

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP



VIỆN NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP THUỘC ỦY BAN THƯỜNG VỤ QUỐC HỘI



SỐ 11 (483)

Kỳ 1 - Tháng 6/2023

- ❖ RỦI RO PHÁP LÝ TRONG KINH DOANH BẤT ĐỘNG SẢN: MỘT GÓC NHÌN TỪ TƯ DUY HỆ THỐNG
- ❖ BẢO ĐẢM AN TOÀN PHÁP LÝ TRONG GIAO DỊCH BẤT ĐỘNG SẢN TỪ LÝ LUẬN SỞ HỮU TOÀN DÂN VỀ ĐẤT ĐAI
- ❖ BẢO ĐẢM AN TOÀN GIAO DỊCH VỀ BẤT ĐỘNG SẢN: CÁC MÔ HÌNH TIÊU BIỂU VÀ KHUYẾN NGHỊ VỀ SỰ LỰA CHỌN CỦA VIỆT NAM

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

<http://lapphap.vn>

VIỆN NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP THUỘC ỦY BAN THƯỜNG VỤ QUỐC HỘI

Mục lục Số 11/2023

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- 3** Rủi ro pháp lý trong kinh doanh bất động sản: Một góc nhìn từ tư duy hệ thống

PGS. TS. Phạm Duy Nghĩa

- 12** Luật hóa việc cấm thuốc lá điện tử đối với trẻ em

GS. TS. Lê Hồng Hạnh - ThS. Phan Quỳnh Như

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 21** Bảo đảm an toàn pháp lý trong giao dịch bất động sản từ lý luận sở hữu toàn dân về đất đai

TS. Ninh Thị Hiền – GS. TSKH. Đặng Hùng Võ

- 37** Góp ý một số quy định của Dự thảo Luật Kinh doanh bất động sản (sửa đổi)

LS. Huỳnh Thị Kim Thoa – ThS. Trần Thị Bích Thục

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 42** Thực tiễn xét xử các vụ án dân sự liên quan đến giao dịch về bất động sản tại Việt Nam

TS. Nguyễn Hải An

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

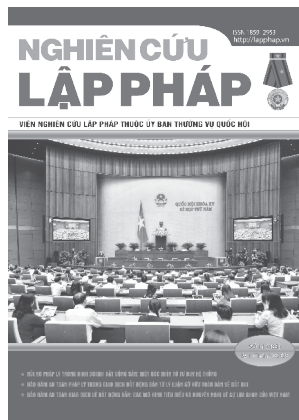
- 49** Bảo đảm an toàn giao dịch về bất động sản: các mô hình tiêu biểu và khuyến nghị về sự lựa chọn của Việt Nam

PGS. TS. Nguyễn Ngọc Điện

CHÍNH QUYỀN ĐỊA PHƯƠNG

- 58** Thể chế hóa Hiến pháp năm 2013 về mô hình thành phố thuộc thành phố trực thuộc trung ương

ThS. Lưu Đức Quang



HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

TS. Nguyễn Văn Hiến (Chủ tịch)
GS. TSKH. Đào Trí Úc
GS. TS. Nguyễn Minh Đức
TS. Hoàng Xuân Hòa
TS. Lê Hải Đường
TS. Lương Minh Tuấn (Thư ký)
PGS. TS. Trương Hồ Hải
PGS. TS. Bùi Nguyên Khánh
PGS. TS. Tô Văn Hòa
PGS. TS. Vũ Công Giao
PGS. TS. Ngô Huy Cương
PGS. TS. Vũ Hồng Anh

PHÓ TỔNG BIÊN TẬP PHỤ TRÁCH:

TS. LƯƠNG MINH TUẤN

TRỤ SỞ:

35 NGÔ QUYÊN - HOÀN KIẾM - HÀ NỘI.
ĐT: 08048376; 024.32121203
FAX: 0243.2121201
Email: nclp@quochoi.vn
Website: <http://lapphap.vn>

THIẾT KẾ:

QUÁCH HỮU HÙNG
DƯƠNG QUANG THỌ

GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

Số 438/GP-BTTTT NGÀY 29-10-2013
CỦA BỘ THÔNG TIN VÀ TRUYỀN THÔNG

PHÁT HÀNH - QUẢNG CÁO

HÀ NỘI: 0243.2121202; 08044732

TÀI KHOẢN:

107000943928
TẠP CHÍ NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP
NGÂN HÀNG THƯƠNG MẠI CỔ PHẦN
ĐẠI CHỨNG VIỆT NAM
(PVCOMBANK), CHI NHÁNH HỘI SỞ CHÍNH
MÃ SỐ THUẾ: 0101138205
IN TẠI CÔNG TY TNHH GIẤY VỠ HỒNG ĐIẾP

GIÁ: 25.000 ĐỒNG

Ảnh bìa: Phiên làm việc toàn thể của Quốc hội tại Hội trường, Kỳ họp thứ 5 Quốc hội khóa XV.

Ảnh: Cổng TTĐT Quốc hội.

LEGISLATIVE STUDIES

<http://lapphap.vn>

INSTITUTE FOR LEGISLATIVE STUDIES UNDER THE STANDING COMMITTEE OF THE NATIONAL ASSEMBLY OF THE S.R. VIETNAM

Legis No 11/2023

STATE AND LAW

- 3** Legal Risks in Real Estate Business: A Perspective from Systems Thinking

Prof. Dr. Pham Duy Nghia

- 12** An Urgent Need for Institutionalization of the Ban on Electronic Tobacco Products regarding Children

Prof. Dr. Le Hong Hanh - LL.M. Phan Quynh Nhu

DISCUSSION OF BILLS

- 21** Assurance of Legal Safety in Real Estate Transactions from the Thoughts of Land under Collective Ownership of the Citizens

Dr. Ninh Thi Hien – Prof. D.Sc. Dang Hung Vo

- 37** Discussion of Provisions of the Draft Law on Real Estate Business (amendment)

Lawyer. Huynh Thi Kim Thoa – LL.M. Tran Thi Bich Thuc

LEGAL PRACTICE

- 42** Adjudicating Practice of Civil Cases related to Real Estate Transactions in Vietnam

Dr. Nguyen Hai An

FOREIGN EXPERIENCE

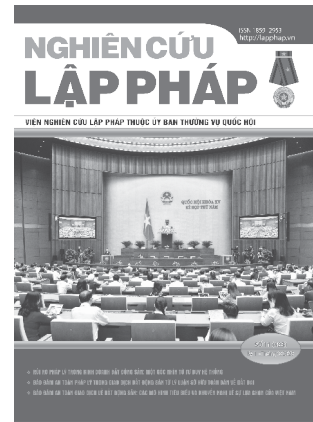
- 49** Transaction Security in the Real Estate Business: Typical Modalities and Recommendations for Vietnam

Prof. Dr. Nguyen Ngoc Dien

LOCAL GOVERNMENT ADMINISTRATION

- 58** Institutionalization of the Constitution of 2013 on the Modality of Municipality City under Central City

LL.M. Luu Duc Quang



EDITORIAL BOARD:

Dr. Nguyen Van Hien (Chairman)
Prof. Dr. Dao Tri Uc
Prof. Dr. Nguyen Minh Duc
Dr. Hoang Xuan Hoa
Dr. Le Hai Duong
Dr. Luong Minh Tuan (Secretary)
Prof. Dr. Truong Ho Hai
Prof. Dr. Bui Nguyen Khanh
Prof. Dr. To Van Hoa
Prof. Dr. Vu Cong Giao
Prof. Dr. Ngo Huy Cuong
Prof. Dr. Vu Hong Anh

CHIEF EDITOR IN CHARGE:

DR. LUONG MINH TUAN

OFFICE:

35 NGO QUYEN - HOAN KIEM - HA NOI.
ĐT: 08048376; 024.32121203
FAX: 0243.2121201
Email: nclp@quochoi.vn
Website: <http://lapphap.vn>

DESIGN:

QUACH HUU HUNG
DUONG QUANG THO

LISENCE OF PUBLISMENT:

Nº 438/GP-BTTTT DATE 29-10-2013
MINISTRY OF INFORMATION
AND COMMUNICATION

DISTRIBUTION

HA NOI: 0243.2121202; 08044732

ACCOUNT NUMBER:

107000943928
JOURNAL OF LEGISLATIVE STUDIES
VIETNAM PUBLIC JOINT STOCK
COMMERCIAL BANIK
(PVCOMBANK)
TAX CODE: 0101138205

PRINTED AT HONG DIEP PAPER COMPANY LIMITED

PRICE: **25.000 VND**

RỦI RO PHÁP LÝ TRONG KINH DOANH BẤT ĐỘNG SẢN: MỘT GÓC NHÌN TỪ TƯ DUY HỆ THỐNG

Phạm Duy Nghĩa

PGS. TS. Đại học Fulbright Việt Nam, Trong tài viên VIAC.

Thông tin bài viết

Từ khóa: Bất động sản, kinh doanh bất động sản, rủi ro pháp lý, tư duy hệ thống.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài: 30/03/2023
Biên tập: 24/04/2023
Duyệt bài: 26/04/2023

Article Information

Keywords: Real estate; real estate business; legal risks; systems thinking.

Article History:

Received: 30 Mar. 2023
Edited: 24 Apr. 2023
Approved: 26 Apr. 2023

Tóm tắt:

Trong bài viết này, tác giả trình bày, phân tích nguyên nhân đã dẫn tới các rủi ro pháp lý trong kinh doanh bất động sản. Từ những bức xúc của doanh nghiệp kinh doanh bất động sản, bức xúc của người mua nhà, cũng như của các bên liên quan khác, tác giả cho rằng, lỗi thiết kế trong hệ thống pháp luật về kinh doanh bất động sản mới là điều cốt lõi, đây là điều cần phải thảo luận kỹ trước khi sửa các đạo luật liên quan.

Abstract:

Within this article, the author gives a presentation and an analysis of the causes leading to legal risks in the real estate business. From the frustrations of real estate businesses, the frustrations of home buyers, as well as other stakeholders, the author believes that there is a design error in the legal system for real estate businesses, which is the bottom line and needs to be reviewed and discussed carefully before amending the relevant laws.

1. Dẫn nhập

Một thời khắp nơi xôn xao buôn đất đã qua đi. Dự án, đất nền, căn hộ, nhà thương mại, nhà nghỉ dưỡng, sở hữu kỳ nghỉ, hàng hiệu cho giới siêu giàu, đủ loại sản phẩm nhà đất từ cổ truyền tới các quyền tài sản hiện đại được chào bán rầm rộ ở nước ta. Hạ nhiệt, người mua cạn tiền, chủ dự án cũng cạn tiền, nhiều doanh nghiệp không giữ được lời hứa trả vốn và lãi cho trái chủ, không giữ được lời hứa hỗ trợ chiết khấu lãi vay cho người mua nhà. Ngân hàng lo nợ xấu, xây dựng đình đốn,

liên lụy đến cả vạn người cung cấp hàng hóa, dịch vụ bám theo cụm ngành kinh doanh bất động sản (BDS). Tùy cách thống kê, ngành này chiếm đáng kể trong tổng sản phẩm quốc nội¹; bởi vậy, trục trặc trong kinh doanh BDS đủ nghiêm trọng để cả nước phải quan tâm.

Nước ta cũng thật nhiều chuyên gia BDS. Thủ phạm mau chóng được phơi bày: nó chính là pháp lý, pháp lý BDS². Hiệp hội BDS TP. Hồ Chí Minh còn ước tính rằng, 70% khó khăn của doanh nghiệp kinh doanh BDS là do trục trặc pháp lý³. Pháp lý kinh

1 Huỳnh Thế Du, Bất động sản trong nền kinh tế, Thời báo kinh tế Sài Gòn, <https://thesaigontimes.vn/bat-dong-san-trong-nen-kinh-te/>.

2 An Vũ (2023), Doanh nghiệp “bất động” khi luật chống chéo, Reatimes, ngày 29/03/2023, <https://reatimes.vn/doanh-nghiep-thiet-hai-nang-vi-vuong-cac-xung-dot-phap-luat--20201224000018494.html>.

3 Trọng Tín (2022), Vương mắc pháp lý chiếm 70% khó khăn của các doanh nghiệp bất động sản, Báo Đầu tư ngày 09/11/2022, <https://baodautu.vn/batdongsan/vuong-mac-phap-ly-chiem-70-kho-khan-cua-cac-doanh-nghiep-bat-dong-san-d177470.html>.

doanh BĐS là gì, và vì sao nó có thể cản trở kinh doanh BĐS tới mức gần như đóng băng cả thị trường. Nghi vấn này cần có câu trả lời thỏa đáng. Nếu vấn đề chính sách cần quan tâm là trực trặc pháp lý, thì cần phân tích rõ hơn nguyên nhân sâu xa đã dẫn tới những trực trặc đó, trị bệnh phải trị từ gốc, tránh chỉ bôi thuốc sát trùng vào vết thương. Mỗi lần thị trường sốt hoặc đóng băng lại có người đề xuất đem luật ra mà sửa. Chỉ e rằng, nếu không gia cố nền móng hệ thống, những sửa chữa vụn vặt có khi làm cho pháp luật thêm rời rạc, luật nhiều mà thiếu nhất quán.

Ai cũng biết thực tế cát cứ trong hoạch định và thực thi chính sách, pháp luật luôn tạo ra những rủi ro mới, xử lý được trực trặc cũ lại mọc thêm ra thách thức mới, trong kinh doanh BĐS. Từng mảng nhỏ bị xô đẩy bởi sức ép của thị trường và mong đợi của người dân, các giải pháp sửa đổi luật phản ánh những cuộc tìm kiếm liên miên để xây dựng liên minh trong quá trình thỏa hiệp chính sách. Không ngạc nhiên, ngôn ngữ chính trị, ngôn ngữ của nhà điều hành, thậm chí ngôn ngữ bình dân... cứ tự nhiên tràn vào các Dự thảo Luật Đất đai, Luật Kinh doanh BĐS, Luật Nhà ở. Sự thỏa hiệp mang tính thuận tiện, thực dụng này đang làm lu mờ dần các khái niệm pháp lý có tính trừu tượng cao vốn được dùng trong giới chuyên môn. Nếu xem nhẹ tư duy hệ thống, thích hái ngay những trái vừa tầm tay mà không suy tưởng tới những học lý nhất quán, luật của nước ta sẽ càng thêm nhiều, song chúng lê thê dài dòng mô tả. Móng mà yếu, thì dù có được khéo léo vá vúi tới đâu, các căn phòng trong ngôi nhà pháp luật kinh doanh cũng khó mà bền vững.

2. Khung lý thuyết: Nền móng pháp luật của thị trường bất động sản là gì?

Dù chế độ sở hữu và đặc trưng thị trường các quốc gia rất khác nhau, song có thể khái quát 4 bên liên quan dưới đây có ảnh hưởng mang tính quyết định tới thị trường BĐS ở bất kỳ đâu: (1) Nhà nước với vai trò kép: vừa là nhà phân phối, điều tiết tiếp cận đất đai, vừa điều tiết thị trường; (2) Doanh nghiệp phát triển đất, với tính chất là người thiết kế, tổ chức thực hiện và thương mại hóa các sản phẩm BĐS để làm tăng thêm giá trị đất⁴; (3) Người mua các sản phẩm BĐS, để ở, để đầu cơ, để đầu tư, hay đơn giản chỉ là để giữ gìn của cải; và (4) Các định chế hỗ trợ khác, nhất là ngân hàng cấp vốn, các công ty xây dựng, các dịch vụ công chứng, giám định, kiểm định, môi giới, tư vấn.

Để thị trường phát triển, Nhà nước phải trao quyền tài sản tương đối ổn định cho các doanh nghiệp phát triển đất. Nhà nước điều tiết toàn bộ quá trình thiết kế, tổ chức thực hiện và thương mại hóa các sản phẩm BĐS, từ quy hoạch, định chuẩn xây dựng, điều tiết bất cân xứng thông tin trong giao dịch BĐS giữa doanh nghiệp phát triển đất, ngân hàng bảo lãnh hoặc cấp vốn, và người mua. Pháp luật kinh doanh BĐS vì thế thường gồm ba lát cắt chính: (1) nền tảng là pháp luật về tiếp cận quyền tài sản đất đai, (2) cơ sở để điều tiết thị trường là pháp luật hành chính, (3) tự do giao dịch huy động vốn và thương mại hóa các sản phẩm BĐS dựa trên pháp luật hợp đồng.

Rủi ro pháp lý luôn xuất hiện trong cả ba lát cắt nêu trên: Khả năng tiếp cận đất đai của doanh nghiệp phát triển đất có thể không chắc chắn, quyền tài sản đất đai không an toàn, các can thiệp vào quá trình thiết kế, thực hiện và thương mại hóa các sản phẩm

4 Tác giả ưa dùng khái niệm doanh nghiệp phát triển đất, với hàm ý các doanh nghiệp này làm giàu cho đất, làm tăng giá trị của đất, họ thiết kế và triển khai các sản phẩm BĐS góp phần nâng cao chất lượng sống của người mua. Theo nghĩa đó, họ kinh doanh BĐS không chỉ để kiếm lời.

BDS của cơ quan hành chính không minh bạch, tùy tiện, khó tiên liệu, và các rủi ro pháp luật hợp đồng, khả năng tự do thương lượng và cưỡng chế thực thi hợp đồng trong triển khai dự án và thương mại hóa các sản phẩm BDS.

Một thị trường sạch bóng rủi ro chỉ có trong thế giới của truyện cổ tích. Tham gia vào thị trường BDS đồng nghĩa với chấp nhận đủ loại rủi ro. Người thành công, ngoài may mắn, chắc rằng cần có một chiến lược quản trị rủi ro phù hợp. Đại thể, một chiến lược quản trị rủi ro có các cấu phần sau đây: (i) doanh nghiệp phát triển đất phải có chiến lược thúc đẩy nhận thức và đào tạo về quản trị rủi ro; (ii) phải xây dựng quy định và chính sách nội bộ để theo dõi, cảnh báo sớm các rủi ro; (iii) phải tìm cách định lượng được thiệt hại, có chiến lược hạn chế, giảm thiểu thiệt hại, và cuối cùng; (iv) nếu rủi ro biến thành tranh chấp thì phải có một chiến lược phù hợp để bảo vệ lợi ích, thương lượng và giải quyết tranh chấp một cách chủ động.

Một điều thú vị cần lưu ý thêm, sức ép quốc tế hóa xuất hiện ở cả ba lát cắt nêu trên của pháp luật kinh doanh BDS. Dù gắn với đất, tức là có tính chất cá biệt, đặc thù, lệ thuộc vào từng quốc gia, lãnh thổ, song việc thiết kế các sản phẩm BDS và cách chào bán chúng cho người mua chịu ảnh hưởng rõ nét của quốc tế hóa và hội nhập toàn cầu. Sở hữu kỳ nghỉ, BDS nghỉ dưỡng, BDS lai vừa ở - vừa làm văn phòng... là vài ví dụ. Tổ tiên của người Việt chúng ta, nếu hồn linh thiêng có thành thoi về thăm con cháu, chắc cũng sẽ ngỡ, khó mà tìm được một khu dân cư, đô thị, cụm chung cư mới nào được đặt tên thuần Việt, chúng đều lai-căng với những thứ tiếng ở đâu. Ở tầng doanh nghiệp phát triển đất, các kênh tài chính để thực hiện dự án BDS cũng được quốc tế hóa, các công cụ tài chính đa dạng tràn qua biên giới các quốc gia. Mua bán tài sản hình thành trong

trương lai, trái phiếu doanh nghiệp là vài ví dụ. Tầng cuối cùng liên quan đến quyền tiếm cận đất đai của doanh nghiệp, dù tên gọi sở hữu đất đai các nước rất khác nhau, song các quyền tài sản, quyền xây dựng, quyền khai thác vận hành các công trình, các quyền khai thác không gian ngầm và không gian bên trên từng ô thửa đất.. đều có thể so sánh được với kinh nghiệm và thực tiễn quốc tế. Vì lẽ đó, không nên quá nhấn mạnh pháp luật kinh doanh BDS của Việt Nam là riêng biệt, là đặc thù, là không thể so sánh được với pháp luật nước khác. Luật đất đai và kinh doanh BDS không phải là địa hạt tuyệt nhiên miễn nhiệm với các trào lưu quốc tế hóa, các kinh nghiệm quốc tế hoàn toàn cần được tham khảo để điều tiết và vận hành thị trường này một cách bình thường.

Tóm lại, nền móng của pháp luật kinh doanh BDS nên hướng tới thực tiễn tốt quốc tế, nó phải đáng tin cậy và bền vững giống như ở các quốc gia phát triển. Đó nên là định hướng sửa luật.

3. Nhìn lại 30 năm phát triển hệ thống pháp luật về kinh doanh bất động sản ở Việt Nam

Ôn cố tri tân, nếu không kể thế hệ các ông Hứa Bồn Hỏa thời thuộc địa, nghề làm giàu cho đất mới có ở nước ta từ những năm 1993. Luật Đất đai năm 1993 với 86 điều, đề đặt trao cho người sử dụng đất những quyền tài sản có tính chất tư hữu đầu tiên. Rồi từ đó, cứ mười năm một lần, đạo luật này được nới rộng đáng kể, tăng thành 146 điều vào năm 2003, 212 điều vào năm 2013, rồi sắp tới với khoảng 245 điều nếu được thông qua như dự kiến vào tháng 10 năm 2023. Luật này trao quyền cho tổ chức, cá nhân sử dụng đất, tạo công bằng, và hy vọng thúc đẩy các cơ hội, các sáng kiến, làm giàu thêm cho đất.

Xét về phương diện phân phối đất đai, sau Hiến pháp năm 1992, quả thực Luật Đất đai năm 1993 là đạo luật quan trọng bậc

nhất, lần đầu tiên trao quyền dân sự về tài sản đất đai cho người dân. Bộ luật Dân sự (BLDS) thường được các nhà lý thuyết tụng ca là luật gốc, song cái gốc ấy hai năm sau đó mới được ban hành. Ra đời hai năm sau, song BLDS năm 1995 không thể bỏ sung đáng kể gì cho các quyền tài sản quan trọng vốn đã được ghi nhận trước đó trong Luật Đất đai năm 1993. Mười năm trước đây, vào năm 2013, Luật Đất đai cũng được ban hành chỉ đúng một ngày sau Hiến pháp năm 2013, nó mới chính là luật gốc cho các quyền tự do sở hữu, tài sản, nó mới thực sự tạo nền móng cho nền kinh tế nước ta. Nói ra sợ chạnh lòng các nhà lập pháp, song quả thực trong 30 năm qua, BLDS chưa bao giờ có được vị thế là luật gốc cho các hoạt động kinh doanh BĐS ở nước ta như các nhà lý thuyết hằng mong muốn.

Cũng từ cái gốc trao các quyền tài sản có tính tư hữu của Luật Đất đai, bắt đầu sau năm 1993, một giới doanh nghiệp phát triển đất đã ra đời. Với sự dấn thân của họ, những khu công nghiệp, đô thị, hạ tầng dịch vụ đã mọc lên, họ đã làm tăng thêm đáng kể giá trị của đất. Nhà nước bắt đầu quy định điều kiện kinh doanh cho doanh nghiệp phát triển đất (Luật Doanh nghiệp và các quy định có liên quan). Để có được một dự án phát triển đất, dự án ấy phải được thiết kế theo các quy định của Luật Đầu tư. Doanh nghiệp trở thành chủ dự án thông qua các quy định của Luật Đấu thầu. Quyền tiếp cận đất đai thường phải theo sau những quá trình định giá, thu hồi, bồi thường, giải phóng mặt bằng, tái định cư, lợi ích của các chủ sử dụng đất hiện hữu phải được giải quyết ổn thỏa. Đặc biệt, nếu lô đất được chuyển giao từ một đơn vị công lập, các quy định liên quan đến định giá, đấu thầu, đấu giá, quản lý và sử dụng công sản hoặc đầu tư công sẽ được áp dụng. Sau khi có được dự án, có quyền tiếp cận đất đai, doanh nghiệp mới có thể thiết kế các sản phẩm BĐS phù hợp cho thị trường, họ huy động nguồn

lực tài chính, tổ chức xây dựng, và thương mại hóa các sản phẩm BĐS đến tay người mua. Tất cả khung khổ pháp lý cần thiết cho kinh doanh BĐS đã được hình thành và mở rộng đáng kể trong 30 năm qua.

Quy trình nêu trên được thực hiện qua vô vàn tương tác giữa các cấp chính quyền, các cơ quan điều tiết (quy hoạch, xây dựng, đầu tư, tài chính...) với doanh nghiệp phát triển đất. Ít ai ngây thơ cho rằng, quan hệ hành chính này luôn mang tính quản lý, áp đặt, bất bình đẳng, như nhiều nhà lý thuyết hành chính nước ta thường suy tưởng. Tùy theo ai là chủ dự án, quyền lực hành chính, quyền lực chính trị và quyền lực thị trường đôi khi e ấp bên nhau; ai chèo, ai lái, ai thúc, ai đẩy để hình thành một dự án đôi khi chỉ người trong cuộc mới tận tường. Chỉ có điều, sản phẩm cuối cùng của cả quá trình rắc rối này là một bộ Hồ sơ pháp lý của dự án, đôi khi gồm khoảng vài ba chục loại giấy tờ, quyết định hành chính khác nhau. Cứ đếm số con dấu có quốc huy triện trên bộ Hồ sơ pháp lý là có thể đoán ngược lại những thủ tục hành chính tối thiểu mà doanh nghiệp đã phải trải qua.

Tùy loại sản phẩm BĐS, người mua và mục đích mua BĐS vô cùng đa dạng. Nhà đất để ở, nhà đất để đầu cơ, nhà đất như một công cụ đầu tư, nhà đất như một kênh trú ẩn cất giữ của cải, một dạng bảo hiểm phòng rủi ro và chuẩn bị cho tuổi già. Với người siêu giàu, BĐS hàng hiệu đôi khi chỉ có mục đích như là một dấu hiệu định vị đẳng cấp của họ. Tuy thế, trong mỗi quan hệ hợp đồng với doanh nghiệp phát triển đất, người mua nhà đất thường yếu thế, bất lợi, bị hạn chế đáng kể về khả năng thương thảo, đàm phán, chủ yếu do hiện trạng bất cân xứng thông tin. Luật Nhà ở, Luật Kinh doanh BĐS, BLDS, Luật Bảo vệ người tiêu dùng... tạo nên khung khổ pháp lý căn bản điều chỉnh mối quan hệ hợp đồng giữa doanh nghiệp phát triển đất và người mua.

4. Rủi ro pháp lý cho doanh nghiệp phát triển đất

Trong một thế giới thượng tôn pháp luật, dự án sạch về pháp lý, tức là sau khi đã có một bộ Hồ sơ pháp lý hoàn chỉnh, mới được phép triển khai. Điều lý tưởng ấy ít xảy ra ở nước ta vì nhiều lý do khách quan và chủ quan. *Thứ nhất*, tự thân nhiều thủ tục hành chính đôi khi tự mâu thuẫn, con gà và quả trứng tranh luận bất tận ai sẽ là điều kiện tiên quyết cho ai. Có đất trước rồi mới cho đấu thầu dự án, hay phải có dự án được phê chuẩn rồi mới có thể tiếp cận đất. *Thứ hai*, vòng đời pháp luật và chỉ đạo điều hành ở nước ta khá ngắn, công văn chỉ thị thay đổi thường xuyên, thông tư của cấp bộ thay đổi hàng năm, các nghị định của Chính phủ thường thay đổi trong 2-3 năm, các đạo luật thì có vòng đời dài hơn, thường thay đổi trong khoảng 5-10 năm. *Thứ ba*, cùng một quy định song ứng xử của công chức có thẩm quyền có thể thay đổi theo nhiệm kỳ hoặc tùy theo đánh giá cá nhân của lãnh đạo. Tuân thủ pháp luật, sạch về pháp lý, trở nên khó khăn. Thiếu trách nhiệm, gây hậu quả nghiêm trọng, cho tới tội phạm đôi khi chỉ là những nấc thang khác nhau tùy theo cách quy chiếu, đánh giá cùng một sự kiện.

Về mặt chủ quan, chuyển đổi kinh tế phát ra vô tận tín hiệu từ thị trường, từ nhu cầu của người mua nhà, từ chính sách, và nhất là từ hành vi điều tiết và đầu tư công của Nhà nước. Giới kinh doanh đón nhận các tín hiệu đó, họ thúc đẩy các giao dịch với các bên liên quan để thực hiện ý tưởng kinh doanh của mình. Pháp luật sẽ nổi dần lên, từ sơ khai đến tinh vi, từ quy định tạm thời đến các bộ luật nghiêm trang, từ văn bản cấp thấp tới quy phạm cao hơn, cứ như thế để ghi nhận và bảo vệ quyền của các bên liên quan, để điều phối lợi ích giữa họ, và nếu

có tranh chấp cần quy định các giao thức để tranh chấp được dàn xếp một cách ôn hòa. Lý thuyết về pháp luật và phát triển trong các quốc gia chuyển đổi như nước ta thường dựa trên một giả thuyết khái quát như thế. Không thể ngồi chờ có luật tốt, rồi thực thi tốt, thì mới thúc đẩy phát triển được. Ngược lại, mọi tiền đề, và kể cả pháp luật, đều nổi lên khá ngẫu nhiên, đồng thời. Để minh họa cho cái lý thuyết rắc rối này, đầu những năm 1990, doanh nghiệp phát triển đất tại khu đô thị mới Phú Mỹ Hưng đã không ngồi chờ có pháp luật hoàn thiện mới bắt tay xúc tiến các dự án đô thị mới ở Nam Sài Gòn. Đón nhận tín hiệu từ thị trường, họ vừa lập liên doanh, vừa xin chủ trương, vừa vận động chính sách từ địa phương tới trung ương, vừa thiết kế dự án, vừa xây dựng phương án tài chính, vừa trình phê duyệt các cơ chế chính sách, tất cả các giao dịch ấy diễn ra song song; đồng thời, chúng đã giúp ghi nhận, bảo vệ quyền, đã giúp điều phối lợi ích của các bên liên quan. Cuối cùng, một đô thị mới kiểu mẫu Phú Mỹ Hưng đã hình thành⁵.

Dù pháp luật nước ta đã đổi thay nhanh trong 30 năm qua, song cách tiến hành một dự án phát triển đất vẫn tuân theo những quán tính đại thể như mô tả ở trên. Để có đất, có dự án, có Hồ sơ pháp lý, huy động vốn và triển khai dự án, doanh nghiệp chủ động thúc đẩy hình thành dự án, chủ động thúc đẩy chuyển đổi mục đích sử dụng đất, tìm mọi cách hợp thức hóa tích tụ đất đai của mình theo khuôn mẫu của pháp luật đầu tư, đấu thầu, hoặc đấu giá. Hồ sơ pháp lý đôi khi chưa hoàn chỉnh song dự án có thể đã được chuyển nhượng (ví dụ thông qua mua bán cổ phần chi phối), hoặc việc huy động tài chính từ người mua nhà (hợp đồng đặt cọc, hợp đồng góp vốn, hợp đồng liên kết) đã được triển khai. Đây mới chính là nguyên

5 Phan Chánh Dưỡng (2022), Ký ức theo dòng đời, Nxb. Đà Nẵng, xem tr. 201-219.

nhân sâu xa dẫn tới vô vàn rủi ro pháp lý mà doanh nghiệp phát triển đất phải đối mặt. Không chỉ từng quy định, từng đạo luật, mà cách thức cả hệ thống pháp luật vận hành, với sự biến chuyển đáng kinh ngạc của nó, luôn đuổi theo và phản ứng lại với những thôi thúc thị trường, đó mới chính là nguyên nhân dẫn tới mọi rủi ro pháp lý.

Bởi vậy, tựa như một tiểu kết, không ai mong chờ hết rủi ro mới bắt tay vào kinh doanh. Ở một thị trường lai tạp và biến động mạnh như Việt Nam, từ góc nhìn của mỗi doanh nghiệp, tùy theo quy mô, tiềm lực kinh tế, và lĩnh vực kinh doanh BĐS đặc thù, cần phát triển một chiến lược quản trị rủi ro pháp lý riêng của mình.

5. Thêm một góc nhìn về rủi ro pháp lý cho người mua nhà

Tựa như mọi chi phí sản xuất, suy cho cùng, sẽ do người tiêu dùng gánh chịu. Các rủi ro của doanh nghiệp phát triển đất, như mô tả ở trên, cũng sẽ tìm đường chuyển thành chi phí cho những người mua nhà gánh chịu. Dù chưa đủ Hồ sơ pháp lý, dự án có thể đã được triển khai, chuyển nhượng, các sản phẩm BĐS còn đợi hình thành trong tương lai đã được chào bán và thu tiền trước. Người mua chấp nhận rủi ro vì họ thường được hưởng một lợi nhuận kỳ vọng thỏa đáng. Vào thời điểm hoàn công bàn giao nhà đất, với bộ Hồ sơ pháp lý của dự án được bổ sung đáng kể thêm, giá của sản phẩm BĐS kỳ vọng sẽ tăng, mang lại cho người mua một giá trị thặng dư thỏa đáng, đủ để họ vui lòng chấp nhận rủi ro.

Trong một tình trạng bất định, chưa dễ đoán trước, doanh nghiệp phát triển đất thường chủ động soạn sẵn vô số mẫu hợp đồng, các cam kết và biên nhận. Người mua, nhất là người mua đơn lẻ, thường ở thế chịu bất cân xứng thông tin và ít cơ hội quản trị được rủi ro của mình. Các mẫu hợp đồng đặt cọc, mua quyền ưu tiên mua nhà, các hợp

đồng góp vốn, và cuối cùng là các hợp đồng mua bán sản phẩm BĐS, thường không cần che giấu sự bất cân xứng nêu trên. Thậm chí khi vi phạm, về tiến độ, về chất lượng, về tiêu chuẩn và hồ sơ pháp lý của sản phẩm BĐS, doanh nghiệp phát triển đất thường vẫn có nhiều cơ hội để né tránh trách nhiệm hợp đồng hơn là người mua nhà. Thực tiễn tranh chấp giữa chủ dự án và người mua nhà trong các năm qua đầy ắp các minh chứng cho các nhận xét kể trên.

Cần lưu ý thêm rằng, đằng sau mỗi người mua nhà là gia đình của họ. Trục trặc của một dự án BĐS, hiển nhiên sẽ phát sinh chi phí, những chi phí này suy cho cùng sẽ làm lan rộng thiệt hại tới công chúng. Doanh nghiệp phát triển đất, nếu mất khả năng thanh toán, sẽ không trả được lãi và nợ gốc của các trái phiếu đến hạn, sẽ không thực hiện được dự án như cam kết, sẽ từ chối hỗ trợ chiết khấu lãi vay cho người mua, tăng nguy cơ hình thành nợ xấu ngân hàng. Nhà nước, tùy theo ưu tiên, sẽ lựa chọn các chính sách can thiệp, và đến lượt chúng, các chính sách này đều phát sinh chi phí, một lần nữa, chúng thường được trải rộng dần tới các hộ gia đình và người dân nước ta.

6. Gợi mở một tư duy hệ thống

Rà soát từng quy định cụ thể của các đạo luật liên quan, và hy vọng qua mỗi lần sửa đổi từng đạo luật riêng rẽ sẽ giúp giảm rủi ro pháp lý trong cả 3 lát cắt: (i) phân phối đất đai, (ii) thực hiện dự án phát triển đất, và (iii) thương mại hóa các sản phẩm BĐS tới người mua. Đó là cách thức mà các nhà lập pháp nước ta đang làm. Sau sửa đổi Luật Đất đai sẽ là Luật Kinh doanh BĐS, Luật Nhà ở, Luật Đấu thầu, Luật Đấu giá, Luật Công chứng và vô số các đạo luật khác có liên quan đến kinh doanh BĐS. Điều này chắc là đúng, song chưa đủ, và cũng có một vài rủi ro. Bởi lẽ, pháp luật liên quan đến kinh doanh BĐS đã rất um tùm, từ hàng chục đạo luật, vô số

ng nghị định, thông tư, quyết định, đến công văn chỉ đạo, cùng là cách nhìn nhận đánh giá của lãnh đạo các cấp, thực tế đời sống pháp luật chẳng chịt tới mức khó có nhà soạn luật nào đủ sức rà soát. Trong rừng rậm đôi khi người ta chỉ có thể cảm nhận được vương vít theo mỗi bước chân.

Bổ sung thêm cho cách làm này, tôi góp một thiếu ý, có lẽ cần nhấn mạnh một tư duy hệ thống trong cả 3 lát cắt nêu trên, tạo nền tảng chung, tạo bản lề cho tất cả các đạo luật liên quan đến kinh doanh BĐS từ nay và về sau. Tinh thần đúng, tư duy đúng, thì hành vi mới đúng. Muốn sửa hành vi, không có gì hiệu quả và lâu bền hơn là cần phải sửa tinh thần. Vậy để doanh nghiệp phát triển đất, người mua nhà, và công chúng đỡ phải chịu đựng nhiều rủi ro không đáng có của hệ thống pháp luật, các đạo luật liên quan cần được gia cố trên nền móng như thế nào?

6.1. Về phân phối đất đai

Sơ bộ xem xét quyền tiếp cận đất đai cho doanh nghiệp phát triển đất ở Trung Quốc có thể thêm gợi mở cho các thảo luận chính sách ở nước ta⁶. Bắt đầu cùng thời điểm, từ những năm 1994, các công ty phát triển đất ở Trung Quốc cũng mới hình thành. Các tỉnh và địa phương ở Trung Quốc buộc phải tự lo tài chính để phát triển hạ tầng cũng như thúc đẩy phát triển GDP, họ tìm đủ cách phát triển và tăng nguồn thu dựa trên nguồn tài nguyên đất đai. Các chính quyền địa phương ở Trung Quốc theo đuổi các chiến lược phát triển dựa trên hạ tầng, dựa trên giao thông, đường bộ, đường sắt, họ thu hồi đất-làm hạ

tầng, và bán quyền phát triển đô thị cho các doanh nghiệp phát triển đất-thường thông qua các cuộc đấu giá có tính cạnh tranh. Các khoản tiền bán quyền phát triển thường là trọn gói, trả một lần. Như vậy, không vận động để được giao hay thuê đất theo các thủ tục hành chính nhiều khâu, không phải tiền thuê đất hàng năm và ảm ức khó mà vốn hóa được quyền thuê đất như ở nước ta, các doanh nghiệp phát triển đất ở Trung Quốc có quyền tiếp cận đất đai minh bạch, chắc chắn hơn rất nhiều. Thêm nữa, không phải tiền thu đất hàng năm với giá ấn định khi chưa có đầu tư hạ tầng, mà quyền phát triển các lô đất và giá trị tăng thêm trong tổng thể quy hoạch phát triển đô thị, kết hợp với phát triển hạ tầng, mới là nguồn thu chính của các địa phương Trung Quốc. Trong 30 năm qua, khoản tiền bán quyền phát triển này đã đóng góp khoảng 40% ngân sách của các tỉnh. Quy mô ngành kinh doanh BĐS, xây dựng và liên quan có khi được ước tính chiếm khoảng 30% GDP ở Trung Quốc⁷.

Tóm lại, với cùng một thời điểm xuất phát, song do được thiết kế khác, vận hành bởi các chính quyền địa phương có năng lực quản trị phát triển chuyên nghiệp, thị trường BĐS ở Trung Quốc đã đạt mức độ phát triển rất khác xa so với Việt Nam. Thành tựu phát triển của họ dựa trên quyền tiếp cận đất đai mạch lạc và ổn định của doanh nghiệp phát triển đất. Họ được chính quyền địa phương lựa chọn dựa trên đấu thầu cạnh tranh, giá tiền mua quyền phát triển lô đất là trọn gói, trả một lần. Chuẩn bị đất sạch và hồ sơ quy

6 Tham khảo thêm các nghiên cứu của OECD theo https://www.oecd.org/cfe/cities/Land_value_capture_China.pdf.

7 Trung Quốc cũng gặp nhiều trục trặc, cả chính quyền địa phương và doanh nghiệp phát triển đất đều trở thành “con tin” của sức ép phát triển. Chính quyền cần dự án mới để tăng GDP, tăng nguồn thu từ tiền bán quyền phát triển. Doanh nghiệp cần dự án mới làm tài sản bảo đảm vay vốn ngân hàng, cần thu tiền trả trước của người mua nhà để tạo nguồn lực thực hiện dự án. Giá BĐS tăng nhanh ở các đô thị phát triển, đầu cơ và phát triển dự án quá mức tạo nên các đô thị ma, không có người ở. Xuất hiện nhiều doanh nghiệp BĐS mất khả năng thanh toán, khoản nợ của riêng công ty Evergrande đã ước đạt ngưỡng 300 tỷ USD, tình trạng này đe dọa sự ổn định tài chính quốc gia, làm lung lay niềm tin của người gửi tiền và người mua nhà. Chính phủ Trung Quốc đã can thiệp mạnh mẽ, với nhiều chính sách đa dạng, để hạn chế đổ vỡ kinh doanh BĐS, tránh đổ vỡ ngân hàng, giảm giá nhà đất, thúc đẩy các can thiệp chính sách hạn chế đầu cơ nhà đất.

hoạch là nghĩa vụ của bên bán, tức là của chính quyền.

Sở hữu toàn dân về đất đai, sở hữu của Nhà nước (chính quyền đô thị) hay sở hữu của cộng đồng địa phương nông thôn là các khái niệm chính trị trừu tượng, song quyền thuê đất trong 50, 70, hay 99 năm để phát triển lô đất lại là một quyền tài sản cụ thể. Các quyền thuê đất, quyền sử dụng đất là những vật quyền, được quy định như nền móng trong Dân luật Trung Hoa năm 2020. Đây là một bài học rất căn bản, thị trường chỉ có thể phát triển dựa trên những quyền tài sản chắc chắn. Chính quyền phải dẫn dắt trong quy hoạch đô thị, phải cung cấp các lô đất sạch, phải khuyến khích cạnh tranh sòng phẳng để bán được quyền phát triển các lô đất cho công ty phát triển đất có năng lực nhất.

Nếu tư duy theo hướng này, thì các sửa đổi cho thuê đất thu tiền hàng năm, rồi sáng tạo mở rộng thêm quyền thuê của người trả tiền hàng năm, các sửa đổi về đấu thầu dự án.. quả chỉ là những vá vúi vụn vặt, không căn bản. Tư duy đó chưa thể hiện được tầm nhìn của một Chính quyền có năng lực, dẫn dắt trong quy hoạch phát triển hạ tầng và đô thị, lấy đất đai làm nguồn lực, tạo ra đất sạch để bán quyền phát triển cho các doanh nghiệp phát triển đất, một cách ổn định, dựa trên các nguyên lý của cạnh tranh công khai.

6.2. Thực hiện dự án

Nếu bộ Hồ sơ pháp lý của một dự án kinh doanh BĐS vẫn gồm ba bốn chục con dấu, mỗi bước đi lên lại kèm hàng chục bước dậm chân tại chỗ, thì đó là dấu hiệu của một nền hành chính phân tán, không rõ đầu mối chịu trách nhiệm, các bộ phận không chia sẻ thông tin và dữ liệu, quyền lực không được tập trung đủ mạnh ở các đầu mối. Không có một cấu trúc hành chính phân quyền rạch ròi, không có bộ máy công chức có năng

lực... thì khó giảm rủi ro pháp lý trong thực hiện dự án. Vậy, khi sửa các đạo luật như đất đai, kinh doanh BĐS, nhà ở, đấu thầu, xây dựng, hay quản lý công sản, cần lưu ý những gì để làm cho thủ tục hành chính minh bạch, dễ tuân thủ. Đây nên là một tiêu chí đánh giá xuyên suốt quá trình rà soát, xây dựng, thẩm định, thẩm tra và thông qua các dự án luật có liên quan.

Theo thiên ý của tác giả, để tránh chồng chéo, Luật Đất đai nên được thu hẹp lại, chỉ quy định về địa chính, hành chính đất đai. Tài chính đất đai nên được tách ra khỏi đạo luật này và chuyển về các đạo luật liên quan đến ngân sách, tài chính công. Luật Kinh doanh BĐS, Luật Xây dựng và Luật Nhà ở cũng không nên bao gồm các khía cạnh vật quyền/quyền tài sản. Những quyền dân sự cơ bản này nên được quy định lâu dài-ổn định trong BLDS. Vậy nên, các đạo luật về xây dựng, nhà ở, kinh doanh BĐS chỉ nên thu gọn vào các khía cạnh điều tiết, kỹ thuật, tạo chuẩn mực chung cho thị trường xây dựng và vận hành các sản phẩm BĐS. Các khía cạnh đấu thầu, đấu giá, kể cả bán quyền phát triển đất nên được tách ra, quy định riêng, tuân theo các nguyên lý của thị trường cạnh tranh.

Nếu nhìn nhận như vậy, ở lát cắt thứ hai, tác giả lại cũng e ngại rằng, các dự kiến sửa đổi hiện nay của Luật Đất đai, Luật Kinh doanh BĐS, và Luật Nhà ở... vẫn mang tính vá vúi, chưa đủ tầm tạo ra nền tảng rạch ròi phân định vật quyền với tư cách là quyền dân sự và quyền điều tiết hành chính của chính quyền. Vật quyền của dân và doanh nghiệp nên ổn định và cần được bảo hộ, còn quyền điều tiết hành chính nên linh hoạt tùy theo nhu cầu quản lý. Các dự luật cũng chưa góp phần phân định mạch lạc quyền lực giữa các bộ, và giữa các bộ với chính quyền địa phương trong thẩm quyền thực thi chức năng điều tiết hành chính kể trên.

6.3. An toàn pháp lý và điều tiết thông tin bất cân xứng

Các thể hệ chưa được sinh ra, công chúng, người mua nhà, là nhóm người không hoặc ít có năng lực cất được lên tiếng nói đủ mạnh, họ ít có khả năng vận động chính sách (so với quan chức và giới chủ doanh nghiệp phát triển đất). Nếu không là thực khách trong bữa tiệc thì rất có khả năng bạn sẽ có tên trong thực đơn. Trong những cuộc chơi lớn của giới quyền thế nhằm phân bổ nguồn lực và phúc lợi từ đất đai, những nhóm yếu thế nêu trên thường là bên phải gánh chi phí, chịu thiệt thòi. Về đạo lý, một hệ thống pháp luật tốt phải được thiết kế để hạn chế lạm dụng quyền lực, hạn chế lạm dụng thông tin bất cân xứng, tạo ra an toàn pháp lý bảo vệ những người ngay tình, yếu thế, ví dụ như bảo vệ người mua nhà, mua các sản phẩm BĐS.

Từ tư tưởng pháp lý này mới sinh ra hệ thống đăng ký điền địa với các bằng khoán điền thổ có hiệu lực đối kháng với các bên thứ ba. Đó là hệ thống xác lập- đăng ký vật quyền. Cũng vì tư tưởng này, nhà nước kiểm soát quyền soạn thảo ban hành các hợp đồng mua bán sản phẩm BĐS do các doanh nghiệp phát triển đất soạn thảo, ví dụ thông qua một cơ chế đăng ký và phê duyệt các mẫu hợp đồng (tiền kiểm). Ngoài ra, luật hợp đồng, luật bảo vệ người tiêu dùng cũng quy định các cơ chế hậu kiểm khác, trao quyền cho tòa án giải thích hợp đồng một cách công bằng, thỏa đáng hơn với người mua sản phẩm BĐS.

Lát cắt thứ ba, giao dịch mua bán các sản phẩm BĐS từ doanh nghiệp phát triển đất tới những người mua, thường có bản chất là pháp luật hợp đồng, và vì thế sẽ hợp lý hơn nếu chúng được tách ra và lồng vào các

chương tương ứng về nghĩa vụ của BLDS. Tiếc rằng, 30 năm vừa qua nước ta chưa làm được điều này. Luật Đất đai, Luật Kinh doanh BĐS, Luật Nhà ở... đã nảy mầm, xum xuê, sừng sững trong cõi riêng của nó. Nay mọc thêm ra BLDS, và các nhà lý thuyết bảo rằng đó mới là cái gốc, từ cái gốc đó mới mọc ra các luật riêng. Hiên nhiên, thực tế cát cứ đã có sẵn của pháp luật hợp đồng không vì thế mà dễ dàng biến mất.

Theo tư duy cát cứ này, điều kiện để các sản phẩm BĐS được phép giao dịch, thời điểm giao dịch, hình thức giao dịch, cách thức xác nhận và công chứng nếu có, tổ chức nào có thẩm quyền xác nhận và công chứng, được thiết kế trùng lặp và không nhất quán giữa các đạo luật riêng như Luật Đất đai, Luật Kinh doanh BĐS, Luật Nhà ở, BLDS, và Luật Công chứng. Điều này hiên nhiên tạo ra sự trùng lặp, cát cứ không đáng có, cũng từ đây có thể nảy sinh thêm mất an toàn cho các giao dịch kinh doanh BĐS.

Một ví dụ cho sự phân tán, cát cứ này là đề xuất các giao dịch giữa doanh nghiệp kinh doanh BĐS với cá nhân phải thông qua sàn giao dịch và không bắt buộc phải công chứng, trong trường hợp doanh nghiệp kinh doanh BĐS với cá nhân của Dự thảo Luật Kinh doanh BĐS (*sửa đổi*). Đề xuất này đã gây lên tranh luận sôi nổi, nhất là các ý kiến phản biện từ Hiệp hội công chứng Việt Nam⁸. Quả thực sẽ là một rủi ro, nếu dịch vụ công chứng, bản chất là một dịch vụ công để đảm bảo an toàn pháp lý cho các giao dịch, nay lại được trao thêm cho các sàn giao dịch BĐS. Các đạo luật, nếu cát cứ và thiếu các nền tảng và tư duy pháp lý bền vững, sẽ tạo thêm nhiều vòng xoáy rủi ro đi xuống. Khi ấy, pháp luật của nước ta có khi vô tình trở thành chạm bẫy, cản trở sự phát triển của dân tộc chúng ta ■

8 Ninh Thị Hiền (2022), Giao dịch bất động sản phải qua sàn: Nên thay bằng công chứng? Báo Pháp luật TP. Hồ Chí Minh, ngày 20/02/2022, <https://plo.vn/giao-dich-bat-dong-san-phai-qua-san-nen-thay-bang-cong-chung-post720567.html>.

LUẬT HÓA VIỆC CẤM THUỐC LÁ ĐIỆN TỬ ĐỐI VỚI TRẺ EM

Lê Hồng Hạnh*

Phan Quỳnh Như**

* GS.TS. Tổng Biên tập tạp chí Pháp luật và Phát triển, Ủy viên Ủy ban Trung ương MTTQ Việt Nam

**ThS. Phó trưởng Ban Chính sách - Pháp luật, Trung ương Hội Phụ nữ Việt Nam.

Thông tin bài viết

Từ khóa: Phòng, chống tác hại của thuốc lá; thuốc lá điện tử; kiểm soát thuốc lá điện tử; cấm hút thuốc lá điện tử đối với trẻ em.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài: 11/05/2023

Biên tập: 29/05/2023

Duyệt bài: 30/05/2023

Article Information

Keywords: Prevention and control of the harmful effects of tobacco; electronic tobacco products; control of electronic tobacco products; ban on electronic tobacco products regarding children.

Article History:

Received: 11 May 2023

Edited: 29 May 2023

Approved: 30 May 2023

1. Trào lưu sử dụng thuốc lá điện tử trong giới trẻ

Thuốc lá điện tử (TLĐT) được phát minh ở Trung Quốc. Nó đã thực hiện một “*cuộc thập tự chinh*” vòng quanh thế giới như là một trào lưu mới trong hút thuốc. Sự hấp dẫn của nó cùng với quảng cáo “hầu như vô hại” khiến TLĐT thu hút ngày càng nhiều người dùng. Thuốc lá điện tử có rất nhiều tên gọi: “e-cigs,” “e-hookahs,” “mods,” “bút vape,” “vapes”. Một số loại TLĐT được sản xuất dưới dạng thuốc điếu truyền thống, xì gà hay ống điếu, có

Tóm tắt:

Cũng như nhiều người trưởng thành hút thuốc lá và thuốc lá điện tử, trẻ em sử dụng loại thuốc lá điện tử và cho rằng hút thuốc lá điện tử là sang trọng, đẳng cấp và vô hại hoặc có tác hại không đáng kể đến sức khỏe. Tác động của những trang quảng cáo thuốc lá điện tử, sự phân hóa ý kiến ủng hộ và chống đối với chính sách, pháp luật về thuốc lá điện tử ở mỗi quốc gia càng làm gia tăng xu hướng tham gia sử dụng thuốc lá điện tử của giới trẻ. Đối với Việt Nam, đây là vấn đề phức tạp và có nhiều rủi ro tiềm ẩn, cần được phân tích, đánh giá một cách khách quan, khoa học để đưa ra các giải pháp chính sách, pháp luật phù hợp nhất nhằm kiểm soát, ngăn chặn việc hút thuốc lá điện tử trong thiếu niên.

Abstract:

Like many adults who use tobacco products and electronic tobacco products, children also use electronic tobacco products and believe that they are luxurious, classy, and have harmless or negligible harmful effects on their health. The influence of electronic tobacco advertising sites and the different divisions of viewpoints for and against the policies and laws on electronic tobacco products in each country have increased the tendency of young people to participate in the use of electronic tobacco products. For Vietnam, this is a complicated matter and may bring potential risks, which need to be reviewed, analyzed, and significantly assessed in an objective and scientific manner to come up with the most appropriate policy and legal solutions to control, and prevent the use of electronic tobacco products by adolescents.

loại giống cây bút, ổ USB và những vật dụng thường ngày khác. Thuốc lá điện tử được định nghĩa ở nhiều tài liệu, văn bản pháp luật của các tổ chức quốc tế, các quốc gia. Tổ chức Y tế Thế giới (WHO) định nghĩa TLĐT là hệ thống truyền dẫn điện tử nicotin (ENDS) và hệ thống truyền dẫn không có nicotin (ENNDS), nhiều loại khác như Xi gà điện tử, tàu điện tử.¹ Viện Ung thư Quốc gia (National Cancer Institute) của Mỹ định nghĩa TLĐT là dụng cụ có hình dáng của thuốc lá điếu, xì gà, hay bút viết không chứa thuốc lá sợi. Nó sử dụng pin và

1 WHO, Tobacco and E-cigarettes, who.int, 25 May 2022, <https://www.who.int/news-room/questions-and-answers/item/tobacco-e-cigarettes>.

chứa hợp chất gồm nicotin, hương thơm và các hóa chất khác trong đó có những hóa chất độc hại.² Thành phần của dung dịch TLĐT còn bao gồm glycerin, propylene glycol và trên 15.500 loại hương liệu có nhiều chất độc. Thành phần phức tạp này khó cho phép ngăn được nguy cơ trà trộn ma túy tổng hợp vào trong TLĐT. Propylene glycol có thể tạo thành propylene oxide, một chất gây ung thư khi được đun nóng và hóa hơi. Glycerin khi được đun nóng và hóa hơi tạo thành acrolein, gây kích ứng đường hô hấp.

Sử dụng TLĐT trở thành hiện tượng phổ biến ở nhiều nước châu Âu và Bắc Mỹ dù quê hương của TLĐT là Trung Quốc. Hoa Kỳ nơi có sự phát triển về công nghiệp thuốc lá đã nhanh chóng chào đón TLĐT. Ở Anh, tỷ lệ dân số trưởng thành sử dụng TLĐT đã tăng từ 1,7% năm 2012 lên 7,1% vào năm 2019, đồng thời tỷ lệ hút thuốc lá điều giảm từ 19,6 xuống 14,7%. Tỷ lệ hút TLĐT ở các quốc gia thuộc Liên minh Châu Âu dao động trong khoảng từ dưới 0,2% đến hơn 7%.³

Việc xác lập bản đồ sử dụng các sản phẩm thuốc lá và nicotin rất khó do số liệu và thiếu tính đồng bộ đồng bộ về tiêu chí thu thập và đánh giá. WHO đã ban bố và thúc đẩy chương trình kiểm soát thuốc lá toàn cầu MPOWER vào năm 2008⁴. Chương trình này gồm 6 thành tố⁵: 1. Giám sát việc tiêu thụ thuốc lá và tính hiệu quả của các biện pháp phòng ngừa; 2. Bảo vệ con người trước việc hút thuốc lá; 3) Đưa ra những hỗ trợ cho việc bỏ sử dụng thuốc lá; 4. Cảnh báo về sự nguy hiểm của thuốc lá; 5. Cưỡng chế việc cấm quảng cáo thuốc lá, thúc đẩy, tài trợ hoạt động này; 6. Tăng thuế thuốc lá.

Hút TLĐT trở thành một trào lưu trên thế giới. Số liệu thống kê của WHO cũng như của nhiều nhóm nghiên cứu cho thấy sự gia tăng nhanh của TLĐT. Jerzyński, T., Stimson, G.V., Shapiro, H và các tác giả khác trong công trình nghiên cứu vào năm 2020 đã công bố kết quả khảo sát về mức độ phổ biến của TLĐT ở 49 quốc gia. Khảo sát này cho thấy có khoảng 58.1 triệu người hút TLĐT trên toàn thế giới năm 2018 và khoảng 68 triệu người vào năm 2020. Trong số đó, khoảng 2,1 triệu người sống ở các quốc gia thu nhập thấp, 7,8 triệu người sống ở các quốc gia có thu nhập thấp trung bình, 19 triệu ở các quốc gia thu nhập trung bình thấp và 29,3 triệu người ở các nước thu nhập cao.⁶

Hút TLĐT trở nên phổ biến trong những người vị thành niên. Nhiều nghiên cứu ở các quốc gia trên thế giới cho thấy việc sử dụng TLĐT có xu hướng lan tỏa nhanh hơn dù lịch sử của TLĐT là rất ngắn so với lịch sử thuốc lá điều truyền thống. Mỹ là quốc gia có tỷ lệ người vị thành niên sử dụng TLĐT cao. Số liệu thống kê năm 2015 cho thấy 25.3% ở học sinh trung học phổ thông sử dụng ít nhất 2 loại thuốc lá trong đó phổ biến nhất là TLĐT, chiếm 16.0% so với thuốc lá điều 9.3%, xì gà 8.6% cũng như so với một số loại thuốc lá khác như ống điều 7,2%; thuốc lá không khói (thuốc lá nhai, ngửi) 6.0%; tẩu thuốc 1.0%. Học sinh các trường trung học cơ sở có tỷ lệ sử dụng thuốc ít nhất là 2 loại, trong đó tỷ lệ sử dụng TLĐT chiếm đến 3,3%, còn lại là các loại thuốc lá khác.⁷

Ở Anh, các cuộc khảo sát cho thấy tỷ lệ hút TLĐT ở quốc gia này không cao trong giới trẻ.

2 NIH, NCI, Electronic Cigarettes, <https://www.cancer.gov/publications/dictionaries/cancer-terms/def/electronic-cigarette>.

3 Jerzyński, T., Stimson, G.V., Shapiro, H. et al. Estimation of the global number of e-cigarette users in 2020. *Harm Reduct J* 18, 109 (2021). <https://doi.org/10.1186/s12954-021-00556-7>.

4 WHO, MPOWER, <https://www.who.int/initiatives/mpower>.

5 MPOWER: 1) Monitoring tobacco consumption and the effectiveness of preventive measures; 2) Protect people from tobacco smoke; 3) Offer help to quit tobacco use; 4) Warn about the dangers of tobacco; 5) Enforce bans on tobacco advertising, promotion and sponsorship; and 6) Raise taxes on tobacco.

6 Jerzyński, T., Stimson, G.V., Shapiro, H. et al, *tldd*, 6.

7 Singh T, Arrazola RA, Corey CG, et al. Tobacco Use Among Middle and High School Students — United States, 2011–2015, *MMWR Morb Mortal Wkly Rep* 2016;65:361–367. DOI: <http://dx.doi.org/10.15585/mmwr.mm6514a1>.

Trong khi có 2.9 triệu người ở Anh hút TLĐT thì số người ở tuổi 11–16 chỉ khoảng 3%. Tuy nhiên, vẫn có sự lo ngại rất lớn đối với việc sử dụng TLĐT trong giới trẻ. Quan ngại này gắn với những kết quả khảo sát khác nhau ở các nước khi mà xu hướng vị thành niên sử dụng TLĐT tăng nhanh. Bauld, L.; MacKintosh, A.M.; Eastwood, B.; Ford, A.; Moore, G.; Dockrell, M.; Arnott, D.; Cheeseman, H.; McNeill, A đã tổng hợp và phân tích kết quả các cuộc khảo sát đối với những người từ 11–16 trên toàn nước Anh. Các cuộc khảo sát có sự tham gia của 60,000 trẻ tuổi. Năm 2015/2016, số người từ 11–16 đã từng hút thuốc lá giao động trong tỷ lệ 11% to 20%; hút thường xuyên khoảng từ 1% và 4%; đã từng hút TLĐT 7% đến 18%; hút thuốc lá thường xuyên 1% đến 3%; trong số những người hút thuốc lá thì việc từng hút TLĐT khoảng 4% đến 10%. Những người từng hút thuốc lá thì việc hút TLĐT có tỷ lệ trong khoảng 0.1% đến 0.5%. Trong số những người hút thuốc lá thường xuyên thì việc từng hút TLĐT dao động trong tỷ lệ 67% đến 92%, còn việc sử dụng thường xuyên TLĐT từ 7% đến 38%. Các kết quả khảo sát cho thấy sự sù thẳng thẽ của việc từng hút TLĐT song sự thẳng thẽ của hút TLĐT thường xuyên vẫn không thay đổi, chỉ vào khoảng 1%. Điều này cho thấy việc từng thử TLĐT không chuyển hóa thành việc hút thường xuyên trong giới trẻ.⁸

Sumiyo Okawa, Takahiro Tabuchi & Isao Miyashiro thực hiện khảo sát qua internet về hút TLĐT ở Nhật Bản vào tháng 2 năm 2019.⁹ Cuộc khảo sát được tiến hành đối với 2.414 người tuổi từ 15–29 về hút TLĐT trong 12

tháng trước đó. Kết quả cho thấy 4.3% người tham gia khảo sát từng hút TLĐT. Phân tích hồi quy đa biến các kết quả khảo sát cho thấy việc sử dụng thuốc lá đốt và việc coi hút TLĐT như là hành vi hấp dẫn. Sự quan tâm đến hương vị, hình thức sang trọng, chức năng của TLĐT, bắt chước bè bạn là các nhân tố tác động đến việc hút TLĐT của giới trẻ. Những người tiến hành khảo sát đánh giá rằng mặc dù số lượng dân cư hút TLĐT chưa lớn song một số ưu thế nêu trên của TLĐT rất lôi cuốn giới trẻ và khiến nó ngày càng trở nên phổ biến. Vì vậy rất cần đến cơ chế giám sát việc sử dụng TLĐT trong giới trẻ ở Nhật Bản.

Ở Việt Nam, sử dụng TLĐT tăng nhanh. Số liệu được Cổng Thông tin điện tử Bộ Y tế công bố cho thấy chỉ 5 năm, tỷ lệ sử dụng TLĐT tăng 18 lần sau 5 năm. Năm 2015, tỷ lệ sử dụng TLĐT ở 34 tỉnh, thành phố chỉ khoảng 0,2% đến nay đã tăng 18 lần lên khoảng 3,6%. Năm 2015, tỷ lệ sử dụng TLĐT ở 34 tỉnh, thành phố chỉ khoảng 0,2% đến nay đã tăng 18 lần lên khoảng 3,6%. Các sản phẩm thuốc lá mới được đưa vào Việt Nam chủ yếu qua đường nhập lậu, xách tay nên người tiêu dùng có thể dễ dàng mua chúng một cách bất hợp pháp trên internet, các trang mạng xã hội.

Cũng giống như giới trẻ các nước, giới trẻ Việt Nam bị sự lôi cuốn của TLĐT ở các khía cạnh như hình thức sang trọng, hương thơm dễ chịu, các hoạt động quảng cáo, khuyến mại. Đặc biệt, ở Việt Nam, tỷ lệ người hút thuốc lá, trong đó có trẻ em là rất cao. Số liệu thống kê cho thấy Việt Nam ước tính có khoảng 15,4 triệu người hút thuốc lá.¹¹ Trong

8 Bauld, L.; MacKintosh, A.M.; Eastwood, B.; Ford, A.; Moore, G.; Dockrell, M.; Arnott, D.; Cheeseman, H.; McNeill A, Young People's Use of E-Cigarettes across the United Kingdom: Findings from Five Surveys 2015–2017. *Int. J. Environ. Res. Public Health* 2017, 14, 973. <https://doi.org/10.3390/ijerph14090973>.

9 Sumiyo Okawa, Takahiro Tabuchi & Isao Miyashiro, Who Uses E-cigarettes and Why? E-cigarette Use among Older Adolescents and Young Adults in Japan: JASTIS Study, *Journal of Psychoactive Drugs*, (2020) 52:1, 37-45, DOI: 10.1080/02791072.2019.1708999.

10 Bộ Y tế, Cổng thông tin điện tử, Tỷ lệ sử dụng thuốc lá điện tử tăng 18 lần sau 5 năm, nhiều hệ lụy khôn lường cho sức khỏe, https://moh.gov.vn/hoat-dong-cua-dia-phuong/-/asset_publisher/gHbla8vOQDuS/content/ty-le-su-dung-thuoc-la-ien-tu-tang-18-lan-sau-5-nam-nhieu-he-luy-khon-luong-cho-suc-khoe.

11 Moha, Chính sách thuế thuốc lá đóng góp 50% mức giảm tỷ lệ hút thuốc tại Việt Nam, <https://moha.gov.vn/75-nam/van-ban-huong-dan/chinh-sach-thue-thuoc-la-dong-gop-50-muc-giam-ty-le-hut-thuoc-tai-viet-nam-45465.html>.

đó có khoảng 14,8 triệu người là nam giới và 603.000 người là nữ giới. Đây cũng là nhân tố tác động đến trào lưu TLĐT. Từ sử dụng thuốc lá truyền thống sang sử dụng TLĐT là con đường khá ngắn.

Một số lý do giải thích việc sử dụng TLĐT đang dần phổ biến trong giới trẻ, nhất là các học sinh phổ thông, đó là:

Thứ nhất, TLĐT có chứa các hương vị hấp dẫn, kích thích khứu giác của giới trẻ. Hương vị cuốn hút khiến giới trẻ ham muốn được thưởng thức. Đây cũng là nguyên nhân được xác định qua các cuộc khảo sát việc sử dụng TLĐT trong giới trẻ, đặc biệt là trong trường học ở nhiều nước trên thế giới. Đáng lo ngại hơn là đã xuất hiện việc sử dụng ma túy núp bóng TLĐT ở Việt Nam.¹²

Thứ hai, TLĐT được thiết kế càng ngày càng đa dạng về mẫu mã, hình thức để đáp ứng thị hiếu đa dạng. Trong số đó, thiết kế hướng tới sự sang trọng, đẳng cấp ảnh hưởng trực tiếp và mạnh nhất đến giới trẻ, những người luôn tò mò, mong muốn khám phá, trải nghiệm. Đây cũng là nguyên nhân chung lý giải tình trạng sử dụng TLĐT ngày càng phổ biến ở nhiều nước trên thế giới.

Thứ ba, sự phát triển của công nghệ tin học ở Việt Nam diễn ra khá nhanh. Tuy đi sau rất nhiều nước song đến thời điểm hiện tại, Việt Nam đang đứng thứ 12 toàn cầu về số lượng người sử dụng Internet.¹³ Mức độ sử dụng Internet lớn cũng đồng nghĩa với việc tiếp cận quảng cáo TLĐT nhiều hơn, kể cả tìm hiểu lẫn mua bán thông qua thương mại điện tử. Trong bối cảnh thiếu sự kiểm soát chặt chẽ hoạt động quảng cáo trên môi trường mạng, các doanh nghiệp, cá nhân quảng cáo TLĐT tràn lan, hướng đến cả học đường. Nhiều nhân vật của

công chúng đã tham gia hoạt động quảng cáo điện tử nên sản phẩm này có thêm sức cuốn hút đối với giới trẻ. Không ít các sự kiện, lễ hội được liên kết, tài trợ bởi các công ty sản xuất, nhập khẩu buôn bán TLĐT. Những yếu tố này thúc đẩy sự lan truyền TLĐT rất nhanh ở Việt Nam.¹⁴

Thứ năm, sự phản ứng của thể chế đất nước chậm và thiếu phù hợp đối với TLĐT. Biểu hiện đầu tiên là các cơ quan y tế, các trung tâm nghiên cứu chưa đánh giá kịp thời, có luận cứ khoa học đối với những thông tin thiếu kiểm chứng về tính vô hại của TLĐT. Tiếp đó, cơ quan lập pháp, các cơ quan quản lý nhà nước chưa kịp thời ban hành các quy định của pháp luật nhằm kiểm soát tình trạng trẻ em sử dụng TLĐT. Mặc dù pháp luật hiện hành vẫn có những quy định về phòng chống tác hại của thuốc lá song các quy định này được mặc định áp dụng đối với thuốc lá đốt truyền thống. Những bất cập trên trong thể chế hiện hành cũng góp phần làm gia tăng mức độ phổ biến của TLĐT do thiếu kiểm soát chặt chẽ.

2. Những rủi ro phát sinh từ việc sử dụng thuốc lá điện tử đối với trẻ vị thành niên

Tiến sĩ Angela Pratt - Trưởng đại diện văn phòng WHO tại Việt Nam cho biết TLĐT, các sản phẩm thuốc lá nung nóng thể hệ mới sử dụng pin thực sự rất nguy hiểm đối với sức khỏe của thanh thiếu niên. *“Chúng tôi có các bằng chứng cho thấy tác hại đáng kể mà nicotine có trong thuốc lá điện tử và các sản phẩm thuốc lá mới có thể gây ra đối với bộ não đang phát triển của trẻ em và thanh thiếu niên. Đặc biệt, những sản phẩm này có chứa các chất độc hại gây ung thư, bệnh tim và bệnh phổi... tương tự như những chất độc có trong*

12 Dương Bình, Phát hiện hàng trăm cây thuốc lá điện tử chứa ma túy, ZingNews 5/5/2023, <https://zingnews.vn/phan-hien-hang-tram-cay-thuoc-la-dien-tu-chua-ma-tuy-post1428565.html>.

13 Phạm Lê, Việt Nam là quốc gia có lượng người dùng Internet cao thứ 12 trên toàn thế giới, VN.Media.vn 07/12/2022, <https://vnmedia.vn/cong-nghe/202212/viet-nam-la-quoc-gia-co-luong-nguoi-dung-internet-cao-thu-12-tren-toan-the-gioi-2822ac9/>.

14 Sở Y tế Đồng Tháp, Tại sao giới trẻ lại có xu hướng hút thuốc lá điện tử, syt.gov.vn ngày 4/5/2021, https://syt.dongthap.gov.vn/chi-tiet-bai-viet/-/asset_publisher/1mOzUrGkrdAE/content/id/5892833.

thuốc lá thông thường.¹⁵ Việc cấm TLĐT đối với trẻ em, người vị thành niên không chỉ để ngăn ngừa sự gia tăng nhanh chóng tỷ lệ sử dụng trong giới trẻ mà còn nhằm bảo vệ sức khỏe, trí tuệ của những mầm xanh của đất nước.¹⁶

Ngày càng có nhiều bằng chứng cho thấy TLĐT có liên quan đến tổn thương phổi. Ví dụ, trong thời gian gần đây, TLĐT có liên quan đến sự bùng phát chấn thương phổi ở Hoa Kỳ. Trung tâm Kiểm soát và Phòng ngừa Dịch bệnh Hoa Kỳ (CDC) khẳng định tình trạng tổn thương phổi liên quan đến thuốc lá điện, khiến. Chính vì vậy, CDC phải kích hoạt một cuộc điều tra khẩn cấp về EVALI¹⁷ vào ngày 17 tháng 9 năm 2019.¹⁸

Tác hại của TLĐT đặc biệt trầm trọng đối với trẻ em bởi nhiều lý do khác nhau. Các nhà khoa học¹⁹, các trung tâm y tế²⁰ chỉ ra nhiều tác hại của TLĐT.

Thứ nhất, thuốc lá điện chứa chất gây nghiện nicotin, được dẫn vào cơ thể người hút bởi thiết bị điện tử. Do được bổ sung các chất gây thom nên kích thích người hút sử dụng nhiều. Điều này dễ dẫn đến những tình trạng say, vật vã của trẻ em. Đánh giá của trung tâm nghiên cứu dịch bệnh ở Hoa Kỳ cho thấy 99% TLĐT chứa nicotin²¹, một tỷ lệ gần như tuyệt đối.

Thứ hai, từ lâu, nicotine còn được coi là nguyên nhân gây hại cho sự phát triển não bộ ở trẻ em, thậm chí đối với những người trưởng thành cho đến tuổi 25, gây suy giảm trí nhớ, ảnh hưởng đến trí tuệ do não bộ của trẻ chưa hoàn thiện. Trẻ em hút TLĐT có thể

bị đau thắt ngực, suy tim, đột quỵ, suy giảm miễn dịch, giảm sức đề kháng. Tác động của nicotin đối với não của trẻ em diễn ra khi hút thuốc lá. Mỗi khi bộ não các em có một ký ức mới được tạo ra hoặc một kỹ năng mới được học, các kết nối (hoặc các khớp thần kinh) được hình thành giữa các tế bào não. Bộ não của những người trẻ tuổi tạo các khớp thần kinh nhanh hơn bộ não của người lớn. Nicotine thay đổi cách hình thành các khớp thần kinh này. Những đánh giá này được các trung tâm nghiên cứu sức khỏe, dịch bệnh ở nhiều nước công bố. Đây chính là lý do mà nhiều quốc gia cấm hay hạn chế thuốc lá đối với trẻ em. Thuốc lá điện tử chứa nicotin như thuốc lá điều nên những tác hại này đương nhiên diễn ra khi trẻ em sử dụng chúng.

Thứ ba, thuốc lá điện tử với các ống dung dịch đốt không có định lượng về nồng độ nicotine và tạp chất, dẫn đến nguy cơ người sử dụng tăng liều lượng nicotine và gây ra ngộ độc cấp tính.

Thứ tư, các hạt siêu mịn trong nicotin có thể bị hít sâu vào phổi gây tổn hại cho cơ quan đặc biệt quan trọng này của cơ thể. Ngoài ra, chất tạo hương trong TLĐT như như diacetyl vốn tiềm ẩn nguy cơ gây các bệnh lý phổi nghiêm trọng. Trong thành phần của TLĐT có những hóa chất gây ung thư, một số kim loại nặng như niken, thiếc, chì có nguy cơ gây hại cho cơ thể của trẻ em rất cao²².

3. Pháp luật Hoa Kỳ về thuốc lá điện tử - Tình huống nghiên cứu

Hoa Kỳ là quốc gia cho phép sử dụng TLĐT sớm và có mức độ phổ biến rộng với

15 Dẫn từ: Thiên Long, Báo động tình trạng giới trẻ hút thuốc lá điện tử đang tăng nhanh, Congan.com.vn, 25/11/2022, https://congan.com.vn/doi-song/gioi-tre-hut-thuoc-la-dien-tu-gia-tang-bao-dong_140356.html.

16 Thiên Long, tldd, 24.

17 E-Cigarette or Vaping Use Associated Lung Injury: Hội chứng tổn thương phổi do TLĐT.

18 WHO, Tobacco: E-Cigarettes, who.int 25 May 2022, <https://www.who.int/news-room/questions-and-answers/item/tobacco-e-cigarettes>.

19 Jerzyński, T., Stimson, G.V., Shapiro, H. et al., tldd, 6.

20 CDC, Quick Facts on the Risks of E-cigarettes for Kids, Teens, and Young Adults, https://www.cdc.gov/tobacco/basic_information/e-cigarettes/Quick-Facts-on-the-Risks-of-E-cigarettes-for-Kids-Teens-and-Young-Adults.html.

21 CDC, tldd, 29.

22 CDC, tldd, 29.

rất nhiều quốc gia khác. Đây là điều gây ngạc nhiên với nhiều người vì FDA của Hoa Kỳ vốn rất chặt chẽ trong kiểm soát thực phẩm, dược phẩm, chất gây nghiện. Việc sử dụng TLĐT phổ biến đã mang lại nhiều hệ lụy đối với quốc gia này. Trước tiên, đó là việc cho phép sử dụng TLĐT làm cho tỷ lệ học sinh, sinh viên hút thuốc lá tăng nhanh. Bằng chứng là chỉ từ năm 2017 đến 2019 tỷ lệ sử dụng thuốc lá trong học sinh trung học phổ thông đã tăng từ 11,5% lên 27,5%, tức gấp 60 lần. Sau khi nhiều bang của Mỹ ban hành lệnh cấm thì tỷ lệ chỉ giảm đi được khoảng 10%, chỉ còn 17,5%. Gắn với việc gia tăng việc sử dụng TLĐT là những tổn thất về sức khỏe vật chất và tinh thần của thanh, thiếu niên. Theo thống kê của SingleCare, từ tháng 2 năm 2022 đến nay, có 2,807 ca nhập viện vì tổn thương phổi liên quan đến TLĐT, trong đó có 68 ca tử vong; gần 5000 trẻ thiếu niên phải trải qua chế độ điều trị cấp cứu từ giai đoạn 2013 đến 2017.²³ Một nghiên cứu gần đây trên chuột cho thấy 22,5% đối tượng tiếp xúc với “khói thuốc lá điện tử” trong 54 tuần đã phát triển ung thư tuyến phổi và 57,5% đã phát triển chứng tăng sản bàng quang.

Những hệ lụy mà TLĐT mang lại cho giới trẻ khiến các nhà lập pháp và Chính phủ Liên bang cũng như các bang đã có những phản ứng mạnh mẽ. Vào tháng 8 năm 2016, quyền hạn của FDA đã được mở rộng để bao gồm cả việc kiểm soát TLĐT. Với thẩm quyền được quy định bởi Đạo luật kiểm soát thuốc lá và phòng chống hút thuốc trong gia đình (FSPTCA)²⁴, FDA có thẩm quyền xây dựng các chế độ cấp phép sản xuất, tiếp thị và bán TLĐT. Cấm TLĐT hoặc tăng tuổi tối thiểu những người được mua TLĐT không thuộc thẩm quyền của FDA trừ phi Quốc hội cho phép. Tuy nhiên, FSPTCA không cản trở các bang, các cộng

đồng đưa TLĐT vào các chính sách cấm hút thuốc hoặc điều chỉnh việc bán và phân phối TLĐT.

Năm 2018, FDA đã thành công trong việc mở rộng chiến dịch phòng chống thuốc lá cho thanh thiếu niên. FDA đã bỏ ra ngân sách để tiếp cận hơn 10 triệu thanh niên trong độ tuổi 12–17 từng sử dụng TLĐT hoặc sẵn sàng thử chúng. Chiến dịch này đặt mục tiêu giáo dục giới trẻ về những rủi ro tiềm ẩn khi sử dụng TLĐT.

Tính đến ngày 15 tháng 12 năm 2022, có 28 bang của Hoa Kỳ có định nghĩa E-Cigarettes trong pháp luật, 28 bang đánh thuế E-Cigarettes, 18 bang có quy định về đóng gói TLĐT. Tuyệt đại đa số các bang và vùng lãnh thổ của Hoa Kỳ có luật hạn chế trẻ em hút TLĐT²⁵. Tháng 12 năm 2019, Hoa Kỳ đã thông ban hành luật nâng độ tuổi tối thiểu được mua bán đối với tất cả các sản phẩm thuốc lá lên 21 tuổi.²⁶ Luật này có hiệu lực ngay lập tức. Các nhà bán lẻ phải kiểm tra giấy tờ tùy thân có ảnh của những người dưới 27 tuổi muốn mua các sản phẩm thuốc lá, bao gồm cả TLĐT. Hiện tại, 30 tiểu bang đã thiết lập độ tuổi tối thiểu được mua bán các sản phẩm thuốc lá là 21. Điều đó có nghĩa là trẻ em và người vị thành niên là đối tượng bị cấm thuốc lá. Các tiểu bang và một số địa phương có khả năng thiết lập độ tuổi bán sản phẩm thuốc lá cao hơn ngoài quy định của Liên bang.

Một số biện pháp cấm liên quan đến thương mại TLĐT được Hoa Kỳ đặt ra. Chính phủ Hoa Kỳ cấm bán TLĐT bằng máy tự động trừ một số nơi được cho phép bán cho người trên 18 tuổi theo những điều kiện rất hạn chế. Các mẫu TLĐT miễn phí và các thành phần của chúng cũng bị cấm kể từ ngày 8 tháng 8 năm 2016. Đạo luật kiểm soát thuốc lá yêu cầu FDA ban hành các quy định để thiết lập các

23 SingleCare, Vaping statistics 2023, <https://www.singlecare.com/blog/news/vaping-statistics/>.

24 Family Smoking Prevention and Tobacco Control Act.

25 Public Health Law Center, U.S. E-CIGARETTE REGULATIONS - 50 STATE REVIEW, <https://www.publichealthlawcenter.org/resources/us-e-cigarette-regulations-50-state-review>.

26 Federal law raises the minimum age of sale of tobacco products from 18 to 21 years of age.

yêu cầu xác minh độ tuổi đối với việc mua bán bất kỳ sản phẩm thuốc lá nào qua internet, các hình thức mua bán không gặp mặt trực tiếp.

Năm 2020, Quốc hội Hoa Kỳ đã thông qua “Luật ngăn chặn việc bán TLĐT trực tuyến cho trẻ em”²⁷. Luật này cấm gửi TLĐT qua đường bưu điện và các dịch vụ vận chuyển khác, tương tự như các lệnh cấm gửi thuốc lá và thuốc lá không khói hiện có. Các sản phẩm được FDA chấp thuận là sản phẩm cai nghiện hoặc cho các mục đích điều trị khác được miễn áp dụng điều khoản này.

Những thông tin trên cho thấy các nhà lập pháp, hành pháp của Hoa Kỳ quyết tâm ngăn chặn lưu thông và sử dụng TLĐT trong giới trẻ. Mặc dù là quốc gia thiên về bảo vệ quyền cá nhân, Hoa Kỳ vẫn sẵn sàng áp đặt các biện pháp cứng rắn, hiệu quả nhằm ngăn chặn học sinh các trường phổ thông, giới trẻ nói chung sử dụng TLĐT.

Các cơ quan tư pháp Hoa Kỳ cũng vào cuộc chống sử dụng TLĐT. Trong học sinh, sinh viên. Trong những năm gần đây Tòa án Liên bang, tòa án các bang đã thụ lý một loạt vụ kiện chống lại các hành vi liên quan đến TLĐT. Bang California, Bắc Carolina, Illinois, Connecticut, Colorado, Massachusetts và Quận Columbia đã công bố các vụ kiện hoặc kết quả điều tra các hoạt động tiếp thị và/hoặc tuyên bố về lợi ích của TLĐT.

4. Cần Luật hóa việc cấm thuốc lá điện tử đối với trẻ em

4.1. Những lý do chủ yếu cần luật hóa việc cấm thuốc lá điện tử đối với trẻ em

Thứ nhất, không thể kiểm soát TLĐT, ngăn chặn tác động xấu của sản phẩm này nếu thiếu các quy định pháp luật cần thiết. Yếu tố đầu tiên của kiểm soát TLĐT chính là việc cấm người vị thành niên sử dụng TLĐT. Người vị thành niên là học sinh các trường phổ thông có số lượng đông và dễ bị lôi cuốn. Các nhà sản xuất, phân phối TLĐT hướng đến họ vì dễ mang lại lợi nhuận khi TLĐT chưa

bị cấm. Cần lưu ý rằng, Luật Phòng chống tác hại của thuốc lá và các văn bản dưới luật hướng dẫn thi hành Luật này như Nghị định số 67/2013/NĐ-CP ngày 27/06/ 2013, Nghị định số 77/2013/NĐ-CP ngày 17/ 07 năm 2013, Nghị định số 106/2017/NĐ-CP ngày 14/ 9/ 2017 chưa có các quy định về TLĐT, nhất là các quy định liên quan đến trẻ em sử dụng TLĐT. Quy định duy nhất trong pháp luật hiện hành là khoản 13 của Nghị định số 67/2013/NĐ-CP, được sửa đổi bởi Nghị định 106/2017/NĐ-CP bổ sung. Khoản 13, Điều 1 Nghị định chỉ nêu: “*Bộ Công Thương chủ trì, phối hợp với bộ, cơ quan ngang bộ, tổ chức có liên quan nghiên cứu xây dựng quy định phù hợp để quản lý các sản phẩm thuốc lá điện tử, trình Thủ tướng Chính phủ*”. Cho đến nay, các quy định phù hợp để quản lý các sản phẩm TLĐT vẫn được ban hành. Dĩ nhiên, trong tương quan giữa “bị cấm và bị hạn chế” và “không bị cấm” theo pháp luật hiện hành thì ưu thế tất nhiên nghiêng về TLĐT và trẻ em tiếp cận TLĐT. Trong thể chế hiện hành đang thiếu sự cân bằng giữa việc bảo vệ trẻ em trước các tác động độc hại của TLĐT và việc cho phép lưu hành TLĐT. Đang lo là sự mất cân bằng này lại nghiêng về yếu tố sau.

Thứ hai, các kết quả đáng tự hào của Việt Nam trong việc thi hành Luật Phòng chống tác hại của thuốc lá năm 2012 sẽ bị xói mòn bởi TLĐT. Việt Nam đã đạt được những tiến bộ đáng kể trong việc kiểm soát thuốc lá trong những năm gần đây. Tỷ lệ hút thuốc ở cả người trưởng thành và thanh thiếu niên đang giảm dần. Giai đoạn từ 2015 đến 2020, tỷ lệ sử dụng thuốc lá trong nam giới từ giảm từ 45,3% xuống 42,3%. Cùng với đó, tỷ lệ phơi nhiễm với khói thuốc thụ động giảm đáng kể tại hầu hết các địa điểm như nơi làm việc giảm 13,3% (từ 55,9% xuống 42,6%); trường học giảm 16,4% (từ 54,3% xuống 37,9%); trên phương tiện giao thông công cộng giảm 15% (từ 34,4% xuống 19,4%); tại gia đình giảm 13,2% (từ 73,1%

27 Preventing Online Sales of E-cigarettes to Children Act.

xuống 59,9%).²⁸ Tuy nhiên, những thành quả này có thể bị xói mòn bởi việc sử dụng TLĐT. Số lượng người tham gia hút thuốc sẽ tăng nhanh bởi sự gia nhập của học sinh phổ thông hiếu kỳ, thích khám phá trải nghiệm cộng với hội chứng tâm lý “số đông”.

Thứ ba, thiếu các quy định pháp luật về kiểm soát TLĐT hướng tới việc kiểm soát việc sử dụng sản phẩm này bởi trẻ em dẫn đến nhiều tác động xã hội tiêu cực không lường được. Học đường dễ bị biến thành nơi tiêu thụ sản phẩm thuốc lá được định danh “vô hại” theo những quảng cáo thiếu trách nhiệm từ phía nhà sản xuất, phân phối TLĐT và sự kiểm soát từ cách cơ quan quản lý chức năng. Khoa học và thực tiễn nhiều nước đã chứng minh TLĐT không vô hại, ngược lại có hại như thuốc lá truyền thống song đặc biệt có hại đối với trẻ em. Nhiều vụ học sinh ngộ độc, bị xóc phải cấp cứu vì thuốc lá đã xảy ra. Các trường học vì muốn giữ cho học đường không khói thuốc, không có TLĐT đã thực hiện những biện pháp chưa được pháp luật cho phép. Do thiếu những quy định phù hợp để kiểm soát TLĐT nên việc lưu thông, mua bán sản phẩm này cho trẻ em không được ngăn chặn, không được kiểm soát. Gắn với thực tế này là tình trạng buôn lậu TLĐT. “*Nếu chúng ta cho phép thì tỷ lệ buôn lậu còn có nguy cơ gia tăng*”.²⁹

Thứ tư, xu hướng hạn chế TLĐT hay cấm TLĐT đối với người vị thành niên đã xuất hiện chỉ ít năm sau khi sản phẩm này được cấp phép sản xuất và lưu hành ngay tại Mỹ, nơi nó được thị trường đón chào hào hứng. Hiện tại, xu hướng này trở thành phổ biến ở nhiều quốc gia. WHO đã khuyến cáo các quốc gia cấm hoặc kiểm soát chặt các sản phẩm thuốc lá mới trong đó có TLĐT. Nếu các quốc gia không cấm thì phải đảm bảo ngăn ngừa sự sử dụng của thanh, thiếu niên, của các đối tượng dễ tổn thương.³⁰ Nhiều quốc gia chọn giải pháp

cấm bởi vì khó kiểm soát tác hại của TLĐT do điều này còn phụ thuộc vào mức độ pha trộn của người sử dụng. Sự hiếu kỳ, ham mạo hiểm trong điều kiện chưa nhận thức đầy đủ tác hại của TLĐT dễ khiến trẻ em sử dụng liều cao.

Thứ năm, vì chưa luật hóa việc cấm TLĐT đối với trẻ em nên hoạt động giáo dục, phổ biến pháp luật chỉ dừng ở khía cạnh phòng chống tác hại của thuốc lá thông thường. Chính vì vậy, các trường phổ thông, các cơ sở đào tạo chưa có được những kiến thức pháp luật cần thiết để ứng xử phù hợp với tình trạng sử dụng TLĐT của học sinh, sinh viên đang theo học ở đó. Các tổ chức xã hội chính trị có ảnh hưởng lớn trong xã hội như Đoàn Thanh niên Cộng sản Hồ Chí Minh, Hội Liên hiệp phụ nữ, Hội Luật gia v.v chưa thể tiến hành các hoạt động giáo dục, phổ biến pháp luật liên quan đến TLĐT nói chung và TLĐT trong học đường, trong giới trẻ.

4.2. Những vấn đề cơ bản của thuốc lá điện tử cần luật hóa

Thứ nhất, cấm TLĐT đối với những người vị thành niên. Vị thành niên theo pháp luật hiện hành là những người đủ 18 tuổi trở lên đối với nữ và 21 tuổi trở lên đối với nam. Tuổi cấm hút thuốc theo Luật Phòng chống thuốc lá năm 2012 là dưới 18 tuổi không có phân biệt nam hay nữ.³¹ Tuy nhiên, tuổi cấm hút TLĐT đối với nam cần được nâng lên 21. Lý do của đề xuất này là theo các nghiên cứu khoa học, TLĐT gây tác hại đối với não bộ của con người cả khi họ đạt 21 tuổi, thậm chí 25 tuổi.

Thứ hai, xác định trách nhiệm pháp lý đối với các nhà sản xuất, phân phối có hành vi bán TLĐT cho người vị thành niên theo các độ tuổi khác nhau.

- Dưới 16 tuổi: Quy định tội phạm và trách nhiệm hình sự theo theo cấu thành hình thức. Điều này có nghĩa là hành vi tổ chức bán

28 Cổng Thông tin điện tử Bộ Y tế, Tỷ lệ sử dụng thuốc lá điện tử tăng 18 lần sau 5 năm, nhiều hệ lụy khôn lường cho sức khỏe, moh.gov.vn ngày 22/12/2022, https://moh.gov.vn/hoat-dong-cua-dia-phuong/-/asset_publisher/gHbla8vOQDuS/content/ty-le-su-dung-thuoc-la-ien-tu-tang-18-lan-sau-5-nam-nhieu-he-luy-khon-luong-cho-suc-khoe.

29 Cổng Thông tin điện tử Bộ Y tế, tldd, 38.

30 <https://www.who.int/news-room/questions-and-answers/item/tobacco-e-cigarettes>.

31 Điều 9, khoản 4 Luật Phòng chống tác hại của thuốc lá.

TLĐT cho trẻ em dưới 16 tuổi được coi là tội phạm mà không cần đến việc xác định các hệ quả theo định lượng.

- Từ đủ 16 tuổi đến đủ 18 tuổi: Quy định trách nhiệm hành chính đặc biệt với mức phạt bằng 100 lần giá trị lượng TLĐT được mua bán.

- Từ đủ 18 tuổi đến dưới 21. Trách nhiệm hành chính với mức phạt bằng 50 lần giá trị lượng TLĐT được mua bán.

Thứ ba, cấm bất cứ hoạt động quảng cáo, tài trợ của các nhà sản xuất, phân phối, mua bán TLĐT cho các sự kiện, lễ hội được tổ chức trong các trường học. Gắn với giải pháp này là cấm sử dụng hình ảnh thuốc lá trên báo chí, xuất bản phẩm, đặc biệt là những ấn phẩm dành riêng cho trẻ em. Trong thời đại Internet vạn vật thì không có ấn phẩm nào được dùng riêng cho người lớn hay dùng riêng cho trẻ em một cách hiệu quả. Vì vậy, việc cấm quảng bá TLĐT dưới mọi hình thức là rất cần thiết.

Trách nhiệm đối với những người quyết định tiếp nhận quảng cáo là cách chức chức vụ đang nắm giữ và phạt tiền bằng 5 lần giá trị quảng cáo nhận được. Quy định mức phạt đối với tổ chức tài trợ, quảng cáo bằng 50 lần số tiền tài trợ, quảng cáo TLĐT.

Thứ ba, quy định trách nhiệm pháp lý đối với việc để người vị thành niên mua, bán và sử dụng TLĐT.

- Quy định trách nhiệm hành chính với mức phạt 5 lần giá trị TLĐT được mua và sử dụng đối với bố mẹ hay người đỡ đầu nuôi dưỡng nếu biết mà không có biện pháp ngăn chặn việc con, người được nuôi dưỡng mua bán, sử dụng TLĐT.

- Áp dụng trách nhiệm đối với các cơ sở giáo dục, đào tạo nếu để xảy ra tình trạng học sinh dưới 16 tuổi sử dụng TLĐT trong trường học mà không có biện pháp ngăn chặn. Hình thức trách nhiệm là cắt các danh hiệu thi đua.

- Người đủ 16 đến 18 tuổi nếu sử dụng TLĐT ở trường học, nơi công cộng sẽ bị phạt với mức phạt bằng 5 lần giá trị TLĐT bị phát hiện.

- Người từ đủ 18 tuổi đến dưới 21 tuổi sử dụng TLĐT bị phạt với mức phạt bằng 3 lần giá trị TLĐT bị thu giữ.

Thứ tư, cấm bán thuốc lá bằng máy bán thuốc lá tự động ở bất cứ địa điểm nào.

4.3. Những đề xuất xây dựng pháp luật

- Quốc hội cần sửa Luật Phòng chống tác hại của thuốc lá năm 2012 để luật hóa việc cấm TLĐT đối với trẻ em và hạn chế việc sử dụng TLĐT thông qua những can thiệp chức năng mạnh mẽ, hiệu quả. Việc sửa đổi Luật Phòng chống tác hại của thuốc lá năm 2012 là rất cần thiết mặc dù cũng có nhiều ý kiến giải thích pháp luật cho rằng Điều 9 Luật này có thể áp dụng đối với TLĐT. Tuy nhiên, rất khó để tiếp cận như vậy vì Luật Phòng chống tác hại của thuốc lá năm 2012 không đề cập đến TLĐT trong lúc nhiều quốc gia đã cho phép TLĐT như là thay thế tốt hơn cho thuốc lá truyền thống. Hiện tại, ở nước ta, ngay giữa các chuyên gia, nhà khoa học vẫn có các quan điểm khác nhau về tác hại của TLĐT và việc cấm hay không loại thuốc lá này.³² Cách tiếp cận nêu trên có thể bị phản bác dựa trên các nguyên tắc áp dụng pháp luật liên quan đến đối tượng, phạm vi điều chỉnh. Luật hóa cấm việc TLĐT đối với trẻ em có thể tham khảo các giải pháp nêu ở tiểu mục 4.2.

- Sửa đổi Nghị định 67/2013/NĐ-CP của Chính phủ; Nghị định số 77/2013/NĐ-CP; Nghị định số 106/2017/NĐ-CP. Các nghị định này không quy định các giải pháp phòng chống TLĐT. Trong 3 nghị định này chỉ có Nghị định số 106/2017/NĐ-CP đề cập đến TLĐT. Tuy nhiên, nội dung của khoản 13, Điều 1 của Nghị định tạo ra những khó khăn hơn cho cách tiếp cận “áp dụng tương tự” các quy định của Luật Phòng chống tác hại của thuốc lá năm 2012 để cấm TLĐT. Bộ Công thương chưa trình Chính phủ ban hành các quy định phù hợp để quản lý các sản phẩm TLĐT. Rất dễ nhận thấy, pháp luật hiện hành chưa cấm TLĐT đối với trẻ em ■

32 Nguyễn Thị Tình, Kinh nghiệm kiểm soát thuốc lá điện tử trên thế giới và gợi mở cho Việt Nam, Luật học số 1/2023, 80-93, 82.

BẢO ĐẢM AN TOÀN PHÁP LÝ TRONG GIAO DỊCH BẤT ĐỘNG SẢN TỪ LÝ LUẬN SỞ HỮU TOÀN DÂN VỀ ĐẤT ĐAI

Ninh Thị Hiền*

Đặng Hùng Võ**

TS. Trưởng Văn phòng Công chứng Ninh Thị Hiền, thành phố Hồ Chí Minh

GS.TSKH. Nguyên thứ trưởng Bộ Tài nguyên và Môi trường.

Thông tin bài viết

Từ khóa: Cấu trúc quyền sở hữu đất đai, giao dịch về bất động sản, công chứng.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài: 01/05/2023

Biên tập: 24/05/2023

Duyệt bài: 26/05/2023

Tóm tắt:

Ở Việt Nam, đất đai thuộc sở hữu toàn dân do Nhà nước đại diện chủ sở hữu và thống nhất quản lý. Để khai thác hiệu quả nguồn lực từ đất đai, Nhà nước thiết kế các quyền trong cấu trúc quyền sở hữu đất đai, tạo lập các hình thức giao dịch và nội dung quyền đối với hàng hóa bất động sản. Việc lựa chọn công chứng theo mô hình công chứng Latinh là phù hợp cho hoạt động cung cấp dịch vụ công về phòng ngừa tranh chấp cho giao dịch về bất động sản hiện nay tại Việt Nam. Trong bài viết này, các tác giả tập trung phân tích, góp ý về nội dung Dự thảo Luật Đất đai (sửa đổi), Dự thảo Luật Nhà ở (sửa đổi) và Dự thảo Luật Kinh doanh bất động sản (sửa đổi) và kiến nghị một số giải pháp mà Nhà nước cần thực hiện để đảm bảo an toàn pháp lý trong giao dịch về bất động sản tại Việt Nam trong thời gian tới.

Article Information

Keywords: Structure of land ownership rights; real estate transaction; notary.

Article History:

Received: 01 May 2023

Edited: 24 May 2023

Approved: 26 May 2023

Abstract:

In Vietnam, land is under the collective ownership of the citizens, owned by the Government as the representative, and under unified administration by the Government. In order to use land as a resource efficiently, the Government designs various rights within a framework of land ownership rights and establishes forms of transactions as well as details of rights pertaining to real estate as a commodity. The selection of the Latin notary model for the notarial system is suitable for the public service of conflict prevention in transactions concerning real estate in Vietnam. Within this article, the authors provide an analysis of the contents of the draft Law on Land (amendment), the draft Law on Housing (amendment), and the draft Law on Real Estate Business (amendment) and propose a number of recommendations for the Government to take to ensure legal safety in real estate transactions in Vietnam in the coming time.

1. Một số vấn đề lý luận về cấu trúc quyền sở hữu đất đai khi thiết lập thị trường bất động sản

Trên thế giới, khái niệm thị trường bất động sản (BDS), về ý nghĩa chung là thị trường giao dịch về đất đai, tài sản gắn liền với đất và các quyền về tài sản gắn liền với đất. Đối tượng lưu thông trên thị trường là

đất đai đã được hàng hóa hóa. Ở Việt Nam, thị trường giao dịch BDS trở thành thị trường giao dịch quyền sử dụng đất (QSDĐ) và các tài sản đầu tư trên đất vì đất đai thuộc sở hữu toàn dân.

Bên cạnh việc đảm bảo các quyền con người, quyền công dân về chính trị, dân sự, kinh tế, văn hóa, xã hội được công nhận, tôn

trọng, bảo vệ bởi Nhà nước trên toàn bộ lãnh thổ theo Hiến pháp, thì cấu trúc quyền sở hữu đất đai gồm: *Thứ nhất*, nhóm quyền của Nhà nước là đại diện chủ sở hữu về đất đai (Quyết định quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất; Quyết định mục đích sử dụng đất; Quy định hạn mức sử dụng đất; Quyết định thu hồi đất ... tại Điều 14 Dự thảo Luật Đất đai – Dự thảo LDD)¹; *Thứ hai*, nhóm quyền của người sử dụng đất gồm: Được cấp Giấy chứng nhận QSDĐ, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất; Hưởng thành quả lao động, kết quả đầu tư trên đất; Được bồi thường, hỗ trợ, tái định cư khi Nhà nước thu hồi đất; Quyền giao dịch... Người sử dụng đất chỉ được hưởng một phần quyền đối với đất đai theo quy định của pháp luật, đây là quyền đối với tài sản. Để khai thác nguồn lực tự nhiên từ đất đai và nhu cầu phát triển kinh tế, QSDĐ ngày càng được pháp luật gia tăng về số lượng quyền và mở rộng phạm vi nội dung quyền kể cả quyền đối với tài sản gắn liền với đất và quyền tài sản gắn liền với QSDĐ, cụ thể như sau:

1.1. Quyền sử dụng đất là quyền tài sản

Để trở thành người sử dụng đất, một công dân hay tổ chức kinh tế đa phần phải trả tiền sử dụng đất hoặc tiền thuê đất cho Nhà nước hoặc một khoản tiền phải trả khi nhận chuyển QSDĐ để ở, để thực hiện dự án đầu tư xây dựng nhà ở để bán hoặc để bán kết hợp cho thuê hay để sản xuất, kinh doanh. “Chủ đầu tư xây dựng là cơ quan, tổ chức, cá nhân sở hữu vốn, vay vốn hoặc được giao trực tiếp quản lý, sử dụng vốn để thực hiện hoạt động đầu tư xây dựng”. Vốn

đầu tư là tiền và tài sản khác theo quy định của pháp luật về dân sự và điều ước quốc tế mà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên để thực hiện hoạt động đầu tư kinh doanh². Trong hoạt động kinh doanh, tất cả người đại diện theo pháp luật phải chịu trách nhiệm liên đới đối với thiệt hại gây ra cho doanh nghiệp theo quy định của pháp luật về dân sự và quy định khác của pháp luật có liên quan³. Luật Đất đai, Luật Doanh nghiệp, Luật Đầu tư nhìn nhận nguồn vốn đầu tư là tài sản, các giao dịch về tài sản này theo quy định của pháp luật về dân sự.

QSDĐ là quyền tài sản là quyền trị giá được bằng tiền⁴. Người sử dụng đất được quyền thực hiện mọi hành vi theo ý chí của mình để nắm giữ, chi phối tài sản của mình nhưng không được trái pháp luật, đạo đức xã hội; được quyền khai thác công dụng, hưởng hoa lợi, lợi tức từ tài sản. Quyền sử dụng có thể được chuyển giao cho người khác theo thỏa thuận hoặc theo quy định của pháp luật hoặc được quyền chuyển giao quyền sở hữu tài sản. Các tài sản đều có thể là “đối tượng của hợp đồng mua bán. Trường hợp theo quy định của luật, tài sản bị cấm hoặc bị hạn chế chuyển nhượng thì tài sản là đối tượng của hợp đồng mua bán phải phù hợp với các quy định đó⁵.”

Việc khai thác công dụng, hưởng hoa lợi, lợi tức từ việc sử dụng đất gồm có các hình thức như: Người sử dụng đất tạo lập tài sản là nhà ở, công trình xây dựng theo quy định của Luật Nhà ở và Luật Xây dựng; Có QSDĐ đối với đất trồng rừng, đất có rừng sản xuất theo Luật Đất đai và có quyền sở

1 Nghiên cứu lập pháp (2023), Dự thảo Luật Đất đai (sửa đổi), <http://lapphap.vn/Upload/DuThaoVanBan/D%E1%BB%B1-th%E1%BA%A3o-Lu%E1%BA%ADt-%C4%90%E1%BA%A5t-%C4%91ai--s%E1%BB%ADa-%C4%91%E1%BB%95i-.docx>.

2 Khoản 23 Điều 3 Luật Xây dựng năm 2014 sửa đổi năm 2020.

3 Điều 12 Luật Doanh nghiệp năm 2020: Người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp.

4 Điều 115 Bộ luật Dân sự năm 2015 (Luật Đất đai hiện hành không quy định về quyền tài sản gắn với quyền sử dụng đất).

5 Điều 431 Bộ luật Dân sự năm 2015 về đối tượng của hợp đồng mua bán.

hữu rừng sản xuất là rừng trồng⁶ theo quy định của Luật Lâm nghiệp. Các luật tạo tài sản gắn liền với đất có thể tạm gọi là Luật về tài sản gắn liền với đất (hiện nay chưa có Luật này và vẫn căn cứ vào nhiều luật khác nhau liên quan đến tài sản gắn liền với đất).

Khi quyền tài sản và quyền sở hữu tài sản gắn liền với đất tham gia giao dịch thì phải theo nguyên tắc của Bộ luật Dân sự (BLDS): “Mọi cá nhân, pháp nhân đều bình đẳng, không được lấy bất kỳ lý do nào để phân biệt đối xử; được pháp luật bảo hộ như nhau về các quyền nhân thân và tài sản”⁷. Không ai có thể bị hạn chế, bị tước đoạt trái luật quyền sở hữu, quyền khác đối với tài sản. Trường hợp thật cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh hoặc vì lợi ích quốc gia, tình trạng khẩn cấp, phòng chống thiên tai, Nhà nước trưng mua hoặc trưng dụng có bồi thường tài sản của tổ chức, cá nhân theo giá thị trường⁸.

1.2. Người sử dụng đất có quyền bề mặt

Người sử dụng đất có quyền bề mặt, quyền này có thể chuyển giao thông qua giao dịch dân sự, người nhận quyền trở thành chủ thể quyền bề mặt⁹ có quyền khai thác, sử dụng mặt đất, mặt nước, khoảng không gian trên mặt đất, mặt nước và lòng đất thuộc QSDĐ của người khác để xây dựng công trình, trồng cây, canh tác, có quyền sở hữu đối với tài sản được tạo lập. Quyền bề mặt có hiệu lực từ thời điểm chủ thể có QSDĐ chuyển giao mặt đất, mặt nước, khoảng không gian trên mặt đất, mặt nước và lòng đất cho chủ thể có quyền bề mặt, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc luật liên quan có quy định khác.

Hiện nay, quyền bề mặt chưa được Dự thảo LDD đưa vào, điều này gây hạn chế cho việc đa dạng hóa, minh bạch các hình thức khai thác đất đai của người sử dụng đất và chủ thể có quyền bề mặt thông qua giao dịch. Luật Đất đai năm 2013 quy định người sử dụng đất có nghĩa vụ sử dụng đất đúng quy hoạch, mục đích, đúng ranh giới thửa đất, đúng quy định về sử dụng độ sâu trong lòng đất và chiều cao trên không, bảo vệ các công trình công cộng trong lòng đất và tuân theo các quy định khác của pháp luật có liên quan. Nội dung này chưa được Luật Đất đai cụ thể hóa để xác định quyền của người sử dụng đất trong phạm vi chỉ giới về không gian và lòng đất.

BLDS quy định: “Người sử dụng đất được sử dụng không gian và lòng đất theo chiều thẳng đứng từ ranh giới của thửa đất phù hợp với quy định của pháp luật và không được làm ảnh hưởng đến việc sử dụng đất của người khác”¹⁰. Khoản 30 Điều 3 Luật Xây dựng năm 2014 quy định: Quy hoạch xây dựng là việc tổ chức không gian của đô thị, nông thôn và khu chức năng đặc thù gồm có hệ thống công trình hạ tầng kỹ thuật khung trên cao, trên mặt đất, dưới mặt nước và ngầm dưới mặt đất; Quy hoạch xây dựng đặt ra “chỉ giới xây dựng” là đường giới hạn cho phép xây dựng công trình chính trên thửa đất; đồng thời nghiêm cấm “xây dựng coi nới, lấn chiếm diện tích, lấn chiếm không gian đang được quản lý, sử dụng hợp pháp của tổ chức, cá nhân khác và của khu vực công cộng, khu vực sử dụng chung”. Như vậy, hiện nay, nội dung quyền bề mặt do BLDS quy định còn kỹ thuật hay giới

6 Khoản 10 Điều 2 Luật Lâm nghiệp năm 2017: Quyền sở hữu rừng sản xuất là rừng trồng bao gồm quyền chiếm hữu, quyền sử dụng, quyền định đoạt của chủ rừng đối với cây trồng, vật nuôi và tài sản khác gắn liền với rừng do chủ rừng đầu tư trong thời hạn được giao, được thuê để trồng rừng.

7 Điều 3 Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định về các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự.

8 Điều 163 BLDS năm 2015.

9 Điều 271 BLDS quy định về nội dung của quyền bề mặt.

10 Điều 175 Ranh giới giữa các bất động sản.

hạn của quyền bề mặt do Luật Xây dựng quy định.

Về nguyên tắc, quyền bề mặt luôn gắn với quyền sử dụng của một thửa đất nhất định. Hiện nay, quyền này được phép giao dịch thông qua giao dịch “thuê đất”, Nhà nước phải có cơ chế bảo vệ quyền này đối với các bên tham gia giao dịch. Ví dụ, ở một số công trình tại TP. Hồ Chí Minh, chủ đầu tư thậm chí được phép sử dụng diện tích không gian dưới lòng đất lớn hơn diện tích đất thuộc quyền sử dụng bởi vì UBND TP. Hồ Chí Minh cho phép chủ đầu tư khai thác cả không gian ngầm của vỉa hè xung quanh công trình (vốn là đất công). Hay TP. Hồ Chí Minh hiện có Quy chế quản lý kiến trúc quy định cụ thể tầng cao của từng khu vực, từng ô phố. Nhà trong hẻm có lộ giới nhỏ hơn 3,5m chỉ được xây dựng chiều cao tối đa 11,6m. Không gian phía trên 11,6m được ngầm hiểu là không gian công cộng¹¹. Mở rộng vấn đề sang diện tích đất của người sử dụng đất thì pháp luật chưa có cơ chế điều chỉnh dẫn đến khó khăn trong việc quản lý nhà nước, khai thác nguồn lực từ đất đai và thực hiện quyền của người sử dụng đất.

Hiện nay, chưa có những quy định cụ thể trong cả BLDS và Luật Đất đai hiện hành, mà lại chuyển quyền cơ bản này đối với đất đai cho Luật Xây dựng. Thực tế đã cho thấy rất nhiều khó khăn phát sinh mà không có cách giải quyết. Ví dụ, việc xây dựng các tuyến tàu điện ngầm ở TP. Hồ Chí Minh đã phát sinh quy định các thửa đất phía trên không được xây dựng nhà quá 5

tầng, các chủ sử dụng đất của các thửa đất này đòi bồi thường thiệt hại, nhưng thiếu các quy định cụ thể để áp dụng¹². Một ví dụ khác như khi đã cho một thửa đất xây dựng chung cư theo quy hoạch thì cũng gây ra nhiều thửa đất xung quanh không được xây dựng nhà vượt quá 10 tầng, họ cũng có quyền đòi bồi thường liên quan đến quyền bề mặt đối với không gian phía trên. Ngay việc sử dụng quyền bề mặt đối với không gian ngầm trong lòng đất cũng tùy tiện giao cho quy hoạch xây dựng, quy hoạch đô thị cấp phép.

Nói chung, BLDS quy định về quyền bề mặt nhưng cũng không quy định cụ thể quyền đó có phạm vi điều chỉnh đến chiều sâu và chiều cao bao nhiêu thuộc quyền của chủ sử dụng đất và ngoài phạm vi này thuộc quyền của Nhà nước. Cũng có thể, BLDS đưa ra các quy định chung, còn Luật Đất đai phải đưa ra các quy định chi tiết về quyền bề mặt này đối với thửa đất. Hiện nay, quyền bề mặt coi như có được quy định nhưng không đủ chi tiết để thực hiện.

Như vậy, quyền bề mặt cần được thừa nhận trong Luật Đất đai theo tinh thần “xác định rõ phạm vi không gian của quyền bề mặt thuộc quyền sử dụng của chủ sử dụng đất, và ngoài phạm vi này thuộc quyền của Nhà nước đối với nhóm các trường hợp cụ thể”, và thêm nữa “Nội dung quy hoạch sử dụng đất phải kết hợp giữa chỉ tiêu các loại đất gắn với không gian, phân vùng sử dụng đất, hệ sinh thái tự nhiên, thể hiện được thông tin đến từng thửa đất gắn với quyền bề mặt”¹³.

11 Khánh Yên (2022), Cần quy định cụ thể về không gian và không gian ngầm.

12 Điều 94 Luật Đất đai năm 2013 quy định: “Khi Nhà nước xây dựng công trình công cộng, quốc phòng, an ninh có hành lang bảo vệ an toàn mà không thu hồi đất nằm trong phạm vi hành lang an toàn thì người sử dụng đất được bồi thường thiệt hại do hạn chế khả năng sử dụng đất, thiệt hại tài sản gắn liền với đất theo quy định của Chính phủ”. Khả năng sử dụng đất này có tính đến phần không gian phía trên và không gian ngầm hay không thì chưa nêu rõ; <https://hcmcpv.org.vn/tin-tuc/can-co-quy-dinh-trong-luat-dat-dai-ve-quy-hoach-khong-gian-ngam-o-cac-do-thi-1491905770>.

13 Nghị quyết số 18-NQ/TW ngày 16/6/2022, Hội nghị lần thứ năm Ban Chấp hành trung ương Đảng khóa XIII về “Tiếp tục đổi mới, hoàn thiện thể chế, chính sách, nâng cao hiệu lực, hiệu quả quản lý và sử dụng đất, tạo động lực đưa nước ta trở thành nước phát triển có thu nhập cao”.

1.3. Quyền phát triển đất

QSDĐ thuần túy hay đất chưa phát triển (undeveloped land) được hiểu là người sử dụng đất có quyền tài sản đối với thửa đất đó, giá trị của đất chưa phát triển được xác định bằng giá trị đất. Còn đất phát triển (developed land) thì giá trị của đất phát triển được điều chỉnh bởi giá trị đất và giá trị xây dựng, tạo lập tài sản¹⁴. Giá trị xây dựng được điều chỉnh bởi quyền được phép tạo lập loại tài sản, kích cỡ, tiêu chuẩn, tính năng và một số quyền của chủ sở hữu¹⁵.

Quyền phát triển trên đất gắn liền với quy hoạch sử dụng đất. Các học giả Phương Tây cho rằng: “Quy hoạch sử dụng đất công và kiểm soát phát triển có thể được định nghĩa là giới hạn các quyền đối với đất trong phạm vi giới hạn về không gian nhất định. Trong ý nghĩa này, quy hoạch là một phần quan trọng của môi trường thể chế của thị trường đất đai và là tài sản”¹⁶. Tác giả khác cho rằng: “Quy hoạch đô thị định nghĩa rộng là sự phối hợp của các kế hoạch phát triển của các cá nhân, các doanh nghiệp và các cơ quan chính phủ. Phối hợp có thể đạt được bằng cách đàm phán, cân nhắc, tư vấn, lập kế hoạch, quản lý, thực thi”¹⁷.

Tại Việt Nam, giấy phép quy hoạch “là văn bản do cơ quan có thẩm quyền cấp cho nhà đầu tư làm căn cứ lập quy hoạch chi tiết hoặc lập dự án đầu tư xây dựng công trình” (Điều 3 Luật Quy hoạch đô thị). Đây chính là kết quả của việc thỏa thuận phát triển tài sản

trên đất giữa Nhà nước và nhà đầu tư. Giấy phép quy hoạch là cơ sở để nhà đầu tư dự án tổ chức lập nhiệm vụ và đồ án quy hoạch chi tiết đối với dự án đầu tư xây dựng công trình tập trung hoặc lập dự án đầu tư đối với các dự án đầu tư xây dựng công trình riêng lẻ trong đô thị; là căn cứ để cơ quan nhà nước có thẩm quyền phê duyệt quy hoạch chi tiết, dự án đầu tư xây dựng. Trong một số trường hợp giấy phép này có thể được “mua bán”¹⁸. Hay hiện cả nước có 1.390 dự án điều chỉnh quy hoạch từ một đến 6 lần, có dự án tới 9 lần¹⁹ dẫn đến tình trạng dự án chậm tiến độ, chậm triển khai²⁰.

Nhằm hoàn thiện thể chế, chính sách về quản lý và sử dụng đất đồng bộ và phù hợp với thể chế phát triển nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa, nguồn lực đất đai được quản lý, khai thác, sử dụng bảo đảm tiết kiệm, bền vững, hiệu quả cao nhất; Nhà nước cần “có chính sách phù hợp với từng đối tượng, loại hình sử dụng đất để khơi dậy tiềm năng, phát huy cao nhất giá trị nguồn lực đất đai”²¹. Quyền phát triển trên đất phải được xem là hàng hóa gắn liền với QSDĐ, quyền này phải được trị giá bằng tiền, thành lợi ích để trao cho người sử dụng đất. Các tác giả cho rằng: “Khi quy hoạch không chỉ ra vùng nào sẽ được sử dụng vào mục đích gì trong tương lai thì cũng không thể bảo đảm cho chức năng làm căn cứ để cơ quan nhà nước giao đất, cho thuê đất”²².

14 Michael Mutze, Thomas Senff, Jutta C. Moller Editors (124), p.66.

15 Ninh Thị Hiền (2018), Pháp luật về trao quyền SDD từ Nhà nước cho các chủ thể kinh doanh BĐS tại Việt Nam, tr.85.

16 Ninh Thị Hiền (2018), tldd, tr.86. E.R. Alexander, “A transaction-cost theory of land use planning and development control”, The Town planning Review; Jan 2001;72,1; ProQuest Central, PP 45-75.

17 Ninh Thị Hiền (2018), tldd, tr.86. Chris J.Webster (2007), “Are Some Planning Transaction Intrinsically Sovereign”, Journal of planning Education and Research 28, tr.480.

18 Bản án số 375/2013/HSST ngày 28/8/2013 của TAND TP. Hồ Chí Minh

19 Nhiều dự án bị điều chỉnh quy hoạch, gây hệ lụy lớn về hạ tầng đô thị, <https://vnexpress.net/nhieu-du-an-bi-dieu-chinh-quy-hoach-gay-he-luy-lon-ve-ha-tang-do-thi-3929332.html>.

20 Tuyệt đối không lợi dụng việc điều chỉnh quy hoạch, điều chỉnh chủ trương đầu tư để hợp thức hóa dự án kéo dài, <https://baophapluat.vn/bds/tuyet-doi-khong-loi-dung-viec-dieu-chinh-quy-hoach-dieu-chinh-chu-truong-dau-tu-de-hop-thuc-hoa-du-an-keo-dai-post461930.html>.

21 Nghị quyết số 18-NQ/TW, tldd.

22 Đặng Hùng Võ, “Phân cấp quyền của Nhà nước đối với đất đai, quản lý đất đai và việc giám sát – đánh giá cần thiết ở Việt Nam”, tr. 383; <http://dl.ueb.edu.vn/>, truy cập ngày 2/8/2016.

Hiện nay, quy trình cấp giấy phép quy hoạch và trình tự, thủ tục trao QSDĐ hoàn toàn tách biệt. QSDĐ và quyền phát triển trên đất tạo thành hàng hóa trao cho người sử dụng đất không thống nhất chung một trình tự, thủ tục, hay được đóng gói chung để trao cho người sử dụng đất. Điều này sẽ dẫn đến nhiều bất cập trong việc xác định giá trị QSDĐ khi trao cho người sử dụng đất. Để QSDĐ trở thành hàng hóa không nằm ở dạng tĩnh thì các giá trị kinh tế, chi phí, lợi ích quyền tài sản phải được gán cho tài nguyên, cụ thể là “chỉ khi gói (package) đầy đủ các quyền sử dụng, chuyển giao quản lý và quyền thu nhập... được trao cho một người là những kết quả đạt được hiệu quả trong việc sử dụng đất”²³. Do đó, quyền phát triển trên đất luôn gắn liền với nghĩa vụ của người sử dụng đất. Quyền và nghĩa vụ này cần phải được thể hiện dưới dạng một thỏa thuận hay một hợp đồng²⁴. Ở hầu hết các nước công nghiệp, quyền phát triển được coi như một loại hàng hóa được giao dịch trên thị trường và mang giá trị gia tăng do giao dịch đem lại.

Việc không chính thức thừa nhận các quyền trên, hoặc chỉ thừa nhận nguyên tắc chung ở BLDS mà không quy định chi tiết trong Luật Đất đai làm cho việc thiết kế các giao dịch trở nên bẽ bộn, không rõ ràng, minh bạch giữa các chủ thể có quyền đối với QSDĐ và các tài sản đầu tư trên đất. “Đất đai chưa được khai thác, sử dụng hiệu quả để trở thành nguồn lực quan trọng phục vụ phát triển kinh tế - xã hội đất nước”²⁵. Hơn nữa,

Nhà nước cũng không thu được đúng và đủ các giá trị gia tăng từ giá trị đất đai do đầu tư công mang lại.

2. Thực trạng về hoạt động thiết lập hàng hóa trong thị trường bất động sản

2.1. Hàng hóa là nhà ở, công trình xây dựng có sẵn theo các dự thảo luật

Trong các bản dự thảo thì hàng hóa là nhà ở, công trình xây dựng có sẵn thuộc sở hữu của cá nhân, tổ chức không hoạt động kinh doanh BĐS tham gia thị trường được quy định nhiều điều kiện chặt chẽ hơn các tổ chức hoạt động kinh doanh BĐS.

Điều 158 Dự thảo Luật Nhà ở (sửa đổi) - Dự thảo LNO²⁶ quy định điều kiện của nhà ở tham gia giao dịch là “**Có giấy chứng nhận theo quy định của pháp luật**”. Tuy nhiên, điểm a khoản 1 Điều 15 Dự thảo Luật Kinh doanh BĐS sửa đổi (Dự thảo LKDBĐS)²⁷ quy định về điều kiện của nhà ở, công trình xây dựng đưa vào kinh doanh chỉ là “**Có đăng ký quyền sở hữu nhà ở**”²⁸, công trình xây dựng trong Giấy chứng nhận QSDĐ, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất”. Theo khoản 15 Điều 3 Dự thảo LĐĐ (sửa đổi) thì “Đăng ký đất đai, tài sản gắn liền với đất là việc người sử dụng đất, người sở hữu tài sản, người được giao quản lý đất kê khai QSDĐ, quyền sở hữu tài sản gắn liền với đất và việc cơ quan nhà nước có thẩm quyền ghi nhận theo quy định của Luật này”. Đăng ký và được cấp giấy là hai nội dung khác nhau.

Quy định này tạo ra hệ lụy là người mua

23 Richard Barnes (2009), Property Rights and Natural Resources, Oxford and Portland, Oregon, p.42.

24 Ninh Thị Hiền (2018), tldd, tr.90.

25 Nghị quyết số 18-NQ/TW, tldd.

26 Nghiên cứu lập pháp (2023), Dự thảo Luật Nhà ở (sửa đổi), http://lapphap.vn/Pages/DuThao/XemGopY.aspx?iDDTVB_DuThaoVanBan=1926&replyUrl=/Pages/DuThao/dsduthao.aspx.

27 Nghiên cứu lập pháp (2023), Dự thảo Luật Kinh doanh bất động sản (sửa đổi), http://lapphap.vn/Pages/DuThao/XemGopY.aspx?iDDTVB_DuThaoVanBan=1920&replyUrl=/Pages/DuThao/dsduthao.aspx#.

28 Khoản 15 Điều 3 Dự thảo LĐĐ quy định đăng ký đất đai, tài sản gắn liền với đất là việc người sử dụng đất, người sở hữu tài sản, người được giao quản lý đất kê khai quyền sử dụng đất, quyền sở hữu tài sản gắn liền với đất và việc cơ quan nhà nước có thẩm quyền ghi nhận theo quy định của Luật này.

nhà ở và nhận chuyển nhượng QSDĐ của chủ đầu tư sẽ không có giấy chứng nhận, hàng hóa không đạt điều kiện tham gia giao dịch. Người mua bị hạn chế khi thực hiện giao dịch, có khả năng tài sản là tiền bỏ ra bị chiếm dụng do tính thanh khoản của tài sản kém.

2.2. Hàng hóa là nhà ở, công trình xây dựng hình thành trong tương lai

Thứ nhất, khái niệm nhà ở, công trình xây dựng hình thành trong tương lai trong Dự thảo LNO và Dự thảo LKDBĐS là khác nhau.

Khoản 24 Điều 3 Dự thảo LNO quy định: “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 theo quy định của pháp luật về xây dựng, trừ trường hợp pháp luật không yêu cầu phải nghiệm thu sau khi hoàn thành việc xây dựng”. Trong khi đó, khoản 4 Điều 3 Dự thảo LKDBĐS quy định: “Nhà ở, công trình xây dựng hình thành trong tương lai là nhà ở, công trình xây dựng đang trong quá trình đầu tư xây dựng **hoặc** chưa được nghiệm thu đưa vào sử dụng theo quy định của pháp luật về xây dựng, trừ trường hợp không yêu cầu phải nghiệm thu sau khi hoàn thành xây dựng”.

Sự khác nhau về định nghĩa của Dự thảo LKDBĐS cho phép chủ đầu tư được bán nhà có sẵn nhưng “chưa được nghiệm thu đưa vào sử dụng” khi chưa đủ điều kiện cấp giấy chứng nhận (do vi phạm xây dựng, thế chấp để bảo đảm nghĩa vụ) và vẫn được xem là tài sản hình thành trong tương lai. Đây là một trong những cách đưa hàng hóa không đủ điều kiện vào tham gia thị trường BĐS. Người tiêu dùng có thể sẽ mua phải những hàng hóa không có tính thanh khoản, dẫn đến bị chiếm dụng vốn.

Nhà nước nên cùng với chủ đầu tư tháo gỡ khó khăn bằng cách cấp giấy chứng nhận cho những BĐS này sau khi chủ đầu tư đáp

ứng những điều kiện nhất định. Không nên để người dân mua trúng những tài sản “mập mờ” không có tính thanh khoản, điều này không đảm bảo an toàn về tài sản cho người dân, dẫn đến những bất ổn cho xã hội.

Thứ hai, quy định về nhà ở, công trình xây dựng hình thành trong tương lai đủ điều kiện được đưa vào kinh doanh không rõ ràng.

Khoản 3 Điều 25 Dự thảo LKDBĐS về điều kiện đối với nhà ở, công trình xây dựng hình thành trong tương lai được đưa vào kinh doanh quy định: “Trước khi bán, cho thuê mua nhà ở hình thành trong tương lai, chủ đầu tư dự án phải có văn bản thông báo cho cơ quan có thẩm quyền quản lý thị trường BĐS về việc nhà ở đủ điều kiện được bán, cho thuê mua. Cơ quan có thẩm quyền quản lý kinh doanh BĐS cấp tỉnh có trách nhiệm kiểm tra về điều kiện của nhà ở đưa vào kinh doanh và **trả lời bằng văn bản nếu nhà ở không đủ điều kiện được bán, cho thuê mua**.”

Như vậy, nhà ở đưa vào kinh doanh có đủ điều kiện được bán, cho thuê mua hay không thì không rõ phải thể hiện dưới dạng nào, không có cơ quan nào của Nhà nước chịu trách nhiệm trước người tiêu dùng về tài sản hình thành trong tương lai có đủ điều kiện tham gia thị trường BĐS hay không. Chủ đầu tư hoàn toàn tự do đưa hàng hóa BĐS vào kinh doanh mà không gặp bất kỳ sự kiểm tra nào về mặt kỹ thuật, chất lượng cũng như bảo đảm về pháp lý từ cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

Thứ ba, cần quy định nghĩa vụ giải chấp tài sản giao dịch trong Luật Kinh doanh BĐS để đảm bảo quyền lợi của người mua nhà.

Điều 182 Dự thảo LNO về thế chấp dự án đầu tư xây dựng nhà ở và thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai quy định: “Trường hợp chủ đầu tư đã thế chấp dự án hoặc nhà ở mà có nhu cầu huy động vốn góp

để phân chia nhà ở theo quy định của pháp luật về nhà ở hoặc có nhu cầu bán, cho thuê mua nhà ở đó thì phải giải chấp phân dự án hoặc nhà ở và QSDĐ này trước khi ký hợp đồng huy động vốn góp, hợp đồng mua bán, thuê mua nhà ở với khách hàng”.

Để đảm bảo quyền lợi cho người tiêu dùng trong việc tài sản mua có tính thanh khoản cũng như thuận lợi khi cấp giấy chứng nhận, trong bối cảnh đa số nguồn vốn cho hoạt động kinh doanh BĐS đều có sự tài trợ từ các tổ chức tín dụng, Luật Kinh doanh BĐS cần quy định giải chấp tài sản thế chấp hoặc chuyển nghĩa vụ từ chủ đầu tư sang cho người tiêu dùng cần được quy định trong phân trách nhiệm của chủ đầu tư.

2.3. Hàng hóa là quyền sử dụng đất

Thứ nhất, có sự khác nhau về điều kiện QSDĐ tham gia giao dịch giữa hai nhóm chủ thể không hoạt động kinh doanh BĐS và có hoạt động kinh doanh BĐS.

Điều 46 Dự thảo LDD quy định điều kiện thực hiện các quyền của người sử dụng đất là **“có Giấy chứng nhận”**. Tuy nhiên, Điều 32 Dự thảo LKDBĐS²⁹ quy định: “QSDĐ đã có hạ tầng kỹ thuật trong dự án BĐS đưa vào kinh doanh **chỉ cần nằm trong phần diện tích đất** thuộc dự án đã có Giấy chứng nhận QSDĐ theo quy định của pháp luật về đất đai”. Pháp luật quy định chủ đầu tư phải thực hiện một lượng công việc được cấp giấy chứng nhận QSDĐ.

Việc quy định như trên tạo ra sự ưu tiên cho chủ đầu tư và tạo ra hàng hóa không đúng điều kiện tham gia giao dịch khi người nhận chuyển nhượng có nhu cầu thực hiện giao dịch. Quy định này làm **người tiêu dùng vẫn hoàn toàn lệ thuộc vào chủ đầu tư** vì không có riêng giấy chứng nhận để được Nhà nước bảo hộ quyền sở hữu tài sản.

Thứ hai, quy định Nhà nước có công văn công nhận hàng hóa BĐS đủ điều kiện tham gia thị trường nhằm tạo điều kiện cho chủ đầu tư thực hiện giao dịch cho mục tiêu huy động vốn từ khách hàng do đặc thù kinh doanh là đúng. Tuy nhiên, việc thiết kế nội dung điều luật trở nên mập mờ, khó hiểu làm cho người tiêu dùng khó khăn khi kiểm tra hàng hóa BĐS như quy định tại khoản 4 Điều 32 Dự thảo LKDBĐS: “Trong thời hạn 15 ngày kể từ ngày nhận được thông báo của chủ đầu tư dự án, cơ quan có thẩm quyền quản lý kinh doanh BĐS cấp tỉnh có trách nhiệm kiểm tra điều kiện của QSDĐ đưa vào kinh doanh và trả lời bằng văn bản cho chủ đầu tư về QSDĐ đã có hạ tầng kỹ thuật đủ điều kiện được chuyển nhượng theo hình thức phân lô bán nền cho cá nhân tự xây dựng nhà ở; **trường hợp QSDĐ không đủ điều kiện được chuyển nhượng phải có văn bản trả lời nêu rõ lý do**”.

Với quy định trên, thì “QSDĐ đã có hạ tầng kỹ thuật đủ điều kiện được chuyển nhượng” vẫn không có công văn trả lời từ phía cơ quan nhà nước. Quy định này giúp chủ đầu tư trốn tránh nghĩa vụ chứng minh cũng như khả năng dự án có thể triển khai trên thực tiễn, đồng thời gây khó khăn cho người tiêu dùng về khả năng nhận biết BĐS có đủ điều kiện chuyển nhượng nhằm bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình.

2.4. Hàng hóa là dự án bất động sản

Điều kiện **“có Giấy chứng nhận”** của Dự thảo LDD đã bị bỏ qua khi Điều 41 Dự thảo LKDBĐS quy định về điều kiện khi chuyển nhượng toàn bộ hoặc một phần dự án BĐS **“không bắt buộc phải có Giấy chứng nhận QSDĐ** đối với toàn bộ hoặc phần dự án chuyển nhượng”.

Trong khi đó, Điều 210 Dự thảo LDD

²⁹ Quy định về điều kiện đối với đất đã có hạ tầng kỹ thuật trong dự án bất động sản chuyển nhượng QSDĐ cho cá nhân tự xây dựng nhà ở.

quy định: “Đất sử dụng đa mục đích”³⁰ trong đó có trường hợp “Đất ở kết hợp với thương mại, dịch vụ và các mục đích khác”.

Như vậy, việc Dự thảo LKDBĐS cho phép chuyển nhượng một phần hoặc toàn bộ dự án với từng phần dự án tương ứng với từng mục đích sử dụng đất như Dự thảo LDD sẽ dẫn đến tình trạng dự án bị phân mảnh.

Để hạn chế tình trạng này, ngay từ khi lập quy hoạch, dự án nên được phân chia thành các dự án có mục đích sử dụng riêng nhằm tạo điều kiện cho nhiều chủ thể tham gia đầu tư QSDĐ phù hợp với nhu cầu kinh doanh, trong trường hợp Nhà nước trao QSDĐ. Việc này góp phần tăng nguồn thu cho ngân sách nhà nước, tránh tình trạng lập dự án quá lớn nhằm hạn chế các chủ thể tham gia đầu tư QSDĐ, sau đó các chủ thể này chuyển nhượng một phần dự án khi chỉ đầu tư với số vốn nhỏ ban đầu.

Như vậy, các hàng hóa BĐS của chủ đầu tư được Dự thảo LKDBĐS quy định khác biệt với Dự thảo LDD và Dự thảo LNO theo hướng bất lợi với người tiêu dùng. Có một số quy định hợp thức hóa những hàng hóa chưa đủ điều kiện cấp giấy chứng nhận nhưng vẫn tiếp tục bán, chuyển nhượng cho người dân, có khả năng dẫn đến tiền, vốn đầu tư của người dân bị chiếm dụng.

3. Về hợp đồng, giao dịch về bất động sản

3.1. Giao dịch về bất động sản

a) Giao dịch bán, chuyển nhượng tài sản bảo đảm

Khoản 2 Điều 10 Dự thảo LKDBĐS quy định: “Tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài, công ty quản lý tài sản của các tổ chức tín dụng (AMC), công ty quản lý tài sản của các tổ chức tín dụng Việt

Nam (VAMC) thực hiện bán nhà, công trình xây dựng, chuyển nhượng QSDĐ, chuyển nhượng dự án BĐS đang được dùng bảo lãnh, thế chấp để thu hồi nợ theo quy định của pháp luật”.

Đây là giao dịch liên quan đến xử lý tài sản bảo đảm, các quy định liên quan đang quy định tại BLDS. Việc bán tài sản bảo đảm hiện nay đang bị vướng do các quy định buộc phải thông qua hai hình thức khi xử lý tài sản bảo đảm trước khi xử lý đó là: thỏa thuận với bên thế chấp hoặc theo thủ tục tố tụng tại Tòa án.

Việc Dự thảo LKDBĐS quy định giao dịch này là không đúng với phạm vi điều chỉnh của BLDS. Đồng thời, khoản 2 Điều 57 khuyến khích giao dịch thông qua sàn, và khoản 5 Điều 61 quy định: “xác nhận giao dịch qua sàn là cơ sở để các chủ thể tham gia giao dịch kê khai nộp thuế cho Nhà nước, đăng ký biến động, sang tên quyền sở hữu tài sản, QSDĐ” là không công bằng với người dân. Các chủ đầu tư muốn bán hàng nhanh và nhiều thì nhân viên môi giới tư vấn đôi khi chưa chính xác, khi người dân mua tài sản không có khả năng thanh khoản thì xử lý tài sản của người dân mà không thông qua một thủ tục thỏa thuận hay tố tụng công khai là không bảo vệ được tài sản và quyền lợi cho nhân dân.

Quy định này cần phải loại ra khỏi Dự thảo, cần xây dựng thêm những quy định chặt chẽ, minh bạch, hợp lý hơn cho người dân dễ hiểu, dễ đoán định hậu quả pháp lý hơn khi tham gia giao dịch mua bán, chuyển nhượng BĐS hoặc giao dịch thế chấp.

b) Giao dịch đặt cọc

Khoản 4 Điều 24 Dự thảo LKDBĐS quy định: “Chỉ được nhận tiền đặt cọc từ khách

30 Đất sử dụng đa mục đích là đất được sử dụng kết hợp từ hai mục đích trở lên có thể phân định được ranh giới hoặc không phân định được ranh giới của từng mục đích sử dụng.

hàng khi nhà ở, công trình xây dựng đã có đủ các điều kiện đưa vào kinh doanh và đã thực hiện giao dịch theo đúng quy định của Luật này”.

Quy định này đã được BLDS quy định, việc quy định tại Luật này sẽ gây ra chông chéo và khó khăn áp dụng cho người tiêu dùng. Nội dung “đã thực hiện giao dịch theo đúng quy định của Luật này” không rõ ràng. Đã thực hiện giao dịch gì? Ai thực hiện giao dịch? Vì sao đã thực hiện giao dịch mà còn sử dụng BĐS để làm tài sản bảo đảm? Liệu một tài sản có cùng lúc thực hiện hai giao dịch? Các vấn đề này cần được làm rõ, đồng thời áp dụng theo quy định của BLDS.

3.2. Nội dung hợp đồng về bất động sản

Chế định về hợp đồng của Việt Nam được quy định ở nhiều văn bản quy phạm pháp luật khác nhau. BLDS đã quy định địa vị pháp lý, chuẩn mực pháp lý về cách ứng xử của cá nhân, pháp nhân; quyền, nghĩa vụ về nhân thân và tài sản của cá nhân, pháp nhân trong các quan hệ được hình thành trên cơ sở bình đẳng, tự do ý chí, độc lập về tài sản và tự chịu trách nhiệm. Phạm vi điều chỉnh của Luật Kinh doanh BĐS khác so với BLDS “Luật này quy định về kinh doanh BĐS, quyền, nghĩa vụ, trách nhiệm của tổ chức, cá nhân kinh doanh BĐS...”.

Điều 45 Dự thảo LKDBĐS liệt kê 9 loại hợp đồng kinh doanh BĐS. Điều 47 Dự thảo LKDBĐS quy định về nội dung của các hợp đồng trong kinh doanh BĐS³¹. Điều 48. Giá giao dịch BĐS; Điều 49. Thanh toán trong giao dịch BĐS; Điều 50. Quy định nhóm

hợp đồng kinh doanh BĐS được chuyển nhượng gồm: a) Hợp đồng mua bán nhà ở hình thành trong tương lai; b) Hợp đồng thuê mua nhà ở hình thành trong tương lai; c) Hợp đồng thuê mua công trình xây dựng có sẵn. Khoản 5 Điều 47 DT-LKDBĐS quy định: “Các nội dung cụ thể cần phải có trong hợp đồng kinh doanh BĐS thực hiện theo quy định của Chính phủ”. Có nhiều nội dung khác cần phải có trong hợp đồng kinh doanh BĐS đang được quy định trong văn bản quy phạm pháp luật khác³² của Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật.

Một trong những công cụ để đảm bảo niềm tin cho người mua khi xác lập quyền sở hữu đối với tài sản là chế định pháp luật về hợp đồng. Pháp luật quy định: “Mọi cá nhân, pháp nhân đều bình đẳng, không được lấy bất kỳ lý do nào để phân biệt đối xử; được pháp luật bảo hộ như nhau về các quyền nhân thân và tài sản. 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. Mọi cam kết, thỏa thuận không vi phạm điều cấm của luật, không trái đạo đức xã hội có hiệu lực thực hiện đối với các bên và phải được chủ thể khác tôn trọng”³³. Ví dụ như:

Thứ nhất, Dự thảo LKDBĐS không nên quy định những nội dung về hợp đồng gây bất lợi cho người tiêu dùng như: phương thức thanh toán giao dịch thuê mua nhà

31 Ví dụ Điều 47 Dự thảo LKDBĐS quy định về nội dung của hợp đồng trong kinh doanh BĐS: Hợp đồng chuyển nhượng, cho thuê QSDĐ đã có hạ tầng kỹ thuật phải có các nội dung chính sau đây: tên, địa chỉ của các bên; các thông tin về loại đất, diện tích, vị trí, số hiệu, ranh giới và tình trạng thửa đất, tài sản gắn liền với đất (nếu có); thời hạn sử dụng đất; giá chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê lại bao gồm cả tài sản gắn liền với đất (nếu có); phương thức và thời hạn thanh toán; thời hạn bàn giao đất và hồ sơ kèm theo; quyền và nghĩa vụ của các bên; quyền của bên thứ ba đối với thửa đất (nếu có); trách nhiệm do vi phạm hợp đồng; phạt vi phạm hợp đồng; giải quyết hậu quả khi hợp đồng hết hạn đối với trường hợp cho thuê, cho thuê lại quyền sử dụng đất; giải quyết tranh chấp; các trường hợp chấm dứt, hủy bỏ hợp đồng và biện pháp xử lý.

32 Điều 8. Ngôn ngữ, kỹ thuật văn bản quy phạm pháp luật, Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015.

33 Điều 3 Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự.

“Người thuê mua thanh toán trước cho bên cho thuê mua một tỷ lệ phần trăm nhất định của giá trị nhà ở thuê mua theo thỏa thuận nhưng không quá 50% giá trị nhà ở thuê mua; số tiền còn lại được tính thành tiền thuê nhà để trả hàng tháng cho bên cho thuê mua trong một thời hạn nhất định”. Việc thanh toán là do hai bên thỏa thuận theo Điều 453 BLDS về mua trả chậm, trả dần: “1. Các bên có thể thỏa thuận về việc bên mua trả chậm hoặc trả dần tiền mua trong một thời hạn sau khi nhận tài sản mua”. Bên thuê mua có thể thanh toán trước một khoản tiền ít hơn 50%.

Thứ hai, quy định về bồi thường thiệt hại khi chuyển nhượng QSDĐ đã không được quy định tại Điều 47 Dự thảo LKDBĐS³⁴. Để tránh chủ đầu tư bán tài sản hình thành trong tương lai kèm chuyển nhượng QSDĐ chiếm dụng vốn bằng cách kéo dài thời gian bàn giao nhà và đất, sau đó chủ đầu tư chỉ bồi thường theo lãi suất huy động vốn trong khi giá đất lên cao hơn tiền lãi. Nhằm giảm thiệt hại cho người tiêu dùng, Điều 47 Dự thảo LKDBĐS không nên liệt kê thiếu nội dung bồi thường thiệt hại quy định tại Điều 170 BLDS³⁵ nhằm gây bất lợi cho người tiêu dùng.

Thứ ba, các giao dịch của tổ chức, cá nhân nước ngoài về BĐS hiện nay đều căn cứ vào hợp đồng là công cụ pháp lý duy nhất để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của nhóm chủ thể này. Điều 22 Dự thảo LNO quy định: “Đối với cá nhân nước ngoài thì được sở hữu nhà ở theo thỏa thuận trong các giao dịch mua bán, thuê mua, tặng cho, nhận thừa kế nhà ở”, “Đối với tổ chức nước ngoài thì được sở hữu nhà ở theo thỏa thuận trong các giao dịch mua bán, thuê mua, tặng cho, nhận thừa kế nhà ở”.

Mặt khác kể từ giai đoạn tiền hợp đồng, việc cung cấp thông tin, tính minh bạch của thông tin, cho đến xác lập, thay đổi, chấm dứt hợp đồng, DT-LKDBĐS trao quyền cho người đại diện theo pháp luật của sàn giao dịch BĐS xác nhận là không đảm bảo an toàn pháp lý cho người tiêu dùng, vì tính không trung lập, tính phụ thuộc về kinh tế của sàn giao dịch vào chủ đầu tư sẽ gây bất lợi cho người tiêu dùng.

Để bảo vệ quyền và lợi ích của các bên, BLDS nên được xem là Bộ luật cơ bản và ưu tiên được áp dụng trước các đạo luật khác. Những vấn đề chưa được quy định trong BLDS sẽ bổ sung vào BLDS trong thời gian tới, nhằm tạo ra sự thống nhất cho hệ thống pháp luật. Bên cạnh đó, thể chế công chứng cung cấp dịch vụ công về phòng ngừa tranh chấp cần được mở rộng quyền chứng nhận toàn bộ các giao dịch về BĐS.

4. Dịch vụ công về phòng ngừa tranh chấp trong giao dịch bất động sản

Để đảm bảo an toàn trong giao dịch BĐS, mỗi quốc gia đều có những biện pháp riêng. Xếp các quốc gia theo hệ thống pháp luật, chúng ta có hai hệ thống pháp luật chính là: hệ thống pháp luật Châu Âu lục địa mang tên “dân luật” (Civil law), còn gọi là hệ thống pháp luật Pháp – Đức là hai quốc gia điển hình, và hệ thống pháp luật Anh – Mỹ, còn gọi là hệ thống pháp luật Anglo-Saxon, mang tên “thông luật” (Common law), còn gọi là luật án lệ (precedent). Trong hoạt động bảo đảm an toàn giao dịch về BĐS, mỗi hệ thống đều có những nét tương đồng cũng như khác biệt riêng.

4.1. Hoạt động công chứng tại các quốc gia thuộc hệ thống dân luật

34 Khoản 5 Điều 49 Dự thảo LDD quy định: Việc chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê lại quyền sử dụng đất đối với các dự án kinh doanh BĐS thông qua sàn giao dịch BĐS theo quy định của pháp luật về kinh doanh BĐS.

35 Điều 170 Bộ luật Dân sự quy định quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại - Chủ sở hữu, chủ thể có quyền khác đối với tài sản có quyền yêu cầu người có hành vi xâm phạm quyền sở hữu, quyền khác đối với tài sản bồi thường thiệt hại.

Việt Nam hiện đã là thành viên Liên minh công chứng quốc tế (UINL) từ năm 2013. Các quốc gia và các vùng lãnh thổ trong tổ chức sử dụng văn bản pháp luật là nguồn luật chính để quản lý xã hội và là “chuẩn mực cho tổ chức và hoạt động của cơ quan nhà nước trong khi thực hiện nhiệm vụ, chức năng của mình”³⁶. Một số các đặc điểm chính của công chứng Latinh gồm:

Thứ nhất, đặc điểm về “Phòng ngừa tranh chấp” đóng vai trò nền tảng và xuyên suốt của hệ thống công chứng Latinh. Để đạt được mục tiêu này, các quốc gia trong hệ thống cam kết nỗ lực thực hiện các hướng dẫn của Tổ chức Liên minh công chứng quốc tế (UINL) nhằm đạt được chuẩn mực chung của văn bản công chứng hay văn bản xác thực (Authentic instrument) mà tổ chức này đã khuyến nghị gồm nhiều tiêu chuẩn³⁷. Các tiêu chuẩn này đã được nội luật hóa vào Luật Công chứng năm 2014 và hiện đang được tiếp tục hoàn thiện tại Việt Nam.

Thứ hai, đặc điểm về tính trung lập không phụ thuộc vào các bên tham gia hợp đồng, giao dịch của tổ chức hành nghề công chứng thuộc hệ thống công chứng Latinh đã tạo ra hiệu quả cao của văn bản công chứng. Theo báo cáo của Liên minh công chứng

quốc tế: “Ở các quốc gia thuộc hệ thống công chứng La-tinh, loại tranh chấp liên quan đến công chứng viên (CCV) gần như không có, như tại Italia hay tại Hàn Quốc, chỉ có từ 1 đến 3 vụ việc hàng năm”³⁸.

Thứ ba, CCV được Nhà nước ủy nhiệm cung cấp dịch vụ công là một chức danh tư pháp, hành nghề độc lập. CCV là người “gác cổng”³⁹, hướng dẫn cho các bên tham gia giao dịch thực hiện đúng loại giao dịch và nội dung giao dịch về BĐS theo nguyên tắc luật định (numerus clausus)⁴⁰ hay “những quyền do pháp luật mặc định”⁴¹ hay “nguyên tắc phát sinh theo quy định của luật”⁴² đề cập đến ý tưởng rằng chỉ những quyền tài sản được pháp luật cho phép mới được công nhận là quyền tài sản, một hệ thống luật tài sản áp đặt các giới hạn đối với các bên tư nhân không được tự tạo ra các quyền tài sản mới. Hay “các cơ quan có thẩm quyền không được tự mình, vượt lên trên luật pháp mà trao quyền hay áp đặt nghĩa vụ theo ý chí của mình”⁴³. Điều này giúp cho thị trường BĐS minh bạch; giảm chi phí giao dịch khi các bên tham gia tìm kiếm, xác minh thông tin liên quan đến tài sản giao dịch. Nguyên tắc Luật định được nhiều quốc gia Civil Law áp dụng. Thực chất đây chính là chức năng

36 Nguyễn Thị Minh Hà (2006), “Vị trí của văn bản quy phạm pháp luật trong hệ thống pháp luật”, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, Số 5, tr.35.

37 Xem thêm Ninh Thị Hiền, Vai trò của hoạt động công chứng trong tiến trình cải cách tư pháp ở Việt Nam hiện nay, <https://vietnamnotary.org/nghien-cuu-trao-doi/vai-tro-cua-hoat-dong-cong-chung-trong-tien-trinh-cai-cach-tu-phap-o-viet-nam-hien-nay>.

38 Tác giả lược dịch bài: Study on the definition of notarial authentic act and annex on costs truy cập ngày 1/9/2020 từ https://www.uinl.org/documents/20181/339555/ANM_CGK-11-1-EN-Acte+Authent.%2BCosts/6dd7b827-63d9-41d9-868b-2856af50b105.

39 Trách nhiệm của người gác cổng (Gatekeepers) được phân biệt theo nghĩa vụ mà pháp luật áp đặt đối với các “người gác cổng” nhằm ngăn chặn hành vi sai trái, bằng cách chứng nhận chuyên biệt cho những giao dịch đạt yêu cầu, đây là cánh cổng mà người gác cổng giữ. Theo Reinier H. Kraakman, Gatekeepers: The Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy, 2 J. L. ECON. & ORG. 53 (1986).

40 Ngô Thu Trang (2018), Quyền đối với tài sản – đánh giá mức độ tiếp cận lý thuyết vật quyền và những vấn đề đặt ra, <https://moj.gov.vn>, truy cập ngày 10/8/2022.

41 Phạm Duy Nghĩa (2015), Giáo trình luật kinh tế, Nxb. Công an Nhân dân, tr.103.

42 Nguyễn Nhật Thanh (2019), Quyền hưởng dụng trong Bộ luật Dân sự Việt Nam, Grimaldi Michel và Đỗ Văn Đại (2019), Bộ luật Dân sự mới của Việt Nam – Góc nhìn Pháp-Việt, Nxb. Hồng Đức Hội luật gia Việt Nam, tr.26.

43 Xem Nguyễn Quốc Vinh (2013), Triết lý nào cho việc sửa đổi Bộ luật Dân sự?, <http://lapphap.vn/Pages/TinTuc/206973/Triet-ly-nao-cho-viec-sua-doi-bo-luat-dan-su-.html>, truy cập ngày 8/7/2022.

của công chứng hướng dẫn người dân thực hiện đúng pháp luật mà do người dân tự trả tiền theo giá ấn định của Nhà nước.

Thứ tư, dịch vụ công chứng là dịch vụ công. Người dân có quyền yêu cầu Nhà nước cung cấp các dịch vụ công tối thiểu, ví dụ như sự an toàn, một trật tự pháp luật công bằng. Nhà nước phải cung cấp các công cụ bảo hộ cần thiết để dân thực hiện quyền tự do, môi trường sống lành mạnh, trấn áp tội phạm, là những giá trị công cần thiết cho một cuộc sống hoà bình của người dân. Người dân nào, bất luận sang hèn, đều có quyền yêu cầu Nhà nước cung cấp những dịch vụ công tối thiểu như bảo vệ họ trước các hành vi phạm pháp, tạo cho họ một môi trường sống ổn định, lành mạnh để họ phát triển nhân cách cá nhân của mình⁴⁴. Nhà nước không thể ép buộc người dân sử dụng dịch vụ công bằng phương thức thỏa thuận⁴⁵ giá với đơn vị cung cấp. Nhà nước phải luôn nâng cao chất lượng dịch vụ công thông qua sự chuyên nghiệp, được đào tạo tốt kèm với chuẩn mực về quy tắc đạo đức của người trực tiếp cung cấp dịch vụ công. Thực chất đây là công chứng cung cấp dịch vụ pháp lý để bảo vệ quyền và lợi ích của người dân.

4.2. Hoạt động công chứng tại các quốc gia thông luật

Ở các nước theo hệ thống thông luật (Common Law System), tiền lệ pháp (precedents) và án lệ (case law) được xem là hình thức pháp luật, song song tồn tại với văn bản quy phạm pháp luật và tập quán pháp⁴⁶. Tiền lệ pháp là việc làm luật của Tòa án trong việc công nhận và áp dụng

các nguyên tắc mới trong quá trình xét xử. Những nguyên tắc này đóng vai trò là điểm quy chiếu để quyết định những vụ án sau này có cùng tình tiết hoặc vấn đề pháp lý⁴⁷.

Nhà nước cũng sử dụng dịch vụ công về công chứng trong việc phòng ngừa tranh chấp liên quan đến giao dịch về BĐS, nhưng cách thiết kế là khác nhau giữa các quốc gia.

a) Hoạt động công chứng tại Vương quốc Anh

Tại Anh, dịch vụ công chứng chia thành nhiều cấp độ. Cấp độ cao nhất là các CCV hoạt động theo mô hình công chứng Latinh, là dịch vụ công được tổ chức theo hình thức công ty Worshipful Company of Scriveners of City of London⁴⁸ có trụ sở tại London, còn gọi là CCV Scrivener, chỉ hành nghề duy nhất là CCV một cách chuyên nghiệp trong bối cảnh việc chuẩn bị chứng từ của những người không chuyên nghiệp bị cấm. Phần lớn các CCV scrivener cung cấp một danh sách đầy đủ các dịch vụ để hỗ trợ khách hàng thực hiện các giao dịch của họ từ đầu đến cuối. CCV Scrivener là những người dẫn đầu trong lĩnh vực dịch vụ công chứng trong các giao dịch, đặc biệt là giao dịch quốc tế, kinh doanh xuyên biên giới. Hiện nay Công ty Scrivener là thành viên của Liên minh công chứng quốc tế.

Cấp độ thứ hai, CCV là một luật sư. Hoạt động của CCV ở Anh và xứ Wales được quy định theo Đạo luật Dịch vụ pháp lý 2007 (the Legal Services Act 2007). CCV do Tổng Giám mục Canterbury bổ nhiệm và được quản lý bởi văn phòng Faculty. CCV phải gia hạn chứng chỉ hành nghề hàng năm

44 Phạm Duy Nghĩa (2004), Pháp luật và những nhân tố tích cực của Nho giáo, Nxb. Tư pháp, tr.78.

45 Điều 62 Dự thảo LKDBĐS quy định sản giao dịch BĐS được thu phí dịch vụ của khách hàng có BĐS được đưa lên sàn giao dịch BĐS theo thỏa thuận.

46 Phạm Nhật Thanh (Chủ biên), Tập quán pháp, Tiền lệ pháp và việc đa dạng hóa hình thức pháp luật ở Việt Nam, Nxb. Đại học Quốc gia Thành phố Hồ Chí Minh, 2017, tr.108.

47 Phạm Nhật Thanh (2017) tđđ, tr.109, đã dẫn Bryan A. Garner (1999), Black's Law Dictionary, West Group, pp.207,1195.

48 <https://scrivener-notaries.org.uk/scrivener-notaries/>.

nếu đã tuân thủ các quy định.

Khi thực hiện hành vi công chứng, các luật sư kiêm nhiệm CCV chỉ xác thực về mặt hình thức như: nhận diện đúng khách hàng, xác định đúng thời gian, địa điểm giao kết hợp đồng, ghi lại sự kiện pháp lý hoặc thoả thuận của các bên hoặc ý chí của người yêu cầu công chứng, không quan tâm đến việc xác định tình trạng pháp lý của đối tượng hợp đồng, không cần biết thoả thuận có trái pháp luật, đạo đức xã hội hay không, không chịu trách nhiệm nếu có điều khoản nào đó trong hợp đồng bất lợi cho một bên hoặc gây thiệt hại cho người thứ ba. Trong khi thực hiện công chứng, người thực hiện công chứng không có nghĩa vụ phải tư vấn vô tư và làm cân bằng lợi ích của các bên; luật sư có thể tư vấn thiên vị cho một bên nào đó hoặc có thể từ chối thực hiện công chứng nếu thấy thù lao không thoả đáng. Mỗi bên tham gia hợp đồng, được trợ giúp bởi cố vấn của mình, đều tìm kiếm lợi ích riêng của mình mà không cần quan tâm thật sự tới thiệt hại của đối phương. Do vậy, những hợp đồng, văn bản được lập và chứng nhận bởi những người kiêm thực hiện công chứng mang lại sự an toàn pháp lý thấp, không được coi là chứng cứ xác thực, hiển nhiên trước Toà án, không có giá trị cưỡng chế thi hành như một phán quyết của toà án, văn bản công chứng chỉ được coi là nguồn chứng cứ trước toà, vẫn cần phải điều tra xác minh, có tỷ lệ tranh chấp xảy ra nhiều hơn so với các hệ thống công chứng khác⁴⁹.

Để phòng ngừa tranh chấp, Vương quốc Anh còn có Cơ quan chống gian lận quốc gia (the National Fraud Authority)⁵⁰ được

thiết lập bao gồm văn phòng chống gian lận nghiêm trọng (the Serious Fraud Office) đối với gian lận có giá trị cao và phức tạp. Trong phạm vi giao dịch BĐS, nhóm tiêu chuẩn giao dịch BĐS quốc gia (National Trading Standards Estate and Letting Agency Team)⁵¹ nhằm bảo vệ người tiêu dùng và doanh nghiệp theo Đạo luật đại lý BĐS 1979 (the Estate Agents Act 1979) và Đạo luật phí thuê nhà 2019 (the Tenant Fees Act 2019). Nhóm chịu trách nhiệm chính về quy định hoạt động của đại lý BĐS; giám sát hoạt động của đại lý BĐS; cho phép cơ quan pháp luật ban hành các lệnh cấm và cảnh báo đối với những người không đủ điều kiện tham gia hoạt động kinh doanh BĐS; giám sát đối với các kế hoạch bồi thường cho người tiêu dùng; thanh tra viên và các cơ quan giải quyết tranh chấp thay thế trong lĩnh vực đại lý BĐS đưa ra hướng dẫn và lời khuyên cho công chúng, doanh nghiệp và cơ quan thực thi về hoạt động của đại lý BĐS ở Vương quốc Anh...

b) Hoạt động công chứng tại Hoa Kỳ

CCV tại Hoa Kỳ không phải là một nghề độc lập với danh xưng chính thức là CCV mà đơn thuần chỉ là “Người chứng nhận”⁵². Một người được phép hành nghề công chứng với tư cách cá nhân và không cần phải thành lập Tổ chức hành nghề công chứng. CCV ở Hoa Kỳ chỉ chứng nhận chữ ký, không chứng nhận về tính xác thực hay hợp pháp của nội dung văn bản. Điều này có nghĩa là CCV ở Hoa Kỳ chỉ xác thực chữ ký trong văn bản là của đúng người ký thông qua các chứng từ như ID, bằng lái xe, hộ chiếu... và không quan tâm đến nội dung của văn bản. Các bên giao dịch tự chịu

49 Hoàng thị Chung, Tìm hiểu mô hình công chứng trên thế giới và kinh nghiệm tham khảo cho Việt Nam, <https://moj.gov.vn/tctcc/tintuc/Pages/kinh-nghiem-quoc-te.aspx?ItemID=8>.

50 Mark Button, Chris Lewis, David Shepherd, Graham Brooks and Alison Wakefield, Fraud and Punishment: Enhancing Deterrence Through More Effective Sanctions, Technical Report, January 2012, DOI: 10.13140/RG.2.1.4205.4804

51 <https://www.nationaltradingstandards.uk/work-areas/estate-agency-team/>.

52 Ngọc Linh, Nghề công chứng ở Mỹ, <https://plo.vn/nghe-cong-chung-o-my-post199348.html>.

trách nhiệm về tính xác thực hay hợp pháp của nội dung văn bản. Việc công chứng chỉ được thực hiện trong phạm vi địa lý của tiểu bang.

Nhìn chung, theo mô hình công chứng Anglo-Saxong, luật sư là người công chứng và các bên hoàn toàn tự do trong việc giao kết hợp đồng. Luật sư chỉ chứng nhận về nhân thân của các bên giao kết hợp đồng, chứ không chứng nhận nội dung thỏa thuận. Trong trường hợp có tranh chấp, các bên đưa vụ việc ra Tòa án và quyết định của Tòa án theo án lệ sẽ là cơ sở điều tiết quan hệ hợp đồng. Hợp đồng khi đó thể hiện tương quan lực lượng giữa các bên và mục đích cuối cùng của hợp đồng không phải là đảm bảo tính khách quan, vô tư mà là làm sao để thu lợi ích được nhiều nhất. Chính vì vậy, hợp đồng thường dẫn tới tranh chấp và phải đưa nhau ra Tòa án để giải quyết⁵³.

Tại Hoa Kỳ, hợp đồng được soạn thảo căn cứ vào án lệ vì luật thành văn trong lĩnh vực hợp đồng khá hạn chế nên nguồn luật cơ bản để điều chỉnh cho quan hệ này là án lệ⁵⁴. Luật sư, tư vấn viên pháp luật là người đưa ra những lời tư vấn một cách chi tiết và chính xác nhất, dựa trên sự rà soát và cân chỉnh nội dung từ các nguyên tắc pháp lý được thừa nhận trong vô vàn các án lệ khác nhau. Điều này trái ngược với hệ thống Civil law, khi mà tầm quan trọng của pháp luật thành văn chiếm ưu thế hơn so với các nguồn luật khác. Nếu trong một giao dịch, các bên chưa đủ chi tiết hoá các nội dung quyền và nghĩa vụ của mình thì đã có hệ thống các quy định của pháp luật với tính pháp lý chắc chắn được

thể hiện quá rõ ràng trong các đạo luật và các văn bản hướng dẫn chi tiết thi hành⁵⁵. Điều này làm giảm thiểu tranh chấp trong các hợp đồng giao dịch.

Tác giả Nguyễn Minh Đoan cho rằng, hệ thống pháp luật Châu Âu lục địa có nguồn luật chủ yếu là văn bản quy phạm pháp luật được hệ thống hóa (pháp điển hóa) cao với nhiều văn bản có giá trị pháp lý cao như luật, bộ luật. Án lệ được áp dụng rất hạn chế ở các nước Châu Âu lục địa và không có tính ràng buộc chính thức⁵⁶. Do đó, việc chọn mô hình công chứng La-tinh từ ban đầu, đồng thời tiếp tục duy trì và phát triển là lựa chọn phù hợp với điều kiện của Việt Nam hiện nay.

5. Kết luận

Với mục tiêu “Hoàn thiện thể chế, chính sách về đất đai theo hướng đồng bộ và phù hợp với thể chế phát triển nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa, Việt Nam cần có chính sách phù hợp với từng đối tượng, loại hình sử dụng đất để khơi dậy tiềm năng, phát huy cao nhất giá trị nguồn lực đất đai”⁵⁷. Nhà nước cần sửa Luật Đất đai, Luật Kinh doanh BĐS theo những tiêu chí sau:

1) Luật Đất đai (*sửa đổi*) cần quy định chi tiết các quyền tài sản, quyền bề mặt và quyền phát triển gắn với QSDĐ nhằm đồng bộ và chi tiết hóa các quyền này, mà quyền tài sản, quyền bề mặt đã được quy định chung trong BLDS, và quyền phát triển đã được quy định riêng trong Luật Xây dựng. Tình trạng pháp luật như vậy là thiếu hệ thống, thiếu đồng bộ và thiếu thống nhất,

53 Phan Hoài Nam (2022), Chuyên đề “Các mô hình công chứng trên thế giới hiện nay”, Đề tài cấp bộ - Bộ Tư pháp “Nghiên cứu xây dựng những định hướng chính sách lớn phục vụ việc sửa đổi bổ sung luật công chứng”.

54 Vũ Thị Lan Anh (2010), “Pháp luật về hợp đồng Hoa Kỳ và những điểm khác biệt cơ bản so với pháp luật Việt Nam”, Tạp chí Luật học, số 12/2010, tr.11.

55 Phan Hoài Nam (2022) tidd.

56 Trường Đại học Luật Hà Nội, Giáo trình lý luận chung về Nhà nước và Pháp luật, Nxb. Tư Pháp, tr.346.

57 Nghị quyết số 18-NQ/TW ngày 16/6/2022, Hội nghị lần thứ năm Ban chấp hành trung ương Đảng khóa XIII về “Tiếp tục đổi mới, hoàn thiện thể chế, chính sách, nâng cao hiệu lực, hiệu quả quản lý và sử dụng đất, tạo động lực đưa nước ta trở thành nước phát triển có thu nhập cao”.

dẫn đến nhiều khoảng trống pháp luật và các khoảng xung đột pháp luật. Các quyền này luôn gắn với QSDĐ, khi được quy định cụ thể trong Luật Đất đai mới có thể vừa bảo vệ được quyền và lợi ích của người sử dụng đất, và vừa bảo vệ được thu đúng, thu đủ từ đất cho ngân sách nhà nước.

2) Quy định về hàng hóa BĐS nên lấy Luật Đất đai và Luật Nhà ở, Luật Lâm nghiệp năm 2017 và các Luật khác về tạo lập và quản lý các tài sản khác gắn liền với đất để làm gốc. Kinh doanh BĐS là một hoạt động thương mại, không cần có luật riêng mà chỉ cần một Nghị định của Chính phủ quy định một số đặc điểm riêng trong kinh doanh BĐS, các quy định chung cần căn cứ vào quy định của BLDS, Luật Thương mại, Luật Đất đai, Luật Đầu tư, Luật Nhà ở, Luật Xây dựng, Luật Lâm nghiệp, và các luật về tạo lập và quản lý các tài sản khác gắn liền với đất.

3) Không nên tạo ra những hàng hóa khác biệt theo hướng ưu tiên cho các chủ đầu tư dẫn đến người tiêu dùng mua, nhận chuyển nhượng hàng hóa BĐS mà không đảm bảo được tính thanh khoản.

4) Không nên tạo ra nội dung giao dịch và nội dung, hình thức của hợp đồng giao dịch BĐS khác biệt với các quy định của BLDS, sự khác biệt về giao dịch và hợp đồng giao dịch BĐS sẽ gây ra xung đột pháp luật nặng nề trong hệ thống pháp luật Việt Nam.

5) Sàn giao dịch BĐS là một dịch vụ do khu vực tư nhân cung cấp, luôn gắn với nhóm lợi ích chủ đầu tư dự án - sàn giao dịch, hầu như không hướng tới cơ chế bảo vệ quyền và lợi ích của người tiêu dùng. Sàn giao dịch có chức năng cung cấp thông tin như một dịch vụ tư nhân, và việc giao dịch qua sàn giao dịch BĐS cần nâng cấp

để đảm bảo tính công khai, minh bạch trong các giao dịch dự án cung cấp hàng hóa BĐS. Công chứng là hoạt động dịch vụ công đảm bảo cơ sở pháp lý chặt chẽ cho mọi giao dịch BĐS, giúp người dân hiểu biết rõ pháp luật khi tham gia vào giao dịch BĐS, đồng thời cũng tạo ra nguồn thông tin công khai, minh bạch cho các giao dịch đã thành công. **Chức năng cung cấp dịch vụ tư về thông tin của các sàn giao dịch BĐS không thể thay thế chức năng cung cấp dịch vụ công của Công chứng trong các giao dịch BĐS**, nhất là các giao dịch BĐS của các dự án đầu tư phát triển BĐS chứa đựng nhiều rủi ro pháp lý. Kinh nghiệm của các nước trên thế giới đã cho thấy rõ điều này và Việt Nam nên học tập để quản lý tốt hơn thị trường BĐS còn đang yếu kém như hiện nay. Để đảm bảo an toàn pháp lý cho giao dịch về BĐS, Điều 28 Dự thảo LDD (*sửa đổi*) đã quy định giao dịch về QSDĐ được công chứng, và không có BĐS nào không gắn liền với đất.

6) Trong mọi hoạt động của xã hội, trong đó có hoạt động thương mại, Nhà nước phải tìm một cơ chế pháp lý có hiệu quả để mọi người dân thực thi đúng pháp luật, đồng thời cơ chế này cũng giúp người dân bảo vệ quyền và lợi ích của mình. Công chứng là tổ chức pháp lý phù hợp vì là bên thứ ba độc lập về lợi ích với hai bên giao dịch BĐS. Người dân tham gia giao dịch BĐS tự chi trả cho dịch vụ công chứng, và được công chứng hướng dẫn trong thành lập các hợp đồng giao dịch.

7) Cải thiện được những việc trên là Nhà nước đang hướng đến việc “quản trị quốc gia hiện đại, hiệu quả; đáp ứng yêu cầu phát triển đất nước nhanh, bền vững, trở thành nước phát triển, có thu nhập cao theo định hướng xã hội chủ nghĩa vào năm 2045”⁵⁸ ■

58 Nghị quyết số 27-NQ/TW ngày 09/11/2022, Hội nghị lần thứ sáu Ban chấp hành trung ương Đảng khóa xiii về tiếp tục xây dựng và hoàn thiện Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam trong giai đoạn mới.

GÓP Ý MỘT SỐ QUY ĐỊNH CỦA DỰ THẢO LUẬT KINH DOANH BẤT ĐỘNG SẢN (SỬA ĐỔI)

Huỳnh Thị Kim Thoa*

Trần Thị Bích Thục**

*LS. Công ty Luật TNHH Sophia.

**ThS. Trường Đại học Tài chính - Quản trị kinh doanh.

Thông tin bài viết

Từ khóa: Dự thảo luật, kinh doanh bất động sản, bất động sản.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài: 29/04/2023

Biên tập: 16/05/2023

Duyệt bài: 17/05/2023

Article Information

Keywords: Draft law; real estate business; real estate.

Article History:

Received: 29 Apr. 2023

Edited: 16 May 2023

Approved: 17 May 2023

Tóm tắt:

Dự thảo Luật Kinh doanh bất động sản (sửa đổi) được kỳ vọng sẽ khắc phục những bất cập, vướng mắc của pháp luật hiện hành, đảm bảo và nâng cao hơn nữa hiệu lực thực thi quy định của pháp luật về kinh doanh bất động sản. Trong bài viết này, các tác giả phân tích một số quy định trong Dự thảo Luật Kinh doanh bất động sản (sửa đổi) nhằm hoàn thiện các quy định này và góp phần tạo sự thống nhất với các luật chuyên ngành quan trọng khác như Luật Đất đai, Luật Nhà ở và các luật khác.

Abstract:

The draft Law on Real Estate Business (amendment) is expected to be able to tackle those shortcomings and obstacles of the existing law, ensure and further improve the enforcement of the provisions of the laws on real estate business. Within this article, the author provides discussions and comments on a number of provisions of the draft Law on Real Estate Business (amendment) to improve these regulations and also the consistency with other important specialized laws such as the Law on Land, the Law on Housing and other relevant ones.

Trải qua gần 8 năm thi hành, Luật Kinh doanh bất động sản (KDBĐS) năm 2014 đã thể hiện được sứ mệnh, vai trò và tầm quan trọng trong việc điều chỉnh một lĩnh vực rộng, ảnh hưởng đến nhiều mặt đời sống của các cá nhân, tổ chức. Việc thực thi các quy định của Luật KDBĐS năm 2014 đã thu được nhiều kết quả, góp phần quản lý thị trường bất động sản phát triển ổn định, lành mạnh hơn¹. Tuy nhiên, với tình hình phát triển kinh tế - xã hội nói chung và lĩnh vực kinh doanh bất động sản nói riêng như hiện nay, một số quy định của Luật KDBĐS năm 2014 đã không còn phù hợp cũng như bộc

lộ một số bất cập làm giảm hiệu lực áp dụng của văn bản quy phạm pháp luật này. Vì vậy, Chính phủ đã chủ trương phân công Bộ Xây dựng chủ trì, phối hợp với các Bộ, ngành liên quan tổ chức nghiên cứu sửa đổi toàn diện Luật KDBĐS năm 2014. Hiện nay, Dự thảo Luật KDBĐS (sửa đổi)² đã được đăng tải để lấy ý kiến rộng rãi của toàn thể nhân dân và các chuyên gia, các nhà khoa học.

1. Sự không thống nhất trong sử dụng thuật ngữ pháp lý

Dự thảo Luật KDBĐS (sửa đổi) chưa có sự thống nhất về việc sử dụng thuật ngữ “dự án bất động sản” và “dự án kinh doanh bất

1 Tờ trình Dự thảo Luật Kinh doanh bất động sản (sửa đổi) của Bộ Xây dựng, tr.2.

2 Dự thảo Luật Kinh doanh bất động sản (sửa đổi) ngày 05/04/2023 – Dự thảo Luật.

động sản”. Cụ thể: “dự án bất động sản” là thuật ngữ pháp lý được định nghĩa tại khoản 2 Điều 3 của Dự thảo Luật và được đề cập 110 lần trong hầu hết các chương; còn “dự án kinh doanh bất động sản” được sử dụng 5 lần thể hiện qua các điều luật như Điều 18 Trách nhiệm của chủ đầu tư dự án kinh doanh bất động sản, Điều 88 Xử lý vi phạm, Điều 89 Trách nhiệm quản lý nhà nước về kinh doanh bất động sản của các cơ quan trung ương, Điều 90 Trách nhiệm của Ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương.

Vì vậy, Dự thảo Luật KDBĐS cần rà soát và sử dụng thống nhất thuật ngữ “dự án bất động sản” trong toàn bộ văn bản, tránh gây nhầm lẫn và áp dụng pháp luật thiếu thống nhất giữa các điều luật cũng như đối với các văn bản pháp luật khác (Luật Đất đai, Luật Đầu tư chỉ sử dụng thuật ngữ “dự án bất động sản”).

2. Khái niệm “dự án bất động sản”

Khoản 2 Điều 3 Dự thảo Luật giải thích “dự án bất động sản” như sau:

“Dự án bất động sản là dự án có sử dụng đất được cơ quan nhà nước có thẩm quyền chấp thuận theo quy định pháp luật để đầu tư xây dựng các loại nhà ở, công trình xây dựng, hạ tầng kỹ thuật, bao gồm:

a) Dự án đầu tư xây dựng nhà ở, dự án đầu tư xây dựng khu đô thị và dự án đầu tư xây dựng có công năng phục vụ hỗn hợp.

b) Dự án đầu tư xây dựng hạ tầng kỹ thuật, khu công nghiệp, cụm công nghiệp, khu chế xuất, khu công nghệ cao.

c) Dự án đầu tư xây dựng công trình dân dụng không thuộc quy định tại điểm a, b khoản này”.

Khái niệm trên cho thấy phạm vi dự án bất động sản rất rộng, bao gồm cả các dự án không có mục tiêu hướng đến hoạt động kinh doanh bất động sản, tức là các dự án không mua bán, không chuyển nhượng, không cho thuê nhà hay công trình xây dựng, mà chỉ nhằm tạo cơ sở vật chất để kinh doanh dịch vụ hoặc phục vụ sản xuất như xây dựng trang

trại chăn nuôi, canh tác hoa màu,... Điều này dẫn đến các dự án xây dựng không có bản chất kinh doanh bất động sản vẫn phải tuân thủ các quy định của Luật KDBĐS.

Vì vậy, các tác giả kiến nghị sửa đổi khái niệm “dự án bất động sản” tại Dự thảo Luật theo hướng loại trừ những dự án đầu tư xây dựng chỉ nhằm tạo cơ sở vật chất để kinh doanh dịch vụ hoặc phục vụ sản xuất.

3. Điều kiện của tổ chức, cá nhân kinh doanh bất động sản

Khoản 1 Điều 10 Dự thảo Luật quy định tổ chức, cá nhân khi tham gia hoạt động kinh doanh bất động sản phải tuân thủ các điều kiện nhất định thì mới được hoạt động trong lĩnh vực này, bao gồm:

“a) Phải thành lập doanh nghiệp theo quy định của pháp luật về doanh nghiệp hoặc hợp tác xã theo quy định của pháp luật về hợp tác xã (sau đây gọi chung là doanh nghiệp); có ngành nghề kinh doanh bất động sản, trừ trường hợp quy định tại khoản 2 Điều này;

b) Có đầy đủ năng lực hành vi dân sự khi xác lập, thực hiện quyền, nghĩa vụ dân sự. Không trong thời gian đang bị cấm, đình chỉ, tạm đình chỉ hoạt động theo quy định pháp luật hoặc theo quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền hoặc trong thời gian thực hiện thủ tục phá sản, giải thể tổ chức;

c) Đối với trường hợp nhà đầu tư được lựa chọn, công nhận, giao làm chủ đầu tư dự án bất động sản theo quy định của pháp luật thì phải có vốn thuộc sở hữu của mình để thực hiện dự án không thấp hơn 20% tổng vốn đầu tư đối với dự án có quy mô sử dụng đất dưới 20 ha, không thấp hơn 15% tổng vốn đầu tư đối với dự án có quy mô sử dụng đất từ 20 ha trở lên và phải bảo đảm khả năng huy động vốn để thực hiện dự án đầu tư.

Chủ đầu tư dự án bất động sản trong quá trình thực hiện dự án bất động sản phải đảm bảo duy trì năng lực tài chính để thực hiện dự án đầu tư”.

Điểm b của quy định trên là điều kiện thông thường như những ngành nghề kinh doanh khác, không có tính đặc thù của một ngành nghề kinh doanh có điều kiện. Đối với điểm c: điều kiện về vốn này được hiểu rằng nếu doanh nghiệp không có hoạt động đầu tư dự án bất động sản thì *doanh nghiệp kinh doanh bất động sản* không phải đáp ứng điều kiện, tức đây không phải là điều kiện áp dụng để một doanh nghiệp được gia nhập vào lĩnh vực kinh doanh bất động sản. Do đó, đây không phải là bản chất của điều kiện kinh doanh. Mặt khác, điều kiện liên quan đến năng lực tài chính của chủ đầu tư dự án bất động sản đã được pháp luật đất đai quy định. Cụ thể: Khoản 2 Điều 14 Nghị định 43/2014/NĐ-CP quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Đất đai quy định: “2. Điều kiện về năng lực tài chính để bảo đảm việc sử dụng đất theo tiến độ của dự án đầu tư được quy định như sau: a) Có vốn thuộc sở hữu của mình để thực hiện dự án không thấp hơn 20% tổng mức đầu tư đối với dự án có quy mô sử dụng đất dưới 20 héc ta; không thấp hơn 15% tổng mức đầu tư đối với dự án có quy mô sử dụng đất từ 20 héc ta trở lên. b) Có khả năng huy động vốn để thực hiện dự án từ các tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài và các tổ chức, cá nhân khác”. Do đó, Dự thảo Luật không cần thiết phải quy định lại điều kiện này. Ngoài ra, trong trường hợp nhà đầu tư thực hiện dự án có đề nghị Nhà nước giao đất, cho thuê đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất thì phải thực hiện thủ tục ký quỹ hoặc phải có bảo lãnh ngân hàng về nghĩa vụ ký quỹ để bảo đảm thực hiện các dự án này theo quy định tại Điều 43 Luật Đầu tư năm 2020³. Quy định ký quỹ hoặc có bảo lãnh ngân hàng về nghĩa vụ ký quỹ của Luật Đầu tư cũng là điều kiện về năng lực tài chính của chủ đầu tư dự án bất động sản phải tuân thủ, tuy nhiên, cách quy

định tại điểm c khoản 1 Điều 10 của Dự thảo Luật KDBĐS (sửa đổi) nêu trên không đề cập hay dẫn chiếu đến quy định này.

Vì vậy, các tác giả đề xuất bỏ quy định điều kiện của tổ chức, cá nhân kinh doanh bất động sản tại điểm b, điểm c Điều 10 của Dự thảo Luật.

4. Quy định hợp đồng kinh doanh bất động sản không bắt buộc phải thực hiện công chứng, chứng thực

Cách quy định của Dự thảo Luật cho thấy thiếu cơ sở pháp lý bao quát để yêu cầu các chủ thể tham gia giao dịch kê khai nộp thuế cho Nhà nước, đăng ký biến động, sang tên quyền sở hữu tài sản, quyền sử dụng đất theo quy định.

Cụ thể là khoản 3 Điều 45 Dự thảo Luật quy định hợp đồng kinh doanh bất động sản, hợp đồng kinh doanh dịch vụ bất động sản không bắt buộc phải công chứng, chứng thực: “Hợp đồng kinh doanh bất động sản, hợp đồng kinh doanh dịch vụ bất động sản được lập thành văn bản. Việc công chứng, chứng thực hợp đồng do các bên thỏa thuận; trừ hợp đồng mua bán, thuê mua nhà ở, công trình xây dựng và hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất mà các bên tham gia giao dịch là tổ chức, cá nhân quy định tại khoản 2 Điều 10 của Luật này thì phải công chứng hoặc chứng thực”. Theo đó, khoản 2 Điều 10 đề cập các chủ thể sau: “a) Cơ quan, tổ chức thực hiện bán nhà, công trình xây dựng, chuyển nhượng quyền sử dụng đất do phá sản, giải thể, chia tách theo quy định của pháp luật; b) Cơ quan, tổ chức thực hiện bán, chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê mua bất động sản là tài sản công theo quy định của pháp luật; c) Tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài, công ty quản lý tài sản của các tổ chức tín dụng (AMC), công ty quản lý tài sản của

³ Theo khoản 2 Điều 26 Nghị định 31/2021/NĐ-CP quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Đầu tư: Mức bảo đảm thực hiện dự án đầu tư được tính bằng tỷ lệ phần trăm trên vốn đầu tư của dự án đầu tư theo nguyên tắc lũy tiến từng phần như sau: đối với phần vốn đến 300 tỷ đồng, mức bảo đảm là 3%; đối với phần vốn trên 300 tỷ đồng đến 1000 tỷ đồng, mức bảo đảm là 2%; đối với phần vốn trên 1.000 tỷ đồng, mức bảo đảm là 1%.

các tổ chức tín dụng Việt Nam (VAMC) thực hiện bán nhà, công trình xây dựng, chuyển nhượng quyền sử dụng đất, chuyển nhượng dự án bất động sản đang được dùng bảo lãnh, thế chấp để thu hồi nợ theo quy định của pháp luật; đ) Tổ chức, cá nhân bán nhà, công trình xây dựng, chuyển nhượng quyền sử dụng đất theo quyết định của Tòa án, của cơ quan nhà nước có thẩm quyền khi giải quyết tranh chấp, khiếu nại, tố cáo; đ) Tổ chức, cá nhân bán, cho thuê, cho thuê mua nhà, công trình xây dựng thuộc quyền sở hữu hợp pháp, chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê lại quyền sử dụng đất thuộc quyền sử dụng hợp pháp của mình; e) Tổ chức, cá nhân bán, chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê mua bất động sản do mình đầu tư xây dựng mà không phải là dự án đầu tư xây dựng bất động sản để kinh doanh theo quy định của pháp luật; g) Tổ chức, cá nhân mua, nhận chuyển nhượng bất động sản theo các trường hợp quy định tại các điểm a, b, c, d, đ, e mục này để sử dụng”. Trong khi đó, khoản 1 Điều 57 Dự thảo Luật quy định: “Chủ đầu tư bán, cho thuê mua nhà ở, công trình xây dựng hình thành trong tương lai và chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê lại quyền sử dụng đất đã có hạ tầng kỹ thuật trong dự án bất động sản phải thực hiện giao dịch thông qua sàn giao dịch bất động sản theo quy định của Luật này”.

Như vậy, theo khoản 1 Điều 57 Dự thảo Luật, có những giao dịch không bắt buộc thông qua sàn giao dịch bất động sản và cũng không bắt buộc công chứng, chứng thực theo khoản 3 Điều 45 Dự thảo Luật. Trong khi đó, khoản 5 Điều 61 Dự thảo Luật quy định: “Trường hợp bất động sản thuộc diện quy định tại khoản 1 Điều 57 Luật này thì giấy xác nhận giao dịch qua sàn là cơ sở để các chủ thể tham gia giao dịch kê khai nộp thuế cho Nhà nước, đăng ký biến động, sang tên quyền sở hữu tài sản, quyền sử dụng đất theo quy định Luật này và các luật khác có liên quan”. Như

vậy, các trường hợp không bắt buộc giao dịch qua sàn giao dịch bất động sản và cũng không bắt buộc công chứng, chứng thực thì chưa có cơ sở nào để các chủ thể tham gia giao dịch kê khai nộp thuế cho Nhà nước, đăng ký biến động, sang tên quyền sở hữu tài sản, quyền sử dụng đất theo quy định.

Vì vậy, các tác giả kiến nghị khoản 3 Điều 45 Dự thảo Luật nên quy định theo hướng: Trường hợp giao dịch thực hiện qua sàn giao dịch bất động sản thì hợp đồng kinh doanh bất động sản không bắt buộc phải công chứng, chứng thực; trường hợp không giao dịch qua sàn giao dịch bất động sản thì hợp đồng kinh doanh bất động sản phải thực hiện công chứng, chứng thực.

5. Quy định về cung cấp thông tin về bất động sản đủ điều kiện được đưa vào kinh doanh của sàn giao dịch bất động sản

Một trong những điểm mới đáng chú ý của Dự thảo Luật là có 02 loại giao dịch bất động sản bắt buộc phải tiến hành thông qua sàn giao dịch bất động sản để đảm bảo, tăng cường tính minh bạch, kiểm soát và chống được “lợi ích nhóm” của một số chủ đầu tư, sàn giao dịch bất động sản, người dân khi có tình liên kết giao dịch ngầm nhằm “trốn thuế” hay đầu cơ làm lũng đoạn thị trường⁴, đó là (i) chủ đầu tư bán, cho thuê mua nhà ở, công trình xây dựng hình thành trong tương lai và (ii) chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê lại quyền sử dụng đất đã có hạ tầng kỹ thuật trong dự án bất động sản. Vì vậy, Dự thảo Luật cũng quy định về nội dung hoạt động, trách nhiệm của sàn giao dịch bất động sản trong việc cung cấp thông tin về bất động sản đủ điều kiện được đưa vào kinh doanh. Cụ thể: khoản 2 Điều 61 Dự thảo Luật quy định “niêm yết, cung cấp công khai thông tin về bất động sản đủ điều kiện được đưa vào kinh doanh cho các bên tham gia có nhu cầu giao dịch” là một trong những nội dung hoạt động của sàn giao dịch bất động sản.

4 Xem thêm: Phạm Đông, “Chính phủ giữ quan điểm “giao dịch bất động sản phải qua sàn””, <https://laodong.vn/thoi-su/chinh-phu-giu-quan-diem-giao-dich-bat-dong-san-phai-qua-san-1185500.lido>, truy cập ngày 10/06/2023.

Khoản 2 Điều 63 Dự thảo Luật quy định sàn giao dịch bất động sản có nghĩa vụ “cung cấp đầy đủ, trung thực hồ sơ, thông tin về bất động sản và chịu trách nhiệm về hồ sơ, thông tin do mình cung cấp”.

Tuy nhiên, quy định hiện hành chỉ mới dừng lại ở tính chung chung, chưa rõ ràng cụ thể. Vì vậy, các tác giả đề nghị cần làm rõ hơn trong Dự thảo Luật về thời hạn cung cấp thông tin, những thông tin về bất động sản được cung cấp gồm những thông tin gì, hiệu lực pháp lý của các loại thông tin này, thời hạn hiệu lực của thông tin đã được công bố hoặc công khai, nếu có sự khác nhau giữa các loại thông tin thì cần làm rõ thông tin có hiệu lực cao nhất, thông tin chính thống. Trong đó, cần thiết bổ sung cụ thể nghĩa vụ của sàn giao dịch bất động sản phải cung cấp thông tin đối với bản quy hoạch 1/500 và thiết kế cơ sở (thiết kế kiến trúc, thiết kế điện nước) để khắc phục tình trạng tranh chấp vì lý do thiết kế, không đúng, không hiểu về diện tích, chỗ để xe, công năng, mục đích sử dụng các phần trong công trình xảy ra rất thường xuyên giữa chủ đầu tư và người dân mua nhà chung cư⁵. Đồng thời, cần bổ sung chế tài xử lý trong trường hợp không cung cấp, chậm trễ cung cấp hoặc cung cấp không trung thực hồ sơ, thông tin về bất động sản cho chủ thể có quyền. Có như vậy, hoạt động cung cấp thông tin thông qua sàn mới phát huy được hiệu quả là kênh thông tin an toàn, kịp thời và bảo đảm tính khả thi trong thực tiễn áp dụng.

6. Tính thống nhất giữa Dự thảo Luật Kinh doanh bất động sản (sửa đổi) và Dự thảo Luật Đất đai (sửa đổi)

6.1. Về chủ thể hộ gia đình sử dụng đất

Dự thảo Luật Đất đai (sửa đổi)⁶ đang hướng tới bỏ đối tượng sử dụng đất là hộ gia đình. Do đó, các tác giả kiến nghị Dự thảo

Luật KDBĐS (sửa đổi) cũng nên bỏ chủ thể hộ gia đình để thống nhất trong việc thực hiện và áp dụng pháp luật.

6.2. Về quyền sử dụng đất của cá nhân nước ngoài

Trước đây, Luật KDBĐS năm 2014 quy định cá nhân nước ngoài được thuê các loại bất động sản để sử dụng, được mua, thuê, thuê mua nhà ở theo quy định của pháp luật về nhà ở (khoản 2 Điều 14) và quy định tiếp tục được duy trì tại khoản 1 Điều 16 Dự thảo Luật KDBĐS (sửa đổi) như sau: “Cá nhân nước ngoài được mua nhà ở theo quy định của pháp luật về nhà ở để sử dụng, được thuê nhà ở để sử dụng”. Theo đó, Điều 159 Luật Nhà ở năm 2014 quy định cá nhân nước ngoài được sở hữu nhà ở tại Việt Nam thông qua hình thức đầu tư xây dựng nhà ở theo dự án tại Việt Nam và mua, thuê mua, nhận tặng cho, nhận thừa kế nhà ở thương mại trong dự án đầu tư xây dựng nhà ở. Như vậy, Dự thảo Luật KDBĐS (sửa đổi) thừa nhận quyền sở hữu nhà ở của cá nhân nước ngoài. Tuy nhiên, Dự thảo Luật Đất đai (sửa đổi) hiện không ghi nhận cá nhân nước ngoài là đối tượng được sử dụng đất tại Việt Nam. Sự mâu thuẫn này dẫn đến hệ quả là cá nhân nước ngoài dù được pháp luật kinh doanh bất động sản, pháp luật nhà ở thừa nhận quyền sở hữu nhà ở trong dự án xây dựng nhà ở nhưng họ không được pháp luật đất đai công nhận quyền sử dụng đất. Điều này cũng trái với quy định tại khoản 1 Điều 14 Dự thảo Luật KDBĐS (sửa đổi): “Việc mua bán nhà ở, công trình xây dựng phải gắn với quyền sử dụng đất”.

Vì vậy, các tác giả kiến nghị cần rà soát hai Dự thảo luật này để thống nhất quy định về quyền sở hữu nhà ở gắn liền với đất của cá nhân nước ngoài, tránh sự chông chéo và mâu thuẫn pháp luật như hiện nay ■

5 Đặng Thị Kim Ngân, “Một số góp ý hoàn thiện dự án Luật Kinh doanh bất động sản (sửa đổi)”, <http://tapchimatran.vn/thuc-tien/mot-so-gop-y-hoan-thien-du-an-luat-kinh-doanh-bat-dong-san-sua-doi-52308.html>, truy cập ngày 10/06/2023.

6 Dự thảo Luật Đất đai (sửa đổi) ngày 08/04/2023.

THỰC TIỄN XÉT XỬ CÁC VỤ ÁN DÂN SỰ LIÊN QUAN ĐẾN GIAO DỊCH VỀ BẤT ĐỘNG SẢN TẠI VIỆT NAM

Nguyễn Hải An

TS. Khoa Luật Dân sự, Trường Đại học Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội.

Thông tin bài viết

Từ khóa: Giao dịch dân sự, bất động sản, công chứng viên, tổ chức hành nghề công chứng.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài: 02/05/2023

Biên tập: 26/05/2023

Duyệt bài: 28/05/2023

Tóm tắt:

Hướng đến đảm bảo an toàn pháp lý trong giao dịch bất động sản mà pháp luật buộc phải công chứng, chứng thực, tác giả của bài viết này nêu thực tiễn xét xử các vụ án dân sự liên quan đến giao dịch bất động sản mang tính phổ biến như: Giao dịch dân sự liên quan đến bất động sản vô hiệu do giả tạo hoặc giả mạo, giao dịch liên quan đến tài sản chung là bất động sản của vợ chồng do một bên vợ chồng thực hiện và trách nhiệm bồi thường thiệt hại của các đương sự khi văn bản công chứng bất động sản vô hiệu. Trong đó, tác giả tập trung phân tích quy định của pháp luật hiện hành về mỗi nội dung cần đề cập, minh họa vụ án cụ thể về quá trình giải quyết tranh chấp của các cấp tòa án; chỉ ra những tồn tại, bất cập và đưa ra quan điểm nhằm góp phần để mọi giao dịch liên quan đến bất động sản tại Việt Nam minh bạch và an toàn.

Article Information

Keywords: Civil transactions; real estate; notary public; notary public organizations.

Article History:

Received: 02 May 2023

Edited: 26 May 2023

Approved: 28 May 2023

Abstract:

With an aim to assure legal safety in real estate transactions where it is required by law for public notarization and public certification, the author provides discussions of the practical performance of civil trials related to real estate transactions, such as: civil transactions related to immovable property due to forgery or falsification, transactions involving jointly-owned real estate by spouses, and the liability of notary public organizations for damages resulting from invalid notarizations. In which, the author focuses on analyzing a number of provisions of the current law on each content to be mentioned, illustrating specific cases about the dispute settlement process of courts at all levels, and highlighting existing issues and gaps between theory and practice, the article ultimately aims to promote transparency and safety in all real estate transactions in Vietnam.

1 Giao dịch dân sự liên quan đến bất động sản vô hiệu do giả tạo

Giao dịch dân sự (GDĐ) giả tạo là giao dịch được xác lập nhằm che dấu giao dịch có thật khác. Trong giao dịch giả tạo các chủ thể không có ý định xác lập quyền và nghĩa vụ với nhau. Quy định của Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2005 và BLDS năm 2015 về GDĐ vô hiệu do giả tạo không có sự khác biệt đáng kể về việc nhận diện và hướng giải quyết¹. Thực chất, khi tham gia GDĐ bình

thường các bên cùng thể hiện ý chí thật sự, còn GDĐ giả tạo chỉ nhằm che giấu ý chí không thật của các chủ thể. Hay nói cách khác, GDĐ giả tạo là giao dịch được xác lập không thật, nhằm che giấu ý chí thật của các chủ thể. Do đó, GDĐ giả tạo là giao dịch mà các chủ thể không có ý định thiết lập quyền và nghĩa vụ với nhau, nội dung của giao dịch giả tạo cũng không thể hiện ý chí đích thực của các bên, mà các bên tạo ra giao dịch giả tạo chỉ nhằm che giấu một giao dịch khác. Có

¹ Xem Điều 129 Bộ luật Dân sự năm 2005, Điều 124 Bộ luật Dân sự năm 2015.

thể nói: “Giao dịch giả tạo là giao dịch mà ý chí được biểu đạt ra ngoài khác với ý chí đích thực và có tồn tại sự khác biệt giữa kết quả thực tế đã thực hiện giao dịch so với mục đích của GDDS được xác lập”².

Theo quy định của BLDS, GDDS vô hiệu do giả tạo có hai loại: “Giao dịch được xác lập nhằm che giấu một GDDS khác. Các bên thỏa thuận ký hai hợp đồng về một đối tượng; tuy nhiên, một hợp đồng có giá trị pháp lý, còn hợp đồng thứ hai không phát sinh quyền và nghĩa vụ của các bên. GDDS nhằm trốn tránh nghĩa vụ với người thứ ba. Nhằm trốn tránh nghĩa vụ trả nợ hoặc trốn tránh thi hành án dân sự, bên có nghĩa vụ định đoạt tài sản cho người khác để không còn tài sản trả nợ hoặc thi hành án”³. Như vậy, GDDS giả tạo chỉ mang tính hình thức, mục đích xác lập giao dịch để nhằm che giấu một giao dịch khác hoặc trốn tránh nghĩa vụ với người thứ ba, không thể hiện đúng ý chí đích thực của các bên. Mặc dù vậy, “Không phải bất cứ một sự thể hiện ý chí giả tạo nào cũng đều là giao dịch giả tạo mà chỉ những giao dịch các bên chủ thể có sự thông đồng với nhau từ trước khi tham gia giao dịch mới là giao dịch giả tạo, vì vậy để đảm bảo giao dịch tuân thủ đúng quy định pháp luật và bảo vệ quyền lợi của người thứ ba ngay tình thì giao dịch giả tạo bị vô hiệu, còn giao dịch bị che giấu vẫn có hiệu lực”⁴. Vấn đề đặt ra là khi hai bên xác lập GDDS giả tạo mà hợp đồng có sự chứng nhận của công chứng viên (CCV) thì các bên phải chịu trách nhiệm pháp lý như thế nào? Chúng tôi xin nêu ví dụ như sau:

“Hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất (QSDĐ)” ngày 16/12/2014 có nội dung: Ông Hồ Văn H chuyển nhượng cho ông Nguyễn Thành N, bà Lê Thị Kim L diện tích 1.207,6m² đất thuộc thửa 96, tờ bản đồ

số 12, xã Long Thới, huyện Nhà Bè, Thành phố Hồ Chí Minh với giá 200.000.000 đồng có công chứng của Văn phòng Công chứng Q, Thành phố Hồ Chí Minh; việc giao và nhận số tiền nêu trên do hai bên tự thực hiện, không có sự chứng kiến của CCV. Ông H xác định thật sự giá chuyển nhượng hai bên thỏa thuận là 3.200.000.000 đồng, nhưng ghi trong Hợp đồng là 200.000.000 đồng để được chịu thuế thấp. Ông N, bà L cho rằng, giá chuyển nhượng thửa đất nêu trên là 200.000.000 đồng đúng như Hợp đồng đã ký kết; tại Đơn đề nghị xem xét bản án của Tòa án theo thủ tục giám đốc thẩm ngày 03/5/ 2017, của ông N, bà L tuy không nói rõ giá tiền chuyển nhượng đất là bao nhiêu, nhưng lại cho rằng: “đã giao đầy đủ số tiền chuyển nhượng cho nguyên đơn”; phương thức giao 03 lần, với tổng số tiền là 2.200.000.000 đồng. Như vậy, tại Đơn đề nghị xem xét theo thủ tục giám đốc thẩm, ông N đã thừa nhận giá chuyển nhượng thửa đất nêu trên ghi trong Hợp đồng 200.000.000 đồng là giả tạo; giữa ông H với ông N và bà L khai không thống nhất về giá chuyển nhượng. Tại Biên bản định giá của Hội đồng định giá ngày 19/8/2015 xác định giá thị trường của phần đất tranh chấp là 2.500.000 đồng/m², tổng giá trị khu đất là 1.207,6m² x 2.500.000 đồng = 3.019.000.000 đồng. Như vậy, giá chuyển nhượng ghi trong Hợp đồng là 200.000.000 đồng cũng không phù hợp với giá thực tế trên thị trường⁵. Từ những tình tiết nêu trên, có cơ sở xác định giá ghi trong Hợp đồng chuyển nhượng QSDĐ được công chứng ngày 16/12/2014 là giả tạo nhằm che giấu Hợp đồng giá cao hơn (để “*chịu thuế thấp*”).

Trong vụ án nêu trên, việc giả tạo chỉ một phần của hợp đồng, chỉ điều khoản về giá. Rất có khả năng hai bên tranh chấp về vấn đề khác,

2 <http://tapchitoaan.vn/bai-viet/nghien-cuu/giao-dich-mua-ban-tai-san-nham-che-giau-giao-dich-vay-tai-san>, truy cập ngày 24/4/2023.

3 Nguyễn Minh Tuấn (2016, Chủ biên), Bình luận khoa học BLDS năm 2015, Nxb. Tư pháp, tr.194.

4 <https://luatminhkhue.vn/giao-dich-dan-su-vo-hieu-do-gia-cao-la-gi-y-nghia-ghi-nhan-giao-dich-dan-su-vo-hieu-do-gia-cao.aspx>, truy cập ngày 24/4/2023.

5 Quyết định giám đốc thẩm số 03/2020/DS-GĐT ngày 16/01/2020 của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao.

ví dụ như số tiền thanh toán và thời hạn thanh toán, chất lượng nhà, giá bất động sản (BDS) tăng vào thời điểm thanh toán... nên việc một bên khai ra giá thực tế chuyển nhượng nhằm đạt mục đích tuyên bố văn bản công chứng vô hiệu để đạt được những mục đích khác. Rõ ràng hai bên biết việc làm của mình là vi phạm vào thời điểm xác lập hợp đồng, nên khi có tranh chấp thì đây cũng là một căn cứ mà hai bên đều nhắm đến để đạt mục đích.

Tuy nhiên, việc giả tạo trong tình huống nêu trên làm giảm số thuế phải nộp cho Nhà nước, việc này đã được hai bên thỏa thuận thống nhất trước thời điểm công chứng. Điều 404 BLDS năm 2015 quy định: “Khi hợp đồng có điều khoản không rõ ràng thì việc giải thích điều khoản đó không chỉ dựa vào ngôn từ của hợp đồng mà còn phải căn cứ vào ý chí của các bên được thể hiện trong toàn bộ quá trình trước, tại thời điểm xác lập, thực hiện hợp đồng”. Do đó, hai bên tham gia giao dịch phải chịu trách nhiệm trong trường hợp Cơ quan thuế truy thu thuế liên quan đến giao dịch này.

Việc ban hành chính sách thuế, tiến hành thu thuế thuộc cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Do đó, Điều 114 Luật Đất đai năm 2013 quy định về Bảng giá đất và giá đất cụ thể; Bảng giá đất được xây dựng định kỳ 05 năm một lần và công bố công khai vào ngày 01 tháng 01 của năm đầu kỳ. Theo đó, Điều 17 Thông tư số 92/2015/TT-BTC quy định căn cứ tính thuế đối với thu nhập từ chuyển nhượng BĐS gồm “Trường hợp trên hợp đồng chuyển nhượng không ghi giá hoặc giá trên hợp đồng chuyển nhượng thấp hơn giá đất do Ủy ban nhân dân (UBND) cấp tỉnh quy định tại thời điểm chuyển nhượng thì giá chuyển nhượng được xác định theo bảng giá đất do UBND cấp tỉnh quy định tại thời điểm chuyển nhượng”.

Có tác giả cho rằng: “Vi lợi ích của cả

người mua và người bán, nên họ thường thỏa thuận ghi giá trên hợp đồng chuyển nhượng thấp hơn thực tế. Trong trường hợp này chỉ Nhà nước chịu thất thu thuế”. Để chống việc lách thuế qua việc ghi thấp giá trên hợp đồng chuyển nhượng thì UBND các tỉnh, thành phố cần xây dựng và ban hành giá nhà, đất tính thuế và điều chỉnh hàng năm sao cho phù hợp và sát giá thực tế chuyển nhượng trên thị trường tự do⁶.

Điều 155 Dự thảo Luật Đất đai (sửa đổi)⁷ quy định về Bảng giá đất: “UBND cấp tỉnh quyết định ban hành bảng giá đất định kỳ hàng năm sau khi được Hội đồng nhân dân cùng cấp thông qua. Bảng giá đất được công bố công khai và áp dụng từ ngày 01 tháng 01 hàng năm. Bảng giá đất được áp dụng cho các trường hợp tính thuế thu nhập từ chuyển nhượng QSDĐ đối với hộ gia đình, cá nhân”. Quy định của Dự thảo như trên có khả năng giúp Nhà nước tránh thất thu thuế, nhưng trong trường hợp có tranh chấp liên quan đến tuyên bố văn bản công chứng vô hiệu do giả tạo nhằm mục đích trốn thuế thì vẫn phải do các bên tham gia giao dịch chịu trách nhiệm.

2. Văn bản công chứng liên quan đến bất động sản vô hiệu do giả mạo

Thủ tục công chứng trong GDDS là quy định nhằm bảo vệ quyền lợi của các bên tham gia giao dịch và tạo ra một môi trường pháp lý an toàn đối với các bên. Tuy nhiên, thực tiễn cho thấy, nhiều hợp đồng được công chứng bị Tòa án tuyên vô hiệu do có sự giả mạo chủ sở hữu hay sử dụng văn bản, giấy tờ giả mạo... Các hành vi bị nghiêm cấm trong hoạt động công chứng đối với cá nhân, tổ chức được Luật Công chứng năm 2014 ghi nhận như nghiêm cấm các hành vi giả mạo người yêu cầu công chứng; người yêu cầu công chứng sử dụng văn bản, giấy tờ giả mạo để yêu cầu công chứng. Có những trường hợp CCV đã thực hiện đúng thủ tục công chứng theo quy định

6 https://mof.gov.vn/webcenter/portal/btcvn/pages_r/!tin-bo-tai-chinh?dDocName=MOFUCM093146, truy cập ngày 29/4/2023.

7 http://www.lapthap.vn/Pages/DuThao/XemGopY.aspx?iDDTVB_DuThaoVanBan=1929&replyUrl=/Pages/DuThao/dsduthao.aspx#.

của pháp luật nhưng vẫn còn tồn tại văn bản công chứng do người giả mạo ký. Như vậy, hợp đồng hoặc giao dịch dân sự do người giả mạo ký sẽ không có giá trị pháp lý và vô hiệu do vi phạm điều cấm của Luật Công chứng. Đồng thời, khi phát hiện văn bản công chứng do người giả mạo ký và có căn cứ để xác minh việc giả mạo đó, CCV, người yêu cầu công chứng, người làm chứng, người phiên dịch, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan, cơ quan nhà nước có thẩm quyền có quyền đề nghị Tòa án tuyên bố văn bản công chứng vô hiệu và khi hợp đồng vô hiệu thì bên có lỗi gây thiệt hại phải bồi thường thiệt hại⁸. Vấn đề đặt ra là xác định trách nhiệm bồi thường như thế nào? Tác giả nêu ví dụ như sau:

Ông Nguyễn Văn Th (sinh ngày 28/5/1951, đã chết ngày 06/6/2009) có vợ là bà Trương Thị N được UBND huyện Thanh Trì, thành phố Hà Nội cấp Giấy chứng nhận QSDĐ đối với phần đất diện tích 236m² tại Lĩnh Nam, quận Hoàng Mai, thành phố Hà Nội. Khoảng năm 2005, gia đình ông Th bị mất Giấy chứng nhận QSDĐ nêu trên. Theo ông Nguyễn Toàn T khai thì ông T nhặt được Giấy chứng nhận QSDĐ mang tên ông Th và ông T cho bà Nguyễn Thị Nh (ông T là cháu rể của bà Nh). Bà Nh trình bày do bà có nhu cầu vay tiền, nên ông T đã bảo bà photo sổ hộ khẩu của gia đình bà cùng với chứng minh thư của bà và ông Trương Văn T (chồng của bà) để đưa cho ông T liên hệ vay tiền giúp; đầu tháng 4/2009, ông T gọi bà đến Văn phòng Công chứng H để ký Hợp đồng ủy quyền làm thủ tục vay tiền. Ngày 03/4/2009, bà Nh đến Văn phòng Công chứng H ký Hợp đồng ủy quyền tại mục bên ủy quyền là bà Nh có chồng là ông Nguyễn Văn Th, bà Nh có thắc mắc nhưng ông T bảo bà cứ ký để vay tiền; ông T có nhờ một người mạo danh là Nguyễn Văn Th - chồng của bà Nh ký hợp đồng ủy quyền. Bà Nh đã đọc và ký Hợp đồng ủy quyền. Như vậy, bà Nh biết vợ chồng bà Nh không phải là chủ sử dụng hợp

pháp thừa đất nêu trên và chồng bà Nh là ông Trương Văn T (sinh năm 1970), chứ không phải Nguyễn Văn Th, nhưng ngày 03/4/2009, bà Nh vẫn đến Văn phòng Công chứng H cùng với một người giả mạo là ông Th (chồng bà Nh) để ký Hợp đồng ủy quyền có nội dung ủy quyền cho bà M được quyền thế chấp, chuyển nhượng thửa đất nêu trên. Hành vi của bà Nh có dấu hiệu của tội phạm hình sự.

Xuất phát từ hợp đồng ủy quyền nêu trên, ngày 08/12/2009, tại Văn phòng Công chứng V, bà M ký Hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng 236m² đất tại Lĩnh Nam cho ông T với giá 400.000.000 đồng. Bà M chưa giao nhà đất trên thực địa cho ông T. Khi ông T tiến hành thủ tục sang tên Giấy chứng nhận QSDĐ thì mới biết chủ đất là ông Th (sinh năm 1951), bà Nh chứ không phải ông Th (sinh năm 1970), bà Nh. Như vậy, khi nhận chuyển nhượng đất, ông T không kiểm tra thực địa, nên không biết đất không phải của ông Th (sinh năm 1970), bà Nh và cũng không biết Hợp đồng ủy quyền là giả mạo, nên ông T cũng là người có lỗi. Sau khi nhận chuyển nhượng đất, ông T mới biết đất chuyển nhượng của ông Th (sinh năm 1951), bà Nh, nên các bên tranh chấp và không thể nhận được đất đã nhận chuyển nhượng, dẫn đến thiệt hại.

Tòa cấp giám đốc thẩm nhận định: *Các hành vi dẫn đến thiệt hại của ông T có dấu hiệu của tội phạm hình sự. Trong trường hợp này, những người có trách nhiệm bồi thường thiệt hại (không chỉ riêng Phòng Công chứng H) phải liên đới bồi thường cho ông T⁹.*

Thông qua thực tiễn xét xử cho thấy, Tòa án đã buộc tổ chức hành nghề công chứng và người yêu cầu công chứng cùng chịu trách nhiệm liên đới bồi thường thiệt hại, vì “tổ chức công chứng mà cụ thể là CCV chưa làm hết trách nhiệm của mình, đã dẫn đến việc không phát hiện được yếu tố giả mạo. Theo quy định của pháp luật, công chứng là việc

8 Xem khoản 4 Điều 131 BLDS năm 2015.

9 Bản án dân sự phúc thẩm số 132/2019/DS-PT ngày 03/6/2019 của Tòa án nhân dân thành phố Hà Nội.

CCV của một tổ chức hành nghề công chứng chứng nhận tính xác thực, hợp pháp của hợp đồng, GDDS khác bằng văn bản. Việc CCV không phát hiện được giấy tờ giả mạo là chưa làm hết trách nhiệm của mình dẫn đến hợp đồng bị tuyên vô hiệu, do đó, CCV có lỗi¹⁰.

Từ nhận định trên, chúng ta có thể chia ra hai trường hợp: *thứ nhất*, người thực hiện hành vi giả mạo là người yêu cầu công chứng, hành vi giả mạo được thực hiện trước như cắt ghép làm giả giấy tờ tùy thân hay giấy chứng nhận về tài sản. Người mua trong nhiều trường hợp biết việc giả mạo này, do đó không cần xem tình trạng tài sản nhận chuyển nhượng, nhằm hợp pháp hóa và cùng với người bán, chuyển nhượng chiếm đoạt tài sản này. Hành vi giả mạo rất tinh vi, CCV không thể biết được, CCV không phải là người chiếm đoạt tài sản. Hiện nay, có những vụ án người bán giả mạo được thuê ký hợp đồng, còn người mua, nhận chuyển nhượng đã bỏ trốn.

Về nội dung trên, đại diện Tòa án nhân dân tối cao có ý kiến: Bị cáo thực hiện hành vi gian dối để chiếm đoạt tiền của bị hại. Về nguyên tắc, ai chiếm đoạt thì người đó phải bồi thường. Quá trình điều tra, truy tố, xét xử không xem xét, xử lý hành vi vi phạm của CCV, không chứng minh CCV đồng phạm với bị cáo cũng như sử dụng số tiền bị cáo chiếm đoạt. Văn phòng công chứng thực hiện công chứng theo quy định của pháp luật, không thể biết được thủ đoạn gian dối của bị cáo để chiếm đoạt tiền của bị hại. Do đó, không thể buộc trách nhiệm liên đới của văn phòng công chứng bồi thường cho bị hại mà chỉ buộc bị cáo phải có trách nhiệm bồi thường (hoàn trả) số tiền đã chiếm đoạt của bị hại¹¹.

Hiện nay, CCV khi thực hiện thủ tục công chứng chỉ căn cứ vào giấy tờ tùy thân và Giấy chứng nhận do người yêu cầu công chứng cung cấp mà không có nguồn nào từ Nhà nước để đối sánh, nhằm phát hiện, giảm thiểu tình trạng giả mạo. Để hạn chế tình trạng giả mạo nêu trên nhằm đảm bảo an toàn pháp lý cho các bên tham gia giao dịch về BĐS, một số quốc gia xem thủ tục xác minh nhân thân và tài sản là một thủ tục bắt buộc trong thủ tục công chứng bằng cách các cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền chia sẻ, kết nối các cơ sở dữ liệu về dân cư, cơ sở dữ liệu hệ thống thông tin về đất đai, BĐS, cơ sở về tranh chấp hay tài sản bị hạn chế hoặc đủ điều kiện chuyển quyền¹² ... nhằm ngăn chặn tình trạng giả mạo ngay từ ban đầu.

Hiện nay, Sở Tư pháp Thành phố Hồ Chí Minh đã phối hợp với Sở Thông tin và Truyền thông, Sở Tài nguyên và Môi trường ban hành Kế hoạch liên tịch số 5104/KHLT-STP-STTTT-STNMT ngày 29/10/2020 về kết nối, chia sẻ cơ sở dữ liệu công chứng và cơ sở dữ liệu địa chính tại Thành phố Hồ Chí Minh góp phần nâng cao hiệu lực, hiệu quả quản lý nhà nước về công chứng và đất đai, cũng như chất lượng hoạt động công chứng và đăng ký nhà, đất tại Thành phố. Đồng thời, kế hoạch liên tịch này còn góp phần phòng, chống tội phạm và vi phạm pháp luật về đất đai, kinh doanh BĐS¹³.

Thứ hai, trong trường hợp CCV thực hiện thủ tục công chứng chưa đúng theo quy định của pháp luật thì tùy theo tính chất, CCV sẽ chịu trách nhiệm hành chính, dân sự, hình sự, trách nhiệm nghề nghiệp được quy định tại Quy tắc đạo đức hành nghề công chứng¹⁴.

10 Nguyễn Xuân Quang & Trần Ngọc Tuấn (2020), “Trách nhiệm bồi thường thiệt hại của tổ chức công chứng khi chứng nhận hợp đồng có yếu tố giả mạo bị Tòa án tuyên vô hiệu”, Tạp chí Dân chủ và pháp luật, số 9, tr.34.

11 <https://plo.vn/trong-vu-an-lua-cao-van-phong-cong-chung-co-lien-doi-boi-thuong-post730221.html>, truy cập ngày 1/5/2023

12 Ninh Thị Hiền (Đỗ Văn Đại - Chủ biên), “Thủ tục công chứng, chứng thực giao dịch về bất động sản”, Giao dịch dân sự về bất động sản, Tập 1, Nxb. Hồng Đức, 2022, tr.195.

13 Báo cáo chuyên đề: Phát huy vai trò của cơ quan tư pháp địa phương trong việc tham mưu cho cấp ủy, chính quyền thực hiện các nhiệm vụ phát triển kinh tế - xã hội trên địa bàn Thành phố Hồ Chí Minh (Tài liệu phục vụ Hội nghị toàn quốc triển khai công tác tư pháp năm 2021, định hướng nhiệm kỳ 2021-2025).

Vì vậy, cần nâng cao vai trò quản lý nhà nước về hoạt động công chứng và tổ chức nghề nghiệp của CCV trong quá trình hành nghề của CCV nhằm nâng cao chất lượng dịch vụ công về công chứng.

3. Giao dịch liên quan đến tài sản chung là bất động sản của vợ chồng do một bên vợ chồng thực hiện

Theo quy định của pháp luật hiện hành, về nguyên tắc, các giao dịch về tài sản chung của vợ chồng đều phải do vợ chồng xác lập, thực hiện. Tuy nhiên, trên thực tế, tình trạng giao dịch liên quan đến tài sản chung của vợ chồng mà đặc biệt là BĐS do một bên vợ, chồng tự mình xác lập, thực hiện xảy ra vô cùng phổ biến và thường xuyên phát sinh tranh chấp gây ảnh hưởng đến quyền và lợi ích hợp pháp của bên vợ hoặc chồng còn lại. Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014 quy định những tài sản chung là tài sản mà pháp luật quy định việc định đoạt phải có sự thỏa thuận bằng văn bản của vợ chồng là: (i) BĐS như nhà và đất; (ii) Động sản mà theo quy định của pháp luật phải đăng ký quyền sở hữu như ô tô, mô tô; Tài sản đang là nguồn tạo ra thu nhập chủ yếu của gia đình như tài sản đang đầu tư kinh doanh đáp ứng nhu cầu sinh hoạt của gia đình¹⁴. Tuy nhiên, “Trong một số trường hợp thực tế, tuy một bên vợ hoặc chồng không tham gia hợp đồng dân sự, làm cho hợp đồng dân sự đó vô hiệu, song thông qua các hợp đồng đó vẫn nhằm đáp ứng nhu cầu thiết yếu của gia đình thì bên vợ hoặc chồng không tham gia hợp đồng vẫn phải chịu trách nhiệm liên đới đối với nghĩa vụ đó”¹⁵. Theo quy định việc đăng ký quyền sở hữu, quyền sử dụng đứng tên một bên vợ hoặc chồng không đủ là chứng

cứ chứng minh đó là tài sản riêng của một bên vợ hoặc chồng¹⁷. Thực tế xét xử cho thấy, “trong thời kỳ hôn nhân, tài sản do vợ hoặc chồng tạo ra là tài sản chung và nếu có tranh chấp về tài sản chung và tài sản riêng, nhưng không có chứng cứ để chứng minh đó là tài sản riêng được suy đoán là tài sản chung để giải quyết”¹⁸. Vấn đề đặt ra là tài sản là BĐS do vợ chồng tạo lập trong thời kỳ hôn nhân, nhưng giấy tờ sở hữu, sử dụng lại chỉ đứng tên một người, khi một bên vợ hoặc chồng xác lập giao dịch không được sự đồng ý của bên kia, thì được giải quyết như thế nào? Tác giả nêu ví dụ sau:

Năm 2007, vợ chồng ông Lương H, bà Nguyễn Kim T mua đấu giá 05 lô đất (bao gồm các lô đất số 2, 3, 4, 5, 6) tại thị trấn Ai Nghĩa, huyện Đại Lộc, tỉnh Quảng Nam và đã được UBND huyện Đại Lộc cấp Giấy chứng nhận QSDĐ đứng tên ông Lương H. Thực tế, bà T không có văn bản thỏa thuận về việc để ông H đứng tên hoặc ông H được ủy quyền định đoạt hoặc xác định tài sản riêng của ông H đối với 05 lô đất này. Tuy nhiên, Văn phòng công chứng lại công chứng Hợp đồng thế chấp QSDĐ giữa ông Lương H (bên thế chấp) với Ngân hàng (bên nhận thế chấp) về việc thế chấp quyền sử dụng 05 lô đất nêu trên để đảm bảo cho các khoản vay của Công ty TNHH một thành viên Nguyễn Thành Tr, mà không có sự đồng ý của bà T là trái pháp luật. Do Giấy chứng nhận QSDĐ của UBND huyện Đại Lộc ghi cấp cho ông Lương H, nên Văn phòng công chứng N đã công chứng Hợp đồng thế chấp QSDĐ ngày 21/01/2011.

Tòa án cấp giám đốc thẩm nhận định: *Theo quy định tại khoản 1 Điều 28 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000, khoản 2 Điều*

14 Quy tắc đạo đức hành nghề công chứng (Ban hành kèm theo Thông tư số 11/2012/TT-BTP ngày 30/10/2012 của Bộ trưởng Bộ Tư pháp).

15 Xem Điều 35 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014.

16 Nguyễn Hải An, “Trách nhiệm dân sự liên đới của vợ chồng đối với hợp đồng dân sự do một bên thực hiện”, Tạp chí Tòa án nhân dân tháng 6/2014 (số 12), tr.27.

17 Xem Điều 33 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014.

18 Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh (2018), Sách tình huống (Bình luận bản án), Luật Hôn nhân và gia đình, Nxb. Hồng Đức - Hội Luật gia Việt Nam, tr.95.

219 BLDS năm 2005, vợ, chồng có quyền và nghĩa vụ ngang nhau trong việc chiếm hữu, sử dụng, định đoạt tài sản chung. Do đó, việc ông Lương H dùng tài sản chung của vợ chồng để thế chấp, bảo đảm cho các khoản vay của Công ty TNHH một thành viên Nguyễn Thành Tr mà không có sự đồng ý của bà Nguyễn Kim T là vi phạm các quy định nêu trên. Tại phần “Lời chứng của CCV” của Hợp đồng thế chấp QSDĐ ngày 21/01/2011, CCV chứng nhận “... Mục đích, nội dung thỏa thuận của các bên trong hợp đồng không vi phạm pháp luật, không trái với đạo đức xã hội...” là vi phạm Điều 5 (về lời chứng của CCV) và điểm d khoản 1 Điều 12 (về các hành vi bị nghiêm cấm) Luật Công chứng năm 2006¹⁹.

Tuy nhiên, theo Điều 48 Luật Đất đai năm 2003, khoản 3 Điều 43 Nghị định số 181/2004/NĐ-CP ngày 29/10/2004 của Chính phủ về thi hành Luật Đất đai và khoản 2 Điều 3 Quy định về Giấy chứng nhận QSDĐ ban hành kèm theo Quyết định số 08/2006/QĐ-BTNMT ngày 21/7/2006 của Bộ trưởng Bộ Tài nguyên và Môi trường thì trường hợp QSDĐ là tài sản chung của cả vợ và chồng thì Giấy chứng nhận QSDĐ phải ghi cả họ, tên vợ và họ, tên chồng; nếu người sử dụng đất đề nghị chỉ ghi họ, tên vợ hoặc chỉ ghi họ, tên chồng thì phải có văn bản thỏa thuận của vợ và chồng có công chứng, chứng thực. Theo Công văn số 725/UBND-TNMT ngày 13/5/2014 của UBND huyện Đại Lộc thì 05 lô đất mà ông H được cấp Giấy chứng nhận QSDĐ năm 2008 có nguồn gốc do Nhà nước giao đất có thu tiền sử dụng đất; hồ sơ cấp Giấy chứng nhận QSDĐ cho ông H bị thất lạc, nên không cung cấp được văn bản thỏa thuận của vợ chồng ông H về việc ông H đứng tên Giấy chứng nhận QSDĐ. Mặt khác, theo Thông báo của Hội đồng đấu giá QSDĐ huyện Đại Lộc thể hiện ông H tham gia mua đấu giá các lô đất số 2, 3, 4, 5, 6 với tư cách

chủ hộ gia đình, cần làm rõ thành viên hộ gia đình sử dụng đất gồm những ai.

Với quy định nêu trên của Luật Đất đai năm 2003 và khoản 4 Điều 98 Luật Đất đai năm 2013 việc phải ghi cả họ, tên vợ và họ, tên chồng vào giấy chứng nhận hay chỉ ghi họ, tên vợ hoặc chỉ ghi họ, tên chồng là chưa thống nhất trong cả nước. Có những địa phương thống nhất lấy Luật Đất đai làm chuẩn để cấp giấy chứng nhận, CCV khi chứng nhận hợp đồng giao dịch chỉ căn cứ vào họ tên trên giấy chứng nhận²⁰, hoặc có những địa phương chưa thống nhất nhưng khi cấp giấy chứng nhận hoặc đăng ký biến động buộc người sử dụng đất phải tự chứng minh tài sản chung riêng vợ chồng. Có những địa phương buộc người yêu cầu công chứng phải tự chứng minh khi tham gia giao dịch.

Điều 131 Dự thảo Luật Đất đai (sửa đổi) quy định về nguyên tắc cấp Giấy chứng nhận quy định: “Trường hợp QSDĐ hoặc QSDĐ, quyền sở hữu tài sản gắn liền với đất hoặc quyền sở hữu tài sản gắn liền với đất là tài sản chung của vợ và chồng thì phải ghi cả họ, tên vợ và họ, tên chồng vào Giấy chứng nhận, trừ trường hợp vợ và chồng có thỏa thuận ghi tên một người để đứng tên làm đại diện cho vợ và chồng”. Như vậy, trong tương lai, trong mọi trường hợp Giấy chứng nhận tài sản đứng tên vợ hoặc chồng thì đương nhiên là tài sản chung. Nếu không phải có giấy tờ chứng minh là tài sản riêng. Giải pháp này là phù hợp kể cả trường hợp đã cấp giấy chứng nhận theo các luật đất đai trước đây. Giải pháp này sẽ đảm bảo an toàn pháp lý trong giao dịch đối với tài sản vợ chồng trong thời gian tới.

Như vậy, với những phân tích nêu trên để đảm bảo an toàn pháp lý trong giao dịch BĐS cần sự thống nhất, đồng bộ giữa các văn bản pháp luật, cách thức thực thi quy định của pháp luật trên thực tiễn, đồng thời nâng cao chất lượng dịch vụ công về công chứng trong thời gian tới ■

19 Quyết định giám đốc thẩm số 25/2019/DS-GĐT ngày 9/10/2019 của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao.

20 Công văn số 197/VPĐKĐĐ-ĐK&CGCN của Văn phòng đăng ký đất đai, Sở Tài Nguyên và Môi trường tỉnh Bình Phước về việc đăng ký tài sản chung vợ chồng.

BẢO ĐẢM AN TOÀN GIAO DỊCH VỀ BẤT ĐỘNG SẢN: CÁC MÔ HÌNH TIÊU BIỂU VÀ KHUYẾN NGHỊ VỀ SỰ LỰA CHỌN CỦA VIỆT NAM

Nguyễn Ngọc Điện

Viện sĩ, PGS. TS. Trường Đại học Kinh tế - Luật, Đại học Quốc gia Tp. Hồ Chí Minh.

Thông tin bài viết

Từ khóa: Bất động sản, an toàn giao dịch, thông tin về bất động sản, định chế hỗ trợ giao dịch.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài: 05/04/2023
Biên tập: 12/05/2023
Duyệt bài: 14/05/2023

Article Information

Keywords: Real estate; transaction security; information on real estate; transaction insurance service.

Article History:

Received: 05 Apr. 2023
Edited: 12 May 2023
Approved: 14 May 2023

Tóm tắt:

Bất động sản là tài sản có giá trị cao và luôn thu hút sự quan tâm của con người. Do thường xuyên chịu các tác động vật chất và pháp lý, bất động sản được cho là một tài sản có tình trạng phức tạp. Giao dịch liên quan đến bất động sản luôn đối mặt với nguy cơ không an toàn. Để giúp các bên có được sự yên tâm khi xác lập, thực hiện giao dịch liên quan đến bất động sản, các nước nỗ lực xây dựng một chế độ pháp lý chặt chẽ đặc trưng bởi việc thiết lập một hệ thống thông tin về bất động sản và đặc biệt là một định chế hỗ trợ người giao dịch. Các mô hình của Đức, Hoa Kỳ và Pháp đang vận hành rất thành công tại nước hữu quan. Việc tìm hiểu các mô hình này sẽ giúp Việt Nam có được kinh nghiệm hữu ích cho việc hoàn thiện hệ thống của mình.

Abstract:

Real estate is a valuable asset and interests man of all times. Due to frequent material and legal touches, real estate is said to be a complex property. Transactions related to real estate face the risk of being unsecured by the way. For the purpose of protection of parties to transactions against risks, lawmakers strive to establish a strict legal framework characterized by the establishment of an information system on real estate and especially a legal assistance institution. Models adopted in Germany, the United States and France are very interesting owing to their success. Studying these models will be helpful to Vietnam in the improvement of the current related system

1. Đặt vấn đề

Bất động sản, được hiểu là một phần đất trên đó có một hoặc nhiều tài sản gắn liền như nhà ở, công trình xây dựng chuyên dụng, cây trồng,... là tài sản chủ yếu của khối sản nghiệp tư nhân. Điều này đúng cả trong thời kỳ văn minh nông nghiệp, cũng như trong thời đại kinh tế tri thức đặc trưng bởi tầm quan trọng của tài sản trí tuệ.

Chính vì bất động sản luôn có giá trị cao mà nó thu hút sự quan tâm của con người. Trong trường hợp điển hình, một bất động

sản thường xuyên chịu những tác động vật chất (sử dụng, khai thác để thu hoa lợi,...) cũng như những tác động pháp lý (cho mượn, cho thuê, các mối quan hệ ràng buộc bất động sản với các chủ thể, cũng như với các bất động sản khác. Bất động sản càng tồn tại lâu, các mối quan hệ càng chằng chịt, phức tạp.

Bởi vậy, khi tiến hành một giao dịch liên quan đến một bất động sản, bên giao dịch luôn mong muốn biết rõ không chỉ về tình trạng vật lý mà còn cả, thậm chí còn cần thiết hơn cả, về tình trạng pháp lý của tài

sản¹. Biết rõ về tài sản cho phép bên giao dịch có được tâm thế chủ động trong việc đàm phán, thương lượng về giá cả, điều kiện trao đổi, cũng như có thể dự kiến chính xác; từ đó đề ra phương án hữu hiệu quản trị rủi ro một khi tiếp nhận tài sản.

Quá trình tìm kiếm giải pháp cho bài toán minh bạch hoá tình trạng vật lý và pháp lý của bất động sản cho các câu hỏi này trong lĩnh vực bất động sản đã dẫn dắt người làm luật ở các nước đi đến nhiều lựa chọn. Điểm chung của các lựa chọn là việc xây dựng một chế độ pháp lý chặt chẽ về giao dịch bất động sản, đặc trưng bởi việc xây dựng một hệ thống thông tin về bất động sản và đặc biệt là một định chế hỗ trợ người giao dịch, nhất là người nhận chuyển nhượng, nhằm giúp xác lập, thực hiện giao dịch an toàn. Các mô hình của Đức, Hoa Kỳ và Pháp đang vận hành rất thành công tại nước hữu quan. Việc tìm hiểu các mô hình này sẽ giúp Việt Nam có được kinh nghiệm hữu ích cho việc hoàn thiện hệ thống của mình.

2. Mô hình của Đức

*Hệ thống đăng ký xác lập quyền*². Nước Đức là một nơi mà lịch sử chiếm hữu tư nhân đối với đất đai cũng lâu đời như ở nước Pháp và nói chung các nước Châu Âu. Nhưng từ rất sớm, người Đức đã nhận thức về tầm quan trọng của việc thiết lập hệ thống ghi chép về các yếu tố cấu thành tình trạng pháp lý của các thửa đất. Hệ thống ghi chép lúc ban đầu chỉ đảm nhận chức năng lưu trữ thông tin về quyền của chủ thể đối với tài sản. Theo thời gian, người Đức dần nhận ra khả năng sử dụng sổ đăng ký như là công cụ kiểm soát giao dịch liên quan

đến đất đai, đặc biệt là giao dịch chuyển quyền sở hữu đất. Từ thế kỷ XIV, người Đức đã bắt đầu dùng luật để tuyên bố rằng việc đăng ký chuyển quyền sở hữu vào sổ do toà án lưu giữ là điều kiện bắt buộc để việc chuyển quyền sở hữu được thừa nhận có giá trị. Xu hướng coi đăng ký có tác dụng xác lập quyền dần lan rộng ở các thành thị của Đức. Từ thế kỷ XVI, xu hướng này có phần chững lại do tác động của trường phái áp dụng luật La Mã vốn là luật không chủ trương thiết lập bộ thủ tục, nghi thức rõ ràng chi phối giao dịch chuyển nhượng đất đai và do đó, không coi trọng ý nghĩa của việc đăng ký. Tuy nhiên, đến cuối thế kỷ XVIII và đầu thế kỷ XIX, thì hệ thống đăng ký đất đai dần lấy lại vị thế. Việc ban hành Bộ luật đăng ký đất đai của xứ Prussia (Phổ) vào năm 1872 đánh dấu sự ra đời của hệ thống đăng ký vật quyền hiện đại của Đức. Bộ luật này đặt nền móng cho việc xây dựng và ban hành Bộ luật đăng ký đất đai Đức (GBO) có hiệu lực từ ngày 01/01/1900 và được áp dụng đến nay.

Về tổ chức đăng ký, luật pháp của Đức ghi nhận vai trò trung tâm của toà án địa phương. Toà án được giao lập và giữ sổ đăng ký, đồng thời có trách nhiệm kiểm tra tính hợp lệ và chính xác của các yêu cầu đăng ký trước khi thực hiện đăng ký. Theo các nhà chuyên môn³, việc thừa nhận thẩm quyền đăng ký đất đai cho toà án có lý do; theo đó, trong quá trình kiểm tra của toà án đối với yêu cầu đăng ký cả về hình thức và nội dung, toà án có điều kiện xem xét và giải quyết các khiếu nại, tranh chấp; quyết định đăng ký sau khi xử lý mọi vướng mắc sẽ tạo được sự tin tưởng cao của xã hội.

1 Xem, ví dụ, Xem J.L. McCormack, Title Insurance, in Thompson on Real Estate, Second Thomas Edition, LexisNexis, New York, 2002, p. 225.

2 Harald Wisch, The German “Grundbuchordnung”: History, Principles and Future about Land Registry in Germany, zfv, Nr. 4/2022, p. 224-233, https://geodaesie.info/images/zfv/137-jahrgang-2012/downloads/zfv_2012_4_Wilsch.pdf, truy cập ngày 04/4/2023.

3 Xem https://geodaesie.info/images/zfv/137-jahrgang-2012/downloads/zfv_2012_4_Wilsch.pdf, truy cập ngày 04/4/2023.

Về nội dung đăng ký, tất cả các vật quyền đối với đất, mà quan trọng nhất là quyền sở hữu, phải được ghi nhận vào sổ đăng ký. Việc ghi nhận chỉ được thực hiện một khi quá trình kiểm tra cho thấy quyền được đăng ký đáp ứng tất cả những điều kiện cần thiết, bao gồm tính hợp pháp của giao dịch hoặc tính xác thực của sự kiện được cho là cơ sở của yêu cầu đăng ký.

Về ý nghĩa pháp lý của việc đăng ký, luật của Đức thừa nhận một cách dứt khoát giá trị tuyệt đối của kết quả đăng ký. Quyền được đăng ký được xác lập bằng cách đăng ký và chủ thể quyền là người có tên được ghi nhận trong sổ đăng ký. Không loại trừ trường hợp có sai lầm khi đăng ký; tuy nhiên, nếu sai lầm dẫn đến thiệt hại thì Nhà nước bồi thường; còn kết quả đăng ký không thể đảo ngược.

Vai trò của định chế hỗ trợ người giao dịch về bất động sản – công chứng viên. Do việc bảo đảm tính xác thực của quyền và tư cách chủ thể quyền đối với bất động sản được giao cho toà án, một giao dịch được gọi là an toàn một khi các điều kiện còn lại để giao dịch có giá trị pháp lý cũng được bảo đảm. Các điều kiện này bao gồm năng lực chủ thể, sự ưng thuận của chủ thể và sự tôn trọng đối với những điều cấm kỵ của luật cũng như của đạo đức. Việc kiểm tra sự đáp ứng các điều kiện này được pháp luật của Đức giao cho công chứng viên⁴. Chính công chứng viên cũng sẽ thay mặt cho bên liên quan tiến hành đăng ký tại toà án sau khi công chứng giao dịch.

Về nội dung kiểm tra trước khi công chứng giao dịch, trách nhiệm của công

chứng viên ở Đức tương đối nhẹ nhàng so với công chứng ở Pháp⁵. Cụ thể, công chứng viên phải kiểm tra lai lịch và tình trạng năng lực hành vi của bên giao dịch, tư cách người đại diện bên giao dịch trong trường hợp cần thiết, sự ưng thuận của các bên, các điều kiện giao dịch (giá cả, phương thức thanh toán, giao nhận,...). Tất nhiên, công chứng viên còn phải kiểm tra các minh chứng về quyền của bên giao dịch, cụ thể là bên chuyển nhượng (*grantor*) đối với bất động sản, nhưng việc kiểm tra tương đối đơn giản bởi tính xác thực của quyền đã được toà án bảo đảm.

Sau khi công chứng giao dịch, công chứng viên phụ trách việc đăng ký tại toà án. Mặc dù các điều kiện để giao dịch có giá trị pháp lý đã được công chứng viên kiểm tra, toà án vẫn kiểm tra lại. Lý do là để bảo đảm việc đăng ký là chung kết, không thể đảo ngược.

3. Mô hình của Hoa Kỳ

Sự lựa chọn phù hợp với tính cách “Mỹ”⁶. Hoa Kỳ là một đất nước trẻ. Đất đai ở đó được cho là có lịch sử pháp lý tương đối rõ ràng và không phức tạp như đất đai ở Châu Âu. Bởi vậy, về mặt lý thuyết, có thể thiết lập một hệ thống thông tin pháp lý về quyền đối với bất động sản cho phép giới thiệu bức tranh pháp lý toàn diện và rõ ràng về bất động sản; người có quan tâm đến bất động sản chỉ cần tiếp cận hệ thống này là có được đầy đủ thông tin về tình trạng pháp lý của tài sản để từ đó có quyết định thích hợp về việc chấp nhận hay không chấp nhận giao dịch, và nếu chấp nhận thì giao dịch với những điều kiện như thế nào.

4 Xem: <https://www.atozserwisplus.de/blog/Notary-Services-in-Germany>, truy cập ngày 04/4/2023.

5 <https://mymortgagegermany.de/notaries-and-the-role-they-play/#:~:text=What%20is%20a%20notary%3F,agreement%20and%20land%20regi>, truy cập ngày 02/4/2023.

6 Xem J.L. McCormack, Recording, Registration, and Search of Title, in Thompson on Real Estate, Second Thomas Edition, LexisNexis, New York, 2002, tr. 87 và kế tiếp.

Với mục tiêu kiến tạo mô hình bảo đảm an toàn giao dịch về bất động sản như thế, các nhà lập pháp Hoa Kỳ vào thế kỷ 19 đã cho xây dựng hệ thống đăng ký bất động sản theo kiểu Úc, gọi là hệ thống Torrens⁷. Hệ thống này chủ trương tạo điều kiện thuận lợi nhất cho việc chuyển giao tài sản và được tổ chức tương tự như hệ thống đăng ký của nước Đức, nhưng khác ở chỗ cơ quan cầm trịch là cơ quan hành chính chứ không phải toà án. Trong hệ thống này, sổ đăng ký cũng được thiết lập như một lời tuyên bố mang tính quyết định về sự thừa nhận của nhà chức trách đối với quyền của một người và không thể sửa đổi, trừ một số trường hợp thật đặc biệt được pháp luật dự kiến. Sổ đăng ký có chức năng của một tấm gương phản ánh với toàn xã hội về tình trạng đích thực của quyền đối với tài sản. Sổ đăng ký đồng thời giữ vai trò của một vách ngăn giữa quá khứ và hiện tại: việc tìm hiểu những gì xảy ra liên quan đến bất động sản trước khi quyền được đăng ký vào sổ là điều không cần thiết.

Được du nhập vào Hoa Kỳ từ nửa cuối thế kỷ 19, hệ thống Torrens đã phát triển mạnh tại một loạt tiểu bang, trong đó có những bang lớn, như Illinois, Massachusetts, Ohio,... trong khoảng thời gian từ cuối thế kỷ 19 đến giữa thế kỷ 20⁸. Tuy nhiên, hàng loạt những khó khăn nảy sinh sau đó, đặc biệt là chi phí đăng ký ban đầu quá cao gây tâm lý ngán ngại cho người dân khi gia nhập hệ thống, đã khiến việc phát triển hệ thống gặp nhiều trở ngại. Bên cạnh đó là ý kiến cho

rằng việc thừa nhận giá trị chứng minh tuyệt đối của việc đăng ký có thể bị những người xấu lợi dụng để loại bỏ những người thực sự có quyền đối với tài sản, bằng những thủ đoạn gian dối tinh vi đánh lừa được người phụ trách việc đăng ký. Sau một thời gian nở rộ, “phong trào” Torrens dần dần đi vào thoái trào khi các tiểu bang lần lượt bãi bỏ hệ thống đăng ký này. Ngày nay, hệ thống Torrens chỉ còn được duy trì ở 5 tiểu bang: Hawaii, Massachusetts, Illinois, Minnesota và Ohio.

Song song với sự thoái trào của hệ thống đăng ký Torrens là sự phát triển của một hệ thống đăng ký bất động sản gọi là đăng ký lưu giữ thông tin⁹. Việc đăng ký được thực hiện bởi một cơ quan gọi là Văn phòng thư ký quận (*county clerk office*). Với hệ thống đăng ký lưu giữ, các dữ kiện về quyền đối với bất động sản được ghi chép vào một cuốn sổ gọi là sổ đăng ký công về quyền đối với đất (*public land title records*). Hệ thống này phục vụ cho bất kỳ ai muốn tìm kiếm thông tin liên quan đến quyền đối với tài sản. Cơ quan đăng ký trong hệ thống này chỉ đơn giản đảm nhận vai trò người giữ sổ sách chứa đựng dữ kiện, không có quyền và cũng không có trách nhiệm đánh giá tính pháp lý của văn bản được lưu giữ. Bất kỳ ai cũng có thể tranh chấp bằng cách viện dẫn một quyền nào đó đối với bất động sản dù quyền đó không được đăng ký. Bản thân nội dung đăng ký cũng không đáng tin cậy bởi không loại trừ khả năng có sai lầm nào đó

7 Hệ thống Torrens là hệ thống đăng ký đất đai được xây dựng bởi một nhà quý tộc Anh tên là Robert Torrens. Hệ thống lấy “cảm hứng” từ việc đăng ký tàu biển của Anh: mỗi chiếc tàu được ghi nhận trong một trang độc lập, có ghi tên tàu và mô tả hình dáng, cấu trúc, tên chủ sở hữu và các ghi chú về những hạn chế, ràng buộc pháp lý có thể có đối với tàu. Chủ sở hữu tàu sẽ nhận một bản sao của trang giấy này, được coi là giấy chứng nhận chính thức về quyền sở hữu tàu. Trong trường hợp tàu được chuyển nhượng, thì hợp đồng chuyển cùng với giấy chứng nhận được gửi về cơ quan giữ sổ và một trang mới được lập, một giấy chứng nhận mới được cấp cho người nhận chuyển nhượng.

8 Tham khảo, ví dụ, J.L. McCormack, Recording, Registration, and Search of Title, in Thompson on Real Estate, Second Thomas Edition, LexisNexis, New York, 2002, tr. 194 và kế tiếp.

9 Tham khảo, ví dụ, J.L. McCormack, Recording, Registration, and Search of Title, in Thompson on Real Estate, Second Thomas Edition, LexisNexis, New York, 2002, tr. 87 và kế tiếp.

trong việc quản trị thông tin. Nói chung, hệ thống đăng ký đất đai không giúp ích được gì đáng kể cho bên giao dịch liên quan đến bất động sản trong việc làm rõ tình trạng pháp lý của tài sản. Để hỗ trợ người giao dịch, đặc biệt là người nhận chuyển nhượng, trong việc giảm thiểu rủi ro khi giao dịch, người Mỹ đặt ra kỹ thuật bảo hiểm giao dịch (*title insurance*).

Dịch vụ bảo hiểm giao dịch¹⁰. Dịch vụ bảo hiểm giao dịch do tư nhân thực hiện. Gọi là bảo hiểm giao dịch hay đúng hơn nữa là bảo hiểm quyền (*title*), nhưng dịch vụ bảo hiểm giao dịch lại có phần lớn nội dung công việc là sưu tra và thẩm định tình trạng pháp lý của bất động sản đối tượng giao dịch và thông tin kết quả sưu tra, đánh giá cho khách hàng. Khi được yêu cầu bảo hiểm một giao dịch chuyển nhượng tài sản, công ty bảo hiểm tiến hành rà soát và ghi nhận các thông tin liên quan trong các sổ đăng ký giao dịch. Nếu trong quá trình sưu tra và thẩm định mà phát hiện khả năng ai đó sẽ đòi hỏi có quyền đối với tài sản, thì công ty bảo hiểm ghi nhận điều này trong một báo cáo gửi cho người có nhu cầu bảo hiểm. Các rủi ro được cảnh báo trước thường được loại ra khỏi phạm vi bảo hiểm: người nhận chuyển nhượng đã được cảnh báo trước và phải cân nhắc lợi hại trước khi quyết định xác lập giao dịch và phải chấp nhận rủi ro theo kiểu “lời ăn lỗ chịu”. Cũng có trường hợp công ty bảo hiểm chấp nhận bảo hiểm cả đối với những rủi ro được ghi nhận trong báo cáo. Điều chắc chắn là nếu xuất hiện những cản trở, tranh chấp không được dự báo trước, dẫn đến thiệt hại cho người được bảo hiểm, thì người bảo hiểm phải đền bù. Đổi lại, bên giao dịch phải chấp nhận trả phí bảo hiểm.

Một cách tóm tắt, quy trình giao dịch về bất động sản ở Hoa Kỳ có thể được hình dung như sau: các bên tiến hành trao đổi thông tin về bất động sản là đối tượng của giao dịch với sự hỗ trợ và tư vấn của các luật sư; sau khi nắm vững thông tin về bất động sản ở góc độ vật lý (vị trí, diện tích,...), bên nhận chuyển nhượng làm việc với công ty bảo hiểm giao dịch (thường cũng do luật sư giới thiệu) để nắm bắt thông tin về tình trạng pháp lý của bất động sản, nhận diện rủi ro một khi chấp nhận giao dịch, định dạng nội dung và các điều kiện bảo hiểm giao dịch, đặc biệt là phí bảo hiểm và mức bồi thường trong trường hợp người nhận chuyển nhượng bất động sản bị làm phiền và chịu thiệt hại do sự xuất hiện của những rắc rối pháp lý liên quan đến bất động sản.

Bảo hiểm giao dịch được cho là chỗ dựa của các bên giao dịch, đặc biệt là bên nhận chuyển nhượng, trong trường hợp có rắc rối pháp lý gây trở ngại cho việc chuyển nhượng bất động sản hoặc khiến cho bất động sản ở trong tình trạng pháp lý xấu so với dự kiến ban đầu của các bên. Trong trường hợp bên nhận chuyển nhượng đối mặt với một tranh chấp pháp lý hoặc một đòi hỏi quyền lợi ngoài dự kiến của người thứ ba liên quan đến bất động sản, thì công ty bảo hiểm phải bảo vệ bên chuyển nhượng; nếu bảo vệ không thành công thì phải bồi thường.

3. Kinh nghiệm của Pháp

Hệ thống đăng ký đối kháng với người thứ ba. Trái với Hoa Kỳ, Pháp là vùng đất lâu đời. Các quan hệ giữa người và người liên quan đến việc chiếm giữ, khai thác đất hình thành đa dạng và phức tạp. Từ rất sớm, người làm luật của Pháp đã quan tâm xây dựng môi trường giao dịch an toàn về bất động sản trên cơ sở tìm kiếm câu trả lời thỏa

¹⁰ Tham khảo, ví dụ, J.L. McCormack, *Title Insurance*, in *Thompson on Real Estate*, Second Thomas Edition, LexisNexis, New York, 2002, tr. 223 đến 329.

đáng cho câu hỏi làm thế nào để làm rõ tình trạng pháp lý của bất động sản trước các bên giao dịch, đặc biệt là bên nhận chuyển nhượng.

Người Pháp không thể áp dụng mô hình của nước Đức với lý do chính là đã không sớm khẳng định vai trò trung tâm của toà án trong việc thiết lập và quản lý sổ sách ghi chép về tình trạng pháp lý của bất động sản ở giai đoạn mà tình hình còn kiểm soát được. Người Pháp cũng rất hâm mộ mô hình Torrens. Bằng chứng là nhà chức trách thực dân Pháp đã từng tìm cách thiết lập hệ thống này tại các nước thuộc địa, như Maroc, Madagascar, Việt Nam¹¹... Dường như người Pháp xây dựng hệ thống đăng ký Torrens tại các nước thuộc địa để rút kinh nghiệm, trước khi tìm cách vận dụng để cải cách hệ thống đăng ký bất động sản tại Pháp. Nhưng rốt cuộc đến nay, người Pháp vẫn duy trì hệ thống đăng ký công bố đất đai, đặc trưng bởi hiệu lực đối kháng, chứ không phải hiệu lực xác lập quyền, của việc đăng ký¹². Riêng vùng Alsace – Lorraine có hệ thống đăng ký tương đối đặc biệt đặt dưới thẩm quyền của toà án và có tác dụng thiết lập sự suy đoán quyền sở hữu cho người đăng ký cho đến khi có bằng chứng ngược lại¹³. Trong chừng mực nào đó, có thể coi hệ thống đăng ký đất đai ở vùng Alsace-Lorraine là kết quả sự dung hoà giữa hệ thống đăng ký xác lập quyền của Đức và hệ thống đăng ký công bố của Pháp.

Hệ thống đăng ký đối kháng của Pháp đặc trưng bởi các nguyên tắc sau đây¹⁴:

Một mặt, việc đăng ký không có tác dụng xác lập quyền mà chỉ xác nhận mối quan hệ giữa chủ thể và một quyền với điều kiện quyền đó có thật: nếu có một quyền như thế thì chủ thể đăng ký là người được thừa nhận có quyền đó. Ví dụ, do hiệu lực của hợp đồng mua bán bất động sản mà bên mua trở thành chủ sở hữu bất động sản với điều kiện bên bán thật sự có quyền sở hữu.

Mặt khác, việc đăng ký có tác dụng công bố mối quan hệ giữa chủ thể và quyền đối với toàn xã hội: tất cả mọi người đều buộc phải biết về mối quan hệ này và nếu không tranh chấp với chủ thể đăng ký về quyền đó, thì buộc phải thừa nhận chủ thể có quyền đó từ ngày đăng ký và phải tôn trọng điều này.

Với các nguyên tắc chi phối như thế, thì việc đăng ký không hề bảo đảm cho chủ thể không đứng trước nguy cơ đối mặt với sự phủ nhận về quyền được đăng ký cho mình trong khuôn khổ một tranh chấp pháp lý. Ngoài ra, quyền đối với bất động sản không nhất thiết cứ phải đăng ký mới có hiệu lực: có những quyền không được đăng ký, nhưng bên liên quan biết hoặc buộc phải biết về sự tồn tại của quyền đó, thì vẫn phải chấp nhận và tôn trọng quyền¹⁵.

Do việc đăng ký không có tác dụng thiết lập bằng chứng chính thức và không thể đảo ngược về quyền sở hữu, về mặt lý thuyết, người ta không thể chỉ trông cậy vào hệ thống đăng ký để xây dựng môi trường giao dịch bất động sản an toàn. Người Pháp chọn giải pháp kết hợp giữa hệ thống đăng ký và các dịch vụ pháp lý được cung ứng, đặc

11 Ở Việt Nam, hệ thống Torrens được áp dụng trước hết tại Nam Kỳ thuộc địa theo Sắc lệnh diên thổ ngày 21/7/1925. Đến năm 1937, phạm vi áp dụng của Sắc lệnh được mở rộng ra Hà Nội, Hải Phòng và từ 1940, ra đến toàn lãnh thổ Bắc Kỳ.

12 Xem, Ph. Simler, Ph. Delebecque, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, Dalloz, Paris 2009, tr. 732-735.

13 Xem, Ph. Simler, Ph. Delebecque, *tlđđ*, tr 730-731.

14 Xem Ph. Malaurie và, L. Aynès, *Droit civil. Les biens*, Cujas, Paris, 1998, tr. 189 và -190.

15 Ví dụ, hợp đồng mua bán nhà đã được giao kết và được thực hiện, nhưng chưa được đăng ký sang tên. Người đã làm môi giới để thực hiện việc mua bán này vẫn bị coi là phải biết về việc mua bán này và do đó không có quyền tiếp tục môi giới để bán bất động sản cho người khác.

16 <https://www.pap.fr/vendeur/compromis-vente/le-role-du-notaire/a2521>, truy cập ngày 03/4/2023.

biệt là dịch vụ của công chứng viên, để tạo ra một khung bảo hộ giúp người giao dịch tránh được rủi ro.

Bảo đảm an toàn giao dịch bằng dịch vụ công chứng. Một trong những ví dụ minh họa về sự kết hợp này liên quan đến giao dịch mua bán nhà¹⁶. Trong quy trình giao dịch chuyển nhượng bất động sản, công chứng viên giữ vị trí người cung ứng dịch vụ một cửa: các bên gửi yêu cầu cho công chứng viên, ký hợp đồng chuyển nhượng tại cơ quan công chứng và sau đó nhận kết quả thực hiện các thủ tục sau khi giao kết hợp đồng, bao gồm trước bạ và sang tên, cũng tại cơ quan công chứng. Trách nhiệm của công chứng viên không chỉ giới hạn trong việc bảo đảm năng lực giao dịch và sự ưng thuận của các bên như công chứng viên ở Đức, mà còn mở rộng đến việc bảo đảm về tính xác thực, rõ ràng của tình trạng pháp lý của tài sản. Công chứng viên tìm hiểu thông tin do hệ thống đăng ký cung cấp và từ những nguồn khác; ví dụ, từ các đại lý môi giới, nhà đầu tư, thậm chí, nếu cần, xuống tận hiện trường nơi có bất động sản để khảo sát và thu thập thông tin ở cộng đồng láng giềng. Các kết quả sưu tra được ghi nhận trong một báo cáo mà công chứng viên có trách nhiệm gửi cho các bên giao dịch, kèm theo các lời tư vấn mang tính chất trung lập. Công chứng viên chịu trách nhiệm về tính xác thực của các thông tin mình thu thập so với thông tin lưu giữ tại nguồn: nếu thông tin sai mà gây thiệt hại thì phải bồi thường.

Trong chừng mực nào đó, có thể nói chính cơ quan đăng ký bất động sản phải dựa vào công chứng viên để có thể yên tâm về

chất lượng của yêu cầu đăng ký quyền đối với bất động sản. Bởi vậy, luật đòi hỏi các quyền đối với bất động sản được xác lập bằng giao dịch dân sự hoặc do thừa kế đều chỉ có thể được đăng ký một khi việc xác lập được ghi nhận trên một văn bản do công chứng viên lập (Điều 710-1 Bộ luật Dân sự Pháp).

4. Kinh nghiệm cho Việt Nam

4.1. Lý thuyết và thực tế

Về khả năng áp dụng hệ thống đăng ký xác lập quyền. Về mặt lý thuyết, có thể áp dụng hệ thống Torrens tại Việt Nam. Trong điều kiện đất đai thuộc sở hữu toàn dân và quyền sử dụng đất được xác lập ban đầu bằng việc Nhà nước giao hoặc cho thuê đất, việc đăng ký ban đầu đối với quyền sử dụng đất hoàn toàn nằm dưới sự kiểm soát của Nhà nước. Bởi vậy, chỉ cần xây dựng cơ chế kiểm soát giao dịch tốt, nghĩa là kiểm soát nhằm bảo đảm các điều kiện có giá trị của giao dịch về đất đai¹⁷ là hệ thống đăng ký xác lập quyền sẽ vận hành suôn sẻ.

Tuy nhiên, thực tiễn sử dụng đất lại không đơn giản¹⁸. Phần lớn đất đai sử dụng được ở các vùng dân cư đều đã được chiếm hữu trước khi có hệ thống pháp luật mới về đất đai xây dựng trên nguyên tắc sở hữu toàn dân đối với đất đai. Việc giao hoặc cho thuê theo luật đất đai mới đối với các phần đất này phải được thực hiện trên cơ sở ưu tiên cân nhắc việc hợp thức hoá tình trạng chiếm hữu của người đang thực tế khai thác đất đai. Điều đó có nghĩa là trước khi giao hoặc cho thuê theo quy định mới đối với đất đai đang được chiếm hữu, phải đánh giá lại toàn bộ lịch sử chiếm hữu đất đai. Đó là công việc

17 Giống như hệ thống kiểm soát ở Đức với vai trò tương đối khiêm tốn của công chứng viên, người chỉ chịu trách nhiệm về năng lực giao dịch, sự ưng thuận,

18 Hệ thống Torrens đã từng được người Pháp triển khai ở Việt Nam theo Sắc lệnh Điển thổ ngày 21/7/1925 như đã nêu ở trên. Tuy nhiên, cho đến khi chấm dứt chế độ thuộc địa và “chế độ Sài Gòn” ở miền Nam, hệ thống này chưa phủ khắp lãnh thổ. Ngay tại những địa phương mà sở đăng ký đất được lập rất bài bản như Sài Gòn và các tỉnh miền Đông, miền Tây Nam bộ, chỉ một phần nhỏ đất tư nhân được đăng ký; còn lại vẫn để trôi nổi.

rất khó khăn, phức tạp. Không loại trừ khả năng cơ quan có thẩm quyền phạm sai lầm trong quá trình đánh giá, từ đó trao quyền sử dụng đất cho một người không đủ điều kiện. Trong trường hợp này, cần thừa nhận cho người đủ điều kiện nhưng đã bị loại một cách oan uổng quyền đòi lại công bằng trước toà án. Sự thừa nhận đó cũng đồng nghĩa với việc loại bỏ khả năng xây dựng hệ thống đăng ký quyền sử dụng đất theo mô hình Torrens với nguyên tắc thừa nhận giá trị không thể đảo ngược của việc đăng ký, đặc biệt là đăng ký ban đầu.

Dẫu sao, không thể hình dung việc xây dựng một hệ thống đăng ký chỉ để lưu giữ như ở Hoa Kỳ trong điều kiện Nhà nước tạo ra quyền sử dụng đất và do đó, có khả năng kiểm soát sự hình thành và lưu thông của nó. Hệ thống đăng ký đối kháng theo kiểu Pháp cũng được cho là không phù hợp do không cho phép khai thác được khả năng đó của Nhà nước.

4.2. Sự lựa chọn tốt nhất khả dĩ

Hệ thống đăng ký suy đoán quyền kết hợp dịch vụ của công chứng viên. Từ phân tích về mô hình của các nước, có thể nhận thấy giải pháp tốt nhất cho Việt Nam trong khung cảnh hiện tại là mô hình trung gian giữa đăng ký xác lập quyền và đăng ký đối kháng, nghĩa là mô hình đăng ký có tác dụng suy đoán quyền.

Sự lựa chọn đó tương tự như sự lựa chọn của vùng Alsace-Lorraine của Pháp, vùng giáp ranh giữa Đức và Pháp, như đã nêu ở trên. Sự khác biệt ở chỗ hệ thống đăng ký Alsace – Lorraine được đặt dưới thẩm quyền của toà án¹⁹; còn ở Việt Nam, hệ thống này nên được coi là một phần của bộ máy hành

chính công. Lý do là quyền sử dụng đất được xác lập ban đầu do hiệu lực của việc giao đất hoặc cho thuê đất và việc này được cơ quan quản lý nhà nước về đất đai thực hiện nhân danh Nhà nước.

Thật ra, Việt Nam đã lựa chọn hệ thống này từ lâu. Cụ thể, theo khoản 16 Điều 3 Luật Đất đai năm 2013, “Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và các 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 và các 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”. Mặt khác, theo khoản 1 Điều 203 Luật Đất đai năm 2013, “Tranh chấp đất đai mà đương sự có Giấy chứng nhận hoặc một trong các loại giấy tờ được quy định tại Điều 100 của Luật này²⁰ và tranh chấp về tài sản gắn liền với đất thì do Toà án nhân dân giải quyết”. Dự thảo Luật Đất đai (*sửa đổi*) cũng giữ nguyên quy định liên quan đến giá trị pháp lý của giấy chứng nhận quyền sử dụng đất (khoản 22 Điều 3) và khẳng định thẩm quyền giải quyết tranh chấp đất đai của Toà án (Điều 225).

Từ các quy định ấy, có thể thừa nhận rằng giấy chứng nhận quyền sử dụng đất là sự xác nhận của Nhà nước về quyền sử dụng đất của một người; nhưng sự xác nhận đó không dứt khoát, không chung kết. Trong trường hợp trên cơ sở giải quyết tranh chấp, toà án nói rằng một người nào đó khác, chứ không phải là người có tên trên giấy chứng nhận, mới là người thực sự có quyền sử dụng đất, thì giấy chứng nhận đó sẽ bị thu hồi và một giấy chứng nhận khác sẽ được cấp cho

19 Ph. Simler, Ph. Delebecque, Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière, Dalloz, Paris 2009, tr. 731.

20 Điều 100 khoản 1 của Luật Đất đai năm 2013 liệt kê các loại giấy tờ có thể được coi là căn cứ để được cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất chính thức. Sự tồn tại của các loại giấy tờ này có nguyên nhân từ sự thay đổi chế độ chính trị, dẫn đến sự thay đổi hệ thống pháp lý, cũng như tình trạng thiếu ổn định của pháp luật đất đai trong một thời gian dài sau khi kết thúc chiến tranh.

người thắng kiện. Cách giải quyết như thế là hệ quả của việc thiết lập hệ thống đăng ký suy đoán quyền đối với bất động sản.

Đối với tài sản gắn liền với đất, như nhà, công trình xây dựng khác, cây trồng, khoáng không gian trên mặt đất và trong lòng đất, cần phân biệt trường hợp các tài sản này là một phần của một tổng thể quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền với đất thuộc về một chủ thể hoặc tồn tại độc lập với quyền sử dụng đất (nghĩa là quyền sử dụng đất thuộc về một người, tài sản gắn liền với đất thuộc về một người khác, còn gọi là quyền bề mặt). Trong trường hợp thứ nhất, nên thừa nhận hiệu lực suy đoán quyền đối với việc đăng ký quyền trên tổng thể; trong trường hợp thứ hai, nên thừa nhận hiệu lực đối kháng với người thứ ba của việc đăng ký quyền trên tài sản gắn liền với đất một cách độc lập. Lý do là các tài sản gắn liền với đất do chủ thể tự tạo lập chứ không có nguồn gốc từ sở hữu nhà nước.

Dur địa trách nhiệm về bảo đảm an toàn giao dịch liên quan đến bất động sản trong bối cảnh triển khai mô hình đăng ký suy đoán quyền kết hợp đối kháng quyền với người thứ ba như trên nên để cho công chứng viên phụ trách như cách làm của nước Đức, Pháp. Đặc biệt, vai trò của công chứng viên trong việc bảo đảm an toàn giao dịch liên quan đến bất động sản trong bối cảnh hệ thống đăng ký bất động sản chỉ phát sinh hiệu lực đối kháng hoặc nhiều lắm là hiệu lực suy đoán quyền đã rất thành công tại Pháp.

Cụ thể, khi tiếp nhận yêu cầu công chứng giao dịch chuyển nhượng bất động sản, công chứng viên, ngoài việc làm rõ năng lực giao dịch của các bên, phải thực hiện các bước xác minh cần thiết để làm rõ tình trạng pháp lý của tài sản. Công chứng viên có quyền và có trách nhiệm tiếp cận hệ thống đăng ký bất động sản để thu thập thông tin về các quyền cũng như những

ràng buộc có thể có (địa dịch, biện pháp khẩn cấp tạm thời,...) chi phối bất động sản. Ngoài ra, do việc đăng ký chỉ có tác dụng suy đoán quyền, công chứng viên phải tìm kiếm thông tin về bất động sản từ các nguồn khác; ví dụ, phòng lục sự toà án sở tại, người láng giềng,... Nói chung, công chứng viên phải làm tất cả những gì có thể theo khả năng để tình trạng pháp lý của bất động sản được nhận biết rõ ràng.

Do công việc của công chứng viên có tính rủi ro cao, cần có cơ chế hỗ trợ để công chứng viên có được sự tự tin cần thiết cho phép phát huy khả năng của mình để cung ứng các dịch vụ chuyên môn có hiệu quả và có chất lượng. Ở Pháp, công việc của công chứng viên được bảo hiểm trong khuôn khổ một hệ thống phức tạp cho phép chia sẻ rủi ro giữa các công chứng viên. Việc bảo hiểm được giao kết giữa công ty bảo hiểm với hiệp hội công chứng chứ không phải với cá nhân công chứng viên. Với hệ thống này, một công chứng viên già dặn sẽ có điều kiện tiếp sức gánh vác rủi ro cho một công chứng viên non trẻ thông qua việc đóng góp vào quỹ bảo hiểm nghề nghiệp công chứng.

Trong khung cảnh luật thực định Việt Nam, vai trò của công chứng viên như là người hỗ trợ các bên giao dịch về bất động sản trong việc xác lập, thực hiện giao dịch an toàn đã được chính thức ghi nhận. Tuy nhiên, vai trò này chưa thật sự nổi bật. Một trong những lý do chính là luật chưa xây dựng hành lang kết nối các khâu trong chuỗi cung ứng dịch vụ bảo đảm an toàn giao dịch và trao quyền, trách nhiệm di chuyển trong hành lang đó cho công chứng viên, như ở Pháp. Các kinh nghiệm của Pháp nên được nghiên cứu một cách nghiêm túc và cận kề để được vận dụng nhằm hoàn thiện pháp luật Việt Nam ở điểm này, giúp công chứng viên có điều kiện chứng minh tính hiệu quả của công việc mình thực hiện ■

THỂ CHẾ HÓA HIẾN PHÁP NĂM 2013 VỀ MÔ HÌNH THÀNH PHỐ THUỘC THÀNH PHỐ TRỰC THUỘC TRUNG ƯƠNG¹

Lưu Đức Quang

ThS. GV. Trường Đại học Kinh tế - Luật, Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh.

Thông tin bài viết

Từ khóa: Thể chế hóa, Hiến pháp năm 2013, chính quyền địa phương, thành phố thuộc thành phố trực thuộc trung ương.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài: 14/04/2023

Biên tập: 08/05/2023

Duyệt bài: 10/05/2023

Article Information

Keywords: Institutionalization; the Constitution of 2013; local administration; a municipality city under a central city.

Article History:

Received: 14 Apr. 2023

Edited: 08 May 2023

Approved: 10 May 2023

Tóm tắt:

Ngày 09/12/2020, Ủy ban Thường vụ Quốc hội đã ban hành Nghị quyết về việc sắp xếp các đơn vị hành chính cấp huyện, cấp xã và thành lập thành phố Thủ Đức thuộc Thành phố Hồ Chí Minh. Đây là dấu mốc quan trọng trong quá trình thể chế hóa ý tưởng về mô hình thành phố thuộc thành phố trực thuộc trung ương. Trong bài viết này, tác giả phân tích quá trình thể chế hóa Hiến pháp năm 2013 cũng như một số thách thức pháp lý đối với mô hình đơn vị hành chính này.

Abstract:

On December 9, 2020, the National Assembly Standing Committee stipulated a Resolution on arrangement of administrative units at district and commune levels and the establishment of Thu Duc city under Ho Chi Minh City. This is an important milestone in the process of institutionalizing the initiative of a municipality city under a central city. Within this article, the author provides an analysis of the institutionalization process of the Constitution of 2013 as well as a number of legal challenges for this administrative unit modality.

1. Thành lập thành phố thuộc thành phố trực thuộc trung ương từ đơn vị hành chính tương đương

Đơn vị hành chính là những đơn vị không gian, có ranh giới xác định, được phân chia bằng các quyết định pháp lý của cơ quan nhà nước có thẩm quyền, trong một lãnh thổ quốc gia thống nhất, nhằm mục đích thực hiện quản lý nhà nước. Tổ chức đơn vị hành chính là việc phân chia (hoặc thừa nhận) lãnh thổ quốc gia thành

các đơn vị hành chính để thực hiện quyền lực nhà nước ở địa phương. Đây là một chức năng hiến định xuất phát từ nguyên lý quản trị quốc gia “nhà nước quản lý dân cư theo lãnh thổ”; nhằm tạo thuận lợi cho phát triển kinh tế - xã hội, đảm bảo quốc phòng – an ninh cũng như cơ sở của cải cách hành chính nhà nước trong mọi giai đoạn phát triển đất nước². Điều 110 Hiến pháp năm 2013 quy định vấn đề này như sau:

1 Nghiên cứu được tài trợ bởi Đại học quốc gia TP. Hồ Chí Minh trong khuôn khổ Đề tài mã số ĐH2022-34-03.

2 Viện Khoa học pháp lý (2018), Bình luận khoa học Hiến pháp hiện hành (năm 2013), Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, tr. 782-783 và Nguyễn Thị Phượng (chủ biên) (2013), Tổ chức đơn vị hành chính – lãnh thổ Việt Nam (Sách tham khảo), Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, tr. 17-26.

“1. Các đơn vị hành chính của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam được phân định như sau:

Nước chia thành tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương;

Tỉnh chia thành huyện, thị xã và thành phố thuộc tỉnh; thành phố trực thuộc trung ương chia thành quận, huyện, thị xã và đơn vị hành chính tương đương;

Huyện chia thành xã, thị trấn; thị xã và thành phố thuộc tỉnh chia thành phường và xã; quận chia thành phường.

Đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt do Quốc hội thành lập.

2. Việc thành lập, giải thể, nhập, chia, điều chỉnh địa giới đơn vị hành chính phải lấy ý kiến nhân dân địa phương và theo trình tự, thủ tục do luật định”.

Trong lịch sử lập hiến nước ta, thuật ngữ “đơn vị hành chính tương đương” lần đầu tiên xuất hiện tại Điều 113 Hiến pháp năm 1980 với tư cách đơn vị hành chính ngang hàng với tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương nhằm khẳng định ở tầm hiến định đối với sự tồn tại của Đặc khu Vũng Tàu – Côn Đảo³. Tuy nhiên, theo Điều 110 Hiến pháp năm 2013, đơn vị hành chính tương đương với quận, huyện, thị xã trong cấu trúc hành chính – lãnh thổ của thành phố trực thuộc trung ương mới được ghi nhận. Quy định này tạo tiền đề cho sự thành lập các đơn vị hành chính đặc thù nhằm đa dạng hóa mô hình tổ chức hành chính – lãnh thổ cũng như thích ứng tốt hơn quá trình đô thị hóa đang diễn ra mạnh mẽ tại các thành phố trực thuộc trung ương. Đồng thời, nó chính là hệ quả của tư duy lập hiến cố sù tính khác biệt giữa các đơn vị hành chính ở đô thị với

đơn vị hành chính ở nông thôn. Đô thị nói chung là một đơn vị quần cư liên hoàn như một chỉnh thể thống nhất, không thể chia cắt về mặt địa lý, về kết cấu hạ tầng, kỹ thuật; hoạt động kinh tế, văn hóa, xã hội...; dân cư đô thị không có sự biệt lập về lối sống như dân cư nông thôn. Việc phân định địa giới giữa các đơn vị hành chính nội đô chủ yếu mang tính nhân tạo mà không dựa vào đặc điểm tự nhiên của địa hình. Do vậy, nhiều quan điểm cho rằng, các đơn vị hành chính nội đô không phải là đơn vị hành chính – lãnh thổ (không có ý nghĩa về lãnh thổ) mà chỉ là đơn vị hành chính thuần túy⁴. Chúng được phân chia nhằm phục vụ hoạt động chấp hành và điều hành theo quy hoạch phát triển kinh tế - xã hội chung cho cả đô thị. Đối với các thành phố trực thuộc trung ương có quy mô lớn về diện tích, dân số có tầm ảnh hưởng đặc biệt quan trọng đối với đất nước về chính trị, kinh tế - xã hội... như Hà Nội, thành phố Hồ Chí Minh, nhu cầu cá thể hóa cấu trúc hành chính – lãnh thổ và tổ chức chính quyền đô thị được đặt ra như một bài toán cần lời giải đáp cấp bách và căn cơ.

Thể chế hóa Hiến pháp năm 2013, Điều 2 Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015 đã quy định: Các đơn vị hành chính của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam gồm có: tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương (sau đây gọi chung là cấp tỉnh); huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh, thành phố thuộc thành phố trực thuộc trung ương (sau đây gọi chung là cấp huyện); xã, phường, thị trấn (sau đây gọi chung là cấp xã); đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt. Như vậy, Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015 đã thể chế hóa “đơn vị hành chính tương đương” trong cấu trúc hành chính -

3 Ngày 30/5/1979, tại Kỳ họp thứ 5, Quốc hội khoá VI đã quyết định thành lập Đặc khu Vũng Tàu – Côn Đảo.

4 Xem chi tiết: Nguyễn Thị Phương (chủ biên) (2013), sđd, tr. 19-22.

lãnh thổ của thành phố trực thuộc trung ương theo Hiến pháp năm 2013 thành đơn vị hành chính “thành phố thuộc thành phố trực thuộc trung ương”.

Theo PGS.TS. Lê Minh Thông, việc quy định thành phố thuộc thành phố trực thuộc trung ương xuất phát từ nhiều căn cứ lý luận và thực tiễn trong quá trình xây dựng và phát triển đô thị nói chung và phát triển mô hình thành phố trực thuộc trung ương nói riêng ở nước ta như sau⁵: (1) Các thành phố trực thuộc trung ương đóng vai trò đầu tàu phát triển của cả nước cũng như vùng; (2) Mô hình tổ chức và hoạt động của chính quyền thành phố trực thuộc trung ương không có nhiều khác biệt so với chính quyền tỉnh bởi tư duy “đồng cấp”; (3) Đặc tính lãnh thổ và dân cư đặt ra yêu cầu xây dựng các đô thị mới có tính tự chủ cao, trở thành cực tăng trưởng cho các thành phố trực thuộc trung ương. Do diện tích nông thôn trong cấu trúc lãnh thổ ở các thành phố trực thuộc trung ương còn chiếm tỷ lệ lớn⁶ hoặc dân số giữa nội thành và ngoại thành xấp xỉ nhau⁷... nên định hướng quy hoạch đô thị vừa phải tạo được không

gian thích hợp cho sự phát triển của đô thị truyền thống, vừa tạo hành lang cho sự xây dựng và phát triển các đô thị mới trực thuộc thành phố. Thực tế cho thấy, hai đô thị đặc biệt ở nước ta (Hà Nội và TP. Hồ Chí Minh) cũng có những khác biệt khá lớn về nhiều mặt. Yêu cầu này đòi hỏi các thành phố trực thuộc trung ương cần xây dựng nhiều đô thị vệ tinh, trên cơ sở đó hình thành đại đô thị với vùng đô thị lõi chính là các quận hiện hữu. Về mặt tổ chức chính quyền, các đô thị vệ tinh này phải là một cấu trúc đô thị hoàn chỉnh, có tính độc lập cao, đủ điều kiện để thành lập một cấp chính quyền địa phương; (4) Sự bất hợp lý trong cấu trúc hành chính giữa các đơn vị hành chính cấp tỉnh (thành phố được tổ chức ở các tỉnh mà không được tổ chức ở các thành phố trực thuộc trung ương) đã tạo ra những xáo trộn không đáng có về địa vị pháp lý, thậm chí kéo lùi sự phát triển của các địa phương này như trường hợp của thị xã Sơn Tây⁸ và thành phố Hà Đông⁹. Thực tiễn đó trực tiếp làm suy giảm sự ổn định của bộ máy hành chính nhà nước; hiệu lực, hiệu quả quản lý nhà nước cũng như quy hoạch phát triển

5 Lê Minh Thông (2021), Một số vấn đề lý luận về mô hình tổ chức thành phố thuộc thành phố trực thuộc trung ương, Tạp chí Công sản, https://www.tapchiconsan.org.vn/media-story/-/asset_publisher/V8hhp4dK31Gf/content/mot-so-van-de-ly-luan-ve-mo-hinh-to-chuc-thanh-pho-thuoc-thanh-pho-truc-thuoc-trung-uong, truy cập ngày 01/9/2022.

6 Diện tích của 5 huyện (Cần Giờ, Củ Chi, Bình Chánh, Hóc Môn, Nhà Bè) chiếm khoảng 1601 km², so với 2095 km² diện tích tự nhiên toàn Thành phố Hồ Chí Minh (TP. HCM). Theo kết quả cuộc Tổng điều tra dân số và nhà ở năm 2019, TP. HCM có dân số 9.166.800 người, trong đó, dân số nội thành là 7.239.600 người (chiếm 78,98%) và dân số nông thôn là 1.927.200 người (chiếm 21,02%). Cấu trúc hành chính – lãnh thổ của TP. HCM gồm 16 quận, 1 thành phố và 5 huyện.

7 Năm 2008, Hà Nội được mở rộng với việc sáp nhập tỉnh Hà Tây, huyện Mê Linh (Vĩnh Phúc) và 4 xã thuộc huyện Lương Sơn (Hòa Bình) với diện tích khoảng 3359 km², gấp 3 lần diện tích trước đó. Theo kết quả cuộc Tổng điều tra dân số và nhà ở năm 2019, Hà Nội có dân số 8.053.663 người, trong đó, dân số nội thành là 3.962.310 người (chiếm 49,2%) và dân số nông thôn là 4.091.353 (chiếm 50,8%). Cấu trúc hành chính – lãnh thổ của Hà Nội gồm 12 quận, 1 thị xã và 17 huyện.

8 Năm 2006, thị xã Sơn Tây được công nhận là đô thị loại III. Năm 2007, Chính phủ quyết định thành lập thành phố Sơn Tây thuộc tỉnh Hà Tây. Năm 2008, cùng với toàn bộ tỉnh Hà Tây, thành phố Sơn Tây được Quốc hội quyết định sáp nhập vào thành phố Hà Nội. Năm 2009, Chính phủ quyết định chuyển thành phố Sơn Tây thành thị xã Sơn Tây thuộc thành phố Hà Nội (do Hiến pháp năm 1992 chưa thừa nhận đơn vị hành chính thành phố thuộc thành phố trực thuộc trung ương).

9 Năm 2006, Chính phủ quyết định thành lập thành phố Hà Đông thuộc tỉnh Hà Tây. Năm 2008, cùng với toàn bộ tỉnh Hà Tây, thành phố Hà Đông được Quốc hội quyết định sáp nhập vào thành phố Hà Nội. Năm 2009, Chính phủ quyết định thành lập quận Hà Đông thuộc thành phố Hà Nội trên cơ sở toàn bộ diện tích, dân số của thành phố Hà Đông và thành lập 7 phường: Biên Giang, Đông Mai, Dương Nội, Kiến Hưng, Phú Lãm, Phú Lương, Yên Nghĩa trên cơ sở 7 xã có tên tương ứng.

10 Xem thêm: Nguyễn Minh Phương – Vũ Thị Thu Hằng, Xác lập đơn vị hành chính - lãnh thổ ở Việt Nam hiện nay, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 10 (242), tháng 5/2013.

kinh tế - xã hội của các địa phương và cả nước¹⁰. Dường như, các nhà lập hiến năm 1992 đã chưa nhìn xa trong việc xác lập mô hình thành phố thuộc thành phố trực thuộc trung ương. Nhìn từ trường hợp tổ chức đơn vị hành chính ở Hà Nội sau khi mở rộng địa giới, thành phố Sơn Tây và Hà Đông có lẽ đã không phải đổi tên theo một cách nghịch lý như đã qua.

2. Xây dựng mô hình tổ chức chính quyền thành phố thuộc thành phố trực thuộc trung ương từ những cơ hội bị bỏ lỡ

Nếu việc tổ chức đơn vị hành chính cần được hiến định thì tổ chức chính quyền địa phương cần được thể chế hóa ở tầm luật định, để đảm bảo tính ổn định, phục vụ cho quản trị quốc gia cũng như đáp ứng các nhu cầu của người dân¹¹. Điều 111 Hiến pháp năm 2013 quy định vấn đề này như sau:

“1. Chính quyền địa phương được tổ chức ở các đơn vị hành chính của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam.

2. Cấp chính quyền địa phương gồm có Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân được tổ chức phù hợp với đặc điểm nông thôn, đô thị, hải đảo, đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt do luật định”.

Lần đầu tiên, cặp khái niệm “chính quyền địa phương” và “cấp chính quyền địa phương” xuất hiện trong Hiến pháp. Theo GS. TSKH. Đào Trí Úc, điều này đã gây sự khó hiểu nhất định cần được giải mã: “Như vậy, phải chăng Hiến pháp đã khẳng định là ở mỗi cấp đơn vị hành chính đều tổ chức Hội đồng nhân dân (HĐND) và Ủy ban nhân dân (UBND)? Hay ở đây có sự khác nhau giữa các khái niệm “chính

quyền địa phương” và “cấp chính quyền địa phương?””¹². Phân tích bối cảnh ban hành Hiến pháp năm 2013, chúng ta có thể hiểu được sự bối rối của các nhà lập hiến. Thực tiễn cho thấy, việc đồng bộ hóa trong tổ chức chính quyền địa phương tại mọi đơn vị hành chính là bất cập trên nhiều phương diện. Trước đó, Hiến pháp năm 1992 đã có quy định theo hướng “mở” về tổ chức chính quyền địa phương tại Điều 118: “Việc thành lập HĐND và UBND ở các đơn vị hành chính do luật định”, nhưng đáng tiếc là Luật Tổ chức HĐND và UBND năm 1994, năm 2003 đã không đa dạng hóa mô hình tổ chức chính quyền địa phương giữa các đơn vị hành chính bất chấp sự khác biệt về địa lý (đồng bằng, miền núi hay hải đảo); điều kiện kinh tế - xã hội (nông thôn hay đô thị); thứ bậc hành chính (cơ bản hay trung gian); nguồn gốc hình thành (lãnh thổ hành chính tự nhiên hay nhân tạo)... **Tác giả cho rằng, đây là hai cơ hội bị bỏ lỡ.** Ngày 01/8/2007, tại Hội nghị lần thứ năm, Ban Chấp hành Trung ương Đảng khóa X đã ban hành Nghị quyết số 17/NQ-TW về đẩy mạnh cải cách hành chính, nâng cao năng lực, hiệu quả quản lý của bộ máy nhà nước, đã vạch ra phương hướng: “Thực hiện thí điểm không tổ chức HĐND huyện, quận, phường. Qua thí điểm sẽ tổng kết, đánh giá và xem xét đề có chủ trương sửa đổi, bổ sung Hiến pháp về tổ chức chính quyền địa phương cho phù hợp”. Tại Kỳ họp thứ 4, Quốc hội khóa XII đã ban hành Nghị quyết số 26/2008/QH12 về thực hiện thí điểm không tổ chức HĐND huyện, quận, phường. Trên cơ sở đó, ngày 16/01/2009, Ủy ban Thường vụ Quốc hội ban hành Nghị quyết số 724/2009/UBTVQH12 về danh sách huyện, quận,

11 Nguyễn Thị Phương (chủ biên) (2013), sdd, tr. 271.

12 Viện Chính sách công và pháp luật – Liên hiệp các hội khoa học và kỹ thuật Việt Nam (2014), Bình luận khoa học Hiến pháp nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam năm 2013, Nxb. Lao động, Hà Nội, tr. 618.

phường của các tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương thực hiện thí điểm không tổ chức HĐND huyện, quận, phường. Theo đó, việc thí điểm này được thực hiện trên 67 huyện, 32 quận và 483 phường của 10 tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương gồm Lào Cai, Vĩnh Phúc, TP. Hải Phòng, Nam Định, Quảng Trị, TP. Đà Nẵng, Phú Yên, TP. Hồ Chí Minh, Bà Rịa - Vũng Tàu, Kiên Giang. Quá trình thí điểm dù đã tích lũy không ít kinh nghiệm, song đến thời điểm ban hành Hiến pháp năm 2013, nhà chức trách vẫn chưa tổng kết thí điểm để rút ra cơ sở lý thuyết vững chắc cho việc không tổ chức HĐND ở đơn vị hành chính nào. Đối chiếu với Hiến pháp năm 1992, có thể nói rằng, tính mở của Hiến pháp năm 2013 về tổ chức chính quyền địa phương đã có bước phát triển đáng khích lệ khi khẳng định sự khác biệt cần có trong tổ chức chính quyền giữa nông thôn, đô thị, hải đảo, đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt tuy vẫn còn chưa dứt khoát trong việc thiết kế mô hình chính quyền địa phương¹³.

Như vậy, theo tinh thần Hiến pháp năm 2013, chính quyền địa phương được tổ chức ở mọi đơn vị hành chính nhưng không nhất thiết phải là cấp chính quyền địa phương. Thông qua việc phân biệt cấp hành chính với cấp chính quyền, các nhà lập hiến đã định hướng phân biệt đơn vị hành chính cơ bản với đơn vị hành chính trung gian (như quận, huyện, phường). Ở đâu được coi là cấp chính quyền thì chính quyền ở đó bao gồm HĐND và UBND; còn ở đâu không được coi là cấp chính quyền thì chính quyền ở đó chỉ có cơ quan hành chính thực hiện nhiệm vụ quản lý hành chính và dịch vụ

công tại địa bàn. Ngay ở cấp chính quyền địa phương, việc tổ chức cũng phải phù hợp đặc điểm nông thôn, đô thị, hải đảo, đơn vị hành chính - kinh tế. Tinh thần này cũng đã từng được vận dụng ở nước ta trong thời kỳ thi hành Sắc lệnh số 63-SL ngày 22/11/1945 về tổ chức chính quyền nhân dân ở các địa phương và Sắc lệnh số 77-SL ngày 21/12/1945 về tổ chức chính quyền nhân dân ở các thành phố, khu phố cũng như Hiến pháp năm 1946 sau đó¹⁴.

Thế chế hóa Hiến pháp năm 2013, Điều 4 Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015 đã quy định: “1. Cấp chính quyền địa phương gồm có HĐND và UBND được tổ chức ở các đơn vị hành chính của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam quy định tại Điều 2 của Luật này. 2. Chính quyền địa phương ở nông thôn gồm chính quyền địa phương ở tỉnh, huyện, xã. 3. Chính quyền địa phương ở đô thị gồm chính quyền địa phương ở thành phố trực thuộc trung ương, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh, thành phố thuộc thành phố trực thuộc trung ương, phường, thị trấn”. Quy định này cũng đồng thời chấm dứt thực hiện thí điểm không tổ chức HĐND quận, huyện, phường. Cấp chính quyền địa phương được tổ chức ở mọi đơn vị hành chính nước ta. Có lẽ, kết quả thí điểm chưa làm các nhà lập pháp yên tâm để bấm nút ủng hộ mạnh mẽ tính đa dạng của mô hình tổ chức chính quyền địa phương đã được Hiến pháp gợi mở tuy bước đầu đã có sự phân định giữa chính quyền địa phương ở nông thôn với chính quyền địa phương ở đô thị. Luật cũng dành Chương II quy định chính quyền địa phương ở nông thôn

13 Xem thêm: Khoa Luật – Đại học quốc gia Hà Nội (2016), Bình luận khoa học Hiến pháp nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam năm 2013, Nxb. Lao Động, Hà Nội, tr. 360-363.

14 Xem thêm: Trương Đắc Linh, Nội dung Chương IX “Chính quyền địa phương” của Hiến pháp năm 2013, trích trong sách Viện Chính sách công và pháp luật – Liên hiệp các hội khoa học và kỹ thuật Việt Nam (2014), sđd, tr. 603-605.

và Chương III quy định chính quyền địa phương ở đô thị. ***Chúng tôi cho rằng, đây tiếp tục là một cơ hội bị bỏ lỡ.*** PGS. TS. Vũ Thư cùng cộng sự đã nhận xét “mô hình tổ chức chính quyền địa phương về cơ bản không đổi”¹⁵.

Ngày 25/10/2017, tại Hội nghị Trung ương 6, Ban Chấp hành Trung ương Đảng khóa XII đã ban hành Nghị quyết số 18-NQ/TW khóa XII về một số vấn đề về tiếp tục đổi mới, sắp xếp tổ chức bộ máy của hệ thống chính trị tinh gọn, hiệu lực, hiệu quả đã nhấn mạnh: “Tiếp tục sửa đổi, bổ sung, hoàn thiện thể chế xây dựng chính quyền địa phương theo hướng phân định rõ hơn tổ chức bộ máy chính quyền đô thị, nông thôn, hải đảo, đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt; chủ động thí điểm ở những nơi có đủ điều kiện”. Sau đó, Quốc hội đã ban hành Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Tổ chức Chính phủ và Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2019. Theo đó, khoản 1 Điều 4 Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015 được sửa đổi như sau: “Chính quyền địa phương được tổ chức ở các đơn vị hành chính của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam quy định tại Điều 2 của Luật này phù hợp với đặc điểm nông thôn, đô thị, hải đảo, đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt” (khoản 1 Điều 2). Như vậy, Luật sửa đổi năm 2019 tiếp tục làm đậm nét tính mở của Hiến pháp năm 2013 về tổ chức chính quyền địa phương vốn đã phần nào bị Luật năm 2015 làm cho mờ nhạt. Đồng thời, Luật đã sửa đổi, bổ sung Điều 44: “Chính quyền địa phương ở quận là cấp chính quyền địa phương, trừ trường hợp cụ thể Quốc hội quy định không phải là cấp chính quyền địa phương” (khoản 14 Điều 2); sửa đổi, bổ sung Điều

58: “Chính quyền địa phương ở phường là cấp chính quyền địa phương, trừ trường hợp cụ thể Quốc hội quy định không phải là cấp chính quyền địa phương” (khoản 17 Điều 2). Những thay đổi trên đây là cơ sở pháp lý quan trọng để Quốc hội ban hành Nghị quyết số 131/2020/QH14 (ngày 16/11/2020) quy định về tổ chức chính quyền đô thị tại TP. Hồ Chí Minh theo hướng chính quyền thành phố thuộc TP. Hồ Chí Minh là cấp chính quyền địa phương gồm HĐND và UBND trong khi các phường của thành phố thuộc thành phố chỉ tổ chức UBND. TP. Thủ Đức hiện được vận hành theo mô hình này. Trước thời điểm Luật sửa đổi năm 2019 có hiệu lực thi hành (ngày 01/7/2020), Quốc hội đã ban hành Nghị quyết số 97/2019/QH14 (ngày 27/11/2019) về “Thí điểm tổ chức mô hình chính quyền đô thị tại TP. Hà Nội”; Nghị quyết số 119/2020/QH14 (ngày 19/6/2020) về “Thí điểm tổ chức mô hình chính quyền đô thị và một số cơ chế, chính sách đặc thù phát triển TP. Đà Nẵng” theo hướng tôn trọng sự khác biệt của từng địa phương. Nếu Hà Nội thực hiện không tổ chức HĐND tại các phường thuộc quận, thị xã thì Đà Nẵng không tổ chức HĐND tại các quận, phường thuộc Thành phố.

3. Những thách thức pháp lý đối với mô hình thành phố thuộc thành phố trực thuộc trung ương - Nhìn từ thành phố Thủ Đức

Sau gần hai năm vận hành, TP. Thủ Đức với tư cách là thành phố thuộc thành phố trực thuộc trung ương đầu tiên của nước ta hiện đang mặc “cái áo chật quá” như nhận xét của Chủ tịch Quốc hội Vương Đình Huệ tại phiên họp của Ủy ban Thường vụ Quốc hội (ngày 12/9/2022) cho ý kiến kết quả giám

15 Vũ Thư (chủ biên) (2019), Tổ chức quyền lực nhà nước ở địa phương trong Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam, Nxb. Khoa học xã hội, Hà Nội, tr. 233.

sát việc thực hiện các nghị quyết của Ủy ban Thường vụ Quốc hội về việc sắp xếp các đơn vị hành chính cấp huyện, cấp xã trong giai đoạn 2019 – 2021. Ông còn thắc mắc: “Khi ban hành nghị quyết thành lập TP. Thủ Đức nói đây là cấp quận thôi. Trước tách thành 3, giờ nhập 3 thành 1. Đây là loại gì trong tổ chức đơn vị hành chính của chúng ta?”¹⁶. Phải chăng, TP. Thủ Đức mới chỉ thay tên mà chưa thực chất chuyển mình cho xứng đáng với danh xưng ấy?

Hiện nay, khung pháp lý dành cho mô hình chính quyền đô thị tại TP. Hồ Chí Minh bao gồm: (1) Nghị quyết số 54/2017/QH14 của Quốc hội về thí điểm cơ chế, chính sách đặc thù phát triển TP. Hồ Chí Minh; (2) Nghị quyết số 131/2020/QH14 của Quốc hội về tổ chức chính quyền đô thị tại TP. Hồ Chí Minh; (3) Nghị định số 33/2021/NĐ-CP của Chính phủ quy định chi tiết và biện pháp thi hành Nghị quyết số 131/2020/QH14 về tổ chức chính quyền đô thị tại TP. Hồ Chí Minh; (4) Quyết định số 3229/QĐ-UBND (ngày 23/9/2022) của UBND Thành phố Hồ Chí Minh về ủy quyền cho UBND Thành phố Thủ Đức thực hiện một số nhiệm vụ, quyền hạn của UBND TP. Hồ Chí Minh. Nghiên cứu các văn bản này, tác giả nhận thấy nội dung dành cho mô hình thành phố thuộc thành phố còn khiêm tốn và chưa có nhiều đột phá. Chẳng hạn, về cơ cấu bộ máy, ngoài việc tổ chức một cấp chính quyền trên địa bàn thì khác biệt lớn nhất của TP. Thủ Đức

so với các quận, huyện là việc thành lập Phòng Khoa học và Công nghệ với tư cách cơ quan chuyên môn thuộc UBND thành phố. Về nhiệm vụ, quyền hạn, UBND Thành phố Thủ Đức được ủy quyền thực hiện một số nhiệm vụ, quyền hạn của UBND Thành phố Hồ Chí Minh trên 4 nhóm lĩnh vực (xây dựng - môi trường - đô thị, kinh tế - ngân sách - dự án, tư pháp, văn hóa - giáo dục - thông tin - xã hội - khoa học) đến hết ngày 31/12/2024.

Dù trong phạm vi TP. Hồ Chí Minh hay nhìn rộng ra các thành phố thuộc trung ương khác (đặc biệt là Hà Nội), chúng ta có thể thấy nhu cầu thành lập thành phố thuộc thành phố là một xu hướng tất yếu¹⁷. Một thể chế quản trị quốc gia được coi là lành mạnh chắc chắn phải điều chỉnh tối ưu những yếu tố đặc thù của địa phương nếu không muốn phá vỡ cấu trúc đơn nhất của quốc gia¹⁸. Do vậy, cùng với việc tổng kết thí điểm mô hình chính quyền đô thị và bổ sung cơ chế phát triển đặc thù cho TP. Thủ Đức, các nhà lập pháp cần đưa vào chương trình nghị sự càng sớm càng tốt một đạo luật về tổ chức đơn vị hành chính nhằm điều chỉnh tên gọi; tính chất; việc thành lập, sáp nhập, chia tách đơn vị hành chính – lãnh thổ. Đối với cơ chế phân quyền giữa trung ương với địa phương, nếu chiếm tỷ trọng lớn trong hoạt động của chính quyền địa phương thì cần thừa nhận mô hình tự quản địa phương theo phương châm “Nhà nước nhỏ, xã hội lớn”¹⁹ ■

16 Thành Chung, Chủ tịch Quốc hội: TP. HCM đề nghị cơ chế đặc thù cho TP. Thủ Đức vì “cái áo chật quá”, Báo Tuổi trẻ, <https://tuoitre.vn/chu-tich-quoc-hoi-tp-hcm-de-nghi-co-che-dac-thu-cho-tp-thu-duc-vi-cai-ao-chat-qua-20220912115639333.htm>, truy cập ngày 12/9/2022.

17 Quang Phong, Xây dựng 2 thành phố mới ở Hà Nội, sức bật cho khu vực Hòa Lạc, Nội Bài, <https://vietnamnet.vn/xay-dung-2-thanh-pho-o-ha-noi-suc-bat-cho-khu-vuc-hoa-lac-noi-bai-2125069.html>, truy cập ngày 27/3/2023.

18 Ngày 12/10/2022, tại phiên họp thứ 16, Ủy ban Thường vụ Quốc hội cho ý kiến về việc thực hiện Nghị quyết số 54 về thí điểm cơ chế, chính sách đặc thù phát triển TP. HCM, Chủ tịch Quốc hội Vương Đình Huệ nhấn mạnh: thí điểm chính sách đặc thù cho TP. HCM không phải để “đặc thù” mà tìm kiếm cơ chế tốt để nhân rộng, <https://thanhnien.vn/thi-diem-chinh-sach-dac-thu-cho-tp-hcm-dac-thu-khong-phai-de-dac-thu-1851509620.htm>, truy cập ngày 12/10/2022.

19 Xem chi tiết: Vũ Thư (chủ biên) (2019), sđd, tr. 263-272.