

BÀN VỀ NỘI HÀM KHÁI NIỆM BẢO LÃNH TẠI KHOẢN 1 ĐIỀU 335 BỘ LUẬT DÂN SỰ NĂM 2015

TƯƠNG DUY LƯỢNG*

Tóm tắt: Trên thực tế, do nhận thức khác nhau về khái niệm bảo lãnh, có lúc việc bảo lãnh phải “ẩn mình” dưới hình thức bảo đảm khác để tồn tại. Dù Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2015 đã xử lý về kỹ thuật để phát huy sức sống của biện pháp bảo lãnh bằng cách bổ sung khoản 3 Điều 336 về đối tượng bảo đảm trong bảo lãnh, nhưng vẫn có ý kiến cho rằng quy định tại khoản 3 Điều 336 là không đúng, không phù hợp với lý luận, không đúng tính chất của quan hệ đối nhân. Vì vậy, việc tìm hiểu làm rõ nội hàm khái niệm bảo lãnh trong BLDS cũng là một việc cần thiết nhằm có được nhận thức thống nhất, phát huy tối đa những lợi thế vốn có của biện pháp bảo đảm này.

Từ khóa: Bảo lãnh; biện pháp bảo đảm; khoản 1 Điều 335 Bộ luật Dân sự năm 2015.

Ngày nhận bài: 06/3/2018; *Ngày phản biện đánh giá và sửa chữa:* 16/3/2018; *Ngày duyệt đăng:* 07/3/2018.

1. Khái niệm bảo lãnh trong Bộ luật Dân sự năm 2015

Tại Điều 335 BLDS năm 2015 đưa ra khái niệm về bảo lãnh và thời điểm thực hiện bảo lãnh như sau:

1. Bảo lãnh là việc người thứ ba (sau đây gọi là bên bảo lãnh) cam kết với bên có quyền (sau đây gọi là bên nhận bảo lãnh) sẽ thực hiện nghĩa vụ thay cho bên có nghĩa vụ (sau đây gọi là bên được bảo lãnh), nếu khi đến thời hạn thực hiện nghĩa

vụ mà bên được bảo lãnh không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ.

2. Các bên có thể thỏa thuận về việc bên bảo lãnh chỉ phải thực hiện nghĩa vụ thay cho bên được bảo lãnh trong trường hợp bên được bảo lãnh không có khả năng thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh.

Nếu nghiên cứu quy định về bảo lãnh có

*Nguyên Phó Chánh án Tòa án nhân dân tối cao.

thể thấy khái niệm bảo lãnh, thời điểm thực hiện bảo lãnh trong các BLDS năm 1995, 2005, 2015 không có gì khác nhau, mỗi lần Bộ luật mới ra đời thì phần khái niệm cũng chỉ bổ sung, sửa đổi một vài từ ngữ mang tính kỹ thuật¹. Trong mười năm thực hiện BLDS năm 1995 không xuất hiện sự khác biệt trong nhận thức và thực hiện quy định về bảo lãnh giữa cơ quan quản lý, với những người áp dụng, thực thi, nghiên cứu pháp luật. Nhưng sau khi BLDS năm 2005 có hiệu lực thi hành được một thời gian thì xuất hiện sự khác biệt trong nhận thức về nội hàm của khái niệm bảo lãnh.

Qua nghiên cứu tác giả cho rằng, dù không sửa đổi khái niệm bảo lãnh nhưng có lẽ do khi soạn thảo BLDS năm 2005 đã coi bảo lãnh thuộc quan hệ đối nhân, nên đã bỏ khoản 2 Điều 366 BLDS năm 1995. Phải chăng sửa đổi đó là muốn khẳng định bên bảo lãnh không được dùng tài sản của mình bảo đảm thực hiện nghĩa vụ cho người khác, dẫn đến những diễn biến phức tạp trong thực tiễn thời gian qua?

Các ý kiến khác nhau về nội hàm khái niệm bảo lãnh.

Quá trình thi hành BLDS năm 2005 và trong quá trình xây dựng dự thảo cũng như sau khi BLDS năm 2015 được Quốc hội thông qua, luôn xuất hiện ý kiến khác nhau về nội hàm của biện pháp bảo đảm bằng hình thức bảo lãnh, có thể chia thành hai loại ý kiến như sau:

Nhóm ý kiến thứ nhất, dù có khác biệt trong mỗi ý kiến nhưng đều có điểm chung là chia các biện pháp bảo đảm được quy định trong Bộ luật thành hai loại, đó là các biện pháp bảo đảm thuộc nhóm quan hệ đối

vật, bên bảo đảm dùng tài sản làm vật bảo đảm như cầm cố, thế chấp, đặt cọc, ký cược, ký quỹ..., còn biện pháp bảo đảm bằng hình thức bảo lãnh, tín chấp là thuộc nhóm quan hệ đối nhân. Điều đó có nghĩa là hình thức bảo đảm bằng bảo lãnh là hình thức bảo đảm phi tài sản, dựa trên nhân thân người bảo lãnh, người bảo lãnh sử dụng tín nhiệm, uy tín của mình để bảo đảm việc thực hiện nghĩa vụ. Bên nhận bảo lãnh trên cơ sở lòng tin, sự tín nhiệm của mình với người bảo lãnh để nhận bảo lãnh. Điều đó cũng có nghĩa họ sẵn sàng chấp nhận rủi ro nếu do nhầm lẫn đặt lòng tin không đúng chỗ.

Khi luật quy định bên bảo lãnh “cam kết với bên có quyền... sẽ thực hiện nghĩa vụ thay cho bên có nghĩa vụ”, mà bên bảo lãnh không tự giác thực hiện thì cơ quan có thẩm quyền buộc bên bảo lãnh thực hiện thay một nghĩa vụ tài sản bằng cách nào? Ý kiến này vẫn cho rằng nghĩa vụ được bảo lãnh là nghĩa vụ tài sản thì nghĩa vụ của bên bảo lãnh cũng là nghĩa vụ tài sản. Nếu nghĩa vụ bảo lãnh xuất hiện mà bên bảo lãnh không thực hiện thì buộc bên bảo lãnh sử dụng tài sản của mình để thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh. Sự khác biệt của quan điểm này chỉ là bên thứ ba (bên bảo lãnh) không được dùng tài sản của mình làm vật bảo đảm cho nghĩa vụ mà mình bảo lãnh. Khi người thứ ba muốn bảo đảm nghĩa vụ cho người khác bằng tài sản của mình phải “mượn” hình thức bảo đảm khác để thực hiện việc bảo đảm.

Tác giả cho rằng ý kiến nói trên có gì đó mâu thuẫn về lý thuyết khi vừa thừa nhận, vừa “thủ tiêu” một phần quyền tự quyết của các bên trong quan hệ bảo lãnh. Song điều băn khoăn là ý kiến này không chỉ tồn tại trên lý thuyết, trong hội nghị, hội thảo. Tại thời điểm BLDS năm 2005 còn hiệu lực, những người có chức trách đã hiện thực hóa

1. Bộ luật Dân sự năm 1995 từ Điều 336 đến Điều 375, BLDS năm 2005 từ Điều 361 đến Điều 371, BLDS năm 2015 từ Điều 335 đến Điều 343.

quan điểm của mình thành văn bản quy phạm pháp luật. Chúng được “hiện hình” trong Nghị định, thông tư, như tại khoản 4 Điều 72 Nghị định số 163/2006/NĐ-CP ngày 29/12/2006 của Chính phủ về giao dịch bảo đảm đã quy định “Việc bảo lãnh bằng quyền sử dụng đất, quyền sử dụng rừng, quyền sở hữu rừng sản xuất là rừng trồng theo quy định tại Nghị định số 181/2004/NĐ-CP ngày 29/10/2004 của Chính phủ về thi hành Luật đất đai, quy định tại khoản 5 Điều 32, khoản 4 Điều 33, khoản 4 Điều 34, khoản 4 Điều 35 và khoản 1 Điều 36 Nghị định số 23/2006/NĐ-CP ngày 03/3/2006 của Chính phủ về thi hành Luật bảo vệ và phát triển rừng và các văn bản hướng dẫn thi hành được chuyển thành việc thế chấp quyền sử dụng đất, quyền sử dụng rừng, quyền sở hữu rừng sản xuất là rừng trồng của người thứ ba”.

Tại Điều 31 Nghị định số 84/2007/NĐ-CP ngày 25/5/2007 của Chính phủ quy định người thứ ba dùng tài sản của mình để bảo đảm cho người khác là: “Bảo lãnh bằng quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền với đất theo quy định của Luật đất đai được hiểu là thế chấp bằng quyền sử dụng đất cho người thứ ba vay vốn theo quy định của BLDS (sau đây gọi chung là thế chấp bằng quyền sử dụng đất”.

Tại điểm 2.1 khoản 2 mục 2 Thông tư liên tịch số 03/2006/TTLT-BTP-BTNMT ngày 13/6/2006 của Bộ Tư pháp và Bộ Tài nguyên và môi trường sửa đổi, bổ sung một số quy định của Thông tư liên tịch số 05/2005/TTLT-BTP-BTNMT ngày 16/6/2005 của Bộ Tư pháp, Bộ Tài nguyên và môi trường, hướng dẫn việc đăng ký thế chấp, bảo lãnh bằng quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền với đất và tại điểm a tiểu mục 1.1 mục 1 phần I Thông tư liên tịch số 04/2006/TTLT-BTP-BTNMT ngày 13/6/2006,

hướng dẫn việc công chứng, chứng thực hợp đồng, văn bản thực hiện quyền sử dụng đất cũng coi “Hợp đồng chuyển đổi, chuyển nhượng, tặng cho, thuê, thuê lại quyền sử dụng đất; hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất, hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất của người thứ ba mà Luật Đất đai gọi là bảo lãnh bằng quyền sử dụng đất (gọi là hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất)”.

Tác giả là người hoạt động thực tiễn đã cảm nhận khá đầy đủ về sự lãng phí thời gian, tiền bạc của nhiều chủ thể, đặc biệt là hậu quả đối với những trường hợp thực chất là bảo lãnh, nhưng phải núp dưới những tên gọi của biện pháp bảo đảm khác, có trường hợp các chủ thể bắt buộc phải tham gia “đào tụng đình”. Đáng tiếc là cũng có Hội đồng xét xử mang nặng tư duy hình thức, đã cho rằng quan hệ bảo lãnh nhưng lại ký hợp đồng dưới hình thức hợp đồng thế chấp nên không công nhận giao dịch bảo đảm này là hợp pháp, dù về nội dung trong hợp đồng đã khá rõ ràng, xác định được trách nhiệm các bên.

Ý kiến thứ hai cũng là quan điểm của tác giả, trong các biện pháp bảo đảm được quy định trong BLDS năm 2005 và BLDS năm 2015² chỉ có biện pháp bảo đảm bằng tín chấp là hình thức duy nhất dùng uy tín của tổ chức để bảo lãnh nghĩa vụ cho người khác, nên không có gì phải bình luận khi xếp nó vào quan hệ đối nhân.

Bảo lãnh bằng tín chấp, tức là dùng uy tín của mình để làm “vật” bảo đảm nên bộ luật không thể mặc nhiên chuyển vật bảo đảm là một giá trị tinh thần thành giá trị vật chất. Các tổ chức chính trị - xã hội (bên bảo đảm) không có cam kết thực hiện

2. Mục 8 từ Điều 372, Điều 373 BLDS năm 2005, và tiểu mục 7 từ Điều 344, Điều 345 BLDS năm 2015.

nghĩa vụ thay cho bên có nghĩa vụ. Nếu bên có nghĩa vụ vi phạm việc thực hiện nghĩa vụ thì tổ chức đã đứng ra bảo lãnh chỉ động viên, nhắc nhở người có nghĩa vụ thực hiện nghĩa vụ, nếu thấy thành viên có nghĩa vụ không có thiện chí thực hiện nghĩa vụ thì tổ chức sẽ không bảo lãnh cho vay tiếp, đó là một trong loại “chế tài” dành cho những thành viên đó. Còn biện pháp bảo đảm dưới hình thức bảo lãnh được quy định từ Điều 366 đến Điều 375 trong BLDS năm 1995; từ Điều 361 đến Điều 371 BLDS năm 2005; từ Điều 335 đến Điều 343 BLDS 2015 không phải đơn thuần là hình thức sử dụng nhân thân, uy tín của người bảo lãnh để thực hiện việc bảo lãnh. Mặc dù khái niệm bảo lãnh được đề cập trong ba bộ luật³ không có từ tài sản, mà chỉ là “cam kết... thực hiện nghĩa vụ thay...”. Đó là cam kết của các chủ thể về thực hiện nghĩa vụ, nhưng không mặc định trước đối tượng được đưa ra làm vật bảo đảm cho cam kết đó.

Liệu có phải do không có từ “tài sản” trong khoản 1 Điều 366 BLDS năm 1995, Điều 361 BLDS năm 2005, Điều 335 BLDS năm 2015 mà các nhà lý luận xếp bảo lãnh là quan hệ đối nhân? Từ đó cho rằng bên đứng ra bảo lãnh không được dùng tài sản thuộc sở hữu của mình bảo đảm nghĩa vụ cho người khác, tức quyền cam kết của các bên dẫn đến thu hẹp nội hàm khái niệm bảo lãnh theo luật định.

Từ quan điểm này xuất hiện một câu hỏi cần giải đáp, người bảo lãnh có bị cầm dùng tài sản nói chung, hoặc những tài sản cụ thể thuộc quyền sở hữu của mình bảo đảm nghĩa vụ cho người khác hay không? Nếu trả lời là có thì những ai xếp bảo lãnh

là quan hệ đối nhân và bên bảo lãnh không được sử dụng tài sản làm vật bảo đảm là hoàn toàn có lý, nhưng khi lựa chọn câu trả lời này thì phải trả lời một câu hỏi tiếp theo, đó là dựa trên lý thuyết nào? Quy định nào của luật? Quyền tự quyết của các bên có bị mất không?

Theo tác giả, khi luật quy định “Bảo lãnh là việc người thứ ba... cam kết với bên có quyền... sẽ thực hiện nghĩa vụ thay cho bên có nghĩa vụ...”, nhưng bên bảo lãnh thực hiện như thế nào, có gì bảo đảm cho việc thực hiện, Bộ luật không mặc định người bảo lãnh phải dùng tài sản hay một giá trị tinh thần, giá trị nhân thân nào đó để bảo lãnh cho cam kết của mình. Đây là một quy định mở tạo ra một không gian rộng rãi để các bên lựa chọn, hành động nó không chỉ hợp lý về lý luận mà còn giàu tính thực tiễn.

Nếu các biện pháp bảo đảm khác được quy định trong bộ luật, từ ngữ cảnh và theo logic của nó có thể giải thích các nghĩa vụ trong các biện pháp bảo đảm bằng hình thức cầm cố, thế chấp, đặt cọc, ký cược, ký quỹ, bảo lưu quyền sở hữu, tín chấp đều là nghĩa vụ tài sản, đồng thời luật đã định trước đối tượng sẽ đưa ra bảo đảm là tài sản (đối vật) hoặc uy tín (đối nhân), còn hình thức bảo đảm bằng bảo lãnh thì khác. Chính vì thế, nếu không ngắt nghỉ kỹ, chỉ lướt qua lời văn dễ cho rằng bảo lãnh hoàn toàn là quan hệ đối nhân, các bên chỉ dựa vào nhân thân, uy tín để giao kết hợp đồng bảo đảm này.

Với ngữ cảnh được đề cập tại khoản 1 Điều 335 Bộ luật, khái niệm này không “đóng khung” chỉ có duy nhất nghĩa vụ tài sản; không mặc định đối tượng đưa ra bảo đảm việc thực hiện nghĩa vụ.

Có thể thấy, so với hình thức bảo đảm khác thì đây là ưu điểm vượt trội của hình

3. Khoản 1 Điều 366 BLDS năm 1995, Điều 361 BLDS năm 2005, Điều 335 BLDS năm 2015.

thức bảo đảm bằng bảo lãnh. Tính vượt trội thể hiện ở ba khía cạnh: *Một là*, khai thác được tài sản của người thứ ba. *Hai là*, các bên có thể dựa trên niềm tin để giao kết, nhưng bên bảo lãnh cũng có thể sử dụng tài sản thuộc quyền sở hữu làm tài sản bảo đảm. *Ba là*, nghĩa vụ được bảo đảm không nhất thiết là nghĩa vụ tài sản.

Để làm rõ hơn tính chất mờ của hình thức bảo lãnh, chúng ta giả thiết nếu không thiết kế theo hướng mờ như trong Bộ luật, có thể có những lựa chọn khác nhằm khai thác tài sản của người thứ ba vào dòng chảy thị trường, song không thể có những ưu điểm như khái niệm bảo lãnh đã được luật hóa, do đã tước bỏ hết những điểm hay của biện pháp bảo đảm này.

Ví dụ có thể viết: Bảo lãnh là việc người thứ ba (sau đây gọi là bên bảo lãnh) cam kết với bên có quyền (sau đây gọi là bên nhận bảo lãnh), dùng tài sản thuộc sở hữu của mình để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ thay cho bên có nghĩa vụ (sau đây gọi là bên được bảo lãnh), nếu khi đến thời hạn thực hiện nghĩa vụ mà bên được bảo lãnh không thực hiện, hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ (tương tự như thế chấp, chỉ khác về chủ thể trong quan hệ bảo đảm này là bên thứ ba).

Nếu quy định bảo lãnh theo hướng hoàn toàn là quan hệ đối nhân: Bảo lãnh là việc người thứ ba (sau đây gọi là bên bảo lãnh) cam kết với bên có quyền (sau đây gọi là bên nhận bảo lãnh) dùng uy tín, danh dự để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ của bên có nghĩa vụ (sau đây gọi là bên được bảo lãnh), nếu khi đến thời hạn thực hiện nghĩa vụ mà bên được bảo lãnh không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ, bên bảo lãnh sử dụng uy tín, ảnh hưởng của mình để yêu cầu bên có nghĩa vụ thực hiện nghĩa vụ. Quy định này tương

tự với quy định về tín chấp, chỉ khác không mặc định trước chủ thể bảo lãnh như trong quy định về tín chấp.

2. Đối điều rút ra từ khái niệm bảo lãnh trong Bộ luật Dân sự năm 2015

Từ các phân tích, bình luận trên cần tiếp nhận khái niệm bảo lãnh mà luật đã quy định theo hướng mờ, nhằm khai thác tối đa những lợi thế hàm chứa trong biện pháp bảo đảm này.

Một là, chủ thể trong quan hệ bảo đảm bằng hình thức bảo lãnh phải là người thứ ba trong quan hệ đó, thuộc loại quan hệ song trùng nghĩa vụ, nhưng không phải với nghĩa cùng thực hiện nghĩa vụ.

Hai là, điều luật không mặc định về loại nghĩa vụ được bảo lãnh, điều đó có nghĩa sẽ có nhiều loại nghĩa vụ được phép bảo lãnh, bên có nghĩa vụ có loại nghĩa vụ gì thì bên bảo lãnh có quyền cam kết bảo lãnh nghĩa vụ đó (trừ nghĩa vụ thuộc phạm vi luật cấm, không được chuyển giao). Nghĩa vụ được bảo lãnh có thể là nghĩa vụ tài sản, có thể là nghĩa vụ thực hiện một công việc, có thể là nghĩa vụ có điều kiện, có thể là nghĩa vụ hiện tại, có thể là nghĩa vụ trong tương lai. Nếu nghĩa vụ được bảo lãnh là nghĩa vụ tài sản, mà các bên không có thỏa thuận khác thì người bảo lãnh phải dùng tài sản của mình để thực hiện nghĩa vụ được bảo lãnh. Nếu nghĩa vụ là thực hiện một công việc mà các bên không có thỏa thuận khác thì bên bảo lãnh phải thực hiện đúng công việc đã bảo lãnh...

Trong trường hợp nghĩa vụ được bảo lãnh là nghĩa vụ tài sản hoặc nghĩa vụ thực hiện một công việc... nhưng các bên có thỏa thuận khác, thỏa thuận đó không vi phạm điều cấm của luật, trái đạo đức xã hội thì bên bảo lãnh phải thực hiện đúng như đã thỏa thuận trong cam kết bảo lãnh khi xuất hiện trách nhiệm của bên bảo lãnh.

Ba là, từ khái niệm bảo lãnh cho thấy một không gian bảo lãnh rất rộng, luật không giới hạn, không đóng khung giới hạn bảo lãnh, nghĩa vụ được bảo lãnh, không mặc định đối tượng có thể được sử dụng để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ như nhiều biện pháp bảo đảm khác, khi chỉ quy định bên bảo lãnh “cam kết... thực hiện nghĩa vụ thay cho bên có nghĩa vụ...”. Điều đó có nghĩa là người bảo lãnh có thể đưa ra cam kết chung chung, như ngôn từ của điều luật. Bên bảo lãnh cũng có thể đưa ra đối tượng bảo đảm cho cam kết của mình là tài sản nói chung, tài sản cụ thể hoặc bảo đảm bằng việc thực hiện một công việc, dù nghĩa vụ của bên được bảo lãnh là nghĩa vụ tài sản. Ngược lại, nếu nghĩa vụ được bảo lãnh là một công việc, các bên có thể thỏa thuận nghĩa vụ đó được bảo đảm bằng một lượng tài sản cụ thể... Nếu nghĩa vụ là một công việc mà các bên thỏa thuận bên bảo lãnh thực hiện nghĩa vụ này bằng tài sản, hoặc nghĩa vụ được bảo lãnh là nghĩa vụ tài sản mà các bên thỏa thuận việc bảo lãnh bằng việc thực hiện một công việc, khi có vi phạm việc thực hiện nghĩa vụ thì bên bảo lãnh sẽ phải thực hiện theo cam kết đó. Trong trường hợp này các bên phải kèm theo rất nhiều thỏa thuận cụ thể từ việc thỏa thuận quy đổi các nghĩa vụ, cách thức thực hiện nghĩa vụ được bảo đảm.

Ví dụ như bên có nghĩa vụ không thực hiện nghĩa vụ là một công việc, trong khi đó các bên có thỏa thuận bên bảo lãnh sử dụng một lượng tài sản thuộc sở hữu của mình là vật bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ được bảo lãnh. Khi phát sinh trách nhiệm bảo lãnh thì xử lý tài sản bảo đảm như thế nào và ngược lại nghĩa vụ được bảo lãnh là tài sản nhưng các bên

thỏa thuận bên bảo lãnh sẽ thực hiện một công việc khi phát sinh trách nhiệm bảo lãnh... Đây sẽ là một hợp đồng rất phức tạp về nội dung và kỹ thuật thể hiện, có thể rất hiếm khi xuất hiện trong thực tế, nhưng về lý thuyết không thể loại trừ.

Giới hạn, phạm vi bảo lãnh, đối tượng đưa ra bảo đảm phụ thuộc vào ý chí các bên, đó là nguyên tắc cơ bản, cũng là lý thuyết có tính nền tảng trong quan hệ dân sự về quyền tự thỏa thuận, tự định đoạt của các bên. Nếu hai bên không có thỏa thuận thì phạm vi, giới hạn bảo lãnh mới theo luật định.

Luật không quy định theo hướng cụ thể hóa phương thức bảo lãnh đã tạo một không gian rộng rãi cho bên bảo lãnh, bên nhận bảo lãnh lựa chọn phương thức thực hiện việc bảo lãnh.

Bốn là, các quy định trong chế định bảo lãnh cũng như toàn bộ quy định của BLDS không có một điều nào cấm bên bảo lãnh dùng tài sản thuộc quyền sở hữu... của mình là vật bảo đảm, hoặc đối tượng bảo đảm là thực hiện một công việc, nhưng các bên thỏa thuận bên bảo lãnh sử dụng tài sản làm vật bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ được bảo lãnh theo cam kết...

Do đó, khi bên bảo lãnh chỉ “cam kết... thực hiện nghĩa vụ thay cho bên có nghĩa vụ...”, là cam kết chung chứ không đưa ra bất kỳ sự bảo đảm cụ thể nào, và các bên không có thỏa thuận khác mà nghĩa vụ đó là nghĩa vụ tài sản thì bên bảo lãnh phải dùng tài sản của mình thực hiện nghĩa vụ đó. Khi bên bảo lãnh không tự giác thực hiện nghĩa vụ thay cho bên có nghĩa vụ (theo cam kết) và vụ kiện được đưa ra cơ quan tài phán giải quyết thì cơ quan tài phán dựa vào cam kết của bên bảo lãnh “thực hiện nghĩa vụ thay cho bên có nghĩa

vụ", theo yêu cầu của bên nhận bảo lãnh cơ quan tài phán sẽ thực hiện biện pháp khẩn cấp phong tỏa tài sản, nhằm giữ tài sản của bên bảo lãnh để thực hiện nghĩa vụ, sau khi có phán quyết.

Bên bảo lãnh có thể lựa chọn việc bảo lãnh bằng cách dùng tất cả những tài sản thuộc sở hữu của mình làm vật bảo đảm cho cam kết thực hiện nghĩa vụ thay, lúc này tất cả những tài sản thuộc sở hữu của người bảo lãnh là tài sản bảo đảm. Khi đó những tài sản này không còn được đưa vào lưu thông nếu không có thỏa thuận khác. Bên bảo lãnh thể hiện cam kết bảo lãnh của mình có giới hạn bằng việc xác định một tài sản, một phần giá trị tài sản cụ thể làm vật bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh. Khi đó giới hạn bảo lãnh chỉ trong phạm vi giá trị tài sản cụ thể hoặc một phần giá trị tài sản mà bên bảo lãnh đã dùng làm vật bảo đảm cho việc thực hiện cam kết.

Như vậy, có thể thấy bảo lãnh là một khái niệm mở tự nó đã trao quyền cho các bên tham gia quan hệ bảo đảm này lựa chọn đối tượng đưa ra bảo đảm thực hiện nghĩa vụ. Do đó, nếu nghĩa vụ được bảo đảm là nghĩa vụ tài sản thì dù không có quy định cụ thể về quyền dùng tài sản là vật bảo đảm như quy định tại khoản 3 Điều 336 BLDS năm 2015, thì cũng phải hiểu các bên có quyền dùng tài sản thuộc sở hữu của mình làm vật bảo đảm. Nếu có nhận thức khác nhau thì dành đất cho giải thích, hướng dẫn hoặc án lệ. Nói vậy, nhưng không phải là tác giả phản đối việc bổ sung khoản 3 Điều 336, mà ngược lại, do đang có nhận thức khác nhau về nội hàm của bảo lãnh thì việc bổ sung khoản 3 Điều 336 là cần thiết.

Từ những phân tích trên, việc hiểu, giải thích khái niệm đã được luật hóa cũng phải

theo hướng mở, không nên giải thích hẹp đi, như đã từng xuất hiện ngay trong văn bản quy phạm pháp luật hướng dẫn thi hành BLDS năm 2005, Luật đất đai năm 2003? Điều đó có nghĩa là phải trên cơ sở những nguyên tắc cơ bản của BLDS, trong đó có nguyên tắc cốt lõi là quyền tự do, tự nguyện, cam kết thỏa thuận để hiểu, giải thích khái niệm bảo lãnh.

Liên quan đến vấn đề này, có thể nhận thấy Luật đất đai năm 2013 quy định người có quyền sử dụng đất có quyền thế chấp quyền sử dụng đất (Điều 166; điểm g khoản 1, điểm đ khoản 2 Điều 179), nhưng lại không quy định người có quyền sử dụng đất được bảo lãnh nghĩa vụ cho người khác bằng quyền sử dụng đất là lựa chọn sai lầm, dẫn đến một Thẩm phán công tác lâu năm ở Tòa án nhân dân tối cao đã từng viết trên báo Công lý (phát hành năm 2014) là không được sử dụng loại tài sản là quyền sử dụng đất để bảo lãnh nghĩa vụ cho người khác. Vì vậy, cơ quan có thẩm quyền cũng nên có giải thích, hướng dẫn sớm, mặt khác khi có dịp sửa đổi, bổ sung Luật đất đai thì cần khắc phục thiếu sót này.

Tóm lại, nội hàm khái niệm bảo lãnh cần tiếp cận dưới hai góc độ:

Một là, về nghĩa vụ được bảo lãnh có thể là một nghĩa vụ tài sản, hoặc nghĩa vụ được bảo lãnh là nghĩa vụ thực hiện một công việc. Nghĩa vụ đó có thể là nghĩa vụ hiện tại cũng có thể là nghĩa vụ trong tương lai, nghĩa vụ có điều kiện.

Hai là, bên bảo lãnh có thể chỉ cam kết chung không có vật bảo đảm, nhưng các bên có quyền thỏa thuận sử dụng biện pháp bảo đảm bằng những tài sản cụ thể để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ được bảo lãnh.

+ Nếu nghĩa vụ được bảo lãnh là nghĩa vụ thực hiện một công việc nhất định mà

các bên không có thỏa thuận khác thì bên bảo lãnh phải thực hiện chính công việc đó khi trách nhiệm bảo lãnh xuất hiện. Nếu nghĩa vụ được bảo lãnh là thực hiện một công việc nhưng các bên thỏa thuận sẽ bảo lãnh nghĩa vụ này bằng một lượng tài sản, giá trị tài sản nhất định thì các bên phải có những thỏa thuận cụ thể, rõ ràng khi chuyển hóa cách thức thực hiện nghĩa vụ được bảo lãnh, thì thỏa thuận đó mới có thể thực hiện được trên thực tế, có giá trị pháp lý.

+ Nếu nghĩa vụ được bảo lãnh là tài sản, thì giữa bên bảo lãnh và bên nhận bảo lãnh có quyền lựa chọn các cam kết sau: Bảo lãnh toàn bộ nghĩa vụ hoặc chỉ bảo lãnh một phần nghĩa vụ; cam kết chung chung không có bất kỳ vật bảo đảm nào, dựa trên niềm tin là chủ yếu, vì thế có thể coi trường hợp này là quan hệ đối nhân; cam kết có nêu ra đối tượng bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ nhưng cũng rất chung chung. Ví dụ như cam kết bảo đảm thực hiện nghĩa vụ thay bằng các tài sản thuộc sở hữu của mình, song không liệt kê cụ thể từng tài sản; cam kết thực hiện nghĩa vụ thay được bảo đảm bằng một, một số tài sản cụ thể, khi đó việc bảo lãnh là có giới hạn, trong phạm vi giá trị tài sản bảo đảm hoặc giới hạn đó được thể hiện trong hợp đồng bảo lãnh là chỉ bảo lãnh một phần nghĩa vụ, thì dù tài sản được dùng làm tài sản bảo đảm có giá trị lớn hơn nghĩa vụ, nhưng bên nhận bảo lãnh chỉ được tiếp nhận một phần giá trị tài sản bảo đảm tương ứng với phần nghĩa vụ cam kết bảo lãnh; nếu là nghĩa vụ tài sản nhưng bên bảo lãnh cam kết bằng thực hiện một công việc, thì các bên cũng phải có những thỏa thuận cụ thể, rõ ràng khi chuyển đổi từ nghĩa vụ tài sản bằng

việc thực hiện một công việc thì thỏa thuận đó mới có cơ sở thực hiện, có giá trị trên thực tế.

So sánh giữa các biện pháp bảo đảm có thể thấy trừ biện pháp bảo đảm bằng bảo lãnh, thì tất cả các biện pháp bảo đảm còn lại đều xác định rõ đối tượng đưa ra bảo đảm là tài sản hoặc một giá trị tinh thần. Sự đóng khung đối tượng dùng để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ làm cho không gian bảo đảm, thực hiện nghĩa vụ về cơ bản đã được xác định rõ, nó vừa có những ưu điểm, nhưng cũng chứa đựng những hạn chế. Còn biện pháp bảo đảm bằng hình thức bảo lãnh được quy định tại tiểu mục 6 BLDS năm 2015 có nội hàm rộng mở, không còn bị trói buộc bởi những hạn chế đó, tạo ra một không gian rộng rãi không chỉ về loại nghĩa vụ được bảo đảm đa dạng hơn so với các hình thức bảo đảm trên, mà còn trao cho các bên nhiều sự lựa chọn như không phải đưa ra tài sản bảo đảm (chỉ dừng lại ở cam kết... thực hiện nghĩa vụ thay - đối nhân) hay có đưa tài sản thuộc sở hữu của mình làm vật bảo đảm thực hiện nghĩa vụ. Những lợi thế của biện pháp bảo đảm bằng hình thức bảo lãnh không chỉ vì đã kích hoạt được tài sản của người thứ ba vào dòng chảy của quy luật thị trường, mà còn khai thác được tối đa nguyên tắc có tính cốt lõi trong lý luận dân sự về quyền tự do, tự quyết của các bên.

Từ quy định mở của luật việc giải thích, áp dụng đối với biện pháp bảo đảm bằng hình thức bảo lãnh phải trên nguyên tắc khai thác tối đa những mặt mạnh vốn có của nó là một hướng đi không chỉ cần thiết dưới góc độ thực tiễn, mà còn làm phong phú về lý luận. □