản kiện liên quan trực tiếp đến vụ kiện mà viên chức lãnh sự là nguyên đơn.

Trong thực tiễn quan hệ đối ngoại, tại các cơ quan đại diện ngoại giao nước ngoài ở nước sở tại thường có một bộ phận viên chức ngoại giao được phân công làm công tác lãnh sự; đồng thời các viên chức của cơ quan lãnh sự nước ngoài ở nước sở tại lại được nước cử cấp hộ chiếu ngoại giao. Nhìn chung, trường hợp viên chức ngoại giao hay người có hộ chiếu ngoại giao thực hiện chức năng, nhiệm vụ của viên chức lãnh sự thì vẫn được hưởng đầy đủ các quyền ưu đãi, miễn trừ ngoại giao nói chung và quyền miễn trừ tư pháp tuyệt đối trong tố tụng dân sự quốc tế nói riêng.

3. Quy chế pháp lý các tổ chức quốc tế liên chính phủ trong tố tụng dân sự quốc tế

Vấn đề quy chế pháp lý của tổ chức quốc tế liên chính phủ trong tố tụng dân sự quốc tế được đặt ra tương tự như quy chế pháp lý dân sự của tổ chức này trong tư pháp quốc tế nói chung. Tổ chức quốc tế liên chính phủ vừa là chủ thể hạn chế của công pháp quốc tế vừa là chủ thể của tư pháp quốc tế. Tại Chương V chúng ta đã khẳng định rằng, trong quá trình hoạt động của mình, tổ chức quốc tế liên chính phủ cũng phải tham gia vào nhiều mối quan hệ dân sự với các tổ

chức và cá nhân nơi đặt trụ sở cũng như ở những nơi khác như ký kết các hợp đồng mua, thuê nhà làm trụ sở mua, thuê đất để xây trụ sở, mua máy móc, phương tiện, thiết bị để trang bị cho trụ sở của mình, v.v. và ở đây cũng phải thừa nhận rằng, không loại trừ khả năng từ các quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài này nảy sinh các tranh chấp.

Dưới góc độ lý luận, chúng ta cần khẳng định rằng, khác với các quốc gia, tổ chức quốc tế liên chính phủ không phải là một thực thể độc lập có chủ quyền, không phải tổ chức đứng trên các quốc gia hay siêu quốc gia. Nó chỉ là một tổ chức được các quốc gia thoả thuận thành lập để thực hiện một số nhiệm vụ hợp tác trong những lĩnh vực nhất định giữa các quốc gia thành viên. Chính vì vậy chúng ta hoàn toàn có lý khi nói rằng, tham gia vào các mối quan hệ dân sự với các tổ chức, cá nhân của các quốc gia, tổ chức quốc tế liên chính phủ không đương nhiên được hưởng quyền miễn trừ tư pháp.

Tổ chức quốc tế liên chính phủ được hưởng quyền miễn trừ tư pháp hay không, hưởng ở mức độ và trong phạm vi nào, hoàn toàn tùy thuộc vào nội dung hiệp định ký kết giữa bản thân tổ chức quốc tế liên chính phủ đó với quốc gia nơi đặt trụ sở hoặc hiệp định giữa các quốc gia thành viên về việc này.

Theo thông lệ, nội dung quyền miễn trừ tư pháp của tổ chức quốc tế liên chính phủ được thoả thuận phù hợp với yêu cầu bảo đảm cho tổ chức thực hiện được chức năng, nhiệm vụ quy định trong điều lệ của tổ chức đó. Theo các hiệp định do Liên hợp quốc ký với các quốc gia nơi Liên hợp quốc đặt trụ sở cơ quan của mình và theo thực tiễn quốc tế, Liên hợp quốc được hưởng quyền miễn trừ tư pháp như cơ quan đại diện ngoại giao của các quốc gia và viên chức của Liên hợp quốc được hưởng quyền miễn trừ như viên chức ngoại giao của các quốc gia.

III. XÁC ĐỊNH THẨM QUYỀN QUỐC GIA GIẢI QUYẾT CÁC VỤ VIỆC, ÁN KIỆN DÂN SỰ CÓ YẾU TỐ NƯỚC NGOÀI

1. Cách xác định thẩm quyền quốc gia giải quyết các vụ việc, án kiện dân sự có yếu tố nước ngoài ở các nước

Các vụ việc, án kiện dân sự có yếu tố nước ngoài là các vụ việc, án kiện phát sinh từ quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài - quan hệ dân sự liên quan đến ít nhất là hai nước. Vì vậy, dưới giác độ chủ quyền quốc gia và sự bình đẳng chủ quyền giữa các quốc gia, cơ quan có thẩm quyền của hai hay nhiều quốc gia có liên quan đều có thể có quyền giải quyết các vụ việc, án kiện dân sự đó.

Để bảo vệ chủ quyền và lợi ích quốc gia cũng như bảo vệ các quyền và lợi ích hợp pháp của các bên tham gia tranh chấp dân sự có yếu tố nước ngoài, pháp luật của tất cả các quốc gia đều có quy định về các trường hợp toà án và các cơ quan có thẩm quyền khác của mình có thẩm quyền giải quyết các vụ việc, án kiện dân sự có yếu tố nước ngoài:

- Theo các điều 14 và 15, Bộ luật Dân sự Napoléon của Pháp năm 1804, nếu ít nhất một bên tranh chấp, không phân biệt nguyên đơn hay bị đơn, là người mang quốc tịch Pháp thì Toà án Pháp có thẩm quyền giải quyết vụ việc, án kiện dân sự. Riêng trường hợp đối tượng tranh chấp là bất động sản ở Pháp, thì Toà án Pháp giữ đặc quyền giải quyết tranh chấp, bất kể có công dân, pháp nhân của Pháp tham gia tranh chấp hay không.

Việc áp dụng các Điều 14 và 15 của Bộ luật Dân sự Napoléon dẫn đến tình trạng Toà án Pháp không có thẩm

quyền xét xử các vụ tranh chấp giữa những người nước ngoài, pháp nhân nước ngoài với nhau, mặc dù tranh chấp xảy ra trên lãnh thổ Pháp hoặc có ít nhất một bên đương sự cư trú ở Pháp. Điều đó dẫn đến sự hạn chế khả năng của người nước ngoài, pháp nhân nước ngoài tìm kiếm sự bảo hộ các quyền và lợi ích hợp pháp của mình bằng toà án trên lãnh thổ Pháp, không đáp ứng yêu cầu thúc đẩy phát triển giao lưu dân sự quốc tế. Không phải ngẫu nhiên thực tiễn tư pháp của Pháp coi hai Điều 14 và 15 nêu trên chỉ có tính chất tùy nghi. Nhiều văn bản pháp luật ban hành trong những thập niên gần đây, bên cạnh việc duy trì nguyên tắc chung và cơ bản nói trên, Pháp đã bổ sung thêm một số nguyên tắc mới làm cơ sở xác định thẩm quyền của Toà án Pháp như: thẩm quyền xét xử theo nơi cư trú của bị đơn, thẩm quyền xét xử theo nơi xảy ra sự đâm va tàu thuyền trên biển, v.v...

- Pháp luật của Anh và Mỹ không gán việc xác định thẩm quyền quốc gia giải quyết các vụ việc, án kiện dân sự có yếu tố nước ngoài với quốc tịch của các đương sự. Nguyên tắc cơ bản được Anh và Mỹ áp dụng để xác định thẩm quyền của toà án Anh, Mỹ là khả năng thực tế trao cho (tổng đạt) bị đơn lệnh gọi ra toà. Theo nguyên tắc này, bị đơn có mặt hay hiện diện, dù chỉ trong thời gian rất ngắn, nếu kịp trao cho bị đơn lệnh gọi ra toà cũng đủ khả năng khẳng định toà án Anh, Mỹ có thẩm quyền giải quyết tranh chấp, bất kể bị đơn cư trú ở đâu và có quốc tịch nào.

Một số luật gia Anh, Mỹ và cả thực tiễn tư pháp của Anh, Mỹ đã khẳng định rằng, nguyên tắc nêu trên gây khó khăn cho việc bảo vệ các quyền và lợi ích chính đáng của bên nguyên đơn. Vì vậy, toà án tối cao của Anh phải quy định cho phép các toà án của Anh giải quyết các tranh chấp liên quan

đến các vùng đất trên lãnh thổ Anh hoặc phát sinh từ quan hệ hợp đồng ký kết ở Anh hoặc do hành vi gây thiệt hại xảy ra trên lãnh thổ Anh, bất kể bị đơn có hiện diện ở Anh hay không; đối với loại đơn kiện nhằm đặt lầy một bản án hay quyết định có hiệu lực đối với mọi người, không chỉ đối với các bên tranh chấp. Tòa án Anh nơi sở tại của tài sản tranh chấp hoặc nơi cư trú của bị đơn có quyền giải quyết.

- Ở các nước như Nga, Đức, Nhật, Bungari, Rumani, Hunggari và nhiều nước khác, nguyên tắc chung làm cơ sở xác định thẩm quyền quốc gia giải quyết các vụ việc, án kiện dân sự có yếu tố nước ngoài là nguyên tắc thẩm quyền theo nơi cư trú của bị đơn, tức là bị đơn cư trú ở nước nào thì tòa án nước đó có thẩm quyền giải quyết tranh chấp. Đối với pháp nhân, nơi "cư trú" của bị đơn được hiểu là nơi đặt trụ sở chính của pháp nhân.

Ngoài nguyên tắc chung nêu trên, mỗi nước đều xây dựng những nguyên tắc cụ thể xác định thẩm quyền giải quyết một số loại tranh chấp cụ thể như: Thẩm quyền theo nơi sở tại của tài sản, thẩm quyền theo nơi xảy ra hành vi gây thiệt hại, nơi phát sinh hậu quả hành vi gây thiệt hại, v.v...

2. Cách xác định thẩm quyền quốc gia giải quyết các vụ việc, án kiện dân sự có yếu tố nước ngoài ở Việt Nam

Cho đến nay, về cơ bản, trong pháp luật Việt Nam chưa quy định rõ ràng, cụ thể về nguyên tắc chung phải được áp dụng để xác định thẩm quyền của Việt Nam trong việc giải quyết các vụ việc, án kiện dân sự có yếu tố nước ngoài. Các quy định về vấn đề này được ghi nhận trong nhiều văn bản khác nhau như: Pháp lệnh Thủ tục giải quyết các vụ án dân sự của Việt Nam năm 1989; luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam

năm 1996, Luật Hôn nhân và gia đình Việt Nam năm 2000, v.v.. Vì vậy có thể nói, vấn đề xác định thẩm quyền của Việt Nam giải quyết các vụ việc, án kiện dân sự có yếu tố nước ngoài hiện nay, ở mức độ nào đó, là một vấn đề còn hạn chế của pháp luật Việt Nam. Để giải quyết tốt vấn đề này, cần có quy định thật hợp lý và cụ thể về nguyên tắc chung và các nguyên tắc bổ trợ trong những văn bản pháp luật có hiệu lực pháp lý cao.

Tuy chưa có quy định riêng, cụ thể, rõ ràng về một nguyên tắc chung trong việc xác định thẩm quyền của Việt Nam trong việc giải quyết các vụ việc, án kiện dân sự có yếu tố nước ngoài, nhưng theo tinh thần của khoản 1 Điều 14 của Pháp lệnh Thủ tục giải quyết các vụ án dân sự của Việt Nam năm 1989 thì các quy định về thẩm quyền của toà án theo lãnh thổ (Điều 13) - nguyên tắc phân định thẩm quyền giữa các Toà án cùng cấp ở trong nước - được áp dụng để xác định thẩm quyền của Việt Nam đối với trường hợp tranh chấp dân sự có yếu tố nước ngoài.

Theo Điều 13 Pháp lệnh Thủ tục giải quyết các vụ án dân sự 1989, nguyên tắc phân định thẩm quyền giữa các Toà án cùng cấp ở trong nước được quy định như sau: Toà án có thẩm quyền giải quyết vụ án dân sự là Toà án nơi cư trú hoặc nơi làm việc của bị đơn; nếu bị đơn là pháp nhân thì toà án có thẩm quyền là toà án nơi pháp nhân đặt trụ sở, trừ trường hợp pháp luật có quy định khác; tranh chấp bất động sản do toà án nơi có bất động sản giải quyết. Như vậy, nếu áp dụng quy định này đối với tranh chấp có yếu tố nước ngoài, thì Toà án Việt Nam có thẩm quyền giải quyết khi bị đơn cư trú hoặc có nơi làm việc tại Việt Nam, bị đơn là pháp nhân có trụ sở tại Việt Nam, và cả khi đối tượng tranh chấp là bất động sản ở Việt Nam.

Khoản 1 Điều 14 của Pháp lệnh Thủ tục giải quyết các vụ án dân sự năm 1989 cho phép nguyên đơn yêu cầu toà án nơi có tài sản hoặc nơi cư trú cuối cùng của bị đơn giải quyết, nếu không biết địa chỉ của bị đơn hoặc nếu bị đơn không cư trú ở Việt Nam. Nói cách khác, nếu bị đơn hiện tại không cư trú hay không có trụ sở tại Việt Nam, thì Toà án Việt Nam vẫn có quyền giải quyết tranh chấp khi bị đơn có tài sản ở Việt Nam hoặc đã từng cư trú hay đã từng có trụ sở ở Việt Nam.

Theo Điều 14 Pháp lệnh Thủ tục giải quyết các vụ án dân sự, nguyên đơn còn có quyền chọn toà án giải quyết tranh chấp trong trường hợp sau đây:

- + Nếu vụ án phát sinh từ hoạt động của một chi nhánh của pháp nhân thì nguyên đơn có thể yêu cầu toà án nơi pháp nhân có trụ sở hoặc nơi có chi nhánh đó giải quyết;

- + Nếu yêu cầu cấp dưỡng thì nguyên đơn có thể yêu cầu Toà án nơi cư trú của mình giải quyết.

- + Nếu đòi bồi thường thiệt hại về tính mạng, sức khoẻ thì nguyên đơn có thể yêu cầu Toà án nơi cư trú của mình, nơi xảy ra việc gây thiệt hại hoặc nơi cư trú của bị đơn giải quyết;

- + Nếu vụ án phát sinh từ quan hệ hợp đồng, thì nguyên đơn có thể kiện ở Toà án nơi cư trú của bị đơn hoặc nơi thực hiện hợp đồng; nếu khi ký kết hợp đồng mà các bên có thoả thuận trước về toà án giải quyết việc tranh chấp thì nguyên đơn được khởi kiện tại toà án đó;

- + Nếu các bị đơn có nơi cư trú khác nhau thì nguyên đơn có thể yêu cầu Toà án nơi cư trú của một trong các bị đơn giải quyết.

Nhìn chung, việc áp dụng các quy định nêu trên của Điều 13 và Điều 14 của Pháp lệnh Thủ tục giải quyết các vụ án

dân sự năm 1989 về nguyên tắc chung và các trường hợp ngoại lệ về việc xác định thẩm quyền giữa các Tòa án cùng cấp ở trong nước và trong việc xác định thẩm quyền của Việt Nam về việc giải quyết các tranh chấp dân sự có yếu tố nước ngoài, đã phản ánh đầy đủ thực tiễn tư pháp Việt Nam, phù hợp với thực tiễn tư pháp của đại đa số các nước trên thế giới. Việc áp dụng các quy định nêu trên tạo điều kiện thuận lợi cho việc thu thập chứng cứ, tổng đạt giấy tờ cho bị đơn, chất vấn nhân chứng và thực hiện các hành vi tố tụng riêng lẻ khác để giải quyết một cách có hiệu quả các tranh chấp, và đặc biệt có điều kiện bảo đảm thi hành các bản án, quyết định dân sự do tòa án tuyên, góp phần sớm ổn định các mối quan hệ giữa các bên đương sự, bảo vệ các quyền và lợi ích chính đáng của họ, thúc đẩy giao lưu dân sự quốc tế phát triển.

Tuy nhiên, điều cần lưu ý thứ nhất là Điều 13 của Pháp lệnh Thủ tục giải quyết các vụ án dân sự có một số điểm chưa rõ như: Nơi cư trú của bị đơn chỉ bao gồm nơi thường trú hay bao gồm cả nơi tạm trú; nơi làm việc của bị đơn chỉ bao gồm nơi làm việc ổn định lâu dài hay bao gồm cả nơi làm việc tạm thời; nơi đặt trụ sở của pháp nhân chỉ bao gồm nơi đặt trụ sở chính của pháp nhân hay bao gồm cả nơi đặt trụ sở chi nhánh của pháp nhân. Những vấn đề này cần phải được làm rõ trong việc phân định thẩm quyền giữa các Tòa án cùng cấp ở trong nước và càng phải được làm rõ trong việc xác định thẩm quyền của Việt Nam về việc giải quyết các vụ việc, án kiện dân sự có yếu tố nước ngoài.

Điều cần lưu ý thứ hai là Điều 13 của Pháp lệnh Thủ tục giải quyết các vụ án dân sự năm 1989 còn cho phép các đương sự thoả thuận yêu cầu Tòa án nơi cư trú của nguyên đơn giải quyết tranh chấp; Điều 14 của Pháp lệnh này cũng

cho phép trong quan hệ hợp đồng nguyên đơn có thể kiện ở Toà án nơi cư trú của bị đơn hoặc nơi thực hiện hợp đồng, nếu khi ký kết hợp đồng mà các bên có thoả thuận trước về toà án giải quyết việc tranh chấp thì nguyên đơn được khởi kiện tại toà án đó. Vấn đề đặt ra ở đây là: có nên áp dụng quy định này vào trường hợp tranh chấp có yếu tố nước ngoài hay không?

Nhìn chung, việc cho phép nguyên đơn chọn toà án không theo nơi cư trú, nơi làm việc, nơi đặt trụ sở của bị đơn chỉ nên đặt ra với tính chất là những trường hợp ngoại lệ cụ thể như quy định tại các khoản 1, 2, 3, 4 và khoản 6 của Điều 14 Pháp lệnh Thủ tục giải quyết các vụ án dân sự năm 1989, không nên cho phép các đương sự tự do thoả thuận chọn toà án trong việc xác định thẩm quyền quốc gia giải quyết các tranh chấp dân sự có yếu tố nước ngoài. Các nước trên thế giới cũng không cho phép các đương sự tự do thoả thuận chọn toà án trong việc xác định thẩm quyền quốc gia giải quyết các tranh chấp dân sự có yếu tố nước ngoài, đặc biệt không bao giờ hoan nghênh hay khuyến khích các đương sự thoả thuận chọn Toà án nước ngoài để giải quyết các tranh chấp dân sự có yếu tố nước ngoài.

Chỉ nên cho phép các đương sự tự do thoả thuận chọn trọng tài để giải quyết các tranh chấp hợp đồng kinh tế trong khuôn khổ pháp luật quy định. Đây là xu hướng đã được khẳng định từ lâu trong pháp luật của tất cả các nước và trong thực tiễn quốc tế, phù hợp với yêu cầu phát triển của nền kinh tế thị trường.

Một khi đã xác định được thẩm quyền của quốc gia trong việc giải quyết các vụ việc, án kiện dân sự có yếu tố nước ngoài, thì việc xác định toà án nếu là toà án thì toà án nào cụ thể hay các cơ quan nào khác sẽ giải quyết các vụ việc, án

kiện dân sự này là vấn đề hoàn toàn có tính chất nội bộ của mỗi quốc gia.

Ở Việt Nam, theo điểm a khoản 2 Điều 11 của Pháp lệnh Thủ tục giải quyết các vụ án dân sự năm 1989, các vụ án dân sự có đương sự là người nước ngoài hoặc người Việt Nam ở nước ngoài do Tòa án nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương xử sơ thẩm. Quy định này hoàn toàn hợp lý vì các vụ án dân sự loại này thường phức tạp do có yếu tố nước ngoài; các thẩm phán của Tòa án nhân dân huyện không có đủ điều kiện về các mặt để xét xử. Song ở đây vẫn có vấn đề cần được sửa đổi, bổ sung vì điểm a khoản 2 Điều 11 của Pháp lệnh thủ tục giải quyết các vụ án dân sự năm 1989 không đề cập trường hợp đương sự là pháp nhân nước ngoài; khái niệm “người Việt Nam ở nước ngoài” là người Việt Nam định cư ở nước ngoài hay bao gồm cả người Việt Nam tạm trú ở nước ngoài. Nhìn chung, phải khẳng định rõ rằng, khi các vụ việc, án kiện dân sự có yếu tố nước ngoài, tức là có đương sự là người nước ngoài hoặc pháp nhân nước ngoài hoặc người Việt Nam định cư ở nước ngoài, thuộc quyền xét xử của Việt Nam, thì Tòa án nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương giải quyết theo thủ tục sơ thẩm.

3. Phân định thẩm quyền giữa các quốc gia giải quyết các vụ việc, án kiện dân sự có yếu tố nước ngoài trong các điều ước quốc tế

Vấn đề xác định thẩm quyền quốc gia giải quyết các vụ việc, án kiện dân sự có yếu tố nước ngoài trước hết được quy định trong pháp luật của từng nước, nhưng cũng được các nước thoả thuận quy định trong các điều ước quốc tế đa phương và song phương.

Việc thống nhất nguyên tắc phân định thẩm quyền quốc

gia trong việc giải quyết các vụ việc, án kiện dân sự có yếu tố nước ngoài bằng cách ký kết các điều ước quốc tế là việc làm rất cần thiết, nhằm khắc phục tình trạng xung đột pháp luật về thẩm quyền giải quyết các vụ việc, án kiện dân sự có yếu tố nước ngoài. Tức là khắc phục tình trạng một tranh chấp có yếu tố nước ngoài nhưng hai hay nhiều nước hữu quan đều khẳng định thuộc thẩm quyền giải quyết của mình hay họ đều khước từ giải quyết với lý do không thuộc thẩm quyền của mình.

Hiện nay chưa có điều ước quốc tế đa phương nào quy định những nguyên tắc chung cũng như trường hợp ngoại lệ trong việc phân định thẩm quyền giữa các nước trong việc giải quyết tất cả các loại vụ việc, án kiện dân sự có yếu tố nước ngoài. Thông thường, điều ước quốc tế đa phương được ký kết về vấn đề hay lĩnh vực cụ thể nhất định và nếu có sự phân định nêu trên thì chỉ xây dựng quy định về phân định thẩm quyền giải quyết vụ việc, án kiện trong lĩnh vực cụ thể đó. Ví dụ, Công ước năm 1961 về cơ quan có thẩm quyền và pháp luật được áp dụng đối với các vụ án nhằm bảo hộ vị thành niên, quy định áp dụng nguyên tắc thẩm quyền nơi thường trú của đứa trẻ.

Trong số các điều ước quốc tế có quy định việc phân định thẩm quyền giữa các nước trong việc giải quyết các vụ việc, án kiện dân sự có yếu tố nước ngoài, trước hết phải kể đến các điều ước quốc tế song phương, đặc biệt là các hiệp định tương trợ tư pháp.

Các hiệp định tương trợ tư pháp Việt Nam ký với các nước chứa đựng một hệ thống quy định phân định thẩm quyền giữa các bên ký kết về hàng loạt vấn đề như: tước và hạn chế năng lực hành vi, công nhận người mất tích, chết và xác nhận sự kiện chết, ly hôn và tuyên bố hôn nhân vô hiệu,

quan hệ giữa vợ và chồng, quan hệ giữa cha mẹ và con cái, nuôi con nuôi, giám hộ và trợ tá, thừa kế, trách nhiệm bồi thường thiệt hại do có hành vi gây thiệt hại cho người khác...

Theo các hiệp định tương trợ tư pháp Việt Nam ký với các nước, việc phân định thẩm quyền giữa các bên ký kết hiệp định dựa trên cơ sở các nguyên tắc: thẩm quyền theo quốc tịch của đương sự, thẩm quyền theo nơi có tài sản, thẩm quyền theo nơi xảy ra hành vi gây thiệt hại, v.v., Đối với mỗi loại vụ việc, án kiện cụ thể, có thể áp dụng một nguyên tắc hoặc kết hợp một số nguyên tắc nêu trên; cũng có những trường hợp hiệp định quy định toà án của cả hai bên ký đều có thẩm quyền dành quyền lựa chọn cho các bên đương sự. Những nguyên tắc này cũng được quy định trong các hiệp định tương trợ tư pháp của Nga và các nước Đông Âu.

4. Vấn đề đình chỉ xét xử khi vụ tranh chấp đã hoặc đang được xét xử tại toà án nước khác

Như đã trình bày tại mục 3, do cách xác định thẩm quyền quốc gia giải quyết các vụ việc, án kiện dân sự có yếu tố nước ngoài ở các nước không giống nhau, dẫn đến tình trạng cùng một tranh chấp dân sự nhưng toà án của hai hay nhiều nước đều nhận xét xử. Trong trường hợp đó, các bản án do các toà án của các nước đó tuyên, có thể khác nhau về nội dung, thậm chí trái ngược nhau và gây khó khăn cho việc thi hành bản án cũng như bảo vệ các quyền và lợi ích chính đáng của các đương sự.

Để khắc phục tình trạng trên, cách tốt nhất là các nước ký kết với nhau điều ước quốc tế nhằm thống nhất nguyên tắc phân định thẩm quyền giữa các nước trong việc giải quyết các vụ việc, án kiện dân sự có yếu tố nước ngoài. Trong trường hợp không có các điều ước quốc tế như vậy, toà án một

nước có thể xem xét việc đình chỉ xét xử vụ tranh chấp khi vụ tranh chấp do đã hoặc đang được xét xử tại toà án của nước khác.

Theo pháp luật và thực tiễn của các nước trên thế giới, toà án chỉ đình chỉ việc xét xử theo quy định của điều ước quốc tế. Trong trường hợp không có quy định của điều ước quốc tế, toà án Anh, Pháp, Mỹ chỉ đình chỉ xét xử khi thấy việc xét xử song song không phù hợp với công lý; Toà án Đức đình chỉ xét xử theo yêu cầu của bị đơn với điều kiện bản án, quyết định dân sự của Toà án nước ngoài cũng có hiệu lực pháp luật như bản án, quyết định dân sự của Toà án Đức. Theo quan điểm của các luật gia Hunggari, Toà án Hunggari đình chỉ xét xử nếu nguyên đơn không muốn xét xử tại Toà án Hunggari hoặc chỉ cần công nhận và không cần cưỡng chế thi hành bản án, quyết định dân sự của Toà án nước ngoài.

Pháp luật Việt Nam chưa có quy định về vấn đề đình chỉ hay không đình chỉ xét xử khi vụ án đang được xét xử tại Toà án nước ngoài. Nhìn chung, Toà án Việt Nam chỉ đình chỉ việc xét xử đó theo quy định của các điều ước quốc tế mà Việt Nam ký kết hoặc tham gia; Toà án nước ta không được phép đình chỉ xét xử khi pháp luật nước ta quy định vụ tranh chấp cụ thể đó thuộc thẩm quyền xét xử của toà án trong nước.

IV. UỶ THÁC TƯ PHÁP

1. Khái niệm và quy định của pháp luật các nước về uỷ thác tư pháp

Theo nguyên tắc tôn trọng chủ quyền quốc gia được thừa nhận chung trên thế giới và trong thực tiễn tư pháp quốc tế, phải khẳng định rằng toà án của mỗi nước chỉ có thể tiến

hành những hành vi tố tụng trong phạm vi lãnh thổ của nước mình. Không ai có thể bác bỏ được quan điểm này, bởi vì toà án là cơ quan của một Nhà nước và không thể lấn sang sân quyền lực của Nhà nước khác. Song, trong thực tiễn giải quyết các vụ việc, án kiện dân sự có yếu tố nước ngoài, nhiều trường hợp nếu không thực hiện một số hành vi tố tụng riêng lẻ như tổng đạt thông báo hay lệnh triệu tập của toà án và những giấy tờ khác cho đương sự, thẩm vấn đương sự, thẩm vấn nhân chứng, tiến hành giám định, điều tra tại chỗ, thu thập chứng cứ, v.v., ở nước ngoài thì không thể tiến hành xét xử được.

Trong trường hợp nêu trên, toà án của một nước không có cách nào khác ngoài việc nhờ toà án của nước ngoài hữu quan thực hiện giúp những hành vi tố tụng riêng lẻ cần thiết. Việc nhờ toà án của nước ngoài hữu quan thực hiện giúp những hành vi tố tụng riêng lẻ cần thiết để bảo đảm giải quyết vụ việc hay án kiện có yếu tố nước ngoài được gọi là uỷ thác tư pháp.

Về mặt pháp lý, nếu không có quy định của pháp luật quốc gia hay điều ước quốc tế ràng buộc, thì toà án một nước không có nghĩa vụ thực hiện uỷ thác tư pháp của toà án nước khác. Họ có quyền khước từ việc thực hiện đó. Tuy nhiên theo quan điểm của một số luật gia, khi không có nghĩa vụ thực hiện uỷ thác tư pháp của Toà án nước ngoài, nếu việc khước từ thực hiện uỷ thác đó không có cơ sở xác đáng thì bị coi là hành vi không thiện chí đối với bên bạn¹. Chúng ta không phản đối quan điểm này, nhưng phải loại trừ trường hợp hậu quả của việc thực hiện uỷ thác tư pháp của Toà án

1. L.A. Lunts: *Tư pháp quốc tế* (tiếng Nga - phần tố tụng dân sự quốc tế, Nxb. Sách pháp lý, Mát xơva, 1976, tr.142.

nước ngoài đe dọa hay xâm phạm an ninh, chủ quyền của quốc gia nơi uỷ thác tư pháp được đề nghị thực hiện.

Thông thường, các nước đều quy định những điều kiện nhận và thực hiện uỷ thác tư pháp của Toà án nước ngoài và cho phép toà án nước mình uỷ thác cho Toà án nước ngoài thực hiện những hành vi tố tụng riêng lẻ.

Theo pháp luật của các nước Tây Âu trong lục địa châu Âu, uỷ thác tư pháp của Toà án nước ngoài được thực hiện trên nguyên tắc có đi có lại, uỷ thác tư pháp của Toà án nước ngoài không được thực hiện, nếu việc thực hiện đó trái với trật tự công cộng.

Pháp luật các nước Đông Âu cũng quy định thực hiện uỷ thác tư pháp của Toà án nước ngoài trên cơ sở nguyên tắc có đi có lại, nhưng phải bảo đảm không đe dọa an ninh quốc gia và không trái với những nguyên tắc cơ bản của chế độ xã hội nước mình.

Pháp luật về tố tụng dân sự của Cộng hoà Liên bang Nga quy định các toà án có thể uỷ thác cho Toà án nước ngoài thực hiện những hành vi tố tụng riêng lẻ, đồng thời được thực hiện uỷ thác tư pháp của Toà án nước ngoài với điều kiện việc thực hiện uỷ thác không trái với chủ quyền và không đe dọa an ninh quốc gia của Nga.

Ở các nước nêu trên, việc giao nhận uỷ thác tư pháp được thực hiện bằng con đường ngoại giao, nếu điều ước quốc tế mà các nước đó ký kết hoặc tham gia không quy định khác; việc thực hiện uỷ thác tư pháp phải tuân theo quy định của pháp luật tố tụng dân sự của nước nơi uỷ thác tư pháp được thực hiện và không đòi trả công.

Khác với các nước trong lục địa châu Âu, khi muốn thực hiện những hành vi tố tụng riêng lẻ ở nước ngoài, Nhà nước Anh, Mỹ cử một nhân vật nào đó ra nước ngoài hoặc uỷ

nhiệm cho một người bất kỳ nào đó ở nước ngoài hữu quan thực hiện những hành vi tố tụng đó ¹.

Nhìn chung, cách làm của Anh và Mỹ trái với nguyên tắc tôn trọng chủ quyền quốc gia, đe dọa an ninh của nước ngoài hữu quan; cách làm này sẽ không mang lại hiệu quả, vì người thực hiện uỷ thác trong trường hợp này không có quyền áp dụng các biện pháp cưỡng chế trên lãnh thổ nước ngoài.

2. Vấn đề uỷ thác tư pháp ở Việt Nam

Nhờ thực hiện chính sách làm bạn với tất cả các nước, xây dựng nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa, tích cực và chủ động hội nhập về kinh tế với khu vực và thế giới, giao lưu dân sự giữa Việt Nam và các nước ngày càng phát triển, các vụ việc, án kiện dân sự có yếu tố nước ngoài ngày càng tăng, và do đó các trường hợp Toà án nước ngoài và Toà án Việt Nam uỷ thác cho nhau thực hiện những hành vi tố tụng riêng lẻ ngày càng nhiều.

Theo pháp luật hiện hành, Toà án Việt Nam có quyền uỷ thác cho Toà án nước ngoài, đồng thời được phép nhận thực hiện uỷ thác tư pháp của Toà án nước ngoài.

Nguyên tắc uỷ thác tư pháp giữa Toà án Việt Nam và Toà án nước ngoài (Điều 85 của Pháp lệnh Thủ tục giải quyết các vụ án dân sự năm 1989) được quy định như sau:

- Việc uỷ thác tư pháp giữa Toà án Việt Nam với Toà án nước ngoài được thực hiện theo nguyên tắc bình đẳng và cùng có lợi.

- Toà án Việt Nam thực hiện uỷ thác tư pháp của Toà án

1. L.A. Lunts: *Tư pháp quốc tế* (tiếng Nga - phần tố tụng dân sự quốc tế), Nxb. Sách pháp lý, Mátxcơva, 1976, tr.144.

nước ngoài nếu việc được yêu cầu không trái với chủ quyền và không xâm phạm đến an ninh quốc gia của Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam.

Như vậy, việc uỷ thác tư pháp giữa Toà án Việt Nam với Toà án nước ngoài được thực hiện trên cơ sở nguyên tắc có đi có lại.

Pháp lệnh Thủ tục giải quyết các vụ án dân sự năm 1989 không quy định thể thức giao, nhận uỷ thác tư pháp, kết quả thực hiện uỷ thác tư pháp cũng như pháp luật áp dụng làm cơ sở thực hiện uỷ thác tư pháp. v.v.. Song, trên thực tế, việc giao nhận uỷ thác tư pháp và kết quả thực hiện uỷ thác tư pháp giữa Toà án Việt Nam và Toà án nước ngoài được thực hiện bằng con đường ngoại giao. Khi thực hiện uỷ thác tư pháp của Toà án nước ngoài, Toà án Việt Nam tuân theo pháp luật tố tụng dân sự của Việt Nam, trừ trường hợp điều ước quốc tế mà Việt Nam ký kết hoặc tham gia có quy định khác. Thực tiễn này của Việt Nam phù hợp với pháp luật và tập quán quốc tế. Việt Nam cũng không đòi trả công trong việc thực hiện uỷ thác tư pháp của Toà án nước ngoài. Điều này cũng hoàn toàn phù hợp với thông lệ quốc tế.

Nhìn chung, để bảo đảm cho việc Toà án nước ta uỷ thác cho Toà án nước ngoài và thực hiện uỷ thác Tư pháp của Toà án nước ngoài một cách chính xác, có hiệu quả, đúng pháp luật. Nhà nước ta nên có các quy định thật đầy đủ về vấn đề này. Đây chính là điều cần đạt được trong quá trình hoàn thiện pháp luật nước ta về tố tụng dân sự.

3. Vấn đề uỷ thác tư pháp trong các điều ước quốc tế

Vấn đề uỷ thác tư pháp là một trong những vấn đề quan trọng của tố tụng dân sự quốc tế. Giải quyết tốt vấn đề này sẽ góp phần giải quyết nhanh chóng và có hiệu quả các tranh

chấp dân sự có yếu tố nước ngoài, thúc đẩy giao lưu kinh tế, thương mại, khoa học – công nghệ và văn hoá giữa các quốc gia. Vì vậy, nó được đề cập trong nhiều điều ước quốc tế, đặc biệt các hiệp định tương trợ tư pháp giữa các nước.

Theo các hiệp định tương trợ tư pháp Việt Nam đã ký với các nước, Toà án các bên ký kết hiệp định được phép uỷ thác cho nhau và thực hiện uỷ thác tư pháp của nhau. Đây là một phương thức thực hiện tương trợ tư pháp giữa các bên ký kết hiệp định trong lĩnh vực dân sự, hôn nhân gia đình và hình sự.

Việc giao, nhận uỷ thác tư pháp và kết quả thực hiện uỷ thác tư pháp được thực hiện thông qua Bộ Tư pháp (nếu là vấn đề hình sự thì thông qua Viện kiểm sát tối cao). Việc thực hiện uỷ thác tư pháp có thể bị từ chối nếu việc đó trái với chủ quyền, an ninh quốc gia của nước nơi uỷ thác tư pháp được yêu cầu thực hiện.

Tất cả các hiệp định tương trợ tư pháp giữa Việt Nam với các nước đều quy định rằng, uỷ thác phải được lập thành văn bản và ghi rõ tên cơ quan yêu cầu, tên cơ quan được yêu cầu, tên công việc uỷ thác, nội dung yêu cầu, những dữ kiện cần thiết cho việc thực hiện uỷ thác; họ và tên các đương sự, người làm chứng và những người liên quan, nơi thường trú, tạm trú, quốc tịch, hộ tịch, chuyên môn, nghề nghiệp của họ; họ tên và địa chỉ người đại diện của các đương sự, cơ quan yêu cầu phải có người đại diện có thẩm quyền ký tên, đóng dấu.

Khi thực hiện uỷ thác, bên được yêu cầu tuân theo pháp luật của nước mình; nếu bên uỷ thác yêu cầu tuân theo pháp luật của bên uỷ thác và không trái với pháp luật của nước mình thì áp dụng pháp luật của nước bên uỷ thác; nếu không

thực hiện được uỷ thác thì gửi trả lại giấy tờ và thông báo lý do; nếu cơ quan được yêu cầu không có thẩm quyền thực hiện uỷ thác tư pháp thì cơ quan này có trách nhiệm chuyển uỷ thác tư pháp cho cơ quan có thẩm quyền theo thể thức đã quy định.

Mỗi bên ký kết hiệp định có thể tổng đạt giấy tờ cho công dân mình thông qua cơ quan đại diện ngoại giao, cơ quan lãnh sự nước mình trên lãnh thổ nước kia, nhưng không được áp dụng các biện pháp cưỡng chế.

Bên được yêu cầu thực hiện uỷ thác tư pháp chịu mọi phí tổn phát sinh trên lãnh thổ nước mình, nhưng cần thông báo cho bên kia biết, nếu bên uỷ thác thu những chi phí này từ những người có nghĩa vụ phải trả thì nước này được hưởng.

Các thứ tiếng được dùng trong việc lập văn bản uỷ thác và các loại giấy tờ có liên quan do từng hiệp định quy định cụ thể.

Các hiệp định tương trợ tư pháp giữa các nước Đông Âu, giữa Nga với các nước Đông Âu đều có những quy định tương tự như các hiệp định tương trợ tư pháp của Việt Nam.

Một vấn đề không được quy định trong pháp luật các nước cũng như trong các điều ước quốc tế là: nếu để giải quyết một tranh chấp, toà án một nước uỷ thác cho toà án nước khác thực hiện một số hành vi tố tụng riêng lẻ và bên được yêu cầu thực hiện uỷ thác biết chắc rằng bản án do toà án bên kia sắp tuyên sẽ không được công nhận ở nước mình thì có thực hiện uỷ thác tư pháp đó hay không? Nhìn chung bên được yêu cầu vẫn thực hiện uỷ thác tư pháp, vì việc thực hiện uỷ thác tư pháp không phụ thuộc vào vấn đề công nhận và thi hành bản án, quyết định dân sự của Toà án nước ngoài.

V- CÔNG NHẬN VÀ THI HÀNH CÁC BẢN ÁN, QUYẾT ĐỊNH DÂN SỰ CỦA TOÀ ÁN NƯỚC NGOÀI

1. Vấn đề công nhận và thi hành các bản án, quyết định dân sự của toà án nước ngoài trong pháp luật và thực tiễn các nước

Về mặt lý luận cũng như trong thực tiễn, các bản án, quyết định dân sự của toà án chỉ có hiệu lực pháp luật trong phạm vi lãnh thổ của nước nơi được tuyên; các bản án, quyết định dân sự của toà án nước này chỉ có thể có hiệu lực pháp luật trên lãnh thổ nước khác nếu được nước khác công nhận. Có những bản án, quyết định dân sự chỉ cần được công nhận, không cần phải xem xét vấn đề thi hành, nhưng có những bản án, quyết định dân sự đòi hỏi phải được công nhận và cho thi hành. Việc công nhận loại bản án, quyết định dân sự thứ hai của Toà án nước ngoài là điều kiện tiên quyết để cưỡng chế thi hành.

Sở dĩ đặt vấn đề công nhận và thi hành các bản án, quyết định dân sự của Toà án nước ngoài là vì sự phát triển giao lưu dân sự quốc tế làm cho vụ việc, án kiện dân sự có yếu tố nước ngoài ngày càng nhiều. Những bản án, quyết định dân sự cần phải được thực hiện ở nước ngoài khi bên đương sự có nghĩa vụ thực hiện ở nước ngoài hoặc đối tượng tranh chấp là tài sản ở nước ngoài. Nếu nước ngoài hữu quan không công nhận thì không thể thi hành được bản án hay quyết định dân sự đó; nếu bản án, quyết định dân sự không được thi hành thì lợi ích chính đáng của các bên đương sự không được bảo vệ và ảnh hưởng đến sự ổn định và phát triển của giao lưu dân sự quốc tế.

Thực tiễn tư pháp quốc tế những thập kỷ qua đã chứng

minh rằng, muốn đẩy mạnh quan hệ kinh tế, buôn bán quốc tế để thu lợi nhuận, các nước muốn bảo vệ lợi ích của công dân và pháp nhân nước mình thì cũng phải tôn trọng và bảo vệ lợi ích chính đáng của công dân và pháp nhân nước ngoài. Để làm được việc đó cần xem xét việc công nhận và cho thi hành các bản án, quyết định dân sự của nhau trên cơ sở những nguyên tắc cơ bản của tư pháp quốc tế, cũng như những nguyên tắc đặc thù của tố tụng dân sự quốc tế.

Cho đến nay, pháp luật của tất cả các nước, tuy ở mức độ và hình thức khác nhau, đều có quy định về việc cho phép, về thủ tục, điều kiện công nhận và thi hành các bản án, quyết định dân sự của Tòa án nước ngoài. Vấn đề này cũng được thoả thuận quy định trong nhiều điều ước quốc tế đa phương và song phương:

- Theo pháp luật và thực tiễn tư pháp của Pháp trước năm 1964, các bản án, quyết định dân sự của Tòa án nước ngoài về các tranh chấp có người Pháp, pháp nhân của Pháp tham gia, muốn được công nhận ở Pháp thì phải được Tòa án Pháp xem xét cả về hình thức và nội dung, thậm chí Tòa án Pháp có quyền xem xét tới mức như xử lại vụ tranh chấp, sau đó mới ra quyết định công nhận hay không công nhận. Sau năm 1964, thực tiễn tư pháp của Pháp không cho phép xem xét lại nội dung thực chất của các bản án, quyết định dân sự của Tòa án nước ngoài.

Riêng đối với các tranh chấp không có công dân hay pháp nhân của Pháp tham gia thì bản án, quyết định dân sự của Tòa án nước ngoài chỉ bị kiểm tra về mặt hình thức.

Những bản án, quyết định dân sự của Tòa án nước ngoài được công nhận ở Pháp không dựa trên cơ sở nguyên tắc có đi có lại. Song, Pháp không công nhận các bản án, quyết định dân sự của Tòa án nước ngoài nếu việc đó trái với trật tự

công cộng của Pháp hoặc loại vụ việc, án kiện dân sự đó, theo quy định của Pháp, thuộc quyền xét xử của Tòa án Pháp.

- Khác với pháp luật Pháp, pháp luật Anh quy định rằng, các bản án, quyết định dân sự của Tòa án nước ngoài muốn được công nhận ở Anh thì trước tiên phải đăng ký tại Tòa án tối cao Anh ở Luân Đôn và phải theo nguyên tắc có đi có lại. Trong trường hợp không bảo đảm nguyên tắc có đi có lại, nguyên đơn muốn bảo vệ lợi ích của mình phải viết đơn kiện mới, đề nghị Tòa án Anh xét xử.

Các bản án, quyết định dân sự của Tòa án nước ngoài muốn được đăng ký tại Tòa án tối cao Anh phải bảo đảm các yêu cầu sau đây:

- + Đúng về mặt hình thức;
- + Đã có hiệu lực pháp luật theo pháp luật của nơi được tuyên;
- + Có quy định về việc bồi thường một số tiền nhất định;
- + Không có lưỡng gạt, bị đơn được gọi ra tòa hợp lệ và được bảo đảm đầy đủ các quyền tố tụng.
- + Không trái với trật tự công cộng của Anh.

Tòa án Anh không xét lại nội dung của bản án, quyết định dân sự của Tòa án nước ngoài.

- Theo pháp luật Mỹ, các bản án, quyết định dân sự của Tòa án nước ngoài muốn được công nhận ở Mỹ cũng phải đáp ứng một số yêu cầu, về cơ bản, giống như quy định của nước Anh, nhưng không buộc phải đăng ký tại bất kỳ nơi nào.

- Ở Đức (Điều 328 Bộ luật Tố tụng dân sự) việc công nhận các bản án, quyết định dân sự của Tòa án nước ngoài sẽ bị gạt bỏ trong những trường hợp sau đây:

+ Vụ tranh chấp thuộc thẩm quyền xét xử của Tòa án Đức theo quy định của pháp luật Đức.

+ Bị đơn là công dân, pháp nhân Đức không được tham

gia tố tụng, không được gọi ra toà hoặc không được thông báo hợp lệ.

+ Toà án nước ngoài tuân theo những quy định xung đột đối lập với quy phạm xung đột của Đức.

+ Việc công nhận gây hậu quả trái với đạo đức hay mục đích của pháp luật Đức.

+ Không tuân theo nguyên tắc có đi có lại.

Khi xem xét việc công nhận bản án, quyết định dân sự của Toà án nước ngoài, Toà án Đức không yêu cầu kiểm tra giá trị pháp lý của các bản án, quyết định đó.

- Pháp luật các nước Đông Âu và Nga quy định việc công nhận các bản án, quyết định dân sự của Toà án nước ngoài được thực hiện trên cơ sở nguyên tắc có đi có lại và về nguyên tắc không cần kiểm tra lại vụ tranh chấp về mặt nội dung (riêng Điều 1146 Bộ luật Tố tụng dân sự Ba Lan quy định rằng, nếu tranh chấp thuộc đặc quyền xét xử của Toà án nước ngoài thì bản án, quyết định dân sự của toà án đó sẽ được công nhận mà không cần yêu cầu phải tuân theo nguyên tắc có đi có lại).

Việc công nhận các bản án, quyết định dân sự của Toà án nước ngoài phải tuân theo các điều kiện sau đây:

+ Bản án, quyết định dân sự của tòa án nước ngoài đã có hiệu lực pháp luật theo pháp luật nơi tuyên;

+ Toà án nước ngoài là toà án có thẩm quyền xét xử vụ tranh chấp theo pháp luật nơi bản án, quyết định dân sự được yêu cầu công nhận;

+ Bảo đảm đầy đủ các quyền tố tụng của các đương sự;

+ Trước khi bản án, quyết định dân sự của Toà án nước ngoài có hiệu lực pháp luật, chưa có bản án, quyết định dân sự nào về cùng một vụ việc hay tranh chấp đó đã được toà án nơi được yêu cầu công nhận tuyên hoặc công nhận.

+ Việc công nhận bản án, quyết định dân sự của Tòa án nước ngoài không trái với trật tự công cộng của nơi được yêu cầu công nhận và thi hành.

Để bản án, quyết định dân sự của Tòa án nước ngoài có hiệu lực như bản án, quyết định dân sự của tòa án nơi được yêu cầu công nhận, tòa án nước được yêu cầu công nhận phải ra một quyết định về việc công nhận đó. Sau khi có quyết định công nhận, nếu các bên đương sự không tự nguyện thi hành bản án, quyết định dân sự của Tòa án nước ngoài thì tòa án nơi được yêu cầu công nhận sẽ áp dụng biện pháp cưỡng chế bắt phải thi hành. Khi xem xét việc công nhận cũng như cưỡng chế thi hành bản án, quyết định dân sự của Tòa án nước ngoài, tòa án tuân theo các quy định của pháp luật tố tụng dân sự của nước mình.

2. Công nhận và thi hành bản án, quyết định dân sự của tòa án nước ngoài ở Việt Nam

Do đòi hỏi của thực tiễn, vấn đề công nhận và thi hành bản án, quyết định dân sự của Tòa án nước ngoài đã được đặt ra từ lâu trong khoa học pháp lý và trong pháp luật Việt Nam. Từ năm 1989 vấn đề này được ghi nhận một cách khái quát trong Pháp lệnh Thi hành án dân sự (mục d, khoản 1, Điều 3): "Những bản án, quyết định được thi hành theo pháp lệnh này bao gồm... bản án, quyết định của Tòa án nước ngoài đã được Tòa án Việt Nam công nhận". Quy định này tiếp tục được khẳng định trong Điều 3 của Pháp lệnh thi hành án dân sự năm 1993.

Tới tháng 4 năm 1993, với việc ban hành Pháp lệnh Công nhận và thi hành tại Việt Nam bản án, quyết định dân sự của tòa án nước ngoài, những vấn đề về công nhận và thi hành bản án, quyết định dân sự của Tòa án nước ngoài ở Việt Nam mới

được quy định đầy đủ, cụ thể và đồng bộ.

Theo quy định hiện hành của pháp luật Việt Nam, các bản án, quyết định dân sự của Tòa án nước ngoài bao gồm các bản án, quyết định về dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động, quyết định về tài sản trong bản án, quyết định hình sự và bản án, quyết định khác của Tòa án nước ngoài mà pháp luật Việt Nam quy định là bản án, quyết định dân sự.

Pháp luật Việt Nam khẳng định bản án, quyết định dân sự của Tòa án nước ngoài chỉ được thi hành tại Việt Nam sau khi được Tòa án Việt Nam công nhận và cho thi hành; Tòa án Việt Nam chỉ công nhận và cho thi hành những bản án, quyết định dân sự của Tòa án nước ngoài trong khuôn khổ quy định của pháp luật Việt Nam và của điều ước quốc tế mà Việt Nam ký kết hoặc tham gia; Tòa án Việt Nam xem xét cả việc không công nhận bản án, quyết định dân sự của Tòa án nước ngoài không có yêu cầu thi hành tại Việt Nam khi có đơn yêu cầu không công nhận.

Toà án Việt Nam không công nhận và cho thi hành các bản án, quyết định dân sự của Tòa án nước ngoài trong những trường hợp sau đây (Điều 16 Pháp lệnh Công nhận và thi hành tại Việt Nam bản án, quyết định dân sự của Tòa án nước ngoài):

- + Người phải thi hành hoặc người đại diện hợp pháp của người đó đã vắng mặt tại phiên toà của Tòa án nước ngoài do không được triệu tập hợp lệ.

- + Vụ án thuộc thẩm quyền xét xử riêng biệt của Tòa án Việt Nam.

- + Về cùng vụ án này có bản án, quyết định dân sự đã có hiệu lực pháp luật của Tòa án Việt Nam, hoặc của Tòa án nước ngoài đã được Tòa án Việt Nam công nhận; hoặc trước khi cơ quan xét xử của nước ngoài thụ lý vụ án, Tòa án Việt

Nam đã thụ lý và đang xem xét vụ án đó.

+ Đã hết thời hiệu thi hành án theo pháp luật của nước có toà án đã tuyên bản án, quyết định đó hoặc theo pháp luật Việt Nam;

+ Việc công nhận và cho thi hành bản án, quyết định dân sự của Toà án nước ngoài tại Việt Nam trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam.

Trong số những trường hợp không công nhận nêu trên, cần lưu ý rằng, quy định của pháp luật về trường hợp thứ nhất và thứ năm chưa thật đầy đủ và chính xác, bởi vì vấn đề chính không phải người phải thi hành hoặc người đại diện hợp pháp của người đó vắng mặt tại phiên toà của Toà án nước ngoài do không được triệu tập hợp lệ mà là, phải bảo đảm đầy đủ mọi quyền tố tụng dân sự cho những người đó; không phải bản thân hành vi công nhận và cho thi hành bản án, quyết định dân sự của Toà án nước ngoài, mà là hậu quả của hành vi đó trái với những nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam.

Những bản án, quyết định dân sự của Toà án nước ngoài được Toà án Việt Nam (Toà án nhân dân cấp tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương) công nhận và cho thi hành có hiệu lực pháp luật tại Việt Nam như bản án, quyết định dân sự của Toà án Việt Nam đã có hiệu lực pháp luật. Trong trường hợp người phải thi hành không tự nguyện thi hành quyết định đã có hiệu lực của Toà án Việt Nam về công nhận và cho thi hành bản án, quyết định dân sự của Toà án nước ngoài, thì bị áp dụng các biện pháp cưỡng chế thi hành theo quy định của pháp luật Việt Nam.

Ngoài những nội dung nêu trên, pháp luật Việt Nam còn quy định rất cụ thể các vấn đề như: quyền yêu cầu công nhận và cho thi hành hoặc yêu cầu không công nhận; thẩm quyền

xét đơn yêu cầu công nhận và cho thi hành hoặc đơn yêu cầu không công nhận; bảo đảm quyền kháng cáo, kháng nghị, bảo đảm việc chuyển tiền và tài sản thi hành án, quyết định dân sự của Toà án nước ngoài, lệ phí, hồ sơ, đơn yêu cầu, thủ tục xét đơn yêu cầu, v.v...

3. Vấn đề công nhận và thi hành bản án, quyết định dân sự của toà án nước ngoài trong các điều ước quốc tế

Để tạo điều kiện thúc đẩy giao lưu kinh tế, buôn bán quốc tế, các nước đã ký kết hàng loạt điều ước quốc tế đa phương và song phương nhằm bảo đảm cho các bản án, quyết định dân sự của toà án nước này được công nhận và thi hành trên lãnh thổ nước khác một cách thuận lợi. Ví dụ: Công ước La Hay năm 1958 về công nhận và thi hành quyết định của toà án về cấp dưỡng cho trẻ em, Công ước La Hay năm 1958 về giải quyết các tranh chấp về mua bán động sản, Công ước La Hay năm 1954 về tố tụng dân sự, Công ước La Hay năm 1966 về công nhận và thi hành bản án của toà án trong lĩnh vực dân sự và buôn bán, Công ước Luccxambua năm 1967 về công nhận quyết định của toà án trong lĩnh vực hôn nhân, các hiệp định buôn bán và hàng hải quốc tế, các hiệp định tương trợ tư pháp giữa các nước.

Theo các Hiệp định tương trợ tư pháp giữa các nước Đông Âu với nhau, giữa các nước Đông Âu với Nga, giữa Việt Nam với các nước, các bản án, quyết định dân sự của toà án nước ký kết này được công nhận và thi hành trên lãnh thổ của nước ký kết kia đều được căn cứ trên điều kiện rõ ràng và cụ thể.

CHƯƠNG VIII

GIẢI QUYẾT CÁC TRANH CHẤP DÂN SỰ CÓ YẾU TỐ NƯỚC NGOÀI BẰNG TRỌNG TÀI

I. KHÁI NIỆM VÀ VAI TRÒ CỦA TRỌNG TÀI

1. Khái niệm và phân loại trọng tài

Giải quyết tranh chấp dân sự bằng trọng tài là biện pháp giải quyết tranh chấp được các nhà kinh doanh rất ưa chuộng. Đây là "sản phẩm" tất yếu của nền kinh tế thị trường. Tự do ký kết hợp đồng, tự do kinh doanh trong khuôn khổ của pháp luật đương nhiên bao gồm cả tự do thoả thuận lựa chọn biện pháp giải quyết tranh chấp trong kinh doanh bằng Trọng tài¹.

Ở tất cả các nước trên thế giới, các tranh chấp dân sự dù có hay không có yếu tố nước ngoài đều được giải quyết không chỉ bằng toà án mà bằng cả Trọng tài. Pháp luật các nước cũng như các điều ước quốc tế do các nước ký kết đều có những quy định về những trường hợp cho phép các bên đương sự thoả thuận đưa tranh chấp ra Trọng tài để giải

1. Đoàn Năng: *Một số ý kiến về thực trạng và phương hướng hoàn thiện pháp luật trọng tài kinh tế ở nước ta hiện nay*, Tạp chí Luật học, số 1, 1998, tr. 14.

quyết, nếu các bên không hoà giải được với nhau.

Trọng tài là cơ quan xét xử do các bên đương sự thoả thuận thành lập trong khuôn khổ pháp luật cho phép để giải quyết tranh chấp giữa chính các bên đương sự đó. Thành phần của Trọng tài do các bên đương sự thoả thuận quyết định.

Theo pháp luật và thực tiễn của các nước, Trọng tài được thành lập chỉ để giải quyết những tranh chấp dân sự nhất định, chủ yếu trong lĩnh vực kinh tế, thương mại. Trọng tài thường không được phép giải quyết các tranh chấp về hôn nhân, gia đình, thừa kế và một số loại tranh chấp khác do pháp luật quy định. Ví dụ, theo Điều 2 của Luật Trọng tài năm 1994 của Cộng hoà nhân dân Trung Hoa, tranh chấp liên quan đến hôn nhân, nhận con nuôi, giám hộ và thừa kế, tranh chấp hành chính không thể được giải quyết bằng Trọng tài. Tuy nhiên, cũng có nước cho phép Trọng tài giải quyết cả các tranh chấp này. Nói cách khác, pháp luật các nước đều phân định rõ những tranh chấp chỉ do toà án giải quyết và những tranh chấp các bên đương sự có quyền thoả thuận đưa ra Trọng tài giải quyết.

Ở hầu hết các nước trên thế giới, đặc biệt các nước có nền kinh tế thị trường phát triển, Trọng tài là cơ quan xét xử có tính chất phi chính phủ, là tổ chức xã hội - nghề nghiệp, bởi lẽ, nếu biến thành cơ quan xét xử của Nhà nước thì nó không còn là trọng tài nữa.

Ở các nước xã hội chủ nghĩa trước khi Liên Xô tan rã, các tổ chức trọng tài phi chính phủ như Hội đồng trọng tài ngoại thương và Hội đồng trọng tài hàng hải nằm bên cạnh Phòng Thương mại và Công nghiệp của mỗi nước được thành lập chỉ để giải quyết các tranh chấp kinh tế đối ngoại. Để giải quyết các tranh chấp kinh tế trong nội bộ quốc gia, các nước này

thành lập hệ thống cơ quan được gọi là "Trọng tài kinh tế nhà nước". Các cơ quan Trọng tài kinh tế nhà nước này thực chất là các cơ quan xét xử của Nhà nước tồn tại song song với toà án.

Trước đây ở nước ta, tại các Toà án nhân dân không có toà chuyên trách giải quyết các tranh chấp kinh tế. Theo quy định tại Điều 2 Pháp lệnh Trọng tài kinh tế năm 1990, các tranh chấp về hợp đồng kinh tế mà chủ thể là các pháp nhân và các cá nhân có đăng ký kinh doanh theo pháp luật đều do Trọng tài kinh tế của Nhà nước xét xử (ở các địa phương có Trọng tài kinh tế quận, huyện, tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương; ở Trung ương có Trọng tài kinh tế nhà nước). Nói một cách chính xác là, các tranh chấp về hợp đồng kinh tế mà chủ thể là các pháp nhân và các cá nhân có đăng ký kinh doanh theo pháp luật đều buộc phải đưa ra Trọng tài kinh tế nhà nước để giải quyết mà không cần có sự thoả thuận của các bên đương sự. Trọng tài kinh tế Nhà nước còn được giao nhiệm vụ thực hiện quản lý Nhà nước về đăng ký kinh doanh của các doanh nghiệp và về hợp đồng kinh tế.

Trong điều kiện xây dựng nền kinh tế theo cơ chế tập trung, quan liêu, bao cấp, Nhà nước can thiệp trực tiếp vào hoạt động sản xuất, kinh doanh của các doanh nghiệp, thực hiện sự chỉ huy thống nhất cao độ từ trung ương, thì sự ra đời và tồn tại của Trọng tài kinh tế Nhà nước là cần thiết và tất yếu. Song một khi đã từ bỏ cơ chế quản lý cũ, chuyển sang xây dựng nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa, thì Trọng tài kinh tế Nhà nước không còn lý do để tồn tại.

Thực tiễn của Việt Nam thời gian qua cũng như thực tiễn của các nước trên thế giới cho thấy rằng, trong kinh tế thị trường không thể tồn tại một loại cơ quan xét xử nửa toà án, nửa trọng tài; các nhà kinh doanh rất cần một cơ chế thật sự

"thoáng hơn" để xử lý nhanh và có hiệu quả các tranh chấp phát sinh trong kinh doanh nhằm đáp ứng yêu cầu thu hồi vốn nhanh, để tiếp tục kinh doanh, sớm ổn định các mối quan hệ để phát triển khả năng kinh doanh sinh lợi của mình.

Với nhận thức đúng đắn về yêu cầu của nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa trong vấn đề tổ chức và hoạt động của trọng tài phi chính phủ, Nhà nước ta một mặt đã quyết định giải thể hệ thống Trọng tài kinh tế Nhà nước từ trung ương đến địa phương, tiến hành sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Tổ chức Tòa án nhân dân; để thành lập Tòa kinh tế tại các Tòa án nhân dân; mặt khác, xúc tiến chuẩn bị các điều kiện cho việc hình thành các trung tâm Trọng tài kinh tế phi chính phủ ở các tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương. Kết quả là từ ngày 1-7-1994 hệ thống Trọng tài kinh tế Nhà nước đã chấm dứt hoạt động; chức năng giải quyết các tranh chấp kinh tế được chuyển giao từ Trọng tài kinh tế Nhà nước sang Tòa kinh tế Tòa án nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương.

Để góp phần giảm bớt gánh nặng của toà án trong việc giải quyết các tranh chấp trong hoạt động sản xuất, kinh doanh, đáp ứng nguyện vọng của các nhà kinh doanh, Nhà nước ta đã khẳng định chủ trương cho phép thành lập các trung tâm Trọng tài kinh tế ở các tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương với tính chất là các tổ chức trọng tài phi chính phủ, các tổ chức xã hội - nghề nghiệp. Trước khi chuẩn bị giải thể hệ thống Trọng tài kinh tế nhà nước, Chính phủ Việt Nam đã tiến hành các biện pháp củng cố về mặt tổ chức các tổ chức trọng tài phi chính phủ bên cạnh Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam như quyết định thành lập Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam trên cơ sở hai cơ quan trọng tài là Hội đồng trọng tài ngoại thương và Hội đồng trọng tài

Hàng hải của Việt Nam đã tồn tại từ trước tới nay bên cạnh Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam.

Thực hiện chủ trương trên, ngày 5-9-1994 Chính phủ Việt Nam ban hành Nghị định số 116/CP cho phép thành lập các trung tâm Trọng tài kinh tế ở các tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương để giải quyết các tranh chấp về hợp đồng kinh tế, tranh chấp giữa các công ty với các thành viên của công ty, giữa các thành viên của công ty với nhau. Thông tư số 02/PLDSKT ngày 3-1-1995 của Bộ trưởng Bộ Tư pháp thậm chí còn mở rộng thẩm quyền của các trung tâm Trọng tài kinh tế tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương sang cả lĩnh vực giải quyết tranh chấp kinh tế có yếu tố nước ngoài, bất kể quốc tịch hoặc nơi cư trú của các bên tranh chấp.

Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam cũng như các trung tâm Trọng tài kinh tế thành lập và hoạt động theo Nghị định số 116/CP ngày 5-9-1994 đều là các tổ chức trọng tài phi chính phủ hay còn gọi là các tổ chức xã hội - nghề nghiệp. Và như vậy, kể từ ngày Nghị định 116/CP nêu trên được ban hành (5-9-1994), ở Việt Nam chỉ còn có một loại hình trọng tài là trọng tài phi chính phủ. Ngày nay ở Trung Quốc, trọng tài cũng được khẳng định là tổ chức xã hội độc lập, không có mối quan hệ nào với các tổ chức hành chính (Điều 14 và Điều 15 của Luật Trọng tài Trung Quốc năm 1994).

Trọng tài phi chính phủ gồm hai loại: trọng tài đơn vụ (trọng tài ad hoc) và trọng tài thường trực (hay còn gọi là trọng tài quy chế). Trọng tài đơn vụ là Trọng tài được các bên đương sự thoả thuận thành lập để giải quyết một vụ việc cụ thể có tranh chấp; Trọng tài viên là bất kỳ người nào mà các bên chấp nhận và có đủ các điều kiện do pháp luật quy định, không phụ thuộc vào danh sách trọng tài viên của các tổ chức

trọng tài, không có sẵn quy tắc tổ tụng cụ thể. Các bên đương sự tự quyết định thể thức thành lập trọng tài đơn vụ và thủ tục giải quyết tranh chấp phù hợp với các quy định của pháp luật quốc gia về trọng tài. Thông thường trọng tài đơn vụ gồm từ một đến ba trọng tài viên. Sau khi giải quyết xong tranh chấp, trọng tài ad hoc tự giải thể.

Khác với trọng tài đơn vụ, trọng tài thường trực được thành lập dưới hình thức Trung tâm trọng tài, một tổ chức xã hội - nghề nghiệp, theo trình tự, thủ tục do pháp luật quốc gia quy định, có cơ cấu tổ chức chặt chẽ, có điều lệ tổ chức và hoạt động, có danh sách trọng tài viên và bản quy tắc tổ tụng định sẵn của mình. Các Trung tâm trọng tài có thể đứng riêng, hoàn toàn độc lập, nhưng cũng có thể nằm bên cạnh các tổ chức khác như các hiệp hội nghề nghiệp, các phòng thương mại, các phòng thương mại và công nghiệp ở các quốc gia.

Hiện nay trên thế giới cả trọng tài ad hoc và trọng tài thường trực đều được sử dụng rộng rãi trong việc giải quyết các tranh chấp trong sản xuất, kinh doanh. Ở Việt Nam, pháp luật hiện hành không quy định việc chấp nhận hay không chấp nhận trọng tài ad hoc. Trên thực tế các nhà kinh doanh Việt Nam cũng chưa bao giờ sử dụng loại trọng tài này để giải quyết tranh chấp.

2. Vai trò của trọng tài phi chính phủ

Thực tiễn giải quyết các tranh chấp trong sản xuất, kinh doanh cho thấy các nhà sản xuất kinh doanh dù hoạt động trong phạm vi quốc gia hay trên phạm vi quốc tế đều mong muốn ngăn chặn sự phát sinh các tranh chấp; nếu tranh chấp xảy ra thì mong muốn hoà giải với nhau; nếu không hoà giải được với nhau thì tránh việc đưa tranh chấp ra trước toà

án mà thoả thuận giải quyết tranh chấp bằng trọng tài¹.

Vấn đề cần lý giải ở đây là tại sao các nhà kinh doanh đều mong muốn, các luật gia hoàn toàn ủng hộ, còn các quốc gia thì chấp nhận cho phép các bên đương sự không dùng toà án quốc gia mà thoả thuận dùng trọng tài để giải quyết các tranh chấp dân sự phát sinh trong quá trình sản xuất, kinh doanh. Lý do chính là giải quyết các tranh chấp phát sinh trong sản xuất kinh doanh bằng trọng tài có nhiều ưu thế hơn so với việc giải quyết bằng toà án.

Các ưu thế của việc giải quyết tranh chấp bằng trọng tài so với toà án thể hiện ngay ở các yếu điểm của việc giải quyết các tranh chấp bằng toà án như sau:

- Giải quyết tranh chấp bằng toà án phải tuân theo các thủ tục rất phức tạp, phải qua rất nhiều bước mất thời gian như xử sơ thẩm, xử phúc thẩm, tái thẩm, giám đốc thẩm; thời gian xử đã dài lại phải dành thời gian cho kháng cáo, kháng nghị, v.v... Tình trạng này không giúp cho các nhà kinh doanh thu hồi nhanh vốn để thanh toán nợ nần, để quay vòng nhằm thu lợi nhuận.

- Vì mất nhiều thời gian cho các thủ tục Toà án nên đương nhiên tốn nhiều sức lực, tiền của và không có điều kiện tập trung nhanh chóng thúc đẩy sản xuất, kinh doanh.

- Việc xét xử của toà án thông thường phải công khai, cho nên không thể bảo đảm bí mật kinh doanh của các đương sự.

- Việc giải quyết tranh chấp bằng toà án, về nguyên tắc,

1. Đoàn Năng: *Một số ý kiến về thực trạng và phương hướng hoàn thiện pháp luật trọng tài kinh tế ở nước ta hiện nay*. Tạp chí Luật học, số 1, 1998, tr. 18.

- *Giáo trình Tư pháp quốc tế* (TS. Đoàn Năng chủ biên), Trường Đại học Tổng hợp Hà Nội, 1994, tr. 244.

phải bảo đảm thẩm phán độc lập, chỉ tuân theo pháp luật, nhưng trong thực tiễn các thẩm phán phải chịu tác động rất nhiều của các yếu tố quyền lực chính trị.

Việc giải quyết tranh chấp bằng trọng tài hoàn toàn khác phục được các yếu điểm nêu trên của việc giải quyết tranh chấp bằng toà án. Cụ thể là giải quyết tranh chấp bằng trọng tài được tiến hành nhanh gọn, mềm dẻo, linh hoạt, theo thủ tục đơn giản. Quyết định của trọng tài là quyết định chung thẩm, tức là không có kháng cáo, kháng nghị. Trọng tài xét xử không công khai, quyết định của trọng tài chỉ được thông báo rộng rãi khi được các bên đương sự đồng ý. Trọng tài không bị chi phối bởi yếu tố quyền lực chính trị. Nhờ đó, các đương sự đỡ tốn kém hơn, góp phần nhanh chóng tạo sự ổn định và thúc đẩy hoạt động sản xuất kinh doanh. Giải quyết tranh chấp bằng trọng tài giúp cho đương sự giữ bí mật kinh doanh, giữ uy tín trong kinh doanh.

Do các bên có quyền thoả thuận chọn hoặc tự chọn trọng tài viên, chọn người mình mong muốn làm trọng tài viên, và nếu là trọng tài ad hoc thì còn có quyền thoả thuận về cả quy tắc tố tụng trọng tài phù hợp với quy định của pháp luật, cho nên đương sự tác động được vào quá trình giải quyết tranh chấp nhằm bảo đảm cho việc giải quyết tranh chấp phản ánh khách quan và đầy đủ quyền lợi của mỗi bên đương sự. Đội ngũ trọng tài viên gồm những chuyên gia giỏi về pháp luật và nghiệp vụ, am hiểu lĩnh vực kinh doanh cụ thể càng làm cho việc giải quyết tranh chấp được khách quan hơn.

Tóm lại, Trọng tài là cơ quan giải quyết tranh chấp rất ưa dùng đối với các nhà sản xuất, kinh doanh, đặc biệt trong lĩnh vực kinh tế, thương mại quốc tế. Trọng tài góp phần giải quyết nhanh gọn và hiệu quả các tranh chấp nhằm ổn định và thúc đẩy sản xuất kinh doanh trong từng nước và cả trên

phạm vi quốc tế. Ở nước ta, việc mở rộng khả năng, cơ hội cho các nhà sản xuất, kinh doanh sử dụng trọng tài để giải quyết tranh chấp sẽ góp phần thúc đẩy quá trình hội nhập của Việt Nam vào cộng đồng quốc tế, tạo môi trường thuận lợi thu hút đầu tư nước ngoài, đẩy nhanh sự phát triển kinh tế - xã hội.

II. THẨM QUYỀN XÉT XỬ CỦA TRỌNG TÀI VÀ HIỆU LỰC CỦA THỎA THUẬN TRỌNG TÀI

1. Thẩm quyền xét xử của trọng tài

Theo pháp luật và thực tiễn trọng tài của các nước, Trọng tài chỉ có thẩm quyền xét xử khi các bên đương sự thoả thuận giải quyết tranh chấp bằng trọng tài. Thoả thuận đưa tranh chấp ra trọng tài để giải quyết là quyền tự do của các đương sự. Nếu các đương sự không thoả thuận giải quyết tranh chấp bằng trọng tài thì tranh chấp phải được giải quyết bằng Toà án. Đây là vấn đề hiện nay đã có ý kiến hoàn toàn thống nhất trong giới luật gia ở tất cả các nước trên thế giới.

Trong thực tiễn quốc tế, cũng có trường hợp các quốc gia ký kết với nhau các điều ước quốc tế để quy định các bên đương sự chỉ được giải quyết tranh chấp bằng Trọng tài. Ví dụ, điều kiện chung giao hàng năm 1968 và Công ước năm 1972 của các nước xã hội chủ nghĩa là thành viên Hội đồng tương trợ kinh tế (SEV) về vấn đề trọng tài quy định các tranh chấp giữa các tổ chức của các nước này trong hợp tác kinh tế, khoa học - công nghệ phải được giải quyết tại cơ quan trọng tài bên cạnh Phòng Thương mại và Công nghiệp của nước bên bị đơn mang quốc tịch hoặc tại cơ quan trọng

tài của nước thứ ba do các bên đương sự thoả thuận. Đến nay các văn kiện này không còn hiệu lực.

Nhìn chung, tuy trọng tài là biện pháp được các nhà kinh doanh rất ưa dùng để giải quyết các tranh chấp trong kinh doanh, nhưng không nên quy định buộc họ phải giải quyết tranh chấp bằng trọng tài mà phải để cho họ quyền hoàn toàn tự do lựa chọn trọng tài hoặc toà án thì mới phù hợp với nguyên tắc tự do hợp đồng và tự do kinh doanh.

Cần phải tôn trọng quyền của các đương sự lựa chọn trọng tài để giải quyết tranh chấp, nhưng việc thoả thuận giải quyết tranh chấp bằng trọng tài phải được thực hiện trong khuôn khổ do pháp luật quốc gia hoặc điều ước quốc tế mà quốc gia ký kết hoặc tham gia quy định. Pháp luật các nước đều có quy định về vấn đề này. Ví dụ, Điều 2 của Luật Trọng tài năm 1994 của Trung Quốc quy định “Mọi tranh chấp phát sinh từ hợp đồng hoặc quyền sở hữu giữa các công dân, pháp nhân hoặc các tổ chức khác trên cơ sở bình đẳng có thể được giải quyết bằng trọng tài”. Nói cách khác, trong phạm vi quy định này, các bên đương sự hoàn toàn có quyền thoả thuận đưa tranh chấp ra Trọng tài để giải quyết. Điều 5 của luật này còn khẳng định “Nếu các bên đã ký kết thoả thuận trọng tài và một bên khởi kiện tại Toà án nhân dân thì Toà án nhân dân không thụ lý vụ kiện, trừ khi thoả thuận trọng tài đó bị vô hiệu”.

Ở nước ta, theo quy định của Pháp lệnh về hợp đồng kinh tế năm 1989 (Điều 38 và Điều 39) và Pháp lệnh về Trọng tài kinh tế năm 1990 (Điều 1), các tranh chấp về hợp đồng kinh tế đều do Trọng tài kinh tế Nhà nước giải quyết khi có đơn yêu cầu của một hoặc các bên đương sự, kể cả trường hợp hợp đồng kinh tế mà một bên tham gia là pháp nhân Việt Nam, còn bên kia là cá nhân, tổ chức nước ngoài, hoặc cả hai bên

đều là tổ chức, cá nhân nước ngoài. Điều đó có nghĩa là các tranh chấp về hợp đồng kinh tế không thuộc thẩm quyền giải quyết của toà án, các bên đương sự không cần phải thoả thuận chọn Trọng tài hay Toà án, vì các tranh chấp hợp đồng kinh tế chỉ do Trọng tài kinh tế Nhà nước giải quyết, chỉ cần một bên đương sự có đơn yêu cầu là Trọng tài kinh tế Nhà nước tiến hành giải quyết tranh chấp.

Riêng Trung tâm trọng tài quốc tế Việt Nam mà tiền thân của nó là các Hội đồng trọng tài thương mại và Hội đồng trọng tài hàng hải bên cạnh Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam chỉ có thẩm quyền giải quyết tranh chấp khi có sự thoả thuận của các bên đương sự đưa tranh chấp ra trọng tài để giải quyết. Phạm vi tranh chấp mà các bên đương sự được phép thoả thuận để đưa ra Trung tâm trọng tài quốc tế Việt Nam được quy định tại Điều 2 Điều lệ Tổ chức và Hoạt động của Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam như sau: “Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam có thẩm quyền giải quyết các tranh chấp phát sinh từ các quan hệ kinh tế quốc tế như các hợp đồng thương mại, các hợp đồng đầu tư, du lịch, vận tải và bảo hiểm quốc tế, chuyển giao công nghệ, tín dụng và thanh toán quốc tế v.v..”. Ngày 16-2-1996 Thủ tướng Chính phủ có quyết định số 114/TTg cho phép Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam giải quyết cả các tranh chấp kinh tế phát sinh từ những quan hệ kinh doanh trong nước, nếu các bên đương sự thoả thuận đưa ra Trung tâm này để giải quyết.

Theo Nghị định 116/CP ngày 5-9-1994 về tổ chức và hoạt động của Trọng tài kinh tế (khoản 2 Điều 3), “Trung tâm Trọng tài kinh tế chỉ nhận đơn yêu cầu giải quyết các tranh chấp kinh tế được quy định tại Điều 1 của Nghị định này, nếu trước hoặc sau khi xảy ra tranh chấp, các bên đã có thoả

thuận bằng văn bản về việc đưa vụ tranh chấp ra giải quyết tại chính Trung tâm Trọng tài kinh tế đó”.

Như vậy, sau khi giải thể hệ thống Trọng tài kinh tế Nhà nước và thành lập các trung tâm Trọng tài kinh tế theo Nghị định số 116/CP ngày 5-9-1994 của Chính phủ, thì Việt Nam đã hoàn toàn đi theo thông lệ chung của các nước trên thế giới - trong mọi trường hợp, trọng tài chỉ có thẩm quyền giải quyết tranh chấp khi có sự thoả thuận của các bên đương sự đưa tranh chấp ra trọng tài để giải quyết.

Vấn đề thoả thuận chọn Trọng tài để giải quyết tranh chấp còn được quy định trong nhiều văn bản pháp luật khác của Việt Nam. Ví dụ: Điều 241 Bộ luật Hàng hải Việt Nam năm 1990 quy định: các bên hợp đồng có thể thoả thuận giải quyết tranh chấp bằng Trọng tài hoặc khởi kiện trước Toà án; Điều 109 của Luật Hàng không dân dụng Việt Nam năm 1991 quy định: các tranh chấp trong hoạt động hàng không dân dụng có thể được giải quyết bằng thương lượng, hoà giải hoặc đưa ra giải quyết trước trọng tài hoặc khởi kiện trước toà án theo thẩm quyền, thủ tục do pháp luật quy định; Điều 24 của Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam năm 1996 khẳng định các tranh chấp giữa các bên tham gia hợp đồng hợp tác kinh doanh hoặc giữa các bên liên doanh cũng như các tranh chấp giữa các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài, các bên tham gia hợp đồng hợp tác kinh doanh với các doanh nghiệp Việt Nam trước hết phải được giải quyết thông qua thương lượng, hoà giải; trong trường hợp các bên không hoà giải được thì vụ tranh chấp được đưa ra giải quyết tại tổ chức Trọng tài hoặc Toà án Việt Nam theo pháp luật Việt Nam; đối với các tranh chấp giữa các bên tham gia doanh nghiệp liên doanh hoặc hợp đồng hợp tác kinh doanh, các bên có thể thoả thuận trong hợp đồng việc lựa chọn một tổ chức

trọng tài khác để giải quyết tranh chấp. Luật Thương mại Việt Nam năm 1997 cũng quy định trong trường hợp tranh chấp thương mại không hoà giải được thì giải quyết tại trọng tài hoặc toà án; các tranh chấp với thương nhân nước ngoài nếu không có thoả thuận hoặc điều ước quốc tế không quy định thì tranh chấp được giải quyết tại Toà án Việt Nam ; nhiều văn bản khác của pháp luật Việt Nam cũng có quy định tương tự.

Việc giải quyết tranh chấp bằng trọng tài trong nhiều trường hợp do điều ước quốc tế quy định. Ví dụ: Điều 16 Hiệp định buôn bán và hàng hải Việt Nam - Liên Xô năm 1958 (hiện nay được nước Nga kế thừa) quy định rằng, các bên đương sự được phép thoả thuận chọn trọng tài; các hiệp định về khuyến khích và bảo hộ đầu tư giữa Việt Nam với các nước cũng có quy định tương tự; Hiệp định Việt Nam - Bungari về thành lập và hoạt động của các xí nghiệp liên doanh quy định: trước hết phải giải quyết thông qua con đường đàm phán và thoả thuận; nếu các bên không thoả thuận được với nhau, thì tranh chấp đó sẽ được đưa ra xét xử tại Hội đồng trọng tài bên cạnh Phòng Thương mại và Công nghiệp của nước sở tại hoặc một Hội đồng trọng tài khác do hai bên thoả thuận; các tranh chấp phát sinh giữa các xí nghiệp liên doanh với các tổ chức kinh tế khác cũng được xử lý như đối với các xí nghiệp liên doanh khác của nước sở tại.

Hiệp định Thương mại Việt Nam - Hợp chủng quốc Hoa Kỳ (khoản 2 của Điều 7) cũng khẳng định các bên khuyến khích việc sử dụng Trọng tài để giải quyết các tranh chấp phát sinh từ các giao dịch thương mại được ký kết giữa các công dân và công ty của Việt Nam và các công dân và công ty của Hoa Kỳ; việc giải quyết các tranh chấp bằng trọng tài như vậy có thể được quy định bằng các thoả thuận trong các

hợp đồng giữa các công dân và công ty đó hoặc bằng văn bản thoả thuận riêng rẽ giữa họ.

Vấn đề trọng tài chỉ có thẩm quyền giải quyết tranh chấp khi các bên đương sự thoả thuận đưa tranh chấp ra trọng tài để giải quyết đều được quy định rõ ràng trong điều lệ tổ chức và hoạt động của tất cả các tổ chức trọng tài quy chế ở tất cả các nước trên thế giới, bao gồm cả các tổ chức trọng tài ở Việt Nam. Ví dụ, khoản 2 Điều 3 của Điều lệ tổ chức và hoạt động và khoản 2 Điều 3 của bản Quy tắc tổ tụng của Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam quy định rằng Trung tâm trọng tài quốc tế Việt Nam có thẩm quyền giải quyết các tranh chấp, nếu trước hay sau khi xảy ra tranh chấp, các bên đương sự thoả thuận đưa vụ việc ra trước Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam, hoặc nếu có một điều ước quốc tế ràng buộc các bên phải đưa vụ tranh chấp ra trước Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam. Điều lệ và quy tắc tổ tụng của các trung tâm Trọng tài kinh tế ở các tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương của Việt Nam cũng có các quy định tương tự.

2. Hiệu lực của thoả thuận trọng tài

Như đã trình bày tại mục trên, pháp luật quốc gia và điều ước quốc tế, trong phạm vi nhất định, cho phép các bên đương sự thoả thuận giải quyết tranh chấp bằng trọng tài. Thoả thuận giữa các bên đương sự đưa tranh chấp ra trọng tài để giải quyết được gọi là thoả thuận trọng tài.

Trong thực tiễn giải quyết tranh chấp bằng trọng tài và trong Luật mẫu về trọng tài thương mại quốc tế do Uỷ ban của Liên hợp quốc về Luật Thương mại quốc tế thông qua năm 1985, các bên đương sự có thể xây dựng thoả thuận trọng tài thành một điều khoản trong hợp đồng hoặc làm thành phụ lục kèm theo hợp đồng, thậm chí được thể hiện

dưới hình thức trao đổi thư từ, telex, telegram hoặc các hình thức trao đổi viễn thông khác, hoặc trao đổi thông qua đơn kiện và bản tự bào chữa trong đó tồn tại thoả thuận do một bên đưa ra mà bên kia không từ chối. Thoả thuận Trọng tài có thể được lập khi ký hợp đồng hoặc sau khi ký hợp đồng, thậm chí trước hoặc sau khi xảy ra tranh chấp. Pháp luật các nước về trọng tài cũng thừa nhận như vậy (Điều 1444 Bộ luật Tố tụng dân sự hiện hành của Pháp; Điều 16 luật Trọng tài Trung Quốc năm 1994; khoản 2 Điều 3 Nghị định số 116/CP ngày 5-9-1994 của Chính phủ Việt Nam về Trọng tài kinh tế v.v..).

Pháp luật tất cả các nước đều quy định thoả thuận trọng tài phải được lập thành văn bản. Ví dụ, Điều 1443 Bộ luật Tố tụng dân sự hiện hành của Pháp quy định “Điều khoản trọng tài vô hiệu khi không được lập bằng văn bản trong thoả thuận chính hoặc trong tài liệu tham chiếu”; Điều 7 Luật mẫu về trọng tài thương mại quốc tế được Uỷ ban của Liên hợp quốc về Luật Thương mại quốc tế thông qua ngày 21-6-1985 khẳng định “Thoả thuận trọng tài phải được lập thành văn bản”; pháp luật Việt Nam (khoản 2 Điều 3 Nghị định số 116/CP ngày 5-9-1994) và pháp luật Trung Quốc (Điều 16 Luật Trọng tài năm 1994), v.v., đều quy định tương tự như vậy.

Để được công nhận là có giá trị pháp lý, thoả thuận trọng tài còn phải được ký kết bởi những người có thẩm quyền như người đại diện hợp pháp của chủ thể kinh doanh hoặc người được đại diện hợp pháp của chủ thể kinh doanh uỷ quyền hợp pháp. Những người này đương nhiên phải có đầy đủ năng lực hành vi dân sự theo quy định của pháp luật của nước mà chủ thể kinh doanh mang quốc tịch.

Thoả thuận trọng tài chỉ có giá trị pháp lý khi nó được

hình thành trong khuôn khổ do pháp luật hoặc điều ước quốc tế quy định. Điều đó có nghĩa là các bên đương sự chỉ được phép thoả thuận đưa ra trọng tài giải quyết những vấn đề nằm trong phạm vi pháp luật của các nước liên quan cho phép sử dụng trọng tài để giải quyết. Trong trường hợp đó, toà án không có quyền bác bỏ hay xét lại thoả thuận trọng tài. Thoả thuận trọng tài giữa hai bên đương sự không ràng buộc bên thứ ba.

Đặc điểm của thoả thuận trọng tài thể hiện ở chỗ các bên thoả thuận chịu sự ràng buộc đối với thoả thuận, không có quyền tự tiện từ bỏ việc chuyển tranh chấp ra trọng tài để giải quyết. Thoả thuận trọng tài là một bộ phận cấu thành của hợp đồng nhưng có tính độc lập về mặt pháp lý. Hiệu lực của thoả thuận trọng tài độc lập với hiệu lực của hợp đồng. Khi hợp đồng được thay đổi nội dung, gia hạn hay vô hiệu từng phần, thậm chí vô hiệu toàn bộ thì thoả thuận trọng tài vẫn có hiệu lực đối với các bên đương sự trong việc giải quyết các vấn đề thuộc nội dung của hợp đồng.

III. QUY TẮC TỔ TỤNG CỦA TRỌNG TÀI

Như đã trình bày ở mục I, khi giải quyết tranh chấp mà các đương sự thoả thuận đưa ra trọng tài một cách hợp lệ, trọng tài phải thực hiện việc xét xử theo những trình tự và thủ tục tổ tụng nhất định. Tuy trọng tài là tổ chức phi chính phủ, nhưng pháp luật các nước về trọng tài đều có quy định những yêu cầu cơ bản về trình tự, thủ tục xét xử bằng trọng tài nhằm bảo đảm cho quá trình xét xử diễn ra một cách nhanh gọn, khách quan, công bằng, đúng pháp luật, góp phần bảo vệ một cách có hiệu quả các quyền và lợi ích hợp pháp của các bên đương sự.

Các quy định của pháp luật về vấn đề này là cơ sở, là công cụ cho các cơ quan có thẩm quyền của Nhà nước thực hiện việc theo dõi, giám sát, quản lý Nhà nước đối với việc tổ chức và hoạt động của các cơ quan trọng tài.

Tất cả các tổ chức trọng tài đều có quy tắc tố tụng của mình. Nếu là trọng tài ad hoc thì quy tắc tố tụng do chính các bên đương sự thoả thuận hoặc giao cho trọng tài viên duy nhất hay uỷ ban trọng tài xem xét quyết định phù hợp với quy định của pháp luật. Nếu là tổ chức trọng tài thường trực thì phải có bản quy tắc tố tụng định sẵn của mình được xây dựng phù hợp với quy định của pháp luật về tố tụng trọng tài.

Thông thường bản quy tắc tố tụng của mỗi tổ chức trọng tài đều khẳng định phạm vi thẩm quyền của tổ chức trong việc giải quyết các tranh chấp và trình tự, thủ tục tố tụng.

Ví dụ, theo bản quy tắc tố tụng của Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam, thủ tục tố tụng được quy định cụ thể như sau:

1. Về đơn kiện

Thủ tục tố tụng bắt đầu bằng một đơn kiện do nguyên đơn nộp cho Trung tâm Trọng tài phù hợp với nội dung của thoả thuận trọng tài.

Đơn kiện phải có đầy đủ các nội dung quy định như: tên và địa chỉ của nguyên đơn và bị đơn; các yêu cầu của nguyên đơn, có trình bày sự việc kèm theo bằng chứng; những căn cứ pháp lý mà nguyên đơn dựa vào đó để đi kiện; trị giá của vụ kiện; tên trọng tài viên mà nguyên đơn chọn trong danh sách trọng tài viên của Trung tâm Trọng tài, hoặc đề nghị Chủ tịch Trung tâm Trọng tài chỉ định trọng tài viên cho mình. Đơn kiện phải viết bằng tiếng Việt Nam hay bằng một

thứ tiếng nước ngoài thông dụng trong giao dịch quốc tế như tiếng Anh, tiếng Pháp, tiếng Nga.

Đơn kiện và các giấy tờ kèm theo phải nộp một bản chính và một số bản sao để gửi cho các trọng tài viên xét xử vụ kiện và cho bị đơn, mỗi người một bản.

Khi gửi đơn kiện, nguyên đơn phải ứng trước vào tài khoản của Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam toàn bộ phí trọng tài tính theo “Biểu phí trọng tài, phí tổn của Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam và chi phí của các bên”. Chứng từ nộp tiền phải gửi kèm theo đơn kiện. Nếu nguyên đơn không ứng trước toàn bộ phí trọng tài, thì vụ kiện chưa được thụ lý.

2. Về chọn và chỉ định trọng tài viên

Sau khi nhận được đơn kiện, Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam báo cho bị đơn biết và gửi cho bị đơn bản sao đơn kiện và các tài liệu kèm theo cùng với danh sách trọng tài viên, đồng thời yêu cầu bị đơn gửi đến Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam bản tự bào chữa, kèm theo những bằng chứng trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày nhận được bản sao đơn kiện. Thời hạn này có thể được kéo dài nhưng không quá 2 tháng. Trong thời hạn này, bị đơn phải chọn trọng tài viên và báo cho Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam biết hoặc yêu cầu Chủ tịch Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam chỉ định cho mình trọng tài viên; nếu bị đơn không tự chọn và cũng không yêu cầu Chủ tịch Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam chọn trọng tài viên, thì Chủ tịch Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam chỉ định trọng tài viên cho bị đơn.

Các trọng tài viên được các bên chọn hoặc được chỉ định sẽ bầu một trọng tài viên thứ ba trong Danh sách trọng tài viên của Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam làm Chủ tịch

Ủy ban trọng tài phụ trách việc giải quyết vụ kiện. Trong thời hạn 15 ngày kể từ ngày chọn trọng tài viên thứ hai, nếu các trọng tài viên không thoả thuận được để chọn trọng tài viên thứ ba, thì Chủ tịch trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam sẽ chỉ định Chủ tịch Ủy ban trọng tài.

Các bên đương sự có thể thoả thuận chọn một trọng tài viên hoặc đề nghị Chủ tịch Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam chỉ định một trọng tài viên để giải quyết vụ kiện. Trọng tài viên duy nhất này giải quyết vụ kiện như một Ủy ban trọng tài.

Các bên đương sự có quyền khước từ trọng tài viên, Chủ tịch Ủy ban trọng tài hoặc trọng tài viên duy nhất, nếu nghi ngờ về sự vô tư của trọng tài viên, nhất là khi họ cho rằng trọng tài viên có liên quan trực tiếp hay gián tiếp đến vụ tranh chấp. Bản thân các trọng tài viên cũng có quyền khước từ vì những lý do này. Nếu việc khước từ được công nhận, trọng tài viên mới, Chủ tịch Ủy ban trọng tài mới hay trọng tài viên duy nhất mới sẽ được chọn hoặc chỉ định để giải quyết vụ kiện.

3. Về đơn phản kiện

Trước khi Ủy ban trọng tài họp xét xử, bị đơn có quyền phản kiện. Đơn phản kiện cũng phải tuân theo các quy định cho đơn kiện chính. Trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày nhận được thông báo về đơn phản kiện, nguyên đơn phải thông báo bằng văn bản về ý kiến của mình cho Ủy ban trọng tài. Đơn phản kiện được xét xử cùng một lúc với đơn kiện chính.

4. Điều tra trước khi xét xử

Trọng tài viên được chọn hoặc được chỉ định có quyền và trách nhiệm nghiên cứu hồ sơ bằng mọi biện pháp thích hợp;

có quyền tiếp cận trực tiếp với các bên để nghe các đương sự trình bày ý kiến, có quyền tìm hiểu sự việc từ những người khác; có quyền mời giám định viên và xác định nhiệm vụ cho giám định viên, nhận báo cáo hay trực tiếp nghe giám định viên trình bày báo cáo.

Ủy ban trọng tài phải kiểm tra việc chuẩn bị xét xử; áp dụng các biện pháp cần thiết như yêu cầu các đương sự cung cấp các bản giải thích, các bằng chứng và các tài liệu khác liên quan và quy định thời hạn cho việc thực hiện các công việc này.

5. Thủ tục xét xử

Ngày xét xử do Chủ tịch Ủy ban trọng tài quyết định. Các bên đương sự phải được triệu tập đến phiên họp xét xử bằng văn bản, có ghi rõ thời gian và địa điểm xét xử;

Việc xét xử được tiến hành ở Hà Nội. Nếu cần thiết hoặc các bên đương sự có yêu cầu, Chủ tịch Ủy ban trọng tài có thể tiến hành xét xử ở một địa điểm khác trên lãnh thổ Việt Nam.

Các bên có thể trực tiếp tham gia vào quá trình xét xử hoặc uỷ quyền cho người khác là công dân Việt Nam hay người nước ngoài thay mặt, nhưng phải có giấy uỷ quyền hợp lệ và có thể mời luật sư để bảo vệ quyền lợi cho mình. Nếu một hoặc các bên đương sự vắng mặt không có lý do chính đáng, Ủy ban trọng tài hoặc trọng tài viên duy nhất vẫn được phép tiến hành xét xử căn cứ vào tài liệu và chứng cứ đã có. Nếu các bên chấp nhận hoặc yêu cầu, tranh chấp được xét xử mà không cần sự có mặt của các bên đương sự. Ủy ban trọng tài dùng tiếng Việt Nam khi xét xử. Các bên đương sự có thể yêu cầu Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam cung cấp phiên dịch và phải trả tiền thuê phiên dịch.

Khi xét xử, Ủy ban trọng tài hoặc trọng tài viên duy nhất căn cứ vào các điều khoản hợp đồng, vào pháp luật được áp dụng cho vụ tranh chấp, vào các điều ước quốc tế có liên quan và có tính đến các tập quán thương mại và thông lệ quốc tế. Các trọng tài viên phải đánh giá sự việc theo cách hiểu của mình một cách khách quan, trung thực.

Trọng tài xét xử không công khai. Nếu có sự đồng ý của các bên đương sự, Ủy ban trọng tài có thể cho phép người không tham gia vụ kiện dự phiên họp xét xử.

Khi quyết định, Ủy ban trọng tài biểu quyết theo đa số. Nếu không đạt được biểu quyết theo đa số thì Chủ tịch Ủy ban trọng tài sẽ đưa ra quyết định như trọng tài viên duy nhất.

Phiên họp xét xử phải được ghi thành biên bản có chữ ký của thư ký phiên họp và của Chủ tịch Ủy ban trọng tài hoặc trọng tài viên duy nhất. Các bên đương sự có quyền tìm hiểu nội dung của biên bản. Những điểm thay đổi hoặc bổ sung biên bản theo yêu cầu của một bên hoặc các bên do Ủy ban trọng tài quyết định.

6. Kết thúc xét xử

Phán quyết của trọng tài phải có các nội dung sau đây: tên Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam; địa điểm và ngày tuyên quyết định; họ và tên trọng tài viên; tên của các bên và những người tham gia vụ kiện; đối tượng của vụ tranh chấp và tóm tắt diễn biến sự việc; quyết định về vụ kiện, quyết định về phí trọng tài và các phí khác; cơ sở của các quyết định này; chữ ký của các trọng tài viên và của thư ký phiên họp.

Quyết định của trọng tài được công bố ngay sau khi kết thúc phiên họp xét xử cuối cùng, hoặc có thể công bố sau.

Toàn văn bản quyết định phải được gửi cho các bên đương sự chậm nhất là 30 ngày sau phiên họp xét xử cuối cùng.

+ Ủy ban trọng tài có thể ra quyết định bổ sung, nếu thấy rằng bản quyết định đã được tuyên có điểm chưa rõ hoặc chưa được giải quyết; căn cứ vào yêu cầu của các bên hoặc theo sáng kiến của mình, Ủy ban trọng tài có thể quyết định sửa chữa những điểm in sai hoặc nhầm lẫn về mặt kỹ thuật tính toán nhưng không làm thay đổi nội dung của bản quyết định và bản chất vụ kiện. Quyết định sửa đổi bổ sung này là bộ phận của bản quyết định trọng tài.

+ Phán quyết của trọng tài là chung thẩm, không thể kháng cáo trước bất kỳ tòa án hoặc tổ chức nào. Các bên đương sự phải tự nguyện thi hành trong thời hạn quy định trong phán quyết. Nếu phán quyết không được tự nguyện thi hành thì sẽ bị áp dụng các biện pháp cưỡng chế thi hành theo quy định của pháp luật nơi phán quyết được yêu cầu thi hành và theo các quy định của các điều ước quốc tế có liên quan đến vụ kiện.

+ Ủy ban trọng tài có thể ra quyết định kết thúc vụ kiện trong các trường hợp sau đây: nếu nguyên đơn rút đơn kiện; các bên đương sự thoả thuận trực tiếp mà không cần đến việc xét xử của trọng tài (trong quá trình tố tụng, các bên đương sự vẫn có quyền thoả thuận trực tiếp để tự giải quyết tranh chấp và yêu cầu Chủ tịch Ủy ban trọng tài xác nhận sự thoả thuận đó bằng văn bản. Văn bản này có giá trị như một quyết định trọng tài); khi thiếu các điều kiện cần thiết để xem xét và giải quyết vụ kiện. Trong trường hợp này Chủ tịch Ủy ban trọng tài ấn định phí trọng tài mà mỗi bên phải chịu.

Các quy định về quy tắc tố tụng trọng tài của Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam nêu trên hoàn toàn phù hợp với

các quy định của Luật mẫu về trọng tài thương mại quốc tế năm 1985 của Ủy ban của Liên hợp quốc về Luật Thương mại quốc tế và với thông lệ quốc tế. Các quy định này nên được khẳng định trong văn bản pháp luật của Việt Nam về Trọng tài kinh tế đang được soạn thảo và sắp được ban hành trong thời gian tới.

IV. VẤN ĐỀ CÔNG NHẬN VÀ THI HÀNH QUYẾT ĐỊNH CỦA TRỌNG TÀI NƯỚC NGOÀI

1. Cơ sở lý luận và thực tiễn của việc công nhận và thi hành quyết định của trọng tài nước ngoài

Theo pháp luật và thực tiễn của các nước trên thế giới, quyết định của trọng tài là quyết định chung thẩm và phải được các bên tranh chấp tự nguyện thi hành; nếu bên phải thi hành không tự nguyện thi hành thì bên được thi hành có quyền yêu cầu cơ quan có thẩm quyền của Nhà nước áp dụng các biện pháp cưỡng chế để bắt phải thi hành theo trình tự, thủ tục thi hành các bản án, quyết định dân sự của toà án . Ví dụ, Điều 62 của Luật Trọng tài của Trung Quốc năm 1994 quy định các bên đương sự phải thực hiện quyết định trọng tài; nếu một bên không thực hiện thì bên kia có thể yêu cầu Toà án nhân dân cưỡng chế thi hành phù hợp với các quy định có liên quan của luật Tố tụng dân sự.

Quyết định của trọng tài của nước nào, về lý luận cũng như thực tiễn, chỉ có hiệu lực pháp luật và bị cưỡng chế thi hành trên lãnh thổ của nước đó mà thôi. Nói cách khác, không gian hiệu lực đương nhiên của quyết định trọng tài là phạm vi lãnh thổ của nước mà trọng tài được thành lập và hoạt động. Pháp luật quốc gia cho phép thành lập trọng tài

và thừa nhận hiệu lực của quyết định trọng tài này, bảo đảm cưỡng chế thi hành quyết định của trọng tài khi cần thiết.

Nếu tranh chấp có yếu tố nước ngoài và quyết định của trọng tài phải được thi hành ở nước ngoài vì bên phải thi hành ở nước ngoài hoặc tài sản liên quan tồn tại ở nước ngoài thì cơ quan có thẩm quyền của nước này không thể và không được phép trực tiếp áp dụng các biện pháp cưỡng chế thi hành trên lãnh thổ nước ngoài được. Vấn đề ở đây là phải tôn trọng chủ quyền quốc gia của nước ngoài có liên quan. Nói cách khác, nguyên tắc tôn trọng chủ quyền quốc gia là cơ sở lý giải cho việc công nhận và cho thi hành quyết định của trọng tài nước ngoài. Thực tiễn của các nước trên thế giới cũng đi theo quan điểm này.

Vì những lý do trên, để bảo vệ chủ quyền quốc gia, đồng thời bảo vệ các quyền và lợi ích hợp pháp của các bên đương sự trong quan hệ hợp tác kinh tế, thương mại, khoa học - công nghệ và văn hoá giữa các quốc gia, các nhà lý luận cũng như các nhà quản lý và các nhà kinh doanh đều có nhu cầu đặt và giải quyết việc đề nghị phía nước ngoài công nhận và cho thi hành ở nước ngoài quyết định trọng tài đã được tuyên, và chỉ khi nước ngoài hữu quan công nhận và cho thi hành quyết định đó của trọng tài, thì quyết định trọng tài mới có thể bị cưỡng chế thi hành. Tuy nhiên, cơ quan cưỡng chế thi hành quyết định của trọng tài trên lãnh thổ nước ngoài phải là cơ quan có thẩm quyền của chính nước ngoài đó.

Ngày nay trên thực tế, việc công nhận và cho thi hành quyết định trọng tài nước ngoài trở thành hiện tượng phổ biến. Pháp luật các nước đều có quy định về việc Công nhận và thi hành quyết định của trọng tài nước ngoài (ví dụ, Điều 1028 Bộ luật Tố tụng dân sự Pháp; Điều 1044 Bộ luật Tố

tụng dân sự Đức: Pháp lệnh công nhận và thi hành tại Việt Nam quyết định của trọng tài nước ngoài năm 1995; v.v...). Các quốc gia còn ký kết các điều ước quốc tế đa phương và song phương để quy định vấn đề này. Điển hình nhất là Công ước New York năm 1958 về công nhận và thi hành quyết định của trọng tài nước ngoài mà Việt Nam đã gia nhập năm 1995. Trong quan hệ giữa các nước không cùng tham gia Công ước này, các nước cũng tiến hành công nhận và thi hành quyết định trọng tài của nhau trên cơ sở nguyên tắc có đi có lại. Chính việc công nhận và cho thi hành quyết định của trọng tài nước ngoài đã góp phần rất quan trọng vào việc cải thiện môi trường kinh doanh, làm cho các nhà kinh doanh yên tâm trong việc bảo vệ các quyền và lợi ích hợp pháp của mình, góp phần thúc đẩy các mối quan hệ hợp tác về mọi mặt giữa các quốc gia.

2. Vấn đề công nhận và thi hành quyết định của trọng tài nước ngoài ở các nước

Do nhu cầu giải quyết nhanh gọn và có hiệu quả các tranh chấp phát sinh trong lĩnh vực hợp tác kinh tế, thương mại, khoa học - công nghệ và văn hoá với nước ngoài, hiện nay các nước trên thế giới đều đã có các quy định về thừa nhận hiệu lực của thoả thuận trọng tài và về cả việc công nhận và thi hành quyết định của trọng tài nước ngoài.

Theo pháp luật của Pháp (Điều 1028 Bộ luật Tố tụng dân sự Pháp), để cưỡng chế thi hành quyết định của trọng tài nước ngoài, cần phải có quyết định của toà án nơi quyết định đó yêu cầu được thi hành; toà án sẽ không ra quyết định về công nhận và cho thi hành quyết định của trọng tài nước ngoài nếu trái với trật tự công cộng của Pháp.

Ở Đức, quyết định đã có hiệu lực pháp luật của trọng tài

nước ngoài được cưỡng chế thi hành như quyết định của trọng tài Đức (Điều 1044 Bộ luật Tố tụng dân sự Đức). Việc cưỡng chế thi hành quyết định của trọng tài nước ngoài ở Đức không đòi hỏi áp dụng nguyên tắc có đi có lại. Song quyết định của trọng tài nước ngoài sẽ không bị cưỡng chế thi hành ở Đức, nếu quyết định đó không có giá trị pháp lý theo pháp luật đã áp dụng đối với nó, hoặc việc công nhận quyết định của trọng tài nước ngoài trái với trật tự công cộng của Đức, hoặc đương sự không được triệu tập đến phiên họp xét xử của trọng tài.

Pháp luật của Anh quy định rằng quyết định của trọng tài nước ngoài được cưỡng chế thi hành trên lãnh thổ của Anh bằng quyết định của tòa án tối cao Anh về cho phép cưỡng chế thi hành. Tuy nhiên, quyết định của trọng tài nước ngoài phải được tuyên bởi một trọng tài có thẩm quyền nêu trong thoả thuận trọng tài, phù hợp với thủ tục tố tụng của nước nơi lập trọng tài, là quyết định đã có hiệu lực pháp luật; việc cưỡng chế thi hành không trái với trật tự công cộng của Anh v.v..

3. Vấn đề công nhận và cho thi hành tại Việt Nam quyết định của trọng tài nước ngoài

Như đã trình bày ở phần II, trong phạm vi nhất định, Việt Nam cho phép các bên tranh chấp thoả thuận chọn trọng tài, kể cả trọng tài nước ngoài để giải quyết tranh chấp. Vì vậy, nếu tranh chấp được giải quyết tại trọng tài nước ngoài và bên phải thi hành quyết định của trọng tài ở trên lãnh thổ Việt Nam, hoặc có tài sản tại Việt Nam liên quan đến việc thi hành, mà không tự nguyện thi hành thì quyết định của trọng tài nước ngoài có được cưỡng chế thi hành tại Việt Nam hay không?

Theo nguyên tắc tôn trọng chủ quyền quốc gia, cũng như các bản án, quyết định dân sự của Toà án nước ngoài, quyết định của trọng tài nước ngoài chỉ được cưỡng chế thi hành, nếu cơ quan có thẩm quyền của nước nơi quyết định đó được yêu cầu thi hành, công nhận và cho thi hành.

Trong điều kiện quan hệ hợp tác kinh tế, thương mại, khoa học - công nghệ và văn hoá giữa Việt Nam với các nước ngày càng phát triển, các tranh chấp có yếu tố nước ngoài sẽ phát sinh ngày càng nhiều các tổ chức, cá nhân nước ngoài sẽ quan tâm nhiều hơn đến vấn đề công nhận và thi hành tại Việt Nam quyết định của trọng tài nước ngoài.

Trước khi ban hành Pháp lệnh Công nhận và thi hành tại Việt Nam quyết định của trọng tài nước ngoài năm 1995, vấn đề công nhận và cho thi hành tại Việt Nam quyết định của trọng tài nước ngoài đã được quy định dưới những hình thức khác nhau trong một số văn bản pháp luật. Ví dụ: Khoản 4 điều 15 Quy chế đầu tư theo hình thức hợp đồng xây dựng - kinh doanh - chuyển giao ban hành kèm theo Nghị định số 87/CP ngày 23-11-1993 của Chính phủ quy định rằng "Quyết định của trọng tài được bảo đảm thi hành tại Việt Nam" v.v..

Để đảm bảo cho tổ chức, cá nhân nước ngoài yên tâm mở rộng quan hệ hợp tác với Việt Nam, ngay sau khi Chủ tịch nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam ký Quyết định (tháng 7 năm 1995) về việc Việt Nam tham gia Công ước New York năm 1958 về công nhận và thi hành quyết định của trọng tài nước ngoài, Pháp lệnh Công nhận và thi hành tại Việt Nam quyết định của trọng tài nước ngoài đã được soạn thảo và được Uỷ ban Thường vụ Quốc hội thông qua tháng 9-1995 (sau đây gọi tắt là Pháp lệnh tháng 9-1995).

Theo Pháp lệnh tháng 9-1995, quyết định của trọng tài nước ngoài là quyết định trọng tài được tuyên ở ngoài lãnh

thổ Việt Nam và cả quyết định trọng tài do trọng tài nước ngoài tuyên trên lãnh thổ Việt Nam.

Pháp lệnh tháng 9-1995 khẳng định Việt Nam công nhận và cho thi hành tại Việt Nam quyết định của trọng tài nước ngoài trên cơ sở điều ước quốc tế mà Việt Nam ký kết hoặc tham gia; trong quan hệ với các nước không ký kết điều ước quốc tế với Việt Nam, thì việc công nhận và thi hành tại Việt Nam quyết định của trọng tài của nước ngoài đó được giải quyết trên cơ sở có đi có lại; quyết định của trọng tài nước ngoài chỉ được thi hành tại Việt Nam sau khi được Toà án Việt Nam công nhận và cho thi hành. Việc thi hành tại Việt Nam quyết định của trọng tài nước ngoài được tiến hành theo quy định của pháp luật Việt Nam về thi hành án dân sự.

Bên được thi hành, người đại diện hợp pháp của họ có quyền gửi đơn yêu cầu Toà án Việt Nam công nhận và cho thi hành tại Việt Nam quyết định của trọng tài nước ngoài, nếu tổ chức phải thi hành có trụ sở chính, cá nhân phải thi hành cư trú, làm việc ở Việt Nam hoặc có tài sản liên quan đến việc thi hành đang tồn tại trên lãnh thổ Việt Nam. Toà án có thẩm quyền xét đơn yêu cầu công nhận và cho thi hành tại Việt Nam quyết định của trọng tài nước ngoài là Toà án nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương nơi tổ chức phải thi hành có trụ sở chính, cá nhân phải thi hành cư trú, làm việc hoặc nơi có tài sản liên quan đến việc thi hành.

Quyết định của trọng tài nước ngoài được Toà án Việt Nam công nhận và cho thi hành có hiệu lực pháp luật tại Việt Nam như bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật của Toà án Việt Nam. Nếu tổ chức, cá nhân phải thi hành không tự nguyện chấp hành quyết định đã có hiệu lực

pháp luật của Toà án Việt Nam về việc công nhận và cho thi hành quyết định của trọng tài nước ngoài thì bị áp dụng các biện pháp cưỡng chế theo quy định của pháp luật Việt Nam.

Quyết định của trọng tài nước ngoài không được công nhận và cho thi hành tại Việt Nam trong các trường hợp sau đây:

- Thỏa thuận trọng tài không có giá trị pháp lý vì lý do các bên đã ký thỏa thuận trọng tài nhưng không có năng lực để ký thỏa thuận đó theo pháp luật được áp dụng cho mỗi bên; thỏa thuận trọng tài không có giá trị pháp lý theo quy định của pháp luật của nước mà các bên đã chọn để áp dụng hoặc theo pháp luật của nước nơi quyết định đã được tuyên, nếu các bên không chọn pháp luật áp dụng cho thỏa thuận đó;

- Tổ chức, cá nhân phải thi hành không được đảm bảo đầy đủ các quyền tố tụng trọng tài của mình như không được thông báo kịp thời và hợp thức về chỉ định trọng tài viên, về thủ tục giải quyết vụ tranh chấp tại trọng tài hoặc vì nguyên nhân chính đáng khác mà không thể thực hiện được quyền tố tụng của mình;

- Quyết định của trọng tài nước ngoài được tuyên về một tranh chấp không được các bên đương sự yêu cầu giải quyết hoặc vượt quá yêu cầu của các bên đương sự nêu trong thỏa thuận trọng tài; trong trường hợp có thể tách được phần quyết định về vấn đề đã được yêu cầu và vấn đề không được yêu cầu giải quyết tại trọng tài, thì phần quyết định về vấn đề đã được yêu cầu giải quyết có thể được công nhận và cho thi hành tại Việt Nam;

- Thành phần của Ủy ban trọng tài giải quyết tranh chấp hoặc thủ tục giải quyết tranh chấp của trọng tài

không phù hợp với thoả thuận trọng tài hoặc với pháp luật của nước nơi quyết định của trọng tài được tuyên, nếu thoả thuận trọng tài không quy định về các vấn đề đó;

- Quyết định trọng tài chưa có hiệu lực bắt buộc đối với các bên đương sự;

- Quyết định trọng tài bị cơ quan có thẩm quyền của nước nơi quyết định được tuyên hoặc của nước có pháp luật đã được áp dụng, huỷ bỏ hoặc đình chỉ thi hành;

- Theo quy định của pháp luật Việt Nam, vụ tranh chấp không được giải quyết theo thể thức trọng tài;

- Việc công nhận và cho thi hành quyết định của trọng tài nước ngoài trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam.

Nhìn chung, hầu hết các quy định về các trường hợp không công nhận và cho thi hành tại Việt Nam quyết định của trọng tài nước ngoài nêu trong Pháp lệnh tháng 9-1995 đều hợp lý và phù hợp với thông lệ quốc tế. Riêng quy định về việc không công nhận và cho thi hành quyết định của trọng tài nước ngoài, nếu việc này trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam, thì nên được cân nhắc thêm. Sở dĩ như vậy là vì, bản thân hành vi công nhận và cho thi hành quyết định của trọng tài nước ngoài theo nguyên tắc và thủ tục quy định tại Pháp lệnh tháng 9-1995 không có gì trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam. Vấn đề chính là ở hậu quả của việc công nhận và cho thi hành có trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam hay không. Cách quy định của Pháp lệnh tháng 9-1995 về vấn đề này có sự không phân biệt rõ ràng giữa hành vi được thực hiện theo đúng quy định của pháp luật và hậu quả của nó có thể xảy ra.

4. Vấn đề công nhận và cho thi hành quyết định của trọng tài nước ngoài trong các điều ước quốc tế

Để giải quyết vấn đề công nhận và cho thi hành quyết định của trọng tài nước ngoài, các nước đã ký kết với nhau không chỉ điều ước quốc tế song phương mà cả điều ước đa phương.

Ví dụ: Hiệp định buôn bán và hàng hải Việt Nam - Liên Xô năm 1958 (hiện nay Nga kế thừa) quy định: "Các bên ký kết bảo đảm việc thi hành những quyết định của trọng tài đối với những tranh chấp về những cam kết thương mại hoặc các cam kết khác của các pháp nhân hoặc của các nhà chức trách của họ với điều kiện là việc xét xử của trọng tài được hai bên thoả thuận", "có thể từ chối thi hành quyết định của trọng tài theo điều kiện nói trên trong những trường hợp sau đây: a) Nếu quyết định của trọng tài, theo pháp luật của nước nơi xét xử, chưa có hiệu lực như một quyết định chung thẩm; b) Nếu quyết định của trọng tài bắt buộc bên thi hành phải làm một việc trái với pháp luật của nước mình".

Theo khoản 6 Điều 7 của Hiệp định thương mại Việt Nam – Hoa Kỳ được ký năm 2000, mỗi bên bảo đảm tại lãnh thổ của mình có một cơ chế hiệu quả để công nhận và thi hành các quyết định trọng tài.

Trong một số hiệp định khác về buôn bán và hàng hải giữa Việt Nam với các nước cũng có các điều khoản về công nhận và thi hành quyết định trọng tài nước ngoài.

Trong số các công ước đa phương trong lĩnh vực này, điển hình nhất là Công ước New York năm 1958 về công nhận và thi hành quyết định của trọng tài nước ngoài (hiện nay có gần 100 nước tham gia. Việt Nam đã tham gia Công ước này từ tháng 7 năm 1995).

Theo Công ước New York năm 1958 về công nhận và thi hành quyết định của trọng tài nước ngoài. Công ước được áp dụng đối với quyết định của trọng tài các nước thành viên tham gia Công ước và đối với cả trường hợp quyết định của trọng tài được tuyên ở ngoài phạm vi lãnh thổ các nước tham gia Công ước, nhưng được đề nghị công nhận và thi hành trên lãnh thổ của một nước tham gia Công ước. Tuy nhiên, mỗi nước có quyền tuyên bố không áp dụng Công ước đối với trường hợp quyết định trọng tài được tuyên ngoài phạm vi lãnh thổ của các nước tham gia Công ước.

Nội dung của Công ước được áp dụng đối với các tranh chấp phát sinh trong lĩnh vực kinh tế, buôn bán của cá nhân và pháp nhân, nhưng không loại trừ trường hợp tranh chấp có một bên tham gia là Nhà nước, cơ quan Nhà nước. Áp dụng các quy định của Công ước đối với loại tranh chấp thứ hai hay không còn tùy thuộc vào quyết định của mỗi nước thành viên Công ước.

Công ước có hiệu lực đối với việc công nhận và thi hành quyết định của trọng tài đơn vụ và cả của trọng tài thường trực hay trọng tài quy chế. Việc công nhận và cho thi hành quyết định của trọng tài nước ngoài được thực hiện phù hợp với pháp luật tố tụng của nước nơi quyết định đó cần được công nhận và cho thi hành.

Mỗi nước thành viên có quyền từ chối việc công nhận và cho thi hành quyết định của trọng tài nước ngoài trong các trường hợp sau đây:

- Các bên ký kết thoả thuận trọng tài nhưng không có năng lực hành vi hoặc thoả thuận trọng tài không có hiệu lực pháp luật theo pháp luật áp dụng cho thoả thuận hoặc theo pháp luật nơi quyết định trọng tài được tuyên;

- Bên đương sự phải thi hành không được thông báo hợp

lệ về việc chỉ định trọng tài viên, về phiên họp xét xử của trọng tài hoặc vì những lý do khác bên đương sự này không thể trình bày được ý kiến của mình;

- Quyết định của trọng tài được tuyên vượt quá thẩm quyền nêu trong thoả thuận trọng tài;

- Thành phần của trọng tài và thủ tục xét xử không phù hợp với thoả thuận của các bên đương sự hoặc pháp luật nơi đặt trụ sở của trọng tài;

- Quyết định của trọng tài chưa là quyết định chung thẩm hoặc bị huỷ bỏ hay đình chỉ hiệu lực bởi cơ quan có thẩm quyền của nước nơi quyết định đó được tuyên;

- Tranh chấp không là đối tượng giải quyết của trọng tài hoặc việc công nhận và thi hành quyết định của trọng tài trái với trật tự công cộng theo pháp luật của nước nơi quyết định trọng tài được đề nghị công nhận và cho thi hành.

Nhìn chung, nội dung của Công ước New York năm 1958 về công nhận và thi hành quyết định của trọng tài nước ngoài đáp ứng yêu cầu nâng cao hiệu quả việc giải quyết các tranh chấp phát sinh trong lĩnh vực quan hệ kinh tế, buôn bán, khoa học - công nghệ và văn hoá giữa các nước.

Khi quyết định tham gia Công ước New York năm 1958 về công nhận và thi hành quyết định của trọng tài nước ngoài, Nhà nước ta khẳng định chỉ áp dụng Công ước đối với việc công nhận và cho thi hành tại Việt Nam quyết định của trọng tài nước ngoài được tuyên tại lãnh thổ quốc gia là thành viên của Công ước này. Đối với quyết định của trọng tài nước ngoài được tuyên tại lãnh thổ của quốc gia chưa ký kết hoặc tham gia Công ước, thì Công ước này được áp dụng trên cơ sở nguyên tắc có đi có lại. Nhà nước ta còn khẳng định chỉ áp dụng Công ước đối với tranh chấp phát sinh từ các quan hệ pháp luật thương mại; mọi việc giải thích Công

ước trước toà án hoặc cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam phải theo quy định của Hiến pháp và pháp luật Việt Nam.

Các quy định của Nhà nước ta khi gia nhập Công ước New York năm 1958 về công nhận và thi hành quyết định của trọng tài nước ngoài hoàn toàn phù hợp với khuôn khổ mà Công ước cho phép. Tuy nhiên, cần lưu ý rằng, hiện nay, nội dung khái niệm quan hệ pháp luật thương mại ở Việt Nam rất hẹp, chỉ bao gồm quan hệ mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ thương mại và các quan hệ trong việc xúc tiến thương mại nhằm mục đích lợi nhuận hoặc thực hiện các chính sách kinh tế - xã hội. Trong khi đó, nội dung khái niệm này ở các nước được hiểu rộng hơn nhiều. Vì vậy, không tránh khỏi trường hợp ở nước ngoài một tranh chấp được gọi là tranh chấp phát sinh từ quan hệ thương mại, nhưng ở Việt Nam tranh chấp đó không thuộc khái niệm tranh chấp thương mại, và do đó nảy sinh một vấn đề ở Việt Nam, quyết định của trọng tài nước ngoài về tranh chấp này có thuộc phạm vi áp dụng Công ước New York năm 1958 về công nhận và thi hành quyết định của trọng tài nước ngoài hay không.

Để bảo đảm thực hiện các cam kết quốc tế quy định trong các điều ước quốc tế mà nước ta đã hoặc sẽ ký kết hoặc tham gia, thiết nghĩ cần sớm tạo ra sự tương đồng với các nước trên thế giới về nội dung khái niệm quan hệ pháp luật thương mại.

V. VẤN ĐỀ CƠ SỞ PHÁP LUẬT CHO TỔ CHỨC VÀ HOẠT ĐỘNG CỦA TRỌNG TÀI KINH TẾ Ở VIỆT NAM

Như đã trình bày ở Phần I của Chương này, đến nay ở Việt Nam chỉ còn tồn tại Trọng tài kinh tế với tính chất là các tổ chức phi chính phủ hay tổ chức xã hội - nghề nghiệp,

gồm Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam và các trung tâm Trọng tài kinh tế ở các tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương. Một trong những biện pháp giúp cho các trung tâm trọng tài này phát huy vai trò, khẳng định uy tín của mình trong việc giải quyết các tranh chấp phát sinh trong quá trình kinh doanh trong nội địa cũng như trong quan hệ với các tổ chức, cá nhân nước ngoài, là phải tạo cơ sở pháp luật "thông thoáng" và có tính hỗ trợ cao nhất cho các trung tâm này trong tổ chức và hoạt động. Để làm được việc này, chúng ta cần nghiên cứu, đánh giá nghiêm túc thực trạng pháp luật nước ta về vấn đề này và phải tìm phương hướng và giải pháp thích hợp, có hiệu quả để hoàn thiện pháp luật.

1. Thực trạng pháp luật nước ta về trọng tài kinh tế

1.1. Về các trung tâm Trọng tài kinh tế ở các tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương

Cơ sở pháp lý cho tổ chức và hoạt động của các trung tâm Trọng tài kinh tế ở các tỉnh và thành phố trực thuộc Trung ương hiện nay là Nghị định số 116/CP ngày 5-4-1994 của Chính phủ về tổ chức và hoạt động của Trọng tài kinh tế (sau đây gọi tắt là Nghị định số 116/CP) và Thông tư số 02/PLDSKT ngày 3-1-1995 của Bộ trưởng Bộ Tư pháp (sau đây gọi tắt là Thông tư số 02) hướng dẫn thi hành một số điểm của Nghị định số 116/CP.

Nội dung của Nghị định số 116/CP và Thông tư số 02 khá chi tiết, bao quát hầu hết các vấn đề cơ bản, tạo cơ sở pháp lý ban đầu cho sự ra đời và hoạt động của các trung tâm Trọng tài kinh tế ở các tỉnh và thành phố trực thuộc Trung ương. Nghị định và Thông tư này khẳng định tính chất của Trọng tài kinh tế là các tổ chức xã hội - nghề nghiệp; quy định hình

thức tổ chức của Trọng tài kinh tế là trung tâm trọng tài kinh tế, thẩm quyền của trọng tài kinh tế, thỏa thuận trọng tài, cơ cấu tổ chức của trung tâm trọng tài kinh tế, tiêu chuẩn và thủ tục xét chọn trọng tài viên, điều kiện, trình tự, thủ tục thành lập trung tâm trọng tài kinh tế, thủ tục tổ tụng trọng tài kinh tế, quyết định của trọng tài, quản lý nhà nước đối với tổ chức và hoạt động của các trung tâm trọng tài, v.v...

Nhìn chung, nội dung của các văn bản quy phạm pháp luật nêu trên phù hợp với thông lệ quốc tế trong lĩnh vực này. Song cũng có một số quy định chưa hoàn toàn phù hợp với thực tiễn và thông lệ quốc tế. Ví dụ:

- Thông tư 02 quy định việc xét cấp thẻ trọng tài viên chỉ áp dụng đối với những người có bằng cử nhân luật hoặc tương đương vừa không phù hợp với tinh thần của Nghị định số 116/CP, vừa không phù hợp với thực tiễn và thông lệ trong nước và trên thế giới. Thực tiễn giải quyết các tranh chấp kinh tế bằng trọng tài cho thấy rằng, nếu không có các trọng tài viên là các nhà kinh tế, kỹ thuật hay kinh doanh giàu kinh nghiệm và uy tín về những chuyên ngành kinh tế, kỹ thuật nhất định để bổ sung, hỗ trợ cho các trọng tài viên là luật gia thì nhiều khi chất lượng giải quyết tranh chấp sẽ bị hạn chế.

- Vấn đề bảo đảm thi hành quyết định của trọng tài cũng chưa được quy định trong Nghị định 116/CP. Nghị định này một mặt thừa nhận thẩm quyền của Trọng tài kinh tế giải quyết các tranh chấp kinh tế khi thỏa thuận trọng tài có giá trị pháp lý (Điều 1 và Điều 3); khẳng định quyết định của trọng tài có hiệu lực thi hành ngay, không bị kháng cáo (Điều 5); mặt khác lại hết sức đơn giản và dễ dàng cho phép một bên đưa vụ việc ra toà án để giải quyết theo thủ tục giải

quyết các vụ án kinh tế, khi bên khác không tự nguyện thi hành quyết định của trọng tài (Điều 31). Quy định một cách đơn giản này đã làm giảm giá trị của Nghị định số 116/CP này, có thể dẫn đến làm vô hiệu hoá quyết định đúng pháp luật của trọng tài kinh tế.

- Mỗi quan hệ giữa Trọng tài kinh tế với các cơ quan bảo vệ pháp luật như toà án, các cơ quan thi hành án, v.v., cũng chưa được quy định nhằm góp phần tạo điều kiện và bảo đảm cho Trọng tài kinh tế hoạt động một cách có hiệu quả và phát huy vai trò, ưu thế và uy tín của mình. Tuy nhiên chúng ta hiểu, nếu muốn quy định những vấn đề này thì phải ban hành một văn bản luật hoặc pháp lệnh.

Từ những điểm trình bày ở trên, chúng ta thấy cơ sở pháp lý cho tổ chức và hoạt động của Trọng tài kinh tế ở các tỉnh và thành phố trực thuộc Trung ương chưa đáp ứng được yêu cầu, chưa tạo được điều kiện thuận lợi cho các trung tâm Trọng tài kinh tế khẳng định vai trò và ưu thế của mình.

1.2. Về Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam

Cơ sở pháp lý cho tổ chức và hoạt động của Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam hiện nay là Quyết định số 204/TTg của Thủ tướng Chính phủ ngày 28-4-1993 (về tổ chức Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam, đồng thời cũng là Quyết định phê duyệt Điều lệ tổ chức và hoạt động của Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam) và Quyết định số 114/TTg của Thủ tướng Chính phủ ngày 16-2-1996 (về mở rộng thẩm quyền giải quyết các tranh chấp của Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam).

Quyết định số 204/TTg và Bản Điều lệ của Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam được Thủ tướng Chính phủ phê duyệt quy định khá đầy đủ các vấn đề cơ bản về Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam như: thẩm quyền của trọng tài,

thoả thuận trọng tài, trọng tài viên, các quy tắc cơ bản của tổ tụng trọng tài, phán quyết trọng tài, phí trọng tài, v.v.. Ngay sau khi nước ta tham gia Công ước New York năm 1958 về công nhận và thi hành quyết định của trọng tài nước ngoài (7-1995), tháng 9 năm 1995 Nhà nước ban hành Pháp lệnh công nhận và thi hành tại Việt Nam quyết định của trọng tài nước ngoài, nhằm tạo cơ sở pháp lý cho việc công nhận và thi hành tại Việt Nam các quyết định của trọng tài nước ngoài. Và như vậy, trong hệ thống những văn bản là cơ sở pháp lý cho tổ chức và hoạt động của Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam không chỉ có các văn bản quy phạm dưới luật hay pháp lệnh. Tuy nhiên, Pháp lệnh này chỉ quy định việc công nhận và bảo đảm thi hành tại Việt Nam quyết định của trọng tài nước ngoài và đương nhiên theo Công ước New York năm 1958, các quyết định của trọng tài Việt Nam cũng sẽ được xem xét công nhận và thi hành tại những nước là thành viên của Công ước.

Nhìn chung, so với cơ sở pháp lý để tổ chức và hoạt động của các trung tâm Trọng tài kinh tế ở các tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương, cơ sở pháp lý để tổ chức và hoạt động của Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam có một số điểm khác biệt như sau:

- Khác với đối tượng tuyển chọn trọng tài viên của các trung tâm Trọng tài kinh tế ở các tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương, đối tượng tuyển chọn trọng tài viên của Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam bao gồm không chỉ những người có bằng cử nhân luật hoặc tương đương mà cả những người có kiến thức và kinh nghiệm trong các lĩnh vực như ngoại thương, đầu tư, tài chính, ngân hàng, vận tải, bảo hiểm, v.v.. Ban thường trực của Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam quyết định danh sách trọng tài viên và cấp

thẻ trọng tài viên của Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam, không cần thông qua chế độ thi tuyển và cấp thẻ của Bộ tư pháp như đối với trọng tài viên của các trung tâm Trọng tài kinh tế ở các tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương. Tuy nhiên, trên thực tế, Ban thường trực của Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam có sự cân nhắc kỹ để bảo đảm chất lượng của đội ngũ trọng tài viên.

- Về cơ chế bảo đảm thi hành quyết định của trọng tài, đối với quyết định của trọng tài trong trường hợp tranh chấp không có yếu tố nước ngoài do Trọng tài kinh tế ở các tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương giải quyết cũng như do Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam giải quyết, cho đến nay pháp luật Việt Nam chưa có quy định cụ thể và cần thiết.

Đối với các quyết định của trọng tài trong trường hợp tranh chấp có yếu tố nước ngoài do Trọng tài kinh tế ở các tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương giải quyết cũng như do Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam giải quyết, nếu quyết định này phải được thi hành ở nước ngoài, thì việc bảo đảm thi hành được thực hiện theo cơ chế quy định tại Công ước New York năm 1958 về công nhận và thi hành quyết định của trọng tài nước ngoài mà Việt Nam đã tham gia từ năm 1995. Song, nếu quyết định trọng tài loại này phải được thi hành ở trong nước, thì theo cơ chế quy định tại Pháp lệnh năm 1995 về công nhận và thi hành tại Việt Nam quyết định của trọng tài nước ngoài và tại Công ước New York năm 1958. Tuy nhiên, đây không phải là vấn đề đơn giản, bởi vì bản thân vấn đề thi hành án dân sự ở nước ta hiện nay là vấn đề hết sức nan giải; các biện pháp cưỡng chế thi hành án dân sự không đồng bộ và không có hiệu quả.

- Về phí trọng tài, Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam

thực hiện việc thu phí trọng tài theo quy định của Hội đồng quản trị Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam phù hợp với thông lệ và tập quán quốc tế, còn các trung tâm Trọng tài kinh tế ở tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương thu phí theo khung lệ phí trọng tài do Bộ Tài chính và Bộ Tư pháp quy định.

- Về quản lý Nhà nước đối với tổ chức và hoạt động của các tổ chức trọng tài, Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam do Thủ tướng Chính phủ cho phép thành lập và phê duyệt điều lệ và do Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam quản lý trực tiếp. Trong khi đó, các trung tâm Trọng tài kinh tế ở các tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương do Bộ Tư pháp thống nhất quản lý về mặt Nhà nước trên phạm vi cả nước; Ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương quản lý tổ chức và hoạt động của các trung tâm này ở địa phương, bao gồm cả việc cấp và thu hồi giấy phép thành lập và hoạt động của các trung tâm đó.

Như vậy, về thực trạng các quy định hiện hành của pháp luật nước ta về tổ chức và hoạt động của các trung tâm trọng tài phi chính phủ, chúng ta thấy, tất cả các trung tâm trọng tài phi chính phủ ở Việt Nam hiện nay hoàn toàn giống nhau về tính chất, về phạm vi thẩm quyền giải quyết các tranh chấp, v.v., nhưng lại được thành lập và hoạt động trên cơ sở hai mặt bằng pháp lý khác nhau với những sự chồng chéo và mâu thuẫn rõ rệt; các văn bản pháp luật trong lĩnh vực này đều là văn bản pháp quy dưới luật (riêng vấn đề công nhận và thi hành các quyết định của trọng tài nước ngoài thì được quy định trong Pháp lệnh tháng 9-1995), hiệu lực pháp lý không cao, có nhiều khiếm khuyết, bất cập so với yêu cầu của thực tiễn phát triển nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa trong nước cũng như yêu cầu của quá trình hội

nhập kinh tế với khu vực và thế giới.

Thực tế nói trên đang đòi hỏi Nhà nước phải nhanh chóng hoàn thiện các quy định của pháp luật về Trọng tài kinh tế, để tạo điều kiện thuận lợi cho tổ chức và hoạt động của tất cả các trung tâm trọng tài phi chính phủ, góp phần nâng cao hiệu quả giải quyết các tranh chấp kinh tế nói chung và các tranh chấp kinh tế có yếu tố nước ngoài nói riêng để thúc đẩy phát triển kinh tế – xã hội.

2. Phương hướng và giải pháp hoàn thiện pháp luật về trọng tài kinh tế hiện nay

2.1. Những quan điểm chỉ đạo

Để hoàn thiện pháp luật về trọng tài kinh tế, trước hết chúng ta cần xác định rõ những quan điểm cơ bản có tính chất chỉ đạo việc xây dựng pháp luật trong lĩnh vực này. Nhìn chung, các quan điểm cơ bản đó có thể bao gồm các nội dung sau:

- Phải quán triệt sâu sắc đường lối quan điểm đổi mới của Đảng, đặc biệt đổi mới về kinh tế và quản lý kinh tế, bao gồm cả kinh tế đối ngoại. Cụ thể là chính sách phát triển nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa, tích cực và chủ động hội nhập với nền kinh tế khu vực và thế giới. Thực hiện chính sách này, đương nhiên dẫn đến chỗ thừa nhận quyền tự do kinh doanh, tự do hợp đồng trên cơ sở pháp luật, và đi liền với nó là sự tồn tại sự đa dạng của các biện pháp giải quyết các tranh chấp kinh tế, trong đó có cả biện pháp giải quyết tranh chấp kinh tế bằng Trọng tài kinh tế phi chính phủ.

- Việc hoàn thiện pháp luật về Trọng tài kinh tế phải tuân theo quan điểm không chỉ tiếp tục thừa nhận sự tồn tại và phát triển của biện pháp giải quyết tranh chấp bằng

Trọng tài kinh tế phi chính phủ, khẳng định các trung tâm trọng tài kinh tế là tổ chức xã hội - nghề nghiệp, là tổ chức phi chính phủ, mà còn phải thực sự tạo điều kiện thuận lợi hơn nữa cho tổ chức và hoạt động của các trung tâm trọng tài kinh tế; giúp cho Trọng tài kinh tế vươn lên khẳng định vai trò, uy tín, phát huy những ưu việt của mình so với việc giải quyết tranh chấp kinh tế bằng các biện pháp khác; đáp ứng đòi hỏi của nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa, góp phần thúc đẩy phát triển kinh tế-xã hội với nhịp độ cao và bền vững.

- Việc hoàn thiện pháp luật về Trọng tài kinh tế phải được tiến hành trong khuôn khổ Hiến pháp hiện hành, đồng bộ với pháp luật mới ban hành trong những năm gần đây, nhằm cụ thể hoá các quy định của Hiến pháp vào các lĩnh vực khác nhau của đời sống. Chỉ có như vậy mới có thể tạo ra được một hệ thống pháp luật thống nhất, đồng bộ, có hiệu lực thực tế, không có sự mâu thuẫn, chồng chéo.

- Nội dung của pháp luật về trọng tài phải được xây dựng nhằm tạo ra cơ chế cho phép giải quyết tranh chấp kinh tế bằng trọng tài một cách có hiệu quả cao, đúng pháp luật, góp phần nhanh chóng ổn định và phát triển các mối quan hệ kinh tế, bảo vệ có hiệu quả các quyền và lợi ích hợp pháp của các bên đương sự, thúc đẩy phát triển sản xuất, kinh doanh.

- Việc hoàn thiện pháp luật về Trọng tài kinh tế phải bảo đảm tăng cường được sự quản lý chặt chẽ của Nhà nước bằng pháp luật đối với các tổ chức trọng tài kinh tế, đồng thời phát huy được vai trò tự quản của các tổ chức xã hội - nghề nghiệp trong khuôn khổ của pháp luật và quy định của điều lệ tổ chức và hoạt động đã được phê duyệt.

- Bảo đảm tính kế thừa của pháp luật trong việc điều chỉnh tổ chức và hoạt động của trọng tài phi chính phủ. Pháp

luật hiện hành ở nước ta về Trọng tài kinh tế tuy có những hạn chế, bất cập như đã trình bày ở trên, nhưng phần lớn các quy định đó vẫn còn phù hợp với cơ chế vận hành của nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa như các quy định về thoả thuận trọng tài, thẩm quyền của trọng tài, thủ tục tố tụng của trọng tài, v.v.. Vì vậy, những quy định còn phù hợp phải được kế thừa.

- Cần phải tham khảo và tiếp thu có chọn lọc kinh nghiệm của các nước trên thế giới. Việc tiếp thu có chọn lọc kinh nghiệm của các nước trên thế giới sẽ giúp chúng ta xây dựng các quy phạm pháp luật về Trọng tài kinh tế vừa phù hợp với thực tiễn và trình độ phát triển nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa của Việt Nam, vừa phù hợp với yêu cầu của sự hội nhập về kinh tế với khu vực và thế giới, tạo điều kiện cho các tổ chức Trọng tài kinh tế của nước ta nâng cao uy tín và nhanh chóng vươn lên ngang tầm với các tổ chức trọng tài của các nước trong khu vực và trên toàn thế giới.

2.2. Các giải pháp

Từ các quan điểm trình bày ở trên, để thực hiện việc hoàn thiện pháp luật về Trọng tài kinh tế ở nước ta, xin kiến nghị các giải pháp thực hiện như sau:

Sớm ban hành một văn bản pháp luật thống nhất có hiệu lực pháp lý cao về trọng tài thay cho tất cả các văn bản quy phạm dưới luật đang hiện hành nhằm tạo mặt bằng pháp luật thống nhất và ổn định cho tổ chức và hoạt động của tất cả các trung tâm trọng tài kinh tế, không phân biệt trung tâm đó ở các tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương hay nằm bên cạnh Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam. Hiện nay, Nhà nước ta nên ban hành văn bản này dưới hình thức pháp lệnh thì mới đáp ứng yêu cầu hết sức bức bách của thực tiễn.

Nhìn chung, nếu khái niệm "thương mại" được hiểu theo nghĩa rộng bao gồm tất cả các lĩnh vực sản xuất, kinh doanh thì tốt nhất là nên gọi pháp lệnh về trọng tài của chúng ta là "Pháp lệnh trọng tài thương mại". Song từ trước đến nay ở Việt Nam khái niệm "thương mại" thường được hiểu theo nghĩa rất hẹp. Trong luật Thương mại năm 1997 khái niệm này cũng được hiểu theo nghĩa rất hẹp. Vì vậy, phương án đặt tên khả dĩ nhất hiện nay là "Pháp lệnh trọng tài kinh tế". Và tất nhiên từ kinh tế ở đây cũng phải được hiểu theo nghĩa rộng.

Về phạm vi điều chỉnh, pháp lệnh này phải điều chỉnh cả hoạt động và tổ chức của Trọng tài kinh tế phi chính phủ. Để tránh tình trạng dễ gây nhầm lẫn với các loại trọng tài khác có thể hình thành trong tương lai, cần nhấn mạnh pháp lệnh này chỉ quy định về tổ chức và hoạt động của Trọng tài kinh tế phi chính phủ.

Về thẩm quyền của trọng tài kinh tế, các quy định của pháp luật hiện hành về cơ bản vẫn còn phù hợp với thực tiễn và thông lệ quốc tế, cho nên cần tiếp tục khẳng định trong pháp lệnh tương lai. Cụ thể là, Trọng tài kinh tế có thẩm quyền giải quyết các tranh chấp phát sinh từ các quan hệ hợp đồng kinh tế, kể cả trường hợp hợp đồng kinh tế có yếu tố nước ngoài, trừ những tranh chấp mà pháp luật quy định phải giải quyết bằng biện pháp toà án hay các biện pháp khác; các tranh chấp giữa các thành viên của công ty với công ty, giữa các thành viên của công ty đối với nhau liên quan đến việc thành lập, hoạt động, giải thể công ty; các tranh chấp liên quan đến việc mua bán cổ phiếu, trái phiếu.

Tất nhiên trọng tài chỉ có thẩm quyền giải quyết tranh chấp, nếu trước hoặc sau khi xảy ra tranh chấp các bên đương sự thoả thuận đưa vụ tranh chấp ra trước trọng tài để

giải quyết, và thoả thuận trọng tài phải có giá trị pháp lý theo quy định của pháp luật: hoặc theo quy định của điều ước quốc tế mà Việt Nam ký kết hoặc tham gia, các bên đương sự phải đưa tranh chấp ra trước trọng tài để giải quyết.

Về thoả thuận trọng tài, pháp luật hiện hành chỉ quy định khái quát rằng trong khuôn khổ pháp luật cho phép các bên đương sự có quyền thoả thuận bằng văn bản đưa tranh chấp ra trọng tài để giải quyết. Tất nhiên, thoả thuận này phải được thực hiện trong phạm vi những lĩnh vực tranh chấp mà pháp luật cho phép trọng tài giải quyết. Pháp lệnh Trọng tài kinh tế nên quy định không chỉ quyền của các bên đương sự ký kết thoả thuận trọng tài mà cả các điều kiện cụ thể cần phải có, để một thoả thuận trọng tài có giá trị pháp lý, những trường hợp thoả thuận trọng tài bị coi là vô hiệu, mối quan hệ giữa thoả thuận trọng tài với hợp đồng mà các bên đương sự đã ký kết.

Về trọng tài viên, để tạo điều kiện xây dựng đội ngũ trọng tài viên đáp ứng nhu cầu ngày càng cao của thị trường, nên để cho thực tiễn cuộc sống của thị trường sàng lọc đội ngũ này trong khuôn khổ quy định của pháp luật. Với tinh thần đó, nên để cho các tổ chức trọng tài tự lựa chọn trọng tài viên của mình từ những người có kiến thức, có kinh nghiệm và uy tín về chuyên ngành pháp luật và cả chuyên ngành kinh tế-kỹ thuật, vì các tổ chức Trọng tài kinh tế là các tổ chức phi chính phủ. Chỉ cần khẳng định chung trong pháp lệnh rằng những người mất trí, người bị kết án tù mà chưa được xoá án, người đang bị truy cứu trách nhiệm hình sự, người là thẩm phán, kiểm sát viên thì không được làm trọng tài viên. Nên chăng thay đổi việc cơ quan Nhà nước đứng ra tổ chức thi tuyển và cấp thẻ trọng tài viên. Việc này nên trả lại cho chính tổ chức trọng tài, hiệp hội trọng tài hoặc hội luật gia.

Cơ quan nhà nước chỉ tập trung vào việc xây dựng chính sách, pháp luật và tiến hành kiểm tra, thanh tra việc thi hành pháp luật theo đúng nguyên tắc quản lý nhà nước bằng pháp luật và theo pháp luật.

Về hình thức tổ chức trọng tài, như đã trình bày ở mục I của Chương này, chúng ta thấy ở các nước trên thế giới có cả trọng tài ad hoc và trọng tài quy chế. Trong pháp luật và thực tiễn của nước ta hiện nay chỉ có trọng tài quy chế, chưa có trọng tài ad hoc. Nhìn chung, sử dụng trọng tài quy chế có nhiều ưu điểm hơn so với trọng tài ad hoc, bởi vì các bên đương sự đã có sẵn danh sách trọng tài viên đủ tiêu chuẩn để lựa chọn, quy tắc tố tụng trọng tài cũng đã có sẵn để sử dụng, trách nhiệm của trọng tài viên được gắn với một tổ chức trọng tài cụ thể, có địa chỉ cụ thể; các cơ quan Nhà nước dễ dàng, thuận lợi hơn trong việc theo dõi, kiểm tra, thanh tra khi cần thiết. Vì vậy, chúng ta tuy không phản đối việc sử dụng trọng tài ad hoc, nhưng nên ủng hộ mạnh mẽ xu hướng sử dụng trọng tài quy chế.

Nên tiếp tục duy trì quy định cho phép thành lập các trung tâm Trọng tài kinh tế ở các tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương cũng như cho phép tồn tại Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam bên cạnh Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam. Chúng ta cũng không nên loại trừ việc cho phép thành lập các trung tâm trọng tài chuyên ngành kinh tế, khoa học, công nghệ, khi thực tiễn xã hội có yêu cầu. Điều kiện, thủ tục thành lập các tổ chức trọng tài cần phải được quy định chặt chẽ, nhưng đơn giản, bỏ thủ tục xin phép thành lập mà chỉ nên đăng ký hoạt động theo các tiêu chuẩn, điều kiện chặt chẽ do pháp luật quy định.

Về thủ tục tố tụng trọng tài, các quy định hiện hành trong pháp luật Việt Nam, về cơ bản, phù hợp với yêu cầu

của thực tiễn và với thông lệ quốc tế. Vì vậy, các quy định này cần phải được tiếp tục khẳng định trong văn bản pháp luật tương lai về Trọng tài kinh tế của Việt Nam và phải được quy định đầy đủ và cụ thể hơn.

MỤC LỤC

	<i>Trang</i>
<i>Lời Nhà xuất bản</i>	5
Chương I. Những đặc điểm cơ bản của tư pháp quốc tế	7
I. Về đối tượng điều chỉnh của tư pháp quốc tế	8
II. Về chủ thể của tư pháp quốc tế	13
III. Về thành phần quy phạm và nguồn của tư pháp quốc tế	16
IV. Về phương pháp điều chỉnh của tư pháp quốc tế	25
V. Về bản chất giai cấp của tư pháp quốc tế	29
VI. Mục đích và các nguyên tắc cơ bản điều chỉnh pháp lý quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài	31
VII. Về mối quan hệ giữa tư pháp quốc tế với công pháp quốc tế và với pháp luật quốc gia	41
Chương II. Vấn đề xung đột pháp luật và việc áp dụng pháp luật nước ngoài	52
I. Xung đột pháp luật và cách giải quyết xung đột pháp luật	52
II. Việc áp dụng pháp luật nước ngoài	74
Chương III. Quy chế pháp lý của người nước ngoài trong tư pháp quốc tế	104
I. Khái niệm và phân loại người nước ngoài	104
II. Khái niệm và cơ sở xây dựng quy chế pháp lý dân sự	
	319

của người nước ngoài	114
III. Đặc điểm quy chế pháp lý dân sự của người nước ngoài	126
IV. Nội dung quy chế pháp lý dân sự của người nước ngoài ở các nước trên thế giới và ở Việt Nam	131
Chương IV. Quy chế pháp lý của pháp nhân trong tư pháp quốc tế	153
I. Khái niệm pháp nhân và pháp nhân nước ngoài	153
II. Quốc tịch của pháp nhân	156
III. Quy chế pháp lý dân sự của pháp nhân nước ngoài	161
Chương V. Quy chế pháp lý của quốc gia, các tổ chức quốc tế liên chính phủ trong tư pháp quốc tế	180
I. Quy chế pháp lý dân sự của quốc gia	180
II. Quy chế pháp lý dân sự của tổ chức quốc tế liên chính phủ	200
Chương VI. Vấn đề hoàn thiện hệ thống quy phạm xung đột hướng dẫn chọn pháp luật điều chỉnh các quan hệ dân sự có yếu nước ngoài ở Việt Nam	202
I. Lịch sử phát triển và thực trạng các quy phạm xung đột trong các văn bản pháp luật của Việt Nam	203
II. Phương hướng hoàn thiện hệ thống các quy phạm xung đột ở nước ta hiện nay	219
III. Vấn đề nước ta tham gia xây dựng các quy phạm xung đột thống nhất bằng cách ký kết các điều ước quốc tế	227
Chương VII. Tổ tụng dân sự quốc tế	232
I. Khái niệm và những nguyên tắc cơ bản của tổ tụng dân sự quốc tế	232
II. Quy chế pháp lý của các chủ thể tư pháp quốc tế trong tổ tụng dân sự quốc tế	236

III. Xác định thẩm quyền quốc gia giải quyết các vụ việc, án kiện dân sự có yếu tố nước ngoài	246
IV. Ủy thác tư pháp	256
V. Công nhận và thi hành các bản án, quyết định dân sự của toà án nước ngoài	263
Chương VIII. Giải quyết các tranh chấp dân sự có yếu tố nước ngoài bằng trọng tài	271
I. Khái niệm và vai trò của trọng tài	271
II. Thẩm quyền xét xử của trọng tài và hiệu lực của thoả thuận trọng tài	279
III. Quy tắc tổ tụng của trọng tài	286
IV. Vấn đề công nhận và thi hành quyết định của trọng tài nước ngoài	293
V. Vấn đề cơ sở pháp luật cho tổ chức và hoạt động của trọng tài kinh tế ở Việt Nam	304



1VVa9029

NHÀ XUẤT BẢN, CHINH PHÁP QUỐC TẾ

24 Quang Trung - Hà Nội

ĐT: 9422008

FAX: 84-4-9421881

TÌM ĐỌC :

BỘ NGOẠI GIAO

- NIÊN GIÁM CÁC ĐIỀU ƯỚC QUỐC TẾ

NƯỚC CỘNG HÒA XÃ HỘI CHỦ NGHĨA VIỆT NAM KỶ NĂM 1992

- CÁC VĂN BẢN QUỐC TẾ VỀ BẢO VỆ TRẺ EM

(SÁCH THAM KHẢO)

PGS. TS. NGUYỄN XUÂN YÊM

- DẪN ĐỘ TỘI PHẠM, TRỪNG TRỊ PHÁP LÝ VỀ HÌNH SỰ

VÀ CHUYỂN GIAO PHẠM NHÂN QUỐC TẾ

TRONG PHÒNG CHỐNG TỘI PHẠM (SÁCH THAM KHẢO)

Giá: 28.000đ