

ĐẠI HỌC HUẾ  
TRƯỜNG ĐẠI HỌC LUẬT



NGUYỄN QUANG TRUNG

**CÁC BIỆN PHÁP BẢO ĐẢM TRONG GIAO KẾT VÀ  
THỰC HIỆN HỢP ĐỒNG XÂY DỰNG THEO  
PHÁP LUẬT VIỆT NAM**

Chuyên ngành: Luật Kinh tế

Mã số: 838 01 07

**TÓM TẮT LUẬN VĂN THẠC SĨ LUẬT HỌC**

THỪA THIÊN HUẾ, NĂM 2022

Công trình được hoàn thành tại:  
Trường Đại học Luật, Đại học Huế

Người hướng dẫn khoa học: **TS LÊ THỊ THẢO**

Phản biện 1: .....

Phản biện 2: .....

Luận văn sẽ được bảo vệ trước Hội đồng chấm luận  
văn thạc sĩ họp tại: Trường Đại học Luật

Vào lúc.....giờ.....ngày.....tháng ..... năm.....

**Trường Đại học Luật, Đại học Huế**

## MỤC LỤC

|   |           |
|---|-----------|
| <b>MỞ ĐẦU .....</b>   | <b>1</b>  |
| 1. Tính cấp thiết của việc nghiên cứu đề tài.....   | 1         |
| 2. Tình hình nghiên cứu liên quan đến đề tài.....   | 1         |
| 3. Mục đích và nhiệm vụ nghiên cứu.....   | 2         |
| 4. Đối tượng và phạm vi nghiên cứu.....   | 3         |
| 5. Phương pháp luận và phương pháp nghiên cứu.....  | 3         |
| 6. Ý nghĩa khoa học và thực tiễn của luận văn .....   | 4         |
| 7. Kết cấu của luận văn .....   | 4         |
| <b>CHƯƠNG 1. MỘT SỐ VẤN ĐỀ LÝ LUẬN VỀ CÁC BIỆN PHÁP BẢO ĐẢM TRONG GIAO KẾT VÀ THỰC HIỆN HỢP ĐỒNG XÂY DỰNG</b>                   | <b>5</b>  |
| <b>1.1. Khái quát các biện pháp bảo đảm trong giao kết và thực hiện hợp đồng xây dựng.....</b>                                  | <b>5</b>  |
| 1.1.1. Khái quát về hợp đồng xây dựng.....  | 5         |
| 1.1.2. Khái niệm, đặc điểm và phân loại các biện pháp bảo đảm thực hiện hợp đồng .....  | 6         |
| 1.1.3. Khái niệm, đặc điểm về các biện pháp bảo đảm trong giao kết, thực hiện hợp đồng xây dựng .....                           | 7         |
| <b>1.2. Khái quát pháp luật về các biện pháp bảo đảm trong giao kết, thực hiện hợp đồng xây dựng .....</b>                      | <b>8</b>  |
| 1.2.1. Khái niệm pháp luật về các biện pháp bảo đảm trong giao kết, thực hiện hợp đồng xây dựng .....                           | 8         |
| 1.2.2. Nội dung cơ bản của pháp luật về các biện pháp bảo đảm trong giao kết, thực hiện hợp đồng xây dựng.....                  | 8         |
| <b>Tiểu kết Chương 1.....</b>   | <b>9</b>  |
| <b>CHƯƠNG 2. THỰC TRẠNG PHÁP LUẬT VÀ THỰC TIỄN THỰC HIỆN.....</b>   | <b>9</b>  |
| <b>2.1. Thực trạng quy định pháp luật về các biện pháp bảo đảm trong giao kết và thực hiện hợp đồng xây dựng .....</b>          | <b>9</b>  |
| 2.1.1. Quy định pháp luật hiện hành về các biện pháp bảo đảm trong giao kết và thực hiện hợp đồng xây dựng.....                 | 9         |
| 2.1.2. Đánh giá thực trạng các quy định pháp luật hiện hành về các biện pháp bảo đảm trong giao kết và thực hiện hợp đồng ..... | 11        |
| <b>2.2. Thực tiễn thực hiện pháp luật về các biện pháp bảo đảm trong giao kết và thực hiện hợp đồng xây dựng .....</b>          | <b>12</b> |
| 2.2.1. Những kết quả đạt được .....   | 12        |

2.2.2. Những vướng mắc, bất cập từ thực hiện pháp luật về các biện pháp bảo đảm trong giao kết và thực hiện hợp đồng xây dựng..... 13

**Tiểu kết Chương 2 ..... 14**

**CHƯƠNG 3. ĐỊNH HƯỚNG, GIẢI PHÁP HOÀN THIỆN VÀ NÂNG CAO HIỆU QUẢ THỰC HIỆN PHÁP LUẬT VỀ CÁC BIỆN PHÁP BẢO ĐẢM TRONG GIAO KẾT VÀ THỰC HIỆN HỢP ĐỒNG XÂY DỰNG ..... 15**

**3.1. Định hướng hoàn thiện pháp luật về các biện pháp bảo đảm trong giao kết và thực hiện hợp đồng xây dựng ..... 15**

3.1.1. Hoàn thiện pháp luật và nâng cao hiệu quả áp dụng các biện pháp bảo đảm trong giao kết và thực hiện hợp đồng xây dựng phải bảo đảm góp phần hạn chế vi phạm, kiểm soát rủi ro và thúc đẩy hoạt động xây dựng phát triển..... 15

3.1.2. Hoàn thiện pháp luật và nâng cao hiệu quả áp dụng các biện pháp bảo đảm trong giao kết và thực hiện hợp đồng xây dựng phải được thực hiện trên cơ sở hoàn thiện quy định pháp luật về giao dịch bảo đảm..... 16

**3.2. Giải pháp hoàn thiện pháp luật về các biện pháp bảo đảm trong giao kết và thực hiện hợp đồng xây dựng..... 16**

3.2.1. Hoàn thiện các quy định chung về biện pháp bảo đảm trong giao kết và thực hiện hợp đồng xây dựng ..... 16

3.2.2. Hoàn thiện các quy định về các biện pháp bảo đảm cụ thể được sử dụng trong giao kết và thực hiện hợp đồng xây dựng..... 18

**3.3. Giải pháp nâng cao hiệu quả thực hiện pháp luật về các biện pháp bảo đảm trong giao kết và thực hiện hợp đồng xây dựng ..... 20**

**Tiểu kết Chương 3 ..... 20**

**KẾT LUẬN ..... 22**

**DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO**

## MỞ ĐẦU

### 1. Tính cấp thiết của việc nghiên cứu đề tài

Hợp đồng xây dựng được xác lập thể hiện mối quan hệ và sự ràng buộc pháp lý giữa bên giao thầu và bên nhận thầu, qua đó tạo cơ sở pháp lý để các bên thực hiện hoạt động xây dựng. Dưới góc độ pháp lý, các thỏa thuận hợp pháp trong hợp đồng xây dựng giá trị ràng buộc giữa các bên, được thể chế hóa trong các đạo luật và được pháp luật bảo vệ. Nói cách khác trong sự phát triển của hoạt động xây dựng và ngành xây dựng thì vấn đề ký kết và thực hiện HĐXD có một vai trò và ý nghĩa vô cùng to lớn<sup>1</sup>. Bởi việc ký kết HĐXD với các điều khoản rõ ràng, cụ thể sẽ góp phần bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của các bên tham gia hợp đồng xây dựng, ổn định quan hệ xã hội trong lĩnh vực xây dựng, góp phần thúc đẩy ngành xây dựng phát triển.

Về lý thuyết thì bảo đảm thực hiện HĐXD là việc bên nhận thầu thực hiện một trong các biện pháp đặt cọc, ký quỹ nộp hoặc nộp thư bảo lãnh của tổ chức tín dụng hoặc chi nhánh ngân hàng, ngân hàng nước ngoài được thành lập theo pháp luật Việt Nam để đảm bảo trách nhiệm thực hiện hợp đồng của bên nhận thầu<sup>2</sup>.

Hiện nay pháp luật Việt Nam không có quy định riêng về các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ HĐXD. Tuy nhiên, trên thực tiễn cho thấy việc thực hiện các quy định về bảo đảm thực hiện HĐXD hiện nay cũng tiềm ẩn nhiều rủi ro khiến cho các chủ thể tham gia lúng túng trong quá trình xử lý nghiệp vụ, ngân hàng chịu những khoản thua lỗ hoặc mất uy tín. Các tranh chấp phát sinh trong bảo đảm thực hiện HĐXD ngày càng đa dạng và phức tạp là minh chứng cho thấy pháp luật hiện hành về bảo đảm thực hiện HĐXD vẫn chưa đáp ứng được yêu cầu của thực tiễn đặt ra. Vì vậy, việc tiếp tục hoàn thiện pháp luật Việt Nam về bảo đảm thực hiện HĐXD là yêu cầu khách quan.

Từ các lý do trên, tác giả xin lựa chọn đề tài **“Các biện pháp bảo đảm trong giao kết và thực hiện hợp đồng xây dựng theo pháp luật Việt Nam”** làm luận văn thạc sĩ luật học, chuyên ngành Luật Kinh tế

### 2. Tình hình nghiên cứu liên quan đến đề tài

- Luận văn thạc sĩ luật học *“Pháp luật Việt Nam về hợp đồng xây dựng – Thực trạng và giải pháp hoàn thiện”* của tác giả Lại Thúy Hằng năm 2021, Trường Đại học Luật Hà Nội.

- Luận văn thạc sĩ Luật kinh tế *“Giải quyết tranh chấp hợp đồng trong xây dựng, từ thực tiễn xét xử sơ thẩm tại tòa án nhân dân tỉnh bình dương”*

---

<sup>1</sup> Nguyễn Thu Hoà (2015), Những điều cần biết về hợp đồng xây dựng, Nxb. Chính trị Quốc gia, tr.72

<sup>2</sup> Trần Tuấn Anh (2018), Điều kiện có hiệu lực của hợp đồng xây dựng theo pháp luật Việt Nam hiện nay, Luận văn thạc sĩ luật học, Học viện Khoa học xã hội, tr.34

của tác giả Nguyễn Hữu Thiện năm 2017, Học viện Khoa học xã hội, Viện Hàn lâm Khoa học xã hội Việt Nam.

- Luận văn thạc sĩ Luật kinh tế “*Thực tiễn giao kết và thực hiện hợp đồng thi công xây dựng có sử dụng vốn ngân sách nhà nước tại thành phố Uông Bí, Tỉnh Quảng Ninh*” của tác giả Nguyễn Thảo Ly năm 2019, Trường Đại học Ngoại Thương, Hà Nội.

- Luận án tiến sĩ luật học “*Hợp đồng xây dựng - kinh doanh - chuyển giao trong các dự án về giao thông đường bộ theo pháp luật Việt Nam hiện nay*” của tác giả Đinh Văn Tuấn thực hiện tại Học viện khoa học xã hội năm 2022.

- Luận án tiến sĩ luật học “*Pháp luật về hợp đồng Thiết kế-Cung cấp thiết bị công nghệ và Thi công xây dựng công trình (EPC) ở Việt Nam*” của tác giả Đặng Hoàng Mai thực hiện tại Trường Đại học Luật Hà Nội năm 2020.

- Chuyên khảo “*Chín biện pháp bảo đảm nghĩa vụ hợp đồng : quy định, thực tế và thiết kế giao dịch theo Bộ luật Dân sự (hiện hành)*” của tác giả LS. Trương Thanh Đức phát hành tại Nxb, Chính trị Quốc gia Sự thật năm 2018. .

- Bài viết khoa học “*Các quy định mới về các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ trong Bộ luật Dân sự năm 2015 và tác động đến lợi ích của các doanh nghiệp*” của tác giả Nguyễn Hải An đăng tải trên tạp chí Khoa học pháp lý, Số 2/2017.

- Bài viết “*Những điểm mới của các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ theo Bộ luật Dân sự năm 2015*” của tác giả Huỳnh Nữ Khuê Các đăng tải trên Tạp chí Nghề Luật, số 1/2017.

- Bài viết “*Các biện pháp bảo đảm nghĩa vụ mới được ghi nhận trong bộ Luật dân sự năm 2015*” của tác giả Đoàn Thị Phương Diệp, Hoàng Thị Ngữ đăng tải trên Tạp chí Phát triển khoa học & công nghệ, Chuyên san Kinh tế - Luật và Quản lý, Đại học Quốc gia Tp. Hồ Chí Minh, 2017, Số Q1 (Vol 20).

Nhìn chung chưa có một công trình nghiên cứu khoa học dưới cấp độ luận văn thạc sĩ nghiên cứu một cách hệ thống các vấn đề lý luận pháp luật và thực trạng pháp luật các biện pháp bảo đảm trong giao kết và thực hiện HĐXD ở Việt Nam. Do đó, hướng nghiên cứu của đề tài có những tính mới nhất định. Tuy nhiên, trong quá trình thực hiện đề tài tác giả sẽ kế thừa một số quan điểm khoa học về hợp đồng xây dựng và các biện pháp bảo đảm thực hiện hợp đồng từ các nghiên cứu trước đó để góp phần hoàn thiện hơn cơ sở lý luận về các biện pháp bảo đảm trong giao kết và thực hiện HĐXD.

### **3. Mục đích và nhiệm vụ nghiên cứu**

#### **3.1. Mục đích nghiên cứu**

Mục đích của việc nghiên cứu đề tài là đề xuất các định hướng, giải pháp cụ thể, đồng bộ để hoàn thiện pháp luật về các biện pháp bảo đảm trong giao kết và thực hiện HĐXD cũng như nâng cao hiệu quả thi hành pháp luật về các

biện pháp bảo đảm trong giao kết và thực hiện HĐXD ở Việt Nam; đảm bảo sự phù hợp giữa pháp luật với yêu cầu thực tiễn của việc giao kết, thực hiện và giải quyết tranh chấp HĐXD.

### **3.2. Nhiệm vụ nghiên cứu**

Để đạt được mục đích đặt ra, Luận văn cần thực hiện các nhiệm vụ sau:

- Nghiên cứu để làm các vấn đề lý luận về HĐXD, các biện pháp bảo đảm trong giao kết và thực hiện HĐXD; và pháp luật về các biện pháp bảo đảm trong giao kết và thực hiện HĐXD;

- Nghiên cứu để làm rõ thực trạng pháp luật Việt Nam hiện hành về các biện pháp bảo đảm trong giao kết và thực hiện HĐXD. Từ đó chỉ ra những tồn tại, hạn chế trong các quy định pháp luật hiện hành điều chỉnh về vấn đề này;

- Nghiên cứu để làm rõ thực tiễn thực hiện pháp luật về các biện pháp bảo đảm trong giao kết và thực hiện HĐXD. Từ đó chỉ ra những vướng mắc bất cập phát sinh từ thực tiễn áp dụng pháp luật và nguyên nhân.

### **4. Đối tượng và phạm vi nghiên cứu**

#### **4.1. Đối tượng nghiên cứu:**

- Nghiên cứu một số vấn đề lý luận về các biện pháp bảo đảm trong giao kết, thực hiện HĐXD trên cơ sở các quan điểm, chính sách, chủ trương, đường lối của Đảng, của Nhà nước.

- Nghiên cứu quy định của pháp luật hiện hành về các biện pháp bảo đảm trong giao kết, thực hiện HĐXD trên cơ sở hệ thống văn bản pháp luật hiện hành như: BLDS 2015, Luật Xây dựng năm 2014 (sửa đổi, bổ sung năm 2020); và các văn bản hướng dẫn thi hành.

- Thực tiễn thực hiện pháp luật liên quan đến các biện pháp bảo đảm trong giao kết và thực hiện HĐXD thông qua các bản án/ tình huống pháp lý được đề cập trên các phương tiện thông tin đại chúng (báo in, tạp chí, website...vvv)

#### **4.2. Phạm vi nghiên cứu:**

- Về nội dung: nghiên cứu, phân tích, đánh giá quy định pháp luật Việt Nam hiện hành và thực tiễn thực hiện pháp luật về các biện pháp bảo đảm trong giao kết và thực hiện HĐXD.

- Về thời gian: từ năm 2016-2021.

- Về không gian: trên phạm vi cả nước Việt Nam.

### **5. Phương pháp luận và phương pháp nghiên cứu**

#### **5.1. Phương pháp luận:**

Luận văn sử dụng phương pháp luận duy vật biện chứng và duy vật lịch sử của chủ nghĩa Mác - Lênin và tư tưởng Hồ Chí Minh về Nhà nước pháp quyền, quán triệt đường lối, chủ trương chính sách của Đảng, nhà nước về cải cách tư pháp và hoàn thiện hệ thống pháp luật trong điều kiện nền kinh tế thị trường.

## **5.2. Phương pháp nghiên cứu:**

Luận văn sử dụng một số phương pháp nghiên cứu như phương pháp phân tích, phương pháp tổng hợp, phương pháp so sánh, đối chiếu, thống kê...

Phương pháp phân tích: được tác giả sử dụng xuyên suốt trong hoạt động làm rõ nội dung của luận văn như phân tích các quy định pháp luật, các công trình, đề tài đã công bố, các vấn đề thực tiễn liên quan, từ đó đánh giá ưu, nhược điểm của các vấn đề liên quan đến pháp luật về các biện pháp bảo đảm trong giao kết và thực hiện HĐXD.

Phương pháp so sánh, đối chiếu: được sử dụng chủ yếu trong chương 2 để làm rõ các nội dung, tinh thần được ghi nhận tại các quy định và các văn bản quy phạm pháp quan, đánh giá khó khăn, vướng mắc, bất cập, tính hiệu quả, tính thực thi trong áp dụng pháp luật về các biện pháp bảo đảm trong giao kết và thực hiện HĐXD.

Phương pháp tổng hợp: được tác giả sử dụng trong luật. Đây là tiền đề để đánh giá tính phù hợp, thống nhất giữa các văn bản quy phạm pháp luật có liên cả luận văn. Dựa trên những kết quả đã thu thập được, tác giả tiến hành tổng hợp, đánh giá, nhận xét các thông tin để đưa ra những đánh giá khách quan cũng như đề xuất các giải pháp tại chương 3 nhằm hoàn thiện pháp luật và nâng cao hiệu quả thực hiện pháp luật về các biện pháp bảo đảm trong giao kết và thực hiện HĐXD.

## **6. Ý nghĩa khoa học và thực tiễn của luận văn**

### **6.1. Ý nghĩa khoa học**

Từ việc tiếp cận, nghiên cứu các quy định pháp luật Việt Nam và thực tiễn áp dụng pháp luật về các biện pháp bảo đảm trong giao kết và thực hiện hợp đồng xây dựng. Luận văn góp phần làm sáng tỏ những vấn đề lý luận pháp luật về các biện pháp bảo đảm trong giao kết và thực hiện hợp đồng xây dựng; đồng thời đưa ra kiến nghị hoàn thiện pháp luật về vấn đề này. Đặc biệt là trong bối cảnh Việt Nam đang nỗ lực hướng tới mục tiêu bảo đảm ổn định hệ thống tín dụng ngân hàng, thúc đẩy chính sách phát triển các quan hệ tín dụng ngân hàng, đầu tư xây dựng cơ bản trong nền kinh tế ngày càng phát triển.

### **6.2. Ý nghĩa thực tiễn**

Kết quả nghiên cứu của Luận văn cũng sẽ là tài liệu tham khảo có giá trị trong nghiên cứu, giảng dạy và học tập pháp luật tín dụng ngân hàng, xây dựng nói chung.

## **7. Kết cấu của luận văn**

Ngoài phần mở đầu, kết luận, danh mục tài liệu tham khảo, Luận văn gồm 3 chương:

**Chương 1:** Một số vấn đề lý luận pháp luật về các biện pháp bảo đảm trong giao kết và thực hiện HĐXD



**Chương 2:** Thực trạng pháp luật và thực tiễn thực hiện pháp luật về các biện pháp bảo đảm trong giao kết và thực hiện HĐXD

**Chương 3:** Định hướng, giải pháp hoàn thiện và nâng cao hiệu quả thực hiện pháp luật về các biện pháp bảo đảm trong giao kết và thực hiện HĐXD

## CHƯƠNG 1.

### MỘT SỐ VẤN ĐỀ LÝ LUẬN VỀ CÁC BIỆN PHÁP BẢO ĐẢM TRONG GIAO KẾT VÀ THỰC HIỆN HỢP ĐỒNG XÂY DỰNG

#### 1.1. Khái quát các biện pháp bảo đảm trong giao kết và thực hiện hợp đồng xây dựng

##### 1.1.1. Khái quát về hợp đồng xây dựng

##### 1.1.1.1. Khái niệm về giao kết, và thực hiện hợp đồng xây dựng

Xây dựng là một quy trình thiết kế và thi công nên các cơ sở hạ tầng hoặc công trình, nhà ở. Hoạt động đầu tư xây dựng là một lĩnh vực lớn, đa dạng và phức tạp liên quan đến nhiều ngành, nhiều cấp, nhiều chủ thể. Ngoài ra, khoản 5 Điều 138 Luật xây dựng 2014 (sửa đổi bổ sung năm 2020) quy định HĐXD phải được ký kết và thực hiện phù hợp với quy định của Luật XD và quy định của pháp luật có liên quan.

Như vậy trong quá trình thực hiện pháp luật, việc lựa chọn bên nhận thầu, việc ký kết HĐXD và thực hiện HĐXD cần tuân thủ các quy định, nguyên tắc do pháp luật quy định. Trên cơ sở trình bày và phân tích trên, có thể hiểu:

*Giao kết hợp đồng xây dựng là quá trình bên giao thầu lựa chọn bên nhận thầu, đàm phán thương thảo và thống nhất ý chí với bên nhận thầu về việc xác lập, thay đổi hay chấm dứt các quyền và nghĩa vụ của các bên trong hoạt động đầu tư xây dựng theo quy định của pháp luật, được thể hiện thông qua ký kết hợp đồng xây dựng trên cơ sở tuân theo nguyên tắc ký kết hợp đồng xây dựng do pháp luật quy định.*

*Thực hiện hợp đồng xây dựng là việc bên giao thầu và bên nhận thầu có những hành động, có những hành vi tiến hành thực hiện các hoạt động xây dựng theo các nội dung cam kết trong hợp đồng xây dựng về phạm vi công việc, yêu cầu chất lượng, số lượng, chủng loại, thời hạn, phương thức và các thỏa thuận khác nhằm hiện thực các nội dung đã cam kết trong hợp đồng xây dựng trên cơ sở tuân theo nguyên tắc thực hiện hợp đồng xây dựng do pháp luật quy định.*

##### 1.1.1.2. Đặc điểm giao kết và thực hiện hợp đồng xây dựng

**Thứ nhất,** Chủ thể giao kết và thực hiện hợp đồng xây dựng

Chủ thể của HĐXD là các bên tham gia trực tiếp vào quan hệ HĐXD và có tư cách pháp lý phù hợp với các quy định của pháp luật nói chung và pháp luật chuyên ngành xây dựng nói riêng, gồm có bên giao thầu và bên nhận thầu.

**Thứ hai,** *Đối tượng chính của HĐXD là việc thực hiện công việc nêu trong HĐXD và trị giá thanh toán của HĐXD, công việc này là một phần hay toàn bộ công việc trong hoạt động đầu tư xây dựng của một dự án đầu tư xây dựng.*

**Thứ ba,** *Quá trình thực hiện HĐXD thì bên giao thầu thường phát sinh rủi ro*

**Thứ tư,** *Trước khi chính thức ký kết HĐXD thì bên giao thầu và bên nhận thầu luôn thực hiện đàm phán thương thảo chi tiết các nội dung của HĐXD trong một khoảng thời gian nhất định.*

**Thứ năm,** *Thực hiện hợp đồng xây dựng thường diễn ra với thời gian thực hiện kéo dài*

Về lý thuyết thì hoạt động xây dựng công trình thường có thời gian thực hiện kéo dài, huy động tổng hợp nhiều nguồn lực về con người, máy móc thiết bị phục vụ xây dựng. Bởi, quá trình hoàn thành các bộ phận hoặc hạng mục công trình xây dựng phải được định hình theo mẫu, theo thiết kế từ trước, và đã được phê duyệt trước.

**1.1.2. Khái niệm, đặc điểm và phân loại các biện pháp bảo đảm thực hiện hợp đồng**

**1.1.2.1. Khái niệm về các biện pháp bảo đảm thực hiện hợp đồng**

Qua phân tích các khái niệm nêu trên về giao dịch bảo đảm có thể thấy rằng biện pháp bảo đảm là những biện pháp do các bên trong quan hệ hợp đồng lựa chọn để bảo đảm cho việc thực hiện hợp đồng. Hay nói cách khác biện pháp bảo đảm là một trong những nội dung chủ yếu của giao dịch bảo đảm.

Từ các phân tích trên có thể hiểu: “*Biện pháp bảo đảm thực hiện hợp đồng là biện pháp trong đó một bên sử dụng tài sản thuộc sở hữu của mình hoặc sử dụng uy tín của mình (bên bảo đảm) để bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ của mình hoặc chủ thể khác (bên được bảo đảm)*”.

**1.1.2.2. Đặc điểm về các biện pháp bảo đảm thực hiện hợp đồng**

*Thứ nhất, biện pháp bảo đảm thực hiện hợp đồng là biện pháp do các bên trong hợp đồng thỏa thuận lựa chọn áp dụng*

Các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ được pháp luật quy định cụ thể trong các VBPL và cho phép các chủ thể trong giao dịch bảo đảm được quyền lựa chọn áp dụng để các nghĩa vụ trong hợp đồng được bảo đảm phải được thực hiện trong thực tế; đồng thời làm phát sinh quyền & nghĩa vụ của các bên từ việc áp dụng biện pháp bảo đảm.

*Thứ hai, biện pháp bảo đảm thực hiện hợp đồng gắn liền và có mục đích bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ chính phát sinh từ một hợp đồng.*

Nghĩa vụ chính là nghĩa vụ đã phát sinh từ một hợp đồng đã được xác lập trước đó mà bên có nghĩa vụ phải thực hiện vì lợi ích của bên có quyền.

*Thứ ba, biện pháp bảo đảm thực hiện hợp đồng là biện pháp mang tính dự phòng.*

Khi xác lập hợp đồng các bên mong muốn quyền & nghĩa vụ phát sinh phải được thực hiện trong thực tế; qua đó các bên đạt được mục tiêu khi ký kết hợp đồng.

*Thứ tư, phạm vi bảo đảm của các biện pháp bảo đảm thực hiện hợp đồng khá rộng và đa dạng*

*Thứ năm, biện pháp bảo đảm thực hiện hợp đồng là biện pháp có thể được đăng ký theo quy định của pháp luật.*

Để bảo đảm tính minh bạch; và để quản lý, kiểm soát tài sản bảo đảm; đồng thời để bảo vệ quyền & lợi ích của các bên trong đó có quyền & lợi ích hợp pháp của bên thứ ba thì pháp luật có quy định về điều kiện, trình tự, thủ tục đăng ký một số biện pháp bảo đảm.

### ***1.1.3. Khái niệm, đặc điểm về các biện pháp bảo đảm trong giao kết, thực hiện hợp đồng xây dựng***

*1.1.3.1. Khái niệm về các biện pháp bảo đảm trong giao kết và thực hiện hợp đồng xây dựng*

Có thể đưa ra khái niệm về các biện pháp bảo đảm trong giao kết, thực hiện hợp đồng xây dựng như sau: “*Các biện pháp bảo đảm trong giao kết, thực hiện hợp đồng xây dựng là các cách thức được các bên thỏa thuận trên cơ sở quy định của pháp luật dân sự, pháp luật về đấu thầu và pháp luật xây dựng, nhằm buộc các bên có nghĩa vụ có trách nhiệm thực hiện đúng với các điều khoản, nội dung được quy định trong hợp đồng xây dựng đã giao kết*”.

*1.1.3.2. Đặc điểm của các biện pháp bảo đảm trong giao kết, thực hiện hợp đồng xây dựng*

*Thứ nhất, các biện pháp bảo đảm trong giao kết, thực hiện hợp đồng xây dựng mang tính chất bổ sung cho nghĩa vụ chính.*

*Thứ hai, các biện pháp bảo đảm trong giao kết, thực hiện hợp đồng xây dựng đều có mục đích nâng cao trách nhiệm của các bên trong quan hệ nghĩa vụ.*

*Thứ ba, đối tượng của các biện pháp bảo đảm trong giao kết, thực hiện hợp đồng xây dựng là những lợi ích vật chất.*

*Thứ tư, phạm vi bảo đảm của các biện pháp bảo đảm không vượt quá phạm vi nghĩa vụ đã được xác định trong nội dung của quan hệ nghĩa vụ chính.*

*Thứ năm, các biện pháp bảo đảm giao kết, thực hiện hợp đồng xây dựng phát sinh từ sự thỏa thuận giữa các bên.*

*1.1.3.3. Vai trò của các biện pháp bảo đảm trong giao kết và thực hiện hợp đồng xây dựng*

*Thứ nhất*, đối với bên nhận bảo đảm: Biện pháp bảo đảm trong giao kết, thực hiện hợp đồng xây dựng ở các nước cũng như ở Việt Nam có vai trò căn bản là ngăn chặn và hạn chế tổn thất của bên nhận bảo đảm (bên giao thầu) trước sự vi phạm hợp đồng cơ bản của bên được bảo đảm (bên nhận thầu).

*Thứ hai*, đối với bên được bảo đảm: Biện pháp bảo đảm trong giao kết, thực hiện hợp đồng xây dựng giúp bên được bảo đảm (bên nhận thầu) có thể ký kết và thực hiện hợp đồng ngay cả khi họ chưa đủ uy tín và lòng tin đối với bên đối tác.

*Thứ ba*, đối với nền kinh tế: Biện pháp bảo đảm trong giao kết, thực hiện hợp đồng xây dựng tạo điều kiện thúc đẩy sản xuất, hỗ trợ cho các ngành kinh tế mũi nhọn, các khu vực kinh tế trọng điểm, giúp cho doanh nghiệp tăng năng lực sản xuất kinh doanh, khuyến khích một số ngành phát triển.

## **1.2. Khái quát pháp luật về các biện pháp bảo đảm trong giao kết, thực hiện hợp đồng xây dựng**

### **1.2.1. Khái niệm pháp luật về các biện pháp bảo đảm trong giao kết, thực hiện hợp đồng xây dựng**

Hiện nay pháp luật chưa quy định cụ thể khái niệm pháp luật về các biện pháp bảo đảm trong giao kết, thực hiện hợp đồng xây dựng, tuy nhiên căn cứ theo khái niệm pháp luật và biện pháp bảo đảm trong giao kết thực hiện hợp đồng xây dựng, tác giả xin đưa ra khái niệm pháp luật về các biện pháp bảo đảm trong giao kết, thực hiện hợp đồng xây dựng là: “*Pháp luật về các biện pháp bảo đảm trong giao kết, thực hiện hợp đồng xây dựng là hệ thống những quy tắc xử sự mang tính bắt buộc chung do Nhà nước ban hành hoặc thừa nhận và đảm bảo thực hiện, điều chỉnh, ràng buộc các bên tham gia vào quan hệ đầu tư xây dựng thực hiện đúng với các điều khoản, nội dung được quy định trong hợp đồng xây dựng đã giao kết*”.

### **1.2.2. Nội dung cơ bản của pháp luật về các biện pháp bảo đảm trong giao kết, thực hiện hợp đồng xây dựng**

*Thứ nhất*, nhóm quy phạm pháp luật chung quy định về biện pháp bảo đảm như: (i) Phạm vi nghĩa vụ được bảo đảm ; (ii) Tài sản bảo đảm ; (iii) Đăng ký biện pháp bảo đảm; (iv) Xử lý tài sản bảo đảm..vvv. Các quy định này được quy định chung tại BLDS 2015 và Nghị định 21/2021/NĐ-CP của Chính phủ Quy định thi hành Bộ luật Dân sự về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ.

*Thứ hai*, nhóm quy phạm pháp luật quy định về các biện pháp bảo đảm được sử dụng trong giao kết, thực hiện HỖXD được quy định chung trong BLDS 2015 và quy định riêng trong Luật Xây dựng 2014 (sửa đổi bổ sung năm 2020); Luật đấu thầu năm 2013 (sửa đổi, bổ sung năm 2020) ; Nghị định số 37/2015/NĐ-CP (sửa đổi bổ sung bởi Nghị định số 50/2021/NĐ-CP) của

Chính phủ quy định chi tiết về hợp đồng xây dựng; Nghị định 25/2020/NĐ-CP hướng dẫn Luật Đấu thầu về lựa chọn nhà đầu tư.

## **TIÊU KẾT CHƯƠNG 1**

HĐXD là hợp đồng giữa bên nhận thầu và bên giao thầu, theo đó, bên nhận thầu có nghĩa vụ thực hiện và bàn giao cho bên giao thầu một phần hoặc toàn bộ công trình xây dựng theo đúng yêu cầu của bên giao thầu trong thời hạn nhất định, còn bên giao thầu có nghĩa vụ giao cho bên nhận thầu các số liệu, tài liệu, yêu cầu về khảo sát, thiết kế, mặt bằng xây dựng, vật liệu xây dựng và vốn đầu tư đúng tiến độ, đồng thời có nghĩa vụ nghiệm thu và thanh toán khi công trình hoàn thành từng phần hoặc toàn bộ. HĐXD có thể là một loại hợp đồng đặc thù trong lĩnh vực đầu tư xây dựng do đó chịu sự điều chỉnh của cả BLDS 2015 (với tư cách là luật chung) và Luật Xây dựng 2014 (sửa đổi bổ sung năm 2020) với tư cách là “luật chuyên ngành”. Tại Chương 1 này, tác giả đã tập trung nghiên cứu chuyên sâu những vấn đề như:

*Một là*, khái quát về biện pháp bảo đảm trong giao kết và thực hiện hợp đồng. Nội dung này tác giả đã khái quát về giao kết thực hiện hợp đồng theo pháp luật hiện nay là gì; khái niệm các biện pháp bảo đảm và khái niệm về biện pháp bảo đảm trong giao kết, thực hiện hợp đồng.

*Hai là*, khái quát pháp luật về các biện pháp bảo đảm trong giao kết, thực hiện HĐXD: Tại đây, tác giả đã làm rõ khái niệm, đặc điểm của pháp luật về các biện pháp bảo đảm trong giao kết, thực hiện HĐXD; nội dung cơ bản của pháp luật về biện pháp bảo đảm trong giao kết thực hiện HĐXD.

Nhìn chung, những cơ sở lý luận mà tác giả tập trung nghiên cứu tại nội dung Chương này là cơ sở, căn cứ để tác giả nghiên cứu thực trạng pháp luật và thực tiễn thi hành pháp luật về các biện pháp bảo đảm trong giao kết và thực hiện HĐXD hiện nay tại Chương 2.

## **CHƯƠNG 2.**

### **THỰC TRẠNG PHÁP LUẬT VÀ THỰC TIỄN THỰC HIỆN PHÁP LUẬT VỀ CÁC BIỆN PHÁP BẢO ĐẢM TRONG GIAO KẾT VÀ THỰC HIỆN HỢP ĐỒNG XÂY DỰNG**

**2.1. Thực trạng quy định pháp luật về các biện pháp bảo đảm trong giao kết và thực hiện hợp đồng xây dựng**

**2.1.1. Quy định pháp luật hiện hành về các biện pháp bảo đảm trong giao kết và thực hiện hợp đồng xây dựng**

**2.1.1.1. Quy định chung về biện pháp bảo đảm trong giao kết và thực hiện hợp đồng xây dựng**

### *Thứ nhất, tài sản bảo đảm*

Phân tích luật viết thì BLDS năm 2015 quy định: “Tài sản là vật, tiền, giấy tờ có giá và quyền tài sản. Tài sản bao gồm bất động sản và động sản. Bất động sản và động sản có thể là tài sản hiện có và tài sản hình thành trong tương lai<sup>3</sup>.”

### *Thứ hai, đăng ký biện pháp bảo đảm*

Thuật ngữ đăng ký biện pháp bảo đảm đã được đề cập trong Bộ luật Dân sự năm 2015 nhưng Bộ luật này không xây dựng khái niệm pháp lý về đăng ký biện pháp bảo đảm mà chỉ quy định các vấn đề có tính nguyên tắc chung, mang tính định hướng cho việc xây dựng hệ thống đăng ký biện pháp bảo đảm.

### *Thứ ba, xử lý tài sản bảo đảm*

Trước đây BLDS năm 2005 không có một quy định chung nào về xử lý TSBĐ mà chỉ quy định riêng cho từng biện pháp và có những quy định trùng lặp. Điều này là dễ hiểu bởi nhà làm luật không có lợi ích gì trong việc xây dựng một định nghĩa về xử lý TSBĐ, đây chỉ là việc của nhà nghiên cứu và áp dụng pháp luật. Nhà lập pháp chỉ bận tâm đến việc xác định phương thức xử lý, quy trình xử lý như thế nào là an toàn nhất, hạn chế tình trạng lạm dụng của chủ nợ trong quá trình xử lý.

*2.1.1.2. Quy định về các biện pháp bảo đảm cụ thể được sử dụng trong giao kết và thực hiện hợp đồng xây dựng.*

### *Thứ nhất, bảo đảm dự thầu*

Trước khi chính thức ký kết HĐXD, luôn có một quá trình lựa chọn bên nhận thầu được thực hiện bởi bên giao thầu. Trong trường hợp phải lựa chọn bên nhận thầu thông qua hình thức đấu thầu thì các bên nhận thầu tham gia đấu thầu phải có bảo đảm dự thầu kèm theo trong hồ sơ dự thầu, trong quá trình này sẽ thực hiện tuân thủ theo quy định của Luật Đấu thầu 2013 (sửa đổi bổ sung năm 2020).

### *Thứ hai, Bảo đảm thực hiện hợp đồng xây dựng*

Như đã đề cập, Khoản 1 Điều 16 Nghị định 37/2015/NĐ-CP về hợp đồng xây dựng, sửa đổi bổ sung bởi Nghị định số 50/2021/NĐ-CP quy định: “*Bảo đảm thực hiện hợp đồng xây dựng là việc bên nhận thầu thực hiện một trong các biện pháp đặt cọc, ký quỹ hoặc bảo lãnh để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ của mình trong thời gian thực hiện hợp đồng; khuyến khích áp dụng hình thức bảo lãnh*”<sup>4</sup>. Theo đó, có 03 biện pháp bảo đảm nghĩa vụ thực hiện hợp đồng xây dựng:

**Một là, Biện pháp đặt cọc:** *đặt cọc là việc một bên (gọi là bên đặt cọc) giao cho bên kia (gọi là bên nhận đặt cọc) một khoản tiền hoặc kim khí quý,*

<sup>3</sup> Điều 105 BLDS năm 2015

<sup>4</sup> Khoản 1 Điều 16 Nghị định 37/2015/NĐ-CP về Hợp đồng xây dựng, sửa đổi bổ sung bởi Nghị định số 50/2021/NĐ-CP

*đá quý hoặc vật có giá trị khác (gọi chung là tài sản đặt cọc) trong một thời hạn để bảo đảm giao kết hoặc thực hiện hợp đồng*<sup>5</sup>.

**Hai là, Biện pháp ký quỹ:** “*Ký quỹ là việc bên có nghĩa vụ gửi một khoản tiền hoặc kim khí quý, đá quý hoặc giấy tờ có giá vào tài khoản phong tỏa tại một tổ chức tín dụng để bảo đảm việc thực hiện nghĩa vụ*”<sup>6</sup>.

**Ba là, Biện pháp bảo lãnh:** “*Bảo lãnh là việc người thứ ba (gọi là bên bảo lãnh) cam kết với bên có quyền (gọi là bên nhận bảo đảm) sẽ thực hiện nghĩa vụ thay cho bên có nghĩa vụ (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*”<sup>7</sup>.

*Thứ ba, Bảo lãnh tạm ứng hợp đồng*

Theo quan điểm của các nhà làm luật thì “*Tạm ứng hợp đồng xây dựng là khoản kinh phí mà bên giao thầu ứng trước không lãi suất cho bên nhận thầu để thực hiện các công tác chuẩn bị cần thiết trước khi triển khai thực hiện các công việc theo hợp đồng*”.

*Thứ tư, Bảo đảm thanh toán*

Bảo đảm thanh toán là việc bên giao thầu thực hiện các biện pháp nhằm chứng minh khả năng thực hiện nghĩa vụ thanh toán theo hợp đồng xây dựng đã ký kết với bên nhận thầu thông qua các hình thức như kế hoạch bố trí vốn được phê duyệt, bảo đảm của ngân hàng hoặc tổ chức tín dụng, hợp đồng cung cấp tín dụng hoặc thỏa thuận cho vay vốn với các định chế tài chính<sup>8</sup>.

*Thứ năm, Bảo đảm bảo hành*

Bên nhận thầu có trách nhiệm bảo hành công trình, bảo hành thiết bị theo đúng các thỏa thuận trong hợp đồng. Các thỏa thuận của các bên hợp đồng về thời hạn bảo hành, mức bảo đảm bảo hành phải phù hợp với quy định của pháp luật về xây dựng. Bảo đảm bảo hành có thể thực hiện bằng hình thức bảo lãnh hoặc hình thức khác do các bên thỏa thuận, nhưng phải ưu tiên áp dụng hình thức bảo lãnh<sup>9</sup>.

**2.1.2. Đánh giá thực trạng các quy định pháp luật hiện hành về các biện pháp bảo đảm trong giao kết và thực hiện hợp đồng**

**2.1.2.1. Tài sản bảo đảm**

Như đã đề cập Điều 295 BLDS năm 2015 quy định 3 điều kiện đối với TSBĐ sau: “*1. Tài sản phải thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm, trừ trường hợp cầm giữ tài sản và bảo lưu quyền sở hữu; 2. Tài sản có thể được mô tả chung nhưng phải xác định được; 3. Giá trị tài sản có thể bằng, nhỏ hơn hoặc lớn hơn giá trị nghĩa vụ được bảo đảm*”.

<sup>5</sup> Khoản 1 Điều 328 BLDS 2015

<sup>6</sup> Khoản 1 Điều 330 BLDS 2015

<sup>7</sup> Khoản 1 Điều 335 BLDS 2015

<sup>8</sup> Khoản 1 Điều 17 NĐ37/2015/NĐ-CP

<sup>9</sup> Điểm a Khoản 2 Điều 46 Nghị định 37/2015/NĐ-CP, sửa đổi bổ sung bởi Nghị định số 50/2021/NĐ-

#### *2.1.2.2. Xử lý tài sản bảo đảm*

Điều 301 BLDS năm 2015 không quy định quyền thu giữ TSBĐ của bên nhận bảo đảm và chỉ quy định trường hợp người đang giữ tài sản không giao tài sản thì bên nhận bảo đảm có quyền yêu cầu Tòa án giải quyết, trừ trường hợp luật liên quan có quy định khác. Đây là một “bước lùi” về quyền của bên nhận bảo đảm trong pháp luật về giao dịch bảo đảm. Bởi lẽ, khi nhận bảo đảm, bên nhận bảo đảm có quyền xử lý TSBĐ nếu phát sinh vi phạm của bên có nghĩa vụ và quyền xử lý tài sản này bao gồm cả quyền thu giữ TSBĐ. Đây là quyền đương nhiên của bên nhận bảo đảm, thiếu quyền này việc xử lý tài sản không khả thi.

#### *2.1.2.3. Biện pháp đặt cọc trong giao kết và thực hiện HĐXD*

Một là, Về hình thức của đặt cọc, Điều 328 BLDS hiện hành không quy định hình thức bắt buộc của đặt cọc nên các bên có thể tự do tự thỏa thuận về hình thức.

Hai là, Về tài sản đặt cọc, Điều 328 BLDS 2015 quy định rõ những tài sản được xem là tài sản đặt cọc, bao gồm một khoản tiền hoặc kim khí quý, đá quý hoặc vật có giá trị khác.

#### *2.1.2.4. Biện pháp bảo lãnh dự thầu*

*Thứ nhất, Pháp luật hiện hành chưa làm rõ tính độc lập của cam kết hoạt động bảo lãnh dự thầu.*

Mặc dù pháp luật hiện hành đã quy định trách nhiệm thanh toán của bên bảo lãnh theo những từ phù hợp tại nội dung quy định về quyền và nghĩa vụ của chủ thể nhưng vẫn chưa rõ ràng về tính độc lập của cam kết hoạt động bảo lãnh dự thầu.

*Thứ hai, để hạn chế các trường hợp lạm dụng con dấu, ký không đúng thẩm quyền, pháp luật đã quy định việc ký hợp đồng cấp bảo lãnh, cam kết bảo lãnh của bên bảo lãnh phải được ký trực tiếp hoặc bên được ủy quyền của ba bên sau: (i) Bên đại diện theo pháp luật; (ii) Bên quản lý rủi ro hoạt động bảo lãnh, (iii) Bên thẩm định khoản bảo lãnh.*

### **2.2. Thực tiễn thực hiện pháp luật về các biện pháp bảo đảm trong giao kết và thực hiện hợp đồng xây dựng**

#### ***2.2.1. Những kết quả đạt được***

Thực tế cho thấy, sự tương tác giữa các bộ phận pháp luật là không tránh khỏi vì bản thân các quan hệ xã hội được pháp luật điều chỉnh có sự đan xen, tương tác lẫn nhau và bản thân một văn bản pháp luật không thể điều chỉnh hết một lĩnh vực cụ thể. Do các văn bản pháp luật cùng điều chỉnh một lĩnh vực nên sự tương thích hay xung đột sẽ ảnh hưởng rất lớn đến hiệu quả pháp luật.

Nhìn chung, rất khó có thể đánh giá hết những yếu tố ảnh hưởng đến pháp luật vì sự đa dạng và đan xen của những yếu tố tác động này.



Như vậy, khả năng áp dụng pháp luật của chủ thể tác động đến hiệu quả thực hiện pháp luật về biện pháp bảo đảm thực hiện HĐXD ở các khía cạnh sau:

*Một là*, nhận thức pháp luật của chủ thể tham gia giữ vai trò quan trọng trong việc thực hiện pháp luật về biện pháp bảo đảm thực hiện HĐXD.

*Hai là*, khả năng kiểm tra, thanh tra, giám sát, xử lý vi phạm của các cơ quan quản lý nhà nước có ảnh hưởng không nhỏ đến hiệu quả pháp luật.

*Ba là*, việc bảo vệ pháp luật của các cơ quan tài phán. Hầu hết các tranh chấp phát sinh từ việc thực hiện các biện pháp bảo đảm thực hiện HĐXD được thực hiện thông qua tòa án nên khả năng xét xử của tòa án là một trong những yếu tố quan trọng giúp bảo đảm thực hiện pháp luật.

Thực tiễn thực hiện pháp luật về các biện pháp bảo đảm thực hiện HĐXD trong thời gian nhìn chung đạt được một số kết quả cơ bản sau đây:

*Một là*, mặc dù còn nhiều vướng mắc, chưa tập trung, hoàn thiện ... nhưng hiện nay đã hình thành một hệ thống pháp luật tương đối đầy đủ để điều chỉnh các vấn đề phát sinh trong thực tiễn thực hiện pháp luật về các biện pháp bảo đảm thực hiện HĐXD.

*Hai là*, xét về mặt nội dung thì các quy định pháp luật về các biện pháp bảo đảm thực hiện HĐXD đã ghi nhận và tạo điều kiện để triển khai thực hiện trên thực tế những nguyên tắc cơ bản của nền kinh tế thị trường định hướng XHCN.

*Ba là*, pháp luật về các biện pháp bảo đảm thực hiện HĐXD cơ bản phù hợp với nguyên tắc bảo đảm quyền tự do kinh doanh.

### **2.2.2. Những vướng mắc, bất cập từ thực hiện pháp luật về các biện pháp bảo đảm trong giao kết và thực hiện hợp đồng xây dựng**

#### ***Thứ nhất, làm giả chứng thư bảo lãnh dự thầu***

Theo thông báo của Cục An ninh tài chính tiền tệ và đầu tư trực thuộc Bộ Công an, việc làm giả chứng thư bảo lãnh của ngân hàng đang được các đối tượng trên thực hiện theo một quy trình chung. Thủ đoạn của các đối tượng là sử dụng máy tính để làm giả con dấu, chữ ký của một số ngân hàng trong các tài liệu như bảo lãnh dự thầu, bảo lãnh thực hiện hợp đồng, cam kết tín dụng... Đối tượng sử dụng con dấu giả để đóng dấu không lên phôi giấy trắng có in lô gô của ngân hàng. Đối tượng cũng giả mạo thêm chữ ký của lãnh đạo ngân hàng để làm chứng thư bảo lãnh giả.

#### ***Thứ hai, giả mạo giấy tờ để rút bảo đảm dự thầu xây dựng từ ngân hàng***

Ngoài ra, các văn bản liên quan tới kết quả đấu thầu cũng đã bị làm giả để Bên nhận thầu rút kinh phí bảo lãnh dự thầu trước khi có kết quả thật. Việc này gây ảnh hưởng tới quyền lợi của bên giao thầu (Chủ đầu tư). Trong trường hợp Bên nhận thầu tham gia đấu thầu để tạo ra sự cạnh tranh giả tạo, nhằm kiếm lợi nhuận thông qua thỏa thuận với bên nhận thầu thực sự tham

gia đầu thầu, bên giao thầu (Chủ đầu tư) không thu hồi được chi phí bảo lãnh dự thầu.

*Thứ ba, cán bộ ngân hàng ký vượt thẩm quyền, ký không chứng thư bảo lãnh*

Dù là một nghiệp vụ của ngân hàng, tuy nhiên trên thực tế đã xảy ra nhiều tranh chấp giữa các bên tham gia nghiệp vụ này. Trong một số vụ việc, các đối tượng không phải làm giả thư bảo lãnh mà là thư bảo lãnh thật, người ký là giám đốc thật, dấu ngân hàng là thật, nhưng việc làm vượt quá thẩm quyền được giao.

*Thứ tư, Bên nhận thầu gây khó khăn khi thương lượng hợp đồng*

Trong thực tế, đã có tình trạng bên nhận thầu trúng thầu đã cố ý thương thảo bằng những lý lẽ “không tương” để gây khó khăn, đẩy trách nhiệm cho bên giao thầu để không bị thu hồi kinh phí bảo lãnh dự thầu. Ví dụ như câu chuyện thương thảo hợp đồng với bên nhận thầu tại Gói thầu số 4<sup>10</sup>: Mua sắm thiết bị, do Sở Thông tin và Truyền thông tỉnh Bến Tre làm Chủ đầu tư.

*Thứ năm, Phức tạp quan hệ bảo lãnh dự thầu*

Quan hệ bảo lãnh là sự phức tạp và đôi khi chưa phân định rõ ranh giới trách nhiệm của bên bảo lãnh và bên được bảo lãnh trong các quy định pháp luật.

Dù nghiệp vụ bảo lãnh được phía doanh nghiệp tin cậy và ngân hàng an tâm khi cung cấp, nhưng thực tế đã không tránh khỏi việc xảy ra nhiều tranh chấp giữa các bên tham gia nghiệp vụ này. Ngày càng nhiều vụ việc ngân hàng từ chối thanh toán bảo lãnh với các lý do như: bảo lãnh phát hành sai quy trình, có dấu hiệu vi phạm pháp luật hình sự, bên nhận bảo đảm không chứng minh được vi phạm ... Điều này khiến doanh nghiệp dần mất niềm tin với bảo lãnh dự thầu, làm ảnh hưởng đến nghiệp vụ cấp bảo lãnh của toàn bộ hệ thống ngân hàng.

## TIỂU KẾT CHƯƠNG 2

Trên cơ sở lý luận pháp luật về biện pháp bảo đảm trong giao kết, thực hiện HĐXD hiện nay thì tại Chương 2 này, tác giả đã nghiên cứu thực trạng pháp luật và thực tiễn thực hiện pháp luật về biện pháp bảo đảm trong giao kết, thực hiện HĐXD như sau:

*Thứ nhất*, quy định của pháp luật về biện pháp bảo đảm trong giao kết, thực hiện HĐXD. Nội dung này được tác giả đề cập trên cơ sở những điều khoản của pháp luật về bảo đảm thực hiện hợp đồng theo Luật Đấu thầu 2013, Nghị định 37/2015 về HĐXD; các biện pháp bảo đảm thực hiện HĐXD theo pháp luật dân sự, pháp luật về đầu tư xây dựng và pháp luật khác có liên quan bao gồm: đặt cọc, ký quỹ, nộp thư bảo lãnh của tổ chức tín dụng hoặc chi

---

<sup>10</sup> Báo Đấu thầu (2018), “Thừa nhận sai sót, Sở TT&TT Bến Tre nhận lỗi với nhà thầu”; xem tại: <https://baodauthau.vn/thua-nhan-sai-sot-so-tt-tt-ben-tre-nhan-loi-voi-nha-thau-post43269.html>

nhánh ngân hàng, ngân hàng nước ngoài được thành lập theo pháp luật Việt Nam.

*Thứ hai*, tác giả đánh giá pháp luật hiện hành về biện pháp bảo đảm trong giao kết, thực hiện HĐXD. Tại đây, những ưu điểm và hạn chế trong quy định của pháp luật về vấn đề này được tác giả đề cập và phân tích.

*Thứ ba*, tác giả đã đưa ra được tình hình thực tiễn thực hiện pháp luật về biện pháp bảo đảm trong giao kết, thực hiện HĐXD như sau:

Tình hình và vướng mắc trong thực tiễn thực hiện pháp luật về biện pháp bảo đảm trong giao kết, thực hiện HĐXD. Cụ thể, tác giả đã chỉ ra những vướng mắc như sau: vướng mắc về đáp ứng yêu cầu đồng bộ, thống nhất của hệ thống pháp luật về biện pháp bảo đảm trong giao kết, thực hiện HĐXD.

Nguyên nhân của những vướng mắc đó. Những vướng mắc trong hoạt động thực hiện pháp luật về biện pháp bảo đảm trong giao kết, thực hiện HĐXD hiện nay xuất phát từ nhiều nguyên nhân khách quan và chủ quan. Cụ thể là: pháp luật về biện pháp bảo đảm trong giao kết thực hiện HĐXD và xử lý tài sản bảo đảm còn nhiều bất cập; chông chéo mâu thuẫn, chưa đồng bộ; thiếu cụ thể, chưa rõ ràng; công tác tổ chức thực hiện pháp luật còn nhiều yếu kém. Tổ chức thực hiện pháp luật lâu nay vẫn là khâu yếu kém của cả hệ thống chính trị nói chung và Nhà nước nói riêng; do những yếu kém về trình độ, năng lực, phẩm chất đạo đức của một bộ phận cán bộ, công chức các cơ quan quản lý nhà nước, cơ quan tư pháp, cơ quan hỗ trợ tư pháp và tình trạng lạc hậu, chậm hiện đại hóa trong hoạt động của cơ quan quản lý nhà nước và cơ quan tư pháp, cơ quan giao dịch có bảo đảm...

Những nội dung mà tác giả nghiên cứu ở Chương này sẽ là cơ sở để đưa ra được những định hướng, giải pháp hoàn thiện và nâng cao hiệu quả thực hiện pháp luật về biện pháp bảo đảm trong giao kết và thực hiện HĐXD tại Chương 3.

### **CHƯƠNG 3.**

#### **ĐỊNH HƯỚNG, GIẢI PHÁP HOÀN THIỆN VÀ NÂNG CAO HIỆU QUẢ THỰC HIỆN PHÁP LUẬT VỀ CÁC BIỆN PHÁP BẢO ĐẢM TRONG GIAO KẾT VÀ THỰC HIỆN HỢP ĐỒNG XÂY DỰNG**

**3.1. Định hướng hoàn thiện pháp luật về các biện pháp bảo đảm trong giao kết và thực hiện hợp đồng xây dựng**

*3.1.1. Hoàn thiện pháp luật và nâng cao hiệu quả áp dụng các biện pháp bảo đảm trong giao kết và thực hiện hợp đồng xây dựng phải bảo đảm góp phần hạn chế vi phạm, kiểm soát rủi ro và thúc đẩy hoạt động xây dựng phát triển*

*Thứ nhất, Hoàn thiện pháp luật và nâng cao hiệu quả áp dụng các biện pháp bảo đảm trong giao kết và thực hiện hợp đồng xây dựng nhằm kiểm soát rủi ro phát sinh trong quá trình thực thi hợp đồng.*

Hợp đồng xây dựng là kết quả của sự thoả thuận giữa bên giao thầu và bên nhận thầu về việc xác lập quyền, nghĩa vụ khi thực hiện các hoạt động xây dựng.

*Thứ hai, Hoàn thiện pháp luật và nâng cao hiệu quả áp dụng các biện pháp bảo đảm trong giao kết và thực hiện hợp đồng xây dựng nhằm hạn chế các vi phạm hợp đồng xảy ra*

Thực tế hiện nay nhiều vi phạm hợp đồng đang diễn ra tại các công trình xây dựng ở Việt Nam. Phổ biến hiện nay là tình trạng đội vốn, chậm tiến độ gây lãng phí, tốn nhiều tiền bạc của chủ đầu tư nhưng không mang lại hiệu quả; mặt khác việc thiếu quyết liệt trong công tác giải phóng mặt bằng (chủ đầu tư vi phạm chậm mặt bằng do thiếu vốn, do thương lượng đền bù không thoả đáng, do sự phối hợp giữa các cấp các ngành trong quá trình giải phóng mặt bằng còn nhiều chậm chễ, thủ tục rườm rà) cũng là nguyên nhân kiến HĐXD bị chậm trễ, kéo dài; chủ đầu tư không thanh toán đúng hạn, chậm trả lãi; bên nhận thầu không bố trí đầy đủ nhân lực thiết bị nêu trong hồ sơ dự thầu, hạng mục lãi thì làm, lỗ thì chây ỳ; tư vấn không thực hiện theo đề cương giám sát.

***3.1.2. Hoàn thiện pháp luật và nâng cao hiệu quả áp dụng các biện pháp bảo đảm trong giao kết và thực hiện hợp đồng xây dựng phải được thực hiện trên cơ sở hoàn thiện quy định pháp luật về giao dịch bảo đảm***

*Thứ nhất*, nghiên cứu mở rộng nội hàm của khái niệm giao dịch bảo đảm vì cách hiểu truyền thống về giao dịch bảo đảm đã bộc lộ những hạn chế, bất cập trước xu thế hiện nay.

*Thứ hai*, loại bỏ những “rào cản pháp lý” để có thể mở rộng hơn nữa phạm vi tài sản được dùng để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự (xu hướng cải cách này đã được nhiều nước trên thế giới triển khai thực hiện) vì những quy định thiếu rõ ràng, cụ thể về điều kiện đối với tài sản bảo đảm, hình thức của hợp đồng bảo đảm... đã dẫn đến khó khăn trong việc khai thông thị trường vốn.

*Thứ ba*, cần có các quy định tạo điều kiện thuận lợi cho chủ nợ có bảo đảm được thực thi tốt nhất quyền năng của mình trên thực tế.

**3.2. Giải pháp hoàn thiện pháp luật về các biện pháp bảo đảm trong giao kết và thực hiện hợp đồng xây dựng**

***3.2.1. Hoàn thiện các quy định chung về biện pháp bảo đảm trong giao kết và thực hiện hợp đồng xây dựng***

***3.2.1.1. Hoàn thiện quy định về tài sản bảo đảm***

Về quyền sở hữu đối với tài sản bảo đảm, Bộ luật Dân sự nên quy định theo hướng mở hơn, nghĩa là bên bảo đảm không nhất thiết phải có quyền sở

hữu đối với tài sản bảo đảm mà chỉ cần có quyền đối với tài sản bảo đảm. Đồng thời, pháp luật cần bổ sung quy định về “tài sản phái sinh từ tài sản bảo đảm” trên cơ sở tham khảo định nghĩa về “proceeds” trong Hướng dẫn lập pháp của UNCITRAL về giao dịch bảo đảm nhằm rộng đường cho các bên thỏa thuận trong hợp đồng bảo đảm về phạm vi tài sản bảo đảm và thỏa thuận đó có thể được tòa án công nhận hiệu lực khi có tranh chấp xảy ra...

### *3.2.1.2. Hoàn thiện quy định về hiệu lực đối kháng của giao dịch bảo đảm với người thứ ba*

Do đó, nhà làm luật Việt Nam cũng nên nghiên cứu, ghi nhận các phương thức này để phù hợp với thực tiễn giao dịch bảo đảm liên quan đến các tài sản đặc thù nói trên.

Về vấn đề hiệu lực của hợp đồng thế chấp chưa được đăng ký giao dịch bảo đảm, pháp luật cần quy định rõ ràng và thống nhất rằng đăng ký giao dịch bảo đảm có giá trị xác lập hiệu lực đối kháng với người thứ ba, mà không nhằm phát sinh hiệu lực của giao dịch bảo đảm giữa hai bên. Do đó, trong trường hợp không có người thứ ba nào tranh chấp với bên nhận bảo đảm, giao dịch bảo đảm vẫn có hiệu lực giữa hai bên, và vì vậy, bên nhận bảo đảm có quyền xử lý tài sản thế chấp để thu hồi nợ, dù giao dịch bảo đảm chưa được đăng ký.

### *3.2.1.3. Xây dựng đạo luật về đăng ký tài sản*

Hiện nay, chúng ta đang thiếu một văn bản có hiệu lực pháp luật cao điều chỉnh riêng về hoạt động đăng ký biện pháp bảo đảm. Do đó, trong thời gian tới, giải pháp cần hướng đến là xây dựng Luật Đăng ký tài sản, trong đó có nội dung về đăng ký biện pháp bảo đảm để tạo lập cơ sở pháp lý toàn diện cho việc xây dựng và vận hành hệ thống đăng ký biện pháp bảo đảm trong sự đồng bộ, thống nhất với sự phát triển của hệ thống đăng ký tài sản. Liên quan đến vấn đề này, Nghị quyết số 11-NQ/TW Hội nghị lần thứ 5 Ban Chấp hành Trung ương khóa XII ngày 3/6/2017 về hoàn thiện thể chế kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa đã chỉ rõ nhiệm vụ: “*Hoàn thiện các quy định về đăng ký và giao dịch tài sản; phát triển hệ thống đăng ký minh bạch, liên thông, dễ tiếp cận, nhất là bất động sản*”. Đặc biệt, trong Chiến lược phát triển kinh tế - xã hội 10 năm 2021 -2030 của Đảng đã đề ra một trong những phương hướng, nhiệm vụ, giải pháp phát triển kinh tế - xã hội là: “*Cải cách thể chế về quyền tài sản, tập trung vào các khâu đăng ký sở hữu và sử dụng tài sản, xử lý tài sản thế chấp ngân hàng*”. Điều này đặt ra nhiệm vụ trong thời gian tới là tiếp tục thể chế hóa các quan điểm nêu trên của Đảng trong hoàn thiện, đổi mới hệ thống đăng ký biện pháp bảo đảm trong sự hướng đến xây dựng Luật Đăng ký tài sản, qua đó góp phần đảm bảo hiệu lực thực thi và bảo vệ có hiệu quả quyền sở hữu tài sản của các thực thể pháp lý trong xã hội

trong một hệ thống đăng ký biện pháp bảo đảm minh bạch, hiện đại, liên thông và dễ tiếp cận<sup>11</sup>.

#### *3.2.1.4. Hoàn thiện quy định về xử lý tài sản bảo đảm*

Điều 303 BLDS năm 2015 quy định 3 phương thức xử lý TSBĐ. Một trong các phương thức xử lý TSBĐ là bên nhận bảo đảm nhận chính tài sản để thay thế cho việc thực hiện nghĩa vụ của bên bảo đảm (gán nợ). Vậy, bên bảo đảm ở đây phải đồng thời là bên có nghĩa vụ. Do đó, phương thức xử lý bảo đảm theo thỏa thuận này không áp dụng cho trường hợp một bên thế chấp hay cầm cố tài sản của mình để bảo đảm cho một bên khác vay vốn tại ngân hàng. Trong trường hợp này, các bên cần quy định các phương thức xử lý TSBĐ khác.

Bên cạnh đó, quy định của Điều 303 cho thấy, phải đạt được sự thỏa thuận của các bên hoặc có sự đồng ý của bên bảo đảm về phương thức xử lý tài sản cầm cố, thế chấp nếu không tài sản phải được xử lý theo phương thức bán đấu giá. Với quy định này, việc xử lý TSBĐ của các tổ chức tín dụng sẽ gặp nhiều vướng mắc khi các cơ quan nhà nước yêu cầu “thỏa thuận”, “sự đồng ý của bên bảo đảm”.

Vì vậy, cần sửa đổi Điều 303 BLDS năm 2015 theo hướng nếu các bên không có thỏa thuận, bên nhận bảo đảm vẫn có quyền xử lý TSBĐ không qua phương thức bán đấu giá nếu thỏa mãn các điều kiện sau đây:

- Trước khi xử lý TSBĐ, bên nhận bảo đảm phải thông báo cho bên bảo đảm về việc bên có nghĩa vụ được bảo đảm vi phạm nghĩa vụ được bảo đảm và phương thức xử lý TSBĐ được áp dụng.

- TSBĐ được định đoạt một cách công khai thông qua thông báo hoặc quảng cáo rộng rãi. Tuy nhiên, đối với tài sản nhanh hỏng hoặc đối với tài sản đang bị giảm giá trị hoặc giá trị trường đang giảm, bên nhận bảo đảm có quyền định đoạt ngay mà không cần phải thông báo rộng rãi.

- Giá bán, giá chuyển nhượng tài sản hoặc giá chuyển giao TSBĐ không thấp hơn giá thị trường hiện thời của TSBĐ (trong trường hợp có thị trường được thừa nhận cho tài sản cùng loại) hoặc theo giá trị được định giá bởi tổ chức định giá có thẩm quyền.

#### **3.2.2. Hoàn thiện các quy định về các biện pháp bảo đảm cụ thể được sử dụng trong giao kết và thực hiện hợp đồng xây dựng.**

##### *3.2.2.1. Hoàn thiện quy định về biện pháp đặt cọc*

###### *Thứ nhất, về tài sản đặt cọc*

Theo quan điểm của tác giả, Điều 328 BLDS 2015 thể hiện phạm vi tài sản đặt cọc chưa tạo ra sự tự do trong việc định đoạt tài sản của chủ sở hữu là bên đặt cọc, chưa thể hiện đầy đủ nguyên tắc tự do thỏa thuận trong pháp luật dân sự (thỏa thuận không được vi phạm điều cấm của luật, không trái đạo đức

---

<sup>11</sup> Hồ Quang Huy (2007), Pháp luật Việt Nam về đăng ký giao dịch bảo đảm, Luận văn thạc sĩ Luật học, Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội, tr.38

xã hội, không được xâm phạm đến lợi ích quốc gia, dân tộc, lợi ích công cộng, quyền và lợi ích hợp pháp của người khác). Các loại tài sản được đặt cọc cần được mở rộng hơn theo tinh thần của quy định chung (Điều 295 BLDS) là không giới hạn loại tài sản mà chỉ cần là tài sản hiện có để các bên trong đặt cọc có sự thuận tiện trong giao dịch, đặc biệt là nếu như hoàn cảnh không cho phép các bên đặt cọc bằng những tài sản bị giới hạn ở BLDS 2015.

#### *Thứ hai, về giá trị tài sản khi phạt cọc*

Hiện nay nếu như theo quy định tại BLDS 2015 thì tài sản đặt cọc bao gồm: một khoản tiền hoặc kim khí quý, đá quý hoặc vật có giá trị khác Theo Thông tư 17/2014/TT-NHNN của Ngân hàng Nhà nước Việt Nam quy định về phân loại, đóng gói, giao nhận kim khí quý, đá quý tại Điều 3 khoản 1 quy định kim khí quý bao gồm vàng, bạc, bạch kim và các loại kim loại quý khác, còn đá quý theo khoản 2 Điều 3 Thông tư được hiểu là bao gồm kim cương (hạt xoàn), ruby (hồng ngọc), emorot (lục bảo ngọc), saphia (bích ngọc), ngọc trai (trân châu) và các loại đá quý khác. Có thể thấy, đây là những loại tài sản có giá trị biến động lên xuống thất thường, do đó tác giả đề xuất khi phạt cọc nếu như bên đặt cọc đưa tài sản đặt cọc để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ là kim khí quý hay đá quý thì nên xác định giá trị tài sản tại thời điểm phạt cọc, bởi lẽ phạt cọc chỉ xảy ra khi một bên trong quan hệ đặt cọc không thực hiện đúng nghĩa vụ, do đó xác định giá trị tài sản đặt cọc (kim khí quý, đá quý, vật có giá trị khác) tại thời điểm phạt cọc là hợp lý đảm bảo quyền và lợi ích hợp pháp cho các bên.

#### *3.2.2.2. Hoàn thiện quy định về biện pháp bảo lãnh dự thầu*

Thứ nhất, Cần bổ sung các quy định về việc ngân hàng thương mại phải công khai thời hạn thẩm định hồ sơ, bảng phí dịch vụ bảo lãnh để khách hàng có thể tham khảo, đàm phán khi ký kết hợp đồng cấp bảo lãnh. Mối quan hệ giữa ngân hàng thương mại và khách hàng là mối quan hệ giữa bên cung cấp dịch vụ và bên sử dụng dịch vụ nên được xây dựng hoàn toàn trên cơ sở tự nguyện, bình đẳng.

Thứ hai, Pháp luật cần bổ sung quy định về việc ngân hàng thương mại phải nhập thông tin phát hành bảo lãnh trên hệ thống thông tin nội bộ của ngân hàng thương mại và cho phép khách hàng, bên có liên quan được truy cập, khai thác thông tin, kiểm tra mức độ hợp lệ về những cam kết bảo lãnh được NHTM phát hành.

Thứ ba, quy định rõ ràng chủ thể tham gia quan hệ bảo lãnh dự thầu và làm sáng tỏ quyền và nghĩa vụ chủ thể của hợp đồng. Theo đó, pháp luật cần sửa lại theo hướng quy định rõ ràng quyền và nghĩa vụ của bên nhận thầu và bên nhận thầu tương ứng với nhau trong quan hệ bảo lãnh dự thầu.

*Một là, Đối với bên nhận thầu (NHTM):* Trong quan hệ bảo lãnh dự thầu, ngân hàng thương mại có vai trò là bên thực hiện hoạt động bảo lãnh theo đề

ngợi của khách hàng, nên pháp luật quy định chủ thể này có các quyền và nghĩa vụ.

*Hai là, Đối với bên nhận thầu (khách hàng):* Trong quan hệ bảo lãnh dự thầu, bên nhận thầu có tư cách pháp lý là bên được cấp tín dụng.

### **3.3. Giải pháp nâng cao hiệu quả thực hiện pháp luật về các biện pháp bảo đảm trong giao kết và thực hiện hợp đồng xây dựng**

*Thứ nhất,* xây dựng cơ chế pháp lý riêng biệt để giải quyết tranh chấp phát sinh trong quá trình thực hiện pháp luật về các biện pháp bảo đảm trong giao kết và thực hiện hợp đồng xây dựng.

*Thứ hai,* hoàn thiện quy chế, quy trình nội bộ về hoạt động bảo lãnh dự thầu, xây dựng các chốt kiểm soát nhằm hạn chế tối đa các rủi ro phát sinh, xác định rõ chức năng nhiệm vụ của các đơn vị tham gia vào quy trình cấp bảo lãnh, đặc biệt phải kiểm soát chặt chẽ việc sử dụng con dấu của NHTM.

## **TIÊU KẾT CHƯƠNG 3**

Trên cơ sở tình hình thực trạng pháp luật về biện pháp bảo đảm trong giao kết, thực hiện HĐXD; những bất cập, khó khăn vướng mắc trong thực hiện pháp luật về biện pháp bảo đảm trong giao kết, thực hiện HĐXD và nguyên nhân của những bất cập này tại Chương 2, tác giả đã đưa ra định hướng và giải pháp hoàn thiện và nâng cao hiệu quả thực hiện pháp luật về biện pháp bảo đảm trong giao kết, thực hiện HĐXD tại Chương này như sau:

- Định hướng hoàn thiện pháp luật: Pháp luật về biện pháp bảo đảm giao kết và thực hiện HĐXD theo pháp luật Việt Nam phải phù hợp về quan điểm chính trị, phù hợp với yêu cầu thực tiễn, thể hiện quan điểm rõ ràng đường lối đổi mới của Đảng và Nhà nước được áp dụng trên mọi lĩnh vực của cuộc sống; Pháp luật về biện pháp bảo đảm giao kết và thực hiện HĐXD theo pháp luật Việt Nam được hoàn thiện dựa trên mối quan hệ biện chứng với những điều kiện kinh tế xã hội đảm bảo mối tương quan hợp lý giữa đối tượng tham gia giao kết HĐXD; Hoàn thiện pháp luật về biện pháp bảo đảm giao kết và thực hiện HĐXD theo pháp luật Việt Nam phải đảm bảo tính đồng bộ, thống nhất giữa các chế định pháp luật về chế tài do vi phạm hợp đồng hiện nay; Pháp luật về biện pháp bảo đảm giao kết và thực hiện HĐXD theo pháp luật Việt Nam ghi nhận và đảm bảo trên thực tế việc xử lý nghiêm minh, có sức răn đe cao đối với các hành vi vi phạm và hoàn thiện pháp luật về biện pháp bảo đảm giao kết và thực hiện HĐXD theo pháp luật Việt Nam góp phần hạn chế những tiêu cực trong công tác quản lý nhà nước về xây dựng và đầu tư xây dựng công trình cũng như đảm bảo việc thực hiện nghĩa vụ của các bên tham gia giao kết HĐXD.

- Giải pháp hoàn thiện pháp luật về biện pháp bảo đảm trong giao kết, thực hiện HĐXD. Giải pháp đối với cơ chế chính sách và pháp luật; Giải pháp về tổ chức và thực hiện hợp đồng; Các giải pháp cụ thể nhằm hoàn thiện một



số quy định của pháp luật về HĐXD hiện nay đối với quy định về buộc thực hiện đúng HĐXD, quy định về chế tài xử lý vi phạm khi thực hiện hợp đồng và đối với quy định về bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng.

- Giải pháp nâng cao hiệu quả thực hiện pháp luật về biện pháp bảo đảm trong giao kết, thực hiện HĐXD hiện nay: các giải pháp về hợp báo, đăng tải thông tin trên cổng thông tin pháp luật cũng như trên các trang mạng điện tử; phổ biến tuyên truyền rộng rãi các quy định của pháp luật đến với mọi người dân; nâng cao vai trò của các cơ quan có thẩm quyền trong việc hỗ trợ, hướng dẫn và giải quyết những tranh chấp phát sinh từ hợp đồng.

Có thể thấy, hiện nay tình trạng thực hiện pháp luật về biện pháp bảo đảm trong giao kết, thực hiện HĐXD còn nhiều hạn chế. Hi vọng rằng những định hướng, giải pháp mà tác giả đề xuất có thể góp phần pháp hoàn thiện và nâng cao hiệu quả thực hiện pháp luật về biện pháp bảo đảm trong giao kết, thực hiện HĐXD hiện nay.

## KẾT LUẬN

Biện pháp bảo đảm là những biện pháp do các bên thỏa thuận hoặc do pháp luật quy định nhằm bảo đảm cho việc thực hiện hoặc để bảo đảm cho việc giao kết và thực hiện hợp đồng. Bảo đảm thực hiện hợp đồng là việc bên nhận thầu thực hiện một trong các biện pháp đặt cọc, ký quỹ nộp hoặc nộp thu bảo lãnh của tổ chức tín dụng hoặc chi nhánh ngân hàng, ngân hàng nước ngoài được thành lập theo pháp luật Việt Nam để đảm bảo trách nhiệm thực hiện hợp đồng của bên nhận thầu.

Bộ luật Dân sự không có quy định riêng về các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ HĐXD. Vì vậy khi xem xét vấn đề về các biện pháp bảo đảm nghĩa vụ HĐXD, chúng ta phải áp dụng những quy định về các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ HĐXD theo Luật xây dựng năm 2014 và Luật đấu thầu năm 2013. Bởi xét đến cùng, các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự cũng được áp dụng trong việc bảo đảm nghĩa vụ thực hiện HĐXD.

Trong xuyên suốt nội dung của Luận văn này, tác giả đã tập trung nghiên cứu 03 nội dung chính như sau:

Chương 1: Một số vấn đề lý luận về biện pháp bảo đảm trong giao kết và thực hiện HĐXD. Chương này tập trung nghiên cứu những nội dung: Khái quát về biện pháp bảo đảm trong giao kết và thực hiện hợp đồng. Nội dung này tác giả đã khái quát về giao kết thực hiện hợp đồng theo pháp luật hiện nay là gì; khái niệm các biện pháp bảo đảm và khái niệm về biện pháp bảo đảm giao kết, thực hiện hợp đồng; Khái quát pháp luật về các biện pháp bảo đảm trong giao kết, thực hiện HĐXD: Tại đây, tác giả đã làm rõ khái niệm đặc điểm của các biện pháp bảo đảm trong giao kết, thực hiện HĐXD; nội dung cơ bản của pháp luật về biện pháp bảo đảm trong giao kết thực hiện HĐXD và các yếu tố tác động đến pháp luật và thực hiện pháp luật về biện pháp bảo đảm thực hiện HĐXD: bao gồm các yếu tố: sự phát triển kinh tế xã hội, yếu tố chính trị, yếu tố văn hóa đời sống.

Chương 2: Thực trạng pháp luật và thực tiễn thực hiện pháp luật về các biện pháp bảo đảm trong giao kết và thực hiện HĐXD. Nội dung này được nghiên cứu trên những khía cạnh: Quy định của pháp luật về biện pháp bảo đảm trong giao kết, thực hiện HĐXD. Nội dung này được tác giả đề cập trên cơ sở những điều khoản của pháp luật về bảo đảm thực hiện hợp đồng theo Luật Đấu thầu 2013, Nghị định 37/2015 về HĐXD; các biện pháp bảo đảm thực hiện HĐXD theo pháp luật dân sự, pháp luật về đầu tư xây dựng và pháp luật khác có liên quan bao gồm: đặt cọc, ký quỹ, nộp thu bảo lãnh của tổ chức tín dụng hoặc chi nhánh ngân hàng, ngân hàng nước ngoài được thành lập theo pháp luật Việt Nam; đánh giá pháp luật hiện hành về biện pháp bảo đảm trong giao kết, thực hiện HĐXD. Tại đây, những ưu điểm và hạn chế trong

quy định của pháp luật về vấn đề này được tác giả đề cập và phân tích và cuối cùng là đưa ra được tình hình thực tiễn thực hiện pháp luật về biện pháp bảo đảm trong giao kết, thực hiện HĐXD.

Chương 3: Định hướng, giải pháp hoàn thiện và nâng cao hiệu quả thực hiện pháp luật về các biện pháp bảo đảm trong giao kết và thực hiện HĐXD. Tại Chương này, tác giả đã đề xuất những định hướng, giải pháp nhằm hoàn thiện, nâng cao hiệu quả thực hiện pháp luật về biện pháp bảo đảm trong giao kết, thực hiện HĐXD hiện nay.

Hệ thống pháp luật về biện pháp bảo đảm trong giao kết, thực hiện HĐXD hiện nay và thực tiễn thi hành những quy định này vẫn còn nhiều hạn chế. Tuy nhiên, qua phân tích, đánh giá của mình về vấn đề này, hi vọng những đề xuất, định hướng mà tác giả đưa ra có thể trở thành một nguồn tài liệu tham khảo để hoàn thiện và nâng cao hiệu quả thực hiện pháp luật về biện pháp bảo đảm trong giao kết, thực hiện HĐXD ở Việt Nam hiện nay.



## **DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO**

### **I. Văn bản pháp luật**

1. Bộ Kế hoạch và Đầu tư (2015), Thông tư số 03/2015/TT-BKHĐT ngày 06/05/2015 quy định chi tiết lập hồ sơ mời thầu xây lắp;
2. Bộ Xây dựng (2016), Thông tư số 09/2016/TT-BXD ngày 10/3/2016 về hướng dẫn hợp đồng thi công xây dựng;
3. Chính phủ nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam (2006), Nghị định số 163/2006/NĐ-CP ngày 29/12/2006 quy định về giao dịch bảo đảm;
4. Chính phủ nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam (2012), Nghị định số 11/2012/NĐ-CP ngày 22/02/2012 về sửa đổi, bổ sung một số điều của nghị định số 163/2006/NĐ-CP ngày 29 tháng 12 năm 2006 của chính phủ về giao dịch bảo đảm;
5. Chính phủ nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam (2014), Nghị định 63/2014/NĐ-CP, ngày 26/06/2014 quy định chi tiết một số điều của Luật Đấu thầu về Lựa chọn nhà thầu;
6. Chính phủ nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam (2014), Nghị định 25/2020/NĐ-CP ngày 28/02/2020 quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật đấu thầu về lựa chọn nhà đầu tư;
7. Chính phủ nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam (2015), Nghị định số 37/2015/NĐ-CP ngày 22/04/2015 quy định chi tiết về hợp đồng xây dựng;
8. Chính phủ nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam (2021), Nghị định số 06/2021/NĐ-CP ngày 26/01/2021 quy định chi tiết một số nội dung về quản lý chất lượng, thi công xây dựng và bảo trì công trình xây dựng;
9. Chính phủ nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam (2021), Nghị định số 50/2021/NĐ-CP, ngày 01/04/2021 về sửa đổi, bổ sung một số điều của nghị định số 37/2015/NĐ-CP ngày 22 tháng 4 năm 2015 của chính phủ quy định chi tiết về hợp đồng xây dựng;
10. Chính phủ nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam (2021), Nghị định số 21/2021/NĐ-CP ngày 19/3/2021 quy định thi hành bộ luật dân sự về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ;
11. Chính phủ nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam (2021), Nghị định số 89/2021/NĐ-CP ngày 11/10/2021 quy định quản lý, kiểm soát cam kết chi ngân sách nhà nước qua Kho bạc Nhà nước;
12. Quốc hội nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam (2013), Luật số 43/2013/QH13, Luật Đấu thầu, ban hành ngày 26/11/2013;
13. Quốc hội nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam (2014), Luật số 50/2014/QH13 năm 2014, Luật Xây dựng, ban hành ngày 18/6/2014;
14. Quốc hội nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam (2015), Luật số 91/2015/QH13 năm 2015, Bộ luật Dân sự, ban hành ngày 24/11/2015;

15. Quốc hội nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam (2020), Luật số 02/VBHN-VPQH năm 2020, Luật Xây dựng, ban hành ngày 15/07/2020;

16. Quốc hội nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam (2020), Luật số 17/VBHN-VPQH năm 2020, Luật Đấu thầu, ban hành ngày 15/07/2020;

## **II. Các tài liệu tham khảo**

17. Bùi Đức Giang (2014), Đôi điều suy ngẫm về vật quyền bảo đảm và quá trình sửa đổi quy định về giao dịch bảo đảm, *Tạp chí Ngân hàng*, Số 10;

18. Dương Thị Hiện (2016), *Đặc cộc - Một số vấn đề lý luận và thực tiễn*, Luận văn thạc sĩ, Trường Đại học Luật Hà Nội, Hà Nội;

19. Đặng Hải Triều (2016), *Trách nhiệm dân sự do vi phạm hợp đồng thi công xây dựng*, Luận văn thạc sĩ luật học, Trường ĐH Luật Hà Nội

20. Đặng Hoàng Mai (2021), *Pháp luật về hợp đồng thiết kế, cung cấp thiết bị công nghệ và thi công xây dựng công trình (EPC) ở Việt Nam*, Luận án tiến sĩ Luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội;

21. Đoàn Đức Lương, Dương Quỳnh Hoa (2020), *Bình luận khoa học chế định hợp đồng trong Bộ Luật dân sự 2015*, NXB Tư Pháp;

22. Đỗ Thị Hải Yên (2021), *“Hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất ở Việt Nam hiện nay”*, Luận án tiến sĩ luật học, Học viện khoa học xã hội;

23. Hồ Quang Huy (2007), *Pháp luật Việt Nam về đăng ký giao dịch bảo đảm*, Luận văn thạc sĩ Luật học, Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội;

24. Hồ Quang Huy (2015), *“Bàn về chế định các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ trong Dự thảo Bộ luật dân sự (sửa đổi), Tạp chí Dân chủ và Pháp luật. Số chuyên đề Sửa đổi, bổ sung BLDS/2015;*

25. Lại Thuý Hằng (2020), *Pháp luật Việt Nam về hợp đồng xây dựng - thực trạng và giải pháp hoàn thiện*, Luận văn thạc sĩ Luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội;

26. Lê Thị Thu Thủy (2006), *Các biện pháp bảo đảm tiền vay bằng tài sản của các tổ chức tín dụng*, Nxb. Tư pháp;

27. Nguyễn Hùng Việt (2019), *Hợp đồng xây dựng-kinh doanh-chuyển giao (BOT) theo pháp luật Việt Nam hiện nay từ thực tiễn đầu tư phát triển kết cấu hạ tầng giao thông của tỉnh Quảng Ninh*, Luận văn thạc sĩ luật học, Học viện Khoa học xã hội;

28. Nguyễn Hữu Đức (2013), Bàn về một số bất cập của quy định về bảo lãnh ngân hàng, *Tạp chí Ngân hàng*, Số 13;

29. Nguyễn Minh Tuấn (2017), Một số vấn đề về biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ trong quan hệ dân sự, thương mại, *Tạp chí Dân chủ và Pháp luật*, Số chuyên đề 5/2017;

30. Nguyễn Ngọc Điện (2009), *“Giáo trình Luật La Mã”*, Nxb. Chính trị Quốc gia;

31. Nguyễn Ngọc Điện (2016), *“Giáo trình luật dân sự Tập 2”*, Nxb Đại học Quốc gia Tp. Hồ Chí Minh

32. Nguyễn Thành Nam (2015), “*Hoàn thiện pháp luật về hoạt động bảo lãnh ngân hàng ở Việt Nam*”, Luận án tiến sĩ luật học, Khoa Luật Đại học Quốc gia Hà Nội;

33. Nguyễn Thị Thanh Thúy (2010), “*Giáo trình pháp luật đại cương*”, Nxb. Giáo dục,

34. Nguyễn Thu Hoà (2015), *Những điều cần biết về hợp đồng xây dựng*, Nxb. Chính trị Quốc gia;

35. Nguyễn Trí Dũng (2019), Tăng cường quản lý rủi ro từ việc hoàn thiện các quy định về hợp đồng xây dựng ở nước ta, *Tạp chí Cộng sản*, Số 926;

36. Nguyễn Trung Tiên (2017), *Pháp luật về hợp đồng xây dựng, kinh doanh, chuyển giao (BOT) trong hoạt động đầu tư xây dựng cơ bản tại Việt Nam*, Luận văn thạc sĩ, Trường Đại học Luật, Đại học Huế;

37. Phạm Văn Quảng (2017), *Thực tiễn xét xử các tranh chấp hợp đồng xây dựng trong kinh doanh tại tỉnh Quảng Trị*, Luận văn thạc sĩ luật học, Trường Đại học Luật Đại học Huế;

38. Trần Tuấn Anh (2018), *Điều kiện có hiệu lực của hợp đồng xây dựng theo pháp luật Việt Nam hiện nay*, Luận văn thạc sĩ luật học, Học viện Khoa học xã hội;

39. Trường Đại học Kinh tế - Luật (2020), *Giáo trình pháp luật về bảo đảm nghĩa vụ*, Nxb. Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh;

40. Trường Đại học Luật Hà Nội (2009), *Giáo trình luật dân sự Việt Nam*, Nxb. Công an Nhân dân,

41. Võ Hoàng Quân (2018), “*Bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với trách nhiệm của nhà thầu trong đấu thầu xây lắp theo pháp luật Việt Nam*”, Luận án tiến sĩ luật học, Học viện Khoa học xã hội,

42. Vũ Minh Phấn (2018), *Pháp luật về đầu tư theo hợp đồng xây dựng - kinh doanh - chuyển giao (BOT) và thực tiễn áp dụng đối với các dự án hạ tầng giao thông tại tỉnh Quảng Ninh*, Luận văn thạc sĩ luật học, Trường Đại học Mở Hà Nội;

43. Vũ Thế Hoài (2014), Giải pháp nhằm hoàn thiện pháp luật đăng ký giao dịch bảo đảm ở Việt Nam hiện nay, *Tạp chí Thanh tra*. Số 4/2014;

44. William J. Brennan; Alan B. Morrison (2007), *Fundamentals of American Law*, Publisher by Oxford University Press;

### **III. Tài liệu tham khảo trên websites, thông tin điện tử**

45. Báo Đấu thầu (2017), “*Mệt mỏi với cách thương thảo hợp đồng của nhà thầu*”; truy cập 25/07/2022 xem tại: <https://baodauthau.vn/met-moi-voi-cach-thuong-thao-hop-dong-cua-nha-thau-post35926.html>

46. Hải Long (2014), “*Nữ giám đốc bị điều tra làm giả 25 chứng thư bảo lãnh ngân hàng*”; truy cập 25/07/2022 tại: <https://vnexpress.net/nu-giam-doc-bi-dieu-tra-lam-gia-25-chung-thu-bao-lanh-ngan-hang-2973928.html>

47. Báo Đầu thầu (2020), “Làm giả tài liệu ngân hàng khi dự thầu: Hậu quả lớn, cần xử nghiêm”; truy cập 25/07/2022 tại <https://baodauthau.vn/lam-gia-tai-lieu-ngan-hang-khi-du-thau-hau-qua-lon-can-xu-nghiem-post115293.html>

48. Báo Hà Nội mới, “SeABank từ chối thanh toán bảo lãnh 150 tỷ đồng trái phiếu DN”; truy cập 25/07/2022 tại: <https://hanoimoi.com.vn/ban-in/Kinh-te/567519/seabank-tu-choi-thanh-toan-bao-lanh-150-ty-dong-trai-phieu-dn>

49. Báo Đầu thầu (2018), “Thừa nhận sai sót, Sở TT&TT Bến Tre nhận lỗi với nhà thầu”; truy cập 25/07/2022 xem tại: <https://baodauthau.vn/thua-nhan-sai-sot-so-tt-tt-ben-tre-nhan-loi-voi-nha-thau-post43269.html>

50. Báo Đầu thầu (2017), “Một mối với cách thương thảo hợp đồng của nhà thầu”; truy cập 25/07/2022 xem tại: <https://baodauthau.vn/met-moi-voi-cach-thuong-thao-hop-dong-cua-nha-thau-post35926.html>

51. Hồ Quang Huy (2017), “Hoàn thiện chế định bảo lãnh trên cơ sở các quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015”; truy cập 25/07/2022 xem tại: <https://moj.gov.vn/qt/tintuc/Pages/nguyen-cuu-trao-doi.aspx?ItemID=2147>

52. Báo ViệtNamnet (2016), “Nhà thầu Trung Quốc và những siêu dự án tai tiếng”; truy cập 25/07/2022 xem tại: <https://vietnamnet.vn/nha-thau-trung-quoc-va-nhung-sieu-du-an-tai-tieng-298210.html>

53. Hoàng Lan (2014), “10 dự án lớn của nhà thầu Trung Quốc tại Việt Nam”; truy cập 25/07/2022 xem tại đường link: <https://vnexpress.net/10-du-an-lon-cua-nha-thau-trung-quoc-tai-viet-nam-2989807.html>

54. Trần Thị Huệ (2021), Một số vấn đề pháp lý về đăng ký biện pháp bảo đảm và kiến nghị hoàn thiện (47), truy cập 25/07/2022 tại <https://tapchi.hul.edu.vn/index.php/jl/article/view/54>

55. Truy cập 25/7/2022 xem tại: [http://vibonline.com.vn/bao\\_cao/bao-cao-tong-hop-kinh-nghiem-cua-mot-so-quoc-gia-ve-phap-luat-ve-giao-dich-bao-dam;](http://vibonline.com.vn/bao_cao/bao-cao-tong-hop-kinh-nghiem-cua-mot-so-quoc-gia-ve-phap-luat-ve-giao-dich-bao-dam;)