

BỘ GIÁO DỤC VÀ ĐÀO TẠO *BỘ TƯ PHÁP*
TRƯỜNG ĐẠI HỌC LUẬT HÀ NỘI



TRẦN NGUYỄN THỊ TÂM ĐAN

**THỂ CHẤP NHÀ Ở
THEO QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT VIỆT NAM**

LUẬN ÁN TIẾN SĨ LUẬT HỌC

HÀ NỘI – 2023

BỘ GIÁO DỤC VÀ ĐÀO TẠO
BỘ TƯ PHÁP
TRƯỜNG ĐẠI HỌC LUẬT HÀ NỘI



TRẦN NGUYỄN THỊ TÂM ĐAN

**THỂ CHẤP NHÀ Ở
THEO QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT VIỆT NAM**

Chuyên ngành : Luật Dân sự và Tố tụng Dân sự
Mã số : 9380103

LUẬN ÁN TIẾN SĨ LUẬT HỌC

**Người hướng dẫn khoa học: PGS.TS. TRẦN ANH TUẤN
PGS.TS. TRẦN THỊ HUỆ**

HÀ NỘI - 2023

LUẬN ÁN

**THỂ CHẤP NHÀ Ở
THEO QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT VIỆT NAM**

NGHIÊN CỨU SINH: Trần Nguyễn Thị Tâm Đan

KHÓA: 25

MÃ SỐ: NCS250301

Chuyên ngành: Luật dân sự và tố tụng dân sự.

**XÁC NHẬN
CỦA NGƯỜI HƯỚNG DẪN**

LỜI CAM ĐOAN

Tôi xin cam đoan đây là công trình nghiên cứu là của riêng tôi. Các số liệu trong luận án là trung thực. Những kết luận khoa học của luận án chưa từng được công bố trong bất kỳ công trình nào khác.

TÁC GIẢ LUẬN ÁN

Trần Nguyễn Thị Tâm Đan

MỤC LỤC

MỞ ĐẦU	1
1. Tính cấp thiết của việc nghiên cứu đề tài	1
2. Tình hình nghiên cứu (Xem ở Phụ lục 01)	3
3. Đối tượng nghiên cứu và phạm vi nghiên cứu	3
3.1. <i>Đối tượng nghiên cứu</i>	3
3.2. <i>Phạm vi nghiên cứu</i>	3
4. Mục đích, nhiệm vụ nghiên cứu	4
4.1. <i>Mục đích nghiên cứu</i>	4
4.2. <i>Nhiệm vụ nghiên cứu</i>	4
5. Phương pháp luận và các phương pháp nghiên cứu	5
5.1. <i>Phương pháp luận</i>	5
5.2. <i>Phương pháp nghiên cứu</i>	5
6. Những điểm mới của luận án	6
7. Ý nghĩa luận và thực tiễn của luận án	7
7.1. <i>Đóng góp về mặt lý luận</i>	7
7.2. <i>Đóng góp về mặt thực tiễn</i>	7
8. Kết cấu của luận án	7
CHƯƠNG 1: CƠ SỞ LÝ LUẬN VỀ THỂ CHẤP NHÀ Ở	8
1.1. Nhận diện chung và đặc điểm của thể chấp	8
1.1.1. <i>Nhận diện chung về thể chấp</i>	8
1.1.2. <i>Đặc điểm của thể chấp</i>	12
1.2. Khái niệm, đặc điểm và phân loại nhà ở	18
1.2.1. <i>Khái niệm nhà ở</i>	18
1.2.2. <i>Đặc điểm của nhà ở</i>	20
1.2.3. <i>Phân loại nhà ở</i>	23
1.3. Khái niệm, đặc điểm và bản chất của thể chấp nhà ở	29
1.3.1. <i>Khái niệm thể chấp nhà ở</i>	29
1.3.2. <i>Đặc điểm thể chấp nhà ở</i>	32
1.3.3. <i>Bản chất của thể chấp nhà ở</i>	36
1.4. Phân loại thể chấp nhà ở	45

1.4.1. Căn cứ mục đích thế chấp nhà ở	45
1.4.2. Căn cứ đối tượng của biện pháp thế chấp nhà ở	46
1.4.3. Căn cứ chủ thể thế chấp nhà ở	47
1.4.4. Căn cứ thoả thuận của các bên thế chấp	48
1.5. Khung pháp luật điều chỉnh về thế chấp nhà ở	49
1.5.1. Nhóm các quy định liên quan đến hợp đồng thế chấp nhà ở - căn cứ xác lập biện pháp thế chấp nhà ở	50
1.5.2. Nhóm các quy định về nhà ở thế chấp.....	52
1.5.3. Nhóm các quy định liên quan đến phạm vi và thời hạn bảo đảm của biện pháp thế chấp nhà ở	53
1.5.4. Nhóm các quy định liên quan đến đăng ký biện pháp thế chấp nhà ở và hiệu lực đối kháng với người thứ ba của biện pháp thế chấp nhà ở.....	54
1.5.5. Nhóm các quy định liên quan đến xử lý nhà ở thế chấp và chấm dứt thế chấp nhà ở	55
KẾT LUẬN CHƯƠNG 1	58
CHƯƠNG 2: THỰC TRẠNG PHÁP LUẬT VIỆT NAM VỀ THẾ CHẤP NHÀ Ở	59
2.1. Căn cứ xác lập biện pháp thế chấp nhà ở là hợp đồng thế chấp nhà ở.....	59
2.1.1. Chủ thể của hợp đồng thế chấp nhà ở.....	59
2.1.2. Nội dung của hợp đồng thế chấp nhà ở.....	63
2.1.3. Hình thức của hợp đồng thế chấp nhà ở	68
2.1.4. Hiệu lực của hợp đồng thế chấp nhà ở	72
2.2. Đối tượng của thế chấp nhà ở.....	86
2.2.1. Điều kiện để nhà ở được thế chấp.....	86
2.2.2. Các loại nhà ở thế chấp.....	92
2.2.3. Xác định giá trị của nhà ở thế chấp	94
2.3. Phạm vi bảo đảm của biện pháp thế chấp nhà ở.....	97
2.3.1. Xác lập phạm vi bảo đảm của biện pháp thế chấp nhà ở	97
2.3.2. Các loại nghĩa vụ được bảo đảm bằng thế chấp nhà ở.....	99
2.4. Hiệu lực của hợp đồng và hiệu lực đối kháng của biện pháp thế chấp nhà ở	102
2.4.1. Hiệu lực của hợp đồng thế chấp nhà ở	102
2.4.2. Hiệu lực đối kháng với người thứ ba của biện pháp thế chấp nhà ở.....	105
2.5. Xử lý tài sản thế chấp là nhà ở	109

2.5.1. Các trường hợp xử lý nhà ở thế chấp.....	109
2.5.2. Tình trạng pháp lý của quyền sử dụng đất khi xử lý nhà ở thế chấp	111
2.5.3. Phương thức xử lý nhà ở thế chấp.....	113
2.5.4. Thứ tự ưu tiên thanh toán từ việc xử lý nhà ở thế chấp	115
KẾT LUẬN CHƯƠNG 2	119
CHƯƠNG 3: THỰC TIỄN ÁP DỤNG PHÁP LUẬT VỀ THẾ CHẤP NHÀ Ở VÀ	
MỘT SỐ KIẾN NGHỊ, GIẢI PHÁP HOÀN THIỆN	120
3.1. Thực tiễn áp dụng pháp luật về thế chấp nhà ở	120
3.1.1. Khái quát thực tiễn về thế chấp nhà ở.....	120
3.1.2. Một số hạn chế, bất cập trong quá trình giải quyết tranh chấp.....	122
3.2. Kiến nghị hoàn thiện pháp luật và giải pháp nâng cao hiệu quả áp dụng pháp	
luật về thế chấp nhà ở	137
3.2.1. Những bất cập và kiến nghị hoàn thiện pháp luật về thế chấp nhà ở.....	137
3.2.2. Giải pháp nâng cao hiệu quả áp dụng pháp luật về thế chấp nhà ở.....	153
KẾT LUẬN CHƯƠNG 3	157
KẾT LUẬN	159
DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO	162
PHỤ LỤC	167
PHỤ LỤC 1	168
PHỤ LỤC 2	201

DANH MỤC TỪ VIẾT TẮT

STT	Tên viết tắt	Tên đầy đủ
1	BLDS	Bộ luật Dân sự
2	QSH	Quyền sở hữu
3	NĐ	Nghị định
4	TMCP	Thương mại Cổ phần
5	TT	Thông tư

MỞ ĐẦU

1. Tính cấp thiết của việc nghiên cứu đề tài

Kinh tế Việt Nam trong những năm qua phát triển với tốc độ nhanh chóng. Các cá nhân và tổ chức trong quá trình phát triển kinh tế luôn có nhu cầu vay vốn để phát triển kinh doanh. Thế chấp tài sản là một trong biện pháp bảo đảm rất thuận tiện khi tài sản vẫn được đưa vào sử dụng, phát huy tối đa công năng sử dụng và hạn chế hư hỏng do lâu ngày không sử dụng (không hạn chế như cầm cố hay ký quỹ), từ đó tận dụng tối đa hoa lợi, lợi tức, tạo điều kiện cho bên thế chấp có thêm cơ hội để thực hiện đúng nghĩa vụ.

Tuy nhiên, cũng chính vì ưu điểm trên của biện pháp thế chấp, việc thế chấp tài sản đã bị các cá nhân lợi dụng để trục lợi (Bên thế chấp làm giả hồ sơ, mang đi thế chấp tại nhiều nơi để bảo đảm nhiều nghĩa vụ mà tổng giá trị nghĩa vụ cần bảo đảm cao hơn nhiều lần so với giá trị của tài sản thế chấp; định giá tài sản thế chấp sai giá trị,...). Trong đó, tài sản gắn liền với đất là đối tượng tài sản thế chấp mang tính đặc thù¹. Bên cạnh đó, các ngân hàng (Đặc biệt là các ngân hàng chính sách) đã, đang và sẽ phát triển việc cho vay vốn mà tài sản thế chấp là tài sản hình thành trong tương lai (tài sản hình thành từ nguồn vốn vay). Điều này sẽ gây ra những khó khăn nhất định khi càng ngày nhà nước nói chung, các tổ chức tín dụng nói riêng khi tạo ra điều kiện để cá nhân, tổ chức có thể tiếp cận với nguồn vốn trong khi việc xử lý nợ xấu (Nợ quá hạn trên 90 ngày và khả năng trả thấp) luôn luôn là vấn đề lớn của các tổ chức tín dụng. Cụ thể, các ngân hàng lớn đã thành lập các công ty con riêng chuyên để xử lý nợ (VD: Ngân hàng Thương mại Cổ phần Quân đội có Công ty (con) xử lý nợ MB AMC, Ngân hàng Thương mại Cổ phần Việt Nam Thịnh Vượng có công ty con là Công ty xử lý nợ VP AMC,...).

Trong nhiều năm qua, kể từ khi BLDS năm 1995 có hiệu lực pháp luật (ngày 01/07/1996) thì hàng loạt các văn bản pháp luật khác cũng được ban hành như Luật Đất đai, Luật Doanh nghiệp, Luật Thương mại, Luật Nhà ở, Luật Kinh doanh bất động sản, Luật Đầu tư, Luật Lao động, Luật Hôn nhân và gia đình; các Nghị định, Thông tư về các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ... tạo cơ sở pháp lý tương đối toàn diện cho các chủ thể tham gia các giao dịch dân sự, kinh tế, thương mại...

¹ Cụ thể Điều 326 Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định riêng đối với việc thế chấp tài sản gắn liền với đất.

Tuy nhiên, một số quy định của pháp luật liên quan đến thế chấp nhà ở còn nhiều thiếu khuyết, một số quy định chưa cụ thể, thiếu rõ ràng, mâu thuẫn, chồng chéo nhau... Các văn bản quy định chi tiết thi hành và hướng dẫn áp dụng còn thiếu, chưa theo kịp với sự phát triển kinh tế - xã hội trong điều kiện nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa.

Trong thực tế, các vụ kiện về thế chấp nhà ở ngày càng gia tăng, phức tạp, tình hình kinh tế - xã hội có nhiều thay đổi, việc vay vốn để sản xuất, kinh doanh của cá nhân, gia đình và tổ chức ngày càng nhiều, cùng với đó là các biện pháp bảo đảm cũng tăng theo tỷ lệ thuận chứa đựng nhiều yếu tố pháp lý. Việc giải quyết các án kiện về các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ, trong đó việc giải quyết tranh chấp về thế chấp nhà ở gặp nhiều khó khăn, phức tạp hơn. Theo Báo cáo tổng kết công tác năm 2020 và nhiệm kỳ 2016 - 2020 của ngành Tòa án thực hiện tháng 12 năm 2020 cho thấy trong nhiệm kỳ, các Tòa án đã thụ lý 1.894.472 vụ việc; đã giải quyết, xét xử được 1.842.684 vụ việc, đạt tỷ lệ 97,3%, vượt chỉ tiêu Nghị quyết của Quốc hội đề ra (so với nhiệm kỳ trước, thụ lý tăng 523.966 vụ việc; giải quyết tăng 496.752 vụ việc). Án nhiều và kéo dài tỷ lệ nghịch với thời gian nghiên cứu, xét xử ngắn để xét xử của Hội đồng xét xử. Nguyên nhân có nhiều, trong đó phải kể đến một số quy định của pháp luật liên quan đến thế chấp nhà ở còn biểu hiện thực trạng nói trên, nên thiếu cơ sở pháp lý để giải quyết tranh chấp. Chẳng hạn, trường hợp thế chấp quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng mua bán nhà ở, vậy khi xử lý tài sản thế chấp thì Tòa án sẽ xử lý căn nhà hay quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng mua bán căn nhà. Trường hợp bên mua nhà muốn vay vốn ngân hàng để thanh toán khoản tiền mua nhà ở còn thiếu thì không thể thế chấp chính ngôi nhà đó, mặc dù về mặt pháp lý thì bên mua đã trở thành chủ sở hữu nhà ở khi hợp đồng đã được công chứng, chứng thực và các bên đã bàn giao nhà. Song, thực tiễn các bên lại lựa chọn cách “lách luật” để thế chấp “quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng mua bán nhà ở” để bảo đảm cho nghĩa vụ trả nợ. Điều này đặt ra nhiều vấn đề khó khăn trên thực tế khó giải quyết. Trường hợp bên vay không trả được tiền thì tài sản bảo đảm bị xử lý sẽ là quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng mua bán nhà ở hay chính là nhà ở đó. Hơn nữa, trường hợp bên vay đã được cấp Giấy chứng nhận thì việc thế chấp quyền tài sản có đương nhiên trở thành thế chấp nhà ở hay không? Đó là những vấn đề thường xảy ra liên quan đến thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai. Vì thế, cần phải được bổ khuyết những nội dung thiếu vắng

trong quy định của pháp luật liên quan đến thế chấp nhà ở.

Các công trình nghiên cứu liên quan đến thế chấp nhà ở chưa xác định cơ sở lý luận của thế chấp, thế chấp nhà ở; một số yếu tố pháp lý vẫn chưa được nghiên cứu triệt để như cơ sở xây dựng khái niệm thế chấp nhà ở về mặt học thuật, bản chất của thế chấp nhà ở; xác định ý nghĩa pháp lý liên quan đến thế chấp nhà ở; thực trạng pháp luật thế chấp nhà ở trong đó so sánh, đối chiếu với pháp luật về thế chấp nhà ở của một số quốc gia có những đặc điểm pháp lý tương đồng có giá trị tham khảo cho quá trình pháp điển hóa tại Việt nam về thế chấp nhà ở.

Mặt khác, trong bối cảnh của kinh tế thị trường và xây dựng nhà nước pháp quyền, hoạt động kinh doanh, thương mại, dân sự, lao động ngày một trở nên đa dạng và sôi động, kéo theo các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ nói chung, biện pháp thế chấp nhà ở nói riêng cũng trở nên phổ biến và đa dạng. Vì thế, thế chấp nhà ở cũng đặt ra nhiều hơn những vấn đề lý luận và thực tiễn cần giải quyết. Trước thực trạng đó, việc nghiên cứu, phân tích và làm rõ cơ sở lý luận và thực tiễn của những căn cứ pháp lý thế chấp nhà ở là một trong nhiều nhu cầu cấp bách trong khoa học pháp lý dân sự ở Việt Nam hiện nay. Với tinh thần đó, việc chọn đề tài: “Thế chấp nhà ở theo quy định của pháp luật Việt Nam” làm đề tài luận án Tiến sĩ luật học là bảo đảm tính cấp thiết và tính thời sự của vấn đề nghiên cứu.

2. Tình hình nghiên cứu (Xem ở Phụ lục 01)

3. Đối tượng nghiên cứu và phạm vi nghiên cứu

3.1. Đối tượng nghiên cứu

Thứ nhất, các vấn đề lý luận, luận cứ khoa học về nhà ở và thế chấp nhà ở.

Thứ hai, các quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành về thế chấp nhà ở.(Bộ luật Dân sự năm 1995, năm 2005, năm 2015, Luật Đất đai, Luật Doanh nghiệp, Luật Thương mại, Luật Nhà ở, Luật Kinh doanh bất động sản, Luật Đầu tư; các Nghị định, Thông tư về các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ... Một số quy định của pháp luật của một số quốc gia trên thế giới.

Thứ ba, các tình huống, án kiện thực tế về thực tiễn thực hiện pháp luật về thế chấp nhà ở tại Việt Nam trong thời gian qua.

3.2. Phạm vi nghiên cứu

- Về nội dung: Luận án phân tích, làm rõ những cơ sở lý luận liên quan đến thế chấp nhà ở tiếp cận dưới góc độ pháp luật, xã hội với góc nhìn là một biện pháp bảo

đảm mà cơ sở phát sinh của biện pháp thế chấp nhà ở này là là hợp đồng thế chấp nhà ở, ngoài ra phân tích những vấn đề về thế chấp nhà ở được quy định trong các văn bản pháp luật tại Việt Nam.

- *Về không gian*: Luận án giới hạn nghiên cứu về thế chấp nhà ở theo quy định của pháp luật Việt Nam (Bộ luật Dân sự, Luật Nhà ở, Luật Đất đai,...) và một số quốc gia (Nga, Trung Quốc, Thái Lan, Pháp,...), trong đó tập trung vào pháp luật và thực thi pháp luật về thế chấp nhà ở tại Việt Nam.

- *Về thời gian*: Ngoài những nghiên cứu mang tính lịch sử, việc phân tích pháp luật và thực tiễn sẽ tập chung từ Bộ Luật Dân sự 1995, Luật Nhà ở năm 2005.

4. Mục đích, nhiệm vụ nghiên cứu

4.1. Mục đích nghiên cứu

Mục đích của việc nghiên cứu đề tài là nghiên cứu làm rõ những vấn đề lý luận về thế chấp nhà ở. Trên cơ sở lý luận để nghiên cứu các quy định của luật thực định về thế chấp nhà ở, tìm hiểu thực tế áp dụng luật thực định để giải quyết các tranh chấp về thế chấp nhà ở trong hoạt động xét xử của Tòa án, luận án đã tìm hiểu và phát hiện những quy định bất cập, chưa cụ thể. Trên cơ sở đó, một mặt góp phần hoàn chỉnh lý luận khoa học đối với quy định của pháp luật về thế chấp nhà ở, mặt khác, từ lý luận khoa học hoàn chỉnh sẽ giúp cho việc đề xuất, kiến nghị các giải pháp cụ thể để hoàn thiện hệ thống quy định về thế chấp nhà ở nhằm nâng cao hiệu quả điều chỉnh của pháp luật đối với biện pháp thế chấp nhà ở trong thực hiện và áp dụng pháp luật.

4.2. Nhiệm vụ nghiên cứu

Là công trình khoa học đầu tiên ở cấp độ Luận án nghiên cứu chuyên sâu, toàn diện và có hệ thống những quy định của pháp luật và thực tiễn áp dụng pháp luật về thế chấp nhà ở trong bối cảnh thực tại của Việt Nam. Để đạt được mục đích nêu trên, luận án có nhiệm vụ nghiên cứu sau:

- Thứ nhất, nghiên cứu, phân tích và làm rõ những vấn đề lý luận về thể chấp nhà ở.

- Thứ hai, tìm hiểu đầy đủ và có hệ thống thể chấp nhà ở trong pháp luật Việt Nam, phân tích và đánh giá thực trạng pháp luật và thực tiễn thực hiện pháp luật về thể chấp nhà ở, chỉ ra một số bất cập, thiếu khuyết, không phù hợp với thực tiễn thực hiện và áp dụng quy định của pháp luật trên thực tế.

- Thứ ba, tìm hiểu một số quy định của pháp luật về thể chấp nhà ở của một số quốc gia trên thế giới để rút ra các giá trị tham khảo cho Việt Nam.

- Thứ tư, đề xuất định hướng; đưa ra giải pháp hoàn thiện pháp luật và nâng cao hiệu quả thực hiện pháp luật về thể chấp nhà ở tại Việt Nam.

5. Phương pháp luận và các phương pháp nghiên cứu

5.1. Phương pháp luận

Việc phân tích các quan điểm của vấn đề nghiên cứu dựa trên nền tảng phương pháp luận duy vật biện chứng, duy vật lịch sử. Luận án sử dụng lý luận chủ nghĩa Mác - Lênin, tư tưởng Hồ Chí Minh và quan điểm của Đảng Cộng sản Việt Nam làm phương pháp luận trong quá trình nghiên cứu đề tài.

5.2. Phương pháp nghiên cứu

Trên cơ sở nền tảng đó tác giả sử dụng các phương pháp nghiên cứu cụ thể của khoa học xã hội, bao gồm:

- Phương pháp phân tích được sử dụng khi đánh giá, bình luận các quy định trong luật, các bài học kinh nghiệm để làm cơ sở cho những kết luận khoa học. Phương pháp này được sử dụng trong suốt quá trình thực hiện đề tài nghiên cứu.

- Phương pháp phân loại và hệ thống hóa lý thuyết là sắp xếp các tài liệu khoa học liên quan đến thể chấp nhà ở, theo từng mặt, từng đơn vị, từng vấn đề có cùng dấu hiệu bản chất.

- Phương pháp phân tích tổng kết kinh nghiệm dùng để xem xét lại những thành quả thực tiễn trong quá khứ về những quy định thể chấp nhà ở để rút ra kết luận cho thực tiễn và khoa học.

- Phương pháp tổng hợp sử dụng để đánh giá nhằm rút ra những kết luận tổng quan, những quan điểm, các đề xuất, kiến nghị cụ thể liên quan đến lĩnh vực thể chấp

nhà ở.

- Phương pháp so sánh luật học được sử dụng khi phân tích, đánh giá các quy định của pháp luật về vấn đề nghiên cứu trong mối tương quan với quy định pháp luật trong lĩnh vực khác, pháp luật của nước ngoài nhằm làm sáng tỏ những điểm chung, sự khác biệt trong các quy định hiện hành của pháp luật Việt Nam.

- Phương pháp phân tích logic quy phạm được sử dụng khi đánh giá thực trạng pháp luật, xem xét về tính thống nhất, tính đồng bộ nhằm phát hiện mâu thuẫn trong nội dung quy định pháp luật về thế chấp nhà ở để đề xuất kiến nghị giải pháp.

- Phương pháp chuyên gia được sử dụng để trao đổi, tham vấn ý kiến trong đề xuất xây dựng các quy định về pháp luật thế chấp nhà ở.

- Phương pháp lịch sử nghiên cứu bằng cách đi tìm nguồn gốc phát sinh, quá trình phát triển của thế chấp nhà ở, từ đó rút ra mối quan hệ biện chứng giữa thế chấp nhà ở.

Ngoài các phương pháp nghiên cứu có tính phổ quát nêu trên, luận án còn áp dụng phương pháp điều tra, thống kê. Đồng thời cũng dựa trên các số liệu, báo cáo tổng kết hàng năm của Chính phủ, các bộ ngành liên quan để giải quyết được các nội dung thuộc yêu cầu của luận án.

6. Những điểm mới của luận án

Luận án là công trình đầu tiên phân tích một cách toàn diện, đầy đủ và có hệ thống về thế chấp nhà ở. Luận án được trình bày với những điều mới sau đây:

Thứ nhất, Luận án góp phần hình thành, làm rõ cơ sở lý luận về thế chấp nhà ở, đã tiếp cận một cách khoa học về thế chấp nhà ở trên cơ sở chung nhất, trên cơ sở đó xây dựng và hoàn thiện các khái niệm về thế chấp, khái niệm, đặc điểm và bản chất của thế chấp nhà ở, các tiêu chí phân loại nhà ở và giá trị của việc phân loại này.

Thứ hai, Luận án đánh giá có hệ thống thực trạng pháp luật và thực tiễn thực hiện pháp luật về thế chấp nhà ở. Luận án đã phân tích các nội dung cơ bản pháp luật Việt Nam về thế chấp nhà ở. Đặc biệt, Luận án đã phân tích và đánh giá những điểm mới của Bộ luật dân sự năm 2015 và Nghị định số 21 ..về biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ.

Thứ ba, qua lý luận và phân tích thực tiễn áp dụng luật về thế chấp nhà ở, phát hiện được những quy định thiếu tính cụ thể, thiếu tính đồng bộ dẫn đến bất cập, không hợp lý, chưa bảo đảm được tính khoa học về những quy định của luật thực định về thế chấp nhà ở mà các công trình khoa học trước đó chưa rà soát được.

Thứ tư, với mong muốn đóng góp sức mình vào sự hoàn thiện pháp luật cũng như áp dụng pháp luật, Luận án đã đưa ra một số trường hợp cụ thể còn nhiều vướng mắc khi xác định quyền và nghĩa vụ của các bên chủ thể trong biện pháp thế chấp nhà ở. Bằng luận cứ khoa học, Luận án đã đưa ra kết luận của mình trong việc mở rộng thêm quyền của bên nhận thế chấp nhà ở.

Thứ năm, Luận án đã đưa ra các định hướng tổng thể và các giải pháp cụ thể nhằm hoàn thiện pháp luật cũng như nâng cao hiệu quả thực hiện pháp luật về thế chấp nhà ở tại Việt Nam.

7. Ý nghĩa luận và thực tiễn của Luận án

7.1. Đóng góp về mặt lý luận

Kết quả đạt được của Luận án góp phần làm sáng tỏ phương diện lý luận trong khoa học pháp lý về thế chấp nhà ở. Xây dựng khái niệm và xác định các đặc trưng pháp lý, làm rõ đối tượng của thế chấp nhà ở. Luận án phân tích thực trạng điều chỉnh của pháp luật hiện hành, chỉ ra những bất cập và đưa ra giải pháp hoàn thiện pháp luật.

7.2. Đóng góp về mặt thực tiễn

Luận án là công trình nghiên cứu khá toàn diện về pháp luật về thế chấp nhà ở, góp phần giúp các nhà lập pháp, cơ quan nhà nước có thẩm quyền, các nhà nghiên cứu trong xây dựng và hoàn thiện pháp luật về thế chấp nhà ở. Kết quả nghiên cứu của Luận án cũng góp phần nâng cao hiệu quả thực hiện pháp luật về thế chấp nhà ở, đồng thời có thể sử dụng làm tài liệu nghiên cứu, giảng dạy tại các cơ sở đào tạo pháp luật.

8. Kết cấu của luận án

Chương 1: Cơ sở lý luận về thế chấp nhà ở

Chương 2: Thực trạng pháp luật Việt Nam về thế chấp nhà ở

Chương 3: Thực tiễn áp dụng pháp luật về thế chấp nhà ở và một số kiến nghị, giải pháp hoàn thiện.

CHƯƠNG 1 CƠ SỞ LÝ LUẬN VỀ THẾ CHẤP NHÀ Ở

1.1. Nhận diện chung và đặc điểm của thế chấp

1.1.1. Nhận diện chung về thế chấp

Trong lịch sử hình thành của các chế định luật dân sự, các quy định về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ ra đời muộn hơn so với các quy định khác. Tuy nhiên, các quy định về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ lại được coi là các quy định có ý nghĩa quan trọng, góp phần bảo đảm cho các nghĩa vụ được hoàn thành, bảo đảm quyền và lợi ích hợp pháp của bên có quyền trong quan hệ nghĩa vụ. Điều này thể hiện ở chỗ mặc dù nhà làm luật đã ghi nhận các loại chế tài dân sự mà bên vi phạm nghĩa vụ phải gánh chịu. Song các loại chế tài này hầu như không có khả năng hiện thực hoá việc bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của bên bị vi phạm. Sự hình thành các biện pháp bảo đảm giống như chiếc “phao cứu sinh” bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của bên bị vi phạm, khôi phục những tổn thất mà bên bị vi phạm phải gánh chịu.

Trong các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ, thế chấp là một trong các biện pháp bảo đảm được hình thành sớm nhất và được áp dụng phổ biến nhất trong các biện pháp bảo đảm, bởi những ưu điểm của biện pháp thế chấp mà các biện pháp bảo đảm khác không có được. Đối với bên thế chấp thì ưu điểm lớn nhất mà biện pháp này mang lại đó là “bên thế chấp vẫn được khai thác tài sản thế chấp”². Đối với bên nhận thế chấp thì ưu điểm lớn nhất của biện pháp này là tài sản thế chấp “đa phần là bất động sản”³ nên việc tẩu tán tài sản thế chấp sẽ khó có thể thực hiện được, qua đó giúp cho bên nhận thế chấp có thể duy trì được vật quyền một cách thực tế trên tài sản thế chấp. Đi liền với tính phổ biến của biện pháp thế chấp, trong khoa học pháp lý dân sự, thế chấp cũng là một trong các nội dung được nghiên cứu nhiều nhất trong các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ. Các nghiên cứu được thực hiện ở nhiều góc độ, nhiều loại hình khác nhau, nên việc tiếp cận khái niệm thế chấp cũng có những sự khác biệt nhất định.

Trên thế giới, thế chấp được tiếp cận từ nhiều học thuyết pháp lý khác nhau và các học thuyết này có xu hướng đối lập nhau. Sự đối lập này không chỉ tồn tại ở các hệ thống pháp luật khác nhau mà còn tồn tại ở các nước trong cùng một hệ thống pháp

² Phạm Văn Tuyết và Lê kim Giang (2022), *Câu hỏi thường gặp trong lĩnh vực dân sự*, Nxb Tư pháp, Hà Nội, tr.326

³ Phạm Văn Tuyết và Lê kim Giang (2022), *Câu hỏi thường gặp trong lĩnh vực dân sự*, Nxb Tư pháp, Hà Nội, tr.326

luật.

Ở các nước trong hệ thống thông luật (Common law), thế chấp được tiếp cận từ hai học thuyết đối lập nhau đó là học thuyết về quyền sở hữu và học thuyết về quyền chiếm giữ⁴. Theo học thuyết về quyền sở hữu, khi quan hệ thế chấp được thiết lập, bên nhận thế chấp được sở hữu tạm thời đối với tài sản thế chấp. Khi bên có nghĩa vụ không hoàn thành nghĩa vụ đúng hạn thì bên nhận thế chấp chính thức được sở hữu tuyệt đối với tài sản thế chấp. Điển hình cho việc áp dụng lý thuyết này chính là Anh. Theo đó, ở Anh, thế chấp được coi là một biện pháp bảo đảm mà ở đó quyền sở hữu đối với tài sản thế chấp được chuyển từ bên thế chấp sang bên nhận thế chấp để bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ, nhưng bên thế chấp sẽ được chuộc lại tài sản thế chấp khi đã hoàn thành nghĩa vụ⁵. Như vậy, theo học thuyết này, thế chấp chính là sự chuyển giao quyền sở hữu tài sản theo cách thức bảo đảm với một ngụ ý rằng quyền sở hữu sẽ được chuyển giao lại cho con nợ nếu đã thực hiện xong nghĩa vụ thanh toán của mình⁶. Theo cách tiếp cận từ học thuyết này cho thấy biện pháp thế chấp có điểm tương đồng với quy định về chuộc lại tài sản đã bán trong Bộ luật Dân sự của Việt Nam. Theo học thuyết về quyền chiếm giữ, theo đó pháp luật không buộc bên thế chấp phải chuyển quyền sở hữu đối với tài sản thế chấp sang cho bên nhận thế chấp mà chỉ trao cho bên nhận thế chấp quyền xử lý tài sản thế chấp và quyền được ưu tiên thanh toán. Đây là cách tiếp cận đang chiếm ưu thế ở các quốc gia trong hệ thống thông luật⁷. Những lý thuyết của học thuyết này cũng được áp dụng tại Việt Nam, đặc biệt là quá trình xây dựng Bộ luật Dân sự năm 2015.

Ở các nước trong hệ thống Civil law, các quy định về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ nói chung, quy định về thế chấp tài sản nói riêng chịu ảnh hưởng bởi lý thuyết về vật quyền và trái quyền La Mã. Theo lý thuyết này thì thế chấp tài sản là biện pháp bảo đảm chứa đựng cả yếu tố vật quyền và yếu tố trái quyền⁸. Yếu tố vật quyền thể hiện ở chỗ bên nhận thế chấp được xác lập và tri phối, kiểm soát tài sản thế chấp mặc

⁴ Witold Wolodkiewicz & GS.TS Maria Zablocka (1999), *Giáo trình Luật La Mã của Đại học Tổng hợp Warszawa - Ba Lan*, (Lê Nét dịch), Nxb Thành phố Hồ Chí Minh.

⁵ Nguyễn Quang Hương Trà (2021), *Thế chấp bất động sản theo quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành*, luận án tiến sĩ luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội, tr.27

⁶ Louise Gullifer, *Goode on legal problem of credit and security*, Fourth edition, NW3 3PF part of Thomson Reuters (Professional) U Limited. Dẫn từ Vũ Thị Hồng Yên (2013), *Tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp theo quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành*, luận án tiến sĩ luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội, tr. 10

⁷ Vũ Thị Hồng Yên (2017), *Tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp theo quy định của Bộ luật dân sự năm 2015*, Nxb Chính trị quốc gia Sự thật, Hà Nội, tr.10.

⁸ Vũ Thị Hồng Yên (2013), *Tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp theo quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành*, luận án tiến sĩ luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội, tr.13.

dù không trực tiếp nắm giữ tài sản. Đồng thời, bên nhận thế chấp cũng được thực hiện các quyền năng trên tài sản thế chấp mà các bên thoả thuận hoặc pháp luật quy định và được ưu tiên thanh toán, qua đó bảo đảm cho nghĩa vụ được thực hiện một cách tốt nhất. Yếu tố trái quyền của thế chấp thể hiện ở cơ sở hình thành nên biện pháp thế chấp chính là hợp đồng thế chấp. Hợp đồng này cũng phải được hình thành trên cơ sở các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự và phải đáp ứng đầy đủ các điều kiện để được công nhận là một hợp đồng hợp pháp. Thông qua quá trình thoả thuận, các bên chấp nhận ràng buộc với nhau thông qua việc xác lập hệ thống các quyền và nghĩa vụ cho từng bên. Mặc dù khi biện pháp thế chấp đã được hình thành thì việc thực thi các quyền của bên nhận thế chấp không phụ thuộc vào ý chí của bên thế chấp, song rõ ràng rằng nếu không có sự thoả thuận hợp pháp của các bên thì sẽ không hình thành nên biện pháp thế chấp, và khi đó sẽ không có bất cứ vật quyền bảo đảm nào được hình thành.

Ở Việt Nam, quá trình xây dựng các quy định pháp luật về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ nói chung, quy định về thế chấp nói riêng cũng chịu ảnh hưởng bởi quan điểm lập pháp của các quốc gia khác nhau. Tuy nhiên, nhà làm luật Việt Nam không xây dựng nên các quy định về thế chấp có sự pha trộn giữa các học thuyết pháp lý khác nhau mà có sự chọn lọc những quan điểm lập pháp được thừa nhận phổ biến và phù hợp với điều kiện kinh tế - xã hội. Trong đó, nền tảng lý luận được tiếp cận chủ yếu từ lý thuyết vật quyền và trái quyền. Mặc dù vậy, trong Bộ luật Dân sự năm 2015 và các văn bản pháp luật có liên quan, nhà làm luật không sử dụng các cụm từ “vật quyền” và “trái quyền”. Điều này cũng dẫn đến nhiều quan điểm với nhiều cách tiếp cận khác nhau về thế chấp tài sản.

Ở cách tiếp cận đầu tiên, thế chấp được coi là một quan hệ pháp luật. Theo đó, bản chất của quan hệ thế chấp tài sản để bảo đảm thực hiện hợp đồng tín dụng ngân hàng là quan hệ hợp đồng⁹. Đây là cách tiếp cận từ cơ sở hình thành biện pháp thế chấp tài sản nên từ cách tiếp cận này có thể nhận biết biện pháp thế chấp tài sản là biện pháp bảo đảm ước định, hình thành từ sự thoả thuận giữa bên thế chấp và bên nhận thế chấp. Tuy nhiên, thoả thuận của các bên chỉ được coi là căn cứ hình thành biện pháp thế chấp, nhưng vật quyền bảo đảm có thể chưa được hình thành trên tài sản thế chấp,

⁹ Nguyễn Văn Hoạt (2003), *Đảm bảo thực hiện hợp đồng tín dụng ngân hàng bằng thế chấp tài sản*, luận án tiến sĩ luật học, Viện Nhà nước và Pháp luật, Hà Nội, tr.47

đặc biệt là thế chấp bất động sản thuộc loại phải đăng ký quyền sở hữu. Bởi vì, đối với trường hợp thế chấp bất động sản phải đăng ký quyền sở hữu thì biện pháp thế chấp phải được đăng ký theo quy định của pháp luật thì quyền của bên nhận thế chấp mới được xác lập trên tài sản thế chấp¹⁰. Nghĩa là theo cách tiếp cận này thì các quyền của bên nhận thế chấp đối với tài sản thế chấp sẽ mang tính gián tiếp thông qua hành vi thực hiện nghĩa vụ của bên thế chấp theo hợp đồng đã ký kết mà không có quyền trực tiếp trên tài sản thế chấp. Nếu bên thế chấp vi phạm nghĩa vụ thì bên nhận thế chấp chỉ có thể khởi kiện ra toà yêu cầu thực hiện đúng nghĩa vụ. Điều này đồng nghĩa với việc biện pháp thế chấp sẽ không hoàn thành được chức năng bảo đảm quyền cho bên nhận thế chấp¹¹.

Ở cách tiếp cận thứ hai, thế chấp được hiểu là một biện pháp bảo đảm mang tính chất đối vật, được pháp luật ghi nhận và bảo đảm thực hiện đối với các bên trong quan hệ thế chấp¹². Cách tiếp cận này cho thấy thế chấp là một biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ mà ở đó bên nhận thế chấp được xác lập các quyền trên tài sản thế chấp. Khi các quyền này được xác lập thì bên nhận thế chấp được tác động trực tiếp đến tài sản thế chấp mà không phụ thuộc vào ý chí của bất cứ chủ thể nào¹³. Tuy nhiên, theo cách tiếp cận này thì sẽ không thể lý giải được cơ sở để bên nhận thế chấp có thể xác lập vật quyền bảo đảm trên tài sản thế chấp, trong khi đó tài sản thế chấp thuộc sở hữu của bên nhận thế chấp. Đồng thời, nếu chỉ dựa vào cách tiếp cận này thì không thể nhận diện được bản chất của thế chấp tài sản là biện pháp bảo đảm ước định hay luật định.

Nghiên cứu sinh cho rằng, để có được cái nhìn toàn diện về thế chấp thì cần phải kết hợp hai cách tiếp cận về thế chấp như đã nói ở trên. Thực tế thì biện pháp thế chấp chỉ được hình thành khi có sự thoả thuận và thống nhất ý chí giữa bên thế chấp và bên nhận thế chấp. Trong quá trình thoả thuận này, bên thế chấp thể hiện ý chí để cho bên nhận thế chấp xác lập vật quyền bảo đảm trên tài sản của mình. Tuy nhiên,

¹⁰ Xem thêm Điều 4 Nghị định số 102/2017/NĐ-CP của Chính phủ ngày 01/9/2017 về đăng ký biện pháp bảo đảm.

¹¹ Vũ Thị Hồng Yến (chủ nhiệm đề tài, 2017), *Bảo đảm tiền vay của các tổ chức tín dụng bằng thế chấp bất động sản theo quy định của pháp luật hiện hành*, đề tài nghiên cứu khoa học cấp cơ sở, Trường Đại học Luật Hà Nội, tr.9-10.

¹² Nguyễn Thị Nga (2008), *Pháp luật về thế chấp quyền sử dụng đất ở Việt Nam*, luận án tiến sĩ luật học, Viện Nhà nước và pháp luật, Hà Nội, tr.17-19

¹³ Vũ Thị Hồng Yến (chủ nhiệm đề tài, 2017), *Bảo đảm tiền vay của các tổ chức tín dụng bằng thế chấp bất động sản theo quy định của pháp luật hiện hành*, đề tài nghiên cứu khoa học cấp cơ sở, Trường Đại học Luật Hà Nội, tr.10.

bên nhận thế chấp cũng phải chấp nhận chuyển giao một lợi ích (quyền khai thác giá trị của một khoản tiền hoặc tài sản khác) của mình sang cho bên nhận thế chấp hoặc bên thứ ba trong một khoảng thời gian nhất định. Như vậy có thể thấy rằng, vật quyền bảo đảm không tự nhiên hình thành trên tài sản thế chấp mà nó phụ thuộc vào sự thoả thuận và thống nhất ý chí của các bên. Nghĩa là quyền của bên nhận thế chấp có được hình thành hay không và phạm vi, mức độ quyền đó đến đâu cũng phụ thuộc vào ý chí của bên thế chấp. Đây là một trong những dấu hiệu cơ bản của quan hệ trái quyền. Khi hợp đồng thế chấp đã có hiệu lực, bên nhận thế chấp được xác lập vật quyền bảo đảm trên tài sản thế chấp và sẽ hoàn thiện quyền này thông qua việc thực hiện các thủ tục (nếu có). Đồng thời, khi quyền của bên nhận thế chấp đã được xác lập trên tài sản thế chấp thì bên nhận thế chấp có quyền truy đòi, quyền xử lý tài sản thế chấp, quyền ưu tiên thanh toán và các quyền khác (ví dụ ngăn chặn bên thế chấp bán tài sản thế chấp). Việc thực hiện các quyền này không phụ thuộc vào ý chí của bên thế chấp hoặc bất cứ bên thứ ba nào. Cho đến khi nào tài sản thế chấp còn tồn tại thì các quyền của bên nhận thế chấp vẫn còn tồn tại. Đây chính là những dấu hiệu thể hiện bản chất của vật quyền bảo đảm. Với những phân tích này cho thấy thế chấp là một biện pháp bảo đảm chứa đựng cả yếu tố vật quyền và yếu tố trái quyền, chúng tương hỗ cho nhau để thực hiện tốt nhất chức năng bảo đảm của mình mà không có sự đối lập nhau¹⁴. Qua những phân tích, đánh giá các cách tiếp cận nói trên, cùng với những phân tích của mình, nghiên cứu sinh cho rằng định nghĩa thế chấp cần được nhận diện như sau:

Thế chấp là một biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ hình thành trên cơ sở sự thoả thuận của bên thế chấp và bên nhận thế chấp, theo đó bên nhận thế chấp xác lập các quyền trên tài sản thế chấp, nhằm bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ của bên thế chấp hoặc của người thứ ba mà không phải chuyển giao tài sản thế chấp.

1.1.2. Đặc điểm của thế chấp

Trong các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ thì thế chấp là một trong những biện pháp được hình thành sớm nhất. Thế chấp được ghi nhận ngay từ khi chế định bảo đảm thực hiện nghĩa vụ ra đời. Chính vì vậy, thế chấp mang đầy đủ các đặc điểm chung của bảo đảm thực hiện nghĩa vụ đó là tính dự phòng, tính bảo đảm, tồn tại song song với một quan hệ nghĩa vụ, ... Ngoài ra, thế chấp cũng có những đặc điểm

¹⁴ Vũ Thị Hồng Yến (chủ nhiệm đề tài, 2017), *Bảo đảm tiền vay của các tổ chức tín dụng bằng thế chấp bất động sản theo quy định của pháp luật hiện hành*, đề tài nghiên cứu khoa học cấp cơ sở, Trường Đại học Luật Hà Nội, tr.11.

riêng như sau:

Thứ nhất, thế chấp là một biện pháp bảo đảm hình thành từ sự thoả thuận

Trong khoa học pháp lý dân sự hiện nay, thế chấp có thể được tiếp cận dưới nhiều góc độ khác nhau. Có thể là một hợp đồng, có thể là một biện pháp bảo đảm, ... Tuy nhiên, nếu xem thế chấp là một hợp đồng thì hợp đồng đó thuộc loại hợp đồng chuyển quyền sở hữu hay hợp đồng chuyển quyền sử dụng tài sản? Rõ ràng rằng trong suốt thời gian tồn tại của quan hệ thế chấp, quyền sở hữu tài sản thế chấp vẫn thuộc về bên thế chấp nên đây không phải là hợp đồng chuyển quyền sở hữu tài sản. Hơn nữa, trong thời gian tồn tại quan hệ thế chấp, quyền sử dụng tài sản thế chấp vẫn thuộc về bên thế chấp mà không thuộc về bên nhận thế chấp¹⁵. Như vậy, hợp đồng thế chấp cũng không phải là hợp đồng chuyển quyền sử dụng tài sản.

Bộ luật Dân sự năm 2015 vẫn có sự kế thừa các bộ luật trước đó khi vẫn ghi nhận các hợp đồng thông dụng. Trong các hợp đồng thông dụng đó có các hợp đồng có đối tượng là tài sản. Về lý thuyết thì dựa vào mục đích xác lập hợp đồng, các hợp đồng có đối tượng là tài sản được phân chia thành hợp đồng có mục đích chuyển quyền sở hữu tài sản và hợp đồng có mục đích chuyển quyền sử dụng tài sản. Cho đến thời điểm hiện nay, khoa học pháp lý dân sự vẫn chưa ghi nhận hợp đồng thông dụng nào có đối tượng là tài sản mà lại có mục đích nằm ngoài hai mục đích trên. Điều đó có nghĩa rằng, cả trong tư duy lập pháp và tư duy khoa học cũng đều không coi hợp đồng thế chấp là hợp đồng thông dụng. Tuy nhiên, thực tế cho thấy hợp đồng thế chấp cũng không phải là hợp đồng có tần suất xác lập thấp trên thực tế, mà là một loại hợp đồng tương đối phổ biến trong đời sống hàng ngày. Vậy, phải chăng thế chấp là một hợp đồng có những nét đặc thù riêng?

Về nguyên tắc, hợp đồng là căn cứ để tạo ra các trái quyền cho các chủ thể xác lập hợp đồng. Theo đó, trong quan hệ hợp đồng thì quyền của bên này luôn phụ thuộc vào hành vi thực hiện nghĩa vụ của bên kia, tức là hợp đồng luôn được xem là căn cứ để tạo ra các quan hệ trái quyền. Song, khi thế chấp được hình thành thì quyền của bên nhận thế chấp lại không phụ thuộc vào ý chí hay hành vi thực hiện nghĩa vụ của bên thế chấp mà phụ thuộc vào sự tồn tại của tài sản thế chấp. Như đã phân tích ở trên thì quyền của bên nhận thế chấp chính là một loại vật quyền bảo đảm nên các quyền này

¹⁵ Xem khoản 1 Điều 321 Bộ luật dân sự năm 2015

phải được luật quy định¹⁶. Với những phân tích này cho thấy hợp đồng thế chấp (mang tính chất trái quyền) chỉ nên được coi là căn cứ tạo lập quyền của bên nhận thế chấp đối với tài sản thế chấp (mang tính chất vật quyền)¹⁷. Chính vì vậy, theo quan điểm của nghiên cứu sinh khi việc nhìn nhận thế chấp là một biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ sẽ phù hợp với bản chất của thế chấp hơn là khi nhìn nhận nó là một hợp đồng. Tuy nhiên, đây cũng chỉ là góc nhìn cá nhân của nghiên cứu và cũng không phải là căn cứ để phủ nhận đi quan điểm cho rằng thế chấp là một hợp đồng như đã chỉ dẫn ở trên.

Thứ hai, thế chấp là một biện pháp bảo đảm mang tính chất vật quyền

Trên phương diện lý luận, vật quyền được hiểu là quyền của một chủ thể bằng hành vi của mình tác động lên tài sản theo ý chí của mình mà không phụ thuộc vào người khác nhằm thoả mãn lợi ích của mình¹⁸. Vật quyền bảo đảm chính là một trong các loại vật quyền mà theo đó chủ thể mang quyền có quyền trực tiếp tác động vào tài sản là đối tượng của quyền và cũng là đối tượng của quan hệ bảo đảm thực hiện nghĩa vụ mà không phụ thuộc vào hành vi của chủ thể khác¹⁹. Vật quyền bảo đảm khi đã được hình thành thì bên nhận bảo đảm sẽ có các quyền cơ bản như theo đuổi, bắt kê tài sản thế chấp đang thuộc quyền chiếm hữu của chủ thể nào và quyền đối kháng lợi ích với các chủ thể khác. Những đặc tính của vật quyền bảo đảm cũng chính là các quyền năng mà luật ghi nhận cho bên nhận thế chấp được xác lập và thực hiện trên tài sản thế chấp. Khi biện pháp thế chấp được xác lập và đã được đăng ký tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền thì bên nhận thế chấp có quyền truy đòi tài sản và quyền ưu tiên thanh toán khi xử lý tài sản thế chấp. Các quyền này được xác lập trên tài sản thế chấp và việc thực hiện các quyền này không phụ thuộc vào ý chí của bất cứ chủ thể nào. Ngay cả khi chủ thể đang chiếm hữu tài sản thế chấp không mong muốn thì cũng phải giao tài sản để bên nhận thế chấp xử lý theo quy định. Chính vì vậy có thể nhận thấy rằng thế chấp tài sản chính là một biện pháp bảo đảm mang tính chất vật quyền.

¹⁶ Hoàng Thị Thuý Hằng (2012), *Chế định vật quyền và dự kiến sửa đổi phần Tài sản và quyền sở hữu trong bộ Bộ luật dân sự (sửa đổi) của Việt Nam*, Tài liệu Hội thảo “Một số vấn đề về pháp luật dân sự, so sánh pháp luật Cộng hoà Liên bang Đức, Cộng hoà Pháp, Nhật Bản và Việt Nam, tổ chức tại Hà Nội ngày 02 và 03/10/2012”.

¹⁷ Vũ Thị Hồng Yến (chủ nhiệm đề tài, 2017), *Bảo đảm tiền vay của các tổ chức tín dụng bằng thế chấp bất động sản theo quy định của pháp luật hiện hành*, đề tài nghiên cứu khoa học cấp cơ sở, Trường Đại học Luật Hà Nội, tr.12.

¹⁸ Nguyễn Minh Oanh (chủ biên, 2018), *Vật quyền trong pháp luật dân sự Việt Nam hiện đại*, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội, tr.14.

¹⁹ Nguyễn Minh Oanh (chủ nhiệm đề tài, 2018), *Chế định vật quyền trong pháp luật dân sự Việt Nam hiện đại*, đề tài khoa học cấp cơ sở, Trường Đại học Luật Hà Nội, tr.145.

Thứ ba, thế chấp là biện pháp bảo đảm không có sự chuyển giao tài sản²⁰

Đây là một trong những đặc điểm cơ bản thể hiện sự khác biệt giữa thế chấp và cầm cố tài sản. Tuy nhiên, cho đến thời điểm hiện nay, vẫn tồn tại những quan điểm trái chiều liên quan đến việc xác định vấn đề chuyển giao tài sản thế chấp. Ý kiến trái chiều này không tồn tại trong các quan điểm khoa học mà lại tồn tại trong quan điểm của các nhà lập pháp, các nhà khoa học pháp lý với quan điểm của cơ quan tư pháp mà cụ thể là Toà án nhân dân tối cao. Ở góc độ lập pháp, khoản 1 Điều 317 đã khẳng định thế chấp là một biện pháp bảo đảm mà không có sự chuyển giao tài sản. Quan điểm lập pháp này cũng được thừa nhận rộng rãi trong khoa học pháp lý hiện nay. Trong đó nhấn mạnh rằng việc không chuyển giao được thể hiện trên hai phương diện bao gồm không chuyển giao quyền sở hữu (chính xác hơn là quyền định đoạt) và không chuyển giao quyền chiếm hữu, sử dụng tài sản thế chấp²¹. Tuy nhiên, ở phía cơ quan tư pháp lại cho rằng “thế chấp tài sản là một giao dịch chuyển giao tài sản có điều kiện”²².

Theo quan điểm của nghiên cứu sinh, nếu chỉ tiếp cận ở góc độ bảo vệ quyền lợi của người thứ ba ngay tình thì việc cho rằng cần phải hiểu quy định “chuyển giao bằng một giao dịch dân sự khác” tại khoản 2 Điều 133 của Bộ luật Dân sự được áp dụng cả trong trường hợp giao dịch về thế chấp tài sản thì có thể chấp nhận được, bởi vì quy định tại khoản 2 Điều 133 không giới hạn bên thứ ba ngay tình được bảo vệ quyền lợi ở đây là ai, và cũng không loại trừ bên thứ ba ngay tình lại chính là bên nhận thế chấp. Tức là về thực chất thì đây chỉ là một cách giải thích luật để bảo đảm sự áp dụng thống nhất quy định về bảo vệ người thứ ba ngay tình khi một giao dịch dân sự vô hiệu theo quy định tại khoản 2 Điều 133 Bộ luật dân sự năm 2015. Ngoài trường hợp này ra, nghiên cứu sinh cho rằng không thể hiểu “thế chấp là một giao dịch chuyển giao tài sản có điều kiện”. Bởi vì, quan điểm lập pháp đã khẳng định không có sự chuyển giao tài sản thế chấp. Hơn nữa, khi hợp đồng thế chấp có hiệu lực pháp luật, vật quyền bảo đảm đã phát sinh trên tài sản thế chấp thì tài sản thế chấp vẫn do bên thế chấp chiếm hữu, sử dụng và thậm chí bên thế chấp còn được định đoạt tài sản thế chấp trong một số trường hợp luật định (bao gồm cả trường hợp không cần sự đồng ý của bên nhận thế chấp - đó là trường hợp tài sản thế chấp là hàng hoá luân chuyển trong hoạt động sản

²⁰ Xem thêm khoản 1 Điều 317 Bộ luật dân sự năm 2015

²¹ Xem Nguyễn Quang Hương Trà (2021), *Thế chấp bất động sản theo quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành*, luận án tiến sĩ luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội, tr.32.

²² Xem mục 1 phần II Công văn số 64/TANDTC-PC ngày 03 tháng 4 năm 2019 thông báo kết quả giải đáp trực tuyến một số vướng mắc về hình sự, dân sự và tổ tụng hành chính.

xuất kinh doanh). Bên nhận thế chấp được xác lập vật quyền bảo đảm trên tài sản thế chấp, nhưng không có quyền chiếm hữu, sử dụng cũng như định đoạt tài sản thế chấp cho đến khi xuất hiện một trong căn cứ để xử lý tài sản thế chấp. Hơn nữa, quyền xử lý tài sản thế chấp là quyền luật định mà “không phải do bên thế chấp chuyển giao”. Điều này thể hiện ở chỗ ngay cả khi trong hợp đồng thế chấp không ghi nhận quyền được xử lý tài sản thế chấp thì khi xuất hiện một trong các căn cứ để xử lý tài sản thế chấp thì bên nhận thế chấp vẫn được quyền xử lý tài sản mà không phụ thuộc vào ý chí của bên thế chấp là có quyền giao quyền này hay không.

Thứ tư, thế chấp là một biện pháp bảo đảm mà đối tượng thường là tài sản phải đăng ký quyền sở hữu

Như đã phân tích ở trên, thế chấp tài sản là một biện pháp bảo đảm có tính chất vật quyền. Tính chất vật quyền của biện pháp thế chấp được thể hiện thông qua các quyền trực tiếp của bên nhận thế chấp đối với tài sản thế chấp²³. Theo đó, bên nhận thế chấp có quyền chi phối đối với tài sản thế chấp. Tức là khi bên có nghĩa vụ không thực hiện được nghĩa vụ thì bên nhận thế chấp có quyền xử lý tài sản thế chấp. Tuy nhiên, không giống như cầm cố, bên nhận thế chấp sẽ không nắm giữ tài sản thế chấp mà thông thường tài sản thế chấp vẫn do bên thế chấp nắm giữ. Do đó, quyền chi phối tài sản thế chấp của bên nhận thế chấp có thể sẽ bị ảnh hưởng bởi việc tẩu tán tài sản của bên thế chấp. Điều này có thể làm ảnh hưởng đến tính bảo đảm của biện pháp thế chấp tài sản. Chính vì vậy, trong quan hệ thế chấp, thông thường tính chất bảo đảm của biện pháp thế chấp được thể hiện ở việc bên thế chấp phải giao cho bên nhận thế chấp những giấy tờ chứng minh tình trạng pháp lý của tài sản thế chấp như Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, Giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà, Giấy đăng ký ô tô, xe máy, ...²⁴. Điều này cũng đồng nghĩa rằng đối tượng của biện pháp thế chấp thường là tài sản phải có đăng ký quyền sở hữu.

Thứ năm, thế chấp là biện pháp chỉ phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba khi đã được đăng ký

Trong khoa học pháp lý dân sự hiện đại, hiệu lực đối kháng với người thứ ba của biện pháp bảo đảm được hiểu là quyền yêu cầu của người nhận bảo đảm đối với

²³ Vũ Thị Hồng Yến (2013), *Tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp theo quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành*, luận án tiến sĩ luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội, tr.13.

²⁴ Đào Ngọc Sơn (2018), *Thế chấp tài sản theo quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015*, luận văn thạc sĩ luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội, tr.10-11.

người thứ ba giao lại tài sản bảo đảm để xử lý hoặc quyền ưu tiên khi xử lý tài sản bảo đảm trong trường hợp nhiều người cùng có quyền đối với tài sản bảo đảm²⁵. Trong thực tế, tài sản đang được dùng để bảo đảm nói chung, thế chấp nói riêng có thể đang do người thứ ba nắm giữ hoặc cũng đồng thời có thể là đối tượng của nhiều quan hệ nghĩa vụ khác nhau. Do đó, việc xử lý tài sản này cũng như việc thanh lý khi xử lý tài sản này sẽ liên quan đến quyền lợi của nhiều chủ thể khác nhau. Chính vì vậy việc xác định hiệu lực đối kháng của biện pháp bảo đảm nói chung, biện pháp thế chấp nói riêng có ý nghĩa quan trọng. Nó là căn cứ pháp lý xác định quyền truy đòi tài sản bảo đảm và quyền được thanh toán của bên nhận bảo đảm trong trường hợp nhiều người cùng có quyền đối với tài sản bảo đảm²⁶.

Theo quy định của pháp luật thì các biện pháp bảo đảm bằng tài sản đều có thể có hiệu lực đối kháng với người thứ ba. Tuy nhiên, tùy thuộc vào từng biện pháp khác nhau mà điều kiện để biện pháp bảo đảm phát sinh hiệu lực đối kháng lại được ghi nhận khác nhau. Nếu như thời điểm phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba của biện pháp cầm cố tài sản phụ thuộc vào đối tượng là động sản hay bất động sản thì thời điểm phát sinh hiệu lực đối kháng của biện pháp thế chấp lại phụ thuộc vào việc đăng ký. Nghĩa là bất kể đối tượng của thế chấp là động sản hay bất động sản thì biện pháp thế chấp cũng chỉ phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba khi biện pháp thế chấp đã được đăng ký. Mặc dù không phải trong mọi trường hợp thì biện pháp thế chấp đều buộc phải đăng ký theo quy định. Song, với những trường hợp không bắt buộc đăng ký mà các bên trong quan hệ thế chấp không tiến hành đăng ký biện pháp thế chấp thì biện pháp thế chấp chỉ có thể phát sinh hiệu lực giữa hai bên của quan hệ thế chấp mà không thể phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba. Nghĩa là nếu như không đăng ký thế chấp thì bên nhận thế chấp sẽ không có quyền truy đòi tài sản từ người thứ ba và không có quyền ưu tiên thanh toán trước người thứ ba khi xử lý tài sản thế chấp.

Thứ sáu, thế chấp là biện pháp bảo đảm được áp dụng phổ biến (bởi những ưu điểm)

Một trong các quyền mà nhà làm luật ghi nhận cho bên thế chấp tài sản đó là quyền sử dụng tài sản. Theo đó, trong suốt thời gian tồn tại của biện pháp thế chấp,

²⁵ Nguyễn Minh Tuấn (chủ biên, 2016), *Bình luận khoa học những điểm mới của Bộ luật dân sự năm 2015*, Nxb Tư pháp, Hà Nội, tr.202

²⁶ Nguyễn Văn Cừ & Trần Thị Huệ (đồng chủ biên, 2017), *Bình luận khoa học Bộ luật dân sự năm 2015 của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam*, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội. Tr.492.

bên thế chấp vẫn có thể khai thác công dụng, hưởng hoa lợi, lợi tức từ tài sản nếu hoa lợi, lợi tức không thuộc tài sản thế chấp. Việc khai thác hoa lợi, lợi tức từ tài sản thế chấp của bên thế chấp không làm ảnh hưởng đến tài sản thế chấp mà vẫn đảm bảo được giá trị bảo đảm thực hiện nghĩa vụ, nói cách khác, quyền lợi hợp pháp của bên nhận thế chấp không bị ảnh hưởng²⁷. Đây chính là ưu điểm lớn nhất của thế chấp so với các biện pháp bảo đảm. Trong khi tài sản là đối tượng của các biện pháp bảo đảm bằng tài sản khác như cầm cố, đặt cọc, ký cược, ... không phát huy được công dụng trong suốt thời gian bảo đảm thì tài sản thế chấp vẫn có thể được khai thác giá trị, thậm chí còn có thể được đầu tư để làm tăng giá trị. Chính vì vậy, việc áp dụng biện pháp thế chấp tài sản không làm gián đoạn quá trình khai thác tài sản thế chấp, không gây ảnh hưởng đến “vòng đời” của tài sản thế chấp. Đặc biệt là khi bên thế chấp cần một lượng vốn nhất định để làm gia tăng giá trị hoặc khai thác giá trị của tài sản thế chấp. Do đó, việc áp dụng biện pháp thế chấp tài sản không những vẫn bảo đảm được quyền và lợi ích hợp pháp của bên nhận thế chấp mà còn bảo đảm được các lợi ích kinh tế vốn có mà tài sản thế chấp có thể mang lại cho bên thế chấp. Vì thế, khi cần áp dụng biện pháp bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ thì thế chấp vẫn luôn là biện pháp bảo đảm được lựa chọn phổ biến trên thực tế.

1.2. Khái niệm, đặc điểm và phân loại nhà ở

1.2.1. Khái niệm nhà ở

Nhà ở là một loại phương tiện được tạo ra để đáp ứng nhu cầu ở - một trong ba nhu cầu cơ bản của con người. Với quan niệm “an cư lạc nghiệp” nên nhà ở luôn được coi là một loại tài sản có giá trị lớn theo quan niệm của người Việt Nam. Cho đến thời điểm hiện nay, nhà ở vẫn được coi là loại tài sản mà dựa vào đó có thể đánh giá được độ giàu, nghèo của chủ sở hữu. Chính vì vậy, bằng cách này hay cách khác, mỗi người Việt Nam luôn mong muốn sở hữu một căn nhà không chỉ để phục vụ cho nhu cầu ở mà còn có thể giải quyết các vấn đề khác trong cuộc sống. Một trong số đó chính là việc sử dụng nhà ở làm tài sản thế chấp để bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ của chủ sở hữu hoặc chủ thể khác.

Dưới góc độ ngôn ngữ, nhà ở được định nghĩa là “công trình xây dựng có mái, có tường vách để ở hay để dùng vào một việc nào đó”²⁸. Trải qua quá trình phát triển

²⁷ Phạm Văn Tuyết & Lê Kim Giang (đồng chủ biên, 2015), *Hoàn thiện chế định bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự*, Nxb Dân trí, Hà Nội, tr.124.

²⁸ Viện Ngôn ngữ học (2019), *Từ điển tiếng Việt*, Nxb Hồng Đức, Hà Nội.

của xã hội loài người, nhà ở cũng có sự thay đổi từ đơn sơ cho đến kiên cố. Ở thời kỳ đầu, nhà ở chỉ được hình thành từ những phương tiện thô sơ như lá cây, gỗ, thân cây, ... và được tạo ra chỉ với mục đích trú mưa, nắng và chống lại sự tấn công của thú dữ. Cùng với sự phát triển của khoa học kỹ thuật, nhà ở được con người tạo ra cũng có những sự thay đổi so với thời kỳ đầu. Đặc biệt là hiện nay thế giới đang ở trong thời kỳ của cuộc cách mạng công nghiệp lần thứ tư, nhà ở cũng đã được xây dựng kiên cố bằng các vật liệu có độ bền cao như sắt, thép, cát, sỏi, ... để chống lại với sự khắc nghiệt của thời tiết và sự tàn phá của thiên nhiên. Quá trình tạo ra nhà ở hiện nay cũng kéo dài hơn và chi phí cũng tốn kém hơn so với trước đây. Đối với các nhà ở riêng lẻ, quá trình xây dựng có thể kéo dài đến nửa năm hoặc lâu hơn. Đối với nhà chung cư thì khoảng thời gian này còn có thể kéo dài hàng năm hoặc vài năm. Do đó, để có được một căn nhà hoàn chỉnh, chủ sở hữu sẽ phải bỏ ra chi phí xây dựng lớn hoặc phải bỏ ra một số tiền lớn để mua từ chủ đầu tư. Chính vì vậy mà nhà ở là tài sản có giá trị lớn, thậm chí là lớn nhất đối với hầu hết các gia đình ở Việt Nam.

Dưới góc độ pháp lý, nhà ở là loại tài sản chịu sự điều chỉnh của nhiều ngành luật khác nhau nên định nghĩa nhà ở đã được luật hoá cụ thể. Do đó, trong khoa học pháp lý hiện nay, khái niệm nhà ở trong các công trình khoa học đều được tiếp cận từ định nghĩa trong các văn bản pháp luật. Theo quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015 thì nhà ở được coi là một loại bất động sản²⁹. Còn theo quy định của Luật Nhà ở năm 2014, nhà ở được định nghĩa là “công trình xây dựng với mục đích để ở và phục vụ các nhu cầu sinh hoạt của hộ gia đình, cá nhân”³⁰. Tuy nhiên, nếu theo cách tiếp cận này thì chỉ có nhà ở dành cho hộ gia đình và cá nhân, cũng chỉ có hộ gia đình và cá nhân mới sở hữu nhà ở. Song thực tế thì nhà ở có thể được tạo ra và được sở hữu bởi pháp nhân, và được sử dụng để làm chỗ ở cho một tập thể người lớn hơn phạm vi của một gia đình. Do đó, để bảo đảm sự phù hợp thì cần tiếp cận mục đích của việc tạo ra nhà ở là để phục vụ mục đích ở và các nhu cầu sinh hoạt của con người.

Theo quy định của Luật Xây dựng năm 2014 thì “Công trình xây dựng là sản phẩm được tạo thành bởi sức lao động của con người, vật liệu xây dựng, thiết bị lắp đặt vào công trình, được liên kết định vị với đất, có thể bao gồm phần dưới mặt đất, phần trên mặt đất, phần dưới mặt nước và phần trên mặt nước, được xây dựng theo

²⁹ Xem Điều 7 Bộ luật dân sự năm 2015.

³⁰ Xem khoản 1 Điều 3 Luật nhà ở năm 2014.

thiết kế. Công trình xây dựng bao gồm công trình dân dụng, công trình công nghiệp, giao thông, nông nghiệp và phát triển nông thôn, công trình hạ tầng kỹ thuật và công trình khác”³¹. Cách tiếp cận khái niệm công trình xây dựng này vừa có điểm kế thừa song cũng có sự khác biệt so với cách tiếp cận trong Luật Xây dựng năm 2003. Trong Luật Xây dựng năm 2003, công trình xây dựng được định nghĩa là “sản phẩm được tạo thành bởi sức lao động của con người, vật liệu xây dựng, thiết bị lắp đặt vào công trình, được liên kết định vị với đất, có thể bao gồm phần dưới mặt đất, phần trên mặt đất, phần dưới mặt nước và phần trên mặt nước, được xây dựng theo thiết kế. Công trình xây dựng bao gồm công trình xây dựng công cộng, nhà ở, công trình công nghiệp, giao thông, thủy lợi, năng lượng và các công trình khác”. Như vậy, trong Luật Xây dựng năm 2003, nhà ở là một loại công trình độc lập so với các loại công trình xây dựng khác. Tuy nhiên, trong Luật xây dựng năm 2014, nhà ở chính là một loại công trình dân dụng.

Từ các góc độ tiếp cận trên có thể kết luận rằng nhà ở chính là một loại bất động sản do con người tạo ra từ các loại vật liệu xây dựng nhằm mục đích để ở và phục vụ cho các nhu cầu sinh hoạt của con người.

1.2.2. Đặc điểm của nhà ở

Nhà ở là một trong các loại tài sản được ghi nhận và chịu sự điều chỉnh của nhiều hệ thống pháp luật khác nhau. Từ Bộ luật Dân sự đến các luật chuyên ngành như Luật Nhà ở, Luật Xây dựng, Luật Kinh doanh bất động sản, ... Chính vì vậy, ngoài các đặc điểm chung của một loại tài sản thì nhà ở cũng có những đặc điểm riêng biệt như sau:

Thứ nhất, nhà ở là một loại bất động sản

Theo quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015 thì bất động sản bao gồm đất đai, nhà, công trình xây dựng gắn liền với đất đai, ...³². Trong đó, nhà sẽ bao gồm nhà được xây dựng vào mục đích ở (nhà ở) và nhà được xây dựng vào mục đích khác (kinh doanh, kho chứa, ...). Theo định nghĩa về nhà ở trong Luật Nhà ở thì nhà ở chính là một loại công trình xây dựng, mà công trình xây dựng là chính là sản phẩm được tạo thành bởi sức lao động của con người, vật liệu xây dựng, thiết bị lắp đặt vào công trình, được liên kết định vị với đất, có thể bao gồm phần dưới mặt đất, phần trên mặt

³¹ Xem khoản 10 Điều 3 Luật xây dựng năm 2014.

³² Xem Điều 107 Bộ luật dân sự năm 2015.

đất, phần dưới mặt nước và phần trên mặt nước. Do đó, nhà là một loại bất động sản khó có thể di dời.

Thứ hai, nhà ở là một loại công trình xây dựng

Đây chính là một trong các đặc điểm để phân biệt nhà ở với các phương tiện dùng để ở khác. Để đáp ứng nhu cầu ở - một trong ba nhu cầu cơ bản của con người thì xa xưa, con người đã biết tìm kiếm, tạo lập cho mình những chỗ ở để tránh mưa, tránh nắng cũng như sự xâm nhập của thú dữ. Cho đến ngày nay, do điều kiện kinh tế hoặc do hoàn cảnh xô đẩy mà nhiều người không thể có được một căn nhà làm chỗ trú mưa, trú nắng. Để có được chỗ ở, họ có thể có sự lựa chọn khác như khu vực vắng người qua lại: gằm cầu, các ống cống để làm chỗ ở. Mặc dù đây cũng có thể coi là chỗ ở của họ song lại không phải là nhà ở theo quy định của pháp luật.

Thứ ba, nhà ở là một loại tài sản có giá trị lớn

Giá trị của nhà ở được quyết định bởi nhiều yếu tố như chi phí xây dựng, vị trí, diện tích, các yếu tố thẩm mỹ, phong thủy, môi trường sống xung quanh³³. Kết hợp với những định nghĩa về nhà ở và công trình xây dựng đã được luật hoá trong Luật Nhà ở và Luật Xây dựng có thể thấy được rằng các chi phí để có thể xây dựng nhà ở có thể cao hay thấp tùy thuộc vào điều kiện kinh tế cũng như nhu cầu của con người. Tuy nhiên, so với thu nhập bình quân của người Việt Nam thì để có thể sở hữu một căn nhà theo đúng nghĩa thì mỗi người phải tích lũy trong khoảng thời gian từ 10 đến 15 năm, thậm chí có thể cả một cuộc đời mới có thể có được một căn nhà. Theo công bố của Tổng cục Thống kê vào giữa năm 2020 thì thu nhập bình quân (TNBQ) 1 người/1 tháng của Việt Nam năm 2020 theo giá hiện hành đạt khoảng 4,2 triệu đồng, giảm khoảng 1% so với năm 2019³⁴. Trong khi đó, chỉ số giá nhà ở của Việt Nam cao gấp hơn 20 lần so với thu nhập trung bình của xã hội, làm cho nhiều hộ gia đình và cá nhân khó tạo lập được nhà ở³⁵. Như vậy, so với mức thu nhập bình quân đầu người có thể thấy rằng giá nhà ở tại Việt Nam tương đối cao, đồng nghĩa với việc nhà ở là một loại tài sản có giá trị lớn.

³³ Xem thêm Nguyễn Thanh Nguyệt (2020), *Chia nhà ở là tài sản chung của vợ chồng khi ly hôn và thực tiễn thi hành*, luận văn thạc sĩ luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội, tr.9

³⁴ Nguồn: <https://baotainguyenmoitruong.vn/thu-nhap-binh-quan-cua-viet-nam-khoang-4-2-trieu-dong-nguoi-thang-327235.html> (truy cập ngày 09/6/2022)

³⁵ Nguồn: [https://tphcm.chinhphu.vn/horea-gia-nha-o-cao-gap-20-lan-thu-nhap-binh-quan-cua-xa-hoi-101220423191054013.htm#:~:text=\(Chinhphu.vn\)%20%2D%20Ch%E1%BB%89,6%20%2D%207%20I%E1%BA%A7n%20thu%20nh%E1%BA%ADp.](https://tphcm.chinhphu.vn/horea-gia-nha-o-cao-gap-20-lan-thu-nhap-binh-quan-cua-xa-hoi-101220423191054013.htm#:~:text=(Chinhphu.vn)%20%2D%20Ch%E1%BB%89,6%20%2D%207%20I%E1%BA%A7n%20thu%20nh%E1%BA%ADp.) (truy cập ngày 09/6/2022)

Thứ tư, nhà ở là tài sản có công dụng chính là để ở và phục vụ các nhu cầu sinh hoạt khác của con người.

Trên thực tế, việc sử dụng tài sản thường phụ thuộc vào nhu cầu và mục đích của mỗi chủ thể. Do đó, cùng một loại tài sản nhưng có thể sử dụng với nhiều mục đích khác nhau. Ví dụ, cùng một căn nhà nhưng có thể được sử dụng để ở, làm cơ sở kinh doanh, hoặc làm kho chứa, ... Tuy nhiên, trong rất nhiều công dụng mà mỗi loại tài sản có thể mang lại cho chủ thể thì mỗi loại tài sản chỉ có một công dụng chính. Công dụng chính của tài sản có thể phụ thuộc vào đặc tính tự nhiên của tài sản, có thể do chủ thể tạo ra xác định, hoặc có thể do pháp luật quy định. Nhà ở là một loại tài sản do con người tạo ra, song công dụng chính của nhà ở lại do luật quy định thông qua việc luật hoá định nghĩa nhà ở tại Điều 3 Luật Nhà ở năm 2014. Trong thực tiễn vẫn có thể có những chủ thể sử dụng nhà ở vào một mục đích khác mà không phải là ở. Song việc xác định công dụng của nhà ở theo quy định của Luật Nhà ở lại có vai trò quan trọng trong việc giải quyết các tranh chấp liên quan đến việc sử dụng đúng hoặc không đúng mục đích của hợp đồng thuê nhà ở trong trường hợp các bên không thoả thuận cụ thể về mục đích.

Thứ năm, nhà ở là một loại tài sản phải đăng ký quyền sở hữu

Theo quy định tại khoản 1 Điều 106 Bộ luật Dân sự năm 2015 thì quyền sở hữu tài sản là bất động sản được đăng ký theo quy định của Bộ luật này và pháp luật về đăng ký tài sản. Trong khi đó nhà ở là một loại bất động sản theo quy định tại Điều 107 Bộ luật Dân sự năm 2015 nên quyền sở hữu nhà ở cũng được đăng ký theo quy định của Bộ luật Dân sự và các luật khác có liên quan. Vấn đề này cũng được ghi nhận cụ thể trong Luật Nhà ở năm 2014. Theo đó, quyền sở hữu nhà ở được công nhận thông qua việc cơ quan nhà nước có thẩm quyền cấp Giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà ở cho chủ thể có đủ điều kiện theo quy định của pháp luật³⁶. Hơn nữa, việc đăng ký quyền sở hữu nhà ở cũng là một trong các điều kiện để chủ sở hữu có thể xác lập các giao dịch liên quan đến nhà ở³⁷. Tất cả những yếu tố này cho thấy quyền sở hữu nhà ở phải được đăng ký theo quy định.

Thứ sáu, nhà ở là đối tượng chịu sự điều chỉnh của nhiều văn bản pháp luật khác nhau

³⁶ Xem thêm Điều 8 và Điều 9 Luật Nhà ở năm 2014.

³⁷ Xem điểm a khoản 1 Điều 118 Luật Nhà ở năm 2014.

Từ những phân tích xung quanh định nghĩa về nhà ở nói trên có thể thấy rằng nhà ở là một loại tài sản quan trọng đối với mỗi cá nhân, gia đình, xã hội và cả nền kinh tế. Các giao dịch có liên quan đến nhà ở luôn là các giao dịch có tần suất xác lập, thực hiện nhiều nhất trong các giao dịch có liên quan đến bất động sản. Mỗi loại giao dịch được xác lập đều phải đáp ứng các điều kiện mà pháp luật quy định. Trong đó, Bộ luật Dân sự là luật chung định vị nhà ở là một loại bất động sản và có những quy định mang tính nguyên tắc chung để điều chỉnh các giao dịch có liên quan đến nhà ở như giao dịch tặng cho nhà ở, giao dịch mua bán nhà ở, giao dịch thuê nhà ở. Trong từng trường hợp cụ thể, nhà ở lại được điều chỉnh bởi các văn bản pháp luật chuyên ngành phù hợp với từng lĩnh vực khác nhau. Trong số đó, Luật Nhà ở là văn bản có vai trò quan trọng nhất trong việc điều chỉnh các hoạt động tạo lập, giao dịch, sở hữu, và các vấn đề khác có liên quan đến nhà ở. Hay Luật Kinh doanh bất động sản quy định về trình tự, thủ tục và điều kiện để thực hiện việc kinh doanh nhà ở, ... Mặc dù vậy, mỗi văn bản điều chỉnh ở một khía cạnh khác nhau, tạo nên một hệ thống pháp luật về nhà ở hoàn chỉnh, hài hoà, góp phần bảo đảm cho các quan hệ pháp luật về nhà ở phát sinh, thay đổi và chấm dứt vừa phù hợp với quy luật của thị trường, song vẫn phù hợp với đường lối, chính sách của Đảng và pháp luật của nhà nước.

1.2.3. Phân loại nhà ở

Căn cứ vào các tiêu chí khác nhau, nhà ở cũng được phân loại thành các dạng khác nhau mà từ đó việc xác lập, thực hiện biện pháp thế chấp nhà ở cũng như xử lý tài sản sản thế chấp là nhà ở cũng có những đặc thù riêng biệt.

Trước đây, Thông tư liên tịch số 7-LB/TT Xây dựng - Tài chính – UBVGNN và Tổng cục Quản lý ruộng đất ngày 30 tháng 9 năm 1991 hướng dẫn việc phân loại các hạng nhà, hạng đất và định giá tính thuế nhà, đất có phân loại nhà ở thành 5 loại bao gồm: nhà biệt thự, nhà cấp 1, nhà cấp 2, nhà cấp 3, nhà cấp 4 và nhà tạm³⁸. Việc phân loại trên nhằm xác định giá tính thuế nhà ở. Tuy nhiên hiện nay quy định về thuế nhà ở không còn phù hợp nên việc phân loại như trên cũng mất đi ý nghĩa pháp lý.

** Căn cứ vào kết cấu xây dựng, nhà ở được phân loại thành:*

Thứ nhất, nhà ở riêng lẻ

³⁸ Tiểu mục 1 Phần I Thông tư liên tịch số 7-LB/TT xây dựng - tài chính – UBVGNN và Tổng cục Quản lý ruộng đất ngày 30-9-1991 hướng dẫn việc phân loại các hạng nhà, hạng đất và định giá tính thuế nhà, đất.

Nhà ở riêng lẻ là nhà ở được xây dựng trên thửa đất ở riêng biệt thuộc quyền sử dụng hợp pháp của tổ chức, hộ gia đình, cá nhân, bao gồm nhà biệt thự, nhà ở liền kề và nhà ở độc lập³⁹. Tùy thuộc vào chủ thể đầu tư xây dựng khác nhau mà mục đích xây dựng nhà ở riêng lẻ sẽ khác nhau. Trường hợp hộ gia đình, cá nhân đầu tư xây dựng nhà ở riêng lẻ thì thường sẽ được sử dụng vào mục đích để ở và phục vụ cho các nhu cầu sinh hoạt khác. Trường hợp nhà ở riêng lẻ là nhà ở do doanh nghiệp, hợp tác xã đầu tư xây dựng trong dự án nhà ở thương mại thì nhà ở riêng lẻ là nhà ở được xây dựng để bán hoặc cho thuê, thuê mua. Trường hợp nhà nước đầu tư xây dựng nhà ở riêng lẻ thì nhà ở đó thường được sử dụng để giải quyết các nhu cầu về công vụ và các công tác khác của cán bộ, công chức, viên chức, hoặc để phục vụ cho hoạt động tái định cư khi nhà nước thu hồi đất hoặc tháo dỡ nhà ở của hộ gia đình, cá nhân để thực hiện các chính sách phát triển kinh tế - xã hội, an ninh quốc phòng. Nhà ở riêng lẻ có giá trị gắn kết mật thiết với quyền sử dụng đất. Vì vậy trong các giao dịch dân sự về nhà ở nói chung, việc thế chấp nhà ở nói riêng, nhà ở riêng lẻ thường là tài sản đi kèm với quyền sử dụng đất và trong thực tế rất ít trường hợp bên nhận thế chấp đồng ý chỉ thế chấp nhà ở riêng lẻ.

Thứ hai, nhà chung cư

Nhà chung cư là nhà có từ 2 tầng trở lên, có nhiều căn hộ, có lối đi, cầu thang chung, có phần sở hữu riêng, phần sở hữu chung và hệ thống công trình hạ tầng sử dụng chung cho các hộ gia đình, cá nhân, tổ chức, bao gồm nhà chung cư được xây dựng với mục đích để ở và nhà chung cư được xây dựng có mục đích sử dụng hỗn hợp để ở và kinh doanh⁴⁰. Tùy thuộc vào chủ thể đầu tư xây dựng mà nhà chung cư có thể được sử dụng vào các mục đích khác nhau. Tuy nhiên, mục đích thông dụng nhất khi nhà chung cư được xây dựng đó là để ở và phục vụ cho các nhu cầu sinh hoạt khác của cá nhân, hộ gia đình. Bên cạnh đó, trong một số trường hợp thì nhà chung cư cũng được xây dựng để vừa phục vụ cho mục đích ở vừa phục vụ cho mục đích kinh doanh. Trong quá trình thế chấp nhà ở, thì nhà ở chung cư lại là đối tượng chính (bên cạnh quyền sử dụng đất chung). Ví dụ như một tòa chung cư có 60 căn hộ, chủ sở hữu mỗi căn hộ ngoài việc sở hữu căn hộ mình mua, họ còn có quyền sở hữu chung những tài sản khác như quyền sử dụng đất đối với toàn bộ diện tích tòa nhà, lối đi, cầu thang

³⁹ Khoản 2 Điều 3 Luật Nhà ở năm 2014

⁴⁰ Khoản 3 Điều 3 Luật Nhà ở năm 2014

chung và hệ thống công trình hạ tầng sử dụng chung. Khi các chủ sở hữu thế chấp nhà ở chung cư thì được hiểu những quyền sở hữu chung kèm theo cũng sẽ phát sinh.

** Căn cứ tình trạng nhà ở tại thời điểm xác lập giao dịch, nhà ở được phân loại thành:*

Thứ nhất, nhà ở có sẵn

Nhà ở có sẵn là nhà ở đã hoàn thành việc đầu tư xây dựng và đưa vào sử dụng⁴¹. Đây là loại nhà ở có thể sử dụng để phục vụ cho mục đích ở và các nhu cầu sinh hoạt khác của chủ thể. Để có thể đưa vào sử dụng thì nhà ở đó phải được nghiệm thu theo đúng quy định. Việc nghiệm thu nhà ở chỉ được thực hiện khi đã hoàn thành việc xây dựng ở tất cả các hạng mục và phải đáp ứng đầy đủ các điều kiện theo quy định của pháp luật về xây dựng. Quá trình nghiệm thu phải được tiến hành theo đúng trình tự, thủ tục đã được quy định trong Luật Xây dựng, văn bản hướng dẫn thi hành và phải lập biên bản nghiệm thu. Việc xác định nhà ở thuộc loại có sẵn chỉ căn cứ vào việc đã hoàn thành việc nghiệm thu hay chưa mà không căn cứ vào việc nhà ở đã được cấp Giấy chứng nhận quyền sở hữu hay chưa. Đối với nhà ở có sẵn, một trong những điều kiện đặc thù để được thế chấp là được cấp Giấy chứng nhận.

Thứ hai, nhà ở hình thành trong tương lai

Như đã chỉ ra ở trên, nhà ở cũng chính là một loại tài sản (bất động sản) chịu sự điều chỉnh của nhiều văn bản pháp luật khác nhau, trong đó có Bộ luật Dân sự. Theo quy định của Bộ luật Dân sự thì tài sản hình thành trong tương lai bao gồm hai loại là tài sản chưa hình thành hoặc tài sản đã hình thành nhưng chủ thể xác lập quyền sở hữu tài sản sau thời điểm xác lập giao dịch⁴². Nếu theo quy định này thì nhà ở chưa được cấp Giấy chứng nhận quyền sở hữu cũng chính là một loại nhà ở hình thành trong tương lai. Tuy nhiên, theo quy định của Luật Nhà ở năm 2014 thì nhà ở hình thành trong tương lai là nhà ở đang trong quá trình đầu tư xây dựng và chưa được nghiệm thu đưa vào sử dụng⁴³. Như vậy, khi nhà ở đã hoàn thành việc đầu tư xây dựng và đưa vào sử dụng thì kể cả chưa được cấp Giấy chứng nhận quyền sở hữu cũng không phải là tài sản hình thành trong tương lai. Do đó, việc giao dịch loại nhà ở này sẽ chịu sự điều chỉnh của các quy định liên quan đến nhà ở có sẵn. Vì chưa được cấp Giấy chứng

⁴¹ Khoản 18 Điều 3 Luật Nhà ở năm 2014

⁴² Xem khoản 2 Điều 8 Bộ luật dân sự năm 2015

⁴³ Khoản 19 Điều 3 Luật Nhà ở năm 2014

nhận, việc điều kiện thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai cũng sẽ có những khác biệt so với nhà ở có sẵn⁴⁴.

** Căn cứ vào mục đích xây dựng nhà ở, nhà ở được phân loại thành:*

Thứ nhất, nhà ở được xây dựng để ở và sinh hoạt

Thông thường, đây là loại nhà ở do hộ gia đình, cá nhân xây dựng ra để ở và phục vụ cho các nhu cầu sinh hoạt của gia đình. Loại nhà này thường là loại nhà ở riêng lẻ, được xây dựng trên phần đất thuộc quyền sử dụng của hộ gia đình, cá nhân do Nhà nước cấp hoặc nhận chuyển nhượng, nhận tặng cho, nhận thừa kế, ... Tuy nhiên, nhà ở được xây dựng để ở cũng có thể là nhà ở do tổ chức đầu tư xây dựng để phục vụ cho quá trình sản xuất, kinh doanh. Bên cạnh đó, nhà ở được xây dựng để ở và sinh hoạt cũng có thể do Nhà nước đầu tư xây dựng để phục vụ cho cá nhân trong quá trình thực hiện công vụ hoặc các vấn đề khác của nhà nước.

Thứ hai, nhà ở thương mại theo dự án

Nhà ở thương mại là loại nhà ở, được đầu tư xây dựng để bán, cho thuê, cho thuê mua theo cơ chế thị trường⁴⁵. Chủ thể đầu tư xây dựng loại nhà ở này phải đáp ứng các điều kiện theo quy định của pháp luật gồm: (i) là doanh nghiệp, hợp tác xã được thành lập và hoạt động theo quy định của pháp luật Việt Nam; (ii) có vốn ký quỹ để thực hiện đối với từng dự án theo quy định của pháp luật về đầu tư; (iii) có chức năng kinh doanh bất động sản theo quy định của pháp luật⁴⁶. Dự án đầu tư xây dựng nhà ở thương mại phải được lập, thẩm định, phê duyệt và triển khai thực hiện theo quy định của Luật này và pháp luật về xây dựng. Việc lựa chọn chủ đầu tư dự án xây dựng nhà ở thương mại được thực hiện thông qua các hình thức như: Đấu giá quyền sử dụng đất theo quy định của pháp luật về đất đai; Đấu thầu dự án có sử dụng đất; Chỉ định chủ đầu tư trong trường hợp nhà đầu tư có đủ điều kiện quy định tại Điều 21 của Luật Nhà ở, có quyền sử dụng đất hợp pháp theo quy định tại khoản 1 và khoản 4 Điều 23 của Luật Nhà ở. Nhà ở thương mại bao gồm nhà chung cư và nhà ở riêng lẻ. Khi đầu tư xây dựng nhà ở thương mại, chủ đầu tư dự án quyết định lựa chọn loại nhà ở, tiêu chuẩn diện tích của từng loại nhà ở thương mại nhưng phải bảo đảm phù hợp với quy

⁴⁴ Xem thêm Điều 148 Luật nhà ở năm 2014

⁴⁵ Khoản 4 Điều 3 Luật Nhà ở năm 2014

⁴⁶ Điều 21 Luật Nhà ở năm 2014, cần lưu ý nội dung vốn pháp định theo quy định của Luật kinh doanh bất động sản tại Khoản 2 Điều 21 Luật nhà đã bị lược bỏ theo Điểm a Khoản 1 Điều 75 Luật Đầu tư 2020.

hoạch chi tiết xây dựng, tiêu chuẩn, quy chuẩn xây dựng, kiến trúc nhà ở và nội dung quyết định chủ trương đầu tư dự án xây dựng nhà ở của cơ quan nhà nước có thẩm quyền⁴⁷.

Thứ ba, nhà ở xã hội

Nhà ở xã hội là nhà ở có sự hỗ trợ của Nhà nước cho các đối tượng được hưởng chính sách hỗ trợ về nhà ở theo quy định của Luật này⁴⁸. Đây là loại nhà ở được sử dụng để giải quyết các chính sách về nhà ở của nhà nước đối với các đối tượng chính sách, cán bộ, công chức, viên chức, học sinh, sinh viên, những người có thu nhập thấp, ...⁴⁹. Nhà ở xã hội cũng có thể là nhà ở riêng lẻ hoặc nhà chung cư. Nhà ở xã hội có thể là nhà ở do nhà nước đầu tư xây dựng bằng vốn ngân sách nhà nước, công trái quốc gia, trái phiếu, vốn hỗ trợ phát triển chính thức, vốn vay ưu đãi của các nhà tài trợ, vốn tín dụng đầu tư phát triển của Nhà nước hoặc đầu tư xây dựng theo hình thức hợp đồng xây dựng - chuyển giao trên diện tích đất được xác định để xây dựng nhà ở xã hội theo quy định để cho thuê, cho thuê mua. Nhà ở xã hội cũng có thể là nhà ở do doanh nghiệp, hợp tác xã bỏ vốn đầu tư xây dựng để cho thuê, cho thuê mua, để bán hoặc mua, thuê nhà ở để cho người lao động trong đơn vị mình thuê nhưng có sự ưu đãi của Nhà nước theo quy định tại khoản 1 Điều 58 và Điều 59 của Luật Nhà ở năm 2014. Ngoài ra, nhà ở xã hội cũng có thể do hộ gia đình, cá nhân bỏ vốn đầu tư xây dựng trên diện tích đất ở hợp pháp của mình để cho thuê, cho thuê mua, bán nhưng có sự ưu đãi của Nhà nước theo quy định tại Điều 58 của Luật Nhà ở năm 2014.

Thứ tư, nhà ở phục vụ tái định cư

Nhà ở phục vụ tái định cư là nhà ở để bố trí cho các hộ gia đình, cá nhân thuộc diện được tái định cư khi Nhà nước thu hồi đất ở, bị giải tỏa nhà ở theo quy định của pháp luật⁵⁰. Các loại nhà ở phục vụ tái định cư có thể là: nhà ở thương mại được xây dựng theo dự án được nhà nước mua để cho thuê, cho thuê mua, bán cho người được tái định cư; nhà ở xã hội được xây dựng theo dự án được sử dụng để cho thuê, cho thuê mua, bán cho người được tái định cư; nhà ở do Nhà nước trực tiếp đầu tư xây dựng bằng vốn ngân sách nhà nước, công trái quốc gia, trái phiếu, vốn hỗ trợ phát triển chính thức, vốn vay ưu đãi của các nhà tài trợ, vốn tín dụng đầu tư phát triển của Nhà

⁴⁷ Khoản 1 Điều 24 Luật Nhà ở năm 2014

⁴⁸ Khoản 7 Điều 3 Luật Nhà ở năm 2014

⁴⁹ Xem thêm Điều 49 Luật Nhà ở năm 2014

⁵⁰ Khoản 6 Điều 3 Luật Nhà ở năm 2014

nước hoặc đầu tư xây dựng theo hình thức hợp đồng xây dựng - chuyển giao trên diện tích đất được xác định để xây dựng nhà ở phục vụ tái định cư theo quy hoạch được phê duyệt để cho thuê, cho thuê mua, bán cho người được tái định cư; nhà ở do hộ gia đình, cá nhân được thanh toán tiền để tự lựa chọn việc mua, thuê, thuê mua nhà ở thương mại trên địa bàn làm nhà ở tái định cư hoặc được Nhà nước giao đất ở để tự xây dựng nhà ở theo quy hoạch được phê duyệt.

Thứ năm, nhà ở công vụ

Nhà ở công vụ là nhà ở được dùng để cho các đối tượng thuộc diện được ở nhà công vụ theo quy định của Luật này thuê trong thời gian đảm nhận chức vụ, công tác⁵¹. Đây là loại nhà ở được đầu tư từ nguồn ngân sách nhà nước ở trung ương và địa phương. Nhà ở công vụ có thể là nhà ở do nhà nước đầu tư xây dựng theo dự án do Thủ tướng Chính phủ quyết định đầu tư theo đề nghị của Bộ Xây dựng để cho các đối tượng của các cơ quan trung ương thuê; hoặc do Bộ Quốc phòng, Bộ Công an quyết định đầu tư sau khi có ý kiến thống nhất của Bộ Xây dựng và được Thủ tướng Chính phủ chấp thuận; hoặc do Ủy ban nhân dân cấp tỉnh quyết định đầu tư theo đề nghị của cơ quan quản lý nhà ở cấp tỉnh để cho các đối tượng được điều động, luân chuyển đến làm việc tại địa phương. Nhà ở công vụ cũng có thể là nhà ở do nhà nước đầu tư từ nguồn ngân sách trung ương hoặc địa phương để mua, thuê nhà ở thương mại làm nhà ở công vụ. Nhà ở công vụ có thể bao gồm nhà ở riêng lẻ và căn hộ chung cư có các tiêu chuẩn diện tích khác nhau phù hợp với từng loại đối tượng được thuê nhà ở công vụ.

Thứ sáu là căn hộ du lịch

Căn hộ du lịch (Condotel - Từ ghép của “Condominium”- Chung cư và “Hotel”- khách sạn) là một dạng nhà ở mới với mục đích không chỉ để ở mà còn để cung cấp dịch vụ lưu trú. Theo quy định của pháp luật về nhà ở, căn hộ du lịch vẫn có mục đích là để ở và lưu trú, vì vậy vẫn cần tuân thủ theo quy định của Luật Nhà ở năm 2014 với vai trò là nhà ở nói chung, căn hộ chung cư, nhà chung cư nói riêng. Ngoài ra, căn hộ du lịch cũng được sử dụng làm tài sản thế chấp bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ của chủ sở hữu hoặc của chủ thể khác. Tuy nhiên đây là một khái niệm mới nên việc xem xét dưới góc độ là tài sản thế chấp (đặc biệt là thế chấp các dự án căn hộ

⁵¹ Khoản 5 Điều 3 Luật Nhà ở năm 2014

du dịch) cũng tiềm ẩn nhiều rủi ro do liên quan đến việc cấp Giấy chứng nhận quyền sở hữu cho đối tượng đặc thù này.

Cho dù việc xây dựng nhà ở với mục đích nào đi nữa thì việc xây dựng các loại nhà ở này cũng phải đáp ứng các yêu cầu đối với việc xây dựng nhà ở. Cụ thể⁵²: (i) Phù hợp với nhu cầu về nhà ở của các đối tượng khác nhau và điều kiện kinh tế - xã hội của đất nước, của từng địa phương, từng vùng, miền trong từng thời kỳ; (ii) Phù hợp với Chiến lược phát triển nhà ở quốc gia, quy hoạch xây dựng, quy hoạch sử dụng đất và có trong chương trình, kế hoạch phát triển nhà ở của địa phương trong từng giai đoạn; (iii) Tuân thủ quy định của pháp luật về nhà ở; tiêu chuẩn, quy chuẩn, chất lượng xây dựng; thực hiện đúng các yêu cầu về phòng, chống cháy, nổ; bảo đảm kiến trúc, cảnh quan, vệ sinh, môi trường, an toàn trong quá trình xây dựng và có khả năng ứng phó với thiên tai, biến đổi khí hậu; sử dụng tiết kiệm năng lượng, tài nguyên đất đai; (iv) Đối với khu vực đô thị thì việc phát triển nhà ở phải phù hợp với quy hoạch chi tiết xây dựng và chủ yếu được thực hiện theo dự án. Dự án đầu tư xây dựng nhà ở phải đáp ứng yêu cầu quy định tại các khoản 1, 2 và 3 Điều này, bảo đảm việc phân bố dân cư, chỉnh trang đô thị. Đối với đô thị loại đặc biệt, loại 1 và loại 2 thì chủ yếu phát triển nhà chung cư và xây dựng nhà ở để cho thuê; (v) Đối với khu vực nông thôn, miền núi, biên giới, hải đảo thì việc phát triển nhà ở phải phù hợp với quy hoạch điểm dân cư nông thôn, chương trình xây dựng nông thôn mới, phong tục, tập quán của từng dân tộc, điều kiện tự nhiên của từng vùng, miền; từng bước xóa bỏ việc du canh, du cư, bảo đảm phát triển nông thôn bền vững; khuyến khích phát triển nhà ở theo dự án, nhà ở nhiều tầng.

1.3. Khái niệm, đặc điểm và bản chất của thế chấp nhà ở

1.3.1. Khái niệm thế chấp nhà ở

Thế chấp nhà ở là một biện pháp thế chấp bất động sản nói riêng và là một biện pháp thế chấp tài sản nói chung nên các quy định có liên quan đến thế chấp nhà ở đã được hình thành từ lâu cùng với các quy định về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ. Tuy nhiên, các quy định riêng về thế chấp nhà ở được ghi nhận từ khi Luật Nhà ở năm 2005 được ban hành. Cho đến nay, ngoài việc tuân theo quy định về thế chấp tài sản nói chung trong Bộ luật Dân sự thì việc thế chấp nhà ở phải tuân thủ các quy định của Luật Nhà ở năm 2014. Nhìn chung, các quy định về thế chấp nhà ở trong Luật Nhà ở

⁵² Điều 14 Luật Nhà ở năm 2014

năm 2014 có những điểm khác biệt so với Luật Nhà ở năm 2005 nên dưới góc độ khoa học pháp lý, các quan niệm về thế chấp nhà ở cũng có những sự khác biệt. Trong đó có nhiều cách hiểu đối lập nhau liên quan đến các vấn đề về thế chấp nhà ở như chủ thể được thế chấp nhà ở, chủ thể được nhận thế chấp nhà ở, giá trị của nhà ở được thế chấp, ...

Thời điểm Luật Nhà ở năm 2005 đang có hiệu lực pháp luật, các quy định về thế chấp nhà ở đã gây ra các cách hiểu khác nhau về thế chấp nhà ở trong khoa học pháp lý dân sự. Có cách hiểu cho rằng thế chấp nhà ở là việc một tổ chức là chủ sở hữu nhà ở sử dụng nhà ở của mình để thế chấp tại một tổ chức tín dụng, nhằm bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ của mình với tổ chức tín dụng đó. Tuy nhiên cũng có cách hiểu cho rằng thế chấp nhà ở là một biện pháp bảo đảm mà bất cứ chủ sở hữu nhà ở nào cũng có thể lựa chọn, song nếu tổ chức muốn thế chấp nhà ở thì chỉ được thế chấp tại một tổ chức tín dụng. Các cách hiểu này có nhiều điểm mâu thuẫn với nhau làm cho cách hiểu và áp dụng pháp luật trên thực tiễn có nhiều khó khăn.

Khi Luật Nhà ở năm 2014 có hiệu lực, các quy định về thế chấp nhà ở cũng có những sự thay đổi, khiến cho cách nhìn về thế chấp nhà ở cũng có sự thay đổi so với trước đây. Đồng thời, các ý kiến trái chiều về thế chấp nhà ở cũng không còn tồn tại mà thay vào đó là sự thống nhất trong cách hiểu về thế chấp nhà ở. Theo đó, các ý kiến đưa ra đều xoay quanh việc khẳng định một số vấn đề như chủ thể được thế chấp nhà ở có thể là bất cứ tổ chức, cá nhân nào đang sở hữu nhà ở. Đồng thời chủ sở hữu nhà ở là tổ chức thì chỉ được thế chấp nhà ở tại tổ chức tín dụng. Trong khi đó chủ sở hữu là cá nhân lại có thể thế chấp nhà ở tại tổ chức tín dụng, tổ chức kinh tế hoặc cá nhân.

Mặc dù các quy định về thế chấp nhà ở đã tương đối rõ ràng, dễ hiểu và áp dụng thống nhất trên thực tiễn, song vẫn còn tồn tại các quan điểm khác nhau về khái niệm thế chấp nhà ở. Sự khác biệt này có thể là khác biệt nói chung về thế chấp tài sản, nhưng cũng có thể là những quan điểm khác nhau về thế chấp nhà ở nói riêng. Ở góc nhìn chung về thế chấp tài sản, các quan niệm về thế chấp nhà ở cũng đang tồn tại theo hai hướng đó là thế chấp nhà ở là một hợp đồng⁵³ và thế chấp nhà ở là một biện pháp bảo đảm⁵⁴ (xem thêm các phân tích ở tiểu mục 1.1.1). Bên cạnh đó, thế chấp tài sản

⁵³ Nguyễn Văn Hoạt (2003), *Đảm bảo thực hiện hợp đồng tín dụng ngân hàng bằng thế chấp tài sản*, luận án tiến sĩ luật học, Viện Nhà nước và Pháp luật, Hà Nội, tr.47

⁵⁴ Nguyễn Thị Nga (2008), *Pháp luật về thế chấp quyền sử dụng đất ở Việt Nam*, luận án tiến sĩ luật học, Viện Nhà nước và pháp luật, Hà Nội, tr.17-19.

cũng được nhìn nhận một cách chung chung theo hướng không khẳng định là hợp đồng hay một biện pháp bảo đảm mà là được nhìn nhận theo một tình trạng thực tế. Ở cách tiếp cận này, một số quan niệm về thế chấp nhà ở đã được ghi nhận trong khoa học pháp lý dân sự như sau:

Thế chấp nhà ở là việc một bên (sau đây gọi là bên thế chấp) sử dụng nhà ở đã được đăng ký quyền sở hữu hoặc có căn cứ chứng minh sẽ hình thành trong tương lai để đảm bảo việc thực hiện nghĩa vụ đối với bên kia (sau đây gọi là bên nhận thế chấp)⁵⁵. Theo quan điểm này thì thế chấp nhà ở không được khẳng định là một hợp đồng hay một biện pháp bảo đảm mà giống như khẳng định thế chấp nhà ở chính là một dạng hành vi thực hiện quyền sử dụng nhà ở của một chủ thể nhất định. Hơn nữa, theo quan điểm này thì chủ thể sử dụng nhà ở để thế chấp chưa hẳn đã là chủ sở hữu mà có thể là chủ thể khác, bởi khái niệm này chỉ định vị về các loại nhà ở có thể dùng để thế chấp là nhà ở đã được đăng ký quyền sở hữu hoặc nhà ở đang trong quá trình xây dựng. Ngoài ra, khái niệm này cũng khiến cho người đọc hiểu rằng việc thế chấp nhà ở nhằm mục đích để bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ của chính bên thế chấp với bên nhận thế chấp. Rõ ràng cách hiểu này không đúng với thực tế hiện nay khi mà pháp luật cho phép chủ sở hữu tài sản dùng tài sản của mình để bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ của mình hoặc của người khác với bên nhận bảo đảm⁵⁶.

Thế chấp tài sản là nhà ở là việc một bên (sau đây gọi là bên thế chấp) sử dụng nhà ở thuộc sở hữu hợp pháp của mình để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ dân sự trước bên nhận thế chấp mà không giao tài sản cho bên nhận thế chấp⁵⁷. Cũng tương tự như khái niệm ở trên, trong khái niệm này dường như tác giả đang nhìn nhận thế chấp nhà ở là một hành vi thực hiện quyền sử dụng nhà ở của chủ sở hữu. Đồng thời khái niệm này cũng dẫn đến cách hiểu rằng việc thế chấp nhà ở chỉ nhằm bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ của bên thế chấp với bên nhận thế chấp. Tuy nhiên, khái niệm này không tập trung vào việc liệt kê các loại nhà ở được dùng để thế chấp mà đi vào khẳng định nhà ở được dùng để thế chấp phải thuộc sở hữu của bên thế chấp.

⁵⁵ Nguyễn Hoàng Quân (2020), *Hợp đồng thế chấp nhà ở theo quy định của pháp luật dân sự và thực tiễn thi hành tại Ngân hàng Thương mại Cổ phần Việt Nam Thịnh Vượng*, luận văn thạc sĩ luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội, tr.26

⁵⁶ Xem thêm khoản 3 Điều 3 Nghị định số 21/2021/NĐ-CP ngày 19/3/2021 của Chính phủ quy định thi hành Bộ luật dân sự về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ.

⁵⁷ Nguyễn Hữu Tiến Anh (2021), *Xử lý tài sản thế chấp là nhà ở theo quy định của pháp luật dân sự Việt Nam và thực tiễn thực hiện tại Ngân hàng Thương mại Cổ phần Kỹ thương Việt Nam*, luận văn thạc sĩ luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội, tr.12.

Về lý thuyết, thế chấp nhà ở là một trường hợp cụ thể của thế chấp tài sản. Do đó, cần khẳng định rằng thế chấp nhà ở chính là một biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ. Tuy nhiên, việc thế chấp tài sản cũng có những đặc trưng riêng so với các trường hợp thế chấp bất động sản nói riêng và tài sản nói chung. Những đặc trưng này được thể hiện ở một số điểm như: (i) nhà ở được thế chấp phải là nhà ở đã được đăng ký quyền sở hữu tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền (trừ trường hợp nhà ở thế chấp là nhà ở hình thành trong tương lai). Đặc điểm này có sự tương đồng với thế chấp quyền sử dụng đất nhưng lại khác biệt với việc thế chấp của hầu hết các loại tài sản khác, đặc biệt là thế chấp động sản; (ii) nhà ở của tổ chức chỉ được thế chấp tại tổ chức tín dụng, còn nhà ở của cá nhân có thể thế chấp ở tổ chức tín dụng, tổ chức kinh tế hoặc cá nhân. So với các loại tài sản là động sản thì phạm vi các chủ thể được nhận thế chấp nhà ở dường như bị thu hẹp hơn, song lại có sự phân định rõ ràng về chủ thể được nhận thế chấp. Mặc dù có một số điểm đặc trưng, song về cơ bản thế chấp nhà ở vẫn có những điểm tương đồng với thế chấp bất động sản nói riêng và thế chấp tài sản nói chung.

Từ những phân tích trên đây và những phân tích về thế chấp tài sản nói chung ở mục 1.1, nghiên cứu sinh cho rằng thế chấp nhà ở phải được hiểu là *một biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ được hình thành từ sự thoả thuận của các bên, theo đó chủ sở hữu nhà ở sử dụng nhà ở của mình để bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ của mình hoặc của người khác đối với bên nhận thế chấp.*

1.3.2. Đặc điểm thế chấp nhà ở

Là một trong những trường hợp cụ thể và điển hình của thế chấp tài sản nên thế chấp nhà ở cũng mang đầy đủ các đặc điểm của thế chấp tài sản nói chung (xem những phân tích ở tiểu mục 1.1.2). Bên cạnh đó, với những đặc thù về đối tượng, chủ thể nên thế chấp nhà ở cũng có những đặc điểm riêng biệt như sau:

Thứ nhất, thế chấp nhà ở là một trường hợp của thế chấp bất động sản

Theo quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015 và một số văn bản pháp luật có liên quan thì nhà ở là một trong các loại bất động sản được phép giao dịch trên thị trường. Chính vì vậy mà các giao dịch liên quan đến nhà ở cũng được xác định là các giao dịch về bất động sản, bao gồm cả giao dịch thế chấp nhà ở. Là một trường hợp cụ thể và phổ biến của thế chấp bất động sản nên thế chấp nhà ở cũng mang trong mình

các đặc điểm của thế chấp bất động sản và có thể phân biệt với thế chấp động sản. *Một là*, do quyền sở hữu đối với bất động sản phải đăng ký theo quy định và việc thế chấp bất động sản là thế chấp tài sản phải đăng ký, nên thường thì thế chấp bất động sản nói chung, thế chấp nhà ở nói riêng phải đăng ký theo quy định của pháp luật⁵⁸. Trong khi đó thế chấp động sản thường không phải đăng ký⁵⁹. *Hai là*, thế chấp bất động sản nói chung, thế chấp nhà ở nói riêng thường được áp dụng phổ biến hơn so với thế chấp động sản. Điều này xuất phát từ tính chất của bất động sản là không thể di dời⁶⁰, nên việc tẩu tán tài sản thế chấp là bất động sản sẽ không thể thực hiện được, qua đó hạn chế rủi ro xảy ra cho bên nhận thế chấp bất động sản. Trong khi đó, nếu tài sản thế chấp là động sản thì việc tẩu tán tài sản thế chấp sẽ dễ xảy ra hơn, khiến cho khả năng gặp rủi ro của bên nhận thế chấp sẽ cao hơn. Hơn nữa bất động sản là những loại tài sản phải đăng ký quyền sở hữu theo quy định, nên khả năng kiểm soát sự dịch chuyển của tài sản thế chấp thông qua việc nắm giữ các giấy tờ có liên quan sẽ dễ dàng hơn, bên nhận thế chấp có khả năng tri phối tài sản thế chấp cao hơn trường hợp thế chấp động sản.

Thứ hai, thế chấp nhà ở là một biện pháp thế chấp chịu sự điều chỉnh của nhiều hệ thống pháp luật khác nhau

Xuất phát từ những đặc tính của nhà ở đã được chỉ ra ở trên như: là một loại bất động sản, có thể là nhà ở có sẵn hoặc nhà ở hình thành trong tương lai và có thể thuộc sở hữu riêng hoặc sở hữu chung (trong đó bao gồm của vợ chồng), ... khiến cho việc điều chỉnh các vấn đề pháp lý liên quan đến nhà ở nói chung, thế chấp nhà ở nói riêng khó có thể chỉ được quy định chi tiết trong một văn bản pháp luật. Với đặc tính là một loại bất động sản, thế chấp nhà ở chịu sự điều chỉnh chung của Bộ luật Dân sự, trong đó các quy định chung về điều kiện của tài sản thế chấp, quyền và nghĩa vụ của các bên trong quan hệ thế chấp, vấn đề xử lý tài sản thế chấp, ... cũng được áp dụng để điều chỉnh quan hệ thế chấp nhà ở. Là một loại tài sản có giá trị đối với chủ thể và là một loại tài sản được giao dịch phổ biến trên thị trường, nên các vấn đề pháp lý liên quan đến nhà ở được điều chỉnh bởi hệ thống văn bản pháp luật chuyên ngành đó là

⁵⁸ Xem thêm Nguyễn Hữu Tiến Anh (2021), *Xử lý tài sản thế chấp là nhà ở theo quy định của pháp luật dân sự Việt Nam và thực tiễn thực hiện tại Ngân hàng Thương mại Cổ phần Kỹ thương Việt Nam*, luận văn thạc sĩ luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội, tr.13-14.

⁵⁹ Xem thêm Điều 4 Nghị định số 102/2017/NĐ-CP ngày 01/9/2017 của Chính phủ về đăng ký biện pháp bảo đảm

⁶⁰ Xem thêm Nguyễn Quang Hương Trà (2021), *Thế chấp bất động sản theo quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành*, luận án tiến sĩ luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội, tr.11.

Luật Nhà ở và các văn bản hướng dẫn thi hành. Hơn nữa, nhà ở có thể là tài sản thuộc sở hữu riêng của cá nhân, song cũng có thể là tài sản chung của vợ chồng, nên việc xác lập các giao dịch về nhà ở nói chung, giao dịch thế chấp nhà ở nói riêng cũng chịu sự điều chỉnh của các quy định pháp luật về hôn nhân và gia đình⁶¹. Ngoài ra, việc thế chấp nhà ở cũng chịu sự điều chỉnh của pháp luật về kinh doanh bất động sản, pháp luật về công chứng ... Việc có nhiều văn bản pháp luật cùng điều chỉnh việc thế chấp nhà ở cho thấy sự hoàn thiện và đầy đủ của các quy định pháp luật. Tuy vậy, điều này cũng dễ dẫn đến những mâu thuẫn có liên quan đến hiệu lực của biện pháp thế chấp nhà ở. Đặc biệt là trường hợp việc thế chấp nhà ở phải được đăng ký theo quy định của pháp luật sẽ dẫn đến những cách hiểu khác nhau liên quan đến giá trị của việc đăng ký thế chấp nhà ở và thời điểm thế chấp nhà ở có giá trị giữa hai bên quan hệ thế chấp nhà ở.

Thứ ba, thế chấp nhà ở là là biện pháp thế chấp phải được đăng ký

Những quy định về đăng ký biện pháp bảo đảm hiện nay đã có những thay đổi so với trước đây. Sự thay đổi này bao gồm cả thay đổi về bản chất của đăng ký (từ đăng ký giao dịch bảo đảm⁶² thành đăng ký biện pháp bảo đảm⁶³), và thay đổi về các trường hợp bắt buộc phải đăng ký. Trước đây, Nghị định số 88/2010/NĐ-CP không quy định bắt buộc phải đăng ký giao dịch thế chấp nhà ở. Song hiện nay, thế chấp nhà ở phải đăng ký theo quy định tại Điều 4 Nghị định số 102/2017/NĐ-CP ngày 01/9/2017 của Chính phủ về đăng ký biện pháp bảo đảm. Theo quy định tại Điều 4 Nghị định này thì “thế chấp tài sản gắn liền với đất bắt buộc phải đăng ký trong trường hợp tài sản đó đã được chứng nhận quyền sở hữu trên Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất”. Trong khi đó, theo quy định của Luật Nhà ở năm 2014 thì “tổ chức, hộ gia đình, cá nhân có đủ điều kiện và có nhà ở hợp pháp quy định tại Điều 8 của Luật nhà ở thì được cơ quan nhà nước có thẩm quyền cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất (sau đây gọi chung là Giấy chứng nhận) đối với nhà ở đó”. Tức là quyền sở hữu nhà ở luôn được chứng nhận trên Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản gắn liền với đất, nên việc thế chấp nhà ở thuộc trường

⁶¹ Xem các Điều 26, 31, 34 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014.

⁶² Xem thêm Nghị định số 88/2010/NĐ-CP ngày 23/7/2010 của Chính phủ về đăng ký giao dịch bảo đảm

⁶³ Xem thêm Nghị định số 102/2017/NĐ-CP ngày 01/9/2017 của Chính phủ về đăng ký biện pháp bảo đảm

hợp bắt buộc đăng ký theo quy định về đăng ký biện pháp bảo đảm⁶⁴.

Thứ tư, thế chấp nhà ở là biện pháp bảo đảm trọng thức, tức là thoả thuận hình thành nên biện pháp thế chấp nhà ở phải được xác lập bằng văn bản

Tính chất trọng thức của việc thế chấp nhà ở được thể hiện ở sự coi trọng hình thức, thủ tục xác lập hiệu lực của biện pháp thế chấp nhà ở⁶⁵. Xuất phát từ việc bên thế chấp nhà ở không phải chuyển giao nhà ở cho bên nhận thế chấp nắm giữ mà vẫn tiếp tục khai thác giá trị của nhà ở. Thậm chí, việc bên nhận thế chấp nắm giữ Giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà ở cũng chỉ đặt ra nếu các bên có thoả thuận trong hợp đồng thế chấp nhà ở. Do đó, nếu việc thế chấp nhà ở được xác lập thông qua hình thức miệng sẽ khó có cơ sở để khẳng định nhà ở đã được thế chấp hay chưa. Điều này không chỉ dẫn đến rủi ro cho bên nhận thế chấp mà còn có thể làm tăng nguy cơ xảy ra rủi ro với người thứ ba trong việc xác định tình trạng pháp lý của nhà ở khi bên thứ ba là bên nhận thế chấp hoặc mua chính nhà ở đó⁶⁶. Chính vì vậy, cũng giống như pháp luật của hầu hết các quốc gia trên thế giới, pháp luật Việt Nam cũng quy định việc xác lập biện pháp thế chấp nhà ở phải bằng văn bản⁶⁷, đồng thời quy định bắt buộc công chứng hợp đồng thế chấp nhà ở⁶⁸ và bắt buộc đăng ký biện pháp thế chấp nhà ở⁶⁹. Việc đăng ký thế chấp nhà ở không chỉ là điều kiện bắt buộc để biện pháp thế chấp nhà ở phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba mà còn là điều kiện để bên nhận thế chấp xác lập quyền thế nhà ở thế chấp⁷⁰.

Thứ năm, thế chấp nhà ở thường được xác lập để bảo đảm cho nghĩa vụ trả nợ trong các hợp đồng tín dụng

Cùng với quyền sử dụng đất thì nhà ở là một trong những bất động sản có giá trị nhất đối với nhiều chủ thể. Thậm chí đây có thể là khối tài sản mà cả cuộc đời cá nhân có thể tạo lập ra. Chính vì vậy, nhà ở vẫn luôn là tài sản có giá trị lớn và nó thường

⁶⁴ Xem thêm Nguyễn Hữu Tiến Anh (2021), *Xử lý tài sản thế chấp là nhà ở theo quy định của pháp luật dân sự Việt Nam và thực tiễn thực hiện tại Ngân hàng Thương mại Cổ phần Kỹ thương Việt Nam*, luận văn thạc sĩ luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội, tr.13-14.

⁶⁵ Nguyễn Quang Hương Trà (2021), *Thế chấp bất động sản theo quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành*, luận án tiến sĩ luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội, tr.33

⁶⁶ Nguyễn Quang Hương Trà (2021), *Thế chấp bất động sản theo quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành*, luận án tiến sĩ luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội, tr.33.

⁶⁷ Xem Điều 121 Luật Nhà ở năm 2014.

⁶⁸ Xem khoản 1 Điều 122 Luật Nhà ở năm 2014

⁶⁹ Xem khoản 1 Điều 4 Nghị định 102/2017/NĐ-CP ngày 01/9/2017 của Chính phủ về đăng ký biện pháp bảo đảm

⁷⁰ Xem thêm Nguyễn Quang Hương Trà (2021), *Thế chấp bất động sản theo quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành*, luận án tiến sĩ luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội, tr.36.

được sử dụng để bảo đảm cho những nghĩa vụ có giá trị lớn. Trong thực tế, khi bên thế chấp phát sinh nhu cầu về tài chính thì thường sẽ tìm đến các tổ chức tín dụng, đặc biệt lượng tài chính mà họ cần là lớn thì hầu như chỉ có các tổ chức tín dụng mới có thể đáp ứng được. Do đó, nhà ở thường được sử dụng để thế chấp cho các tổ chức tín dụng nhằm bảo đảm cho nghĩa vụ trả nợ phát sinh từ các hợp đồng vay từ tổ chức tín dụng. Thậm chí, đối với trường hợp thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai thì bên thế chấp cũng chỉ được thế chấp tại tổ chức tín dụng. Cụ thể, theo quy định tại khoản 2 Điều 147 Luật Nhà ở thì “tổ chức, cá nhân xây dựng nhà ở hình thành trong tương lai trên thửa đất ở hợp pháp của mình; tổ chức, cá nhân mua nhà ở hình thành trong tương lai trong dự án đầu tư xây dựng nhà ở của chủ đầu tư được thế chấp nhà ở này tại tổ chức tín dụng đang hoạt động tại Việt Nam để vay vốn phục vụ cho xây dựng nhà ở hoặc để mua chính nhà ở đó”.

Thứ sáu, giá trị của nhà ở thế chấp thường lớn hơn giá trị của nghĩa vụ được bảo đảm

Giá trị của một loại tài sản nói chung thường sẽ được xác định dựa trên các chi phí cần thiết để có thể tạo ra tài sản đó sau khi trừ đi giá trị khấu hao theo thời gian sử dụng. Ngoài các yếu tố liên quan đến chi phí xây dựng, giá trị của nhà ở thế chấp lại phụ thuộc vào nhiều yếu tố khác như vị trí, diện tích, sự biến động của giá trị thường, ... Tuy nhiên, giá trị của nhà ở thế chấp thường được xác định theo thỏa thuận của các bên hoặc thông qua quá trình thẩm định giá bởi một tổ chức thẩm định giá theo quy định của pháp luật. Mặc dù nhà ở là một tài sản có giá trị lớn, song thực tế khi nhận thế chấp nhà ở, bên nhận thế chấp thường chỉ chấp nhận nhà ở có giá trị lớn hơn nghĩa vụ được bảo đảm. Đặc biệt, như đã chỉ ra ở trên, nhà ở thường được thế chấp để bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ với tổ chức tín dụng nên giá trị của nhà ở luôn lớn hơn giá trị của khoản vay. Thực tế, khi lựa chọn tài sản thế chấp, tổ chức tín dụng thường ưu tiên lựa chọn những tài sản có tính thanh khoản cao và có giá trị lớn hơn nghĩa vụ trả nợ (phần lớn các ngân hàng thương mại hiện nay đều quy định hạn mức cho vay tối đa là 75% giá trị tài sản thế chấp) để bảo đảm khả năng thu hồi nợ trong trường hợp bên thế chấp không đủ điều kiện, khả năng trả nợ⁷¹.

1.3.3. Bản chất của thế chấp nhà ở

⁷¹ Phan Ngọc Trâm (2016), *Thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ từ hợp đồng tín dụng*, luận văn thạc sĩ luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội, tr.17

Theo những phân tích trong tiểu mục 1.1.1 thì hệ thống pháp luật về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ nói chung, thế chấp tài sản nói riêng được xây dựng trên nền tảng của nhiều học thuyết pháp lý khác nhau. Tùy thuộc vào điều kiện kinh tế xã hội, phong tục tập quán và truyền thống pháp lý mà mỗi quốc gia lựa chọn một nền tảng lý thuyết khác nhau để làm cơ sở lý luận cho việc xây dựng các quy định về thế chấp. Ở Việt Nam, việc xây dựng các quy định pháp luật về bảo đảm thực hiện nói chung, thế chấp tài sản nói riêng chịu ảnh hưởng rất lớn từ lý thuyết vật quyền và trái quyền trong hệ thống tư pháp La Mã cổ đại. Tuy nhiên, việc áp dụng các lý thuyết này trong các thời kỳ khác nhau cũng khiến cho các quy định về thế chấp trong các thời kỳ có sự khác biệt. Chính sự khác biệt này có thể dẫn đến cách hiểu về thế chấp sẽ khác nhau.

Ở thời kỳ Pháp thuộc, các quy định pháp luật dân sự nói chung, quy định về thế chấp nói riêng chịu ảnh hưởng sâu sắc bởi các quy định của Bộ luật Dân sự Pháp. Mặc dù ở thời kỳ này, ở ba miền áp dụng ba bộ dân luật khác nhau, song những quy định về thế chấp đều có hơi hướng tiếp cận cả từ góc độ vật quyền và trái quyền. Theo Điều 1527 của Hoàng Việt Trung kỳ hộ luật (hay còn gọi là Bộ dân luật Trung kỳ), thế chấp 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 đó để bảo đảm món nợ⁷². Theo quy định này có thể thấy rằng quan niệm về thế chấp ở thời điểm này chính là việc chuyển giao một bất động sản từ bên thế chấp sang bên nhận thế chấp. Điều này là một bảo đảm chắc chắn cho bên nhận thế chấp trong việc thiết lập, duy trì vật quyền trên tài sản thế chấp, đồng thời ngăn chặn mọi hành vi tẩu tán hoặc xâm hại trái phép đến vật quyền bảo đảm này. Còn theo Điều 1353 Bộ dân luật Bắc kỳ thì nhà làm luật lại đưa ra một định nghĩa về quyền để đương mang tính chất của vật quyền thế chấp. Theo đó, quyền để đương được hiểu là quyền người mắc nợ giao cho người chủ nợ, hễ nợ đã đến hạn thì được sai áp một bất động sản nào đó, dầu bất động sản vào tay ai cũng mặc, để đem ra phát mại lấy tiền trừ nợ, trước các chủ nợ khác. Cách tiếp cận về thế chấp trong Bộ dân luật Bắc kỳ cũng tương tự như trong Bộ dân luật Trung kỳ ở chỗ đều ghi nhận vật quyền thế chấp cho bên nhận thế chấp xác lập trên tài sản thế chấp. Tuy nhiên, cách tiếp cận trong Bộ luật dân sự Bắc kỳ không thể hiện việc chuyển giao tài sản thế chấp sang cho bên nhận thế chấp.

Sau khi giành được độc lập vào năm 1945, các văn bản pháp luật hầu như

⁷² Hoàng Việt Trung kỳ hộ luật (1947), Nhà in Viên - Đé, Huế.

không ghi nhận chi tiết về thế chấp mà chỉ hướng dẫn giải quyết các vấn đề liên quan đến đăng ký thế chấp đã được xác lập trước đó. Trong đó chỉ có Sắc lệnh số 56 của Chủ tịch Hồ Chí Minh ban hành ngày 02/5/1946 ghi nhận về thế chấp với nội dung: “Kể từ ngày xảy ra chiến sự ở Nam bộ (23 tháng 9 năm 1945) cho đến ngày 01 tháng 12 năm 1946 trong toàn cõi Việt Nam tạm hoãn thời hạn tiêu diệt những việc đăng ký quyền để-đương ở các phòng trước bạ và điền thổ. Nếu trong thời gian từ ngày 23 tháng 9 năm 1945 tới nay, đã có những việc tái đăng ký, để tránh khỏi sự tiêu diệt thời hiệu, thì những việc đăng ký ấy cũng vô hiệu và những người đương sự sẽ phải xin đăng ký lần nữa trong thời hạn do đạo Sắc lệnh nói ở Điều thứ 2 định đoạt”. Đến khi hệ thống pháp luật được áp dụng thống nhất trong tất cả các miền trên cả nước, các quy định về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ nói chung, thế chấp tài sản nói riêng dần được định hình và thay đổi để phù hợp với định hướng phát triển kinh tế - xã hội mà Đại hội Đảng lần thứ VI đã xác định.

Theo quy định của Pháp lệnh hợp đồng dân sự năm 1991, bên thế chấp bắt buộc phải giao giấy tờ gốc chứng nhận quyền sở hữu tài sản thế chấp cho bên nhận thế chấp nắm giữ. Tuy nhiên, việc chuyển giao tài sản thế chấp là không bắt buộc mà phụ thuộc vào sự thoả thuận của các bên. Trường hợp tài sản thế chấp được chuyển giao cho bên nhận thế chấp nắm giữ thì việc chuyển giao đó chỉ đơn giản là chuyển giao quyền chiếm hữu tài sản thế chấp mà không chuyển giao quyền sử dụng và định đoạt tài sản. Bởi vì theo quy định thì “Trong trường hợp bên nhận thế chấp giữ tài sản thế chấp, thì phải bảo quản tài sản thế chấp; và không được bán, tặng cho, cho thuê, cho mượn, trao đổi tài sản thế chấp; không được dùng tài sản thế chấp để bảo đảm nghĩa vụ khác”⁷³.

Các quy định về thế chấp tài sản trong Bộ luật Dân sự năm 1995 được ghi nhận chi tiết hơn, song vẫn có sự kế thừa về cơ bản các tư tưởng lập pháp trong các quy định trước đó. Trong đó, thế chấp tài sản vẫn chỉ là việc bên có nghĩa vụ dùng tài sản là bất động sản thuộc sở hữu của mình để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ đối với bên có quyền⁷⁴. Theo đó, bên nhận thế chấp chỉ nhận giấy tờ về tài sản thế chấp mà không đương nhiên được nắm giữ tài sản thế chấp. Việc nắm giữ tài sản thế chấp chỉ đặt ra trong trường hợp các bên có thoả thuận và chỉ được khai thác tài sản thế chấp nếu có sự thoả thuận với bên thế chấp.

⁷³ Xem Điều 32 và 32 Pháp lệnh hợp đồng dân sự năm 1991.

⁷⁴ Xem Điều 346 Bộ luật dân sự năm 1995.

Đến Bộ luật Dân sự năm 2005, quan điểm về thế chấp tài sản đã có sự thay đổi rõ rệt. Theo đó, thế chấp tài sản là việc một bên (sau đây gọi là bên thế chấp) dùng tài sản thuộc sở hữu của mình để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự đối với bên kia (sau đây gọi là bên nhận thế chấp) và không chuyển giao tài sản đó cho bên nhận thế chấp⁷⁵. Bên cạnh việc mở rộng đối tượng có thể dùng để thế chấp gồm cả động sản thì điểm thay đổi lớn nhất đó là khẳng định việc “không có sự chuyển giao tài sản thế chấp cho bên nhận thế chấp”. Các bên chỉ có thể thoả thuận để chuyển giao tài sản thế chấp cho bên thứ ba nắm giữ mà không thể thoả thuận để chuyển giao tài sản cho bên thế chấp nắm giữ. Đây là yếu tố thể hiện sự khác biệt rõ rệt nhất giữa thoả thuận về thế chấp tài sản với các thoả thuận về chuyển giao tài sản như mua bán, tặng cho, cho thuê, cho mượn tài sản ...

Bộ luật Dân sự năm 2015 tiếp tục kế thừa quan điểm lập pháp của Bộ luật Dân sự năm 2005. Theo đó, thế chấp tài sản là việc một bên (sau đây gọi là bên thế chấp) dùng tài sản thuộc sở hữu của mình để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ và không giao tài sản cho bên kia (sau đây gọi là bên nhận thế chấp)⁷⁶. Theo cách tiếp cận này thì tài sản thế chấp có thể là động sản hoặc bất động sản và đặc biệt là không có sự chuyển giao tài sản thế chấp sang cho bên nhận thế chấp nắm giữ.

Sau rất nhiều sự thay đổi, bổ sung, chỉnh sửa thì quan niệm về thế chấp hiện nay của Việt Nam cho thấy nhà làm luật Việt Nam không tiếp cận theo lý thuyết về quyền sở hữu hay lý thuyết về giữ tài sản thế chấp như các quốc gia Anh, Mỹ, Úc hay Canada⁷⁷. Các quy định về thế chấp hiện hành cho thấy sự tác động của lý thuyết vật quyền và trái quyền đến quá trình xây dựng các quy định này một cách rõ rệt nhất. Theo đó, cơ sở để hình thành nên biện pháp thế chấp có tính chất trái quyền, còn biện pháp thế chấp lại mang tính chất vật quyền. Tính chất vật quyền được thể hiện rõ nét ở biện pháp thế chấp đó chính là quyền theo đuổi. Quyền này thể hiện ở chỗ bất kể tài sản thế chấp nằm trong tay ai cũng không làm mất đi quyền tiếp cận và tri phối tài sản thế chấp của bên nhận thế chấp. Đến thời hạn thực hiện nghĩa vụ mà bên có nghĩa vụ không hoàn thành nghĩa vụ thì bên nhận thế chấp vẫn có quyền xử lý tài sản thế chấp để khấu trừ nghĩa vụ, bất kể tại thời điểm xử lý, tài sản thế chấp có đang thuộc quyền

⁷⁵ Xem khoản 1 Điều 342 Bộ luật dân sự năm 2005.

⁷⁶ Xem khoản 1 Điều 317 Bộ luật dân sự năm 2015.

⁷⁷ Vũ Thị Hồng Yên (2013), *Tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp theo quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành*, luận án tiến sĩ luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội, tr.10-11

chiếm hữu thực tế của bên nhận thế chấp hay không⁷⁸. Tính theo đuổi vật (thực tế là theo dõi vật) được thể hiện trong pháp luật của nhiều quốc gia mà điển hình là Pháp. Trong pháp luật của Pháp, người được chuyển nhượng tài sản thế chấp không phải là người bảo lãnh đối vật. Đơn giản, chủ nợ nhận thế chấp luôn có tài sản thế chấp để bảo đảm cho việc thu hồi nợ. Người mắc nợ có thể chuyển nhượng tài sản thế chấp mà chủ nợ không thể phản đối, nhưng khi nợ đến hạn, chủ nợ có quyền yêu cầu kê biên tài sản thế chấp để bán và nhận tiền thanh toán, dù lúc đó tài sản không còn thuộc về người mắc nợ⁷⁹.

Mặc dù các quy định về thế chấp trong Bộ luật Dân sự cho phép bên nhận thế chấp xác lập vật quyền bảo đảm trên tài sản thế chấp, và đây chính là cơ sở quan trọng để bên nhận thế chấp bảo đảm sự an toàn cho quyền lợi của mình. Tuy nhiên, quá trình thực thi pháp luật trên thực tế cho thấy, việc bảo đảm quyền lợi của bên nhận thế chấp còn chịu ảnh hưởng bởi nhiều quy định pháp luật có liên quan. Một trong số đó chính là quy định về bảo vệ quyền lợi của người thứ ba ngay tình khi giao dịch dân sự vô hiệu. Theo đó “trường hợp giao dịch dân sự vô hiệu nhưng tài sản đã được đăng ký tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền, sau đó được chuyển giao bằng một giao dịch dân sự khác cho người thứ ba ngay tình và người này căn cứ vào việc đăng ký đó mà xác lập, thực hiện giao dịch thì giao dịch đó không bị vô hiệu”⁸⁰. Vấn đề chuyển giao tài sản cho người thứ ba ngay tình trong quy định này chưa thực sự rõ ràng, dẫn đến nhiều bất cập trong thực tiễn áp dụng. Chính sự bất cập này là nguyên nhân dẫn đến sự mâu thuẫn giữa quan điểm của cơ quan lập pháp (Quốc hội) và cơ quan tư pháp mà đứng đầu là Tòa án nhân dân tối cao. Sự mâu thuẫn này được biểu hiện cụ thể ở việc xác định bản chất của thế chấp tài sản nói chung, thế chấp nhà ở nói riêng là một biện pháp bảo đảm hay là một giao dịch chuyển giao tài sản có điều kiện.

Ngày 09 tháng 01 năm 2019, Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao đã tổ chức buổi giải đáp trực tuyến toàn quốc về một số vướng mắc trong quá trình giải quyết các vụ án hình sự, dân sự và hành chính. Trên cơ sở các ý kiến phản ánh vướng mắc và giải đáp của Hội đồng Thẩm phán, Tòa án nhân dân tối cao đã ban hành Công văn số 64/TANDTC-PC ngày 03/4/2019 để thông báo kết quả giải đáp trực tuyến một

⁷⁸ Nguyễn Minh Oanh (chủ biên, 2018), *Vật quyền trong pháp luật dân sự Việt Nam hiện đại*, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội, tr.19-20.

⁷⁹ Nguyễn Ngọc Điện (2000), *Nghiên cứu về tài sản trong Luật dân sự Việt Nam*, Nxb trẻ, TP. Hồ Chí minh, tr.125

⁸⁰ Xem khoản 2 Điều 133 Bộ luật dân sự năm 2015.

số vướng mắc về hình sự, dân sự và tổ tụng hành chính. Một trong những nội dung được giải đáp trong công văn này chính là vấn đề chuyển giao tài sản cho bên thứ ba ngay tình khi giao dịch dân sự vô hiệu tại Điều 133 Bộ luật dân sự năm 2015. Cụ thể, Toà án nhân dân tối cao đặt ra nội dung dẫn đề như sau: “Trường hợp giao dịch chuyển nhượng nhà đất bị vô hiệu nhưng bên nhận chuyển nhượng đã được cấp giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà, quyền sử dụng đất và đã thế chấp nhà, quyền sử dụng đất đó cho Ngân hàng theo đúng quy định của pháp luật. Vậy giao dịch thế chấp đó có bị vô hiệu không?”⁸¹.

Để giải đáp nội dung này, Toà án nhân dân tối cao cho rằng:

“Theo Bản thuyết minh Dự án Bộ luật Dân sự năm 2015 của Ban soạn thảo thì quy định tại khoản 2 Điều 133 của Bộ luật Dân sự là nhằm: “... Bảo đảm công bằng, hợp lý đối với người thiện chí, ngay tình và bảo đảm sự ổn định trong các quan hệ dân sự (các Bộ luật dân sự trên thế giới đều ghi nhận việc bảo vệ người thứ ba ngay tình trong giao dịch dân sự)...”. Cho nên, cụm từ “chuyển giao bằng một giao dịch dân sự khác” tại khoản 2 Điều 133 của Bộ luật Dân sự phải được áp dụng theo nghĩa rộng. Có nghĩa là: Không chỉ có những giao dịch nhằm chuyển giao quyền sở hữu như: Hợp đồng mua bán, tặng cho, đổi, góp vốn nhà ở; chuyển nhượng, chuyển đổi, góp vốn bằng quyền sử dụng đất... mà cả những giao dịch nhằm chuyển giao những quyền về sở hữu đối với tài sản hoặc quyền về sử dụng đối với thửa đất”⁸².

Liên quan đến giá trị của hợp đồng thế chấp mà đối tượng của thế chấp chính là tài sản trong giao dịch dân sự đã bị tuyên vô hiệu. Toà án nhân dân tối cao cho rằng:

“Đồng thời, thế chấp tài sản là một biện pháp bảo đảm, theo quy định tại Điều 317 của Bộ luật Dân sự thì nội hàm của thế chấp tài sản là việc người thế chấp dùng tài sản thuộc sở hữu của mình để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ đối với bên nhận thế chấp mà không giao tài sản đó cho bên nhận thế chấp. Tuy nhiên, tại khoản 6 Điều 320 của Bộ luật Dân sự quy định nghĩa vụ của bên thế chấp tài sản là: “Giao tài sản thế chấp cho bên nhận thế chấp để xử lý khi thuộc một trong các trường hợp xử lý tài sản bảo đảm quy định tại Điều 299 của Bộ luật này...”; khoản 7 Điều 323 của Bộ luật Dân sự quy định quyền của bên nhận thế chấp: “Xử lý tài sản thế chấp khi thuộc

⁸¹ Xem mục 1 phần II Công văn số 64/TANDTC-PC ngày 03/4/2019 của Toà án nhân dân tối cao thông báo kết quả giải đáp trực tuyến một số vướng mắc về hình sự, dân sự và tổ tụng hành chính.

⁸² Xem mục 1 phần II Công văn số 64/TANDTC-PC ngày 03/4/2019 của Toà án nhân dân tối cao thông báo kết quả giải đáp trực tuyến một số vướng mắc về hình sự, dân sự và tổ tụng hành chính.

trường hợp quy định tại Điều 299 của Bộ luật này”. Như vậy, mục đích của thế chấp là người có nghĩa vụ dùng tài sản thuộc sở hữu của mình để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ đối với bên nhận thế chấp, trong trường hợp nghĩa vụ đó không được bên thế chấp thực hiện hoặc thực hiện không đúng thì phải giao tài sản đã thế chấp cho bên nhận thế chấp xử lý nhằm bảo đảm quyền lợi của bên nhận thế chấp. Vì vậy, phải xem thế chấp tài sản là một giao dịch chuyển giao tài sản có điều kiện; để bảo đảm quyền lợi cho bên nhận thế chấp ngay tình thì phải hiểu quy định “chuyển giao bằng một giao dịch dân sự khác” tại khoản 2 Điều 133 của Bộ luật Dân sự được áp dụng cả trong trường hợp giao dịch về thế chấp tài sản”⁸³.

Từ những lập luận trên, Toà án nhân dân tối cao kết luận rằng: “trường hợp giao dịch chuyển nhượng nhà đất bị vô hiệu nhưng bên nhận chuyển nhượng đã được cấp giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà, quyền sử dụng đất và đã thế chấp nhà, quyền sử dụng đất đó cho Ngân hàng theo đúng quy định của pháp luật thì giao dịch thế chấp đó không vô hiệu”.

Rõ ràng, nếu theo những giải đáp trong Công văn số 64 này thì thế chấp tài sản nói chung, thế chấp nhà ở nói riêng chính là một giao dịch chuyển giao tài sản có điều kiện. Tuy nhiên, nghiên cứu sinh cho rằng, việc coi thế chấp tài sản nói chung, thế chấp nhà ở nói riêng là một giao dịch chuyển giao tài sản có điều kiện là không phù hợp bởi những lý do sau:

Một là, thế chấp nhà ở không phải là một giao dịch chuyển giao tài sản

Theo quy định tại Điều Điều 317 của Bộ luật Dân sự thì nội hàm của thế chấp tài sản là việc người thế chấp dùng tài sản thuộc sở hữu của mình để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ đối với bên nhận thế chấp mà không giao tài sản đó cho bên nhận thế chấp. Hơn nữa, nếu coi thế chấp nhà ở là một giao dịch chuyển giao tài sản thì bên thế chấp nhà ở phải chuyển giao cho bên nhận thế chấp một trong các quyền của mình đối với nhà ở đó là quyền chiếm hữu, quyền sử dụng và quyền định đoạt. Tuy nhiên, nhà ở là tài sản thế chấp vẫn do bên nhận thế chấp nắm giữ, quản lý, khai thác công dụng và hưởng lợi tức (nếu có) trong suốt thời gian thế chấp. Bên nhận thế chấp nhà ở không nắm giữ, quản lý, sử dụng cũng như định đoạt nhà ở thế chấp trong suốt thời gian nhận thế chấp nhà ở. Điều này đã được thể hiện rất rõ trong quy định về quyền và nghĩa vụ

⁸³ Xem mục 1 phần II Công văn số 64/TANDTC-PC ngày 03/4/2019 của Toà án nhân dân tối cao thông báo kết quả giải đáp trực tuyến một số vướng mắc về hình sự, dân sự và tổ tụng hành chính.

của các bên trong quan hệ thế chấp mà Bộ luật Dân sự đã ghi nhận.

Hai là, thế chấp nhà ở không phải là một giao dịch có điều kiện

Về lý luận thì giao dịch có điều kiện là giao dịch mà hiệu lực của nó phát sinh hoặc huỷ bỏ phụ thuộc vào sự kiện nhất định. Khi sự kiện đó xảy ra thì giao dịch phát sinh hoặc huỷ bỏ⁸⁴. Trong khi đó, hiệu lực của thế chấp phụ thuộc vào các quy định của pháp luật liên quan đến điều kiện có hiệu lực của giao dịch dân sự tại Điều 117 Bộ luật dân sự năm 2015 và các quy định khác có liên quan như quy định về công chứng hợp đồng thế chấp nhà ở, quy định về đăng ký biện pháp thế chấp nhà ở, ... mà không phụ thuộc vào bất cứ sự kiện nào. Việc giao dịch về nhà ở trước đó bị tuyên bố vô hiệu không phải là điều kiện ảnh hưởng đến hiệu lực của thế chấp nhà ở. Thế chấp nhà ở có bị vô hiệu hay không phụ thuộc vào việc bên nhận thế chấp nhà ở có ngay tình tại thời điểm nhận thế chấp hay không. Nếu nhà ở đã được đăng ký quyền sở hữu và bên nhận thế chấp dựa vào đó mà xác lập biện pháp thế chấp thì thế chấp nhà ở sẽ không vô hiệu. Ngược lại, nếu nhà ở chưa được đăng ký hoặc đã được đăng ký nhưng bên nhận thế chấp nhà ở biết hoặc buộc phải biết người thế chấp tài sản là người không có quyền thế chấp mà vẫn nhận thế chấp thì mới bị coi là không ngay tình, và thế chấp sẽ bị vô hiệu.

Thứ ba, việc bên thế chấp nhà ở phải giao nhà ở cho bên nhận thế chấp xử lý khi xảy ra một trong các trường hợp xử lý tài sản thế chấp là nhà ở không phải là nghĩa vụ phát sinh từ hợp đồng thế chấp nhà ở. Đồng thời quyền yêu cầu giao nhà ở để xử lý của bên nhận thế chấp nhà ở cũng không phải là quyền phát sinh từ hợp đồng thế chấp nhà ở mà đó chính là quyền của chủ thể có vật quyền bảo đảm đã được xác lập trên nhà ở thế chấp.

Như đã phân tích ở tiểu mục 1.3.2 thì thế chấp nhà ở là một biện pháp bảo đảm trọng thức. Trong đó bắt buộc thế chấp nhà ở phải được xác lập bằng văn bản có công chứng hoặc chứng thực và phải được đăng ký theo quy định của pháp luật. Hiện tại, các quốc gia xây dựng pháp luật về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ nói chung, thế chấp nhà ở nói riêng dựa theo nhiều mô hình khác nhau. Các quốc gia theo mô hình công chứng như Mỹ, Nhật Bản, Hàn Quốc, ... thì việc đăng ký thế chấp chỉ là điều kiện để phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba của biện pháp thế chấp nói chung, thế

⁸⁴ Trường Đại học Luật Hà Nội (2019), *Giáo trình Luật dân sự Việt Nam (tập 1)*, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội, tr.139

chấp nhà ở nói riêng. Trường hợp chưa được đăng ký thì biện pháp thế chấp nhà ở chỉ có hiệu lực giữa hai bên mà không có hiệu lực đối kháng với người thứ ba⁸⁵. Các quốc gia theo mô hình đăng ký xác lập quyền như Đức, Nga, ... thì việc đăng ký biện pháp thế chấp nhà ở không chỉ là căn cứ xác lập hiệu lực đối kháng với người thứ ba mà còn có giá trị xác lập quyền trên nhà ở thế chấp. Theo pháp luật của Đức thì đăng ký thế chấp là điều kiện phát sinh quyền trên tài sản thế chấp⁸⁶. Còn theo pháp luật của Nga thì đăng ký là chứng cứ duy nhất về sự tồn tại của quyền trên bất động sản thế chấp⁸⁷.

Ở Việt Nam, việc xây dựng các quy định liên quan đến thế chấp nhà ở hiện nay đã có sự thay đổi trong cách tiếp cận lý thuyết về công chứng, chứng thực và đăng ký. Theo quy định của Bộ luật Dân sự năm 2005, Luật Nhà ở năm 2005 và Nghị định số 88/2010/NĐ-CP ngày 23/7/2010 của Chính phủ về đăng ký giao dịch bảo đảm thì thế chấp nhà ở không thuộc trường hợp bắt buộc phải đăng ký. Theo đó, chỉ cần hợp đồng thế chấp nhà ở có hiệu lực pháp luật thì quyền của bên nhận thế chấp nhà ở sẽ được xác lập trên nhà ở thế chấp. Tuy nhiên, theo quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015, Luật Nhà ở năm 2014 và Nghị định số 102/2017/NĐ-CP ngày 01/9/2017 của Chính phủ về đăng ký biện pháp bảo đảm thì thế chấp nhà ở phải được xác lập bằng văn bản có công chứng hoặc chứng thực và là một trong các trường hợp bắt buộc phải đăng ký.

Dựa trên lý thuyết về đăng ký biện pháp bảo đảm thì việc đăng ký biện pháp thế chấp nhà ở là chính điều kiện làm phát sinh vật quyền bảo đảm trên nhà ở thế chấp. Tức là quyền yêu cầu bên thế chấp nhà ở giao nhà ở để xử lý có thể sẽ không phát sinh khi hợp đồng thế chấp nhà ở đã có hiệu lực mà chỉ chắc chắn phát sinh khi biện pháp thế chấp nhà ở đã có hiệu lực, tức là việc đăng ký biện pháp thế chấp nhà ở tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền đã được hoàn thành. Theo quy định thì hợp đồng thế chấp nhà ở thuộc loại phải công chứng, chứng thực theo quy định của Luật Nhà ở⁸⁸ nên hợp đồng này có hiệu lực từ thời điểm được công chứng, chứng thực⁸⁹. Tuy nhiên, biện pháp thế chấp nhà ở lại là biện pháp bảo đảm phải được đăng ký theo quy định⁹⁰. Do đó, ngay cả khi hợp đồng thế chấp nhà ở có hiệu lực nhưng biện pháp thế chấp nhà ở

⁸⁵ Xem thêm Học viện Tư pháp (2016), Tài liệu bồi dưỡng nghề công chứng, Hà Nội, tr.19.

⁸⁶ Cục Đăng ký quốc gia giao dịch bảo đảm (2014), Báo cáo về chuyên công tác, khảo sát, học tập kinh nghiệm về xây dựng Luật đăng ký tài sản tại Cộng hoà Liên bang Đức từ ngày 31/8/2014 đến ngày 05/9/2014, Hà Nội.

⁸⁷ Xem khoản 1 Điều 2 Luật Đăng ký bất động sản của Cộng hoà Liên Bang Nga.

⁸⁸ Xem khoản 1 Điều 122 Luật Nhà ở năm 2014.

⁸⁹ Xem khoản 1 Điều 22 Nghị định số 21/2021/NĐ-CP ngày 19/3/2021 của Chính phủ quy định thi hành Bộ luật dân sự về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ.

⁹⁰ Xem thêm Điều 4 Nghị định số 102/2017/NĐ-CP ngày 01/9/2017 về đăng ký biện pháp bảo đảm

chưa được đăng ký thì vật quyền bảo đảm chưa được xác lập trên nhà ở thế chấp, đồng nghĩa với việc bên nhận thế chấp nhà ở chưa có quyền tri phối nhà ở thế chấp, chưa có quyền yêu cầu giao nhà ở thế chấp để xử lý khi nghĩa vụ được bảo đảm bằng thế chấp nhà ở bị vi phạm⁹¹.

Với những phân tích trên đây, nghiên cứu sinh cho rằng xét về cách thức (phương thức) thực hiện biện pháp, thế chấp bất động sản nói chung, thế chấp nhà ở nói riêng là biện pháp bảo đảm không có sự chuyển giao quyền chiếm hữu, sử dụng tài sản thế chấp từ bên thế chấp sang bên nhận thế chấp. Hay nói cách khác, thế chấp bất động sản nói chung, thế chấp nhà ở nói riêng là biện pháp bảo đảm không mang tính chuyển giao. Bên thế chấp nhà ở vẫn có quyền chiếm hữu, sử dụng, khai thác tính năng của nhà ở thế chấp mà không phải chuyển giao cho bên nhận thế chấp⁹². Tức là về bản chất thì thế chấp nhà ở là một biện pháp bảo đảm đối vật mà không phải là giao dịch chuyển giao tài sản có điều kiện.

1.4. Phân loại thế chấp nhà ở

1.4.1. Căn cứ mục đích thế chấp nhà ở

Căn cứ mục đích của việc xác lập biện pháp thế chấp nhà ở, thế chấp nhà ở được phân loại thành hai loại đó là:

(i) *Thế chấp nhà ở để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ của người thế chấp*

Đây là trường hợp chủ sở hữu nhà ở sử dụng nhà ở của mình để bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ của mình đối với bên nhận thế chấp. Do đó, các bên trong quan hệ nghĩa vụ được bảo đảm cũng chính là các bên trong quan hệ thế chấp nhà ở. Việc chủ sở hữu sử dụng nhà ở để bảo đảm cho nghĩa vụ của chính mình cũng là trường hợp phổ biến trên thực tế. Việc thế chấp nhà ở để bảo đảm cho chính mình sẽ giúp cho bên thế chấp nhận diện được khả năng nhà ở có thể bị xử lý và sẽ cố gắng để hạn chế khả năng này xảy ra. Theo các quy định hiện hành thì các loại nhà ở có đủ điều kiện để thế chấp đều có thể được sử dụng để bảo đảm cho nghĩa vụ của chính bên thế chấp, bao gồm cả nhà ở có sẵn và nhà ở hình thành trong tương lai.

(ii) *Thế chấp nhà ở để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ của người thứ ba*

Đây là trường hợp chủ sở hữu nhà ở sử dụng nhà ở của mình để bảo đảm việc

⁹¹ Xem thêm Nguyễn Quang Hương Trà (2012), *Thế chấp bất động sản theo quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành*, luận án tiến sĩ luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội, tr.33-36.

⁹² Xem thêm Nguyễn Quang Hương Trà (2021), *Thế chấp bất động sản theo quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành*, luận án tiến sĩ luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội, tr.32.

thực hiện nghĩa vụ của người thứ ba đối với bên nhận thế chấp. Việc sử dụng nhà ở để thế chấp bảo đảm cho nghĩa vụ của người thứ ba có thể đặt ra trong các trường hợp như: giữa chủ sở hữu nhà ở và bên có nghĩa vụ có thoả thuận mà từ đó chủ sở hữu nhà ở sẽ thế chấp nhà ở để bảo đảm nghĩa vụ cho bên có nghĩa vụ; cũng có thể giữa chủ sở hữu nhà ở và bên có nghĩa vụ không có bất cứ thoả thuận nào mà đó là sự tự nguyện của chủ sở hữu nhà ở trong việc thế chấp tài sản để bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ của bên có nghĩa vụ. Không giống như trường hợp chủ sở hữu nhà ở sử dụng nhà ở để bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ của chính mình, đối với trường hợp chủ sở hữu sử dụng nhà ở để bảo đảm cho nghĩa vụ của người khác thì các loại nhà ở được sử dụng để bảo đảm sẽ bị giới hạn. Theo đó, bên thế chấp chỉ có thể sử dụng nhà ở hình thành trong tương lai để bảo đảm cho nghĩa vụ của chính mình mà không thể bảo đảm cho nghĩa vụ của người thứ ba⁹³. Ngoài ra, việc thế chấp nhà ở để bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ của người thứ ba thường chỉ đặt ra đối với cá nhân, trong khi đó việc pháp nhân thế chấp nhà ở để bảo đảm cho nghĩa vụ của người khác không chỉ phải tuân thủ quy định của Bộ luật Dân sự mà còn phải tuân thủ các quy định của pháp luật về doanh nghiệp. Đặc biệt, pháp nhân không chịu trách nhiệm thay cho chủ thể khác nên việc pháp nhân sử dụng nhà ở thuộc sở hữu của mình để bảo đảm việc thực hiện nghĩa vụ cho người khác là trường hợp hầu như không xảy ra.

Việc phân loại thế chấp theo tiêu chí này giúp cho các bên xác định được loại nhà ở nào có thể được sử dụng để thế chấp. Ngoài ra, việc phân loại theo tiêu chí này cũng xác định được các chủ thể có thể thế chấp nhà ở bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ của người thứ ba.

1.4.2. Căn cứ đối tượng của biện pháp thế chấp nhà ở

Căn cứ đối tượng của biện pháp thế chấp nhà ở, thế chấp nhà ở được phân loại thành thế chấp nhà ở có sẵn và thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai.

Thế chấp nhà ở có sẵn là việc chủ sở hữu nhà ở sử dụng nhà ở đã được hoàn thiện và đưa vào sử dụng để thế chấp, nhằm bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ đối với bên nhận thế chấp. Trong trường hợp này, nhà ở thế chấp phải là nhà ở đã được cấp Giấy chứng nhận quyền sở hữu theo quy định của pháp luật. Việc thế chấp nhà ở có sẵn có thể nhằm để bảo đảm cho nghĩa vụ của bên thế chấp hoặc nghĩa vụ của người thứ ba đối với bên nhận thế chấp.

⁹³ Xem Điều 147 Luật nhà ở năm 2014.

Thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai là việc cá nhân, pháp nhân sử dụng nhà ở đang được đầu tư xây dựng để thế chấp tại tổ chức tín dụng để vay vốn phục vụ cho việc xây dựng nhà ở hoặc để mua nhà ở hình thành trong tương lai. Không giống như thế chấp nhà ở có sẵn, việc thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai không đặt ra điều kiện nhà ở phải được đăng ký song việc thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai có những đặc thù như: nhà ở hình thành trong tương lai chỉ được thế chấp tại tổ chức tín dụng; việc thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai chỉ nhằm bảo đảm cho nghĩa vụ của bên thế chấp⁹⁴.

Việc phân loại thế chấp nhà ở theo tiêu chí này có một số ý nghĩa pháp lý cơ bản như: (i) Là cơ sở để xác định các điều kiện của nhà ở thế chấp, theo đó nhà ở hình thành trong tương lai được sử dụng để thế chấp mà không cần có Giấy chứng nhận quyền sở hữu; (ii) Là cơ sở để xác định chủ thể có quyền nhận thế chấp đối với từng loại nhà ở. Theo đó chỉ có tổ chức tín dụng mới được nhận thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai; (iii) Là cơ sở để xác định trường hợp nào thì có thể thế chấp nhà ở để bảo đảm cho nghĩa vụ của bên thứ ba. Theo đó chỉ có nhà ở có sẵn mới được thế chấp để bảo đảm có nghĩa vụ của bên thứ ba; (iv) Là cơ sở để xác định loại nghĩa vụ có thể được bảo đảm bằng thế chấp nhà ở. Theo đó, thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai chỉ nhằm bảo đảm cho nghĩa vụ trả nợ tiền vay phục vụ cho việc xây dựng hoặc mua nhà ở hình thành trong tương lai.

1.4.3. Căn cứ chủ thể thế chấp nhà ở

Căn cứ chủ thể thế chấp nhà ở, thế chấp nhà ở được phân chia thành thế chấp nhà ở của cá nhân và thế chấp nhà ở của pháp nhân.

Theo quy định của pháp luật Việt Nam thì bất cứ cá nhân, pháp nhân nào có nhà ở và đủ các điều kiện luật định thì đều có thể thế chấp nhà ở để bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ của mình hoặc của chủ thể khác. Tuy nhiên, chủ sở hữu nhà ở là pháp nhân chỉ được thế chấp nhà ở tại tổ chức tín dụng đang hoạt động tại Việt Nam. Trong khi đó, chủ sở hữu nhà ở là cá nhân lại có thể thế chấp nhà ở tại tổ chức tín dụng, tổ chức kinh tế đang hoạt động tại Việt Nam hoặc thế chấp cho cá nhân theo quy định của pháp luật. Mặc dù việc thế chấp nhà ở đều bị giới hạn bởi các tổ chức có thể nhận thế chấp nhà ở, song việc phân biệt thế chấp dựa trên tiêu chí chủ thể thế chấp vẫn có ý nghĩa trong việc xác định chủ thể có thể nhận thế chấp của pháp nhân và cá nhân.

⁹⁴ Xem Điều 147 Luật nhà ở năm 2014.

Ngoài ra, việc phân loại thế chấp dựa trên tiêu chí chủ thể thế chấp nhà ở cũng có ý nghĩa trong việc xác định các điều kiện được áp dụng đối với bên thế chấp. Theo đó, nếu bên thế chấp nhà ở là cá nhân thì phải có đầy đủ năng lực hành vi dân sự để thực hiện giao dịch thế chấp theo quy định của pháp luật dân sự⁹⁵.

1.4.4. Căn cứ thoả thuận của các bên thế chấp

Biện pháp thế chấp nhà ở là biện pháp bảo đảm hình thành từ sự thoả thuận của các bên, nên các vấn đề liên quan đến thế chấp đều có thể do các bên thoả thuận, trong đó bao gồm cả đối tượng của thế chấp nhà ở. Theo đó, căn cứ sự thoả thuận của các bên về tài sản thế chấp thì thế chấp nhà ở bao gồm thế chấp nhà ở mà không thế chấp quyền sử dụng đất và thế chấp nhà ở đồng thời với thế chấp quyền sử dụng đất.

Thế chấp nhà ở mà không thế chấp quyền sử dụng đất là trường hợp các bên chỉ thoả thuận lựa chọn tài sản thế chấp là nhà ở mà không bao gồm quyền sử dụng đất. Trường hợp này thường chỉ đặt ra trong trường hợp bên thế chấp là chủ sở hữu nhà ở mà không đồng thời là người sử dụng đất. Đối với trường hợp bên thế chấp nhà ở vừa là chủ sở hữu nhà ở, vừa là người sử dụng đất thì ngay cả khi chỉ thế chấp nhà ở mà không thế chấp quyền sử dụng đất thì khi nhà ở bị xử lý thì quyền sử dụng đất cũng có thể bị xử lý theo nếu các bên không có thoả thuận gì khác. Hơn nữa, nếu bên thế chấp vừa là chủ sở hữu nhà ở vừa là người sử dụng đất thì trên thực tế, bên nhận thế chấp cũng sẽ khó chấp nhận việc chỉ nhận thế chấp nhà ở mà không nhận thế chấp quyền sử dụng đất.

Thế chấp nhà ở đồng thời với thế chấp quyền sử dụng đất là trường hợp các bên thoả thuận mà theo đó tài sản được sử dụng để thế chấp bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ sẽ bao gồm cả nhà ở và quyền sử dụng đất. Trường hợp này chỉ đặt ra khi bên thế chấp vừa là chủ sở hữu nhà ở vừa là người sử dụng đất. Bởi vì về nguyên tắc thì tài sản bảo đảm phải thuộc sở hữu của bên bảo đảm, nên khi thế chấp nhà ở chủ sở hữu nhà ở không thể thế chấp cả quyền sử dụng đất của người khác.

Việc phân biệt thế chấp theo tiêu chí này có ý nghĩa trong việc xác định đối tượng của biện pháp thế chấp. Đồng thời còn có ý nghĩa trong việc xác định phạm vi các loại tài sản có thể bị xử lý khi xảy ra trường hợp phải xử lý nhà ở thế chấp để bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ.

⁹⁵ Xem điểm b khoản 1 Điều 119 Luật nhà ở năm 2014.

1.5. Khung pháp luật điều chỉnh về thế chấp nhà ở

Về lý thuyết, pháp luật về thế chấp nhà ở là tổng hợp các quy định của pháp luật có liên quan đến việc xác lập, thực hiện và chấm dứt biện pháp thế chấp nhà ở. Hệ thống các quy định pháp luật điều chỉnh các vấn đề về thế chấp nhà ở có sự thay đổi qua từng giai đoạn hình thành và phát triển, song sẽ bao gồm tổng hợp các quy định chung về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ đến các quy định riêng có liên quan đến từng khía cạnh cụ thể. Như đã phân tích ở tiểu mục 1.3.2 thì thế chấp nhà ở là biện pháp bảo đảm chịu sự điều chỉnh của nhiều văn bản pháp luật khác nhau. Do đó, để có thể nhận diện đầy đủ nhất về pháp luật liên quan đến thế chấp nhà ở thì khi nghiên cứu về biện pháp thế chấp nhà ở phải tiếp cận từ tất cả các quy định này.

Việc tiếp cận nghiên cứu các quy định về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ nói chung, thế chấp tài sản nói riêng trong Bộ luật Dân sự và văn bản hướng dẫn thi hành sẽ giúp cho nghiên cứu có thể nhận định chính xác về các vấn đề như: việc xác lập, hiệu lực và chấm dứt hợp đồng thế chấp nhà ở; mục đích của việc xác lập thế chấp tài sản, phạm vi bảo đảm của biện pháp thế chấp nhà, hiệu lực và hiệu lực đối kháng với người thứ ba của biện pháp thế chấp nhà ở; các trường hợp xử lý nhà ở thế chấp và vấn đề thanh toán từ việc xử lý biện pháp thế chấp nhà ở; các trường hợp chấm dứt biện pháp thế chấp nhà ở; ...

Việc tiếp cận nghiên cứu các quy định của Luật Nhà ở và văn bản hướng dẫn thi hành sẽ giúp cho nghiên cứu sinh nhận diện những điểm đặc thù về các loại nhà ở và các loại nhà ở có thể thế chấp; chủ thể thế chấp nhà ở; các điều kiện cụ thể của nhà ở thế chấp. Ngoài ra, tiếp cận nghiên cứu các văn bản này, nghiên cứu sinh còn có thể nhận diện được các điều kiện để hợp đồng thế chấp bất động sản - căn cứ hình thành biện pháp thế chấp nhà ở có hiệu lực cũng như thời điểm có hiệu lực của hợp đồng thế chấp nhà ở. Bên cạnh đó, việc nghiên cứu này cũng giúp nghiên cứu sinh nhận diện được giới hạn phạm vi các chủ thể có thể nhận thế chấp nhà ở trong trường hợp bên thế chấp nhà ở là tổ chức hoặc cá nhân.

Bên cạnh đó, việc tiếp cận nghiên cứu các quy định khác có liên quan như quy định pháp luật về kinh doanh bất động sản, quy định pháp luật về công chứng, quy định pháp luật về hôn nhân và gia đình, quy định pháp luật về đất đai, ... cũng là cơ sở quan trọng giúp cho nghiên cứu sinh nhận diện được các khía cạnh riêng biệt về thế chấp nhà ở. Đặc biệt việc tiếp cận nghiên cứu tổng hợp các văn bản pháp luật khác

nhau sẽ giúp cho nghiên cứu sinh nhận diện được tính toàn diện, sự tương đồng và những mâu thuẫn của pháp luật về thế chấp bất động sản, qua đó có cơ sở cho việc đánh giá và xây dựng các định hướng hoàn thiện pháp luật một cách có hiệu quả.

Trong Luận án này, những nội dung pháp luật về thế chấp nhà ở sẽ được tiếp cận nghiên cứu theo các nhóm quy định sau:

1.5.1. Nhóm các quy định liên quan đến hợp đồng thế chấp nhà ở - căn cứ xác lập biện pháp thế chấp nhà ở

Thế chấp là một biện pháp bảo đảm ước định, tức là được hình thành từ sự thoả thuận của các bên, được thể hiện cụ thể thông qua hợp đồng thế chấp nhà ở. Nghiên cứu về hợp đồng thế chấp nhà ở là nội dung đầu tiên và bắt buộc phải thực hiện khi triển khai nghiên cứu về biện pháp thế chấp nhà ở. Bởi vì, nếu không nghiên cứu về hợp đồng thế chấp nhà ở sẽ không thể nhận diện được tính hợp pháp của quá trình xác lập biện pháp thế chấp nhà ở. Đồng thời, không nghiên cứu về hợp đồng thế chấp nhà ở sẽ không thể nhận diện được những điểm bất hợp lý và mâu thuẫn giữa các văn bản pháp luật cùng điều chỉnh về hợp đồng thế chấp nhà ở. Khi đó, việc nghiên cứu về thế chấp nhà ở sẽ không toàn diện và thiếu tính hệ thống. Các kiến nghị đưa ra sau quá trình phân tích, đánh giá sẽ rời rạc và thiếu thống nhất. Để nghiên cứu một cách toàn diện về hợp đồng thế chấp nhà ở, nghiên cứu sinh cần tiếp cận nghiên cứu về các yếu tố cơ bản như sau:

Một là, chủ thể của hợp đồng thế chấp nhà ở

Chủ thể được coi là yếu tố quan trọng bậc nhất và là một trong các yếu tố làm hình thành và cấu thành nên quan hệ pháp luật nói chung, quan hệ pháp luật về thế chấp nhà ở nói riêng. Việc tiếp cận nghiên cứu về chủ thể của hợp đồng thế chấp tài sản phải bao gồm các nghiên cứu về: Năng lực pháp luật và năng lực hành vi dân sự của bên thế chấp và bên nhận thế chấp nhà ở; các điều kiện của bên thế chấp và bên nhận thế chấp nhà ở; đặc biệt phải tiếp cận nghiên cứu tổng hợp các quy định pháp luật có liên quan để có những phân tích, đánh giá những điểm mâu thuẫn giữa Bộ luật Dân sự với Luật Nhà ở liên quan đến việc xác định các loại chủ thể tham gia hợp đồng thế chấp nhà ở.

Hai là, nội dung của hợp đồng thế chấp nhà ở

Nội dung của hợp đồng là yếu tố cơ bản và cốt lõi của hợp đồng nói chung, hợp

đồng thể chấp nhà ở nói riêng. Không thể có một hợp đồng nào được xác lập mà không có nội dung. Nội dung của hợp đồng bao gồm những điều khoản mà các bên buộc phải thoả thuận, có thể thoả thuận. Tức là việc tiếp cận nghiên cứu nội dung của hợp đồng thể chấp nhà ở sẽ theo hướng nghiên cứu các nhóm điều khoản cơ bản, thông thường và tùy nghi trong hợp đồng. Việc tiếp cận nghiên cứu nội dung hợp đồng của hợp đồng thể chấp nhà ở sẽ bắt nguồn từ việc nghiên cứu quy định chung về nội dung hợp đồng trong Bộ luật Dân sự. Nghiên cứu này sẽ giúp cho nghiên cứu sinh có thể tiếp cận nghiên cứu nội dung của hợp đồng thể chấp nhà ở theo quy định của Luật Nhà ở một cách dễ dàng. Việc nghiên cứu tổng hợp các quy định có liên quan đến nội dung của hợp đồng thể chấp nhà ở sẽ giúp nghiên cứu sinh có thể đánh giá sự tương thích và những mâu thuẫn giữa quy định của Luật Nhà ở năm 2014 và Bộ luật Dân sự năm 2015. Từ đó sẽ đưa ra được những kiến nghị hoàn thiện pháp luật liên quan đến nội dung của hợp đồng thể chấp nhà ở nói riêng, biện pháp thể chấp nhà ở nói chung.

Ba là, hình thức của hợp đồng thể chấp nhà ở

Hình thức của hợp đồng thể chấp nhà ở là phương thức mà các bên sử dụng để xác lập biện pháp thể chấp nhà ở. Như đã phân tích ở tiểu mục 1.3.2 thì thể chấp nhà ở là một trong các biện pháp có tính trọng thức. Do đó khi nghiên cứu về hình thức của hợp đồng thể chấp nhà ở cần tiếp cận nghiên cứu quy định về việc công chứng, chứng thực hợp đồng và giá trị của việc công chứng, chứng thực hợp đồng thể chấp nhà ở đối với việc xác lập biện pháp thể chấp nhà ở. Đồng thời cần nghiên cứu hậu quả pháp lý của trường hợp hợp đồng thể chấp nhà ở được xác lập mà không được công chứng, chứng thực theo quy định. Để có thể nghiên cứu tổng thể các vấn đề liên quan đến hình thức của hợp đồng thể chấp, nghiên cứu sinh sẽ tiếp cận nghiên cứu từ quy định của Bộ luật Dân sự đến các quy định của Luật Nhà ở, Luật Công chứng và các văn bản hướng dẫn thi hành.

Bốn là, hiệu lực của hợp đồng thể chấp nhà ở

Nghiên cứu về hiệu lực của hợp đồng thể chấp nhà ở là nghiên cứu về các điều kiện có hiệu lực của hợp đồng, thời điểm có hiệu lực của hợp đồng. Để nghiên cứu về các điều kiện có hiệu lực của hợp đồng, nghiên cứu sinh sẽ tiếp cận nghiên cứu từ quy định chung về các điều kiện có hiệu lực của giao dịch dân sự tại Điều 117 Bộ luật Dân sự năm 2015. Ngoài ra, để nghiên cứu chi tiết các điều kiện có hiệu lực của hợp đồng,

nghiên cứu sinh cũng sẽ tiếp cận nghiên cứu các quy định có liên quan đến từng điều kiện được quy định trong Luật Nhà ở năm 2014. Tuy nhiên, các nghiên cứu này sẽ là sự kết hợp với các nghiên cứu đã thực hiện khi nghiên cứu về chủ thể, nội dung và hình thức của hợp đồng thế chấp. Để nghiên cứu về thời điểm có hiệu lực của hợp đồng thế chấp nhà ở, nghiên cứu sinh sẽ tiếp cận nghiên cứu từ quy định chung của Bộ luật Dân sự liên quan đến thời điểm có hiệu lực của hợp đồng thế chấp đến các quy định liên quan đến thời điểm có hiệu lực của hợp đồng thế chấp nhà ở trong Luật Nhà ở và các văn bản khác có liên quan như Nghị định số 21/2021/NĐ-CP về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ. Bên cạnh đó, nghiên cứu sinh cũng tiếp cận nghiên cứu một số quy định đặc thù có liên quan đến hiệu lực của hợp đồng thế chấp như các quy định về giao dịch dân sự vi phạm quy định bắt buộc về hình thức mà không vô hiệu theo Điều 129 Bộ luật Dân sự năm 2015, quy định liên quan đến giao dịch dân sự vi phạm quy định về hình thức nhưng đã hết thời hiệu yêu cầu tuyên bố vô hiệu theo quy định tại khoản 2 Điều 132 Bộ luật Dân sự năm 2015. Ngoài ra, việc nghiên cứu quy định về hiệu lực của hợp đồng thế chấp nhà ở sẽ bao gồm cả những nghiên cứu liên quan đến hợp đồng thế chấp nhà ở vô hiệu và những hậu quả pháp lý cần giải quyết.

1.5.2. Nhóm các quy định về nhà ở thế chấp

Nhà ở là đối tượng của biện pháp thế chấp nhà ở và chính là cơ sở của việc hình thành quan hệ thế chấp nhà ở. Do đó, việc nghiên cứu các quy định về nhà ở thế chấp là những nghiên cứu quan trọng, góp phần vào việc nghiên cứu tổng thể các quy định về thế chấp nhà ở. Liên quan đến nội dung này, nghiên cứu sinh sẽ tiếp cận nghiên cứu các quy định cụ thể như sau:

Một là, các quy định liên quan đến điều kiện chung của nhà ở thế chấp

Để xác định được tính hợp pháp của hợp đồng thế chấp nhà ở nói chung, biện pháp thế chấp nhà ở nói riêng thì việc nghiên cứu các điều kiện của nhà ở được sử dụng làm tài sản thế chấp là vô cùng quan trọng. Để nghiên cứu toàn diện các quy định về điều kiện của nhà ở thế chấp, nghiên cứu sinh sẽ tiếp cận nghiên cứu từ các quy định chung của Bộ luật Dân sự liên quan đến điều kiện của tài sản bảo đảm. Tiếp đó, nghiên cứu sinh sẽ nghiên cứu các quy định có liên quan đến điều kiện chung của nhà ở khi đưa vào giao dịch về nhà ở nói chung. Những quy định này sẽ bao gồm các điều kiện chung đối với nhà ở như: có Giấy chứng nhận quyền sở hữu, không có tranh chấp, không bị kê biên, ...

Hai là, các quy định về các loại nhà ở thế chấp và điều kiện riêng của từng loại nhà ở thế chấp

Trên cơ sở những cách phân loại nhà ở tại tiểu mục 1.2.3 nói trên có thể nhận thấy rằng có nhiều loại nhà ở có thể trở thành tài sản thế chấp để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ. Ngoài việc phải đáp ứng các điều kiện chung của nhà ở thì từng loại nhà ở đưa vào thế chấp sẽ phải đáp ứng những điều kiện riêng biệt. Tuy nhiên, việc tiếp cận nghiên cứu về các điều kiện riêng biệt này sẽ được lồng ghép vào việc nghiên cứu các nhóm nhà ở thế chấp.

Ba là, các quy định liên quan đến xác định giá trị của nhà ở thế chấp

Giá trị của nhà ở thế chấp là cơ sở để bên nhận thế chấp xác định giá trị của nghĩa vụ bảo đảm trong trường hợp biện pháp thế chấp nhà ở được xác lập trước hoặc cùng thời điểm với việc xác lập nghĩa vụ được bảo đảm. Để bảo đảm an toàn tài chính và hạn chế các rủi ro, trên thực tế bên nhận thế chấp luôn quan tâm đến việc xác định giá trị của nhà ở thế chấp. Việc nghiên cứu quy định về giá trị của nhà ở thế chấp sẽ bao gồm các nghiên cứu liên quan đến cơ chế xác định giá trị tài sản bảo đảm nói chung trong Bộ luật Dân sự đến việc xác định giá trị của nhà ở thế chấp trong từng trường hợp cụ thể với những phương thức riêng biệt. Tuy vậy, về cơ bản các nghiên cứu này sẽ tập trung vào việc thoả thuận của các bên trong quan hệ thế chấp về giá của nhà ở thế chấp và phương thức định giá giá trị của nhà ở thế chấp thông qua tổ chức có chức năng thẩm định giá.

1.5.3. Nhóm các quy định liên quan đến phạm vi và thời hạn bảo đảm của biện pháp thế chấp nhà ở

Phạm vi bảo đảm là giới hạn các loại nghĩa vụ sẽ được bảo đảm bằng biện pháp thế chấp nhà ở. Đây là nội dung mà các bên trong quan hệ thế chấp nói chung, thế chấp nhà ở nói riêng đặc biệt quan tâm. Bên nhận thế chấp sẽ quan tâm đến việc nhà ở của mình sẽ được dùng để bảo đảm cho những nghĩa vụ nào, và khả năng nhà ở bị xử lý khi các nghĩa vụ không thể được thực hiện ra sao. Nhận thức rõ các quy định này sẽ giúp cho bên thế chấp nhà ở sẽ hạn chế được các rủi ro pháp lý có thể gặp phải khi xác lập biện pháp thế chấp, đặc biệt là khi thế chấp nhà ở để bảo đảm cho nghĩa vụ của người khác. Đối với bên nhận thế chấp thì việc xác định phạm vi các nghĩa vụ bảo đảm sẽ giúp cho bên nhận bảo đảm xác định được mức độ an toàn tài chính khi xác lập các quan hệ nghĩa vụ. Mặc dù phạm vi bảo đảm là một trong những điều khoản thông

thường trong hợp đồng thế chấp nhà ở, song thực tế các bên luôn quan tâm và thoả thuận cụ thể về nội dung này. Chính vì vậy, việc nghiên cứu phạm vi bảo đảm của biện pháp thế chấp nhà ở cũng là vấn đề quan trọng khi nghiên cứu về thế chấp nhà ở nói chung. Việc nghiên cứu phạm vi bảo đảm của biện pháp thế chấp nhà ở sẽ được tiếp cận nghiên cứu ở các khía cạnh cụ thể như: từ khía cạnh chung với tư cách là một loại điều khoản của hợp đồng thế chấp nhà ở; đến khía cạnh cụ thể về các loại nghĩa vụ được bảo đảm và các loại nghĩa vụ không được bảo đảm bằng thế chấp nhà ở. Các quy định liên quan đến phạm vi bảo đảm của biện pháp thế chấp nhà ở sẽ bao gồm các quy định chung về phạm vi bảo đảm trong Bộ luật Dân sự đến giới hạn tỉ lệ các nghĩa vụ được bảo đảm trên tổng giá trị của nhà ở thế chấp, đặc biệt là đối với trường hợp thế chấp nhà ở hoặc dự án nhà ở thương mại để vay vốn thực hiện dự án, hoặc trường hợp thế chấp nhà ở để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ trong các hợp đồng tín dụng.

Bên cạnh phạm vi bảo đảm thì việc xác định thời hạn bảo đảm cũng là một nội dung quan trọng trong tổng thể các quy định về thế chấp nhà ở. Thời hạn bảo đảm của biện pháp thế chấp nhà ở là khoảng thời gian mà trong đó hiệu lực của biện pháp thế chấp nhà ở còn giá trị và nhà ở còn được coi là tài sản bảo đảm cho một nghĩa vụ nào đó. Về nguyên tắc thì thời hạn bảo đảm không dài hơn thời hạn của nghĩa vụ được bảo đảm, đồng thời việc xác định thời hạn của biện pháp này sẽ phụ thuộc vào sự thoả thuận của các bên hoặc quy định của pháp luật. Do đó, việc nghiên cứu thời hạn bảo đảm của biện pháp thế chấp nhà ở sẽ xuất phát từ các nghiên cứu liên quan đến thoả thuận về xác định thời hạn của hợp đồng thế chấp và các quy định của pháp luật liên quan đến xác định thời hạn này trong trường hợp các bên không có thoả thuận.

1.5.4. Nhóm các quy định liên quan đến đăng ký biện pháp thế chấp nhà ở và hiệu lực đối kháng với người thứ ba của biện pháp thế chấp nhà ở

Thế chấp nhà ở là biện pháp bảo đảm bắt buộc đăng ký theo quy định của pháp luật. Việc đăng ký thế chấp nhà ở không chỉ là điều kiện để xác lập quyền của bên nhận thế chấp trên nhà ở được thế chấp mà còn là cơ sở để xác lập hiệu lực đối kháng của biện pháp thế chấp nhà ở với người thứ ba. Do đó, các quy định về đăng ký thế chấp nhà ở là nội dung quan trọng trong tổng thể các vấn đề có liên quan mà Luận án phải tập trung nghiên cứu. Trong đó, việc nghiên cứu đăng ký thế chấp nhà ở sẽ được tiếp cận ở các nội dung cơ bản như: chủ thể đăng ký, trình tự, thủ tục đăng ký, giá trị của việc đăng ký biện pháp thế chấp nhà ở.

Hiệu lực đối kháng của biện pháp bảo đảm nói chung, biện pháp thế chấp nhà ở nói riêng là quy định mới được ghi nhận từ khi Bộ luật Dân sự năm 2015 được ban hành. Đây là quy định có ảnh hưởng lớn đến việc thực hiện vật quyền bảo đảm của bên nhận thế chấp nhà ở, đó là quyền truy đòi tài sản từ người thứ ba và quyền được ưu thanh toán trước các bên nhận bảo đảm và những người thứ ba khác. Do đó, khi nghiên cứu về thế chấp nhà ở không thể không nghiên cứu các quy định có liên quan đến hiệu lực đối kháng với người thứ ba của biện pháp thế chấp nhà ở. Việc nghiên cứu các quy định liên quan đến hiệu lực đối kháng của biện pháp thế chấp nhà ở chủ yếu tiếp cận từ quy định của Bộ luật Dân sự và Nghị định số 21/2021/NĐ-CP về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ. Trong đó, các nội dung liên quan đến hiệu lực đối kháng của biện pháp thế chấp nhà ở bao gồm: Các quy định liên quan đến việc xác định điều kiện phát sinh hiệu lực đối kháng của biện pháp thế chấp nhà ở; Các quy định liên quan đến thời điểm phát sinh hiệu lực đối kháng của biện pháp thế chấp nhà ở; Các quy định liên quan đến giá trị pháp lý của hiệu lực đối kháng với người thứ ba của biện pháp thế chấp nhà ở.

1.5.5. Nhóm các quy định liên quan đến xử lý nhà ở thế chấp và chấm dứt thế chấp nhà ở

Một trong những đặc điểm cơ bản của biện pháp bảo đảm nói chung, biện pháp thế chấp nhà ở nói riêng chính là tính dự phòng và tính bảo đảm. Tính dự phòng và tính bảo đảm được thể hiện ở chỗ nhà ở thế chấp chỉ bị xử lý khi nghĩa vụ được bảo đảm không được hoàn thành và việc xử lý nhà ở nhằm mục đích khấu trừ nghĩa vụ bị vi phạm. Theo đó, không phải mọi trường hợp nhà ở được sử dụng để thế chấp đều bị xử lý mà chỉ trong những trường hợp nhất định thì bên nhận thế chấp nhà ở mới có quyền xử lý nhà ở thế chấp. Do đó, việc nghiên cứu thế chấp nhà ở là một nội dung quan trọng trong tổng thể các nghiên cứu liên quan đến thế chấp nhà ở mà Luận án sẽ triển khai. Việc nghiên cứu vấn đề lý nhà ở thế chấp sẽ được tiếp cận từ các quy định chung về xử lý tài sản thế chấp trong Bộ luật Dân sự và văn bản hướng dẫn thi hành. Bên cạnh đó, việc nghiên cứu vấn đề xử lý nhà ở thế chấp cũng được tiếp cận từ các quy định đặc thù trong Luật Nhà ở và văn bản hướng dẫn thi hành. Bên cạnh đó, đối với từng trường hợp riêng biệt gắn liền với những chủ thể đặc biệt, việc xử lý nhà ở thế chấp sẽ được thực hiện theo cơ chế riêng do các bên thoả thuận, do đó bên cạnh việc tiếp cận các quy định cụ thể, nghiên cứu sinh sẽ tiếp cận nghiên cứu các quy định

đặc thù. Nội dung các quy định liên quan đến xử lý nhà ở thế chấp sẽ bao gồm:

Thứ nhất, quy định về các trường hợp xử lý nhà ở thế chấp

Việc xử lý tài sản bảo đảm nói chung, xử lý tài sản thế chấp là nhà ở nói riêng chỉ đặt ra trong các trường hợp nhất định. Các trường hợp này được ghi nhận cụ thể trong Bộ luật Dân sự năm 2015. Do đó, các trường hợp xử lý tài sản bảo đảm sẽ được tiếp cận nghiên cứu chủ yếu từ các quy định trong Bộ luật Dân sự. Tuy nhiên, nhà ở là tài sản chịu sự điều chỉnh của nhiều văn bản pháp luật khác nhau, do đó ngoài việc tiếp cận nghiên cứu quy định của Bộ luật Dân sự, việc nghiên cứu các trường hợp xử lý nhà ở thế chấp đặc thù theo quy định của Luật Nhà ở và các văn bản hướng dẫn thi hành cũng là nội dung cần được triển khai nghiên cứu trong luận án.

Thứ hai, quy định liên quan đến phạm vi các tài sản bị xử lý

Theo quy định của pháp luật nhà ở và pháp luật về đất đai thì quyền sở hữu nhà ở được chứng nhận trong Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản gắn liền với đất. Hơn nữa, trên thực tế nhà ở luôn gắn liền với quyền sử dụng đất nên việc thế chấp nhà ở thường có liên quan chặt chẽ đến quyền sử dụng đất. Việc thế chấp nhà ở có thể đồng thời hoặc không đồng thời với việc thế chấp quyền sử dụng đất. Do đó, việc xử lý nhà ở thế chấp cũng có thể tiến hành đồng thời với việc xử lý quyền sử dụng đất. Vì vậy, việc nghiên cứu phạm vi các loại tài sản có thể bị xử lý cùng với việc xử lý nhà ở thế chấp là nội dung quan trọng mà Luận án cần nghiên cứu.

Thứ ba, phương thức xử lý nhà ở thế chấp

Việc xác định cách thức xử lý tài sản thế chấp là nhà ở là nội dung quan trọng giúp cho bên nhận thế chấp có thể khấu trừ nghĩa vụ một cách thuận lợi nhất. Bộ luật Dân sự ghi nhận cụ thể các phương thức xử lý tài sản bảo đảm mà không ghi nhận cụ thể về phương thức xử lý từng loại tài sản bảo đảm. Do đó, việc nghiên cứu về phương thức xử lý tài sản thế chấp là nhà ở sẽ được tiếp cận từ các quy định chung về phương thức xử lý tài sản bảo đảm trong Bộ luật Dân sự.

Thứ tư, thanh toán từ việc xử lý tài sản nhà ở thế chấp

Khi nhà ở bị xử lý thì việc thanh toán số tiền có được từ việc xử lý tài sản là nội dung mà bên nhận thế chấp rất quan tâm, đặc biệt là khi nhà ở được sử dụng để bảo đảm cho nhiều nghĩa vụ. Sau khi thanh toán các chi phí cho việc thu giữ, bảo quản và

xử lý nhà ở thế chấp, số tiền còn lại sẽ được thanh toán cho các bên nhận bảo đảm theo thứ tự ưu tiên đã được Bộ luật Dân sự quy định. Do đó, việc nghiên cứu vấn đề thanh toán từ việc xử lý nhà ở thế chấp là nội dung cần thiết liên quan đến các quy định về xử lý nhà ở thế chấp. Việc nghiên cứu vấn đề thanh toán số tiền có được từ việc xử lý nhà ở thế chấp chủ yếu được tiếp cận từ việc nghiên cứu các quy định trong Bộ luật Dân sự.

Khi nhà ở thế chấp bị xử lý thì biện pháp thế chấp nhà ở sẽ chấm dứt, song đây không phải là căn cứ duy nhất làm chấm dứt thế chấp nhà ở. Việc chấm dứt thế chấp nhà ở có thể là cơ sở để bảo đảm quyền lợi của bên nhận thế chấp nhà ở, song cũng có thể là cơ sở để chấm dứt vật quyền bảo đảm trên nhà ở thế chấp đã xác lập cho bên nhận bảo đảm trước đó. Việc chấm dứt thế chấp nhà ở có thể xuất phát từ quy định của pháp luật hoặc từ sự thoả thuận của các bên. Hệ quả của việc chấm dứt trong các trường hợp khác nhau sẽ khác nhau nên việc nghiên cứu các trường hợp chấm dứt thế chấp nhà ở là cần thiết. Việc nghiên cứu các quy định này chủ yếu được tiếp cận từ các quy định chung về chấm dứt thế chấp tài sản trong Bộ luật Dân sự.

KẾT LUẬN CHƯƠNG 1

Thế chấp nhà ở là một biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ có tính chất vật quyền nhằm bảo đảm cho quan hệ trái quyền. Trong đó, cơ sở phát sinh biện pháp thế chấp nhà ở là hợp đồng thế chấp nhà ở. Bên cạnh đó, thế chấp nhà ở sẽ hoàn thiện quyền trên tài sản thế chấp nhà ở thông qua việc đăng ký.

Xác định các vấn đề cơ sở lý luận nhà ở, thế chấp và thế chấp nhà ở như khái niệm, đặc điểm dựa trên các học thuyết về vật quyền, học thuyết về quyền sở hữu,... nhằm đưa ra những kết luận nhằm tìm hiểu bản chất của thế chấp nhà ở. Cụ thể, về bản chất của thế chấp nhà ở, thế chấp nhà ở không phải là một giao dịch chuyển giao tài sản, không phải là giao dịch dân sự có điều kiện và việc bên thế chấp nhà ở phải giao nhà ở cho bên nhận thế chấp xử lý khi xảy ra một trong các trường hợp xử lý tài sản thế chấp là nhà ở không phải là nghĩa vụ phát sinh từ hợp đồng thế chấp nhà ở. Việc phân loại thế chấp nhà ở theo các tiêu chí như mục đích, đối tượng, chủ thể, thỏa thuận nhằm làm rõ bản chất của từng loại thế chấp nhà ở. Bên cạnh đó, việc đưa ra những hướng nghiên cứu pháp luật về thế chấp nhà ở theo từng mảng riêng biệt như các vấn đề liên quan đến hợp đồng thế chấp nhà ở, nhà ở thế chấp, phạm vi của thế chấp nhà ở, đăng ký biện pháp thế chấp nhà ở và xử lý nhà ở thế chấp là những nội dung mang tính cốt yếu về mặt lý thuyết để tạo căn cứ cho việc phân tích đánh giá pháp luật thực định liên quan đến nội dung của Luận án ở Chương 2.

CHƯƠNG 2 THỰC TRẠNG PHÁP LUẬT VIỆT NAM VỀ THẾ CHẤP NHÀ Ở

2.1. Căn cứ xác lập biện pháp thế chấp nhà ở là hợp đồng thế chấp nhà ở

Biện pháp thế chấp nhà ở được hình thành từ hợp đồng thế chấp nhà ở.

2.1.1. Chủ thể của hợp đồng thế chấp nhà ở

Chủ thể của hợp đồng là yếu tố đầu tiên và quan trọng nhất hình thành nên hợp đồng. Bởi vì hợp đồng chính là sự thoả thuận của các bên chủ thể nhằm làm phát sinh, thay đổi, chấm dứt quyền và nghĩa vụ giữa các bên. Do đó, nếu như không có chủ thể thì cũng không có bất cứ sự trao đổi, thống nhất ý chí nào được diễn ra, và do đó sẽ không hình thành nên bất cứ quan hệ hợp đồng nào. Cũng giống như các loại hợp đồng khác, hợp đồng thế chấp cũng được hình thành trên cơ sở sự thoả thuận của các bên. Do đó, khi nghiên cứu về hợp đồng thế chấp nhà ở, yếu tố đầu tiên cần phải nghiên cứu đó chính là chủ thể của hợp đồng thế chấp nhà ở. Việc nghiên cứu toàn diện về chủ thể của hợp đồng sẽ giúp nhận diện một cách chính xác một trong những điều kiện có hiệu lực của hợp đồng thế chấp nhà ở, qua đó có thể xác định biện pháp thế chấp nhà ở có hình thành được hay không.

Theo quy định của Điều 317 Bộ luật Dân sự năm 2015 thì có thể hiểu rằng thế chấp nhà ở chính là sự thoả thuận giữa hai bên là bên thế chấp nhà ở và bên nhận thế chấp nhà ở. Trong đó, bên thế chấp nhà ở là bên dùng tài sản thuộc sở hữu của mình để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ của mình hoặc của người khác và không giao nhà ở cho bên nhận thế chấp, còn bên nhận thế chấp nhà ở là bên chấp nhận sự cam kết của bên thế chấp về việc sẽ dùng nhà ở thuộc sở hữu của mình để bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ. Vì hợp đồng thế chấp nói chung hay hợp đồng thế chấp nhà ở nói riêng không phải là một hợp đồng được hình thành và tồn tại độc lập mà luôn gắn với sự hình thành và tồn tại của một quan hệ nghĩa vụ nhất định. Do đó, thường thì các bên chủ thể trong hợp đồng thế chấp nhà ở sẽ có sự liên quan nhất định đối với nghĩa vụ được bảo đảm bằng thế chấp. Thông thường, chủ thể của hợp đồng thế chấp nhà ở cũng chính là các bên chủ thể của quan hệ nghĩa vụ, trong đó bên nhận thế chấp nhà ở là bên có quyền trong quan hệ nghĩa vụ được bảo đảm bằng thế chấp nhà ở, còn bên thế chấp là bên có nghĩa vụ, dùng tài sản của mình để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ trong hợp đồng. Tuy nhiên, không phải trường hợp nào bên thế chấp nhà ở cũng đồng nhất với bên có nghĩa vụ trong quan hệ nghĩa vụ được bảo đảm bằng thế chấp nhà ở,

mà trong một số trường hợp bên thế chấp lại có thể là bên thứ ba, ngoài hai bên trong quan hệ nghĩa vụ được bảo đảm. Theo pháp luật hiện hành, đây chính là trường hợp bên thứ ba (và có thể đồng thời là bên bảo lãnh) dùng nhà ở của mình để thế chấp cho bên có quyền trong quan hệ nghĩa vụ, nhằm bảo đảm việc thực hiện của bên có nghĩa vụ với bên có quyền. Pháp luật một số quốc gia mà nghiên cứu sinh tiếp cận nghiên cứu cũng cho phép người thứ ba được thế chấp nhà ở của mình để bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ của người khác. Theo quy định tại Điều 394 Bộ luật Dân sự Trung Quốc thì người mang trái vụ hoặc người thứ ba là người thế chấp, người có trái quyền là người có quyền thế chấp⁹⁶. Tương tự, Bộ luật dân sự và thương mại Thái Lan cũng quy định rằng “Một người có thể thế chấp tài sản của mình làm bảo đảm để thực hiện một nghĩa vụ của một người khác”⁹⁷.

Cho dù tham gia vào hợp đồng với tư cách nào, các bên chủ thể của hợp đồng thế chấp nhà ở đều phải đáp ứng những điều kiện pháp luật quy định đối với chủ thể của giao dịch dân sự nói chung và điều kiện riêng đối với chủ thể của loại hợp đồng này. Trước tiên, về điều kiện đối với chủ thể của giao dịch dân sự, hiện nay Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định chủ thể của giao dịch dân sự có thể là cá nhân hoặc pháp nhân và phải có năng lực chủ thể phù hợp với giao dịch dân sự được xác lập. Tuy nhiên, đây cũng là một điểm mà pháp luật hiện hành còn quy định thiếu tính thống nhất. Cụ thể, nếu như chủ thể của hợp đồng thế chấp nhà ở theo Bộ luật Dân sự năm 2015 có thể là cá nhân hoặc pháp nhân thì Luật Nhà ở năm 2014 lại quy định chủ thể của hợp đồng thế chấp nhà ở có thể là cá nhân hoặc tổ chức. Việc sử dụng đồng thời cả thuật ngữ tổ chức và pháp nhân khi cùng quy định về chủ thể của hợp đồng thế chấp nhà ở có thể gây ra những điểm mâu thuẫn nhất định khi thuật ngữ tổ chức bao gồm cả pháp nhân và những tổ chức không có tư cách pháp nhân. Vì vậy, đây cũng là một nội dung mà pháp luật cần kịp thời làm rõ để có thể đảm bảo cách hiểu thống nhất về điều kiện đối với chủ thể của hợp đồng thế chấp nhà ở.

Về năng lực chủ thể của các bên tham gia hợp đồng thế chấp nhà ở, cả Bộ luật Dân sự năm 2015 và Luật Nhà ở năm 2014 đều quy định, song lại có những điểm chưa thực sự thống nhất với nhau, đặc biệt là chủ thể là cá nhân. Theo quy định tại khoản 4 Điều 21 Bộ luật Dân sự năm 2015 thì “Người từ đủ mười lăm tuổi đến chưa đủ mười

⁹⁶ Lê Khánh Linh, Trương Huỳnh Nga, Nguyễn Minh Tâm, Hoàng Thảo Anh, Trần Kiên (2021), *Bộ luật dân sự Trung Quốc 2020 (bản dịch và lược giải)*, Nxb Đại học Quốc gia Hà nội, tr.140.

⁹⁷ Xem Điều 709 Bộ luật Dân sự và thương mại Thái Lan

tám tuổi tự mình xác lập, thực hiện giao dịch dân sự, trừ giao dịch dân sự liên quan đến bất động sản, động sản phải đăng ký và giao dịch dân sự khác theo quy định của luật phải được người đại diện theo pháp luật đồng ý”. Quy định này dẫn đến hai cách hiểu như sau: Cách hiểu thứ nhất cho rằng người từ đủ mười lăm đến chưa đủ mười tám tuổi có thể tham gia các giao dịch liên quan đến bất động sản nhưng phải có sự đồng ý của người đại diện theo pháp luật⁹⁸. Cách hiểu thứ hai lại cho rằng đối với các giao dịch liên quan đến bất động sản và động sản phải đăng ký quyền sở hữu thì những người từ đủ mười lăm đến chưa đủ mười tám tuổi không được tự xác lập, thực hiện mà phải thông qua người đại diện để xác lập, thực hiện. Cách hiểu thứ nhất chính là cách hiểu phổ biến trong khoa học pháp lý dân sự hiện nay. Nghiên cứu sinh cho rằng đây là cách hiểu hợp lý đối với quy định về năng lực chủ thể của cá nhân khi xác lập các giao dịch về bất động sản nói chung, hợp đồng thế chấp nhà ở nói riêng. Bởi vì, quy định tại khoản 4 Điều 21 Bộ luật Dân sự năm 2015 không phải là một quy định nhằm hạn chế quyền của người từ đủ mười lăm đến chưa đủ mười tám tuổi trong việc xác lập các giao dịch về bất động sản, mà đó chính là quy định nhằm xác định các điều kiện để nhóm chủ thể này có thể được xác lập và thực hiện các giao dịch về bất động sản. Việc ghi nhận quy định này xuất phát từ yêu cầu bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của chính những người chưa thành niên⁹⁹ mà không phải quy định nhằm giới hạn quyền của họ.

Hơn nữa, nếu đối chiếu với khoản 3 Điều 21 Bộ luật Dân sự năm 2015 thì càng chứng tỏ cách hiểu thứ nhất là hợp lý. Cụ thể, khoản 3 Điều 21 Bộ luật Dân sự năm 2015 ghi nhận rằng: “Người từ đủ sáu tuổi đến chưa đủ mười lăm tuổi khi xác lập, thực hiện giao dịch dân sự phải được người đại diện theo pháp luật đồng ý, trừ giao dịch dân sự phục vụ nhu cầu sinh hoạt hàng ngày phù hợp với lứa tuổi”. Theo quy định này, ngoài các giao dịch phục vụ nhu cầu sinh hoạt hàng ngày phù hợp với lứa tuổi ra thì các giao dịch còn lại của người từ đủ sáu đến chưa đủ mười lăm tuổi đều phải có sự đồng ý của người đại diện theo pháp luật. Sự đồng ý ở đây hoàn toàn không phải là xác lập và thực hiện thay.

Trong Luật Nhà ở năm 2014, để có thể tham gia giao kết và thực hiện hợp đồng

⁹⁸ Xem thêm Nguyễn Văn Cừ & Trần Thị Huệ (đồng chủ biên, 2022), Bình luận khoa học Bộ luật dân sự năm 2015 của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội, tr.57.

⁹⁹ Xem thêm Nguyễn Minh Tuấn (chủ biên, 2016), Bình luận khoa học Bộ luật dân sự năm 2015 của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam, Nxb Tư pháp, Hà Nội, tr.41.

thể chấp nhà ở thì cá nhân phải có năng lực hành vi dân sự đầy đủ¹⁰⁰. Tức là cá nhân tham gia giao kết và thực hiện hợp đồng thế chấp nhà ở phải là người đã thành niên mà không thể bao gồm nhóm cá nhân từ đủ mười lăm đến chưa đủ mười tám tuổi. Điều kiện này không chỉ áp dụng đối với bên thế chấp mà còn áp dụng cả với bên nhận thế chấp nhà ở, cả cá nhân trong nước và cá nhân nước ngoài. Trên thực tế thì việc giao kết và thực hiện hợp đồng thế chấp nhà ở luôn được thực hiện bởi các chủ thể có năng lực hành vi dân sự đầy đủ (nếu là cá nhân).

Như vậy, quy định về điều kiện về năng lực hành vi dân sự của cá nhân là chủ thể của hợp đồng thế chấp đã có sự khác biệt giữa Bộ luật Dân sự và Luật Nhà ở. Sự khác biệt này đã tạo ra các cách hiểu khác nhau liên quan đến các nhóm cá nhân có thể tự xác lập, thực hiện hợp đồng thế chấp nhà ở. Mặc dù trên thực tế, việc áp dụng pháp luật trong trường hợp này vẫn thường diễn ra một cách thống nhất, song sự mâu thuẫn này ít nhiều cũng làm giảm giá trị của quy định pháp luật có liên quan. Do đó, trong tương lai nhà làm luật cũng cần phải cân nhắc để có những điều chỉnh phù hợp.

Đối với bên thế chấp nhà ở, bên cạnh điều kiện trên, bên thế chấp nhà ở còn phải là chủ sở hữu nhà ở theo quy định của Luật Nhà ở năm 2014 vì như đã phân tích trên, bên thế chấp phải sử dụng tài sản thuộc sở hữu của mình để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ. Theo Điều 7 Luật Nhà ở năm 2014, những chủ thể được sở hữu nhà ở tại Việt Nam bao gồm: tổ chức, hộ gia đình, cá nhân trong nước; người Việt Nam định cư ở nước ngoài; tổ chức, cá nhân nước ngoài theo quy định của pháp luật. Trong trường hợp chủ thể là tổ chức, cá nhân nước ngoài thì phải thuộc các trường hợp sau: tổ chức, cá nhân nước ngoài đầu tư xây dựng nhà ở theo dự án tại Việt Nam theo quy định của pháp luật; doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài, chi nhánh, văn phòng đại diện của doanh nghiệp nước ngoài và chi nhánh ngân hàng nước ngoài đang hoạt động tại Việt Nam; cá nhân nước ngoài được phép nhập cảnh vào Việt Nam. Từ đây, bên thế chấp không những phải thuộc một trong các trường hợp nêu trên mà cũng phải có quyền sở hữu đối với tài sản thế chấp là nhà ở.

Đối với bên nhận thế chấp nhà ở, hiện tại pháp luật cũng quy định bên chủ thể này phải thỏa mãn một số điều kiện nhất định tùy theo từng trường hợp cụ thể. Theo Điều 144 Luật Nhà ở năm 2014, pháp luật quy định những điều kiện khác nhau đối với

¹⁰⁰ Xem điểm b khoản 1 Điều 119 Luật nhà ở năm 2014.

bên nhận thế chấp nhà ở tùy theo bên thế chấp là tổ chức hay cá nhân. Nếu bên thế chấp là tổ chức thì bên nhận thế chấp chỉ có thể là tổ chức tín dụng đang hoạt động tại Việt Nam. Trong trường hợp bên thế chấp là cá nhân thì bên nhận thế chấp có thể là tổ chức tín dụng, tổ chức kinh tế đang hoạt động tại Việt Nam hoặc cá nhân có năng lực hành vi dân sự đầy đủ. Trong khi đó, Điều 35 Nghị định 21/2021/NĐ-CP lại quy định trong trường hợp nhận thế chấp của cá nhân, tổ chức kinh tế không phải là tổ chức tín dụng mà bên thế chấp là cá nhân hoặc hộ gia đình thì bên nhận thế chấp phải là *“tổ chức kinh tế theo quy định của Luật Đất đai hoặc cá nhân là công dân Việt Nam có năng lực hành vi dân sự đầy đủ”*.

Trong các quy định trên, có thể thấy bên nhận thế chấp có thể là cá nhân có năng lực hành vi dân sự đầy đủ hoặc tổ chức tín dụng, tổ chức kinh tế. Theo quy định tại Khoản 1 Điều 4 Luật Các tổ chức tín dụng năm 2010 sửa đổi, bổ sung năm 2017 thì tổ chức tín dụng bao gồm ngân hàng, tổ chức tín dụng phi ngân hàng, tổ chức tài chính vi mô và quỹ tín dụng nhân dân, tuy nhiên để có thể trở thành bên nhận thế chấp theo quy định của Luật Nhà ở năm 2014 thì các tổ chức này phải đang hoạt động tại Việt Nam. Đối với trường hợp bên nhận thế chấp là tổ chức kinh tế thì hiện nay pháp luật còn tồn tại những điểm chưa thực sự thống nhất. Tổ chức kinh tế theo quy định của Luật Đất đai năm 2013 không bao gồm doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài, tuy nhiên Luật Nhà ở năm 2014 không đưa ra điều kiện này đối với bên nhận thế chấp là tổ chức kinh tế mà chỉ đưa ra điều kiện là tổ chức này phải đang hoạt động tại Việt Nam. Như vậy, có thể thấy quy định về bên nhận thế chấp là tổ chức kinh tế còn tồn tại những điểm thiếu thống nhất trong các văn bản pháp luật khác nhau, gây ra những khó khăn nhất định trong việc xác định chủ thể của hợp đồng thế chấp nhà ở.

Như vậy, có thể thấy pháp luật hiện hành đã có những quy định rất rõ ràng về chủ thể của hợp đồng thế chấp nhà ở. Bên cạnh việc đưa ra những điều kiện chung, pháp luật còn xác định rất cụ thể về những nhóm chủ thể nào có thể được tham gia vào hợp đồng thế chấp nhà ở. Tuy nhiên, cùng với đó, các quy định của pháp luật vẫn còn tồn tại một số điểm chưa thực sự rõ ràng, thiếu thống nhất cần khắc phục.

2.1.2. Nội dung của hợp đồng thế chấp nhà ở

Trong khoa học pháp lý dân sự hiện đại, nội dung của hợp đồng được hiểu là tổng hợp những điều khoản cần có của hợp đồng, do các bên thoả thuận hoặc thừa

nhận từ quy định của pháp luật, nhằm phân định quyền và nghĩa vụ của các bên¹⁰¹. Theo cách tiếp cận này thì nội dung của hợp đồng thể chấp nhà ở cũng bao gồm các điều khoản cần có của hợp đồng nhằm ghi nhận các quyền và nghĩa của các bên trong hợp đồng. Tuy nhiên, dưới góc độ pháp lý, nội dung của hợp đồng thể chấp được ghi nhận trong nhiều văn bản pháp luật khác nhau, song lại có những mâu thuẫn trong việc xác định. Điển hình là sự mâu thuẫn giữa Bộ luật Dân sự năm 2015 và quy định của Luật Nhà ở năm 2014.

Theo quy định tại Điều 398 Bộ luật Dân sự năm 2015, các bên có quyền thỏa thuận lựa chọn những vấn đề được xác định trong nội dung của hợp đồng. Khoản 2 Điều 398 đưa ra nhiều loại điều khoản khác nhau, làm cơ sở để các bên lựa chọn khi giao kết hợp đồng thể chấp nhà ở. Những điều khoản này bao gồm điều khoản về đối tượng, thời hạn, phương thức, quyền và nghĩa vụ của các bên, ... Vấn đề đặt ra là khi giao kết hợp đồng thể chấp nhà ở thì Bộ luật Dân sự đòi hỏi các bên phải thỏa thuận về những điều khoản nào? Tức là trong hợp đồng phải có những điều khoản gì? Một trong những nguyên tắc cơ bản và quan trọng nhất của pháp luật dân sự đó là nguyên tắc thỏa thuận. Theo đó, các bên được quyền tự do thỏa thuận về các điều khoản trong hợp đồng thể chấp nhà ở, nhằm đạt được các mục đích đặt ra. Nghĩa là khi giao kết hợp đồng thể chấp nhà ở, các bên được tự do ghi nhận các điều khoản phù hợp với mong muốn vào trong hợp đồng mà không phải tuân theo một khuôn khổ nào. Tuy nhiên, để có thể hình thành được hợp đồng thể chấp nhà ở, trong hợp đồng bắt buộc phải ghi nhận những điều khoản nhất định như đối tượng của hợp đồng. Đây được coi là những điều khoản cơ bản của hợp đồng mà nếu không ghi nhận cụ thể về điều khoản này trong hợp đồng thì hợp đồng sẽ không hình thành¹⁰². Ngoài những điều khoản bắt buộc phải có thì các bên được tùy ý ghi nhận các điều khoản còn lại. Trường hợp các bên ghi nhận các điều khoản không bắt buộc thì quyền và nghĩa vụ của các bên sẽ được thực hiện theo những điều khoản đó. Trường hợp các bên không thỏa thuận về các điều khoản này, thì quy định của pháp luật chính là cơ sở để phân định quyền và nghĩa vụ của các bên đối với những nội dung mà các bên không thỏa thuận. Điều này đồng nghĩa với việc Bộ luật Dân sự năm 2015 bên cạnh yêu cầu bắt buộc

¹⁰¹ Đoàn Đức Lương & Trần Thị Huệ (đồng chủ biên, 2021), *Pháp luật hợp đồng trong lĩnh vực dân sự Việt Nam hiện đại* (sách chuyên khảo), Nxb Công an nhân dân, Hà Nội, tr.214.

¹⁰² Xem thêm Đoàn Đức Lương & Trần Thị Huệ (đồng chủ biên, 2021), *Pháp luật hợp đồng trong lĩnh vực dân sự Việt Nam hiện đại* (sách chuyên khảo), Nxb Công an nhân dân, Hà Nội, tr.218.

phải có trong hợp đồng thế chấp nhà ở điều khoản cơ bản về những nội dung chủ yếu, không thể thiếu trong hợp đồng, thì không còn yêu cầu nào khác về những vấn đề mà nội dung hợp đồng phải xác định.

Không giống như quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015, Luật Nhà ở năm 2014 lại ghi nhận nội dung của hợp đồng thế chấp nhà ở với cách tiếp cận trái ngược so với Điều 398 Bộ luật Dân sự năm 2015 khi áp đặt những nội dung mà hợp đồng thế chấp nhà ở bắt buộc phải có, bao gồm¹⁰³: (i) Tên và địa chỉ của các bên; (ii) Thông tin, mô tả về nhà ở; (iii) Thời hạn thế chấp; (iv) Quyền và nghĩa vụ của các bên; (v) Cam kết của các bên; (vi) Các thỏa thuận khác; (vii) Thời điểm có hiệu lực của hợp đồng; (viii) Thời điểm ký kết hợp đồng; (ix) Chữ ký và dấu của các bên; ... Từ đây, có thể thấy những nội dung được quy định tại Điều 121 Luật Nhà ở năm 2014 bao gồm cả những điều khoản cơ bản không thể thiếu trong hợp đồng thế chấp nhà ở nhưng đồng thời cũng có cả những nội dung dù không được các bên thỏa thuận thì hợp đồng thế chấp vẫn có khả năng được xác lập như nội dung về thời hạn thế chấp nhà ở được quy định tại Khoản 5 Điều 121. Trong trường hợp này, dù các bên không có thỏa thuận về thời hạn thế chấp thì hợp đồng thế chấp vẫn hoàn toàn có thể được thực hiện theo các quy định của pháp luật về thời điểm phát sinh và thời điểm chấm dứt thế chấp. Tuy nhiên theo quy định của Luật Nhà ở năm 2014, các bên vẫn phải thỏa thuận về nội dung này trong hợp đồng thế chấp nhà ở.

Có thể thấy rằng, quy định về nội dung của hợp đồng thế chấp nhà ở trong Luật Nhà ở năm 2014 có một số điểm chưa thực sự hợp lý như sau:

Thứ nhất, theo quy định của Luật Nhà ở năm 2014 thì tất cả những yếu tố thường xuất hiện trên một bản hợp đồng đều được coi là nội dung của hợp đồng. Điều này là không hợp lý cả về lý luận và thực tiễn, bởi vì trong khoa học pháp lý dân sự hiện đại thì nội dung của hợp đồng được hiểu là các điều khoản của hợp đồng¹⁰⁴. Đây cũng là cách tiếp cận mà nhà làm luật đã sử dụng khi ghi nhận về nội dung của hợp đồng trong Bộ luật Dân sự. Trong khi đó, các bên giao kết hợp đồng thế chấp nhà ở chính là chủ thể của hợp đồng - người tạo ra các điều khoản của hợp đồng thế chấp nhà ở và những thông tin về chủ thể chính là yếu tố cá biệt hoá hợp đồng thế chấp nhà

¹⁰³ Xem Điều 121 Luật Nhà ở năm 2014.

¹⁰⁴ Xem thêm Đoàn Đức Lương & Trần Thị Huệ (đồng chủ biên, 2021), *Pháp luật hợp đồng trong lĩnh vực dân sự Việt Nam hiện đại* (sách chuyên khảo), Nxb Công an nhân dân, Hà Nội, tr.214.

ở. Do đó, thông tin về các bên giao kết hợp đồng không thể là nội dung của hợp đồng.

Thứ hai, theo quy định của Luật Nhà ở năm 2014 thì các bên giao kết hợp đồng thế chấp nhà ở phải ghi nhận cả những điều khoản cơ bản, cả những điều khoản không cơ bản của hợp đồng. Quy định này vừa đi ngược lại với nguyên tắc tự do cam kết, thoả thuận đã được ghi nhận tại Điều 3 Bộ luật Dân sự năm 2015, vừa làm cho các quy định của pháp luật liên quan đến các điều khoản không cơ bản trở nên thừa thãi. Ví dụ, theo quy định của Luật Nhà ở năm 2014 thì các bên buộc phải thoả thuận về thời điểm có hiệu lực của hợp đồng thế chấp nhà ở, nên quy định về thời điểm có hiệu lực của hợp đồng tại Điều 401 Bộ luật Dân sự năm 2015 sẽ không có giá trị với hợp đồng thế chấp nhà ở. Hơn nữa, quy định này còn mâu thuẫn với quy định của Luật Công chứng năm 2014. Theo quy định tại Điều 5 Luật Công chứng năm 2014 thì văn bản được công chứng có hiệu lực từ thời điểm công chứng. Hợp đồng thế chấp nhà ở thuộc loại hợp đồng phải xác lập bằng văn bản có công chứng hoặc chứng thực. Ngoài ra, việc bắt buộc các bên thoả thuận về thời điểm có hiệu lực của hợp đồng thế chấp nhà ở cũng dẫn đến sự mâu thuẫn với quy định tại đoạn hai khoản 1 Điều 122 Luật Nhà ở năm 2014. Theo quy định tại đoạn hai khoản 1 Điều 122 Luật Nhà ở năm 2014, “đối với các giao dịch quy định tại khoản này thì thời điểm có hiệu lực của hợp đồng là thời điểm công chứng, chứng thực hợp đồng”. Vậy, nếu theo quy định tại Điều 121 Luật Nhà ở năm 2014, các bên buộc thoả thuận về thời điểm có hiệu lực của hợp đồng và thời điểm này lại không trùng với thời điểm công chứng thì hợp đồng sẽ phát sinh hiệu lực ở thời điểm các bên thoả thuận hay thời điểm hợp đồng được công chứng, chứng thực. Chỉ với một ví dụ nhỏ này cũng cho thấy sự bất cập của Luật Nhà ở năm 2014 đối với việc quy định về nội dung của hợp đồng thế chấp nhà ở.

Những điểm bất cập trong quy định của Luật Nhà ở năm 2014 thực sự sẽ gây khó khăn cho việc hiểu và áp dụng trên thực tế. Mặc dù khi công chứng hợp đồng thế chấp nhà ở thì công chứng viên sẽ dựa vào quy định của Luật Nhà ở để buộc các bên phải cung cấp đầy đủ các điều khoản theo quy định của pháp luật. Tuy nhiên, đó chỉ là cách làm theo thói quen mà không xuất phát từ cách hiểu và tiếp cận từ các quy định mang tính chất nguyên tắc. Rõ ràng rằng, quy định này đang là quy định trái với nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự được ghi nhận tại Điều 3 của Bộ luật Dân sự. Vấn đề đặt ra là nếu các bên trong quan hệ thế chấp nhà ở chỉ ghi nhận những điều khoản cơ bản mà không ghi nhận một hoặc một số điều khoản không cần thiết thì hợp

đồng đó có giá trị hay không, ví dụ hợp đồng thế chấp nhà ở không ghi nhận điều khoản về thời điểm có hiệu lực của hợp đồng? Rõ ràng, nếu cho rằng hợp đồng thiếu những điều khoản không cần thiết là hợp đồng không đáp ứng các điều kiện bắt buộc sẽ không phù hợp với thực tiễn, bởi vì về nguyên tắc thì chỉ những điều khoản cơ bản của hợp đồng thì mới bắt buộc phải ghi nhận, còn các điều khoản không cơ bản thì không cần thiết phải ghi vào hợp đồng. Những điểm bất cập này cần phải được sửa đổi cho phù hợp với quy định của Bộ luật Dân sự và các văn bản pháp luật có liên quan.

Về vấn đề này, hiện nay pháp luật của một số quốc gia trên thế giới cũng có cách tiếp cận tương tự khi có những quy định liệt kê những nội dung bắt buộc phải có trong hợp đồng thế chấp nhà ở, tuy nhiên những nội dung được liệt kê hầu như chỉ là những điều khoản cơ bản không thể thiếu để xác lập biện pháp thế chấp. Một điển hình cho việc quy định như vậy là Điều 9 Luật Thế chấp bất động sản Liên bang Nga¹⁰⁵. Theo quy định này, hợp đồng thế chấp nhà ở bắt buộc phải có những nội dung về tài sản thế chấp và nghĩa vụ được bảo đảm, trong đó đối với tài sản thế chấp là nhà ở thì hợp đồng phải xác định được những thông tin cơ bản để nhận diện được tài sản thế chấp như vị trí, giá trị, đặc điểm,... còn đối với nghĩa vụ được bảo đảm thì khoản 4 Điều 9 Luật Thế chấp bất động sản Liên bang Nga quy định “*Hợp đồng thế chấp bất động sản phải xác định nghĩa vụ được bảo đảm bằng thế chấp và chỉ rõ giá trị, căn cứ, thời hạn thực hiện của nghĩa vụ này. Trong trường hợp nghĩa vụ được bảo đảm được xác lập trên cơ sở hợp đồng, hợp đồng thế chấp cũng phải chỉ rõ các bên chủ thể, thời gian và địa điểm giao kết hợp đồng chứa đựng nghĩa vụ được bảo đảm đó...*”. Một ví dụ khác là quy định về nội dung hợp đồng thế chấp nhà ở được quy định tại Điều 400 Bộ luật Dân sự Trung Quốc năm 2020¹⁰⁶. Theo Điều này, hợp đồng thế chấp phải bao gồm 04 nội dung sau: (1) Nghĩa vụ được bảo đảm; (2) Thời hạn bên thế chấp phải thực hiện nghĩa vụ; (3) Thông tin cụ thể về tài sản thế chấp; (4) Phạm vi bảo đảm của biện pháp thế chấp.

Như vậy, cũng giống như pháp luật Việt Nam, có thể thấy pháp luật Liên bang Nga và pháp luật Trung Quốc cũng đã có cách quy định tương tự Điều 121 Luật Nhà ở năm 2014 khi liệt kê những nội dung bắt buộc phải có trong hợp đồng thế chấp nhà ở. Tuy nhiên, những quy định này lại có tính chất không tương đồng với nhau. Điều 9

¹⁰⁵ <https://www.ebrd.com/downloads/legal/core/ruslom.pdf> (Truy cập ngày 09/06/2022)

¹⁰⁶ http://english.www.gov.cn/archive/lawsregulations/202012/31/content_WS5fedad98c6d0f72576943005.html (Truy cập ngày 09/06/2022)

Luật Thế chấp bất động sản Liên bang Nga và Điều 400 Bộ luật Dân sự Trung Quốc chủ yếu chỉ liệt kê những điều khoản mang bản chất là điều khoản cơ bản trong hợp đồng thế chấp nhà ở như những điều khoản về xác định tài sản thế chấp hay nghĩa vụ được bảo đảm. Điều 704 Bộ luật Dân sự và thương mại Thái Lan chỉ bắt buộc các bên trong hợp đồng thế chấp phải chỉ rõ tài sản thế chấp¹⁰⁷. Vì vậy, các quy định trên phần nào đã phản ánh tính chất nhằm làm rõ, định hướng các bên có thể xác định những nội dung nào được pháp luật nhìn nhận là điều khoản cơ bản, không thể thiếu để xác lập hợp đồng thế chấp nhà ở, cũng do đó, những yêu cầu được đặt ra về nội dung phải có trong hợp đồng cũng đơn giản hơn rất nhiều và thể hiện được sự đề cao sự lựa chọn của các bên hơn so với Điều 121 Luật Nhà ở năm 2014.

Qua đó, có thể thấy pháp luật Việt Nam hiện hành đang quy định về nội dung hợp đồng thế chấp nhà ở theo hướng liệt kê những điều khoản bắt buộc phải có trong hợp đồng. Việc quy định như vậy tuy giúp các bên có thể nhận diện được rõ những vấn đề nào cần thiết phải thỏa thuận khi giao kết hợp đồng nhưng không phải nội dung nào được pháp luật quy định cũng mang tính thiết yếu đối với việc xác lập hợp đồng thế chấp nhà ở. Đồng thời, từ những kinh nghiệm của một số quốc gia trên thế giới, có thể thấy pháp luật nên quy định vấn đề này theo hướng mở hơn, trao quyền lựa chọn cho các bên trong hợp đồng đối với những nội dung không phải điều khoản cơ bản của hợp đồng thế chấp nhà ở. Những kiến nghị hoàn thiện quy định về hợp đồng sẽ được nghiên cứu sinh triển khai trong chương 3 của luận án sau khi đã phân tích, đánh giá thực trạng pháp luật và thực tiễn thực hiện pháp luật về thế chấp nhà ở.

2.1.3. Hình thức của hợp đồng thế chấp nhà ở

Hình thức của hợp đồng là sự thể hiện ra bên ngoài của những cam kết, thỏa thuận của các bên trong hợp đồng¹⁰⁸. Chính vì vậy mà hình thức của hợp đồng đóng vai trò đặc biệt quan trọng, bởi vì phải thông qua một hình thức nhất định thì ý chí đồng thuận của các bên được thể hiện trong nội dung của hợp đồng mới có thể được bộc lộ ra bên ngoài. Đồng thời, vì giữa hình thức và nội dung của hợp đồng luôn tồn tại một mối quan hệ biện chứng của cặp phạm trù nội dung - hình thức, nên hình thức của hợp đồng luôn phải phù hợp và chịu sự quyết định của nội dung hợp đồng.

¹⁰⁷ Xem Điều 704 Bộ luật Dân sự và thương mại Thái Lan.

¹⁰⁸ Xem thêm Trường Đại học Luật Hà Nội (2019), *Giáo trình Luật Dân sự (tập 2)*, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội, tr.115. & Đỗ Văn Đại (2013), *Hình thức bắt buộc của hợp đồng trong pháp luật dân sự Việt Nam: Những bất cập và hướng hoàn thiện*, Tạp chí Luật học, số 2, tr.3-14.

Theo quy định tại Điều 119 Bộ luật Dân sự năm 2015, hợp đồng có thể được giao kết thông qua một trong ba hình thức chính bao gồm hợp đồng bằng lời nói, hợp đồng bằng hành vi cụ thể và hợp đồng bằng văn bản. Đối với hợp đồng thế chấp nhà ở, Điều 121 Luật Nhà ở năm 2014 quy định “*Hợp đồng về nhà ở do các bên thỏa thuận và phải được lập thành văn bản...*”. Như vậy, trong các hình thức của hợp đồng được Bộ luật Dân sự quy định, hợp đồng thế chấp nhà ở phải được xác lập dưới dạng văn bản.

Tuy nhiên, bên cạnh điều kiện trên, pháp luật cũng đặt ra một số điều kiện khác đối với hình thức của hợp đồng thế chấp nhà ở. Cụ thể, Khoản 1 Điều 122 Luật Nhà ở năm 2014 quy định hợp đồng thế chấp nhà ở phải được công chứng, chứng thực và thời điểm có hiệu lực của hợp đồng thế chấp được xác định là tại thời điểm công chứng, chứng thực hợp đồng. Việc đặt ra quy định bắt buộc công chứng, chứng thực hợp đồng thế chấp nhà ở là cơ sở để bảo đảm sự chứng nhận về tính xác thực, hợp pháp của hợp đồng. Trong đó, công chứng viên, hoặc người có thẩm quyền chứng thực sẽ chứng nhận việc giao kết hợp đồng thế chấp nhà ở giữa các bên có đáp ứng hay không đáp ứng các điều kiện có hiệu lực theo quy định của pháp luật. Việc đặt ra yêu cầu công chứng, chứng thực khi quy định về hình thức của hợp đồng thế chấp nhà ở có ý nghĩa quan trọng nhằm nâng cao tính xác thực của giao dịch và hạn chế vi phạm pháp luật có thể xảy ra. Điều này xuất phát từ nguyên nhân các giao dịch về nhà ở nói chung và thế chấp nhà ở nói riêng là các giao dịch có giá trị lớn, đồng thời cũng có tác động nhất định đối với đời sống xã hội và hoạt động quản lý nhà nước về nhà ở. Do đó, việc quy định hợp đồng thế chấp nhà ở phải được công chứng, chứng thực không những giúp đảm bảo tính ổn định của giao dịch, đảm bảo quyền lợi của các bên chủ thể, mà còn có vai trò quan trọng trong việc quản lý nhà nước đối với các giao dịch về nhà ở nói riêng, giao dịch về bất động sản nói chung.

Bên cạnh đó, khoản 1 Điều 4 Nghị định số 102/2017/NĐ-CP của Chính phủ ngày 01 tháng 9 năm 2017 về đăng ý biện pháp bảo đảm (Nghị định 102/2017/NĐ-CP) cũng quy định thế chấp nhà ở là một trường hợp phải đăng ký biện pháp bảo đảm, tuy nhiên vẫn còn tồn tại các ý kiến khác nhau xung quanh quy định này. Có ý kiến cho rằng việc đăng ký biện pháp bảo đảm theo quy định tại Nghị định 102/2017/NĐ-CP là một vấn đề thuộc về hình thức của hợp đồng, theo đó đăng ký biện pháp bảo đảm là một hình thức bắt buộc của hợp đồng thế chấp nhà ở, theo đó nếu không đăng ký thế

chấp nhà ở thì hợp đồng thế chấp nhà ở mặc dù đã được công chứng, chứng thực cũng không có ý nghĩa, vì bên nhận thế chấp không thể xác lập quyền trên tài sản thế chấp¹⁰⁹ nên không thể xử lý nhà ở thế chấp khi có vi phạm nghĩa vụ xảy ra. Ý kiến này đặc biệt được đề cao trong trường hợp thế chấp nhà ở đồng thời với thế chấp quyền sử dụng đất. Bởi vì theo quy định tại Điều 188 Luật Đất đai năm 2013 và theo quy định tại điểm a,b khoản 1 Điều 4 Nghị định số 102/2017/NĐ-CP thì khi thế chấp nhà ở đã được chứng nhận quyền sở hữu trên Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất thì việc thế chấp nhà ở bắt buộc phải được đăng ký. Trong khi thực tế thì nhà ở luôn luôn được chứng nhận quyền sở hữu trên giấy chứng nhận quyền sử dụng đất. Tuy nhiên, cũng có ý kiến cho rằng đăng ký biện pháp thế chấp nhà ở không phải là một điều kiện bắt buộc về hình thức để hợp đồng thế chấp nhà ở có hiệu lực pháp luật¹¹⁰, mà chỉ là một điều kiện làm phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba của biện pháp thế chấp nhà ở¹¹¹.

Rõ ràng rằng các quy định của pháp luật hiện nay liên quan đến vấn đề đăng ký thế chấp nhà ở chưa thực sự minh thị, dẫn đến sự tồn tại nhiều ý kiến trái chiều. Hiện tại chưa có văn bản pháp luật nào quy định về hậu quả pháp lý của việc không đăng ký thế chấp nhà ở dẫn đến việc không thể xác định hậu quả pháp lý nếu các bên không tiến hành đăng ký thế chấp nhà ở theo quy định tại Điều 4 Nghị định 102/2017/NĐ-CP. Với hai luồng ý kiến như đề cập ở trên, nghiên cứu sinh cho rằng luồng ý kiến thứ hai có lẽ sẽ phù hợp hơn với các quy định của Luật Nhà ở năm 2014. Bởi vì một số lý do sau:

Thứ nhất, theo quy định tại khoản 1 Điều 119 Bộ luật Dân sự năm 2015 thì nhà làm luật chỉ ghi nhận ba hình thức xác lập giao dịch đó là giao dịch bằng lời nói, giao dịch bằng văn bản và giao dịch bằng hành vi cụ thể. Theo quy định này thì không có hình thức nào là hình thức đăng ký. Điều đó có nghĩa rằng đăng ký thế chấp nhà ở không nên coi là một hình thức xác lập hợp đồng thế chấp nhà ở.

Thứ hai, theo quy định tại khoản 2 Điều 117 Bộ luật Dân sự năm 2015 thì “hình

¹⁰⁹ Xem thêm Nguyễn Văn Cừ & Trần Thị Huệ (đồng chủ biên, 2017), *Bình luận khoa học Bộ luật dân sự của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam năm 2015*, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội, tr.493.

¹¹⁰ Phạm Văn Anh (2017), *Thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai để bảo đảm cho hợp đồng tín dụng*, luận văn thạc sĩ luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội, tr.40.

¹¹¹ Nguyễn Hoàng Quân (2020), *Hợp đồng thế chấp nhà ở theo quy định của pháp luật dân sự và thực tiễn thi hành tại Ngân hàng Thương mại Cổ phần Việt Nam Thịnh Vượng*, luận văn thạc sĩ luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội, tr.39.

thức của giao dịch dân sự là điều kiện có hiệu lực của giao dịch dân sự trong trường hợp luật có quy định”. Quy định này được giải nghĩa ra rằng chỉ có văn bản luật mới có thể ghi nhận hình thức của một loại giao dịch dân sự cụ thể. Bên cạnh đó, khoản 1 Điều 298 Bộ luật Dân sự năm 2015 cũng quy định rằng “Việc đăng ký là điều kiện để giao dịch bảo đảm có hiệu lực chỉ trong trường hợp luật có quy định”. Theo đó thì ngay cả khi việc đăng ký thế chấp nhà ở được coi là hình thức xác lập của hợp đồng thế chấp nhà ở thì việc quy định của Nghị định 102/2017/NĐ-CP cũng không có giá trị ràng buộc đối với các bên, bởi vì đây là văn bản dưới luật mà không phải văn bản luật.

Thứ ba, Luật Nhà ở năm 2014 được coi là luật chuyên ngành điều chỉnh các giao dịch về nhà ở, trong đó có hợp đồng thế chấp nhà ở. Tuy nhiên, Luật Nhà ở chỉ quy định bắt buộc công chứng, chứng thực hợp đồng thế chấp nhà ở mà không quy định việc bắt buộc đăng ký thế chấp nhà ở. Đồng thời, đoạn hai Khoản 1 Điều 122 Luật Nhà ở năm 2014 quy định hợp đồng thế chấp nhà ở có hiệu lực tại thời điểm công chứng, chứng thực. Hơn nữa, công chứng, chứng thực và đăng ký biện pháp bảo đảm là hai thủ tục độc lập trong đó thủ tục công chứng, chứng thực hợp đồng được tiến hành trước, làm tiền đề cho thủ tục đăng ký biện pháp bảo đảm. Do đó, trước khi tiến hành đăng ký biện pháp bảo đảm thì hợp đồng thế chấp nhà ở đã phải có hiệu lực, hay nói cách khác là đã thỏa mãn tất cả điều kiện có hiệu lực của hợp đồng bao gồm cả điều kiện về hình thức. Chính vì vậy, theo quy định tại Điều 122 Luật Nhà ở năm 2014, đăng ký biện pháp bảo đảm không thể được coi là một điều kiện về hình thức của hợp đồng.

Về hình thức của hợp đồng thế chấp nhà ở, pháp luật của nhiều quốc gia trên thế giới cũng có những cách tiếp cận khác nhau đối với vấn đề này. So sánh với pháp luật Cộng hòa Pháp, Điều 2409 Bộ luật Dân sự Pháp quy định hợp đồng thế chấp nhà ở phải được xác lập dưới hình thức chứng thư công chứng¹¹². Với việc quy định như vậy, có thể thấy Bộ luật Dân sự Pháp đang có cách tiếp cận tương đối tương đồng với pháp luật Việt Nam như những phân tích trên. Tuy nhiên, cũng có nhiều quốc gia có cách quy định khác, không bắt buộc hợp đồng thế chấp nhà ở phải được công chứng, chứng thực. Đơn cử cho trường hợp này là pháp luật Liên bang Nga. Theo quy định tại khoản 1 Điều 10 Luật Thế chấp bất động sản Liên bang Nga năm 1998 thì hợp đồng

¹¹²https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000006165681/#LEGISCTA000044072120 (Truy cập ngày 10/06/2022)

thể chấp nhà ở phải được lập bằng văn bản, đồng thời phải đăng ký tại Văn phòng đăng ký quyền và giao dịch bất động sản nhưng không bắt buộc hợp đồng phải được công chứng, chứng thực. Thay vào đó, Điều 20 Luật này có đặt ra thủ tục đăng ký khác nhau đối với trường hợp hợp đồng thể chấp nhà ở đã được công chứng, chứng thực và chưa được công chứng, chứng thực. Còn theo Điều 714 Bộ luật Dân sự và thương mại Thái Lan thì hợp đồng thể chấp phải được ghi nhận bằng văn bản và được đăng ký tại cơ quan có thẩm quyền.

Như vậy, cho dù quy định trong pháp luật của một số quốc gia trên thế giới còn tồn tại cả những điểm tương đồng và khác biệt nhất định xuất phát từ cơ chế quản lý giao dịch bất động sản, quan điểm lập pháp của từng quốc gia, tuy nhiên tựu chung lại thì cơ sở của việc quy định về hình thức hợp đồng thể chấp nhà ở tại các quốc gia trên đều là để đảm bảo phù hợp giữa hình thức và nội dung cũng như để nâng cao tính xác thực của hợp đồng. Từ những phân tích trên, có thể thấy các quy định về hình thức hợp đồng thể chấp nhà ở trong pháp luật của Việt Nam về cơ bản đã thể hiện được sự phù hợp với thông lệ quốc tế. Tuy nhiên, những mâu thuẫn, bất cập trong quy định của pháp luật Việt Nam về hình thức của hợp đồng thể chấp nhà ở vẫn cần phải được hoàn thiện để bảo đảm sự thống nhất trong cách hiểu và áp dụng. Những quan điểm hoàn thiện sẽ được nghiên cứu sinh thể hiện trong nội dung chương 3 của luận án.

2.1.4. Hiệu lực của hợp đồng thể chấp nhà ở

2.1.4.1. Các điều kiện có hiệu lực của hợp đồng thể chấp nhà ở

Tự do thỏa thuận là một nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự¹¹³, theo đó pháp luật tôn trọng sự thỏa thuận của các bên khi tham gia vào quan hệ pháp luật dân sự nói chung hay giao dịch dân sự nói riêng. Tuy nhiên, sự tự do của mỗi người luôn nằm trong mối quan hệ với sự tự do của những người khác, tức là việc thực hiện quyền tự do của mình cũng phải bảo đảm quyền tự do của người khác¹¹⁴. Điều này có nghĩa rằng không phải trong trường hợp thỏa thuận của các bên về việc xác lập giao dịch dân sự cũng được pháp luật công nhận và có giá trị pháp lý. Để một giao dịch có thể được hình thành và được pháp luật công nhận về hiệu lực, giao dịch này phải thỏa mãn các điều kiện nhất định theo quy định của pháp luật, những điều kiện này chính là những điều kiện có hiệu lực của giao dịch dân sự.

¹¹³ Xem thêm Điều 3 Bộ luật dân sự năm 2015.

¹¹⁴ Nguyễn Văn Hối (2017), *Trách nhiệm bồi thường thiệt hại do tài sản gây ra theo pháp luật dân sự Việt Nam*, luận án tiến sĩ luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội, tr.13.

Là một giao dịch dân sự, hợp đồng thế chấp nhà ở cũng phải thỏa mãn những điều kiện do pháp luật quy định để có hiệu lực pháp luật. Theo đó, những điều kiện có hiệu lực được đặt ra đối với hợp đồng thế chấp nhà ở bao gồm cả những điều kiện chung áp dụng đối với giao dịch dân sự được quy định tại Điều 117 Bộ luật Dân sự năm 2015 và những điều kiện riêng đối với loại hợp đồng này được ghi nhận trong Luật Nhà ở năm 2014. Theo quy định của pháp luật hiện hành, để có thể phát sinh hiệu lực thì hợp đồng thế chấp nhà ở phải thỏa mãn đầy đủ bốn điều kiện đó là: (i) điều kiện về năng lực chủ thể; (ii) điều kiện về sự tự nguyện của chủ thể; (iii) điều kiện về mục đích và nội dung của hợp đồng; (iv) điều kiện về hình thức của hợp đồng. Những điều kiện này được nghiên cứu sinh phân tích trong các nội dung khác nhau, nên trong nội dung này sẽ có những điều kiện chỉ được đề cập một cách cơ bản mà không đi sâu vào phân tích, bình luận nhằm tránh sự trùng lặp với các nội dung khác.

Thứ nhất, điều kiện về năng lực chủ thể của hợp đồng thế chấp nhà ở

Theo quy định tại điểm a khoản 1 Điều 117 Bộ luật dân sự năm 2015 thì chủ thể tham gia giao kết giao dịch dân sự phải có năng lực pháp luật và năng lực hành vi dân sự phù hợp. Theo đó, chủ thể tham gia giao kết hợp đồng thế chấp nhà ở cũng phải đáp ứng hai yếu tố này, đó là phải có quyền tham gia giao kết hợp đồng và có năng lực hành vi dân sự phù hợp với loại hợp đồng thế chấp nhà ở. Như đã phân tích tại tiểu mục 2.1.1, chủ thể của hợp đồng thế chấp nhà ở có thể là cá nhân hoặc pháp nhân có năng lực pháp luật, năng lực hành vi dân sự phù hợp với loại giao dịch này. Đồng thời, các chủ thể này cũng phải thuộc nhóm các chủ thể theo pháp luật quy định là bên thế chấp hoặc bên nhận thế chấp nhà ở. Trong đó bên thế chấp nhà ở phải thuộc đối tượng được sở hữu nhà ở và phải có quyền sở hữu tài sản thế chấp là nhà ở. Còn đối với bên nhận thế chấp thì phải thuộc nhóm các chủ thể do pháp luật quy định trong từng trường hợp cụ thể, trong đó có thể là cá nhân, tổ chức tín dụng, tổ chức kinh tế đang hoạt động tại Việt Nam. Hợp đồng thế chấp nhà ở có thể được coi là một loại hợp đồng đặc biệt. Sự đặc biệt của loại hợp đồng này thể hiện ngay trong các quy định về năng lực chủ thể của hợp đồng thế chấp nhà ở. Cụ thể như sau:

(i) Trường hợp thế chấp nhà ở hiện có: nếu bên thế chấp nhà ở là pháp nhân thì bên nhận thế chấp nhà ở chỉ có thể là tổ chức tín dụng đang hoạt động tại Việt Nam. Trường hợp bên thế chấp nhà ở là cá nhân thì bên nhận thế chấp nhà ở có thể là tổ chức tín dụng, tổ chức kinh tế đang hoạt động tại Việt Nam hoặc cá nhân theo quy

định của pháp luật.

(ii) Trường hợp thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai thì chủ thể nhận thế chấp được quy định thống nhất, bất kể bên thế chấp là cá nhân hay pháp nhân. Theo đó, “tổ chức, cá nhân xây dựng nhà ở hình thành trong tương lai trên thửa đất ở hợp pháp của mình; tổ chức, cá nhân mua nhà ở hình thành trong tương lai trong dự án đầu tư xây dựng nhà ở của chủ đầu tư được thế chấp nhà ở này tại tổ chức tín dụng đang hoạt động tại Việt Nam để vay vốn phục vụ cho xây dựng nhà ở hoặc để mua chính nhà ở đó”¹¹⁵. Như vậy, không giống như thế chấp nhà ở có sẵn, khi thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai thì chỉ có thể thế chấp tại tổ chức tín dụng đang hoạt động tại Việt Nam. Nếu xét ở góc độ về tính bảo đảm của biện pháp thế chấp thì quy định này nhằm bảo đảm sự an toàn pháp lý cho các bên chủ thể tham gia quan hệ thế chấp. Nhưng xét ở góc độ tự do thoả thuận thì quy định này đã giới hạn quyền tự do lựa chọn chủ thể của bên thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai.

Thứ hai, điều kiện về ý chí tự nguyện của các bên trong hợp đồng thế chấp nhà ở

Hợp đồng được hình thành trên cơ sở thể hiện ý chí một cách tự nguyện của các bên. Do đó, để phù hợp với bản chất của hợp đồng cũng như để đảm bảo nguyên tắc tự do, tự nguyện cam kết, thoả thuận trong pháp luật dân sự, khi xác lập hợp đồng thế chấp nhà ở, các bên cũng phải đáp ứng điều kiện về mặt ý chí. Luật Nhà ở năm 2014 không quy định cụ thể về ý chí của các bên tham gia quan hệ hợp đồng về nhà ở nói chung, hợp đồng thế chấp nhà ở nói riêng. Theo đó, việc xác định hợp đồng thế chấp được giao kết có đảm bảo ý chí tự nguyện của các bên hay không sẽ dựa trên quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015. Trong khoa học pháp lý dân sự hiện nay thì “*tự nguyện trong tham gia hợp đồng được hiểu là sự phù hợp giữa mong muốn của một người với việc họ tham gia một hợp đồng nhất định*”¹¹⁶. Ở Việt Nam, mặc dù tự nguyện được coi là một trong những nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự¹¹⁷, đồng thời là một trong các điều kiện có hiệu lực của hợp đồng. Song, các nhà làm luật cũng không liệt kê cụ thể trong trường hợp nào thì việc giao kết hợp đồng sẽ được coi là tự nguyện mà “*Bộ luật dân sự quy định một số trường hợp giao dịch xác lập không có sự tự nguyện sẽ bị*

¹¹⁵ Xem khoản 2 Điều 147 Luật Nhà ở năm 2014

¹¹⁶ Lê Kim Giang (2011), *Hợp đồng dân sự và các tranh chấp thường gặp*, Nxb Tư pháp, Hà Nội, tr.23.

¹¹⁷ Xem khoản 2 Điều 3 Bộ luật dân sự năm 2015 của Việt Nam.

vô hiệu. Đó là các trường hợp vô hiệu do giả tạo, do nhầm lẫn, do bị lừa dối, bị đe dọa, bị cưỡng ép, do xác lập tại thời điểm mà không nhận thức và làm chủ được hành vi của mình”¹¹⁸. Hầu hết các trường hợp hợp đồng vi phạm sự tự nguyện có bị vô hiệu hay không lại phụ thuộc vào yêu cầu của một trong các bên hoặc của người thứ ba và yêu cầu đó phải được đưa ra trong thời hiệu 2 năm (trừ trường hợp hợp đồng vô hiệu do giả tạo).

Như vậy, để xác định hợp đồng thế chấp nhà ở có đáp ứng điều kiện về sự tự nguyện của các bên hay không sẽ phụ thuộc vào ý chí của chủ thể trong hầu hết các trường hợp. Điều đó có nghĩa rằng ngay cả khi thực tiễn tồn tại các hợp đồng thế chấp nhà ở được giao kết mà vi phạm ý chí tự nguyện (có sự nhầm lẫn, lừa dối, đe dọa, cưỡng ép, ...), song hợp đồng đó lại không bị tuyên bố vô hiệu do chủ thể không tự nguyện không đưa ra yêu cầu tuyên bố hợp đồng vô hiệu, hoặc yêu cầu được đưa ra khi đã hết thời hiệu yêu cầu tuyên bố hợp đồng vô hiệu theo khoản 1 Điều 132 Bộ luật Dân sự.

Thứ ba, điều kiện về mục đích, nội dung của hợp đồng thế chấp nhà ở

Điều kiện về mục đích và nội dung của hợp đồng thế chấp nhà ở được ghi nhận cả trong Bộ luật Dân sự và trong Luật Nhà ở. Theo quy định tại điểm b Khoản 1 Điều 117 Bộ luật Dân sự năm 2015 thì “mục đích và nội dung của giao dịch dân sự không vi phạm điều cấm của luật, không trái đạo đức xã hội”.

Mục đích của giao dịch dân sự là một khái niệm đã được luật hoá trong Bộ luật Dân sự. Theo đó, mục đích của giao dịch dân sự là lợi ích mà chủ thể mong muốn đạt được khi xác lập giao dịch đó¹¹⁹. Luật Nhà ở cũng đưa ra quy định cụ thể đối với mục đích giao kết hợp đồng thế chấp nhà ở trong trường hợp nhà ở thế chấp là nhà ở hình thành trong tương lai. Theo đó, việc thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai chỉ hướng tới mục đích bảo đảm cho việc vay vốn phục vụ cho việc xây dựng hoặc mua nhà ở hình thành trong tương lai¹²⁰. Nếu như mục đích của giao dịch dân sự là một khái niệm pháp lý đã được luật hoá thì nội dung của giao dịch dân sự nói chung, hợp đồng thế chấp nhà ở nói riêng không phải là một khái niệm pháp lý. Luật Nhà ở năm 2014 chỉ đưa ra các nội dung bắt buộc phải có theo quy định tại Điều 121. Trong đó có

¹¹⁸ Trường Đại học Luật Hà Nội (2018), *Giáo trình Luật dân sự (tập 1)*, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội, tr. 144

¹¹⁹ Xem Điều 118 Bộ luật dân sự năm 2015.

¹²⁰ Xem khoản 2 Điều 147 Luật nhà ở năm 2014.

những nội dung không phù hợp cả về lý luận và thực tiễn mà nghiên cứu sinh đã chỉ ra khi phân tích về nội dung của hợp đồng thế chấp nhà ở tại tiểu mục 1.1.2 nói trên.

Điều cấm của luật và đạo đức xã hội là những khái niệm pháp lý đã được luật hoá trong Bộ luật Dân sự. Theo đó, “điều cấm của luật là những quy định của luật không cho phép chủ thể thực hiện những hành vi nhất định”, còn “đạo đức xã hội là những chuẩn mực ứng xử chung trong đời sống xã hội, được cộng đồng thừa nhận và tôn trọng”¹²¹. Luật Nhà ở năm 2014 quy định cụ thể về các hành vi bị nghiêm cấm tại Điều 6, trong đó có cả những điều cấm liên quan đến mục đích và nội dung của hợp đồng thế chấp nhà ở. Theo đó, khoản 9 Điều 6 Luật Nhà ở năm 2014 cấm “Thực hiện các giao dịch mua bán, chuyển nhượng hợp đồng mua bán, cho thuê, cho thuê mua, tặng cho, đổi, thừa kế, thế chấp, góp vốn, cho mượn, cho ở nhờ, ủy quyền quản lý nhà ở không đúng quy định của Luật này”. Theo quy định này thì việc xác lập hợp đồng thế chấp nhà ở không có các nội dung theo quy định tại Điều 121 và không đúng mục đích tại khoản 2 Điều 147 Luật Nhà ở năm 2014 sẽ bị coi là vi phạm điều cấm của luật. Mặc dù các quy định về nội dung của hợp đồng thế chấp nhà ở vẫn là các quy định còn gây ra nhiều quan điểm trái chiều, song việc ghi nhận điều cấm này cũng cho thấy sự cụ thể hoá của Luật Nhà ở trong việc ghi nhận các điều kiện có hiệu lực của hợp đồng về nhà ở nói chung, hợp đồng thế chấp nhà ở nói riêng. Những hợp đồng thế chấp nhà ở có mục đích và nội dung vi phạm điều cấm của Luật Nhà ở sẽ bị vô hiệu theo quy định tại Điều 123 Bộ luật Dân sự năm 2015. Đây chính là trường hợp vô hiệu tuyệt đối, bởi thời hiệu yêu cầu tuyên bố hợp đồng vô hiệu trong trường hợp này không bị giới hạn, đồng thời hợp đồng vi phạm điều kiện này sẽ mặc nhiên vô hiệu mà không phụ thuộc vào yêu cầu của chủ thể của hợp đồng.

Thứ tư, điều kiện về hình thức của hợp đồng thế chấp nhà ở

Hợp đồng thế chấp nhà ở với tính chất đặc thù của mình được pháp luật quy định rất chặt chẽ đối với điều kiện về hình thức của hợp đồng. Theo đó, qua những phân tích tại tiểu mục 2.1.3 về hình thức của hợp đồng thế chấp nhà ở, để có hiệu lực pháp luật, hợp đồng thế chấp nhà ở phải được xác lập bằng văn bản và phải được công chứng, chứng thực theo quy định.

Như vậy, có thể thấy hợp đồng thế chấp nhà ở là một loại hợp đồng có tính chất

¹²¹ Xem Điều 123 Bộ luật dân sự năm 2015.

chuyên biệt, bên cạnh các điều kiện chung của giao dịch dân sự, hợp đồng thế chấp nhà ở cũng phải đáp ứng các điều kiện có hiệu lực riêng khác. Những điều kiện có hiệu lực riêng này chủ yếu được quy định trong Luật Nhà ở năm 2014, xuất phát từ những điểm đặc thù của loại tài sản thế chấp trong trường hợp này.

Cùng xuất phát từ tính chất chuyên biệt của hợp đồng thế chấp nhà ở, pháp luật của các quốc gia trên thế giới cũng quy định những điều kiện có hiệu lực riêng đối với loại hợp đồng này. Trong đó, bên cạnh những điều kiện về chủ thể, nội dung, mục đích, hình thức của hợp đồng hay ý chí của các bên thì một số quốc gia trên thế giới cũng đặt ra những điều kiện có hiệu lực khác đối với hợp đồng thế chấp nhà ở. Cụ thể, Điều 2413 Bộ luật Dân sự Pháp quy định “*Hợp đồng được giao kết ở nước ngoài không được thế chấp bất động sản tại Pháp, trừ trường hợp pháp luật, điều ước quốc tế có quy định khác*”. Theo quy định này, địa điểm giao kết hợp đồng cũng là một điều kiện có hiệu lực của hợp đồng thế chấp nhà ở, trong đó chỉ những hợp đồng thế chấp nhà ở được giao kết trên lãnh thổ Pháp mới có thể có hiệu lực. Bên cạnh đó, cũng có một số quốc gia có quy định khác đối với điều kiện về hình thức của hợp đồng thế chấp nhà ở so với pháp luật Việt Nam. Nếu Điều 122 Luật Nhà ở năm 2014 quy định hợp đồng thế chấp nhà ở phải được công chứng, chứng thực thì Điều 10 Luật Thế chấp bất động sản Liên bang Nga năm 1998 lại không buộc hợp đồng phải công chứng, chứng thực, tuy nhiên nếu các bên không tiến hành đăng ký thế chấp nhà ở thì hợp đồng cũng sẽ không có hiệu lực pháp luật. Như vậy, có thể thấy pháp luật Việt Nam cũng đã có những sự tương đồng và khác biệt nhất định so với pháp luật của một số quốc gia trên thế giới về điều kiện có hiệu lực của hợp đồng thế chấp nhà ở, tuy nhiên những sự khác biệt này đều là để phù hợp với thực tiễn cơ chế quản lý nhà ở tại mỗi quốc gia.

2.1.4.2. Thời điểm có hiệu lực của hợp đồng thế chấp nhà ở

Hiện nay, khi quy định về thời điểm có hiệu lực trong thế chấp nhà ở, pháp luật có quy định về hai mốc thời điểm là thời điểm có hiệu lực của hợp đồng và thời điểm có hiệu lực của đăng ký biện pháp bảo đảm. Vì vậy, khi nghiên cứu về thời điểm có hiệu lực của hợp đồng thế chấp nhà ở, cần thiết phải phân biệt rõ khái niệm này với khái niệm thời điểm có hiệu lực của đăng ký thế chấp nhà ở. Trong đó, thời điểm có hiệu lực của hợp đồng là thời điểm mà kể từ đó hiệu lực của hợp đồng sẽ phát sinh còn thời điểm có hiệu lực của đăng ký biện pháp bảo đảm là thời điểm cơ quan đăng ký

ghi nội dung đăng ký vào sổ đăng ký và đây chính là thời điểm biện pháp thế chấp nhà ở có hiệu lực đối kháng với người thứ ba. Theo quy định của pháp luật hiện hành, thời điểm có hiệu lực của hợp đồng thế chấp nhà ở luôn xảy ra trước và tạo cơ sở cho hiệu lực của đăng ký thế chấp nhà ở. Theo quy định tại đoạn hai khoản 1 Điều 122 Luật Nhà ở năm 2014 quy định “... thời điểm có hiệu lực của hợp đồng là thời điểm công chứng, chứng thực hợp đồng”. Do đó, ngay tại thời điểm hợp đồng thế chấp nhà ở được công chứng, chứng thực thì hiệu lực của hợp đồng đã phát sinh.

Cho dù việc đăng ký biện pháp thế chấp nhà ở không phát sinh ngay tại thời điểm hợp đồng có hiệu lực nhưng giá trị của việc đăng ký biện pháp thế chấp vẫn chịu sự ảnh hưởng bởi hiệu lực của hợp đồng. Cụ thể, sự ảnh hưởng này được thể hiện thông qua việc trong trường hợp biện pháp thế chấp buộc phải đăng ký như trường hợp thế chấp nhà ở thì hiệu lực của hợp đồng là một căn cứ hay một cơ sở để thực hiện đăng ký biện pháp thế chấp nhà ở. Theo quy định tại Khoản 2 Điều 39 Nghị định 102/2017/NĐ-CP, hợp đồng thế chấp có công chứng, chứng thực là một trong những hồ sơ cần thiết khi tiến hành đăng ký thế chấp nhà ở. Vì vậy, chỉ khi hợp đồng thế chấp nhà ở đã phát sinh hiệu lực thì việc đăng ký biện pháp thế chấp mới có thể được thực hiện.

Về vấn đề thời điểm có hiệu lực của hợp đồng thế chấp nhà ở, hiện nay pháp luật của một số quốc gia trên thế giới cũng có quy định khác so với pháp luật Việt Nam. Cụ thể,

(1) Theo hướng hiệu lực hợp đồng thế chấp nhà ở bắt đầu từ thời điểm đăng ký: pháp luật Trung Quốc, thời điểm có hiệu lực của hợp đồng thế chấp nhà ở đều được xác định là tại thời điểm đăng ký biện pháp thế chấp nhà ở¹²². Tương tự, Khoản 2 Điều 10 Luật Thế chấp bất động sản Liên bang Nga cũng quy định “*Hợp đồng thế chấp bất động sản có hiệu lực kể từ thời điểm được đăng ký*”.

(2) Theo hướng hiệu lực hợp đồng thế chấp nhà ở

Về vấn đề này, nhiều học giả cũng có quan điểm cho rằng việc coi đăng ký là một điều kiện có hiệu lực của hợp đồng hay xác định thời điểm có hiệu lực của hợp đồng là thời điểm đăng ký cũng chưa thực sự phù hợp. Theo quan điểm này, có lẽ sẽ

¹²² Dale A. Whitman (2001), “Chinese Mortgage Law: An American Perspective”, *Columbia Journal of Asian Law*, tr.63. Website: <https://core.ac.uk/download/pdf/217048841.pdf> (Truy cập ngày 15/06/2022)

phù hợp hơn nếu chỉ coi đăng ký là một căn cứ làm phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba và khi các bên trong hợp đồng thế chấp nhà ở không tiến hành đăng ký biện pháp bảo đảm thì hợp đồng thế chấp vẫn có hiệu lực¹²³.

Qua đó, việc pháp luật Việt Nam quy định tách biệt thời điểm có hiệu lực của hợp đồng thế chấp nhà ở và thời điểm có hiệu lực của đăng ký thế chấp cũng đã có những ưu điểm nhất định. Tuy nhiên, để đảm bảo quyền và lợi ích hợp pháp của các bên trong hợp đồng cũng như của bên thứ ba, pháp luật vẫn cần thiết phải làm rõ thêm ý nghĩa của từng thời điểm này với giá trị của biện pháp thế chấp nhà ở.

2.1.4.3. Hợp đồng thế chấp nhà ở vô hiệu và hậu quả pháp lý

a. Hợp đồng thế chấp nhà ở vô hiệu

Mặc dù các điều kiện có hiệu lực của hợp đồng thế chấp nhà ở được điều chỉnh bởi cả các quy định của Bộ luật Dân sự và Luật Nhà ở. Tuy nhiên, Luật Nhà ở không quy định cụ thể về hợp đồng thế chấp nhà ở vô hiệu. Do đó, các quy định về giao dịch dân sự vô hiệu theo quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015 cũng được áp dụng đối với hợp đồng thế chấp nhà ở vô hiệu.

Bộ luật dân sự chỉ quy định chung về giao dịch dân sự vô hiệu mà không quy định riêng biệt về bất cứ loại hợp đồng vô hiệu nào. Do đó, ngay đến cách hiểu hợp đồng thế chấp nhà ở vô hiệu cũng xuất phát từ quy định mang tính khái quát về giao dịch dân sự vô hiệu. Theo quy định tại Điều 122 Bộ luật Dân sự năm 2015 thì “giao dịch dân sự không có một trong các điều kiện được quy định tại Điều 117 của Bộ luật này thì vô hiệu, trừ trường hợp Bộ luật này có quy định khác”. Áp dụng quy định này đối với hợp đồng thế chấp nhà ở cũng có thể hiểu rằng hợp đồng thế chấp nhà ở được giao kết mà không có một trong các điều kiện được quy định tại Điều 117 Bộ luật Dân sự năm 2015 thì vô hiệu, trừ trường hợp Bộ luật Dân sự có quy định khác. Tuy nhiên, như đã phân tích tại tiểu mục 2.1.4.1 thì điều kiện có hiệu lực của hợp đồng thế chấp nhà ở không chỉ được ghi nhận tại Bộ luật Dân sự mà còn được ghi nhận trong Luật Nhà ở. Do đó, để xác định chính xác một hợp đồng thế chấp nhà ở có đáp ứng đầy đủ các điều kiện có hiệu lực hay không thì phải căn cứ cả Điều 117 Bộ luật Dân sự và các quy định cụ thể trong Luật Nhà ở. Căn cứ các quy định này có thể nhận diện một số

¹²³ Dale A. Whitman (2001), “Chinese Mortgage Law: An American Perspective”, *Columbia Journal of Asian Law*, tr.63. Website: <https://core.ac.uk/download/pdf/217048841.pdf> (Truy cập ngày 15/06/2022) và Đỗ Văn Đại (2013), “Hình thức bắt buộc của hợp đồng trong pháp luật dân sự Việt Nam: Những bất cập và hướng hoàn thiện”, *Tạp chí Luật học*, (2), tr. 7.

vấn đề liên quan đến hợp đồng thế chấp nhà ở vô hiệu như sau:

Thứ nhất, về các trường hợp hợp đồng thế chấp nhà ở vô hiệu

Cũng giống như các cách phân loại giao dịch dân sự vô hiệu thì đúng với mỗi cách tiếp cận khác nhau sẽ xác định được các loại hợp đồng thế chấp nhà ở vô hiệu khác nhau.

(i) Dưới góc độ tiếp cận ở tính chất của hợp đồng thế chấp nhà ở vô hiệu thì hợp đồng thế chấp nhà ở vô hiệu bao gồm hợp đồng thế chấp nhà ở vô hiệu tuyệt đối và hợp đồng thế chấp nhà ở vô hiệu tương đối. Trong pháp luật Việt Nam, thuật ngữ vô hiệu tuyệt đối và vô hiệu tương đối không phải là các thuật ngữ pháp lý mà đây là các thuật ngữ khoa học. Tuy nhiên, đây lại là những thuật ngữ được sử dụng phổ biến trong khoa học pháp lý hiện nay ở Việt Nam. Theo đó, hợp đồng thế chấp nhà ở vô hiệu tuyệt đối bao gồm hợp đồng vô hiệu do mục đích hoặc nội dung vi phạm điều cấm của luật hoặc trái đạo đức xã hội và hợp đồng vô hiệu do giả tạo. Các trường hợp vô hiệu còn lại sẽ được coi là hợp đồng vô hiệu tương đối. Trong pháp luật của một số quốc gia thì vô hiệu tuyệt đối và vô hiệu tương đối lại được coi là những thuật ngữ pháp lý và được luật hoá. Ví dụ, trong Bộ luật Dân sự của cộng hoà Pháp thì “Hợp đồng vô hiệu tuyệt đối trong trường hợp quy định bị vi phạm nhằm mục đích bảo vệ lợi ích chung. Hợp đồng vô hiệu tương đối trong trường hợp quy định bị vi phạm nhằm mục đích bảo vệ lợi ích tư”¹²⁴.

(ii) Nếu tiếp cận từ các điều kiện có hiệu lực của hợp đồng thì hợp đồng thế chấp nhà ở vô hiệu được phân chia thành bốn loại, bao gồm: hợp đồng thế chấp nhà ở vô hiệu do vi phạm điều kiện về năng lực chủ thể của hợp đồng; hợp đồng thế chấp nhà ở vô hiệu do vi phạm điều kiện về ý chí tự nguyện; hợp đồng thế chấp nhà ở vô hiệu do mục đích hoặc nội dung vi phạm điều cấm hoặc trái đạo đức xã hội; hợp đồng thế chấp nhà ở vô hiệu do vi phạm quy định bắt buộc về hình thức.

Hợp đồng thế chấp nhà ở vô hiệu do vi phạm điều kiện về năng lực chủ thể thường xảy ra đối với trường hợp thế chấp nhà ở thuộc sở hữu chung, đặc biệt là sở hữu chung của vợ chồng. Trong đó thường xảy ra trường hợp bên vợ, hoặc bên chồng giả mạo chữ ký của bên còn lại để xác lập hợp đồng thế chấp nhà ở. Đối với trường hợp này, thường xảy ra các luồng ý kiến khác nhau liên quan đến căn cứ để tuyên bố vô hiệu. Có ý kiến cho rằng, đây là trường hợp hợp đồng vô hiệu do vi phạm điều kiện

¹²⁴ Đại sứ quán Pháp tại Việt Nam (2018), Bản dịch Bộ luật dân sự Pháp, tr.273.

về năng lực chủ thể của hợp đồng mà cụ thể là vi phạm điều kiện về năng lực pháp luật của chủ thể gia kết, và căn cứ duy nhất để tuyên bố hợp đồng vô hiệu đó chính là Điều 122 Bộ luật Dân sự năm 2015. Trong khi đó, ý kiến khác lại cho rằng đây là trường hợp hợp đồng vô hiệu do vi phạm điều cấm của luật. Bởi vì, theo quy định thì “việc thế chấp nhà ở thuộc sở hữu chung phải được sự đồng ý bằng văn bản của các chủ sở hữu nhà ở thuộc sở hữu chung”¹²⁵. Đây là quy định bắt buộc các bên phải tuân thủ. Việc thế chấp nhà ở thuộc sở hữu chung không tuân theo quy định này bị coi là hành vi bị nghiêm cấm theo quy định tại khoản 9 Điều 6 Luật Nhà ở năm 2014.

Nghiên cứu sinh cho rằng việc xảy ra các mâu thuẫn trong cách xác định cơ sở để tuyên bố vô hiệu đối với hợp đồng thế chấp nhà ở trong trường hợp này là do sự mâu thuẫn của các văn bản pháp luật. Rõ ràng, việc một chủ thể có được mang nhà ở thuộc sở hữu chung đi thế chấp hay không chính là yếu tố thể hiện quyền của chủ thể, và yếu tố này mang bản chất của năng lực pháp luật dân sự của bên thế chấp. Trong khi đó, điều cấm của luật chỉ đặt ra đối với mục đích và nội dung của hợp đồng¹²⁶. Tuy nhiên, việc quy định các hành vi bị nghiêm cấm tại khoản 9 Điều 6 Luật Nhà ở năm 2014 lại quá chung chung dẫn đến cách hiểu cho rằng việc vi phạm bất cứ quy định nào của Luật Nhà ở đều bị coi là hành vi vi phạm điều cấm của luật. Rõ ràng, cách quy định này khiến cho ranh giới để phân biệt các điều kiện có hiệu lực của giao dịch dân sự nói chung, hợp đồng thế chấp nhà ở nói riêng không còn tồn tại. Đồng nghĩa với việc không thể xác định cụ thể các điều kiện có hiệu lực của hợp đồng thế chấp nhà ở. Đây là một trong những điểm bất hợp lý của Luật Nhà ở cần phải được sửa đổi cho phù hợp. Quan điểm sửa đổi điểm bất cập này sẽ được nghiên cứu đề cập trong chương 3 của Luận án.

Hợp đồng thế chấp nhà ở vô hiệu do có mục đích hoặc nội dung vi phạm điều cấm của luật, trái đạo đức xã hội thường xảy ra đối với trường hợp nhà ở được thế chấp nhưng không đủ điều kiện luật định. Có thể đó là trường hợp nhà ở không thuộc sở hữu của bên thế chấp, nhà ở thế chấp không có Giấy chứng nhận quyền sở hữu, ... Tuy nhiên, do thế chấp nhà ở bắt buộc phải được công chứng, chứng thực nên việc một hợp đồng thế chấp nhà ở có nội dung vi phạm điều cấm của luật cũng thường chỉ xảy ra đối với trường hợp hợp đồng thế chấp nhà ở không được công chứng, chứng thực. Bởi vì, nếu hợp đồng thế chấp nhà ở được công chứng, chứng thực thì các điều

¹²⁵ Xem Điều 145 Luật nhà ở năm 2014.

¹²⁶ Xem thêm điểm c khoản 1 Điều 117 Bộ luật dân sự năm 2015.

kiện có hiệu lực của hợp đồng, đặc biệt là điều kiện của nhà ở thế chấp sẽ được công chứng viên hoặc người có thẩm quyền chứng thực kiểm soát một cách chặt chẽ.

Hợp đồng thế chấp nhà ở vô hiệu do vi phạm quy định bắt buộc về hình thức có lẽ là loại hợp đồng thế chấp nhà ở vô hiệu xảy ra phổ biến trên thực tế, xuất phát từ việc tin tưởng nhau dẫn đến coi nhẹ việc công chứng, chứng thực hợp đồng của các bên. Đặc biệt là khi việc thế chấp nhà ở gắn liền với thế chấp quyền sử dụng đất. Tuy nhiên, từ khi Bộ luật Dân sự năm 2015 có hiệu lực, quy định về các trường hợp hợp đồng vi phạm quy định bắt buộc về hình thức mà không vô hiệu có thể được coi là giải pháp “cứu nguy” cho các chủ thể trong trường hợp bị đối tác “lật kèo”. Song, quy định này liệu có khả thi khi áp dụng với trường hợp thế chấp nhà ở cũng là một vấn đề cần phải bàn luận. Theo quy định tại Điều 129 Bộ luật Dân sự năm 2015 thì “Giao dịch dân sự đã được xác lập bằng văn bản nhưng vi phạm quy định bắt buộc về công chứng, chứng thực mà một bên hoặc các bên đã thực hiện ít nhất hai phần ba nghĩa vụ trong giao dịch thì theo yêu cầu của một bên hoặc các bên, Tòa án ra quyết định công nhận hiệu lực của giao dịch đó. Trong trường hợp này, các bên không phải thực hiện việc công chứng, chứng thực”. Vấn đề đặt ra là hai phần ba nghĩa vụ phát sinh từ hợp đồng thế chấp nhà ở được xác định như thế nào? Hợp đồng thế chấp nhà ở không phải là hợp đồng chuyển quyền sở hữu cũng như chuyển quyền sử dụng nhà ở, nên sẽ không có việc thực hiện nghĩa vụ trả tiền thuê nhà ở hay thanh toán tiền mua nhà ở. Đồng thời, theo quy định tại Điều 317 Bộ luật Dân sự thì cũng không có việc chuyển giao nhà ở từ bên thế chấp sang cho bên nhận thế chấp nắm giữ. Điều này có nghĩa rằng hoàn toàn không có việc chuyển giao nhà ở và chuyển giao tiền như những giao dịch về nhà ở thông thường. Do đó, phương án xác định hai phần ba nghĩa vụ theo nghĩa vụ cơ bản sẽ không áp dụng đối với hợp đồng thế chấp nhà ở.

Theo quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015 thì nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng thế chấp nhà ở đều là các nghĩa vụ không có tính định lượng. Đồng thời khó có thể xác định được việc bên có nghĩa vụ đã thực hiện hay chưa thực hiện các nghĩa vụ này ở một thời điểm nhất định. Do đó, khó có thể xác định việc thực hiện hai phần ba nghĩa vụ phát sinh từ hợp đồng thế chấp nhà ở. Đồng nghĩa rằng quy định về các trường hợp giao dịch dân sự vi phạm quy định bắt buộc về hình thức mà không vô hiệu dường như không thể áp dụng đối với hợp đồng thế chấp nhà ở.

Hợp đồng thế chấp nhà ở vô hiệu do vi phạm điều kiện về ý chí tự nguyện

thường ít xảy ra hơn so với các trường hợp được phân tích ở trên. Điều này xuất phát từ việc các quy định về chủ thể của hợp đồng thế chấp nhà ở nếu là cá nhân thì phải có năng lực hành vi dân sự đầy đủ, nếu là tổ chức thì phải có tư cách pháp nhân. Do đó, khi giao kết hợp đồng thế chấp nhà ở thì việc nhầm lẫn, lừa dối, đe dọa, ... sẽ khó có thể xảy ra.

Thứ hai, về thời hiệu yêu cầu tuyên bố hợp đồng thế chấp nhà ở vô hiệu

Luật Nhà ở năm 2014 không có quy định riêng về thời hiệu yêu cầu tuyên bố hợp đồng thế chấp nhà ở vô hiệu. Do đó, thời hiệu yêu cầu tuyên bố hợp đồng thế chấp nhà ở vô hiệu sẽ tuân theo quy định về thời hiệu yêu cầu tuyên bố giao dịch dân sự vô hiệu tại Điều 132 Bộ luật Dân sự năm 2015. Theo đó, với trường hợp hợp đồng thế chấp có mục đích hoặc nội dung vi phạm điều cấm của luật, trái đạo đức xã hội và trường hợp hợp đồng thế chấp nhà ở được xác lập một cách giả tạo thì thời hiệu yêu cầu tuyên bố hợp đồng vô hiệu không bị hạn chế. Các trường hợp còn lại thì thời hiệu yêu cầu tuyên bố hợp đồng thế chấp nhà ở vô hiệu được xác định là hai năm. Trường hợp đã hết thời hiệu hai năm mà không có bên nào yêu cầu tuyên bố hợp đồng thế chấp nhà ở vô hiệu thì hợp đồng thế chấp nhà ở sẽ có hiệu lực pháp luật. Tuy nhiên, hiện tại vẫn còn tồn tại mâu thuẫn liên quan đến việc hiểu và áp dụng quy định này trên thực tế. Có ý kiến cho rằng khi đã hết thời hiệu yêu cầu tuyên bố hợp đồng thế chấp nhà ở vô hiệu thì hợp đồng đương nhiên có hiệu lực mà không cần thực hiện bất cứ thủ tục nào. Các bên hoàn toàn có thể thực hiện thủ tục đăng ký thế chấp nhà ở theo quy định của pháp luật. Ý kiến khác lại cho rằng, quy định tại khoản 2 Điều 132 Bộ luật Dân sự là quy định mang tính chất nguyên tắc, và để hiện thực hoá hiệu lực của hợp đồng thế chấp khi đã hết thời hiệu yêu cầu tuyên bố vô hiệu thì một hoặc các bên phải làm thủ tục yêu cầu toà án công nhận hiệu lực của hợp đồng. Quyết định công nhận của toà án sẽ có giá trị thay thế cho công chứng, chứng thực. Nếu các bên không thực hiện thủ tục này thì bắt buộc phải công chứng, chứng thực thì hợp đồng thế chấp nhà ở mới có hiệu lực pháp luật. Bởi vì, theo quy định tại Điều 122 Luật Nhà ở năm 2014 thì hợp đồng thế chấp nhà ở là hợp đồng bắt buộc phải công chứng, chứng thực.

Ngoài ra, thời điểm có hiệu lực của hợp đồng thế chấp nhà ở trong trường hợp hết thời hiệu yêu cầu tuyên bố hợp đồng vô hiệu theo quy định tại khoản 2 Điều 132 Bộ luật Dân sự năm 2015 cũng là vấn đề gây ra các luồng ý kiến trái chiều. Có ý kiến cho rằng thời điểm có hiệu lực của hợp đồng này là thời điểm kết thúc thời hiệu yêu

cầu tuyên bố hợp đồng vô hiệu¹²⁷. Ý kiến khác lại cho rằng quy định tại khoản 2 Điều 132 Bộ luật dân sự chỉ được coi là một trong những quy định nhằm thay thế cho điều kiện có hiệu lực của hợp đồng bị khuyết thiếu ở thời điểm hợp đồng được giao kết, tức là khi hợp đồng được giao kết mà không đáp ứng được điều kiện nào thì việc hết thời hiệu chính là sự thay thế điều kiện đó (trừ các trường hợp thời hiệu không bị giới hạn). Còn thời điểm có hiệu lực của hợp đồng thế chấp nhà ở phải tuân theo quy định chung. Tức là về nguyên tắc thì hợp đồng thế chấp nhà ở sẽ có hiệu lực vào thời điểm công chứng, chứng thực, nên trường hợp có quyết định công nhận của toà án thì quyết định này sẽ có giá trị thay cho công chứng, chứng thực và thời điểm quyết định được ban hành chính là thời điểm hợp đồng có hiệu lực pháp luật (tương tự như thời điểm hợp đồng được công chứng, chứng thực). Như vậy, đã tồn tại sự mâu thuẫn giữa Bộ luật Dân sự và Luật Nhà ở liên quan đến quy định về hiệu lực của hợp đồng thế chấp nhà ở, đặc biệt đối với trường hợp hợp đồng thế chấp nhà ở có công chứng, chứng thực với trường hợp hợp đồng không được công chứng, chứng thực nhưng đã hết thời hiệu yêu cầu tuyên bố vô hiệu. Sự mâu thuẫn này sẽ dẫn đến cách hiểu và áp dụng không thống nhất trên thực tế. Để khắc phục tình trạng này thì việc sửa đổi, bổ sung quy định về thời điểm có hiệu lực của hợp đồng thế chấp nhà ở là vấn đề cần thiết. Quan điểm sửa đổi sẽ được nghiên cứu sinh trình bày tại chương 3 của Luận án.

Thứ ba, về chủ thể có quyền yêu cầu tuyên bố hợp đồng thế chấp nhà ở vô hiệu

Các quy định về giao dịch dân sự vô hiệu nói chung, hợp đồng thế chấp nhà ở vô hiệu nói riêng được ghi nhận trước hết hướng tới việc bảo vệ quyền và lợi ích của các bên trong hợp đồng. Bên cạnh đó, các quy định này còn góp phần bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người thứ ba chịu ảnh hưởng trực tiếp từ việc xác lập, thực hiện hợp đồng thế chấp nhà ở đó. Xuất phát từ ý nghĩa này có thể nhận thấy rằng chủ thể có quyền yêu cầu tuyên bố hợp đồng thế chấp nhà ở vô hiệu không chỉ là các bên trong hợp đồng mà còn có thể là người thứ ba. Song, tùy từng trường hợp cụ thể mà các chủ thể có quyền yêu cầu tuyên bố hợp đồng thế chấp nhà ở vô hiệu sẽ được xác định khác.

Thông thường, các bên trong hợp đồng thế chấp nhà ở có thể yêu cầu tuyên bố hợp đồng thế chấp nhà ở vô hiệu do vi phạm bất cứ điều kiện nào trong các điều kiện có hiệu lực được xác định tại Điều 117 Bộ luật Dân sự và các quy định của luật nhà ở.

¹²⁷ Xem thêm Nguyễn Văn Hợi & Nguyễn Tổng Bảo Minh (2022), *Kiến nghị hoàn thiện quy định về thời điểm có hiệu lực của hợp đồng*, Tạp chí luật học, số 4, tr.52.

Tuy nhiên, trong một số trường hợp mặc dù việc giao kết hợp đồng có thể vi phạm điều kiện có hiệu lực nhưng chủ thể lại không được yêu cầu tuyên bố hợp đồng vô hiệu. Ví dụ, trường hợp có sự nhầm lẫn trong giao kết hợp đồng nhưng các bên có thể khắc phục ngay được sự nhầm lẫn làm cho mục đích của các bên vẫn đạt được theo quy định tại khoản 2 Điều 126 Bộ luật Dân sự năm 2015.

Bên thứ ba có được yêu cầu tuyên bố hợp đồng thế chấp nhà ở vô hiệu, nếu chứng minh được việc giao kết và thực hiện hợp đồng thế chấp nhà ở xâm phạm đến quyền và lợi ích hợp pháp của mình hoặc của người mà mình là người đại diện. Thông thường, hợp đồng thế chấp nhà ở xâm phạm quyền và lợi ích hợp pháp của người thứ ba là các hợp đồng được giao kết mà vi phạm điều kiện về chủ thể hoặc điều kiện về nội dung của hợp đồng. Cho nên yêu cầu của người thứ ba về việc tuyên bố hợp đồng thế chấp vô hiệu thường được đưa ra với các căn cứ là sự vi phạm các điều kiện này.

b. Về hậu quả pháp lý của hợp đồng thế chấp nhà ở vô hiệu

Như các phân tích ở trên đã chỉ ra thì hợp đồng thế chấp tài sản nói chung, hợp đồng thế chấp nhà ở nói riêng là một loại đặc biệt của hợp đồng có đối tượng là tài sản. Tính đặc biệt của loại hợp đồng này thể hiện ở chỗ không có sự chuyển giao quyền sở hữu, quyền sử dụng hay quyền chiếm hữu đối với nhà ở thế chấp. Nhà ở thế chấp vẫn do bên thế chấp nắm giữ, hoặc có thể giao cho bên thứ ba nắm giữ mà không giao cho bên nhận thế chấp¹²⁸. Việc chuyển giao (nếu có) chỉ được hiện đối với Giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà. Đồng thời, bên nhận thế chấp cũng không chuyển giao bất cứ lợi ích nào cho bên thế chấp. Việc giao kết hợp đồng thế chấp nhà ở chỉ nhằm bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ của bên thế chấp hoặc bên thứ ba đối với bên nhận thế chấp.

Xuất phát từ tính đặc biệt của loại hợp đồng thế chấp nhà ở dẫn đến những hậu quả pháp lý khi hợp đồng thế chấp nhà ở bị tuyên bố vô hiệu cũng được giải quyết một cách đặc biệt. Theo đó, ngoài những hậu quả có sự tương đồng với các loại hợp đồng vô hiệu khác đó là không làm phát sinh, thay đổi, chấm dứt quyền và nghĩa vụ dân sự của các bên ngay từ thời điểm giao kết, bên có lỗi gây thiệt hại thì phải bồi thường thì các hậu quả khác sẽ có những khác biệt nhất định. Cụ thể đó là việc khôi phục tình trạng ban đầu, hoàn trả cho nhau những gì đã nhận có thể sẽ không đặt ra nếu các bên không có thoả thuận về việc giao Giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà ở. Hơn nữa,

¹²⁸ Xem thêm Điều 317 Bộ luật dân sự năm 2015.

ngay cả có việc chuyển giao Giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà ở thì việc hoàn trả ở đây cũng không phải là hoàn trả đối tượng của hợp đồng. Đồng thời việc hoàn trả lại cũng chỉ diễn ra từ một phía đó là bên nhận thế chấp mà không diễn ra từ phía bên thế chấp, bởi bên nhận thế chấp không chuyển giao bất cứ thứ gì cho bên thế chấp. Ngoài ra, vấn đề hoàn trả hoa lợi, lợi tức cũng không diễn ra, bởi vì quyền khai thác nhà ở thế chấp vẫn thuộc về bên thế chấp.

2.2. Đối tượng của thế chấp nhà ở

2.2.1. Điều kiện để nhà ở được thế chấp

Như các phân tích về lý luận đã chỉ ra rằng nhà ở là một loại tài sản chịu sự điều chỉnh của nhiều văn bản pháp luật khác nhau. Các văn bản này điều chỉnh từ các vấn đề từ khi nhà ở bắt đầu được hình thành cho đến các giao dịch có liên quan. Đặc biệt, khi nhà ở được đưa vào các giao dịch, trong đó có giao dịch thế chấp nhà ở thì nhà ở phải đáp ứng các điều kiện để có thể trở thành đối tượng của biện pháp thế chấp. Các điều kiện này không chỉ được ghi nhận trong quy định về điều kiện đối với tài sản bảo đảm và tài sản thế chấp nói chung trong Bộ luật Dân sự mà còn được ghi nhận thông qua quy định về các điều kiện của nhà ở khi đưa vào giao dịch. Nghiên cứu các quy định này, nghiên cứu sinh cho rằng nhà ở là đối tượng của thế chấp phải đáp ứng các điều kiện sau:

Thứ nhất, nhà ở thế chấp phải thuộc sở hữu của bên thế chấp

Trong Bộ luật Dân sự năm 2015, điều kiện này được ghi nhận tại các Điều 295 và Điều 317. Trong đó, Điều 295 Bộ luật Dân sự đưa ra quy định chung áp dụng với mọi loại tài sản bảo đảm đó là phải thuộc sở hữu của bên bảo đảm. Chỉ trừ hai trường hợp là cầm giữ tài sản và bảo lưu quyền sở hữu thì không bắt buộc tài sản bảo đảm phải thuộc sở hữu của bên bảo đảm. Như vậy, theo quy định này thì tài sản được dùng để thế chấp nói chung, nhà ở được sử dụng để thế chấp nói riêng bắt buộc phải thuộc sở hữu của bên thế chấp. Điều kiện này tiếp tục được cụ thể hoá thông qua quy định tại Điều 10 của Luật Nhà ở năm 2014 về quyền của chủ sở hữu nhà ở và người sử dụng nhà ở. Theo đó, chỉ có chủ sở hữu nhà ở mới có quyền thế chấp nhà ở¹²⁹ để bảo đảm việc thực hiện nghĩa vụ của mình hoặc của người khác.

Điều kiện này là sự kế thừa mà không có sự thay đổi so với các quy định của Bộ luật Dân sự năm 2005 và Luật Nhà ở năm 2005. Việc kế thừa quy định về điều kiện này đối với tài sản bảo đảm nói chung, nhà ở thế chấp nói riêng là hoàn toàn hợp

¹²⁹ Xem điểm d khoản 1 Điều 10 Luật nhà ở năm 2014.

lý. Bởi vì, mặc dù việc thế chấp nhà không phải là chuyển quyền sở hữu hay chuyển quyền sử dụng nhà ở nhưng nó lại đặt nhà ở vào một tình trạng “không an toàn”, khiến cho chủ sở hữu nhà ở có thể “bị mất” nhà ở này một cách không mong muốn nếu nghĩa vụ được bảo đảm bằng nhà ở không được hoàn thành đúng theo thoả thuận hoặc quy định của pháp luật. Do đó, chỉ có chủ sở hữu mới có thể có những cân nhắc, tính toán kỹ lưỡng về phạm vi bảo đảm, các loại nghĩa vụ được bảo đảm, ... khi quyết định đặt nhà ở của mình vào tình trạng đó, đồng thời sẽ có những phương án để bảo toàn nhà ở trước nguy cơ bị xử lý theo quy định về xử lý tài sản bảo đảm. Trong khi đó, nếu dành quyền thế chấp nhà ở cho các chủ thể không phải là chủ sở hữu thì việc cân nhắc, tính toán các phương án nhằm bảo toàn nhà ở sẽ bị coi nhẹ, gây ảnh hưởng đến quyền và lợi ích hợp pháp của chủ sở hữu nhà ở.

Thứ hai, nhà ở thế chấp phải có Giấy chứng nhận quyền sở hữu

Đây là một trong những yêu cầu chung đối với các loại nhà ở khi đưa vào giao dịch mà không phải quy định riêng đối với nhà ở thế chấp. Mặc dù đây là điều kiện độc lập so với các điều kiện khác, song việc đáp ứng điều kiện này lại liên quan đến việc xác định điều kiện khác của nhà ở thế chấp. Đó chính là điều kiện nhà ở thế chấp phải thuộc sở hữu của bên thế chấp. Việc chứng minh nhà ở thuộc sở hữu của một chủ thể có thể dựa vào nhiều căn cứ khác nhau, song Giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà ở chính là căn cứ rõ ràng và phổ biến nhất được sử dụng để chứng minh.

Theo quy định tại Điều 12 Luật Nhà ở năm 2014 thì thời điểm xác lập quyền sở hữu đối với nhà ở phụ thuộc vào từng căn cứ khác nhau, và không phải là thời điểm được cấp Giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà ở. Ví dụ, Trường hợp mua bán nhà ở giữa chủ đầu tư dự án xây dựng nhà ở với người mua thì thời điểm chuyển quyền sở hữu nhà ở là kể từ thời điểm bên mua nhận bàn giao nhà ở hoặc kể từ thời điểm bên mua thanh toán đủ tiền mua nhà ở cho chủ đầu tư¹³⁰. Tức là trong trường hợp này, bên mua nhà trở thành chủ sở hữu nhà ở kể từ thời điểm nhận bàn giao nhà ở hoặc thời điểm thanh toán đủ tiền mà không phải thời điểm đăng ký quyền sở hữu nhà ở. Tuy nhiên, chỉ khi quyền sở hữu nhà ở được nhà nước công nhận thông qua việc cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất (sau đây gọi chung là Giấy chứng nhận) đối với nhà ở đó¹³¹ thì chủ sở hữu nhà ở mới được đưa nhà ở vào các giao dịch.

¹³⁰ Xem khoản 3 Điều 12 Luật nhà ở năm 2014.

¹³¹ Xem khoản 1 Điều 9 Luật nhà ở năm 2014

Điều kiện này không áp dụng với trường hợp nhà ở thế chấp là nhà ở hình thành trong tương lai. Bởi vì, theo quy định thì nhà ở được cấp Giấy chứng nhận phải là nhà ở có sẵn¹³².

Thứ ba, nhà ở thế chấp không có tranh chấp, khiếu nại, khiếu kiện về quyền sở hữu; đang trong thời hạn sở hữu nhà ở đối với trường hợp sở hữu nhà ở có thời hạn.

Tranh chấp về quyền sở hữu nhà ở thuộc sở hữu của tổ chức, cá nhân là tranh chấp liên quan đến việc xác định quyền sở hữu nhà ở thuộc về chủ thể nào. Đây là tranh chấp do Tòa án nhân dân giải quyết theo quy định của pháp luật¹³³. Khi tranh chấp này chưa được giải quyết thì chưa thể xác định chính xác nhà ở thuộc sở hữu của bên nào, do đó việc đưa nhà ở đang có tranh chấp vào thế chấp sẽ không bảo đảm quyền và lợi ích hợp pháp cho các bên tranh chấp và bên nhận thế chấp. Hơn nữa, khi tranh chấp chưa được giải quyết thì điều kiện “nhà ở thế chấp phải thuộc sở hữu của bên thế chấp” cũng không được đáp ứng. Ngay cả khi nhà ở đã được cấp Giấy chứng nhận thì vẫn có thể xảy ra tình trạng việc cấp Giấy chứng nhận đó là không chính xác.

Việc khiếu nại, khiếu kiện về quyền sở hữu nhà ở có thể xảy ra trong trường hợp việc xác lập quyền sở hữu đối với nhà ở đã vi phạm pháp luật về nhà ở. Đó có thể là hành vi vi phạm quy định của pháp luật trong việc quyết định chủ trương đầu tư dự án xây dựng nhà ở; thẩm định, phê duyệt dự án xây dựng nhà ở; quyết định, thẩm định giá bán, giá thuê, giá thuê mua nhà ở; thực hiện chính sách hỗ trợ về nhà ở; xác định nghĩa vụ tài chính về nhà ở; quản lý, cung cấp thông tin về nhà ở và quy định khác trong việc phát triển, quản lý, giao dịch về nhà ở quy định tại Luật Nhà ở. Việc chủ thể có được nhà ở trên cơ sở những hành vi vi phạm pháp luật về nhà ở sẽ không được coi là có nhà ở hợp pháp nên không đủ điều kiện để được công nhận quyền sở hữu nhà ở theo Điều 9 Luật Nhà ở năm 2014. Việc khiếu nại, khiếu kiện có thể dẫn đến hậu quả là Giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà ở bị huỷ hoặc không. Do đó, chỉ khi khiếu nại, khiếu kiện đã được giải quyết thì nhà ở mới có thể được dùng để thế chấp.

Trường hợp chủ thể được sở hữu nhà ở có thời hạn thì chỉ được thế chấp nhà ở đó khi thời hạn sở hữu vẫn còn. Đây chính là trường hợp “các bên có thể thỏa thuận về việc bên bán thực hiện bán nhà ở, chuyển nhượng quyền sử dụng đất ở gắn với nhà ở đó trong một thời hạn nhất định cho bên mua”¹³⁴. Với loại nhà ở nhà, bên mua nhà ở

¹³² Xem khoản 1 Điều 9 Luật nhà ở năm 2014.

¹³³ Xem khoản 2 Điều 177 Luật nhà ở năm 2014.

¹³⁴ Xem khoản 1 Điều 123 Luật nhà ở năm 2014

được cấp Giấy chứng nhận trong thời hạn sở hữu nhà ở; khi hết hạn sở hữu nhà ở theo thỏa thuận thì quyền sở hữu nhà ở được chuyển lại cho chủ sở hữu lần đầu¹³⁵. Theo đó, chủ sở hữu nhà ở chỉ được thực hiện các quyền đối với nhà ở (trong đó bao gồm quyền thế chấp nhà ở) trong thời hạn sở hữu này¹³⁶.

Thứ tư, không bị kê biên để thi hành án hoặc không bị kê biên để chấp hành quyết định hành chính đã có hiệu lực pháp luật của cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

Trường hợp nhà ở là tài sản đã bị kê biên để bảo đảm thi hành án hoặc để chấp hành quyết định hành chính thì chủ sở hữu nhà ở đó không được mua bán, chuyển đổi, chuyển nhượng, tặng cho, thế chấp, ... hay thực hiện bất cứ giao dịch nào liên quan đến nhà ở. Bởi vì, việc mang nhà ở đang bị kê biên đi thế chấp sẽ ảnh hưởng đến quyền và lợi ích hợp pháp của người được thi hành án hoặc ảnh hưởng đến việc thực hiện quyết định hành chính đã có hiệu lực pháp luật. Ngoài ra, việc mang nhà ở đang bị kê biên đi thế chấp sẽ gây ảnh hưởng đến quyền và lợi ích hợp pháp của bên nhận thế chấp. Trường hợp các bên xác lập hợp đồng thế chấp đối với nhà ở đang bị kê biên thì hợp đồng thế chấp nhà ở đó sẽ bị vô hiệu do vi phạm điều cấm của pháp luật theo quy định tại Điều 6 Luật Nhà ở năm 2014. Chỉ khi việc kê biên nhà ở đã được giải toả theo quy định của pháp luật về thi hành án hoặc pháp luật có liên quan thì chủ sở hữu mới có thể được thế chấp nhà ở để bảo đảm việc thực hiện nghĩa vụ.

Thứ năm, không thuộc diện đã có quyết định thu hồi đất, có thông báo giải toả, phá dỡ nhà ở của cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

Thu hồi đất là việc Nhà nước quyết định thu lại quyền sử dụng đất của người được Nhà nước trao quyền sử dụng đất hoặc thu lại đất của người sử dụng đất vi phạm pháp luật về đất đai. Việc thu hồi đất bao gồm cả thu hồi về nhà ở chỉ đặt ra đối với loại đất bị thu hồi là đất ở. Việc thu hồi đất bao gồm cả thu hồi cả nhà ở đặt ra trong các trường hợp sau: (i) Thu hồi đất vì mục đích quốc phòng, an ninh; phát triển kinh tế - xã hội vì lợi ích quốc gia, công cộng; (ii) Thu hồi đất do vi phạm pháp luật về đất đai; (iii) Thu hồi đất do chấm dứt việc sử dụng đất theo pháp luật, tự nguyện trả lại đất, có nguy cơ đe dọa tính mạng con người. Đi kèm với việc thu hồi đất ở thường là việc giải toả nhà ở. Còn việc phá dỡ nhà ở thường đặt ra với trường hợp nhà ở xây dựng trái phép hoặc vi phạm pháp luật về xây dựng nhà ở, dẫn đến hậu quả là nhà ở bị phá dỡ.

¹³⁵ Xem khoản 2 Điều 9 Luật nhà ở năm 2014.

¹³⁶ Xem khoản 2 Điều 10 Luật nhà ở năm 2014.

Khi đã có quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền liên quan đến việc thu hồi đất hoặc đã có thông báo về việc giải toả, phá dỡ nhà ở thì chủ sở hữu không được thế chấp nhà ở. Việc thế chấp nhà ở trong trường hợp này bị coi là vi phạm điều cấm của pháp luật và sẽ không có giá trị pháp lý. Chỉ khi quyết định thu hồi đất bị huỷ bỏ, thông báo về việc giải toả, phá dỡ nhà ở được thu hồi lại thì nhà ở mới có thể được thế chấp.

Ngoài các điều kiện được đề cập ở trên, đối với một số loại nhà ở được dùng để thế chấp còn phải bảo đảm các điều kiện khác. Trường hợp nhà ở là đối tượng của hợp đồng mua trả chậm, trả dần thì bên mua nhà ở trả chậm, trả dần chỉ được thế chấp nhà ở này với người khác sau khi đã thanh toán đủ tiền mua nhà ở, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác¹³⁷. Trường hợp thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai thì phải đảm bảo thêm các điều kiện khác tương ứng với từng nhóm chủ thể thế chấp như sau:

Trường hợp bên thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai là chủ đầu tư trong dự án xây dựng nhà ở thì phải đảm bảo các điều kiện sau: (i) Phải có hồ sơ dự án, có thiết kế kỹ thuật của dự án được phê duyệt và đã có Giấy chứng nhận hoặc quyết định giao đất, cho thuê đất của cơ quan nhà nước có thẩm quyền¹³⁸; (ii) Nhà ở thế chấp phải thuộc diện đã xây dựng xong phần móng theo quy định của pháp luật về xây dựng và không nằm trong phần dự án hoặc toàn bộ dự án mà chủ đầu tư đã thế chấp theo quy định tại điểm a khoản 1 Điều 148 Luật Nhà ở năm 2014¹³⁹.

Trường hợp bên thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai là tổ chức, cá nhân xây dựng nhà ở hình thành trong tương lai trên thửa đất ở hợp pháp của mình thì phải có giấy tờ chứng nhận quyền sử dụng đất ở hợp pháp theo quy định của pháp luật về đất đai, Giấy phép xây dựng nếu thuộc diện phải có Giấy phép xây dựng¹⁴⁰.

Trường hợp bên thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai là bên mua nhà ở của chủ đầu tư trong dự án đầu tư xây dựng nhà ở thì phải có hợp đồng mua bán nhà ở ký kết với chủ đầu tư, có văn bản chuyển nhượng hợp đồng mua bán nhà ở nếu là bên nhận chuyển nhượng hợp đồng mua bán nhà ở theo quy định, có giấy tờ chứng minh đã đóng tiền mua nhà ở cho chủ đầu tư theo tiến độ thỏa thuận trong hợp đồng mua bán và không thuộc diện đang có khiếu nại, khiếu kiện, tranh chấp về hợp đồng mua

¹³⁷ Xem khoản 2 Điều 125 Luật nhà ở năm 2014

¹³⁸ Xem điểm a khoản 1 Điều 148 Luật nhà ở năm 2014

¹³⁹ Xem điểm b khoản 1 Điều 148 Luật nhà ở năm 2014.

¹⁴⁰ Xem điểm c khoản 1 Điều 148 Luật nhà ở năm 2014.

bán nhà ở hoặc về việc chuyển nhượng hợp đồng mua bán nhà ở này.

Việc đặt ra những điều kiện đối với nhà ở thế chấp là nhà ở hình thành trong tương lai như đề cập ở trên là hoàn toàn cần thiết. Bởi vì, nhà ở hình thành trong tương lai chính là nhà ở đang trong quá trình đầu tư xây dựng và chưa được nghiệm thu đưa vào sử dụng¹⁴¹.

Cũng giống như Việt Nam, pháp luật một số quốc gia mà nghiên cứu sinh tiếp cận nghiên cứu cũng đặt ra điều kiện đối với nhà ở thế chấp phải thuộc sở hữu của bên thế chấp. Điều 2397 Bộ luật Dân sự Pháp quy định tài sản thế chấp phải là tài sản được phép giao dịch¹⁴². Điều 1 Luật Thế chấp bất động sản của Liên bang Nga quy định bất động sản thế chấp phải thuộc sở hữu của bên thế chấp. Điều 394 Bộ luật Dân sự Trung quốc cũng đặt ra yêu cầu đối với tài sản thế chấp đó là phải thuộc sở hữu của bên thế chấp. Bên cạnh đó, Bộ luật Dân sự Trung Quốc cũng đặt ra các điều kiện khác đối với tài sản thế chấp thông qua quy định về những tài sản không được thế chấp tại Điều 399, bao gồm: tài sản mà quyền sở hữu không rõ ràng hoặc đang có tranh chấp; tài sản bị niêm phong, tịch biên, giám sát quản lý theo quy định của pháp luật¹⁴³. Bộ luật Dân sự và thương mại Thái Lan không có quy định các điều kiện riêng biệt đối với bất động sản thế chấp nói chung, nhà ở thế chấp nói riêng mà chỉ quy định rằng “Bất cứ loại bất động sản nào cũng có thể được thế chấp”¹⁴⁴. Tuy nhiên, Bộ luật này cũng đưa ra điều kiện chung cho mọi loại tài sản thế chấp (bao gồm cả nhà ở thế chấp) đó là “Một người mà quyền sở hữu tài sản của mình phụ thuộc vào một điều kiện, thì chỉ có thể thế chấp tài sản đó theo đúng điều kiện đó”¹⁴⁵. Như vậy, có thể thấy rằng pháp luật của các quốc gia cũng đều đưa ra các điều kiện đối với tài sản thế chấp, bao gồm cả nhà ở thế chấp. Các điều kiện này nhiều hay ít phụ thuộc vào tình hình kinh tế - xã hội, quan điểm, đường lối của mỗi quốc gia. Tuy nhiên, nếu xem xét một cách tổng thể thì các điều kiện đối với nhà ở thế chấp ở Việt Nam được xác định một cách chi tiết và chặt chẽ hơn. Theo đó, nhà ở thế chấp không chỉ phải đảm bảo các yêu cầu đối chung đối với của tài sản bảo đảm, tài sản thế chấp trong Bộ luật Dân sự mà còn phải đáp ứng các điều kiện đối

¹⁴¹ Xem khoản 19 Điều 3 Luật nhà ở năm 2014.

¹⁴² Đại sứ quán Pháp tại Việt Nam (2018), Bản dịch Bộ luật dân sự Pháp, tr.432

¹⁴³ Lê Khánh Linh, Trương Huỳnh Nga, Nguyễn Minh Tâm, Hoàng Thảo Anh, Trần Kiên (2021), *Bộ luật dân sự Trung Quốc 2020 (bản dịch và lược giải)*, Nxb Đại học Quốc gia Hà nội, tr.142.

¹⁴⁴ Xem Điều 703 Bộ luật Dân sự và thương mại Thái Lan.

¹⁴⁵ Xem Điều 706 Bộ luật Dân sự và thương mại Thái Lan.

với nhà ở khi đưa vào các giao dịch theo quy định của Luật Nhà ở.

2.2.2. Các loại nhà ở thế chấp

Theo các cách phân loại nhà ở mà nghiên cứu sinh đã thực hiện trong phần lý luận về thế chấp nhà ở thì nhà ở bao gồm rất nhiều loại. Đồng thời, với mỗi tiêu chí phân loại khác nhau thì lại có thể xác định được các loại nhà ở khác nhau như: nhà ở riêng lẻ, nhà chung cư, nhà ở thương mại, nhà ở xã hội, nhà ở công vụ, nhà ở phụ vụ cho nhu cầu tái định cư, ... Tuy nhiên, việc xác định loại nhà ở nào được sử dụng để thế chấp sẽ không dựa trên các cách phân loại nhà ở mà sẽ căn cứ vào quy định của pháp luật về quyền của chủ sở hữu nhà ở. Theo đó, chủ sở hữu nhà ở có quyền thế chấp nhà ở để bảo đảm việc thực hiện nghĩa vụ của mình hoặc của người khác¹⁴⁶. Thông thường, nhà ở được thế chấp phải là nhà ở đã được công nhận quyền sở hữu thông qua việc cấp Giấy chứng nhận và đó phải là nhà ở có sẵn (nhà ở đã hoàn thành việc đầu tư xây dựng và đưa vào sử dụng)¹⁴⁷. Đây cũng là một xu thế chung trong việc thế chấp nhà ở trên thực tiễn. Song, để giải quyết những nhu cầu cấp thiết trong việc tạo lập nhà ở và để bảo đảm sự phù hợp của quy định về thế chấp nhà ở với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự, nhà làm luật cũng cho phép các chủ thể được thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai (nhà ở đang trong quá trình đầu tư xây dựng và chưa được nghiệm thu đưa vào sử dụng)¹⁴⁸ để bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ.

Như vậy, theo quy định của pháp luật về nhà ở, nhà ở thế chấp sẽ bao gồm nhà ở có sẵn và nhà ở hình thành trong tương lai. Tuy nhiên, việc thế chấp hai loại nhà ở này cũng có những điểm khác biệt nhất định. Cụ thể:

Thứ nhất, sự khác biệt liên quan đến các điều kiện của nhà ở thế chấp

Như đã phân tích ở tiểu mục 2.2.1 ở trên thì nhà ở được dùng để thế chấp phải bảo đảm các điều kiện luật định. Tuy nhiên, nếu như nhà ở có sẵn dùng để thế chấp phải là nhà ở đã có Giấy chứng nhận thì nhà ở hình thành trong tương lai được dùng để thế chấp lại không bắt buộc phải có Giấy chứng nhận. Bởi vì, Giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà ở chỉ cấp đối với nhà ở có sẵn. Ngoài ra, nhà ở hình thành trong tương lai khi được sử dụng để thế chấp sẽ phải bảo đảm các điều kiện riêng biệt ngoài các điều kiện chung với mọi loại nhà ở thế chấp. Các điều kiện này được ghi nhận cụ thể tại Điều 148 Luật Nhà ở năm 2014 mà nghiên cứu sinh đã liệt kê và luận giải ở

¹⁴⁶ Xem Điều 10 Luật nhà ở năm 2014.

¹⁴⁷ Xem khoản 18 Điều 3 Luật nhà ở năm 2014.

¹⁴⁸ Xem khoản 19 Điều 3 Luật nhà ở năm 2014.

tiêu mục 2.2.1 nói trên.

Thứ hai, sự khác biệt liên quan đến phạm vi bảo đảm

Nếu như nhà ở có sẵn được dùng để thế chấp nhằm bảo đảm cho bất cứ nghĩa vụ nào của bên thế chấp hoặc của người thứ ba, thì việc nhà ở hình thành trong tương lai lại chỉ được thế chấp để bảo đảm cho nghĩa vụ của chính bên thế chấp đối với khoản vay phục vụ cho việc xây dựng hoặc mua nhà ở hình thành trong tương lai đó¹⁴⁹.

Thứ ba, sự khác biệt liên quan đến chủ thể có quyền nhận thế chấp

Như những phân tích liên quan đến chủ thể của hợp đồng thế chấp tại tiêu mục 2.1.1 nói trên, đối với trường hợp thế chấp nhà ở có sẵn thì bên nhận thế chấp nhà ở thuộc sở hữu của pháp nhân chỉ có thể là tổ chức tín dụng đang hoạt động tại Việt Nam. Trong khi đó, bên nhận thế chấp nhà ở có sẵn thuộc sở hữu của cá nhân lại có thể là tổ chức tín dụng, tổ chức kinh tế đang hoạt động tại Việt Nam hoặc cá nhân theo quy định của pháp luật. Tuy nhiên, trường hợp thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai thì bất kể bên thế chấp nhà ở là cá nhân hay pháp nhân, bên nhận thế chấp cũng chỉ có thể là tổ chức tín dụng đang hoạt động tại Việt Nam¹⁵⁰.

Thứ tư, sự khác biệt liên quan đến việc nhiều chủ thể cùng thế chấp một nhà ở.

Theo quy định tại Điều 10 Luật Nhà ở năm 2014 thì chỉ có chủ sở hữu mới có quyền thế chấp nhà ở. Tuy nhiên, điều này chỉ đặt ra với trường hợp nhà ở đã được chứng nhận quyền sở hữu theo quy định của pháp luật. Tức là với trường hợp nhà ở đã có sẵn. Đối với nhà ở hình thành trong tương lai lại có thể xảy ra trường hợp cùng một nhà ở lại được hai chủ thể sử dụng để thế chấp tại tổ chức tín dụng. Đó là trường hợp chủ đầu tư đã thế chấp nhà ở, sau đó lại bán nhà ở hình thành trong tương lai thuộc dự án cho người mua để huy động vốn. Tiếp đến người mua lại thế chấp nhà ở này để vay vốn của tổ chức tín dụng. Về nguyên tắc, trước khi ký hợp đồng mua bán nhà ở hình thành trong tương lai để huy động vốn từ người mua nhà, chủ đầu tư phải giải chấp nhà ở đó nên sẽ khó có thể xảy ra tình trạng một nhà ở hình thành trong tương lai được thế chấp hai lần tại tổ chức tín dụng. Song, nếu được bên mua nhà và bên nhận thế chấp đồng ý thì việc giải chấp này sẽ không bắt buộc phải thực hiện¹⁵¹.

Thứ năm, sự khác biệt liên quan đến mức độ rủi ro từ việc nhận thế chấp các

¹⁴⁹ Xem khoản 2 Điều 147 Luật nhà ở năm 2014.

¹⁵⁰ Xem khoản 2 Điều 147 Luật nhà ở năm 2014.

¹⁵¹ Xem khoản 1 Điều 147 Luật nhà ở năm 2014.

loại nhà ở này

Như đã phân tích ở tiêu mục 2.2.1 thì nhà ở có sẵn được dùng để thế chấp phải là nhà ở đã được chứng nhận quyền sở hữu thông qua việc cấp Giấy chứng nhận¹⁵². Mặc dù việc giao Giấy chứng nhận cho bên nhận thế chấp nắm giữ chỉ đặt ra trong trường hợp có thoả thuận, song thực tế thì bên nhận thế chấp luôn đặt ra yêu cầu phải giao Giấy chứng nhận cho mình nắm giữ, nhằm kiểm soát các hành vi của bên thế chấp đối với nhà ở, đặc biệt là việc ngăn chặn hành vi định đoạt trái phép nhà ở thế chấp. Điều này bảo đảm sự an toàn pháp lý cho bên nhận thế chấp, hạn chế những rủi ro có thể xảy ra.

Tuy nhiên, đối với trường hợp nhà ở thế chấp là nhà ở hình thành trong tương lai, bên nhận thế chấp không thể nắm giữ Giấy chứng nhận do Giấy chứng nhận chỉ cấp cho nhà ở có sẵn. Thay vào đó, bên nhận thế chấp có thể nắm giữ các hồ sơ, giấy tờ có liên quan đến việc xây dựng hoặc mua bán nhà ở hình thành trong tương lai. Điều này cũng góp phần vào việc ngăn chặn hành vi định đoạt trái phép dự án đầu tư xây dựng nhà ở hoặc nhà ở hình thành trong tương lai mà bên thế chấp đang xây dựng hoặc đã ký hợp đồng mua bán với chủ đầu tư. Điều này cũng góp phần vào việc ngăn ngừa rủi ro pháp lý có thể xảy ra đối với bên nhận thế chấp. Song, một rủi ro mà bên nhận thế chấp có thể phải đối mặt đó là tình trạng dự án xây dựng nhà ở không được hoàn thành theo đúng tiến độ, thậm chí có thể trở thành “dự án treo” khi bên thế chấp sử dụng nguồn vốn vay sai mục đích. Mặc dù, tổ chức tín dụng có thể kiểm soát tình trạng này thông qua cơ chế giải ngân nguồn vốn vay bằng việc chuyển trực tiếp cho bên thi công dự án xây dựng nhà ở hoặc bên bán nhà ở hình thành trong tương lai. Tuy vậy, cơ chế này cũng khó có thể bảo đảm độ an toàn pháp lý cho bên nhận thế chấp một cách tuyệt đối, đặc biệt khi có sự cấu kết giữa bên thế chấp và bên thi công dự án, hoặc giữa bên thế chấp với bên bán nhà ở hình thành trong tương lai.

2.2.3. Xác định giá trị của nhà ở thế chấp

Theo quy định của Bộ luật Dân sự thì giá trị của tài sản bảo đảm có thể lớn hơn, bằng hoặc nhỏ hơn giá trị của nghĩa vụ được bảo đảm¹⁵³. Tuy nhiên thực tế thì giá trị của tài sản thế chấp luôn lớn hơn giá trị của nghĩa vụ được bảo đảm. Điều này góp phần bảo đảm sự an toàn pháp lý đối với bên nhận thế chấp, tránh những tác động tiêu cực từ sự biến động của thị trường. Chính vì vậy, khi nhận thế chấp tài sản, bên nhận

¹⁵² Xem thêm Điều 118 Luật nhà ở năm 2014.

¹⁵³ Xem khoản 4 Điều 295 Bộ luật dân sự năm 2015.

thế chấp thường rất quan tâm đến giá trị của tài sản thế chấp. Trong trường hợp tài sản thế chấp là nhà ở thì việc xác định giá trị của nhà ở thế chấp luôn là vấn đề được các bên trong quan hệ thế chấp quan tâm. Đặc biệt là khi bên nhận thế chấp là tổ chức tín dụng thì việc định giá nhà ở thế chấp là một trong những khâu đầu tiên và quan trọng không thể bỏ qua trước khi ký hợp đồng tín dụng.

Bộ luật Dân sự năm 2015 chỉ quy định về vấn đề định giá tài sản bảo đảm nói chung mà không quy định riêng về việc định giá tài sản thế chấp là nhà ở. Do đó, việc định giá nhà ở thế chấp cũng tuân theo quy định của Bộ luật Dân sự và pháp luật có liên quan về thẩm định giá. Nghiên cứu các quy định này có thể nhận thấy những vấn đề liên quan đến xác định giá trị của nhà ở thế chấp như sau:

(i) Về chủ thể có thẩm quyền xác định giá trị của nhà ở thế chấp

Xuất phát từ bản chất của hợp đồng thế chấp nhà ở là sự thoả thuận giữa các bên trong quan hệ thế chấp, nên các nội dung trong hợp đồng thế chấp nhà ở hoàn toàn có thể đều do các bên thoả thuận đặt ra, ngay cả việc xác định giá trị của nhà ở thế chấp. Do đó, Bộ luật Dân sự cũng ghi nhận quyền của các bên trong việc thoả thuận về giá của tài sản bảo đảm nói chung, giá của nhà ở thế chấp nói riêng¹⁵⁴. Quy định này hoàn toàn phù hợp với nguyên tắc thoả thuận - một trong các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự. Đây cũng là nội dung mà hầu hết các hợp đồng thế chấp nhà ở trên thực tế khi được giao kết thì các bên đều đề cập cụ thể trong hợp đồng. Tuy vậy, trong một số trường hợp, thoả thuận về giá trị của nhà ở thế chấp lại không phải là sự trao đổi đối lại giữa các bên mà bên nhận thế chấp sẽ đưa ra mức giá cụ thể từ việc đánh giá hiện trạng nhà ở thế chấp và bên thế chấp chỉ có thể thể hiện ý chí đồng ý hoặc không đồng ý. Đây là một thực tế phổ biến khi bên nhận thế chấp nhà ở là các tổ chức tín dụng.

Việc thoả thuận về giá của nhà ở thế chấp giữa các bên còn có thể được thể hiện ở chỗ hai bên quan hệ thế chấp thống nhất giá trị của nhà ở thế chấp thông qua hoạt động thẩm định giá của một tổ chức thẩm định giá có thẩm quyền. Đây chính là trường hợp các bên trong quan hệ thế chấp nhà ở thuê một đơn vị thẩm định giá chuyên nghiệp tiến hành thẩm định giá trị của nhà ở thế chấp. Kết quả của hoạt động thẩm định giá này chính là chứng thư thẩm định giá. Chứng thư thẩm định giá sẽ ghi nhận giá trị của nhà ở thế chấp để các bên tham khảo. Trường hợp các bên đã thoả thuận

¹⁵⁴ Xem khoản 1 Điều 306 Bộ luật dân sự năm 2015.

trong hợp đồng việc xác định giá trị của nhà ở thế chấp là giá mà bên thẩm định giá xác định thì giá trị của nhà ở chính là giá được xác định trong chứng thư thẩm định giá.

(ii) Về thời điểm xác định giá trị của nhà ở thế chấp

Thông thường, khi các bên giao kết hợp đồng thế chấp nhà ở thì các bên sẽ thoả thuận cụ thể về giá trị của nhà ở thế chấp, làm căn cứ để quyết định mức cho vay hoặc giá trị của nghĩa vụ mà các bên sẽ xác lập sau đó. Tuy nhiên, trường hợp các bên không thoả thuận về giá trị của nhà ở thế chấp ở thời điểm giao kết hợp đồng thì có thể thoả thuận ở bất cứ thời điểm nào khác sau khi biện pháp thế chấp nhà ở đã được xác lập. Trường hợp các bên hoàn toàn không có thoả thuận về giá trị của nhà ở thế chấp thì việc định giá nhà ở thế chấp sẽ diễn ra ở thời điểm xử lý tài sản thế chấp và do tổ chức định giá tài sản thực hiện theo quy định của pháp luật về thẩm định giá. Trường hợp giá trị của nhà ở thế chấp chịu ảnh hưởng quá lớn từ sự biến động của thị trường bất động sản thì các bên có thể thoả thuận để tiến hành định giá lại nhà ở thế chấp ở một hoặc nhiều thời điểm khác nhau.

(iii) Về mục đích của việc xác định giá trị của nhà ở thế chấp

Mục đích của việc xác định giá trị của nhà ở thế chấp phụ thuộc vào từng trường hợp cụ thể, tương ứng với từng thời điểm xác định. Nếu việc xác định giá trị của nhà ở thế chấp được thực hiện tại thời điểm giao kết hợp đồng thế chấp nhà ở thì việc xác định giá trị của nhà ở thế chấp nhằm xác định giá trị của nghĩa vụ được bảo đảm. Trường hợp nghĩa vụ được bảo đảm đã được xác lập trước thời điểm giao kết hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất thì việc xác định giá trị của nhà ở thế chấp có thể nhằm mục đích xác định số lượng tài sản được dùng để bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ đó. Nếu việc xác định giá trị của nhà ở thế chấp được thực hiện ở giữa khoảng thời gian thế chấp nhà ở thì việc xác định giá trị này có thể hướng tới việc thay đổi hoặc bổ sung biện pháp bảo đảm mới cho phù hợp, hoặc có thể sẽ là cơ sở để các bên trong quan hệ nghĩa vụ bổ sung thêm các nghĩa vụ thuộc phạm vi bảo đảm của thế chấp nhà ở. Tuy nhiên, nếu việc xác định giá trị của nhà ở thế chấp được thực hiện tại thời điểm xử lý nhà ở thế chấp thì việc xác định giá trị của nhà ở thế chấp là cơ sở để xác định giá bán nhà ở nếu nhà ở được bán trực tiếp, hoặc giá khởi điểm trong trường hợp nhà ở được bán đấu giá theo quy định. Đồng thời, việc xác định giá trị của nhà ở thế chấp ở thời điểm xử lý nhà ở còn nhằm bảo đảm quyền lợi của bên thế chấp, tránh

trường hợp định giá nhà ở quá thấp, gây ảnh hưởng đến quyền lợi của bên thế chấp.

Liên quan đến việc định giá nhà ở thế chấp, Bộ luật Dân sự Pháp lại có quy định khác biệt so với Bộ luật Dân sự Việt Nam. Theo Điều 2460 Bộ luật Dân sự Pháp thì nhà ở thế chấp phải được định giá bởi giám định viên do các bên thỏa thuận lựa chọn hoặc do tòa án chỉ định. Tức là theo quy định của Bộ luật Dân sự Pháp, các bên không thể tự thỏa thuận để xác định giá trị của nhà ở thế chấp mà phải thông qua giám định viên để xác định giá trị của nhà ở thế chấp. Tuy nhiên, điều này cũng chỉ đặt ra ở thời điểm xử lý nhà ở thế chấp mà không đặt ra ở thời điểm các bên giao kết hợp đồng thế chấp. Điều này cũng phù hợp với thực tiễn ở Việt Nam, bởi vì khi tranh chấp đã phát sinh thì việc thỏa thuận liên quan đến định giá giá trị của nhà ở thế chấp thường sẽ khó có thể được thực hiện. Bởi các bên đều đưa ra quan điểm khác nhau liên quan đến xác định giá trị của nhà ở, nhằm bảo đảm lợi ích cao nhất đối với mình. Do đó, thường thì khi có tranh chấp, việc xác định giá trị của nhà ở thế chấp thông qua một tổ chức thẩm định giá hoặc hội đồng thẩm định giá.

2.3. Phạm vi bảo đảm của biện pháp thế chấp nhà ở

Phạm vi bảo đảm của một biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ chính là giới hạn mà ở đó biện pháp bảo đảm được áp dụng để bảo đảm cho việc thực hiện những nghĩa vụ nhất định. Xác định phạm vi bảo đảm của biện pháp bảo đảm có ý nghĩa quan trọng đối với các bên trong quan hệ bảo đảm và người thứ ba. Việc xác định phạm vi bảo đảm trước hết sẽ giúp cho các bên trong quan hệ bảo đảm và người thứ ba nhận diện được tình trạng pháp lý của tài sản bảo đảm. Qua đó giúp cho bên bảo đảm nhận diện được sự an toàn pháp lý đối với tài sản bảo đảm, và bên nhận bảo đảm sẽ biết được độ an toàn pháp lý đối với các quyền yêu cầu của mình. Ngoài ra, việc xác định chính xác phạm vi phạm bảo đảm cũng giúp cho người thứ ba (đặc biệt là những người có khả năng sẽ xác lập biện pháp bảo đảm tiếp theo đối với tài sản bảo đảm) có quyết định đúng đắn về việc có hay không việc xác lập biện pháp bảo đảm trên tài sản bảo đảm đó.

Ở Việt Nam, phạm vi bảo đảm được nhà làm luật quy định thống nhất trong phần quy định chung về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ trong Bộ luật Dân sự. Do đó, phạm vi bảo đảm của biện pháp thế chấp nhà ở cũng được xác định theo quy định chung. Tuy nhiên, đối với từng trường hợp đặc thù, phạm vi bảo đảm của biện pháp thế chấp nhà ở sẽ được quy định riêng trong Luật Nhà ở.

2.3.1. Xác lập phạm vi bảo đảm của biện pháp thế chấp nhà ở

Xuất phát từ nguyên tắc tự do thoả thuận được ghi nhận tại Điều 3 Bộ luật Dân sự năm 2015, nhà làm luật cho phép các bên được thoả thuận về phạm vi bảo đảm thực hiện nghĩa vụ. Theo đó, trước hết phạm vi bảo đảm của biện pháp thế chấp nhà ở sẽ do các bên thoả thuận trong hợp đồng thế chấp nhà ở. Về lý thuyết, thời điểm các bên thoả thuận về phạm vi bảo đảm của biện pháp thế chấp có thể là thời điểm các bên giao kết hợp đồng thế chấp nhà ở, có thể là thời điểm các bên sửa đổi, bổ sung hợp đồng thế chấp nhà ở. Nhà làm luật cũng không quy định bắt buộc về thời điểm các bên được thoả thuận về phạm vi bảo đảm của biện pháp thế chấp nhà ở. Tuy nhiên, trên thực tế khi giao kết hợp đồng thế chấp nhà ở, các bên thường thoả thuận cụ thể về phạm vi bảo đảm của biện pháp thế chấp nhà ở. Việc thoả thuận này giúp cho các bên có cơ sở để định lượng giá trị nghĩa vụ có thể được xác lập, đồng thời cũng có thể xác định được các vấn đề pháp lý khác có liên quan.

Bộ luật Dân sự và Luật Nhà ở cũng giới hạn về phạm vi các loại nghĩa vụ thuộc phạm vi bảo đảm mà các bên có thể thoả thuận. Do đó, tùy từng trường hợp cụ thể mà các bên có thể thoả thuận phạm vi bảo đảm của biện pháp thế chấp nhà ở là một phần hoặc toàn bộ nghĩa vụ. Các bên cũng có quyền xác định cụ thể các loại nghĩa vụ thuộc phạm vi bảo đảm có thể là nghĩa vụ hiện có hoặc nghĩa vụ hình thành trong tương lai, ... Mặc dù vậy, thực tế cho thấy rằng thường thì lợi thế trong giao kết hợp đồng thuộc về bên nào thì bên đó sẽ có quyền cao hơn trong việc quyết định phạm vi bảo đảm. Bên thế chấp nhà ở nếu đồng thời là bên có nghĩa vụ thì thường chấp nhận phạm vi bảo đảm theo yêu cầu mà bên có quyền và cũng là bên nhận thế chấp nhà ở đưa ra.

Nhà làm luật cũng không đưa ra quy định cụ thể về cách thức xác lập điều khoản liên quan đến phạm vi bảo đảm trong hợp đồng thế chấp nhà ở. Theo đó, tùy từng trường hợp cụ thể, tùy từng thời điểm thoả thuận khác nhau mà các bên có thể đưa ra cách thức xác lập điều khoản về phạm vi bảo đảm khác nhau. Thông thường, các bên sẽ xác định cụ thể loại nghĩa vụ được bảo đảm là nghĩa vụ trả nợ, nghĩa vụ thanh toán, ... hoặc một loại nghĩa vụ nào đó và là nghĩa vụ của ai đối với ai. Tuy nhiên, trong một số trường hợp, các bên lại xác lập điều khoản về phạm vi bảo đảm một cách khái quát mà không đi vào chi tiết. Ví dụ, hợp đồng thế chấp nhà ở này được xác lập nhằm bảo đảm cho các nghĩa vụ của bên thế chấp đối với bên nhận thế chấp được phát sinh trước, cùng hoặc sau thời điểm hợp đồng thế chấp này có hiệu lực pháp luật. Với mỗi cách thức khác nhau có thể dẫn đến một phạm vi bảo đảm khác nhau nên

các bên cần nhận thức rõ giá trị pháp lý của nội dung mà mình thoả thuận để có thể xác định phạm vi bảo đảm một cách phù hợp.

Trường hợp các bên không có thoả thuận về phạm vi bảo đảm của biện pháp thế chấp nhà ở thì biện pháp thế chấp nhà ở được coi như bảo đảm cho toàn bộ nghĩa vụ của bên thế chấp hoặc của bên thứ ba đối với bên nhận thế chấp. Toàn bộ ở đây được hiểu theo cả hai khía cạnh đó là toàn bộ giá trị của nghĩa vụ và toàn bộ các loại nghĩa vụ, bao gồm nghĩa vụ trả tiền gốc, nghĩa vụ trả lãi, nghĩa vụ trả tiền phạt và nghĩa vụ bồi thường thiệt hại. Tuy nhiên, một vấn đề còn tồn tại các ý kiến khác nhau đó là trường hợp các bên không có thoả thuận thì nghĩa vụ được bảo đảm chỉ gồm các nghĩa vụ hiện có hay bao gồm cả nghĩa vụ hình thành trong tương lai. Ý kiến thứ nhất thì cho rằng, biện pháp bảo đảm nói chung, thế chấp nhà ở nói riêng được xác lập để bảo đảm việc thực hiện nghĩa vụ đối với bên nhận thế chấp. Do đó, nếu các bên không có thoả thuận thì thế chấp nhà ở chỉ nhằm bảo đảm cho các nghĩa vụ hiện có. Bởi vì nghĩa vụ chưa hình thành thì việc bảo đảm thực hiện không đặt ra. Ý kiến thứ hai lại cho rằng phải hiểu phạm vi bảo đảm bao gồm toàn bộ nghĩa vụ sẽ bao gồm cả nghĩa vụ hiện có và nghĩa vụ hình thành trong tương lai.

Nghiên cứu sinh cho rằng ý kiến thứ hai sẽ phù hợp hơn bởi vì trên thực tế, biện pháp bảo đảm có thể được xác lập trước, cùng hoặc sau thời điểm phát sinh nghĩa vụ của bên bảo đảm hoặc người thứ ba đối với bên nhận bảo đảm. Hơn nữa, thực tế cho thấy rằng thông thường biện pháp bảo đảm phải được xác lập thì bên nhận bảo đảm mới an tâm để xác lập một quan hệ nghĩa vụ với bên bảo đảm hoặc người thứ ba. Do đó, nghiên cứu sinh cho rằng khi các bên không có thoả thuận cụ thể về phạm vi bảo đảm, mà chỉ xác định mục đích của biện pháp thế chấp nhà ở là để bảo đảm việc thực hiện nghĩa vụ của ai với ai, thì trong thời gian thế chấp có giá trị, bất cứ nghĩa vụ nào được xác lập đều thuộc phạm vi bảo đảm. Điều đó có nghĩa rằng ngay cả khi các bên không có thoả thuận thì nghĩa vụ được bảo đảm cũng bao gồm cả nghĩa vụ hiện có và nghĩa vụ hình thành trong tương lai. Chỉ có như vậy thì biện pháp bảo đảm nói chung, biện pháp thế chấp nhà ở nói riêng mới thực hiện được chức năng dự phòng và bảo đảm của mình.

2.3.2. Các loại nghĩa vụ được bảo đảm bằng thế chấp nhà ở

Về nguyên tắc chung, nghĩa vụ được bảo đảm bằng biện pháp thế chấp nhà ở có thể là nghĩa vụ hiện tại, nghĩa vụ trong tương lai hoặc nghĩa vụ có điều kiện. Nghĩa vụ hiện tại là loại nghĩa vụ đã hình thành và đang có hiệu lực, đồng thời các bên có thể

đang thực hiện nghĩa vụ đó khi biện pháp thế chấp nhà ở được xác lập¹⁵⁵. Nghĩa vụ trong tương lai là loại nghĩa vụ hình thành sau khi biện pháp thế chấp nhà ở được xác lập¹⁵⁶. Nghĩa vụ có điều kiện là loại nghĩa vụ các bên có thoả thuận hoặc pháp luật có quy định về điều kiện thực hiện nghĩa vụ thì khi điều kiện phát sinh, bên có nghĩa vụ phải thực hiện nghĩa vụ¹⁵⁷. Các loại nghĩa vụ được bảo đảm bằng thế chấp nhà ở có thể là nghĩa vụ trả nợ phát sinh từ hợp đồng vay, nghĩa vụ thanh toán tiền mua tài sản, nghĩa vụ thanh toán tiền dịch vụ, ... Ngoài ra, các loại nghĩa vụ thuộc phạm vi bảo đảm bằng thế chấp nhà ở có thể là nghĩa vụ của bên thế chấp hoặc của người thứ ba đối với bên nhận thế chấp nhà ở.

Trong một số trường hợp đặc biệt, thì phạm vi bảo đảm của biện pháp thế chấp nhà ở bị giới hạn bởi các quy định của pháp luật mà các bên không có quyền thoả thuận khác. Đây là những trường hợp mà chủ thể thế chấp là pháp nhân hoặc nhà ở thế chấp là nhà ở hình thành trong tương lai được quy định trong Luật Nhà ở năm 2014. Cụ thể:

(i) Đối với trường hợp bên thế chấp nhà ở là pháp nhân thì chỉ được thế chấp nhà ở tại tổ chức tín dụng đang hoạt động tại Việt Nam¹⁵⁸. Điều này đồng nghĩa với việc nhà ở thuộc sở hữu của pháp nhân chỉ có thể được thế chấp để bảo đảm cho nghĩa vụ trả nợ đối với tổ chức tín dụng đang hoạt động tại Việt Nam. Các nghĩa vụ trả nợ, thanh toán tiền mua tài sản, thanh toán tiền dịch vụ, ... đối với các cá nhân và tổ chức không phải là tổ chức tín dụng đang hoạt động tại Việt Nam nếu có bảo đảm thì cũng chỉ được bảo đảm bằng các biện pháp bảo đảm khác hoặc bằng thế chấp tài sản không phải là nhà ở.

Quy định này kế thừa một phần quy định tại Điều 114 Luật Nhà ở năm 2005 đó là nhà ở chỉ được thế chấp tại tổ chức tín dụng. Tuy nhiên, trong Luật Nhà ở năm 2005, tất cả các chủ sở hữu nhà ở đều chỉ được thế chấp nhà ở tại tổ chức tín dụng mà không riêng gì pháp nhân. Ngoài ra, quy định này có sự thay đổi phù hợp hơn so với Luật Nhà ở năm 2005 đó là không giới hạn việc thế chấp nhà ở tại một tổ chức tín dụng. Theo đó, pháp nhân có quyền thế chấp nhà ở thuộc sở hữu của mình tại nhiều tổ

¹⁵⁵ Xem thêm Nguyễn Minh Tuấn (chủ biên, 2016), *Bình luận khoa học Bộ luật dân sự của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam năm 2015*, Nxb Tư pháp, Hà Nội, tr.439.

¹⁵⁶ Xem thêm Nguyễn Văn Cừ & Trần Thị Huệ (đồng chủ biên, 2017), *Bình luận khoa học Bộ luật dân sự của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam năm 2015*, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội, tr.486.

¹⁵⁷ Xem thêm Ngô Hoàng Oanh (chủ biên, 2016), *Bình luận khoa học Bộ luật dân sự năm 2015*, Nxb Lao động, Hà Nội, tr.300.

¹⁵⁸ Xem khoản 1 Điều 144 Luật nhà ở năm 2014.

chức tín dụng để bảo đảm việc thực hiện nghĩa vụ. Sự thay đổi này là phù hợp với nguyên tắc tự do thoả thuận được ghi nhận tại Điều 3 Bộ luật Dân sự năm 2015. Tuy nhiên, việc giới hạn pháp nhân chỉ được thế chấp nhà ở để bảo đảm việc thực hiện các nghĩa vụ đối với tổ chức tín dụng vẫn là một quy định cứng nhắc, không thể hiện được hết bản chất thoả thuận của hợp đồng, trong khi biện pháp thế chấp nhà ở là biện pháp hình thành từ hợp đồng thế chấp nhà ở.

(ii) Đối với trường hợp thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai, Luật Nhà ở cũng có quy định nhằm giới hạn phạm vi nghĩa vụ được bảo đảm bằng loại nhà ở này. Theo đó, “tổ chức, cá nhân xây dựng nhà ở hình thành trong tương lai trên thửa đất ở hợp pháp của mình; tổ chức, cá nhân mua nhà ở hình thành trong tương lai trong dự án đầu tư xây dựng nhà ở của chủ đầu tư được thế chấp nhà ở này tại tổ chức tín dụng đang hoạt động tại Việt Nam để vay vốn phục vụ cho xây dựng nhà ở hoặc để mua chính nhà ở đó”¹⁵⁹. Quy định này gián tiếp giới hạn phạm vi bảo đảm bằng nhà ở hình thành trong tương lai. Sự giới hạn này thể hiện ở ba khía cạnh đó là:

Một là, nhà ở hình thành trong tương lai chỉ được thế chấp để bảo đảm việc thực hiện nghĩa vụ với tổ chức tín dụng đang hoạt động tại Việt Nam.

Hai là, nhà ở hình thành trong tương lai chỉ được thế chấp để bảo đảm việc thực hiện nghĩa vụ của bên thế chấp.

Ba là, nhà ở hình thành trong tương lai chỉ được thế chấp để bảo đảm cho nghĩa vụ trả nợ khoản tiền vay để xây dựng nhà ở hoặc để mua nhà ở hình thành trong tương lai.

Mặc dù theo quy định trên thì nhà làm luật giới hạn phạm vi nghĩa vụ được bảo đảm bằng thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai là nghĩa vụ trả nợ của bên thế chấp với bên nhận thế chấp, và nghĩa vụ được bảo đảm chỉ là nghĩa vụ trả nợ khoản tiền vay để đầu tư xây dựng hoặc mua chính nhà ở hình thành trong tương lai đó. Quy định này nhằm bảo đảm sự kiểm soát mục đích sử dụng tiền vay của bên thế chấp, nhằm bảo đảm khả năng trả nợ của bên vay, hướng tới bảo đảm sự an toàn pháp lý cho bên nhận thế chấp. Tuy nhiên, việc kiểm soát này cũng chỉ có thể thực hiện được nếu tổ chức tín dụng giải ngân khoản tiền vay bằng cách trực tiếp thanh toán chi phí xây dựng, thanh toán tiền mua nhà ở. Đây cũng là một phương thức mà các tổ chức tín dụng đều áp dụng nhằm bảo đảm sự an toàn pháp lý cho mình, tránh việc sử dụng

¹⁵⁹ Xem khoản 2 Điều 147 Luật nhà ở năm 2014.

nguồn vốn sai mục đích, gây ảnh hưởng đến khả năng trả nợ của bên vay.

Liên quan đến phạm vi bảo đảm của biện pháp thế chấp nhà ở, pháp luật các quốc gia cũng đưa ra các quy định khác nhau về vấn đề này. Bộ luật Dân sự và thương mại Thái Lan đưa ra quy định cứng đối với phạm vi bảo đảm của biện pháp thế chấp nói chung, thế chấp nhà ở nói riêng mà không dựa trên sự thoả thuận của các bên. Theo quy định tại Điều 715 Bộ luật Dân sự và thương mại Thái Lan thì tài sản thế chấp sẽ bảo đảm cho việc thi hành nghĩa vụ và cho cả những khoản phụ sau: (1) Tiền lãi; (2) Bồi thường trong trường hợp không thi hành nghĩa vụ; (3) Phí tổn cưỡng chế hợp đồng thế chấp. Như vậy, Bộ luật Dân sự và thương mại Thái Lan không trao cho các bên quyền thoả thuận về phạm vi bảo đảm của biện pháp thế chấp, mà ghi nhận cụ thể các loại nghĩa vụ thuộc phạm vi bảo đảm này. Như vậy, pháp luật Thái Lan có điểm tương đồng với pháp luật Việt Nam ở chỗ ghi nhận các loại nghĩa vụ cụ thể thuộc phạm vi bảo đảm của thế chấp, song lại khác biệt ở phương thức ghi nhận đó là “áp cứng” các loại nghĩa vụ này mà không để các bên được thoả thuận như pháp luật Việt Nam.

Bộ luật Dân sự của Trung Quốc không đưa ra quy định riêng biệt đối với phạm vi của thế chấp mà chỉ quy định phạm vi bảo đảm của vật quyền bảo đảm nói chung. Tuy nhiên, không giống như Bộ luật Dân sự và thương mại Thái Lan, Bộ luật Dân sự Trung Quốc cho phép các bên được thoả thuận về phạm vi bảo đảm bằng quy định tại Điều 389 rằng: “nếu đương sự có thoả thuận khác thì căn cứ theo thoả thuận đó”. Trường hợp các bên không có thoả thuận thì phạm vi bảo đảm của vật quyền bảo đảm bao gồm trái quyền chính và lợi tức của nó, tiền vi phạm thoả thuận, tiền bồi thường thiệt hại, chi phí cho bảo quản tài sản bảo đảm và thực hiện vật quyền bảo đảm¹⁶⁰. Như vậy, quy định của pháp luật Trung Quốc có sự tương đồng với quy định của pháp luật Việt Nam trong việc ghi nhận các quy định về phạm vi của biện pháp bảo đảm nói chung, biện pháp thế chấp nhà ở nói riêng.

2.4. Hiệu lực của hợp đồng và hiệu lực đối kháng của biện pháp thế chấp nhà ở

2.4.1. Việc công chứng chứng thực hợp đồng và đăng ký biện pháp thế chấp nhà ở

Pháp luật hiện hành không quy định cụ thể về hiệu lực của biện pháp bảo đảm mà chỉ quy định hiệu lực của hợp đồng bảo đảm. Theo nguyên tắc chung thì khi hợp

¹⁶⁰ Xem Điều 389 Bộ luật dân sự Trung Quốc.

đồng bảo đảm phát sinh hiệu lực pháp luật thì biện pháp bảo đảm sẽ phát sinh và có giá trị pháp lý đối với các bên trong quan hệ bảo đảm. Thời điểm phát sinh hiệu lực của hợp đồng bảo đảm có thể là: là thời điểm công chứng, chứng thực đối với các trường hợp hợp đồng được công chứng, chứng thực; hoặc là thời điểm các bên thoả thuận; hoặc là thời điểm hợp đồng được giao kết¹⁶¹. Theo đó, thời điểm biện pháp bảo đảm có hiệu lực đối với hai bên trong quan hệ bảo đảm cũng có thể là thời điểm công chứng, chứng thực, thời điểm thoả thuận hoặc thời điểm hợp đồng bảo đảm được giao kết. Tuy nhiên, điều này chỉ phù hợp khi các biện pháp bảo đảm không thuộc loại bắt buộc phải đăng ký theo quy định của pháp luật. Đối với một số biện pháp bảo đảm thuộc nhóm bắt buộc phải đăng ký theo quy định của pháp luật thì thời điểm biện pháp bảo đảm có giá trị pháp lý đối với các bên trong quan hệ bảo đảm lại là vấn đề cần phải bàn luận.

Cùng với thế chấp quyền sử dụng đất thì thế chấp nhà ở là một trong những biện pháp thế chấp được xác lập phổ biến trên thực tế. Hơn nữa, hợp đồng thế chấp nhà ở là loại hợp đồng phải công chứng, chứng thực¹⁶². Đồng thời biện pháp thế chấp nhà ở lại là biện pháp bảo đảm bắt buộc phải được đăng ký theo quy định của pháp luật¹⁶³. Do đó, thời điểm biện pháp thế chấp nhà ở có hiệu lực có thể sẽ không trùng với thời điểm có hiệu lực của hợp đồng thế chấp nhà ở. Để làm rõ vấn đề hiệu lực của biện pháp thế chấp nhà ở, nghiên cứu sinh cho rằng cần phải xác định cụ thể giá trị của việc công chứng, chứng thực hợp đồng thế chấp nhà ở và giá trị của việc đăng ký biện pháp thế chấp nhà ở.

Thứ nhất, về giá trị của việc công chứng, chứng thực hợp đồng thế chấp nhà ở:

Theo quy định tại khoản 2 Điều 117 Bộ luật Dân sự năm 2015 và khoản 1 Điều 122 Luật Nhà ở năm 2014 thì việc công chứng, chứng thực hợp đồng thế chấp nhà ở chính là một trong các điều kiện có hiệu lực của hợp đồng thế chấp. Mặc dù Luật Nhà ở năm 2014 không ghi về hậu quả của việc vi phạm quy định về công chứng, chứng thực, song theo quy định tại Điều 129 Bộ luật Dân sự năm 2015 thì hợp đồng thế chấp nhà ở mà vi phạm quy định về công chứng, chứng thực sẽ bị vô hiệu (các vấn đề cụ thể về hình thức và hiệu lực của hợp đồng thế chấp nhà ở đã được nghiên cứu sinh trình bày ở tiểu mục 2.1.3 và 2.1.4 nói trên). Ngoài ra, việc công chứng, chứng thực

¹⁶¹ Xem khoản 1 và 2 Điều 22 Nghị định số 21/2021/NĐ-CP

¹⁶² Xem khoản 1 Điều 122 Luật nhà ở năm 2014

¹⁶³ Xem thêm Điều 4 Nghị định 102/2017/NĐ-CP

hợp đồng thế chấp nhà ở chính là một trong các điều kiện quan trọng để các bên có thể thực hiện việc đăng ký biện pháp thế chấp nhà ở. Bởi vì, theo quy định thì khi nộp hồ sơ đăng ký thế chấp nhà ở, chủ thể yêu cầu phải nộp đầy đủ hồ sơ hợp lệ, trong đó không thể thiếu hợp đồng thế chấp nhà ở đã được công chứng, chứng thực¹⁶⁴.

Thứ hai, về giá trị của việc đăng ký thế chấp nhà ở

Pháp luật hiện hành chỉ quy định thế chấp nhà ở là biện pháp bắt buộc phải được đăng ký và chỉ quy định đăng ký thế chấp là điều kiện phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba của biện pháp thế chấp nhà ở mà không xác định cụ thể giá trị của việc đăng ký đối với hai bên quan hệ thế chấp. Điều này dẫn đến sự tồn tại các quan điểm khác nhau về giá trị của việc đăng ký biện pháp thế chấp nhà ở. Quan điểm thứ nhất cho rằng việc đăng ký thế chấp nhà ở chỉ là điều kiện để biện pháp thế chấp nhà ở có hiệu lực đối kháng với người thứ ba¹⁶⁵, còn hiệu lực của biện pháp thế chấp nhà ở phát sinh giữa hai bên quan hệ thế chấp ngay từ khi hợp đồng thế chấp nhà ở có hiệu lực pháp luật. Quan điểm thứ hai lại cho rằng, việc đăng ký thế chấp nhà ở không chỉ là điều kiện làm phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba mà nó còn là điều kiện để biện pháp thế chấp nhà ở có hiệu lực giữa hai bên quan hệ thế chấp, tức là làm phát sinh quyền đối với tài sản thế chấp của bên nhận thế chấp nhà ở¹⁶⁶.

Trên thực tế, quan điểm thứ hai đang là quan điểm được thừa nhận bởi các cơ quan có thẩm quyền cũng như toà án. Nếu biện pháp thế chấp nhà ở không được đăng ký thì bên nhận thế chấp không thể xác lập vật quyền bảo đảm trên nhà ở. Do đó, bên nhận thế chấp không có bất cứ quyền gì đối với nhà ở thế chấp.

Nghiên cứu sinh cho rằng quan điểm thứ nhất phù hợp hơn. Theo đó, cần phải hiểu rằng đăng ký biện pháp thế chấp nhà ở chỉ là điều kiện để biện pháp thế chấp nhà ở phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba mà không phải là điều kiện để biện pháp thế chấp nhà ở phát sinh hiệu lực giữa hai bên trong quan hệ thế chấp. Bởi vì, mục đích của việc đăng ký thế chấp nhà ở là để công khai với người thứ ba, nhằm cung cấp thông tin để người thứ ba biết được tình trạng pháp lý của nhà ở thế chấp khi quyết định xác lập giao dịch có liên quan. Hơn nữa, việc đăng ký thế chấp nhà ở

¹⁶⁴ Xem thêm khoản 2 Điều 39 Nghị định số 102/2017/NĐ-CP

¹⁶⁵ Nguyễn Hoàng Quân (2020), *Hợp đồng thế chấp nhà ở theo quy định của pháp luật dân sự và thực tiễn thi hành tại Ngân hàng Thương mại Cổ phần Việt Nam Thịnh Vượng*, luận văn thạc sĩ luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội, tr.39.

¹⁶⁶ Xem thêm Nguyễn Văn Cừ & Trần Thị Huệ (đồng chủ biên, 2017), *Bình luận khoa học Bộ luật dân sự của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam năm 2015*, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội, tr.493.

không phải là điều kiện có hiệu lực của hợp đồng thế chấp nhà ở, bởi vì hình thức của hợp đồng thế chấp nhà ở là công chứng, chứng thực. Đồng thời hợp đồng thế chấp phát sinh hiệu lực ở thời điểm được công chứng, chứng thực mà không phải là thời điểm đăng ký biện pháp thế chấp nhà ở. Trong khi đó, bản chất của hợp đồng thế chấp nhà ở chính là sự thoả thuận giữa các bên về việc xác lập biện pháp thế chấp nhà ở. Nên sẽ thật vô lý nếu đã công nhận hiệu lực của hợp đồng thế chấp nhà ở mà lại không công nhận sự tồn tại của biện pháp thế chấp nhà ở. Do đó, theo quan điểm của nghiên cứu sinh thì biện pháp thế chấp nhà ở đã phát sinh ngay từ thời điểm hợp đồng thế chấp nhà ở phát sinh hiệu lực pháp luật. Theo đó, bên nhận thế chấp nhà ở đã xác lập các quyền của mình trên nhà ở thế chấp ngay từ khi hợp đồng thế chấp được công chứng, chứng thực (ngoại trừ quyền truy đòi tài sản và quyền ưu tiên thanh toán).

Có lẽ, sự tồn tại của các quan điểm nói trên chính là yếu tố thể hiện sự bất cập trong quy định của pháp luật về vấn đề đăng ký biện pháp bảo đảm nói chung, đăng ký biện pháp thế chấp nhà ở nói riêng. Sự bất cập này thể hiện ở việc nhà làm luật không quy định cụ thể giá trị của việc đăng ký biện pháp thế chấp nhà ở đối với hai bên của quan hệ thế chấp. Chính vì vậy đã đến các cách hiểu khác nhau và có thể chính là nguyên nhân dẫn đến việc áp dụng pháp luật không thống nhất trên thực tế. Chính điều này làm cho quy định của Luật Nhà ở, Nghị định số 21/2021/NĐ-CP về thời điểm có hiệu lực của hợp đồng thế chấp nhà ở trở nên mờ nhạt và vô giá trị. Để bảo đảm việc hiểu và áp dụng thống nhất, nghiên cứu sinh cho rằng cần phải có những thay đổi liên quan đến việc đăng ký biện pháp bảo đảm bằng tài sản nói chung, đăng ký biện pháp thế chấp nhà ở nói riêng. Các quan điểm hoàn thiện pháp luật về vấn đề này sẽ được nghiên cứu sinh trình bày tại chương 3 của luận án.

2.4.2. Hiệu lực đối kháng với người thứ ba của biện pháp thế chấp nhà ở

Về nguyên tắc, biện pháp bảo đảm được xác lập trên thực tế sẽ có giá trị pháp lý đối với các bên trong quan hệ bảo đảm. Khi biện pháp bảo đảm phát sinh, bên nhận bảo đảm sẽ xác lập quyền trên tài sản bảo đảm, nhằm bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ của bên có nghĩa vụ đối với bên có quyền. Tuy nhiên, theo quy định của pháp luật, biện pháp bảo đảm có thể phát sinh hiệu lực đối với người thứ ba, đó chính là hiệu lực đối kháng với người thứ ba của biện pháp bảo đảm. Tính đối kháng được hiểu là đối kháng về mặt lợi ích giữa bên nhận bảo đảm và người thứ ba. Theo đó, khi biện pháp bảo đảm phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba thì bên nhận bảo đảm có

quyền truy đòi tài sản và quyền được ưu tiên thanh toán theo quy định của pháp luật¹⁶⁷.

Bộ luật Dân sự và Luật Nhà ở không có quy định riêng về hiệu lực đối kháng của biện pháp thế chấp nhà ở. Do đó, điều kiện và thời điểm biện pháp thế chấp nhà ở phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba, cũng như các đặc quyền của bên nhận thế chấp nhà ở khi biện pháp thế chấp nhà ở phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba đều được ghi nhận thông qua các quy định chung. Theo quy định của Bộ luật Dân sự và Nghị định số 21/2021/NĐ-CP có thể nhận diện hiệu lực đối kháng với người thứ ba của biện pháp thế chấp nhà ở ở một số khía cạnh sau:

** Về điều kiện để biện pháp thế chấp nhà ở phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba:*

Mặc dù hiệu lực đối kháng với người thứ ba của biện pháp thế chấp nhà ở và hiệu lực của hợp đồng thế chấp nhà ở là hai vấn đề khác nhau, song lại có mối liên hệ chặt chẽ với nhau. Các điều kiện có hiệu lực của hợp đồng thế chấp nhà ở gián tiếp chi phối vấn đề hiệu lực đối kháng của biện pháp thế chấp nhà ở. Theo đó, biện pháp thế chấp nhà ở có thể phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba khi hợp đồng thế chấp nhà ở đã có hiệu lực pháp luật¹⁶⁸. Thời điểm hợp đồng thế chấp nhà ở phát sinh hiệu lực chính là thời điểm biện pháp thế chấp nhà ở phát sinh hiệu lực đối với hai bên quan hệ thế chấp. Do đó, nếu hợp đồng thế chấp nhà ở không có hiệu lực pháp luật thì biện pháp thế chấp nhà ở sẽ không phát sinh, nên việc xác lập hiệu lực đối kháng với người thứ ba sẽ không có ý nghĩa pháp lý.

Nếu coi điều kiện “hợp đồng thế chấp nhà ở phát sinh hiệu lực pháp luật” là điều kiện cần thiết để biện pháp thế chấp nhà ở có thể phát sinh hiệu lực đối kháng thì việc đăng ký thế chấp nhà ở chính là điều kiện đủ để làm cho hiệu lực đối kháng của biện pháp thế chấp nhà ở phát sinh. Theo những phân tích ở trên thì biện pháp thế chấp nhà ở là biện pháp bảo đảm bắt buộc phải đăng ký. Nghiên cứu sinh cho rằng, việc bắt buộc đăng ký ở đây thể hiện tư duy quản lý nhà nước đối với sự biến động của các loại bất động sản trên thị trường. Bởi vì ngay cả Nghị định số 102/2017/NĐ-CP là Nghị định quy định bắt buộc đăng ký thế chấp nhà ở nhưng cũng không ghi nhận mục đích của việc đăng ký là để làm gì. Giá trị của việc đăng ký biện pháp thế chấp nhà ở là làm phát sinh hiệu lực đối kháng của biện pháp thế chấp nhà ở lại được quy định trong Bộ luật Dân sự năm 2015. Theo đó, biện pháp thế chấp tài sản phát sinh hiệu lực đối

¹⁶⁷ Xem Điều 297 Bộ luật dân sự năm 2015.

¹⁶⁸ Xem khoản 1 Điều 23 Nghị định số 21/2021/NĐ-CP.

kháng với người thứ ba kể từ thời điểm đăng ký¹⁶⁹. Với quy định này thì ngay kể cả các trường hợp thế chấp tài sản không bắt buộc phải đăng ký thì biện pháp thế chấp tài sản cũng chỉ phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba khi đã được đăng ký.

** Về thời điểm biện pháp thế chấp nhà ở phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba:*

Theo quy định của Bộ luật Dân sự và Nghị định số 102/2017/NĐ-CP thì biện pháp thế chấp nhà ở phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba tại thời điểm đăng ký tại cơ quan có thẩm quyền¹⁷⁰. Đó chính là thời điểm cơ quan đăng ký ghi nội dung đăng ký vào sổ đăng ký¹⁷¹, trong trường hợp này chính là Sổ địa chính hoặc Sổ đăng ký thế chấp tài sản gắn liền với đất hình thành trong tương lai¹⁷².

** Về các quyền của bên nhận thế chấp nhà ở khi biện pháp thế chấp nhà ở phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba:*

Theo quy định tại Điều 297 Bộ luật Dân sự năm 2015, khi biện pháp bảo đảm phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba, thì bên nhận bảo đảm có quyền truy đòi tài sản và quyền ưu tiên thanh toán theo quy định. Theo đó, bên nhận thế chấp nhà ở cũng có hai quyền này khi biện pháp thế chấp nhà ở phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba. Quyền “truy đòi” của bên nhận thế chấp nhà ở được hiểu là quyền của bên nhận thế chấp vẫn được giữ nguyên dù nhà ở thế chấp đã được chuyển giao cho người khác¹⁷³. Theo Điều 301, khoản 5 Điều 323 BLDS 2015, bên nhận thế chấp có thể yêu cầu người đang giữ tài sản giao tài sản để xử lý tài sản. Nếu người đang giữ tài sản không giao tài sản thì bên nhận thế chấp có quyền yêu cầu Tòa án giải quyết. Quyền được ưu tiên thanh toán của bên nhận thế chấp nhà ở được hiểu là quyền được thanh toán từ việc xử lý nhà ở trước những người nhận bảo đảm khác và bất cứ người thứ ba nào đang có quyền yêu cầu bên thế chấp nhà ở thực hiện nghĩa vụ với mình.

Pháp luật của các quốc gia cũng ghi nhận vấn đề hiệu đối kháng với người thứ ba của biện pháp thế chấp nói chung, thế chấp nhà ở nói riêng. Theo quy định của Bộ luật Dân sự Trung Quốc thì quyền thế chấp phát sinh từ thời điểm đăng ký thế chấp¹⁷⁴. Bộ luật Dân sự Nhật Bản cũng ghi nhận quyền ưu tiên của bên nhận thế chấp so với

¹⁶⁹ Xem thêm khoản 2 Điều 319 Bộ luật dân sự năm 2015.

¹⁷⁰ Xem khoản 2 Điều 319 Bộ luật dân sự năm 2015 và khoản 2 Điều 23 Nghị định 21/2021/NĐ-CP.

¹⁷¹ Xem khoản 1 Điều 5 Nghị định 102/2017/NĐ-CP.

¹⁷² Xem khoản 2 Điều 3 Nghị định 102/2017/NĐ-CP.

¹⁷³ Xem Điều 7 Nghị định số 21/2021/NĐ-CP

¹⁷⁴ Xem Điều 402 Bộ luật dân sự Trung Quốc

chủ thể khác nhưng lại ghi nhận một cách hiển nhiên mà không dựa trên điều kiện cụ thể nào. Theo Điều 369 Bộ luật Dân sự Nhật Bản thì “người nhận thế chấp có quyền ưu tiên so với các chủ nợ khác trong việc đáp ứng yêu cầu của mình từ bất động sản mà bên nợ hoặc người thứ ba đưa ra như là một biện pháp bảo đảm trái vụ mà không chuyển giao quyền chiếm hữu nó”. Quy định này có sự tương đồng với quy định về quyền ưu tiên của bên nhận bảo đảm trước những người thứ ba không nhận bảo đảm được ghi nhận tại Điều 308 Bộ luật Dân sự năm 2015 của Việt Nam.

Điều 2461 Bộ luật Dân sự Pháp cũng ghi nhận rằng “Người có quyền ưu tiên hoặc quyền thế chấp đã đăng ký đối với một bất động sản có quyền truy đòi đối với bất động sản đó, bất kể bất động sản nằm trong tay ai, để được thanh toán theo thứ tự quyền yêu cầu của mình hoặc thứ tự đăng ký”. Quy định này có sự tương đồng với pháp luật Việt Nam về điều kiện để biện pháp thế chấp nhà ở phát sinh hiệu lực đối kháng đó là biện pháp bảo đảm phải được đăng ký. Đồng thời, bên nhận thế chấp cũng có quyền truy đòi tài sản và quyền ưu tiên thanh toán. Tuy nhiên, việc thực hiện quyền truy đòi theo quy định của Bộ luật Dân sự Pháp có sự khác biệt so với pháp luật Việt Nam. Ở Việt Nam việc truy đòi tài sản được thể hiện ở việc bên nhận bảo đảm có quyền yêu cầu bên thứ ba đang giữ tài sản phải giao tài sản để xử lý. Tuy nhiên, quyền truy đòi ở Pháp lại được thể hiện ở chỗ “người thứ ba nắm giữ tài sản thế chấp có nghĩa vụ thanh toán toàn bộ các khoản lãi và nợ gốc đến hạn, dù số tiền có thể tăng lên bao nhiêu, hoặc phải từ bỏ hoàn toàn bất động sản thế chấp”¹⁷⁵, “nếu người thứ ba nắm giữ bất động sản thế chấp không thực hiện một trong những nghĩa vụ này, mỗi chủ nợ có quyền truy đòi đối với bất động sản đó có thể yêu cầu kê biên và bán bất động sản theo quy định”¹⁷⁶. Người thứ ba nắm giữ tài sản có thể bị kiện đòi bồi thường nếu, do hành vi của mình hoặc do sơ xuất, để xảy ra những hư hỏng gây thiệt hại cho người có quyền được bảo đảm bằng thế chấp hoặc quyền ưu tiên¹⁷⁷. Với những quy định này có thể thấy rằng quy định về quyền truy đòi trong Bộ luật Dân sự Pháp chi tiết hơn Bộ luật Dân sự của Việt Nam. Quy định này giúp bảo vệ quyền của bên nhận thế chấp ở mức độ cao hơn so với pháp luật Việt Nam. Nghiên cứu sinh cho rằng, nhà làm luật Việt Nam cũng cần có những cân nhắc để có thể cụ thể hoá quyền truy đòi tài sản theo hướng bảo đảm hơn nữa quyền của bên nhận bảo đảm khi biện pháp bảo đảm đã phát

¹⁷⁵ Xem Điều 2463 Bộ luật dân sự Pháp.

¹⁷⁶ Xem Điều 2464 Bộ luật dân sự Pháp.

¹⁷⁷ Xem Điều 2470 Bộ luật dân sự Pháp.

sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba.

Như vậy, dù ghi nhận về hiệu lực đối kháng của biện pháp bảo đảm theo những góc độ khác nhau, những điều kiện khác nhau, song pháp luật các quốc gia đều có điểm tương đồng đó là ghi nhận các quyền của bên nhận thế chấp (đặc biệt là quyền ưu tiên) so với bên thứ ba khi biện pháp thế chấp nhà ở đã phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba.

2.5. Xử lý tài sản thế chấp là nhà ở

2.5.1. Các trường hợp xử lý nhà ở thế chấp

Liên quan đến việc thế chấp nhà ở thế chấp, Luật Nhà ở năm 2014 ghi nhận rằng “việc xử lý tài sản thế chấp là nhà ở bao gồm cả xử lý thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai được thực hiện theo quy định của Luật này, pháp luật về dân sự và pháp luật có liên quan”¹⁷⁸. Tuy nhiên, Luật Nhà ở không có quy định cụ thể về việc xử lý nhà ở thế chấp, nên các quy định về xử lý tài sản thế chấp cũng được áp dụng để giải quyết các vấn đề về xử lý nhà ở thế chấp. Theo quy định, nhà ở là tài sản thế chấp sẽ bị xử lý trong các trường hợp sau¹⁷⁹:

(i) Đến hạn thực hiện nghĩa vụ được bảo đảm mà bên có nghĩa vụ không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ.

Đây là trường hợp nhà ở thế chấp bị xử lý do có sự vi phạm nghĩa vụ của bên có nghĩa vụ đối với bên nhận thế chấp. Về lý luận thì vi phạm nghĩa vụ được hiểu là việc người có nghĩa vụ không thực hiện, thực hiện không đúng, thực hiện không đầy đủ nghĩa vụ của mình. Thời điểm được coi là căn cứ để xác định mức độ hoàn thành nghĩa vụ của bên có nghĩa vụ đó chính là thời điểm kết thúc thời hạn thực hiện nghĩa vụ. Thời điểm này có thể được xác định theo thoả thuận, theo quy định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền hoặc theo quy định của pháp luật. Nếu không thể xác định được thời hạn thực hiện nghĩa vụ theo các căn cứ này thì việc xác định thời điểm thực hiện nghĩa vụ sẽ phụ thuộc vào yêu cầu của mỗi bên. Theo đó, mỗi bên có thể thực hiện nghĩa vụ hoặc yêu cầu thực hiện nghĩa vụ vào bất cứ lúc nào nhưng phải thông báo cho bên kia biết trước một thời gian hợp lý¹⁸⁰. Cho đến nay, khoảng thời gian hợp lý mới chỉ được giải thích tại Nghị quyết số 01/2019/NĐ-HĐTP của Hội đồng thẩm phán Toà án nhân dân tối cao ngày 11/01/2019 hướng dẫn áp dụng một số quy định của pháp luật về lãi, lãi suất, phạt vi phạm (Nghị quyết số 01/2019/NĐ-HĐTP). Theo

¹⁷⁸ Khoản 1 Điều 149 Luật nhà ở năm 2014.

¹⁷⁹ Xem thêm Điều 299 Bộ luật dân sự năm 2015.

¹⁸⁰ Xem khoản 3 Điều 278 Bộ luật dân sự năm 2015.

đó, “thời gian hợp lý” quy định tại Điều 474 của Bộ luật Dân sự năm 1995, Điều 477 của Bộ luật Dân sự năm 2005, Điều 469 của Bộ luật Dân sự năm 2015 do Tòa án căn cứ vào từng trường hợp cụ thể để xem xét, quyết định nhưng không quá 03 tháng kể từ ngày thông báo¹⁸¹.

Sự vi phạm trong trường hợp này có thể là không thực hiện một phần hoặc toàn bộ nghĩa vụ đến hạn, cũng có thể là thực hiện không đúng nghĩa vụ. Tuy nhiên, thường thì các nghĩa vụ được bảo đảm bằng thế chấp nhà ở là các nghĩa vụ trả nợ trong hợp đồng vay tài sản. Do đó, sự vi phạm nghĩa vụ dẫn đến nhà ở thế chấp bị xử lý được biểu hiện ở việc không trả toàn bộ hoặc một phần khoản nợ gốc và lãi khi đã đến thời hạn thực hiện nghĩa vụ. Đây cũng là trường hợp xử lý nhà ở thế chấp xảy ra phổ biến trên thực tế.

(ii) Bên có nghĩa vụ phải thực hiện nghĩa vụ được bảo đảm trước thời hạn do vi phạm nghĩa vụ theo thỏa thuận hoặc theo quy định của luật.

Như những phân tích về sự vi phạm nghĩa vụ, đặc biệt là thời điểm được coi là căn cứ để xác định nghĩa vụ bị vi phạm thì trường hợp “vi phạm nghĩa vụ” trước khi đến thời hạn thực hiện nghĩa vụ là một trong những trường hợp không phổ biến. Bởi vì, sự vi phạm nghĩa vụ hầu hết chỉ có thể xác định ở thời điểm kết thúc thời hạn thực hiện nghĩa vụ. Do đó, chỉ trong một số trường hợp đặc biệt và gắn với các loại nghĩa vụ đặc thù thì điều này mới có thể xảy ra. Ví dụ, các bên có thỏa thuận về mục đích sử dụng tài sản vay, và nếu bên vay sử dụng mục tài sản vay sai mục đích thì bên cho vay có quyền xử lý nhà ở thế chấp để bảo đảm việc thu hồi vốn vay.

(iii) Trường hợp khác do các bên thỏa thuận hoặc luật có quy định.

Đây là trường hợp nhà ở thế chấp bị xử lý nhưng không xuất phát từ việc vi phạm nghĩa vụ được bảo đảm. Các trường hợp xử lý tài sản mà không có sự vi phạm nghĩa vụ được bảo đảm có thể do các bên thỏa thuận hoặc do pháp luật có quy định. Ví dụ, bên thế chấp nhà ở phải thực hiện một nghĩa vụ khác đã đến hạn mà nhà ở thế chấp đó là tài sản duy nhất để có thể dùng để thi hành án. Hoặc trường hợp nhà ở được dùng để bảo đảm cho nhiều nghĩa vụ khác nhau, trong đó có nghĩa đã đến hạn thực hiện mà bên có nghĩa vụ không thực hiện được, thì các nghĩa vụ khác chưa đến hạn cũng coi như đến hạn và những người nhận bảo đảm sẽ cùng tham gia xử lý nhà ở thế chấp.

Về nguyên tắc thì nhà ở thế chấp chỉ bị xử lý khi có sự vi phạm nghĩa vụ được bảo

¹⁸¹ Xem điểm a khoản 3 Điều 6 Nghị quyết số 01/2019/NĐ-HĐTP hướng dẫn áp dụng một số quy định của pháp luật về lãi, lãi suất, phạt vi phạm.

đảm. Do đó, nếu không có vi phạm nghĩa vụ xảy ra thì việc xử lý nhà ở thế chấp chỉ đặt ra trong trường hợp các bên có thoả thuận hoặc luật có quy định. Đây là quy định hợp lý của Bộ luật Dân sự năm 2015, góp phần hạn chế việc lạm dụng quyền của bên nhận thế chấp dẫn đến thiệt hại cho bên thế chấp¹⁸².

Liên quan đến các trường hợp xử lý nhà ở thế chấp, trong Bộ luật Dân sự Trung Quốc¹⁸³, bên nhận thế chấp được xử lý nhà ở thế chấp trong hai trường hợp đó là: (i) Người có nghĩa vụ không thực hiện nghĩa vụ đến hạn; (ii) Phát sinh tình huống thực hiện quyền thế chấp mà đương sự thoả thuận. Hai trường hợp này tương tự như hai trường hợp đầu tiên trong pháp luật Việt Nam mà nghiên cứu sinh phân tích ở trên. Tuy nhiên, điểm khác của pháp luật Trung Quốc thể hiện ở chỗ nhà làm luật chỉ quy định chung về việc không thực hiện nghĩa vụ đến hạn, mà không ghi nhận việc thực hiện không đúng nghĩa vụ thì tài sản có bị xử lý hay không. Ngoài ra, ở trường hợp thứ hai, việc xử lý tài sản thế chấp trong trường hợp phát sinh quyền xử lý cũng chỉ đặt ra nếu các bên có thoả thuận, trong khi đó pháp luật Việt Nam còn cho phép bên nhận thế chấp được xử lý nhà ở thế chấp khi chưa đến hạn thực hiện nghĩa vụ nhưng phát sinh quyền xử lý do luật quy định.

2.5.2. Tình trạng pháp lý của quyền sử dụng đất khi xử lý nhà ở thế chấp

Dưới góc độ pháp lý thì nhà ở là công trình xây dựng với mục đích để ở và phục vụ các nhu cầu sinh hoạt của hộ gia đình, cá nhân¹⁸⁴. Trong khi đó “công trình xây dựng là sản phẩm được tạo thành bởi sức lao động của con người, vật liệu xây dựng, thiết bị lắp đặt vào công trình, được liên kết định vị với đất, có thể bao gồm phần dưới mặt đất, phần trên mặt đất, phần dưới mặt nước và phần trên mặt nước, được xây dựng theo thiết kế”¹⁸⁵. Do đó nhà ở là loại tài sản gắn liền với đất và có liên quan mật thiết với quyền sử dụng đất. Thông thường khi thế chấp, các bên thường thoả thuận thế chấp cả nhà ở và quyền sử dụng đất. Song trên thực tế, có nhiều trường hợp tài sản thế chấp chỉ là quyền sử dụng đất mà không bao gồm nhà ở, và có thể chỉ bao gồm nhà ở mà không bao gồm quyền sử dụng đất. Thực tế này dẫn đến việc xử lý tài sản bảo đảm sẽ tác động đến đối tượng còn lại.

Theo quy định của pháp luật hiện hành, khi thế chấp nhà ở mà không thế chấp

¹⁸² Xem thêm Nguyễn Quang Hương Trà (2021), Thế chấp bất động sản theo quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành, luận án tiến sĩ luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội, tr.75.

¹⁸³ Xem Điều 410 Bộ luật dân sự Trung Quốc

¹⁸⁴ Xem khoản 1 Điều 3 Luật nhà ở năm 2014.

¹⁸⁵ Xem khoản 10 Điều 3 Luật xây dựng năm 2014.

quyền sử dụng đất thì khi xử lý nhà ở, tình trạng pháp lý của quyền sử dụng đất được ghi nhận trong các trường hợp khác nhau:

(i) Trường hợp chỉ thế chấp nhà ở mà không thế chấp quyền sử dụng đất và chủ sở hữu nhà ở đồng thời là người sử dụng đất thì tài sản được xử lý bao gồm cả quyền sử dụng đất, trừ trường hợp có thỏa thuận khác¹⁸⁶.

Trong trường hợp này, mặc dù quyền sử dụng đất không phải là tài sản thế chấp nhưng cũng bị xử lý cùng với việc xử lý nhà ở. Điều này bảo đảm sự thuận tiện trong việc xử lý nhà ở thế chấp, bởi vì bên nhận mua nhà ở thường quan tâm đến sự ổn định trong quá trình sử dụng nhà ở và điều này thường chỉ đạt được khi họ có được cả quyền sử dụng đất hợp pháp. Tuy nhiên, vấn đề đặt ra là trường hợp quyền sử dụng đất không đủ điều kiện để chuyển nhượng theo quy định của Luật Đất đai thì việc xử lý cả quyền sử dụng đất sẽ khó có thể thực hiện được.

(ii) Trường hợp chỉ thế chấp nhà ở mà không thế chấp quyền sử dụng đất và chủ sở hữu nhà ở không đồng thời là người sử dụng đất thì khi xử lý nhà ở, người nhận chuyển quyền sở hữu nhà ở được tiếp tục sử dụng đất trong phạm vi quyền, nghĩa vụ của chủ sở hữu nhà ở được chuyển giao, trừ trường hợp có thỏa thuận khác¹⁸⁷. Trường hợp này thường chỉ xảy ra với các loại nhà ở thuộc nhóm sở hữu có thời hạn. Thời hạn này thường phụ thuộc vào thời hạn của hợp đồng thuê hoặc mượn quyền sử dụng đất giữa bên thế chấp nhà ở với người sử dụng đất. Việc “người nhận chuyển nhượng quyền sở hữu nhà ở được tiếp tục sử dụng đất trong phạm vi quyền, nghĩa vụ của chủ sở hữu nhà ở được chuyển giao” được hiểu là người đó sẽ chính là chủ thể nhận chuyển quyền và nghĩa vụ từ hợp đồng thuê hoặc mượn quyền sử dụng đất đó. Tuy nhiên, vấn đề đặt ra là nếu việc sử dụng đất thông qua hợp đồng thuê thì để có thể sở hữu nhà ở thế chấp, bên nhận chuyển quyền sở hữu sẽ phải thanh toán các chi phí liên quan đến việc sử dụng đất. Điều này là một sự cản trở cho quá trình xử lý nhà ở thế chấp. Chính vì sự không thuận tiện này mà trên thực tế việc nhận thế chấp nhà ở mà chủ sở hữu nhà ở không phải là người sử dụng đất thường sẽ ít xảy ra. Bên nhận thế chấp thường chỉ nhận thế chấp những nhà ở mà chủ sở hữu nhà ở đồng thời là người sử dụng đất. Điều này bảo đảm sự thanh khoản dễ dàng trong trường hợp phải xử lý nhà ở thế chấp để bảo đảm việc thực hiện nghĩa vụ.

Pháp luật một số quốc gia cũng có quy định liên quan đến việc xử lý tài sản tài

¹⁸⁶ Xem khoản 1 Điều 326 Bộ luật dân sự năm 2015.

¹⁸⁷ Xem khoản 1 Điều 326 Bộ luật dân sự năm 2015.

sản là nhà ở thế chấp mà không bao gồm thế chấp quyền sử dụng đất tương tự như pháp luật Việt Nam. Theo quy định của Bộ luật Dân sự và thương mại Thái Lan thì việc thế chấp nhà cửa được xây hoặc những công trình được làm trên hoặc dưới mặt đất của một người khác, thì không bao gồm đất đó, và ngược lại¹⁸⁸. Tuy nhiên, khi xử lý tài sản thế chấp là nhà hoặc đất thì cũng đồng thời xử lý cả tài sản còn lại¹⁸⁹. Đây là điểm khá tương đồng với quy định của pháp luật Việt Nam. Song, điểm khác biệt được thể hiện ở chỗ pháp luật Việt Nam không phân biệt số tiền thu được từ việc xử lý nhà ở và quyền sử dụng đất nên không tách biệt quyền ưu tiên đối với số tiền thu được từ hai loại tài sản này. Trong khi đó, Bộ luật Dân sự và thương mại Thái Lan chỉ dành quyền ưu tiên cho bên nhận thế chấp đối với số tiền thu được từ việc bán tài sản thế chấp mà không bao gồm quyền ưu tiên đối với tài sản còn lại¹⁹⁰.

2.5.3. Phương thức xử lý nhà ở thế chấp

Theo quy định của Bộ luật Dân sự thì các bên có quyền thoả thuận về phương thức xử lý tài sản bảo đảm. Theo đó, các bên trong quan hệ thế chấp nhà ở có thể thoả thuận xử lý tài sản bảo đảm theo một trong các phương thức như sau¹⁹¹: (i) Bán đấu giá tài sản; (ii) Bên nhận bảo đảm tự bán tài sản; (iii) Bên nhận bảo đảm nhận chính tài sản để thay thế cho việc thực hiện nghĩa vụ của bên bảo đảm; (iv) Phương thức khác. Trường hợp các bên không có thoả thuận thì nhà ở thế chấp phải được bán đấu giá theo quy định, trừ trường hợp luật có quy định khác.

Trường hợp theo thoả thuận hoặc theo quy định của luật, nhà ở thế chấp phải được xử lý bằng phương thức bán đấu giá thì việc xử lý nhà ở được thực hiện theo quy định của pháp luật về bán đấu giá tài sản. Đây là phương thức được áp dụng phổ biến trên thực tế bởi những ưu điểm của việc bán đấu giá tài sản thế chấp là có thể bán được tài sản với giá cao hơn giá mong muốn ban đầu (giá khởi điểm), trong khi phương thức bán trực tiếp thì thường chỉ bán được với giá thấp hơn hoặc bằng với giá mong muốn ban đầu. Tuy nhiên, việc xử lý tài sản thông qua bán đấu giá sẽ mất thời gian hơn so với phương thức bán thông thường, bởi vì việc bán đấu giá tài sản phải tuân theo một quy trình thủ tục nghiêm ngặt.

Trường hợp bên nhận thế chấp nhà ở tự bán nhà ở thế chấp thì việc mua bán tài sản được thực hiện theo quy định của Bộ luật Dân sự. Đây là phương thức không

¹⁸⁸ Xem Điều 720 Bộ luật dân sự và thương mại Thái Lan

¹⁸⁹ Xem Điều 719 Bộ luật dân sự và thương mại Thái Lan.

¹⁹⁰ Xem Điều 719 Bộ luật dân sự và thương mại Thái Lan.

¹⁹¹ Xem Điều 303 Bộ luật dân sự năm 2015.

phổ biến trên thực tế, bởi vì việc bên nhận thế chấp tự bán tài sản có thể dẫn đến tình trạng lạm dụng quyền của mình để bán tài sản với giá rẻ, nhằm thu tiền nhanh, nên dễ gây thiệt hại về lợi ích cho bên thế chấp tài sản. Do đó, thường thì bên thế chấp sẽ khó có thể chấp nhận phương thức xử lý tài sản mà có thể mang lại nhiều rủi ro cho mình.

Việc bên nhận thế chấp nhà ở nhận chính nhà ở đó để thay thế cho việc thực hiện nghĩa vụ chỉ đặt ra trong trường hợp các bên có thoả thuận tại thời điểm xác lập hợp đồng thế chấp nhà ở. Trường hợp các bên không có thoả thuận tại thời điểm giao kết hợp đồng thế chấp nhà ở thì bên nhận thế chấp chỉ có thể nhận chính nhà ở đó khi bên thế chấp đồng ý bằng văn bản. Mặc dù nhà làm luật ghi nhận hai trường hợp khác nhau, song về bản chất thì trường hợp thứ hai vẫn thể hiện sự thoả thuận của các bên, bởi nó cũng thể hiện ý chí của bên nhận thế chấp (đề nghị được nhận nhà ở thay cho việc thực hiện nghĩa vụ) và ý chí của bên thế chấp (chấp nhận đề nghị bằng văn bản).

Cũng giống như Việt Nam, pháp luật các quốc gia cũng đều ghi nhận các phương thức xử lý tài sản thế chấp khác nhau. Về cơ bản các phương thức này vẫn do các bên thoả thuận hoặc do pháp luật quy định. Tuy nhiên, phạm vi các phương thức mà các bên thoả thuận, điều kiện để áp dụng phương thức xử lý đó lại có thể có những khác biệt so với Việt Nam. Cụ thể:

Bộ luật Dân sự Trung quốc cho phép các bên thoả thuận xử lý tài sản thế chấp theo một trong các phương thức gồm¹⁹²: (i) Quy tài sản thế chấp thành tiền và nhận chính tài sản thế chấp đó; (ii) Bán đấu giá, bán lấy tiền mặt tài sản thế chấp. Các phương thức xử lý tài sản theo thoả thuận này khá tương đồng với các phương thức xử lý theo thoả thuận được ghi nhận trong Bộ luật Dân sự năm 2015 của Việt Nam. Việc xử lý tài sản thế chấp khi các bên không đạt được thoả thuận cũng khá tương đồng với pháp luật Việt Nam khi Bộ luật Dân sự Trung Quốc cũng ghi nhận phương thức bán đấu giá tài sản thế chấp. Tuy nhiên, điểm khác ở chỗ “nếu không đạt được thoả thuận về phương thức xử lý tài sản thế chấp thì bên thế chấp có thể yêu cầu Toà án nhân dân bán đấu giá, bán tài sản thế chấp lấy tiền mặt”¹⁹³. Ngoài ra, Bộ luật Dân sự Trung Quốc còn ghi nhận việc tham chiếu giá thị trường khi quy tài sản thế chấp thành tiền hoặc bán lấy tiền mặt. Trong khi đó ở Việt Nam, việc tham chiếu giá thị trường chỉ đặt

¹⁹² Xem Điều 410 Bộ luật dân sự Trung Quốc.

¹⁹³ Xem Điều 410 Bộ luật dân sự Trung Quốc.

ra trong trường hợp giữa bên mua và bên bán không có thoả thuận về giá. Tuy nhiên, việc bắt buộc tham chiếu giá thị trường như Bộ luật Dân sự Trung Quốc sẽ bảo đảm cân bằng lợi ích giữa các bên, bởi vì nó tránh được tình trạng bán với giá quá cao (khó xử lý) hoặc quá thấp, gây ảnh hưởng đến quyền và lợi ích của mỗi bên.

Bộ luật Dân sự Pháp cũng ghi nhận phương thức xử lý tài sản thế chấp theo thoả thuận hoặc theo quy định của pháp luật. Trong đó cũng có những phương thức tương tự như pháp luật Việt Nam đó là bán tài sản thế chấp theo trình tự, thủ tục của pháp luật về thi hành án dân sự, hoặc bên nhận thế chấp nhận chính tài sản thế chấp để thay thế cho việc thực hiện nghĩa vụ. Tuy nhiên, phương thức nhận chính tài sản thế chấp để thay thế cho việc thanh toán nghĩa vụ sẽ không thể thực hiện được nếu nhà ở là nơi ở chính của người có nghĩa vụ¹⁹⁴. Ngay cả khi việc nhận tài sản thế chấp thay thế cho việc thực hiện nghĩa vụ do các bên thỏa thuận trong hợp đồng thế chấp mà nhà ở là nơi ở chính của bên có nghĩa vụ thì điều khoản này không có hiệu lực. Quy định này của Bộ luật Dân sự Pháp tương đối khác biệt với pháp luật các quốc gia, trong đó có Việt Nam. Theo pháp luật Việt Nam thì việc nhà ở là nơi chính, thậm chí là nơi ở duy nhất của bên có nghĩa vụ cũng không ảnh hưởng đến việc áp dụng phương thức xử lý nhà ở thế chấp.

2.5.4. Thứ tự ưu tiên thanh toán từ việc xử lý nhà ở thế chấp

Bộ luật Dân sự và Luật Nhà ở không quy định riêng về việc thanh toán số tiền từ việc xử lý nhà ở thế chấp. Do đó, việc thanh toán sẽ được thực hiện theo quy định chung về thanh toán tiền từ việc xử lý tài sản bảo đảm. Theo đó, số tiền thu được từ việc xử lý nhà ở thế chấp sau khi thanh toán chi phí bảo quản, thu giữ và xử lý tài sản thế chấp sẽ được thanh toán cho bên nhận thế chấp nhà ở. Trường hợp nhà ở được dùng để bảo đảm cho nhiều nghĩa vụ thì việc thanh toán cho những người nhận thế chấp nhà ở được thực hiện theo thứ tự ưu tiên được quy định tại Điều 308 Bộ luật Dân sự. Theo quy định của Điều 308, thứ tự ưu tiên này sẽ dựa vào các căn cứ khác nhau. Trường hợp các bên cùng nhận thế chấp nhà ở có thoả thuận thay đổi thứ tự ưu tiên thì việc xác định thứ tự ưu tiên được thực hiện theo thoả thuận. Trường hợp không có sự thoả thuận về thứ tự ưu tiên, thì thứ tự ưu tiên được xác định theo thời điểm phát sinh hiệu lực đối kháng của biện pháp thế chấp nhà ở hoặc thứ tự xác lập biện pháp bảo đảm, cụ thể như sau: (i) Trường hợp các biện pháp thế chấp nhà ở đều phát sinh hiệu

¹⁹⁴ Xem Điều 2458 Bộ luật Dân sự Pháp

lực đối kháng với người thứ ba thì thứ tự thanh toán được xác định theo thứ tự xác lập hiệu lực đối kháng; (ii) Trường hợp có biện pháp thế chấp nhà ở phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba và có biện pháp không phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba thì nghĩa vụ có biện pháp bảo đảm có hiệu lực đối kháng với người thứ ba được thanh toán trước; (iii) Trường hợp các biện pháp bảo đảm đều không phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba thì thứ tự thanh toán được xác định theo thứ tự xác lập biện pháp bảo đảm.

So với Bộ luật Dân sự năm 2005, quy định về thứ tự ưu tiên thanh toán trong Bộ luật Dân sự năm 2015 có điểm kế thừa, song cũng có những điểm thay đổi. Điểm kế thừa thể hiện ở chỗ việc sắp xếp các căn cứ xác định thứ tự ưu tiên không thay đổi. Song điểm khác biệt thể hiện ở chỗ nếu không có thoả thuận thì thứ tự ưu tiên dựa vào thứ tự xác lập hiệu lực đối kháng với người thứ ba thay vì thứ tự đăng ký giao dịch bảo đảm như trong Bộ luật Dân sự năm 2005. Sự thay đổi này là phù hợp bởi vì việc đăng ký biện pháp bảo đảm nói chung, đăng ký thế chấp nhà ở nói riêng đã có sự thay đổi. Trước đây, trường hợp một tài sản được dùng để bảo đảm cho nhiều nghĩa vụ thì mỗi giao dịch bảo đảm đều phải đăng ký. Tuy nhiên, hiện nay quy định về đăng ký lại không bắt buộc với trường hợp một tài sản bảo đảm cho nhiều nghĩa vụ. Song, để giành được quyền ưu tiên, bên nhận thế chấp nhà ở, đặc biệt là thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai vẫn cần phải đăng ký biện pháp bảo đảm theo quy định của pháp luật.

Cũng giống như pháp luật Việt Nam, pháp luật các quốc gia cũng ghi nhận thứ tự ưu tiên thanh toán khi xử lý một tài sản bảo đảm cho nhiều nghĩa vụ. Tuy nhiên, việc xác định thứ tự ưu tiên thanh toán ở mỗi quốc gia đều có điểm đặc thù riêng.

Bộ luật Dân sự Trung Quốc không đưa ra thứ tự ưu tiên thanh toán chung cho mọi biện pháp bảo đảm cùng xác lập trên một tài sản bảo đảm, mà lại ghi nhận thứ tự ưu tiên giữa những người nhận thế chấp và giữa người nhận thế chấp với người nhận cầm cố tài sản. Về việc ưu tiên giữa những người nhận thế chấp, nếu dùng một tài sản để thế chấp cho từ hai người có trái quyền trở lên thì thứ tự ưu tiên thanh toán dựa theo thứ tự đăng ký. Theo đó, nếu các lần thế chấp đều được đăng ký thì căn cứ theo thời gian đăng ký trước sau để xác định thứ tự ưu tiên thanh toán. Nếu có lần thế chấp có đăng ký, có lần thế chấp không đăng ký, thì thế chấp có đăng ký được ưu

tiên thanh toán trước¹⁹⁵. Quy định này có sự tương đồng với quy định về thứ tự ưu tiên thanh toán được quy định tại Điều 325 Bộ luật Dân sự năm 2005 của Việt Nam. Tuy nhiên, trường hợp những lần thế chấp đều không có đăng ký thì việc thanh toán được ghi nhận trong Bộ luật Dân sự Trung Quốc lại căn cứ vào tỉ lệ nghĩa vụ mà không dựa vào thứ tự xác lập biện pháp bảo đảm như Bộ luật Dân sự năm 2015 của Việt Nam.

Bộ luật Dân sự và thương mại Thái Lan ghi nhận thứ tự ưu tiên thanh toán khi xử lý một tài sản thế chấp để bảo đảm cho nhiều nghĩa vụ theo thời điểm đăng ký. Theo đó, Điều 730 Bộ luật này quy định: “khi một và cùng một tài sản được thế chấp cho nhiều người nhận thế chấp, thì họ được xếp thứ tự theo ngày và giờ đăng ký, và người nhận thế chấp sớm hơn sẽ được thoả mãn trước những người sau”. Quy định này có sự tương đồng với Bộ luật Dân sự Trung Quốc và Bộ luật Dân sự năm 2005 của Việt Nam. Tuy nhiên, điểm khác biệt của quy định này thể hiện ở chỗ nhà làm luật chỉ đưa ra một căn cứ để xác định thứ tự ưu tiên thanh toán đó là thứ tự đăng ký thế chấp.

Bộ luật Dân sự Nhật Bản ghi nhận hai căn cứ để xác định thứ tự ưu tiên đó là sự thoả thuận của các bên và thứ tự đăng ký hợp đồng thế chấp. Theo đó, Điều 373 Bộ luật này quy định: “Trong trường hợp có nhiều hợp đồng thế chấp được lập trên cùng một bất động sản để bảo đảm cho hai hay nhiều khoản nợ, thì thứ tự ưu tiên của các hợp đồng thế chấp được thực hiện theo thứ tự đăng ký các hợp đồng thế chấp đó. Thứ tự ưu tiên của các hợp đồng thế chấp có thể bị thay đổi theo thoả thuận của những người nhận thế chấp. Trong trường hợp có người liên quan đến tài sản thế chấp thì việc thay đổi thứ tự ưu tiên phải có sự đồng ý của người đó”. Quy định này có vừa có những điểm tương đồng với quy định trong Bộ luật Dân sự năm 2005 (thứ tự ưu tiên dựa theo thứ tự đăng ký, thoả thuận thay đổi thứ tự ưu tiên), vừa có điểm tương đồng với Bộ luật Dân sự năm 2015 (có thể thoả thuận thay đổi thứ tự ưu tiên) của Việt Nam. Ngoài ra, việc ghi nhận thứ tự ưu tiên dựa trên thứ tự đăng ký hợp đồng thế chấp cũng có sự tương đồng với Bộ luật Dân sự Trung Quốc và Bộ luật Dân sự và thương mại Thái Lan.

Xác định thứ tự ưu tiên thanh toán khi xử lý một tài sản bảo đảm cho nhiều nghĩa vụ là một vấn đề quan trọng và cần thiết. Do đó, pháp luật các quốc gia đều quy

¹⁹⁵ Xem Điều 414 Bộ luật dân sự Trung Quốc.

định cụ thể về vấn đề này. Mặc dù quy định của các quốc gia đều có đặc thù riêng nhưng thứ tự ưu tiên thanh toán đều dựa trên những căn cứ cụ thể. Điều này bảo đảm cho việc phân định quyền lợi của các bên cùng nhận bảo đảm một tài sản, hạn chế những tranh chấp có thể xảy ra. Đồng thời tạo cơ sở pháp lý rõ ràng để cơ quan nhà nước có thẩm quyền phân xử khi có tranh chấp về thứ tự ưu tiên xảy ra trên thực tế.

KẾT LUẬN CHƯƠNG 2

Những quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành về thế chấp đã bước đầu phù hợp với những thay đổi và nhu cầu của thực tiễn và tạo cơ sở pháp lý quan trọng cho các chủ thể xác lập các quan hệ thế chấp một cách an toàn, thuận lợi và hiệu quả. Tuy nhiên, các quy định của pháp luật hiện hành cũng bộc lộ nhiều bất cập khi chúng được vận dụng trong thực tiễn. Thông qua việc phân tích thực trạng pháp luật về thế chấp nhà ở, các vấn đề liên quan đến hợp đồng thế chấp nhà ở, đối tượng của thế chấp nhà ở, phạm vi bảo đảm, hiệu lực và xử lý tài sản thế chấp là nhà ở đã được làm rõ. Thời điểm phát sinh hiệu lực của hợp đồng thế chấp nhà ở và hiệu lực đối kháng của biện pháp thế chấp nhà ở chưa được pháp luật phân biệt rõ ràng. Tài sản hình thành trong tương lai, đặc biệt là các dự án hay căn hộ hình thành trong tương lai được pháp luật cho phép thế chấp nhưng các quy định để chuyển hóa chúng vào thực tế thì chưa đầy đủ. Pháp luật thực định mới chỉ quy định về việc xác định thứ tự ưu tiên giữa các bên nhận bảo đảm với nhau mà chưa quy định về quyền ưu tiên giữa bên nhận thế chấp với người thứ ba. Xuất phát từ việc không có sự thống nhất giữa các văn bản pháp luật như BLDS năm 2015, Luật Nhà ở năm 2014, Luật Đất đai năm 2013, Nghị định số 102/2017/NĐ-CP mà các vấn đề như nội dung của hợp đồng thế chấp nhà ở, hiệu lực của hợp đồng thế chấp nhà ở, việc xác định loại nhà ở thế chấp, điều kiện của nhà ở thế chấp tồn tại nhiều vấn đề cần làm rõ. Bên cạnh đó, việc học hỏi kinh nghiệm từ quy định của các quốc gia có những điểm tương đồng với pháp luật Việt Nam như Thái Lan, Nhật Bản, Pháp, Nga góp phần làm rõ và là một kênh gợi ý cho việc làm sáng tỏ các vấn đề xung quanh thực trạng pháp luật về thế chấp nhà ở tại Việt Nam.

Tất cả những bất cập được phân tích, bình luận và lý giải nêu trên nhằm tạo căn cứ cho những kiến nghị, giải pháp để hoàn thiện pháp luật sẽ được đề cập ở chương 3 của Luận án.

CHƯƠNG 3

THỰC TIỄN ÁP DỤNG PHÁP LUẬT VỀ THẾ CHẤP NHÀ Ở VÀ MỘT SỐ KIẾN NGHỊ, GIẢI PHÁP HOÀN THIỆN

3.1. Thực tiễn áp dụng pháp luật về thế chấp nhà ở

3.1.1. Khái quát thực tiễn về thế chấp nhà ở

Theo Báo cáo tổng kết công tác năm 2020 và nhiệm kỳ 2016 - 2020 của ngành Tòa án thực hiện tháng 12 năm 2020 cho thấy trong nhiệm kỳ, các Tòa án đã thụ lý 1.894.472 vụ việc; đã giải quyết, xét xử được 1.842.684 vụ việc, đạt tỷ lệ 97,3%, vượt chỉ tiêu Nghị quyết của Quốc hội đề ra (so với nhiệm kỳ trước, thụ lý tăng 523.966 vụ việc; giải quyết tăng 496.752 vụ việc). Trong đó, năm 2020, các Tòa án nhân dân đã thụ lý tổng số 471.581 vụ việc; đã giải quyết, xét xử được 419.793 vụ việc, đạt tỷ lệ 89,02% (so với năm 2019, số thụ lý giảm 25.189 vụ việc; giải quyết, xét xử tăng 32.365 vụ việc). Tỷ lệ các bản án, quyết định bị hủy là 0,64% (do nguyên nhân chủ quan 0,46%); bị sửa là 1,2% (do nguyên nhân chủ quan 0,6%). Trong đó, các Tòa án đã thụ lý 448.025 vụ việc dân sự; đã giải quyết 400.651 vụ việc dân sự, đạt tỷ lệ 89%. Cụ thể, các Tòa án đã thụ lý 176.154 vụ việc dân sự về hợp đồng; đã giải quyết 155.015 vụ việc dân sự về hợp đồng, đạt tỷ lệ 88%¹⁹⁶. Như vậy, số lượng các tranh chấp về hợp đồng được giải quyết tại Tòa án nhân dân tương đối cao. Mặc dù không có số liệu cụ thể về từng loại tranh chấp từng loại hợp đồng, song nghiên cứu thực tiễn áp dụng pháp luật về thế chấp nhà ở thông qua việc tiếp cận các bản án của Tòa án trong quá trình tìm hiểu thực tiễn cũng như các bản án của Tòa án các cấp được công khai trên trang congbobanan.toaan.gov.vn của Tòa án nhân dân tối cao, nghiên cứu sinh nhận thấy một số thực tiễn như sau:

Thứ nhất, thế chấp nhà ở thường gắn với thế chấp quyền sử dụng đất .

Trong các bản án mà nghiên cứu tiếp cận được thì hầu hết các trường hợp thế chấp nhà ở đều gắn liền với việc thế chấp quyền sử dụng đất. Thực tiễn này xuất phát bởi lý do nhà ở là một loại công trình xây dựng gắn liền với đất, việc chứng nhận quyền sở hữu nhà ở luôn được xác định trên giấy chứng nhận quyền sử dụng đất. Hơn nữa, hầu như người sử dụng đất cũng chính là người sở hữu nhà ở nên để bảo đảm sự thuận lợi trong giao kết và thực hiện hợp đồng thế chấp, các bên luôn lựa chọn việc thế

¹⁹⁶ Nguồn :

<https://www.toaan.gov.vn/webcenter/portal/tatc/chi-tiet-chi-dao-dieu-hanh?dDocName=TAND155594> (truy cập ngày 10/6/2022).

chấp đồng thời cả quyền sử dụng đất và quyền sở hữu nhà ở. Hơn nữa, khi thế chấp quyền sử dụng đất và thế chấp nhà ở thì hầu như quyền sử dụng đất luôn được coi là tài sản thế chấp chính trong hợp đồng thế chấp. Điều này xuất phát từ sự chênh lệch giá trị của quyền sử dụng đất và giá trị của nhà ở, trong đó khi định giá giá trị của tài sản thế chấp, quyền sử dụng đất luôn có giá trị cao hơn gấp nhiều lần giá trị của nhà ở. Hơn nữa, giá trị của quyền sử dụng đất mặc dù có thể có biến động, song sẽ luôn tăng theo thời gian, hoặc sẽ có tính ổn định trong suốt thời gian thế chấp nên sẽ bảo đảm độ an toàn pháp lý cao hơn cho bên nhận thế chấp. Trong khi đó, giá trị của nhà ở thường sẽ bị giảm sút theo thời gian sử dụng, mặc dù có thể biến động tăng nhưng hầu hết đều giảm sút giá trị so với thời điểm thế chấp.

Đối với các trường hợp thế chấp nhà ở mà không gắn liền với quyền sử dụng đất thì thông thường tài sản thế chấp chính là căn hộ chung cư hoặc căn hộ chung cư hình thành trong tương lai. Thường thì trong những trường hợp này, việc xác lập biện pháp thế chấp sẽ bị hạn chế hơn bởi sự biến động của giá trị nhà ở thế chấp hoặc khả năng hình thành của nhà ở thế chấp là nhà ở hình thành trong tương lai. Đặc biệt, đối với nhà ở hình thành trong tương lai thì bên thế chấp chỉ được thế chấp tại tổ chức tín dụng và chỉ được dùng để bảo đảm cho việc thanh toán tiền vay để xây dựng hoặc mua chính nhà chung cư đó.

Thứ hai, thế chấp nhà ở thường được xác lập để bảo đảm cho nghĩa vụ trả nợ đối với tổ chức tín dụng.

Theo quy định tại Điều 144 Luật nhà ở năm 2014 thì chỉ có pháp nhân mới bị giới hạn trong việc lựa chọn chủ thể để xác lập quan hệ thế chấp nhà ở. Đối với cá nhân thì hoàn toàn có thể thế chấp nhà ở cho tổ chức tín dụng, tổ chức kinh tế hoặc cá nhân khác. Tuy nhiên, nhà ở là một loại tài sản lớn, thậm chí là lớn nhất và có giá trị nhất trong cuộc đời của nhiều người. Do đó, hầu như chỉ khi nào cần đến một lượng tài chính lớn và cấp thiết thì chủ sở hữu nhà ở mới dùng nhà ở để thế chấp bảo đảm cho khoản vay đó. Song, thực tế thì không phải chủ thể nào cũng có thể có khả năng về tài chính để có thể đáp ứng được nhu cầu của chủ sở hữu nhà ở. Chính vì vậy, việc lựa chọn tổ chức tín dụng để vay và thế chấp nhà ở luôn là lựa chọn hàng đầu của các chủ sở hữu nhà ở. Đây chính là nguyên nhân dẫn đến thực tế việc thế chấp nhà ở thường để nhằm bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ đối với tổ chức tín dụng.

Thứ ba, tranh chấp về thế chấp nhà ở thường gắn liền với tranh chấp về hợp

đồng tín dụng.

Xuất phát từ thực tiễn việc thế chấp nhà ở thường để bảo đảm việc thực hiện hợp đồng tín dụng, nên việc phát sinh tranh chấp về thế chấp nhà ở hầu hết đều gắn liền với tranh chấp về hợp đồng tín dụng. Trong đó, các tranh chấp chủ yếu liên quan đến việc chậm thực hiện nghĩa vụ thanh toán nợ gốc và lãi dẫn đến yêu cầu của bên nhận thế chấp thường là buộc trả nợ hoặc xử lý nhà ở thế chấp. Ngoài ra, tranh chấp về thế chấp nhà ở cũng liên quan đến người thứ ba trong việc công nhận hợp đồng mua bán nhà ở thế chấp hoặc yêu cầu tuyên bố hợp đồng thế chấp nhà ở vô hiệu.

Thứ tư, việc xử lý nhà ở thế chấp chủ yếu xuất phát từ việc vi phạm nghĩa vụ.

Mặc dù theo quy định của pháp luật, bên nhận thế chấp nhà ở có quyền được xử lý tài sản bảo đảm trong nhiều trường hợp khác nhau. Trong đó có những trường hợp chưa đến hạn thực hiện nghĩa vụ và cũng chưa có sự vi phạm nghĩa vụ xảy ra. Tuy nhiên, nghiên cứu thực tiễn các vụ việc xảy ra trên thực tế, nghiên cứu sinh nhận thấy rằng hầu hết các tranh chấp dẫn đến việc xử lý nhà ở thế chấp đều xuất phát từ việc vi phạm nghĩa vụ của bên có nghĩa vụ.

3.1.2. Một số hạn chế, bất cập trong quá trình giải quyết tranh chấp

Cũng theo Báo cáo tổng kết công tác năm 2020 và nhiệm kỳ 2016 - 2020 của ngành Tòa án thực hiện tháng 12 năm 2020 cho thấy việc giải quyết các vụ việc dân sự về cơ bản đảm bảo đúng pháp luật, bảo vệ kịp thời quyền và lợi ích chính đáng của các bên đương sự. Tuy nhiên, qua việc nghiên cứu các bản án có liên quan đến thế chấp nhà ở, nghiên cứu sinh nhận thấy còn một số điểm hạn chế, bất cập như sau:

Thứ nhất, trên thực tế còn tồn tại nhiều bất cập xung quanh việc thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai. Bất cập này xuất phát từ việc không thống nhất giữa Bộ luật dân sự và Luật nhà ở về tài sản hình thành trong tương lai nói chung, nhà ở hình thành trong tương lai nói riêng. Nhà ở là một loại tài sản theo quy định tại Điều 105 Bộ luật dân sự năm 2015. Đồng thời, theo quy định tại Điều 108 Bộ luật này thì nhà ở hình thành trong tương lai bao gồm hai loại đó là nhà ở chưa hình thành và đang trong quá trình tạo lập, nhà ở đã hình thành nhưng chủ sở hữu chưa được cấp giấy chứng nhận tại thời điểm xác lập giao dịch. Trong khi đó, theo quy định tại Điều 3 Luật nhà ở năm 2014 thì nhà ở hình thành trong tương lai chỉ bao gồm một loại đó là nhà ở đang trong quá trình đầu tư xây dựng và chưa được nghiệm thu đưa vào sử dụng¹⁹⁷. Ngoài

¹⁹⁷ Xem khoản 19 Điều 3 Luật nhà ở năm 2015.

ra, theo quy định tại khoản 2 Điều 148 Luật nhà ở năm 2014 thì việc thế chấp thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai chỉ được thực hiện theo quy định tại Luật này; các trường hợp thế chấp tài sản là nhà ở hình thành trong tương lai không đúng với quy định tại Luật này thì không có giá trị pháp lý. Do đó, nhà ở hình thành trong tương lai cần xác định rõ ràng rằng để đem vào thế chấp chỉ có thể là nhà ở đang trong quá trình xây dựng.

Quy định này dẫn đến một thực tiễn rằng những loại nhà ở đã hoàn thành việc đầu tư xây dựng và đã đưa vào sử dụng nhưng chủ sở hữu chưa được cấp Giấy chứng nhận thì không phải là nhà ở hình thành trong tương lai. Theo đó, sẽ không thể áp dụng quy chế của thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai. Nếu áp dụng quy định về thế chấp nhà ở có sẵn thì sẽ không đủ điều kiện vì nhà ở có sẵn dùng để thế chấp thì phải có Giấy chứng nhận. Đặc biệt, đối với các trường hợp bên mua nhà muốn vay vốn ngân hàng để thanh toán khoản tiền mua nhà ở còn thiếu thì không thể thế chấp chính ngôi nhà đó, mặc dù về mặt pháp lý thì bên mua đã trở thành chủ sở hữu nhà ở khi hợp đồng đã được công chứng, chứng thực và các bên đã bàn giao nhà. Song, thực tiễn các bên lại lựa chọn cách “lách luật” để thế chấp “quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng mua bán nhà ở” để bảo đảm cho nghĩa vụ trả nợ. Điều này đặt ra nhiều vấn đề khó khăn trên thực tế khó giải quyết. Trường hợp bên vay không trả được tiền thì tài sản bảo đảm bị xử lý sẽ là quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng mua bán nhà ở hay chính là nhà ở đó. Hơn nữa, trường hợp bên vay đã được cấp giấy chứng nhận thì việc thế chấp quyền tài sản có đương nhiên trở thành thế chấp nhà ở hay không? Đó là những vấn đề thường xảy ra liên quan đến thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai.

Ví dụ: trong Bản án số 28/2021/DS -ST ngày 19/11/2021 của Tòa án nhân dân quận Hoàn Kiếm xét xử tranh chấp về hợp đồng tín dụng và thế chấp quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng mua bán nhà ở. Ngày 17/3/2015 Ngân hàng TMCP Việt Nam Thịnh Vượng – chi nhánh Hà Nội đã ký kết Hợp đồng tín dụng số 3063238 và đã cho ông Hà, bà Phượng vay số tiền là 3.120.000.000 đồng (ba tỷ một trăm hai mươi triệu đồng). Để đảm bảo cho khoản vay trên, Ngân hàng và ông Hà, bà Phượng đã ký kết Hợp đồng thế chấp quyền tài sản ngày 17/3/2015. Tại Điều 1 của Hợp đồng quy định: Ông Hà và bà Phượng thế chấp cho Ngân hàng tất cả quyền tài sản thuộc sở hữu của bên thế chấp phát sinh từ Hợp đồng mua bán căn hộ chung cư số R60909 số 72A Nguyễn Trãi, quận Thanh Xuân, Hà Nội; Diện tích sử dụng căn hộ là 84,6 m². Sau đó,

bên vay không trả được nợ nên bên cho vay là Ngân hàng TMCP Việt Nam Thịnh Vượng - chi nhánh Hà Nội đã làm đơn khởi kiện buộc trả nợ gốc và lãi. Trường hợp không trả được nợ thì sẽ phát mại tài sản thế chấp nhà căn hộ chung cư số R60909 số 72A Nguyễn Trãi, phường Thượng Đình, quận Thanh Xuân, Hà Nội. Trong quá trình giải quyết vụ việc, Toà án nhân dân quận Hoàn Kiếm cũng nhận định tài sản thế chấp là quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng mua bán nhà ở. Tuy nhiên, trong phán quyết Toà án lại xác định rằng “Trường hợp ông Hà, bà Phượng không trả hoặc trả không đủ cho Ngân hàng số tiền trên thì Ngân hàng có quyền yêu cầu cơ quan Thi hành án dân sự tiến hành kê biên, phát mại tài sản bảo đảm là căn hộ chung cư số 0909 tầng 9 tòa nhà chung cư R6 tại số 72A đường Nguyễn Trãi, phường Thượng Đình, quận Thanh Xuân, Hà Nội theo Hợp đồng thế chấp quyền tài sản ngày 17/3/2015 để thu hồi nợ”.

Vấn đề đặt ra là trong suốt quá trình thực hiện hợp đồng vay và hợp đồng thế chấp, các bên không có bất cứ thoả thuận nào về việc thay đổi tài sản thế chấp từ quyền tài sản sang căn hộ chung cư (vật). Mặc dù Toà án nhận định việc thế chấp quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng mua bán nhà ở là hoàn toàn phù hợp với quy định của pháp luật. Song lại đưa ra phán quyết khẳng định tài sản thế chấp có thể bị phát mại lại là căn hộ chung cư mà không phải là quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng mua bán nhà ở việc đưa ra phán quyết đó không dựa trên bất cứ cơ sở pháp lý nào. Sự bất cập này một phần nguyên nhân là do quy định về nhà ở hình thành trong tương lai trong Luật nhà ở không thực sự phù hợp như nghiên cứu sinh đã phân tích ở chương 2. Ngoài ra, cũng do không có sự tách bạch rõ ràng nghĩa của các thuật ngữ “quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng mua bán căn hộ chung cư” và “căn hộ chung cư”, dẫn đến việc mâu thuẫn giữa nhận định và phán quyết.

Thứ hai, trong hầu hết các trường hợp, việc thế chấp nhà ở thường gắn liền với việc thế chấp quyền sử dụng đất. Điều này dẫn đến một số điểm bất cập, đặc biệt là việc xác định thời điểm có hiệu lực của hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất và thế chấp nhà ở. Theo quy định tại Điều 188 Luật đất đai năm 2013 thì việc thế chấp quyền sử dụng đất có hiệu lực từ thời điểm đăng ký. Trong khi đó, theo quy định tại Điều 122 Luật nhà ở năm 2014 thì hợp đồng thế chấp nhà ở lại phát sinh hiệu lực từ thời điểm công chứng, chứng thực hợp đồng. Sự mâu thuẫn giữa hai quy định về thời điểm có hiệu lực của hợp đồng thế chấp hai loại tài sản khác nhau này dẫn đến thực tiễn Toà án

thường xác định gộp thời điểm có hiệu lực của hợp đồng thế chấp hai loại tài sản này vào cùng một thời điểm.

Ví dụ: tại bản án dân sự sơ thẩm số 02/2022/DS -ST ngày 13/01/2022 của Tòa án nhân dân quận Hoàn Kiếm về việc xét xử tranh chấp hợp đồng tín dụng giữa nguyên đơn là Ngân hàng TMCP Đại Chúng Việt Nam và bị đơn là Bà Lê Thu Phương, sinh năm 1974 và ông Khiếu Văn Thụ, sinh năm 1974. Theo nội dung vụ việc thì ngày 23/11/2017 Ngân hàng TMCP Đại Chúng Việt Nam – chi nhánh Hà Nội đã ký kết Hợp đồng cho vay dài hạn số 634/2017/HĐTD/PVB-TLM và đã cho ông Thụ, bà Phương vay số tiền là 7.420.000.000 đồng (Bảy tỷ bốn trăm hai mươi triệu đồng). Để đảm bảo cho khoản vay trên, Ngân hàng và ông Thụ, bà Phương đã ký kết Hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền với đất (cụ thể là nhà ở xây dựng trên đất) số 634/2017/HĐBĐ/PVB- TLM ngày 23/11/2017. Hợp đồng thế chấp này được ký kết ngày 23/11/2017 tại Văn phòng công chứng Tạ Hiền (số 14 Láng Hạ, quận Ba Đình, Hà Nội) và đã được đăng ký giao dịch bảo đảm tại Văn phòng đăng ký đất đai Hà Nội – chi nhánh quận Hoàng Mai ngày 24/11/2017. Trong phán quyết cuối cùng, Hội đồng xét xử đã xác định Hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền với đất số 634/2017/HĐBĐ/PVB-TLM ngày 23/11/2017 ký giữa ông Thụ, bà Phương và đại diện Ngân hàng TMCP Đại Chúng Việt Nam là hợp pháp, phát sinh hiệu lực kể từ ngày 24/11/2017.

Trong vụ việc này, tài sản thế chấp bao gồm nhà ở và quyền sử dụng đất. Theo quy định thì hợp đồng thế chấp nhà ở phát sinh hiệu lực từ thời điểm được công chứng, chứng thực (Điều 122 Luật nhà ở năm 2014 và Điều 5 Luật công chứng năm 2014). Trong khi đó hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất phát sinh hiệu lực từ thời điểm đăng ký theo quy định của Luật đất đai năm 2013. Nếu dựa trên các quy định này thì phải xác định có hai thời điểm phát sinh hiệu lực của hợp đồng thế chấp này. Đó là thời điểm công chứng vào ngày 23/11/2017 đối với việc thế chấp nhà ở và thời điểm đăng ký biện pháp bảo đảm vào ngày 24/11/2017 đối với việc thế chấp quyền sử dụng đất. Nếu xét cả về mặt lý luận và pháp lý thì nhà ở và quyền sử dụng đất là hai loại tài sản khác nhau và độc lập với nhau. Nên việc xác định hai thời điểm phát sinh hiệu lực của hợp đồng thế chấp tương ứng với từng loại tài sản theo quy định của pháp luật là hoàn toàn phù hợp. Tuy nhiên, việc xác định như vậy sẽ không thực sự có ý nghĩa trong thực tế, nên việc Tòa án xác định thời điểm phát sinh hiệu lực ở cùng một thời

điểm cũng là phù hợp với thực tiễn giao dịch. Tuy vậy, việc xác định cùng một thời điểm như trong vụ việc này vẫn là vấn đề còn gây ra những “lấn cấn” cho nhiều chủ thể. Nguyên nhân của vấn đề này chính là việc không thống nhất trong quy định của pháp luật về thời điểm có hiệu lực của hợp đồng. Để khắc phục tình trạng này, nhà làm luật cần phải ghi nhận thống nhất một thời điểm có hiệu lực của hợp đồng thế chấp trong trường hợp các bên thế chấp nhiều tài sản khác nhau.

Thứ ba, trong một số trường hợp, toà án giải quyết vượt quá yêu cầu của đương sự, mặc dù không dẫn đến hậu quả bất lợi cho các bên nhưng không phù hợp với quy định của pháp luật. Minh chứng cho thực tiễn này có thể dẫn chiếu bản án số 61/2021/DS-ST ngày 23/11/2021 của Toà án nhân dân huyện Lai Vung, tỉnh Đồng Tháp xét xử tranh chấp về hợp đồng tín dụng và hợp đồng thế chấp.

Về diễn biến nội dung vụ việc: Ngày 08/3/2019 Quỹ tín dụng nhân dân P cho bà Lê Thị B vay số tiền 330.000.000 đồng theo Hợp đồng tín dụng số 1.904928/HĐTD, ngày 08/3/2019. Lãi suất vay là 12,300%/năm; thời hạn vay 12 tháng, hạn trả cuối cùng là ngày 08/3/2020. Khi vay bà Lê Thị B có thế chấp quyền sử dụng đất và quyền sở hữu nhà ở cấp 4 theo Hợp đồng thế chấp số 18/HĐTC ngày 07/3/2019. Trong quá trình thực hiện hợp đồng bên vay là bà Lê Thị B khi đến hạn thanh toán vốn và lãi mà không thực hiện cho Quỹ tín dụng nhân dân P. Ngày 01/9/2020 bà Lê Thị B chết, những người kế thừa quyền và nghĩa vụ của bà Lê Thị B gồm: Ông Hà Văn T, Hà Văn Th, Hà Văn N, Hà Thị Bích N. Quỹ tín dụng nhân dân P yêu cầu những người kế thừa quyền và nghĩa vụ của bà Lê Thị B gồm: Ông Hà Văn T, Hà Văn Th, Hà Văn N, Hà Thị Bích N liên đới trả cho Quỹ tín dụng nhân dân P số tiền vốn vay là 330.000.000 đồng, tiền lãi tính từ ngày 08/3/2019 cho đến tạm tính ngày 20/01/2021 là 93.190.200 đồng, tổng cộng vốn và lãi là 423.190.200 đồng và tiếp tục trả lãi phát sinh từ ngày 21/01/2021 cho đến khi trả xong nợ. Trường hợp Ông Hà Văn T, Hà Văn Th, Hà Văn N, Hà Thị Bích N không trả nợ thì yêu cầu xử lý tài sản thế chấp theo Hợp đồng thế chấp số 18/HĐTC ngày 07/3/2019 để thu hồi nợ.

Trước yêu cầu của nguyên đơn, Hội đồng xét xử đã ra phán quyết theo hướng: (i) Buộc ông Hà Văn T, Hà Văn Th, Hà Văn N và Hà Thị Bích N cùng có trách nhiệm liên đới trả cho Quỹ tín dụng nhân dân P số tiền vốn vay 330.000.000 đồng, tiền lãi tạm tính đến ngày 20/01/2021 là 93.190.200 đồng, tổng cộng vốn và lãi là 423.190.200 đồng và tiếp tục trả lãi phát sinh từ ngày 21/01/2021 cho đến khi trả hết nợ xong. Ngay

khi ông Hà Văn T, Hà Văn Th, Hà Văn N và Hà Thị Bích N trả hết nợ gốc và lãi cho Quỹ tín dụng nhân dân P, thì Quỹ tín dụng nhân dân P có trách nhiệm trả lại các loại giấy tờ, tài sản thế chấp bản chính theo Hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền với đất số 18/HĐTC được ký ngày 07/3/2019, chứng thực tại Ủy ban nhân dân xã P, huyện L, tỉnh Đ; (ii) Công nhận Hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền với đất số 18/HĐTC được ký ngày 07/3/2019, chứng thực ngày 07/3/2019 tại Ủy ban nhân dân xã P, huyện L, tỉnh Đ có hiệu lực. Nếu ông Hà Văn T, Hà Văn Th, Hà Văn N và Hà Thị Bích N thanh toán không đủ hoặc không thực hiện việc trả nợ thì Quỹ tín dụng có quyền yêu cầu Cơ quan Thi hành án phát mại các tài sản thế chấp để thu hồi nợ theo giá trị bảo đảm của Hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền với đất số 18/HĐTC được ký ngày 07/3/2019, chứng thực ngày 07/3/2019 tại Ủy ban nhân dân xã P, huyện L, tỉnh Đ.

Nhận xét điểm chưa phù hợp trong phán quyết của Hội đồng xét xử: Theo nội dung vụ việc thì nguyên đơn chỉ đưa ra yêu cầu Hội đồng xét xử buộc bị đơn phải thực hiện nghĩa vụ trả nợ thay cho bên vay đã chết vì bị đơn là người thừa kế. Nếu không trả nợ được thì đề nghị xử lý tài sản thế chấp là quyền sử dụng đất và quyền sở hữu nhà ở. Tuy nhiên, ngoài việc tuyên xử buộc bị đơn phải trả nợ thì toà án lại đưa ra phán quyết công nhận hiệu lực của hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất và quyền sở hữu nhà ở. Việc đưa ra phán quyết về việc công nhận hiệu lực của hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất và quyền sở hữu nhà ở là không phù hợp bởi vì:

Một là, trong yêu cầu đưa ra nguyên đơn không đề nghị Hội đồng xét xử công nhận hiệu lực của hợp đồng. Do đó, việc đưa ra phán quyết này là vượt quá yêu cầu của nguyên đơn nên không phù hợp với nguyên tắc quyền tự định đoạt của đương sự tại Điều 5 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015. Mặc dù việc đưa ra phán quyết này không gây ảnh hưởng đến quyền và lợi ích hợp pháp của nguyên đơn và bị đơn, song nó thể hiện việc hiểu và vận dụng pháp luật không phù hợp.

Hai là, Bộ luật dân sự năm 2015 và Luật nhà ở năm 2014 không đưa ra quy định chung về việc công nhận hiệu lực của hợp đồng thế chấp, ngoại trừ trường hợp hợp đồng thế chấp vi phạm quy định bắt buộc về hình thức nhưng thuộc Điều 129 Bộ luật dân sự năm 2015. Theo đó, các hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất và thế chấp nhà ở đã đáp ứng đầy đủ điều kiện có hiệu lực thì sẽ phát sinh hiệu lực ở thời điểm luật định. Việc Hội đồng xét xử đưa ra phán quyết công nhận hiệu lực của hợp đồng khiến

cho các quy định về thời điểm có hiệu lực của hợp đồng, đặc biệt là quy định về thời điểm có hiệu lực của hợp đồng thế chấp nhà ở bị mất đi giá trị.

Một ví dụ khác cho thực tiễn này cũng được thể hiện ngay trong bản án dân sự sơ thẩm số 02/2022/DS-ST ngày 13/01/2022 của Tòa án nhân dân quận Hoàn Kiếm về việc xét xử tranh chấp hợp đồng tín dụng giữa nguyên đơn là Ngân hàng TMCP Đại Chúng Việt Nam và bị đơn là Bà Lê Thu Phương, sinh năm 1974 và ông Khiếu Văn Thụ, sinh năm 1974 mà nghiên cứu sinh mô tả ở trên. Trong vụ việc này, mặc dù đương sự không yêu cầu tòa án công nhận hiệu lực của hợp đồng thế chấp nhà ở và quyền sử dụng đất, song trong phán quyết của mình tòa án vẫn xác định thời điểm có hiệu lực của hợp đồng thế chấp. Trong vụ việc này, tài sản thế chấp bao gồm cả nhà ở và quyền sử dụng đất, nên việc xác định hợp đồng có hiệu lực vào thời điểm đăng ký vô hình chung lại thể hiện sự không phù hợp với quy định của pháp luật về thời điểm có hiệu lực của hợp đồng thế chấp nhà ở là thời điểm công chứng, chứng thực hợp đồng.

Thứ tư, trong thực tiễn xét xử các tranh chấp có liên quan đến thế chấp tài sản nói chung, thế chấp nhà ở nói riêng, một số Tòa án còn có sự nhầm lẫn giữa thế chấp để bảo đảm cho nghĩa vụ hình thành trong tương lai với việc dùng một tài sản thế chấp để bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ với nhiều người.

Ví dụ: trong vụ tranh chấp giữa Nguyên đơn: Bà Lê Thị C, anh Trần Khắc C, anh Trần Khắc V và bị đơn là Ngân hàng TMCP S liên quan đến yêu cầu tuyên bố hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất và thế chấp nhà ở vô hiệu. Vụ việc đã được giải quyết thông qua hai cấp xét xử, bằng bản án dân sự sơ thẩm số 36/2018/DS-ST ngày 15 tháng 11 năm 2018 của Tòa án nhân dân thành phố Vinh và bản án dân sự phúc thẩm số 45/2019/DS-PT ngày 12/08/2019 của TAND tỉnh Nghệ An¹⁹⁸.

Về nội dung vụ việc có thể tóm tắt như sau:

Ngày 03/04/2010 Ngân hàng có ký hợp đồng tín dụng số 71/2010/HĐTDNH-PN/SHBNA/QB cho Công ty cổ phần xây dựng G vay số tiền 1.200.000.000đ, thời hạn vay 12 tháng. Cùng ngày, Ngân hàng ký hợp đồng thế chấp số 71/2010/HĐTC/SHBNA/QB với bà Lê Thị C, anh Trần Khắc V, anh Trần Khắc C về tài sản đảm bảo cho khoản vay là quyền sử dụng đất và tài sản trên đất của thửa đất số 112, tờ bản đồ số 12, đã cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất số U794451 do

¹⁹⁸ <https://congbobanan.toaan.gov.vn/2ta346428t1cvn/chi-tiet-ban-an> (truy cập ngày 11/6/2022)

UBND thành phố V cấp ngày 08/10/2002 đứng tên bà Lê Thị C tại khối 9, phường H, thành phố V, tỉnh Nghệ An. Đại diện Ngân hàng xác nhận khoản vay này Công ty đã tất toán vào ngày 30/3/2011. Tại Điều 1 của hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền với đất số 71/2010/HĐTC/SHBNA/QB ngày 03/4/2010, có quy định: “Nghĩa vụ được bảo đảm là nghĩa vụ trả nợ của bên C quy định tại Hợp đồng tín dụng số 71/HĐTD/TDH- DN/SHB NA/QB và các Hợp đồng tín dụng, Hợp đồng cấp bảo lãnh sẽ ký giữa bên C và bên A...”. Chính vì vậy, ngoài khoản vay theo hợp đồng tín dụng số 71/2010/HĐTDNH-PN/SHBNA/QB, ngân hàng còn giải ngân cho bên công ty G vay nhiều lần và đều đã tất toán.

Tuy nhiên, ngày 04/02/2013, Ngân hàng lại tiếp tục ký hợp đồng tín dụng số 888/2013/HĐHM-DN/SHB NA/QB cho Công ty vay số tiền 7.000.000.000đ, thời hạn vay 12 tháng. Ngân hàng đã giải ngân theo hai khế ước nhận nợ số 06.888/2013/SHB/QB ngày 13/11/2013 và khế nhận nợ số 07.888/2012/SHB NA/QB ngày 21/4/2014, tổng số tiền của hai khế ước nhận nợ là 6.900.000.000đ. Tài sản đảm bảo cho khoản vay này gồm nhiều tài sản, trong đó có tài sản đảm bảo theo Hợp đồng thế chấp số 71/2010/HĐTC/SHBNA/QB ngày 03/4/2010 (nhà và đất của bà C, anh C, anh V). Hợp đồng tín dụng này Công ty chưa thanh toán khoản vay cho Ngân hàng.

Nay bà C, anh V, anh C cho rằng tài sản của gia đình bà đảm bảo cho khoản vay của Hợp đồng tín dụng ngắn hạn số 888/2013/HĐHM-PN/SHB NA/QB ngày 04/02/2013 là không đúng và bà C, anh V, anh C yêu cầu Tòa án tuyên vô hiệu đối với hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền với đất số 71 ngày 03/4/2010. Buộc Ngân hàng trả lại Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất cho gia đình bà C.

Trước yêu cầu này, Tòa án nhân dân thành phố Vinh đã tuyên bố Hợp đồng thế chấp tài sản số 71/2010/HĐTC/SHBNA/QB ngày 03/4/2010 được ký kết giữa bên nhận thế chấp Ngân hàng TMCP S, chi nhánh Nghệ An, PGD Quán Bàu với bên thế chấp là bà Lê Thị C, anh Trần Khắc C, anh Trần Khắc V; bên vay vốn là Công ty cổ phần xây dựng G để đảm bảo nghĩa vụ trả nợ tại Hợp đồng cấp hạn mức tín dụng số 888/2013/HĐHM-PN/SHB NA/QB ngày 04/02/2013 là vô hiệu.

Sau khi ngân hàng kháng cáo với lập luận rằng vì Điều 1 của hợp đồng tín dụng số 71 đã xác định phạm vi bảo đảm “là nghĩa vụ trả nợ của bên C quy định tại Hợp đồng tín dụng số 71/HĐTD/TDH- DN/SHB NA/QB và các Hợp đồng tín dụng, Hợp đồng cấp bảo lãnh sẽ ký giữa bên C và bên A...”. Chính vì vậy, Ngân hàng cho rằng

tài sản thế chấp của gia đình bà C có nghĩa vụ bảo đảm tất cả các khoản nợ phát sinh giữa Công ty và Ngân hàng trước và sau khi ký hợp đồng tín dụng số 71/2010/HĐTC/SHBNA/QB mà không cần phải ký phụ lục hợp đồng thế chấp và đăng ký giao dịch bảo đảm mới.

Tuy nhiên, Toà án nhân dân tỉnh Nghệ An khi xét xử đã nhận định quan điểm của Ngân hàng đưa ra như vậy là chưa đúng với qui định của pháp luật, theo qui định tại khoản 2 Điều 324 Bộ luật dân sự năm 2005: “Trong trường hợp một tài sản được đảm bảo thực hiện nhiều nghĩa vụ thì bên bảo đảm phải thông báo cho bên nhận bảo đảm sau biết về việc tài sản bảo đảm được dùng để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ khác; mỗi lần bảo đảm phải được lập thành văn bản” và khoản 1 Điều 44 Luật công chứng năm 2006: “1. Việc sửa đổi, bổ sung hủy bỏ hợp đồng giao dịch đã được công chứng chỉ được thực hiện khi có sự thỏa thuận, cam kết bằng văn bản của tất cả những người đã tham gia hợp đồng, giao dịch đó và phải được công chứng” thì việc bị đơn tiếp tục thực hiện dùng tài sản bảo đảm của nguyên đơn để bảo đảm nghĩa vụ trả nợ của Công ty tại hợp đồng tín dụng 888/2013/HĐHM-PN/SHB NA/QB ngày 04/02/2013 nhưng không có ý kiến của bà C, anh C, anh V, Ngân hàng và Công ty cổ phần xây dựng G cũng không thông báo cho bà C, anh C, anh V về việc tài sản gia đình bà bảo lãnh cho Hợp đồng tín dụng 888/2013 trên đây và không tiến hành đăng ký giao dịch bảo đảm là vi phạm quy định tại Điều 12 Nghị định số 163/2006/NĐ-CP ngày 29/12/2006 của Chính phủ về giao dịch bảo đảm và Điều 3 Nghị định số 83/2010/NĐ-CP ngày 23/12/2010 của Chính phủ về đăng ký giao dịch bảo đảm và không đúng qui định của Điều 324 BLDS 2005 và Điều 44 Luật công chứng năm 2006.

Từ nhận định này mà Toà án nhân dân tỉnh Nghệ An đã ra bản án dân sự phúc thẩm 45/2019/DS-PT ngày 12/08/2019, trong đó khẳng định rằng có cơ sở xác định Hợp đồng thế chấp số 71/2010/HĐTC/SHBNA/QB ngày 03/4/2010 để bảo đảm cho nghĩa vụ trả nợ của bên vay là Công ty cổ phần xây dựng G tại hợp đồng tín dụng số 888/2013/HĐHM- PN/SHB NA/QB ngày 04/02/2013 là vô hiệu. Do đó, không có căn cứ để chấp nhận yêu cầu kháng cáo của bị đơn Ngân hàng TMCP S, cần giữ nguyên bản án sơ thẩm.

Nghiên cứu sinh cho rằng phán quyết của cả hai cấp toà đối với vụ việc này đều không phù hợp ở hai nội dung như sau: (1) Không có căn cứ để tuyên hợp đồng vô hiệu do hợp đồng thế chấp trên không vi phạm các điều kiện có hiệu lực của hợp

đồng¹⁹⁹ và (2) nội dung trong hợp đồng thế chấp nhà ở này là việc bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ hình thành trong tương lai, không phải việc bảo đảm thực hiện nghĩa vụ đối với nhiều người. Theo quy định tại khoản 3 Điều 293 Bộ luật dân sự năm 2015 thì trường hợp bảo đảm nghĩa vụ trong tương lai thì nghĩa vụ được hình thành trong thời hạn bảo đảm là nghĩa vụ được bảo đảm. Trước đó, Bộ luật dân sự năm 2015 cũng cho phép các bên thoả thuận về việc xác lập biện pháp bảo đảm cho nghĩa vụ hình thành trong tương lai²⁰⁰. Điều này giải thích ra là các bên có thể thoả thuận thế chấp nhà ở để bảo đảm cho nghĩa vụ phát sinh giữa bên có nghĩa vụ với bên nhận thế chấp trong suốt thời hạn của thế chấp nhà ở, tức là trong thời hạn thế chấp có bao nhiêu nghĩa vụ phát sinh thì bấy nhiêu nghĩa vụ đều thuộc phạm vi bảo đảm. Chính vì vậy, nghĩa vụ trả nợ của công ty G với Ngân hàng S theo hợp đồng tín dụng số 888 cũng thuộc phạm vi bảo đảm và chính là nghĩa vụ hình thành trong tương lai. Vì vậy không có cơ sở để tuyên bố hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất và thế chấp nhà ở là vô hiệu. Hơn nữa, trong nhận định của mình, Toà án cấp phúc thẩm đã viện dẫn quy định tại khoản 2 Điều 324 Bộ luật dân sự năm 2005 về việc dùng một tài sản để bảo đảm cho nhiều nghĩa vụ với nhiều bên nhận bảo đảm để bác bỏ quan điểm của ngân hàng S liên quan đến việc dùng một tài sản để bảo đảm cho nghĩa vụ hình thành trong tương lai đối với một bên nhận bảo đảm là không phù hợp.

Thứ năm, một trong những nội dung dễ dẫn đến sự bất cập trong quá trình áp dụng pháp luật đó là vấn đề xác định giá trị của việc đăng ký biện pháp bảo đảm (trong Bộ luật dân sự năm 2005 là đăng ký giao dịch bảo đảm) đối với hiệu lực của hợp đồng thế chấp nhà ở. Trong nội dung chương 2 của luận án, nghiên cứu sinh đã phân tích cụ thể các quan điểm trái chiều liên quan đến giá trị của việc đăng ký biện pháp bảo đảm, và đã đưa ra quan điểm cá nhân liên quan đến giá trị của việc đăng ký biện pháp bảo đảm là để nhằm xác định hiệu lực đối kháng với người thứ ba của biện pháp bảo đảm. Tuy nhiên, cho đến thời điểm hiện nay, pháp luật vẫn chưa xác định rõ ràng giá trị của việc đăng ký này, dẫn đến việc luận giải và áp dụng pháp luật không phù hợp.

Ví dụ: trong vụ tranh chấp giữa nguyên đơn là ông Nguyễn Minh T, bà Trần Thị Thanh H với bị đơn là ông Tăng Văn G, bà Vũ Thị N liên quan đến tranh chấp về yêu

¹⁹⁹ Theo quy định của BLDS 2005 và BLDS 2015 Hợp đồng vô hiệu khi vi phạm các điều kiện của hợp đồng bao gồm (1) năng lực chủ thể, (2) sự tự nguyện, (3) nội dung và mục đích vi phạm điều cấm, trái đạo đức xã hội, (4) hình thức (BLDS 2015 xem hình thức là điều kiện có hiệu lực khi có quy định), việc xác định phạm vi bảo đảm không ảnh hưởng đến điều kiện có hiệu lực của hợp đồng thế chấp nhà ở.

²⁰⁰ Xem khoản 2 Điều 319 Bộ luật dân sự năm 2005.

cầu hợp đồng thế chấp bảo lãnh quyền sử dụng đất vô hiệu. Tranh chấp này đã được giải quyết thông qua hai cấp toà bằng hai bản án đó là Bản án dân sự sơ thẩm số 35/2018/DS-ST ngày 15-8-2018 của Tòa án nhân dân huyện T, tỉnh Sóc Trăng và bản án dân sự phúc thẩm số 167/2018/DS-PT ngày 28/11/2018 của TAND tỉnh Sóc Trăng²⁰¹.

Về tóm tắt nội dung vụ việc: Ông T, bà H đưa cho ông G 03 giấy chứng nhận quyền sử dụng đất số D0765084 ngày 23-11-1994; số D0765081 ngày 23-11-1994 và số AK 004144 ngày 21-01-2008 do Ủy ban nhân dân huyện K cấp để làm thủ tục thế chấp vay tiền. Vào ngày 25-5-2009, Ngân hàng với ông T, bà H, ông G có ký kết Hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền trên đất của bên thứ ba số 370/09/HĐTC với nội dung ông T, bà H thế chấp quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền với đất để bảo lãnh cho khoản vay của ông G tại hợp đồng tín dụng số 370.06/09/HĐTD ngày 25-5-2009. Ngày 15-6-2011 hợp đồng 370 đáo hạn, Ngân hàng với ông T, bà H, ông G tiếp tục ký kết Phụ lục hợp đồng thế chấp số 0200/11/PL.HĐTC với nội dung tiếp tục giữ vững việc thế chấp quyền sử dụng đất để bảo đảm cho khoản vay của ông G tại hợp đồng tín dụng số 0200/11/HĐTD ngày 16-6-2011 với số tiền được bảo lãnh là 590.000.000 đồng. Tuy nhiên theo ông T và bà H, năm 2009, ông T và bà H nhờ ông G vay tiền tại ngân hàng H – chi nhánh Sóc Trăng số tiền 80.000.000 đồng. Ông T và bà H trả tiền hoa hồng cho ông G là 7.000.000 đồng. Ngày 25-7-2012 hai ông bà đã trả đủ số tiền vay 80.000.000 đồng cho Ngân hàng nhưng không được nhận lại ba giấy chứng nhận quyền sử dụng đất nói trên vì ông G và bà N vay 590.000.000 đồng và sử dụng tài sản kê trên để bảo lãnh cho toàn bộ khoản vay 590.000.000 đồng chứ không chỉ riêng khoản vay 80.000.000 đồng. Hồ sơ vay cũng do ông G đứng tên, không phải đứng tên ông T và bà H. Ông T, bà H xác định chữ ký trên Hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền của bên thứ ba số 370/09/HĐTC ngày 25-5-2009 chính do ông T, bà H ký nhưng do nhầm lẫn vì không biết ký bảo lãnh cho khoản vay của ông G, còn chữ ký trên Phụ lục hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền trên đất của bên thứ ba số 0200/11/PLHĐTC ngày 15-6-2011 không phải do ông T, bà H ký. Ông T và bà H nhiều lần yêu cầu ông G trả tiền cho ngân hàng để lấy lại GCN QSD đất nhưng ông G không trả. Do đó ông T, bà H khởi kiện yêu cầu tuyên hợp đồng thế chấp số

²⁰¹ <https://congbobanan.toaan.gov.vn/2ta226797t1cvn/chi-tiet-ban-an> (truy cập ngày 15/6/2022)

370/09/HĐTC ngày 25-5-2009 và Phụ lục hợp đồng số 0200/11/PLHĐTC ngày 15-06-2011.

Toà án sơ thẩm đã bác yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn ông Nguyễn Minh T và bà Trần Thị Thanh H yêu cầu tuyên vô hiệu việc ký kết bảo lãnh nợ vay của ông T, bà H tại hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền của bên thứ ba số 370/09/HĐTC ngày 25-5-2009 và Phụ lục hợp đồng số 0200/11/PLHĐTC ngày 15-06-2011 giữa ông Nguyễn Minh T, bà Trần Thị Thanh H với ông Tăng Văn G, bà Vũ Thị N và Ngân hàng H.

Toà án phúc thẩm lại đưa ra phán quyết ngược lại. Đó là Chấp nhận yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn ông Nguyễn Minh T và bà Trần Thị Thanh H. Tuyên bố Phụ lục hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền trên đất của bên thứ ba số 0200/11/PLHĐTC ngày 15-6-2011 và Hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền của bên thứ ba số 370/09/HĐTC ngày 25-5-2009 giữa ông Nguyễn Minh T, bà Trần Thị Thanh H, ông Tăng Văn G, bà Vũ Thị N và Ngân hàng H là giao dịch dân sự vô hiệu. Xử buộc Ngân hàng H thực hiện thủ tục xóa đăng ký giao dịch bảo đảm tại Chi nhánh Văn phòng đăng ký đất đai huyện K, tỉnh Sóc Trăng và giao trả cho ông Nguyễn Minh T và bà Trần Thị Thanh H 03 (Ba) Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất số D0765084 ngày 23-11-1994; số D0765081 ngày 23-11-1994 và số AK 004144 ngày 21-01-2008 do Ủy ban nhân dân huyện K, tỉnh Sóc Trăng cấp.

Nghiên cứu sinh cho rằng quyết định của Toà phúc thẩm còn một số điểm chưa phù hợp, cần phải xem xét lại như sau:

Một là, việc Toà phúc thẩm viện dẫn quy định tại khoản 2 Điều 401 Bộ luật dân sự năm 2015 và điểm a khoản 1 Điều 3 và Điều 28 Nghị định số 83/2010/NĐ-CP ngày 23/7/2010 của Chính phủ về đăng ký giao dịch bảo đảm để khẳng định Phụ lục số 0200/11/PLHĐTC ngày 15-6-2011 vô hiệu là không phù hợp. Bởi vì, mặc dù thế chấp quyền sử dụng đất phải đăng ký giao dịch bảo đảm, nên việc các bên không tiến hành đăng ký thế chấp đối với phụ lục này là vi phạm quy định của pháp luật. Tuy nhiên, ngay đoạn thứ hai khoản 2 Điều 401 Bộ luật dân sự năm 2015 đã khẳng định rằng “Hợp đồng không bị vô hiệu trong trường hợp có vi phạm về hình thức, trừ trường hợp pháp luật có quy định khác”. Hơn nữa, không có quy định nào khẳng định rằng việc đăng ký thế chấp quyền sử dụng đất và quyền sở hữu tài sản gắn liền với đất là điều kiện có hiệu lực của hợp đồng thế chấp. Trong Nghị định số 83/2010/NĐ-CP cũng

không thể hiện điều này. Do đó, cũng không có cơ sở để khẳng định rằng việc đăng ký giao dịch bảo đảm là điều kiện có hiệu lực của hợp đồng thế chấp.

Hai là, toà án phúc thẩm xác định do Phụ lục hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền trên đất của bên thứ ba số 0200/11/PLHĐTC ngày 15-6-2011 bảo lưu giá trị pháp lý của Hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền của bên thứ ba số 370/09/HĐTC ngày 25-5-2009 nên Hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền của bên thứ ba số 370/09/HĐTC ngày 25-5-2009 cũng là giao dịch dân sự vô hiệu là hoàn toàn không chính xác và không có cơ sở pháp lý.

Thứ sáu, trong thực tế còn tồn tại tình trạng đánh giá vi phạm hợp đồng thế chấp chưa chính xác, dẫn đến việc áp dụng sai điều luật, từ đó đưa ra phán quyết không chính xác, gây ảnh hưởng đến quyền lợi của các bên chủ thể. Một trong những nhóm quy định còn tồn tại nhiều quan điểm trái chiều dẫn đến việc áp dụng không phù hợp đó là quy định liên quan đến xác định hợp đồng thế chấp vi phạm điều cấm của luật. Trên thực tế, điều cấm của luật vẫn bị đánh đồng với việc chủ thể giao kết hợp đồng không có năng lực chủ thể. Thậm chí, trong một số trường hợp còn có sự nhầm lẫn với vấn đề lừa dối trong giao kết hợp đồng. Theo như những phân tích ở chương 2 của luận án, tình trạng này thường xảy ra đối với các vụ việc thế chấp nhà ở là tài sản chung của vợ chồng, trong đó một bên giả mạo chữ ký của bên còn lại để thế chấp nhà ở. Trường hợp xảy ra tranh chấp thì hợp đồng này bị coi là vi phạm điều kiện nào? Việc xác định điều kiện bị vi phạm sẽ ảnh hưởng đến việc đưa ra phán quyết của toà án. Nghiên cứu thực tiễn áp dụng pháp luật, nghiên cứu sinh nhận thấy rằng có một số vụ việc toà án nhận định và áp dụng quy định không phù hợp, dẫn đến phán quyết chưa chính xác.

Ví dụ: trong vụ tranh chấp về hợp đồng tín dụng và hợp đồng thế chấp nhà ở và quyền sử dụng đất giữa Nguyên đơn là bà Lê Thị L và bị đơn là Ngân hàng H. Người có quyền lợi và nghĩa vụ liên quan là Công ty TNHH P. Vụ việc này đã được giải quyết thông qua hai cấp xét xử. Đó là cấp sơ thẩm bằng bản án số 08/2021/DS-ST ngày 10/5/2021 của Tòa án nhân dân thành phố Đồng Hới. Cấp phúc thẩm với bản án số 28/2021/DS-PT ngày 18/10/2021 của Toà án nhân dân tỉnh Quảng Bình.²⁰² Trong đó, nhận định và phán quyết của hai cấp toà trái ngược nhau, dẫn đến việc án sơ thẩm bị huỷ toàn bộ.

²⁰² <https://congbobanan.toaan.gov.vn/2ta806243t1cvn/chi-tiet-ban-an> (truy cập ngày 12/6/2022)

Nội dung vụ việc được tóm tắt như sau: Ngày 11/01/2010, ông Lê Chí D đã giả mạo ký của vợ là bà Lê Thị L để thế chấp tài sản chung của vợ chồng là Quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền với đất theo giấy chứng nhận số R351466 cấp cho hộ ông D và bà N ngày 03/12/2002 cho ngân hàng H bằng Hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền với đất số 02/2010/HĐ với ngân hàng H. Hợp đồng thế chấp đã được công chứng ngày 12/01/2010 tại Phòng Công chứng C và Đăng ký giao dịch bảo đảm ngày 13/01/2010 theo đúng quy định pháp luật. Việc thế chấp tài sản này là để nhằm bảo đảm cho nghĩa vụ trả nợ của công ty P với ngân hàng H. Do không có điều kiện trả nợ đúng hạn, Ngày 25/9/2013, Ngân hàng đã gửi thông báo số 1762/TB-BIDV.QB về việc xử lý tài sản bảo đảm kể trên. Do bà N không ký Hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất và các giấy tờ liên quan khác với ngân hàng H, nên bà không đồng ý để ngân hàng H xử lý tài sản bảo đảm, đồng thời yêu cầu tuyên hợp đồng thế chấp vô hiệu. Bà L khẳng định chữ ký và chữ viết Lê Thị L trong Hợp đồng thế chấp số 02/2010/HĐ ngày 11/01/2010 không phải ro mình viết và ký ra.

Theo quan điểm của Toà sơ thẩm thành phố Đồng Hới, tỉnh Quảng Bình thì việc giả mạo chữ ký chính là lừa dối trong giao dịch dân sự nên thời hiệu yêu cầu tuyên bố hợp đồng thế chấp vô hiệu là 02 năm theo quy định tại khoản 2 Điều 132 Bộ luật dân sự năm 2015. Chính vì vậy đã bác yêu cầu của bà Lê Thị L với lý do đã hết thời hiệu yêu cầu tuyên bố vô hiệu.

Theo quan điểm của Toà phúc thẩm toà án nhân dân tỉnh Quảng Bình thì việc giả mạo chữ ký trong vụ việc này là vi phạm điều cấm của luật. Do đó, phải áp dụng quy định tại khoản 3 Điều 132 Bộ luật dân sự năm 2015 để khẳng định rằng không áp dụng thời hiệu khởi kiện đối với yêu cầu của bà L. Do đó, quan điểm của Toà phúc thẩm là chấp nhận yêu cầu khởi kiện của bà Lê Thị L về việc đề nghị tuyên bố hợp đồng thế chấp giữa vợ chồng bà với ngân hàng H là vô hiệu. Chính vì vậy, Toà phúc thẩm đã hủy bản án sơ thẩm và giao cho Toà án nhân dân thành phố Đồng Hới xét xử sơ thẩm lại.

Nghiên cứu sinh cho rằng đây là vụ việc điển hình liên quan đến việc xác định hợp đồng vi phạm điều cấm của luật. Như đã phân tích ở chương 2 của luận án thì nếu căn cứ các quy định của Luật nhà ở thì việc giả mạo chữ ký chính là một trường hợp vi phạm điều cấm của luật²⁰³. Do đó, phán quyết của Toà phúc thẩm là hoàn toàn phù

²⁰³ Xem khoản 9 Điều 6 Luật nhà ở năm 2014.

hợp và có căn cứ. Tuy nhiên, trong chương 2 nghiên cứu sinh đã phân tích quy định này và cho rằng việc ghi nhận quy định về điều cấm tại khoản 9 Điều 6 Luật nhà ở là không phù hợp, bởi nó khiến cho các quy định về điều kiện có hiệu lực của hợp đồng nói chung, hợp đồng thế chấp nhà ở nói riêng trong Bộ luật dân sự và Luật nhà ở trở nên thừa thãi. Đồng thời, theo quan điểm của nghiên cứu sinh thì việc giả mạo chữ ký là một trường hợp vi phạm quy định về năng lực chủ thể. Theo quy định tại điểm a khoản 1 Điều 117 Bộ luật dân sự năm 2015 thì người tham gia giao dịch dân sự phải có năng lực pháp luật. Năng lực pháp luật dân sự của cá nhân được quy định cụ thể tại Điều 16 và 17 Bộ luật dân sự năm 2015. Theo đó, trong vụ việc này bản thân ông D không có quyền một mình đem tài sản chung của vợ chồng đi thế chấp mà phải có sự thống nhất ý chí của cả hai bên vợ chồng. Bà L không hề uỷ quyền cho ông D thay mặt mình mang tài sản chung đi thế chấp, nên ông D không có quyền thay mặt bà L để xác lập hợp đồng thế chấp. Chính vì bà L không đồng ý xác lập hợp đồng thế chấp này nên việc một mình ông D mang tài sản chung đi thế chấp là vi phạm quy định về năng lực pháp luật dân sự (không có quyền mang tài sản chung của vợ chồng đi thế chấp). Với những phân tích này, nghiên cứu sinh cho rằng phải xác định rằng hợp đồng thế chấp được xác lập giữa vợ chồng ông D và ngân hàng H là vi phạm điều kiện về năng lực pháp luật của bên thế chấp.

Tuy nhiên, hiện tại Bộ luật dân sự năm 2015 không ghi nhận một trường hợp cụ thể về giao dịch dân sự vô hiệu do vi phạm quy định về năng lực pháp luật. Do đó, căn cứ để tuyên bố giao dịch dân sự vô hiệu do vi phạm quy định về năng lực pháp luật chỉ là quy định mang tính khái quát về giao dịch dân sự vô hiệu tại Điều 122 Bộ luật dân sự năm 2015. Song, một vấn đề phức tạp đặt ra đó là Bộ luật dân sự không xác định thời hiệu yêu cầu tuyên bố giao dịch dân sự vô hiệu do vi phạm quy định về năng lực pháp luật là bao nhiêu năm. Chính vì vậy, ngay cả khi toà án phân tích theo hướng này thì cũng không có căn cứ để chấp nhận hay không chấp nhận yêu cầu của bà L, vì không thể áp dụng quy định về thời hiệu yêu cầu tuyên bố giao dịch dân sự vô hiệu theo quy định tại Điều 132 Bộ luật dân sự năm 2015.

Với những phân tích này, nghiên cứu sinh cho rằng, nhà làm luật cần phải có quy định cụ thể liên quan đến giao dịch dân sự vô hiệu do vi phạm điều kiện về năng lực pháp luật. Đồng thời cần bổ sung quy định về thời hiệu yêu cầu tuyên bố giao dịch dân sự vô hiệu do vi phạm điều kiện về năng lực pháp luật. Đây cũng chính là một

trong các nội dung mà nghiên cứu sinh sẽ kiến nghị hoàn thiện trong chương 3 của luận án.

3.2. Kiến nghị hoàn thiện pháp luật và giải pháp nâng cao hiệu quả áp dụng pháp luật về thế chấp nhà ở

3.2.1. Những bất cập và kiến nghị hoàn thiện pháp luật về thế chấp nhà ở

3.2.1.1. Những bất cập và kiến nghị hoàn thiện quy định của pháp luật về chủ thể của biện pháp thế chấp nhà ở

Chủ thể của biện pháp thế chấp nhà ở luôn là yếu tố quan trọng nhất đối với việc hình thành và thực hiện quan hệ thế chấp nhà ở. Trong quan hệ thế chấp nhà ở, việc xác định chính xác chủ thể có vai trò đặc biệt quan trọng, tác động đến việc hình thành và thực hiện biện pháp thế chấp, bảo đảm việc thực hiện nghĩa vụ. Tuy nhiên, nghiên cứu các quy định pháp luật về chủ thể, nghiên cứu sinh nhận thấy còn tồn tại sự mâu thuẫn giữa quy định của Luật nhà ở năm 2014 với Bộ luật dân sự năm 2015 về điều kiện của cá nhân tham gia xác lập biện pháp thế chấp nhà ở cũng như nhóm chủ thể là tổ chức. Mâu thuẫn này thể hiện ở ba điểm sau:

Một là, theo quy định của Luật nhà ở, cá nhân là bên thế chấp hoặc bên nhận thế chấp chỉ cần đáp ứng điều kiện về năng lực hành vi dân sự là có thể được coi là đủ điều kiện về năng lực chủ thể để xác lập biện pháp thế chấp nhà ở. Đối với tổ chức thì chỉ cần có tư cách pháp nhân là có thể xác lập giao dịch thế chấp nhà ở. Tuy nhiên, theo quy định tại Điều 117 Bộ luật dân sự thì người xác lập giao dịch dân sự phải có năng lực pháp luật và năng lực hành vi dân sự phù hợp. Tức là trước khi xem xét đến điều kiện về năng lực hành vi thì cá nhân, pháp nhân phải có năng lực pháp luật (tức là phải có quyền được tham gia vào giao dịch thế chấp nhà ở) thì mới đủ điều kiện về năng lực chủ thể trong việc giao kết hợp đồng thế chấp nhà ở. Quy định này có thể gây ra mâu thuẫn trong cách hiểu và áp dụng pháp luật vào thực tiễn, đặc biệt khi khoản 9 Điều 6 Luật nhà ở đã dẫn đến cách hiểu rằng biện pháp thế chấp nhà ở chỉ cần tuân thủ Luật nhà ở mà không cần tuân theo bất cứ luật nào khác thì càng khiến cho mâu thuẫn trong cách hiểu và áp dụng pháp luật vào thực tiễn càng gia tăng.

Hai là, theo quy định của Luật nhà ở thì cá nhân xác lập giao dịch thế chấp nhà ở (bao gồm cả bên thế chấp và bên nhận thế chấp) phải có năng lực hành vi dân sự đầy

đủ²⁰⁴. Theo quy định này thì các cá nhân là chủ sở hữu nhà ở mà có năng lực hành vi dân sự không đầy đủ sẽ không được xác lập hợp đồng thế chấp nhà ở, bất kể là tự mình xác lập có sự đồng ý của người đại diện theo pháp luật hoặc do người đại diện theo pháp luật xác lập, thực hiện thay. Theo quy định tại Điều 117 Bộ luật dân sự năm 2015 thì người xác lập giao dịch dân sự phải có năng lực pháp luật và năng lực hành vi dân sự phù hợp với giao dịch được xác lập²⁰⁵. Mặc dù quy định này cũng có thể dẫn đến cách hiểu rằng chỉ khi cá nhân tham gia giao dịch thế chấp nhà ở có năng lực hành vi dân sự đầy đủ như ghi nhận của Luật nhà ở thì mới được coi là phù hợp. Tuy nhiên, theo quy định tại khoản 4 Điều 21 Bộ luật dân sự năm 2015, cá nhân là người chưa thành niên nhưng đã từ đủ 15 đến chưa đủ 18 tuổi và có sự đồng ý của người đại diện theo pháp luật thì hoàn toàn có thể tự mình xác lập các giao dịch liên quan đến bất động sản (trong đó bao gồm cả giao dịch thế chấp bất động sản). Ngoài ra, trường hợp cá nhân là người chưa thành niên mà có tài sản riêng là nhà ở thì cha mẹ hoặc người giám hộ cũng có thể thay mặt họ để xác lập, thực hiện giao dịch thế chấp nhà ở để phục vụ cho nhu cầu của họ theo quy định của Bộ luật dân sự và Luật hôn nhân và gia đình. Khi đó, bản thân cá nhân người chưa thành niên là chủ sở hữu của nhà ở, đồng thời là chủ thể của hợp đồng thế chấp, còn cha mẹ hoặc người giám hộ của họ chỉ là người đại diện theo pháp luật, thay mặt họ để xác lập giao dịch thế chấp nhà ở. Đây cũng là vấn đề cần phải được giải quyết để tránh sự mâu thuẫn trong việc hiểu và áp dụng pháp luật vào thực tiễn. Theo quan điểm của nghiên cứu sinh thì cần phải sửa đổi, bổ sung quy định của Luật nhà ở năm 2014 thay vì sửa đổi quy định của Bộ luật dân sự năm 2015. Bởi vì nếu sửa đổi quy định của Bộ luật dân sự năm 2015 theo hướng phù hợp với ghi nhận tại Điều 119 Luật nhà ở năm 2014 thì vô hình chung sẽ giới hạn phạm vi các chủ thể được tham gia vào hợp đồng thế chấp nhà ở, trong khi những chủ thể này hoàn toàn có thể tự xác lập hoặc thông qua người đại diện để xác lập, thực hiện các biện pháp thế chấp nhà ở.

Ba là, việc sử dụng thuật ngữ “tổ chức phải có tư cách pháp nhân” để xác định chủ thể của biện pháp thế chấp nhà ở không còn phù hợp. Bởi vì theo quy định của Bộ luật dân sự năm 2015, chủ thể của quan hệ pháp luật dân sự phải là cá nhân hoặc là pháp nhân. Tổ chức không có tư cách pháp nhân không còn được coi là chủ thể của quan hệ pháp luật dân sự mà từng cá nhân trong tổ chức đó mới là chủ thể của quan hệ

²⁰⁴ Xem điểm a khoản 1 và điểm a, điểm b khoản 2 Điều 119 Luật nhà ở năm 2014

²⁰⁵ Xem điểm a khoản 1 Điều 117 Bộ luật dân sự năm 2015.

pháp luật dân sự. Do đó, việc ghi nhận tổ chức phải có tư cách pháp nhân mới được giao kết hợp đồng thế chấp nhà ở cần phải được sửa đổi cho phù hợp với quy định của Bộ luật dân sự.

Để khắc phục những vấn đề mâu thuẫn ở trên, nghiên cứu sinh cho rằng quy định của Luật nhà ở phải được sửa đổi, bổ sung ở hai vấn đề như sau: (i) Vấn đề cần sửa đổi, bổ sung đầu tiên đó chính là bổ sung quy định về năng lực pháp luật theo hướng ghi nhận các chủ thể xác lập, thực hiện biện pháp thế chấp nhà ở phải có năng lực pháp luật và năng lực hành vi phù hợp. Bởi vì về lý luận thì năng lực chủ thể được tạo thành bởi năng lực pháp luật và năng lực hành vi²⁰⁶. Chỉ khi có đầy đủ hai yếu tố này thì mới có thể cấu thành nên năng lực chủ thể của quan hệ pháp luật, tức là khi đó thì cá nhân, tổ chức mới có thể có tư cách chủ thể trong việc xác lập, thực hiện hợp đồng thế chấp tài sản; (ii) Vấn đề cần sửa đổi, bổ sung thứ hai là cần sửa đổi điều kiện về năng lực hành vi dân sự của cá nhân tham gia biện pháp thế chấp nhà ở theo hướng bỏ hai chữ “đầy đủ”, bổ sung hai chữ “phù hợp”. Theo đó, nghiên cứu sinh cho rằng, quy định tại Điều 119 Luật nhà ở năm 2014 sẽ có nội dung như sau:

Điểm b khoản 1 Điều 119 sẽ có nội dung như sau: “b) Nếu là cá nhân thì phải có **năng lực pháp luật**, năng lực hành vi dân sự **phù hợp** để thực hiện giao dịch về nhà ở theo quy định của pháp luật dân sự; nếu là **pháp nhân thì phải có năng lực pháp luật**”.

Điểm a khoản 2 Điều 119 sẽ có nội dung như sau: “a) Nếu là cá nhân trong nước thì phải có **năng lực pháp luật**, lực hành vi dân sự **phù hợp** để thực hiện các giao dịch về nhà ở theo quy định của pháp luật dân sự và không bắt buộc phải có đăng ký thường trú tại nơi có nhà ở được giao dịch;”

Khoản 3 Điều 119 sẽ có nội dung như sau: “Bên mua, thuê, thuê mua nhà ở, bên nhận chuyển nhượng hợp đồng mua bán nhà ở thương mại, nhận đổi, nhận tặng cho, nhận thừa kế, nhận thế chấp, nhận góp vốn, được ủy quyền quản lý nhà ở là **pháp nhân thì phải có năng lực pháp luật** và không phụ thuộc vào nơi đăng ký kinh doanh, nơi thành lập; trường hợp là **pháp nhân** nước ngoài thì phải thuộc đối tượng được sở hữu nhà ở tại Việt Nam theo quy định của Luật này; nếu pháp nhân được ủy quyền quản lý nhà ở thì phải có chức năng kinh doanh dịch vụ bất động sản và đang hoạt động tại Việt Nam theo quy định của pháp luật về kinh doanh bất động sản.

²⁰⁶ Xem Trường Đại học Luật Hà Nội (2020), *Giáo trình lý luận chung về nhà nước và pháp luật*, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội, tr.386

3.2.1.2. Những bất cập và kiến nghị hoàn thiện quy định của pháp luật về nội dung của hợp đồng thế chấp nhà ở

Thứ nhất, còn tồn tại các mâu thuẫn giữa Bộ luật dân sự năm 2015 và Luật nhà ở năm 2014 liên quan đến việc xác định các bộ phận cấu thành nên hợp đồng thế chấp nhà ở.

Theo quy định tại Điều 121 Luật nhà ở năm 2014 thì tất cả những yếu tố thường xuất hiện trên một bản hợp đồng đều được coi là nội dung của hợp đồng. Theo đó, “chủ thể giao kết hợp đồng thế chấp nhà ở” cũng là một nội dung của hợp đồng. Quy định này không hợp lý cả về lý luận và thực tiễn, bởi vì trong khoa học pháp lý dân sự hiện đại thì nội dung của hợp đồng được hiểu là các điều khoản của hợp đồng²⁰⁷. Đây cũng là cách tiếp cận mà nhà làm luật đã sử dụng khi ghi nhận về nội dung của hợp đồng tại Điều 398 Bộ luật dân sự năm 2015. Theo đó, chủ thể của hợp đồng thế chấp chính là người tạo ra các điều khoản thuộc nội dung của hợp đồng mà không phải là nội dung của hợp đồng. Về bản chất, những thông tin liên quan đến chủ thể của hợp đồng thế chấp nhà ở chính là yếu tố cá biệt hoá hợp đồng thế chấp nhà ở. Chính vì vậy, cần phải lược bỏ quy định “thông tin về các bên giao kết hợp đồng không thể là nội dung của hợp đồng” ra khỏi quy định về nội dung của hợp đồng về nhà ở nói chung tại Điều 121 Luật nhà ở năm 2014.

Ngoài ra, một số yếu tố khác cũng không thuộc nội dung của hợp đồng nhưng lại được xác định là nội dung của hợp đồng tại Điều 121 Luật nhà ở năm 2014 như: Ngày, tháng, năm ký kết hợp đồng là yếu tố thể hiện thời điểm giao kết hợp đồng; Chữ ký, họ, tên của các bên, dấu của pháp nhân, thông tin về chức vụ của người ký là yếu tố thể hiện sự xác nhận của các bên về những nội dung đã thoả thuận. Do đó, việc xác định những yếu tố này cũng là nội dung của hợp đồng là không phù hợp.

Thứ hai, qua nghiên cứu lý luận và thực trạng pháp luật về các điều khoản của hợp đồng, nghiên cứu sinh nhận thấy còn tồn tại mâu thuẫn giữa Luật nhà ở năm 2014 và Bộ luật dân sự năm 2015 trong việc xác định các điều khoản bắt buộc phải có trong hợp đồng thế chấp nhà ở.

Khoản 2 Điều 398 Bộ luật dân sự năm 2015 chỉ đưa ra gợi ý về các nội dung mà các bên có thể thoả thuận trong hợp đồng, và không bắt buộc các bên phải thoả thuận về mọi điều khoản. Song, theo quy định tại Điều 121 Luật nhà ở năm 2014 thì các bên

²⁰⁷ Xem thêm Đoàn Đức Lương & Trần Thị Huệ (đồng chủ biên, 2021), *Pháp luật hợp đồng trong lĩnh vực dân sự Việt Nam hiện đại* (sách chuyên khảo), Nxb Công an nhân dân, Hà Nội, tr.214.

giao kết hợp đồng thế chấp nhà ở phải ghi nhận cả những điều khoản cơ bản, cả những điều khoản không cơ bản của hợp đồng. Quy định này vừa đi ngược lại với nguyên tắc tự do cam kết, thoả thuận đã được ghi nhận tại Điều 3 Bộ luật dân sự năm 2015, vừa làm cho các quy định của pháp luật liên quan đến các điều khoản không cơ bản trở nên thừa thãi. Ví dụ, theo quy định của Luật nhà ở năm 2014 thì các bên buộc phải thoả thuận về thời điểm có hiệu lực của hợp đồng thế chấp nhà ở, nên quy định về thời điểm có hiệu lực của hợp đồng tại Điều 401 Bộ luật dân sự năm 2015 sẽ không có giá trị với hợp đồng thế chấp nhà ở. Hơn nữa, quy định này còn mâu thuẫn với quy định của Luật công chứng năm 2014. Theo quy định tại Điều 5 Luật công chứng năm 2014 thì văn bản được công chứng có hiệu lực từ thời điểm công chứng. Hợp đồng thế chấp nhà ở thuộc loại hợp đồng phải xác lập bằng văn bản có công chứng hoặc chứng thực. Ngoài ra, việc bắt buộc các bên thoả thuận về thời điểm có hiệu lực của hợp đồng thế chấp nhà ở cũng dẫn đến sự mâu thuẫn với quy định tại đoạn 2 khoản 1 Điều 122 Luật nhà ở năm 2014. Theo quy định tại đoạn 2 khoản 1 Điều 122 Luật nhà ở năm 2014, “đối với các giao dịch quy định tại khoản này thì thời điểm có hiệu lực của hợp đồng là thời điểm công chứng, chứng thực hợp đồng”. Vậy, nếu theo quy định tại Điều 121 Luật nhà ở năm 2014, các bên buộc thoả thuận về thời điểm có hiệu lực của hợp đồng và thời điểm này lại không trùng với thời điểm công chứng thì hợp đồng sẽ phát sinh hiệu lực ở thời điểm các bên thoả thuận hay thời điểm hợp đồng được công chứng, chứng thực. Chỉ với một ví dụ nhỏ này cũng cho thấy sự bất cập của Luật nhà ở năm 2014 đối với việc quy định về nội dung của hợp đồng thế chấp nhà ở.

Những điểm bất cập trong quy định của Luật nhà ở năm 2014 thực sự sẽ gây khó khăn cho việc hiểu và áp dụng trên thực tế. Mặc dù khi công chứng hợp đồng thế chấp nhà ở thì công chứng viên sẽ dựa vào quy định của Luật nhà ở để buộc các bên phải cung cấp đầy đủ các điều khoản theo quy định của pháp luật. Tuy nhiên, đó chỉ là cách làm theo thói quen mà không xuất phát từ cách hiểu và tiếp cận từ các quy định mang tính chất nguyên tắc. Rõ ràng rằng, quy định này đang là quy định trái với nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự được ghi nhận tại Điều 3 của Bộ luật dân sự. Vấn đề đặt ra là nếu các bên trong quan hệ thế chấp nhà ở chỉ ghi nhận những điều khoản cơ bản mà không ghi nhận một hoặc một số điều khoản không cần thiết thì hợp đồng đó có giá trị hay không, ví dụ hợp đồng thế chấp nhà ở không ghi nhận điều khoản về thời điểm có hiệu lực của hợp đồng? Rõ ràng, nếu cho rằng hợp đồng thiếu

những điều khoản không cần thiết là hợp đồng không đáp ứng các điều kiện bắt buộc sẽ không phù hợp với thực tiễn, bởi vì về nguyên tắc thì chỉ những điều khoản cơ bản của hợp đồng thì mới bắt buộc phải ghi nhận, còn các điều khoản không cơ bản thì không cần thiết phải ghi vào hợp đồng. Những điểm bất cập này cần phải được sửa đổi cho phù hợp với quy định của Bộ luật dân sự và các văn bản pháp luật có liên quan.

Để khắc phục hạn chế này, nghiên cứu sinh cho rằng quy định về nội dung của hợp đồng về nhà ở tại Điều 121 Luật nhà ở 2014 cần phải được sửa đổi theo hướng “chỉ gợi ý các nội dung nên có của hợp đồng” mà không quy định theo hướng buộc phải có như hiện nay. Đồng thời, những yếu tố không thuộc về nội dung của hợp đồng như chủ thể của hợp đồng và những yếu tố luật đã quy định thống nhất thì cần phải loại bỏ khỏi quy định về nội dung của hợp đồng thế chấp nhà ở. Theo đó, nội dung của Điều 121 Luật nhà ở năm 2014 cần phải được sửa đổi như sau:

Điều 121. Hợp đồng về nhà ở

Hợp đồng về nhà ở phải được lập thành văn bản và có thể bao gồm những nội dung sau đây:

1. Mô tả đặc điểm của nhà ở giao dịch và đặc điểm của thửa đất ở gắn với nhà ở đó. Đối với hợp đồng mua bán, hợp đồng thuê mua căn hộ chung cư thì các bên phải ghi rõ phần sở hữu chung, sử dụng chung; diện tích sử dụng thuộc quyền sở hữu riêng; diện tích sàn xây dựng căn hộ; mục đích sử dụng của phần sở hữu chung, sử dụng chung trong nhà chung cư theo đúng mục đích thiết kế đã được phê duyệt ban đầu;

3. Giá trị góp vốn, giá giao dịch nhà ở nếu hợp đồng có thỏa thuận về giá; trường hợp mua bán, cho thuê, cho thuê mua nhà ở mà Nhà nước có quy định về giá thì các bên phải thực hiện theo quy định đó;

4. Thời hạn và phương thức thanh toán tiền nếu là trường hợp mua bán, cho thuê, cho thuê mua, chuyển nhượng hợp đồng mua bán nhà ở;

5. Thời gian giao nhận nhà ở; thời gian bảo hành nhà ở nếu là mua, thuê mua nhà ở được đầu tư xây dựng mới; thời hạn cho thuê, cho thuê mua, thế chấp, cho mượn, cho ở nhờ, ủy quyền quản lý nhà ở; thời hạn góp vốn;

6. Quyền và nghĩa vụ của các bên;

7. Cam kết của các bên;

8. Các thỏa thuận khác.

3.2.1.3. Những bất cập và kiến nghị hoàn thiện quy định của pháp luật về hình thức của hợp đồng thế chấp nhà ở và việc đăng ký thế chấp nhà ở

Qua nghiên cứu thực trạng pháp luật về hình thức của hợp đồng và vấn đề đăng ký biện pháp thế chấp nhà ở, nghiên cứu sinh nhận thấy rằng vẫn còn tồn tại những cách hiểu khác nhau liên quan đến vấn đề này. Điển hình là sự mâu thuẫn giữa hai luồng ý kiến liên quan đến giá trị của việc đăng ký biện pháp thế chấp nhà ở với hình thức của hợp đồng thế chấp nhà ở. Luồng ý kiến thứ nhất thì cho rằng việc đăng ký biện pháp bảo đảm theo quy định tại Nghị định 102/2017/NĐ-CP là một vấn đề thuộc về hình thức của hợp đồng, theo đó đăng ký biện pháp bảo đảm là một hình thức bắt buộc của hợp đồng thế chấp nhà ở. Theo đó, nếu không đăng ký thế chấp nhà ở thì hợp đồng thế chấp nhà ở mặc dù đã được công chứng, chứng thực cũng không có ý nghĩa, vì bên nhận thế chấp không thể xác lập quyền trên tài sản thế chấp²⁰⁸ nên không thể xử lý nhà ở thế chấp khi có vi phạm nghĩa vụ xảy ra. Ý kiến này đặc biệt được đề cao trong trường hợp thế chấp nhà ở đồng thời với thế chấp quyền sử dụng đất. Bởi vì theo quy định tại Điều 188 Luật Đất đai năm 2013 và theo quy định tại điểm a,b khoản 1 Điều 4 Nghị định số 102/2017/NĐ-CP thì khi thế chấp nhà ở đã được chứng nhận quyền sở hữu trên giấy chứng nhận quyền sử dụng đất thì việc thế chấp nhà ở bắt buộc phải được đăng ký. Trong khi thực tế thì nhà ở luôn luôn được chứng nhận quyền sở hữu trên giấy chứng nhận quyền sử dụng đất. Tuy nhiên, luồng ý kiến thứ hai lại cho rằng đăng ký biện pháp thế chấp nhà ở không phải là một điều kiện bắt buộc về hình thức để hợp đồng thế chấp nhà ở có hiệu lực pháp luật²⁰⁹, mà chỉ là một điều kiện làm phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba của biện pháp thế chấp nhà ở²¹⁰.

Thực tế của những ý kiến bất đồng này xuất phát từ việc quy định chưa thực sự minh thị của pháp luật, đặc biệt là quy định về các trường hợp bắt buộc phải đăng ký biện pháp bảo đảm tại Điều 4 Nghị định số 102/2017/NĐ-CP. Quy định này bắt buộc thế chấp nhà ở phải được đăng ký theo quy định của pháp luật, nhưng lại không ghi nhận hậu quả của việc không đăng ký thế chấp nhà ở đối với hai bên. Trong khi đó, quy định tại Điều 4 Nghị định này không được coi là quy định của luật. Song thực tế

²⁰⁸ Xem thêm Nguyễn Văn Cừ & Trần Thị Huệ (đồng chủ biên, 2017), *Bình luận khoa học Bộ luật dân sự của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam năm 2015*, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội, tr.493.

²⁰⁹ Phạm Văn Anh (2017), *Thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai để bảo đảm cho hợp đồng tín dụng*, luận văn thạc sĩ luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội, tr.40.

²¹⁰ Nguyễn Hoàng Quân (2020), *Hợp đồng thế chấp nhà ở theo quy định của pháp luật dân sự và thực tiễn thi hành tại Ngân hàng Thương mại Cổ phần Việt Nam Thịnh Vượng*, luận văn thạc sĩ luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội, tr.39.

thì nếu không tiến hành đăng ký thì thế chấp nhà ở không có giá trị đối với hai bên quan hệ thế chấp. Điều này có nghĩa rằng việc đăng ký biện pháp thế chấp nhà ở đã được ngầm hiểu là một trong các điều kiện có hiệu lực của hợp đồng thế chấp nhà ở. Đây là một thực tế vừa không phù hợp về mặt lý luận, vừa không phù hợp về mặt pháp lý. Để khắc phục tình trạng này, nghiên cứu sinh cho rằng cần phải sửa đổi quy định về thế chấp nhà ở theo một trong hai hướng đó là huỷ bỏ quy định về bắt buộc đăng ký thế chấp nhà ở, hoặc là bổ sung quy định về hậu quả pháp lý của việc đăng ký biện pháp thế chấp nhà ở chỉ nhằm phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba. Theo đó, Điều 4 Nghị định số 102/2017/NĐ-CP cần được sửa đổi theo một trong hai phương án như sau:

Phương án 1: Ghép khoản 1 và khoản 2 Điều 4 lại với nhau và đổi tên tiêu đề của khoản 1 sau khi được ghép thành “Các biện pháp bảo đảm có thể được đăng ký bao gồm”.

Phương án 2: Bổ sung khoản 3 vào Điều 4 với nội dung như sau

Việc đăng ký biện pháp bảo đảm được quy định tại khoản 1 và khoản 2 Điều này là cơ sở để xác định thời điểm biện pháp bảo đảm có hiệu lực đối kháng với người thứ ba, trừ trường hợp pháp luật có quy định khác.

Tiếp cận với Dự thảo Nghị định về đăng ký biện pháp bảo đảm, nghiên cứu sinh nhận thấy rằng hiện nay việc loại bỏ việc đăng ký bắt buộc là xu hướng mà Dự thảo Nghị định đang hướng tới. Do đó, nghiên cứu cho rằng phương án 1 là phương án sẽ được ưu tiên lựa chọn trong tương lai.

3.2.1.3. Những bất cập và kiến nghị hoàn thiện quy định của pháp luật về hiệu lực của hợp đồng thế chấp nhà ở

Thứ nhất, nghiên cứu quy định về hợp đồng thế chấp vô hiệu, nghiên cứu sinh nhận thấy rằng còn tồn tại các ý kiến trái chiều nhau liên quan đến căn cứ việc xác định hợp đồng vô hiệu do vi phạm điều cấm của luật và do vi phạm điều kiện về năng lực chủ thể.

Thực tế cho thấy, hợp đồng thế chấp nhà ở vô hiệu do vi phạm điều kiện về năng lực chủ thể thường xảy ra đối với trường hợp thế chấp nhà ở thuộc sở hữu chung, đặc biệt là sở hữu chung của vợ chồng. Trong đó thường xảy ra trường hợp bên vợ, hoặc bên chồng giả mạo chữ ký của bên còn lại để xác lập hợp đồng thế chấp nhà ở. Đối với trường hợp này, thường xảy ra các luồng ý kiến khác nhau liên quan đến căn

cứ để tuyên bố vô hiệu. Có ý kiến cho rằng, đây là trường hợp hợp đồng vô hiệu do vi phạm điều kiện về năng lực chủ thể của hợp đồng mà cụ thể là vi phạm điều kiện về năng lực pháp luật của chủ thể giao kết, và căn cứ duy nhất để tuyên bố hợp đồng vô hiệu đó chính là Điều 122 Bộ luật dân sự năm 2015. Trong khi đó, ý kiến khác lại cho rằng đây là trường hợp hợp đồng vô hiệu do vi phạm điều cấm của luật. Bởi vì, theo quy định thì “việc thế chấp nhà ở thuộc sở hữu chung phải được sự đồng ý bằng văn bản của các chủ sở hữu nhà ở thuộc sở hữu chung”²¹¹. Đây là quy định bắt buộc các bên phải tuân thủ. Việc thế chấp nhà ở thuộc sở hữu chung không tuân theo quy định này bị coi là hành vi bị nghiêm cấm theo quy định tại khoản 9 Điều 6 Luật nhà ở năm 2014.

Nghiên cứu sinh cho rằng việc xảy ra các mâu thuẫn trong cách xác định cơ sở để tuyên bố vô hiệu đối với hợp đồng thế chấp nhà ở trong trường hợp này là do sự mâu thuẫn của các văn bản pháp luật. Rõ ràng, việc một chủ thể có được mang nhà ở thuộc sở hữu chung đi thế chấp hay không chính là yếu tố thể hiện quyền của chủ thể, và yếu tố này mang bản chất của năng lực pháp luật dân sự của bên thế chấp. Trong khi đó, điều cấm của luật chỉ đặt ra đối với mục đích và nội dung của hợp đồng²¹². Tuy nhiên, việc quy định các hành vi bị nghiêm cấm tại khoản 9 Điều 6 Luật nhà ở năm 2014 lại quá chung chung dẫn đến cách hiểu cho rằng việc vi phạm bất cứ quy định nào của Luật nhà ở đều bị coi là hành vi vi phạm điều cấm của luật. Rõ ràng, cách quy định này khiến cho ranh giới để phân biệt các điều kiện có hiệu lực của giao dịch dân sự nói chung, hợp đồng thế chấp nhà ở nói riêng không còn tồn tại. Đồng nghĩa với việc không thể xác định cụ thể các điều kiện có hiệu lực của hợp đồng thế chấp nhà ở. Đây là một trong những điểm bất hợp lý của Luật nhà ở cần phải được sửa đổi cho phù hợp. Theo quan điểm của nghiên cứu sinh, điều cấm được quy định tại khoản 9 Điều 6 Luật nhà ở năm 2014 không thực sự cần thiết. Bởi vì, việc phải tuân thủ các quy định của luật khi giao kết hợp đồng về nhà ở nói chung, hợp đồng thế chấp nhà ở nói riêng đã được ghi nhận trong nhiều quy định khác nhau, đặc biệt là quy định về điều kiện có hiệu lực của hợp đồng và quy định về hợp đồng vô hiệu. Trường hợp các bên giao kết hợp đồng thế chấp nhà ở không tuân thủ đầy đủ quy định của pháp luật thì hậu quả của nó cũng đã được xác định cụ thể. Chính vì vậy, nghiên cứu sinh cho rằng quy định này cần được cân nhắc để lược bỏ.

²¹¹ Xem Điều 145 Luật nhà ở năm 2014.

²¹² Xem thêm điểm c khoản 1 Điều 117 Bộ luật dân sự năm 2015.

Thứ hai, việc ghi nhận hành vi bị nghiêm cấm trong trường hợp thế chấp nhà ở tại Điều 6 Luật nhà ở năm 2014 còn dẫn đến nhiều cách hiểu khác nhau, đồng thời tạo ra sự mâu thuẫn với quy định khác trong luật này và các luật khác có liên quan.

Khoản 9 Điều 6 Luật nhà ở năm 2014 quy định một trong các hành vi bị nghiêm cấm đó là “thực hiện giao dịch thế chấp nhà ở không theo đúng quy định của luật này”. Quy định này có thể dẫn đến cách hiểu khác nhau, và có thể có những cách hiểu không chính xác rằng giao dịch thế chấp nhà ở chỉ cần tuân theo quy định của Luật nhà ở mà không cần tuân theo quy định của bất cứ luật nào khác. Cách hiểu này đương nhiên là không phù hợp. Bởi vì, nhà ở không chỉ là đối tượng chịu sự điều chỉnh của Luật nhà ở mà còn chịu sự điều chỉnh của nhiều văn bản pháp luật khác nhau. Ví dụ như Bộ luật dân sự, Luật kinh doanh bất động sản, Luật hôn nhân và gia đình, ... Nghiên cứu các quy định có liên quan khác của Luật nhà ở, nghiên cứu sinh cũng nhận thấy rằng quy định tại khoản 9 Điều 6 Luật nhà ở năm 2014 cũng có sự mâu thuẫn với một số quy định khác. Ví dụ như quy định tại điểm c khoản 1 Điều 11 luật nào ạ?. Theo quy định này, nhà làm luật ghi nhận một trong các nghĩa vụ của chủ sở hữu nhà ở và người sử dụng nhà ở đó là “*Thực hiện đầy đủ các quy định của pháp luật khi bán, chuyển nhượng hợp đồng mua bán, cho thuê, cho thuê mua, tặng cho, đổi, để thừa kế, thế chấp, góp vốn, cho mượn, cho ở nhờ, ủy quyền quản lý nhà ở; đối với giao dịch nhà ở là tài sản chung của vợ chồng thì còn phải thực hiện theo các quy định của Luật hôn nhân và gia đình*”. Theo tinh thần của quy định này có thể nhận thấy rằng ngoài việc phải tuân thủ quy định của Luật nhà ở thì việc thế chấp nhà ở là tài sản chung của vợ chồng cũng phải tuân thủ quy định của Luật hôn nhân và gia đình. Do đó, giao dịch thế chấp nhà ở không chỉ phải tuân thủ quy định của Luật nhà ở mà còn phải tuân thủ các quy định khác của các văn bản pháp luật có liên quan.

Để khắc phục bất cập này, nghiên cứu sinh cho rằng nếu khoản 9 Điều 6 Luật nhà ở năm 2014 không được lược bỏ theo kiến nghị ở trên thì quy định này cần phải được sửa đổi theo hướng bổ sung thêm cụm từ “và các luật khác có liên quan” vào cuối khoản 9. Theo đó, khoản 9 Điều 6 Luật nhà ở năm 2014 sẽ có nội dung sau khi sửa đổi như sau: “9. Thực hiện các giao dịch mua bán, chuyển nhượng hợp đồng mua bán, cho thuê, cho thuê mua, tặng cho, đổi, thừa kế, thế chấp, góp vốn, cho mượn, cho ở nhờ, ủy quyền quản lý nhà ở không đúng quy định của Luật này **và các luật khác có liên quan**”.

Thứ ba, quy định về hậu quả pháp lý khi hết thời hiệu yêu cầu tuyên bố hợp đồng thế chấp nhà ở vô hiệu chưa thực sự rõ ràng, dẫn đến các cách hiểu không thống nhất, gây khó khăn cho việc áp dụng.

Cũng giống như các quy định khác có liên quan đến hợp đồng thế chấp nhà ở vô hiệu, hậu quả pháp lý của việc hết thời hiệu yêu cầu tuyên bố hợp đồng thế chấp nhà ở vô hiệu cũng được áp dụng theo quy định chung tại khoản 2 Điều 132 Bộ luật dân sự năm 2015. Tuy nhiên, nhà làm luật chỉ ghi nhận rằng nếu hết thời hiệu yêu cầu tuyên bố giao dịch dân sự vô hiệu thì giao dịch dân sự có hiệu lực. Song thực tế lại tồn tại các cách hiểu và áp dụng khác nhau đối với quy định này trong trường hợp hợp đồng thế chấp nhà ở vi phạm quy định bắt buộc về công chứng, chứng thực. Đối với trường hợp này, có hai vấn đề còn gây ra các ý kiến trái chiều, cụ thể như sau:

Một là, khi hết thời hiệu yêu cầu tuyên bố hợp đồng thế chấp vô hiệu các bên có thể đăng ký thế chấp nhà ở luôn hay cần phải thực hiện thủ tục gì hay không? Đối với vấn đề này, có ý kiến cho rằng khi đã hết thời hiệu yêu cầu tuyên bố hợp đồng thế chấp nhà ở vô hiệu thì hợp đồng đương nhiên có hiệu lực mà không cần thực hiện bất cứ thủ tục nào. Các bên hoàn toàn có thể thực hiện thủ tục đăng ký thế chấp nhà ở theo quy định của pháp luật. Ý kiến khác lại cho rằng, quy định tại khoản 2 Điều 132 Bộ luật dân sự là quy định mang tính chất nguyên tắc, và để hiện thực hoá hiệu lực của hợp đồng thế chấp khi đã hết thời hiệu yêu cầu tuyên bố vô hiệu thì một hoặc các bên phải làm thủ tục yêu cầu toà án công nhận hiệu lực của hợp đồng. Quyết định công nhận của toà án sẽ có giá trị thay thế cho công chứng, chứng thực. Nếu các bên không thực hiện thủ tục này thì bắt buộc phải công chứng, chứng thực thì hợp đồng thế chấp nhà ở mới có hiệu lực pháp luật. Bởi vì, theo quy định tại Điều 122 Luật nhà ở năm 2014 thì hợp đồng thế chấp nhà ở là hợp đồng bắt buộc phải công chứng, chứng thực. Đồng thời, để có thể đăng ký thế chấp nhà ở thì các bên buộc phải cung cấp hợp đồng có công chứng, chứng thực.

Nghiên cứu sinh cho rằng, trường hợp hết thời hiệu yêu cầu tuyên bố hợp đồng vô hiệu tại khoản 2 Điều 132 Bộ luật dân sự năm 2015 cũng giống như quy định về hợp đồng vi phạm quy định bắt buộc về hình thức nhưng không vô hiệu theo khoản 2 Điều 129. Việc một hoặc các bên đã thực hiện ít nhất hai phần ba nghĩa vụ từ giao dịch là cơ sở để hợp đồng không bị tuyên bố vô hiệu, nhưng các bên vẫn phải thực hiện thủ tục yêu cầu toà án công nhận hiệu lực của hợp đồng. Do đó, cũng cần phải hiểu rằng

“hết thời hiệu yêu cầu tuyên bố hợp đồng vô hiệu” chỉ là điều kiện để khiến cho hợp đồng không bị vô hiệu. Để được công nhận hiệu lực của hợp đồng thì các bên vẫn phải làm thủ tục đề nghị toà án công nhận hiệu lực của hợp đồng thế chấp nhà ở. Khi đó mới có thể tiến hành đăng ký thế chấp nhà ở. Chính vì vậy, khoản 2 Điều 132 Bộ luật dân sự năm 2015 cũng cần phải được chỉnh sửa theo hướng bổ sung việc yêu cầu toà án công nhận hiệu lực của giao dịch. Theo đó, khoản 2 Điều 132 sẽ có nội dung như sau: “2. Hết thời hiệu quy định tại khoản 1 Điều này mà không có yêu cầu tuyên bố giao dịch dân sự vô hiệu thì giao dịch dân sự có hiệu lực. ***Theo yêu cầu của một bên hoặc các bên, Tòa án ra quyết định công nhận hiệu lực của giao dịch đó***”.

Hai là, theo quy định của pháp luật thì hợp đồng thế chấp nhà ở phát sinh hiệu lực từ thời điểm công chứng, chứng thực. Vậy, trường hợp hợp đồng thế chấp nhà ở vi phạm quy định bắt buộc về công chứng, chứng thực nhưng đã hết thời hiệu yêu cầu tuyên bố hợp đồng vô hiệu thì thời điểm có hiệu lực của hợp đồng này là thời điểm nào? Có ý kiến cho rằng thời điểm có hiệu lực của hợp đồng này là thời điểm kết thúc thời hiệu yêu cầu tuyên bố hợp đồng vô hiệu²¹³. Ý kiến khác lại cho rằng quy định tại khoản 2 Điều 132 Bộ luật dân sự chỉ được coi là một trong những quy định nhằm thay thế cho điều kiện có hiệu lực của hợp đồng bị khuyết thiếu ở thời điểm hợp đồng được giao kết, tức là khi hợp đồng được giao kết mà không đáp ứng được điều kiện nào thì việc hết thời hiệu chính là sự thay thế điều kiện đó (trừ các trường hợp thời hiệu không bị giới hạn). Còn thời điểm có hiệu lực của hợp đồng thế chấp nhà ở phải tuân theo quy định chung. Tức là về nguyên tắc thì hợp đồng thế chấp nhà ở sẽ có hiệu lực vào thời điểm công chứng, chứng thực, nên trường hợp có quyết định công nhận của toà án thì quyết định này sẽ có giá trị thay cho công chứng, chứng thực và thời điểm quyết định được ban hành chính là thời điểm hợp đồng có hiệu lực pháp luật (tương tự như thời điểm hợp đồng được công chứng, chứng thực).

Theo quan điểm của nghiên cứu sinh, cũng giống như kiến nghị ở trên thì đối với trường hợp này, các bên vẫn phải làm thủ tục yêu cầu công nhận hợp đồng. Trường hợp hợp đồng vi phạm quy định về hình thức thì việc thời điểm toà án công nhận hiệu lực của hợp đồng chính là thời điểm có hiệu lực của hợp đồng. Do đó, nếu chỉ quy định thời điểm có hiệu lực của hợp đồng là thời điểm công chứng, chứng thực sẽ không phù hợp. Chính vì vậy, nghiên cứu sinh cho rằng quy định về thời điểm có

²¹³ Xem thêm Nguyễn Văn Hợi & Nguyễn Tổng Bảo Minh (2022), *Kiến nghị hoàn thiện quy định về thời điểm có hiệu lực của hợp đồng*, Tạp chí luật học, số 4, tr.52.

hiệu lực của hợp đồng về nhà ở nói chung, thời điểm có hiệu lực của hợp đồng thế chấp nhà ở nói riêng tại đoạn hai khoản 1 Điều 122 Luật nhà ở cần phải được sửa đổi theo hướng bổ sung cụm từ “trừ trường hợp luật có quy định khác”. Theo đó, đoạn hai khoản 1 Điều 122 Luật nhà ở năm 2014 sẽ có nội dung như sau: “Đối với các giao dịch quy định tại khoản này thì thời điểm có hiệu lực của hợp đồng là thời điểm công chứng, chứng thực hợp đồng, ***trừ trường hợp luật có quy định khác***”. Đồng thời, khoản 2 Điều 132 Bộ luật dân sự năm 2015 cũng cần được sửa đổi và sẽ có nội dung như sau: “ Hết thời hiệu quy định tại khoản 1 Điều này mà không có yêu cầu tuyên bố giao dịch dân sự vô hiệu thì giao dịch dân sự có hiệu lực. ***Theo yêu cầu của một bên hoặc các bên, tòa án ra quyết định công nhận hiệu lực của giao dịch đó. Thời điểm quyết định công nhận của tòa án có hiệu lực là thời điểm có hiệu lực của giao dịch***”.

3.2.1.4. Những bất cập và kiến nghị hoàn thiện quy định của pháp luật về đối tượng của biện pháp thế chấp nhà ở

Hiện nay, cả Bộ luật dân sự và Luật nhà ở đều quy định về tài sản hình thành trong tương lai cũng như nhà ở hình thành trong tương lai. Theo quy định tại Điều 108 Bộ luật dân sự năm 2015 thì tài sản hình thành trong tương lai bao gồm “tài sản chưa hình thành” và “tài sản đã hình thành nhưng chủ thể xác lập quyền sở hữu tài sản sau thời điểm xác lập giao dịch”. Nghĩa là theo quy định này thì tài sản hình thành trong tương lai có thể là tài sản đã có sẵn nhưng chưa được cấp giấy chứng nhận quyền sở hữu. Tuy nhiên, theo quy định tại khoản 19 Điều 3 Luật nhà ở năm 2014 thì “Nhà ở hình thành trong tương lai là nhà ở đang trong quá trình đầu tư xây dựng và chưa được nghiệm thu đưa vào sử dụng”. Tức là theo quy định này thì nhà ở hình thành trong tương lai không bao gồm nhà ở đã hoàn thành việc xây dựng nhưng chưa được cấp giấy chứng nhận quyền sở hữu. Mâu thuẫn trong việc định vị các loại tài sản hình thành trong tương lai giữa hai văn bản luật này dẫn đến thực tế rằng có nhiều nhà ở đã hoàn thành việc xây dựng lại không thể mang đi thế chấp. Bởi vì, theo quy định thì nhà ở thế chấp phải là nhà ở đã được cấp Giấy chứng nhận. Do đó, nhà ở đã hoàn thành việc xây dựng và nghiệm thu để đưa vào sử dụng nhưng chưa được cấp giấy chứng nhận sẽ không đủ điều kiện để thế chấp. Trong khi đó thì nhà ở chưa hoàn thành việc xây dựng và chưa được nghiệm thu để đưa vào sử dụng lại có thể được dùng để thế chấp. Đây chính là một vấn đề bất cập đang tồn tại trong Luật nhà ở. Bất cập này

cho thấy một thực tế rằng một loại tài sản chưa hình thành, chưa có giấy chứng nhận lại có thể được sử dụng để thế chấp, nhưng một tài sản đã hình thành, chưa có giấy chứng nhận lại không thể thế chấp.

Nghiên cứu sinh cho rằng, việc ghi nhận các loại nhà ở có thể thế chấp và các điều kiện áp dụng với từng loại nhà ở đó chỉ mang tính nhất thời. Khi quy định đã không còn phù hợp thì nhất định phải được sửa đổi để có tính khả thi hơn. Với điểm bất cập như phân tích ở trên, nghiên cứu sinh cho rằng nhà làm luật cần chỉnh sửa một trong hai quy định. Đó là quy định mang tính định nghĩa về nhà ở hình thành trong tương lai, hoặc quy định về điều kiện của nhà ở tham gia giao dịch.

Trường hợp chỉnh sửa quy định về nhà ở hình thành trong tương lai, nghiên cứu sinh cho rằng cần bổ sung thêm một loại nhà ở hình thành trong tương lai là nhà ở đã hình thành nhưng chủ sở hữu chưa được cấp giấy chứng nhận. Khi đó, cũng không cần thiết phải đưa ra định nghĩa này trong Luật nhà ở, bởi vì quy định về tài sản hình thành trong tương lai đã có thể bao quát được các loại nhà ở hình thành trong tương lai. Theo đó, cần lược bỏ khái niệm về nhà ở có sẵn và nhà ở hình thành trong tương lai tại khoản 18 và 19 Luật nhà ở năm 2014.

Trường hợp chỉnh sửa quy định về điều kiện của nhà ở tham gia giao dịch, nghiên cứu sinh cho rằng cần lược bỏ quy định tại điểm b khoản 1 Điều 118 Luật nhà ở năm 2014. Khi đó, nhà ở thế chấp hoàn toàn không bắt buộc phải có giấy chứng nhận mà chỉ cần có giấy tờ chứng minh quyền sở hữu là có thể thế chấp.

3.2.1.5. Những bất cập và kiến nghị hoàn thiện quy định của pháp luật về phạm vi bảo đảm của biện pháp thế chấp nhà ở

Theo những phân tích ở Chương 2 của luận án thì phạm vi bảo đảm của thế chấp nhà ở được tiếp cận theo nhiều cách khác nhau. Một trong những cách tiếp cận được đề cập và cũng được quy định trong Luật nhà ở năm 2014 đó là từ chủ thể thế chấp nhà ở. Theo đó, đối với chủ thể là cá nhân thì có thể thế chấp nhà ở để bảo đảm cho nghĩa vụ của mình hoặc của người khác đối với tổ chức tín dụng, tổ chức kinh tế đang hoạt động tại Việt Nam hoặc là cá nhân. Tuy nhiên, đối với chủ thể là pháp nhân lại chỉ có thể dùng nhà ở thế chấp để bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ của mình hoặc của người khác đối với tổ chức tín dụng đang hoạt động tại Việt Nam.

Rõ ràng, quy định này không bảo đảm nguyên tắc bình đẳng trong việc tham gia quan hệ pháp luật dân sự của các chủ thể - một trong các nguyên tắc cơ bản của pháp

luật dân sự được ghi nhận tại Điều 3 Bộ luật dân sự năm 2015. Điều này một mặt khiến cho quyền của chủ sở hữu nhà ở là pháp nhân bị giới hạn trong việc xác lập hợp đồng thế chấp, mặt khác làm cho nhà ở thuộc sở hữu của pháp nhân không phát huy được công dụng vốn có của nó. Mặc dù, so với Luật nhà ở năm 2005, Luật nhà ở năm 2014 đã mở rộng phạm vi từ một tổ chức tín dụng sang nhiều tổ chức tín dụng có thể đồng thời cùng nhận thế chấp nhà ở của pháp nhân. Tuy nhiên, việc không cho phép pháp nhân được thế chấp nhà ở để bảo đảm việc thực hiện nghĩa vụ đối với tổ chức kinh tế cũng như cá nhân khác vẫn là quy định không hợp lý, không đáp ứng được nguyên tắc tự do hợp đồng của các bên hợp đồng thế chấp nhà ở. Theo đó, nghiên cứu sinh cho rằng quy định này cần phải được chỉnh sửa theo hướng mở rộng phạm vi các nghĩa vụ có thể được bảo đảm bằng thế chấp nhà ở của pháp nhân, ít nhất cũng phải bảo đảm cho pháp nhân được thế chấp nhà ở của mình để bảo đảm cho nghĩa vụ của mình hoặc của người khác đối với các tổ chức kinh tế đang hoạt động tại Việt Nam và các nhân theo quy định của pháp luật. Do đó, nghiên cứu sinh cho rằng Điều 144 Luật nhà ở năm 2014 nên được chỉnh sửa như sau:

Điều 144. Bên thế chấp và bên nhận thế chấp nhà ở

Chủ sở hữu nhà ở được thế chấp nhà ở tại tổ chức tín dụng, tổ chức kinh tế đang hoạt động tại Việt Nam hoặc cá nhân theo quy định của pháp luật.

3.2.1.6. Những bất cập và kiến nghị hoàn thiện quy định của pháp luật về quyền truy đòi và thứ tự ưu tiên thanh toán của bên nhận thế chấp nhà ở

Quyền truy đòi tài sản và quyền được ưu tiên thanh toán là hai quyền năng của bên nhận thế chấp nhà ở khi biện pháp thế chấp nhà ở phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba. Đây là những quyền năng thể hiện rõ nét nhất tính chất vật quyền của biện pháp thế chấp nhà ở. Tuy nhiên, nghiên cứu các quy định liên quan đến hai quyền năng này có thể nhận thấy những bất cập trong quy định của pháp luật.

Về quyền truy đòi tài sản, theo quy định thì bên nhận thế chấp nhà ở có quyền truy đòi tài sản từ người thứ ba đang nắm giữ nhà ở thế chấp. Quyền này cho phép bất cứ bên thứ ba nào đang nắm giữ, quản lý nhà ở thế chấp phải giao nhà ở thế chấp cho bên nhận thế chấp. Tuy nhiên, trường hợp người thứ ba không chịu giao tài sản thì bên nhận thế chấp không có quyền tự mình thực hiện việc truy đòi tài sản mà phải yêu cầu Toà án can thiệp để giải quyết. Chính vì vậy, xét về tổng thể thì phạm vi ở quyền truy đòi mà Bộ luật dân sự ghi nhận mới chỉ dừng lại ở việc “yêu cầu”, nên ở một khía

cạnh nào đó, nó thể hiện tính trái quyền hơn là tính vật quyền. Hơn nữa, truy đòi tài sản chỉ là việc bên nhận thế chấp yêu cầu người thứ ba đang chiếm hữu nhà ở phải giao nhà ở để xử lý. Điều này chưa thực sự phù hợp trong mọi trường hợp. Bởi vì xét cho cùng thì mục đích của bên nhận thế chấp là mong muốn cho quyền lợi của mình được đáp ứng. Việc truy đòi tài sản cũng chỉ hướng tới việc bù đắp phần nghĩa vụ chưa được thực hiện. Do đó, thay vì việc chỉ cho phép đòi lại nhà ở từ bên thứ ba về để xử lý thì nhà làm luật cũng nên tham khảo kinh nghiệm lập pháp của một số quốc gia trên thế giới để mở rộng nội hàm của quyền truy đòi. Hiện tại, quyền truy đòi theo quy định của Bộ luật dân sự của Pháp lại được thể hiện ở chỗ “người thứ ba nắm giữ tài sản thế chấp có nghĩa vụ thanh toán toàn bộ các khoản lãi và nợ gốc đến hạn, dù số tiền có thể tăng lên bao nhiêu, hoặc phải từ bỏ hoàn toàn bất động sản thế chấp”²¹⁴, “nếu người thứ ba nắm giữ bất động sản thế chấp không thực hiện một trong những nghĩa vụ này, mỗi chủ nợ có quyền truy đòi đối với bất động sản đó có thể yêu cầu kê biên và bán bất động sản theo quy định”²¹⁵. Người thứ ba nắm giữ tài sản có thể bị kiện đòi bồi thường nếu, do hành vi của mình hoặc do sơ xuất, để xảy ra những hư hỏng gây thiệt hại cho người có quyền được bảo đảm bằng thế chấp hoặc quyền ưu tiên²¹⁶. Với những quy định này có thể thấy rằng quy định về quyền truy đòi trong Bộ luật dân sự Pháp chi tiết hơn Bộ luật dân sự của Việt Nam. Theo đó, nghiên cứu sinh cho rằng thay vì chỉ ghi nhận quyền truy đòi là quyền yêu cầu người thứ ba giao tài sản để xử lý thì nhà làm luật cũng cần ghi nhận việc người thứ ba phải thanh toán nghĩa vụ với bên nhận thế chấp nhà ở trước khi yêu cầu giao nhà ở để xử lý. Quy định này sẽ góp phần bảo vệ quyền lợi của bên nhận thế chấp nhà ở ở mức độ cao hơn.

Về quyền được ưu tiên thanh toán, theo quy định tại Điều 308 Bộ luật dân sự thì trường hợp biện pháp thế chấp nhà ở đã phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba thì bên nhận thế chấp nhà ở có quyền ưu tiên thanh toán trước so với các bên nhận bảo đảm khác. Tuy nhiên, quy định tại Điều 308 dường như không có giá trị khi bên nhận bảo đảm khác là bên cầm giữ nhà ở, ngay cả khi việc cầm giữ nhà ở phát sinh hiệu lực đối kháng sau biện pháp thế chấp nhà ở. Bởi vì, theo quy định tại khoản 4 Điều 349 Bộ luật dân sự năm 2015 thì bên cầm giữ nhà ở chỉ phải giao lại nhà ở cầm giữ khi nghĩa vụ với họ đã được thực hiện xong. Điều này có nghĩa rằng, nếu bên nhận thế chấp nhà

²¹⁴ Xem Điều 2463 Bộ luật dân sự Pháp.

²¹⁵ Xem Điều 2464 Bộ luật dân sự Pháp.

²¹⁶ Xem Điều 2470 Bộ luật dân sự Pháp.

ở muốn đòi lại nhà ở để xử lý thì nhất định phải bảo đảm rằng nghĩa vụ đối với bên cầm giữ đã hoàn thành. Rất có thể, để bảo đảm việc xử lý nhanh chóng, chính bên nhận thế chấp sẽ phải thanh toán nghĩa vụ của bên thế chấp với bên cầm giữ nhà ở. Nếu điều này xảy ra thì nguyên tắc ưu tiên thanh toán tại Điều 308 Bộ luật dân sự đã bị phá vỡ. Điều đó có nghĩa là quy định về thứ tự ưu tiên thanh toán sẽ không còn phù hợp. Mặc dù việc cầm giữ nhà ở trên thực tế khó có thể xảy ra, song về mặt lý luận và pháp lý thì nhà làm luật cũng không giới hạn phạm vi đối tượng có thể bị cầm giữ. Chính vì vậy, trước mắt để giải trừ mâu thuẫn này, nghiên cứu sinh cho rằng quy định về thứ tự ưu tiên thanh toán tại Điều 308 cần phải được thay đổi cho phù hợp với quy định tại khoản 4 Điều 349 Bộ luật dân sự năm 2015. Theo đó, nên điều chỉnh quy định tại khoản 2 Điều 308 theo hướng bổ sung cụm từ “trừ trường hợp Bộ luật này, luật khác có liên quan có quy định khác” vào sau cụm từ “thanh toán cho nhau”.

3.2.2. Giải pháp nâng cao hiệu quả áp dụng pháp luật về thế chấp nhà ở

3.2.2.1. Nhận diện nguyên nhân của hạn chế, thiếu sót trong quá trình áp dụng pháp luật về thế chấp nhà ở

Nghiên cứu thực tiễn áp dụng pháp luật trong giải quyết tranh chấp về thế chấp nhà ở, kết hợp với việc nghiên cứu Theo Báo cáo tổng kết công tác năm 2020 và nhiệm kỳ 2016 - 2020 của ngành Tòa án thực hiện tháng 12 năm 2020, nghiên cứu sinh nhận thấy một số nguyên nhân dẫn đến những hạn chế, bất cập trong quá trình áp dụng pháp luật về thế chấp nhà ở như sau:

Thứ nhất, số lượng các loại vụ việc mà các Tòa án phải thụ lý, giải quyết tiếp tục có xu hướng gia tăng với tính chất ngày càng phức tạp, đặc biệt trong số đó, các vụ việc tranh chấp về dân sự nói chung, tranh chấp về thế chấp nhà ở và quyền sử dụng đất nói riêng luôn có chiều hướng gia tăng cả về số lượng và mức độ phức tạp. Trong khi đó, theo Báo cáo của ngành Tòa án được thực hiện bởi Tòa án nhân dân tối cao thì số lượng cán bộ, Thẩm phán của một số Tòa án nhân dân cấp cao chưa đủ e nghĩ nên thêm chưa đủ số lượng hoặc kỹ năng nghiệp vụ vào để đáp ứng được yêu cầu nhiệm vụ²¹⁷. Đây cũng là nguyên nhân chính làm cho tỷ lệ giải quyết đơn đề nghị giám đốc thẩm, tái thẩm của Tòa án nhân dân nói chung và các Tòa án nhân dân cấp cao nói riêng đạt tỷ lệ chưa cao so với yêu cầu đặt ra. Cũng theo Báo cáo của toàn ngành toà án thì số lượng Thẩm phán, Thẩm tra viên bố trí cho các Tòa án nhân dân cấp cao còn

²¹⁷ Xem <https://www.toaan.gov.vn/webcenter/portal/tatc/chi-tiet-chi-dao-dieu-hanh?dDocName=TAND155594> (truy cập ngày 15/6/2022).

thiếu so với yêu cầu công việc trong khi đây là đơn vị có thẩm quyền xem xét, giải quyết phần lớn số đơn đề nghị giám đốc thẩm, tái thẩm của Tòa án nhân dân.

Thứ hai, hầu hết các vụ tranh chấp đều phải trải qua hai cấp xét xử sơ thẩm và phúc thẩm, trong đó nhiều vụ việc phải thông qua thủ tục giám đốc thẩm. Điều này xuất phát từ mâu thuẫn của các cấp toà trong việc áp dụng pháp luật. Trong đó, việc nhận diện và áp dụng pháp luật của đội ngũ thẩm phán làm công tác xét xử còn hạn chế, dẫn đến các phán quyết đưa ra không phù hợp, thiếu tính thuyết phục.

Thứ ba, một trong các nguyên nhân gây ra ảnh hưởng lớn đến hiệu quả của hoạt động xét xử của Toà án đó là sự mâu thuẫn, bất cập trong quy định của pháp luật. Trong chương 2 của luận án, nghiên cứu sinh đã đưa ra những phân tích, đánh giá thực trạng pháp luật về thế chấp nhà ở. Trong đó đã chỉ ra nhiều quy định không phù hợp hoặc có mâu thuẫn với nhau. Chính vì vậy, nghiên cứu sinh cũng đã dự đoán những khó khăn, phức tạp trong quá trình áp dụng vào thực tiễn. Khi nghiên cứu thực tiễn thực hiện pháp luật, nghiên cứu sinh cũng đã chỉ ra những khó khăn, bất cập xuất phát từ hạn chế, bất cập của pháp luật, đặc biệt là sự bất cập trong quy định của pháp luật về hợp đồng thế chấp nhà ở vô hiệu do vi phạm điều cấm của luật. Đây là vấn đề bất cập chung của tất cả các loại hợp đồng khi áp dụng vào thực tiễn. Mặc dù đã có nhiều ý kiến đóng góp được đưa ra song quy định này vẫn chưa được ghi nhận một cách minh thị. Hơn nữa, chính trong Luật nhà ở, các quy định vẫn còn mâu thuẫn dẫn đến triệt tiêu giá trị của nhau. Điển hình là nếu áp dụng quy định tại khoản 9 Điều 6 của Luật nhà ở năm 2014 thì mọi sự vi phạm điều kiện có hiệu lực đều bị coi là vi phạm điều cấm của luật. Đây là điểm mâu chốt dẫn đến những bất cập trong quá trình nhận diện và áp dụng vào thực tiễn.

Ngoài ra, một số vấn đề khác cũng được ghi nhận là nguyên nhân dẫn đến những tồn tại, hạn chế trong quá trình áp dụng pháp luật nói chung, áp dụng pháp luật giải quyết tranh chấp về thế chấp nhà ở nói riêng như: (i) Một số cơ quan, tổ chức chưa thực sự quan tâm đến công tác phối hợp với Toà án, thậm chí chưa làm hết trách nhiệm của mình theo quy định của pháp luật trong việc cung cấp tài liệu, chứng cứ, giám định, tham gia định giá tài sản, thực hiện uỷ thác tư pháp...; (ii) Cơ sở vật chất, trang thiết bị, điều kiện, phương tiện làm việc chưa đáp ứng được yêu cầu nhiệm vụ; (iii) Vẫn còn một số Thẩm phán, công chức Toà án còn chủ quan, chưa thận trọng trong việc nghiên cứu, thu thập, đánh giá chứng cứ; thiếu trách nhiệm, thiếu kinh

nghiệm, không thường xuyên rèn luyện, tu dưỡng nên có vi phạm và hiệu quả công tác chưa tốt. Mặc dù đây cũng là nguyên nhân thứ yếu dẫn đến những hạn chế, bất cập trong quá trình giải quyết tranh chấp, song nó cũng gây ra những ảnh hưởng tiêu cực đến quá trình áp dụng pháp luật.

3.2.2.2. Một số giải pháp khắc phục nhằm nâng cao hiệu quả áp dụng pháp luật về thể chấp nhà ở

Từ những nguyên nhân được chỉ ra và tiếp cận nghiên cứu quan điểm của ngành Tòa án trong Báo cáo tổng kết ngành tòa án năm 2020, nghiên cứu sinh cho rằng để khắc phục những hạn chế, thiếu sót nhằm nâng cao hiệu quả áp dụng pháp luật nói chung, áp dụng pháp luật về thể chấp nhà ở nói riêng, trong thời gian tới cần phải tập trung vào những giải pháp cụ thể như sau:

Thứ nhất, cần thực hiện việc sửa đổi, bổ sung, xây dựng mới các quy định pháp luật có liên quan. Trong đó cần khắc phục những vấn đề còn mâu thuẫn, bất cập giữa các hệ thống văn bản pháp luật khác nhau. Đối với từng văn bản, cũng cần phải có sự điều chỉnh những mâu thuẫn, bất cập nhằm thống nhất cách hiểu và áp dụng trên thực tế. Những kiến nghị cụ thể đã được nghiên cứu sinh trình bày trong phần kiến nghị hoàn thiện pháp luật.

Thứ hai, cần tăng cường phối hợp với các bộ, ngành có liên quan đến thực hiện công tác hướng dẫn, bảo đảm áp dụng thống nhất pháp luật trong hoạt động xét xử; tập trung giải đáp các vướng mắc về nghiệp vụ để kịp thời tháo gỡ các khó khăn, vướng mắc trong thực tiễn xét xử. Làm tốt công tác đào tạo, bồi dưỡng nâng cao trình độ chuyên môn nghiệp vụ cho cán bộ, công chức, nhất là kỹ năng điều hành phiên tòa, các văn bản pháp luật mới hướng dẫn đường lối xét xử cho Thẩm phán và Hội thẩm nhân dân; chú trọng hình thức đào tạo thông qua hệ thống truyền hình trực tuyến và động viên cán bộ, công chức tự nghiên cứu, học tập nâng cao trình độ chuyên môn. Tổ chức tốt các phiên tòa rút kinh nghiệm xét xử.

Thứ ba, cần thực hiện tốt việc kiện toàn đội ngũ công chức của các Tòa án, nhất là cán bộ có chức danh tư pháp ở Tòa án nhân dân cấp huyện. Rà soát, sắp xếp, tổ chức lại bộ máy theo hướng tinh gọn đầu mối bên trong của các Tòa án gắn với tinh giản biên chế, cơ cấu lại và nâng cao chất lượng đội ngũ công chức. Thực hiện việc luân chuyển, điều động, chuyển đổi vị trí công tác để bổ sung nguồn nhân lực cho các đơn vị có số lượng công việc nhiều, đồng thời bồi dưỡng, rèn luyện đối với cán bộ

thuộc diện quy hoạch các chức vụ lãnh đạo, quy hoạch bổ nhiệm Thẩm phán Tòa án nhân dân các cấp.

Thứ tư, cần phải đề xuất cơ quan có thẩm quyền đổi mới cơ chế phân bổ ngân sách, trong đó tập trung đổi mới về định mức chi, chế độ chi, định mức trang cấp phương tiện làm việc và quy mô xây dựng trụ sở nhằm cải thiện điều kiện làm việc cho các Tòa án. Xây dựng chế độ chính sách tiền lương phù hợp với lao động đặc thù của Tòa án, có chính sách ưu tiên, khuyến khích cán bộ, công chức đến làm việc ở vùng sâu, vùng xa, hải đảo và những nơi có điều kiện kinh tế xã hội khó khăn.

Thứ năm, đối với hoạt động nâng cao chất lượng của đội ngũ cán bộ, công chức ngành toà án, đặc biệt là đội ngũ thẩm phán, nghiên cứu sinh cho rằng toà án nhân dân tối cao và toà án cấp tỉnh cần chỉ đạo các toà án cấp dưới tiếp tục tập trung thực hiện tốt các giải pháp để nâng cao chất lượng công tác xét xử; đảm bảo nguyên tắc tranh tụng; chú trọng phối hợp với các cơ quan tiến hành tố tụng và các cơ quan liên quan trong quá trình giải quyết các loại vụ việc.

Ngoài ra, nghiên cứu sinh cũng hoàn toàn đồng tình với phương hướng được đưa ra trong Báo cáo của ngành toà án năm 2020 đó là cải tiến phương thức chỉ đạo, điều hành theo hướng phân công, phân cấp hợp lý, đảm bảo rành mạch giữa quản lý, điều hành hoạt động nội bộ của các Tòa án với hoạt động tố tụng; phát huy tính sáng tạo và đề cao trách nhiệm của người đứng đầu đối với từng đơn vị, Tòa án. Tăng cường công tác quản lý cán bộ, Thẩm phán; chỉ đạo các Tòa án làm tốt công tác tự kiểm tra và phải coi đây là nhiệm vụ thường xuyên; nâng cao kỷ cương, kỷ luật công vụ, kịp thời khen thưởng, vinh danh những tập thể, cá nhân có thành tích xuất sắc trong công tác; đồng thời xử lý nghiêm những trường hợp vi phạm. Đẩy mạnh các phong trào thi đua gắn với việc thực hiện Chỉ thị số 05-CT/TW ngày 15/5/2016 của Bộ Chính trị về “Đẩy mạnh học tập và làm theo tư tưởng, đạo đức, phong cách Hồ Chí Minh”.

KẾT LUẬN CHƯƠNG 3

Thế chấp nhà ở là một trong những vấn đề tranh chấp chính khi nói đến những tranh chấp về nhà ở. Chương 3 đã khái quát thực tiễn về thế chấp nhà ở thông qua Báo cáo tổng kết công tác năm 2020 và nhiệm kỳ 2016 - 2020 của ngành Tòa án, từ đó rút ra các vấn đề liên quan đến thực tiễn áp dụng pháp luật về nhà ở bao gồm (1) Thế chấp nhà ở thường gắn với thế chấp quyền sử dụng đất, (2) thế chấp nhà ở thường được xác lập để bảo đảm cho nghĩa vụ trả nợ đối với tổ chức tín dụng, (3) tranh chấp về thế chấp nhà ở thường gắn liền với tranh chấp về hợp đồng tín dụng và (4) việc xử lý nhà ở thế chấp chủ yếu xuất phát từ việc vi phạm nghĩa vụ. trên cơ sở phân tích thực tiễn giải quyết tranh chấp thông qua các bản án của Tòa án, các bất cập đã được đề cập đến theo từng mảng như chủ thể, nội dung và hình thức của hợp đồng thế chấp nhà ở, đối tượng của biện pháp thế chấp nhà ở và phạm vi bảo đảm của thế chấp nhà ở.

Trên cơ sở thực trạng và thực tiễn áp dụng, cùng với yêu cầu đặt ra của quá trình hoàn thiện pháp luật về thế chấp nhà ở, các bất cập cùng với kiến nghị liên quan đến pháp luật về căn cứ phát sinh biện pháp thế chấp - hợp đồng thế chấp nhà ở:

Thứ nhất, chủ thể (bên nhận thế chấp nhà ở và bên thế chấp nhà ở) cần được mở rộng để tạo điều kiện cho sự phát triển của các giao lưu dân sự,

Thứ hai, nội dung của hợp đồng thế chấp cần phân biệt các điều khoản với phần thông tin của hợp đồng, các điều khoản bắt buộc của hợp đồng thế chấp nhà ở chỉ nên theo hướng gợi ý để tăng tính chủ động, tự do định đoạt của các chủ thể khi tham gia vào hợp đồng thế chấp nhà ở,

Thứ ba, nội dung về Khoản 9 Điều 6 Luật Nhà ở 2014 nên được lược bỏ để tránh việc hiểu những hành vi vi phạm quy định về giao dịch dân sự về nhà ở đều là những hành vi bị cấm, dẫn đến việc giao dịch dân sự về nhà ở nói chung, thế chấp nhà ở nói riêng bị tuyên là vô hiệu do vi phạm điều cấm. Nếu không lược bỏ ngay được thì theo nghiên cứu sinh, quy định này cũng cần được bổ sung thêm phần “theo luật khác có liên quan” để tạo được sự thống nhất trong pháp luật về thế chấp nhà ở.

Thứ ba, đối tượng của biện pháp thế chấp nhà ở là nhà ở hình thành trong tương lai cần được hiểu đúng và đủ;

Thứ tư, phạm vi bảo đảm cần được mở rộng theo góc độ chủ thể, tức là việc đoạn này cô chưa viết ạ

Thứ năm, quy định về thứ tự ưu tiên thanh toán trong BLDS 2015 cần được

bổ sung, thay đổi phù hợp để đảm bảo nguyên tắc về thứ tự ưu tiên và mang tính khả thi của việc bảo đảm thực hiện nghĩa vụ bằng biện pháp thế chấp nhà ở.

Cuối cùng, từ việc nhận diện nguyên nhân của những hạn chế, thiếu sót trong quá trình áp dụng pháp luật thế chấp về nhà ở như số lượng các loại vụ việc mà các Tòa án phải thụ lý, giải quyết tiếp tục có xu hướng gia tăng với tính chất ngày càng phức tạp; hầu hết các vụ tranh chấp đều phải trải qua hai cấp xét xử sơ thẩm và phúc thẩm, trong đó nhiều vụ việc phải thông qua thủ tục giám đốc thẩm; sự mâu thuẫn, bất cập trong quy định của pháp luật,... Nghiên cứu sinh đã đề ra các giải pháp nâng cao hiệu quả áp dụng pháp luật về thế chấp nhà ở như (1) cần thực hiện việc sửa đổi, bổ sung, xây dựng mới các quy định pháp luật có liên quan, (2) tăng cường phối hợp với các bộ, ngành có liên quan đến thực hiện công tác hướng dẫn, bảo đảm áp dụng thống nhất pháp luật trong hoạt động xét xử, (3) thực hiện tốt việc kiện toàn đội ngũ công chức của các Tòa án, nhất là cán bộ có chức danh tư pháp ở Tòa án nhân dân cấp huyện, (4) đổi mới cơ chế phân bổ ngân sách, (5) đổi mới hoạt động nâng cao chất lượng của đội ngũ cán bộ, công chức ngành toà án, đặc biệt là đội ngũ thẩm phán.

KẾT LUẬN

1. Thế chấp nhà ở là một biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ có tính chất vật quyền nhằm bảo đảm cho quan hệ trái quyền. Trong đó, cơ sở phát sinh biện pháp thế chấp nhà ở là hợp đồng thế chấp nhà ở. Bên cạnh đó, thế chấp nhà ở sẽ hoàn thiện quyền trên tài sản thế chấp nhà ở thông qua việc đăng ký.

2. Về bản chất của thế chấp nhà ở, thế chấp nhà ở không phải là một giao dịch chuyển giao tài sản, không phải là giao dịch dân sự có điều kiện và việc bên thế chấp nhà ở phải giao nhà ở cho bên nhận thế chấp xử lý khi xảy ra một trong các trường hợp xử lý tài sản thế chấp là nhà ở không phải là nghĩa vụ phát sinh từ hợp đồng thế chấp nhà ở.

3. Đăng ký hiệu lực đối kháng với người thứ ba của thế chấp nhà ở cần phải được coi là thủ tục bắt buộc và là điều kiện để xác lập quyền của bên nhận thế chấp trên tài sản thế chấp và là điều kiện để thế chấp có giá trị pháp lý đối với người thứ ba. Bằng việc làm rõ nội hàm khái niệm "người thứ ba" là những chủ thể có lợi ích liên quan đến tài sản thế chấp bên cạnh hai chủ thể chính là bên thế chấp và bên nhận thế chấp là căn cứ thuyết phục để khẳng định đăng ký phải là điều kiện để bên nhận thế chấp thực hiện quyền truy đòi, quyền ưu tiên thanh toán trên tài sản thế chấp trước bất kỳ chủ thể nào, trừ trường hợp pháp luật có quy định khác.

4. Cá nhân là bên thế chấp hoặc bên nhận thế chấp chỉ cần đáp ứng điều kiện về năng lực hành vi dân sự là có thể được coi là đủ điều kiện về năng lực chủ thể để xác lập biện pháp thế chấp nhà ở. Đối với tổ chức thì chỉ cần có tư cách pháp nhân là có thể xác lập giao dịch thế chấp nhà ở. Tuy nhiên, theo quy định tại Điều 117 Bộ luật dân sự thì người xác lập giao dịch dân sự phải có năng lực pháp luật và năng lực hành vi dân sự phù hợp. Tức là trước khi xem xét đến điều kiện về năng lực hành vi thì cá nhân, pháp nhân phải có năng lực pháp luật (tức là phải có quyền được tham gia vào giao dịch thế chấp nhà ở) thì mới đủ điều kiện về năng lực chủ thể trong việc giao kết hợp đồng thế chấp nhà ở. Quy định này có thể gây ra mâu thuẫn trong cách hiểu và áp dụng pháp luật vào thực tiễn, đặc biệt khi khoản 9 Điều 6 Luật nhà ở đã dẫn đến cách hiểu rằng biện pháp thế chấp nhà ở chỉ cần tuân thủ Luật nhà ở mà không cần tuân theo bất cứ luật nào khác thì càng khiến cho mâu thuẫn trong cách hiểu và áp dụng pháp luật vào thực tiễn càng gia tăng.

5. Theo quy định của Luật nhà ở thì cá nhân xác lập giao dịch thế chấp nhà ở

(bao gồm cả bên thế chấp và bên nhận thế chấp) phải có năng lực hành vi dân sự đầy đủ. Theo quy định này thì các cá nhân là chủ sở hữu nhà ở mà có năng lực hành vi dân sự không đầy đủ sẽ không được xác lập hợp đồng thế chấp nhà ở, bất kể là tự mình xác lập có sự đồng ý của người đại diện theo pháp luật hoặc do người đại diện theo pháp luật xác lập, thực hiện thay. Theo quan điểm của nghiên cứu sinh thì cần phải sửa đổi, bổ sung quy định của Luật nhà ở năm 2014 thay vì sửa đổi quy định của Bộ luật dân sự năm 2015. Bởi vì nếu sửa đổi quy định của Bộ luật dân sự năm 2015 theo hướng phù hợp với ghi nhận tại Điều 119 Luật nhà ở năm 2014 thì vô hình chung sẽ giới hạn phạm vi các chủ thể được tham gia vào hợp đồng thế chấp nhà ở, trong khi những chủ thể này hoàn toàn có thể tự xác lập hoặc thông qua người đại diện để xác lập, thực hiện các biện pháp thế chấp nhà ở.

6. Việc sử dụng thuật ngữ “tổ chức phải có tư cách pháp nhân” để xác định chủ thể của biện pháp thế chấp nhà ở không còn phù hợp. Bởi vì theo quy định của Bộ luật dân sự năm 2015, chủ thể của quan hệ pháp luật dân sự phải là cá nhân hoặc là pháp nhân. Tổ chức không có tư cách pháp nhân không còn được coi là chủ thể của quan hệ pháp luật dân sự mà từng cá nhân trong tổ chức đó mới là chủ thể của quan hệ pháp luật dân sự. Do đó, việc ghi nhận tổ chức phải có tư cách pháp nhân mới được giao kết hợp đồng thế chấp nhà ở cần phải được sửa đổi cho phù hợp với quy định của Bộ luật dân sự.

7. Việc ghi nhận các loại nhà ở có thể thế chấp và các điều kiện áp dụng với từng loại nhà ở đó chỉ mang tính nhất thời. Khi quy định đã không còn phù hợp thì nhất định phải được sửa đổi để có tính khả thi hơn. Nhà làm luật cần chỉnh sửa một trong hai quy định. Đó là quy định mang tính định nghĩa về nhà ở hình thành trong tương lai, hoặc quy định về điều kiện của nhà ở tham gia giao dịch.

Trường hợp chỉnh sửa quy định về nhà ở hình thành trong tương lai, nghiên cứu sinh cho rằng cần bổ sung thêm một loại nhà ở hình thành trong tương lai là nhà ở đã hình thành nhưng chủ sở hữu chưa được cấp giấy chứng nhận. Khi đó, cũng không cần thiết phải đưa ra định nghĩa này trong Luật nhà ở, bởi vì quy định về tài sản hình thành trong tương lai đã có thể bao quát được các loại nhà ở hình thành trong tương lai. Theo đó, cần lược bỏ khái niệm về nhà ở có sẵn và nhà ở hình thành trong tương lai tại khoản 18 và 19 Luật nhà ở năm 2014.

Trường hợp chỉnh sửa quy định về điều kiện của nhà ở tham gia giao dịch, nghiên cứu sinh cho rằng cần lược bỏ quy định tại điểm b khoản 1 Điều 118

Luật nhà ở năm 2014. Khi đó, nhà ở thế chấp hoàn toàn không bắt buộc phải có giấy chứng nhận mà chỉ cần có giấy tờ chứng minh quyền sở hữu là có thể thế chấp. Tăng cường và mở rộng quyền của bên thế chấp đối với tài sản đã dùng để thế chấp, như cho phép bên thế chấp: (i) không phải giao giấy tờ sở hữu cho bên nhận thế chấp; (ii) được quyền bán tài sản thế chấp, cho thuê tài sản thế chấp; (iii) được dùng tài sản thế chấp để thế chấp bảo đảm cho các nghĩa vụ khác tiếp theo. Quy định này không hề ảnh hưởng đến quyền của bên nhận thế chấp, bởi đặc điểm vật quyền của thế chấp cho phép bên nhận thế chấp được quyền truy đòi và ưu tiên thanh toán trước bất kỳ chủ thể nào. Cũng vậy, quy định trên cũng không ảnh hưởng đến lợi ích của các chủ thể khác khi xác lập giao dịch liên quan đến tài sản thế chấp bởi các thông tin về tài sản thế chấp đã được công bố công khai. Điều này coi như các chủ thể khác đã biết và buộc phải biết về tình trạng pháp lý của tài sản nên tự đánh giá được mức độ rủi ro khi quyết định xác lập các giao dịch tiếp theo trên tài sản thế chấp.

8. Hiện tại, quyền truy đòi theo quy định của Bộ luật dân sự của Pháp lại được thể hiện ở chỗ “người thứ ba nắm giữ tài sản thế chấp có nghĩa vụ thanh toán toàn bộ các khoản lãi và nợ gốc đến hạn, dù số tiền có thể tăng lên bao nhiêu, hoặc phải từ bỏ hoàn toàn bất động sản thế chấp”²¹⁸, “nếu người thứ ba nắm giữ bất động sản thế chấp không thực hiện một trong những nghĩa vụ này, mỗi chủ nợ có quyền truy đòi đối với bất động sản đó có thể yêu cầu kê biên và bán bất động sản theo quy định”²¹⁹. Người thứ ba nắm giữ tài sản có thể bị kiện đòi bồi thường nếu, do hành vi của mình hoặc do sơ suất, để xảy ra những hư hỏng gây thiệt hại cho người có quyền được bảo đảm bằng thế chấp hoặc quyền ưu tiên²²⁰. Với những quy định này có thể thấy rằng quy định về quyền truy đòi trong Bộ luật dân sự Pháp chi tiết hơn Bộ luật dân sự của Việt Nam. Theo đó, nghiên cứu sinh cho rằng thay vì chỉ ghi nhận quyền truy đòi là quyền yêu cầu người thứ ba giao tài sản để xử lý thì nhà làm luật cũng cần ghi nhận việc người thứ ba phải thanh toán nghĩa vụ với bên nhận thế chấp nhà ở trước khi yêu cầu giao nhà ở để xử lý. Quy định này sẽ góp phần bảo vệ quyền lợi của bên nhận thế chấp nhà ở ở mức độ cao hơn.

9.

²¹⁸ Xem Điều 2463 Bộ luật dân sự Pháp.

²¹⁹ Xem Điều 2464 Bộ luật dân sự Pháp.

²²⁰ Xem Điều 2470 Bộ luật dân sự Pháp.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

***Văn bản quy phạm pháp luật**

Trong nước

1. Chính phủ (2021), Nghị định 21/2021/NĐ-CP hướng dẫn Bộ luật Dân sự bảo đảm thực hiện nghĩa vụ.
2. Chính phủ (2017), Nghị định 102/2017/NĐ-CP về đăng ký biện pháp bảo đảm.
3. Chính phủ (2010), Nghị định số 88/2010/NĐ-CP về đăng ký giao dịch bảo đảm.
4. Chính phủ (1999), Nghị định số 165/1999/NĐ-CP về giao dịch bảo đảm.
5. Hội đồng thẩm phán (2019), Nghị quyết số 01/2019/NĐ-HĐTP hướng dẫn áp dụng một số quy định của pháp luật về lãi, lãi suất, phạt vi phạm.
6. Ngân hàng Nhà nước (2015), Thông tư số 26/2015/TT-NHNN hướng dẫn trình tự, thủ tục thế chấp và giải chấp tài sản là dự án đầu tư xây dựng nhà ở, nhà ở hình thành trong tương lai.
7. Quốc hội (2005), Bộ luật Dân sự.
8. Quốc hội (2015), Bộ luật Dân sự.
9. Quốc hội (2013), Luật Đất đai.
10. Quốc hội (2014), Luật Công chứng.
11. Quốc hội (2014), Luật Kinh doanh Bất động sản.
12. Quốc hội (2014), Luật Nhà ở.
13. Quốc hội (2017), Nghị quyết 42/2017/NQ-QH14 về thí điểm giải quyết nợ xấu của các tổ chức tín dụng.
14. Tòa án nhân dân tối cao (2019), Công văn số 64/TANDTC-PC Thông báo kết quả giải đáp trực tuyến một số vướng mắc về hình sự, dân sự và tố tụng hành chính.

Nước ngoài

15. Bộ luật dân sự Pháp.
16. Bộ luật dân sự Nhật Bản.
17. Bộ luật dân sự Trung Quốc.
18. Bộ luật dân sự và thương mại Thái Lan.
19. Luật thế chấp Liên bang Nga (Dành cho bất động sản).

Tài liệu khác

Trong nước

20. Nguyễn Hữu Tiến Anh (2021), *Xử lý tài sản thế chấp là nhà ở theo quy định của pháp luật dân sự Việt Nam và thực tiễn thực hiện tại Ngân hàng Thương mại Cổ phần Kỹ thương Việt Nam*, luận văn thạc sĩ luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội.

21. Phạm Văn Anh (2017), *Thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai để bảo đảm cho hợp đồng tín dụng*, luận văn thạc sĩ luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội.

22. Nguyễn Văn Cừ & Trần Thị Huệ (đồng chủ biên, 2017), *Bình luận khoa học Bộ luật dân sự năm 2015 của nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam*, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội.

23. Nguyễn Ngọc Điện (2000), *Nghiên cứu về tài sản trong Luật dân sự Việt Nam*, Nxb trẻ, TP. Hồ Chí Minh.

24. Đỗ Văn Đại (2013), Hình thức bắt buộc của hợp đồng trong pháp luật dân sự Việt Nam: Những bất cập và hướng hoàn thiện, Tạp chí Luật học, số 2.

25. Đỗ Văn Đại (2021), Luật nghĩa vụ và bảo đảm thực hiện nghĩa vụ Việt Nam – Bản án và bình luận bản án – Tập 1, tái bản lần thứ 4, Nhà xuất bản Hồng Đức – Hội Luật gia Việt Nam.

26. Đỗ Văn Đại (2021), Luật nghĩa vụ và bảo đảm thực hiện nghĩa vụ Việt Nam – Bản án và bình luận bản án – Tập 2, tái bản lần thứ 4, Nhà xuất bản Hồng Đức – Hội Luật gia Việt Nam.

27. Đỗ Văn Đại (2021), Giao dịch dân sự về bất động sản, Nhà xuất bản Hồng Đức – Hội Luật gia Việt Nam.

28. Trương Thanh Đức (2018), “Chín biện pháp bảo đảm nghĩa vụ dân sự”, Nsb Chính trị Quốc gia Sự thật, Hà Nội.

29. Lê Kim Giang (2011), Hợp đồng dân sự và các tranh chấp thường gặp, Nxb Tư pháp, Hà Nội.

30. Hoàng Thị Thuý Hằng (2012), *Chế định vật quyền và dự kiến sửa đổi phần Tài sản và quyền sở hữu trong bộ Bộ luật dân sự (sửa đổi) của Việt Nam*, Tài liệu Hội thảo “Một số vấn đề về pháp luật dân sự, so sánh pháp luật Cộng hoà Liên bang Đức, Cộng hoà Pháp, Nhật Bản và Việt Nam, tổ chức tại Hà Nội ngày 02 và 03/10/2012”.

31. Nguyễn Văn Hoat (2003), *Đảm bảo thực hiện hợp đồng tín dụng ngân hàng bằng thế chấp tài sản*, luận án tiến sĩ luật học, Viện Nhà nước và Pháp luật, Hà Nội.

32. Nguyễn Văn Hợi & Nguyễn Tổng Bảo Minh (2022), *Kiến nghị hoàn thiện quy định về thời điểm có hiệu lực của hợp đồng*, Tạp chí luật học, số 4.

33. Nguyễn Văn Hợi (2017), Trách nhiệm bồi thường thiệt hại do tài sản gây

ra theo pháp luật dân sự Việt Nam, luận án tiến sĩ luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội.

34. Hoàng Việt Trung kỳ hộ luật (1947), Nhà in Viên - Đé, Huế.

35. Lê Khánh Linh, Trương Huỳnh Nga, Nguyễn Minh Tâm, Hoàng Thảo Anh, Trần Kiên (2021), Bộ luật dân sự Trung Quốc 2020 (bản dịch và lược giải), Nxb Đại học Quốc gia Hà Nội.

36. Đoàn Đức Lương & Trần Thị Huệ (đồng chủ biên, 2021), *Pháp luật hợp đồng trong lĩnh vực dân sự Việt Nam hiện đại* (sách chuyên khảo), Nxb Công an nhân dân, Hà Nội.

37. Vũ Văn Mẫu, Pháp luật nhập môn, giáo trình

38. Ngô Hoàng Oanh (chủ biên, 2016), Bình luận khoa học Bộ luật dân sự năm 2015, Nxb Lao động, Hà Nội.

39. Nguyễn Minh Oanh (chủ biên, 2018), *Vật quyền trong pháp luật dân sự Việt Nam hiện đại*, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội.

40. Nguyễn Thanh Nguyệt (2020), *Chia nhà ở là tài sản chung của vợ chồng khi ly hôn và thực tiễn thi hành*, luận văn thạc sĩ luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội.

41. Nguyễn Hoàng Quân (2020), *Hợp đồng thế chấp nhà ở theo quy định của pháp luật dân sự và thực tiễn thi hành tại Ngân hàng Thương mại Cổ phần Việt Nam Thịnh Vượng*, luận văn thạc sĩ luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội.

42. Đào Ngọc Sơn (2018), *Thế chấp tài sản theo quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015*, luận văn thạc sĩ luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội.

43. Nguyễn Quang Hương Trà (2021), *Thế chấp bất động sản theo quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành*, luận án tiến sĩ luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội.

44. Trường Đại học Luật Hà Nội (2020), *Giáo trình lý luận chung về nhà nước và pháp luật*, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội.

45. Trường Đại học Luật Hà Nội (2018), *Giáo trình Luật dân sự (tập 1)*, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội.

46. Trường Đại học Luật Hà Nội (2019), *Giáo trình Luật Dân sự (tập 2)*, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội.

47. Phan Ngọc Trâm (2016), *Thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ từ hợp đồng tín dụng*, luận văn thạc sĩ luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội.

48. Nguyễn Minh Tuấn (chủ biên, 2016), *Bình luận khoa học những điểm mới của Bộ luật dân sự năm 2015*, Nxb Tư pháp, Hà Nội

49. Phạm Văn Tuyết & Lê Kim Giang (đồng chủ biên, 2015), *Hoàn thiện chế định bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự*, Nxb Dân trí, Hà Nội.

50. Phạm Văn Tuyết và Lê Kim Giang (2022), *Câu hỏi thường gặp trong lĩnh vực dân sự*, Nxb Tư pháp, Hà Nội.

51. Viện Ngôn ngữ học (2019), *Từ điển tiếng Việt*, Nxb Hồng Đức, Hà Nội.

52. Vũ Thị Hồng Yến (2013), *Tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp theo quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành*, luận án tiến sĩ luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội.

53. Vũ Thị Hồng Yến (2017), *Giao dịch dân sự vô hiệu do vi phạm hình thức theo Điều 129 Bộ luật Dân sự năm 2015*, *Tạp chí Tòa án Nhân dân*, Số 15/2017.

54. Vũ Thị Hồng Yến (chủ nhiệm đề tài, 2017), *Bảo đảm tiền vay của các tổ chức tín dụng bằng thế chấp bất động sản theo quy định của pháp luật hiện hành*, đề tài nghiên cứu khoa học cấp cơ sở, Trường Đại học Luật Hà Nội.

Tiếng Anh

55. Witold Wolodkiewicz & GS.TS Maria Zablocka (1999), *Giáo trình Luật La Mã của Đại học Tổng hợp Warszawa - Ba Lan*, (Lê Nết dịch), Nxb Thành phố Hồ Chí Minh.

56. Richard Calnan, *Taking security*, Third edition, 2013, Jordan Publishing Limited.

57. Louise Gullifer (editor), *Goode on legal problem of credit and security*, Sixth edition, 2018, Sweet & Maxwell.

58. Halbert C. Smith, DBA, SREA, CRE, FCA, University of Florida and John B. Corgel, Ph.D, *Real estate perspective*, IRWIN, 1987, Georgia State University

59. Gregory S. Alexander, *Property and Human flourishim*.

60. Website

61. <https://baotainguyenmoitruong.vn/thu-nhap-binh-quan-cua-viet-nam-khoang-4-2-trieu-dong-nguoi-thang-327235.html> (truy cập ngày 09/6/2022)

62. [https://tphcm.chinhphu.vn/horea-gia-nha-o-cao-gap-20-lan-thu-nhap-binh-quan-cua-xa-hoi-101220423191054013.htm#:~:text=\(Chinhphu.vn\)%20%2D%20Ch%E1%BB%89,6%20%2D%207%20%E1%BA%A7n%20thu%20nh%E1%BA%ADp](https://tphcm.chinhphu.vn/horea-gia-nha-o-cao-gap-20-lan-thu-nhap-binh-quan-cua-xa-hoi-101220423191054013.htm#:~:text=(Chinhphu.vn)%20%2D%20Ch%E1%BB%89,6%20%2D%207%20%E1%BA%A7n%20thu%20nh%E1%BA%ADp). (truy cập ngày 09/6/2022)

63. <https://www.toaan.gov.vn/webcenter/portal/tatc/chi-tiet-chi-dao-dieu-hanh?dDocName=TAND155594> (truy cập ngày 10/6/2022).

64. <https://core.ac.uk/download/pdf/217048841.pdf> (Truy cập ngày 15/06/2022).

65. http://english.www.gov.cn/archive/lawsregulations/202012/31/content_WS5fedad98c6d0f72576943005.html (Truy cập ngày 09/06/2022)

66. https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000006165681/#LEGISCTA000044072120 (Truy cập ngày 10/06/2022)

67. <https://congbobanan.toaan.gov.vn/2ta346428t1cvn/chi-tiet-ban-an> (truy cập ngày 11/6/2022)

68. <https://congbobanan.toaan.gov.vn/2ta226797t1cvn/chi-tiet-ban-an> (truy cập ngày 15/6/2022)

69. <https://congbobanan.toaan.gov.vn/2ta806243t1cvn/chi-tiet-ban-an> (truy cập ngày 12/6/2022)

70. <https://www.toaan.gov.vn/webcenter/portal/tatc/chi-tiet-chi-dao-dieu-hanh?dDocName=TAND155594> (truy cập ngày 15/6/2022)

PHỤ LỤC

Phụ lục 01: Tổng quan tình hình nghiên cứu

Phụ lục 02: Các bản án sử dụng trong luận án

Phụ lục 03: Danh mục các công trình đã công bố liên quan đến luận án

Phụ lục 04: Nội dung các điều luật nước ngoài đã sử dụng trong luận án

PHỤ LỤC 1

TỔNG QUAN TÌNH HÌNH NGHIÊN CỨU

1. Các công trình khoa học liên quan đến đề tài

1.1. Một số công trình khoa học trong nước

1.1.1. Công trình khoa học có nội dung nghiên cứu về biện pháp bảo đảm và thế chấp

- Sách chuyên khảo: “Pháp luật về các biện pháp hạn chế rủi ro trong hoạt động cho vay của tổ chức tín dụng ở Việt Nam và một số nước trên Thế giới” của tập thể tác giả do PGS.TS Lê Thị Thu Thủy chủ biên, Nhà xuất bản Đại học quốc gia Hà Nội, Hà Nội, năm 2017. Đây là cuốn sách nghiên cứu về các biện pháp hạn chế rủi ro trong hoạt động cho vay của các tổ chức tín dụng của pháp luật Việt Nam và kinh nghiệm của một số quốc gia trên thế giới. Trong cuốn sách này, các biện pháp bảo đảm được tiếp cận nghiên cứu dưới góc độ là biện pháp hạn chế rủi ro trong hoạt động cho vay của các tổ chức tín dụng. Những nghiên cứu về các biện pháp bảo đảm được giới thiệu trong cuốn sách, đặc biệt là kinh nghiệm pháp luật các nước Hoa Kỳ, Anh, Úc, Nga, Nhật Bản về lĩnh vực này là nguồn tham khảo có giá trị cho các nghiên cứu có liên quan của luận án.

- Luận án “*Hệ thống các vật quyền trong pháp luật dân sự Việt Nam*”, Lê Đăng Khoa, 2018, Đại học Luật Hà Nội. Luận án đã phân tích về mặt lý luận về vật quyền, trong đó có vật quyền bảo đảm. Trên cơ sở áp dụng các học thuyết về vật quyền, tác giả đã đưa ra những đánh giá về vật quyền bảo đảm (trong đó có biện pháp thế chấp), soi chiếu với quy định của pháp luật Việt Nam để thấy được những ưu điểm và hạn chế của những quy định này.

- Sách chuyên khảo “Chín biện pháp bảo đảm nghĩa vụ dân sự”, Trường Thanh Đức, 2018, có đề cập đến thế chấp nhà ở. Trong đó, tác giả đã so sánh các quy định của pháp luật về điều kiện thế chấp nhà ở giữa Luật nhà ở năm 2014 (được quy định trong điều kiện giao dịch chung của nhà ở tại Điều 88 Luật nhà ở năm 2014) với Luật nhà ở năm 2005 và điều kiện thế chấp bất động sản. Bên cạnh đó, việc phân tích các quy định cụ thể tại Mục 8 Chương VIII Giao dịch về nhà ở Luật Nhà ở năm 2014. Trên thực tế, đã xuất hiện loại hình căn hộ khách sạn (condotel): vừa để ở vừa để làm khách sạn, văn phòng khách sạn (officetel) là mô

hình văn phòng đa năng, vừa để làm việc vừa để ở, đang được một số địa phương cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất trong thời hạn 40-50 năm, nhưng chưa được pháp luật Việt Nam xác định rõ chế độ pháp lý nào, thuộc hay không thuộc về nhà ở.(tr135, 136).

- Sách chuyên khảo: “Luật nghĩa vụ và bảo đảm thực hiện nghĩa vụ - Bản án và bình luận bản án”, xuất bản lần thứ 4, tập 1&2 của PGS.TS Đỗ Văn Đại, Nhà xuất bản Hồng Đức, năm 2021. Đây là cuốn sách chuyên khảo về nghĩa vụ và bảo đảm thực hiện nghĩa vụ. Trên cơ sở tuyển chọn và trích dẫn các bản án, quyết định của Tòa án các cấp, tác giả đã nghiên cứu, bình luận các vấn đề pháp lý cơ bản của pháp luật Việt Nam về các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ, trong đó có biện pháp thế chấp nhà ở. Các vấn đề pháp lý về thế chấp tài sản nói chung và thế chấp bất động sản nói riêng được tác giả khai thác dưới góc nhìn của một nhà nghiên cứu về những điểm tích cực và hạn chế của pháp luật thực định thông qua việc phân tích, bình luận các bản án tiêu biểu đã được xét xử tại các cấp Tòa án. Trên cơ sở đó, nhiều giải pháp có giá trị được tác giả đề xuất góp phần hoàn thiện hơn nữa các quy định của pháp luật về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ nói chung và thế chấp bất động sản của Việt Nam nói riêng. Tuy nhiên, vì đây là công trình khoa học chuyên về bình luận án về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ nói chung, nên những vấn đề về thế chấp bất động sản được đề cập trong cuốn sách chỉ mang tính điểm xuyết, không mang tính chuyên sâu, đồng thời, nội dung nghiên cứu về thế chấp bất động sản được nhìn nhận chủ yếu dưới phương diện thực tiễn thông qua việc bình luận các bản án của tòa án mà ít được tác giả bình luận nhiều ở góc độ lý luận.

- Bài viết: “Chế định bảo lãnh – sự thay đổi từ Bộ luật Dân sự 1995 đến 2015” của tác giả Trương Thị Diệu Thúy, đăng trong Kỷ yếu Hội thảo: “Về một số quy định về lãi suất và bảo đảm thực hiện nghĩa vụ của BLDS năm 2015 đối với thực tiễn hoạt động sản xuất kinh doanh” do Bộ Tư pháp tổ chức tại thành phố Hồ Chí Minh, ngày 23/12/2016. Trong bài viết này, tác giả đã phân tích, bình luận sự thay đổi từ tư duy đến quy phạm pháp luật về bảo lãnh qua ba Bộ luật Dân sự (1995, 2005 và 2015). Đồng thời, khi bàn về biện pháp bảo lãnh, tác giả cũng thể hiện quan điểm của mình đối với hình thức thế chấp tài sản để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ của người khác và lý do vì sao Bộ luật Dân sự năm 2015 lại quy định về hình thức thế chấp tài sản để bảo

đảm thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh .

- Bài viết: “Những điểm mới về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ và yêu cầu đặt ra đối với việc hoàn thiện pháp luật về giao dịch bảo đảm” của tác giả Nguyễn Quang Hương Trà, số chuyên đề “Triển khai thi hành Bộ luật Dân sự năm 2015”, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật, năm 2016. Bài viết chỉ ra học thuyết pháp lý mà nhà làm luật đã vận dụng khi xây dựng các quy định về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ của Bộ luật Dân sự năm 2015, đó là sự kết hợp giữa lý thuyết vật quyền trong sự hài hòa hóa với lý thuyết trái quyền, đồng thời lý giải nguyên nhân và bình luận những điểm mới của Bộ luật Dân sự năm 2015 về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ, trong đó có những nội dung liên quan đến thế chấp bất động sản, ví dụ như quyền truy đòi của bên nhận bảo đảm, đăng ký biện pháp bảo đảm, xử lý đồng thời quyền sử dụng đất, tài sản gắn liền với đất trong trường hợp không có sự thế chấp đồng thời...

1.1.2. Công trình khoa học về thế chấp và thế chấp bất động sản

- Sách chuyên khảo “Tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp theo quy định của Bộ luật dân sự Việt Nam hiện hành”, 2019, TS Vũ Thị Hồng Yến chủ biên (Có tái bản, sửa đổi bổ sung), Nhà xuất bản Chính trị Quốc gia – Sự thật, Hà Nội. Trong quyển sách này, tác giả đã trình bày một số vấn đề lý luận về tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp. Nghiên cứu các quy định của pháp luật dân sự hiện hành về tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp, từ đó đưa ra những yêu cầu và kiến nghị nhằm hoàn thiện pháp luật về vấn đề này.

- Luận án tiến sĩ: “Bảo đảm thực hiện hợp đồng tín dụng ngân hàng bằng thế chấp tài sản” của tác giả Nguyễn Văn Hoạt, Viện Nhà nước và pháp luật, Hà Nội, năm 2004. Luận án đã làm rõ các vấn đề lý luận về bảo đảm tiền vay và pháp luật về bảo đảm tiền vay; phát hiện và đưa ra những luận chứng có cơ sở khoa học về biện pháp thế chấp, các yếu tố chi phối nội dung pháp luật về thế chấp tài sản để đảm bảo thực hiện hợp đồng tín dụng ngân hàng. Trên cơ sở đánh giá toàn diện thực trạng pháp luật Việt Nam về thế chấp tài sản, cũng như chỉ ra nguyên nhân của những thực trạng đó, luận án đã đưa ra những giải pháp và các kiến nghị hoàn thiện pháp luật về đảm bảo thực hiện hợp đồng tín dụng bằng biện pháp thế chấp.

- Luận văn thạc sĩ luật học “*Thế chấp và xử lý tài sản thế chấp*”, Lê Văn Lợi, 2019, Trường đại học Luật Hà Nội, tác giả đã phân tích khái niệm thế chấp, việc

vận dụng để xử lý tài sản thế chấp cũng từ đó được triển khai, thông qua các quy định của pháp luật về thế chấp và xử lý tài sản thế chấp, tác giả đã chỉ ra những bất cập, hạn chế của pháp luật về thế chấp và xử lý tài sản thế chấp, từ đó đề xuất một số giải pháp, kiến nghị nhằm hoàn thiện quy định pháp luật về thế chấp và xử lý tài sản thế chấp.

- Luận án “*Thế chấp bất động sản theo quy định của pháp luật dân sự Việt Nam*”, Nguyễn Quang Hương Trà, 2021, Đại học Luật Hà Nội. Tác giả đã đưa ra các góc độ để nghiên cứu về bất động sản thế chấp (hữu hình và vô hình), từ đó nhận diện bất động sản thế chấp ở góc độ đa chiều. Bên cạnh đó, nội dung của thế chấp bất động sản cũng đã được tác giả khai thác triệt để theo các học thuyết về vật quyền và trái quyền.

- Bài viết: “*Thế chấp bất động sản hình thành trong tương lai – bất cập và giải pháp hoàn thiện pháp luật*” của Tiến sĩ Vũ Thị Hồng Yến, đăng trên Tạp chí Luật học, tháng 3 năm 2017. Trong bài viết này, tác giả đã có những phân tích, bình luận về khái niệm bất động sản hình thành trong tương lai, đồng thời chỉ ra những bất cập trong các quy định của pháp luật hiện hành về thế chấp bất động sản hình thành trong tương lai và đề xuất kiến nghị hoàn thiện pháp luật về vấn đề này.

- Bài báo khoa học “*Nhận diện nhu cầu hoàn thiện pháp luật về thế chấp bất động sản theo lý thuyết vật quyền từ thực tiễn thế chấp tại các dự án đầu tư xây dựng nhà ở*”, Nguyễn Quang Phương Trà, 2019, Tạp chí Dân chủ và pháp luật số 10. Tác giả đã nhận diện những hạn chế trong tiếp cận của pháp luật thực định khi điều chỉnh quan hệ thế chấp bất động sản. Từ đó, đề xuất một số định hướng hoàn thiện pháp luật về thế chấp bất động sản theo lý thuyết vật quyền. Cụ thể, chủ đầu tư thế chấp dự án xây dựng nhà ở, sau đó chưa hoàn tất thủ tục giải chấp và đăng ký thay đổi mà thực hiện việc mua bán. Xung đột và tranh chấp quyền lợi xuất hiện giữa các bên đối với dự án đầu tư xây dựng nhà ở, cụ thể là quyền được đảm bảo bằng dự án đầu tư xây dựng nhà ở của ngân hàng. Từ những lý luận về vật quyền, tác giả đã đưa ra các kiến nghị để giải quyết vấn đề như thừa nhận quyền bán, chuyển nhượng bất động sản của chủ sở hữu ngay cả với sản mang đi thế chấp mà không cần có sự đồng ý của bên nhận thế chấp. Sau đó, người nhận chuyển nhượng sẽ thanh toán trực tiếp cho bên nhận chuyển nhượng. Bên cạnh đó, việc tăng giá trị quyền theo đuổi tài sản của bên nhận thế chấp (tài sản thế chấp đã được chuyển nhượng vẫn có thể theo đuổi được). Và cuối cùng là công khai minh bạch hóa việc đăng ký tài sản đảm bảo.

1.1.3. Công trình khoa học về thế chấp nhà ở

- Bài viết: “*Nhận diện nhà ở hình thành trong tương lai là tài sản thế chấp theo quy định của Luật Nhà ở và Bộ luật Dân sự năm 2015*” của Tiến sĩ Vũ Thị Hồng Yến, đăng trên Tạp chí Dân chủ và Pháp luật, tháng 4 năm 2017. Trên cơ sở so sánh khái niệm “nhà ở hình thành trong tương lai” theo quy định của Luật Nhà ở năm 2014 với khái niệm “tài sản hình thành trong tương lai” Theo quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015, bài viết đã xây dựng các tiêu chí cụ thể để nhận diện bản chất của nhà ở hình thành trong tương lai là đối tượng của biện pháp thế chấp. Đặc biệt, bài viết đã đi vào phân tích các khía cạnh pháp lý của nhà ở đã hình thành (nhà ở đã hoàn thiện và bàn giao cho khách hàng mua, hồ sơ xin cấp giấy chứng nhận đã nộp cho cơ quan nhà nước có thẩm quyền) và nhà ở đã được cấp giấy chứng nhận quyền sở hữu (nhưng đang là đối tượng của các giao dịch mua bán, thuê mua, trao đổi, thừa kế) để khẳng định tính hợp pháp của chúng trong các quan hệ thế chấp. Trên cơ sở đó, bài viết đã có những kiến nghị để hoàn thiện hơn nữa pháp luật hiện hành trong việc xây dựng quy chế pháp lý đối với việc thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai.

- Bài viết “*Thế chấp quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng mua bán nhà ở - pháp luật và thực tiễn*” của tác giả Nguyễn Hoài Thanh và Phạm Thị Thúy Hồng, tạp chí Nghề luật số 4/2018. Nhóm tác giả đã phân tích các quy định của pháp luật liên quan đến Thế chấp quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng mua bán nhà ở như Bộ luật Dân sự 2015, Luật nhà ở 2014, Thông tư 26/2015/TT-NHNN,... Từ đó rút ra kết luận, tuy Bộ luật Dân sự 2015 đã quy định quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng có thể là tài sản thế chấp, tuy nhiên Luật Nhà ở 2014 và các văn bản hướng dẫn chưa quy định cụ thể quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng mua bán nhà ở vào các loại tài sản thế chấp. Bài viết đã đưa ra các vấn đề khi công nhận quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng mua bán nhà ở là một loại tài sản.

- Luận văn thạc sĩ “*Thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai theo Luật Kinh doanh bất động sản 2014*”, Nguyễn Trần Huyền Trang, 2016, Đại học Luật Hà Nội, Luận văn đã trình bày những vấn đề lý luận về thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai. Nghiên cứu các quy định của Luật Kinh doanh bất động sản 2014 về thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai và thực tiễn áp dụng, từ đó đề xuất giải pháp nhằm hoàn thiện pháp luật về vấn đề thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai.

- Luận văn thạc sĩ luật học *“Thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai để đảm bảo cho hợp đồng tín dụng”*, Phạm Văn Anh, 2017, Trường đại học Luật Hà Nội, tác giả đã làm rõ các khái niệm, đặc điểm của biện pháp thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai, các quy định của pháp luật về thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai đảm bảo cho hợp đồng tín dụng; đồng thời nghiên cứu thực trạng thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai hiện nay và chỉ ra những bất cập; từ đó đưa ra các kiến nghị nhằm hoàn thiện hệ thống pháp luật. Luận văn đã nêu và phân tích những quy định của pháp luật liên quan đến việc thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai, bám sát theo Thông tư số 26/2015/TT-NHNN hướng dẫn trình tự, thủ tục thế chấp và giải chấp tài sản là dự án đầu tư xây dựng nhà ở, nhà ở hình thành trong tương lai do Thống đốc Ngân hàng Nhà nước ban hành.

- Luận văn *“Hợp đồng thế chấp nhà ở theo quy định của pháp luật dân sự và thực tiễn thi hành tại Ngân hàng Thương mại Cổ phần Việt Nam Thịnh Vượng”*, Nguyễn Hồng Quân, 2020, Đại học Luật Hà Nội. Tác giả đã trình bày một số vấn đề lý luận về hợp đồng thế chấp và quy định của pháp luật về hợp đồng thế chấp nhà ở trong Bộ luật Dân sự 2015, Luật Nhà ở 2014 và các văn bản quy phạm pháp luật hướng dẫn; phân tích thực trạng thế chấp nhà ở tại Ngân hàng Thương mại Cổ phần Việt Nam Thịnh Vượng thông qua việc phân tích các quy trình, quy định của ngân hàng trong quá trình xác lập, thực hiện hợp đồng thế chấp nhà ở và tìm hiểu một số tranh chấp về hợp đồng thế chấp nhà ở mà bên nhận thế chấp là Ngân hàng Thương mại Cổ phần Việt Nam Thịnh Vượng; từ đó đưa ra một số kiến nghị nhằm hoàn thiện pháp luật về vấn đề này.

- Luận văn *“Xử lý tài sản thế chấp là nhà ở theo quy định của pháp luật dân sự Việt Nam và thực tiễn thực hiện tại Ngân hàng Thương mại Cổ phần Kỹ thương Việt Nam”* Nguyễn Hữu Tiến Anh, 2021, Trường Đại học Luật Hà Nội. Tác giả đã làm rõ một số vấn đề lý luận liên quan đến xử lý tài sản thế chấp là nhà ở như khái niệm, đặc điểm của nhà ở, phân loại nhà ở, tài sản thế chấp là nhà ở và khái niệm, đặc điểm, các trường hợp xử lý và phương thức xử lý tài sản thế chấp là nhà ở. Tác giả đã phân tích thực trạng pháp luật về xử lý tài sản thế chấp là nhà ở thông qua các quy định tại Bộ luật Dân sự 2015, Luật nhà ở 2014, Luật Phá sản 2013, Nghị định 21/2021/NĐ-CP về thi hành Bộ luật Dân sự về việc đảm bảo thực hiện nghĩa vụ và Nghị quyết 42/2017/NQ-QH14 về thí điểm giải quyết nợ xấu của các tổ chức tín dụng. Từ đó, tác

giả đã phân tích thực tiễn của việc thực hiện các quy định trên tại Ngân hàng Thương mại Cổ phần Kỹ thương Việt Nam và đưa ra các giải pháp, kiến nghị hoàn thiện pháp luật về xử lý tài sản thế chấp là nhà ở.

Nhận xét chung:

Những công trình nghiên cứu nói trên đã cung cấp những vấn đề lý luận và thực tiễn pháp lý về các biện pháp bảo đảm nói chung, trong đó có thế chấp nhà ở, làm nền tảng quan trọng cho người viết triển khai các nghiên cứu chuyên sâu về thế chấp nhà ở. Tuy nhiên, nội dung nghiên cứu về thế chấp nhà ở không phải là đối tượng nghiên cứu chính của các công trình này, hoặc có thì chỉ dừng lại ở mức luận văn hoặc bài báo khoa học, vì vậy việc giải quyết vấn đề lý luận một cách chuyên sâu chưa được thể hiện.

1.2. Công trình nghiên cứu nước ngoài

- Sách chuyên khảo “Taking security”, Richard Calnan, Third edition, 2013, Jordan Publishing Limited, quyển sách phân tích chuyên sâu các biện pháp đảm bảo cho các khoản vay bao gồm bảo lãnh, thế chấp và phạt nhằm đưa ra cái nhìn tổng quan về các biện pháp bảo đảm tài sản ở Anh. Tác giả đã đề cập đến các dạng tài sản thế chấp và phân tích cụ thể, ý nghĩa của các biện pháp này như thế nào.

- Sách chuyên khảo “*Goode on legal problem of credit and security*”, Louise Gullifer (editor), Sixth edition, 2018, Sweet & Maxwell, quyển sách nói về các vấn đề liên quan đến các biện pháp bảo đảm ở Anh (Nơi khởi nguồn của hệ thống thông luật). Chứa đựng các kiến thức nền tảng liên quan đến biện pháp thế chấp bao gồm bản chất của biện pháp thế chấp, tài sản thế chấp và thứ tự ưu tiên.

- Halbert C. Smith, DBA, SREA, CRE, FCA, University of Florida and John B. Corgel, Ph.D, *Real estate perspective*, IRWIN, 1987, Georgia State University: cuốn sách xoay quanh các vấn đề lý luận liên quan đến pháp luật bất động sản, trong đó có thế chấp bất động sản. Nguyên lý về thế chấp bất động, mối quan hệ giữa các chủ thể tham gia quan hệ thế chấp sản đã được tác giả phân tích thông qua các nguyên lý đã tồn tại theo quan điểm hệ thống thông luật (Common law).

- Sách chuyên khảo “*Property and Human flourishing*”, Gregory S. Alexander, 2018, quyển sách nói về việc bên cạnh sự hưng thịnh của con người,

chúng ta cũng phải giải quyết những vấn đề của xã hội xuất phát từ những vấn đề liên quan đến tài sản như bồi thường đất đai, những quyền tài sản và việc vô gia cư và những vấn đề nhà ở mà liên quan đến việc tịch thu tài sản thế chấp. Trong Chương X: Vô gia cư và những vấn đề nhà ở mang tính tính hệ thống khác, tác giả đã đề cập đến việc thế chấp tài sản bị tịch thu đã nói rằng quyền của bên nhận thế chấp là một quyền tài sản và được chuyển nhượng như một dạng cổ phiếu.

- Sách chuyên khảo “*The relationship between mortgage markets and house prices: Does financial instability make the difference?*”, Santiago Carbó Valverde, University of Granada and Federal Reserve Bank of Chicago, nói về việc thị trường cho vay thế chấp đã ảnh hưởng đến giá nhà như thế nào, nhất là trong giai đoạn những năm 1990 đến năm 2007 thông qua số liệu ở Tây Ban Nha, quốc gia có sự biến động về giá nhà rất lớn trong giai đoạn này. Trong bài viết khi đề cập đến giá nhà, tác giả đã đồng nhất cả giá trị của căn nhà (giá trị xây dựng) và giá trị của đất khi đem đi thế chấp.

Như vậy, qua một số công trình kể trên, có thể thấy những nghiên cứu về thế chấp đã được đề cập ở những cấp độ khoa học và phạm vi rộng hẹp khác nhau. Các đề tài đã giải quyết được phần lý luận một số nội dung của biện pháp bảo đảm nói chung (Đặc biệt là tài sản đảm bảo và xử lý tài sản đảm bảo). Đây là cơ sở nền tảng và là những gợi ý để luận án tiếp tục phát huy nghiên cứu sâu hơn. Các công trình hầu như chỉ tiếp cận, giải quyết một số khía cạnh khác nhau của thế chấp, nhưng đa phần ở mức độ khơi gợi vấn đề, vì vậy tác giả muốn nghiên cứu chuyên sâu lý luận về thế chấp nhà ở cũng như hoàn thiện hơn quy định của pháp luật về vấn đề này. Cho đến nay vẫn chưa có một công trình nào nghiên cứu chuyên sâu và riêng biệt ở cấp độ tiến sĩ về thế chấp nhà ở theo quy định của pháp luật Việt Nam;

Từ sự khái quát điểm bất cập, thiếu sót của quy định pháp luật về thế chấp nhà ở và thực trạng nghiên cứu của các công trình khoa học liên quan, tác giả nhận thấy việc tiếp tục nghiên cứu và hoàn thiện quy định của pháp luật về thế chấp nhà ở là hết sức cần thiết. Là gì, vai trò, thành công, khuyết điểm ?

2. Nhận xét, đánh giá, đưa ra các vấn đề còn tồn tại của các công trình khoa học có liên quan đến nội dung của đề tài luận án và chỉ ra những vấn đề luận án cần tập trung nghiên cứu

Mặc dù các công trình khoa học trên không trùng với đề tài luận án “***Thế chấp nhà ở theo quy định của pháp luật Việt Nam***” của người viết nhưng có chứa đựng những vấn đề có liên quan đến nội dung của đề tài. Quan điểm khoa học của các tác giả nêu trên về những vấn đề dưới đây thực sự là những gợi mở quan trọng để người viết tiếp tục triển khai chúng trong luận án của mình:

2.1. ***Nhóm các vấn đề lý luận về thế chấp nhà ở***

2.1.1. Nhóm các vấn đề về nhà ở thế chấp

Về khái niệm nhà ở, Luận văn “Xử lý tài sản thế chấp là nhà ở theo quy định của pháp luật dân sự Việt Nam và thực tiễn thực hiện tại Ngân hàng Thương mại Cổ phần Kỹ thương Việt Nam” - tác giả Nguyễn Hữu Tiến Anh đã đưa ra nhận định: “*Có thể thấy dưới góc độ ngôn ngữ, xã hội hay pháp lý thì nhà ở đều là nơi để ở, phục vụ mục đích sinh hoạt cho cá nhân và gia đình và nó luôn gắn với các nhu cầu thiết yếu của con người, Không những vậy, nhà ở còn là một tài sản, một bất động sản có giá trị.*” Khái niệm nhà ở này đặt trọng tâm vào việc xác định mục đích và ý nghĩa của nhà ở, chưa khai thác về yếu tố kết cấu. Các nghiên cứu không nêu ra hoặc nếu có chỉ nêu ra khái niệm nhà ở bám sát theo quy định của pháp luật hiện hành (Luật Nhà ở 2014).

Trong luận văn “Hợp đồng thế chấp nhà ở theo quy định của pháp luật dân sự và thực tiễn thi hành tại Ngân hàng Thương mại Cổ phần Việt Nam Thịnh Vượng”, tác giả Nguyễn Hoàng Quân đã nêu ra khái niệm nhà ở thế chấp căn cứ theo các điều kiện để nhà ở được đưa vào giao dịch (trong đó có việc thế chấp) theo quy định tại Điều 118 Luật nhà ở 2014 thì nhà ở thế chấp phải thỏa mãn hai điều kiện là đã được cấp Giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà ở và nhà ở không bị cấm đưa vào giao dịch. Theo điều kiện này thì có một loại nhà ở hình thành trong tương lai sẽ không được phép đem đi thế chấp nhưng tác giả phân tích dưới góc độ là quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng mua bán.

Về khái niệm nhà ở thế chấp:

Theo quy định của Luật nhà ở 2014 thì các khái niệm liên quan đến nhà ở được hiểu như sau:

“1. *Nhà ở* là công trình xây dựng với mục đích để ở và phục vụ các nhu cầu sinh hoạt của hộ gia đình, cá nhân.

2. *Nhà ở riêng lẻ* là nhà ở được xây dựng trên thửa đất ở riêng biệt thuộc quyền sử dụng hợp pháp của tổ chức, hộ gia đình, cá nhân, bao gồm nhà biệt thự, nhà ở liền kề và nhà ở độc lập.

3. *Nhà chung cư* là nhà có từ 2 tầng trở lên, có nhiều căn hộ, có lối đi, cầu thang chung, có phần sở hữu riêng, phần sở hữu chung và hệ thống công trình hạ tầng sử dụng chung cho các hộ gia đình, cá nhân, tổ chức, bao gồm nhà chung cư được xây dựng với mục đích để ở và nhà chung cư được xây dựng có mục đích sử dụng hỗn hợp để ở và kinh doanh.”²²¹

Dưới góc độ lý luận, không phải mọi nhà ở đều là nhà ở thế chấp. Nhà ở chỉ trở thành đối tượng của biện pháp thế chấp khi thỏa mãn những điều kiện pháp lý nhất định. Để có thể trở thành tài sản thế chấp, nhà ở phải đáp ứng các điều kiện của đối tượng trong hợp đồng dân sự, đồng thời phải thỏa mãn các điều kiện của tài sản được dùng để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ; đó là, phải đáp ứng các điều kiện để có thể thực hiện chức năng “dự phòng” và bù đắp rủi ro trong trường hợp nghĩa vụ được bảo đảm bằng nhà ở thế chấp không được thực hiện.

Với tư cách là đối tượng của hợp đồng thế chấp, nhà ở phải đáp ứng các điều kiện sau đây:

Thứ nhất, nhà ở thế chấp phải tồn tại trên thực tế (phải có tính xác thực) và có thể xác định được.

Nhà ở thế chấp là đối tượng của hợp đồng thế chấp, do vậy, phải tuân thủ các điều kiện nói chung của đối tượng hợp đồng là tính xác thực và tính cụ thể. Đây có thể nói là điều kiện đầu tiên, đồng thời là điều kiện “cần” để nhà ở trở thành đối tượng của biện pháp thế chấp. Tính xác thực thể hiện ở chỗ, nhà ở thế chấp phải tồn tại tại thời điểm xác lập biện pháp thế chấp. Tuy nhiên, trường hợp nhà ở chưa tồn tại vào thời điểm xác lập biện pháp thế chấp nhưng có căn cứ cho rằng, nhà ở đó sẽ tồn tại, sẽ được hình thành trong tương lai thì cũng có thể trở thành đối tượng của biện pháp thế chấp.

Ngoài ra, để có thể trở thành đối tượng của biện pháp thế chấp, nhà ở phải xác định được hoặc có thể xác định được. Tính xác định của nhà ở thế chấp là xác định về phương diện vật chất, hay nói cách khác, là xác định sự tồn tại hiện hữu của nhà ở dưới phương diện vật chất trong thế giới khách quan. Đối với nhà ở thể hiện ở dạng

²²¹ Khoản 1,2,3 Luật nhà ở 2014

“vật”, thì vật là nhà ở đó phải được xác định rõ ràng, cụ thể. Trường hợp nhà ở ở trạng thái “quyền tài sản” thì vật (là nhà ở) là đối tượng của “quyền” cũng phải được xác định cụ thể hoặc có thể xác định được.

Thứ hai, nhà ở thế chấp phải thuộc trường hợp không bị cấm giao dịch.

Đây là điều kiện để đảm bảo tính “hợp pháp” của nhà ở. Theo đó, để trở thành đối tượng của hợp đồng thế chấp, nhà ở phải thuộc trường hợp không bị cấm giao dịch. Theo Điều 2397 BLDS của nước Cộng hòa Pháp, chỉ được dùng để thế chấp những bất động sản được phép giao dịch. Nghĩa là, nhà ở không thuộc trường hợp pháp luật cấm thế chấp. Ví dụ như nhà ở là công sản hoặc được dùng cho các mục đích văn hóa, tín ngưỡng, tâm linh.

Ngoài việc đáp ứng điều kiện là đối tượng của hợp đồng thế chấp nói trên, với tư cách tài sản được dùng để thế chấp, nhà ở thế chấp còn phải đáp ứng được những điều kiện nhất định để thực thi chức năng “bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ”, đó là phải thuộc quyền sở hữu của bên thế chấp và phải có khả năng dịch chuyển quyền sở hữu theo quy định của pháp luật, nghĩa là, phải có tính chuyển nhượng được, hay nói cách khác, phải đáp ứng các điều kiện để có thể trở thành đối tượng của hợp đồng mua bán.

Với tư cách là tài sản được dùng để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ, nhà ở thế chấp phải đáp ứng các điều kiện sau đây:

Thứ nhất, nhà ở phải thuộc quyền sở hữu của bên thế chấp, đồng thời, bên thế chấp phải có năng lực thực hiện các giao dịch về nhà ở.

Quyền sở hữu là căn cứ hình thành nên quyền thế chấp nhà ở. Lý thuyết về quyền sở hữu đã chỉ ra rằng, chỉ có chủ sở hữu nhà ở mới có quyền dùng nhà ở thuộc sở hữu của mình thế chấp để bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ của chính mình hoặc của người khác. Việc đưa nhà ở vào quan hệ thế chấp thể hiện quyền định đoạt của chủ sở hữu đối với nhà ở. Điều kiện nhà ở phải thuộc quyền sở hữu của bên thế chấp là nguyên tắc cốt lõi, có tính xuyên suốt và chi phối quan hệ thế chấp. Bên cạnh đó, lý thuyết về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ cũng yêu cầu nhà ở phải thuộc quyền sở hữu của bên thế chấp. Bởi lẽ, hệ quả pháp lý của trường hợp bên có nghĩa vụ vi phạm nghĩa vụ, nhà ở thế chấp sẽ được xử lý (được bán) để bù đắp cho những thiệt hại do hành vi không thực hiện nghĩa vụ gây ra. Để thực hiện được chức năng này, nhà ở thế

chấp phải thuộc quyền sở hữu của bên thế chấp, nếu không, bên thế chấp sẽ không thể thực hiện hành vi chuyển nhượng quyền (bán nhà ở thế chấp) để thanh toán cho giá trị nghĩa vụ mà bên có nghĩa vụ đã vi phạm.

Bên thế chấp không chỉ có quyền sở hữu đối với nhà ở thế chấp mà còn phải có năng lực mua bán nhà ở. Theo Điều 2413 BLDS của nước cộng hòa Pháp, “Chỉ những người có năng lực chuyển nhượng bất động sản mới có thể thỏa thuận xác lập thế chấp tài sản đó”. Năng lực chuyển nhượng thể hiện trên hai nội dung, năng lực pháp luật và năng lực hành vi, nghĩa là, bên thế chấp phải có quyền quyết định việc chuyển nhượng (năng lực pháp luật) và phải có khả năng thực hiện việc chuyển nhượng (năng lực hành vi).

Thứ hai, nhà ở phải có tính mua bán được.

Điều kiện này xuất phát từ chức năng “bảo đảm thực hiện nghĩa vụ” của biện pháp thế chấp nhà ở với vai trò là “lượng tài chính dự phòng” cho trường hợp bên có nghĩa vụ không thực hiện nghĩa vụ. Cụ thể là, trong trường hợp này, nhà ở thế chấp sẽ được xử lý (bán) để bảo đảm rằng, nghĩa vụ sẽ vẫn được thực hiện. Theo đó, số tiền thu được từ việc xử lý nhà ở thế chấp được dùng thay thế cho giá trị nghĩa vụ được bảo đảm bằng thế chấp nhà ở bị vi phạm nhằm “khắc phục thiệt hại” do sự vi phạm nghĩa vụ đó gây ra. Do vậy, nhà ở phải đáp ứng điều kiện là đối tượng của hợp đồng mua bán, hay nói cách khác, nhà ở phải có tính chuyển giao được thông qua hợp đồng mua bán. Nghĩa là, có thể chuyển dịch quyền sở hữu cho người khác để đổi lấy khoản tiền nhằm khấu trừ cho giá trị của nghĩa vụ bị vi phạm mà biện pháp thế chấp đã được dùng để bảo đảm thực hiện. Đây là điều kiện tiên quyết để thực hiện chức năng quan trọng của nhà ở thế chấp là bảo đảm rằng, nghĩa vụ sẽ được thực hiện.

Các công trình khoa học nói trên chưa đưa ra khái niệm nhà ở thế chấp mà mới chỉ nghiên cứu chung với tư cách là một loại hình bất động sản trong tương quan so sánh với tài sản là động sản. Khi nghiên cứu về nhà ở, các tác giả cũng còn có cách hiểu và quan niệm khác nhau.

Từ những phân tích trên, người viết xác định câu hỏi nghiên cứu, giả thuyết nghiên cứu và dự kiến kết quả nghiên cứu về vấn đề này như sau:

Câu hỏi nghiên cứu 1: Nhà ở là đối tượng của hợp đồng thế chấp là gì? Có bao gồm quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng nhà ở (thậm chí là hợp đồng góp vốn trong

các dự án xây dựng nhà ở).

Giả thuyết nghiên cứu 1: Nhà ở tồn tại dưới hai dạng thức: hữu hình và vô hình. Nhà ở tồn tại dưới dạng thức vô hình bao gồm các vật quyền có đối tượng là bất động sản và dưới dạng hữu hình là các công trình xây dựng với mục đích để ở.

Câu hỏi nghiên cứu 2: Khi nào nhà ở trở thành đối tượng của biện pháp thế chấp?

Giả thuyết nghiên cứu 2: Không phải mọi nhà ở đều là đối tượng của biện pháp thế chấp. Nhà ở chỉ trở thành đối tượng của biện pháp thế chấp khi thỏa mãn những điều kiện pháp lý nhất định do pháp luật quy định. Để có thể trở thành tài sản thế chấp, trước hết, nhà ở phải đáp ứng các điều kiện của tài sản được tham gia giao dịch dân sự, nghĩa là, thỏa mãn điều kiện tài sản là đối tượng của hợp đồng dân sự, đồng thời phải thỏa mãn các điều kiện để tài sản được dùng để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ nói chung và điều kiện riêng, đặc thù dành cho nhà ở thế chấp.

Câu hỏi nghiên cứu 3: Nhà ở thế chấp có những đặc điểm pháp lý gì?

Giả thuyết nghiên cứu 3: (1) Nhà ở thế chấp có tính ổn định, ít biến đổi về trạng thái vật lý và có tính lâu bền; (2) Nhà ở thế chấp là hàng hóa trên thị trường nhà ở nên chịu ảnh hưởng và tác động bởi sự vận hành và phát triển của thị trường nhà ở; (3) Nhà ở thế chấp là đối tượng của hợp đồng thế chấp, do vậy, phải tuân thủ các điều kiện nói chung của đối tượng hợp đồng là tính xác định (tính cụ thể) và có thể chuyển giao trong các giao lưu dân sự; (4) Nhà ở thế chấp chịu sự quản lý chặt chẽ của nhà nước.

Dự kiến kết quả nghiên cứu về nhà ở thế chấp: Hệ thống các vấn đề lý luận về nhà ở thế chấp, bao gồm khái niệm khoa học về nhà ở, nhà ở thế chấp, các đặc điểm pháp lý của nhà ở thế chấp và điều kiện để nhà ở trở thành đối tượng của biện pháp thế chấp.

2.1.2. Nhóm các vấn đề về nhận diện chung về thế chấp nhà ở

Các công trình nghiên cứu mà người viết đã tham khảo chưa chỉ ra bản chất của thế chấp nhà ở mà mới chỉ dừng lại ở việc nghiên cứu bản chất của biện pháp thế chấp tài sản nói chung và bản chất của thế chấp đối với bất động sản có tính đặc thù theo

quy định của pháp luật Việt Nam.

Khi nghiên cứu các quan niệm về thế chấp tài sản, người viết nhận thấy, hiện vẫn còn có nhiều cách tiếp cận khác nhau về vấn đề này. Có công trình khoa học cho rằng, có sự khác biệt giữa quy định của pháp luật các nước theo hệ thống Civil Law và quy định của pháp luật các nước theo hệ thống Common Law. Theo đó, “...*thế chấp theo pháp luật của các nước theo hệ thống Civil Law được hiểu là biện pháp bảo đảm với những đặc điểm: (i) Đối tượng của thế chấp là bất động sản; (ii) Không có chuyển giao quyền chiếm hữu bất động sản thế chấp từ người có nghĩa vụ sang người có quyền.*”²²². Trong khi đó, đối với những nước theo hệ thống thông luật (Common Law), thì thế chấp được quan niệm là “*một biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ được phát triển theo hai học thuyết cơ bản: thuyết quyền sở hữu và thuyết giữ tài sản thế chấp.*”²²³. Ngoài ra, khi bàn về bản chất của thế chấp tài sản, vẫn còn có những quan điểm khác nhau. **Quan điểm thứ nhất** cho rằng, thế chấp chính là hợp đồng thế chấp, vì vậy, nó bị chi phối bởi các quy định trong chế định về hợp đồng. **Quan điểm thứ hai** cho rằng, thế chấp chính là một biện pháp bảo đảm vật quyền được phát sinh trên căn cứ thỏa thuận giữa bên thế chấp và bên nhận thế chấp, vì vậy, nó bị chi phối bởi các đặc điểm của vật quyền. **Quan điểm thứ ba** cho rằng, thế chấp là một biện pháp có tính chất vật quyền nhằm bảo đảm cho quan hệ trái quyền. Hợp đồng thế chấp (mang tính chất trái quyền) là căn cứ để tạo lập quyền của bên nhận thế chấp đối với tài sản thế chấp (mang tính chất vật quyền).

Từ nhiệm vụ trên, người viết đặt ra câu hỏi nghiên cứu, giả thuyết nghiên cứu và dự kiến kết quả nghiên cứu về thế chấp nhà ở như sau:

Câu hỏi nghiên cứu 4: Thứ nhất, thế chấp có được coi là một giao dịch dân sự hay chỉ là một biện pháp bảo đảm.

Giả thuyết nghiên cứu 4: Thế chấp không phải là một giao dịch dân sự, nó chỉ nói lên hành động của bên đi vay để bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ. Tại mục 1 phần II Công văn số 64/TANDTC-PC ngày 03/4/2019 của Tòa án nhân dân tối cao “Thông báo kết quả giải đáp trực tuyến một số vướng mắc về hình sự, dân sự và tố

²²²Xem thêm: trang 7 cuốn sách: “*Tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp theo quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015*” của Tiên sĩ Vũ Thị Hồng Yến.

²²³Xem thêm: trang 7, 8, 9, 10 cuốn sách: “*Tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp theo quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015*” của Tiên sĩ Vũ Thị Hồng Yến.

tụng hành chính” đã khẳng định: “Phải xem thế chấp tài sản là một giao dịch chuyển giao tài sản có điều kiện”. Để là một giao dịch chuyển giao tài sản thì mục đích chính của giao dịch này là chuyển giao tài sản, tuy nhiên, mục đích chính của thế chấp là việc bảo đảm thực hiện nghĩa vụ của bên thế chấp. Tóm lại, thế chấp là một biện pháp bảo đảm, mà cơ sở phát sinh biện pháp bảo đảm này thường là từ một giao dịch dân sự (hợp đồng).

Dự kiến kết quả nghiên cứu: Hệ thống các vấn đề lý luận lý giải bản chất của biện pháp thế chấp nhà ở trong tương quan so sánh với biện pháp thế chấp nhà ở, từ đó xây dựng khái niệm khoa học về thế chấp nhà ở.

2.1.3. Nhóm các vấn đề về thủ tục thế chấp nhà ở

Về chủ thuyết: người viết sẽ phải làm rõ chủ thuyết, hay nói cách khác là cơ sở lý luận của hình thức thế chấp nhà ở nhằm lý giải vì sao, đối với thế chấp nhà ở, pháp luật lại yêu cầu phải được lập thành văn bản với những điều kiện chặt chẽ về thể thức. Đây là vấn đề mà người viết sẽ phải làm rõ trong luận án.

Về hình thức giao dịch thế chấp: Một nhiệm vụ mà luận án sẽ phải làm rõ, đó là công chứng và đăng ký có là hình thức của hợp đồng thế chấp bất động sản hay không. Về vấn đề này, hiện vẫn còn có nhiều cách hiểu khác nhau. **Cách hiểu thứ nhất cho rằng:** cả thủ tục công chứng và đăng ký đều thuộc về hình thức của thế chấp bất động sản và là điều kiện có tính quyết định đến hiệu lực của giao dịch thế chấp. **Cách hiểu thứ hai cho rằng:** chỉ có thủ tục công chứng mới thuộc về hình thức của giao dịch thế chấp bất động sản, còn đăng ký chỉ là thủ tục hành chính để cơ quan nhà nước quản lý loại giao dịch đó. **Cách hiểu thứ ba cho rằng:** công chứng và đăng ký chỉ là các thủ tục hành chính, không thuộc về hình thức của giao dịch thế chấp bất động sản nên không được coi là điều kiện ảnh hưởng đến hiệu lực của giao dịch²²⁴.

Vì hiện còn có nhiều cách hiểu khác nhau nên người viết sẽ phải đưa ra quan điểm và luận cứ để bảo vệ cho quan điểm khoa học của mình về hai vấn đề sau liên quan đến hình thức giao dịch thế chấp nhà ở, đó là: **(1)** công chứng là hình thức của giao dịch thế chấp nhà ở hay chỉ là thủ tục bảo đảm tính hợp pháp của giao dịch thế chấp nhà ở và **(2)** đăng ký là hình thức của giao dịch thế chấp nhà ở hay chỉ là phương

²²⁴Xem thêm: Bài viết: “Bàn luận về giao dịch dân sự vô hiệu do vi phạm về hình thức theo Điều 129 Bộ luật Dân sự năm 2015” của Tiến sĩ Vũ Thị Hồng Yến.

thức ghi nhận và công bố quyền (đã được các bên thỏa thuận) trên nhà ở thế chấp? Làm rõ hai vấn đề nói trên, vừa có ý nghĩa về mặt lý luận, vừa có ý nghĩa về mặt thực tiễn vì pháp luật thực định của Việt Nam về vấn đề này hiện vẫn còn có sự mâu thuẫn, chưa thống nhất nên dẫn đến nhiều cách hiểu như đã đề cập ở trên²²⁵.

Từ những phân tích trên, người viết xác định câu hỏi nghiên cứu, giả thuyết nghiên cứu và dự kiến kết quả nghiên cứu của luận án như sau:

Câu hỏi nghiên cứu 5: Cơ sở lý luận của quy định hình thức thế chấp nhà ở và thực trạng quy định của pháp luật hiện hành về hình thức thế chấp nhà ở?

Giả thuyết nghiên cứu 5:

Cơ sở lý luận của quy định hình thức về thế chấp nhà ở, đó chính là thuyết trọng thức. Về nguyên tắc, tự do ý chí trong hợp đồng sẽ chi phối toàn bộ quá trình thế chấp tài sản, bao gồm cả việc lựa chọn hình thức giao dịch thế chấp. Tuy nhiên, vì nhà ở là tài sản có tính chất đặc thù, nên nguyên tắc này lại có tính chất ngoại lệ, đó chính là sự can thiệp của Nhà nước đối với hình thức thế chấp thông qua việc quy định tính bắt buộc về hình thức mà giao dịch thế chấp nhà ở sẽ phải tuân thủ. Pháp luật Việt Nam hiện hành quy định về hình thức thế chấp nhà ở dựa trên các nguyên lý nói trên, mặc dù vậy, vẫn còn một số điểm hạn chế, bắt cần cần tiếp tục nghiên cứu, hoàn thiện.

Câu hỏi nghiên cứu 6: Công chứng và đăng ký có là hình thức của hợp đồng thế chấp nhà ở hay không?

Giả thuyết nghiên cứu 6: Hình thức của hợp đồng nói riêng, giao dịch dân sự nói chung tồn tại dưới ba dạng cơ bản là hành vi, lời nói và văn bản. Công chứng là điều kiện có hiệu lực của hợp đồng thế chấp, tức là cơ sở từ đó phát sinh quyền và nghĩa vụ giữa các bên, trong khi đăng ký là cơ sở để phát sinh quyền đối kháng với bên thứ ba. Vì vậy, đăng ký chỉ là các thủ tục hành chính, không thuộc về hình thức của hợp đồng thế chấp nhà ở nên về nguyên tắc không được coi là điều kiện ảnh hưởng đến hiệu lực của hợp đồng thế chấp nhà ở.

Dự kiến kết quả nghiên cứu:

²²⁵Ví dụ theo quy định của khoản 2 Điều 119 Bộ luật Dân sự năm 2015, thì văn bản có đăng ký được xem là một trong những hình thức văn bản của giao dịch dân sự nhưng tại khoản 2 Điều 129 Bộ luật Dân sự năm 2015, chỉ đề cập đến trường hợp giao dịch dân sự đã được xác lập bằng văn bản nhưng vi phạm quy định bắt buộc về công chứng, chứng thực mà không đề cập đến trường hợp giao dịch dân sự xác lập bằng văn bản nhưng vi phạm quy định bắt buộc về đăng ký.

- Hệ thống quan điểm, lập luận làm rõ thuyết trọng thức chính là cơ sở lý luận của quy định hình thức thể chấp nhà ở. Làm rõ bản chất của công chứng là thủ tục để Nhà nước công nhận và bảo hộ tính hợp pháp, tính xác thực của hợp đồng, từ đó phát sinh quyền và nghĩa vụ pháp lý giữa các bên; còn đăng ký là phương thức công bố quyền trên nhà ở thể chấp (mà quyền đó đã được các bên tạo lập theo hợp đồng thể chấp, làm phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba), vì vậy, không nên xem đăng ký là hình thức của hợp đồng thể chấp nhà ở, là căn cứ để hợp đồng thể chấp nhà ở được tạo lập.

- Phân tích, đánh giá quy định của pháp luật thực định về hình thức thể chấp nhà ở, đặc biệt là những hạn chế, bất cập trên cơ sở soi chiếu với các vấn đề lý luận và kinh nghiệm pháp luật của các nước và đề xuất hướng hoàn thiện.

2.2. Nhóm các vấn đề về thực trạng pháp luật về thể chấp nhà ở

2.2.1. Về thể chấp nhà ở

Về chủ thuyết của quy định về hình thức thể chấp nhà ở:

Có tác giả cho rằng, việc quy định về hình thức của giao dịch dân sự²²⁶, bao gồm cả hợp đồng xuất phát từ thuyết trọng thức. Trong cuốn sách: “*Pháp luật nhập môn*”, tác giả Vũ Văn Mẫu cho rằng, hành vi pháp luật (có thể là một biểu hiện của ý chí đơn phương hay một sự thỏa thuận của hai hay nhiều ý chí) muốn có giá trị thì phải đáp ứng các điều kiện về nội dung và hình thức. Theo tác giả Vũ Văn Mẫu: “*Theo nguyên tắc, các hành vi pháp luật không phải chịu một điều kiện hình thức nào cả. Sự biểu hiện ý chí của đương sự tự nó có giá trị, và ý chí có thể mượn bất luận hình thức nào để biểu lộ. Đây là nguyên tắc hiệp ý. Tuy nhiên, cũng có vài biệt lệ bắt buộc một vài loại chứng thư pháp luật phải làm theo thể thức do pháp luật đã ấn định, thí dụ: phải làm trước mặt chứng khế. Đây là trường hợp các chứng thư trọng thức một di tích của hình thức chủ nghĩa.*”²²⁷

Về hình thức thể chấp :

Về hình thức của giao dịch dân sự nói chung: Hình thức chủ nghĩa theo cách

²²⁶Vì hình thức thể chấp thể hiện dưới dạng thức hợp đồng với những yêu cầu chặt chẽ về thể thức nên những nghiên cứu về hình thức giao dịch dân sự nói chung có giá trị tham khảo cho người viết khi nghiên cứu về hình thức thể chấp bất động sản.

²²⁷ Xem thêm: trang 199 sách đã dẫn.

gọi của tác giả Vũ Văn Mẫu trong cuốn: “*Pháp luật nhập môn*” thu hẹp trong 4 trường hợp: (1) Các hình thức trọng thể, (2) Các hình thức chứng cứ, (3) Các hình thức cấp tư năng, (4) Các hình thức công bố (thông qua đăng ký) trong trường hợp hành vi pháp luật có liên quan đến quyền lợi của người đệ tam, thí dụ như mua bán nhà đất để tránh các sự gian lận đáng tiếc.²²⁸ Như vậy, theo cách tiếp cận của tác giả Vũ Văn Mẫu thì hình thức là điều kiện để hành vi pháp luật có hiệu lực và việc “*phải làm trước mặt chứng khố*” và đăng ký là một trong các hình thức của hành vi pháp luật.

Trong cuốn: “*Hình thức của hợp đồng*”, khi nghiên cứu về hình thức hợp đồng nói chung, Tiến sĩ Lê Minh Hùng cho rằng, “...*hình thức hợp đồng bao gồm cả thể thức (cách thức thể hiện của hợp đồng và thủ tục tạo lập hợp đồng. Thể thức của hợp đồng là cách thức, phương tiện thể hiện nội dung của hợp đồng dưới dạng vật chất khách quan nhất định. Hợp đồng có thể được thể hiện bằng các thể thức như lời nói, văn bản, hành vi cụ thể. Thủ tục là thủ thuật, cách thức tiến hành tạo lập hợp đồng theo một trình tự, yêu cầu nhất định. Ví dụ, hợp đồng bằng văn bản không có người làm chứng, văn bản có người làm chứng, hoặc văn bản được lập theo thủ tục công chứng, chứng thực, đăng ký hoặc xin phép.*”²²⁹. Như vậy, theo quan điểm của tác giả Lê Minh Hùng, hình thức hợp đồng bao gồm cách thức thể hiện của hợp đồng và thủ tục tạo lập hợp đồng. Văn bản được lập theo thủ tục công chứng, chứng thực, đăng ký là hình thức của hợp đồng.

Trong bài viết: “*Bàn luận về giao dịch dân sự vô hiệu do vi phạm hình thức theo Điều 129 Bộ luật Dân sự năm 2015*”, khi bàn về vấn đề các thủ tục công chứng, đăng ký có thuộc về hình thức của giao dịch và nếu không tuân thủ thì giao dịch có hiệu lực không, Tiến sĩ Vũ Thị Hồng Yến nhận định, hiện vẫn còn có các cách hiểu khác nhau về vấn đề này. Cụ thể: “**Cách hiểu thứ nhất** cho rằng: cả thủ tục công chứng và đăng ký đều thuộc về hình thức của giao dịch và là điều kiện có tính quyết định đến hiệu lực của giao dịch. **Cách hiểu thứ hai** cho rằng: Chỉ có thủ tục công chứng mới thuộc về hình thức của giao dịch, còn đăng ký chỉ là thủ tục hành chính để cơ quan nhà nước quản lý loại giao dịch đó. **Cách hiểu thứ ba** cho rằng: công chứng và đăng ký chỉ là các thủ tục hành chính không thuộc về hình thức của giao dịch nên không được coi là điều kiện ảnh hưởng đến hiệu lực của giao dịch.”. Tuy nhiên, tác

²²⁸Xem thêm: trang 200 sách đã dẫn.

²²⁹Xem thêm: trang 15 sách đã dẫn.

giả không đưa ra quan điểm cụ thể về việc, công chứng và đăng ký có là hình thức của hợp đồng không mà chỉ đưa ra kết luận: “*đối với hợp đồng có hình thức bằng văn bản mà pháp luật quy định phải được công chứng và/hoặc đăng ký là những giao dịch phải được liệt kê cụ thể trong các văn bản luật và là dấu hiệu để nhận biết về tính hợp pháp của giao dịch đó.*”.

Về hình thức thế chấp bất động sản: tác giả Nguyễn Ngọc Khánh, trên cơ sở quy định của pháp luật đã cho rằng, thế chấp bất động sản được thể hiện bằng văn bản có công chứng, chứng thực và đăng ký giao dịch bảo đảm²³⁰. Cũng có cách tiếp cận tương tự, trong Đề tài khoa học cấp cơ sở: “*Bảo đảm tiền vay của các tổ chức tín dụng bằng thế chấp bất động sản theo quy định của pháp luật hiện hành*”, các tác giả cho rằng: “*hợp đồng thế chấp bất động sản phải được công chứng/chứng thực và đăng ký giao dịch bảo đảm*”.²³¹. Như vậy, theo cách tiếp cận của tác giả nói trên thì văn bản có công chứng, chứng thực và đăng ký giao dịch bảo đảm là hình thức của hợp đồng thế chấp bất động sản. Hình thức này có tính chất là một thủ tục bắt buộc có ý nghĩa tạo lập hợp đồng thế chấp bất động sản.

Xét về mặt thực tiễn và pháp lý, bất động sản là tài sản chịu sự quản lý chặt chẽ của Nhà nước không chỉ trên phương diện quản lý hiện trạng mà còn đối với các giao dịch khi chủ sở hữu bất động sản thực hiện các quyền của mình, trong đó có thế chấp. Đối với bất động sản như quyền sử dụng đất, nhà, pháp luật hiện hành đang quy định về thủ tục công chứng, đăng ký có tính bắt buộc²³². Vấn đề đặt ra là, tại sao việc thế chấp bất động sản lại có sự quy định chặt chẽ về mặt hình thức như vậy. Quy định của pháp luật thực định về thủ tục công chứng, đăng ký đối với thế chấp quyền sử dụng đất, tài sản gắn liền với đất liệu đã hợp lý chưa, có phù hợp với bản chất của công chứng và đăng ký chưa, những vấn đề này hiện chưa được nghiên cứu sâu trong các công trình khoa học nói trên. Thực tế này đặt ra yêu cầu cần tiếp tục nghiên cứu vấn đề

²³⁰Xem thêm: trang 172-177 sách: “Các biện pháp bảo đảm tiền vay bằng tài sản của các tổ chức tín dụng” của tập thể tác giả, Tiến sĩ Lê Thị Thu Thủy chủ biên.

²³¹Xem thêm: trang 45 Báo cáo tổng thuật Đề tài.

²³²Theo quy định của điểm b khoản 1 Điều 4 Nghị định số 102/2017/NĐ-CP ngày 1/9/2017 của Chính phủ về đăng ký biện pháp bảo đảm thì thế chấp quyền sử dụng đất và thế chấp tài sản gắn liền với đất trong trường hợp tài sản đó đã được chứng nhận quyền sở hữu trên Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất thuộc trường hợp phải đăng ký. Theo quy định của khoản 1 Điều 122 Luật Nhà ở năm 2014 thì thế chấp nhà ở phải được công chứng hoặc chứng thực. Còn theo quy định của điểm a khoản 3 Điều 167 Luật Đất đai năm 2013, hợp đồng chấp quyền sử dụng đất, quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền với đất phải được công chứng hoặc chứng thực.

này trong luận án.

Về hệ quả pháp lý của việc vi phạm quy định về hình thức thế chấp nhà ở:

Trong cuốn: “*Các biện pháp bảo đảm tiền vay bằng tài sản của các tổ chức tín dụng*”, khi bình luận quy định của pháp luật về việc thế chấp bất động sản để bảo đảm tiền vay phải được lập thành văn bản²³³, tác giả Nguyễn Ngọc Khánh cho rằng: “*Chữ “phải” được dùng trong các văn bản quy phạm pháp luật cho phép suy đoán rằng việc lập văn bản là điều kiện để hợp đồng thế chấp có giá trị chứ không phải chỉ là phương thức thiết lập chứng cứ về sự tồn tại của quan hệ thế chấp. Trường hợp thế chấp bằng miệng không có giá trị trong luật thực định.*”²³⁴. Như vậy, theo cách tiếp cận của tác giả Nguyễn Ngọc Khánh, nếu các bên vi phạm điều kiện về hình thức của hợp đồng thế chấp bất động sản thì hợp đồng thế chấp không có giá trị.

Có thể nói, những nghiên cứu các tác giả nói trên gợi mở cho người viết trong việc nghiên cứu cơ sở lý luận và thực tiễn của việc quy định các điều kiện về hình thức đối với thế chấp bất động sản và hệ quả pháp lý của việc không tuân thủ quy định về hình thức. Đây là nhiệm vụ mà người viết xác định cần phải làm rõ và sâu sắc trong luận án.

Tuy nhiên, các tác giả mới chỉ dừng ở mức độ phân tích quy định của pháp luật thực định mà chưa có luận giải sâu về mặt lý luận (cơ sở lý luận) của quy định về điều kiện về hình thức của thế chấp bất động sản và những hệ quả pháp lý về mặt thực tiễn trong quá trình áp dụng. Hiện tại, chưa có công trình nào luận giải đăng ký có là hình thức thế chấp bất động sản hay không, hay chỉ là phương thức công bố quyền (công bố biện pháp thế chấp bất động sản mà các bên đã thỏa thuận trong hợp đồng). Các công trình chỉ dựa vào các quy định của pháp luật thực định của Việt Nam và nhận định, hình thức thế chấp bất động sản được thể hiện dưới dạng văn bản có công chứng, chứng thực và đăng ký. Ngoài ra, các tác giả mới chỉ phân tích về hệ quả pháp lý của việc không tuân thủ quy định về hình thức mà chưa đi sâu bình luận nguyên nhân của quy định cũng như tính hợp lý của quy định điều kiện về thủ tục có giá trị pháp lý phù hợp ý chí đích thực của các bên. Đây là những vấn đề mà người viết xác định cần phải làm sâu sắc trong luận án.

²³³Xem thêm: khoản 1 Điều 347 Bộ luật Dân sự năm 1995, Điều 10 Nghị định số 165/1999/NĐ-CP ngày 19/11/1999 của Chính phủ về giao dịch bảo đảm.

²³⁴Xem thêm: trang 172 sách đã dẫn.

Từ những phân tích trên, người viết xác định câu hỏi nghiên cứu, giả thuyết nghiên cứu và dự kiến kết quả nghiên cứu về vấn đề này như sau:

Câu hỏi nghiên cứu 7: Quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành về nhà ở như thế nào?

Giả thuyết nghiên cứu 7: Pháp luật Việt Nam hiện đang có các quy định về thế chấp nhà ở trong BLDS 2015, Luật nhà ở 2014, Luật Công chứng chứng thực và các văn bản hướng dẫn (Nghị định 21/2021/NĐ-CP, Nghị định 99/2015/NĐ-CP, Thông tư 26/2015/TT-NHNN,...)

Dự kiến kết quả nghiên cứu: Hệ thống quan điểm, lập luận phân tích, minh chứng cho giả thuyết nghiên cứu nói trên, những hạn chế, bất cập nảy sinh trong quá trình áp dụng quy định của pháp luật về bất động sản thế chấp và đề xuất hướng hoàn thiện pháp luật.

Câu hỏi nghiên cứu 8: Quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành về hợp đồng thế chấp nhà ở như thế nào?

Giả thuyết nghiên cứu 8: Pháp luật Việt Nam hiện đang có các quy định về thế chấp nhà ở trong BLDS 2015, Luật nhà ở 2014, Luật Công chứng chứng thực và các văn bản hướng dẫn (Nghị định 21/2021/NĐ-CP, Nghị định 99/2015/NĐ-CP, Thông tư 26/2015/TT-NHNN,...). Trong đó BLDS 2015 có quy định về nội dung của hợp đồng là các điều khoản trong hợp đồng, Luật Nhà ở 2014 quy định thêm thông tin các bên trong hợp đồng cũng là nội dung của hợp đồng thế chấp nhà ở.

Dự kiến kết quả nghiên cứu: Hệ thống quan điểm, lập luận phân tích, minh chứng cho giả thuyết nghiên cứu nói trên, những hạn chế, bất cập nảy sinh trong quá trình áp dụng quy định của pháp luật về thế chấp nhà ở và đề xuất hướng hoàn thiện pháp luật.

2.2.2. Về đăng ký quyền đối với nhà ở thế chấp

Về vấn đề này, còn có nhiều cách tiếp cận khác nhau. **Có tác giả** tiếp cận đăng ký là thủ tục hoàn thiện hình thức hợp đồng, là điều kiện để hợp đồng thế chấp bất động sản có giá trị như người viết đã phân tích ở mục 2.2.1. **Có tác giả** tiếp cận đăng ký là bước hoàn thiện quyền của bên nhận thế chấp, để quyền thế chấp có giá trị đối với bên thứ ba. Trong cuốn “*Pháp luật về các biện pháp hạn chế rủi ro trong hoạt động*

cho vay của tổ chức tín dụng ở Việt Nam và một số nước trên Thế giới” do PGS.TS Lê Thị Thu Thủy chủ biên, tác giả có đề cập đến việc hoàn thiện quyền của bên nhận thế chấp, hay nói cách khác, đó là thủ tục để quyền thế chấp có giá trị đối với người thứ ba theo quy định của pháp luật Mỹ. Một điều hiển nhiên là quyền thế chấp phải có hiệu lực giữa bên thế chấp và bên nhận thế chấp trước khi nó có ý nghĩa pháp lý đối với các bên khác. Tại trang 97, tác giả viết: *“Trừ trường hợp có nội dung trái pháp luật, biện pháp bảo đảm đương nhiên có hiệu lực ràng buộc giữa bên bảo đảm và bên nhận bảo đảm. Vì vậy, để biện pháp bảo đảm có hiệu lực đối với bên thứ ba, bắt buộc biện pháp bảo đảm phải thông qua những thủ tục pháp lý nhất định. Trong pháp luật Mỹ có khái niệm “perfection” (hoàn thiện giao dịch bảo đảm) để chỉ “các thủ tục pháp lý được thực hiện bởi bên nhận bảo đảm để đưa ra một thông báo công khai cho những người khác, những người có quyền yêu cầu đối với tài sản của con nợ rằng bên nhận bảo đảm có đặc quyền trên tài sản của con nợ”*”. Cũng có cách tiếp cận tương tự, tác giả Vũ Thị Hồng Yến trong cuốn: *“Tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp theo quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015”* đã có sự phân biệt về hiệu lực của hợp đồng thế chấp và hiệu lực đối kháng với người thứ ba.

Để giải quyết các vấn đề của đăng ký thế chấp thì ngoài việc xác định các cách thức để hoàn thiện hình thức hợp đồng hay hoàn thiện quyền của bên thế chấp như các công trình nghiên cứu trên đã đề cập thì các nội dung quan trọng khác vẫn chưa được giải quyết thấu đáo như: (1) cơ sở lý luận của việc quy định đăng ký là thủ tục bắt buộc đối với thế chấp bất động sản, (2) với điều kiện kinh tế xã hội và thực tiễn thế chấp bất động sản tại Việt Nam thì có nên tiếp cận đăng ký là một thủ tục bắt buộc của thế chấp bất động sản hay không, (3) nội dung và bản chất của việc đăng ký thế chấp bất động sản là gì, đăng ký vật quyền thế chấp hay đăng ký trái quyền (đăng ký hợp đồng thế chấp), đăng ký biện pháp thế chấp hay đăng ký “việc thế chấp” theo tiếp cận của Nhà ở 2014?... Đó là những vấn đề còn chưa được bàn luận sâu sắc dưới góc độ nghiên cứu khoa học hiện nay.

2.2.3. Về một số trường hợp thế chấp nhà ở

a. Về trường hợp thế chấp nhà ở là tài sản hình thành trong tương lai

Đã có công trình khoa học nghiên cứu về vấn đề này nhưng chủ yếu nội dung về thế chấp bất động sản hình thành trong tương lai hoặc nhà ở hình thành trong tương

lai được nghiên cứu, phân tích từ pháp luật thực định, những vấn đề lý luận chưa được các tác giả bàn luận nhiều.

Trong Đề tài khoa học cấp cơ sở: “*Bảo đảm tiền vay của các tổ chức tín dụng bằng thế chấp bất động sản theo quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành*”, các tác giả đã có sự nghiên cứu về thủ tục thế chấp bất động sản hiện có và thế chấp bất động sản hình thành trong tương lai, từ việc xác định điều kiện thế chấp, đến nghiên cứu các bước: xác lập hợp đồng thế chấp, quản lý và xử lý bất động sản thế chấp.²³⁵

Trong chuyên đề “*Thực trạng thế chấp tài sản hình thành trong tương lai, tài sản hình thành từ vốn vay - một số kiến nghị*” thuộc Đề tài khoa học “*Lý luận và thực tiễn về biện pháp thế chấp để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ trả tiền vay trong các hợp đồng tín dụng*” của Trường Đại học Luật Hà Nội, tác giả Nguyễn Thị Thảo cho rằng, tài sản hình thành trong tương lai là đối tượng của quyền sở hữu và thường chỉ được quan tâm khi là đối tượng của biện pháp thế chấp. Do quyền sở hữu của chủ thể đang xét chưa hình thành nên người chủ trong tương lai không thể có đầy đủ mọi quyền của chủ sở hữu mà chỉ có một số quyền như: dùng quyền tài sản để bảo đảm nghĩa vụ dân sự (phát sinh từ hợp đồng mua tài sản và được bên nhận bảo đảm đồng ý). Theo ý kiến của tác giả, quy định của pháp luật cho phép thế chấp tài sản hình thành trong tương lai đã tạo ra cơ hội cho các khách hàng đang cần vốn, có nhu cầu vốn để phục vụ mục đích phát triển đời sống hay sản xuất kinh doanh được tiếp cận với nguồn vốn tín dụng của ngân hàng ngay cả khi không có tài sản thế chấp cho ngân hàng.

Trái ngược với quan điểm trên, tác giả Trương Thanh Đức trong cuốn: “*9 biện pháp bảo đảm nghĩa vụ hợp đồng*” đã đưa ra kết luận: “... việc Bộ luật Dân sự năm 2005 và 2015 cho phép thế chấp tài sản hình thành trong tương lai, cũng như Luật Nhà ở năm 2014 và các văn bản quy phạm pháp luật khác cho phép thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai, là điều nguy hiểm cả về mặt pháp lý và thực tế.”²³⁶. Về mặt pháp lý, nếu tài sản hình thành trong tương lai là nhà chung cư thì theo Luật Nhà ở sẽ không thể công chứng và đăng ký được cho nên sẽ ảnh hưởng đến hiệu lực của hợp đồng. Về mặt thực tiễn thì rất khó hoặc không thể xử lý được tài sản thế chấp đó vì phải chờ cho tài sản đó hình thành có khi là vô hạn. Theo tác giả, có thể mua cái chưa có, cũng như ứng trước tiền để mua một thứ hàng hóa hay hưởng một thứ dịch vụ nào đó, **vì nghĩa vụ giao hàng**

²³⁵Xem thêm: trang 57-86 Báo cáo tổng thuật đề tài.

²³⁶Xem thêm: trang 163 sách đã dẫn.

và nghĩa vụ thực hiện dịch vụ là phát sinh trong tương lai. Còn đối với thế chấp thì không thể thế chấp một thứ chưa có, chưa hình thành *vì nghĩa vụ bảo đảm bằng tài sản phát sinh ngay sau khi thế chấp.* Điều này đồng nghĩa với việc, bên nhận thế chấp có quyền được xử lý tài sản để thực hiện nghĩa vụ ngay tại thời điểm đó²³⁷.

Trong luận văn thạc sĩ luật học “Thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai để đảm bảo cho hợp đồng tín dụng”, tác giả Phạm Vân Anh đã phân tích việc thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai dưới góc độ là đối tượng của hợp đồng thế chấp và đã phân tích các điều kiện để nhà ở hình thành trong tương lai được phép thế chấp theo Thông tư số 26/2015/TT-NHNN hướng dẫn trình tự, thủ tục thế chấp và giải chấp tài sản là dự án đầu tư xây dựng nhà ở, nhà ở hình thành trong tương lai do Thống đốc Ngân hàng Nhà nước ban hành và cho rằng các điều kiện mà Ngân hàng nhà nước đưa ra rất phức tạp. Bên cạnh đó, tác giả cũng phân tích rõ thêm sự khác nhau giữa thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai và quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng mua bán nhà, từ đó làm rõ quy định về việc khi đã thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai thì không được đồng thời thế chấp quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng mua bán nhà ở đó theo nguyên tắc thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai của Thông tư liên tịch 01/2014/TTLT-NHNN-BXD-BTP-BTNMT, sau đó đã được thay đổi bởi nguyên tắc đăng ký thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai tại Thông tư liên tịch số 09/2016/TTLT-BTP-BTNMT về việc hướng dẫn việc đăng ký thế chấp quyền sử dụng đất, tài sản gắn liền với đất và hiện tại đang được quy định tại Thông tư số 07/2019/TT-BTP của Bộ Tư pháp về việc hướng dẫn một số nội dung về đăng ký thế chấp quyền sử dụng đất, tài sản gắn liền với đất.

Như vậy, các nghiên cứu nêu trên có quan điểm ủng hộ và có quan điểm phản đối quy định pháp luật cho phép nhà ở hình thành trong tương lai có thể dùng để thế chấp. Nếu chấp nhận nhà ở hình thành trong tương lai có thể thế chấp thì phải đưa ra các tiêu chí để xác định được tính chắc chắn thuộc quyền sở hữu của bên thế chấp đối với nhà ở đó. Đó là những vấn đề mà các công trình nghiên cứu hiện tại có đề cập nhưng mang tính chất điểm xuyết mà chưa có sự dày công nghiên cứu với những kết luận cụ thể.

Luận án sẽ làm rõ những vấn đề sau đây khi nghiên cứu về các trường hợp thế

²³⁷Xem thêm: trang 162 sách đã dẫn.

chấp nhà ở:

Luận án sẽ phải làm rõ sự khác biệt về thể chấp nhà ở hiện có và nhà ở hình thành trong tương lai, quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng mua bán nhà ở, cơ sở lý luận, quy định của pháp luật Việt Nam và thực tiễn áp dụng, theo những vấn đề cơ bản sau:

Về khái niệm nhà ở hiện có và nhà ở hình thành trong tương lai: luận án sẽ phải làm rõ: nhà ở tồn tại ở dạng thức quyền, dấu hiệu nhận biết quyền (là nhà ở) tồn tại ở trạng thái “hiện có” là gì? Nhà ở ở dạng thức quyền liệu có thể tồn tại ở trạng thái “hình thành trong tương lai” không? Nếu có, thì dấu hiệu pháp lý để nhận biết là gì? Trên cơ sở nghiên cứu này, người viết sẽ phải có sự khái quát dấu hiệu nhận diện nhà ở hiện có và nhà ở hình thành trong tương lai, đồng thời chỉ ra những bất cập trong tiếp cận của pháp luật thực định của Việt Nam và đề xuất giải pháp hoàn thiện. Đây là những vấn đề chưa được các tác giả nghiên cứu sâu nên đã đặt ra nhiệm vụ cần phải làm rõ trong luận án.

Về điều kiện thế chấp nhà ở hiện có và thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai: Luận án sẽ nghiên cứu những điều kiện để nhà ở được dùng để thế chấp theo quy định của pháp luật thực định. Theo đó, để có thể trở thành tài sản thế chấp, trước hết, nhà ở phải đáp ứng các điều kiện của tài sản được tham gia giao dịch dân sự, nghĩa là, thỏa mãn điều kiện tài sản là đối tượng của hợp đồng dân sự, đồng thời phải thỏa mãn các điều kiện của tài sản được dùng để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ nói chung và điều kiện riêng, đặc thù dành cho nhà ở thế chấp. Đồng thời, người viết sẽ phải luận giải vì sao pháp luật Việt Nam lại xây dựng cơ chế đặc thù (điều kiện đặc thù) của nhà ở thế chấp so với động sản thế chấp.

Liên quan đến điều kiện thế chấp đối với một số nhà ở như quyền sử dụng đất, nhà ở là phải có Giấy chứng nhận: một vấn đề mà người viết nhận thấy cần phải làm rõ trong luận án, đó chính thời điểm chủ sở hữu nhà ở được quyền thế chấp nhà ở. Vì nhà ở là những tài sản thuộc đối tượng được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng, quyền sở hữu nhà ở, do đó, một vấn đề cần làm rõ đó là thời điểm chủ sở hữu nhà ở được quyền thế chấp nhà ở được tính từ khi nào, từ thời điểm ký hợp đồng mua nhà, giao nhà hay quyền sở hữu đối với nhà ở? Đây là vấn đề cần phải có sự nghiên cứu, phân tích làm sâu sắc thêm trong luận án.

Từ những nhiệm vụ nói trên, người viết xác định câu hỏi nghiên cứu, giả thuyết nghiên cứu và dự kiến kết quả nghiên cứu về các vấn đề này như sau:

Câu hỏi nghiên cứu 8: Pháp luật Việt Nam quy định như thế nào về thế chấp nhà ở hiện có và thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai? Thực tiễn áp dụng như thế nào?

Giả thuyết nghiên cứu 8: Pháp luật Việt Nam hiện đang có sự phân biệt hai cơ chế thế chấp, đó là thế chấp nhà ở hiện có và thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai. Tuy nhiên, hiện đang có sự thiếu thống nhất trong tiếp cận của Bộ luật Dân sự năm 2015 và luật chuyên ngành về nhà ở hình thành trong tương lai nên đã gây ra một số vướng mắc, khó khăn trong quá trình áp dụng.

Dự kiến kết quả nghiên cứu: Hệ thống các phân tích, bình luận các quy định của pháp luật hiện hành và thực tiễn thế chấp nhà ở hiện có và nhà ở HTTTL và kiến nghị hoàn thiện pháp luật.

b. Về trường hợp thế chấp nhà ở để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh và thế chấp nhà ở để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ của người khác

Luận án sẽ làm sâu sắc thêm các khía cạnh lý luận và thực tiễn pháp lý của trường hợp chủ sở hữu dùng nhà ở để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh dưới hai góc độ: **Thứ nhất**, về biện pháp bảo đảm: luận án sẽ phải làm rõ đây là biện pháp thế chấp nhà ở hay là biện pháp bảo lãnh bằng nhà ở. **Thứ hai**, có nên đồng nhất biện pháp thế chấp này với biện pháp thế chấp nhà ở để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ của người khác (mà có tác giả gọi là của người thứ ba) hay không?.

Về vấn đề này hiện vẫn còn có quan điểm khác nhau. **Có quan điểm cho rằng**, đây là biện pháp bảo lãnh bằng tài sản nhưng quan điểm khác lại cho rằng, cần xác định đó là hình thức thế chấp. **Có quan điểm** cho rằng, cách hiểu phù hợp với quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015 và thực tiễn xét xử của tòa án là xác định quan hệ này là thế chấp để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh. **Quan điểm khác** cho rằng, trên nguyên tắc tự do, tự nguyện cam kết thỏa thuận, các bên được quyền lựa chọn hình thức thế chấp tài sản (bao gồm cả nhà ở) để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ của người khác. Vì hiện vẫn còn có những quan điểm trái chiều, nên luận án có nhiệm vụ đưa ra quan điểm và làm sáng tỏ vấn đề này trên phương diện pháp lý và thực tiễn áp dụng tại Việt Nam.

Từ nhiệm vụ nghiên cứu nói trên, người viết xác định câu hỏi nghiên cứu, giả thuyết nghiên cứu và dự kiến kết quả nghiên cứu như sau:

Câu hỏi nghiên cứu 9: Thế chấp nhà ở để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh là biện pháp thế chấp hay là biện pháp bảo lãnh bằng nhà ở? Có nên đồng nhất biện pháp thế chấp này với biện pháp thế chấp nhà ở để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ của người khác (mà có tác giả gọi là của người thứ ba) hay không?.

Giả thuyết nghiên cứu 9: Thế chấp nhà ở để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh là biện pháp thế chấp và không nên đồng nhất biện pháp thế chấp này với biện pháp thế chấp nhà ở để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ của người khác. Tuy nhiên, quy định của pháp luật thực định của Việt Nam về vấn đề này thiếu rõ ràng và thống nhất nên đã gây ra nhiều cách hiểu khác nhau, dẫn đến tình trạng Văn phòng đăng ký đất đai từ chối đăng ký thế chấp, còn một số Tòa án đã tuyên vô hiệu đối với hợp đồng thế chấp nhà ở để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ của người khác, gây khó khăn và rủi ro cho bên nhận thế chấp nhà ở.

Dự kiến kết quả nghiên cứu: Hệ thống các phân tích, bình luận quy định của pháp luật hiện hành về thế chấp nhà ở để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh và nghĩa vụ của người khác, những vướng mắc phát sinh trong quá trình áp dụng và kiến nghị hoàn thiện pháp luật.

2.2.4. Về thủ tục thế chấp nhà ở

Đã có công trình khoa học nghiên cứu về thủ tục thế chấp nhà ở nhưng mới dừng lại ở mức độ khái quát và cách tiếp cận nghiên cứu thế chấp nhà ở dưới góc độ là quan hệ hợp đồng²³⁸. Trong luận án, người viết sẽ tiếp cận nghiên cứu thủ tục thế chấp nhà ở dưới góc độ biện pháp thế chấp theo các bước: xác lập biện pháp thế chấp thông qua hình thức hợp đồng, vấn đề thực thi quyền đối với nhà ở (của bên thế chấp – tức chủ sở hữu nhà ở với tư cách bên có nghĩa vụ và của bên nhận thế chấp với tư cách bên có quyền đối với nhà ở thế chấp) và chấm dứt thế chấp nhà ở.

Về xác lập thế chấp nhà ở: người viết sẽ phải làm rõ hai cơ chế xác lập thế chấp, đó là xác lập giữa hai bên: bên thế chấp và bên nhận thế chấp và xác lập biện pháp thế chấp đối với bên thứ ba thông qua cơ chế đăng ký. Về vấn đề này, đã có công

²³⁸Xem thêm: Đề tài: “Bảo đảm tiền vay của các tổ chức tín dụng bằng thế chấp nhà ở theo quy định của pháp luật hiện hành” do TS Vũ Thị Hồng Yên làm chủ nhiệm đề tài.

trình khoa học đề cập đến nhưng chưa có sự phân tích, luận giải sâu về những hạn chế trong cách tiếp cận của pháp luật thực định Việt Nam về xác lập thế chấp nhà ở²³⁹. Đây là một nhiệm vụ mà người viết sẽ phải làm sâu sắc thêm trong luận án.

Về thực thi quyền của bên thế chấp và bên nhận thế chấp đối với nhà ở thế chấp: đã có công trình nghiên cứu về quyền và nghĩa vụ của hai chủ thể này trong việc quản lý, giám sát nhà ở thế chấp, trong xử lý nhà ở thế chấp và bán nhà ở thế chấp. Tuy nhiên, nghiên cứu của công trình khoa học về vấn đề này chưa mang tính hệ thống và chuyên sâu theo các lý thuyết chung chi phối quan hệ thế chấp nhà ở. Do đó, khi phân tích, bình luận làm rõ những ưu điểm cũng như những hạn chế trong các quy định của pháp luật thực định của Việt Nam về việc thực thi quyền đối với nhà ở thế chấp của bên thế chấp và bên nhận thế chấp, người viết cần dựa trên các lý thuyết chi phối pháp luật về thế chấp nhà ở, như: lý thuyết về quyền sở hữu, lý thuyết về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ, lý thuyết vật quyền, lý thuyết trái quyền, từ đó, đề xuất hoàn thiện cơ chế pháp lý thực thi quyền của bên thế chấp và nhận thế chấp đối với nhà ở thế chấp.

Về chấm dứt thế chấp nhà ở: các công trình nghiên cứu chưa chú trọng phân tích và làm sâu sắc vấn đề về chấm dứt thế chấp đối với bên thứ ba, mà chỉ quan tâm nghiên cứu nhiều về việc chấm dứt thế chấp đối với hai bên. Đồng thời, mối quan hệ giữa chấm dứt thế chấp giữa hai bên và chấm dứt thế chấp đối với bên thứ ba cũng chưa được nghiên cứu thấu đáo. Trong khi đó, pháp luật thực định của Việt Nam cũng chưa thực sự rõ ràng về vấn đề này. Hiện tại, chưa có quy định về hệ quả pháp lý đối với trường hợp các bên đã chấm dứt thế chấp nhưng chưa chấm dứt đối với bên thứ ba, hay nói cách khác, các bên không thực hiện thủ tục xóa đăng ký sau khi đã chấm dứt thế chấp giữa hai bên. Theo người viết, chấm dứt thế chấp bao gồm cả hai trường hợp: chấm dứt thế chấp đối với hai bên và chấm dứt thế chấp đối với bên thứ ba. Vấn đề đặt ra là cần phải làm rõ: **(1)** việc chấm dứt thế chấp đối với bên thứ ba thông qua cơ chế xóa đăng ký, **(2)** mối quan hệ giữa chấm dứt thế chấp giữa hai bên và chấm dứt thế chấp đối với người thứ ba và **(3)** ý nghĩa, hay nói cách khác, hệ quả pháp lý của chấm dứt thế chấp đối với người thứ ba. Đây là những nội dung mà người viết sẽ phải có sự

²³⁹Ví dụ, Bộ luật Dân sự quy định về hiệu lực đối kháng với bên thứ ba của biện pháp bảo đảm nhưng không có quy định giải thích bên thứ ba là bên nào, hiệu lực đối kháng với bên thứ ba được hiểu như thế nào? có bao gồm các cơ quan nhà nước không? Khi biện pháp bảo đảm phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba thì cơ quan thuế, cơ quan thi hành án có được kê biên tài sản thế chấp không v.v.

phân tích, bình luận khi tiếp cận nghiên cứu pháp luật thực định.

Một nội dung nữa khi nghiên cứu về chấm dứt thế chấp nhà ở mà người viết sẽ phải giải quyết trong luận án, đó chính là xử lý nhà ở thế chấp. Đây là vấn đề có ý nghĩa rất quan trọng, thể hiện vai trò và chức năng “bảo đảm thực hiện nghĩa vụ” và phòng ngừa rủi ro của biện pháp thế chấp nhà ở. Người viết sẽ phải phân tích, bình luận cơ chế xử lý nhà ở thông thường và cơ chế xử lý nhà ở đặc thù theo quy định của Nghị quyết số 42/2017/QH14 về việc xử lý nợ xấu theo hướng lý giải về sự ra đời của cơ chế xử lý nhà ở thế chấp đặc thù theo Nghị quyết số 42/2017/QH14, tính hợp lý của việc xây dựng hai cơ chế xử lý nhà ở thế chấp này qua thực tiễn áp dụng. Bên cạnh đó, một vấn đề nữa sẽ phải được làm rõ, đó là xác định quyền ưu tiên thanh toán khi xử lý nhà ở thế chấp giữa các bên cùng nhận thế chấp và giữa bên nhận thế chấp với bên có quyền và lợi ích hợp pháp liên quan đến nhà ở thế chấp.

Từ việc xác định nhiệm vụ nghiên cứu theo các vấn đề nói trên, người viết đặt ra câu hỏi nghiên cứu, giả thuyết nghiên cứu và dự kiến kết quả nghiên cứu về vấn đề này như sau:

Câu hỏi nghiên cứu 10: Pháp luật hiện hành quy định như thế nào về xác lập biện pháp thế chấp nhà ở?

Giả thuyết nghiên cứu 10: Có hai bước xác lập biện pháp thế chấp nhà ở, đó là xác lập biện pháp thế chấp nhà ở giữa hai bên và xác lập biện pháp thế chấp nhà ở đối với người thứ ba. Pháp luật hiện hành ghi nhận cơ chế xác lập hiệu lực đối kháng với người thứ ba của thế chấp nhà ở thông qua cơ chế đăng ký nhưng ý nghĩa pháp lý của việc xác lập hiệu lực đối kháng với người thứ ba chưa thực sự rõ ràng trong quy định của pháp luật thực định, gây nên vướng mắc trong quá trình áp dụng.²⁴⁰

Dự kiến kết quả nghiên cứu: Hệ thống các phân tích, bình luận quy định của pháp luật thực định Việt Nam về xác lập biện pháp thế chấp nhà ở, thực tiễn áp dụng và kiến nghị hoàn thiện pháp luật.

Câu hỏi nghiên cứu 11: Việc có hai cơ chế xử lý nhà ở thế chấp: cơ chế xử lý

²⁴⁰Ví dụ, người thứ ba bao gồm những người nào, trường hợp biện pháp thế chấp phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba thì cơ quan có thẩm quyền như cơ quan thuế, thi hành án, tòa án có quyền kê biên, áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời không? Những vấn đề này hiện chưa có quy định hướng dẫn nên đã gây ra một số vướng mắc trong quá trình áp dụng, làm giảm vai trò và ý nghĩa của việc quy định xác lập hiệu lực đối kháng với người thứ ba của biện pháp thế chấp.

nhà ở thế chấp thông thường theo các chuẩn mực chung của Bộ luật Dân sự và các văn bản quy phạm pháp luật có liên quan với cơ chế xử lý nhà ở thế chấp thực hiện theo cơ chế đặc thù riêng theo Nghị quyết số 42/2017/QH14 có hợp lý không?

Giả thuyết nghiên cứu 11: Các quy định về xử lý nhà ở thế chấp hiện đang được áp dụng phân biệt theo chủ thể nhận thế chấp và tính chất của khoản nợ có bảo đảm bằng thế chấp nhà ở. Điều này tạo sự thiếu thống nhất trong hệ thống pháp luật cũng như sự bất bình đẳng giữa các chủ thể khi thực hiện quyền xử lý nhà ở thế chấp. Mặt khác, nhiều cơ chế xử lý nhà ở thế chấp của Nghị quyết số 42/2017/QH14 còn vượt lên các luật, phá vỡ tính thống nhất của khuôn khổ pháp luật về xử lý nhà ở thế chấp. Cơ chế xử lý nhà ở thế chấp này được kỳ vọng tạo sự thuận lợi cho quá trình xử lý nợ xấu của nền kinh tế, tuy nhiên, nó lại tạo ra sự bất bình đẳng giữa các chủ thể xử lý nhà ở thế chấp.

Dự kiến kết quả nghiên cứu: Những phân tích, bình luận về cơ chế xử lý nhà ở theo quy định của pháp luật hiện hành nhìn từ thực tiễn áp dụng, và đề xuất giải pháp hoàn thiện.

Từ những phân tích trên cho thấy, các công trình nghiên cứu khoa học nêu trên mới chỉ dừng lại ở mức độ nêu lên vấn đề mà chưa đi vào phân tích sâu sắc như nội dung mà người viết dự kiến sẽ giải quyết trong luận án. Với nội dung “*Thế chấp nhà ở theo quy định của pháp luật Việt Nam*”, người viết sẽ tiếp tục triển khai việc nghiên cứu trong phạm vi các vấn đề đã nêu trên.

2.3. Nhóm các vấn đề về thực tiễn áp dụng pháp luật và kiến nghị

2.3.1. Về vấn đề vướng mắc, bất cập khi áp dụng các quy định của pháp luật về thế chấp nhà ở

Dưới góc độ bài báo, đã có một số tác giả đề cập đến những vướng mắc trong thực tiễn áp dụng pháp luật về thế chấp nhà ở nhưng do giới hạn phạm vi của bài báo khoa học, luận văn, hoặc luận án với góc độ là yếu tố phụ, đi kèm với đất. Vì vậy nên các tác giả mới chỉ tập trung vào quyền sử dụng đất, còn đối với nhà ở chỉ nêu một vài vướng mắc nhỏ mà chưa có sự khái quát, tổng hợp.

Tác giả Vũ Thị Hồng Yến, trong luận án: “*Tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp theo quy định của pháp luật dân sự Việt Nam hiện hành*” đã nêu một số bất cập

trong quy định của pháp luật hiện hành về thế chấp bất động sản hình thành trong tương lai. Theo tác giả, hiện chưa có sự thống nhất giữa các văn bản pháp luật về việc đăng ký nhà ở và đất đai tuy về cơ bản nhà ở là một tài sản luôn gắn liền với đất.

Có thể nói, những vướng mắc, bất cập mà các tác giả đã nêu đều dựa trên cơ sở nghiên cứu, đánh giá pháp luật thực định và thực tiễn áp dụng. Tuy vậy, các tác giả mới chỉ dừng ở việc nêu ra các vướng mắc, bất cập theo hướng liệt kê mà chưa có sự phân tích có tính hệ thống và theo từng nhóm vấn đề; chưa làm rõ đâu là những vướng mắc, bất cập nảy sinh do quy định của pháp luật về thế chấp bất động sản chưa đầy đủ, toàn diện, mâu thuẫn, chồng chéo; đâu là những vướng mắc, bất cập nảy sinh do cách hiểu và áp dụng pháp luật không thống nhất của tòa án, các chủ thể khác có liên quan như tổ chức hành nghề công chứng, Văn phòng đăng ký, cơ quan thi hành án... Chưa có công trình nào đánh giá một cách hệ thống, toàn diện thực tiễn triển khai những quy định mới của BLDS năm 2015, Luật Nhà ở năm 2014, Luật Đất đai năm 2013, đặc biệt là Nghị quyết số 42/2017/QH14 về việc thí điểm xử lý nợ xấu của các tổ chức tín dụng, Nghị định 21/2021/NĐ-CP về thi hành Bộ luật Dân sự về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ.

2.3.2. Về vấn đề hoàn thiện pháp luật về thế chấp nhà ở

Ở góc độ bài viết đăng tạp chí, kỷ yếu hội thảo, một số tác giả chỉ đưa ra vấn đề liên quan đến thế chấp nhà ở²⁴¹, có tác giả đã đưa ra được các kiến nghị hoàn thiện đã đưa ra một số kiến nghị hoàn thiện như tác giả Vũ Thị Hồng Yến có đưa ra các kiến nghị như **(1)** Pháp luật nên dành quyền lựa chọn tài sản bảo đảm cho bên nhận thế chấp miễn sao họ đánh giá được độ an toàn cũng như rủi ro từ sự lựa chọn của mình, tránh những quy định cứng nhắc, đóng khung khiến cho giao dịch có nguy cơ bị tuyên vô hiệu, **(2)** nhà ở hình thành trong tương lai không chỉ thế chấp để trả tiền mua chính nhà ở đó mà còn có thể dùng để thế chấp bảo đảm cho các khoản vay với các mục đích khác của bên thế chấp khi đã thanh toán xong và người mua đã xác lập quyền sở hữu. Có thể thấy, bài viết đã đề cập đến các kiến nghị hoàn thiện pháp luật về thế chấp nhà ở, tuy nhiên do phạm vi nghiên cứu của một bài viết thường chỉ tập trung vào một vấn

²⁴¹ Bài viết “Thế chấp quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng mua bán nhà ở - Pháp luật và thực tiễn”, tác giả Nguyễn Hoài Thanh và Phạm Thị Thúy Hồng chỉ đưa ra vấn đề luật chuyên ngành và văn bản hướng dẫn không quy định về quyền tài sản từ hợp đồng mua bán nhà ở là tài sản thế chấp và có nên xem đó là tài sản thế chấp hay không.

đề cụ thể, nên chưa thể đưa ra nhiều kiến nghị một cách hệ thống.

Ở góc độ phạm vi luận văn, đã có một số tác giả đưa ra kiến nghị hoàn thiện quy định của pháp luật về thế chấp bất động sản, chẳng hạn như tác giả Nguyễn Hoàng quân kiến nghị cần bổ sung quy định các điều khoản trong hợp đồng thế chấp nhà ở đó là, (1) nghĩa vụ được bảo đảm và thời hạn thế chấp; (2) trường hợp phát sinh xử lý tài sản nhà ở thế chấp (3) xử lý tài sản thế chấp. Bên cạnh đó, tác giả Nguyễn Hữu Tiến Anh cũng đã có những giải pháp liên quan đến việc xử lý tài sản thế chấp là nhà ở hình thành trong tương lai như hạn chế sự chưa đồng nhất, chòng chéo các quy định của pháp luật. Mặc dù các luận án này đã đưa ra các giải hoàn thiện pháp luật liên quan đến thế chấp nhà ở chỉ ở góc độ là hợp đồng thế chấp nhà ở hay việc xử lý tài sản thế chấp là nhà ở và mới chỉ dừng ở việc đưa ra kiến nghị về một vài vấn đề cụ thể liên quan đến thế chấp nhà ở, nhưng có thể nhận thấy, những nội dung kiến nghị này có cơ sở khoa học và có giá trị tham khảo đối với người viết.

Nhìn chung, các công trình nghiên cứu nêu trên đã đưa ra được một số kiến nghị nhằm hoàn thiện quy định của pháp luật về thế chấp bất động sản. Tuy nhiên, các kiến nghị đều được nêu ra theo hướng liệt kê mà chưa được phân chia thành các nhóm kiến nghị, giải pháp cụ thể về: (1) mặt lập pháp (ví dụ như: (i) đối với quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015, (ii) đối với pháp luật chuyên ngành về thế chấp bất động sản như Luật Đất đai, Luật Nhà ở, Luật Kinh doanh bất động sản, (iii) đối với quy định của pháp luật có tính hỗ trợ cho việc thực thi pháp luật về thế chấp bất động sản như đăng ký bất động sản, thi hành án...); (2) về các văn bản hướng dẫn thi hành, (3) về thực hiện pháp luật. Bên cạnh đó, nội dung kiến nghị của các công trình còn chung chung mà không kiến nghị sửa đổi, bổ sung các điều luật cụ thể. Do vậy, việc nghiên cứu những giải pháp pháp lý có tính hệ thống, dựa trên những luận cứ khoa học và tổng kết thực tiễn thế chấp nhà ở là một yêu cầu có tính cấp thiết trong bối cảnh hiện nay, khi chưa có công trình nào nghiên cứu sâu về vấn đề này.

Câu hỏi nghiên cứu 11: Những bất cập liên quan đến thế chấp nhà ở và kiến nghị hoàn thiện một cách thống nhất?

Giả thuyết nghiên cứu 11: Từ kết quả phân tích ở phần thực trạng pháp luật về thế chấp nhà ở (Thông qua việc phân tích các VBQPPL liên quan theo trục dọc), luận án sẽ đưa ra các đánh giá và kiến nghị phù hợp (như việc quy định một cách thống nhất

các vấn đề liên quan đến thế chấp nhà ở).

Dự kiến kết quả nghiên cứu: Hệ thống các đánh giá và kiến nghị hoàn thiện pháp luật về thế chấp nhà ở.

PHỤ LỤC 2

Các bản án sử dụng trong luận án

1. Bản án số 28/2021/DS -ST ngày 19/11/2021 Tòa án Nhân dân quận Hoàn Kiếm, Thành phố Hà Nội về tranh chấp hợp đồng tín dụng.
2. Bản án số 02/2022/DS -ST ngày 13/01/2022 Tòa án Nhân dân quận Hoàn Kiếm, Thành phố Hà Nội về tranh chấp hợp đồng tín dụng.
3. Bản án số 61/2021/DS-ST ngày 23/11/2021 Tòa án nhân dân huyện Lai Vung tỉnh Đồng Tháp về tranh chấp hợp đồng tín dụng và hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất.
4. Bản án số 167/2018/DS-PT ngày 28/11/2018 Tòa án nhân dân tỉnh Sóc Trăng về tranh chấp Yêu cầu tuyên bố hợp đồng thế chấp bảo lãnh quyền sử dụng đất vô hiệu.
5. Bản án số 45/2019/DS-PT ngày 12/8/2019 Tòa án nhân dân tỉnh Nghệ An về yêu cầu tuyên bố hợp đồng thế chấp tài sản vô hiệu.
6. Bản án số 28/2021/DS-PT ngày 18/10/2021 Tòa án nhân dân tỉnh Quảng Bình về tranh chấp hợp đồng thế chấp tài sản; tranh chấp hợp đồng tín dụng.