

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

ISSN 1859 - 2953

www.nclp.org.vn

VIỆN NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP THUỘC ỦY BAN THƯỜNG VỤ QUỐC HỘI



Số chuyên đề: **GÓP Ý HOÀN THIỆN DỰ THẢO
BỘ LUẬT DÂN SỰ (SỬA ĐỔI)**

Số 13 (293)

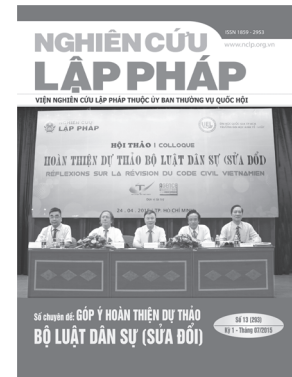
Kỳ 1 - Tháng 07/2015

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn

Mục lục 7/2015

- 3** Lời giới thiệu
- 4** Nên sử dụng khái niệm vật quyền trong Bộ luật Dân sự
PGS, TS. Dương Đăng Huệ
- 10** Khắc phục triệt để những bất hợp lý trong các quy định của Bộ luật Dân sự năm 2005 về thời hiệu và thời hiệu thừa kế
PGS, TS. Nguyễn Ngọc Điện
- 15** Bình luận chế định quyền sở hữu trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi)
PGS, TS. Ngô Huy Cương
- 23** Hoàn thiện các quy định về các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi)
PGS, TS. Lê Vũ Nam
- 31** Bàn thêm về điều chỉnh hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi
PGS, TS. Đỗ Văn Đại
- 41** Điều kiện có hiệu lực của giao dịch dân sự trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi)
PGS, TS. Dương Anh Sơn
- 48** Dự thảo sửa đổi Bộ luật Dân sự với các quy định xác lập quyền thừa kế
TS. Đoàn Thị Phương Diệp
- 55** Cơ chế tự bảo vệ quyền dân sự trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi)
ThS. Phạm Ngọc Kim Long
- 60** Về quyền bề mặt trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi)
TS. Châu Thị Khánh Vân



HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

PGS, TS. ĐÌNH XUÂN THẢO (CHỦ TỊCH)
GS, TSKH. ĐÀO TRỌNG THI
GS, TS. PHAN TRUNG LÝ
TS. NGUYỄN SĨ DŨNG
GS, TS. TRẦN NGỌC ĐƯỜNG
TS. NGÕ ĐỨC MẠNH
TS. DƯƠNG NGỌC NGƯU
PGS, TS. ĐÌNH VĂN NHẢ
PGS, TS. TRẦN ĐÌNH NHẢ
PGS, TS. HOÀNG VĂN TỬ
TS. PHẠM VĂN HÙNG

TỔNG BIÊN TẬP

TS. PHẠM VĂN HÙNG

TRỤ SỞ:

27A VÕNG THỊ - TÂY HỒ - HÀ NỘI
ĐT: 043.2121204/043.2121206
FAX: 043.2121201
Email: nclp@qh.gov.vn
Website: www.nclp.org.vn

THIẾT KẾ:

HOÀNG NHI

GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

Số 438/GP-BTTTT NGÀY 29-10-2013
CỦA BỘ THÔNG TIN VÀ TRUYỀN THÔNG

PHÁT HÀNH - QUẢNG CÁO

HÀ NỘI: 043.2121202

TÀI KHOẢN:

0011000467735
TẠP CHÍ NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP
NGÂN HÀNG TM CỔ PHẦN
NGOẠI THƯƠNG VIỆT NAM

IN TẠI CÔNG TY CỔ PHẦN IN TÂY HỒ

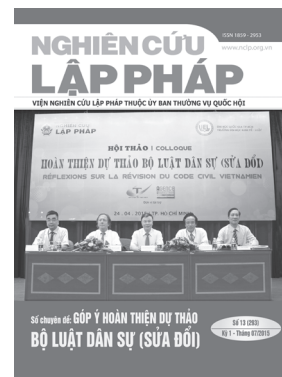
GIÁ: 19.500 ĐỒNG

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn

Legis 7/2015

- 3** Preface
- 4** The notion of "Jus in re" should be used in the Civil Code
Prof, Dr. Duong Dang Hue
- 10** Completely overcome the unreasonableness of the provisions of the Civil Code of 2005 on the statute of limitations and the statute of limitations in inheritance
Prof, Dr. Nguyen Ngoc Dien
- 15** Commentary on the provisions of ownership in the draft Civil Code (revised)
Prof, Dr. Ngo Huy Cuong
- 23** Perfecting the provisions on measures to secure the performance of civil obligations in the draft of the Civil Code (revised)
Prof, Dr. Le Vu Nam
- 34** Further discussion on contract adjustments due to circumstance changes
Prof, Dr. Do Van Dai
- 41** Conditions for civil transactions to become effective in the draft of the Civil Code (revised)
Prof, Dr. Duong Anh Son
- 48** The draft of the Civil Code (revised) with the provisions to establish the right to inherit
Dr. Doan Thi Phuong Diep
- 55** Mechanism for self-protection of civil rights in the draft of the Civil Code (revised)
LLM. Pham Ngoc Kim Long
- 60** About the surface rights in the draft of the Civil Code (revised)
Dr. Chau Thi Khanh Van



EDITORIAL:

Prof, Dr. DINH XUAN THAO (Chairman)
Prof, Dr. DAO TRONG THI
Prof, Dr. PHAN TRUNG LY
Dr. NGUYEN SI DUNG
Prof, Dr. TRAN NGOC DUONG
Dr. NGO DUC MANH
Dr. DUONG NGOC NGUU
Prof, Dr. DINH VAN NHA
Prof, Dr. TRAN DINH NHA
Prof, Dr. HOANG VAN TU
Dr. PHAM VAN HUNG

EDITOR-IN-CHIEF:

Dr. PHAM VAN HUNG

OFFICE:

27A VONG THI - TAY HO - HA NOI
ĐT: 043.2121204/043.2121206
FAX: 043.2121201
Email: nclp@qh.gov.vn
Website: www.nclp.org.vn

DESIGN:

HOANG NHI

LICENSE OF PUBLISHMENT:

N^o 438/GP-BTTTT DATE 29-10-2013
MINISTRY OF INFORMATION
AND COMMUNICATION

DISTRIBUTION:

HA NOI: 043.2121202

ACCOUNT NUMBER:

0011000467735
LEGISLATIVE STUDY MAGAZINE
VIETCOMBANK

PRINTED BY: TAYHO PRINTING
JOINT STOCK COMPANY

Price: 19,500 VND

LỜI GIỚI THIỆU SỐ CHUYÊN ĐỀ “GÓP Ý HOÀN THIỆN DỰ THẢO BỘ LUẬT DÂN SỰ (SỬA ĐỔI)”

Bộ luật Dân sự hiện hành đã được Quốc hội khóa XI, Kỳ họp thứ 7 thông qua ngày 14 tháng 6 năm 2005 và có hiệu lực từ ngày 01 tháng 01 năm 2006 (Bộ luật Dân sự năm 2005). Sau hơn 9 năm thi hành, Bộ luật Dân sự năm 2005 đã có tác động tích cực trong việc bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của cá nhân, tổ chức, lợi ích của Nhà nước, lợi ích công cộng; bảo đảm sự bình đẳng và an toàn pháp lý trong các quan hệ dân sự, góp phần tạo điều kiện đáp ứng nhu cầu vật chất và tinh thần của nhân dân, thúc đẩy phát triển kinh tế - xã hội của đất nước.

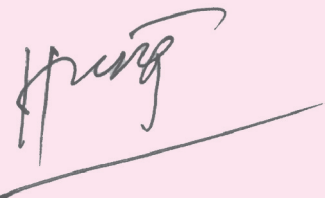
Tuy nhiên, bên cạnh những mặt được, Bộ luật Dân sự năm 2005 đã bộc lộ nhiều hạn chế, bất cập, nhất là chưa đáp ứng được yêu cầu cụ thể hóa các quy định của Hiến pháp năm 2013 trong lĩnh vực này cũng như yêu cầu hội nhập quốc tế ngày càng sâu rộng của nước ta. Vì vậy, việc sửa đổi toàn diện Bộ luật Dân sự năm 2005 là rất cần thiết.

Theo Chương trình xây dựng luật, pháp lệnh của Quốc hội năm 2015, Quốc hội khóa XIII sẽ xem xét, thông qua Dự án Bộ luật Dân sự (sửa đổi) tại kỳ họp thứ 10 (diễn ra vào trung tuần tháng 10/2015). Xét thấy đây là một dự án quan trọng, điều chỉnh các mối quan hệ dân sự liên quan trực tiếp đến quyền, nghĩa vụ của các chủ thể trong xã hội và để có thêm thông tin nghiên cứu tham khảo phục vụ Quốc hội và các cơ quan nhà nước hữu quan trong quá trình xem xét, thông qua Dự án Bộ luật này, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp thuộc Viện Nghiên cứu Lập pháp của Ủy ban thường vụ Quốc hội phát hành Số chuyên đề đặc biệt, “Góp ý hoàn thiện Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi)”, với các bài viết của các chuyên gia, nhà nghiên cứu khoa học đầu ngành trong lĩnh vực pháp luật dân sự.

Chúng tôi hy vọng rằng, đây sẽ là tài liệu tham khảo hữu ích phục vụ quý vị đại biểu Quốc hội, các cơ quan, tổ chức, các nhà nghiên cứu, hoạch định chính sách pháp luật cũng như quý độc giả quan tâm tới việc hoàn thiện Bộ luật dân sự./.

Trân trọng giới thiệu tới Quý độc giả.

**TỔNG BIÊN TẬP
TẠP CHÍ NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP**



TS. Phạm Văn Hùng

NÊN SỬ DỤNG KHÁI NIỆM VẬT QUYỀN TRONG BỘ LUẬT DÂN SỰ

DƯƠNG ĐĂNG HUỆ*

Hiện nay, việc sử dụng khái niệm “vật quyền” chưa có sự thống nhất cao trong giới luật học cũng như trong giới lập pháp. Để có cơ sở cho việc chấp nhận hay phủ nhận việc này, cần phải tìm hiểu cặn kẽ từ khái niệm, nội dung, cho đến tác dụng to lớn về nhiều mặt mà việc sử dụng khái niệm này có thể đem lại cho hoạt động thực tiễn nói chung và việc xây dựng Bộ luật Dân sự (BLDS) nói riêng.

1. Tại sao lại có khái niệm vật quyền trong khoa học pháp lý dân sự của các nước phương Tây?

- Lý do xuất hiện quyền sở hữu với tư cách là loại vật quyền trung tâm của hệ thống vật quyền

Con người muốn tồn tại thì phải tìm mọi cách để đáp ứng các nhu cầu vật chất, tinh thần của mình. Ví dụ, phải có nhà để ở, có quần áo để mặc, có lương thực để ăn, có xe cộ để đi lại, có ruộng vườn để cày cấy ... Phương tiện đầu tiên và quan trọng nhất có khả năng giúp con người đáp ứng được các nhu cầu này là các vật thể, hoặc do tự nhiên tạo ra (đất đai), hoặc do lao động của con người mà có (thóc gạo, nhà cửa, xe cộ ...).

Để các vật thể này có thể đáp ứng được nhu cầu cho mình thì người có vật phải được quyền làm chủ nó, tức là phải có toàn quyền tác động trực tiếp lên vật theo ý chí và

nguyện vọng của mình, đồng thời phải có quyền không cho phép những người khác tiếp cận cũng như quản lý, khai thác, sử dụng tài sản đó. Muốn giúp người có vật thực hiện được các quyền này thì nhà nước phải thông qua pháp luật mà quy định cho họ những quyền nhất định trong việc ứng xử đối với tài sản của mình (quyền chiếm hữu, quyền sử dụng, quyền định đoạt) cũng như cấm những người khác thực hiện các hành vi làm ảnh hưởng đến quá trình thực hiện quyền của người có vật. Tóm lại, nhà nước phải hỗ trợ người có vật bằng cách ban hành chế định quyền sở hữu để tạo cơ sở pháp lý cho người có vật thống trị đối với tài sản của mình và loại trừ khả năng người khác có thể xâm phạm đến quá trình chiếm hữu, sử dụng, định đoạt tài sản của chủ sở hữu. Đó là lý do phát sinh quyền sở hữu với tư cách là quyền thống trị của một người đối với tài sản của mình và

* PGS, TS. Bộ Tư pháp.

loại trừ tất cả những người khác ra khỏi quá trình thực hiện quyền thống trị này.

- Lý do xuất hiện các loại vật quyền khác ngoài quyền sở hữu (các loại vật quyền hạn chế)

Nhu cầu của con người rất đa dạng, phong phú và ngày càng phát triển, trong khi đó, không phải người nào cũng có tài sản của riêng mình để có thể sử dụng tài sản đó nhằm thỏa mãn các nhu cầu của mình. Vì vậy, họ chỉ có thể thỏa mãn các nhu cầu của mình thông qua việc sử dụng tài sản của người khác. Ngược lại, người có tài sản thì không phải bao giờ cũng có nhu cầu trực tiếp sử dụng, khai thác tài sản của mình. Do đó, xuất hiện sự “gặp nhau” về mặt nguyện vọng cũng như về mặt lợi ích giữa người có tài sản và người không có tài sản trong việc khai thác công dụng của tài sản. Ví dụ, chủ sở hữu tài sản có thể cho người khác một vài quyền trên tài sản của mình và người này được phép thực hiện các quyền ấy trên tài sản được giao theo quy định của pháp luật và theo ý chí của chủ sở hữu. Các quyền này có nội dung khác nhau, có phạm vi áp dụng khác nhau nhưng đều giống nhau ở chỗ, chúng đều phái sinh từ quyền sở hữu và có nội dung hẹp hơn quyền sở hữu. Chính vì vậy, các vật quyền này được gọi chung là vật quyền hạn chế. Như vậy, theo lý thuyết vật quyền thì trên một vật có thể có nhiều vật quyền được thiết lập: đối với vườn cây có thể có một vật quyền là quyền sở hữu, có một vật quyền khác là vật quyền hưởng dụng và lại có một vật quyền khác nữa là vật quyền thế chấp. Đối với một mảnh đất, có thể vừa có vật quyền sở hữu (quyền sở hữu toàn dân về đất đai), có vật quyền là quyền sử dụng lại vừa có một vật quyền khác là quyền địa dịch.

Trong xã hội hiện đại, trước yêu cầu phải khai thác tiết kiệm và hiệu quả mọi tài sản trong xã hội, nên các vật quyền khác ngoài quyền sở hữu luôn được các nhà nước quan tâm, ghi nhận và bảo vệ. Đặc biệt, ở Việt

Nam, xuất phát từ các đặc thù của chế độ chính trị, kinh tế, đặc biệt là chế độ sở hữu toàn dân về một số tài sản đặc biệt (đất đai, tài nguyên nước, tài nguyên khoáng sản ... và các tài sản mà nhà nước đầu tư, quản lý) nên đã xuất hiện các tiền đề kinh tế - xã hội cho việc hình thành các loại vật quyền khác mà nhiều nước trên thế giới không có và BLDS cũng như các luật chuyên ngành khác có trách nhiệm ghi nhận và bảo vệ chúng.

2. Khái niệm vật quyền

Vật quyền và đối xứng với nó là trái quyền là hai phạm trù khoa học cơ bản của pháp luật dân sự và đã được sử dụng phổ biến từ thời La Mã cổ đại. Vật quyền là quyền đối với vật (quyền trên vật), là quyền của một người được tác động trực tiếp lên vật và thông qua việc tác động đó để thỏa mãn các nhu cầu vật chất, tinh thần của mình. Đối ngược với vật quyền là trái quyền, là quyền của một người yêu cầu một người khác phải thực hiện hoặc không thực hiện một hành vi nhất định, và chỉ thông qua hành vi của người đó thì quyền và lợi ích của người có quyền mới được đáp ứng. Việc phân biệt vật quyền và trái quyền có ý nghĩa to lớn về mặt lập pháp, bởi vì, trong vật quyền thì trọng tâm điều chỉnh pháp luật là việc quy định cho người chủ tài sản có những quyền gì đối với vật; còn trọng tâm điều chỉnh pháp luật đối với các quan hệ trái quyền lại là việc quy định về nghĩa vụ mà người thụ trái phải thực hiện vì lợi ích của trái chủ.

Vậy vật quyền là gì?

Vật quyền được hiểu theo hai nghĩa khác nhau: (1) theo nghĩa chủ quan và (2) theo nghĩa khách quan.

- Theo nghĩa chủ quan thì vật quyền là quyền của một chủ thể nhất định đối với một tài sản nhất định, cho phép chủ thể này trực tiếp thực hiện các quyền năng được pháp luật thừa nhận đối với tài sản đó. Theo nghĩa này thì vật quyền là quyền đối với vật, khác với trái quyền là quyền của một người yêu cầu

một người khác thực hiện hoặc không thực hiện một hành vi nhất định (quyền đòi nhân).

- Theo nghĩa khách quan thì vật quyền là toàn bộ các quy phạm pháp luật quy định về vật với tư cách là đối tượng của vật quyền, về các loại vật quyền và nội dung của từng loại vật quyền, về căn cứ phát sinh, chấm dứt các loại vật quyền, về nguyên tắc thực hiện, bảo vệ vật quyền, về các hạn chế mà người có vật quyền phải tuân thủ khi thực hiện các quyền năng của mình ...

Trong BLDS năm 2005 thì toàn bộ Phần thứ hai “Tài sản và quyền sở hữu” và trong Dự thảo BLDS (sửa đổi)¹ thì toàn bộ Phần thứ hai: “Quyền sở hữu và các vật quyền khác” chính là vật quyền hiểu theo nghĩa khách quan. Nói cách khác, theo nghĩa khách quan thì vật quyền chính là pháp luật về quyền của chủ sở hữu và quyền của người không phải là chủ sở hữu đối với vật.

3. Các loại vật quyền

Vật quyền có nguồn gốc từ luật học La Mã. Vật quyền được chia thành hai loại là (1) quyền sở hữu và (2) các loại vật quyền khác (mà các nước gọi là vật quyền hạn chế).

Quyền sở hữu là quyền đối với vật của mình, còn các vật quyền khác là quyền đối với vật của người khác. Một người có thể cùng một lúc là chủ thể của nhiều vật quyền khác nhau. Ví dụ, ông A là chủ sở hữu của một biệt thự (là người có vật quyền dưới hình thức quyền sở hữu), là chủ thể của quyền hưởng dụng đối với một căn hộ của người khác (là người có vật quyền hạn chế dưới hình thức là vật quyền hưởng dụng), là người có quyền đi qua bất động sản của người khác để đi ra đường quốc lộ (là người có vật quyền hạn chế dưới hình thức quyền địa dịch).

Các loại vật quyền hạn chế có nhiều điểm khác nhau, nhưng đều có chung các đặc

điểm sau đây so với quyền sở hữu:

Một là, đều có tính phái sinh. Điều này có nghĩa là, trước một vật quyền hạn chế bao giờ cũng có một vật quyền gốc là quyền sở hữu. Ví dụ:

- Trước quyền sử dụng đất của một chủ thể nhất định luôn tồn tại quyền sở hữu toàn dân về đất đai;

- Trước quyền quản lý, sử dụng của doanh nghiệp nhà nước đối với tài sản được nhà nước giao, luôn tồn tại một quyền sở hữu là quyền sở hữu toàn dân đối với vốn, tài sản mà nhà nước đầu tư vào doanh nghiệp;

- Trước quyền thế chấp của chủ nợ nhận thế chấp luôn tồn tại quyền sở hữu của con nợ thế chấp đối với tài sản thế chấp, ...

Hai là, nội dung của các vật quyền hạn chế luôn mang tính không đầy đủ, không trọn vẹn, chính vì vậy người ta gọi các quyền này là vật quyền hạn chế.

Nội dung của các vật quyền hạn chế khác nhau là khác nhau. Ví dụ, nội dung vật quyền địa dịch chỉ có một quyền là quyền sử dụng; vật quyền thế chấp chỉ có một quyền là quyền định đoạt; vật quyền hưởng dụng có hai quyền là quyền chiếm hữu và quyền sử dụng; vật quyền sử dụng đất (ở Việt Nam, xét về bản chất pháp lý thì quyền sử dụng đất cũng là một loại vật quyền hạn chế, phái sinh từ quyền sở hữu toàn dân về đất đai) có ba quyền năng là quyền chiếm hữu, quyền sử dụng và quyền định đoạt. Tuy nhiên, việc thực hiện các quyền này là có điều kiện và có mức độ, do đó, tuy có đủ ba quyền năng như quyền sở hữu nhưng các vật quyền này vẫn phải gọi là vật quyền hạn chế.

4. Tại sao Việt Nam cần phải áp dụng lý thuyết vật quyền vào việc sửa đổi, bổ sung Bộ luật Dân sự?

Đã đến lúc Việt Nam phải vận dụng lý

1 Theo Nghị quyết của Quốc hội, Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi) được lấy ý kiến của các tầng lớp nhân dân trong nước và người Việt Nam định cư ở nước ngoài bắt đầu từ ngày 5/1/2015. Xem toàn văn Dự thảo tại: <http://baodientu.chinhphu.vn/Tin-noi-bat/Toan-van-Du-thao-Bo-luat-Dan-su/217494.vgp>.

thuyết vật quyền vào việc xây dựng Phần II của BLDS vì các lý do chủ yếu sau đây:

Một là, việc vận dụng lý thuyết vật quyền giúp chúng ta có cơ sở khoa học vững chắc để xác định đúng bản chất pháp lý của những quyền đối với tài sản đã và đang tồn tại trong nền kinh tế nước ta, khắc phục những tồn tại, hạn chế trong các quy định hiện hành liên quan đến quyền sở hữu, trên cơ sở đó xây dựng được một hệ thống vật quyền phù hợp với yêu cầu của nền kinh tế thị trường (KTTT) định hướng XHCN.

Ví dụ 1: Ở Việt Nam, đất đai thuộc sở hữu toàn dân, do Nhà nước đại diện chủ sở hữu và thống nhất quản lý, nhưng chủ thể có nhu cầu sử dụng đất chủ yếu là các tổ chức, cá nhân. Vì vậy, để phát huy vai trò, giá trị của đất đai, đáp ứng nhu cầu của người sử dụng đất thì Nhà nước phải giao đất cho các chủ thể này sử dụng. Giao đất thì Nhà nước phải giao quyền đối với đất. Quyền này đương nhiên không thể gọi là quyền sở hữu vì theo nguyên tắc từ thời La Mã cổ đại đến nay thì trên một tài sản chỉ có thể có một quyền sở hữu mà thôi. Vậy quyền đó là gì? Ở Việt Nam, quyền đó được gọi là quyền sử dụng đất. Đối với đất được giao, người sử dụng đất cũng có một số quyền năng nhất định và các quyền năng này, tổng hợp lại tạo thành một vật quyền hạn chế là quyền sử dụng đất. Xét về tính chất thì quyền này có tính phái sinh vì bắt nguồn từ quyền sở hữu toàn dân về đất đai, và phụ thuộc vào quyền sở hữu này. Tuy nhiên, do không xuất phát từ lý thuyết vật quyền nên ở nước ta, bản chất pháp lý của quyền sử dụng đất cho đến nay vẫn chưa được xác định một cách chính xác. Điều này thể hiện ở chỗ, Điều 54 Hiến pháp năm 2013 chỉ tuyên bố “quyền sử dụng đất được pháp luật bảo hộ” nhưng không khẳng định quyền sử dụng đất có phải là một loại vật quyền hay không. Chỉ có thể trên cơ sở lý thuyết vật quyền thì chúng ta mới có đủ căn cứ khoa học để khẳng định rằng, quyền sử dụng đất là một loại vật quyền rất quan

trọng ở nước ta. Những hạn chế, bất cập trong việc điều chỉnh pháp luật đối với các quan hệ đất đai, những sai sót, khuyết điểm trong công tác quản lý nhà nước về đất đai, những bất bình trong nhân dân liên quan đến việc thu hồi đất, bồi thường giá trị quyền sử dụng đất là do nhiều nguyên nhân gây ra nhưng trong đó có một nguyên nhân rất quan trọng là Nhà nước ta chưa xác định được bản chất pháp lý của quyền sử dụng đất với tư cách là một loại vật quyền hạn chế.

Ví dụ 2: Ở Việt Nam, việc thành lập các doanh nghiệp 100% vốn nhà nước đã làm xuất hiện nhu cầu xây dựng một chế định pháp lý đặc thù cho tài sản mà Nhà nước đã giao cho các doanh nghiệp này. Tài sản được Nhà nước giao, về nguyên tắc, vẫn thuộc sở hữu toàn dân do Nhà nước đại diện sở hữu, nhưng các doanh nghiệp nhà nước cũng phải có một số quyền nhất định trong việc chiếm hữu, sử dụng, định đoạt đối với các tài sản này. Quyền này là gì, tên gọi ra sao, nội dung như thế nào, đây có phải là một dạng vật quyền hạn chế hay không ... đang là những vấn đề được khoa học kinh tế và pháp lý quan tâm. Tuy nhiên, cho đến nay, những vấn đề này vẫn chưa nhận được câu trả lời thỏa đáng và nguyên nhân sâu xa của tình trạng này không có gì khác ngoài việc lý thuyết vật quyền chưa được chúng ta thừa nhận và vận dụng trong quá trình xây dựng BLDS cũng như các luật chuyên ngành khác có liên quan.

Hai là, việc áp dụng lý thuyết vật quyền giúp chúng ta xây dựng được một hệ thống các quyền đối với vật một cách đầy đủ, tạo cơ sở pháp lý cho việc sử dụng một cách hiệu quả các nguồn tài sản, tài nguyên thiên nhiên của đất nước, qua đó thúc đẩy nền kinh tế phát triển.

Muốn xây dựng thành công nền KTTT định hướng XHCN ở nước ta thì nhiệm vụ đặt ra là làm sao để các nguồn tài nguyên thiên nhiên, các loại tài sản trong xã hội không bị đóng băng, nằm im bất động mà luôn phải được tham gia lưu thông kinh tế,

được sử dụng một cách hiệu quả và tiết kiệm. BLDS có một vai trò không nhỏ trong việc thực hiện nhiệm vụ chung này. Tuy nhiên, vừa qua, do chưa nắm vững và chưa quán triệt một cách đầy đủ các nguyên lý của lý thuyết vật quyền, nên chúng ta đã xây dựng Phần thứ hai của BLDS với nhiều hạn chế như nhiều công trình nghiên cứu đã chỉ ra. Với sự coi nhẹ việc quy định về các loại vật quyền khác ngoài quyền sở hữu (vật quyền hạn chế) nên trên thực tế, BLDS chưa tạo môi trường pháp lý đầy đủ, thông thoáng và thuận tiện để các tài sản trong nền kinh tế được đưa vào lưu thông, do đó chưa khai thác được một cách hiệu quả các loại tài sản, góp phần làm ra nhiều của cải, vật chất cho xã hội. Ở một khía cạnh khác, sự yếu kém trong việc điều chỉnh pháp luật đối với một số vật quyền hạn chế đã gây ra thất thoát và tiêu cực trong việc quản lý, sử dụng các tài sản được Nhà nước giao cho các doanh nghiệp quản lý trong thời gian qua.

Ba là, như đã trình bày, vật quyền là quyền của một người (cá nhân, pháp nhân) được tự mình tác động lên một vật (tài sản) nhất định để thỏa mãn các nhu cầu vật chất, tinh thần của mình mà không cần bất cứ sự trợ giúp nào của người khác. Nếu như vật chịu sự tác động đó là tài sản của mình thì vật quyền này được gọi là quyền sở hữu - khái niệm đã rất thông dụng trong khoa học pháp lý, trong hoạt động lập pháp, lập quy cũng như trong thực tiễn lưu thông dân sự ở nước ta; nếu tài sản là của người khác thì vật quyền này được gọi là vật quyền hạn chế, tồn tại dưới các hình thức, tên gọi và nội dung khác nhau. Tóm lại, có nhiều loại vật quyền và quyền sở hữu, mặc dù luôn được coi là loại vật quyền chủ đạo, phổ biến nhất, đóng vai trò trung tâm của hệ thống vật quyền nhưng cũng chỉ là một hình thức, một loại vật quyền mà thôi. Do đó khi ở nước ta hiện nay, bên cạnh quyền sở hữu đã xuất hiện thêm các loại vật quyền khác mà Dự thảo BLDS (sửa đổi) đã ghi nhận như quyền địa

dịch, quyền hưởng dụng, quyền bề mặt hoặc đã được ghi nhận trong các luật khác như quyền sử dụng đất (trong Luật Đất đai), quyền quản lý, sử dụng tài sản của doanh nghiệp nhà nước đối với tài sản được Nhà nước giao (trong Luật Quản lý, sử dụng vốn nhà nước đầu tư vào sản xuất, kinh doanh tại doanh nghiệp) thì khái niệm quyền sở hữu đã trở nên chật hẹp, không đủ khả năng để bao quát được các loại vật quyền khác đang tồn tại một cách khách quan trong nền kinh tế nước ta. Trong hoàn cảnh như vậy, việc sử dụng khái niệm vật quyền là việc không thể không làm, không phải là một hành động mang tính cảm tính, tự phát mà xuất phát từ yêu cầu của thực tiễn đất nước, mặc dù nó đang là khái niệm còn xa lạ với không ít người, kể cả các chuyên gia pháp lý.

Bốn là, khái niệm vật quyền đã được sử dụng một cách rộng rãi trong khoa học pháp lý cũng như trong hoạt động lập pháp của nhiều nước trên thế giới. Ví dụ: Phần ba BLDS Liên bang Đức và Phần hai BLDS Nhật Bản đều có tên gọi là “Vật quyền”. BLDS Cộng hòa Liên bang Nga năm 1995 có bốn phần, trong đó Phần thứ hai được gọi là “Quyền sở hữu và các loại vật quyền khác” và hiện nay, sau 20 năm tồn tại, trong Dự thảo mới nhất của BLDS Nga, tên gọi này đã được dự kiến thay bằng “Vật quyền” để đảm bảo tính ngắn gọn, đồng thời phù hợp hơn với thông lệ quốc tế.

Ở Trung Quốc, do không có BLDS mà chỉ có Những nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự nước Cộng hòa nhân dân Trung Hoa nên trên cơ sở các nguyên tắc cơ bản này, năm 2007, Trung Quốc đã ban hành Luật về Vật quyền, trong đó, có hai phần chính quy định về quyền sở hữu và các loại vật quyền khác.

Trong BLDS năm 2007 của Campuchia, Phần thứ ba với gần 200 điều có tên gọi là Quyền về vật chất nhưng thực chất, đó là các quy định về quyền sở hữu và các loại vật quyền khác như nhiều nước trên thế giới.

Năm là, việc sử dụng thuật ngữ vật quyền còn đem lại nhiều lợi ích cho hoạt động đối ngoại của Nhà nước ta, thể hiện ở những điểm sau đây:

(i) Các thuật ngữ pháp lý như vật quyền, trái quyền từ lâu đã trở thành ngôn ngữ pháp lý chung của nhân loại. Chủ trương hội nhập quốc tế của Nhà nước ta chỉ có thể được thực hiện một cách thuận lợi khi trong lĩnh vực pháp luật, trong đó có lĩnh vực pháp luật dân sự, thương mại, Việt Nam nói tiếng nói chung của nhân loại. Việc Việt Nam tiếp tục sử dụng những thuật ngữ pháp lý của riêng mình chắc chắn sẽ làm phương hại đến quá trình hội nhập quốc tế của Nhà nước ta.

(ii) Hiện nay, Việt Nam đang trong quá trình xây dựng nền KTTT định hướng XHCN, và chúng ta đang mong muốn được nhiều nước trên thế giới công nhận nền kinh tế nước ta là nền KTTT. Tuy nhiên, cho đến nay, chỉ mới khoảng 1/3 quốc gia trên thế giới đáp ứng mong muốn này của chúng ta. Như vậy, tuyệt đại đa số các nước vẫn chưa thừa nhận nền kinh tế nước ta là nền KTTT vì theo họ, một nền KTTT, về cơ bản, cần phải thỏa mãn 10 tiêu chí sau đây²:

(1) Có sự tách bạch một cách rõ ràng về mặt tài sản của các chủ thể tham gia quan hệ dân sự, thương mại. Hình thức pháp lý của sự tách bạch này được thể hiện thông qua hệ thống các loại vật quyền, bao gồm quyền sở hữu và các loại vật quyền khác mà chủ thể của các quan hệ này có được đối với tài sản của mình. Như vậy, yêu cầu thứ nhất của tính thị trường của bất cứ nền kinh tế nào là mỗi một tài sản phải có một người chủ rõ ràng, cụ thể. Sự biệt lập (độc lập, tách bạch) về mặt tài sản của chủ thể quan hệ dân sự, thương mại là rất quan trọng vì sự độc lập về mặt tài sản là tiền đề để các chủ thể này có được sự độc lập trong quan hệ tài sản; sự độc lập trong quan hệ tài sản dẫn đến sự độc lập về

quyền và nghĩa vụ của các bên với nhau và cuối cùng, sự độc lập về quyền và nghĩa vụ của các bên tất yếu dẫn đến sự độc lập về lợi ích và trách nhiệm của mỗi bên trong quan hệ dân sự, thương mại. Như vậy, một quốc gia không có một hệ thống vật quyền và pháp luật về vật quyền đầy đủ và ổn định thì khó có thể có được một hệ thống các quan hệ hàng hóa - tiền tệ phong phú, đa dạng, rõ ràng, minh bạch và ổn định - yêu cầu đầu tiên của KTTT;

(2) Sự bình đẳng về mặt pháp lý cũng như về mặt thực tế của các chủ thể tham gia quan hệ tài sản;

(3) Sự bất khả xâm phạm về mặt tài sản của chủ sở hữu cũng như của các chủ thể các vật quyền khác;

(4) Sự tự do của các chủ thể kinh doanh trong việc ra các quyết định liên quan đến hoạt động sản xuất kinh doanh nói chung, và việc sử dụng tài sản của mình nói riêng. Cụ thể là, chủ sở hữu được tự mình quyết định cách thức sử dụng tài sản sao cho hợp lý nhất và có lợi nhất và Nhà nước không được can thiệp vào quá trình này, trừ các trường hợp do luật định;

(5) Các quan hệ tài sản phải được thực hiện, tồn tại chủ yếu dưới hình thức hàng hóa - tiền tệ; các hình thức trao đổi hàng hóa đơn giản hàng đổi hàng ngày càng bị loại bỏ và được thay thế bằng sự phát triển nhanh chóng của quan hệ hàng hóa - tiền tệ;

(6) Tồn tại một loại đồng tiền quốc gia ổn định và được bảo đảm tốt cả về mặt kinh tế và về mặt pháp lý;

(7) Có một môi trường cạnh tranh lành mạnh giữa các chủ thể kinh doanh; hạn chế và đi đến loại bỏ mọi hình thức độc quyền;

(8) Các chủ thể quan hệ tài sản phải chịu trách nhiệm về kết quả hoạt động của mình;

(Xem tiếp trang 54)

2 Xem Giáo trình Luật Kinh doanh, xuất bản lần thứ 5 của tác giả C.E.Rulincki, Matxcova, năm 2004 (tiếng Nga) từ trang 80 đến trang 82.

Khắc phục triệt để những bất hợp lý trong các quy định của Bộ luật Dân sự năm 2005 về thời hiệu và thời hiệu thừa kế

NGUYỄN NGỌC ĐIỆN*

Từ các vụ giải quyết yêu cầu về thừa kế

Ông S ở Trà Vinh chết năm 1970, để lại một miếng đất cho hai người con là chị H và anh N. Miếng đất được anh N trực tiếp quản lý, khai thác; đến năm 2006, anh N mất và miếng đất tiếp tục được con gái của anh là chị A sử dụng. Ít lâu sau khi anh N mất, chị H yêu cầu chia miếng đất vốn là tài sản thừa kế do ông S để lại cho mình và N. Tòa án không chấp nhận với lý do đã hết thời hiệu khởi kiện để yêu cầu chia di sản. Không chia được di sản cũng có nghĩa là chị H không có quyền sở hữu đối với phần tài sản được hưởng thừa kế của cha mình, dù chẳng ai nói rằng chị không phải là người thừa kế của ông S.

Đó là một trong rất nhiều bản án được tuyên trong những trường hợp tương tự trong khuôn khổ áp dụng các quy định hiện hành về thời hiệu, thời hiệu thừa kế. Có hai điều rất đặc thù được ghi nhận từ bản án này, đặc thù được hiểu là có ở Việt Nam nhưng không có ở các nước: một là quyền sở hữu tài sản có được do thừa kế có thể bị mất luôn, nếu người thừa kế không yêu cầu chia thừa kế trong thời gian thích hợp; hai là chính tòa án, chứ không phải bên này hay bên kia trong vụ tranh chấp, chủ động viện dẫn thời hiệu để bác bỏ yêu cầu của một bên. Hai điều này có nguồn gốc gắn với hai khuyết tật trong hệ

thống quy tắc về thời hiệu trong Bộ luật Dân sự (BLDS) hiện hành, cần được khắc phục.

1. Thời hiệu thừa kế

1.1. Kinh nghiệm của các nước

Kiện về thừa kế là gì? Trong luật các nước¹, kiện về thừa kế được hiểu là việc một người yêu cầu tòa án thừa nhận danh hiệu, tư cách người thừa kế cho mình hoặc phủ nhận danh hiệu, tư cách thừa kế của người khác.

Nếu thắng trong việc đòi công nhận danh hiệu, tư cách thừa kế cho mình, thì nguyên đơn sẽ có được tư cách người thừa kế và do tư cách đó, có quyền sở hữu đối với tài sản thuộc di sản. Trong trường hợp ngoài nguyên đơn, còn có người khác mà tư cách thừa kế cũng đã được pháp luật thừa nhận, thì nguyên đơn cùng với người đó trở thành chủ sở hữu chung đối với di sản. Quyền sở hữu được thừa nhận lùi lại từ thời điểm người có di sản chết, chứ không phải từ thời điểm được chính thức thừa nhận thắng kiện.

Ví dụ 1. A chết không di chúc và để lại một con là X. Theo pháp luật, X là thừa kế duy nhất ở hàng thứ nhất và có quyền hưởng trọn di sản của A. X hưởng di sản một cách bình yên cho đến ngày nọ, Y xuất hiện, chứng minh rằng mình cũng là con của A và đòi hưởng di sản thừa kế. Nếu thành công (đặc biệt là do quyền khởi kiện về thừa kế

* PGS, TS. Phó Hiệu trưởng Đại học Kinh tế - Luật, Đại học Quốc gia TP Hồ Chí Minh.

1 Có thể xem, ví dụ: Ph. Malaurie và L. Aynès, *Droit civil – Les successions. Les libéralités*, Defrénois, Paris, 2008, tr. 137.

chưa mất đi theo thời hiệu), thì Y sẽ cùng với X trở thành đồng chủ sở hữu đối với di sản.

Nếu thắng vụ kiện bác bỏ tư cách thừa kế của người khác, thì sẽ bớt được một người trong số người thừa kế. Di sản sẽ được chia lại.

Ví dụ 2. A chết không di chúc, để lại hai người con là X và Y. Di sản được chia đôi. Tuy nhiên, thời gian sau, X phát hiện Y không phải là con của A. Kiện ra toà, X thắng kiện. Y mất quyền thừa kế và di sản thuộc về X một cách trọn vẹn.

Kiện về thừa kế và kiện đòi chia di sản². Kiện đòi chia di sản là việc kiện mà trong đó, người khởi kiện là người có tư cách thừa kế được thừa nhận, yêu cầu chấm dứt tình trạng sở hữu chung đối với di sản chưa chia cùng với những đồng thừa kế khác.

Cần nhấn mạnh rằng, người yêu cầu chia di sản là người đã có tư cách thừa kế (cũng như tư cách đồng chủ sở hữu đối với di sản chưa chia trong trường hợp có nhiều người thừa kế) được công nhận rộng rãi, đặc biệt là bởi những người đồng thừa kế. Trường hợp của chị H và anh N trong vụ yêu cầu chia di sản nói trên là ví dụ điển hình. Suy cho cùng, yêu cầu chia di sản chỉ là một trường hợp đặc thù của yêu cầu chia tài sản chung mà trong đó các đồng sở hữu chung là các đồng thừa kế. Việc yêu cầu chia di sản chịu sự chi phối của luật chung về chia tài sản chung. Đây là một hành vi pháp lý của chủ sở hữu chung trong khuôn khổ thực hiện các quyền của chủ sở hữu. *Một cách hợp lý, yêu cầu chia di sản, cũng như yêu cầu chia tài sản chung, không chịu sự chi phối của thời hiệu.*

Lấy lại *ví dụ 1* nêu trên, sau khi được thừa nhận có tư cách thừa kế và nếu muốn, Y có thể cùng với X duy trì khối di sản trong tình trạng chưa chia. Đến một lúc nào đó, có thể là mười, mười lăm năm sau hoặc lâu hơn nữa, mà không còn thích duy trì tình trạng sở

hữu chung, thì Y có thể thoả thuận với X về việc chia tài sản; trong trường hợp thoả thuận không xong, Y có quyền yêu cầu toà án phân chia bằng một phán quyết.

Cũng có trường hợp một người tiến hành cùng một lúc một vụ kiện đòi công nhận tư cách người thừa kế và một vụ kiện khác đòi phân chia di sản. Đối với một vụ kiện kép như thế, toà án trước hết phải giải quyết yêu cầu công nhận tư cách người thừa kế. Nếu người yêu cầu được thừa nhận là người thừa kế, thì yêu cầu chia di sản có thể được coi là phần kéo dài của vụ kiện về thừa kế, được giải quyết trong khuôn khổ của vụ kiện ấy. Còn nếu người yêu cầu không được thừa nhận là người thừa kế, thì vụ kiện đòi phân chia di sản cũng không cần thiết.

1.2. Thực trạng pháp luật Việt Nam

Sự lẫn lộn trong nhận thức phổ biến hiện nay. Luật Việt Nam hiện hành không phân biệt giữa yêu cầu về thừa kế và yêu cầu chia di sản khi nói về thời hiệu khởi kiện. Theo Điều 645 BLDS, thời hiệu khởi kiện để người thừa kế yêu cầu chia di sản, xác nhận quyền thừa kế của mình hoặc bác bỏ quyền thừa kế của người khác là mười năm kể từ thời điểm mở thừa kế.

Với quy định đó, dù tư cách người thừa kế được thừa nhận, nhưng nếu không tiến hành chia di sản trong vòng mười năm, thì người thừa kế sẽ mất quyền yêu cầu chia di sản; Điều này cũng đồng nghĩa với việc người đó mất luôn phần di sản được hưởng trong trường hợp phân di sản đó được thể hiện thành một phần hiện vật và hiện vật ấy đang được người đồng thừa kế khác nắm giữ, quản lý.

Đáng chú ý là BLDS hiện hành cũng xây dựng hẳn một chế định sở hữu chung như là một phần của luật chung về quyền sở hữu. Trong chế định ấy lại không có quy định đòi

2 Trong luật của Pháp, kiện đòi công nhận tư cách người thừa kế gọi là *action en pétition d'hérédité*; còn kiện đòi chia di sản là *action en partage successoral*: xem, chẳng hạn, C. Jubault, *Droit civil - Les successions. Les libéralités*, Montchrestrien, Paris, 2005, tr. 730 và kế tiếp. Luật của các nước cũng phân biệt hai loại án kiện như thế, dù tên gọi có thể khác.

hỏi chủ sở hữu chung phải yêu cầu chia tài sản chung trong vòng mười năm. Bởi vậy, quyền sở hữu chung có được do thừa kế có thể mất đi sau mười năm; còn quyền sở hữu chung có được do các căn cứ khác (ví dụ mua bán, trao đổi, tặng cho) thì tồn tại theo luật chung, nghĩa là có thể vĩnh viễn, nếu không ai muốn chia. Không có cách nào để lý giải sự phân biệt đối xử đó.

Trước đây, khi hướng dẫn áp dụng các quy định về thời hiệu theo BLDS năm 1995, Tòa án tối cao cho rằng, để loại trừ các tác động của quy định về thời hiệu khởi kiện về quyền thừa kế, thì các đồng thừa kế phải bày tỏ ý chí, bằng văn bản, thừa nhận lẫn nhau là đồng thừa kế; có một văn bản như thế, di sản mới được chuyển thành tài sản chung và chịu sự chi phối của luật chung³.

Cách giải thích này không hợp lý, bởi việc thừa nhận tư cách người thừa kế là kết quả của việc áp dụng pháp luật, chứ không lệ thuộc vào ý chí chủ quan của các đồng thừa kế. Trong ví dụ nêu trên, X và Y có thể không bao giờ muốn nói chuyện với nhau thậm chí không muốn nhìn mặt nhau; nhưng họ buộc phải tuân thủ pháp luật, đặc biệt là các quy định về sở hữu chung. Y không thể mất quyền khởi kiện yêu cầu chia di sản, dù bao nhiêu năm trôi qua sau khi được tòa án công nhận là người thừa kế, bởi đơn giản Y không mất quyền sở hữu của mình đối với di sản.

Hướng khắc phục. Trong các nỗ lực khắc phục những sai lầm, nhóm soạn thảo BLDS⁴ viết lại điều luật về thời hiệu thừa kế.

“Điều 646. Thời hiệu thừa kế

1. Thời hạn yêu cầu Tòa án giải quyết việc

thừa kế là ba mươi năm đối với bất động sản, mười năm đối với động sản, kể từ thời điểm mở thừa kế. Hết thời hạn này thì di sản thuộc về người thừa kế đang quản lý di sản đó.

2. Trường hợp không có người thừa kế đang quản lý di sản theo quy định tại khoản 1 Điều này thì di sản được giải quyết như sau:

a) Di sản thuộc quyền sở hữu của người đang chiếm hữu hoặc được lợi một cách ngay tình, liên tục, công khai nếu việc chiếm hữu, được lợi phù hợp với quy định tại Điều 177 và Điều 178 của Bộ luật này;

b) Di sản thuộc về Nhà nước nếu không có người khác chiếm hữu hoặc được lợi về di sản theo quy định tại điểm a khoản này”.

Điều luật này vẫn còn rất tối nghĩa và vẫn có thể dẫn đến hiểu lầm như trước. Cần xác định “việc thừa kế” là việc gì. Đó chỉ có thể là việc “yêu cầu thừa nhận tư cách thừa kế” của nguyên đơn hoặc “yêu cầu bác bỏ tư cách thừa kế” của bị đơn, như nói ở trên.

Trong không ít trường hợp, một người đồng thời yêu cầu công nhận tư cách thừa kế của mình và yêu cầu chia di sản. Thời hiệu chỉ áp dụng đối với loại yêu cầu thứ nhất, không áp dụng đối với yêu cầu thứ hai. Nếu yêu cầu thứ nhất bị từ chối do hết thời hiệu, thì yêu cầu thứ hai trở nên vô nghĩa, không cần được xem xét.

Bởi vậy tốt nhất là quy định như sau.

“Điều 646. Thời hiệu thừa kế

1. Thời hạn yêu cầu Tòa án công nhận tư cách người thừa kế của mình hoặc bác bỏ tư cách người thừa kế của người khác là ba mươi năm đối với việc thừa kế có đối tượng là bất động sản, mười năm đối với việc thừa

3 Xem Nghị quyết số 02/2004/NQ-HĐTP ngày 10/8/2004 của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao, điểm 2.4 điều 2 mục 1: “Trường hợp trong thời hạn mười năm, kể từ thời điểm mở thừa kế nếu các đồng thừa kế không có tranh chấp về quyền thừa kế và có văn bản cùng xác nhận là đồng thừa kế hoặc sau khi kết thúc thời hạn mười năm mà các đồng thừa kế không có tranh chấp về hàng thừa kế và đều thừa nhận di sản do người chết để lại chưa chia thì di sản đó chuyển thành tài sản chung của các thừa kế. Khi có tranh chấp và yêu cầu Tòa án giải quyết thì không áp dụng thời hiệu khởi kiện về quyền thừa kế, mà áp dụng các quy định của pháp luật về chia tài sản chung để giải quyết ...”.

4 Xem Dự thảo BLDS trên http://duthaonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/DT_DUTHAO_LUAT/View_Detail.aspx?ItemID=588&LanID=1028&TabIndex=1.

kế có đối tượng là động sản, kể từ thời điểm mở thừa kế. Hết thời hạn này thì di sản thuộc về người thừa kế đang quản lý di sản đó”.

2. Thời hiệu

2.1. Ý nghĩa, tác dụng của thời hiệu

Bảo đảm công bằng xã hội. Thời hiệu trong luật các nước được hiểu là căn cứ để xác lập hoặc xoá bỏ (thủ tiêu) một quyền, bằng cách để cho một khoảng thời gian trôi qua⁵. Sự thừa nhận thời hiệu là một trong những biện pháp của Nhà nước nhằm thực hiện mục tiêu khách quan của pháp luật là bảo đảm trật tự xã hội, công bằng xã hội.

Tư tưởng chủ đạo là: một quan hệ dân sự đã tồn tại liên tục và phát huy tác dụng xã hội tích cực trong một thời gian dài, thì phải được coi là quan hệ hợp pháp, ngay cả trong trường hợp nó đã được xác lập trái pháp luật. Ngược lại, một quan hệ hợp pháp nhưng đã không còn sức sống và mất tác dụng xã hội trong một khoảng thời gian dài, thì phải xem như đã chấm dứt, ngay cả trong trường hợp quan hệ vẫn tồn tại về mặt lý thuyết. Nói chung, tất cả những gì được xã hội cho là hợp lý, hợp tình, thì cũng phải, hoặc đồng thời hoặc muộn hơn (nghĩa là sau thời gian thử thách), được coi là hợp luật.

Chẳng hạn, người có một quyền chủ nợ đã đến hạn đòi mà không chịu đòi, thì, sau một khoảng thời gian, sẽ mất luôn quyền đòi nợ. Tương tự, một người có quyền thừa kế mà người thừa kế khác không biết thì phải yêu cầu toà án chính thức thừa nhận tư cách

thừa kế của mình để có thể cùng hưởng di sản với người thừa kế khác; hết hạn mười năm mà không chịu làm việc đó, thì mất luôn tư cách thừa kế.

2.2. Áp dụng thời hiệu

Thời hiệu cần được viện dẫn. Thật ra, quyền chủ nợ, quyền thừa kế, nói chung quyền được pháp luật thừa nhận cho một người không thể đương nhiên mất đi do thời hiệu. Khi có một người kiện đòi lại tài sản hoặc yêu cầu trả nợ, trách nhiệm của toà án ở các nước là phải thụ lý và xem xét vụ án về nội dung, dựa trên những chứng cứ do nguyên đơn xuất trình. Nếu đúng là có một người đang nắm giữ tài sản không hợp lệ hoặc một người mắc nợ mà không chịu trả nợ, thì toà án phải triệu tập người này để đối chất. Có thể có trường hợp việc nắm giữ tài sản, việc dây dưa không chịu trả nợ đã kéo dài rất lâu, nhưng vì lý do gì đó mà chủ sở hữu, chủ nợ không kiện; tuy nhiên, thẩm phán tuyệt đối không được tự mình viện dẫn thời hiệu “giùm cho” bị đơn⁶. Lý do là: thụ hưởng thời hiệu là một trong các chứng cứ mà bị đơn được phép đưa ra để bảo vệ các quyền lợi của mình. Nói chung, cung cấp chứng cứ chống lại nhau trong một vụ án là việc của các bên; còn thẩm phán chỉ có quyền đánh giá chứng cứ do các bên cung cấp rồi tiến hành phân xử khách quan, chứ không được phép tự mình đưa ra chứng cứ thay cho bên này hay bên kia. Đặc biệt, thẩm phán không có trách nhiệm và cũng không

5 Xem, ví dụ, *BLDS Pháp*, Điều 2219: “Thời hiệu triệt tiêu là cách chấm dứt một quyền do người có quyền không thực hiện quyền trong một khoảng thời gian”; Điều 2258: “Thời hiệu xác lập là phương thức tạo lập một tài sản hoặc một quyền do hiệu lực của việc chiếm hữu...”.

Định nghĩa “Thời hiệu” trong *BLDS* và cả trong *Dự thảo BLDS (sửa đổi)* hơi khác so với định nghĩa trên trong luật của các nước. Theo *BLDS*, Điều 154, “Thời hiệu là thời hạn do pháp luật quy định mà khi kết thúc thời hạn đó thì chủ thể được hưởng quyền dân sự, được miễn trừ nghĩa vụ dân sự hoặc mất quyền khởi kiện vụ án dân sự, quyền yêu cầu giải quyết việc dân sự”. Theo *Dự thảo BLDS (sửa đổi)*, khoản 2 Điều 167, “Thời hiệu bao gồm thời hiệu hưởng quyền và thời hiệu miễn trừ nghĩa vụ dân sự”. Cả hai văn bản đều không ghi nhận thời hiệu thủ tiêu một quyền. Sự thiếu sót này có thể gây khó khăn cho việc xác định số phận của quyền trong trường hợp quyền của một người không tương ứng với nghĩa vụ của người khác, như quyền từ chối nhận di sản. Tuy nhiên, thiếu sót này có thể được khắc phục bằng cách đề ra quy định riêng cho từng trường hợp. Ví dụ, theo *BLDS* khoản 3 Điều 643, người có quyền từ chối nhận di sản mà không từ chối trong vòng 6 tháng, kể từ ngày mở thừa kế, thì được coi là nhận di sản khi hết thời hạn đó.

6 Xem, ví dụ trong luật của Pháp: F. Terré và Ph. Simler, *Droit civil - Les biens*, Précis Dalloz, Paris, 2006, tr. 295 và 296.

có quyền mở cuộc điều tra riêng để thu thập chứng cứ: làm như vậy, quan toà sẽ dễ sa vào xu hướng, thiên kiến này, nọ, trở nên thiếu khách quan, thiếu công bằng trong phán xét, phân xử.

Cũng vì quyền sở hữu không mất đi mà nếu người nắm giữ tài sản (do tưởng là của mình, dù thật ra không phải như vậy) không chủ động viện dẫn thời hiệu, thì phải hoàn trả tài sản một khi bị chủ sở hữu đòi lại, cho dù việc chiếm hữu đã được thực hiện liên tục, công khai... từ nhiều trăm năm trước. Tương tự, người mắc nợ không viện dẫn thời hiệu, thì một khi chủ nợ chứng minh được món nợ là hợp pháp, có thật và đã đến hạn trả, người mắc nợ phải trả nợ và phải trả đủ, dù đã từ lâu lắm, nợ không được đòi.

2.3. Sửa đổi quy định về áp dụng thời hiệu trong BLDS năm 2005

Sự cần thiết sửa đổi. Trong BLDS không có quy tắc nào quy định thể thức, thủ tục sử dụng thời hiệu như một vũ khí, một đối sách của bị đơn trong các tranh chấp tư pháp; cũng không có quy tắc liên quan đến khả năng từ chối thụ hưởng thời hiệu của người mắc nợ, người chiếm hữu. Hậu quả là trong rất nhiều vụ tranh chấp về tài sản, về nghĩa vụ theo hợp đồng, thẩm phán ở Việt Nam đã làm một việc không giống ai là chủ động “thay mặt” bị đơn viện dẫn thời hiệu để bác yêu cầu và thủ tiêu luôn quyền sở hữu, quyền chủ nợ của nguyên đơn, ngay cả trong trường hợp bị đơn không hề biết thời hiệu là gì.

Đề xuất phương án sửa đổi. Dự thảo BLDS (sửa đổi) đã khắc phục phần nào khuyết tật đó với quy định tại Điều 170

“Điều 170. Thực hiện, bảo vệ quyền bằng thời hiệu

Cá nhân, pháp nhân có quyền căn cứ vào thời hiệu để bảo vệ quyền dân sự. Người được hưởng quyền, người được miễn trừ nghĩa vụ có quyền từ chối việc hưởng quyền, được miễn trừ nghĩa vụ, trừ trường hợp việc từ chối đó nhằm mục đích trốn tránh thực hiện nghĩa vụ hoặc vi phạm điều cấm của luật, trái đạo đức xã hội”.

Tuy nhiên, quy định như thế vẫn chưa ổn. Cần phải dựa vào tư tưởng chủ đạo, theo đó, viện dẫn thời hiệu là một quyền gắn với lợi ích riêng của người thụ hưởng thời hiệu đó, đồng thời cũng là điều kiện để công khai việc thụ hưởng đó. Người này có thể thực hiện mà cũng có thể không thực hiện, thậm chí từ chối thực hiện quyền của mình.

Bởi vậy, nên viết lại Điều 170 Dự thảo BLDS liên quan đến hiệu lực của thời hiệu như sau:

“Người được hưởng quyền, được miễn trừ nghĩa vụ do thời hiệu phải viện dẫn thời hiệu để được hưởng quyền, được miễn trừ nghĩa vụ. Người được hưởng quyền, người được miễn trừ nghĩa vụ có quyền từ chối việc hưởng quyền, được miễn trừ nghĩa vụ, trừ trường hợp việc từ chối đó nhằm mục đích trốn tránh thực hiện nghĩa vụ hoặc vi phạm điều cấm của luật, trái đạo đức xã hội”.

Nói khác đi, xã hội, luật pháp trao cho chủ thể một lợi ích; có hưởng lợi ích đó hay không là tùy chủ thể⁷, không ai ép buộc, nhưng trong mọi trường hợp, chủ thể phải ứng xử như thế nào đó để mọi người thấy rõ sự lựa chọn của mình ■

⁷ Trong trường hợp di sản không có người thừa kế, thì tài sản thuộc di sản sẽ được giao cho Nhà nước. Nếu có người nào đó yêu cầu công nhận tư cách thừa kế cho mình để được hưởng di sản loại này, thì chính Nhà nước phải cử đại diện để bảo vệ quyền của mình đối với di sản này. Nếu người khởi kiện có tư cách thừa kế, nhưng thời hiệu khởi kiện đã hết, thì đại diện Nhà nước có thể viện dẫn thời hiệu để toà án có căn cứ bác bỏ yêu cầu của người khởi kiện; nếu đại diện Nhà nước thấy không cần xác lập quyền sở hữu đối với di sản, thì có thể không viện dẫn thời hiệu: khi đó, di sản được giao cho người thừa kế, dù thời hiệu khởi kiện đã hết.

BÌNH LUẬN CHẾ ĐỊNH QUYỀN SỞ HỮU TRONG DỰ THẢO BỘ LUẬT DÂN SỰ (SỬA ĐỔI)

NGÔ HUY CƯỜNG*

Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi) không thay đổi quan niệm về nội dung quyền sở hữu đã được khẳng định từ Bộ luật Dân sự (BLDS) 1995, nên quy định: “Quyền sở hữu bao gồm quyền chiếm hữu, quyền sử dụng và quyền định đoạt tài sản của chủ sở hữu theo quy định của luật” (Điều 208)¹. Trong khi đó, Dự thảo² được pháp điển hóa theo mô hình Đức và khẳng định quyền sở hữu là một vật quyền quan trọng nhất (mặc dù không hoàn toàn mạnh mẽ). Bài viết này bình luận chế định quyền sở hữu trong Dự thảo từ ba điểm lớn - đó là mô hình của BLDS tương lai, vật quyền, và nội dung quyền sở hữu. Tuy nhiên trong phạm vi có hạn, bài viết không thể bình luận đầy đủ các khía cạnh và chi tiết khác nhau của chế định quyền sở hữu trong Dự thảo.

1. Bình luận sự lựa chọn xuất phát điểm của Dự thảo để xây dựng chế định quyền sở hữu

Pháp điển hóa theo kiểu Đức, nhưng Dự thảo không bắt đầu quy định mối quan hệ giữa người và vật (quan hệ đối vật) từ một tiêu chuẩn quan trọng của tài sản là “vật”³, mà bắt đầu từ khái niệm “tài sản” tại Chương VII, Phần thứ nhất. Lưu ý rằng khái niệm tài

sản rộng hơn khái niệm vật bởi trong đó bao gồm cả tài sản hữu hình (vật) và tài sản vô hình (quyền). Chương VII này chỉ bao gồm các quy định nhằm giải nghĩa khái niệm tài sản, khái niệm quyền tài sản, về nguyên tắc đăng ký tài sản, về phân loại tài sản và phân loại vật.

Theo mô hình Pháp, BLDS không có quyền nói về phần chung của luật dân sự, và

* PGS, TS. Khoa Luật – Đại học Quốc gia Hà Nội.

1 Tuy nhiên có sự thay đổi lớn trong điều luật này liên quan tới việc thay thuật ngữ “pháp luật” bằng thuật ngữ “luật” mà sẽ được nghiên cứu sau.

2 Theo Nghị quyết của Quốc hội, Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi) được lấy ý kiến của các tầng lớp nhân dân trong nước và người Việt Nam định cư ở nước ngoài bắt đầu từ ngày 5/1/2015. Xem toàn văn Dự thảo tại: <http://baodientu.chinhphu.vn/Tin-noi-bat/Toan-van-Du-thao-Bo-luat-Dan-su/217494.vgp>.

3 Vật là một phạm trù của luật dân sự dùng để chỉ các mảnh khác nhau của thế giới vật chất mà có khả năng đáp ứng nhu cầu vật chất hoặc tinh thần của con người, và đã được quan hệ xã hội hóa.

thường có một quyền nói riêng về tài sản bên cạnh các quyền nói về các chế định khác. Các BLDS của Việt Nam dưới các chế độ cũ như BLDS Bắc Kỳ năm 1931, BLDS Trung Kỳ năm 1936 và BLDS của Chính quyền Sài Gòn (cũ) năm 1972 đều theo mô hình này.

Như vậy có thể nói, Dự thảo có sự lai tạp giữa mô hình Đức và mô hình Pháp ít nhất ở bố cục các quy định về tài sản, nhưng rất bất hợp lý, và không quan tâm tới lịch sử của luật dân sự Việt Nam. Có lẽ sự lai tạp này xuất hiện không phải từ sự nghiên cứu, mà từ sự không dám đoạn tuyệt với những sai lầm cũ đang tồn tại trong BLDS 2005 hiện hành. Tại Bộ luật này (một Bộ luật cũng được pháp điển hóa theo mô hình Đức, có phần chung), tất cả các quan hệ giữa người và vật đều được quy định trong một quyền mang tên “Phần thứ hai - Tài sản và quyền sở hữu”, trừ các quy định liên quan tới quyền sử dụng đất. Phần quy định chung của Bộ luật này không có quy định nào về mối quan hệ giữa người với vật, có nghĩa là không có một chương hay một mục nào nói về vật hay tài sản. Nay khi sửa đổi Bộ luật này, có lẽ sự tiếc nuối các quy định về khái niệm tài sản và phân loại tài sản đã thúc giục người soạn thảo buộc Dự thảo gánh các quy định này trong phần chung, bởi việc đưa chúng vào phần vật quyền sẽ trở nên bất hợp lý. Các quy định này của Dự thảo dẫn đến các mâu thuẫn và bất cập như sau:

Thứ nhất, về mặt logic, nếu xuất phát điểm của các quy định về tài sản là vật, thì điều đó có nghĩa là nhà làm luật đi từ trong ra ngoài của chế định tài sản bởi vật là hạt nhân của tài sản. Hệ quả là Bộ luật thường quy định từ xuất phát điểm đó đến các quyền được thiết lập trên vật (vật quyền), rồi tới các dạng tài sản khác lấy vật làm tiêu chuẩn. Nếu xuất phát điểm của các quy định về tài sản từ tổng thể tài sản (có nghĩa là nhìn tài sản từ bên ngoài), thì điều đó có nghĩa là nhà làm luật đi từ ngoài vào trong của chế định tài sản. Do đó, Bộ luật thường đi từ phân loại tài

sản (theo cách thức: tài sản là hoặc bất động sản hoặc động sản hoặc hữu hình hoặc vô hình) và phân loại các mối quan hệ giữa tài sản này với tài sản khác, giữa tài sản với chủ thể có quyền trên tài sản, và giữa sự kiện chiếm hữu với tài sản, rồi tới các vật quyền cụ thể, và tới các loại tài sản khác. Không theo các logic đó, Dự thảo có xuất phát điểm từ tổng thể tài sản, sau đó ngay lập tức nhảy vào hạt nhân của khái niệm tài sản để đi ra giống như một người lao với tốc độ tia chớp từ vũ trụ xuống tâm trái đất, rồi chậm rãi, xiêu vẹo đi từ tâm trái đất lên mặt đất. Nằm trong Dự thảo như vậy, chế định vật quyền nói chung và quyền sở hữu nói riêng khó được làm nổi bật, trong khi làm nổi bật chế định vật quyền là một trong những điểm cải cách quan trọng của luật dân sự ở Việt Nam hiện nay mà những người viết Dự thảo muốn hướng tới.

Thứ hai, không khác hơn BLDS 1995 và BLDS 2005, Dự thảo vẫn quy định “Quyền sở hữu bao gồm quyền chiếm hữu, quyền sử dụng và quyền định đoạt tài sản của chủ sở hữu ...”, có nghĩa là quyền sở hữu thiết lập trên tài sản nói chung chứ không chỉ thiết lập trên vật, mặc dù đoạn văn này nằm trong Điều 208 thuộc quyền nói về vật quyền. Dự thảo đặt tên cho quyền này là “Phần thứ hai - Quyền sở hữu và các vật quyền khác” (bao gồm các điều từ Điều 181 đến Điều 303) ngụ ý rằng quyền sở hữu là vật quyền lớn nhất và quan trọng nhất trong hệ thống các vật quyền. Thế nhưng có lẽ Điều 208 của Dự thảo sao chép lại Điều 173 của BLDS 1995 và Điều 164 của BLDS 2005, đồng thời bị ảnh hưởng bởi xuất phát điểm từ tổng thể tài sản như trên đã nói. BLDS Nhật Bản hiện hành quy định tại Điều 206 về nội dung của quyền sở hữu như sau: “Chủ sở hữu có quyền tự do sử dụng, thu hoa lợi từ và định đoạt đối với vật (thing) sở hữu, phụ thuộc vào các hạn chế bởi pháp luật và các quy định”. A. N. Yiannopoulos lưu ý rằng, thuật ngữ “things” (tiếng Anh), nếu theo mô hình

Pháp, được hiểu là tài sản; còn nếu theo mô hình Đức, được hiểu đơn giản là “vật”⁴. Xuất phát điểm của các quy định về tài sản của BLDS Đức 2002 được thể hiện tại Điều 90 rằng “Chỉ những vật hữu hình (corporeal objects) là vật (things) khi định nghĩa bởi luật”. Tương tự, BLDS Nhật Bản hiện hành thể hiện xuất phát điểm của các quy định về tài sản bởi định nghĩa tại Điều 85 rằng “Thuật ngữ vật (things) được sử dụng trong Bộ luật này có nghĩa là vật hữu hình (tangible thing)”. Mặc dù Điều 208 của Dự thảo có khiếm khuyết về kỹ thuật pháp lý như trên đã phân tích, nhưng đã góp phần cụ thể hóa quan điểm chính trị tiến bộ được ghi nhận trong Hiến pháp năm 2013 - đó là sự khẳng định chỉ có luật mới có thẩm quyền quy định về quyền sở hữu dù là cho phép hay hạn chế, ngăn cấm. BLDS 1995 và BLDS 2005 chưa làm được như vậy vì đã mở rộng việc quy định về quyền sở hữu cho cả các văn bản dưới luật.

2. Bình luận về nội dung của quyền sở hữu

Quyền sở hữu là một vật quyền mẫu mực thông trị vật, có nghĩa: nó là vật quyền lớn nhất thiết lập trên vật cho phép người chủ đắc tự do hành xử trên vật đó, và là cơ sở cho việc thiết lập nên các vật quyền chính yếu khác. Con người không thể sống mà không có tài sản. Có lẽ vì thế quyền sở hữu luôn luôn là một tâm điểm của luật dân sự nói riêng và của cả hệ thống pháp luật nói chung. Tuy nhiên, nhận thức về nội dung của quyền sở hữu ở Việt Nam có đôi chút khác biệt với các nước khác. BLDS 1995, BLDS 2005 và Dự thảo đều khẳng định quyền sở hữu bao gồm trong nó ba quyền là quyền chiếm hữu, quyền sử dụng và quyền định đoạt. Trong khi đó, hầu hết các BLDS trên thế giới cho rằng quyền chiếm hữu không nằm trong nội dung của quyền sở hữu và là một quan hệ thực tế.

Về ba quyền này, Dự thảo giải nghĩa:

(1) Đối với quyền chiếm hữu, Dự thảo có hai giải nghĩa khác nhau. Tại Điều 214 khi nói về quyền chiếm hữu của chủ sở hữu, Dự thảo cho rằng “quyền chiếm hữu” là quyền “nắm giữ, quản lý vật”. Thế nhưng khoản 1, Điều 199 của Dự thảo quy định “Chiếm hữu là việc chủ thể nắm giữ, chi phối tài sản một cách trực tiếp hoặc gián tiếp” khi nói chung về chiếm hữu không kể chiếm hữu của chủ sở hữu hay chiếm hữu của người khác.

(2) “Quyền sử dụng là quyền của chủ sở hữu khai thác công dụng, hưởng hoa lợi, lợi tức từ tài sản” (Điều 217).

(3) “Quyền định đoạt là quyền chuyển giao quyền sở hữu vật hoặc từ bỏ quyền sở hữu đó” (Điều 219).

Chưa bình luận sâu có thể thấy ngay Dự thảo sử dụng hai thuật ngữ khác nhau là “quyền chiếm hữu” tại Điều 214 và “chiếm hữu” tại Điều 199 nói trên. Vậy có ý kiến băn khoăn: Phải chăng “quyền chiếm hữu” và “chiếm hữu” là các khái niệm khác nhau theo Dự thảo? Thật khó có câu trả lời thật chính xác nếu như người viết Dự thảo quyết không thổ lộ! Tuy nhiên, có thể giải thích “quyền chiếm hữu” và “chiếm hữu” thể hiện một khái niệm trong Dự thảo bởi các lý do như sau:

Thứ nhất, Dự thảo tại khoản 2, Điều 199 chia chiếm hữu thành hai loại là chiếm hữu của chủ sở hữu và chiếm hữu của người không phải là chủ sở hữu. Do đó, các điều từ Điều 214 tới Điều 216 cụ thể thể hóa chiếm hữu của chủ sở hữu.

Thứ hai, bản thân các Điều 199 và Điều 214 của Dự thảo sử dụng thuật ngữ không thống nhất với nhau. Nên có thể suy luận ra rằng đây chỉ là vấn đề không sử dụng thống nhất thuật ngữ? Điều 199 nói rằng, dấu hiệu bắt buộc của chiếm hữu là người chiếm hữu

4 A. N. Yiannopoulos, *Civil Law Property Coursebook, Eighth Edition, Claitor's Publishing Division, Louisiana, USA, p. 3.*

phải có hành động “nắm giữ, *chi phối tài sản*”. Khác thế, Điều 214 cho rằng dấu hiệu bắt buộc của chiếm hữu là người chiếm hữu (chủ sở hữu) được phép theo ý chí của mình để hành động “nắm giữ, *quản lý vật*”. Ở đây cần lưu ý rằng, Điều 199 dường như thể hiện định nghĩa chung cho chiếm hữu hoặc quyền chiếm hữu, có nghĩa là bao gồm cả chiếm hữu của chủ sở hữu và chiếm hữu của người khác không phải là chủ sở hữu. Thế nhưng ngoài việc mô tả hành động chiếm hữu khác nhau bởi hai từ “*chi phối*” và “*quản lý*” dùng trong hai điều luật này, Dự thảo còn không quan tâm tới đối tượng của chiếm hữu. Dự thảo quy định đối tượng của chiếm hữu là “*tài sản*” tại Điều 199. Trong khi đó tại Điều 214, Dự thảo lại quy định đối tượng của chiếm hữu là “*vật*”.

Sự thiếu thống nhất trong việc sử dụng thuật ngữ nói trên có thể do Ban soạn thảo BLDS sửa đổi chia cho mỗi người chấp bút một đoạn khác nhau nhưng không được chấp nối cẩn thận khi ghép lại thành Dự thảo. Cũng có thể tại Điều 199 người viết cho rằng chiếm hữu là một sự kiện (hoặc dịch thuật ngữ “*possession*” ra tiếng Việt từ một tài liệu nước ngoài nào đó) nên dùng từ “*chiếm hữu*”; còn tại Điều 214 lại xem chiếm hữu là một quyền năng (hoặc dịch thuật ngữ “*possessory right*” ra tiếng Việt từ một tài liệu nước ngoài nào đó). Lưu ý rằng: BLDS 2006 của Nhật Bản dịch chính thức ra tiếng Anh đăng trên website của Bộ Tư pháp Nhật Bản, tại Điều 181, sử dụng thuật ngữ “*possession*” và thuật ngữ “*possessory right*” có nghĩa như nhau⁵. Cần nhấn mạnh lần nữa rằng tại phần viết về vật quyền thì đối tượng của các quyền phải là “*vật*” chứ không phải là “*tài sản*”.

Dự thảo tại Điều 217 gộp trong quyền sử dụng cả quyền thu hoa lợi là rất khác biệt đối với các nền tài phán khác. Nếu chỉ có một thứ quyền trên vật của mình là quyền sở hữu,

thì quan niệm về quyền sử dụng như vậy chẳng nên có ý kiến làm gì bởi không ảnh hưởng đến ai. Thế nhưng trong một xã hội văn minh mà tại đó giao lưu dân sự rất phong phú và phức tạp thì việc quan niệm như vậy rất cần sự phê phán. Trước hết phải nói, Điều 208 và Điều 217 của Dự thảo tạo ra sự mâu thuẫn khó lý giải trong chính Dự thảo bởi quan niệm quyền sở hữu bao gồm quyền chiếm hữu, quyền sử dụng và quyền định đoạt, và quan niệm quyền sử dụng bao gồm cả quyền thu hoa lợi trong đó. Khác hơn, Điều 278 của Dự thảo khi định nghĩa về quyền hưởng dụng dường như tách quyền hưởng hoa lợi ra khỏi quyền sử dụng. Và nếu có sự tách ra đó mới có thể có các quy định hợp lý về các dịch quyền thuộc người (personal servitude) mà trong đó (từ thời La Mã cổ đại) ngoài quyền dụng ích, còn có các quyền khác như quyền sử dụng và quyền ngụ cư ... Quan hệ giữa chế định quyền sở hữu với các chế định khác sẽ được nói tại mục sau.

Quyền định đoạt được định nghĩa tại Điều 219 của Dự thảo dường như không quan tâm tới số phận vật lý của vật mà chỉ quan tâm tới số phận pháp lý của vật bởi cho rằng quyền định đoạt chỉ bao gồm quyền chuyển giao và từ bỏ quyền sở hữu đối với vật. Điều luật này không quan tâm tới vấn đề định đoạt có tính cách vật lý đối với vật. Nếu vậy, điều luật này đã hạn chế một cách bất chính đáng quyền năng của chủ sở hữu.

Vì những sự xa cách khó lý giải giữa Dự thảo và các BLDS khác trên thế giới trong khi Việt Nam đang cố gắng hội nhập quốc tế trong bối cảnh toàn cầu hóa, mà không thể hiện được đặc thù riêng có, chúng tôi - thay vì bình luận trực tiếp (mà có thể quá dài và gây khó khăn cho việc tiếp thu của Ban soạn thảo), giới thiệu một vài nét lớn về khoa học luật dân sự liên quan tới quyền sở hữu được

5 Nguyễn Văn “Article 181 (Possession by Agents). Possessory rights may be acquired by an agent”.

thể hiện trong các BLDS của các nước trên thế giới và của Việt Nam trước kia.

Quyền sở hữu được quan niệm bao gồm trong nội dung của nó ba nhánh quyền cơ bản như sau: *Thứ nhất*, quyền sử dụng (cho phép chủ sở hữu sử dụng và hưởng các lợi ích đơn giản từ việc có vật, ví dụ như có xe đạp để đi, có nhà để ở, có cây cối để che mát, có tiền để tiêu ...); *Thứ hai*, quyền thu hoa lợi (cho phép chủ sở hữu hưởng trọn vẹn các hoa lợi do vật đem lại, ví dụ như hưởng lợi nhuận từ tiền vốn trong kinh doanh, hưởng lợi nhuận từ việc cho thuê nhà, cho thuê xe đạp, hưởng hoa trái từ cây trồng ...); và *Thứ ba*, quyền định đoạt (cho phép chủ sở hữu định đoạt số phận của vật cả về mặt vật chất và mặt pháp lý, ví dụ như tiêu dùng gạo, vứt bỏ cây bút, chuyển nhượng quyền sở hữu chiếc xe đạp, cho thuê ngôi nhà, cho vay vốn...). Quyền chiếm hữu được coi là một quan hệ thực tế. Nó được phân biệt với quyền sở hữu mặc dù hầu hết các chủ sở hữu chiếm hữu tài sản. Tuy nhiên, nhiều trường hợp hai quyền này tách biệt. BLDS Đức 2002, BLDS Nhật Bản 2006, BLDS Quebec (Canada) 2004, BLDS Louisiana (Hoa Kỳ) 2011, BLDS Hà Lan 2008, BLDS Bắc Kỳ 1931, BLDS Trung Kỳ 1936, BLDS 1972 của Chính quyền Sài Gòn cũ ... đều quy định quyền chiếm hữu không nằm trong nội dung quyền sở hữu và được quy định riêng. Điều đó không có nghĩa là chủ sở hữu không được chiếm hữu vật. Chẳng hạn chủ sở hữu có thể chiếm hữu lại vật bị thất lạc. Trong thời gian vật bị thất lạc, người chiếm hữu vật đó vẫn được bảo vệ quyền chiếm hữu của mình bởi pháp luật. Ví dụ khác cho thấy quyền chiếm hữu hoàn toàn có thể tách khỏi quyền sở hữu như: cuốn nhật ký của Đặng Thùy Trâm bị chiếm hữu bởi người khác trong một khoảng thời gian dài, nhưng khi được trao trả, nó không hẳn được trao trả cho người có quyền sở hữu, bởi chủ nhân thực sự của nó đã hy sinh. Thế nhưng điều rõ ràng là người chiếm hữu cuốn nhật ký đó

phải có tổ quyền chống lại sự vi phạm quyền chiếm hữu. Hiện nay ở Việt Nam, tất cả đất đai “là tài sản công thuộc sở hữu toàn dân do Nhà nước đại diện chủ sở hữu và thống nhất quản lý (Điều 53 Hiến pháp năm 2013). Thế nhưng có rất nhiều người Việt Nam chiếm hữu các thửa đất để sinh sống mà Nhà nước chưa xác nhận. Vậy có nên coi tất cả sự chiếm hữu đó là bất hợp pháp không trong khi có việc chiếm hữu xảy ra trước khi có nguyên tắc đất đai thuộc sở hữu toàn dân? Có bảo vệ quyền chiếm hữu của những người này bằng pháp luật không? Nếu BLDS là nền tảng đầy chất lý luận cho hệ thống luật tư, thì việc trả lời cho các câu hỏi đó không thể hoàn toàn trông chờ vào Luật Đất đai.

Trong thực tế cuộc sống hầu hết chủ sở hữu tự chiếm hữu vật. Thế nhưng trong khoa học pháp lý cần phải có sự rõ ràng giữa hai quyền năng này.

Từ thời La Mã cổ đại chiếm hữu đã được xem là có ý nghĩa pháp lý nhất định. Chẳng hạn: *Occupatio* (người chiếm hữu đầu tiên một tài sản vô chủ trở thành chủ sở hữu tài sản đó); *Usucapio* (thủ đắc quyền sở hữu do thời hiệu cho phép người chiếm hữu chuyển đổi lợi ích trên tài sản thành quyền thống trị đối với tài sản). Các BLDS không bỏ qua những vấn đề đó, kể cả các BLDS của Việt Nam. Chiếm hữu có hai thành tố là “*Corpus*” (yêu cầu người chiếm hữu phải có sự kiểm soát hiệu quả có tính cách vật lý đối với vật) và “*Animus*” (yêu cầu có ý thức về việc nắm giữ vật hoặc có ý chí nắm giữ vật của người khác). Ngày nay, BLDS Đức 2002 cho rằng quyền chiếm hữu được thủ đắc bởi việc kiểm soát thực tế đối với vật (Điều 854). Trong khi đó, BLDS Nhật Bản 2006 quan niệm quyền chiếm hữu được thủ đắc bởi việc nắm giữ với ý chí thực hiện việc đó nhân danh chính mình (Điều 180). Xem ra Dự thảo có quan niệm về quyền chiếm hữu giống BLDS Đức 2002 nếu xét theo ngữ nghĩa của Điều 199. Quan niệm này không thật gần gũi với ngữ nghĩa của Điều 214 của Dự thảo bởi thuật

ngữ “quản lý vật” thể hiện ý chí nắm giữ vật và không giao vật cho ai chiếm hữu. Không biết có ngụ ý gì ở đây?

3. Bình luận về mối quan hệ giữa quyền sở hữu với các vật quyền khác

Như trên đã nói, Dự thảo ngụ ý quyền sở hữu là vật quyền lớn nhất và quan trọng nhất trong hệ thống các vật quyền thông qua việc đặt tên cho Phần thứ hai của Dự thảo. Tuy nhiên nếu khẳng định rõ ràng quyền sở hữu là một vật quyền thì sẽ làm nổi bật hơn cho ý tưởng cải cách của Dự thảo. Thế nhưng Dự thảo vẫn còn bị ảnh hưởng của tư tưởng hình thành trong cơ chế kinh tế cũ, nên không dám làm bật lên ý tưởng này.

Trước kia, trong nền kinh tế kế hoạch hóa tập trung, quan liêu bao cấp dựa trên nền tảng công hữu hóa toàn bộ tư liệu sản xuất, Việt Nam kim chế kinh tế tư nhân. Hầu như đời sống xã hội dựa trên chế độ tem phiếu tiêu dùng. Của cải vật chất chủ yếu được làm ra từ các xí nghiệp công nghiệp quốc doanh và các hợp tác xã nông nghiệp. Các xí nghiệp công nghiệp quốc doanh chịu sự quản lý trực tiếp của các Bộ chủ quản, chỉ có “quyền quản lý nghiệp vụ đối với tài sản xã hội chủ nghĩa - XHCN” (có nghĩa là chỉ có quyền khai thác công dụng của tài sản XHCN (nói nôm na là tài sản công) để thực hiện các chỉ tiêu kế hoạch do Nhà nước đặt ra). Tất cả các vấn đề liên quan tới vốn, tài sản, sản xuất, lưu thông, phân phối, chế độ khai thác tài sản, khấu hao cơ bản, khấu hao sửa chữa lớn, lợi nhuận, giá cả, sử dụng lao động, công nghệ, thanh lý, trao đổi, hủy bỏ tài sản ... trong các xí nghiệp công nghiệp quốc doanh đều do Nhà nước quyết định. Các xí nghiệp công nghiệp quốc doanh quan hệ kinh tế với nhau thông qua hình thức hợp đồng kinh tế (văn bản) mà phải ký kết theo chỉ tiêu pháp lệnh của Nhà nước. Mỗi bên trong văn bản hợp đồng này phải bảo đảm có hai chữ ký: một chữ ký của giám đốc (phụ trách kinh doanh); và một chữ ký nữa của kế toán trưởng (phụ trách việc

giám đốc các hoạt động kinh doanh bằng tài chính). Trong một cơ chế như vậy, tất yếu dẫn tới việc không thừa nhận bất kỳ vật quyền nào khác quyền sở hữu bởi các vật quyền khác vật quyền sở hữu đều có khuynh hướng ít nhiều chống lại sự độc tôn của quyền sở hữu. Và rõ ràng quyền chiếm hữu theo logic đó hoàn toàn thuộc quyền sở hữu. Người dân hoàn toàn chỉ có tư liệu tiêu dùng theo chế độ tem phiếu. Để bảo vệ cho cơ chế này, Nhà nước giữ độc quyền ngoại thương, độc quyền ngoại hối..., và về luật hình sự (khi chưa có Bộ luật Hình sự), Nhà nước ban hành một văn bản pháp luật được gọi là “Pháp lệnh trừng phạt các tội xâm phạm tài sản XHCN”, có nghĩa là tài sản XHCN được bảo vệ đặc biệt. Thậm chí lúc đó luật hình sự Việt Nam còn thừa nhận nguyên tắc áp dụng tương tự. Như vậy về mặt pháp lý, khái niệm vật quyền khó có thể được thừa nhận nếu không có sự tồn tại một vật quyền nào khác ngoài quyền sở hữu. Chính vì vậy, “hình thức sở hữu” trở thành một vấn đề lớn của BLDS theo truyền thống XHCN. Thông qua đó, Nhà nước (thực hiện chuyên chính vô sản) giữ vị trí độc quyền đại diện chủ sở hữu toàn dân đối với toàn bộ tư liệu sản xuất.

Hiện nay, Việt Nam trong bối cảnh đổi mới; phát triển kinh tế thị trường; nhìn nhận lại khái niệm “định hướng XHCN”; phát triển kinh tế tư nhân trong sự bình đẳng với các thành phần kinh tế khác; cần khai thác có hiệu quả vốn và tài sản của Nhà nước; và hội nhập quốc tế... Vì vậy, việc ghi nhận vật quyền vào hệ thống pháp luật là rất cần thiết. Thực tế, quyền sử dụng đất, cũng như việc cho thuê doanh nghiệp ... thể hiện quyền của người khác được hành xử trực tiếp trên tài sản của Nhà nước, có nghĩa là có sự tồn tại nhiều loại vật quyền khác ngoài quyền sở hữu. Việc ghi nhận vật quyền nói chung góp phần khai thác có hiệu quả tài sản của Nhà nước và ổn định đời sống nhân dân. Hơn nữa, việc thừa nhận quyền sở hữu là vật quyền, và coi quyền chiếm hữu không nằm

trong nội dung của quyền sở hữu có nhiều lợi ích quan trọng: *thứ nhất*, tạo điều kiện thuận lợi hơn cho việc khai thác có hiệu quả tài sản của Nhà nước bởi có căn cứ pháp lý vững chắc để xác định các vật quyền khác từ các chi phân của quyền sở hữu và chuyển giao tài sản cho người không phải là chủ sở hữu của tài sản; *thứ hai*, tạo ra sự minh bạch và rõ ràng giữa các quyền tránh các rủi ro cho cả chủ sở hữu và người có vật quyền khác trên tài sản; *thứ ba*, tạo ra mối quan hệ tốt giữa các thành viên cộng đồng nói chung và những người xóm giềng nói riêng; và *thứ tư*, thúc đẩy giao lưu dân sự phát triển, và tăng cường các giải pháp pháp lý cho việc giải quyết các quan hệ kinh tế phức tạp do kinh tế thị trường và quan hệ quốc tế mang lại.

Thế nhưng, bên cạnh việc không mạnh dạn hoàn toàn trong việc thừa nhận các vật quyền, Dự thảo có nhiều thiếu sót trong việc thể hiện mối quan hệ giữa chế định quyền sở hữu và các chế định khác. Khoản 2 Điều 181 của Dự thảo quy định: “Các vật quyền khác vẫn có hiệu lực trong trường hợp quyền sở hữu được chuyển cho người khác”. Quy định này khái quát thiếu chính xác bởi thiếu sự phân loại các vật quyền. Có thể lấy ví dụ sau: A có quyền hưởng dụng trên ngôi nhà của B. Khi chưa mãn hạn quyền hưởng dụng, B bán nhà cho A. Rõ ràng A đã trở thành chủ sở hữu của ngôi nhà này. Điều luật này có ý nghĩa trong trường hợp ngôi nhà đã bị B thế chấp cho C và B không trả được nợ tới hạn cho C. Tuy nhiên Dự thảo không khẳng định thế chấp, cầm cố là các vật quyền phụ thuộc bởi Điều 183 chỉ quy định các vật quyền khác ngoài vật quyền sở hữu bao gồm: quyền địa dịch; quyền hưởng dụng; quyền bề mặt; quyền ưu tiên. Tuy Điều luật này có nói ngoài các vật quyền này luật có thể quy định các vật quyền khác nữa, nhưng cầm cố, thế chấp không được Dự thảo coi là vật quyền trong khi quyền ưu tiên được coi là vật quyền mặc dù cầm cố, thế chấp, và một số quyền ưu tiên được xem là các vật quyền phụ thuộc.

Việc không coi cầm cố, thế chấp là vật quyền có ảnh hưởng tới chủ sở hữu của vật cầm cố, thế chấp bởi nó không được bảo vệ chặt chẽ bởi các quy chế của vật quyền, nên dễ bị xâm phạm bởi các hợp đồng cầm cố, thế chấp mà lợi ích thường nghiêng về bên chủ nợ nhận cầm cố, thế chấp.

Dự thảo vướng phải một vấn đề pháp lý quan trọng không thể giải quyết được bởi vượt ngoài tâm chi phối, biết trước, nhưng không thể lường tránh, cụ thể là toàn bộ các điều liên quan tới quyền bề mặt. Điều 291 quy định: “Quyền bề mặt là quyền của một chủ thể được sử dụng mặt đất, khoáng không trên mặt đất và lòng đất mà quyền sử dụng đất đó thuộc về chủ thể khác”. Điều này có nội dung như vậy là kết quả của chế độ công hữu về đất đai. Nhà nước giao đất hay cho thuê đất cho một người. Rồi người có quyền sử dụng đất đó cho người khác dựng các bất động sản trên đó. Đây là một thực tế. Đặc tính Việt Nam này đã mượn kỹ thuật pháp lý có từ lâu đời để đi ra ngoài phần nào khuôn khổ của kỹ thuật pháp lý đó. Tuy nhiên, qua đó có thể nhận thấy, về thực chất người có quyền sử dụng đất ở Việt Nam chính là chủ sở hữu thừa đất mà họ có quyền đó bởi họ có đủ các quyền năng trên thừa đất đó, vượt rất xa quyền hưởng dụng thông thường (kể cả về thời gian được hưởng quyền), chỉ bị thu hồi trong một số trường hợp rất hạn chế và được trả giá. Để phù hợp với lẽ công bằng, Dự thảo nên xác định tư nhân có quyền sở hữu những thừa đất đã được thiết lập hợp pháp quyền sử dụng (hưởng dụng) trên đó để làm giảm đi việc vi phạm kỹ thuật pháp lý mà khó có thể chấp nhận được. Tuy nhiên, pháp luật phải quy định các giới hạn cần thiết liên quan tới quyền sở hữu đất đai của tư nhân. Việc chi trả cho ngân sách nhà nước thích đáng với quyền trên đất đai có được là rất quan trọng để bảo đảm sự công bằng và nguyên tắc đất đai thuộc sở hữu toàn dân mà nguyên tắc này phải được hiểu là mọi người dân đều có quyền như nhau đối với đất đai.

4. Căn cứ phát sinh quyền sở hữu và hình thức sở hữu

Điều 211 và Điều 248 của Dự thảo có khuynh hướng kinh tế chính trị nhiều hơn là khuynh hướng pháp lý trong việc đưa lao động, sản xuất, kinh doanh trở thành một căn cứ phát sinh quyền sở hữu đối với tài sản do lao động, sản xuất, kinh doanh mà có. Điều 248 viết: “Người lao động, người tiến hành hoạt động sản xuất, kinh doanh hợp pháp có quyền sở hữu đối với tài sản do lao động, do hoạt động sản xuất, kinh doanh hợp pháp, kể từ thời điểm có được tài sản đó”. Đối với sản xuất, kinh doanh, vấn đề pháp lý đã được làm rõ trong mối quan hệ giữa tài sản với hoa lợi và lợi tức. Tuy nhiên, Dự thảo chưa quan tâm tới mối quan hệ giữa vốn và lợi nhuận có được từ việc khai thác vốn mà chỉ quan tâm tới câu chuyện dường như quá nhỏ nhoi dừng lại ở định nghĩa hoa lợi và lợi tức (nhưng thiếu tính bao quát). Còn đối với người lao động, quyền sở hữu đối với tài sản (là thành quả lao động) có căn cứ phát sinh là hợp đồng hoặc pháp luật, có nghĩa là người lao động được hưởng lương hoặc thu nhập theo hợp đồng hoặc pháp luật. Các quy định tại Điều 248 của Dự thảo có thể khiến cho người lao động đòi người sử dụng lao động “giá trị thặng dư”? Nếu vậy Dự thảo đã không hoàn thành được chức năng duy trì hòa bình của pháp luật và không góp phần cho việc xây dựng kinh tế thị trường. Học thuyết lao động về tài sản có ý nghĩa chính trị nhiều hơn ý nghĩa pháp lý. Nó có thể giúp cho sự chống trả việc chính quyền tước đoạt tài sản của người dân, nhưng có lẽ nó cần được quy định trong luật công, chẳng hạn như Điều 32 của Hiến pháp năm 2013.

Dự thảo có những mâu thuẫn giữa các Điều 201, Điều 211 và Điều 179 với nhau trong việc quy định về vấn đề thủ đắc quyền sở hữu do thời hiệu.

Pháp điển hóa theo mô hình Đức cho thấy, quyền nói về vật quyền chỉ chứa đựng

các kỹ thuật pháp lý, có nghĩa là nói về các quyền được thiết lập trên vật với giả định rằng với một vật thông thường có thể có các quyền gì được thiết lập trên đó và sự tác động của từng quyền đó tới vật như thế nào, và mối quan hệ của các quyền đó ra sao. Thế nhưng Dự thảo lại quy định cả cái gọi là “các hình thức sở hữu” được xây dựng trên căn bản chủ sở hữu và đối tượng khác nhau của quyền sở hữu (Điều 213 và các Điều từ 224 tới 233). Nhẽ ra tại phần nói về vật quyền chỉ quy định vấn đề “đồng sở hữu” (mà Dự thảo gọi thiếu chính xác là sở hữu chung) bởi trong đó chứa đựng các vấn đề kỹ thuật pháp lý không thể bỏ qua.

Nếu muốn quy định về các loại tài sản như: tài sản chung, tài sản công và tài sản tư, thì có lẽ Dự thảo phải đi theo mô hình khác.

5. Thay cho lời kết

Các phân tích ở trên cho thấy, Dự thảo có khá nhiều khiếm khuyết lớn mà trong một phạm vi hẹp khó có thể nói hết. Vì vậy, chúng tôi có các kiến nghị sau:

Thứ nhất, xuất phát từ lịch sử của luật dân sự, từ trình độ pháp điển hóa, từ nhu cầu đưa các ý đồ chính trị vào bộ pháp điển hóa, nên xây dựng lại Dự thảo theo mô hình Pháp.

Thứ hai, dù xây dựng theo mô hình Pháp, Dự thảo cần xé nhỏ các chế định thành những quyền khác nhau để dễ xây dựng và thông qua, đồng thời cũng dễ sửa đổi.

Thứ ba, việc xây dựng và thông qua BLDS không nhất thiết tập trung vào một thời điểm mà có thể xây dựng và thông qua trong vòng nhiều năm với các quyền về các chế định nhỏ khác nhau.

Thứ tư, mỗi điều luật của Dự thảo cần có lý giải về lý luận, về thực tiễn thi hành, về tính logic, hệ thống, và tính định hướng, dự báo ...

Cuối cùng, không nên làm luật chạy theo thành tích, hay để lấy tiền ngân sách, lấy tiền tài trợ hoặc vì lợi ích nhóm hay lợi ích cục bộ ■

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

LÊ VŨ NAM*

1. Đặt vấn đề

Ở các quốc gia phát triển, các quy định về biện pháp bảo đảm (BPBĐ) nghĩa vụ xuất hiện từ rất sớm nhằm tạo cơ sở pháp lý bảo đảm cho việc thực hiện các nghĩa vụ phát sinh trong quá trình giao lưu dân sự và mua bán, trao đổi hàng hóa. Qua đó, đóng vai trò quan trọng trong việc ổn định các quan hệ kinh tế - dân sự, hạn chế tranh chấp phát sinh, nâng cao kỷ luật thực hiện hợp đồng và ý thức thượng tôn pháp luật. Đồng thời, các BPBĐ thực hiện nghĩa vụ còn góp phần quan trọng vào việc bảo vệ quyền và lợi ích chính đáng của các bên trong các giao dịch kinh tế - dân sự trong trường hợp đến hạn mà bên có nghĩa vụ không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ của mình.

Tại Việt Nam, các quy định về BPBĐ thực hiện nghĩa vụ được quan tâm xây dựng từ sau khi đất nước ta tiến hành thực hiện công cuộc đổi mới hướng tới xây dựng một nền kinh tế hàng hóa nhiều thành phần, vận hành theo cơ chế thị trường có sự quản lý, điều tiết của Nhà nước. Vào cuối thập niên 80, các BPBĐ được đề cập trong Pháp lệnh về Hợp đồng kinh tế năm 1989 (gồm các biện pháp thế chấp tài sản, cầm cố, bảo lãnh

tài sản) và Pháp lệnh về Hợp đồng dân sự năm 1991 (gồm các biện pháp thế chấp tài sản, cầm cố tài sản, bảo lãnh, đặt cọc). Đặc trưng của các quy định pháp luật về BPBĐ thời kỳ này là chúng được dùng để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ phát sinh từ hợp đồng kinh tế và hợp đồng dân sự. Theo đó, nếu các BPBĐ thực hiện nghĩa vụ từ hợp đồng kinh tế thể hiện khá rõ tính “đổi vật” thì các BPBĐ thực hiện nghĩa vụ từ hợp đồng dân sự mang rõ nét tính pha trộn vừa “đổi vật” và vừa “đổi nhân”.

Các quy định về BPBĐ thực hiện nghĩa vụ được hoàn thiện một bước trong Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 1995 bằng việc dành 55 điều (từ Điều 324 đến Điều 379) để quy định về những nguyên tắc chung và các BPBĐ thực hiện nghĩa vụ. Bộ luật này quy định 7 BPBĐ thực hiện nghĩa vụ, bao gồm: cầm cố tài sản, thế chấp tài sản, đặt cọc, ký cược, ký quỹ, bảo lãnh và phạt vi phạm. Các quy định về BPBĐ thực hiện nghĩa vụ tiếp tục được hoàn thiện trong BLDS năm 2005 thông qua việc thay biện pháp phạt vi phạm bằng biện pháp tín chấp kèm theo đó là các quy định liên quan đến tài sản bảo đảm, thời hạn bảo đảm, hiệu lực của giao dịch bảo đảm, các

* PGS, TS. Khoa Luật, Trường Đại học Kinh tế - Luật, Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh.

hình thức xử lý tài sản bảo đảm... cũng được thể hiện tương đối rõ ràng và cụ thể hơn, khắc phục những bất cập tồn tại trong BLDS năm 1995. Nhìn một cách tổng thể thì các quy định về BPBĐ thực hiện nghĩa vụ trong BLDS năm 2005 là một bước tiến dài so với các quy định trong BLDS năm 1995 dưới góc độ cả thực tiễn lẫn lý luận và xu hướng hội nhập quốc tế.

Tuy nhiên, qua 10 năm áp dụng, với những đóng góp to lớn vào quá trình ổn định và phát triển thể chế kinh tế thị trường cũng như đảm bảo một môi trường kinh doanh và giao lưu dân sự lành mạnh thì các quy định về BPBĐ thực hiện nghĩa vụ trong BLDS năm 2005 cũng đã bộc lộ nhiều khiếm khuyết, bất cập không theo kịp cuộc sống và không đáp ứng nhu cầu điều tiết và bảo đảm tính ổn định của các quan hệ kinh tế - dân sự ngày càng đa dạng, phong phú như: chưa tạo cơ sở pháp lý vững chắc để chủ sở hữu khai thác một cách hiệu quả lợi ích kinh tế của tài sản bảo đảm, các quy định về BPBĐ chưa rõ ràng dễ gây nhầm lẫn trong quá trình áp dụng, quy định việc đăng ký giao dịch bảo đảm và xử lý tài sản bảo đảm còn nhiều bất cập, chưa cụ thể... Vì vậy, việc tiến hành sửa đổi, bổ sung BLDS năm 2005, trong đó có các điều khoản về BPBĐ thực hiện nghĩa vụ là rất cần thiết và cấp bách. Chúng tôi mong muốn đóng góp một số ý kiến để hoàn thiện các quy định về BPBĐ thực hiện nghĩa vụ trong Dự thảo BLDS (sửa đổi)¹ mà hiện nay đang được tổ chức lấy ý kiến rộng rãi trong công chúng.

2. Một số điểm tiến bộ của các quy định về biện pháp bảo đảm trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi)

Chúng tôi cho rằng, các quy định về BPBĐ thực hiện nghĩa vụ trong Dự thảo sửa đổi BLDS (Dự thảo) phần nào đã thể hiện tính đột phá trong cách tiếp cận về mặt lý luận và thực tiễn đối với việc điều chỉnh các quan hệ xã hội phát sinh trong lĩnh vực bảo đảm thực hiện nghĩa vụ, từng bước phù hợp với thông lệ quốc tế và nhu cầu thực tế của đời sống kinh tế - xã hội đất nước. Sự tiến bộ đó thể hiện cụ thể như sau:

Một là, áp dụng lý thuyết về vật quyền bên cạnh lý thuyết về trái quyền trong việc xây dựng các quy định về các BPBĐ thực hiện nghĩa vụ. Theo một số nhà nghiên cứu, vật quyền là quyền của chủ thể được tự mình thực hiện trực tiếp và ngay tức khắc trên tài sản (vật) mà không lệ thuộc vào hành vi thực hiện nghĩa vụ của những người khác². Như vậy, việc áp dụng lý thuyết vật quyền cho phép chủ sở hữu có quyền định đoạt tài sản được sử dụng để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ như bán, thay thế, trao đổi, tặng cho, cho thuê, cho mượn tài sản cầm cố, thế chấp (Điều 332 Dự thảo). Song song đó, cách tiếp cận các BPBĐ từ lý thuyết vật quyền còn tạo điều kiện bảo vệ quyền và lợi ích chính đáng của chủ nợ trong việc theo đuổi, truy đòi, thực hiện quyền ưu tiên một cách hiệu quả hơn. Cách tiếp cận này là hoàn toàn phù hợp với thông lệ quốc tế³.

Hai là, các BPBĐ thực hiện nghĩa vụ cũng đã có sự điều chỉnh và mở rộng cần

1 Dự thảo BLDS (sửa đổi) được lấy ý kiến của các tầng lớp nhân dân trong nước và người Việt Nam định cư ở nước ngoài bắt đầu từ ngày 5/1/2015 theo Nghị quyết của Quốc hội. Xem toàn văn Dự thảo tại: <http://baodientu.chinhphu.vn/Tin-noi-bat/Toan-van-Du-thao-Bo-luat-Dan-su/217494.vgp>.

2 Nguyễn Ngọc Điện, Lợi ích của việc xây dựng chế định vật quyền đối với việc hoàn thiện hệ thống pháp luật tài sản, xem tại: http://vnclp.gov.vn/ct/cms/tintuc/Lists/CacDuAnLuat/View_Detail.aspx?ItemID=177. Truy cập ngày 10/4/2015.

3 Lê Minh Hùng (2014), *Thực trạng pháp luật về giao dịch bảo đảm hiện nay, Tài liệu Hội thảo quốc tế "BPBĐ thực hiện nghĩa vụ dân sự"*, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh, tr. 13.

thiết. Dự thảo đã loại bỏ biện pháp tín chấp và bổ sung thêm hai biện pháp mới là cầm giữ tài sản và bảo lưu quyền sở hữu. Sự điều chỉnh này trong Dự thảo mang tính đột phá và phù hợp với thực tiễn. Về bản chất, tín chấp là một biện pháp mang tính đối nhân, theo đó, tổ chức chính trị - xã hội tại cơ sở - bằng uy tín của mình, bảo đảm cho cá nhân, hộ gia đình vay một khoản tiền tại ngân hàng hoặc tổ chức tín dụng khác để sản xuất, kinh doanh theo quy định của Chính phủ (Điều 372 BLDS năm 2005). Trong khi quan hệ bảo đảm thực hiện nghĩa vụ phải gắn với trách nhiệm tài sản của người bảo đảm, vì chỉ có tài sản mới có thể bảo đảm thực hiện cho các nghĩa vụ về tài sản. Trong thực tế, khi đến hạn mà bên có nghĩa vụ không thực hiện đúng nghĩa vụ trả nợ của mình thì ngân hàng hoặc tổ chức tín dụng khác không thể xử lý tài sản của tổ chức chính trị - xã hội để thu hồi nợ. Bên cạnh đó, việc bổ sung biện pháp cầm giữ tài sản và bảo lưu quyền sở hữu cũng hết sức cần thiết và phù hợp với pháp luật một số nước như Anh, Mỹ, Pháp, Đức.

Ba là, quy định về biện pháp cầm cố và thế chấp tài sản cũng có những thay đổi phù hợp hơn với thực tiễn. Khác với BLDS năm 2005, tại Điều 335 và Điều 344 Dự thảo đã không đưa ra yêu cầu bắt buộc tài sản cầm cố, thế chấp phải thuộc sở hữu của bên cầm cố, thế chấp. Đồng thời, Dự thảo cũng quy định rõ, việc bên cầm cố, thế chấp có thể sử dụng tài sản để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ cho chính mình hoặc người khác. Cách tiếp cận như trên trong Dự thảo đã tạo cơ sở pháp lý tốt hơn để bảo vệ quyền, lợi ích chính đáng của người thứ ba ngay tình. Vì “đối với tài sản là động sản không đăng ký quyền sở hữu thì không thể có căn cứ xác định là tài sản đó thuộc quyền sở hữu của ai, do vậy nếu người cầm cố, thế chấp đem tài sản của

người khác cầm cố, thế chấp như tài sản thuê, mượn hoặc người cầm cố, thế chấp là người ngay tình trong hợp đồng mua tài sản thì bên nhận bảo đảm là người ngay tình. Theo nguyên tắc bảo vệ người thứ ba ngay tình thì người nhận bảo đảm cần được bảo vệ”⁴. Mặt khác, quy định trên cũng đã chính thức thừa nhận trường hợp một người sử dụng tài sản để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ cho người khác trong quan hệ cầm cố, thế chấp vốn chưa được quy định rõ ràng trong BLDS năm 2005 và đã gặp không ít khó khăn hoặc nhầm lẫn giữa biện pháp bảo lãnh và thế chấp tài sản trong quá trình áp dụng pháp luật thời gian qua.

Điểm đáng lưu ý, góp phần tạo ra tính “thanh khoản” (khả năng chuyển nhượng) của tài sản cầm cố, thế chấp là tại Điều 332 Dự thảo đã cho phép việc bán, thay thế, trao đổi, tặng cho, cho thuê, cho mượn tài sản cầm cố, thế chấp khi có thỏa thuận giữa các bên hoặc thế chấp, cầm cố hàng hóa luân chuyển trong quá trình sản xuất, kinh doanh.

Bên cạnh đó, tại Điều 346 Dự thảo cũng đã có quy định tách bạch giữa thời điểm xác lập quan hệ thế chấp (có hiệu lực đối với các bên trong quan hệ thế chấp) và thời điểm đăng ký giao dịch thế chấp (có hiệu lực đối kháng đối với bên thứ ba). Cách tiếp cận này là tiến bộ hơn so với quy định của BLDS năm 2005. Theo đó, không quy định về xác lập thế chấp mà chỉ quy định về đăng ký giao dịch bảo đảm (Điều 323). Quy định như BLDS năm 2005 chưa bao quát hết các trường hợp thế chấp động sản không buộc phải đăng ký giao dịch bảo đảm dễ dẫn đến quyền lợi các bên không được bảo vệ một cách thỏa đáng.

Bốn là, vấn đề hiệu lực đối kháng đối với bên thứ ba của BPBĐ cũng được quy định cụ thể hơn. Trong Dự thảo, vấn đề hiệu lực

4 Xem: Bộ Tư pháp, Những nội dung cơ bản của Phần thứ ba “nghĩa vụ và hợp đồng” - Dự thảo BLDS (sửa đổi), tại: <http://moj.gov.vn/dtbls/Pages/tai-lieu-lien-quan.aspx?ItemID=276>. Truy cập ngày 10/4/2015.

đối kháng đối với bên thứ ba được tách ra thành một Điều riêng để quy định (Điều 326); trong khi BLDS năm 2005, vấn đề này được điều chỉnh tại khoản 3 Điều 323. Về nội dung cũng có sự khác biệt khá lớn. Nếu BLDS năm 2005 quy định: “Trường hợp giao dịch bảo đảm được đăng ký theo quy định của pháp luật thì giao dịch bảo đảm đó có giá trị pháp lý đối với người thứ ba, kể từ thời điểm đăng ký” thì Dự thảo lại quy định: “Khi BPBĐ phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba theo quy định của Bộ luật này, luật khác có liên quan thì bên nhận bảo đảm được quyền theo đuổi tài sản bảo đảm, quyền ưu tiên thanh toán và quyền xử lý trực tiếp tài sản bảo đảm”. Rõ ràng, cách quy định như trong Dự thảo sẽ bảo đảm quyền và lợi ích của bên nhận bảo đảm một cách tốt hơn, không những thể hiện ở quyền ưu tiên thanh toán mà còn là quyền theo đuổi (yêu cầu giao tài sản từ người thứ ba đang nắm giữ phát sinh từ hợp đồng thuê, mượn...) và xử lý trực tiếp tài sản bảo đảm.

Năm là, thứ tự ưu tiên thanh toán tài sản bảo đảm cũng được quy định chặt chẽ theo hướng minh bạch và công bằng hơn. Một trong những điểm tiên bộ nổi bật của các quy định về BPBĐ trong Dự thảo lần này là việc nhà làm luật quy định khá chi tiết và cụ thể, dự liệu được nhiều trường hợp phát sinh trong thực tế đời sống, đảm bảo tính công bằng giữa các BPBĐ, đặc biệt giữa biện pháp cầm cố (không yêu cầu phải đăng ký giao dịch bảo đảm) và biện pháp thế chấp quyền sử dụng đất, nhà ở ... (yêu cầu bắt buộc phải đăng ký giao dịch bảo đảm) mà trong BLDS năm 2005 đã tạo sự bất bình đẳng đáng kể khi xử lý tài sản bảo đảm cùng được sử dụng để cầm cố, thế chấp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ. Các nhóm thứ tự ưu tiên thanh toán theo quy định tại Điều 327 Dự thảo bao gồm: 1) thứ tự ưu tiên thanh toán giữa các bên cùng nhận một tài sản bảo đảm; 2) thứ tự ưu tiên thanh toán giữa bên nhận bảo đảm với bên có quyền cầm giữ; 3) thứ tự ưu tiên thanh

toán giữa bên nhận bảo đảm với bên bán có bảo lưu quyền sở hữu; 4) thứ tự ưu tiên thanh toán giữa các bên cùng nhận bảo lãnh và giữa bên nhận bảo lãnh với bên nhận bảo đảm bằng tài sản; 5) thứ tự ưu tiên thanh toán giữa bên nhận bảo đảm với người được thi hành án dân sự và 6) thứ tự ưu tiên thanh toán của bên nhận bảo đảm trong trường hợp phá sản doanh nghiệp.

Ngoài những điểm mới nêu trên, trong Dự thảo cũng còn nhiều quy định mang tính đột phá, thiết lập cơ sở pháp lý đầy đủ và an toàn hơn trong việc áp dụng các BPBĐ trên cơ sở đúc rút từ thực tiễn và kinh nghiệm quốc tế. Đó là việc quy định về “tài sản bảo đảm” tại Điều 324 vốn có nội hàm rộng hơn khái niệm “vật bảo đảm” được quy định tại Điều 320 BLDS năm 2005; vấn đề tài sản bảo đảm có thể là tài sản hình thành trong tương lai (khoản 1 và khoản 3 Điều 324), tài sản cầm cố là quyền đòi nợ (Điều 337), tài sản cầm cố là chứng khoán, công cụ chuyên nhượng, giấy tờ có giá và thẻ tiết kiệm (Điều 338); các trường hợp thế chấp tài sản đặc thù như: thế chấp quyền sử dụng đất mà không thế chấp tài sản gắn liền với đất (Điều 352), thế chấp tài sản gắn liền với đất mà không thế chấp quyền sử dụng đất (Điều 353); quy định các BPBĐ thực hiện nghĩa vụ mới như: cầm giữ tài sản (Điều 354 đến Điều 358), biện pháp bảo lưu quyền sở hữu (Điều 359 đến Điều 363) ...

3. Một số bất cập của các quy định về biện pháp bảo đảm trong Dự thảo và đề xuất hoàn thiện

Mặc dù đã đạt được nhiều tiến bộ theo hướng bám sát các yêu cầu của thực tế đời sống kinh doanh - thương mại và giao lưu dân sự ngày càng phong phú và đa dạng ở nước ta cũng như từng bước tiếp cận với thông lệ quốc tế, nhưng theo đánh giá của chúng tôi, các quy định về BPBĐ thực hiện nghĩa vụ trong Dự thảo BLDS (sửa đổi) vẫn còn nhiều bất cập, chưa hoàn thiện gây khó

khẩn trong quá trình thực thi và áp dụng (nếu được thông qua) nên cần tiếp tục trao đổi, thảo luận. Chúng tôi xin đề cập đến một số bất cập sau đây:

Thứ nhất, quy định tài sản bảo đảm.

Điều 324 Dự thảo quy định về tài sản bảo đảm như sau: “1) tài sản bảo đảm có thể là tài sản hiện có hoặc tài sản hình thành trong tương lai; 2) tài sản hiện có là tài sản đã hình thành tại thời điểm ký kết hợp đồng bảo đảm; 3) tài sản hình thành trong tương lai là tài sản hình thành sau thời điểm ký kết hợp đồng bảo đảm; 4) tài sản bảo đảm là tài sản thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm hoặc tài sản thuộc sở hữu của người khác nhưng bên bảo đảm có quyền được dùng để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ theo thỏa thuận hoặc theo quy định của luật; 5) tài sản bảo đảm có thể được mô tả chung, nhưng phải xác định được tài sản”.

Chúng tôi cho rằng, việc Dự thảo sử dụng thuật ngữ “tài sản bảo đảm” thay cho thuật ngữ “vật bảo đảm nghĩa vụ dân sự” được sử dụng trong BLDS năm 2005 (Điều 320) là một thành công đáng kể. Vì khái niệm “tài sản” rộng hơn rất nhiều so với khái niệm “vật”, do đó việc sử dụng thuật ngữ “tài sản” đã mở ra cơ hội đa dạng hóa các loại tài sản là đối tượng của giao dịch bảo đảm, qua đó thúc đẩy giao lưu dân sự. Điều 122 Dự thảo quy định: “Tài sản có thể là vật, tiền, giấy tờ có giá, quyền tài sản đối với các đối tượng sở hữu trí tuệ và các quyền tài sản khác. Tài sản bao gồm bất động sản và động sản”. Trong khi đó, “vật” được mô tả như một thực thể tồn tại trong thế giới khách quan với đặc tính vật lý là “định hình ở dạng thể rắn, thể lỏng, thể khí và các dạng khác mà con người có thể nắm giữ, chi phối” (Điều 124 Dự thảo). So với quy định tại Điều

320 BLDS năm 2005, Dự thảo đã đưa ra khái niệm chính thức về tài sản hiện có và tài sản hình thành trong tương lai. Đặc biệt, Dự thảo bãi bỏ điều kiện đã trở thành nguyên tắc trong BLDS năm 2005 là tài sản bảo đảm phải thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm, thay vào đó là việc cho phép “tài sản bảo đảm là tài sản thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm hoặc tài sản thuộc sở hữu của người khác nhưng bên bảo đảm có quyền được dùng để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ theo thỏa thuận hoặc theo quy định của luật”. Cách tiếp cận này phù hợp với thông lệ quốc tế và lý thuyết về vật quyền là một trong những tư tưởng chủ đạo làm cơ sở để sửa đổi, bổ sung BLDS lần này⁵. Tuy nhiên, sau khi nghiên cứu quy định tại Điều 324 Dự thảo chúng tôi thấy còn một số điểm hạn chế trong quy định này như sau:

i) Cần mở rộng danh mục các loại tài sản mang tính chất đặc thù như: quyền tài sản (quyền sử dụng đất, quyền đòi nợ, quyền nhận một khoản tiền bảo hiểm, các quyền liên quan đến sở hữu trí tuệ ...), chứng khoán, giấy tờ có giá, các công cụ chuyển nhượng, thẻ và sổ tiết kiệm... Mặc dù, một số loại tài sản nêu trên cũng đã được quy định là đối tượng bảo đảm trong quan hệ cầm cố, thế chấp trong Dự thảo (các Điều 337, 338, 352 và 353) nhưng chúng tôi cho rằng, với tư cách là một điều khoản quy định chung về tài sản, Điều 324 Dự thảo cần làm rõ và cụ thể hơn về các loại tài sản có thể làm đối tượng bảo đảm thực hiện nghĩa vụ.

ii) Cần làm rõ điều kiện và BPBĐ mà tài sản hình thành trong tương lai có thể trở thành đối tượng bảo đảm thực hiện nghĩa vụ. Theo khoản 3 Điều 324 thì “tài sản hình thành trong tương lai là tài sản hình thành sau thời điểm ký kết hợp đồng bảo đảm”.

5 Chi tiết, xem: Bộ Tư pháp, Chuyên đề 3, Những nội dung cơ bản của Phần thứ hai “Quyền sở hữu và các vật quyền khác” - Dự thảo BLDS (sửa đổi), tại: <http://moj.gov.vn/dtbls/Pages/tai-lieu-lien-quan.aspx?ItemID=275>. Truy cập ngày 10/4/2015.

Theo chúng tôi, quy định này là phù hợp với cách tiếp cận của lý thuyết vật quyền nên khái niệm tài sản hình thành trong tương lai được rút ngắn hơn nhiều so với Nghị định số 11/2012/NĐ-CP ngày 22/02/2012 của Chính phủ về sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 163/2006/NĐ-CP ngày 29/12/2006 của Chính phủ về giao dịch bảo đảm. Theo đó, tài sản hình thành trong tương lai bao gồm: a) tài sản được hình thành từ vốn vay; b) tài sản đang trong giai đoạn hình thành hoặc đang được tạo lập hợp pháp tại thời điểm giao kết giao dịch bảo đảm; và c) tài sản đã hình thành và thuộc đối tượng phải đăng ký quyền sở hữu, nhưng sau thời điểm giao kết giao dịch bảo đảm thì tài sản đó mới được đăng ký theo quy định của pháp luật. Tài sản hình thành trong tương lai không bao gồm quyền sử dụng đất⁶. Có thể dễ dàng thấy rằng, cách tiếp cận của khái niệm tài sản hình thành trong tương lai trong Nghị định số 11/NĐ-CP/2012 là không dựa trên lý thuyết về vật quyền mà có nền tảng bắt đầu từ nguyên tắc cứng nhắc trong BLDS năm 2005 là tài sản bảo đảm phải thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm. Với cách tiếp cận mới thì những tài sản nào chưa tồn tại tại thời điểm giao kết hợp đồng bảo đảm là tài sản hình thành trong tương lai. Vậy vấn đề đặt ra là nếu chưa hình thành thì không thể là đối tượng để chuyển giao nên tài sản hình thành trong tương lai không thể dùng làm tài sản bảo đảm trong biện pháp cầm cố mà chỉ có thể là tài sản bảo đảm trong biện pháp thế chấp. Ở góc độ này, chúng tôi chia sẻ với quan điểm cho rằng, tài sản hình thành trong tương lai không thể là đối tượng của mọi BPBĐ⁶.

Ngoài ra, nếu tiếp cận từ lý thuyết vật quyền và quy định tại Điều 335 và Điều 344

Dự thảo thì tài sản bảo đảm không nhất thiết thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm. Tuy nhiên, bên bảo đảm phải chứng minh có quyền tài sản đối với vật đó. Xét về tính chất, tài sản hình thành trong tương lai do chưa hình thành nên chưa thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm. Vậy vấn đề đặt ra là bên bảo đảm phải chứng minh quyền tài sản của mình đối với tài sản hình thành trong tương lai như một điều kiện bắt buộc mới được sử dụng làm tài sản bảo đảm. Quyền tài sản đó có thể là: quyền được mua, được cho thuê, cho mượn, quyền được tặng cho ... trên cơ sở những bằng chứng cụ thể.

Từ những phân tích trên đây, chúng tôi đề nghị bổ sung quy định tại Điều 324 Dự thảo về điều kiện để tài sản hình thành trong tương lai trở thành đối tượng của giao dịch bảo đảm và xác định rõ là tài sản hình thành trong tương lai không áp dụng cho biện pháp cầm cố tài sản.

Thứ hai, cần thống nhất sử dụng thuật ngữ “hợp đồng bảo đảm” hay “giao dịch bảo đảm” trong Dự thảo. Nếu đọc kỹ các điều khoản quy định trong Dự thảo thì chúng ta dễ dàng nhận ra sự bất nhất trong việc sử dụng thuật ngữ. Ví dụ, tại Điều 324 thì thuật ngữ “hợp đồng bảo đảm” được sử dụng để chỉ hình thức xác lập các quan hệ bảo đảm, trong khi đó, tại Điều 327 Dự thảo lại dùng thuật ngữ “giao dịch bảo đảm” để chỉ thời điểm xác lập các quan hệ này. Thuật ngữ “giao dịch bảo đảm” cũng được sử dụng trong BLDS năm 2005 và các Nghị định số 163/2006/NĐ-CP, Nghị định số 11/2012/NĐ-CP và một số văn bản khác hướng dẫn về giao dịch bảo đảm. Thuật ngữ này cũng được sử dụng rộng rãi trong khoa học pháp lý và các giáo trình, tài liệu học tập trong các trường đại học có đào tạo luật. Hơn thế nữa, hiện nay thuật ngữ

⁶ Xem: Lê Minh Hùng, *tlđd*, tr. 23.

“giao dịch bảo đảm” cũng được sử dụng phổ biến trong thực tiễn áp dụng pháp luật. Theo Điều 121 BLDS năm 2005, thì giao dịch dân sự là hợp đồng hoặc hành vi pháp lý đơn phương làm phát sinh, thay đổi hoặc chấm dứt quyền và nghĩa vụ dân sự. Khái niệm hợp đồng dân sự cũng được quy định tại Điều 388 BLDS năm 2005. Theo đó, hợp đồng dân sự là sự thỏa thuận giữa các bên về việc xác lập, thay đổi hoặc chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự. Từ các khái niệm trên cho thấy, “giao dịch dân sự” có nội hàm rộng hơn “hợp đồng dân sự”. Trong thực tế, các quan hệ bảo đảm đều được xác lập trên cơ sở thỏa thuận giữa các bên (tức dưới hình thức hợp đồng) và hầu như không tồn tại việc các quan hệ bảo đảm được xác lập thông qua hành vi pháp lý đơn phương. Một vài công trình nghiên cứu cũng có kết luận tương tự. Theo tác giả Đỗ Văn Đại, “các BPBĐ được BLDS quy định thực chất là các BPBĐ được hình thành trên cơ sở thỏa thuận; không có BPBĐ nào BLDS dự liệu sẵn mà không cần sự thỏa thuận của các bên”⁷.

Theo quan điểm của chúng tôi, mặc dù sử dụng thuật ngữ “hợp đồng bảo đảm” hay “giao dịch bảo đảm” cũng không ảnh hưởng nhiều đến nội dung, hình thức của quan hệ bảo đảm nhưng để bảo đảm tính thống nhất và phù hợp với bản chất của quan hệ bảo đảm thì Dự thảo cần sử dụng thống nhất thuật ngữ “hợp đồng bảo đảm”. Đồng thời, Dự thảo cũng nên bổ sung khái niệm về hợp đồng bảo đảm để tránh nhầm lẫn với khái niệm BPBĐ. Trong đó, BPBĐ được xem là biện pháp để các bên lựa chọn hoặc do pháp luật quy định để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự và hợp đồng bảo đảm là hình thức xác lập, thay đổi hoặc chấm dứt quyền, nghĩa vụ các bên trong quan hệ bảo đảm được thiết lập dựa trên một biện pháp cụ thể.

Thứ ba, xác lập quyền cầm cố đối với việc cầm cố chứng khoán, thẻ tiết kiệm. Khoản 3 Điều 336 Dự thảo quy định: “Việc cầm cố chứng khoán, thẻ tiết kiệm có hiệu lực đối kháng với người thứ ba kể từ thời điểm tổ chức phát hành loại giấy tờ đó nhận được thông báo về việc cầm cố”. Chúng tôi cho rằng, không nên gộp chung vào một quy định để điều chỉnh vấn đề xác lập quyền cầm cố và hiệu lực đối kháng đối với bên thứ ba của hoạt động cầm cố chứng khoán và thẻ tiết kiệm. Vì đây là những loại tài sản hoàn toàn có những đặc tính khác biệt nhau. Đặc tính của chứng khoán bao gồm tính giá trị, tính chuyển nhượng (tính thanh khoản), tính rủi ro và tính sinh lời. Do vậy, chứng khoán là một loại hàng hóa có quá trình phát hành, giao dịch phải tuân thủ các quy định của pháp luật chứng khoán. Ngược lại, thẻ tiết kiệm là bằng chứng xác nhận việc người nắm giữ nó đã gửi một khoản tiền nhất định, với một lãi suất và thời hạn nhất định tại một tổ chức tín dụng và không được xem là chứng khoán vì không có tính thanh khoản và không phải là một loại hàng hóa. Thẻ tiết kiệm chỉ là bằng chứng xác nhận quyền sở hữu đối với một khoản tiền được gửi tại tổ chức tín dụng. Cho nên, về bản chất đối tượng tài sản bảo đảm thực hiện nghĩa vụ phải là số tiền tiết kiệm được thẻ tiết kiệm xác nhận cùng với lãi suất phát sinh từ nó chứ không phải là thẻ tiết kiệm. Trường hợp này cũng giống như đối tượng bảo đảm thực hiện nghĩa vụ là căn nhà cụ thể chứ không phải là giấy chứng nhận quyền sở hữu căn nhà đó. Vì vậy, cần xây dựng những nguyên tắc riêng đối với việc cầm cố khoản tiền gửi ở tổ chức tín dụng được xác nhận bởi thẻ tiết kiệm.

Ngoài ra, việc Dự thảo quy định cầm cố chứng khoán có hiệu lực đối kháng với người thứ ba kể từ thời điểm tổ chức phát hành

⁷ Xem: Đỗ Văn Đại (2014), *Một số vấn đề cơ bản về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự*, Tài liệu Hội thảo quốc tế “BPBĐ thực hiện nghĩa vụ dân sự”, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh, tr. 33.

GÓP Ý HOÀN THIỆN DỰ THẢO BỘ LUẬT DÂN SỰ (SỬA ĐỔI)

nhận được thông báo về việc cầm cố cần phải được xem xét lại. Quy định như vậy chỉ có thể thực hiện được trong trường hợp tổ chức phát hành chưa phải là công ty đại chúng và chưa phải là công ty niêm yết. Theo quy định hiện hành của pháp luật chứng khoán, chứng khoán của các công ty đại chúng và công ty niêm yết phải được lưu ký tập trung tại Trung tâm lưu ký chứng khoán và do vậy, Trung tâm lưu ký chứng khoán là nơi quản lý sổ cổ đông thực hiện chức năng đăng ký quyền sở hữu chứng khoán chứ không phải là tổ chức phát hành. Mặt khác, chứng khoán niêm yết phải giao dịch thông qua tài khoản được mở tại các công ty chứng khoán, trong đó có giao dịch cầm cố chứng khoán. Vì lẽ đó, các chủ thể tham gia vào giao dịch cầm cố chứng khoán niêm yết bao gồm: nhà đầu tư, các công ty chứng khoán và Trung tâm lưu ký chứng khoán. Phân tích trên đây đã cho thấy sự cần thiết quy định về việc xác lập quyền cầm cố và hiệu lực đối kháng với bên thứ ba trong cầm cố chứng khoán phải được chia thành hai trường hợp: i) đối với chứng khoán của tổ chức phát hành chưa phải là công ty đại chúng và chưa phải là công ty niêm yết; ii) đối với chứng khoán của công ty đại chúng và đã niêm yết trên Sở giao dịch chứng khoán. Sự dự liệu chi tiết các tình huống phát sinh sẽ giúp cho các quy định của Dự thảo trở nên gần hơn với thực tế đời sống và tính khả thi cũng sẽ được bảo đảm.



Đại biểu Lương Minh Tuấn phát biểu tại Hội thảo.

Thứ tư, biện pháp cầm giữ tài sản. Thật ra, các quan hệ phát sinh từ việc cầm giữ tài sản đã được BLDS năm 2005 điều chỉnh tại Điều 416. Khái niệm cầm giữ tài sản trong BLDS năm 2005 cũng không có sự khác biệt đáng kể so với các quy định về cầm giữ tài sản trong Dự thảo (từ Điều 354 đến Điều 358). Sự khác biệt ở đây là cách tiếp cận. Nếu BLDS năm 2005 xem việc cầm giữ tài

sản là một quyền của bên có quyền “độc” cầm giữ tài sản khi bên có nghĩa vụ không thực hiện nghĩa vụ hoặc thực hiện nghĩa vụ không đúng theo thỏa thuận

nhằm mục đích gây áp lực buộc bên có nghĩa vụ thực hiện đúng nghĩa vụ của mình thì Dự thảo xem cầm giữ tài sản là một BPBĐ thực hiện nghĩa vụ. Và như đã phân tích ở trên, các BPBĐ thực hiện nghĩa vụ phải được hình thành trên cơ sở thỏa thuận dưới một hình thức pháp lý nhất định là hợp đồng. Tuy nhiên, trong Dự thảo lại không quy định rõ điều này nên có thể gây hiểu nhầm đây là một biện pháp đương nhiên không cần thỏa thuận. Và như thế có nghĩa là cầm giữ tài sản lại được hiểu theo cách của BLDS năm 2005 chứ không phải là một BPBĐ. Trên cơ sở đó, chúng tôi đề nghị Điều 354 Dự thảo cần bổ sung thêm quy định: “việc cầm giữ tài sản phải được lập thành văn bản”. Dĩ nhiên là văn bản này có thể lập chung cùng các điều khoản khác trong hợp đồng song vụ hoặc được lập một cách độc lập ■

Bàn thêm về điều chỉnh hợp đồng KHI HOÀN CẢNH THAY ĐỔI

ĐỖ VĂN ĐẠI*

Dự thảo sửa đổi Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2005 (Dự thảo) đang lấy ý kiến toàn dân có một điều luật mới là Điều 443 về Điều chỉnh hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi trong phần về Thực hiện hợp đồng. Đây là 1 trong 10 vấn đề Chính phủ xin ý kiến toàn dân. Cụ thể, theo Điều 443 Dự thảo:

“1. Trường hợp hoàn cảnh thay đổi dẫn đến quyền, lợi ích của một trong các bên bị ảnh hưởng nghiêm trọng thì *cho phép các bên* điều chỉnh hợp đồng.

2. Hoàn cảnh thay đổi dẫn tới điều chỉnh hợp đồng được xác lập khi xảy ra các sự kiện làm thay đổi cơ bản sự cân bằng giữa lợi ích của các bên và bảo đảm các điều kiện sau đây:

a) Hoàn cảnh thay đổi sau khi hợp đồng đã được giao kết;

b) Việc hoàn cảnh thay đổi là không thể lường trước được một cách hợp lý vào thời điểm giao kết hợp đồng;

c) *Rủi ro phát sinh từ việc thay đổi hoàn cảnh không phải là rủi ro mà bên bị ảnh hưởng đáng phải gánh chịu.*

3. Trường hợp các bên không đạt được thỏa thuận trong một khoảng thời gian hợp lý thì *tòa án* có thể:

a) Chấm dứt hợp đồng vào ngày và theo những điều khoản do *tòa án* quyết định;

b) Điều chỉnh hợp đồng để phân chia cho các bên các thiệt hại và lợi ích phát sinh từ việc thay đổi hoàn cảnh một cách công bằng và bình đẳng.

Tùy theo từng trường hợp, tòa án có thể buộc bên từ chối đàm phán hoặc phá vỡ đàm phán một cách không thiện chí, trung thực phải bồi thường thiệt hại”.

Ví dụ để minh họa

Để hiểu rõ hơn Dự thảo, nhất là điểm yếu của Dự thảo cũng như đề xuất hoàn thiện Dự thảo, chúng ta cùng nhau xem hai vụ việc đã gặp phải trong thực tiễn xét xử tại Việt Nam (một vụ việc tại Trung tâm trọng tài quốc tế Việt Nam - VIAC và một vụ việc tại Tòa án nhân dân). Cả hai vụ việc này đều liên quan đến nhu cầu thay đổi giá đã được các bên thỏa thuận trong hợp đồng (chủ đề chính của việc áp dụng cơ chế điều chỉnh hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi¹).

* PGS, TS. Trưởng khoa Luật Dân sự, Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh, Trọng tài viên - Phó Chủ tịch Hội đồng Khoa học pháp lý của Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam (VIAC).

1 Trong các công trình được công bố về điều chỉnh hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi mà chúng tôi biết, các vụ việc được nghiên cứu tập trung vào điều chỉnh lại giá mà các bên đã thỏa thuận trước khi có thay đổi hoàn cảnh.

Vụ việc thứ nhất: Công ty Việt Nam (bên mua) và Công ty nước ngoài (bên bán) đã ký một Hợp đồng 5 năm với nội dung mua bán hàng hóa cho từng năm và mỗi năm với số lượng cụ thể, giá cụ thể (cùng với thỏa thuận chọn VIAC). Sau đó, các bên tranh chấp với nhau và đưa tranh chấp ra VIAC xuất phát từ việc các bên không đạt được thỏa thuận từ việc giá của hàng hóa năm thứ 3 trên thị trường chỉ còn bằng 1/3 giá nêu trong hợp đồng (bên bán yêu cầu giữ nguyên giá trong hợp đồng còn bên mua yêu cầu giá mới do giá trên thị trường đã giảm còn bằng 1/3 giá trong hợp đồng đã ký trước đó 03 năm).

Vụ việc thứ hai: Năm 1992, ông Thiết và bà Lới đăng ký mua một kiốt của ông Sơn và bà Thìn với giá 7,8 triệu đồng và bên mua đã thanh toán được 4,8 triệu đồng (tức còn thiếu 3 triệu đồng) và nhận kiốt. Sau đó, các bên có tranh chấp và năm 2006 (14 năm sau), Tòa án xác định thỏa thuận mua bán trên “là hợp pháp, các bên có nghĩa vụ tiếp tục thực hiện”².

Vấn đề cần nghiên cứu

Điều chỉnh hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi là trường hợp xuất hiện những sự kiện không lường trước được, không làm cho hợp đồng không thể thực hiện được nhưng khi thực hiện thì bên phải thực hiện sẽ tốn kém hơn rất nhiều so với dự tính hay bên nhận thực hiện có được giá trị thấp hơn rất nhiều so với dự tính. Ở đây, khác với xuất hiện sự kiện bất khả kháng làm cho hợp đồng không thể thực hiện được, hoàn cảnh trong cơ chế mà chúng ta đang nghiên cứu không nghiêm trọng tới mức đó nhưng nếu thực hiện thì một bên bị thiệt thòi so với bên còn lại: Hợp đồng vẫn có thể thực hiện nhưng bất công

bằng xuất hiện với một bên và có lợi cho bên còn lại³.

Từ khi Dự thảo được đưa ra lấy ý kiến toàn dân, đã có nhiều ý kiến về quy định mới này. Tựu chung lại, có hai nhóm ý kiến về Dự thảo. Cụ thể, nhóm ý kiến thứ nhất liên quan đến câu hỏi là nên hay không có quy định về điều chỉnh hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi? Nhóm ý kiến thứ hai liên quan đến câu hỏi quy định như Dự thảo đã ổn chưa?

Chúng ta lần lượt đi vào trả lời hai câu hỏi trên thông qua hai phần tách bạch nhau.

I- Sự cần thiết của quy định về hoàn cảnh thay đổi

Qua nghiên cứu tại Việt Nam và tham khảo kinh nghiệm nước ngoài, chúng tôi nhận thấy quy định cho phép điều chỉnh lại hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi là cần thiết để loại bỏ bất công bằng giữa các bên (1), có tiền lệ và phù hợp với các nguyên tắc cơ bản của Việt Nam (2) đồng thời tương thích với xu hướng chung của thế giới hiện nay (3).

1) Loại bỏ bất công bằng giữa các bên

Áp dụng đúng hợp đồng. Hiện nay, chúng ta chưa có quy định mang tính khái quát cho việc điều chỉnh lại các hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi. Do đó, nếu theo đúng nguyên tắc, các bên phải tuân thủ hợp đồng như đã giao kết trên cơ sở quy định theo đó “Cam kết, thỏa thuận hợp pháp có hiệu lực bắt buộc thực hiện đối với các bên và phải được cá nhân, pháp nhân, chủ thể khác tôn trọng” (Điều 4 BLDS hiện hành và được giữ lại trong Dự thảo). Nói cách khác, nếu không có quy định cho phép điều chỉnh lại hợp đồng, chúng ta phải áp dụng quy định vừa nêu và bất công bằng sẽ xuất hiện.

2 Về vụ việc này, xem thêm Đỗ Văn Đại: *Luật nghĩa vụ dân sự và bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự Việt Nam*, Nxb. Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 2014 (xuất bản lần thứ 2), Bản án số 37-39.

3 Chúng ta sẽ thấy pháp luật Colombia chấp nhận cho điều chỉnh lại hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi và, theo Tham chính Viện Colombia, « những sự kiện không lường trước được, xuất hiện sau khi giao kết hợp đồng phải làm cho việc thực hiện nghĩa vụ của bên yêu cầu điều chỉnh tốn kém hơn. Tuy nhiên, trong mọi trường hợp, các sự kiện này không làm cho việc thực hiện nghĩa vụ trở thành không thể. Trong trường hợp ngược lại, các sự kiện này sẽ thuộc trường hợp bất khả kháng » (xem F. Hinestrosa: *Rapport colombien-Révision du contrat*, in *Le Contrat*, Nxb. Société de législation comparée 2008, tr. 536).

Bất công bằng khi áp dụng đúng hợp đồng. Với hướng thực hiện đúng hợp đồng như đã cam kết, chúng ta sẽ thấy bất công bằng giữa các bên.

Cụ thể, theo hướng trên, trong vụ việc thứ nhất thì bên mua Việt Nam phải thực hiện đúng hợp đồng là nhận đúng số lượng đã cam kết cho năm thứ ba với giá đã được nêu cho năm thứ ba được các bên thỏa thuận trước đó 03 năm. Ở đây, phía Việt Nam bị bất lợi rất lớn vì với số tiền như thỏa thuận trong hợp đồng, bên mua Việt Nam có thể mua được hàng hóa tương đương trên thị trường với khối lượng gấp 3 lần số lượng đã nêu trong hợp đồng.

Nếu trong vụ việc trên, chúng ta thấy bất công bằng cho bên mua thì, trong vụ việc thứ hai, chúng ta thấy có bất công bằng cho bên bán: Nếu áp dụng đúng hợp đồng thì bên mua chỉ phải trả 3 triệu đồng như đã nêu trong thỏa thuận nhưng giá trị của 3 triệu đồng được thỏa thuận năm 1992 không còn cùng ý nghĩa ở năm 2006. Vì vậy, khi không cho điều chỉnh lại hợp đồng, bên bán chỉ được nhận tiếp 03 triệu đồng với giá trị rất thấp và điều này cho thấy sự bất công bằng cho bên bán.

Loại bỏ bất công bằng. Nếu chúng ta cho phép điều chỉnh lại hợp đồng (tức không buộc thực hiện hợp đồng như đang tồn tại trước việc thay đổi hoàn cảnh bằng cách thay đổi hợp đồng hay chấm dứt hợp đồng như Dự thảo đang quy định⁴), chúng ta loại

trừ được bất công bằng nêu trên và có thể vẫn duy trì được quan hệ hợp đồng giữa các bên nếu hợp đồng được điều chỉnh lại⁵.

Cụ thể, *đối với vụ việc thứ nhất*, nếu cho phép điều chỉnh lại hợp đồng, chúng ta sẽ có kết quả là các bên vẫn tiếp tục duy trì hợp đồng cho năm thứ ba và những năm tiếp theo. Đồng thời giá mà bên mua Việt Nam phải trả sẽ không là giá trong hợp đồng nữa (quá cao so với thực tế thị trường vì gấp 3 lần giá thị trường) mà giá sẽ tương đồng với giá thị trường ở thời điểm thực hiện hợp đồng.

Còn đối với vụ việc thứ hai, nếu chúng ta cho phép điều chỉnh lại hợp đồng, chúng ta có kết quả là bên bán không nhận 03 triệu đồng nữa và chúng ta sẽ xem giá trị của 03 triệu đồng năm 1992 là bao nhiêu và quy đổi lại ở năm 2006. Với hướng này, bên bán sẽ không nhận 03 triệu đồng mà sẽ nhận khoản tiền cao hơn vì giá cả nói chung cũng như giá trị kiốt không còn là 7,8 triệu nữa mà cao hơn rất nhiều sau 14 năm kể từ ngày hợp đồng được xác lập.

2) Đã có tiền lệ và phù hợp với nguyên tắc thiện chí

Tồn tại tiền lệ. Trong hệ thống văn bản hiện hành, chúng ta đã có quy định cho phép điều chỉnh hợp đồng khi hoàn cảnh giữa thời điểm xác lập hợp đồng và hoàn cảnh ở thời điểm thực hiện hợp đồng đã thay đổi làm ảnh hưởng lớn tới quyền lợi của các bên. Ví dụ điển hình đối với việc cho phép điều

4 Tòa án tối cao Pháp đang theo hướng ghi nhận không buộc tiếp tục thực hiện hợp đồng ban đầu khi hoàn cảnh đã thay đổi. Chẳng hạn, trong tranh chấp liên quan đến một hợp đồng bảo trì máy với thời hạn 12 năm và giá bảo trì hàng năm được ấn định trong hợp đồng (được xác lập năm 1998), bên thuê bảo trì (Công ty SEC) yêu cầu Tòa án buộc bên nhận bảo trì tiếp tục thực hiện hợp đồng và yêu cầu này đã được Tòa phúc thẩm chấp nhận. Tuy nhiên, Tòa giám đốc thẩm của Pháp đã hủy án phúc thẩm với lý do «lẽ ra Tòa phúc thẩm phải xem xét sự thay đổi hoàn cảnh kinh tế và nhất là việc tăng giá của nguyên vật liệu và giá kim loại từ năm 2006 và tác động của chúng tới giá của các bộ phận thay thế có tác động làm cho kinh tế chung của hợp đồng như các bên đã mong muốn vào lúc ký hợp đồng tại tháng 12/1998 bất cân bằng trên cơ sở giá bảo trì mà Công ty SEC phải trả» (xem Cass. com., 29/6/2010, Petites affiches, 24/12/2010 n° 256, tr.7).

5 Phần sau cho thấy pháp luật Colombia cho phép điều chỉnh hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi và, theo Tham chính viện của Colombia, « khi xuất hiện những sự kiện không lường trước, vượt khỏi ý chí của các bên và sau khi hợp đồng được giao kết, việc áp dụng cứng nhắc nguyên tắc pacta sunt servata trở thành bất hợp lý. Vì lý do này, cần áp dụng thuyết về thay đổi hoàn cảnh » (xem F. Hinesrosa: Rapport colombien-Révision du contrat, tIdd, tr.536).

chỉnh hợp đồng là Luật Xây dựng: Luật này cho phép điều chỉnh hợp đồng⁶ và trong thực tế đã có trường hợp Trọng tài điều chỉnh hợp đồng trị giá khoảng 60 tỷ đồng theo hướng một bên phải trả thêm cho bên kia hơn 9 tỷ đồng⁷.

Thực ra, đối với trường hợp chưa có văn bản cho phép điều chỉnh lại hợp đồng như nêu trên, Tòa án trong thực tế cũng đã tự tiến hành điều chỉnh lại hợp đồng khi các bên có tranh chấp. Chẳng hạn, trong vụ việc thứ hai, Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao đã xét rằng “số tiền còn thiếu, bên mua là ông Thiết, bà Lới phải thanh toán cho bên bán là ông Sơn, bà Thìn theo thời giá (kiốt phải được định giá để ông Thiết, bà Lới thanh toán theo giá mới phần chưa thanh toán theo tỷ lệ tương ứng”.

Ở đây, Tòa án nhân dân tối cao theo hướng cần phải định giá lại kiốt có tranh chấp và bên mua phải thanh toán phần chưa thanh toán theo tỷ lệ tương ứng. Ví dụ, nếu giá trị tài sản có tranh chấp được định giá lại với giá là 78 triệu đồng thì bên mua phải trả cho bên bán là $3/7,8 \times 78 = 30$ triệu đồng⁸.

Phù hợp với nguyên tắc thiện chí.

Thực ra, bên cạnh nguyên tắc tuân thủ hợp đồng như đã nêu ở phần đầu, chúng ta còn nguyên tắc khác cho phép chúng ta điều

chỉnh lại hợp đồng.

Đó là nguyên tắc thiện chí, theo đó “Trong quan hệ dân sự, các bên phải thiện chí, trung thực trong việc xác lập, thực hiện quyền, nghĩa vụ dân sự, không bên nào được lừa dối bên nào”. Quy định này (Điều 6 BLDS) vẫn được giữ lại trong Dự thảo và thực chất được kế thừa từ Điều 9 BLDS năm 1995 về Nguyên tắc thiện chí, trung thực “*Trong quan hệ dân sự, các bên phải thiện chí, trung thực, không chỉ quan tâm, chăm lo đến quyền, lợi ích hợp pháp của mình mà còn phải tôn trọng, quan tâm đến lợi ích của Nhà nước, lợi ích công cộng, quyền, lợi ích hợp pháp của người khác, giúp đỡ, tạo điều kiện cho nhau thực hiện quyền, nghĩa vụ dân sự, không bên nào được lừa dối bên nào; nếu một bên cho rằng bên kia không trung thực, thì phải có chứng cứ*”.

Việc điều lại hợp đồng như đã nói ở trên hoàn toàn tương thích với nguyên tắc thiện chí trong thực hiện hợp đồng vì, theo nguyên tắc thiện chí, mỗi bên “không chỉ quan tâm, chăm lo đến quyền, lợi ích hợp pháp của mình mà còn phải tôn trọng, quan tâm đến lợi ích của Nhà nước, lợi ích công cộng, quyền, lợi ích hợp pháp của người khác, giúp đỡ, tạo điều kiện cho nhau thực hiện quyền, nghĩa vụ dân sự”.

6 Luật Xây dựng năm 2003 có quy định tại điểm b khoản 1 Điều 109 rằng “Hợp đồng trong hoạt động xây dựng chỉ được điều chỉnh khi được người quyết định đầu tư cho phép trong các trường hợp sau đây: Khi Nhà nước thay đổi các chính sách có liên quan”. Quốc hội đã ban hành Luật Xây dựng mới năm 2014 và vẫn giữ lại quy định theo hướng cho phép điều chỉnh lại hợp đồng mà không cần có sự thỏa thuận của các bên tại Điều 143 theo đó “Điều chỉnh hợp đồng xây dựng gồm điều chỉnh về khối lượng, tiến độ, đơn giá hợp đồng và các nội dung khác do các bên thỏa thuận trong hợp đồng. Điều chỉnh hợp đồng xây dựng chỉ được áp dụng trong thời gian thực hiện hợp đồng. Các trường hợp được điều chỉnh hợp đồng xây dựng: a) Do các bên thỏa thuận trong hợp đồng phù hợp với các quy định của Luật này và pháp luật khác có liên quan; b) Khi Nhà nước thay đổi các chính sách làm ảnh hưởng trực tiếp đến việc thực hiện hợp đồng, trừ trường hợp các bên hợp đồng có thỏa thuận khác”.

7 Cụ thể, trong một phán quyết trọng tài của VIAC về hợp đồng xây dựng, Hội đồng trọng tài xác định “Hợp đồng và giá Hợp đồng được ký vào thời điểm chi phí nhân công, máy thi công (phần nhân công) đã được tính với mức lương tối thiểu vùng là 880.000đ/tháng”. Tuy nhiên, vẫn theo Hội đồng trọng tài, “trong thời gian thực hiện hợp đồng, Nhà nước đã có sự thay đổi chính sách, chế độ tiền lương thông qua việc Chính phủ đã ban hành hai Nghị định 108 và Nghị định 70 quy định mức lương tối thiểu vùng mới đối với người lao động áp dụng tại địa bàn Dự án là 1.200.000đ/tháng kể từ ngày 01/01/2011 đến ngày 30/9/2011 và 2.000.000đ/tháng kể từ ngày 01/10/2011 đến 31/12/2012 nên giá Hợp đồng cần phải được điều chỉnh”. Từ đó, Hội đồng trọng tài đã quyết định “buộc Bị đơn phải thanh toán cho Nguyên đơn giá trị điều chỉnh phần chi phí nhân công, chi phí máy thi công (phần nhân công) cho khối lượng công việc đã được nghiệp thu thanh toán từ 01/1/2011 đến ngày 30/6/2012 theo Hợp đồng là 9.710.429.000đ”.

8 Đây cũng là hướng được ghi nhận ở Colombia vì hệ thống này theo hướng « đối với những hợp đồng kéo dài trong thời gian và có nội dung gồm nghĩa vụ thanh toán một khoản tiền, để chấm dứt nghĩa vụ thanh toán, người có nghĩa vụ phải thanh toán khoản tiền đã được thống nhất và phần điều chỉnh tiền tệ » (xem F. Hinestrosa: Rapport colombien-Révision du contrat, in Le Contrat, Nxb. Société de législation comparée 2008, tr.536).

3) Phù hợp với xu hướng chung của thế giới

Cấp độ quốc tế. Một nghiên cứu so sánh được công bố năm 2010 cho thấy, phần lớn các hệ thống ghi nhận khả năng điều chỉnh lại hợp đồng⁹. Ở cấp độ quốc tế, chúng ta có 2 Bộ nguyên tắc về hợp đồng rất nổi tiếng và có ảnh hưởng nhiều trên thế giới. Đó là Bộ nguyên tắc Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế và Bộ nguyên tắc châu Âu về hợp đồng. Trong cả hai Bộ nguyên tắc này, chúng ta đều thấy có quy định cho phép điều chỉnh lại hợp đồng và theo các nhà bình luận, “việc quy định về thay đổi hoàn cảnh tương ứng với xu hướng hiện đại đề xuất trao cho Tòa án (Trọng tài) quyền điều tiết để giảm bớt những hà khắc của tự do hợp đồng và của hiệu lực ràng buộc của hợp đồng”¹⁰.

Cấp độ quốc gia. Ở cấp độ quốc gia, “một số hệ thống pháp luật ở châu Âu, theo luật hay án lệ, chấp nhận về nguyên tắc chung là hợp đồng có thể bị chấm dứt hay thay đổi khi việc giữ nguyên hợp đồng ban đầu kéo theo những hệ quả không thể chấp nhận được, không tương thích với pháp luật và công lý”¹¹.

Nhiều hệ thống đã luật hóa việc cho phép điều chỉnh lại hợp đồng. “BLDS Ý năm 1942 dường như là Bộ luật đầu tiên chấp nhận thuyết thay đổi hoàn cảnh, cơ chế đã có những ảnh hưởng tới một số hệ thống sau này, nhất là ở các nước Mỹ Latinh”¹². Ở Colombia, “ban đầu thuyết về thay đổi hoàn cảnh đã được án lệ phát triển từ việc giải thích một số điều luật của BLDS. Tòa án công lý tối cao Colombia đã chấp nhận khả năng thay đổi hợp đồng khi trong quá trình thực hiện, có một số sự kiện đặc biệt không

lường trước được hay không thể lường trước được xuất hiện”. Sau đó, “năm 1972, các nhà lập pháp Colombia đã ghi nhận thuyết về thay đổi hoàn cảnh như một quy định chung, được xây dựng dựa vào triết lý của Điều 1967 BLDS Ý”¹³.

Những nước chưa luật hóa vấn đề này cũng có xu hướng luật hóa cơ chế này. Chẳng hạn, BLDS Pháp hiện nay không có quy định minh thị cho phép điều chỉnh lại hợp đồng nhưng Pháp đang tiến hành sửa đổi BLDS. Trong Dự thảo được công bố năm 2012 và 2013 liên quan đến hợp đồng, chúng ta đều thấy quy định về điều chỉnh lại hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi.

II- Nội dung của quy định về điều chỉnh lại hợp đồng

Dự thảo có những quy định nên được lược bỏ (2), quy định nên được điều chỉnh lại (1) cũng như nên được bổ sung (3).

1) Điều chỉnh lại quy định

Sự không thuyết phục của Dự thảo.

Theo khoản 1 Điều 443 Dự thảo, trong trường hợp thay đổi hoàn cảnh “*thì cho phép các bên điều chỉnh hợp đồng*”. Cụm từ được in nghiêng có hai nhược điểm:

Thứ nhất, việc sử dụng thuật ngữ “cho phép” các bên điều chỉnh hợp đồng mang tính “cấp phép”, “hành chính” trong khi đó đây là vấn đề giữa các bên trong quan hệ hợp đồng (tức quan hệ tư) thì chúng ta cần hạn chế những quy phạm mang tính hành chính hay thể hiện ý tưởng “hành chính”.

Thứ hai, cụm từ trên cho phép “các bên điều chỉnh hợp đồng”. Thực ra, việc “các bên” cùng nhau điều chỉnh hợp đồng là lẽ đương nhiên vì hợp đồng do “các bên” tạo ra

9 F. Hinestrosa: *Rapport Général-Révision du contrat*, in *Le Contrat*, Nxb. Société de législation comparée 2008, tr. 406.

10 G. Rouhette (chủ biên): *Principes du droit européen du contrat*, Nxb. Société de législation comparée 2003, tr. 285.

11 G. Rouhette (chủ biên): *Principes du droit européen du contrat*, Sđd, tr. 288.

12 F. Hinestrosa: *Rapport Général-Révision du contrat*, tldd, tr. 406.

13 F. Hinestrosa: *Rapport colombien-Révision du contrat*, tldd, tr. 535 và 536.

thì “các bên” đương nhiên có thể cùng nhau điều chỉnh lại hợp đồng. Vì vậy, việc quy định “các bên” điều chỉnh hợp đồng là không cần thiết.

Đề xuất sửa đổi Dự thảo. Thực ra, khó khăn trong thực tế là “các bên” không điều chỉnh được hợp đồng do một bên không hợp tác để điều chỉnh và lúc này pháp luật nên can thiệp để mở đường cho việc điều chỉnh lại hợp đồng.

Chính vì lẽ đó mà, khi xảy ra hoàn cảnh thay đổi, Bộ nguyên tắc Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế quy định “bên bị tổn hại có thể đề nghị mở thương lượng lại hợp đồng” và “yêu cầu này phải nêu rõ lý do” (Điều 6.2.3).

Chúng ta cũng nên theo hướng nêu trên và khoản 1 Điều 443 của Dự thảo nên viết thành “Trường hợp hoàn cảnh thay đổi dẫn đến quyền, lợi ích của một trong các bên bị ảnh hưởng nghiêm trọng thì một bên có quyền đề nghị thương lượng điều chỉnh hợp đồng và đề nghị thương lượng lại hợp đồng cần nêu rõ lý do”.

2) *Lược bỏ quy định trong Dự thảo*

Về khái niệm thay đổi hoàn cảnh. Dự thảo có đưa ra khái niệm về thay đổi hoàn cảnh tại khoản 2 điều luật trên.

Về cơ bản, khái niệm thay đổi hoàn cảnh nêu tại điểm a và b là thuyết phục. Tuy nhiên, Dự thảo còn thêm cả điểm c với nội dung “rủi ro phát sinh từ việc thay đổi hoàn cảnh không phải là rủi ro mà bên bị ảnh hưởng đáng phải gánh chịu”. *Thứ nhất*, đây là quy định rất khó vận dụng, khó hiểu. *Thứ hai*, quy định này, theo chúng tôi, là không cần thiết vì điểm b đã đặt ra điều kiện rằng “việc hoàn cảnh thay đổi là không thể lường trước được một cách hợp lý vào thời điểm giao kết hợp đồng”. Ở đây, khái niệm “*không phải là*

rủi ro mà bên bị ảnh hưởng đáng phải gánh chịu” đã nằm trong khái niệm “*lường trước được một cách hợp lý*” nên không cần thiết nữa. Thực ra, quy định trên của Dự thảo tương tự như Bộ nguyên tắc châu Âu về hợp đồng nhưng một nghiên cứu so sánh được công bố năm 2008 (so sánh Bộ nguyên tắc châu Âu về hợp đồng, Bộ nguyên tắc Unidroit và các Dự thảo đang có hiện nay) đã khẳng định quy định như vậy là “*thừa*” và Dự thảo do nhóm này đề xuất đã bỏ quy định trên ra khỏi quy định về thay đổi hoàn cảnh¹⁴.

Chính vì vậy, chúng ta nên bỏ quy định trên để điều luật có sự cô đọng mà vẫn không ảnh hưởng tới việc áp dụng.

Về hệ quả của thương lượng bất thành. Trong Dự thảo, chúng ta hướng các bên tới đàm phán, thương lượng đồng thời đưa ra quy định trong trường hợp việc đàm phán, thương lượng bất thành.

Cụ thể, theo Dự thảo, “*tùy theo từng trường hợp, tòa án có thể buộc bên từ chối đàm phán hoặc phá vỡ đàm phán một cách không thiện chí, trung thực phải bồi thường thiệt hại*”. Việc xử lý người không thiện chí, trung thực là cần thiết. Tuy nhiên, quy định như vậy là không cần thiết ở đây vì hướng giải quyết này đã tồn tại trong khuôn khổ chung về trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm nghĩa vụ hợp đồng, điều đó có nghĩa là việc vi phạm nguyên tắc thiện chí, trung thực thông qua từ chối đàm phán, phá vỡ đàm phán đã được quy định ở chỗ khác. Trong Dự thảo sửa đổi BLDS nêu trên của Pháp, quy định về thay đổi hoàn cảnh có dự liệu trường hợp đàm phán không thành công và không có quy định về bồi thường trong nội dung quy phạm về thay đổi hoàn cảnh. Đây là hướng mà chúng ta cũng nên làm theo. Thực ra, quy định trên của Dự thảo

14 Bénédicte Fauvarque-Cosson và Denis Mazeaud (chủ biên): *Projet de cadre commun de référence-Principes contractuels communs, Société de législation comparée 2008*, tr. 535.

tương tự như Bộ nguyên tắc châu Âu về hợp đồng nhưng một nghiên cứu so sánh được công bố năm 2008 nêu trên đã khẳng định quy định như vậy là “thừa” vì “trách nhiệm dân sự của một bên từ chối thương lượng hay chấm dứt thương lượng một cách không thiện chí có thể được triển khai thông qua việc áp dụng các quy định về trách nhiệm bồi thường thiệt hại trong hợp đồng”. Và Dự thảo do nhóm này đề xuất đã bỏ quy định trên ra khỏi quy định về thay đổi hoàn cảnh¹⁵. Vì vậy, để điều luật cô đọng, chúng ta nên bỏ quy định vừa nêu mà nội dung điều chỉnh vẫn không thay đổi trong BLDS.

Về cách thức xử lý trong trường hợp thương lượng bất thành, Dự thảo theo hướng cơ quan tài phán chấm dứt hay điều chỉnh lại hợp đồng (tức vẫn giữ hợp đồng nhưng thay đổi nội dung). Liên quan đến trật tự giữa hai biện pháp này, Dự thảo đề cập tới biện pháp chấm dứt trước biện pháp điều chỉnh. Hướng quy định về trật tự giữa hai biện pháp này là tương thích với Bộ nguyên tắc Unidroit và Bộ nguyên tắc châu Âu về hợp đồng. Tuy nhiên, xu hướng hiện nay lại theo hướng khác; các kết quả nghiên cứu sau khi hai Bộ nguyên tắc nêu trên được xây dựng theo hướng ưu tiên điều chỉnh hợp đồng so với chấm dứt hợp đồng. Chẳng hạn, Điều 157 Tiền dự thảo Bộ luật châu Âu về hợp đồng đã cho phép cơ quan tài phán khả năng “thay đổi hay chấm dứt hợp đồng”. Một nghiên cứu so sánh được công bố năm 2008 cũng đề xuất thay đổi Bộ nguyên tắc châu Âu về hợp đồng nêu trên theo hướng cho phép cơ quan tài phán “điều chỉnh một cách hợp lý hợp đồng hoặc loại trừ hệ quả của hợp đồng trong tương lai”. Hai ví dụ vừa nêu đã cho thấy đã có sự đảo ngược trật tự giữa “chấm dứt” và “điều chỉnh” hợp đồng: Trước đây thì “chấm dứt” hợp đồng được trình bày trước “điều

chỉnh” hợp đồng (nên làm cho người đọc suy luận rằng các nhà làm luật ưu tiên chấm dứt so với điều chỉnh lại hợp đồng) còn ngày nay “điều chỉnh” hợp đồng được trình bày trước “chấm dứt” hợp đồng (nên người đọc hiểu rằng các nhà làm luật ưu tiên “điều chỉnh” hợp đồng để giữ lại hợp đồng hơn là cho “chấm dứt” hợp đồng). Theo chúng tôi, hợp đồng sinh ra không để bị chấm dứt mà là để thực hiện nhằm đem lại lợi ích cho các bên thông qua việc thực hiện. Do đó, chấm dứt (hay hủy bỏ) hợp đồng chỉ là giải pháp cuối cùng khi không còn giải pháp nào khác. Vì thế, chúng ta nên thay đổi trật tự giữa hai biện pháp “chấm dứt” và “điều chỉnh” hợp đồng theo hướng quy định về “điều chỉnh” trước “chấm dứt” hợp đồng để khi vận dụng chúng ta ưu tiên việc điều chỉnh: Chuyển điểm b khoản 3 trong điều luật trên của Dự thảo thành điểm a và ngược lại.

3) *Bổ sung quy định vào Dự thảo*

a) *Về vai trò của Trọng tài*

Dự thảo bỏ quên trọng tài. Điều 443 Dự thảo quy định cho phép “điều chỉnh hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi”. Tại khoản 3 điều luật trên, Dự thảo quy định “trường hợp các bên không đạt được thỏa thuận trong một khoảng thời gian hợp lý thì *tòa án* có thể: a) Chấm dứt hợp đồng vào ngày và theo những điều khoản do *tòa án* quyết định; b) Điều chỉnh hợp đồng để phân chia cho các bên các thiệt hại và lợi ích phát sinh từ việc thay đổi hoàn cảnh một cách công bằng và bình đẳng. Tùy theo từng trường hợp, *tòa án* có thể buộc bên từ chối đàm phán hoặc phá vỡ đàm phán một cách không thiện chí, trung thực phải bồi thường thiệt hại”. Ở đây, Dự thảo cũng chỉ đề cập tới vai trò của tòa án mà không đề cập tới vai trò của trọng tài.

Bất cập từ bỏ quên trọng tài. Sự bỏ quên nêu trên sẽ dẫn tới bất cập trong quá

15 Bénédicte Fauvarque-Cosson và Denis Mazeaud (chủ biên): *Projet de cadre commun de référence-Principes contractuels communs*, Sdd, tr. 535.

trình vận dụng khi các bên có thỏa thuận trọng tài như trong vụ việc thứ nhất được đề cập trong phần dẫn nhập.

Cụ thể, theo Điều 6 Luật Trọng tài thương mại năm 2010, “trong trường hợp các bên tranh chấp đã có thỏa thuận trọng tài mà một bên khởi kiện tại tòa án thì tòa án phải từ chối thụ lý, trừ trường hợp thỏa thuận trọng tài vô hiệu hoặc thỏa thuận trọng tài không thể thực hiện được”. Với quy định này, tòa án sẽ phải từ chối giải quyết khi các bên đã có thỏa thuận trọng tài nên tòa án không thể áp dụng các quy định về điều chỉnh lại hợp đồng.

Còn về phía trọng tài, thỏa thuận trọng tài trao cho trọng tài thẩm quyền giải quyết tranh chấp trên cơ sở khoản 1 Điều 5 Luật Trọng tài thương mại năm 2010: “Tranh chấp được giải quyết bằng trọng tài nếu các bên có thỏa thuận trọng tài”. Tuy nhiên, nếu các quy định của Dự thảo được thông qua, trọng tài lại không có thẩm quyền điều chỉnh lại hợp đồng vì quy định này chỉ đề cập tới vai trò của tòa án mà không đề cập tới vai trò của trọng tài. Điều đó cũng có nghĩa là, với quy định của Dự thảo, khi các bên có thỏa thuận trọng tài (phổ biến trong kinh doanh thương mại), không ai có thẩm quyền giải quyết vấn đề điều chỉnh lại hợp đồng do hoàn cảnh thay đổi.

Kinh nghiệm nước ngoài. Ở góc độ so sánh, hướng quy định của Dự thảo cũng không thuyết phục. Để hiểu rõ hơn, chúng ta lấy Bộ nguyên tắc châu Âu và Bộ nguyên tắc Unidroit về hợp đồng để minh họa.

Cụ thể, Điều 6:11 của Bộ nguyên tắc châu Âu về hợp đồng cũng quy định về vấn đề tương tự như Điều 443 Dự thảo của chúng ta (về thay đổi hoàn cảnh) và tại khoản 3 đã quy định “trường hợp các bên không có thỏa thuận trong thời hạn hợp lý, tòa án có thể quyết (a) chấm dứt hợp đồng ở thời điểm và

ở điều kiện mà tòa án ấn định, (b) hay điều chỉnh hợp đồng bằng việc phân bổ giữa các bên một cách công bình những mất mát, lợi nhuận phát sinh từ việc thay đổi hoàn cảnh”. Ở đây, điều luật đề cập tới vai trò của “tòa án” và thuật ngữ “tòa án” đã được lý giải tại khoản 2 Điều 1:301, theo đó “thuật ngữ *tòa án* cũng được áp dụng cho tòa án trọng tài”. Nói cách khác, chủ thể được can thiệp để điều chỉnh lại hợp đồng không chỉ là tòa án mà còn có thể cả trọng tài.

Tương tự, theo khoản 3 và khoản 4 Điều 6.2.3 Bộ nguyên tắc Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế, “trong trường hợp các bên không đạt được thỏa thuận trong thời hạn hợp lý, bên này hay bên kia có thể yêu cầu tòa án” và “khi xác định tồn tại trường hợp hoàn cảnh thay đổi, tòa án có thể...”. Điều luật này đã sử dụng thuật ngữ “tòa án” hai lần trong khi đó Điều 1.11 của Bộ nguyên tắc Unidroit nêu rõ “thuật ngữ “tòa án” cũng áp dụng cho tòa án trọng tài”.

Đề xuất bổ sung trọng tài. Như vậy, Bộ nguyên tắc Châu Âu về hợp đồng đã theo hướng ghi nhận không chỉ vai trò của tòa án mà còn ghi nhận cả vai trò của trọng tài trong khi đó Dự thảo chỉ ghi nhận vai trò của tòa án mà không đề cập tới vai trò của trọng tài liên quan đến việc điều chỉnh lại hợp đồng.

Hướng như Dự thảo sẽ tạo ra bất cập khi các bên có thỏa thuận trọng tài như đã trình bày ở trên. Theo chúng tôi, bên cạnh vai trò của tòa án (nhân dân), Dự thảo cần bổ sung ghi nhận vai trò của trọng tài. Cụ thể, đối với những quy định như nêu trên trong Dự thảo, bên cạnh thuật ngữ “tòa án”, chúng ta cần bổ sung thêm từ “trọng tài”.

Với việc bổ sung như vừa nêu, hai chủ thể này sẽ xác định có tồn tại sự thay đổi hoàn cảnh hay không¹⁶ và, nếu có sự thay đổi hoàn cảnh, cách thức điều chỉnh hợp đồng

16 Một nghiên cứu so sánh cho thấy « thẩm phán (trọng tài) phải xem xét tình tiết, đánh giá sự khác nhau giữa các điều kiện hiện nay và các điều kiện tồn tại ở thời điểm giao kết hợp đồng và, trên cơ sở này, xác định có hay không bất cân bằng cần thiết để tiến hành điều chỉnh hợp đồng cũng như xác định mức của các nghĩa vụ mới tùy vào hoàn cảnh» (F. Hinestrosa: Rapport Général-Révision du contrat, tldd, tr. 412).

như thế nào cho thỏa mãn “lẽ công bằng” (đã được Dự thảo ghi nhận¹⁷) nếu họ không quyết định chấm dứt hợp đồng¹⁸.

b) Không hoãn thực hiện khi tiến hành điều chỉnh hợp đồng

Đặt vấn đề. Khi các bên tiến hành thương lượng hay yêu cầu tòa án (trọng tài) điều chỉnh hợp đồng, tâm lý của bên phải thực hiện là họ hoãn thực hiện nghĩa vụ của mình.

Chẳng hạn, trong vụ việc thứ nhất nêu trong phần dẫn nhập, khi tiến hành thương lượng lại hợp đồng do giá hợp đồng quá cao so với giá của thị trường, bên bán chỉ thông báo là đã sẵn sàng thực hiện trong khi đó hợp đồng quy định hàng phải giao cho bên mua ở một địa điểm nhất định còn bên mua thì không tiến hành thủ tục thanh toán. Từ đó, có ý kiến theo hướng bên bán đã vi phạm hợp đồng do không tiến hành việc thực hiện từ phía mình.

Vậy, câu hỏi đặt ra là khi tiến hành thương lượng hay yêu cầu tòa án (trọng tài) giải quyết việc điều chỉnh lại hợp đồng, các bên vẫn phải tiếp tục thực hiện hợp đồng hay được hoãn thực hiện hợp đồng khi thương lượng hay đợi kết quả của tòa án (trọng tài)? Nếu được hoãn thì bên không thực hiện không bị coi là vi phạm hợp đồng, còn ngược lại, được coi là vi phạm hợp đồng.

Kinh nghiệm nước ngoài. Việc các bên có được hoãn thực hiện hợp đồng trong hoàn cảnh nêu trên đã được khoa học pháp lý đề cập đến.

Trong Bộ nguyên tắc châu Âu về hợp đồng, chúng ta không thấy có quy định minh

thị về trường hợp này nhưng, khi bình luận các quy định về điều chỉnh lại hợp đồng do hoàn cảnh thay đổi, các nhà bình luận đã khẳng định “nếu nạn nhân của việc thay đổi hoàn cảnh trì hoãn việc thực hiện, ví dụ, trong quá trình thương lượng, họ làm việc này theo rủi ro của họ”¹⁹. Bộ Nguyên tắc Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế cũng theo hướng vừa nêu khi quy định tại khoản 2 Điều 6.2.3 rằng “việc yêu cầu mở thương lượng lại hợp đồng bản thân nó không cho phép bên bị tổn hại quyền hoãn thực hiện nghĩa vụ của mình”.

Chúng ta thấy Pháp đang tiến hành sửa đổi BLDS và đã bổ sung quy định về thay đổi hoàn cảnh. Trong nội dung quy định này, chúng ta thấy nêu “bên đề nghị thương lượng lại hợp đồng tiếp tục thực hiện nghĩa vụ của mình trong quá trình thương lượng”.

Đề xuất cho Dự thảo. Chừng nào hợp đồng chưa được điều chỉnh lại hay chưa bị tòa án (trọng tài) cho chấm dứt thì hợp đồng vẫn có hiệu lực thực hiện giữa các bên. Do đó, các bên phải thực hiện cho dù các bên tiến hành thương lượng hợp đồng. Vì vậy và trên cơ sở kinh nghiệm nước ngoài nêu trên, chúng tôi đề xuất bổ sung vào Điều 443 Dự thảo quy định theo đó “các bên tiếp tục thực hiện nghĩa vụ của mình trong quá trình thương lượng điều chỉnh hợp đồng”. Với hướng này, chúng ta còn hạn chế được trường hợp một bên lạm dụng quy định về thay đổi hoàn cảnh để hoãn thực hiện hợp đồng.

Kết luận. Dự thảo có sự tiến bộ trong việc cho phép điều chỉnh lại hợp đồng khi

17 Theo khoản 1 Điều 12 Dự thảo, « trường hợp không thể áp dụng tương tự pháp luật theo quy định tại khoản 1 Điều này thì áp dụng những nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự quy định tại mục 1 của Chương này và lẽ công bằng để giải quyết».

18 Một nghiên cứu so sánh cho thấy « những hệ thống chấp nhận cho Tòa án điều chỉnh hợp đồng do có việc tăng giá quá mức của việc thực hiện để cho thẩm phán quyết định sự sống của yêu cầu điều chỉnh hợp đồng cũng như xác định nội dung điều chỉnh. Tất cả các hệ thống này đều nói đến lẽ công bằng như tiêu chí bắt buộc đối với thẩm phán để đạt được việc điều chỉnh hợp đồng» (F. Hinestrosa: *Rapport Général-Révision du contrat*, ttdđ, tr. 416).

19 G. Rouhette (chủ biên): *Principes du droit européen du contrat*, Sdd, tr. 288.



Các đại biểu tham dự Hội thảo "Hoàn thiện Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi)"

hoàn cảnh đã thay đổi từ thời điểm hợp đồng được giao kết đến thời điểm thực hiện.

Tuy nhiên, qua đối chiếu với thực tiễn tại Việt Nam cũng như kinh nghiệm nước ngoài, chúng ta thấy một số vấn đề có trong Dự thảo nên được điều chỉnh lại như nên bỏ những quy định không cần thiết, đồng thời bổ sung thêm quy định về vai trò của trọng tài cũng như trách nhiệm của các bên trong quá trình thương lượng điều chỉnh lại hợp đồng.

Từ những phân tích nêu trên, chúng tôi đề xuất vẫn giữ Điều 443 Dự thảo trong phần Thực hiện hợp đồng (*tức chỉ áp dụng quy định về thay đổi hoàn cảnh cho hợp đồng chưa hoàn tất việc thực hiện và không áp dụng quy định này cho hợp đồng đã chấm dứt*) nhưng với nội dung như sau:

“Điều 443 Điều chỉnh hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi

1. Trường hợp hoàn cảnh thay đổi dẫn đến quyền, lợi ích của một trong các bên bị ảnh hưởng nghiêm trọng thì *một bên có quyền đề nghị thương lượng điều chỉnh hợp đồng và đề nghị thương lượng lại hợp đồng*

cần nêu rõ lý do. Các bên tiếp tục thực hiện nghĩa vụ của mình trong quá trình thương lượng điều chỉnh hợp đồng.

2. Hoàn cảnh thay đổi dẫn tới điều chỉnh hợp đồng được xác lập khi xảy ra các sự kiện làm thay đổi cơ bản sự cân bằng giữa lợi ích của các bên và bảo đảm các điều kiện sau đây:

a) Hoàn cảnh thay đổi sau khi hợp đồng đã được giao kết;

b) Việc hoàn cảnh thay đổi là không thể lường trước được một cách hợp lý vào thời điểm giao kết hợp đồng;

3. Trường hợp các bên không đạt được thỏa thuận trong một khoảng thời gian hợp lý thì tòa án, *trọng tài* có thể:

a) Điều chỉnh hợp đồng để phân chia cho các bên các thiệt hại và lợi ích phát sinh từ việc thay đổi hoàn cảnh một cách công bằng và bình đẳng;

b) Chấm dứt hợp đồng vào ngày và theo những điều khoản do tòa án, *trọng tài* quyết định” ■

ĐIỀU KIỆN CÓ HIỆU LỰC CỦA GIAO DỊCH DÂN SỰ TRONG DỰ THẢO BỘ LUẬT DÂN SỰ (SỬA ĐỔI)

DUƠNG ANH SƠN*

Hiệu lực của hợp đồng là một trong những nội dung quan trọng của mọi hệ thống pháp luật hợp đồng. Bởi lẽ nó vừa thể hiện bản chất của hợp đồng - tự do hợp đồng, vừa thể hiện cơ sở triết học của pháp luật hợp đồng - giới hạn tự do hợp đồng. Trong pháp luật Việt Nam, hiệu lực của hợp đồng được quy định trong Bộ luật Dân sự (BLDS) mà cụ thể là tại nội dung điều kiện để giao dịch dân sự có hiệu lực¹ từ Điều 122 đến Điều 138 BLDS 2005.

Sau hơn 10 năm áp dụng trong thực tiễn, cùng với nhiều quy định khác, một số quy định của BLDS về hiệu lực của hợp đồng, điều kiện có hiệu lực của hợp đồng đã bộc lộ khiếm khuyết cần phải được khắc phục. Dự thảo BLDS (sửa đổi) đã dành sự quan tâm đáng kể cho việc khắc phục những khiếm khuyết đó, nhưng có một số quy định của Dự thảo, theo chúng tôi, chưa thật sự được rõ ràng và hợp lý. Chúng tôi muốn phân tích và bình luận thêm về những quy định đó.

1. Trước hết chúng tôi muốn đề cập đến điều kiện có hiệu lực của giao dịch dân sự - hợp đồng. Có thể nói, nội dung của Điều 122 BLDS 2005 được thể hiện lại trong Điều 134

Dự thảo và có sự thay đổi liên quan đến điểm a, khoản 1, theo đó quy định “Người tham gia giao dịch có năng lực hành vi dân sự” được thay thế bằng quy định “Chủ thể có năng lực pháp luật, năng lực hành vi phù hợp với giao dịch dân sự được xác lập”. Chúng tôi cho rằng, sự thay đổi này là hợp lý bởi lẽ: i) chủ thể của hợp đồng có thể là cá nhân, có thể là pháp nhân; ii) Các loại hợp đồng khác nhau thì điều kiện về chủ thể cũng có thể khác nhau, vì vậy không thể quy một cách chung chung như quy định của BLDS 2005.

Liên quan đến điều kiện có hiệu lực của giao dịch dân sự - hợp đồng, chúng tôi thấy vấn đề quan trọng vẫn còn tồn tại. Giống với quy định của BLDS 2005, điểm b khoản 1 Điều 134 Dự thảo quy định rằng, để giao dịch dân sự có hiệu lực thì *chủ thể tham gia giao dịch dân sự hoàn toàn tự nguyện*, có nghĩa là giao dịch - hợp đồng được ký kết không trên cơ sở tự nguyện sẽ có thể dẫn đến vô hiệu của giao dịch, của hợp đồng. Những trường hợp đó được pháp luật hiện hành và cả Dự thảo quy định rõ và đó là những trường hợp giao dịch dân sự được xác lập, hợp đồng được ký kết không do nhầm lẫn,

* PGS, TS. Trường Đại học Kinh tế - Luật, Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh.

1 Hợp đồng là một loại giao dịch dân sự.

lừa dối, đe dọa, cưỡng ép. Điều này có nghĩa là nếu giao dịch được xác lập, hợp đồng được ký kết không bị nhầm lẫn, lừa dối, đe dọa hoặc bị cưỡng ép thì mặc nhiên có hiệu lực và có giá trị pháp lý ràng buộc.

Chúng tôi cho rằng, cách quy định như vậy là chưa đầy đủ và toàn diện, bởi lẽ tự nguyện có phải bao giờ cũng là sự thể hiện của tự do lựa chọn hay không là vấn đề cần luận giải². Cả thực tiễn lẫn lý thuyết đều cho thấy rằng, có hai loại tự nguyện tham gia giao dịch: tự nguyện trong bối cảnh có nhiều sự lựa chọn và tự nguyện trong bối cảnh có rất ít sự lựa chọn hoặc không còn sự lựa chọn nào khác.

Trong trường hợp có nhiều sự lựa chọn thì ý chí của chủ thể được thể hiện một cách tự do nhất, không chịu bất kỳ một sự tác động nào, hay nói cách khác là tự do ý chí được thể hiện một cách đầy đủ. Trong trường hợp này, các chủ thể có đầy đủ thông tin và giữa họ không tồn tại sự bất đối xứng về thông tin cũng như tiềm lực kinh tế và kinh nghiệm thực tiễn. Trong bối cảnh đó thì với tư cách là chủ thể duy lý họ có sự cân nhắc nên hay không nên tham gia vào một giao dịch nào đó và họ có thể lựa chọn phương án nào có lợi nhất cho họ. Chính vì lẽ đó nên sẽ là hợp lý khi pháp luật tôn trọng và thừa nhận sự lựa chọn của họ tức là thừa nhận thỏa thuận của các bên, thừa nhận ý chí chung của họ. Ví dụ, có nhiều người bán cùng một loại hàng hóa, khi người mua có đầy đủ thông tin về những người bán đó và họ có thể so sánh, cân nhắc nên ký hợp đồng với người bán nào có lợi nhất cho họ. Hay nói cách khác là hợp đồng được ký kết giữa các thương nhân chuyên nghiệp có thể được coi là có sự tồn tại của tự do ý chí một cách tương đối đầy đủ bởi vị thế của họ, tiềm lực kinh tế, kinh nghiệm thực tiễn của họ tương đương, và ít

có yếu tố ngoại trị tác động lên ý chí của họ.

Trong trường hợp có ít hoặc không có sự lựa chọn nào khác thì chủ thể vẫn có thể tự nguyện tham gia giao dịch. Tuy nhiên, sự tự nguyện đó không được hình thành trên cơ sở tự do ý chí của chủ thể mà chịu tác động của các yếu tố bên ngoài. Họ tự nguyện tham gia giao dịch đơn giản vì không còn sự lựa chọn nào khác. Trong trường hợp này thì sự tự nguyện không thể hiện sự tự chủ, tự do của chủ thể mà vì họ bị thôi thúc bởi những yếu tố khác ngoài ước muốn của chính họ hoặc họ bị tác động bởi hoàn cảnh. Thực tiễn cho thấy, trường hợp này thường xuyên xảy ra cả trong đời sống hàng ngày và trong hoạt động kinh doanh thương mại. Ví dụ, người tiêu dùng buộc phải ký hợp đồng với công ty điện lực, với nhà công ty cung cấp nước sinh hoạt. Việc ký kết hợp đồng là không trái nguyên tắc tự nguyện thỏa thuận nhưng không được tự do lựa chọn. Người tiêu dùng biết được những điều khoản của hợp đồng mà họ ký kết với công ty điện lực có thể gây bất lợi cho họ, nhưng họ vẫn buộc phải ký kết vì: i) họ hy vọng rằng, sẽ không gặp những rủi ro do những điều khoản đó gây ra; và ii) quan trọng hơn là họ không còn sự lựa chọn nào khác. Các doanh nghiệp buộc phải ký kết hợp đồng tín dụng với ngân hàng mặc dù biết rằng các ngân hàng thường đưa vào hợp đồng nhiều điều khoản bất lợi cho người vay. Mặc dù có nhiều ngân hàng và có vẻ như người vay có nhiều sự lựa chọn, nhưng thực ra họ không có sự lựa chọn nào khác vì các điều khoản bất lợi cho người vay đều tồn tại trong các hợp đồng tín dụng do ngân hàng soạn thảo. Trong những trường hợp nói trên, người tiêu dùng hoặc khách hàng chỉ có một sự lựa chọn duy nhất: ký hoặc không ký hợp đồng. Khi không có nhiều hoặc không có sự lựa chọn khác thì chủ thể không có cơ hội để

2 Xem: Dương Anh Sơn, Hoàng Vĩnh Long, Thử bàn về bản chất của hợp đồng từ góc độ kinh tế học. Tạp chí Nhà nước và Pháp luật số 3/2012.

so sánh. Mà “sự nhất trí ý kiến, nếu không phải là kết quả của sự so sánh đầy đủ nhất và tự do nhất với các ý kiến đối lập thì không phải là điều đáng hoan nghênh”³.

Từ những phân tích, lập luận trên, chúng tôi cho rằng, sẽ là hợp lý và toàn diện hơn nếu điểm b khoản 1 Điều 134 Dự thảo có nội dung “Giao dịch được xác lập trên cơ sở tự do tự nguyện của chủ thể” hoặc “Chủ thể tham gia giao dịch hoàn toàn tự do tự nguyện”. Cách quy định như vậy tăng cơ hội cho tòa án, tùy thuộc vào điều kiện và hoàn cảnh cụ thể, xem xét hiệu lực của giao dịch hoặc của một hay một số điều khoản của hợp đồng.

2. Vấn đề thứ hai mà chúng tôi muốn đề cập đến là quy định về *nhằm lẫn* trong Dự thảo. *Nhằm lẫn* là căn cứ yêu cầu tòa án tuyên bố hợp đồng vô hiệu là một trong những nội dung phức tạp của pháp luật hợp đồng không những ở Việt Nam mà còn ở các nước khác, vì vậy nên được quan tâm nghiên cứu⁴. Bởi lẽ có loại *nhằm lẫn* là điều kiện để yêu cầu tòa án tuyên bố hợp đồng vô hiệu, nhưng có loại *nhằm lẫn* không thể là điều kiện đó. Ngay cả những loại *nhằm lẫn* là điều kiện yêu cầu tòa án tuyên bố hợp đồng vô hiệu thì còn tùy thuộc vào từng bối cảnh cụ thể và nhiều yếu tố khác. Mặc dù được coi là nội dung phức tạp, nhưng pháp luật Việt Nam quy định về nội dung này khá là sơ sài. Thật vậy, theo khoản 1 Điều 131 BLDS 2005 thì *nhằm lẫn* phải thỏa mãn hai điều kiện cần - lỗi vô ý của một bên, và điều kiện đủ - bên kia *nhằm lẫn* về nội dung của giao dịch nên đã xác lập⁵. Pháp luật các nước phát triển khi nói về *nhằm lẫn* không chỉ dừng lại ở hai điều kiện cần và đủ nói trên, mà phạm vi điều

chỉnh rộng hơn. Sự phức tạp của vấn đề cùng với sự đơn giản, sơ sài trong quy định của pháp luật dẫn đến hậu quả là trong thực tiễn giải quyết tranh chấp, tòa án đã viện dẫn quy định của pháp luật khi tuyên bố hợp đồng vô hiệu thiếu thuyết phục⁶.

Chính vì lý do nói trên nên chúng tôi cho rằng, sửa đổi quy định tại khoản 1 Điều 131 BLDS 2005 là cần thiết. Theo quy định tại Điều 142 Dự thảo, *i) Trong trường hợp giao dịch dân sự được xác lập có sự nhằm lẫn làm cho một bên hoặc các bên không đạt được mục đích của việc xác lập hành vi thì bên hoặc các bên bị nhằm lẫn có quyền tuyên bố giao dịch dân sự vô hiệu; ii) Giao dịch dân sự không vô hiệu trong trường hợp mục đích xác lập giao dịch dân sự của các bên đã đạt được hoặc bên nhằm lẫn có thể khắc phục ngay được sự nhằm lẫn làm cho mục đích của việc xác lập giao dịch dân sự của bên kia vẫn đạt được*. Chúng tôi cho rằng, cách quy định tại Điều 131 BLDS 2005 là quá đơn giản, chưa đề cập đến mọi khía cạnh của *nhằm lẫn*, còn quy định tại Điều 142 Dự thảo thì không thể nói là rõ ràng.

Có nhiều loại *nhằm lẫn* khác nhau trong giao kết hợp đồng. Có loại *nhằm lẫn* có thể là điều kiện để yêu cầu tuyên bố giao dịch dân sự vô hiệu, nhưng cũng có loại *nhằm lẫn* không là điều kiện để yêu cầu tuyên bố giao dịch dân sự vô hiệu.

Khi nói đến *nhằm lẫn* là điều kiện để yêu cầu tuyên bố hợp đồng vô hiệu, pháp luật phải giải quyết được hai vấn đề cơ bản: *i) nhằm lẫn* như thế nào, đến mức nào mới có thể là điều kiện để yêu cầu tòa án tuyên bố hợp đồng vô hiệu; *ii) nguyên nhân của nhằm lẫn*. Khác với Dự thảo, pháp luật của nhiều

3 Xem: John Stuart Mill, *Bàn về tự do*, Bản dịch tiếng Việt, Nxb. Tri thức, Hà Nội, 2006, tr. 131.

4 Xem: Dương Anh Sơn, *Quy định của pháp luật về hợp đồng vô hiệu do bị nhằm lẫn và vấn đề nâng cao vai trò giải thích pháp luật của thẩm phán*, Tạp chí Khoa học Pháp lý, số 1(62) năm 2011.

Đỗ Văn Đại, *Nhằm lẫn trong chế định hợp đồng: Những bất cập và hướng sửa đổi BLDS*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 22(11/2009) và số 23 (12/2009).

5 BLDS 1995 cũng có cách quy định tương tự quy định của BLDS 2005.

6 Xem: *Bản án số 49/2008/KDTM-PT ngày 10/04/2008 của Tòa phúc thẩm Tòa án nhân dân tối cao tại TP. Hồ Chí Minh*.

quốc gia và các Nguyên tắc hợp đồng thương mại quốc tế và châu Âu đều theo hướng này và quy định khá rõ về vấn đề này⁷.

Mức độ nhầm lẫn: Có thể cùng là sự nhầm lẫn liên quan đến bản chất, nội dung hoặc đối tượng của hợp đồng, nhưng mức độ nhầm lẫn có thể khác nhau. Để có thể yêu cầu tuyên bố hợp đồng vô hiệu thì nhầm lẫn phải là nghiêm trọng, tức là phải lớn đến mức mà một người bình thường, trong hoàn cảnh tương tự sẽ không giao kết hoặc chỉ giao kết với điều kiện hoàn toàn khác nếu người này đã biết rõ tình trạng thực tế⁸ (nếu không nhầm lẫn). Điều 178 BLDS Liên bang Nga quy định, hợp đồng được ký kết do bị nhầm lẫn nghiêm trọng có thể bị toà án tuyên bố vô hiệu khi có sự yêu cầu của bên bị nhầm lẫn. Nhầm lẫn nghiêm trọng là nhầm lẫn liên quan đến: bản chất của hợp đồng hoặc tương tự hay liên quan đến những đặc tính của đối tượng làm giảm khả năng đáng kể việc sử dụng chúng theo mục đích. Nhầm lẫn liên quan đến động cơ của giao dịch không được coi là có ý nghĩa pháp lý quan trọng.

Nhầm lẫn nghiêm trọng có thể dẫn đến hậu quả là bên bị nhầm lẫn không đạt được mục đích của giao dịch hoặc cũng có thể làm giảm giá trị sử dụng của đối tượng không như sự mong đợi của chủ thể. Không đạt được mục đích và giảm đáng kể khả năng sử dụng của đối tượng là hai vấn đề riêng biệt. Giảm đáng kể khả năng sử dụng đối tượng của giao dịch có nghĩa là mục đích vẫn đạt được nhưng không trọn vẹn. Ví dụ, người mua ký hợp đồng mua máy bơm nước và máy bơm nước đó hoạt động được cả trong môi trường nước ngọt và nước mặn, nhưng thực tế thì máy bơm nước đó chỉ hoạt động được trong môi trường nước ngọt. Trong trường hợp này, mục đích đạt được nhưng khả năng sử dụng bị hạn chế. Hoặc ví dụ, 6

tháng trước đây ông A mua xe hơi mới để sử dụng cho công việc. Sau khi mua được 1 tháng thì ông A thay đổi công việc nên không có nhu cầu sử dụng xe nên cho bạn mình là ông B mượn. Trong thời gian sử dụng ông B gặp tai nạn và xe bị hư hỏng nặng, ông B không thông báo cho ông A về tai nạn đó, tự sửa chữa và trả lại xe cho ông A. Khi nhận xe ông A kiểm tra và không phát hiện bất kỳ điều gì bất thường (sau khi được sửa chữa xe giống xe mới). Biết ông C có nhu cầu mua xe, ông A bán chiếc xe đó cho ông C và nói với ông C rằng, xe mới mua 6 tháng trước, chưa hư hỏng, sửa chữa lần nào, và vì không có nhu cầu sử dụng nên bán lại. Một tuần sau khi mua xe, một lần ông C đến nhà người bạn của mình làm ở công ty bảo hiểm, nhìn thấy xe của ông C, bạn của ông C cho biết công ty bảo hiểm đã trả tiền sửa chữa cho chiếc xe của ông C trước đó.

Trong ví dụ nói trên có ba khả năng sau đây: i) nếu khi bán xe cho ông C, ông A không nói với ông C rằng, xe mới mua và chưa bị hư hỏng và sửa chữa lần nào thì khả năng ông C yêu cầu tuyên bố hợp đồng vô hiệu khó có thể xảy ra; ii) Nếu ông A biết hoặc buộc phải biết xe bị tai nạn hư hỏng và được sửa chữa thì ông C có quyền yêu cầu hợp đồng vô hiệu do bị lừa dối (ông A lừa dối ông C về tình trạng của xe); và iii) Ông A không biết và không buộc phải biết về tình trạng của xe nên cam kết với ông C như đã nói ở trên. Trong trường hợp này thì sự nhầm lẫn của ông C có nguyên nhân từ thông tin do ông A cung cấp và đương nhiên ông C có quyền yêu cầu tòa án tuyên bố hợp đồng vô hiệu. Rõ ràng, ở đây nếu Ông C biết về tình trạng của xe thì chắc chắn sẽ không mua và nếu mua thì phải với giá thấp hơn nhiều, về phần mình, ông A cũng biết và buộc phải biết về điều đó.

7 Xem: Điều 178 BLDS Liên bang Nga, Điều 1110 BLDS Pháp, Điều 3.4, 3.5 Nguyên tắc luật hợp đồng thương mại quốc tế, Điều 4.103 Nguyên tắc luật hợp đồng châu Âu.

8 Xem thêm: khoản 1 Điều 3.5 UNIDROIT.

Như vậy trong tình huống này, mục đích của hợp đồng vẫn đạt được nhưng nhằm lẫn được coi là nghiêm trọng, bởi lẽ nếu ông C biết được thông tin xe bị tai nạn thì sẽ không mua hoặc nếu mua thì với giá thấp hơn rất nhiều, và ông A biết hoặc buộc phải biết rằng ông C, nếu biết được sự thật, đã không ký kết hợp đồng mua xe hoặc mua nhưng với các điều khoản hoàn toàn khác⁹.

Cũng vì lý do trên nên chúng tôi cho rằng, quy định tại khoản 2 Điều 142 Dự thảo, theo đó, *giao dịch dân sự không vô hiệu trong trường hợp mục đích xác lập giao dịch dân sự của các bên đã đạt được hoặc bên nhằm lẫn có thể khắc phục ngay được sự nhằm lẫn làm cho mục đích của việc xác lập giao dịch dân sự của bên kia vẫn đạt được*, là không hợp lý.

Chính vì vậy, chúng tôi cho rằng, không chỉ nên lấy tiêu chí đạt hay không đạt được mục đích của giao dịch để xác định nhằm lẫn là điều kiện yêu cầu tuyên bố giao dịch dân sự vô hiệu mà còn cần phải xem xét khả năng sử dụng có bị giảm đáng kể theo mục đích hay không.

Nguyên nhân của sự nhằm lẫn: Không phải sự nhằm lẫn nghiêm trọng nào cũng là điều kiện để yêu cầu tuyên bố hợp đồng vô hiệu và tùy thuộc vào nguyên nhân dẫn đến sự nhằm lẫn của chủ thể. Chúng tôi cho rằng, có hai nguyên nhân của nhằm lẫn, hay nói cách khác, nếu xét ở góc độ này thì có hai loại nhằm lẫn.

Loại thứ nhất là tự nhằm lẫn. Tự nhằm lẫn có nghĩa là bên nhằm lẫn tự hiểu sai, tin nhầm về sự việc như về bản chất, nội dung, đối tượng của giao dịch mà không có bất kỳ sự tác động nào từ bên còn lại. Tuy nhiên, không phải mọi sự tự nhằm lẫn đều có thể là điều kiện để tuyên bố giao dịch vô hiệu. Bởi

lẽ nguyên nhân của sự tự nhằm lẫn có thể khác nhau: i) Xuất phát từ điều kiện, hoàn cảnh hoặc khả năng nhận thức mà bên nhằm lẫn không biết và không buộc phải biết họ nhằm lẫn; và ii) Bên tự nhằm lẫn mặc dù không biết nhưng xuất phát từ điều kiện, hoàn cảnh cụ thể họ buộc phải biết về khả năng họ bị nhằm lẫn. Theo chúng tôi thì loại nhằm lẫn thứ hai không thể viện dẫn đến nhằm lẫn để yêu cầu tuyên bố giao dịch vô hiệu mặc dù mục đích giao dịch không đạt được.

Thứ hai, nhằm lẫn do bên kia cung cấp thông tin không xác thực nhưng bên đó đã không biết và không buộc phải biết những thông tin mà họ cung cấp là không xác thực¹⁰. Trong ví dụ trên, ông A không biết và không buộc phải biết về việc xe bị hư hỏng nên cam kết với ông C. Như vậy, ở đây ông C nhằm lẫn là do thông tin do ông A cung cấp. Loại nhằm lẫn này được quy định rõ trong Nguyên tắc luật hợp đồng thương mại quốc tế và trong Nguyên tắc luật hợp đồng của châu Âu¹¹.

Một điểm bất hợp lý nữa là theo quy định tại Điều 142 Dự thảo, pháp luật cho phép bên bị nhằm lẫn có quyền tuyên bố giao dịch vô hiệu. Chủ thể không thể tự tuyên bố hợp đồng vô hiệu bởi lẽ đó chỉ là sự thể hiện ý chí đơn phương, loại bỏ cơ hội bày tỏ ý chí của bên còn lại.

Có thể có những trường hợp hợp đồng bị tuyên vô hiệu do nhằm lẫn sau khi một phần hoặc toàn bộ nghĩa vụ đã được thực hiện. Trong những trường hợp này, rất có thể sự vô hiệu của hợp đồng gây thiệt hại cho bên bị nhằm lẫn, bên còn lại hoặc cho cả hai. Trong những tình huống như vậy thì thiệt hại được bồi thường như thế nào? Rõ ràng, khó có thể áp dụng quy tắc chung được quy định tại Điều 137 BLDS 2005 (Điều 147 Dự thảo). Bởi lẽ theo quy định của khoản 4 Điều

9 Xem thêm điểm b khoản 1 Điểm 4 - 103 Nguyên tắc luật hợp đồng của Châu Âu.

10 Nếu bên cung cấp thông tin biết và buộc phải biết thông tin mà họ cung cấp là không xác thực dẫn đến sự nhằm lẫn của bên kia thì có thể xem xét là lừa dối trong việc xác lập giao dịch.

11 Xem: Điều 3.5 Nguyên tắc luật hợp đồng thương mại quốc tế, Điều 4 -103 Nguyên tắc luật hợp đồng châu Âu.

147 Dự thảo thì bên bị thiệt hại vì hành vi trái pháp luật của bên kia được bồi thường. Tuy nhiên, trong trường hợp này, hợp đồng vô hiệu do nhầm lẫn, không vì hành vi trái luật của bên nào. Liên quan đến vấn đề này, như đã nói ở trên, rằng có hai loại nhầm lẫn: tự nhầm lẫn và nhầm lẫn do bên còn lại cung cấp thông tin sai lệch. Theo quan điểm của chúng tôi, trong trường hợp bên tự nhầm lẫn yêu cầu tuyên bố hợp đồng vô hiệu thì không những không được bồi thường thiệt hại mà còn phải bồi thường thiệt hại cho bên kia. Điều này là hợp lý bởi lẽ nếu hợp đồng không vô hiệu thì bên nhầm lẫn sẽ phải chịu thiệt hại lớn đến mức không đạt được mục đích của việc xác lập giao dịch. Trong trường hợp hợp đồng nhầm lẫn do bên còn lại cung cấp thông tin không chính xác thì bên nhầm lẫn có quyền yêu cầu bên còn lại phải bồi thường thiệt hại mặc dù bên cung cấp không biết và không buộc phải biết thông tin mà họ cung cấp là không chính xác.

Từ những lập luận, phân tích trên, chúng tôi cho rằng, Điều 142 Dự thảo cần nên được quy định như sau:

Điều 142: Hợp đồng vô hiệu do bị nhầm lẫn

1. Bên bị nhầm lẫn về thông tin hoặc pháp luật tại thời điểm xác lập giao dịch dân sự có thể yêu cầu tòa án tuyên bố giao dịch dân sự vô hiệu, nếu: a) sự nhầm lẫn là nghiêm trọng và lớn đến mức mà một người bình thường, trong hoàn cảnh tương tự sẽ không giao kết hoặc chỉ giao kết với điều kiện hoàn toàn khác nếu người này đã biết rõ tình trạng thực; b) Bên nhầm lẫn không biết và không buộc phải biết việc họ bị nhầm lẫn hoặc nhầm lẫn do thông tin bên còn lại cung cấp.

2. Bên bị nhầm lẫn không được quyền yêu cầu tòa án tuyên bố hợp đồng vô hiệu nếu: a) buộc phải biết về sự nhầm lẫn nhưng

đã không tìm hiểu kỹ thông tin; b) Buộc phải biết rằng, nhầm lẫn là đặc trưng của loại giao dịch đó.

3. Bên nhầm lẫn có quyền yêu cầu bên còn lại bồi thường thiệt hại nếu chứng minh được rằng nhầm lẫn xuất phát từ những thông tin do bên đó cung cấp, nếu bên nhầm lẫn không chứng minh được điều đó thì phải bồi thường thiệt hại cho bên còn lại.

3. Giao dịch dân sự vô hiệu do không tuân thủ quy định về hình thức được quy định tại Điều 134 BLDS 2005 cũng là một trong những vấn đề gây tranh luận trong khoa học pháp lý và đã gây nhiều khó khăn trong thực tiễn áp dụng¹². Câu chuyện chủ yếu liên quan đến hình thức văn bản có công chứng, chứng thực của một số loại hợp đồng như hợp đồng mua bán nhà, chuyển nhượng quyền sử dụng đất, hoặc một số hợp đồng cần phải đăng ký ở cơ quan có thẩm quyền như hợp đồng chuyển giao công nghệ, hợp đồng li xăng, là điều kiện có hiệu lực của các hợp đồng đó. Về vấn đề này, các quy định liên quan của BLDS 2005 (khoản 2 Điều 122, Điều 134, Điều 450) và Nghị quyết số 01/2003 của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao tỏ ra kém hiệu quả trong việc áp dụng¹³.

Chúng tôi cho rằng, quy định tại Điều 145 Dự thảo cơ bản đã khắc phục được những khiếm khuyết của pháp luật hiện hành. Tuy nhiên, có một số điểm cần phải làm rõ.

Theo quy định tại điểm a, khoản 1 Điều 145 Dự thảo thì hợp đồng không bị vô hiệu do không tuân thủ hình thức do luật định nếu “Việc không tuân thủ quy định về hình thức không nhằm trốn tránh nghĩa vụ với người khác và chủ thể giao dịch dân sự đã chuyển giao tài sản hoặc đã thực hiện công việc. Trong trường hợp này, theo yêu cầu của một hoặc các bên, cơ quan có thẩm quyền có

12 Xem: Dương Anh Sơn, Lê Minh Hùng, Hình thức văn bản, văn bản có chứng thực là điều kiện có hiệu lực của hợp đồng. Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, Số 18(179) tháng 9/2010.

13 Về vấn đề này chúng tôi đã phân tích trong bài viết trước đây. Xem: Dương Anh Sơn, Lê Minh Hùng, t.tđd.

trách nhiệm hoàn tất thủ tục đối với giao dịch dân sự đó”. Sự không rõ ràng trong quy định trên thể hiện ở chỗ:

Thứ nhất, quy định của pháp luật không nói rõ là chủ thể chuyển giao một phần hay toàn bộ tài sản, thực hiện một phần hay thực hiện toàn bộ công việc và chắc chắn điều này sẽ gây ra nhiều khó khăn trong thực tiễn áp dụng. Hợp đồng là sự thỏa thuận - sự trùng hợp ý chí (ý chí chung) của các bên giao kết. Như vậy, hình thức của hợp đồng chỉ là sự biểu hiện ra bên ngoài của ý chí chung đó. Nội dung bên trong được coi trọng hơn là hình thức biểu hiện ra bên ngoài. Chúng ta thấy cả BLDS 2005 (điểm a, khoản 1 Điều 126, khoản 1 và khoản 7 Điều 409) cả Dự thảo (điểm a khoản 1 Điều 138) đều thể hiện nguyên tắc này. Khi các bên đã thực hiện, cho dù mới chỉ một phần nghĩa vụ, có nghĩa là ý định đích thực của các bên là thực hiện toàn bộ nghĩa vụ hợp đồng và sẽ tuân thủ hình thức của hợp đồng theo quy định của pháp luật sau đó. Chính vì lẽ đó nên chúng tôi cho rằng, sẽ hợp lý nếu pháp luật quy định rằng, giao dịch không bị vô hiệu do không tuân thủ hình thức nếu các bên đã thực hiện một phần hoặc toàn bộ nghĩa vụ.

Thứ hai, chúng tôi cho rằng, các bên không thể tự mình yêu cầu cơ quan có thẩm quyền hoàn tất thủ tục của giao dịch. Đơn giản là cơ quan có thẩm quyền không có nghĩa vụ điều tra và xác minh nghĩa vụ hợp đồng đã được thực hiện hay chưa. Trong trường hợp này, họ chỉ có thể thực hiện việc hoàn tất thủ tục theo quyết định của tòa án.

Theo quy định tại khoản 1 Điều 145 của Dự thảo, trường hợp luật quy định hình thức là điều kiện có hiệu lực của giao dịch dân sự mà hình thức đó không được tuân thủ thì giao dịch dân sự đó bị vô hiệu. Đây là nguyên tắc chung. Vẫn biết rằng, để pháp luật trở nên mềm dẻo hơn thì cần phải có ngoại lệ cho nguyên tắc chung đó. Theo ý niệm của những người soạn thảo, một trong

hai ngoại lệ của nguyên tắc nói trên là điểm b, khoản 1 Điều 145 Dự thảo¹, theo đó *thì trong trường hợp chủ thể chưa chuyển giao tài sản hoặc chưa thực hiện công việc thì theo yêu cầu của một hoặc các bên, Tòa án cho phép thực hiện quy định về hình thức của giao dịch dân sự trong một thời hạn hợp lý; quá thời hạn đó mà không thực hiện thì giao dịch dân sự đó bị vô hiệu*. Xét về logic ngữ nghĩa thì quy định tại điểm b khoản 1 này không phải là ngoại lệ mà là câu chuyện hoàn toàn khác và thể hiện sự mâu thuẫn với nguyên tắc chung đã được tuyên bố: không tuân thủ hình thức là điều kiện có hiệu lực do luật định thì vô hiệu. Chúng tôi cho rằng, quy định tại điểm b khoản 1 thể hiện một điều rằng, những người soạn thảo chưa thể đoạn tuyệt và vẫn cố níu kéo quy định tại Điều 134 BLDS 2005.

Và cuối cùng, chúng tôi cho rằng, quy định tại khoản 2 Điều 145 Dự thảo là hoàn toàn không cần thiết bởi lẽ nội dung này đã được quy định rõ tại Điều 138 Dự thảo.

Từ những phân tích, lập luận ở trên, chúng tôi cho rằng, Điều 145 Dự thảo nên được thiết kế với những nội dung như sau:

Điều 145: Giao dịch dân sự không tuân thủ quy định về hình thức

1. Trường hợp luật quy định hình thức là điều kiện có hiệu lực của giao dịch dân sự mà hình thức đó không được tuân thủ thì giao dịch dân sự đó bị vô hiệu.

2. Nếu chủ thể đã thực hiện toàn bộ hoặc một phần giao dịch thì trên cơ sở yêu cầu của chủ thể đó, tòa án xem xét và ra quyết định thừa nhận giao dịch dân sự có hiệu lực. Trong trường hợp này, việc hoàn tất thủ tục là không cần thiết.

Thiết nghĩ cách quy định như vậy là hợp lý. Chúng ta có nguyên tắc chung là khoản 1, ngoại lệ của nguyên tắc chung là khoản 2 và một khi đã có quyết định của tòa án thì những thủ tục khác là không cần thiết ■

14 Ngoài lệ thứ nhất là điểm a, khoản 1 Điều 145 Dự thảo.

DỰ THẢO SỬA ĐỔI BỘ LUẬT DÂN SỰ VỚI CÁC QUY ĐỊNH XÁC LẬP QUYỀN THỪA KẾ

ĐOÀN THỊ PHƯƠNG DIỆP*

1. Thời điểm phát sinh quyền và nghĩa vụ của người thừa kế

Điều 637 Dự thảo sửa đổi Bộ luật Dân sự (Dự thảo)¹ quy định “Kể từ thời điểm mở thừa kế, những người thừa kế có các quyền, nghĩa vụ tài sản do người chết để lại”. Quy định này không thay đổi so với quy định của Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2005. Quy định này có nghĩa: quyền và nghĩa vụ của người thừa kế mặc nhiên phát sinh ngay tại thời điểm người để lại di sản chết.

Quy định trên tỏ ra chưa hợp lý bởi các lý do sau: thứ nhất, pháp luật dân sự công nhận cho người thừa kế quyền được từ chối nhận di sản theo hình thức, thời hạn luật định, cho nên nếu người thừa kế từ chối nhận di sản thì quyền và nghĩa vụ cũng không mặc nhiên phát sinh; thứ hai, trong trường hợp di sản cùng được thừa kế bởi nhiều người, có nghĩa là quyền và nghĩa vụ của họ gắn liền với nhau, nên quyền và nghĩa vụ không thể mặc nhiên phát sinh vì không thể xác định ngay được là quyền cụ thể là gì, nghĩa vụ cụ thể là gì. Điều này có thể hình dung một cách đơn giản qua ví dụ sau: người để lại di sản chết để lại di sản không biết trị giá là bao nhiêu cho hai người thừa kế, cùng với di sản

có này một món nợ đi kèm trị giá 200 triệu đồng, câu hỏi đặt ra là chủ nợ trong trường hợp này có thể yêu cầu người thừa kế thực hiện ngay nghĩa vụ được hay không? Nếu áp dụng quy định của Điều 637 thì câu trả lời là có, nhưng, câu trả lời này ngay lập tức lại mâu thuẫn với quy định tại Điều 638 khoản 1 đi kèm ngay sau đó “Những người hưởng thừa kế có trách nhiệm thực hiện nghĩa vụ tài sản trong phạm vi di sản do người chết để lại, trừ trường hợp có thỏa thuận khác”. Khi chưa xác định di sản bao gồm những gì thì nghĩa vụ trả nợ này chưa thể thực hiện được.

Như vậy, có thể thấy, thực tế chỉ có quyền thừa kế là phát sinh ngay tại thời điểm người để lại di sản chết, quyền này cho phép người thừa kế có thể tiến hành các bước để phân chia di sản, bao gồm xác định di sản, thực hiện các nghĩa vụ về tài sản do người chết để lại ... Còn các quyền và nghĩa vụ khác về tài sản do người chết để lại chỉ phát sinh khi người thừa kế hoặc là đã tiến hành xong thủ tục khai nhận thừa kế (ví dụ quyền sở hữu đối với di sản) hoặc ít ra là đã tiến hành các bước có liên quan để có thể xác định di sản, thống kê di sản ... Như vậy, quy định này không cần thiết đặt ra trong Dự thảo.

* TS. Khoa Luật, Trường Đại học Kinh tế - Luật, Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh.

1 Theo Nghị quyết của Quốc hội, Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi) được lấy ý kiến của các tầng lớp nhân dân trong nước và người Việt Nam định cư ở nước ngoài bắt đầu từ ngày 5/1/2015. Xem toàn văn Dự thảo tại: <http://baodientu.chinhphu.vn/Tin-noi-bat/Toan-van-Du-thao-Bo-luat-Dan-su/217494.vgp>.

Mặt khác, cũng cần phân định rõ ngay tại vị trí này của điều luật, sự khác biệt giữa thời điểm xác lập quyền sở hữu của người thừa kế đối với di sản và thời điểm mở thừa kế. Tại đây, có hai lựa chọn, thứ nhất, thời điểm xác lập quyền sở hữu đối với di sản được xác định trên cơ sở các quy tắc chung được quy định tại Điều 182 Dự thảo, cụ thể “Việc xác lập quyền sở hữu và vật quyền khác có hiệu lực kể từ thời điểm tài sản được chuyển giao, nếu hợp đồng hoặc luật không có quy định khác”; thứ hai, thời điểm xác lập quyền sở hữu chính là thời điểm người để lại di sản chết. Phương án thứ hai sẽ không khả thi bởi ngay tại thời điểm người để lại di sản chết, di sản vẫn chưa được phân chia và chưa xác định được người thừa kế sẽ thừa kế phần nào trong tổng di sản. Bởi thế, theo chúng tôi, quyền sở hữu đối với di sản phải được xác lập theo quy định của luật chung về sở hữu.

2. Người thừa kế

Theo quy định tại Điều 636 Dự thảo “Người thừa kế là cá nhân phải là người còn sống vào thời điểm mở thừa kế hoặc sinh ra và còn sống sau thời điểm mở thừa kế nhưng đã thành thai trước khi người để lại di sản chết. Trường hợp người thừa kế theo di chúc không phải là cá nhân thì phải tồn tại vào thời điểm mở thừa kế”.

Quy định này có thay đổi so với quy định của BLDS 2005, cụ thể cụm từ “người thừa kế theo di chúc không phải là cá nhân” được dùng trong Dự thảo thay thế cho cụm từ “người thừa kế theo di chúc là cơ quan, tổ chức”. Thay đổi này của Dự thảo có thể thấy rõ là nhằm mục đích mở rộng đối tượng nhận di sản, cụ thể là cho phép người thừa kế có thể là cá nhân hoặc trong trường hợp thừa kế theo di chúc có thể là tất cả các chủ thể tồn tại trong thực tiễn (cá nhân và các chủ thể

không phải là cá nhân).

Về sự xác định như thế nào là người còn sống tại thời điểm mở thừa kế, hay như thế nào là thành thai trước khi người để lại di sản chết ... đã được bàn luận khá nhiều, do đó ở đây, chúng tôi chỉ muốn đề cập đến phần mới nhất trong Dự thảo “người thừa kế theo di chúc không phải là cá nhân”. Chủ thể này là ai? Trong cách hiểu thông thường, ngược lại với cá nhân là tập thể, nhóm người, tập hợp người hay tổ chức, cơ quan ... Đây là cách hiểu được chấp nhận trong BLDS 2005. Cá nhân, theo định nghĩa của Từ điển Tiếng Việt² là “người riêng lẻ”. Tuy nhiên, “không phải là cá nhân” cũng có thể không phải là con người, là con vật, chuyện về một chú chó giàu nhất thế giới đã xảy ra ở Anh do được thừa kế khối di sản khổng lồ từ người chủ đã chết³. Tình trạng này có thể sẽ xảy ra ở Việt Nam trong tương lai hay không? Nếu theo quy định của BLDS 2005 thì điều đó là không thể bởi vì người thừa kế chỉ có thể là cá nhân hay cơ quan, tổ chức. Tuy nhiên, theo quy định trong Dự thảo BLDS thì điều này được chấp nhận trên cơ sở quy định của Điều 636 như đã phân tích trên. Câu hỏi đặt ra là liệu có nên cho phép quyền thừa kế của vật nuôi hay không? Về nguyên tắc, chủ sở hữu có quyền tự do trong việc định đoạt tài sản của mình và các chủ thể khác có nghĩa vụ tôn trọng quyền này, kể cả đó chỉ là ý nguyện của chủ sở hữu trước khi chết. Tuy nhiên, trong bối cảnh kinh tế, xã hội của Việt Nam hiện nay, chúng ta vẫn còn là nước mà số người nghèo chiếm tỷ lệ lớn trong cơ cấu tổng thể dân cư, hơn nữa với truyền thống là xã hội tôn trọng đạo đức, bản chất nhân văn trong suy nghĩ và lối sống của con người, quan tâm giúp đỡ lẫn nhau, nên việc một con vật được thừa kế khối di sản lớn là điều không nên. Do đó, theo chúng tôi, quy định tại Điều 636 nên

2 Từ điển Tiếng Việt, Trung tâm Từ điển học, Nxb. Đà Nẵng, 2010.

3 <http://kinhdoanh.vnexpress.net/tin-tuc/quoc-te/chu-cho-giau-nhat-the-gioi-co-370-trieu-do-2700580.html>.

giữ nguyên như trong BLDS 2005, cụ thể là “Người thừa kế là cá nhân phải là người còn sống vào thời điểm mở thừa kế hoặc sinh ra và còn sống sau thời điểm mở thừa kế nhưng đã thành thai trước khi người để lại di sản chết. Trường hợp người thừa kế theo di chúc là cơ quan, tổ chức thì phải tồn tại vào thời điểm mở thừa kế”.

3. Thừa kế theo di chúc

Quy định tại khoản 2 Điều 648 của Dự thảo “Người từ đủ 15 tuổi đến chưa đủ 18 tuổi được lập di chúc, nếu được cha, mẹ hoặc người giám hộ đồng ý về việc lập di chúc” và khoản 2 Điều 653 của Dự thảo “Di chúc của người từ đủ 15 tuổi đến chưa đủ 18 tuổi phải được lập thành văn bản và phải được cha, mẹ hoặc người giám hộ đồng ý về việc lập di chúc” có phần trùng nhau là “phải được cha, mẹ hoặc người giám hộ đồng ý”. Do đó, theo chúng tôi, nên sửa lại như sau:

- Khoản 2 Điều 648 “Người từ đủ 15 tuổi đến chưa đủ 18 tuổi được lập di chúc, nếu được cha, mẹ hoặc người giám hộ đồng ý. Sự đồng ý của cha, mẹ, hoặc người giám hộ phải lập thành văn bản”.

- Bổ quy định tại khoản 2 Điều 653 về việc bắt buộc di chúc của người từ đủ 15 tuổi đến chưa đủ 18 tuổi phải lập thành văn bản. Di chúc miệng chỉ được cho phép trong bối cảnh người để lại di sản ở trong tình trạng sức khỏe không tốt, không thể tiến hành lập di chúc bằng văn bản, quyền lập di chúc miệng cũng nên được công nhận đối với người từ đủ 15 đến dưới 18 tuổi bởi vì đối tượng này cũng có thể bị rơi vào tình trạng không thể lập di chúc bằng văn bản như các chủ thể khác. Hơn thế nữa, quy trình về việc công nhận di chúc miệng được tiến hành theo quy định trong Dự thảo (như tuyên bố di chúc trước mặt người làm chứng, công

chứng, chứng thực di chúc ...) khá chặt chẽ, đảm bảo độ chính xác và đáng tin cậy của di chúc miệng đối với các loại chủ thể khác nhau.

4. Di chúc chung của vợ chồng

Mặc dù có khá nhiều ý kiến khác nhau xung quanh việc có nên tiếp tục công nhận quyền được lập di chúc chung của vợ chồng trong BLDS⁴, Dự thảo BLDS tiếp tục ghi nhận về di chúc chung của vợ chồng và gần như không có thay đổi so với quy định của BLDS 2005. Theo chúng tôi, việc tiếp tục công nhận quyền lập di chúc chung của vợ chồng là phù hợp, mặc dù trên thực tế có nhiều trở ngại liên quan đến việc thực hiện quyền này cũng như liên quan đến việc tôn trọng quyền tự do cá nhân của chủ sở hữu tài sản trong việc định đoạt tài sản bằng di chúc. Tuy nhiên, một khi các chủ thể nhận thức rõ về các hạn chế này của di chúc chung và vẫn muốn lập di chúc chung thì không có lý do gì chúng ta cản trở họ thực hiện quyền này. Vì thế, để quyền này của các chủ thể được thực hiện tốt hơn trên thực tế, cần có sự rõ ràng trong các quy định của Dự thảo, cụ thể cần quy định như sau:

- Điều 665 Dự thảo về sửa đổi, bổ sung, thay thế, huỷ bỏ di chúc chung của vợ, chồng.

“Vợ, chồng có thể sửa đổi, bổ sung, thay thế, huỷ bỏ di chúc chung bất cứ lúc nào. Nếu người kia không đồng ý thì mỗi người có quyền lập di chúc liên quan đến phần tài sản của mình. Nếu một người đã chết thì người kia chỉ có thể sửa đổi, bổ sung di chúc liên quan đến phần tài sản của mình” nên sửa lại thành “Vợ, chồng có quyền sửa đổi, bổ sung, thay thế, huỷ bỏ di chúc chung bất cứ lúc nào. Nếu bên còn lại phản đối việc sửa đổi, bổ sung này thì di chúc chung đương

4 Xem Lưu Minh Hùng, Một số bất cập trong việc thừa nhận quyền lập di chúc chung của vợ, chồng, Tạp chí Khoa học Pháp lý số 4 (35)/2006, TS. Đỗ Văn Đại, Luật thừa kế Việt Nam, bản án và bình luận bản án, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2009, trang 304 và kế tiếp.

nhân bị hủy bỏ. Nếu một bên vợ, chồng đã chết thì người còn lại chỉ có thể sửa đổi, bổ sung, hủy bỏ phần di chúc liên quan đến phần tài sản của mình”. Quy định hiện tại trong Dự thảo cho phép nếu không thỏa thuận được về việc sửa đổi, bổ sung, hủy bỏ di chúc thì bên vợ chồng muốn sửa đổi, bổ sung, hủy bỏ di chúc có quyền lập di chúc riêng để định đoạt phần tài sản của mình. Tuy nhiên, theo cách quy định này thì sẽ song song tồn tại hai di chúc, di chúc chung của vợ chồng và di chúc riêng của một bên, cả hai di chúc này cùng định đoạt chung một phần tài sản, do đó chỉ có thể một trong hai di chúc có hiệu lực. Nếu muốn giữ nguyên quy định này thì cần bổ sung thêm quy định rằng, nếu di chúc chung và di chúc riêng mâu thuẫn nhau thì di chúc riêng lập sau sẽ có giá trị.

Cần nhắc giữa hai phương án, chúng tôi cho rằng, phương án thứ nhất xác định di chúc chung hết hiệu lực khi có bất đồng quan điểm giữa vợ chồng về nội dung đã xác định là phương án phù hợp. Vì thực chất, dù là di chúc chung hay riêng, đó đều là quyền tự do định đoạt của chủ sở hữu tài sản, khi thỏa thuận trong di chúc chung bị phá vỡ do sự không đồng thuận thì di chúc chung không thể tiếp tục tồn tại.

Về thời điểm có hiệu lực của di chúc chung theo quy định tại Điều 669 của Dự thảo thì “Trường hợp vợ, chồng lập di chúc chung mà có một người chết trước, thì chỉ phần di chúc liên quan đến phần di sản của người chết trong tài sản chung có hiệu lực pháp luật; nếu vợ, chồng có thỏa thuận trong di chúc về thời điểm có hiệu lực của di chúc là thời điểm người sau cùng chết, thì di sản của vợ, chồng theo di chúc chung chỉ được phân chia từ thời điểm đó”.

Quy định của Dự thảo tạo sự linh hoạt cho việc xác định thời điểm có hiệu lực của

di chúc chung. Cụ thể chia thành hai trường hợp, nếu có thỏa thuận chọn thời điểm người sau cùng chết thì pháp luật tôn trọng sự lựa chọn này, ngược lại, nếu không có thỏa thuận lựa chọn trên, thời điểm có hiệu lực của di chúc được xác định là thời điểm mở thừa kế, là thời điểm vợ, chồng chết như các trường hợp lập di chúc riêng. Quy định này là hợp lý, cũng giải quyết được tình trạng không rõ ràng đã tồn tại trong bối cảnh BLDS 2005 là quyền yêu cầu chia di sản đối với những tài sản riêng của một bên vợ, chồng chết trước hoặc đối với những tài sản chung không được định đoạt trong di chúc chung, nghĩa là với sự xác định thời điểm giống như lập di chúc riêng này, mặc dù có di chúc chung nhưng khi một trong hai bên vợ, chồng chết trước, những người có quyền thừa kế của người này từ di chúc chung, di chúc riêng hoặc thừa kế theo pháp luật có quyền yêu cầu chia di sản ngay.

5. Di sản thờ cúng

Đây là loại tài sản đặc biệt, sẽ không tham gia vào các giao dịch tài sản, sẽ phải “đứng yên” để phục vụ cho việc thờ cúng tổ tiên của người chết. Về nguyên tắc, khi tài sản phải “đứng yên” thì không tạo ra các giá trị phát sinh thêm, điều này về mặt lý thuyết là hoàn toàn không tốt cho sự phát triển kinh tế, xã hội. Do đó, quy định tại Điều 671 cần thiết phải thêm vào “Di sản thờ cúng chỉ được duy trì để thờ cúng tối đa đến đời thứ 3”⁵, nghĩa là cần giới hạn khoảng thời gian đứng yên của di sản thờ cúng, giải thoát di sản này để đưa tài sản vào lưu thông.

Khoản 1 Điều 671 Dự thảo quy định “Trường hợp người lập di chúc để lại một phần di sản dùng vào việc thờ cúng thì phần di sản đó không được chia thừa kế và được giao cho một người đã được chỉ định trong di chúc quản lý để thực hiện việc thờ cúng;

5 Theo quy định của Dân luật 1972 thì “hương hỏa cũng còn bị triệt bãi sau khi đã lưu truyền được năm đời liên tiếp, mặc dầu trong họ vẫn còn có nam thừa kế”.

nếu người được chỉ định không thực hiện đúng di chúc hoặc không theo thoả thuận của những người thừa kế thì những người thừa kế có quyền giao phần di sản dùng vào việc thờ cúng cho người khác quản lý để thờ cúng.

Trường hợp người để lại di sản không chỉ định người quản lý di sản thờ cúng thì những người thừa kế cử một người quản lý di sản thờ cúng”.

Theo chúng tôi, để quy định này hợp lý hơn, nên sửa lại “Trường hợp người lập di chúc để lại một phần di sản dùng vào việc thờ cúng thì phần di sản đó không được chia thừa kế và được giao cho một người được chỉ định trong di chúc để thực hiện việc thờ cúng; nếu di chúc không chỉ định người quản lý hoặc người được chỉ định không thực hiện đúng di chúc thì những người thừa kế có quyền thoả thuận chọn một trong số những người thừa kế của người để lại di sản để thực hiện việc quản lý di sản thờ cúng. Nếu người được thoả thuận cử không thực hiện thoả thuận này thì những người thừa kế có quyền thoả thuận cử ra một người quản lý khác”. Kiến nghị sửa đổi này một mặt bỏ đi một đoạn quy định trong Dự thảo “nếu người được chỉ định không thực hiện di chúc hoặc không theo thoả thuận của những người thừa kế...”; về nguyên tắc việc quản lý di sản thờ cúng được thực hiện theo ý chí của người chết thể hiện trong di chúc, do đó, theo chúng tôi, quy định “không theo thoả thuận của những người thừa kế” là không cần thiết. Mặt khác, cho phép các đồng thừa kế của người để lại di sản thờ cúng quyền thoả thuận cử người quản lý di sản trong cả hai trường hợp, không có chỉ định của người để lại di sản và có chỉ định nhưng người được chỉ định không thực hiện chỉ định.

Cũng liên quan đến vấn đề di sản thờ cúng, theo chúng tôi, cần có thêm quy định cụ thể xác định khối tài sản chịu trách nhiệm trả nợ trong trường hợp người để lại di sản lập di chúc, vừa để lại di sản thờ cúng, vừa

để lại di tặng mà tổng di sản không đủ để thực hiện nghĩa vụ. Theo quy định tại khoản 2 Điều 671 “Trường hợp toàn bộ di sản của người chết không đủ để thanh toán nghĩa vụ tài sản của người đó thì không được dành một phần di sản dùng vào việc thờ cúng” và khoản 3 Điều 672 Dự thảo “Người được di tặng không phải thực hiện nghĩa vụ tài sản đối với phần được di tặng, trừ trường hợp toàn bộ di sản không đủ để thanh toán nghĩa vụ tài sản của người lập di chúc thì phần di tặng cũng được dùng để thực hiện phần nghĩa vụ còn lại của người này”. Thực tế, việc xác định di sản có đủ để thực hiện nghĩa vụ do người chết để lại hay không chỉ diễn ra ở thời điểm tiến hành chia di sản để trả nợ. Giả sử toàn bộ di sản trị giá 01 tỷ đồng, di tặng trị giá 100 triệu, di sản thờ cúng trị giá 200 triệu, nghĩa vụ về tài sản trị giá 900 triệu. Nếu áp dụng quy định của Dự thảo thì trường hợp này, người để lại di sản vẫn có quyền để di tặng và di sản thờ cúng vì toàn bộ di sản vẫn đủ để thực hiện nghĩa vụ. Vậy việc thanh toán nợ sẽ phải tiến hành như thế nào? Chủ nợ được thanh toán hết hay chỉ một phần trong số nợ? Nghĩa là trong trường hợp đó, ta sẽ ưu tiên thanh toán nợ hay ưu tiên cho di tặng, di sản thờ cúng? Câu trả lời là chưa rõ ràng với các quy định hiện nay của Dự thảo. Theo chúng tôi, trong trường hợp này, quy định nên sửa lại cho chặt chẽ hơn, cụ thể như sau:

- Khoản 2 Điều 671 và khoản 3 Điều 672 nên sửa gộp lại là “Trường hợp toàn bộ di sản còn lại của người chết sau khi trừ di tặng, di sản thờ cúng không đủ để thanh toán nghĩa vụ tài sản của người đó thì không được dành một phần di sản dùng vào việc thờ cúng, di tặng”.

- Ngoài ra, cần bổ sung thêm quy định “Trường hợp toàn bộ di sản còn lại của người chết sau khi trừ di tặng, di sản thờ cúng không đủ để thanh toán nghĩa vụ tài sản của người đó nhưng toàn bộ di sản thì thừa, để thực hiện nghĩa vụ, di sản di tặng và di sản

thờ cúng cùng chịu trách nhiệm đóng góp để thực hiện nghĩa vụ theo tỷ lệ”, nghĩa là với ví dụ trên, sau khi lấy phần di sản còn lại là 700 triệu vẫn không đủ để trả nợ, 200 triệu nợ còn lại sẽ chia cho di tặng và di sản thờ cúng theo tỷ lệ. Cụ thể là nợ 200 triệu, di sản còn 300 triệu, vậy tỷ lệ là 2/3. Chúng tôi cho rằng, di tặng và di sản thờ cúng đều có cùng bản chất là một khoản trích đặc biệt theo ý chí của người để lại di sản, do đó nó có tầm quan trọng giống nhau nên phải gánh chịu nghĩa vụ giống nhau.

Cũng theo quy định tại khoản 1 Điều 671 “Trường hợp tất cả những người thừa kế theo di chúc đều đã chết thì phần di sản dùng để thờ cúng thuộc về người đang quản lý hợp pháp di sản đó trong số những người thuộc diện thừa kế theo pháp luật, trừ trường hợp trong di chúc của người để lại di sản có quy định khác”. Đây là quy định rất không rõ ràng đã tồn tại trong BLDS 2005, không rõ ràng ở đây do từ dùng “thuộc về” trong điều luật. Thuộc về tức là thuộc quyền sở hữu hay thuộc quyền quản lý? Một cách hợp lý, nếu đã giới hạn sự tồn tại tối đa của di sản thờ cúng trong thời hạn “ba đời” thì từ thuộc về này cần phải sửa lại là “Trường hợp tất cả những người thừa kế theo di chúc đều đã chết thì phần di sản dùng để thờ cúng thuộc quyền quản lý và khai thác của người đang quản lý hợp pháp di sản đó trong số những người thuộc diện thừa kế theo pháp luật, trừ trường hợp trong di chúc của người để lại di sản có quy định khác”. Và cũng cần bổ sung thêm trong điều luật quy định “sau khi chấm dứt thờ cúng, di sản này sẽ thuộc quyền sở hữu của người đang quản lý di sản này để phục vụ cho việc thờ cúng”.

6. Thừa kế theo pháp luật

Thứ nhất, có sự mâu thuẫn trong quan hệ giữa thừa kế thế vị và thừa kế ở hàng thứ hai. Cụ thể như sau: theo quy định tại khoản 1

Điều 677 của Dự thảo, các hàng thừa kế được xác định gồm 3 hàng, trong đó hàng thứ nhất gồm: vợ, chồng, cha đẻ, mẹ đẻ, cha nuôi, mẹ nuôi, con đẻ, con nuôi của người chết; hàng thừa kế thứ hai gồm: ông nội, bà nội, ông ngoại, bà ngoại, anh ruột, chị ruột, em ruột của người chết; cháu ruột của người chết mà người chết là ông nội, bà nội, ông ngoại, bà ngoại.

Khoản 4 Điều 677 Dự thảo quy định: “Những người ở hàng thừa kế sau chỉ được hưởng thừa kế, nếu không còn ai ở hàng thừa kế trước do đã chết, không có quyền hưởng di sản, bị truất quyền hưởng di sản hoặc từ chối nhận di sản”.

Ta có tình huống cụ thể như sau: ông A và bà B là vợ chồng hợp pháp, có con chung là C. A chết năm 2002, B chết năm 2007, C chết năm 2005. C có con là D. Bà B có hai anh trai là E và F. Trong tình huống này, khi B chết vào năm 2007 thì cả chồng là ông A và con là C đều đã chết trước, nghĩa là tất cả những người thừa kế ở hàng thứ nhất đều đã chết, do đó di sản sẽ được chia cho hàng thứ hai gồm E, F và D. Nếu chia cho hàng thứ hai thì D sẽ được hưởng 1/3 di sản B để lại. Tuy nhiên, cũng theo quy định của Điều 678 Dự thảo, D sẽ có tư cách thừa kế thế vị của B, với tư cách này D lại là người thừa kế duy nhất của B nên sẽ hưởng trọn di sản. Vậy trong tình huống này sẽ chia di sản cho hàng thứ 2 hay cho người thừa kế thế vị? Câu trả lời chưa có trong Dự thảo. Theo chúng tôi, cần bổ sung thêm vào Điều 678 quy định như sau: “Khi người thừa kế thế vị đồng thời là người được hưởng di sản theo hàng thừa kế thứ hai hoặc thứ ba thì việc chia di sản sẽ tiến hành phân chia cho người này với tư cách là người thừa kế thế vị”. Lựa chọn này thật ra đã được áp dụng trong thực tiễn áp dụng pháp luật thời gian qua tại Tòa án⁶ và chúng tôi cho rằng, đây là lựa chọn hợp lý phù hợp

6 Xem TS. Đỗ Văn Đại, Luật thừa kế Việt Nam- bản án và bình luận bản án, sdd, trang 512.

với ý nghĩa của việc để lại di sản thừa kế, tức phải để lại cho con, cháu trước tiên.

Thừa kế của con nuôi. Quan hệ cha, mẹ nuôi - con nuôi hình thành trên cơ sở quan hệ nuôi dưỡng được chứng minh bằng quyết định công nhận việc nuôi con nuôi. Cả BLDS 2005 và Điều 679 Dự thảo đều cho phép người con nuôi ngoài việc thừa kế theo pháp luật của cha, mẹ nuôi còn được thừa kế thế vị, nghĩa là thừa kế di sản của cha, mẹ của cha, mẹ nuôi (hay gọi là ông bà nội, ngoại nuôi). Chúng tôi cho rằng, quy định này không hợp lý, thứ nhất, chúng ta chỉ công nhận cháu ruột thừa kế di sản của ông bà ở hàng thứ hai (khoản 1 Điều 677), nghĩa là không có cháu nuôi, thứ hai, quan hệ nuôi con nuôi chỉ hình thành giữa bên nhận nuôi và bên được nhận nuôi, do đó không nên công nhận quyền thừa kế thế vị của con nuôi với cha, mẹ của cha, mẹ nuôi để các quy định logic với nhau hơn.

Về quy định tại khoản 2 Điều 677 Dự thảo “Những người thừa kế theo pháp luật chỉ được hưởng phần di sản nếu họ còn sống tại thời điểm chia thừa kế”. Quy định này mâu thuẫn với định nghĩa về người thừa kế tại Điều 636 Dự thảo “Người thừa kế là cá nhân phải là người còn sống vào thời điểm mở thừa kế hoặc sinh ra và còn sống sau thời điểm mở thừa kế nhưng đã thành thai trước khi người để lại di sản chết”. Do đó, theo chúng tôi, nên bỏ quy định tại khoản 2 Điều 677 vì thực tế quyền thừa kế xác định tại thời điểm *mở thừa kế*, tức thời điểm người để lại di sản chết. Nếu người thừa kế còn sống tại thời điểm mở thừa kế và không bị truất quyền cũng như không từ chối nhận di sản thì người này có quyền được nhận di sản, mặc dù có thể đến thời điểm chia di sản thì người này đã chết, phần di sản đã nhận của người này sẽ tiếp tục được phân chia cho những người thừa kế của họ ■

NÊN SỬ DỤNG KHÁI NIỆM VẬT QUYỀN...

(Tiếp theo trang 9)

chấm dứt tình trạng bao cấp, xóa nợ, khoanh nợ một cách tùy tiện từ phía nhà nước cho doanh nghiệp. Đồng thời, các chủ thể quan hệ kinh tế phải thực hiện một cách kịp thời và đầy đủ các nghĩa vụ phát sinh; khắc phục sự dầy dụa trong thanh toán các khoản nợ thương mại;

(9) Người sản xuất có quyền tự do quyết định giá cả của hàng hóa, dịch vụ do mình cung cấp; hạn chế đến mức thấp nhất việc định giá của các cơ quan nhà nước có thẩm quyền đối với hàng hóa, dịch vụ do các chủ thể quan hệ thị trường thực hiện;

(10) Có sự đảm bảo đáng tin cậy từ phía nhà nước trong việc bảo vệ quyền của các chủ thể quan hệ thị trường; đảm bảo khi có quyền lợi bị vi phạm thì bên bị vi phạm có thể sử dụng một cách nhanh chóng và hiệu

quả sự trợ giúp của nhà nước, nhất là của các cơ quan tài phán như tòa án và trọng tài thương mại, chứ không phải thông qua các thể lực khác của xã hội đen.

Căn cứ vào mức độ thỏa mãn 10 tiêu chí nêu trên mà các nước thừa nhận hay không thừa nhận một nền kinh tế là thị trường hay phi thị trường, trong đó có Việt Nam.

Như vậy, việc hoàn thiện phần II của BLDS theo hướng xây dựng được một hệ thống vật quyền, bao gồm quyền sở hữu và các loại vật quyền hạn chế, vừa thể hiện được cái chung của thế giới, vừa thể hiện được các đặc thù của nền kinh tế Việt Nam là điều có ý nghĩa rất lớn không chỉ về mặt đối nội mà còn về mặt đối ngoại.

Trên cơ sở vận dụng lý thuyết vật quyền, và bảo đảm sự phù hợp giữa tên gọi Phần II Dự thảo BLDS với nội dung được chứa đựng trong đó, theo chúng tôi, tên của phần này được đổi lại là “Quyền sở hữu và các vật quyền khác”■

CƠ CHẾ TỰ BẢO VỆ QUYỀN DÂN SỰ TRONG DỰ THẢO BỘ LUẬT DÂN SỰ (SỬA ĐỔI)

PHẠM NGỌC KIM LONG*

Qua nghiên cứu Dự thảo sửa đổi Bộ luật Dân sự (BLDS)¹, chúng tôi có một số góp ý về cơ chế tự bảo vệ quyền dân sự như sau:

1. Khái niệm quyền dân sự

Để xây dựng cơ chế tự bảo vệ quyền dân sự thì trước tiên cần phải trả lời câu hỏi: Quyền dân sự là gì? Quyền dân sự được quy định như thế nào theo pháp luật Việt Nam?

Ở Việt Nam, quyền dân sự là một khái niệm được ghi nhận tại nhiều văn bản pháp lý, trong đó, quan trọng nhất là trong Hiến pháp. Điều 14 Hiến pháp năm 2013 quy định: “1. Ở nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam, các *quyền con người, quyền công dân* về chính trị, *dân sự*, kinh tế, văn hóa, xã hội được công nhận, tôn trọng, bảo vệ, bảo đảm theo Hiến pháp và pháp luật”.

BLDS năm 2005 cũng như Dự thảo BLDS (sửa đổi) đã sử dụng rất nhiều lần thuật ngữ “quyền dân sự”. Tuy nhiên, khái niệm “quyền dân sự” là một khái niệm chưa được định nghĩa một cách chính thức tại các văn bản này. Mặc dù vậy, chúng ta có thể hiểu được nội dung của quyền năng này từ các quy định chung của BLDS năm 2005, cụ thể:

- Điều 1 BLDS năm 2005 quy định về nhiệm vụ và phạm vi điều chỉnh của BLDS: “BLDS quy định địa vị pháp lý, chuẩn mực pháp lý cho cách ứng xử của cá nhân, pháp nhân, chủ thể khác; quyền, nghĩa vụ của các chủ thể về nhân thân và tài sản trong các quan hệ dân sự, hôn nhân và gia đình, kinh doanh, thương mại, lao động (sau đây gọi chung là quan hệ dân sự)”. Theo đó, có thể hiểu rằng, quyền dân sự bao gồm tất cả các quyền về nhân thân và tài sản trong các quan hệ dân sự, hôn nhân và gia đình, kinh doanh, thương mại, lao động.

- Điều 15 BLDS năm 2005 quy định về nội dung năng lực pháp luật dân sự của cá nhân, theo đó: “Cá nhân có các quyền, nghĩa vụ dân sự sau đây:

1. Quyền nhân thân không gắn với tài sản và quyền nhân thân gắn với tài sản;
2. Quyền sở hữu, quyền thừa kế và các quyền khác đối với tài sản;
3. Quyền tham gia quan hệ dân sự và có nghĩa vụ phát sinh từ quan hệ đó”.

Theo quy định này, quyền dân sự của cá nhân bao gồm tất cả các quyền về nhân thân, quyền về tài sản và quyền tham gia vào quan hệ dân sự.

* *ThS., Sở Tư pháp TP. Hồ Chí Minh.*

1 Theo Nghị quyết của Quốc hội, Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi) được lấy ý kiến của các tầng lớp nhân dân trong nước và người Việt Nam định cư ở nước ngoài bắt đầu từ ngày 5/1/2015. Xem toàn văn Dự thảo tại: <http://baodientu.chinhphu.vn/Tin-noi-bat/Toan-van-Du-thao-Bo-luat-Dan-su/217494.vgp>.

Từ những quy định trên, có thể thấy rằng, quyền dân sự là một khái niệm rất rộng, để xây dựng được một cơ chế cho các chủ thể có thể tự bảo vệ được quyền dân sự của mình không phải đơn giản.

Theo chúng tôi, để các chủ thể có cơ sở bảo vệ quyền dân sự của mình, BLDS cần có một định nghĩa chính thức về quyền dân sự để các chủ thể khi tham gia vào quan hệ dân sự có thể nhận biết được đâu là quyền của mình và đâu là giới hạn của quyền này và có thể tự bảo vệ nó. Đồng thời, nên có những quy định cụ thể về những quyền dân sự nào mà khi bị xâm phạm, các chủ thể có thể tự bảo vệ trước khi nhờ đến sự can thiệp của các cơ quan nhà nước.

Ngoài ra, việc giới hạn phạm vi tự bảo vệ quyền dân sự cũng là một điều cần thiết, theo đó, quyền nào được các chủ thể tự bảo vệ, quyền nào không được, để đảm bảo việc tự bảo vệ quyền dân sự không xâm phạm đến trật tự công cộng, lợi ích quốc gia.

2. Phương thức tự bảo vệ quyền dân sự

Điều 9 BLDS năm 2005 quy định nguyên tắc chung về bảo vệ quyền dân sự, theo đó:

“1. Tất cả các quyền dân sự của cá nhân, pháp nhân, chủ thể khác được tôn trọng và được pháp luật bảo vệ.

2. Khi quyền dân sự của một chủ thể bị xâm phạm thì chủ thể đó có quyền tự bảo vệ theo quy định của Bộ luật này hoặc yêu cầu cơ quan, tổ chức có thẩm quyền:

- a) Công nhận quyền dân sự của mình;
- b) Buộc chấm dứt hành vi vi phạm;
- c) Buộc xin lỗi, cải chính công khai;
- d) Buộc thực hiện nghĩa vụ dân sự;
- đ) Buộc bồi thường thiệt hại”.

Theo quy định nêu trên, quyền dân sự có thể được bảo vệ bằng một trong hai phương thức: một là, tự bảo vệ quyền dân sự; hai là, yêu cầu cơ quan, tổ chức có thẩm quyền bảo vệ quyền dân sự.

Đối với phương thức tự bảo vệ quyền

dân sự, BLDS năm 2005 chỉ mới dừng lại ở quy định về mặt nguyên tắc. Trên thực tế, việc cá nhân, pháp nhân, chủ thể khác thực hiện tự bảo vệ quyền dân sự của mình còn rất hạn chế và có nhiều bất cập. Việc bảo vệ quyền dân sự chủ yếu được thực hiện theo phương thức thứ hai, đó là yêu cầu các cơ quan có thẩm quyền (Tòa án, Ủy ban nhân dân các cấp, Cơ quan thi hành án dân sự...) can thiệp để bảo vệ quyền hợp pháp của mình.

Về các biện pháp tự bảo vệ quyền dân sự, BLDS năm 2005 có quy định một số biện pháp để bảo vệ một số quyền dân sự cụ thể.

- *Đối với quyền nhân thân*, Điều 25 BLDS năm 2005 quy định:

“Khi quyền nhân thân của cá nhân bị xâm phạm thì người đó có quyền:

1. Tự mình cải chính;

2. *Yêu cầu người vi phạm* hoặc yêu cầu cơ quan, tổ chức có thẩm quyền buộc người vi phạm *chấm dứt hành vi vi phạm, xin lỗi, cải chính công khai*;

3. *Yêu cầu người vi phạm* hoặc yêu cầu cơ quan, tổ chức có thẩm quyền buộc người vi phạm *bồi thường thiệt hại”*.

Theo quy định nêu trên, phương thức tự bảo vệ quyền nhân thân có thể được thực hiện bằng một trong các biện pháp: tự mình cải chính, yêu cầu người vi phạm chấm dứt hành vi vi phạm, xin lỗi, cải chính công khai; yêu cầu người vi phạm bồi thường thiệt hại.

- *Đối với quyền sở hữu*, Điều 169 và Điều 255 BLDS năm 2005 quy định:

“Điều 169. Bảo vệ quyền sở hữu

2. *Chủ sở hữu có quyền tự bảo vệ, ngăn cản bất kỳ người nào có hành vi xâm phạm quyền sở hữu của mình, truy tìm, đòi lại tài sản bị người khác chiếm hữu, sử dụng, định đoạt không có căn cứ pháp luật*.

Điều 255. Các biện pháp bảo vệ quyền sở hữu

Chủ sở hữu, người chiếm hữu hợp pháp có quyền tự bảo vệ tài sản thuộc sở hữu của

mình, tài sản đang chiếm hữu hợp pháp bằng những biện pháp theo quy định của pháp luật”.

Theo các quy định nêu trên thì phương thức tự bảo vệ đối với quyền sở hữu có thể được thực hiện bằng các biện pháp như: ngăn cản hành vi xâm phạm quyền sở hữu, truy tìm lại tài sản, đòi lại tài sản.

Có thể thấy, BLDS năm 2005 chỉ mới dừng lại ở việc quy định về nguyên tắc tự bảo vệ quyền dân sự, chưa có quy định về nội dung cũng như giới hạn của phương thức tự bảo vệ quyền dân sự. Các biện pháp tự bảo vệ quyền dân sự quy định tại BLDS năm 2005 còn hạn chế, chưa đáp ứng được yêu cầu của thực tiễn. Do đó, để đảm bảo việc thực hiện phương thức tự bảo vệ quyền dân sự trên thực tế, trong quá trình sửa đổi BLDS cần tập trung nghiên cứu, quy định cụ thể hơn về các quyền dân sự được tự bảo vệ, nội dung của phương thức tự bảo vệ và các giới hạn của phương thức này.

Dự thảo BLDS (sửa đổi) có bổ sung các quy định mới về phương thức tự bảo vệ quyền dân sự nhằm tạo cơ chế pháp lý đầy đủ hơn để cá nhân, pháp nhân có thể vận dụng tự bảo vệ quyền dân sự của mình. Cụ thể, Điều 16 và Điều 17 của Dự thảo quy định như sau:

“Điều 16. Các phương thức bảo vệ quyền dân sự

Khi quyền dân sự của cá nhân, pháp nhân bị vi phạm thì chủ thể đó có quyền lựa chọn các phương thức bảo vệ sau đây:

1. Tự bảo vệ theo quy định của Bộ luật này và các luật có liên quan;

2. Yêu cầu chủ thể khác hoặc cơ quan, tổ chức có thẩm quyền:

a) Công nhận, tôn trọng, bảo vệ và bảo đảm quyền của mình;

b) Buộc chấm dứt hành vi vi phạm;

c) Buộc xin lỗi, cải chính công khai;

d) Buộc thực hiện nghĩa vụ;

đ) Buộc bồi thường thiệt hại;

e) Yêu cầu Tòa án, cơ quan có thẩm quyền khác hủy bỏ quyết định cá biệt trái pháp luật của cơ quan, tổ chức;

g) Các yêu cầu khác theo quy định của luật.

Điều 17. Tự bảo vệ quyền dân sự

Trường hợp cá nhân, pháp nhân lựa chọn phương thức tự bảo vệ quyền dân sự thì việc bảo vệ phải phù hợp với tính chất, mức độ của hành vi vi phạm và không được vượt quá giới hạn cần thiết do luật định để ngăn chặn hành vi vi phạm đó”.

Điều 16 của Dự thảo quy định tương đối ngắn gọn về phương thức tự bảo vệ quyền dân sự. Trong khi phương thức bảo vệ quyền dân sự thông qua các cơ quan, tổ chức có thẩm quyền được quy định khá cụ thể dưới nhiều biện pháp khác nhau thì đối với phương thức tự bảo vệ, Dự thảo chưa quy định các biện pháp bảo vệ cụ thể.

Điều 17 của Dự thảo quy định các giới hạn của phương thức tự bảo vệ quyền dân sự, theo đó đặt ra hai giới hạn: thứ nhất, việc tự bảo vệ phải phù hợp với tính chất, mức độ của hành vi vi phạm; thứ hai, việc tự bảo vệ không được vượt quá giới hạn cần thiết do luật định để ngăn chặn hành vi vi phạm.

Câu hỏi được đặt ra ở đây là: Làm thế nào để xác định sự tương xứng giữa biện pháp tự bảo vệ và hành vi vi phạm? Đây là giới hạn cần thiết để ngăn chặn hành vi vi phạm và hệ quả pháp lý của việc vượt quá giới hạn này?

Trên thực tế có thể phát sinh những trường hợp mà việc xác định giới hạn cần thiết của các biện pháp tự bảo vệ quyền dân sự có thể gây tranh cãi, cụ thể qua các ví dụ sau đây:

Trường hợp 1: Tự bảo vệ quyền nhân thân - quyền hình ảnh

Anh A lưu giữ một số hình ảnh cá nhân “nhạy cảm” của chị B trong điện thoại di động của mình. Anh A đã dọa chị B rằng sẽ phát tán những hình ảnh này lên mạng internet. Do

đây là một vấn đề khá tế nhị nên chị B không liên hệ với các cơ quan chức năng để yêu cầu được bảo vệ quyền nhân thân của mình. Để bảo vệ quyền hình ảnh cũng như danh dự, uy tín của mình, chị B đã thực hiện hành vi trộm cắp và tiêu hủy chiếc điện thoại di động của anh A.

Trong trường hợp này, hành vi trộm cắp tài sản (chiếc điện thoại) có được xem là cần thiết để bảo vệ quyền dân sự, hành vi này có thể được miễn trừ trách nhiệm hay không?

Có thể thấy, quyền về hình ảnh, quyền về danh dự, nhân phẩm, uy tín là các quyền dân sự được pháp luật thừa nhận và bảo vệ. Tuy nhiên, các biện pháp để tự bảo vệ quyền nhân thân chỉ được quy định tương đối hạn chế tại Điều 25 BLDS năm 2005². Trên thực tế, các biện pháp tự bảo vệ quyền dân sự rất đa dạng, thậm chí có nhiều biện pháp mang tính chất “lén lút” như trên hoặc các biện pháp mang tính chất bạo lực để trả đũa hành vi xâm phạm.

Nếu pháp luật không quy định biện pháp tự bảo vệ cụ thể, chưa quy định thế nào là giới hạn cần thiết của phương thức tự bảo vệ quyền dân sự thì không thể xác định được hành vi của chị B là phù hợp hay vượt quá giới hạn cần thiết để bảo vệ quyền dân sự.

Trường hợp 2: Tự bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng

Ông A là người tiêu dùng phát hiện chai nước do Công ty B sản xuất có vật thể lạ. Để tự bảo vệ quyền lợi của mình, Ông A đã liên hệ với Công ty B để đề nghị được bồi thường. Sau nhiều lần thương thảo, các bên có thỏa thuận về phương thức bồi thường và giá trị bồi thường là 50 triệu. Tại thời điểm các bên giao nhận tiền, cơ quan điều tra đã bắt giữ và tiến hành khởi tố ông A vì cho rằng, ông A đã thực hiện hành vi cưỡng đoạt tài sản của Công ty B.

Trong trường hợp này thì quyền lợi người tiêu dùng là một quyền dân sự được pháp luật thừa nhận và bảo vệ. Tuy nhiên,

khó có thể xác định được đâu là hành vi tự bảo vệ hợp pháp, đâu là giới hạn của biện pháp tự bảo vệ. Từ đó dẫn đến nhiều cách hiểu khác nhau, như cách hiểu “nhập nhằng” giữa thỏa thuận dân sự và hành vi phạm tội, thậm chí “hình sự hóa” quan hệ dân sự.

Trường hợp 3: Tự bảo vệ quyền sở hữu nhà

Ông A là chủ sở hữu một căn nhà ở cho thuê. Ông A ký hợp đồng cho ông B thuê nhà với thời hạn một năm. Hết thời hạn cho thuê, ông A đòi lại nhà nhưng ông B không đồng ý trả nhà vì muốn tiếp tục thuê căn nhà nêu trên. Ông A đã dùng vũ lực để đuổi ông B ra khỏi nhà, đồng thời thu dọn tất cả tài sản của ông B trong căn nhà trên mang ra đường.

Trong trường hợp này, ông A có quyền lấy lại nhà cho thuê theo quy định tại Điều 494 BLDS năm 2005, quyền đòi lại tài sản theo quy định tại Điều 169 BLDS năm 2005. Tuy nhiên, việc ông A tự bảo vệ quyền sở hữu của mình bằng cách dùng vũ lực có được xem là hợp pháp? Việc ông A xâm phạm về chỗ ở của ông B và tự ý di chuyển các tài sản thuộc quyền sở hữu của ông B trong căn nhà có phù hợp với giới hạn cần thiết để bảo vệ quyền dân sự?

Trường hợp 4: Tự bảo vệ quyền đòi nợ Ngân hàng X cho ông A vay tín chấp. Ông A không có khả năng thanh toán nợ cho Ngân hàng. Sau nhiều lần yêu cầu ông A trả tiền nhưng ông A không đồng ý, Ngân hàng X đã thuê “xã hội đen” đến đe dọa tấn công ông A, yêu cầu ông A phải trả tiền.

Trong trường hợp này, Ngân hàng có quyền đòi nợ theo quy định pháp luật. Tuy nhiên, biện pháp nào để tự bảo vệ quyền đòi nợ được xem là hợp pháp, phù hợp với đạo đức xã hội?

Qua những ví dụ nêu trên, có thể thấy rằng, các biện pháp tự bảo vệ quyền dân sự trên thực tế rất đa dạng và phong phú. Trong khi chờ đợi giải quyết việc phân định trách nhiệm bảo vệ quyền dân sự của Tòa án và



*Đại biểu tham dự Hội thảo: "Hoàn thiện Dự thảo BLDS (sửa đổi)"
do Tạp chí NCLP phối hợp với Đại học Kinh tế Luật - Đại học Quốc gia TP Hồ Chí Minh tổ chức.*

các cơ quan có thẩm quyền khác, thì cần phải có một cơ chế hữu hiệu để người dân có thể tự bảo vệ quyền dân sự của mình.

Thực tế cho thấy, có nhiều vụ việc mà quyền dân sự (từ các quyền nhân thân cho đến các quyền về tài sản) cần phải được tự bảo vệ ngay lập tức, không thể chờ đến quyết định của Tòa án hoặc cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Đối với quyền nhân thân, cơ chế tự bảo vệ luôn luôn là giải pháp nhanh chóng nhất để cá nhân có thể bảo vệ quyền của mình. Đối với quyền về tài sản, thực tiễn đòi hỏi một cơ chế tự bảo vệ hợp pháp để đối phó với các hành vi xâm phạm, đặc biệt là đối với các giao dịch về tài sản hiện nay, chỉ cần trong “tích tắc” là tài sản đã được xử lý xong.

Có thể thấy, khái niệm “giới hạn cần thiết để ngăn chặn hành vi vi phạm” quy định tại Điều 17 của Dự thảo BLDS (sửa đổi) là một khái niệm khó có thể xác định và có thể gây nhiều tranh cãi, dẫn đến những khó khăn và không thống nhất trong việc áp dụng pháp

luật. Bởi lẽ, khi chưa có quy định cụ thể thì việc xác định đâu là “giới hạn cần thiết” sẽ mang tính chủ quan.

Theo chúng tôi, cần có quy định cụ thể hơn về phương thức tự bảo vệ quyền dân sự để đảm bảo một cơ chế tự bảo vệ hợp pháp theo khuôn khổ pháp luật, cụ thể:

- Thứ nhất, Dự thảo cần quy định cụ thể hơn về các biện pháp bảo vệ quyền dân sự.

- Thứ hai, cần quy định các biện pháp bảo vệ tương ứng đối với từng quyền hoặc nhóm quyền cụ thể.

- Thứ ba, cần giới hạn các biện pháp tự bảo vệ để đảm bảo cơ sở pháp lý cho các chủ thể có thể thực hiện quyền của mình, đảm bảo việc thực thi biện pháp tự bảo vệ không mang tính chất tùy tiện.

- Thứ tư, cần đề cao vai trò của các chủ thể tư trong hỗ trợ bảo vệ quyền dân sự.

- Thứ năm, phương thức tự bảo vệ quyền dân sự có thể tiến hành độc lập hoặc song song với phương thức yêu cầu cơ quan có thẩm quyền bảo vệ ■

VỀ QUYỀN BỀ MẶT TRONG DỰ THẢO BỘ LUẬT DÂN SỰ (SỬA ĐỔI)

CHÂU THỊ KHÁNH VÂN*

Quyền bề mặt là quyền mới được Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi) quy định tại mục 3, từ Điều 291 đến Điều 2971. Quyền bề mặt có ý nghĩa rất lớn trong việc khắc phục các hạn chế của pháp luật Việt Nam, nhưng, quy định pháp luật về quyền này còn một số điểm chưa phù hợp. Bài viết phân tích ý nghĩa, hạn chế và hướng khắc phục các hạn chế của quy định pháp luật về quyền bề mặt.

1. Ý nghĩa pháp lý của quyền bề mặt trong việc hoàn thiện quy định của pháp luật về việc sử dụng đất của người không phải là chủ thể sử dụng đất

Khi nghiên cứu quy định pháp luật về quyền của các chủ thể trong việc sử dụng đất, có thể nhận thấy: quyền của người sử dụng đất (NSDD)² trong việc sử dụng đất được điều chỉnh bởi Luật Đất đai và các văn bản hướng dẫn thi hành Luật này. Quyền sử dụng đất (QSDĐ) của người không phải là NSDD, ví dụ như người thuê đất, thuê lại đất của NSDD khác ..., về cơ bản, không được Luật Đất đai và các văn bản hướng dẫn thi hành

Luật này điều chỉnh, mà chịu sự điều chỉnh của Bộ luật Dân sự (BLDS). Tuy nhiên, các quy định của BLDS điều chỉnh quan hệ sử dụng đất của những người này chưa đầy đủ, nhất là quan hệ sử dụng đất có bất động sản gắn liền của chủ sở hữu bất động sản nhận chuyển quyền sở hữu bất động sản từ người không phải là NSDD. Mỗi quan hệ này rất cần được BLDS can thiệp vì lý do sau đây:

Bất động sản là tài sản mà sự tồn tại của chúng phải gắn liền với đất. Như vậy, để bất động sản tồn tại, chủ sở hữu bất động sản phải có quyền khai thác công năng, tiện ích của đất vào mục đích phù hợp để tạo lập bất

* **TS. Khoa Luật Kinh tế, Trường Đại học Kinh tế - Luật, Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh**

1 Theo Nghị quyết của Quốc hội, Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi) được lấy ý kiến của các tầng lớp nhân dân trong nước và người Việt Nam định cư ở nước ngoài bắt đầu từ ngày 5/1/2015. Xem toàn văn Dự thảo tại: <http://baodientu.chinhphu.vn/Tin-noi-bat/Toan-van-Du-thao-Bo-luat-Dan-su/217494.vgp>.

2 Người sử dụng đất là người được Nhà nước giao đất, Nhà nước cho thuê đất, Nhà nước công nhận quyền sử dụng đất và người nhận chuyển quyền sử dụng đất thông qua một trong các hình thức: chuyển đổi, chuyển nhượng, tặng cho, thừa kế, góp vốn.

động sản hoặc để bất động sản tồn tại. Ví dụ chủ sở hữu bất động sản là nhà ở phải có quyền khai thác công năng, tiện ích của đất để tạo lập nhà ở hay để nhà ở tồn tại. Về nguyên tắc, người có quyền khai thác công năng, tiện ích của đất phải là người có quyền chiếm hữu, sử dụng đất một cách hợp pháp. Về lý thuyết, những người này bao gồm: chủ sở hữu đất, người được chủ sở hữu đất đồng ý với việc chiếm hữu, sử dụng đất thông qua các giao dịch dân sự, như: thuê, thuê lại ... Tuy nhiên, nếu hoàn toàn dựa vào nguyên tắc này sẽ không bảo vệ được quyền của chủ sở hữu bất động sản không đồng thời là chủ sở hữu đất (NSDD). Ví dụ như chủ sở hữu nhà, công trình xây dựng và các tài sản gắn liền với đất thuê không thể bán nhà, công trình xây dựng của mình cho người khác trong trường hợp chủ sở hữu đất (NSDD) không đồng ý cho người mua nhà, công trình xây dựng khai thác, sử dụng đất. Vì vậy, khi điều chỉnh mối quan hệ này, cần có ngoại lệ cho nguyên tắc nêu trên để đảm bảo quyền, lợi ích chính đáng của chủ sở hữu bất động sản. Pháp luật các nước đều có ngoại lệ cho nguyên tắc này bằng cách cho phép chủ sở hữu bất động sản nhận chuyển quyền sở hữu bất động sản từ người không phải là chủ sở hữu đất có quyền sử dụng tiếp tục sử dụng đất, mà không cần sự đồng ý của chủ sở hữu đất³. Các nhà làm luật Việt Nam cũng có cách áp dụng tương tự như các nhà làm luật nước ngoài khi điều chỉnh quan hệ này, cụ thể: Luật Đất đai năm 2003, Luật Đất đai năm 2013 đều có quy định người nhận chuyển quyền sở hữu bất động sản có quyền tiếp tục sử dụng đất⁴. Quy định này được đặt ra nhằm giúp giải quyết được tình trạng người mua bất động sản cần có quyền sử dụng đối với thửa đất có bất động sản, nhưng người bán bất động sản không có quyền cho

phép người mua sử dụng đất. Tuy nhiên, pháp luật Việt Nam mới chỉ điều chỉnh quan hệ sử dụng đất của người mua bất động sản từ chủ sở hữu bất động sản là NSDD, nhưng không có quyền cho phép người khác sử dụng đất, mà chưa điều chỉnh quan hệ sử dụng đất của người nhận chuyển quyền sở hữu bất động sản từ chủ sở hữu bất động sản nằm trên đất thuộc QSDĐ của người khác. Sự điều chỉnh không đầy đủ này gây khó khăn cho chủ sở hữu bất động sản không phải là NSDD khi thực hiện giao dịch chuyển quyền sở hữu bất động sản, thậm chí không thực hiện được giao dịch này nếu NSDD từ chối cho người nhận chuyển quyền sở hữu bất động sản sử dụng đất. Hạn chế này của pháp luật đã được các nhà soạn thảo Dự thảo BLDS (sửa đổi) khắc phục bằng việc bổ sung chế định quyền bề mặt vào Dự thảo BLDS (sửa đổi).

2. Hạn chế của Dự thảo Bộ luật Dân sự về quy định quyền bề mặt và đề xuất hướng khắc phục

Theo quy định của Dự thảo BLDS (sửa đổi), quyền bề mặt được hiểu là quyền của một chủ thể được sử dụng mặt đất, khoáng không trên mặt đất và lòng đất mà QSDĐ đó thuộc về chủ thể khác. Dựa vào khái niệm này và sự thay đổi tên gọi của mục này so với Dự thảo trước đây (theo Dự thảo BLDS (sửa đổi) năm 2014, tên gọi của mục này là quyền sở hữu vật trên đất thuộc quyền sử dụng của người khác), có thể suy luận, mục đích, phạm vi, đối tượng của quyền bề mặt là quy định về QSDĐ của chủ sở hữu vật nằm trên đất thuộc quyền sử dụng của NSDD khác, mà không phải quy định về quyền sở hữu vật trên đất thuộc quyền sử dụng của chủ thể sử dụng đất khác. Việc thay đổi này, theo chúng tôi là hoàn toàn phù hợp, bởi lẽ, như đã trình bày ở phần 1 nêu trên, QSDĐ của

3 Xem Điều 264, 271 BLDS Liên bang Nga; Điều 377 BLDS nước Cộng hòa Ucraina; Điều 553 BLDS Pháp.

4 Xem điểm c khoản 1 Điều 175; điểm e khoản 2 Điều 179; điểm b khoản 2 Điều 183 Luật Đất đai năm 2013.

chủ sở hữu vật trên đất thuộc quyền sử dụng của chủ thể sử dụng đất khác cần có sự điều chỉnh đầy đủ của pháp luật để bảo vệ quyền, lợi ích chính đáng của chủ thể này. Tuy nhiên, hiện nay, QSDĐ của chủ thể này chưa được pháp luật điều chỉnh đầy đủ. Trong khi đó, pháp luật dân sự không cần có mục riêng quy định về quyền sở hữu vật trên đất thuộc quyền sử dụng của người khác, vì quyền này đã được điều chỉnh bởi mục khác, phần khác của BLDS - phần hợp đồng, phần sở hữu ... và pháp luật có liên quan - pháp luật đất đai, pháp luật nhà ở ... Ngoài ra, quyền sở hữu vật nằm trên đất thuộc QSDĐ của NSDD khác chỉ là hệ quả QSDĐ của chủ sở hữu vật nằm trên đất thuộc QSDĐ của NSDD khác. Quy định về quyền sở hữu vật nằm trên đất chỉ là quy định lặp lại và chỉ có ý nghĩa trong việc hệ thống, mà không có ý nghĩa trong việc điều chỉnh.

Mặc dù, đã xác định được mục đích phù hợp khi xây dựng quy định của pháp luật về quyền bề mặt, nhưng nội dung của mục này chưa có sự thống nhất và logic với mục đích, vì về cơ bản, trừ việc bổ sung khái niệm quyền bề mặt, Dự thảo vẫn giữ nguyên các nội dung như Dự thảo cũ. Với việc chỉ thay đổi tên, nhưng không thay đổi nội dung, các vấn đề liên quan đến QSDĐ của người không phải là NSDD, đặc biệt là chủ sở hữu bất động sản tiếp tục chưa được điều chỉnh rõ ràng, hợp lý, đầy đủ, cụ thể:

- *Về căn cứ xác lập quyền bề mặt:* Điều 292 Dự thảo BLDS (sửa đổi) quy định: “Quyền bề mặt được xác lập theo thỏa thuận, theo cam kết đơn phương hoặc theo quy định của Bộ luật này, luật khác có liên quan”. Chúng tôi đồng ý với các căn cứ mà Dự thảo đưa ra. Tuy nhiên, việc chỉ đưa ra căn cứ xác lập mà không quy định cụ thể điều kiện, hoàn cảnh áp dụng các căn cứ này, chắc chắn sẽ khó khăn trong việc xác định căn cứ xuất hiện trên thực tế, nhất là khi quyền bề mặt xuất hiện theo pháp luật.

- *Về đối tượng quyền bề mặt:* Điều 292 Dự thảo BLDS (sửa đổi) quy định: “Đối tượng của quyền bề mặt có thể là vật cụ thể

gắn với đất hoặc là phần không gian, theo đó vật gắn với đất sẽ được tạo lập. Vật cụ thể gắn với đất có thể là vật nằm trên bề mặt đất, nằm dưới mặt đất hoặc phần không gian trên mặt đất”. Theo chúng tôi, đối tượng quyền bề mặt như quy định của Dự thảo chưa chính xác, vì như trên đã trình bày, mục đích, phạm vi, đối tượng của quyền bề mặt là xác định QSDĐ của người không phải là NSDD, mà không phải là xác định quyền sở hữu vật nằm trên đất thuộc quyền sử dụng của người khác. Vì vậy, đối tượng của quyền bề mặt phải là thửa đất nơi bất động sản sẽ hình thành hoặc đã hình thành. Tuy nhiên, Dự thảo không quy định thửa đất là đối tượng của quyền bề mặt. Ngoài ra, việc quy định phần không gian là đối tượng của quyền bề mặt là chưa đầy đủ vì cho đến nay, theo cách hiểu chung, phần không gian chỉ là một nội dung trong khái niệm thửa đất.

- *Về nội dung quyền bề mặt:* Điều 294 Dự thảo BLDS (sửa đổi) quy định nội dung quyền bề mặt như sau: “1. Chủ thể quyền bề mặt có đầy đủ các quyền, nghĩa vụ của chủ sở hữu đối với vật đó; 2. Trường hợp đối tượng của quyền là phần không gian mà trong đó các vật gắn với đất có thể được tạo lập thì chủ sở hữu phần không gian có quyền xây dựng, trồng cây, canh tác và có đầy đủ các quyền, nghĩa vụ của chủ sở hữu đối với vật mới được tạo ra”.

Nội dung của quyền bề mặt như Dự thảo quy định chưa đề cập cụ thể, rõ ràng về phạm vi, giới hạn quyền và nghĩa vụ của người có quyền bề mặt trong việc sử dụng đất, nhất là quyền và nghĩa vụ của người có quyền bề mặt được xác lập theo pháp luật. Ngoài ra, theo pháp luật đất đai, NSDD có nghĩa vụ sử dụng đất đúng mục đích. Theo đó, người được trao QSDĐ để sử dụng vào mục đích trồng cây không có quyền sử dụng vào mục đích xây dựng, trừ trường hợp được cơ quan nhà nước có thẩm quyền cho phép. Vì vậy, với cách viết như Dự thảo dễ gây hiểu nhầm trong quá trình thực hiện quy định này trên thực tế.

- Về căn cứ chấm dứt quyền bề mặt: Điều 295 Dự thảo BLDS (sửa đổi) quy định: “Quyền bề mặt chấm dứt trong những trường hợp sau đây: 1. Hợp đồng hoặc cam kết đơn phương làm phát sinh quyền sở hữu vật trên đất thuộc quyền sử dụng của người khác chấm dứt; 2. Vật là đối tượng của quyền sở hữu vật trên đất thuộc quyền sử dụng của người khác không còn; 3. Thời hạn cho thuê đất đã hết; 4. Chủ sở hữu vật và chủ sử dụng đất là một”.

Về lý thuyết và dưới góc độ luật định, quyền bề mặt xuất hiện theo thỏa thuận hoặc theo pháp luật. Căn cứ xuất hiện quyền bề mặt là yếu tố quan trọng khi xác định căn cứ chấm dứt quyền bề mặt. Vì vậy, căn cứ chấm dứt quyền bề mặt trong trường hợp quyền bề mặt xuất hiện theo thỏa thuận và theo pháp luật không đồng nhất. Tuy nhiên, Dự thảo quy định về căn cứ chấm dứt quyền bề mặt không tách riêng căn cứ xác lập cho từng trường hợp. Việc quy định như vậy gây khó khăn cho việc thực hiện trên thực tế.

Ngoài việc không phân biệt căn cứ chấm dứt quyền bề mặt theo thỏa thuận và theo pháp luật, Dự thảo chưa làm rõ được các vấn đề: quyền bề mặt có chấm dứt khi QSDĐ của NSDĐ bị chấm dứt không? Nếu có, có phải tất cả các trường hợp QSDĐ của NSDĐ là căn cứ chấm dứt quyền bề mặt hay không? Hợp đồng làm phát sinh quyền bề mặt chấm dứt trong trường hợp nào?

Từ các điểm chưa phù hợp nêu trên, chúng tôi đề xuất một số giải pháp nhằm khắc phục các điểm hạn chế của quyền bề mặt trong Dự thảo như sau:

Thứ nhất, thay tên gọi và bổ sung khái niệm của mục này, theo hướng: tên gọi của mục nên sửa đổi sao cho phản ánh được rõ ràng mục đích, nội dung của mục này. Theo chúng tôi, mục này nên có tên là: “QSDĐ của người không phải là NSDĐ” hoặc trong trường hợp để tránh nhầm lẫn với QSDĐ của NSDĐ, tên của mục này nên là: “quyền đối với đất của người không phải là NSDĐ”. Tuy nhiên, với tên gọi: QSDĐ của người không

phải là NSDĐ phản ánh đúng nội dung, bản chất của quyền này hơn.

Bên cạnh việc thay đổi tên, nên bổ sung khái niệm QSDĐ của người không phải là NSDĐ và bổ khái niệm quyền bề mặt tại Điều 291 Dự thảo, vì khái niệm “quyền bề mặt” không còn ý nghĩa do đã được đề nghị bỏ như đã phân tích ở phần trên. Theo đó, QSDĐ của người không phải là NSDĐ nên được hiểu là quyền khai thác, sử dụng công năng, tiện ích của đất theo thỏa thuận hoặc theo quy định pháp luật.

Thứ hai, sửa đổi quy định về căn cứ xác lập quyền bề mặt theo hướng quy định cụ thể, rõ ràng căn cứ xác lập quyền bề mặt, nhất là căn cứ xác lập quyền bề mặt theo quy định của pháp luật. Theo chúng tôi, căn cứ xác lập quyền bề mặt theo quy định của pháp luật bao gồm các trường hợp sau: i) nhận chuyển quyền sở hữu bất động sản từ người không phải là chủ thể sử dụng đất, trừ trường hợp đã có thỏa thuận giữa các bên về vấn đề này; ii) quyền bề mặt của các chủ sở hữu nhà có chung QSDĐ (ví dụ: chủ sở hữu căn hộ chung cư và nhà của các chủ sở hữu có chung QSDĐ khác); iii) quyền bề mặt của NSDĐ trung dụng.

Thứ ba, bổ sung quy định về quyền và nghĩa vụ trong việc sử dụng đất của các chủ thể không phải là NSDĐ. Theo chúng tôi, trong trường hợp quyền bề mặt được xác lập theo thỏa thuận, quyền và nghĩa vụ sử dụng đất của chủ thể không phải là NSDĐ được xác định theo thỏa thuận hợp pháp với NSDĐ. Trong trường hợp quyền bề mặt được xác lập theo pháp luật, quyền và nghĩa vụ sử dụng đất của chủ thể này được xác định theo pháp luật. Theo đó, về nguyên tắc, quyền và nghĩa vụ sử dụng đất của chủ thể không phải là NSDĐ không vượt quá quyền và nghĩa vụ của chủ thể có QSDĐ theo thỏa thuận, trừ trường hợp pháp luật có quy định khác hay được sự đồng ý của NSDĐ (trong trường hợp NSDĐ có quyền cho phép người khác sử dụng đất). Do vậy, trong trường hợp này, quyền và nghĩa vụ của chủ sở hữu bất động sản không phải là NSDĐ nên được quy

định tương tự như quyền và nghĩa vụ của người thuê QSDĐ của NSDD.

Thứ tư, quy định đầy đủ, rõ ràng, hợp lý căn cứ chấm dứt quyền bề mặt, theo hướng trình bày quy định căn cứ chấm dứt quyền bề mặt theo thỏa thuận và căn cứ chấm dứt quyền bề mặt theo pháp luật. Theo đó, trong trường hợp quyền bề mặt xuất hiện trên cơ sở hợp đồng thuê (thuê lại) QSDĐ với NSDD, quyền bề mặt chấm dứt khi hợp đồng này chấm dứt. Trong trường hợp này, cần quy định cụ thể các trường hợp hợp đồng chấm dứt hoặc quy định dẫn chiếu nếu vấn đề này đã được quy định. Căn cứ này, theo chúng tôi là căn cứ hợp lý duy nhất để quyền bề mặt theo thỏa thuận chấm dứt. Các căn cứ khác trong Dự thảo không phải là căn cứ phù hợp cho việc chấm dứt quyền bề mặt theo thỏa thuận. Nhận định này được lý giải như sau: đối với căn cứ vật là đối tượng của quyền sở hữu vật trên đất thuộc quyền sử dụng của người khác không còn. Căn cứ này không thể là căn cứ chấm dứt quyền bề mặt theo thỏa thuận vì quyền bề mặt được xác định căn cứ theo thỏa thuận với NSDD. Việc thỏa thuận không phải chỉ nhằm mục đích để bất động sản tồn tại, mà còn để tạo ra bất động sản. Do vậy, việc vật không còn không thể là căn cứ chấm dứt quyền bề mặt trong trường hợp quyền bề mặt xuất hiện theo thỏa thuận. Đối với căn cứ thời hạn cho thuê đất đã hết và chủ sở hữu vật và chủ sử dụng đất là một. Căn cứ này thực ra chỉ là một trong các căn cứ làm chấm dứt hợp đồng phát sinh quyền bề mặt. Vì vậy, thực chất cũng thuộc căn cứ chấm dứt hợp đồng nêu trên.

Trong trường hợp quyền bề mặt xuất hiện trên cơ sở pháp luật, quyền bề mặt chấm dứt trong các trường hợp:

Trường hợp 1: vật là đối tượng của quyền sở hữu vật trên đất thuộc quyền sử dụng của người khác không còn. Lý do chúng tôi đưa ra đề nghị này, vì NSDD chỉ bị buộc cho chủ sở hữu bất động sản sử dụng đất nhằm giúp cho việc thực hiện quyền của chủ sở hữu đối với bất động sản. Vì vậy, khi bất động sản không còn thì pháp luật cũng

không còn lý do chính đáng cho phép chủ sở hữu bất động sản sử dụng quyền bề mặt. Việc sử dụng quyền bề mặt trong trường hợp bất động sản không còn chỉ có thể theo thỏa thuận với NSDD.

Trường hợp 2: Hết thời hạn sử dụng đất của chủ sở hữu bất động sản. Vì quyền bề mặt là QSDĐ của người không phải là NSDD, trong khi đó, đất được sử dụng có thời hạn. Vì vậy, quyền bề mặt là quyền có thời hạn. Khi thời hạn sử dụng đất của chủ sở hữu bất động sản chấm dứt thì quyền bề mặt cũng chấm dứt.

Trường hợp 3: Khi QSDĐ của NSDD chấm dứt, trừ trường hợp QSDĐ chấm dứt do lỗi của người có quyền bề mặt. Đề xuất QSDĐ của NSDD chấm dứt (chấm dứt QSDĐ không bao gồm chuyển QSDĐ) là một trong các căn cứ làm chấm dứt quyền bề mặt, vì QSDĐ của NSDD bị chấm dứt có thể xuất phát từ việc vi phạm pháp luật hoặc không vi phạm pháp luật, nhưng cần sử dụng đất cho mục đích, lợi ích khác hoặc hết thời hạn sử dụng đất. Trong trường hợp QSDĐ của NSDD bị chấm dứt do vi phạm pháp luật đất đai, mà người có quyền bề mặt có lỗi, quyền bề mặt cần bị chấm dứt vì đây là biện pháp trừng phạt người có lỗi nhằm bảo đảm cho việc thực hiện quy định của pháp luật. Quyền bề mặt cần chấm dứt nếu quyền bề mặt gây cản trở cho việc thực hiện mục đích, lợi ích mà vì mục đích, lợi ích này QSDĐ bị chấm dứt. Trong trường hợp hết thời hạn sử dụng đất, quyền bề mặt cũng cần chấm dứt vì như đã trình bày, về nguyên tắc, bất động sản chỉ được phép tồn tại trong thời hạn sử dụng đất và việc sử dụng đất của người không phải là NSDD không vượt quá phạm vi quyền và nghĩa vụ của NSDD.

Thứ năm, sửa đổi quy định về đối tượng quyền bề mặt theo hướng, xác định thửa đất, một phần thửa đất là đối tượng của quyền bề mặt. Bỏ đối tượng của quyền bề mặt là khoảng không gian, vì như đã trình bày, đối tượng của quyền bề mặt là thửa đất, một phần thửa đất. Trong khi đó, phần không gian trên mặt đất chỉ là một nội dung trong khái niệm thửa đất, một phần thửa đất ■