

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP



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

98
năm
21-06
1925 - 2023

CHÀO MỪNG KỶ NIỆM
NGÀY BÁO CHÍ CÁCH MẠNG VIỆT NAM



SỐ 12 (484)

Kỳ 2 - Tháng 6/2023

- ❖ PHÒNG, CHỐNG TÁC HẠI CỦA THUỐC LÁ VÀ BẢO ĐẢM QUYỀN TRẺ EM Ở VIỆT NAM
- ❖ BÀN CHẤT CỦA VIỆC XÁC NHẬN CÁC GIAO DỊCH BẤT ĐỘNG SẢN QUA SÀN VÀ GIÁ TRỊ PHÁP LÝ CỦA VĂN BẢN CÔNG CHỨNG
- ❖ HÌNH THỨC CỦA HỢP ĐỒNG LIÊN QUAN ĐẾN BẤT ĐỘNG SẢN Ở MỘT SỐ QUỐC GIA TRÊN THẾ GIỚI VÀ HÀM Ý CHÍNH SÁCH CHO VIỆT NAM

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

<http://lapphap.vn>

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

Mục lục Số 12/2023

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- 3** Một số giải pháp nâng cao chất lượng hoạt động giám sát của Quốc hội đối với văn bản quy phạm pháp luật của các cơ quan nhà nước ở trung ương

TS. Trần Văn Thuận – ThS. Hoàng Thị Lệ

- 9** Phòng, chống tác hại của thuốc lá và bảo đảm quyền trẻ em ở Việt Nam

**Nguyễn Anh Phương – PGS. TS. Vũ Công Giao
ThS. BS. Nguyễn Thị An**

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 16** Các biện pháp bảo đảm an toàn cho khách hàng mua nhà hình thành trong tương lai

TS. Lưu Quốc Thái

- 28** Bảo đảm quyền lợi của bên mua nhà trong dự án bất động sản đang thể chấp

TS. Phan Phương Nam – ThS. Ngô Gia Hoàng

- 36** Bản chất của việc xác nhận các giao dịch bất động sản qua sàn và giá trị pháp lý của văn bản công chứng

CCV. Lê Ngọc Tinh

CHÍNH SÁCH

- 44** Chính sách thuế tiêu thụ đặc biệt đối với đồ uống có đường ở một số quốc gia trên thế giới

TS. Hoàng Thị Mỹ Hạnh - ThS. BS. Nguyễn Thị An

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 53** Hình thức của hợp đồng liên quan đến bất động sản ở một số quốc gia trên thế giới và hàm ý chính sách cho Việt Nam

TS. Đỗ Giang Nam



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 NGÕ QUYẾN - 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 ĐIỆP

GIÁ: 25.000 ĐỒNG

Ảnh bìa: Đồng chí Dương Thanh Bình, UVBCHTU Đảng, Ủy viên UBTVQH, Trưởng Ban Dân nguyện thay mặt UBTVQH chúc mừng Tạp chí Nghiên cứu lập pháp nhân Kỷ niệm 98 năm Ngày Báo chí cách mạng Việt Nam (21.6.1925-21.6.2023).

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 12/2023

STATE AND LAW

- 3** Recommended Solutions for Quality Improvements of the Supreme Supervision by the National Assembly on Legal Documents of Central State Agencies

Dr. Tran Van Thuan – LLM. Hoang Thi Le

- 9** Prevention and Control of Harmful Effects of Tobacco Products and Assurance of Children's Rights in Vietnam

**Nguyen Anh Phuong – Prof. - Dr. Vu Cong Giao
LLM. Dr. Nguyen Thi An**

DISCUSSION OF BILLS

- 16** Proposed Measures for Transaction Security for Purchasers of Off-the-Plan Housing

Dr. Luu Quoc Thai

- 28** Interest Security of the Purchasers of the Mortgaged Real Estate Project

Dr. Phan Phuong Nam – LLM. Ngo Gia Hoang

- 36** The Nature of Confirmation of Real Estate Trading Counters and the Legal Value of Notarized Documents

Notary Le Ngoc Tinh

POLICIES

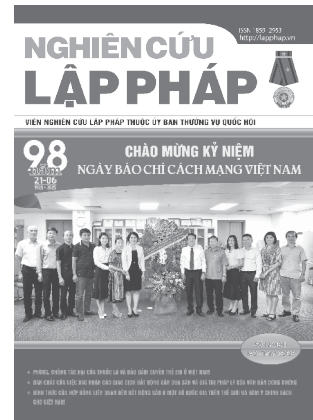
- 44** Excise Tax Policies on Sugar-sweetened Beverages in a Number of Countries in the World

Dr. Hoang Thi My Hanh – LLM. Dr. Nguyen Thi An

FOREIGN EXPERIENCE

- 53** Formality of Real Estate-related Contracts in Foreign Countries in the World and Policy Recommendations for Vietnam

Dr. Do Giang Nam



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 BANK
(PVCOMBANK)
TAX CODE: 0101138205

PRINTED AT HONG DIEP PAPER COMPANY LIMITED

PRICE: **25.000 VND**

MỘT SỐ GIẢI PHÁP NÂNG CAO CHẤT LƯỢNG HOẠT ĐỘNG GIÁM SÁT CỦA QUỐC HỘI ĐỐI VỚI VĂN BẢN QUY PHẠM PHÁP LUẬT CỦA CÁC CƠ QUAN NHÀ NƯỚC Ở TRUNG ƯƠNG¹

Trần Văn Thuân *

Hoàng Thị Lệ **

TS. Viện Nghiên cứu lập pháp

ThS. Viện Nghiên cứu lập pháp

Thông tin bài viết

Từ khóa: Quốc hội, giám sát văn bản, văn bản quy phạm pháp luật.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài: 15/05/2023

Biên tập: 06/06/2023

Duyệt bài: 08/06/2023

Article Information

Keywords: National Assembly, supervision of legal documents; legal documents.

Article History:

Received: 15 May 2023

Edited: 06 Jun 2023

Approved: 08 Jun 2023

Tóm tắt:

Trong phạm vi bài viết này, các tác giả trình bày, công bố kết quả của Đề tài về phần nội dung giải pháp nhằm góp phần tiếp tục hoàn thiện khuôn khổ pháp lý, nâng cao hơn nữa chất lượng, hiệu lực, hiệu quả hoạt động giám sát của Quốc hội, các cơ quan của Quốc hội đối với văn bản quy phạm pháp luật do các cơ quan nhà nước ở trung ương ban hành.

Abstract:

Within the scope of this article, the authors present and publish the results of the research thesis on the studies and recommend solutions to further improve the legal framework, and the quality, effectiveness, and efficiency of the supervision activities of the National Assembly and its agencies for legal documents promulgated by central state agencies.

Giám sát là một trong ba chức năng quan trọng của Quốc hội. Hoạt động giám sát của Quốc hội nói chung, trong đó có hoạt động giám sát văn bản quy phạm pháp luật (QPPL) do các cơ quan nhà nước ở trung ương ban hành ngày càng được quan tâm, trong bối cảnh Đảng và Nhà nước ta thực hiện chủ trương tăng cường giám sát, kiểm soát quyền lực bằng hệ thống pháp luật. Hoạt động giám sát văn bản QPPL của Quốc hội, các cơ quan của Quốc hội là cơ chế để xem xét, kiểm tra tính đúng đắn trong việc ban hành văn bản QPPL, thực hiện Hiến pháp,

pháp luật của các cơ quan nhà nước, các tổ chức, cá nhân chịu sự giám sát của Quốc hội. Giám sát của Quốc hội, các cơ quan của Quốc hội đối với văn bản QPPL do các cơ quan nhà nước ở trung ương ban hành còn là phương tiện kiểm soát, ngăn ngừa khả năng lạm dụng quyền lực nhà nước từ phía các chủ thể được pháp luật trao cho những nhiệm vụ, quyền hạn nhất định trong hoạt động quản lý đất nước, cũng như trong các lĩnh vực khác của đời sống xã hội. Đồng thời, thông qua hoạt động giám sát văn bản QPPL cũng nhằm phát hiện những quy định

1 Bài viết là kết quả của Đề tài nghiên cứu khoa học cấp bộ: “Hoạt động giám sát của Quốc hội, các cơ quan của Quốc hội đối với văn bản quy phạm pháp luật của các cơ quan nhà nước ở trung ương-Thực trạng và giải pháp”, Mã số: ĐTCB.2021-03, do TS. Trần Văn Thuân, Viện NCLP làm chủ nhiệm.

có bất cập, không phù hợp hoặc mâu thuẫn trong hệ thống pháp luật để kịp thời yêu cầu sửa đổi, bổ sung, hủy bỏ nhằm bảo đảm tính hợp hiến, hợp pháp và tính thống nhất của hệ thống văn bản pháp luật, phúc đáp yêu cầu xây dựng và bảo vệ Tổ quốc Việt Nam xã hội chủ nghĩa (XHCN).

1. Xem xét việc ban hành và tổ chức thực hiện có hiệu quả Định hướng hoạt động giám sát văn bản quy phạm pháp luật ở từng nhiệm kỳ Quốc hội

Thứ nhất, về nhận thức chính trị - pháp lý, cần coi trọng, xem xét xác định hoạt động giám sát của Quốc hội, trong đó có hoạt động giám sát văn bản QPPL do các cơ quan nhà nước ở trung ương ban hành là một nội dung quan trọng trong hoạt động giám sát, kiểm soát quyền lực bằng hệ thống pháp luật; cần xác định rõ hoạt động giám sát văn bản QPPL còn hướng tới mục tiêu phát hiện các biểu hiện tiêu cực, lợi ích nhóm trong công tác xây dựng pháp luật và cần phải được tăng cường thực hiện, nhất là khâu xử lý văn bản trái pháp luật, đề cao trách nhiệm của người đứng đầu. Trong điều kiện hiện nay, hoạt động giám sát văn bản QPPL cần được thực hiện thường xuyên, được quan tâm đầu tư cả về thời gian và nguồn lực. Đây là tiền đề quan trọng để hoạt động giám sát văn bản QPPL do các cơ quan nhà nước ở trung ương ban hành đi vào chiều sâu, không chỉ chủ yếu dừng lại ở tiến độ, số lượng văn bản được ban hành.

Bên cạnh đó, hoạt động giám sát văn bản QPPL do các cơ quan nhà nước ở trung ương ban hành của Quốc hội cũng phải đặt trong định hướng chung những mục tiêu, nhiệm vụ mà Đảng xác định để bảo đảm sự giám sát theo trọng tâm, trọng điểm, đúng những vấn đề mà Đảng, nhân dân, cử tri quan tâm. Quá trình giám sát văn bản QPPL, các cơ

quan của Quốc hội không chỉ căn cứ vào các quy định của pháp luật mà còn phải bám sát chủ trương đường lối của Đảng về các nhiệm vụ xây dựng Nhà nước pháp quyền XHCN, xây dựng nền kinh tế thị trường định hướng XHCN, xây dựng nền dân chủ XHCN, vấn đề bảo đảm lợi ích quốc gia, dân tộc trong hội nhập quốc tế... Các nội dung này thường được các Đại hội đại biểu toàn quốc của Đảng ban hành theo từng nhiệm kỳ.

Trong khi đó, hiện nay chương trình giám sát của Quốc hội là chương trình giám sát hàng năm, dưới hình thức nghị quyết do Quốc hội ban hành²; Chương trình giám sát hàng năm của Quốc hội là cơ sở quan trọng để Ủy ban Thường vụ Quốc hội (UBTVQH) ban hành nghị quyết về Chương trình giám sát hàng năm của UBTVQH³. Hội đồng Dân tộc (HDDT), các Ủy ban của Quốc hội quyết định chương trình giám sát hàng năm trên cơ sở chương trình giám sát hàng năm của Quốc hội, của UBTVQH và ý kiến của các thành viên HDDT, các Ủy ban⁴. Do đó, để chủ động hơn, có cách tiếp cận hệ thống trong việc thực hiện chức năng giám sát ở mỗi nhiệm kỳ Quốc hội, thì việc nghiên cứu xây dựng kế hoạch mang tính định hướng chung cho hoạt động giám sát nói chung và giám sát văn bản QPPL nói riêng của Quốc hội, các cơ quan của Quốc hội trong toàn bộ nhiệm kỳ Quốc hội là nhu cầu cần thiết.

Thứ hai, ở từng nhiệm kỳ Quốc hội, các cơ quan hữu quan có thể xem xét việc nghiên cứu xây dựng và trình Đảng đoàn Quốc hội, cơ quan có thẩm quyền xem xét ban hành Định hướng hoạt động giám sát của Quốc hội, trong đó hướng trọng tâm vào hoạt động giám sát văn bản QPPL do các cơ quan nhà nước ở trung ương ban hành. Về nguyên tắc, việc xem xét xây dựng, ban hành định hướng, kế hoạch hoạt động giám

2 Điều 12 Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội và Hội đồng nhân dân năm 2015.

3 Điều 23 Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội và Hội đồng nhân dân năm 2015.

4 Điều 38 Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội và Hội đồng nhân dân năm 2015.

sát của Quốc hội trong nhiệm kỳ, trong đó có hoạt động giám sát văn bản QPPL do các cơ quan nhà nước ở trung ương ban hành nên được xem xét thực hiện trong những năm đầu của từng nhiệm kỳ Quốc hội.

Trong Định hướng, chủ yếu nên xem xét việc quy định những nội dung trọng tâm cần được tập trung giải quyết trong nhiệm kỳ Quốc hội, gắn kết và là một thành tố trong chương trình hoạt động tổng thể của cả nhiệm kỳ, nhằm triển khai các văn kiện, nghị quyết của Đảng trong thực hiện chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của Quốc hội. Nội dung của Định hướng hoạt động giám sát trong nhiệm kỳ có thể xem xét gắn kết với Định hướng hoạt động lập pháp trong nhiệm kỳ Quốc hội, góp phần đánh giá, kiểm nghiệm hoạt động lập pháp của Quốc hội để từ đó, kịp thời có những điều chỉnh chính sách phù hợp, phúc đáp những yêu cầu đặt ra trong quá trình phát triển của đất nước.

Trong nhiệm kỳ Quốc hội khóa XV hiện nay, từ chủ trương của Đảng, có thể xem xét xác định trọng tâm là những văn bản QPPL ở các lĩnh vực có sử dụng nhiều nguồn lực của đất nước (tài nguyên, khoáng sản, ngân sách, đất đai...) để từ đó, nghiên cứu xây dựng, ban hành kế hoạch giám sát của Quốc hội đối với văn bản QPPL do các cơ quan nhà nước ở trung ương ban hành trong thời gian còn lại của nhiệm kỳ Quốc hội khóa XV.

2. Tiếp tục hoàn thiện cơ chế pháp lý về giám sát văn bản quy phạm pháp luật

Trong hoàn thiện pháp luật về hoạt động giám sát của Quốc hội đối với các văn bản QPPL do các cơ quan nhà nước ở trung ương ban hành, nhu cầu đặt ra là cần tạo được một cơ chế pháp lý đầy đủ, phù hợp, hiệu lực, hiệu quả. Hoàn thiện hệ thống pháp luật về giám sát sẽ làm cho các hoạt động thi hành pháp luật, áp dụng pháp luật của các cơ

quan nhà nước có thẩm quyền ở trung ương được thuận lợi, bảo đảm công khai, tăng tính dân chủ và pháp quyền trong quá trình hoạt động. Theo đó, có thể quan tâm xem xét một số giải pháp cụ thể sau đây:

(i) Xác định hợp lý thời điểm có hiệu lực thi hành của văn bản QPPL do Quốc hội ban hành

Việc quy định thời điểm có hiệu lực trong các văn bản QPPL của các cơ quan nhà nước có thẩm quyền ban hành bảo đảm tuân thủ quy định của Luật Ban hành văn bản QPPL. Tuy nhiên, thực tế cho thấy, thời hạn hiệu lực của các văn bản QPPL của Quốc hội trong không ít trường hợp lại được quy định khá sớm nên thời gian chuẩn bị ngắn, việc ban hành văn bản quy định chi tiết thi hành, do đó, khó bảo đảm kịp thời⁵. Như vậy, do thời điểm này thường có liên quan chặt chẽ đến việc phải hoàn thành việc ban hành văn bản quy định chi tiết, cho nên đối với mỗi văn bản QPPL có quy định các nội dung mang tính chất “ủy quyền lập pháp”, thì nên xem xét, căn cứ vào số lượng, tính chất của vấn đề cần quy định chi tiết, các vấn đề về quy trình, thủ tục liên quan... để các cơ quan hữu quan hoàn thành việc quy định chi tiết để xác định thời hạn có hiệu lực cho phù hợp, tránh việc quá ngắn, không đủ thời gian dẫn tới không kịp ban hành văn bản quy định chi tiết, cũng như tránh việc quá kéo dài, dẫn đến việc văn bản QPPL do Quốc hội ban hành chậm đi vào cuộc sống.

(ii) Tăng cường xây dựng các đạo luật có nội dung cụ thể, hạn chế việc ủy quyền lập pháp

Nghị quyết số 27-NQ/TW ngày 9/11/2022 của Hội nghị lần thứ 6 BCHTW 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”

⁵ Chẳng hạn như Luật An ninh mạng được thông qua ngày 12/6/2018, có hiệu lực từ ngày 01/01/2019; Luật Cơ yếu thông qua ngày 26/11/2011, có hiệu lực từ ngày 01/02/2012; v.v..

đề ra chủ trương: “Tăng cường xây dựng các đạo luật có nội dung cụ thể, hiệu lực trực tiếp...”⁶. Để góp phần thể chế hóa chủ trương này, theo các tác giả, đối với các văn bản QPPL thuộc thẩm quyền ban hành của Quốc hội, UBTVQH cần xem xét thực hiện theo hướng hạn chế tối đa việc ủy quyền lập pháp, tránh việc trong văn bản QPPL được Quốc hội, UBTVQH thông qua có quá nhiều điều khoản giao trách nhiệm quy định chi tiết cho các chủ thể khác (Chính phủ, các bộ, ngành...). Theo đó, xem xét việc hạn chế thông qua đối với những dự thảo văn bản QPPL có quá nhiều điều khoản chứa đựng các nội dung phải quy định chi tiết, hướng dẫn thi hành; hạn chế việc “ủy quyền tiếp” trong các văn bản quy định chi tiết thi hành.

(iii) Xem xét bổ sung nội dung quy định về báo cáo giám sát văn bản QPPL trong Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội và Hội đồng nhân dân

Để khắc phục tình trạng pháp luật chưa có quy định cụ thể về báo cáo giám sát của các cơ quan của Quốc hội đối với văn bản QPPL của các cơ quan nhà nước có thẩm quyền ở trung ương ban hành⁷, nên xem xét bổ sung nội dung quy định về báo cáo giám sát văn bản QPPL trong Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội và Hội đồng nhân dân, mà trọng tâm nhất là báo cáo giám sát văn bản QPPL của HĐDT, các Ủy ban của Quốc hội.

Việc xem xét bổ sung điều khoản quy định về báo cáo giám sát văn bản QPPL của

HĐDT, các Ủy ban của Quốc hội đối với văn bản QPPL do các cơ quan nhà nước ở trung ương ban hành có thể bao gồm các nội dung sau đây:

- Báo cáo giám sát văn bản QPPL nên được xác định là báo cáo của toàn thể cơ quan tiến hành giám sát (do tính chất phức tạp và tầm quan trọng của hoạt động này, nên cần bảo đảm nguyên tắc làm việc theo chế độ tập thể và quyết định theo đa số⁸);

- Báo cáo này phải là kết quả của một hoặc một số phiên họp toàn thể của cơ quan chủ trì giám sát;

- Nội dung của phiên giải trình trước đó của cơ quan chủ trì giám sát với cơ quan đã ban hành văn bản có dấu hiệu trái pháp luật. Theo đó, trước khi tiến hành thủ tục giám sát văn bản QPPL, nên xem xét việc tiến hành tổ chức phiên giải trình tại HĐDT, Ủy ban của Quốc hội về nội dung này; kết quả của phiên giải trình đóng vai trò là cơ sở để các cơ quan của Quốc hội xem xét, quyết định việc có tiến hành thủ tục giám sát văn bản tiếp theo hay không. Điều này nếu thực hiện tốt, sẽ cho phép tăng cường cơ chế phối hợp, cũng như thúc đẩy tính tích cực trong việc xử lý vấn đề ngay từ đầu trong một tiến trình khá nhạy cảm là xem xét, xử lý văn bản QPPL có dấu hiệu trái pháp luật.

- Báo cáo giám sát văn bản QPPL phải thể hiện đầy đủ ý kiến thành viên cơ quan giám sát; thể hiện rõ quan điểm của cơ quan giám sát về những vấn đề thuộc nội dung giám sát,

6 Ban Chấp hành Trung ương Đảng Cộng sản Việt Nam (2022), Nghị quyết số 27-NQ/TW ngày 9/11/2022 của Hội nghị lần thứ 6 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”.

7 Để so sánh, có thể tham khảo nội dung Luật Ban hành văn bản QPPL hiện hành (Điều 67) quy định về Báo cáo thẩm tra dự án luật, pháp lệnh, dự thảo nghị quyết:

1. Báo cáo thẩm tra phải thể hiện rõ quan điểm của cơ quan thẩm tra về những vấn đề thuộc nội dung thẩm tra quy định tại Điều 65 của Luật này, đề xuất những nội dung cần sửa đổi, bổ sung.

2. Báo cáo thẩm tra phải phản ánh đầy đủ ý kiến của thành viên cơ quan chủ trì thẩm tra, ý kiến của cơ quan tham gia thẩm tra về nội dung dự án, dự thảo; về việc dự án, dự thảo đủ hoặc chưa đủ điều kiện trình Ủy ban Thường vụ Quốc hội, Quốc hội. Trong trường hợp cơ quan chủ trì thẩm tra có ý kiến dự án, dự thảo chưa đủ điều kiện trình Ủy ban Thường vụ Quốc hội, Quốc hội thì báo cáo Ủy ban Thường vụ Quốc hội xem xét trả lại hồ sơ cho cơ quan trình dự án, dự thảo để tiếp tục chỉnh lý, hoàn thiện dự án, dự thảo.

8 Điều 68 Luật Tổ chức Quốc hội năm 2014.

để bảo đảm tính hợp hiến, tính hợp pháp và tính thống nhất của văn bản QPPL được giám sát với hệ thống pháp luật bao gồm:

+ Sự phù hợp của quy định trong văn bản QPPL với quy định của Hiến pháp;

+ Sự phù hợp của quy định trong văn bản QPPL với quy định của luật, nghị quyết của Quốc hội, với văn bản của cơ quan nhà nước cấp trên;

+ Sự thống nhất về nội dung trong nội tại văn bản QPPL; cũng như giữa nội dung quy định trong văn bản QPPL với các văn bản QPPL khác của hệ thống pháp luật phù hợp với thứ bậc của văn bản QPPL; bao gồm cả sự thống nhất về kỹ thuật văn bản;

+ Tác động của các quy định có dấu hiệu trái pháp luật trong văn bản QPPL (có thể yêu cầu sự tham gia phối hợp của Kiểm toán Nhà nước, Bộ Tài chính, Bộ Nội vụ... trường hợp có tác động về mặt tài chính, biên chế bộ máy...);

+ Ngoài ra, có thể xem xét thêm các yếu tố khác (*tính hợp lý*) khi tiến hành giám sát văn bản QPPL của các cơ quan nhà nước ở trung ương ban hành, chẳng hạn như: (1) chi phí để thi hành văn bản QPPL đó có hiệu quả không; (2) có chứa đựng các yếu tố “lợi ích nhóm” hay không; (3) văn bản QPPL đó có chứa đựng những yếu tố bất hợp lý, gây bức xúc trong dư luận xã hội hay không v.v..

- Trường hợp cơ quan chủ trì giám sát xét thấy cần thiết biểu quyết về các nội dung giám sát đối với văn bản QPPL, thì số liệu cụ thể về các ý kiến của thành viên cơ quan chủ trì giám sát (đồng ý, không đồng ý, nội dung ý kiến khác) về các nội dung nêu trên (lồng ghép khi trình bày ý kiến của cơ quan chủ trì giám sát về các vấn đề thuộc nội dung giám sát) phải được thể hiện trong báo cáo giám sát văn bản QPPL đó;

- Tổng hợp ý kiến của cơ quan tham gia giám sát, đại diện các cơ quan hữu quan tham dự;

- Ý kiến báo cáo, giải trình bằng văn bản của cơ quan ban hành văn bản QPPL là đối tượng giám sát;

- Những đề xuất của cơ quan giám sát (sửa đổi, bổ sung; bãi bỏ một phần hoặc toàn bộ; đình chỉ; ban hành văn bản mới...).

(iv) Xem xét xây dựng, hoàn thiện theo hướng cụ thể, chặt chẽ hơn nữa về quy trình, thủ tục giám sát đối với văn bản QPPL có dấu hiệu trái với Hiến pháp

Hiện nay *quy trình giám sát đối với văn bản QPPL có dấu hiệu trái Hiến pháp* - xem xét về tính hợp hiến được quy định trong một số văn bản QPPL hiện hành⁹. Tuy nhiên, nội dung quy định trong các văn bản QPPL này đang ở mức độ khá nguyên tắc, chưa thể hiện sự khác biệt so với trường hợp *văn bản QPPL có dấu hiệu trái pháp luật* - xem xét ở khía cạnh tính hợp pháp. Trong khi đó, việc Quốc hội đánh giá, kết luận một văn bản QPPL nào đó là vi phạm Hiến pháp, hay nói cách khác là không hợp hiến thường sẽ có những tác động chính trị - pháp lý đáng kể hơn, nếu so sánh với trường hợp một văn bản QPPL được đánh giá là trái với một văn bản luật cụ thể (không hợp pháp). Thông thường, quy trình, thủ tục dẫn tới việc đưa ra nhận định là văn bản QPPL không bảo đảm tính hợp hiến xét ở nhiều khía cạnh nên được tiến hành một cách kỹ lưỡng, thận trọng hơn so với việc xem xét một văn bản QPPL cụ thể được cho là trái với một văn bản QPPL dưới Hiến pháp (chẳng hạn như một văn bản luật cụ thể).

Vì lẽ đó, đề nghị xem xét tách bạch giữa *quy trình, thủ tục xem xét văn bản QPPL có dấu hiệu không bảo đảm tính hợp hiến*, với

9 Xem: Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội và Hội đồng nhân dân (Điều 14, Điều 25, Điều 40); Nghị quyết số 560/NQ-UBTVQH15 ngày 22/7/2022 của UBTVQH về hướng dẫn việc tổ chức thực hiện hoạt động giám sát văn bản quy phạm pháp luật của Hội đồng Dân tộc, Ủy ban của Quốc hội (Điều 12).

quy trình, thủ tục xem xét văn bản QPPL có dấu hiệu không hợp pháp theo hướng chặt chẽ, thận trọng, cụ thể hơn. Quy trình này cần có các thủ tục, các bước cho phép tăng cường tính chất trao đổi, đối thoại, tranh luận giữa các bên (có thể bao gồm cả sự tham gia của các chuyên gia, nhà khoa học trong trường hợp cần thiết), nhằm tránh yếu tố chủ quan, một chiều... có thể nảy sinh trong hoạt động giám sát; Đồng thời, bảo đảm sự lãnh đạo chặt chẽ của cơ quan Đảng có thẩm quyền trong quá trình này.

Bên cạnh đó, cần nhắc việc quy định theo hướng: đối với trường hợp phát hiện các văn bản QPPL có dấu hiệu trái Hiến pháp, thì trước khi trình Quốc hội, nên xem xét quy định bắt buộc phải thực hiện hoạt động yêu cầu giải trình tại các cơ quan của Quốc hội, với những nguyên tắc, yêu cầu nhất định, bảo đảm chặt chẽ, thận trọng, tăng cường tính chất trao đổi, đối thoại. Kết quả của hoạt động giải trình là cơ sở để các cơ quan của Quốc hội cân nhắc việc tiến hành hay không tiến hành các bước tiếp theo.

(v) Hoàn thiện cơ chế giải trình và tổ chức thực hiện thường xuyên hoạt động yêu cầu báo cáo, giải trình về hoạt động giám sát văn bản QPPL do các cơ quan nhà nước ở trung ương ban hành

Theo các tác giả, cần tiếp tục hoàn thiện cơ chế giải trình, và tổ chức thực hiện thường xuyên hơn nữa hoạt động yêu cầu báo cáo, giải trình về hoạt động giám sát văn bản QPPL do các cơ quan nhà nước ở trung ương ban hành, tại Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban của Quốc hội, tại Phiên họp UBTVQH đối với các văn bản QPPL do các cơ quan nhà nước ở trung ương ban hành mà phát hiện có dấu hiệu trái pháp luật. Cơ chế này bao gồm các nội dung dự kiến như sau:

- Về phạm vi, cơ chế giải trình được đề xuất áp dụng đối với hoạt động giám sát của các cơ quan của Quốc hội đối với các văn bản QPPL do các cơ quan nhà nước ở trung ương ban hành, thuộc phạm vi giám sát của HĐDT, các Ủy ban của Quốc hội;

- Về điều kiện áp dụng: áp dụng đối với toàn bộ các văn bản QPPL do các cơ quan nhà nước ở trung ương ban hành, trong trường hợp có văn bản được xác định có dấu hiệu vi phạm, cần được xem xét; việc tiến hành về nguyên tắc là công khai, ngoại trừ các trường hợp vì lý do quốc phòng, an ninh hoặc trường hợp khác do cơ quan chủ trì giám sát quyết định;

- Cơ chế giải trình ở đây bao gồm toàn bộ các nội dung về quy trình, thủ tục, chủ thể có thẩm quyền giám sát, cơ quan nhà nước ở trung ương có thẩm quyền ban hành văn bản QPPL là đối tượng chịu sự giám sát; sự tham gia của các cơ quan, tổ chức hữu quan... Đặc biệt, trong quy trình này cần có các thủ tục, các bước cho phép tăng cường tính chất trao đổi, đối thoại, tranh luận giữa các bên (bao gồm cả sự tham gia của các chuyên gia, nhà khoa học trong những trường hợp cần thiết), nhằm tránh yếu tố chủ quan, một chiều... có thể nảy sinh trong hoạt động giám sát.

Thực hiện tốt các giải pháp nêu trên có thể góp phần nâng cao tính hiệu lực, hiệu quả của hoạt động giám sát văn bản QPPL do các cơ quan nhà nước ở trung ương ban hành, bảo đảm vai trò của Quốc hội là cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất, đáp ứng kỳ vọng và niềm tin của Nhân dân, cũng như nhằm góp phần vào việc thực hiện chủ trương xây dựng, hệ thống pháp luật dân chủ, công bằng, nhân đạo, đầy đủ, đồng bộ, thống nhất, kịp thời, khả thi, công khai, minh bạch, ổn định, dễ tiếp cận, được thực hiện nghiêm minh và nhất quán¹⁰ ■

10 Ban Chấp hành Trung ương Đảng Cộng sản Việt Nam (2022), Nghị quyết số 27-NQ/TW ngày 9/11/2022 của Hội nghị lần thứ 6 BCHTW 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”.

PHÒNG, CHỐNG TÁC HẠI CỦA THUỐC LÁ VÀ BẢO ĐẢM QUYỀN TRẺ EM Ở VIỆT NAM

Nguyễn Anh Phương*
PGS.TS. Vũ Công Giao**
ThS. BS. Nguyễn Thị An***

*Viện Nghiên cứu lập pháp

**Trường Đại học Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội

***Tổ chức HealthBridge Canada tại Việt Nam.

Thông tin bài viết

Từ khóa: Quyền trẻ em, thuốc lá, tác hại của thuốc lá, phát triển bền vững.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài: 20/05/2023

Biên tập: 07/06/2023

Duyệt bài: 09/06/2023

Article Information

Keywords: The children's rights; tobacco; harmful effects of tobacco; sustainable development.

Article History:

Received: 20 May 2023

Edited: 07 Jun 2023

Approved: 09 Jun 2023

Tóm tắt:

Trong bài viết này, các tác giả trình bày, phân tích mối quan hệ giữa việc phòng, chống tác hại của thuốc lá với việc bảo đảm quyền của trẻ em, đồng thời khái quát khung pháp luật quốc tế và pháp luật Việt Nam liên quan đến vấn đề này. Trên cơ sở đó, các tác giả đề xuất một số giải pháp nhằm tăng cường phòng, chống tác hại của thuốc lá và qua đó, nâng cao hiệu quả bảo đảm quyền của trẻ em và việc thực hiện các mục tiêu phát triển bền vững ở Việt Nam trong những năm tới.

Abstract:

Within this article, the authors provide discussions and an analysis of the relationship between the prevention and control of the harmful effects of tobacco products and the assurance of children's rights, and also outline the international legal framework and the Vietnamese legal provisions on tobacco. Then, the authors give out a number of recommendations to strengthen the prevention and control of tobacco's harmful effects and, thereby, improve the effectiveness of ensuring children's rights and the implementation of sustainable development goals in Vietnam in the coming years.

Trẻ em, do còn non nớt về thể chất và trí tuệ, có quyền được chăm sóc và bảo vệ đặc biệt, kể cả sự bảo vệ thích hợp về mặt pháp lý ngay từ khi còn nằm trong bụng mẹ cho đến khi trưởng thành¹. Quyền trẻ em (QTE) được ghi nhận, bảo vệ trong nhiều văn kiện của luật nhân quyền quốc tế, quan trọng nhất là Công ước Liên hợp quốc về QTE (CRC) được Đại hội đồng Liên hợp quốc thông qua

từ năm 1989; đến nay, CRC đã trở thành một văn kiện quốc tế về quyền con người được phê chuẩn rộng rãi nhất trong lịch sử, với 196 quốc gia².

Việt Nam là nước đầu tiên ở châu Á, và là nước thứ hai trên thế giới phê chuẩn CRC vào năm 1990³. Trong suốt thời gian qua, Đảng và Nhà nước Việt Nam đã ban hành nhiều chính sách, pháp luật quan trọng trong

1 Lời Mở đầu, Công ước Liên hợp quốc về Quyền trẻ em.

2 United Nations Treaty Collection, Convention on the Rights of the Child, https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-11&chapter=4, truy cập 27/4/2023.

3 OHCHR, Ratification Status for CRC - Convention on the Rights of the Child, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?Treaty=CRC&Lang=en, truy cập 27/4/2023.

việc bảo đảm thực hiện QTE, giúp cải thiện cuộc sống của hàng triệu trẻ em trên cả nước. Tuy nhiên, việc bảo đảm QTE ở Việt Nam đang bị ảnh hưởng tiêu cực từ việc sản xuất và sử dụng thuốc lá. Đặc biệt, sự gia tăng và xu hướng trẻ hóa sử dụng các sản phẩm “thuốc lá thế hệ mới” ở thanh thiếu niên Việt Nam hiện nay đang là vấn đề đáng lo ngại về QTE, đồng thời gây ra nhiều hệ lụy đến sức khỏe, kinh tế của hộ gia đình và cả phạm vi quốc gia⁴. Vì vậy, Nhà nước cần có giải pháp quyết liệt, thiết thực và cụ thể để kiểm soát thuốc lá nói chung và tác hại của thuốc lá đối với trẻ em nói riêng ở Việt Nam.

1. Ý nghĩa của việc phòng, chống tác hại của thuốc lá đến việc bảo đảm quyền trẻ em

Thuốc lá là sản phẩm được sản xuất từ toàn bộ hoặc một phần nguyên liệu thuốc lá, được chế biến dưới dạng thuốc lá điếu, xì gà, thuốc lá sợi, thuốc lá cuộn hoặc các dạng khác, được sử dụng bằng cách hút, nhai, ngửi, hít, ngậm⁵. Hiện tại, ngoài thuốc lá thông thường còn có những dạng thức khác như: thuốc lá không khói, thuốc lá thế hệ mới (bao gồm thuốc lá điện tử (TLĐT), thuốc lá nung nóng (TLNN)...)⁶. Dù dưới dạng thức nào, việc sử dụng thuốc lá cũng gây nguy hại cho sức khỏe của người dùng và những người xung quanh, vì trong khói thuốc có khoảng 7.000 chất hóa học, trong đó có 69 chất gây ung thư⁷. Thuốc lá có chứa nicotine, là một chất hướng thần (kích thích thần kinh, gây

nghiện) cho con người⁸, đặc biệt là cho trẻ em.

Tổ chức Y tế Thế giới (WHO) đã nêu rõ, sử dụng thuốc lá đe dọa sức khỏe, sự sống còn và phát triển của trẻ em, và kiểm soát thuốc lá là giải pháp can thiệp để bảo đảm quyền của trẻ⁹. Theo báo cáo của WHO, khói thuốc gây nên những tác động tàn phá tới trẻ trong suốt giai đoạn từ khi thụ thai, thơ ấu và thanh thiếu niên. Phụ nữ mang thai hút thuốc hay tiếp xúc với khói thuốc thụ động có liên quan đến dị tật bẩm sinh, thai chết lưu, sinh non và tử vong ở trẻ sơ sinh. Trẻ em phơi nhiễm với khói thuốc thụ động có thể bị viêm đường hô hấp, hen, viêm tai giữa, đột tử ở trẻ sơ sinh, kém phát triển chức năng phổi và làm tăng nguy cơ mắc nhiều loại bệnh khác. Việc sử dụng thuốc lá sớm ở trẻ em và thanh thiếu niên gây ra nhiều hậu quả: nghiện sớm, khó cai hơn, ảnh hưởng sớm đến sức khỏe, sự phát triển não bộ, khả năng học tập, khả năng lao động¹⁰.

Với 15,4 triệu người hút thuốc (2020), Việt Nam hiện nằm trong số các quốc gia có số người hút thuốc lá cao nhất trên thế giới¹¹. Tỷ lệ trẻ em phơi nhiễm với khói thuốc thụ động cũng ở mức cao: Kết quả điều tra Sức khỏe học sinh trong trường học (2019) cho thấy, có tới 66,16% tỷ lệ học sinh (13-17 tuổi) bị phơi nhiễm với khói thuốc thụ động, đặc biệt có tới 15,59% học sinh bị hút thuốc thụ động hàng ngày trong vòng 7 ngày trước khi tham gia khảo sát¹².

4 Bộ Y tế, Điều tra toàn cầu về sử dụng thuốc lá ở thanh thiếu niên năm 2007, 2014.

5 Khoản 1 và 2 Điều 2 Luật Phòng, chống tác hại của thuốc lá năm 2012.

6 Sở Y tế Hà Nội, Thuốc lá thế hệ mới và những hệ lụy, 09/08/2022, https://soyte.hanoi.gov.vn/chuong-trinh-y-te/-/asset_publisher/4IVkx5Jltnbg/content/thuoc-la-the-he-moi-va-nhung-he-l-1, truy cập 27/4/2023.

7 Chương trình phòng, chống tác hại thuốc lá, Bộ Y tế (2014), Gánh nặng bệnh tật và tổn thất kinh tế của việc sử dụng thuốc lá, 2014.

8 MSD, Sử dụng ma túy và chất gây nghiện ở thanh thiếu niên, <https://www.msmanuals.com/vi/chuy%C3%AAn-gia/khoa-nhi/>, truy cập 27/4/2023.

9 <https://www.who.int/publications/i/item/9789240022218>.

10 <https://www.who.int/news/item/16-03-2021-new-brief-outlines-devastating-harms-from-tobacco-use-and-exposure-to-second-hand-tobacco-smoke-during-pregnancy-and-throughout-childhood>.

11 Quỹ Phòng, chống tác hại thuốc lá, Trường đại học Y tế công cộng. Điều tra tình hình sử dụng thuốc lá ở người trưởng thành năm 2020.

12 Bộ Y tế, Tổ chức Y tế thế giới (2019), Điều tra sức khỏe học sinh trong trường học, 2019.

Ngoài ra, số người hút thuốc lá ở nhóm có thu nhập thấp và trung bình chiếm tỷ trọng lớn trong xã hội¹³, thì chi phí dành cho việc sử dụng thuốc lá thường xuyên sẽ chiếm tỷ lệ tương đối lớn trong ngân sách gia đình. Điều này thực sự có ảnh hưởng đáng kể các khoản chi khác cho trẻ em, đáng lẽ nên được bố mẹ quan tâm hơn, như chi cải thiện dinh dưỡng, giáo dục, du lịch, vui chơi giải trí lành mạnh... để trẻ có cơ hội phát triển toàn diện.

Trong những năm qua, Việt Nam cũng đã có nhiều bước tiến trong hoàn thiện chính sách pháp luật và thực thi để kiểm soát tác hại của thuốc lá, cũng như bảo vệ trẻ em khỏi tiếp xúc với khói thuốc. Việt Nam đã gia nhập Công ước Khung về kiểm soát thuốc lá của WHO từ năm 2004, và nội luật hóa ở Luật Phòng, chống tác hại của thuốc lá (PCTHTL) năm 2012, có hiệu lực từ 01/05/2013 và các văn bản quy phạm pháp luật khác. Tỷ lệ sử dụng sản phẩm thuốc lá đã giảm ở người trưởng thành và thanh thiếu niên. Cụ thể, trong giai đoạn từ 2010 - 2020, tỷ lệ hút thuốc lá ở nam giới trưởng thành giảm từ 47,4% (2010) xuống 42,3% (2020)^{14,15}. Tỷ lệ hút thuốc thụ động cũng giảm đáng kể tại các địa điểm như: nơi làm việc, cơ sở y tế, cơ sở giáo dục, trên phương tiện giao thông công cộng và khu vực trong nhà¹⁶.

Tuy nhiên, tỷ lệ hút thuốc lá ở nam giới vẫn ở mức cao (42.3% năm 2020) và phơi nhiễm khói thuốc thụ động tại các địa điểm

công cộng vẫn còn phổ biến đặc biệt là ở các địa điểm như nhà hàng (78.1%), khách sạn (86.2%)¹⁷. Tỷ lệ hút thuốc ở thanh thiếu niên (13-17 tuổi) dù giảm nhưng chỉ giảm ở thanh thiếu niên nam (8.78% năm 2013 xuống 4.56% năm 2019), trong khi tăng nhẹ ở thanh thiếu niên nữ (1.1% năm 2013 lên 1.16% năm 2019)¹⁸.

Do những tác động tiêu cực đối với con người, đặc biệt là với trẻ em, phòng chống tác hại thuốc lá là chính sách mang tính toàn cầu của cộng đồng quốc tế¹⁹, và chính sách quốc gia ở nhiều nước, trong đó có Việt Nam²⁰. Tiếp cận từ góc độ nhân quyền, chính sách PCTHTL của các quốc gia chính là góp phần để bảo đảm các quyền của trẻ em. Như đã đề cập, trẻ em là chủ thể của các quyền con người và là đối tượng được bảo vệ đặc biệt trong luật nhân quyền quốc tế và trong pháp luật ở các quốc gia. Trong số các quyền của trẻ em được bảo vệ theo CRC, có các quyền hưởng tiêu chuẩn sức khỏe ở mức cao nhất có thể được (khoản 1 Điều 24), quyền được bảo vệ khỏi bị lôi kéo vào việc sử dụng, sản xuất, buôn bán bất hợp pháp các chất ma túy và kích thích thần kinh (Điều 33). Những quyền này của trẻ em chịu ảnh hưởng trực tiếp bởi việc sử dụng thuốc lá, và sẽ không thể bảo đảm được nếu không kiểm soát việc sản xuất, kinh doanh và sử dụng thuốc lá.

Xét rộng hơn, chính sách PCTHTL của các quốc gia là để thực hiện một trong các nguyên tắc cơ bản của CRC, đó là “vì lợi ích tốt nhất của trẻ em”. Nguyên tắc này

13 World Health Organization 2021, Tobacco control to improve child health and development: thematic brief.

14 Quỹ Phòng, chống tác hại thuốc lá, Trường đại học Y tế công cộng, Điều tra tình hình sử dụng thuốc lá ở người trưởng thành năm 2020.

15 Bộ Y tế, Tổ chức Y tế thế giới, Điều tra sức khỏe học sinh trường học năm 2019.

16 Bộ Y tế, Tổ chức Y tế thế giới, Điều tra tình hình sử dụng thuốc lá ở người trưởng thành năm 2015 (GATS)

17 Quỹ Phòng, chống tác hại thuốc lá, tldd.

18 Bộ Y tế, Tổ chức Y tế thế giới 2019, Điều tra sức khỏe học sinh trường học.

19 TH, Nỗ lực giảm tác hại thuốc lá trên toàn cầu, Tạp chí Tuyên giáo, 15/11/2021, <https://tuyengiao.vn/van-hoa-xa-hoi/phong-chong-tac-hai-thuoc-la/no-luc-giam-tac-hai-thuoc-la-tren-toan-cau-136657>, truy cập 27/4/2023.

20 TG, Chính sách của Nhà nước về phòng, chống tác hại của thuốc lá, Tạp chí Tuyên giáo, 5/8/2022, <https://tuyengiao.vn/van-hoa-xa-hoi/phong-chong-tac-hai-thuoc-la/chinh-sach-cua-nha-nuoc-ve-phong-chong-tac-hai-cua-thuoc-la-140116>, truy cập 27/4/2023.

xuất phát từ nhận thức rằng, bảo vệ, chăm sóc trẻ em là vấn đề có tính chiến lược lâu dài, nhằm phát triển, nâng cao chất lượng nguồn nhân lực, tương lai của các quốc gia. Chính vì vậy, khoản 1 Điều 3 CRC đã nêu rõ: “Trong mọi hoạt động liên quan tới trẻ em, dù được thực hiện bởi các cơ quan phúc lợi xã hội của Nhà nước hay tư nhân, bởi tòa án, các nhà chức trách hành chính hay cơ quan pháp luật, thì lợi ích tốt nhất của trẻ em phải là mối quan tâm hàng đầu”.

Bên cạnh đó, chính sách PCTHTL cũng là để bảo đảm sự phát triển bền vững của các quốc gia, đặc biệt trong các vấn đề liên quan đến trẻ em. Về vấn đề này, Chương trình Nghị sự 2030 của Liên hợp quốc²¹ đã xác định 17 Mục tiêu toàn cầu về phát triển bền vững; đây là một khung chính sách phát triển bền vững tích hợp, toàn diện, rộng mở và làm cơ sở để các quốc gia tham khảo, điều chỉnh một số tiêu chí cho phù hợp với tình hình thực tế mỗi nước. Trong đó, có những mục tiêu trực tiếp hoặc gián tiếp liên quan đến sự phát triển của trẻ em. Đáng chú ý, tại mục tiêu phát triển số 3: Bảo đảm cuộc sống khỏe mạnh và tăng cường phúc lợi cho mọi người ở mọi lứa tuổi, đã đặt ra tiêu chí 3.A là: *Tăng cường thực thi Công ước khung của WHO về kiểm soát thuốc lá tại tất cả các quốc gia một cách phù hợp*.

2. Khung pháp lý quốc tế và Việt Nam về phòng, chống tác hại của thuốc lá nhằm bảo đảm quyền trẻ em

Về phương diện quốc tế, như đã nêu ở phần trên, CRC đặt ra những yêu cầu cụ thể với các quốc gia, trong đó có Việt Nam, trong việc ngăn ngừa, loại bỏ những hành động và bối cảnh gây tổn hại đến sức khỏe của trẻ em mà trong đó bao gồm việc sản

xuất, kinh doanh, tiêu thụ thuốc lá. Mặc dù vậy, Công ước không đề cập cụ thể đến các biện pháp mà các quốc gia cần thực hiện trong vấn đề này. Thay vào đó, Công ước khung của WHO về kiểm soát thuốc lá (FCTC) năm 2003²² mà Việt Nam đã tham gia²³ có những quy định cụ thể về các biện pháp mà các quốc gia thành viên phải thực hiện để kiểm soát thuốc lá một cách toàn diện. Khái niệm “kiểm soát thuốc lá” theo mục d Điều 1 của FCTC có nghĩa là “... một loạt các chiến lược giảm cung, cầu, và tác hại của thuốc lá nhằm tăng cường sức khỏe cho nhân dân bằng cách loại trừ hoặc giảm tiêu thụ các sản phẩm thuốc lá hoặc giảm phơi nhiễm với khói thuốc lá”.

Từ nội dung của CRC và FCTC, có thể khẳng định rằng, thuốc lá gây ra nhiều tác hại nguy hiểm cho trẻ em; do đó, các quốc gia cần phải hành động nhằm bảo vệ trẻ em trước sự tấn công của thuốc lá, và mục tiêu bảo đảm lợi ích tốt nhất của trẻ em cần được đặt lên hàng đầu, ưu tiên hơn so với ngành công nghiệp thuốc lá²⁴. Chính vì vậy, nhằm góp phần bảo đảm QTE không bị vi phạm do thuốc lá, WHO từ lâu đã khuyến nghị Chính phủ các quốc gia cần cung cấp, chia sẻ thông tin về các biện pháp hành pháp, các chế tài đã được thực hiện để ngăn chặn trẻ em sử dụng thuốc lá và các chất gây nghiện khác có ảnh hưởng đến sức khỏe của trẻ em, đồng thời đánh giá tính hiệu quả của các chế tài đó²⁵.

Cũng từ các quy định của CRC và FCTC, có thể thấy sự gắn kết giữa PCTHTL với việc bảo đảm quyền của trẻ em, trong đó việc PCTHTL cần được tiếp cận theo hướng không chỉ là một hoạt động y tế công cộng quan trọng, mà còn là một trong những nội

21 The UN, The 2030 Agenda for Sustainable Development, <https://sdgs.un.org/2030agenda>, truy cập 27/4/2023.

22 Xem toàn văn Công ước tại: <http://vinacosh.gov.vn/vi/cong-uoc-khung/toan-van-cong-uoc/>, truy cập 27/4/2023.

23 Công ước có hiệu lực đối với nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam từ ngày 17/3/2005.

24 The Convention Secretariat, WHO FCTC 2020, The Guide for WHO FCTC Parties on including SDG Target 3.a in Voluntary National Reviews.

25 WHO 2001, Tobacco and the rights of the child.

dung, biện pháp để bảo vệ QTE. Trẻ em có quyền được bảo vệ, PCTHTL, tác động tiêu cực đến cả đời sống vật chất và tinh thần; Trẻ em có quyền được biết, được cung cấp, tiếp cận thông tin về thuốc lá và tác hại của thuốc lá; Có quyền tránh làm các công việc độc hại ở các công ty thuốc lá; Quyền được sinh sống, học tập và phát triển trong một môi trường lành mạnh không khói thuốc... Việc sản xuất và tiêu thụ các sản phẩm thuốc lá có thể ảnh hưởng tiêu cực, nghiêm trọng, vi phạm QTE. Các tác hại trực tiếp hoặc gián tiếp gây ra cho trẻ em từ việc hút thuốc lá hoặc hút thuốc lá thụ động làm ảnh hưởng tới các quyền của trẻ em trong CRC như sau: Quyền được sống (Điều 6), Quyền được chăm sóc sức khỏe (Điều 24), Quyền được có mức sống thích đáng để phát triển về thể chất, trí tuệ, tinh thần, đạo đức và xã hội (Điều 27), Quyền được giáo dục (Điều 28), Quyền được vui chơi, giải trí (Điều 31), Quyền được bảo vệ không bị bóc lột về kinh tế và không phải làm bất kỳ công việc gì nguy hiểm hoặc ảnh hưởng đến việc học hành của trẻ em, hoặc có hại đối với sức khỏe hay sự phát triển về thể chất, trí tuệ, tinh thần, đạo đức hay xã hội (Điều 32).

Nhìn từ góc độ trong nước, thời gian qua, liên quan đến QTE và công tác PCTHTL, Nhà nước Việt Nam đã tích cực nội luật hóa các quy định của điều ước quốc tế có liên quan mà Việt Nam tham gia, đặc biệt là CRC và FCTC, qua đó đã hình thành được hệ thống chính sách, pháp luật khá đồng bộ, toàn diện nhằm bảo đảm hiệu lực thực thi các quyền của trẻ em nói chung, cũng như bảo vệ QTE khỏi bị vi phạm do liên quan trực tiếp hoặc gián tiếp đến sản xuất và sử dụng thuốc lá.

Cụ thể, Điều 37 Hiến pháp năm 2013 quy định: “*Trẻ em có quyền được Nhà nước, gia đình và xã hội bảo vệ, chăm sóc và giáo*

dục; được tham gia vào các vấn đề về trẻ em. Nghiêm cấm xâm hại, hành hạ, ngược đãi, bóc lột, lạm dụng, bóc lột sức lao động và những hành vi khác vi phạm QTE”. Luật Trẻ em được ban hành năm 2016, có hiệu lực từ ngày 01/6/2017, thay thế cho Luật Bảo vệ, chăm sóc và giáo dục trẻ em năm 2004; Luật PCTHTL được ban hành năm 2012; và gần đây, Chính phủ đã ban hành Nghị định số 117/2020/NĐ-CP Quy định xử phạt vi phạm hành chính lĩnh vực y tế, Nghị định số 98/2020/NĐ-CP Quy định xử phạt vi phạm hành chính trong hoạt động thương mại, sản xuất, buôn bán hàng giả, hàng cấm và bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng, đã quy định nghiêm khắc, chặt chẽ hơn việc xử phạt vi phạm hành chính liên quan đến thuốc lá...

Bên cạnh đó, Nhà nước Việt Nam cũng đã có những nỗ lực nhằm gắn kết việc kiểm soát thuốc lá với việc thực hiện nhiều Mục tiêu phát triển bền vững 2030²⁶, như: Xóa mọi hình thức nghèo (mục tiêu 1); Xóa đói, bảo đảm an ninh lương thực, cải thiện dinh dưỡng và phát triển nông nghiệp bền vững (mục tiêu 2); Bảo đảm cuộc sống khỏe mạnh, tăng cường phúc lợi cho mọi người ở mọi lứa tuổi (mục tiêu 3); Thúc đẩy tăng trưởng kinh tế dài hạn, bền vững, toàn diện, tạo việc làm đầy đủ, năng suất và công việc tốt cho tất cả mọi người (mục tiêu 8)...

3. Sự gia tăng sử dụng thuốc lá ở trẻ em Việt Nam trong thời gian gần đây và giải pháp khắc phục

Tình trạng trẻ em Việt Nam bị lôi cuốn sử dụng thuốc lá, đặc biệt là các loại thuốc lá thế hệ mới, có chiều hướng gia tăng trong những năm gần đây. Theo kết quả khảo sát sức khỏe học sinh toàn cầu tại trường học (GSHS) năm 2019, có 3,62% nam thanh niên và 1,53% nữ thanh niên hiện đang hút TLĐT. Đáng lưu ý, TLĐT dù mới du nhập nhưng tỷ lệ thanh thiếu niên nữ sử dụng TLĐT thậm

26 Sonja von Eichborn 2021, Discover how sustainable development, children's rights and tobacco control are linked, Tobacco Prevention & Cessation.

chỉ còn cao hơn tỷ lệ sử dụng thuốc lá điều truyền thống (1.53% và 1.16%)²⁷. Tỷ lệ hút TLĐT hiện đặc biệt cao ở các thành phố lớn, theo nghiên cứu do Viện Chiến lược và Chính sách Y tế (Bộ Y tế) thực hiện vào năm 2020²⁸, tỷ lệ sử dụng TLĐT của học sinh lớp 8-12 ở Hà Nội là 8,35% (12,39% trẻ em trai và 4,8% trẻ em gái). Bên cạnh đó, sử dụng TLĐT cũng có liên quan đến các tệ nạn xã hội khác như ma túy và các chất gây nghiện khác. Các trường hợp cấp cứu do ngộ độc cần sa phối trộn trong TLĐT đã được ghi nhận tại Bệnh viện Bạch Mai và Trung tâm giám định ma túy Viện Khoa học hình sự Bộ Công an và được phản ánh bởi hàng loạt cơ quan báo chí trong thời gian gần đây^{29,30}.

Có nhiều nguyên nhân dẫn tới hiện trạng này. Cụ thể:

Thứ nhất, công tác thanh kiểm tra, xử phạt các vi phạm trong lĩnh vực PCTHTL còn yếu, thiếu sự vào cuộc mạnh mẽ của các đơn vị liên quan. Còn nhiều các vi phạm như sau:

- Vi phạm hút thuốc lá tại các nơi có quy định cấm;
- Quảng cáo các sản phẩm thuốc lá bao gồm TLĐT, TLNN và các sản phẩm thuốc lá mới khác trên các kênh trực tuyến;
- Bán các sản phẩm thuốc lá bất hợp pháp gồm cả điện tử, TLNN và các sản phẩm thuốc lá mới khác;
- Vi phạm bán sản phẩm thuốc lá trong phạm vi 100m cổng trường học;
- Bán thuốc lá cho trẻ dưới 18 tuổi...

Thứ hai, một trong những nguyên nhân chủ yếu của việc tỷ lệ hút thuốc lá còn cao

và giảm chậm ở Việt Nam là do giá thuốc lá của Việt Nam vẫn rất rẻ, thậm chí đang ngày càng rẻ đi nếu so với thu nhập. Giá của một bao thuốc lá tại Việt Nam rẻ nhất là chỉ khoảng 6000 đồng/bao (tương đương 0.26 USD), giá phổ biến là ở mức dưới 20.000 đồng/bao (tương đương 0.86 USD). Theo dữ liệu toàn cầu của WHO năm 2017, giá thuốc lá của Việt Nam nằm trong số 15 nước thấp nhất thế giới. Tỷ lệ thuế trên giá bán lẻ thuốc lá ở Việt Nam chỉ chiếm 38.8% (2020), thấp hơn so với trung bình của các quốc gia có thu nhập trung bình (59%), bằng một nửa của hầu hết các nước ASEAN (Thái Lan 78,6%, Singapore 67,1%, Indonesia 62,3%)³¹, và còn cách xa khuyến cáo của WHO là 70% giá bán lẻ (WHO 2020). Trong 20 năm qua, giá thuốc lá sau khi đã điều chỉnh lạm phát hầu như không tăng, thậm chí giảm. Trong khi thu nhập bình quân đầu người của Việt Nam vẫn tăng đều đặn hàng năm nên giá thuốc lá ngày càng trở nên dễ tiếp cận, với ngay cả nhóm chưa có thu nhập như là trẻ em.

Thứ ba, TLĐT, TLNN là những sản phẩm độc hại, có xu hướng nhắm chủ yếu tới đối tượng là giới trẻ, nguy cơ tác động đến cả một thế hệ trẻ. Các sản phẩm thuốc lá mới được thiết kế đa dạng màu sắc, kiểu dáng, hương vị hấp dẫn, phù hợp với thị hiếu giới trẻ. Thuốc lá mới bày bán công khai, dễ dàng mua trên các trang web, mạng xã hội. Các cửa hàng thuốc lá mới được thiết kế đẹp và sang trọng như những cửa hàng đồ công nghệ với những posters khổ lớn treo một cách công khai, có các chương trình khuyến mại sản phẩm... Giá cả thuốc lá mới đa dạng, đặc biệt có nhiều sản phẩm giá thành rất rẻ khiến trẻ em dễ dàng tiếp cận. Theo khảo

27 Bộ Y tế, Tổ chức Y tế thế giới 2019, Điều tra sức khỏe học sinh trường học.

28 Viện Chiến lược và Chính sách y tế 2020, Nghiên cứu về các hành vi nguy cơ đối với sức khỏe học sinh THCS và THPT tại Hà Nội.

29 Mạnh Cường 2020, Thuốc lá điện tử và con đường dẫn đến ma túy tổng hợp, <https://baothanhhoa.vn/doi-song-xa-hoi/thuoc-la-dien-tu-va-con-duong-dan-den-ma-tuy-tong-hop/109689.htm>.

30 Vnexpress 2020, Ma túy trộn lẫn trong thuốc lá điện tử, <https://vnexpress.net/ma-tuy-tron-lan-trong-thuoc-la-dien-tu-4200831.html>.

31 WHO 2021, Report on the global tobacco epidemic.

sát tại 181 cửa hàng trực tuyến bán TLĐT và TLNN tại Hà Nội và Thành phố Hồ Chí Minh từ tháng 9/2021 đến tháng 3/2022, giá trung bình của sản phẩm TLĐT loại dùng một lần từ 249,000 đồng. Thậm chí có những sản phẩm TLĐT chỉ có giá là 50,000 đồng³². Các sản phẩm thuốc lá mới quảng cáo, bán hàng trên các trang mạng xã hội có nhiều trẻ em và thanh niên tham gia như Facebook, Tiktok, Instagram... Trong 6 tháng cuối năm 2021, có 54,967 tin bài quảng cáo, chia sẻ về TLĐT, TLNN trên Internet, trong đó mạng xã hội Facebook là nơi tập trung số lượng tin bài nhiều nhất (chiếm 63,7%), theo sau là Tiktok (chiếm 31,8%)³³. Các yếu tố trên làm tăng tỷ lệ sử dụng thuốc lá mới trong thanh thiếu niên. Đây là vấn đề mang tính thời sự, làm ảnh hưởng nghiêm trọng đến việc bảo đảm quyền về sức khỏe của trẻ em ở nước ta, đòi hỏi cần có những biện pháp cấp bách để giải quyết.

Có nhiều giải pháp PCTHTL, nhưng tựu chung lại là nhằm kiểm soát, tác động đến nguồn cung cấp thuốc lá, và kiểm soát, giảm thiểu việc sử dụng các sản phẩm thuốc lá. Sự thành công của các biện pháp này phụ thuộc nhiều yếu tố, bao gồm tâm lý, tính cách, ý thức, môi trường sống của trẻ em, sự phối hợp giữa các cơ quan nhà nước với gia đình, nhà trường, cộng đồng... Vì vậy, phương châm là cần thực hiện đồng thời nhiều biện pháp gắn kết trong một chiến lược tổng thể, một khung chính sách toàn diện nhằm kiểm soát, phòng, chống hiệu quả, giảm thiểu tác hại của thuốc lá ở nước ta.

Cụ thể, những biện pháp cần tiến hành gồm:

- Tăng cường thực thi Luật PCTHTL năm 2012, đẩy mạnh thanh tra, kiểm tra, xử lý nghiêm vi phạm, trong đó tập trung xử lý

vi phạm địa điểm cấm hút thuốc, vi phạm về quảng cáo, khuyến mại và tài trợ, kinh doanh buôn bán các sản phẩm thuốc lá lậu;

- Tăng mạnh thuế tiêu thụ đặc biệt đối với thuốc lá để ngăn chặn sự gia tăng sức mua thuốc lá, hạn chế thanh niên tiếp cận với thuốc lá giá rẻ. Thuế và giá là giải pháp có chi phí thấp nhưng mang lại hiệu quả cao đối với việc giảm tiêu dùng thuốc lá và là giải pháp phòng bệnh hữu hiệu đã được WHO và Ngân hàng Thế giới khuyến cáo các quốc gia cần áp dụng³⁴;

- Ban hành chính sách cấm sản xuất, lưu hành TLĐT và các sản phẩm TLNN tại Việt Nam để bảo vệ thể hệ trẻ Việt Nam khỏi tác hại của thuốc lá. Bộ Y tế, WHO và các tổ chức y tế công cộng đều có cùng khuyến cáo này đối với Việt Nam;

- Truyền thông nâng cao hiểu biết về tác hại của thuốc lá và thuốc lá mới và trách nhiệm của cha mẹ, giáo viên, trẻ em trong việc phòng ngừa trẻ em tiếp cận và sử dụng các sản phẩm đó.

Kết luận: Sử dụng thuốc lá có tác động tiêu cực nghiêm trọng đến sức khỏe và các quyền của trẻ em. Vì vậy, việc PCTHTL cũng chính là để bảo đảm các quyền của trẻ em. Vấn đề này đã được khẳng định và quy định trong nhiều văn kiện pháp luật quốc tế mà Việt Nam đã tham gia, đặc biệt là CRC và FCTC, cũng như trong pháp luật Việt Nam. Sự gia tăng tình trạng sử dụng thuốc lá trong trẻ em Việt Nam những năm gần đây đang đặt ra yêu cầu với Nhà nước và xã hội trong việc rà soát, thắt chặt khung chính sách, pháp luật về kiểm soát thuốc lá, và hoàn thiện cơ chế PCTHTL trong thực tế để bảo đảm hiệu quả hơn các quyền của trẻ em và thực hiện các mục tiêu phát triển bền vững của đất nước trong giai đoạn mới ■

32 HealthBridge 2022, Kết quả khảo sát tại 181 cửa hàng trực tuyến bán TLĐT và TLNN tại Hà Nội và thành phố Hồ Chí Minh từ tháng 9/2021 đến tháng 3/2022.

33 Fermion and Campaign for Tobacco Free Kids, 2021, Social listening.

34 WHO, 2021, Report on the global tobacco epidemic.

CÁC BIỆN PHÁP BẢO ĐẢM AN TOÀN CHO KHÁCH HÀNG MUA NHÀ HÌNH THÀNH TRONG TƯƠNG LAI

Lưu Quốc Thái

TS. Khoa Luật Thương Mại, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.

Thông tin bài viết

Từ khóa: Bảo đảm an toàn, giao dịch, công trình xây dựng, nhà ở hình thành trong tương lai.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài: 17/02/2023

Biên tập: 26/03/2023

Duyệt bài: 28/03/2023

Tóm tắt:

Mua bán nhà, công trình xây dựng hình thành trong tương lai là một hình thức giao dịch kinh doanh bất động sản được chính thức quy định từ Luật Kinh doanh bất động sản năm 2006. Mặc dù loại giao dịch này đã được thừa nhận từ nhiều năm qua, nhưng các cơ chế pháp lý để đảm bảo an toàn cho giao dịch, đặc biệt là lợi ích hợp pháp của người mua nhà vẫn chưa được quy định đầy đủ và chặt chẽ. Trong bài viết này, tác giả hệ thống hóa, phân tích, đánh giá các quy định của pháp luật hiện hành cũng như các quy định trong Dự thảo Luật kinh doanh bất động sản (sửa đổi) về các biện pháp bảo vệ quyền lợi hợp pháp của người mua nhà ở hình thành trong tương lai với tư cách là khách hàng của các doanh nghiệp kinh doanh BĐS, chỉ ra những hạn chế, bất cập và đưa ra kiến nghị hoàn thiện.

Article Information

Keywords: Transaction security; transactions; constructions, off-the-plan housing.

Article History:

Received: 17 Feb. 2023

Edited: 26 Mar. 2023

Approved: 28 Mar. 2023

Abstract:

Purchasing and selling off-the-plan housing and construction is a form of real estate business transaction officially regulated by the Law on Real Estate Business of 2006. Although this type of transaction has been recognized for several years, the legal mechanisms to ensure the safety of the transaction, especially the legitimate interests of the housing purchaser, have not been fully and strictly regulated. Within this article, the author systematizes, analyzes, and assesses the current regulations, draft Law on Real Estate Business (amendment) on measures to protect the legitimate interests of off-plan housing purchasers of real estate businesses; gives out a number of shortcomings, and also provides recommendations for further improvements.

1. Khái quát về giao dịch mua bán bất động sản hình thành trong tương lai

1.1. Khái niệm bất động sản hình thành trong tương lai

Mua bán nhà, công trình xây dựng hình thành trong tương lai (BĐS hình thành trong

tương lai) đã được áp dụng tại nhiều quốc gia trên thế giới như Anh, Úc, Tây Ban Nha,¹... Ở Việt Nam, giao dịch mua bán BĐS hình thành trong tương lai được ghi nhận từ Luật Nhà ở năm 2005, nhưng Luật này không có định nghĩa về nhà ở hình thành trong

¹ Ví dụ: xem ANZ, Buying off the plan: pros and cons and how to pay your deposit, <https://www.anz.com.au/personal/home-loans/tips-and-guides/buying-off-the-plan-pros-and-cons/#:~:text=off%20the%20plan,What%20is%20buying%20off%20the%20plan%3F,rather%20than%20the%20finished%20product>, truy cập ngày 19/4/2023.

lai². Sau đó, Luật KDBĐS năm 2006 quy định: “*Mua bán nhà, công trình xây dựng hình thành trong tương lai là việc mua bán nhà, công trình xây dựng mà tại thời điểm ký hợp đồng, nhà, công trình xây dựng đó chưa hình thành hoặc đang hình thành theo hồ sơ dự án, thiết kế bản vẽ thi công và tiến độ cụ thể*”³. Như vậy, Luật KDBĐS năm 2006 là văn bản pháp luật đầu tiên chính thức giải thích nhà, công trình xây dựng hình thành trong tương lai thông qua việc lồng ghép với giải thích thuật ngữ “mua bán nhà, công trình xây dựng hình thành trong tương lai”.

Định nghĩa “Nhà, công trình xây dựng hình thành trong tương lai” lần đầu được giải thích riêng tại khoản 4 Điều 3 Luật KDBĐS năm 2014 (thay thế Luật KDBĐS năm 2006), ngay sau giải thích về “nhà, công trình xây dựng có sẵn”. Cụ thể, “*Nhà, công trình xây dựng hình thành trong tương lai là nhà, công trình xây dựng đang trong quá trình xây dựng và chưa được nghiệm thu đưa vào sử dụng*”. Đây là những công trình chưa thể sử dụng bởi việc xây dựng chưa hoàn thành và đang trong quá trình đầu tư xây dựng ở bất kỳ một giai đoạn nào đó. Khái niệm này giống với khái niệm BĐS hình thành trong tương lai (off-plan property) ở các nước⁴.

1.2. Những rủi ro tiềm ẩn từ việc mua nhà ở hình thành trong tương lai

1.2.1. Khái quát mua bán nhà ở hình thành trong tương lai

Pháp luật hiện hành không có định nghĩa về mua bán BĐS nói chung (nhà ở nói riêng) hình thành trong tương lai mà chỉ có giải

thích về nhà, công trình xây dựng (bao gồm cả nhà ở) hình thành trong tương lai như đã trình bày ở trên. Tuy nhiên, nếu mô phỏng định nghĩa của Luật KDBĐS năm 2006 (đã hết hiệu lực) về mua bán nhà, công trình xây dựng hình thành trong tương lai và căn cứ vào định nghĩa của Luật Nhà ở năm 2014 về nhà ở hình thành trong tương lai thì chúng ta có thể kết luận: “*Mua bán nhà ở hình thành trong tương lai là việc mua bán nhà ở mà tại thời điểm ký hợp đồng, nhà ở đang trong quá trình đầu tư xây dựng và chưa được nghiệm thu đưa vào sử dụng*”.

Có thể nói, kinh doanh BĐS hình thành trong tương lai được coi là “quyền” của chủ đầu tư dự án BĐS. Theo quy định tại khoản 1 Điều 54 Luật KDBĐS năm 2014: “*Chủ đầu tư dự án BĐS có quyền bán, cho thuê, cho thuê mua nhà, công trình xây dựng hình thành trong tương lai*”. Như vậy, mua bán nhà ở hình thành trong tương lai được coi là một “hình thức” kinh doanh của chủ đầu tư dự án nhà ở.

So với hình thức kinh doanh nhà ở có sẵn, mua bán nhà ở hình thành trong tương lai có nhiều “ưu điểm” đặc biệt. Thứ nhất, về phía chủ đầu tư thì đây không chỉ là một hoạt động kinh doanh mà còn là hình thức huy động vốn bởi hàng hóa mà họ bán chưa có trên thực tế và số tiền “ứng trước” từ khách hàng sẽ được sử dụng để phát triển chính BĐS trong hợp đồng mua bán với khách hàng. Hình thức này có nhiều ưu điểm so với vay vốn từ các tổ chức tín dụng bởi chủ đầu tư không phải trả lãi cũng như đã xác định được khách hàng cho mình nên không

2 Khoản 1 Điều 39 Luật Nhà ở năm 2005 có quy định: “Trường hợp chủ đầu tư huy động vốn từ tiền ứng trước của người có nhu cầu mua hoặc thuê nhà ở thì chỉ được áp dụng trong trường hợp thiết kế nhà ở đã được phê duyệt và đã được xây dựng xong phần móng. Tổng số tiền huy động trước khi bàn giao nhà ở cho người có nhu cầu không được vượt quá 70% giá trị nhà ở ghi trong hợp đồng”.

3 Khoản 8 Điều 4 Luật KDBĐS năm 2006.

4 Xem Cambridge Dictionary, off-plan, <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/off-plan>, truy cập ngày 19/4/2023.

phải bận tâm về đầu ra cho sản phẩm. Thứ hai, về phía khách hàng (người mua), việc mua nhà hình thành trong tương lai giúp họ giảm bớt áp lực về tài chính vì họ được thanh toán nhiều lần theo tiến độ thực hiện dự án và giá cả BĐS (nhà ở) cũng “mềm” hơn so với những sản phẩm có sẵn trên thực tế. Vì vậy, cho phép mua bán BĐS (bao gồm nhà ở) hình thành trong tương lai là một trong những giải pháp để thúc đẩy giao dịch BĐS và tạo điều kiện cho thị trường BĐS phát triển nhanh chóng.

1.2.2. Rủi ro từ việc mua nhà ở hình thành trong tương lai

Bên cạnh những điểm tích cực nêu trên, hình thức mua bán nhà ở hình thành trong tương lai cũng có nhiều hạn chế nhất định, đặc biệt là những rủi ro cho người mua. Cụ thể:

(i) Mất tiền nhưng không nhận được nhà

Đây là rủi ro lớn nhất đối với những người mua nhà hình thành trong tương lai. Vì đây là kiểu “mua nhà trên giấy” hay còn gọi là mua “lúa non” nên sản phẩm có thể không hình thành. Bên cạnh những lý do bất khả kháng (như khủng hoảng kinh tế, thiên tai, ... hiếm khi xảy ra) thì thực tế đã có không ít trường hợp chủ đầu tư “ôm” tiền của khách hàng bỏ trốn mà không thực hiện dự án hoặc lừa đảo bằng cách bán một căn nhà cho nhiều người khác nhau. Ngoài ra, trường hợp chủ đầu tư có những vi phạm pháp luật trong quá trình thực hiện dự án

(như xây dựng không đúng với giấy phép) thì khách hàng cũng có thể không nhận được sản phẩm dù đã trả tiền⁵. Hậu quả để lại là nhiều khách hàng bị mất một khoản tiền lớn vốn phải tích góp trong một thời gian dài mới có được hoặc là phải “gánh” khoản vay ngân hàng phải trả lãi và nợ gốc⁶.

(ii) Không được nhận nhà theo đúng tiến độ và chất lượng như đã thỏa thuận

Đây là tình trạng phổ biến đối với những dự án BĐS có thực hiện hình thức bán nhà hình thành trong tương lai. Việc chậm bàn giao nhà cho khách hàng theo tiến độ cam kết có thể xuất phát từ nhiều nguyên nhân khác nhau. Thiếu vốn và không huy động đủ vốn để thực hiện dự án là nguyên nhân của loại vi phạm này. Tuy nhiên, không ít trường hợp chủ đầu tư cố tình chiếm dụng vốn của khách hàng để đầu tư dàn trải nhiều dự án cùng một lúc hoặc sử dụng vốn cho các mục đích cá nhân khiến không dự án nào có thể hoàn thành đúng tiến độ cam kết. Loại vi phạm này cũng gây ra nhiều thiệt hại về kinh tế, gây khó khăn cho đời sống của khách hàng khi họ phải trả tiền thuê nhà cho thời gian chờ nhận nhà theo hợp đồng⁷.

Ngoài ra, trên thực tế, để lôi kéo khách hàng tham gia giao dịch, nhiều chủ đầu tư đã quảng cáo sản phẩm có chất lượng khác với sản phẩm sẽ bàn giao cho khách hàng với mức “căn hộ cao cấp” hay sản phẩm “5 sao”... Tuy nhiên, nhiều trường hợp nhà ở được bàn giao cho khách hàng bị trao đổi nguyên vật liệu nội thất và

5 Chẳng hạn như một số khách hàng đặt mua căn hộ ở các tầng xây dựng vượt phép trong tòa nhà 8B Lê Trực, Hà Nội. Theo quyết định của các cơ quan chức năng thì phần xây dựng vượt phép này sẽ bị tháo dỡ. Điều này đồng nghĩa với những khách hàng đã ứng tiền trước theo hình thức mua nhà hình thành trong tương lai sẽ không nhận được nhà. Dù họ có thể nhận lại tiền ứng trước nhưng thiệt hại về kinh tế là khó tránh khỏi. Ngoài ra, việc tháo dỡ phần xây dựng sai phép sẽ có những ảnh hưởng nhất định đến chất lượng phần công trình còn lại. Xem thêm: Vneconomy (2016), Chủ và khách dự án 8B Lê Trực cùng “kêu cứu”, <https://vneconomy.vn/chu-va-khach-du-an-8b-le-truc-cung-keu-cuu.htm>, truy cập ngày 20/4/2023.

6 Xem thêm: Đỗ Trà Giang (2016), Mua căn hộ dự án... lừa - Ai bảo vệ người dân, <http://www.sggp.org.vn/xahoi/2015/10/399957/>, truy cập lúc 21 giờ 25 ngày 17/4/2023.

7 Xem thêm: Đình Dân (2016), Mệt mỏi với dự án chậm bàn giao căn hộ, <http://tuoitre.vn/tin/kinh-te/20160408/met-moi-voi-du-an-cham-giao-can-ho/1080817.html>, truy cập ngày 17/4/2023.

không có những tiện ích thể hiện trong các căn nhà mẫu như quảng cáo của chủ đầu tư trước đó. Đây là loại vi phạm về chất lượng hàng hóa BĐS mà khách hàng rất khó và rất ít khi yêu cầu chủ đầu tư bồi thường thiệt hại cho mình⁸.

(iii) Không được cấp giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà trong thời hạn quy định của pháp luật

Giấy chứng nhận (GCN) quyền sở hữu nhà có ý nghĩa rất quan trọng đối với chủ sở hữu (khách hàng mua nhà) vì nó là chứng thư pháp lý xác nhận quyền sở hữu nhà ở của họ. Có GCN quyền sở hữu cũng là một trong những điều kiện quan trọng để thực hiện quyền đối với nhà ở của mình. Trước đây, khoản 3 Điều 50 Nghị định số 71/2010/NĐ-CP đã có quy định: *“Chủ đầu tư có trách nhiệm làm thủ tục đề nghị cơ quan nhà nước có thẩm quyền cấp GCN quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất cho người mua trong thời hạn 50 ngày, kể từ ngày bàn giao nhà ở cho người mua nhà, trừ trường hợp người mua nhà tự nguyện làm thủ tục đề nghị cấp GCN”*. Theo khoản 7 Điều 26 Luật Nhà ở năm 2014: *“Trong thời hạn 50 ngày, kể từ ngày bàn giao nhà ở cho người mua hoặc kể từ thời điểm bên thuê mua đã thanh toán đủ tiền theo thỏa thuận thì phải làm thủ tục đề nghị cơ quan nhà nước có thẩm quyền cấp GCN cho người mua, người thuê mua nhà ở, trừ trường hợp người mua, thuê mua tự nguyện làm thủ tục đề nghị cấp GCN”*.

Tuy nhiên, các quy định trên vì những lý

do nhất định đã không được nghiêm túc thực hiện trên thực tế. Nhiều trường hợp người mua nhà ở thương mại đã nhận nhà ở nhiều năm nhưng vẫn không nhận được GCN quyền sở hữu nhà⁹. Nguyên nhân chính là do chủ đầu tư chờ đến khi bán hết (hoặc gần hết) số nhà ở trong một dự án mới tiến hành các thủ tục làm GCN cho thuận tiện. Cũng có thể xuất phát từ nguyên nhân chủ đầu tư có những vi phạm trong quá trình đầu tư xây dựng nhà ở (như xây vượt phép, không đúng giấy phép,...) mà chưa có hành động “khắc phục” theo yêu cầu của cơ quan nhà nước có thẩm quyền nên không thể thực hiện thủ tục hoàn công để cấp GCN quyền sở hữu.

2. Các biện pháp mang tính “phòng ngừa” để đảm bảo lợi ích hợp pháp của khách hàng mua nhà ở hình thành trong tương lai

Đây là các biện pháp được dùng để ngăn chặn hay giảm thiểu khả năng xảy ra rủi ro và giảm thiểu khả năng gây thiệt hại cho khách hàng khi chủ đầu tư không bàn giao nhà hoặc bàn giao nhà không đúng thời hạn đã thỏa thuận trong hợp đồng. Thực tế cho thấy, việc phòng ngừa bao giờ cũng đem lại hiệu quả cao, với chi phí thấp hơn so với việc khắc phục hậu quả. Các biện pháp mang tính phòng ngừa để bảo vệ quyền lợi của khách hàng khi mua nhà ở hình thành trong tương lai được quy định trong Luật KDBĐS năm 2014 gồm: Biện pháp bảo lãnh của ngân hàng thương mại (NHTM); Biện pháp bảo vệ quyền và lợi ích của khách hàng thông qua quy định về “thanh toán” trong mua bán

8 Điển hình là vụ tranh chấp giữa khách hàng Nguyễn Thị Bình và Công ty Bitexco về chất lượng căn hộ The Manor. Vụ tranh chấp này kéo dài nhiều năm nhưng vẫn chưa giải quyết xong. Xem thêm: C.Mai (2013), 6 năm vẫn chưa xử xong vụ tranh chấp căn hộ The Manor, <http://chuyentrang.tuoitre.vn/TTC/Index.aspx?ArticleID=565544&ChannelID=204>, 20/4/2023.

9 Trong năm 2013, theo Bộ Tài nguyên và Môi trường, thành phố Hà Nội có gần 170.000 thửa đất và 500.000 căn hộ chưa có sổ đỏ. Cụ thể, tại chung cư cao cấp số 15-17 Ngọc Khánh (Ba Đình), The Manor (Từ Liêm), Golden Westlake (Ba Đình), Ciputra (Tây Hồ), khu nhà thấp tầng Đại Mỗ (Từ Liêm)..., sau 5 năm dọn đến ở, người dân vẫn chưa được cấp sổ đỏ. Xem thêm: Thủ tướng yêu cầu sớm làm sổ đỏ nhà đất, chung cư, <http://www.vietnamplus.vn/thu-tuong-yeu-cau-som-lam-so-do-nha-dat-chung-cu/197401.vnp>, truy cập ngày 20/4/2023.

nhà ở hình thành trong tương lai; Biện pháp kiểm soát việc sử dụng tiền ứng trước thông qua nghĩa vụ của chủ đầu tư “sử dụng đúng mục đích tiền ứng trước của khách hàng”.

2.1. Biện pháp bảo lãnh của ngân hàng

Theo Điều 56 Luật KDBĐS năm 2014, vấn đề bảo lãnh nêu trên được quy định cụ thể như sau:

“1. Chủ đầu tư dự án BĐS trước khi bán, cho thuê mua nhà ở hình thành trong tương lai phải được NHTM có đủ năng lực thực hiện bảo lãnh nghĩa vụ tài chính của chủ đầu tư đối với khách hàng khi chủ đầu tư không bàn giao nhà ở theo đúng tiến độ đã cam kết với khách hàng.

Ngân hàng Nhà nước Việt Nam công bố danh sách NHTM có đủ năng lực thực hiện bảo lãnh trong kinh doanh BĐS hình thành trong tương lai.

2. Phạm vi, điều kiện, nội dung và phí bảo lãnh do các bên thỏa thuận nhưng phải bảo đảm thực hiện trách nhiệm của bên bảo lãnh quy định tại khoản 3 Điều này và phải được lập thành hợp đồng. Chủ đầu tư có trách nhiệm gửi bản sao hợp đồng bảo lãnh cho bên mua, bên thuê mua khi ký kết hợp đồng mua, thuê mua.

Hợp đồng bảo lãnh có thời hạn cho đến khi nhà ở được bàn giao cho bên mua, bên thuê mua.

3. Trường hợp chủ đầu tư không thực hiện bàn giao nhà ở theo tiến độ đã cam kết và bên mua, bên thuê mua có yêu cầu thì bên bảo lãnh có trách nhiệm hoàn lại số tiền ứng trước và các khoản tiền khác cho khách hàng theo hợp đồng mua bán, thuê mua nhà ở và hợp đồng bảo lãnh đã ký kết.

4. Việc bảo lãnh trong bán, cho thuê mua nhà ở hình thành trong tương lai thực hiện theo quy định tại Điều này và quy định của pháp luật về bảo lãnh”.

Trên cơ sở này, Thông tư số 07/2015/TT-NHNN ngày 25/6/2015 (đã được sửa đổi, bổ sung bởi Thông tư số 13/2017/TT-NHNN ngày 29/9/2017) của Ngân hàng Nhà nước đã có những quy định cụ thể về vấn đề bảo lãnh ngân hàng nêu trên. Theo đó, Ngân hàng Nhà nước công bố danh sách NHTM có đủ năng lực thực hiện bảo lãnh nhà ở hình thành trong tương lai. NHTM sẽ xem xét, quyết định cấp bảo lãnh cho chủ đầu tư khi có thỏa thuận và Dự án của chủ đầu tư đáp ứng đủ các điều kiện của BĐS hình thành trong tương lai được đưa vào kinh doanh theo quy định tại Điều 55 Luật KDBĐS. Số tiền bảo lãnh cho một dự án nhà ở hình thành trong tương lai tối đa bằng tổng số tiền chủ đầu tư được phép nhận ứng trước của bên mua theo quy định tại Điều 57 Luật KDBĐS và các khoản tiền khác chủ đầu tư có nghĩa vụ phải hoàn lại cho bên mua theo hợp đồng mua, thuê mua nhà ở đã ký kết khi đến thời hạn giao, nhận nhà đã cam kết nhưng chủ đầu tư không bàn giao nhà ở cho bên mua; Trong thời hạn 5 ngày làm việc kể từ ngày nhận được hợp đồng mua, thuê mua nhà ở, NHTM căn cứ hợp đồng mua, thuê mua nhà ở và thỏa thuận cấp bảo lãnh để phát hành cam kết bảo lãnh cho bên mua và gửi đến địa chỉ của bên mua; Cam kết bảo lãnh được phát hành dưới hình thức thư bảo lãnh theo quy định của pháp luật.

Vấn đề bảo lãnh đối với việc kinh doanh BĐS hình thành trong tương lai là điểm mới của pháp luật kinh doanh BĐS. Quy định về bảo lãnh này nhằm mục đích bảo vệ quyền lợi chính đáng của khách hàng trước những rủi ro khi mua nhà, công trình xây dựng (đặc biệt là nhà ở) hình thành trong tương lai. Tuy nhiên, quy định mới này cần phải có thời gian để kiểm chứng hiệu quả của nó trong khi bất cập của pháp luật đã bộc lộ khi qua việc Ngân hàng Nhà nước phải điều chỉnh

quy định này sau 2 năm ban hành (sửa đổi Thông tư số 07/2015/TT-NHNN bởi Thông tư số 13/2017/TT-NHNN). Thực tế, nhiều chủ đầu tư đã không nghiêm túc thực hiện thủ tục bảo lãnh cho khách hàng với nhiều lý do khác nhau¹⁰. Điều này có thể khiến cho quy định về bảo lãnh nêu trên không có ý nghĩa thực tiễn.

Bên cạnh đó, xét ở góc độ pháp lý thì quy định về bảo lãnh ngân hàng nêu trên vẫn còn một số vấn đề cần làm rõ:

Thứ nhất, nghĩa vụ tài chính mà chủ đầu tư được ngân hàng đảm bảo theo quy định của Ngân hàng Nhà nước chỉ là “tiền ứng trước” của khách hàng. Trong khi đó, theo quy định tại Điều 56 Luật KDBĐS thì khoản tiền mà ngân hàng bảo lãnh có thể phải chi trả thay cho chủ đầu tư không chỉ là tiền ứng trước bởi nó có “khoản tiền khác”, có thể là tiền phạt hợp đồng, tiền bồi thường (nếu có).

Thứ hai, nghĩa vụ được bảo lãnh bởi ngân hàng có được thực hiện đối với tất cả các trường hợp mua nhà hình thành trong tương lai hay không? Theo khoản 3 Điều 56 Luật KDBĐS và điểm b khoản 1 Điều 12 Thông tư số 07/2015/TT-NHNN thì rõ ràng ngân hàng chỉ bảo lãnh những nghĩa vụ có thỏa thuận trong hợp đồng mua bán nhà. Điều này có nghĩa là, nếu dự án BĐS được ngân hàng cam kết bảo lãnh nhưng trong hợp đồng mua bán nhà đối với khách hàng nào đó do “sơ suất” mà không có thỏa thuận về nghĩa vụ này thì quyền lợi của khách hàng cũng không được đảm bảo.

Thứ ba, thời điểm phát sinh nghĩa vụ bảo lãnh của ngân hàng là thời điểm nào: bắt đầu từ thời điểm ký kết hợp đồng bảo lãnh hay từ thời điểm ngân hàng có thông báo

chính thức cho chủ đầu tư về việc chấp nhận bảo lãnh đối với dự án BĐS? Đây là điều rất quan trọng bởi trên thực tế, các chủ đầu tư dự án nhà ở thường nhận tiền ứng trước từ khách hàng ngay sau khi dự án được công bố dưới hình thức “tiền đặt chỗ”, “tiền đặt cọc” vì lý do chưa đủ điều kiện ký hợp đồng mua bán nhà hình thành trong tương lai. Các khoản tiền này hầu như không có giới hạn do pháp luật không có quy định cụ thể.

Thứ tư, thời điểm ký kết hợp đồng bảo lãnh là thời điểm nào, trước hay sau khi chủ đầu tư ký hợp đồng mua bán nhà hình thành trong tương lai với khách hàng? Theo khoản 1 Điều 56 Luật KDBĐS, hợp đồng này phải ký trước khi chủ đầu tư ký hợp đồng bán nhà nhưng Thông tư số 07/2015/NHNN dường như có quy định ngược lại (điểm b khoản 1 Điều 12)¹¹. Quy định của Ngân hàng Nhà nước cũng có lý khi nghĩa vụ bảo lãnh phải là một (hoặc những) nghĩa vụ đã được xác định cụ thể (trong trường hợp này là nghĩa vụ trong hợp đồng mua bán nhà giữa chủ đầu tư với khách hàng cụ thể). Nếu bất cập này không được làm rõ mà thực tế có phát sinh tranh chấp thì rất khó giải quyết và quyền lợi của khách hàng khó được đảm bảo.

Thứ năm, thời điểm kết thúc hợp đồng bảo lãnh (hoặc nghĩa vụ bảo lãnh) được quy định chưa thống nhất và không phù hợp. Theo khoản 2 Điều 56 Luật KDBĐS: “*Hợp đồng bảo lãnh có thời hạn cho đến khi nhà ở được bàn giao cho bên mua, bên thuê mua*” () trong khi Thông tư số 07/2015/TT-NHNN quy định: “*Cam kết bảo lãnh trong bán, cho thuê mua nhà ở hình thành trong tương lai phải có hiệu lực đến thời điểm ít nhất sau 30 ngày kể từ ngày bàn giao nhà cho bên mua, bên thuê mua nhà ở theo thỏa thuận của chủ*

10 Xem thêm Minh Tuấn (2018), Dự án phải có ngân hàng bảo lãnh: luật có cũng như không, <https://tapchitaichinh.vn/thi-truong-tai-chinh/du-an-phai-co-ngan-hang-bao-lanh-luat-co-cung-nhu-khong-145374.html>, truy cập ngày 09/3/2021.

11 Xem thêm: Bùi Đức Giang, Bảo lãnh nhà ở dự án: khác biệt giữa luật và thông tư, Thời báo Kinh tế Sài Gòn, <http://www.thesaigontimes.vn/133340/Bao-lanh-nha-o-du-an-khac-biet-giua-luat-va-thong-tu.html>, truy cập ngày 20/4/2023.

đầu tư với bên mua, bên thuê mua nhà ở”. Như vậy, đến sau khi đã nhận bàn giao nhà và hợp đồng hợp đồng bảo lãnh chấm dứt thì các nghĩa vụ tài chính của chủ đầu tư đối với khách hàng mà chưa thực hiện được sẽ không được đảm bảo. Gần đây, Thông tư số 11/2022/TT-NHNN được ban hành ngày 30/9/2022 (có hiệu lực từ 01/4/2022) thay thế Thông tư số 07/2015/TT-NHNN, Thông tư số 13/2017/TT-NHNN đã giải quyết được một số bất cập nói trên nhưng vẫn còn tồn tại một số hạn chế.

Thứ sáu, trong trường hợp ngân hàng bảo lãnh cho dự án BĐS đột ngột lâm vào tình trạng khó khăn, thậm chí là phá sản thì quyền lợi hợp pháp của người mua nhà sẽ ra sao? Đây là điều hoàn toàn có thể xảy ra trong điều kiện kinh tế thị trường bởi việc đánh giá một chủ đầu tư có khả năng thực hiện dự án đúng tiến độ, sử dụng tiền ứng trước đúng mục đích hay không là do chính ngân hàng bảo lãnh thực hiện.

Ngoài ra, một vấn đề quan trọng liên quan đến biện pháp bảo lãnh của ngân hàng là phí bảo lãnh. Pháp luật hiện hành không đặt ra “khung phí” theo giá trị dự án mà để cho các bên thỏa thuận. Tuy nhiên, trong bất cứ trường hợp nào thì doanh nghiệp kinh doanh BĐS cũng phải tốn thêm một khoản chi phí và khoản tiền này chắc chắn sẽ được hạch toán vào giá thành BĐS. Giá cả nhà ở vì vậy sẽ tăng thêm, từ đó sẽ gây nhiều khó khăn cho đời sống xã hội.

Trên thế giới, vấn đề bảo lãnh của ngân hàng đối với việc bán nhà hình thành trong tương lai cũng đã được áp dụng ở một số quốc gia¹². Ngoài ra, ở các nước còn có giải pháp tương tự khác là nghĩa vụ của chủ đầu

tư có thể được bảo đảm bởi công ty bảo hiểm. Nếu chủ đầu tư không thể hoàn trả lại tiền cho khách hàng thì công ty bảo hiểm sẽ có trách nhiệm hoàn trả toàn bộ tiền ứng trước cho khách hàng trong 30 ngày kể từ khi nhận được yêu cầu¹³. Đây là phương thức mà Nhà nước nên cân nhắc đưa vào quy định của pháp luật để thực hiện nhằm đa dạng các hình thức bảo vệ cho người mua nhà.

Như đã nêu ở trên, việc thực hiện quy định về bảo lãnh đối với các chủ đầu tư ở Việt Nam phần lớn không được thực hiện nghiêm túc. Nguyên nhân là do năng lực tài chính của các tổ chức kinh tế trong nước không cao, họ luôn phải tìm cách huy động vốn để thực hiện dự án nên không thể có tiền nhàn rỗi ký quỹ cho các tổ chức tín dụng để được bảo lãnh nghĩa vụ của mình đối với khách hàng. Tình trạng khủng hoảng trái phiếu BĐS trong thời gian gần đây là minh chứng. Tuy nhiên, nguyên nhân sâu xa của vấn đề này là do quy định không hợp lý về năng lực tài chính đối với các chủ đầu tư dự án BĐS. Theo quy định hiện hành thì họ chỉ cần “có vốn chủ sở hữu 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” thì được coi là có năng lực tài chính để thực hiện dự án (Điều 14 Nghị định số 43/2014/NĐ-CP; khoản 2 Điều 2 Nghị định số 02/2022/NĐ-CP). Phần vốn còn lại họ có thể huy động từ nhiều nguồn khác nhau. Sự bất hợp lý càng lớn hơn khi pháp luật không quy định rõ là tỉ lệ vốn nêu trên được áp dụng đối với một hay nhiều dự án. Điều này dẫn đến việc một số chủ đầu tư cùng một lúc triển khai nhiều dự án nhưng chỉ có một nguồn vốn duy nhất đáp ứng đủ

12 Maria Lusía Castro, Off-plan property bank guarantees and Insurance Policies, Off-Plan Property Bank Guarantees and Insurance Policies | CostaLuz Lawyers, truy cập ngày 20/4/2023.

13 Maria Lusía Castro, t.lđd.

điều kiện thực hiện một dự án nhưng lại đưa vào báo cáo tài chính để chứng minh năng lực cho nhiều dự án khác nhau¹⁴. Đây là một trong những nguyên nhân chính dẫn đến tình trạng dự án treo hoặc chậm tiến độ khi chủ đầu tư không huy động được vốn.

2.2. Biện pháp quản lý của Nhà nước

Theo khoản 2 Điều 55 Luật KDBĐS năm 2014: “*Trước khi bán, cho thuê mua nhà ở hình thành trong tương lai, chủ đầu tư phải có văn bản thông báo cho cơ quan quản lý nhà ở cấp tỉnh về việc nhà ở đủ điều kiện được bán, cho thuê mua.*”

Trong thời hạn 15 ngày kể từ ngày nhận được thông báo, cơ quan quản lý nhà ở cấp tỉnh có trách nhiệm trả lời bằng văn bản cho chủ đầu tư về nhà ở đủ điều kiện được bán, cho thuê mua; trường hợp không đủ điều kiện phải nêu rõ lý do”. Theo điểm b khoản 2 Điều 19 Nghị định 99/2015/NĐ-CP ngày 20/10/2015: “*Trường hợp ký hợp đồng mua bán, thuê, thuê mua nhà ở hình thành trong tương lai mà thu tiền trả trước của người mua, thuê, thuê mua nhà ở theo quy định tại khoản 3 Điều 69 của Luật Nhà ở thì phải tuân thủ các điều kiện và hình thức mua, thuê, thuê mua nhà ở hình thành trong tương lai theo quy định của pháp luật về kinh doanh BĐS.*”

Chủ đầu tư phải có văn bản gửi Sở Xây dựng nơi có nhà ở kèm theo giấy tờ chứng minh nhà ở có đủ điều kiện được bán, cho thuê mua theo quy định tại khoản 1 Điều 55 của Luật KDBĐS...

Trong thời hạn 15 ngày, kể từ ngày nhận được hồ sơ đề nghị của chủ đầu tư, Sở Xây dựng phải kiểm tra hồ sơ; nếu hồ sơ có đủ giấy tờ theo quy định tại điểm này thì Sở Xây

dựng phải có văn bản thông báo nhà ở đủ điều kiện được bán, cho thuê mua gửi chủ đầu tư; nếu hồ sơ chưa có đủ giấy tờ theo quy định thì phải có văn bản nêu rõ lý do. Trường hợp chủ đầu tư đã gửi hồ sơ nhưng quá thời hạn quy định tại điểm này mà Sở Xây dựng không có văn bản thông báo và nhà ở đó đã đủ điều kiện được bán, cho thuê mua thì chủ đầu tư được quyền ký hợp đồng mua bán, cho thuê mua nhà ở hình thành trong tương lai nhưng phải chịu trách nhiệm về việc bán, cho thuê mua nhà ở này; Sở Xây dựng phải chịu trách nhiệm về việc thông báo hoặc không có văn bản thông báo nhà ở đủ điều kiện được bán, cho thuê mua sau khi nhận được hồ sơ đề nghị của chủ đầu tư”.

Các quy định trên cho thấy, Sở Xây dựng là cơ quan có thẩm quyền quyết định chủ đầu tư dự án nhà ở có đủ điều kiện được bán nhà hình thành trong tương lai hay không. Quyết định của Sở Xây dựng dựa trên các điều kiện đối với dự án được quy định tại khoản 1 Điều 55 Luật KDBĐS năm 2014. Nhìn chung, xét về mặt thủ tục thì quy định trên vừa đảm bảo việc chủ đầu tư đáp ứng các kiện bán nhà hình thành trong tương lai để bảo vệ lợi ích hợp pháp của khách hàng, đồng thời cũng linh hoạt vừa đủ cho các chủ đầu tư huy động vốn trong trường hợp Sở Xây dựng không trả lời trong thời hạn pháp luật quy định.

Tuy nhiên, yêu cầu về dự án có đủ điều kiện bán nhà hình thành trong tương lai còn có điểm chưa logic. Cụ thể, bảo lãnh của ngân hàng là một điều kiện nhưng lại không nằm trong các yêu cầu mà Sở Xây dựng xem xét để quyết định có được ký hợp đồng mua bán nhà hay không (khoản 1 Điều 55

14 Xem thêm: Ngọc Cường – Hồng Khanh (2023), Các đại gia bất động sản nào đang triển khai cùng lúc hàng chục dự án nghìn tỉ?, <https://vietnamnet.vn/bat-dong-san-khat-von-loat-doanh-nghiep-do-dang-hang-chuc-du-an-nghin-ty-2108654.html>, truy cập ngày 21/4/2023.

Luật KDBĐS năm 2014). Thực tế đã có trường hợp Sở Xây dựng một địa phương quyết định hủy xác nhận đủ điều kiện bán nhà hình thành trong tương lai đối với một dự án sau khoảng 2 năm công nhận dự án có đủ điều kiện bán nhà với lý do là chủ đầu tư chưa được tổ chức tín dụng bảo lãnh nghĩa vụ tài chính. Vấn đề pháp lý đặt ra là những hợp đồng mua bán đã được ký kết với khách hàng trên cơ sở xác nhận đủ điều kiện kinh doanh của Sở Xây dựng nói trên sẽ xử lý như thế nào? Và liệu khách hàng có được an toàn không khi ký hợp đồng mua nhà dựa trên xác nhận của Sở Xây dựng theo quy định của pháp luật?¹⁵

Ngoài ra, quy định trên chỉ mới chú trọng đến “tiền kiểm” chứ chưa quan tâm đến “hậu kiểm” các doanh nghiệp bán nhà hình thành trong tương lai. Pháp luật chưa có cơ chế kiểm soát để tránh tình trạng chủ đầu tư bán “trùng” nhà cho nhiều người như đã từng xảy ra trên thực tế. Thêm nữa, trường hợp chủ đầu tư đã được cho phép bán nhà hình thành trong tương lai nhưng sau khi đã nhận được một khoản tiền mà không “tích cực” thực hiện dự án thì quyền lợi của khách hàng cũng bị ảnh hưởng rất lớn.

Ở các nước phát triển, trường hợp chủ đầu tư không có hợp đồng bảo lãnh của tổ chức tín dụng hoặc bảo hiểm cho khách hàng mua nhà hình thành trong tương lai thì sẽ không được trực tiếp nhận và sử dụng tiền ứng trước của khách hàng. Số tiền thanh toán trước này sẽ được chuyển vào một tài khoản phong tỏa cho đến khi chủ đầu tư hoàn thành việc xây dựng và bàn giao nhà cho khách hàng¹⁶.

2.3. Quy định về việc ứng trước tiền và sử dụng tiền ứng trước của khách hàng

Theo Điều 57 Luật KDBĐS năm 2014, việc thanh toán trong mua bán, thuê mua BĐS hình thành trong tương lai được quy định như sau:

“1. Việc thanh toán trong mua bán, thuê mua BĐS hình thành trong tương lai được thực hiện nhiều lần, lần đầu không quá 30% giá trị hợp đồng, những lần tiếp theo phải phù hợp với tiến độ xây dựng BĐS nhưng tổng số không quá 70% giá trị hợp đồng khi chưa bàn giao nhà, công trình xây dựng cho khách hàng; trường hợp bên bán, bên cho thuê mua là doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài thì tổng số không quá 50% giá trị hợp đồng.

Trường hợp bên mua, bên thuê mua chưa được cấp GCN quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất thì bên bán, bên cho thuê mua không được thu quá 95% giá trị hợp đồng; giá trị còn lại của hợp đồng được thanh toán khi cơ quan nhà nước có thẩm quyền đã cấp GCN quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất cho bên mua, bên thuê mua.

2. Chủ đầu tư phải sử dụng tiền ứng trước của khách hàng theo đúng mục đích đã cam kết”.

Quy định trên cho thấy, pháp luật giới hạn số tiền mà nhà đầu tư được nhận trước từ khách hàng theo tỷ lệ phần trăm giá trị nhà và tiến độ xây dựng BĐS, kể cả theo thời điểm cấp GCN để bảo vệ lợi ích hợp pháp cho họ. Tuy nhiên, quy định trên có một số vấn đề cần trao đổi thêm như sau:

Thứ nhất, pháp luật chưa làm rõ được việc ứng tiền thế nào là “phải phù hợp với

15 Xem thêm: Vũ Lê – Quỳnh Trang (2022), Vì sao hơn 750 căn biệt thự bị hủy công nhận “đủ điều kiện bán”, <https://vnexpress.net/vi-sao-hon-750-can-biet-thu-bi-huy-cong-nhan-du-dieu-kien-ban-4537087.html>, truy cập ngày 21/4/2023.

16 Xem: Maria Lusia Castro (tldd).

tiến độ xây dựng BĐS". Vì vậy, trên thực tế không ít chủ đầu tư vẫn còn áp dụng hình thức ứng tiền theo thời gian bởi vì họ lập luận rằng, tiến độ xây dựng BĐS được thực hiện theo các khoảng thời gian này. Kẽ hở này có thể tạo điều kiện cho các doanh nghiệp nhận tiền trước của khách hàng nhưng lại không thực hiện dự án theo tiến độ đã được phê duyệt, từ đó quyền lợi của khách hàng khó được đảm bảo.

Thứ hai, như đã phân tích ở trên, bên cạnh tiền ứng trước bị giới hạn theo hợp đồng mua bán nhà hình thành trong tương lai, các chủ đầu tư dự án nhà ở thường nhận tiền ứng trước từ khách hàng khi dự án được công bố dưới hình thức "tiền đặt chỗ", "tiền đặt cọc" để đảm bảo giao kết hợp đồng. Các khoản tiền này pháp luật không có quy định cụ thể nên thực tế hoàn toàn có thể "biến tướng" thành "tiền ứng trước". Bất cập này khiến cho quy định giới hạn về số tiền ứng trước nói trên có thể không còn ý nghĩa thực tế.

Thứ ba, cơ chế kiểm soát chủ đầu tư sử dụng tiền ứng trước của khách có đúng mục đích hay không hoàn toàn không được quy định. Sự thiếu sót này cộng với cơ chế cho phép thanh toán bằng tiền mặt trong kinh doanh BĐS đã tạo điều kiện cho các chủ đầu tư dự án nhà ở "tùy nghi" sử dụng tiền ứng trước mà chỉ có họ mới biết được mục đích sử dụng. Đây là nguyên nhân cơ bản dẫn đến tình trạng các dự án BĐS chậm tiến độ và nghiêm trọng hơn là dự án "lừa" mà ở đó, chủ đầu chiếm dụng tiền ứng trước của khách hàng cho mục

đích cá nhân của mình¹⁷.

Thứ tư, có sự phân biệt đối xử giữa nhà đầu tư trong nước và doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài trong việc ứng trước tiền của khách hàng. Tổ chức kinh tế trong nước có thể ứng trước đến 70% giá trị nhà ở theo hợp đồng đến trước thời điểm bàn giao nhà nhưng doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài chỉ được nhận tối đa 50%. Sự khác biệt này tất nhiên cũng có lý do là nhà làm luật mong muốn nhà đầu tư BĐS có vốn nước ngoài phải mang nhiều tiền vào Việt Nam để đầu tư chứ không nên ứng trước nhiều tiền từ khách hàng. Tuy nhiên, sự phân biệt đối xử này dường như đã vi phạm nguyên tắc "*Bình đẳng trước pháp luật*" trong kinh doanh BĐS (khoản 1 Điều 4 Luật KDBĐS năm 2014). Theo tác giả, sự "ưu ái" đối với doanh nghiệp trong nước trong việc ứng trước tiền chưa hẳn là điều tốt bởi nó có thể tạo ra sự "i lại" vào nguồn vốn của khách hàng trong đầu tư tạo lập nhà ở. Thực tế cho thấy, các dự án BĐS chậm tiến độ hoặc có hiện tượng lừa đảo đều thuộc về các tổ chức kinh tế trong nước.

Trong bối cảnh Dự thảo Luật KDBĐS (*sửa đổi*)¹⁸ đang được lấy ý kiến đóng góp, một số đề xuất đã được đưa ra để hạn chế rủi ro cho khách hàng mua nhà hình thành trong tương lai như bắt buộc giao dịch qua sàn giao dịch BĐS; quy định điều kiện nhận đặt cọc: "*Chỉ được nhận tiền đặt cọc từ khách hàng khi nhà ở, công trình xây dựng đã có đủ các điều kiện đưa vào kinh doanh*" hoặc "*hoặc giá trị đặt cọc không quá 5% giá trị*

17 Ví dụ như: dự án chung cư the Montana ở Quận Tân Phú TP.HCM (chủ đầu tư bỏ trốn năm 2010 sau khi đã nhận tiền); dự án chung cư Royal ở Bình Thạnh, TP.HCM;... Gần đây, cơ quan chức năng ở Bà Rịa - Vũng Tàu đã khởi tố vụ án hình sự về hành vi lừa đảo, chiếm dụng tiền ứng trước của khách hàng mua nhà đất. Xem thêm: Vietnamnet: "Bắt đại gia Vũng Tàu lừa 400 tỷ", <http://vietnamnet.vn/vn/kinh-doanh/271758/bat-dai-gia-vung-tau-lua-dao-400-ty.html>, truy cập 20/4/2023.

18 Xem toàn văn Dự thảo: http://www.lapphap.vn/Pages/DuThao/XemGopY.aspx?iDDTVB_DuThaoVanBan=1920&replyUrl=/Pages/DuThao/dsduthao.aspx#.

nhà mua bán”¹⁹. Tuy nhiên theo quan điểm của người viết, các đề xuất này hoặc không hiệu quả hoặc không phù hợp với quy định của pháp luật dân sự.

Theo pháp luật hiện hành, việc công chứng, chứng thực hợp đồng kinh doanh BĐS không mang tính bắt buộc (Điều 17 Luật KDBĐS năm 2014). Đây được cho là một trong các nguyên nhân khiến cho giao dịch BĐS hình thành trong tương lai không được “kiểm duyệt” tính hợp pháp²⁰. Vấn đề này cũng cần nên xem xét nhiều khía cạnh khi sửa đổi các quy định pháp luật có liên quan vì có quan điểm cho rằng, nếu bắt buộc công chứng có thể làm phát sinh chi phí giao dịch kinh doanh.

3. Một số kiến nghị

Pháp luật KDBĐS đã có những đổi mới nhất định kể từ lần sửa đổi năm 2014. Nhiều quy định mới liên quan đến các biện pháp bảo đảm quyền lợi ích hợp pháp của người mua, thuê mua nhà hình thành trong tương lai đã được ban hành nhằm đảm bảo trật tự, lành mạnh hóa thị trường BĐS. Tuy nhiên, các biện pháp nêu trên vẫn còn những khiếm khuyết nhất định, ít nhất ở góc độ kỹ thuật lập pháp. Vì vậy, tác giả có một số kiến nghị sau để hoàn thiện pháp luật về mua bán nhà ở hình thành trong tương lai, bảo vệ tối đa lợi ích của khách hàng:

3.1. Đối với biện pháp bảo lãnh ngân hàng

Bảo lãnh của NHTM đối với dự án nhà ở có bán nhà hình thành trong tương lai là cần thiết nhưng phải bổ sung thêm các quy định sau để làm rõ và đảm bảo được quyền lợi của khách hàng:

(i) Về phạm vi bảo lãnh và thời điểm ký kết hợp đồng bảo lãnh: việc bảo lãnh

phải áp dụng đối với toàn bộ dự án BĐS và toàn bộ nghĩa vụ tài chính của chủ đầu tư đối với khách hàng, bao gồm cả tiền bồi thường thiệt hại, tiền phạt hợp đồng và tất cả các khoản tiền mà chủ đầu tư nhận trước từ khách hàng dưới hình thức “tiền giữ chỗ”, “tiền đặt cọc” để đảm bảo giao kết hợp đồng. Vì vậy, trước khi chủ đầu tư nhận tiền từ khách hàng dưới bất kỳ hình thức nào đều phải có hợp đồng bảo lãnh đã ký với NHTM. Điều này phải được quy định rõ ràng, không được chung chung như hiện nay.

Bên cạnh quy định về bảo lãnh, pháp luật nên quy định thêm hình thức bảo hiểm từ các doanh nghiệp để các bên lựa chọn. Ngoài ra, để các hoạt động mang tính bảo đảm này khả thi, yêu cầu về năng lực tài chính đối với chủ đầu tư phải được nâng lên đến mức ít nhất 40% (vốn thuộc sở hữu của chủ đầu tư trên tổng vốn đầu tư dự án) và số vốn này chỉ được sử dụng chứng minh năng lực tài chính đối với một dự án.

(ii) Về thời điểm kết thúc hợp đồng bảo lãnh: nên quy định là thời điểm mà các nghĩa vụ được bảo lãnh đã được thực hiện hoàn tất chứ không nên căn cứ vào thời điểm bàn giao nhà như quy định hiện hành.

Ngoài ra, như đã trình bày ở trên, việc bảo lãnh của ngân hàng sẽ làm phát sinh chi phí cho dự án BĐS. Vì vậy, không nên cứng nhắc coi đây là biện pháp bắt buộc mà có thể sử dụng các biện pháp khác để thay thế (sẽ trình bày ở giải pháp tiếp theo).

3.2. Đối với biện pháp kiểm soát thanh toán và sử dụng tiền ứng trước

Để đảm bảo an toàn, minh bạch và kiểm soát được việc sử dụng tiền ứng trước, việc thanh toán trong mua bán nhà ở hình thành

19 Xem thêm: Ngọc Hiến (2023), Đề xuất đưa việc đặt cọc và tỉ lệ đặt cọc vào Luật Kinh doanh bất động sản, <https://tuoitre.vn/de-xuat-dua-viec-dat-coc-ti-le-coc-va-o-luat-kinh-doanh-bat-dong-san-20230414214323057.htm>, truy cập ngày 21/4/2023.

20 Xem thêm: Anh Tuấn (2023), Công chứng giúp giao dịch bất động sản minh bạch, <https://dangcongsan.vn/phap-luat/cong-chung-giup-giao-dich-bat-dong-san-minh-bach-633486.html>, truy cập ngày 21/4/2023.

trong tương lai **phải được thực hiện qua ngân hàng**. Biện pháp này có thể thay thế bảo lãnh của ngân hàng nếu như buộc chủ đầu tư chuyển toàn bộ số tiền ứng trước vào một tài khoản ký quỹ. Số tiền này chỉ được giải ngân theo tiến độ thi công dự án của chủ đầu tư. Giải pháp này cũng sẽ giúp giảm bớt chi phí do bảo lãnh ngân hàng và giảm thiểu các giao dịch “bất minh” nhằm mục đích rửa tiền trong giao dịch kinh doanh BĐS.

3.3. Đối với vấn đề quản lý nhà nước

Cần tăng cường quy định về quản lý nhà nước đối với việc mua bán nhà ở hình thành trong tương lai. *Thứ nhất*, nếu bắt buộc phải có bảo lãnh ngân hàng, hợp đồng bảo lãnh này phải được ký kết trước khi chủ đầu tư ứng tiền trước của khách hàng dưới bất kỳ hình thức nào và trong trường hợp này thì hợp đồng bảo lãnh phải được bổ sung vào hồ sơ nộp cho Sở Xây dựng để xem xét có đủ điều kiện bán nhà hình thành trong tương lai hay không. *Thứ hai*, cần quy định bắt buộc chủ đầu tư niêm yết công khai danh sách những căn nhà đã được bán (có xác nhận của Sở Xây dựng) để ngăn chặn tình trạng bán “trùng” nhà cho nhiều người. *Thứ ba*, tăng cường công tác kiểm tra các dự án nhà ở về tiến độ thực hiện dự án qua chế độ báo cáo đối với chủ đầu tư và hình thức xử phạt cụ thể đối với những dự án chậm tiến độ do lỗi của chủ đầu tư.

3.4. Vấn đề giao dịch qua sàn hay công chứng bắt buộc

Tác giả không ủng hộ giải pháp bắt buộc giao dịch qua sàn giao dịch BĐS vì thực tiễn cho thấy, phương thức này không hiệu quả và không theo thông lệ chung của thế giới. Công chứng đối hợp đồng mua bán nhà ở hình thành trong tương lai có thể là

giải pháp tốt hơn để đảm bảo an toàn cho các bên nhưng cần xem xét điều chỉnh mức phí nếu thủ tục này trở thành bắt buộc để giảm bớt chi phí cho xã hội. Tất nhiên, công chứng cũng chỉ dừng lại ở giai đoạn đảm bảo tính hợp pháp của giao dịch chứ không thể đảm bảo an toàn cho khách hàng cho đến lúc được nhận nhà.

Cũng phải thừa nhận rằng, nguyên nhân không nhỏ dẫn đến rủi ro cho người mua nhà hình thành trong tương lai là ý thức thiếu thượng tôn pháp luật của họ vì lợi nhuận có được nhanh chóng thông qua hành vi “đầu cơ, lướt sóng”. Hầu như không có khách hàng cá nhân nào sử dụng dịch vụ pháp lý khi tiến hành loại giao dịch BĐS này. Tất cả đều muốn “mua nhanh, bán nhanh” để không bị “mất phần”. Lỗi ở quy định của pháp luật là cho phép người mua “chuyển nhượng hợp đồng mua bán nhà hình thành trong tương lai” – loại giao dịch mua đi bán lại không cần đầu tư nhiều vốn để nhanh chóng có lợi nhuận. Vì vậy, hầu hết những người mua nhà dự án ở thị trường sơ cấp đều là nhà “đầu cơ”. Khi sản phẩm đến được với người có nhu cầu thực sự thì đã tăng giá lên nhiều lần. Đây là điều hoàn toàn không tốt đối với đời sống kinh tế xã hội. Theo tìm hiểu của tác giả, các nước trên thế giới không có quy định cho phép chuyển nhượng hợp đồng mua bán nhà như ở Việt Nam²¹. Vì vậy, pháp luật cần có quy định cấm chuyển nhượng hợp đồng mua bán nhà hình thành trong tương lai hoặc nếu cho phép thì phải thay đổi chính sách thuế thu nhập, theo đó người chuyển nhượng hợp đồng phải chịu mức thuế suất 50% trên lợi nhuận có được từ việc chuyển nhượng. Đây cũng chính là giải pháp tốt để lành mạnh hóa thị trường BĐS Việt Nam ■

21 Moses Uche, Buying Off Plan Property The Smart Way: 26 Questions You Should Ask Before Making Payment, <https://www.linkedin.com/pulse/buying-off-plan-property-smart-way-26-questions-you-should-uche-moses/>, truy cập ngày 24/4/2023.

BẢO ĐẢM QUYỀN LỢI CỦA BÊN MUA NHÀ TRONG DỰ ÁN BẤT ĐỘNG SẢN ĐANG THỂ CHẤP

Phan Phương Nam *

Ngô Gia Hoàng **

* TS. Khoa Luật Thương mại, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.

** NCS. Khoa Luật Thương mại, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.

Thông tin bài viết

Từ khóa: Nhà ở hình thành trong tương lai, dự án nhà ở, thế chấp.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài: 28/02/2023

Biên tập: 14/03/2023

Duyệt bài: 16/03/2023

Tóm tắt:

Thế chấp là loại giao dịch bảo đảm để hỗ trợ cho chủ đầu tư dự án nhà ở vay tiền thực hiện dự án, hoặc hỗ trợ cho khách hàng vay tiền mua nhà ở hình thành trong tương lai. Giao dịch này tồn tại khá phổ biến trên thực tế. Trong bài viết này, các tác giả phân tích một số quy định của pháp luật hiện hành về thế chấp dự án hoặc nhà ở hình thành trong tương lai, chỉ ra một số bất cập, hạn chế và kiến nghị hoàn thiện pháp luật.

Article Information

Keywords: off-the-plan housing, housing projects, mortgage

Article History:

Received: 28 Feb. 2023

Edited: 14 Mar. 2023

Approved: 16 Mar. 2023

Abstract:

Mortgage is a type of security transaction to support housing project investors to borrow money for project implementation, or to support customers to borrow money to buy off-the-plan house. This transaction exists quite commonly in practice. This article will analyze a number of current legal provisions on mortgages for projects or the off-the-plan housing, thereby pointing out some shortcomings, limitations and recommendations for improvement of the law.

Theo quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015, thế chấp tài sản là việc một bên (sau đây gọi là bên thế chấp) dùng tài sản thuộc sở hữu của mình để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ và không giao tài sản cho bên kia (sau đây gọi là bên nhận thế chấp)¹. Tài sản dùng để thế chấp rất đa dạng, có thể là động sản hoặc bất động sản, là tài sản có sẵn hoặc tài sản hình thành trong tương lai (HTTTL). Do đặc trưng là những tài sản chưa hình thành tại thời điểm thế chấp nên nhà ở HTTTL là dạng tài sản bảo đảm có tính chất đặc thù, tiềm ẩn nhiều nguy cơ rủi ro cao. Vì vậy, pháp luật phải có những cơ chế riêng biệt để điều chỉnh nhằm đảm bảo an toàn cho các

bên tham gia giao dịch, đặc biệt là bên mua nhà ở HTTTL - bên yếu thế trong giao dịch.

1. Sự cần thiết phải bảo vệ quyền lợi của người mua nhà ở hình thành trong tương lai tại các dự án xây dựng nhà ở

Thứ nhất, nhà ở HTTTL là loại hàng hóa tiềm ẩn nhiều rủi ro. Luật Nhà ở năm 2014 và Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014 (Luật KDBĐS 2014) đều quy định nhà ở HTTTL là nhà ở đang trong quá trình xây dựng và chưa được nghiệm thu đưa vào sử dụng². Đây là dạng nhà ở chưa thể sử dụng bởi việc xây dựng chưa hoàn thành và đang trong quá trình đầu tư xây dựng ở một giai

1 Khoản 1 Điều 317 Bộ luật Dân sự năm 2015.

2 Vì các hình thức công khai thông tin, theo Điều 6 Luật Kinh doanh bất động sản, chủ yếu là thông qua các “kênh” của chủ đầu tư (xem thêm khoản 3 Điều 3 Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014, khoản 19 Điều 3 Luật Nhà ở năm 2014).

đoạn nào đó. Đối với khách hàng, việc mua nhà ở HTTTL tạo điều kiện cho họ được sở hữu nhà trong một khoảng thời gian thích hợp, giảm áp lực về tài chính vì giá sẽ thấp hơn và việc thanh toán sẽ được thực hiện theo tiến độ của dự án. Tuy nhiên, việc mua loại nhà ở này cũng tồn tại nhiều rủi ro cho khách hàng vì họ dồn tiền vào mua một tài sản chưa hình thành, theo kiểu “mua lúa non”, mua “nhà trên giấy”.

Thứ hai, trong mối quan hệ với chủ đầu tư, người mua nhà HTTTL thường ở vị trí yếu thế hơn. Người mua nhà thường khó tiếp cận thông tin về hàng hóa bất động sản một cách đầy đủ và chính xác³. Người mua nhà cũng bị hạn chế khả năng thỏa thuận, đàm phán với bên bán về các điều khoản của hợp đồng vì đa số các hợp đồng mua bán nhà ở HTTTL là hợp đồng mẫu, do chủ đầu tư soạn thảo nên thường có sự bất cân xứng về quyền lợi giữa chủ đầu tư với khách hàng⁴...

Thứ ba, mặc dù pháp luật hiện hành đã có nhiều quy định liên quan đến các biện pháp nhằm bảo vệ quyền lợi của người mua nhà ở HTTTL, nhưng những biện pháp này vẫn còn những khiếm khuyết nhất định, ít nhất ở góc độ kỹ thuật lập pháp,⁵ như có nhiều trường hợp chủ đầu tư tuy chưa đủ điều kiện đưa bất động sản vào kinh doanh nhưng đã “lách luật” để huy động vốn thông qua các dạng hợp đồng đặt cọc, giữ chỗ và các dạng hợp đồng khác⁶. Điều này dẫn đến

nguồn vốn của khách hàng có khả năng bị chiếm dụng trong thời gian dài, do lúc này chưa ký hợp đồng chính thức nên người mua cũng khó khăn trong việc bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình. Ví dụ: Kiểm tra thời gian hoàn thành nhà ở, kiểm tra mục đích sử dụng tiền cọc hoặc yêu cầu bồi thường thiệt hại do vi phạm thời hạn bàn giao nhà cũng như chất lượng nhà ở.

Chính vì vậy, cần thiết phải bảo vệ quyền lợi chính đáng của người mua nhà ở HTTTL tại các dự án xây dựng nhà ở.

2. Tổng quan các quy định của pháp luật về bảo vệ quyền lợi của người mua nhà khi dự án xây dựng nhà ở bị thể chấp

2.1. Quyền thế chấp của chủ đầu tư dự án xây dựng nhà ở

Do pháp luật hiện hành chỉ yêu cầu điều kiện về năng lực tài chính của chủ đầu tư thực hiện dự án đầu tư xây dựng nhà ở phải có vốn thuộc sở hữu của mình không thấp hơn 15% hoặc 20% tổng vốn dự án tùy theo quy mô sử dụng đất⁷, nên để có đủ vốn hoàn thành dự án, họ phải huy động thông qua nhiều nguồn khác nhau, trong đó có vốn vay của các tổ chức tín dụng (TCTD)⁸. Để huy động vốn theo cách thức này, chủ đầu tư thường phải thế chấp tài sản khác hoặc có thể thế chấp chính dự án hoặc nhà ở HTTTL thuộc dự án mà họ đang thực hiện⁹. Để tránh trường hợp một tài sản thế chấp nhiều lần bởi chính chủ đầu tư dự án, trong quy định

3 Khoản 1 Điều 6 Luật KDBĐS năm 2014 quy định doanh nghiệp kinh doanh bất động sản có trách nhiệm công khai thông tin về bất động sản tại: (i) trang thông tin điện tử của doanh nghiệp; (ii) trụ sở Ban Quản lý dự án đối với các dự án đầu tư kinh doanh bất động sản; và (iii) sàn giao dịch bất động sản đối với trường hợp kinh doanh qua sàn giao dịch bất động sản.

4 Xem thêm: Ninh Thị Hiền, Ngô Gia Hoàng, Bàn về hình thức và nội dung của hợp đồng mua bán căn hộ chung cư, <https://tcdepl.moj.gov.vn/qt/tintuc/Pages/phap-luat-kinh-te.aspx?ItemID=392>, truy cập ngày 17/4/2023

5 Lưu Quốc Thái (2016), “Các biện pháp đảm bảo quyền lợi hợp pháp của khách hàng mua nhà HTTTL”, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 06 (100), tr. 31

6 Hương Giang, “Bộ trưởng Xây dựng: “Có chủ đầu tư “lách luật” ký hợp đồng đặt cọc thu tiền khi chưa đủ điều kiện bán nhà””, <https://thanhtra.com.vn/kinh-te/bat-dong-san/bo-truong-xay-dung-co-chu-dau-tu-lach-luat-ky-hop-dong-dat-coc-thu-tien-khi-chua-du-dieu-kien-ban-nha-209257.html>, truy cập ngày 02/5/2023

7 Điều 14 Nghị định số 43/2014/NĐ-CP Hướng dẫn Luật Đất đai, khoản 2 Điều 4 Nghị định số 02/2022/NĐ-CP hướng dẫn Luật KDBĐS.

8 Điều 69 Luật Nhà ở năm 2014.

9 Khoản 1 Điều 147 Luật Nhà ở năm 2014.

về điều kiện thế chấp nhà ở HTTTTL tại Điều 148, Luật Nhà ở năm 2014 chỉ cho phép chủ đầu tư thế chấp nhà ở HTTTTL không nằm trong phần dự án hoặc toàn bộ dự án mà chủ đầu tư đã thế chấp¹⁰.

Ngoài ra, chủ đầu tư được Nhà nước giao đất có thu tiền sử dụng đất, cho thuê đất thu tiền thuê đất một lần cho cả thời gian thuê còn được thế chấp quyền sử dụng đất, tài sản thuộc sở hữu của mình gắn liền với đất tại các TCTD được phép hoạt động tại Việt Nam để đảm bảo khoản vay theo quy định của Luật Đất đai¹¹. Việc thế chấp quyền sử dụng đất (QSDD) chỉ được thực hiện sau khi chủ đầu tư được cấp Giấy chứng nhận và phải đăng ký tại Văn phòng Đăng ký đất đai¹². Thông thường, ở giai đoạn đầu của quá trình thực hiện dự án nhà ở, chủ đầu tư sẽ chỉ có thể sử dụng dự án nhà ở làm tài sản bảo đảm bởi vì việc thế chấp nhà ở HTTTTL thuộc dự án hoặc thế chấp quyền sử dụng đất phải thỏa mãn nhiều điều kiện bổ sung khác nên chủ đầu tư có thể chưa đáp ứng được¹³.

Cách quy định của pháp luật hiện hành có thể dẫn đến tình trạng nhập nhằng, mâu thuẫn đối với giao dịch đã xác lập. Bởi lẽ, rất khó tách bạch giữa tài sản thế chấp là dự án với nhà ở HTTTTL thuộc dự án đó với thế chấp quyền sử dụng đất gắn với dự án. Tuy nhiên, với quy định tại khoản 1 Điều 182 Dự thảo Luật Nhà ở (sửa đổi): “Chủ đầu tư dự án xây dựng nhà ở được thế chấp một phần hoặc toàn bộ dự án hoặc thế chấp nhà ở xây dựng trong dự án tại TCTD, chi nhánh ngân hàng nước ngoài đang hoạt động tại Việt Nam để vay vốn phục vụ cho việc đầu tư dự án đó hoặc xây dựng nhà ở đó; *việc thế chấp dự án hoặc nhà ở phải bao gồm cả thế chấp quyền*

sử dụng đất” thì lúc này chủ đầu tư không được thế chấp riêng rẽ các loại tài sản nêu trên mà phải thế chấp đồng thời dự án/nhà ở trong dự án với QSDD gắn liền. Vì vậy, hạn chế nêu trên của pháp luật hiện hành đã được khắc phục một cách có hiệu quả.

2.2. Điều kiện để bán nhà ở hình thành trong tương lai đã được thế chấp

Theo quy định, trường hợp chủ đầu tư đã thế chấp 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 nhà ở này trước khi ký hợp đồng huy động vốn góp, hợp đồng mua bán, thuê mua nhà ở với khách hàng, trừ trường hợp được bên góp vốn, bên mua, thuê mua nhà ở và bên nhận thế chấp đồng ý¹⁴. Tuy nhiên, Luật Nhà ở và các văn bản có liên quan không đưa ra định nghĩa về “giải chấp”. Theo Điều 10 Thông tư số 26/2015/TT-NHNN Hướng dẫn trình tự, thủ tục thế chấp và giải chấp tài sản là dự án đầu tư xây dựng nhà ở, nhà ở HTTTTL thì “Bên nhận thế chấp và bên thế chấp được thỏa thuận lựa chọn việc giải chấp một phần thông qua việc rút bớt tài sản thế chấp hoặc giải chấp toàn bộ tài sản thế chấp là dự án đầu tư xây dựng nhà ở, nhà ở HTTTTL”. Có thể hiểu giải chấp là việc bên nhận thế chấp giải trừ thế chấp (xóa thế chấp) đối với một phần hoặc toàn bộ tài sản đang được thế chấp sau khi bên thế chấp đã hoàn thành nghĩa vụ được đảm bảo hoặc theo thỏa thuận với bên nhận thế chấp. Mục đích của việc giải chấp là đảm bảo nhà ở HTTTTL được bán, cho thuê mua cho khách hàng không phải là tài sản đang được dùng để bảo đảm cho việc thực hiện một nghĩa vụ khác. Chủ đầu

10 Điểm a, b khoản 1 Điều 148 Luật Nhà ở năm 2014.

11 Điểm d khoản 2 Điều 174 Luật Đất đai năm 2013.

12 Điều 95, khoản 1 Điều 168, khoản 1 và khoản 3 Điều 188 Luật Đất đai năm 2013.

13 Chủ đầu tư chỉ được thế chấp nhà ở HTTTTL xây dựng trong dự án sau khi đã xây dựng xong phần móng theo quy định của pháp luật về xây dựng (điểm b khoản 1 Điều 148), được thế chấp quyền sử dụng đất sau khi có Giấy chứng nhận và có tài sản gắn liền với đất (khoản 1 Điều 168, khoản 1 Điều 188 Luật Đất đai năm 2013).

14 Khoản 1 Điều 147 Luật Nhà ở năm 2014.

tư phải giải chấp trước khi ký hợp đồng mua bán, hợp đồng thuê mua, nếu không quyền lợi của bên nhận thế chấp và bên mua, bên thuê mua nhà sẽ bị ảnh hưởng.

Khi có nhu cầu giải chấp, bên thế chấp (chủ đầu tư) phải gửi văn bản đề nghị giải chấp và các giấy tờ có liên quan theo thỏa thuận về giải chấp cho bên nhận thế chấp. Bên nhận thế chấp sẽ có văn bản đồng ý giải chấp và hoàn trả cho bên thế chấp văn bản đồng ý giải chấp, các hồ sơ, giấy tờ liên quan đến tài sản thế chấp theo thỏa thuận về giải chấp giữa các bên¹⁵. Sau đó, chủ đầu tư phải thực hiện thủ tục đăng ký thay đổi để rút bớt tài sản thế chấp là nhà ở, công trình xây dựng, trừ trường hợp bên nhận thế chấp và bên mua tài sản có thỏa thuận về việc tiếp tục dùng tài sản để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ thì thực hiện đăng ký thay đổi bên bảo đảm¹⁶. Như vậy, việc đăng ký thay đổi để rút bớt tài sản sẽ thực hiện sau bước giải chấp.

Việc xác định nhà ở đã được giải chấp trước khi ký hợp đồng huy động vốn góp, hợp đồng mua bán, thuê mua nhà ở với khách hàng được nêu rõ trong văn bản thông báo nhà ở đủ điều kiện được bán của cơ quan quản lý nhà ở cấp tỉnh nơi có nhà ở. Cụ thể, theo điểm b khoản 2 Điều 19 Nghị định số 99/2019/NĐ-CP: “Trường hợp chủ đầu tư có thế chấp dự án đầu tư xây dựng hoặc thế chấp nhà ở sẽ bán, cho thuê mua thì chủ đầu tư phải gửi kèm theo giấy tờ chứng minh đã giải chấp hoặc biên bản thống nhất của bên mua, bên thuê mua nhà ở và bên nhận thế chấp về việc không phải giải chấp và được mua bán, thuê mua nhà ở đó; trường hợp không có thế chấp dự án hoặc thế chấp nhà ở sẽ bán, cho thuê mua thì chủ đầu tư phải ghi rõ cam kết chịu trách nhiệm trong văn bản gửi Sở Xây dựng”. Tức là, để chứng minh dự án hoặc nhà ở sẽ bán, cho thuê mua được thế chấp trước đó đã được giải chấp

thì chủ đầu tư phải có “giấy tờ chứng minh đã giải chấp”.

Chủ đầu tư vẫn được bán, cho thuê mua nhà ở HTTTTL khi chưa giải chấp với điều kiện được bên góp vốn, bên mua, thuê mua nhà ở và bên nhận thế chấp đồng ý. Như vậy, để có được sự thống nhất này thì chủ đầu tư phải có trách nhiệm thông báo cho người mua, thuê mua nhà ở HTTTTL về việc dự án/nhà ở này đang bị thế chấp. Theo quy định tại điểm h khoản 2 Điều 6 Luật KDBĐS năm 2014 thì doanh nghiệp kinh doanh bất động sản có trách nhiệm công khai thông tin về bất động sản, bao gồm thông tin về “các hạn chế về quyền sở hữu, quyền sử dụng bất động sản (nếu có)”. Điểm b khoản 1 Điều 4 Nghị định số 02/2022/NĐ-CP cũng quy định điều kiện của tổ chức, cá nhân kinh doanh bất động sản là phải công khai trên trang thông tin điện tử của doanh nghiệp, tại trụ sở Ban Quản lý dự án (đối với các dự án đầu tư kinh doanh bất động sản), tại sàn giao dịch bất động sản (đối với trường hợp kinh doanh qua sàn giao dịch bất động sản) *thông tin về việc thế chấp nhà, công trình xây dựng, dự án bất động sản đưa vào kinh doanh (nếu có)*.

Tóm lại, doanh nghiệp kinh doanh bất động sản được quyền thế chấp dự án hoặc nhà ở trong dự án tại TCTD nếu đáp ứng các điều kiện quy định, nhưng phải có trách nhiệm công khai thông tin cho khách hàng và phải thực hiện thủ tục giải chấp nhà ở, xóa đăng ký thế chấp, thay đổi nội dung thế chấp (rút bớt tài sản thế chấp) trước khi ký hợp đồng với khách hàng (trừ trường hợp các bên đồng ý). Tuy nhiên, trên thực tế, trong nhiều trường hợp, chủ đầu tư chưa thực hiện đúng trách nhiệm của mình, gây thiệt hại, rủi ro cho khách hàng. Thực trạng trên cho thấy cơ chế giám sát việc thực hiện nghĩa vụ giải chấp của chủ đầu tư trước khi bán, cho thuê mua nhà ở HTTTTL chưa thực sự hiệu quả.

15 Điều 10 Thông tư số 26/2015/TT-NHNN hướng dẫn trình tự, thủ tục thế chấp và giải chấp tài sản là dự án đầu tư xây dựng nhà ở, nhà ở HTTTTL do Thống đốc Ngân hàng Nhà nước ban hành.

16 Khoản 6 Điều 36 Nghị định số 99/2022/NĐ-CP về đăng ký biện pháp bảo đảm.

3. Một số hạn chế, bất cập trong quy định của pháp luật về thế chấp bất động sản hình thành trong tương lai của chủ đầu tư dự án xây dựng nhà ở và kiến nghị

3.1. Đảm bảo thực hiện trách nhiệm cung cấp thông tin thế chấp của chủ đầu tư

Trên thực tế, tình trạng chủ đầu tư che giấu thông tin thế chấp và bán, cho thuê mua nhà ở HTTTL khi chưa giải chấp diễn ra phổ biến. Mặc dù pháp luật quy định rõ trách nhiệm của chủ đầu tư phải cung cấp thông tin cho bên mua biết về tình trạng nhà ở HTTTL bị thế chấp, nhưng thực tế chủ đầu tư thường không bao giờ tự công bố thông tin này. Người mua nhà do không có đủ thông tin nên vẫn ký hợp đồng mua bán, đến khi bị ngân hàng “siết nợ” mới biết nhà ở mà mình mua đã bị chủ đầu tư thế chấp trước đó¹⁷. Một phần nguyên nhân của việc chủ đầu tư không thực hiện đúng nghĩa vụ cung cấp thông tin là do chế tài đối với vi phạm này chưa đủ mạnh để mang tính răn đe. Theo Nghị định số 16/2022/NĐ-CP, hành vi không công khai, công khai không đầy đủ hoặc không đúng các nội dung về dự án bất động sản, dự án đầu tư xây dựng nhà ở theo quy định có thể bị phạt tiền từ 100.000.000 đồng đến 120.000.000 đồng. Trong khi đó, mức phạt tiền đối với hành vi kinh doanh bất động sản mà bất động sản đó không đảm bảo đầy đủ các điều kiện theo quy định có thể lên đến 600.000.000 đồng. Mặc dù vậy, nếu so với lợi ích thu được từ việc lợi dụng kẽ hở của pháp luật trong một dự án bất động sản quy mô lớn hàng trăm, ngàn tỷ đồng thì mức phạt này là quá thấp, nhiều nhà đầu tư cố tình làm trái pháp luật, chấp nhận nộp phạt, gây ảnh hưởng lớn đến quyền lợi của các chủ thể khác.

Về vấn đề này, Dự thảo Luật KDBĐS (sửa đổi)¹⁸ đã có một số điều chỉnh tích cực về nghĩa vụ công khai thông tin của doanh nghiệp kinh doanh bất động sản (Điều 7). Theo đó, Dự thảo quy định rõ thời điểm chủ đầu tư phải công khai thông tin là “trước khi đưa vào kinh doanh”, bổ sung hình thức công khai thông tin “Trên cổng thông tin điện tử của cơ quan quản lý về nhà ở và thị trường bất động sản địa phương và hệ thống thông tin về nhà ở và thị trường bất động sản”, và quy định rõ “Việc thế chấp nhà ở, công trình xây dựng, dự án bất động sản đưa vào kinh doanh (nếu có)” là một trong những nội dung bắt buộc phải công khai. So với quy định hiện hành, nội dung của Dự thảo có nhiều điểm cụ thể và phù hợp hơn. Tuy nhiên, việc chưa quy định tăng khung xử phạt cho hành vi vi phạm này nhằm đảm bảo mức xử lý thích đáng cho hành vi vi phạm cũng có thể xem là một hạn chế của Dự thảo Luật.

3.2. Cơ chế giám sát nghĩa vụ giải chấp của chủ đầu tư

Mặc dù pháp luật quy định Sở Xây dựng có trách nhiệm kiểm soát các điều kiện để chủ đầu tư được bán, cho thuê mua nhà ở HTTTL thông qua việc trả lời bằng văn bản cho chủ đầu tư về nhà ở đủ điều kiện được bán, cho thuê mua, nhưng Nghị định số 99/2015/NĐ-CP hướng dẫn Luật Nhà ở lại có quy định về trường hợp “Sở Xây dựng không có văn bản thông báo và nhà ở đó đã đủ điều kiện được bán, cho thuê mua thì chủ đầu tư được quyền ký hợp đồng mua bán, cho thuê mua nhà ở HTTTL nhưng phải chịu trách nhiệm về việc bán, cho thuê mua nhà ở này; Sở Xây dựng phải chịu trách nhiệm về việc thông báo hoặc không có văn bản thông báo nhà ở đủ điều kiện được bán, cho thuê mua sau khi

17 Ví dụ, tại Chung cư Dolphin Plaza, khi báo chí đưa tin về sự việc chủ căn hộ 5A2-T8 của tòa nhà mua căn hộ và đã được Sở Tài nguyên và môi trường Hà Nội cấp “sổ đỏ”, nhưng khi mang thế chấp vay vốn tại Ngân hàng Agribank - Chi nhánh Bắc Hà Nội lại được ngân hàng cho biết tòa nhà đã được chủ đầu tư mang thế chấp tại ngân hàng; Báo Nga - Thủy Ngân, Chủ đầu tư thế chấp dự án bất động sản: Người mua nhà bán khoản!, hanoimoi.com.vn/ban-in/Bat-dong-san/844569/chu-dau-tu-the-chap-du-an-bat-dong-san-nguoi-mua-nha-ban-khoan, truy cập ngày 16/4/2017.

18 Phiên bản tháng 3/2023.

nhận được hồ sơ đề nghị của chủ đầu tư”¹⁹. Quy định này đã làm “lu mờ” vai trò của Sở Xây dựng trong việc kiểm soát các điều kiện kinh doanh nhà ở HTTTL, trong đó có điều kiện về giải chấp. Khi có tranh chấp xảy ra thì việc chủ đầu tư “chịu trách nhiệm” phải dựa trên nhiều yếu tố khác nhau, trong khi pháp luật cũng không quy định rõ ràng Sở Xây dựng phải chịu trách nhiệm như thế nào nên rủi ro vẫn thuộc về khách hàng.

Ngoài ra, pháp luật còn quy định “sau khi Sở Xây dựng có văn bản thông báo nhà ở đủ điều kiện được bán, cho thuê mua nhưng chủ đầu tư không bán, cho thuê mua mà thực hiện thế chấp nhà ở này thì việc bán, cho thuê mua nhà ở này sau khi thế chấp chỉ được thực hiện khi có đủ điều kiện và có văn bản thông báo của Sở Xây dựng theo quy định tại điểm này”. Nghĩa là, sau khi đã có văn bản thông báo của Sở Xây dựng, chủ đầu tư mới thực hiện thế chấp nhà ở HTTTL thì cũng phải giải chấp trước khi bán, cho thuê mua nhà ở đó cho khách hàng, đồng thời cũng phải làm thủ tục để Sở Xây dựng ra thông báo nhà ở đủ điều kiện. Tuy nhiên, quy định rất khó khả thi khi không có một cơ chế nào đảm bảo chủ đầu tư sẽ thực hiện đúng quy định. Bởi lẽ, ngay sau khi có thông báo của Sở Xây dựng mà chủ đầu tư thế chấp, họ sẽ dựa trên thông báo này của Sở Xây dựng để huy động vốn của khách hàng sớm nhất có thể.

Một vấn đề nữa là pháp luật chỉ yêu cầu chủ đầu tư phải giải chấp nhà ở trước khi ký hợp đồng huy động vốn góp, hợp đồng mua bán, thuê mua nhà ở với khách hàng mà không yêu cầu chủ đầu tư phải thực hiện nghĩa vụ này khi ký các loại hợp đồng khác. Thực tế, nhiều doanh nghiệp kinh doanh bất động sản đã giao kết với khách hàng các loại “hợp đồng thỏa thuận điều kiện chuyển nhượng bất động sản”, “hợp đồng nguyên tắc chuyển nhượng bất động sản”, “hợp đồng hứa chuyển nhượng, hứa nhận

chuyển nhượng”, “hợp đồng đặt cọc”, “giữ chỗ”,... khi chưa đủ điều kiện ký hợp đồng mua bán. Điều này dẫn đến rủi ro là người mua phải trả một khoản tiền lớn cho chủ đầu tư khi nhà ở chưa được giải chấp mà chủ đầu tư không bị coi là vi phạm. Pháp luật cũng “quên” không yêu cầu chủ đầu tư phải giải chấp dự án/hoặc phần dự án, hay giải chấp quyền sử dụng đất trước khi bán nhà, trong khi việc thế chấp bằng các loại tài sản này có mối quan hệ mật thiết với nhau. Dự thảo Luật Nhà ở (sửa đổi) đã có sự điều chỉnh về vấn đề này khi 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 phần dự án hoặc nhà ở và quyền sử dụng đất này* trước khi ký hợp đồng huy động vốn góp, hợp đồng mua bán, thuê mua nhà ở với khách hàng” (khoản 2 Điều 182).

Bên cạnh đó, để kiểm soát các giao dịch mua bán nhà ở HTTTL, Dự thảo Luật KDBĐS (sửa đổi) còn đưa ra đề xuất “Chủ đầu tư bán, cho thuê mua nhà ở, công trình xây dựng HTTTL 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” (khoản 1 Điều 57), trong khi đó “Việc công chứng, chứng thực hợp đồng do các bên thỏa thuận” (khoản 3 Điều 45). Có quan điểm cho rằng “thay vì yêu cầu phải thực hiện giao dịch qua sàn giao dịch bất động sản như dự thảo đã nêu thì nên tăng cường, mở rộng phạm vi cho các tổ chức hành nghề công chứng bằng cách yêu cầu các giao dịch bất động sản mà “một bên hoặc các bên tham gia giao dịch là tổ chức hoạt động kinh doanh bất động sản” cũng bắt buộc phải công chứng... Bản chất độc lập trong hoạt động công chứng sẽ giúp kiểm tra, giám sát

19 Điểm b khoản 2 Điều 19 Nghị định số 99/2015/NĐ-CP Hướng dẫn Luật Nhà ở.

việc thực thi, chấp hành đúng pháp luật của chủ đầu tư, nhân viên môi giới, tư vấn bất động sản để bảo vệ người yếu thế, đồng thời nhằm duy trì ổn định, trật tự để kinh tế phát triển²⁰. Thiết nghĩ, việc xây dựng một cơ chế nhằm kiểm soát các giao dịch mua bán nhà ở HTTTL của các doanh nghiệp kinh doanh bất động sản là cần thiết. Tuy nhiên, cần đánh giá tác động cũng như hiệu quả của những đề xuất này.

Nhóm tác giả cho rằng, để đảm bảo an toàn cho người mua nhà thì quan trọng nhất là hoàn thiện các quy định của pháp luật cũng như tăng cường vai trò của các cơ quan quản lý nhà nước về kinh doanh bất động sản, đồng thời cũng phải tôn trọng sự thỏa thuận của các bên trên nguyên tắc bảo vệ bên yếu thế không nên thiết lập thêm thủ tục hành chính mới “xác nhận giao dịch”²¹ khi buộc “phải thực hiện giao dịch thông qua sàn giao dịch bất động sản”²² để tiết kiệm thời gian, chi phí cho doanh nghiệp cũng như người dân.

3.3. Bảo vệ quyền lợi của người mua nhà khi ngân hàng xử lý tài sản thế chấp để thu hồi nợ

Khi dự án xây dựng nhà ở được chủ đầu tư mang đi thế chấp nhưng chủ đầu tư vẫn bán nhà ở HTTTL cho khách hàng khi chưa giải chấp thì một rủi ro rất lớn là khi chủ đầu tư không trả được nợ, ngân hàng sẽ tiến hành xử lý tài sản bảo đảm để thu hồi nợ. Thực tế, hàng loạt dự án chung cư tại TP. Hồ Chí Minh bị ngân hàng ra thông báo thu hồi và “siết nợ”, khiến nhiều khách hàng đã bỏ tiền ra mua căn hộ lo lắng trước nguy cơ bị mất trắng tài sản²³. Điều này dẫn đến những vấn đề pháp lý sau:

Thứ nhất, giải quyết xung đột về lợi ích

giữa người mua nhà với ngân hàng nhận thế chấp. Ngày 24/5/2016, cư dân tại chung cư The Harmona (Q.Tân Bình, TP. HCM) vô cùng hoang mang và bất ngờ khi được tin Ngân hàng BIDV Bắc Sài Gòn đã gửi công văn yêu cầu Công ty cổ phần Vật tư xuất nhập khẩu Tân Bình (chủ đầu tư) phải thu xếp, thực hiện nghĩa vụ bàn giao tài sản thế chấp là quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền với đất tại chung cư The Harmona cho ngân hàng để xử lý nợ theo thỏa thuận²⁴. Người mua nhà tại dự án đã bức xúc khi biết được căn nhà mà họ mua đã bị chủ đầu tư đem đi thế chấp ngân hàng và có nguy cơ bị ngân hàng siết nợ nếu chủ đầu tư không giải chấp kịp. Đến ngày 26/5/2016, chủ đầu tư dự án này đã đạt được thỏa thuận bằng văn bản ký kết với Ngân hàng BIDV chi nhánh Bắc Sài Gòn về việc giải chấp dự án chung cư The Harmona. Tuy nhiên, vụ việc trên cũng cho thấy một vấn đề là quyền lợi của người mua nhà sẽ được pháp luật bảo vệ như thế nào khi ngân hàng xử lý nợ? Trong trường hợp này, người mua căn hộ không có lỗi, họ đã đóng tiền mua nhà đầy đủ, vấn đề nằm ở chủ đầu tư và ngân hàng. Bởi lẽ, khi cấp tín dụng cho khách hàng, ngân hàng luôn cần giám sát và kiểm soát quá trình sử dụng vốn vay của khách hàng (chủ đầu tư) nhằm đảm bảo khách hàng (chủ đầu tư) sử dụng vốn vay đúng mục đích và đảm bảo khả năng thu hồi vốn của ngân hàng. Do vậy, pháp luật cần phải bổ sung các quy định về nâng cao trách nhiệm của ngân hàng trong việc quản lý tài sản thế chấp. Bởi lẽ, khi bán nhà ở HTTTL, chủ đầu tư vừa vay tiền ngân hàng vừa huy động vốn từ khách hàng, nếu nguồn vốn huy động không được giám sát chặt chẽ, chủ đầu tư có thể sử dụng sai mục đích, mang tiền đầu tư cùng lúc nhiều dự án dẫn đến nguy

20 Ninh Thị Hiền, Giao dịch bất động sản phải qua sàn: Nên thay bằng công chứng?, <https://plo.vn/giao-dich-bat-dong-san-phai-qua-san-nen-thay-bang-cong-chung-post720567.html>, truy cập ngày 18/4/2023.

21 Khoản 5 Điều 61 Dự thảo Luật Kinh doanh bất động sản (sửa đổi).

22 Khoản 1 Điều 57 Dự thảo Luật Kinh doanh bất động sản (sửa đổi).

23 Tiểu Thủy, Dự án chung cư bị ngân hàng siết nợ, quyền lợi người mua nhà về đâu?, <https://kinhhtedothi.vn/du-an-chung-cu-bi-ngan-hang-siet-no-quyen-loi-nguoi-mua-nha-ve-dau.html>, truy cập ngày 17/4/2023.

24 Đình Sơn, Chủ đầu tư đem nhà của người dân đi cầm cố ngân hàng, <https://thanhnien.vn/chu-dau-tu-dem-nha-cua-nguoi-dan-di-cam-co-ngan-hang-185564481.htm>, truy cập ngày 17/4/2023.

cơ chủ đầu tư mất khả năng thanh toán, không thể hoàn thành dự án và bàn giao nhà ở cho khách hàng. Lúc này, không chỉ người mua nhà mà quyền lợi của ngân hàng nhận thế chấp cũng bị ảnh hưởng. Vì vậy, khi đã nhận thế chấp dự án nhà ở, Ngân hàng phải chịu trách nhiệm quản lý, giám sát tài sản thế chấp. Hơn nữa, chủ đầu tư trước khi bán, cho thuê mua nhà ở HTTTL phải được ngân hàng bảo lãnh²⁵. Thông thường, ngân hàng đứng ra bảo lãnh cũng chính là ngân hàng cho chủ đầu tư vay và nhận thế chấp bằng chính dự án nhà ở đó. Đồng thời, chính ngân hàng này cũng sẽ là chủ thể cho những người mua nhà vay tiền để mua nhà trong dự án đó. Do đó, cần thiết phải có các quy định làm rõ trách nhiệm của bên nhận bảo đảm (ngân hàng), nếu không quản lý tốt tài sản thế chấp và để bên thế chấp (chủ đầu tư) bán nhà thì bên nhận bảo đảm (ngân hàng) phải tự giải quyết với chủ đầu tư, không được quyền truy đòi nhà mà khách hàng đã mua.

Thứ hai, cần quy định rõ hơn về việc bảo đảm quyền lợi của người mua nhà khi xử lý tài sản thế chấp theo hình thức chuyển nhượng dự án. Như đã phân tích, các bên có thể xử lý tài sản bằng cách chuyển nhượng dự án bất động sản đang được thế chấp để thu hồi nợ. Luật KDBĐS năm 2014 quy định một trong những nguyên tắc khi chuyển nhượng toàn bộ hoặc một phần dự án bất động sản là phải bảo đảm quyền lợi của khách hàng và các bên có liên quan²⁶. Đây là những chủ thể có quyền lợi liên quan trực tiếp đến dự án, phần dự án chuyển nhượng và quyền, nghĩa vụ của những chủ thể này bị ảnh hưởng trực tiếp bởi hoạt động chuyển nhượng dự án. Tuy nhiên, nguyên tắc này không được thể hiện rõ trong các quy định cụ thể. Luật KDBĐS năm 2014 chỉ yêu cầu chủ đầu tư có nghĩa

vụ “thông báo kịp thời, đầy đủ, công khai và giải quyết thỏa đáng quyền, lợi ích hợp pháp của khách hàng và các bên liên quan tới dự án, phần dự án chuyển nhượng” mà không nêu rõ thời điểm thông báo²⁷. Nghị định số 02/2022/NĐ-CP hướng dẫn rõ hơn: “Trước khi làm thủ tục bàn giao ít nhất 15 ngày, bên chuyển nhượng dự án, phần dự án bất động sản phải thông báo bằng văn bản cho tất cả khách hàng, các bên có liên quan (nếu có) biết và đăng tải ít nhất 03 lần liên tiếp trên một tờ báo phát hành tại địa phương hoặc trên đài truyền hình địa phương hoặc đài truyền hình trung ương về việc chuyển nhượng dự án hoặc một phần dự án. Trường hợp khách hàng hoặc các bên có liên quan có ý kiến về quyền lợi của mình liên quan đến dự án, phần dự án chuyển nhượng thì bên chuyển nhượng có trách nhiệm giải quyết theo quy định của pháp luật trước khi làm thủ tục bàn giao dự án, phần dự án”²⁸. Nhìn chung, “việc thông báo và giải quyết các quyền lợi của khách hàng và các bên liên quan đến dự án được thực hiện sau khi có quyết định chấp thuận về việc chuyển nhượng dự án của cơ quan thẩm quyền và chỉ mang tính chất là một thủ tục hình thức trong hoạt động chuyển nhượng dự án mà không có cơ chế kiểm định hay giám sát”²⁹. Điều này gây ra rủi ro cho những người mua nhà trong dự án, bởi lẽ họ không có khả năng chi phối đến việc chủ đầu tư chuyển nhượng dự án. Mặt khác, khi chủ đầu tư bán nhà khi chưa đủ điều kiện bằng các dạng hợp đồng khác (hợp đồng đặt cọc, hợp đồng nhận nợ, hợp đồng giữ chỗ,...) thì khi xử lý tài sản bảo đảm, bên nhận thế chấp và bên nhận chuyển nhượng dự án có thể không nắm được danh sách các khách hàng này để đảm bảo quyền lợi cho họ ■

25 Khoản 1 Điều 56 Luật KDBĐS năm 2014.

26 Điểm c khoản 2 Điều 48 Luật KDBĐS năm 2014.

27 Điểm b khoản 1 Điều 52 Luật KDBĐS năm 2014.

28 Khoản 5 Điều 11 Nghị định số 02/2022/NĐ-CP.

29 Võ Trung Tín, Trương Văn Quyền (2021), “Hoàn thiện pháp luật về chuyển nhượng dự án bất động sản”, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 03 + 04 (427 + 428), tr.92.

BẢN CHẤT CỦA VIỆC XÁC NHẬN CÁC GIAO DỊCH BẤT ĐỘNG SẢN QUA SÀN VÀ GIÁ TRỊ PHÁP LÝ CỦA VĂN BẢN CÔNG CHỨNG

Lê Ngọc Tình

CCV. Phó Trưởng phòng - Phòng Công chứng số 2 TP. Hồ Chí Minh.

Thông tin bài viết

Từ khóa: Sàn giao dịch bất động sản, xác nhận các giao dịch bất động sản thực hiện thông qua sàn, công chứng, giá trị pháp lý của văn bản công chứng.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài: 28/04/2023
Biên tập: 17/05/2023
Duyệt bài: 19/05/2023

Article Information

Keywords: Real estate trading counter; certification of real estate transactions conducted via trading counter; notarization; legal value of notary acts.

Article History:

Received: 28 Apr. 2023
Edited: 17 May 2023
Approved: 19 May 2023

Tóm tắt:

Trong bài viết này, tác giả trình bày quá trình hình thành thị trường bất động sản ở Việt Nam và vai trò của sàn giao dịch BĐS; so sánh việc xác nhận các giao dịch bất động sản thực hiện thông qua sàn với giá trị pháp lý của văn bản công chứng, phân tích để làm rõ hơn bản chất thực sự của việc xác nhận qua sàn về mặt pháp lý và thực tiễn với vai trò của công chứng trong việc bảo đảm an toàn pháp lý cho các giao dịch về bất động sản; từ đó đưa ra nhận định và kiến nghị giải pháp góp phần hoàn thiện Luật Kinh doanh bất động sản để thị trường bất động sản phát triển ngày càng minh bạch, lành mạnh, an toàn, bền vững.

Abstract:

Within this article, the author provides discussions of the formation process of the real estate market in Vietnam and the role of a real estate trading counter, as well as the certification of the real estate transactions conducted via the trading counter and the legal value of notary acts. Thus, the author also provides a more detailed insight into the legal nature of real estate transactions via a trading counter and how such transactions operate in practice, the role of the notary as the guarantor of legal security for real estate transactions, and a number of recommendations for the improvement of the Law on Real Estate Business so that the real estate market can develop in transparent, stable, and sustainable manner.

1. Sự xuất hiện của sàn giao dịch bất động sản ở Việt Nam

Trước thời điểm Luật KDBĐS năm 2006 có hiệu lực, ở Việt Nam chưa có quy định về sàn giao dịch BĐS. Các hợp đồng mua bán nhà, chuyển nhượng quyền sử dụng đất liên quan đến doanh nghiệp KDBĐS được công chứng theo thẩm quyền địa hạt hoặc chứng thực tại cấp xã, riêng

đối với giao dịch chuyển nhượng quyền sử dụng đất giai đoạn trước khi Luật Đất đai năm 2003 có hiệu lực thi hành, việc xác nhận hợp đồng thuộc thẩm quyền của Ủy ban nhân dân (UBND) cấp xã nơi có đất, Phòng Địa chính thẩm tra, nếu hồ sơ hợp lệ thì trình UBND cấp huyện xác nhận, thông báo các bên nộp thuế chuyển quyền sử dụng đất, lệ phí trước bạ. Nếu là tổ chức nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất

của hộ gia đình, cá nhân thì phải nộp hồ sơ tại Sở Địa chính nơi có đất để xác nhận. Sau khi Luật Đất đai năm 2003 có hiệu lực ngày 01/7/2004 và sau đó là Luật Nhà ở năm 2005 đều quy định các giao dịch về quyền sử dụng đất, nhà ở vừa thuộc thẩm quyền của công chứng vừa thuộc thẩm quyền chứng thực của UBND cấp xã nơi có đất, có nhà.

Nghị quyết số 06/2004/NQ-CP ngày 19-5-2004 của Chính phủ về một số giải pháp phát triển lành mạnh thị trường BĐS đã yêu cầu “từng bước hoàn thiện cơ cấu của thị trường và lành mạnh các giao dịch trên thị trường BĐS trong đó đặc biệt chú trọng việc thiết lập “Sàn giao dịch quyền sử dụng đất”, “Trung tâm giao dịch BĐS” để tạo điều kiện thuận lợi cho các chủ thể dễ dàng tham gia thị trường, bảo đảm cho thị trường công khai, minh bạch và có sự quản lý của Nhà nước.

Tại Báo cáo số 512/BC-UBTVQH11 ngày 14/6/2006 Ủy ban Thường vụ Quốc hội cũng cho rằng: *bắt buộc phải qua sàn giao dịch BĐS là có lợi cho cả người mua và người bán, có điều kiện lựa chọn loại BĐS, giá mua, giá bán.* Từ đây, sàn giao dịch BĐS đã ra đời sau khi Luật KDBĐS năm 2006 có hiệu lực ngày 01/01/2007 và thực hiện quyền xác nhận BĐS của các doanh nghiệp KDBĐS được giao dịch qua sàn theo Thông tư số 13/2008/TT-BXD ngày 21/5/2008 của Bộ Xây dựng hướng dẫn thực hiện một số nội dung của Nghị định số 153/2007/NĐ-CP ngày 15/10/2007 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành Luật KDBĐS, theo mẫu tại

phụ lục 4 với mục đích “*để xác nhận BĐS đã được giao dịch theo đúng quy định của pháp luật*”.

Trong giai đoạn từ 2007 – 2013, dù bắt buộc giao dịch BĐS qua sàn và phải có xác nhận của sàn, nhưng thị trường BĐS vẫn vận hành theo quy luật mà có lẽ chúng ta chưa nắm bắt đúng nhịp điệu để có sự điều chỉnh, tác động phù hợp, hiệu quả nên tại Tờ trình của Bộ Xây dựng tháng 9/2013 trình Chính phủ đã thừa nhận: *thị trường BĐS vẫn trong tình trạng phát triển không ổn định; thông tin về thị trường BĐS vẫn khó tiếp cận, thiếu minh bạch... chủ yếu qua báo chí, thiếu thông tin chính thức từ các cơ quan quản lý nhà nước; quy định bán, cho thuê, cho thuê mua BĐS phải thông qua sàn giao dịch BĐS trên thực tế lại làm tăng thêm thủ tục, thêm chi phí.*

Hiện nay, theo Luật Đất đai năm 2013 (khoản 3 Điều 167), điểm a khoản 3 Điều 28 Dự thảo Luật Đất đai (sửa đổi)¹, Điều 17 Luật KDBĐS năm 2014, Điều 45 Dự thảo Luật KDBĐS² thì hợp đồng KDBĐS không bắt buộc phải thực hiện công chứng, chứng thực. Theo khoản 2 Điều 117, khoản 2 Điều 119 Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2015, thì cá nhân, tổ chức chỉ phải tuân theo điều kiện về hình thức giao dịch bằng văn bản là có công chứng, chứng thực, đăng ký trong trường hợp luật có quy định điều kiện này. BLDS không quy định hình thức giao dịch bằng văn bản phải có “xác nhận” của doanh nghiệp KDBĐS này cho doanh nghiệp KDBĐS khác mới làm cho hợp đồng, giao dịch KDBĐS có giá trị pháp lý, có hiệu lực pháp luật. Do vậy, khi

1 Xem toàn văn Dự thảo Luật Đất đai tại: http://www.lapthap.vn/Pages/DuThao/XemGopY.aspx?iDDTVB_DuThaoVanBan=1929&replyUrl=/Pages/DuThao/dsduthao.aspx.

2 Xem toàn văn Dự thảo Luật Kinh doanh bất động sản (sửa đổi) – Dự thảo Luật KDBĐS tại http://www.lapthap.vn/Pages/DuThao/XemGopY.aspx?iDDTVB_DuThaoVanBan=1920&replyUrl=/Pages/DuThao/dsduthao.aspx.

doanh nghiệp KDBĐS ký hợp đồng mua bán, chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê lại hàng hóa BĐS của mình với khách hàng thì đã đáp ứng đủ điều kiện về hình thức để giao dịch phát sinh hiệu lực pháp luật, làm cơ sở cho các chủ thể tham gia giao dịch kê khai nộp thuế cho Nhà nước, đăng ký biến động, sang tên chuyển quyền sở hữu tài sản, quyền sử dụng đất mà không cần phải có thêm thủ tục “xác nhận” nào khác.

Qua các giai đoạn thăng trầm của thị trường BĐS cho thấy, xu thế tăng trưởng lên, xuống của thị trường cùng chiều với sự tăng trưởng của nền kinh tế phù hợp với các quy luật của kinh tế thị trường. Sự tồn tại của sàn và xác nhận qua sàn không phải là liều thuốc trị đúng bệnh “nóng, sốt” hay “cảm lạnh” của thị trường BĐS Việt Nam. Do đó, việc bắt buộc KDBĐS phải qua sàn và xác nhận qua sàn phải bảo đảm không tạo ra đặc quyền, đặc lợi cho các sàn giao dịch BĐS; sàn giao dịch BĐS không làm thay cho công chứng, đẩy rủi ro pháp lý cho người dân, bên mua nhà mà thực tế đã chứng minh khi có xảy ra tranh chấp họ luôn là bên yếu thế, bị thiệt thòi khi đối mặt với việc yêu cầu thực hiện đúng hợp đồng với chủ đầu tư hay khi tham gia tố tụng tại cơ quan có thẩm quyền.

2. So sánh bản chất pháp lý giữa xác nhận bất động sản được giao dịch qua sàn giao dịch bất động sản với giá trị pháp lý của văn bản công chứng

Doanh nghiệp kinh doanh dịch vụ sàn giao dịch BĐS và doanh nghiệp KDBĐS đều thực hiện hoạt động KDBĐS do Luật KDBĐS điều chỉnh, đều được pháp luật bảo đảm quyền tự do kinh doanh, tự do tìm kiếm khách hàng và ký kết hợp đồng theo

quy định tại Điều 7 Luật Doanh nghiệp năm 2020. Có một số vấn đề cần xem xét như: Cả hai loại hình KDBĐS cùng tự do kinh doanh như nhau, đều được *Nhà nước bảo đảm không bắt buộc phải thực hiện cung cấp hàng hóa, dịch vụ tại một địa điểm cụ thể ở trong nước hoặc nước ngoài*³ mà doanh nghiệp này phải bán, cung cấp sản phẩm hàng hóa của mình thông qua một doanh nghiệp khác? Như vậy, có phải là bị hạn chế quyền tự do kinh doanh không? Nếu bán trực tiếp sẽ tiết kiệm chi phí sao không được làm? Tại sao cùng là doanh nghiệp KDBĐS mà sàn giao dịch lại có quyền xác nhận giao dịch BĐS qua sàn làm 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, quyền sử dụng đất?⁴ Quy định này có cản trở, hạn chế quyền tự do kinh doanh, tìm kiếm thị trường, khách hàng theo quy định của Luật Doanh nghiệp không? Có làm mất đi tính thống nhất, đồng bộ về nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự và điều kiện có hiệu lực của giao dịch dân sự theo quy định tại Điều 3, Điều 117, khoản 2 Điều 119 BLDS năm 2015 cũng như quy định về thời điểm có hiệu lực của hợp đồng, giao dịch về quyền sử dụng đất, về nhà ở theo Luật Đất đai (khoản 3 Điều 167, khoản 3 Điều 188), Luật Nhà ở (Điều 122) và Luật Công chứng (Điều 5) hay không? Quyền xác nhận giao dịch BĐS thực hiện thông qua sàn được trao cho Doanh nghiệp kinh doanh dịch vụ BĐS phải chăng là thay thế cho tổ chức hành nghề công chứng?

Để có cái nhìn khách quan, chúng ta có thể so sánh một số vấn đề pháp lý và thực tiễn qua bảng so sánh dưới đây:

3 Điểm e khoản 1 Điều 11 Luật Đầu tư năm 2020.

4 Khoản 6 Điều 61 Dự thảo Luật KDBĐS (sửa đổi).

Tiêu chí	Sàn giao dịch bất động sản	Công chứng
Về quy mô	Cả nước có khoảng 1.000 sàn ⁵ thành lập theo nhu cầu của chủ đầu tư dự án BĐS, phục vụ cho việc bán sản phẩm của dự án.	Cả nước có khoảng 1.365 tổ chức hành nghề công chứng ⁶ thành lập theo tiêu chí phát triển nghề công chứng, gắn với địa bàn dân cư.
Về bản chất	* Là nơi diễn ra các giao dịch BĐS, nơi các bên gặp gỡ, kết nối cung – cầu, trao đổi về loại hàng hóa BĐS, cung cấp thông tin về BĐS có đủ điều kiện để giao dịch theo đúng các điều kiện luật định; làm trung gian cho các bên trao đổi, đàm phán và ký kết hợp đồng mua bán, chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê lại BĐS ⁷ .	* Là nơi công chứng viên thực hiện chứng nhận tính xác thực, hợp pháp của hợp đồng, giao dịch, tính chính xác, hợp pháp, không trái đạo đức xã hội của bản dịch mà theo quy định của pháp luật phải công chứng hoặc cá nhân, tổ chức tự nguyện yêu cầu công chứng ⁸ .
	- Không phải là công cụ quản lý nhà nước; - Hoạt động kinh doanh của sàn cung cấp dịch vụ tư đối với thông tin BĐS; - Đóng vai trò môi giới, trung gian nhằm mục tiêu tìm kiếm lợi nhuận ⁹ .	- Là công cụ quản lý và điều tiết của Nhà nước; - Hoạt động công chứng cung cấp dịch vụ công do Nhà nước ủy nhiệm cho các giao dịch BĐS; - Thực hiện vai trò một bên thứ ba độc lập, khách quan để bảo đảm an toàn pháp lý, bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp, chính đáng cho các bên giao dịch, phòng ngừa vi phạm pháp luật, hạn chế tranh chấp; góp phần ổn định kinh tế - xã hội ¹⁰ .

5 Cổng Thông tin điện tử Quốc hội, Tổng thuật trực tiếp sáng 12/4: Khai mạc phiên họp Chuyên đề pháp luật tháng 4/2023 của Ủy ban Thường vụ Quốc hội, truy cập ngày 17/4/2023 từ <https://quochoi.vn/tintuc/Pages/tin-hoat-dong-cua-quoc-hoi.aspx?ItemID=74827>.

6 Theo Báo cáo số 119/BC-BTP ngày 27/4/2023 của Bộ Tư pháp, tính đến ngày 31/12/2022 cả nước có 3.216 CCV với 1.245 Văn phòng công chứng và 120 Phòng Công chứng. Số lượng các TCHNCC (nhất là các VPCC) phân bố tại tất cả các địa bàn cấp huyện của 63/63 tỉnh/thành phố trực thuộc trung ương.

7 Khoản 6 Điều 3 Luật KDBĐS 2014, khoản 11 Điều 3 dự thảo Luật KDBĐS (sửa đổi)

8 Khoản 1 Điều 2 Luật Công chứng 2014

9 Khoản 21 Điều 4 Luật Doanh nghiệp 2020, khoản 1, 6 Điều 3, Điều 70 Luật KDBĐS 2014 và khoản 1, khoản 11 Điều 3, Điều 61 dự thảo Luật KDBĐS (sửa đổi)

10 Điều 3 Luật Công chứng năm 2014

<p>Về chi phí xã hội</p>	<p>Phí dịch vụ các sản phẩm thu mức trung bình khoảng 2%/giá trị giao dịch BĐS theo hợp đồng được ký. Mặt khác, theo thông tin do Ủy ban kinh tế của Quốc hội cung cấp tại họp phiên chuyên đề pháp luật ngày 12/4/2023 của Ủy ban Thường vụ Quốc hội khi nêu ý kiến về dự thảo Luật KDBĐS (sửa đổi) cho biết có một số ý kiến phản ánh việc giao dịch qua sàn có thể làm tăng chi phí từ 8-10%¹¹.</p> <p>Điều 64, 65 Luật KDBĐS năm 2014 quy định phí môi giới nhà đất là khoản thù lao người môi giới nhận được sau mỗi giao dịch thành công bao gồm: thù lao và hoa hồng môi giới BĐS.</p> <p>Chi phí này do các bên thỏa thuận.</p>	<p>Phí công chứng dưới 0,1% giá trị tài sản hoặc giá trị hợp đồng, giao dịch nếu dưới 1 tỷ đồng; từ trên 1 tỷ đến 3 tỷ đồng: 01 triệu đồng + 0,06% của phần giá trị tài sản hoặc giá trị hợp đồng, giao dịch vượt quá 01 tỷ đồng; Từ trên 03 tỷ đồng đến 05 tỷ đồng: 2,2 triệu đồng + 0,05% của phần giá trị tài sản hoặc giá trị hợp đồng, giao dịch vượt quá 03 tỷ đồng; Từ trên 05 tỷ đồng đến 10 tỷ đồng: 3,2 triệu đồng + 0,04% của phần giá trị tài sản hoặc giá trị hợp đồng, giao dịch vượt quá 05 tỷ đồng; Từ trên 10 tỷ đồng đến 100 tỷ đồng: 5,2 triệu đồng + 0,03% của phần giá trị tài sản hoặc giá trị hợp đồng, giao dịch vượt quá 10 tỷ đồng; Trên 100 tỷ đồng: 32,2 triệu đồng + 0,02% của phần giá trị tài sản hoặc giá trị hợp đồng, giao dịch vượt quá 100 tỷ đồng (mức thu tối đa là 70 triệu đồng/trường hợp)¹².</p>
<p>Về loại hình hoạt động</p>	<p>Sàn giao dịch BĐS được đăng ký thành lập theo Luật Doanh nghiệp có thể theo các loại hình công ty TNHH, công ty cổ phần, công ty hợp danh (có cả thành viên góp vốn).</p>	<p>Văn phòng công chứng chỉ do công chứng viên thành lập và được tổ chức và hoạt động theo quy định của Luật này và các văn bản quy phạm pháp luật khác có liên quan đối với loại hình công ty hợp danh và không có thành viên góp vốn. Phòng Công chứng là đơn vị sự nghiệp công lập thuộc Sở Tư pháp.</p>

11 Anh Minh, Ủy ban Kinh tế: Bán bất động sản qua sàn làm tăng chi phí, đội giá, truy cập ngày 12/4/2023 từ <https://vnexpress.net/uy-ban-kinh-te-ban-bat-dong-san-qua-san-lam-tang-chi-phi-doi-gia-4592298.html>

12 Khoản 2 Điều 4 Thông tư số 257/2016/TT-BTC ngày 11/11/2016 của Bộ Tài chính quy định mức thu, chế độ thu, nộp, quản lý, sử dụng phí công chứng

<p>Về sản phẩm</p>	<p>Giao dịch thành công thì chủ đầu tư và khách hàng ký kết hợp đồng với nhau. Theo Dự thảo thì có thêm giấy xác nhận. Giá trị pháp lý của giấy xác nhận BĐS đã giao dịch qua sàn về bản chất chỉ đơn thuần là xác định phương thức giao dịch, không phải là điều kiện về hình thức của giao dịch bằng văn bản phải tuân thủ để giao dịch có hiệu lực pháp luật nên không thể dùng làm cơ sở để kê khai thuế, đăng ký chuyển quyền sở hữu, quyền sử dụng. Quy định này của Dự thảo mâu thuẫn với BLDS về điều kiện có hiệu lực của giao dịch dân sự tại Điều 117 và Điều 119, không phù hợp với pháp luật thuế, thiếu đồng bộ và thống nhất với Luật Đại đại (khoản 3, Điều 167, Điều 188), Luật Nhà ở (Điều 118, Điều 122).</p>	<p>Giá trị pháp lý của văn bản công chứng: văn bản công chứng có giá trị thi hành đối với các bên tham gia hợp đồng, giao dịch mà còn được các cơ quan, tổ chức, cá nhân khác tôn trọng, bảo đảm thực hiện (<i>căn cứ để nộp thuế, đăng ký chuyển quyền sở hữu, quyền sử dụng đất, cơ sở để xử phạt vi phạm hành chính...</i>). Những tình tiết, sự kiện trong hợp đồng, giao dịch được công chứng có giá trị là chứng cứ không phải chứng minh trước Tòa¹³.</p>
<p>Về trình tự, thủ tục</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Khi sàn xác nhận BĐS đã giao dịch qua sàn thì người quản lý, điều hành sàn không cần phải kiểm tra, xác định các yếu tố cấu thành quan hệ pháp luật dân sự (và họ cũng không được đào tạo về chuyên môn để làm những công việc này) khi các bên giao kết hợp đồng với nhau, không phải chịu trách nhiệm xác định năng lực pháp luật dân sự, năng lực hành vi dân sự của chủ thể, về tính xác thực, hợp pháp trong nội dung thỏa thuận của các bên tham gia giao kết hợp đồng, và không phải chịu trách nhiệm về điều kiện có hiệu lực pháp luật của hợp đồng đó. - Chỉ giới hạn giữa các bên với nhau, thủ tục không công khai với toàn xã hội. 	<ul style="list-style-type: none"> - Khi thực hiện công chứng, công chứng viên phải kiểm tra, xác định đầy đủ các yếu tố cấu thành quan hệ pháp luật dân sự (chủ thể - khách thể - nội dung) khi các bên tham gia hợp đồng, giao dịch được yêu cầu công chứng, điều kiện về BĐS được tham gia giao dịch; phải bảo đảm chủ thể có năng lực pháp luật dân sự, năng lực hành vi dân sự phù hợp, phải xác định, hướng dẫn giải thích để các bên thống nhất thỏa thuận nội dung của hợp đồng, giao dịch bảo đảm tính xác thực, hợp pháp, không trái đạo đức xã hội. - Công khai và được quy định rõ ràng trong luật với toàn xã hội.

13 Điều 5 Luật Công chứng năm 2014; điểm c khoản 1 Điều 92, khoản 9 Điều 94, khoản 10 Điều 95 Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015

	<p>Quy trình, thủ tục thực hiện xác nhận BĐS đã giao dịch qua sàn đơn giản khi chỉ cần giao dịch thành công, các bên ký hợp đồng với nhau thì người đại diện có thể ký giấy xác nhận này.</p>	<p>Quy trình, thủ tục công chứng chặt chẽ¹⁴ ngay từ khâu tiếp nhận yêu cầu công chứng, kiểm tra thành phần hồ sơ, điều kiện về chủ thể, về đối tượng của hợp đồng, giao dịch, về nội dung cam kết, thỏa thuận và thống nhất ý chí của các bên có được pháp luật cho phép không rồi mới thụ lý, soạn thảo hợp đồng, lời chứng sau đó hướng dẫn các bên đọc kiểm tra lại nội dung để bảo đảm ý chí và sự thể hiện ý chí của các bên đúng với nội dung soạn thảo. Các bên đồng ý thì sẽ ký tên trước mặt công chứng viên, công chứng viên kiểm tra lại thông tin về nhân thân, chủ thể, tài sản, kiểm tra bản chính các giấy tờ được xuất trình, kiểm tra lịch sử giao dịch, thông tin ngăn chặn trước khi ký chứng nhận và đóng dấu để hợp đồng, giao dịch trở thành văn bản công chứng.</p>
--	---	---

3. Một số nhận định và kiến nghị góp phần hoàn thiện Dự thảo Luật Kinh doanh bất động sản (sửa đổi)

Doanh nghiệp tham gia thị trường luôn gắn liền với trách nhiệm xã hội, đạo đức kinh doanh nhưng doanh nghiệp nào sinh ra cũng với mục đích chính là kinh doanh nhằm tìm kiếm lợi nhuận tối đa, chi phí tối thiểu nên phải có công cụ thể chế pháp luật để kiểm soát, vừa bảo đảm quyền tự do kinh doanh được thuận lợi, vừa bảo đảm hài hòa lợi ích, bảo vệ quyền lợi hợp pháp, chính đáng của người tiêu dùng, người giao kết hợp đồng, giao dịch với doanh nghiệp. Hiện nay, số vụ án liên quan đến đất đai chiếm trên 70% số vụ án được xét xử hàng năm. Trong giai đoạn từ 2013-2020, cơ quan hành chính các cấp tiếp nhận 324.241 đơn khiếu nại liên quan đến

đất đai, chiếm 62,9% tổng số đơn khiếu nại¹⁵. Trong khi đó, theo số liệu tổng kết 05 năm thi hành Luật Công chứng (2015-2020) của các địa phương chỉ có khoảng 0,01% các vụ tranh chấp liên quan đến hợp đồng, giao dịch đã được công chứng; số vụ việc có bản án yêu cầu bồi thường thiệt hại là rất ít, với số tiền khoảng hơn 12 tỷ đồng, nhiều địa phương không có trường hợp nào phải bồi thường¹⁶.

Báo cáo thẩm tra Dự thảo Luật KDBĐS do Chủ nhiệm Ủy ban Kinh tế của Quốc hội Vũ Hồng Thanh trình bày ngày 11/4/2023, đã chỉ ra thực tế có hiện tượng các sàn câu kết với nhau vì mục đích lợi nhuận làm nhiễu loạn thị trường, không phản ánh đúng quan hệ cung cầu, giá cả. Do đó, việc bắt buộc giao dịch BĐS qua sàn tiềm ẩn nguy cơ lợi dụng để độc quyền, câu kết, gây ảnh hưởng

14 Điều 40, Điều 41 Luật Công chứng năm 2014.

15 Tài liệu triển khai Nghị quyết số 18-NQ/TW ngày 16/6/2022 của Ban chấp hành Trung ương về “Tiếp tục đổi mới, hoàn thiện thể chế, chính sách, nâng cao hiệu lực, hiệu quả quản lý, sử dụng đất, tạo động lực đưa nước ta trở thành nước phát triển có thu nhập cao” được Thủ tướng Chính phủ Phạm Minh Chính trình bày sáng ngày 21/7/2022.

16 Bộ Tư pháp, Báo cáo đánh giá tác động của chính sách trong đề nghị xây dựng Luật Công chứng (sửa đổi), Hà Nội, tháng 7/2022.

đến minh bạch thị trường và quyền lợi các bên trong KDBĐS. Sàn chỉ là một trong các phương thức để giao dịch, nên cho phép các bên tham gia được quyền chọn giao dịch qua sàn hoặc không qua sàn. Trong phiên họp của Ủy ban Thường vụ Quốc hội ngày 12/4/2023, Chủ tịch Quốc hội Vương Đình Huệ cũng đồng tình với kết quả thẩm tra này và đề nghị Ban soạn thảo tiếp thu, chỉnh sửa để Dự thảo Luật KDBĐS “quy định điều kiện thành lập sàn giao dịch, cơ chế hoạt động của sàn giao dịch còn tham gia hay không tham gia sàn giao dịch là quyền của người mua”¹⁷.

Ngoài ra, nếu quy định sàn vừa có quyền thỏa thuận với chủ đầu tư để đưa hàng hóa BĐS lên sàn và thu phí dịch vụ đến khi giao dịch thành công lại có quyền xác nhận BĐS đó đã giao dịch qua sàn, thì sẽ không bảo đảm tính độc lập, vô tư, khách quan.

Trong điều kiện thực tế hiện nay, khi mà công tác quản lý, điều tiết thị trường, trong đó có thị trường BĐS, còn nhiều bất cập, rất nhiều vụ án liên quan đến doanh nghiệp KDBĐS vi phạm pháp luật khi ký hợp đồng, giao dịch với người mua, nhận chuyển nhượng dù chưa đủ điều kiện để huy động vốn, thậm chí lừa đảo. Chưa kể rất nhiều doanh nghiệp tìm đủ kiểu lách luật huy động vốn khi chưa đủ điều kiện¹⁸, đơn giản vì vốn huy động từ khách hàng bao giờ chi phí cũng rẻ hơn vốn vay. Thậm chí có không ít trường hợp đã huy động được vốn qua hành vi lách luật dưới hình thức hợp đồng nguyên

tắc, hợp đồng đặt cọc¹⁹, đăng ký giữ chỗ... mà khi thị trường biến động gây bất lợi cho doanh nghiệp thì doanh nghiệp sẵn sàng đơn phương chấm dứt hợp đồng, cần nữa thì kiện khách hàng ra tòa để tuyên bố hợp đồng vô hiệu²⁰. Thực tiễn cho thấy, người mua luôn là bên yếu thế. Do đó, nếu pháp luật quy định các hợp đồng, giao dịch BĐS của các doanh nghiệp này khi ký với khách hàng dưới bất kỳ hình thức nào đều phải công chứng thì với vai trò độc lập, khách quan công chứng sẽ kiểm tra, giám sát việc tuân thủ pháp luật của chủ đầu tư, bảo vệ bên yếu thế, bảo đảm minh bạch, công bằng xã hội, góp phần củng cố niềm tin của người dân vào Nhà nước pháp quyền, sự tôn nghiêm của pháp luật. Phí công chứng cho doanh nghiệp KDBĐS cũng phải xem xét giảm trong thời gian tới để tạo thuận lợi cho các bên tham gia giao dịch.

Luật KDBĐS nên thiết lập cơ chế phân công, phối hợp, trong việc quản lý, giám sát thị trường BĐS của Nhà nước, nhưng cũng kiến tạo điều kiện để thị trường này phát triển bền vững, không còn tái diễn câu chuyện “bong bóng BĐS”. Để điều tiết, thúc đẩy tăng trưởng theo quy luật của thị trường thì hoạt động công chứng là công cụ với tư cách bên thứ ba độc lập, khách quan để bảo đảm an toàn pháp lý cho các bên giao dịch, phòng ngừa vi phạm pháp luật²¹, góp phần củng cố niềm tin xã hội vào Nhà nước pháp quyền, để người dân được thụ hưởng thành quả và “an cư, lạc nghiệp” ■

17 Bảo Yến, Chủ tịch Quốc hội Vương Đình Huệ: Sửa đổi Luật Kinh doanh bất động sản để vừa bảo đảm quản lý chặt chẽ vừa kiến tạo phát triển bền vững, <https://quochoi.vn/tintuc/Pages/tin-hoat-dong-cua-quoc-hoi.aspx?ItemID=74870>, truy cập ngày 17/4/2023.

18 Tấn Việt, Chung cư Monarchy chưa nghiệm thu đã bán cho khách hàng, <https://plo.vn/chung-cu-monarchy-chua-nghiem-thu-da-ban-cho-khach-hang-post627745.html>, truy cập ngày 26/9/2022;

Kiên Cường, *Sở Xây dựng khuyến cáo về đặt cọc, giữ chỗ mua nhà*, <https://plo.vn/so-xay-dung-khuyen-cao-ve-dat-coc-giu-cho-mua-nha-post660984.html>, truy cập ngày 26/9/2022;

Tấn Việt, *Dự án The Muse Đà Nẵng chưa được huy động vốn*, <https://plo.vn/du-an-the-muse-da-nang-chua-duoc-huy-dong-von-post683019.html>, truy cập ngày 15/8/2022.

19 Đình Sơn, Sau 4 năm mua nhà, khách hàng nhận được thông báo chấm dứt hợp đồng cọc, <https://thanhnien.vn/sau-4-nam-mua-nha-khach-hang-nhan-duoc-thong-bao-cham-dut-hop-dong-185230418145458292.htm>, truy cập ngày 20/4/2023.

20 <https://thanhnien.vn/tai-chinh-kinh-doanh/la-lung-chu-dau-tu-kien-khach-hang-tuyen-hop-dong-vo-hieu-1390558.html>, truy cập ngày 15/8/2022.

21 Mục 2 Phần I Nghị quyết số 172/2020/NQ-CP ngày 19/11/2020 của Chính phủ về chính sách phát triển nghề công chứng.

CHÍNH SÁCH THUẾ TIÊU THỤ ĐẶC BIỆT ĐỐI VỚI ĐỒ UỐNG CÓ ĐƯỜNG Ở MỘT SỐ QUỐC GIA TRÊN THẾ GIỚI

Hoàng Thị Mỹ Hạnh*

Nguyễn Thị An**

* TS. Viện Chiến lược và Chính sách Y tế

** ThS. BS. Tổ chức HealthBridge Canada tại Việt Nam.

Thông tin bài viết

Từ khóa: Đồ uống có đường, thuế tiêu thụ đặc biệt, ngưỡng đường, phương pháp đánh thuế, thuế suất.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài: 27/04/2023

Biên tập: 26/05/2023

Duyệt bài: 29/05/2023

Article Information

Keywords: Sugar-sweetened beverages; excise tax; sugar content tiers; taxstructure, tax rates.

Article History:

Received: 27 Apr. 2023

Edited: 26 May 2023

Approved: 29 May 2023

Tóm tắt:

Để giảm tình trạng tiêu thụ đường không hợp lý và các tác hại của đồ uống có đường đến sức khỏe, Tổ chức Y tế thế giới khuyến nghị các quốc gia triển khai kết hợp ba giải pháp là áp thuế với đồ uống có đường, giáo dục truyền thông và hạn chế quảng cáo đồ uống có đường đối với trẻ em. Trong phạm vi bài viết này, các tác giả trình bày, phân tích kinh nghiệm của một số quốc gia về nhóm sản phẩm đồ uống có đường chịu thuế, phương pháp đánh thuế và thuế suất thuế tiêu thụ đặc biệt.

Abstract:

In order to reduce over-consumption of sugars and adverse health effects of sugar-sweetened beverages, the World Health Organization recommends countries implement taxation on sugar-sweetened beverages in combination with education and restriction of marketing of sugary products to children. Within the scope of this article, the authors give out introductions and an analysis of the experiences of a number of countries on taxed sugar-sweetened beverages products, the excise tax structure, and tax rates.

1. Bối cảnh

Các sản phẩm đồ uống có đường (ĐUCĐ) ngày càng phổ biến trên thị trường, mức tiêu thụ ngày càng gia tăng trên toàn cầu, đặc biệt ở trẻ em và vị thành niên. Đường trong ĐUCĐ trở thành nguồn đường chính cơ thể dung nạp¹. Sử

dụng ĐUCĐ không hợp lý là một trong những nguyên nhân chính gây ra thừa cân, béo phì và các rối loạn chuyển hóa cả ở người trưởng thành và trẻ em do làm tăng năng lượng (lượng calo) nạp vào cơ thể, dẫn đến gia tăng tỷ lệ mắc bệnh đái tháo đường tuýp 2, tăng huyết áp, rối loạn mỡ

1 World Health Organization 2017. Taxes on Sugary Drinks: Why Do It? World Health Organization.

máu cũng như các biến chứng về bệnh tim mạch, đột quỵ và tử vong^{2,3,4,5,6}.

Tổ chức Y tế thế giới (WHO) khuyến nghị để có thể giảm mức tiêu thụ đường và chặn đứng mức gia tăng đại dịch béo phì và đái tháo đường, các quốc gia cần thực hiện kết hợp ba nhóm giải pháp gồm: (1) áp thuế với ĐUCĐ, (2) hạn chế quảng cáo ĐUCĐ đối với trẻ em và (3) truyền thông về tác hại của việc sử dụng ĐUCĐ không hợp lý⁷. Khuyến nghị này đã được hưởng ứng với hơn 30 quốc gia ban hành chính sách thuế trong vòng 5 năm từ 2016-2020⁸; tăng từ 23% năm 2017 lên 38% năm 2019 (trên tổng số 160 quốc gia báo cáo số liệu cho WHO); trong số các công cụ thuế, thuế tiêu thụ đặc biệt (TTĐB) được áp dụng phổ biến nhất⁹.

Các bằng chứng khoa học cho thấy chính sách thuế đối với ĐUCĐ sẽ phát huy hiệu quả bảo vệ sức khỏe nếu bảo đảm *tăng giá bán lẻ đồ uống lên ít nhất 20%*^{10,11}. Thuế

TTĐB đối với ĐUCĐ mang lại hiệu quả kép, vừa góp phần giảm tiêu thụ đường, giảm tác hại đến sức khỏe, vừa tăng nguồn thu ngân sách nhà nước^{12,13}.

Kinh nghiệm quốc tế về nhóm sản phẩm chịu thuế, miễn thuế, lựa chọn phương pháp thuế, tính thuế suất thuế TTĐB là cơ sở để các quốc gia tham khảo nhằm xây dựng và triển khai chính sách thuế TTĐB hiệu quả, đáp ứng mục tiêu giảm mức tiêu thụ đường từ ĐUCĐ và bảo vệ sức khỏe nhân dân. Tuy nhiên, hiện chưa có ấn phẩm tổng quan hệ thống về chính sách thuế TTĐB đối với ĐUCĐ xuất bản bằng tiếng Việt ở nước ta.

2. Phương pháp tổng quan

Do hạn chế về tính sẵn có của các văn bản pháp luật bằng tiếng Anh trên các cơ sở dữ liệu, để xác định được các quốc gia đã ban hành chính sách thuế TTĐB với ĐUCĐ, các tác giả khởi đầu nghiên cứu

2 Johnson RJ, Segal MS, Sautin Y, Nakagawa T, Feig DI, Kang DH, Gersch MS, Benner S, Sánchez-Lozada LG. Potential role of sugar (fructose) in the epidemic of hypertension, obesity and the metabolic syndrome, diabetes, kidney disease, and cardiovascular disease. *Am J Clin Nutr*. 2007 Oct;86(4):899-906. doi: 10.1093/ajcn/86.4.899. PMID: 17921363.

3 Malik VS, Popkin BM, Bray GA, Després JP, Willett WC, Hu FB. Sugar-sweetened beverages and risk of metabolic syndrome and type 2 diabetes: a meta-analysis. *Diabetes Care*. 2010 Nov;33(11):2477-83. doi: 10.2337/dc10-1079. Epub 2010 Aug 6. PMID: 20693348; PMCID: PMC2963518.

4 Imamura F, O'Connor L, Ye Z, Mursu J, Hayashino Y, Bhupathiraju SN, Forouhi NG. Consumption of sugar sweetened beverages, artificially sweetened beverages, and fruit juice and incidence of type 2 diabetes: systematic review, meta-analysis, and estimation of population attributable fraction. *BMJ*. 2015 Jul 21;351:h3576. doi: 10.1136/bmj.h3576. PMID: 26199070; PMCID: PMC4510779.

5 Xi B, Huang Y, Reilly KH, Li S, Zheng R, Barrio-Lopez MT, Martinez-Gonzalez MA, Zhou D 2015 Sugar-sweetened beverages and risk of hypertension and CVD: a dose-response meta-analysis. *Br J Nutr*. 2015 Mar 14;113(5):709-17. doi: 10.1017/S0007114514004383. Epub 2015 Mar 4. PMID: 25735740.

6 Te Morenga L, Mallard S, Mann J. Dietary sugars and body weight: systematic review and meta-analyses of randomised controlled trials and cohort studies. *BMJ*. 2013; 346:e7492.

7 World Health Organization 2017. Taxes on Sugary Drinks: Why Do It? World Health Organization.

8 World Bank 2020. Taxation on Sugar sweetened Beverages: International Evidence and Experiences. World Bank.

9 World Health Organization 2020. Assessing national capacity for the prevention and control of noncommunicable disease: report of the 2019 global survey. Geneva: World Health Organization; 2020. Licence: CC BY-NC-SA 3.0 IGO. Cataloguing-in-Publication (CIP) data. CIP data are available at <http://apps.who.int/iris>.

10 Powell LM, Chriqui JF, Khan T, Wada R, Chaloupka FJ. Assessing the potential effectiveness of food and beverage taxes and subsidies for improving public health: a systematic review of prices, demand and body weight outcomes. *Obes Rev*. 2013 Feb;14(2):110-28. doi: 10.1111/obr.12002. Epub 2012 Nov 23. PMID: 23174017; PMCID: PMC3556391.

11 World Health Organization 2016. Fiscal policies for diet and prevention of noncommunicable diseases. Geneva: World Health Organization; 2015 [Internet]. [cited 2021 June 6]. Available.

12 World Health Organization 2015b. Guideline: Sugars Intake for Adults and Children. World Health Organization; Geneva, Switzerland: 2015. [Google Scholar] <https://www.who.int/publications-detail/9789241549028>.

13 World Health Organization 2020. Assessing national capacity for the prevention and control of noncommunicable disease: report of the 2019 global survey. Geneva: World Health Organization; 2020. Licence: CC BY-NC-SA 3.0 IGO. Cataloguing-in-Publication (CIP) data. CIP data are available at <http://apps.who.int/iris>.

bằng cách tìm kiếm các bài báo tổng quan, báo cáo tổng hợp về chính sách thuế đối với ĐUCĐ quốc tế xuất bản trước ngày 20/6/2021. Sau khi xác định được danh sách các quốc gia áp dụng thuế đối với ĐUCĐ, nhóm nghiên cứu phân tích các thông tin sẵn có từ các bài báo tổng quan và báo cáo^{14,15,16,17,18} xác định các thông tin còn thiếu so với mục tiêu tổng quan và tìm kiếm văn bản pháp luật, các nghiên cứu chính sách thuế của các nước để bổ sung thông tin cần có.

Từ khóa tìm kiếm:

- Từ khóa tìm kiếm bài báo tổng quan, báo cáo tổng hợp về chính sách thuế đối với ĐUCĐ quốc tế: tax* AND sugar*, (filter review);

- Từ khóa tìm kiếm đối với một số quốc gia: Tên quốc gia, excise tax*/tax*, sugar*, sugar-sweetened beverages, bill/act/policy.

Cơ sở dữ liệu tìm kiếm: Pubmed, Google, Google scholar, website văn bản luật hoặc công báo luật tiếng Anh của một số nước/khu vực.

Ngôn ngữ tìm kiếm: Tiếng Anh.

Hạn chế của tổng quan: Ngôn ngữ tìm kiếm là tiếng Anh nên báo cáo chưa tổng hợp được một số nội dung, quy định cụ thể của một vài quốc gia nêu tư liệu liên quan được công bố bằng ngôn ngữ khác.

3. Phương pháp tổng hợp và phân tích số liệu

Dữ liệu tìm kiếm được đọc, phân tích

và trích xuất vào bảng tổng hợp Excel cho mỗi quốc gia theo các nội dung: Tên quốc gia, tên văn bản luật/chính sách thuế TTĐB, năm ban hành, đường link văn bản (ngôn ngữ tiếng Anh), sản phẩm ĐUCĐ chịu thuế, sản phẩm miễn trừ thuế, phương pháp thuế, loại giá tính thuế (với phương pháp thuế tỷ lệ) và mức thuế suất TTĐB.

4. Kết quả

Kết quả tổng quan cho thấy, đến năm 2020 có ít nhất 67 quốc gia/vùng lãnh thổ và 9 thành phố/vùng của Hoa Kỳ và Tây Ban Nha áp dụng các công cụ thuế nhằm mục đích tăng giá/giảm tiêu dùng ĐUCĐ. 03 công cụ thuế được sử dụng, gồm: (1) *Thuế TTĐB*: được áp dụng tại ít nhất 65 quốc gia/ vùng lãnh thổ/vùng (gồm 56 quốc gia và 8 thành phố của Hoa Kỳ và 1 vùng Tây Ban Nha); là công cụ thuế phổ biến nhất được sử dụng; (2) *Thuế nhập khẩu*: được áp dụng tại 9 quốc gia và vùng lãnh thổ (Maldivia, Palau, Đảo Marshall, Niue, Wallis & Futuna, Federal state of Micronesia, New Caledonia, Nauru và Papua New Guinea); (3) *Thuế hàng hóa và dịch vụ (GST)*: được áp dụng tại Ấn Độ và Colombia. Trong nghiên cứu này, các tác giả tập trung phân tích chính sách thuế TTĐB đối với ĐUCĐ của 65 quốc gia/vùng lãnh thổ/thành phố.

4.1. Các sản phẩm đồ uống có đường chịu thuế và miễn thuế tiêu thụ đặc biệt

- Các sản phẩm chịu thuế tiêu thụ đặc biệt WHO sử dụng khái niệm đồ uống có đường

14 World Health Organization 2020. Assessing national capacity for the prevention and control of noncommunicable disease: report of the 2019 global survey. Geneva: World Health Organization; 2020. Licence: CC BY-NC-SA 3.0 IGO. Cataloguing-in-Publication (CIP) data. CIP data are available at <http://apps.who.int/iris>.

15 PAHO 2020. Sugar-sweetened beverage taxation in the Region of the Americas. Washington, D.C. License: CC BY-NC-SA 3.0 IGO. <https://iris.paho.org/handle/10665.2/53252>.

16 Hattersley L, Thiebaud A; FuchsTarlovsy A; Gonima A; Silver L; Mandeville K. 2020. Taxes on Sugar-Sweetened Beverages: International Evidence and Experiences. Health, Nutrition and Population Knowledge Brief Washington, D.C.: World BankGroup. <http://documents.worldbank.org/curated/en/248211613969946914/Taxes-on-Sugar-Sweetened-Beverages-International-Evidence-and-Experiences>.

17 Sandoval, RC, Roche, M, Belausteguigoitia, I, Alvarado, M, Galicia, L, Gomes, FS & Paraje, G 2021, Excise taxes on sugar-sweetened beverages in Latin America and the Caribbean, Pan American Journal of Public Health, vol. 45, e21. <https://doi.org/10.26633/RPSP.2021.21>.

18 Teng A., Snowdon W., Win Tin S.T., Genç M., Nàati E., Puloka V., Signal L. and Wilson N. 2021, Progress in the Pacific on sugar-sweetened beverage taxes: a systematic review of policy changes from 2000 to 2019. Australian and New Zealand Journal of Public Health, 45: 376-384. <https://doi.org/10.1111/1753-6405.13123>.

(ĐUCĐ) cho tất cả các loại đồ uống có chứa đường tự do, gồm: nước ngọt không chứa cồn (soft-drink) có ga hoặc không có ga, nước ép trái cây/rau củ, đồ uống từ trái cây/rau củ, dưới dạng đồ uống, chất cô đặc dạng lỏng và bột, nước có pha chế hương liệu, nước tăng lực và đồ uống cho người chơi thể thao (sport drinks), trà pha sẵn, cà phê pha sẵn và đồ uống từ sữa có pha chế hương liệu (flavoured milk drinks)¹⁹.

Hầu hết các quốc gia/thành phố đều áp thuế TTĐB với nước ngọt có ga, nước tăng lực và đồ uống cho người chơi thể thao. Các đồ uống, chất cô đặc, dạng lỏng hoặc dạng bột có đường để pha chế đồ uống, sữa, đồ uống từ trái cây/rau củ có bổ sung đường cũng thuộc danh mục chịu thuế ở nhiều quốc gia. Estonia là quốc gia áp thuế TTĐB cho tất cả các nhóm sản phẩm ĐUCĐ chứa đường tự do theo định nghĩa của WHO.

- Các sản phẩm miễn trừ thuế đồ uống có đường

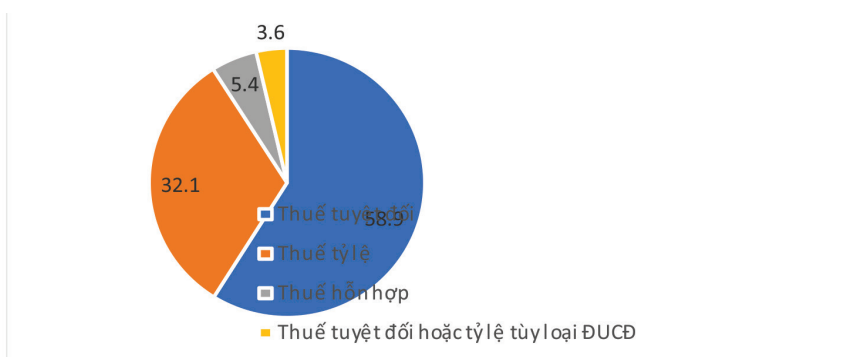
Tiêu chí ĐUCĐ được miễn trừ thuế TTĐB khá đa dạng giữa các quốc gia. Các nhóm tiêu chí được sử dụng phổ biến bao gồm: (1) Đồ uống có thành phần là nước ép hoa quả, rau củ nguyên chất hoặc có tỷ lệ nước ép nguyên chất cao trên đơn vị thể tích đồ uống ($\geq 50\%$), hoặc chỉ chứa đường tự nhiên/ không bổ sung thêm chất tạo ngọt khác, hoặc có ngưỡng đường cao

hơn ngưỡng quy định; (2) Sản phẩm sữa và có thành phần từ sữa, sản phẩm dinh dưỡng: sữa nguyên chất hoặc có thành phần chính là sữa hoặc không bổ sung đường hoặc lượng đường trong sữa thấp hơn so với quy định; (3) ĐUCĐ có lượng đường hoặc tổng lượng calo thấp hơn so với quy định; (4) Đồ uống được làm ngọt bằng chất tạo ngọt nhân tạo không sản sinh calo hoặc ít calo; (5) Đồ uống thay thế sữa, đồ uống sử dụng cho mục đích y tế và các mục đích khác; và (6) Sản phẩm ở dạng bột, cô đặc lỏng hoặc đóng chai dùng cho mục đích pha chế ĐUCĐ.

4.2. Phương pháp và thuế suất thuế tiêu thụ đặc biệt với đồ uống có đường

- Phương pháp thuế tiêu thụ đặc biệt

Trong số 56 quốc gia được nghiên cứu, 58,9% quốc gia áp dụng phương pháp thuế tuyệt đối (tức là quy định số tiền thuế tuyệt đối trên một đơn vị thể tích đồ uống), 32,1% áp dụng phương pháp thuế tỷ lệ (quy định tỷ lệ phần trăm trên giá tính thuế, theo giá xuất xưởng, giá bán lẻ, giá bán sỉ); 5,4% áp dụng phương pháp thuế hỗn hợp (áp dụng đồng thời thuế tỷ lệ và thuế tuyệt đối với tất cả hoặc hầu hết các sản phẩm ĐUCĐ), 3,6% áp dụng hoặc thuế tuyệt đối hoặc thuế tỷ lệ tùy nhóm sản phẩm ĐUCĐ (Hình 1). 8 thành phố ở Hoa Kỳ và 1 vùng của Tây Ban Nha áp dụng phương pháp thuế tuyệt đối.



Hình 1: Tỷ lệ (%) quốc gia áp dụng các phương pháp thuế TTĐB với ĐUCĐ (trên tổng số 56 quốc gia được nghiên cứu)

19 World Health Organization 2017. Taxes on Sugary Drinks: Why Do It? World Health Organization. [(accessed on 6 June 2021)]; Available online: <https://apps.who.int/iris/handle/10665/260253>; WHO 2020. Assessing national capacity for the prevention and control of noncommunicable disease: report of the 2019 global survey. Geneva: World Health Organization; 2020. Licence: CC BY-NC-SA 3.0 IGO.

CHÍNH SÁCH

- Áp thuế theo lượng đường có trong đồ uống

Bảng 1 cho thấy 35,7% quốc gia (n=20) tính thuế TTĐB dựa trên hàm lượng đường trong đồ uống. Số lượng và danh sách các quốc gia có tính thuế theo hàm lượng đường và theo phương pháp thuế như sau:

Trong nhóm các quốc gia có sử dụng phương pháp thuế tỷ lệ:

+ Thuế tỷ lệ không phân biệt lượng đường: 21 quốc gia đang áp dụng cách tính thuế này trong đó có 15 quốc gia tính thuế theo giá bán lẻ²⁰, 5 quốc gia theo giá xuất xưởng²¹ và 1 quốc gia theo giá bán sỉ²².

+ Thuế tỷ lệ theo ngưỡng số gam đường có trong thể tích đồ uống với nguyên tắc tỷ trọng đường càng cao thì

mức thuế càng cao: 2 quốc gia đang áp dụng cách tính thuế này là Peru và Chile, và tính trên giá bán lẻ.

Trong nhóm quốc gia có áp dụng phương pháp thuế tuyệt đối:

+ Thuế tuyệt đối không phân biệt lượng đường trong đồ uống: 20 quốc gia/vùng lãnh thổ và 8 thành phố của Hoa Kỳ và 1 vùng của Tây Ban Nha.

+ Thuế tuyệt đối theo ngưỡng số gam đường có trong thể tích đồ uống với nguyên tắc tỷ trọng đường càng cao thì mức thuế càng cao, được áp dụng tại 12 quốc gia/vùng lãnh thổ²⁴.

+ Thuế tuyệt đối theo mỗi gram đường có trong đồ uống: được áp dụng tại 6 quốc gia²⁵.

Bảng 1: Tỷ lệ quốc gia tính thuế TTĐB theo lượng đường tại 56 quốc gia/vùng lãnh thổ và 9 thành phố/vùng của Hoa Kỳ và Tây Ban Nha

	Phương pháp	Quốc gia (N=56)		Thành phố/vùng (N=9)
		n	% (*)	n
	<i>Trong nhóm quốc gia có áp dụng phương pháp thuế tỷ lệ</i>	23		0
1	Thuế tỷ lệ, không phân biệt lượng đường	21	37,5	
2	Thuế tỷ lệ, theo ngưỡng đường	2	3,6	
	<i>Trong nhóm quốc gia có áp dụng phương pháp thuế tuyệt đối</i>	38		9
3	Thuế tuyệt đối không phân biệt lượng đường	20	35,7	8
4	Thuế tuyệt đối theo ngưỡng đường	12	3,6	1
5	Thuế tuyệt đối trên mỗi số gram đường có trong đồ uống	6	10,7	

20 Argentina, SaintKis Nevis, San Vincent& Grenadine, Benmuda, Panama, Nicaragua, Saudi Arania, Bahrain, Qatar, United Arab Emirates, Oman, Tuvalu, Ecuador (đồ uống hàm lượng đường<= 25g/lít đồ uống và các loại nước tăng lực), El Salvador (đa số sản phẩm) và Thái Lan.

21 Barbado, Brazil, Paraway, Mexico (chỉ áp dụng với đồ uống năng lượng/nước tăng lực) và Dominica (đa số sản phẩm).

22 Kiribati.

23 Seychelles, Bolivia, Belize, Guatemala, Honduras, Uruguay, Suriname, Na Uy, Phần Lan, Bỉ, Hungary, St Helena (Anh), Philippine, Fiji, American Samoa, Vanuatu, Samoa, Mexico (đa số sản phẩm), El Salvador (đồ uống tăng lực), và Dominica (đồ uống có ga).

24 Tonga, French Polynesia, Brunei, Malaysia, Thái Lan, Estonia, Bồ Đào Nha, Tây Ban Nha, Pháp, Ireland, Vương quốc Anh và Latvia.

25 Đảo Cook, Sri Lanka, Ba Lan, Ecuador, Nam Phi, Mauritius.

(*) *Cộng tổng > 100% do có 5 quốc gia áp dụng 2 phương pháp thuế*²⁶

+ *Về mức thuế suất*

Mức thuế suất của các quốc gia khá đa dạng. Với các quốc gia áp dụng phương pháp thuế tuyệt đối, do có sự khác nhau về đơn vị tiền tệ, đơn vị thể tích và sức mua tương đương nên các tác giả không so sánh thuế suất giữa các quốc gia.

Trong số 56 quốc gia, 41% áp dụng cùng mức thuế cho tất cả các sản phẩm ĐUCĐ chịu thuế TTĐB; 59% (33 quốc gia) áp dụng thuế suất khác nhau, trong đó 19 quốc gia áp dụng mức thuế khác nhau tùy theo lượng đường có trong sản phẩm và 14 quốc gia áp dụng các mức thuế khác nhau tùy loại nhóm sản phẩm ĐUCĐ. 14 quốc gia này có một số điểm tương đồng trong quy định mức thuế như sau: (1) Sản phẩm dạng cô đặc dùng để pha chế ĐUCĐ chịu mức thuế cao hơn; (2) Sản phẩm nước tăng lực chịu mức thuế cao hơn các đồ uống khác. Philippines là quốc gia duy nhất phân biệt loại chất tạo ngọt, theo đó ĐUCĐ có chất tạo ngọt là xi-rô ngô có hàm lượng fructose cao chịu thuế suất cao hơn các ĐUCĐ được làm ngọt bằng các chất tạo ngọt khác.

Trong số các quốc gia có áp dụng phương pháp thuế tỷ lệ và có thông tin về thuế suất, một số quốc gia ở Trung Á (Qatar, Bahrain...) áp mức thuế rất cao trên giá bán lẻ: 100% đối với đồ uống tăng lực/có ga và 50% đến 100% với các ĐUCĐ khác. Bermuda (Châu Mỹ) áp hai mức thuế suất: mức 50% giá bán lẻ đối với nước khoáng và nước có ga có thêm đường hoặc chất tạo ngọt khác hoặc thêm hương liệu, và mức 15% đối với các sản phẩm khác. Ở Panama và Saints Vincent & Grenadines, thuế suất giao động từ 5-10% giá bán lẻ. Dominica áp mức thuế 10% giá xuất xưởng với mọi ĐUCĐ trừ đồ uống có ga. Kiribati là quốc gia duy nhất áp thuế tỷ lệ theo giá bán

si, với thuế suất 40% cho mọi ĐUCĐ thuộc danh mục chịu thuế TTĐB.

7/8 thành phố của Hoa Kỳ áp dụng cùng mức thuế trên giá bán lẻ cho tất cả các sản phẩm ĐUCĐ chịu thuế. Riêng Seattle áp dụng mức thuế cao hơn với các ĐUCĐ là sản phẩm của các tập đoàn có doanh thu lớn.

5. Bàn luận

- Sản phẩm đồ uống có đường chịu thuế tiêu thụ đặc biệt

Đồ uống có chứa đường tự do *bất kể là đường tự nhiên hay được làm ngọt bằng đường tự nhiên hay chất tạo ngọt nhân tạo tạo calo đều cần chịu thuế TTĐB*. Một số quốc gia đã áp dụng thuế đối với tất cả các sản phẩm ĐUCĐ chứa đường tự do theo định nghĩa của WHO.

Lựa chọn phương pháp thuế tiêu thụ đặc biệt đối với đồ uống có đường

WHO nhấn mạnh việc lựa chọn phương pháp thuế đối với ĐUCĐ cần tương đồng với các mục tiêu cốt lõi của chính sách thuế TTĐB của mỗi quốc gia. Nếu mục tiêu là giảm lượng đường tiêu thụ thì tính thuế dựa trên hàm lượng đường trong đồ uống sẽ giúp hiện thực hóa mục tiêu tốt hơn bởi tạo ra mức chênh lệch lớn hơn về giá giữa các sản phẩm ĐUCĐ trong cùng một nhóm ngành hàng, có xu hướng khiến người tiêu dùng chuyển sang sử dụng các sản phẩm có hàm lượng đường ít hơn, đồng thời tạo động lực để doanh nghiệp tái cơ cấu, ưu tiên sản xuất các sản phẩm ít đường hơn.

Về phương pháp thuế, nếu mục tiêu là tạo thu ngân sách thì phương pháp thuế tuyệt đối không phân biệt lượng đường trong các loại đồ uống khác nhau có thể tạo số thu lớn hơn nhưng không có tác dụng khuyến khích doanh nghiệp tái cơ cấu, cắt giảm các sản phẩm có hàm lượng đường cao, gia tăng sản phẩm có hàm lượng đường thấp hoặc không

26 Thái Lan, Mexico, Dominica, El Salvador và Ecuador.

bổ sung đường. So với phương pháp thuế tỷ lệ thì thuế tuyệt đối ưu việt hơn do (1) làm tăng giá của tất cả các sản phẩm chịu thuế theo cách giống nhau, (2) tránh được gian lận thương mại về giá, (3) giá tăng cao hơn, (4) dễ quản lý và (5) đảm bảo ổn định được số thuế thu vào hơn (không biến động theo giá của sản phẩm)²⁷. Thuế tuyệt đối cần được điều chỉnh thường xuyên theo mức lạm phát và tăng trưởng thu nhập của người dân²⁸. Phương pháp thuế tỷ lệ có thể kém hiệu quả hơn trong việc giảm tiêu thụ, có thể làm rộng khoảng cách giá giữa sản phẩm đắt tiền và rẻ tiền, vì vậy vô hình trung, có thể khiến người tiêu dùng chuyển sang các sản phẩm rẻ tiền hơn. Điều này đi ngược lại mục tiêu y tế công cộng khi sử dụng công cụ thuế TTĐB²⁹. Với phương pháp thuế tỷ lệ, cần sử dụng giá bán lẻ làm cơ sở tính thuế thay cho giá xuất xưởng vì thuế suất tính theo giá xuất xưởng thường không làm tăng đáng kể giá bán lẻ³⁰.

Tổng quan này cho thấy đa số các quốc gia đã lựa chọn phương pháp thuế TTĐB mang tính ưu việt hơn: trong 56 quốc gia, gần 36% quốc gia tính thuế theo ngưỡng đường và số quốc gia áp dụng phương pháp này ngày càng tăng; 2/3 có áp dụng phương pháp thuế tuyệt đối hoặc hỗn hợp. Trong số 1/3 các quốc gia áp dụng phương pháp thuế tỷ lệ, 74% các quốc gia sử dụng giá bán lẻ làm cơ sở tính thuế.

- *Mức thuế suất*

Các bằng chứng khoa học cho thấy với mục tiêu giảm mức tiêu thụ ĐUCĐ ở mức đủ để phòng ngừa các bệnh béo phì và đái tháo đường thì mức thuế với ĐUCĐ phải đảm bảo tăng giá bán lẻ lên ít nhất là 20%,^{31,32}. Do có sự khác nhau về đơn vị tiền tệ và sức mua tương đương và thiếu thông tin nên trong nghiên cứu này, các tác giả chưa tổng hợp được tỷ lệ quốc gia đạt mức khuyến cáo này.

Kinh nghiệm thành công: chính sách thuế TTĐB năm 2018 của Vương Quốc Anh

Phương pháp: thuế tuyệt đối theo ngưỡng đường với 2 mức thuế suất: 18 xu/lít với đồ uống có từ 5-8gam đường/100ml và 24 xu/lít với đồ uống có >8 gam đường/100ml; miễn thuế với đồ uống có ngưỡng đường <5g/100ml, sản phẩm sữa không bổ sung đường, đồ uống từ nước ép hoa quả nguyên chất không bổ sung đường, đồ uống có chất tạo ngọt ít calo.

Đáp ứng của nhà sản xuất đồ uống: nhanh chóng cơ cấu lại sản phẩm, giảm lượng đường trong ĐUCĐ³³.

Hiệu quả của chính sách thuế: Tỷ trọng đồ uống có hàm lượng đường > 5g/100ml giảm mạnh từ 49% (2015) xuống 15% (2019)³⁴; Trung bình, lượng đường trên 100ml trong các đồ uống chịu thuế giảm 43,7%; tổng lượng đồ uống chịu thuế bán ra tăng 15% nhưng tổng đường tiêu thụ từ đồ uống chịu thuế giảm 35,4% trong kỳ đánh giá (2015-2019)³⁵.

Việc doanh nghiệp tái cơ cấu sản phẩm đã giúp loại bỏ được 47 nghìn tấn đường/năm từ ĐUCĐ³⁶. Đáng chú ý, sau 1 năm, tổng lượng đồ uống chịu thuế và không chịu thuế tiêu thụ không thay đổi nhưng lượng đường tiêu thụ từ ĐUCĐ giảm 10%. Chính sách thuế TTĐB dường như không ảnh hưởng bất lợi đến doanh nghiệp³⁷.

Chính sách thuế đã giúp giảm 8% số trẻ gái độ tuổi 10-11 bị béo phì/năm, tương đương 5.234 trường hợp³⁸.

27 World Health Organization 2016. Fiscal policies for diet and prevention of noncommunicable diseases. Geneva: World Health Organization; 2015 [Internet]. [cited 2021 June 6]. Available from: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/250131/9789241511247-eng.pdf?sequence=1> [Google Scholar].

28 World Bank 2020. Taxation on Sugar sweetened Beverages: International Evidence and Experiences. World Bank.

6. Kết luận

Thuế TTĐB là công cụ thuế phổ biến nhất được áp dụng nhằm giảm mức tiêu thụ đường từ ĐUCĐ. Năm 2020, ít nhất 56 quốc gia/vùng lãnh thổ và 9 thành phố/vùng của Hoa Kỳ và Tây Ban Nha áp dụng thuế TTĐB với ĐUCĐ.

Tất cả các sản phẩm ĐUCĐ theo khái niệm của WHO đều đã được áp thuế TTĐB, kể cả các sản phẩm sữa có đường và nước ép trái cây nguyên chất hoặc bổ sung đường ở một số quốc gia. Hầu hết các quốc gia đều quy định danh mục các sản phẩm ĐUCĐ được miễn trừ thuế TTĐB.

Các khuyến cáo về phương pháp thuế và tính thuế TTĐB ưu việt hơn đã được đa số các quốc gia lựa chọn. Trong số 56 quốc gia, gần 36% tính thuế theo lượng đường với nguyên tắc lượng đường càng cao thì mức thuế càng lớn; 2/3 các quốc gia có áp dụng

phương pháp thuế tuyệt đối, cao hơn đáng kể so với tỷ lệ quốc gia có áp dụng phương pháp thuế tỷ lệ. Đối với các quốc gia áp dụng phương pháp thuế tỷ lệ, 2/3 các quốc gia sử dụng giá bán lẻ để làm cơ sở tính thuế.

Gần 60% các quốc gia áp dụng mức thuế suất khác nhau cho các sản phẩm ĐUCĐ, tùy hàm lượng đường có trong đồ uống hoặc tùy loại sản phẩm ĐUCĐ. Ngưỡng đường được sử dụng làm cơ sở tính thuế suất khác nhau giữa các quốc gia.

Trong nhóm quốc gia sử dụng phương pháp thuế tỷ lệ, một số quốc gia ở Trung Á và Châu Mỹ áp dụng mức thuế cao ($\geq 50\%$ giá bán lẻ).

7. Khuyến nghị

Để góp phần giảm mức tiêu thụ đường/bình quân đầu người, giảm tình trạng tiêu thụ đồ uống có đường vượt quá mức khuyến

29 Alvarado M., Unwin N., Sharp S.J., Hambleton I., Murphy M.M., Samuels T.A., et al. Assessing the impact of the Barbados sugar-sweetened beverage tax on beverage sales: an observational study. *Int J Behav Nutr Phys Act.* 2019; 16(1):13. <https://doi.org/10.1186/s12966-019-0776-7> PMID: 30700311.

30 Brownell K.D., Farley T., Willett W.C., Popkin B.M., Chaloupka F.J., Thompson J.W., Ludwig D.S. The public health and economic benefits of taxing sugar-sweetened beverages. *N Engl J Med.* 2009 Oct 15; 361(16):1599-605. doi: 10.1056/NEJMhpr0905723. Epub 2009 Sep 16. Erratum in: *N Engl J Med.* 2010 Apr 1; 362(13):1250. PMID: 19759377; PMCID: PMC3140416.

31 Powell L.M., Chriqui J.F., Khan T., Wada R., Chaloupka F.J. Assessing the potential effectiveness of food and beverage taxes and subsidies for improving public health: a systematic review of prices, demand and body weight outcomes. *Obes Rev.* 2013 Feb;14(2):110-28. doi: 10.1111/obr.12002. Epub 2012 Nov 23. PMID: 23174017; PMCID: PMC3556391.

32 World Health Organization 2015. Fiscal policies for diet and prevention of noncommunicable diseases. Geneva: World Health Organization.

33 UK Government 2018. Soft Drinks Industry Levy comes into effect. London, England.. Available from: [https://www.gov.uk/government/news/...](https://www.gov.uk/government/news/)

34 Scarborough P., Adhikari V., Harrington R.A., Elhussein A., Briggs A., et al. 2020. Impact of the announcement and implementation of the UK Soft Drinks Industry Levy on sugar content, price, product size and number of available soft drinks in the UK, 2015-19: A controlled interrupted time series analysis. *PLoS Medicine*; 17(2):e1003025. Available from: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/32045418>.

35 Public Health England. Sugar reduction: Report on progress between 2015 and 2019. London: PHE, 2020. Available from: <https://www.gov.uk/government/publications/>.

36 World Cancer Research Fund International. 2023. Looking back at 5 years of the UK soft drinks industry levy. <https://www.wcrf.org/looking-back-at-5-years-of-the-uk-soft-drinks-industry-levy/>

37 Pell D., Mytton O., Penney T.L., et al. 2021. Changes in soft drinks purchased by British households associated with the UK soft drinks industry levy: controlled interrupted time series analysis. *BMJ (Clinical Research ed.)*. 2021 Mar; 372:n254. DOI: 10.1136/bmj.n254. PMID: 33692200; PMCID: PMC7944367.

38 Rogers N.T., Cummins S., Forde H., Jones C.P., Mytton O., et al. (2023) Associations between trajectories of obesity prevalence in English primary school children and the UK soft drinks industry levy: An interrupted time series analysis of surveillance data. *PLOS Medicine* 20(1): e1004160. <https://doi.org/10.1371/journal.pmed.1004160>.

ngiht hiện nay ở nước ta, cần sớm áp thuế TTĐB với ĐUCĐ- thể chế hóa đường lối, chủ trương của Đảng về tăng thuế TTĐB với các hàng hóa có hại cho sức khỏe như đồ uống có cồn, có ga...³⁹. Thực hiện nhiệm vụ do Chính phủ giao tại Nghị định số 43/2017/NĐ-CP ngày 14/4/2017 về nhãn hàng hóa, Bộ Y tế đang xây dựng Thông tư hướng dẫn về nội dung, cách ghi thành phần dinh dưỡng, trong đó có ghi nhãn hàm lượng đường đối với sản phẩm thực phẩm⁴⁰. Thông tư này sẽ là cơ sở pháp lý để nhà sản xuất công bố hàm lượng đường có trong ĐUCĐ, qua đó cơ quan thuế có thể tra cứu, áp thuế với ĐUCĐ.

Từ kinh nghiệm quốc tế về phương pháp thuế TTĐB với ĐUCĐ và thực trạng tiêu dùng ĐUCĐ trong nước, nhóm nghiên cứu đề xuất một số khuyến nghị sau:

- Phương pháp tính thuế tiêu thụ đặc biệt

Để thay đổi thói quen của người tiêu dùng trong nước sang sử dụng các sản phẩm đồ uống chứa ít đường hoặc không bổ sung đường, tạo động lực để nhà sản xuất cơ cấu lại sản phẩm, giảm lượng đường có trong đồ uống; đồng thời hạn chế ảnh hưởng của chính sách thuế TTĐB đến doanh nghiệp, phương pháp thuế tuyệt đối hoặc hỗn hợp theo ngưỡng đường có trong đồ uống cần ưu tiên nghiên cứu. Điều này hoàn toàn phù hợp với định hướng “nghiên cứu áp dụng kết hợp giữa thuế suất theo tỷ lệ và thuế suất tuyệt đối đối với một số hàng hóa, dịch vụ chịu thuế” mà Chiến lược cải cách thuế

TTĐB cho giai đoạn 2021-2030 ở nước ta đã đề cập⁴¹.

- Sản phẩm đồ uống có đường chịu thuế tiêu thụ đặc biệt

Mức tăng trưởng tiêu dùng cao của các nhóm sản phẩm có thành phần là nước ép hoa quả, thức uống thể thao và nước tăng lực, các loại trà uống liền... giai đoạn 2010-2019 và dự báo mức tăng trưởng dương tiếp tục trong giai đoạn tới⁴² cho thấy các sản phẩm đồ uống này sẽ tiếp tục góp phần làm tăng lượng đường tiêu thụ bình quân đầu người ở nước ta. Các tác giả đề xuất áp thuế TTĐB với tất cả các ĐUCĐ theo định nghĩa của WHO đang lưu hành trên thị trường đồ uống nước ta. Trong ngắn hạn, có thể nghiên cứu chưa áp thuế TTĐB với: (1) sản phẩm nước ép trái cây không bổ sung đường, (2) sữa và các sản phẩm từ sữa có hàm lượng đường thấp (như sữa ít đường) để tạo sự khác biệt về mức giá giữa các sản phẩm có hàm lượng đường thấp và đường cao. Từ đó, khuyến khích người tiêu dùng sử dụng sản phẩm ít đường, tạo động lực để doanh nghiệp cắt giảm giảm lượng đường trong đồ uống.

- Mức thuế suất

Các cơ quan chuyên môn cần nghiên cứu các phương án thuế suất thuế TTĐB đủ lớn nhằm tăng giá bán lẻ ĐUCĐ ở nước ta lên ít nhất là 20%. Cần đánh giá tác động của các phương án thuế, cung cấp bằng chứng khoa học làm căn cứ lựa chọn chính sách thuế đủ mạnh, đạt được mục tiêu cốt lõi bảo vệ sức khỏe nhân dân./.

39 Nghị quyết số 20-NQ/TW ngày 25/10/2017 của Ban Chấp hành Trung ương Đảng về tăng cường công tác bảo vệ, chăm sóc và nâng cao sức khỏe nhân dân trong tình hình mới.

40 Bộ Y tế. Dự thảo Thông tư hướng dẫn ghi nhãn dinh dưỡng. <https://thuvienphapluat.vn/van-ban/The-thao-Y-te/Thong-tu-ghi-nhan-dinh-duong-doi-voi-thuc-pham-509492.aspx>. Truy cập 05/06/2022.

41 Sau 10 năm (2010 đến 2019), qua kênh bán trực tiếp đến người tiêu dùng (on-trade) lượng tiêu thụ đồ uống có ga tăng gấp 2,9 lần, nước ép trái cây tăng 6,3 lần, thức uống thể thao và nước tăng lực tăng gấp 3,7 lần và các loại trà uống liền có đường tăng 3,5 lần (Euromonitor 2020. Soft drinks in Viet Nam. Country report. Dec 2020. Retrieved 14 September 2021).

HÌNH THỨC CỦA HỢP ĐỒNG LIÊN QUAN ĐẾN BẤT ĐỘNG SẢN Ở MỘT SỐ QUỐC GIA TRÊN THẾ GIỚI VÀ HÀM Ý CHÍNH SÁCH CHO VIỆT NAM

TS. Đỗ Giang Nam,

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

Thông tin bài viết

Từ khóa: Hình thức hợp đồng, văn bản công chứng, chức năng chứng cứ, chức năng cảnh báo, chức năng định hướng.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài: 29/04/2023

Biên tập: 14/05/2023

Duyệt bài: 16/05/2023

Article Information

Keywords: Formalities of contract; notarial documents; evidentiary function; cautionary function; channelling function.

Article History:

Received: 29 Apr. 2023

Edited: 14 May 2023

Approved: 16 May 2023

Tóm tắt:

Trong bài viết này, tác giả khái quát về hình thức hợp đồng liên quan đến bất động sản tại một số quốc gia tiêu biểu trên thế giới, trong đó tập trung vào triết lý về chức năng của hợp đồng trọng thức, nội dung và hậu quả pháp lý của vi phạm quy định hình thức và học thuyết về văn hồi hiệu lực hợp đồng để bảo vệ bên ngay tình. Trên cơ sở đó, tác giả đưa ra một số kiến nghị để góp phần hoàn thiện pháp luật Việt Nam về hình thức hợp đồng liên quan đến bất động sản.

Abstract:

Within this article, the author provides a brief introduction to contract formalities related to immovable properties in several jurisdictions in the world, focusing on the philosophy of the function of formalities, the types of formalities, the legal consequences for violating the formal requirements, and the doctrine of healing the validity of contracts to protect the legitimate interests of the bona fide party. From the studied ground, the author also makes several recommendations to improve Vietnamese law on formalities related to immovable properties.

1. Khái quát chung về hình thức của hợp đồng liên quan đến bất động sản ở một số quốc gia trên thế giới

Ý niệm về tự do hình thức là tư tưởng chủ đạo của pháp luật hợp đồng hiện đại: hợp đồng sẽ được xác lập và phát sinh hiệu lực ràng buộc ngay khi các bên đạt được sự thống nhất ý chí¹. Tuy nhiên, các hợp đồng liên quan đến bất động sản ở nhiều quốc gia thường được xem là những hợp đồng

trọng thức, theo đó sự thoả thuận giữa các bên phải thể hiện dưới hình thức chứng thư văn bản hay văn bản công chứng, chứng thực². Quy định chung của các quốc gia theo truyền thống Thông luật hiện nay như ở Anh, và hầu hết các bang của Hoa Kỳ là các hợp đồng chuyển nhượng quyền lợi đối với bất động sản đều phải đáp ứng yêu cầu chặt chẽ về hình thức chứng thư văn bản. Tương tự như vậy, ở nhiều quốc gia theo

1 Xem Điều 2:101 Bộ nguyên tắc Luật hợp đồng Châu Âu, Điều 4:101 Bộ Khung Tham chiếu Chung; Xem thêm lịch sử phát triển của nguyên tắc tự do hình thức Zimmermann, R., *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, 1996, 86.

2 Smits Jan M, *Contract Law: A Comparative Introduction*, Edward Elgar Publishing, 2021, p.104.

truyền thống Dân Luật như Đức, Hà Lan... việc chuyển nhượng bất động sản đều phải lập thành văn bản công chứng. Quy định này có thể làm dấy lên những quan ngại rằng việc buộc các loại hợp đồng trên phải được thể hiện dưới những hình thức nhất định sẽ làm tăng chi phí giao dịch, thậm chí can thiệp thái quá vào nguyên tắc tự do hợp đồng. Mặt khác, trong một số trường hợp, việc đặt nặng chủ nghĩa hình thức hợp đồng có thể dẫn đến hậu quả bất công cho một bên hợp đồng khi phía bên kia lạm dụng quy định hình thức để yêu cầu tuyên bố hợp đồng vô hiệu. Vì vậy, vấn đề cốt lõi cần đặt ra là xây dựng cơ chế cho phép cân bằng nhu cầu bảo vệ tính an toàn pháp lý của hệ thống nhưng đồng thời đáp ứng đòi hỏi về bảo đảm công lý trong những trường hợp cụ thể.

Xét từ góc độ tiếp cận lịch sử và so sánh pháp luật, trên thế giới đã chứng kiến nhiều cuộc tranh luận học thuật và lập pháp về hình thức của hợp đồng liên quan đến bất động sản ở cả các quốc gia theo truyền thống Dân luật lẫn các quốc gia theo truyền thống Thông luật. Các cuộc tranh luận này thường xoay quanh những vấn đề cốt lõi như (i) Triết lý, chức năng của quy định hợp đồng trọng thức; (ii) Nội dung và hậu quả pháp lý của việc vi phạm quy định hình thức; (iii) Học thuyết về văn hồi hiệu lực hợp đồng (Healing/Curing doctrine) để bảo vệ quyền lợi chính đáng của bên ngay tình³. Bên cạnh đó, quy định về hình thức của hợp đồng liên quan đến bất động sản cũng

được cho là cần đánh giá một cách hệ thống trong mối liên quan mật thiết đến mô hình chuyển quyền sở hữu bất động sản ở từng quốc gia⁴.

2. Triết lý lập pháp về chức năng của hình thức hợp đồng liên quan đến bất động sản

Việc buộc các hợp đồng liên quan đến chuyển nhượng các quyền lợi trên bất động sản phải đáp ứng các điều kiện hình thức có thể bị phê bình là đi ngược lại nguyên tắc tự do hình thức, tạo ra gánh nặng, chi phí giao dịch đáng kể cho các bên, thậm chí được coi là dấu hiệu của “nhà nước phụ mẫu” (paternalistic state) can thiệp thái quá vào quyền tự do hợp đồng.⁵ Tuy nhiên, hầu hết các nền tài phán trên thế giới đều quy định hợp đồng liên quan đến chuyển nhượng các quyền lợi trên bất động sản là những hợp đồng trọng thức.⁶ Ở Anh quốc, một trong những nền tài phán điển hình nhất của tinh thần “tự do hợp đồng”, khi thảo luận về nhu cầu và phương thức cải cách hình thức hợp đồng chuyển nhượng bất động sản vào năm 1987, Ủy ban Pháp Luật Anh đã nhấn mạnh rằng các hình thức các hợp đồng liên quan đất đai phải được nhìn nhận và đánh giá khác so với nguyên tắc tự do hình thức hợp đồng thông thường, bởi lẽ cho đến nay đối với nhiều cá nhân, một trong những giao dịch quan trọng nhất trong đời sống của họ chính là những giao dịch liên quan đến việc mua bán nhà ở hoặc bất động sản.⁷ Những hợp đồng này hàm chứa những vấn đề pháp lý phức tạp, và cần có thời gian xem xét và cân nhắc hết sức thận trọng, vì vậy chúng

3 Hugh Beale et al, Cases, Materials and Text on Contract Law, Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe, 2nd ed., Oxford (Hart Publishing) 2010, Chapter 12.

4 Sjeff van Erp and Bram Akkermans (eds.), Cases, Materials and Text on Property Law, Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe, Oxford (Hart) 2012, Chapter 8.

5 Hogg, Martin. Promises and contract law: comparative perspectives. Cambridge University Press, 2011, p.281.

6 Law Commission, Transfer of Land: Formalities for Contracts for Sale Etc. of Land (Law Commission No.164, 1987), Appendix C A Table comparing the formalities for a contract for the sale of land required by different legal systems.

7 Law Commission, Transfer of Land: Formalities for Contracts for Sale Etc. of Land (Law Commission No.164, 1987). Part 2.8

xứng đáng phải được thể hiện bằng chứng thư trọng thức.⁸

Trong nghiên cứu về hình thức hợp đồng trong truyền thống Thông Luật, giáo sư Lon Fuller đã lập luận rằng, hình thức trọng thức của hợp đồng thực hiện ba chức năng căn bản bao gồm chức năng chứng cứ (Evidentary function), chức năng cảnh báo (Cautionary function), chức năng định hướng (Chanelling function).⁹ Tương tự, từ góc nhìn truyền thống Dân luật, các giáo sư Konrad Zweigert và Hein Kötz cũng nhấn mạnh quy định về hình thức hợp đồng là cần thiết nếu nó góp phần đáp ứng vai trò chứng cứ, vai trò cảnh báo trong một số giao dịch quan trọng.¹⁰ Đây là những lý thuyết chung nền tảng để xem xét chức năng của hình thức đối với các hợp đồng liên quan đến bất động sản.

2.1. Chức năng chứng cứ (Evidentary function)

Chức năng quan trọng đầu tiên của hợp đồng trọng thức chính là chức năng chứng cứ để chứng minh về sự tồn tại của thỏa thuận cũng như nội dung của sự thỏa thuận giữa các bên. Ở hầu hết các nền tài phán, việc các giao dịch liên quan đến bất động sản phải lập thành văn bản, hay chứng thư công chứng được xem là bằng chứng chính xác và thuyết phục về các điều khoản ràng buộc của hợp đồng, qua đó góp phần bảo đảm tính an toàn pháp lý trong giao dịch, giảm thiểu các tranh chấp về hợp đồng trong tương lai.

Trong hệ thống Thông luật, quy định hợp đồng phải lập thành văn bản trọng thức được lý giải từ góc độ văn bản là bằng chứng hữu hiệu nhất để chứng minh sự thống nhất ý chí và nội dung nghĩa vụ của các bên.¹¹ Hơn thế, từ quan điểm của các bên tham gia quan hệ hợp đồng, hình thức trọng thức của hợp đồng sẽ có tác dụng khuyến khích các bên tôn trọng và thực hiện hợp đồng của họ. Khi các hợp đồng được xác lập bằng văn bản, nó sẽ củng cố tính tự giác tuân thủ hợp đồng của các chủ thể, từ đó góp phần giảm thiểu các vi phạm hợp đồng.¹² Vì vậy, từ góc nhìn chi phí giao dịch, mặc dù việc buộc các hợp đồng về chuyển nhượng quyền lợi trên bất động sản có thể làm gia tăng chi phí giao dịch ban đầu cho các bên, nhưng việc quy định về hình thức này có thể giúp phòng tránh đáng kể các tranh chấp trong tương lai giữa các bên về ý định xác lập và nội dung hợp đồng.¹³

Trong truyền thống Dân luật, các học giả cũng nhấn mạnh vai trò bằng chứng là một lý do chính đáng để thắt chặt yêu cầu về mặt hình thức đối với hợp đồng chuyển nhượng bất động sản¹⁴. Việc tuân thủ hình thức của hợp đồng chuyển nhượng bất động sản sẽ là bằng chứng đáng tin cậy để chứng minh cho sự tồn tại của thỏa thuận hợp đồng giữa các bên và nội dung quyền và nghĩa vụ của các bên phát sinh từ sự thỏa thuận đó (Beweisfunktion).¹⁵ Vì vậy, nó được kỳ vọng sẽ giảm thiểu các tranh chấp, hoặc chí ít sẽ có vai trò rút ngắn thời gian và đơn

8 Law Commission, Transfer of Land: Formalities for Contracts for Sale Etc. of Land (Law Commission No.164, 1987). Part 2.8.

9 Fuller Lon L, "Consideration and form", Columbia Law Review 41.5 (1941), 800.

10 Konrad Zweigert, Hein Kötz, Introduction To Comparative Law, T. Weir trans. 2ed (1998), 392-393.

11 Joseph M. Perillo, "The Statute of Frauds in Light of the Functions and Dysfunctions of Form" 43 Fordham L. Rev. 39, 64-69 (1974). Fuller, Lon L, "Consideration and form", Columbia Law Review 41.5 (1941), 801.

12 Michael Braunstein, "Remedy, Reason, and the Statute of Frauds: A Critical Economic Analysis", 1989 Utah L. Rev. 383, 425 (1989).

13 Eric Posner "Norms, Formalities, and the Statute of Frauds: A Comment" 144 U. PA. L. Rev. 1971 (1996) 1984.

14 Hein Kötz, European contract law, Oxford University Press, 2017, p.75

15 Markesinis, Basil S., Hannes Unberath, and Angus C. Johnston. The German law of contract: A comparative treatise. Bloomsbury Publishing, 2006, p.84.

giản hóa các thủ tục pháp lý nếu tranh chấp phát sinh.

2.2. Chức năng cảnh báo (*Cautionary function/ Warnfunktion*)

Chức năng quan trọng thứ hai của quy định hợp đồng trọng thức là chức năng cảnh báo giúp các bên trong quan hệ hợp đồng thấu hiểu được bản chất và ý nghĩa, hệ quả pháp lý phát sinh từ hợp đồng và do đó phòng tránh việc ra quyết định một cách thiếu cẩn trọng. Ở hầu hết các quốc gia, các giao dịch mua bán bất động sản thường là các giao dịch có giá trị lớn, chiếm một phần quan trọng trong toàn bộ sản nghiệp của cá nhân, đồng thời nó liên quan đến hệ quả pháp lý hệ trọng về quyền và nghĩa vụ của các bên; vì vậy, hệ thống pháp luật phải có cơ chế hữu hiệu để thông tin, cảnh báo cho các bên suy nghĩ thận trọng và thấu đáo trước khi thể hiện ý chí kết ước.

Trong hệ thống Thông luật, hình thức trọng thức của hợp đồng được lập luận từ góc độ chức năng của nó như một biện pháp kiểm tra, cảnh báo để phòng chống các hành vi thiếu cân nhắc thấu đáo và bất cẩn của chủ thể¹⁶. Chức năng cảnh báo này ở khía cạnh khác có thể ngăn ngừa rủi ro của thỏa thuận miệng hay thậm chí những sai lầm do sử dụng ngôn ngữ bất cẩn chính trong văn bản hợp đồng, vì thế có thể góp phần khuyến khích việc soạn thảo các điều khoản hợp đồng một cách thận trọng trong các giao dịch quan trọng như hợp đồng liên quan đến bất động sản¹⁷. Trên thực tế, vai trò của chức năng cảnh báo là lập luận chủ chốt của cơ quan lập pháp Anh khi đưa ra quy định

yêu cầu chặt chẽ hơn về hình thức văn bản theo luật định đối với các hợp đồng chuyển nhượng quyền lợi liên quan đất đai¹⁸.

Trong hệ thống Dân luật, việc quy định hợp đồng chuyển nhượng bất động sản phải được lập thành văn bản có công chứng cũng được luận giải từ nhu cầu cảnh báo các bên (hoặc một trong các bên) rằng họ sắp thực hiện một hành vi pháp lý sẽ dẫn đến hệ quả pháp lý quan trọng cho các bên (*Warnfunktion*)¹⁹. Trong đó, công chứng viên – với tư cách là người am hiểu pháp luật - sẽ đóng vai trò quan trọng để thông tin, cảnh báo về bản chất, nội dung, ý nghĩa của giao dịch. Từ góc độ đó, việc yêu cầu hình thức hợp đồng là văn bản có công chứng sẽ khiến các chủ thể nhận thức được một cách sâu sắc về hệ quả pháp lý của giao dịch, khuyến khích và tư vấn cho họ suy nghĩ kỹ lưỡng và nghiêm túc khi đưa các quyết định giao kết hợp đồng (“*Warnzweck*”)²⁰.

2.3. Chức năng định hướng (*Chanelling function*)

Chức năng định hướng đặt yêu cầu cụ thể hơn đối với hệ thống pháp luật về hình thức của hợp đồng. Chức năng này đòi hỏi các nền tài phán phải thiết lập quy định về hình thức là điều kiện có hiệu lực của hợp đồng một cách thật nhất quán, rõ ràng, minh bạch để từ đó các bên có thể được thông tin và định hướng chính xác về hậu quả pháp lý khi xác lập hợp đồng.

Trong hệ thống Thông Luật, chức năng định hướng được thể hiện ở việc hình thức văn bản có thể cung cấp một khung pháp lý hữu hiệu để các chủ thể thể hiện ý định của

16 Fuller Lon L, “Consideration and form”, *Columbia Law Review* 41.5 (1941), 805.

17 Michael Braunstein, “Remedy, Reason, and the Statute of Frauds: A Critical Economic Analysis”, 1989 *Utah L. Rev.* 383, 425 (1989), 425.

18 Law Commission, *Transfer of Land: Formalities for Contracts for Sale Etc. of Land* (Law Commission No.164, 1987), p 2.8.

19 Hein Kötz, *European contract law*, Oxford University Press, 2017, p.75

20 Markesinis, Basil S., Hannes Unberath, and Angus C. Johnston. *The German law of contract: A comparative treatise*. Bloomsbury Publishing, 2006, p.84.

mình một cách minh thị về mong muốn xác lập và chịu sự ràng buộc bởi hợp đồng.²¹ Từ đó, hình thức hợp đồng có chức năng tách biệt một cách rõ ràng thời điểm hợp đồng có hiệu lực với các giai đoạn đàm phán tiền hợp đồng trước đó. Bên cạnh đó, cũng có nhiều quan điểm lập luận rằng sự hiện diện của văn bản trọng thức báo hiệu mong muốn đích thực của các bên muốn thực thi nội dung hợp đồng.

Trong hệ thống Dân luật, chức năng thông tin và định hướng của hình thức hợp đồng hiển nhiên gắn liền với vai trò của công chứng viên trong việc tư vấn về nội dung hợp đồng trước khi các bên thể hiện sự ràng buộc bằng cách xác lập thỏa thuận (Beratungsfunktion).²² Đồng thời, tương ứng với lập luận của hệ thống Thông luật, các học giả trong truyền thống Dân luật cũng nhấn mạnh vai trò “xác định rõ ranh giới” xác lập hợp đồng (“Trennungslinie”) của hình thức hợp đồng²³. Theo đó, văn bản công chứng có chức năng vạch ra ranh giới rõ ràng giữa giai đoạn đàm phán hợp đồng và thời điểm xác lập quan hệ hợp đồng. Chức năng này được đánh giá là đặc biệt quan trọng đối với trong các giao dịch chuyển nhượng đất đai bởi lẽ các cuộc đàm phán giữa các bên thường kéo dài và phức tạp; việc buộc các hợp đồng phải lập bằng văn bản có thể định hướng các bên rằng các đàm phán hợp đồng chưa có giá trị ràng buộc cho đến khi xác lập hợp đồng chính thức bằng văn bản được công chứng.

3. Hình thức hợp đồng và hậu quả pháp lý của việc vi phạm hình thức hợp đồng

3.1. Hình thức hợp đồng liên quan chuyển nhượng quyền lợi trên bất động sản

Hợp đồng trọng thức yêu cầu sự thỏa thuận, thống nhất ý chí của các bên phải được thông thường được thể hiện tường minh dưới hình thức văn bản. Tuy nhiên, dạng thức văn bản cũng rất đa dạng: đó có thể là các hình thức cổ điển như văn bản yêu cầu viết tay đi kèm chữ ký của các bên hoặc là các hình thức hiện đại như thông điệp dữ liệu điện tử. Sự đa dạng của hình thức văn bản cũng gắn liền với lịch sử phát triển và văn hoá pháp lý đặc trưng của các nền tài phán khác nhau. Chẳng hạn, như ở nước Anh, mặc dù các quy tắc về “chứng thư”- deed đã có sự giản tiện khá nhiều, nhưng do quán tính của lịch sử, vẫn còn rất nhiều các hợp đồng chuyển nhượng quyền lợi trên bất động sản vẫn duy trì hình thức lễ nghi là văn bản có “niêm phong”- seal. Ở nhiều nước châu Âu lục địa, từ hàng trăm năm nay duy trì hình thức văn bản công chứng trong đó đặc trưng là sự tham gia của các công chứng viên- với tư cách là người am hiểu pháp luật và hành nghề chuyên nghiệp trong việc soạn thảo tư vấn hợp đồng- như là người gác cổng, cảnh báo những rủi ro và thúc đẩy an toàn pháp lý đối với các giao dịch quan trọng như chuyển nhượng bất động sản.

Trong hệ thống Thông luật, quy định chung hiện nay ở Anh,²⁴ và hầu hết các bang của Hoa Kỳ²⁵ là các hợp đồng chuyển nhượng quyền lợi đối với bất động sản đều phải được lập thành văn bản trọng thức. Yêu cầu chặt chẽ về hình thức này có nguồn gốc lịch sử từ một đạo luật chống nhằm phòng chống gian lận (Statute of Fraud) được ra đời năm 1677 ở Anh. Cụ thể, Đạo luật này đã được ban hành để yêu cầu một số loại

21 Lon L. Fuller, Consideration and Form, 41 COLUM. L. REV. 799 (1941) 805.

22 Markesinis, Basil S., Hannes Unberath, and Angus C. Johnston. The German law of contract: A comparative treatise. Bloomsbury Publishing, 2006, p.84.

23 Hein Kötz. European contract law. Oxford University Press, 2017, 75.

24 Law of Property Act 1925 (UK), s 40(1)- sửa đổi bởi Law of Property (Miscellaneous Provision) Act 1989.

25 American Law Institute, Restatement (Second) of Contract (1981) Ch 5 Statutory Note, com (a).

hợp đồng được xem là quan trọng, bao gồm hợp đồng chuyển nhượng các quyền lợi về đất đai, phải được chứng minh bằng văn bản nhằm tạo cơ sở cho tòa án có bằng chứng xác đáng bằng văn bản để bảo đảm thực thi hợp đồng²⁶. Điều 4 của Đạo luật này nhấn mạnh:

“...không có hành động nào sẽ được thực thi... dựa trên bất kỳ hợp đồng mua bán đất đai, nhà ở hoặc bất kỳ quyền lợi nào liên quan đến đất đai... trừ khi thỏa thuận đó ...phải được chứng minh thành văn bản (*evidenced in writing*) và có chữ ký của các bên”.

Hậu quả pháp lý của các hợp đồng mua bán đất bằng miệng là chúng không được bảo đảm thi hành một cách trực tiếp hoặc gián tiếp bởi Tòa án.

Cho đến thập niên 1980, mặc dù xu thế chung trong pháp luật hợp đồng Anh vẫn là tự do hoá và đa dạng về hình thức của hợp đồng; tuy nhiên, riêng đối với các giao dịch liên quan bất động sản lại xuất hiện những thảo luận chính sách về cải cách pháp luật theo hướng thắt chặt đáng kể yêu cầu hình thức hợp đồng văn bản theo luật định đối với hợp đồng liên quan chuyển nhượng quyền lợi trên bất động sản²⁷. Đạo Luật Tài sản năm 1989 (Law of Property (Miscellaneous Provision) Act 1989) quy định các hợp đồng đất đai phải được “lập bằng văn bản- made in writing”, thay vì chỉ “được chứng minh bằng văn bản (*evidenced in writing*)” như quy định trước đây²⁸. Bên cạnh đó, về mặt hậu quả pháp lý, việc thỏa thuận không đáp ứng quy định về hình thức nói trên sẽ không đơn thuần chỉ là vô hiệu “tương đối” – không

được bảo đảm bởi Tòa án, mà về bản chất có thể xem là vô hiệu “tuyệt đối” (no contract comes into existence)– không làm phát sinh bất kỳ hệ quả pháp lý nào giữa các bên kết ước. Lý giải về nhu cầu thắt chặt quy định về hình thức, thẩm phán Robert Walker đã nhấn mạnh rằng:

“Đạo luật năm 1989 là thể hiện chính sách lập pháp của Nghị viện, vì lợi ích chung của công chúng, rằng nhu cầu bảo đảm *tính xác định (certainty)* đối với việc hình thành các hợp đồng loại này cần được đánh giá là (giá trị) ưu tiên lớn hơn so với sự thất vọng của những chủ thể thực hiện các cuộc giao dịch không trọng thức khi họ phớt lờ các yêu cầu luật định”²⁹.

Trong hệ thống Dân luật, Đức và Hà Lan yêu cầu hợp đồng chuyển nhượng bất động sản phải được thực hiện bằng chứng thư công chứng (notarielle Beurkundung, authentieke akte). Theo quy định của Điều 311b Bộ luật Dân sự (BLDS) Đức (chỉnh sửa năm 2002) thì “Hợp đồng trong đó một bên đồng ý chuyển nhượng quyền sở hữu một mảnh đất phải được công chứng bởi một công chứng viên”. Vai trò của công chứng viên là “xác định ý chí của các bên, giải thích nội dung của giao dịch, hướng dẫn các bên về hậu quả pháp lý của giao dịch và ghi lại các tuyên bố của họ một cách minh bạch, rõ ràng”³⁰. Chứng thư công chứng, do đó, là quy định chặt chẽ nhất về hình thức, trong đó nó không chỉ yêu cầu chứng thư phải do ghi nhận khách quan ý chí đích thực của các bên, mà còn yêu cầu công chứng viên phải thông tin cảnh báo cho các bên về hậu quả pháp lý

26 Hugh Beale et al, Cases, Materials and Text on Contract Law, Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe, 2nd ed., Oxford (Hart Publishing) 2010, 226

27 Law Commission, Transfer of Land: Formalities for Contracts for Sale Etc. of Land (Law Commission No.164, 1987)

28 <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/34/contents>, truy cập ngày 25.4.2023.

29 Xem án lệ Yaxley v Gotts [1999] EWCA Civ J0624-23.

30 Điều 17 of the Beurkundungsgesetz of 28 August 1969 trích theo Markesinis, Basil S., Hannes Unberath, and Angus C. Johnston. The German law of contract: A comparative treatise. Bloomsbury Publishing, 2006, 83.

nghiêm trọng của tuyên bố ý chí của họ³¹. Theo quy định chung của Điều 125 BLDS Đức (chỉnh sửa năm 2002) “Hành vi pháp lý vi phạm điều kiện hình thức luật định sẽ vô hiệu”. Vì vậy, giao dịch chuyển nhượng bất động sản không được công chứng sẽ vô hiệu và không làm phát sinh hậu quả pháp lý giữa các bên.

Những phân tích trên cho thấy xu hướng quy định ngày càng chặt chẽ trong pháp luật của Anh và Đức về hình thức đối với giao dịch chuyển nhượng bất động sản. Từ góc độ hệ thống chức năng của hình thức đã phân tích, hình thức của hợp đồng trọng thức đối với giao dịch bất động sản một mặt được lý giải đơn thuần từ góc độ chức năng chứng cứ. Tuy nhiên, quan trọng hơn, việc quy định hình thức chặt chẽ, đặc biệt là chứng thư công chứng như trong pháp luật Đức được luận giải từ chức năng cảnh báo hướng tới bảo vệ các bên bằng cách bảo đảm rằng họ chỉ tham gia các giao dịch này sau khi đã xem xét nghiêm túc và thấu hiểu hậu quả của các hành vi của mình³².

3.2. Học thuyết văn hồi hiệu lực hợp đồng

Về nguyên tắc, như đã phân tích, việc không tuân thủ về hình thức sẽ dẫn đến hậu quả pháp lý là hợp đồng chuyển nhượng bất động sản sẽ vô hiệu và không làm phát sinh quyền và nghĩa vụ giữa các bên hợp đồng. Tuy nhiên, đôi khi việc áp dụng nghiêm ngặt nguyên tắc này lại dẫn đến những hậu quả bất công thái quá cho một bên trong quan hệ

hợp đồng. Chính vì vậy, trong quá trình cải cách quy định về hình thức hợp đồng chuyển nhượng bất động sản, Ủy ban pháp luật Anh đã nhấn mạnh

“Mặc dù điều hết sức cần thiết là không làm suy yếu nguyên tắc chung bảo đảm quy định về hình thức hợp đồng phải được tuân thủ; tuy nhiên, điều quan trọng không kém là hệ thống pháp luật cũng không nên cứng nhắc đến mức gây ra hậu quả khó khăn/bất công thái quá (unacceptable hardship) khi áp dụng triệt để nguyên tắc này”³³.

Vì vậy, nhiều tài phán đã đưa ra các quy tắc ngoại lệ cho phép thừa nhận hiệu lực hợp đồng không tuân thủ điều kiện luật định về hình thức để bảo vệ quyền lợi chính đáng của bên ngay tình trong giao dịch và bảo đảm tính an toàn pháp lý khi các bên thực chất đã đều tự nguyện thực hiện nghĩa vụ cơ bản phát sinh từ hợp đồng.

Trong pháp luật Đức, trên cơ sở nguyên tắc thiện chí (Điều 242 BLDS Đức), Tòa án Đức đã thừa nhận hiệu lực của các giao dịch chuyển nhượng bất động sản mặc dù hợp đồng đã không được công chứng theo quy định của Điều 311b BLDS Đức. Cụ thể, hợp đồng đó sẽ được thừa nhận nếu như xét đến bản chất mối quan hệ của các bên và tất cả các hoàn cảnh, tình tiết của vụ việc,... việc cho phép một bên yêu cầu tuyên vô hiệu hợp đồng chỉ bởi lý do hợp đồng không tuân thủ hình thức sẽ trái với tinh thần của nguyên tắc thiện chí.³⁴ Trên cơ sở cách tiếp cận tổng quát đó, học lý của Đức dường như đồng thuận có

31 Hein Kötz. European contract law. Oxford University Press, 2017, 77.

32 Trong pháp luật dân sự Pháp, về nguyên tắc các hợp đồng chuyển nhượng bất động sản không buộc phải công chứng. Tuy nhiên, trên thực tế việc lập chứng thư công chứng vẫn diễn ra phổ biến bởi lẽ chỉ sau khi một chứng thư như vậy được đăng ký thì quyền của chủ sở hữu bất động sản mới có thể đối kháng với người thứ ba (xem Điều 710.1 BLDS Pháp - Création LOI n°2011-331 du 28 mars 2011 - art. 9). Vì vậy, việc công chứng hợp đồng chuyển nhượng bất động sản mang ý nghĩa khác nhau căn bản giữa Pháp và Đức. Trong hệ thống pháp luật Đức, công chứng là biện pháp để bảo vệ các bên trong quan hệ tương đối giữa họ; tuy nhiên trong pháp luật Pháp công chứng là biện pháp tiền đề để đăng ký nhằm bảo vệ người mua trong quan hệ với người thứ ba. Xem thêm Hein Kötz. European contract law. Oxford University Press, 2017, 83.

33 Law Commission, Transfer of Land: Formalities for Contracts for Sale Etc. of Land (Law Commission No.164, 1987), p.2.8.

34 Konrad Zweigert, Hein Kötz, Introduction to comparative law, T. Weir trans. 2ed (1998), 402.

2 trường hợp điển hình để thừa nhận hiệu lực của hợp đồng chuyển nhượng bất động sản mặc dù nó chưa được công chứng:

Trường hợp thứ nhất là khi bên bán đã bất cẩn hay cố ý làm cho bên mua ngay tình tin tưởng rằng hợp đồng chuyển nhượng bất động sản không buộc phải công chứng và sau đó đã vi phạm quy định của BLDS về hình thức văn bản công chứng để yêu cầu tuyên bố hợp đồng vô hiệu nhằm trục lợi cho bản thân. Ví dụ điển hình liên quan đến hợp đồng chuyển nhượng bất động sản, trong đó bên mua là nhân viên cũ của bên bán – một pháp nhân³⁵. Trong quá trình giao kết hợp đồng, bên mua đã yêu cầu công chứng viên lập chứng thư (theo đúng quy định của Điều 311b BLDS Đức). Tuy nhiên, bên bán bảo đảm rằng thực tiễn giao kết hợp đồng trước chứng minh rằng bên bán có uy tín thương mại lớn và luôn “tôn trọng các nghĩa vụ của mình, bất kể chúng được thực hiện bằng lời nói, bằng văn bản hay bằng hình thức công chứng”. Khi bên mua nhấn mạnh rằng vẫn cần tiến hành công chứng để phòng tránh rủi ro trong tương lai, người đại diện theo pháp luật của bên bán trả lời rằng anh ta là giám đốc và đã ký hợp đồng nhân danh công ty, do đó hợp đồng bằng văn bản này “có giá trị tương đương với hợp đồng được công chứng”. Sau này, khi bên bán cho rằng không có hợp đồng hợp pháp nào được xác lập do thiếu chứng thư công chứng, Tòa án nhận thấy rằng anh ta không thể viện dẫn khiếm khuyết về hình thức này, đặc biệt là trong trường hợp người bán đã bảo đảm với người mua về giá trị hợp đồng và trên thực tế người mua đã hành động dựa trên những tin tưởng vào lời hứa của người bán.

Trường hợp thứ hai xảy ra khi cả hai bên đều không biết rằng hợp đồng chuyển nhượng bất động sản chỉ có hiệu lực khi được công chứng; vì vậy, ngay sau khi giao kết hợp đồng, họ đã thực hiện toàn bộ hoặc phần lớn nghĩa vụ trên cơ sở niềm tin rằng hợp đồng giữa họ đã phát sinh hiệu lực³⁶.

Trong hệ thống Thông Luật, những quy định có chức năng tương tự cũng được xây dựng để bảo vệ lợi ích bên ngay tình. Thứ nhất, trên cơ sở lý thuyết hạn chế rút lại lời hứa, Tòa án Anh cũng không cho phép một bên đưa ra lời hứa - chủ sở hữu bất động sản được quyền yêu cầu tuyên bố vô hiệu hợp đồng chuyển nhượng quyền lợi về bất động sản với lý do hợp đồng không đáp ứng yêu cầu văn bản nếu như chủ sở hữu bất động sản đó đã minh thị hoặc mặc thị đưa ra các bảo đảm về hiệu lực hợp đồng cho phía bên kia và bên đó đã tin tưởng hợp lý vào hiệu lực hợp đồng và thực tế đã hành xử trên cơ sở niềm tin đó³⁷. Trong án lệ nổi tiếng *Pascoe v. Turner*,³⁸ nguyên đơn và bị đơn đã chung sống với nhau tám năm trong nhà vốn thuộc sở hữu của nguyên đơn và nguyên đơn đã nhiều lần cam kết với bị đơn rằng bị đơn có thể coi ngôi nhà này như tài sản của mình. Tuy nhiên, ba năm sau khi có mối quan hệ với người phụ nữ khác, nguyên đơn đã cố gắng giành lại quyền sở hữu ngôi nhà từ bị đơn với lý do hợp đồng chuyển nhượng quyền lợi trên bất động sản vô hiệu do không được lập thành văn bản. Tòa án Anh đã bác yêu cầu này của nguyên đơn và chấp nhận yêu cầu phản tố của bị đơn rằng bị đơn cũng có quyền sở hữu đối với ngôi nhà này. Lập luận quan trọng nhất được toà án thừa nhận trong vụ việc này là - với sự nhất

35 BGHZ 48, 396, case no 22, trích theo Markesinis, Basil S., Hannes Unberath, and Angus C. Johnston. *The German law of contract: A comparative treatise*. Bloomsbury Publishing, 2006, 85.

36 Xem Điều 311b BLDS Đức (sửa đổi năm 2002).

37 GH Treitel, *The Law of Contract* (13th edn, by E Peel, 2011), no 3-119.

38 *Pascoe v. Turner* [1979] 2 ALL ER 945. Xem thêm một số án lệ tương tự như *Greasley v. Cooke* [1980] 1 WLR 1306.

trí, đồng thuận của nguyên đơn - bị đơn đã dành một phần lớn khoản thu nhập của mình để tu bổ, sửa chữa cơ bản ngôi nhà trên cơ sở niềm tin hợp lý vào những tuyên bố mà người bạn đời của cô ấy đã đưa ra về quyền sở hữu ngôi nhà.

Thứ hai, ngay từ khi Statute of fraud (Đạo luật phòng chống gian lận) ra đời và từ chối bảo đảm thi hành các thoả thuận miệng về chuyển nhượng bất động sản, Toà án Công bình Anh đã phát triển học thuyết thực hiện một phần hợp đồng (doctrine of part performance) để bảo đảm công lý giữa các bên. Trong án lệ *Maddison v Alderson* (1883) và các án lệ sau đó nhấn mạnh “việc thực hiện một phần hợp đồng” phải đạt mức độ nhất định để thay thế cho hợp đồng bằng văn bản nhằm đáp ứng chức năng chứng minh sự tồn tại của thoả thuận. Tuy nhiên, sau này hệ thống pháp luật Anh đã có sự phát triển theo hướng thắt chặt hơn phạm vi áp dụng của học thuyết thực hiện một phần hợp đồng: việc bên mua đơn phương chiếm hữu bất động sản với sự đồng ý của bên bán, về nguyên tắc, không đủ để vấn hồi hiệu lực hợp đồng³⁹.

Như vậy, các nền tài phán trong cả hai truyền thống Dân Luật và Thông Luật, đều có xu hướng thừa nhận các ngoại lệ để vấn hồi hiệu lực hợp đồng ngay cả khi hợp đồng đó không đáp ứng yêu cầu luật định về hình thức. Tuy nhiên, cách tiếp cận không đơn thuần là đưa ra quy định cứng nhắc về ngoại lệ đó mà có lẽ nằm ở việc áp dụng cơ

chế điều chỉnh linh hoạt để cho phép thừa nhận các ngoại lệ đó trong một số trường hợp đặc biệt để bảo vệ lợi ích chính đáng của bên ngay tình mà vẫn không làm suy giảm đáng kể đến nguyên tắc trọng thức của hợp đồng chuyển nhượng quyền lợi trên bất động sản.

4. Hàm ý chính sách cho Việt Nam

Trong pháp luật dân sự Việt Nam, nhiều giao dịch liên quan đến nhà ở thương mại, hay quyền sử dụng đất⁴⁰... cũng đều phải được lập thành văn bản có công chứng, chứng thực⁴¹. Về nguyên tắc, việc vi phạm điều kiện về hình thức luật định nêu trên sẽ dẫn đến hậu quả pháp lý là hợp đồng vô hiệu. Ngoại lệ của nguyên tắc này là quy định mới của Điều 129 BLDS năm 2015 cho phép Toà án ra quyết định công nhận hiệu lực của giao dịch đã được xác lập nhưng vi phạm quy định bắt buộc về công chứng, chứng thực mà một bên hoặc các bên đã thực hiện ít nhất 2/3 nghĩa vụ trong giao dịch⁴². Từ đó, các tranh luận ở Việt Nam về hình thức hợp đồng liên quan đến bất động sản gần đây tập trung chủ yếu vào hai vấn đề cơ bản (i) trong những trường hợp nào pháp luật chuyên ngành nên quy định về hình thức là điều kiện có hiệu lực của hợp đồng và nếu có thì hình thức trọng thức đó là gì; và (ii) diễn giải nội hàm quy định tại Điều 129 BLDS năm 2015 về những trường hợp có thể vấn hồi hiệu lực hợp đồng.

4.1. Tiếp cận hệ thống chức năng hình thức hợp đồng

39 Về nguyên tắc, Đạo luật Tài sản năm 1989 (Law of Property (Miscellaneous Provision) Act 1989) đã không còn thừa nhận vai trò của học thuyết thực hiện một phần hợp đồng. Tuy nhiên, dường như vẫn còn nhiều tranh luận xung quanh vấn đề này xem thêm bình luận *Mindy Chen Wishart, Contract law* (5th ed.), Oxford University Press, 2015, 147; Moore, Imogen, *Proprietary Estoppel, Constructive Trusts and Section 2 of the Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act 1989*. Mod. L. Rev. 63 (2000): 912.

40 Xem khoản 1 Điều 122 Luật Nhà ở năm 2014, Điều 167 Luật Đất đai năm 2013.

41 Xem Đỗ Văn Đại, Những vấn đề chung của giao dịch về bất động sản, in trong Đỗ Văn Đại, *Giao dịch về bất động sản*, Nxb. Hồng Đức, 2021, tr.42-75.

42 Xem bình luận chung về thực tiễn áp dụng quy định về hình thức hợp đồng trong Đỗ Văn Đại, *Luật hợp đồng Việt Nam: Bản án và Bình luận bản án*, Tập 1, Nxb. Đại học Quốc gia TP. HCM, 2020, tr.866-885.

Những phân tích so sánh trên đã cho thấy dường như có mẫu số nhận thức chung về các vai trò của quy định về hình thức hợp đồng trong việc thực hiện các (i) chức năng chứng cứ, (ii) chức năng cảnh báo và (iii) chức năng định hướng mối quan hệ hợp đồng giữa các bên. Mặc dù các chức năng này tồn tại độc lập nhưng có “mối liên hệ mật thiết” với nhau để luận giải về vai trò và ý nghĩa của quy định về hợp đồng trọng thức.

Chức năng chứng cứ và chức năng cảnh báo là hai thuộc tính cốt lõi lý giải tại sao các hợp đồng quan trọng như hợp đồng liên quan chuyển nhượng bất động sản luôn đòi hỏi yêu cầu chặt chẽ về hình thức. Mặc dù, việc đáp ứng quy định về hình thức sẽ làm tăng chi phí giao dịch liên quan đến bất động sản cho các bên, nhưng đó là “chi phí” cần thiết để đảm bảo an toàn pháp lý, bảo vệ lợi ích chính đáng cho các bên tham gia khi họ tham gia vào các giao dịch có tầm quan trọng lớn lao đối với đời sống của mình.

Chức năng định hướng có thể coi là thuộc tính cốt lõi thứ ba của quy định về hình thức hợp đồng. Chức năng này đòi hỏi hệ thống pháp luật hợp đồng của mỗi quốc gia phải thiết kế và bảo đảm sự vận hành của các quy định rõ ràng và thống nhất liên quan đến các vấn đề về hình thức hợp đồng. Theo đó, các bên trong quan hệ hợp đồng, cũng như các thiết chế tài phán như tòa án luôn có quyền kỳ vọng hệ thống pháp luật hợp đồng phải xác định rõ những hợp đồng nào liên quan đến giao dịch bất động sản phải đáp ứng yêu cầu hình thức nhất định như thế nào, để từ đó tạo dựng niềm tin về sự an toàn pháp lý khi tham gia giao dịch.

Về nguyên tắc, việc quy định về hình thức bắt buộc của hợp đồng có thể được luận giải từ các chức năng khác có liên quan, ảnh hưởng gián tiếp đến quan hệ hợp đồng giữa

các bên. Cụ thể, từ góc độ quản lý nhà nước, chứng thư công chứng có thể góp phần bảo đảm lợi ích công như tránh thất thoát thuế; từ góc độ lợi ích của bên thứ ba trong quan hệ hợp đồng, hình thức văn bản công chứng cũng có thể có chức năng công khai hoá... Tuy nhiên, cần nhấn mạnh rằng, đó chỉ là các chức năng phái sinh, có vai trò mang tính bổ trợ; quy định về hợp đồng trọng thức được sinh ra trước hết để đảm bảo quyền và lợi ích chính đáng của các bên trong quan hệ hợp đồng. Hệ thống các chức năng chứng cứ, cảnh báo và định hướng, vì vậy, chính là khung lý thuyết cơ bản để phân tích và đánh giá các quy định về hình thức hợp đồng, về hậu quả pháp lý của việc vi phạm hình thức hợp đồng và cả việc xử lý văn hồi hiệu lực hợp đồng.

4.2. Một số hàm ý cụ thể

Thứ nhất, về vấn đề không nên coi “đăng ký” là hình thức của hợp đồng liên quan đến bất động sản. Đối với một số giao dịch liên quan đến quyền sử dụng đất như chuyển đổi, chuyển nhượng... thì theo quy định của khoản 3 Điều 188 Luật Đất đai năm 2013, các giao dịch đó phải được đăng ký tại cơ quan đăng ký đất đai và có hiệu lực kể từ thời điểm đăng ký vào sổ địa chính. Vấn đề là nó không thể hiện rõ đó là thời điểm đăng ký sẽ phát sinh hiệu lực giữa các bên hay hiệu lực đối kháng với người thứ ba⁴³. Sự phức tạp hiện nay có lẽ một phần bắt nguồn từ quy định chung của Điều 119 BLDS năm 2015 về hình thức của hợp đồng, theo đó thì “đăng ký” cũng được xem là một hình thức của hợp đồng bên cạnh các hình thức khác như văn bản có công chứng, chứng thực. Tuy nhiên, theo quy trình thủ tục hiện nay, việc “đăng ký” giao dịch nêu trên về nguyên tắc sẽ chỉ được tiến hành nếu hợp đồng đã được công chứng, chứng thực. Xét từ góc độ hệ

43 Đỗ Văn Đại, Luật hợp đồng Việt Nam: Bản án và Bình luận bản án, Tập 1, Nxb. Đại học Quốc gia TP. HCM, 2020, tr.899.

thống chức năng ở trên, thì chứng thư công chứng là hình thức hiệu quả để đóng vai trò ghi nhận chứng cứ, cảnh báo và định hướng quyền và nghĩa vụ của các bên. Trong khi đó, việc đăng ký hay không đăng ký quyền trước cơ quan nhà nước có thẩm quyền về bản chất không phải là hành vi trái quyền tác động mối quan hệ tương đối giữa hai bên, mà là hành vi vật quyền để nhằm công khai hoá quyền và xác lập hiệu lực đối kháng quyền của mình đối với bên thứ ba.

Vì vậy, tác giả đồng ý với đề xuất của nhiều học giả rằng cần diễn giải khoản 3 Điều 188 theo hướng, “thời điểm đăng ký” ở đây nên hiểu là thời điểm là đăng ký quyền để làm phát sinh hiệu lực đối kháng của quyền đối với bên thứ ba⁴⁴. Trong khi đó, hình thức bắt buộc của các giao dịch chuyển nhượng quyền sử dụng đất sẽ là văn bản có công chứng và thời điểm hợp đồng phát sinh hiệu lực giữa hai bên hợp đồng là thời điểm công chứng. Hệ quả là hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất sẽ không bị tuyên vô hiệu chỉ với lý do bên nhận chuyển nhượng chưa đi đăng ký; việc không đi đăng ký không ảnh hưởng đến hiệu lực tương đối giữa các bên hợp đồng mà chỉ dẫn đến hậu quả bất lợi là quyền của bên nhận chuyển nhượng sẽ chưa được công khai hoá và do đó sẽ không thể đối kháng với người thứ ba trong tương lai.

Thứ hai về quy định văn bản công chứng, chứng thực là hình thức luật định của một số hợp đồng liên quan đến bất động sản. Về nguyên tắc, việc quy định một số hợp đồng liên quan đến bất động sản phải đáp ứng yêu cầu về hình thức, nhất là hình thức văn bản công chứng luôn có thể dẫn đến những tranh luận rằng quy định này làm

gia tăng đáng kể chi phí giao dịch và can thiệp thái quá vào quyền tự do hợp đồng của các bên. Tuy nhiên, những chi phí giao dịch phát sinh trong giai đoạn “tiền hợp đồng” có thể được lý giải từ nhu cầu và sự cần thiết của hình thức trọng thức của hợp đồng liên quan đến bất động sản để đảm bảo an toàn pháp lý cho các bên. Điều này xuất phát từ hai đặc trưng cốt lõi của các hợp đồng này: (i) đối tượng của hợp đồng - bất động sản – là một tài sản quan trọng trong sản nghiệp của hầu hết các cá nhân trong xã hội và (ii) bản chất hợp đồng liên quan đến bất động sản là giao dịch pháp lý rất phức tạp có thể làm nảy sinh nhiều tranh chấp về quyền và nghĩa vụ giữa các bên. Do đó, về nguyên tắc, các bên hợp đồng - đặc biệt là người mua là “người tiêu dùng” trong mối quan hệ với người người bán là “thương nhân” – phải được cảnh báo và suy nghĩ nghiêm túc về mức độ nghiêm trọng và phức tạp của giao dịch mà họ sắp tham gia. Xét từ góc độ này, trong các nền tài phán ở truyền thống Dân luật như Việt Nam, hình thức văn bản công chứng trong các giao dịch bất động sản quan trọng với sự tham gia của công chứng viên sẽ có vai trò nền tảng thực hiện ba chức năng bao gồm (i) chức năng chứng cứ - chứng minh sự tồn tại và nội dung của sự thoả thuận (ii) chức năng cảnh báo – thông tin, cảnh báo cho các chủ thể về bản chất và hệ quả pháp lý phức tạp của giao dịch, (iii) chức năng định hướng – xác định rõ thời điểm xác lập quan hệ hợp đồng trên cơ sở phân tách giai đoạn tiền hợp đồng trước đó, giảm thiểu rủi ro bị ràng buộc pháp lý vào các hệ quả bất ngờ từ các cuộc thương lượng đàm phán. Vì vậy, trong bối cảnh hiện tại ở Việt Nam, hợp đồng trọng thức được thể hiện dưới hình thức văn bản

44 Đỗ Văn Đại, Luật hợp đồng Việt Nam: Bản án và Bình luận bản án, Tập 1, Nxb. Đại học Quốc gia TP. HCM, 2020, tr.908; Nguyễn Quang Hương Trà, Đăng ký giao dịch dân sự về bất động sản, in trong Đỗ Văn Đại, Giao dịch dân sự về bất động sản (Tập 1), Nxb. Hồng Đức, 2022, tr.234.

công chứng vẫn là hình thức tối ưu để góp phần bảo vệ an toàn pháp lý trong các giao dịch liên quan nhà ở và quyền sử dụng đất⁴⁵.

Thứ ba về vấn đề văn hồi hiệu lực của hợp đồng liên quan đến bất động sản chưa đáp ứng yêu cầu hình thức luật định. Xét từ góc độ lịch sử lập pháp, quy định chung tại Điều 129 BLDS năm 2015 về việc thừa nhận hiệu lực hợp đồng vi phạm quy định bắt buộc về công chứng, chứng thực nếu như một bên hoặc các bên đã thực hiện ít nhất hai phần ba nghĩa vụ trong giao dịch có lẽ được xây dựng để áp dụng trước hết cho các giao dịch chuyển nhượng bất động sản⁴⁶. Qua thực tiễn xét xử, quy định này đã phát huy tác dụng, đáp ứng kỳ vọng “hạn chế việc một bên không thiện chí thực hiện hợp đồng và viện dẫn lý do vi phạm về hình thức của giao dịch để huỷ toàn bộ giao dịch khi giá trị của đối tượng hợp đồng biến động”⁴⁷. Án lệ số 55/2022/AL về công nhận hiệu lực của hợp đồng vi phạm điều kiện về hình thức thậm chí đã phát triển theo hướng mở rộng phạm vi, cho phép quy định này được áp dụng hồi tố đối với cả các giao dịch phát sinh vào thời điểm BLDS năm 2005 có hiệu lực. Tuy nhiên, trên cơ sở góc độ so sánh, có thể nhận thấy cách tiếp cận hiện nay là khá cứng nhắc khi yêu cầu phải chứng minh và xác định được một bên hoặc các bên đã thực hiện ít nhất hai phần ba nghĩa vụ trong giao dịch là điều kiện cần và đủ để công nhận hiệu

lực hợp đồng vi phạm điều kiện hình thức. Vấn đề không chỉ nằm ở sự khó khăn khi xác định con số cơ học “thực hiện ít nhất hai phần ba nghĩa vụ trong giao dịch”, mà quan trọng hơn là nếu được áp dụng triệt để và rộng rãi trong tương lai, nó có thể tạo lập “tập quán” áp dụng làm suy giảm đáng kể, thậm chí triệt tiêu nguyên tắc trọng thức của hợp đồng chuyển nhượng quyền lợi trên bất động sản⁴⁸. Về nguyên lý, quy định của Điều 129 về văn hồi hiệu lực hợp đồng phải được xem là trường hợp đặc biệt ngoại lệ của nguyên tắc chung cho phép vô hiệu hoá các hợp đồng chuyển nhượng quyền lợi trên bất động sản vi phạm điều kiện hình thức. Vì vậy, nó phải được thiết kế theo cơ chế linh hoạt để cho phép xem xét bản chất của từng vụ việc cụ thể, để đánh giá rằng liệu trong các trường hợp đó nếu vẫn tuyên bố hợp đồng vô hiệu thì có đáp ứng, thực hiện được các chức năng nền tảng của hình thức hợp đồng bao gồm chức năng chứng cứ, chức năng cảnh báo và chức năng định hướng hay không? Hợp đồng không đáp ứng yêu cầu luật định về hình thức sẽ chỉ nên được văn hồi hiệu lực khi tình tiết cụ thể của vụ việc chứng minh rằng các bên trên thực tế đã tin tưởng vào hiệu lực hợp đồng và thực hiện một phần các nghĩa vụ cơ bản phát sinh từ hợp đồng, như nghĩa vụ thanh toán của bên mua và nghĩa vụ chuyển giao quyền sử dụng đất hoặc quyền sở hữu nhà ở của bên bán ■

45 Xem thêm bình luận vai trò, thẩm quyền và thủ tục công chứng giao dịch bất động sản Ninh Thị Hiền, Thủ tục công chứng, chứng thực giao dịch về bất động sản, in trong Đỗ Văn Đại, Giao dịch dân sự về bất động sản (Tập 1), Nxb. Hồng Đức, 2022, tr.175-221.

46 Xem Bộ Tư pháp, Những điểm mới cơ bản của Bộ luật Dân sự năm 2015, Nxb. Lao Động, 2017, tr.86

47 Cụ thể, chủ đích lập pháp của quy định này là hướng tới “hạn chế việc một bên không thiện chí thực hiện hợp đồng và viện dẫn lý do vi phạm về hình thức của giao dịch để huỷ toàn bộ giao dịch khi giá trị của đối tượng hợp đồng biến động.” Xem Bộ Tư pháp, Những điểm mới cơ bản của Bộ luật Dân sự năm 2015, Nxb. Lao Động, 2017, tr.87.

48 Khoản 2 Điều 132 BLDS 2015 quy định “Hết thời hiệu quy định tại khoản 1 Điều này mà không có yêu cầu tuyên bố giao dịch dân sự vô hiệu thì giao dịch dân sự có hiệu lực.” Như vậy, sau 2 năm kể từ thời điểm giao dịch được giao kết, những giao dịch vô hiệu do không tuân thủ điều kiện về hình thức sẽ đương nhiên được công nhận là có hiệu lực. Xét một cách hệ thống, quy định này kết hợp với quy định nói trên của Điều 129, sẽ dẫn đến hệ quả là miễn là các bên thực hiện được hai phần ba nghĩa vụ hợp đồng, hợp đồng sẽ phát sinh hiệu lực bất kể việc không đáp ứng yêu cầu hình thức luật định.