

BÀN VỀ MỐI QUAN HỆ GIỮA BIỆN PHÁP BẢO ĐẢM VÀ NGHĨA VỤ ĐƯỢC BẢO ĐẢM

TS. ĐỖ THỊ HƯƠNG NHƯ *

Quan hệ giữa nghĩa vụ được bảo đảm và biện pháp bảo đảm đã từng là mối quan tâm của nhiều nhà nghiên cứu và là vấn đề có ý nghĩa quan trọng cả về lí luận và thực tiễn.

Về mặt lí luận, mặc dù các khái niệm hợp đồng chính, hợp đồng phụ đã xuất hiện cùng với việc ban hành Bộ luật dân sự năm 1995 (BLDS 1995) và vẫn được sử dụng trong Bộ luật dân sự năm 2005 (BLDS 2005) nhưng chưa bao giờ giữa các luật gia Việt Nam có được một cách hiểu thống nhất về tính độc lập hay phụ thuộc của hợp đồng bảo đảm đối với nghĩa vụ được bảo đảm. Mới rồi, nhà làm luật có vẻ muốn tìm cách chấm dứt cuộc tranh luận này bằng cách tuyên bố tại khoản 2 Điều 410 BLDS 2005 rằng quy định “sự vô hiệu của hợp đồng chính làm chấm dứt hợp đồng phụ”, “không áp dụng đối với các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự”. Tuyên bố tuy ngắn gọn nhưng lại làm cho vấn đề trở nên phức tạp. Dưới góc độ thực tiễn, khó khăn sẽ còn lặp lại trong quá trình thi hành và áp dụng các quy định của BLDS 2005 về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ tới đây.

Để góp phần giải quyết những khó khăn đó, bài viết này tổng hợp tình trạng các quy định và quan điểm về mối quan hệ giữa biện pháp bảo đảm và nghĩa vụ được bảo đảm trước khi có BLDS 2005, phân tích các quy định của BLDS 2005 có liên quan đến vấn

đề này và hệ quả của nó, tìm kiếm giải pháp cho vấn đề trong các quy định của pháp luật nước ngoài, trước khi đưa ra một số kiến nghị.

1. Tình trạng trước khi có Bộ luật dân sự năm 2005

1.1. Các quy định pháp luật

Mục 5, chương I, Phần thứ ba của BLDS 1995 về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự không có quy định nào khẳng định rõ tính chất mối quan hệ giữa nghĩa vụ được bảo đảm và hợp đồng bảo đảm. Tuy nhiên, rất nhiều quy định trong mục này đề cập nghĩa vụ được bảo đảm như một nghĩa vụ chính trong quan hệ với hợp đồng bảo đảm.

Đơn cử, khoản 1 Điều 330 BLDS 1995 quy định: “*cầm cố tài sản phải được lập thành văn bản, có thể lập riêng hoặc ghi trong hợp đồng chính*”, Điều 331 BLDS 1995 quy định: “*thời hạn cầm cố tài sản được tính theo thời hạn thực hiện nghĩa vụ dân sự được bảo đảm bằng cầm cố*”, Điều 343 BLDS 1995 quy định: “*việc cầm cố tài sản chấm dứt trong... trường hợp... nghĩa vụ dân sự được bảo đảm bằng cầm cố đã chấm dứt*”. Quy định tương ứng đối với biện pháp thế chấp được ghi nhận tại các khoản 1 Điều 347, Điều 348, khoản 1 Điều 362 BLDS 1995 và đối với biện pháp bảo lãnh tại khoản 1 Điều 375 BLDS 1995. Khoản 1 Điều 10 Nghị định

* Phòng hợp tác quốc tế Học viện tư pháp

của Chính phủ số 165/1999/NĐ-CP ngày 19/11/1999 về giao dịch bảo đảm cũng quy định rõ: “*Hợp đồng cầm cố, thế chấp, bảo lãnh bằng tài sản phải được lập thành văn bản; có thể lập thành văn bản riêng hoặc ghi trong hợp đồng chính*”.

1.2. Tranh luận giữa các nhà nghiên cứu và giới ngân hàng

Từ các quy định trên của BLDS 1995 và các văn bản hướng dẫn thi hành Bộ luật này, các nhà nghiên cứu và giới ngân hàng đưa ra hai quan điểm hoàn toàn khác nhau về mối quan hệ giữa hợp đồng bảo đảm và nghĩa vụ được bảo đảm.

a. Quan điểm của các nhà nghiên cứu

Các nhà nghiên cứu hầu như thống nhất cho rằng cần thừa nhận sự phụ thuộc của hợp đồng bảo đảm vào nghĩa vụ được bảo đảm.⁽¹⁾ Quan điểm đó rõ ràng rất có lí, các quy định của BLDS 1995 nêu ở trên đều cho phép rút ra một cách hiểu nhất quán theo hướng này.

b. Quan điểm của giới ngân hàng

Quan điểm của các nhà nghiên cứu không được giới ngân hàng chia sẻ. Một số chuyên gia pháp lí của các tổ chức tín dụng đã đưa ra hai căn cứ chính sau đây để đề nghị coi các hợp đồng bảo đảm như những hợp đồng tồn tại hoàn toàn độc lập so với nghĩa vụ được bảo đảm:

Thứ nhất, theo các tác giả này, khoản 2 Điều 146 BLDS 1995 quy định: “*khi giao dịch dân sự vô hiệu thì các bên khôi phục lại tình trạng ban đầu, hoàn trả cho nhau những gì đã nhận; nếu không hoàn trả được bằng hiện vật, thì phải hoàn trả bằng tiền*”. Như vậy, “*nghĩa vụ trả tiền của người vay vẫn không có gì thay đổi như đối với hợp đồng*

tín dụng có hiệu lực là phải hoàn trả lại vốn vay cho ngân hàng”.⁽²⁾ Trong khi đó, nếu cho rằng hợp đồng bảo đảm phụ thuộc vào nghĩa vụ chính thì khi hợp đồng tín dụng vô hiệu, hợp đồng bảo đảm cũng sẽ vô hiệu theo và các tổ chức tín dụng sẽ không thể thu hồi lại các khoản vốn đã cho vay. Vì thế, cũng theo các tác giả này, “*không có cơ sở pháp lí và thực tiễn cho rằng hợp đồng tín dụng là hợp đồng chính và hợp đồng cầm cố, thế chấp và bảo lãnh là hợp đồng phụ*”.⁽³⁾ Hơn nữa, đây sẽ là một giải pháp hết sức nguy hiểm bởi nó không bảo đảm được quyền lợi chính đáng của các tổ chức tín dụng trong việc thu hồi vốn vay và đặc biệt là không bảo đảm được sự an toàn nói chung của hệ thống ngân hàng.

Cũng cùng quan điểm, có tác giả còn dẫn ra căn cứ thứ hai là khoản 2 Điều 16 Nghị định của Chính phủ số 165/1999/NĐ-CP nêu trên quy định: “*giao dịch bảo đảm bị vô hiệu không làm ảnh hưởng đến hiệu lực của nghĩa vụ được bảo đảm, trừ trường hợp giao dịch bảo đảm là điều kiện có hiệu lực của nghĩa vụ được bảo đảm*”.

Đối chiếu quy định này với thực tiễn hoạt động của các ngân hàng Việt Nam, các chuyên gia ngân hàng tỏ ra đặc biệt lo lắng. Họ cho biết, các hợp đồng tín dụng kí giữa ngân hàng và khách hàng thường có một điều khoản ghi: “*Hợp đồng tín dụng này có hiệu lực kể từ ngày kí hợp đồng bảo đảm (đối với tài sản thế chấp, cầm cố, bảo lãnh chưa phải đăng kí) hoặc kể từ ngày hợp đồng bảo đảm được đăng kí tại cơ quan đăng kí giao dịch bảo đảm (đối với những tài sản thế chấp, cầm cố, bảo lãnh phải đăng kí theo quy*

định của pháp luật hiện hành)”. Điều khoản này chính là thoả thuận giữa các bên về việc giao dịch bảo đảm là điều kiện có hiệu lực của nghĩa vụ được bảo đảm và vì vậy, theo quy định tại khoản 2 Điều 16 Nghị định 165/1999/NĐ-CP nói trên, sự vô hiệu của hợp đồng bảo đảm sẽ kéo theo sự vô hiệu của hợp đồng tín dụng.

Theo các chuyên gia ngân hàng, đây là một quy định “*bất hợp lý và chưa phù hợp với thực tiễn hoạt động ngân hàng*”,⁽⁴⁾ vì nó có thể tạo ra những tình huống trong đó khách hàng đã sử dụng vốn của ngân hàng trong một khoảng thời gian nhất định mà không phải trả bất kì một khoản tiền lãi nào trong khi ngân hàng vẫn phải trả lãi cho những người gửi tiền trên số tiền cho vay theo lãi suất huy động được công bố trong từng thời kì.

Thực tế, khi đưa ra căn cứ thứ nhất để bảo vệ quan điểm của mình, các chuyên gia ngân hàng đã có sự nhầm lẫn về bản chất của nghĩa vụ trả tiền trong hai trường hợp khác nhau. Trong trường hợp đầu tiên - trường hợp hợp đồng tín dụng được giao kết hợp pháp, bản chất của “nghĩa vụ trả tiền” là nghĩa vụ thanh toán theo hợp đồng tín dụng có hiệu lực pháp luật. Cơ sở của loại nghĩa vụ này là Điều 404 BLDS 1995 về hiệu lực của hợp đồng dân sự. Trong trường hợp thứ hai - trường hợp hợp đồng tín dụng vô hiệu, bản chất của “nghĩa vụ trả tiền” lại là nghĩa vụ hoàn trả bằng tiền khi giao dịch dân sự bị vô hiệu (do đối tượng của hợp đồng tín dụng đã giao kết và bị tuyên vô hiệu là tiền). Cơ sở của loại nghĩa vụ này là khoản 2 Điều 146 BLDS 1995.

Khi phân tích khoản 2 Điều 16 Nghị định của Chính phủ số 165/1999/NĐ-CP để

đưa ra căn cứ thứ hai chứng minh cho quan điểm của mình, các chuyên gia ngân hàng đã lẫn lộn giữa một bên là sự phụ thuộc của hợp đồng bảo đảm vào nghĩa vụ được bảo đảm do hiệu lực của pháp luật và bên kia là quan hệ ràng buộc của nghĩa vụ được bảo đảm vào giao dịch bảo đảm do thoả thuận giữa các bên theo hợp đồng.

Có lẽ, mục đích của các chuyên gia ngân hàng khi đưa ra căn cứ thứ hai nói trên là nhằm duy trì hiệu lực của hợp đồng tín dụng trong trường hợp hợp đồng bảo đảm bị tuyên vô hiệu vì một lí do nào đó. Cố gắng này của các chuyên gia ngân hàng là hoàn toàn không cần thiết, vì ngay cả khi công nhận hợp đồng bảo đảm phụ thuộc vào nghĩa vụ được bảo đảm theo kiểu quan hệ hợp đồng phụ - hợp đồng chính, Nghị định của Chính phủ số 165/1999/NĐ-CP hoàn toàn không khẳng định điều ngược lại: Nghĩa vụ được bảo đảm cũng phụ thuộc vào hợp đồng bảo đảm. Trong quan hệ giữa hai giao dịch này, hợp đồng bảo đảm luôn là hợp đồng phụ, nghĩa vụ được bảo đảm mới là giao dịch chính.

Với sự lẫn lộn đó, các chuyên gia ngân hàng còn trở nên mâu thuẫn trong lập luận của chính mình. Ngân hàng thường là người soạn mẫu hợp đồng tín dụng có thoả thuận việc kí kết hợp đồng bảo đảm là điều kiện có hiệu lực của hợp đồng tín dụng để bắt buộc người đi vay thực hiện thế chấp, cầm cố, bảo lãnh bằng tài sản trước khi giải ngân, rồi cũng chính các chuyên gia ngân hàng tìm cách duy trì hiệu lực của hợp đồng tín dụng đó khi hợp đồng bảo đảm bị tuyên vô hiệu để có thể buộc người đi vay trả lại khoản vay cả vốn lẫn lãi.

2. Các quy định của Bộ luật dân sự năm 2005 và hệ quả của nó

2.1. Cách giải quyết của nhà làm luật

Chịu ảnh hưởng ít nhiều bởi quan điểm của giới ngân hàng, những người trực tiếp làm công tác xây dựng pháp luật tìm cách giải thích chiết trung cho quy định tại khoản 2 Điều 16 Nghị định của Chính phủ số 165/1999/NĐ-CP. Theo họ, tính độc lập của các hợp đồng bảo đảm so với các nghĩa vụ được bảo đảm cũng chỉ là tương đối, nghĩa là trong một số trường hợp, sự vô hiệu của hợp đồng chi phối nghĩa vụ được bảo đảm có thể dẫn đến sự vô hiệu của hợp đồng bảo đảm nhưng trong một số trường hợp khác lại không.⁽⁵⁾

Kết quả là Điều 1.8 Nghị định của Chính phủ số 85/2002/NĐ-CP ngày 25/10/2002 về sửa đổi, bổ sung Nghị định của Chính phủ số 178/1999/NĐ-CP về bảo đảm tiền vay của các tổ chức tín dụng quy định: “*Trường hợp giao dịch bảo đảm tiền vay bị coi là vô hiệu từng phần hay toàn bộ thì không ảnh hưởng đến hiệu lực của hợp đồng tín dụng mà giao dịch bảo đảm đó là một điều kiện*”. Phần II.2. Thông tư số 07/2003/TT-NHNN ngày 19/5/2003 của Ngân hàng Nhà nước Việt Nam về việc hướng dẫn thực hiện một số quy định về bảo đảm tiền vay của các tổ chức tín dụng cụ thể hoá: “*Trường hợp giao dịch bảo đảm tiền vay bị coi là vô hiệu từng phần hay toàn bộ, thì không ảnh hưởng đến hiệu lực của hợp đồng tín dụng mà giao dịch bảo đảm đó là một điều kiện. Khách hàng vay, bên bảo lãnh phải tiếp tục thực hiện nghĩa vụ trả nợ, nghĩa vụ bảo lãnh của mình và bổ sung tài sản bảo đảm như đã cam kết*”.

Điều 410 BLDS 2005 về hợp đồng dân sự vô hiệu thể hiện lại tinh thần của các quy

định này, theo đó:

“2. Sự vô hiệu của hợp đồng chính làm chấm dứt hợp đồng phụ, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận hợp đồng phụ được thay thế hợp đồng chính. Quy định này không áp dụng đối với các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự”;

“3. Sự vô hiệu của hợp đồng phụ không làm chấm dứt hợp đồng chính, trừ trường hợp các bên thỏa thuận hợp đồng phụ là một phần không thể tách rời của hợp đồng chính”.

2.2. Hệ quả của các quy định mới

Nếu như việc cắt đi vế cuối cùng của các quy định tại Điều 1.8 Nghị định của Chính phủ số 85/2002/NĐ-CP ngày 25/10/2002 về sửa đổi, bổ sung Nghị định số 178/1999/NĐ-CP về bảo đảm tiền vay của các tổ chức tín dụng và tại Phần II.2. Thông tư số 07/2003/TT-NHNN ngày 19/5/2003 của Ngân hàng Nhà nước Việt Nam về việc hướng dẫn thực hiện một số quy định về bảo đảm tiền vay của các tổ chức tín dụng nói trên để làm thành khoản 3 Điều 410 BLDS 2005 có thể được coi như một thành công của nhà làm luật thì việc thêm câu đó vào quy định tại khoản 2 lại khiến người đọc phải lúng túng trong việc lựa chọn giữa hai cách hiểu.

Cách hiểu thứ nhất: Mọi quan hệ giữa biện pháp bảo đảm và nghĩa vụ được bảo đảm hoàn toàn không phải là quan hệ giữa hợp đồng chính - hợp đồng phụ, vì quy định quan trọng nhất thể hiện sự phụ thuộc về mặt hiệu lực của hợp đồng phụ vào hợp đồng chính lại không được áp dụng cho mối quan hệ đó. Cách hiểu này có phần khiên cưỡng và vô lí, nhất là khi nó tỏ ra mâu thuẫn với một số điều khác trong cùng Bộ luật, cho phép hiểu theo

hướng ngược lại, như Điều 313 (về chuyển giao quyền yêu cầu có biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự), Điều 339 (về chấm dứt cầm cố tài sản), Điều 357 (về chấm dứt thế chấp tài sản), Điều 371 (về chấm dứt việc bảo lãnh) hay khoản 2 Điều 378 (về chấm dứt biện pháp bảo đảm khi nghĩa vụ dân sự có biện pháp bảo đảm được miễn).

Cách hiểu thứ hai: Mỗi quan hệ giữa biện pháp bảo đảm và nghĩa vụ được bảo đảm là quan hệ giữa hợp đồng chính - hợp đồng phụ. Việc miễn áp dụng quy định tại khoản 2 Điều 410 BLDS 2005 bằng câu cuối cùng của khoản này được coi như một ngoại lệ, do “*đòi hỏi của thực tiễn*” và hoàn toàn không có ý nghĩa làm thay đổi tính chất mối quan hệ giữa biện pháp bảo đảm và nghĩa vụ được bảo đảm. Đây là cách hiểu cho phép duy trì tính nhất quán trong các giải pháp lập pháp có liên quan song nó lại làm cho quy định tại khoản 4 Điều 406 (“hợp đồng phụ là hợp đồng mà hiệu lực phụ thuộc vào hợp đồng chính”) trong trường hợp này trở nên hoàn toàn vô nghĩa.

Sự lạc lõng của khoản 2 Điều 410 giữa các điều khoản khác của BLDS 2005 cùng điều chỉnh mối quan hệ giữa biện pháp bảo đảm và nghĩa vụ được bảo đảm và nguy cơ lặp lại của nó trong các văn bản hướng dẫn thi hành BLDS 2005 đặt ra yêu cầu tìm hiểu xem vấn đề này được các hệ thống pháp luật khác quy định như thế nào.

3. Mối quan hệ giữa hợp đồng bảo đảm và nghĩa vụ được bảo đảm theo pháp luật một số nước

3.1. Pháp luật Cộng hòa Pháp

Khác với Bộ luật dân sự Việt Nam, trong Bộ luật dân sự Cộng hòa Pháp không có sự

phân biệt giữa hợp đồng chính và hợp đồng phụ. Tuy nhiên, tính phụ thuộc của hợp đồng bảo đảm vào nghĩa vụ được bảo đảm là vấn đề đã được thống nhất trong học thuyết pháp lý Pháp.⁽⁶⁾ Từ năm 1874, Toà dân sự Toà án Pháp cũng đã có phán quyết khẳng định không thể có hợp đồng cầm cố khi không có nghĩa vụ chính.⁽⁷⁾

Tính phụ thuộc này được thừa nhận không chỉ đối với các biện pháp bảo đảm bằng tài sản (bảo đảm đối vật - sûretés réelles) theo nghĩa hẹp được quy định trong Bộ luật dân sự Cộng hoà Pháp, bao gồm cầm cố (động sản và bất động sản), quyền ưu tiên và quyền thế chấp⁽⁸⁾ mà còn đối với cả các biện pháp chuyển giao quyền chiếm hữu hoặc quyền sở hữu được sử dụng làm bảo đảm như quyền lưu giữ⁽⁹⁾ và bảo lưu quyền sở hữu.⁽¹⁰⁾

Tính phụ thuộc của biện pháp bảo đảm vào nghĩa vụ được bảo đảm được biểu hiện trên hai khía cạnh cụ thể. Một mặt, cần có sự tồn tại của một nghĩa vụ chính vì nghĩa vụ đó mà biện pháp bảo đảm được thiết lập và mặt khác, số phận của hợp đồng bảo đảm phụ thuộc vào số phận của nghĩa vụ được bảo đảm.

Theo Điều 1101 Bộ luật dân sự Pháp, nghĩa vụ được bảo đảm có thể là nghĩa vụ giao vật, làm hay không làm một công việc.

Là một biện pháp bảo đảm cho chủ nợ chống lại nguy cơ con nợ không thực hiện nghĩa vụ, hợp đồng bảo đảm thường được thiết lập để bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ thanh toán một khoản tiền. Trong trường hợp đối tượng của nghĩa vụ giao vật không phải là một khoản tiền, việc xử lý tài sản bảo đảm sẽ cho phép chủ nợ dùng tiền thu được để mua vật là đối tượng của nghĩa vụ ở đâu

hướng ngược lại, như Điều 313 (về chuyển giao quyền yêu cầu có biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự), Điều 339 (về chấm dứt cầm cố tài sản), Điều 357 (về chấm dứt thế chấp tài sản), Điều 371 (về chấm dứt việc bảo lãnh) hay khoản 2 Điều 378 (về chấm dứt biện pháp bảo đảm khi nghĩa vụ dân sự có biện pháp bảo đảm được miễn).

Cách hiểu thứ hai: Mỗi quan hệ giữa biện pháp bảo đảm và nghĩa vụ được bảo đảm là quan hệ giữa hợp đồng chính - hợp đồng phụ. Việc miễn áp dụng quy định tại khoản 2 Điều 410 BLDS 2005 bằng câu cuối cùng của khoản này được coi như một ngoại lệ, do “*đòi hỏi của thực tiễn*” và hoàn toàn không có ý nghĩa làm thay đổi tính chất mối quan hệ giữa biện pháp bảo đảm và nghĩa vụ được bảo đảm. Đây là cách hiểu cho phép duy trì tính nhất quán trong các giải pháp lập pháp có liên quan song nó lại làm cho quy định tại khoản 4 Điều 406 (“hợp đồng phụ là hợp đồng mà hiệu lực phụ thuộc vào hợp đồng chính”) trong trường hợp này trở nên hoàn toàn vô nghĩa.

Sự lạc lõng của khoản 2 Điều 410 giữa các điều khoản khác của BLDS 2005 cùng điều chỉnh mối quan hệ giữa biện pháp bảo đảm và nghĩa vụ được bảo đảm và nguy cơ lập lại của nó trong các văn bản hướng dẫn thi hành BLDS 2005 đặt ra yêu cầu tìm hiểu xem vấn đề này được các hệ thống pháp luật khác quy định như thế nào.

3. Mối quan hệ giữa hợp đồng bảo đảm và nghĩa vụ được bảo đảm theo pháp luật một số nước

3.1. Pháp luật Cộng hòa Pháp

Khác với Bộ luật dân sự Việt Nam, trong Bộ luật dân sự Cộng hòa Pháp không có sự

phân biệt giữa hợp đồng chính và hợp đồng phụ. Tuy nhiên, tính phụ thuộc của hợp đồng bảo đảm vào nghĩa vụ được bảo đảm là vấn đề đã được thống nhất trong học thuyết pháp lý Pháp.⁽⁶⁾ Từ năm 1874, Toà dân sự Toà án Pháp cũng đã có phán quyết khẳng định không thể có hợp đồng cầm cố khi không có nghĩa vụ chính.⁽⁷⁾

Tính phụ thuộc này được thừa nhận không chỉ đối với các biện pháp bảo đảm bằng tài sản (bảo đảm đối vật - sûretés réelles) theo nghĩa hẹp được quy định trong Bộ luật dân sự Cộng hoà Pháp, bao gồm cầm cố (động sản và bất động sản), quyền ưu tiên và quyền thế chấp⁽⁸⁾ mà còn đối với cả các biện pháp chuyển giao quyền chiếm hữu hoặc quyền sở hữu được sử dụng làm bảo đảm như quyền lưu giữ⁽⁹⁾ và bảo lưu quyền sở hữu.⁽¹⁰⁾

Tính phụ thuộc của biện pháp bảo đảm vào nghĩa vụ được bảo đảm được biểu hiện trên hai khía cạnh cụ thể. Một mặt, cần có sự tồn tại của một nghĩa vụ chính vì nghĩa vụ đó mà biện pháp bảo đảm được thiết lập và mặt khác, số phận của hợp đồng bảo đảm phụ thuộc vào số phận của nghĩa vụ được bảo đảm.

Theo Điều 1101 Bộ luật dân sự Pháp, nghĩa vụ được bảo đảm có thể là nghĩa vụ giao vật, làm hay không làm một công việc.

Là một biện pháp bảo đảm cho chủ nợ chống lại nguy cơ con nợ không thực hiện nghĩa vụ, hợp đồng bảo đảm thường được thiết lập để bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ thanh toán một khoản tiền. Trong trường hợp đối tượng của nghĩa vụ giao vật không phải là một khoản tiền, việc xử lý tài sản bảo đảm sẽ cho phép chủ nợ dùng tiền thu được để mua vật là đối tượng của nghĩa vụ ở đâu

đó.⁽¹¹⁾ Còn nếu hợp đồng bảo đảm được thiết lập để bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ làm hoặc không làm một công việc, tiền thu được từ xử lý tài sản bảo đảm sẽ được dùng để trả bồi thường thiệt hại nếu có, theo quy định của Điều 1142 Bộ luật dân sự Pháp.⁽¹²⁾

Nghĩa vụ được bảo đảm phải được xác định hoặc ít ra thì cũng phải có thể xác định được. Đòi hỏi này là một biện pháp bảo vệ đối với cả con nợ lẫn các chủ nợ khác của con nợ đó có khoản nợ không được bảo đảm. Đối với con nợ, nó cho phép tránh việc sử dụng tài sản bảo đảm một cách tùy tiện vào việc bảo đảm cho bất cứ nghĩa vụ nào với chủ nợ nhận bảo đảm, kể cả những nghĩa vụ sẽ phát sinh trong tương lai. Đối với các chủ nợ không có bảo đảm khác, nó cho phép duy trì tính ổn định của khối tài sản vốn được thừa nhận trong pháp luật Cộng hoà Pháp như tài sản bảo đảm chung (gage général) cho tất cả các chủ nợ của con nợ đó.⁽¹³⁾

Do phụ thuộc vào hợp đồng chính, hợp đồng bảo đảm có số phận gắn liền với số phận của hợp đồng chính. Hợp đồng bảo đảm chỉ tồn tại cùng với sự tồn tại của hợp đồng chính. Khi quyền yêu cầu theo hợp đồng chính được chuyển giao, hợp đồng bảo đảm cũng phải được chuyển giao theo. Ngoài việc chấm dứt bằng những căn cứ chấm dứt của riêng nó, hợp đồng bảo đảm còn chấm dứt cùng với sự chấm dứt của nghĩa vụ được bảo đảm, được gọi là chấm dứt bằng con đường phụ.⁽¹⁴⁾ Tính chất phụ thuộc này của hợp đồng bảo đảm đối với nghĩa vụ được bảo đảm khiến cho hợp đồng bảo đảm trở nên vô hiệu khi hợp đồng chính vô hiệu. Tuy nhiên, sự vô hiệu của hợp đồng

bảo đảm lại không đương nhiên kéo theo sự vô hiệu của nghĩa vụ được bảo đảm, trừ khi các bên đã thoả thuận với nhau coi hiệu lực của hợp đồng bảo đảm là điều kiện làm phát sinh hiệu lực của hợp đồng chính.⁽¹⁵⁾

Dựa trên tính chất phụ thuộc này của hợp đồng bảo đảm đối với hợp đồng chính, Toà thương mại Toà phá án Pháp đã ra phán quyết,⁽¹⁶⁾ theo đó một hợp đồng bảo đảm sẽ được coi là hợp đồng thương mại nếu nó được thiết lập nhằm bảo đảm cho một khoản nợ phát sinh trong quá trình hoạt động thương mại hoặc từ một hành vi thương mại.⁽¹⁷⁾

Quyết định này của Toà thương mại Toà phá án Pháp có ý nghĩa hết sức quan trọng bởi lẽ theo pháp luật Cộng hoà Pháp, việc phân định một hợp đồng bảo đảm là hợp đồng dân sự hay thương mại không chỉ có ý nghĩa về mặt tố tụng khi xảy ra tranh chấp liên quan đến hợp đồng đó mà còn vi, đặc biệt là đối với biện pháp cầm cố, chế độ pháp lý của cầm cố thương mại (gage commercial) đơn giản hơn nhiều so với chế độ pháp lý của cầm cố dân sự (gage civil): cầm cố thương mại không nhất thiết phải được thiết lập dưới hình thức văn bản⁽¹⁸⁾ và việc xử lý tài sản trong cầm cố thương mại có thể được tiến hành không thông qua vai trò của toà án.⁽¹⁹⁾

3.2. Pháp luật Hoa Kỳ

Ở Hoa Kỳ, tất cả các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ, không phân biệt hình thức, được lập theo hợp đồng giữa các bên, có đối tượng là động sản (movable property) và bất động sản do mục đích sử dụng (fixture) đều có một tên gọi chung duy nhất là security interest (tạm dịch là giao dịch bảo đảm). Các quy định về giao dịch bảo đảm

được thể hiện tập trung tại Điều 9 Bộ luật thương mại thống nhất (Uniform Commercial Code - UCC). Bộ luật này được xây dựng và ban hành từ năm 1951, đã qua một số lần sửa đổi, bổ sung song riêng có lần sửa đổi, bổ sung năm 1972 và 1998 có liên quan đến Điều 9. Bản sửa đổi Điều 9 UCC năm 1998 là bản sửa đổi gần đây nhất và quan trọng nhất, đã có hiệu lực kể từ ngày 1/7/2001 trên cả 50 bang của Hoa Kỳ và Quận Columbia.⁽²⁰⁾

Theo các điều §9-203 và §9-204 UCC, cần có ba điều kiện để thiết lập và duy trì hiệu lực (attach) của một giao dịch bảo đảm: Trước hết, các bên phải giao kết với nhau một hợp đồng; thứ hai, phải tồn tại một nghĩa vụ đối trọng (tạm dịch từ thuật ngữ value) và cuối cùng, con nợ phải có quyền đối với vật dùng làm tài sản bảo đảm.

Điều kiện về sự tồn tại một nghĩa vụ đối trọng có lẽ có nguồn gốc từ khái niệm consideration⁽²¹⁾ của pháp luật hợp đồng Anh - Mỹ. Về điểm này, Điều §9-203(b)(1) UCC quy định hết sức đơn giản: "... *một giao dịch bảo đảm chỉ có hiệu lực pháp luật đối với con nợ và những người thứ ba có liên quan khi (1) tồn tại một nghĩa vụ đối trọng*".⁽²²⁾

Khái niệm nghĩa vụ đối trọng (value) được định nghĩa tại Điều §1-201(44) UCC.⁽²³⁾ Theo đó, một người được coi là có một nghĩa vụ đối trọng với các quyền mà anh ta được hưởng nếu anh ta đạt được các quyền đó: Khi đã cam kết không huỷ ngang sẽ cấp một khoản vay hoặc một khoản tín dụng có thể giải ngân ngay, cho dù khoản vay hoặc khoản tín dụng đó đã được sử dụng hay chưa và cho dù các bên có thoả thuận hay không về khả năng rút lại cam kết khi nhận thấy có

khó khăn trong việc thu hồi nợ; hoặc với tư cách làm bảo đảm cho việc thanh toán một khoản nợ đã tồn tại trước đó; hoặc khi chấp nhận giao hàng theo các điều kiện của một hợp đồng mua bán đã tồn tại trước đó; hoặc một cách chung nhất, để đổi lại việc thực hiện một nghĩa vụ theo một hợp đồng.

Các quy định này cho thấy, mặc dù Điều 9 UCC không đề cập khái niệm hợp đồng phụ, sự tồn tại một giao dịch trước đó, thường dưới hình thức một khoản vay hoặc một hợp đồng mua bán trả chậm, trả dần là điều kiện cần thiết cho việc thiết lập và duy trì hiệu lực của một hợp đồng bảo đảm.⁽²⁴⁾

4. Kết luận

Từ các phân tích nói trên, chúng tôi đề nghị:

Về lâu dài, cần sửa đổi khoản 2 Điều 410 BLDS 2005 theo hướng bỏ quy định: "Quy định này không áp dụng đối với các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ."

Tránh việc đưa quy định tương tự Điều 1.8 Nghị định của Chính phủ số 85/2002/NĐ-CP ngày 25/10/2002 về sửa đổi, bổ sung Nghị định số 178/1999/NĐ-CP về bảo đảm tiền vay của các tổ chức tín dụng và tại Phần II.2. Thông tư số 07/2003/TT-NHNN ngày 19/5/2003 của Ngân hàng Nhà nước Việt Nam về việc hướng dẫn thực hiện một số quy định về bảo đảm tiền vay của các tổ chức tín dụng vào các văn bản hướng dẫn thi hành BLDS 2005, đặc biệt trong lĩnh vực ngân hàng.

Nếu đưa quy định tương tự khoản 2 Điều 16 Nghị định của Chính phủ số 165/1999/NĐ-CP vào văn bản hướng dẫn thi hành BLDS 2005 thì cần viết lại như sau cho rõ: "Giao dịch bảo đảm bị vô hiệu không làm ảnh hưởng đến hiệu lực của nghĩa vụ được bảo đảm, trừ

trường hợp các bên thoả thuận giao dịch bảo đảm là điều kiện có hiệu lực của nghĩa vụ được bảo đảm”. Đây là một điều khoản có ý nghĩa đề cao tự do ý chí của các bên trong hợp đồng, rất phù hợp với tinh thần xây dựng BLDS 2005. Mới đây, Ủy ban luật thương mại quốc tế của Liên hợp quốc (UNCITRAL) trong quá trình soạn thảo hướng dẫn lập pháp về giao dịch bảo đảm (legislative guide on secured transactions) cũng đưa ra khuyến nghị cho các nhà soạn thảo trên toàn thế giới theo hướng này.⁽²⁵⁾

(1). Xem: Nguyễn Ngọc Điện, “Một số suy nghĩ về đảm bảo thực hiện nghĩa vụ trong luật dân sự Việt Nam”, Nxb. Trẻ, 1999, tr. 226, N° 160; Đinh Văn Thanh, “Những quy định chung về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ trong Bộ luật dân sự Việt Nam”, Tạp chí thông tin Khoa học pháp lý, N° 2/2000, tr. 90; Lê Thu Hiền, “Bảo đảm tiền vay ngân hàng, thực trạng và giải pháp”, Luận văn thạc sĩ, Đại học Luật Hà Nội, Hà Nội, 2003, tr. 61.

(2), (3). Xem: Vũ Thế Vạc, “Bàn về việc xử lý hợp đồng tín dụng vô hiệu trong việc vay vốn ngân hàng”, Tham luận tại Hội thảo về việc xử lý hợp đồng vô hiệu do Báo điện tử doanh nghiệp và Câu lạc bộ luật gia Việt - Đức tổ chức ngày 28/2/2003, tr. 4. Tác giả Lê Thu Hiền cũng phát triển ý này trong luận văn thạc sĩ của mình, tài liệu đã dẫn, tr. 62.

(4). Xem: Nguyễn Văn Phương, “Cần quy định rõ điều kiện có hiệu lực của hợp đồng tín dụng”, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật, 12/2002, tr. 38.

(5). Xem: Nguyễn Thuý Hiền, “Những điểm chủ yếu trong Nghị định về giao dịch bảo đảm”, Tạp chí dân chủ và pháp luật, 2/2000, tr. 43.

(6). Philippe MALAURIE & Laurent AYNES, Droit civil - Les sûretés, la publicité foncière, Nxb Cujas, tái bản lần thứ 8, 1997, N° 400, Jean-François RIFFARD, Le Security Interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés immobilières, Contribution à une rationalisation du Droit français, Luận án ĐHTH Clermont-Ferrand, Nxb LGDJ, 1997, N° 629.

(7). Cass. civ. 12/01/1874, D.P.74.1, tr. 153

(8). Trong pháp luật Cộng hoà Pháp, biện pháp bảo lãnh được xem như một biện pháp bảo đảm đối nhân. Về khái niệm này theo cách hiểu của một luật gia Việt Nam. Xem: Nguyễn Ngọc Điện, sđd, N° 33.

(9). Jacques MESTRE et al., Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles, Nxb LGDJ, 1996, N° 61.

(10). Như trên, N° 21.

(11). Philippe MALAURIE & Laurent AYNES, sách đã dẫn, N° 1.

(12). Jacques MESTRE et al., Traité de droit civil, Droit spécial des sûretés réelles, Nxb LGDJ, 1996, N° 785.

(13). Philippe THERY, Sûretés et publicité foncière, Nxb. PUF, tái bản lần thứ 2, 1998, N° 3.

(14). Philippe THERY, sách đã dẫn, N° 3; xem thêm: Philippe SIMLER et Philippe DELEBECQUE, Droit civil - Les sûretés, la publicité foncière, Nxb Dalloz, tái bản lần thứ 2, 1995, N° 529.

(15). Jacques MESTRE et al., Traité de droit civil, Droit spécial des sûretés réelles, sách đã dẫn, N° 775.

(16). Com., 23 oct. 1984, Bull.civ., IV, N° 278.

(17). Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, sách đã dẫn, N° 503.

(18). Khoản 1 Điều L. 521-1, Bộ luật thương mại Pháp.

(19). Điều L. 521-3 Bộ luật thương mại Pháp.

(20). National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, States Uniformly Enact UCC 9 Revisions (July 2, 2001),

<http://www.nccusl.org/nccusl/pressreleases/pr1-07-01.asp>.

(21). *Consideration* được PGS. TS Lê Hồng Hạnh dịch là “giá trị đền bù, sự cân nhắc”, English for lawyers, Nxb. Công an nhân dân, Glossary, tr. 329.

(22) “(b) ...a security interest is enforceable against the debtor and third parties with respect to the collateral only if (1) value has been given”.

(23). Điều 1 UCC được sửa đổi lần gần đây nhất năm 2001, đoạn trích dẫn trước đây thuộc Điều §1-204 nhưng nội dung của đoạn này không đổi.

(24). Philippe REYMOND, Les sûretés mobilières aux Etats-Unis et en Suisse, Khoa Luật, ĐHTH Lausanne, Nhà in Chabloz - Mauraz (Thụy Sĩ), 1983, tr. 38.

(25). UNCITRAL, Nhóm làm việc số VI (Giao dịch bảo đảm), Kỳ họp thứ tư, Vienne, 8-12 tháng 9/2003, Hướng dẫn lập pháp về giao dịch bảo đảm, Phụ lục, A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.4, N° 11, tr. 5.