

BỘ GIÁO DỤC VÀ ĐÀO TẠO

BỘ TƯ PHÁP

TRƯỜNG ĐẠI HỌC LUẬT HÀ NỘI

NGUYỄN HOÀNG LONG

THÉ CHẤP QUYỀN TÀI SẢN 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

NGUYỄN HOÀNG LONG

**THỂ CHẤP QUYỀN TÀI SẢN THEO QUY ĐỊNH CỦA
PHÁP LUẬT VIỆT NAM**

Chuyên ngành : Luật dân sự và tố tụng dân sự

Mã số : 9 38 01 03

LUẬN ÁN TIẾN SĨ LUẬT HỌC

Người hướng dẫn khoa học: 1. PGS.TS. Vũ Thị Hồng Yến

2. TS. Nguyễn Hải An

HÀ NỘI - 2023

LỜI CAM ĐOAN

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

TÁC GIẢ LUẬN ÁN

Nguyễn Hoàng Long

LỜI CẢM ƠN

Tác giả xin bày tỏ lòng biết ơn sâu sắc đối với PGS. TS. Vũ Thị Hồng Yến và TS. Nguyễn Hải An – hai người hướng dẫn đã tận tình chỉ bảo trong quá trình tác giả thực hiện Luận án. Tác giả cũng xin cảm ơn các thầy, cô, anh, chị, bạn bè, đồng nghiệp và gia đình đã động viên, khuyến khích, giúp đỡ và đóng góp những ý kiến quý báu để tác giả hoàn thành Luận án này.

TÁC GIẢ LUẬN ÁN

Nguyễn Hoàng Long

MỤC LỤC

LỜI CAM ĐOAN

LỜI CẢM ƠN

MỤC LỤC

DANH MỤC TỪ VIẾT TẮT

MỞ ĐẦU	1
1. Tính cấp thiết của đề tài	1
2. Tình hình nghiên cứu đề tài	2
3. Đối tượng, phạm vi nghiên cứu của đề tài	2
4. Mục đích nghiên cứu của đề tài	3
5. Phương pháp luận và phương pháp nghiên cứu.....	4
6. Những đóng góp mới của việc nghiên cứu đề tài	5
7. Kết cấu của luận án	6
TỔNG QUAN TÌNH HÌNH NGHIÊN CỨU ĐỀ TÀI	7
1. Các công trình nghiên cứu đã được công bố liên quan đến đề tài luận án.....	7
1.1. Một số công trình khoa học trong nước	7
1.1.1. Sách tham khảo, chuyên khảo	7
1.1.2. Đề tài khoa học.....	7
1.1.3. Luận án, luận văn	8
1.1.4. Bài đăng tạp chí.....	9
1.2. Các công trình nước ngoài	9
1.2.1. Sách chuyên khảo, tham khảo	9
1.2.2. Luận án, luận văn	10
2. Đánh giá kết quả nghiên cứu các vấn đề thuộc phạm vi nghiên cứu của luận án	10
2.1. Về lý luận	10
2.2. Về đối tượng của biện pháp thế chấp.....	11
2.3. Về điều kiện của tài sản thế chấp.....	12
2.4. Về đăng ký thế chấp quyền tài sản.....	12
2.5. Về xử lý tài sản thế chấp	13

2.6. Về xác định thứ tự ưu tiên thanh toán khi xử lý tài sản thế chấp	14
3. Hệ thống các vấn đề thuộc nội dung nghiên cứu của luận án.....	14
3.1. Những vấn đề luận án kế thừa.....	14
3.2. Những vấn đề luận án tiếp tục nghiên cứu.....	15
3.2.1. Về lý luận	15
3.2.2. Về thực trạng quy định của pháp luật	15
3.2.3. Về kiến nghị hoàn thiện pháp luật	16
4. Cơ sở lý thuyết và câu hỏi nghiên cứu.....	16
4.1. Một số lý thuyết nghiên cứu.....	16
4.2. Câu hỏi nghiên cứu và giả thuyết nghiên cứu.....	17
CHƯƠNG 1. NHỮNG VẤN ĐỀ LÝ LUẬN VỀ THẾ CHẤP QUYỀN TÀI SẢN.....	19
1.1. Nhận diện quyền tài sản	19
1.1.1. Khái niệm quyền tài sản.....	19
1.1.2. Phân loại quyền tài sản.....	26
1.1.2.1. Quyền tài sản có tính chất đối vật và quyền tài sản có tính chất đối nhân	26
1.1.2.2. Quyền tài sản có thể chuyển giao và quyền tài sản không thể chuyển giao	29
1.1.2.3. Quyền tài sản phát sinh từ giao dịch dân sự, quyền tài sản phát sinh từ hoạt động lao động sáng tạo của con người và quyền tài sản phát sinh trên cơ sở quy định của luật	31
1.1.2.4. Quyền tài sản mang bản chất bất động sản và quyền tài sản mang bản chất động sản.....	38
1.2. Đặc điểm pháp lý của quyền tài sản thế chấp.....	39
1.2.1. Quyền tài sản thế chấp luôn tồn tại dưới dạng vô hình	39
1.2.2. Quyền tài sản thế chấp không phải là quyền tài sản gắn liền với yếu tố nhân thân	41
1.2.3. Quyền tài sản thế chấp phải có thể trị giá được thành tiền	43
1.2.4. Con người có thể quản lý, kiểm soát được quyền tài sản thế chấp.....	44

1.3. Các quan niệm và bản chất của thế chấp tài sản	45
1.3.1. Các quan niệm về thế chấp	45
1.3.2. Bản chất của thế chấp tài sản	49
1.4. Khái niệm và đặc điểm pháp lý của thế chấp quyền tài sản	52
1.4.1. Khái niệm thế chấp quyền tài sản	52
1.4.2. Đặc điểm pháp lý của thế chấp quyền tài sản	55
KẾT LUẬN CHƯƠNG 1.....	60
CHƯƠNG 2. QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT VIỆT NAM VỀ THẾ CHẤP QUYỀN TÀI SẢN.....	61
2.1. Chủ thể của thế chấp quyền tài sản	61
2.2. Đối tượng của thế chấp quyền tài sản	66
2.2.1. Nhóm quyền tài sản phát sinh từ giao dịch dân sự	67
2.2.2. Nhóm quyền tài sản đối với các đối tượng của quyền sở hữu trí tuệ ...	77
2.2.3. Nhóm quyền tài sản phát sinh theo quy định của Luật	79
2.2.3.1. Quyền sử dụng đất	79
2.2.3.2. Quyền hưởng dụng và quyền bề mặt	82
2.3. Hình thức và thời điểm có hiệu lực của thế chấp quyền tài sản	85
2.3.1. Hình thức của thế chấp quyền tài sản	85
2.3.2. Thời điểm có hiệu lực của thế chấp quyền tài sản	88
2.4. Đăng ký thế chấp quyền tài sản	92
2.5. Xử lý quyền tài sản thế chấp	98
2.5.1. Đặc thù của hoạt động xử lý tài sản thế chấp là quyền tài sản	98
2.5.2. Căn cứ xử lý quyền tài sản thế chấp	101
2.5.3. Phương thức xử lý quyền tài sản thế chấp	104
KẾT LUẬN CHƯƠNG 2.....	108
CHƯƠNG 3. THỰC TIỄN THỰC HIỆN VÀ GIẢI PHÁP HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VIỆT NAM VỀ THẾ CHẤP QUYỀN TÀI SẢN.....	109
3.1. Thực tiễn thực hiện pháp luật về thế chấp quyền tài sản tại Việt Nam hiện nay.....	109
3.1.1. Xác định quyền tài sản là đối tượng thế chấp	109

3.1.1.1. Tài sản thế chấp là số dư tiền gửi trong tài khoản của khách hàng .	109
3.1.1.2. Tài sản thế chấp là quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng mua bán nhà ở hình thành trong tương lai.....	112
3.1.1.3. Tài sản thế chấp là cổ phiếu, trái phiếu.....	115
3.1.2. Xác lập thế chấp quyền tài sản.....	118
3.1.2.1. Xác lập thế chấp quyền tài sản để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ của người thứ ba	118
3.1.2.2. Xác định chủ thể trong trường hợp thế chấp quyền sử dụng đất của hộ gia đình.....	120
3.1.2.3. Xác lập thế chấp quyền tài sản hình thành từ hợp đồng	123
3.1.2.4. Xác lập thế chấp quyền tài sản đối với đối tượng của quyền sở hữu trí tuệ.....	125
3.1.3. Xử lý tài sản thế chấp là quyền tài sản.....	128
3.1.3.1. Xử lý tài sản thế chấp là quyền sử dụng đất	128
3.1.3.2. Xử lý tài sản thế chấp là quyền tài sản hình thành từ hợp đồng	133
3.1.4. Giải quyết hậu quả pháp lý của hợp đồng thế chấp quyền tài sản bị Tòa án tuyên vô hiệu	136
3.2. Giải pháp hoàn thiện pháp luật Việt Nam về thế chấp quyền tài sản	141
3.2.1. Những yêu cầu cơ bản của việc hoàn thiện pháp luật Việt Nam về thế chấp quyền tài sản	141
3.2.2. Những kiến nghị hoàn thiện pháp luật Việt Nam về thế chấp quyền tài sản.....	144
3.2.2.1. Kiến nghị hoàn thiện quy định của Bộ luật dân sự năm 2015 và Luật Đất đai năm 2013	144
3.2.2.2. Kiến nghị hoàn thiện quy định trong các văn bản hướng dẫn thi hành Bộ luật dân sự năm 2015.....	150
KẾT LUẬN CHƯƠNG 3.....	161
KẾT LUẬN CHUNG	162
DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO.....	164
PHỤ LỤC - 1.....	175

DANH MỤC TỪ VIẾT TẮT

BLDS	Bộ luật dân sự
BPBĐ	Biện pháp bảo đảm
GDDS	Giao dịch dân sự
NCS	Nghiên cứu sinh
SHTT	Sở hữu trí tuệ
TAND	Toà án nhân dân
TCTD	Tổ chức tín dụng

MỞ ĐẦU

1. Tính cấp thiết của đề tài

Thế chấp tài sản là một biện pháp bảo đảm đặc biệt quan trọng, xuất hiện từ thời La Mã được ghi nhận trong pháp luật của nhiều quốc gia trên thế giới. Trong xã hội Việt Nam hiện nay, nhu cầu vay vốn của cá nhân, pháp nhân để phát triển sản xuất kinh doanh là rất lớn. Biện pháp thế chấp tài sản ngày càng đóng vai trò quan trọng trong đời sống xã hội, một mặt nó giúp cho những người đi vay có thể tiếp cận được nguồn vốn vay từ những người có nhu cầu cho vay (các tổ chức tín dụng, cá nhân, pháp nhân có vốn không sử dụng). Mặt khác, việc nhận thế chấp tài sản sẽ giúp cho bên cho vay hạn chế được rủi ro bằng cách chủ động thực hiện những biện pháp tác động trực tiếp đến tài sản thế chấp khi đến hạn thực hiện nghĩa vụ trả nợ mà bên đi vay không trả hoặc trả không đầy đủ. Xuất phát từ nhu cầu thực tiễn này, các hợp đồng thế chấp tài sản để vay vốn được xác lập ngày càng nhiều về số lượng và giá trị, kéo theo đó là những tranh chấp phát sinh có liên quan cũng ngày một tăng lên. Nổi cộm hơn cả là những hợp đồng thế chấp quyền tài sản để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ.

Hiện nay, còn tồn tại nhiều quan điểm khác nhau về vấn đề lý luận cũng như thực tiễn áp dụng pháp luật về thế chấp quyền tài sản. Những mâu thuẫn xoay quanh các vấn đề lý luận và pháp lý như: quan niệm về thế chấp quyền tài sản; đặc điểm của quyền tài sản thế chấp; phạm vi các quyền tài sản được sử dụng làm tài sản thế chấp; hiệu lực của biện pháp thế chấp quyền tài sản; xử lý tài sản thế chấp là quyền tài sản... Bên cạnh đó, các quy định của pháp luật Việt Nam về thế chấp quyền tài sản để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ nằm rải rác trong nhiều văn bản quy phạm pháp luật khác nhau gồm: BLDS năm 2015; Luật Nhà ở 2014; Luật Đất đai năm 2013; Luật Sở hữu trí tuệ sửa đổi năm 2009; Luật Doanh nghiệp năm 2020; Nghị định số 21/2021/NĐ-CP ngày 19/03/2021 Quy định thi hành BLDS về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ; Nghị định số 99/2022/NĐ-CP ngày 30/11/2022 về Đăng ký Biện pháp bảo

đảm; Nghị định của số 43/2014/NĐ-CP ngày 15/5/2014 Quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật đất đai; Thông tư liên tịch của Bộ tư pháp, Bộ tài nguyên và môi trường, Ngân hàng nhà nước số 16/2014/TTLT-BTP-BTNMT-NHNN ngày 6/6/2014 hướng dẫn một số vấn đề về xử lý tài sản bảo đảm; Thông tư liên tịch số 09/2016/TTLT-BTP-BTNMT của Bộ Tư pháp - Bộ Tài nguyên môi trường hướng dẫn việc đăng ký thế chấp quyền sử dụng đất, tài sản gắn liền với đất ngày 23/6/2016... đã dẫn đến hậu quả là các quy phạm pháp luật cùng điều chỉnh một vấn đề nhưng được xây dựng thiếu tính đồng bộ, tính khoa học và tính thống nhất, gây ra nhiều bất cập, vướng mắc trong quá trình thực hiện, áp dụng pháp luật.

Xuất phát từ tình hình thực tế trên, việc nghiên cứu để làm rõ các vấn đề lý luận và pháp lý về thế chấp quyền tài sản nhằm đảm bảo cho việc hiểu và áp dụng thống nhất các quy định của pháp luật vào thực tiễn là yêu cầu rất cấp thiết. Vì vậy, việc NCS lựa chọn và nghiên cứu đề tài “*Thế chấp quyền tài sản theo quy định của pháp luật Việt Nam*” sẽ có giá trị lý luận và thực tiễn sâu sắc.

2. Tình hình nghiên cứu đề tài

Liên quan đến vấn đề nghiên cứu, NCS nhận thấy, đã có nhiều công trình khoa học của nhiều tác giả được nghiên cứu dưới các hình thức khác nhau như: luận án, luận văn, bài tạp chí, sách chuyên khảo... Tuy nhiên, kể từ khi BLDS năm 2015 có hiệu lực thi hành, chưa có công trình nghiên cứu nào dưới hình thức luận án nghiên cứu một cách tổng quát và toàn diện các vấn đề lý luận và quy định của pháp luật Việt Nam về thế chấp quyền tài sản. Do đó việc nghiên cứu đề tài là hoàn toàn cần thiết, có giá trị lý luận và thực tiễn sâu sắc (Nội dung chi tiết sẽ được thể hiện trong phần tổng quan tình hình nghiên cứu đề tài).

3. Đối tượng, phạm vi nghiên cứu của đề tài

* Đối tượng nghiên cứu: luận án tập trung nghiên cứu các vấn đề lý luận, thực trạng pháp luật và thực tiễn áp dụng pháp luật về thế chấp quyền tài sản để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ.

* Phạm vi nghiên cứu:

Thứ nhất, trên cơ sở những quy định của pháp luật về thế chấp tài sản nói chung và thế chấp quyền tài sản để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ nói riêng, luận án tập trung nghiên cứu và làm rõ những vấn đề lý luận về thế chấp quyền tài sản để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ. Liên quan đến phạm vi nội hàm khái niệm quyền tài sản, luận án chỉ tập trung nghiên cứu các quyền tài sản đã được pháp luật Việt Nam ghi nhận. Những loại tài sản mới phát sinh trong xã hội chưa chịu sự điều chỉnh của pháp luật như tài sản kỹ thuật số, tiền mã hoá... không nằm trong phạm vi nghiên cứu của luận án.

Thứ hai, luận án tập trung làm rõ, phân tích các quy định của BLDS năm 2015, Luật Nhà ở 2014; Luật Đất đai năm 2013; Luật Sở hữu trí tuệ sửa đổi năm 2009; Luật Doanh nghiệp năm 2020 và các văn bản quy phạm pháp luật có liên quan về thế chấp quyền tài sản. Bên cạnh đó, luận án có nghiên cứu pháp luật của một số quốc gia khác trên thế giới trên cơ sở so sánh với các quy định tương ứng của pháp luật Việt Nam.

Thứ ba, cùng với việc nghiên cứu các quy định của pháp luật hiện hành, luận án đi sâu vào nghiên cứu thực tiễn áp dụng pháp luật về thế chấp quyền tài sản để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ trên thực tế để làm nổi bật thực trạng quy định của pháp luật về vấn đề này.

Thứ tư, trên cơ sở nghiên cứu các vấn đề lý luận, thực trạng pháp luật và thực tiễn áp dụng pháp luật về thế chấp quyền tài sản, luận án sẽ đưa ra những ý kiến đánh giá và những kiến nghị nhằm hoàn thiện các quy định của pháp luật về vấn đề này.

4. Mục đích nghiên cứu của đề tài

Mục đích nghiên cứu của luận án là làm sáng tỏ những vấn đề lý luận, thực trạng pháp luật và thực tiễn áp dụng pháp luật về thế chấp quyền tài sản. Trên cơ sở đó, luận án đưa ra những kiến nghị hoàn thiện quy định của pháp luật về thế chấp quyền tài sản. Với những mục đích như vậy, luận án có các nhiệm vụ nghiên cứu cụ thể sau:

Thứ nhất, làm rõ bản chất của thế chấp quyền tài sản, xây dựng được khái niệm và chỉ ra được những đặc điểm pháp lý của thế chấp quyền tài sản. Xây dựng được khái niệm quyền tài sản, hệ thống hoá được các căn cứ phân loại quyền tài sản và chỉ ra ý nghĩa của việc phân loại quyền tài sản.

Thứ hai, làm rõ các vấn đề quan trọng liên quan đến thế chấp quyền tài sản như: chủ thể của thế chấp quyền tài sản, các quyền tài sản được sử dụng làm tài sản thế chấp, các trường hợp xử lý quyền tài sản thế chấp và thực tiễn áp dụng pháp luật về thế chấp quyền tài sản. Đồng thời, nghiên cứu quy định pháp luật của một số quốc gia trên thế giới theo hướng so sánh với các quy định tương ứng của pháp luật Việt Nam hiện hành nhằm chỉ ra những điểm tương đồng và khác biệt, làm cơ sở cho việc đưa ra các kiến nghị hoàn thiện pháp luật.

Thứ ba, chỉ ra các ưu điểm, hạn chế trong các quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành và đưa ra những kiến nghị cụ thể nhằm hoàn thiện pháp luật về thế chấp quyền tài sản.

5. Phương pháp luận và phương pháp nghiên cứu

* Phương pháp luận: việc nghiên cứu luận án dựa trên cơ sở của phương pháp luận Duy vật biện chứng và Duy vật lịch sử của Chủ nghĩa Mác – Lênin. Đây được coi là kim chỉ nam cho việc định hướng các phương pháp nghiên cứu NCS sử dụng trong quá trình nghiên cứu các vấn đề lý luận trong luận án.

* Phương pháp nghiên cứu cụ thể: trên cơ sở phương pháp luận Duy vật biện chứng và Duy vật lịch sử của Chủ nghĩa Mác – Lênin, trong quá trình nghiên cứu luận án, NCS sử dụng các phương pháp nghiên cứu cụ thể sau:

- Phương pháp phân tích và bình luận để làm rõ những vấn đề lý luận và quy định của pháp luật hiện hành về thế chấp quyền tài sản.

- Phương pháp so sánh nhằm chỉ ra những điểm tương đồng và khác biệt giữa quy định của pháp luật Việt Nam với pháp luật của một số quốc gia trên thế giới về thế chấp quyền tài sản.

- Phương pháp tổng hợp nhằm khái quát hoá thực trạng pháp luật và thực tiễn áp dụng pháp luật về thế chấp quyền tài sản, từ đó đưa ra các kiến nghị phù hợp.

6. Những đóng góp mới của việc nghiên cứu đề tài

Kết quả nghiên cứu đề tài “*Thế chấp quyền tài sản theo quy định của pháp luật Việt Nam*” mang lại những điểm mới sau:

Thứ nhất, luận án đã xây dựng được khái niệm quyền tài sản, đưa ra các tiêu chí phân loại quyền tài sản và chỉ ra được ý nghĩa của việc phân loại các quyền tài sản.

Thứ hai, thông qua việc nghiên cứu các quan niệm về thế chấp, bản chất của thế chấp, luận án đã xây dựng được khái niệm thế chấp quyền tài sản và chỉ ra được những đặc điểm pháp lý của thế chấp quyền tài sản.

Thứ ba, luận án phân tích được các quy định của pháp luật hiện hành về đối tượng của biện pháp thế chấp quyền tài sản; các điều kiện của quyền tài sản thế chấp nói chung và các điều kiện riêng, đặc thù của từng loại quyền tài sản thế chấp như: quyền tài sản phát sinh từ GDDS, quyền tài sản đối với đối tượng của quyền SHTT, quyền tài sản do Luật quy định...

Thứ tư, trên cơ sở phân tích quy định của pháp luật hiện hành về các trường hợp xử lý quyền tài sản thế chấp, đặc thù của hoạt động xử lý tài sản thế chấp là quyền tài sản; căn cứ xử lý quyền tài sản thế chấp; phương thức xử lý quyền tài sản thế chấp... luận án đã chỉ ra những bất cập đang tồn tại trong các quy định này.

Thứ năm, luận án phân tích được thực tiễn thực hiện pháp luật về thế chấp quyền tài sản tại Việt Nam hiện nay trong các hoạt động, gồm: xác định quyền tài sản là đối tượng thế chấp, xác lập thế chấp quyền tài sản, xử lý tài sản thế chấp là các quyền tài sản.

Thứ sáu, thông qua việc phân tích, đánh giá các quy định của pháp luật hiện hành về thế chấp quyền tài sản và thực tiễn thực hiện pháp luật về thế

chấp quyền tài sản tại Việt Nam, luận án đã đưa ra một số kiến nghị nhằm hoàn thiện các quy định của pháp luật Việt Nam về thế chấp quyền tài sản.

7. Kết cấu của luận án

Ngoài phần mở đầu, kết luận, tổng quan tình hình nghiên cứu đề tài, danh mục tài liệu tham khảo và phụ lục, nội dung của luận án bao gồm 03 Chương:

Chương 1: Những vấn đề lý luận về thế chấp quyền tài sản

Chương 2: Quy định của pháp luật Việt Nam về thế chấp quyền tài sản

Chương 3: Thực tiễn thực hiện và giải pháp hoàn thiện pháp luật Việt Nam về thế chấp quyền tài sản

TỔNG QUAN TÌNH HÌNH NGHIÊN CỨU ĐỀ TÀI¹

1. Các công trình nghiên cứu đã được công bố liên quan đến đề tài luận án

1.1. Một số công trình khoa học trong nước

1.1.1. Sách tham khảo, chuyên khảo

+ Cuốn “*Luật nghĩa vụ và bảo đảm thực hiện nghĩa vụ - Bản án và bình luận bản án*”, Tập 1&2, Nxb Chính trị Quốc gia năm 2012 của tác giả Đỗ Văn Đại. Đây là cuốn sách chuyên khảo về lĩnh vực nghĩa vụ dân sự và bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự với sự kết hợp các kiến thức pháp lý từ cổ luật đến luật thực định của Việt Nam. Trên cơ sở tuyển trọn các bản án, quyết định của Tòa án các cấp, tác giả đã bình luận, đánh giá 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 tài sản.

+ Cuốn “*Hoàn thiện chế định bảo đảm thực hiện nghĩa vụ Dân sự*”, Nxb Dân Trí, năm 2015 của tập thể tác giả Phạm Văn Tuyết, Lê Kim Giang. Tại chương III có trình bày một số nội dung: xử lý tài sản bảo đảm trong các trường hợp cụ thể; ưu tiên thanh toán khi xử lý tài sản bảo đảm; hoạt động bảo lãnh ngân hàng; tài sản bảo đảm của hộ gia đình trong quan hệ tín dụng.

+ Cuốn “*Tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp theo quy định của Bộ luật dân sự 2015*”, Nxb Chính trị Quốc gia năm 2017 của tác giả Vũ Thị Hồng Yến. Trong chương I, tác giả có trình bày một số vấn đề lý luận như khái niệm, bản chất của thế chấp; khái niệm, đặc điểm và phân loại tài sản thế chấp. Ở chương II, tác giả trình bày về các quy định của pháp luật hiện hành về thế chấp và xử lý tài sản thế chấp, đồng thời chỉ ra những bất cập của hệ thống pháp luật hiện hành về tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp.

1.1.2. Đề tài khoa học

+ Đề tài khoa học cấp trường “*Đăng ký bất động sản – Những vấn đề lý luận và thực tiễn*”, Trường Đại học Luật Hà Nội năm 2011, chủ nhiệm đề tài

¹ Trong phần này, NCS tập trung trình bày tóm tắt một số nội dung quan trọng trong phần tổng quan tình hình nghiên cứu đề tài. Nội dung chi tiết phần tổng quan tình hình nghiên cứu đề tài được trình bày cụ thể trong Phụ lục 01 của luận án.

TS. Nguyễn Minh Tuấn. Trong đề tài, tập thể tác giả có trình bày nhiều vấn đề như: những vấn đề lý luận về đăng ký bất động sản; pháp luật của một số nước trên thế giới về đăng ký bất động sản; đăng ký giao dịch về quyền sử dụng đất và ý nghĩa của việc đăng ký giao dịch (tr.181).

+ Đề tài khoa học cấp Trường “*Bảo đảm tiền vay của các tổ chức tín dụng bằng thế chấp bất động sản theo quy định của pháp luật hiện hành*”, Trường Đại học Luật Hà Nội năm 2017, chủ nhiệm đề tài TS. Vũ Thị Hồng Yến. Ở chương III, đề tài đã chỉ ra những bất cập và giải pháp hoàn thiện pháp luật và thực tiễn áp dụng pháp luật về chế chấp bất động sản bảo đảm tiền vay của các tổ chức tín dụng, như: bất cập và giải pháp hoàn thiện pháp luật về hình thức và đăng ký của hợp đồng thế chấp bất động sản (tr.83); bất cập và giải pháp hoàn thiện xử lý tài sản thế chấp (tr.86).

1.1.3. Luận án, luận văn

+ Vũ Thị Thu Hằng, (2010), “*Một số vấn đề về thế chấp tài sản tại ngân hàng thương mại*”, Luận văn thạc sĩ luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội. Luận văn chủ yếu tập trung, phân tích, làm rõ những đặc điểm riêng biệt của hoạt động thế chấp tài sản tại các ngân hàng thương mại.

+ Vũ Thị Hồng Yến, (2013), “*Tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp theo quy định của pháp luật Dân sự Việt Nam hiện hành*”, Luận án tiến sĩ luật học, trường Đại học Luật Hà Nội. Trong luận án, tác giả đã xây dựng và chỉ ra được những khái niệm, đặc điểm của tài sản thế chấp, các phương thức xử lý tài sản thế chấp. Bên cạnh góc độ lý luận, luận án trình bày, phân tích các quy định về tài sản thế chấp, các biện pháp xử lý tài sản thế chấp của BLDS năm 2005 và các văn bản hướng dẫn có liên quan.

+ Nguyễn Quang Hương Trà, (2019), “*Thế chấp bất động sản theo quy định pháp luật Việt Nam*”, Luận án tiến sĩ luật học, trường Đại học Luật Hà Nội. Trong luận án, tác giả đã chỉ ra được các yếu tố vật quyền, yếu tố trái quyết của biện pháp thế chấp bất động sản. Cùng với việc phân tích thực trạng

pháp luật Việt Nam hiện hành về thế chấp bất động sản, thực tiễn áp dụng pháp luật, tác giả đã đưa ra một số kiến nghị hoàn thiện pháp luật Việt Nam về thế chấp bất động sản.

1.1.4. Bài đăng tạp chí

+ Bùi Đức Giang, (2014), “*Nhận tài sản bảo đảm là phần vốn góp – quy định từ pháp luật đến thực tiễn*”, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật số 4 năm 2014. Trên cơ sở phân tích các quy định của pháp luật có liên quan đến việc nhận tài sản bảo đảm là phần vốn góp tác giả đã làm rõ được một số vấn đề: giao dịch bảo đảm nào thì phù hợp với phần vốn góp; nghĩa vụ được bảo đảm; hiệu lực của giao dịch thế chấp phần vốn góp và giá trị pháp lý của nó đối với bên thứ ba; chuyển giao quyền sở hữu với tư cách là bên nhận bảo đảm đối với phần vốn góp.

+ Lê Thị Thu Thủy, Đỗ Minh Tuấn, (2016), “*Giao dịch bảo đảm dưới khía cạnh luật so sánh*”, Tạp chí Nghiên cứu pháp luật điện tử, tháng 2/2016. Tập thể tác giả đã trình, phân tích những quy định trong luật mẫu EBRD (Ngân hàng tái thiết và phát triển Châu Âu - European Bank for Reconstruction and Development); Công ước Cape Town; các quy định của UNCITRAL (Ủy ban Liên Hiệp Quốc về Luật Thương mại quốc tế) liên quan đến: chủ thể của các giao dịch bảo đảm; hiệu lực của các biện pháp bảo đảm; các quyền ưu tiên; và xử lý tài sản bảo đảm.

+ Nguyễn Ngọc Điện, (2017), “*Thanh lý tài sản thế chấp trong luật Dân sự Pháp theo quy định của Đạo luật ngày 23/3/2006*”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp điện tử. Bài viết đã phân tích, so sánh các phương thức xử lý tài sản bảo đảm của pháp luật dân sự Pháp trước ngày Đạo luật ngày 23/3/2006 có hiệu lực với những quy định mới về phương thức xử lý tài sản bảo đảm được quy định trong Đạo luật ngày 23/3/2006.

1.2. Các công trình nước ngoài

1.2.1. Sách chuyên khảo, tham khảo

+ M.Grimaldi, *Dans le cas d'un nantissement sur contrat d'assurance-vie, l'aléa peut être pour le...créancier*, Revue des contrats, 1 avril 2006. Trong cuốn sách, tác giả đã trình bày những nội dung liên quan đến đối tượng

của biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ nói chung. Theo đó, pháp luật của Pháp cho phép dùng hợp đồng bảo hiểm nhân thọ - như một tài sản bảo đảm để vay vốn tại các tổ chức tín dụng.

+ Halbert C. Smith, DAB, SREA, CRE, FCA, University of Florida and John B. Corgel, Ph.D, Georgia State University (1987), *Real estate perspective*, IRWIN. Trong cuốn sách, tác giả đã dành một phần để giới thiệu về thế chấp bất động sản. Tác giả đã tập trung phân tích các học thuyết đang tồn tại từ đó đi tìm các nguyên lý của biện pháp thế chấp nói chung cũng như thế chấp bất động sản nói riêng.

1.2.2. Luận án, luận văn

+ Bui Duc Giang, *Sûretés conventionnelles sur créances en droit français, anglais et vietnamien*, luận án. Trong luận án, tác giả đã chỉ ra bản chất của việc thế chấp hợp đồng bảo hiểm để đảm bảo nghĩa vụ, theo đó: “Về bản chất, thế chấp hợp đồng bảo hiểm hay cụ thể hơn thế chấp quyền nhận khoản tiền bảo hiểm là một dạng đặc biệt của thế chấp quyền đòi nợ vì quyền nhận số tiền bảo hiểm chính là một loại quyền đòi nợ”.

+ Bích Thao Nguyen, *Legal frameworks for intellectual property-based secured financing: Proposals for reform in Vietnam*, Degree of Doctor of the Science of Law, SMU Dedman School of Law. Khi đề cập đến vai trò của IP trong tài chính nợ, tác giả nhận định: theo truyền thống, người cho vay không muốn cung cấp khoản vay khi người vay không có hoặc có tài sản hữu hình. Ngày nay, cả ngân hàng và các tổ chức phi ngân hàng ở Hoa Kỳ đều có công nhận giá trị của IP và sẵn sàng cung cấp tài chính nợ được hỗ trợ bởi IP. Một số các tổ chức ngân hàng và công ty tài chính chuyên về cho vay có bảo đảm dựa trên IP, ví dụ ngân hàng Silicon Valley, ngân hàng Square 1...(tr.103).

2. Đánh giá kết quả nghiên cứu các vấn đề thuộc phạm vi nghiên cứu của luận án

2.1. Về lý luận

+ Trong luận án tiến sĩ “*Tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp theo quy định của pháp luật Dân sự Việt Nam hiện hành*”, tác giả Vũ Thị Hồng Yến đã nghiên cứu khá toàn diện và đầy đủ về những vấn đề lý luận

cơ bản nhất của thế chấp tài sản và xử lý tài sản thế chấp, bao gồm: khái niệm và bản chất của thế chấp; khái niệm và đặc điểm pháp lý của xử lý tài sản thế chấp; khái niệm và đặc điểm pháp lý của xử lý tài sản thế chấp. Trong chương 1, tác giả có phân tích và chỉ rõ những hạn chế đối với các cách tiếp cận biện pháp thế chấp dưới góc độ vật quyền bảo đảm hoặc một quan hệ trái quyền thuần túy (tr.22).

+ Trong bài viết *“Hoàn thiện các quy định về quản lý và xử lý tài sản thế chấp”*, Tạp chí nghiên cứu lập pháp điện tử tháng 1/2015. Tác giả Nguyễn Ngọc Điện đã chỉ ra những giải pháp cho pháp luật thực định Việt Nam: “về mặt lý luận, cần áp dụng lý thuyết vật quyền bảo đảm làm nền tảng xây dựng các quy định về biện pháp bảo đảm trong Bộ luật dân sự”. Từ đó sẽ khắc phục được những bất cập trong quá trình xử lý tài sản bảo đảm trên thực tế.

+ Trong đề tài khoa học *“Bảo đảm tiền vay của các tổ chức tín dụng bằng thế chấp bất động sản theo quy định của pháp luật hiện hành”*, Trường Đại học Luật Hà Nội năm 2017. Tác giả đã tiếp cận thế chấp tài sản dưới góc độ là một hợp đồng. Hợp đồng thế chấp là một biện pháp chứa đựng cả yếu tố trái quyền và yếu tố vật quyền, chúng hỗ trợ cho nhau để thực hiện tốt nhất chức năng bảo đảm của mình. Trên cơ sở hợp đồng thế chấp được xác lập (quan hệ có tính trái quyền), bên nhận thế chấp hoàn thiện quyền của mình trên tài sản thế chấp để có quyền truy đòi và ưu tiên thanh toán (tr.11).

2.2. Về đối tượng của biện pháp thế chấp

+ Trong luận án tiến sĩ *“Bảo đảm thực hiện hợp đồng tín dụng ngân hàng bằng thế chấp tài sản”*, Viện Nhà nước và Pháp luật năm 2004. Tác giả Nguyễn Văn Hoạt cho rằng, “khi xác lập quan hệ thế chấp, các bên hướng tới và quan tâm không chỉ là bên thế chấp có quyền sử dụng đất hay không (cũng như bên thế chấp có quyền sở hữu đối với tài sản hay không) mà là giá trị của quyền sử dụng đất (cũng như là giá trị của tài sản thế chấp nói chung)” (tr.168).

+ Trong bài viết “*Đi tìm triết lý thế chấp quyền tài sản trong pháp luật Việt Nam*”, Tạp chí Ngân hàng số 7 tháng 4/2012 của tác giả Nguyễn Đức Giang. Liên quan đến các quyền tài sản là đối tượng của các giao dịch bảo đảm, tác giả viết “Nhìn vào danh sách này có thể thấy có ba mảng quyền tài sản chính là quyền sở hữu trí tuệ (quyền tác giả, quyền sở hữu công nghiệp, quyền đối với giống cây trồng), quyền phát sinh từ hợp đồng (bao gồm cả quyền đòi nợ và quyền được nhận số tiền bảo hiểm vì thực chất các quyền này cũng phát sinh từ các hợp đồng) và phần vốn góp”.

2.3. Về điều kiện của tài sản thế chấp

+ Trong luận án tiến sĩ “*Bảo đảm thực hiện hợp đồng tín dụng ngân hàng bằng thế chấp tài sản*”, Viện Nhà nước và Pháp luật năm 2004. Tác giả Nguyễn Văn Hoạt đã nêu ra 04 điều kiện của tài sản thế chấp nói chung, bao gồm: (i) phải thuộc quyền sở hữu hoặc thuộc quyền sử dụng, quản lý của khách hàng vay; (ii) phải là tài sản được phép giao dịch; (iii) không có tranh chấp; (iv) phải mua bảo hiểm nếu pháp luật có quy định.

+ Trong cuốn “*Hợp đồng tín dụng và biện pháp bảo đảm tiền vay*”, Nxb Tư pháp, năm 2012, của tập thể tác giả Phạm Văn Tuyết và Lê Kim Giang. Tại tiểu mục 3.2. chương 2 có trình bày về đặc điểm của tài sản bảo đảm tiền vay, theo đó tài sản bảo đảm tiền vay phải đáp ứng được các điều kiện sau: phải xác định được; có thể trị giá được thành tiền; tài sản bảo đảm phải được phép chuyển giao trong giao dịch dân sự; tài sản bảo đảm phải thuộc sở hữu của bên bảo đảm – chỉ bắt buộc đối với bên bảo đảm là cá nhân hoặc doanh nghiệp ngoài quốc doanh mà không áp dụng đối với doanh nghiệp nhà nước.

2.4. Về đăng ký thế chấp quyền tài sản

+ Trong bài viết “*Giao dịch bảo đảm dưới khía cạnh luật so sánh*”, Tạp chí Nghiên cứu pháp luật điện tử, tháng 2/2016, tập thể tác giả Lê Thị Thu Thủy và Đỗ Minh Tuấn có nhận xét: “Luật mẫu EBRD đưa ra ba phương thức xác lập hiệu lực của một GDBĐ: (1) Đăng ký: Các bên giao kết hợp đồng bảo đảm (charging instrument). Trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày giao

kết hợp đồng bảo đảm, phải làm thủ tục đăng ký GDBĐ (nộp bản đăng ký GDBĐ tại cơ quan có thẩm quyền); (2) Chiếm hữu: Các bên giao kết hợp đồng bảo đảm (charging instrument) và bên nhận bảo đảm cầm giữ tài sản bảo đảm; (3) Bảo lưu quyền sở hữu tài sản: Bên bán nắm giữ quyền sở hữu tài sản cho đến khi bên mua thanh toán đủ tiền. Bên cạnh đó Pháp luật Mỹ đưa ra các phương thức “hoàn thiện GDBĐ” là: Đăng ký GDBĐ, chiếm hữu/kiểm soát tài sản bảo đảm, và GDBĐ tự động hoàn thiện áp dụng cho một số tài sản bảo đảm nhất định.

+ Trong cuốn *“Problems and Materials on secured transactions”*, Douglas J. Whaley, Professor of Law Emeritus The Ohio State University and Stephen M. Mcjohn, Professor of Law Suffolk University Law School, (2010). Tác giả có đề cập đến việc hoàn thiện quyền của bên nhận thế chấp (điều kiện quyền thế chấp có giá trị đối với người thứ ba). Theo đó, có 04 cách để hoàn thiện quyền bảo đảm: (i) Nộp đơn đăng ký quyền thế chấp; (ii) Chiếm giữ vật chất đối với tài sản (thường áp dụng đối với biện pháp cầm cố); (iii) Không cần nộp đơn đăng ký hay chiếm giữ tài sản mà chỉ cần ghi rõ quyền thế chấp trên giấy tờ sở hữu của tài sản thế chấp như giấy đăng ký sở hữu và lưu hành phương tiện giao thông; (iv) Tiến hành kiểm tra đối với tài sản thế chấp...

2.5. Về xử lý tài sản thế chấp

+ Trong bài viết *“Giao dịch bảo đảm dưới khía cạnh so sánh luật học”*, Tạp chí Nghiên cứu pháp luật điện tử, tháng 2/2016, tập thể tác giả Lê Thị Thu Thủy và Đỗ Minh Tuấn đã chỉ ra hạn chế của pháp luật liên quan đến xử lý tài sản bảo đảm: việc xử lý tài sản bảo đảm ở Việt Nam hiện nay có thể được bán thông qua bán đấu giá hoặc bán đơn lẻ theo giá thỏa thuận. Tuy nhiên, về mặt thực tiễn, việc xử lý tài sản bảo đảm thông qua bán đấu giá hoặc bán đơn lẻ thực sự gặp khó khăn nếu như bên bảo đảm không hợp tác. Do đó, nhiều chủ nợ phải lựa chọn việc khởi kiện ra Tòa án để yêu cầu xử lý tài sản bảo đảm.

+ Trong bài viết “*Thanh lý tài sản thế chấp trong Luật Dân sự Pháp theo quy định của Đạo luật ngày 23/3/2006*”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp điện tử, tháng 4 năm 2007, tác giả Nguyễn Ngọc Điện có trình bày về các biện pháp xử lý tài sản bảo đảm theo đạo luật ngày 23/03/2006 của Pháp. Theo đó, có các cách thức xử lý tài sản bảo đảm: bán tài sản bảo đảm; nhận tài sản bảo đảm thay thế cho việc thực hiện nghĩa vụ; thỏa thuận nhận tài sản bảo đảm để trừ nợ. Đối với phương thức bán tài sản bảo đảm có thể được thực hiện bằng hai hình thức, dần xếp bán tài sản bảo đảm với sự cho phép của Toà án hoặc bán đấu giá tài sản bảo đảm. Pháp luật của Pháp cấm việc bán tài sản theo thỏa thuận của các bên. Việc cấm này xuất phát từ sự e ngại rằng, một sự dần xếp bán như vậy có thể dẫn đến tình trạng tài sản được bán với giá thấp hơn so với giá trị thực tế của nó.

2.6. Về xác định thứ tự ưu tiên thanh toán khi xử lý tài sản thế chấp

+ Trong bài viết “*Vật quyền bảo đảm-những vấn đề pháp lý đặt ra trong quá trình hoàn thiện pháp luật dân sự của nước ta*”, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật, năm 2011, tác giả Hồ Quang Huy cho rằng BLDS năm 2005 mới chỉ giải quyết vấn đề thứ tự ưu tiên thanh toán giữa các giao dịch bảo đảm, chưa giải quyết vấn đề về xác định thứ tự ưu tiên thanh toán giữa bên nhận bảo đảm với các chủ thể khác có quyền và lợi ích liên quan đến tài sản bảo đảm như quyền của người lao động, bên cho vay tiền để mua tài sản bảo đảm...

+ Trong bài viết “*Giao dịch bảo đảm dưới khía cạnh luật so sánh*”, Tạp chí Nghiên cứu pháp luật điện tử, tác giả Lê Thị Thu Thủy, Đỗ Minh Tuấn đã chỉ ra trên thế giới ngoài quy tắc thứ tự về thời gian và quy tắc ưu tiên đăng ký, pháp luật một số nước còn quy định quy tắc chiếm hữu, kiểm soát tài sản bảo đảm để xác định thứ tự ưu tiên.

3. Hệ thống các vấn đề thuộc nội dung nghiên cứu của luận án

3.1. Những vấn đề luận án kế thừa

Trong quá trình thực hiện đề tài luận án, tác giả sẽ kế thừa các kết quả nghiên cứu như:

- Một số học thuyết pháp lý như: học thuyết trái quyền, học thuyết vật quyền, học thuyết quyền sở hữu, học thuyết giữ tài sản thế chấp;

- Một số vấn đề lý luận về tài sản, quyền tài sản, thế chấp tài sản;

- Tham khảo kết quả nghiên cứu về một số khía cạnh liên quan đến thế chấp quyền tài sản như: thế chấp quyền sử dụng đất, thế chấp quyền đòi nợ, thế chấp bất động sản...

- Tham khảo kết quả nghiên cứu về thực trạng pháp luật và thực tiễn áp dụng về thế chấp quyền sử dụng đất, thế chấp bất động sản, thế chấp quyền tài sản hình thành từ hợp đồng mua bán nhà ở...

3.2. Những vấn đề luận án tiếp tục nghiên cứu

3.2.1. Về lý luận

Thứ nhất, luận án sẽ tiếp tục nghiên cứu nhằm hoàn thiện hệ thống lý luận về thế chấp quyền tài sản.

Thứ hai, luận án sẽ xây dựng khái niệm quyền tài sản, thế chấp quyền tài sản để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ; làm sáng tỏ các đặc điểm của quyền tài sản nói chung, phân loại các quyền tài sản theo quy định pháp luật Việt Nam từ đó chỉ ra các đặc điểm pháp lý của quyền tài sản là đối tượng của biện pháp thế chấp.

Thứ ba, luận án sẽ trình bày một cách sơ lược quy định của pháp luật Việt Nam về thế chấp quyền tài sản. Thông qua việc nghiên cứu lịch sử các quy định của pháp luật về thế chấp quyền tài sản, tác giả có cái nhìn toàn diện về vấn đề này qua các thời kỳ, từ đó dự đoán được xu hướng trong tương lai, điều này sẽ giúp cho NCS kiến nghị các giải pháp hoàn thiện cho pháp luật Việt Nam về thế chấp quyền tài sản ở Chương 3 của luận án.

3.2.2. Về thực trạng quy định của pháp luật

Thứ nhất, luận án sẽ nghiên cứu, chỉ ra thực trạng quy định pháp luật về chủ thể biện pháp thế chấp quyền tài sản.

Thứ hai, luận án sẽ tiếp tục nghiên cứu quy định của pháp luật hiện hành nhằm xác định rõ phạm vi các quyền tài sản là đối tượng của biện pháp thế chấp.

Thứ ba, liên quan đến hình thức của biện pháp thế chấp quyền tài sản, luận án sẽ làm rõ hai vấn đề: *Một là*, có nên quy định hình thức bắt buộc đối với biện pháp thế chấp quyền tài sản hay không? *Hai là*, hình thức của thế chấp quyền tài sản ảnh hưởng như thế nào đến hiệu lực của biện pháp này?

Thứ tư, thông qua việc phân tích quy định của pháp luật hiện hành về đăng ký thế chấp quyền tài sản. Trên cơ sở so sánh với pháp luật của một số quốc gia trên thế giới, luận án sẽ chỉ ra những bất cập còn tồn tại liên quan đến: phạm vi các giao dịch nào bắt buộc phải đăng ký; vướng mắc trong thủ tục đăng ký; ý nghĩa của việc đăng ký; tổ chức hệ thống cơ quan đăng ký... từ đó làm cơ sở xây dựng các giải pháp hoàn thiện về đăng ký giao dịch bảo đảm ở Việt Nam.

Thứ năm, liên quan đến vấn đề xử lý tài sản thế chấp, pháp luật Việt Nam hiện hành mới chỉ tập trung xây dựng các quy định mang tính chất khung cho việc xử lý tài sản bảo đảm gồm: các trường hợp xử lý tài sản bảo đảm; phương thức xử lý tài sản bảo đảm. Các quy định này không thể để giải quyết những bất cập nảy sinh trong thực tiễn như: xác định vai trò của Tòa án trong xử lý tài sản bảo đảm? các quyền ưu tiên trên tài sản bảo đảm? quyền của người thứ ba ngay tình khi xác lập các GDDS liên quan đến tài sản bảo đảm?... đây là những vấn đề NCS kỳ vọng sẽ làm rõ trong luận án.

3.2.3. Về kiến nghị hoàn thiện pháp luật

Trên cơ sở phân tích quy định của pháp luật, luận án sẽ đánh giá quy định của pháp luật hiện hành về thế chấp quyền tài sản. Từ đó tìm ra những điểm tích cực và hạn chế trong quy định của pháp luật, làm cơ sở đưa ra những kiến nghị hoàn thiện pháp luật.

4. Cơ sở lý thuyết và câu hỏi nghiên cứu

4.1. Một số lý thuyết nghiên cứu

Các lý thuyết được áp dụng trong quá trình thực hiện đề tài luận án gồm:

- Lý thuyết về quyền sở hữu;
- Lý thuyết về vật quyền;

- Lý thuyết về trái quyền;
- Lý thuyết về giữ tài sản thế chấp;

4.2. Câu hỏi nghiên cứu và giả thuyết nghiên cứu

Để giải quyết các vấn đề thuộc nội dung của đề tài nghiên cứu, các câu hỏi nghiên cứu, giả thuyết nghiên cứu, kết quả nghiên cứu được xây dựng và đặt ra như sau:

Thứ nhất, khía cạnh lý luận

Câu hỏi nghiên cứu: quyền tài sản là gì? Có bao nhiêu loại quyền tài sản? Phạm vi quyền tài sản thế chấp bao gồm những gì? Quyền tài sản thế chấp có đặc điểm như thế nào? Thế chấp là gì? Thế chấp quyền tài sản là gì? Đặc điểm pháp lý của thế chấp quyền tài sản là gì?

Giả thuyết nghiên cứu: trên cơ sở lý luận về quyền tài sản, thế chấp quyền tài sản để giải quyết những vấn đề lý luận đã đặt ra. Hiện nay, lý luận về quyền tài sản, thế chấp tài sản đã được nghiên cứu tuy nhiên chưa được nghiên cứu một cách hệ thống, còn nhiều vấn đề cần phải nghiên cứu sâu sắc hơn như khái niệm quyền tài sản, đặc điểm của quyền tài sản thế chấp, thế chấp quyền tài sản.

Kết quả nghiên cứu: kết quả nghiên cứu về lý luận sẽ đưa ra cách hiểu thống nhất về quyền tài sản, đặc điểm pháp lý của quyền tài sản thế chấp, thế chấp quyền tài sản và đặc điểm pháp lý của thế chấp quyền tài sản.

Thứ hai, khía cạnh pháp luật thực định

Câu hỏi nghiên cứu: Thực trạng pháp luật về thế chấp quyền tài sản ở Việt Nam như thế nào? Các quy định của pháp luật hiện hành về chủ thể thế chấp quyền tài sản, đối tượng của thế chấp quyền tài sản, thời điểm có hiệu lực của thế chấp quyền tài sản, đăng ký thế chấp quyền tài sản và xử lý quyền tài sản thế chấp cụ thể như thế nào? Những hạn chế, bất cập của pháp luật trong các quy định của pháp luật hiện hành liên quan đến các vấn đề này?

Giả thuyết nghiên cứu: Pháp luật về thế chấp quyền tài sản là cơ sở pháp lý điều chỉnh hoạt động thế chấp quyền tài sản. Tuy nhiên, các quy định

của pháp luật Việt Nam hiện hành điều chỉnh hoạt động này còn chưa đầy đủ, chưa đồng bộ, nằm rải rác trong nhiều văn bản quy phạm pháp luật khác nhau như: BLDS năm 2015, Luật Đất đai năm 2013, Luật Nhà ở năm 2014, Luật Doanh nghiệp năm 2020... Một số vấn đề pháp lý về thế chấp quyền tài sản chưa có hoặc có nhưng không phù hợp với thực tiễn.

Kết quả nghiên cứu: Luận án sẽ đánh giá đúng đắn, toàn diện thực trạng pháp luật về thế chấp quyền tài ở Việt Nam hiện nay. Thông qua việc phân tích, đánh giá thực trạng pháp luật luận án chỉ ra được những ưu điểm, hạn chế, bất cập cần hoàn thiện.

Thứ ba, các kiến nghị hoàn thiện pháp luật

Câu hỏi nghiên cứu: Định hướng hoàn thiện pháp luật của Việt Nam về thế chấp quyền tài sản như thế nào? Những giải pháp, kiến nghị cụ thể nhằm khắc phục những hạn chế, bất cập trong quy định của pháp luật Việt Nam về thế chấp quyền tài sản là gì?

Giả thuyết nghiên cứu: Hiện nay đã có những định hướng, giải pháp, kiến nghị hoàn thiện pháp luật về thế chấp quyền sử dụng đất, thế chấp quyền đòi nợ, thế chấp quyền tài sản hình thành từ hợp đồng mua bán nhà ở... Tuy nhiên do mục đích và phạm vi tiếp cận vấn đề khác nhau nên những giải pháp, kiến nghị cần được bổ sung để hoàn thiện, bảo đảm cho pháp luật về thế chấp quyền tài sản có tính khả thi, đồng bộ và thống nhất.

Kết quả nghiên cứu: Luận án đưa ra được định hướng và những kiến nghị cụ thể hoàn thiện quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành về thế chấp quyền tài sản, đảm bảo có tính khả thi, đồng bộ và thống nhất.

Trên đây là nội dung tóm tắt tổng quan tình hình nghiên cứu đề tài. Nội dung chi tiết được NCS trình bày cụ thể trong bản PHỤ LỤC 01 đính kèm Luận án này.

CHƯƠNG 1

NHỮNG VẤN ĐỀ LÝ LUẬN VỀ THỂ CHẤP QUYỀN TÀI SẢN

1.1. Nhận diện quyền tài sản

1.1.1. Khái niệm quyền tài sản

Quyền tài sản là một bộ phận cấu thành trong nội hàm của khái niệm tài sản theo quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành, có vai trò đặc biệt quan trọng trong đời sống xã hội hiện nay. Vì lẽ đó, để xây dựng được khái niệm quyền tài sản nhất thiết phải đi từ việc nghiên cứu khái niệm tài sản.

Pháp luật của Cộng hoà Pháp không đưa ra một định nghĩa cụ thể về tài sản mà tiếp cận thuật ngữ này gián tiếp thông qua việc phân loại tài sản thành động sản và bất động sản. Theo đó, tài sản được chia thành động sản và bất động sản². Với cách tiếp cận này, nội hàm của khái niệm “tài sản” trong pháp luật của Cộng hoà Pháp xoay quanh hai khái niệm là “động sản” và “bất động sản”. Nội hàm khái niệm “bất động sản” trong pháp luật của Cộng hoà Pháp không đơn thuần chỉ có những vật hữu hình, bất động, không thể dịch chuyển về mặt cơ học như: đất đai, nhà cửa, công trình xây dựng trên đất, mà bao gồm cả các quyền tài sản (các tài sản tồn tại dưới dạng vô hình) do gắn liền với đối tượng là bất động sản như quyền khởi kiện đòi lại một bất động sản³. Thậm chí súc vật (động vật) mà người chủ đất đã giao cho người thuê đất canh tác được coi là bất động sản khi chúng được gắn liền với ruộng đất theo thoả thuận⁴. Rõ ràng, mặc dù không đề cập trực tiếp đến các “quyền tài sản” nhưng thông qua các quy định trong BLDS, khái niệm “tài sản” trong pháp luật của Cộng hoà Pháp bao hàm cả các “quyền tài sản”, mang bản chất của bất động sản.

Khác với cách tiếp cận trên, những nhà lập pháp Hoa Kỳ nhìn nhận tài sản dưới góc độ là tập hợp các quyền của chủ thể, theo đó “*Tài sản như một tập hợp*

² Điều 516 BLDS Cộng Hoà Pháp.

³ Điều 526 BLDS Cộng Hoà Pháp.

⁴ Điều 522 BLDS Cộng Hoà Pháp.

các quyền trong mối liên quan với vật”⁵. Những quyền quan trọng nhất hay những lợi ích lớn nhất đối với tài sản mà một người có thể có được, gồm: (1) *Quyền loại trừ (The right to exclude)* - quyền ngăn không cho người khác sử dụng hay chiếm hữu. Ví dụ: A có một mảnh đất thì A sẽ có quyền ngăn chặn người hàng xóm hay người lạ xâm phạm mảnh đất của mình; (2) *Quyền chuyển nhượng (The right to transfer)*, người nắm giữ quyền này có thể chuyển nhượng cho người khác bằng cách bán, tặng cho hay thông qua di chúc, tuy nhiên pháp luật quy định sự hạn chế khác nhau đối với quyền này. Ví dụ anh A là chủ sở hữu mảnh đất ở ví dụ trên không thể chuyển nhượng quyền sử dụng đất vì mục đích trốn nợ, hay không đồng ý bán vì sắc tộc, màu da, giới tính của người mua... (3) *Quyền chiếm hữu và sử dụng (The right to possess and use)* - đây có thể coi là quyền cơ bản đối với người nắm giữ “quyền tài sản” nhưng như đã nói ở trên vì quyền tài sản là không tuyệt đối nên đều có những ngoại lệ. Ví dụ A có thể cho B thuê mảnh đất trong thời hạn là 01 năm, điều đó có nghĩa là A đã tạm thời từ bỏ quyền chiếm hữu và sử dụng mảnh đất nhưng A vẫn là người nắm giữ quyền tài sản đối với mảnh đất đó.

Thông qua việc nghiên cứu trên, có thể nhận thấy khái niệm về tài sản trong pháp luật của các quốc gia có nhiều điểm khác biệt. Nguyên nhân dẫn đến những khác biệt này là do sự ảnh hưởng của các học thuyết pháp lý khác nhau lên tư tưởng của các nhà lập pháp. Nếu như Pháp luật của Cộng hoà Pháp dựa vào trường phái “*Luật tự nhiên*” để lý giải cho cách định nghĩa cũng như phân loại tài sản, thì pháp luật của Hoa Kỳ lại dựa theo trường phái “*Thực chứng pháp lý*” (legal positivism) để xây dựng khái niệm tài sản.

BLDS năm 2005 của Việt Nam trước đây đã xây dựng khái niệm tài sản bằng cách liệt kê những dạng tồn tại của tài sản nhằm xác định phạm vi cho khái niệm, theo đó “*Tài sản bao gồm vật, tiền, giấy tờ có giá và quyền tài sản*”⁶. Đến BLDS năm 2015, quy định về tài sản có chút ít thay đổi về

⁵ Understanding property law by John G. Sprankling.P4

⁶ Xem Điều 163 BLDS năm 2005.

mặt kỹ thuật, theo đó, “*Tài sản là vật, tiền, giấy tờ có giá và quyền tài sản*”⁷. Dưới góc độ khoa học pháp lý, đây không phải là một định nghĩa hoàn chỉnh về tài sản, những nhà lập pháp đang cố gắng liệt kê tất cả các dạng tồn tại của tài sản trong đời sống xã hội. Việc liệt kê các dạng tồn tại của tài sản này có thể dẫn đến tình trạng bỏ sót một số tài sản đang hiện hữu trong thực tiễn cuộc sống, đồng thời không chỉ rõ được các đặc tính pháp lý cơ bản để nhận diện tài sản. Khi nghiên cứu các quy định về tài sản tại Chương VII, BLDS năm 2015 (từ Điều 105 đến Điều 115). Có thể nhận thấy hai vấn đề: *Thứ nhất*, mặc dù Điều 105 có nhắc đến tiền và giấy tờ có giá với tính chất là một loại tài sản luật định tuy nhiên cả Chương VII không có quy định giải nghĩa hai loại tài sản này. *Thứ hai*, việc nhà lập pháp quy định “quyền tài sản” duy nhất ở một điều luật (Điều 115) và chỉ đưa ra một tiêu chí nhận diện quyền tài sản – “*phải trị giá được bằng tiền*” chưa làm rõ được nội hàm của khái niệm quyền tài sản.

Quyền tài sản là loại tài sản vô hình đặc biệt, được quy định trong các BLDS của Việt Nam. Tuy nhiên, cho đến nay các nhà lập pháp vẫn chưa thể xây dựng được khái niệm hoàn chỉnh về quyền tài sản. BLDS năm 2005 đã định nghĩa: “*Quyền tài sản là quyền trị giá được bằng tiền và có thể chuyển giao trong GDDS, kể cả quyền SHTT*”. Theo quan điểm của những nhà lập pháp BLDS năm 2005, quyền tài sản phải thỏa mãn hai đặc điểm cơ bản: *Thứ nhất*, các quyền tài sản phải có giá trị kinh tế (trị giá được bằng tiền); *Thứ hai*, quyền tài sản có thể được chuyển giao trong GDDS. Đối chiếu với các quy định khác ngay trong BLDS năm 2005, có thể suy đoán một số quyền đem lại lợi ích kinh tế cho con người nhưng không được chuyển giao trong các GDDS như quyền yêu cầu cấp dưỡng, quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại do bị xâm phạm đến sức khỏe, danh dự, uy tín, nhân phẩm sẽ không được coi là quyền tài sản vì không thể chuyển giao thông qua các GDDS.

⁷ Xem Khoản 1 Điều 105 BLDS năm 2015.

Khắc phục những hạn chế của BLDS năm 2005, những nhà lập pháp BLDS năm 2015 nhìn nhận: “*Quyền tài sản là quyền trị giá được bằng tiền, bao gồm quyền tài sản đối với đối tượng SHTT, quyền sử dụng đất và các quyền tài sản khác*”⁸. Theo đó, quyền tài sản chỉ còn mang một đặc điểm “*có thể trị giá được bằng tiền*”. Những nhà lập pháp BLDS năm 2015 cho rằng bản chất của quyền tài sản chỉ cần nhìn nhận ở góc độ giá trị kinh tế của nó, việc có thể chuyển giao hay không thể chuyển giao thông qua các GDDS chỉ nhằm mục đích xác định những quyền tài sản nào là đối tượng của GDDS. Cùng với việc đưa ra định nghĩa quyền tài sản, những nhà lập pháp BLDS năm 2015 còn cố gắng liệt kê những quyền tài sản hiện có gồm quyền SHTT, quyền sử dụng đất... đã dẫn đến hai hệ quả: (i) Thiếu những đặc điểm pháp lý để nhận diện quyền tài sản; (ii) Việc liệt kê các quyền tài sản tại một điều luật dẫn đến sự thiếu sót nhiều quyền tài sản đang được pháp luật ghi nhận trong các luật chuyên ngành khác.

Tiếp cận học thuyết “Vật quyền” giống một số quốc gia theo truyền thống pháp luật Civil Law, lần đầu tiên BLDS năm 2015 của Việt Nam đã ghi nhận các quyền khác đối với tài sản, theo đó: “*Quyền khác đối với tài sản là quyền của chủ thể trực tiếp nắm giữ, chi phối tài sản thuộc sở hữu của chủ thể khác. Các quyền khác đối với tài sản bao gồm: quyền đối với bất động sản liền kề; quyền hưởng dụng; quyền bề mặt*”⁹. Dấu hiệu dễ nhận biết để phân biệt giữa quyền sở hữu với quyền khác đối với tài sản là tư cách của người đang trực tiếp nắm giữ, khai thác công dụng, hưởng hoa lợi, lợi tức từ tài sản. Nếu một người không phải là chủ sở hữu tài sản mà có quyền nắm giữ, khai thác công dụng, hưởng hoa lợi, lợi tức đối với tài sản của người khác thì được xác định là người có quyền khác đối với tài sản (loại trừ những người có quyền sử dụng tài sản của người khác thông qua hợp đồng thuê, hợp đồng mượn).

⁸ Xem Điều 115 BLDS năm 2015.

⁹ Xem Điều 159 BLDS năm 2015.

Các quyền khác đối với tài sản trong BLDS năm 2015 là một khái niệm mới được sử dụng để phân biệt với khái niệm quyền sở hữu và khái niệm quyền tài sản. Hiện nay, có ý kiến cho rằng, khái niệm quyền khác đối với tài sản không phải là một bộ phận cấu thành của khái niệm quyền tài sản theo quy định BLDS. Lý giải cho cách tiếp cận này, các học giả cho rằng, cách tiếp cận khái niệm tài sản trong BLDS của Việt Nam xây dựng theo hướng “*tài sản là đối tượng của quyền sở hữu*”. Quyền sở hữu được BLDS quy định bằng cách liệt kê các quyền năng cụ thể của chủ sở hữu được thực hiện trên tài sản của mình. Các quyền khác đối với tài sản, ở góc độ nào đó được hiểu là “*sự phân rã*” của quyền sở hữu (chủ sở hữu đã chuyển giao một số quyền năng của mình cho chủ thể hưởng quyền khác đối với tài sản¹⁰ nhưng vẫn giữ lại quyền định đoạt tài sản của mình). Vì vậy, các quyền khác đối với tài sản có nội hàm hẹp hơn khái niệm quyền sở hữu và không thể đồng nhất với khái niệm quyền tài sản.

Đối lập với ý kiến trên trên, một số học giả khác lại cho rằng, quyền khác đối với tài sản là một bộ phận trong nội hàm của khái niệm quyền tài sản. Tác giả cũng có cùng quan điểm này. Như đã phân tích ở trên, tài sản và quyền sở hữu là hai khái niệm không thể tách rời khi xây dựng pháp luật về tài sản của mỗi quốc gia. Một chủ thể khi xác lập quyền sở hữu đối với tài sản không chỉ quan tâm đến giá trị kinh tế của tài sản mình sẽ sở hữu mà còn quan tâm đến cả các quyền năng mình được xác lập, thực hiện trên tài sản đó. Dễ dàng nhận thấy, các quyền khác đối với tài sản khi được xác lập đều mang lại những lợi ích kinh tế cụ thể cho chủ thể hưởng quyền, đồng thời các quyền này cũng có thể chuyển giao cho chủ thể khác thông qua GDDS hoặc theo quy định của luật¹¹, tức là chúng mang đầy đủ những đặc điểm của quyền tài sản theo quy định của BLDS.

¹⁰ Tùy từng trường hợp mà chủ sở hữu có thể chuyển giao cho người khác quyền chiếm giữ, quyền khai thác công dụng hoặc hưởng hoa lợi, lợi tức từ tài sản.

¹¹ Xem Điều 258, Điều 268 BLDS năm 2015.

Hiện nay, trong giới luật học Việt Nam còn có nhiều quan điểm khác nhau về quyền tài sản. Có quan điểm cho rằng: *“Quyền tài sản trong luật thực định Việt Nam được hiểu là quan hệ pháp luật khác với quan hệ sở hữu mà trên cơ sở quan hệ khác đó, một lợi ích định giá được bằng tiền hình thành và thuộc về một chủ thể của quan hệ đó”*¹². Quan điểm này thể hiện góc nhìn của tác giả về quyền tài sản, theo đó, quyền tài sản được nhìn nhận dưới góc độ là một quan hệ pháp luật. Trong quan hệ này, chủ thể quyền sẽ nhận được một lợi ích vật chất nhất định, lợi ích vật chất đó có thể định giá được bằng tiền. Quan điểm này đi ngược lại với các quan điểm truyền thống về quyền tài sản khi luôn coi quyền tài sản – một bộ phận cấu thành trong nội hàm khái niệm quyền sở hữu là phải đối tượng của quyền sở hữu.

Bên cạnh đó, có quan điểm khác lại cho rằng: *“Quyền tài sản có thể được hiểu theo nghĩa rộng là tổng hợp các quyền và lợi ích của chủ thể trong việc chi phối, kiểm soát tài sản gồm chủ sở hữu và người có quyền khác với tài sản”*¹³. Với góc nhìn tách biệt giữa tài sản – đối tượng của quyền sở hữu với các quyền năng của chủ thể được thực hiện trên tài sản, tác giả nhìn nhận quyền tài sản mang bản chất là những quyền năng của chủ thể quyền trong việc chi phối, kiểm soát tài sản, các quyền năng lại đem lại lợi ích thực tế cho chủ thể quyền. Hạn chế của quan điểm này là phạm vi nội hàm của quyền tài sản rất hẹp, thiếu vắng những quyền tài sản phát sinh từ các hợp đồng, bởi lẽ trong quan hệ hợp đồng, quyền của một chủ thể chỉ đạt được thông qua hành vi thực hiện nghĩa vụ của bên có nghĩa vụ.

Như đã phân tích ở trên, dưới góc độ pháp luật tài sản, quyền và vật được đặt đối lập với nhau, không thể phân ra hai loại tài sản khác nhau. Nếu tiếp cận khái niệm tài sản dưới góc độ là vật, tài sản được phân loại theo tiêu chí vật lý. Các vật có thể nhận biết được bằng giác quan tiếp xúc

¹² Nguyễn Ngọc Điện (2005), Cần xây dựng khái niệm quyền tài sản trong Luật Dân sự, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp số 03 năm 2005.

¹³ Nguyễn Văn Cừ - Trần Thị Huệ, Bình luận khoa học Bộ luật dân sự 2015, Nxb Công An Nhân dân.

được gọi là vật hữu hình; ngược lại, các vật không thể nhận biết được bằng giác quan tiếp xúc được gọi là vật vô hình. Pháp luật của Cộng hoà Pháp chịu ảnh hưởng bởi học thuyết “*Luật tự nhiên*”¹⁴ đã tiếp cận và xây dựng khái niệm tài sản theo góc độ này. Nếu tiếp cận khái niệm tài sản dưới góc độ quyền, tài sản cũng được phân loại thành các nhóm: (i) Các quyền được thực hiện trực tiếp trên một vật hữu hình mà không cần sự hỗ trợ của một người nào khác gọi là quyền đối vật, ví dụ như quyền sở hữu, quyền hưởng dụng tài sản... (ii) Các quyền được thực hiện thông qua hành vi của người khác, gọi là quyền đối nhân. Ví dụ: quyền đòi nợ, quyền yêu cầu thanh toán từ hợp đồng mua bán, hợp đồng cung cấp dịch vụ... (iii) Các quyền không được thực hiện trực tiếp trên một vật, cũng không thông qua hành vi của một người nào mà tồn tại theo quy định của luật. Ví dụ: các quyền đối với các đối tượng của quyền SHTT¹⁵. Pháp luật của Hoa kỳ chịu ảnh hưởng bởi học thuyết “*Thực chứng pháp lý*”¹⁶ (legal positivism) tiếp cận và xây dựng khái niệm tài sản theo góc độ này.

Khác biệt với pháp luật của các quốc gia khác, pháp luật Việt Nam hiện hành không coi quyền và vật như là những cách tiếp cận khác nhau về tài sản, mà coi đây là các loại tài sản khác nhau. Trong các BLDS của Việt Nam, khái niệm quyền tài sản được xây dựng như một khái niệm đối lập với khái niệm vật trong cách phân loại tài sản¹⁷. Những nhà lập pháp cho rằng, vật với tư cách là một tài sản phải được biểu hiện dưới dạng hữu hình. Đối lập với các vật hữu hình, quyền tài sản là những “vật vô hình”. Bởi vậy, muốn xây dựng

¹⁴ Luật tự nhiên hay luật của tự nhiên (tiếng Latinh *lex naturalis*) là hệ thống luật được xác định bởi tự nhiên, do đó có tính phổ quát. Đây là quy luật tồn tại độc lập với luật lệ được đặt ra bởi một trật tự chính trị, xã hội hay một quốc gia. Đây là một thuật ngữ vừa được sử dụng trong triết học vừa sử dụng trong luật học. Lý thuyết về luật của tự nhiên được Aristotle đề cập lần đầu tiên. Ông cho rằng trong tự nhiên đã có sẵn những quy luật, luật lệ và công lý, và con người tốt nhất là phải soạn thảo những quy luật tuân theo luân lý của tự nhiên.

¹⁵ Các quyền này còn được gọi tên là quyền vô hình hay quyền vô hình tuyệt đối.

¹⁶ Thuyết pháp luật thực chứng là học thuyết về pháp luật hình thành trên cơ sở tư tưởng triết học chủ nghĩa thực chứng hay còn gọi là chủ nghĩa thực nghiệm mà người sáng lập là Ô. Côngtơ (Auguste Comte; 1798 - 1857).

¹⁷ Xem Điều 163 BLDS năm 2005, Điều 105 BLDS năm 2015.

được khái niệm quyền tài sản phù hợp với quy định của pháp luật hiện hành cần phải xác định rõ vị trí, vai trò của khái niệm quyền tài sản trong hệ thống các căn cứ phân loại tài sản. Khái niệm quyền tài sản phải đảm bảo được hai yếu tố: (i) Quyền tài sản là khái niệm để chỉ một trong các dạng tồn tại của tài sản bên cạnh khái niệm vật; (ii) Nội hàm khái niệm quyền tài sản phải bao hàm hết được các tài sản tồn tại dưới dạng vô hình, góp phần bổ khuyết cho khái niệm vật.

Việc hoàn thiện khái niệm quyền tài sản là một việc làm quan trọng và cần thiết, góp phần hoàn thiện chế định tài sản trong BLDS Việt Nam. Từ đó làm cơ sở để xác định phạm vi các quyền tài sản có thể trở thành đối tượng của các GDDS. Tuy nhiên, việc quy định như thế nào, sao cho chính xác thì không hề đơn giản. Trên cơ sở nghiên cứu, phân tích khái niệm tài sản, các cách tiếp cận về tài sản trong pháp luật của một số quốc gia khác trên thế giới, cũng như quy định về tài sản trong BLDS của Việt Nam, tác giả nhận thấy việc xây dựng khái niệm quyền tài sản phải đi từ tư tưởng chủ đạo khi xây dựng khái niệm tài sản của BLDS. BLDS của Việt Nam nên tiếp cận khái niệm tài sản dưới góc độ vật, theo đó tài sản được chia làm 02 (hai) loại: vật hữu hình và vật vô hình. Khái niệm vật vô hình trên thực tế đã được BLDS Việt Nam nhìn nhận với tên gọi quyền tài sản. Trên cơ sở đó, có thể đưa ra khái niệm về quyền tài sản như sau:

“Quyền tài sản là những tài sản vô hình đem lại lợi ích vật chất cho chủ thể hưởng quyền”.

1.1.2. Phân loại quyền tài sản

1.1.2.1. Quyền tài sản có tính chất đối vật và quyền tài sản có tính chất đối nhân

Căn cứ vào cách thức thực hiện quyền của chủ thể, các quyền tài sản theo quy định của pháp luật hiện hành có thể được chia làm 02 (hai) nhóm, các quyền đối vật và các quyền đối nhân. Trong quan niệm của người La-tinh, khối tài sản có của một người được tạo thành từ hai loại quyền: Quyền đối vật – tức là các quyền được thực hiện trên các vật cụ thể và xác định; quyền đối

nhân – bao gồm các quyền tương ứng với các nghĩa vụ tài sản mà người khác phải thực hiện vì lợi ích của người có quyền¹⁸. Hiểu một cách khái quát, quyền đối vật là quyền của chủ thể được thực hiện các hành vi trực tiếp trên những vật cụ thể mà không cần sự cho phép hay hợp tác của các chủ thể khác. Các quyền tài sản thể hiện dưới dạng quyền đối vật trong BLDS năm 2015 có thể kể đến gồm: quyền sở hữu, quyền hưởng dụng, quyền bề mặt, quyền đối với bất động sản liền kề; quyền của bên cầm cố đối với tài sản cầm cố...

Xét về tính chất, các quyền đối vật mang những mức độ khác nhau (đầy đủ và không đầy đủ). Quyền đối vật đầy đủ toàn diện nhất được ghi nhận trong BLDS năm 2015 chính là quyền sở hữu. Nội dung quyền sở hữu bao gồm quyền chiếm hữu, quyền sử dụng và quyền định đoạt tài sản của chủ sở hữu theo quy định của luật¹⁹. Quyền sở hữu cho phép người có quyền khai thác trọn vẹn các giá trị vật chất, kinh tế của tài sản. Chính chủ sở hữu là người có quyền tối hậu định đoạt tài sản (thông qua việc bán, tặng cho, để thừa kế...). Việc khai thác công dụng, hưởng hoa lợi, lợi tức từ tài sản của chủ sở hữu luôn được đặt trong một giới hạn do luật định nhằm phục vụ cho lợi ích chung của xã hội, của nhà nước. Ví dụ, BLDS đã đặt ra các “quyền sử dụng hạn chế” đối với bất động sản liền kề, gồm: quyền cấp, thoát nước qua bất động sản liền kề; quyền tưới, tiêu nước trong canh tác; quyền về lối đi... Quyền sở hữu của chủ sở hữu cũng bị hạn chế định đoạt trong một số trường hợp nhất định. Ví dụ, khi định đoạt tài sản thuộc sở hữu chung, tài sản là di tích lịch sử văn hóa phải dành quyền ưu tiên mua cho các đồng chủ sở hữu chung còn lại hoặc cho Nhà nước.

Bên cạnh những quyền đối vật đầy đủ còn có những quyền đối vật không đầy đủ. Điển hình cho những quyền đối vật không đầy đủ được quy định trong BLDS năm 2015 là quyền hưởng dụng (Điều 257), quyền bề mặt (Điều 267), quyền đối với bất động sản liền kề (Điều 245), quyền của bên bảo

¹⁸ Nguyễn Ngọc Điện, Một số vấn đề lý luận về quyền tài sản và hưởng hoàn thiện, Tạp chí Nghiên cứu, <https://thongtinphapluatdansu.edu.vn/2009/08/24/3683/>

¹⁹ Xem Điều 158 BLDS năm 2015.

đảm đối với tài sản bảo đảm (quyền của người cầm cố đối với tài sản cầm cố, quyền của người nhận thế chấp đối với tài sản thế chấp). Bản chất của những quyền này là sự phân rã của quyền sở hữu. Ở góc độ nào đó, chủ sở hữu đã chuyển giao cho các chủ thể khác một số quyền năng đối với tài sản của mình (chuyển giao quyền chiếm hữu, quyền khai thác công dụng, hưởng hoa lợi hay lợi tức từ tài sản trong một thời hạn nhất định...) thông qua một GDDS hoặc theo quy định của pháp luật. Tuy nhiên, trong mọi trường hợp chủ sở hữu luôn giữ lại cho mình quyền định đoạt tài sản²⁰.

Đối lập với các quyền đối vật là các quyền đối nhân. Quyền đối nhân được thiết lập trong mối quan hệ giữa hai người, hai chủ thể của quan hệ pháp luật. Có thể hiểu, quyền đối nhân cho phép một người yêu cầu một người khác đáp ứng đòi hỏi của mình nhằm thoả mãn một nhu cầu gắn liền với một lợi ích vật chất. Mối quan hệ giữa hai người này còn gọi là quan hệ nghĩa vụ²¹. Bản chất quyền đối nhân là quyền của chủ thể (chủ thể quyền) được yêu cầu một chủ thể khác (chủ thể có nghĩa vụ) phải thực hiện một hành vi nhất định, nói cách khác, quyền của chủ thể quyền trong quan hệ nghĩa vụ chỉ được thoả mãn thông qua hành vi thực hiện nghĩa vụ của chủ thể có nghĩa vụ. Tiêu biểu cho các quyền tài sản dưới dạng quyền đối nhân theo quy định của BLDS năm 2015 gồm: quyền đòi nợ, quyền yêu cầu cấp dưỡng, quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại do tính mạng, sức khỏe, danh dự, nhân phẩm, uy tín bị xâm phạm...

Việc phân loại quyền tài sản thành hai nhóm, quyền tài sản có tính chất đối vật và quyền tài sản có tính chất đối nhân có ý nghĩa nhất định trong việc xây dựng phương thức xử lý tài sản bảo đảm là quyền tài sản. Đối với những quyền tài sản mang bản chất của quyền đối vật, pháp luật cần có các quy định cho phép bên nhận thế chấp được quyền thu giữ tài sản hữu hình mà quyền tài

²⁰ Trong trường hợp chủ sở hữu đã mang tài sản thuộc sở hữu của mình đi để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ thông qua các giao dịch như cầm cố, thế chấp... quyền định đoạt của chủ sở hữu sẽ bị hạn chế vì ảnh hưởng trực tiếp đến quyền, lợi ích hợp pháp của bên nhận bảo đảm.

²¹ Nguyễn Ngọc Điện, Một số vấn đề lý luận về quyền tài sản và hưởng hoàn thiện, tạp chí Nghiên cứu, <https://thongtinphapluatdansu.edu.vn/2009/08/24/3683/>

sản của bên thế chấp được thiết lập trên tài sản hữu hình đây, trong trường hợp bên thế chấp vi phạm nghĩa vụ là điều kiện xử lý tài sản bảo đảm. Đối với những quyền tài sản mang bản chất của quyền đối nhân, pháp luật cần có quy định cụ thể về nghĩa vụ của người thứ ba (người có nghĩa vụ tài sản với bên thế chấp) trước bên nhận thế chấp trong trường hợp bên nhận thế chấp đã thông báo về việc xác lập thế chấp.

1.1.2.2. Quyền tài sản có thể chuyển giao và quyền tài sản không thể chuyển giao

Dưới góc độ khoa học pháp lý, một quyền tài sản nào đó có thể bị pháp luật hạn chế chuyển giao quyền sở hữu từ chủ thể này sang chủ thể khác bởi bản chất của quyền tài sản (các quyền tài sản này gắn liền với yếu tố nhân thân của chủ thể mang quyền hoặc chủ thể có nghĩa vụ, ví dụ quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng do tính mạng, sức khỏe, uy tín bị xâm phạm; quyền yêu cầu cấp dưỡng...) hoặc trong những trường hợp pháp luật quy định nhằm bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của một chủ thể khác không phải là chủ sở hữu (trường hợp quyền tài sản đang là đối tượng của một BPBĐ)²².

Khi nhìn nhận quyền tài sản với tư cách là đối tượng của GDDS, với vai trò là luật chung của hệ thống luật tư, BLDS năm 2015 phải quy định rõ hoặc đưa ra một nguyên tắc xác định các quyền tài sản nào có thể là đối tượng của GDDS (được phép chuyển giao), các quyền tài sản nào không thể trở thành đối tượng của GDDS (không được phép chuyển giao). Khi nghiên cứu các quy định hiện có trong BLDS năm 2015, tác giả nhận thấy BLDS năm 2015 không liệt kê những quyền tài sản nào được phép chuyển giao và những quyền tài sản nào không được phép chuyển giao. Có hai vấn đề cần được rõ: *Thứ nhất*, liệu tất cả các quyền tài sản đều có thể trở thành đối tượng của GDDS? *Thứ hai*, phải chăng chỉ có những quyền tài sản cụ thể được quy định trong BLDS năm 2015 hoặc trong các văn bản hướng dẫn thi hành BLDS năm 2015 mới có thể là đối tượng của các GDDS?

²² Bản chất của các quyền tài sản này là các quyền tài sản không gắn liền với nhân thân, chủ thể quyền có thể tự do chuyển giao quyền sở hữu cho chủ thể khác. Tuy nhiên khi chủ sở hữu sử dụng nó làm tài sản bảo đảm, pháp luật đã hạn chế quyền định đoạt của chủ sở hữu, nhằm bảo đảm quyền, lợi ích hợp pháp cho bên nhận bảo đảm.

Trước đây, BLDS năm 2005 có liệt kê các quyền tài sản được phép sử dụng làm tài sản bảo đảm bao gồm: “*Các quyền tài sản thuộc sở hữu của bên bảo đảm bao gồm quyền tài sản phát sinh từ quyền tác giả, quyền sở hữu công nghiệp, quyền đối với giống cây trồng, quyền đòi nợ, quyền được nhận số tiền bảo hiểm đối với vật bảo đảm, quyền tài sản đối với phần vốn góp trong doanh nghiệp, quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng, quyền sử dụng đất, quyền khai thác tài nguyên thiên nhiên và các quyền tài sản khác thuộc sở hữu của bên bảo đảm đều được dùng để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự*”²³. Kế thừa khoản 3 Điều 379 BLDS 2005, khoản 3 Điều 377 BLDS năm 2015 quy định: “*Trường hợp nghĩa vụ là nghĩa vụ cấp dưỡng, bồi thường thiệt hại do xâm phạm tính mạng, sức khỏe, danh dự, nhân phẩm, uy tín và các nghĩa vụ khác gắn liền với nhân thân không thể chuyển cho người khác được thì không được thay thế bằng nghĩa vụ khác*”. Hiểu rộng ra, quy định này chỉ hạn chế một số quyền tài sản không được thay thế, chuyển giao trong các quan hệ nghĩa vụ như quyền yêu cầu cấp dưỡng, quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại do tính mạng, sức khỏe, uy tín và các quyền tài sản gắn liền với nhân thân khác. Theo nguyên tắc tự do ý chí, các chủ thể được làm những gì luật không cấm, điều này đồng nghĩa với việc BLDS năm 2015 cho phép một số quyền tài sản khác được chuyển giao (làm đối tượng của các GDDS), ví dụ, quyền tài sản phát sinh từ quyền tác giả, quyền sở hữu công nghiệp, quyền đối với giống cây trồng, quyền đòi nợ, quyền được nhận số tiền bảo hiểm đối với vật bảo đảm...

Việc phân loại quyền tài sản thành hai nhóm: quyền tài sản có thể chuyển giao và quyền tài sản không thể chuyển giao thông qua GDDS có ý nghĩa nhất định trong việc xác định đối tượng của biện pháp thế chấp quyền tài sản. Vấn đề quan tâm hàng đầu của các bên khi xác lập biện pháp thế chấp quyền tài sản là khi có sự vi phạm nghĩa vụ, bên nhận thế chấp có quyền “bán” quyền tài sản thế chấp cho người khác để thu hồi nợ hay không. Vì lẽ

²³ Xem Điều 322 BLDS năm 2005.

đó, đối tượng của biện pháp thế chấp quyền tài sản phải là những quyền tài sản có thể chuyển giao cho người khác thông qua các GDDS. Hạn chế lớn nhất của BLDS năm 2015 là chưa có điều luật nào mang tính nguyên tắc hoặc quy định dưới dạng liệt kê cụ thể nhằm xác định rõ các quyền tài sản có thể chuyển giao hoặc không thể chuyển giao thông qua các GDDS, từ đó làm cơ sở pháp lý để các chủ thể chủ động lựa chọn đối tượng của biện pháp thế chấp nói riêng cũng như đối tượng của các GDDS nói chung.

1.1.2.3. Quyền tài sản phát sinh từ giao dịch dân sự, quyền tài sản phát sinh từ hoạt động lao động sáng tạo của con người và quyền tài sản phát sinh trên cơ sở quy định của luật

Dựa trên căn cứ xác lập quyền, một cách tổng quát, các quyền tài sản có thể được phân làm ba nhóm: (i) Các quyền tài sản phát sinh từ GDDS. Nhóm quyền tài sản này có thể được phát sinh từ các hợp các đồng hoặc hành vi pháp lý đơn phương, mang đặc điểm của quyền đối nhân, bao gồm: quyền đòi nợ phát sinh từ hợp đồng vay tài sản, quyền yêu cầu thanh toán phát sinh từ hợp đồng mua bán tài sản, quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng bảo hiểm nhân thọ, quyền đối với phần vốn góp trong doanh nghiệp...; (ii) Các quyền tài sản phát sinh từ hoạt động lao động sáng tạo của con người (quyền tài sản đối với các đối tượng của quyền SHTT), nhóm quyền này được ghi nhận trong Luật SHTT, bao gồm: quyền tài sản trong phạm vi của quyền tác giả và các quyền liên quan; quyền tài sản đối với đối tượng sở hữu công nghiệp và quyền tài sản đối với giống cây trồng; (iii) Các quyền tài sản phát sinh trên cơ sở quy định của luật, nhóm quyền tài sản dạng này mang đặc điểm của quyền đối vật, bao gồm: quyền sử dụng đất, quyền bề mặt, quyền hưởng dụng và quyền địa dịch...

*** Nhóm quyền tài sản phát sinh từ GDDS**

Hiện nay, các quyền tài sản phát sinh từ GDDS có thể trở thành đối tượng của biện pháp thế chấp và được đăng ký BPBD theo yêu cầu tại Trung

tâm đăng ký giao dịch, tài sản của Cục đăng ký quốc gia giao dịch bảo đảm thuộc Bộ Tư pháp, bao gồm: (i) Quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng thuê đóng tàu biển; quyền bồi thường thiệt hại phát sinh từ hợp đồng mua bán tàu bay, tàu biển; quyền thụ hưởng bảo hiểm theo hợp đồng bảo hiểm đối với tàu bay, tàu biển; (ii) Các quyền tài sản là quyền đòi nợ, quyền yêu cầu thanh toán, quyền được bồi thường thiệt hại, quyền thụ hưởng bảo hiểm phát sinh từ hợp đồng mua bán nhà ở, hợp đồng góp vốn xây dựng nhà ở, hợp đồng hợp tác đầu tư, hợp tác kinh doanh nhà ở, hợp đồng cho thuê, hợp đồng cho thuê mua nhà ở (bao gồm cả nhà ở xã hội) giữa tổ chức với cá nhân hoặc giữa tổ chức, cá nhân với doanh nghiệp kinh doanh bất động sản trong dự án xây dựng nhà ở theo quy định của pháp luật về nhà ở; các quyền tài sản là quyền đòi nợ, quyền yêu cầu thanh toán, quyền được bồi thường thiệt hại, quyền thụ hưởng bảo hiểm phát sinh từ hợp đồng mua bán, hợp đồng góp vốn, hợp đồng hợp tác đầu tư, hợp tác kinh doanh, hợp đồng cho thuê, hợp đồng cho thuê mua công trình xây dựng giữa tổ chức với cá nhân hoặc giữa tổ chức, cá nhân với doanh nghiệp kinh doanh bất động sản trong dự án xây dựng công trình theo quy định của pháp luật về kinh doanh bất động sản²⁴; (iii) Phần vốn góp trong doanh nghiệp.

Các quyền tài sản phát sinh từ GDDS ngày càng trở thành loại tài sản bảo đảm được ưa chuộng đối với các TCTD bên cạnh những tài sản bảo đảm hữu hình truyền thống. Về cơ bản, thế chấp quyền tài sản phát sinh từ GDDS được hình thành dựa vào 2 yếu tố: (i) Trên cơ sở một GDDS hợp pháp²⁵, có hiệu lực pháp luật – GDDS số 1 (có thể là hợp đồng bảo hiểm nhân thọ, hợp đồng thuê tài sản dài hạn, hợp đồng thuê mua tài sản; hợp đồng dịch vụ...), bên có quyền trong quan hệ mang các lợi ích phát sinh từ giao dịch đó làm tài sản thế chấp để vay tiền của một chủ thể khác (bên nhận thế chấp) – GDDS số

²⁴ Xem khoản 7 Điều 6 Thông tư 08/2018/TT-BTP ngày 20/06/2018.

²⁵ Các quyền tài sản hình thành từ GDDS được sử dụng làm tài sản bảo đảm phổ biến là các quyền tài sản hình thành từ hợp đồng, rất hiếm khi quyền tài sản hình thành từ hành vi pháp lý đơn phương được sử dụng làm tài sản bảo đảm.

2; (ii) Cả bên đi vay (bên thế chấp) và cho vay (bên nhận thế chấp) đều đồng ý về việc nếu đến hạn trả nợ, bên đi vay không trả được thì bên cho vay (bên nhận thế chấp) có quyền yêu cầu bên có nghĩa vụ trong GDDS số 1 phải thực hiện các nghĩa vụ đối với mình.

Để nhận một quyền tài sản phát sinh từ GDDS làm tài sản bảo đảm, việc đầu tiên bên nhận bảo đảm cần làm là xác định tỷ lệ cho vay phù hợp thông qua những biện pháp kỹ thuật nhằm xác định giá trị của tài sản bảo đảm. Sau khi đã xác định được tỷ lệ hợp lý giữa giá trị tài sản bảo đảm và hạn mức cho vay, bên nhận bảo đảm phải thiết lập một hệ thống quản trị rủi ro để bảo đảm rằng tài sản đó sẽ không bị thay đổi. Để hạn chế những vấn đề không thể lường trước và để trang trải các khoản phí thu hồi vốn (nếu bên cho vay buộc phải xử lý tài sản đảm bảo để thu nợ), bên cho vay thường chỉ cho vay tối đa khoảng 70% giá trị tài sản bảo đảm²⁶.

Cũng như những hình thức cấp tín dụng thương mại có bảo đảm khác, để xác lập một giao dịch bảo đảm bằng quyền tài sản phát sinh từ GDDS, thông thường các ngân hàng thương mại yêu cầu bên thế chấp phải xác lập nhiều giao dịch cùng lúc, bao gồm: (1) Hợp đồng tín dụng, nội dung của hợp đồng này bao gồm một số điều khoản: Mô tả tài sản bảo đảm, tỷ lệ ứng vốn của bên cho vay, hạn mức tín dụng tối đa, các điều chỉnh về lãi suất, mức phí các bên liên quan đến tài sản bảo đảm, các cam kết của bên vay; (2) Hợp đồng thế chấp, thông qua hợp đồng này bên thế chấp cam kết dùng tài sản được xác định trong hợp đồng làm tài sản bảo đảm. Bên cho vay có thể yêu cầu lập hợp đồng bảo đảm riêng cho từng tài sản bảo đảm hoặc một hợp đồng chung cho mọi tài sản bảo đảm. Hợp đồng bảo đảm được coi là một phần không thể tách rời của hợp đồng tín dụng. Xét về hiệu lực pháp lý, mối quan hệ về hiệu lực giữa hợp đồng tín dụng và hợp đồng bảo đảm được xác định là mối quan hệ giữa hợp đồng chính và hợp đồng phụ; (3) Đăng ký BPBĐ: Để hoàn thiện

²⁶ Giới hạn của mức vay tối đa được xác lập trên giá trị tài sản bảo đảm có thể khác nhau ở các tổ chức tín dụng. Có tổ chức tín dụng giới hạn mức cho vay tối đa là 60% giá trị tài sản bảo đảm, vấn đề này phụ thuộc vào hệ số an toàn của tài sản bảo đảm do Ngân hàng đánh giá.

quyền ưu tiên của bên cho vay (xác lập hiệu lực đối kháng với người thứ ba) đối với tài sản bảo đảm, bên cho vay phải đăng ký giao dịch bảo đảm tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền²⁷. Ở Hoa Kỳ, để hoàn thiện quyền ưu tiên của bên cho vay đối với tài sản bảo đảm, bên cho vay phải đăng ký tờ khai cấp vốn có bảo đảm theo quy định tại Bộ luật Thương mại Thống nhất (UCC) với cơ quan đăng ký có thẩm quyền (thường là văn phòng đăng ký Tiểu bang) tại bang nơi bên vay được thành lập²⁸; (4) Nghị quyết vay vốn, đây là nghị quyết được thông qua bởi cơ quan cao nhất của bên vay uỷ quyền cho một cá nhân cụ thể được thay mặt cho bên vay ký hợp đồng (trong trường hợp bên vay là pháp nhân)²⁹.

**** Nhóm quyền tài sản đối với các đối tượng của quyền SHTT***

Quyền tài sản đối với các đối tượng của quyền SHTT là một yếu tố quan trọng thể hiện lợi thế cạnh tranh trong thương mại. Nó là công cụ hữu hiệu cho phép chủ sở hữu tạo nên và duy trì một lợi thế cạnh tranh, dựa trên việc sử dụng và ngăn cản chủ thể khác sử dụng các đối tượng của quyền SHTT. Các chủ thể nắm giữ quyền sẽ có khả năng phát triển sản xuất, kinh doanh, từ đó giành được niềm tin của người tiêu dùng, mở rộng thị trường và nâng cao năng lực cạnh tranh của doanh nghiệp. Cùng với sự phát triển của kinh tế - xã hội, các đối tượng của quyền SHTT dần trở thành đối tượng phổ biến của nhiều GDDS, trong đó có biện pháp thế chấp để vay vốn tại các TCTD. Tuy nhiên, cần phải lưu ý rằng không phải tất cả các đối tượng của quyền SHTT được pháp luật ghi nhận đều có thể trở thành đối tượng của biện pháp thế chấp. Để có thể sử dụng làm tài sản bảo đảm, các đối tượng của quyền SHTT phải có khả năng “*thương mại hoá*”. Hiểu một cách đơn giản, thương mại hoá đối tượng của quyền SHTT là việc tạo ra lợi nhuận từ chính

²⁷ Một số trường hợp Ngân hàng thương mại còn yêu ký thêm hợp đồng bảo lãnh, hoặc lập văn bản thỏa thuận về thứ tự ưu tiên thanh toán trong trường hợp nhiều người có quyền đối với tài sản bảo đảm.

²⁸ Gregory F. UDELL, Asset Based Finance: Proven Disciplines for Prudent Lending (Tài trợ vốn dựa trên giá trị tài sản bảo đảm), Sách dịch, NXB Lao động – Xã hội, tr160.

²⁹ Tùy thuộc vào loại hình pháp nhân, cơ quan cao nhất của pháp nhân có thể là Hội đồng quản trị công ty, Thành viên điều hành của công ty hợp danh; Giám đốc công ty trách nhiệm hữu hạn...

việc khai thác giá trị của quyền sở hữu và quyền sử dụng các đối tượng của quyền SHTT đang được bảo hộ.

Các quyền SHTT có thể thương mại hoá³⁰ bao gồm: (i) Quyền tác giả - đối với quyền tác giả, chỉ có quyền nhân thân gắn với quyền tài sản và quyền tài sản của chủ sở hữu quyền tác giả đối với các tác phẩm sau được phép thương mại hoá: tác phẩm văn học, tác phẩm nghệ thuật, tác phẩm khoa học (trừ việc thương mại hoá nội dung của các bản viết của các nghiên cứu cơ bản và nghiên cứu ứng dụng trong lĩnh vực khoa học xã hội và nhân văn); (ii) Quyền liên quan – việc thương mại hoá quyền liên quan chính là việc thương mại hoá quyền tài sản của các chủ sở hữu của cuộc biểu diễn, tổ chức phát sóng, nhà sản xuất bản ghi âm, ghi hình, tín hiệu vệ tinh mang chương trình được mã hoá; (iii) Quyền sở hữu công nghiệp – quyền tài sản của chủ sở hữu sáng chế, kiểu dáng công nghiệp, thiết kế bố trí, quyền sở hữu nhãn hiệu, bí mật kinh doanh, quyền sở hữu công nghiệp đối với tên thương mại (chỉ được khai thác quyền sở hữu tên thương mại đó cùng với cơ sở kinh doanh, hoạt động kinh doanh dưới tên thương mại); (iv) Quyền với giống cây trồng.

Các đối tượng của quyền SHTT có thể được thương mại hoá dưới nhiều hình thức: Chủ sở hữu tự khai thác quyền của mình; chuyển nhượng quyền cho chủ thể khác³¹; chuyển quyền sử dụng đối tượng của quyền SHTT cho chủ thể khác³²; nhượng quyền thương mại³³ hoặc góp vốn vào doanh nghiệp để kinh doanh...

³⁰ Để có thể thương mại hoá, các đối tượng của quyền SHTT phải thoả mãn các điều kiện sau: Một là, các đối tượng của quyền SHTT phải được bảo hộ theo quy định của pháp luật Việt Nam; Hai là, đối tượng của quyền SHTT đang còn hiệu lực bảo hộ trên lãnh thổ Việt Nam; Ba là, đối tượng của quyền SHTT không phải là đối tượng đang bị tranh chấp về quyền sở hữu, quyền sử dụng.

³¹ Chuyển nhượng quyền sở hữu được áp dụng với quyền tác giả và quyền liên quan và quyền SHCN đối với sáng chế, nhãn hiệu, KDCN, thiết kế bố trí, BMKD. Quyền SHCN đối với tên thương mại chỉ được chuyển nhượng cùng với việc chuyển nhượng toàn bộ cơ sở kinh doanh và hoạt động kinh doanh dưới tên thương mại đó. Việc chuyển nhượng quyền sở hữu cũng được áp dụng với quyền đối với giống cây trồng.

³² Việc nhận chuyển quyền sử dụng (license) các đối tượng của quyền SHTT từ chủ sở hữu hoặc từ những chủ thể được chủ sở hữu cho phép license cũng là một hình thức thương mại hóa quyền SHTT rất phổ biến trên thế giới hiện nay. Tuy nhiên, theo quy định của Luật SHTT có một số đối tượng của quyền SHCN lại không được chuyển quyền sử dụng hoặc bị hạn chế chuyển quyền sử

*** Nhóm quyền tài sản phát sinh trên cơ sở quy định của luật**

Thứ nhất, quyền sử dụng đất: Điều 53 Hiến pháp năm 2013 ghi nhận, Đất đai là tài sản công thuộc sở hữu toàn dân do Nhà nước đại diện chủ sở hữu và thống nhất quản lý. Nhà nước, tuy không phải là chủ sở hữu đất đai nhưng được thực hiện các quyền năng của chủ sở hữu. Nhà nước thực hiện quyền định đoạt đất đai thông qua các phương thức như giao đất, cho thuê đất, công nhận quyền sử dụng đất cho các cá nhân, hộ gia đình, các tổ chức. Với tư cách là chủ sở hữu quyền sử dụng đất, người sử dụng đất được Luật Đất đai năm 2013 ghi nhận các quyền năng: quyền chuyển đổi, chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê lại, thừa kế, tặng cho, thế chấp, góp vốn quyền sử dụng đất³⁴.

Các quy định hiện hành của pháp luật Việt Nam dẫn đến hệ quả trong trường hợp người sử dụng đất mang quyền sử dụng đất thuộc sở hữu của mình đi thế chấp để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ, đối tượng của biện pháp thế chấp quyền sử dụng đất không phải là đất đai (vật hữu hình) mà là quyền sử dụng đất, cụ thể là các quyền năng được thực hiện trên đất (mang tính chất vô hình). Khi thế chấp quyền sử dụng đất, các bên chủ thể không chỉ phải tuân thủ quy định về thế chấp tài sản được quy định trong BLDS năm 2015 mà còn phải tuân thủ các quy định của Luật Đất đai năm 2013. Nói cách khác, để một giao dịch thế chấp quyền sử dụng đất là hợp pháp, cần tuân thủ các điều kiện: điều kiện chủ thể (bên thế chấp phải là chủ sở hữu hợp pháp quyền sử dụng đất; điều kiện về ý chí tự nguyện (các bên không bị ép buộc, lừa dối, đe dọa khi giao kết); điều kiện đối tượng (quyền sử dụng đất phải có giấy chứng

dụng, đó là: Quyền sử dụng chỉ dẫn địa lý và tên thương mại không được phép chuyển giao; Quyền sử dụng nhãn hiệu tập thể không được chuyển giao cho các tổ chức, cá nhân không phải là thành viên của nhãn hiệu tập thể đó; Quyền sử dụng nội dung của các tác phẩm khoa học là bản viết của các kết quả nghiên cứu cơ bản và nghiên cứu ứng dụng trong lĩnh vực khoa học xã hội và nhân văn không thể license được.

³³ Nhượng quyền thương mại cũng là một trong những hình thức để thương mại hóa các đối tượng của quyền SHTT mà cụ thể ở đây là một số đối tượng của quyền SHCN: nhãn hiệu, tên thương mại và BMKD.

³⁴ Xem khoản 1 Điều 167 Luật Đất đai năm 2013.

nhận quyền sở hữu; không có tranh chấp; không bị kê biên để bảo đảm thi hành án; và trong thời hạn sử dụng đất)³⁵; điều kiện bắt buộc về hình thức (hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất phải lập thành văn bản, có công chứng và được đăng ký tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền).

Ngày nay, quyền sử dụng đất là một loại tài sản bảo đảm được các TCTD rất ưa chuộng bởi nhiều ưu điểm của nó như: (i) Tính thanh khoản cao, rất dễ xử lý trong những trường hợp phải bán tài sản thế chấp để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ; (ii) Dễ dàng định giá để xác định mức cấp tín dụng cho khách hàng; (iii) Trong thế chấp quyền sử dụng đất, người sử dụng đất vẫn có quyền sử dụng, khai thác tài sản thế chấp, điều này giúp cho họ có khả năng tài chính để thanh toán khoản nợ cho TCTD tốt hơn. Ngược lại TCTD cũng được lợi do không phải bỏ chi phí để quản lý tài sản thế chấp.

Thứ hai, các quyền khác đối với tài sản. Khái niệm quyền khác đối với tài sản trong BLDS năm 2015 có nội hàm bao gồm: quyền đối với bất động sản liền kề³⁶, quyền hưởng dụng³⁷, quyền bề mặt³⁸, là một khái niệm mới được sử dụng để phân biệt với khái niệm quyền sở hữu và khái niệm quyền tài sản. Như đã phân tích ở trên, theo quan điểm của tác giả, các quyền khác đối với tài sản là một bộ phận cấu thành của khái niệm quyền tài sản³⁹, nói cách khác khái niệm quyền tài sản có phạm vi nội hàm rộng hơn khái niệm quyền khác đối với tài sản. Tuy nhiên, do đặc điểm riêng của từng loại quyền khác đối với tài sản, chỉ có quyền hưởng dụng và quyền bề mặt đáp ứng được đầy đủ các yêu cầu của một tài sản thế chấp, tức là có thể trở thành đối tượng của biện pháp thế chấp. Riêng quyền đối với bất động sản liền kề, xuất phát từ tư duy lập pháp được luật ghi nhận để đảm bảo sự ổn định và trật tự của các

³⁵ Xem Khoản 1 Điều 188 Luật Đất đai năm 2013.

³⁶ Xem Điều 245 BLDS năm 2015.

³⁷ Xem Điều 257 BLDS năm 2015.

³⁸ Xem Điều 267 BLDS năm 2015.

³⁹ Các quyền khác đối với tài sản mang đầy đủ những tính chất của một quyền tài sản: tính kinh tế (trị giá được thành tiền) và tính có thể chuyển giao thông qua các giao dịch dân sự.

quan hệ hàng xóm láng giềng⁴⁰, nó luôn tồn tại trên các bất động sản (bất động sản hưởng quyền và bất động sản chịu hưởng quyền) mà không phụ thuộc vào chủ sở hữu bất động sản. Vì vậy quyền đối với bất động sản liền kề không thể chuyển giao thông qua các GDDS, tức là không thể trở thành đối tượng của biện pháp thế chấp.

1.1.2.4. Quyền tài sản mang bản chất bất động sản và quyền tài sản mang bản chất động sản

Căn cứ vào đối tượng tác động của quyền tài sản, các quyền tài sản theo quy định của pháp luật hiện hành có thể được chia làm 02 (hai) nhóm: (i) Các quyền tài sản mang bản chất của bất động sản và (ii) Các quyền tài sản mang bản chất của động sản.

(i) Quyền tài sản mang bản chất của bất động sản là quyền tài sản có đối tượng tác động được thực hiện trên một bất động sản hữu hình. Các quyền tài sản mang bản chất của bất động sản bao gồm: quyền sử dụng đất, quyền bề mặt, quyền hưởng dụng đối với quyền sử dụng đất, quyền hưởng dụng đối với quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền với đất, các quyền sử dụng hạn chế bất động sản liền kề.

(ii) Quyền tài sản mang bản chất của động sản là những quyền tài sản có đối tượng tác động không phải là một bất động sản hữu hình. Các quyền tài sản dạng này được quy định trong nhiều văn bản quy phạm pháp luật khác nhau, gồm: quyền đòi tài sản đối với các đối tượng của quyền SHTT, quyền đòi nợ, quyền yêu cầu thanh toán từ hợp đồng, quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng, quyền đối với phần vốn góp trong doanh nghiệp...

Việc phân loại quyền tài sản thành hai nhóm quyền tài sản mang bản chất của bất động sản và quyền tài sản mang bản chất của động sản có nhiều ý nghĩa: *Một là*, làm cơ sở xây dựng quy định bắt buộc về hình thức đối với những

⁴⁰ Hiện nay, phạm vi của quyền này ngày càng được mở rộng, nó không chỉ “bó hẹp” nhằm giải quyết các tranh chấp phát sinh giữa những người hàng xóm, mà còn được sử dụng để giải quyết các tranh chấp giữa các chủ sở hữu bất động sản nghỉ dưỡng, các cơ sở sản xuất, kinh doanh đối với nhau.

GDDS có đối tượng là các quyền tài sản. Đối với những GDDS có đối tượng là quyền tài sản mang bản chất bất động sản, pháp luật cần quy định hình thức của giao dịch phải bằng văn bản, có công chứng hoặc chứng thực⁴¹. Những GDDS có đối tượng là các quyền tài sản mang bản chất là động sản không bắt buộc quy định về hình thức. Hai là, xây dựng hệ thống cơ quan quản lý và đăng ký các GDDS liên quan đến các quyền tài sản. Những GDDS có đối tượng là các quyền tài sản mang bản chất bất động sản, hệ thống cơ quan quản lý và đăng ký các giao dịch liên quan nên đặt tại Văn phòng đăng ký đất đai hoặc Văn phòng đăng ký quyền sử dụng đất cấp Tỉnh nơi có đất. Những GDDS có đối tượng là các quyền tài sản mang bản chất động sản, cơ quan quản lý và đăng ký các giao dịch liên quan đặt tại Trung tâm đăng ký giao dịch, tài sản thuộc Cục đăng ký quốc gia Giao dịch bảo đảm, Bộ Tư pháp.

1.2. Đặc điểm pháp lý của quyền tài sản thế chấp

Với vai trò là một bộ phận cấu thành của khái niệm tài sản trong pháp luật Việt Nam hiện hành, quyền tài sản mang đầy đủ những đặc điểm của tài sản nói chung. Bên cạnh đó, để trở thành đối tượng của biện pháp thế chấp, quyền tài sản phải thoả mãn đầy đủ những đặc điểm riêng, cụ thể.

1.2.1. Quyền tài sản thế chấp luôn tồn tại dưới dạng vô hình

Khác với các tài sản tồn tại dưới dạng vật thể hữu hình con người có thể nhận biết được qua các giác quan như: ô tô, điện thoại, nhà ở... Các quyền tài sản luôn tồn tại dưới dạng vô hình, con người không thể nhận biết được thông qua các giác quan mà chỉ biết đến sự tồn tại của chúng thông qua các thông tin liên quan đến tài sản (tùy từng loại quyền tài sản khác nhau, các thông tin này có thể được đăng ký hoặc không đăng ký tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền).

Dưới góc độ khoa học pháp lý, căn cứ vào phạm vi có hiệu lực của quyền tài sản, quyền tài sản (các tài sản vô hình) có thể được phân chia thành

⁴¹ Những GDDS có đối tượng là bất động sản thường có giá trị kinh tế lớn, ảnh hưởng đến quyền và lợi ích của nhiều chủ thể. Để hạn chế những tranh chấp phát sinh trên thực tế, cần quy định hình thức bắt buộc khi xác lập các giao dịch này.

hai loại: các quyền tài sản tuyệt đối và các quyền tài sản tương đối. Quyền tài sản tuyệt đối là quyền tài sản có hiệu lực với tất cả mọi người còn lại trong xã hội. Chủ thể nắm giữ quyền tài sản tuyệt đối có thể thực hiện quyền của mình thông qua việc khai thác giá trị của quyền tài sản mà không phụ thuộc vào chủ thể mang nghĩa vụ. Các quyền tài sản tuyệt đối có thể kể đến như: quyền tác giả và quyền liên quan, quyền sở hữu công nghiệp (nhãn hiệu, sáng chế, giải pháp hữu ích, tên thương mại, chỉ dẫn địa lý...).

Quyền tài sản tương đối là quyền tài sản chỉ có hiệu lực ràng buộc đối với một chủ thể có nghĩa vụ. Nói cách khác, chủ thể có quyền tài sản tương đối chỉ có thể thỏa mãn quyền của mình thông qua hành vi thực hiện nghĩa vụ của một chủ thể khác (chủ thể mang nghĩa vụ luôn được xác định cụ thể). Các quyền tài sản tương đối gồm: quyền đòi nợ, quyền yêu cầu thanh toán phát sinh từ hợp đồng, quyền đối với phần vốn góp doanh nghiệp, quyền khai thác tài nguyên thiên nhiên, quyền thuê, mua tài sản phát sinh từ hợp đồng⁴²...

Việc phân biệt này giúp cho các chủ thể xác định được các yếu tố cần thiết khi xác lập biện pháp thế chấp có đối tượng là các quyền tài sản. Do tính chất vô hình của quyền tài sản (không tồn tại dưới các dạng vật thể cụ thể) nên khi lựa chọn loại tài sản này làm tài sản thế chấp, bên nhận thế chấp cần phải xác minh các giấy tờ chứng minh quyền sở hữu của bên thế chấp. Thông thường đó là các loại giấy tờ như: hợp đồng vay có hiệu lực chứng minh cho quyền đòi nợ, hợp đồng mua bán mà bên bán đã giao hàng trước chứng minh cho quyền yêu cầu thanh toán; giấy chứng nhận đăng ký, văn bằng bảo hộ đối với nhãn hiệu, sáng chế, hợp đồng bảo hiểm hợp pháp khi nhận thế chấp quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng bảo hiểm... Đặc biệt, khi giao kết hợp đồng cần phân biệt giấy tờ chứng nhận quyền sở hữu tài sản với tài sản, ví dụ: vận đơn và hàng hóa vận chuyển, cổ phiếu và phần vốn góp trong công ty cổ

⁴² Xem Án lệ số 31/2020/AL của Hội đồng thẩm phán TAND Tối cao ngày 05/02/2020 đã xác định quyền thuê nhà, mua nhà thuộc sở hữu của Nhà nước là quyền tài sản và được chuyển giao cho những người thừa kế của người đó.

phần... vận đơn chỉ là giấy tờ chứng minh quyền được nhận hàng hóa từ bên vận chuyển, cổ phiếu chứng minh cho quyền đối với phần vốn góp trong công ty cổ phần; tài sản thế chấp trong các trường hợp này là hàng hoá ghi trong vận đơn và quyền đối với phần vốn góp trong công ty cổ phần mà không phải là các loại giấy tờ vận đơn hay cổ phiếu.

1.2.2. Quyền tài sản thế chấp không phải là quyền tài sản gắn liền với yếu tố nhân thân

Xuất phát từ bản chất của biện pháp thế chấp nhằm đảm bảo thực hiện cho nghĩa vụ của bên thế chấp đối với bên nhận thế chấp, khi có hành vi vi phạm nghĩa vụ, nếu không thể thoả thuận được về cách thức giải quyết, BLDS cho phép bên nhận thế chấp được xử lý tài sản thế chấp – “bán” tài sản thế chấp để khấu trừ cho nghĩa vụ bị vi phạm. Để có thể “bán” cho các chủ thể khác thì quyền tài sản là đối tượng của hợp đồng thế chấp phải thoả mãn các điều kiện sau: *Một là*, quyền tài sản thế chấp không phải là quyền tài sản luật cấm chuyển dịch quyền sở hữu. Với những quyền tài sản luật cấm chuyển dịch quyền sở hữu thì không thể trở thành đối tượng của biện pháp thế chấp. Ví dụ, quyền đối với phần vốn góp vào doanh nghiệp giới hạn không được chuyển nhượng theo điều lệ công ty hoặc do Luật Doanh nghiệp quy định (trong thời hạn 03 năm, kể từ ngày công ty được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp, cổ đông sáng lập có quyền tự do chuyển nhượng cổ phần của mình cho cổ đông sáng lập khác và chỉ được chuyển nhượng cổ phần phổ thông của mình cho người không phải là cổ đông sáng lập nếu được sự chấp thuận của Đại hội đồng cổ đông). *Hai là*, quyền tài sản thế chấp không phải là những quyền tài sản gắn liền với yếu tố nhân thân. Nhằm bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của một chủ thể nào đó trong những trường hợp xác định, hệ thống pháp luật của các quốc gia trên thế giới đều ghi nhận, các quyền tài sản gắn với yếu tố nhân thân như: quyền yêu cầu cấp dưỡng, quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại do tính mạng, sức khỏe bị xâm phạm... không thể chuyển giao thông qua các GDDS.

Yếu tố “*không gắn liền với nhân thân*” đảm bảo cho việc quyền tài sản thế chấp có thể dịch chuyển quyền sở hữu từ bên thế chấp sang bên nhận thế chấp hoặc cho người thứ ba để khấu trừ cho giá trị nghĩa vụ mà quyền tài sản đó bảo đảm trong trường hợp có sự vi phạm nghĩa vụ được bảo đảm. Khi giao kết hợp đồng thế chấp, giá trị quyền tài sản thế chấp; khả năng thực hiện nghĩa vụ của bên thế chấp và việc xử lý tài sản thế chấp khi có sự vi phạm nghĩa vụ là những vấn đề quan trọng bên nhận thế chấp hướng tới. Trong trường hợp có hành vi vi phạm nghĩa vụ của bên thế chấp, quyền lợi của bên nhận thế chấp chỉ được bảo đảm thực sự khi đem bán quyền tài sản thế chấp để khấu trừ nghĩa vụ.

Một vấn đề quan trọng nhằm hoàn thiện khung pháp lý cho biện pháp thế chấp quyền tài sản của Việt Nam hiện nay là cần đặt ra các “giới hạn” đối với các quyền tài sản được sử dụng để thế chấp. *Một mặt*, nó giúp cho các chủ thể lựa chọn được quyền tài sản thích hợp làm đối tượng trong các hợp đồng thế chấp. *Mặt khác*, việc đặt ra các “giới hạn” đối với các quyền tài sản là đối tượng của hợp đồng thế chấp sẽ tạo ra hành lang pháp lý ổn định, lành mạnh, thúc đẩy quá trình hình thành kênh huy động vốn quan trọng giữa doanh nghiệp với các ngân hàng thương mại, đặc biệt là các doanh nghiệp vừa và nhỏ. Từ đó gián tiếp đóng góp cho việc phát triển kinh tế - xã hội của quốc gia.

Tham khảo kinh nghiệm của các quốc gia trên thế giới, một số quốc gia theo hệ thống pháp luật Civil Law (điển hình như Cộng Hoà Pháp⁴³, Nhật Bản⁴⁴) quy định đối tượng của thế chấp phải là bất động sản. Với quy định này, các quyền tài sản như: quyền bề mặt, quyền hưởng dụng tài sản có đối tượng thực hiện trên bất động sản được coi là bất động sản và đương nhiên có thể đem đi thế chấp đảm bảo thực hiện nghĩa vụ, nhưng quyền hưởng dụng động sản thì không được đem đi thế chấp vì được xác định là động sản. Bên

⁴³ Xem Điều 2398 BLDS Pháp.

⁴⁴ Xem Điều 369 BLDS Nhật Bản.

cạnh đó, một số quốc gia theo hệ thống pháp luật Common Law như Anh, Hoa Kỳ lại cho phép sử dụng động sản để thế chấp thông qua việc phát triển và hoàn thiện hệ thống đăng ký thế chấp động sản qua hệ thống internet⁴⁵. Khác biệt với các quốc gia nói trên, BLDS năm 2015 của Việt Nam quy định theo hướng mở, cho phép chủ sở hữu được sử dụng cả động sản và bất động sản để thế chấp đảm bảo thực hiện nghĩa vụ, điều này đồng nghĩa với việc các chủ thể được phép sử dụng quyền tài sản để thế chấp, bất kể quyền tài sản đó được xác định là động sản hay bất động sản.

1.2.3. Quyền tài sản thế chấp phải có thể trị giá được thành tiền

Việc xác định giá trị của quyền tài sản thế chấp là một cơ sở quan trọng để bên nhận thế chấp quyết định mức cho vay (thông thường mức cho vay nhỏ hơn giá trị thực của quyền tài sản bảo đảm). Mức cho vay được tính toán dựa trên giá trị của quyền tài sản thế chấp với tính ổn định của thị trường. Có nhiều phương pháp định giá được các ngân hàng thương mại đưa vào quy chế định giá tài sản bảo đảm, ví dụ: phương pháp so sánh trực tiếp⁴⁶; phương pháp thặng dư⁴⁷... Tuy nhiên, do các ngân hàng thương mại sử dụng các phương pháp định giá khác nhau nên rất khó để so sánh, xác định chính xác giá trị của quyền tài sản thế chấp. Tỷ lệ cho vay trên quyền tài sản thế chấp cũng khác nhau ở các ngân hàng thương mại, giao động trong khoảng tối đa từ 70% đến 85% giá trị thị trường của quyền tài sản thế chấp.

Hiện nay, các tài sản tồn tại dưới dạng vật thể như: ô tô, xe máy, nhà ở, điện thoại... con người có dễ dàng sử dụng các phương thức định giá để xác

⁴⁵ Vũ Thị Hồng Yến, “Tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp theo quy định của pháp luật Dân sự Việt Nam hiện hành”, luận án tiến sĩ luật học, trường Đại học Luật Hà Nội năm 2013.

⁴⁶ Phương pháp so sánh trực tiếp là phương pháp sử dụng các chứng từ giao dịch thị trường của các BĐS có đặc điểm tương tự với BĐS cần thẩm định để xác định giá thị trường của BĐS này. Khi tiến hành thẩm định giá theo phương pháp so sánh trực tiếp phải tìm kiếm các thông tin BĐS - ít nhất 02 BĐS- đã được giao dịch trên thị trường có thời điểm gần với thời điểm thẩm định giá (trong vòng 3 tháng), để tiến hành phân tích, so sánh sự giống nhau và khác nhau giữa chúng với BĐS cần thẩm định giá, để từ đó có điều chỉnh giá thích hợp nhằm xác định giá trị thị trường của BĐS cần thẩm định giá.

⁴⁷ Phương pháp thặng dư là phương pháp thẩm định giá mà giá trị thị trường của tài sản cần thẩm định được xác định căn cứ vào giá trị vốn hiện có bằng cách lấy giá trị ước tính của sự phát triển giả định của tài sản (tổng doanh thu) trừ đi tất cả các chi phí phát sinh để tạo ra sự phát triển đó.

định giá trị chính xác của chúng tại một thời điểm. Tuy nhiên đối với các quyền tài sản, việc định giá chính xác chúng là điều không hề đơn giản. Con người có thể định giá được giá trị của quyền đòi nợ phát sinh từ hợp đồng cho vay, một khoản tiền được thu trong tương lai phát sinh từ hợp đồng dịch vụ... nhưng khó có thể xác định được chính xác giá trị các quyền tài sản đối với đối tượng của SHTT, quyền bồi thường thiệt hại phát sinh từ hợp đồng mua bán tàu bay, tàu biển... Các quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành mới chỉ quy định việc định giá đối với một số quyền tài sản, điển hình là quyền sử dụng đất (việc thẩm định giá phải tuân thủ quy định tại Nghị định số 44/2014/NĐ-CP ngày 15/05/2014 của Chính phủ và Thông tư số 36/2014/TT-BTNMT ngày 30/06/2014 của Bộ Tài nguyên và Môi trường), tuy nhiên quy định này cũng bộ lộ nhiều bất cập khi áp dụng trên thực tế.

1.2.4. Con người có thể quản lý, kiểm soát được quyền tài sản thế chấp

Bên cạnh việc định giá quyền tài sản thế chấp, khả năng có thể quản lý, kiểm soát quyền tài sản thế chấp là vấn đề quan trọng mà bên nhận thế chấp quan tâm khi xác lập biện pháp thế chấp quyền tài sản. Trong môi trường kinh tế hội nhập, phát triển và cạnh tranh hiện nay, vấn đề làm ăn thua lỗ, phá sản là tất yếu. Môi trường pháp lý của nền kinh tế Việt Nam chưa đồng bộ, thường xuyên có sự thay các chính sách trong Luật Đất đai, Luật Doanh nghiệp, BLDS... làm gia tăng những rủi ro cho các hợp đồng vay tài sản. Việc cho vay có tài sản bảo đảm và có sự quản lý tốt đối với tài sản bảo đảm là một trong những yếu tố góp phần nâng cao chất lượng các khoản cho vay, hạn chế tổn thất của bên cho vay trong trường hợp các hợp đồng vay quá hạn khách hàng không trả được nợ, buộc phải xử lý tài sản bảo đảm để thu hồi nợ. Rõ ràng, trong trường hợp nhận thế chấp quyền tài sản để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ, giá trị thị trường của quyền tài sản tại thời điểm bên nhận bảo đảm xử lý tài sản bảo đảm sẽ có tính chất quyết định đến nguồn thu hồi nợ của bên nhận bảo đảm.

Tuy nhiên, do tính chất đa dạng của quyền tài sản, cách thức quản lý, kiểm soát những quyền tài sản khác nhau lại có những điểm riêng biệt. Đối

với tài sản bảo đảm là quyền sử dụng đất, bên nhận bảo đảm có thể quản lý thông qua việc giữ giấy chứng nhận quyền sử dụng đất bản gốc của bên thế chấp, tiến hành ký hợp đồng thế chấp có công chứng và đăng ký thế chấp tại Văn phòng đăng ký quyền sử dụng đất. Đối với trường hợp nhận thế chấp quyền đòi nợ, do việc thực hiện nghĩa vụ luôn phụ thuộc vào hành vi của bên thứ ba (con nợ), do vậy bên nhận thế chấp cần kiểm tra tính pháp lý của hợp đồng vay giữa bên thế chấp với bên thứ ba, xác định được phạm vi và cách thức thực hiện nghĩa vụ trả nợ của bên thứ ba. Khi nhận thế chấp các quyền tài sản đối với đối tượng của quyền SHTT, bên nhận thế chấp cần chú ý các đối tượng mà quyền sở hữu công nghiệp chỉ được xác lập thông qua đăng ký như: sáng chế, kiểu dáng công nghiệp và nhãn hiệu. Với tên thương mại và bí mật kinh doanh thì doanh nghiệp phải xem xét hiện trạng pháp lý của các đối tượng đó có thỏa mãn các tiêu chuẩn bảo hộ theo Luật SHTT không? Khi các đối tượng sở hữu công nghiệp của doanh nghiệp đã được bảo hộ (được cấp bằng sáng chế, kiểu dáng công nghiệp, nhãn hiệu hay có được tên thương mại, bí mật kinh doanh đáp ứng tiêu chuẩn bảo hộ) thì cần quan tâm đến việc khai thác, sử dụng có hiệu quả các đối tượng đó nhằm bù đắp những chi phí nghiên cứu, đăng ký và kiểm soát do cơ chế độc quyền mang lại. Nếu chỉ đăng ký mà không sử dụng hoặc sử dụng không có hiệu quả thì việc đăng ký các đối tượng sở hữu công nghiệp trở nên vô nghĩa, lãng phí và tốn kém không cần thiết.

1.3. Các quan niệm và bản chất của thế chấp tài sản

1.3.1. Các quan niệm về thế chấp

Thế chấp là một từ có nguồn gốc Hán Việt. Từ điển Hán Việt nhà xuất bản Khoa học xã hội Hà Nội năm 2000 giải nghĩa "*Thế là bỏ đi, thay cho*", còn "*Chấp là cầm, giữ, bắt*". Hiểu một cách đơn giản, thế chấp là việc bên đi vay dùng một tài sản của mình với mục đích đảm bảo cho việc trả nợ đối với bên cho vay, thay cho việc cầm, giữ tài sản đó. Từ điển Tiếng Việt nhà xuất bản Từ điển bách khoa Hà Nội năm 2007 giải nghĩa: "*Thế chấp [tài sản] là dùng làm vật bảo đảm, thay thế cho số tiền vay nếu không có khả năng trả*

đúng kỳ hạn". Thông qua cách giải nghĩa này, có thể hiểu, thế chấp là một biện pháp mà bên đi vay và bên cho vay sử dụng để bảo đảm cho việc trả nợ của bên vay; giá trị của tài sản bảo đảm này có khả năng thay thế cho nghĩa vụ trả số tiền vay và lãi phát sinh trong hợp đồng vay tài sản.

Dưới góc độ khoa học pháp lý, thế chấp tài sản là một BPBD thực hiện nghĩa vụ có nguồn gốc từ biện pháp cầm cố tài sản, xuất hiện từ thời La Mã⁴⁸. Thực tế đã chứng minh, quá trình hình thành và phát triển của các quy định về thế chấp tài sản trong luật La Mã đã ảnh hưởng và chi phối mạnh mẽ đến sự ra đời và phát triển các quy định về thế chấp tài sản trong pháp luật của một số quốc gia theo hệ thống pháp luật Civil Law. Cụ thể, Điều 2393 BLDS Cộng hoà Pháp quy định: *"Thế chấp là một vật quyền đối với bất động sản được dùng để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ..."*. Có thể nhận thấy, biện pháp thế chấp trong pháp luật của Pháp mang 02 (hai) đặc điểm: *Một là*, thế chấp là một quyền tài sản nằm trong phạm vi thực hiện quyền sở hữu của chủ sở hữu tài sản. Quyền thế chấp ở đây được hiểu là quyền của chủ sở hữu tài sản, thông qua một GDDS, chủ sở hữu tài sản sử dụng nó để đảm bảo cho việc thực hiện nghĩa vụ đối với bên nhận bảo đảm⁴⁹. *Hai là*, đối tượng của biện pháp thế chấp chỉ có thể là bất động sản⁵⁰. Đây là điểm khác biệt so với pháp luật Việt Nam, pháp luật Việt Nam không hạn chế phạm vi của tài sản thế chấp, các chủ thể có thể sử dụng cả động sản hoặc bất động sản làm tài sản thế chấp để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ⁵¹.

Tương đồng với pháp luật của Cộng hoà Pháp, Điều 369 BLDS Nhật Bản quy định: *"Người nhận thế chấp có quyền ưu tiên so với các chủ nợ"*

⁴⁸ Pháp luật La Mã khởi phát vào khoảng năm 450 TCN với "Luật mười hai bảng", tuy nhiên mãi đến năm 534 sau công nguyên, các quy định của pháp luật La Mã mới được hoàng đế Justinian pháp điển hoá và ban hành thành Bộ dân luật "Corpus Juris Civilis". Đây là một bộ luật hoàn chỉnh đầu tiên có ý nghĩa vô cùng to lớn và ảnh hưởng sâu sắc đến pháp luật của nhiều quốc gia trên thế giới sau này.

⁴⁹ Pháp luật Việt Nam hiện hành coi thế chấp tài sản là một biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ, biện pháp này được hình trên cơ sở một giao dịch dân sự thiết lập giữa bên thế chấp và bên nhận thế chấp.

⁵⁰ Khái niệm bất động sản trong pháp luật của Pháp có nội hàm rộng hơn so với pháp luật Việt Nam, bao gồm cả bất động sản do dụng ích và bất động sản do có đối tượng thực hiện trên bất động sản hữu hình, ví dụ như quyền hưởng dụng.

⁵¹ Xem Điều 317 BLDS năm 2015.

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 BPBD trái vụ và không chuyển giao quyền chiếm hữu nó". Cùng với việc ghi nhận quyền ưu tiên của bên nhận thế chấp so với các chủ nợ khác (các chủ nợ không có bảo đảm) lên trên tài sản thế chấp, pháp luật Nhật Bản quy định một cách minh thị đối tượng của thế chấp tài sản chỉ có thể là bất động sản. Đồng thời chỉ rõ khi xác lập thế chấp tài sản, không có sự chuyển giao tài sản thế chấp từ bên thế chấp sang cho bên nhận thế chấp.

Có thể nhận thấy, do ảnh hưởng bởi các học thuyết pháp lý của luật La Mã, pháp luật của một số quốc gia theo hệ thống pháp luật Civil Law (tiêu biểu là Cộng hoà Pháp, Nhật Bản) đều nhìn nhận biện pháp thế chấp tài sản có hai đặc điểm cơ bản: *Thứ nhất*, đối tượng của thế chấp phải là bất động sản; *Thứ hai*, không có sự chuyển giao quyền chiếm hữu tài sản thế chấp từ bên thế chấp sang bên nhận thế chấp. Đây là dấu hiệu cơ bản để phân biệt biện pháp thế chấp với biện pháp cầm cố⁵².

Khác với pháp luật của một số quốc gia theo hệ thống pháp luật Civil Law, một số quốc gia theo hệ thống pháp luật Common Law nhìn nhận thế chấp tài sản là BPBD thực hiện nghĩa vụ được phát triển theo hai học thuyết cơ bản: *Thuyết quyền sở hữu và Thuyết giữ tài sản thế chấp*⁵³. Ở những quốc gia theo thuyết quyền sở hữu, người nhận thế chấp có quyền sở hữu đối với tài sản thế chấp trong suốt thời gian thế chấp nhưng chỉ có tính chất tạm thời. Nếu người đi vay trả được nợ cho bên nhận thế chấp thì sẽ được nhận lại tài sản thế chấp. Trường hợp người đi vay không thực hiện nghĩa vụ của mình thì người nhận thế chấp có quyền sở hữu tuyệt đối: *"Thế chấp 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*

⁵² Để đảm bảo lợi ích cho bên nhận thế chấp cũng như sự an toàn, hiệu quả của giao dịch, pháp luật của các nước trên đều quy định về cơ chế đăng ký công khai quyền của bên nhận thế chấp đối với bất động sản thế chấp.

⁵³ Witold Wołodkiewicz và GS.TS Maria Zabłocka (1999), Giáo trình Luật La Mã của Đại học Tổng hợp Warszawa - Ba Lan, (Lê Nét dịch), Nxb Thành phố Hồ Chí Minh.

thanh toán của mình"⁵⁴. Ưu điểm của thuyết quyền sở hữu là tiết kiệm thời gian và chi phí cho bên nhận thế chấp nhờ việc bỏ qua một vài thủ tục tư pháp để tịch biên tài sản.

Ở các quốc gia xây dựng theo thuyết giữ tài sản thế chấp, điển hình là Australia và một số bang của Mỹ như Florida, New York, pháp luật đều ghi nhận chủ nợ (bên nhận thế chấp) không được quyền sở hữu đối với tài sản thế chấp, thay vào đó là quyền được tiến hành tịch biên để thực hiện việc bán tài sản thế chấp trong trường hợp bên thế chấp không hoàn thành nghĩa vụ. Người thế chấp vẫn có quyền sở hữu đối với tài sản thế chấp kể cả trong trường hợp không có các điều khoản trong hợp đồng thế chấp. Ở thành phố New York và bang Florida của Mỹ, các lý luận về thế chấp tài sản chi phối quyền và nghĩa vụ của các bên đều dựa trên học thuyết nền tảng về quyền chiếm giữ vật thế chấp. Đây là xu hướng phát triển chiếm ưu thế hiện nay trong pháp luật của các nước theo hệ thống luật Common Law⁵⁵.

Qua những phân tích trên, có thể thấy cả hai hệ thống pháp luật lớn trên thế giới là Civil Law và Common Law đều có những quan niệm đồng nhất về thế chấp tài sản, thể hiện ở những điểm: (i) Đối tượng của thế chấp là tài sản thuộc sở hữu của bên thế chấp (một số quốc gia theo hệ thống Civil Law chỉ cho phép sử dụng bất động sản làm tài sản thế chấp, bên cạnh đó một số quốc gia theo hệ thống Common Law thì cho phép sử dụng cả động sản và bất động sản làm tài sản thế chấp); (ii) Trong biện pháp thế chấp tài sản, không có sự chuyển giao tài sản từ bên thế chấp sang cho bên nhận thế chấp; (iii) Xu hướng phát triển của pháp luật về thế chấp tài sản sẽ chuyển từ hình thức thế chấp có chuyển giao quyền sở hữu tài sản thế chấp sang hình thức thế chấp không có sự chuyển giao quyền sở hữu tài sản thế chấp.

⁵⁴ Louise Gullifer, *Goode on legal problems of credit and security*, Fourth edition, published in 2009 by Sweet & Maxwell, 100 Avenue Road, London, NW3 3PF part of Thomson Reuters (Professional) UK Limited.

⁵⁵ Ichard A. Mann & Barry S. Roberts, (2004), *Essentials of Business Law and The Legal Environment* (Eighth Edition), Caroline University, Thomson.

1.3.2. Bản chất của thế chấp tài sản

Khi nghiên cứu về bản chất của thế chấp tài sản nói chung cũng như bản chất của thế chấp quyền tài sản nói riêng, trong giới khoa học pháp lý hiện nay còn nhiều cách tiếp cận khác nhau, cơ bản dừng lại ở hai cách tiếp cận: *Thứ nhất*, tiếp cận theo góc độ là một quan hệ trái quyền (quan hệ hợp đồng); *Thứ hai*, tiếp cận theo góc độ là một quan hệ vật quyền (vật quyền bảo đảm).

Tiếp cận theo góc độ quan hệ trái quyền, có quan điểm cho rằng: “*Bản chất của quan hệ thế chấp tài sản để đảm bảo thực hiện hợp đồng tín dụng ngân hàng là quan hệ hợp đồng, theo đó bên vay vốn hoặc bên bảo lãnh bằng tài sản dùng tài sản của mình là bất động sản hoặc tài sản được pháp luật cho phép sử dụng theo phương thức thế chấp tài sản để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ hoàn trả tiền vay của bên vay cho TCTD*”⁵⁶. Từ góc độ này, tác giả đã phân tích biện pháp thế chấp tài sản trên cơ sở các yếu tố pháp lý của một hợp đồng thế chấp, mang bản chất của quan hệ trái quyền.

Có quan điểm khác lại cho rằng: “*Thế chấp quyền sử dụng đất được phát sinh trên cơ sở một quan hệ nghĩa vụ (hợp đồng); thế chấp tài sản nói chung cũng như thế chấp các tài sản khác là một BPBĐ có tính chất đối vật*”⁵⁷. Cũng nhìn nhận biện pháp thế chấp tài sản dưới góc độ là một quan hệ nghĩa vụ (quan hệ hợp đồng) tác giả nhận định, thế chấp tài sản nói chung là một BPBĐ có tính chất đối vật, chính tính chất đối vật đã tạo cho bên nhận thế chấp được quyền định đoạt đối với tài sản thế chấp và ở vị thế ưu tiên hơn so với các chủ thể khác trong quan hệ nghĩa vụ không có đảm bảo. Tính chất đối vật của biện pháp thế chấp còn giúp cho bên nhận thế chấp có quyền truy đòi tài sản thế chấp từ sự chiếm giữ của bất kỳ ai (trừ trường hợp pháp luật có quy định khác) để xử lý.

⁵⁶ Nguyễn Văn Hoạt (2004); “Bảo đảm thực hiện hợp đồng tín dụng ngân hàng bằng biện pháp thế chấp tài sản”, luận án tiến sĩ luật học, Viện nhà nước và pháp luật, tr.47.

⁵⁷ 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, tr.17.

Như vậy, cách tiếp cận về bản chất của thế chấp tài sản trong hai quan điểm trên có sự tương đồng khi đều tiếp cận dưới góc độ là những quan hệ trái quyền (các quan hệ hợp đồng). Ở cách tiếp cận thứ hai, tác giả đã phân tích sâu sắc hơn về đặc điểm của biện pháp thế chấp quyền sử dụng đất (mang đặc điểm của BPBĐ có tính chất đối vật), kéo theo đó là ưu thế của bên nhận thế chấp trong việc thực hiện quyền trên tài sản thế chấp trước các chủ thể khác (các chủ nợ không có bảo đảm). Tuy nhiên, cách tiếp cận này đã không giải thích được mối liên quan giữa căn cứ xác lập quyền và những quyền năng cụ thể của bên nhận thế chấp trên tài sản thế chấp: dựa trên căn cứ nào để bên nhận thế chấp có quyền trên tài sản thế chấp? việc xử lý tài sản thế chấp cần có sự đồng ý của bên thế chấp không?

Để giải thích bản chất của quan hệ thế chấp tài sản, có quan điểm cho rằng: *“Hợp đồng thế chấp là một biện pháp chứa đựng cả yếu tố trái quyền và yếu tố vật quyền, chúng hỗ trợ cho nhau để thực hiện tốt nhất chức năng bảo đảm của mình. Trên cơ sở hợp đồng thế chấp được xác lập (quan hệ có tính trái quyền), bên nhận thế chấp hoàn thiện quyền của mình trên tài sản thế chấp để có quyền truy đòi và ưu tiên thanh toán (là quan hệ vật quyền)”*⁵⁸. Thông qua việc viện dẫn và phân tích các quy định trong hướng dẫn của Ngân hàng tái thiết và phát triển Châu Âu (EBRD), tác giả đã chỉ ra, trên cơ sở hợp đồng thế chấp được xác lập (là quan hệ có tính trái quyền), bên nhận thế chấp tiến hành hoàn thiện quyền của mình trên tài sản thế chấp để có quyền truy đòi và quyền ưu tiên thanh toán (là quan hệ có tính vật quyền). Cuối cùng tác giả kết luận, thế chấp là một biện pháp chứa đựng cả yếu tố trái quyền và cả yếu tố vật quyền, chúng tương hỗ cho nhau để thực hiện tốt nhất chức năng bảo đảm của mình mà không có sự đối lập với nhau.

Có thể khẳng định, tính chất trái quyền của biện pháp thế chấp được thể hiện thông qua hợp đồng thế chấp xác lập giữa bên thế chấp với bên nhận thế

⁵⁸ Đề tài nghiên cứu 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” của Vũ Thị Hồng Yến năm 2017, tr.11.

chấp. Hợp đồng thế chấp chỉ phát sinh hiệu lực pháp luật khi đã tuân thủ đầy đủ các điều kiện có hiệu lực của một hợp đồng nói chung, gồm: (i) Điều kiện về chủ thể (chủ thể xác lập hợp đồng thế chấp phải có năng lực pháp luật và năng lực hành vi phù hợp; (ii) Điều kiện về mục đích, nội dung không được vi phạm điều cấm của Luật, trái đạo đức xã hội; (iii) Điều kiện về ý chí tự nguyện (khi giao kết hợp đồng thế chấp, chủ thể không bị đe dọa, ép buộc hoặc lừa dối...) và (iv) Điều kiện về hình thức phải phù hợp trong trường hợp pháp luật có quy định⁵⁹. Trên cơ sở một hợp đồng thế chấp hợp pháp, khi phát sinh hiệu lực pháp luật, bên nhận thế chấp được thiết lập các quyền theo Luật định lên trên tài sản thế chấp. Các quyền này mang tính chất vật quyền. Tính chất vật quyền được thể hiện thông qua các quyền trực tiếp của bên nhận thế chấp đối với tài sản thế chấp⁶⁰. Tính chất vật quyền ở đây khác với tính chất vật quyền của quyền sở hữu, các quyền khác đối với tài sản - bên nhận thế chấp chỉ quan tâm đến giá trị kinh tế của tài sản thế chấp mà không quan tâm đến việc trực tiếp khai thác công dụng, hưởng hoa lợi, lợi tức từ tài sản thế chấp.

Một số quốc gia theo hệ thống pháp luật Civil Law có xu hướng xây dựng và phân loại hệ thống các vật quyền bảo đảm thành hai nhóm: nhóm vật quyền bảo đảm pháp định và nhóm vật quyền bảo đảm ước định. Vật quyền bảo đảm pháp định được hiểu là những vật quyền bảo đảm đương nhiên phát sinh dựa trên quy định của Luật. Ví dụ, quyền ưu tiên thanh toán trước của cơ quan thuế đối với khoản tiền thuế còn thiếu của doanh nghiệp; người lao động có quyền ưu tiên được thanh toán trước tiền lương còn thiếu khi xử lý tài sản của người sử dụng lao động. Vật quyền bảo đảm ước định được hiểu là những vật quyền bảo đảm phát sinh dựa trên cơ sở hợp đồng. Ví dụ, quyền của người nhận cầm cố lên tài sản cầm cố dựa trên hợp đồng cầm cố; quyền của người nhận thế chấp lên tài sản thế chấp dựa trên hợp đồng thế chấp tài sản. Trường

⁵⁹ Khi xem xét hiệu lực của hợp đồng thế chấp cần đặt trong mối quan hệ về hiệu lực giữa hợp đồng chính với hợp đồng phụ. Ở đây hợp đồng thế chấp được coi là hợp đồng phụ, hợp đồng vay được coi là hợp đồng chính.

⁶⁰ Vật quyền được hiểu là các quyền “trực tiếp kiểm soát hoặc định đoạt một vật” để cho một người sử dụng và hưởng lợi riêng.

hợp có xung đột về lợi ích, khi xem xét hiệu lực pháp lý giữa hai nhóm vật quyền bảo đảm ước định và vật quyền bảo đảm pháp định, pháp luật của một số quốc gia theo hệ thống pháp luật Civil Law đều ghi nhận các vật quyền bảo đảm pháp định có hiệu lực không phụ thuộc vào việc đăng ký trong khi vật quyền bảo đảm ước định thì phải đăng ký mới phát sinh hiệu lực. Quyền ưu tiên của bên có quyền trong vật quyền bảo đảm pháp định luôn có thứ tự ưu tiên cao hơn so với bên có quyền trong vật quyền bảo đảm ước định. Tính chất vật quyền của biện pháp thế chấp quyền tài sản được đề cập trong luận án này thuộc nhóm vật quyền bảo đảm ước định.

Trên cơ sở những nội dung đã phân tích, có thể đưa ra 04 (bốn) kết luận về bản chất của thế chấp tài sản như sau: (i) Thế chấp tài sản là một BPBD có tính chất vật quyền (dạng vật quyền ước định). Khi biện pháp thế chấp tài sản phát sinh hiệu lực pháp luật, bên nhận thế chấp có quyền truy đòi và quyền ưu tiên thanh toán khi xử lý tài sản thế chấp; (ii) Trong suốt thời hạn thế chấp, bên thế chấp vẫn có quyền chiếm hữu, sử dụng tài sản thế chấp; (iii) Thế chấp tài sản được đặt ra nhằm bảo đảm cho việc thực hiện một quan hệ hợp đồng; (iv) Hình thức thể hiện của biện pháp thế chấp tài sản khi được giao kết là hợp đồng thế chấp tài sản.

1.4. Khái niệm và đặc điểm pháp lý của thế chấp quyền tài sản

1.4.1. Khái niệm thế chấp quyền tài sản

Nhận diện chính xác về thế chấp quyền tài sản là một yêu cầu quan trọng trong quá trình hoàn thiện pháp luật Việt Nam về thế chấp tài sản. Những nhà lập pháp sẽ dễ dàng xây dựng được một hệ thống quy phạm pháp luật đồng bộ dựa trên hệ thống các khái niệm pháp lý hoàn chỉnh. Để xây dựng được khái niệm thế chấp quyền tài sản nhất thiết không thể bỏ qua việc nghiên cứu khái niệm thế chấp tài sản. Khoản 1 Điều 317 BLDS năm 2015 ghi nhận: “*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)*”. Trong BLDS

năm 2005, thế chấp tài sản được quy định tại Điều 342, xét về nội dung, quan điểm tiếp cận về thế chấp giữa hai Bộ luật là giống nhau. Cả BLDS năm 2005 và BLDS năm 2015 đều tiếp cận thế chấp tài sản dưới góc độ là một hợp đồng dựa trên cơ sở nền tảng của lý thuyết trái quyền, chúng được sắp xếp nằm trong phần “Nghĩa vụ và hợp đồng”⁶¹. Với cách sắp xếp này có thể suy đoán, những nhà lập pháp muốn đặt biện pháp thế chấp tài sản cùng chung một quy chế pháp lý với các quy định chung về nghĩa vụ và hợp đồng. Pháp luật của một số quốc gia khác lại thiết kế thế chấp tài sản là một loại vật quyền⁶².

Tính chất vật quyền của biện pháp thế chấp tài sản trong BLDS năm 2015 cũng được thể hiện thông qua quy định về hiệu lực của thế chấp tài sản, khoản 2 Điều 319 quy định: “*Thế chấp tài sản phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba từ thời điểm đăng ký*”. Khi thế chấp tài sản đã phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba sẽ là căn cứ hình thành quyền truy đòi tài sản thế chấp theo khoản 5 Điều 323 BLDS năm 2015, và quyền ưu tiên thanh toán từ việc xử lý tài sản sản thế chấp của bên nhận thế chấp theo Điều 308 BLDS năm 2015. Về cơ bản, những quyền và nghĩa vụ của các chủ thể trong quan hệ thế chấp được quy định trong BLDS năm 2015 của Việt Nam, BLDS Nhật Bản và BLDS của Cộng hoà Pháp có nhiều nét tương đồng như: không có sự chuyển giao tài sản thế chấp, bên thế chấp vẫn có quyền sở hữu tài sản thế chấp, bên nhận thế chấp có quyền thu giữ tài sản thế chấp, có quyền xử lý tài sản thế chấp nếu đến hạn mà nghĩa vụ được bảo đảm có sự vi phạm... Tuy nhiên, bên cạnh những điểm tương đồng chúng có những điểm khác biệt sau:

Thứ nhất, BLDS năm 2015 không cho phép bên thế chấp bán tài sản thế chấp nếu không có sự đồng ý của bên nhận thế chấp (trừ tài sản thế chấp là hàng hóa luân chuyển trong quá trình sản xuất, kinh doanh); trong khi đó theo quy định của Nhật Bản⁶³ thì bên thế chấp có quyền bán tài sản thế chấp ngay cả khi không có sự đồng ý của bên nhận thế chấp.

⁶¹ BLDS năm 2015 đặt thế chấp nằm trong Tiêu mục 3 Chương XV, phần thứ ba Nghĩa vụ và hợp đồng.

⁶² Xem Điều 306 BLDS Nhật Bản, Điều 2393 BLDS Pháp.

⁶³ Xem Điều 380 BLDS Nhật Bản.

Thứ hai, khi xử lý tài sản thế chấp, BLDS năm 2015 ghi nhận cho bên nhận thế chấp có quyền xử lý tài sản thế chấp nhưng không triệt để, thực tế việc xử lý tài sản thế chấp lại phụ thuộc vào ý chí của bên thế chấp có tự nguyện chuyển giao tài sản thế chấp để xử lý hay không. Trường hợp bên thế chấp không chuyển giao tài sản thế chấp để xử lý thì bên nhận thế chấp chỉ có thể thu giữ tài sản thế chấp thông qua thủ tục tư pháp tại Tòa án. Trong khi đó, BLDS của Nhật Bản và Cộng hoà Pháp đều có quy định cho phép bên nhận thế chấp có quyền kê biên đối với tài sản thế chấp mà không cần có sự đồng ý của bên thế chấp nếu đã chứng minh có hành vi vi phạm nghĩa vụ được bảo đảm.

Thứ ba, BLDS năm 2015 quy định đăng ký thế chấp là thủ tục bắt buộc trong một số trường hợp nhất định (ví dụ: thế chấp quyền sử dụng đất, thế chấp quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền trên đất...), nếu không rơi vào các trường hợp bắt buộc, việc đăng ký thế chấp hoàn toàn phụ thuộc vào ý chí của các bên trong quan hệ thế chấp. Việc đăng ký thế chấp còn là căn cứ để làm phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba. Trong khi đó, pháp luật của Cộng hoà Pháp⁶⁴ lại quy định đăng ký thế chấp là thủ tục bắt buộc trong mọi trường hợp và việc đăng ký là một trong các căn cứ để xác định thứ tự ưu tiên giữa bên nhận thế chấp với các chủ thể khác.

Có thể nhận thấy, biện pháp thế chấp tài sản trong BLDS năm 2015 của Việt Nam chứa đựng cả yếu tố trái quyền và yếu tố vật quyền, yếu tố trái quyền thể hiện ở căn cứ hình thành thế chấp tài sản là một hợp đồng thế chấp được xác lập giữa bên thế chấp và bên nhận thế chấp; yếu tố vật quyền thể hiện ở việc BLDS năm 2015 ghi nhận các quyền năng trực tiếp trên tài sản thế chấp của bên nhận thế chấp. Tuy nhiên chủ thuyết được áp dụng cho biện pháp thế chấp tài sản là vật quyền hay trái quyền thì BLDS năm 2015 không thể hiện một cách nhất quán trong các quy định cụ thể về thế chấp⁶⁵.

⁶⁴. Xem Điều 2426 BLDS Pháp.

⁶⁵ Đây là điểm khác với hệ thống pháp luật về giao dịch bảo đảm của Cộng hoà Pháp và Nhật Bản. Pháp luật của Cộng hoà Pháp và Nhật bản đều xây dựng theo chủ thuyết của vật quyền bảo đảm.

Quyền tài sản khi trở thành đối tượng của biện pháp thế chấp, với đặc tính luôn tồn tại dưới dạng vô hình, con người không thể nhận biết được thông qua các giác quan mà chỉ biết đến sự tồn tại của chúng thông qua các thông tin về quyền tài sản. Các thông tin về quyền tài sản có thể được đăng ký hoặc không đăng ký tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Trong một số trường hợp, vì những mục đích nhất định (thu thuế, thu phí đăng ký, hạn chế tranh chấp, kiểm soát...) pháp luật của quốc gia có thể yêu cầu một số quyền tài sản bắt buộc phải đăng ký. Hệ quả là khi các quyền tài sản được sử dụng để thế chấp, các bên không quan tâm đến việc chiếm hữu quyền tài sản thế chấp mà chỉ quan tâm đến việc kiểm soát quyền tài sản thế chấp. Đây là điểm rất khác biệt giữa thế chấp quyền tài sản so với thế chấp các loại tài sản khác như bất động sản là nhà ở, công trình xây dựng trên đất, động sản phải đăng ký quyền sở hữu. Bên nhận thế chấp sẽ yêu cầu bên thế chấp giao những giấy tờ hợp pháp chứng minh tư cách chủ thể quyền của mình (giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, hợp đồng vay tài sản, hợp đồng cung cấp dịch vụ...).

Trên cơ sở phân tích toàn diện các khía cạnh pháp lý về thế chấp quyền tài sản, có thể đưa ra khái niệm thế chấp quyền tài sản như sau: *“Thế chấp quyền tài sản là việc bên thế chấp dùng quyền tài sản thuộc sở hữu của mình để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ trước bên nhận thế chấp”*.

1.4.2. Đặc điểm pháp lý của thế chấp quyền tài sản

Thông qua việc nghiên cứu lý luận và quy định của pháp luật hiện hành, có thể thấy, thế chấp quyền tài sản là một BPBĐ có nội hàm hẹp hơn so với biện pháp thế chấp tài sản. Vì lẽ đó, biện pháp thế chấp quyền tài sản cũng mang những đặc điểm chung của biện pháp thế chấp tài sản, bao gồm:

Thứ nhất, trong thời hạn thế chấp, quyền tài sản thế chấp vẫn thuộc sở hữu của bên thế chấp

Một trong những dấu hiệu quan trọng để phân biệt thế chấp tài sản với cầm cố tài sản là trong biện pháp cầm cố tài sản có sự chuyển giao tài sản bảo đảm từ bên cầm cố sang bên nhận cầm cố, còn trong biện pháp thế chấp tài

sản không có sự chuyển giao tài sản bảo đảm từ bên thế chấp sang cho bên nhận thế chấp. Trong suốt thời hạn thế chấp, mặc dù có tư cách chủ sở hữu quyền tài sản thế chấp nhưng bên thế chấp không được phép định đoạt (không được bán, tặng cho, trao đổi, góp vốn bằng quyền tài sản đã thế chấp), trừ trường hợp được sự đồng ý của bên nhận thế chấp. Nhằm tạo điều kiện thuận lợi cho việc khai thác tối đa các lợi ích kinh tế mà tài sản có thể đem lại cho xã hội, BLDS năm 2015 quy định trong thời hạn thế chấp, bên thế chấp vẫn có quyền khai thác công dụng, hưởng hoa lợi, lợi tức từ tài sản thế chấp. Quy định này tiềm ẩn rủi ro cho bên nhận thế chấp. Do không phải là người nắm giữ trực tiếp tài sản thế chấp nên bên nhận thế chấp rất khó khăn trong việc quản lý tài sản thế chấp, nhiều trường hợp bên thế chấp cố tình chuyển nhượng tài sản thế chấp cho người thứ ba lúc đó bên thế chấp phải mất nhiều công sức, thời gian và chi phí cho việc truy đòi, xử lý tài sản thế chấp.

Thứ hai, quyền của bên nhận thế chấp đối với quyền tài sản thế chấp không bị chấm dứt hoặc vô hiệu bởi các giao dịch liên quan đến quyền tài sản thế chấp được thiết lập sau đó⁶⁶

Đồng quan điểm với tác giả Vũ Thị Hồng Yến, tác giả cho rằng pháp luật phải ghi nhận một cách rõ ràng quyền của bên nhận thế chấp đối với tài sản thế chấp kể từ khi giao dịch bảo đảm được xác lập hợp pháp. Quyền này đối kháng lại tất cả các quyền của các chủ thể khác xác lập lên tài sản bảo đảm sau đó. Đây là một nguyên tắc được thừa nhận trong pháp luật của nhiều quốc gia trên thế giới nhằm bảo vệ quyền lợi của bên nhận thế chấp.

Việc thừa nhận nguyên tắc này từ đó làm cơ sở để xây dựng các quy định của pháp luật Việt Nam về thế chấp tài sản nói chung hay thế chấp quyền tài sản nói riêng là cần thiết, bởi lẽ trong thời hạn thế chấp, xuất phát từ yếu tố chủ quan (người thế chấp cố tình tẩu tán tài sản khi không có khả năng thanh toán nghĩa vụ đến hạn) hoặc khách quan (tài sản bảo đảm phải được xử

⁶⁶ Vũ Thị Hồng Yến, “Tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp theo quy định của pháp luật Dân sự Việt Nam hiện hành”, luận án tiến sĩ luật học, trường Đại học Luật Hà Nội năm 2013.

lý để thanh toán các khoản nợ đến hạn khi doanh nghiệp là bên thế chấp (phá sản...) có thể có nhiều GDDS được xác lập trên một quyền tài sản thế chấp, việc xung đột lợi ích giữa các chủ thể là điều không thể tránh khỏi. Pháp luật với vai trò là công cụ điều chỉnh các quan hệ xã hội phải có các quy định cụ thể, rõ ràng để bảo vệ quyền, lợi ích chính đáng của các chủ thể.

Thứ ba, quyền của bên thế chấp đối với quyền tài sản thế chấp chỉ phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba khi BPBĐ bằng quyền tài sản đã được đăng ký tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền

Về mặt nguyên tắc, khi các bên chủ thể xác lập biện pháp thế chấp tài sản hợp pháp sẽ là cơ sở phát sinh quyền và nghĩa vụ của các bên theo nội dung giao dịch đã xác lập. Tuy nhiên, những người thứ ba khác trong xã hội không buộc phải biết về nội dung giao dịch cũng như quyền của bên nhận thế chấp lên trên tài sản thế chấp. Hậu quả là trong nhiều trường hợp, những người thứ ba lại xác lập giao dịch khác lên là tài sản thế chấp. Lúc này xảy ra tình trạng xung đột quyền của nhiều chủ thể trên một tài sản, vấn đề của Luật là phải đặt ra cơ chế để giải quyết xung đột, tức là cần quy định rõ ai là chủ thể có quyền ưu tiên thanh toán từ việc xử lý tài sản đó. Liên quan đến vấn đề này, pháp luật Việt Nam quy định 02 (hai) thời điểm phát sinh hiệu lực đối kháng đối với người thứ ba của các BPBĐ⁶⁷: (i) Thời điểm đăng ký BPBĐ hoặc (ii) Thời điểm nắm giữ, chiếm giữ tài sản. Khi BPBĐ đã phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba, bên nhận bảo đảm sẽ được quyền truy đòi tài sản bảo đảm và quyền ưu tiên thanh toán từ việc xử lý tài sản bảo đảm⁶⁸. Do tính chất vô hình của quyền tài sản, thế chấp quyền tài sản chỉ phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba tại thời điểm đăng ký BPBĐ tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Bên nhận thế chấp quyền tài sản cũng không quan tâm đến việc truy đòi tài sản mà chỉ quan tâm đến quyền bán, hoặc quyền ưu tiên thanh toán trong trường hợp một quyền tài sản được sử dụng để đảm bảo thực hiện nhiều nghĩa vụ.

⁶⁷ Xem Điều 297 BLDS năm 2015.

⁶⁸ Xem Điều 308 BLDS năm 2015.

Bên cạnh có những đặc điểm chung của biện pháp thế chấp tài sản, biện pháp thế chấp quyền tài sản còn có những đặc điểm riêng, cụ thể:

Thứ nhất, trong biện pháp thế chấp quyền tài sản, quyền của bên nhận thế chấp thể hiện dưới dạng quyền đối vật hoặc quyền đối nhân

Như đã phân tích ở phần trên, quyền tài sản là một khái niệm pháp lý có nội hàm rộng, bao gồm nhiều loại quyền tài sản cụ thể, khác nhau. Căn cứ vào cách thức thực hiện quyền của chủ thể, các quyền tài sản có thể được chia làm 02 (hai) nhóm: (i) các quyền đối vật và (ii) các quyền đối nhân. Điều này dẫn đến hệ quả là sau khi biện pháp thế chấp quyền tài sản được xác lập, quyền của bên nhận thế chấp phụ thuộc vào chính đối tượng của biện pháp thế chấp đó. Nếu đối tượng của biện pháp thế chấp quyền tài sản là quyền sử dụng đất, quyền hưởng dụng bất động sản, quyền bề mặt... thì quyền của bên nhận thế chấp đối với tài sản thế chấp được thể hiện dưới dạng quyền đối vật. Bên nhận thế chấp có quyền theo đuổi, quyền thu giữ các đối tượng chịu tác động của quyền tài sản.... Trường hợp đối tượng của biện pháp thế chấp là quyền đòi nợ, quyền yêu cầu thanh toán từ hợp đồng... thì quyền của bên nhận thế chấp thể hiện dưới dạng quyền đối nhân. Bên nhận thế chấp có quyền yêu cầu bên có nghĩa vụ trả nợ phải trả khoản nợ, bên có nghĩa vụ thanh toán phải thực hiện nghĩa vụ đối với mình...

Thứ hai, việc xử lý quyền tài sản thế chấp trong nhiều trường hợp phụ thuộc vào hành vi của người thứ ba

Khác biệt với các trường hợp thế chấp tài sản hữu hình như thế chấp ô tô, thế chấp nhà ở, thế chấp xe máy... khi biện pháp thế chấp đã phát sinh hiệu lực pháp luật, quyền của bên nhận thế chấp được xác lập trực tiếp lên những tài sản này. Trong trường hợp bên thế chấp vi phạm nghĩa vụ là điều kiện xử lý tài sản thế chấp, bên nhận thế chấp có quyền yêu cầu bên thế chấp chuyển giao tài sản thế chấp để xử lý, cùng với đó, pháp luật cũng quy định bên thế chấp có nghĩa vụ chuyển giao tài sản thế chấp cho bên nhận thế chấp để xử lý. Đối với trường hợp sử dụng quyền tài sản làm tài sản thế chấp, do

tính chất đa dạng của các quyền tài sản, trong một số trường hợp, việc xử lý quyền tài sản thế chấp hoàn toàn phụ thuộc vào hành vi của người thứ ba, không phải là bên thế chấp. Ví dụ, xử lý tài sản bảo đảm là các quyền đòi nợ, quyền yêu cầu thanh toán từ hợp đồng, quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng bảo hiểm nhân thọ, quyền đối với phần vốn góp trong doanh nghiệp.... Các quyền đòi nợ, quyền yêu cầu thanh toán từ hợp đồng, quyền đối với phần vốn góp trong doanh nghiệp mang bản chất là quyền tài sản, chúng cho phép chủ thể quyền có quyền yêu cầu một chủ thể khác thanh toán cho mình một khoản lợi ích vật chất. Khi chủ thể quyền mang quyền tài sản đó đi thế chấp để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ (trở thành bên thế chấp trong quan hệ thế chấp), trong trường hợp không thể thực hiện nghĩa vụ được bảo đảm, bên nhận thế chấp có quyền yêu cầu “người mắc nợ” của bên thế chấp phải trực tiếp thực hiện nghĩa vụ trả nợ cho mình. Vì vậy, quyền lợi của bên nhận thế chấp trong trường hợp này hoàn toàn phụ thuộc vào hành vi của người mắc nợ (người thứ ba), không phải bên thế chấp.

Khi giao kết hợp đồng thế chấp có đối tượng là quyền đòi nợ, quyền yêu cầu thanh toán từ hợp đồng, quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng bảo hiểm nhân thọ, quyền đối với phần vốn góp trong doanh nghiệp... các bên phải xác định chính xác chủ thể sở hữu quyền tài sản là ai? Chủ thể có nghĩa vụ đối với quyền tài sản (trong trường hợp nhận thế chấp là quyền đòi nợ, quyền yêu cầu trả thanh toán); các giấy tờ pháp lý hợp pháp liên quan đến phần vốn góp (khi thế chấp quyền tài sản trong doanh nghiệp)... Bên cạnh đó, các bên cũng cần phải xác định trạng thái pháp lý của quyền tài sản thế chấp không phải là tài sản đang có tranh chấp; không phải là đối tượng đang bị kê biên để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ hay có quyết định thu hồi của cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

KẾT LUẬN CHƯƠNG 1

Thế chấp quyền tài sản để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ là BPBĐ ngày càng phổ biến tại Việt Nam. Để nghiên cứu một cách toàn diện, có hệ thống về thế chấp quyền tài sản thì việc làm sáng tỏ các vấn đề lý luận của biện pháp thế chấp quyền tài sản là điều không thể thiếu.

Với nội dung trọng tâm là tìm hiểu, phân tích một số vấn đề lý luận về thế chấp quyền tài sản, trong Chương 1, trên cơ sở nghiên cứu pháp luật về tài sản của một số quốc gia trên thế giới cũng như chế định tài sản trong BLDS của Việt Nam, tác giả đã xây dựng khái niệm quyền tài sản, đồng thời chỉ ra những đặc điểm pháp lý của quyền tài sản khi trở thành đối tượng của biện pháp thế chấp. Thông qua việc nghiên cứu các học thuyết trái quyền, học thuyết vật quyền, có đặt trong mối liên hệ với các BPBĐ được ghi nhận trong pháp luật của một số quốc gia như Nhật Bản, Pháp. Tác giả đã chỉ ra các yếu tố để hình thành biện pháp thế chấp quyền tài sản: (i) được đặt ra để đảm bảo cho một quan hệ trái quyền; (ii) hình thành trên cơ sở của quan hệ trái quyền (hình thức thể hiện bằng hợp đồng) và (iii) quyền của bên nhận thế chấp lên trên tài sản thế chấp mang tính chất của vật quyền.

Thế chấp quyền tài sản để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ là một đề tài mới ở Việt Nam; phần lớn các nhà khoa học mới chỉ chú trọng nghiên cứu đến thế chấp quyền sử dụng đất, thế chấp tài sản hình thành trong tương lai, thế chấp tài sản nói chung hoặc xử lý tài sản thế chấp mà chưa có một công trình nghiên cứu chuyên sâu, toàn diện về các vấn đề lý luận của thế chấp quyền tài sản. Do vậy, trong Chương 1, tác giả đã đi sâu vào tìm hiểu và làm sáng tỏ những nội dung lý luận còn bị bỏ ngỏ, chưa được nghiên cứu về thế chấp quyền tài sản để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ.

CHƯƠNG 2

QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT VIỆT NAM VỀ THẾ CHẤP QUYỀN TÀI SẢN

Hiện nay, quy định của pháp luật Việt Nam về thế chấp tài sản để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ nằm rải rác ở nhiều văn bản quy phạm pháp luật khác nhau, có thể kể đến: BLDS năm 2015; Luật Nhà ở 2014; Luật Đất đai năm 2013; Luật Sở hữu trí tuệ sửa đổi năm 2009; Luật Doanh nghiệp năm 2020; Nghị định số 21/2021/NĐ-CP quy định thi hành BLDS về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ ngày 19/03/2021; Nghị định số 99/2022/NĐ-CP về Đăng ký BPBĐ; Nghị định số 43/2014/NĐ-CP ngày 15/5/2014 quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật đất đai; Nghị quyết số 42/2017/QH14 về thí điểm xử lý nợ xấu của các TCTD ngày 21/06/2017; Thông tư số 08/2018/TT-BTP hướng dẫn một số vấn đề đăng ký, cung cấp thông tin về BPBĐ, hợp đồng và trao đổi thông tin về đăng ký BPBĐ tại các trung tâm đăng ký giao dịch, tài sản của Cục đăng ký quốc gia Giao dịch bảo đảm thuộc Bộ Tư pháp... Có thể thấy, thế chấp quyền tài sản để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ là một trường hợp đặt biệt của thế chấp tài sản. Do vậy, trong Chương này, tác giả tập trung nghiên cứu các quy định của pháp luật hiện hành về thế chấp quyền tài sản trên cơ sở nghiên cứu quy định của pháp luật về thế chấp tài sản nói chung.

2.1. Chủ thể của thế chấp quyền tài sản

Theo quy định tại khoản 1 Điều 317 BLDS năm 2015, “*1. 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)*”. Từ quy định này, có thể nhận thấy các bên chủ thể trong quan hệ thế chấp tài sản bao gồm bên thế chấp và bên nhận thế chấp. Giữa các bên chủ thể đã xác lập với nhau một quan hệ nghĩa vụ (thông thường là hợp đồng vay tài sản) trước khi hoặc đồng thời thiết lập với quan hệ thế chấp tài sản. BLDS năm 2015 không đặt ra bất kỳ hạn chế nào về

chủ thể của quan hệ thế chấp, vì vậy có thể khẳng định những chủ thể của quan hệ pháp luật dân sự nói chung đều có thể trở thành chủ thể của quan hệ thế chấp. Theo đó, chủ thể của quan hệ thế chấp có thể là cá nhân hoặc pháp nhân⁶⁹. Tương tự như khi tham gia các GDDS khác, các chủ thể tham gia quan hệ thế chấp phải đáp ứng các điều kiện cụ thể mà pháp luật quy định, cụ thể, chủ thể tham gia quan hệ thế chấp phải có năng lực hành vi xác lập giao dịch.

Để có thể tự mình tham gia vào quan hệ thế chấp thì các chủ thể (bao gồm cả bên thế chấp và bên nhận thế chấp) cần phải có năng lực hành vi dân sự để xác lập giao dịch (hợp đồng thế chấp). Thực tế, trong nhiều trường hợp, chủ thể có quyền sở hữu quyền tài sản không đồng nhất với quyền được tự mình xác lập giao dịch liên quan đến tài sản đó. Chẳng hạn đối với cá nhân, quyền sở hữu tài sản thuộc phạm trù năng lực pháp luật, có từ khi cá nhân được sinh ra. Tuy nhiên, cá nhân chỉ có thể tự mình xác lập, thực hiện các GDDS liên quan đến tài sản khi đã đáp ứng điều kiện về năng lực hành vi dân sự tương ứng với loại tài sản và loại giao dịch mình tham gia. Ví dụ, A 12 tuổi có thể trở thành chủ sở hữu quyền sử dụng đất do được tặng cho hoặc nhận thừa kế. Tuy nhiên A không thể tự mình đứng ra thế chấp quyền sử dụng đất để vay vốn tại ngân hàng.

Căn cứ vào quy định của BLDS năm 2015, chủ thể là cá nhân có thể tự mình xác lập, thực hiện các giao dịch thế chấp có đối tượng là các loại tài sản sau: cá nhân từ đủ mười năm tuổi đến chưa đủ mười tám tuổi có thể tự mình xác lập, thực hiện các giao dịch thế chấp có đối tượng là quyền tài sản mang bản chất của động sản không phải đăng ký quyền sở hữu⁷⁰; cá nhân đã thành niên (không phải là người bị hạn chế năng lực hành vi dân sự, người bị mất

⁶⁹ BLDS năm 2005 quy định 05 loại chủ thể của quan hệ pháp luật dân sự, gồm: Nhà nước CHXHCN Việt Nam, cá nhân, pháp nhân, hộ gia đình và tổ hợp tác. Đến BLDS năm 2015 đã không công nhận hộ gia đình và tổ hợp tác là chủ thể của quan hệ pháp luật dân sự mà nhìn nhận đó là những thực thể pháp lý. Trường hợp hộ gia đình, tổ hợp tác tham gia quan hệ dân sự thì các thành viên của hộ gia đình, tổ hợp tác là chủ thể tham gia xác lập, thực hiện giao dịch dân sự hoặc ủy quyền cho người đại diện tham gia xác lập, thực hiện giao dịch dân sự.

⁷⁰ Xem khoản 4 Điều 21 BLDS năm 2015.

năng lực hành vi dân sự hoặc người có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi) có quyền tự mình xác lập, thực hiện các giao dịch thế chấp có đối tượng là các tài sản pháp luật quy định.

Đối với chủ thể là pháp nhân, khi tham gia quan hệ thế chấp quyền tài sản, hành vi của pháp nhân được xác định thông qua hành vi của cá nhân là người đại diện cho pháp nhân. Đại diện của pháp nhân có thể được thực hiện thông qua hai hình thức: đại diện theo pháp luật và đại diện theo uỷ quyền. Người đại diện theo pháp luật của pháp nhân có quyền nhân danh pháp nhân xác lập biện pháp thế chấp quyền tài sản với mục đích duy trì các hoạt động của pháp nhân trong khuôn khổ pháp luật và điều lệ của pháp nhân quy định. Bên cạnh đó, người đại diện theo pháp luật của pháp nhân có thể uỷ quyền cho người khác thay mặt mình, nhân danh pháp nhân để xác lập biện pháp thế chấp quyền tài sản. Người được uỷ quyền có quyền và nghĩa vụ thực hiện các công việc trong phạm vi uỷ quyền đã được xác định rõ trong nội dung hợp đồng uỷ quyền.

Yêu cầu về năng lực hành vi xác lập giao dịch không chỉ tạo điều kiện cho việc thực hiện các thủ tục kê biên và bán tài sản khi có sự vi phạm nghĩa vụ được bảo đảm mà còn hướng tới việc loại trừ những rủi ro gây ra thiệt hại cho các chủ thể không có năng lực hành vi dân sự phù hợp (người chưa thành niên, người khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi). Tuy nhiên, trong một số trường hợp đặc biệt nhằm hướng đến việc bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp cho người được giám hộ, người giám hộ có thể sử dụng tài sản thuộc sở hữu của người được giám hộ để đảm bảo thực nghĩa vụ⁷¹.

Bên cạnh điều kiện chung đặt ra đối với các bên chủ thể, pháp luật Việt Nam hiện hành còn quy định những điều kiện riêng biệt cho mỗi bên chủ thể khi tham gia xác lập, thực hiện biện pháp thế chấp quyền tài sản. Bao gồm :

Một là, bên thế chấp phải là chủ sở hữu quyền tài sản thế chấp

⁷¹ Xem khoản 3 Điều 58, khoản 1 Điều 59 BLDS năm 2015.

Khoản 1 Điều 317 BLDS năm 2015 đã quy định minh thị: “*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)*”. Quy định này hàm chứa ý nghĩa bắt buộc bên thế chấp phải là chủ sở hữu tài sản thế chấp. Việc quy định bên thế chấp phải là chủ sở hữu quyền tài sản thế chấp góp phần bảo đảm giá trị hiệu lực của biện pháp thế chấp quyền tài sản. Với tư cách là chủ sở hữu quyền tài sản thế chấp, bên thế chấp có quyền sử dụng tài sản của mình để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ đối với người khác, là cơ sở để chuyển giao quyền sở hữu quyền tài sản thế chấp cho chủ thể khác khi rơi vào trường hợp phải xử lý tài sản bảo đảm. Cần lưu ý, trường hợp chủ sở hữu ủy quyền cho người khác thế chấp quyền tài sản của mình thì cũng không làm thay đổi bản chất của nguyên tắc này, bởi người được ủy quyền chỉ là người nhân danh chủ sở hữu quyền tài sản, sử dụng quyền tài sản của chủ sở hữu làm tài sản thế chấp. Chủ sở hữu của quyền tài sản vẫn là bên thế chấp và có đầy đủ các quyền và nghĩa vụ của bên thế chấp. Người được ủy quyền chỉ là người nhân danh chủ sở hữu quyền tài sản thế chấp, ký tên vào hợp đồng thế chấp⁷². Ngoài lề, trong một số trường hợp với mục đích xây dựng, phát triển kinh tế - xã hội phù hợp với định hướng, chiến lược của Nhà nước, Nhà nước có thể chuyển giao quyền định đoạt tài sản cho các doanh nghiệp Nhà nước để tiến hành các hoạt động sản xuất kinh doanh theo phù hợp với các quy định của pháp luật. Lúc này, doanh nghiệp Nhà nước mặc dù không phải là chủ sở hữu quyền tài sản nhưng được quyền sử dụng quyền tài sản thuộc quyền quản lý, sử dụng để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ⁷³.

Để giảm thiểu tối đa các rủi ro tiềm ẩn cho bên nhận thế chấp, những “*hạn chế*” đối với quyền tài sản thế chấp cần phải được bên thế chấp thông

⁷² Trường hợp này tồn tại một mối quan hệ pháp lý giữa bên ủy quyền và bên được ủy quyền theo nội dung hợp đồng ủy quyền đã xác lập.

⁷³ Khoản 3 Điều 4 Nghị định số 163/2006/NĐ-CP ngày 29 tháng 12 năm 2006.

báo cho bên nhận thế chấp tại thời điểm giao kết hợp đồng thế chấp. Trường hợp bên thế chấp che giấu các thông tin liên quan đến quyền lợi của các chủ thể khác trên quyền tài sản thế chấp có thể gây ra những thiệt hại cho bên nhận thế chấp. Vì vậy, pháp luật cần có các giải pháp để hạn chế rủi ro cho bên nhận thế chấp. Việc kiểm tra quyền của các chủ thể khác đã thiết lập trên quyền tài sản thế chấp sẽ trở nên đơn giản hơn nếu có một hệ thống thông tin đăng ký công khai, đồng bộ về tài sản. Đây là yếu tố quan trọng để bên nhận thế chấp cân nhắc về tính an toàn của quyền tài sản thế chấp, thông qua đó quyết định có giao kết hợp đồng thế chấp với bên thế chấp hay không. Ví dụ, A là chủ sở hữu một quyền sử dụng đất và đã chuyển nhượng cho B quyền bề mặt của quyền sử dụng đất trong thời hạn 30 năm. Sau đó, A mang quyền sử dụng đi thế chấp vay vốn tại một ngân hàng X mà không thông báo cho ngân hàng X về quyền của B. Nếu không có một hệ thống công khai các thông tin về tài sản để có thể kiểm tra, ngân hàng X sẽ phải gánh chịu thiệt hại rất lớn bởi khi A vi phạm nghĩa vụ, mặc dù ngân hàng X sẽ có quyền xử lý tài sản bảo đảm, tuy nhiên không một ai muốn nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất mà trên đất lại có một người khác được hưởng quyền bề mặt.

Khi tham gia vào quan hệ thế chấp, để chứng minh tư cách chủ sở hữu quyền tài sản thế chấp, phụ thuộc vào quyền tài sản thế chấp cụ thể, bên thế chấp phải cung cấp những giấy tờ pháp lý như: giấy chứng nhận quyền sở hữu quyền sử dụng đất trong trường hợp thế chấp quyền sử dụng đất; giấy chứng nhận phần vốn góp vào doanh nghiệp trong trường hợp thế chấp phần vốn góp; bằng độc quyền sáng chế, bằng độc quyền kiểu dáng công nghiệp, giấy chứng nhận nhãn hiệu trong trường hợp thế chấp các quyền SHTT; hợp đồng bảo hiểm nhân thọ trong trường hợp thế chấp quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng bảo hiểm nhân thọ; hợp đồng cho vay, hợp đồng cung cấp dịch vụ... chứng minh tư cách chủ thể có quyền đòi nợ trong trường hợp thế chấp quyền đòi nợ, quyền yêu cầu thanh toán từ hợp đồng.

Hai là, bên nhận thế chấp phải có năng lực pháp luật phù hợp trong trường hợp Luật có quy định

BLDS năm 2015 hiện nay không giới hạn phạm vi chủ thể được nhận thế chấp quyền tài sản, tuy nhiên, theo quy định của Luật Đất đai năm 2013 cá nhân, hộ gia đình sử dụng đất có thể thế chấp quyền sử dụng đất ở các TCTD được phép hoạt động tại Việt Nam, hoặc thế chấp quyền sử dụng đất cho các tổ chức kinh tế khác, các cá nhân khác để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ⁷⁴. Tuy nhiên, trường hợp pháp nhân (tổ chức kinh tế) được nhà nước giao đất có thu tiền sử dụng đất, cho thuê đất thu tiền thuê đất một lần cho cả thời gian thuê chỉ được phép thế chấp quyền sử dụng đất để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ tại các TCTD được phép hoạt động tại Việt Nam⁷⁵. Các TCTD được phép hoạt động tại Việt Nam theo quy định của Luật Tổ chức tín dụng năm 2010 bao gồm: (i) Các TCTD Việt Nam: Ngân hàng (Ngân hàng Nhà nước, ngân hàng thương mại cổ phần, Ngân hàng chính sách xã hội, Ngân hàng hợp tác xã); TCTD phi ngân hàng; Tổ chức tài chính vi mô và Quỹ tín dụng nhân dân; (ii) TCTD nước ngoài: Văn phòng đại diện, ngân hàng liên doanh, ngân hàng 100% vốn nước ngoài, chi nhánh ngân hàng nước ngoài, công ty tài chính liên doanh, công ty tài chính 100% vốn nước ngoài, công ty cho thuê tài chính liên doanh, công ty cho thuê tài chính 100% vốn nước ngoài.

2.2. Đối tượng của thế chấp quyền tài sản

Như đã phân tích tại tiểu mục 1.2.2.3 trong Chương , dựa trên căn cứ xác lập quyền, các quyền tài sản có thể được phân làm ba nhóm: (1) Các quyền tài sản phát sinh từ GDDS; (2) Các quyền tài sản phát sinh từ hoạt động lao động, sáng tạo của con người, các quyền này được ghi nhận trong luật Sở hữu trí tuệ (quyền tài sản đối với các đối tượng của quyền SHTT) và (3) Các quyền tài sản phát sinh trên cơ sở quy định của Luật. Để trở thành đối tượng của biện pháp thế chấp, các quyền tài sản phải thoả mãn các điều kiện chung giống như các tài sản bảo đảm thông thường khác, bao gồm: *Thứ nhất*, quyền tài sản thế chấp phải thuộc sở hữu của bên thế chấp; *Thứ hai*, quyền tài

⁷⁴ Điểm g khoản 1 Điều 179 Luật Đất đai năm 2013.

⁷⁵ Điểm d khoản 1 Điều 174 Luật Đất đai năm 2013.

sản thế chấp phải là tài sản được phép giao dịch; *Thứ ba*, quyền tài sản thế chấp không phải là tài sản đang bị tranh chấp về quyền sở hữu, tài sản đang bị kê biên để đảm bảo thi hành án. Bên cạnh đó, đối với từng quyền tài sản cụ thể, khi được sử dụng làm tài sản thế chấp còn phải thoả mãn những điều kiện riêng biệt, phù hợp với đặc điểm riêng của quyền tài sản thế chấp.

2.2.1. Nhóm quyền tài sản phát sinh từ giao dịch dân sự

Các quyền tài sản phát sinh từ GDDS mang đặc điểm của quyền đối nhân, dưới góc độ lý luận, chúng có thể phát sinh trên cơ sở một hợp đồng hoặc một hành vi pháp lý đơn phương. Quyền tài sản phát sinh từ GDDS có nhiều tên gọi cụ thể: quyền đòi nợ phát sinh từ hợp đồng vay tài sản, quyền yêu cầu thanh toán phát sinh từ hợp đồng mua bán tài sản hoặc hợp đồng dịch vụ, quyền nhận số tiền bảo hiểm phát sinh từ hợp đồng bảo hiểm nhân thọ, quyền đối với phần vốn góp trong doanh nghiệp... Dưới góc độ thực tiễn, đối tượng của biện pháp thế chấp đa phần là các quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng.

Theo quy định tại khoản 7 Điều 6 Thông tư 08/2018/TT-BTP hướng dẫn một số vấn đề đăng ký, cung cấp thông tin về BPBĐ, hợp đồng thuê tài sản, hợp đồng cho thuê tài chính, hợp đồng chuyển giao quyền đòi nợ; trao đổi thông tin về đăng ký BPBĐ tại các Trung tâm Đăng ký giao dịch, tài sản của Cục Đăng ký quốc gia giao dịch bảo đảm thuộc Bộ Tư pháp; các quyền tài sản theo quy định tại Điều 115 BLDS năm 2015 (trừ quyền sử dụng đất) được phép đăng ký tại Trung tâm đăng ký theo yêu cầu, bao gồm: (i) Quyền tài sản phát sinh từ quyền tác giả, quyền sở hữu công nghiệp, quyền đối với giống cây trồng; quyền đòi nợ; quyền khai thác tài nguyên thiên nhiên; quyền được bồi thường thiệt hại phát sinh từ hợp đồng; (ii) Quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng thuê đóng tàu biển; quyền bồi thường thiệt hại phát sinh từ hợp đồng mua bán tàu bay, tàu biển; quyền thụ hưởng bảo hiểm theo hợp đồng bảo hiểm đối với tàu bay, tàu biển; (iii) Các quyền tài sản là quyền đòi nợ, quyền yêu cầu thanh toán, quyền được bồi thường thiệt hại, quyền thụ hưởng bảo hiểm phát sinh từ hợp đồng mua bán nhà ở, hợp đồng góp vốn xây dựng

nhà ở, hợp đồng hợp tác đầu tư, hợp tác kinh doanh nhà ở, hợp đồng cho thuê, hợp đồng cho thuê mua nhà ở (bao gồm cả nhà ở xã hội) giữa tổ chức với cá nhân hoặc giữa tổ chức, cá nhân với doanh nghiệp kinh doanh bất động sản trong dự án xây dựng nhà ở theo quy định của pháp luật về nhà ở; các quyền tài sản là quyền đòi nợ, quyền yêu cầu thanh toán, quyền được bồi thường thiệt hại, quyền thụ hưởng bảo hiểm phát sinh từ hợp đồng mua bán, hợp đồng góp vốn, hợp đồng hợp tác đầu tư, hợp tác kinh doanh, hợp đồng cho thuê, hợp đồng cho thuê mua công trình xây dựng giữa tổ chức với cá nhân hoặc giữa tổ chức, cá nhân với doanh nghiệp kinh doanh bất động sản trong dự án xây dựng công trình theo quy định của pháp luật về kinh doanh bất động sản; và (iv) Quyền tài sản khác theo quy định của pháp luật.

Với quy định này, nhà lập pháp đang cố gắng liệt kê tất cả các quyền tài sản được đăng ký tại Trung tâm Đăng ký giao dịch, tài sản thuộc Cục Đăng ký quốc gia giao dịch bảo đảm thuộc Bộ Tư pháp. Theo tác giả, cách tiếp cận này không phù hợp trong cả lý luận và thực tiễn bởi các lý do sau:

Thứ nhất, việc Thông tư 08/2018/TT-BTP đặt quyền tài sản phát sinh từ quyền tác giả, quyền sở hữu công nghiệp, quyền đối với giống cây trồng cùng nhóm với quyền đòi nợ, quyền khai thác tài nguyên thiên nhiên, quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại phát sinh từ hợp đồng là không hợp lý, vì bản chất pháp lý của các quyền này hoàn toàn khác nhau. Các quyền tài sản phát sinh từ quyền tác giả, quyền sở hữu công nghiệp, quyền đối với cây trồng là quyền của tổ chức, cá nhân được Luật SHTT thừa nhận đối với những tài sản trí tuệ do con người sáng tạo ra, gắn liền với quá trình lao động sản xuất của con người. Đó là độc quyền được trao cho một người, một nhóm người hoặc một tổ chức để khai thác, sử dụng, định đoạt những sản phẩm của hoạt động sáng tạo trí tuệ. Các quyền này phát sinh và tồn tại một cách độc lập. Bên cạnh đó, quyền đòi nợ, quyền khai thác tài nguyên thiên nhiên, quyền được bồi thường thiệt hại phát sinh từ hợp đồng đều là các quyền tài sản phát sinh trên cơ sở một quan hệ hợp đồng hợp pháp (có thể là hợp đồng vay, hợp đồng

dịch vụ, hợp đồng bảo hiểm...). Tùy trường hợp cụ thể, các quyền này sẽ phát sinh tại một thời điểm xác định trong hợp đồng (hết thời hạn trả nợ trong hợp đồng vay, đến hạn thanh toán trong hợp đồng dịch vụ...) hoặc một thời điểm do luật định (trong trường hợp thế chấp quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng bảo hiểm).

Thứ hai, việc Thông tư 08/2018/TT-BTP chỉ liệt kê những quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng có liên quan đến tàu bay, tàu biển và bất động sản có thể được đăng ký dẫn đến tình trạng bỏ sót nhiều loại quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng liên quan đến các loại tài sản khác. Trong thực tiễn, nhiều trường hợp bên nhận bảo đảm sẵn sàng nhận quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng thi công, hợp đồng dịch vụ làm tài sản bảo đảm. Ví dụ: Ngân hàng TPBank (chi nhánh Hà Nội) và Công ty TNHH Phát triển công nghệ BTK (trụ sở tại quận Nam Từ Liêm, Hà Nội) đã ký các hợp đồng tín dụng, theo đó TPBank cho Công ty BTK vay 621 triệu đồng để mua xe ô tô, cấp hạn mức 30 tỷ đồng để bổ sung vốn lưu động nhập nguyên vật liệu phục vụ các dự án đầu ra, phát hành các loại bảo lãnh phục vụ hoạt động của công ty và cho vay theo hạn mức thấu chi 800 triệu đồng... Để đảm bảo cho các khoản vay, Công ty BTK đã thế chấp một số tài sản bao gồm: khoản phải thu từ hợp đồng thi công giữa Viglacera và Công ty BTK, khoản phải thu từ hợp đồng kinh tế giữa Ban Quản lý đầu tư xây dựng Đại học Quốc gia Hà Nội tại Hòa Lạc và Công ty BTK, 1 xe ô tô Toyota và một xe BMW. Khoản phải thu phát sinh từ hai hợp đồng kinh tế nói trên được định giá 22,9 tỷ đồng⁷⁶.

Thứ ba, việc Thông tư 08/2018/TT-BTP tách quyền đối với phần vốn góp trong doanh nghiệp và quyền đòi nợ ra khỏi nhóm quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng đã không phản ánh đúng bản chất của các quyền này⁷⁷. Bởi lẽ,

⁷⁶ <https://tinnhanhchungkhoan.vn/phap-luat/nhan-the-chap-quyen-doi-no-ngan-hang-kho-thu-hoi-no-298650.html>

⁷⁷ Nghị định số 21/2021/NĐ-CP quy định thi hành BLDS về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ cũng mắc phải “sai sót” tương tự khi tách giấy tờ có giá, chứng khoán, tài sản hình thành từ vốn góp, quyền khai thác tài nguyên ra khỏi nội hàm khái niệm quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng (xem Điều 13, Điều 14, Điều 15, Điều 16 Nghị định số 21/2021/NĐ-CP).

quyền đối với phần vốn góp trong doanh nghiệp và quyền đòi nợ đều mang bản chất là các quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng. Quyền đối với phần vốn góp trong doanh nghiệp được phát sinh trên cơ sở thoả thuận của các thành viên sáng lập, được ghi nhận trong điều lệ của doanh nghiệp tính từ thời điểm các thành viên sáng lập góp vốn vào doanh nghiệp hoặc do việc nhận chuyển nhượng phần vốn góp thông qua mua bán, tặng cho hoặc thừa kế. Quyền đòi nợ được phát sinh trên cơ sở một hợp đồng vay tài sản.

Qua việc nghiên cứu các quy định trong Thông tư 08/2018/TT-BTP, tác giả nhận thấy, rất nhiều khía cạnh pháp lý khác nhau của việc thế chấp quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng chưa được điều chỉnh, như: việc thông báo cho bên có nghĩa vụ là bên kia của hợp đồng ký với bên thế chấp, tính đối kháng của các phương tiện phòng vệ mà bên này có thể viện ra để từ chối hay chỉ thực hiện một phần nghĩa vụ, thứ tự ưu tiên thanh toán... Bên cạnh các tài sản hữu hình truyền thống, các quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng ngày càng trở thành loại tài sản bảo đảm ưa thích của các TCTD có thể kể đến như: quyền đòi nợ, quyền đối với phần vốn góp trong doanh nghiệp, tài khoản tiền gửi ngân hàng; quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng mua bán nhà ở hình thành trong tương lai, quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng bảo hiểm nhân thọ...

+ *Thế chấp quyền đòi nợ*: Quyền đòi nợ là một quyền tài sản “hiếm hoi” được pháp luật hiện hành quy định dùng làm tài sản bảo đảm thực hiện nghĩa vụ bởi tính phổ biến của nó trong đời sống xã hội hiện đại ngày nay⁷⁸. Cơ sở phát sinh của quyền đòi nợ là một hợp đồng vay tài sản (hợp đồng vay số 01), theo đó bên cho vay đã chuyển giao tài sản cho bên vay. Khi chưa đến thời hạn trả nợ trong hợp đồng vay, do có nhu cầu cấp thiết về vốn, bên cho vay (bên thế chấp) đã sử dụng quyền đòi nợ của mình làm tài sản thế chấp để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ trả nợ trong một hợp đồng vay khác (hợp đồng vay số 02) đối với bên nhận thế chấp. Bên nhận thế chấp sẽ có quyền xử lý tài

⁷⁸ Điều 14 Nghị định số 21/2021/NĐ-CP quy định thi hành BLDS về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ ngày 19/03/2021 của Chính phủ.

sản thế chấp, cụ thể là yêu cầu bên vay trong hợp đồng vay số 01 trực tiếp thanh toán cho mình khi đáp ứng đủ hai điều kiện: (i) Bên thế chấp quyền đòi nợ (bên cho vay trong hợp đồng vay số 1) vi phạm nghĩa vụ trong hợp đồng vay số 2 là điều kiện phát sinh quyền xử lý tài sản bảo đảm; và (ii) Nghĩa vụ trả nợ trong hợp đồng vay số 01 đã đến hạn.

Thực tiễn áp dụng, nhiều trường hợp có sự nhầm lẫn giữa quyền đòi nợ với quyền yêu cầu thanh toán theo hợp đồng. Khác với quyền đòi nợ, quyền yêu cầu thanh toán theo hợp đồng được phát sinh từ một hợp đồng song vụ (hợp đồng gia công, hợp đồng dịch vụ xây dựng...). Trên cơ sở một hợp đồng song vụ ban đầu, một bên có quyền yêu cầu thanh toán đã sử dụng quyền yêu cầu thanh toán của mình làm tài sản bảo đảm thực hiện nghĩa vụ đối với một chủ thể khác (bên nhận thế chấp). Khi nhận thế chấp quyền yêu cầu thanh toán theo hợp đồng, bên nhận thế chấp phải lưu ý: quyền yêu cầu thanh toán theo hợp đồng chỉ phát sinh khi bên thế chấp đã thực hiện đúng và đầy đủ các nghĩa vụ trong hợp đồng song vụ. Việc nhận diện và phân biệt giữa quyền đòi nợ với quyền yêu cầu thanh toán theo hợp đồng có ý nghĩa vô cùng quan trọng đối với bên nhận thế chấp, giúp cho bên nhận thế chấp có căn cứ để định giá chính xác được tài sản bảo đảm, qua đó góp phần hạn chế rủi ro khi cho vay.

Các quy định của pháp luật hiện hành chưa đề cập đầy đủ các khía cạnh pháp lý khi sử dụng quyền đòi nợ làm tài sản thế chấp. Cụ thể, Điều 33 Nghị định số 21/2021/NĐ-CP quy định khá đơn giản về quyền của bên có quyền đòi nợ⁷⁹ được thế chấp quyền đòi nợ để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ mà không cần sự đồng ý của bên có nghĩa vụ trả nợ. Khi nghĩa vụ được bảo đảm bằng quyền đòi nợ đến hạn, bên nhận thế chấp quyền đòi nợ có quyền yêu cầu bên thứ ba là người có nghĩa vụ trả nợ chuyển giao các khoản tiền

⁷⁹ Điều 33 Nghị định số 21/2021/NĐ-CP: “Việc thế chấp bằng quyền đòi nợ, khoản phải thu, quyền yêu cầu thanh toán khác không cần có sự đồng ý của người có nghĩa vụ nhưng người này phải được bên nhận thế chấp thông báo để biết trước khi thực hiện nghĩa vụ theo thỏa thuận hoặc theo quy định của pháp luật”.

hoặc tài sản khác cho mình hoặc cho người được uỷ quyền. Tuy nhiên, Nghị định số 21/2021/NĐ-CP không quy định rõ việc thông báo cho bên có nghĩa vụ trả nợ là nghĩa vụ của bên thế chấp hay bên nhận thế chấp? Trong trường hợp không thông báo cho bên có nghĩa vụ trả nợ, bên có nghĩa vụ trả nợ có quyền từ chối thanh toán cho bên nhận thế chấp hay không? Trường hợp nhiều chủ thế cùng nhận thế chấp quyền đòi nợ thì thứ tự ưu tiên thanh toán được xác định như thế nào?

+ *Thế chấp quyền đối với phần vốn góp trong doanh nghiệp*: Thế chấp phần vốn góp là việc một bên dùng phần vốn góp trong công ty thuộc sở hữu của mình (do đã tiến hành góp vốn bằng tài sản vào công ty) để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ đối với bên kia. Trong trường hợp bên thế chấp phần vốn góp không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ theo thoả thuận, bên nhận thế chấp có quyền xử lý tài sản đã thế chấp. Phần vốn góp là tổng giá trị tài sản của một thành viên đã góp hoặc cam kết góp vào công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty hợp danh⁸⁰. Khi cá nhân, pháp nhân góp vốn vào doanh nghiệp, tài sản đó sẽ thuộc sở hữu của doanh nghiệp. Chủ thể góp vốn không còn quyền sở hữu đối với tài sản đã vốn góp. Đổi lại, họ được Luật Doanh nghiệp công nhận là chủ sở hữu phần vốn góp của doanh nghiệp, được ghi nhận trong điều lệ, trong sổ đăng ký thành viên của doanh nghiệp.

Có thể nhận thấy, quyền đối với phần vốn góp trong doanh nghiệp mang đầy đủ đặc điểm của quyền tài sản theo quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành (có tính chất vô hình, có thể trị giá được thành tiền và được). Với tư cách là chủ sở hữu phần vốn góp, người góp vốn có các quyền sau: được phân chia lợi nhuận của doanh nghiệp tương ứng với tỷ lệ phần vốn góp; gánh chịu những nghĩa vụ tài sản tương ứng với tỷ lệ vốn góp; định đoạt phần vốn góp mình bằng cách chuyển nhượng, tặng cho theo quy định của pháp luật và điều lệ doanh nghiệp, được quyền tham gia hoạt động quản trị của doanh nghiệp (biểu quyết, kiểm tra, xem xét, tra cứu sổ ghi chép và theo

⁸⁰ Xem khoản 21 Điều 4 Luật Doanh nghiệp năm 2020.

dối các giao dịch, sổ kế toán, báo cáo tài chính hàng năm, biên bản họp và nghị quyết của hội đồng thành viên ...). Cần lưu ý, khi nhận thế chấp phần vốn góp trong doanh nghiệp, điều mà bên nhận thế chấp hướng đến là giá trị phần vốn góp⁸¹ chứ không phải quyền tham gia hoạt động quản trị của doanh nghiệp. Giá trị phần vốn góp này thể hiện quyền “đòi nợ” của bên góp vốn đối với doanh nghiệp nhận vốn góp, dù đó là phần vốn góp trong công ty trách nhiệm hữu hạn hay cổ phần trong công ty cổ phần.

Pháp luật Việt Nam hiện hành mới chỉ ghi nhận quyền của chủ sở hữu phần vốn góp trong doanh nghiệp được sử dụng phần vốn góp trong doanh nghiệp của mình làm tài sản bảo đảm thực hiện nghĩa vụ⁸². Tuy nhiên, chưa có quy định cụ thể về xử lý tài sản thế chấp là quyền đối với phần vốn góp trong doanh nghiệp, những thiếu sót này đã làm cho quyền đối với phần vốn góp trong doanh nghiệp “kém hấp dẫn” hơn những loại tài sản bảo đảm khác, gián tiếp gây khó khăn cho quá trình huy động vốn để phát triển sản xuất, kinh doanh của các chủ thể sở hữu. Vì vậy, trong các văn bản hướng dẫn thi hành BLDS năm 2015, Luật Doanh nghiệp cần sớm quy định chi tiết vấn đề này.

+ *Thế chấp tài khoản tiền gửi ngân hàng*: Tài khoản tiền gửi có thể là tài khoản tiết kiệm, tài khoản thanh toán hoặc bất kỳ loại tài khoản ngân hàng nào khác cho phép khách hàng gửi tiền vào và rút tiền ra khỏi tài khoản⁸³. Các giao dịch này được ghi lại trên sổ sách của ngân hàng và số dư thu từ khách hàng được ghi nhận là công nợ của ngân hàng và đại diện cho số tiền nợ của ngân hàng đang nợ và phải hoàn trả khách hàng. Một số ngân hàng có thể tính phí dịch vụ này, trong khi những ngân hàng khác có thể trả lãi cho khách hàng đối với số tiền gửi.

⁸¹ Điều 322 BLDS năm 2005 sử dụng thuật ngữ “quyền tài sản đối với phần góp vốn trong doanh nghiệp” đã dẫn tới cách hiểu có thể thế chấp quyền bỏ phiếu hay quyền được chia lợi nhuận hay được nhận cổ tức với tư cách thành viên hay cổ đông của doanh nghiệp trong khi đối tượng của giao dịch bảo đảm nhà làm luật muốn hướng đến là phần vốn góp.

⁸² Điều 15 Nghị định số 21/2021/NĐ-CP: “Chủ thể góp vốn được dùng cổ phần, phần vốn góp, quyền mua phần vốn góp hoặc lợi tức phát sinh từ cổ phần, phần vốn góp trong pháp nhân thương mại, pháp nhân phi thương mại là doanh nghiệp xã hội để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ theo quy định của pháp luật liên quan và điều lệ của pháp nhân (nếu có)”.

⁸³ Nguyễn Văn Ngọc, Từ điển kinh tế học, Đại học Kinh tế Quốc dân.

Pháp luật Việt Nam trước đây chỉ ghi nhận một BPBD duy nhất đối với số dư tài khoản ngân hàng, đó là cầm cố thẻ tiết kiệm⁸⁴. Theo tác giả, đây là cách nhìn nhận chưa chính xác, bởi các lý do sau: Cầm cố tài sản và thế chấp tài sản đều là các BPBD thực hiện nghĩa vụ được BLDS năm 2015. Điểm khác biệt cơ bản để phân biệt hai BPBD này là trong biện pháp cầm cố tài sản bên cầm cố sẽ chuyển giao tài sản thuộc sở hữu của mình cho bên nhận cầm cố nắm giữ để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ trước bên nhận cầm cố. Trái lại, trong biện pháp thế chấp tài sản, bên thế chấp chỉ cam kết dùng tài sản của mình để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ trước bên nhận thế chấp nhưng không chuyển giao tài sản thế chấp cho bên nhận thế chấp nắm giữ. Khi mở tài khoản tiết kiệm⁸⁵ tại các TCTD, khách hàng được cấp chứng chỉ tiền gửi hoặc thẻ tiết kiệm. Giữa các bên lúc này tồn tại một hợp đồng vay tài sản, theo đó, khách hàng là bên cho vay còn TCTD là bên vay. Bên cho vay sẽ có quyền yêu cầu bên đi vay trả nợ, bao gồm nợ gốc và tiền lãi theo thoả thuận trong hợp đồng khi hết kỳ hạn của hợp đồng vay. Quyền của khách hàng đang có được xác định là quyền tài sản (quyền đòi nợ).

Khi chưa hết kỳ hạn của hợp đồng vay, do có nhu cầu sử dụng vốn cấp bách, nếu khách hàng rút khoản tiền gửi tại các TCTD, khoản tiền gửi này sẽ được thanh toán theo khoản vay không xác định thời hạn với lãi suất rất thấp, gây thiệt hại cho khách hàng. Để giải quyết vấn đề này, khách hàng có thể sử dụng số dư trong tài khoản tiền gửi của mình làm tài sản bảo đảm để vay vốn của các nhân, pháp nhân khác hoặc của các TCTD. Nhà làm luật cần căn cứ vào chủ thể nhận bảo đảm để “định danh” cho quan hệ.

⁸⁴ Xem khoản 2, Điều 19, Nghị định số 163/2006/NĐ-CP.

⁸⁵ Hiện nay, có hai loại tài khoản ngân hàng thông dụng nhất là tài khoản thanh toán và tài khoản tiết kiệm. Tài khoản thanh toán là tài khoản khách hàng dùng để gửi tiền vào, sau đó, mặc định ủy quyền quản lý cho ngân hàng hoặc yêu cầu ngân hàng thanh toán các hóa đơn dịch vụ, chuyển rút tiền. Thông thường, tài khoản thanh toán được sử dụng để nhận lương, hoặc giao dịch kinh doanh... Tài khoản tiết kiệm là tài khoản ngân hàng mà khách hàng gửi tiền vào để đầu tư sinh lời. Tiền lời này khách hàng có thể nhận ngay khi gửi hoặc nhận định kỳ theo thoả thuận. Tài khoản tiết kiệm có thể được chia ra nhiều hạn mức, và không giới hạn số lượng đăng ký mở. Đối với số tiền tiết kiệm, nếu khách hàng rút sớm so với hạn định thì chỉ được trả lãi theo lãi suất gửi không kỳ hạn.

Trường hợp thứ nhất, nếu bên nhận bảo đảm là các cá nhân, pháp nhân hoặc TCTD không phải là ngân hàng cấp phát thẻ tiết kiệm thì đây là quan hệ thế chấp tài sản. Theo đó, chủ tài khoản, người đứng tên trên thẻ tiết kiệm, thế chấp quyền đòi nợ ngân hàng cấp phát thẻ tiết kiệm cho bên nhận thế chấp để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ. Tài sản bảo đảm mà bên nhận bảo đảm hướng đến ở đây là số dư trong tài khoản của khách hàng. Số dư thực dương của một tài khoản tiết kiệm thể hiện quyền được yêu cầu ngân hàng cấp phát hoàn trả lại số tiền gửi khi đến hạn thanh toán đã thoả thuận. Nói cách khác, nó mang bản chất của một quyền đòi nợ, vì vậy phải chịu sự điều chỉnh của quy định về thế chấp quyền đòi nợ nói chung.

Trường hợp thứ hai, nếu bên nhận bảo đảm là ngân hàng cấp phát thẻ tiết kiệm thì cần xác định đây là quan hệ cầm cố tài sản. Bởi, trong trường hợp này, khách hàng đã chuyển giao tài sản bảo đảm (khoản tiền tiết kiệm) cho bên nhận bảo đảm là ngân hàng nắm giữ. Khi có sự vi phạm nghĩa vụ trong hợp đồng vay vốn, ngân hàng sẽ ngay lập tức khấu trừ khoản tiền trong tài khoản tiết kiệm của khách hàng. Quan hệ bảo đảm trong trường hợp này phải chịu sự điều chỉnh của quy định về cầm cố tài sản.

+ *Thế chấp quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng mua bán nhà ở hình thành trong tương lai*: Trong quá trình áp dụng pháp luật hiện nay, nhiều trường hợp còn nhầm lẫn giữa việc thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai và thế chấp quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng mua bán nhà ở hình thành trong tương lai. Khái niệm “*nhà ở hình thành trong tương lai*” và “*quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng mua bán nhà ở hình thành trong tương lai*” là hai khái niệm khác nhau. Mặc dù trên thực tế chỉ tồn tại một thực thể vật chất duy nhất là nhà ở sẽ hình thành trong tương lai. Tuy nhiên, các bên có thể lựa chọn đối tượng của biện pháp thế chấp là thực thể vật chất (nhà ở hình thành trong tương lai) hoặc quyền tài sản. Nếu đối tượng thế chấp là căn nhà hình thành trong tương lai, thì vấn đề các bên quan tâm đến là giá trị của căn nhà hình thành trong tương lai. Nếu đối

tượng của biện pháp thế chấp là quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng mua bán nhà ở, thì điều các bên quan tâm là các quyền năng của bên mua (bên thế chấp) đối với chủ đầu tư dự án xây dựng nhà ở.

Việc lựa chọn đối tượng của biện pháp thế chấp liên quan đến nhà ở hình thành trong tương lai để bảo đảm cho các hợp đồng tín dụng phải đảm bảo nguyên tắc được Thông tư số 07/2019/TT-BTP ngày 25/11/2019 của Bộ Tư pháp đưa ra: *“Trường hợp đã đăng ký thế chấp quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng mua bán nhà ở thì không được đồng thời đăng ký thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai đó; nếu đã đăng ký thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai thì không được đồng thời đăng ký thế chấp quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng mua bán nhà ở”*⁸⁶. Nguyên tắc này một mặt đảm bảo quyền lợi cho người mua nhà ở hình thành trong tương lai của doanh nghiệp kinh doanh bất động sản được sử dụng làm tài sản bảo đảm vay vốn từ các TCTD. Mặt khác, nguyên tắc cũng đảm bảo cho việc bên thế chấp chỉ được phép thế chấp chính giá trị của căn nhà hình thành trong tương lai hoặc quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng mua bán nhà ở để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ đối với TCTD. Điều này sẽ góp phần hạn chế những tranh chấp phát sinh trong quá trình xử lý tài sản, tránh rủi ro cho các TCTD khi nhận thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai.

Pháp luật Việt Nam hiện hành không có quy định cụ thể về hình thức của thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai, điều này dẫn đến thực trạng các hợp đồng thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai khó hoặc không được công chứng; hoặc có thể được công chứng, đăng ký giao dịch bảo đảm nhưng sau đó cơ quan Nhà nước có thẩm quyền xác định việc công chứng, đăng ký giao dịch bảo đảm hợp đồng thế chấp tài sản này là không phù hợp với quy định của pháp luật. Nguyên nhân chính là do tài sản thế chấp tại thời điểm

⁸⁶ Xem Khoản 2 Điều 5 Thông tư số 07/2019/TT-BTP ngày 25/11/2019. Trước đây nguyên tắc này được quy định tại Khoản 1 Điều 11 Thông tư liên tịch số 09/2016/TTLT-BTP-BTNMT ngày 23/06/2016.

công chứng hợp đồng chưa được cấp giấy chứng nhận quyền sở hữu⁸⁷. Ngay cả khi các TCTD nhận thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai của doanh nghiệp kinh doanh bất động sản để cho vay vốn, TCTD và khách hàng cũng khó thực hiện được đầy đủ các thủ tục liên quan để hợp đồng này đảm bảo hiệu lực trên thực tế⁸⁸. Việc TCTD và khách hàng xác lập hợp đồng thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai nhưng chưa xác định được hiệu lực pháp lý của hợp đồng mang đến nhiều rủi ro cho các TCTD khi khách hàng không trả được các khoản nợ đến hạn hoặc rơi vào tình trạng mất khả năng thanh toán. Đây là nguyên nhân chính dẫn đến tình trạng các TCTD “hạn chế” nhận thế chấp loại tài sản này.

Từ thực tế tồn tại các rủi ro tiềm ẩn nêu trên, đối với người mua nhà ở hình thành trong tương lai thuộc dự án của doanh nghiệp kinh doanh bất động sản, nếu muốn vay vốn tại các TCTD, các TCTD thường lựa chọn giao kết hợp đồng thế chấp quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng mua bán nhà ở. Việc lựa chọn giao kết hợp đồng thế chấp quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng mua bán nhà ở có nhiều thuận tiện cho các TCTD như: hợp đồng dạng này không bắt buộc phải công chứng hay chứng thực; các TCTD dễ dàng đăng ký thế chấp tại Trung tâm đăng ký giao dịch bảo đảm; việc xử lý tài sản bảo đảm khi có sự vi phạm nghĩa vụ đơn giản hơn so với việc xử lý các loại tài sản khác...

2.2.2. Nhóm quyền tài sản đối với các đối tượng của quyền sở hữu trí tuệ

Tại Việt Nam, theo báo cáo của Công ty tư vấn thương hiệu Mibrand Việt Nam kết hợp với Brand Finance, giá trị thương hiệu của top 10 thương hiệu mạnh nhất Việt Nam tính đến năm 2022 là: Viettel (8,8 tỷ USD); VNPT (2,9 tỷ USD), Vinamilk (2,8 tỷ USD), Vinhomes (2,4 tỷ USD); Sabeco (1,5 tỷ USD), Agribank (1,4 tỷ USD), Vietcombank (1,3 tỷ USD), Petrolimex (1,3 tỷ

⁸⁷ Nguyễn Văn Phương và Mai Thị Thu, “Vướng mắc về thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai và quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng mua bán nhà ở”, Tạp chí Ngân hàng số 8/2014.

⁸⁸ Để đảm bảo tính hợp pháp của việc nhận thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai, các tổ chức tín dụng thường yêu cầu đăng ký biện pháp bảo đảm đối với loại giao dịch này. Tuy nhiên, khi đi đăng ký, Văn phòng đăng ký đất đai thường yêu cầu cung cấp hợp đồng thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai có công chứng. Thực tế thì các công chứng viên thường từ chối công chứng loại hợp đồng này bởi những rủi ro pháp lý có thể xảy ra.

USD), Vietinbank (1,1 tỷ USD) và Techcombank (0,9 tỷ USD)⁸⁹. Sự gia tăng về giá trị của các quyền sở hữu trí tuệ trong khối tài sản của doanh nghiệp đồng nghĩa với việc giảm tỷ lệ giá trị của các tài sản hữu hình. Đây là dấu hiệu chứng tỏ sự chuyển dịch kinh tế dựa trên nền kinh tế sản xuất sang nền kinh tế tri thức trên toàn thế giới. Dần dần các tài sản vô hình nói chung, trong đó có quyền sở hữu trí tuệ nói riêng sẽ thay thế cho các tài sản hữu hình của con người, hậu quả kéo theo là sự chuyển dịch thị trường cho vay có bảo đảm bằng các tài sản hữu hình thông thường sang cho vay có bảo đảm bằng quyền sở hữu trí tuệ.

Trước đây, BLDS năm 2005⁹⁰ đã liệt kê các quyền sở hữu trí tuệ được sử dụng để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ bao gồm: quyền tài sản phát sinh từ quyền tác giả, quyền sở hữu công nghiệp, quyền đối với giống cây trồng. Đến BLDS năm 2015 không còn liệt kê các quyền tài sản có thể sử dụng để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ. Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 và Luật sửa đổi bổ sung một số điều của Luật sở hữu trí tuệ năm 2009 và Luật sửa đổi bổ sung một số điều của Luật sở hữu trí tuệ năm 2019 cũng không đề cập tới việc thế chấp các đối tượng của quyền sở hữu trí tuệ. Luật sở hữu trí tuệ chỉ quy định việc chuyển nhượng quyền tác giả, quyền liên quan tại Điều 45 và Điều 46; việc định đoạt đối tượng sở hữu công nghiệp thông qua việc chuyển giao quyền sở hữu công nghiệp (điểm c, khoản 1, Điều 123 và từ điều 138 tới điều 150) và việc chuyển giao quyền đối với giống cây trồng (từ điều 192 tới điều 197).

Trong các văn bản quy phạm pháp luật hướng dẫn, thi hành Luật SHTT gồm: Nghị Định số 22/2018/NĐ-CP ngày 23/02/2018 Quy định chi tiết một số điều về biện pháp thi thành Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 và Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật sở hữu trí tuệ năm 2009 về Quyền tác giả và quyền liên quan⁹¹; Nghị định số 103/2006/NĐ-CP của Chính phủ ngày

⁸⁹ <https://vneconomy.vn/cong-bo-50-thuong-hieu-gia-tri-nhat-viet-nam-nam-2022.htm>

⁹⁰ Xem Điều 322 BLDS năm 2005.

⁹¹ Trước đây được quy định ở Nghị định 100/2006/NĐ-CP của Chính phủ ngày 21/09/2006 về việc quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Bộ luật Dân sự, Luật Sở hữu trí tuệ về quyền tác giả và quyền liên quan được bổ sung, sửa đổi năm 2011 và 2012.

22/09/2006 về việc quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật SHTT về sở hữu công nghiệp; Nghị định số 122/2010/NĐ-CP ngày 31/12/2010 sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 103/2006/NĐ-CP ngày 22/09/2006 của Chính Phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật SHTT về sở hữu công nghiệp; Nghị định số 88/2010/NĐ-CP của Chính phủ ngày 16/08/2010 quy định chi tiết, hướng dẫn thi hành một số điều của Luật SHTT và Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật SHTT về quyền đối với giống cây trồng đều không có bất cứ quy định nào hướng dẫn về việc nhận thế chấp các quyền tài sản đối với các đối tượng của quyền SHTT cũng như hậu quả pháp lý của việc nhận thế chấp quyền tài sản đối với các đối tượng của quyền SHTT để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ. Vô hình chung đã trở thành rào cản rất lớn đối với sự phát triển của một thị trường huy động vốn tiềm năng cho các cá nhân, doanh nghiệp Việt Nam. Do vậy cần sớm có những quy định hướng dẫn cụ thể về vấn đề này. Việc thiết lập được hệ thống pháp lý toàn diện, hoàn chỉnh về thế chấp quyền tài sản đối với các đối tượng của quyền SHTT có những ý nghĩa to lớn. Một mặt, giúp cho các cá nhân, doanh nghiệp tiếp cận được nguồn vốn vay từ các TCTD mà không cần dùng đến tài sản cố định để đảm bảo. Mặt khác cũng giúp cho các TCTD tránh được các rủi ro từ hợp đồng cho vay bằng việc xử lý quyền sở hữu trí tuệ đã thế chấp⁹².

2.2.3. Nhóm quyền tài phát sinh theo quy định của luật

2.2.3.1. Quyền sử dụng đất

Các quyền cơ bản của người sử dụng đất được quy định tại Điều 167 Luật Đất đai năm 2013, theo đó người sử dụng đất có quyền: chuyển đổi, chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê lại, thừa kế, tặng cho, thế chấp, góp vốn bằng quyền sử dụng đất. Để thực hiện quyền thế chấp quyền sử dụng đất, theo quy định tại khoản 1 Điều 188 Luật Đất đai năm 2013, người sử dụng đất được thực hiện quyền thế chấp quyền sử dụng đất khi có đủ các điều kiện sau:

⁹² Thực tế, do các rủi ro pháp lý mà tài sản sở hữu trí tuệ đem lại lớn hơn nhiều so với tài sản cố định. Các ngân hàng thương mại thường nhận thế chấp quyền sở hữu trí tuệ làm tài sản bảo đảm dự phòng bên cạnh việc nhận thế chấp tài sản hữu hình khác để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ.

Thứ nhất, có giấy chứng nhận quyền sử dụng đất

Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất là chứng thư pháp lý, do cơ quan nhà nước có thẩm quyền cấp cho người có quyền sử dụng đất xác nhận quyền sử dụng đất của người có quyền sử dụng đất⁹³. Để có thể thế chấp quyền sử dụng đất, người sử dụng đất phải là người có quyền sử dụng đất hợp pháp và đã được cơ quan nhà nước có thẩm quyền cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất. Theo quy định tại Điều 105 Luật Đất đai năm 2013, cơ quan nhà nước có thẩm quyền cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất là Ủy ban nhân dân (UBND) cấp tỉnh, và UBND cấp huyện. UBND cấp tỉnh cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất cho tổ chức, cơ sở tôn giáo; người Việt Nam định cư ở nước ngoài, doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài thực hiện dự án đầu tư; tổ chức nước ngoài có chức năng ngoại giao. UBND cấp huyện cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất cho hộ gia đình, cá nhân, cộng đồng dân cư, người Việt Nam định cư ở nước ngoài được sở hữu nhà ở gắn liền với quyền sử dụng đất ở tại Việt Nam.

Thứ hai, quyền sử dụng đất không có tranh chấp

Quyền sử dụng đất không có tranh chấp được hiểu là tại thời điểm thế chấp không có bất kỳ khiếu kiện, tranh chấp gì liên quan đến quyền sử dụng đất thế chấp. Theo quy định của pháp luật hiện hành, UBND cấp xã, phường, thị trấn nơi có đất là cơ quan có thẩm quyền xác nhận tình trạng quyền sử dụng đất không có tranh chấp. Trong trường hợp quyền sử dụng đất có tranh chấp, các giao dịch liên quan đến quyền sử dụng đất, bao gồm cả thế chấp quyền sử dụng đất sẽ không được thực hiện cho đến khi có quyết định giải quyết tranh chấp của cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Để bảo đảm quyền lợi hợp pháp của mình, trước khi nhận thế chấp quyền sử dụng đất, bên nhận thế

⁹³ Khoản 16 Luật Đất đai năm 2013 quy định: “Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất là chứng thư pháp lý để Nhà nước xác nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở, tài sản khác gắn liền với đất hợp pháp của người có quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và quyền sở hữu tài sản khác gắn liền với đất”.

chấp cần thẩm tra kỹ hồ sơ, tìm hiểu thông tin về quyền sử dụng đất thế chấp, có như vậy mới hạn chế được những rủi ro có thể xảy ra khi quyết định cho bên thế chấp vay vốn.

Thứ ba, quyền sử dụng đất không bị kê biên để bảo đảm thi hành án

Đây là một điều kiện cần thiết bởi ngay cả khi quyền sử dụng đất được xác định là hợp pháp (người sử dụng đất đã được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất), nhưng quyền sử dụng đất đó đang là đối tượng bị Cơ quan Thi hành án dân sự kê biên để đảm bảo thi hành án thì không được phép sử dụng là tài sản thế chấp. Quy định này góp phần bảo vệ quyền lợi hợp pháp, chính đáng của người nhận thế chấp và người có quyền thi hành án. Trường hợp các bên vẫn xác lập biện pháp thế chấp quyền sử dụng đất khi quyền sử dụng đất đã bị kê biên để đảm bảo thi hành án, thì giao dịch này sẽ được xác định là vô hiệu do vi phạm điều cấm của Luật.

Thứ tư, quyền sử dụng đất đem thế chấp phải còn thời hạn sử dụng đất

Do đặc thù của Việt Nam, đất đai là tài sản thuộc hình thức Sở hữu toàn dân⁹⁴. Các chủ thể như cá nhân, pháp nhân không có quyền sở hữu đất đai, mà chỉ được Luật Đất đai ghi nhận có quyền sử dụng đất. Nhà nước với tư cách là đại diện của hình thức Sở hữu toàn dân thực hiện việc giao đất, cho thuê đất đối với cá nhân, pháp nhân có thời hạn sử dụng. Hết thời hạn sử dụng đất, Nhà nước có thể thu hồi đất hoặc gia hạn tiếp tục sử dụng trong trường hợp người sử dụng đất có nhu cầu tiếp tục sử dụng và việc sử dụng đó phù hợp với quy hoạch sử dụng đất đã được phê duyệt. Do vậy, quyền sử dụng đất chỉ được đem thế chấp khi còn thời hạn sử dụng đất. Quy định này là hoàn toàn hợp lý, đảm bảo quyền lợi hợp pháp cho bên nhận thế chấp.

⁹⁴ Điều 197 BLDS năm 2015, Tài sản thuộc sở hữu toàn dân: “Đất đai, tài nguyên nước, tài nguyên khoáng sản, nguồn lợi ở vùng biển, vùng trời, tài nguyên thiên nhiên khác và các tài sản do Nhà nước đầu tư, quản lý là tài sản công thuộc sở hữu toàn dân do Nhà nước đại diện chủ sở hữu và thống nhất quản lý”.

Điểm bất cập trong quy định của Luật Đất đai năm 2013 là không cho phép cá nhân, hộ gia đình được Nhà nước cho thuê đất thu tiền thuê hàng năm sử dụng quyền sử dụng đất đó làm tài sản đảm bảo thế chấp vay vốn. Cụ thể, theo quy định tại điểm đ khoản 2 Điều 179 Luật Đất đai năm 2013, cá nhân, hộ gia đình được Nhà nước cho thuê đất thu tiền hàng năm chỉ được thế chấp tài sản của mình gắn liền với đất thuê tại TCTD hoạt động hợp pháp tại Việt Nam, tại tổ chức kinh tế khác hoặc cá nhân.

Dưới góc độ lý thuyết, quyền sử dụng đất là một loại quyền tài sản được BLDS năm 2015 ghi nhận tại Điều 115. Việc người sử dụng đất trả tiền thuê trước cho cả thời hạn thuê hay trả tiền thuê hàng năm là do thỏa thuận trong hợp đồng thuê đất với Nhà nước, điều này không làm thay đổi bản chất của hợp đồng thuê quyền sử dụng đất. Luật Đất đai năm 2013 căn cứ vào số tiền mà bên thuê đất đã trả cho thời hạn thuê để quy định cho chủ thể có quyền thế chấp quyền sử dụng đất đó hay không là không hợp lý. Thông thường, khi nhận thế chấp quyền sử dụng đất là đất thuê mà bên thế chấp đã trả tiền cho cả thời hạn thuê thực chất là thế chấp giá trị số tiền thuê đất đã được thanh toán trước. Tuy nhiên, giá trị thực của quyền sử dụng đất thế chấp không phải chỉ nằm ở tiền thuê đất đã trả trước nhiều năm hay trả từng năm mà còn nằm ở vị trí, quy hoạch, hình dáng thửa đất, diện tích sử dụng đất và quyền được tiếp tục thuê quyền sử dụng đất.

2.2.3.2. Quyền hưởng dụng và quyền bề mặt

Quyền hưởng dụng và quyền bề mặt là hai chế định mới lần đầu tiên được quy định trong BLDS năm 2015. Quyền hưởng dụng được hiểu là quyền của chủ thể (không phải là chủ sở hữu) được khai thác công dụng và hưởng hoa lợi, lợi tức từ tài sản thuộc sở hữu của người khác⁹⁵. Quyền bề mặt là quyền của một chủ thể đối với mặt nước, khoảng không gian trên mặt đất, mặt nước và lòng đất mà quyền sử dụng đất đó thuộc về chủ thể khác⁹⁶.

⁹⁵ Xem Điều 257 BLDS năm 2015.

⁹⁶ Xem Điều 267 BLDS năm 2015.

Mặc dù BLDS năm 2015 không có quy định, tuy nhiên do đặc tính của quyền hưởng dụng, đối tượng của quyền hưởng dụng phải là những “vật không tiêu hao”, điều này giúp cho chủ thể quyền bề mặt sau khi khai thác công dụng, hưởng hoa lợi, lợi tức có thể trả lại tại sản (đối tượng của quyền) cho chủ sở hữu. Khác với quyền hưởng dụng, đối tượng của quyền bề mặt luôn là bất động sản.

Thực tiễn tại Việt Nam hiện nay, việc nhận thế chấp quyền hưởng dụng, quyền bề mặt chưa thực hiện được. Có nhiều nguyên nhân dẫn đến tình trạng này: *Thứ nhất*, do thiếu vắng các quy định của pháp luật về thế chấp quyền bề mặt, quyền hưởng dụng. BLDS năm 2015 cũng như các văn bản hướng dẫn thi hành hiện nay đều không quy định một cách minh thị quyền hưởng dụng, quyền bề mặt có phải là quyền tài sản hay không. Mặc dù BLDS năm 2015 có quy định về quyền của người hưởng dụng được tự mình khai thác, thu hoa lợi, lợi tức từ đối tượng quyền hưởng dụng (khoản 1 Điều 261), hiểu theo nghĩa rộng thì người có quyền hưởng dụng hoàn toàn có thể thế chấp quyền hưởng dụng để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ, bởi quyền thế chấp nằm trong phạm vi thực hiện quyền sử dụng tài sản. Tuy nhiên, Điều 11 Nghị định 21/2021/NĐ-CP quy định thi hành BLDS về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ lại ghi nhận chủ thể quyền bề mặt, quyền hưởng dụng được sử dụng tài sản được tạo lập từ quyền bề mặt, quyền hưởng dụng để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ. Quy định này không khẳng định cũng không phủ định quyền bề mặt, quyền hưởng dụng có phải là quyền tài sản hay không. *Thứ hai*, các TCTD không dám mạo hiểm nhận thế chấp quyền hưởng dụng, quyền bề mặt bởi tính rủi pháp lý cao vì không thể đi đăng ký BPBĐ tại các cơ Nhà nước có thẩm quyền được; không có quy định cụ thể để xử lý khi bên thế chấp vi phạm nghĩa vụ...

Như đã phân tích trong Chương I, theo tác giả quyền bề mặt và quyền hưởng dụng là các dạng tồn tại khác nhau của quyền tài sản, chúng mang đầy đủ các tính chất của quyền tài sản: (i) mang lại những lợi ích kinh tế cụ thể cho chủ thể hưởng quyền và (ii) Có thể chuyển giao cho chủ thể khác thông qua

GDDS hoặc theo quy định của luật. Vì vậy, các quyền này hoàn toàn có thể được sử dụng làm tài sản đảm. Tuy nhiên, phạm vi các quyền hưởng dụng, quyền bề mặt nào được phép sử dụng làm tài sản bảo đảm cần phải xác định rõ và quy định cụ thể trong các văn bản hướng dẫn thi hành BLDS năm 2015.

Xét một cách tổng quát, pháp luật Việt Nam hiện hành ghi nhận quyền hưởng dụng và quyền bề mặt có thể phát sinh từ một GDDS hoặc từ quy định của luật. Đối với các quyền hưởng dụng, quyền bề mặt phát sinh từ GDDS có thể chia ra làm hai nhóm: (i) quyền hưởng dụng, quyền bề mặt được phát sinh thông qua một GDDS có đền bù và (ii) quyền hưởng dụng, quyền bề mặt phát sinh thông qua một GDDS không có đền bù (căn cứ phát sinh là hợp đồng không có đền bù hoặc di chúc). Với những quyền hưởng dụng, quyền bề mặt phát sinh từ các GDDS không có đền bù, chủ sở hữu và chủ thể quyền bề mặt, quyền hưởng dụng thường là những người có quan hệ gần gũi, gắn bó, thân thiết với nhau; việc chuyển giao quyền hoàn toàn mang tính chất tương trợ, giúp đỡ. Việc thực hiện quyền hưởng dụng, quyền bề mặt của chủ thể quyền ở góc độ nào đó ảnh hưởng trực tiếp đến quyền lợi của chủ sở hữu tài sản. Vì vậy, cần đặt ra cơ chế bảo vệ đặc biệt hơn cho chủ sở hữu tài sản. Các văn bản hướng dẫn thi hành BLDS năm 2015 cần quy định rõ phạm vi thực thi quyền của chủ thể quyền hưởng dụng, quyền bề mặt, trong trường hợp này việc thực hiện quyền chỉ nhằm mục đích phục vụ nhu cầu sống bình thường của họ.

Đối với những quyền hưởng dụng, quyền bề mặt phát sinh từ các GDDS có đền bù, để có được quyền hưởng dụng, quyền bề mặt, chủ thể quyền hưởng dụng, quyền bề mặt đã phải trả phí cho chủ sở hữu tài sản (căn cứ hình thành là quan hệ trái quyền). Vì lẽ đó, phạm vi thực thi quyền của chủ thể quyền hưởng dụng, quyền bề mặt trong trường hợp này cần phải được pháp luật ghi nhận “rộng hơn” phạm vi thực thi quyền của chủ thể quyền hưởng dụng, quyền bề mặt trong trường hợp xác lập quyền thông qua các GDDS không có đền bù. Cụ thể, các văn bản hướng dẫn thi hành BLDS năm 2015 cần quy định rõ, quyền hưởng dụng, quyền bề mặt là các quyền tài sản,

đồng thời cho phép chủ thể có được quyền hưởng dụng, quyền bề mặt thông qua một GDDS có đền bù, được phép chuyển nhượng, tặng cho, góp vốn, thế chấp và để thừa kế quyền hưởng dụng, quyền bề mặt cho chủ thể khác.

2.3. Hình thức và thời điểm có hiệu lực của thế chấp quyền tài sản

2.3.1. Hình thức của thế chấp quyền tài sản

Dưới góc độ khoa học pháp lý, khái niệm biện pháp thế chấp và khái niệm hợp đồng thế chấp là hai khái niệm độc lập, có nội hàm khác nhau. Theo đó, khái niệm biện pháp thế chấp được tiếp cận từ chức năng của nó là nhằm bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ trong hợp đồng. Biện pháp thế chấp được thực hiện bởi một chuỗi các hoạt động gồm: ký kết hợp đồng thế chấp, quản lý tài sản thế chấp, đăng ký BPBD, xử lý tài sản thế chấp... Khác với khái niệm biện pháp thế chấp, khái niệm hợp đồng thế chấp được sử dụng để chỉ hình thức thể hiện của biện pháp thế chấp. Nói cách khác, hình thức của biện pháp thế chấp là hợp đồng thế chấp.

Theo nghĩa thông thường, hình thức là toàn thể những gì làm thành mặt bề ngoài của sự vật, cái chứa đựng biểu hiện nội dung. Từ điển Tiếng Việt nhà xuất bản Đà Nẵng năm 2005 giải nghĩa: *“hình thức được hiểu là cái bên ngoài, cái chứa đựng nội dung”*⁹⁷. Nói cách khác, hình thức là công cụ nhằm biểu đạt nội dung, nếu nội dung không được thể hiện bằng một hình thức nhất định thì nội dung mãi chỉ là ý chí, mong muốn bên trong tiềm thức của con người. Hình thức của biện pháp thế chấp quyền tài sản có ý nghĩa rất lớn đối với đời sống xã hội. Một mặt, đây là sự ghi nhận thống nhất ý chí giữa bên thế chấp và bên nhận thế chấp về việc sử dụng một quyền tài sản cụ thể để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ. Mặt khác, nó là cách thức để công khai, truyền đạt thông tin đến các chủ thể khác trong xã hội biết về biện pháp thế chấp quyền tài sản đó.

BLDS năm 2005 trước đây có quy định bắt buộc về hình thức của biện pháp thế chấp nói chung, theo đó: *“Việc thế chấp tài sản phải được lập thành*

⁹⁷ Hoàng Phê (Cb) (2005), Từ điển Tiếng Việt, Nxb. Đà Nẵng, tr 809.

văn bản, có thể lập thành văn bản riêng hoặc ghi trong hợp đồng chính. Trong trường hợp pháp luật có quy định thì văn bản thể chấp phải được công chứng, chứng thực hoặc đăng ký”⁹⁸. Đến BLDS năm 2015 thì không còn quy định hình thức bắt buộc của biện pháp thế chấp. Tuy nhiên, với tính chất là một hợp đồng phụ, được hình thành từ sự thoả thuận của các bên và luôn đi kèm với hợp đồng chính (nghĩa vụ được bảo đảm), hình thức của thế chấp phải phù hợp với hình thức của hợp đồng chính, đồng thời tuân theo quy định chung về hình thức của GDDS quy định tại Điều 119 BLDS năm 2015. Theo đó, biện pháp thế chấp có thể được thể hiện dưới hình thức lời nói hoặc hình thức văn bản. Trong trường hợp pháp luật có quy định thế chấp phải được thể hiện dưới hình thức văn bản có công chứng, chứng thực, đăng ký thì các bên phải tuân theo.

Do tính chất phức tạp của biện pháp thế chấp quyền tài sản, khi giao kết đòi hỏi các chủ thể phải có hiểu biết cao về pháp luật cũng như có kinh nghiệm trong việc quản lý, định giá, xử lý tài sản thế chấp. Chính vì vậy hình thức xác lập hợp đồng thế chấp quyền tài sản bằng lời nói là không phù hợp với thực tiễn, tiềm ẩn nhiều rủi ro pháp lý cho các bên. Hình thức bằng văn bản là hình thức lý tưởng, phù hợp nhất cho việc giao kết các hợp đồng thế chấp quyền tài sản bởi nó có nhiều ưu điểm so với hình thức bằng lời nói. Ưu điểm của hình thức này là khả năng lưu giữ đầy đủ, chính xác nội dung các điều khoản mà các bên đã thoả thuận trong hợp đồng thế chấp quyền tài sản. Hợp đồng thế chấp dưới hình thức văn bản là chứng cứ hữu hiệu, chứng minh cho quyền lợi hợp pháp của các bên trước Toà án trong trường hợp có tranh chấp xảy ra.

Thông qua việc nghiên cứu các văn bản quy phạm pháp luật hiện hành về thế chấp tài sản bao gồm: BLDS năm 2015; Nghị định số 21/2021/NĐ-CP hướng dẫn thi hành BLDS về BPBĐ; Nghị định số 99/2022/NĐ-CP về đăng ký BPBĐ; Luật nhà ở năm 2014; Nghị định số 99/2015/NĐ-CP ngày 20/10/2015 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật nhà

⁹⁸ Xem Điều 343 BLDS năm 2005.

ở; Thông tư số 26/2015/TT-NHNN ngày 09/12/2015 của Ngân hàng Nhà nước Việt Nam 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; Luật Đất đai năm 2013... liên quan đến vấn đề nghiên cứu, tác giả nhận thấy có quy định về hình thức chung của các BPBD và có quy định riêng về hình thức của thế chấp quyền sử dụng đất⁹⁹ (điểm a khoản 3 Điều 167 Luật Đất đai năm 2013). Tuy nhiên cần phân biệt rõ giữa hình thức công chứng, chứng thực giao dịch với đăng ký biện pháp bảo đảm. Xuất phát từ mục đích, chức năng riêng của việc công chứng, chứng thực và đăng ký. Việc yêu cầu một hợp đồng phải công chứng hay chứng thực là để các bên suy nghĩ cẩn trọng hơn về việc ký kết hợp đồng và để người công chứng hay chứng thực hợp đồng kiểm tra tính hợp pháp của hợp đồng. Trong khi đó, mục đích của đăng ký hợp đồng là để công khai hợp đồng với người thứ ba. Đối với hợp đồng không được công chứng, chứng thực theo quy định thì hiệu lực của hợp đồng đối với các bên bị ảnh hưởng (vô hiệu hoặc không vô hiệu). Ngược lại, hợp đồng không được đăng ký trong trường hợp bắt buộc thì chỉ hiệu lực của hợp đồng đối với người thứ ba bị ảnh hưởng (đôi kháng hay không đôi kháng với người thứ ba)¹⁰⁰.

Dưới góc độ khoa học pháp lý, căn cứ vào đối tượng chịu tác động của quyền tài sản¹⁰¹, các quyền tài sản có thể được chia làm hai nhóm: (i) Nhóm quyền tài sản có đối tượng thực hiện là bất động sản (mang bản chất của bất động sản), ví dụ: quyền sử dụng đất, quyền hưởng dụng một ngôi nhà, quyền bề mặt...; (ii) Nhóm quyền tài sản có đối tượng thực hiện không phải bất động sản (mang bản chất của động sản), ví dụ: các quyền tài sản phát sinh từ

⁹⁹ Theo quy định tại Điều 500 của BLDS năm 2015, thế chấp quyền sử dụng đất là một dạng của hợp đồng về quyền sử dụng đất. Điều 502 quy định về hình thức chung của hợp đồng về quyền sử dụng đất.

¹⁰⁰ 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 02/2013.

¹⁰¹ Theo quy định của BLDS Pháp, phạm vi của một bất động sản có thể xác định bởi lý do có đối tượng trên bất động sản. Bất động sản này bao gồm các vật quyền (real rights) có liên quan đặc biệt tới bất động sản và các tổ quyền (actions) trước toà án để đòi các quyền đó và các tổ quyền đòi chiếm hữu bất động sản. Các vật quyền và tổ quyền này được coi là bất động sản vô hình (incorporel immovables).

hợp đồng, các quyền SHTT; quyền đối với phần vốn góp trong doanh nghiệp... Việc các văn bản quy phạm pháp luật hiện hành chỉ quy định hình thức bắt buộc bằng văn bản có công chứng hoặc chứng thực khi thế chấp quyền sử dụng đất là chưa hợp lý, không bao quát hết các quyền tài sản có cùng bản chất là bất động sản khi chúng cũng có thể được sử dụng để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ. Vì lẽ đó, trong các văn bản hướng dẫn thi hành BLDS năm 2015 cần bổ sung quy định bắt buộc về hình thức bằng văn bản có công chứng hoặc chứng thực khi thế chấp quyền hưởng dụng có đối tượng thực hiện trên bất động sản hoặc khi thế chấp quyền bề mặt.

2.3.2. Thời điểm có hiệu lực của thế chấp quyền tài sản

Kế thừa các quy định về thế chấp tài sản của BLDS năm 2005, BLDS năm 2015 tiếp cận biện pháp thế chấp dưới góc độ là một hợp đồng, thế chấp tài sản được hình thành từ sự thoả thuận giữa bên thế chấp và bên nhận thế chấp, theo đó bên thế chấp cam kết dùng tài sản thuộc sở hữu của mình để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ trước bên nhận thế chấp¹⁰². Với tính chất là một hợp đồng, để phát sinh hiệu lực pháp luật, thế chấp tài sản nói chung hay thế chấp quyền tài sản nói riêng phải đáp ứng đầy đủ các điều kiện có hiệu lực của GDDS nói chung được quy định tại Điều 117 BLDS năm 2015, bao gồm: (1) Điều kiện về chủ thể; (2) Điều kiện về mục đích và nội dung; (3) Điều kiện về tính tự nguyện và (4) Điều kiện về mặt hình thức. Trong trường hợp không đáp ứng đầy đủ các điều kiện này, hợp đồng thế chấp có thể bị tuyên vô hiệu.

Xét về thời điểm có hiệu lực của thế chấp quyền tài sản, căn cứ vào Điều 319, Điều 400, Điều 401 BLDS năm 2015, hợp đồng thế chấp quyền tài sản được giao kết hợp pháp có thể phát hiệu lực ở một trong ba thời điểm sau: (i) Thời điểm giao kết; (ii) Thời điểm các bên thoả thuận hoặc (iii) Thời điểm pháp luật quy định.

¹⁰² Xem Điều 317 BLDS năm 2015.

(i) *Thời điểm giao kết*: Đây là thời điểm các bên thỏa thuận xong về nội dung của hợp đồng thế chấp quyền tài sản hoặc khi bên đề nghị đã nhận được trả lời chấp nhận hợp lệ của bên được đề nghị¹⁰³. Việc xác định thời điểm giao kết hợp đồng thế chấp quyền tài sản dựa trên thuyết tuyên bố ý chí và thuyết tiếp nhận, tức là dựa vào hình thức công bố ý chí thể hiện sự thỏa thuận. Cụ thể: Nếu hợp đồng được giao kết bằng lời nói thì thời điểm giao kết là thời điểm các bên đã thỏa thuận xong về nội dung hợp đồng; Nếu hợp đồng giao kết bằng văn bản thì thời điểm giao kết là thời điểm bên sau cùng ký vào văn bản hay hình thức chấp nhận khác được thể hiện trên văn bản như điểm chỉ; Nếu các bên có thỏa thuận im lặng là sự trả lời chấp nhận giao kết hợp đồng trong một thời hạn thì thời điểm giao kết hợp đồng là thời điểm cuối cùng của thời hạn đó.

(ii) *Thời điểm do các bên thỏa thuận*: Về nguyên tắc, khi hợp đồng thế chấp quyền tài sản được xác lập hợp pháp sẽ phát sinh hiệu lực tại thời điểm giao kết. Tuy nhiên, các bên có thể thỏa thuận hợp đồng thế chấp quyền tài sản có hiệu lực tại một thời điểm khác thời điểm giao kết. Quy định này dựa trên cơ sở nguyên tắc cá nhân, pháp nhân xác lập, thực hiện, chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự của mình trên cơ sở tự do, tự nguyện cam kết, thỏa thuận (khoản 2 Điều 3 BLDS năm 2015). Các bên trong quan hệ hợp đồng hoàn toàn có quyền tự do thỏa thuận nội dung của hợp đồng, nên cũng có quyền tự do thỏa thuận thời điểm có hiệu lực của hợp đồng.

(iii) *Thời điểm pháp luật quy định*: Đối với những hợp đồng thế chấp quyền tài sản có đối tượng là loại quyền tài sản đặc biệt, cần phải được quản lý chặt chẽ khi chuyển dịch quyền sở hữu từ chủ thể này sang chủ thể khác¹⁰⁴, pháp luật có quy định riêng về thời điểm hợp đồng có hiệu lực là thời điểm hợp đồng được lập theo đúng hình thức nhất định, thì chỉ khi các bên đã tuân

¹⁰³ Xem Điều 400 BLDS năm 2015

¹⁰⁴ Việc chuyển dịch quyền sở hữu quyền tài sản thế chấp được thực hiện khi xử lý tài sản bảo đảm chứ không được thực hiện ở khâu giao kết hợp đồng thế chấp bởi đặc điểm của biện pháp thế chấp là không có sự chuyển giao tài sản thế chấp từ bên thế chấp sang cho bên nhận thế chấp.

theo hình thức đó, hợp đồng thế chấp quyền tài sản mới có hiệu lực. Ví dụ, hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất.

Liên quan đến thời điểm có hiệu lực của hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất, hiện nay còn nhiều cách hiểu khác nhau. Có quan điểm cho rằng, căn cứ vào điểm a khoản 3 Điều 167 Luật Đất đai năm 2013¹⁰⁵, hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất có hiệu lực tại thời điểm hợp đồng thế chấp được công chứng hoặc chứng thực. Có quan điểm khác lại cho rằng, hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất có hiệu lực tại thời điểm đăng ký tại cơ quan đăng ký căn cứ vào khoản 3 Điều 188 của Luật Đất đai năm 2013¹⁰⁶. Pháp luật của Cộng hòa dân chủ Nhân dân Trung Hoa cũng quy định cụ thể thời điểm phát sinh hiệu lực của thế chấp bất động sản là thời điểm đăng ký¹⁰⁷.

Theo tác giả, cần nhìn nhận hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất có hiệu lực tại thời điểm công chứng hoặc chứng thực hợp đồng bởi các lý do: *Thứ nhất*, về mặt hình thức của hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất, điểm a khoản 3 Điều 167 Luật Đất đai đã quy định minh thị phải được lập bằng văn bản có công chứng hoặc chứng thực. Căn cứ vào Điều 401 BLDS năm 2015, khi hợp đồng bắt buộc phải được thể hiện dưới một hình thức nhất định do luật chuyên ngành có quy định, thì thời điểm hoàn thiện về mặt hình thức của hợp đồng chính là thời điểm có hiệu lực của hợp đồng đó. *Thứ hai*, căn cứ vào khoản 1 Điều 5 Luật Công chứng năm 2014, “*Văn bản công chứng có hiệu lực kể từ ngày được công chứng viên ký và đóng dấu của tổ chức hành nghề công chứng*”, quy định này đồng nghĩa với việc khi công chứng viên thực hiện thủ tục công chứng vào hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất, hợp đồng

¹⁰⁵ Điểm a Khoản 3 Điều 167 Luật Đất đai năm 2013: “a) Hợp đồng chuyển nhượng, tặng cho, thế chấp, góp vốn bằng quyền sử dụng đất, quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền với đất phải được công chứng hoặc chứng thực, trừ trường hợp kinh doanh bất động sản quy định tại điểm b khoản này”.

¹⁰⁶ Khoản 3 Điều 188 Luật Đất đai năm 2013: “Việc chuyển đổi, chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê lại, thừa kế, tặng cho, thế chấp quyền sử dụng đất, góp vốn bằng quyền sử dụng đất phải đăng ký tại cơ quan đăng ký đất đai và có hiệu lực kể từ thời điểm đăng ký vào sổ địa chính”.

¹⁰⁷ Điều 209 BLDS Cộng hòa dân chủ nhân dân Trung Hoa năm 2020: “Việc tạo ra, thay đổi, chuyển nhượng hoặc chấm dứt quyền thực sự đối với bất động sản sẽ có hiệu lực khi đăng ký theo quy định của pháp luật và sẽ không có hiệu lực nếu không đăng ký, trừ khi pháp luật có quy định khác”.

này sẽ phát sinh hiệu lực. *Thứ ba*, mục đích của việc đăng ký hợp đồng thế chấp là nhằm công khai quyền của bên nhận thế chấp đối với tài sản thế chấp, việc các bên không đăng ký chỉ ảnh hưởng đến hiệu lực của hợp đồng liên quan đến người thứ ba (có phát sinh hiệu lực đối kháng hoặc không phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba). Nếu coi việc đăng ký là điều kiện có hiệu lực của hợp đồng thế chấp sẽ dẫn đến vô hiệu hoá sự thoả thuận của các bên, dẫn cho tại thời điểm giao kết hợp đồng thế chấp các bên đều có năng lực xác lập hợp đồng và hoàn toàn tự nguyện¹⁰⁸.

Khi đặt trong mối quan hệ với hợp đồng có nghĩa vụ được bảo đảm, trường hợp hợp đồng có nghĩa vụ được bảo đảm (hợp đồng chính) vô hiệu hoặc bị huỷ bỏ hoặc bị đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng mà các bên chưa thực hiện hợp đồng đó thì hợp đồng thế chấp (hợp đồng phụ)¹⁰⁹ không phát sinh hiệu lực pháp luật. Nếu các bên đã thực hiện một phần hoặc toàn bộ hợp đồng có nghĩa vụ được bảo đảm thì hợp đồng thế chấp không vô hiệu. Quy định này góp phần bảo vệ bên có quyền trong quan hệ hợp đồng có nghĩa vụ được bảo đảm (bên nhận thế chấp), bởi nhiều trường hợp khi hợp đồng đã được thực hiện một phần, sau đó bị Toà án tuyên vô hiệu. Việc pháp luật ghi nhận hợp đồng thế chấp trong trường hợp này không vô hiệu giúp cho bên nhận thế chấp tránh được những tổn thất vật chất do hành vi vi phạm nghĩa vụ của bên thế chấp gây ra. Ở góc độ ngược lại, do hợp đồng thế chấp là một hợp đồng phụ nên khi hợp đồng thế chấp bị tuyên vô hiệu hoặc bị huỷ bỏ hoặc bị đơn phương chấm dứt thực hiện, hợp đồng có nghĩa vụ được bảo đảm không chấm dứt hiệu lực, trừ trường hợp các bên có thoả thuận. Trong những trường hợp hợp đồng thế chấp tài sản không đương nhiên chấm dứt theo sự chấm dứt của hợp đồng có nghĩa vụ được bảo đảm thì bên nhận thế chấp có quyền xử lý

¹⁰⁸ Nguyên tắc cần được đặt ra ở đây là: Đối với những hợp đồng chỉ liên quan đến quyền và nghĩa vụ của các bên chủ thể, thì chỉ cần sự thống nhất ý chí giữa các bên là hợp đồng đã phát sinh hiệu lực. Đối với những hợp đồng còn liên quan đến lợi ích của các chủ thể khác, lợi ích chung thì mới cần bắt buộc có cơ chế công bố quyền; khi đó cần phải được công chứng hoặc đăng ký để Nhà nước quản lý. Sau khi bảo đảm lợi ích chung, lợi ích riêng của các bên trong hợp đồng mới được pháp luật bảo vệ.

¹⁰⁹ Điều 402 BLDS năm 2015: “Hợp đồng chính là hợp đồng mà hiệu lực không phụ thuộc vào hợp đồng phụ. Hợp đồng phụ là hợp đồng mà hiệu lực phụ thuộc vào hợp đồng chính”.

tài sản thế chấp để đảm bảo nghĩa vụ hoàn trả, nghĩa vụ bồi thường thiệt hại của bên thế chấp đối với mình.

2.4. Đăng ký thế chấp quyền tài sản

Thế chấp tài sản là một biện pháp chứa đựng cả yếu tố trái quyền và cả yếu tố vật quyền, chúng tương hỗ cho nhau để thực hiện tốt nhất chức năng bảo đảm của mình. Tính chất trái quyền của biện pháp thế chấp được thể hiện thông qua hợp đồng thế chấp xác lập giữa bên thế chấp với bên nhận thế chấp. Hợp đồng thế chấp chỉ phát sinh hiệu lực pháp luật khi đã tuân thủ đầy đủ các điều kiện có hiệu lực của một hợp đồng nói chung, gồm: (i) Điều kiện về chủ thể; (ii) Điều kiện về mục đích, nội dung không được vi phạm điều cấm của Luật, trái đạo đức xã hội; (iii) Điều kiện về ý chí tự nguyện và (iv) Điều kiện về hình thức phải phù hợp trong trường hợp pháp luật có quy định¹¹⁰. Trên cơ sở một hợp đồng thế chấp hợp pháp (mang bản chất của quan hệ trái quyền), khi phát sinh hiệu lực pháp luật bên nhận thế chấp được thiết lập các quyền theo Luật định lên trên tài sản thế chấp (các quyền này mang tính chất vật quyền). Tính chất vật quyền này được thể hiện thông qua các quyền trực tiếp của bên nhận thế chấp đối với tài sản thế chấp¹¹¹. Cần lưu ý, tính chất vật quyền ở đây khác với tính chất vật quyền trong quyền sở hữu, các quyền khác đối với tài sản mà BLDS năm 2015 ghi nhận. Bên nhận thế chấp chỉ quan tâm đến giá trị kinh tế của tài sản thế chấp mà không quan tâm đến việc trực tiếp khai thác công dụng, hưởng hoa lợi, lợi tức từ tài sản thế chấp. Để các vật quyền này được tôn trọng thì sự hiện hữu của nó phải được toàn thể xã hội biết đến một cách rõ ràng. Theo kinh nghiệm của các quốc gia phát triển trên thế giới, cách tốt nhất để cho toàn thể xã hội đều biết đến sự tồn tại của các vật quyền là xây dựng một hệ thống đăng ký vật quyền hoàn chỉnh để bất kỳ

¹¹⁰ Khi xem xét hiệu lực của hợp đồng thế chấp cần đặt trong môi quan hệ về hiệu lực giữa hợp đồng chính với hợp đồng phụ. Ở đây hợp đồng thế chấp được coi là hợp đồng phụ, hợp đồng vay được coi là hợp đồng chính.

¹¹¹ Vật quyền được hiểu là các quyền “trực tiếp kiểm soát hoặc định đoạt một vật” để cho một người sử dụng và hưởng lợi riêng.

chủ thể nào cũng có thể tiếp cận. Một khi đã được đăng ký, các vật quyền coi như được toàn xã hội biết đến¹¹².

Dưới góc độ khoa học pháp lý, căn cứ vào mục đích của đăng ký, việc đăng ký liên quan đến tài sản có thể chia làm hai loại: Đăng ký xác lập quyền đối với tài sản (có thể là quyền sở hữu, quyền hưởng dụng, quyền đối với bất động sản liền kề...) và đăng ký giao dịch. Đăng ký xác lập quyền sở hữu đối với tài sản là việc kê khai, ghi nhận tình trạng pháp lý của tài sản tại cơ quan quản lý Nhà nước, nhằm mục đích để Nhà nước công nhận quyền sở hữu tài sản của chủ thể đăng ký. Ở Việt Nam cơ chế đăng ký xác lập quyền sở hữu đối với tài sản được áp dụng cho việc đăng ký đất đai¹¹³, các tài sản khác gắn liền với đất đai; quyền sở hữu công nghiệp đối với sáng chế, kiểu dáng công nghiệp, nhãn hiệu.... Khác với đăng ký xác lập quyền sở hữu đối với tài sản, đăng ký giao dịch là việc cơ quan tiếp nhận đăng ký lưu lại thông tin giao dịch (ghi vào sổ đăng ký hoặc nhập vào cơ sở dữ liệu) nhằm đảm bảo thực hiện quyền và nghĩa vụ của các bên trên cơ sở nội dung của giao dịch, phù hợp với quy định của pháp luật. Cơ chế đăng ký giao dịch được áp dụng cho việc đăng ký BPBĐ¹¹⁴ thực hiện nghĩa vụ, đăng ký các quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng...

Khi căn cứ vào đối tượng chịu tác động của quyền tài sản¹¹⁵, các quyền tài sản trong hệ thống pháp luật Việt Nam có thể được chia làm hai nhóm: nhóm quyền tài sản có đối tượng thực hiện là bất động sản (mang bản chất của bất động sản), ví dụ: quyền sử dụng đất, quyền hưởng dụng một ngôi nhà,

¹¹² Bên cạnh xây dựng hệ thống đăng ký vật quyền, pháp luật của các quốc gia trên thế giới còn quan tâm đến hình thức, thủ tục và các điều kiện chuyển giao vật quyền. Trong giới chùng mực nào đó, các thủ tục và điều kiện chuyển giao vật quyền được quy định chặt chẽ hơn so với việc thiết lập quan hệ trái quyền.

¹¹³ Khoản 15 Điều 3 Luật Đất đai năm 2013: “15. Đăng ký đất đai, nhà ở, tài sản khác gắn liền với đất là việc kê khai và ghi nhận tình trạng pháp lý về quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở, tài sản khác gắn liền với đất và quyền quản lý đất đối với một thửa đất vào hồ sơ địa chính”.

¹¹⁴ Khoản 1 Điều 3 Nghị định số 102/2019: Đăng ký biện pháp bảo đảm như sau: “Đăng ký biện pháp bảo đảm là việc cơ quan đăng ký ghi vào sổ đăng ký hoặc nhập vào cơ sở dữ liệu về việc bên bảo đảm dùng tài sản để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ đối với bên nhận bảo đảm”.

¹¹⁵ Theo quy BLDS Pháp, phạm vi của một bất động sản có thể xác định bởi lý do có đối tượng trên bất động sản. Bất động sản này bao gồm các vật quyền (real rights) có liên quan đặc biệt tới bất động sản và các tổ quyền (actions) trước toà án để đòi các quyền đó và các tổ quyền đòi chiếm hữu bất động sản. Các vật quyền và tổ quyền này được coi là bất động sản vô hình (incorporel immovables).

quyền bề mặt...; nhóm quyền tài sản có đối tượng thực hiện không phải bất động sản (mang bản chất của động sản), ví dụ: các quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng, các quyền SHTT; quyền đối với phần vốn góp trong doanh nghiệp... Với nhóm quyền tài sản có đối tượng thực hiện trên bất động sản thì trình tự, thủ tục, hệ thống cơ quan đăng ký thế chấp các quyền tài sản này cần thiết lập theo quy định về đăng ký bất động sản. Tương tự, với nhóm quyền tài sản có đối tượng thực hiện không phải bất động sản (mang tính chất của động sản) thì trình tự, thủ tục, hệ thống cơ quan đăng ký thế chấp cần thiết lập theo trình tự đăng ký đối với động sản.

* *Đăng ký theo cơ chế đăng ký động sản*: Tham khảo pháp luật một số quốc gia trên thế giới, các quốc gia thường không có luật riêng quy định về đăng ký động sản. Những nội dung về đăng ký động sản được quy định trong nhiều luật khác nhau như BLDS, Luật về công chứng và các luật có liên quan... Tùy từng quốc gia, việc đăng ký động sản được thực hiện theo nguyên tắc đăng ký thông báo hoặc đăng ký xác minh: (i) *Nguyên tắc đăng ký thông báo*: Theo nguyên tắc đăng ký thông báo, việc đăng ký được thực hiện trên cơ sở đơn yêu cầu đăng ký của người nộp đơn, không kèm theo bất kỳ giấy tờ chứng minh cho các nội dung được kê khai trong đơn đăng ký. Nhiệm vụ của cơ quan đăng ký là đăng ký đúng, dù các nội dung được kê khai trong đơn yêu cầu đăng ký¹¹⁶. Nguyên tắc đăng ký thông báo thường được áp dụng đối với việc đăng ký các quyền xác lập trên động sản hoặc các giao dịch bảo đảm có đối tượng bằng động sản; (ii) *Nguyên tắc đăng ký xác minh*: Theo nguyên tắc đăng ký xác minh, việc đăng ký được thực hiện trên cơ sở đơn yêu cầu đăng ký của người nộp đơn; tùy từng trường hợp cụ thể người nộp đơn còn phải cung cấp kèm theo một số loại giấy tờ chứng minh quyền của mình như: giấy chứng nhận sở hữu tài sản, hồ sơ kỹ thuật của tài sản thế chấp, hợp

¹¹⁶ Mô hình đăng ký thông báo được thực hiện ở Mỹ và Canada (theo chương 9 Bộ luật thương mại thống nhất - UCC) - Báo cáo rà soát pháp luật về đăng ký tài sản, Cục đăng ký giao dịch bảo đảm, Bộ Tư pháp.

đồng thể chấp... Quy trình đăng ký theo nguyên tắc đăng ký xác minh đòi hỏi sự kiểm tra của cán bộ đăng ký đối với các hồ sơ đăng ký. Việc đăng ký xác minh thường áp dụng đối với đăng ký các giao dịch bảo đảm bằng bất động sản, chỉ trong một số trường hợp được áp dụng đối với động sản là tàu bay, tàu biển... Ví dụ như ở Đức, việc đăng ký giao dịch bảo đảm bằng tàu bay, tàu thủy do các Tòa án địa phương thực hiện dựa trên và theo các nguyên tắc về đăng ký bất động sản¹¹⁷.

* *Đăng ký theo cơ chế đăng ký bất động sản*: Tham khảo pháp luật của các quốc gia trên thế giới, luật về đăng ký bất động sản đã được hình thành sớm và đã trải qua một quá trình phát triển lâu dài, cụ thể: Nhật Bản ban hành Luật Đăng ký bất động sản năm 1899; Hàn Quốc ban hành Luật Đăng ký bất động sản năm 1960; Pháp ban hành Nghị định về cơ chế công bố các giao dịch về bất động sản năm 1955 (Nghị định ngày 4/1/1955). Cộng hòa Liên bang Đức ban hành Luật về Đăng ký bất động sản năm 1897 (ngày 24/03/1897) và sửa đổi, bổ sung năm 2004 (ngày 9/12/2004)¹¹⁸... Ở Việt Nam hiện nay chưa có Luật đăng ký tài sản nói chung cũng như luật đăng ký về bất động sản nói riêng, các quy định về đăng ký bất động sản nằm rải rác ở các luật chuyên ngành như: Luật Nhà ở, Luật Đất đai; Nghị định số 99/2022/NĐ-CP về đăng ký BPĐ có thể nhận thấy việc xây dựng hệ thống pháp luật về đăng ký tài sản nói chung và đăng ký giao dịch (đăng ký các quyền phát sinh từ hợp đồng) nói riêng là hoạt động hết sức cần thiết, mang nhiều ý nghĩa.

Xét về giá trị pháp lý của việc đăng ký, tùy thuộc vào hệ thống đăng ký bất động sản của từng quốc gia, việc đăng ký đối với bất động sản có thể có giá trị pháp lý khác nhau. Tuy nhiên về cơ bản, chúng có hai ý nghĩa: *Một là*, việc đăng ký là căn cứ phát sinh hiệu lực đối kháng đối với người thứ ba; *Hai*

¹¹⁷ Bộ Tư Pháp, “Báo cáo kết quả rà soát pháp luật về Đăng ký tài sản” năm 2017.

¹¹⁸ Bộ Tư Pháp, “Báo cáo kết quả rà soát pháp luật về Đăng ký tài sản” năm 2017.

là, việc đăng ký là điều kiện làm phát sinh quyền đối với bất động sản. Đối với việc đăng ký chỉ làm phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba, pháp luật của Nhật Bản quy định theo hướng này. Tuy nhiên, Luật Đăng ký bất động sản của Nhật Bản không quy định trực tiếp về giá trị pháp lý của việc đăng ký mà quy định gián tiếp thông qua quy định về thứ tự ưu tiên của các quyền được đăng ký¹¹⁹. Đối với việc đăng ký là điều kiện làm phát sinh quyền đối với bất động sản, pháp luật của Cộng hòa liên bang Nga¹²⁰, pháp luật của Cộng hòa nhân dân Trung Hoa¹²¹ quy định theo hướng này.

Tựu chung lại, việc bắt buộc phải đăng ký khi thế chấp một tài sản nói chung (bao gồm cả các quyền tài sản) có nhiều ý nghĩa: (i) Là điều kiện phát sinh quyền của chủ thể đối với tài sản thế chấp; (ii) Xác định thời điểm phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ 3; (iii) Giúp cho việc quản lý bất động sản nói chung và các quyền khác được thiết lập trên bất động sản nói riêng một cách dễ dàng, từ đó Nhà nước có thể xây dựng được các chính sách về thuế đối với tài sản, gián tiếp phòng chống được tham nhũng; (iv) Tạo cơ sở pháp lý để để Tòa án giải quyết các tranh chấp phát sinh trên thực tiễn. Tuy nhiên, trong khuôn khổ của luật thực định Việt Nam hiện nay, liên quan đến các quyền tài sản được sử dụng làm tài sản thế chấp, mới chỉ yêu cầu bắt buộc đăng ký khi sử dụng quyền sử dụng đất làm tài sản thế chấp là chưa hợp lý, không bao quát hết các loại quyền tài sản có cùng bản chất là bất động sản như quyền bề mặt, quyền hưởng dụng thực hiện trên bất động sản. Bên cạnh đó, nghị định này cũng chưa quy định rõ trong trường hợp các bên không

¹¹⁹ Điều 6 Luật Đăng ký Bất động sản Nhật Bản.

¹²⁰ Điều 3 Luật Đăng ký bất động sản Liên Bang Nga: “Việc đăng ký nhà nước các quyền đối với bất động sản và các giao dịch về bất động sản (dưới đây gọi là đăng ký Nhà nước các quyền) là sự kiện pháp lý được công nhận và chứng thực bởi nhà nước sự phát sinh, hạn chế, dịch chuyển hoặc chấm dứt các quyền đối với bất động sản theo quy định của Bộ luật Dân sự Liên bang Nga. Đăng ký nhà nước là chứng cứ duy nhất về sự tồn tại của quyền đăng ký. Quyền đăng ký đối với bất động sản chỉ có thể bị tranh chấp theo thủ tục thông qua Tòa án”.

¹²¹ Điều 9 Luật về quyền sở hữu tài sản Cộng hòa nhân dân Trung Hoa: “Việc thiết lập, thay đổi, chuyển nhượng và hủy bỏ quyền tài sản đối với bất động sản phải được đăng ký theo đúng quy định của pháp luật thì mới có hiệu lực; nếu không đăng ký thì không có hiệu lực, trừ trường hợp pháp luật có quy định khác”.

đăng ký BPBĐ khi thế chấp quyền sử dụng đất có dẫn đến hậu quả là hợp đồng thế chấp vô hiệu hay không?

Thông qua việc nghiên cứu pháp luật Việt Nam hiện hành, liên quan đến đăng ký thế chấp quyền tài sản, tác giả nhận thấy việc đăng ký tài sản nói chung và đăng ký giao dịch nói riêng hiện nay đang được quy định bởi rất nhiều các văn bản quy phạm khác nhau, gồm: Luật đất đai năm 2013; Luật nhà ở năm 2014; Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 (sửa đổi, bổ sung năm 2009); Nghị định số 21/2021/NĐ-CP; Nghị định số 99/2022/NĐ-CP... Các quy định về đăng ký thế chấp quyền tài sản chưa có sự thống nhất về trình tự, thủ tục; hiệu lực của việc đăng ký (đăng ký là cơ sở để xác lập quyền hay đăng ký để phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba? Việc đăng ký tự nguyện hay bắt buộc?), cơ quan quản lý cung cấp thông tin về BPBĐ... Theo quy định của pháp luật hiện nay, cơ quan có thẩm quyền đăng ký, cung cấp thông tin về BPBĐ gồm: (i) Cục Hàng không Việt Nam trực thuộc Bộ Giao thông vận tải thực hiện đăng ký, cung cấp thông tin về BPBĐ bằng tàu bay; (ii) Cục Hàng hải Việt Nam hoặc Chi cục hàng hải, Cảng vụ hàng hải theo phân cấp của Cục Hàng hải Việt Nam trực thuộc Bộ Giao thông vận tải thực hiện đăng ký, cung cấp thông tin về BPBĐ bằng tàu biển; (iii) Chi nhánh Văn phòng đăng ký đất đai và Văn phòng đăng ký đất đai trực thuộc Sở Tài nguyên và Môi trường thực hiện đăng ký, cung cấp thông tin về BPBĐ bằng quyền sử dụng đất, tài sản gắn liền với đất; (iv) Trung tâm Đăng ký giao dịch, tài sản của Cục Đăng ký quốc gia giao dịch bảo đảm thuộc Bộ Tư pháp thực hiện đăng ký, cung cấp thông tin về BPBĐ bằng động sản và các tài sản khác.

Trong bối cảnh hiện nay, việc thống nhất một cơ quan đăng ký như mô hình của Nhật Bản, Hàn Quốc là không khả thi. Do đó, các cơ quan có thẩm quyền đăng ký và cung cấp thông tin về BPBĐ nên để nguyên như mô hình hiện nay. Tuy nhiên cần thu gọn đầu mối quản lý, có thể giao cho Bộ Tư pháp quản lý chung trong cả nước. Bên cạnh đó, cần xây dựng một cơ chế đồng bộ

hoá thông tin giữa các cơ quan quản lý. Một mặt, bảo đảm sự công khai, minh bạch các thông tin của tài sản. Mặt khác, việc đồng bộ hoá và công khai thông tin của tài sản sẽ giúp cho các cơ quan chức năng, các cá nhân và pháp nhân khác trong xã hội dễ dàng tiếp cận, giám sát hoạt động này.

2.5. Xử lý quyền tài sản thế chấp

Xử lý quyền tài sản thế chấp là quá trình thực thi quyền của bên nhận thế chấp thông qua việc tiến hành các thủ tục nhằm định đoạt quyền tài sản thế chấp. Số tiền thu được từ việc định đoạt quyền tài sản thế chấp sau khi trừ đi các chi phí cho việc bảo quản và bán quyền tài sản thế chấp sẽ được thanh toán cho bên nhận thế chấp và các chủ thể khác cùng có quyền lợi trên quyền tài sản đó theo thứ tự ưu tiên theo quy định của pháp luật. Chính vì vậy, kết quả của việc xử lý quyền tài sản thế chấp không những ảnh hưởng đến lợi ích của các bên trong quan hệ thế chấp mà còn có thể ảnh hưởng đến lợi ích của những chủ thể khác có liên quan đến quyền tài sản thế chấp. Do đó, việc xử lý quyền tài sản thế chấp phải được tiến hành theo những quy định cụ thể pháp luật.

2.5.1. Đặc thù của hoạt động xử lý tài sản thế chấp là quyền tài sản

Do đặc điểm về mặt vật lý, các quyền tài sản luôn tồn tại dưới dạng vô hình, chính vì vậy việc xử lý tài sản thế chấp là quyền tài sản cũng mang những nét đặc thù riêng so với việc xử lý tài sản thế chấp là các vật hữu hình. Để có thể xử lý được tài sản thế chấp là vật hữu hình, bên nhận thế chấp và các chủ thể có liên quan luôn quan tâm đến việc chiếm hữu thực tế (chiếm hữu vật chất) tài sản thế chấp. Việc chiếm hữu thực tế tài sản thế chấp trong trường hợp này là tiền đề thực hiện các hoạt động tiếp theo liên quan đến quá trình xử lý tài sản thế chấp như thẩm định giá tài sản thế chấp, tổ chức bán đấu giá tài sản... Tuy nhiên, khi xử lý tài sản thế chấp là quyền tài sản, bên nhận thế chấp và các chủ thể có liên quan lại quan tâm nhiều đến việc tiếp nhận các lợi ích vật chất từ người thứ ba (khi nhận thế chấp quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng) hoặc các thủ tục pháp lý sang tên, đăng ký quyền sở hữu đối với quyền tài sản thế chấp trong trường hợp bên thế chấp vi phạm nghĩa

vụ, không hợp tác trong việc xử lý tài sản bảo đảm (khi nhận thế chấp quyền sử dụng đất, quyền SHTT).

Dưới góc độ khoa học pháp lý, dựa trên căn cứ xác lập quyền, các quyền tài sản có thể được phân làm ba nhóm: (i) Các quyền tài sản phát sinh từ GDDS. Nhóm quyền tài sản này có thể được phát sinh từ các hợp các đồng hoặc hành vi pháp lý đơn phương, mang đặc điểm của quyền đối nhân, bao gồm: quyền đòi nợ phát sinh từ hợp đồng vay tài sản, quyền yêu cầu thanh toán phát sinh từ hợp đồng mua bán tài sản, quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng bảo hiểm nhân thọ, quyền đối với phần vốn góp trong doanh nghiệp...; (ii) Các quyền tài sản phát sinh từ hoạt động lao động sáng tạo của con người, các quyền này được ghi nhận trong luật SHTT, bao gồm: quyền tài sản trong phạm vi của quyền tác giả và các quyền liên quan; quyền tài sản đối với đối tượng sở hữu công nghiệp và quyền tài sản đối với giống cây trồng; (iii) Các quyền tài sản phát sinh trên cơ sở quy định của Luật, các quyền tài sản dạng này mang đặc điểm của quyền đối vật, bao gồm: quyền sử dụng đất, quyền bề mặt, quyền hưởng dụng và quyền địa dịch... Mỗi nhóm quyền tài sản này đều mang những đặc điểm riêng biệt đòi hỏi việc xây dựng các quy định pháp luật liên quan đến quá trình xử lý chúng khi chúng được sử dụng làm tài sản bảo đảm là khác nhau. Đối với quy trình xử lý các quyền tài sản bảo đảm thuộc nhóm (i), do các quyền này luôn liên quan đến chủ thể thứ ba (là bên có nghĩa vụ đối với bên thế chấp), vì vậy các quy định của pháp luật cần tạo điều kiện thuận lợi để bên nhận thế chấp tiếp nhận việc thực hiện nghĩa vụ từ người thứ ba, đồng thời phải ràng buộc nghĩa vụ của người thứ ba đối với bên nhận thế chấp trên cơ sở bảo vệ quyền, lợi ích chính đáng của người thứ ba. Đối với quy trình xử lý quyền tài sản thuộc nhóm (ii), đặc thù của nhóm quyền này là những độc quyền khai thác tài sản trí tuệ của chủ sở hữu, trong một số trường hợp, quyền SHTT chỉ được pháp luật bảo vệ khi đã được đăng ký tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Vì vậy, các quy định của pháp luật cần tạo điều kiện thuận lợi cho việc đăng ký quyền của bên nhận thế chấp (trong trường hợp

bên nhận thế chấp nhận chính tài sản thế chấp thay thế cho thế cho nghĩa vụ trả nợ) hoặc của người mua tài sản thế chấp là quyền SHTT. Đối với quy trình xử lý các quyền tài sản bảo đảm thuộc nhóm (iii), đặc điểm của các quyền tài sản thuộc nhóm này là luôn được thực hiện trên một tài sản hữu hình của chủ thế khác, vì vậy pháp luật cần có các quy định cụ thể liên quan đến việc thu giữ tài sản hữu hình (là đối tượng của các quyền tài sản), song song với việc hoàn thiện các quy định hướng dẫn về thủ tục đăng ký quyền cho bên nhận thế chấp hoặc người sẽ mua quyền tài sản thế chấp...

Hiện nay, các văn bản quy phạm pháp luật hiện hành đã đề cập đến việc xử lý tài sản thế chấp là quyền đòi nợ, khoản phải thu, quyền yêu cầu thanh toán; giấy tờ có giá, chứng khoán, số dư tiền gửi (Điều 54 Nghị định 21/2021/NĐ-CP); xử lý tài sản thế chấp là quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng mua bán nhà ở hình thành trong tương lai (Điều 7 Thông tư liên tịch số 16/2014/TTLT-BTP-BTNMT-NHNN); xử lý tài sản bảo đảm là quyền sử dụng đất Điều 52 Nghị định 21/2021/NĐ-CP); xử lý quyền sử dụng đất trong trường hợp đã đăng ký hợp đồng thế chấp trước khi cơ quan nhà nước có thẩm quyền thu hồi theo quy định của pháp luật (Điều 6 Thông tư liên tịch số 16/2014/TTLT-BTP-BTNMT-NHNN); và xử lý tài sản bảo đảm nói chung (từ Điều 49 đến Điều 59 Nghị định số 21/2021/NĐ-CP). Có thể thấy, do chưa nhận thức được một cách đầy đủ, đúng đắn đặc thù của quyền tài sản, pháp luật Việt Nam hiện nay thiếu vắng nhiều quy định liên quan đến xử lý tài sản bảo đảm là quyền SHTT, quyền đối với phần vốn góp trong doanh nghiệp, quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng... Bên cạnh đó, việc pháp luật hiện hành quy định chưa toàn diện, đầy đủ về xử lý tài sản bảo đảm đối với các quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng, quyền sử dụng đất, quyền SHTT... là những nguyên nhân dẫn đến những khó khăn, vướng mắc trong quá trình áp dụng pháp luật và giải quyết tranh chấp liên quan đến thế chấp quyền tài sản trên thực tế.

2.5.2. Căn cứ xử lý quyền tài sản thế chấp

Việc xử lý quyền tài sản thế chấp là một trong những căn cứ làm chấm dứt hợp đồng thế chấp quyền tài sản. Theo đó, quyền sở hữu đối với quyền tài sản thế chấp của bên thế chấp được dịch chuyển cho bên nhận thế chấp hoặc người thứ ba để bù đắp cho những lợi ích vật chất bị xâm phạm của bên nhận thế chấp. Do việc xử lý quyền tài sản thế chấp ảnh hưởng trực tiếp đến quyền lợi của nhiều chủ thể khác nhau¹²², vì vậy bên nhận thế chấp chỉ được xử lý tài sản thế chấp trong các trường hợp pháp luật quy định.

Trường hợp thứ nhất, đến hạn thực hiện nghĩa vụ được bảo đảm mà bên thế chấp không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ

Thực tế cho thấy, mặc dù BLDS năm 2015 không có giới hạn cụ thể, tuy nhiên nghĩa vụ được bảo đảm thường là nghĩa vụ trả nợ trong hợp đồng vay tài sản. Hành vi vi phạm nghĩa vụ trong hợp đồng vay tài sản là căn cứ để bên nhận thế chấp có quyền xử lý tài sản thế chấp thường liên quan đến việc vi phạm nghĩa vụ trả tiền gốc và lãi khi hết thời hạn hợp đồng của bên vay. Ví dụ, ngày 01/2/2018 A ký hợp đồng vay B 1 tỷ đồng. Thời hạn của hợp đồng là 01 năm, lãi suất trong hạn là 15%/ năm. Tài sản bảo đảm cho việc thực hiện hợp đồng vay này là quyền sử dụng đất hợp pháp của A. Hết thời hạn vay (tính từ ngày 02/02/2018), A mới chỉ trả cho B được 500 triệu đồng. Đây là căn cứ phát sinh quyền sử lý quyền tài sản thế chấp của B.

Trường hợp thứ hai, bên có nghĩa vụ phải thực hiện nghĩa vụ được bảo đảm trước thời hạn do vi phạm nghĩa vụ theo thoả thuận hoặc theo quy định của pháp luật

Khi chưa hết thời hạn thực hiện nghĩa vụ được bảo đảm, nếu bên có nghĩa vụ (bên thế chấp) có hành vi vi phạm nghĩa vụ theo thoả thuận hoặc rơi vào trường hợp luật có quy định, bên nhận bảo đảm (bên nhận thế chấp) sẽ có quyền xử lý tài sản bảo đảm. Hành vi vi phạm nghĩa vụ rất đa dạng, có thể kể đến: theo hợp đồng bên vay phải trả gốc và lãi theo phân kỳ (tháng) mà bên

¹²² Ngoài việc ảnh hưởng đến quyền, lợi ích của bên thế chấp và bên nhận thế chấp, việc xử lý quyền tài sản thế chấp có thể ảnh hưởng đến quyền, lợi ích của các chủ nợ không có bảo đảm khác.

vay vi phạm nghĩa vụ trả nợ bất cứ phân kỳ nào, kể cả khi thời hạn trả nợ cuối cùng chưa kết thúc; bên vay sử dụng vốn vay sai mục đích theo thoả thuận trong hợp đồng, cung cấp thông tin sai sự thật để thực hiện thủ tục vay vốn; trong hợp đồng vay tín dụng có thoả thuận về việc trả lãi và một phần tiền gốc theo phân kỳ xác định mà bên đi vay vi phạm nghĩa vụ trả nợ theo phân kỳ...

Liên quan đến việc giải quyết tranh chấp giữa TCTD với khách hàng. Một vấn đề được đặt ra là khi TCTD điều chỉnh tăng lãi suất khi kỳ hạn của hợp đồng vay vẫn còn có ràng buộc trách nhiệm thực hiện nghĩa vụ của bên đi vay hay không? Từ đó là cơ sở xác định hành vi vi phạm hợp đồng làm căn cứ phát sinh quyền xử lý tài sản thế chấp của TCTD? Hiện nay còn nhiều cách hiểu khác nhau về vấn đề này, có cách hiểu cho rằng các TCTD không có quyền điều chỉnh lãi suất trong hợp đồng vay đã xác lập trước đó, điều này ảnh hưởng nghiêm trọng đến quyền lợi của khách hàng (bên thế chấp). Có cách hiểu khác lại cho rằng, việc điều chỉnh tăng hoặc giảm lãi suất trong hợp đồng tín dụng của TCTD là hợp lý bởi, trong quá trình thực hiện hợp đồng tín dụng, không phải bên vay luôn có khả năng trả nợ gốc và lãi đúng hạn. Có nhiều trường hợp do một số lý do khách quan như tai nạn, rủi ro hoặc thị trường biến động dẫn đến tình hình kinh doanh bị ảnh hưởng... làm cho khách hàng vay vốn không có khả năng trả nợ cho TCTD. Trong những tình huống như vậy nếu khách hàng làm đơn xin giảm lãi suất hoặc miễn một phần lãi, TCTD sẽ xem xét và chấp thuận yêu cầu này tùy thuộc vào tình hình thực tế. Vì lẽ đó, TCTD cũng có quyền điều chỉnh tăng lãi suất trong một số trường hợp nhất định nhằm phù hợp với chính sách phát triển lâu dài của TCTD. Tác giả đồng ý với cách hiểu thứ hai. Có thể nhận thấy điều khoản về lãi suất trong hợp đồng tín dụng là điều khoản vô cùng quan trọng. Thông thường để hạn chế rủi ro lãi suất, TCTD không thoả thuận lãi suất cố định với hợp đồng vay trung hạn hoặc dài hạn, mà thường thoả thuận lãi suất cho vay tính bằng lãi suất tiền gửi cộng một biên độ và thay đổi định kỳ. Đối với hợp

đồng vay ngắn hạn, lãi suất cho vay được thỏa thuận là lãi suất cố định trong suốt thời gian vay¹²³. Khi thị trường có những biến động khiến TCTD phải nâng lãi suất huy động vốn để thu hút nguồn vốn trong nhân dân, việc cho vay với lãi suất thấp hơn (ở những hợp đồng tín dụng kí kết từ trước đó nhưng vẫn trong quá trình giải ngân) so với lãi suất huy động hiện tại sẽ khiến TCTD mất đi một phần lợi nhuận¹²⁴.

Trường hợp thứ ba, trường hợp khác do các bên thỏa thuận hoặc pháp luật có quy định

Quyền tài sản thế chấp bị xử lý trong trường hợp này không phải phát sinh do hành vi vi phạm nghĩa vụ của bên thế chấp mà do ý chí tự nguyện của các bên trong quan hệ thế chấp. Ý chí tự nguyện này được thể hiện sau thời điểm giao kết hợp đồng thế chấp và trong thời hạn thực hiện nghĩa vụ được bảo đảm. Nhiều trường hợp bên thế chấp kinh doanh thua lỗ, không có khả năng trả nợ cho bên nhận thế chấp. Nhận thấy quyền tài sản thế chấp nếu được xử lý ngày sẽ có thể trả được hết nợ cho bên thế chấp, thậm chí còn nhận lại được một phần tiền dư làm vốn tiếp tục kinh doanh. Nếu được bên nhận thế chấp đồng ý, các bên có thể thỏa thuận về việc xử lý quyền tài sản thế chấp trước thời hạn.

Luật Thi hành án dân sự năm 2008 (sửa đổi, bổ sung năm 2014) cũng ghi nhận một trường hợp quyền tài sản bảo đảm phải được xử lý để đảm bảo quyền lợi cho người được thi hành án. Theo đó, trường hợp người phải thi hành án không còn tài sản nào khác hoặc có tài sản nhưng không đủ để thi hành án, chấp hành viên có quyền kê biên, xử lý tài sản của người phải thi hành án đang cầm cố, thế chấp nếu giá trị của tài sản đó lớn hơn nghĩa vụ

¹²³ Hợp đồng vay ngắn hạn là hợp đồng vay có kỳ hạn dưới 12 tháng; hợp đồng vay trung hạn là hợp đồng vay có kỳ hạn từ 12 tháng đến 60 tháng; hợp đồng vay dài hạn là hợp đồng vay có thời hạn trên 60 tháng.

¹²⁴ Đây chính là tình trạng xảy ra rất nhiều trong thời gian giữa năm 2008 đến 2012 khi áp dụng chính sách điều hành lãi suất “thắt chặt” của Ngân hàng nhà nước, lãi suất huy động và lãi suất cho vay được đẩy lên rất cao. Tình trạng này không chỉ xảy ra ở đơn lẻ một Tổ chức tín dụng nào hay đối với một đối tượng cụ thể nào, chính vì thế đã có những tác động to lớn đối với người dân tham gia vào quan hệ tín dụng.

được bảo đảm và chi phí cưỡng chế thi hành án. Khi kê biên tài sản đang cầm cố, thế chấp, Chấp hành viên phải thông báo ngay cho người nhận cầm cố, nhận thế chấp; khi xử lý tài sản kê biên, người nhận cầm cố, nhận thế chấp được ưu tiên thanh toán¹²⁵.

2.5.3. Phương thức xử lý quyền tài sản thế chấp

Phương thức xử lý quyền tài sản thế chấp được hiểu là các cách thức, biện pháp định đoạt quyền tài sản thế chấp nhằm bù đắp những tổn thất về vật chất cho bên nhận thế chấp khi nghĩa vụ được bảo đảm bị vi phạm. Các phương thức xử lý quyền tài sản thế chấp hiện nay được thực hiện theo quy định của BLDS năm 2015¹²⁶ và Nghị định số 21/2021/NĐ-CP hướng dẫn thi hành BLDS về BPĐĐ gồm: (i) Phương thức xử lý quyền tài sản bảo đảm theo thỏa thuận; (ii) Trong trường hợp các bên không có thỏa thuận về phương thức xử lý quyền tài sản thế chấp hoặc có thỏa thuận nhưng phương thức lựa chọn không thực hiện được, quyền tài sản thế chấp sẽ được bán đấu giá để thực hiện nghĩa vụ.

(i) Phương thức xử lý quyền tài sản thế chấp theo thỏa thuận. Căn cứ vào khoản 1 Điều 303 BLDS năm 2015, bên thế chấp và bên nhận thế chấp có thể thỏa thuận xử lý quyền tài sản thế chấp theo các phương thức sau: bán đấu giá quyền tài sản bảo đảm; bên nhận thế chấp tự bán quyền tài sản thế chấp; bên nhận thế chấp nhận chính quyền tài sản để thay thế cho việc thực hiện nghĩa vụ của bên bảo đảm¹²⁷.

Việc xử lý quyền tài sản thế chấp sẽ diễn ra một cách êm thấm nếu bên thế chấp thực sự hợp tác trong quá trình xử lý tài sản bảo đảm. Đó có thể là trường hợp bên thế chấp tự nguyện bán quyền tài sản thế chấp, sau đó dùng tiền thu được để thanh toán cho bên nhận thế chấp hoặc trường hợp bên thế chấp ủy quyền cho bên nhận thế chấp bán quyền tài sản thế chấp, số tiền bán

¹²⁵ Xem Điều 90 Luật Thi hành án dân sự năm 2008.

¹²⁶ Xem Điều 303 BLDS năm 2015.

¹²⁷ Theo quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành, việc thỏa thuận về phương thức xử lý tài sản thế chấp nói chung cũng như phương thức xử lý các quyền tài sản nói riêng không cần sự đồng ý hay cho phép của cơ quan nhà nước.

được sau khi trừ đi chi phí cho việc bán và nghĩa vụ trả nợ của bên thế chấp, nếu còn thừa sẽ được hoàn trả lại cho bên thế chấp. Tuy nhiên thực tế không phải lúc nào cũng như vậy, trong quá trình xử lý quyền tài sản thế chấp do xung đột về lợi ích giữa các bên nên luôn tiềm ẩn nguy cơ phát sinh tranh chấp. Việc BLDS năm 2015 và Nghị định số 21/2021/NĐ-CP¹²⁸ cho phép bên thế chấp và bên nhận thế chấp được tự do thỏa thuận phương thức xử lý tài sản bảo đảm mà không đặt ra những hạn chế cho các thỏa thuận này, ở mức độ nào đó, có thể ảnh hưởng nghiêm trọng đến quyền, lợi ích hợp pháp của chính bên thế chấp hoặc các chủ nợ không có bảo đảm khác. Nhiều trường hợp bên đi vay do cần vốn để sản xuất, kinh doanh. Tại thời điểm xác lập hợp đồng vay sẽ dễ dàng chấp nhận thỏa thuận chuyển giao quyền sở hữu tài sản bảo đảm cho bên nhận thế chấp hoặc để cho bên thế chấp được tự bán tài sản thế chấp khi có sự vi phạm nghĩa vụ trong hợp đồng vay. Ví dụ, Ngày 01/02/2019 A ký hợp đồng vay B 2 tỷ đồng. Hợp đồng có thời hạn 01 năm, lãi suất 15%/1 năm. Để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ trả nợ, A đã thế chấp bằng quyền sử dụng đất của mình cho B. Trong quá trình làm ăn, A còn vay nợ của C 500 triệu đồng. Hết thời hạn vay B, do không có tiền trả nợ, A đã đồng ý cho B nhận quyền sử dụng đất của A để thay thế nghĩa vụ trả nợ. Rõ ràng trong trường hợp này, quyền và lợi ích hợp pháp của C bị ảnh hưởng nghiêm trọng bởi thỏa thuận xử lý tài sản bảo đảm giữa A và B.

Tham khảo các quy định của BLDS Pháp (Đạo luật ngày 23/03/2006), các thỏa thuận bán tài sản bảo đảm đều phải được sự cho phép của Tòa án. BLDS của Pháp cấm việc bán tài sản bảo đảm theo thỏa thuận của các bên mà thỏa thuận này cho phép họ không tuân thủ quy trình, thể thức yêu cầu xử lý tài sản bảo đảm, có nghĩa là bán mà không thông qua vai trò của Tòa án. Việc cấm này xuất phát từ sự e ngại rằng, một sự dàn xếp bán như vậy có thể dẫn đến tình trạng tài sản được bán với giá thấp hơn so với giá trị thực tế của nó, điều này ảnh hưởng một cách tiêu cực đến quyền lợi của những đồng chủ nợ khác cũng như của người mắc nợ. Nói một cách cực

¹²⁸ Xem điều 52 nghị định số 21/2021/NĐ-CP hướng dẫn thi hành BLDS về biện pháp bảo đảm.

đoan, việc bán này có thể “cướp đoạt” khả năng được thanh toán nợ của các chủ nợ khác cùng nhận bảo đảm¹²⁹.

Đối với phương thức “*bên nhận thế chấp nhận chính quyền tài sản thế chấp để thay thế cho việc thực hiện nghĩa vụ*”. Trên thực tế, phương thức này có thể được thực hiện theo hai cách thức: (1) Bên thế chấp dùng quyền tài sản thế chấp để “gán nợ” và (2) Quyền tài sản thế chấp được bán lại cho chính bên nhận thế chấp¹³⁰.

Cách thức thứ nhất (còn có thể được gọi là phương pháp “cản trừ nợ”), quyền sở hữu quyền tài sản thế chấp được chuyển sang cho bên nhận thế chấp mà không cần phải thanh toán giá trị chênh lệch. Phương thức xử lý này chỉ được áp dụng khi có sự thỏa thuận của các bên trong hợp đồng thế chấp có hiệu lực hoặc tại thời điểm xử lý quyền tài sản thế chấp.

Đối với cách thức thứ hai, phải tuân thủ nguyên tắc “*định giá*”. Việc định giá được tiến hành bởi các pháp nhân hoặc chuyên gia hoặc theo thỏa thuận của các bên. Trong trường hợp giá trị của quyền tài sản được xác định là lớn hơn giá trị của nghĩa vụ được bảo đảm thì bên nhận bảo đảm phải hoàn trả phần giá trị chênh lệch. Trường hợp ngược lại, giá trị quyền tài sản bảo đảm nhỏ hơn nghĩa vụ cần thanh toán, phần nghĩa vụ chênh lệch sẽ được xác định là nghĩa vụ không có bảo đảm. Phương thức bên nhận thế chấp mua lại chính tài sản thế chấp bị cấm ở hầu hết các nước như Hungary, Nga, Anh¹³¹. Quy định cấm này xuất phát từ sự lo lắng rằng, bên mắc nợ và các chủ nợ nhận bảo đảm đến sau sẽ bị thiệt thòi. BLDS Pháp hiện hành (Đạo luật ngày 23/3/2006) đã trực tiếp gỡ bỏ quy định cấm. Từ thời điểm có hiệu lực của đạo luật này, các bên của giao dịch bảo đảm có thể thỏa thuận chọn phương thức này để áp dụng. Tuy nhiên, Tòa án can thiệp rất chặt chẽ vào quá trình xử lý tài sản trong trường hợp này. Cụ thể có một vài hạn chế sau đây: *Thứ nhất,*

¹²⁹ Nguyễn Ngọc Điện, “*Thanh lý tài sản thế chấp trong Luật dân sự Pháp theo quy định của Đạo luật ngày 23/03/2006*”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp điện tử, tháng 4 năm 2007.

¹³⁰ Vũ Thị Hồng Yến, “*Tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp theo quy định của BLDS năm 2015*”, Nxb Chính trị quốc gia sự thật, năm 2017”.

¹³¹ Trong cuốn “A guide to business law”, John Carvan & Jonh Gooley dẫn ra quy định của pháp luật của nước Anh: “Người nhận thế chấp không thể mua tài sản thế chấp cho chính bản thân mình”.

phương thức này không áp dụng trên bất động sản là nơi cư trú của bên bảo đảm; Thứ hai, cần phải định giá tài sản trước khi giao cho chủ nợ¹³².

(ii) *Bán đấu giá quyền tài sản thế chấp để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ trong trường hợp các bên không có thoả thuận về phương thức xử lý quyền tài sản thế chấp hoặc có thoả thuận nhưng phương thức lựa chọn không thực hiện được.* Trong trường hợp khi xác lập thế chấp quyền tài sản, các bên không thoả thuận về phương thức xử lý quyền tài sản thế chấp hoặc có thoả thuận về phương thức xử lý quyền tài sản thế chấp nhưng sau đó không xử lý được bởi bên thế chấp “không hợp tác”, để có thể bán đấu giá quyền tài sản thế chấp bên nhận thế chấp phải thực hiện thủ tục khởi kiện tại Toà án có thẩm quyền để yêu cầu Tòa án ra quyết định cho bán quyền tài sản thế chấp. Số tiền thu được từ việc bán đấu giá quyền tài sản bảo đảm, sau khi trừ chi phí bảo quản, thu giữ và chi phí xử lý được ưu tiên thanh toán cho nghĩa vụ nợ được bảo đảm cho bên nhận bảo đảm trước khi thực hiện nghĩa vụ thuế, nghĩa vụ khác không có bảo đảm của bên bảo đảm. Trường hợp một quyền tài sản được sử dụng để bảo đảm cho việc thực hiện nhiều nghĩa vụ, thứ tự ưu tiên thanh toán giữa các bên nhận bảo đảm được xác định theo thứ tự phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba, giao dịch bảo đảm nào phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba trước sẽ được ưu tiên thanh toán từ số tiền bán quyền tài sản thế chấp.

¹³² Nguyễn Ngọc Điện, “Thanh lý tài sản thế chấp trong Luật dân sự Pháp theo quy định của Đạo luật ngày 23/03/2006”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp điện tử, tháng 4 năm 2007.

KẾT LUẬN CHƯƠNG 2

Trong Chương 2, tác giả tập trung nghiên cứu các quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành về thế chấp quyền tài sản, gồm các nội dung: Chủ thể của thế chấp quyền tài sản, đối tượng của thế chấp quyền tài sản, hình thức và thời điểm có hiệu lực của thế chấp quyền tài sản, đăng ký thế chấp quyền tài sản và xử lý quyền tài sản thế chấp.

Thông qua việc nghiên cứu, tác giả đã chỉ ra những ưu điểm, hạn chế và bất cập đang tồn tại trong các quy định của pháp luật Việt Nam về thế chấp quyền tài sản. Song song với việc nghiên cứu, phân tích các quy định của pháp luật Việt Nam, tại Chương 2 tác giả còn phân tích lồng ghép các quy định của pháp luật của một số quốc gia trên thế giới về thế chấp quyền tài sản. Qua việc nghiên cứu này, tác giả nhận thấy các điểm tương đồng và khác biệt giữa pháp luật Việt Nam và pháp luật của một số quốc gia trên thế giới, từ đó có góc nhìn bao quát, toàn diện hơn, làm cơ sở cho các kiến nghị hoàn thiện pháp luật Việt Nam trong Chương 3.

CHƯƠNG 3

THỰC TIỄN THỰC HIỆN VÀ GIẢI PHÁP HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VIỆT NAM VỀ THẾ CHẤP QUYỀN TÀI SẢN

3.1. Thực tiễn thực hiện pháp luật về thế chấp quyền tài sản tại Việt Nam hiện nay

3.1.1. Xác định quyền tài sản là đối tượng thế chấp

3.1.1.1. Tài sản thế chấp là số dư tiền gửi trong tài khoản của khách hàng

Sử dụng khoản tiền gửi tiết kiệm làm tài sản bảo đảm là việc làm khá phổ biến trong hoạt động cấp tín dụng của các TCTD. Ưu điểm của BPBĐ này là cho phép TCTD xử lý tài sản bảo đảm một cách dễ dàng ngay khi có sự vi phạm nghĩa vụ của bên được bảo đảm. Trên thực tế, BPBĐ bằng khoản tiền gửi tiết kiệm có thể tồn tại dưới các dạng sau: (i) Bên gửi tiền có kỳ hạn¹³³ (khách hàng) sử dụng khoản tiền gửi có kỳ hạn của mình để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ trong một hợp đồng vay với chính TCTD nhận tiền gửi¹³⁴; (ii) Bên gửi tiền có kỳ hạn sử dụng khoản tiền gửi có kỳ hạn của mình để đảm bảo cho việc thực hiện nghĩa vụ trong hợp đồng đối với cá nhân, pháp nhân hoặc TCTD khác không phải là TCTD nhận tiền gửi; (iii) Bên gửi tiền có kỳ hạn yêu cầu TCTD nhận tiền gửi cấp chứng thư bảo lãnh để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ đối với một chủ thể khác...

Theo quy định của tại khoản 2 Điều 19 Nghị định số 163/2006/NĐ-CP, có thể hiểu các TCTD chỉ được phép cầm cố thế chấp¹³⁵. Quy định này là không hợp lý, đã dẫn đến hai hệ quả: *Một là*, có sự nhầm lẫn trong việc xác định đối tượng của BPBĐ, cụ thể, đối tượng của BPBĐ trong trường hợp này

¹³³ Theo quy định tại khoản 1 Điều 4 Thông tư số 49/2018/TT-NHNN ngày 31/12/2018 quy định về Tiền gửi có kỳ hạn: “1. Tiền gửi có kỳ hạn là khoản tiền của khách hàng gửi tại tổ chức tín dụng trong một thời hạn nhất định theo thỏa thuận giữa khách hàng và tổ chức tín dụng với nguyên tắc hoàn trả đầy đủ tiền gốc, lãi cho khách hàng”.

¹³⁴ Trong hợp đồng vay này, khách hàng được xác định là bên đi vay còn ngân hàng được xác định là bên cho vay.

¹³⁵ Tại Điều 15 chương II Tài sản bảo đảm, Nghị định số 21/2021/NĐ-CP quy định thi hành BLDS về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ có đề cập đến việc được sử dụng “số dư tiền gửi” làm tài sản bảo đảm tuy nhiên không quy định rõ biện pháp bảo đảm nào được xác lập với số dư tiền gửi.

là sổ tiết kiệm hoặc thẻ tiết kiệm; *Hai là*, đối với khoản tiền gửi tại các TCTD, khách hàng chỉ được xác lập BPBD là cầm cố tài sản.

Đối với hệ quả thứ nhất, theo quy định tại khoản 1 Điều 7 Thông tư số 48/2018/TT-NHNN ngày 31/12/2018 của Ngân hàng Nhà nước quy định về tiền gửi tiết kiệm: “*Thẻ tiết kiệm hoặc sổ tiết kiệm (sau đây gọi chung là Thẻ tiết kiệm) là chứng chỉ xác nhận quyền sở hữu tiền gửi tiết kiệm của người gửi tiền tại TCTD, được áp dụng đối với trường hợp nhận tiền gửi tiết kiệm tại địa điểm giao dịch hợp pháp thuộc mạng lưới hoạt động của TCTD*”. Căn cứ vào quy định này có thể khẳng định, thẻ tiết kiệm hoặc sổ tiết kiệm chỉ là những chứng thư pháp lý (giấy tờ) xác nhận quyền sở hữu đối với số tiền gửi tiết kiệm của một khách hàng gửi tiền tại TCTD. Trong trường hợp khách hàng bị mất sổ tiết kiệm hoặc thẻ tiết kiệm không đồng thời mất đi quyền nhận số tiền gửi tiết kiệm và tiền lãi theo thỏa thuận đối với TCTD cấp phát.

Bên cạnh đó, theo quy định tại Điều 13 Thông tư số 49/2018/TT-NHNN và Điều 11 Thông tư số 49/2018/TT-NHNN ban hành ngày 31/12/2018, đều cho phép khách hàng được sử dụng khoản tiền gửi có kỳ hạn làm tài sản bảo đảm¹³⁶ thực hiện nghĩa vụ. Khi khách hàng gửi tiền tiết kiệm, giữa khách hàng và TCTD thiết lập với nhau một hợp đồng vay tài sản, trong đó khách hàng được xác định là bên cho vay, TCTD được xác định là bên vay. Quyền sở hữu số tiền gửi được chuyển cho TCTD từ thời điểm TCTD nhận số tiền, đổi lại khách hàng có quyền yêu cầu TCTD thanh toán khoản nợ khi hết kỳ hạn vay. Quyền yêu cầu thanh toán này mang đầy đủ bản chất của quyền tài sản (quyền đòi nợ) theo quy định của BLDS năm 2015. Giá trị của quyền đòi nợ này được xác định bởi số tiền gốc và tiền lãi trong hợp đồng vay do các bên thỏa thuận. Vì vậy, có thể khẳng định đối tượng của BPBD trường hợp này không phải thẻ tiết kiệm (tài sản tồn tại dưới dạng vật thể) mà là quyền tài sản, cụ thể đó là quyền đòi nợ.

¹³⁶ Điều 13 Thông tư số 48/2018/TT-NHNN quy định về Sử dụng tiền gửi tiết kiệm làm tài sản bảo đảm: “Tiền gửi tiết kiệm được sử dụng để làm tài sản bảo đảm theo hướng dẫn của tổ chức tín dụng phù hợp với quy định của pháp luật về giao dịch bảo đảm”.

Điều 11 Thông tư số 49/2018/TT-NHNN quy định về Sử dụng tiền gửi có kỳ hạn làm tài sản bảo đảm: “Tiền gửi có kỳ hạn được sử dụng để làm tài sản bảo đảm theo hướng dẫn của tổ chức tín dụng phù hợp với quy định của pháp luật về giao dịch bảo đảm”.

Đối với hệ quả thứ hai, trên cơ sở đã xác định được chính xác đối tượng của BPBD trong trường hợp này là quyền tài sản, các quy định của pháp luật hiện hành cần phải chỉ rõ BPBD cụ thể nào sẽ được xác lập đối với loại quyền tài sản này. Trên phương diện khoa học pháp lý, một tiêu chí cơ bản để phân biệt giữa biện pháp cầm cố tài sản với biện pháp thế chấp tài sản là có hay không sự chuyển giao quyền chiếm hữu tài sản bảo đảm từ bên bảo đảm sang cho bên nhận bảo đảm? Khi xác lập biện pháp cầm cố tài sản, bên cầm cố sẽ phải chuyển giao quyền chiếm hữu tài sản cầm cố sang cho bên nhận cầm cố, trường hợp bên cầm cố vi phạm nghĩa vụ, bên cầm cố có quyền trực tiếp xử lý tài sản cầm cố. Khi xác lập biện pháp thế chấp tài sản, bên thế chấp sẽ không chuyển giao quyền chiếm hữu tài sản thế chấp cho bên nhận thế chấp, nếu có sự vi phạm nghĩa vụ bên nhận thế chấp có quyền yêu cầu bên thế chấp chuyển giao tài sản thế chấp để xử lý.

Như phân tích ở trên, BPBD bằng khoản tiền tiết kiệm có thể tồn tại dưới các dạng khác nhau: (i) Bên gửi tiền có kỳ hạn (khách hàng) sử dụng khoản tiền gửi có kỳ hạn của mình để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ trong một hợp đồng vay với chính TCTD nhận tiền gửi; (ii) Bên gửi tiền có kỳ hạn sử dụng khoản tiền gửi có kỳ hạn của mình để đảm bảo cho việc thực hiện nghĩa vụ trong hợp đồng đối với cá nhân, pháp nhân hoặc TCTD khác (không phải là TCTD nhận tiền gửi)... Đối với trường hợp (i), bên bảo đảm đã chuyển giao tài sản của mình sang cho bên nhận bảo đảm nắm giữ, quản lý – BPBD được xác lập trong trường hợp này phải là cầm cố tài sản; việc xác lập, thực hiện, xử lý tài sản bảo đảm trong trường hợp này chịu sự điều chỉnh của quy chế pháp lý về cầm cố tài sản. Đối với trường hợp (ii), rõ ràng không có sự chuyển giao tài sản bảo đảm từ bên bảo đảm sang cho bên nhận bảo đảm, BPBD được xác lập trong trường hợp này phải xác định là biện pháp thế chấp quyền tài sản; việc xác lập, thực hiện, xử lý tài sản bảo đảm trong trường hợp này phải chịu sự điều chỉnh của quy chế pháp lý về thế chấp tài sản nói chung.

3.1.1.2. Tài sản thế chấp là quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng mua bán nhà ở hình thành trong tương lai

Quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng mua bán nhà ở hình thành trong tương lai của tổ chức, cá nhân mua nhà ở của doanh nghiệp kinh doanh bất động sản theo các dự án xây dựng được cơ quan có thẩm quyền phê duyệt¹³⁷ được quy định cụ thể tại Thông tư số 08/2014/TT-BTP¹³⁸ sửa đổi, bổ sung Thông tư 05/2011/TT-BTP của Bộ Tư pháp ban hành ngày 26/02/2014. Việc xử lý quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng mua bán nhà ở hình thành trong tương lai được quy định tại Điều 7 của Thông tư liên tịch số 16/2014/TTLT-BTP-BTNMT-NHNN hướng dẫn một số vấn đề về xử lý tài sản bảo đảm.

Bên cạnh quy định của pháp luật về thế chấp quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng mua bán nhà ở hình thành trong tương lai còn có quy định về thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai. Việc thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai trước đây được hướng dẫn cụ thể bởi Thông tư liên tịch số 01/2014/TTLT-NHNN-BXD-BTP-BTNMT¹³⁹. Thông tư này không điều chỉnh đối với: (i) Việc thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai của hộ gia đình, cá nhân được xây dựng trên khuôn viên đất thuộc quyền sử dụng hợp pháp của mình để vay vốn tại các TCTD; (ii) Việc thế chấp quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng mua bán nhà ở hình thành trong tương lai để vay vốn tại các TCTD. Thông tư chỉ điều chỉnh đối với: Tổ chức, cá nhân mua nhà ở hình thành trong tương lai của doanh nghiệp kinh doanh bất động sản trong dự án đầu tư xây dựng nhà ở (bao gồm cả tổ chức, cá nhân nhận chuyển nhượng

¹³⁷ Khoản 2 Điều 1 Thông tư số 08/2014/TT-BTP sửa đổi, bổ sung một số điều của Thông tư số 05/2011/TT-BTP ngày 16 tháng 02 năm 2011 của Bộ Tư pháp hướng dẫn một số vấn đề về đăng ký, cung cấp thông tin về giao dịch bảo đảm, hợp đồng, thông báo việc kê biên tài sản thi hành án theo phương thức trực tiếp, bưu điện, fax, thư điện tử tại Trung tâm Đăng ký giao dịch, tài sản của Cục Đăng ký quốc gia giao dịch bảo đảm thuộc Bộ Tư pháp và Thông tư số 22/2010/TT-BTP ngày 06 tháng 12 năm 2010 của Bộ Tư pháp hướng dẫn về đăng ký, cung cấp thông tin trực tuyến giao dịch bảo đảm, hợp đồng, thông báo việc kê biên tài sản thi hành án.

¹³⁸ Hiện nay Thông tư 08/2014/TT-BTP đã hết hiệu lực thi hành từ ngày 04/08/2018.

¹³⁹ Thông tư liên tịch số 01/2014/TTLT-NHNN-BXD-BTP-BTNMT hướng dẫn thủ tục thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai theo quy định tại Khoản 2 Điều 61 của Nghị định số 71/2010/NĐ-CP ngày 23 tháng 6 năm 2010 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành Luật Nhà ở ngày 25 tháng 04 năm 2014.

hợp đồng mua bán nhà ở) và thế chấp để vay vốn mua chính nhà ở đó hoặc mua nhà ở khác của doanh nghiệp kinh doanh bất động sản trong dự án đầu tư xây dựng nhà ở. Hiện nay, việc 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 được quy định tại Thông tư số 26/2016/TT-NHNN ngày 09/12/2015.

Dưới góc độ khoa học pháp lý, thế chấp quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng mua bán nhà ở hình thành trong tương lai với thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai có thể được phân biệt ở một số dấu hiệu sau:

Thứ nhất, về đối tượng của hợp đồng thế chấp

Đối tượng của hợp đồng thế chấp quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng mua bán nhà ở hình thành trong tương lai là giá trị của quyền tài sản trong hợp đồng mà bên mua có được. Việc định giá quyền tài sản này tùy sự thỏa thuận của các bên, dựa trên các phiếu thu hay biên lai nộp tiền mà bên mua đã đóng cho chủ đầu tư chú không phải là giá trị của ngôi nhà sẽ hình thành trong tương lai. Bên cạnh đó, đối tượng của hợp đồng thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai là giá trị của ngôi nhà khi nó được hình thành trong tương lai.

Thứ hai, về điều kiện của tài sản thế chấp

Để được sử dụng làm tài sản bảo đảm, quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng mua bán nhà ở hình thành trong tương lai chỉ cần đáp ứng điều kiện: có hợp đồng mua bán nhà ở hợp pháp là căn cứ phát sinh quyền tài sản và có các giấy tờ như phiếu thu hay biên lai nộp tiền để chứng minh giá trị của quyền. Đối với nhà ở hình thành trong tương lai, chỉ được sử dụng làm tài sản bảo đảm khi đáp ứng các điều kiện được quy định tại Điều 7 Thông tư liên tịch số 26/2015/TT-NHNN. Bên cạnh đó, pháp luật hiện hành cũng quy định nhà ở hình thành trong tương lai không thể được thế chấp nhiều lần cho các TCTD. Nếu nhà ở hình thành trong tương lai thuộc dự án được chủ đầu tư đã thế chấp trước đó, thì phải được giải chấp trước khi bán cho khách hàng. Đối với việc thế chấp quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng mua bán nhà ở hình thành trong tương lai thì pháp luật hiện nay không có quy định giới hạn.

Thứ ba, về mục đích của việc sử dụng tiền vay khi thế chấp tài sản

Bên thế chấp quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng mua bán nhà ở hình thành trong tương lai có thể sử dụng để đảm bảo cho nghĩa vụ trả tiền mua chính nhà ở hình thành trong tương lai đó hoặc cũng có thể để bảo đảm cho bất cứ nghĩa vụ nào khác. Còn bên thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai chỉ được thế chấp để bảo đảm cho nghĩa vụ thanh toán tiền mua chính căn nhà đó và chỉ có thể bảo đảm cho nghĩa vụ của chính mình.

Thứ tư, về việc công chứng, chứng thực và đăng ký hợp đồng thế chấp

Pháp luật Việt Nam hiện hành không có quy định bắt buộc hợp đồng thế chấp quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng mua bán nhà ở hình thành trong tương lai phải được công chứng hoặc chứng thực hay đăng ký; trường hợp các bên lựa chọn việc đăng ký tự nguyện thì sẽ đăng ký tại Trung tâm đăng ký giao dịch, tài sản thuộc Cục đăng ký giao dịch bảo đảm trực thuộc Bộ Tư Pháp. Đối với hợp đồng thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai phải được công chứng và đăng ký tại Văn phòng đăng ký đất đai nơi có bất động sản.

Thứ năm, về xử lý tài sản thế chấp

Pháp luật Việt Nam hiện hành đang nhìn nhận việc xử lý tài sản bảo đảm là quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng mua bán nhà ở hình thành trong tương lai được giải quyết tương tự như xử lý quyền đòi nợ¹⁴⁰. Đối với việc xử lý tài sản bảo đảm là nhà ở hình thành trong tương lai được quy định cụ thể tại Điều 8 Thông tư liên tịch số 16/2010/TTLT-BTP-BTNMT-BXD hướng dẫn một số vấn đề về xử lý tài sản bảo đảm ngày 06/06/2014.

Hiện nay, việc thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai được điều chỉnh bởi Luật Nhà ở năm 2014, Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014, BLDS năm 2015 và các văn bản hướng dẫn thi hành. Trong các văn bản quy phạm pháp luật này chưa có quy định cụ thể, rõ ràng để phân biệt khái niệm nhà ở hình thành trong tương lai với khái niệm quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng mua bán nhà ở hình thành trong tương lai. Hệ quả là cùng một biện pháp

¹⁴⁰ Xem khoản 5 Điều 7 Thông tư liên tịch số 16/2014/TTLT-BTP-BTNMT-BXD về xử lý tài sản bảo đảm.

thế chấp tài sản để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ, các chủ thể có thể xác lập dưới hai dạng: (i) thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai hoặc (ii) thế chấp quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng mua bán nhà ở hình thành trong tương lai. Điều này kéo theo một loạt các vấn đề phát sinh: việc đăng ký thế chấp, quy định về hình thức của biện pháp thế chấp, phương thức xử lý tài sản thế chấp... là khác nhau. Thực tiễn đã chứng minh, quy định về thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai “không có ý nghĩa”, các TCTD khi nhận bảo đảm thường lựa chọn xác lập biện pháp thế chấp quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng mua bán nhà ở hình thành trong tương lai chứ không xác lập biện pháp thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai bởi những yếu tố như: thuận tiện trong việc đăng ký thế chấp; không bị giới hạn về mục đích sử dụng khoản tiền vay; dễ dàng công chứng hợp đồng thế chấp và xử lý được tài sản thế chấp ngay khi bên thế chấp vi phạm nghĩa vụ¹⁴¹.

3.1.1.3. Tài sản thế chấp là cổ phiếu, trái phiếu

Theo quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành, cổ phiếu, trái phiếu được xác định là tài sản tồn tại dưới dạng giấy tờ có giá. Khoản 1 Điều 1 Nghị định số 11/2012/NĐ-CP của Chính phủ ban hành ngày 22/02/2012 sửa đổi bổ sung một số điều của Nghị định số 163/2006/NĐ-CP ban hành ngày 29/12/2006 quy định: “*Giấy tờ có giá bao gồm cổ phiếu, trái phiếu, hối phiếu, kỳ phiếu, tín phiếu, chứng chỉ tiền gửi, séc, chứng chỉ quỹ, giấy tờ có giá khác theo quy định của pháp luật, trị giá được thành tiền và được phép giao dịch*”. Đối với các giấy tờ có giá, BPBĐ có thể xác lập là cầm cố tài sản¹⁴². Có hai vấn đề cần được làm rõ ở đây: Một là, Cổ phiếu, trái phiếu có phải là giấy tờ có giá – một loại tài sản được phân biệt với quyền tài sản theo cách thức phân loại tài sản tại Điều 105 BLDS năm 2015 hay không? Hai là, BPBĐ khi sử dụng cổ phiếu, trái phiếu làm tài sản bảo đảm là biện pháp cầm cố tài sản hay thế chấp tài sản?

¹⁴¹ Ví dụ hợp đồng thế chấp quyền tài sản số 01/2018/HĐBĐ giữa bên thế chấp là ông Dương Đình Tuấn và bà Đô Thị Phương Mai với bên nhận thế chấp là Ngân hàng TMCP Đầu tư và phát triển Việt Nam – Chi nhánh Cầu Giấy.

¹⁴² Xem Điều 19 Nghị định số 163/2006/NĐ-CP về Giao dịch bảo đảm của Chính phủ ngày 29/12/2006.

Theo quy định của Luật Chứng khoán năm 2019, cổ phiếu và trái phiếu được xác định là các dạng tồn tại của chứng khoán bên cạnh các chứng chỉ quỹ¹⁴³, chứng quyền¹⁴⁴, chứng quyền có đảm bảo¹⁴⁵, quyền mua cổ phần¹⁴⁶... Luật Chứng khoán năm 2019 cũng đưa ra định nghĩa về cổ phiếu và trái phiếu. Theo đó, “*Cổ phiếu là loại chứng khoán xác nhận quyền và lợi ích hợp pháp của người sở hữu đối với một phần vốn cổ phần của tổ chức phát hành. Trái phiếu là loại chứng khoán xác nhận quyền và lợi ích hợp pháp của người sở hữu đối với một phần nợ của tổ chức phát hành*”¹⁴⁷. Khoản 1 Điều 121 Luật Doanh nghiệp năm 2020 cũng quy định: “*Cổ phiếu là chứng chỉ do công ty cổ phần phát hành, bút toán ghi sổ hoặc dữ liệu điện tử xác nhận quyền sở hữu một hoặc một số cổ phần của công ty đó*”.

Cổ phiếu và trái phiếu đều là những chứng khoán truyền thống, cơ bản tồn tại trong nền kinh tế của các quốc gia. So với những loại chứng khoán khác, cổ phiếu và trái phiếu thường được các TCTD lựa chọn làm tài sản bảo đảm bởi tính an toàn và khả năng thanh khoản cao hơn. Ví dụ: Ngày 20/9/2018 Ngân hàng Bưu điện Liên Việt (LienVietPostBank) đã ký kết hợp đồng tín dụng trị giá 50 triệu USD, kỳ hạn 03 năm với JPMorgan Chase Bank, Chi nhánh Singapore. Để đảm bảo cho khoản vay 50 triệu USD, LienVietPostBank đã thế chấp 7 lô trái phiếu Chính phủ (cùng các quyền và lợi ích phát sinh từ các trái phiếu và lãi trái phiếu này cũng như số tiền thu được từ việc bán trái phiếu trong tương lai) đã mua từ các đợt phát hành của

¹⁴³ Chứng chỉ quỹ là loại chứng khoán xác nhận quyền sở hữu của nhà đầu tư đối với một phần vốn góp của quỹ đầu tư chứng khoán.

¹⁴⁴ Chứng quyền là loại chứng khoán được phát hành cùng với việc phát hành trái phiếu hoặc cổ phiếu ưu đãi, cho phép người sở hữu chứng quyền được quyền mua một số cổ phiếu phổ thông nhất định theo mức giá đã được xác định trước trong khoảng thời gian xác định.

¹⁴⁵ Chứng quyền có bảo đảm là loại chứng khoán có tài sản bảo đảm do công ty chứng khoán phát hành, cho phép người sở hữu được quyền mua (chứng quyền mua) hoặc được quyền bán (chứng quyền bán) chứng khoán cơ sở với tổ chức phát hành chứng quyền có bảo đảm đó theo mức giá đã được xác định trước, tại một thời điểm hoặc trước một thời điểm đã được ấn định hoặc nhận khoản tiền chênh lệch giữa giá thực hiện và giá chứng khoán cơ sở tại thời điểm thực hiện.

¹⁴⁶ Quyền mua cổ phần là loại chứng khoán do công ty cổ phần phát hành nhằm mang lại cho cổ đông hiện hữu quyền được mua cổ phần mới theo điều kiện đã được xác định.

¹⁴⁷ Khoản 2, khoản 3 Điều 4 Luật Chứng khoán năm 2019.

Kho Bạc Nhà Nước trong năm 2016 và 2017 có kỳ hạn 5 năm, sẽ đáo hạn vào năm 2021 và 2022. Tổng giá trị các trái phiếu này là 1.449 tỷ đồng, cao hơn gần 50% so với giá trị khoản vay từ JP Morgan Chase¹⁴⁸.

Giữa cổ phiếu và trái phiếu có những điểm khác biệt cơ bản. Cổ phiếu là loại chứng khoán mang tính chất vốn, chỉ có công ty cổ phần mới được phát hành¹⁴⁹. Người sở hữu cổ phiếu được xác định là cổ đông của công ty cổ phần, có quyền sở hữu đối với một phần vốn điều lệ của công ty. Cổ đông của công ty cổ phần có quyền được nhận lợi nhuận (cổ tức) từ hoạt động kinh doanh, có quyền tham gia vào các hoạt động quản lý, điều hành công ty thông qua quyền biểu quyết tại phiên họp đại hội đồng cổ đông. Khác với cổ phiếu, trái phiếu là chứng khoán nợ, ghi nhận số tiền nợ của chủ thể phát hành và quyền sở hữu đối với một phần vốn vay của chủ sở hữu¹⁵⁰. Chủ thể phát hành trái phiếu có thể là các doanh nghiệp, Chính phủ... người sở hữu trái phiếu sẽ có tư cách “chủ nợ” đối với chủ thể phát hành trái phiếu, được trả lãi định kỳ với lãi suất ổn định, không phụ thuộc vào kết quả kinh doanh của chủ thể phát hành. Trái phiếu được ưu tiên thanh toán trước cổ phiếu khi doanh nghiệp rơi vào tình trạng phá sản.

Xét về bản chất, cả trái phiếu và cổ phiếu đều mang đặc điểm pháp lý của quyền tài sản nói chung. Trong các văn bản hướng dẫn thi hành BLDS trước đây¹⁵¹, những nhà lập pháp đã căn cứ vào trạng thái tồn tại của tài sản

¹⁴⁸<https://www.bvsc.com.vn/News/2018921/615229/lienvietpostbank-the-chap-7-trai-phieu-chinh-phu-de-vay-50-trieu-usd.aspx>

¹⁴⁹ Cổ phiếu tồn tại dưới nhiều dạng. Căn cứ hình thức cổ phiếu, cổ phiếu được chia thành: cổ phiếu ghi danh và cổ phiếu không ghi danh (tự do chuyển nhượng); Căn cứ vào quyền lợi mà cổ phiếu đem lại, cổ phiếu có thể chia thành: cổ phiếu phổ thông và cổ phiếu ưu đãi (cổ phiếu ưu đãi có nhiều dạng: ưu đãi cổ tức, ưu đãi biểu quyết, ưu đãi thanh toán trước khi rơi vào trường hợp giải thể...).

¹⁵⁰ Trái phiếu tồn tại dưới nhiều dạng. Căn cứ vào chủ thể phát hành, trái phiếu có thể chia làm 03 loại: trái phiếu Chính phủ, trái phiếu doanh nghiệp, trái phiếu ngân hàng và các tổ chức tài chính. Căn cứ vào hình thức trái phiếu, trái phiếu được chia thành: trái phiếu ghi danh và trái phiếu không ghi danh. Căn cứ tính chất của trái phiếu, trái phiếu được chia thành: trái phiếu chuyển đổi, trái phiếu có quyền mua cổ phiếu, trái phiếu có thể mua lại...

¹⁵¹ Nghị định số 163/2006/NĐ-CP và Nghị định số 11/2012/NĐ-CP sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 163/2006/NĐ-CP.

(dấu hiệu vật lý bên ngoài) mà không căn cứ vào bản chất pháp lý của tài sản để phân loại, do đó đã nhìn nhận cổ phiếu, trái phiếu, chứng tiền gửi là các giấy tờ có giá là chưa chính xác. Tương tự như việc sử dụng thẻ tiết kiệm, chứng chỉ tiền gửi tại các TCTD phát hành để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ, các văn bản hướng dẫn thi hành BLDS năm 2015 về BPBĐ cần quy định BPBĐ được áp dụng khi cá nhân, pháp nhân sử dụng cổ phiếu, trái phiếu thuộc sở hữu của mình để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ là biện pháp thế chấp tài sản. Đối với thế chấp cổ phiếu, do quyền của chủ sở hữu cổ phiếu trong công ty cổ phần có cùng đặc điểm như quyền của chủ sở hữu đối với phần vốn góp trong công ty TNHH, vì vậy, nhà làm luật cần xây dựng các quy chế pháp lý chung cho thế chấp cổ phiếu, thế chấp quyền đối với phần vốn góp trong công ty TNHH. Đối với trái phiếu, do mang đặc điểm của quyền tài sản hình thành từ hợp đồng, các nhà làm luật cần xây dựng quy chế pháp lý khi thế chấp trái phiếu theo quy chế pháp lý của thế chấp quyền tài sản hình thành từ hợp đồng.

3.1.2. Xác lập thế chấp quyền tài sản

3.1.2.1. Xác lập thế chấp quyền tài sản để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ của người thứ ba

Nhận thế chấp quyền sử dụng đất để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ của người thứ ba là một việc làm khá phổ biến ở nhiều TCTD. Theo đó, bên thế chấp (chủ sở hữu quyền sử dụng đất) thế chấp quyền sử dụng đất của mình để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ trả nợ của người thứ ba (bên được bảo đảm), là chủ thể thế chấp có nghĩa vụ trong một hợp đồng vay tài sản đối với TCTD. Hiệu lực pháp lý của BPBĐ này trong thực tiễn còn có nhiều cách hiểu khác nhau. Theo quy định tại Điều 317 BLDS năm 2015¹⁵², bên thế chấp có quyền sử dụng tài sản thuộc sở hữu của mình để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ. Điều luật không hạn chế việc chủ sở hữu dùng tài sản thuộc sở hữu của mình để đảm

¹⁵² Trước đây được quy định tại Điều 342 BLDS năm 2005.

bảo thực hiện nghĩa vụ của người thứ ba. Bên cạnh đó, trong biện pháp bảo lãnh, Điều 366 BLDS năm 2015 ghi nhận cho phép bên bảo lãnh có thể thỏa thuận với bên nhận bảo lãnh sử dụng tài sản của mình để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh.

Trong quá trình giải quyết tranh chấp hiện nay, chưa có quan điểm thống nhất về việc chấp nhận cho phép thế chấp quyền sử dụng đất để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ của người thứ ba. Một số Tòa án địa phương nhận định hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ của người thứ ba là không đúng với quy định của BLDS năm 2015 và tuyên hợp đồng này vô hiệu¹⁵³. Việc Tòa án ra quyết định tuyên vô hiệu hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ của người thứ ba dẫn đến các hệ quả: (i) Vi phạm nguyên tắc tôn trọng ý chí tự do, tự nguyện cam kết, thỏa thuận của chủ thể khi tham gia GDDS, bởi BLDS năm 2015 không có quy định cấm các chủ thể sử dụng tài sản thuộc sở hữu của mình để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ cho người thứ ba; (ii) Ảnh hưởng nghiêm trọng đến quyền, lợi ích hợp pháp của các TCTD. Khi hợp đồng thế chấp bị tuyên vô hiệu đồng nghĩa với khoản vay của người thứ ba với TCTD sẽ trở thành khoản vay không có tài sản bảo đảm; (iii) Các chủ thể đã xác lập biện pháp thế chấp quyền sử dụng đất để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ cho người thứ ba có thể sử dụng bản án của Tòa án Nhân dân Quảng Ngãi, Tòa án Nhân dân Thành phố Hồ Chí Minh như một “án lệ” làm điều kiện khởi kiện yêu cầu Tòa án tuyên các hợp đồng thế chấp¹⁵⁴ đã ký vô hiệu.

Ngược lại, nếu Tòa án chấp nhận cho việc thế chấp quyền sử dụng đất để đảm bảo cho nghĩa vụ của người thứ ba có thể tạo ra các “kẽ hở” cho người thứ ba (bên vay) và TCTD thông đồng, lợi dụng để trục lợi. Thông qua hợp đồng vay tài sản, người thứ ba nhận tiền của TCTD rồi trây ì nghĩa vụ trả

¹⁵³ Bản án kinh doanh thương mại sơ thẩm số 48/KDTM-ST ngày 22/09/2011 của TAND tỉnh Quảng Ngãi; Bản án phúc thẩm của TAND Tp. Hồ Chí Minh tuyên hủy 02 hợp đồng thế chấp của Eximbank.

¹⁵⁴ Báo cáo Hội thảo “Thực tiễn giải quyết tranh chấp liên quan đến tín dụng ngân hàng tại Tòa án nhân dân” của TANDTC- Hiệp hội Ngân hàng Việt Nam, tại Hội An, Quảng Nam, ngày 04/10/2019.

nợ, đẩy trách nhiệm sang cho bên thế chấp. TCTD vừa có thể giải ngân nhiều khoản vay cho khách hàng để thu lợi nhuận, nếu có sự vi phạm nghĩa vụ của bên đi vay vẫn có quyền xử lý quyền sử dụng đất của bên thế chấp. Hơn nữa, về mặt pháp lý, các TCTD cũng “e sợ”, không muốn thiết lập biện pháp bảo lãnh bằng quyền sử dụng đất để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ của người thứ ba bởi khoản 1 Điều 167 Luật Đất đai năm 2013 khi liệt kê các quyền của người sử dụng đất không quy định người sử dụng đất có quyền thế chấp quyền sử dụng đất để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ. Nếu cứ xác lập biện pháp bảo lãnh bằng quyền sử dụng đất có thể dẫn tới việc sau này khi tranh chấp ở Tòa án, các Tòa án sẽ tuyên hợp đồng bảo lãnh vô hiệu căn cứ vào khoản 1 Điều 167 Luật Đất đai năm 2013.

3.1.2.2. Xác định chủ thể trong trường hợp thế chấp quyền sử dụng đất của hộ gia đình

Để trở thành một hộ gia đình và tham gia vào các quan hệ pháp luật, theo quy định của pháp luật hiện hành phải có đủ 2 điều kiện sau:

Thứ nhất, Hộ gia đình phải là một tập hợp của một nhóm người xác định có quan hệ thân thích với nhau, tối thiểu có từ hai thành viên trở lên và không xác định số lượng tối đa. Việc xác định chính xác các thành viên của hộ gia đình có ý nghĩa vô cùng quan trọng trong việc xác định ai là chủ sở hữu tài sản chung của Hộ gia đình, thông qua đó xác định được tư cách chủ thể trong các giao dịch dân sự có liên quan đến tài sản chung của hộ gia đình. Tuy nhiên, trong thực tiễn, việc xác định các thành viên của hộ gia đình gặp nhiều những khó khăn bởi pháp luật hiện hành có nhiều quy định không rõ ràng điều chỉnh vấn đề này.

Thứ hai, các thành viên trong hộ gia đình phải có tài sản chung để cùng nhau hoạt động sản xuất kinh doanh chung. Tài sản chung của hộ gia đình rất đa dạng, gồm quyền sử dụng đất, quyền sử dụng rừng, rừng trồng của hộ gia đình... Những tài sản này có thể hình thành từ nhiều nguồn khác nhau: từ vốn góp của các thành viên, lãi từ hoạt động sản xuất kinh doanh hợp pháp; từ

việc được nhận tặng cho, nhận thừa kế... hộ gia đình được sử dụng tài sản của mình tham gia các quan hệ dân sự thuộc các lĩnh vực sản xuất nông, lâm, ngư nghiệp tham gia vào các lĩnh vực kinh doanh, thương mại, dịch vụ, thủ công nghiệp và tiểu thủ công nghiệp, các hoạt động mua nguyên vật liệu, thuê mướn mặt bằng, sử dụng các dịch vụ, vay vốn TCTD để sản xuất kinh doanh, thuê mướn lao động hoặc một số lĩnh vực sản xuất, kinh doanh khác do pháp luật quy định.

Trước đây, BLDS năm 2005 quy định minh thị hộ gia đình là một chủ thể của quan hệ dân sự¹⁵⁵, tuy nhiên hiện nay BLDS năm 2015 không quy định hộ gia đình là một chủ thể của quan hệ dân sự, mà chỉ ghi nhận sự tồn tại của hộ gia đình như một thực thể trong xã hội¹⁵⁶. Xuất phát từ việc thừa nhận hình thức sở hữu của các thành viên hộ gia đình là hình thức sở hữu chung (có thể là sở hữu chung theo phần hoặc sở hữu chung hợp nhất tùy từng trường hợp); BLDS năm 2015 ghi nhận mỗi thành viên của hộ gia đình đều được coi là đồng chủ sở hữu đối với tài sản chung của hộ gia đình, vì lẽ đó khi xác lập, thực hiện các GDDS liên quan đến tài sản chung của hộ gia đình thực hiện theo phương thức thỏa thuận. Trường hợp định đoạt tài sản là bất động sản, động sản có đăng ký, tài sản là nguồn thu nhập chủ yếu của gia đình phải có sự thỏa thuận của tất cả các thành viên gia đình là người thành niên có năng lực hành vi dân sự đầy đủ, trừ trường hợp luật có quy định khác¹⁵⁷.

Theo quy định của Luật Đất đai năm 2013, hộ gia đình được xác định là một chủ thể có quyền sử dụng đất nông nghiệp¹⁵⁸. Điều 179 Luật Đất đai năm 2013 ghi nhận về quyền của hộ gia đình sử dụng đất nông nghiệp trong trường hợp được Nhà nước giao trong hạn mức; được Nhà nước giao có thu tiền sử dụng đất; cho thuê đất trả tiền thuê một lần cho cả thời hạn thuê; được Nhà nước công nhận quyền sử dụng đất; nhận chuyển đổi, chuyển

¹⁵⁵ Xem Điều 107 BLDS năm 2005.

¹⁵⁶ Xem Khoản 1 Điều 101 BLDS năm 2015.

¹⁵⁷ Xem khoản 2 Điều 212 BLDS năm 2015.

¹⁵⁸ Xem khoản 30 Điều 3 Luật Đất đai năm 2013.

nhượng, nhận tặng cho, nhận thừa kế thì có quyền thế chấp quyền sử dụng đất tại TCTD được phép hoạt động tại Việt Nam, tại tổ chức kinh tế khác hoặc cá nhân theo quy định của pháp luật. Khoản 1 Điều 64 Nghị định 43/2014/NĐ-CP ngày 15/05/2014 quy định chi tiết một số điều của Luật Đất đai năm 2013 quy định: “1. Hợp đồng, văn bản giao dịch về quyền sử dụng đất, quyền sở hữu tài sản gắn liền với đất của hộ gia đình phải được người có tên trên Giấy chứng nhận hoặc người được ủy quyền theo quy định của pháp luật về dân sự ký tên”. Để hướng dẫn thực hiện quy định này, Bộ Tài nguyên và Môi trường đã ban hành Thông tư 02/2015/TT-BTNMT quy định chi tiết một số điều của Nghị định số 43/2014/NĐ-CP và Nghị định số 44/2014/NĐ-CP ngày 15/05/2014 của Chính phủ¹⁵⁹.

Thông qua việc phân tích trên, có thể nhận thấy, quy định giữa BLDS năm 2015 và Luật Đất đai năm 2013 có sự không thống nhất. BLDS năm 2015 không quy định minh thị hộ gia đình là chủ thể tham gia quan hệ dân sự, trong khi đó Luật Đất đai năm 2013 quy định hộ gia đình là một chủ thể có quyền sử dụng đất, được phép xác lập các GDDS liên quan đến quyền sử dụng đất (trong đó có thể chấp quyền sử dụng đất để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ). Hậu quả là các TCTD gặp khó khăn trong việc xác định chủ thể của thế chấp quyền sử dụng trong trường hợp này là các thành viên của hộ gia đình hay hộ gia đình? Rủi ro các TCTD gặp phải khi nhận thế chấp quyền sử dụng đất loại này là nếu xác định sai chủ thể thế chấp, khi có tranh chấp có thể bị Toà án tuyên vô hiệu hợp đồng thế chấp. Để hạn chế rủi ro, TCTD thường “hạn chế” nhận thế chấp quyền sử dụng đất của hộ gia đình. Việc các TCTD hạn chế nhận thế chấp quyền sử dụng đất của hộ gia đình dẫn đến hậu quả các

¹⁵⁹ Khoản 5 Điều 14 Thông tư 02/2015/TT-BTNMT ngày 27/01/2015 quy định chi tiết một số điều của Nghị định số 43/2014/NĐ-CP và Nghị định số 44/2014/NĐ-CP ngày 15/05/2014 của Chính phủ: “5. Người có tên trên Giấy chứng nhận hoặc người được ủy quyền theo quy định của pháp luật về dân sự quy định tại Khoản 1 Điều 64 của Nghị định số 43/2014/NĐ-CP chỉ được thực hiện việc ký hợp đồng, văn bản giao dịch về quyền sử dụng đất, quyền sở hữu tài sản gắn liền với đất khi đã được các thành viên trong hộ gia đình sử dụng đất đồng ý bằng văn bản và văn bản đó đã được công chứng hoặc chứng thực theo quy định của pháp luật”.

hộ gia đình gặp khó khăn trong việc huy động vốn để sản xuất kinh doanh, về lâu dài ảnh hưởng nghiêm trọng đến sự phát triển kinh tế xã hội bởi số lượng hộ gia đình thực tế ở Việt Nam hiện nay chiếm số lượng rất lớn¹⁶⁰, chiếm tỉ trọng cao trong hoạt động sản xuất của nền kinh tế quốc gia.

3.1.2.3. *Xác lập thế chấp quyền tài sản hình thành từ hợp đồng*

Biện pháp thế chấp tài sản được hình thành từ sự thoả thuận giữa bên thế chấp với bên nhận thế chấp. Điều này đồng nghĩa với việc chủ thể của hợp đồng thế chấp được xác định gồm: bên thế chấp và bên nhận thế chấp. Tuy nhiên, trong biện pháp thế chấp quyền tài sản hình thành từ hợp đồng, khi có sự vi phạm nghĩa vụ của bên thế chấp, là điều kiện xử lý tài sản bảo đảm, bên nhận thế chấp có quyền yêu cầu bên có nghĩa vụ thanh toán đối với bên thế chấp thanh toán cho mình một khoản tiền nhất định. Điều này đồng nghĩa với việc thực hiện nghĩa vụ trong hợp đồng thế chấp quyền tài sản hình thành từ hợp đồng phụ thuộc trực tiếp vào hành vi của bên có nghĩa vụ thanh toán. Vấn đề pháp lý được đặt ra là trong hợp đồng thế chấp quyền tài sản hình thành từ hợp đồng, tư cách chủ thể hợp đồng được xác định như thế nào? Hợp đồng thế chấp quyền tài sản hình thành từ hợp đồng cần có sự tham gia của bên có nghĩa vụ thanh toán hay không?

Để đảm bảo an toàn trong giao dịch, khi nhận thế chấp quyền tài sản hình thành từ hợp đồng, bên nhận thế chấp thường yêu cầu bên có nghĩa vụ thanh toán tham gia giao kết hợp đồng thế chấp nhằm các mục đích: *Thứ nhất*, có chứng cứ chứng minh bên có nghĩa vụ thanh toán đã biết về việc thế chấp quyền tài sản hình thành từ hợp đồng. Điều này hạn chế được trường hợp bên có nghĩa vụ thanh toán cố tình trốn tránh thực hiện nghĩa vụ, đồng thời bên nhận thế chấp sẽ không phải thông báo việc đã nhận thế chấp cho bên có nghĩa vụ thanh toán. *Thứ hai*, bên nhận thế chấp sẽ yêu cầu bên có nghĩa vụ thanh toán cam kết thực hiện nghĩa vụ thanh toán khoản tiền vào tài

¹⁶⁰ Theo Tổng cục Thống kê công bố về kết quả điều tra dân số và nhà ở năm 2019. Tại thời điểm 0 giờ ngày 1/4/2019, dân số Việt Nam là 96,208,984 triệu người; tổng số hộ gia đình trong cả nước là 26,9 triệu hộ.

khoản của bên thế chấp mở tại một ngân hàng thương mại theo chỉ định bên nhận thế chấp, để bên thế chấp có thể quản lý. Thứ ba, hạn chế tối đa việc bên có nghĩa vụ thanh toán và bên thế chấp cấu kết, thông đồng với nhau làm thay đổi giá trị của quyền yêu cầu thanh toán, gây thiệt hại cho bên nhận thế chấp. Tuy nhiên, pháp luật Việt Nam hiện hành không có quy định bắt buộc hợp đồng thế chấp quyền tài sản hình thành từ hợp đồng phải có sự tham gia của bên có nghĩa vụ thanh toán. Điều này đã dẫn đến nhiều cách hiểu khác nhau, có cách hiểu cho rằng, hợp đồng thế chấp quyền tài sản hình thành từ hợp đồng chỉ có hai chủ thể bên thế chấp và bên nhận thế chấp. Cách hiểu khác lại cho rằng, hợp đồng thế chấp quyền tài sản hình thành từ hợp đồng phải cần có sự đồng ý của bên có nghĩa vụ thanh toán, tức là chủ thể của hợp đồng này bao gồm 03 bên: bên thế chấp, bên nhận thế chấp và bên có nghĩa vụ thanh toán. Do chưa có quy định hướng dẫn cụ thể về vấn đề này nên thực tiễn áp dụng, một số Tòa án tỏ ra lúng túng, đã ra bản án gây nhiều tranh cãi. Cụ thể:

Tại Bản án số 07/2019/KDTM-ST ngày 05/09/2019 của Tòa án nhân dân thành phố Huế, tỉnh Thừa Thiên Huế về “Tranh chấp hợp đồng mua bán hàng hóa” giữa nguyên đơn là Ngân hàng TMCP Đ, bị đơn là Công ty TNHH TH. Tòa án nhân dân thành phố Huế nhận định: “Đối với Hợp đồng thế chấp quyền đòi nợ số 02/2015/1944275/HĐBĐ ngày 09/9/2015, hợp đồng này chỉ được ký kết giữa Ngân hàng TMCP Đ và Công ty TNHH TH nên không phát sinh nghĩa vụ đối với Ban Đầu tư và Xây dựng huyện Phú Vang”.

Trong vụ án này, Công ty TNHH TH là bên thế chấp quyền đòi nợ, Ngân hàng TMCP Đ là bên nhận thế chấp quyền đòi nợ và Ban Đầu tư và Xây dựng huyện Phú Vang là bên có nghĩa vụ trả tiền cho bên thế chấp. Khi xác lập hợp đồng thế chấp, chỉ có sự thể hiện ý chí của bên thế chấp và bên nhận thế chấp. Tòa án nhân dân thành phố Huế căn cứ vào đó đã xác định Ban Đầu tư và Xây dựng huyện Phú Vang không phát sinh nghĩa vụ theo hợp đồng thế chấp quyền đòi nợ. Đồng nghĩa với việc Ban Đầu tư và Xây dựng huyện Phú Vang không phải chịu trách nhiệm thanh toán cho Ngân hàng TMCP Đ (bên nhận thế chấp).

3.1.2.4. *Xác lập thế chấp quyền tài sản đối với đối tượng của quyền sở hữu trí tuệ*

Hiện nay, nhận thế chấp quyền tài sản đối với đối tượng của quyền SHTT để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ là việc làm khá phổ biến ở các quốc gia phát triển như Anh, Mỹ... Tuy nhiên, ở Việt Nam các TCTD còn rất “e ngại” đối với việc nhận thế chấp loại tài sản này bởi tính phức tạp và độ rủi ro của chúng mang lại. Những khó khăn các TCTD gặp phải khi nhận thế chấp các quyền tài sản đối với đối tượng của quyền SHTT làm tài sản bảo đảm có thể kể đến như: khó khăn trong việc thẩm định giá, khó khăn trong việc quản lý, duy trì và làm tăng giá trị tài sản bảo đảm, khó khăn trong việc bán tài sản bảo đảm khi phải xử lý tài sản bảo đảm để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ.

Việc thẩm định giá tài sản bảo đảm là khâu bắt buộc trong hoạt động của các TCTD. Nếu không xác định được giá trị tài sản bảo đảm thì các TCTD sẽ không có căn cứ xác định hạn mức cho vay. Hiện nay có 03 phương pháp thẩm định giá quyền SHTT¹⁶¹: (i) Phương pháp dựa vào thu nhập: phương pháp này tập trung vào nguồn thu nhập ước tính mà chủ sở hữu quyền mong muốn nhận được trong thời gian quyền SHTT¹⁶² đang còn hiệu lực. Tuy nhiên nhược điểm của phương pháp này là cơ chế định giá không phù hợp, không phản ánh đúng giá trị thực tế của quyền tài sản thế chấp, mang tính ý chí chủ quan của người định giá khi đưa ra các con số dự đoán; (ii) Phương pháp dựa vào chi phí: phương pháp này được sử dụng để ước tính các lợi ích trong tương lai của quyền SHTT bằng cách tính số tiền cần thiết tạo ra quyền SHTT mới để thay thế quyền sở hữu trí tuệ thế chấp; (iii) Phương pháp dựa vào thị trường: phương pháp này dựa vào việc một bên thứ ba sẵn sàng mua hoặc thuê quyền SHTT thế chấp. Nhược điểm của phương pháp này là giá trị của quyền SHTT đem thế chấp hoàn toàn phụ thuộc vào nhu cầu thị trường, bên nhận thế chấp phải cân nhắc rất kỹ khi chấp nhận làm tài sản bảo đảm.

Các phương pháp thẩm định này đều có nhược điểm nhất định, một quyền tài sản đối với đối tượng quyền SHTT có thể có giá trị khác nhau nếu

¹⁶¹ Trần Thị Thu Hương (2016), Tạp chí Khoa học và Đào tạo Ngân hàng, số 170 – tháng 7/2016.

¹⁶² Khoản thu này có được thông qua các hợp đồng li-xăng một quyền sở hữu trí tuệ cụ thể.

áp dụng phương pháp thẩm định giá khác nhau. Các yếu tố như kinh nghiệm của thẩm định viên, mục đích của việc thẩm định, thời điểm thẩm định, số liệu thu thập được cũng ảnh hưởng đến kết quả thẩm định. Một khi kết quả thẩm định không chính xác cộng với việc không có kinh nghiệm trong quản lý, duy trì, phát triển quyền tài sản đối với đối tượng của quyền SHTT bên nhận thế có thể phải gánh chịu những tổn thất khôn lường. Vụ việc xảy ra tại Ngân hàng phát triển Nông nghiệp Việt Nam (Agribank) là một điển hình. Tóm tắt nội dung vụ việc:

Công ty cổ phần Enzo Việt Nam đăng ký thành lập lần đầu tại Sở kế hoạch đầu tư Ninh Bình với vốn điều lệ 47,1 triệu USD triển khai phát triển dự án nhà máy Luxfashion, sau đó đổi tên thành Công ty liên doanh Lifepro Việt Nam và tăng vốn điều lệ lên 305 triệu USD do ông Yang Hong (quốc tịch Trung Quốc) làm Chủ tịch HĐQT, ông Boubker El Fehdi (quốc tịch Canada) là Tổng giám đốc. Ngày 7/4/2012, Agribank đã phê duyệt cho Lifepro Việt Nam vay 150 triệu USD (gồm cả phần nhận nợ 41,35 triệu USD, tương đương 865 tỷ đồng đã cho Cty Enzo Việt Nam - chủ đầu tư trước của dự án vay). Agribank đã xác lập cùng Công ty liên doanh Lifepro Việt Nam 02 (hai) hợp đồng thế chấp tài sản:

Ngày 8/4/2012, ký Hợp đồng thế chấp số 01 trị giá 1.518 tỷ đồng, tài sản thế chấp là tài sản được hình thành từ vốn vay và vốn tự có. Trong đó, gồm toàn bộ công trình kiến trúc, dây chuyền máy móc, thiết bị giai đoạn I và II, giá trị quyền sử dụng đất, lô máy móc thiết bị hoàn tất sản phẩm.

Tiếp đó, ngày 14/4/2012, hợp đồng thế chấp số 02 được kí kết có tài sản thế chấp gồm: (i) tài sản hình thành từ vốn vay và vốn tự có trong tương lai gồm nguyên phụ liệu nhập khẩu, các bộ chứng từ xuất hàng chờ thu tiền, các khoản phải thu của khách hàng... với tổng trị giá 64 triệu EURO và 14,9 triệu USD; và (ii) quyền sử dụng 06 nhãn hiệu thương mại mà Công ty liên doanh Lifepro Việt Nam đã mua quyền sử dụng của FGF Industry Spa (Italia). Với quyền sử dụng 06 nhãn hiệu này, Agribank đã nhận thế chấp cho khoản vay tới 70 triệu USD, tương đương 1.464 tỷ đồng.

Đầu năm 2013, khi cơ quan điều tra khởi tố vụ án hình sự này thì dư nợ vay là hơn 3.125 tỷ đồng. Việc xử lý tài sản bảo đảm đã không thể thực hiện được vì chủ doanh nghiệp vắng mặt. Theo cáo trạng của Viện Kiểm sát nhân dân tối cao, vụ án sai phạm này đã gây thiệt hại cho vốn nhà nước tại Agribank tới 2.755 tỷ đồng¹⁶³.

Liên quan đến vấn đề tác giả nghiên cứu, trong vụ việc này có 02 (hai) câu hỏi lớn cần làm rõ: (i) Agribank có quyền xử lý tài sản bảo đảm là quyền sử dụng 06 nhãn hiệu mà Công ty liên doanh Lifepro Việt Nam đã mua quyền sử dụng của FGF Industry Spa (Italia) hay không? (ii) Cơ sở nào để định giá quyền sử dụng 06 nhãn hiệu Công ty liên doanh Lifepro Việt Nam đã mua quyền sử dụng của FGF Industry Spa (Italia) có giá trị tới 70 triệu USD?

Theo quy định tại khoản 4 Điều 4 Luật SHTT năm 2005 (sửa đổi, bổ sung năm 2009), quyền của tổ chức, cá nhân đối với nhãn hiệu, tên thương mại được xác định là các quyền tài sản (thuộc nhóm quyền sở hữu công nghiệp) có thể được sử dụng làm tài sản thế chấp đảm bảo thực hiện nghĩa vụ. Bên cạnh đó, chủ sở hữu nhãn hiệu, tên thương mại có quyền cho phép chủ thể khác khai thác, sử dụng nhãn hiệu, tên thương mại của mình thông qua các hợp đồng li-xăng (hợp đồng chuyển giao quyền sử dụng nhãn hiệu). Như vậy, về mặt pháp lý, Công ty liên doanh Lifepro Việt Nam chỉ là bên nhận nhượng quyền sử dụng nhãn hiệu còn FGF Industry Spa (Italia) vẫn là chủ sở hữu của 06 nhãn hiệu thương mại nói trên. Hợp đồng thế chấp giữa Agribank với Công ty liên doanh Lifepro Việt Nam xác định tài sản thế chấp là 06 nhãn hiệu thương mại là không chính xác bởi vi phạm điều kiện bên thế chấp (Công ty liên doanh Lifepro Việt Nam) không phải là chủ sở hữu tài sản thế chấp. Đối với việc định giá quyền sử dụng 06 nhãn hiệu thương mại của FGF Industry Spa (Italia) đủ điều kiện làm tài sản bảo đảm cho khoản vay 70 triệu USD cũng là điều không hợp lý. Kết quả này đến từ quy trình thẩm định, đánh giá, trình duyệt khoản vay, quản lý rủi ro của Agribank là vô cùng lỏng lẻo, tạo kẽ hở cho cán bộ làm sai nhằm mục đích trục lợi.

¹⁶³ <https://viettimes.vn/agribank-sa-lay-tai-lifepro-viet-nam-vi-sao-post10801.html>

3.1.3. Xử lý tài sản thế chấp là quyền tài sản

3.1.3.1. Xử lý tài sản thế chấp là quyền sử dụng đất

Thứ nhất, vướng mắc trong khâu thu giữ quyền sử dụng đất

Để có thể xử lý được tài sản thế chấp là quyền sử dụng đất thì bên nhận thế chấp cần tiến hành thủ tục thu giữ quyền sử dụng đất từ những người đang chiếm hữu, sử dụng quyền sử dụng đất đó (có thể là bên thế chấp, người đã mua, đã nhận trao đổi quyền sử dụng đất thế chấp với bên thế chấp mà không có sự đồng ý của bên nhận thế chấp...). Theo quy định tại Khoản 5 Điều 323 BLDS năm 2015, bên nhận thế chấp có quyền: “*Yêu cầu bên thế chấp hoặc người thứ ba giữ tài sản thế chấp giao tài sản đó cho mình để xử lý khi bên thế chấp không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ*”. Thực tế đã cho thấy, nếu không có sự hợp tác, sự tự nguyện của bên thế chấp, của chủ thể đang trực tiếp chiếm hữu, sử dụng đất thì không thể xử lý được tài sản thế chấp bởi bên nhận thế chấp không có quyền cưỡng chế, kê biên quyền sử dụng đất đã thế chấp.

Để tháo gỡ vướng mắc trong khâu thu giữ tài sản bảo đảm, Quốc hội khoá 14 đã ban hành Nghị quyết số 42/2017/QH14 về thí điểm xử lý nợ xấu của các TCTD, trong đó có quy định cho phép TCTD, chi nhánh ngân hàng nước ngoài, tổ chức mua bán, xử lý nợ xấu được thu giữ tài sản bảo đảm của khoản nợ xấu trong trường hợp bên bảo đảm, bên giữ tài sản bảo đảm không giao tài sản bảo đảm khi có đủ các điều kiện: (i) Khi xảy ra trường hợp xử lý tài sản bảo đảm theo quy định tại Điều 299 của BLDS; (ii) Tại hợp đồng bảo đảm có thỏa thuận về việc bên bảo đảm đồng ý cho TCTD, chi nhánh ngân hàng nước ngoài có quyền thu giữ tài sản bảo đảm của khoản nợ xấu khi xảy ra trường hợp xử lý tài sản bảo đảm theo quy định của pháp luật; (iii) Giao dịch bảo đảm hoặc BPBĐ đã được đăng ký theo quy định của pháp luật; (iv) Tài sản bảo đảm không phải là tài sản tranh chấp trong vụ án đã được thụ lý nhưng chưa được giải quyết hoặc đang được giải quyết tại Tòa án có thẩm

quyền; không đang bị Tòa án áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời; không đang bị kê biên hoặc áp dụng BPBD thi hành án theo quy định của pháp luật; (v) TCTD, chi nhánh ngân hàng nước ngoài, tổ chức mua bán, xử lý nợ xấu đã hoàn thành nghĩa vụ công khai thông tin theo quy định¹⁶⁴. Để thu giữ được tài sản bảo đảm là quyền sử dụng đất thực tế phụ thuộc nhiều vào sự hỗ trợ của cơ quan Công an các cấp. Tuy nhiên đến nay, Bộ Công an chưa có văn bản hướng dẫn về cơ chế, cách thức thực hiện cưỡng chế đối với các trường hợp bên bảo đảm chống đối, không hợp tác. Ngoài ra, khi thu giữ tài sản là quyền sử dụng đất cùng nhà ở, công trình xây dựng gắn liền với quyền sử dụng đất thường có các tài sản khác của bên thế chấp, của người thân thích của bên thế chấp hoặc của bên thứ ba (các đồ gia dụng, tủ lạnh, giường...) mà họ không tự nguyện di dời thì cơ chế, phương thức xử lý đối với những tài sản này như thế nào? là một rào cản rất lớn cho việc thực thi Nghị quyết 42/2017/NĐ-CP trên thực tiễn.

Trong trường hợp không thể tự thu giữ được quyền sử dụng đất thế chấp, bên nhận thế chấp chỉ có thể gửi đơn đến Tòa án yêu cầu giải quyết tranh chấp. Sau đó bên nhận thế chấp tiếp tục yêu cầu cơ quan thi hành án cưỡng chế thu giữ trên cơ sở phán quyết của Tòa án¹⁶⁵. Các thủ tục tư pháp hiện nay khá phức tạp, mất nhiều thời gian, có thể kéo dài hàng năm, thậm chí vài năm.

Thứ hai, vướng mắc trong việc định giá quyền sử dụng đất tại thời điểm xử lý tài sản bảo đảm làm căn cứ để bán đấu giá

Việc định giá tài sản thế chấp khi xử lý được thực hiện như một khâu độc lập với quá trình định giá tài sản khi giao kết hợp đồng thế chấp và định giá trong quá trình thực hiện hợp đồng thế chấp. Để có căn cứ cho các cá nhân, tổ chức tham gia vào hoạt động đấu giá tài sản thế chấp thì vấn đề xác

¹⁶⁴ Xem Điều 7 Nghị quyết số 42/2017/QH14.

¹⁶⁵ Theo khảo sát khối tài chính của WB-IFC-VBA đối với 85% số ngân hàng được khảo sát, phải mất trên 3 tháng mới xin được phán quyết của Tòa án, còn 54% trường hợp thì thời gian này là trên 6 tháng.

định giá khởi điểm của tài sản thế chấp là việc làm vô cùng quan trọng. Đây là khâu bắt buộc trong trình tự, thủ tục bán đấu giá được Luật Đấu giá tài sản năm 2016 quy định. Xác định đúng giá trị của tài sản bảo đảm từ đó đưa ra mức giá khởi điểm có vai trò quyết định đến sự thành công của phiên bán đấu giá. Trên thực tế, khi bán đấu giá tài sản thế chấp, các bên căn cứ khoản 1 Điều 306 BLDS năm 2015 để xác định giá khởi điểm của tài sản thế chấp.

Trường hợp (i): Xác định giá khởi điểm theo thỏa thuận của bên thế chấp và bên nhận thế chấp. Theo quy định tại Điều 306 BLDS năm 2015, giá khởi điểm của tài sản thế chấp khi bán đấu giá có thể được xác định trên cơ sở tự thỏa thuận của bên thế chấp và bên nhận thế chấp. Quy định này phù hợp với nguyên tắc bình đẳng, tự do ý chí khi xác lập giao dịch, đồng thời tạo sự thông thoáng, giúp cho các bên nhanh chóng có được giá khởi điểm khi đem bán đấu giá. Tuy nhiên, với những quy định mang tính chất “mở” này có thể dẫn đến tình trạng bên nhận thế chấp (thường là các TCTD) tận dụng lợi thế của mình thỏa thuận điều khoản định giá thấp hơn giá trị thị trường của tài sản bảo đảm nhằm giảm định mức cho vay, hạn chế tối đa thiệt hại trong trường hợp phải xử lý tài sản bảo đảm để thực hiện nghĩa vụ trả nợ của bên đi vay.

Trường hợp (ii): Xác định giá khởi điểm khi bán đấu giá tài sản thế chấp trên cơ sở định giá của tổ chức định giá. Trong thực tiễn, việc xác định giá khởi điểm của tài sản thế chấp khi bán đấu giá phần lớn được xác định theo cách này bởi các nguyên nhân như: tại thời điểm thế chấp tài sản bảo đảm được “thời giá” cao hơn nhiều so với giá trị thị trường, tài sản giảm giá trị do nhu cầu của thị trường... hoặc việc định giá tài sản bảo đảm thấp giúp cho bên nhận thế chấp dễ dàng bán được quyền tài sản thế chấp, thu được khoản tiền bù đắp cho nghĩa vụ bị vi phạm của bên thế chấp. Tuy nhiên, bên thế chấp thường không đồng ý bởi nó gây ra những thiệt hại cho bên thế chấp... Lúc này, việc mời bên thứ ba tham gia thẩm định tài sản thế chấp là cần thiết, vừa phục vụ cho việc bán đấu giá tài sản sau này, vừa phù hợp với quy chế của TCTD, đảm bảo an toàn tín dụng cũng như loại trừ trách nhiệm cá nhân cho một số cán bộ TCTD trong quá trình thẩm định và cấp tín dụng.

Theo quy định của pháp luật hiện nay, có 05 (năm) phương pháp định giá quyền sử dụng đất: (i) Phương pháp so sánh trực tiếp là phương pháp định giá đất thông qua việc phân tích mức giá của các thửa đất trông tương tự về mục đích sử dụng đất, vị trí, khả năng sinh lợi, điều kiện kết cấu hạ tầng, diện tích, hình thể, tính pháp lý về quyền sử dụng đất (sau đây gọi là thửa đất so sánh) đã chuyển nhượng trên thị trường, trúng đấu giá quyền sử dụng đất để so sánh, xác định giá của thửa đất cần định giá; (ii) Phương pháp chiết trừ là phương pháp định giá đất đối với thửa đất có tài sản gắn liền với đất bằng cách loại trừ phần giá trị tài sản gắn liền với đất ra khỏi tổng giá trị bất động sản (bao gồm giá trị đất và giá trị tài sản gắn liền với đất); (iii) Phương pháp thu nhập là phương pháp định giá đất tính bằng thương số giữa mức thu nhập ròng thu được bình quân một năm trên một đơn vị diện tích đất so với lãi suất tiền gửi tiết kiệm bình quân một năm tính đến thời điểm định giá đất của loại tiền gửi VNĐ kỳ hạn 12 tháng tại ngân hàng thương mại nhà nước có mức lãi suất tiền gửi tiết kiệm cao nhất trên địa bàn cấp tỉnh; (iv) Phương pháp thặng dư là phương pháp định giá đất đối với thửa đất có tiềm năng phát triển theo quy hoạch sử dụng đất, quy hoạch xây dựng hoặc được phép chuyển mục đích sử dụng đất để sử dụng cao nhất và tốt nhất bằng cách loại trừ tổng chi phí ước tính ra khỏi tổng doanh thu phát triển giả định của bất động sản; (v) Phương pháp hệ số điều chỉnh giá đất là phương pháp định giá đất bằng cách sử dụng hệ số điều chỉnh giá đất nhân (x) với giá đất trong bảng giá đất do Ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương (sau đây gọi là Ủy ban nhân dân cấp tỉnh) ban hành¹⁶⁶.

Điều kiện áp dụng các phương pháp định giá quyền sử dụng đất được xác định như sau: Phương pháp so sánh trực tiếp được áp dụng để định giá đất khi trên thị trường có các thửa đất so sánh đã chuyển nhượng trên thị trường, trúng đấu giá quyền sử dụng đất; Phương pháp chiết trừ được áp dụng để định giá đối với thửa đất có tài sản gắn liền với đất trong trường hợp có đủ số liệu về giá các bất động sản (gồm đất và tài sản gắn liền với đất) tương tự với thửa

¹⁶⁶ Xem Điều 4 Nghị định số 44/2014/NĐ-CP quy định về Giá đất ngày 15/05/2014 của Chính Phủ

đất cần định giá đã chuyển nhượng trên thị trường, trúng đấu giá quyền sử dụng đất; Phương pháp thu nhập được áp dụng để định giá đối với thửa đất xác định được các khoản thu nhập, chi phí từ việc sử dụng đất; Phương pháp thặng dư được áp dụng để định giá đối với thửa đất có tiềm năng phát triển do thay đổi quy hoạch hoặc chuyển mục đích sử dụng đất khi xác định được tổng doanh thu phát triển giả định và tổng chi phí ước tính; Phương pháp hệ số điều chỉnh giá đất được áp dụng để định giá đất cho các trường hợp đối với dự án có các thửa đất liền kề nhau, có cùng mục đích sử dụng, khả năng sinh lợi và thực nhập từ việc sử dụng đất tương tự¹⁶⁷.

Thực tế đã chứng minh, đối với mỗi phương pháp định giá sẽ cho kết quả định giá quyền sử dụng đất là khác nhau. Bên cạnh đó, cùng một quyền sử dụng đất khi đem định giá ở các tổ chức, pháp nhân có chức năng định giá khác nhau cũng cho các kết quả định giá khác nhau. Pháp luật Việt Nam hiện hành cũng không quy định khi có kết quả định giá từ tổ chức, pháp nhân có chức năng thẩm định thì đó có phải là giá khởi điểm của quyền sử dụng đất thế chấp hay không? Giá thẩm định này có cần sự chấp thuận của bên thế chấp hay bên nhận thế chấp trước khi tổ chức bán đấu giá công khai không¹⁶⁸?. Đây chính là nguyên nhân chính làm cho bên nhận thế chấp không thể xử lý tài sản bảo đảm bởi vấp phải “*sự phản kháng*” của bên thế chấp.

Thứ ba, vướng mắc về thủ tục sang tên cho người mua quyền sử dụng đất thế chấp

Thông thường, khi xử lý tài sản thế chấp là các tài sản phải đăng ký quyền sở hữu (bao gồm có quyền sử dụng đất), bên nhận thế chấp phải cung cấp các loại giấy tờ chứng minh tính hợp pháp của tài sản thế chấp, chứng minh tư cách chủ thể có quyền đối với tài sản thế chấp và phải chịu trách nhiệm về tính xác thực của các thông tin đưa ra. Việc xử lý quyền sử dụng đất

¹⁶⁷ Xem Khoản 2 Điều 5 Nghị định số 44/2014/NĐ-CP quy định về Giá đất ngày 15/05/2014 của Chính Phủ.

¹⁶⁸ Đối với việc định giá quyền tài sản là phần vốn góp trong doanh nghiệp, khoản 2 Điều 37 Luật Doanh nghiệp năm 2020 quy định, “Trường hợp tổ chức thẩm định giá chuyên nghiệp định giá thì giá trị tài sản góp vốn phải được đa số các thành viên, cổ đông sáng lập chấp thuận”.

thế chấp sẽ diễn ra hết sức thuận lợi khi có sự hợp tác của bên thế chấp, của chủ thế đang trực tiếp chiếm hữu quyền sử dụng đất. Người thứ ba khi mua quyền sử dụng đất thế chấp dễ dàng đi đăng ký quyền sở hữu nếu có hợp đồng mua bán được công chứng với bên thế chấp (người đang là chủ sở hữu quyền sử dụng đất về mặt pháp lý). Tuy nhiên, nếu bên thế chấp không hợp tác, việc bán quyền sử dụng đất thế chấp sẽ gặp vô vàn khó khăn. Bởi, nếu không có hợp đồng mua bán có chữ ký của bên thế chấp và đã được công chứng, người mua quyền sử dụng đất thế chấp không thể đến cơ quan Nhà nước có thẩm quyền đăng ký quyền sở hữu. Liên quan đến thủ tục đăng ký sang tên đối với tài sản thế chấp, để bảo vệ lợi ích hợp pháp của bên nhận thế chấp Khoản 2 Điều 58 Nghị định số 21/2021/NĐ-CP quy định:

“2. Trường hợp tài sản bảo đảm đã được xử lý và được chuyển giao quyền sở hữu thì cơ quan có thẩm quyền áp dụng một trong các văn bản sau đây để thực hiện thủ tục chuyển quyền sở hữu cho người nhận chuyển giao:

a) Hợp đồng mua bán, hợp đồng chuyển nhượng, hợp đồng chuyển giao khác về quyền sở hữu tài sản bảo đảm giữa chủ sở hữu tài sản hoặc người có quyền bán tài sản với người nhận chuyển giao;

b) Hợp đồng mua bán tài sản đấu giá;

c) Hợp đồng bảo đảm hoặc văn bản khác chứng minh việc chuyển quyền sở hữu tài sản bảo đảm”.

Tuy nhiên, trên thực tế các cơ quan có chức năng thực hiện việc đăng ký tài sản trong trường hợp này thường từ chối với lý do không có hợp đồng mua bán có công chứng, có chữ ký của chủ sở hữu, chỉ dựa vào hợp đồng thế chấp của bên nhận thế chấp là không đủ căn cứ để sang tên cho người mua tài sản bảo đảm. Các cơ quan đăng ký lo sợ rằng có sự thông đồng giữa bên nhận thế chấp với bên mua tài sản, làm ảnh hưởng đến lợi ích hợp pháp của bên thế chấp.

3.1.3.2. Xử lý tài sản thế chấp là quyền tài sản hình thành từ hợp đồng

Nhận thế chấp quyền tài sản hình thành từ hợp đồng là BPBĐ chứa đựng nhiều rủi ro đối với bên nhận thế chấp, bởi quyền và lợi ích hợp pháp của bên

nhận thế chấp trong nhiều trường hợp phụ thuộc vào hành vi của cả bên thế chấp và bên có nghĩa vụ thanh toán. Theo quy định của pháp luật hiện hành, sau khi các bên xác lập biện pháp thế chấp quyền tài sản hình thành từ hợp đồng, nếu bên thế chấp có hành vi vi phạm nghĩa vụ là điều kiện xử lý tài sản thế chấp, bên nhận thế chấp có quyền yêu cầu bên có nghĩa vụ thanh toán phải thanh toán cho mình một khoản tiền nhất định. Về phía mình, khi được yêu cầu thanh toán, bên có nghĩa vụ thanh toán có thể viện ra một số căn cứ nhằm từ chối thanh toán hay chỉ thanh toán một phần khoản nợ (còn gọi là các phương tiện phòng vệ), ví dụ: hợp đồng phát sinh quyền yêu cầu thanh toán vô hiệu, bên có nghĩa vụ thanh toán đã thực hiện nghĩa vụ đối với bên thế chấp, bên thế chấp vi phạm nghĩa vụ hợp đồng trước đó là điều kiện để bên có nghĩa vụ thanh toán đơn phương chấm dứt hợp đồng hoặc hủy bỏ hợp đồng...

Trên cơ sở mối quan hệ với hợp đồng làm phát sinh quyền yêu cầu thanh toán, có thể chia các phương tiện phòng vệ mà bên có nghĩa vụ trả nợ có thể viện ra để từ chối thanh toán hoặc giảm nghĩa vụ thanh toán của mình thành 02 (hai) loại: (i) Các phương tiện phòng vệ gắn liền với quyền yêu cầu thanh toán. Ví dụ, hợp đồng phát sinh quyền yêu cầu thanh toán vô hiệu do vi phạm các quy định của pháp luật; bên thế chấp quyền yêu cầu thanh toán vi phạm nghĩa vụ trong hợp đồng phát sinh quyền yêu cầu thanh toán là điều kiện để hủy bỏ hợp đồng hoặc đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng... (ii) Các phương tiện phòng vệ tách biệt khỏi quyền yêu cầu thanh toán, chúng bắt nguồn từ mối quan hệ riêng giữa bên thế chấp với bên có nghĩa vụ thanh toán, các căn cứ này nằm ngoài hợp đồng xác lập quyền yêu cầu thanh toán. Ví dụ, bù trừ nghĩa vụ, thay thế nghĩa vụ, các bên thỏa thuận chấm dứt nghĩa vụ...

Có thể nhận thấy, các căn cứ làm phát sinh quyền yêu cầu thanh toán, cũng như chấm dứt quyền yêu cầu thanh toán có thể xuất phát từ ý chí của các bên (thay thế nghĩa vụ dân sự, thỏa thuận chấm dứt nghĩa vụ dân sự) hoặc từ ý chí của bên có nghĩa vụ phải thanh toán (trường hợp hủy bỏ hợp đồng).

Việc thế chấp quyền tài sản hình thành từ hợp đồng không làm gián đoạn hay chấm dứt mối quan hệ hợp đồng ban đầu giữa bên có quyền (bên thế chấp) và bên có nghĩa vụ thanh toán, nói cách khác mối quan hệ hợp đồng này vẫn có hiệu lực bình thường, chỉ có việc thanh toán khoản nợ là được thực hiện “vào tay” bên nhận thế chấp chứ không phải bên thế chấp. Hơn nữa, hợp đồng thế chấp quyền tài sản hình thành từ hợp đồng không kéo theo việc chuyển giao quyền sở hữu đối với quyền yêu cầu thanh toán từ bên thế chấp sang bên nhận thế chấp, tức là bên thế chấp vẫn là chủ sở hữu của quyền yêu cầu thanh toán được thế chấp trong thời hạn thế chấp quyền yêu cầu thanh toán. Do đó, bên có quyền (bên thế chấp) và bên có nghĩa vụ vẫn có quyền thỏa thuận về bất cứ nội dung nào trong hợp đồng đã xác lập và đang thực hiện, các bên có thể thỏa thuận thay thế nghĩa vụ, thay đổi thời hạn thực hiện nghĩa vụ, thỏa thuận chấm dứt nghĩa vụ, cũng như bên có nghĩa vụ có thể tự động bù trừ nghĩa vụ với bên có quyền¹⁶⁹.

Hiện nay, trong các văn bản quy phạm pháp luật hiện hành không có quy định cụ thể về quyền từ chối thanh toán của bên có nghĩa vụ trong trường hợp thế chấp các quyền tài sản hình thành phát sinh hợp đồng, vô hình chung đã ảnh hưởng nghiêm trọng đến quyền và lợi ích hợp pháp của bên nhận thế chấp. Bản án số 22/2018/KDTM-PT ngày 24/05/2018 của Tòa án nhân dân Quận Thủ Đức, Thành phố Hồ Chí Minh về “Tranh chấp hợp đồng tín dụng” giữa nguyên đơn là Ngân hàng TMCP Đầu tư và Phát triển V và bị đơn là Công ty cổ phần thiết kế xây dựng V là một ví dụ minh họa. Tóm tắt nội dung:

Ngày 08/02/2010, Ban quản lý dự án đầu tư xây dựng công trình trụ sở làm việc Chi nhánh Ngân hàng Nông nghiệp và phát triển nông thôn tỉnh Đ và Công ty cổ phần tư vấn xây dựng thương mại V có ký hợp đồng thi công xây dựng số 01/2010/HĐ-TCXD. Trên cơ sở hợp đồng thi công xây dựng số 01/2010, Công ty Cổ phần tư vấn xây dựng thương mại V đã sử dụng quyền

¹⁶⁹ Vũ Thị Hồng Yến, Bùi Đức Giang, “Tính đối kháng của các phương tiện phòng vệ của bên có nghĩa vụ trả nợ trong giao dịch thế chấp quyền đòi nợ”, Tạp chí Ngân hàng số 15 tháng 8 năm 2013.

yêu cầu thanh toán trong hợp đồng để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ cho khoản vay đối với Ngân hàng TMCP Đầu tư và Phát triển V. Do Công ty Cổ phần tư vấn xây dựng thương mại V không thể trả nợ cho khoản vay trong hợp đồng tín dụng đã ký, Ngân hàng TMCP Đầu tư và Phát triển V đã nộp đơn ra TAND quận Thủ Đức, Thành phố Hồ Chí Minh yêu cầu cho phép phát mãi tài sản thế chấp để đảm bảo thi hành án là quyền yêu cầu thanh toán giá trị khối lượng xây lắp hình thành trong tương lai của công trình trụ sở làm việc chi nhánh Ngân hàng Nông nghiệp và phát triển nông thôn tỉnh Đ.

Qua quá trình xét xử, TAND quận Thủ Đức, Thành phố Hồ Chí Minh nhận định “Từ tháng 01/2013 đến tháng 02/2014 giữa Ban quản lý dự án đầu tư xây dựng công trình trụ sở làm việc Chi nhánh Ngân hàng Nông nghiệp và phát triển nông thôn tỉnh Đ và Liên danh Công ty cổ phần xây dựng thương mại V và Công ty cổ phần đầu tư xây dựng N đã thanh lý hợp đồng thi công xây dựng số 01/2010/HĐ-TCXD ngày 08/02/2010 và các phụ lục kèm theo. Do đó đối tượng của hợp đồng mà nguyên đơn yêu cầu phát mãi không còn”. Trên cơ sở đó, Toà án đã bác yêu cầu của nguyên đơn. Từ bản án này có thể thấy, TAND quận Thủ Đức, Thành phố Hồ Chí Minh thừa nhận bên có nghĩa vụ trả nợ (Ngân hàng Nông nghiệp và phát triển nông thôn tỉnh Đ) được viện dẫn căn cứ “đã thanh lý hợp đồng” để từ chối thanh toán đối với bên nhận thế chấp quyền đòi nợ (Ngân hàng TMCP Đầu tư và Phát triển V).

3.1.4. Giải quyết hậu quả pháp lý của hợp đồng thế chấp quyền tài sản bị Tòa án tuyên vô hiệu

Trên thực tế, một hợp đồng thế chấp quyền tài sản có thể bị Tòa án tuyên vô hiệu bởi các nguyên nhân: (i) Do các bên chủ thể khi xác lập thế chấp quyền tài sản vi phạm điều kiện có hiệu lực của hợp đồng thế chấp (vi phạm điều kiện về chủ thể, vi phạm điều kiện và ý chí tự nguyện...); (ii) Do lỗi của công chứng viên khi công chứng hợp đồng thế chấp quyền tài sản mà pháp luật có quy định bắt buộc phải công chứng. Đối với các hợp đồng thế chấp quyền tài sản bị Tòa án tuyên vô hiệu do các bên chủ thể khi xác lập đã vi phạm điều kiện có hiệu

lực của hợp đồng thế chấp, nguyên nhân là do lỗi của một hoặc các bên tham gia. Đối với trường hợp hợp đồng thế chấp quyền tài sản pháp luật bắt buộc phải công chứng, khi bị Toà án tuyên vô hiệu ngoài yếu tố lỗi của một hoặc các bên tham gia, còn do lỗi của công chứng viên. Theo quy định của Luật Công chứng năm 2014, chủ thể bị thiệt hại trong hợp đồng thế chấp có quyền yêu cầu tổ chức hành nghề công chứng phải bồi thường thiệt hại. Để có thể yêu cầu tổ chức hành nghề công chứng BTTH, trong trường hợp này chủ thể bị thiệt hại sẽ phải chứng minh được các yếu tố sau:

Thứ nhất, có hành vi vi phạm pháp luật của công chứng viên khi thực hiện công chứng hợp đồng thế chấp quyền tài sản. Hành vi vi phạm pháp luật của công chứng viên khi công chứng hợp đồng thế chấp quyền tài sản rất đa dạng như: thực hiện công chứng trong trường hợp mục đích và nội dung của hợp đồng vi phạm pháp luật, trái đạo đức xã hội; xúi giục, tạo điều kiện cho người tham gia hợp đồng thế chấp thực hiện giao dịch giả tạo hoặc hành vi gian dối khác nhằm chuộc lợi; gây áp lực, đe dọa hoặc thực hiện hành vi vi phạm pháp luật, trái đạo đức xã hội để giành lợi thế cho mình hoặc cho tổ chức mình trong việc hành nghề công chứng...

Thứ hai, có lỗi của công chứng viên khi thực hiện công chứng hợp đồng thế chấp quyền tài sản. Lỗi của công chứng viên khi thực hiện công chứng hợp đồng thế chấp quyền tài sản có thể tồn tại dưới 02 (hai) dạng: (i) Lỗi cố ý (công chứng viên biết rõ mục đích và nội dung của hợp đồng thế chấp vi phạm điều cấm pháp luật; công chứng viên biết rõ bên thế chấp không đủ năng lực chủ thể để giao kết hợp đồng mà vẫn công chứng...); (ii) Lỗi vô ý (công chứng viên bị các chủ thể giao kết hợp đồng thế chấp “lừa dối” nên hiểu sai về chủ thể, về đối tượng của hợp đồng thế chấp nên đã công chứng hợp đồng; công chứng viên chủ quan trong việc xác minh chủ thể sở hữu tài sản trên giấy tờ với chủ thể ký kết hợp đồng thế chấp...).

Thứ ba, có thiệt hại xảy ra. Thiệt hại ở đây được hiểu là những tổn thất thực tế tính được bằng tiền mà một chủ thể phải gánh chịu khi hợp đồng thế

chấp quyền tài sản bị tuyên vô hiệu do lỗi của công chứng viên. Hiện nay, vấn đề khó khăn nhất đối với các Tòa án khi giải quyết hậu quả pháp lý của hợp đồng thế chấp quyền tài sản bị vô hiệu là việc xác định thiệt hại. Bởi nếu không có thiệt hại thì sẽ không thể áp trách nhiệm bồi thường cho tổ chức hành nghề công chứng. Có ý kiến cho rằng, khi hợp đồng thế chấp quyền tài sản bị tuyên vô hiệu không có thiệt hại xảy ra cho bên nhận thế chấp, bởi khi hợp đồng thế chấp quyền tài sản bị tuyên vô hiệu, bên có nghĩa vụ trong quan hệ nghĩa vụ được bảo đảm bằng biện pháp thế chấp quyền tài sản vẫn phải thực hiện toàn bộ nghĩa vụ đối với bên nhận thế chấp. Bên nhận thế chấp chỉ mất đi quyền ưu tiên xử lý tài sản thế chấp. Bên cạnh đó, có ý kiến lại cho rằng khi hợp đồng thế chấp quyền tài sản bị Tòa án tuyên vô hiệu, tại thời điểm đó có thể chưa phát sinh thiệt hại cho bên nhận thế chấp. Tuy nhiên, do đã mất quyền ưu tiên xử lý tài sản thế chấp, nếu bên được bảo đảm không chủ động thực hiện nghĩa vụ hoặc bên được bảo đảm có khả năng thực hiện nghĩa vụ nhưng chây ì, trốn tránh thực hiện nghĩa vụ thì rõ ràng đã gây ra một thiệt hại cho bên nhận thế chấp.

Thứ tư, có mối liên hệ nhân quả giữa hành vi vi phạm pháp luật của công chứng viên với thiệt hại xảy ra. Để có thể yêu cầu tổ chức hành nghề công chứng BTTH, ngoài việc phải chứng minh các yếu tố: hành vi công chứng hợp đồng thế chấp của công chứng viên là trái pháp luật; công chứng viên có lỗi khi công chứng hợp đồng; có thiệt hại xảy ra. Chủ thể yêu cầu BTTH còn phải chứng minh được mối liên hệ nhân quả giữa hành vi vi phạm pháp luật của công chứng viên khi thực hiện công chứng hợp đồng thế chấp với thiệt hại xảy ra. Ở đây, hành vi vi phạm pháp luật của công chứng viên được xác định là nguyên nhân trực tiếp dẫn đến thiệt hại, còn thiệt hại phải là hậu quả do chính hành vi vi phạm pháp luật của công chứng viên gây ra.

Trên thực tế, pháp luật của Việt Nam hiện hành thiếu vắng các quy định giải quyết hậu quả pháp lý của hợp đồng thế chấp quyền tài sản vô hiệu. TAND Tối cao cũng chưa có văn bản hướng dẫn cụ thể về vấn đề này. Hậu

quả là ảnh hưởng không nhỏ đến hoạt động xét xử của các Tòa án địa phương, một số Tòa án đã đưa ra những phán quyết gây nhiều tranh cãi. Bản án số 17/2020/DS-ST ngày 25/09/2020 của TAND Quận Ngô Quyền, Thành phố Hải Phòng là một ví dụ. Tóm tắt vụ việc:

Ông Trần Văn Cường, bà Nguyễn Thị Nhuận đã ký các hợp đồng tín dụng để vay vốn tại Ngân hàng Thương mại cổ phần Sài Gòn Thương tín (Sacombank) đồng thời thế chấp tài sản của mình và tài sản của người thứ ba để bảo đảm cho các khoản vay, cụ thể: (i) Hợp đồng tín dụng số LD0915917639 ngày 10/06/2009 vay số tiền 1.000.000.000 đồng. Để đảm bảo cho khoản vay trên ông Cường, bà Nhuận đã thế chấp quyền sử dụng 200 m² đất và tài sản trên đất của hộ ông Trần Văn Cường theo Hợp đồng thế chấp số LD0915917639/HĐTD ngày 10/06/2009 được Phòng công chứng số 5 chứng nhận công chứng số 527/TC-CC5. Giá trị tài sản định giá tại thời điểm thế chấp là 1.455.000.000 đồng; (ii) Hợp đồng tín dụng ngày 08/07/2010 vay 300.000.000 triệu đồng; để bảo đảm bảo cho khoản vay của ông Cường và bà Nhuận, ông Châu và bà Xoan đã thế chấp quyền sử dụng đất 192 m² đất của hộ ông Châu theo Hợp đồng thế chấp số LD1018700008/HĐTD ngày 08/07/2010 được Phòng công chứng số 5 chứng nhận công chứng số 785/TC-CC5. Ngày 17/06/2011, các bên có thỏa thuận sửa đổi, bổ sung Hợp đồng thế chấp số PL01-LD1018700008/HĐTC được Phòng công chứng số 5 chứng nhận công chứng số 834/TCT-CC5; Giá trị tài sản định giá tại thời điểm thế chấp tăng lên là 3.840.000.000 đồng, đảm bảo cho nghĩa vụ trả nợ tăng lên 1.500.000.000 đồng.

Sau khi khách hàng không trả được nợ, Sacombank đã khởi kiện vụ án tranh chấp hợp đồng tín dụng đối với ông Cường, bà Nhuận tại Tòa án nhân dân huyện Thủy Nguyên, thành phố Hải Phòng. Quá trình giải quyết vụ án, Tòa án đã tiến hành giám định chữ ký, xác định chữ ký trong hợp đồng thế chấp và các văn bản sửa đổi, bổ sung không phải chữ ký của bà Xoan. Bản án sơ thẩm số 26/2014/KDTM-ST ngày 09/5/2014 của Tòa án nhân dân huyện Thủy Nguyên và Bản án phúc thẩm số 26/2014/KDTM-PT ngày 05/9/2014

của Tòa án nhân dân thành phố Hải Phòng đã tuyên không chấp nhận yêu cầu phát mại tài sản của ông Châu, bà Xoan là quyền sử dụng 192 m² đất, do hợp đồng thế chấp vô hiệu và buộc Sacombank phải giải chấp tài sản của ông Châu, bà Xoan.

Tháng 03/2020 Sacombank đã khởi kiện ra TAND quận Ngô Quyền để yêu cầu Phòng Công Chứng số 5 phải bồi thường thiệt hại, bao gồm các khoản tiền: (i) nợ gốc 1.500.000.000 đồng trong hợp đồng tín dụng; (ii) tiền nợ lãi trong hạn, nợ lãi quá hạn đối với khoản nợ gốc trong hợp đồng tín dụng của ông Cường, bà Nhuận từ khi ký hợp đồng tín dụng đến ngày mở phiên tòa 25/9/2020, cụ thể: lãi trong hạn 1.805.337.500 đồng và lãi quá hạn 902.668.750 đồng. Tại phiên tòa, Sacombank đã rút lại một phần yêu cầu khởi kiện đối với phần nợ lãi trong hạn và nợ lãi quá hạn của hợp đồng vay.

Bản án số 17/2020/DS-ST ngày 15/09/2020 của TAND Quận Ngô Quyền, Thành phố Hải Phòng quyết định: Không chấp nhận toàn bộ yêu cầu khởi kiện bồi thường thiệt hại do Hợp đồng thế chấp số LD1018700008/HĐTD ngày 08/07/2010 và Thỏa thuận sửa đổi, bổ sung Hợp đồng thế chấp PL01-LD1018700008/HĐTC ngày 17/06/2011 vô hiệu, của nguyên đơn Sacombank đối với bị đơn Phòng Công chứng số 5 thành phố Hải Phòng, bởi không có căn cứ để tính được thiệt hại trên thực tế.

Theo tác giả, bản án này tồn tại một điểm bất cập: (i) Theo quy định tại Điều 38 Luật Công chứng năm 2014, *“Tổ chức hành nghề công chứng phải bồi thường thiệt hại cho người yêu cầu công chứng và cá nhân, tổ chức khác do lỗi mà công chứng viên, nhân viên hoặc người phiên dịch là cộng tác viên của tổ chức mình gây ra trong quá trình công chứng”*. Trong vụ việc này, hợp đồng thế chấp số LD1018700008/HĐTD ngày 08/07/2010 và Thỏa thuận sửa đổi, bổ sung Hợp đồng thế chấp PL01-LD1018700008/HĐTC ngày 17/06/2011 giữa các bên đã bị Bản án sơ thẩm số 26/2014/KDTM-ST ngày 09/5/2014 của Tòa án nhân dân huyện Thủy Nguyên và Bản án phúc thẩm số 26/2014/KDTM-PT ngày 05/9/2014 của Tòa án nhân dân thành phố Hải Phòng tuyên vô hiệu, hậu quả dẫn đến Sacombank mất quyền xử lý tài sản

bảo đảm. Vì vậy việc Sacombank khởi kiện yêu cầu Văn phòng Công chứng số 5 phải bồi thường là có căn cứ pháp luật. (ii) Việc TAND quận Ngô Quyền nhận định không có thiệt hại khi hợp đồng thế chấp đã công chứng bị tuyên vô hiệu, từ đó làm căn cứ không chấp nhận toàn bộ yêu cầu của Ngân hàng Sacombank là không hợp lý. Bởi Sacombank đã mất đi quyền bán phát mại tài sản thế chấp, điều này đồng nghĩa với khoản nợ của vợ chồng ông Cường và bà Nhuận không biết khi nào mới được thực hiện.

3.2. Giải pháp hoàn thiện pháp luật Việt Nam về thế chấp quyền tài sản

3.2.1. Những yêu cầu cơ bản của việc hoàn thiện pháp luật Việt Nam về thế chấp quyền tài sản

Thứ nhất, việc hoàn thiện pháp luật về thế chấp quyền tài sản phải tương thích với pháp luật quốc tế về giao dịch bảo đảm

Các quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành về thế chấp quyền tài sản đã tạo ra cơ sở pháp lý đảm bảo cho việc thực hiện các quyền và nghĩa vụ của các chủ thể trong quá trình giao lưu dân sự, mua bán, trao đổi hàng hoá. Qua đó, đóng vai trò quan trọng trong việc ổn định các quan hệ dân sự, hạn chế các tranh chấp phát sinh, nâng cao ý thức thượng tôn pháp luật, góp phần quan trọng vào việc bảo vệ quyền và lợi ích chính đáng của các bên trong các quan hệ dân sự. Để đáp ứng yêu cầu hội nhập, giao lưu kinh tế quốc tế, tạo động lực hấp dẫn, thu hút đầu tư từ nước ngoài, pháp luật Việt Nam (trong đó có các quy định về thế chấp quyền tài sản) phải đảm bảo có tính dự báo và tương đồng với các thông lệ của pháp luật quốc tế. Vì lẽ đó, khi sửa đổi, bổ sung các quy định về thế chấp quyền tài sản cần có sự nghiên cứu, tham khảo pháp luật của các quốc gia khác trên thế giới, các thông lệ quốc tế về giao dịch bảo đảm nhằm tạo nên sự tương thích giữa các hệ thống pháp luật.

Thông qua việc nghiên cứu, tác giả nhận thấy, có nhiều khái niệm, quy định về thế chấp tài sản (bao gồm cả thế chấp quyền tài sản) của pháp luật Việt Nam hiện hành chưa tương thích với pháp luật về GDBĐ của các quốc gia khác trên thế giới như Hoa Kỳ, Nhật Bản, Pháp... Trên thế giới hiện nay,

tiếp cận lý thuyết theo chức năng bảo đảm, Ủy ban liên hợp quốc về luật thương mại quốc tế¹⁷⁰ (viết tắt UNCITRAL) đã ban hành Luật mẫu về GDBĐ bằng động sản năm 2016, các quy định này đã dần trở thành chuẩn mực pháp lý quốc tế về GDBĐ bằng động sản.

Việc tham khảo các quy định của UNCITRAL trên cơ sở nghiên cứu tình hình thực tiễn của Việt Nam khi tiến hành xây dựng, sửa đổi, bổ sung tiến tới hoàn thiện pháp luật về thế chấp tài sản là việc làm cần thiết. Yêu cầu này đòi hỏi những nhà lập pháp, nhà nghiên cứu pháp luật phải nghiên cứu một cách cụ thể, có hệ thống, từ đó có thể chuyển hoá và tiếp thu có chọn lọc những quy định tiên bộ, thông lệ quốc tế về GDBĐ cho phù hợp với thực tiễn Việt Nam.

Thứ hai, việc hoàn thiện pháp luật về thế chấp quyền tài sản phải đồng bộ, thống nhất với hệ thống pháp luật của quốc gia

Các văn bản quy phạm pháp luật của Việt Nam hiện hành điều chỉnh trực tiếp hoặc có liên quan đến thế chấp quyền tài sản có thể kể đến: BLDS năm 2015, Luật Đất đai năm 2015, Luật Sở hữu trí tuệ sửa đổi năm 2019; Luật Doanh nghiệp năm 2020; Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014; Nghị định 21/2021/NĐ-CP; Nghị định 99/2022/NĐ-CP; Thông tư số 07/2019/TT-BTP; Thông tư 08/2018/TT-BTP... Cách thức xây dựng pháp luật như vậy đã dẫn đến hậu quả mặc dù có nhiều văn bản quy phạm pháp luật cùng điều chỉnh về thế chấp quyền tài sản tuy nhiên lại thiếu các quy định mang tính chất khái quát, gây khó khăn trong việc áp dụng, đặc biệt là trong các trường hợp chưa có quy phạm pháp luật điều chỉnh. Điển hình là các trường hợp: không thể đăng ký thế chấp quyền bề mặt, thế chấp quyền hưởng dụng, thiếu

¹⁷⁰ Ủy ban Liên hợp quốc về Luật Thương mại Quốc tế (UNCITRAL) được Đại hội đồng Liên hợp quốc thành lập ngày 17 tháng 12 năm 1966. Uncitral được ra đời có vai trò cực kỳ quan trọng trong việc đưa ra những công cụ để áp dụng, sử dụng trong quá trình thương mại. Thời gian đầu, Uncitral được thành lập với 29 thành viên, sau đó vào năm 1973 tăng lên thành 36 thành viên. Sau 9 năm, số lượng thành viên đã tăng lên đạt con số là 60. Mỗi thành viên tham gia Uncitral đều đại diện cho một mức độ phát triển kinh tế và truyền thống về pháp lý hoàn toàn khác nhau. Trong số đó có 15 nước ở châu Á, 12 nước ở châu Phi, 6 nước Mỹ Latinh, 18 nước châu Âu và 1 nước Châu Đại Dương.

các quy định để xử lý tài sản thế chấp là trái phiếu, quyền đối với phần vốn góp trong doanh nghiệp... Từ bất cập nêu trên, tác giả nhận thấy việc xây dựng một hệ thống pháp luật đồng bộ, thống nhất về BPBD (bao gồm cả thế chấp quyền tài sản) là điều vô cùng quan trọng và cấp thiết.

Thứ ba, việc hoàn thiện pháp luật về thế chấp quyền tài sản phải đáp ứng nhu cầu thực tiễn cuộc sống và đảm bảo cân bằng lợi ích của các bên tham gia quan hệ

Một trong những chức năng quan trọng nhất của pháp luật là được đặt ra nhằm hướng tới sự điều chỉnh các quan hệ xã hội, thiết lập “trật tự” đối với các quan hệ xã hội, tạo điều kiện cho các quan hệ xã hội phát triển theo định hướng nhất định phù hợp với ý chí của giai cấp thống trị, phù hợp với quy luật vận động khách quan của các quan hệ xã hội. Vì lẽ đó, các quy định về thế chấp quyền tài sản khi sửa đổi cần phải đáp ứng nhu cầu thực tại của nền kinh tế, phải phù hợp với những điều kiện cụ thể của xã hội của Việt Nam. Sự phát triển không ngừng nghỉ của nền “kinh tế số” đã đặt ra các yêu cầu mới, đòi hỏi pháp luật Việt Nam phải có những giải pháp cụ thể, phù hợp với sự vận động và phát triển trong giai đoạn này. Cụ thể như: giải pháp cho việc khai thác được lợi ích tối đa các loại tài sản trong xã hội; tính minh bạch về thông tin liên quan đến các giao dịch thế chấp, tài sản bảo đảm; vấn đề đảm bảo lợi ích của người thứ ba liên quan đến quyền tài sản thế chấp; nhận thế chấp các loại chứng khoán và quyền tài sản đối với các đối tượng của quyền SHTT...

Một chức năng quan trọng khác của pháp luật về thế chấp quyền tài sản là phải đảm bảo được quyền lợi của bên nhận thế chấp trong trường hợp bên thế chấp vi phạm nghĩa vụ. Tuy nhiên, trong quá trình xử lý quyền tài sản thế chấp, việc thu giữ hay bán quyền tài sản thế chấp có thể ảnh hưởng nghiêm trọng đến lợi ích của bên thế chấp hoặc các chủ thể khác có liên quan (bên đang thuê tài sản thế chấp, người thứ ba ngay tình đã mua tài sản thế chấp, các chủ nợ không có bảo đảm của bên thế chấp...). Vì lẽ đó một yêu cầu đặt

ra khi xây dựng, hoàn thiện pháp luật về thế chấp quyền tài sản cần phải đảm bảo cân bằng lợi ích giữa bên thế chấp, bên nhận thế chấp và các chủ thể khác có liên quan.

3.2.2. Những kiến nghị hoàn thiện pháp luật Việt Nam về thế chấp quyền tài sản

3.2.2.1. Kiến nghị hoàn thiện quy định của Bộ luật dân sự năm 2015 và Luật Đất đai năm 2013

Thứ nhất, sửa đổi Điều 115 BLDS năm 2015

Lý do: Điều 115 BLDS năm 2015 quy định: “*Quyền tài sản là quyền trị giá được bằng tiền, bao gồm quyền tài sản đối với đối tượng quyền SHTT, quyền sử dụng đất và các quyền tài sản khác*”. Theo quy định này, quyền tài sản chỉ mang một đặc điểm “*có thể trị giá được bằng tiền*”. Những nhà soạn thảo BLDS năm 2015 cho rằng bản chất của quyền tài sản chỉ cần nhìn nhận ở góc độ giá trị kinh tế của nó (tức là trị giá được bằng tiền), việc có được chuyển giao hay không được chuyển giao thông qua các GDDS chỉ nhằm mục đích xác định những quyền tài sản nào sẽ là đối tượng của GDDS, không phải là đặc điểm của quyền tài sản¹⁷¹. Điều 115 BLDS năm 2015 còn liệt kê các loại quyền tài sản bao gồm: quyền đối với đối tượng quyền SHTT, quyền sử dụng đất và quyền tài sản khác. Có thể nhận thấy, bên cạnh việc đưa ra định nghĩa quyền tài sản, điều luật cố gắng liệt kê những loại quyền tài sản hiện có trong hệ thống pháp luật Việt Nam. Quy định này dẫn đến 03 điểm bất cập: (i) Thiếu những đặc điểm pháp lý để nhận diện quyền tài sản; (ii) Việc liệt kê các quyền tài sản tại một điều luật dẫn đến sự thiếu sót nhiều quyền tài sản khác đang hiện hữu trong đời sống xã hội; (iii) Không thể xác định được quyền tài sản có thể trở thành đối tượng của các GDDS (có thể trở thành tài sản bảo đảm), quyền tài sản nào không thể trở thành đối tượng của các GDDS (không thể trở thành tài sản bảo đảm).

¹⁷¹ Trước đây, theo quan điểm của những nhà lập pháp BLDS năm 2005, quyền tài sản phải đáp ứng được hai điều kiện: có thể trị giá được bằng tiền và có thể chuyển giao được thông qua các GDDS.

Kiến nghị: sửa đổi Điều 115 BLDS năm 2015 theo hướng:

“1. Quyền tài sản là những tài sản vô hình đem lại lợi ích vật chất cho chủ thể hưởng quyền.

2. Những quyền tài sản gắn liền với nhân thân không được chuyển giao cho chủ thể khác thông qua các giao dịch dân sự, trừ trường hợp Luật chuyên ngành có quy định khác”.

Thứ hai, bổ sung quy định tại Điều 303 BLDS năm 2015

Lý do: Điều 303 BLDS năm 2015 là quy định chung về xử lý tài sản bảo đảm, được áp dụng cho cả biện pháp cầm cố tài sản và thế chấp tài sản. Theo quy định tại Điều 303, có hai phương thức xử lý tài sản cầm cố, thế chấp: (i) Phương thức xử lý tài sản bảo đảm theo thỏa thuận; (ii) Trong trường hợp các bên không có thỏa thuận về phương thức xử lý tài sản bảo đảm hoặc có thỏa thuận nhưng phương thức lựa chọn không thực hiện được, tài sản bảo đảm sẽ được bán đấu giá để thực hiện nghĩa vụ. Căn cứ vào khoản 1 Điều 303 BLDS năm 2015, bên thế chấp và bên nhận thế chấp có thể thỏa thuận xử lý tài sản thế chấp theo các phương thức như: bán đấu giá tài sản thế chấp; bên nhận thế chấp tự bán tài sản thế chấp; bên nhận thế chấp nhận chính tài sản thế chấp để thay thế cho việc thực hiện nghĩa vụ của bên bảo đảm¹⁷². Việc BLDS năm 2015 cho phép bên thế chấp và bên nhận thế chấp được tự do thỏa thuận phương thức xử lý tài sản bảo đảm mà không đặt ra những hạn chế cho các thỏa thuận này có thể dẫn đến tình trạng tài sản được bán với giá thấp hơn so với giá trị thực tế của nó hoặc bên nhận thế chấp lợi dụng vị thế của mình trong quan hệ thế chấp thỏa thuận điều khoản nhằm “cản trừ nợ” đối với bên thế chấp, điều này ảnh hưởng nghiêm trọng đến quyền lợi của các chủ nợ không có bảo đảm hoặc các đồng chủ sở hữu khác của tài sản.

¹⁷² Theo quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành, việc thỏa thuận về phương thức xử lý tài sản thế chấp nói chung cũng như phương thức xử lý các quyền tài sản nói riêng không cần sự đồng ý hay cho phép của cơ quan nhà nước.

Kiến nghị: bổ sung quy định tại Điều 303. Phương thức xử lý tài sản cầm cố, thế chấp theo hướng:

“1. Bên bảo đảm và bên nhận bảo đảm có quyền thỏa thuận một trong các phương thức xử lý tài sản cầm cố, thế chấp sau đây:

- a) Bán đấu giá tài sản;*
- b) Bên nhận bảo đảm tự bán tài sản;*
- c) Bên nhận bảo đảm nhận chính tài sản để thay thế cho việc thực hiện nghĩa vụ của bên bảo đảm;*
- d) Phương thức khác.*

2. Trường hợp không có thỏa thuận về phương thức xử lý tài sản bảo đảm theo quy định tại khoản 1 Điều này thì tài sản được bán đấu giá, trừ trường hợp luật có quy định khác.

3. Việc xử lý tài sản bảo đảm có giá trị lớn theo điểm c khoản 1 Điều này phải có sự đồng ý của Tòa án”.

Thứ ba, sửa đổi khoản 1 Điều 306 BLDS năm 2015

Lý do: Thực tiễn áp dụng pháp luật ở Việt Nam đã chứng minh, Điều 306 BLDS năm 2015 tồn tại một số bất cập: (i) Việc định giá tài sản bảo đảm khi xử lý được thực hiện ở giai đoạn nào trong quá trình xác lập biện pháp thế chấp? (ii) Việc định giá tài sản bảo đảm (bao gồm trường hợp do các bên đã thỏa thuận trong hợp đồng và trường hợp thông qua tổ chức định giá) có được coi là giá khởi điểm của tài sản trong trường hợp tài sản bảo đảm được bán đấu giá để thực hiện nghĩa vụ?

(i) Việc định giá tài sản thế chấp khi giao kết hợp đồng thế chấp được thực hiện như một khâu độc lập với quá trình định giá tài sản khi thực hiện hợp đồng thế chấp và định giá tài sản khi xử lý tài sản thế chấp. Để có căn cứ xác định hạn mức cho vay, trước khi xác lập hợp đồng thế chấp, các bên sẽ tiến hành định giá tài sản thế chấp. Trong quá trình thực hiện hợp đồng thế chấp, việc thực hiện định giá lại tài sản thế chấp giúp cho bên nhận thế chấp chủ động trong việc quản lý tài sản thế chấp hoặc tiếp tục cấp tín dụng cho

bên thế chấp. Khi bên thế chấp vi phạm nghĩa vụ trả nợ, cần phải định giá tài sản thế chấp để đem bán đấu giá nhằm thu hồi nợ. Có thể thấy, việc định giá tài sản bảo đảm ở các thời điểm khác nhau có thể cho ra các kết quả khác nhau. Vấn đề đặt ra là, nếu tại thời điểm giao kết hợp đồng thế chấp, các bên có thỏa thuận về giá của tài sản khi phải xử lý tài sản thế chấp thì có hợp pháp không, hay các bên chỉ có quyền thỏa thuận về giá tài sản thế chấp tại thời điểm xử lý tài sản thế chấp?

(ii) Để có căn cứ cho các cá nhân, tổ chức tham gia vào hoạt động đấu giá tài sản thế chấp thì vấn đề xác định giá khởi điểm của tài sản thế chấp là việc làm vô cùng quan trọng. Đây là khâu bắt buộc trong trình tự, thủ tục bán đấu giá được Luật Đấu giá tài sản năm 2016 quy định. Xác định đúng giá trị của tài sản thế chấp từ đó đưa ra mức giá khởi điểm có vai trò quyết định đến sự thành công của phiên bán đấu giá. Hiện nay, giá khởi điểm của tài sản thế chấp khi phải bán đấu giá được xác định theo hai cách: *Một là*, xác định giá khởi điểm theo thỏa thuận của bên thế chấp và bên nhận thế chấp; *Hai là*, xác định giá khởi điểm trên cơ sở định giá của tổ chức định giá độc lập. Việc cho phép các bên thỏa thuận về giá khởi điểm của tài sản bảo đảm đã tạo sự thông thoáng, giúp cho các bên nhanh chóng có được giá khởi điểm để thực hiện việc bán đấu giá. Tuy nhiên, quy định mang tính chất “mở” này có thể dẫn đến tình trạng bên nhận thế chấp (thường là các TCTD) tận dụng lợi thế của mình thỏa thuận điều khoản định giá thấp hơn giá trị thị trường của tài sản thế chấp, nhằm giảm định mức cho vay, hạn chế tối đa thiệt hại khi phải xử lý tài sản thế chấp để thu hồi nợ, hoặc trường hợp bên nhận thế chấp và bên thế chấp “câu kết” thỏa thuận giá trị tài sản thế chấp nhỏ hơn giá trị thị trường rồi đem bán đấu giá, gây thiệt hại cho các chủ nợ không có bảo đảm khác.

Kiến nghị: Sửa đổi khoản 1 Điều 306 BLDS năm 2015 theo hướng:

“1. Bên bảo đảm và bên nhận bảo đảm có quyền thỏa thuận về giá tài sản bảo đảm hoặc thông qua tổ chức định giá để định giá tài sản bảo đảm.

Trường hợp phải xử lý tài sản bảo đảm, tài sản bảo đảm phải được định giá thông qua tổ chức định giá độc lập tại thời điểm xử lý tài sản bảo đảm. Kết quả định giá là căn cứ xác định giá khởi điểm của tài sản bảo đảm khi bán đấu giá”.

Thứ tư, bổ sung quy định tại Điều 317 BLDS năm 2015 và huỷ bỏ khoản 3 Điều 4 Nghị định số 21/2021/NĐ-CP.

Lý do: Như đã phân tích tại phần 3.1.2.1. thực tiễn giải quyết tranh chấp hiện nay chưa có quan điểm thống nhất về việc cho phép thế chấp quyền sử dụng đất để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ của người thứ ba. Việc cho phép thế chấp quyền sử dụng đất để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ của người thứ ba có những ưu điểm: (i) Đảm bảo nguyên tắc tôn trọng ý chí của chủ thể khi tham gia xác lập GDDS (BLDS hiện hành không có quy định cấm); (ii) Đảm bảo quyền và lợi ích của nhiều TCTD đã nhận thế chấp quyền sử dụng đất để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ của người thứ ba. Bên cạnh đó, nếu cho phép thế chấp quyền sử dụng đất để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ của người thứ ba có thể tạo ra “kê hở” để người thứ ba (bên được thế chấp) và TCTD (bên nhận thế chấp) câu kết, trục lợi, đẩy trách nhiệm trả nợ cho bên thế chấp, gây ảnh hưởng nghiêm trọng đến quyền lợi hợp pháp của bên thế chấp. Trong quá trình chỉnh lý Dự thảo năm 2015 chưa bao giờ phía Quốc hội theo hướng thế chấp được sử dụng để đảm bảo nghĩa vụ cho người thứ ba, ý tưởng dùng tài sản thế chấp để bảo đảm cho người thứ ba cũng bị phía Tòa án phản đối¹⁷³, bởi thế chấp tài sản được xác định là mối quan hệ pháp lý giữa hai bên chủ thể, trong đó bên thế chấp cam kết sử dụng tài sản thuộc sở hữu của mình để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ đối với bên nhận thế chấp mà không chuyển giao tài sản sang cho bên nhận thế chấp nắm giữ. Trong trường hợp có ba bên chủ thể, các bên phải xác lập biện pháp bảo lãnh để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ.

¹⁷³ Đỗ Văn Đại (2020), Bình luận khoa học những điểm mới của Bộ luật Dân sự năm 2015 (sách chuyên khảo, tái bản lần thứ ba), Nxb. Hồng Đức – Hội luật gia Việt Nam, tr. 341 – 342.

Kiến nghị: bổ sung khoản 3 Điều 317 BLDS năm 2015 theo hướng:

“3. Các bên không được xác lập thế chấp tài sản để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ của người thứ ba”.

Đồng thời, huỷ bỏ khoản 3 Điều 4 Nghị định số 21/2021/NĐ-CP quy định thi hành BLDS về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ¹⁷⁴.

Thứ năm, quy định thêm các trường hợp thế chấp quyền tài sản bắt buộc về hình thức trong Luật Đất đai năm 2013 sửa đổi

Lý do: Thông qua việc nghiên cứu các văn bản quy phạm pháp luật hiện hành quy định về thế chấp quyền tài sản, tác giả nhận thấy có quy định về hình thức chung của các BPBD và có quy định riêng về hình thức của thế chấp quyền sử dụng đất. Các quy định này mới chỉ hướng tới quy định bắt buộc về hình thức đối với biện pháp thế chấp quyền sử dụng đất. Dưới góc độ khoa học pháp lý, căn cứ vào đối tượng chịu tác động của quyền tài sản, các quyền tài sản có thể được chia làm hai nhóm: (i) Nhóm quyền tài sản có đối tượng thực hiện là bất động sản (mang bản chất của bất động sản), ví dụ: quyền sử dụng đất, quyền hưởng dụng quyền sử dụng đất, quyền hưởng dụng quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền với đất, quyền bề mặt...; (ii) Nhóm quyền tài sản có đối tượng thực hiện không phải bất động sản (mang bản chất của động sản), ví dụ: các quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng, các quyền SHTT; quyền đối với phần vốn góp trong doanh nghiệp... Việc các văn bản quy phạm pháp luật hiện hành chỉ quy định hình thức bắt buộc bằng văn bản có công chứng hoặc chứng thực đối với biện pháp thế chấp quyền sử dụng đất là chưa hợp lý, không bao quát hết các quyền tài sản có cùng bản chất là bất động sản khi chúng cũng có thể được sử dụng làm tài sản bảo đảm, cụ thể là quyền bề mặt, quyền hưởng dụng bất động sản phát sinh từ GDDS có đền bù.

Kiến nghị: Sửa đổi khoản a khoản 3 Điều 167 Luật Đất đai năm 2013 theo hướng:

¹⁷⁴ Khoản 3 Điều 4 Nghị định số 21/2021/NĐ-CP quy định thi hành BLDS về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ: “3. Trường hợp chủ sở hữu tài sản và bên nhận bảo đảm thỏa thuận dùng tài sản để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ của người khác thì áp dụng quy định về cầm cố tài sản, thế chấp tài sản”.

“a) Hợp đồng chuyển nhượng, tặng cho, thế chấp, góp vốn bằng quyền sử dụng đất, quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền với đất, quyền hưởng dụng quyền sử dụng đất, quyền hưởng dụng quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền với đất, quyền bề mặt phát sinh từ giao dịch dân sự có đền bù phải được công chứng hoặc chứng thực, trừ trường hợp kinh doanh bất động sản quy định tại điểm b khoản này”.

3.2.2.2. Kiến nghị hoàn thiện quy định trong các văn bản hướng dẫn thi hành Bộ luật dân sự năm 2015

Thứ nhất, quy định rõ quyền bề mặt, quyền hưởng dụng là quyền tài sản và cho phép sử dụng quyền bề mặt, quyền hưởng dụng phát sinh từ GDDS có đền bù làm tài sản bảo đảm

Lý do: Như đã phân tích trong Chương 1, theo tác giả quyền bề mặt và quyền hưởng dụng là các dạng tồn tại khác nhau của quyền tài sản, mang đầy đủ các đặc điểm của quyền tài sản (mang lại những lợi ích kinh tế cụ thể cho chủ thể hưởng quyền và có thể chuyển giao cho chủ thể khác thông qua GDDS hoặc theo quy định của luật). Vì vậy, chúng hoàn toàn có thể được sử dụng làm tài sản đảm bảo cho việc thực hiện nghĩa vụ. Các quyền hưởng dụng và quyền bề mặt có thể phát sinh từ một GDDS hoặc từ quy định của luật. Đối với các quyền hưởng dụng, quyền bề mặt phát sinh từ GDDS có thể chia ra làm hai nhóm: (i) quyền hưởng dụng, quyền bề mặt phát sinh thông qua một GDDS có đền bù và (ii) quyền hưởng dụng, quyền bề mặt phát sinh thông qua một GDDS không có đền bù. Với những quyền hưởng dụng, quyền bề mặt phát sinh từ các GDDS không có đền bù, thông thường chủ sở hữu và chủ thể quyền bề mặt, quyền hưởng dụng là những người có quan hệ gần gũi, thân thiết với nhau, việc chuyển giao quyền hoàn toàn mang tính chất tương trợ, giúp đỡ. Do việc thực hiện quyền hưởng dụng, quyền bề mặt của chủ thể quyền ở góc độ nào đó ảnh hưởng trực tiếp đến quyền lợi của chủ sở hữu tài sản. Vì vậy, cần đặt ra cơ chế bảo vệ đặc biệt hơn cho chủ sở hữu tài sản, việc thực hiện quyền hưởng dụng, quyền bề mặt trường hợp này chỉ nhằm mục đích phục vụ nhu cầu sống bình thường của chủ thể mang quyền.

Đối với những quyền hưởng dụng, quyền bề mặt phát sinh từ các GDDS có đền bù, để có được quyền hưởng dụng, quyền bề mặt, chủ thể quyền hưởng dụng, quyền bề mặt đã phải trả phí cho chủ sở hữu tài sản. Vì lẽ đó, phạm vi thực thi quyền của chủ thể quyền hưởng dụng, quyền bề mặt trong trường hợp này cần được pháp luật ghi nhận “rộng hơn” phạm vi thực thi quyền của chủ thể quyền hưởng dụng, quyền bề mặt trong trường hợp xác lập quyền thông qua các GDDS không có đền bù.

Kiến nghị: Sửa đổi Điều 11 Nghị định số 21/2021/NĐ-CP theo hướng:
“Điều 11. Quyền bề mặt, quyền hưởng dụng

1. Quyền hưởng dụng, quyền bề mặt phát sinh từ giao dịch dân sự có đền bù là đối tượng của biện pháp bảo đảm trong trường hợp các bên có thỏa thuận.

2. Chủ thể có quyền hưởng dụng, quyền bề mặt phát sinh từ giao dịch dân sự có đền bù có quyền sử dụng hoa lợi, lợi tức của tài sản là đối tượng của quyền hưởng dụng, tài sản được tạo lập từ quyền bề mặt làm tài sản bảo đảm”.

Thứ hai, quy định cụ thể về thế chấp quyền đối với phần vốn góp trong doanh nghiệp

Lý do: Quyền đối với phần vốn góp trong doanh nghiệp¹⁷⁵ mang đầy đủ đặc điểm của quyền tài sản theo quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành. Với tư cách là chủ sở hữu phần vốn góp, người góp vốn có các quyền: được phân chia lợi nhuận của doanh nghiệp tương ứng với tỷ lệ phần vốn góp; gánh chịu những nghĩa vụ tài tương ứng với tỷ lệ vốn góp; định đoạt phần vốn góp mình bằng cách chuyển nhượng, tặng cho theo quy định của pháp luật và điều lệ doanh nghiệp, được quyền tham gia hoạt động quản trị của doanh nghiệp (biểu quyết, kiểm tra, xem xét, tra cứu sổ ghi chép và theo dõi các giao dịch, sổ kế toán, báo cáo tài chính hàng năm, biên bản họp và

¹⁷⁵ Phạm vi quyền đối với phần vốn góp trong doanh nghiệp tác giả muốn đề cập bao gồm: quyền của thành viên công ty TNHH đối với phần vốn góp trong công ty TNHH; quyền của thành viên góp vốn đối với phần vốn góp trong công ty hợp danh và quyền của cổ đông đối với vản vốn góp (thể hiện thông qua cổ phiếu) trong công ty cổ phần.

ng nghị quyết của hội đồng thành viên ...) và đương nhiên chủ sở hữu phần vốn góp cũng có quyền thế chấp phần vốn góp để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ.

Những vướng mắc có thể gặp phải khi nhận thế chấp quyền đối với phần vốn góp trong doanh nghiệp như: phần vốn góp trong doanh nghiệp của bên thế chấp bị hạn chế chuyển nhượng (có thể bị hạn chế chuyển nhượng bởi quy định của Luật Doanh nghiệp hoặc bởi điều lệ của doanh nghiệp); thời điểm chuyển giao quyền sở hữu khi phải xử lý quyền đối với phần vốn góp trong doanh nghiệp là thời điểm được ghi thông tin vào sổ đăng ký cổ đông/sổ đăng ký thành viên hay thời điểm hoàn thành thủ tục điều chỉnh cấp mới giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp?; sự bất hợp tác của các thành viên doanh nghiệp đặc biệt là hành vi của người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp khi xuất hiện thành viên mới (bên nhận chuyển giao quyền đối với phần vốn góp)... Những vướng mắc này làm cho quyền đối với phần vốn góp trong doanh nghiệp thiếu hấp dẫn đối với bên nhận bảo đảm. Nhằm tháo gỡ cho thực trạng này, khi quy định về tài sản bảo đảm, tại Điều 15 Chương II của Nghị định số 21/2021/NĐ-CP đã đề cập tới “tài sản hình thành từ góp vốn”, tuy nhiên theo tác giả quy định này là chưa hợp lý bởi các lý do: (i) Chưa định danh được chính xác tên gọi của loại tài sản này; (ii) Nhà lập pháp đặt quyền đối với phần vốn góp trong doanh nghiệp, quyền mua phần vốn góp, lợi tức phát sinh từ cổ phần, phần vốn góp trong doanh nghiệp vào cùng một nhóm và gọi chung là “tài sản hình thành từ việc góp vốn” là chưa hiểu đúng bản chất của các quyền tài sản này; (iii) Mặc dù có quy định “tài sản hình thành từ việc góp vốn” là một loại tài sản bảo đảm tuy nhiên trong Chương IV - Xử lý tài sản bảo đảm, Nghị định số 21/2021/NĐ-CP lại không hề quy định về phương thức xử lý tài sản bảo đảm này.

Kiến nghị: Sửa đổi Điều 15 Nghị định số 21/2021/NĐ-CP theo hướng:

“Điều 15. Quyền tài sản đối với phần vốn góp trong doanh nghiệp

Thành viên góp vốn của công ty hợp doanh, công ty trách nhiệm hữu hạn, cổ đông của công ty cổ phần được sử dụng quyền tài sản đối với phần vốn góp của mình để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ”.

+ Bổ sung quy định về xử lý tài sản bảo đảm là quyền tài sản đối với phần vốn góp trong doanh nghiệp tại Chương IV Nghị định số 21/2021/NĐ-CP theo hướng: *“Xử lý tài sản bảo đảm là quyền tài sản đối với phần vốn góp trong doanh nghiệp*

1. Trường hợp phải xử lý quyền tài sản là phần vốn góp trong doanh nghiệp, bên nhận chuyển giao phần vốn góp có tư cách thành viên doanh nghiệp kể từ thời điểm hoàn thành thủ tục cấp mới giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp.

2. Người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp có nghĩa vụ hoàn thành thủ tục đăng ký và tiếp nhận thành viên mới khi được bên nhận chuyển giao phần vốn góp yêu cầu”.

Thứ ba, quy định về thủ tục sang tên tài sản thế chấp trong trường hợp thế chấp tài sản phải đăng ký quyền sở hữu

Lý do: Việc xử lý tài sản thế chấp là các quyền tài sản phải đăng ký quyền sở hữu như quyền sử dụng đất, quyền tài sản đối với nhãn hiệu, tên thương mại... sẽ diễn ra hết sức thuận lợi khi có sự hợp tác của bên thế chấp. Những người mua quyền tài sản thế chấp dễ dàng đi đăng ký quyền sở hữu nếu có hợp đồng mua bán được công chứng với bên thế chấp (người đang là chủ sở hữu quyền sử dụng đất về mặt pháp lý). Tuy nhiên, nếu bên thế chấp không hợp tác, việc bán quyền tài sản thế chấp đất thế chấp sẽ gặp vô vàn khó khăn. Giải quyết vấn đề này, khoản 3 Điều 58 Nghị định số 21/2021/NĐ-CP quy định: *“3. Trường hợp pháp luật quy định việc chuyển giao quyền sở hữu phải có sự đồng ý bằng văn bản của chủ sở hữu, văn bản thỏa thuận giữa chủ sở hữu tài sản, người có quyền bán tài sản với người nhận chuyển giao hoặc giữa người phải thi hành án với người nhận chuyển giao về việc xử lý tài sản bảo đảm thì những văn bản quy định tại khoản 2 Điều này được dùng để thay thế cho các loại giấy tờ đó”.* Trên thực tế các cơ quan Nhà nước có chức năng thực hiện việc đăng ký tài sản thường từ chối đăng ký với lý do không có hợp đồng mua bán có công chứng có chữ ký của chủ sở hữu, chỉ dựa vào hợp

đồng thể chấp của bên nhận thế chấp là không đủ căn cứ để sang tên cho người mua tài sản bảo đảm. Lý do được đưa ra là các cơ quan đăng ký lo sợ rằng có sự thông đồng giữa bên nhận thế chấp với bên mua tài sản, làm ảnh hưởng đến lợi ích hợp pháp của bên thế chấp.

Kiến nghị: bổ sung thêm khoản 5 Điều 58 Nghị định số 21/2021/NĐ-CP theo hướng:

“5. Trường hợp chủ sở hữu tài sản thế chấp không chịu ký tên đồng ý chuyển giao quyền sở hữu tài sản cho người mua tài sản thế chấp thì người mua tài sản thế chấp có quyền yêu cầu Tòa án xác định quyền của mình đối với tài sản thế chấp. Văn bản xác định quyền của người mua đối với tài sản thế chấp của Tòa án là căn cứ để tiến hành thủ tục sang tên¹⁷⁶”.

Thứ tư, quy định BPBĐ và phương thức xử lý tài sản bảo đảm đối với số dư tiền gửi của khách hàng

Lý do: Như đã phân tích ở phần 3.1.1.1. BPBĐ bằng khoản tiền tiết kiệm có thể tồn tại dưới nhiều dạng khác nhau: bên gửi tiền có kỳ hạn sử dụng khoản tiền gửi có kỳ hạn của mình để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ trong một hợp đồng vay với chính TCTD nhận tiền gửi; Bên gửi tiền có kỳ hạn sử dụng khoản tiền gửi có kỳ hạn để đảm bảo cho việc thực hiện nghĩa vụ trong hợp đồng đối với cá nhân, pháp nhân hoặc TCTD khác không phải là TCTD nhận tiền gửi; bên gửi tiền có kỳ hạn yêu cầu TCTD nhận tiền gửi cấp chứng thư bảo lãnh để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ đối với một chủ thể khác...

Đối với trường hợp bên gửi tiền có kỳ hạn sử dụng khoản tiền gửi của mình để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ đối với chính TCTD nhận tiền gửi, do bên bảo đảm (bên gửi tiền) đã chuyển giao tài sản của mình sang cho bên

¹⁷⁶ Quy định này không những giải quyết vướng mắc trong thủ tục sang tên cho người mua tài sản bảo đảm hiện nay khi mà bên thế chấp không hợp tác, mà còn giải quyết được triệt để vướng mắc trong khâu thu giữ tài sản bảo đảm. Một khi người mua tài sản bảo đảm đã hoàn thành thủ tục sang tên và thông báo cho bên thế chấp hoặc người đang chiếm giữ tài sản bảo đảm biết về quyền và nghĩa vụ của mình mà họ vẫn cố tình không chuyển giao tài sản, hành vi đó có thể truy cứu trách nhiệm hình sự về tội Chiếm giữ trái phép tài sản theo quy định của Điều 176 BLHS năm 2015.

nhận bảo đảm (TCTD) nắm giữ, vì vậy BPBĐ được xác lập trong trường hợp này phải là cầm cố tài sản. Việc xác lập, thực hiện, xử lý tài sản bảo đảm phải chịu sự điều chỉnh của quy chế pháp lý về cầm cố tài sản. Đối với trường hợp bên gửi tiền có kỳ hạn sử dụng khoản tiền gửi để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ đối với cá nhân, pháp nhân, hoặc TCTD khác không phải là TCTD nhận tiền gửi, rõ ràng không có sự chuyển giao tài sản bảo đảm từ bên bảo đảm sang cho bên nhận bảo đảm, BPBĐ được xác lập trong trường hợp này là biện pháp thế chấp quyền tài sản. Việc xác lập, thực hiện, xử lý tài sản bảo đảm trong trường hợp này phải chịu sự điều chỉnh của quy chế pháp lý về thế chấp tài sản nói chung.

Kiến nghị: bổ sung quy định về cầm cố số dư tiền gửi trong Nghị định số 21/2021/NĐ-CP theo hướng: *“Cầm cố số dư tiền gửi*

1. Tổ chức tín dụng cấp phát thẻ tiết kiệm được phép nhận cầm cố số dư tiền gửi của khách hàng để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ.

2. Khi khách hàng vi phạm nghĩa vụ, tổ chức tín dụng có quyền khấu trừ số dư tài khoản của khách hàng.

3. Trong trường hợp bên nhận bảo đảm không phải là tổ chức tín dụng cấp phát thẻ tiết kiệm; việc xác lập, thực hiện, xử lý tài sản bảo đảm được thực hiện theo quy định của pháp luật về thế chấp tài sản”.

Thứ năm, quy định về xử lý tài sản bảo đảm là quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng

Lý do: Như đã phân tích ở phần 3.1.3.2, nhận thế chấp quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng là BPBĐ chứa đựng nhiều rủi ro bởi quyền và lợi ích của bên nhận thế chấp phụ thuộc vào hành vi của cả bên thế chấp và bên có nghĩa vụ thanh toán. Sau khi các bên xác lập biện pháp thế chấp quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng, khi được yêu cầu thanh toán, bên có nghĩa vụ thanh toán có thể viện ra một số căn cứ nhằm từ chối thanh toán hay chỉ thanh toán một phần khoản nợ (các phương tiện phòng vệ). Có thể nhận thấy, việc thế chấp quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng không làm gián đoạn hay chấm dứt mối quan hệ hợp đồng ban đầu giữa bên có quyền (bên thế chấp) và bên có

nghĩa vụ thanh toán. Hơn nữa, việc thế chấp quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng không kéo theo việc chuyển giao quyền sở hữu đối với quyền yêu cầu thanh toán từ bên thế chấp sang bên nhận thế chấp. Do đó, về nguyên tắc thì bên có quyền (bên thế chấp) và bên có nghĩa vụ thanh toán vẫn có quyền thỏa thuận về bất cứ nội dung nào trong hợp đồng đã xác lập, các bên có thể thỏa thuận thay thế nghĩa vụ, thay đổi thời hạn thực hiện nghĩa vụ, thỏa thuận chấm dứt nghĩa vụ... điều này sẽ ảnh hưởng nghiêm trọng đến quyền lợi của bên nhận thế chấp quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng.

Mặc dù Nghị định số 21/2021/NĐ-CP quy định thi hành BLDS về đảm bảo thực hiện nghĩa vụ có đề cập đến tài sản bảo đảm là quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng¹⁷⁷, tuy nhiên Nghị định chưa giải quyết triệt để những vướng mắc còn tồn tại khi thế chấp loại tài sản này. Điểm thiếu sót nữa của Nghị định là không quy định riêng về phương thức xử lý quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng. Việc quy định chung về xử lý tài sản bảo đảm là vật đồng bộ; tài sản có tài sản gắn liền; quyền đòi nợ, khoản phải thu, quyền yêu cầu thanh toán khác; giấy tờ có giá, chứng khoán, số dư tiền gửi; vận đơn, chứng từ vận chuyển tại Điều 54 là không hợp lý, chưa hiểu rõ đặc điểm của loại tài sản bảo đảm này.

Kiến nghị: bổ sung quy định về xử lý quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng trong Nghị định số 21/2021/NĐ-CP theo hướng: *“Xử lý quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng*

1. Bên nhận thế chấp quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng có quyền yêu cầu bên có nghĩa vụ theo hợp đồng thanh toán khoản tiền hoặc lợi ích vật chất khác theo nội dung hợp đồng đã phát sinh hiệu lực giữa bên có nghĩa vụ theo hợp đồng với bên thế chấp.

¹⁷⁷ Điều 14 Nghị định số 21/2021/NĐ-CP, Quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng: “Bên có quyền trong hợp đồng được dùng quyền đòi nợ, các khoản phải thu, quyền yêu cầu thanh toán khác; quyền khai thác, quản lý dự án đầu tư; quyền cho thuê, cho thuê lại; quyền hưởng hoa lợi, lợi tức, lợi ích khác trị giá được bằng tiền hình thành từ hợp đồng; quyền được bồi thường thiệt hại; quyền khác trị giá được bằng tiền phát sinh từ hợp đồng để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ”.

2. Bên thế chấp không được viện dẫn căn cứ làm giảm hoặc làm vô hiệu quyền yêu cầu thanh toán của bên nhận thế chấp đối với bên có nghĩa vụ thanh toán.

3. Thế chấp quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng phát sinh hiệu lực đối kháng với bên có nghĩa vụ thanh toán từ thời điểm bên có nghĩa vụ thanh toán nhận được thông báo của bên nhận thế chấp¹⁷⁸”.

Thứ sáu, sửa đổi quy định tại khoản 7 Điều 6 Thông tư 08/2018/TT-BTP

Lý do: khoản 7 Điều 6 Thông tư 08/2018/TT-BTP liệt kê các quyền tài sản được phép đăng ký tại Trung tâm đăng ký theo yêu cầu, bao gồm: Quyền tài sản phát sinh từ quyền tác giả, quyền sở hữu công nghiệp, quyền đối với giống cây trồng; quyền đòi nợ; quyền khai thác tài nguyên thiên nhiên; quyền được bồi thường thiệt hại phát sinh từ hợp đồng; Các quyền tài sản là quyền đòi nợ, quyền yêu cầu thanh toán, quyền được bồi thường thiệt hại, quyền thụ hưởng bảo hiểm phát sinh từ hợp đồng mua bán nhà ở, hợp đồng góp vốn xây dựng nhà ở, hợp đồng hợp tác đầu tư, hợp tác kinh doanh nhà ở, hợp đồng cho thuê, hợp đồng cho thuê mua nhà ở (bao gồm cả nhà ở xã hội) giữa tổ chức với cá nhân hoặc giữa tổ chức, cá nhân với doanh nghiệp kinh doanh bất động sản trong dự án xây dựng nhà ở theo quy định của pháp luật về nhà ở¹⁷⁹ ... Theo tác giả, cách tiếp cận này không phù hợp trong cả lý luận và thực tế bởi các lý do sau: (i) Thông tư 08/2018/TT-BTP đặt quyền tài sản phát sinh từ quyền tác giả, quyền sở hữu công nghiệp, quyền đối với giống cây trồng cùng nhóm với quyền đòi nợ, quyền khai thác tài nguyên thiên nhiên, quyền được yêu cầu bồi thường thiệt hại phát sinh từ hợp đồng là không hợp lý, vì bản chất pháp lý của các quyền này hoàn toàn khác nhau. Các quyền tài sản

¹⁷⁸ Việc quy định thế chấp quyền tài sản hình thành từ hợp đồng phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba từ thời điểm bên có nghĩa vụ thanh toán nhận được thông báo của bên thế chấp có thể ngăn ngừa được hành vi câu kết giữa bên thế chấp với bên có nghĩa vụ thanh toán để làm giảm hoặc vô hiệu quyền yêu cầu của bên nhận thế chấp.

¹⁷⁹ Xem khoản 7 Điều 6 Thông tư 08/2018/TT-BTP hướng dẫn một số vấn đề đăng ký, cung cấp thông tin về biện pháp bảo đảm, hợp đồng thuê tài sản, hợp đồng cho thuê tài chính, hợp đồng chuyên giao quyền đòi nợ; trao đổi thông tin về đăng ký biện pháp bảo đảm tại các Trung tâm Đăng ký giao dịch, tài sản của Cục Đăng ký quốc gia giao dịch bảo đảm thuộc Bộ Tư pháp.

phát sinh từ quyền tác giả, quyền sở hữu công nghiệp, quyền đối với cây trồng là quyền của tổ chức, cá nhân được Luật SHTT thừa nhận đối với những tài sản trí tuệ do con người sáng tạo ra, gắn liền với quá trình lao động sản xuất của con người hình thành và tồn tại một cách độc lập. Bên cạnh đó, quyền đòi nợ, quyền khai thác tài nguyên thiên nhiên, quyền được bồi thường thiệt hại phát sinh từ hợp đồng đều là các quyền tài sản hình thành trên cơ sở một quan hệ hợp đồng hợp pháp, có thể là hợp đồng vay, hợp đồng dịch vụ, hợp đồng bảo hiểm... (ii) Thông tư chỉ liệt kê những quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng có liên quan đến tàu bay, tàu biển và bất động sản có thể được đăng ký dẫn đến tình trạng bỏ sót nhiều loại quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng liên quan đến các loại tài sản khác như quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng thi công, hợp đồng dịch vụ... Trên cơ sở nghiên cứu lý luận tại tiểu mục 1.2.2.3. dựa trên căn cứ xác lập quyền, các quyền tài sản có thể được phân làm 03 (ba) nhóm: (1) Các quyền tài sản hình thành từ GDDS¹⁸⁰; (2) Các quyền tài sản hình thành từ hoạt động lao động sáng tạo của con người¹⁸¹; (3) Các quyền tài sản hình thành trên cơ sở quy định của Luật¹⁸².

Kiến nghị: Khoản 7 Điều 6 Thông tư 08/2018/TT-BTP cần sửa đổi theo hướng:

“7. Các quyền tài sản theo quy định tại Điều 115 Bộ luật dân sự, trừ quyền sử dụng đất, quyền bề mặt, quyền hưởng dụng bất động sản gồm:

- a. Các quyền tài sản phát sinh từ giao dịch dân sự¹⁸³;*
- b. Các quyền tài sản là quyền đối với các đối tượng của quyền sở hữu trí tuệ”.*

¹⁸⁰ Nhóm quyền tài sản này có thể được hình thành từ các hợp các đồng hoặc hành vi pháp lý đơn phương, mang đặc điểm của quyền đối nhân, bao gồm: quyền đòi nợ phát sinh từ hợp đồng vay tài sản, quyền yêu cầu thanh toán phát sinh từ hợp đồng mua bán tài sản, quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng bảo hiểm nhân thọ, quyền đối với phần vốn góp trong doanh nghiệp...

¹⁸¹ Các quyền này được ghi nhận trong Luật SHTT, bao gồm: quyền tài sản trong phạm vi của quyền tác giả và các quyền liên quan; quyền tài sản đối với đối tượng sở hữu công nghiệp và quyền tài sản đối với giống cây trồng.

¹⁸² Các quyền tài sản dạng này mang đặc điểm của quyền đối vật, bao gồm: quyền sử dụng đất, quyền bề mặt, quyền hưởng dụng và quyền địa dịch.

¹⁸³ Tiếp theo đó, Thông tư có thể liệt kê các quyền tài sản hình thành từ hợp đồng bao gồm: quyền đòi nợ, quyền yêu cầu thanh toán, quyền nhận số tiền bảo hiểm từ hợp đồng bảo hiểm, quyền được yêu cầu bồi thường thiệt hại phát sinh từ hợp đồng...

Thứ bảy, TAND Tối cao cần ban hành Nghị quyết hướng dẫn giải quyết hậu quả pháp lý của hợp đồng thế chấp tài sản khi bị Toà án tuyên vô hiệu

Lý do: Như đã phân tích ở phần 3.1.4. pháp luật Việt Nam hiện hành thiếu vắng các quy định giải quyết hậu quả pháp lý của hợp đồng thế chấp tài sản khi đã công chứng bị Toà án tuyên vô hiệu. Hậu quả là bên nhận thế chấp có thể mất trắng khoản tiền đã cho bên thế chấp vay mà không thể yêu cầu tổ chức hành nghề công chứng phải chịu trách nhiệm bồi thường. Vì vậy, theo tác giả, cần phải đặt ra trách nhiệm của tổ chức hành nghề công chứng và công chứng viên trong trường hợp này, bởi công chứng viên là người am hiểu pháp luật, đã thực hiện công tác pháp luật trong khoảng thời gian tối thiểu 05 năm và được cấp chứng chỉ hành nghề công chứng. Khoản 1 Điều 38 Luật Công chứng năm 2014 quy định: *“Tổ chức hành nghề công chứng phải bồi thường thiệt hại cho người yêu cầu công chứng và cá nhân, tổ chức khác do lỗi mà công chứng viên, nhân viên hoặc người phiên dịch là cộng tác viên của tổ chức mình gây ra trong quá trình công chứng”*, quy định này là hợp lý bởi nó đề cao vai trò trách nhiệm của công chứng viên, tránh được những trường hợp công chứng viên có lỗi chủ quan khi thực hiện hoạt động công chứng, cũng như cố tình câu kết với chủ thể tham gia giao dịch nhằm chuộc lợi, gây ảnh hưởng nghiêm trọng đến quyền và lợi ích hợp pháp của chủ thể khác. Ở góc độ xã hội, khi một văn bản công chứng bị Toà án tuyên vô hiệu mà không đặt ra vấn đề bồi thường cho tổ chức hành nghề công chứng, có thể dẫn đến gia tăng tình trạng tổ chức hành nghề công chứng, công chứng viên thông đồng, câu kết với các bên tham gia giao dịch nhằm chuộc lợi.

Khi hợp đồng thế chấp tài sản đã được công chứng bị Toà án tuyên vô hiệu, đồng nghĩa với việc bên nhận thế chấp mất quyền ưu tiên xử lý tài sản thế chấp. Nghĩa vụ của bên thế chấp trở thành nghĩa vụ không có bảo đảm. Trên lý thuyết, nếu bên thế chấp vẫn thực hiện toàn bộ nghĩa vụ đối với bên nhận thế chấp thì không có thiệt hại xảy ra. Tuy nhiên, nhiều trường hợp bên thế chấp không còn tài sản để thực hiện nghĩa vụ đối với bên nhận thế chấp,

lúc này sẽ gây những thiệt hại cho bên nhận thế chấp. Vì vậy cần đặt ra trách nhiệm BTTH cho tổ chức hành nghề công chứng nếu công chứng viên có lỗi trong hoạt động công chứng làm cho hợp đồng thế chấp tài sản vô hiệu.

Kiến nghị: TAND Tối cao cần ban hành Nghị quyết hướng dẫn giải quyết hậu quả pháp lý của hợp đồng thế chấp tài sản đã công chứng bị tuyên vô hiệu của theo hướng:

“1. Trường hợp hợp đồng thế chấp tài sản đã được công chứng sau đó bị Toà án tuyên vô hiệu, Toà án có quyền ấn định thời hạn thực hiện nghĩa vụ cho bên thế chấp. Hết thời hạn trên, nếu bên thế chấp chưa thực hiện được toàn bộ nghĩa đối với bên nhận thế chấp thì phần nghĩa vụ chưa thực hiện được xác định là thiệt hại của bên nhận thế chấp.

2. Căn cứ vào tình hình thực tế, Toà án xác định thời hạn thực hiện nghĩa vụ của bên thế chấp trong từng trường hợp nhưng tối đa không quá 02 năm”.

KẾT LUẬN CHƯƠNG 3

Trên cơ sở phân tích các vấn đề lý luận cơ bản tại Chương 1 và phân tích các quy định của pháp luật hiện hành về thế chấp quyền tài sản tại Chương 2, trong Chương 3 tác giả tập trung phân tích thực tiễn áp dụng pháp luật về thế chấp quyền tài sản, cùng với việc đánh giá những ưu điểm và hạn chế trong quy định của pháp luật hiện hành, tác giả đã đưa ra những kiến nghị cụ thể nhằm sửa đổi, bổ sung từng quy định của pháp luật liên quan đến vấn đề nghiên cứu. Tổng kết lại, trong Chương 3 tác giả đã giải quyết được những vấn đề sau:

Thứ nhất, tác giả đã phân tích thực tiễn áp dụng pháp luật về thế chấp quyền tài sản trong mục 3.1. từ đó chỉ ra được những hạn chế còn tồn tại trong quá trình áp dụng pháp luật làm cơ sở cho những kiến nghị cụ thể trong mục 3.2.

Thứ hai, tác giả đã chỉ ra được những ưu điểm đạt được và những hạn chế còn tồn tại trong các quy định của pháp luật hiện hành về thế chấp quyền tài sản. Qua đó đưa ra những kiến nghị sửa đổi, bổ sung quy định của BLDS năm 2015 và các văn bản hướng dẫn thi hành. Cụ thể: (i) Sửa đổi, bổ sung khoản 1 Điều 105, Điều 115; Điều 303; Điều 306 BLDS năm 2015; (ii) Kiến nghị bổ sung các quy định mới để phù hợp với thực tiễn khi Chính phủ ban hành Nghị định về BPBĐ: bổ sung quy định về quyền thế chấp đối với phần vốn góp trong doanh nghiệp; bổ sung quy định về quyền và nghĩa vụ của các chủ thể trong trường hợp thế chấp quyền tài sản hình thành từ hợp đồng; bổ sung quy định về trường hợp thế chấp quyền tài sản bắt buộc về hình thức và phải đăng ký...

KẾT LUẬN CHUNG

Thế chấp quyền tài sản để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ là một trong những nội dung quan trọng của biện pháp thế chấp tài sản nói chung. Trải qua quá trình hình thành và phát triển, có thể nhận thấy các quan điểm lập pháp ở mỗi quốc gia về vấn đề này là khác nhau. Ở Việt Nam hiện nay, các quy định về thế chấp quyền tài sản chưa được quy định một cách hệ thống và hoàn chỉnh. Thông qua việc nghiên cứu đề tài “*Thế chấp quyền tài sản theo quy định của pháp luật Việt Nam*”, có thể đi đến những kết luận cơ bản sau:

1. Biện pháp thế chấp quyền tài sản trong BLDS năm 2015 của Việt Nam chứa đựng cả yếu tố trái quyền và yếu tố vật quyền. Yếu tố trái quyền thể hiện ở căn cứ hình thành thế chấp quyền tài sản là một hợp đồng thế chấp được xác lập giữa bên thế chấp và bên nhận thế chấp; yếu tố vật quyền thể hiện ở việc BLDS năm 2015 ghi nhận các quyền năng trực tiếp trên quyền tài sản thế chấp của bên nhận thế chấp.

2. Biện pháp thế chấp quyền tài sản có những đặc điểm riêng, khác biệt so với biện pháp thế chấp các loại tài sản khác, thể hiện ở 02 điểm: (i) đối tượng của biện pháp thế chấp quyền tài sản luôn tồn tại dưới dạng vô hình; (ii) việc xử lý quyền tài sản thế chấp trong nhiều trường hợp hoàn toàn phụ thuộc vào hành vi của người thứ ba, không phải là bên thế chấp.

3. Các quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành về thế chấp quyền tài sản nằm rải rác ở nhiều văn bản quy phạm pháp luật khác nhau như: BLDS năm 2015; Luật Nhà ở 2014; Luật Đất đai năm 2013; Luật Sở hữu trí tuệ sửa đổi năm 2009; Luật Doanh nghiệp năm 2020; Nghị định số 21/2021/NĐ-CP quy định thi hành BLDS về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ ngày 19/03/2021; Nghị định số 99/2022/NĐ-CP về Đăng ký BPBĐ ngày 30/11/2022; Nghị quyết số 42/2017/QH14 về thí điểm xử lý nợ xấu của các tổ chức tín dụng ngày 21/06/2017... Sự thiếu vắng các quy định mang tính chất nguyên tắc chung để phân loại các nhóm quyền tài sản và các quy định xử lý tài sản thế

chấp là quyền tài sản đã dẫn đến việc hiểu và vận dụng không chính xác quy định của pháp luật vào thực tiễn.

4. Trên cơ sở nghiên cứu, phân tích, làm rõ những bất cập trong thực tiễn thực hiện thế chấp quyền tài sản. Chương 3 của luận án đã tập trung xây dựng những kiến nghị hoàn thiện pháp luật một cách cụ thể và hệ thống. Những kiến nghị được đưa ra trong Chương 3 của luận án sẽ giúp cho các nhà lập pháp có cái nhìn toàn diện hơn trong quá trình sửa đổi, bổ sung các quy định của pháp luật. Đồng thời, các kết quả nghiên cứu của luận án sẽ là nguồn tài liệu có giá trị tham khảo cao đối với các nhà hoạt động thực tiễn, các nhà nghiên cứu cũng như đội ngũ giáo viên, học viên, sinh viên các trường đào tạo nghề luật.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Các văn bản quy phạm pháp luật

1.1. Các văn bản quy phạm pháp luật của Việt Nam

1. Bộ luật Dân sự năm 2005
2. Luật Sở hữu trí tuệ sửa đổi năm 2009;
3. Luật Kinh doanh bảo hiểm sửa đổi năm 2010;
4. Luật Đất đai năm 2013;
5. Luật Nhà ở năm 2014;
6. Luật Thi hành án dân sự năm 2008 sửa đổi năm 2014;
7. Bộ Luật Dân sự năm 2015;
8. Luật Chứng khoán năm 2019;
9. Luật Doanh nghiệp năm 2020;
10. Nghị định số 163/2006/NĐ-CP ngày 29/02/2006 về giao dịch bảo đảm;
11. Nghị định số 103/2006/NĐ-CP ngày 22/09/2006 Quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Sở hữu trí tuệ về sở hữu công nghiệp;
12. Nghị định số 88/2010/NĐ-CP ngày 16/08/2010 Quy định chi tiết, hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Sở hữu trí tuệ và Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Sở hữu trí tuệ về quyền đối với giống cây trồng;
13. Nghị định số 122/2010/NĐ-CP ngày 31/12/2010 sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 103/2006/NĐ-CP ngày 22/09/2006 của Chính Phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật sở hữu trí tuệ về sở hữu công nghiệp;
14. Nghị Định số 11/2012/NĐ-CP ngày 22/02/2012 về sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 163/2006/NĐ-CP của Chính phủ về giao dịch bảo đảm;
15. Nghị định số 43/2014/NĐ-CP ngày 15/05/2014 Quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Đất đai;

16. Nghị định số 44/2014/NĐ-CP ngày 15/05/2014 Quy định về giá đất;
17. Thông tư liên tịch số 16/2014/TTLT-BTP-BTNMT-NHNN ngày 06/06/2014 Hướng dẫn một số vấn đề về xử lý tài sản bảo đảm;
18. Thông tư số 02/2015/TT-BTNMT ngày 27/01/2015 Quy định chi tiết một số điều của Nghị định số 43/2014/NĐ-CP và Nghị định số 44/2014/NĐ-CP ngày 15/05/2014 của Chính phủ;
19. Thông tư 26/2015/TT-NHNN ngày 09/12/2015 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;
20. Thông tư liên tịch số 09/2016/TTLT-BTP-BTNMT ngày 23/06/2016 hướng dẫn việc đăng ký thế chấp quyền sử dụng đất, tài sản gắn liền với đất;
21. Nghị quyết số 42/2017/QH14 ngày 21/06/2017 về Thí điểm xử lý nợ xấu của các tổ chức tín dụng;
22. Nghị định số 102/2017/NĐ-CP ngày 01/09/2017 về Đăng ký Biện pháp bảo đảm;
23. Nghị Định số 22/2018/NĐ-CP ngày 23/02/2018 Quy định chi tiết một số điều về biện pháp thi thành Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 và Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật sở hữu trí tuệ năm 2009 về Quyền tác giả và quyền liên quan;
24. Thông tư số 08/2018/TT-BTP ngày 20/06/2018 hướng dẫn một số vấn đề đăng ký, cung cấp thông tin về biện pháp bảo đảm, hợp đồng và trao đổi thông tin về đăng ký biện pháp bảo đảm tại các trung tâm đăng ký giao dịch, tài sản của Cục đăng ký quốc gia Giao dịch bảo đảm thuộc Bộ Tư pháp;
25. Thông tư số 48/2018/TT-NHNN ngày 31/12/2018 quy định về Tiền gửi tiết kiệm.
26. Thông tư số 49/2018/TT-NHNN ngày 31/12/2018 quy định về tiền gửi có kỳ hạn.
27. Nghị định số 21/2021/NĐ-CP ngày 19/03/2021 Quy định thi hành Bộ luật Dân sự về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ;

28. Nghị định số 99/2022/NĐ-CP ngày 30/11/2022 về Đăng ký Biên pháp bảo đảm;

1.2. Các văn bản quy phạm pháp luật nước ngoài

1. Bộ Luật Dân sự Cộng Hoà Pháp (Bản dịch của Đại sứ quán Pháp tại Việt Nam năm 2018);
2. Bộ Luật Dân sự Nhật Bản (Đạo luật số 89 ngày 27/04/1986);
3. Luật Đăng ký bất động sản Nhật Bản năm 1899;
4. Bộ Luật Dân sự Liên bang Đức;
5. Bộ Luật Dân sự Cộng hoà dân chủ nhân dân Trung Hoa năm 2020;
6. Luật Đăng ký bất động sản Hàn Quốc năm 1960;

2. Các công trình nghiên cứu khoa học

2.1. Các công trình khoa học trong nước

1. 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 năm 2021;
2. Trần Thị Bảo Ánh, (2018), *“Hoàn thiện quy định của pháp luật về định giá tài sản trí tuệ và sử dụng lao động trong các thương vụ mua lại và sáp nhập ngân hàng thương mại”*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp số 22/2018 tr.45-50;
3. Nguyễn Mạnh Bách, (1995), *“Pháp luật về hợp đồng”*, Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội năm 1995;
4. Nguyễn Mạnh Bách (1998), *“Nghĩa vụ dân sự trong luật Dân sự Việt Nam”*, Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội năm 1998;
5. Nguyễn Xuân Bang (2012), *“Bàn về thế chấp và bảo lãnh theo quy định của BLDS 2005”*, Tạp chí Nghề luật, học viện Tư pháp, số 5/2012;
6. Hồ Quân Chính, (2021), *“Khó khăn, vướng mắc trong xử lý tài sản thế chấp là quyền đòi nợ để thi hành án”*, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật số 05/2021 tr.49-54;

7. Lê Mỹ Duyên, (2019), “*Xử lý tài sản thế chấp là bất động sản*”, Luận văn thạc sĩ luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội năm 2019;
8. Đỗ Văn Đại, (2012) “*Luật nghĩa vụ và bảo đảm thực hiện nghĩa vụ - Bản án và bình luận bản án*”, Tập 1&2, Nxb Chính trị Quốc gia năm 2012;
9. 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 02/2013.
10. Đỗ Văn Đại (2020), “*Bình luận khoa học những điểm mới của Bộ luật Dân sự năm 2015*”, Nxb Hồng Đức – Hội Luật gia Việt Nam, tr.341–342;
11. Nguyễn Ngọc Điện, (1999), “*Một số suy nghĩ về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự trong Luật dân sự Việt Nam*”, Nxb Trẻ Thành phố Hồ Chí Minh năm 1999;
12. Nguyễn Ngọc Điện, (2005), “*Cần xây dựng lại khái niệm quyền tài sản trong luật dân sự*”, Tạp chí Nghiên cứu pháp luật (số 50);
13. Nguyễn Ngọc Điện, (2007), “*Thanh lý tài sản thế chấp trong Luật dân sự Pháp theo quy định của Đạo luật ngày 23/03/2006*”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp điện tử số 04/2007;
14. Nguyễn Ngọc Điện (2009), “*Một số vấn đề lý luận về quyền tài sản và hướng hoàn thiện*.”
<https://thongtinphapluatdansu.edu.vn/2009/08/24/3683/>;
15. Nguyễn Ngọc Điện, (2015), “*Hoàn thiện các quy định về quản lý và xử lý tài sản thế chấp*”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp điện tử tháng 1/2010;
16. Nguyễn Ngọc Điện, (2017), “*Thanh lý tài sản thế chấp trong luật Dân sự Pháp theo quy định của Đạo luật ngày 23/3/2006*”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp điện tử.
17. Nguyễn Đức Giang, (2012), “*Đi tìm triết lý thế chấp quyền tài sản trong pháp luật Việt Nam*”, Tạp chí Ngân hàng số 7 tháng 4/2012;

18. Bùi Đức Giang, (2014), *“Nhận tài sản bảo đảm là phần vốn góp – quy định từ pháp luật đến thực tiễn”*, Tạp chí Nhà nước và pháp luật số 4 năm 2014;

19. Vũ Thị Hồng Yến, Bùi Đức Giang (2013), *“Tính đối kháng của các phương tiện phòng vệ của bên có nghĩa vụ trả nợ trong giao dịch thế chấp quyền đòi nợ”*, Tạp chí Ngân hàng số 15 tháng 8/2013;

20. Phạm Văn Tuyết và Lê Kim Giang, (2012), *“Hợp đồng tín dụng và biện pháp bảo đảm tiền vay”* Nxb Tư pháp năm, Hà Nội năm 2012;

21. Phạm Văn Tuyết, Lê Kim Giang, (2015), *“Hoàn thiện chế định bảo đảm thực hiện nghĩa vụ Dân sự”*, Nxb Dân Trí, năm 2015;

22. Nguyễn Thị Hồng Hạnh, (2016), *“Xử lý tài sản thế chấp thông qua phương thức đấu giá theo thỏa thuận của các bên”*, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật số 04/2016 tr.57-61;

23. Vũ Thị Thu Hằng, (2010), *“Một số vấn đề về thế chấp tài sản tại ngân hàng thương mại”*, Luận văn thạc sĩ luật học, Trường ĐH Luật Hà Nội;

24. Lê Văn Hiền, (2021), *“Xử lý tài sản thế chấp là quyền sử dụng đất theo quy định của pháp luật dân sự Việt Nam và thực tiễn thực hiện tại Ngân hàng Thương mại cổ phần Đông Nam Á”*, Luận văn thạc sĩ luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội năm 2021;

25. Nguyễn Văn Hoạt, (2004), *“Một số vấn đề về thế chấp quyền sử dụng đất”*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật số 2/2004;

26. Nguyễn Văn Hoạt, (2004), *“Bảo đảm 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 năm 2004;

27. Trần Lê Hồng, (2012), *“Một số vấn đề về tài sản trí tuệ nhìn từ góc độ khoa học pháp lý và vấn đề hoàn thiện pháp luật Việt Nam”*, Tạp chí Khoa học Pháp lý, Trường Đại học Luật thành phố Hồ Chí Minh số 2/2012 tr.20-24;

28. Hồ Quang Huy, (2011), *“Vật quyền bảo đảm-những vấn đề pháp lý đặt ra trong quá trình hoàn thiện pháp luật dân sự của nước ta”*, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật, số chuyên đề Pháp luật về đăng ký giao dịch bảo đảm;

29. Vương Khánh Huy, (2018), “*Thế chấp quyền tài sản theo pháp luật Việt Nam hiện hành và thực tiễn thực hiện tại các ngân hàng thương mại*”, Luận văn thạc sĩ luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội;

30. Đặng Văn Hưng, (2012), “*Áp dụng pháp luật trong thực hiện các giao dịch về đại diện, thế chấp tài sản và bảo lãnh*”, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật số 04/2012 tr.17-25;

31. Trần Lê Hưng, (2017), “*Thế chấp quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền với đất để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ*”, Luận văn thạc sĩ luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội;

32. Lâm Đại Hữu, (2021), “*Pháp luật về thế chấp tài sản là quyền sử dụng đất và thực tiễn thi hành tại Ngân hàng Thương mại Cổ phần Đầu tư và Phát triển Việt Nam – Chi nhánh Đắk Lắk*”, Luận văn thạc sĩ luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội năm 2021.;

33. Phạm Công Lạc, (1996), “*Cầm cố và thế chấp để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự*”, Luận văn thạc sĩ luật học, Trường ĐH Luật, Hà Nội;

34. Phạm Công Lạc, (2006), “*Tài sản trong pháp luật Dân sự Việt Nam những vấn đề lý luận và thực tiễn*”, Đề tài nghiên cứu khoa học trường Đại học Luật Hà Nội năm 2006;

35. Nguyễn Phan Diệu Linh, (2017), “*Định dạng chương trình truyền hình – Tài sản trí tuệ mới cần được bảo hộ*”, Tạp chí Luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội số 08/2017 tr.67-76;

36. Nguyễn Đức Lợi, (2020), “*Thế chấp và xử lý tài sản thế chấp theo pháp luật dân sự và thực tiễn thực hiện*”, Luận văn thạc sĩ luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội năm 2020;

37. Lê Văn Lợi, (2019), “*Thế chấp và xử lý tài sản thế chấp*”, Luận văn thạc sĩ luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội năm 2019;

38. Trương Duy Lượng, (2019), “*Thế chấp tài sản – Biện pháp bảo đảm thông dụng và một số vấn đề cần lưu ý*”, Tạp chí Tòa án Nhân dân Tối cao, số 05 tr6-14;

39. Trương Duy Lượng, (2020), “*Bàn về tài sản thế chấp và thời điểm có hiệu lực của hợp đồng thế chấp*”, Tạp chí Kiểm sát Nhân dân số 8/2020 tr.30-38;

40. Lê Hoàng Trà My, (2019), “*Một số vấn đề về thế chấp tài sản để bảo đảm cho nghĩa vụ bảo lãnh*”, Luận văn thạc sĩ luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội năm 2019;

41. 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 năm 2008;

42. Võ Thành Nho, (2009), “*Một số vướng mắc trong thực tiễn áp dụng quy định pháp luật về hợp đồng liên quan đến nhà và quyền sử dụng đất*”, Tài liệu Tọa đàm Tổng kết tình hình thi hành các quy định về hợp đồng trong Bộ luật Dân sự năm 2005;”

43. Khúc Thị Phương Nhung, (2020), “*Hoàn thiện pháp luật về xử lý tài sản thế chấp bảo đảm thực hiện hợp đồng tín dụng ngân hàng*”, Tạp chí Kiểm sát Nhân dân số 12 tr.35-41;

44. Nguyễn Minh Oanh, (2011), “*Thế chấp tài sản theo pháp luật của Pháp và Thái Lan*”, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, Số 3/2011, tr.10 - 19.

45. Nguyễn Minh Oanh (2018), “*Vật quyền trong pháp luật Dân sự Việt Nam*”, Nxb Công An Nhân Dân năm 2018;

46. Đào Ngọc Sơn, (2018), “*Thế chấp tài sản theo quy định của BLDS năm 2015*”, Luận văn thạc sĩ luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội năm 2018;

47. Trần Ngọc Thành, (2022), “*Xác định hiệu lực của hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất là tài sản của hộ gia đình*”, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật số 8/2022 tr.26-30;

48. Ngô Thị Phương Thảo, (2018), “*Xác định giá khởi điểm khi xử lý tài sản thế chấp thông qua phương thức đấu giá*”, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật số 12/2018 tr.34-38;

49. Nguyễn Phương Thảo, (2019), “*Điều kiện để đối tượng quyền sở hữu trí tuệ trở thành tài sản bảo đảm*”, Tạp chí Tòa án nhân dân số 20/2019 tr.10-18;

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

51. Vũ Anh Thư, (2014), “*Định giá tài sản sở hữu trí tuệ trong giao dịch dân sự*”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp số 15/2014 tr.49-54;

52. Lý Văn Toán, (2019), “*Xử lý tài sản thế chấp trong trường hợp thế chấp quyền sử dụng đất mà không thế chấp tài sản gắn liền với đất*”, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật số 04/2019 tr.46-50;

53. Nguyễn Quang Hương Trà, (2016), “*Thế chấp tài sản để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ của người khác có phải là biện pháp bảo lãnh*”, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật, số 6/2016 tr.25-30;

54. Nguyễn Quang Hương Trà, (2017), “*Tính vật quyền của thế chấp tài sản theo quy định của Bộ luật dân sự năm 2015*”, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật số 05/2017 tr.22-28;

55. Nguyễn Quang Hương Trà, (2019), “*Thế chấp bất động sản theo quy định pháp luật Việt Nam*”, Luận án tiến sĩ luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội năm 2019;

56. Lê Thị Trang, (2019), “*Một số vấn đề về thế chấp tài sản để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự*”, Luận văn thạc sĩ luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội năm 2019;

57. Nguyễn Thanh Tú, (2012), “*Một số vấn đề pháp lý về khai thác thương mại quyền sở hữu trí tuệ trong các doanh nghiệp Việt Nam*”, Tạp chí Khoa học pháp lý, Trường Đại học Luật thành phố Hồ Chí Minh số 04/2012 tr.28-39;

58. Lê Thị Thu Thủy, Đỗ Minh Tuấn, (2016), “*Giao dịch bảo đảm dưới khía cạnh luật so sánh*”, Tạp chí Nghiên cứu pháp luật điện tử, tháng 2/2016;

59. Hoàng Anh Tuấn, (2006), “*Pháp luật về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ trả nợ trong hoạt động cho vay của ngân hàng thương mại Việt Nam* -

những vấn đề lý luận và thực tiễn”, Luận văn thạc sĩ luật học, Đại học quốc gia Hà Nội năm 2006;

60. Lê Anh Tuấn, (2015), “*Giải quyết tình huống kê biên, xử lý tài sản đang thế chấp*”, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật số 07/2015 tr.30-32;

61. Nguyễn Minh Tuấn (2011), “*Đăng ký bất động sản – Những vấn đề lý luận và thực tiễn*”, Đề tài nghiên cứu khoa học Trường, Đại học Luật Hà Nội năm 2011;

62. Phạm Văn Tuyết (2014), “*Hoàn thiện chế định pháp luật về giao dịch bảo đảm*”, Đề tài khoa học cấp Trường, Đại học Luật Hà Nội năm 2014;

63. Vũ Thị Hồng Yến (2010), “*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*”, Đề tài nghiên cứu khoa học Trường, Đại học Luật Hà Nội năm 2010;

64. Vũ Thị Hồng Yến, (2011), “*Xử lý tài sản thế chấp và một số giải pháp hoàn thiện pháp luật*”, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật, năm 2011;

65. Vũ Thị Hồng Yến, (2012), “*Bất cập về thế chấp quyền sử dụng đất theo Luật đất đai năm 2003*”, Tạp chí dân chủ và Pháp luật, (số chuyên đề), tháng 8/2012.

66. Vũ Thị Hồng Yến, (2012), “*Xử lý tài sản thế chấp trong mối quan hệ với pháp luật về tài sản*”, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật số 4/2012;

67. Vũ Thị Hồng Yến, (2013), “*Tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp theo quy định của pháp luật Dân sự Việt Nam hiện hành*”, Luận án tiến sĩ luật học, Trường ĐH Luật Hà Nội năm 2013;

68. Vũ Thị Hồng Yến, (2015), “*Khái niệm tài sản trong pháp luật dân sự và kiến nghị sửa đổi Bộ luật dân sự 2015*”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp Số 21;

69. Vũ Thị Hồng Yến (2017), “*Tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp theo quy định của Bộ luật dân sự 2015*”, Nxb Chính trị Quốc gia năm 2017;

70. Vũ Thị Hồng Yến, (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, Đại học Luật Hà Nội năm 2017.

2.2. Các công trình nước ngoài

1. Bich Thao Nguyen, “*Legal Frameworks for intellectual property-based secured financing: Proposals for reform in VietNam*”, Degree of Doctor of the Science of Law, SMU Dedman School of Law.

2. Calnan (R.), “*Proprietary Rights and Insolvency*”, Oxford University Press, 2010;

3. D.Adams, “*Banking and Capital Markets*”, College of Law Publishing, 2010;

4. Douglas J. Whaley, Professor of Law Emeritus The Ohio State University and Stephen M.McJonh, Professor of Law Suffolk University Law School, (2010), *Problems and Materials on secured transactions*, Wolters Kluwer Law & Business;

5. European Bank for Reconstruction and Development (EBRD) publications, 2008, *Mortgages in transition economies*, The legal framework for mortgages and mortgage securities;

6. Gregory F. UDELL, Asset Based Finance, *Proven Disciplines for Prudent Lending* (Tài trợ vốn dựa trên giá trị tài sản bảo đảm), Sách dịch, NXB Lao động – Xã hội, tr160.

7. Halbert C. Smith, DAB, SREA, CRE, FCA, *University of Florida* and John B. Corgel, Ph. D, *Georgia State University* (1987), *Real estate perspective*, IRWIN.

8. Ichard A. Mann & Barry S. Roberts, (2004), *Essentials of Business Law and The Legal Environment* (Eighth Edition), Caroline University, Thomson.

9. Louise Gullifer (editor), *Goode on legal problem of credit and security*, Fourth edition, published in 2009 by Sweet & Maxwell, 100 Avenue Road, London, NW3 3PF part of Thomson Reuters (Professional) UK Limited;

10. M.Grimaldi, Dans le cas d'un nantissement sur contrat d'assurance-vie, l'aléa peut être pour le...créancier, Revue des contrats, 1 avril 2006.;

11.WIPO, Introduction to Intellectual Property Theory and Practice, Kluwer Law International, London – The Hague, tr3.

3. Các website

1. Thongtinphapluatdansu.edu.vn
2. Tapchitoaan.vn
3. Tcdcpl.moj.gov.vn
4. Cafef.vn

4. Các bản án của Toà án

1. Bản án số 48/2011/KDTM-ST về “V/v Tranh chấp hợp đồng tín dụng” của Toà án Nhân dân tỉnh Quảng Ngãi.

2. Bản án số 24/2018/KDTM-PT về “V/v Tranh chấp hợp đồng tín dụng” của Tòa án nhân dân thành phố Hà Nội;

3. Bản án số 07/2019/KDTM- ST về “V/v tranh chấp hợp đồng tín dụng” của Tòa án Nhân dân thành phố Huế, tỉnh Thừa Thiên Huế ;

4. Bản án số 45/2019/KDTM-PT về “V/v Tranh chấp hợp đồng mua bán hàng hoá” của Tòa án nhân dân thành phố Hồ Chí Minh.

5. Bản án số 54/2019/KDTM-PT về “V/v Tranh chấp hợp đồng tín dụng và hợp đồng thế chấp” của Tòa án Nhân dân thành phố Hà Nội;

6. Bản án số 01/2020/KDTM- PT về “V/v Tranh chấp hợp đồng tín dụng” của Tòa án Nhân dân tỉnh Bình Phước;

7. Bản án số 17/2020/DS-ST về “V/v Tranh chấp bồi thường thiệt hại do hợp đồng thế chấp vô hiệu” của Toà án Nhân dân quận Ngô Quyền, thành phố Hải Phòng.

PHỤ LỤC - 1

TỔNG QUAN TÌNH HÌNH NGHIÊN CỨU ĐỀ TÀI

1. Các công trình nghiên cứu đã được công bố liên quan đến đề tài luận án

1.1. Một số công trình khoa học trong nước

1.1.1. Sách tham khảo, chuyên khảo

+ Cuốn “*Pháp luật về hợp đồng*”, Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội năm 1995 của tác giả Nguyễn Mạnh Bách. Cuốn sách được tác giả kết cấu gồm 10 chương: Chương I khái niệm chung; Chương II các yếu tố của hợp đồng; Chương III Hiệu lực của hợp đồng; Chương IV Sự vô hiệu của hợp đồng; Chương V Trách nhiệm hợp đồng, Chương VI Thi hành nghĩa vụ hợp đồng; Chương VII sự chuyển nhượng và biến đổi nghĩa vụ; Chương VIII Những quy tắc thi hành riêng biệt đối với một số nghĩa vụ; Chương IX Các biện pháp bảo đảm việc thi hành nghĩa vụ hợp đồng; chương X Thời hiệu triệt tiêu. Tại chương IX các biện pháp bảo đảm việc thi hành nghĩa vụ hợp đồng, đoạn III sự thế chấp, tác giả nhìn nhận thế chấp dưới góc độ là một hợp đồng: “Cũng như cầm cố, thế chấp là một bảo chứng đối với vật bất nguồn từ một hợp đồng ký kết giữa chủ nợ và con nợ nhưng trong cầm cố được áp dụng cho các động sản, thế chấp lại được áp dụng cho các bất động sản” (tr.190). Bên thế chấp có thể là con nợ hoặc một người thứ ba đem tài sản thế chấp cho các món nợ của một người khác, điều cốt yếu là bên thế chấp phải là chủ sở hữu của tài sản đem thế chấp, không thể thế chấp một căn nhà mà không thuộc quyền sở hữu của mình (người thuê mướn)”.

+ Cuốn “*Nghĩa vụ dân sự trong luật Dân sự Việt Nam*”, Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội năm 1998 của tác giả Nguyễn Mạnh Bách. Nội dung cuốn sách được tác giả chia làm 3 phần: Phần 1: Tạo lập nghĩa vụ dân sự; Phần 2 Thực hiện nghĩa vụ dân sự và Phần 3 Trách nhiệm dân sự ngoài hợp đồng. Ở Chương III phần 2 Thực hiện nghĩa vụ dân sự, mục III, tác giả có trình bày về thành lập thế chấp, hiệu lực của hợp đồng thế chấp và chấm dứt hợp đồng thế

chấp. Trong phần hiệu lực của hợp đồng thế chấp, tác giả Nguyễn Mạnh Bách có trình bày về “Hiệu lực của sự thế chấp trong tương quan giữa bên thế chấp và bên nhận thế chấp”. Tác giả viện dẫn Điều 354 BLDS 1995, dù bên thế chấp hay bên nhận thế chấp giữ tài sản thế chấp, bên nhận thế chấp cũng chỉ được sử dụng hoa lợi của tài sản, nếu được sự đồng ý của bên kia. Nếu bên thế chấp giữ tài sản thế chấp thì họ được hưởng hoa lợi, lợi tức của tài sản, trừ trường hợp hoa lợi, lợi tức cũng thuộc tài sản thế chấp (tr.183).

+ Cuốn *“Một số suy nghĩ về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự trong luật dân sự Việt Nam”*, Nxb Trẻ Thành phố Hồ Chí Minh, năm 1999 của tác giả Nguyễn Ngọc Điện. Đây là một công trình nghiên cứu khoa học tổng thể các vấn đề về pháp luật bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự. Căn cứ vào đặc điểm của từng biện pháp bảo đảm, tác giả đã trình bày hai loại hình thức bảo đảm thực hiện nghĩa vụ: bảo đảm đối vật và bảo đảm đối nhân. Bên cạnh đó, tác giả cũng trình bày những kiến thức pháp lý cơ bản xen kẽ những bình luận chuyên sâu về các nội dung của biện pháp thế chấp đảm bảo thực hiện nghĩa vụ (sự thành lập hợp đồng thế chấp, đăng ký thế chấp, hiệu lực của hợp đồng thế chấp, chấm dứt hợp đồng thế chấp và thế chấp giá trị quyền sử dụng đất...).

+ Cuốn *“Các biện pháp bảo đảm tiền vay bằng tài sản của các tổ chức tín dụng”*, Nxb Tư pháp, Hà Nội năm 2006 do tác giả Lê Thị Thu Thủy chủ biên. Cuốn sách là một công trình nghiên cứu chuyên sâu, có tính chất hệ thống về bảo đảm tiền vay và các biện pháp bảo đảm tiền vay bằng tài sản của các tổ chức tín dụng. Tác giả đã trình bày những vấn đề lý luận chung cũng như thực trạng pháp luật của các biện pháp bảo đảm như cầm cố, thế chấp, bảo lãnh. Các vấn đề pháp lý cơ bản của pháp luật giao dịch bảo đảm: bảo đảm tiền vay bằng tài sản hình thành từ vốn vay; đăng ký giao dịch bảo đảm; xử lý tài sản bảo đảm tiền vay cũng được các tác giả phân tích, bình luận và đánh giá khá đầy đủ. Cuối cùng, các tác giả cũng đã đề xuất phương hướng và

những giải pháp nhằm hoàn thiện pháp luật về bảo đảm tiền vay bằng tài sản của các tổ chức tín dụng ở Việt Nam trong giai đoạn hiện nay.

+ Cuốn *“Hợp đồng tín dụng và biện pháp bảo đảm tiền vay”*, Nxb Tư pháp năm, Hà Nội năm 2012 của tập thể tác giả Phạm văn Tuyết và Lê Kim Giang. Trong chương II, mục 3 Tài sản bảo đảm, tác giả có nêu “quyền tài sản hiểu theo nghĩa chung là quyền theo đó chủ thể có được một lợi ích nhất định, bao gồm: các quyền được thiết lập trên tài sản như quyền được dùng tài sản là các loại thực phẩm để thỏa mãn nhu cầu ăn uống, quyền sử dụng xe hơi làm phương tiện đi lại, quyền thu hoa lợi từ một tài sản, quyền sử dụng đất; các quyền đối với người khác như quyền đòi nợ; quyền yêu cầu người khác thực hiện một công việc mà kết quả của công việc đó là một lợi ích vật chất; các quyền đối với kết quả hoạt động sáng tạo (tr.140). Tại tiểu mục 3.2. Tác giả có trình bày về đặc điểm đối với tài sản bảo đảm tiền vay, theo đó tài sản bảo đảm tiền vay phải đáp ứng được các điều kiện sau: phải xác định được; có thể trị giá được thành tiền; tài sản bảo đảm phải được phép chuyển giao trong giao dịch dân sự; tài sản bảo đảm phải thuộc sở hữu của bên bảo đảm – chỉ bắt buộc đối với bên bảo đảm là cá nhân hoặc doanh nghiệp ngoài quốc doanh mà không áp dụng đối với doanh nghiệp nhà nước (xem điểm 3, khoản 4 Nghị định 163/2006/NĐ-CP).

+ Cuốn *“Luật nghĩa vụ và bảo đảm thực hiện nghĩa vụ - Bản án và bình luận bản án”*, Tập 1&2, Nxb Chính trị Quốc gia năm 2012 của tác giả Đỗ Văn Đại. Đây là cuốn sách chuyên khảo về lĩnh vực nghĩa vụ dân sự và bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự với sự kết hợp các kiến thức pháp lý từ cổ luật đến luật thực định của Việt Nam. Bên cạnh đó, tác giả có sự so sánh với các quy định tương ứng của luật thực định Việt Nam với pháp luật của Pháp. Trên cơ sở tuyển trọn các bản án, quyết định của Tòa án các cấp, tác giả đã bình luận, đánh giá 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 tài sản. Các vấn đề pháp lý cơ bản của thế chấp tài sản và xử lý tài sản thế chấp được tác

giả trình bày khá cụ thể, từ đó đưa ra nhận xét của cá nhân tác giả về những điểm tích cực, hạn chế từ những bản án đã được xét xử tại Tòa án các cấp.

+ Cuốn *“Hoàn thiện chế định bảo đảm thực hiện nghĩa vụ Dân sự”*, Nxb Dân Trí, năm 2015 của tập thể tác giả Phạm Văn Tuyết, Lê Kim Giang. Cuốn sách này được chia làm 04 chương: Chương I, tác giả trình bày những vấn đề lý luận chung về đảm bảo thực hiện nghĩa vụ dân sự. Chương II, tác giả trình bày về các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự theo quy định của BLDS năm 2015, bao gồm 7 biện pháp: cầm cố tài sản, thế chấp tài sản, đặt cọc, ký cược, kỹ quỹ, bảo lãnh và tín chấp. Ở Chương III, Thực tiễn thực hiện pháp luật về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự, cuốn sách có trình bày một số nội dung: xử lý tài sản bảo đảm trong các trường hợp cụ thể; ưu tiên thanh toán khi xử lý tài sản bảo đảm; hoạt động bảo lãnh ngân hàng; tài sản bảo đảm của hộ gia đình trong quan hệ tín dụng. Trong chương IV, cuốn sách trình bày về những bất cập trong quy định của pháp luật về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự và hướng hoàn thiện.

+ Cuốn *“Tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp theo quy định của Bộ luật dân sự 2015”*, Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội năm 2017 của tác giả Vũ Thị Hồng Yến. Cuốn sách được tác giả kết cấu làm 3 chương. Chương I, một số vấn đề lý luận về tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp. Chương II, pháp luật về tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp. Chương III, hoàn thiện pháp luật về tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp. Trong chương I, tác giả có trình bày một số vấn đề lý luận như khái niệm, bản chất của thế chấp; khái niệm, đặc điểm và phân loại tài sản thế chấp; khái niệm, đặc điểm pháp lý của xử lý tài sản thế chấp. Ở chương II, tác giả trình bày về các quy định của pháp luật hiện hành về thế chấp và xử lý tài sản thế chấp, đồng thời chỉ ra những bất cập của hệ thống pháp luật hiện hành về tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp từ thực tiễn áp dụng. Đến chương III, tác giả trình bày về yêu cầu hoàn thiện pháp luật về tài sản

thế chấp và xử lý tài sản thế chấp, từ đó đưa ra một số kiến nghị nhằm hoàn thiện quy định của pháp luật về tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp.

1.1.2. Đề tài khoa học

+ Đề tài nghiên cứu cấp Trường, “*Tài sản trong pháp luật Dân sự sự Việt Nam những vấn đề lý luận và thực tiễn*”, năm 2006, do TS. Phạm Công Lạc chủ biên. Đề tài nghiên cứu sự phát triển của pháp luật dân sự trong quy định về tài sản từ năm 1945 đến BLDS năm 2005, bên cạnh đó có phân tích, làm rõ quy định về tài sản, phân loại tài sản trong BLDS 2005. Tiếp đến đề tài có so sánh các quy định về tài sản, phân loại tài sản trong BLDS 2005 với pháp luật dân sự của một số nước trên thế giới. Cuối cùng đề tài đưa ra những giải pháp hoàn thiện thực thi, hoàn thiện pháp luật trong các quy định về tài sản.

Khi phân tích về quyền tài sản, tác giả có trình bày: Quyền tài sản có các đặc điểm: Về khách thể, quyền tài sản luôn được xác định trong một mối quan hệ tài sản nhất định, thuộc đối tượng điều chỉnh của luật dân sự có phạm vi, giá trị, và hiệu lực tuân theo chế độ pháp lý của tài sản. Về nội dung, tác giả có đề cập “Quyền tài sản là quyền của chủ sở hữu tài sản, người có quyền đối với tài sản thực hiện quyền tài sản của mình với tư cách là chủ sở hữu tài sản” (tr.16).

+ Đề tài nghiên cứu cấp Trường, “*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*”, Trường Đại học Luật Hà Nội năm 2010, do Th.s Vũ Thị Hồng Yên - chủ nhiệm đề tài. Đề tài đã phân tích những vấn đề lý luận cơ bản và thực trạng pháp luật về biện pháp thế chấp để bảo đảm nghĩa vụ trả tiền vay trong các hợp đồng tín dụng. Tác giả có đề cập đến tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp nhưng chỉ ở mức độ khái quát, chưa cụ thể.

+ Đề tài nghiên cứu cấp Trường, “*Đăng ký bất động sản – Những vấn đề lý luận và thực tiễn*”, năm 2011, chủ nhiệm đề tài TS. Nguyễn Minh Tuấn. Trong đề tài này, tập thể tác giả có trình bày nhiều vấn đề liên quan đến luận án của NCS như: những vấn đề lý luận về đăng ký bất động sản; pháp luật của

một số nước trên thế giới về đăng ký bất động sản (Nhật Bản, Trung Quốc; Cộng hoà liên bang Nga; Hàn Quốc); hệ thống cơ quan quản lý và đăng ký đất đai của Thụy Điển; đăng ký giao dịch về quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền với đất.

Liên quan đến ý nghĩa của việc đăng ký giao dịch, tác giả có trình bày: “Đăng ký giao dịch về quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền với đất được hiểu là thủ tục pháp lý do cơ quan nhà nước có thẩm quyền thực hiện để ghi nhận và xác nhận quyền lợi của một bên trong giao dịch đối với quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền với đất đó. Việc đăng ký là xác nhận vật quyền đối với BĐS và có hiệu lực với bên thứ ba kể từ thời điểm đăng ký (tr.181).

+ Đề tài nghiên cứu 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”* năm 2017 của TS. Vũ Thị Hồng Yến. Đề tài là một công trình nghiên cứu đầy đủ, toàn diện về vấn đề bảo đảm tiền vay của tổ chức tín dụng bằng thế chấp bất động sản. Trong chương I, tập thể tác giả đã làm rõ được một số vấn đề lý luận: bản chất của thế chấp, điều kiện của bất động sản thế chấp, xử lý bất động sản thế chấp. Ở chương III, đề tài đã chỉ ra được những bất cập và giải pháp hoàn thiện pháp luật và thực tiễn áp dụng pháp luật về chế chấp bất động sản bảo đảm tiền vay của các tổ chức tín dụng. Cụ thể gồm: bất cập và hoàn thiện pháp luật về thế chấp bất động sản bảo đảm cho nghĩa vụ hình thành trong tương lai (tr.81); bất cập và giải pháp hoàn thiện pháp luật về hình thức và đăng ký của hợp đồng thế chấp bất động sản (tr.83); bất cập và giải pháp hoàn thiện xử lý tài sản thế chấp (tr.86).

1.1.3. Luận án, luận văn

+ Phạm Công Lạc, (1996), *“Cầm cố và thế chấp để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự”*, Luận văn thạc sĩ luật học, Trường Đại học Luật, Hà Nội. Luận văn đã xây dựng được một số khái niệm, chỉ ra các đặc điểm pháp lý của biện pháp thế chấp, biện pháp cầm cố. Trên cơ sở nghiên cứu quy định của BLDS 1995, tác giả đã chỉ ra được những hạn chế còn tồn tại của pháp

luật về cầm cố và thế chấp tài sản để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự. Luận văn cũng đưa ra được các nhóm giải pháp nhằm hoàn thiện pháp luật về vấn đề cầm cố và thế chấp.

+ Hoàng Thị Hải Yến, (2004), “*Thế chấp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự Việt Nam và Cộng hòa Pháp*”, Luận văn thạc sĩ luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội. Luận văn đã trình bày một số vấn đề lý luận liên quan đến thế chấp tài sản như: xây dựng được khái niệm, chỉ ra được đặc điểm của thế chấp tài sản để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ dân sự. Trên cơ sở phân tích quy định của pháp luật Việt Nam về thế chấp tài sản, luận văn có so sánh với quy định về thế chấp tài sản trong Bộ luật dân sự của Cộng hòa Pháp, từ đó đưa ra những kiến nghị hoàn thiện cho pháp luật Việt Nam về vấn đề có liên quan.

+ Nguyễn Văn Hoạt, (2004), “*Bảo đảm thực hiện hợp đồng tín dụng ngân hàng bằng thế chấp tài sản*”, Luận án tiến sĩ của, Viện Nhà nước và Pháp luật. Luận án đã làm rõ các vấn đề lý luận về đảm bảo 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 ở nước ta hiện nay.

+ Hoàng Anh Tuấn, (2006), “*Pháp luật về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ trả nợ trong hoạt động cho vay của ngân hàng thương mại Việt Nam - những vấn đề lý luận và thực tiễn*”, Luận văn thạc sĩ luật học, Đại học quốc gia Hà Nội. Công trình khoa học này đã đạt được những thành công trong việc phân tích về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ trả nợ trong hoạt động của ngân hàng thương mại. Đặc biệt, tác giả đã phát hiện ra những bất cập của pháp luật hiện hành khi quy định về tài sản bảo đảm và xử lý tài sản bảo đảm với những kinh nghiệm của mình trong lĩnh vực pháp chế của Ngân hàng quốc tế (VIB).

+ 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. Luận án đã làm sáng tỏ và bản chất và đặc điểm của biện pháp thế chấp tài sản là quyền sử dụng đất trên cơ sở so sánh với các hình thức thế chấp khác. Trên cơ sở phân tích các quy định của pháp luật hiện hành về thế chấp quyền sử dụng đất và chỉ rõ những tồn tại, bất cập của hệ thống pháp luật, luận án đã đề xuất những giải pháp quy định thống nhất về thế chấp quyền sử dụng đất giữa các lĩnh vực pháp luật dân sự, pháp luật đất đai và pháp luật ngân hàng.

+ Vũ Thị Thu Hằng, (2010), “*Một số vấn đề về thế chấp tài sản tại ngân hàng thương mại*”, Luật văn thạc sĩ luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội. Luận văn chủ yếu tập trung, phân tích, làm rõ những đặc điểm riêng biệt của hoạt động thế chấp tài sản tại các ngân hàng thương mại. Trên cơ sở nghiên cứu các quy định của luật thực định, tác giả cũng đã chỉ ra những hạn chế của pháp luật liên quan đến việc ghi nhận quyền của các ngân hàng thương mại trong việc xử lý tài sản thế chấp để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ trả nợ trong hợp đồng tín dụng.

+ Vũ Thị Hồng Yến, (2013), “*Tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp theo quy định của pháp luật Dân sự Việt Nam hiện hành*”, Luận án tiến sĩ luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội. Trong luận án, tác giả đã xây dựng và chỉ ra được những khái niệm, đặc điểm của tài sản thế chấp, các phương thức xử lý tài sản thế chấp. Bên cạnh góc độ lý luận, luận án trình bày, phân tích các quy định về tài sản thế chấp, các biện pháp xử lý tài sản thế chấp của BLDS năm 2005 và các văn bản hướng dẫn có liên quan. Tiếp theo đó, luận án nghiên cứu về thực tiễn áp dụng pháp luật liên quan đến tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp ở Việt Nam, trên cơ sở quan điểm cá nhân, tác giả đã chỉ ra những mặt hạn chế và thiếu sót của hệ thống pháp luật hiện hành về vấn đề nghiên cứu, lấy đó làm cơ sở đưa ra một số giải pháp hoàn thiện pháp luật.

+ Nguyễn Quang Hương Trà, (2019), “*Thế chấp bất động sản theo quy định pháp luật Việt Nam*”, Luận án tiến sĩ luật học, Trường Đại học Luật Hà

Nội. Trong luận án, tác giả đã chỉ ra được các yếu tố vật quyền, yếu tố trái quyết của biện pháp thế chấp bất động sản. Cùng với việc phân tích thực trạng pháp luật Việt Nam hiện hành về thế chấp bất động sản, thực tiễn áp dụng pháp luật, tác giả đã đưa ra một số kiến nghị hoàn thiện pháp luật Việt Nam về thế chấp bất động sản.

1.1.4. Bài đăng tạp chí

+ Nguyễn Văn Hoạt, (2004), “*Một số vấn đề về thế chấp quyền sử dụng đất*”, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật số 2/2004. Trong bài viết tác giả trình bày một số vấn đề lý luận về thế chấp quyền sử dụng đất. Trên cơ sở nghiên cứu quy định pháp luật hiện hành về thế chấp quyền sử dụng đất, tác giả chỉ ra một số bất cập trong quy định về thế chấp quyền sử dụng đất ở Việt Nam hiện nay, từ đó đưa một số giải pháp nhằm hoàn thiện pháp luật về vấn đề này.

+ Nguyễn Ngọc Điện, (2005), “*Cần xây dựng lại khái niệm quyền tài sản trong luật dân sự*”, Tạp chí Nghiên cứu pháp luật (số 50). Bài viết phân tích các nội dung liên quan đến khái niệm quyền tài sản trong pháp luật của nước ngoài và nêu những hạn chế trong nội dung khái niệm quyền tài sản trong luật dân sự của nước ta nhằm hoàn thiện nội dung khái niệm này trong quá trình sửa đổi BLDS.

+ Vụ Thị Hồng Yên, (2011), “*Xử lý tài sản thế chấp và một số giải pháp hoàn thiện pháp luật*”, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật, năm 2011. Trong bài viết này, tác giả đã phân tích, xây dựng khái niệm, chỉ ra những đặc điểm của tài sản thế chấp. Bên cạnh đó, tác giả chỉ ra một số bất cập trong quy định xử lý tài sản thế chấp trong BLDS 2005 và các văn bản hướng dẫn thi hành, từ đó kiến nghị một số giải pháp hoàn thiện pháp luật về vấn đề liên quan.

+ Hồ Quang Huy, (2011), “*Vật quyền bảo đảm-những vấn đề pháp lý đặt ra trong quá trình hoàn thiện pháp luật dân sự của nước ta*”, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật, số chuyên đề Pháp luật về đăng ký giao dịch bảo đảm. Bài viết đã trình bày về lý thuyết của vật quyền bảo đảm và đánh giá những hạn

chế của pháp luật Việt Nam khi đối chiếu với các nguyên lý về vật quyền bảo đảm. Trên cơ sở đó, bài viết đề xuất các kiến nghị để hoàn thiện Bộ luật Dân sự năm 2005 theo lý thuyết về vật quyền bảo đảm.

+ Nguyễn Quang Hương Trà, (2011), *“Bàn về khái niệm giao dịch bảo đảm nhìn từ góc độ đối tượng của hoạt động đăng ký”*, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật, số chuyên đề Pháp luật về đăng ký giao dịch bảo đảm. Bài viết giới thiệu một vài khía cạnh của cách tiếp cận về giao dịch bảo đảm từ góc độ đối tượng của hoạt động đăng ký với mục tiêu công bố công khai lịch sử tồn tại của các quyền (giao dịch) cũng như chủ thể quyền (giao dịch) đối với tài sản bảo đảm.

+ Vũ Thị Hồng Yên, (2012), *“Xử lý tài sản thế chấp trong mối quan hệ với pháp luật về tài sản”*, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật số 4/2012. Bài viết tập trung phân tích làm sáng tỏ mối quan hệ giữa xử lý tài sản thế chấp với quy định pháp luật hiện hành về tài sản. Trên cơ sở đó đề ra phương hướng xây dựng và hoàn thiện pháp luật quy định của pháp luật hiện hành về xử lý tài sản bảo đảm.

+ Nguyễn Đức Giang, (2012), *“Đi tìm triết lý thế chấp quyền tài sản trong pháp luật Việt Nam”*, Tạp chí Ngân hàng số 7 tháng 4/2012. Trong bài viết, tác giả đã phân tích khái niệm quyền tài sản tại Điều 181 BLDS năm 2005. Trên cơ sở phân tích những dấu hiệu của quyền tài sản theo quy định của Bộ luật (có thể trị giá được thành tiền và có thể chuyển giao được trong giao dịch dân sự) tác giả đã chỉ ra những thiếu sót trong BLDS 2005 khi quy định khái niệm quyền tài sản. Liên quan đến các giao dịch bảo đảm có đối tượng là quyền tài sản, tác giả chỉ ra các quyền tài sản là đối tượng của giao dịch bảo đảm có thể phân làm 2 nhóm: quyền tài sản của bên bảo đảm và quyền tài sản không thuộc sở hữu của bên bảo đảm. Riêng nhóm danh sách các quyền tài sản thuộc sở hữu của bên bảo đảm có thể sử dụng để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ tác giả liệt kê gồm: các quyền tài sản phát sinh từ quyền tác giả, quyền sở hữu công nghiệp, quyền đối với giống cây trồng, quyền đòi

nợ, quyền được nhận số tiền bảo hiểm đối với vật bảo đảm, quyền tài sản đối với phần vốn góp trong doanh nghiệp, quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng và các quyền tài sản khác thuộc sở hữu của bên bảo đảm.

+ Nguyễn Xuân Bang (2012), “*Bàn về thế chấp và bảo lãnh theo quy định của BLDS 2005*”, Tạp chí Nghề luật, Học viện Tư pháp, số 5/2012. Trong bài viết này, tác giả đã tập trung phân tích, xây dựng những lý luận cơ bản về thế chấp và bảo lãnh theo quy định của BLDS 2005. Trên cơ sở những quy định của BLDS 2005 về thế chấp và bảo lãnh, tác giả đã chỉ ra một số hạn chế, bất cập của pháp luật trong quy định về xử lý tài sản thế chấp, bảo lãnh.

+ Vũ Thị Hồng Yến, Bùi Đức Giang, (2013), “*Tính đối kháng của các phương tiện phòng vệ của bên có nghĩa vụ trả nợ trong giao dịch thế chấp quyền đòi nợ*”, Tạp chí Ngân hàng số 15 tháng 8/2013. Trong bài viết này, tập thể tác giả đã trình bày một cách khá toàn diện, đầy đủ về các phương tiện phòng vệ mà bên có nghĩa vụ trả nợ có thể áp dụng để giải quyết tranh chấp. Thông qua việc phân loại các biện pháp phòng vệ, tập thể tác giả đã chỉ ra những ưu, nhược điểm của từng biện pháp phòng vệ. Bên cạnh việc phân loại các biện pháp phòng vệ theo từng tiêu chí riêng, bài viết còn phân tích, bình luận về tính đối kháng của từng biện pháp phòng vệ gắn liền với quyền đòi nợ, tính đối kháng của từng biện pháp tách biệt khỏi quyền đòi nợ.

+ Bùi Đức Giang, (2014), “*Nhận tài sản bảo đảm là phần vốn góp – quy định từ pháp luật đến thực tiễn*”, Tạp chí Nhà nước và pháp luật số 4 năm 2014. Bài viết tập trung phân tích loại hình giao dịch bảo đảm mà chủ nợ có thể nhận đối với tài sản bảo đảm là phần vốn góp và cách thức xử lý loại tài sản bảo đảm đặc biệt này. Trên cơ sở phân tích các quy định của pháp luật có liên quan đến việc nhận tài sản bảo đảm là phần vốn góp (các quy định trong BLDS 2015; nghị định số 163/2006/NĐ-CP; Luật Doanh nghiệp năm 2005), tác giả đã làm rõ được một số vấn đề: giao dịch bảo đảm bảo thì phù hợp với phần vốn góp; nghĩa vụ được bảo đảm; hiệu lực của giao dịch thế chấp phần

vốn góp và giá trị pháp lý của nó đối với bên thứ ba; chuyển giao quyền sở hữu với tư cách là bên nhận bảo đảm đối với phần vốn góp.

+ Lê Thị Thu Thủy, Đỗ Minh Tuấn, (2016), “*Giao dịch bảo đảm dưới khía cạnh luật so sánh*”, Tạp chí Nghiên cứu pháp luật điện tử, tháng 2/2016. Bài viết trình bày dưới góc độ so sánh các quy định của pháp luật Việt Nam về giao dịch bảo đảm đối với quy định của pháp luật Anh, Mỹ. Ngoài ra tập thể tác giả trình, phân tích những quy định trong luật mẫu EBRD (Ngân hàng tái thiết và phát triển Châu Âu - European Bank for Reconstruction and Development); Công ước Cape Town; các quy định của UNCITRAL (Ủy ban Liên Hiệp Quốc về Luật Thương mại quốc tế) liên quan đến: chủ thể của các giao dịch bảo đảm; các biện pháp bảo đảm; hiệu lực của các biện pháp bảo đảm; các quyền ưu tiên; và xử lý tài sản bảo đảm. Bên cạnh chỉ ra những nét tương đồng trong quy định về các BPBĐ của pháp luật Việt Nam, tập thể tác giả có chỉ ra những hạn chế còn tồn tại và kiến nghị các giải pháp nhằm hoàn thiện các quy định về GDBĐ của pháp luật Việt Nam.

+ Nguyễn Ngọc Điện, (2015), “*Hoàn thiện các quy định về quản lý và xử lý tài sản thế chấp*”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp điện tử tháng 1/2010. Bài viết bình luận chuyên sâu về nguyên tắc xây dựng chế định bảo đảm của BLDS năm 2005. Do không áp dụng lý thuyết về vật quyền bảo đảm, các quy định trong BLDS 2005 và các văn bản hướng dẫn thi hành đã không có đủ cơ sở pháp lý để giải quyết các vấn đề phát sinh trên thực tế, gây ra rất nhiều bất cập khi áp dụng pháp luật. Trên cơ sở phân tích, bình luận các quy định về các biện pháp bảo đảm, phương thức xử lý tài sản bảo đảm trong pháp luật các nước Anh, Mỹ, Pháp, tác giả đưa ra kiến nghị cần áp dụng lý thuyết về vật quyền bảo đảm để xây dựng khung pháp lý hoàn chỉnh về các biện pháp bảo đảm trong hệ thống pháp luật Việt Nam

+ Nguyễn Ngọc Điện, (2017), “*Thanh lý tài sản thế chấp trong luật Dân sự Pháp theo quy định của Đạo luật ngày 23/3/2006*”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp điện tử. Bài viết trình bày, phân tích, so sánh các phương thức

xử lý tài sản bảo đảm của pháp luật dân sự Pháp trước ngày Đạo luật ngày 23/3/2006 có hiệu lực với những quy định mới về phương thức xử lý tài sản bảo đảm được quy định trong Đạo luật ngày 23/3/2006, bao gồm các biện pháp: bán tài sản bảo đảm; Nhận tài sản bảo đảm thay thế cho việc thực hiện nghĩa vụ; thỏa thuận nhận tài sản bảo đảm trừ nợ. Các phương thức xử lý tài sản bảo đảm này được áp dụng cho các biện pháp bảo đảm: bảo đảm đối vật bằng động sản (bao gồm: đặc quyền, cầm cố động sản hữu hình, cầm cố động sản vô hình, cầm giữ quyền sở hữu tài sản, la fiducie-surete) và bảo đảm đối vật bằng bất động sản (đặc quyền, cầm cố bất động sản, thế chấp bất động sản, la fiducie-surete). Trên cơ sở phân tích và so sánh các phương thức xử lý tài sản bảo đảm được quy định trong BLDS Pháp trước đó; trong BLDS năm 2005 của Việt Nam và trong Nghị định số 163/2006/NĐ-CP, tác giả đã chỉ ra những mặt hạn chế của các phương thức xử lý tài sản cũ trước đó và đưa ra kiến nghị hoàn thiện cho pháp luật Việt Nam hiện nay liên quan đến vấn đề xử lý tài sản đảm bảo.

1.2. Các công trình nước ngoài

1.2.1. Sách chuyên khảo, tham khảo

+ M.Grimaldi, Dans le cas d'un nantissement sur contrat d'assurance-vie, l'aléa peut être pour le...créancier, *Revue des contrats*, 1 avril 2006. Trong cuốn sách này, tác giả đã trình bày những nội dung liên quan đến đối tượng của biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ nói chung. Theo đó, pháp luật của Pháp cho phép dùng hợp đồng bảo hiểm nhân thọ - như một tài sản bảo đảm để vay vốn tại các tổ chức tín dụng. Hay cụ thể hơn là số tiền bảo hiểm vốn là một quyền đòi nợ của bên mua bảo hiểm hay người được thụ hưởng.

+ D. Adams, “*Banking and Capital Markets*”, College of Law Publishing, 2010. Theo quy định của pháp luật Anh, có thể áp dụng chuyển nhượng với tư cách là biện pháp bảo đảm (assignment by way of security) một số tài sản, thường là các quyền của bên đi vay đối với một bên thứ ba (choses in action), chẳng hạn như các khoản nợ và các quyền phát sinh từ rất

nhiều loại hợp đồng khác nhau. Trong hợp đồng chuyển nhượng tài sản với tư cách là một biện pháp bảo đảm luôn có một điều khoản, dù là nêu rõ hay hàm ý, theo đó tài sản sẽ được bên nhận bảo đảm (bên cho vay) chuyển nhượng lại cho bên bảo đảm (bên đi vay) khi bên đi vay thanh toán đầy đủ và đúng hạn khoản nợ (reassignment on satisfaction of the debt).

+ Calnan (R.), *Proprietary Rights and Insolvency*, Oxford University Press, 2010. Theo như tác giả Calnan trình bày, trong pháp luật một số nước như Anh, quyền tài sản (proprietary right) được hiểu là quyền mà một người có đối với tài sản và có tính đối kháng với tất cả những người khác nói chung chứ không chỉ đối với mỗi người trao quyền. Nói cách khác đây là thuật ngữ hiện đại thay thế thuật ngữ “*vật quyền*” (real right), vốn không còn tương thích đối với các tài sản vô hình nữa. Tuy nhiên quyền tài sản theo quy định của pháp luật Anh tự thân nó không phải là một loại tài sản mà chỉ là một loại quyền mà người thụ hưởng có được trên một tài sản nhất định.

+ Halbert C. Smith, DAB, SREA, CRE, FCA, University of Florida and John B. Corgel, Ph.D, Georgia State University (1987), *Real estate perspective*, IRWIN. Trong cuốn sách này, tác giả đã dành một phần để giới thiệu về thế chấp bất động sản. Tác giả đã tập trung phân tích các học thuyết đang đã tồn tại từ đó đi tìm các nguyên lý của biện pháp thế chấp nói chung cũng như thế chấp bất động sản nói riêng. Bên cạnh đó, tác giả cũng đi vào phân tích mối quan hệ giữa các chủ thể trong quan hệ thế chấp với những nét cơ bản dưới dạng một cuốn giáo trình về pháp luật thế chấp theo hệ thống thông luật.

+ Douglas J. Whaley, Professor of Law Emeritus The Ohio State University and Stephen M. McJohn, Professor of Law Suffolk University Law School, (2010), *Problems and Materials on secured transactions*, Wolters Kluwer Law & Business. Trong cuốn sách này, tác giả tập trung đưa ra các vụ việc điển hình về thế chấp tài sản. Thông qua phân tích, đánh giá các tình tiết trong từng vụ việc nhằm phát hiện ra những vướng mắc, tác giả đã đưa ra

hướng giải quyết trên cơ sở pháp luật về giao dịch bảo đảm nói chung và trên cơ sở điều 9 của UCC (Luật mẫu thương mại). Mục tiêu trọng tâm của cuốn sách hướng đến là thực tiễn áp dụng các văn bản pháp lý về giao dịch bảo đảm của các Tòa án ở Anh nói chung.

1.2.2. Luận án, luận văn và các công trình nghiên cứu khác

+ European Bank for Reconstruction and Development (EBRD) publications, 2008, "*Mortgages in transition economies, The legal framework for mortgages and mortgage securities*"¹⁸⁴. Công trình nghiên cứu này đã đề cập đến việc làm thế nào để tạo ra quyền thế chấp và thực thi quyền thế chấp trên cơ sở đảm bảo được chức năng của pháp luật về giao dịch bảo đảm. Có thể đánh giá đây là một công trình nghiên cứu tương đối đầy đủ, toàn diện về thế chấp tài sản dựa trên những kết quả được phân tích, đánh giá tại các nước đang có nền kinh tế chuyển đổi của Ngân hàng Châu Âu.

+ Bui Duc Giang, *Sûretés conventionnelles sur créances en droit français, anglais et vietnamien*, luận án . Tác giả đã chỉ ra bản chất của việc thế chấp hợp đồng bảo hiểm để đảm bảo nghĩa vụ, theo đó: “Về bản chất, thế chấp hợp đồng bảo hiểm hay cụ thể hơn thế chấp quyền nhận khoản tiền bảo hiểm là một dạng đặc biệt của thế chấp quyền đòi nợ vì quyền nhận số tiền bảo hiểm chính là một loại quyền đòi nợ”.

+ Bich Thao Nguyen, “Legal frameworks for intellectual property-based secured financing: Proposals for reform in VietNam” (Khung pháp lý đối với sở hữu trí tuệ dựa trên bảo đảm tài chính: đề xuất sửa đổi ở Việt Nam), Degree of Doctor of the Science of Law, SMU Dedman School of Law. Khi đề cập đến vai trò của IP trong tài chính nợ, tác giả nhận định, theo truyền thống, người cho vay không muốn cung cấp khoản vay khi người vay không có hoặc có tài sản rất hữu hình. Ngày nay, cả ngân hàng và các tổ chức phi ngân hàng ở Hoa Kỳ đều có công nhận giá trị của IP và sẵn sàng cung cấp tài chính nợ được hỗ trợ bởi IP. Một số các tổ chức ngân hàng và công ty tài

¹⁸⁴ nguồn <http://www.ebrd.com/pageshhh>

chính chuyên về cho vay có bảo đảm dựa trên IP, chẳng hạn như là ngân hàng Silicon Valley, ngân hàng Square 1, Sand Hill Capital và Paradox Capital. Một trong những lợi thế chính của tài chính nợ là nó mang lại một nguồn vốn không pha loãng cấu trúc vốn chủ sở hữu hiện tại của con nợ như trong tài trợ vốn cổ phần. Lợi thế khác là các khoản thanh toán lãi được khấu trừ thuế. Tài chính nợ thường là chỉ khả dụng khi khởi động bước vào giai đoạn tăng trưởng và bắt đầu tạo doanh thu (tr.103).

+ Christopher Forsyth (partner of Freshfields Bruckhaus Deringer), “COLLOQUIUM ON SECURITY INTERESTS IN INTELLECTUAL PROPERTY”, Vienna, 18-19 January 2007 (Hội thảo chuyên đề về tài sản bảo đảm trong sở hữu trí tuệ ở Vienna, 18-19/1/2007). Tác giả trình bày về việc nhân hiệu thương mại được đăng ký có thể được sử dụng để thế chấp cho bên vay nhưng nó không hấp dẫn về mặt thương mại bởi vì do bên vay sẽ cần sử dụng nhân hiệu thương mại trong việc kinh doanh để duy trì giá trị nhân hiệu. Khi thế chấp bên vay sẽ cần giấy phép để sử dụng nhân hiệu và việc bên đó có quyền thực thi đối với nhân hiệu thương mại để duy trì của nhân hiệu là rất quan trọng. Giấy phép đó cần có những quy định buộc bên vay phải duy trì và gia hạn đăng ký nhân hiệu. Có hai hình thức thế chấp: thế chấp pháp lý và thế chấp công bình. Trong thế chấp pháp lý, quyền sở hữu tài sản thế chấp được chuyển giao hoàn toàn cho bên nhận thế chấp. Khác với thế chấp công bình, quyền sở hữu tài sản thế chấp không được chuyển giao hoàn toàn cho bên thế chấp. Các biện pháp mặc định được áp dụng sẽ bao gồm khả năng huỷ giấy phép của bên vay do đó chấm dứt quyền sử dụng các nhân hiệu thương mại của bên đó.

2. Đánh giá kết quả nghiên cứu các vấn đề thuộc phạm vi nghiên cứu của luận án

2.1. Về lý luận

2.1.1. Các công trình liên quan lý luận về biện pháp thế chấp quyền tài sản

+ Trong luận án tiên sĩ, "*Bảo đảm thực hiện hợp đồng tín dụng bằng biện pháp thế chấp*", tác giả Nguyễn Văn Hoạt đã chỉ ra bản chất của quan hệ thế chấp: Bản chất của quan hệ thế chấp tài sản để đảm bảo thực hiện hợp

đồng tín dụng ngân hàng là quan hệ hợp đồng, theo đó bên vay vốn hoặc bên bảo lãnh bằng tài sản dùng tài sản của mình là bất động sản hoặc tài sản được pháp luật cho phép sử dụng theo phương thức thế chấp tài sản để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ hoàn trả tiền vay của bên vay cho tổ chức tín dụng" (tr.47). Từ góc độ này, tác giả đã phân tích biện pháp thế chấp trên cơ sở các yếu tố pháp lý của một hợp đồng thế chấp, cùng với đó là các bản chất của quan hệ trái quyền.

+ Trong luận án tiến sĩ "*Pháp luật về thế chấp quyền sử dụng đất*", tác giả Nguyễn Thị Nga đã cho rằng thế chấp quyền sử dụng đất được phát sinh trên cơ sở một quan hệ nghĩa vụ (hợp đồng); thế chấp tài sản nói chung cũng như thế chấp các tài sản khác là một biện pháp bảo đảm có tính chất đối vật (trang 17). Từ nhận thức lý luận đó, tác giả Nguyễn Thị Nga phân tích, chỉ ra rằng chính *tính chất đối vật* đã tạo cho bên nhận thế chấp được quyền định đoạt đối với tài sản thế chấp nói chung (bao gồm cả quyền sử dụng đất) và ở vị thế ưu tiên hơn so với các chủ thể khác trong quan hệ nghĩa vụ không có đảm bảo.

+ Trong luận văn thạc sĩ, "*Pháp luật về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ trả nợ trong hoạt động cho vay của ngân hàng thương mại Việt Nam - những vấn đề lý luận và thực tiễn*", tác giả Hoàng Anh Tuấn đã trình bày, phân tích một cách tổng quát nhất về đặc điểm của hoạt động bảo đảm thực hiện nghĩa vụ trong hoạt động cho vay của các ngân hàng thương mại Việt Nam.

+ Trong luận án tiến sĩ, "*Tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp theo quy định của pháp luật Dân sự Việt Nam hiện hành*", tác giả Vũ Thị Hồng Yến - đây là một công trình nghiên cứu khá toàn diện và đầy đủ về những vấn đề lý luận cơ bản nhất của thế chấp tài sản và xử lý tài sản thế chấp, bao gồm: khái niệm và bản chất của thế chấp; khái niệm và đặc điểm pháp lý của xử lý tài sản thế chấp; khái niệm và đặc điểm pháp lý của xử lý tài sản thế chấp. Trong chương I, tác giả có phân tích và chỉ rõ những hạn chế đối với các cách tiếp cận xây biện pháp thế chấp dưới góc độ vật quyền bảo đảm hoặc một quan hệ trái quyền thuần túy. Trên cơ sở đó, tác giả đã đề xuất quan điểm của cá

nhân, theo đó: “Thế chấp nên được nhìn nhận dưới góc độ là một biện pháp bảo đảm và tính chất "bảo đảm" của chúng chỉ đạt được nếu các quy định của pháp luật làm rõ mối quan hệ giữa bên nhận thế chấp với bên thế chấp (mang yếu tố của quan hệ trái quyền) và quyền của bên nhận thế chấp đối với tài sản thế chấp (cần khẳng định đầy đủ các yếu tố của quan hệ vật quyền) (tr.22).

+ Trong bài viết “*Vật quyền bảo đảm - những vấn đề pháp lý đặt ra trong quá trình hoàn thiện pháp luật dân sự của nước ta*”, trên tạp chí Dân chủ và pháp luật, số chuyên đề năm 2011, tác giả Hồ Quang Huy đã khẳng định thế chấp tài sản là một biện pháp bảo đảm mang tính vật quyền. Theo tác giả, quan hệ vật quyền bảo đảm được xác lập dựa trên nguyên tắc giải quyết mối quan hệ giữa hai yếu tố: (i) Chủ thể của quyền (con người) và (ii) đối tượng của quyền (tài sản). Tác giả đã chứng minh tính chất vật quyền bảo đảm thông qua việc chỉ ra các đặc điểm riêng biệt của chúng: vật quyền bảo đảm phải được quy định trong văn bản pháp luật; vật quyền bảo đảm cho phép chủ thể thực hiện quyền của mình đối với tài sản ngay cả khi tài sản đó đang thuộc quyền chiếm hữu của chủ thể khác (quyền theo đuổi); vật quyền bảo đảm cho phép chủ thể quyền thực hiện quyền của mình đối với tài sản bảo đảm trước những chủ thể đã xác lập quyền bảo đảm sau mình (quyền ưu tiên); vật quyền bảo đảm cho phép bên có quyền "chống lại" quyền của các chủ thể khác có liên quan đến tài sản bảo đảm (quyền đối kháng).

+ Trong bài viết “*Hoàn thiện các quy định về quản lý và xử lý tài sản thế chấp*”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp điện tử tháng 1/2015, Trên cơ sở phân tích, bình luận các quy định về các biện pháp bảo đảm, phương thức xử lý tài sản bảo đảm trong pháp luật các nước Anh, Mỹ, Pháp, tác giả Nguyễn Ngọc Điện đã chỉ ra những giải pháp của tác giả cho pháp luật thực định Việt Nam: “về mặt lý luận, cần áp dụng lý thuyết vật quyền bảo đảm làm nền tảng xây dựng các quy định về biện pháp bảo đảm trong bộ luật dân sự. Từ đó sẽ khắc phục được những bất cập trong thực tế - xử lý được tài sản bảo đảm mà không cần sự hợp tác của bên bảo đảm do bên bảo đảm chống đối, cản trở việc xử lý tài sản bảo đảm.

+ Trong đề tài nghiên cứu 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*” do TS. Vũ Thị Hồng Yên chủ biên năm 2017. Tác giả đã tiếp cận thế chấp tài sản dưới góc độ là một hợp đồng. Hợp đồng thế chấp là một biện pháp chứa đựng cả yếu tố trái quyền và yếu tố vật quyền, chúng hỗ trợ cho nhau để thực hiện tốt nhất chức năng bảo đảm của mình. Trên cơ sở hợp đồng thế chấp được xác lập (quan hệ có tính trái quyền), bên nhận thế chấp hoàn thiện quyền của mình trên tài sản thế chấp để có quyền truy đòi và ưu tiên thanh toán (là quan hệ vật quyền) (tr.11).

+ Trong tác phẩm "*Real Estate Perspective*", 1987, tập thể tác giả Halbert C. Smith and John B. Corgel đã trình bày về nguyên lý của thế chấp tài sản phải được xây dựng dựa trên hai học thuyết, đó là: (i) Học thuyết về quyền sở hữu: theo học thuyết này thì quyền sở hữu đối với tài sản thế chấp “tạm thời” được chuyển giao từ bên thế chấp sang cho bên nhận thế chấp trong thời hạn thế chấp. Nó chỉ được trả lại cho bên thế chấp khi bên thế chấp đã trả xong khoản nợ đến hạn; (ii) Học thuyết về quyền chiếm giữ tài sản: theo học thuyết này thì bên thế chấp vẫn có quyền giữ và sở hữu tài sản thế chấp nhưng bên nhận thế chấp có quyền được tịch biên tài sản nếu đến hạn bên vay không trả nợ.

+ Trong tác phẩm "*Mortgages in transition economies*", 2008, EBRD. Tác giả đã chỉ ra rằng biện pháp thế chấp được tạo ra trên 3 bước cơ bản như: Bằng chứng để chứng minh bên thế chấp có quyền sở hữu (hoặc sẽ sở hữu) đối với tài sản thế chấp; Cam kết giữa bên thế chấp và bên nhận thế chấp về việc thế chấp; Việc công bố quyền của bên nhận thế chấp thông qua việc đăng ký.

2.1.2. Các công trình liên quan đến đối tượng của biện pháp thế chấp

+ Trong cuốn “*Một số suy nghĩ về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự trong luật dân sự Việt Nam*”, tác giả Nguyễn Ngọc Điện cho rằng: "đối tượng của hợp đồng thế chấp là quyền sở hữu tài sản thế chấp, chứ không phải tài sản thế chấp" (tr.229).

+ Trong luận án tiến sĩ “*Bảo đảm thực hiện hợp đồng tín dụng ngân hàng bằng thế chấp tài sản*”, tác giả Nguyễn Văn Hoạt có trình bày: “khi xác lập quan hệ thế chấp, các bên hướng tới và quan tâm không chỉ là bên thế chấp có quyền sử dụng đất hay không (cũng như bên thế chấp có quyền sở hữu đối với tài sản hay không) mà là giá trị của quyền sử dụng đất (cũng như là giá trị của tài sản thế chấp nói chung)” (tr.168).

+ Trong luận án tiến sĩ “*Pháp luật về thế chấp quyền sử dụng đất ở Việt Nam*” tác giả Nguyễn Thị Nga lại cho rằng đối tượng của quan hệ thế chấp quyền sử dụng đất chính là quyền sử dụng đất (là một loại tài sản) (tr.85).

2.1.3. Các công trình liên quan đến điều kiện của tài sản thế chấp

+ Trong luận tiến sĩ “*Bảo đảm thực hiện hợp đồng tín dụng ngân hàng bằng thế chấp tài sản*”, tác giả Nguyễn Văn Hoạt đã nêu ra 4 điều kiện của tài sản thế chấp nói chung, bao gồm: (i) phải thuộc quyền sở hữu hoặc thuộc quyền sử dụng, quản lý của khách hàng vay; (ii) phải là tài sản được phép giao dịch; (iii) không có tranh chấp; (iv) phải mua bảo hiểm nếu pháp luật có quy định.

+ Trong cuốn “*Hợp đồng tín dụng và biện pháp bảo đảm tiền vay*”, Nxb Tư pháp, Hà Nội năm 2012 của tập thể tác giả Phạm văn Tuyết và Lê Kim Giang. Trong chương 2, mục 3 “Tài sản bảo đảm”, tập thể tác giả có đề cập: “quyền tài sản hiểu theo nghĩa chung là quyền theo đó chủ thể có được một lợi ích nhất định, bao gồm: các quyền được thiết lập trên tài sản như quyền được dùng tài sản là các loại thực phẩm để thoả mãn nhu cầu ăn uống, quyền sử dụng xe hơi làm phương tiện đi lại, quyền thu hoa lợi từ một tài sản, quyền sử dụng đất; các quyền đối với người khác như quyền đòi nợ; quyền yêu cầu người khác thực hiện một công việc mà kết quả của công việc đó là một lợi ích vật chất; các quyền đối với kết quả hoạt động sáng tạo (tr.140). Tại tiểu mục 3.2. có trình bày về đặc điểm đối với tài sản bảo đảm tiền vay, theo đó tài sản bảo đảm tiền vay phải đáp ứng được các điều kiện sau: phải

xác định được; có thể trị giá được thành tiền; tài sản bảo đảm phải được phép chuyển giao trong giao dịch dân sự; tài sản bảo đảm phải thuộc sở hữu của bên bảo đảm – chỉ bắt buộc đối với bên bảo đảm là cá nhân hoặc doanh nghiệp ngoài quốc doanh mà không áp dụng đối với doanh nghiệp nhà nước (xem điểm 3, khoản 4 Nghị định 163/2006/NĐ-CP).

+ Trong bài viết, *“Đi tìm triết lý thế chấp quyền tài sản trong pháp luật Việt Nam”*, Tạp chí Ngân hàng số 7 tháng 4/2012 của tác giả Nguyễn Đức Giang. Liên quan đến các quyền tài sản là đối tượng của các giao dịch bảo đảm, tác giả viết “Nhìn vào danh sách này có thể thấy có ba mảng quyền tài sản chính là quyền sở hữu trí tuệ (quyền tác giả, quyền sở hữu công nghiệp, quyền đối với giống cây trồng), quyền phát sinh từ hợp đồng (bao gồm cả quyền đòi nợ và quyền được nhận số tiền bảo hiểm vì thực chất các quyền này cũng phát sinh từ các hợp đồng) và phần vốn góp”.

+ 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”*, tác giả Vũ Thị Hồng Yến có trình bày, việc định giá đối tài sản thế chấp là quyền sử dụng đất cũng rất gặp những bất cập bởi chưa có căn cứ để xác định thế nào là *“giá thị trường”*, khi trên thực tế có hai cơ chế để tính giá đối với quyền sử dụng đất (tr.106). Liên quan đến những bất cập trong việc thu giữ tài sản bảo đảm, tác giả có đề cập: “quy định tại Điều 63 của Nghị định 163/2006/NĐ-CP cho phép bên nhận thế chấp được thu giữ tài sản, có vẻ như việc thu giữ có tính cưỡng chế, nhưng lại không có thẩm quyền ra quyết định cưỡng chế và pháp luật cũng không chỉ ra chủ thể nào có quyền cưỡng chế thu giữ tài sản thế chấp nếu không thông qua Tòa án” (tr.107).

+ Trong bài viết *“Nhận tài sản bảo đảm là phần vốn góp – quy định từ pháp luật đến thực tiễn”*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật số 4 năm 2014 tác giả Nguyễn Đức Giang đã tập trung chỉ ra, phân tích và đánh giá các quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành liên quan đến quyền góp vốn vào doanh nghiệp – một loại quyền tài sản làm đối tượng của biện pháp thế chấp. Bài viết

cũng đã phân tích một số yếu tố quan trọng trong biện pháp thế chấp quyền góp vốn trong doanh nghiệp: hiệu lực của giao dịch thế chấp phần vốn góp và giá trị pháp lý của nó đối với bên thứ ba; chuyển giao quyền sở hữu với tư cách là bên nhận bảo đảm đối với phần vốn góp.

+ Trong cuốn, “*Mortgages in transition economies*”, 2008, EBRD (European Bank for Reconstruction and Development). Tác giả đã chỉ ra tài sản thế chấp phải đáp ứng được tính chắc chắn về các khía cạnh sau: (i) Chắc chắn bên thế chấp có quyền thế chấp đối với tài sản: đó phải là người có tên trên bất động sản đã được kiểm tra thông qua hồ sơ đăng ký tại cơ quan địa chính; (ii) Chắc chắn rằng tài sản thế chấp không có bất kỳ sự tranh chấp nào để giảm thiểu tối đa những rủi ro tiềm ẩn đối với tài sản thế chấp; (iii) Chắc chắn về những hạn chế quyền đối với tài sản thế chấp như: quyền của người thuê, mượn bất động sản thế chấp, quyền được tịch thu sung công quỹ bất động sản thế chấp...

+ Trong cuốn “*Problems and Materials on secured transactions*”. Các đồng tác giả Douglas J. Whaley and Stephen M. McJohn có nhận định, “Bên nhận thế chấp khôn ngoan phải xác định được được các vấn đề sau đây liên quan đến tài sản thế chấp: (i) Kiểm tra tên chủ sở hữu của bên vay trên tài sản thế chấp trong hiện tại và cả quá khứ gần để đảm bảo rằng có sự phù hợp đối với tất cả các văn bản, tài liệu; (ii) Làm lại hồ sơ nếu tên của bên vay có sự thay đổi; (iii) Miêu tả cụ thể và đầy đủ về tài sản thế chấp trên tất cả các văn bản; (iv) Yêu cầu tìm hiểu nguồn gốc của tài sản để chứng minh quyền sở hữu tài sản của bên thế chấp và để chắc chắn rằng quyền yêu cầu của các chủ nợ trước đó đối với tài sản đã không còn giá trị”.

2.1.4. Các công trình liên quan đến việc đăng ký thế chấp quyền tài sản

+ Trong bài viết “*Bàn về khái niệm giao dịch bảo đảm nhìn từ góc độ đối tượng của hoạt động đăng ký*”, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật, tác giả Nguyễn Quang Hương Trà có nhận định: “do bản chất của thế chấp là vật quyền bảo đảm nên quyền của bên nhận thế chấp phải được đăng ký theo quy định của pháp luật. Tác giả phân tích, pháp luật của một số quốc

gia trên thế giới coi việc đăng ký vật quyền là hành vi - việc làm của chủ nợ (bên nhận thế chấp), đây chính là người có quyền và lợi ích phát sinh trực tiếp từ việc đăng ký.

+ Trong bài viết “*Giao dịch bảo đảm dưới khía cạnh luật so sánh*”, Tạp chí Nghiên cứu pháp luật điện tử, tháng 2/2016, tập thể tác giả Lê Thị Thu Thủy và Đỗ Minh Tuấn có nhận xét: “Luật mẫu EBRD đưa ra ba phương thức xác lập hiệu lực của một GDBĐ: (1) Đăng ký: Các bên giao kết hợp đồng bảo đảm (charging instrument). Trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày giao kết hợp đồng bảo đảm, phải làm thủ tục đăng ký GDBĐ (nộp bản đăng ký GDBĐ tại cơ quan có thẩm quyền); (2) Chiếm hữu: Các bên giao kết hợp đồng bảo đảm (charging instrument) và bên nhận bảo đảm cầm giữ tài sản bảo đảm; (3) Bảo lưu quyền sở hữu tài sản: Bên bán nắm giữ quyền sở hữu tài sản cho đến khi bên mua thanh toán đủ tiền. Bên cạnh đó Pháp luật Mỹ đưa ra các phương thức “hoàn thiện GDBĐ” là: Đăng ký GDBĐ, chiếm hữu/kiểm soát tài sản bảo đảm, và GDBĐ tự động hoàn thiện áp dụng cho một số tài sản bảo đảm nhất định.

+ Trong cuốn “*Problems and Materials on secured transactions*”, tác giả có đề cập đến việc hoàn thiện quyền của bên nhận thế chấp (điều kiện quyền thế chấp có giá trị đối với người thứ ba). Theo đó, có 04 cách để hoàn thiện quyền bảo đảm: (i) Nộp đơn đăng ký quyền thế chấp; (ii) Chiếm giữ vật chất đối với tài sản (thường áp dụng đối với biện pháp cầm cố); (iii) Không cần nộp đơn đăng ký hay chiếm giữ tài sản mà chỉ cần ghi rõ quyền thế chấp trên giấy tờ sở hữu của tài sản thế chấp như giấy đăng ký sở hữu và lưu hành phương tiện giao thông; (iv) Tiến hành kiểm tra đối với tài sản thế chấp: đó là đối với các nguồn vốn đầu tư...

2.1.5. Các công trình liên quan đến xử lý tài sản thế chấp

+ Trong luận án “*Bảo đảm thực hiện hợp đồng tín dụng ngân hàng bằng thế chấp tài sản*”, tác giả Nguyễn Văn Hoạt có trình bày: Trong các trường hợp có tranh chấp về việc giao tài sản, về định giá tài sản khi xử lý tài

sản thế chấp thì việc xử lý tài sản thế chấp cần được giải quyết theo con đường Tòa án, không phải thực hiện bằng thủ tục hành chính hoặc trao quyền cho tổ chức tín dụng tự quyết định thực hiện. Tác giả đề xuất cần xây dựng quy trình thủ tục tố tụng rút gọn khi xử lý tài sản thế chấp thông qua con đường tòa án. Các thủ tục tố tụng rút gọn khi xử lý tài sản thế chấp mà luận án đã đề xuất là bước khởi đầu để đưa ra hướng nghiên cứu toàn diện và sâu sắc hơn.

+ Trong bài viết *“Thanh lý tài sản thế chấp trong luật Dân sự Pháp theo quy định của Đạo luật ngày 23/3/2006”*, tác giả Nguyễn Ngọc Điện có trình bày về các biện pháp xử lý tài sản bảo đảm theo đạo luật ngày 23/03/2006 của Pháp. Theo đó, có các cách thức xử lý tài sản bảo đảm: bán tài sản bảo đảm; nhận tài sản bảo đảm thay thế cho việc thực hiện nghĩa vụ; thỏa thuận nhận tài sản bảo đảm để trừ nợ. Đối với phương thức bán tài sản bảo đảm có thể được thực hiện bằng hai hình thức, dần xếp bán tài sản bảo đảm với sự cho phép của Tòa án hoặc bán đấu giá tài sản bảo đảm. Pháp luật của Pháp cấm việc bán tài sản theo thỏa thuận của các bên. Việc cấm này xuất phát từ sự e ngại rằng, một sự dần xếp bán như vậy có thể dẫn đến tình trạng tài sản được bán với giá thấp hơn so với giá trị thực tế của nó, điều này ảnh hưởng một cách tiêu cực đến quyền lợi của những đồng chủ nợ khác cũng như của người mắc nợ.

+ Trong bài viết *“Hoàn thiện các quy định về quản lý và xử lý tài sản thế chấp”*, Tạp chí nghiên cứu lập pháp điện tử tháng 1/2015, trên cơ sở phân tích, bình luận các quy định về xử lý tài sản bảo đảm của pháp luật Việt Nam, có so sánh với các quy định về xử lý tài sản bảo đảm trong luật của Pháp, Anh, tác giả Nguyễn Ngọc Điện đưa ra kiến nghị cần áp dụng lý thuyết về vật quyền bảo đảm để xây dựng khung pháp lý hoàn chỉnh về các BPBD trong hệ thống pháp luật Việt Nam. Bên cạnh đó tác giả chỉ ra sự cần thiết phải xây dựng cơ chế xử lý tài sản bảo đảm mà không cần sự hợp tác của người bảo đảm.

+ Trong bài viết “*Giao dịch bảo đảm dưới khía cạnh so sánh luật học*”, Tạp chí Nghiên cứu pháp luật điện tử, tháng 2/2016, của tập thể tác giả Lê Thị Thu Thủy và Đỗ Minh Tuấn. Các tác giả có trình bày “Hiện nay, hầu hết pháp luật các nước đều thừa nhận quyền tự xử lý tài sản bảo đảm của bên nhận bảo đảm mà không phải thông qua thủ tục tòa án. Tài sản bảo đảm phải được bán trong điều kiện thương mại hợp lý”. Dưới góc độ so sánh luật, tập thể tác giả còn chỉ ra hạn chế của pháp luật liên quan đến xử lý tài sản bảo đảm; việc xử lý tài sản bảo đảm ở Việt Nam hiện nay có thể được bán thông qua bán đấu giá, hoặc bán đơn lẻ theo giá thỏa thuận. Tuy nhiên, về mặt thực tiễn, việc xử lý tài sản bảo đảm thông qua bán đấu giá hoặc bán đơn lẻ thực sự gặp khó khăn nếu như bên bảo đảm không hợp tác. Do đó, nhiều chủ nợ phải lựa chọn việc khởi kiện ra Tòa án để yêu cầu xử lý tài sản bảo đảm.

+ Trong cuốn “*Mortgages in transition economies*”, 2008, EBRD. Tác giả có lập luận rằng: Theo truyền thống thì tài sản thế chấp được bán đấu giá dưới sự kiểm soát của Tòa án. Tuy nhiên, vấn đề quan trọng nhất là đảm bảo rằng giá bán tài sản là tối đa trong khi đó Tòa án có thể có vai trò để đảm bảo việc bán đấu giá diễn ra bình đẳng, quyền của các bên được tôn trọng nhưng đảm bảo giá bán tối đa thì lại không thuộc về công việc hay thẩm quyền của Tòa án. Từ đó, tác giả kết luận bên nhận thế chấp nên được trao cho quyền để bán tài sản cùng với nghĩa vụ phải thực hiện việc bán tài sản với sự cẩn trọng để đạt được mức giá tối đa sát với giá thị trường của tài sản.

+ Trong cuốn “*A guide to business law*”, các tác giả John Carvan & Jonh Gooley cũng chỉ ra rằng “người nhận thế chấp không thể mua tài sản thế chấp cho chính bản thân mình”. Người nhận thế chấp có thể bán tài sản cho một tập đoàn mà mình cũng là cổ đông nhưng trong trường hợp này phải hành động hết sức cẩn trọng. Chẳng hạn như bên nhận thế chấp có thể sử dụng các chuyên gia và các tư vấn viên độc lập để tiến hành việc bán tài sản, quá trình bán tài sản tuân thủ đầy đủ các thủ tục cần thiết theo luật định và mức giá đã trả là thích hợp. Điều này có nghĩa các bên không được phép thỏa thuận việc

bên nhận thế chấp nhận chính tài sản thế chấp để bù trừ nghĩa vụ. Quan điểm này cũng xuất phát từ sự lo sợ việc các bên “dàn xếp” với nhau, làm ảnh hưởng đến lợi ích của các chủ thể có liên quan đến tài sản bảo đảm.

2.1.6. Về xác định thứ tự ưu tiên thanh toán khi xử lý tài sản thế chấp

+ Trong bài viết “*Vật quyền bảo đảm - những vấn đề pháp lý đặt ra trong quá trình hoàn thiện pháp luật dân sự của nước ta*”, tác giả Hồ Quang Huy cho rằng BLDS năm 2005 mới chỉ giải quyết vấn đề thứ tự ưu tiên thanh toán giữa các giao dịch bảo đảm, chưa giải quyết vấn đề về xác định thứ tự ưu tiên thanh toán giữa bên nhận bảo đảm với các chủ thể khác có quyền và lợi ích liên quan đến tài sản bảo đảm như quyền lợi của người lao động, nhà nước trong việc thu thuế, bên cho vay tiền để mua tài sản bảo đảm... Tác giả kiến nghị nên mở rộng nội hàm khái niệm quyền ưu tiên thanh toán giữa các giao dịch bảo đảm thành quyền ưu tiên nói chung từ số tiền thu được khi xử lý tài sản bảo đảm.

+ Trong bài viết “*Giao dịch bảo đảm dưới khía cạnh luật so sánh*”, Tạp chí Nghiên cứu pháp luật điện tử, tác giả Lê Thị Thu Thủy, Đỗ Minh Tuân đã chỉ ra trên thế giới ngoài quy tắc thứ tự về thời gian và quy tắc ưu tiên đăng ký, pháp luật một số nước còn quy định quy tắc chiếm hữu, kiểm soát tài sản bảo đảm để xác định thứ tự ưu tiên. Trong các quy định của BLDS năm 2005 (Điều 349), Điều 20 nghị định 163/2006/NĐ-CP đi theo hướng bảo vệ tối đa lợi ích của bên nhận bảo đảm. Tuy nhiên UNCITRAL lại có xu hướng bảo vệ người mua ngay tình bằng quy định: Người mua ngay tình tài sản hữu hình trừ công cụ chuyển nhượng hoặc giấy tờ có thể chuyển nhượng (là người mua tài sản trong trường hợp thông thường và tại thời điểm mua không biết là tài sản đang được sử dụng để bảo đảm) không phải chịu ràng buộc bởi lợi ích bảo đảm trên tài sản mua. Bên cạnh đó UNCITRAL cũng quan tâm đến thứ tự ưu tiên thanh toán khi tài sản bị trộn lẫn hoặc chế biến. Trong trường hợp tài sản bảo đảm bị trộn lẫn hoặc chế biến thì thứ tự ưu tiên của các lợi ích bảo đảm trên tài sản bị trộn lẫn hoặc chế biến vẫn được giữ nguyên.

3. Hệ thống các vấn đề thuộc nội dung nghiên cứu của luận án

3.1. Những vấn đề luận án kế thừa

Trong quá trình thực hiện đề tài luận án, tác giả sẽ kế thừa các kết quả nghiên cứu như:

- Một số học thuyết pháp lý như: học thuyết trái quyền, học thuyết vật quyền, học thuyết quyền sở hữu, học thuyết giữ tài sản thế chấp;

- Một số vấn đề lý luận về tài sản, quyền tài sản, thế chấp tài sản;

- Tham khảo kết quả nghiên cứu về một số khía cạnh liên quan đến thế chấp quyền tài sản như: thế chấp quyền sử dụng đất, thế chấp quyền đòi nợ, thế chấp bất động sản...

- Tham khảo kết quả nghiên cứu về thực trạng pháp luật và thực tiễn áp dụng về thế chấp quyền sử dụng đất, thế chấp bất động sản, thế chấp quyền tài sản hình thành từ hợp đồng mua bán nhà ở...

3.2. Những vấn đề luận án tiếp tục nghiên cứu

3.2.1. Về lý luận

Thứ nhất, luận án sẽ tiếp tục nghiên cứu nhằm hoàn thiện hệ thống lý luận về thế chấp quyền tài sản.

Thứ hai, luận án sẽ xây dựng khái niệm quyền tài sản, thế chấp quyền tài sản để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ; làm sáng tỏ các đặc điểm của quyền tài sản nói chung, phân loại các quyền tài sản theo quy định pháp luật Việt Nam từ đó chỉ ra các đặc điểm pháp lý của quyền tài sản là đối tượng của biện pháp thế chấp.

Thứ ba, luận án sẽ trình bày một cách sơ lược quy định của pháp luật Việt Nam về thế chấp quyền tài sản. Thông qua việc nghiên cứu lịch sử các quy định của pháp luật về thế chấp quyền tài sản, tác giả có cái nhìn toàn diện về vấn đề này thông qua các thời kỳ, từ đó dự đoán được xu hướng trong tương lai, điều này sẽ giúp cho NCS kiến nghị các giải pháp hoàn thiện cho pháp luật Việt Nam về thế chấp quyền tài sản ở Chương 3 của luận án.

3.2.2. Về thực trạng quy định của pháp luật

Thứ nhất, luận án sẽ nghiên cứu, chỉ ra thực trạng quy định pháp luật về chủ thể biện pháp thế chấp quyền tài sản.

Thứ hai, luận án sẽ tiếp tục nghiên cứu quy định của pháp luật hiện hành nhằm xác định rõ phạm vi các quyền tài sản là đối tượng của biện pháp thế chấp.

Thứ ba, liên quan đến hình thức của biện pháp thế chấp quyền tài sản, luận án sẽ làm rõ hai vấn đề: *Một là*, có nên quy định hình thức bắt buộc đối với biện pháp thế chấp quyền tài sản hay không? *Hai là*, hình thức của thế chấp quyền tài sản ảnh hưởng như thế nào đến hiệu lực của biện pháp này?

Thứ tư, thông qua việc phân tích quy định của pháp luật hiện hành về đăng ký thế chấp quyền tài sản. Trên cơ sở so sánh với pháp luật của một số quốc gia trên thế giới, luận án sẽ chỉ ra những bất cập còn tồn tại liên quan đến: phạm vi các giao dịch nào bắt buộc phải đăng ký; vướng mắc trong thủ tục đăng ký; ý nghĩa của việc đăng ký; tổ chức hệ thống cơ quan đăng ký... từ đó làm cơ sở xây dựng các giải pháp hoàn thiện về đăng ký giao dịch bảo đảm ở Việt Nam.

Thứ năm, liên quan đến vấn đề xử lý tài sản thế chấp, pháp luật Việt Nam hiện hành mới chỉ tập trung xây dựng các quy định mang tính chất khung cho việc xử lý tài sản bảo đảm gồm: các trường hợp xử lý tài sản bảo đảm; phương thức xử lý tài sản bảo đảm. Các quy định này không thể để giải quyết những bất cập nảy sinh trong thực tiễn như: xác định vai trò của Tòa án trong xử lý tài sản bảo đảm? các quyền ưu tiên trên tài sản bảo đảm? quyền của người thứ ba ngay tình khi xác lập các GDDS liên quan đến tài sản bảo đảm?... đây là những vấn đề NCS kỳ vọng sẽ làm rõ trong luận án.

3.2.3. Về kiến hoàn thiện pháp luật

Trên cơ sở phân tích quy định của pháp luật, luận án sẽ đánh giá quy định của pháp luật hiện hành về thế chấp quyền tài sản. Từ đó tìm ra những điểm tích cực và hạn chế trong quy định của pháp luật, làm cơ sở đưa ra những kiến nghị hoàn thiện pháp luật.

4. Cơ sở lý thuyết và câu hỏi nghiên cứu

4.1. Một số lý thuyết nghiên cứu

Các lý thuyết được áp dụng trong quá trình thực hiện đề tài luận án gồm:

- Lý thuyết về quyền sở hữu;
- Lý thuyết về vật quyền;
- Lý thuyết về trái quyền;
- Lý thuyết về giữ tài sản thế chấp;

4.2. Câu hỏi nghiên cứu và giả thuyết nghiên cứu

Để giải quyết các vấn đề thuộc nội dung của đề tài nghiên cứu, các câu hỏi nghiên cứu, giả thuyết nghiên cứu, kết quả nghiên cứu được xây dựng và đặt ra như sau:

Thứ nhất, khía cạnh lý luận

Câu hỏi nghiên cứu: quyền tài sản là gì? Có bao nhiêu loại quyền tài sản? Phạm vi quyền tài sản thế chấp bao gồm những gì? Quyền tài sản thế chấp có đặc điểm như thế nào? Thế chấp là gì? Thế chấp quyền tài sản là gì? Đặc điểm pháp lý của thế chấp quyền tài sản là gì?

Giả thuyết nghiên cứu: trên cơ sở lý luận về quyền tài sản, thế chấp quyền tài sản để giải quyết những vấn đề lý luận đã đặt ra. Hiện nay, lý luận về quyền tài sản, thế chấp tài sản đã được nghiên cứu tuy nhiên chưa được nghiên cứu một cách hệ thống, còn nhiều vấn đề cần phải nghiên cứu sâu sắc hơn như khái niệm quyền tài sản, đặc điểm của quyền tài sản thế chấp, thế chấp quyền tài sản.

Kết quả nghiên cứu: kết quả nghiên cứu về lý luận sẽ đưa ra cách hiểu thống nhất về quyền tài sản, đặc điểm pháp lý của quyền tài sản thế chấp, thế chấp quyền tài sản và đặc điểm pháp lý của thế chấp quyền tài sản.

Thứ hai, khía cạnh pháp luật thực định

Câu hỏi nghiên cứu: Thực trạng pháp luật về thế chấp quyền tài sản ở Việt Nam như thế nào? Các quy định của pháp luật hiện hành về chủ thể thế chấp quyền tài sản, đối tượng của thế chấp quyền tài sản, thời điểm có hiệu lực của thế chấp quyền tài sản, đăng ký thế chấp quyền tài sản và xử lý quyền tài sản

thế chấp cụ thể như thế nào? Những hạn chế, bất cập của pháp luật trong các quy định của pháp luật hiện hành liên quan đến các vấn đề này?

Giả thuyết nghiên cứu: Pháp luật về thế chấp quyền tài sản là cơ sở pháp lý điều chỉnh hoạt động thế chấp quyền tài sản. Tuy nhiên, các quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành điều chỉnh hoạt động này còn chưa đầy đủ, chưa đồng bộ, nằm rải rác trong nhiều văn bản quy phạm pháp luật khác nhau như: BLDS năm 2015, Luật Đất đai năm 2013, Luật Nhà ở năm 2014, Luật Doanh nghiệp năm 2020... Một số vấn đề pháp lý về thế chấp quyền tài sản chưa có hoặc có nhưng không phù hợp với thực tiễn.

Kết quả nghiên cứu: Luận án sẽ đánh giá đúng đắn, toàn diện thực trạng pháp luật về thế chấp quyền tài ở Việt Nam hiện nay. Thông qua việc phân tích, đánh giá thực trạng pháp luật luận án chỉ ra được những ưu điểm, hạn chế, bất cập cần hoàn thiện.

Thứ ba, các kiến nghị hoàn thiện pháp luật

Câu hỏi nghiên cứu: Định hướng hoàn thiện pháp luật của Việt Nam về thế chấp quyền tài sản như thế nào? Những giải pháp, kiến nghị cụ thể nhằm khắc phục những hạn chế, bất cập trong quy định của pháp luật Việt Nam về thế chấp quyền tài sản là gì?

Giả thuyết nghiên cứu: Hiện nay đã có những định hướng, giải pháp, kiến nghị hoàn thiện pháp luật về thế chấp quyền sử dụng đất, thế chấp quyền đòi nợ, thế chấp quyền tài sản hình thành từ hợp đồng mua bán nhà ở... Tuy nhiên do mục đích và phạm vi tiếp cận vấn đề khác nhau nên những giải pháp, kiến nghị cần được bổ sung để hoàn thiện, bảo đảm cho pháp luật về thế chấp quyền tài sản có tính khả thi, đồng bộ và thống nhất.

Kết quả nghiên cứu: Luận án đưa ra được định hướng và những kiến nghị cụ thể hoàn thiện quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành về thế chấp quyền tài sản, đảm bảo có tính khả thi, đồng bộ và thống nhất.

Trên đây là nội dung tóm tắt tổng quan tình hình nghiên cứu đề tài. Nội dung chi tiết được NCS trình bày cụ thể trong bản PHỤ LỤC 01 đính kèm Luận án này.