

# VỀ CÁC BIỆN PHÁP BẢO ĐẢM THỰC HIỆN NGHĨA VỤ DÂN SỰ TRONG DỰ THẢO BỘ LUẬT DÂN SỰ (SỬA ĐỔI)

Trần Đình Hảo\*

So với các quy định của Bộ luật Dân sự 1995 hiện hành, trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi), các quy định về các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự và hợp đồng được sửa đổi, bổ sung ở nhiều điểm và quy định thêm các biện pháp mới (như: Cầm giữ tài sản; Bảo lưu quyền sở hữu và Các biện pháp bảo đảm khác theo thoả thuận hoặc pháp luật có quy định) nhằm đáp ứng tốt hơn những yêu cầu, đòi hỏi của đời sống kinh tế - xã hội trong điều kiện phát triển kinh tế thị trường và hội nhập kinh tế quốc tế. Theo tôi, nội dung của những điểm được dự kiến sửa đổi, bổ sung này đã có nhiều điểm tiến bộ, tốt hơn so với các quy định hiện hành, nhưng cũng còn có những điểm cần được tiếp tục cân nhắc, xem xét và hoàn chỉnh thêm. Về những điểm này, tôi xin nêu và trình bày một số chính kiến và quan điểm của mình như sau:

I. Trước hết, cần quan niệm như thế nào về “Các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự”? Thông thường, trong các giao dịch hợp đồng dân sự, kinh tế, thương mại, tùy theo tính chất của từng loại hợp đồng, các bên thường căn cứ vào mức độ tin cậy và tín nhiệm của nhau cũng như mức độ rủi ro trong các quan hệ này để yêu cầu đưa ra các cam kết và cung cấp các bảo đảm cần thiết cho việc thực hiện nghĩa vụ.

Về mặt học thuật, Các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự cần được xem xét theo hai phương diện (hay còn có thể được gọi là hiểu theo nghĩa rộng) gồm:

*Thứ nhất là:* Các biện pháp được áp dụng mang tính chất và có liên quan đến việc phân bổ và quản lý rủi ro (thường được gọi là phòng ngừa rủi ro), mà theo đó Bên có nghĩa

vụ cam kết và thực hiện đầy đủ một số công việc nhất định nhằm có được những tiền đề, điều kiện cần thiết và duy trì, đảm bảo khả năng thực hiện trên thực tế nghĩa vụ của mình đối với Bên có quyền. Điều đó có nghĩa là các biện pháp này nhằm đảm bảo cho Bên có nghĩa vụ có đủ khả năng hiện thực và thực hiện nghĩa vụ theo đúng nghĩa đen của nó: Biện pháp bảo đảm cho nghĩa vụ và hợp đồng được thực hiện trên thực tế.

*Thứ hai là:* Các biện pháp được áp dụng mang tính chất thay thế, một khi nghĩa vụ hay hợp đồng không được thực hiện hoặc thực hiện một cách không đầy đủ. Trong trường hợp vì một lý do nào đó, Bên có nghĩa vụ không có khả năng hoặc không thực thi nghĩa vụ như đã thỏa thuận, thì việc áp dụng các biện pháp bảo đảm này được coi là mang tính chất thay thế và các biện pháp bảo đảm này có giá trị pháp lý đối với người thứ ba, tạo cho Bên có quyền là bên nhận đảm bảo một vị thế ưu tiên so với các chủ nợ khác.

Dường như các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự được đề cập trong Bộ luật Dân sự và trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi) là theo phương diện thứ hai này, nhưng cũng chưa hẳn là như vậy, vì tại điểm k, Khoản 1 Điều 294 trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi) còn quy định “Các biện pháp bảo đảm khác theo thoả thuận hoặc pháp luật có quy định”. Mặc dù, mỗi biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự này có những đặc thù nhất định, nhưng xét về bản chất pháp lý, chúng mang tính chất bổ sung, chỉ tồn tại cùng với nghĩa vụ chính của bên bảo đảm (Bên có nghĩa vụ), nhằm thực hiện chức năng đảm bảo thỏa mãn quyền và lợi ích hợp pháp của bên có quyền (Bên nhận bảo đảm), mang tính chất thay thế trong trường hợp cho nghĩa vụ dân sự không được thực hiện. Vì vậy, các qui định này đã được

\* PGS.TS Luật học, Viện Nhà nước và Pháp luật



đưa vào phân nghĩa vụ dân sự và hợp đồng dân sự. Tuy nhiên, theo tôi, Phạm vi phạm không hoàn toàn mang tính chất như vậy, đây thực chất là một chế tài trong dân sự, là hậu quả pháp lý của hành vi vi phạm nghĩa vụ và hợp đồng và do đó không nên xếp vào các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự theo phương diện thứ hai này. Vì rằng nếu như vậy thì các chế tài khác trong chế định trách nhiệm dân sự hay hợp đồng (chẳng hạn như: các quy định về Bảo hành trong các hợp đồng mua bán hay hợp đồng dịch vụ) hay toàn bộ các quy định của Bộ luật Dân sự cũng có thể xếp vào Các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ và hợp đồng theo nghĩa rộng này.

Trong các quy định về các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự và hợp đồng có những vấn đề mang tính nguyên tắc cần lưu ý sau đây:

*Một là:* Trong trường hợp áp dụng biện pháp bảo đảm bằng tài sản là Cầm cố, thế chấp (bảo đảm bằng vật quyền) thì điều đó có nghĩa là phải xác lập một cách hợp pháp, hợp lệ và duy trì một vật quyền cho Bên nhận bảo đảm có quyền chi phối đến tài sản cầm cố, thế chấp đó và sẽ được ưu tiên thanh toán trước so với các chủ nợ khác từ tài sản cầm cố, thế chấp, trong trường hợp xử lý tài sản bảo đảm. Từ đây, đặt ra yêu cầu đăng ký và công bố công khai các giao dịch bảo đảm như vậy. Chừng nào, không có những đăng ký các giao dịch bảo đảm, thì những giao dịch, cam kết bảo đảm như vậy sẽ không có hiệu lực pháp luật đối với người thứ ba. Ngược lại, chừng nào các giao dịch bảo đảm tiền vay các tổ chức tín dụng chưa được xóa trong đăng ký các giao dịch bảo đảm thì chừng đó vẫn chưa thể coi là các giao dịch bảo đảm như vậy đã được giải chấp, kể cả trường hợp mặc dù nghĩa vụ đã được thực hiện xong. Do vậy, ngoài những thỏa thuận về cầm cố, thế chấp thì trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi) việc bổ sung 1 điểm mới để điều chỉnh về Đăng ký giao dịch bảo đảm (Điều 299) và về Thứ tự ưu tiên thanh toán

(Điều 300) là rất cần thiết. Nhưng theo tôi một trong những vấn đề pháp lý quan trọng về giá trị pháp lý và mối quan hệ giữa các thỏa thuận về cầm cố, thế chấp (quan hệ giữa Bên bảo đảm và Bên nhận bảo đảm) và Đăng ký giao dịch bảo đảm (xét trong mối quan hệ với người thứ ba) lại đang bị bỏ ngỏ, chưa có sự điều chỉnh cụ thể trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi) này.

*Hai là:* Biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự bằng bảo lãnh (bảo đảm bằng trái quyền hay quyền đối nhân) được hiểu là việc người thứ ba (gọi là người bảo lãnh) cam kết với bên có quyền (gọi là người nhận bảo lãnh) sẽ thực hiện nghĩa vụ thay cho bên có nghĩa vụ (gọi là người được bảo lãnh), nếu khi đến thời hạn mà người được bảo lãnh không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ. Trong trường hợp này, mức độ bảo đảm thực hiện nghĩa vụ được xem xét theo các phương diện về tư cách, tiềm năng, độ tin cậy, uy tín và khả năng (trong đó có khả năng về tài sản và tài chính) của người bảo lãnh thực hiện nghĩa vụ thay cho người được bảo lãnh.

Một trong những vấn đề pháp lý đặt ra ở đây là vấn đề giá trị pháp lý và mối quan hệ giữa Hợp đồng bảo lãnh và Thư bảo lãnh. Trong mối quan hệ đó, cần có phân biệt và thừa nhận về mặt pháp lý các loại hình của Thư bảo lãnh như: bảo lãnh tuyệt đối hay bảo lãnh tương đối, bảo lãnh có thể huỷ ngang hay bảo lãnh không huỷ ngang, bảo lãnh có điều kiện hay bảo lãnh không điều kiện, bảo lãnh toàn bộ nghĩa vụ hay bảo lãnh một phần nghĩa vụ. Trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi) mới chỉ đề cập và quy định tại Điều 337 về phạm vi bảo lãnh toàn bộ nghĩa vụ hay bảo lãnh một phần nghĩa vụ.

*Ba là:* Trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi) tại Điều 296 có bổ sung thêm quy định về Vật dùng để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ có thể là vật hiện có hoặc được hình thành trong tương lai. Vật hình thành trong tương lai là động sản, bất động sản thuộc sở hữu của bên bảo đảm sau thời điểm nghĩa vụ



được xác lập hoặc giao dịch bảo đảm được giao kết. Điều này xuất phát từ thực tiễn vừa qua của hoạt động tín dụng ngân hàng về việc bảo đảm tiền vay bằng tài sản hình thành từ vốn vay. Việc bảo đảm tiền vay bằng tài sản hình thành từ vốn vay không nên chỉ được hiểu theo nghĩa hẹp là ngay sau tài sản được hình thành từ vốn vay sẽ phải xác lập các quyền của các tổ chức tín dụng đã cho vay được bảo đảm bằng và trên tài sản đó (chẳng hạn như: cầm cố hay thế chấp tài sản đó), mà quan trọng hơn là trong trường hợp này, tổ chức tín dụng không đặt vấn đề thu hồi vốn vay bằng việc siết nợ, thu hồi nợ bằng chính tài sản hình thành từ vốn vay lên hàng đầu (đây chỉ là biện pháp cuối cùng), mà họ quan tâm nhiều hơn đến khả năng trả nợ của người vay từ việc khai thác có hiệu quả tài sản hình thành từ vốn vay và do vậy, họ thường có những yêu cầu và thỏa thuận để ràng buộc, giám sát, trong trường hợp cần thiết thì họ dành quyền chi phối đến các hoạt động quản lý, kinh doanh, khai thác các lợi ích có được từ tài sản hình thành từ vốn vay. Đây là một trong những biện pháp bảo đảm nghĩa vụ và hợp đồng mang tính chất liên hoàn, không thuần túy chỉ là việc cầm cố hay thế chấp tài sản hình thành trong tương lai và do vậy, nếu quy định điều chỉnh về vấn đề này trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi) thì theo tôi nên quy định chi tiết hơn nữa.

2. Ngoài ra, về nội dung cụ thể của các điều khoản trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi) về các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự và hợp đồng, tôi có một số ý kiến đóng góp thêm như sau:

- Điều 298 trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi) quy định về các quyền tài sản dùng để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ dân sự theo cách liệt kê, mà theo tôi lại chưa thật rõ ràng là: Bộ luật Dân sự chỉ cho phép và giới hạn trong những quyền tài sản được liệt kê trong điều này hay còn có thể mở rộng thêm các đối tượng khác. Trên thực tế tôi được biết, trong một hợp đồng vay được cung cấp bởi

Công ty tài chính quốc tế (IFC) đã từng có những điều khoản thỏa thuận về một trong những bảo đảm cho khoản vay, theo đó bên vay phải cung cấp cho bên cho vay là việc mở và cầm cố/thế chấp một tài khoản hoạt động và một tài khoản đảm bảo trả nợ tại một ngân hàng được IFC chấp nhận. Cơ chế cầm cố/thế chấp tài khoản này không hẳn là việc bảo đảm bằng các quyền tài sản được liệt kê tại Điều 298 hay bảo đảm bằng tiền được quy định tại Điều 297 trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi), vì rằng thỏa thuận cầm cố/thế chấp như vậy được ký kết tay ba giữa Bên vay, Bên cho vay và ngân hàng mở tài khoản. Câu hỏi IFC đặt ra là theo pháp luật Việt Nam, những thỏa thuận như vậy có hiệu lực pháp lý hay không và thế theo những thỏa thuận như vậy thì IFC với tư cách là bên cho vay và bên nhận bảo đảm có được xếp vào vị thế được ưu tiên thanh toán so với các chủ nợ khác hay không? Trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi) chưa có quy định rõ ràng về vấn đề này.

- Quy định mới tại Điều 301 trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi) về Một tài sản dùng để bảo đảm nhiều nghĩa vụ dân sự còn có những điểm chưa hợp lý vì những lý do sau đây:

*Thứ nhất:* Các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự và hợp đồng cần được quy định theo hướng mở rộng hơn nữa và dành cho các chủ thể quyền thỏa thuận, lựa chọn và quyết định về việc xác lập và thực hiện các biện pháp bảo đảm này thì nội dung được quy định tại khoản 1 Điều 301 trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi) không có ý nghĩa. Khoản 1 Điều 301 trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi) quy định: “Một tài sản có thể được dùng để bảo đảm thực hiện nhiều nghĩa vụ dân sự, nếu có giá trị lớn hơn tổng giá trị các nghĩa vụ được bảo đảm, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác”. Nếu một tài sản có giá trị nhỏ hơn tổng giá trị các nghĩa vụ được bảo đảm, nhưng vẫn được các bên chấp nhận dùng để bảo đảm nghĩa vụ và hợp đồng thì



đương nhiên được coi là đã “có thỏa thuận khác” và thông thường trong trường hợp này bên có nghĩa vụ sẽ phải cung cấp thêm những bảo đảm khác. Hơn thế nữa, giá trị của tài sản dùng để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ và hợp đồng tại từng thời điểm lại có thể khác nhau, tại thời điểm xác lập giao dịch bảo đảm có thể lớn hơn tổng giá trị các nghĩa vụ được bảo đảm, nhưng sau đó có thể thấp hơn do giá trị tài sản bị giảm sút. Điều này là bình thường trong điều kiện kinh tế thị trường. Mặt khác, trong những trường hợp nhất định, ngân hàng còn có thể lựa chọn khách hàng và cho vay không có bảo đảm bằng tài sản, thì đương nhiên có thể chấp nhận tài sản dùng để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ và hợp đồng có thể có giá trị thấp hơn so với khoản vay.

*Thứ hai:* Khoản 1 Điều 301 trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi) quy định: “Trong trường hợp một tài sản được bảo đảm thực hiện nhiều nghĩa vụ, thì bên bảo đảm phải thông báo cho bên nhận bảo đảm sau biết về việc tài sản bảo đảm đang được dùng để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ khác; nếu không thông báo, thì phải bồi thường cho bên nhận bảo đảm, nếu có thiệt hại xảy ra. Mỗi lần bảo đảm phải được lập thành văn bản”. Quy định như vậy là chưa đủ và không phù hợp với thông lệ và tập quán thương mại. Theo tôi, trong trường hợp một tài sản được bảo đảm thực hiện nhiều nghĩa vụ, thì ngoài việc “bên bảo đảm phải thông báo cho bên nhận bảo đảm sau biết về việc tài sản bảo đảm đang được dùng để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ khác”, còn phải được sự đồng ý của bên nhận bảo đảm trước đó. Đây là điều thường gặp trong hoạt động tín dụng ngân hàng.

- Quy định dành quyền cho các bên thỏa thuận về thời hạn bảo đảm tại các Điều 304; Điều 319; Điều 345 trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi), theo tôi là những điểm tiến bộ so với các quy định của Bộ luật Dân sự hiện hành.

- Điều 309 trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi) quy định về trường hợp Cẩm cố

nhiều tài sản. Đây là một quy định mới và trong trường hợp này, Khoản 2 Điều 309 quy định: “Bên cầm cố không được giảm bớt tài sản cầm cố cho đến khi thực hiện xong nghĩa vụ đối với bên nhận cầm cố”. Theo tôi, sẽ hợp lý hơn nếu quy định là: “Bên cầm cố không được giảm bớt tài sản cầm cố cho đến khi thực hiện xong nghĩa vụ đối với bên nhận cầm cố, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác”.

- Điều 302 trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi) quy định về cầm cố tài sản đã cho phép: người thứ ba cam kết dùng tài sản thuộc sở hữu của mình để cầm cố bảo đảm thực hiện nghĩa vụ cho bên có nghĩa vụ, thì theo tôi, tương tự như vậy tại Điều 317 trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi) quy định về thế chấp tài sản cũng nên cho phép: người thứ ba cam kết dùng tài sản thuộc sở hữu của mình để thế chấp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ cho bên có nghĩa vụ.

- Điều 318 trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi) quy định về Hình thức thế chấp tài sản. Theo tôi, để cho rõ ràng và tránh hiểu lầm, tại Khoản 1 của Điều 318 này cần được sửa lại tương tự như Điều 303 về Hình thức cầm cố tài sản là: “1- Thế chấp tài sản phải được lập thành văn bản, có thể lập riêng hoặc ghi trong hợp đồng chính. Văn bản thế chấp phải có chứng nhận của Công chứng nhà nước hoặc chứng thực của Ủy ban nhân dân cấp có thẩm quyền, nếu có thỏa thuận hoặc pháp luật có quy định”. Khoản 2 và khoản 3 Điều 318 giữ nguyên như trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi).

- Điều 321 trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi) quy định về Thế chấp tài sản được bảo hiểm. Khoản 1 Điều 321 quy định “Trong trường hợp tài sản thế chấp được bảo hiểm, thì khoản tiền bảo hiểm cũng thuộc tài sản thế chấp”. Để cho rõ ràng hơn và thống nhất với Khoản 1 của Điều 321 này, theo tôi, Khoản 2 Điều 321 trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi) cần được sửa lại như sau: “Bên thế chấp phải thông báo cho tổ chức bảo hiểm biết về việc tài sản bảo hiểm đang



được dùng để thế chấp. *Tổ chức bảo hiểm có nghĩa vụ chi trả trực tiếp cho bên nhận thế chấp số tiền bảo hiểm đối với tài sản thế chấp được bảo hiểm trong trường hợp xảy ra sự kiện bảo hiểm.* Trường hợp bên thế chấp không thông báo cho tổ chức bảo hiểm biết về việc tài sản bảo hiểm đang được dùng để thế chấp thì tổ chức bảo hiểm chi trả bảo hiểm theo hợp đồng bảo hiểm và bên thế chấp có nghĩa vụ với bên nhận thế chấp”.

- Khoản 3 Điều 323 trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi) quy định Quyền của bên thế chấp tài sản “được bán, thay thế tài sản thế chấp, nếu tài sản đó là hàng hoá luân chuyển trong quá trình sản xuất, kinh doanh. Trong trường hợp bán tài sản thế chấp là hàng hoá luân chuyển trong quá trình sản xuất, kinh doanh, thì quyền yêu cầu bên mua thanh toán tiền, số tiền thu được hoặc tài sản hình thành từ số tiền thu được trở thành tài sản thế chấp thay thế cho số tài sản đã bán”. Theo tôi, quy định như vậy chưa hợp lý, không triệt để và do vậy không đảm bảo quyền và lợi ích của bên nhận thế chấp, vì ràng về nguyên tắc một khi tài sản đã được thế chấp để bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ dân sự và hợp đồng, thì mọi hành vi định đoạt của bên thế chấp đối với tài sản tuy thuộc sở hữu của họ nhưng đã thế chấp, đều cần phải có sự đồng ý, chấp thuận của bên nhận thế chấp. Hơn thế nữa, tại Điều 323 này đã để ngỏ và không quy định chi tiết về việc làm như thế nào, theo trình tự thủ tục nào để chuyển “quyền yêu cầu bên mua thanh toán tiền, số tiền thu được hoặc tài sản hình thành từ số tiền thu được trở thành tài sản thế chấp thay thế cho số tài sản đã bán”. Điều này cần cần nhắc thêm để chỉnh sửa lại cho hợp lý. Tương tự như vậy là các quy định tại Khoản 5 Điều 323 trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi) về Quyền của bên thế chấp tài sản “được cho thuê, cho mượn tài sản thế chấp trong thời hạn không được vượt quá thời hạn thế chấp và phải thông báo cho bên thuê, bên mượn biết về việc tài sản cho thuê, cho mượn đang được dùng để thế chấp và phải thông

báo cho bên nhận thế chấp biết”. Theo tôi, trong những trường hợp này đều cần có sự đồng ý của Bên nhận thế chấp chứ không phải chỉ là “thông báo cho bên nhận thế chấp biết”.

- Khoản 2 Điều 324 trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi) quy định Nghĩa vụ của bên nhận thế chấp tài sản “Đăng ký việc thế chấp tài sản theo quy định tại khoản 1 Điều 299 của Bộ luật này”. Theo tôi quy định như vậy là không hợp lý. Về nguyên tắc và theo thông lệ thương mại là “Ai cung cấp bảo đảm thì người đó phải có nghĩa vụ hoàn tất việc cung cấp bảo đảm, trong đó có việc đăng ký cho những bảo đảm đó”.

- Điều 328 trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi) quy định về việc Thay thế và sửa chữa tài sản thế chấp. Theo tôi, trong trường hợp thế chấp kho hàng, bên thế chấp có thể thay thế hàng hóa trong kho, nhưng phải bảo đảm giá trị của hàng hóa trong kho đúng như thỏa thuận và ít nhất cũng phải thông báo cho bên nhận thế chấp biết. Do vậy, Khoản 2 Điều 328 cũng cần được sửa lại như nội dung đã nêu.

- Điều 336 trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi) quy định về Hình thức bảo lãnh có những điểm chưa rõ ràng: Khoản 1 điều này quy định: “Việc bảo lãnh phải được lập thành văn bản”, trong khi đó Khoản 2 của điều này quy định “Các bên có quyền thỏa thuận về việc công chứng hoặc chứng thực văn bản bảo lãnh. Văn bản bảo lãnh phải được công chứng hoặc chứng thực, nếu pháp luật có quy định”. Văn bản bảo lãnh được hiểu ở đây là gì? Hợp đồng bảo lãnh hay Thư bảo lãnh? Theo tôi, cần được quy định rõ ràng là: “Hợp đồng bảo lãnh và Thư bảo lãnh phải được lập thành văn bản. Các bên có quyền thỏa thuận về việc công chứng hoặc chứng thực Hợp đồng bảo lãnh và Thư bảo lãnh. Hợp đồng bảo lãnh và Thư bảo lãnh phải được công chứng hoặc chứng thực, nếu pháp luật có quy định”.

- Trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi) có một quy định mới về Xử lý tài sản bảo



lãnh (tại Điều 343). Tại Khoản 1 của Điều này quy định: “Trong trường hợp đã đến hạn thực hiện nghĩa vụ thay cho bên được bảo lãnh, mà người bảo lãnh không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ, thì tài sản bảo lãnh được xử lý để thanh toán cho bên nhận bảo lãnh”. Điểm không rõ ràng trong quy định này là ở chỗ: Thế nào là tài sản bảo lãnh? Toàn bộ tài sản thuộc sở hữu của người bảo lãnh hay là một phần? Nếu là một phần thì đó là phần nào? có phải do các bên thỏa thuận xác định trước đó hay không? Tài sản bảo lãnh khác với tài sản thuộc sở hữu của người thứ ba cam kết dùng để cầm cố/ thế chấp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ cho bên có nghĩa vụ là ở điểm nào?

Trong trường hợp bảo lãnh, khi đã đến hạn thực hiện nghĩa vụ thay cho bên được bảo lãnh, mà người bảo lãnh không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ, thì bên nhận bảo lãnh đương nhiên có quyền xử lý, “xiết nợ” tài sản thuộc quyền sở hữu của người bảo lãnh, trừ phi có thỏa thuận khác, nhưng trình tự, thủ tục xử lý tài sản trong trường hợp này không phải lúc nào cũng được thực hiện tương tự như xử lý tài sản cầm cố, thế chấp, vì rằng bảo lãnh không nhất thiết và không cần thiết phải đăng ký giao dịch bảo đảm và một khi không đăng ký giao dịch bảo đảm thì không thể có giá trị pháp lý đối với người thứ ba. Do vậy tôi cho rằng Điều 343 này trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi) là một giải pháp chưa hoàn hảo và toàn diện. Hãy để cho việc xử lý tài sản trong trường hợp này được thực hiện theo phương thức do bên nhận bảo lãnh và người bảo lãnh thỏa thuận.

- Về 2 biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự mới được quy định trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi) là về Cầm giữ tài sản (từ Điều 350 đến Điều 352) và Bảo lưu quyền sở hữu (Điều 353 và Điều 354). Các biện pháp bảo đảm này, theo tôi còn có một số điểm không thật rõ ràng và thiếu triệt để ở chỗ:

*Thứ nhất:* Quyền cầm giữ tài sản là việc một người (gọi là bên cầm giữ) đang chiếm

hữu hợp pháp một vật thuộc sở hữu của người khác (gọi là bên có tài sản cầm giữ) được xác lập trên cơ sở nào? Theo thỏa thuận trước đó của các bên hay theo luật định? Quyền cầm giữ tài sản được quy định ở đây là hệ quả pháp lý của việc vi phạm nghĩa vụ của bên có tài sản cầm giữ hay đương nhiên xuất hiện khi nghĩa vụ đến hạn. Điều 350 trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi) không cho ta câu trả lời rõ ràng về điểm này và do vậy sẽ khó thực hiện trên thực tế.

*Thứ hai:* Khoản 4 Điều 350 trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi) có quy định là nếu không có thỏa thuận về thời hạn cầm giữ thì bên cầm giữ có quyền xử lý tài sản cầm giữ để thực hiện nghĩa vụ của bên có tài sản cầm giữ sau khi thông báo về việc xử lý tài sản cầm giữ cho bên có tài sản cầm giữ trong một thời gian hợp lý. Vấn đề đặt ra ở đây là việc xử lý tài sản cầm giữ được hiểu như thế nào? Khi nào được xử lý tài sản cầm giữ và có phải tuân theo một trình tự, thủ tục pháp lý nào không? Giả sử tài sản cầm giữ cũng đang trong tình trạng thế chấp để bảo đảm cho việc thực hiện một nghĩa vụ hay hợp đồng khác thì có thể hay phải xử lý như thế nào? Đây chính là những điểm còn ngổ và do vậy chưa đảm bảo an toàn pháp lý, nếu như không muốn nói đến đó là những rủi ro pháp lý trong trường hợp áp dụng biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ và hợp đồng bằng việc cầm giữ tài sản theo như nội dung hiện tại trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi) này.

- Về các quy định về Bảo lưu quyền sở hữu tại Điều 353 và Điều 354 trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi), theo tôi còn có vấn đề chưa rõ ràng đó là:

*Thứ nhất:* Trên cơ sở pháp lý nào Chủ sở hữu có quyền bảo lưu quyền sở hữu đối với tài sản mua bán hoặc tài sản cung ứng cho đến khi bên có nghĩa vụ thanh toán đầy đủ số tiền phải thanh toán? Trên cơ sở thỏa thuận giữa các bên trong hợp đồng hay theo luật định?

(Xem tiếp trang 41)



giáo vì mục đích chính trị. Đồng thời, kiên quyết chống chủ nghĩa tôn giáo cực đoan, vì chính nó đã thể hiện kỳ thị tôn giáo. Trong quá trình đấu tranh cho tự do tôn giáo, cộng đồng quốc tế cần đề cao nguyên tắc tôn trọng chủ quyền quốc gia, tôn trọng thực tiễn bảo vệ quyền tự do tín ngưỡng và tôn giáo ở mỗi nước.

- Các quốc gia cần bảo đảm đưa nghĩa vụ quốc tế vào thực tiễn, thực hiện nghiêm túc các quy định của điều ước quốc tế, đảm bảo thực hiện có hiệu quả hơn quyền tự do tín ngưỡng và tôn giáo thông qua các biện pháp lập pháp, hành pháp và tư pháp. Đồng thời cần đặc biệt chú trọng công tác giáo dục về quyền tự do tín ngưỡng và tôn giáo trong

nhân dân và trong cán bộ công chức nhà nước.

- Trong quá trình hòa nhập quốc tế và khu vực, nhà nước cần khuyến khích sự khoan dung tín ngưỡng tôn giáo, thúc đẩy sự khoan dung và tình hữu nghị giữa các quốc gia, các cộng đồng và các tổ chức tôn giáo, hướng tới hòa bình thế giới.

Trên đây là một vài suy nghĩ về giải pháp. Tất nhiên, đây là vấn đề lớn và phức tạp, đòi hỏi có sự tổng kết công phu, mới có thể có được những giải pháp hữu hiệu nhằm thúc đẩy sự phát triển quyền tự do tín ngưỡng và tôn giáo trong thế kỷ 21.

(Tiếp theo trang 21 – Về các biện pháp...)

*Thứ hai:* Theo quy định tại Điều 354 trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi) thì "...Việc bảo lưu quyền sở hữu có giá trị pháp lý đối với người thứ ba khi được đăng ký theo pháp luật về đăng ký giao dịch bảo đảm". Vấn đề đặt ra là: Các quy định mang tính chất ngoại lệ tại Điều 232<sup>1</sup> trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi) về Quyền đòi lại động sản không phải đăng ký quyền sở hữu từ người chiếm hữu ngay tình và tại

Điều 233<sup>2</sup> trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi) về Quyền đòi lại động sản phải đăng ký quyền sở hữu và bất động sản có áp dụng kể cả trường hợp bảo lưu quyền sở hữu như nêu ở đây hay không? Nếu cũng áp dụng cho trường hợp bảo lưu quyền sở hữu nói ở đây thì dường như các quy định về bảo lưu quyền sở hữu sẽ không còn ý nghĩa là một biện pháp bảo đảm nghĩa vụ dân sự và hợp đồng.

<sup>1</sup> Điều 232. Quyền đòi lại động sản không phải đăng ký quyền sở hữu từ người chiếm hữu ngay tình (mới)

1- Nếu động sản không phải đăng ký quyền sở hữu có được bằng hợp đồng có đến bù với một người không có quyền định đoạt tài sản, nhưng người nhận tài sản là người chiếm hữu ngay tình, thì chủ sở hữu có quyền đòi lại động sản trong trường hợp động sản đó bị lấy cắp, bị đánh mất hoặc bị chiếm hữu ngoài ý chí của chủ sở hữu.

2- Nếu động sản không phải đăng ký quyền sở hữu có được bằng hợp đồng không có đến bù từ một người mà người này không có quyền định đoạt tài sản, thì chủ sở hữu có quyền đòi lại động sản đó trong mọi trường hợp.

<sup>2</sup> Điều 233. Quyền đòi lại động sản phải đăng ký quyền sở hữu và bất động sản (mới)

Phương án 1:

Chủ sở hữu được đòi lại động sản phải đăng ký quyền sở hữu và bất động sản, trừ trường hợp người thứ ba chiếm hữu ngay tình nhận được tài sản này thông qua bán đấu giá hoặc giao dịch với người mà theo bản án, quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền là chủ sở hữu tài sản nhưng sau đó người này không phải là chủ sở hữu tài sản do bản án, quyết định bị huỷ, sửa.

Phương án 2:

Chủ sở hữu được đòi lại động sản phải đăng ký quyền sở hữu và bất động sản.