

PHÁP LUẬT ÁP DỤNG ĐỐI VỚI CÁ NHÂN TRONG QUAN HỆ DÂN SỰ CÓ YẾU TỐ NƯỚC NGOÀI THEO BỘ LUẬT DÂN SỰ NĂM 2015

LÊ THỊ BÍCH THỦY *

Tóm tắt: Bài viết phân tích, đánh giá quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành về lựa chọn pháp luật áp dụng đối với cá nhân là người nước ngoài khi tham gia vào các quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài được ghi nhận trong Phần thứ 5 Bộ luật dân sự năm 2015. Từ đó, tác giả đưa ra kiến nghị làm rõ một số khái niệm liên quan vấn đề này; xác định rõ trường hợp áp dụng pháp luật đối với người có nhiều quốc tịch.

Từ khoá: Cá nhân; luật áp dụng; quan hệ dân sự; yếu tố nước ngoài

Nhận bài: 06/6/2018

Hoàn thành biên tập: 11/3/2019

Duyệt đăng: 19/3/2019

THE LAW APPLICABLE TO INDIVIDUALS IN CIVIL RELATIONS INVOLVING FOREIGN ELEMENTS UNDER THE 2015 CIVIL CODE

Abstract: The paper reviews and assesses the current legal provisions of Vietnam on the choice of law applicable to foreigners who participate in civil relations involving foreign elements under Part V of the 2015 Civil Code. On that basis, the paper offers recommendations to clarify some concepts relating to the issue in question and to identify cases of applying the law to persons with multinationality.

Keywords: Individual; applicable law; civil relation; foreign element

Received: Jun 6th, 2018; Editing completed: Mar 11th, 2019; Accepted for publication: Mar 19th, 2019.

1. Quy định của Phần thứ 5 Bộ luật dân sự năm 2015 về pháp luật áp dụng đối với cá nhân trong quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài

1.1. Quy định về xác định pháp luật áp dụng đối với người không có quốc tịch và người có hai hay nhiều quốc tịch

Pháp luật của các nước quy định nhiều nguyên tắc khác nhau để xác định quốc tịch của cá nhân, dẫn đến thực tiễn xảy ra trường hợp một cá nhân có nhiều quốc tịch hoặc không có quốc tịch. Đây là những hiện trạng về mặt pháp lý tương đối phức tạp và gây

không ít khó khăn cho các quốc gia trong mối quan hệ với công dân của nước mình và nước khác. Đặc biệt, khi những chủ thể này tham gia vào các quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài thì vấn đề lại càng trở nên phức tạp hơn bởi tình trạng quan hệ đó liên quan đến nhiều hệ thống pháp luật của các quốc gia (đối với cá nhân nhiều quốc tịch) hoặc khó xác định quốc gia liên quan (đối với cá nhân không có quốc tịch).

Trước đây, vấn đề xác định luật áp dụng đối với người không quốc tịch và người hai hay nhiều quốc tịch được quy định tại Điều 760 BLDS năm 2005. Theo đó, đối với mỗi trường hợp người có nhiều quốc tịch hoặc người không có quốc tịch đều có hai phương

* Giảng viên, Trường Đại học Luật Hà Nội
E-mail: matryoshka_bt@hlu.edu.vn

án để lựa chọn luật áp dụng: 1) Đối với người có hai hay nhiều quốc tịch, luật được áp dụng sẽ là pháp luật của nước nơi người đó có quốc tịch và cư trú tại thời điểm phát sinh giao dịch dân sự, trường hợp người đó không sinh sống tại một trong những nước mang quốc tịch tại thời điểm phát sinh giao dịch dân sự thì sẽ áp dụng pháp luật của nước mang quốc tịch và có mối liên hệ gần bó nhất; 2) Đối với người không có quốc tịch, pháp luật được lựa chọn để áp dụng chính là pháp luật của nước mà người đó cư trú, trường hợp người không có quốc tịch không có nơi thường trú thì sẽ áp dụng pháp luật của Việt Nam, trường hợp này được hiểu là việc phát sinh giao dịch dân sự sẽ phải liên quan đến pháp luật của Việt Nam hoặc diễn ra trên lãnh thổ Việt Nam.

BLDS năm 2015 quy định về việc xác định pháp luật áp dụng đối với người không quốc tịch và người có nhiều quốc tịch tại Điều 672.⁽¹⁾ Điều 672 BLDS năm 2015 nhìn chung vẫn tiếp tục cách thức ghi nhận trong BLDS năm 2005. Cụ thể, các quy định tại Điều này không phải là các quy phạm xung đột mà là những quy định thực chất chỉ ra các phương án áp dụng luật cụ thể đối với hệ thuộc luật nhân thân (Lex Personalis) mà ở đây là hệ thuộc luật quốc tịch (Lex Patriae). Điều khoản này vẫn tiếp tục khẳng định rằng hệ thuộc luật quốc tịch - hệ thống pháp luật của nước mà đương sự mang quốc tịch - là hệ thuộc cơ bản và quan trọng trong việc xác định các vấn đề liên quan đến nhân thân của mỗi cá nhân, ở đây là việc xác định năng lực

chủ thể bao gồm năng lực pháp luật và năng lực hành vi. Pháp luật Việt Nam cũng sử dụng phương án này như thông lệ tư pháp quốc tế trên thế giới để xác định năng lực chủ thể của cá nhân, bao gồm cả cá nhân có nhiều quốc tịch và cá nhân không có quốc tịch. Tuy nhiên, như đã nói ở trên, đối với cá nhân có nhiều quốc tịch hoặc cá nhân không có quốc tịch cần phải có những quy định cụ thể để có thể đưa ra được phương án cuối cùng trong việc lựa chọn luật áp dụng đối với họ.

Thứ nhất, đối với người không quốc tịch

Đây là những chủ thể không có quốc tịch, không là công dân pháp lí của bất kì quốc gia nào. Vì vậy, đối với trường hợp người không có quốc tịch, nếu các quy phạm xung đột đưa ra phương án chọn luật là hệ thuộc luật quốc tịch thì sẽ không thể đưa ra được hệ thống pháp luật của quốc gia nào để điều chỉnh các vấn đề pháp lí liên quan đến chủ thể này. Do vậy, thay vì hệ thuộc luật quốc tịch, pháp luật Việt Nam đưa ra phương án áp dụng hệ thuộc luật nơi cư trú (Lex Domicilii) đối với người không có quốc tịch. Cùng với hệ thuộc luật quốc tịch, hệ thuộc luật nơi cư trú là một dạng thức của hệ thuộc luật nhân thân, một loại hệ thuộc cơ bản của tư pháp quốc tế, thường được sử dụng để điều chỉnh vấn đề liên quan đến nhân thân của các chủ thể.⁽²⁾ Việt Nam là quốc gia theo hệ thống luật Civil Law, ưu tiên sử dụng hệ thuộc luật quốc tịch hơn là hệ thuộc luật nơi cư trú.⁽³⁾

(1). Điều 672 BLDS năm 2015.

(2). Nguyễn Văn Cừ, Trần Thị Huệ, *Bình luận khoa học Bộ luật dân sự năm 2015 của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam*, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, 2017, tr. 1056.

(3). Jean Derruppe (Nhà pháp luật Việt - Pháp), *Tư*

Tuy nhiên, trong trường hợp đương sự là người không quốc tịch thì sự hoán đổi hệ thuộc được sử dụng này là hoàn toàn phù hợp và là phương án tối ưu.

Mặc dù kế thừa quy định tại BLDS năm 2005 nhưng cách quy định của BLDS 2015 đã hợp lý hơn và tránh được những tranh cãi trong việc xác định pháp luật áp dụng đối với người không có quốc tịch. Tức là thay vì chỉ dừng lại ở việc chỉ ra luật áp dụng đối với người không có quốc tịch là pháp luật của nước mà người đó cư trú thì bổ sung dấu hiệu: đó phải là pháp luật của nước người không quốc tịch cư trú tại thời điểm phát sinh giao dịch dân sự có yếu tố nước ngoài đang hướng đến giải quyết.

Đối với trường hợp người không có quốc tịch có nhiều nơi cư trú hoặc không xác định được nơi cư trú vào thời điểm phát sinh quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài thì pháp luật áp dụng là pháp luật của nước nơi người đó có mối liên hệ gắn bó nhất. Cách quy định này của BLDS năm 2015 tương đối khác biệt và cũng là một bước hoàn thiện hơn so với quy định về vấn đề tương tự trong BLDS năm 2005. Trước đây, Điều 760 BLDS năm 2005 sử dụng cụm từ: “người đó không có nơi cư trú” đã gây ra nhiều tranh cãi. Một con người, một cá nhân, một thể nhân đang tồn tại thì không thể coi là “không có nơi cư trú”. Có chăng chỉ là các cơ quan có thẩm quyền trong phạm vi của mình không xác định được nơi cư trú của cá nhân đó (có thể là thường trú hoặc tạm trú). Ngôn ngữ được sử dụng trong

BLDS năm 2015 đã được chỉnh sửa rõ ràng và phù hợp hơn, tức là cá nhân không có quốc tịch đó có nhiều nơi cư trú hoặc không xác định được nơi cư trú vào thời điểm phát sinh quan hệ dân sự. Đối với vấn đề này, BLDS năm 2015 không chỉ dừng lại ở việc sửa đổi câu chữ mà còn đưa ra phương án chọn luật khác so với quy định trước đây. Nếu như BLDS năm 2005 lựa chọn áp dụng pháp luật Việt Nam (với tư cách là hệ thuộc luật toà án (*Lex Fori*) trong việc giải quyết quan hệ dân sự liên quan) trong trường hợp không thể áp dụng được hệ thuộc luật nơi cư trú đối với người không có quốc tịch thì BLDS năm 2015 lại lựa chọn áp dụng pháp luật của nước nơi người đó có mối liên hệ gắn bó nhất. Phương án lựa chọn luật áp dụng của BLDS năm 2015 là phương án khách quan hơn, đảm bảo tôn trọng và công bằng hơn cho chủ thể khi điều chỉnh các quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài. Sự sửa đổi này vừa phù hợp với tính chất của mối quan hệ vừa đảm bảo tính khách quan và sự bình đẳng giữa các hệ thống pháp luật - một nguyên tắc quan trọng của tư pháp quốc tế.⁽⁴⁾

Thứ hai, đối với người có nhiều quốc tịch

Quy định về vấn đề này của BLDS năm 2015 về cơ bản vẫn tiếp tục ghi nhận tinh thần của BLDS năm 2005, có sửa đổi về câu chữ, diễn đạt để rõ ràng hơn, tránh nhầm lẫn. Trong trường hợp các quy phạm xung đột điều chỉnh những vấn đề liên quan dẫn chiếu đến việc áp dụng hệ thuộc luật quốc tịch đối với người có nhiều quốc tịch thì pháp luật

pháp quốc tế, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2005, tr. 107.

(4). Trường Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình tư pháp quốc tế*, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, 2017, tr. 115.

được lựa chọn để áp dụng ở đây sẽ là pháp luật của một trong những nước người đó mang quốc tịch đồng thời cư trú vào thời điểm phát sinh quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài. Trong số quốc gia đó thì quốc gia mà chính bản thân người đó đang cư trú tại thời điểm phát sinh quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài được điều chỉnh sẽ là phù hợp hơn cả và khách quan, dễ dàng trong việc giải quyết quan hệ phát sinh.

Trường hợp người có nhiều quốc tịch có nhiều nơi cư trú, không xác định được nơi cư trú hoặc nơi cư trú và nơi có quốc tịch khác nhau vào thời điểm phát sinh quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài thì pháp luật áp dụng là pháp luật của nước mà người đó có quốc tịch và có mối liên hệ gắn bó nhất. Một cá nhân vì nhiều lí do có thể có khả năng đồng thời mang nhiều quốc tịch. Tuy nhiên, nếu xảy ra tình trạng cá nhân có nhiều nơi cư trú, không xác định được nơi cư trú hoặc phát sinh quan hệ dân sự tại một nước mà không phải là nước đang cư trú hiện tại thì phương án chọn luật sẽ là pháp luật của nước có mối liên hệ gắn bó nhất. Pháp luật nước nào được coi là gắn bó nhất sẽ tùy thuộc vào từng trường hợp, hoàn cảnh, từng loại quan hệ mà cơ quan có thẩm quyền giải quyết vụ việc quyết định. Trên thực tế, có thể thấy quốc gia mà người đó cư trú, sinh sống thời gian nhiều nhất sẽ là quốc gia có mối liên hệ gắn bó nhất và sẽ phát sinh nhiều mối quan hệ pháp lí nhất. Việc lựa chọn pháp luật của quốc gia có mối liên hệ gắn bó nhất là quy định đã được ghi nhận trong BLDS năm 2005 và phương án này vẫn được giữ đến BLDS năm 2015 vì đây là phương án tối ưu nhất. Tuy nhiên, so với

BLDS năm 2005, BLDS năm 2015 đã có những chỉnh sửa. Theo đó, BLDS năm 2005 quy định về việc áp dụng pháp luật của nước “có mối quan hệ gắn bó nhất về quyền và nghĩa vụ công dân”. Cụm từ này hiện tại đã được bỏ đi vì việc xác định mối quan hệ gắn bó nhất giữa một công dân với một nhà nước sẽ dễ dàng hơn khi dùng nhiều yếu tố hay dấu hiệu, điều kiện để xác định, việc xác định gắn bó nhất về quyền và nghĩa vụ là một quy định rất trừu tượng, chung chung và bị bó hẹp các phương án chọn luật để áp dụng.

Ngoài ra, một trường hợp cụ thể nữa được quy định riêng biệt và là quy định hoàn toàn mới so với BLDS năm 2005, đó là trường hợp đương sự là cá nhân có nhiều quốc tịch và một trong số các quốc tịch của người đó là quốc tịch Việt Nam thì luật được lựa chọn để áp dụng là pháp luật Việt Nam.

1.2. Quy định về xác định pháp luật áp dụng đối với năng lực pháp luật dân sự và năng lực hành vi dân sự của cá nhân

Đối với cá nhân khi tham gia vào các quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài, trước khi trả lời được câu hỏi về địa vị pháp lí của họ thì cần phải xác định được họ có đủ năng lực chủ thể để tham gia vào quan hệ đó hay không, tức là xác định năng lực pháp luật và năng lực hành vi của cá nhân đó. Đối với các nước theo hệ thống pháp luật common law, để xác định năng lực chủ thể của cá nhân, pháp luật được áp dụng thường là pháp luật của nước mà họ cư trú.⁽⁵⁾ Trong khi đó, ở các nước theo hệ thống luật civil law thì việc xác

(5). Private International Law, *Cheshire and North's - Butterworths*, London, Edinburgh, Dublin 1999, page 157.

định năng lực chủ thể của cá nhân lại thường dựa vào pháp luật của nước mà người đó mang quốc tịch.⁽⁶⁾ Ở Việt Nam, vấn đề này đã được quy định tương đối đầy đủ và cụ thể trong BLDS năm 2005, BLDS năm 2015 tiếp tục ghi nhận vấn đề này và có những sửa đổi, bổ sung hợp lý, đảm bảo tính khách quan, thời sự. BLDS năm 2015 quy định về năng lực pháp luật dân sự và năng lực hành vi dân sự của cá nhân khi tham gia vào các quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài tại Điều 673 và Điều 674.⁽⁷⁾

Thứ nhất, đối với năng lực pháp luật dân sự của cá nhân

Điều 16 BLDS năm 2015 quy định: *“Năng lực pháp luật dân sự của cá nhân là khả năng của cá nhân có quyền dân sự và nghĩa vụ dân sự”*. Như vậy, năng lực pháp luật về cơ bản là cái được pháp luật thừa nhận là có cho mỗi cá nhân, ngay từ thời điểm sinh ra thì mỗi cá nhân đều có năng lực pháp luật và tương đương nhau. Tuy nhiên, đó là về lý thuyết, còn quan điểm và kỹ thuật lập pháp của các quốc gia không phải hoàn toàn giống nhau, pháp luật các quốc gia khác nhau cũng quy định rất khác nhau về năng lực pháp luật dân sự của cá nhân. Vì vậy, trong trường hợp cá nhân tham gia các quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài, khi xảy ra hiện tượng xung đột pháp luật đối với năng lực pháp luật dân sự của cá nhân đó thì tư pháp quốc tế của các quốc gia phải có phương án chọn luật để giải quyết xung đột pháp luật. Về vấn đề này, pháp luật Việt Nam từ trước đến nay vẫn giữ nguyên quan

điểm đi theo thông lệ của hệ thống các nước Civil law là lựa chọn hệ thuộc luật quốc tịch để giải quyết xung đột pháp luật.⁽⁸⁾ Tức là trong việc xác định năng lực pháp luật dân sự của một cá nhân thì pháp luật được áp dụng là pháp luật của nước mà người đó có quốc tịch hay chính là nước mà người đó là công dân; một người là công dân nước nào thì năng lực pháp luật của họ sẽ được xác định theo pháp luật nước đó, hay nói cách khác là những quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân đó sẽ do pháp luật của nước mà họ là công dân quy định.

Trên đây là nguyên tắc chung được áp dụng để xác định năng lực pháp luật của mọi cá nhân khi tham gia vào các quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài trong phạm vi điều chỉnh của tư pháp quốc tế Việt Nam. Tuy nhiên, pháp luật Việt Nam còn quy định thêm một trường hợp cụ thể nữa nhằm đảm bảo lợi ích công cộng cũng như những nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam, tránh sự xâm phạm đến chủ quyền của Việt

(8). - Chương về Tư pháp quốc tế trong BLDS của Cộng hòa Liên bang Đức quy định năng lực chủ thể của cá nhân được xác định theo luật quốc tịch: *“Năng lực chủ thể và năng lực giao kết hợp đồng của cá nhân được điều chỉnh bởi luật của nước mà cá nhân đó mang quốc tịch”* - Khoản 1 Điều 4 Chương 2 “Tư pháp quốc tế”, Phần I, BLDS Đức năm 1994 - Sửa đổi, bổ sung tháng 10/2013, <http://www.juis.de>, truy cập 28/5/2018.

- Khoản 1 Điều 34 Bộ luật tư pháp quốc tế của Bỉ quy định: *“Trừ trường hợp Bộ luật này có quy định khác, luật của nước mà cá nhân có quốc tịch sẽ điều chỉnh địa vị và năng lực chủ thể của cá nhân”* và *“Luật của Bỉ sẽ điều chỉnh năng lực chủ thể của cá nhân trong trường hợp luật nước ngoài dẫn chiếu đến việc áp dụng pháp luật Bỉ”* - Bộ luật tư pháp quốc tế của Bỉ năm 2004, <http://www.dipr-be>, truy cập 28/5/2018.

(6). Private International Law, tldd, page 160.

(7). Điều 673, Điều 674 BLDS năm 2015.

Nam. Đó là trường hợp người nước ngoài tại Việt Nam sẽ được xác định là có năng lực pháp luật dân sự như công dân Việt Nam, trừ những trường hợp mà pháp luật Việt Nam có những quy định khác. Như vậy, trên cơ sở quy định của nguyên tắc đối xử quốc gia, pháp luật Việt Nam ghi nhận người nước ngoài được bình đẳng với công dân Việt Nam về khả năng có quyền và nghĩa vụ dân sự. Trong trường hợp người nước ngoài bị hạn chế quyền hoặc nghĩa vụ so với công dân Việt Nam, phụ thuộc vào các văn bản pháp luật trong từng lĩnh vực chuyên ngành cụ thể thì sẽ tôn trọng những quy định đó (hạn chế tối đa sự tham gia của người nước ngoài vào lực lượng vũ trang, các cơ quan quyền lực nhà nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam; hạn chế quyền của người nước ngoài được đứng tên trên quyền sử dụng đất và nhà ở tại Việt Nam...).

Quy định tại Điều 673 BLDS năm 2015 cho thấy để xác định năng lực pháp luật dân sự của người nước ngoài tại Việt Nam, ngoài việc căn cứ vào pháp luật của nước mà người đó mang quốc tịch còn căn cứ trên cơ sở các quy định của pháp luật Việt Nam. Tuy nhiên, nếu trong trường hợp áp dụng pháp luật của nước mà người nước ngoài mang quốc tịch dẫn đến hậu quả trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam thì các cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam sẽ không áp dụng luật nước ngoài đó mà sẽ áp dụng pháp luật Việt Nam.⁽⁹⁾ Quy định tại Điều luật này sẽ là căn cứ pháp lý để cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam xác định năng lực pháp luật dân sự của các chủ thể tham gia

trong các vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài khi không có điều ước quốc tế điều chỉnh.⁽¹⁰⁾

Thứ hai, đối với năng lực hành vi dân sự của cá nhân

Điều 19 BLDS năm 2015 quy định “*Năng lực hành vi dân sự của cá nhân là khả năng của cá nhân bằng hành vi của mình xác lập, thực hiện quyền, nghĩa vụ dân sự*”. Nếu năng lực pháp luật của cá nhân về cơ bản là có sẵn ngay khi được sinh ra thì năng lực hành vi lại chỉ có thể thực hiện được khi con người đạt được những độ tuổi, đảm bảo những điều kiện nhất định về nhận thức, về hành vi... Con người là một tự nhiên nhân, nên đối với mỗi cá nhân luôn có một quá trình phát triển sinh học từ nhỏ cho đến khi trưởng thành. Qua quá trình phát triển với từng giai đoạn, khả năng nhận thức và thực hiện hành vi cũng dần hoàn thiện. Ở mỗi giai đoạn phát triển ấy, phù hợp với khả năng của con người, pháp luật sẽ dần dần, từng bước trao cho và thừa nhận ở các chủ thể này các quyền và nghĩa vụ tương ứng. Quyền và nghĩa vụ đối với từng quan hệ sẽ được nhà nước trao cho các cá nhân vào các thời điểm khác nhau tùy thuộc vào bản chất của quan hệ, khả năng thực hiện hành vi và chịu trách nhiệm về hành vi của cá nhân cũng như điều kiện hoàn cảnh của nhà nước, của xã hội. Với sự quy định của nhà nước thể hiện qua pháp luật, từng con người cụ thể có thể bằng hành vi của mình để thực hiện các quyền và gánh vác các nghĩa vụ mà pháp luật dành cho.

Khi pháp luật của các quốc gia khác nhau về vấn đề năng lực hành vi dẫn đến xung đột pháp luật trong các quan hệ dân sự

(9). Điều 670 BLDS năm 2015.

(10). Nguyễn Văn Cừ, Trần Thị Huệ, tldđ, tr. 1058.

có yếu tố nước ngoài, các quốc gia cũng có những lựa chọn khác nhau để giải quyết. Pháp luật Việt Nam lựa chọn pháp luật của nước nơi mà người đó có quốc tịch sẽ được áp dụng để xác định năng lực hành vi của mỗi cá nhân khi họ tham gia quan hệ pháp luật dân sự có yếu tố nước ngoài. Hay nói cách khác, hệ thuộc mà tư pháp quốc tế Việt Nam sử dụng ở đây chính là hệ thuộc luật quốc tịch. Như vậy, một người có khả năng bằng hành vi của mình xác lập, thực hiện quyền và nghĩa vụ dân sự như thế nào do pháp luật của nước họ là công dân quy định.

Nguyên tắc chọn luật này được giữ nguyên hoàn toàn từ quy định của BLDS năm 2005. Tuy nhiên, quy định mới trong BLDS năm 2015 đã bổ sung một nội dung hợp lý, giải quyết được vướng mắc trong áp dụng luật. Khoản 1 Điều 761 BLDS năm 2005 quy định về nguyên tắc áp dụng luật để xác định năng lực hành vi của mỗi cá nhân là hệ thuộc luật quốc tịch; khoản 2 quy định về việc người nước ngoài xác lập, thực hiện các giao dịch dân sự tại Việt Nam thì sẽ tuân theo pháp luật Việt Nam. Như vậy, đã xảy ra hai luồng quan điểm trái chiều về việc áp dụng khoản 1 và khoản 2 Điều 761 BLDS năm 2005. Quan điểm thứ nhất cho rằng khoản 1 là nguyên tắc chung và khoản 2 là trường hợp ngoại lệ của khoản 1, tức là đối với trường hợp người nước ngoài xác lập và thực hiện các giao dịch dân sự tại Việt Nam thì họ chỉ cần tuân thủ điều kiện về năng lực hành vi theo pháp luật Việt Nam mà không cần tuân thủ pháp luật của nước mà họ là công dân nữa. Quan điểm thứ hai thì cho rằng khoản 1 là nguyên tắc chung bắt đi bất dịch và khoản 2 là bổ sung cho khoản 1, tức là trường hợp người nước

ngoài ở Việt Nam để xác lập và thực hiện các giao dịch dân sự thì họ cần phải đồng thời tuân thủ pháp luật của nước mà họ là công dân và pháp luật của Việt Nam trong các điều kiện xác định năng lực hành vi tham gia quan hệ dân sự. Hai quan điểm này có những điểm mâu thuẫn, dẫn đến khó khăn trong việc chọn luật để áp dụng trong thực tế, nhất là trong những trường hợp mà pháp luật của hai quốc gia liên quan có sự khác biệt lớn, thậm chí là trái ngược về việc xác định năng lực hành vi pháp luật dân sự của cá nhân. Nếu theo quan điểm thứ nhất thì sẽ rất đơn giản vì đối với người nước ngoài xác lập giao dịch dân sự tại Việt Nam sẽ không cần quan tâm pháp luật của nước mà họ là công dân quy định như thế nào, tuy nhiên, nếu theo quan điểm thứ hai thì lại phải lựa xem rằng thực sự sẽ theo quy định của pháp luật của nước nào để xác định năng lực hành vi của người đó là đầy đủ hay không đầy đủ, hạn chế hay không hạn chế...

Điểm mới bổ sung của BLDS năm 2015 chính là về sau của khoản 1, theo đó khẳng định: *“Năng lực hành vi dân sự của cá nhân được xác định theo pháp luật của nước mà người đó có quốc tịch, trừ trường hợp quy định tại khoản 2 Điều này”*. Theo quy định này, có thể thấy các nhà làm luật đã đi theo quan điểm thứ nhất và lựa chọn khoản 2 là ngoại lệ của khoản 1, tức là nếu trường hợp cá nhân là người nước ngoài xác lập và thực hiện các giao dịch dân sự tại Việt Nam thì chỉ cần tuân thủ pháp luật Việt Nam về xác định năng lực hành vi. Trong trường hợp này, vì nơi xác lập giao dịch, thực hiện giao dịch dân sự là Việt Nam nên việc xem xét năng lực hành vi của người nước ngoài không cần

cứ vào luật của nước họ là công dân nữa mà phải căn cứ vào quy định của pháp luật Việt Nam.⁽¹¹⁾ Ví dụ: một người nước ngoài 15 tuổi xác lập quan hệ hợp đồng lao động (hợp đồng dịch tài liệu) với một doanh nghiệp Việt Nam tại Việt Nam. Theo quy định của pháp luật Việt Nam (Điều 163 Bộ luật lao động năm 2012), người đủ 15 tuổi có quyền kí loại hợp đồng lao động này, nhưng theo quy định của pháp luật của nước mà người nước ngoài đó là công dân thì họ chỉ được quyền kí hợp đồng này khi đủ 18 tuổi. Căn cứ vào quy định tại khoản 2 Điều 674 BLDS năm 2015 thì người nước ngoài 15 tuổi này xác lập và thực hiện hợp đồng dịch tài liệu này tại Việt Nam nên sẽ tuân thủ pháp luật Việt Nam và như vậy hợp đồng đó là hợp pháp vì họ có năng lực hành vi kí loại hợp đồng đó tại Việt Nam theo pháp luật Việt Nam.

Quy định tại khoản 2 và khoản 3 Điều 674 về nguyên tắc xác định cá nhân bị mất năng lực hành vi dân sự, có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi hoặc hạn chế năng lực hành vi dân sự cũng đưa ra phương án chọn luật phù hợp với tính chất của loại quan hệ này theo thông lệ quốc tế. Theo đó, “*việc xác định cá nhân bị mất năng lực hành vi dân sự, có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi hoặc bị hạn chế năng lực hành vi dân sự tại Việt Nam theo pháp luật Việt Nam*”. Đây là quy định được bổ sung mới hoàn toàn của BLDS năm 2015, theo đó, đối với người nước ngoài khi đã thực hiện giao dịch dân sự tại Việt Nam, tiến hành các hoạt động và hành vi trên phạm vi lãnh thổ Việt

Nam thì việc tuân thủ pháp luật Việt Nam là phương án tối ưu nhất trong cả việc đảm bảo quyền lợi của chính cá nhân đó cũng như đảm bảo được chủ quyền lãnh thổ và những lợi ích công cộng của Việt Nam là quốc gia sở tại. Nguyên tắc này là nguyên tắc luật của nước nơi thực hiện hành vi (Lex loci actus) được nhiều quốc gia sử dụng, cả những nước theo hệ thống luật Common law và Civil Law,⁽¹²⁾ kết hợp với nguyên tắc luật nhân thân trong việc xác định năng lực hành vi của mỗi cá nhân khi tham gia vào các quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài.

1.3. Quy định về xác định pháp luật áp dụng trong trường hợp cá nhân mất tích hoặc chết

Trong thực tế, có nhiều lí do khác nhau như thiên tai, tai nạn, chiến tranh... mà có khi sự “biến mất” của một cá nhân lại trở nên khó xác định. Có thể cá nhân đó đã chết, cũng có thể là chưa chết mà là liên tục không có thông tin cho người thân và được xếp vào trường hợp mất tích. Khi những cá nhân này chết hoặc mất tích chưa xác định, những mối quan hệ pháp lí đang tồn tại của họ với những cá nhân đang còn sống sẽ rất khó có cách giải quyết. Với những tình huống như vậy, để có cơ sở giải quyết các quan hệ có liên quan đến những người đó và những người còn sống, cần phải có một tuyên bố chính thức từ cơ quan nhà nước có thẩm quyền xác định rõ ràng về việc mất tích hay đã chết của cá nhân đó về mặt pháp lí. Việc tuyên bố một người là đã chết hay mất tích luôn thuộc thẩm quyền của toà án, chỉ toà án mới có thẩm quyền tuyên bố về việc này. Vì vậy, khi toà án tuyên bố một người là đã chết

(11). Nguyễn Minh Tuấn, *Bình luận khoa học Bộ luật dân sự của nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam năm 2015*, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, 2016, tr. 982.

(12). Trường Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình tư pháp quốc tế*, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, 2017, tr. 101.

hay mất tích thì trình tự, thủ tục phải tuân thủ pháp luật tố tụng dân sự của nước có toà án. Nếu toà án Việt Nam có thẩm quyền tuyên bố về việc một người dù là người Việt Nam hay nước ngoài là đã chết hoặc mất tích đương nhiên sẽ áp dụng quy định pháp luật tố tụng của Việt Nam.

Khoản 1 Điều 675 BLDS năm 2015 của Việt Nam quy định: *“Việc xác định một cá nhân mất tích hoặc chết tuân theo pháp luật của nước mà người đó có quốc tịch vào thời điểm trước khi có tin tức cuối cùng về người đó, trừ trường hợp quy định tại khoản 2 Điều này”*. Quy phạm này chỉ ra rằng hệ thống pháp luật của nước mà người đó có quốc tịch chính là cơ sở để xác định về sự kiện chết hoặc mất tích của họ. Một lần nữa hệ thuộc luật quốc tịch lại thể hiện rõ sự gắn bó đối với các quan hệ liên quan đến nhân thân một con người, hơn hết nó là sự gắn gũi, gắn bó của một con người với một đất nước. Ví dụ: trong vụ biến mất bí ẩn của chiếc máy bay mang số hiệu MH370 của hãng hàng không Malaysia, cho đến nay số phận của những con người trên chiếc máy bay đó như thế nào vẫn còn là một ẩn số. Giả sử theo yêu cầu của những người thân còn sống của một hành khách Trung Quốc trên chuyến bay này, toà án Việt Nam sẽ xác định người đó là mất tích hoặc chết. Trong trường hợp này, toà án Việt Nam phải căn cứ vào khoản 1 Điều 675 BLDS năm 2015 để xác định pháp luật nội dung cần phải tuân thủ là pháp luật của nước người đó có quốc tịch ngay trước thời điểm có tin tức cuối cùng của họ, trường hợp này là pháp luật của Trung Quốc. Tương tự, nếu công dân Việt Nam rơi vào hoàn cảnh tương tự thì khi

người thân của người đó có yêu cầu toà án Việt Nam xác định về sự kiện chết hoặc mất tích của họ, toà án Việt Nam sẽ phải căn cứ vào quy định thực chất của pháp luật Việt Nam về vấn đề này.

Nguyên tắc chung để áp dụng pháp luật cho việc xác định một người là đã chết hay mất tích là sử dụng hệ thuộc luật quốc tịch, tuy nhiên, bên cạnh đó, pháp luật Việt Nam ghi nhận trường hợp ngoại lệ tại khoản 2 của Điều 675. Theo đó, một cá nhân cho dù là người Việt Nam hay người nước ngoài mất tích hoặc chết tại Việt Nam thì việc xác định cá nhân đó mất tích hoặc chết phải tuân theo pháp luật Việt Nam. Ví dụ: một người nước ngoài đến Việt Nam du lịch, không may trong lúc tắm biển đã bị sóng cuốn. Nếu có yêu cầu của người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan, toà án Việt Nam sẽ xác định người đó là chết hoặc mất tích theo quy định của pháp luật Việt Nam mà không theo quy định của pháp luật nước người đó là công dân.

2. Kiến nghị hoàn thiện quy định về pháp luật áp dụng đối với cá nhân trong Phần thứ 5 Bộ luật dân sự năm 2015

Những phân tích và bình luận ở phần trên cho thấy, về tổng thể, so với những quy định của BLDS năm 2005 về áp dụng pháp luật đối với cá nhân trong các quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài thì quy định của BLDS năm 2015 về vấn đề tương ứng đã hoàn chỉnh và hợp lý hơn nhiều, đã giải quyết được những vướng mắc tồn tại trước đây. Tuy nhiên, cuộc sống luôn vận hành đi lên và theo xu hướng ngày càng phức tạp, vì vậy pháp luật mặc dù luôn vận động theo cuộc sống nhưng cũng không thể tránh khỏi những điểm chưa kịp thời, chưa hoàn thiện.

BLDS năm 2015 mặc dù vừa mới ra đời và có hiệu lực thi hành chưa lâu, tuy nhiên, ngay từ những tìm hiểu pháp luật các nước và phân tích trong chính những quy định, chúng ta đã có thể nhìn thấy những điểm còn chưa hoàn thiện của pháp luật cần phải sớm có những văn bản hướng dẫn để những quy định không chỉ là câu chữ nằm trên mặt giấy.

2.1. Sửa đổi các trường hợp áp dụng pháp luật đối với người có nhiều quốc tịch theo quy định tại khoản 2 Điều 672

Theo quy định tại khoản 1 Điều 672 thì sẽ đối với người có nhiều quốc tịch, nếu tại thời điểm phát sinh giao dịch dân sự, họ cư trú tại một trong những nước mà họ mang quốc tịch, pháp luật được lựa chọn để áp dụng trong trường hợp này là pháp luật của nước mà họ mang quốc tịch đồng thời cư trú tại thời điểm đó. Ví dụ: công dân X có quốc tịch của cả ba nước A, B và C; tranh chấp liên quan đến một hợp đồng dân sự công dân X ký với công dân Y của nước A tại nước A thì sẽ áp dụng pháp luật của nước A, nếu ký tại nước B thì sẽ áp dụng pháp luật của nước B, tương tự với nước C. Tuy nhiên, cách quy định tại về sau của khoản này lại được diễn đạt khá rối và phức tạp, dẫn đến khó lựa chọn luật và áp dụng luật. Tại đoạn đầu của khoản này như đã nói ở trên, căn cứ để áp dụng luật là luật của nước mà người đó có quốc tịch, đồng thời cư trú tại thời điểm phát sinh giao dịch dân sự, không hề nhắc đến dấu hiệu cư trú, tuy nhiên, ở đoạn sau của điều khoản này lại quy định: “nếu người đó có nhiều nơi cư trú hoặc không xác định được nơi cư trú hoặc nơi cư trú và nơi có quốc tịch khác nhau vào thời điểm phát sinh quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài thì

pháp luật áp dụng là pháp luật của nước mà người đó có quốc tịch và có mối liên hệ gần bó nhất”. Để rõ hơn cho lập luận này, trở lại tình huống ví dụ vừa dẫn ra ở trên, nếu trường hợp công dân X thường xuyên cư trú tại nước A nhưng lại phát sinh giao dịch dân sự tại nước B thì đương nhiên pháp luật được áp dụng vẫn là pháp luật của nước B chứ không phải pháp luật của nước A. Nếu đã xác định rằng pháp luật được áp dụng đối với người có nhiều quốc tịch về cơ bản luôn là pháp luật của nước phát sinh giao dịch dân sự trong số các nước mang quốc tịch thì có cần thiết phải phủ nhận các dấu hiệu về cư trú nữa hay không? Vì vậy, nên bỏ cụm từ “người đó có nhiều nơi cư trú hoặc không xác định được nơi cư trú” mà chỉ cần quy định: “nếu vào thời điểm phát sinh quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài mà người đó cư trú tại một nước không phải là nước mà mình có quốc tịch thì pháp luật áp dụng là pháp luật của nước mà người đó có quốc tịch và có mối liên hệ gần bó nhất”.

2.2. Giải thích làm rõ cụm từ “có mối liên hệ gần bó nhất” trong quy định về áp dụng luật đối với người có nhiều quốc tịch tại khoản 2 Điều 672

Về người có nhiều quốc tịch, có thể thấy rằng cụm từ pháp luật của nước mà người đó có quốc tịch và “có mối liên hệ gần bó nhất” là một cụm từ tồn không ít gây vướng mắc đối với những người thi hành pháp luật để đưa ra được phương án chọn luật áp dụng đúng đắn hợp lý nhất. Dấu hiệu về hệ thống pháp luật có mối liên hệ gần bó nhất cũng đã được sử dụng trước đây trong BLDS năm 2005 đối với trường hợp lựa chọn luật áp dụng của người có nhiều quốc tịch và không hề có văn

bản hướng dẫn thi hành. Đến BLDS năm 2015, dấu hiệu về hệ thống pháp luật có mối liên hệ gắn bó nhất không những được sử dụng cho trường hợp cá nhân có nhiều quốc tịch mà còn áp dụng đối với trường hợp hợp đồng dân sự có yếu tố nước ngoài mà các bên không có thỏa thuận về pháp luật áp dụng quy định tại Điều 683. Tuy nhiên, tại khoản 2 Điều 683 quy định về hợp đồng lại có hướng dẫn và giải thích thế nào là pháp luật của nước nơi có mối liên hệ gắn bó nhất với hợp đồng. Quy định này là phù hợp, tuy nhiên, nó cũng chỉ có thể áp dụng cho quan hệ hợp đồng có yếu tố nước ngoài. Vậy đối với trường hợp người có nhiều quốc tịch mà phát sinh giao dịch dân sự tại một quốc gia người đó không có quốc tịch thì sẽ áp dụng pháp luật của quốc gia nào? Dựa vào đâu để xác định quốc gia “có mối liên hệ gắn bó nhất” đối với một cá nhân? Các nhà làm luật cần có hướng dẫn rõ ràng và cụ thể, đảm bảo việc áp dụng sẽ thống nhất. Tác giả cho rằng để xác định pháp luật của nước nơi có mối liên hệ gắn bó nhất, có thể sử dụng dấu hiệu cư trú tại khoản 1 Điều 673 BLDS năm 2015 nói trên. Hơn nữa, có thể xác định nơi có mối liên hệ gắn bó nhất dựa vào những dấu hiệu khác như thời gian cư trú của cá nhân, mức độ và tần suất phát sinh các giao dịch dân sự của cá nhân đó...

2.3. Xem xét lại quy định về lựa chọn pháp luật áp dụng đối với cá nhân có nhiều quốc tịch bao gồm quốc tịch Việt Nam

Theo tác giả, quy định này là không cần thiết. Bởi lẽ, mặc dù tên gọi của Chương XXVI của Phần thứ năm BLDS năm 2015 là “*Pháp luật áp dụng đối với cá nhân, pháp nhân*”. Tuy nhiên, chúng ta đều hiểu rằng

đây là chương quy định về pháp luật áp dụng đối với cá nhân nước ngoài và pháp nhân nước ngoài khi họ tham gia vào các quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài. Mặt khác, theo nhiều văn bản quy phạm pháp luật khác của Việt Nam đều đã xác định người có nhiều quốc tịch nhưng trong đó có quốc tịch Việt Nam thì vẫn là công dân Việt Nam. Hay nói cách khác, người nước ngoài là người không mang quốc tịch của quốc gia Việt Nam, kể cả khi họ có nhiều quốc tịch. Vì vậy, có thể hiểu rằng chương quy định về việc lựa chọn pháp luật áp dụng đối với cá nhân và pháp nhân nước ngoài không cần thiết phải quy định về vấn đề này. Người có nhiều quốc tịch nhưng trong đó có bao gồm quốc tịch Việt Nam thì vẫn là công dân Việt Nam và việc áp dụng pháp luật Việt Nam trong trường hợp này là phù hợp và khách quan hơn.

2.4. Làm rõ cụm từ “người nước ngoài tại Việt Nam” quy định tại khoản 2 Điều 673 về năng lực pháp luật dân sự của cá nhân

Nguyên tắc chung để xác định năng lực pháp luật dân sự của cá nhân là pháp luật của nước mà người đó mang quốc tịch, nhưng ngoại lệ nếu “người nước ngoài tại Việt Nam” thì sẽ có năng lực pháp luật như công dân Việt Nam. Cụm từ “người nước ngoài tại Việt Nam” không rõ là để chỉ những người nước ngoài sinh sống, cư trú tại Việt Nam hay chỉ là những người có phát sinh giao dịch dân sự liên quan đến pháp luật Việt Nam, công dân Việt Nam thì sẽ được xác định năng lực pháp luật như công dân Việt Nam? Nếu là người nước ngoài phát sinh một giao dịch dân sự bất hợp pháp theo quy định của pháp luật Việt Nam với một công dân Việt Nam

(Xem tiếp trang 91)