Tên thành viên

**Nguyễn Minh Thư: 224494**

**Lê Thị Ngọc Trân: 227076**

**Nguyễn Phương Minh Yên: 226666**

**Trần Thị Ngọc Yến: 225089**

**Bùi Thị Kim Ngân:**

**ĐỀ: HỢP ĐỒNG THẾ CHẤP**

**1. Cơ sở pháp lý của việc ký kết hợp đồng thế chấp**

**1.1. Quy định về thế chấp, bảo lãnh của Bộ luật Dân sự**

- Về khái niệm thế chấp: Ðiều 346 Bộ luật Dân sự 1995 quy định: “Thế chấp tài sản là việc bên có nghĩa vụ dùng tài sản là bất động sản thuộc sở hữu của mình để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ đối với bên có quyền…”. Như vậy, theo quy định của Bộ luật Dân sự 1995, thế chấp tài sản là việc bên có nghĩa vụ dùng tài sản thuộc sở hữu của mình để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ của chính mình đối với bên có quyền.

Tuy nhiên, Ðiều 342 Bộ luật Dân sự 2005 đã thay đổi quy định về thế chấp như sau: “Thế chấp tài sản là việc một bên (sau đây gọi là bên thế chấp) dùng tài sản thuộc sở hữu của mình để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ dân sự đối với bên kia (sau đây gọi là bên nhận thế chấp)” và không chuyển giao tài sản đó cho bên nhận thế chấp.

Như vậy, có thể thấy, các quy định của Bộ luật Dân sự 2005 đã bỏ quy định bên thế chấp bắt buộc phải đồng thời là bên có nghĩa vụ trong quy định về thế chấp của Bộ luật Dân sự 1995. Hay nói cách khác, theo quy định của Bộ luật Dân sự 2005, nghĩa vụ được bảo đảm bằng thế chấp tài sản có thể là nghĩa vụ của chính bên thế chấp (chủ sở hữu tài sản) hoặc có thể là nghĩa vụ của người khác không phải là bên thế chấp.

- Về khái niệm bảo lãnh: Ðiều 366 Bộ luật Dân sự 1995 quy định:

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

2. Người bảo lãnh chỉ được bảo lãnh bằng tài sản thuộc sở hữu của mình hoặc bằng việc thực hiện công việc”.

Như vậy, theo quy định của Bộ luật Dân sự 1995, bảo lãnh là quan hệ ba bên: bên bảo lãnh, bên nhận bảo lãnh (bên có quyền) và bên được bảo lãnh (bên có nghĩa vụ). Trong đó, người bảo lãnh cam kết với bên có quyền sẽ thực hiện thay nghĩa vụ cho bên có nghĩa vụ bằng tài sản (đối vật) hoặc bằng việc thực hiện công việc (đối nhân).

Tuy nhiên, Ðiều 362 Bộ luật Dân sự 2005 đã thay đổi quy định về bảo lãnh như sau: “Bảo lãnh là việc người thứ ba (sau đây gọi là bên bảo lãnh) cam kết với bên có quyền (sau đây gọi là bên nhận bảo lãnh) sẽ thực hiện nghĩa vụ thay cho bên có nghĩa vụ (sau đây gọi là bên được bảo lãnh), nếu khi đến thời hạn mà bên được bảo lãnh không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ. Các bên cũng có thể thỏa thuận về việc bên bảo lãnh chỉ phải thực hiện nghĩa vụ khi bên được bảo lãnh không có khả năng thực hiện nghĩa vụ của mình”.

Như vậy, có thể thấy, các quy định của Bộ luật Dân sự 2005 đã bỏ quy định cho phép bên bảo lãnh thực hiện cam kết bảo lãnh bằng tài sản. Hay nói cách khác, theo quy định của Bộ luật Dân sự 2005, bảo lãnh là việc bên bảo lãnh cam kết thực hiện thay nghĩa vụ cho bên được bảo lãnh (bên có nghĩa vụ) mà không đưa ra bất kỳ tài sản nào để bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh.

Tóm lại, theo quy định của Bộ luật Dân

**2.1 Thực Tế Của Hợp Đồng Thế Chấp**

Trường hợp bên mua đã được cấp giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà đất. Nhưng mới thanh toán được một phần tiền mua cho bên bán và các bên chưa thực hiện việc giao nhận nhà, bên bán đồng ý để bên mua thế chấp nhà đất nhưng sau đó lại có yêu cầu hủy hợp đồng chuyển nhượng này.

• Theo Điều 317 BLDS 2015, tài sản thế chấp phải thuộc quyền sở hữu của bên thế chấp. Như vậy, trong tình huống nêu trên cần phải xem xét vấn đề là quyền sử dụng đất và quyền sở hữu tài sản gắn liền với đất đã được chuyển giao cho bên thế chấp chưa.

• Theo Điều 188 Luật Đất đai 2013 thì việc chuyển nhượng quyền sử dụng đất có hiệu lực kể từ thời điểm đăng ký vào sổ địa chính.

• Điều 19 Luật Kinh doanh bất động sản 2014 quy định thời điểm chuyển quyền sở hữu nhà, công trình xây dựng là thời điểm bên bán bàn giao nhà, công trình xây dựng cho bên mua hoặc bên mua đã thanh toán đủ tiền (trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác).

=>1 Như vậy, vẫn có trường hợp khi bên mua chưa thanh toán đủ tiền cho bên bán thì quyền sở hữu của tài sản chưa được chuyển giao. Tuy nhiên không phải mọi trường hợp hợp đồng mua bán, chuyển nhượng vô hiệu thì hợp đồng thế chấp cũng vô hiệu. Theo quy định của Bộ luật Dân sự 2015, Công văn 64/TANDTC-PC của Tòa án nhân dân tối cao thì trường hợp giao dịch chuyển nhượng nhà đất bị vô hiệu nhưng bên nhận chuyển nhượng đã được cấp giấy chứng nhận quyền sở hữu và đã thế chấp cho Ngân hàng theo đúng quy định của pháp luật thì giao dịch thế chấp đó không vô hiệu vì pháp luật bảo vệ Ngân hàng trong trường hợp này là người thứ ba ngay tình.

Chưa qui định rõ hậu quả pháp lý trong trường hợp người thế chấp tự ý bán tài sản thế chấp Đối với trường hợp này, Nghị định số 163/2006/NĐ-CP qui định về quyền của bên nhận thế chấp trong trường hợp bên nhận thế chấp bán, trao đổi, tặng cho tài sản thế chấp như sau[3]:

Thứ nhất, trong trường hợp bên thế chấp bán, trao đổi, tặng cho tài sản thế chấp không phải là hàng hoá luân chuyển trong quá trình sản xuất, kinh doanh mà không có sự đồng ý của bên nhận thế chấp thì bên nhận thế chấp có quyền thu hồi tài sản thế chấp, trừ các trường hợp sau đây:

- Việc mua, trao đổi tài sản được thực hiện trước thời điểm đăng ký thế chấp và bên mua, bên nhận trao đổi tài sản thế chấp ngay tình;

- Bên mua, bên nhận trao đổi phương tiện giao thông cơ giới đã được đăng ký thế chấp, nhưng nội dung đăng ký thế chấp không mô tả chính xác số khung và số máy của phương tiện giao thông cơ giới và bên mua, bên nhận trao đổi tài sản thế chấp ngay tình.

Thứ hai, trong trường hợp bên nhận thế chấp không thực hiện quyền thu hồi tài sản thế chấp thì các khoản tiền thu được, quyền yêu cầu thanh toán hoặc tài sản khác có được từ việc mua bán, trao đổi tài sản thế chấp trở thành tài sản thế chấp thay thế cho số tài sản đã bán, trao đổi.

Đối với giao dịch bảo đảm đã đăng ký thì bên nhận thế chấp được chủ động yêu cầu đăng ký thay đổi về tài sản bảo đảm. Việc đăng ký thay đổi tài sản bảo đảm trong trường hợp này không làm thay đổi thời điểm đăng ký.

Thứ ba, bên mua, bên bán nhận trao đổi có quyền sở hữu đối với tài sản thế chấp trong các trường hợp sau đây: bên thế chấp bán, trao đổi tài sản thế chấp mà có sự đồng ý của bên nhận thế chấp và việc mua bán, trao đổi tài sản thế chấp thuộc 2 trường hợp ngoại trừ trong trường hợp thứ nhất nêu trên.

**2.2 Thực trạng pháp luật về hợp đồng thế chấp tại Việt Nam:**

**1. Mặt tích cực**:

Hệ thống pháp luật tương đối đầy đủ:

• Luật Dân sự 2015 và các văn bản hướng dẫn thi hành đã quy định tương đối đầy đủ các nội dung liên quan đến hợp đồng thế chấp, bao gồm: khái niệm, thành lập, quyền và nghĩa vụ của các bên, thực hiện hợp đồng, giải quyết tranh chấp,...

• Các văn bản pháp luật khác như Luật Đất đai, Luật Nhà ở, Luật Kinh doanh bất động sản cũng có những quy định bổ sung về thế chấp tài sản cụ thể. Công tác tuyên truyền, phổ biến pháp luật được tăng cường:

• Các cơ quan chức năng, tổ chức xã hội đã đẩy mạnh công tác tuyên truyền, phổ biến pháp luật về hợp đồng thế chấp thông qua nhiều kênh thông tin khác nhau.

• Nhận thức của người dân về pháp luật liên quan đến hợp đồng thế chấp được nâng cao, góp phần hạn chế tranh chấp trong hoạt động giao dịch.

**2. Mặt hạn chế:**

Còn một số quy định chưa rõ ràng:

• Một số quy định về thủ tục đăng ký biện pháp bảo đảm, thẩm định giá trị tài sản thế chấp, xử lý tài sản thế chấp khi người vay nợ không thực hiện nghĩa vụ,... còn thiếu cụ thể, dẫn đến khó khăn trong quá trình áp dụng thực tế.

Ví dụ: Quy định về thời hạn đăng ký biện pháp bảo đảm chưa thống nhất giữa các văn bản pháp luật. Thực tiễn áp dụng pháp luật còn bất cập:

• Việc thực hiện hợp đồng thế chấp chưa tuân thủ đúng quy định của pháp luật, dẫn đến tranh chấp trong quá trình thực hiện và giải quyết tranh chấp.

Ví dụ: Hợp đồng thế chấp không được công chứng, chưa đăng ký biện pháp bảo đảm,... Năng lực của đội ngũ cán bộ thực thi pháp luật còn hạn chế:

• Một số cán bộ thực thi pháp luật chưa có đầy đủ kiến thức, chuyên môn về pháp luật liên quan đến hợp đồng thế chấp, dẫn đến việc giải quyết tranh chấp chưa hiệu quả.

**2.2. Chưa qui định hợp lý việc xử lý tài sản gắn liền với tài sản thế chấp là quyền sử dụng đất**

Vì vậy, để bảo đảm quyền lợi của bên nhận thế chấp, đồng thời bảo đảm nguyên tắc bình đẳng, thỏa thuận trong giao dịch dân sự thì khoản 1Điều 325 BLDS năm 2015 nên được sửa đổi, bổ sung theo hướng: “Trường hợp thế chấp quyền sử dụng đất mà không thế chấp tài sản gắn liền với đất thì tài sản được xử lý bao gồm cả tài sản gắn liền với đất nếu chủ sở hữu tài sản gắn liền với đất đồng ý, trừ trường hợp pháp luật có qui định khác”, hoặc có thể qui định theo hướng cho phép xử lý tài sản gắn liền với đất nhưng không phải để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ đã thế chấp đó mà để bảo toàn giá trị của tài sản gắn liền với đất không thể tách rời.

Chưa qui định hợp lý đối tượng thế chấp là tài sản hình thành trong tương lai

Thông thường để bảo đảm quyền lợi cho các bên giao dịch liên quan đến đối tượng là tài sản hình thành trong tương lai thì pháp luật cần có những bảo đảm khách quan về sự hình thành tài sản hoặc bảo đảm về việc đền bù thiệt hại.Ví dụ, Luật Kinh doanh bất động sản quy định:

“Chủ đầu tư dự án bất động sản trước khi bán, cho thuê mua nhà ở hình thành trong tương lai phải được ngân hàng thương mại có đủ năng lực thực hiện bảo lãnh nghĩa vụ tài chính của chủ đầu tư đối với khách hàng khi chủ đầu tư không bàn giao nhà ở theo đúng tiến độ đã cam kết với khách hàng”.[13] Qui này này sẽ tạo sự yên tâm cho người mua, bởi họ có sự bảo đảm về việc đền bù thiệt hại thoả đáng trong trường hợp vì lý do gì đó mà tài sản không hình thành theo cam kết.

Với việc qui định như BLDS năm 2015 hiện nay, việc thế chấp tài sản hình thành trong tương lai là một rủi ro lớn đối với bên nhận thế chấp. Vì vậy, mới có quan điểm cho rằng, thế chấp một thứ chưa có, chưa hình thành là phi lí, vì nghĩa vụ bảo đảm bằng tài sản phát sinh ngay sau khi thế chấp.[14] Nhận định như quan điểm này, chúng tôi cho rằng quá “khắt khe” đối với tài sản thế chấp hình thành trong tương lai. Bởi vì, tài sản “chưa hình thành” trong trường hợp này phải là tài sản đang hình thành theo một lộ trình rõ ràng, đáng tin cậy và hoàn toàn phụ thuộc vào ý chí của chủ thể giao dịch, chứ không phụ thuộc, dù chỉ một phần, vào ý chí của chủ thể khác.[15] Tuy nhiên, qui định như BLDS năm 2015 chưa thực sự hợp lý. Vì vẫn có khả năng tài sản trong tương lai là không thể hình thành, như vậy sẽ mang lại rủi ro cho bên nhận thế chấp. Vì vậy, chúng tôi cho rằng để hạn chế phát sinh tranh chấp giữa bên thế chấp và bên nhận thế chấp thì cần có văn bản hướng dẫn cụ thể điều kiện để được xác định tài sản hình thành trong tương lai hoặc BLDS năm 2015 cần bổ sung một điều luật qui định về cơ chế bảo đảm đối với đối tượng thế chấp là tài sản thế chấp hình thành trong tương lai.

**3. Kết luận**

Vấn đề xác định tài sản thế chấp có ý nghĩa đặc biệt quan trọng, bởi trong thời gian thế chấp, tài sản thế chấp vẫn thuộc quyền quản lý và sử dụng của bên thế chấp. Do đó, để hạn chế các tranh chấp phát sinh, bên cạnh việc hoàn thiện một số qui định của pháp luật mà trong bài viết chúng tôi đã đề cập thì việc học tập kinh nghiệm của các nước cũng rất cần thiết. Cụ thể, xây dựng và hoàn thiện hệ thống đăng ký giao dịch bảo đảm hoặc xây dựng và hoàn thiện hệ thống bảo hiểm giao dịch. Yêu cầu đặt ra khi xây dựng hệ thống đăng ký là phải làm thế nào để sổ đăng ký có thể được hình dung như một bức tranh hoàn chỉnh mô tả tình trạng pháp lý của tài sản, đặc biệt là tình hình chịu sự tác động của các vật quyền có thể ảnh hưởng đến giá trị kinh tế của tài sản. Song song với việc đó cần phải triển khai hệ thống giao dịch bảo hiểm như là một công cụ hỗ trợ cho giao dịch bảo đảm trong các trường hợp không thể kiểm soát, quản lý tài sản thế chấp bằng biện pháp đăng ký và cũng không thể có cách nào khác để theo dõi sự di chuyển của tài sản.