



MỘT SỐ VƯỚNG MẮC TRONG QUY ĐỊNH PHÁP LUẬT VỀ THẾ CHẤP NHÀ Ở HÌNH THÀNH TRONG TƯƠNG LAI

Lê Minh Thành*

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

* Tác giả liên hệ: Lê Minh Thành <leminhthanhta1@gmail.com>

(Ngày nhận bài: 1-3-2021; Ngày chấp nhận đăng: 24-5-2021)

Tóm tắt. Pháp luật về thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai (HTTTL) ra đời là một trong những bước tiến lớn trong khoa học pháp lý và là sản phẩm tất yếu cho sự phát triển của nền kinh tế. Tuy nhiên, những đặc tính mới cũng như sự chưa hoàn thiện về quy định pháp luật dẫn đến việc áp dụng còn nhiều bất cập, vướng mắc trong việc xác định nhà ở HTTTL, về thủ tục giao kết hợp đồng thế chấp và xử lý tài sản thế chấp là nhà ở HTTTL. Trong bài báo này, tác giả tập trung phân tích một số bất cập về thế chấp nhà ở HTTTL và đề xuất một số giải pháp để hoàn thiện pháp luật trong thời gian tới.

Từ khóa: nhà ở hình thành trong tương lai, thế chấp, hợp đồng thế chấp

Some constraints in legal regulations on mortgaging unfinished houses

Le Minh Thanh*

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

* Correspondence to Le Minh Thanh <leminhthanhta1@gmail.com>

(Received: March 1, 2021; Accepted: May 24, 2021)

Abstract. Legal regulations on mortgaging unfinished houses provide essential steps in legal science and are an indispensable product for the development of the economy. However, new characteristics and constraints lead to numerous shortcomings and problems in defining future houses, signing procedures of mortgage contracts concerning this kind of property, and disposing of the mortgage. In this paper, the author focuses on analyzing some shortcomings regarding mortgages and suggest measures to solve this issue.

Keywords: unfinished houses, mortgage, mortgage contracts

1. Khái niệm, đặc điểm của tài sản hình thành trong tương lai và tính pháp lý nhà ở hình thành trong tương lai là đối tượng của hợp đồng thế chấp

1.1. Khái niệm

Khoản 2, Điều 108, Bộ luật dân sự 2015, quy định Tài sản hình thành trong tương lai (HTTTTL) bao gồm: tài sản chưa hình thành; tài sản đã hình thành, nhưng chủ thể xác lập quyền sở hữu tài sản sau thời điểm xác lập giao dịch.

Khoản 19, Điều 3, Luật nhà ở 2014, quy định cụ thể: "Nhà ở hình thành trong tương lai là nhà ở đang trong quá trình đầu tư, xây dựng và chưa được nghiệm thu đưa vào sử dụng".

Khoản 4, Điều 3, Luật kinh doanh bất động sản năm 2014, xác định rõ khái niệm: "Nhà, công trình xây dựng hình thành trong tương lai là nhà, công trình xây dựng đang trong quá trình xây dựng và chưa được nghiệm thu đưa vào sử dụng" [4].

Từ các quy định trên, có thể khái quát về nhà ở HTTTTL là nhà ở và đồng thời là một loại tài sản HTTTTL, mà khi đưa vào giao dịch thì giao dịch đó chịu điều chỉnh chung của hai chế định là pháp luật về tài sản HTTTTL và pháp luật về nhà ở. Vì thế, có thể khái quát nhà ở HTTTTL là: *Nhà ở chưa được xây dựng, chưa được hoàn thành hoặc đã hoàn thành nhưng chưa thuộc quyền sở hữu của chủ thể tại thời điểm thực hiện giao dịch về nhà ở nhưng có cơ sở để xác định nhà ở đó sẽ hình thành và sẽ thuộc quyền sở hữu của chủ thể trong tương lai.*

1.2. Điều kiện của tài sản hình thành trong tương lai trong hợp đồng thế chấp

Để tham gia vào giao dịch dân sự thì tài sản HTTTTL trước hết là một loại tài sản và là đối tượng của quyền sở hữu. Tuy nhiên, khi giao dịch đó là hợp đồng thế chấp thì loại tài sản này cần phải đáp ứng các điều kiện như sau:

Thứ nhất: Tài sản HTTTTL trước tiên phải là một loại tài sản.

Bộ luật dân sự (BLDS) 2015 đã mở rộng khái niệm tài sản, bao gồm: vật, tiền, giấy tờ có giá và quyền tài sản. So với BLDS 2005, BLDS 2015 có quy định mới tài sản còn bao gồm bất động sản và động sản. Bất động sản và động sản có thể là tài sản hiện có và tài sản hình thành trong tương lai. Tài sản hình thành trong tương lai (TSHTTTTL) là một loại tài sản mang tính chất đặc thù và tiềm ẩn nhiều rủi ro so với các loại tài sản hiện có và luôn tồn tại trong các giao dịch dân sự như chủ đầu tư không cấp giấy chứng nhận cho người mua. Trong trường hợp này, chủ đầu tư có thể vì lý do nào đó có thể không nghiệm thu công trình do xây dựng sai phép, chưa nộp tiền sử dụng đất, chưa hoàn thành thủ tục pháp lý theo đúng quy định dẫn đến không thể cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng cho bên mua; hoặc dự án chưa đủ điều kiện huy động vốn nhưng vẫn rao bán, bắt đầu nhận đặt cọc, đặt chỗ. Thậm chí, chủ đầu tư còn ủy quyền cho đơn vị môi giới hoặc công ty con đứng ra ký hợp đồng nhận tiền của bên mua khi chưa đủ điều kiện cho huy động.

Do đó, tài sản sẽ gắn với quyền sở hữu, chủ sở hữu tài sản có quyền đối với tài sản của mình, nên việc mở rộng khái niệm tài sản có ý nghĩa rất quan trọng, đa dạng và phong phú hơn loại tài sản tham gia giao dịch dân sự, tạo điều kiện dễ dàng cho chủ sở hữu sử dụng tài sản của mình linh hoạt hơn, kể cả khi nó hình thành trong tương lai [9].

Thứ hai: Tài sản HTTTTL là tài sản chưa hình thành hoặc chưa tồn tại vào thời điểm giao kết giao dịch bảo đảm hoặc hình thành rồi nhưng chưa xác lập quyền sở hữu tài sản sau thời điểm xác lập giao dịch.

Khoản 2, Điều 108, Bộ luật dân sự 2015, quy định: "Tài sản hình thành trong tương lai bao gồm: Tài sản chưa hình thành; tài sản đã hình thành nhưng chủ thể xác lập quyền sở hữu tài sản sau thời điểm xác lập giao dịch".

Khác với các loại tài sản thông thường, đã hình thành và xác lập quyền sở hữu, TSHTTTTL có thể chưa hình thành hoặc tồn tại. Ví dụ, nhà đang xây dựng, hàng hóa máy móc đang trong quá trình sản xuất theo đơn đặt hàng... Đây là một trong những tiêu chí cơ bản để phân biệt tài sản hiện hữu thông thường với TSHTTTTL. Chính vì vậy, tính rủi ro của TSHTTTTL thường cao hơn so với các loại tài sản thông thường. Ngoài ra, TSHTTTTL còn có thể là tài sản đã hình thành rồi nhưng chưa xác lập quyền sở hữu, tài sản đã hình thành và thuộc đối tượng phải đăng ký quyền sở hữu, nhưng sau thời điểm giao kết giao dịch bảo đảm thì tài sản đó mới được đăng ký theo quy định của pháp luật. Chung cư, nhà ở, công trình đang được xây dựng theo dự án; tài sản đã hình thành nhưng chủ thể xác lập quyền sở hữu tài sản sau thời điểm xác lập giao dịch; tài sản có được do mua bán, trao đổi, tặng cho, thừa kế nhưng chưa hoàn thành thủ tục chuyển giao quyền sở hữu là những ví dụ tiêu biểu cho TSHTTTTL [11].

Thứ ba: Tài sản hình thành trong tương lai thuộc sở hữu của bên bảo đảm sau thời điểm nghĩa vụ được xác lập hoặc giao dịch bảo đảm được giao kết.

Theo BLDS 2015, đối với những tài sản là bất động sản được đăng ký quyền sở hữu thì tài sản xác lập quyền sở hữu khi đã được cấp Giấy chứng nhận quyền sở hữu theo quy định của pháp luật dân sự và pháp luật về đăng ký tài sản; riêng đối với tài sản là động sản không phải đăng ký, trừ trường hợp pháp luật về đăng ký tài sản có quy định khác thì xác lập quyền sở hữu [1]. Tài sản hình thành trong tương lai là một tài sản có đặc thù đó, vừa có thể là động sản vừa có thể là bất động sản, khác với các loại tài sản thông thường thì được xác lập quyền sở hữu ngay sau đó. Tài sản hình thành trong tương lai thuộc quyền sở hữu của bên nhận bảo đảm không còn phụ thuộc vào những điều kiện khách quan và chủ quan. Cũng chính vì điều này nên TSHTTTTL có nhiều rủi ro khi tham gia vào các giao dịch dân sự.

Thứ tư: Điều kiện và phạm vi tham gia vào các giao dịch dân sự của TSHTTTTL bị hạn chế hơn so với tài sản thông thường.

Tài sản hình thành trong tương lai chỉ được sử dụng trong một số giao dịch dân sự nhất định. Tuy quy định vật dùng để bảo đảm nghĩa vụ dân sự là vật hiện có hoặc vật sẽ hình thành, nhưng trong các biện pháp bảo đảm thì chỉ có một biện pháp quy định về TSHTTTTL, đó là thế chấp tài sản. Còn các tài sản thông thường khác thì có thể tham gia hầu hết các biện pháp bảo đảm [7].

Khoản 2, Điều 105, BLDS 2015, quy định: “Tài sản bao gồm bất động sản và động sản. Bất động sản và động sản có thể là tài sản hiện có và tài sản hình thành trong tương lai”. Bất động sản bao gồm: đất đai, nhà, công trình xây dựng gắn liền với đất đai, tài sản khác gắn liền với đất đai, nhà, công trình xây dựng và các tài sản khác theo quy định của pháp luật. Còn động sản là những tài sản không phải là bất động sản [1].

Bộ luật dân sự 2015 lại không đưa ra được một tiêu chí cụ thể nào để xác định một tài sản là bất động sản, thay vào đó lại chỉ liệt kê một cách chung chung các loại tài sản được coi là bất động sản. Nếu so với BLDS 1995 thì Khoản 1, Điều 181, BLDS 1995, đã đưa ra được một tiêu chí chung để xác định bất động sản đó là những tài sản có đặc tính cố định, gắn liền với đất đai, không có khả năng tách rời khỏi đất, thông qua cách quy định: “Bất động sản là các tài sản không di, dời được bao gồm:...”. Mặc dù vậy, tiêu chí này dường như lại quá cứng nhắc, dễ dẫn đến cách hiểu rằng bất động sản bắt buộc phải là những tài sản không có khả năng di dời. Điều này đã được khắc phục tại BLDS 2005 và BLDS 2015.

Tuy không đưa ra những tiêu chí cụ thể, nhưng thông qua các đối tượng được liệt kê tại Điều 107, BLDS 2015, vẫn có thể thấy bóng dáng của các tiêu chí để xác định một tài sản là bất động sản. Trước hết, những tài sản bao gồm “đất đai”, “nhà, công trình xây dựng” có thể được coi là những bất động sản do bản chất (xuất phát từ đặc tính “không thể di dời”). Tuy nhiên, Điểm c, Khoản 1, Điều 107, lại đề cập đến các đối tượng là “tài sản gắn liền với đất đai, nhà, công trình xây dựng”. Dường như ở đây, BLDS muốn đề cập đến loại “bất động sản do công dụng” trong pháp luật, bởi lẽ, những tài sản này về bản chất là động sản nhưng do yếu tố “gắn liền” với bất động sản mà chúng cũng được xem là bất động sản. Vấn đề ở đây là, BLDS 2005 lẫn BLDS 2015 lại không làm rõ khái niệm “gắn liền”; nói cách khác, nên hiểu mức độ gắn liền như thế nào thì một động sản sẽ được xem là bất động sản? Mặc dù so với BLDS 1995, BLDS 2005 và BLDS 2015 đã có điểm tiến bộ hơn khi thay thế cụm từ “nhà ở” bằng “nhà” cho thấy nhận thức đúng đắn hơn của các nhà làm luật đối với loại bất động sản này, định danh đó dựa trên đặc tính chứ không phải dựa vào tính năng sử dụng (dùng để ở). Song, cùng với cách quy định về “công trình xây dựng gắn liền với đất đai” thì việc quy định riêng về “nhà” dường như là không cần thiết, bởi lẽ cụm từ “công trình xây dựng gắn liền với đất đai” đã bao hàm cả “nhà”. Bên cạnh đó, BLDS 2015 lại quy định bất động sản còn là các tài sản khác gắn liền với đất đai”, điều này cũng đồng nghĩa một lần nữa, đặc tính “không thể di dời” lại được đề cập đến. Như vậy, BLDS 2015 đã có một sự sắp xếp chưa thật hợp lý khi cùng một tiêu chí vật lý (đặc tính “không thể di dời”) đã được nhắc lại tới nhiều trong cùng một điều luật. Bên cạnh đó, điều

luật này cũng chưa có sự phân định rõ ràng giữa bất động sản do bản chất và bất động sản do mục đích sử dụng. Điểm d, Khoản 1, Điều 107, BLDS 2015, là một quy định mang tính chất mềm dẻo; theo đó thì bất động sản còn là “các tài sản khác do pháp luật quy định.” Nói cách khác, *tiêu chí khác* để xác định tài sản là bất động sản đó là tiêu chí “do luật định”. Tuy nhiên, bản thân quy định này cũng còn mang tính riêng lẻ và không mang tính khái quát, khiến rất khó để xác định còn những loại tài sản hay quyền tài sản nào sẽ được xem là bất động sản. Như vậy, các tiêu chí để xác định bất động sản theo quy định tại BLDS 2015 vẫn còn chưa rõ ràng và có sự trùng lặp. Điều này dẫn tới hệ quả là khó xác định tài sản nào là động sản. Bởi lẽ, Khoản 2, Điều 107, BLDS 2015, đã sử dụng phương pháp loại trừ để chỉ ra rằng động sản là những tài sản không phải bất động sản, quy định một cách chung chung, không rõ ràng trong khi đó phạm vi quá rộng để xác định tài sản nào là động sản.

1.3. Đặc điểm pháp lý của thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai

Thế chấp nhà ở HTTTTL là việc một bên (gọi là bên thế chấp) dùng nhà ở đang trong quá trình hình thành hoặc đã hình thành nhưng chưa đăng ký quyền sở hữu nhưng trong tương lai tài sản đó sẽ thuộc quyền sở hữu của mình để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự đối với bên kia (gọi là bên nhận thế chấp) và không chuyển giao nhà ở (sau khi đã hình thành) cho bên nhận thế chấp. Với cách hiểu đó, thế chấp nhà ở HTTTTL có đặc điểm:

– Không có sự chuyển giao tài sản thế chấp,

Khoản 1, Điều 317, BLDS 2015, quy định: "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)".

Đặc điểm không có sự chuyển giao tài sản thế chấp càng được thể hiện rõ trong hợp đồng thế chấp nhà ở HTTTTL ở chỗ: Nhà ở đó có thể chưa được xây dựng hoàn thiện hoặc hoàn thiện nhưng chưa được bàn giao cho bên thế chấp (với tư cách là chủ sở hữu tương lai của tài sản đó). Sau khi nhà ở được xây dựng xong thì bên thế chấp sẽ là người nhận bàn giao nhà ở đó chứ không phải bên nhận thế chấp. Điều này không ảnh hưởng đến quyền lợi của bên nhận thế chấp. Bên thế chấp là người trực tiếp nắm giữ tài sản thế chấp nhưng vẫn không thể định đoạt tài sản thế chấp do giấy tờ pháp lý liên quan đến tài sản do bên nhận thế chấp giữ.

– Đáp ứng linh hoạt lợi ích của các bên chủ thế,

Đối với bên nhận thế chấp: Không phải giữ gìn và bảo quản tài sản thế chấp nên tiết kiệm nhiều chi phí liên quan.

Đối với bên thế chấp: Vẫn có thể khai thác được công dụng, hưởng hoa lợi, lợi tức từ tài sản, được đầu tư để làm tăng giá trị của tài sản. Điều này đặc biệt có ý nghĩa đối với thế chấp nhà ở HTTTTL bởi vì mặc dù nhà ở đã được thế chấp nhưng chủ đầu tư hay chủ thể xây dựng vẫn có quyền tiếp tục xây dựng, hoàn thiện ngôi nhà đó.

– Giá trị bảo đảm thường phải lớn hơn nghĩa vụ được bảo đảm,

Bảo đảm tín dụng có ý nghĩa là thúc giục người đi vay trả nợ. Nếu giá trị tài sản nhỏ hơn nghĩa vụ được bảo đảm thì người đi vay dễ có động cơ không trả nợ. Ngoài ra, giá trị bảo đảm thường phải lớn hơn nghĩa vụ tín dụng còn nhằm đảm bảo khả năng thu hồi nợ của tổ chức tín dụng khi giá thị trường của tài sản đảm bảo suy giảm, khả năng thanh toán của tài sản không cao.

– Có đầy đủ cơ sở pháp lý để bên cho vay có quyền về xử lý tài sản,

Nhà ở HTTTTL chắc chắn phải thuộc về sở hữu hợp pháp của bên bảo đảm và có đầy đủ cơ sở pháp lý để khẳng định điều này. Tài sản này phải được pháp luật cho phép giao dịch và có đầy đủ cơ sở pháp lý để tổ chức tín dụng được quyền xử lý tài sản để thu hồi nợ khi người đi vay không đủ khả năng thanh toán được khoản vay [10].

2. Một số bất cập về thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai

Thứ nhất: Khoản 2, Điều 147, Luật Nhà ở 2014, quy định về thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai: "... Tổ chức, cá nhân mua nhà ở hình thành trong tương lai trong dự án đầu tư xây dựng nhà ở của chủ đầu tư được thế chấp nhà ở này tại tổ chức tín dụng đang hoạt động tại Việt Nam để vay vốn phục vụ cho xây dựng nhà ở hoặc để mua chính nhà ở đó" [2].

Tuy nhiên, trong thực tế, để cho vay đối với tổ chức, cá nhân mua nhà ở thuộc dự án, ngân hàng, chủ đầu tư và khách hàng vay vốn (người mua nhà) ký hợp đồng hợp tác ba bên, theo đó ngân hàng giải ngân vốn vay cho khách hàng theo tiến độ hoàn thành dự án, lịch thanh toán tiền mua nhà ở được thỏa thuận giữa chủ đầu tư và người mua nhà ở; đồng thời, chủ đầu tư phải cam kết giao bản gốc Giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà ở cho ngân hàng sau khi người mua nhà ở đã thanh toán đầy đủ tiền mua nhà ở cho chủ đầu tư theo thỏa thuận và nhận bàn giao nhà ở, chủ đầu tư đã hoàn tất các thủ tục liên quan để cấp Giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà ở cho người mua. Tuy nhiên, các nhà ở của dự án có thể thuộc tài sản đã được thế chấp để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ trả nợ tại ngân hàng khác trong trường hợp chủ đầu tư đã thế chấp toàn bộ dự án (tức là toàn bộ quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền với đất của dự án) để vay vốn thực hiện dự án [7].

Trong trường hợp này, một tài sản hai lần (một lần thế chấp dưới hình thức là căn hộ độc lập và một lần thế chấp dưới hình thức là căn hộ thuộc dự án) được thế chấp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ trả nợ tại các ngân hàng mà không đáp ứng được các điều kiện theo yêu cầu của ngân hàng và quy định của pháp luật (việc thế chấp tài sản để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ trả nợ tại ngân hàng nhận thế chấp sau phải được ngân hàng nhận thế chấp trước đồng ý, giá trị dự án thế chấp có thể không lớn hơn khoản vay do ngân hàng nhận thế chấp dự án cấp,...).

Vì vậy, để hạn chế rủi ro từ việc nhận thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai của tổ chức, cá nhân mua nhà ở hình thành trong tương lai từ chủ đầu tư, ngân hàng yêu cầu chủ đầu tư cung cấp văn bản cam kết giải chấp các căn hộ nhà ở mà ngân hàng nhận thế chấp hoặc có văn bản gửi cho ngân hàng nhận thế chấp dự án thống nhất loại trừ các căn hộ thế chấp ra khỏi giá trị dự án thế chấp (giải chấp). Cam kết ngân hàng nhận thế chấp căn hộ nhà ở được toàn quyền thụ hưởng số tiền thu được từ việc xử lý các căn hộ nhà ở đó trong trường hợp xử lý tài sản thế chấp để thu nợ (có thể xử lý các căn hộ độc lập hoặc toàn bộ dự án, tùy thuộc sự kiện nào đến trước) nhưng chủ đầu tư không cung cấp được cho ngân hàng các văn bản theo yêu cầu nêu trên do ngân hàng nhận thế chấp toàn bộ dự án từ chối. Việc chủ đầu tư không cung cấp văn bản giải chấp cho ngân hàng nhận thế chấp căn hộ nhà ở là không hợp lý và không có trách nhiệm bảo vệ quyền lợi của người mua nhà ở vì các căn hộ nhà ở thuộc dự án là tài sản phân chia được và không còn thuộc sở hữu của chủ đầu tư sau khi chủ đầu tư đã nhận thanh toán một phần tiền bán nhà ở từ người mua và đã ký hợp đồng mua bán nhà ở với người mua. Lẽ ra ngay sau khi ký hợp đồng này, chủ đầu tư phải chủ động liên hệ với ngân hàng nhận thế chấp dự án làm các thủ tục cần thiết (kể cả trả một phần nợ) để điều chỉnh giảm giá trị tài sản thế chấp tương ứng với giá trị các căn hộ nhà ở đã bán cho người mua.

Thứ hai: Về việc công chứng và đăng ký giao dịch bảo đảm đối với hợp đồng thế chấp quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng mua bán nhà ở thì pháp luật hiện hành quy định việc công chứng hợp đồng thế chấp bất động sản phải được thực hiện tại tổ chức hành nghề công chứng có trụ sở tại tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương nơi có bất động sản [3]. Điều kiện tài sản hình thành trong tương lai dùng vào việc bảo đảm sẽ phải thuộc quyền sở hữu của bên thế chấp và hiện tại chưa có giấy tờ chứng nhận quyền sở hữu. Đây là một vấn đề của tương lai nhưng phải khẳng định ở thời điểm hiện tại lúc giao kết hợp đồng giao dịch bảo đảm vì vậy khó có sự đảm bảo. Tài sản hình thành trong tương lai có chắc chắn sẽ thuộc quyền sở hữu của bên thế chấp hay không phụ thuộc nhiều vào các yếu tố chủ quan và các yếu tố khách quan. Sự khẳng định chắc chắn đến đâu lại được quyết định bởi khả năng, kinh nghiệm của người đánh giá. Trách nhiệm đánh giá nhận định khả năng trên thuộc về các bên tham gia giao dịch. Ngoài ra, theo qui định thì người làm công chứng giao dịch cũng phải chịu trách nhiệm do công chứng theo quy định của pháp luật nội dung là công chứng nội dung, không phải là công chứng hình thức. Nếu pháp luật đòi hỏi phải đánh giá khả năng một cách chắc chắn, đảm bảo tính xác thực theo đúng tinh thần của Luật Công chứng thì dường như vượt quá khả năng của người làm công chứng trừ khi thừa nhận rằng đây là một loại giao dịch bảo đảm có điều kiện (tức là hiệu lực pháp luật của giao dịch bảo đảm phụ thuộc vào việc quyền sở hữu của bên thế chấp được xác lập trong tương lai đối với toàn bộ tài sản thế chấp). Nếu không thì vô hình trung đã buộc người làm công chứng phải chịu trách nhiệm về những cái không thể biết trước. Đó là các rủi ro của hợp đồng liên quan đến tài sản hình thành sau thời điểm giao kết và quyền sở hữu xác lập sau thời điểm giao kết.

Về rủi ro khác của ngân hàng như trường hợp các bên không hoàn thành được nghĩa vụ của mình theo cam kết dẫn đến hợp đồng mua bán nhà ở bị chấm dứt (như dự án bị đình chỉ thực hiện bởi cơ quan nhà nước có thẩm quyền, chủ đầu tư không giao nhà ở cho người mua theo đúng thời hạn cam kết, người mua không trả tiền mua nhà theo lịch thanh toán đã cam kết...). Theo quy định của pháp luật khi hợp đồng mua nhà ở bị chấm dứt thì các quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng đó cũng chấm dứt. Lúc đó, ngân hàng không có cơ sở để xử lý tài sản thế chấp để thu hồi nợ vì tài sản thế chấp không còn tồn tại.

Thứ ba: Về xử lý tài sản thế chấp là nhà ở hình thành trong tương lai,

Điều 149, Luật Nhà ở năm 2014, quy định về xử lý tài sản nhà ở, dự án đầu tư xây dựng nhà ở thế chấp và chỉ ghi nhận việc xử lý tài sản thế chấp được thực hiện theo quy định của pháp luật về dân sự và pháp luật có liên quan.

Tuy nhiên, trong thực tế, khi ngân hàng nhận tài sản thế chấp thì lúc đó tài sản chưa hình thành hoặc đã hình thành nhưng chưa có giấy tờ chứng nhận quyền sở hữu, sau đó khách hàng mất khả năng thanh toán và tài sản vẫn chưa có giấy chứng nhận quyền sở hữu thì ngân hàng sẽ gặp rất nhiều khó khăn trong việc xử lý tài sản thế chấp bởi vì khi tài sản chưa có giấy chứng nhận quyền sở hữu thì không thể chuyển giao quyền sở hữu được. Trong khi đó, tiền ngân hàng là đồng tiền cần quay vòng vốn nhanh để tạo ra lợi nhuận giống như dân gian ta thường có câu “tiền đẻ ra tiền” hay “lãi mẹ sinh lãi con”, nhưng trong trường hợp này tiền vốn của ngân hàng phải nằm trong tài sản thế chấp đó, để càng lâu thì ngân hàng càng bị thiệt hại, mục đích kinh doanh tiền tệ của ngân hàng không thực hiện được. Thời gian đợi cấp giấy chứng nhận quyền sở hữu càng lâu thì càng bất lợi cho ngân hàng. Tuy nhiên, khi tài sản chưa có giấy chứng nhận quyền sở hữu thì ngân hàng vẫn có thể chuyển nhượng được, nhưng chỉ có những khách hàng dễ tính mới mua tài sản chưa có giấy tờ [8]. Tuy nhiên, rất khó có thể tìm được những khách hàng dễ tính và không cẩn thận này. Nếu có được thì giá chuyển nhượng sẽ thấp do nhà chưa có giấy tờ và nếu ngân hàng muốn giải quyết nhanh để thu hồi vốn thì ngân hàng vẫn có thể dùng cách này.

Thêm một rủi ro nữa là giá. Bất động sản tuy là cố định, nhưng sau một thời gian giá cũng thay đổi theo giá thị trường, và có nhiều khả năng là giá sẽ bị giảm hơn khoản tiền vay cộng với lãi suất và các khoản phí của ngân hàng. Việc xử lý tài sản thế chấp chỉ giúp ngân hàng lấy lại được một phần vốn chứ không mang lại lợi nhuận [6].

Để TSHTTTL có được giấy chứng nhận quyền sở hữu, ngân hàng phải trải qua một khoảng thời gian với những thủ tục rắc rối. Theo quy định tại BLDS 2015 về xử lý tài sản thế chấp thì trường hợp đã đến hạn thực hiện nghĩa vụ dân sự mà bên có nghĩa vụ không thực hiện hoặc thực hiện nghĩa vụ không đúng thoả thuận thì tài sản thế chấp được xử lý theo phương thức do các bên đã thoả thuận [1].

Tiền bán tài sản thế chấp được sử dụng để thanh toán nghĩa vụ cho bên nhận thế chấp sau khi trừ chi phí bảo quản, bán tài sản và các chi phí cần thiết khác có liên quan để xử lý tài sản thế chấp; trong trường hợp nghĩa vụ được bảo đảm là khoản vay thì thanh toán cho bên nhận thế chấp theo thứ tự nợ gốc, lãi, tiền phạt, tiền bồi thường thiệt hại nếu có; nếu tiền bán còn thừa thì phải trả lại cho bên thế chấp; nếu tiền bán còn thiếu thì bên thế chấp phải trả tiếp phần còn thiếu đó.

Trước tiên, việc xử lý tài sản sẽ theo thỏa thuận của các bên trong hợp đồng. Nếu không thỏa thuận được thì tài sản bảo đảm được bán đấu giá theo quy định của pháp luật.

Tuy nhiên, khi áp dụng biện pháp bán đấu giá thì một khó khăn lớn nữa xảy ra; đó là công văn của Tổng Cục Thuế quy định về xuất "hóa đơn" trong việc bán đấu giá. Rõ ràng tài sản bán đấu giá đó không phải là của ngân hàng thì làm sao ngân hàng có thể xuất hóa đơn giá trị gia tăng được. Mà không xuất thì trái quy định pháp luật và không thể nhanh chóng xử lý được tài sản thế chấp. Hiện nay các ngân hàng đang có khiếu nại vấn đề trên lên cơ quan thuế và yêu cầu trả lời cũng như đưa ra giải thích và hướng xử lý trong trường hợp bán đấu giá tài sản thế chấp [12].

3. Một số kiến nghị đề xuất hoàn thiện pháp luật về thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai

Thứ nhất, các điều kiện thế chấp dự án đầu tư xây dựng nhà ở và thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai tại tổ chức tín dụng được thực hiện theo Điều 7, Thông tư 26/TT-NHNN năm 2015, của Ngân hàng nhà nước Việt Nam. Việc thế chấp có tính loại trừ, tức là trường hợp chủ đầu tư đã thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai thuộc dự án đầu tư xây dựng nhà ở, khi thế chấp dự án đầu tư xây dựng nhà ở đó chỉ được thế chấp phần dự án không bao gồm nhà ở hình thành trong tương lai này hoặc trường hợp đã thế chấp quyền tài sản liên quan đến dự án đầu tư xây dựng nhà ở, nhà ở hình thành trong tương lai thuộc diện được thế chấp theo quy định của pháp luật thì không được thế chấp dự án đầu tư xây dựng nhà ở, nhà ở hình thành trong tương lai đó [5]. Điều đó làm hạn chế việc cho thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai thuộc các dự án đầu tư xây dựng nhà ở. Khi thế chấp dự án đầu tư xây dựng nhà ở đó thì không được thế chấp phần nhà ở hình thành trong tương lai đã thế chấp hoặc quyền tài sản của dự án đầu tư xây dựng nhà ở hình thành trong tương lai đã thế chấp thì không được thế chấp dự án đầu tư xây dựng nhà ở đó làm các chủ đầu tư, và cá nhân, tổ chức mua nhà ở hình thành trong tương lai gặp khó khăn khi các chủ thể chỉ có quyền thế chấp một phần quyền lợi của mình.

Do đó, cần có điều chỉnh tại Luật nhà ở theo hướng phù hợp với Bộ luật Dân sự hiện hành chính là quy định việc thế chấp nhà ở đặc biệt là thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai theo hướng có lợi cho các chủ sở hữu, chủ đầu tư thế chấp tài sản đã thế chấp để thực hiện các nghĩa

vụ khác nếu tài sản có giá trị tại thời điểm xác lập giao dịch bảo đảm lớn hơn tổng giá trị các nghĩa vụ được bảo đảm, giúp cho việc thực hiện nghĩa vụ hợp đồng tín dụng đạt an toàn và hiệu quả.

Thứ hai, hoàn thiện các quy định về công chứng hợp đồng thế chấp nhà ở HTTTL,

Cho dù pháp luật có quy định hợp đồng thế chấp nhà HTTTL bắt buộc phải công chứng hay không thì các bên trong giao dịch bảo đảm đó vẫn có quyền tự nguyện yêu cầu công chứng. Do đó, cơ quan có thẩm quyền cần ban hành các quy định pháp luật và xây dựng cơ chế thực hiện để các công chứng viên tiến hành các thủ tục công chứng hợp đồng thế chấp nhà ở HTTTL một cách có cơ sở pháp lý và đảm bảo an toàn cho các bên tham gia, an toàn cho công chứng viên và an toàn cho văn bản công chứng.

Việc xây dựng quy định pháp luật về thế chấp nhà ở HTTTL có thể tập trung vào các vấn đề sau:

– Trước hết, phải có điều luật nêu rõ hợp đồng thế chấp nhà ở HTTTL có thể được công chứng và công chứng viên có thể công chứng hợp đồng này. Việc khẳng định trực tiếp quyền chứng nhận hợp đồng thế chấp nhà ở HTTTL của công chứng viên trong điều luật cụ thể sẽ là cơ sở pháp lý để công chứng viên chắc chắn với quyết định công chứng của mình, từ đó giảm được nỗi lo của các tổ chức tín dụng về việc không công chứng được hợp đồng thế chấp khối tài sản bảo đảm là nhà ở HTTTL.

– Quy định trình tự, thủ tục công chứng hợp đồng thế chấp nhà ở HTTTL: Khi công chứng viên có cơ sở pháp lý để thực hiện công chứng hợp đồng thế chấp nhà ở HTTTL thì việc công chứng phải được thực hiện theo trình tự, thủ tục quy định của pháp luật công chứng và văn bản hướng dẫn. Tuy nhiên, đối tượng của hợp đồng thế chấp nhà ở HTTTL là một loại tài sản đặc biệt nên cần có một quy định riêng.

– Hoàn thiện các quy định về đăng ký giao dịch bảo đảm hợp đồng thế chấp nhà ở HTTTL: Khi thực hiện giao dịch bảo đảm thế chấp nhà ở HTTTL, các bên nên tiến hành thủ tục đăng ký giao dịch bảo đảm ngay cả khi giao dịch bảo đảm này không thuộc trường hợp bắt buộc phải đăng ký theo quy định của pháp luật. Việc đăng ký giao dịch bảo đảm đối với hợp đồng thế chấp nhà ở HTTTL sẽ giúp bên nhận thế chấp khẳng định quyền của mình đối với tài sản thế chấp và quyền đối với tài sản thế chấp trước bên thứ ba.

Việc ngân hàng chấp nhận tài sản thế chấp là nhà ở HTTTL đồng nghĩa với việc chấp nhận rủi ro trong giao dịch này vì khả năng kiểm soát của bên nhận thế chấp đối với loại nhà ở HTTTL là không cao. Do đó, việc công bố và khẳng định quyền của bên nhận thế chấp thông qua đăng ký giao dịch bảo đảm có ý nghĩa rất lớn, không chỉ giảm thiểu rủi ro cho ngân hàng mà còn giúp ổn định nền kinh tế trước những vấn đề về nợ xấu, bất ổn trong kinh doanh tiền tệ, đồng thời giúp cho ngân hàng có quyền ưu tiên thanh toán khi xử lý tài sản bảo đảm.

Với ý nghĩa trên thì việc đăng ký giao dịch bảo đảm đối với hợp đồng thế chấp nhà ở HTTTL không chỉ nên tùy thuộc vào lựa chọn của các bên tham gia giao dịch mà còn nên quy định là điều kiện bắt buộc có hiệu lực với hợp đồng.

Thứ ba: Cần quy định cụ thể giải pháp liên quan đến vấn đề xử lý tài sản thế chấp là nhà ở HTTTL.

– Xây dựng các quy định hướng dẫn xử lý tài sản thế chấp: Pháp luật cần quy định nhiều phương thức xử lý tài sản thế chấp để các bên có thể thoả thuận như: Bên thế chấp tự bán tài sản; bên thế chấp và bên nhận thế chấp thoả thuận để bán tài sản...

– Trình tự thủ tục xử lý tài sản thế chấp: Cần quy định cụ thể, chi tiết về trình tự, thủ tục xử lý tài sản thế chấp nói chung và đối với từng phương thức xử lý nói riêng, hướng dẫn thứ tự các bước để tiến hành. Cùng với đó thì quyền hạn của tổ chức tín dụng trong hoạt động xử lý tài sản cũng nên được chú trọng, đặc biệt là quyền chủ động thu giữ tài sản và bán tài sản thế chấp.

Từ đó, kiến nghị tại Tiểu mục 3, Mục 3, Chương XV, BLDS 2015, quy định về tài sản hình thành trong tương lai cần bổ sung nội dung như sau: "Tài sản hình thành trong tương lai chỉ có thể trở thành tài sản thế chấp khi bên thế chấp có các chứng cứ để chứng minh tài sản đó chắc chắn sẽ hình thành và xác lập quyền sở hữu cho bên thế chấp cũng như chứng minh các yếu tố khác để có thể xác định được tài sản đó tại thời điểm hợp đồng thế chấp được giao kết". Đồng thời, pháp luật có thể có quy định hướng dẫn về tính chắc chắn của tài sản hình thành trong tương lai là: (i) quy định các điều kiện cụ thể đối với từng loại tài sản hình thành trong tương lai được phép thế chấp và có cơ chế để tiến hành đăng ký tạm thời đối với tài sản đó (giống như Bộ luật Hàng hải quy định đối với tàu biển đang đóng). Giấy chứng nhận đăng ký tạm thời này không có giá trị tương đương như Giấy chứng nhận đăng ký chính thức bởi vì nó chỉ có tác dụng tạo điều kiện để các chủ thể thực hiện các giao dịch liên quan đến tài sản này. Sau khi tài sản hình thành thì bên thế chấp sẽ tiến hành đăng ký chính thức quyền sở hữu đối với tài sản đó; (ii) Tài sản hình thành trong tương lai phải mua bảo hiểm thì mới được thế chấp và khi sự kiện bảo hiểm xảy ra, tổ chức bảo hiểm chi trả tiền bảo hiểm trực tiếp cho bên nhận thế chấp. Trường hợp bên nhận thế chấp không thông báo cho tổ chức bảo hiểm biết về việc tài sản bảo hiểm đang được dùng để thế chấp thì tổ chức bảo hiểm chi trả tiền bảo hiểm theo hợp đồng bảo hiểm và bên thế chấp có nghĩa vụ thanh toán cho bên nhận thế chấp [1].

4. Kết luận

Nghiên cứu chế định pháp luật về thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai là nhằm hệ thống hóa các văn bản quy phạm pháp luật cũng như đánh giá hiệu quả tác động đối với sự phát triển của đất nước. Trong những năm gần đây, Đảng và Nhà nước đã có những "động thái" quan tâm sâu sát thông qua việc ban hành các văn bản quy phạm pháp luật điều chỉnh chế

định pháp luật về thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai. Tuy nhiên, những quy định hiện hành cũng như thực tế áp dụng vẫn còn bộc lộ nhiều bất cập và tồn tại, vì thế tác giả đề xuất một số giải pháp tương ứng như đã trình bày để giải quyết vấn đề.

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Quốc hội nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam (2015), Bộ luật Dân sự, Hà Nội: Nxb. Chính trị quốc gia.
2. Quốc hội nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam (2014), Luật nhà ở . Hà Nội: Nxb. Chính trị quốc gia.
3. Quốc hội nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam (2014), Luật Công chứng, Hà Nội: Nxb. Chính trị quốc gia.
4. Quốc hội nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam (2014), Luật kinh doanh bất động sản, Hà Nội: Nxb. Chính trị quốc gia.
5. Ngân hàng Nhà nước (2015), Quy định 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. Số 26/TT-NHNN 09/12/2015.
6. 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, Đại học Luật Hà Nội.
7. Phạm Hoàng Anh (2015), Pháp luật về nhà ở hình thành trong tương lai tại Việt Nam – Luận văn Thạc sĩ Luật học, Khoa luật, Đại học quốc gia Hà Nội.
8. Hoàng Thị Hải Hà (2015), Pháp luật về cho vay thế chấp bằng nhà ở hình thành trong tương lai của ngân hàng thương mại tại Việt Nam – Luận văn Thạc sĩ Luật học, Khoa luật, Đại học quốc gia Hà Nội.
9. Hoàng Văn Thìn (2016), Hợp đồng mua bán nhà ở hình thành trong tương lai theo pháp luật Việt Nam – Luận văn Thạc sĩ Luật học, Đại học Luật, Đại học Huế.
10. Đỗ Hồng Thái (2006) “Tài sản hình thành trong tương lai là đối tượng được dùng để bảo đảm nghĩa vụ dân sự”, *Tạp chí Ngân hàng*, Số 7. Tr. 13-17
11. Võ Đình Nho, Tuấn Đạo Thanh (2009), “Luận bàn về thế chấp tài sản hình thành trong tương lai”, *Tạp chí Dân chủ và Pháp luật*. Số 10/2009. Tr. 3-8.
12. <http://tapchitaichinh.vn/nghien-cuu--trao-doi/trao-doi-binh-luan/thuc-trang-xu-ly-tai-san-bao-dam-tien-vay-tai-cac-ngan-hang-thuong-mai-129327.html>. Truy cập ngày 18/9/2017