



CẦM CỐ BẤT ĐỘNG SẢN ĐỂ BẢO ĐẢM THỰC HIỆN HỢP ĐỒNG

Phan Thị Hồng

Trường Đại học Luật, Đại học Huế, Đường Võ Văn Kiệt, TP Huế, Việt Nam

* Tác giả liên hệ: **Phan Thị Hồng** <hongpt@hul.edu.vn>

(Ngày nhận bài: 29-05-2024; Ngày chấp nhận đăng: 26-12-2024)

Tóm tắt. Bài viết tập trung nghiên cứu các quy định về cầm cố bất động sản trong pháp luật hiện hành và xu hướng xét xử của Tòa án đối với các tranh chấp về cầm cố bất động sản trong giai đoạn hiện nay, từ đó đề xuất những giải pháp phù hợp nhằm hoàn thiện pháp luật cũng như nâng cao hiệu quả thực hiện pháp luật về cầm cố bất động sản để bảo đảm thực hiện hợp đồng tại Việt Nam.

Từ khóa: cầm cố bất động sản, bảo đảm thực hiện hợp đồng

PLEDGING OF REAL ESTATE TO SECURE PERFORMANCE CONTRACTS

Phan Thi Hong

University of Law, Hue University, Vo Van Kiet St., Hue City, Vietnam

Correspondence to **Phan Thi Hong** <hongpt@hul.edu.vn>

(Received: May 29, 2024; Accepted: December 26, 2024)

Abstract. The article focuses on researching the regulations on real estate mortgages in current law and the court's adjudication trends in opposition to real estate mortgage disputes in the current period, thereby proposing Appropriate solutions to promote law improvement as well as improve the effectiveness of real estate law enforcement to ensure contract implementation in Vietnam.

Keywords: pledging real estate, ensuring the performance of contracts

1. Đặt vấn đề

Trong các biện pháp bảo đảm giao kết hợp đồng được quy định trong BLDS 2015, cầm cố tài sản được đánh giá là một trong những biện pháp giúp cho chủ thể thu hồi nợ một cách hiệu quả, hạn chế phát sinh nợ xấu [7]. Cầm cố bất động sản được đánh giá là có hiệu quả hơn biện pháp thế chấp trong việc bảo đảm thực hiện nghĩa vụ bởi vì khi các doanh nghiệp, đặc biệt là ngân hàng cho vay nợ với thế chấp bất động sản, tài sản lúc này là bất động sản thuộc quyền chiếm hữu, sử dụng của bên thế chấp hoặc bên thứ ba nên khi xảy ra vi phạm nghĩa vụ trả nợ, ngân hàng phải yêu cầu bên thế chấp bàn giao hoặc tiến hành thu giữ tài sản. Tuy nhiên, thu giữ tài sản thế chấp không phải là việc dễ dàng. Thậm chí, ngay cả khi bên vay cũng là bên thế chấp khi vi phạm nghĩa vụ trả nợ đã đưa ra nhiều lý do để từ chối bàn giao tài sản, cản trở hoạt động thu giữ của ngân hàng. Đối với quyền sở hữu của bên thứ ba, việc thu giữ tài sản thế chấp còn khó khăn hơn nhiều và rất phức tạp bởi chủ thể này không hưởng thụ tiền vay từ phía ngân hàng [7].

Trong lịch sử lập pháp của Việt Nam, giao dịch cầm cố bất động sản đã được quy định trong các Bộ cổ Luật. Một số Bộ cổ Luật đã có quy định về cầm cố bất động sản như Bộ luật Hồng Đức thời Lê, Bộ luật Gia Long thời Nguyễn. Trong thời kỳ Pháp thuộc, những quy định về cầm cố bất động sản tiếp tục được quy định tại Bộ Dân luật Trung Kỳ 1936 từ Điều 1527 đến Điều 1559, Bộ Dân luật Bắc Kỳ sau đó cũng có những quy định tương tự như Bộ Dân luật Trung Kỳ. Giao dịch cầm cố bất động sản được các Bộ cổ Luật sử dụng tên gọi là “thế chấp bất động sản” và được kết cấu trong chương nói về cầm cố. Trong đó, chương nói về cầm cố được phân thành mục nói về cầm cố động sản và cầm đồ và mục nói về thế chấp bất động sản¹.

Ngày nay, tại các tỉnh đồng bằng Nam Bộ, các giao dịch cầm cố bất động sản như cầm cố nhà ở, cầm cố quyền sử dụng đất vẫn diễn ra rất phổ biến dưới các tên gọi khác nhau như “cố đất” hoặc “thực đất”. Sở dĩ, thực tế những giao dịch này vẫn tồn tại và phổ biến trong nhân dân bởi vì một mặt do tập quán đã tồn tại từ lâu, mặt khác, pháp luật trước đây cũng thừa nhận giao dịch này là hợp pháp. Tuy nhiên, thực trạng này đã trở thành vấn đề gây tranh cãi kể từ khi pháp luật Việt Nam quy định bất động sản không phải là đối tượng của giao dịch cầm cố trong BLDS 1995 hoặc là mặc dù có quy định bất động sản là đối tượng của cầm cố nhưng lại không có cơ chế pháp lý áp dụng cụ thể như giai đoạn BLDS 2005 đang có hiệu lực. Hiện nay, BLDS 2015 quy định bất động sản có thể là đối tượng của giao dịch cầm cố nhưng chỉ trong trường hợp “theo quy định của luật”. Trong khi đó, Luật Đất đai và Luật Nhà ở lại không quy định người sử dụng đất/chủ sở hữu nhà ở được thực hiện cầm cố quyền sử dụng đất, nhà ở, điều này đã dẫn đến các chủ thể khá dè dặt trong việc đưa bất động sản vào giao dịch cầm cố do lo ngại những rủi ro pháp lý. Có thể nói, hệ thống pháp luật hiện hành vẫn chưa tạo lập hành lang pháp lý an toàn để chủ sở hữu khai thác tối đa giá trị kinh tế của tài sản bảo đảm.

¹ Bộ Dân luật Bắc Kỳ, Bộ Dân luật Trung Kỳ.

Bài viết tập trung phân tích các quy định của pháp luật hiện hành về cầm cố và cầm cố bất động sản, phân tích xu hướng của thực tiễn xác lập giao dịch cũng như xu hướng xét xử của Tòa án về vấn đề này. Từ đó đề xuất những giải pháp phù hợp cho biện pháp cầm cố bất động sản để bảo đảm thực hiện hợp đồng.

2. Quy định của pháp luật Việt Nam về cầm cố và cầm cố bất động sản

Theo quy định của BLDS 2015 tại Điều 309, cầm cố tài sản là việc một bên (sau đây gọi là bên cầm cố) giao tài sản thuộc quyền sở hữu của mình cho bên kia (sau đây gọi là bên nhận cầm cố) để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ. Quy định này không giới hạn đối tượng của giao dịch cầm cố chỉ có thể là động sản, vì vậy, tài sản là động sản hay bất động sản đều có thể là đối tượng của cầm cố. Điểm khác biệt của cầm cố tài sản và thế chấp tài sản là bên cầm cố phải “giao tài sản thuộc quyền sở hữu của mình” cho bên nhận cầm cố, còn bên thế chấp thì chỉ “dùng tài sản để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ” mà không giao tài sản cho bên nhận thế chấp.

Giao dịch cầm cố có hiệu lực theo quy định về thời điểm có hiệu lực của hợp đồng nói chung. Theo đó, hợp đồng cầm cố tài sản có hiệu lực từ thời điểm giao kết, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc luật có quy định khác². Tuy nhiên, để cầm cố phát sinh hiệu lực đối kháng với bên thứ ba thì bên nhận cầm cố phải nắm giữ tài sản cầm cố. Khoản 2 Điều 310 BLDS 2015 quy định: Cầm cố tài sản có hiệu lực đối kháng với người thứ ba kể từ thời điểm bên nhận cầm cố nắm giữ tài sản cầm cố. Như vậy, quy định này chỉ áp dụng đối với đối tượng cầm cố là động sản. Còn đối với bất động sản thì BLDS quy định: Trường hợp bất động sản là đối tượng của cầm cố theo quy định của luật thì việc cầm cố bất động sản có hiệu lực đối kháng với người thứ ba kể từ thời điểm đăng ký.

Điểm tiến bộ của BLDS 2015 so với BLDS 2005 về cầm cố tài sản là đã làm sáng tỏ hơn khả năng bất động sản được dùng để cầm cố bằng cách thừa nhận tài sản dù là động sản hay bất động sản cũng có thể cầm cố, đồng thời quy định cụ thể thời điểm cầm cố bất động sản phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba. Tuy nhiên, nếu như BLDS 2015 mở rộng phạm vi tài sản được cầm cố thì các luật chuyên ngành lại thu hẹp phạm vi này. Bởi vì, Luật Đất đai và Luật Nhà ở hiện hành không có quy định về việc người sử dụng đất được quyền cầm cố quyền sử dụng đất và chủ sở hữu nhà ở được quyền cầm cố nhà ở.

Mặc dù vậy, xét cầm cố tài sản là một giao dịch bảo đảm thì dưới góc độ pháp luật hợp đồng, chủ thể có quyền tự do cam kết, thỏa thuận bất kỳ nội dung gì miễn sao không vi phạm điều cấm của luật và không trái đạo đức xã hội³. Khi một giao dịch dân sự được xác lập thì giao dịch đó phải tuân thủ những điều kiện có hiệu lực trong BLDS. Theo quy định tại Điều 117 BLDS 2015, giao dịch dân sự có hiệu lực khi đáp ứng các điều kiện về chủ thể, về tự nguyện, về

² Điều 310 BLDS 2015.

³ Xin xem thêm Điều 3 BLDS 2015.

nội dung và mục đích và trong trường hợp luật có quy định về hình thức của giao dịch thì giao dịch đó phải đáp ứng. Vận dụng quy định này vào việc xác lập, thực hiện giao dịch cầm cố tài sản thì giao dịch cầm cố bất động sản có hiệu lực pháp luật khi đáp ứng các điều kiện sau đây:

(i) Về chủ thể: chủ thể tham gia giao dịch có năng lực pháp luật dân sự và năng lực hành vi dân sự phù hợp với giao dịch được xác lập. Như vậy, đối với cầm cố bất động sản, bên cầm cố và bên nhận cầm cố phải có năng lực hành vi dân sự và năng lực pháp luật dân sự phù hợp. Cụ thể, bên cầm cố phải là chủ sở hữu bất động sản, có năng lực hành vi dân sự phù hợp để xác lập giao dịch. Bên nhận cầm cố phải có quyền được sở hữu bất động sản tại Việt Nam, có năng lực hành vi dân sự phù hợp để xác lập, thực hiện giao dịch.

(ii) Về tự nguyện: chủ thể tham gia giao dịch phải hoàn toàn tự nguyện, không bên nào lừa dối, cưỡng ép, đe dọa bên nào, và không có sự nhầm lẫn trong giao dịch.

(iii) Về hình thức: giao dịch phải tuân thủ quy định về hình thức trong trường hợp có quy định. BLDS 2015 và các luật chuyên ngành không quy định về hình thức cầm cố tài sản, vì vậy chủ thể có quyền tự do lựa chọn hình thức cho giao dịch này.

(iv) Về nội dung và mục đích: nội dung và mục đích của giao dịch không vi phạm điều cấm của luật, không trái đạo đức xã hội. Có nghĩa là bất động sản được đưa vào giao dịch cầm cố không thuộc trường hợp luật cấm giao dịch. Xét quy định này trong pháp luật Việt Nam hiện hành thì chưa có quy định nào của luật cấm bất động sản được đưa vào cầm cố. Cụ thể, Luật Đất đai 2024 tại Điều 27 quy định: người sử dụng đất được thực hiện các quyền chuyển đổi, chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê lại, thừa kế, tặng cho, thế chấp, góp vốn quyền sử dụng đất theo quy định của Luật này và luật khác có liên quan. Tại Điều 159 Luật Nhà ở 2023 cũng quy định: Giao dịch về nhà ở bao gồm mua bán, thuê mua, thuê, tặng cho, đổi, thừa kế, thế chấp, góp vốn, cho mượn, cho ở nhờ, ủy quyền quản lý nhà ở.

3. Thực trạng pháp luật về cầm cố bất động sản bảo đảm thực hiện hợp đồng tại Việt Nam

Theo như quy định trên đây của Luật Đất đai và Luật Nhà ở, cũng như đối chiếu với quy định của BLDS tại Điều 310 thì “trường hợp bất động sản là đối tượng cầm cố theo quy định của luật”, như vậy, cầm cố có thể được xác lập và thực hiện đối với bất động sản, trừ quyền sử dụng đất và nhà ở vì hai giao dịch này không được quy định liệt kê trong luật. Tuy nhiên, cách hiểu này cũng không thoả đáng vì đối với các bất động sản khác như nhà xưởng, kho hàng, shophouse, condotel, officetel,... cũng không được quy định cụ thể ở trong văn bản luật nào và cũng không thuộc đối tượng điều chỉnh của Luật Đất đai và Luật Nhà ở, do đó, khi xác lập giao dịch cầm cố đối với các tài sản này thì áp dụng quy định của BLDS nên các bất động sản này vẫn là đối tượng của giao dịch cầm cố. Như vậy, có sự “bất bình đẳng” với các tài sản đều là “bất động sản” nhưng có loại là đối tượng của cầm cố mà có loại thì không.

Tuy vậy, những quy định trên đây chỉ đề cập đến việc chủ thể có quyền thực hiện các giao dịch được Luật liệt kê. Tức là Luật đang quy định hướng dẫn chủ thể thực hiện những giao dịch xảy ra phổ biến trong đời sống. Vấn đề là, ngoài những giao dịch mà các Luật liên quan có quy định, thì liệu chủ thể có thể xác lập, thực hiện những giao dịch khác mà Luật không quy định nhưng cũng không cấm hay không? Thiết nghĩ, đây là vấn đề liên quan đến nguyên tắc tự do hợp đồng và việc giải thích quy định của luật.

Hợp đồng là một phương tiện quan trọng chuyển dịch tài sản giữa những người có vị thế ngang bằng. Họ chính bằng tài sản của mình tham dự vào hợp đồng bằng ý chí của chính mình để nhắm tới những lợi ích của họ, và tự chịu trách nhiệm bằng tài sản của họ. Vì vậy, luật hợp đồng thuộc lĩnh vực luật tư và mang tính điển hình bởi nhà nước đặt ra nhằm hướng dẫn, hỗ trợ và bảo vệ cho các quyền lợi của tư nhân và chỉ giới hạn các quyền lợi này khi có lý do thật sự chính đáng từ phía cộng đồng [9, Tr. 133]. Cầm cố bất động sản là một loại giao dịch bảo đảm, khi chủ thể xác lập, thực hiện giao dịch này thì nó thuộc đối tượng điều chỉnh của pháp luật hợp đồng. Những quy định liên quan đến chủ thể hay đối tượng, nội dung của giao dịch chỉ mang tính chất hướng dẫn, hỗ trợ còn các chủ thể trong giao dịch được quyền tự do sáng tạo các quyền và nghĩa vụ để ràng buộc chính bản thân họ. Điều này được BLDS 2015 thừa nhận thành nguyên tắc tại Điều 3 về tự do cam kết, thoả thuận. Mặt khác, nhà làm luật không thể dự liệu được tất cả các loại hợp đồng, trong khi các dạng hợp đồng ngày một nhiều lên và phức tạp dần theo thời gian. Khi nghiên cứu về luật hợp đồng của các nước phương Tây, các luật gia Xô Viết cũ đã phải nhận định sự phát triển của luật hợp đồng gắn liền với sự phát triển của nền kinh tế tư bản chủ nghĩa và đi theo hai hướng là hiệu lực của hợp đồng được mở rộng bởi thường xuyên xuất hiện các dạng hợp đồng mới, và xuất hiện một quy trình “phi dân sự hoá” một số loại hợp đồng, bởi có nhiều loại hợp đồng mới xuất hiện và nhiều loại hợp đồng được cấu thành nên bởi các dạng hợp đồng khác nhau [9, Tr. 139]. Bộ luật Dân sự Việt Nam chỉ quy định về “hợp đồng dân sự thông dụng” và các dạng hợp đồng chuyên biệt được quy định tại các đạo luật chuyên ngành, nhưng dù sao các đạo luật dù chung hay chuyên ngành cũng không bao giờ bao quát được tất cả các dạng hợp đồng [9, Tr. 140]. Các bên có liên quan có thể bằng một thoả thuận chung để loại ra hay đưa vào hợp đồng một nội dung khác hay một hệ quả khác với những gì mà pháp luật quy định. Họ cũng có thể sáng tạo ra các hợp đồng mà pháp luật không quy định [1, Tr. 5–6]. Vậy nên, các đạo luật chuyên ngành không quy định khả năng bất động sản có thể cầm cố không có nghĩa là các chủ thể không được quyền xác lập, thực hiện giao dịch này bởi vì không có quy định nào cấm việc cầm cố bất động sản.

Thực trạng pháp luật Việt Nam về cầm cố bất động sản đã gây ra nhiều băn khoăn. Có ý kiến cho rằng, luật không cấm nhưng cũng không có quy định cụ thể về việc cầm cố bất động sản nên chưa có cơ sở pháp lý vững chắc để thực hiện loại giao dịch này [2]. Vì vậy, nhà nước cần phải tạo hành lang pháp lý thông thoáng để các giao dịch dân sự không bị cản trở bởi các quy định của pháp luật, tạo điều kiện cho hàng hóa lưu thông tự do từ đó nền kinh tế của đất

nước sẽ phát triển. Để thực hiện đúng tư tưởng, nội dung Điều 3 BLDS năm 2015 là mọi thỏa thuận, cam kết không vi phạm điều cấm của luật đều có hiệu lực đối với các bên và phải được các chủ thể khác tôn trọng, thì cần phải sửa đổi Luật Đất đai, Luật Nhà ở cho phép các chủ thể dùng quyền sử dụng đất, nhà ở để cầm cố đảm bảo nghĩa vụ [8]. Thực tế, việc quy định chưa thống nhất giữa BLDS và các luật chuyên ngành đã gây ra cách hiểu và áp dụng không thống nhất. Các quy định này hoàn toàn có thể được giải thích bởi các cơ quan có thẩm quyền. Theo quy định tại Điều 158 của Luật ban hành văn bản quy phạm pháp luật 2020, *việc giải thích Hiến pháp, luật, pháp lệnh được thực hiện trong trường hợp quy định của Hiến pháp, luật, pháp lệnh có cách hiểu khác nhau trong việc thi hành. Việc giải thích Hiến pháp, luật, pháp lệnh phải bảo đảm các nguyên tắc sau đây: a) Đúng với tinh thần, mục đích, yêu cầu, quan điểm chỉ đạo ban hành Hiến pháp, luật, pháp lệnh; b) Phù hợp với nội dung, ngôn ngữ của Hiến pháp, luật, pháp lệnh; c) Không được sửa đổi, bổ sung hoặc đặt ra quy định mới.* Như vậy, khi giải thích pháp luật thì cơ quan có thẩm quyền không được “sửa đổi, bổ sung hoặc đặt ra quy định mới”. Do đó, BLDS và các luật chuyên ngành không cấm cầm cố bất động sản nên theo nguyên tắc tự do ý chí thì không ai có quyền cấm các chủ thể xác lập, thực hiện giao dịch cầm cố bất động sản. Theo Vũ Văn Mẫu, khi giải thích pháp luật cần áp dụng nguyên tắc “không được phân biệt khi luật pháp không phân biệt”. Nếu trong luật, nói một cách tổng quát, Thẩm phán hay Luật gia không thể tự ý để thu hẹp phạm vi của luật được [10, Tr. 326].

Có thể nói, pháp luật Việt Nam hiện nay không minh thị quy định về việc chủ thể có quyền cầm cố bất động sản nhưng điều đó không có nghĩa là cấm hoàn toàn việc xác lập, thực hiện giao dịch này. Vì vậy, trong bối cảnh có nhiều ý kiến khác nhau về việc khả năng bất động sản có thể được cầm cố hay không, cần phải được giải thích rõ ràng trong thời gian tới.

Mặc dù luật chưa có quy định nhưng các giao dịch cầm cố bất động sản vẫn diễn ra trong đời sống nhân dân, đặc biệt là ở khu vực Nam bộ. Dưới tên gọi là “cổ đất” hay “thực đất”, các bên vẫn sử dụng nhà ở, quyền sử dụng đất để cầm cố khi cần vay một khoản tiền. Thực trạng này tồn tại là điều dễ hiểu bởi vì tập quán của người Việt từ trước đã tồn tại loại giao dịch này. Sau đó được cụ thể hoá trong các BLDS qua các thời kỳ. Cụ thể, Bộ dân luật Trung Kỳ 1936 ghi nhận: *thế chấp⁴ bất động sản là một khế ước thuộc về vật quyền do một người mắc nợ giao cho người chủ nợ một bất động sản nào để đảm bảo món nợ* [3]. Bộ Dân luật 1972 của chế độ Sài Gòn cũ cũng quy định: *thế chấp bất động sản là giao cho chủ nợ một bất động sản để bảo đảm cho món nợ cho đến khi trả được cho chủ nợ, chủ nợ có quyền giữ bất động sản làm tin* [4].

Giao dịch cầm cố quyền sử dụng đất và cầm cố nhà ở diễn ra phổ biến và xảy ra tranh chấp ngày càng nhiều nhưng cách giải quyết của các Tòa án còn chưa thống nhất. Việc này gây ra nhiều

⁴ Dựa trên các quy định của các Bộ luật này, cách sử dụng thuật ngữ “thế chấp” hiện nay tương đương với thuật ngữ “đề đương”, và “cầm cố” tương đương với “thế chấp”.

lo ngại cho các chủ thể, đặc biệt là các doanh nghiệp muốn nhận cầm cố bất động sản để bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ nhưng lại băn khoăn nỗi lo về rủi ro pháp lý.

Chẳng hạn, trong một bản án, Tòa án đã tuyên hợp đồng cầm cố quyền sử dụng đất vô hiệu vì cho rằng, do pháp luật không quy định về quyền cầm cố quyền sử dụng đất nên việc đương sự cầm cố quyền sử dụng đất là trái quy định của pháp luật: “Theo Điều 106 Luật Đất đai năm 2003, các điều 166, 167 Luật Đất đai năm 2013 và quy định của pháp luật về đất đai thì người sử dụng đất không có quyền cầm cố quyền sử dụng đất, nên giao dịch giữa chị M, anh N với anh H, chị T là trái với quy định của pháp luật. Do đó, căn cứ vào các điều 122, 123, 131 BLDS năm 2015 xác định hợp đồng cầm cố quyền sử dụng đất giữa các đương sự là vô hiệu” [2]. Quan điểm hợp đồng cầm cố quyền sử dụng đất vô hiệu cũng được một Tòa án khác thuộc tỉnh Cà Mau đồng tình, theo đó: “Hội đồng xét xử xét thấy: Xét về hình thức của hợp đồng “Giấy cố đất” ngày 10.03.2015 âm lịch có xác nhận của Trưởng ấp Sào Lưới, xã Khánh Bình Tây, nhưng không được chứng thực hoặc công chứng của cơ quan nhà nước có thẩm quyền và không được đăng ký theo quy định. Tài sản giao dịch là bất động sản nhưng nguyên đơn và bị đơn không tuân thủ theo quy định tại Điều 117, 119 Bộ luật dân sự. Về đối tượng đất là sở hữu của toàn dân, không phải sở hữu riêng của bị đơn, nên bị đơn không được phép đem đi cầm cố cho người khác, do đó hợp đồng trên đã vi phạm vào Điều 309 BLDS, nên xét thấy hợp đồng cầm cố đất ngày 10 tháng 03 năm 2015 giữa ông Trần Minh V212 và ông Nguyễn Văn D với bà Trần Thị D là vô hiệu là phù hợp với Điều 122 và 123 BLDS” [5].

Ở một bản án khác, Tòa án cũng theo hướng hợp đồng cầm cố quyền sử dụng đất là vô hiệu. Tuy nhiên, lý do Tòa án tuyên vô hiệu không phải do luật không quy định chủ thể có quyền cầm cố bất động sản mà do quyền sử dụng đất là đối tượng của giao dịch cầm cố đã được thế chấp cho ngân hàng trước đó nên không đủ điều kiện để cầm cố. Theo đó, Tòa án nhận định: “Tại biên bản hòa giải ngày 27/02/2019 ông L bà D thừa nhận ông D1 bà T1 cố đất cho ông L bà D sau đó ông L bà D lấy phân đất này tiếp tục cố cho ông Đ bà T, trong khi đó ông D1 bà T1 đã thế chấp phân đất này cho ngân hàng TMCP Sài Gòn Thương Tín ngày 28/5/2013 nên việc ông D1 bà T1 cố đất cho ông L bà D và ông L bà D tiếp tục cố cho ông Đ bà T là không đúng và vi phạm điều cấm của pháp luật nên Giấy cho thuê đất (cố đất) ngày 20/12/2015 giữa ông Ngô Văn L bà Trần Thị Kim D với ông Võ Văn Đ bà Đặng Thị T là vô hiệu” [6]. Như vậy, với cách lập luận này, giả sử trường hợp quyền sử dụng đất không được thế chấp cho ngân hàng trước đó thì giao dịch cầm cố có được Tòa án chấp nhận hay không, điều này vẫn chưa rõ trong thực tiễn xét xử.

Thực tiễn cho thấy các biện pháp bảo đảm đối vật mà tài sản bảo đảm do bên có quyền giữ thì có tính bảo đảm cao, bởi vì tài sản bảo đảm đang bị bên có quyền nắm giữ, cho nên nếu bên bảo đảm vi phạm nghĩa vụ thì bên có quyền sẽ xử lý ngay tài sản bảo đảm. Nếu so sánh giữa thế chấp và cầm cố thì biện pháp cầm cố sẽ bảo đảm có hiệu quả hơn [8]. Chẳng hạn, về nguyên tắc của Luật các tổ chức tín dụng và quy định của BLDS 2015 đều quy định khách hàng vay phải thực hiện đúng nghĩa vụ đã cam kết trong hợp đồng tín dụng (hay còn gọi là hợp đồng vay tài sản), trường hợp không thực hiện đúng, thực hiện không đầy đủ, Ngân hàng có

toàn quyền phát mại tài sản thế chấp để thu hồi nợ. Tại Nghị định số 21/2021/NĐ-CP ngày 19/3/2021 của Chính Phủ về thi hành Bộ luật Dân sự về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ có quy định bên bảo đảm hoặc người đang giữ tài sản bảo đảm có nghĩa vụ giao tài sản bảo đảm cho bên nhận bảo đảm theo thông báo về xử lý tài sản bảo đảm. Tuy nhiên, nếu không có sự hợp tác của bên bảo đảm trong việc bàn giao tài sản thì bên nhận bảo đảm cũng không thể tiến hành thu giữ tài sản bảo đảm. Bởi bên nhận bảo đảm không có quyền cưỡng chế, tịch thu hay kê biên tài sản. Trường hợp nếu căn cứ quy định của pháp luật, việc Ngân hàng đăng ký thế chấp, đăng ký giao dịch bảo đảm đúng theo quy định nhưng vẫn không xử lý được tài sản thế chấp khi khách hàng không thực hiện đúng cam kết thì vô hình chung Ngân hàng lại là bên bị thiệt hại mặc dù khi thẩm định, cho vay và giải ngân đều được Ngân hàng thực hiện đúng quy định, đúng quy trình. Vậy câu hỏi được đặt ra là nếu thế Ngân hàng cần giải quyết như thế nào?, có thu được nợ trong trường hợp này không?, có phát mại được tài sản không?, nếu cứ diễn ra tình trạng này thì làm sao để Ngân hàng cho vay khi mọi thủ tục, quy trình đều đã thực hiện đúng và người ký thế chấp cũng đứng tên trên Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất?. Chẳng hạn, trong vụ việc sau đây, mặc dù giao dịch thế chấp đã được thực hiện đúng theo thủ tục luật định nhưng rủi ro không thu được nợ vẫn tiềm ẩn đối với ngân hàng: *Lợi dụng nhu cầu vay tiền và sự thiếu hiểu biết về pháp luật của bà Trần Thị D, ngay sau khi bà Trần Thị D ký Hợp đồng ủy quyền với bà Nguyễn Thị Thu T, bà T đã làm thủ tục sang tên Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất đứng tên mình sau đó chuyển nhượng lại cho vợ chồng ông bà Đinh Văn K và Nguyễn Đoàn S, hợp đồng chuyển nhượng được công chứng và chứng thực tại Phòng công chứng. Sau khi chuyển nhượng sang cho Ông Đinh Văn K và bà Nguyễn Đoàn S, họ đã thế chấp quyền sử dụng đất tại Ngân hàng Z để vay vốn làm ăn. Tuy nhiên, sau một thời gian làm ăn thua lỗ không trả được nợ, Ngân hàng Z đã tiến hành các thủ tục phát mại tài sản là quyền sử dụng đất nói trên. Sau một thời gian thông báo xử lý tài sản nhưng do bà Trần Thị D phản đối vì cho rằng bà bị lừa đảo, Ngân hàng đã tiến hành khởi kiện ông bà Đinh Văn K, Nguyễn Đoàn S ra Tòa án nhân dân có thẩm quyền để thu hồi nợ. Tòa án nhân dân có thẩm quyền đã ra quyết định đình chỉ giải quyết vụ án vì cơ quan điều tra đang thụ lý và giải quyết đơn tố cáo đối với bà Nguyễn Thị Thu T về hành vi lừa đảo chiếm đoạt tài sản chính là quyền sử dụng đất và quyền sở hữu nhà ở do Ngân hàng Z đang tiến hành khởi kiện ra Tòa án để xử lý thu hồi nợ [11].*

4. Một số kiến nghị góp phần hoàn thiện pháp luật về cầm cố bất động sản

Thực trạng quy định của pháp luật cũng như thực tiễn xác lập, thực hiện các giao dịch về cầm cố, thế chấp bất động sản cho thấy, nhu cầu của thực tiễn về giao dịch cầm cố bất động sản là rất cấp thiết. Cho dù luật không điều chỉnh thì những giao dịch này vẫn tồn tại trong thực tế, và nếu nhà làm luật không dự liệu thì hàng loạt giao dịch cầm cố bất động sản với nhu cầu chính đáng của người dân sẽ bị tuyên vô hiệu, gây ảnh hưởng đến quyền lợi hợp pháp của các chủ thể. Đối với doanh nghiệp, đặc biệt là ngân hàng, giao dịch thế chấp bất động sản dường như không phát huy được vai trò bảo đảm thực hiện nghĩa vụ do những bất cập đã phân tích. Chính vì vậy,

nhu cầu xác lập, thực hiện một giao dịch bảo đảm thay thế cho thế chấp trở nên cấp thiết và cầm cố bất động sản là một trong những giao dịch đáp ứng được nhu cầu đó của doanh nghiệp. Vì những lẽ trên, tác giả kiến nghị một số giải pháp sau đây nhằm góp phần hoàn thiện pháp luật hiện hành về giao dịch bảo đảm:

Thứ nhất, Tòa án nhân dân Tối cao cần ban hành án lệ chấp nhận hiệu lực của giao dịch cầm cố bất động sản nhằm giải thích thống nhất cách áp dụng các quy định của BLDS 2015 và các Luật chuyên ngành như Luật Đất đai, Luật Nhà ở về cầm cố bất động sản. Đây là nhu cầu tất yếu của cuộc sống vì giao dịch này đã xuất hiện, tồn tại và kéo dài hàng thập kỷ và phổ biến trong nhân dân. Mặt khác, vấn đề này không phải luật chưa có quy định mà là chưa rõ ràng trong các quy định và gây nhiều cách hiểu khác nhau, do đó cần phải được giải thích cụ thể để có sự áp dụng thống nhất. Pháp luật cần được giải thích dựa trên cơ sở tục lệ cũng như phù hợp với thực trạng kinh tế – xã hội của đất nước và nhu cầu của đời sống hiện tại. Việc chấp nhận giao dịch cầm cố bất động sản là giao dịch hợp pháp hiện nay không xâm phạm lợi ích công cộng, lợi ích quốc gia, vì vậy không có lý do gì để hạn chế loại giao dịch này.

Về sự cần thiết của án lệ, Vũ Văn Mẫu đã từng nhận định [10, Tr. 308–309]: Tuy các bộ Dân Luật mới cũng khá đầy đủ, song nhiệm vụ của án lệ cũng chưa chấm dứt. Điều thứ 4 của Dân Luật Bắc và Dân Luật Trung sau khi đề cập đến vai trò quan trọng của tục lệ đã nhấn mạnh đến sự quan hệ của án lệ và học lý: “Nếu không có tục lệ, thì thẩm phán sẽ xử theo lẽ phải và công lý, dựa theo phong tục, thói quen và ý riêng của các người đương sự. Thẩm phán sẽ giải quyết theo học lý và án lệ”. Hơn nữa, Điều 1379, Khoản 2, Dân Luật Bắc và 1662, Khoản 2, D.L.T. còn ấn định minh bạch phận sự của thẩm phán về điểm này: “Khi nào trong luật, lời văn mơ hồ tối nghĩa hay có sự gì nghi ngờ về ý nghĩa hoặc về phạm vi điều luật, hoặc sánh với các điều luật khác thuộc về công việc ấy hay là những việc tương tự, có thể có sự trái ngược, thu hẹp hay nói rộng điều luật ấy ra, thì tòa án phải dựa theo cổ tục, tục lệ và chiếu theo những sự cải cách trong tư tưởng, phong tục, học thức, tình trạng kinh tế, xã hội trong nước, để thích dụng đạo luật một cách rộng rãi, nhân đạo và hợp với thực trạng và với các nhu cầu trong đời sống hiện tại”.

Thứ hai, cần bãi bỏ quy định tại vế đầu của đoạn 2 Khoản 2 Điều 310 của BLDS 2015 “trường hợp bất động sản là đối tượng của cầm cố theo quy định của luật” và ghép vế sau của đoạn này vào đoạn đầu của Khoản 2 để thống nhất quy định về thời điểm phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba trong giao dịch cầm cố. Theo đó, tác giả đề xuất sửa đổi Khoản 2 Điều 310 BLDS 2015 như sau: Cầm cố tài sản có hiệu lực đối kháng với người thứ ba kể từ thời điểm bên nhận cầm cố nắm giữ tài sản cầm cố. Việc cầm cố bất động sản có hiệu lực đối kháng với người thứ ba kể từ thời điểm đăng ký.

Việc quy định “trường hợp bất động sản là đối tượng của cầm cố theo quy định của luật” như hiện nay là dẫn chiếu một cách không cần thiết, mâu thuẫn với nguyên tắc tự do hợp đồng

quy định tại Điều 3 của BLDS: “mọi cam kết không vi phạm điều cấm của luật, không trái đạo đức xã hội có hiệu lực thực hiện đối với các bên và phải được chủ thể khác tôn trọng”.

Thứ ba, cầm cố bất động sản khác với thế chấp ở chỗ khi cầm cố thì việc nắm giữ tài sản được chuyển giao cho bên nhận cầm cố nhưng giữa chúng cũng có nhiều đặc điểm giống nhau. Chính vì vậy, cần bổ sung quy định về việc áp dụng các quy định chung về thế chấp đối với cầm cố bất động sản. Theo đó, tiểu mục 2, Mục 3 Chương XV BLDS 2015 cần bổ sung quy định: *Các quy định về thế chấp từ Điều 318 đến Điều 327 Bộ luật này cũng được áp dụng đối với cầm cố bất động sản.*

5. Kết luận

Thừa nhận cầm cố bất động sản là một giao dịch bảo đảm hợp pháp bên cạnh những biện pháp bảo đảm khác có ý nghĩa quan trọng về mặt lý luận và thực tiễn. Về mặt lý luận, việc thừa nhận này phù hợp với lý thuyết tự do hợp đồng cũng như đảm bảo tính thống nhất trong các quy định của BLDS 2015. Về mặt thực tiễn, thừa nhận giao dịch cầm cố bất động sản góp phần thúc đẩy giao lưu dân sự, tạo điều kiện cho các chủ thể trong việc giải quyết vấn đề về nguồn vốn, đồng thời giảm tỉ lệ nợ xấu cho ngân hàng và các tổ chức tín dụng. Bên cạnh đó, tránh tình trạng tuyên vô hiệu những hợp đồng cầm cố bất động sản đã và đang thực hiện trong nhân dân gây ảnh hưởng quyền lợi hợp pháp và chính đáng của bên nhận cầm cố. Pháp luật dân sự, đặc biệt là pháp luật về hợp đồng cần thực hiện tốt vai trò hướng dẫn và hỗ trợ cho cá nhân, pháp nhân trong việc xác lập, thực hiện các giao dịch dân sự, góp phần thúc đẩy giao lưu dân sự, phát triển kinh tế – xã hội./

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Boris Starck (1989), *Droit Civil, Obligations, 2. Contrat*, Troisième édition, Litec, p. 5–6.
2. Bùi Ai Giôn (2022), *Bàn về cầm cố quyền sử dụng đất và quyền sở hữu trí tuệ*, truy cập tại: <https://kiemsat.vn/ban-ve-cam-co-quyen-su-dung-dat-va-quyen-so-huu-tri-tue-63955.html>, truy cập ngày 05/9/2023.
3. *Bộ dân luật Trung Kỳ*, truy cập tại: <http://www.diendannghe luat.vn/tin-tuc/sach-hoang-viet-trung-ky-ho-luat-nhieu-tac-gia.html>, truy cập ngày 06/9/2023.
4. *Bộ Dân luật năm 1972*, truy cập tại: <https://phapluatdansu.edu.vn/wp-content/uploads/2018/04/B%E1%BB%98-D%C3%82N-LU%E1%BA%ACT-N%C4%82M-1972-2.pdf>, truy cập ngày 06/9/2023.

5. *Bản án số 156/2021/DS-ST ngày 13/12/2021 của TAND huyện Trần Văn Thời, tỉnh Cà Mau về tranh chấp hợp đồng cầm cố đất*, truy cập tại: <https://lawnet.vn/judgment/ban-an/ban-an-ve-tranh-chap-hop-dong-cam-co-dat-so-1562021dsst-232657>, truy cập ngày 05/9/2023.
6. *Bản án 160/2020/DS-ST ngày 28/09/2020 của TAND thị xã Long Mỹ, tỉnh Hậu Giang về tranh chấp hợp đồng cầm cố quyền sử dụng đất*, truy cập tại: <https://thuvienphapluat.vn/banan/ban-an/ban-an-1602020dsst-ngay-28092020-ve-tranh-chap-hop-dong-cam-co-quyen-su-dung-dat-154918>, truy cập ngày 06/9/2023.
7. Hà Phương, *Đề xuất “cầm cố” bất động sản có gỡ khó cho ngành ngân hàng?*, truy cập tại: <https://meeyland.com/tin-tuc/de-xuat-cam-co-bat-dong-san-co-go-kho-cho-nganh-ngan-hang/>, truy cập ngày 02/9/2023.
8. Hồ Hương (2023), *Đảm bảo tính thống nhất trong hệ thống pháp luật về vấn đề cầm cố bất động sản có đôi tượng là quyền sử dụng đất*, truy cập tại: <https://quochoi.vn/UserControls/Publishing/News/BinhLuan/pFormPrint.aspx?UrlListProcess=/content/tintuc/Lists/News&ItemID=77296>, truy cập ngày 05/9/2023.
9. Ngô Huy Cương (2013), *Giáo trình Luật hợp đồng phân chung*, Nxb Đại học Quốc Gia, Hà Nội.
10. Vũ Văn Mẫu (1969), *Dân Luật khái luận*, Bộ quốc gia giáo dục.
11. Trang Hà (2017), *Tài sản bảo đảm nhưng chưa chắc đã là “đảm bảo”*, truy cập tại: <https://www.agribank.com.vn/vn/ve-agribank/tin-tuc-su-kien/tin-ve-agribank/goc-nhin-phap-luat1/tai-san-bao-dam-nhung-chua-chac-da-la-dam-bao>, truy cập ngày 06/9/2023.
12. Liên đoàn Thương mại và Công nghiệp Việt Nam, *Dự thảo Dự án Luật Đất đai (sửa đổi)*, truy cập tại: https://vibonline.com.vn/du_thao/du-thao-du-luat-dat-dai-sua-doi, truy cập ngày 05/9/2023.