



TRƯỜNG ĐẠI HỌC LUẬT
TP. HỒ CHÍ MINH
— 1996 —

HỘI CÔNG CHỨNG VIÊN
THÀNH PHỐ HỒ CHÍ MINH

HỘI THẢO KHOA HỌC

BẢO ĐẢM AN TOÀN PHÁP LÝ
TRONG GIAO DỊCH BẤT ĐỘNG SẢN

TP. HỒ CHÍ MINH – 09/5/2023



TRƯỜNG ĐẠI HỌC LUẬT
TP. HỒ CHÍ MINH
1996

HỘI CÔNG CHỨNG VIÊN
THÀNH PHỐ HỒ CHÍ MINH

TÀI LIỆU PHỤC VỤ HỘI THẢO

BẢO ĐẢM AN TOÀN PHÁP LÝ TRONG GIAO DỊCH BẤT ĐỘNG SẢN

TP. HỒ CHÍ MINH – 09/5/2023



TRƯỜNG ĐẠI HỌC LUẬT
TP. HỒ CHÍ MINH
1996

HỘI CÔNG CHỨNG VIÊN
THÀNH PHỐ HỒ CHÍ MINH

HỘI THẢO KHOA HỌC

“BẢO ĐẢM AN TOÀN PHÁP LÝ TRONG GIAO DỊCH BẤT ĐỘNG SẢN”

Thời gian: 8h00 đến 12h00, thứ Ba, ngày 09 tháng 5 năm 2023

Địa điểm: Hội trường A.1001 Trường Đại học Luật TP. HCM, số 2 Nguyễn Tất Thành, Quận 4, TP. Hồ Chí Minh

CHƯƠNG TRÌNH HỘI THẢO

7h45 – 8h00	Đăng ký đại biểu
8h00 – 8h10	Chào mừng các diễn giả và khách mời
8h10 – 8h15	Phát biểu khai mạc Hội thảo PGS., TS. Bùi Xuân Hải <i>Phó Hiệu trưởng, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh</i> Bà Ngô Minh Hồng <i>Chủ tịch Hội Công chứng viên TP. Hồ Chí Minh</i>
Phiên 1	Chủ đề: Những vấn đề chung về bảo đảm an toàn pháp lý trong giao dịch bất động sản
	<u>Chủ tọa đoàn:</u> <ul style="list-style-type: none">- PGS., TS. Bùi Xuân Hải – Phó Hiệu trưởng Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh- Ông Huỳnh Văn Hạnh - Giám đốc Sở Tư pháp TP. Hồ Chí Minh- Thẩm phán, Quách Hữu Thái - Phó Chánh án Tòa án nhân dân TP. Hồ Chí Minh

	<ul style="list-style-type: none"> - PGS., TS. Hà Thị Thanh Bình – Trưởng Khoa Luật Thương Mại, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh
8h15 – 8h30	<p>Bảo đảm an toàn pháp lý trong giao dịch bất động sản từ lý luận sở hữu toàn dân về đất đai</p> <p style="text-align: right;">GS.TS. Đặng Hùng Võ <i>Nguyên Thứ trưởng Bộ Tài nguyên và Môi trường</i></p>
8h30 – 8h45	<p>Các biện pháp đảm bảo an toàn cho khách hàng mua nhà hình thành trong tương lai</p> <p style="text-align: right;">TS. Lưu Quốc Thái <i>GV Khoa Luật Thương mại, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh</i></p>
8h45 – 9h00	<p>Bảo đảm an toàn giao dịch về bất động sản: các mô hình tiêu biểu và khuyến nghị về sự lựa chọn của Việt Nam</p> <p style="text-align: right;">Viện sĩ, PGS.TS. Nguyễn Ngọc Điện <i>Trường Đại học Kinh tế - Luật, ĐHQG TP. Hồ Chí Minh</i></p>
9h00 – 9h45	Thảo luận
9h45 – 10h00	Giải lao, chụp ảnh lưu niệm
Phiên 2	Chủ đề: Hoạt động của công chứng trong bảo đảm an toàn pháp lý trong giao dịch bất động sản
	<p><u>Chủ tọa đoàn:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - Viện sĩ, PGS., TS. Nguyễn Ngọc Điện – Trường Đại học Kinh tế - Luật, ĐHQG TP. Hồ Chí Minh - Bà Ngô Minh Hồng - Chủ tịch Hội Công chứng viên TP. Hồ Chí Minh - Bà Ung Thị Xuân Hương – Phó chủ tịch Hội Luật gia TP. Hồ Chí Minh - TS. Phạm Văn Võ – Phó Trưởng Khoa Luật Thương Mại, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh
10h00 – 10h15	<p>Vai trò của công chứng trong việc bảo đảm an toàn pháp lý cho các giao dịch về bất động sản</p> <p style="text-align: right;">CCV. Hoàng Mạnh Thắng <i>Trưởng phòng Phòng Công chứng số 7, TP. Hồ Chí Minh</i></p>

<p>10h15 – 10h30</p>	<p>Văn bản công chứng - Công cụ pháp lý hiện đại đảm bảo an toàn cho các giao dịch bất động sản của Nhà nước pháp quyền Xã Hội Chủ Nghĩa Việt Nam</p> <p style="text-align: right;">CCV. Nguyễn Hồ Phương Vinh <i>Phó Trưởng phòng Phòng Công chứng số 1, TP. Hồ Chí Minh</i></p>
<p>10h30 – 10h45</p>	<p>Tăng cường công tác quản lý nhà nước về công chứng trên địa bàn Thành phố Hồ Chí Minh - Giải pháp góp phần đảm bảo an toàn pháp lý trong giao dịch bất động sản</p> <p style="text-align: right;">Ông Phan Thanh Tùng <i>Phó Giám đốc Sở Tư pháp TP. Hồ Chí Minh</i></p>
<p>10h45 – 11h30</p>	<p><i>Thảo luận</i></p>
<p>11h30 – 11h40</p>	<p>Phát biểu kết luận và bế mạc Hội thảo</p> <p style="text-align: right;">PGS., TS. Bùi Xuân Hải <i>Phó Hiệu trưởng, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh</i></p> <p style="text-align: right;">Bà Ngô Minh Hồng <i>Chủ tịch Hội Công chứng viên TP. Hồ Chí Minh</i></p>

MỤC LỤC

.....❧*❧.....

STT	Tên bài tham luận, tác giả	Trang
1	Bảo đảm an toàn pháp lý trong giao dịch bất động sản từ lý luận sở hữu toàn dân về đất đai GS.TS. Đặng Hùng Võ <i>Nguyên Thứ trưởng Bộ Tài nguyên và Môi trường</i> TS. Ninh Thị Hiền <i>Trưởng văn phòng công chứng Ninh Thị Hiền, TP. Hồ Chí Minh</i>	1
2	Các biện pháp đảm bảo an toàn cho khách hàng mua nhà hình thành trong tương lai TS. Lưu Quốc Thái <i>GV Khoa Luật Thương mại, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh</i>	21
3	Bảo đảm an toàn giao dịch về bất động sản: các mô hình tiêu biểu và khuyến nghị về sự lựa chọn của Việt Nam Viện sĩ, PGS.TS. Nguyễn Ngọc Điện <i>Trường Đại học Kinh tế - Luật, ĐHQG TP. Hồ Chí Minh</i>	37
4	Giao dịch bất động sản thông qua sàn giao dịch và một số góp ý cho dự thảo Luật Kinh doanh bất động sản (sửa đổi) TS. Phạm Văn Võ <i>Phó Trưởng Khoa Luật Thương mại, Trường Đại học Luật TP. HCM</i>	49
5	Đảm bảo quyền của bên mua nhà trong dự án kinh doanh bất động sản trong trường hợp dự án thế chấp TS. Phan Phương Nam <i>Phó Trưởng Khoa Luật Thương mại, Trường Đại học Luật TP. HCM</i> ThS. Ngô Gia Hoàng <i>GV Khoa Luật Thương mại, Trường Đại học Luật TP. HCM</i>	54
6	Hoàn thiện các biện pháp bảo đảm an toàn pháp lý trong giao dịch bất động sản TS. Thái Thị Tuyết Dung <i>Giảng viên, Đại học Kinh tế - Luật, ĐHQG TP. Hồ Chí Minh</i>	71

7	Thực tiễn xét xử các vụ án dân sự liên quan đến giao dịch về bất động sản tại Việt Nam TS. Nguyễn Hải An <i>Khoa Luật Dân sự, Trường Đại học Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội</i>	83
8	Hình thức của hợp đồng liên quan bất động sản: Triết lý, kinh nghiệm lập pháp tại một số quốc gia trên thế giới và hàm ý chính sách cho Việt Nam TS. Đỗ Giang Nam <i>Khoa Luật Dân sự, Trường Đại học Luật – ĐHQG Hà Nội</i>	94
9	Pháp luật về hợp đồng kinh doanh bất động sản – thực trạng và một số kiến nghị hoàn thiện Ths. Trần Linh Huân <i>GV Khoa Luật Thương mại, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh</i> Lê Thị Châu Giang <i>Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh</i>	110
10	Góp ý hoàn thiện dự thảo Luật Nhà ở (sửa đổi) và dự thảo Luật Kinh doanh bất động sản (sửa đổi) về hợp đồng thuê mua bất động sản ThS. Lê Thị Diễm Phương <i>Giảng viên Khoa Luật Dân sự, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh</i>	119
11	Sự phân công, phối hợp, kiểm soát quyền đại diện chủ sở hữu toàn dân về đất đai trong giao dịch về bất động sản TS.CCV. Ninh Thị Hiền <i>Trưởng VPCC Ninh Thị Hiền, Giảng viên thỉnh giảng tại một số trường đại học tại TP. Hồ Chí Minh</i>	133
12	Một số vấn đề pháp lý và thực tiễn về thẩm quyền giải quyết tranh chấp trong kinh doanh bất động sản của tòa án và trọng tài TS. Võ Trung Tín <i>Trưởng Bộ môn Luật Đất đai – Môi trường, Khoa Luật Thương mại, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh</i> ThS, Luật sư Kiều Anh Vũ <i>Công ty Luật TNHH KAV Lawyers; Trọng tài viên (STAC, MCAC...)</i>	144

13	Vai trò của công chứng trong việc bảo đảm an toàn pháp lý cho các giao dịch về bất động sản CCV. Hoàng Mạnh Thắng <i>Trưởng phòng Phòng Công chứng số 7, TP. Hồ Chí Minh</i>	155
14	Vai trò của hoạt động công chứng đối với giao dịch bất động sản qua thực tiễn xét xử tại tòa án TS. Phùng Văn Hải <i>Phó Chánh án Tòa án nhân dân TP. Hồ Chí Minh</i>	173
15	Văn bản công chứng - Công cụ pháp lý hiện đại đảm bảo an toàn cho các giao dịch bất động sản của Nhà nước pháp quyền Xã Hội Chủ Nghĩa Việt Nam CCV. Nguyễn Hồ Phương Vinh <i>Phó Trưởng phòng Phòng Công chứng số 1, TP. Hồ Chí Minh</i>	181
16	Tăng cường công tác quản lý nhà nước về công chứng trên địa bàn Thành phố Hồ Chí Minh - Giải pháp góp phần đảm bảo an toàn pháp lý trong giao dịch bất động sản Sở Tư pháp Thành phố Hồ Chí Minh	199
17	Rủi ro pháp lý đối với bên mua trong giao dịch bất động sản không bắt buộc công chứng và một số kiến nghị sửa đổi dự thảo luật kinh doanh bất động sản ThS. Nguyễn Thị Bích Mai <i>GV Khoa Luật Thương mại, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh</i>	208
18	Bản chất của xác nhận qua sà và giá trị pháp lý của văn bản công chứng CCV Lê Ngọc Tình – Phó Trưởng phòng <i>Phòng Công chứng số 2 TP.HCM</i>	218
19	Xác nhận giao dịch qua sà và công chứng đối với giao dịch bất động sản - liên hệ pháp luật một số quốc gia và kinh nghiệm tham khảo cho Việt Nam TS. GVC. Vũ Thế Hoài <i>Phó Trưởng khoa Luật - Trường Đại học Sài Gòn</i> Nguyễn Phạm Thanh Hoa	235

	<i>Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh</i>	
20	<p>Một số vấn đề pháp lý về công chứng số trong giao dịch bất động sản</p> <p>ThS. Lê Thị Ngân Hà <i>Khoa Luật Thương mại, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh</i></p> <p>Nguyễn Văn Dương <i>Học viên CHL Kinh tế khóa 36, Trường Đại học Luật TP. HCM</i></p>	245
21	<p>Từ công chứng truyền thống đến công chứng điện tử cho các giao dịch bất động sản tại nhật bản – một số gợi mở cho Việt Nam</p> <p>TS. Phan Hoài Nam <i>Phó Trưởng Khoa Luật Quốc tế, Trường Đại học Luật TP. HCM</i></p> <p>Huỳnh Thanh Thoảng <i>Sinh viên lớp cử nhân Luật TMQT 45B</i></p> <p>Dương Bạch Trúc Vy <i>Sinh viên lớp cử nhân Luật TMQT 45B</i></p>	261
22	<p>Vai trò của công chứng truyền thống và công chứng điện tử đối với các giao dịch liên quan đến lĩnh vực bất động sản - kinh nghiệm từ pháp luật công chứng Cộng hòa Pháp</p> <p>ThS. Trần Ngọc Hà <i>Giảng viên Khoa Luật Quốc tế trường Đại học Luật Thành phố HCM</i></p> <p>Nguyễn Hoàng Minh Như - Trần Ngọc Vân Quỳnh <i>Sinh viên lớp cử nhân Luật thương mại Quốc tế 45B trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh</i></p>	275

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

TS. Ninh Thị Hiền

Trưởng văn phòng công chứng Ninh Thị Hiền, Thành phố Hồ Chí Minh

GS.TS. Đặng Hùng Võ

Nguyên thứ trưởng Bộ Tài nguyên và Môi trường

Tóm tắt:

Đất đai thuộc sở hữu toàn dân do Nhà nước đại diện chủ sở hữu và thống nhất quản lý. Đề khai thác hiệu quả nguồn lực từ đất đai Nhà nước thiết kế các quyền trong cấu trúc quyền sở hữu đất đai, tạo lập các hình thức giao dịch và nội dung quyền đối với hàng hóa bất động sản. Việc lựa chọn Thể chế công chứng theo mô hình công chứng Latinh là phù hợp cho hoạt động cung cấp dịch vụ công về phòng ngừa tranh chấp cho giao dịch về bất động sản hiện nay tại Việt Nam.

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

Abstract:

Land is under the collective ownership of the citizens, with the Government acting as the representative of the citizens in land administration. In order to use land as a resource efficiently, the Government designs various rights within a framework of land ownership right and establishes forms of transactions as well as details of rights pertaining to real estates as a goods. The selection of the Latin notary model for the notarial system is suitable for the public service of conflict prevention in transactions concerning real estates in the present in Vietnam.

Keywords: Structure of land ownership right, real estate transaction, notary

Nhà nước có vai trò bảo đảm quyền con người, quyền công dân, bảo đảm tài sản của Nhân dân, bảo vệ quyền và lợi ích của Nhà nước và xã hội (Hiến pháp năm 2013). Đảm bảo an toàn trong giao dịch bất động sản (BDS) được hiểu là các bên tham gia vào giao dịch không trở thành nạn nhân của những hành vi sai trái làm tài sản bị chiếm giữ, chiếm đoạt, giao dịch BDS có thể bị tranh chấp kéo dài. Nhà nước phải kiểm soát được toàn bộ các giao dịch trong thị trường BDS cũng như tổ chức ra những thiết chế để đảm bảo an toàn pháp lý, phòng ngừa tranh chấp cho các giao dịch.

Bài viết “Đảm bảo an toàn pháp lý về giao dịch trong thị trường BDS từ vai trò của nhà nước” tập trung phân tích nội dung các Dự thảo Luật Đất đai, Luật Nhà ở và Luật Kinh

doanh BĐS (sửa đổi) nhằm làm rõ nội dung và kiến nghị một số giải pháp mà Nhà nước cần thực hiện để đảm bảo an toàn pháp lý trong giao dịch về BĐS tại Việt Nam trong thời gian tới.

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

Trên thế giới, khái niệm thị trường BĐS, về ý nghĩa chung là thị trường giao dịch về đất đai, tài sản gắn liền với đất và các quyền về tài sản gắn liền với đất. Đối tượng lưu thông trên thị trường là đất đai đã được hàng hóa hóa. Ở Việt Nam, thị trường giao dịch BĐS trở thành thị trường giao dịch quyền sử dụng đất (QSDĐ) và các tài sản đầu tư trên đất vì đất đai thuộc sở hữu toàn dân.

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

1.1. Quyền sử dụng đất là quyền tài sản

Để trở thành người sử dụng đất, một công dân hay tổ chức kinh tế đa phần phải trả tiền sử dụng đất hoặc tiền thuê đất cho Nhà nước hoặc một khoản tiền phải trả khi nhận chuyển QSDĐ để ở, để thực hiện dự án đầu tư xây dựng nhà ở để bán hoặc để bán kết hợp cho thuê hay để sản xuất, kinh doanh. “Chủ đầu tư xây dựng là cơ quan, tổ chức, cá nhân sở hữu vốn, vay vốn hoặc được giao trực tiếp quản lý, sử dụng vốn để thực hiện hoạt động đầu tư xây dựng”. Vốn đầu tư là tiền và tài sản khác theo quy định của pháp luật về dân sự và điều ước quốc tế mà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên để thực hiện hoạt động đầu tư kinh doanh¹. Trong hoạt động kinh doanh, tất cả người đại diện theo pháp luật phải chịu trách nhiệm liên đới đối với thiệt hại gây ra cho doanh nghiệp theo quy định của pháp luật về dân sự và quy định khác của pháp luật có liên quan². Luật Đất đai, Luật Doanh

¹ Khoản 23 Điều 3 Luật Xây dựng năm 2014 sửa đổi năm 2020.

² Điều 12 Luật Doanh nghiệp năm 2020 Người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp

nghiệp, Luật Đầu tư nhìn nhận nguồn vốn đầu tư là tài sản, các giao dịch về tài sản này theo quy định của pháp luật về dân sự.

QSDĐ là quyền tài sản là quyền trị giá được bằng tiền³. Người sử dụng đất được quyền thực hiện mọi hành vi theo ý chí của mình để nắm giữ, chi phối tài sản của mình nhưng không được trái pháp luật, đạo đức xã hội; được quyền khai thác công dụng, hưởng hoa lợi, lợi tức từ tài sản. Quyền sử dụng có thể được chuyển giao cho người khác theo thỏa thuận hoặc theo quy định của pháp luật hoặc được quyền chuyển giao quyền sở hữu tài sản. Các tài sản đều có thể là “đối tượng của hợp đồng mua bán. Trường hợp theo quy định của luật, tài sản bị cấm hoặc bị hạn chế chuyển nhượng thì tài sản là đối tượng của hợp đồng mua bán phải phù hợp với các quy định đó⁴.

Việc khai thác công dụng, hưởng hoa lợi, lợi tức từ việc sử dụng đất gồm có các hình thức như: Người sử dụng đất tạo lập tài sản là nhà ở, công trình xây dựng theo quy định của Luật Nhà ở và Luật Xây dựng. Có QSDĐ đối với đất trồng rừng, đất có rừng sản xuất theo Luật Đất đai và có quyền sở hữu rừng sản xuất là rừng trồng⁵ theo quy định của Luật Lâm nghiệp. Các luật tạo tài sản gắn liền với đất có thể tạm gọi là Luật về tài sản gắn liền với đất (hiện nay chưa có Luật này và vẫn căn cứ vào nhiều luật khác nhau liên quan đến tài sản gắn liền với đất).

Khi quyền tài sản và quyền sở hữu tài sản gắn liền với đất tham gia giao dịch thì phải theo nguyên tắc của Bộ luật Dân sự “Mọi cá nhân, pháp nhân đều bình đẳng, không được lấy bất kỳ lý do nào để phân biệt đối xử; được pháp luật bảo hộ như nhau về các quyền nhân thân và tài sản”⁶. Không ai có thể bị hạn chế, bị tước đoạt trái luật quyền sở hữu, quyền khác đối với tài sản. Trường hợp thật cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh hoặc vì lợi ích quốc gia, tình trạng khẩn cấp, phòng chống thiên tai, Nhà nước trưng mua hoặc trưng dụng có bồi thường tài sản của tổ chức, cá nhân theo giá thị trường⁷.

1.2. Người sử dụng đất có quyền bề mặt

Người sử dụng đất có quyền bề mặt, quyền này có thể chuyển giao thông qua giao dịch dân sự, người nhận quyền trở thành chủ thể quyền bề mặt⁸ có quyền khai thác, sử dụng mặt đất, mặt nước, khoảng không gian trên mặt đất, mặt nước và lòng đất thuộc QSDĐ của người khác để xây dựng công trình, trồng cây, canh tác, có quyền sở hữu đối

³ Điều 115 Bộ luật Dân sự năm 2015 (Luật Đất đai hiện hành không quy định về quyền tài sản gắn với quyền sử dụng đất)..

⁴ Điều 431 Bộ luật Dân sự năm 2015 Đối tượng của hợp đồng mua bán.

⁵ Khoản 10 điều 2 Luật Lâm nghiệp năm 2017 Quyền sở hữu rừng sản xuất là rừng trồng bao gồm quyền chiếm hữu, quyền sử dụng, quyền định đoạt của chủ rừng đối với cây trồng, vật nuôi và tài sản khác gắn liền với rừng do chủ rừng đầu tư trong thời hạn được giao, được thuê để trồng rừng

⁶ Điều 3 Bộ luật Dân sự năm 2015 Các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự

⁷ Điều 163 BLDS năm 2015.

⁸ Điều 271 BLDS Nội dung của quyền bề mặt

với tài sản được tạo lập. Quyền bề mặt có hiệu lực từ thời điểm chủ thể có QSDĐ chuyển giao mặt đất, mặt nước, không gian trên mặt đất, mặt nước và lòng đất cho chủ thể có quyền bề mặt, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc luật liên quan có quy định khác.

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

Bộ luật Dân sự quy định “Người sử dụng đất được sử dụng không gian và lòng đất theo chiều thẳng đứng từ ranh giới của thửa đất phù hợp với quy định của pháp luật và không được làm ảnh hưởng đến việc sử dụng đất của người khác”⁹. Khoản 30 Điều 3 Luật Xây dựng 2014 quy định Quy hoạch xây dựng là việc tổ chức không gian của đô thị, nông thôn và khu chức năng đặc thù gồm có hệ thống công trình hạ tầng kỹ thuật khung trên cao, trên mặt đất, dưới mặt nước và ngầm dưới mặt đất; Quy hoạch xây dựng đặt ra “chỉ giới xây dựng” là đường giới hạn cho phép xây dựng công trình chính trên thửa đất. Đồng thời nghiêm cấm “xây dựng coi nới, lấn chiếm diện tích, lấn chiếm không gian đang được quản lý, sử dụng hợp pháp của tổ chức, cá nhân khác và của khu vực công cộng, khu vực sử dụng chung”. Như vậy, hiện nay nội dung quyền bề mặt do BLDS quy định còn kỹ thuật hay giới hạn của quyền bề mặt do Luật Xây dựng quy định.

Về nguyên tắc, quyền bề mặt luôn gắn với quyền sử dụng của một thửa đất nhất định. Hiện nay, quyền này được phép giao dịch thông qua giao dịch “thuê đất” nhà nước phải có cơ chế bảo vệ quyền này đối với các bên tham gia giao dịch. Ví dụ, Ở một số công trình tại TP.HCM, chủ đầu tư thậm chí được phép sử dụng diện tích không gian dưới lòng đất lớn hơn diện tích đất thuộc quyền sử dụng bởi vì UBND TP cho phép chủ đầu tư khai thác cả không gian ngầm của vỉa hè xung quanh công trình (vốn là đất công). Hay TP.HCM hiện có quy chế quản lý kiến trúc quy định cụ thể tầng cao của từng khu vực, từng ô phố. Nhà trong hẻm có lộ giới nhỏ hơn 3,5m chỉ được xây dựng chiều cao tối đa 11,6m. Không gian phía trên 11,6m được ngầm hiểu là không gian công cộng¹⁰. Mở rộng vấn đề sang diện tích đất của người sử dụng đất thì pháp luật chưa có cơ chế điều chỉnh dẫn đến khó khăn trong việc quản lý nhà nước, khai thác nguồn lực từ đất đai và thực hiện quyền của người sử dụng đất.

Đến hiện nay, chưa có những quy định cụ thể trong cả Bộ luật Dân sự và Luật Đất

⁹ Điều 175. Ranh giới giữa các bất động sản

¹⁰ Khánh Yên (2022), Cần quy định cụ thể về không gian và không gian ngầm

đại hiện hành, mà lại chuyển quyền cơ bản này đổi với đất đai cho Luật Xây dựng. Thực tế đã cho thấy bất cập pháp luật như vậy làm cho rất nhiều khó khăn phát sinh trong thực tế mà không có cách giải quyết. Ví dụ, việc xây dựng các tuyến tàu điện ngầm ở TP. Hồ Chí Minh đã phát sinh quy định các thửa đất phía trên không được xây dựng nhà quá 5 tầng, các chủ sử dụng đất của các thửa đất này đòi bồi thường thiệt hại, nhưng thiếu các quy định cụ thể để áp dụng¹¹. Một ví dụ khác như khi đã cho một thửa đất xây dựng chung cư theo quy hoạch thì cũng gây ra nhiều thửa đất xung quanh không được xây dựng nhà vượt quá 10 tầng, họ cũng có quyền đòi bồi thường liên quan đến quyền bề mặt đối với không gian phía trên. Ngay việc sử dụng quyền bề mặt đối với không gian ngầm trong lòng đất cũng tùy tiện giao cho quy hoạch xây dựng, quy hoạch đô thị cấp phép.

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

Như vậy, Quyền bề mặt cần được thừa nhận trong Luật Đất đai theo tinh thần "xác định rõ phạm vi không gian của quyền bề mặt thuộc quyền sử dụng của chủ sử dụng đất, và ngoài phạm vi này thuộc quyền của Nhà nước đối với nhóm các trường hợp cụ thể", và thêm nữa "Nội dung quy hoạch sử dụng đất phải kết hợp giữa chỉ tiêu các loại đất gắn với không gian, phân vùng sử dụng đất, hệ sinh thái tự nhiên, thể hiện được thông tin đến từng thửa đất gắn với quyền bề mặt."¹²

1.3. Quyền phát triển đất

QSDĐ thuần túy hay đất chưa phát triển (undeveloped land) được hiểu là người sử dụng đất có quyền tài sản đối với thửa đất đó, giá trị của đất chưa phát triển được xác định bằng giá trị đất. Còn đất phát triển (developed land) thì giá trị của đất phát triển được điều chỉnh bởi giá trị đất và giá trị xây dựng, tạo lập tài sản¹³. Giá trị xây dựng được điều chỉnh bởi quyền được phép tạo lập loại tài sản, kích cỡ, tiêu chuẩn, tính năng và một số quyền

¹¹ Điều 94 Luật Đất đai 2013 quy định "Khi Nhà nước xây dựng công trình công cộng, quốc phòng, an ninh có hành lang bảo vệ an toàn mà không thu hồi đất nằm trong phạm vi hành lang an toàn thì người sử dụng đất được bồi thường thiệt hại do hạn chế khả năng sử dụng đất, thiệt hại tài sản gắn liền với đất theo quy định của Chính phủ". Khả năng sử dụng đất này có tính đến phần không gian phía trên và không gian ngầm hay không thì chưa nêu rõ. <https://hcmcpv.org.vn/tin-tuc/can-co-quy-dinh-trong-luat-dat-dai-ve-quy-hoach-khong-gian-ngam-o-cac-do-thi-1491905770>

¹² Nghị quyết số 18-NQ/TW ngày 16/6/2022 Hội nghị lần thứ năm Ban chấp hành trung ương Đảng khóa XIII về "Tiếp tục đổi mới, hoàn thiện thể chế, chính sách, nâng cao hiệu lực, hiệu quả quản lý và sử dụng đất, tạo động lực đưa nước ta trở thành nước phát triển có thu nhập cao".

¹³ Michael Mutze, Thomas Senff, Jutta C. Moller Editors (124), Tr.66.

của chủ sở hữu¹⁴.

Quyền phát triển trên đất gắn liền với quy hoạch sử dụng đất (QHSDĐ). Các học giả phương Tây cho rằng “QHSDĐ công và kiểm soát phát triển có thể được định nghĩa là giới hạn các quyền đối với đất trong phạm vi giới hạn về không gian nhất định. Trong ý nghĩa này, quy hoạch là một phần quan trọng của môi trường thể chế của thị trường đất đai và là tài sản”¹⁵. Tác giả khác cho rằng “Quy hoạch đô thị định nghĩa rộng là sự phối hợp của các kế hoạch phát triển của các cá nhân, các doanh nghiệp và các cơ quan chính phủ. Phối hợp có thể đạt được bằng cách đàm phán, cân nhắc, tư vấn, lập kế hoạch, quản lý, thực thi”¹⁶.

Tại Việt Nam giấy phép quy hoạch “là văn bản do cơ quan có thẩm quyền cấp cho nhà đầu tư làm căn cứ lập quy hoạch chi tiết hoặc lập dự án đầu tư xây dựng công trình” (Điều 3 Luật Quy hoạch đô thị). Đây chính là kết quả của việc thỏa thuận phát triển tài sản trên đất giữa nhà nước và nhà đầu tư. Giấy phép quy hoạch là cơ sở để nhà đầu tư dự án tổ chức lập nhiệm vụ và đồ án quy hoạch chi tiết đối với dự án đầu tư xây dựng công trình tập trung hoặc lập dự án đầu tư đối với các dự án đầu tư xây dựng công trình riêng lẻ trong đô thị; là căn cứ để cơ quan nhà nước có thẩm quyền phê duyệt quy hoạch chi tiết, dự án đầu tư xây dựng. Trong một số trường hợp giấy phép này có thể được “mua bán”¹⁷. Hay hiện cả nước có 1.390 dự án điều chỉnh quy hoạch từ một đến 6 lần, có dự án tới 9 lần¹⁸ dẫn đến tình trạng dự án chậm tiến độ, chậm triển khai¹⁹.

Nhằm “Hoàn thiện thể chế, chính sách về quản lý và sử dụng đất đồng bộ và phù hợp với thể chế phát triển nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa, nguồn lực đất đai được quản lý, khai thác, sử dụng bảo đảm tiết kiệm, bền vững, hiệu quả cao nhất; Nhà nước cần “có chính sách phù hợp với từng đối tượng, loại hình sử dụng đất để khơi dậy tiềm năng, phát huy cao nhất giá trị nguồn lực đất đai”²⁰. Quyền phát triển trên đất phải được xem là hàng hóa gắn liền với QSDĐ, quyền này phải được trị giá bằng tiền, thành lợi ích để trao cho người sử dụng đất. Tác giả Đặng Hùng Võ cho rằng “Khi quy hoạch không chỉ ra vùng nào sẽ được sử dụng vào mục đích gì trong tương lai thì cũng không thể bảo

¹⁴ Ninh Thị Hiền (2018), Pháp luật về trao quyền SDD từ Nhà nước cho các chủ thể kinh doanh BĐS tại Việt Nam, tr.85.

¹⁵ Ninh Thị Hiền (2018), tldđ, tr.86. E.R. Alexander, “A transaction-cost theory of land use planning and development control”, *The Town planning Review; Jan 2001;72,1; ProQuest Central, PP 45-75*.

¹⁶ Ninh Thị Hiền (2018), tldđ, tr.86. Chris J.Webster (2007), “Are Some Planning Transaction Intrinsically Sovereign”, *Journal of planning Education and Research 28, tr.480*.

¹⁷ Bản án số 375/2013/HSST ngày 28/8/2013 của TAND TP Hồ Chí Minh

¹⁸ Nhiều dự án bị điều chỉnh quy hoạch, gây hệ lụy lớn về hạ tầng đô thị, <https://vnexpress.net/nhieu-du-an-bi-dieu-chinh-quy-hoach-gay-he-luy-lon-ve-ha-tang-do-thi-3929332.html>.

¹⁹ Tuyệt đối không lợi dụng việc điều chỉnh quy hoạch, điều chỉnh chủ trương đầu tư để hợp thức hóa dự án kéo dài, <https://baophapluat.vn/bds/tuyet-doi-khong-loi-dung-viec-dieu-chinh-quy-hoach-dieu-chinh-chu-truong-dau-tu-de-hop-thuc-hoa-du-an-keo-dai-post461930.html>

²⁰ Nghị quyết số 18-NQ/TW, tldđ.

đảm cho chức năng làm căn cứ để cơ quan nhà nước giao đất, cho thuê đất”²¹.

Hiện nay, quy trình cấp giấy phép quy hoạch và trình tự, thủ tục trao QSDĐ hoàn toàn tách biệt. QSDĐ và quyền phát triển trên đất tạo thành hàng hóa trao cho người sử dụng đất không thống nhất chung một trình tự, thủ tục, hay được đóng gói chung để trao cho người sử dụng đất. Điều này sẽ dẫn đến nhiều bất cập trong việc xác định giá trị QSDĐ khi trao cho người sử dụng đất. Để QSDĐ trở thành hàng hóa không nằm ở dạng tĩnh thì các giá trị kinh tế, chi phí, lợi ích quyền tài sản phải được gán cho tài nguyên, cụ thể là “chỉ khi gói (package) đầy đủ các quyền sử dụng, chuyển giao quản lý và quyền thu nhập... được trao cho một người là những kết quả đạt được hiệu quả trong việc sử dụng đất”²². Do đó, quyền phát triển trên đất luôn gắn liền với nghĩa vụ của người sử dụng đất. Quyền và nghĩa vụ này cần phải được thể hiện dưới dạng một thỏa thuận hay một hợp đồng²³. Ở hầu hết các nước công nghiệp, quyền phát triển được coi như một loại hàng hóa được giao dịch trên thị trường và mang giá trị gia tăng do giao dịch đem lại.

Việc không chính thức thừa nhận các quyền trên, hoặc chỉ thừa nhận nguyên tắc chung ở Bộ luật Dân sự mà không quy định chi tiết trong Luật Đất đai làm cho việc thiết kế các giao dịch trở nên bẽ bộn, không rõ ràng, minh bạch giữa các chủ thể có quyền đối với QSDĐ và các tài sản đầu tư trên đất. “Đất đai chưa được khai thác, sử dụng hiệu quả để trở thành nguồn lực quan trọng phục vụ phát triển kinh tế - xã hội đất nước”²⁴. Hơn nữa, Nhà nước cũng không thu được đúng và đủ các giá trị gia tăng từ giá trị đất đai do đầu tư công mang lại.

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

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

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

Điều 158 Dự thảo Luật Nhà ở sửa đổi (DT-LNỞ) quy định điều kiện của nhà ở tham gia giao dịch là “**Có giấy chứng nhận theo quy định của pháp luật**”. Tuy nhiên, Điểm a Khoản 1 Điều 15 Dự thảo Luật Kinh doanh BĐS sửa đổi (DT-LKDBĐS) quy định về điều kiện của nhà ở, công trình xây dựng đưa vào kinh doanh chỉ là “**Có đăng ký quyền sở hữu**

²¹ Đặng Hùng Võ, “Phân cấp quyền của nhà nước đối với đất đai, quản lý đất đai và việc giám sát – đánh giá cần thiết ở Việt Nam”, tr. 383. truy cập ngày 2/8/2016 từ <http://dl.ueb.edu.vn/>

²² Richard Barnes (2009), *Property Rights and Natural Resources*, Oxford and Portland, Oregon, tr.42.

²³ Ninh Thị Hiền (2018), tldd, tr.90.

²⁴ Nghị quyết số 18-NQ/TW, tldd.

nhà ở²⁵, công trình xây dựng trong Giấy chứng nhận QSDĐ, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất”. Theo khoản 15 Điều 3 DT-LĐĐ sửa đổi thì “Đăng ký đất đai, tài sản gắn liền với đất là việc người sử dụng đất, người sở hữu tài sản, người được giao quản lý đất kê khai QSDĐ, quyền sở hữu tài sản gắn liền với đất và việc cơ quan nhà nước có thẩm quyền ghi nhận theo quy định của Luật này”. Đăng ký và được cấp giấy là hai nội dung khác nhau.

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

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

Thứ nhất: Khái niệm nhà ở, công trình xây dựng hình thành trong tương lai trong DT-LNỞ và DT-LKDBĐS là khác nhau.

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

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

Nhà nước nên cùng với chủ đầu tư tháo gỡ khó khăn bằng cách cấp giấy chứng nhận cho những BĐS này sau khi chủ đầu tư đáp ứng những điều kiện nhất định. Không nên để người dân mua trúng những tài sản “mập mờ” không có tính thanh khoản, điều này không đảm bảo an toàn về tài sản cho người dân, dẫn đến những bất ổn cho xã hội.

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

²⁵ Khoản 15 Điều 3 DT-LĐĐ Đăng ký đất đai, tài sản gắn liền với đất là việc người sử dụng đất, người sở hữu tài sản, người được giao quản lý đất kê khai quyền sử dụng đất, quyền sở hữu tài sản gắn liền với đất và việc cơ quan nhà nước có thẩm quyền ghi nhận theo quy định của Luật này.

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

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

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

Điều 182 DT-LNỞ về thế chấp dự án đầu tư xây dựng nhà ở và thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai “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 QSDĐ này trước khi ký hợp đồng huy động vốn góp, hợp đồng mua bán, thuê mua nhà ở với khách hàng”.

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

2.3. Hàng hóa là quyền sử dụng đất

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

Điều 46 DT-LĐĐ quy định điều kiện thực hiện các quyền của người sử dụng đất là “**có Giấy chứng nhận**”. Tuy nhiên Điều 32 DT-LKDBĐS²⁶ quy định “QSDĐ đã có hạ tầng kỹ thuật trong dự án BĐS đưa vào kinh doanh **chỉ cần nằm trong phần diện tích đất** thuộc dự án đã có Giấy chứng nhận QSDĐ theo quy định của pháp luật về đất đai”. Pháp

²⁶ Quy định về điều kiện đối với đất đã có hạ tầng kỹ thuật trong dự án bất động sản chuyên nhượng QSDĐ cho cá nhân tự xây dựng nhà ở.

luật quy định chủ đầu tư phải thực hiện một lượng công việc được cấp giấy chứng nhận QSDĐ.

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

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

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

2.4. Hàng hóa là dự án bất động sản

Điều kiện “**Có Giấy chứng nhận**” của DT-LĐĐ đã bị bỏ qua khi Điều 41 DT-LKDBĐS quy định về điều kiện khi chuyển nhượng toàn bộ hoặc một phần dự án BĐS “**không bắt buộc phải có Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất** đối với toàn bộ hoặc phần dự án chuyển nhượng”.

Trong khi đó, Điều 210 DT-LĐĐ quy định “Đất sử dụng đa mục đích”²⁷ trong đó có trường hợp “Đất ở kết hợp với thương mại, dịch vụ và các mục đích khác”.

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

Để hạn chế tình trạng này, ngay từ khi lập quy hoạch, dự án nên được phân chia thành

²⁷ Đất sử dụng đa mục đích là đất được sử dụng kết hợp từ hai mục đích trở lên có thể phân định được ranh giới hoặc không phân định được ranh giới của từng mục đích sử dụng.

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

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

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

3.1. Giao dịch về bất động sản

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

Khoản 2 Điều 10 DT-LKDBDS “Tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài, công ty quản lý tài sản của các tổ chức tín dụng (AMC), công ty quản lý tài sản của các tổ chức tín dụng Việt Nam (VAMC) thực hiện bán nhà, công trình xây dựng, chuyển nhượng QSDĐ, chuyển nhượng dự án BĐS đang được dùng bảo lãnh, thế chấp để thu hồi nợ theo quy định của pháp luật”.

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

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

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

b) Giao dịch đặt cọc

Khoản 4 Điều 24 DT-LKDBĐS quy định “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 và đã thực hiện giao dịch theo đúng quy định của Luật này”.

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

3.2. Nội dung hợp đồng về bất động sản

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

Điều 45 DT-LKDBĐS liệt kê 9 loại hợp đồng kinh doanh BĐS. Điều 47 DT-LKDBĐS quy định về nội dung của các hợp đồng trong kinh doanh BĐS²⁸. Điều 48 Giá giao dịch BĐS; Điều 49. Thanh toán trong giao dịch BĐS; Điều 50. Quy định nhóm hợp đồng kinh doanh BĐS được chuyển nhượng gồm: a) Hợp đồng mua bán nhà ở hình thành trong tương lai; b) Hợp đồng thuê mua nhà ở hình thành trong tương lai; c) Hợp đồng thuê mua công trình xây dựng có sẵn. Khoản 5 Điều 47 DT-LKDBĐS quy định “Các nội dung cụ thể cần phải có trong hợp đồng kinh doanh BĐS thực hiện theo quy định của Chính phủ”. Có nhiều nội dung khác cần phải có trong hợp đồng kinh doanh BĐS đang được quy định trong Bộ luật Dân sự. DT-LKDBĐS quy định nội dung về hợp đồng, giao dịch BĐS “không quy định lại các nội dung đã được quy định trong văn bản quy phạm pháp luật khác”²⁹ của Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật.

Một trong những công cụ để đảm bảo niềm tin cho người mua khi xác lập quyền sở

²⁸ Ví dụ Điều 47 DT-LKDBĐS quy định về nội dung của hợp đồng trong kinh doanh BĐS: Hợp đồng chuyển nhượng, cho thuê QSDĐ đã có hạ tầng kỹ thuật phải có các nội dung chính sau đây: tên, địa chỉ của các bên; các thông tin về loại đất, diện tích, vị trí, số hiệu, ranh giới và tình trạng thửa đất, tài sản gắn liền với đất (nếu có); thời hạn sử dụng đất; giá chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê lại bao gồm cả tài sản gắn liền với đất (nếu có); phương thức và thời hạn thanh toán; thời hạn bàn giao đất và hồ sơ kèm theo; quyền và nghĩa vụ của các bên; quyền của bên thứ ba đối với thửa đất (nếu có); trách nhiệm do vi phạm hợp đồng; phạt vi phạm hợp đồng; giải quyết hậu quả khi hợp đồng hết hạn đối với trường hợp cho thuê, cho thuê lại quyền sử dụng đất; giải quyết tranh chấp; các trường hợp chấm dứt, hủy bỏ hợp đồng và biện pháp xử lý.

²⁹ Điều 8. Ngôn ngữ, kỹ thuật văn bản quy phạm pháp luật, Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015.

hữu đối với tài sản là chế định pháp luật về hợp đồng. Pháp luật quy định "Mọi cá nhân, pháp nhân đều bình đẳng, không được lấy bất kỳ lý do nào để phân biệt đối xử; được pháp luật bảo hộ như nhau về các quyền nhân thân và tài sản. Cá nhân, pháp nhân xác lập, thực hiện, chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự của mình trên cơ sở tự do, tự nguyện cam kết, thỏa thuận. Mọi cam kết, thỏa thuận không vi phạm điều cấm của luật, không trái đạo đức xã hội có hiệu lực thực hiện đối với các bên và phải được chủ thể khác tôn trọng."³⁰. Ví dụ như:

Thứ nhất: DT-LKDBĐS không nên quy định những nội dung về hợp đồng gây bất lợi cho người tiêu dùng như: phương thức thanh toán giao dịch thuê mua nhà "Người thuê mua thanh toán trước cho bên cho thuê mua một tỷ lệ phần trăm nhất định của giá trị nhà ở thuê mua theo thỏa thuận nhưng không quá 50% giá trị nhà ở thuê mua; số tiền còn lại được tính thành tiền thuê nhà để trả hàng tháng cho bên cho thuê mua trong một thời hạn nhất định". Việc thanh toán là do hai bên thỏa thuận theo Điều 453 Bộ luật Dân sự về mua trả chậm, trả dần: 1. Các bên có thể thỏa thuận về việc bên mua trả chậm hoặc trả dần tiền mua trong một thời hạn sau khi nhận tài sản mua". Bên thuê mua có thể thanh toán trước một khoản tiền ít hơn 50%.

Thứ hai: Quy định về bồi thường thiệt hại khi chuyển nhượng QSDĐ đã không được quy định tại Điều 47 DT-LKDBĐS³¹. Để tránh chủ đầu tư bán tài sản hình thành trong tương lai kèm chuyển nhượng QSDĐ chiếm dụng vốn bằng cách kéo dài thời gian bàn giao nhà và đất, sau đó chủ đầu tư chỉ bồi thường theo lãi suất huy động vốn trong khi giá đất lên cao hơn tiền lãi. Nhằm giảm thiệt hại cho người tiêu dùng, Điều 47 DT-LKDBĐS không nên liệt kê thiếu nội dung bồi thường thiệt hại quy định tại Điều 170 Bộ luật Dân sự³² nhằm gây bất lợi cho người tiêu dùng.

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

Mặt khác kể từ giai đoạn tiền hợp đồng, việc cung cấp thông tin, tính minh bạch của thông tin, cho đến xác lập, thay đổi, chấm dứt hợp đồng, DT-LKDBĐS trao quyền cho người đại diện theo pháp luật của sàn giao dịch BĐS xác nhận là không đảm bảo an toàn

³⁰ Điều 3 Bộ luật Dân sự năm 2015: Các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự.

³¹ Khoản 5 Điều 49 DT-LĐĐ quy định: Việc chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê lại quyền sử dụng đất đối với các dự án kinh doanh BĐS thông qua sàn giao dịch BĐS theo quy định của pháp luật về kinh doanh BĐS.

³² Điều 170 Bộ luật Dân sự: Quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại - Chủ sở hữu, chủ thể có quyền khác đối với tài sản có quyền yêu cầu người có hành vi xâm phạm quyền sở hữu, quyền khác đối với tài sản bồi thường thiệt hại.

pháp lý cho người tiêu dùng, vì tính không trung lập, tính phụ thuộc về kinh tế của sàn giao dịch vào chủ đầu tư sẽ gây bất lợi cho người tiêu dùng.

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

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

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

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

Việt Nam hiện đã là thành viên Liên Minh công chứng Quốc tế (UINL) từ năm 2013. Các quốc gia và các vùng lãnh thổ trong tổ chức sử dụng văn bản pháp luật là nguồn luật chính để quản lý xã hội và là “chuẩn mực cho tổ chức và hoạt động của cơ quan nhà nước trong khi thực hiện nhiệm vụ, chức năng của mình”³³. Một số các đặc điểm chính của công chứng Latinh gồm:

Thứ nhất, đặc điểm về “Phòng ngừa tranh chấp” đóng vai trò nền tảng và xuyên suốt của hệ thống công chứng Latinh. Để đạt được mục tiêu này, các quốc gia trong hệ thống cam kết nỗ lực thực hiện các hướng dẫn của Tổ chức Liên minh công chứng Quốc tế (UINL) nhằm đạt được chuẩn mực chung của văn bản công chứng hay văn bản xác thực (Authentic instrument) mà tổ chức này đã khuyến nghị gồm nhiều tiêu chuẩn³⁴. Các tiêu chuẩn này đã được nội luật hóa vào Luật Công chứng năm 2014 và hiện đang được tiếp tục hoàn thiện tại Việt Nam.

Thứ hai, đặc điểm về tính trung lập không phụ thuộc vào các bên tham gia hợp đồng, giao dịch của tổ chức hành nghề công chứng thuộc hệ thống công chứng Latinh đã tạo ra

³³ Nguyễn Thị Minh Hà (2006), “Vị trí của văn bản quy phạm pháp luật trong hệ thống pháp luật”, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, Số 5, tr.35.

³⁴ Xem thêm Ninh Thị Hiền, Vai trò của hoạt động công chứng trong tiến trình cải cách tư pháp ở Việt Nam hiện nay, tại <https://vietnamnotary.org/nghien-cuu-trao-doi/vai-tro-cua-hoat-dong-cong-chung-trong-tien-trinh-cai-cach-tu-phap-o-viet-nam-hien-nay>

hiệu quả cao của văn bản công chứng. Theo báo cáo của Liên minh công chứng quốc tế thì “Ở các quốc gia thuộc hệ thống công chứng La-tinh, loại tranh chấp liên quan đến CCV gần như không có, như tại Italia hay tại Hàn Quốc, chỉ có từ 1 đến 3 vụ việc hàng năm”³⁵.

Thứ ba, Công chứng viên được nhà nước ủy nhiệm cung cấp dịch vụ công là một chức danh tư pháp, hành nghề độc lập. Công chứng viên là người “gác cổng”³⁶, hướng dẫn cho các bên tham gia giao dịch thực hiện đúng loại giao dịch và nội dung giao dịch về BĐS theo nguyên tắc luật định (numerus clausus)³⁷ hay “những quyền do pháp luật mặc định”³⁸ hay “nguyên tắc phát sinh theo quy định của luật”³⁹ đề cập đến ý tưởng rằng chỉ những quyền tài sản được pháp luật cho phép mới được công nhận là quyền tài sản, một hệ thống luật tài sản áp đặt các giới hạn đối với các bên tư nhân không được tự tạo ra các quyền tài sản mới. Hay “các cơ quan có thẩm quyền không được tự mình, vượt lên trên luật pháp mà trao quyền hay áp đặt nghĩa vụ theo ý chí của mình”⁴⁰. Điều này, giúp cho thị trường BĐS minh bạch. Giảm chi phí giao dịch khi các bên tham gia tìm kiếm, xác minh thông tin liên quan đến tài sản giao dịch. Nguyên tắc Luật định được nhiều quốc gia Civil Law áp dụng. Thực chất đây chính là chức năng của công chứng hướng dẫn người dân thực hiện đúng pháp luật mà do người dân tự trả tiền theo giá ấn định của Nhà nước.

Thứ tư, dịch vụ công chứng là dịch vụ công. Người dân có quyền yêu cầu Nhà nước cung cấp các dịch vụ công tối thiểu, ví dụ như sự an toàn, một trật tự pháp luật công bằng. Nhà nước phải cung cấp các công cụ bảo hộ cần thiết để dân thực hiện quyền tự do, môi trường sống lành mạnh, trấn áp tội phạm, là những giá trị công cần thiết cho một cuộc sống hoà bình của người dân. Người dân nào, bất luận sang hèn, đều có quyền yêu cầu Nhà nước cung cấp những dịch vụ công tối thiểu như bảo vệ họ trước các hành vi phạm pháp, tạo cho họ một môi trường sống ổn định, lành mạnh để họ phát triển nhân cách cá nhân của mình⁴¹. Nhà nước không thể ép buộc người dân sử dụng dịch vụ công bằng phương thức thỏa thuận⁴²

³⁵ Tác giả lược dịch bài: [Study on the definition of notarial authentic act and annex on costs](https://www.uinl.org/documents/20181/339555/ANM_CGK-11-1-EN-Acte+Authent.%2BCosts/6dd7b827-63d9-41d9-868b-2856af50b105) truy cập ngày 1/9/2020 từ https://www.uinl.org/documents/20181/339555/ANM_CGK-11-1-EN-Acte+Authent.%2BCosts/6dd7b827-63d9-41d9-868b-2856af50b105.

³⁶ Trách nhiệm của người gác cổng (Gatekeepers) được phân biệt theo nghĩa vụ mà pháp luật áp đặt đối với các “người gác cổng” nhằm ngăn chặn hành vi sai trái, bằng cách chứng nhận chuyên biệt cho những giao dịch đạt yêu cầu, đây là cánh cổng mà người gác cổng giữ. Theo Reinier H. Kraakman, Gatekeepers: The Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy, 2 J. L. ECON. & ORG. 53 (1986).

³⁷ Ngô Thu Trang (2018), Quyền đối với tài sản – đánh giá mức độ tiếp cận lý thuyết vật quyền và những vấn đề đặt ra, Truy cập ngày 10/8/2022 từ <https://moj.gov.vn>

³⁸ Phạm Duy Nghĩa (2015), Giáo trình luật kinh tế, Nxb Công an Nhân dân, tr.103.

³⁹ Nguyễn Nhật Thanh (2019), Quyền hưởng dụng trong Bộ luật Dân sự Việt Nam, Grimaldi Michel và Đỗ Văn Đại (2019), Bộ luật Dân sự mới của Việt Nam – Góc nhìn Pháp-Việt, Nxb Hồng Đức Hội luật gia Việt Nam, tr.26.

⁴⁰ Xem Nguyễn Quốc Vinh (2013), Triết lý nào cho việc sửa đổi Bộ luật Dân sự? truy cập ngày 8/7/2022 tại <http://laphap.vn/Pages/TinTuc/206973/Triet-ly-nao-cho-viec-sua-doi-bo-luat-dan-su-.html>.

⁴¹ Phạm Duy Nghĩa (2004), Pháp luật và những nhân tố tích cực của Nho giáo, Nxb Tư pháp, tr.78.

⁴² Điều 62 DT-LKDBĐS quy định sản giao dịch BĐS được thu phí dịch vụ của khách hàng có BĐS được đưa lên sàn giao dịch BĐS theo thỏa thuận.

giá với đơn vị cung cấp. Nhà nước phải luôn nâng cao chất lượng dịch vụ công thông qua sự chuyên nghiệp, được đào tạo tốt kèm với chuẩn mực về quy tắc đạo đức của người trực tiếp cung cấp dịch vụ công. Thực chất đây là công chứng cung cấp dịch vụ pháp lý để bảo vệ quyền và lợi ích của người dân.

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

Ở các nước theo hệ thống thông luật (Common Law System), tiền lệ pháp (precedents) và án lệ (case law) được xem là hình thức pháp luật, song song tồn tại với văn bản quy phạm pháp luật và tập quán pháp⁴³. Tiền lệ pháp là việc làm luật của Tòa án trong việc công nhận và áp dụng các nguyên tắc mới trong quá trình xét xử. Những nguyên tắc này đóng vai trò là điểm quy chiếu để quyết định những vụ án sau này có cùng tình tiết hoặc vấn đề pháp lý⁴⁴.

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

a) Hoạt động công chứng tại Vương quốc Anh

Tại Anh, dịch vụ công chứng chia thành nhiều cấp độ. Cấp độ cao nhất là các công chứng viên hoạt động theo mô hình công chứng Latinh, là dịch vụ công được tổ chức theo hình thức công ty Worshipful Company of Scriveners of City of London⁴⁵ có trụ sở tại London, còn gọi là Công chứng viên Scrivener, chỉ hành nghề duy nhất là công chứng viên một cách chuyên nghiệp trong bối cảnh việc chuẩn bị chứng từ của những người không chuyên nghiệp bị cấm. Phần lớn các công chứng viên scrivener cung cấp một danh sách đầy đủ các dịch vụ để hỗ trợ khách hàng thực hiện các giao dịch của họ từ đầu đến cuối. CCV Scrivener là những người dẫn đầu trong lĩnh vực dịch vụ công chứng trong các giao dịch, đặc biệt là giao dịch quốc tế, kinh doanh xuyên biên giới. Hiện nay Công ty Scrivener là thành viên của Liên minh công chứng Quốc tế.

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

Khi thực hiện hành vi công chứng, các luật sư kiêm nhiệm CCV chỉ xác thực về mặt hình thức như: nhận diện đúng khách hàng, xác định đúng thời gian, địa điểm giao kết hợp

⁴³ Phan Nhật Thanh (2017) Chủ biên, Tập quán pháp, Tiền lệ pháp và việc đa dạng hóa hình thức pháp luật ở Việt Nam, Nxb Đại học Quốc gia Thành phố Hồ Chí Minh, tr.108.

⁴⁴ Phan Nhật Thanh (2017) tldđ, tr.109, đã dẫn Bryan A. Garner (1999), *Black's Law Dictionary*, West Group, pp.207,1195.

⁴⁵ <https://scrivener-notaries.org.uk/scrivener-notaries/>

đồng, ghi lại sự kiện pháp lý hoặc thoả thuận của các bên hoặc ý chí của người yêu cầu công chứng, không quan tâm đến việc xác định tình trạng pháp lý của đối tượng hợp đồng, không cần biết thoả thuận có trái pháp luật, đạo đức xã hội hay không, không chịu trách nhiệm nếu có điều khoản nào đó trong hợp đồng bất lợi cho một bên hoặc gây thiệt hại cho người thứ ba. Trong khi thực hiện công chứng, người thực hiện công chứng không có nghĩa vụ phải tư vấn vô tư và làm cân bằng lợi ích của các bên; luật sư có thể tư vấn thiên vị cho một bên nào đó hoặc có thể từ chối thực hiện công chứng nếu thấy thù lao không thoả đáng. Mỗi bên tham gia hợp đồng, được trợ giúp bởi cố vấn của mình, đều tìm kiếm lợi ích riêng của mình mà không cần quan tâm thật sự tới thiệt hại của đối phương. Do vậy, những hợp đồng, văn bản được lập và chứng nhận bởi những người kiêm thực hiện công chứng mang lại sự an toàn pháp lý thấp, không được coi là chứng cứ xác thực, hiển nhiên trước Toà án, không có giá trị cưỡng chế thi hành như một phán quyết của toà án, văn bản công chứng chỉ được coi là nguồn chứng cứ trước toà, vẫn cần phải điều tra xác minh, có tỷ lệ tranh chấp xảy ra nhiều hơn so với các hệ thống công chứng khác⁴⁶.

Để phòng ngừa tranh chấp, Vương quốc Anh còn có Cơ quan chống gian lận quốc gia (the National Fraud Authority)⁴⁷ được thiết lập bao gồm văn phòng Chống gian lận nghiêm trọng (the Serious Fraud Office) đối với gian lận có giá trị cao và phức tạp. Trong phạm vi giao dịch BĐS, nhóm tiêu chuẩn giao dịch BĐS quốc gia (National Trading Standards Estate and Letting Agency Team)⁴⁸ nhằm bảo vệ người tiêu dùng và doanh nghiệp theo Đạo luật đại lý BĐS năm 1979 (the Estate Agents Act 1979) và Đạo luật phí thuê nhà 2019 (the Tenant Fees Act 2019). Nhóm chịu trách nhiệm chính về quy định hoạt động của đại lý BĐS; giám sát hoạt động của đại lý BĐS; cho phép cơ quan pháp luật ban hành các lệnh cấm và cảnh báo đối với những người không đủ điều kiện tham gia hoạt động kinh doanh BĐS; giám sát đối với các kế hoạch bồi thường cho người tiêu dùng; thanh tra viên và các cơ quan giải quyết tranh chấp thay thế trong lĩnh vực đại lý BĐS đưa ra hướng dẫn và lời khuyên cho công chứng, doanh nghiệp và cơ quan thực thi về hoạt động của đại lý BĐS ở Vương quốc Anh...

b) Hoạt động công chứng tại Hoa Kỳ

CCV tại Hoa Kỳ không phải là một nghề độc lập với danh xưng chính thức là CCV mà đơn thuần chỉ là “Người chứng nhận”⁴⁹. Một người được phép hành nghề công chứng với tư cách cá nhân và không cần phải thành lập Tổ chức hành nghề công chứng. CCV ở Hoa

⁴⁶ Hoàng thị Chung, Tìm hiểu mô hình công chứng trên thế giới và kinh nghiệm tham khảo cho Việt Nam, <https://moj.gov.vn/tctcl/tintuc/Pages/kinh-nghiem-quoc-te.aspx?ItemID=8>

⁴⁷ Mark Button, Chris Lewis, David Shepherd, Graham Brooks and Alison Wakefield, Fraud and Punishment: Enhancing Deterrence Through More Effective Sanctions, Technical Report, January 2012, DOI: 10.13140/RG.2.1.4205.4804

⁴⁸ <https://www.nationaltradingstandards.uk/work-areas/estate-agency-team/>

⁴⁹ Ngọc Linh, Nghề công chứng ở Mỹ, <https://plo.vn/nghe-cong-chung-o-my-post199348.html>

Kỳ chỉ chứng nhận chữ ký, không chứng nhận về tính xác thực hay hợp pháp của nội dung văn bản. Điều này có nghĩa là CCV ở Hoa Kỳ chỉ xác thực chữ ký trong văn bản là của đúng người ký thông qua các chứng từ như ID, bằng lái xe, hộ chiếu... và không quan tâm đến nội dung của văn bản. Các bên giao dịch tự chịu trách nhiệm về tính xác thực hay hợp pháp của nội dung văn bản. Việc công chứng chỉ được thực hiện trong phạm vi địa lý của tiểu bang.

Nhìn chung, theo mô hình công chứng Anglo-Saxong, luật sư là người công chứng và các bên hoàn toàn tự do trong việc giao kết hợp đồng. Luật sư chỉ chứng nhận về nhân thân của các bên giao kết hợp đồng, chứ không chứng nhận nội dung thỏa thuận. Trong trường hợp có tranh chấp, các bên đưa vụ việc ra Tòa án và quyết định của Tòa án theo án lệ sẽ là cơ sở điều tiết quan hệ hợp đồng. Hợp đồng khi đó thể hiện tương quan lực lượng giữa các bên và mục đích cuối cùng của hợp đồng không phải là đảm bảo tính khách quan, vô tư mà là làm sao để thu lợi ích được nhiều nhất. Chính vì vậy, hợp đồng thường dẫn tới tranh chấp và phải đưa nhau ra Tòa án để giải quyết⁵⁰.

Tại Hoa kỳ Hợp đồng được soạn thảo căn cứ vào án lệ vì luật thành văn trong lĩnh vực hợp đồng khá hạn chế nên nguồn luật cơ bản để điều chỉnh cho quan hệ này là án lệ⁵¹. Luật sư, tư vấn viên pháp luật là người đưa ra những lời tư vấn một cách chi tiết và chính xác nhất, dựa trên sự rà soát và cân chỉnh nội dung từ các nguyên tắc pháp lý được thừa nhận trong vô vàn các án lệ khác nhau. Điều này trái ngược với hệ thống Civil law, khi mà tầm quan trọng của pháp luật thành văn chiếm ưu thế hơn so với các nguồn luật khác. Nếu trong một giao dịch, các bên chưa đủ chi tiết hoá các nội dung quyền và nghĩa vụ của mình thì đã có hệ thống các quy định của pháp luật với tính pháp lý chắc chắn được thể hiện quá rõ ràng trong các đạo luật và các văn bản hướng dẫn chi tiết thi hành⁵². Điều này làm giảm thiểu tranh chấp trong các hợp đồng giao dịch.

Tác giả Nguyễn Minh Đoan cho rằng Hệ thống pháp luật Châu Âu lục địa có nguồn luật chủ yếu là văn bản quy phạm pháp luật được hệ thống hóa (pháp điển hóa) cao với nhiều văn bản có giá trị pháp lý cao như luật, bộ luật. Án lệ được áp dụng rất hạn chế ở các nước Châu Âu lục địa và không có tính ràng buộc chính thức⁵³. Do đó, việc chọn mô hình công chứng La-tinh từ ban đầu đồng thời tiếp tục duy trì và phát triển là lựa chọn phù hợp với điều kiện của Việt Nam hiện nay.

5. Kết luận:

Với mục tiêu “Hoàn thiện thể chế, chính sách về đất đai theo hướng đồng bộ và phù

⁵⁰ Phan Hoài Nam (2022), Chuyên đề “Các mô hình công chứng trên thế giới hiện nay”, Đề tài cấp bộ-Bộ Tư pháp “Nghiên cứu xây dựng những định hướng chính sách lớn phục vụ việc sửa đổi bổ sung luật công chứng”.

⁵¹ Vũ Thị Lan Anh (2010), “Pháp luật về hợp đồng Hoa Kỳ và những điểm khác biệt cơ bản so với pháp luật Việt Nam”, *Tạp chí Luật học*, số 12/2010, tr.11.

⁵² Phan Hoài Nam (2022) t.lđd.

⁵³ Trường Đại học Luật Hà Nội, Giáo trình lý luận chung về Nhà nước và Pháp luật, Nxb Tư Pháp, tr.346.

hợp với thể chế phát triển nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa, Việt Nam cần có chính sách phù hợp với từng đối tượng, loại hình sử dụng đất để khơi dậy tiềm năng, phát huy cao nhất giá trị nguồn lực đất đai”⁵⁴. Nhà nước cần sửa Luật Kinh doanh BĐS theo những tiêu chí sau:

1. Luật Đất đai sửa đổi cần quy định chi tiết các quyền tài sản, quyền bề mặt và quyền phát triển gắn với QSDĐ nhằm đồng bộ và chi tiết hóa các quyền này, mà quyền tài sản, quyền bề mặt đã được quy định chung trong Bộ luật Dân sự, và quyền phát triển đã được quy định riêng trong Luật Xây dựng. Tình trạng pháp luật như vậy là thiếu hệ thống, thiếu đồng bộ và thiếu thống nhất, dẫn đến nhiều khoảng trống pháp luật và các khoảng xung đột pháp luật. Các quyền này luôn gắn với QSDĐ, khi được quy định cụ thể trong Luật Đất đai mới có thể vừa bảo vệ được quyền và lợi ích của người sử dụng đất, và vừa bảo vệ được thu đúng, thu đủ từ đất cho ngân sách nhà nước.

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

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

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

5. Sàn giao dịch BĐS là một dịch vụ do khu vực tư nhân cung cấp, luôn gắn với nhóm lợi ích chủ đầu tư dự án - sàn giao dịch, hầu như không hướng tới cơ chế bảo vệ quyền vào lợi ích của người tiêu dùng. Sàn giao dịch có chức năng cung cấp thông tin như một dịch vụ tư nhân, và việc giao dịch qua sàn giao dịch BĐS cần nâng cấp để đảm bảo tính công khai, minh bạch trong các giao dịch dự án cung cấp hàng hóa BĐS. Công chứng là hoạt động dịch vụ công đảm bảo cơ sở pháp lý chặt chẽ cho mọi giao dịch BĐS, giúp người dân hiểu biết rõ pháp luật khi tham gia vào giao dịch BĐS, đồng thời cũng tạo ra nguồn thông tin công khai, minh bạch cho các giao dịch đã thành công. **Chức năng cung cấp dịch vụ**

⁵⁴ Nghị quyết số 18-NQ/TW ngày 16/6/2022 Hội nghị lần thứ năm Ban chấp hành trung ương Đảng khóa XIII về “Tiếp tục đổi mới, hoàn thiện thể chế, chính sách, nâng cao hiệu lực, hiệu quả quản lý và sử dụng đất, tạo động lực đưa nước ta trở thành nước phát triển có thu nhập cao”.

tư về thông tin của các sàn giao dịch BĐS không thể thay thế chức năng cung cấp dịch vụ công của Công chứng trong các giao dịch BĐS, nhất là các giao dịch BĐS của các dự án đầu tư phát triển BĐS chứa đựng nhiều rủi ro pháp lý. Kinh nghiệm của các nước trên thế giới đã cho thấy rõ điều này và Việt Nam nên học tập để quản lý tốt hơn thị trường BĐS còn đang yếu kém như hiện nay. Để đảm bảo an toàn pháp lý cho giao dịch về BĐS, Điều 28 DT-LĐĐ sửa đổi đã quy định giao dịch về QSDĐ được công chứng, và không có BĐS nào không gắn liền với đất.

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

Cải thiện được những việc trên là Nhà nước đang hướng đến việc “quản trị quốc gia hiện đại, hiệu quả; đáp ứng yêu cầu phát triển đất nước nhanh, bền vững, trở thành nước phát triển, có thu nhập cao theo định hướng xã hội chủ nghĩa vào năm 2045”⁵⁵.

⁵⁵ Nghị quyết số 27-NQ/TW ngày 09 tháng 11 năm 2022 Hội nghị lần thứ sáu Ban chấp hành trung ương Đảng khóa XIII về tiếp tục xây dựng và hoàn thiện nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam trong giai đoạn mới.

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

TS. Lưu Quốc Thái

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

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 (BDS) được chính thức quy định từ Luật Kinh doanh bất động sản (Luật KDBDS) 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. Vì vậy, bài viết này sẽ hệ thống hóa, phân tích, đánh giá các quy định hiện hành, Dự thảo Luật KDBDS 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 BDS. Bên cạnh đó, bài viết cũng tham khảo pháp luật của một số nước nhằm mục đích góp phần hoàn thiện hơn pháp luật kinh doanh BDS và để tạo nên một thị trường BDS lành mạnh, an toàn.

Từ khóa: Đảm bảo an toàn, giao dịch, nhà, công trình xây dựng, hình thành trong tương lai.

Đặt vấn đề

Mua bán nhà, công trình xây dựng hình thành trong tương lai (BDS 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, đây là một hình thức giao dịch kinh doanh BDS được chính thức quy định từ Luật KDBDS 2006. Trước đó, dù giao dịch này chưa được pháp luật quy định nhưng trên thực tế các doanh nghiệp kinh doanh BDS và khách hàng đã “lách luật” bằng các hợp đồng “góp vốn” đầu tư phân chia nhà ở mà bản chất không có gì khác với hợp đồng mua bán nhà hình thành trong tương lai. Mặc dù loại giao dịch “tự phát” 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. Vì vậy, bài viết này sẽ hệ thống hóa, phân tích, đánh giá các quy định mới nhất về các biện pháp bảo

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 19/4/2023.

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, nhằm mục đích góp phần hoàn thiện hơn pháp luật kinh doanh BĐS và để tạo nên một thị trường BĐS lành mạnh, an toàn. Biện pháp bảo vệ quyền lợi hợp pháp của khách hàng mua nhà hình thành trong tương lai có thể chia thành 2 loại: biện pháp mang tính “phòng ngừa” và biện pháp “khắc phục hậu quả”. Bài viết này chỉ đề cập đến các biện pháp phòng ngừa.

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

Giao dịch mua bán BĐS hình thành trong tương lai được ghi nhận từ Luật Nhà ở 2005 nhưng Luật này không có định nghĩa về nhà ở hình thành trong tương lai.² Sau đó, Luật KDBĐS 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 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 2014 (thay thế Luật KDBĐS 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. Bài viết sẽ tập trung phân tích giao dịch mua bán nhà ở hình thành trong tương lai. Đối với việc mua bán những công trình xây dựng khác, bài viết có thể đề cập nhưng không đi sâu phân tích.

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

² Khoản 1 Điều 39 Luật Nhà ở 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 Kinh doanh BĐS 2006.

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

nhà ở) hình thành trong tương lai như đã trình bày ở trên. Tuy nhiên, nếu mô phỏng định nghĩa của Luật KDBĐS 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 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 là được coi là “quyền” của chủ đầu tư dự án BĐS. Theo quy định tại khoản 1 Điều 54 Luật KDBĐS 2014 thì: “*Chủ đầu tư dự án bất động sản 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 bất động sản 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 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 bất động sản (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 nói 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 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 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 chính của 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 mất 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 với 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 tráo đổi nguyên vật liệu nội thất và 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 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 quyền sở hữu nhà ở của họ. Có giấy

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 bất 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 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: Đinh Dân (2016), *Một môi 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 17/4/2023.

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.

chứng nhận quyền sở hữu cũng là một trong những điều kiện quan trọng để thực hiện quyền đối với nhà ở của mình. Trước đây, Nghị định 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 Giấy chứng nhận 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 giấy chứng nhận*” (Khoản 3 Điều 50). Theo Luật Nhà ở 2014 thì: “*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 Giấy chứng nhận cho người mua, người thuê mua nhà ở, trừ trường hợp người mua, thuê mua tự nguyện làm thủ tục đề nghị cấp Giấy chứng nhận*” (Khoản 7 Điều 26).

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 giấy chứng nhận 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 giấy chứng nhận 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 giấy chứng nhận 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 2014 gồm: Biện pháp bảo lãnh của ngân hàng thương mại; Biện pháp bảo vệ quyền và lợi ích của khách hàng thông qua quy định về “thanh toán” trong mua bán 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”. Bài viết này sẽ lần lượt phân tích từng biện pháp.

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 20/4/2023.

2.1. Biện pháp bảo lãnh của ngân hàng

Theo Điều 56 Luật Kinh doanh bất động sản 2014, vấn đề bảo lãnh nêu trên được quy định cụ thể như sau:

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

Ngân hàng Nhà nước Việt Nam công bố danh sách ngân hàng thương mại có đủ năng lực thực hiện bảo lãnh trong kinh doanh bất động sản 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 07/2015/TT-NHNN ngày 25/6/2015 (đã được sửa đổi, bổ sung bởi Thông tư 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 nói trên. Theo đó, Ngân hàng Nhà nước công bố danh sách ngân hàng thương mại có đủ năng lực thực hiện bảo lãnh nhà ở hình thành trong tương lai. Ngân hàng thương mại 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 bất động sản hình thành trong tương lai được đưa vào kinh doanh theo quy định tại Điều 55 Luật Kinh doanh bất động sản. 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 Kinh doanh bất động sản 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, ngân hàng thương mại 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 bất động sản hình thành trong tương lai là điểm mới của pháp luật kinh doanh bất động sản. 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 07/2015/TT-NHNN bởi Thông tư 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 nói trên không có ý nghĩa thực tiễn.

Bên cạnh đó, xét ở góc độ pháp lý thì quy định về bảo lãnh ngân hàng nói trên này vẫn còn một vài 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 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 bất động sản 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 bất động sản? 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.

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 09/3/2021.

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 KDBDS thì hợp đồng này phải ký trước khi chủ đầu tư ký hợp đồng bán nhà nhưng Thông tư 07/2015/NHNN dường như có quy 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 phải 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 Luật KDBDS thì “*Hợp đồng bảo lãnh có thời hạn cho đến khi nhà ở được bàn giao cho bên mua, bên thuê mua*” (khoản 2 Điều 56) trong khi Thông tư 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 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.

Thứ sáu, trong trường hợp ngân hàng bảo lãnh cho dự án bất động sản 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

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.

¹² Maria Lusía Castro, *Off-plan property bank guarantees and Insurance Policies*, [Off-Plan Property Bank Guarantees and Insurance Policies | CostaLuz Lawyers](#), truy cập 20/4/2023

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 nói 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 bất động sản 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 bất động sản. Theo quy định hiện hành thị 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 43/2014/NĐ-CP; khoản 2 Điều 2 Nghị định 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 nói trên được áp dụng đối với một hay nhiều dự án. Điều này dẫn đến việc một số chủ đầu cùng một lúc triển khai nhiều dự án nhưng chỉ có một nguồn vốn duy nhất đáp ứng đủ 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 2014 thì: “*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 thì: “*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*

¹³ Maria Lusía Castro, *lđđ*.

¹⁴ Xem thêm: Ngọc Cương – 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 21/4/2023.

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 bất động sản.

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 Kinh doanh bất động sản...

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. 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 Luật KDBĐS 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 chưa chủ đầu tư 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

¹⁵ Xem thêm: Vũ Lê – Quỳnh Trang (2022), *Vi 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 21/4/2023.

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 việc 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 2014, việc thanh toán trong mua bán, thuê mua bất động sản hình thành trong tương lai được quy định như sau:

“1. Việc thanh toán trong mua bán, thuê mua bất động sản 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 bất động sản 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 Giấy chứng nhận 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 Giấy chứng nhận 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 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 tiến độ xây dựng bất động sản*”. 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 bất động sản được

¹⁶ Xem: Maria Lusía Castro (tlđd).

thực hiện theo các khoảng thời gian này. Kể từ đây 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 cơ bản dẫn đến tình trạng các dự án bất động sản 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 bất động sản (Khoản 1 Điều 4 Luật KDBĐS 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 “lợi dụng” 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) 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 bất động sản; 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*

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: “*Bất 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.

đủ các điều kiện đưa vào kinh doanh” hoặc “hoặc giá trị đặt cọc không quá 5% giá trị nhà mua bán”¹⁸. 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 bất động sản không mang tính bắt buộc (Điều 17 Luật KDBĐS 2014). Đây được cho là một trong các nguyên nhân khiến cho giao dịch bất động sản hình thành trong tương lai không được “kiểm duyệt” tính hợp pháp¹⁹. 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. Kiến nghị và kết luận

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 những 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 ngân hàng thương mại 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 bất động sản 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 ngân hàng thương mại. 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

¹⁸ Xem thêm: Ngọc Hiền (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-vao-luat-kinh-doanh-bat-dong-san-20230414214323057.htm>, truy cập 21/4/2023.

¹⁹ 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 21/4/2023.

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 nói 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 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 ngoài ra 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 bất động sản.

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 bất động sản vì thực tiễn cho thấy phương pháp 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 bất động sản 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 Nam²⁰. Vì vậy, pháp luật cần có quy 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 bất động sản Việt Nam.

Tài liệu tham khảo

1. 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 21/4/2023.

2. 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 19/4/2023.

3. 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.

4. 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.

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

²⁰ 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 24/4/2023.

6. 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 17/4/2023.
7. 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 Ngày 17/4/2023.
8. Maria Lusía Castro, *Off-plan property bank guarantees and Insurance Policies*, [Off-Plan Property Bank Guarantees and Insurance Policies | CostaLuz Lawyers](#), truy cập 20/4/2023.
9. 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 09/3/2021.
10. 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 24/4/2023
11. Ngọc Cương – 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 21/4/2023.
12. Ngọc Hiền (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-vao-luat-kinh-doanh-bat-dong-san-20230414214323057.htm>, truy cập 21/4/2023.
13. Vietnamnet, *“Bất đại gia Vũng Tàu lừa 400 tỷ”*, <http://vietnamnet.vn/vn/kinh-doanh/271758/bat-dai-gia-vung-tau-lua-400-ty.html>, truy cập 20/4/2023.
14. 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 20/4/2023.
15. 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 21/4/2023.

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

Viện sĩ, PGS.TS. Nguyễn Ngọc Điện

Trường Đại học Kinh tế - Luật, ĐHQG TP.HCM

Tóm tắt:

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

Từ khoá: Bất động sản, An toàn giao dịch, Thông tin về bất động sản, Định chế hỗ trợ giao dịch.

Abstract:

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

Keywords: *Real estate. Transaction security. Information on real estate. Transaction insurance service.*

1. Đặt vấn đề

Bất động sản, được hiểu là một phần đất trên đó có một hoặc nhiều tài sản gắn liền như nhà ở, công trình xây dựng chuyên dụng, cây trồng,... là tài sản chủ yếu của khối sản nghiệp tư nhân. Điều này đúng một cách không thể tranh cãi, cả trong thời kỳ văn minh nông nghiệp, cũng như trong thời đại kinh tế tri thức đặc trưng bởi tầm quan trọng của tài sản trí tuệ. Đơn giản, muốn làm giàu, thì điều trước tiên là người ta phải có một chỗ nào

đó trên mặt đất để đứng, ngồi, nằm, nói chung là để định cư và làm tất cả những gì mình cần, thích, một cách riêng biệt, độc quyền.

Chính vì bất động sản luôn có giá trị cao mà nó thu hút sự quan tâm của con người. Trong trường hợp điển hình, một bất động sản thường xuyên chịu những tác động vật chất (sử dụng, khai thác để thu hoa lợi, ...) cũng như những tác động pháp lý (cho mượn, cho thuê, các mối quan hệ ràng buộc bất động sản với các chủ thể, cũng như với các bất động sản khác. Bất động sản càng tồn tại lâu, các mối quan hệ càng chằng chịt, phức tạp.

Bởi vậy, khi tiến hành một giao dịch liên quan đến một bất động sản, bên giao dịch luôn mong muốn biết rõ không chỉ về tình trạng vật lý mà còn cả, thậm chí còn cần thiết hơn cả, về tình trạng pháp lý của tài sản¹. Biết rõ về tài sản cho phép bên giao dịch có được tâm thế chủ động trong việc đàm phán, thương lượng về giá cả, điều kiện trao đổi, cũng như có thể dự kiến chính xác từ đó đề ra phương án hữu hiệu quản trị rủi ro một khi tiếp nhận tài sản.

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

2. Mô hình của Đức

Hệ thống đăng ký xác lập quyền². Đức là một nước nơi mà lịch sử chiếm hữu tư nhân đối với đất cũng lâu đời như ở Pháp và nói chung các nước Châu Âu. Nhưng từ rất sớm, người Đức đã nhận thức về tầm quan trọng của việc thiết lập hệ thống ghi chép về các yếu tố cấu thành tình trạng pháp lý của các thửa đất. Hệ thống ghi chép lúc ban đầu chỉ đảm nhận chức năng lưu trữ thông tin về quyền của chủ thể đối với tài sản. Theo thời gian, người Đức dần nhận ra khả năng sử dụng sổ đăng ký như là công cụ kiểm soát giao dịch liên quan đến đất, đặc biệt là giao dịch chuyển quyền sở hữu đất. Từ thế kỷ XIV, người Đức đã bắt đầu dùng luật để tuyên bố rằng việc đăng ký chuyển quyền sở hữu vào sổ do toà án lưu giữ là điều kiện bắt buộc để việc chuyển quyền sở hữu được thừa nhận có giá

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

² Harald Wisch, *The German "Grundbuchordnung": History, Principles and Future about Land Registry in Germany*, zfv, số 4/2022, tr. 224 đến 233. Có thể truy cập: https://geodaesie.info/images/zfv/137-jahrgang-2012/downloads/zfv_2012_4_Wilsch.pdf (truy cập ngày 04/4/2023)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Mô hình của Hoa Kỳ

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

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

⁵

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

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

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

ký đồng thời giữ vai trò của một vách ngăn giữa quá khứ và hiện tại: việc tìm hiểu những gì xảy ra liên quan đến bất động sản trước khi quyền được đăng ký vào sổ là điều không cần thiết.

Được du nhập vào Hoa Kỳ từ nửa cuối thế kỷ 19, hệ thống Torrens đã phát triển mạnh tại một loạt tiểu bang, trong đó có những bang lớn, như Illinois, Massachusetts, Ohio,... trong khoảng thời gian từ cuối thế kỷ 19 đến giữa thế kỷ 20⁸. Tuy nhiên, hàng loạt những khó khăn nảy sinh sau đó, đặc biệt là chi phí đăng ký ban đầu quá cao gây tâm lý ngán ngại cho người dân khi gia nhập hệ thống, đã khiến việc phát triển hệ thống gặp nhiều trở ngại. Bên cạnh đó là ý kiến cho rằng việc thừa nhận giá trị chứng minh tuyệt đối của việc đăng ký có thể bị những người xấu lợi dụng để loại bỏ những người thực sự có quyền đối với tài sản, bằng những thủ đoạn gian dối tinh vi đánh lừa được người phụ trách việc đăng ký. Sau một thời gian nở rộ, “phong trào” Torrens dần dần đi vào thoái trào khi các tiểu bang lần lượt bãi bỏ hệ thống đăng ký này. Ngày nay, hệ thống Torrens chỉ còn được duy trì ở 5 tiểu bang: Hawaii, Massachusetts, Illinois, Minesota và Ohio.

Song song với sự thoái trào của hệ thống đăng ký Torrens là sự phát triển của một hệ thống đăng ký bất động sản gọi là đăng ký lưu giữ thông tin⁹. Việc đăng ký được thực hiện bởi một cơ quan gọi là văn phòng thư ký quận (*county clerk officce*). Với hệ thống đăng ký lưu giữ, các dữ kiện về quyền đối với bất động sản được ghi chép vào một cuốn sổ gọi là sổ đăng ký công về quyền đối với đất (*public land title records*). Hệ thống này phục vụ cho bất kỳ ai muốn tìm kiếm thông tin liên quan đến quyền đối với tài sản. Cơ quan đăng ký trong hệ thống này chỉ đơn giản đảm nhận vai trò người giữ sổ sách chứa đựng dữ kiện, không có quyền và cũng không có trách nhiệm đánh giá tính pháp lý của văn bản được lưu giữ. Bất kỳ ai cũng có thể tranh chấp bằng cách viện dẫn một quyền nào đó đối với bất động sản dù quyền đó không được đăng ký. Bản thân nội dung đăng ký cũng không đáng tin cậy bởi không loại trừ khả năng có sai lầm nào đó trong việc quản trị thông tin. Nói chung, hệ thống đăng ký đất đai không giúp ích được gì đáng kể cho bên giao dịch liên quan đến bất động sản trong việc làm rõ tình trạng pháp lý của tài sản. Để hỗ trợ người giao dịch, đặc biệt là người nhận chuyển nhượng, trong việc giảm thiểu rủi ro khi giao dịch, người Mỹ đặt ra kỹ thuật bảo hiểm giao dịch (*title insurance*).

Dịch vụ bảo hiểm giao dịch¹⁰. Dịch vụ bảo hiểm giao dịch do tư nhân thực hiện. Gọi là bảo hiểm giao dịch hay đúng hơn nữa là bảo hiểm quyền (*title*), nhưng dịch vụ bảo hiểm

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

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

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

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

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

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

4. Kinh nghiệm của Pháp

Hệ thống đăng ký đối kháng với người thứ ba. Trái với Hoa Kỳ, Pháp là vùng đất lâu đời. Các quan hệ giữa người và người liên quan đến việc chiếm giữ, khai thác đất hình thành đa dạng và phức tạp. Từ rất sớm, người làm luật của Pháp đã quan tâm xây dựng môi trường giao dịch an toàn về bất động sản trên cơ sở tìm kiếm câu trả lời thoả đáng cho câu hỏi làm thế nào để làm rõ tình trạng pháp lý của bất động sản trước các bên giao dịch, đặc biệt là bên nhận chuyển nhượng.

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

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

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

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

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

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

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

¹³ Xem, Ph. Simler và Ph. Delebecque, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, Dalloz, Paris 2009, tr 730 và 731.

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

quan biết hoặc buộc phải biết về sự tồn tại của quyền đó, thì vẫn phải chấp nhận và tôn trọng quyền¹⁵.

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

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

Trong chừng mực nào đó, có thể nói chính cơ quan đăng ký bất động sản phải dựa vào công chứng viên để có thể yên tâm về chất lượng của yêu cầu đăng ký quyền đối với bất động sản. Bởi vậy, luật đòi hỏi các quyền đối với bất động sản được xác lập bằng giao dịch dân sự hoặc do thừa kế đều chỉ có thể được đăng ký một khi việc xác lập được ghi nhận trên một văn bản do công chứng viên lập (Bộ luật dân sự Pháp Điều 710-1).

5. Kinh nghiệm nào cho Việt Nam?

5.1. Lý thuyết và thực tế

Về khả năng áp dụng hệ thống đăng ký xác lập quyền. Về mặt lý thuyết, có thể áp dụng hệ thống Torrens tại Việt Nam. Trong điều kiện đất thuộc sở hữu toàn dân và quyền sử dụng đất được xác lập ban đầu bằng việc Nhà nước giao hoặc cho thuê đất, việc đăng

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

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

ký ban đầu đối với quyền sử dụng đất hoàn toàn nằm dưới sự kiểm soát của Nhà nước. Bởi vậy, chỉ cần xây dựng cơ chế kiểm soát giao dịch tốt, nghĩa là kiểm soát nhằm bảo đảm các điều kiện có giá trị của giao dịch về đất¹⁷. là hệ thống đăng ký xác lập quyền sẽ vận hành suôn sẻ.

Tuy nhiên, thực tiễn sử dụng đất lại không đơn giản¹⁸. Phần lớn đất đai sử dụng được ở các vùng dân cư đều đã được chiếm hữu trước khi có hệ thống pháp luật mới về đất đai xây dựng trên nguyên tắc sở hữu toàn dân đối với đất. Việc giao hoặc cho thuê theo luật đất đai mới đối với các phần đất này phải được thực hiện trên cơ sở ưu tiên cân nhắc việc hợp thức hoá tình trạng chiếm hữu của người đang thực tế khai thác đất. Điều đó có nghĩa là trước khi giao hoặc cho thuê theo quy định mới đối với đất đang được chiếm hữu, phải đánh giá lại toàn bộ lịch sử chiếm hữu đất. Đó là công việc rất khó khăn, phức tạp. Không loại trừ khả năng cơ quan có thẩm quyền phạm sai lầm trong quá trình đánh giá, từ đó trao quyền sử dụng đất cho một người không đủ điều kiện. Trong trường hợp này, cần thừa nhận cho người đủ điều kiện nhưng đã bị loại một cách oan uổng quyền đòi lại công bằng trước toà án. Sự thừa nhận đó cũng đồng nghĩa với việc loại bỏ khả năng xây dựng hệ thống đăng ký quyền sử dụng đất theo mô hình Torrens với nguyên tắc thừa nhận giá trị không thể đảo ngược của việc đăng ký, đặc biệt là đăng ký ban đầu.

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

5.2. Sự lựa chọn tốt nhất khả dĩ

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

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

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

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

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

đầu do hiệu lực của việc giao đất hoặc cho thuê đất và việc này được cơ quan quản nhà nước về đất đai thực hiện nhân danh Nhà nước.

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

Từ các quy định ấy, có thể thừa nhận rằng giấy chứng nhận quyền sử dụng đất là sự xác nhận của Nhà nước về quyền sử dụng đất của một người; nhưng sự xác nhận đó không dứt khoát, không chung kết. Trong trường hợp trên cơ sở giải quyết tranh chấp, toà án nói rằng một người nào đó khác, chứ không phải là người có tên trên giấy chứng nhận, mới là người thực sự có quyền sử dụng đất, thì giấy chứng nhận đó sẽ bị thu hồi và một giấy chứng nhận khác sẽ được cấp cho người thắng kiện. Cách giải quyết như thế là hệ quả của việc thiết lập hệ thống đăng ký suy đoán quyền đối với bất động sản.

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

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

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

Cụ thể, khi tiếp nhận yêu cầu công chứng giao dịch chuyển nhượng bất động sản, công chứng viên, ngoài việc làm rõ năng lực giao dịch của các bên, phải thực hiện các bước xác minh cần thiết để làm rõ tình trạng pháp lý của tài sản. Công chứng viên có quyền và có trách nhiệm tiếp cận hệ thống đăng ký bất động sản để thu thập thông tin về các quyền cũng như những ràng buộc có thể có (địa dịch, biện pháp khẩn cấp tạm thời,...) chi phối bất động sản. Ngoài ra, do việc đăng ký chỉ có tác dụng suy đoán quyền, công chứng viên phải tìm kiếm thông tin về bất động sản từ các nguồn khác, ví dụ, phòng lục sự toà án sở tại, người láng giềng,... Nói chung, công chứng viên phải làm tất cả những gì có thể theo khả năng để tình trạng pháp lý của bất động sản được nhận biết rõ ràng.

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

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

Tài liệu tham khảo

1. L. McCormack, *Recording, Registration, and Search of Title*, in Thompson on Real Estate, Second Thomas Edition, LexisNexis, New York, 2002
2. J.L. McCormack, *Title Insurance*, in Thompson on Real Estate, Second Thomas Edition, LexisNexis, New York, 2002

3. Ph. Malaurie và L. Aynès, *Droit civil. Les biens*, Cujas, Paris, 1998

4. Ph. Simler và Ph. Delebecque, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, Dalloz, Paris 2009

5. Harald Wisch, *The German “Grundbuchordnung”: History, Principles and Future about Land Registry in Germany*, *zfv*, số 4/2022, tr. 224 đến 233. Có thể truy cập:

https://geodaesie.info/images/zfv/137-jahrgang-2012/downloads/zfv_2012_4_Wilsch.pdf (truy cập ngày 03/4/2023)

6. <https://www.atzserwisplus.de/blog/Notary-Services-in-Germany> (truy cập ngày 04/4/2023)

GIAO DỊCH BẤT ĐỘNG SẢN THÔNG QUA SÀN GIAO DỊCH VÀ MỘT SỐ GÓP Ý CHO DỰ THẢO LUẬT KINH DOANH BẤT ĐỘNG SẢN (SỬA ĐỔI)

TS. Phạm Văn Võ

Phó Trưởng Khoa Luật Thương mại, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh

Tóm tắt: Trong các ý kiến góp ý cho Dự thảo Luật Kinh doanh bất động sản (sửa đổi), nhiều ý kiến cho rằng nên buộc tất cả các giao dịch bất động sản đều phải thực hiện thông qua sàn giao dịch nhằm bảo đảm sự an toàn về pháp lí, bảo đảm tính công khai, trung thực. Tuy nhiên việc giao dịch bất động sản thông qua sàn giao dịch có bảo đảm các mục đích như trên hay không? Có dẫn đến các hệ lụy tiêu cực cho sự phát triển của thị trường bất động sản hay không? Là những câu hỏi cần phải có sự luận giải thoả đáng để đi đến quyết định. Rõ ràng, việc thực hiện mục tiêu trên trong điều kiện các sàn giao dịch bất động sản đã được thành lập và hoạt động theo Luật Kinh doanh bất động sản 2014 vốn dĩ không có quy chế hoạt động rõ ràng, cụ thể, hợp lí, thống nhất nhiều về số lượng, nhỏ về quy mô, giao dịch bất nháo giống như những “Tiệm tạp hoá” là ngậy thơ, không có cơ sở khoa học, thực tiễn, là kí thác niềm tin vào cái không rõ ràng, cái mà mình không biết. Bài viết này tập trung vào việc phân tích ưu điểm cũng như hạn chế của sàn giao dịch bất động sản và xác định những vấn đề pháp lí đặt ra từ những ưu điểm, hạn chế này làm cơ sở kiến nghị các giải pháp hoàn thiện quy định về sàn giao dịch bất động sản trong Dự thảo Luật Kinh doanh bất động sản (sửa đổi).

Từ khóa: sàn giao dịch bất động sản, Dự thảo Luật Kinh doanh bất động sản (sửa đổi), môi giới bất động sản

1. Ưu điểm của giao dịch bất động sản thông qua sàn giao dịch

Thứ nhất, nâng cao sự an toàn về pháp lí: Khi bất động sản được giao dịch trên sàn, sàn phải có trách nhiệm thẩm tra xem bất động sản đó đã đủ điều kiện đưa vào kinh doanh hay chưa? Do tính phức tạp trong đánh giá điều kiện để bất động sản đưa vào kinh doanh nên các nhà đầu tư cá nhân thường không có đủ kiến thức, kinh nghiệm và thời gian để thực hiện. Do vậy, việc buộc chủ đầu tư bắt buộc phải giao dịch bất động sản thông qua sàn giao dịch sẽ hình thành kênh sàng lọc đáng tin cậy để đánh giá hồ sơ dự án, xác định tư các pháp lí của chủ đầu tư qua đó củng cố niềm tin của khách hàng, hạn chế rủi ro cho người tham gia giao dịch.

Thứ hai, tạo điều kiện dễ dàng cho việc thu thập thông tin phục vụ cho công tác quản lí nhà nước, quản lí thuế, hạn chế gian lận thương mại: Khi bất động sản được giao dịch thông qua sàn thay vì giao dịch thông qua thoả thuận trực tiếp giữa các bên, thông tin về số lượng giao dịch, thông tin về giá cả sẽ được các sàn giao dịch tổng hợp báo cáo các cơ

quan chức năng, nhờ đó các cơ quan này có thể nắm bắt dễ dàng nguồn thông tin đáng tin cậy về giao dịch bất động sản phục vụ cho hoạch định và thực thi chính sách.

Thứ ba, hạn chế tình trạng chủ đầu tư huy động vốn trái phép. Theo quy định của pháp luật hiện hành, chủ đầu tư dự án nhà ở không được kí kết hợp đồng góp vốn, hợp đồng hợp tác đầu tư, hợp đồng hợp tác kinh doanh dưới hình thức phân chia lợi nhuận cho khác hàng bằng sản phẩm là nhà ở hoặc quyền sử dụng đất. Bên góp vốn, hợp tác đầu tư, hợp tác kinh doanh chỉ được phân chia lợi nhuận bằng tiền hoặc cổ phiếu. Tuy nhiên, trên thực tiễn, quy định cấm đoán này đã bị chủ đầu tư vô hiệu hoá thông qua việc kí kết hợp đồng đặt cọc và huy động vốn để nhận tiền đặt cọc (huy động vốn). Nếu ta buộc chủ đầu tư khi bán nhà ở bắt buộc phải thực hiện thông qua sàn thì có thể ngăn chặn được hiện tượng phổ biến nói trên nếu nhà nước quy định rõ quy trình mua bán thông qua sàn theo hướng chủ đầu tư không được quyết định sẽ bán cho ai? Khi nhà ở được đưa lên bán trên sàn thì thông tin phải được công khai, mọi người có nhu cầu đều có quyền đăng kí mua, nếu một căn nhà có từ 2 người đăng kí trở lên thì việc lựa chọn người mua sẽ được thực hiện qua rút thăm hoặc đấu giá. Ví dụ nếu chủ đầu tư kí hợp đồng đặt cọc với A để bảo đảm giao kết bán căn nhà số 10 trong dự án nhưng khi căn nhà này đưa lên bán trên sàn thì B lại là người mua được lựa chọn thông qua rút thăm thì khi đó chủ đầu tư không thể kí kết hợp đồng đặt cọc để huy động vốn như hiện nay.

2. Hạn chế của giao dịch bất động sản thông qua sàn giao dịch

Thứ nhất, sẽ làm gia tăng chi phí giao dịch: Theo lí thuyết về chi phí giao dịch của R. Coase, nguyên nhân dẫn đến gia tăng chi phí giao dịch chính là sự tham gia của các yếu tố ngoại tác, trong giao dịch bất động sản, sàn giao dịch chính là yếu tố ngoại tác, sự tham gia của sàn sẽ làm gia tăng chi phí giao dịch thông qua phí dịch vụ phải trả cho sàn. Do bất động sản là tài sản có giá trị lớn nên mặc dù mức phí tính theo tỷ lệ giá trị của bất động sản được giao dịch không cao nhưng tính theo giá trị tuyệt đối thì lại là số tiền không nhỏ.

Thứ hai, phát sinh thêm thủ tục, kéo dài thời gian, giảm tính thanh khoản của hàng hoá bất động sản: nếu buộc giao dịch bất động sản phải thực hiện thông qua sàn sẽ phát sinh những thủ tục như người bán kí kết hợp đồng với sàn, sàn phải có thời gian thẩm định điều kiện xem bất động sản có đủ điều kiện đưa vào giao dịch hay không? phải có thời gian để người có nhu cầu đăng kí mua.... Những công việc này thường tốn nhiều thời gian, công sức và sẽ làm cho tính thanh khoản của bất động sản vốn dĩ đã kém lại càng trở nên trầm trọng thêm.

Thứ ba, thiếu tính linh hoạt. Nếu giao dịch bất động sản được thực hiện thông qua thỏa thuận trực tiếp giữa các bên thì các bên rất dễ dàng trong việc điều chỉnh các nội dung thỏa thuận về giá bán, phương thức thanh toán, phương thức thực hiện hợp đồng... Tuy nhiên, nếu bán thông qua sàn thì nội dung như giá cả, phương thức thanh toán sẽ rất khó thay đổi một cách linh hoạt. Trong khi đó, tính chất của giao dịch bất động sản đòi hỏi phải

có sự linh động, phù hợp với nhu cầu và quy luật thị trường và có xu hướng đề cao sự cá biệt hoá cho từng đơn vị bất động sản, từng giao dịch cụ thể.

Do vậy, để hạn chế nhược điểm trên, pháp luật cần giới hạn những loại giao dịch bất động sản nào mới phải thực hiện thông qua sàn giao dịch mà không nên bắt buộc tất cả các giao dịch bất động sản đều phải thực hiện thông qua sàn giao dịch bất động sản. Theo tác giả, việc Dự thảo chỉ yêu cầu: “*Chủ đầu tư bán, cho thuê mua nhà ở, công trình xây dựng hình thành trong tương lai và chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê lại quyền sử dụng đất đã có hạ tầng kỹ thuật trong dự án bất động sản phải thực hiện giao dịch thông qua sàn giao dịch bất động sản*”¹ là hợp lí vì đây là những giao dịch dễ phát sinh những hệ lụy cần được khắc phục thông qua buộc giao dịch thông qua sàn giao dịch bất động sản, hợp đồng giao dịch các bất động sản này thường là hợp đồng theo mẫu áp dụng chung cho cả dự án, không có sự cá biệt cho từng đơn vị bất động sản. Về vấn đề thu thập thông tin phục vụ việc quản lí thị trường, quản lí thuế đối với các giao dịch còn lại chúng ta có thể thực hiện bằng những kênh khác hiệu quả và phù hợp hơn như thông qua hoạt động đăng kí bất động sản, hoạt động công chứng, chứng thực...

3. Kiến nghị cho các quy định về sàn giao dịch bất động sản trong Dự thảo Luật Kinh doanh bất động sản (sửa đổi)

Thứ nhất, về khái niệm sàn giao dịch bất động sản. Theo khoản 10 điều 3 của Dự thảo Luật kinh doanh bất động sản (sửa đổi), khái niệm sàn giao dịch bất động sản được giải thích: “*Sàn giao dịch bất động sản là nơi diễn ra các giao dịch về mua bán, chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê lại, cho thuê mua bất động sản được thành lập và hoạt động theo quy định của Luật này và pháp luật có liên quan*”. Có thể nói đây là cách giải thích chung chung thiếu cụ thể, không rõ ràng, không nói lên được bản chất của sàn giao dịch, hình thức pháp lí của nó. Theo tác giả, nên sửa quy định này theo hướng quy định cụ thể hơn theo hướng “*Sàn giao dịch bất động sản là chủ thể cung ứng dịch vụ tổ chức thực hiện toàn bộ hoặc một phần quy trình mua bán, chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê mua bất động sản được thành lập và hoạt động theo quy định của Luật này và pháp luật có liên quan*”.

Thứ hai, không cho phép doanh nghiệp, hợp tác xã kinh doanh hàng hoá bất động sản được thành lập sàn giao dịch để tổ chức thực hiện việc giao dịch bất động sản của mình. Nếu chúng ta cho các doanh nghiệp kinh doanh hàng hoá bất động sản như nhà ở được thành lập sàn giao dịch để bán nhà ở của mình thì sẽ không bảo đảm tính khách quan, sẽ không bảo đảm thực hiện các mục đích của việc giao dịch bất động sản thông qua sàn giao dịch như bảo đảm điều kiện để bất động sản đưa vào kinh doanh, việc họ thành lập sàn để bán sản phẩm của mình chủ yếu là để đối phó quy định bắt buộc phải giao dịch thông qua sàn mà thôi. Thực tiễn Sàn giao dịch bất động sản Mường Thanh bán sản phẩm của Mường

¹ Xem khoản 1 điều 57 của Dự thảo Luật Kinh doanh bất động sản (sửa đổi)

Thanh là Toà nhà CT6 Kiến Hưng mặc dù Toà nhà này được xây dựng trái phép, gây thiệt hại cho khách hàng xâm phạm quyền lợi của khách hàng tham gia giao dịch đã chứng minh cho nhận định này.

Thứ ba, cần phải có quy định cụ thể, thông nhất về quy trình giao dịch bất động sản thông qua sàn giao dịch áp dụng thống nhất trên phạm vi cả nước. Hiện nay cả nước có khoảng 1000 sàn giao dịch bất động sản nhưng mỗi sàn có quy chế, quy trình riêng và thực chất giống như văn phòng môi giới. Người hành nghề không đăng kí hành nghề nên các cơ quan nhà nước cũng không quản lí được là một cá nhân có chứng chỉ hành nghề môi giới có hành nghề hay không? Hành nghề tại doanh nghiệp nào. Để khắc phục tình trạng này, Bộ Xây dựng cần phải ban hành quy chế tổ chức, hoạt động của sàn giao dịch bất động sản, quy trình thực hiện giao dịch bất động sản thông qua sàn giao dịch. Thiếu sót đáng tiếc nhất của Luật Kinh doanh bất động sản 2014 là không có quy định về khung pháp luật về hoạt động của sàn giao dịch bất động sản.

Thứ tư, sàn giao dịch bất động sản không thể đồng thời là người cung ứng dịch vụ tổ chức thực hiện việc giao dịch bất động sản vừa là người bán, người mua, người cho thuê, người cho thuê mua, người cho thuê, người thuê bất động sản hay không thể là một bên tham gia giao dịch bất động sản được giao dịch trên sàn.

Thứ năm, về vấn đề xác nhận các giao dịch thông qua sàn giao dịch bất động sản. Việc xác nhận này cần phải quy định đúng bản chất và phân biệt với xác nhận của cơ quan công chứng. Việc tổ chức thực hiện việc giao dịch bất động sản của sàn giao dịch chỉ là cung ứng dịch vụ thương mại đơn thuần (dịch vụ tư thuần túy) nên xác nhận các giao dịch thực hiện thông qua sàn chỉ đơn thuần là xác định phương thức giao dịch theo quy định và không thể thay thế cho việc công chứng, chứng thực vốn dĩ là dịch vụ công. Giấy xác nhận không thể là cơ sở để đăng kí biến động, sang tên quyền sở hữu theo quy định tại khoản 5 điều 61 của Dự thảo.

Kết luận

1. Việc giao dịch bất động sản thông qua sàn giao dịch có những ưu điểm và hạn chế. Do vậy, việc xác định những giao dịch bất động sản nào phải thực hiện thông qua sàn giao dịch nhằm phát huy hiệu quả, giảm bớt hệ lụy tiêu cực của phương thức này là việc làm rất quan trọng và cần thiết.

2. Để phát huy hiệu quả của giao dịch bất động sản thông qua sàn giao dịch chúng ta cần phải xác định rõ ràng, cụ thể quy chế tổ chức, hoạt động của sàn giao dịch bất động sản một cách phù hợp. Thực tế đã chứng minh, do không có quy chế, quy trình phù hợp với bản chất, nhiệm vụ mà các sàn giao dịch bất động sản được thành lập và hoạt động theo Luật Kinh doanh bất động sản 2006, 2014 không phát huy hiệu quả, việc thành lập sàn chủ yếu là để đối phó.

3. Các quy định về sàn giao dịch bất động sản tại Dự thảo Luật Kinh doanh bất động sản (sửa đổi) không có điểm mới mang tính đột phá so với Luật Kinh doanh bất động sản 2006 và Luật Kinh doanh bất động sản 2014. Nếu hạn chế này không được khắc phục thì mục đích của việc giao dịch bất động sản phải thông qua sàn giao dịch bất động sản chỉ làm phát sinh chi phí giao dịch, giảm tính thanh khoản của hàng hoá bất động sản mà không thể đạt được mục đích như mong muốn.

Tài liệu tham khảo:

1. Luật Kinh doanh bất động sản 2014;
2. Dự thảo Luật kinh doanh bất động sản (sửa đổi);

ĐẢM BẢO QUYỀN CỦA BÊN MUA NHÀ TRONG DỰ ÁN KINH DOANH BẤT ĐỘNG SẢN TRONG TRƯỜNG HỢP DỰ ÁN THẾ CHẤP

TS. Phan Phương Nam

Phó Trưởng Khoa Luật Thương mại, Trường Đại học Luật TP.HCM

ThS. Ngô Gia Hoàng

Khoa Luật Thương mại, Trường Đại học Luật TP.HCM

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. Bài viết này sẽ phân tích một số quy định của pháp luật hiện hành về thế chấp dự án hoặc nhà ở hình thành trong tương lai, từ đó chỉ ra một số bất cập, hạn chế và kiến nghị hoàn thiện pháp luật.

Từ khóa: bất động sản hình thành trong tương lai, dự án nhà ở, thế chấp

Đặt vấn đề: Theo quy định của Bộ luật Dân sự 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. Do đặc trưng là những tài sản chưa hình thành tại thời điểm thế chấp nên nhà ở hình thành trong tương lai 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 hình thành trong tương lai - 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 hình thành trong tương lai là loại hàng hóa tiềm ẩn nhiều rủi ro. Luật Nhà ở và Luật Kinh doanh bất động sản 2014 đều quy định nhà ở hình thành trong tương lai 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 đoạn nào đó. Đối với khách hàng, việc mua nhà ở hình thành trong tương lai 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

¹ Khoản 1 Điều 317 Bộ luật Dân sự 2015

² Khoản 3 Điều 3 Luật Kinh doanh bất động sản 2014, khoản 19 Điều 3 Luật Nhà ở năm 2014

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”. Các rủi ro mà khách hàng có thể gặp phải như khi mua nhà ở hình thành trong tương lai có thể kể đến như:

- Không nhận được nhà hoặc chậm được bàn giao nhà: thực tế có nhiều chủ đầu tư hứa hẹn bàn giao nhà cho khách hàng nhưng cuối cùng khách hàng không nhận được nhà đúng tiến độ và chịu nhiều thiệt hại, thậm chí là mất toàn bộ số tiền đã bỏ ra. Đơn cử như vụ việc nhiều khách hàng ký hợp đồng mua căn hộ tại dự án Roxana Plaza (phường Vĩnh Phú, TP. Thuận An, tỉnh Bình Dương) với Công ty cổ phần Naviland kêu cứu vì không biết đến bao giờ mới được nhận nhà, nguyên nhân được xác định là do hồ sơ pháp lý chuyển nhượng dự án của bên bán vẫn chưa được cơ quan chức năng phê duyệt thông qua³, hay vụ việc hàng trăm cư dân mua nhà tại Dự án Harmony Square (Nguyễn Tuân, Hà Nội) khốn đốn vì chủ đầu tư 4 lần lùi lịch bàn giao nhà và liên danh chủ đầu tư đã thế chấp dự án cho một ngân hàng...⁴

- Nhà được bàn giao không đúng chất lượng, không đủ tiện tích đã thỏa thuận: Nhiều dự án quảng cáo là căn hộ cao cấp nhưng khi bàn giao nhà lại không đúng chất lượng, diện tích như giới thiệu. Ví dụ, một số người dân mua căn hộ tại chung cư Topaz Home 2 (phường Tân Phú, TP Thủ Đức, TP.HCM) phản ánh việc chủ đầu tư bàn giao căn hộ có phần diện tích thực tế nhỏ hơn diện tích thể hiện trong hợp đồng, hệ thống báo cháy không hoạt động⁵... Nhiều dự án được chủ đầu tư “tô vẽ” lung linh với nhiều tiện ích như công viên cây xanh, trường học, phòng gym..., nhưng sau khi nhận nhà thì thực tế không giống như quảng cáo. Đơn cử như Khu đô thị Him Lam - Kênh Tẻ (quận 7, TP. HCM) do Công ty TNHH Thương mại Him Lam làm chủ đầu tư, được quảng cáo là khu đô thị văn minh ở phía Nam TP.HCM nhưng sau 8 năm đi vào hoạt động, nhiều hạng mục hạ tầng tại khu đô thị này vẫn chưa được đầu tư xây dựng, nhiều diện tích đất công viên, đường giao thông lại đang “nhường chỗ” cho nhà hàng, bãi giữ xe.⁶

- Chậm nhận được Giấy Chứng nhận: Đây là rủi ro khá phổ biến vì chủ đầu tư thường chậm trễ trong việc làm thủ tục cấp Giấy chứng nhận, thậm chí chủ đầu tư có thể dùng Giấy chứng nhận này để thế chấp vay tiền tại ngân hàng. Việc người mua chậm được cấp

³ Nguyễn Minh, Khách hàng mua dự án Roxana Plaza kêu cứu, không biết bao giờ được nhận nhà, <https://vtc.vn/khach-hang-mua-du-an-roxana-plaza-keu-cuu-khong-biet-bao-gio-duoc-nhan-nha-ar670884.html>, truy cập ngày 17/4/2023

⁴ H.T, Dự án Harmony Square: Khách hàng bức xúc vì chủ đầu tư DLC chậm tiến độ cả năm trời, <https://baodautu.vn/batdongsan/du-an-harmony-square-khach-hang-buc-xuc-vi-chu-dau-tu-dlc-cham-tien-do-ca-nam-troi-d184308.html>, truy cập ngày 17/4/2023

⁵ Nguyễn Hiền, Cư dân kêu cứu vì chủ đầu tư chưa làm đúng thỏa thuận, <https://plo.vn/cu-dan-keu-cuu-vi-chu-dau-tu-chua-lam-dung-thoa-thuan-post683448.html>, truy cập ngày 17/4/2023

⁶ Thiện Minh, Người mua nhà vỡ mộng khi chủ đầu tư “quên” xây tiện ích, <https://baodautu.vn/batdongsan/nguoi-mua-nha-vo-mong-khi-chu-dau-tu-quen-xay-tien-ich-d129472.html>, truy cập ngày 17/4/2023

Giấy Chứng nhận còn có thể có nguyên nhân từ các quy định pháp luật, quy trình xử lý của các cơ quan chức năng gặp vướng mắc, bất cập. Ví dụ ở TP. HCM nhiều dự án mặc dù người dân đã dọn vào ở nhiều năm nhưng vẫn chưa được cấp Giấy chứng nhận, nguyên nhân là do chưa có cơ sở pháp lý, bị rà soát quá trình giao đất, chuyển nhượng, góp vốn thực hiện dự án, chuyển mục đích sử dụng đất, rà soát lại phương án sử dụng đất khi cổ phần hóa doanh nghiệp...⁷

Trên đây chỉ là một số rủi ro mà khách hàng có thể gặp phải khi mua nhà ở hình thành trong tương lai. Bên cạnh những nguyên nhân khách quan như do sự thay đổi của chính sách, pháp luật, thiếu cơ sở pháp lý điều chỉnh,... thì nguyên nhân chính vẫn nằm ở việc chủ đầu tư đã vi phạm nghĩa vụ, không thực hiện đúng các quy định của pháp luật trong hoạt động kinh doanh.

Thứ hai, trong mối quan hệ với chủ đầu tư, người mua nhà hình thành trong tương lai thường ở vị trí yếu thế hơn. Pháp luật hiện hành chưa có định nghĩa như thế nào là người yếu thế trong quan hệ hợp đồng. Quá trình sửa đổi Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng, các đại biểu tập trung nhiều vào vấn đề bảo vệ người tiêu dùng yếu thế. Dự thảo Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng (sửa đổi) (phiên bản 6.7 ngày ngày 21/02/2023) đã có quy định về “nhóm người tiêu dùng dễ bị tổn thương”, trong đó có những người tiêu dùng mà “*tại thời điểm mua hoặc sử dụng sản phẩm, hàng hóa, dịch vụ có khả năng phải chịu nhiều tác động bất lợi về tiếp cận thông tin, sức khỏe, tài sản, giải quyết tranh chấp*” (khoản 1 Điều 8). Nội dung này cho thấy quan điểm của các nhà làm luật đã có nhiều thay đổi về cách hiểu về bên yếu thế trong quan hệ hợp đồng. “*Bên cạnh những đối tượng có những hạn chế hoặc có khiếm khuyết dẫn đến bị yếu thế khi tham gia quan hệ hợp đồng, trong quan hệ hợp đồng cũng có những chủ thể hoàn toàn bình thường về thể chất, tinh thần, không phải vị thành niên, không phải người già... (tức không phải những đối tượng mà xã hội thường xếp họ vào nhóm yếu thế) nhưng khi tham gia quan hệ hợp đồng thuộc những trường hợp hợp đồng đó là những hợp đồng theo mẫu, điều kiện giao dịch chung thì họ lại trở thành người yếu thế*”⁸.

Trong hoạt động kinh doanh bất động sản nói chung và mua bán nhà ở hình thành trong tương lai nói riêng, người mua nhà thường là bên “yếu thế” hơn so với chủ đầu tư, xuất phát từ những lý do sau:

- Người mua nhà thường khó tiếp cận thông tin về hàng hóa bất động sản một cách đầy đủ và chính xác. Các thông tin về hàng hóa bất động sản (ví dụ thông tin về tình trạng pháp lý, thông tin về quy hoạch, thế chấp...) thường không đầy đủ và ít được phổ biến rộng

⁷ Duy Quang, Lý do hàng chục ngàn căn nhà ở TPHCM không được cấp sổ, <https://tienphong.vn/ly-do-hang-chuc-ngan-can-nha-o-tphcm-khong-duoc-cap-so-post1520987.tpo>, truy cập ngày 17/4/2023

⁸ Tường Duy Lượng (2019), "Bảo đảm quyền lợi cho người yếu thế trong quan hệ hợp đồng", *Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp*, Số 21 (397), tr. 50

rãi như các loại hàng hóa khác. 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 hình thành trong tương lai bị thế chấp nhưng thực tế chủ đầu tư thường không bao giờ tự công bố thông tin này. 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. Trong khi đó, phần lớn các chủ đầu tư hiện nay chỉ tập trung vào quảng cáo về dự án, rất ít khi đăng những thông tin về tình trạng pháp lý, đặc biệt những thông tin về hạn chế quyền của dự án.

- *Người mua nhà thường bị hạn chế khả năng thỏa thuận, đàm phán với bên bán các điều khoản của hợp đồng.* Đa số các hợp đồng mua bán nhà ở hình thành trong tương lai 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 hàng, vì vậy, pháp luật hiện hành đã có nhiều quy định liên quan đến hợp đồng theo mẫu để bảo vệ quyền lợi cho người tiêu dùng⁹. Để hạn chế rủi ro cho khách hàng, Nghị định 02/2022/NĐ-CP hướng dẫn Luật KDBĐS cũng đã đưa ra các mẫu hợp đồng theo từng loại hình bất động sản (như căn hộ chung cư, căn hộ du lịch (condotel), căn hộ văn phòng kết hợp lưu trú (officetel), nhà ở riêng lẻ...) và bắt buộc các bên phải lập thành hợp đồng theo mẫu này (Điều 6). Tuy nhiên, các mẫu hợp đồng nêu trên chỉ đang đưa ra các điều khoản và nội dung cơ bản và vì vậy để có thể sử dụng, các bên phải “điền” vào nhiều nội dung thỏa thuận chi tiết, trong đó có thể có nhiều điều khoản có thể gây bất lợi cho bên mua. Ngoài ra, đối với hợp đồng mua bán căn hộ chung cư hình thành trong tương lai, nhiều chủ đầu tư còn lách lý do hợp đồng theo mẫu đã được đăng ký tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền theo quy định của pháp luật bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng¹⁰ để từ chối yêu cầu điều chỉnh nội dung hợp đồng của khách hàng.

- *Người mua nhà sẽ gặp bất lợi hơn khi xảy ra tranh chấp với chủ đầu tư.* Trong nhiều trường hợp, người mua nhà ít quan tâm đọc kỹ và hiểu rõ các điều khoản vốn rất phức tạp của hợp đồng mua bán nhà ở hình thành trong tương lai. Mặt khác, như đã phân tích ở trên, người mua nhà cũng rất khó để thay đổi các điều khoản trong hợp đồng mẫu do chủ đầu tư đưa ra, nên khi xảy ra tranh chấp họ thường gặp bất lợi khi cơ quan xét xử chỉ căn cứ vào những điều khoản các bên đã thỏa thuận trong hợp đồng. Thực tế cho thấy hàng loạt các vụ tranh chấp giữa khách hàng và chủ đầu tư xảy ra trong thời gian qua, tuy nhiên, phần lớn thiệt thòi vẫn thuộc về phía khách hàng¹¹. Nhiều khách hàng còn tâm lý e ngại, không am hiểu pháp luật, khả năng tài chính hạn hẹp,... trong khi ở phía ngược lại, chủ đầu tư là các doanh nghiệp kinh doanh bất động sản có tiềm lực tài chính, đội ngũ nhân sự có chuyên

⁹ 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

¹⁰ Điều 19 Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng, Điều 8 Nghị định 99/2011/NĐ-CP hướng dẫn Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng

¹¹ Duy Anh, *Người mua nhà kiện chủ đầu tư: “Kiện củ khoai”*, <https://dantri.com.vn/kinh-doanh/nguoi-mua-nha-kiem-chu-dau-tu-kiem-cu-khoai-1372952914.htm>, truy cập ngày 17/4/2023

môn, có các chuyên gia pháp lý hỗ trợ,... nên việc người mua nhà khởi kiện và thắng kiện là không hề đơn giản. Do đó, cần thiết phải hoàn thiện hệ thống quy định pháp luật đối với loại hình kinh doanh bất động sản này, nhằm bảo vệ quyền lợi chính đáng cho người mua nhà, trong đó có các quy định về thế chấp nhà ở, dự án hình thành trong tương lai.

2. Tổng quan các quy định pháp luật về bảo vệ quyền lợi của người mua nhà khi dự án xây dựng nhà ở bị thế 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 đất¹², 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 dụng¹³. Để vay vốn, chủ đầu tư phải thế chấp tài sản, và họ có thể thế chấp chính dự án hoặc nhà ở hình thành trong tương lai thuộc dự án mà họ đang thực hiện. Theo quy định của khoản 1 Điều 147 Luật Nhà ở 2014, chủ đầu tư dự án xây dựng nhà ở được thế chấp dự án hoặc nhà ở xây dựng trong dự án tại tổ chức tín dụng đang hoạt động tại Việt Nam để vay vốn cho việc đầu tư dự án hoặc xây dựng nhà ở đó. Điều luật này cho phép chủ đầu tư có hai lựa chọn là thế chấp dự án hoặc thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai trong dự án để vay vốn. Để tránh trường hợp một tài sản thế chấp nhiều lần bởi chính chủ đầu tư dự án, trong quy định về điều kiện thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai tại Điều 148 Luật Nhà ở 2014, Luật chỉ cho phép chủ đầu tư thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai không nằm trong phần dự án hoặc toàn bộ dự án mà chủ đầu tư đã thế chấp¹⁴. Tức là, chủ đầu tư không được thực hiện thế chấp đồng thời dự án đầu tư xây dựng nhà ở và nhà ở hình thành trong tương lai thuộc dự án đó.

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 bằng quyền sử dụng đất, tài sản thuộc sở hữu của mình gắn liền với đất tại các tổ chức tín dụng được phép hoạt động tại Việt Nam để đảm bảo khoản vay theo quy định của Luật Đất đai¹⁵. Việc thế chấp quyền sử dụng đất chỉ được thực hiện sau khi chủ đầu tư được cấp Giấy chứng nhận và phải đăng ký tại Văn phòng Đăng ký đất đai¹⁶. 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

¹² Điều 14 Nghị định 43/2014/NĐ-CP hướng dẫn Luật Đất đai, khoản 2 Điều 4 Nghị định 02/2022/NĐ-CP hướng dẫn Luật KDBĐS

¹³ Điều 69 Luật Nhà ở 2014

¹⁴ Điểm a, b khoản 1 Điều 148 Luật Nhà ở 2014

¹⁵ Điểm d khoản 2 Điều 174 Luật Đất đai

¹⁶ Điều 95, khoản 1 Điều 168, khoản 1 và khoản 3 Điều 188 Luật Đất đai 2013

thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai 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 được¹⁷.

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 hình thành trong tương lai thuộc dự án đó hoặc với quyền sử dụng đất gắn với dự án. Ở đây cần làm rõ bản chất của việc thế chấp dự án nhà ở là thế chấp những tài sản gì. Theo định nghĩa của Luật Nhà ở 2014 thì dự án đầu tư xây dựng nhà ở là tổng hợp các đề xuất có liên quan đến việc sử dụng vốn để xây dựng mới nhà ở, các công trình hạ tầng kỹ thuật, hạ tầng xã hội phục vụ nhu cầu ở hoặc để cải tạo, sửa chữa nhà ở trên một địa điểm nhất định¹⁸. Xét dưới góc độ lý luận, dự án đầu tư được hình thành do nhà đầu tư bỏ vốn thực hiện nên có thể xem là tài sản thuộc sở hữu của nhà đầu tư và vì vậy, pháp luật cho phép chủ đầu tư được thế chấp một phần hoặc toàn bộ dự án đầu tư xây dựng nhà ở. Tuy nhiên Luật Nhà ở lại không định nghĩa thế chấp dự án đầu tư xây dựng nhà ở là gì. Liên hệ với khái niệm chuyển nhượng một phần/toàn bộ dự án bất động sản (cũng là một quyền của chủ đầu tư đối với dự án, trong đó có dự án nhà ở) tại Điều 3 Nghị định 02/2022/NĐ-CP thì bản chất của việc chuyển nhượng dự án là việc chuyển giao các quyền, nghĩa vụ, lợi ích hợp pháp của chủ đầu tư, các bên có liên quan (nếu có) đối với dự án/phần dự án chuyển nhượng cho bên nhận chuyển nhượng. Mặt khác, căn cứ theo quy định về thủ tục chuyển nhượng dự án đầu tư có sử dụng đất được hướng dẫn tại khoản 2 Điều 83 Nghị định 43/2014/NĐ-CP hướng dẫn Luật Đất đai thì chuyển nhượng dự án có thể bao gồm việc chuyển nhượng quyền sử dụng đất gắn với dự án và hợp đồng chuyển nhượng dự án phải thể hiện rõ giá trị quyền sử dụng đất trong tổng giá trị chuyển nhượng dự án; ngược lại, nếu quyền sử dụng đất của dự án thuộc trường hợp không được phép chuyển nhượng theo quy định của Luật Đất đai, các bên liên quan nộp hợp đồng chuyển nhượng dự án và Giấy chứng nhận đã cấp để làm thủ tục như đối với trường hợp bán tài sản gắn liền với đất. Dựa vào quy định này có thể thấy việc chuyển nhượng dự án về bản chất cũng chính là chuyển nhượng quyền sử dụng đất và các tài sản gắn liền với đất trong dự án đó. Từ đó có thể suy luận rằng bản chất của việc thế chấp dự án cũng chính là thế chấp các tài sản liên quan đến dự án, bao gồm quyền sử dụng đất và các tài sản gắn liền với đất. Như vậy, lúc này có thể có sự trùng lặp về các loại tài sản thế chấp là dự án và quyền sử dụng đất của dự án. Tương tự như vậy, nhà ở nói chung và nhà ở hình thành trong tương lai nói riêng là tài sản gắn liền với đất, nên việc thế chấp nhà ở cũng sẽ liên quan đến quyền sử dụng đất gắn với nhà ở đó.

¹⁷ Chủ đầu tư chỉ được thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai 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 2013)

¹⁸ Khoản 8 Điều 3 Luật Nhà ở 2014

Theo ý kiến của UBND TP. Hồ Chí Minh tại Công văn số 3753/UBND-NCPC ngày 13/9/2019 thì thực tế hiện nay, nhiều trường hợp chủ đầu tư dự án đồng thời vừa thế chấp quyền sử dụng đất dự án xây dựng chung cư, vừa thế chấp tài sản hình thành trong tương lai là các căn hộ trong dự án xây dựng chung cư, điều này có nghĩa là chủ đầu tư dự án đang thế chấp quyền sử dụng đất 02 lần, gồm: quyền sử dụng đất dự án xây dựng chung cư và tỷ lệ phần quyền sử dụng đất được tính bằng tỷ lệ diện tích căn hộ chia cho tổng diện tích sàn của các căn hộ trong nhà chung cư. Trường hợp nhà ở đang được thế chấp mà doanh nghiệp có nhu cầu huy động vốn góp, bán, cho thuê mua nhà ở thì doanh nghiệp phải thực hiện thủ tục giải chấp nhà ở, xóa đăng ký thế chấp, rút bớt tài sản thế chấp (trừ trường hợp các bên đồng ý) và đề nghị Sở Xây dựng có văn bản xác nhận về việc nhà có đủ điều kiện được bán cho doanh nghiệp được biết. Khi đó, các căn hộ được giao dịch đã xóa đăng ký thế chấp nhưng quyền sử dụng đất để xây dựng chung cư vẫn còn thế chấp tại tổ chức tín dụng. Trường hợp chủ đầu tư không có khả năng thanh toán nợ cho tổ chức tín dụng sẽ ảnh hưởng đến quyền và lợi ích của người mua căn hộ chung cư trong dự án, trong đó có việc bị chậm cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất.

Liên quan đến những vướng mắc nêu trên, khoản 1 Điều 182 Dự thảo Luật Nhà ở (sửa đổi) có quy định “*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 tổ chức tín dụng, 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.*” Với quy định này thì chủ đầu tư không được thế chấp riêng rẽ các loại tài sản nói trên mà phải thế chấp đồng thời dự án/nhà ở trong dự án với quyền sử dụng đất gắn liền, và hệ quả là khi giải chấp hoặc xử lý tài sản bảo đảm thì cũng phải thực hiện đồng thời.

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 ý¹⁹. Tuy nhiên, Luật Nhà ở và các văn bản có liên quan không đưa ra định nghĩa về “giải chấp” là gì. Theo Điều 10 Thông tư 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 hình thành trong tương lai 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 hình thành trong*

¹⁹ Khoản 1 Điều 147 Luật Nhà ở 2014

tương lai”. 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 hình thành trong tương lai 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 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 bên²⁰. 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 đảm²¹. 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 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 hình thành trong tương lai 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 hình thành trong tương lai về việc dự án/ nhà ở này đang bị thế chấp. Theo quy định tại điểm h khoản 2 Điều 6 Luật Kinh doanh bất động sản 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*

²⁰ Điều 10 Thông tư 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 hình thành trong tương lai do Thống đốc Ngân hàng Nhà nước ban hành

²¹ Khoản 6 Điều 36 Nghị định 99/2022/NĐ-CP về đăng ký biện pháp bảo đảm

sản (nếu có)”. Điểm b khoản 1 Điều 4 Nghị định 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 tổ chức tín dụng 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 hình thành trong tương lai được thực sự hiệu quả.

3. Một số vấn đề đặt ra cần phải hoàn thiện pháp luật về thế chấp bất động sản hình thành trong tương lai của chủ đầu tư dự án xây dựng nhà ở

3.1. Chưa có cơ chế hiệu quả 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 hình thành trong tương lai 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 hình thành trong tương lai 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 đó²². 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 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

²² 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 TN&MT 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 CĐT mang thế chấp tại ngân hàng. (Bảo Nga - Thùy Ngân, *Chủ đầu tư thế chấp dự án bất động sản: Người mua nhà bán khoan!*, 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)

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 quy định pháp luật, chấp nhận nộp phạt, gây ảnh hưởng lớn đến quyền lợi của các chủ thể khác.

Bên cạnh đó, để loại trừ trách nhiệm của mình, trong các hợp đồng mua bán nhà ở hình thành trong tương lai chủ đầu tư đưa vào điều khoản liên quan đến cam kết của các bên, trong đó có điều khoản về việc chủ đầu tư đã cung cấp thông tin đầy đủ cho bên mua, ví dụ như: “*Bên Mua cam kết: a. Đã tìm hiểu, xem xét kỹ thông tin về Căn hộ mua bán; b. Đã được Bên Bán cung cấp các giấy tờ, tài liệu và thông tin cần thiết liên quan đến Căn hộ, Bên Mua đã đọc cẩn thận và hiểu các quy định của Hợp đồng này cũng như các phụ lục đính kèm. Bên Mua đã tìm hiểu mọi vấn đề mà Bên Mua cho là cần thiết để kiểm tra mức độ chính xác của các giấy tờ, tài liệu và thông tin đó*”. Khi người mua ký hợp đồng cũng đồng nghĩa với việc họ thừa nhận rằng đã được chủ đầu tư cung cấp đầy đủ các thông tin, do đó, rất khó kiện chủ đầu tư với lý do chủ đầu tư cố tình lừa dối, vi phạm nghĩa vụ cung cấp thông tin.

Về vấn đề này, Dự thảo Luật Kinh doanh bất động sản (sửa đổi) (phiên bản tháng 3/2023) 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, quan trọng hơn vẫn là vai trò giám sát và kịp thời xử lý vi phạm từ phía các cơ quan chức năng.

3.2. Cơ chế giám sát nghĩa vụ giải chấp của chủ đầu tư chưa được quy định một cách chặt chẽ

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 hình thành trong tương lai thông qua việc trả lời bằng văn bản cho chủ đầu tư về nhà ở đủ điều kiện được bán, cho thuê mua, tuy nhiên Nghị định 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 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*” (điểm b khoản 2 Điều 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 hình thành trong tương lai, 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 hình thành trong tương lai 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 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 hình thành trong tương lai, Dự thảo Luật Kinh doanh bất động sản (sửa đổi) còn đưa ra đề xuất “*Chủ đầu tư bán, cho thuê mua nhà ở, công trình xây dựng hình thành trong tương lai và chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê lại quyền sử dụng đất đã có hạ tầng kỹ thuật trong dự án bất động sản phải thực hiện giao dịch thông qua sàn giao dịch bất động sản theo quy định của Luật này.*” (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 BĐS 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 BĐS mà “một bên hoặc các bên tham gia giao dịch là tổ chức hoạt động kinh doanh BĐS” cũng bắt buộc phải công chứng... bản chất độc lập trong hoạt động công chứng sẽ giúp kiểm tra, giám sát việc thực thi, chấp hành đúng pháp luật của chủ đầu tư, nhân viên môi giới, tư vấn BĐS để bảo vệ người yếu thế, đồng thời nhằm duy trì ổn định, trật tự để kinh tế phát triển”²³. Thiết nghĩ, việc xây dựng một cơ chế nhằm kiểm soát các giao dịch mua bán nhà ở hình thành trong tương lai 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 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, giảm thủ tục hành chính 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 hình thành trong tương lai 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 sản²⁴. 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 CP 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 thuận²⁵. Người mua nhà tại dự án đã rất giận dữ và 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

²³ 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

²⁴ Tiểu Thúy, *Dự án chung cư bị ngân hàng siết nợ, quyền lợi người mua nhà về đâu?*, <https://kinhthedothe.vn/du-an-chung-cu-bi-ngan-hang-siet-no-quyen-loi-nguoi-mua-nha-ve-dau.html>, truy cập ngày 17/4/2023

²⁵ 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

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. Ngược lại, ngân hàng là bên nhận thế chấp cũng có quyền xử lý tài sản bảo đảm khi chủ đầu tư nợ quá hạn.

Theo quy định tại điểm a khoản 2 Điều 7 Nghị định 21/2021/NĐ-CP hướng dẫn Bộ luật Dân sự về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ thì bên nhận bảo đảm (ngân hàng) không có quyền truy đòi đối với tài sản bảo đảm đã được chuyển nhượng do có sự đồng ý của bên nhận bảo đảm và không được tiếp tục dùng để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ đã thỏa thuận. Như vậy, nếu ngân hàng đồng ý cho chủ đầu tư bán thì ngân hàng và chủ đầu tư phải tự giải quyết với nhau. Vấn đề đặt ra là hiểu như thế nào về việc ngân hàng có đồng ý hay không. Căn cứ theo điểm b khoản 2 Điều 19 Nghị định 99/2019/NĐ-CP, chủ đầu tư được mua bán, thuê mua nhà ở đó mà không phải giải chấp nếu như có sự đồng ý của bên mua nhà và bên nhận thế chấp, việc đồng ý này phải có “*biên bản thống nhất của bên mua, bên thuê mua nhà ở và bên nhận thế chấp*”. Như vậy, nếu chủ đầu tư bán nhà đang thế chấp cho người mua mà không được ngân hàng đồng ý bằng biên bản là hành vi vi phạm, ngân hàng không bị loại trừ quyền truy đòi khi chủ đầu tư không trả được nợ. Theo nhóm tác giả, nếu hiểu cứng nhắc như vậy thì quyền lợi của người mua nhà có thể bị ảnh hưởng. Đối với những trường hợp này, cần quy định trách nhiệm cao hơn của ngân hàng trong việc quản lý tài sản thế chấp. Bởi lẽ, khi bán nhà ở hình thành trong tương lai, 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 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 hình thành trong tương lai phải được ngân hàng bảo lãnh²⁶. 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. Việc bán nhà của chủ đầu tư nếu có thường gắn với những buổi mở bán, quảng cáo rầm rộ,... và trong nhiều trường hợp người mua nhà sẽ vay tiền của ngân hàng để mua nhà, vì vậy không thể nói ngân hàng không biết việc chủ đầu tư bán nhà ở tại dự án. Do đó, cần thiết phải có các quy định làm rõ trách nhiệm của bên nhận bảo đảm, nếu không quản lý tốt tài sản thế chấp và để bên thế chấp (chủ đầu tư) bán nhà thì bên nhận bảo đảm phải tự giải quyết với chủ đầu tư, không được quyền truy đòi nhà mà khách hàng đã mua. Việc đồng ý của bên nhận thế chấp chỉ được coi là điều kiện để chủ đầu tư bán nhà chứ không nên coi đây là căn cứ để miễn trừ trách nhiệm cho ngân hàng.

²⁶ Khoản 1 Điều 56 Luật Kinh doanh bất động sản 2014

Thứ hai, việc xử lý nhà ở hình thành trong tương lai và quyền sử dụng đất của ngân hàng sẽ được thực hiện như thế nào vẫn còn nhiều điểm chưa rõ ràng trong quy định của pháp luật. Điều 55 Nghị định 21/2021/NĐ-CP cho phép các bên thỏa thuận việc xử lý tài sản bảo đảm là tài sản hình thành trong tương lai, trong đó có thể thỏa thuận bên nhận bảo đảm được xử lý tài sản bảo đảm là tài sản hình thành trong tương lai bằng cách nhận chính tài sản bảo đảm để thay thế cho việc thực hiện nghĩa vụ được bảo đảm hoặc bán tài sản hình thành trong tương lai. Trong khi đó, đối với tài sản thế chấp là quyền sử dụng đất, Điều 81 Nghị định 43/2014/NĐ-CP (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định 01/2017/NĐ-CP) cho phép trường hợp không xử lý được theo thỏa thuận thì bên nhận thế chấp có quyền chuyển nhượng quyền sử dụng đất đã được thế chấp cho người khác để thu hồi nợ hoặc yêu cầu cơ quan nhà nước có thẩm quyền bán đấu giá quyền sử dụng đất mà không cần có sự đồng ý của bên thế chấp hoặc khởi kiện tại Tòa án nhân dân theo quy định của pháp luật. Vậy trường hợp chủ đầu tư thế chấp quyền sử dụng đất và tài sản hình thành trong tương lai của dự án mà không thỏa thuận được việc xử lý tài sản bảo đảm thì ngân hàng có được tự mình chuyển nhượng, bán tài sản bảo đảm hay không? Một vấn đề khác là ngân hàng sẽ được “nhận chính tài sản bảo đảm để thay thế cho việc thực hiện nghĩa vụ” bằng cách thức nào cũng cần phải được làm rõ.

Khoản 3 Điều 5 Nghị định 02/2022/NĐ-CP quy định “*tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài, công ty quản lý tài sản của các tổ chức tín dụng (AMC), công ty quản lý tài sản của các tổ chức tín dụng Việt Nam (VAMC) thực hiện bán nhà, công trình xây dựng, chuyển nhượng quyền sử dụng đất, chuyển nhượng dự án bất động sản đang được dùng bảo lãnh, thế chấp để thu hồi nợ theo quy định của pháp luật*” mà không bắt buộc phải đáp ứng các điều kiện của tổ chức, cá nhân kinh doanh bất động sản quy định tại Điều 4 của Nghị định này. Điều đáng nói là Điều 5 Nghị định 02/2022/NĐ-CP là điều khoản hướng dẫn về trường hợp các tổ chức, hộ gia đình, cá nhân kinh doanh bất động sản ở quy mô nhỏ, không thường xuyên quy định tại khoản 2 Điều 10 của Luật Kinh doanh bất động sản 2014, tức là việc bán nhà, công trình xây dựng, chuyển nhượng quyền sử dụng đất, chuyển nhượng dự án bất động sản để thu hồi nợ của ngân hàng cũng được coi là kinh doanh bất động sản? Và nếu coi đây là hoạt động kinh doanh bất động sản thì việc công chứng, chứng thực hợp đồng kinh doanh bất động sản không phải là yêu cầu bắt buộc mà do các bên thỏa thuận (khoản 2 Điều 17 Luật KDBĐS 2014). Quy định này có phần không hợp lý, bởi lẽ, bản chất hành vi giao dịch bất động sản của bên nhận thế chấp trong tình huống trên không nhằm mục đích sinh lợi nên không được coi là hành vi kinh doanh bất động sản theo khoản 1 Điều 3 Luật KDBĐS 2014. Do đó, việc xử lý tài sản thế chấp của các tổ chức tín dụng không thể thuộc phạm vi điều chỉnh của Luật KDBĐS.

Thứ ba, 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 việc xử lý tài sản bằng cách chuyển nhượng dự án bất động sản đang được thế chấp để thu

hồi nợ. Luật KDBĐS 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 quan (điểm c khoản 2 Điều 48). 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 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 báo (điểm b, khoản 1 Điều 52). Nghị định 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*” (khoản 5 Điều 11). 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”²⁷. 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.

4. Kết luận

Trong quan hệ mua nhà ở hình thành trong tương lai tại các dự án xây dựng nhà ở, bên yếu thế trong giao dịch là người mua nhà vì nhiều yếu tố như khó tiếp cận thông tin về hàng hóa bất động sản một cách đầy đủ và chính xác, bị hạn chế khả năng thỏa thuận, đàm phán với bên bán các điều khoản của hợp đồng... Mặc dù về cơ bản, pháp luật đã có những quy định nhất định để bảo vệ quyền lợi của người mua nhà ở hình thành trong tương lai tại các dự án xây dựng nhà ở thông qua các quy định về điều kiện để bán nhà ở hình thành trong tương lai đã được thế chấp. Tuy nhiên ở góc độ nào đó, các quy định này của pháp luật vẫn chưa cung cấp một cơ chế hiệu quả đảm bảo thực hiện trách nhiệm cung cấp thông

²⁷ 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

tin thế chấp của chủ đầu tư, chưa tạo cơ chế giám sát nghĩa vụ giải chấp của chủ đầu tư một cách chặt chẽ và bảo vệ thỏa đáng quyền lợi của người mua nhà khi ngân hàng xử lý tài sản thế chấp để thu hồi nợ. Vì vậy, bài viết đã đưa ra một số kiến nghị nhằm hoàn thiện các quy định trên để góp phần tạo nên những cơ sở pháp lý trong việc đảm bảo quyền của bên mua nhà trong dự án kinh doanh bất động sản – trường hợp dự án thế chấp.

Tài liệu tham khảo:

1. Bộ luật Dân sự số 91/2015/QH13.
2. Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng số 59/2010/QH12
3. Luật Kinh doanh bất động sản số 66/2014/QH13
4. Luật Nhà ở số 65/2014/QH13.
5. Luật Đất đai số 45/2013/QH13
6. Nghị định 99/2011/NĐ-CP Hướng dẫn Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng
7. Nghị định 43/2014/NĐ-CP Quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật đất đai
8. Nghị định 02/2022/NĐ-CP Quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật kinh doanh bất động sản
9. Nghị định 99/2022/NĐ-CP Về đăng ký biện pháp bảo đảm.
10. Thông tư 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 hình thành trong tương lai.
11. Duy Anh, *Người mua nhà kiện chủ đầu tư: “Kiện củ khoai”*, <https://dantri.com.vn/kinh-doanh/nguoi-mua-nha-kien-chu-dau-tu-kien-cu-khoai-1372952914.htm>
12. Nguyễn Hiền, *Cư dân kêu cứu vì chủ đầu tư chưa làm đúng thỏa thuận*, <https://plo.vn/cu-dan-keu-cuu-vi-chu-dau-tu-chua-lam-dung-thoa-thuan-post683448.html>.
13. 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>
14. Ninh Thị Hiền, Ngô Gia Hoàng, *Bàn về hình thức và nội dung của hợp đồng mua bán căn hộ chung cư*, <https://tcdcpl.moj.gov.vn/qt/tintuc/Pages/phap-luat-kinh-te.aspx?ItemID=392>
15. Tưởng Duy Lượng (2019), "Bảo đảm quyền lợi cho người yếu thế trong quan hệ hợp đồng", *Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp*, Số 21 (397).
16. Nguyễn Minh, *Khách hàng mua dự án Roxana Plaza kêu cứu, không biết bao giờ được nhận nhà*, <https://vtc.vn/khach-hang-mua-du-an-roxana-plaza-keu-cuu-khong-biet-bao-gio-duoc-nhan-nha-ar670884.html>.
17. Thiện Minh, *Người mua nhà vỡ mộng khi chủ đầu tư “quên” xây tiện ích*, <https://baodautu.vn/batdongsan/nguoi-mua-nha-vo-mong-khi-chu-dau-tu-quen-xay-tien-ich-d129472.html>

18. Bảo Nga - Thùy Ngân, Chủ đầu tư thế chấp dự án bất động sản: Người mua nhà bán khoán!, hanoimoi.com.vn/ban-in/Bat-dong-san/844569/chu-dau-tu-the-chap-du-an-bat-dong-san-nguoi-mua-nha-ban-khoan.

19. Duy Quang, *Lý do hàng chục ngàn căn nhà ở TPHCM không được cấp sổ*, <https://tienphong.vn/ly-do-hang-chuc-ngan-can-nha-o-tphcm-khong-duoc-cap-so-post1520987.tpo>.

20. 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>

21. H.T, *Dự án Harmony Square: Khách hàng bức xúc vì chủ đầu tư DLC chậm tiến độ cả năm trời*, <https://baodautu.vn/batdongsan/du-an-harmony-square-khach-hang-buc-xuc-vi-chu-dau-tu-dlc-cham-tien-do-ca-nam-troi-d184308.html>.

22. 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)

23. Tiểu Thúy, *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>

HOÀN THIỆN CÁC BIỆN PHÁP BẢO ĐẢM AN TOÀN PHÁP LÝ TRONG GIAO DỊCH BẤT ĐỘNG SẢN

TS. Thái Thị Tuyết Dung

Giảng viên, Đại học Kinh tế - Luật, ĐHQG TP.HCM

Tóm tắt:

Đại đa số các hoạt động của loài người đều ở trên hoặc trong các bất động sản. Nhà ở không chỉ là nơi cư ngụ mà nó còn là nguồn của cải và tiết kiệm lớn nhất của đa phần các hộ gia đình trên hành tinh của chúng ta. Bất động sản thương mại tạo ra việc làm và các hoạt động kinh tế, như số người làm việc trong xây dựng và kinh doanh bất động sản ở Việt Nam chiếm gần 10% tổng số việc làm (49 triệu vào năm 2021)¹. Bất động sản là tài sản có giá trị lớn nhất trong tổng tài sản của mỗi hộ gia đình, cá nhân, và các tổ chức trong nền kinh tế; kinh doanh bất động sản đóng góp 3,58% GDP vào năm 2021². Với một đất nước gần 100 triệu dân như Việt Nam, bất động sản có giá trị khá cao, tăng ổn định nên thu hút sự quan tâm của rất nhiều người. Các giao dịch liên quan đến bất động sản rất nhiều, thậm chí tranh chấp về các quyền lợi của bất động sản cũng xảy ra khắp nơi. Để giảm thiểu tranh chấp, cơ quan nhà nước đã đưa ra các quy định pháp luật để đảm bảo tính hợp pháp của giao dịch, cũng như để có cơ sở giải quyết các tranh chấp liên quan đến các quyền lợi gắn với bất động sản, trong đó đáng chú ý nhất là quy định về công chứng chứng thực, về hệ thống dữ liệu ngăn chặn, đăng ký giao dịch bảo đảm và lịch sử giao dịch bất động sản. Bài viết tập trung phân tích các biện pháp này, thực tiễn áp dụng hiện nay, phân tích việc mở rộng chủ thể có thẩm quyền xác định giao dịch bất động sản theo Dự thảo Luật kinh doanh bất động sản và đề xuất một số kiến nghị để nâng cao tính an toàn pháp lý trong giao dịch bất động sản.

1. Một số biện pháp bảo đảm an toàn pháp lý trong giao dịch bất động sản

Thứ nhất, công chứng các hợp đồng về giao dịch bất động sản

Công chứng được coi là một “nghề” trong xã hội, đã hình thành và phát triển từ rất lâu. Đến năm 2019, cả nước đã thành lập 1.202 tổ chức hành nghề công chứng, trong đó có 118 Phòng công chứng và 1.084 Văn phòng công chứng, tăng hơn 10 lần so với thời điểm trước khi thực hiện xã hội hóa công chứng. Các tổ chức hành nghề công chứng cả nước đã công chứng được hơn 24 tỷ việc; chứng thực chữ ký trên giấy tờ, tài liệu, chứng

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

² Phạm Hồng Chương, Tô Trung Thành, Đánh giá Kinh tế Việt Nam thường niên 2022: Ổn định và phát triển thị trường Bất động sản, <https://khoa.hoc.neu.edu.vn/vi/2022-2917/gioi-thieu-an-pham-danh-gia-kinh-te-viet-nam-thuong-nien-2022-on-dinh-va-phat-trien-thi-truong-bat-dong-san>

thực bản bản sao từ bản chính được gần 39 triệu việc; tổng số phí công chứng thu được khoảng hơn 7.000 tỷ đồng; phí chứng thực thu được khoảng gần 300 triệu đồng; tổng số thù lao công chứng thu được hơn 1.100 tỷ đồng. Số tiền nộp thuế vào ngân sách nhà nước là trên 1.400 tỷ đồng. Riêng tại TPHCM, địa phương có số lượng giao dịch bất động sản nhiều, thì trong 6 năm (2015-2020), các tổ chức hành nghề công chứng đã thực hiện được số lượng lớn việc công chứng, chứng thực (công chứng 7.785.063 vụ việc với tổng số phí công chứng thu được gần 1.120 tỷ đồng, tổng số thù lao công chứng thu được gần 445 tỷ đồng, thực hiện được 16.245.203 việc chứng thực chữ ký, chứng thực bản sao từ bản chính với tổng số phí chứng thực thu được gần 101 tỷ đồng). Tổng số tiền nộp vào ngân sách Nhà nước là 546,3 tỷ đồng³. Theo đánh giá của Bộ Tư pháp tại hội nghị trực tuyến toàn quốc tổng kết thi hành Luật Công chứng năm 2014 (giai đoạn 2015-2021) vừa qua, sau 6 năm triển khai thực hiện Luật Công chứng năm 2014, hoạt động công chứng đã thu được kết quả đáng ghi nhận. Hoạt động công chứng đã góp phần quan trọng vào việc phòng ngừa các tranh chấp, khiếu nại, khiếu kiện trong lĩnh vực đất đai, nhà ở - lĩnh vực vốn phức tạp và tiềm ẩn nhiều nguy cơ tranh chấp; là “lá chắn” phòng ngừa hữu hiệu, đảm bảo an toàn pháp lý cho các hợp đồng, giao dịch, tiết kiệm thời gian, chi phí cho xã hội, giảm thiểu công việc cho tòa án trong việc giải quyết các tranh chấp dân sự⁴.

Trong đời sống xã hội, có những giao dịch, hợp đồng pháp luật quy định không bắt buộc phải thực hiện hoạt động công chứng hay chứng thực mặc dù giá trị hợp đồng có thể rất lớn (như các thiết bị công nghệ). Tuy nhiên, đối với giao dịch, hợp đồng liên quan đến bất động sản thì công chứng, chứng thực được yêu cầu như một điều kiện bắt buộc để giao dịch có hiệu lực. Trường hợp phát sinh tranh chấp trong quá trình thực hiện hợp đồng mua bán bất động sản, hợp đồng công chứng sẽ được coi như một chứng cứ pháp lý hữu hiệu cho các bên. Nội dung được công chứng của hợp đồng có ý nghĩa tương tự như công chứng viên đứng ra với vai trò là người làm chứng cho việc giao kết, xác lập hợp đồng mua bán bất động sản giữa các bên là chính xác và hợp pháp. Như vậy, các bên sẽ có cơ sở vững chắc để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình.

Không những vậy, việc công chứng hợp đồng mua bán bất động sản còn mang ý nghĩa trong việc đảm bảo hợp đồng được thể hiện với nội dung hợp lý và hợp pháp. Cụ thể hơn, khi thực hiện công chứng hợp đồng mua bán bất động sản, công chứng viên đồng thời phải thực hiện các hoạt động soát xét, kiểm tra nội dung của các điều khoản được thể hiện tại hợp đồng để đảm bảo phù hợp với đạo đức và quy định của pháp luật. Điều này đặc biệt có ý nghĩa và vai trò quan trọng khi các bên tham gia ký kết hợp đồng là những người thiếu

³ Tham luận của Sở Tư pháp TPHCM tại Hội nghị toàn quốc tổng kết thi hành Luật Công chứng, Hà Nội, 2022.

⁴ Đỗ Thành, Tổng kết 5 năm thi hành Luật Công chứng, <https://tapchitoaan.vn/tong-ket-5-nam-thi-hanh-luat-cong-chung5704.html>

hoặc chưa có đầy đủ nhận thức và hiểu biết sâu sắc về hợp đồng mua bán bất động sản.⁵ Nói một cách khác, việc công chứng hợp đồng mua bán bất động sản có ý nghĩa rất quan trọng không chỉ với các bên ký kết hợp đồng, với bản thân hợp đồng mà còn cả xã hội.

Thứ hai, chứng thực hợp đồng mua bán, chuyển nhượng bất động sản

Chứng thực hợp đồng là việc cơ quan có thẩm quyền theo quy định tại Nghị định 23/2015/NĐ-CP chứng thực về thời gian, địa điểm giao kết hợp đồng; năng lực hành vi dân sự, ý chí tự nguyện, chữ ký hoặc dấu điểm chỉ của các bên tham gia hợp đồng. Chứng thực hợp đồng mua bán, chuyển nhượng bất động sản được thực hiện bởi Chủ tịch, Phó Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp xã⁶ nơi có nhà, đất.

So với hoạt động công chứng, về giá trị pháp lý của hai hoạt động công chứng, chứng thực là khác nhau. Đối với công chứng, ngoài việc xác định giá trị của chữ ký của các bên tham gia giao dịch, công chứng xác định nội dung, đảm bảo xét toàn diện về giao dịch hợp đồng (chứng nhận người tham gia hợp đồng, giao dịch hoàn toàn tự nguyện, có năng lực hành vi dân sự, mục đích, nội dung của hợp đồng, giao dịch không vi phạm pháp luật, không trái đạo đức xã hội, đối tượng của hợp đồng, giao dịch phù hợp với quy định của pháp luật, chữ ký trong hợp đồng, giao dịch là đúng chữ ký của người tham gia hợp đồng, giao dịch)⁷; còn chứng thực chỉ mới xét đến chữ ký trong giấy tờ văn bản là chữ ký của người yêu cầu chứng thực, xét về thời gian, địa điểm giao kết hợp đồng, giao dịch; năng lực hành vi dân sự, ý chí tự nguyện, chữ ký hoặc dấu điểm chỉ của các bên tham gia hợp đồng, giao dịch. Do đó, khả năng tranh chấp các hợp đồng được chứng thực thường có nguy cơ phát sinh tranh chấp cao hơn so với các hợp đồng được công chứng.

Thứ ba, các biện pháp hỗ trợ như thiết lập hệ thống thông tin về lịch sử giao dịch, đăng ký giao dịch bảo đảm, thông tin ngăn chặn

Hiệu quả, hiệu lực và sự an toàn pháp lý của hợp đồng bảo đảm, biện pháp bảo đảm và trong xử lý tài sản bảo đảm phụ thuộc rất nhiều về tính minh bạch, công khai về tài sản được dùng để bảo đảm, biện pháp bảo đảm được áp dụng và cơ chế cung cấp thông tin cho các chủ thể liên quan. Việc ứng dụng công nghệ thông tin trong hoạt động công chứng, chứng thực hiện nay chưa thật sự tương xứng với sự phát triển của nghề công chứng, chưa theo kịp tốc độ phát triển công nghệ thông tin của xã hội; thiếu sự liên kết, tích hợp giữa cơ sở dữ liệu công chứng với các dữ liệu của các ngành có liên quan.

Hiện nay, các địa phương có hệ thống dữ liệu thông tin công chứng của từng tỉnh, chưa có hệ thống dữ liệu thông tin về chứng thực các giao dịch bất động sản. Hệ thống dữ

⁵ Nguyễn Thị Hồng Luyến (2017), “Công chứng hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất và thực tiễn thực hiện tại tỉnh Quảng Bình, Luận văn thạc sĩ luật học”, trường Đại học Quốc gia Hà Nội, tr.21

⁶ Điều 5 Nghị định số 23/2015/NĐ-CP ngày 16 tháng 02 năm 2015 của Chính phủ về cấp bản sao từ sổ gốc, chứng thực bản sao từ bản chính, chứng thực chữ ký và chứng thực hợp đồng, giao dịch

⁷ Khoản 5,6 Điều 40, Điều 46 Luật Công chứng 2014, sửa đổi bổ sung 2018.

liệu thông tin công chứng do Sở Tư pháp quản lý, bao gồm thông tin về lịch sử giao dịch bất động sản, thông tin về các biện pháp ngăn chặn (do các cơ quan có thẩm quyền gửi đến), và hệ thống thông tin giao dịch bảo đảm, tức là thông tin về tài sản đã được thế chấp. Cả nước chưa có hệ thống thông tin hợp nhất về các giao dịch bất động sản.

2. Thực tiễn áp dụng biện pháp bảo đảm an toàn pháp lý trong giao dịch bất động sản

(1) Về công chứng các hợp đồng trong giao dịch bất động sản

Qua đánh giá thực tiễn áp dụng pháp luật về công chứng hợp đồng mua bán bất động sản thấy rằng nhìn chung thủ tục, quy trình pháp luật đã đưa ra là tương đối phù hợp, nhằm tạo điều kiện thuận lợi trong quá trình triển khai, thực hiện. Tuy nhiên, trong quá trình thực hiện pháp luật vẫn còn tồn tại một số vướng mắc làm ảnh hưởng đến hiệu quả thực hiện. Cụ thể:

Thứ nhất, phạm vi bắt buộc công chứng đối với các hợp đồng, giao dịch có đối tượng là bất động sản còn hạn hẹp. Theo Hiệp hội Công chứng viên Việt Nam, một trong những điểm bất cập của Luật Công chứng năm 2014 là có sự không thống nhất giữa Luật Công chứng năm 2014 và Luật Đất đai năm 2013, Luật Nhà ở năm 2014, Luật Kinh doanh bất động sản 2014, sửa đổi bổ sung năm 2020⁸. Cụ thể, theo quy định của Luật Đất đai năm 2013 và Luật Nhà ở năm 2014, các giao dịch có tính chuyển dịch quyền sử dụng đất và chuyển dịch quyền sở hữu nhà ở (mua bán, tặng cho, chuyển nhượng, thế chấp, tặng cho, góp vốn) thuộc nhóm giao dịch bắt buộc phải công chứng để bảo đảm an toàn pháp lý và quyền lợi cho người dân. Tuy nhiên, đối với hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất, quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền với đất mà một bên hoặc các bên tham gia giao dịch là tổ chức hoạt động kinh doanh bất động sản thì việc công chứng thực hiện theo yêu cầu của các bên (theo Điểm b, Khoản 3, Điều 167 Luật Đất đai năm 2013).

Trong khi đó, đối với nhà ở, Luật Nhà ở năm 2014 quy định, các giao dịch mua bán, cho thuê, cho thuê mua nhà ở thương mại của các doanh nghiệp, HTX kinh doanh bất động sản thì thực hiện theo quy định của pháp luật về kinh doanh bất động sản; trong khi Luật Kinh doanh bất động sản 2014, sửa đổi bổ sung năm 2020 chỉ bắt buộc công chứng đối với hợp đồng mua bán, thuê mua nhà, công trình xây dựng, hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất mà các bên là hộ gia đình, cá nhân mà việc kinh doanh có quy mô nhỏ, không thường xuyên (Điều 17 Luật Kinh doanh bất động sản 2014, sửa đổi bổ sung năm 2020). Như vậy, nếu mua bán nhà từ chủ đầu tư (hoặc các công ty kinh doanh bất động sản) sang người dân thì không bắt buộc phải công chứng.

⁸ Đô Thành, Tổng kết 5 năm thi hành Luật Công chứng, <https://tapchitoaan.vn/tong-ket-5-nam-thi-hanh-luat-cong-chung5704.html>

Thực tế cho thấy, tranh chấp giữa chủ đầu tư và người mua nhà thời gian qua xảy ra rất nhiều và thiệt hại lớn cho người dân. Trong thời gian qua, đã có nhiều chủ đầu tư bán nhà hoặc huy động vốn khi chưa đủ các điều kiện để bán theo quy định của pháp luật, thậm chí một tòa nhà được thế chấp nhiều lần vẫn có thể được bán cho hàng trăm người dân mà không có cơ chế để kiểm soát hữu hiệu, vì Luật Nhà ở năm 2014 và Luật Kinh doanh bất động sản 2014, sửa đổi bổ sung năm 2020 không bắt buộc công chứng trong trường hợp một bên là tổ chức kinh doanh bất động sản. Quy định này dẫn những nguy cơ cho người dân khi chủ đầu tư không thực hiện nghiêm quy định pháp luật và thực tế cho thấy khá nhiều trường hợp các chủ đầu tư, kinh doanh bất động sản không thực hiện nghiêm túc pháp luật kinh doanh bất động sản, nhất là vấn đề huy động vốn thông qua hình thức thu tiền trả trước của người mua, thuê mua nhà ở theo hợp đồng mua bán, thuê mua nhà ở hình thành trong tương lai quy định tại khoản 3 Điều 69 của Luật Nhà ở khi chưa đủ điều kiện hoặc thế chấp nhiều lần mà vẫn được bán cho người dân (không bảo đảm quy định tại Điều 19 Nghị định số 99/2015/NĐ-CP)⁹.

Thứ hai, thiếu cơ sở để công chứng viên tìm hiểu, nắm bắt thông tin về đất đai khi thực hiện công chứng.

Thực tế cho thấy, tranh chấp giữa chủ đầu tư và người mua nhà thời gian qua xảy ra rất nhiều và thiệt hại lớn cho người dân. Trong thời gian qua, đã có nhiều chủ đầu tư bán nhà hoặc huy động vốn khi chưa đủ các điều kiện để bán theo quy định của pháp luật, thậm chí một tòa nhà được thế chấp nhiều lần vẫn có thể được bán cho hàng trăm người dân mà không có cơ chế để kiểm soát hữu hiệu, vì Luật Nhà ở năm 2014 và Luật Kinh doanh bất động sản 2014, sửa đổi bổ sung năm 2020 không bắt buộc công chứng trong trường hợp một bên là tổ chức kinh doanh bất động sản. Theo quy định tại Điều 188 Luật Đất đai năm 2013, để thực hiện giao dịch mua bán bất động sản, người sử dụng đất phải đảm bảo có Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất và đảm bảo quyền sử dụng đất không có tranh chấp, không bị kê biên thi hành án tại thời điểm công chứng, còn trong thời hạn sử dụng đất. Tuy nhiên, hiện nay Nhà nước vẫn chưa có cơ sở dữ liệu chính thức và đồng nhất về đất đai cũng như trong hoạt động công chứng. Điều này dẫn tới vướng mắc là công chứng viên sẽ gặp nhiều khó khăn trong giai đoạn xác thực đối với các thông tin nêu trên mà chủ yếu dựa theo cam kết và quy định tự chịu trách nhiệm của các bên được thể hiện tại hợp đồng. Trong khi đó, về bản chất công chứng viên phải chịu trách nhiệm về tính hợp pháp của nội dung hợp đồng mua bán bất động sản. Hay nói một cách khác, việc công chứng của công chứng viên đối với nội dung này có thể gặp nhiều rủi ro.

Thứ ba, thiếu thống nhất trong quy định về chứng thực và công chứng hợp đồng mua bán bất động sản.

⁹ “Phạm vi công chứng bắt buộc và những rủi ro tiềm ẩn đối với hợp đồng, giao dịch không bắt buộc công chứng”, <https://stp.thuatthienhue.gov.vn/?gd=12&cn=82&tc=6827>

Chứng thực và công chứng hợp đồng chuyển nhượng, mua bán bất động sản chưa được phân định rõ ràng. Hiện tại pháp luật ghi nhận được phép áp dụng một trong hai hình thức công chứng hoặc chứng thực đối với hợp đồng chuyển nhượng, mua bán bất động sản, như hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất, hợp đồng mua bán nhà thì các bên có quyền lựa chọn tổ chức hành nghề công chứng hoặc UBND cấp xã. Quy định này có ý nghĩa trong trường hợp ở các địa phương không có Phòng công chứng (mà chỉ có các Văn phòng Công chứng) như tỉnh Bắc Giang, Phú Yên, Sóc Trăng, Long An, Đắk Nông thì người dân đến UBND xã sẽ đỡ vất vả hơn đến các Văn phòng công chứng để xác nhận việc ký kết hợp đồng.

Tuy nhiên, với phạm vi chịu trách nhiệm pháp lý khác nhau giữa hai hình thức này, đã làm giảm đi sự kiểm soát về an toàn pháp lý của hợp đồng, giao dịch được thực hiện¹⁰. Cụ thể, Khoản 4 Điều 2 Nghị định 23/2015/NĐ-CP về cấp bản sao từ sổ gốc, chứng thực bản sao từ bản chính, chứng thực chữ ký và chứng thực hợp đồng, giao dịch quy định, chứng thực chỉ “chứng thực về thời gian, địa điểm, chữ ký và năng lực hành vi dân sự của các bên đứng ra giao dịch chứ không chịu trách nhiệm đối với nội dung của hợp đồng” trong khi công chứng phải chịu trách nhiệm cả về mặt nội dung. Hiện tại pháp luật ghi nhận được phép áp dụng một trong hai hình thức công chứng hoặc chứng thực đối với hợp đồng mua bán bất động sản. Tuy nhiên, với phạm vi chịu trách nhiệm pháp lý khác nhau giữa hai hình thức này, đã làm giảm đi sự kiểm soát về an toàn pháp lý của hợp đồng, giao dịch được thực hiện. Hiện nay, ở một số địa phương như TPHCM, dù đất ở nông thôn nhưng không thực hiện chứng thực hợp đồng, mà phải chuyển sang các cơ quan công chứng.

Thứ tư, việc xác định thẩm quyền công chứng theo “địa hạt” có thể phù hợp khi các địa phương chưa kết nối dữ liệu, nhưng thật sự gây bất cập, khó khăn cho người dân trong quá trình thực hiện. Theo quy định của pháp luật hiện hành, việc xác định thẩm quyền công chứng hợp đồng mua bán bất động sản được căn cứ theo nguyên tắc “địa hạt”, tức dựa theo vị trí của bất động sản. Tuy nhiên, điều này gây nhiều bất cập cho người dân bởi trên thực tế không phải chủ sở hữu quyền sử dụng đất nào cũng ở nơi có đất, mà có khi khác cả về tỉnh thành. Trường hợp muốn công chứng, chủ sở hữu phải di chuyển về địa phương có bất động sản cùng bên còn lại trong hợp đồng và thực hiện công chứng điều này thực sự bất tiện, đặc biệt là khi khoảng cách địa lý quá xa. Hơn thế nữa, trong nền kinh tế thị trường hiện nay, việc yêu cầu công chứng theo nguyên tắc “địa hạt” không làm phát huy được năng lực và tính cạnh tranh tích cực của các văn phòng công chứng.

Thứ năm, quy định về đơn phương chấm dứt Hợp đồng ủy quyền mua bán, chuyển nhượng bất động sản còn nhiều bất cập. Trong đời sống dân sự, phần lớn các trường hợp, các chủ thể trong quan hệ pháp luật dân sự tự mình xác lập các giao dịch. Tuy nhiên, vì

¹⁰ Nguyễn Thị Hồng Luyến (2017), “Công chứng hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất và thực tiễn thực hiện tại tỉnh Quảng Bình”, Luận văn thạc sĩ luật học, trường Đại học Quốc gia Hà Nội, tr. 49.

nhiều lý do (ốm đau, bệnh tật, bận công việc...) cá nhân rất cần sự giúp đỡ của người khác. Vì vậy, ý nghĩa xã hội pháp lý của chế định đại diện được thể hiện chính là ở chỗ nhờ có nó mà một người có thể sử dụng tri thức, khả năng, kinh nghiệm của người đại diện và tiếp nhận kết quả từ hành vi pháp lý của người đó. Đại diện là chế định có chức năng trợ giúp xã hội, là một trong những thành quả của trí tuệ pháp lý của loài người, mang tính nhân văn, nhân đạo¹¹. Qua thực tiễn cho thấy các vụ án tranh chấp về hợp đồng ủy quyền chuyển nhượng quyền sử dụng đất, mua bán nhà ở ngày càng gia tăng và phức tạp hơn. Đây là hình thức mua bán, chuyển nhượng ẩn chứa rất nhiều rủi ro về mặt pháp lý và khó khăn trong việc giải quyết khi có tranh chấp. Người mua chính là người được ủy quyền nhưng không muốn làm thủ tục sang tên mà chờ tìm người mua tiếp theo, người mua bán, chuyển nhượng nhà đất (chủ yếu là người kinh doanh bất động sản) giao dịch, mua bán xong nhưng không hoàn thành thủ tục mua bán, chuyển nhượng theo quy định của pháp luật tại tổ chức hành nghề công chứng, mà “ký gửi” hồ sơ lại cho công chứng viên để tiếp tục tìm người mua tiếp theo để chuyển nhượng; vì không muốn tốn thời gian làm thủ tục, không muốn nộp phí khi chuyển nhượng QSDĐ, mua bán nhà ở là lý do nhiều người tìm đến hợp đồng ủy quyền thay vì hợp đồng mua bán, chuyển nhượng nhà đất. Và khi giá trị bất động sản tăng cao, thì người ủy quyền (bên bán) đơn phương chấm dứt Hợp đồng ủy quyền gây bất lợi cho người được ủy quyền.

Thứ sáu, quy định về công chứng hợp đồng mua bán tài sản bán đấu giá là bất động sản còn chưa thống nhất giữa các văn bản pháp luật. Thực tiễn hoạt động bán đấu giá tài sản còn nhiều vướng mắc, bất cập, một trong những bất cập đó là trong phạm vi hoạt động công chứng. Các quy định pháp luật chưa thống nhất chỉ công chứng hay có thể công chứng hoặc chứng thực hợp đồng mua bán tài sản bán đấu giá là bất động sản, về thời điểm tham gia của công chứng viên khi được yêu cầu công chứng hợp đồng mua bán tài sản bán đấu giá là bất động sản và về phí công chứng hợp đồng mua bán tài sản bán đấu giá là bất động sản. Sự quy định không thống nhất giữa các Luật sẽ gây khó khăn cho hoạt động bán đấu giá tài sản.

(2) Về chứng thực hợp đồng mua bán, chuyển nhượng bất động sản

Căn cứ vào các quy định của pháp luật hiện hành, các hợp đồng, giao dịch liên quan đến bất động sản thì tổ chức hành nghề công chứng có thẩm quyền công chứng. Đối các hợp đồng, giao dịch về quyền sử dụng đất giữa hộ gia đình, cá nhân, có thể lựa chọn UBND xã, phường, thị trấn nơi có đất; các hợp đồng giao dịch về nhà ở thì các bên có quyền lựa chọn UBND xã.

Tuy nhiên, trong thực tiễn, các quy định này khi thực thi gặp rất nhiều vướng mắc về thẩm quyền. Do quyền sử dụng đất gắn liền với nhà ở và trong các giấy tờ về nhà đất cấp bởi các cơ quan thẩm quyền không phân tách riêng biệt tài sản nhà ở và quyền sử dụng đất.

¹¹ PGS.TS Hoàng Thế Liên (2008), Bình luận khoa học Bộ luật dân sự 2005 – tập 1, Nxb chính trị quốc gia, tr.313

Đồng thời, việc cấp giấy chứng nhận về tài sản nhà ở và quyền sử dụng đất được quy định trong nhiều văn bản pháp luật khác nhau nên hình thức, hiện trạng tài sản gắn với quyền sử dụng đất cũng được thể hiện khác nhau. Như vậy, có nhiều loại giấy chứng nhận được cấp và cùng tồn tại như: giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà ở và quyền sử dụng đất ở, giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà ở. Khi các chủ thể xác lập các hợp đồng liên quan đến những tài sản này, họ sẽ gặp khó khăn trong việc xác định thẩm quyền cấp là hợp đồng, giao dịch về quyền sử dụng đất hay hợp đồng giao dịch về nhà ở.

(3) *Về hệ thống thông tin về lịch sử giao dịch, đăng ký giao dịch bảo đảm, thông tin ngăn chặn*

Khảo sát công tác xây dựng cơ sở dữ liệu, thì tính đến tháng 12/2021 chỉ có địa phương chưa hoàn thành việc xây dựng cơ sở dữ liệu công chứng, bao gồm Bình Phước, Hà Nam, Hà Tĩnh, Kon Tum, Lào Cai, Ninh Bình, Phú Yên, Quảng Ninh, Sơn La, Thái Nguyên, Thái Bình, Vĩnh Long, Trà Vinh¹²

	Chưa hoàn thành việc xây dựng cơ sở dữ liệu công chứng	Đã hoàn thành việc xây dựng cơ sở dữ liệu công chứng
Số tỉnh/ 63 tỉnh	13/63	50/63
Tỉ lệ	20,5%	79,5%

Với thực tiễn này, chưa tạo nền tảng cần thiết cho việc chuyển đổi số hoạt động công chứng. Cơ sở dữ liệu hiện nay chỉ tập trung vào nguồn gốc tài sản, tình trạng giao dịch của tài sản, thông tin về đăng ký giao dịch bảo đảm; còn thông tin về biện pháp ngăn chặn được áp dụng đối với tài sản có liên quan đến hợp đồng, giao dịch thì chưa đồng bộ giữa các địa phương. Dữ liệu ngăn chặn hiện nay được thu thập từ nhiều nguồn khác nhau như: Tòa án, Cơ quan Thi hành án, Cơ quan đăng ký đất đai, nhà ở, Cơ quan Thuế, Công an hoặc từ đơn thư khiếu nại của công dân... Trên thực tế quy định các cơ quan này phải có trách nhiệm cung cấp thông tin cho cơ sở dữ liệu công chứng tùy thuộc vào từng địa phương, hầu như địa phương nào cũng có văn bản về cơ chế phối hợp¹³, do vậy nếu như không có sự chỉ đạo, phối hợp chặt chẽ, các cơ quan nêu trên không công bố, không gửi thông tin cho Sở

¹² Bộ Tư pháp, Danh mục thống kê kết quả việc xây dựng cơ sở dữ liệu công chứng (Từ ngày 01/01/2015 đến hết ngày 31/12/2021)

¹³ Điều 10 Quyết định 39/2021/QĐ-UBND Quyết định về Quy chế quản lý, cập nhật, khai thác và sử dụng Cơ sở dữ liệu về thông tin ngăn chặn và thông tin về hợp đồng, giao dịch tài sản đã công chứng, chứng thực trên địa bàn tỉnh Bạc Liêu quy định: “Tòa án nhân dân, Viện Kiểm sát nhân dân, Cơ quan Công an, Cơ quan thi hành án dân sự, Sở Tài nguyên và Môi trường và các Sở, Ban, Ngành có liên quan có thẩm quyền ban hành các thông tin ngăn chặn, thông tin giải tỏa ngăn chặn thực hiện cập nhật vào CSDL và gửi văn bản về Sở Tư pháp theo quy định của pháp luật”.

Tư pháp hoặc tổ chức hành nghề công chứng để cập nhật vào Cơ sở dữ liệu công chứng thì khó có hệ thống dữ liệu đầy đủ.

Thực tế, dữ liệu ngăn chặn được cập nhật và theo dõi trong cơ sở dữ liệu công chứng là rất hạn chế, chỉ chiếm một phần rất nhỏ các dữ liệu ngăn chặn đang tồn tại trên thực tế. Ngoài ra, hoạt động chứng thực giao dịch của UBND cấp xã, phường không được cập nhật vào Cơ sở dữ liệu công chứng, làm cho hiệu quả theo dõi và ngăn chặn rủi ro của Cơ sở dữ liệu công chứng bị giảm sút đáng kể.

Hiện nay pháp luật quy định Ủy ban nhân dân cấp tỉnh xây dựng cơ sở dữ liệu công chứng¹⁴, quy định này gặp nhiều bất cập như: (i) Thiếu sự đồng bộ, thống nhất, quy chuẩn đối với các cơ sở dữ liệu của các tỉnh. Mỗi tỉnh, tùy theo ngân sách điều kiện và yêu cầu của mình sẽ đầu tư và xây dựng cơ sở dữ liệu theo một tiêu chuẩn, quy mô khác nhau. Do đó, khi cần kết nối dữ liệu ở phạm vi toàn quốc thì các cơ sở dữ liệu này không thể kết nối được với nhau; (ii) Mỗi tỉnh đều phải lập dự án, đầu tư phần cứng, phần mềm, nhân lực, chi phí vận hành và duy trì cơ sở dữ liệu. Ở các tỉnh có lượng giao dịch lớn, số lượng CCV và TCHNCC đông đảo thì hiệu quả đầu tư là rõ rệt (ví dụ: Hà Nội, Thành phố Hồ Chí Minh), còn đối với các tỉnh có lượng giao dịch ít, số lượng CCV ít thì hiệu quả đầu tư thấp, thậm chí là lãng phí, tính đến tháng 9 năm 2021, có tới 21 tỉnh/thành phố có ít hơn 20 CCV nên việc đầu tư quá nhiều sẽ không hiệu quả¹⁵; (iii) Việc đầu tư cơ sở dữ liệu phụ thuộc vào ngân sách địa phương, không phải địa phương nào cũng sẵn sàng dự trù kinh phí để xây dựng cơ sở dữ liệu công chứng, vì địa phương còn nhiều khoản đầu tư khác cần ưu tiên đầu tư. Trên thực tế, việc xây dựng cơ sở dữ liệu công chứng ở các tỉnh diễn ra chậm chạp.

3. Về dự kiến mở rộng chủ thể có thẩm quyền xác định giao dịch bất động sản theo Dự thảo Luật kinh doanh bất động sản

Điều 57, 61 Dự thảo¹⁶ quy định: *chủ đầu tư bán, cho thuê mua nhà ở, công trình xây dựng hình thành trong tương lai và chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê lại quyền sử dụng đất đã có hạ tầng kỹ thuật trong dự án bất động sản phải thực hiện giao dịch thông qua sàn giao dịch bất động sản. Người đại diện pháp luật của Sàn giao dịch bất động sản xác nhận các giao dịch bất động sản thực hiện thông qua sàn theo quy định của Luật này. Xác nhận này 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 tài sản, quyền sử dụng đất theo quy định Luật*

¹⁴ Điều 62 Luật Công chứng 2014, sửa đổi bổ sung 2018.

¹⁵ Bộ Tư pháp, Thống kê kết quả thực hiện công chứng, chứng thực của tổ chức hành nghề công chứng, Từ ngày 01/01/2015 đến hết ngày 31/12/2019.

¹⁶ Dự thảo Luật Kinh doanh Bất động sản ngày 23.03.2023

này và các luật khác có liên quan. Việc dự thảo mở rộng phạm vi như trên là chưa phù hợp với thực tiễn hiện nay, bởi lẽ:

Thứ nhất, nếu vì nhà nước gặp nhiều khó khăn trong quản lý thị trường bất động sản, không nắm được giá trị giao dịch để thu thuế cũng như các giao dịch lớn - đáng nghi ngờ theo Luật Phòng, chống rửa tiền 2022, thì chỉ nên thí điểm ở một số địa phương có nhiều dự án bất động sản hình thành trong tương lai, đó là “bắt buộc các giao dịch nêu trên phải qua sàn giao dịch môi giới bất động sản do nhà nước thành lập”. Việc thí điểm thực hiện trong một thời gian, để tổng kết cũng là tiền đề trong tương lai. Tuy nhiên, đề xuất này có hạn chế là trong giai đoạn hiện nay, chủ trương giảm biên chế hành chính trong cả nước, thì khó thành lập thêm nhiều đơn vị sự nghiệp thực hiện chức năng là sàn giao dịch bất động sản để quản lý.

Còn nếu qua sàn giao dịch môi giới bất động sản với điều kiện thành lập dễ dãi như trong Điều 59,60 Dự thảo luật thì là một bước thụt lùi trong xây dựng chính sách, bởi quy định tương tự đã từng có trong Luật Kinh doanh bất động sản 2006 để rồi bị bãi bỏ trong Luật Kinh doanh bất động sản 2014, sửa đổi 2020. Quy định này đặt ra, tạo thêm về thủ tục cho các bên trong giao dịch, và chi phí cho doanh nghiệp.

Thứ hai, thực tế việc mua bán chuyển nhượng bất động sản từ các chủ đầu tư dự án thời gian qua có nhiều lỗ hổng, không kiểm soát và giám sát chặt chẽ nên người mua bị chủ đầu tư lừa đảo gây thiệt hại rất lớn. Vì vậy, nếu để ngăn chặn tình trạng này, cần một tổ chức có đủ khả năng về pháp lý để hỗ trợ, có hệ thống dữ liệu thông tin kết nối, có sẵn nhân lực thì không đơn vị nào làm tốt hơn các tổ chức hành nghề công chứng. Bởi với hơn 1000 tổ chức hành nghề công chứng trải dài cả nước đã và đang hoạt động tốt, các công chứng viên được bổ nhiệm với tiêu chuẩn rất chặt chẽ, cùng đội ngũ thư ký nghiệp vụ tốt nghiệp cử nhân luật sẽ góp phần tư vấn cho các bên về pháp lý.

Như vậy, nếu quy định “công ty có chức năng kinh doanh bất động sản (chủ đầu tư) khi ký hợp đồng với khách hàng tự mình ký mà không cần thông qua sàn giao dịch bất động sản hay công chứng” vẫn đang ổn định, ít rủi ro thì không cần phải quy định mới này. Còn nếu có nhiều rủi ro, cần thêm một “hàng rào kiểm soát”, thì nên chuyển cho các tổ chức hành nghề công chứng), không nên chuyển qua sàn giao dịch như trong dự thảo.

4. Hoàn thiện quy định pháp luật bảo đảm an toàn pháp lý trong giao dịch bất động sản

Thứ nhất, sửa đổi quy định pháp luật liên quan đến công chứng, chứng thực hợp đồng mua bán bất động sản theo hướng thống nhất về phạm vi trách nhiệm pháp lý. Theo đó, nhằm tạo tính nhất quán và tăng hiệu quả đảm bảo an toàn pháp lý cho các hợp đồng mua bán bất động sản, cần sửa lại quy định về công chứng, chứng thực theo hướng ngang bằng về giới hạn phạm vi trách nhiệm đối với hai thủ tục này. Đối với các tỉnh có nhiều khu vực là vùng núi, biên giới, hải đảo thì duy trì cùng lúc 2 hình thức là công chứng và chứng thực

giao dịch bất động sản. Còn các địa phương khác, thì nên áp dụng mô hình giống TPHCM, giao dịch bất động sản phải thông qua các tổ chức hành nghề công chứng, điều này sẽ dễ dàng quản lý dữ liệu tập trung, cũng như thủ tục công chứng thì phải chịu trách nhiệm cả về nội dung, do vậy tăng tính kiểm soát và an toàn pháp lý cao hơn.

Thứ hai, sau khi 15 tỉnh đã hoàn thiện hệ thống dữ liệu thông tin công chứng, thì bỏ quy định công chứng hợp đồng mua bán bất động sản theo nguyên tắc “địa hạt”. Loại bỏ cơ chế “địa hạt” là cách thức hữu hiệu vừa tạo thuận lợi cho người dân trong quá trình thực hiện giao dịch mua bán bất động sản, vừa tiết kiệm được thời gian, công sức đi lại. Thay vì phải tới tận văn phòng công chứng nơi địa phương có bất động sản, các chủ thể có thể lựa chọn văn phòng công chứng khác thuận tiện với nơi mình sinh sống và có chất lượng dịch vụ phù hợp với yêu cầu. Bên cạnh đó, việc loại bỏ cơ chế này cũng góp phần nâng cao chất lượng của các văn phòng công chứng thông qua việc kích thích yếu tố cạnh tranh để nâng cao chất lượng dịch vụ. Tuy nhiên, cần có cơ sở hạ tầng thông tin hoàn chỉnh với “kỹ thuật” cao để đảm bảo xác định nhanh chóng chủ thể nào truy cập hệ thống dữ liệu, đồng thời quy định chế tài nghiêm khắc xử lý hành vi tiết lộ thông tin về tài sản của cá nhân, tổ chức.

Thứ ba, cần ban hành văn bản hướng dẫn giải quyết các trường hợp mua bán, chuyển nhượng bất động sản bằng hình thức hợp đồng ủy quyền. Qua thực tiễn cho thấy các vụ án tranh chấp về hợp đồng ủy quyền chuyển nhượng quyền, mua bán bất động sản ngày càng gia tăng và phức tạp hơn. Nhiều trường hợp, Văn phòng công chứng không là đơn vị chứng Hợp đồng ủy quyền, nhưng đã ký hủy Hợp đồng ủy quyền khi một bên đơn phương chấm dứt hợp đồng ủy quyền, điều này làm phát sinh tranh chấp, và chính tổ chức hành nghề công chứng lại tiếp tay cho hành vi bội tín. Hiện nay, vẫn chưa có văn bản hướng dẫn chi tiết, cụ thể đối với việc ủy quyền chuyển nhượng, mua bán nếu có phát sinh tranh chấp thì sẽ được giải quyết như thế nào, chấp nhận giao dịch được ủy quyền, bảo vệ người thứ ba ngay tình hay tuyên hợp đồng ủy quyền vô hiệu do giả tạo và hủy giao dịch đối với người thứ ba. Dưới góc độ Luật công chứng, cần bổ sung quy định, Hợp đồng ủy quyền mua bán/ chuyển nhượng bất động sản được đơn phương chấm dứt tại tổ chức hành nghề công chứng đã chứng Hợp đồng ủy quyền. Đối với hợp đồng ủy quyền với mục đích là chuyển nhượng/mua bán bất động sản nếu nếu như đã được chuyển nhượng cho người thứ ba ngay tình và người thứ ba không biết được mục đích của việc ủy quyền là nhằm trốn thuế, phí thì cần chấp nhận giao dịch của người thứ ba là hợp pháp nhằm bảo vệ quyền và lợi ích chính đáng của công dân, phù hợp với quy định của pháp luật dân sự.

Thứ tư, cần xây dựng hệ thống cơ sở thông tin thống nhất và đồng bộ về bất động sản trong cả nước. Hệ thống này sẽ tạo tiện lợi cho việc giao dịch, đặc biệt là cho việc kiểm tra, đối chiếu việc chuyển giao quyền sở hữu bất động sản, lúc này người mua và những người nhận chuyển nhượng khác có thể xác lập quyền đối với bất động sản một cách nhanh chóng, chính xác.

Bộ Tư pháp cần chủ trì, phối hợp với các Bộ, ngành xây dựng cơ sở dữ liệu công chứng, chứng thực liên thông, tiến tới kết nối, chia sẻ dữ liệu công chứng, chứng thực với cơ sở dữ liệu về quản lý đất đai của Văn phòng Đăng ký đất đai (trong đó có dữ liệu đăng ký thế chấp quyền sử dụng đất, tài sản gắn liền với đất) và cơ sở dữ liệu về biện pháp bảo đảm của Trung tâm Đăng ký giao dịch, tài sản của Cục Đăng ký quốc gia giao dịch bảo đảm - Bộ Tư pháp. Hệ thống dữ liệu thông tin hoàn chỉnh cho phép công chứng viên, người chứng thực được tiếp cận với các hệ thống lưu trữ hồ sơ về bất động sản và công chứng, đây được coi là công cụ hữu hiệu, tạo cơ sở để công chứng viên có thể tra soát, đối chiếu khi thực hiện thủ tục công chứng có liên quan đến vấn đề này. Qua đó giúp giảm thiểu tình trạng có nhầm lẫn, phán đoán và thực hiện thẩm quyền sai sót, ảnh hưởng đến quyền và lợi ích./.

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

TS. Nguyễn Hải An

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

Tóm tắt:

Hướng đến đảm bảo an toàn pháp lý trong giao dịch bất động sản mà pháp luật buộc phải công chứng, chứng thực, chúng tôi xin nêu thực tiễn xét xử các vụ án dân sự liên quan đến giao dịch bất động sản mang tính phổ biến như: Giao dịch dân sự liên quan đến bất động sản vô hiệu do giả tạo hoặc giả mạo, giao dịch liên quan đến tài sản chung là bất động sản của vợ chồng do một bên vợ chồng thực hiện và trách nhiệm bồi thường thiệt hại của các đương sự chức khi văn bản công chứng bất động sản vô hiệu. Bài viết tập trung nghiên cứu quy định của pháp luật hiện hành về mỗi nội dung cần đề cập, minh họa vụ án cụ thể về quá trình giải quyết tranh chấp của các cấp Tòa án để từ đó nêu lên những vấn đề còn đang tồn tại, bất cập hoặc mối liên hệ giữa lý luận và thực tiễn còn nhiều vướng mắc với mong muốn hướng tới mọi giao dịch liên quan đến bất động sản tại Việt Nam minh bạch và an toàn.

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

Summary:

This article aims to ensure legal safety in real estate transactions and enhance the responsibility of notary public organizations by providing practical considerations for resolving common civil cases. These cases include transactions invalidated by forgery, notary public documents invalidated by falsification, transactions involving jointly-owned real estate by spouses, and the liability of notary public organizations for damages resulting from invalid notarizations. By researching current legal regulations, illustrating specific case studies of dispute resolution at various court levels, and highlighting existing issues and gaps between theory and practice, the article ultimately aims to promote transparency and safety in all real estate transactions in Vietnam.

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

Đặt vấn đề

Có thể nói, giải quyết tranh chấp các vụ án dân sự liên quan đến bất động sản tại Tòa án chiếm đa số giải quyết các vụ án dân sự nói chung. Trong số đó, các giao dịch về bất động sản

đã được công chứng tại các tổ chức hành nghề công chứng vẫn bị Tòa án xác định là giao dịch dân sự vô hiệu; từ đó, Tòa án tuyên xử các văn bản công chứng vô hiệu và nhiều vụ án Tòa án còn xử lý trách nhiệm bồi thường thiệt hại đối với các tổ chức hành nghề công chứng. Hướng đến đảm bảo an toàn pháp lý trong giao dịch bất động sản, chúng tôi xin nêu thực tiễn xét xử các vụ án dân sự liên quan đến giao dịch bất động sản mang tính phổ biến như: Giao dịch dân sự liên quan đến bất động sản vô hiệu do giả tạo, hoặc do giả mạo, giao dịch liên quan đến tài sản chung là bất động sản của vợ chồng do một bên vợ chồng thực hiện và trách nhiệm bồi thường thiệt hại của tổ chức hành nghề công chứng khi văn bản công chứng bất động sản vô hiệu. Vì dung lượng của bài viết có giới hạn, nên trong mỗi nội dung cần đề cập, chúng tôi xin lựa chọn một vụ án mang tính chất điển hình cho loại tranh chấp đó làm minh chứng. Bài viết tập trung nghiên cứu quy định của pháp luật hiện hành về mỗi nội dung cần đề cập, minh họa vụ án cụ thể về quá trình giải quyết tranh chấp của các cấp Tòa án để từ đó nêu lên những vấn đề còn đang tồn tại, bất cập hoặc mối liên hệ giữa lý luận và thực tiễn còn nhiều vướng mắc với mong muốn hướng tới mọi giao dịch liên quan đến bất động sản tại Việt Nam minh bạch và an toàn.

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

Giao dịch dân sự giả tạo là giao dịch được xác lập nhằm che giấu giao dịch có thật khác. Trong giao dịch giả tạo các chủ thể không có ý định xác lập quyền và nghĩa vụ với nhau. Quy định của Bộ luật dân sự năm 2005 và Bộ luật dân sự năm 2015 về giao dịch dân sự vô hiệu do giả tạo không có sự khác biệt đáng kể về việc nhận diện và hướng giải quyết¹. Thực chất, khi tham gia giao dịch dân sự bình thường các bên cùng thể hiện ý chí thật sự, còn giao dịch dân sự giả tạo chỉ nhằm che đậy ý chí không thật của các chủ thể. Hay nói cách khác, giao dịch dân sự giả tạo là giao dịch được xác lập không thật, nhằm che giấu ý chí thật của các chủ thể. Do đó, giao dịch dân sự giả tạo các chủ thể không có ý định thiết lập quyền và nghĩa vụ với nhau, nội dung của giao dịch giả tạo cũng không thể hiện ý chí đích thực của các bên, mà các bên tạo ra giao dịch giả tạo chỉ nhằm che đậy một giao dịch khác. Có thể nói: “*Giao dịch giả tạo là giao dịch mà ý chí được biểu đạt ra ngoài khác với ý chí đích thực và có tồn tại sự khác biệt giữa kết quả thực tế đã thực hiện giao dịch so với mục đích của giao dịch dân sự được xác lập*”².

Theo quy định của Bộ luật dân sự giao dịch dân sự vô hiệu do giả tạo có hai loại: “*Giao dịch được xác lập nhằm che giấu một giao dịch dân sự khác. Các bên thỏa thuận ký hai hợp đồng về một đối tượng; tuy nhiên, một hợp đồng có giá trị pháp lý, còn hợp đồng thứ hai*

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

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

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

“Hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất” ngày 16/12/2014 có nội dung: Ông Hồ Văn H chuyển nhượng cho ông Nguyễn Thành N, bà Lê Thị Kim L diện tích 1.207,6m² đất thuộc thửa 96, tờ bản đồ số 12, xã Long Thới, huyện Nhà Bè, Thành phố Hồ Chí Minh với giá 200.000.000 đồng có công chứng của Văn phòng Công chứng Q, Thành phố Hồ Chí Minh; việc giao và nhận số tiền nêu trên do hai bên tự thực hiện, không có sự chứng kiến của Công chứng viên. Ông H xác định thật sự giá chuyển nhượng hai bên thỏa thuận là 3.200.000.000 đồng, nhưng ghi trong Hợp đồng là 200.000.000 đồng để được chịu thuế thấp. Ông N, bà L cho rằng giá chuyển nhượng thửa đất nêu trên là 200.000.000 đồng đúng như Hợp đồng đã ký kết; tại Đơn đề nghị xem xét bản án của Tòa án theo thủ tục giám đốc thẩm ngày 03 tháng 5 năm 2017, của ông N, bà L tuy không nói rõ giá tiền chuyển nhượng đất là bao nhiêu, nhưng lại cho rằng: “*đã giao đầy đủ số tiền chuyển nhượng cho nguyên đơn*”; phương thức giao 03 lần, với tổng số tiền là 2.200.000.000 đồng. Như vậy, tại Đơn đề nghị xem xét theo thủ tục giám đốc thẩm, ông N đã thừa nhận giá chuyển nhượng thửa đất nói trên ghi trong Hợp đồng 200.000.000 đồng là giả tạo; giữa ông H với ông Nn và bà L khai không thống nhất về giá chuyển nhượng. Tại Biên bản định giá của Hội đồng định giá ngày 19/8/2015 xác định giá thị trường của phần đất tranh chấp là 2.500.000 đồng/m², tổng giá trị khu đất là 1.207,6m² x 2.500.000 đồng = 3.019.000.000 đồng. Như vậy, giá chuyển nhượng ghi trong Hợp đồng là 200.000.000 đồng cũng không phù hợp với giá thực tế trên thị trường⁵. Từ những tình tiết nói trên, có cơ sở xác định giá ghi trong Hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất được công chứng ngày 16/12/2014 là giả tạo nhằm che giấu Hợp đồng giá cao hơn (để “*chịu thuế thấp*”).

³ Nguyễn Minh Tuấn (2016, Chủ biên), Bình luận khoa học Bộ luật dân sự năm 2015, Nxb. Tư pháp, trang 194.

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

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

Trong vụ án nêu trên việc giả tạo chỉ một phần của hợp đồng, chỉ điều khoản về giá. Rất có khả năng hai bên tranh chấp về vấn đề khác, ví dụ như số tiền thanh toán và thời hạn thanh toán, chất lượng nhà, giá bất động sản tăng vào thời điểm thanh toán... nên việc một bên khai ra giá thực tế chuyển nhượng nhằm đạt mục đích tuyên bố văn bản công chứng vô hiệu để đạt được những mục đích khác. Rõ ràng hai bên biết việc của mình làm là vi phạm vào thời điểm xác lập hợp đồng, nên khi có tranh chấp thì đây cũng là một căn cứ mà hai bên đều nhắm đến để đạt mục đích.

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

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

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

Điều 155 dự thảo Luật Đất đai (phiên bản tháng 4/2023) quy định về Bảng giá đất “Ủy ban nhân dân cấp tỉnh quyết định ban hành bảng giá đất định kỳ hàng năm sau khi được Hội đồng nhân dân cùng cấp thông qua. Bảng giá đất được công bố công khai và áp dụng từ ngày 01 tháng 01 hàng năm. Bảng giá đất được áp dụng cho các trường hợp Tính thuế thu nhập từ chuyển quyền sử dụng đất đối với hộ gia đình, cá nhân”. Quy định của dự thảo như trên có khả

⁶ https://mof.gov.vn/webcenter/portal/btcvn/pages_r/1/tin-bo-tai-chinh?dDocName=MOFUCM093146, truy cập ngày 29/4/2023.

năng giúp Nhà nước tránh thất thu thuế, nhưng trong trường hợp có tranh chấp liên quan đến tuyên bố văn bản công chứng vô hiệu do giả mạo nhằm mục đích trốn thuế thì vẫn phải do các bên tham gia giao dịch chịu trách nhiệm.

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

Thủ tục công chứng trong giao dịch dân sự là quy định nhằm bảo vệ quyền lợi của các bên tham gia giao dịch và tạo ra một môi trường pháp lý an toàn đối với các bên. Tuy nhiên, thực tiễn cho thấy nhiều hợp đồng được công chứng bị Tòa án tuyên vô hiệu do có sự giả mạo chủ sở hữu hay sử dụng văn bản, giấy tờ giả mạo... Các hành vi bị nghiêm cấm trong hoạt động công chứng đối với cá nhân, tổ chức được Luật Công chứng năm 2014 ghi nhận như nghiêm cấm các hành vi giả mạo người yêu cầu công chứng; người yêu cầu công chứng sử dụng văn bản, giấy tờ giả mạo để yêu cầu công chứng. Có những trường hợp công chứng viên đã thực hiện đúng thủ tục công chứng theo quy định của pháp luật nhưng vẫn còn tồn tại văn bản công chứng do người giả mạo ký. Như vậy, hợp đồng hoặc giao dịch dân sự do người giả mạo ký sẽ không có giá trị pháp lý và vô hiệu do vi phạm điều cấm của Luật Công chứng. Đồng thời, khi phát hiện văn bản công chứng do người giả mạo ký và có căn cứ để xác minh việc giả mạo đó, công chứng viên, người yêu cầu công chứng, người làm chứng, người phiên dịch, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan, cơ quan nhà nước có thẩm quyền có quyền đề nghị Tòa án tuyên bố văn bản công chứng vô hiệu và khi hợp đồng vô hiệu thì bên có lỗi gây thiệt hại phải bồi thường thiệt hại⁷. Vấn đề đặt ra xác định trách nhiệm bồi thường như thế nào? Chúng tôi xin nêu ví dụ như sau:

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

⁷ Xem khoản 4 Điều 131 Bộ luật dân sự năm 2015.

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

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

Tòa cấp giám đốc thẩm nhận định: *Các hành vi dẫn đến thiệt hại của ông T có dấu hiệu của tội phạm hình sự. Trong trường hợp này, những người có trách nhiệm bồi thường thiệt hại (không chỉ riêng Phòng Công chứng Hoàng Mai) phải liên đới bồi thường cho ông T⁸.*

Thông qua thực tiễn xét xử cho thấy Toà án đã buộc tổ chức hành nghề công chứng và người yêu cầu công chứng cùng chịu trách nhiệm liên đới bồi thường thiệt hại, vì “*tổ chức công chứng mà cụ thể là công chứng viên chưa làm hết trách nhiệm của mình, đã dẫn đến việc không phát hiện được yếu tố giả mạo. Theo quy định của pháp luật, công chứng là việc công chứng viên của một tổ chức hành nghề công chứng chứng nhận tình xác thực, hợp pháp của hợp đồng, giao dịch dân sự khác bằng văn bản. Việc công chứng viên không phát hiện được giấy tờ giả mạo là chưa làm hết trách nhiệm của mình dẫn đến hợp đồng bị tuyên vô hiệu, do đó, công chứng viên có lỗi*”⁹.

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

⁸ Bản án dân sự phúc thẩm số 132/2019/DS-PT ngày 03/6/2019 của Tòa án nhân dân thành phố Hà Nội.

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

mua, nhận chuyển nhượng đã bỏ trốn.

Về nội dung trên, đại diện Tòa án nhân dân tối cao có ý kiến: Bị cáo thực hiện hành vi gian dối để chiếm đoạt tiền của bị hại. Về nguyên tắc thì ai chiếm đoạt thì người đó phải bồi thường. Quá trình điều tra, truy tố, xét xử không xem xét, xử lý hành vi vi phạm của công chứng viên, không chứng minh công chứng viên đồng phạm với bị cáo cũng như sử dụng số tiền bị cáo chiếm đoạt. Văn phòng công chứng thực hiện công chứng theo quy định pháp luật, không thể biết được thủ đoạn gian dối của bị cáo để chiếm đoạt tiền của bị hại. Do đó, không thể buộc trách nhiệm liên đới của văn phòng công chứng bồi thường cho bị hại mà chỉ buộc bị cáo phải có trách nhiệm bồi thường (hoàn trả) số tiền đã chiếm đoạt của bị hại¹⁰.

Hiện nay, Công chứng viên khi thực hiện thủ tục công chứng chỉ căn cứ vào giấy tờ tùy thân và Giấy chứng nhận do người yêu cầu công chứng cung cấp mà không có nguồn nào từ Nhà nước để đối sánh, nhằm phát hiện, giảm thiểu tình trạng giả mạo. Để hạn chế tình trạng giả mạo nêu trên nhằm đảm bảo an toàn pháp lý cho các bên tham gia giao dịch về bất động sản, một số quốc gia xem thủ tục xác minh nhân thân và tài sản là một thủ tục bắt buộc trong thủ tục công chứng bằng cách các cơ quan quản lý Nhà nước có thẩm quyền chia sẻ, kết nối các cơ sở dữ liệu về dân cư, cơ sở dữ liệu hệ thống thông tin về đất đai, bất động sản, cơ sở về tranh chấp hay tài sản bị hạn chế hoặc đủ điều kiện chuyển quyền¹¹... nhằm ngăn chặn tình trạng giả mạo ngay từ ban đầu.

Hiện nay, Sở Tư pháp Thành phố Hồ Chí Minh đã phối hợp với Sở Thông tin và Truyền thông, Sở Tài nguyên và Môi trường ban hành Kế hoạch liên tịch 5104/KHLT-STP-STTTT-STNMT ngày 29/10/2020 về kết nối, chia sẻ cơ sở dữ liệu công chứng và cơ sở dữ liệu địa chính tại Thành phố Hồ Chí Minh góp phần nâng cao hiệu lực, hiệu quả quản lý nhà nước về công chứng và đất đai, cũng như chất lượng hoạt động công chứng và đăng ký nhà, đất tại Thành phố. Đồng thời, kế hoạch liên tịch này còn góp phần phòng, chống tội phạm và vi phạm pháp luật về đất đai, kinh doanh bất động sản¹².

Thứ hai: trong trường hợp công chứng viên thực hiện thủ tục công chứng chưa đúng theo quy định của pháp luật thì tùy theo tính chất, công chứng viên sẽ chịu trách nhiệm theo quy định của Luật Công chứng trách nhiệm hành chính, dân sự, hình sự, trách nhiệm nghề

¹⁰ <https://plo.vn/trong-vu-an-lua-dao-van-phong-cong-chung-co-lien-doi-boi-thuong-post730221.html>, truy cập ngày 1/5/2023

¹¹ Ninh Thị Hiền (2022), “Thủ tục công chứng, chứng thực giao dịch về bất động sản”, *Giao dịch dân sự về bất động sản*, Tập 1, Nxb, Hồng Đức, trang 195, (Đỗ Văn Đại - Chủ biên).

¹² Báo cáo chuyên đề: Phát huy vai trò của cơ quan tư pháp địa phương trong việc tham mưu cho cấp ủy, chính quyền thực hiện các nhiệm vụ phát triển kinh tế - xã hội trên địa bàn Thành phố Hồ Chí Minh (Tài liệu phục vụ Hội nghị toàn quốc triển khai công tác tư pháp năm 2021, định hướng nhiệm kỳ 2021-2025).

nghiệp được quy định tại Quy tắc đạo đức hành nghề công chứng¹³. Cần nâng cao vai trò quản lý nhà nước về hoạt động công chứng và tổ chức nghề nghiệp của công chứng viên trong quá trình hành nghề của Công chứng viên nhằm nâng cao chất lượng dịch vụ công về công chứng.

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

Theo quy định của pháp luật hiện hành, về nguyên tắc các giao dịch về tài sản chung của vợ chồng đều phải do vợ chồng xác lập, thực hiện. Tuy nhiên trên thực tế, tình trạng giao dịch liên quan đến tài sản chung của vợ chồng mà đặc biệt là bất động sản do một bên vợ, chồng tự mình xác lập, thực hiện xảy ra vô cùng phổ biến và thường xuyên phát sinh tranh chấp gây ảnh hưởng đến quyền và lợi ích hợp pháp của bên vợ hoặc chồng còn lại. Theo Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014 quy định những tài sản chung là tài sản mà pháp luật quy định việc định đoạt phải có sự thỏa thuận bằng văn bản của vợ chồng là: (i) Bất động sản như nhà và đất; (ii) Động sản mà theo quy định của pháp luật phải đăng ký quyền sở hữu như ô tô, mô tô; Tài sản đang là nguồn tạo ra thu nhập chủ yếu của gia đình như tài sản đang đầu tư kinh doanh đáp ứng nhu cầu sinh hoạt của gia đình¹⁴. Tuy nhiên, *“Trong một số trường hợp thực tế, tuy một bên vợ hoặc chồng không tham gia hợp đồng dân sự, làm cho hợp đồng dân sự đó vô hiệu, song thông qua các hợp đồng đó vẫn nhằm đáp ứng nhu cầu thiết yếu của gia đình thì bên vợ hoặc chồng không tham gia hợp đồng vẫn phải chịu trách nhiệm liên đới đối với nghĩa vụ đó”*¹⁵. Theo quy định việc đăng ký quyền sở hữu, quyền sử dụng đứng tên một bên vợ hoặc chồng không đủ là chứng cứ chứng minh đó là tài sản riêng của một bên vợ hoặc chồng¹⁶. Thực tế xét xử cho thấy, *“trong thời kỳ hôn nhân, tài sản do vợ hoặc chồng tạo ra là tài sản chung và nếu có tranh chấp về tài sản chung và tài sản riêng, nhưng không có chứng cứ để chứng minh đó là tài sản riêng được suy đoán là tài sản chung để giải quyết”*¹⁷. Vấn đề đặt ra là tài sản là bất động sản do vợ chồng tạo lập trong thời kỳ hôn nhân, nhưng giấy tờ sở hữu, sử dụng lại chỉ đứng tên một người, khi một bên vợ hoặc chồng xác lập giao dịch không được sự đồng ý của bên kia, Thì được giải quyết như thế nào? Chúng tôi xin nêu ví dụ như sau:

Năm 2007, vợ chồng ông Lương H, bà Nguyễn Kim T mua đấu giá 05 lô đất (bao gồm các lô đất số 2, 3, 4, 5, 6) tại thị trấn Ái Nghĩa, huyện Đại Lộc, tỉnh Quảng Nam và đã được Ủy ban nhân dân huyện Đại Lộc cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất đứng tên ông Lương

¹³ Quy tắc đạo đức hành nghề công chứng (Ban hành kèm theo Thông tư số 11/2012/TT-BTP ngày 30/10/2012 của Bộ trưởng Bộ Tư pháp).

¹⁴ Xem Điều 35 Luật HN&GD năm 2014.

¹⁵ Nguyễn Hải An, “Trách nhiệm dân sự liên đới của vợ chồng đối với hợp đồng dân sự do một bên thực hiện”, *Tạp chí Tòa án nhân dân tháng 6/2014 (số 12)*, trang 27.

¹⁶ Xem Điều 33 Luật HN&GD năm 2014.

¹⁷ Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh (2018), *Sách tình huống (Bình luận bản án), Luật Hôn nhân và gia đình*, Nhà xuất bản Hồng Đức - Hội Luật gia Việt Nam, trang 95.

H. Thực tế, bà T không có văn bản thỏa thuận về việc để ông Hạnh đứng tên hoặc ông H được ủy quyền định đoạt hoặc xác định tài sản riêng của ông Hạnh đối với 05 lô đất này. Tuy nhiên, Văn phòng công chứng lại công chứng Hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất giữa ông Lương H (bên thế chấp) với Ngân hàng (bên nhận thế chấp) về việc thế chấp quyền sử dụng 05 lô đất nêu trên để đảm bảo cho các khoản vay của Công ty TNHH một thành viên Nguyễn Thành Tr, mà không có sự đồng ý của bà T là trái pháp luật. Do Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất của Ủy ban nhân dân huyện Đại Lộc ghi cấp cho ông Lương H, nên Văn phòng công chứng n đã công chứng Hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất ngày 21/01/2011.

Tòa án cấp giám đốc thẩm nhận định: *Theo quy định tại khoản 1 Điều 28 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000, khoản 2 Điều 219 Bộ luật Dân sự năm 2005, vợ, chồng có quyền và nghĩa vụ ngang nhau trong việc chiếm hữu, sử dụng, định đoạt tài sản chung. Do đó, việc ông Lương H dùng tài sản chung của vợ chồng để thế chấp, bảo đảm cho các khoản vay của Công ty TNHH một thành viên Nguyễn Thành Tr mà không có sự đồng ý của bà Nguyễn Kim Tr là vi phạm các quy định nêu trên. Tại phần “Lời chứng của Công chứng viên” của Hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất ngày 21/01/2011, Công chứng viên chứng nhận “... Mục đích, nội dung thỏa thuận của các bên trong hợp đồng không vi phạm pháp luật, không trái với đạo đức xã hội...” là vi phạm Điều 5 (về lời chứng của Công chứng viên) và điểm d khoản 1 Điều 12 (về các hành vi bị nghiêm cấm) Luật Công chứng năm 2006¹⁸.*

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

Với quy định nêu trên của Luật Đất đai năm 2003 và Khoản 4 Điều 98 Luật Đất đai năm

¹⁸ Quyết định giám đốc thẩm số 25/2019/DS-GĐT ngày 9/10/2019 của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao.

2013 việc phải ghi cả họ, tên vợ và họ, tên chồng vào giấy chứng nhận hay chỉ ghi họ, tên vợ hoặc chỉ ghi họ, tên chồng là chưa thống nhất trong cả nước. Có những địa phương thống nhất lấy Luật Đất đai làm chuẩn để cấp giấy chứng nhận, Công chứng viên khi chứng nhận hợp đồng giao dịch chỉ căn cứ vào họ tên trên giấy chứng nhận¹⁹, hoặc có những địa phương chưa thống nhất nhưng khi cấp giấy chứng nhận hoặc đăng ký biến động buộc người sử dụng đất phải tự chứng minh tài sản chung riêng vợ chồng. Có những địa phương buộc người yêu cầu công chứng phải tự chứng minh khi tham gia giao dịch.

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

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

Tài liệu tham khảo

1. <http://tapchitoaan.vn/bai-viet/ngghien-cuu/giao-dich-mua-ban-tai-san-nham-che-giau-giao-dich-vay-tai-san>, truy cập ngày 24/4/2023.
2. https://mof.gov.vn/webcenter/portal/btcvn/pages_r/1/tin-bo-tai-chinh?dDocName=MOFUCM093146, truy cập ngày 29/4/2023.
3. <https://luatminhkhue.vn/giao-dich-dan-su-vo-hieu-do-gia-tao-la-gi-y-nghia-ghi-nhan-giao-dich-dan-su-vo-hieu-do-gia-tao.aspx>, truy cập ngày 24/4/2023.
4. <http://toaandaklak.gov.vn/trao-doi-nghiep-vu/ban-ve-viec-giai-quyet-trach-nhiem-boi-thuong-thiet-hai-cua-to-chuc-hanh-nghe-cong-chung-trong-vu-viec-lien-quan-den-tuyen-bo-van-ban-cong-chung-vo-hieu-338.html>, truy cập ngày 26/4/2023.

¹⁹ Công văn số 197/VPĐKKĐĐ-ĐK&CGCN của Văn phòng đăng ký đất đai sở Tài Nguyên và Môi trường tỉnh Bình Phước về việc đăng ký tài sản chung vợ chồng.

5. <http://toaandaklak.gov.vn/trao-doi-nghiep-vu/ban-ve-viec-giai-quyet-trach-nhiem-boi-thuong-thiet-hai-cua-to-chuc-hanh-nghe-cong-chung-trong-vu-viec-lien-quan-den-tuyen-bo-van-ban-cong-chung-vo-hieu-338.html>, truy cập ngày 26/4/2023.
6. <https://plo.vn/trong-vu-an-lua-dao-van-phong-cong-chung-co-lien-doi-boi-thuong-post730221.html>, truy cập ngày 1/5/2023
7. Nguyễn Hải An, “Trách nhiệm dân sự liên đới của vợ chồng đối với hợp đồng dân sự do một bên thực hiện”, Tạp chí Tòa án nhân dân tháng 6/2014 (số 12), trang 27.
8. Ninh Thị Hiền (2022), “Thủ tục công chứng, chứng thực giao dịch về bất động sản”, *Giao dịch dân sự về bất động sản*, Tập 1, Nxb, Hồng Đức, trang 195, (Đỗ Văn Đại - Chủ biên).
9. Nguyễn Minh Tuấn (2016, Chủ biên), Bình luận khoa học Bộ luật dân sự năm 2015, Nxb. Tư pháp, trang 194.
10. Nguyễn Xuân Quang & Trần Ngọc Tuấn (2020), “Trách nhiệm bồi thường thiệt hại của tổ chức công chứng khi chứng nhận hợp đồng có yếu tố giả mạo bị Tòa án tuyên vô hiệu”, Tạp chí Dân chủ và pháp luật, số 9, trang 34.
11. Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh (2018), Sách tình huống (Bình luận bản án), Luật Hôn nhân và gia đình, Nhà xuất bản Hồng Đức - Hội Luật gia Việt Nam, trang 95.
12. Công văn số 197/VPĐKĐĐ-ĐK&CGCN của Văn phòng đăng ký đất đai sở Tài Nguyên và Môi trường tỉnh Bình Phước về việc đăng ký tài sản chung vợ chồng.
13. Bản án dân sự phúc thẩm số 132/2019/DS-PT ngày 03/6/2019 của Tòa án nhân dân thành phố Hà Nội.
14. Quyết định giám đốc thẩm số 03/2020/DS-GĐT ngày 16/01/2020, Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao.
15. Quyết định giám đốc thẩm số 25/2019/DS-GĐT ngày 9/10/2019 của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao.

HÌNH THỨC CỦA HỢP ĐỒNG LIÊN QUAN ĐẾN BẤT ĐỘNG SẢN: TRIẾT LÝ, KINH NGHIỆM LẬP PHÁP TẠI 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 – ĐHQGHN

Tóm tắt:

Bài viết nghiên cứu 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 vấn đề hiệu lực hợp đồng để bảo vệ bên ngay tình. Trên cơ sở đó, bài viết 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 ở Việt Nam.

Từ khoá: Hình thức hợp đồng, Văn bản công chứng, Chức năng chứng cứ, Chức năng cảnh báo, Chức năng định hướng.

1. Dẫn nhập

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 chí.¹ 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 thực.² 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 phải đáp ứng yêu cầu chặt chẽ về hình thức chứng thư văn bản. Tương tự như vậy, ở nhiều quốc gia theo truyền thống Dân Luật như Đức, Hà Lan... việc chuyển nhượng bất động sản đều phải lập thành văn bản công chứng. Hiển nhiên, 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 trên thực tế việc đặt nặng chủ nghĩa hình thức hợp đồng có thể dẫn đến hậu quả

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.

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 tình.³ 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 gia.⁴

Trong bối cảnh đó, bài viết này đặt mục tiêu nghiên cứu khái quát về hình thức hợp đồng liên quan đến bất động sản (đặc biệt là hợp đồng chuyển nhượng quyền lợi trên bất động sản) tại một số quốc gia tiêu biểu trên thế giới, trong đó tập trung vào các cuộc thảo luận về triết lý lập pháp. Việc khảo cứu một cách hệ thống các cuộc tranh luận này là rất cần thiết để làm toát lên được cơ sở lý luận về hình thức của các hợp đồng liên quan bất động sản, cũng như bước đầu nhận diện những mô hình, giải pháp pháp lý hiệu quả để cải cách pháp luật Việt Nam trong tương lai.

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 tất nhiên đã 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, không phải ngẫu nhiên, mà sau rất nhiều cuộc tranh luận, 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

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.

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

Trong công trình kinh điển 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 (Evidentiary 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 (Evidentiary 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 thoả thuận cũng như nội dung của sự thoả 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 đảm bảo 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 nữa, 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

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

⁸ Ibid.

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.

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 ở khía cạnh khác 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 sản.¹⁴ 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 thoả thuận hợp đồng giữa các bên và nội dung quyền và nghĩa vụ của các bên phát sinh từ sự thoả 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 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, nó luôn đòi hỏi 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 thể.¹⁶ Chức năng cảnh báo này ở khía cạnh khác có thể ngăn ngừa rủi ro của thoả 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

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, tr.75

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

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

đến bất động sản.¹⁷ 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 đai.¹⁸

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)

Một chức năng gắn liền với hai chức năng trên, nhưng đặt yêu cầu cụ thể hơn đối với hệ thống pháp luật về hình thức của hợp đồng là chức năng định hướng cho các bên. 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 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

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, tr.75

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

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

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 đồng.²³ 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 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

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

bản nhằm tạo cơ sở cho tòa án có bằng chứng xác đáng bằng văn bản để bảo đảm thực thi hợp đồng.²⁶ Quy định nổi tiếng nhất - 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 1980s, 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 sản.²⁷ 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 đây.²⁸ Bên cạnh đó, về mặt hậu quả pháp lý, việc thoả 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 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

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 25.4.2023

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

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 nghiêm trọng của tuyên bố ý chí của họ.³¹ 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 đảm bảo 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 mình.³²

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 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 nhưng điều quan trọng không kém là hệ

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.

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.

thông 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 đảm bảo 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), Toà 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 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 dẫn 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 nhân.³⁵ 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, Toà 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

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.

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.

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 lực.³⁶

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 đó.³⁷ 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 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 đảm bảo 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 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

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.

bất động sản với sự đồng ý của bên bán, về nguyên tắc, không đủ để vấn hồi hiệu lực hợp đồng.³⁹

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 chuyên 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 nhà ở thương mại, hay quyền sử dụng đất⁴⁰ ...cũng đều phải được lập thành văn bản có công chứng, chứng thực.⁴¹ Về nguyên tắc, việc vi phạm điều kiện về hình thức luật định nói 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 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 dịch.⁴² 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 2015 về những trường hợp có thể vấn hồi hiệu lực hợp đồng. Trên cơ sở tham chiếu triết lý về hệ thống chức năng của hình thức hợp đồng liên quan đến bất động sản mà trước hết là hợp đồng chuyên nhượng quyền lợi trên bất động sản ở một số quốc gia trên thế giới, chúng tôi (i) phác hoạ cách tiếp cận hệ thống chức năng của hình thức hợp đồng như là khung lý thuyết để (ii) đánh giá quy định hiện hành và đề xuất một số hàm ý cho Việt Nam.

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 tổng quan 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 ĐHQG TPHCM, 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” giữa các chúng 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 vấn đề 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 Điều 188.3 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 cốt lõi hiện nay đã được chỉ ra một cách thuyết phục 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 ba.⁴³ Sự phức tạp hiện nay có lẽ một phần bắt nguồn từ quy định chung của Điều 119 BLDS 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 nói trên về nguyên tắc sẽ chỉ được tiến hành nếu hợp đồng đã được công chứng, chứng thực. Xét từ góc độ hệ 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, chúng tôi đồng ý với đề xuất của nhiều học giả rằng cần diễn giải Điều 188.3 theo hướng nhìn nhận “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 ba.⁴⁴ 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,

⁴³ Đỗ Văn Đại, Luật hợp đồng Việt Nam: Bản án và Bình luận bản án, Tập 1, Nxb ĐHQG TPHCM, 2020, tr.899.

⁴⁴ Đỗ Văn Đại, Luật hợp đồng Việt Nam: Bản án và Bình luận bản án, Tập 1, Nxb ĐHQG TPHCM, 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.

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, chúng tôi cho rằng trong bối cảnh hiện tại ở Việt Nam hợp đồng trọng thức được thể hiện dưới hình thức văn bản 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 đất.⁴⁵

Thứ ba về vấn đề văn hỏi 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 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 sản.⁴⁶ 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 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

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.

nguyên tắc trọng thức của hợp đồng chuyển nhượng quyền lợi trên bất động sản.⁴⁸ Về nguyên lý, quy định của Điều 129 về vấn đề 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 vô hiệu hiệu lực khi chỉ 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./.

Tài liệu tham khảo

1. American Law Institute, Restatement (Second) of Contract (1981).
2. Bộ Tư pháp, Những điểm mới cơ bản của Bộ luật Dân sự năm 2015, Nxb Lao Động, 2017.
3. Đỗ Văn Đại, Luật hợp đồng Việt Nam: Bản án và Bình luận bản án, Tập 1, Nxb ĐHQG TP HCM, 2020.
4. 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.
5. Eric Posner “Norms, Formalities, and the Statute of Frauds: A Comment” 144 U. PA. L. Rev. 1971 (1996) 1984.
6. Fuller Lon L, “Consideration and form”, *Columbia Law Review* 41.5 (1941).
7. GH Treitel, The Law of Contract (13th edn, by E Peel, 2011), no 3-119.
8. Hein Kötz, *European contract law*, Oxford University Press, 2017.
9. Hogg, Martin, *Promises and contract law: comparative perspectives*. Cambridge University Press, 2011.
10. 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.

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.

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).
12. Konrad Zweigert, Hein Kötz, *Introduction To Comparative Law*, T. Weir trans. 2ed (1998).
13. Law Commission, *Transfer of Land: Formalities for Contracts for Sale Etc. of Land (Law Commission No.164, 1987)*
14. Markesinis, Basil S., Hannes Unberath, and Angus C. Johnston, *The German law of contract: A comparative treatise*. Bloomsbury Publishing, 2006.
15. Michael Braunstein, “Remedy, Reason, and the Statute of Frauds: A Critical Economic Analysis”, 1989 *Utah L. Rev.* 383, 425 (1989).
16. Mindy Chen Wishart, *Contract law (5th ed.)*, Oxford University Press, 2015.
17. Moore, Imogen, Proprietary Estoppel, Constructive Trusts and Section 2 of the Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act 1989. *Mod. L. Rev.* 63 (2000).
18. 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.
19. 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.
20. Sjef 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
21. Smits Jan M, *Contract Law: A Comparative Introduction*, Edward Elgar Publishing, 2021.
22. Zimmermann, R., *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, 1996

PHÁP LUẬT VỀ HỢP ĐỒNG KINH DOANH BẤT ĐỘNG SẢN – THỰC TRẠNG VÀ MỘT SỐ KIẾN NGHỊ HOÀN THIỆN

Ths. Trần Linh Huân

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

Lê Thị Châu Giang

Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh

Tóm tắt: Từ sau khi Luật Kinh doanh Bất động sản năm 2014 có hiệu lực thi hành, thị trường bất động sản đã có những khởi sắc và chuyển biến đáng kể, hoạt động kinh doanh bất động sản diễn ra mạnh mẽ. Thị trường kinh doanh bất động sản càng phát triển, chúng ta càng cần phải kiểm soát chặt chẽ các giao dịch này, đồng thời rà soát, tìm ra những bất cập, khó khăn còn tồn tại, những quy định không còn phù hợp với thực tiễn, nhất là các quy định về hợp đồng kinh doanh bất động sản để đảm bảo quyền lợi cho người dân. Xuất phát từ đó, bài viết tập trung khái quát về hợp đồng kinh doanh bất động sản, chỉ ra những bất cập còn tồn tại trong chế định hợp đồng này và từ đó đưa ra một số kiến nghị hoàn thiện.

Từ khóa: Hợp đồng kinh doanh bất động sản, bất cập, giải pháp.

Abstract: *Since the Law on Real Estate Business in 2014 came into effect, the real estate market has prospered and changed significantly, real estate business activities have taken place strongly. The more the real estate business market develops, the more we need to strictly control these transactions, and at the same time review and find out the remaining shortcomings, difficulties, regulations that are no longer in line with reality, especially regulations on real estate business contracts to ensure the interests of people. Starting from there, the article focuses on an overview of real estate business contracts, pointing out the shortcomings in this contract regulation and from there making some recommendations for completion.*

Keywords: *Real estate business contracts, inadequacies, solutions.*

Đặt vấn đề

Hiện nay, thị trường bất động sản đã có những chuyển biến mạnh mẽ, diễn ra thường xuyên, liên tục, các hoạt động mua bán, chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê lại, thuê mua, tặng cho, ... bất động sản diễn ra vô cùng sôi nổi. Giao dịch bất động sản tăng vọt cả về số lượng, quy mô và giá trị. Chính vì vậy, các hoạt động kinh doanh bất động sản được nhà nước quản lý rất nghiêm ngặt nhằm công khai, minh bạch các giao dịch bất động sản và đảm bảo an toàn

pháp lý cho người dân khi tham gia vào các giao dịch này. Hiện nay, hoạt động kinh doanh bất động sản được điều chỉnh trong Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014, Bộ luật Dân sự năm 2015, Luật Đầu tư năm 2020, Luật Đất đai năm 2013, Luật Nhà ở năm 2014... cùng một số văn bản hướng dẫn thi hành đã góp phần hoàn thiện hơn về cơ sở pháp lý cho các chủ thể tham gia thị trường bất động sản, tạo môi trường lành mạnh cho thị trường bất động sản vận hành hiệu quả dưới sự quản lý của Nhà nước. Hợp đồng kinh doanh bất động sản chính là hình thức pháp lý để thực hiện các giao dịch về kinh doanh bất động sản. Trên thực tế, thị trường bất động sản phát triển quá nhanh khiến cho các quy định về hợp đồng kinh doanh bất động sản được quy định trong Luật kinh doanh bất động sản năm 2014 không còn đáp ứng được với điều kiện thực tế và không đồng bộ, thống nhất với các Luật khác. Điều này đã tạo điều kiện cho các đối tượng lợi dụng kẽ hở của pháp luật để thực hiện hành vi vi phạm pháp luật, gây nguy hiểm cho người dân và ảnh hưởng đến sự an toàn của thị trường bất động sản. Do đó, yêu cầu đặt ra là cần phải sửa đổi, bổ sung, hoàn thiện các quy định pháp luật hiện hành về hợp đồng kinh doanh bất động sản để phù hợp với điều kiện thực tiễn, đặc biệt là trong bối cảnh Dự thảo Luật Kinh doanh bất động sản đang được Bộ Xây dựng triển khai lấy ý kiến góp ý hiện nay.

1. Khái quát chung về hợp đồng kinh doanh bất động sản tại Việt Nam

Trong hoạt động kinh doanh bất động sản, hợp đồng là hình thức pháp lý để thực hiện các giao dịch, là cơ sở để ràng buộc hai hoặc nhiều chủ thể ký kết hợp đồng thực hiện quyền và nghĩa vụ của mình. Theo Điều 383 Bộ luật Dân sự năm 2015 (BLDS năm 2015) hợp đồng là *“sự thỏa thuận giữa các bên về việc xác lập, thay đổi hoặc chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự”*. Theo đó, bản chất của hợp đồng chính là sự thỏa thuận giữa các bên, yếu tố thỏa thuận của các chủ thể là tiền đề của hợp đồng và được xem là tuyệt đối¹. Mọi hợp đồng đều có sự thỏa thuận nhưng không phải sự thỏa thuận nào của các bên cũng là hợp đồng. Một hợp đồng được hình thành khi có đề nghị giao kết hợp đồng và có sự chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng đó. Yếu tố không thể thiếu trong hợp đồng là đối tượng của hợp đồng, sự thỏa thuận của các bên phải hướng đến một đối tượng cụ thể và không bị cấm đưa vào các giao dịch, nếu đối tượng là bất hợp pháp thì hợp đồng sẽ vô hiệu. Nội dung của hợp đồng được quy định cụ thể tại Điều 398 BLDS năm 2015, hợp đồng có hiệu lực khi đáp ứng các điều kiện mà luật quy định tại Điều 117 BLDS năm 2015, hợp đồng sẽ vô hiệu nếu trái với các quy định của pháp luật.

Hợp đồng kinh doanh bất động sản cũng là một loại hợp đồng dân sự. Theo khoản 1 Điều 3 Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014 (Luật KDBĐS năm 2014), kinh doanh bất động

¹ Nguyễn Thị Xuân, *Pháp luật về hợp đồng kinh doanh bất động sản ở Việt Nam*, Luận văn Thạc sĩ Luật học, Khoa Luật – Đại học quốc gia Hà Nội, 2014.

sản là “việc đầu tư vốn để thực hiện hoạt động xây dựng, mua, nhận chuyển nhượng để bán, chuyển nhượng; cho thuê, cho thuê lại, cho thuê mua bất động sản; thực hiện dịch vụ môi giới bất động sản; dịch vụ sàn giao dịch bất động sản; dịch vụ tư vấn bất động sản hoặc quản lý bất động sản nhằm mục đích sinh lợi”. Theo khoản 8 Điều 3 Dự thảo Luật KDBĐS sửa đổi, hợp đồng kinh doanh bất động sản là “sự thỏa thuận bằng văn bản giữa tổ chức, cá nhân kinh doanh bất động sản có đủ điều kiện kinh doanh bất động sản theo quy định của Luật này với tổ chức, cá nhân để mua bán, cho thuê, cho thuê mua nhà ở, công trình xây dựng, chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê lại quyền sử dụng đất, chuyển nhượng toàn bộ hoặc một phần dự án bất động sản và được lập theo mẫu quy định của Luật này” Do đó, có thể hiểu hợp đồng kinh doanh bất động sản là sự thỏa thuận bằng văn bản giữa các bên chủ thể mà trong đó ít nhất một bên là chủ thể kinh doanh bất động sản để mua bán, chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê mua một bất động sản nhất định nhằm tìm kiếm lợi nhuận.² Hợp đồng kinh doanh bất động sản có những đặc điểm của hợp đồng dân sự nói chung và cũng có những đặc điểm riêng biệt. Chủ thể của hợp đồng kinh doanh bất động sản phải có năng lực pháp luật dân sự, năng lực hành vi dân sự phù hợp với hợp đồng xác lập, phải tự nguyện giao dịch và ít nhất một bên chủ thể là tổ chức, cá nhân kinh doanh bất động sản. Theo Điều 17 của Dự thảo Luật KDBĐS sửa đổi quy định về thực hiện giao dịch kinh doanh nhà ở, công trình xây dựng, các bên trong giao kết hợp đồng có trách nhiệm chuẩn bị đầy đủ thông tin, giấy tờ để xác lập giao dịch, ký kết hợp đồng theo quy định của pháp luật về dân sự; trước khi ký hợp đồng, bên bán, cho thuê, cho thuê mua phải cung cấp đầy đủ thông tin và giấy tờ pháp lý của bất động sản và hợp đồng phải được công chứng khi thuộc diện phải công chứng, chứng thực. Đối tượng của loại hợp đồng kinh doanh bất động sản là nhà ở có sẵn, nhà ở hình thành trong tương lai, công trình xây dựng, quyền sử dụng đất. Hợp đồng kinh doanh bất động sản phải được xác lập bằng văn bản và một số loại hợp đồng phải được công chứng, chứng thực theo quy định của pháp luật. Các loại hợp đồng kinh doanh bất động sản được quy định tại khoản 1 Điều 17 Luật KDBĐS năm 2014, bao gồm: Hợp đồng mua bán nhà, công trình xây dựng; hợp đồng cho thuê nhà, công trình xây dựng; hợp đồng thuê mua nhà, công trình xây dựng; hợp đồng chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê lại quyền sử dụng đất; hợp đồng chuyển nhượng một phần hoặc toàn bộ dự án bất động sản. Hiện nay, Dự thảo Luật KDBĐS đã bổ sung thêm hai loại hợp đồng nữa là hợp đồng mua bán, thuê mua căn hộ chung cư và hợp đồng mua bán, thuê mua căn hộ du lịch, căn hộ văn phòng kết hợp lưu trú.

Có thể thấy, hợp đồng kinh doanh bất động sản đóng vai trò quan trọng trong việc xác lập quyền và nghĩa vụ của các bên, là cơ sở để các bên thể hiện một cách chính xác và nghiêm túc nhất quyền và nghĩa vụ của mình và đối tác. Hơn nữa, hợp đồng cũng là căn cứ trực tiếp

² Nguyễn Thị Xuân, *Pháp luật về hợp đồng kinh doanh bất động sản ở Việt Nam*, Luận văn Thạc sĩ Luật học, Khoa Luật – Đại học quốc gia Hà Nội, 2014.

nhất để các bên giải quyết tranh chấp khi phát sinh mâu thuẫn. Thông qua hợp đồng kinh doanh bất động sản, Nhà nước sẽ dễ dàng quản lý hơn đối với hoạt động của các chủ thể trong thị trường bất động sản, đảm bảo mọi cuộc giao dịch bất động sản đều phải công khai rõ ràng, an toàn và hợp pháp.

2. Thực trạng pháp luật về hợp đồng kinh doanh bất động sản ở Việt Nam

Luật KDBĐS năm 2014 có hiệu lực vào ngày 01/7/2015, sau 8 năm triển khai thực hiện Luật này đã đạt được nhiều kết quả quan trọng. Qua đánh giá, tổng kết sơ bộ, Luật KDBĐS năm 2014 đã đảm bảo thông thoáng về môi trường đầu tư, kinh doanh cho doanh nghiệp trong và ngoài nước; không làm phát sinh thủ tục hành chính, giấy tờ... và tạo điều kiện để thị trường bất động sản hoạt động theo cơ chế thị trường, tạo khuôn khổ, hình thành thị trường bất động sản hoàn chỉnh, thống nhất.³ Tuy nhiên, với sự phát triển mạnh mẽ của thị trường bất động sản trong những năm gần đây, các quy định về kinh doanh bất động sản không còn phù hợp với điều kiện thực tiễn xã hội, không đồng nhất với các Luật chuyên ngành khác, chính vì thế mà xuất hiện nhiều bất cập trong quy định về hợp đồng kinh doanh bất động sản cần phải sửa đổi, bổ sung. Để khắc phục các vấn đề bất cập đó, hiện nay Dự thảo Luật KDBĐS sửa đổi đã được xây dựng và tổ chức lấy ý kiến. Tuy nhiên, điều chỉnh về vấn đề hợp đồng kinh doanh bất động sản, các quy định tại Dự thảo Luật KDBĐS sửa đổi cũng còn tồn tại một số vấn đề bất cập, cụ thể là:

Thứ nhất, loại hợp đồng kinh doanh bất động sản quy định tại điểm b khoản 1 Điều 45 Dự thảo Luật KDBĐS chưa đầy đủ, chưa bảo đảm phạm vi điều chỉnh của luật. Trên thực tế hiện nay, thị trường xuất hiện các loại hình bất động sản như: Căn hộ du lịch (condotel), căn hộ văn phòng kết hợp lưu trú (officetel), căn hộ dịch vụ (serviced apartment), cửa hàng kết hợp lưu trú (shophouse), căn hộ trải nghiệm nông nghiệp (farmstay). Tuy nhiên, Dự thảo chỉ liệt kê hai loại hình là căn hộ du lịch và căn hộ văn phòng kết hợp lưu trú, điều này chưa bao quát được các loại hình còn lại và cũng chưa bảo đảm phạm vi điều chỉnh. Tại Điều 6 Nghị định số 02/2022/NĐ-CP ngày 06/01/2022 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Kinh doanh bất động sản đã quy định về các loại hợp đồng kinh doanh bất động như sau: “*Việc bán, chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê mua, cho thuê lại bất động sản và chuyển nhượng dự án bất động sản phải lập thành hợp đồng theo mẫu quy định dưới đây*”.

³ Báo cáo đánh giá tác động của chính sách trong đề nghị xây dựng Luật Kinh doanh bất động sản (thay thế), https://psg3-word-view.officeapps.live.com/wv/mWord.aspx?ui=en-US&rs=en-US&WOPIsrc=http%3A%2F%2Fpsg3-view-wopi%2Ewopi%2Eonline%2Eoffice%2Eenet%3A808%2Foh%2Fwopi%2Ffiles%2F%40%2FwFileId%3FwFileId%3Dhtps%253A%252F%252Fvibonline%252Ecom%252Evn%253A443%252Fwp%252Dcontent%252Fuploads%252F2021%252F09%252F1%252E3%252E%252DBao%252Dcao%252Ddanh%252Dgia%252Dtac%252Ddong%252DLuat%252DKinh%252Ddoanh%252Dbat%252Ddong%252Dsan%252Dsua%252Ddoi%252Edocx&access_token_ttl=0&wdOrigin=BROWSELINK&hid=0c1875af-d93a-4921-a772-89ae5e3af110&access_token=1&wdMobileHost=2, truy cập ngày 16/04/2023.

Theo đó, bên cạnh một số mẫu hợp đồng kinh doanh bất động sản khác, hợp đồng mua bán, thuê mua căn hộ du lịch bắt buộc phải theo mẫu số 02 của Nghị định này. Tuy nhiên, Nghị định chỉ quy định mẫu hợp đồng mua bán, thuê mua căn hộ du lịch chứ chưa quy định hợp đồng chuyển nhượng cho các loại bất động sản như căn hộ văn phòng kết hợp lưu trú, căn hộ dịch vụ, cửa hàng kết hợp lưu trú, căn hộ trải nghiệm nông nghiệp. Hơn thế nữa, việc Nghị định quy định như thế cũng chưa bao quát toàn bộ các loại hình bất động sản khác mới xuất hiện trên thị trường. Pháp luật điều chỉnh các loại hình bất động sản là công trình xây dựng có công năng lưu trú, sản xuất, kinh doanh như đã nêu ở trên cũng chưa hoàn chỉnh và thống nhất. Trên thực tế, chính vì những quy định chưa rõ ràng về loại hình bất động sản này mà một số văn phòng công chứng e ngại khi công chứng hợp đồng mua bán, cho thuê, gây ảnh hưởng đến quyền và lợi ích hợp pháp của các chủ thể. Do đó, đây là điểm cần được sửa đổi, bổ sung.

Thứ hai, nội dung của hợp đồng kinh doanh bất động sản được quy định tại Điều 47 của Dự thảo Luật KDBĐS (sửa đổi) chưa thật sự tách bạch với các quy định trong BLDS năm 2015. Việc đưa ra quy định về nội dung của hợp đồng trong kinh doanh bất động sản là một điều khoản mới được đưa vào dự thảo, Luật KDBĐS hiện hành không có quy định cụ thể nội dung này. Theo khoản 1 Điều 46 Dự thảo Luật KDBĐS (sửa đổi) quy định: Tổ chức, cá nhân kinh doanh bất động sản, kinh doanh dịch vụ bất động sản thì phải xác lập và sử dụng hợp đồng, tuân thủ đúng quy định của pháp luật về kinh doanh bất động sản và BLDS. Hợp đồng kinh doanh bất động sản là một dạng của hợp đồng dân sự, BLDS đã quy định những loại hợp đồng cơ bản của hoạt động kinh doanh bất động sản, chính vì thế, pháp luật về kinh doanh bất động sản chỉ nên quy định cụ thể các điều kiện đặc thù của bất động sản trong nội dung của hợp đồng, tránh quy định trùng lặp với BLDS sẽ dễ gây nhầm lẫn. Các điều khoản trong hợp đồng như thông tin của các bên, giá mua bán, cho thuê, phương thức và thời hạn thanh toán, thông tin và giấy tờ pháp lý về bất động sản, ... đã được quy định trong BLDS. Vì thế, các bên có thể dùng BLDS làm cơ sở pháp lý để điều chỉnh hợp đồng của mình.

Thứ ba, vấn đề công chứng của hợp đồng kinh doanh bất động sản. Theo khoản 3 Điều 45 Dự thảo Luật KDBĐS (sửa đổi), việc công chứng, chứng thực hợp đồng là không bắt buộc trừ hợp đồng mua bán, thuê mua nhà ở, công trình xây dựng và hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất mà các bên tham gia giao dịch là tổ chức, cá nhân quy định tại khoản 2 Điều 10 của dự thảo Luật KDBĐS thì mới phải công chứng hoặc chứng thực. Theo khoản 2 Điều 167 Luật đất đai năm 2013, Điều 122 Luật Nhà ở năm 2014, việc mua bán, chuyển nhượng, cho thuê, thuê mua nhà ở và quyền sử dụng đất đều phải công chứng, chứng thực. Đối tượng của loại hợp đồng kinh doanh bất động sản luôn mang giá trị lớn, chứa đựng nhiều rủi ro và tranh chấp có thể xảy ra bất cứ lúc nào, do đó, công chứng, chứng thực hợp đồng sẽ là căn cứ để xác định trách nhiệm của các bên, bảo vệ được quyền và lợi ích chính đáng, hợp

pháp của các chủ thể. Chính vì thế, việc quy định không bắt buộc phải công chứng hợp đồng kinh doanh bất động sản trừ hợp đồng mua bán, thuê mua nhà ở, công trình xây dựng và hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất mà các bên tham gia giao dịch là tổ chức, cá nhân quy định tại khoản 2 Điều 10 của dự thảo Luật KDBĐS là chưa bảo đảm an toàn pháp lý, quyền và lợi ích hợp pháp của cá nhân, tổ chức.

Thứ tư, thiếu các quy định ràng buộc trách nhiệm thực hiện hợp đồng. Theo khoản 1 Điều 57 Luật KDBĐS năm 2014 quy định về thanh toán trong mua bán, thuê mua bất động sản hình thành trong tương lai, trong trường hợp bên mua, bên thuê mua chưa được cấp Giấy chứng nhận 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. Tuy nhiên, quy định về thanh toán trong mua bán, thuê mua bất động sản hình thành trong tương lai chưa quy định bên bán, bên cho thuê mua bất động sản trong tương lai được áp dụng các biện pháp, hình thức đảm bảo thay thế khi chưa thu được 5% giá trị hợp đồng còn lại. Đồng thời, cũng chưa có quy định trách nhiệm đảm bảo nghĩa vụ thanh toán hết 5% giá trị hợp đồng của bên mua, bên thuê mua cho bên bán, bên cho thuê mua.⁴ Như vậy, trong trường hợp cơ quan nhà nước có thẩm quyền đã cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất nhưng bên mua, bên thuê mua chưa thanh toán hết 5% giá trị còn lại thì ai sẽ là người giữ những giấy tờ này. Bên cạnh đó, trong trường hợp này thì bên bán, bên cho thuê mua có được bảo lưu quyền sở hữu đối với bất động sản hay không, về vấn đề này Dự thảo Luật KDBĐS (sửa đổi) cũng giữ nguyên quy định như Luật KDBĐS hiện hành.

3. Một số kiến nghị hoàn thiện quy định pháp luật về hợp đồng kinh doanh bất động sản tại Việt Nam

Hoạt động kinh doanh bất động sản là hoạt động được thực hiện vì mục đích lợi nhuận, mang lại nhiều lợi ích cho các chủ thể, thúc đẩy phát triển kinh tế quốc dân. Trong giai đoạn 2014 – 2018, thị trường bất động sản có dấu hiệu hồi phục và phát triển ổn định. Giai đoạn này thị trường xuất hiện nhiều loại hình bất động sản mới gia nhập như: officetel, condotel, shophouse... Trong năm 2018, thị trường xảy ra các đợt sốt đất lan rộng tại nhiều khu vực trên cả nước. Giai đoạn 2019 – 2022, với sự bất ổn địa – chính trị và kinh tế toàn cầu, sốt đất tiếp tục bùng phát ở nhiều địa phương khiến giá bất động sản ở những nơi này tăng cao. Tuy nhiên, các cơn sốt qua rất nhanh, thị trường tại khu vực đó nhanh chóng rơi vào trầm lắng, thị trường bất động sản xuất hiện sự sụt giảm cả về nguồn cung và số lượng giao dịch.⁵ Có thể thấy, hoạt

⁴ Trang thông tin phổ biến, giáo dục pháp luật Thành phố Hải Phòng, “*Những bất cập trong kinh doanh bất động sản hình thành trong tương lai*”, <https://pbgdpl.haiphong.gov.vn/Nghien-cuu-trao-doi/Nhung-bat-cap-trong-kinh-doanh-bat-dong-san-hinh-thanh-trong-tuong-lai-90203.html>, truy cập ngày 14/04/2023.

⁵ Thanh Xuân (2023), “8 chu kỳ phát triển của thị trường bất động sản thời gian qua”, <https://vneconomy.vn/8-chu-ky-phat-trien-cua-thi-truong-bat-dong-san-thoi-gian-qua.htm>, truy cập ngày 23/4/2023.

động này bên cạnh mang lại nhiều lợi ích thì cũng mang lại nhiều rủi ro cho các chủ thể vì tính bất ổn định, phụ thuộc vào tình hình kinh tế, chính trị, xã hội. Không chỉ vậy, trên thực tế, rất nhiều vụ việc lừa đảo liên quan đến lĩnh vực kinh doanh bất động sản, gây thiệt hại đến vật chất và tinh thần của người dân mà nguyên nhân là do sự thiếu hiểu biết, cả tin của người dân khi ký kết hợp đồng mua bán nhà ở có sẵn, nhà ở hình thành trong tương lai, chuyển nhượng quyền sử dụng đất,... Chính vì vậy, để bảo vệ an toàn pháp lý cho người dân, quyền và nghĩa vụ của các chủ thể thì việc sửa đổi, bổ sung các quy định của pháp luật về hợp đồng kinh doanh bất động sản là điều cần thiết trong thời điểm hiện tại. Theo đó, để khắc phục những vấn đề hạn chế còn tồn tại, tác giả đề xuất một số kiến nghị dựa trên Dự thảo Luật KDBĐS như sau:

Một là, tiếp tục sửa đổi điểm b khoản 1 Điều 45 Dự thảo Luật KDBĐS (sửa đổi) theo hướng đồng bộ hơn. Theo quy định tại khoản 2 Điều 6 Dự thảo Luật KDBĐS (sửa đổi), các loại bất động sản đưa vào kinh doanh có loại hình “*công trình xây dựng có sẵn và công trình xây dựng hình thành trong tương lai, trong đó bao gồm các loại công trình xây dựng có công năng phục vụ mục đích sản xuất, kinh doanh thương mại, dịch vụ, du lịch, lưu trú*”. Chính vì thế, để khớp với quy định này, cần thiết phải sửa đổi điểm b khoản 1 Điều 45 Dự thảo Luật KDBĐS (sửa đổi) theo hướng như sau: “*Hợp đồng mua bán, thuê mua công trình xây dựng có công năng phục vụ mục đích sản xuất, kinh doanh thương mại, dịch vụ, du lịch, lưu trú*”. Việc sửa đổi quy định này sẽ đồng bộ với khoản 2 Điều 6 của Dự thảo, bảo đảm được phạm vi điều chỉnh của luật và có tính khát quát cao.

Hai là, về nội dung trong hợp đồng kinh doanh bất động sản theo Điều 47 của Dự thảo Luật KDBĐS (sửa đổi), tác giả đề xuất nên quy định tách bạch các quy định về nội dung trong hợp đồng kinh doanh bất động sản với các quy định trong BLDS. Theo đó, các quy định về hợp đồng đã được quy định trong BLDS thì Luật KDBĐS sẽ không quy định lại nữa. Cụ thể, nội dung các điều khoản cơ bản của hợp đồng kinh doanh bất động sản được thực hiện theo quy định của pháp luật dân sự, đồng thời, từng loại hợp đồng phải đáp ứng những điều kiện đặc thù của bất động sản khác nhau. Ví dụ như hợp đồng chuyển nhượng, cho thuê quyền sử dụng đất đã có hạ tầng kỹ thuật, ngoài những thông tin chính như tên, địa chỉ của các bên, giá chuyển nhượng, cho thuê, phương thức và thời hạn thanh toán, quyền và nghĩa vụ của các bên, ... đã được quy định trong BLDS thì các bên sẽ dựa vào BLDS để xác định, còn Luật KDBĐS sẽ quy định các nội dung đặc thù về bất động sản là quyền sử dụng đất đã có hạ tầng kỹ thuật như các thông tin về đất và hạ tầng đã có trên đất, thời hạn bàn giao đất và hồ sơ kèm theo,... Việc quy định như đề xuất sẽ làm cho điều luật ngắn gọn, dễ hiểu, không trùng với các quy định trong BLDS, giúp người dân dễ áp dụng và không bị nhầm lẫn.

Ba là, về vấn đề công chứng hợp đồng kinh doanh bất động sản tại khoản 3 Điều 45 Dự thảo Luật KDBĐS (sửa đổi), tác giả đề xuất nên sửa đổi khoản 3 Điều 45 theo hướng như sau:

“Hợp đồng kinh doanh bất động sản, hợp đồng kinh doanh dịch vụ bất động sản được lập thành văn bản. Việc công chứng, chứng thực hợp đồng được thực hiện theo pháp luật về công chứng, chứng thực”. Việc bắt buộc công chứng, chứng thực các loại hợp đồng là điều cần thiết bởi bất động sản là tài sản của người dân, mang giá trị rất lớn, song các sản phẩm bất động sản của doanh nghiệp cần rất nhiều hồ sơ, hợp đồng, nhiều thủ tục pháp lý, ... rất khó để người dân nắm được toàn bộ và kiểm soát kỹ càng, dễ dẫn đến rủi ro trong ký kết và thực hiện hợp đồng. Do đó, việc công chứng, chứng thực hợp đồng kinh doanh bất động sản sẽ đóng vai trò kiểm soát để cảnh báo, phòng ngừa và ngăn chặn rủi ro, bảo đảm an toàn pháp lý, quyền và lợi ích của hợp pháp của cá nhân, tổ chức, đây sẽ là cơ sở trực tiếp để các bên giải quyết tranh chấp của mình một cách công khai, hợp pháp và an toàn.

Bốn là, bổ sung thêm quy định ràng buộc trách nhiệm thực hiện hợp đồng trong hoạt động mua bán, thuê mua bất động sản hình thành trong tương lai. Về bản chất, tại thời điểm giao kết hợp đồng, đối tượng của hợp đồng này chưa hình thành, chưa tồn tại, thông tin về nhà ở chỉ được thể hiện qua bản vẽ và thông tin xây dựng trong giấy phép và hợp đồng. Do đó, bên mua bất động sản hình thành trong tương lai sẽ gặp khó khăn trong việc theo dõi và quản lý dự án của mình. Chính vì thế, dự thảo Luật KDBĐS (sửa đổi) nên bổ sung thêm quy định về kiểm định chất lượng nhà ở trước khi thanh toán và bàn giao nhà ở, bên mua có thể kiểm tra được tiến độ thực hiện, danh mục vật liệu xây dựng, ... để hạn chế tình trạng khiếu nại do nhà ở kém chất lượng không mong muốn, tránh trường hợp “mua nhà ở trên giấy”. Bên cạnh đó, cần bổ sung quy định về thanh toán khi bên mua, bên thuê mua chưa được cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất và đã thanh toán 95% giá trị hợp đồng, bên cho thuê mua có quyền được áp dụng các biện pháp, hình thức bảo đảm thay thế khi chưa thu được 5% giá trị hợp đồng còn lại. Bên cạnh đó, điều kiện để bất động sản hình thành trong tương lai được bán ra cũng cần phải quan tâm và điều chỉnh.

Cuối cùng, để hạn chế những rủi ro có thể phát sinh trong khi thiết lập các hợp đồng kinh doanh bất động sản thì đòi hỏi Nhà nước cần phải tiếp tục đẩy mạnh tuyên truyền, phổ biến pháp luật cho người dân để nâng cao kiến thức pháp luật về hợp đồng, đặc biệt là về hợp đồng kinh doanh bất động sản, từ đó giúp người dân có thể phòng ngừa và tránh được những rủi ro khi tham gia vào các giao dịch kinh doanh bất động sản. Đồng thời, cần phát huy vai trò quản lý nhà nước trong định hướng, điều tiết và kiểm soát hoạt động kinh doanh bất động sản, đảm bảo thị trường bất động sản hoạt động công khai, minh bạch, lành mạnh và an toàn.

Kết luận

Hợp đồng kinh doanh bất động sản đóng vai trò quan trọng trong các giao dịch bất động sản, đây là căn cứ để bảo vệ các chủ thể tham gia thị trường bất động sản, là cơ sở để các bên giải quyết tranh chấp của mình một cách hợp lý, công khai, minh bạch. Tuy nhiên, hiện nay

các quy định về hợp đồng kinh doanh bất động sản vẫn chưa thật sự hoàn thiện, điều này ảnh hưởng không nhỏ đến vấn đề đảm bảo quyền và lợi ích của các chủ thể khi tham gia vào các giao dịch kinh doanh bất động sản. Do đó, việc tiếp tục hoàn thiện pháp luật cũng như nâng cao hiệu quả thực thi pháp luật về hợp đồng kinh doanh bất động sản là yêu cầu khách quan để có thể nâng cao tính minh bạch của thị trường bất động sản, tạo ra một hành lang pháp lý an toàn, đồng thời bảo vệ tốt nhất quyền và lợi ích chính đáng của chủ thể tham gia thị trường bất động sản trong bối cảnh hiện nay.

Tài liệu tham khảo:

1. Bộ luật Dân sự năm 2015.
2. Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014.
3. Luật Đất đai năm 2013.
4. Luật Đầu tư năm 2020.
5. Dự thảo Luật Kinh doanh bất động sản sửa đổi.
6. Nghị định 02/2022/NĐ-CP ngày 06/01/2022 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Kinh doanh bất động sản.
7. Gia Nguyễn, “Những vướng mắc từ Luật Kinh doanh bất động sản”, <https://tapchitaichinh.vn/nhung-vuong-mac-tu-luat-kinh-doanh-bat-dong-san.html>, truy cập ngày 16/04/2023.
8. Trang thông tin phổ biến, giáo dục pháp luật Thành phố Hải Phòng, “*Những bất cập trong kinh doanh bất động sản hình thành trong tương lai*”, <https://pbgdpl.haiphong.gov.vn/Nghien-cuu-trao-doi/Nhung-bat-cap-trong-kinh-doanh-bat-dong-san--hinh-than-trong-tuong-lai-90203.html>, truy cập ngày 14/04/2023.
9. Nguyễn Thị Xuân, *Pháp luật về hợp đồng kinh doanh bất động sản ở Việt Nam*, Luận văn Thạc sĩ Luật học, Khoa Luật – Đại học quốc gia Hà Nội, 2014.

GÓP Ý HOÀN THIỆN DỰ THẢO LUẬT NHÀ Ở (SỬA ĐỔI) VÀ DỰ THẢO LUẬT KINH DOANH BẤT ĐỘNG SẢN (SỬA ĐỔI) VỀ HỢP ĐỒNG THUÊ MUA BẤT ĐỘNG SẢN

ThS. Lê Thị Diễm Phương

Giảng viên Khoa Luật Dân sự, Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh

Tóm tắt:

Dự thảo Luật Nhà ở (sửa đổi) năm 2014 ban hành tháng 4 năm 2023 và Dự thảo Luật Kinh doanh bất động sản (sửa đổi) ban hành ngày 5 tháng 4 năm 2023 và đang được tiếp tục hoàn thiện để trình Quốc Hội xem xét, thông qua. Trong phạm vi bài viết này, tác giả phân tích những hạn chế, bất cập của hai Dự thảo này về hợp đồng thuê mua bất động sản và đưa ra những kiến nghị hoàn thiện cho hai Dự thảo, góp phần đảm bảo sự an toàn pháp lý trong giao dịch dân sự về bất động sản cũng như bảo vệ quyền lợi cho bên yếu thế khi thực hiện các giao dịch về thuê mua bất động sản ở Việt Nam.

Từ khóa: Dự thảo Luật Nhà ở (sửa đổi), Dự thảo Luật Kinh doanh bất động sản (sửa đổi), hợp đồng thuê mua nhà ở.

Abstract:

Draft Law on Housing (amended) was issued in April 2023 and Draft Law on Real Estate Trading (amended) was issued on April 5, 2023. Both drafts are being finalized to submit to the National Assembly for consideration and approval. Under the scope of this article, the author analyzes the limitations and inadequacies of these drafts on real estate lease-purchase agreement and also recommendations for further improvements, contributing to ensuring the legal safety of the real estate transactions as well as protecting the interests of disadvantaged parties when performing real estate lease-purchase transactions in Vietnam.

Keywords: *Draft Law on Housing (amended), Draft Law on Real Estate Trading (amended), lease - purchase agreement.*

1. Khái quát về hợp đồng thuê mua bất động sản

Thuê mua là một giao dịch có nguồn gốc từ luật Anh-Mỹ, được biết dưới tên gọi *leasing/hire purchase/hire - purchase agreement*. Trong luật của Pháp, thuê mua được gọi là *locafion-vente*¹, cụm từ cấu thành từ sự kết hợp giữa thuê và mua. Nhìn chung, hợp đồng thuê mua là

¹ Nehf, James P. (1991), “Quy định hiệu quả về hợp đồng thuê để sở hữu”, *Tạp chí Luật Bang Ohio*, 52: 751.

một thoả thuận mua tài sản, trong đó người mua thực hiện thanh toán một khoản ban đầu và trả góp số dư còn lại cùng với một khoản tiền lãi nhất định. Thuật ngữ “thuê mua” (hire/lease purchase) cũng được sử dụng khá phổ biến ở Anh², còn theo một số quy định của pháp luật Hoa Kỳ thì gọi là “trả góp” (installment plan)³. Tuy nhiên, theo nghiên cứu thì giữa hai khái niệm này cũng có khác biệt, đối với hợp đồng trả góp, người mua có quyền sở hữu ngay khi hợp đồng được ký kết với người bán. Trong khi đối với hợp đồng thuê mua, quyền sở hữu hàng hóa không được chuyển giao chính thức cho người mua cho đến khi tất cả các khoản thanh toán đã được thực hiện. Về ý nghĩa, thuê mua là một giải pháp giúp cho người không có đủ điều kiện về tài chính được sử dụng tài sản là căn nhà để ở khi chưa có đủ tiền để thanh toán toàn bộ giá trị của bất động sản.

Nhìn chung, pháp luật nước ngoài có những quy định cụ thể về thuê mua tài sản nói chung và bất động sản nói riêng. Ở Anh, hợp đồng thuê mua là thoả thuận, theo đó hàng hoá của bên được bảo lãnh hoặc thuê sẽ được thanh toán định kỳ và quyền sở hữu sẽ được chuyển giao cho bên thuê hoặc bên được bảo lãnh nếu họ tuân thủ đầy đủ các điều kiện đã thoả thuận. Thoả thuận thuê mua là thoả thuận theo đó chủ sở hữu tài sản cho phép một người (gọi là người thuê mua tài sản) của mình trong một khoảng thời gian bằng cách trả góp hay còn gọi là hợp đồng trả góp (*installment contract*). Người thuê có quyền chọn mua tài sản khi kết thúc hợp đồng nếu tất cả các khoản trả góp được thanh toán xong.⁴ Ở Mỹ, cụ thể theo quy định của BLDS bang California năm 2009 thì “hợp đồng thuê mua là hợp đồng mà chủ sở hữu đối với tài sản cho thuê tài sản đó trong một thời gian xác định. Sau đó, chủ sở hữu và bên thuê mua có thể thoả thuận rằng sau khi tất cả các khoản thanh toán đã được thực hiện, hoặc người thuê có thể trả lại tài sản và chấm dứt hợp đồng với chủ sở hữu, hoặc người thuê có thể quyết định mua hàng hóa từ chủ sở hữu. Hợp đồng thuê mua có thể được xem là loại hợp đồng mà bên bán có quyền chuyển giao tài sản là động sản, bất động sản cho bên mua với điều kiện nếu số tiền trong hợp đồng được trả lại theo từng đợt và bên mua sẽ trở thành chủ sở hữu tài sản sau khi đã hoàn tất thủ tục thanh toán. Trong lĩnh vực thuê mua nói chung và thuê mua bất động sản nói riêng, hợp đồng này có sự phối hợp giữa việc cho thuê với mục đích để ở và bán cho bên cho thuê”⁵. Bên cạnh đó, theo quy định về hợp đồng thuê mua tại mục 1305.01 Bộ luật sửa đổi bang Ohio (Hoa Kỳ): Hợp đồng thuê mua là một thoả thuận về việc sử dụng tài sản cá nhân cho mục đích cá nhân, gia đình hoặc hộ gia đình trong thời hạn ban đầu là bốn tháng hoặc ít hơn và được tự động gia hạn sau mỗi đợt thanh toán tiền thuê và thoả thuận này

² Phần 1, Chương 53 Đạo Luật thuê mua Anh năm 1964.

<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1964/53/enacted?view=plain>, truy cập ngày 8 tháng 4 năm 2023.

³ <https://www.immopret.fr/blog/location-vente-comment-ca-marche/>, truy cập ngày 8 tháng 4 năm 2023

⁴ Điều 29, Chương 53 phần 3 Đạo Luật thuê mua Vương quốc Anh năm 1964,

<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1964/53/section/29>, truy cập ngày 10 tháng 4 năm 2023.

⁵ Điều 1812.621 California Rental- Purchase Act 2009.

cho phép bên thuê có được quyền sở hữu tài sản. Nhìn chung, các quốc gia theo hệ thống thông luật xem đây là loại “bán có điều kiện” - một hợp đồng theo đó quyền sở hữu tài sản cá nhân được chuyển nhượng theo các điều khoản bảo lưu quyền sở hữu đối với người chuyển nhượng cho đến khi thanh toán một số tiền xác định (thường được gọi là “mua giá”)⁶.

BLDS năm 2015 của Việt Nam có quy định về trường hợp “mua trả chậm, trả dần”, cụ thể theo Điều 453 BLDS năm 2015 thì “các bên có thể thỏa thuận về việc bên mua trả chậm hoặc trả dần tiền mua trong một thời hạn sau khi nhận tài sản mua. Bên bán được bảo lưu quyền sở hữu đối với tài sản bán cho đến khi bên mua trả đủ tiền, trừ trường hợp có thỏa thuận khác. Hợp đồng mua trả chậm hoặc trả dần phải được lập thành văn bản. Bên mua có quyền sử dụng tài sản mua trả chậm, trả dần và phải chịu rủi ro trong thời gian sử dụng, trừ trường hợp có thỏa thuận khác”. Quy định này mang “bóng dáng” của thuê mua tài sản theo hình thức “trả góp”. Khái niệm “thuê mua” được quy định cụ thể trong Luật Nhà ở năm 2014 và Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014. Cụ thể, theo quy định tại khoản 17 Điều 3 Luật Nhà ở năm 2014 và được giữ nguyên tại khoản 22 Điều 3 Dự thảo Luật Nhà ở sửa đổi như sau: “thuê mua nhà ở là việc người thuê mua thanh toán trước cho bên cho thuê mua một tỷ lệ phần trăm nhất định của giá trị nhà ở thuê mua theo thỏa thuận nhưng không quá 50% giá trị nhà ở thuê mua; số tiền còn lại được tính thành tiền thuê nhà để trả hàng tháng cho bên cho thuê mua trong một thời hạn nhất định; sau khi hết hạn thuê mua nhà ở và khi đã trả hết số tiền còn lại thì người thuê mua có quyền sở hữu đối với nhà ở đó”. Khoản 5 Điều 3 Dự thảo Luật Kinh doanh bất động sản (sửa đổi) quy định: *Thuê mua nhà ở, công trình xây dựng* là thỏa thuận giữa các bên, theo đó bên thuê mua thanh toán trước cho bên cho thuê mua một khoản tiền không quá 50% giá trị nhà ở, công trình xây dựng thuê mua và được sử dụng nhà ở, công trình xây dựng đó; số tiền còn lại được tính thành tiền thuê để trả hàng tháng hoặc thỏa thuận giữa các bên cho bên cho thuê mua trong một thời hạn nhất định; sau khi đã thanh toán đủ số tiền thuê mua thì bên thuê mua có quyền sở hữu đối với nhà ở, công trình xây dựng đó.

Như vậy, theo quy định của pháp luật nhà ở hiện hành của Việt Nam thì thuê mua nhà ở được hiểu một cách khái quát là một hình thức chuyển giao quyền sở hữu nhà ở từ bên cho thuê sang bên thuê trong một thời hạn nhất định, theo những điều kiện mà các bên thỏa thuận. Thời gian thực hiện hợp đồng kéo dài ở thời điểm chuyển quyền, bên cho thuê mua được bảo lưu quyền sở hữu cho đến khi bên thuê mua trả hết tiền. Cụ thể bên thuê mua thanh toán trước cho bên cho thuê mua một khoản tiền không quá 50% giá trị nhà ở, công trình xây dựng thuê mua và được sử dụng nhà ở, công trình xây dựng đó; số tiền còn lại được tính thành tiền thuê để trả hàng tháng hoặc thỏa thuận giữa các bên cho bên cho thuê mua trong một thời hạn

⁶ F. Hodge O'Neal, *The Conditional Sale in Louisiana*, vol.2 La. L. Rev. (1940) , pp. 338, 339.

nhất định; sau khi đã thanh toán đủ số tiền thuê mua thì bên thuê mua có quyền sở hữu đối với nhà ở, công trình xây dựng đó⁷. Khi hết thời hạn thuê mua nhà ở thì người mua nhà mới được tiến hành thủ tục để cấp Giấy Chứng nhận quyền sở hữu nhà ở⁸. Đối với nhà ở xã hội (NOXH) thì trong suốt thời gian đó, người thuê mua nhà sẽ không có quyền chuyển nhượng NOXH cho người khác, nếu họ không thuộc đối tượng được phép thuê mua NOXH⁹.

Việc thuê mua nhà ở nói chung và thuê mua NOXH nói riêng gần giống như hình thức “bán hàng trả góp” hay hình thức mua bán trả chậm, trả dần nhưng thuê mua có những ưu điểm hơn như: sau một thời gian sử dụng ban đầu; nếu bên thuê mua nhận thấy không muốn mua thì có thể không tiếp tục mua vì trong thời gian này bất động sản vẫn thuộc sở hữu của bên cho thuê mua.¹⁰

2. Những bất cập về hợp đồng thuê mua bất động sản theo quy định của Dự thảo Luật Nhà ở sửa đổi và Dự thảo Luật Kinh doanh bất động sản sửa đổi

Nghiên cứu quy định của Dự thảo Luật Nhà ở sửa đổi và Dự thảo Luật Kinh doanh bất động sản sửa đổi tác giả nhận thấy một số bất cập và kiến nghị sửa đổi nhằm hoàn thiện quy định về thuê mua trong hai Dự thảo này.

2.1. Bất cập về nội dung của hợp đồng thuê mua và kiến nghị hoàn thiện

Liên quan đến nội dung của hợp đồng thuê mua, Khoản 1 Điều 47 Dự thảo Luật kinh doanh bất động sản sửa đổi quy định Hợp đồng mua bán, cho thuê, cho thuê mua nhà ở, công trình xây dựng phải có các nội dung chính sau đây: tên, địa chỉ của các bên; các thông tin về bất động sản; giá mua bán, cho thuê, cho thuê mua; phương thức và thời hạn thanh toán; thời hạn giao, nhận bất động sản và hồ sơ kèm theo; bảo hành; quyền và nghĩa vụ của các bên; trách nhiệm do vi phạm hợp đồng; Phạt vi phạm hợp đồng; các trường hợp chấm dứt, hủy bỏ hợp đồng và các biện pháp xử lý; giải quyết tranh chấp; Thời điểm có hiệu lực của hợp đồng.

Nội dung của hợp đồng được hiểu là tổng hợp những điều khoản phải có trong hợp đồng. Về hình thức, đối với hợp đồng thuê mua bất động sản thì luật bắt buộc lập văn bản, nhưng không bắt buộc phải công chứng, chứng thực hợp đồng, trừ trường hợp các bên có nhu cầu công chứng, chứng thực nhằm đảm bảo sự an toàn pháp lý của giao dịch. Như vậy, với quy định trên thì những điều khoản được liệt kê “*phải*” có trong văn bản hợp đồng, nghĩa là mang tính chất bắt buộc, theo đó các điều khoản này phải được ghi rõ trong hợp đồng. Tuy nhiên, vấn đề đặt ra nếu các bên có thỏa thuận tại các văn bản khác như biên bản, các cam kết riêng

⁷ Khoản 5 Điều 3 Dự thảo Luật Kinh doanh bất động sản (sửa đổi) và khoản 22 Điều 3 Dự thảo Luật Nhà ở (sửa đổi)

⁸ Khoản 2 Điều 173 Dự thảo Luật Nhà ở (sửa đổi).

⁹ Khoản 6 Điều 85 Dự thảo Luật Nhà ở (sửa đổi).

¹⁰ Khoản 4 Điều 85 Dự thảo Luật Nhà ở (sửa đổi).

khác... nhưng trong hợp đồng thuê mua lại thiếu một trong những điều khoản nêu trên thì hướng xử lý sẽ như thế nào? Chẳng hạn, với điều khoản phạt vi phạm, hiện nay, Điều 418 BLDS năm 2015; Điều 300, 301 Luật Thương mại năm 2005 (đã được sửa đổi, bổ sung năm 2017, 2019) cũng chỉ đưa ra quy định điều kiện áp dụng phạt là phải có hành vi vi phạm hợp đồng và các bên có thoả thuận phạt trong hợp đồng. Mặt khác, khoản 3 Điều 49 Dự thảo Luật Kinh doanh bất động sản quy định: Việc phạt và bồi thường thiệt hại do bên mua, bên nhận chuyển nhượng, bên thuê, bên thuê mua chậm tiến độ thanh toán hoặc bên bán, bên chuyển nhượng, bên cho thuê, bên cho thuê mua chậm tiến độ bàn giao bất động sản do các bên thỏa thuận và được ghi rõ trong hợp đồng. Vậy, nếu các bên không thoả thuận phạt hoặc có thoả thuận phạt nhưng không nêu rõ mức phạt trong hợp đồng thì hướng giải quyết như thế nào? Hợp đồng có thể xem như chưa giao kết? Hợp đồng có đối tượng không thực hiện được? Hợp đồng có thể bị xem là vô hiệu hay không? Tác giả cho rằng trường hợp này không bị vô hiệu vì không thuộc trường hợp nào bị dẫn đến giao dịch vô hiệu theo Điều 117 và Điều 408¹¹ của BLDS năm 2015¹².

Trước đây, pháp lệnh hợp đồng kinh tế năm 1989 quy định hợp đồng kinh tế bao gồm những điều khoản chủ yếu như và theo quy định tại điều 11 của pháp lệnh thì “hợp đồng kinh tế được coi là đã hình thành và có hiệu lực pháp lý từ thời điểm các bên đã ký vào văn bản hoặc từ khi các bên nhận được tài liệu giao dịch thể hiện sự thoả thuận về tất cả những điều khoản chủ yếu của hợp đồng, trừ trường hợp pháp luật có quy định khác đối với từng loại hợp đồng kinh tế.” Như vậy, với các quy định trước đây thì một số điều khoản chính, quan trọng hợp đồng được xác định là điều khoản chủ yếu và nếu thiếu thì xem như hợp đồng chưa được giao kết. Theo nhiều quan điểm thì những điều khoản được quy định trong Điều 47 của Dự thảo Luật Kinh doanh bất động sản sửa đổi là “điều khoản bắt buộc”¹³ – nội dung chính phải có trong hợp đồng kinh doanh bất động sản nói chung, thuê mua nhà ở, công trình xây dựng nói riêng. Ngày nay, tác giả cho rằng việc áp dụng các quy định này theo hướng bắt buộc có thể dẫn đến vi phạm nguyên tắc tự do, tự nguyện cam kết thoả thuận trong giao kết hợp đồng (khoản 2 Điều 3 BLDS năm 2015. Tương tự, cũng với những nội dung nêu trên thì Điều 161 của Dự thảo Luật nhà ở sửa đổi cũng quy định theo hướng bắt buộc phải có đầy đủ các nội dung, theo đó, Điều luật này quy định “Hợp đồng về nhà ở do các bên thỏa thuận và phải được

¹¹ Hợp đồng vô hiệu do ngay từ khi giao kết hợp đồng có đối tượng không thực hiện được.

¹² Điều 122 BLDS năm 2015 quy định: 1. Giao dịch dân sự có hiệu lực khi có đủ các điều kiện sau đây: a) Chủ thể có năng lực pháp luật dân sự, năng lực hành vi dân sự phù hợp với giao dịch dân sự được xác lập; b) Chủ thể tham gia giao dịch dân sự hoàn toàn tự nguyện; c) Mục đích và nội dung của giao dịch dân sự không vi phạm điều cấm của luật, không trái đạo đức xã hội. 2. Hình thức của giao dịch dân sự là điều kiện có hiệu lực của giao dịch dân sự trong trường hợp luật có quy định.

¹³ Nguyễn Quang Tuyền, *Bình luận khoa học Luật Kinh doanh bất động sản (hiện hành) (sửa đổi, bổ sung năm 2020)*, Nxb. Chính trị quốc gia Sự thật, năm 2020, tr.65.

lập thành văn bản *bao gồm các nội dung*¹⁴ Theo quan điểm của một học giả thì đây “là những nội dung do các bên thoả thuận về nhà ở” và “không nên theo hướng bắt buộc phải có đầy đủ các nhóm điều khoản này trong hợp đồng mà nên quy định theo hướng gợi mở để các chủ thể có thể lựa chọn những điều khoản phù hợp ghi vào hợp đồng.”¹⁵ Như vậy, giữa hai quy định của hai Dự thảo liên quan đến nội dung của hợp đồng kinh doanh bất động sản, hợp đồng về nhà ở có sự bắt buộc giống nhau về việc phải ghi rõ nội dung theo quy định trong văn bản hợp đồng.

Pháp luật nước ngoài. Nghiên cứu pháp luật Hoa Kỳ liên quan đến hợp đồng thuê mua bất động sản, thì loại hợp đồng này có thể xem là một loại hợp đồng có điều kiện (*conditional sale*), điều kiện do các bên thoả thuận có thể là điều kiện rõ ràng, điều kiện ngầm định hoặc ngụ ý. Ở Hoa Kỳ, hợp đồng thuê mua bất động sản được quy định theo các quy định của tiểu bang và liên bang¹⁶. Theo đó hợp đồng thuê mua có hai dạng là hợp đồng thuê mua truyền thống và hợp đồng thuê mua quyền chọn được mua hoặc từ chối mua đối với nhà ở sau khi đã giao kết hợp đồng¹⁷. Hợp đồng thuê mua quy định những trách nhiệm mà người thuê/người mua và chủ nhà/người bán thực hiện trong suốt quá trình thuê. Hợp đồng này phải ghi rõ bất kỳ khoản phí tùy chọn nào và số tiền thanh toán hàng tháng sẽ được ghi có vào khoản thanh toán trước để mua nhà khi kết thúc hợp đồng thuê, khoản đặt cọc ban đầu và khoản tín dụng tiền thuê chỉ được trả cho người mua dưới dạng khoản thanh toán trước cho căn nhà nếu người thuê/người mua quyết định tiếp tục mua. Người thuê/người mua chịu trách nhiệm đảm bảo khoản vay bằng tài sản thế chấp cần thiết để hoàn tất việc mua nhà. Nếu người thuê/người mua không thể mua nhà do thiếu tài chính, người thuê và chủ nhà có thể đồng ý gia hạn thời gian tùy chọn, chuyển đổi hợp đồng thuê mua thành hợp đồng thuê truyền thống hoặc kết thúc hợp đồng với việc người thuê chuyển đi và chủ nhà sẽ tìm kiếm người thuê hoặc người mua

¹⁴ Sửa đổi, bổ sung Điều 121 Luật Nhà ở năm 2014.

¹⁵ Nguyễn Minh Oanh, *Bình luận Luật Nhà ở năm 2014*, Nxb. Lao Động, năm 2018, tr 420.

¹⁶ Ở Hoa Kỳ, các tiểu bang có thể có các quy định riêng về hợp đồng thuê mua bất động sản, nhưng cũng có các quy định của liên bang được áp dụng trên toàn quốc. Một số quy định liên bang về hợp đồng thuê mua bất động sản tại Mỹ: Đạo luật Trung gian Bất động sản (Real Estate Settlement Procedures Act - RESPA): Đạo luật này yêu cầu các bên liên quan đến hợp đồng thuê mua bất động sản phải cung cấp thông tin rõ ràng và chính xác về các khoản phí, chi phí và điều kiện của hợp đồng. Đạo luật Đảm bảo Tín dụng Bất động sản (Truth in Lending Act - TILA): Đạo luật này yêu cầu các bên cung cấp thông tin chi tiết về các khoản vay và chi phí liên quan đến hợp đồng thuê mua bất động sản. Đạo luật Bảo vệ người tiêu dùng liên bang (Consumer Protection Act - CPA): Đạo luật này bảo vệ quyền lợi của người tiêu dùng khi ký kết hợp đồng thuê mua bất động sản và yêu cầu các bên phải cung cấp thông tin chính xác và đầy đủ cho người tiêu dùng. Đạo luật Điều chỉnh Tín dụng Công bằng (Fair Credit Reporting Act - FCRA): Đạo luật này yêu cầu các bên cung cấp thông tin liên quan đến hợp đồng thuê mua bất động sản phải đảm bảo tính chính xác của thông tin. Ngoài ra, mỗi tiểu bang có thể có những quy định riêng về hợp đồng thuê mua bất động sản. Vì vậy, khi ký kết hợp đồng thuê mua bất động sản, các bên phải tìm hiểu kỹ các quy định pháp luật tiểu bang.

¹⁷ Park, Min (June 2021), “Alternatives to Traditional Mortgage Financing in Residential Real Estate: Rent to Own and Contract for Deed Sales”, *The Quarterly Journal of Finance*, 11 (02)

khác. Đối với hợp đồng thuê quyền chọn mua, pháp luật cho phép các bên có thể thoả thuận điều khoản là điều kiện phát sinh, thay đổi hay chấm dứt hợp đồng thuê mua. Theo đó, “thuê mua là một giao dịch có điều kiện, trong đó người mua nhận được quyền sử dụng đối với bất động sản thuê mua nhưng quyền sở hữu vẫn thuộc về người bán cho đến khi người thuê mua đáp ứng việc thực hiện một điều kiện theo thoả thuận.”¹⁸ Theo hợp đồng, quyền sở hữu không được chuyển cho người mua nếu các bên có thoả thuận về điều kiện tạm ngừng (*suspensive condition*) cho đến sau một khoảng thời gian nhất định hoặc cho đến khi một điều kiện cụ thể được đáp ứng. Thông thường, điều kiện này là người mua phải thanh toán đầy đủ giá mua. Chẳng hạn, các bên có thể thoả thuận hợp đồng thuê mua sẽ không có hiệu lực nếu người mua không trả đủ khoản tiền tối thiểu cho bên cho thuê mua. Nếu hợp đồng có hiệu lực, thoả thuận mua bán có điều kiện cũng bảo vệ bên cho thuê mua nếu bên thuê mua không trả được khoản nợ đối với bất động sản thuê mua, vì quyền sở hữu chỉ được chuyển cho bên thuê mua sau khi các điều kiện đã thoả thuận trong hợp đồng đều được thực thi nên bên cho thuê mua vẫn là chủ sở hữu hợp pháp đối với tài sản trong suốt thời hạn của hợp đồng. Điều này cũng cho phép bên cho thuê mua được quyền thu hồi tài sản một cách hợp pháp, mà không phải dùng đến các thủ tục thực thi tổn kém đối với bên thuê mua nếu bên thuê mua không thể tiếp tục thực hiện nghĩa vụ thanh toán đối với tài sản thuê mua.

Kiến nghị: Từ những phân tích nêu trên, tác giả đưa ra một số kiến nghị sửa đổi quy định về nội dung của hợp đồng thuê mua bất động sản, thuê mua nhà ở như sau: tác giả cho rằng không nên quy định theo hướng các nội dung được luật liệt kê là các điều khoản bắt buộc “phải” có trong hợp đồng mà theo hướng “*Hợp đồng về bất động sản có thể bao gồm những nội dung sau đây...*”, bởi những lý do sau: *Một là*, hợp đồng là sự thoả thuận giữa các bên nên cần quy định nội dung của hợp đồng nhằm đảm bảo tôn trọng tự do thoả thuận giữa các bên, miễn các bên không vi phạm điều cấm của luật, trái đạo đức xã hội; *hai là* trong những điều khoản được liệt kê theo luật đã chứa đựng những quy định riêng gắn với hiệu lực của điều khoản đó, ví dụ điều khoản về đối tượng là điều khoản cơ bản của hợp đồng nên phải tuân theo các quy định riêng¹⁹; tuy nhiên, những điều khoản khác như giá cả thì giá thuê mua nhà

¹⁸ Huey L. Golden, *The Conditional Sale in Louisiana Jurisprudence: Anatomy of a Synecdoche*, 54 La. L. Rev. (1993), pp.362

¹⁹ Điều 158 Dự thảo Luật Nhà ở quy định: Điều kiện của nhà ở tham gia giao dịch Giao dịch về mua bán, thuê mua, tặng cho, đổi, thế chấp, góp vốn bằng nhà ở thì nhà ở phải có đủ điều kiện sau đây:a) Có Giấy chứng nhận theo quy định của pháp luật, trừ trường hợp quy định tại khoản 2 Điều này;b) Không thuộc diện đang có tranh chấp, khiếu nại, khiếu kiện về quyền sở hữu; đang trong thời hạn sở hữu nhà ở đối với trường hợp sở hữu nhà ở có thời hạn;c) Không bị kê biên để thi hành án hoặc để chấp hành quyết định hành chính đã có hiệu lực pháp luật của cơ quan nhà nước có thẩm quyền hoặc không thuộc trường hợp bị áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời theo quyết định của tòa án;d) Không thuộc diện đã có quyết định thu hồi đất, có thông báo giải tỏa, phá dỡ nhà ở của cơ quan có thẩm quyền.Các điều kiện quy định tại điểm b và điểm c khoản này không áp dụng đối với trường hợp mua bán, thuê mua nhà ở hình thành trong tương lai.

ở được xác định theo giá thị trường hoặc theo quy định của Nhà nước đối với thuê mua nhà ở xã hội nên không cần quy định đây là những điều khoản bắt buộc phải có trong hợp đồng thuê mua bất động sản nói riêng và hợp đồng về kinh doanh bất động sản, hợp đồng về nhà ở nói chung. *Ba là*, trong hợp đồng thuê mua thì nghĩa vụ thanh toán đầy đủ theo từng đợt là quan trọng. Vì vậy, để đảm bảo và hạn chế những rủi ro nếu bên mua vi phạm điều khoản này thì luật nên có cơ chế cho phép các bên có thể xác lập những điều khoản là điều kiện phát sinh hay điều kiện tạm ngừng (hoặc điều kiện hoãn thực hiện hợp đồng), điều kiện huỷ bỏ trong giao dịch thuê mua bất động sản giữa các bên. Ví dụ, các bên có thể thoả thuận người mua có quyền chọn chấm dứt hợp đồng nếu không đủ khả năng tài chính để thanh toán trong quá trình thuê mua mà không phải chịu hình thức chế tài của hợp đồng; hoặc trong hợp đồng các bên có thể thoả thuận nếu bên mua không trả đủ số tiền phải thanh toán theo đợt thì việc mua bán chấm dứt, bên bán được đòi lại tài sản và được quyền giữ lại số tiền đã trả đến thời điểm mà bên mua vi phạm. Trường hợp bên mua vi phạm hợp đồng nhưng bên mua không thực hiện nghĩa vụ bồi thường, bên bán có thể cản trở nghĩa vụ này vào khoản đã thanh toán của bên mua. Mặt khác, các bên có thể thoả thuận điều kiện hoãn thực hiện hợp đồng, theo đó bên bán sẽ được hoãn không giao nhà cho đến khi người mua đã được thanh toán đầy đủ tiền hoặc người mua được quyền hoãn thực hiện hợp đồng nếu bên bán vi phạm nghĩa vụ giao nhà đúng chất lượng. Ngoài ra, các bên có thể thoả thuận về điều khoản bảo lưu quyền sở hữu cụ thể trong văn bản hợp đồng. Việc bảo lưu quyền sở hữu bao gồm việc người bán tiếp tục bảo lưu quyền sở hữu đối với tài sản mua bán cho đến khi người mua thanh toán đầy đủ.

2.2. Bất cập về nguyên tắc bán, cho thuê mua nhà ở xã hội trong Dự thảo Luật Nhà ở sửa đổi và kiến nghị hoàn thiện

Về nguyên tắc bán, cho thuê mua, cho thuê nhà ở xã hội (sửa đổi, bổ sung Điều 62 Luật Nhà ở năm 2014 và đưa một số điều của Nghị định số 16/2022/NĐ-CP), Điều 85 Dự thảo Luật Nhà ở (sửa đổi) quy định theo hướng bên thuê mua phải thực hiện một số nguyên tắc, chẳng hạn như khoản 4 Điều luật quy định “bên thuê, thuê mua nhà ở xã hội chỉ được sử dụng nhà ở phục vụ vào mục đích ở cho bản thân và các thành viên trong gia đình trong thời gian thuê, thuê mua; nếu bên thuê, thuê mua không còn nhu cầu thuê, thuê mua nhà ở thì chấm dứt hợp đồng và phải trả lại nhà ở này”; theo khoản 5 thì “Bên mua, bên thuê mua nhà ở xã hội không được bán lại nhà ở trong thời hạn tối thiểu là 05 năm, kể từ thời điểm thanh toán hết tiền thuê mua, tiền mua nhà ở; trường hợp trong thời hạn 05 năm, kể từ ngày bên mua, bên thuê mua đã thanh toán hết tiền mua, thuê mua nhà ở mà có nhu cầu bán nhà ở này thì chỉ được bán lại cho đơn vị quản lý nhà ở xã hội đó hoặc bán cho đối tượng thuộc diện được mua nhà ở xã hội nếu đơn vị này không mua với giá bán tối đa bằng giá bán nhà ở xã hội cùng loại tại cùng địa điểm, thời điểm bán. Việc xác định và nộp thuế thu nhập cá nhân thực hiện theo quy định của pháp luật về thuế”; khoản 6 Điều luật quy định “Bên mua, bên thuê mua nhà ở xã hội được

bán lại nhà ở này theo cơ chế thị trường cho các đối tượng có nhu cầu sau thời hạn 05 năm, kể từ khi đã thanh toán hết tiền mua, tiền thuê mua nhà ở và đã được cấp Giấy chứng nhận; bên bán không phải nộp tiền sử dụng đất theo quy định của Chính phủ và phải nộp thuế thu nhập theo quy định của pháp luật thuế”. Tuy nhiên, với các quy định trong điều luật này nhà làm luật tại bỏ ngõ hướng xử lý nếu chủ thể thuê mua nhà ở xã hội vi phạm những nguyên tắc nêu trên thì hậu quả sẽ như thế nào? Ví dụ: nếu bên thuê mua không bán lại cho đơn vị quản lý nhà ở xã hội hay cùng chủ thể được phép thuê mua NOXH mà bán lại cho chủ thể khác thì hướng xử lý đối với vi phạm này sẽ như thế nào? Theo quan điểm của tác giả thì quy định này nêu trên khá chung chung và cũng chưa nêu rõ hậu quả xử lý nếu các chủ thể vi phạm nguyên tắc trong việc bán, cho thuê mua, cho thuê nhà ở xã hội.

Kiến nghị: Tác giả cho rằng việc giữ lại quy định liên quan đến *nguyên tắc bán, cho thuê mua, cho thuê nhà ở xã hội* là phù hợp vì nhà ở xã hội là loại hình nhà ở đặc biệt hơn so với các loại nhà ở thông thường được dành riêng cho những đối tượng được ưu đãi theo chính sách, pháp luật của Nhà nước với mục đích mua nhà để có nơi ở, không phải những mục đích khác, nên việc tiếp tục quy định nguyên tắc ràng buộc đối với chủ thể mua loại nhà ở này là phù hợp. Mặt khác, so với khoản 6 Điều 62 Luật Nhà ở năm 2014²⁰ thì Điều 85 Dự thảo Luật Nhà ở sửa đổi đã lược bỏ những nội dung mang tính cưỡng chế hành chính là phù hợp. Tuy nhiên, nhằm đảm bảo cho nguyên tắc này được các chủ thể trong giao dịch thuê mua nhà ở xã hội thực hiện đúng quy định thì cần bổ sung thêm hướng xử lý đối nên các bên trong giao dịch vi phạm nguyên tắc này, nhằm giúp các chủ thể khi tham gia giao dịch xác định được nhưng nội dung cần phải tuân thủ và hậu quả xảy ra đối với giao dịch nếu vi phạm nguyên tắc. Qua đó, tác giả kiến nghị nên bổ sung thêm khoản 8 Điều 85 Dự thảo Luật Nhà ở sửa đổi là: trường hợp các bên tham gia giao dịch vi phạm khoản 5, 6 Điều luật này thì giao dịch về nhà ở bị vô hiệu và xử lý theo quy định của BLDS, trừ trường hợp Luật này có quy định khác. Việc bổ sung thêm quy định này sẽ góp phần đảm bảo hành lang pháp lý an toàn hơn cho các chủ thể khi tham gia giao dịch về nhà ở.

2.3. Bất cập trong quy định về hướng xử lý khi bên thuê mua NOXH vi phạm điều kiện thuê mua

Theo Điều 5 Dự thảo Luật Nhà ở sửa đổi, thì việc thực hiện các giao dịch mua bán nhà ở không đúng quy định là hành vi bị cấm.

Tuy nhiên, liên quan đến hậu quả trong trường hợp bên cho thuê mua NOXH; bên thuê mua NOXH vi phạm hợp đồng thuê mua NOXH thì Dự thảo Luật Nhà ở sửa đổi theo hướng

²⁰ Mọi trường hợp cho thuê, thuê mua, bán NOXH không đúng quy định của Luật này thì hợp đồng cho thuê, thuê mua bán nhà ở không có giá trị pháp lý và bên thuê, thuê mua, mua phải bàn giao lại nhà ở cho đơn vị quản lý NOXH; trường hợp không bàn giao lại nhà ở thì Ủy ban nhân dân cấp tỉnh nơi có nhà ở tổ chức cưỡng chế để thu hồi lại nhà ở đó

“Trường hợp thuê mua nhà ở xã hội không thuộc sở hữu nhà nước thì bên cho thuê mua được chấm dứt hợp đồng thuê mua nhà ở, được thu hồi nhà ở đang cho thuê mua khi thuộc một trong các trường hợp luật định” (*Khoản 2 Điều 175 Dự thảo Luật Nhà ở (sửa đổi)*), “bên thuê mua nhà ở xã hội được chấm dứt hợp đồng thuê mua theo thỏa thuận trong hợp đồng; trường hợp đã nhận bàn giao nhà ở thì phải trả lại nhà ở này cho bên cho thuê mua (*Khoản 3 Điều 175 Dự thảo Luật Nhà ở (sửa đổi)*).”²¹ Nhưng, điều luật không quy định cụ thể là khoản tiền bên thuê mua đã trả cho bên cho thuê mua sẽ được giải quyết như thế nào? Trường hợp bên thuê mua, bán NOXH vi phạm nguyên tắc chung đã bị xử lý hành chính theo quy định của pháp luật hành chính, tuy nhiên, giao dịch liên quan đến thuê mua, bán NOXH mặc dù có đối tượng nhà ở đặc biệt nhưng về bản chất vẫn là một loại giao dịch dân sự, và theo tinh thần của Điều 3 Bộ luật Dân sự năm 2015 các chủ thể xác lập giao dịch đều bình đẳng, không phân biệt đối xử. Mặt khác hợp đồng thuê mua, bán NOXH cũng xuất phát từ tinh thần tự do, tự nguyện cam kết thỏa thuận giữa chủ đầu tư và bên thuê mua, bán, cho nên thiết nghĩ trong trường hợp bên thuê mua, bán NOXH hay các bên vi phạm thì cũng sẽ giải quyết hậu quả theo tinh thần của pháp luật dân sự. Vì vậy, tác giả kiến nghị hướng xử lý đối với trường hợp bên thuê mua NOXH vi phạm nguyên tắc chung thì giải quyết hậu quả theo hướng tuyên bố hợp đồng vô hiệu như Điều 131 Bộ luật Dân sự năm 2015.

2.3. Bất cập trong quy định về quyền, nghĩa vụ giữa bên cho thuê mua và bên thuê mua khi chấm dứt hợp đồng thuê mua NOXH và kiến nghị hoàn thiện

Điều 174 của Dự thảo Luật Nhà ở sửa đổi (giữ nguyên Điều 135 Luật Nhà ở năm 2014). Theo Khoản 2 Điều 174 quy định trường hợp bên thuê mua nhà ở chết thì giải quyết như sau: a) Nếu có người thừa kế hợp pháp đang cùng sinh sống tại nhà ở đó thì người thừa kế hợp pháp đó được tiếp tục thuê mua nhà ở, trừ trường hợp người thừa kế hợp pháp tự nguyện trả lại nhà ở thuê mua; b) Nếu có người thừa kế hợp pháp nhưng không cùng sinh sống tại nhà ở đó mà bên thuê mua nhà ở đã thực hiện được hai phần ba thời hạn thuê mua thì người thừa kế hợp pháp được thanh toán hết số tiền tương ứng với một phần ba thời hạn thuê mua còn lại và được cơ quan nhà nước có thẩm quyền cấp Giấy chứng nhận đối với nhà ở đó; c) Nếu có người thừa kế hợp pháp nhưng không thuộc diện quy định tại điểm a và điểm b khoản này thì bên cho thuê mua được quyền thu hồi nhà ở và người thừa kế hợp pháp được hoàn trả số tiền mà bên thuê mua nhà ở đã nộp lần đầu có tính lãi suất theo quy định về lãi suất không kỳ hạn liên ngân hàng tại thời điểm hoàn trả; d) Nếu không có người thừa kế hợp pháp thì số tiền thuê mua đã nộp lần đầu thuộc sở hữu của Nhà nước và bên cho thuê mua được thu hồi nhà ở thuê mua để ký hợp đồng thuê, thuê mua với đối tượng thuộc diện được thuê, thuê mua nhà ở xã hội theo quy định của Luật này.”

²¹ Giữ nguyên khoản 1, khoản 2 Điều 136 Luật Nhà ở năm 2014.

Tác giả cho rằng trường hợp bên thuê mua, mua NOXH chết mà có người thừa kế hợp pháp thì sẽ giải quyết theo quy định của pháp luật về thừa kế. Bởi lẽ, thứ nhất, như quy định nêu trên thì việc xác định người thừa kế hợp pháp đang cùng sinh sống hay không cùng sinh sống trên thực tế là không đơn giản. Nếu người thừa kế đang sống chung nhưng phải công tác ở xa một thời gian dài thì sẽ giải quyết như thế nào? Việc xác định căn cứ “người sinh sống cùng” dựa trên những tiêu chí nhất định nào, điều luật không nêu rõ? Thứ hai, tại sao pháp luật lại có sự phân biệt giữa người thừa kế đang cùng sinh sống và người thừa kế không cùng sinh sống tại nhà ở, việc phân biệt này dựa trên cơ sở nào pháp luật không quy định cụ thể. Thứ ba, “nếu có người thừa kế hợp pháp những không thuộc diện nêu trên thì bên cho thuê mua được quyền thu hồi nhà ở và người thừa kế hợp pháp chỉ được hoàn trả số tiền đã nộp lần đầu có tính đến lãi suất”, tác giả cho rằng quy định này là không phù hợp và theo hướng có lợi cho bên cho thuê mua nhà ở xã hội, đối với trường hợp bên thuê mua NOXH đã thanh toán 1/2, 2/3 hay đã hoàn thành nghĩa vụ thanh toán và đang chờ cấp giấy chứng nhận chủ quyền nhà thì về nguyên tắc khi bên cho thuê mua chết, căn nhà sẽ thuộc về người thừa kế; trường hợp người thừa kế không được bàn giao nhà thì được nhận lại khoản tiền hoàn trả tương ứng với khoản tiền bên cho thuê mua đã thanh toán có tính đến lãi suất. Quy định như hiện nay tạo ra sự bất bình đẳng và bất hợp lý, cũng như tạo ra sự bất cập giữa quy định của pháp luật nhà ở, BLDS năm 2015 nói chung và các quy định về hợp đồng, thừa kế nói riêng.

Thực tiễn, liên quan đến thừa kế nhà ở thuộc sở hữu Nhà nước, theo Án lệ số 31/2020/AL về xác định quyền thuê nhà, mua nhà thuộc sở hữu của Nhà nước theo Nghị định số 61/CP ngày 05 tháng 7 năm 1994 của Chính Phủ là quyền tài sản, Tòa án cũng có hướng giải quyết tương tự, theo Hội đồng Thẩm phán: cụ T là người có công với cách mạng, nên được Quân khu 7 xét cấp nhà số 63 đường B nêu trên theo tiêu chuẩn của sĩ quan quân đội. Đến thời điểm cụ T chết năm 1995, cụ chưa làm thủ tục mua hóa giá nhà đối với nhà số 63 nêu trên. Theo quy định tại Điều 188 và Điều 634 BLDS năm 1995, quyền thuê, mua hóa giá nhà của cụ T là quyền tài sản (trị giá được bằng tiền) và được chuyển giao cho các thừa kế của cụ T. Do đó, bà H và ông T1 được hưởng thừa kế quyền thuê, mua hóa giá nhà của cụ T.” Như vậy, Tòa án đã theo hướng mặc dù ở thời điểm chết Cụ T chưa có quyền sở hữu đối với căn nhà hóa giá nhưng quyền mua, hóa giá nhà của cụ T là quyền tài sản (trị giá được bằng tiền) vẫn có thể được chuyển giao cho những người thừa kế. Tác giả cho rằng, quy định tại Điều 199 của Dự thảo Luật Nhà ở sửa đổi liên quan đến thừa kế cũng nên theo hướng tương tự đối với trường hợp bên thuê mua, mua NOXH chết nhưng chưa hoàn tất thủ tục thuê mua, mua NOXH.

2.4. Bất cập do thiếu quy định về việc bên cho thuê mua bất động sản (chủ đầu tư dự án) phải có nghĩa vụ cung cấp thông tin đầy đủ, trung thực liên quan đến dự án đầu tư và kiến nghị hoàn thiện

Theo quy định tại Điều 182 Dự thảo Luật nhà ở (sửa đổi) 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. 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 theo quy định tại khoản này 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”. Về nguyên tắc chủ đầu tư nhà ở muốn bán nhà ở 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 khách hàng và bên nhận thế chấp đồng ý. Bên cạnh đó, điểm đ khoản 1 Điều 41 Dự thảo Luật kinh doanh bất động sản (sửa đổi) cũng quy định: Trường hợp dự án đang thế chấp để bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ theo quy định của pháp luật thì phải thực hiện giải chấp; trừ trường hợp bên chuyển nhượng, bên nhận chuyển nhượng và bên nhận thế chấp đồng ý bằng văn bản. Ngoài ra, Điều 40, Điều 41 Dự thảo Luật kinh doanh bất động sản (sửa đổi) quy định những nguyên tắc liên quan đến chuyển nhượng dự án bất động sản, điều kiện khi chuyển nhượng toàn bộ hoặc một phần dự án bất động sản mà chủ đầu tư dự án phải đảm bảo thực hiện trước khi thực hiện chuyển nhượng. Như vậy, cả hai Dự thảo luật đều quy định về Dự án bất động sản nhưng không có quy định nào liên quan đến nghĩa vụ cung cấp thông tin, minh bạch thông tin về dự án của chủ đầu tư đối với người thuê mua, người mua nhà ở trong dự án đầu tư xây dựng nhà ở nói riêng và dự án bất động sản nói chung.

Kiến nghị: Tác giả kiến nghị cần bổ sung quy định cụ thể về việc chủ đầu tư phải có nghĩa vụ cung cấp thông tin về dự án đầu tư xây dựng nhà ở, chẳng hạn dự án đã được thế chấp nhưng chưa giải chấp hay chưa được xoá đăng ký thế chấp đến bên mua, bên cho thuê mua nhà ở. Luật cần quy định chủ đầu tư phải cung cấp đầy đủ, trung thực các thông tin có liên quan đến dự án đầu tư xây dựng nhà ở khi giao kết hợp đồng mua, thuê mua. Nếu chủ đầu tư không cung cấp thông tin và không có thoả thuận cụ thể đối với bên mua, bên cho thuê mua nhà ở về những thông tin có thể ảnh hưởng đến việc chấp nhận giao kết hợp đồng thì cần có biện pháp xử lý thế nào đối với những vi phạm nghĩa vụ nêu trên. Chẳng hạn, nếu chủ đầu tư không cung cấp hồ sơ giải chấp hoặc giấy xác nhận của cơ quan có thẩm quyền về việc dự án đủ điều kiện bán nhà ở, cho thuê mua nhà ở thì có biện pháp xử lý hay không? Nhiều trường hợp xảy ra hậu quả khách hàng mua nhà trong dự án nhưng không được bàn giao, hoặc đã được bàn giao những chưa được cấp chủ quyền do vướng mắc thủ tục liên quan đến việc chưa

thực hiện những nghĩa vụ cam kết giữa chủ đầu tư với Nhà nước, với bên nhận thế chấp, với các cá nhân, tổ chức có liên quan khác thì quyền lợi của bên mua, bên cho thuê mua trong trường hợp này sẽ được giải quyết như thế nào? Pháp luật về nhà ở, kinh doanh bất động sản chưa quy định cụ thể đối với trường hợp này.

BLDS 2015 cũng có quy định về nghĩa vụ cung cấp thông tin trong giao kết hợp đồng²². Theo đó, trường hợp một bên có thông tin ảnh hưởng đến việc chấp nhận giao kết hợp đồng của bên kia thì phải thông báo cho bên kia biết. Bên vi phạm nghĩa vụ này mà gây thiệt hại thì phải bồi thường. Như vậy, nếu áp dụng theo quy định của BLDS thì bên mua, bên thuê mua có thể yêu cầu phía chủ đầu tư bồi thường nếu không thực hiện nghĩa vụ cung cấp thông tin, nhưng việc chứng minh thiệt hại thực tế từ phía bên mua, bên thuê mua nhà không phải là vấn đề đơn giản. Trường hợp, nếu khách hàng chứng minh bên phía chủ đầu tư không trung thực trong việc cung cấp thông tin để xác định hành vi lừa dối, thì luật cũng cần cơ chế bảo vệ quyền lợi của bên mua, bên cho thuê mua nếu giao dịch bị vô hiệu, vì khi giao dịch vô hiệu bên yếu thế là bên thuê mua phải hoàn lại bất động sản cho bên cho thuê mua, giải pháp này không bảo vệ được quyền lợi của bên thuê mua nếu trên thực tế đây là căn hộ mà người mua vẫn muốn lựa chọn để sở hữu. Vì vậy, thiết nghĩ hai Dự thảo cũng cần bổ sung thêm quy định về nghĩa vụ cung cấp thông tin trung thực, minh bạch về Dự án đầu tư bất động sản của Chủ đầu tư dự án và đồng thời quy định hướng xử lý đối với trường hợp chủ đầu tư dự án vi phạm nghiêm trọng nghĩa vụ này. Theo đó, hợp đồng thuê mua bị vi phạm và bên thuê mua bất động sản có thể yêu cầu huỷ bỏ hợp đồng, đòi phạt vi phạm, bồi thường thiệt hại nếu chứng minh bên cho thuê mua đã có hành vi vi phạm nghĩa vụ cung cấp thông tin sai sự thật, gây thiệt hại nghiêm trọng đối với bên cho thuê mua.

Mặt khác, nếu muốn thuê mua nhà tại các dự án đầu tư xây dựng nhà ở thì nhằm giải thiểu những rủi ro có thể xảy ra trong tương lai bên mua, bên thuê mua phải chủ động tìm hiểu về dự án đầu tư xây dựng nhà ở, nhà ở trong dự án mình muốn mua nhằm tránh hoặc giảm thiểu rủi ro. Thông thường thực tế để tránh rủi ro, khi ký hợp đồng mua bán, thuê mua; bên mua, bên thuê mua yêu cầu chủ đầu tư cung cấp những thông tin như văn bản của cơ quan nhà nước có thẩm quyền về việc cho phép chuyển nhượng toàn bộ hoặc một phần dự án bất động sản, Dự án đã được cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất hoặc được đăng ký biến động vào giấy chứng nhận đã cấp cho chủ đầu tư chuyển nhượng theo quy định của pháp luật, giấy phép xây dựng dự án của dự án do cơ quan nhà nước có thẩm quyền chấp thuận, quyết định cho phép chuyển nhượng toàn bộ hoặc một phần dự án bất động sản của cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Trường hợp Dự án đang thế chấp thì cần có văn bản đã giải chấp của cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Trường hợp

²² Điều 387 BLDS năm 2015.

nếu chủ đầu tư chưa giải chấp thì phải có ý kiến của ngân hàng bằng văn bản đồng ý cho chủ đầu tư huy động vốn. Đồng thời bên mua, bên thuê mua phải tự mình tìm hiểu, kiểm tra xem xét dự án đó đã có văn bản thông báo đủ điều kiện huy động vốn đối với việc bán bất động sản trong dự án hay chưa? Nói cách khác, để đảm bảo an toàn cho tài sản của mình, trước khi quyết định mua, thuê mua nhà ở trong các dự án bất động sản; bên mua, bên thuê mua cần phải chủ động tìm hiểu đầy đủ thông tin pháp lý của dự án. Đó là cách hữu hiệu nhất để giảm thiểu rủi ro trong quá trình đầu tư bằng hình thức mua, thuê mua tại các dự án bất động sản hiện nay. Tuy nhiên, không phải bên mua, bên thuê mua nào cũng hiểu và dự liệu những rủi ro có thể xảy ra để có những bước tìm hiểu cụ thể. Nên, cần thiết phải có các quy định chặt chẽ hơn trong luật đối với những vấn đề đã được phân tích cụ thể trên.

Kết luận

Qua nghiên cứu quy định của Dự thảo Luật Nhà ở (sửa đổi) và Dự thảo Luật kinh doanh bất động sản (sửa đổi), tác giả nhận thấy vẫn còn nhiều bất cập liên quan đến hợp đồng thuê mua bất động sản nói chung và hợp đồng thuê mua nhà ở nói riêng. Trong phạm vi bài viết, tác giả phân tích và kiến nghị về một số vấn đề như: Một là, cần có sự thống nhất giữa hai Dự thảo về nội dung của hợp đồng thuê mua bất động sản và cho phép các bên có thể tự do, tự nguyện đưa ra những thoả thuận, những cam kết liên quan đến nội dung của hợp đồng thuê mua bất động sản. Hai là, cần có cơ chế xử lý vi phạm nguyên tắc về thuê mua nhà ở xã hội. Ba là, quy định hướng xử lý khi bên thuê mua NOXH vi phạm điều kiện thuê mua. Bốn là, cần xây dựng những quy định nhằm đảm bảo cân bằng lợi ích về quyền, nghĩa vụ giữa bên cho thuê mua (chủ đầu tư dự án) và bên thuê mua khi chấm dứt hợp đồng thuê mua NOXH. Năm là, cần quy định cụ thể nghĩa vụ cung cấp thông tin của chủ đầu tư về pháp lý của dự án hay bất động sản trong dự án, đặc biệt đối với dự án đang được thế chấp hay đã được xoá đăng ký thế chấp, đồng thời cần nêu rõ trong Luật các hậu quả, biện pháp xử lý đối với chủ đầu tư nếu vi phạm nghĩa vụ này./.

SỰ PHÂN CÔNG, PHỐI HỢP, KIỂM SOÁT QUYỀN ĐẠI DIỆN CHỦ SỞ HỮU TOÀN DÂN VỀ ĐẤT ĐAI TRONG GIAO DỊCH VỀ BẤT ĐỘNG SẢN

TS.CCV. Ninh Thị Hiền

Trưởng VPCC Ninh Thị Hiền, Giảng viên thỉnh giảng tại một số trường đại học tại TP. Hồ Chí Minh

Tóm tắt:

Dự thảo Luật Đất đai (sửa đổi) và Luật Kinh doanh bất động sản (sửa đổi) thừa nhận “Xác nhận giao dịch qua sàn” có giá trị tương đương với chứng nhận của Công chứng viên thuộc các tổ chức hành nghề công chứng hiện nay. Bài viết phân tích một số đặc điểm của mô hình công chứng Latinh mà Việt Nam đang thực hiện, đồng thời nêu ra những bất cập của việc “Xác nhận các giao dịch bất động sản thực hiện thông qua sàn” dưới góc độ phân công, phối hợp, kiểm soát quyền đại diện chủ sở hữu toàn dân về đất đai giữa các cơ quan hành pháp.

Từ khóa: Xác nhận, chứng nhận, sàn giao dịch bất động sản, tổ chức hành nghề công chứng, giao dịch bất động sản.

Abstract:

The Drafts of the Land Law (amended) and the Drafts Real Estate Trading Law (amended) recognize that "Certification of the transaction concerning the real estate via the real estate trading floors" has equivalent validity to the authentication of Notaries from notarial practice organizations. The article analyzes the characteristics of the Latin notary model that is currently practiced in Vietnam, as well as the inadequacies of the "Certification of the transaction concerning the real estate via the real estate trading floors" from the perspective of the delegation of duties and the cooperation between executive governmental bodies for the administration of the authority to represent the public in the People's ownership of lands.

Keywords: *Certification; Authentication; Real estate trading floors; Notarial practice organizations; Transaction concerning real estate.*

Đất đai thuộc sở hữu toàn dân do Nhà nước đại diện chủ sở hữu và thống nhất quản lý. Nhà nước trao quyền cho Chính Phủ và Ủy ban nhân dân các cấp thực hiện quyền đại diện chủ sở hữu về đất đai. Luật Đất đai hiện hành và Điều 14 Dự thảo Luật Đất đai (sửa đổi) quy định về “Quyền của Nhà nước là đại diện chủ sở hữu về đất đai” gồm quyền “Quy định quyền

và nghĩa vụ của người sử dụng đất phù hợp với hình thức giao đất, cho thuê đất, công nhận quyền sử dụng đất, nguồn gốc sử dụng đất và nghĩa vụ tài chính của người sử dụng đất”.

Quy định pháp luật về việc thực hiện quyền này đã giúp giao dịch về BĐS giữa tổ chức, hộ gia đình cá nhân không hoạt động kinh doanh BĐS mà giao dịch buộc phải công chứng, chứng thực tương đối ổn định. Còn đối với những giao dịch công chứng tự nguyện thuộc nhóm “một bên hoặc các bên tham gia giao dịch là tổ chức hoạt động kinh doanh bất động sản” vẫn còn gây ra những bất ổn cho thị trường¹.

Để hạn chế những bất cập trên, Khoản 2 Điều 46 DT-LĐĐ quy định về “Điều kiện chuyển nhượng quyền sử dụng đất trong thực hiện dự án bất động sản gồm các điều kiện khác theo quy định của Luật Nhà ở, Luật Kinh doanh bất động sản”. Điều 57 Dự thảo Luật Kinh doanh bất động sản (sửa đổi) DT-LKDBĐS quy định: Chủ đầu tư bán, cho thuê mua nhà ở hình thành trong tương lai, công trình xây dựng hình thành trong tương lai; Việc chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê lại quyền sử dụng đất đối với các dự án kinh doanh bất động sản thông qua sàn giao dịch bất động sản. Nhà nước khuyến khích tổ chức, cá nhân mua, bán, cho thuê nhà ở, các công trình xây dựng thực hiện giao dịch bất động sản thông qua sàn giao dịch bất động sản. Khoản 5 Điều 61 DT-LKDBĐS quy định “*Giấy xác nhận giao dịch qua sàn là cơ sở để các chủ thể tham gia giao dịch kê khai nộp thuế cho nhà nước, đăng ký biến động, sang tên quyền sở hữu tài sản, quyền sử dụng đất*”. “Xác nhận giao dịch qua sàn” này có giá trị pháp lý như chứng nhận của các tổ chức hành nghề công chứng.

Hiện nay, đa phần thủ tục chứng nhận các giao dịch bất động sản để các chủ thể kê khai nộp thuế, đăng ký biến động quyền sở hữu tài sản, quyền sử dụng đất thuộc thẩm quyền của Công chứng viên (CCV) thuộc các tổ chức hành nghề công chứng theo quy định của Luật Đất đai năm 2013, Luật Nhà ở năm 2014, Luật Kinh doanh BĐS năm 2014 và Luật Công chứng năm 2014. Việc chứng nhận này thuộc nhóm hoạt động Bổ trợ Tư pháp thuộc chức năng, nhiệm vụ của Bộ Tư pháp².

Việc thay thế chứng nhận của Công chứng viên bằng “Xác nhận giao dịch qua sàn” là không phù hợp với nguyên tắc “Quyền lực nhà nước là thống nhất, có sự phân công, phối hợp,

¹ Truy tố chủ tịch Tập đoàn Mường Thanh Lê Thanh Thân tội lừa dối khách hàng

<https://tuoitre.vn/truy-to-chu-tich-tap-doan-muong-thanh-le-thanh-than-toi-lua-doi-khach-hang-20230423083405658.htm>

Thanh tra Chính phủ yêu cầu làm rõ sai phạm dự án khu dân cư Phước Tân ở Đồng Nai, <https://tuoitre.vn/thanh-tra-chinh-phu-yeu-cau-lam-ro-sai-pham-du-an-khu-dan-cu-phuoc-tan-o-dong-nai-20230320165353273.htm>

² Trong phạm vi quyền hạn về hoạt động Bổ trợ tư pháp, Bộ Tư pháp có quyền: Hướng dẫn, kiểm tra tổ chức và hoạt động công chứng; Bổ nhiệm, bổ nhiệm lại, miễn nhiệm công chứng viên; Quản lý nhà nước về tổ chức và tư vấn pháp luật công chứng trong phạm vi cả nước; Cấp phép thành lập cơ sở đào tạo nghề công chứng... Nghị định số 98/2022/NĐ-CP ngày 29/11/2022 Quy định, chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Bộ Tư pháp.

kiểm soát giữa các cơ quan nhà nước” (Điều 2 Hiến pháp năm 2013). Cũng như nguyên tắc hoạt động của Chính phủ “Khi thực hiện quyền Chính phủ phải phân định rõ nhiệm vụ, quyền hạn, trách nhiệm chức năng, phạm vi quản lý giữa các bộ, cơ quan ngang bộ; Minh bạch, hiện đại hóa hoạt động của Chính phủ, các bộ, cơ quan ngang bộ, cơ quan hành chính nhà nước các cấp; bảo đảm thực hiện một nền hành chính thống nhất, thông suốt, liên tục, dân chủ, hiện đại, phục vụ Nhân dân, chịu sự kiểm tra, giám sát của Nhân dân” (Điều 5 Luật Tổ chức Chính phủ năm 2015). Đồng thời, việc thay thế này không đảm bảo thể chế tạo lập văn bản công chứng có bản chất, vai trò tương đồng với các quốc gia trên thế giới, đặc biệt hiện nay Việt Nam là thành viên Liên minh Công chứng Quốc tế (UINL).

Bài viết phân tích những bất cập, hạn chế về việc thay thế chức năng công chứng hợp đồng, giao dịch bất động sản bằng “*Xác nhận giao dịch qua sàn*”, trong dự thảo Luật Đất đai và dự thảo Luật Kinh doanh bất động sản sửa đổi, nhằm đưa ra những kiến nghị phù hợp nhằm bảo đảm quyền con người, quyền công dân, hài hòa lợi ích giữa nhà nước người dân và doanh nghiệp, bảo đảm ổn định an toàn xã hội trong bối cảnh “Tiếp tục xây dựng và hoàn thiện Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam giai đoạn mới” theo Nghị quyết số 27-NQ/TW ngày 9/11/2022 Hội nghị lần thứ 6 Ban chấp hành Trung ương Đảng khóa XIII.

1. Tiêu chuẩn của một văn bản công chứng về giao dịch bất động sản

Để một văn bản về giao dịch bất động sản có hiệu lực pháp luật trên phạm vi quốc gia và cấp độ quốc tế văn bản đó không những đáp ứng về bất động sản đủ điều kiện tham gia thị trường bất động sản mà còn đáp ứng nhiều tiêu chuẩn khác đã được đa số các quốc gia thừa nhận.

Hiện nay, Việt Nam là thành viên Liên minh công chứng quốc tế UINL, đa phần các quốc gia và vùng lãnh thổ thuộc hệ thống công chứng La-tinh (Latin Notary System), là mô hình công chứng theo hệ thống pháp luật thành văn (Civil Law Notary System). UINL đã gợi ý sáu tiêu chuẩn của một văn bản công chứng hay còn gọi là công cụ xác thực (Authentic instrument) gồm³: 1) Văn bản công chứng, tài liệu xác thực phải được lập hoặc soạn thảo, xác nhận bởi cơ quan công quyền hoặc người được ủy nhiệm từ nhà nước. 2) Tài liệu được soạn thảo như là một tài liệu xác thực; 3) Tuân thủ quy trình, thủ tục pháp lý về nhận dạng, năng lực pháp luật, cùng với sự đồng ý là sự hiểu biết tốt nhất về phạm vi và hậu quả pháp lý của người yêu cầu công chứng, CCV hành động độc lập và không thiên vị, 4) Tính xác thực của các thông tin liên quan khác; 5) Tính bền vững, Văn bản công chứng phải được lưu giữ và luôn trong tình trạng dễ dàng truy cập cho người có liên quan và cơ quan có thẩm quyền; 6) Tăng

³ Tác giả lược dịch bài: [Study on the definition of notarial authentic act and annex on costs truy cập ngày 1/9/2020 từ https://www.uinl.org/documents/20181/339555/ANM_CGK-11-1-EN-Acte+Authent.%2BCosts/6dd7b827-63d9-41d9-868b-2856af50b105](https://www.uinl.org/documents/20181/339555/ANM_CGK-11-1-EN-Acte+Authent.%2BCosts/6dd7b827-63d9-41d9-868b-2856af50b105).

tính có hiệu lực của văn bản công chứng, tăng khả năng chứng minh, khả năng thực thi, giả định về tính chính xác, tính hợp pháp cũng như tính hiệu lực ở cấp độ quốc tế.

Để thực hiện được những nội dung trên một cách hiệu quả, thể chế công chứng cần đáp ứng một số các điều kiện chính sau:

- CCV của tổ chức hành nghề công chứng phải được nhà nước trao quyền, ủy nhiệm cho CCV cung cấp dịch vụ công về công chứng nhằm bảo đảm an toàn pháp lý cho các bên tham gia hợp đồng, giao dịch; phòng ngừa tranh chấp; góp phần bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của cá nhân, tổ chức; ổn định và phát triển kinh tế - xã hội.

- CCV và tổ chức hành nghề công chứng phải độc lập, trung lập và không thiên vị, không phụ thuộc vào bất kỳ bên thứ ba nào khác khi cung cấp dịch vụ công về công chứng.

- Với vai trò phòng ngừa tranh chấp bên cạnh việc CCV chịu trách nhiệm trước pháp luật và trước người yêu cầu công chứng về văn bản công chứng của mình. CCV phải có trình độ chuyên môn cao nhất. Một số quốc gia như nước Ý hay Cộng hòa Malra yêu cầu công chứng viên phải đạt trình độ tiến sĩ luật. CCV là người chứng nhận hợp đồng giao dịch, không phải là tổ chức hành nghề công chứng.

- Tổ chức hành nghề công chứng phải tổ chức môi trường cho Công chứng viên thực hiện việc chứng nhận và cung cấp dịch vụ công về công chứng. Cá nhân CCV là người trực tiếp thực hiện việc chứng nhận chứ không phải tổ chức hành nghề công chứng.

Trong bối cảnh hội nhập, thể chế công chứng Việt Nam đã xây dựng và phần nào đáp ứng những tiêu chuẩn của văn bản công chứng như các quốc gia trong Liên minh công chứng quốc tế.

Để đáp ứng những tiêu chuẩn của một giao dịch về bất động sản như trên, khi xây dựng Dự thảo Đất đai (sửa đổi) đã trao quyền cho Sàn giao dịch bất động sản xác nhận giao dịch về bất động sản, dựa trên bản đánh giá thủ tục hành chính. Căn cứ vào những tiêu chí mà bản đánh giá thủ tục này đưa ra chưa phản ánh đầy đủ thực trạng pháp luật hiện hành như phân tích dưới đây.

2. Bản đánh giá thủ tục hành chính trong dự thảo Luật Kinh doanh bất động sản chưa phản ánh đầy đủ thực trạng pháp luật

Bản đánh giá thủ tục hành chính trong dự thảo Luật Kinh doanh bất động sản số 183/BC-BXD ngày 28/12/2022 xác định cần phải đưa vào Dự thảo Luật hai thủ tục hành chính, trong đó có thủ tục hành chính 2 là “Thủ tục công nhận hoạt động của sàn giao dịch BĐS”. Theo biểu mẫu đánh giá tác động của thủ tục hành chính dự kiến nêu trong bản bản đánh giá có các tiêu chí đánh giá chưa phản ánh đầy đủ thực trạng pháp luật ở những nội dung: Tên thủ tục hành chính; Cơ quan giải quyết thủ tục hành chính; Đối tượng thực hiện; Chi phí thực hiện

thủ tục hành chính; Thủ tục hành chính; Cơ sở đào tạo, bồi dưỡng kiến thức hành nghề; Tính tương thích với điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên, cụ thể:

2.1. Hoạt động công chứng đã được xây dựng và phát triển tại Việt Nam

Thế chế công chứng của tại Việt Nam bắt đầu từ thời kỳ Pháp thuộc, văn bản công chứng đầu tiên được lập tại Việt Nam vào năm 1886. Sau khi cách mạng tháng Tám thành công, ngày 01 tháng 10 năm 1945, Bộ trưởng Bộ Tư pháp đã ký quyết định về một số việc liên quan đến hoạt động công chứng và tiếp tục phát triển cho đến ngày nay. Thế chế công chứng Việt Nam phát triển theo mô hình công chứng Latinh (Latin Notary System). Các quốc gia thuộc Hệ thống Công chứng Latinh sử dụng pháp luật thành văn là nguồn luật chính để quản lý và điều chỉnh các mối quan hệ xã hội.

Nhiệm vụ chính của CCV là chứng nhận tính xác thực, hợp pháp của hợp đồng, giao dịch dân sự khác bằng văn bản. Trước năm 2014 đa số các giao dịch về bất động sản đều do CCV chứng nhận. Hiện nay, phạm vi công chứng của CCV được quy định trong các văn bản pháp luật chuyên ngành.

Các tổ chức hành nghề công chứng được thành lập bởi quyết định cho phép của Ủy ban nhân dân cấp tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương và Sở Tư pháp cấp giấy phép đăng ký hoạt động. Tính đến ngày 30/6/2022, cả nước có 1.151 Tổ chức hành nghề công chứng (TCHNCC), trong đó có 120 Phòng công chứng và 1.031 Văn phòng công chứng. Hiện nay, tại 63/63 tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương đều có Văn phòng công chứng theo chủ trương xã hội hóa. Việc phân bổ này đã tạo điều kiện thuận lợi cho cá nhân, tổ chức trong việc tiếp cận các dịch vụ công chứng.

CCV chịu trách nhiệm trước pháp luật và trước người yêu cầu công chứng về văn bản công chứng của mình. Do đó, Luật Công chứng quy định: CCV được bổ nhiệm đều có trình độ cử nhân luật trở lên; Có thời gian công tác pháp luật từ 05 năm trở lên tại các cơ quan, tổ chức sau khi đã có bằng cử nhân luật; Điều qua đào tạo nghề công chứng với thời gian đào tạo nghề công chứng là 12 tháng; Hoàn thành thời gian tập sự hành nghề công chứng là 12 tháng; Đạt yêu cầu kiểm tra kết quả tập sự được tổ chức bởi Bộ Tư pháp và đều phải tham gia bồi dưỡng nghiệp vụ công chứng hàng năm. Tính đến ngày 31/12/2022, cả nước có khoảng 3.100 CCV.

Hiện nay, Học viện Tư pháp được giao nhiệm vụ đào tạo các chức danh tư pháp gồm: Đào tạo nghề công chứng và bồi dưỡng CCV hàng năm. Theo Quyết định số 1155/QĐ-TTg ngày 30/9/2022 Thủ tướng chính phủ đã quyết định tiếp tục xây dựng Học viện Tư pháp thành trung tâm lớn đào tạo các chức danh tư pháp”.

Với việc cung cấp dịch vụ công về công chứng, góp phần phòng ngừa tranh chấp, hoạt động công chứng ngày càng được khẳng định. Trong vòng 7 năm từ năm 2015 đến năm 2021 cả

nước đã công chứng được hơn 41 triệu việc; tổng số phí thu được khoảng hơn 13 nghìn tỷ đồng; tổng số thù lao công chứng thu được hơn 02 nghìn tỷ đồng; tổng số tiền nộp thuế và nộp ngân sách nhà nước khoảng 2,3 nghìn tỷ đồng. Trong đó, công chứng hợp đồng, giao dịch về đất đai, nhà ở, bất động sản và tài sản quan trọng khác chiếm tỷ lệ 70-80% số việc công chứng.

Hoạt động chứng nhận của CCV được thực hiện bởi quy trình tác nghiệp, thủ tục, được quy định bởi Luật Công chứng và Quy tắc đạo đức hành nghề công chứng ban hành kèm theo Thông tư số 11/2012/TT-BTP ngày 30/10/2012 của Bộ trưởng Bộ Tư pháp. Cùng với biểu phí và thù lao công chứng cố định theo Thông tư số 257/2016/TT-BTC ngày 11/11/2016 Quy định mức thu, chế độ thu, nộp, quản lý, sử dụng phí công chứng; phí chứng thực; phí thẩm định tiêu chuẩn, điều kiện hành nghề công chứng; phí thẩm định điều kiện hoạt động văn phòng công chứng; lệ phí cấp thẻ công chứng viên, đã được sửa đổi bằng Thông tư số 111/2017/TT-BTC ngày 20/10/2017 của Bộ Tài chính. Nhà nước công nhận mức phí và thù lao công chứng cố định nhằm tạo ra sự bình đẳng trong việc tiếp cận dịch vụ công của toàn thể người dân cũng như không phân biệt vùng miền.

Về xây dựng cơ chế cung cấp chia sẻ thông tin trong công chứng. Việc xây dựng cơ sở dữ liệu công chứng theo quy định của Luật Công chứng, tính đến ngày 30/6/2021, cả nước có 50/63 địa phương hoàn thành việc xây dựng cơ sở dữ liệu thông tin về công chứng, chiếm tỷ lệ hơn 79%. Một số địa phương đã xây dựng và thực hiện cơ chế phối hợp liên ngành giữa các cơ quan quản đăng ký đất đai, cơ quan thuế, cơ quan thi hành án liên quan đến cung cấp và khai thác thông tin ngăn chặn giao dịch, thông tin địa chính, đăng ký giao dịch bảo đảm giữa Văn phòng đăng ký quyền sử dụng đất và TCHNCC.

2.2. Hội nhập quốc tế

Việt Nam là thành viên của Liên minh Công chứng quốc tế (UINL) từ năm 2013. Hiện nay, tổ chức này có 91 quốc gia và vùng lãnh thổ là thành viên. Khi tham gia Liên minh, các quốc gia thành viên thừa nhận và đảm bảo tuân thủ các nguyên tắc cơ bản đã được Đại hội đồng các tổ chức công chứng thành viên của Liên minh Công chứng quốc tế thông qua.

Hoạt động hợp tác hội nhập khu vực và quốc tế của Việt Nam không ngừng mở rộng các mối quan hệ với các nước có hệ thống công chứng phát triển như Cộng hòa Pháp, Cộng hòa Liên bang Đức, Vương quốc Tây Ban Nha, Cộng Hòa An-giê-ri và các Quốc gia trong ủy ban các vấn đề Châu Á thuộc Liên minh công chứng Quốc tế.

Năm 2022 Liên minh công chứng quốc tế phối hợp với Tổ chức Nông lương Thế giới (FAO) phát hành ấn phẩm “Quản trị có trách nhiệm đối với quyền sử dụng đất và tư pháp phòng ngừa - Hướng dẫn cho các CCV và những người hành nghề khác trong việc quản lý phòng ngừa tư pháp” trong lĩnh vực đất đai.

Thế chế công chứng đã trở nên quen thuộc, giao thức công chứng ngày càng được thừa nhận giữa các quốc gia thuộc hệ thống pháp luật Châu Âu lục địa (Civil Law) và hệ thống Thông luật (Common Law). Điều này, tạo điều kiện thuận tiện cho các quốc gia trong bối cảnh hội nhập quốc tế. Luật Công chứng đang xem xét sửa đổi cho phù hợp với sự phát triển của kinh tế đất nước và bối cảnh hội nhập, nhằm tăng cường vai trò phòng ngừa tranh chấp, bảo vệ lợi ích và trật tự công từ Nhà nước trong lĩnh vực công chứng.

Việc đánh giá không đúng thực trạng pháp luật và thực tiễn của hoạt động công chứng thể hiện trong bản đánh giá thủ tục hành chính dẫn đến chưa cung cấp đủ thông tin cho các cơ quan có thẩm quyền trong việc hoạch định chính sách phù hợp cho thị trường bất động sản. Vấn đề này cần được đánh giá và thừa nhận công chứng là thể chế chính thức cung cấp dịch vụ công về chứng nhận tính xác thực và tính hợp pháp về hợp đồng giao dịch BĐS. Để thể chế công chứng phát huy hết hiệu quả thì hoạt động phân cấp, phối hợp, kiểm soát quyền lực nhà nước giữa các cơ quan hành chính cần chú ý vào những điểm sau:

3. Việc phân cấp hoạt động công chứng thuộc chức năng hỗ trợ tư pháp là nhiệm vụ của Bộ Tư pháp

Phân cấp quản lý nhà nước là sự phân định thẩm quyền, trách nhiệm giữa các cấp chính quyền trên cơ sở bảo đảm sự phù hợp giữa chức năng, nhiệm vụ với năng lực và điều kiện thực tế của từng cấp nhằm tăng cường chất lượng, hiệu lực và hiệu quả của hoạt động quản lý nhà nước⁴. Với vai trò của hoạt động công chứng nêu trên, việc thực hiện chức năng hỗ trợ tư pháp thuộc thẩm quyền của Bộ Tư pháp, thể hiện được sự chuyên môn⁵, chuyên nghiệp trong phân công lao động của Nhà nước. Đây cũng là nguyên tắc xây dựng nền hành chính chuyên nghiệp phù hợp với các quốc gia trên thế giới.

Thủ tục công chứng trước đây được xem là thủ tục hành chính là hoạt động thực hiện quyền quản lý hành chính của Bộ Tư pháp. Trong quá trình phát triển củng cố về mặt lý luận cùng với chiến lược cải cách thủ tục hành chính của Chính phủ, thủ tục chứng nhận của CCV không còn là thủ tục hành chính mà thuộc hoạt động hỗ trợ tư pháp⁶. Hoạt động công chứng

⁴ Đỗ Ngọc Tú, Phân cấp, phân quyền và cải cách hành chính ở Việt Nam, Truy cập ngày 3/3/2023 tại <https://moja.gov.vn/kstthc/baocao/phan-cap-phan-quyen-va-cai-cach-hanhchinh-o-viet-nam-44514.html>

⁵Bộ, cơ quan ngang bộ là cơ quan hành chính nhà nước có thẩm quyền chuyên môn ở trung ương có chức năng quản lý hành chính nhà nước về một ngành, đa ngành hoặc lĩnh vực công tác trên phạm vi toàn quốc. Trường Đại học luật Hà Nội, Luật Hành chính Việt Nam, Nxb Công an Nhân dân, tr.209.

⁶ Liên Minh công chứng quốc tế cũng xem hoạt động công chứng là hoạt động hỗ trợ tư pháp, Chức năng hỗ trợ tư pháp của CCV làm giảm các vụ kiện tụng hướng các bên tham gia giao dịch phải thực hiện đúng hợp đồng, chứ không đơn thuần là tạo ra bằng chứng tốt cho quá trình xét xử, hay trong trường hợp có tranh chấp thì các đương sự cũng giảm nhẹ thiệt hại bằng cách dễ dàng chứng minh thông qua việc hiểu rõ quy định pháp luật cũng như hậu quả pháp lý khi CCV giải thích và tư vấn luật cho người yêu cầu công chứng. Truy cập ngày 10/6/2021 từ <https://www.uinl.org/principio-fundamentales>

dần được xã hội hóa, Nhà nước thành lập nhiều tổ chức hành nghề công chứng thuộc sở hữu tư nhân.

Tác giả Vũ Thành TỰ Anh xem đây là hoạt động phân cấp (decentralization) là quá trình chuyển giao quyền hạn và trách nhiệm từ chính quyền trung ương cho các chính quyền địa phương hay cho khu vực kinh tế tư nhân⁷. Tác giả cũng cho rằng, một trong các hình thức phân cấp là phân cấp thị trường: trong đó nhà nước chuyển giao một số chức năng từ khu vực công sang khu vực tư và từ nhà nước sang thị trường. Như vậy một số quyền hạn và nhiệm vụ trước đây thuộc các cơ quan nhà nước sẽ được chuyển giao cho khu vực kinh tế tư nhân, hợp tác xã, các hiệp hội, và các tổ chức phi chính phủ thực hiện. Hình thức này lại có thể được phân thành hai nhóm, bao gồm: (i) “tư nhân hoá” - chuyển giao việc cung ứng một số sản phẩm và dịch vụ từ nhà nước sang các chủ thể ngoài nhà nước; và (ii) giải quy chế - giảm các rào cản hành chính, tạo điều kiện cho các chủ thể ngoài nhà nước tham gia vào thị trường⁸.

Ngày 11 tháng 6 năm 2021, một số thủ tục hành chính về công chứng hợp đồng giao dịch bị bãi bỏ theo Quyết số 991/QĐ-BTP Về việc công bố thủ tục hành chính được chuẩn hóa, thủ tục hành chính bị bãi bỏ trong lĩnh vực công chứng thuộc phạm vi chức năng quản lý của Bộ Tư pháp. Hiện nay, thủ tục công chứng được thực hiện theo quy định của Luật Công chứng.

Nay Dự thảo Luật kinh doanh BĐS (sửa đổi) bổ sung thêm thủ tục hành chính liên quan đến thủ tục “xác nhận” của sàn giao dịch BĐS thay cho thủ tục “chứng nhận” của Công chứng viên đã bị bãi bỏ là chưa phù hợp với hoạt động phân cấp ngang về chuyên môn của hệ thống cơ quan quản lý hành chính nhà nước, cũng như chiến lược cải cách thủ tục hành chính trong thời gian qua của Việt Nam. Đồng thời nếu thừa nhận tính ưu việt của thể chế công chứng thì nên giữ nguyên chức năng mà các tổ chức hành nghề công chứng đang thực hiện.

Theo GS. Đoàn Trọng Truyền, “Để xây dựng được một bộ máy quản lý nhà nước gọn nhẹ, trong sạch và có hiệu lực” thì đối với một số ngành chức năng riêng biệt nhau không thể ghép lại mà phải tổ chức thành một bộ riêng và phổ biến ở các nước, bất kể thuộc chế độ nào.

Xem thêm: Pierre Ciotola, *Caracteristiques du Notariat dans le Monde d'Aujourd'hui: Le Notariat Quebecois, un Notariat en Mutation*, 87 REV. NOTARIAT 121 (1984).

⁷ Vũ Thành TỰ Anh, Phân cấp quản lý kinh tế ở Việt Nam nhìn từ góc độ thể chế, truy cập ngày 3/5/2023 từ <https://fsppm.fulbright.edu.vn/cache/MPP7-513-R31.3V-Phan%20cap%20kinh%20te%20o%20VN%20nhin%20tu%20goc%20do%20the%20che--Vu%20Thanh%20Tu%20Anh%202012-2015-04-13-15403053.pdf>

⁸ Vũ Thành TỰ Anh, t.lđd.

Điều này, bảo đảm tính ổn định tương đối của tổ chức và nhân sự, tính liên tục và ổn định của nền hành chính⁹.

Với những phân tích nêu trên, thiết nghĩ các cơ quan quản lý hành chính nhà nước nên mở rộng phạm vi phối hợp thực hiện chức năng quản lý hành chính trong việc chứng nhận giao dịch về bất động sản.

4. Hoạt động phối hợp trong việc thực hiện chức năng chứng nhận giao dịch về bất động sản

Mỗi cơ quan được xác lập phạm vi thẩm quyền phù hợp, sự phối hợp giữa các cơ quan nhà nước sẽ tạo ra cơ chế quản lý nhịp nhàng, đồng bộ, có hiệu quả, không chồng chéo hoặc có những lỗ hổng về thẩm quyền quản lý nhà nước¹⁰. Sự phối hợp nhấn mạnh vào một quá trình kết hợp hoạt động của hai hay nhiều cơ quan, tổ chức một cách hài hòa và đồng bộ, trong việc thực hiện công việc vì lợi ích chung¹¹.

Xét từ khía cạnh quản lý nhà nước, phối hợp là một phương thức, một hình thức, một quy trình kết hợp hoạt động của các cơ quan, tổ chức lại với nhau để bảo đảm cho các cơ quan, tổ chức này thực hiện được đầy đủ, hiệu quả các chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn được giao, nhằm đạt được các lợi ích chung, bảo đảm tính thống nhất, minh bạch và khả năng dự đoán được của các chính sách của Chính phủ, để các nguồn lực quản lý được sử dụng một cách hiệu quả, giảm thiểu được những lãng phí. Mục tiêu cuối cùng của phối hợp là tạo ra sự thống nhất, đồng thuận, bảo đảm chất lượng và hiệu quả trong quản lý¹².

Việc phối hợp tốt sẽ phát huy được tối đa nội lực sẵn có khi thể chế công chứng đã phát triển hơn 100 năm qua tại Việt Nam. Tiếp tục sử dụng nguồn nhân lực là đội ngũ Công chứng viên, chuyên viên nghiệp vụ đạt chuẩn về chất lượng, được quốc tế thừa nhận, cũng như nguồn lực về cơ sở vật chất của hơn 1000 tổ chức hành nghề công chứng trải đều cho 63 tỉnh thành của Việt Nam, cùng với một thủ tục đã trở nên quen thuộc và tin cậy với nhân dân.

Tác giả Ưông Chu Lưu cho rằng: quản lý xã hội không phải là sản phẩm của sự phân chia quyền lực, mà là sản phẩm của sự phân công lao động nhằm liên kết và phối hợp hoạt động chung của con người. Quản lý nhà nước, hiểu theo nghĩa rộng, được thực hiện bởi tất cả các cơ quan nhà nước. Theo nghĩa hẹp, quản lý nhà nước là hoạt động chấp hành và điều hành

⁹ Đoàn Trọng Truyền (2006), *Cải cách hành chính và công cuộc xây dựng nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam*, Nxb Tư pháp, tr. 320.

¹⁰ Trường Đại học luật Hà Nội, *Luật Hành chính Việt Nam*, Nxb Công an Nhân dân, tr.426.

¹¹ Nguyễn Phước Thọ, Về công tác phối hợp trong các cơ quan hành chính nhà nước, *Tạp chí Nghiên cứu lập pháp số 12(149), tháng 6/2009*.

¹² Nguyễn Phước Thọ, đã dẫn *Dự án cải cách hành chính - VIE/92/002 - Từ điển hành chính Anh - Pháp - Việt*, HN 1997, tr.196.

được đặc trưng bởi các yếu tố có tính tổ chức; được thực hiện trên cơ sở và để thi hành pháp luật; được bảo đảm thực hiện chủ yếu bởi hệ thống các cơ quan hành chính nhà nước (hoặc một số tổ chức xã hội trong trường hợp được giao nhiệm vụ quản lý nhà nước). Quản lý nhà nước cũng là sản phẩm của việc phân công lao động nhằm liên kết và phối hợp các đối tượng bị quản lý.¹³

Điều 163 Dự thảo Luật đất đai (sửa đổi) có quy định “Giao dịch điện tử về đất đai gồm các giao dịch về đất đai thực hiện bằng phương thức điện tử. Việc cung cấp dịch vụ giao dịch điện tử về đất đai được thực hiện theo quy định của pháp luật về giao dịch điện tử; Bộ Tài nguyên và Môi trường có trách nhiệm tổ chức, hướng dẫn triển khai việc cung cấp dịch vụ công trực tuyến và giao dịch điện tử về đất đai, bảo đảm tính đồng bộ, kết nối, liên thông theo quy định của pháp luật”.

Thiết nghĩ sự phối hợp giữa các cơ quan quản lý hành chính nhà nước nên được phối hợp ở cấp trung ương, giữa các bộ ngành. Ví dụ: việc phối hợp chia sẻ thông tin trong lĩnh vực bất động sản, cơ sở dữ liệu dân cư, hộ tịch, doanh nghiệp. Tất cả đều hướng đến mục tiêu chung là bảo đảm thực hiện một nền hành chính thống nhất, thông suốt, liên tục, dân chủ, hiện đại, phục vụ Nhân dân, chịu sự kiểm tra, giám sát của Nhân dân.

5. Kiểm tra, giám sát việc thực hiện pháp luật của đối tượng quản lý

Quản lý hành chính nhà nước là một hình thức hoạt động của Nhà nước được thực hiện trước hết và chủ yếu bởi các cơ quan hành chính nhà nước, có nội dung là bảo đảm sự chấp hành luật của đối tượng quản lý.

Thông qua việc chứng nhận hợp đồng giao dịch, CCV kiểm tra việc chấp hành pháp luật của đối tượng quản lý. Ví dụ: Người sử dụng đất muốn thực hiện giao dịch về chuyển nhượng quyền sử dụng đất, bên cạnh việc kiểm tra năng lực pháp luật, năng lực hành vi, CCV còn kiểm tra tính hợp pháp của bất động sản đủ điều kiện tham gia thị trường bất động sản theo quy định của pháp luật hay không,... Các mối quan hệ trong hoạt động và quản lý nhà nước về công chứng được điều chỉnh chủ yếu bằng pháp luật công như Luật Công chứng.

Thông qua việc chứng nhận của cơ quan Công chứng giúp nhà nước thực hiện quyền giám sát việc chấp hành pháp luật giữa các cơ quan chuyên môn, cũng như các chủ thể tham gia giao dịch. Các chủ thể này là các cá nhân, hộ gia đình tổ chức kinh doanh thuộc các thành phần kinh tế khác nhau là các đơn vị tự chủ hoặc có tư cách pháp nhân và bình đẳng với nhau

¹³ Ông Chu Lưu, Một số vấn đề lý luận về phân cấp quản lý nhà nước, truy cập ngày 5/3/2023 từ <https://moj.gov.vn/qt/cacchuyenmuc/70TuPhapVietNam/Pages/tu-lieu-nganh.aspx?ItemID=19>

trong kinh doanh trước pháp luật, chịu sự kiểm tra của cơ quan nhà nước trong việc chấp hành luật.

Ngày nay, Thẻ chế công chứng đã được xây dựng và đang tiếp tục được hoàn thiện tại Việt Nam cho phù hợp với xu thế tích cực hội nhập quốc tế toàn diện. Việc phân cấp thẩm quyền công chứng giao dịch về bất động sản tiếp tục được duy trì, đồng thời Nhà nước cần xem xét, chuyển phạm vi xác nhận của sàn giao dịch bất động sản mang bản chất công chứng về cho hoạt động công chứng. Bên cạnh đó, các cơ quan có thẩm quyền nên mở rộng việc phối hợp khi thực hiện chức năng chuyên môn nhằm tránh tình trạng mâu thuẫn chồng chéo trong việc thực hiện nhiệm vụ của các tổ chức, đáp ứng yêu cầu cải cách tư pháp và hội nhập quốc tế trong bối cảnh hoàn thiện Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa mà Việt Nam đang hướng tới.

MỘT SỐ VẤN ĐỀ PHÁP LÝ VÀ THỰC TIỄN VỀ THẨM QUYỀN GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP TRONG KINH DOANH BẤT ĐỘNG SẢN CỦA TÒA ÁN VÀ TRỌNG TÀI

TS. Võ Trung Tín

*Trưởng Bộ môn Luật Đất đai – Môi trường, Khoa Luật Thương mại,
Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh*

ThS, Luật sư Kiều Anh Vũ

Công ty Luật TNHH KAV Lawyers; Trọng tài viên (STAC, MCAC, TRACENT,...)

Tóm tắt:

Kinh doanh bất động sản là hoạt động kinh doanh có khả năng sinh lợi cao nhưng cũng không kém phần phức tạp, tiềm ẩn nhiều rủi ro, có nguy cơ phát sinh tranh chấp. Để đảm bảo an toàn pháp lý trong giao dịch bất động sản thì cần có các cơ chế giải quyết tranh chấp trong kinh doanh bất động sản hiệu quả, công bằng. Bài viết này nghiên cứu các quy định về pháp luật, một số vụ tranh chấp trong thực tiễn về thẩm quyền của Tòa án, Trọng tài trong giải quyết tranh chấp trong kinh doanh bất động sản. Qua đó, nhóm tác giả đưa ra những kiến nghị, góp ý cho Dự thảo Luật Kinh doanh Bất động sản và Dự thảo các Luật khác có liên quan đang được lấy ý kiến về các vấn đề liên quan đến giải quyết tranh chấp.

Từ khóa: bất động sản, giao dịch, tranh chấp, thẩm quyền, Tòa án, Trọng tài.

1. Đặt vấn đề

Theo Nghị quyết số 33/NQ-CP ngày 11/3/2023 của Chính phủ về một số giải pháp tháo gỡ và thúc đẩy thị trường bất động sản phát triển an toàn, lành mạnh, bền vững, Chính phủ xác định: Thị trường bất động sản có vai trò, đóng góp quan trọng trong nền kinh tế và tác động đến nhiều ngành, nghề, lĩnh vực. Đồng thời Nghị quyết này cũng chỉ rõ hệ thống pháp luật liên quan đến đất đai, đầu tư, xây dựng, kinh doanh bất động sản vẫn còn một số tồn tại, bất cập là một trong những tồn tại, hạn chế kéo dài từ trước chưa thể khắc phục triệt để. Việc nghiên cứu, hoàn thiện quy định của pháp luật liên quan đến hoạt động kinh doanh bất động sản, trong đó có các quy định liên quan đến giải quyết tranh chấp trong lĩnh vực này là rất cần thiết, quan trọng, góp phần để đảm bảo thị trường phát triển an toàn, lành mạnh, bền vững.

Theo quy định của pháp luật hiện hành, các phương thức giải quyết tranh chấp kinh doanh – thương mại nói chung, giải quyết tranh chấp trong kinh doanh bất động sản nói riêng khá đa dạng (bao gồm: giải quyết tranh chấp bằng thương lượng, hòa giải, Tòa án và Trọng

tài). Mỗi phương thức giải quyết tranh chấp có những lợi thế và hạn chế riêng. Trong phạm vi nghiên cứu của bài viết này, nhóm tác giả chỉ nghiên cứu các quy định của pháp luật hiện hành và thực tiễn giải quyết tranh chấp trong kinh doanh bất động sản tại Tòa án và Trọng tài. Nội dung nghiên cứu tập trung vào thẩm quyền giải quyết tranh chấp của Tòa án và Trọng tài.

Trên cơ sở nghiên cứu so sánh việc giải quyết tranh chấp tại Tòa án và Trọng tài; kết hợp nghiên cứu quy định của pháp luật và thực tiễn, nhóm tác giả đưa ra các ý kiến bình luận, đánh giá các bất cập, hạn chế trong quy định của pháp luật hiện hành và trong việc thực thi các quy định của pháp luật trong giải quyết tranh chấp về kinh doanh bất động sản. Từ đó, nhóm tác giả đưa ra những khuyến nghị, đề xuất nhằm hoàn thiện quy định của pháp luật về thẩm quyền của Tòa án và Trọng tài trong giải quyết tranh chấp trong kinh doanh bất động sản; góp ý thiết thực cho các quy định về giải quyết tranh chấp trong Dự thảo Luật Kinh doanh bất động sản và các Dự thảo Luật khác có liên quan (Luật Đất đai, Luật Nhà ở) đang được lấy ý kiến nhân dân nhằm đưa ra Quốc hội cho ý kiến vào kỳ họp thứ 5 Quốc hội khóa XV.

2. Khái niệm tranh chấp trong kinh doanh bất động sản

Trước khi nghiên cứu, đánh giá việc giải quyết tranh chấp trong kinh doanh bất động sản tại Tòa án và Trọng tài, cần làm rõ khái niệm tranh chấp trong kinh doanh bất động sản và các dạng tranh chấp trong kinh doanh bất động sản.

Luật KDBĐS 2014 (*sau đây viết tắt là Luật KDBĐS 2014*) và pháp luật hiện hành không có quy định giải thích cụ thể về “tranh chấp trong kinh doanh bất động sản” mà chỉ có quy định giải thích về “kinh doanh bất động sản”.

Theo khoản 1 Điều 3 Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014, kinh doanh bất động sản là việc đầu tư vốn để thực hiện hoạt động xây dựng, mua, nhận chuyển nhượng để bán, chuyển nhượng; cho thuê, cho thuê lại, cho thuê mua bất động sản; thực hiện dịch vụ môi giới bất động sản; dịch vụ sàn giao dịch bất động sản; dịch vụ tư vấn bất động sản hoặc quản lý bất động sản nhằm mục đích sinh lợi. Định nghĩa này gần như được giữ nguyên trong Dự thảo Luật Kinh doanh bất động sản (sửa đổi) đang được lấy ý kiến nhân dân (dự thảo lần thứ ba¹) (*sau đây gọi tắt là Dự thảo Luật KDBĐS*).

Cũng như một số tranh chấp khác, tranh chấp trong kinh doanh bất động sản một cách khái quát được hiểu là những mâu thuẫn, bất đồng ý kiến giữa các chủ thể khi họ cho rằng quyền, lợi ích hợp pháp của mình từ giao dịch có liên quan đến hoạt động kinh doanh bất động sản bị ảnh hưởng. Cụ thể hơn, có thể hiểu “Tranh chấp trong kinh doanh bất động sản là những

¹ [https://moj.gov.vn/qt/tintuc/Lists/ChiDaoDieuHanh/Attachments/3679/duthaoluat%20\(1\).docx](https://moj.gov.vn/qt/tintuc/Lists/ChiDaoDieuHanh/Attachments/3679/duthaoluat%20(1).docx), truy cập ngày 15/4/2023.

bất đồng, xung đột về quyền, lợi ích phát sinh từ giao dịch có liên quan đến hoạt động kinh doanh bất động sản”².

Về chủ thể, tranh chấp trong hoạt động kinh doanh bất động sản phát sinh giữa một bên là chủ thể kinh doanh bất động sản và một bên khác tham gia giao dịch, thường là khách hàng của bên kinh doanh bất động sản hoặc bên kinh doanh bất động sản khác; cá nhân, tổ chức khác tham gia giao dịch.

Về quan hệ tranh chấp trong kinh doanh bất động sản, do các giao dịch kinh doanh bất động sản thường được xác lập bằng hợp đồng nên tranh chấp trong kinh doanh bất động sản cũng là tranh chấp về hợp đồng trong các hoạt động kinh doanh bất động sản, bao gồm nhưng không giới hạn các tranh chấp về việc xác lập, thực hiện, thay đổi, chấm dứt quyền và nghĩa vụ giữa các bên.

Các hoạt động kinh doanh bất động sản rất đa dạng nên tranh chấp trong kinh doanh bất động sản bao gồm nhiều loại tranh chấp khác nhau, chẳng hạn như: Tranh chấp về hợp đồng đặt cọc trong giao dịch bất động sản, tranh chấp về hợp đồng chuyển nhượng bất động sản (có sẵn hoặc hình thành trong tương lai), tranh chấp về hợp đồng cho thuê bất động sản, tranh chấp về hợp đồng môi giới bất động sản...

Như vậy, nếu tiếp cận từ chủ thể của tranh chấp, tranh chấp trong kinh doanh bất động sản là tranh chấp giữa một bên là chủ thể kinh doanh bất động sản với một bên khác phát sinh từ hoặc liên quan đến các hợp đồng trong kinh doanh bất động sản.

3. Giải quyết tranh chấp trong kinh doanh bất động sản tại Tòa án

Tranh chấp trong kinh doanh bất động sản là một trong các loại tranh chấp được giải quyết với tỷ lệ đáng kể tại Tòa án. Quy định về giải quyết tranh chấp trong kinh doanh bất động sản hiện nay được quy định tại nhiều văn bản quy phạm pháp luật khác nhau, trong đó chủ yếu là Bộ luật Tố tụng dân sự 2015 (*BLTTDS*).

Trước tiên, cần xác định rõ quan hệ tranh chấp trong kinh doanh bất động sản là tranh chấp trong kinh doanh, thương mại hay tranh chấp dân sự. Việc xác định này có ý nghĩa quan trọng trong việc Tòa án thụ lý vụ án, phân công Thẩm phán giải quyết vụ án, xác định thời hạn chuẩn bị xét xử, áp dụng quy định của pháp luật trong việc giải quyết vụ án.

Theo quy định tại khoản 1 Điều 30 BLTTDS, tranh chấp phát sinh trong hoạt động kinh doanh, thương mại giữa cá nhân, tổ chức có đăng ký kinh doanh với nhau và đều có mục đích lợi nhuận được xem là tranh chấp phát sinh trong hoạt động kinh doanh, thương mại thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án. Như vậy, tranh chấp phát sinh trong hoạt động kinh doanh

² Lưu Quốc Thái (2022), *Pháp luật Kinh doanh bất động sản*, Nxb Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh, trang 285.

bất động sản giữa các chủ thể kinh doanh bất động sản với nhau được xác định là tranh chấp kinh doanh, thương mại chẳng hạn tranh chấp giữa một bên là doanh nghiệp – chủ đầu tư dự án bất động sản với một doanh nghiệp là bên môi giới, phân phối bất động sản thì đây là tranh chấp kinh doanh, thương mại. Chẳng hạn như, trong tranh chấp hợp đồng kinh doanh bất động sản giữa Công ty cổ phần Đầu tư N và Công ty TNHH Thương mại Dịch vụ Ngô V theo Bản án số 14/2022/KDTM-PT ngày 26/5/2022 của Tòa án nhân dân TP. Đà Nẵng³, Tòa án xác định tranh chấp giữa các Bên là tranh chấp kinh doanh, thương mại vì đây tranh chấp giữa các chủ thể kinh doanh bất động sản với nhau.

Trường hợp tranh chấp trong kinh doanh bất động sản phát sinh giữa một bên là chủ thể kinh doanh bất động sản với một bên không phải là chủ thể kinh doanh bất động sản thì tranh chấp này không được xác định là tranh chấp trong kinh doanh, thương mại mà phải được xác định là tranh chấp dân sự. Chẳng hạn như, tại Bản án số 422/2020/DS-PT ngày 09/12/2020 của Tòa án nhân dân TP. Hồ Chí Minh⁴, tranh chấp về hợp đồng kinh doanh bất động sản giữa bà Lương Thị Hồng N và Công ty cổ phần bất động sản T được Tòa án xác định là tranh chấp dân sự.

Nhìn chung, điều kiện, trình tự, thủ tục giải quyết tranh chấp trong kinh doanh bất động sản tại Tòa án cũng giống như các vụ án dân sự khác, được giải quyết theo trình tự, thủ tục của BLTTDS. Tuy vậy, về việc xác định thẩm quyền của Tòa án trong giải quyết tranh chấp liên quan đến kinh doanh bất động sản có quy định riêng biệt, khác với những tranh chấp khác.

Thông thường, thẩm quyền của Tòa án theo lãnh thổ được xác định theo nơi bị đơn cư trú, làm việc, nếu bị đơn là cá nhân hoặc nơi bị đơn có trụ sở, nếu bị đơn là cơ quan, tổ chức (điểm a khoản 1 Điều 39 BLTTDS) hoặc các đương sự có quyền tự thỏa thuận với nhau bằng văn bản yêu cầu Tòa án nơi cư trú, làm việc của nguyên đơn, nếu nguyên đơn là cá nhân hoặc nơi có trụ sở của nguyên đơn, nếu nguyên đơn là cơ quan, tổ chức giải quyết những tranh chấp về dân sự, kinh doanh thương mại (điểm b khoản 1 Điều 39 BLTTDS). Tuy nhiên, trong trường hợp đối tượng tranh chấp là bất động sản thì theo điểm c khoản 1 Điều 39 BLTTDS, chỉ Tòa án nơi có bất động sản có thẩm quyền giải quyết. Cụm từ “chỉ Tòa án nơi có bất động sản” cho thấy trong trường hợp này, các Bên cũng không được thỏa thuận lựa chọn Tòa án nơi cư trú, làm việc, nơi có trụ sở của nguyên đơn để giải quyết tranh chấp.

Trong thực tiễn giải quyết tranh chấp tại Tòa án, nhóm tác giả nhận thấy có sự bất cập và quan điểm khác nhau của các Tòa án trong việc xác định đối tượng tranh chấp là bất động sản và xác định thẩm quyền của Tòa án theo lãnh thổ trong việc giải quyết tranh chấp. Chẳng hạn, trong một tranh chấp liên quan đến hợp đồng đặt cọc giữa nguyên đơn (là cá nhân) với

³ <https://congbobanan.toaan.gov.vn/2ta929763t1cvn/chi-tiet-ban-an>, truy cập ngày 13/4/2023.

⁴ <https://congbobanan.toaan.gov.vn/2ta633518t1cvn/chi-tiet-ban-an>, truy cập ngày 13/4/2023.

bị đơn là một Công ty kinh doanh bất động sản tại Tòa án nhân dân quận Tân Bình, TP. Hồ Chí Minh (Bị đơn có trụ sở tại quận Tân Bình, TP. Hồ Chí Minh), số thụ lý vụ án: 87/2022/TLST-DS ngày 31/8/2022, mặc dù nguyên đơn khởi kiện yêu cầu bị đơn hoàn trả lại tiền đặt cọc nhưng Tòa án xác định nguyên đơn giao kết hợp đồng đặt cọc với bị đơn để mua các sản phẩm bất động sản tọa lạc tại Tp Cam Ranh, tỉnh Khánh Hòa nên Tòa án nhân dân quận Tân Bình đã căn cứ điểm c khoản 1 Điều 39 BLTTDS, chuyển hồ sơ vụ án đến Tòa án nhân dân TP. Cam Ranh, tỉnh Khánh Hòa là Tòa án nơi có bất động sản để giải quyết (*Quyết định chuyển vụ án số 259/2022/QĐST-DS ngày 31/8/2022*). Tuy vậy, Tòa án nhân dân TP. Cam Ranh sau khi tiếp nhận hồ sơ vụ án, xác định tranh chấp giữa các bên là tranh chấp phát sinh từ hợp đồng đặt cọc, đối tượng tranh chấp của vụ án là số tiền đặt cọc nên đã chuyển lại hồ sơ vụ án cho Tòa án nhân dân quận Tân Bình (*Quyết định chuyển vụ án số 04/2023/QĐST-DS ngày 22/3/2023*).

Trong vụ tranh chấp trên, chúng tôi đồng tình với quan điểm của Tòa án nhân dân TP. Cam Ranh. Mặc dù hợp đồng đặt cọc giữa các bên phát sinh trong hoạt động kinh doanh bất động sản, có liên quan đến bất động sản tại TP. Cam Ranh nhưng đối tượng của tranh chấp không phải là bất động sản mà chính là hợp đồng đặt cọc giữa các bên. “Tranh chấp về hợp đồng đặt cọc dù có liên quan mật thiết đến giao dịch bất động sản thì cũng không thuộc trường hợp đối tượng tranh chấp là bất động sản. Bởi lẽ, đối tượng của hợp đồng đặt cọc là một khoản tiền, không phải là bất động sản. Khi các bên tranh chấp về hợp đồng đặt cọc, các bên chỉ giải quyết vấn đề là bên đặt cọc sẽ mất tiền cọc hay bên nhận cọc sẽ phải chịu phạt cọc”⁵. Do đó, trong tranh chấp hợp đồng đặt cọc trong kinh doanh bất động sản, Tòa án cần xác định thẩm quyền giải quyết tranh chấp theo lãnh thổ theo quy định tại điểm a hoặc điểm b khoản 1 Điều 39 BLTTDS.

Ngoài ra, theo quy định tại điểm i khoản 1 Điều 40 BLTTDS, nếu tranh chấp bất động sản mà bất động sản có ở nhiều địa phương khác nhau thì nguyên đơn có thể yêu cầu Tòa án nơi có một trong các bất động sản giải quyết.

Đối với tranh chấp có yếu tố nước ngoài có liên quan đến quyền đối với tài sản là bất động sản có trên lãnh thổ Việt Nam thì theo quy định tại điểm a khoản 1 Điều 470 BLTTDS, tranh chấp này thuộc thẩm quyền riêng biệt của Tòa án Việt Nam. Điều này có nghĩa là các bên tranh chấp không được quyền thỏa thuận cơ quan tài phán nước ngoài giải quyết tranh chấp liên quan đến quyền đối với tài sản là bất động sản có trên lãnh thổ Việt Nam.

Như vậy, một trong những bất cập hiện nay trong việc giải quyết tranh chấp trong kinh doanh bất động sản tại Tòa án là việc xác định “đối tượng tranh chấp là bất động sản”, xác định thẩm quyền của Tòa án theo lãnh thổ đối với tranh chấp liên quan đến bất động sản.

⁵ Đỗ Văn Đại (chủ biên) (2021), *Giao dịch dân sự về bất động sản Tập 2*, Nxb Hồng Đức, trang 517.

Nhóm tác giả cho rằng cần có quy định cụ thể hơn hoặc hướng dẫn của Tòa án nhân dân tối cao về vấn đề này để hạn chế cách hiểu và áp dụng khác nhau giữa các Tòa án.

4. Giải quyết tranh chấp trong kinh doanh bất động sản tại Trọng tài

Trọng tài là một phương thức giải quyết tranh chấp ngoài Tòa án do các bên thỏa thuận theo quy định của Luật Trọng tài thương mại năm 2010 (*Luật TTTM*). Để có thể giải quyết tranh chấp bằng Trọng tài, các bên phải có thỏa thuận trọng tài có hiệu lực, khả thi và tranh chấp giữa các bên phải thuộc thẩm quyền giải quyết tranh chấp của trọng tài theo quy định của pháp luật. Một vấn đề pháp lý đặt ra và vẫn còn tranh luận là thẩm quyền của Trọng tài đối với tranh chấp liên quan đến bất động sản.

Hiện nay, Luật KDBĐS 2014 cũng như các Luật khác hiện hành có liên quan đến hoạt động kinh doanh bất động sản như Luật Đất đai năm 2013, Luật Nhà ở năm 2014 không có điều khoản quy định cụ thể về thẩm quyền của Trọng tài trong việc giải quyết tranh chấp.

Tuy vậy, các loại tranh chấp thuộc thẩm quyền giải quyết của Trọng tài vẫn được quy định tại Điều 2 Luật TTTM. Cụ thể, các tranh chấp thuộc thẩm quyền giải quyết của Trọng tài bao gồm: Tranh chấp giữa các bên phát sinh từ hoạt động thương mại; tranh chấp phát sinh giữa các bên trong đó ít nhất một bên có hoạt động thương mại; tranh chấp khác giữa các bên mà pháp luật quy định được giải quyết bằng Trọng tài.

Do đó, tranh chấp trong kinh doanh bất động sản, phát sinh từ hoặc liên quan đến các hợp đồng trong kinh doanh bất động sản, giữa các chủ thể kinh doanh bất động sản với nhau được xem là tranh chấp giữa các bên phát sinh từ hoạt động thương mại và vẫn thuộc thẩm quyền giải quyết của trọng tài. Tranh chấp này có thể là các tranh chấp về hợp tác kinh doanh, góp vốn, đầu tư phát triển Dự án bất động sản; tranh chấp hợp đồng thuê bất động sản (thuê mặt bằng); tranh chấp về hợp đồng môi giới, phân phối bất động sản...

Trường hợp tranh chấp giữa một bên là chủ thể kinh doanh bất động sản với một bên khác là cá nhân, không có hoạt động thương mại thì vẫn có thể xem đó là loại tranh chấp có “ít nhất một bên có hoạt động thương mại” theo quy định tại khoản 2 Điều 2 Luật TTTM và Trọng tài vẫn có thẩm quyền giải quyết.

Thực tiễn giải quyết tranh chấp bằng Trọng tài cho thấy Trọng tài vẫn thụ lý và giải quyết các tranh chấp trong kinh doanh bất động sản. Chẳng hạn, tại Trung tâm Trọng tài Quốc tế Việt Nam (VIAC), tính đến tháng 9/2019, số vụ tranh chấp về bất động sản riêng tại TP. Hồ Chí Minh được VIAC giải quyết gần 45 vụ⁶.

Dù vậy, trên thực tế, vẫn có các quan điểm tranh luận liên quan đến thẩm quyền của Trọng tài đối với tranh chấp trong kinh doanh bất động sản có liên quan đến quyền sử dụng

⁶ <https://www.viac.vn/thu-tuc-trong-tai/tranh-chap-bat-dong-san-khong-de-giai-quyet-a113.html>, truy cập ngày 15/4/2023.

đất. Có nhiều quan điểm cho rằng, đây là thẩm quyền riêng biệt của Tòa án nên Trọng tài không có thẩm quyền giải quyết. Tuy nhiên, cũng có quan điểm cho rằng Trọng tài vẫn có thẩm quyền nếu tranh chấp đó thuộc khoản 1, khoản 2 Điều 2 Luật TTTM và giữa các Bên có thỏa thuận trọng tài hợp pháp.

Theo Quyết định số 1222/2014/QĐ-PQTT ngày 12/10/2014 của Tòa án nhân dân TP. Hồ Chí Minh, một trong các bên tranh chấp cho rằng “Trung tâm Trọng tài Quốc tế Việt Nam không có thẩm quyền giải quyết vụ tranh chấp này vì Tranh chấp hợp đồng thuê quyền sử dụng đất là tranh chấp dân sự không phải là tranh chấp phát sinh từ hoạt động thương mại nên không thuộc thẩm quyền giải quyết của Trọng tài”⁷. Tuy nhiên, Tòa án cho rằng tranh chấp giữa các bên có ít nhất một bên có hoạt động thương mại, thuộc khoản 2 Điều 2 Luật TTTM nên Tòa án xác định Trọng tài có thẩm quyền và không hủy phán quyết trọng tài. “Hướng nêu trên của Tòa án là thuyết phục. Những tranh chấp nào được giải quyết tại Trọng tài thương mại đã được quy định trong chính Luật Trọng tài thương mại và chỉ cần tranh chấp đáp ứng yêu cầu của Luật Trọng tài thương mại thì được giải quyết tại Trọng tài. Hướng coi tranh chấp thuê quyền sử dụng đất và tương tự như vậy tranh chấp thuê nhà xưởng được giải quyết bằng trọng tài thương mại ngày nay còn tương thích với Điều 14 Bộ luật Dân sự năm 2015”⁸.

Vừa qua, trong quá trình xây dựng Dự thảo Luật Đất đai (sửa đổi), thẩm quyền của Trọng tài trong giải quyết tranh chấp đất đai cũng đã được ghi nhận. Cụ thể, trong Dự thảo Luật Đất đai (sửa đổi) phiên bản lấy ý kiến nhân dân lần thứ hai từ ngày 03/01 đến ngày 15/3/2023 được đăng tải trên Cổng thông tin điện tử Chính phủ⁹, đã bổ sung quy định về thẩm quyền của Trọng tài trong giải quyết tranh chấp có liên quan đến đất đai phát sinh từ hoạt động thương mại. Khoản 2 Điều 225 Dự thảo Luật Đất đai (sửa đổi) phiên bản này quy định: “*Tranh chấp giữa các bên phát sinh từ hoạt động thương mại liên quan đến đất đai do Tòa án nhân dân giải quyết theo quy định của pháp luật về tố tụng dân sự hoặc do Trọng tài thương mại giải quyết theo quy định của pháp luật trọng tài thương mại*”. Tuy nhiên, phiên bản Dự thảo Luật Đất đai (sửa đổi) tại Hội nghị đại biểu Quốc hội chuyên trách tháng 4/2023 (phiên bản ngày 06/4/2023¹⁰) lại không còn quy định về thẩm quyền của Trọng tài.

Nhóm tác giả cho rằng việc bổ sung thẩm quyền của Trọng tài trong giải quyết tranh chấp đất đai (giữa các bên phát sinh từ hoạt động thương mại) là phù hợp và cần thiết, tạo sự

⁷ Đỗ Văn Đại (2018), *Pháp luật trọng tài thương mại Việt Nam – Bản án và bình luận Tập 1*, Nxb Hồng Đức – Hội Luật gia Việt Nam, trang 27.

⁸ Đỗ Văn Đại (2018), *Pháp luật trọng tài thương mại Việt Nam – Bản án và bình luận Tập 1*, Nxb Hồng Đức – Hội Luật gia Việt Nam, trang 37.

⁹ <https://xaydungchinh sach.chinhphu.vn/toan-van-du-thao-luat-dat-dai-sua-doi-lay-y-kien-lan-hai-11923010312182186.htm>, truy cập ngày 16/4/2023.

¹⁰

https://quochoi.vn/content/vankien/Lists/DanhSachVanKien/Attachments/5094/3%20Du%20thao%20Luat%20Dat%20ai_20230406033505.docx, truy cập ngày 18/4/2023.

thống nhất giữa pháp luật (về thẩm quyền của Trọng tài theo Luật Trọng tài thương mại và Luật Đất đai); tránh những tranh luận không cần thiết như nêu trên và tránh kéo dài thời gian giải quyết tranh chấp khi một bên yêu cầu hủy phán quyết trọng tài vì cho rằng Trọng tài không có thẩm quyền giải quyết tranh chấp liên quan đến quyền sử dụng đất. Khoản 1 Điều 14 Bộ luật Dân sự năm 2015 cũng quy định: “Trường hợp quyền dân sự bị xâm phạm hoặc có tranh chấp thì việc bảo vệ quyền được thực hiện theo pháp luật tố tụng tại Tòa án hoặc trọng tài”. Do đó, tranh chấp về đất đai phát sinh từ hoạt động thương mại được giải quyết tại Trọng tài là phù hợp.

Trong trường hợp ghi nhận thẩm quyền giải quyết tranh chấp của Trọng tài trong giải quyết tranh chấp về đất đai, Dự thảo Luật Đất đai (sửa đổi) cũng cần rà soát, bổ sung các nội dung khác có liên quan đến thẩm quyền của Trọng tài để đảm bảo sự thống nhất trong Dự thảo Luật. Chẳng hạn, điểm m, điểm n khoản 1 Điều 30 của Dự thảo Luật Đất đai (sửa đổi) cần bổ sung căn cứ nhận quyền sử dụng đất theo Phán quyết, quyết định của Trọng tài; điểm k khoản 1 Điều 134 của Dự thảo Luật Đất đai (sửa đổi) cần bổ sung căn cứ đăng ký biến động theo Phán quyết, quyết định của Trọng tài; cần có quy định về việc cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất theo Phán quyết, quyết định của Trọng tài.

Một vấn đề khác trong tranh chấp về hợp đồng nói chung và hợp đồng trong kinh doanh bất động sản nói riêng vẫn còn tranh luận là thẩm quyền của Trọng tài đối với việc tuyên bố hợp đồng vô hiệu. Có quan điểm cho rằng chỉ có Tòa án mới có thẩm quyền tuyên bố giao dịch dân sự vô hiệu. Tuy nhiên, “trong rất nhiều vụ việc được giải quyết tại Trọng tài, Hội đồng trọng tài khẳng định có thẩm quyền xem xét hợp đồng vô hiệu”¹¹. Thực tế cũng cho thấy một trong các bên tranh chấp yêu cầu hủy phán quyết trọng tài với lý do Trọng tài không có thẩm quyền xem xét, tuyên bố hợp đồng vô hiệu nhưng lý do này đều không được chấp nhận và Tòa án không hủy phán quyết trọng tài vì lý do này (*Quyết định số 1948/2011/QĐKDTM-ST ngày 07/11/2011 của Tòa án nhân dân TP. Hồ Chí Minh; Quyết định số 795/2017/QĐ-PQTT ngày 27/6/2017 của Tòa án nhân dân TP. Hồ Chí Minh*).

Tuy vậy, thẩm quyền của Trọng tài trong việc tuyên bố hợp đồng vô hiệu hiện nay chủ yếu là trong các tranh chấp hợp đồng không có công chứng, chứng thực. Do đó, thẩm quyền của Trọng tài trong việc tuyên bố hợp đồng có công chứng, chứng thực vô hiệu là chưa rõ ràng. Tuy nhiên, với phân tích và lập luận nêu trên, nếu Trọng tài có thẩm quyền tuyên bố hợp đồng vô hiệu nói chung thì vẫn có thẩm quyền tuyên bố hợp đồng được công chứng, chứng thực vô hiệu.

Đối với các tranh chấp về nhà ở, theo Điều 177 Luật Nhà ở hiện hành và Dự thảo Luật Nhà ở (sửa đổi) (*Điều 222*), không có quy định cụ thể về thẩm quyền của Trọng tài. Nhóm tác

¹¹ Đỗ Văn Đại (2018), *Pháp luật trọng tài thương mại Việt Nam – Bản án và bình luận Tập 1*, Nxb Hồng Đức – Hội Luật gia Việt Nam, trang 638.

giả cho rằng, đối với tranh chấp liên quan đến nhà ở về quyền sở hữu, quyền sử dụng nhà ở thuộc sở hữu của tổ chức, cá nhân, tranh chấp liên quan đến hợp đồng về nhà ở, hợp đồng quản lý vận hành nhà chung cư mà có ít nhất là một bên có hoạt động thương mại thì Trọng tài có thẩm quyền giải quyết. Do đó, Dự thảo Luật Nhà ở (sửa đổi) cần bổ sung thẩm quyền của Trọng tài đối với các loại tranh chấp này.

Như vậy, khác với thẩm quyền đương nhiên của Tòa án trong giải quyết tranh chấp trong kinh doanh bất động sản, thẩm quyền giải quyết tranh chấp của Trọng tài mặc dù đã được quy định tại Luật TTTM nhưng vẫn chưa thật sự đầy đủ, thống nhất. Do đó, các Dự thảo Luật liên quan đến kinh doanh bất động sản gồm Luật Kinh doanh bất động sản, Luật Đất đai, Luật Nhà ở cần bổ sung các quy định về thẩm quyền của Trọng tài.

5. Kết luận và kiến nghị

Cơ chế giải quyết tranh chấp phù hợp, hiệu quả là một trong các biện pháp bảo đảm sự ổn định, an toàn pháp lý trong kinh doanh bất động sản. Do đó, việc xác định rõ thẩm quyền của Tòa án, Trọng tài trong việc giải quyết các loại tranh chấp phát sinh trong hoạt động kinh doanh bất động sản có ý nghĩa quan trọng.

Với sự phân tích nêu trên, có thể thấy rằng mặc dù pháp luật hiện hành đã có các quy định về thẩm quyền của Tòa án, Trọng tài trong việc giải quyết tranh chấp trong kinh doanh bất động sản nhưng các quy định này vẫn chưa thật sự rõ ràng, đầy đủ, vẫn còn nhiều cách hiểu khác nhau trên phương diện lý luận và thực tiễn. Điều này làm cho cơ chế giải quyết tranh chấp trở nên phức tạp, kéo dài, không đảm bảo được công lý, công bằng cho các bên tranh chấp.

Nhóm tác giả kiến nghị Luật Kinh doanh bất động sản (sửa đổi) cần bổ sung ngay một Điều luật về thẩm quyền giải quyết tranh chấp trong kinh doanh bất động sản, trong đó nêu rõ thẩm quyền giải quyết tranh chấp của Tòa án và Trọng tài.

Tương tự, Dự thảo Luật Nhà ở (sửa đổi), Luật Đất đai (sửa đổi) cũng cần bổ sung quy định về thẩm quyền của Trọng tài trong một số loại tranh chấp phát sinh từ hoạt động thương mại hoặc có ít nhất một bên tranh chấp có hoạt động thương mại. Đồng thời, đối với Dự thảo Luật Đất đai (sửa đổi), cần rà soát, đảm bảo sự thống nhất trong các quy định của Dự thảo Luật về thẩm quyền của Trọng tài trong giải quyết tranh chấp và các quy định có liên quan trong Dự thảo Luật như căn cứ nhận quyền sử dụng đất, căn cứ đăng ký biến động quyền sử dụng đất,... để đảm bảo sự thống nhất, đồng bộ, khả thi.

Tài liệu tham khảo

1. Bộ luật Dân sự năm 2015
2. Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015

3. Luật Đất đai năm 2013
4. Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014
5. Luật Nhà ở năm 2014
6. Luật Trọng tài thương mại năm 2010
7. Nghị quyết số 33/NQ-CP ngày 11/3/2023 của Chính phủ về một số giải pháp tháo gỡ và thúc đẩy thị trường bất động sản phát triển an toàn, lành mạnh, bền vững
8. Đỗ Văn Đại (2018), Pháp luật trọng tài thương mại Việt Nam – Bản án và bình luận Tập 1, Nxb Hồng Đức – Hội Luật gia Việt Nam
9. Đỗ Văn Đại (chủ biên) (2021), Giao dịch dân sự về bất động sản Tập 2, Nxb Hồng Đức
10. Lưu Quốc Thái (2022), Pháp luật Kinh doanh bất động sản, Nxb Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh
11. Bản án số 14/2022/KDTM-PT ngày 26/5/2022 của Tòa án nhân dân TP. Đà Nẵng
12. Bản án số 422/2020/DS-PT ngày 09/12/2020 của Tòa án nhân dân TP. Hồ Chí Minh
13. Quyết định chuyển vụ án số 259/2022/QĐST-DS ngày 31/8/2022 của Tòa án nhân dân quận Tân Bình, TP. Hồ Chí Minh
14. Quyết định chuyển vụ án số 04/2023/QĐST-DS ngày 22/3/2023 của Tòa án nhân dân TP. Cam Ranh, tỉnh Khánh Hòa
15. Quyết định số 1222/2014/QĐ-PQTT ngày 12/10/2014 của Tòa án nhân dân TP. Hồ Chí Minh
16. Quyết định số 1948/2011/QĐKDTM-ST ngày 07/11/2011 của Tòa án nhân dân TP. Hồ Chí Minh
17. Quyết định số 795/2017/QĐ-PQTT ngày 27/6/2017 của Tòa án nhân dân TP. Hồ Chí Minh
18. Dự thảo Luật Đất đai (sửa đổi)
19. Dự thảo Luật Kinh doanh bất động sản (sửa đổi)
20. Dự thảo Luật Nhà ở (sửa đổi)
21. <https://congbobanan.toaan.gov.vn>
22. <https://moj.gov.vn>

23. <https://xaydungchinhsach.chinhphu.vn>
24. <https://www.viac.vn>

VAI TRÒ CỦA CÔNG CHỨNG TRONG VIỆC BẢO ĐẢM AN TOÀN PHÁP LÝ CHO CÁC GIAO DỊCH BẤT ĐỘNG SẢN

CCV.Hoàng Mạnh Thắng

Trưởng phòng Phòng Công chứng số 7 Thành phố Hồ Chí Minh

Tóm tắt:

Các hợp đồng, giao dịch về bất động sản (BDS) hoặc tài sản có giá trị lớn được diễn ra hàng ngày trong cuộc sống xã hội, nếu không được công chứng sẽ làm tăng nguy cơ rủi ro và dẫn đến nguy cơ tranh chấp, có thể gây thiệt hại cho các bên tham gia, ảnh hưởng đến phát triển kinh tế và trật tự, an toàn xã hội. Tuy nhiên một số luật liên quan như: Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014, Luật Đất đai năm 2013... chưa xác định rõ vai trò của công chứng trong việc chứng nhận các hợp đồng, giao dịch BDS, thậm chí còn không phân biệt về công chứng và chứng thực đối với những giao dịch này, tạo ra những nhận thức sai lệch của những chủ thể khác về vai trò, chức năng của hoạt động công chứng cũng như nhiệm vụ của công chứng viên (CCV) và những giá trị của văn bản công chứng (VBCC) trong việc bảo đảm an toàn pháp lý cho các giao dịch BDS.

Nói chung, CCV có nhiệm vụ kiểm tra, làm chứng cho giao dịch BDS là những giao dịch có đối tượng là những “tài sản đặc biệt”, giá trị lớn, được xem là tư liệu sản xuất đặc biệt, là nguồn tài nguyên đặc biệt, nhằm để bảo đảm sự an toàn và hợp pháp cho các bên tham gia giao dịch. Nếu giao dịch không được công chứng, tức là bỏ qua vai trò của người “làm chứng” chuyên nghiệp có thể dẫn đến giao dịch mất đi tính xác thực và hợp pháp, không bảo vệ được quyền và lợi ích hợp pháp của các bên tham gia khi có tranh chấp xảy ra. Hiện tượng lừa đảo, kiện tụng, vi phạm pháp luật trong giao dịch về BDS thời gian qua đang có nguy cơ tăng cao, từ những vụ việc lừa đảo, giả mạo về chủ thể giao dịch, giấy chứng nhận, sản phẩm BDS giả mạo trong các dự án ma... gây những bất ổn trong xã hội và trong thị trường BDS. Mặt khác, cho rằng CCV như là “thẩm phán phòng ngừa” để bảo vệ an ninh, an toàn cho giao dịch, cũng là chưa hoàn toàn chuẩn xác về vị trí, vai trò và chức năng của CCV, mà cần nhìn nhận ở những phương diện và giá trị pháp lý mà CCV thông qua việc hành nghề mang lại cho những hợp đồng, giao dịch về BDS.

Từ khóa: Hoạt động công chứng; công chứng viên; giá trị của văn bản công chứng; sản phẩm giao dịch bất động sản

1. Vai trò của việc công chứng đối với hợp đồng, giao dịch

Ở Việt Nam, hoạt động công chứng từ trước đến nay được xác định là công cụ định hướng và điều tiết của Nhà nước về các giao dịch trên thị trường BĐS, do BĐS là một loại tài sản, hàng hóa đặc biệt và việc chuyển dịch loại “hàng hóa đặc biệt” này phải được kiểm soát và định hướng.

CCV là người được Nhà nước trao quyền để thực hiện chức năng của mình một cách khách quan và độc lập ngoài hệ thống hành chính của cơ quan Nhà nước. CCV thực hiện những hoạt động pháp lý ngoài tổ tụng, nhằm bảo đảm an toàn pháp lý cho các chủ thể tham gia giao dịch, phòng ngừa các tranh chấp có thể phát sinh mà có thể giải quyết trước được thông qua việc CCV thực hiện nhiệm vụ pháp lý và là một công cụ không thể thiếu được trong hoạt động quản lý nhà nước của quốc gia có nền tư pháp hiệu quả.

Ở Việt Nam cũng như trên thế giới, đã ghi nhận những giá trị mà việc công chứng mang lại cho các hợp đồng, giao dịch về BĐS hoặc tài sản có giá trị lớn được diễn ra hàng ngày trong cuộc sống xã hội, hạn chế nguy cơ rủi ro và tranh chấp, hạn chế thiệt hại cho các bên tham gia, góp phần phát triển trật tự kinh tế, bảo vệ trật tự, an toàn xã hội.

Điều 3 của Luật Công chứng năm 2014 quy định về chức năng xã hội của CCV: “*Công chứng viên cung cấp dịch vụ công do Nhà nước ủy nhiệm thực hiện nhằm bảo đảm an toàn pháp lý cho các bên tham gia hợp đồng, giao dịch; phòng ngừa tranh chấp; góp phần bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của cá nhân, tổ chức; ổn định và phát triển kinh tế - xã hội*”, có thể nhận thấy quy định này của Luật Công chứng năm 2014 về chức năng, nhiệm vụ của CCV còn chưa rõ ràng, khoa học. Vấn đề này gây ra những khó khăn nhất định trong quá trình thực thi nhiệm vụ của CCV, tạo ra những nhận thức sai lệch của các chủ thể khác về vai trò, chức năng của CCV và giá trị của VBCC.

CCV có nhiệm vụ kiểm tra, làm chứng về mặt thỏa thuận giao dịch an toàn và hợp pháp giữa hai bên. Nếu giao dịch không được công chứng, tức là bỏ qua vai trò của người ở giữa “làm chứng” cho giao dịch và giao dịch đó có thể mất đi tính xác thực và hợp pháp. Khi có tranh chấp xảy ra, bên tham gia giao dịch không có đủ cơ sở pháp lý để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình. Hiện tượng lừa đảo, kiện tụng, vi phạm pháp luật trong các giao dịch trong xã hội có nguy cơ tăng lên, có thể gây nên những bất ổn trong xã hội và trong thị trường BĐS.

1.1. Công chứng mang lại giá trị pháp lý cho hợp đồng, giao dịch

(i) Làm cho các hợp đồng, giao dịch bình thường trở thành chứng cứ luật định, bảo đảm an toàn pháp lý cho chính hợp đồng, giao dịch đó vì được “làm chứng” khách quan, tuân thủ theo những nội dung và hình thức theo quy định của pháp luật và không bị bác bỏ;

(ii) Việc công chứng làm hạn chế “hành chính hóa” các giao dịch dân sự, thương mại. Các thỏa thuận trong giao dịch đã công chứng được các bên tham gia và bên thứ ba tôn trọng và được thực hiện. Việc hạn chế “hành chính hóa” các giao dịch dân sự, thương mại thể hiện ở chỗ các giao dịch này do các bên giao kết, *không được công chứng*, nhưng để có giá trị thì phải được cơ quan nhà nước cho “đăng ký” hoặc “công nhận” đã vô hình chung biến các thỏa thuận được xây dựng và hình thành trên cơ sở tự do, tự nguyện cam kết, thỏa thuận trở thành quan hệ hành chính giữa cơ quan quản lý nhà nước và các bên tham gia;

(iii) Đáp ứng được những nhu cầu cấp thiết trong giao dịch ở một số trường hợp đặc biệt như người tham gia hợp đồng, giao dịch đang gặp những tình thế khó khăn như bị tạm giam, tạm giữ, chữa bệnh hay vì già yếu không thể đến trụ sở tổ chức hành nghề công chứng được hoặc vì lý do khác thì CCV có thể đến nơi ở của họ để thực hiện công chứng;

(iv) Giúp cho các bên tham gia giao dịch hạn chế và tránh được tình trạng giả mạo, lừa đảo trong giao dịch. Thực tế có những giao dịch đã được công chứng nhưng vẫn bị lừa đảo nhưng tỉ lệ này rất thấp do việc giả mạo chủ thể hoặc giấy tờ đã được chính các CCV phát hiện và ngăn chặn kịp thời, mặt khác tổ chức hành nghề công chứng có trách nhiệm mua bảo hiểm cho CCV của tổ chức mình phòng khi phát sinh bồi thường và có sự tham gia bồi thường của doanh nghiệp cung cấp bảo hiểm cho CCV. Các giao dịch không được công chứng sẽ không có đặc quyền này;

(v) Bảo đảm các nguyên tắc cơ bản trong giao dịch dân sự đó là các bên xác lập, thực hiện, chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự của mình một cách thiện chí, trung thực, trên cơ sở tự do, tự nguyện cam kết, thỏa thuận. Nội dung cam kết, thỏa thuận của các bên không vi phạm điều cấm của luật, không trái đạo đức xã hội có hiệu lực thực hiện đối với các bên và phải được chủ thể khác tôn trọng, do được CCV nghiên cứu, giải thích và soạn thảo theo thỏa thuận của các bên tham gia theo quy định của pháp luật;

(vi) Giảm thiểu các tranh chấp, khiếu kiện trong giao dịch về BĐS vì VBCC là những chứng cứ đáng tin cậy, không phải chứng minh trong tố tụng, thuận lợi cho Tòa án trong việc xét xử;

(vii) Làm lợi ích cho các bên tham gia giao dịch nói riêng và cho xã hội nói chung. Nếu các giao dịch không được công chứng thì khả năng rủi ro khi tranh chấp là rất lớn, hậu quả và chi phí phát sinh do tranh chấp, kiện tụng và giải quyết những hệ lụy phát sinh từ những tranh chấp này sẽ lớn hơn rất nhiều so với phí công chứng.

1.2. Giá trị pháp lý của văn bản công chứng

Luật Công chứng năm 2014 xác định giá trị pháp lý của VBCC là giá trị chứng cứ không cần chứng minh, giá trị thi hành, giá trị xác thực và tính hợp pháp.

- *Giá trị thi hành*: Có thể khẳng định rằng VBCC (là những hợp đồng, giao dịch được công chứng) được thực hiện nếu chỉ đơn thuần với mục đích tạo chứng cứ sẽ không có được vị trí, vai trò quan trọng như hiện nay trong đời sống xã hội. Bởi vì, nếu chỉ với mục đích tạo chứng cứ, sẽ không cần thiết phải duy trì chế định công chứng khi mà việc xác lập bằng chứng có thể được thực hiện bởi những cơ chế khác chẳng hạn như dịch vụ sàn giao dịch, luật sư, hay thừa phát lại với chức năng lập vi bằng và tự thân một giao kết được xác lập một cách tự nguyện, hợp pháp đã có giá trị ràng buộc các bên tham gia chấp hành.

Khi tham gia vào các giao dịch, các bên đều mong muốn thỏa thuận đã ký kết phải được tôn trọng thực hiện. Nếu sự thỏa thuận của các bên được xác lập bằng một cơ chế khác hơn so với các cơ chế thông thường thì cơ chế này phải ưu việt hơn, phải bảo đảm chắc chắn hơn cho việc thực hiện các thỏa thuận này. Với vai trò công chứng, yêu cầu này của các bên được đáp ứng. Đó chính là cơ chế về giá trị thi hành của VBCC. Giá trị thi hành của VBCC thể hiện ở chỗ không chỉ có giá trị bắt buộc thi hành với các bên tham gia giao kết mà cả đối với các cơ quan Nhà nước, tổ chức, cá nhân khác có liên quan.

Trong trường hợp một bên trong giao dịch không thực hiện đúng như thỏa thuận, bên kia có quyền yêu cầu các cơ quan có thẩm quyền liên quan áp dụng biện pháp cưỡng chế cần thiết buộc bên kia thi hành mà không cần phải đặt lại vấn đề xem xét hiệu lực của giao dịch đó.

Giá trị thi hành ở đây không đơn thuần chỉ là quyền và nghĩa vụ của các bên tham gia hợp đồng, giao dịch mà còn có giá trị thi hành đối với các chủ thể liên quan, như cơ quan thuế, cơ quan đăng ký tài sản hoặc các cơ quan, tổ chức, cá nhân khác...

- *Giá trị chứng cứ*: Chứng cứ là vấn đề mấu chốt trong việc giải quyết một tranh cãi, tranh chấp, bất đồng... khi trong sự việc đó thiếu những căn cứ để xác định quyền, lợi ích hoặc sự kiện pháp lý. Để có thể khẳng định quyền, lợi ích hoặc sự kiện pháp lý đó, thì cần thiết phải có một bằng chứng, chứng minh sự tồn tại của nó, nếu không sẽ bị coi là không có sự tồn tại của quyền, lợi ích hoặc sự kiện pháp lý đó. Chứng cứ là cái cụ thể (như lời nói hoặc việc làm, vật làm chứng, tài liệu, hình ảnh, nhân chứng ...) chỉ rõ điều gì đó có thật¹.

Về bản chất, VBCC luôn mang tính chất xác thực của chứng cứ, do luôn phải được thực hiện theo những thủ tục, trình tự mà pháp luật bắt buộc. Nhờ vậy mà những tình tiết, sự kiện trong VBCC được bảo đảm tính xác thực. Không những thế, tính xác thực của bất cứ tình tiết, sự kiện nào trong VBCC còn phải đáp ứng tiêu chí không trái đạo đức xã hội.

Chính vì vậy, hợp đồng, giao dịch đã được công chứng phản ánh một cách xác thực nhất và hợp pháp nhất về những tình tiết, sự kiện được chứa đựng trong nó (về chủ thể tham

¹ Theo Viện Ngôn ngữ học (2004), *Từ điển tiếng Việt*, NXB Đà Nẵng - Trung tâm từ điển học, Hà Nội - Đà Nẵng, trg.192.

gia ký kết hợp đồng, giao dịch; đối tượng, hình thức của hợp đồng, giao dịch; thời gian, địa điểm, nội dung thể hiện ý chí và thống nhất ý chí của các bên, sự tự nguyện, xác thực về tính hợp pháp, về thực tiễn thỏa thuận mà các bên đương sự thiết lập...). Đó là lý do tại sao mà VBCC luôn có độ tin cậy, chính xác cao và không thể bác bỏ trong quá trình sử dụng làm chứng cứ. Hệ quả tất yếu là bản thân những tình tiết, sự kiện được ghi nhận trong VBCC không cần phải được đánh giá lại tính xác thực, mặc nhiên xem nó là chứng cứ không thể phủ nhận.

Trong hoạt động tố tụng, chứng cứ đóng vai trò quyết định trong việc làm sáng tỏ các quan hệ, khúc mắc, nhầm lẫn, tranh chấp cần giải quyết và làm cơ sở để Tòa án phân xử.

Điều 94 của Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015 quy định về nguồn chứng cứ trong đó có: “*văn bản công chứng, chứng thực*” và khoản 10 Điều 95 của Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015 quy định về xác định chứng cứ: “*Văn bản công chứng, chứng thực được coi là chứng cứ nếu việc công chứng, chứng thực được thực hiện theo đúng thủ tục do pháp luật quy định*”.

Những tình tiết, sự kiện đã được ghi nhận trong văn bản và văn bản đó đã được công chứng gọi là VBCC, về mặt lý luận, thực tế và thông lệ quốc tế VBCC có giá trị chứng cứ hay nói cách khác những tình tiết, sự kiện đã được ghi trong VBCC, thì không phải chứng minh. Bởi khi công chứng, người thực hiện công chứng phải tuân theo các quy định của pháp luật về công chứng và các quy định khác có liên quan và phải khách quan, trung thực, trong trường hợp biết hoặc phải biết việc công chứng hoặc nội dung công chứng là trái pháp luật, đạo đức xã hội, thì không được thực hiện công chứng.

So với các hợp đồng, giao dịch khác không được công chứng (ví dụ: hợp đồng, giao dịch qua dịch vụ sàn giao dịch BDS do người môi giới tư vấn, soạn thảo và làm chứng) thì các hợp đồng, giao dịch này không có giá trị chứng cứ mà vẫn phải chứng minh. Nó chỉ trở thành chứng cứ sau khi được cơ quan nhà nước có thẩm quyền xác định theo những thủ tục nhất định.

Trong trường hợp muốn bác bỏ hiệu lực của VBCC đó thì phải khởi kiện ra Tòa án và khi đó thì các tình tiết, sự kiện đã ghi trong hợp đồng, giao dịch đó sẽ trở thành chứng cứ không phải chứng minh trước Tòa án. Người muốn bác bỏ nó phải xuất trình được chứng cứ ngược lại. Đặc điểm nêu trên của VBCC có ý nghĩa rất lớn thể hiện vai trò phòng ngừa, bảo đảm an toàn pháp lý cho các bên trong hợp đồng, giao dịch.

- *Giá trị xác thực và tính hợp pháp*: VBCC bao gồm nội dung của hợp đồng, giao dịch và lời chứng của CCV. Hợp đồng, giao dịch là thỏa thuận của các bên không vi phạm pháp luật, thể hiện ý chí các bên. Ý chí này hình thành bởi thói quen, tư tưởng, môi trường, giáo dục, tập quán và học vấn... Nội dung của các thỏa thuận không theo “*văn mẫu*” nên không đặt ra việc áp dụng “*mẫu VBCC*”. VBCC đạt chuẩn sẽ định hướng và bảo vệ cho các giao dịch

phù hợp với quy định của pháp luật, không trái đạo đức xã hội, giảm thiểu các tranh chấp và mâu thuẫn trong đời sống kinh tế - xã hội.

VBCC chứa đựng tính xác thực và hợp pháp của nội dung, hình thức bằng văn bản với văn phong dễ hiểu và chuẩn mực, thông qua lời chứng của CCV đối với hợp đồng, giao dịch sẽ được kiểm soát chặt chẽ bằng những nội dung bắt buộc theo luật định. Hiện nay lời chứng của CCV được thực hiện theo Thông tư số 01/2021/TT-BTP của Bộ Tư pháp, bảo đảm tôn trọng và thể hiện nguyên tắc tự do ý chí, tự nguyện thỏa thuận của các bên, hình thành giá trị chứng cứ và giá trị thi hành của VBCC. Pháp luật Việt Nam quy định CCV phải xác nhận những nội dung, bao gồm: thời điểm, địa điểm công chứng, họ, tên CCV, tên TCHNCC; chứng nhận người tham gia hợp đồng, giao dịch hoàn toàn tự nguyện, có năng lực hành vi dân sự, mục đích, nội dung của hợp đồng, giao dịch không vi phạm pháp luật, không trái đạo đức xã hội, chữ ký hoặc dấu điểm chỉ trong hợp đồng, giao dịch đúng là chữ ký hoặc dấu điểm chỉ của người tham gia hợp đồng, giao dịch².

Như vậy, nhiệm vụ pháp lý của CCV là thông qua việc chứng nhận bảo đảm tính xác thực các nội dung của giao dịch gồm: chủ thể tham gia giao dịch; đối tượng của giao dịch; hành vi giao kết của các chủ thể; nội dung và hình thức của giao dịch.

- Những yếu tố tạo nên giá trị pháp lý của văn bản công chứng:

Thứ nhất, đó là ý chí và địa vị pháp lý của các bên tham gia hợp đồng, giao dịch theo nguyên tắc cơ bản là khi giao kết hợp đồng, giao dịch mọi cá nhân, pháp nhân đều bình đẳng và được pháp luật bảo hộ như nhau về các quyền nhân thân và tài sản. Mọi giao kết hợp đồng, giao dịch đều dựa trên cơ sở thiện chí, trung thực, tự do, tự nguyện cam kết, thỏa thuận, không vi phạm điều cấm của luật, không trái đạo đức xã hội, không được xâm phạm đến lợi ích công cộng, quyền và lợi ích của người khác và phải tự chịu trách nhiệm về nghĩa vụ của mình.

Thứ hai, một hợp đồng, giao dịch để trở thành VBCC phải trải qua trình tự và thủ tục chặt chẽ theo luật định, bao gồm những bước mà CCV phải tiến hành và các giấy tờ cần thiết nhưng không được tùy tiện đặt thêm ngoài luật.

Thứ ba, VBCC là sản phẩm kết hợp việc tuân thủ pháp luật về nội dung và hình thức kết hợp với kinh nghiệm và nguyên tắc hành nghề của CCV, đó là những nguyên tắc như tuân thủ Hiến pháp và pháp luật; khách quan, trung thực; tuân theo quy tắc đạo đức hành nghề công chứng; chịu trách nhiệm trước pháp luật và người yêu cầu công chứng về VBCC.

Thứ tư, VBCC được bảo đảm bởi trách nhiệm vật chất, trách nhiệm pháp lý của CCV và được bảo hiểm thông việc TCHNCC phải mua bảo hiểm trách nhiệm nghề nghiệp bắt buộc của CCV trong suốt quá thời gian hoạt động, trong đó phạm vi bảo hiểm bao gồm thiệt hại về

² Xem thêm khoản 1 Điều 46 của Luật Công chứng năm 2014.

vật chất của người tham gia ký kết hợp đồng, giao dịch hoặc của cá nhân, tổ chức khác có liên quan trực tiếp đến hợp đồng, giao dịch đã được công chứng mà những thiệt hại gây ra do lỗi của CCV trong thời hạn bảo hiểm.

Bằng quyền hạn, trách nhiệm của mình, CCV phải đánh giá và định hướng cho nội dung, hình thức của hợp đồng, giao dịch không vi phạm pháp luật, không trái đạo đức xã hội. Nhà nước giao cho các CCV thực hiện nhiệm vụ sàng lọc và những sản phẩm là VBCC đạt chuẩn đưa vào “lưu thông” trong đời sống kinh tế - xã hội. Việc tồn tại và sử dụng sản phẩm VBCC đạt chuẩn sẽ góp phần làm giảm thiểu các tranh chấp và làm giảm gánh nặng của Tòa án trong xét xử.

Thứ năm, năng lực và phẩm chất của CCV quyết định chất lượng của VBCC. CCV không chỉ là người làm chứng chuyên nghiệp mà còn là người trực tiếp tạo lập VBCC với kỹ thuật cao chứa đựng những giá trị pháp lý đáng tin cậy. CCV là người chứng kiến, thu thập những tình tiết, sự kiện, nội dung thỏa thuận, thông tin về xác minh, giám định, xem xét, đánh giá về năng lực hành vi của người tham gia giao dịch, đánh giá về nội dung thỏa thuận của giao dịch phù hợp pháp luật và đạo đức xã hội, kết hợp với nội dung của những quy phạm pháp luật liên quan, bằng kỹ năng và kiến thức hành nghề, CCV tạo lập ra VBCC.

Chất lượng của VBCC chính là giá trị pháp lý của VBCC. Giá trị pháp lý của VBCC do hoạt động nghề nghiệp của CCV tạo lập và xây dựng, được hình thành bởi những yếu tố: (i) Được CCV trực tiếp lập, soạn thảo theo trình tự, thủ tục luật định; (ii) Chứa đựng những tình tiết pháp lý, sự kiện pháp lý, thể hiện ý chí của các bên tham gia, trên cơ sở tự nguyện và tự do thỏa thuận không vi phạm pháp luật và trái đạo đức xã hội; (iii) Được CCV chứng kiến, ghi nhận, chuyển hóa và chuẩn hóa những tình tiết, sự kiện, thời gian, địa điểm xảy ra giao dịch, sự hiện diện và năng lực hành vi của người tham gia giao dịch, nội dung thỏa thuận của các bên, đối tượng giao dịch xác thực được bảo đảm bởi những thủ tục nghiêm ngặt do luật định như xác minh, giám định, niêm yết... cùng với tinh thần và nội dung của quy định pháp luật, trở thành hình thức và nội dung của VBCC thông qua tác nghiệp, kỹ năng, kinh nghiệm và kiến thức nghề nghiệp của CCV; (iv) Chứa đựng những đặc điểm nhân dạng sinh trắc học riêng của mỗi cá nhân như: vân tay, chữ ký sống, chữ viết tay hoặc những đặc điểm sinh trắc học khác của các bên tham gia và được CCV ký tên, đóng dấu của TCHNCC; (v) Được bảo đảm tính toàn vẹn và không bị bác bỏ hay gọi là không phải chứng minh theo luật định. Pháp luật không cho phép bất cứ ai được tự ý chỉnh sửa những nội dung trong VBCC. Việc sửa VBCC bị hạn chế và phải đáp ứng những yêu cầu nghiêm ngặt theo luật định. Thông thường nội dung sửa chữa phải được CCV và tất cả những người tham gia thực hiện việc sửa và cùng ký xác nhận³. Việc bác bỏ một VBCC phải thực hiện bằng thủ tục tố tụng và do Tòa án tuyên

³ Xem thêm Điều 51 của Luật Công chứng năm 2014.

bỏ; (vi) Đối với việc sửa lỗi kỹ thuật trong VBCC, là lỗi do sai sót trong khi ghi chép, đánh máy, in ấn trong VBCC mà việc sửa lỗi đó không làm ảnh hưởng đến quyền và nghĩa vụ của các bên tham gia và phải thông báo cho các bên tham gia biết. Việc sử dụng kỹ thuật được pháp luật quy định chi tiết về vị trí của phần sửa chữa, cách thức ghi nội dung sửa chữa và CCV ký xác nhận⁴; (vii) VBCC được lưu giữ lâu dài, an toàn và không bị can thiệp vào tính toàn vẹn của VBCC, kể cả khi VBCC xác lập và được lưu giữ theo thể thức thông điệp dữ liệu số hay thông điệp dữ liệu điện tử; (viii) Giá trị pháp lý của VBCC là giá trị chứng cứ và thi hành, được bảo đảm bằng trách nhiệm cá nhân của CCV và chế độ trách nhiệm bồi thường vật chất và bảo hiểm nghề nghiệp bắt buộc của CCV.

Chất lượng của CCV thể hiện qua kỹ năng, kinh nghiệm, kiến thức và đạo đức hành nghề và hoạt động hành nghề của CCV quyết định giá trị thực tiễn của VBCC hay chúng ta có thể nói giá trị của VBCC phụ thuộc vào năng lực và phẩm chất của CCV.

2. Công chứng là một trong những công cụ hiệu quả để Nhà nước điều tiết, bảo vệ an toàn các giao dịch về bất động sản

Nhà nước điều tiết và quản lý thị trường BĐS bằng chính sách, pháp luật và công cụ hiệu quả như: thanh toán, thuế, công chứng, đăng ký... Đây là những công cụ điều tiết hiệu quả của Nhà nước, nhằm bảo đảm một thị trường minh bạch, an toàn và an ninh cho các giao dịch về BĐS, bảo vệ quyền của người sử dụng đất và người yếu thế, loại trừ các yếu tố và thành tố tiêu cực của thị trường, bảo đảm minh bạch của giao dịch và công bằng xã hội. Các công cụ điều tiết này được Nhà nước bảo đảm hoạt động, có sự liên kết, liên thông với nhau dưới sự tổ chức của Nhà nước.

Đối với hoạt động công chứng, ở hầu hết các quốc gia trên thế giới có hệ thống pháp luật dựa trên truyền thống pháp luật dân sự hoặc thông luật, được vận hành theo xu hướng là những quốc gia có hệ thống pháp luật dân sự lựa chọn theo hệ phái công chứng Latinh thường với thể thức công chứng nội dung và những quốc gia có hệ thống pháp luật chung thường theo hệ phái công chứng Anglo-Saxon với thể thức công chứng hình thức.

Ở các quốc gia theo truyền thống luật dân sự (Pháp, Đức, Tây Ban Nha, Nga, Trung Quốc, Nhật Bản, Hàn Quốc...), pháp luật đều đề cao và coi trọng công cụ công chứng trong việc định hướng, điều tiết và bảo vệ thị trường BĐS. Các quốc gia này đều tham gia và là thành viên của Liên minh Công chứng viên Quốc tế (UINL: tiếng Tây Ban Nha là Union

⁴ Xem thêm Điều 50 của Luật Công chứng năm 2014.

Internacional del Notariado Latino)⁵. Năm 2013, Việt Nam cũng đã tham gia và là thành viên chính thức thứ 84 của UINL.

Ở các quốc gia có thể thức công chứng nội dung, hoạt động công chứng đặt trọng tâm vào CCV, là người hành nghề luật, là chức danh công, do Nhà nước bổ nhiệm, trao quyền để xác thực các hợp đồng, giao dịch mà pháp luật quy định bắt buộc phải công chứng hoặc theo yêu cầu tự nguyện của các bên. Pháp luật của những quốc gia này đều theo xu hướng xác định công chứng là công cụ định hướng và điều tiết các giao dịch của Nhà nước, đặc biệt là những giao dịch về BĐS được xem như là “hàng hóa đặc biệt”.

Các giao dịch về BĐS được công chứng sẽ bảo đảm tính minh bạch, đáp ứng các điều kiện về pháp lý và chủ thể của giao dịch, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của các bên tham gia. Hệ thống cơ sở dữ liệu về công chứng đã được thành lập và hoạt động hiệu quả hiện đang được chia sẻ và liên thông với cơ sở dữ liệu của thuế, đăng ký để bảo đảm việc kiểm soát và tránh thất thu thuế.

Tuy nhiên, đối với những giao dịch BĐS được thực hiện qua dịch vụ sàn giao dịch lại hoạt động theo cơ chế khác với công chứng. Dịch vụ sàn giao dịch BĐS là dịch vụ do tư nhân tổ chức, không phải là công cụ quản lý của Nhà nước, mà nó chỉ là nơi công khai để các bên muốn tham gia giao dịch tìm đến với nhau. Chủ đầu tư có thể thành lập sàn giao dịch BĐS để giới thiệu bán chính sản phẩm của mình, hoặc ký hợp đồng dịch vụ hoặc ủy quyền bán sản phẩm với sàn giao dịch.

Trước đây, Luật Kinh doanh bất động sản năm 2006 cũng đã quy định việc mua bán BĐS phải thực hiện thông qua sàn giao dịch. Quy định này nhằm mục đích khắc phục những bất cập của thị trường BĐS thời điểm đó, làm cho giá BĐS công khai, thông tin pháp lý dự án minh bạch, giảm bớt rủi ro cho các bên.

Tuy nhiên, từ thực tiễn thực hiện mô hình này đã không những không đạt được mục tiêu đề ra, mà còn nảy sinh nhiều tiêu cực, như là sàn giao dịch trở thành “sân sau” của chủ đầu tư để thu tiền chênh lệch, hoặc sàn giao dịch liên kết với nhau để đầu cơ tăng giá hoặc đìm giá và lũng đoạn thị trường, hoặc chủ đầu tư đi thuê chứng chỉ của cá nhân để thành lập sàn giao dịch nhằm hợp thức hóa giao dịch của mình cũng như tạo thêm nguồn thu từ việc xác nhận của sàn. Do vậy, Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014 đã bỏ quy định bắt buộc giao dịch bất động sản phải thông qua sàn.

⁵ Tổ chức này bao gồm 87 quốc gia tính đến tháng 8 năm 2018, trong đó có 22 trong số 28 quốc gia thành viên của [Liên minh Châu Âu](#) và 15 trong số 19 quốc gia của G20, do đó cho thấy mở rộng hệ thống pháp luật châu Âu. Ngày nay, nó có mặt ở gần 120 quốc gia, chiếm tổng cộng 2/3 dân số thế giới và chiếm hơn 60% tổng [sản phẩm quốc nội](#) thế giới, theo: https://en.wikipedia.org/wiki/International_Union_of_Notaries.

Sàn giao dịch BĐS là nơi tập trung các hoạt động giao dịch BĐS, giúp cho các bên tham gia (người mua, người bán, môi giới, đại lý, nhà đầu tư...) tiếp cận với nhau và thực hiện các giao dịch liên quan đến BĐS, là trung gian kết nối các bên tham gia trong quá trình mua bán, thuê, cho thuê hoặc quản lý BĐS⁶. Sàn giao dịch cung cấp thông tin và tư vấn về các loại BĐS, giá cả, tạo điều kiện thuận lợi cho các bên tham gia trong quá trình giao dịch, đàm phán giá cả, điều kiện giao dịch, thông tin tham khảo về giá trị BĐS, tình hình thị trường để giúp các bên tham gia đưa ra quyết định giao dịch. Sàn giao dịch là nơi người mua lựa chọn sản phẩm ưng ý, không phải là chế định pháp lý bắt buộc cho giao dịch BĐS.

Sàn giao dịch giúp kết nối và công khai thông tin về hàng hóa BĐS từ chất lượng sản phẩm, mức giá, điều kiện giao dịch, qua đó minh bạch hóa giao dịch nhưng không bắt buộc mọi giao dịch BĐS đều phải qua sàn. Do tính chất đặc biệt của “hàng hóa” BĐS nên những thông tin về nguồn gốc, người sản xuất và cung cấp sản phẩm, tính pháp lý, chất lượng, giá cả sản phẩm phải là những thông tin bắt buộc và công khai đến người mua.

Sàn giao dịch thu phí dịch vụ của chủ đầu tư hoặc khách hàng có BĐS được đưa lên sàn. Cá nhân môi giới BĐS được hưởng tiền thù lao, hoa hồng từ sàn. Ở đây phát sinh mối quan hệ phụ thuộc giữa một bên là chủ giao việc và một bên thực hiện công việc dịch vụ nhằm bán sản phẩm. Tỷ lệ sản phẩm bán càng nhiều thì phí dịch vụ, thù lao, hoa hồng tăng tỷ lệ thuận. Người môi giới chỉ quan tâm đến lợi ích của chủ đầu tư dự án cũng như sản phẩm bán được của sàn giao dịch.

Người môi giới ở sàn giao dịch BĐS có thể che giấu những thông tin quan trọng, hoặc quảng cáo không khách quan về sản phẩm hoặc che dấu những vấn đề pháp lý của BĐS nhằm đẩy nhanh các giao dịch, thực hiện thanh khoản vì mục đích bán hàng và hưởng phí dịch vụ, thù lao và hoa hồng. Việc quy định bắt buộc giao dịch BĐS qua sàn vẫn tiềm ẩn nguy cơ lợi dụng quy định này của pháp luật để độc quyền hoặc câu kết với chủ đầu tư hoặc bên bán, ảnh hưởng đến tính minh bạch của thị trường, gây ảnh hưởng đến quyền lợi của bên mua, người tiêu dùng. Trong thực tiễn, đã xảy ra nhiều hiện tượng sàn giao dịch BĐS câu kết với chủ đầu tư vì mục đích lợi nhuận gây nhiễu loạn thị trường, không phản ánh đúng quan hệ cung cầu, giá cả.

Nếu như công chứng, thuế, thanh toán hay đăng ký là công cụ điều tiết của Nhà nước để duy trì công bằng, bảo vệ người yếu thế, giảm thiểu tranh chấp và chi phí xã hội, giảm gánh nặng của Tòa án trong việc xử lý tranh chấp⁷ mà lẽ ra không đáng có và có thể phòng ngừa

⁶ Theo khoản 6 Điều 3 của Luật Kinh doanh bất động sản 2014 thì sàn giao dịch BĐS được hiểu là nơi diễn ra các giao dịch về mua bán, chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê lại, cho thuê mua BĐS.

⁷ Từ ngày 8-12-2022 đến 6-1-2023, Tòa án nhân dân thành phố Hồ Chí Minh đã mở phiên sơ thẩm xét xử vụ án liên quan đến các hành vi lừa đảo chiếm đoạt tài sản và rửa tiền trong vụ án liên quan đến Công ty cổ phần địa ốc Alibaba với 58 dự án BĐS, gần 5.000 người tham gia tố tụng, số người bị hại hơn 4.000 người, hàng trăm người liên quan được triệu tập

trước bởi chế định công chứng. CCV là người do Nhà nước bổ nhiệm và trao quyền thực hiện việc chứng nhận các hợp đồng, giao dịch, bảo đảm và mang lại giá trị pháp lý cho hợp đồng, giao dịch, thì sàn giao dịch là công cụ của tư nhân do các doanh nghiệp kinh doanh BĐS thành lập nhằm tiêu thụ hiệu quả sản phẩm đầu ra cho doanh nghiệp kinh doanh BĐS. Nhân viên hoạt động trên sàn giao dịch BĐS cũng chỉ cần những điều kiện tối thiểu do luật định⁸. Sàn giao dịch luôn nằm trong mối quan hệ phụ thuộc giữa chủ đầu tư hay người thành lập, lợi nhuận tính trên tỷ lệ sản phẩm tiêu thụ được do vậy hầu như không còn tính độc lập, khách quan trong việc bảo vệ quyền lợi của khách hàng. Mặt khác, Nhà nước cũng không kiểm soát và hạn chế được việc “trốn thuế” thông qua sàn giao dịch. Việc quản lý và chống thất thu thuế phải do cơ quan có thẩm quyền của Nhà nước thực hiện theo chức năng, nếu để cho sàn giao dịch tư nhân quán xuyến sẽ dẫn đến nhiều hệ lụy đáng tiếc.

So sánh sơ lược về công cụ điều tiết của Nhà nước là chế định công chứng với dịch vụ sàn giao dịch BĐS, có thể thấy những khác biệt về mặt quy mô, bản chất và cơ chế hoạt động, như sau:

	Chế định công chứng	Dịch vụ sàn giao dịch
Về bản bản chất	<ul style="list-style-type: none"> - Là dịch vụ công do Nhà nước tổ chức và trao quyền cung cấp cho CCV là người được Nhà nước bổ nhiệm; - Là công cụ quản lý và điều tiết của Nhà nước, là cơ chế phòng vệ, bảo đảm an toàn pháp lý, an ninh giao dịch đối với các giao dịch quan trọng, đặc biệt là giao dịch về BĐS. 	<ul style="list-style-type: none"> - Là dịch vụ của tư nhân phục vụ cho các giao dịch về mua bán, chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê lại, cho thuê mua BĐS, gắn với dịch vụ môi giới do tư nhân tổ chức. - Đóng vai trò môi giới, trung gian, cung cấp thông tin.
Về quy mô	<ul style="list-style-type: none"> - Hệ thống các TCHNCC được phủ khắp các địa bàn cư dân cấp huyện, có hệ thống thông tin và số liệu giao dịch 	<ul style="list-style-type: none"> - Quy mô đơn lẻ, phụ thuộc doanh nghiệp kinh doanh BĐS;

với số tiền chiếm đoạt gần 2.400 tỷ đồng. Về hồ sơ vụ án với khoảng 1 triệu bút lục, đựng trong 140 thùng, vận chuyển bằng 2 xe tải. Quá trình nghiên cứu hồ sơ và chuẩn bị cho việc xét xử, Tòa phải thành lập tổ giúp việc gồm 4 thẩm phán và 4 thư ký. Đại diện viện kiểm sát có 3 kiểm sát viên và nhiều thành viên dự khuyết khác cùng hơn 200 người phục vụ phiên tòa. Tham gia phiên tòa có hơn 42 luật sư bào chữa cho các bị cáo và bảo vệ quyền lợi cho các bị hại, người có quyền nghĩa vụ liên quan, theo: <https://tuoitre.vn/nhung-con-so-ky-luc-trong-phien-toa-alibaba-20221208083012979.htm>.

⁸ Khoản 1 Điều 68 của Luật kinh doanh BĐS năm 2014 quy định cá nhân được cấp chứng chỉ hành nghề môi giới BĐS khi có đủ các điều kiện sau đây: a) Có năng lực hành vi dân sự đầy đủ; b) Có trình độ tốt nghiệp trung học phổ thông trở lên; c) Đã qua sát hạch về kiến thức môi giới bất động sản.

	<p>công chứng được số hóa trong suốt quá trình hoạt động. Hệ thống này đang trong quá trình chia sẻ và liên thông với dữ liệu thuế, địa chính;</p> <p>- Có tổ chức xã hội – nghề nghiệp: Hiệp hội Công chứng viên Việt Nam và 62/63 Hội công chứng viên của các địa phương, với 1.298 TCHNCC và 3.074 CCV hành nghề;</p>	<p>- Thông tin chủ yếu từ thông tin đơn lẻ, cá biệt của chủ đầu tư dự án BĐS và thông tin trên mạng xã hội.</p> <p>- Hiện có khoảng 1.000 sàn giao dịch bất động sản trong cả nước. Hầu hết các chủ đầu tư bán qua sàn giao dịch của dịch vụ môi giới BĐS. Chủ đầu tư quy mô lớn mới tự tổ chức sàn giao dịch hoặc có bộ phận bán hàng riêng⁹.</p>
Về sản phẩm	Sản phẩm của dịch vụ công chứng là VBCC có giá trị pháp lý: giá trị chứng cứ và giá trị thi hành.	Sản phẩm của dịch vụ sàn giao dịch BĐS là thỏa thuận miệng hoặc bằng văn bản về giao dịch. Do đó, đã dẫn đến những hậu quả kinh tế và pháp lý nặng nề cho xã hội, đặc biệt trong những vụ việc liên quan đến các “dự án ma” về BĐS đã xảy ra vừa qua.
Về chi phí xã hội	Người sử dụng dịch vụ trả phí với mức phí thấp so với giá trị giao dịch (0,1%<).	<p>- Điều 64, 65 Luật kinh doanh BĐS 2014 quy định phí môi giới nhà đất là khoản thù lao người môi giới được nhận sau mỗi giao dịch thành công bao gồm: thù lao và hoa hồng môi giới BĐS.</p> <p>- Các giao dịch BĐS qua sàn làm tăng chi phí trung gian chiếm khoảng 1-2% giá trị BĐS hoặc giá trị hợp đồng. Phí môi giới chiếm khoảng 2-3% giá trị sản phẩm.</p>

⁹ Theo Tờ trình của Bộ Xây dựng tại phiên họp chuyên đề pháp luật về cho ý kiến Dự thảo Luật Kinh doanh bất động sản (sửa đổi) ngày 12/4/2023.

<p>Về người cung cấp dịch vụ</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Là CCV, với những phẩm chất của chuyên gia pháp luật, có chuyên môn sâu; - Được Nhà nước bổ nhiệm với tiêu chuẩn khắt khe: tối thiểu có bằng cử nhân luật, thời gian công tác pháp luật từ 05 năm trở lên, tốt nghiệp khóa đào tạo nghề công chứng, đạt kết quả kiểm tra tập sự có quy mô của kỳ sát hạch quốc gia, có đủ sức khỏe. 	<p>Cá nhân được cấp chứng chỉ hành nghề môi giới BĐS khi có đủ các điều kiện: Có năng lực hành vi dân sự đầy đủ; Có trình độ tốt nghiệp trung học phổ thông trở lên; Đã qua sát hạch về kiến thức môi giới BĐS¹⁰.</p>
<p>Về chế độ hành nghề</p>	<ul style="list-style-type: none"> - CCV hành nghề chuyên nghiệp, chuyên biệt và không kiêm nhiệm. - Được điều chỉnh bởi Luật Công chứng là luật chuyên ngành và quy tắc đạo đức hành nghề công chứng. 	<ul style="list-style-type: none"> - Người hành nghề chủ yếu là kiêm nhiệm. - Không có văn bản pháp luật riêng biệt điều chỉnh, không có quy tắc đạo đức hành nghề.
<p>Về trình tự, thủ tục</p>	<p>Trình tự, thủ tục công chứng Là một chuỗi trình tự thủ tục chặt chẽ do luật định, nhằm xác thực chủ thể, đối tượng, điều kiện tham gia giao dịch, ý chí tự nguyện, tự do thỏa thuận không trái quy định của pháp luật và được quy định trong Luật Công chứng.</p>	<p>Là việc giới thiệu, môi giới, đàm phán thực hiện theo kỹ năng riêng biệt của mỗi cá nhân thực hiện môi giới, tư vấn, để các bên đi đến thỏa thuận giao dịch. Không có một quy trình hay tiêu chuẩn pháp lý về ứng xử của người môi giới xác định rõ được quyền và nghĩa vụ của các bên để bảo vệ người tiêu dùng.</p>
<p>Về cơ chế bảo đảm an toàn pháp lý của hoạt động công chứng</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Trình độ, năng lực phẩm chất của CCV, nguyên tắc và đạo đức hành nghề của CCV; - Chế độ bồi thường, bồi hoàn trong hoạt động công chứng, gắn với chế định bảo hiểm trách nhiệm nghề 	<p>Chưa có cơ chế pháp lý và cơ chế tài chính bảo đảm an toàn cho các giao dịch.</p>

¹⁰ Xem thêm Điều 68 của Luật Kinh doanh BĐS năm 2014.

	nghiệp bắt buộc của CCV trong suốt quá trình hành nghề.	
Về lịch sử hình thành và phát triển	Hoạt động công chứng đã xuất hiện từ rất lâu trên thế giới. Ở Việt Nam hoạt động này đã hình thành từ thời Pháp thuộc, duy trì qua thời Việt Nam Cộng hòa (chế độ cũ) và được tiếp tục phát triển đến ngày nay. Công chứng Việt Nam hiện nay phát triển theo mô hình công chứng tự do với thể thức công chứng nội dung và đã gia nhập Liên minh Công chứng quốc tế năm 2013.	Được hình thành từ Luật Kinh doanh BĐS năm 2005.
Về thành lập và tổ chức hoạt động	Được Nhà nước tổ chức thành lập và hoạt động theo quy hoạch, kế hoạch, chính sách và tiêu chí phát triển nghề công chứng, gắn với địa bàn dân cư cấp huyện.	Được tư nhân thành lập theo mô hình doanh nghiệp, theo nhu cầu của chủ đầu tư dự án BĐS, phục vụ cho việc bán sản phẩm của dự án.

Qua những nội dung so sánh, có thể thấy công chứng là chế định của Nhà nước nhằm định hướng, bảo đảm an ninh, an toàn và trật tự của các giao dịch nói chung cũng như BĐS, là loại “hàng hóa đặc biệt” và việc chuyển dịch loại “hàng hóa đặc biệt” này phải được Nhà nước kiểm soát và điều tiết bằng những công cụ quản lý hiệu quả. Nếu như dịch vụ sàn giao dịch BĐS là cách thức và nơi chốn để các bên giao dịch đến với nhau tìm kiếm thông tin minh bạch, công khai phục vụ cho việc bán sản phẩm BĐS thì chế định công chứng là công cụ điều tiết, bảo đảm an toàn pháp lý cho các giao dịch BĐS, phục vụ cho đại chúng. Hệ thống thông tin công chứng được chia sẻ và liên thông dữ liệu với công cụ thanh toán, thuế và đăng ký sẽ bảo đảm cho việc chống thất thu thuế, đơn giản và lành mạnh hóa các thủ tục hành chính và dịch vụ công, thuận tiện cho việc phục vụ giao dịch BĐS của người dân, doanh nghiệp, giảm chi phí xã hội. Do vậy, trong hoạt động quản lý nhà nước cũng như hoạt động dân sự, thương mại của nền kinh tế thị trường theo định hướng XHCN, không thể lấy cách thức giao dịch thay cho công cụ điều tiết được. Dịch vụ sàn giao dịch BĐS không thể thay thế cho công cụ điều tiết của Nhà nước là chế định công chứng được.

Hiện nay ở Việt Nam, hệ thống thông tin công chứng cho phép theo dõi chặt chẽ các giao dịch để bảo đảm tài sản không bị giao dịch nhiều lần hoặc hạn chế, không cho phép tài sản được giao dịch. Vì đây là những giao dịch có đối tượng đặc biệt nên bắt buộc để các giao

dịch này phải được xem xét bởi các chuyên gia pháp lý đó là CCV, đặc biệt là các giao dịch về BĐS mà một bên là cá nhân người tiêu dùng.

Dự thảo Luật Kinh doanh BĐS được xây dựng theo xu hướng yêu cầu trở lại hai loại giao dịch bất động sản phải thông qua sàn, gồm: chủ đầu tư bán, cho thuê mua nhà ở hoặc công trình hình thành trong tương lai; chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê lại đất đã có hạ tầng kỹ thuật, còn các giao dịch khác thì được khuyến khích qua sàn.

Cũng theo Dự thảo, vai trò của sàn tuy vẫn giữ vị trí trung gian, môi giới mua bán và cung cấp thông tin cho các bên, nhưng được “nâng cấp”, theo đó, *người đại diện của sàn giao dịch BĐS ký xác nhận giao dịch thành công vào hợp đồng ký kết giữa chủ đầu tư và khách hàng*¹¹. Như vậy, Dự thảo thiết lập thêm một thủ tục “xác nhận giao dịch thành công” làm căn cứ để làm các thủ tục tiếp theo như công chứng, thuế, đăng ký... Điều này mâu thuẫn với Luật Đất đai (giao dịch qua sàn không phải là căn cứ hay điều kiện bắt buộc để đăng ký biến động đất đai) và cho dù có quy định khiên cưỡng như vậy thì bản chất pháp lý sàn chỉ là nơi môi giới, trung gian giao dịch, không phải là công cụ quản lý của Nhà nước, không cung cấp dịch vụ công phục vụ lợi ích của đại chúng hoặc của Nhà nước và không bảo đảm được an toàn pháp lý và an ninh giao dịch.

Hơn nữa, giao dịch qua sàn sẽ làm tăng chi phí bán hàng, bao gồm cả chi phí tiếp thị, giới thiệu sản phẩm, quảng cáo... Chi phí này sẽ được đưa vào giá bán và người tiêu dùng sẽ là người cuối cùng gánh chịu chi phí tăng thêm này.

Pháp luật về kinh doanh BĐS không quy định những nội hàm pháp lý của sàn giao dịch, trong khi về bản chất, sàn vẫn chỉ là một doanh nghiệp do tư nhân tổ chức để môi giới trung gian giao dịch, và cũng không có cơ chế bảo đảm an toàn pháp lý và an ninh giao dịch khi qua sàn. Khi xảy ra tranh chấp, sản phẩm bị lỗi hay chậm tiến độ cung cấp sản phẩm, vi phạm cam kết với khách hàng... thì trách nhiệm sẽ thuộc về ai? Và nếu vẫn là chủ đầu tư và người mua vẫn phải tự chịu trách nhiệm thì xác nhận của sàn không đem lại lợi ích và bảo đảm pháp lý cho các bên tham gia.

III. Kết luận và kiến nghị

Công chứng là cơ chế để bảo vệ quyền của các bên tham gia đặc biệt là người yếu thế và cũng là một trong những công cụ điều tiết hiệu quả của Nhà nước đối với các giao dịch quan trọng, đặc biệt là giao dịch về BĐS trên thị trường. Bộ luật Dân sự năm 2015 có quy định mang tính nguyên tắc về hợp đồng theo mẫu, theo đó trường hợp hợp đồng theo mẫu có điều khoản không rõ ràng thì bên đưa ra hợp đồng theo mẫu phải chịu bất lợi khi giải thích điều khoản đó. Trường hợp hợp đồng theo mẫu có điều khoản miễn trách nhiệm của bên đưa ra

¹¹ Xem thêm khoản 5 Điều 61 của Dự thảo Luật Kinh doanh BĐS ngày 25/4/2023.

hợp đồng theo mẫu, tăng trách nhiệm hoặc loại bỏ quyền lợi chính đáng của bên kia thì điều khoản này không có hiệu lực, trừ trường hợp có thỏa thuận khác¹².

Luật Kinh doanh bất động sản 2014 và các văn bản hướng dẫn quy định nhiều mẫu hợp đồng về bất động sản¹³, như là biện pháp bắt buộc và áp dụng đăng ký hợp đồng mẫu tỏ ra chưa thực sự hiệu quả, vì lợi nhuận chi phối và quyết định mọi hoạt động nên các chủ đầu tư dự án có thể làm mọi thứ, thậm chí vi phạm pháp luật. Bên cạnh đó, hợp đồng theo mẫu thường sẽ do các chủ đầu tư dự án với đội ngũ pháp lý trợ giúp hùng hậu đưa ra cho khách hàng với nhiều điều khoản phức tạp, cộng thêm sự nhiệt tình chào mời của đội ngũ môi giới sàn giao dịch BĐS sẽ là những bẫy pháp lý cho người tiêu dùng mà đại đa số không rành rẽ các thủ tục pháp lý phức tạp của dự án BĐS.

Các quy định của pháp luật ở Việt Nam hiện nay ghi nhận về việc công chứng tự nguyện và bắt buộc, tuy nhiên việc lựa chọn công chứng tự nguyện đối với các giao dịch về BĐS tự nó không bảo đảm được quyền lợi của người tiêu dùng, người yếu thế. Vì vậy, để bảo đảm công bằng xã hội, bảo vệ người yếu thế cũng như góp phần pháp lý hóa và minh bạch thông tin của thị trường BĐS thì các giao dịch về BĐS cần phải có sự xác nhận của một bên đứng giữa, công tâm, khách quan, độc lập và chuyên nghiệp, không phụ thuộc về mặt lợi ích với các chủ đầu tư dự án BĐS. Hiện nay vai trò này đang do các CCV đảm nhận và thực hiện rất hiệu quả.

Bên cạnh đó, bản chất độc lập trong hoạt động công chứng sẽ giúp kiểm tra, giám sát việc thực thi, chấp hành đúng pháp luật của chủ đầu tư, bảo vệ quyền lợi của người tiêu dùng, người yếu thế, đồng thời góp phần bảo vệ và duy trì ổn định, trật tự xã hội. Ngoài ra, vai trò giải quyết trước và phòng ngừa tranh chấp của hoạt động công chứng cũng tác động đến xu hướng giao dịch của các bên. Bằng việc giải thích và tư vấn pháp luật độc lập của CCV, nhận thức của người tham gia giao dịch được nâng cao và cẩn trọng khi giao dịch, tránh những bẫy pháp lý của chủ đầu tư dự án.

Ở khía cạnh minh bạch, công bằng và trung thực, Nhà nước lựa chọn và trao quyền cho CCV là những người có trình độ pháp luật, với những tiêu chuẩn về đào tạo, bổ nhiệm và bồi dưỡng khắt khe khi hành nghề, quy trình công chứng công khai, minh bạch do luật định, hoạt động độc lập vì công bằng và không thiên vị của CCV, tạo dựng được lòng tin của khách hàng, phục vụ nhu cầu của các bên tham gia nhằm bảo đảm an toàn pháp lý cho các giao dịch BĐS.

Nếu quan điểm cho rằng người đại diện của sàn giao dịch BĐS xác nhận giao dịch BĐS thực hiện thông qua sàn và xác nhận này làm căn cứ cho các chủ thể tham gia giao dịch kê

¹² Xem thêm Điều 405 Bộ luật Dân sự năm 2015.

¹³ Xem thêm Phụ lục kèm theo Nghị định số 02/2022/NĐ-CP ngày 06 tháng 01 năm 2022 của Chính phủ về quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Kinh doanh bất động sản.

khai nộp thuế cho Nhà nước, đăng ký biến động, sang tên quyền sở hữu tài sản, quyền sử dụng đất thì đồng nghĩa với việc sẽ hình thành một cơ chế giao dịch mới có tính tư nhân thông qua xác nhận giao dịch của sàn giao dịch. Như vậy, các hợp đồng, giao dịch về BĐS sẽ có 03 thể thức chứng nhận, làm căn cứ cho việc thực hiện thủ tục đăng ký, thuế và cấp giấy chứng nhận, đó là thể thức xác nhận giao dịch của sàn giao dịch thông qua người đại diện của sàn giao dịch do tư nhân tự tổ chức thực hiện; chứng nhận của CCV trong hệ thống công chứng do Nhà nước tổ chức với đầy đủ chức năng, hệ thống tổ chức đông đảo, phủ khắp địa bàn các cấp huyện trong cả nước, có hệ thống cơ sở dữ liệu thông tin giao dịch, đội ngũ nhân lực có trình độ, kinh nghiệm và hệ thống cơ quan chứng thực là Ủy ban nhân dân cấp xã. Do vậy, các nhà hoạch định chính sách và xây dựng pháp luật cần cân nhắc về phương án hình thành một cơ chế xác nhận về giao dịch BĐS được thực hiện bởi người đại diện sàn giao dịch BĐS. Phương án này hoàn toàn không phù hợp với thông lệ quốc tế, truyền thống pháp luật của các nước theo hệ thống pháp luật dân sự tham gia UNIL, bộc lộ nhiều rủi ro và tiềm ẩn tranh chấp phát sinh trong thị trường BĐS ở giai đoạn hiện nay cũng như sắp tới.

Việc xây dựng pháp luật phải làm rõ cơ chế đơn giản thủ tục, minh bạch, tiết kiệm chi phí xã hội, bảo vệ và bảo đảm an toàn pháp lý, an ninh giao dịch cho các giao dịch bất động sản, qua đó cũng cần xác định lại về giao dịch bất động sản qua sàn có tăng thêm thủ tục và chi phí xã hội, có bảo đảm an toàn pháp lý và an ninh giao dịch hay không?

Nếu như giao dịch BĐS được thực hiện qua sàn thì việc xác nhận giao dịch qua sàn có phải là căn cứ pháp lý vững chắc để cho các chủ thể làm các thủ tục tiếp theo như kê khai thuế, đăng ký biến động, sang tên quyền sở hữu BĐS, quyền sử dụng đất?

Sàn giao dịch BĐS không phải là công cụ của Nhà nước để điều tiết và kiểm soát rủi ro đối với thị trường BĐS. Sàn giao dịch chỉ là một trong các phương thức để các bên tìm hiểu và thực hiện giao dịch (như là bán trực tiếp, bán qua môi giới, bán đấu giá...), do vậy, pháp luật phải để cho các bên có quyền lựa chọn giao dịch qua sàn hoặc không qua sàn.

Tóm lại, để bảo vệ an toàn pháp lý và an ninh giao dịch BĐS, bảo vệ người tiêu dùng và người yếu thế, góp phần bảo đảm và duy trì công bằng xã hội là những mục tiêu mà Nhà nước trong hoạt động quản lý phải sử dụng các công cụ hữu hiệu như: công chứng, thanh toán, thuế và đăng ký. Dịch vụ sàn giao dịch không thể thay thế các công cụ điều tiết và phòng vệ của Nhà nước đối với các giao dịch BĐS được. Để kiểm soát, định hướng, minh bạch thị trường BĐS, Nhà nước phải sử dụng nhiều công cụ điều tiết và quản lý như công chứng, thanh toán, thuế và đăng ký, trong đó công cụ công chứng được sử dụng để bảo đảm an toàn pháp lý, an ninh giao dịch cho các giao dịch trên thị trường, đặc biệt các giao dịch về BĐS. Do vậy, khi xây dựng chính sách pháp luật liên quan đến giao dịch về BĐS, đặc biệt là Luật Kinh doanh BĐS, cần phải duy trì việc công chứng bắt buộc đối với giao dịch về chuyển nhượng

bất động sản mà không chỉ bắt buộc công chứng đối với một bên là cá nhân người tiêu dùng, người yếu thế./.

Tài liệu tham khảo

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

2. Dự thảo Luật Kinh doanh bất động sản ngày 25 tháng 4 năm 2023.

3. <https://tuoitre.vn/nhung-con-so-ky-luc-trong-phien-toa-alibaba-20221208083012979.htm>, tham khảo ngày 23/3/2023.

4. https://en.wikipedia.org/wiki/International_Union_of_Notaries, tham khảo ngày 23/3/2023.

5. Viện Ngôn ngữ học (2004), *Từ điển tiếng Việt*, Nxb Đà Nẵng - Trung tâm từ điển học, Hà Nội - Đà Nẵng, tr.192.

VAI TRÒ CỦA HOẠT ĐỘNG CÔNG CHỨNG ĐỐI VỚI GIAO DỊCH BẤT ĐỘNG SẢN QUA THỰC TIỄN XÉT XỬ TẠI TÒA ÁN

TS. Phùng Văn Hải

Phó Chánh án Tòa án nhân dân TP. Hồ Chí Minh

Tóm tắt:

Hoạt động công chứng có vai trò rất quan trọng trong các giao dịch bất động sản. Với vai trò là bên thứ ba hoàn độc lập, không phụ thuộc về mặt lợi ích với các bên giao dịch bất động sản, hoạt động công chứng có ý nghĩa góp phần làm cho các giao dịch bất động sản trở nên minh bạch, đúng pháp luật, bảo đảm quyền lợi của các bên liên quan trong giao dịch. Qua thực tiễn xét xử, vai trò công chứng ngày càng được thể hiện rõ nét trong việc kiểm soát và phòng ngừa các sai phạm trong giao dịch bất động sản.

Từ khóa: Luật Kinh doanh bất động sản; hoạt động công chứng; thực tiễn xét xử.

Abstract:

The notarization process plays a crucial role in real estate transactions. As a third-party with independent and unbiased standing, notarization contributes to making real estate transactions transparent, legal, and ensuring the rights of all parties involved. Through practical application and legal proceedings, the role of notarization has become increasingly prominent in controlling and preventing fraudulent activities in real estate transactions.

Keyword: *Law on Real estate trading; notarization process; practical application and legal proceedings.*

1. Đặt vấn đề

Theo khoản 3 Điều 45 dự thảo Luật Kinh doanh bất động sản, Hợp đồng kinh doanh bất động sản, hợp đồng kinh doanh dịch vụ bất động sản theo quy định của Luật này không bắt buộc phải thực hiện công chứng, chứng thực. Việc công chứng, chứng thực hợp đồng do các bên ký kết tự thỏa thuận.

Ngoài ra, theo khoản 2 Điều 61 dự thảo Luật Kinh doanh bất động sản, sàn giao dịch bất động sản có trách nhiệm trong việc giới thiệu, kiểm tra giấy tờ về bất động sản bảo đảm đủ điều kiện được giao dịch; niêm yết, cung cấp công khai thông tin về bất động sản đủ điều kiện được đưa vào kinh doanh cho các bên tham gia có nhu cầu giao dịch; làm trung gian cho các

bên trao đổi, đàm phán và ký kết hợp đồng mua bán, chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê mua bất động sản.

Tuy nhiên, thực tiễn xét xử hiện nay đối với các tranh chấp dân sự có liên quan đến bất động sản và các vụ án hình sự về tội lừa đảo chiếm đoạt tài sản với thủ đoạn dùng các hợp đồng giao dịch có đối tượng là bất động sản không hợp pháp để chiếm đoạt tiền của người dân tại Tòa án đã cho thấy một số các dự án kinh doanh bất động sản, các bên giao dịch bất động sản nhưng không có sự kiểm tra của các tổ chức công chứng nên các giao dịch bất động sản thường không đảm bảo các điều kiện về hiệu lực của giao dịch được pháp luật quy định dẫn đến thiệt hại cho người mua, làm phát sinh các tranh chấp khiếu nại đông người, gây bất ổn an ninh trật tự trong đời sống xã hội.

Hiện nay dự thảo Luật Kinh doanh bất động sản đang trong giai đoạn góp ý kiến để hoàn thiện trình Quốc Hội thông qua. Trong phạm vi bài viết này tác giả thông qua một số vụ án đã được Tòa án thụ lý xét xử để một mặt chứng minh sự cần thiết của chức năng công chứng đối với các giao dịch về bất động sản nhằm làm cho các giao dịch này được đảm bảo tính hợp pháp và giảm thiểu được nhiều rủi ro hơn, mặt khác cũng để góp ý hoàn thiện cho dự thảo luật Kinh doanh bất động sản.

2. Quy định pháp luật về hoạt động công chứng và điều kiện có hiệu lực của giao dịch bất động sản

Theo Luật Công chứng năm 2014 (sửa đổi, bổ sung năm 2018), công chứng là việc công chứng viên chứng nhận tính xác thực, tính hợp pháp của hợp đồng, giao dịch dân sự khác bằng văn bản, tính chính xác, tính hợp pháp, không trái đạo đức của bản dịch.

Công chứng viên được Bộ trưởng Bộ Tư pháp bổ nhiệm, cung cấp dịch vụ công và có thể được xem như “Thẩm phán phòng ngừa”. Công chứng chịu trách nhiệm trước pháp luật, người yêu cầu công chứng và các văn bản công chứng của mình. Văn bản công chứng được lưu trữ, bảo quản ít nhất trong thời hạn 20 năm để phục vụ cho việc giám sát, kiểm tra, thanh tra, điều tra, truy tố, xét xử, thi hành án liên quan đến việc đã công chứng.

Bất động sản là những tài sản có giá trị lớn, phụ thuộc vào nhiều yếu tố khách quan khác như vấn đề về nguồn gốc bất động sản, sự hình thành của bất động sản trong tương lai, liên quan đến nhiều quan hệ pháp luật như quan hệ hôn nhân gia đình, quan hệ thừa kế nên dễ phát sinh về tranh chấp. Vì vậy, pháp luật quy định đối với các giao dịch bất động sản phải được công chứng chứng thực như sau:

- Hợp đồng chuyển nhượng, tặng cho, thế chấp, góp vốn quyền sử dụng đất, quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền với đất; Văn bản về thừa kế quyền sử dụng đất, quyền sử dụng đất

và tài sản gắn liền với đất (khoản 3 Điều 167 Luật Đất đai năm 2013, Điều 459 Bộ luật Dân sự năm 2015).

- Hợp đồng mua bán, tặng cho, đổi, góp vốn, thế chấp nhà ở (Điều 122 Luật nhà ở 2014, Điều 459 Bộ luật Dân sự năm 2015).

- Hợp đồng chuyển nhượng hợp đồng mua bán nhà ở thương mại (Hợp đồng chuyển nhượng hợp đồng mua bán nhà ở thương mại (Khoản 4 Điều 81 Nghị định số 99/2015/NĐ-CP ngày 20/10/2015 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Nhà ở; Điều 33 Thông tư 19/2016/TT-BXD ngày 30/6/2016 của Bộ trưởng Bộ Xây dựng hướng dẫn thực hiện một số nội dung của Luật Nhà ở và Nghị định số 99/2015/NĐ-CP).

- Chuyển nhượng hợp đồng mua bán, thuê mua nhà ở hình thành trong tương lai và chuyển nhượng hợp đồng thuê mua nhà, công trình xây dựng có sẵn (Điều 8 Nghị định số 02/2022/NĐ-CP ngày 06/01/2022 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Kinh doanh bất động sản).

Tuy nhiên, đối với các trường hợp kinh doanh bất động sản, doanh nghiệp có ngành nghề kinh doanh bất động sản thì không bắt buộc phải công chứng việc chuyển nhượng, trừ trường hợp các bên có nhu cầu.

Ví dụ như trường hợp anh Nguyễn Văn A mua bất động sản X của anh Trần Văn B. Trường hợp, anh A và anh B mua bán trực tiếp với nhau thì hợp đồng mua bán phải được công chứng theo quy định pháp luật về công chứng để đảm bảo điều kiện có hiệu lực của hợp đồng. Trường hợp, anh A và anh B mua bán qua sàn giao dịch bất động sản thì không cần công chứng. Như vậy, cùng một đối tượng giao dịch, cùng chủ thể tham gia giao dịch nhưng khi thay đổi về phương thức thực hiện lại khác nhau về điều kiện có hiệu lực của giao dịch. Quy định theo dự thảo Luật Kinh doanh bất động sản tạo sự không thống nhất về điều kiện có hiệu lực của giao dịch, trong khi để đào tạo ra một công chứng viên và đăng ký thành lập một văn phòng công chứng thì điều kiện rất khó khăn và nghiêm ngặt hơn rất nhiều so với thành lập sàn giao dịch bất động sản. Quy định về việc không cần công chứng khi giao dịch qua sàn giao dịch bất động sản sẽ tạo ra rủi ro rất lớn cho những người tham gia giao dịch bất động sản với nhau.

Vì vậy, việc sửa đổi bổ sung theo dự thảo Luật Kinh doanh bất động sản theo hướng không công chứng, chứng thực đối với các giao dịch bất động sản mà thực hiện thông qua vai trò của sàn giao dịch bất động sản có thể dẫn đến sự không thống nhất, chòng chẹo và mâu thuẫn đối với Bộ luật Dân sự, Luật Nhà ở, Luật Đất đai và các văn bản quy phạm pháp luật khác.

Hoạt động công chứng được thực hiện nhằm đảm bảo an toàn pháp lý cho các hợp đồng, giao dịch, ngăn ngừa vi phạm pháp luật, phòng ngừa tranh chấp, bảo vệ quyền và lợi ích hợp

pháp cho các cá nhân tổ chức liên quan. Bên cạnh đó, công chứng còn có chức năng tạo lập và cung cấp các chứng cứ cho hoạt động tài phán. Pháp luật công chứng đã thể hiện chức năng này thông qua việc đề cao giá trị pháp lý của văn bản công chứng, cụ thể Khoản 3 Điều 5 Luật Công chứng 2014 quy định: “*Hợp đồng, giao dịch được công chứng có giá trị chứng cứ; những tình tiết, sự kiện trong hợp đồng, giao dịch được công chứng không phải chứng minh, trừ trường hợp bị Tòa án tuyên bố là vô hiệu*”. Chức năng này được xuất phát từ việc những thỏa thuận, tình tiết sự kiện trong văn bản công chứng đã được công chứng viên xác nhận tính xác thực và tính hợp pháp theo một thủ tục chặt chẽ do pháp luật quy định. Chính vì vậy, mà văn bản công chứng không thể tùy tiện bị hủy bỏ mà phải tuân theo quy định của pháp luật cụ thể; qua đó, thể hiện bản chất của hoạt động công chứng là hoạt động hỗ trợ tư pháp, một biện pháp bảo đảm an toàn pháp lý chứ không phải là một thủ tục hành chính.

Có thể nói trong nền kinh tế thị trường phát triển nhanh và mạnh mẽ như hiện nay, nhu cầu giao dịch, trao đổi, không ngừng tăng, công chứng thực sự là công cụ pháp lý gần gũi trực tiếp, giúp bảo đảm an toàn pháp lý cho các cá nhân, tổ chức. Hoạt động công chứng có những vai trò to lớn, là công cụ đảm bảo an toàn pháp lý và phòng ngừa các tranh chấp có thể xảy ra; là công cụ quản lý Nhà nước trong một số lĩnh vực; đồng thời công chứng tạo lập và cung cấp chứng cứ cho hoạt động tố tụng.

3. Thực tiễn xét xử đối với các giao dịch bất động sản

3.1. Thực tiễn giải quyết tranh chấp dân sự liên quan đến hoạt động công chứng đối với các giao dịch bất động sản

Theo số liệu thống kê từ ngày 01/7/2014 đến ngày 31/12/2020 của Tòa án nhân dân tối cao, kết quả giải quyết vụ án dân sự liên quan đến giao dịch cũng như tranh chấp quyền sử dụng, sở hữu bất động sản của Tòa án nhân dân các cấp trong hệ thống Tòa án nhân dân cụ thể như sau:

- Tổng số vụ án dân sự đã thụ lý: 962.322 vụ.
- Tổng số vụ án dân sự đã giải quyết: 597.804 vụ.
- Tổng số vụ án dân sự còn lại: 364.528 vụ.

Trong đó:

- Số vụ án dân sự liên quan đến tranh chấp đất đai và tài sản trên đất đã thụ lý: 233.061 vụ.

Chiếm tỉ lệ 24,2% trên tổng số vụ án dân sự đã thụ lý.

- Số vụ án dân sự liên quan đến tranh chấp đất đai đã giải quyết: 102.156 vụ.

Chiếm tỉ lệ 17,1% trên tổng số vụ án dân sự đã giải quyết.

Tổng kết thực tiễn và áp dụng thống nhất pháp luật, Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao ban hành 13 án lệ liên quan đến giải quyết tranh chấp đất đai. Từ thực tiễn xét xử đó cho thấy, tranh chấp đất đai và tranh chấp liên quan đến giao dịch về bất động sản chiếm tỷ lệ lớn trong việc giải quyết tranh chấp dân sự tại Tòa án nhân dân các cấp.

Thực tiễn giải quyết các vụ án tranh chấp hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất và tài sản trên đất hiện nay ngày càng gia tăng và phức tạp, nhiều trường hợp sang nhượng quyền sử dụng đất chỉ có giấy viết tay không có công chứng, chứng thực và qua nhiều chủ thể, kéo dài qua nhiều thời kỳ với sự thay đổi về quy định pháp luật. Đối với các trường hợp này, việc xác minh, cung cấp tài liệu, chứng cứ rất khó khăn và phát sinh nhiều người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan.

Từ vị trí, vai trò, quy trình bổ nhiệm của công chứng viên cũng như trình tự, thủ tục thực hiện công chứng hợp đồng, giao dịch trải qua các bước rất nghiêm ngặt; hồ sơ yêu cầu công chứng phải bảo đảm đầy đủ giấy tờ hợp pháp chứng minh tư cách chủ thể, quyền sở hữu đối với tài sản... mà văn bản sau khi được công chứng, chứng thực có giá trị pháp lý cao và giá trị về mặt chứng cứ cao thể hiện cụ thể qua Điều 5 Luật Công chứng năm 2014 quy định: “2. Hợp đồng, giao dịch được công chứng có hiệu lực thi hành đối với các bên liên quan; trong trường hợp bên có nghĩa vụ không thực hiện nghĩa vụ của mình thì bên kia có quyền yêu cầu Tòa án giải quyết theo quy định của pháp luật, trừ trường hợp các bên tham gia hợp đồng, giao dịch có thỏa thuận khác. 3. Hợp đồng, giao dịch được công chứng có giá trị chứng cứ; những tình tiết, sự kiện trong hợp đồng, giao dịch được công chứng không phải chứng minh, trừ trường hợp bị Tòa án tuyên bố là vô hiệu. 4. Bản dịch được công chứng có giá trị sử dụng như giấy tờ, văn bản được dịch.” và điểm c khoản 1 Điều 92 BLTTDS về những tình tiết, sự kiện không phải chứng minh: “c) Những tình tiết, sự kiện đã được ghi trong văn bản và được công chứng, chứng thực hợp pháp; trường hợp có dấu hiệu nghi ngờ tính khách quan của những tình tiết, sự kiện này hoặc tính khách quan của văn bản công chứng, chứng thực thì Thẩm phán có thể yêu cầu đương sự, cơ quan, tổ chức công chứng, chứng thực xuất trình bản gốc, bản chính.”, khoản 1, 10 Điều 95 BLTTDS và khoản 1 Điều 82 Luật Tố tụng hành chính quy định: “1. Tài liệu đọc được nội dung được coi là chứng cứ nếu là bản chính hoặc bản sao có công chứng, chứng thực hợp pháp hoặc do cơ quan, tổ chức có thẩm quyền cung cấp, xác nhận... 10. Văn bản công chứng, chứng thực được coi là chứng cứ nếu việc công chứng, chứng thực được thực hiện theo đúng thủ tục do pháp luật quy định.”;

Ví dụ thứ nhất: Theo Bản án số 06/2021/HS-ST ngày 05/02/2021 của Tòa án nhân dân huyện Bắc Giang, tỉnh Tuyên Quang, qua kiểm tra hồ sơ, công chứng viên phát hiện giấy tờ giả trước khi công chứng hợp đồng giao dịch. Khi thụ lý hồ sơ công chứng viên nghi ngờ Giấy chứng nhận bị làm giả nên đã báo công an đến giải quyết. Tại cơ quan điều tra, H (bên thế chấp) đã khai nhận do cần tiền sửa nhà cho bố mẹ đẻ và trả nợ ngân hàng. Tháng 8/2020, H

lên mạng xã hội Facebook và thấy 01 tài khoản có tên “Nhận làm bằng lái xe, giấy tờ toàn quốc” cùng số điện thoại liên lạc có thể làm giả được các loại giấy tờ, nên H đã nảy sinh ý định làm giả Giấy chứng nhận đối với thửa đất mà bố mẹ đã cho năm 2018 để thế chấp vay tiền ngân hàng. Quá trình xác minh nguồn tin về tội phạm, Công an đã xác định được ông H, trú tỉnh Hà Giang đã có hành vi làm giả giấy tờ, tài liệu, con dấu của cơ quan, tổ chức nên đã chuyển toàn bộ hồ sơ đến Cơ quan điều tra Công an để giải quyết theo quy định của pháp luật. Như vậy, nếu giao dịch trên được thực hiện thông qua sàn giao dịch bất động sản thì có thể dẫn đến hậu quả nặng nề, thiệt hại cho cho nhiều tổ chức, cá nhân nếu bất động sản trên tiếp tục được chuyển nhượng qua nhiều lần nữa mà không được kiểm tra đầy đủ về tính pháp lý hợp đồng giao dịch.

Ví dụ thứ hai: Theo Bản án dân sự phúc thẩm số 29/2021/DS-PT ngày 29/01/2021 của Tòa án nhân dân tỉnh Long An, ông P cho rằng ông dùng quyền sử dụng đất để bảo đảm cho nghĩa vụ của Công ty S tại Ngân hàng Thương mại Cổ phần N các khoản nợ của Công ty phát sinh từ thẻ tín dụng, ngoài ra không chịu trách nhiệm cho bất kỳ khoản nợ và nghĩa vụ nào khác của Công ty. Nay ông P yêu cầu tuyên bố văn bản công chứng là Hợp đồng thế chấp số 0237/15/HĐTC/ST/DN2 vô hiệu. Ông P cho rằng hợp đồng thế chấp mà ông P đã ký với Ngân hàng đã bị Ngân hàng tự động điều chỉnh bổ sung. Ngân hàng đã có hành vi lừa đảo ông P. Bên cạnh đó, theo quy định tại khoản 1 Điều 48, Luật Công chứng số 53/2014/QH13 quy định về ký và điểm chỉ trong văn bản công chứng thì ngày 19/10/2015 ông P ký hợp đồng thế chấp tại trụ sở Ngân hàng và tại thời điểm đó công chứng viên T thuộc Văn phòng Công chứng H đã không có mặt, việc vắng mặt ông T đã vi phạm nghiêm trọng Luật Công chứng.

Tòa án cho rằng: Hợp đồng thế chấp số 0237/15/HĐTC/ST/DN2 là hợp đồng được đánh máy sẵn, trong đó thể hiện đầy đủ các nội dung, kể cả các dấu check tại Điều 1 về nghĩa vụ được bảo đảm cũng được đánh bằng máy và được đánh dấu trước khi các bên trong hợp đồng ký vào, không phải được đánh bằng tay nên việc thêm vào không có khả năng thực hiện. Vào ngày 19/10/2015, ông P thừa nhận có ký vào hợp đồng và ký vào từng trang của hợp đồng, lúc này đã có thể hiện các dấu check tại các ô vuông số 1, 2, 3 và 5 Điều 1 nêu trên nên việc ông P cho rằng Ngân hàng Thương mại Cổ phần N - Chi nhánh S lừa dối trong đánh check thêm vào các ô vuông trong Hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất là không có cơ sở. Do đó, hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất được các bên xác lập trên cơ sở tự nguyện nên có hiệu lực về mặt nội dung theo quy định về điều kiện có hiệu lực tại Điều 122 BLDS năm 2005 là văn bản có hiệu lực vào thời điểm các bên xác lập giao dịch. Tòa án cũng cho rằng Văn phòng công chứng H thực hiện việc công chứng hợp đồng thế chấp là đúng trình tự thủ tục do pháp luật công chứng quy định. Từ các nhận định trên, cho thấy Tòa án cấp sơ thẩm bác yêu cầu khởi kiện của phía nguyên đơn là có cơ sở. Như vậy, việc hợp đồng thế chấp đã được công

chứng tại Văn phòng công chứng là một trong những yếu tố để Tòa án đánh giá về tính hợp pháp và tính xác thực của các tài liệu, chứng cứ liên quan đến các giao dịch.

3.2. Thực tiễn xét xử vụ án hình sự liên quan đến giao dịch bất động sản

Trong thời gian qua, việc kinh doanh bất động sản không có sự kiểm soát, phòng ngừa rủi ro của bất động sản dẫn đến những sai phạm rất lớn, gây hậu quả nghiêm trọng về quyền, lợi ích hợp pháp cho các tổ chức, cá nhân, điển hình như Bản án hình sự sơ thẩm số 607/2022/HS-ST ngày 29/12/2022 của Tòa án nhân dân Thành phố Hồ Chí Minh đối với bị cáo Nguyễn Thái Luyện và đồng phạm phạm tội “Lừa đảo chiếm đoạt tài sản”.

Trong vụ án này, thông qua các pháp nhân được thành lập, bị cáo Nguyễn Thái Luyện đã lập 54 dự án mua bán bất động sản bao gồm: Alibaba Phước Bình Central Park; Alibaba Phước Bình Central Park 2; Alibaba Phước Thái Capital, Alibaba Long Phước Industry, Alibaba Phú Mỹ Central City và Alibaba Phú Mỹ Central City 2, Alibaba Phú Mỹ Center City và Ali Venice City, Alibaba Center Town; Alibaba Tóc Tiên Residence 3; Alibaba Tân Thành Homy City; Alibaba Tân Thành Center City; Alibaba Tân Thành Center City 6, Alibaba Tân Thành Center City 7, Ali Aqua Nhơn Trạch, Alibaba Tóc Tiên Residence 2, Alibaba Phước Bình Central Park 3, Alibaba Long Thành Capital. Khu dân cư Trường Cao đẳng Quốc tế Lilama, Alibaba Song Long Residence, Alibaba Tân Thành Center City 5, Alibaba Tân Thành Riverside, Alibaba An Phước Eco Park, Alibaba Tân Thành Center City 4, Alibaba Bàu Cạn Riverside, Phú Mỹ Central City 3, Alibaba Newland, Dự án Alibaba Long Phước 1, Dự án Alibaba Long Phước 2, Dự án Alibaba Long Phước 3, Dự án Alibaba Long Phước 4, Dự án Alibaba Long Phước 5, Dự án Alibaba Long Phước 6, Dự án Alibaba Long Phước 7, Dự án Alibaba Long Phước 8, Dự án Alibaba Long Phước 9, Dự án Alibaba Long Phước 10, Dự án Alibaba Long Phước 11, Dự án Alibaba Long Phước 12, Dự án Alibaba Long Phước 13, Dự án Alibaba Long Phước 14, Dự án Alibaba Long Phước 15, Dự án Alibaba Long Phước 16, Dự án Alibaba An Phước, Dự án Alibaba Thăng Hải Newtimes City, Dự án Alibaba Tân Thành, Dự án Alibaba Bình Châu, Dự án Alibaba Hoàng Gia Residence, Dự án Alibaba Long Thành, Dự án Alibaba Diamond City, Dự án Alibaba Golden City, Dự án Alibaba Luxury City, Dự án Alibaba City Land, Dự án Alibaba Tân Thành 2, Alibaba Tóc Tiên Residence; Alibaba Tân Thành Center City 1 và Alibaba Ali Mega Xuân Lộc.

Tại các dự án Alibaba Long Phước 7, Alibaba Long Phước 9, Alibaba Long Phước 10, Alibaba Long Phước 12, dù chưa ký công chứng hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất nhưng theo chỉ đạo của Nguyễn Thái Luyện, các bị cáo đã thực hiện các hợp đồng chuyển nhượng cho bị hại thông qua Hợp đồng hợp tác kinh doanh, Hợp đồng thỏa thuận chuyển nhượng quyền sử dụng đất và các hình thức hợp đồng khác mà không có công chứng chứng thực thì những trường hợp này bị hại chỉ được quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại mà không

được công nhận thỏa thuận chuyển nhượng. Đối với các dự án còn lại, với thủ đoạn tương tự, thông qua các pháp nhân, cá nhân, mặc dù bản thân các bị cáo đã được cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất nhưng đối với những trường hợp hợp đồng không được công chứng, chứng thực, không chứng minh giao dịch trên thực tế cũng không được công nhận thỏa thuận chuyển nhượng.

Đối với các trường hợp (58 trường hợp) tại thời điểm thỏa thuận, ký kết hợp đồng được công chứng, chứng thực đầy đủ, qua kiểm tra thực tế các thửa đất đều có Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất hợp pháp, thỏa thuận chuyển nhượng là tự nguyện, ngay tình và đã thanh toán từ 50 - 100% thì căn cứ quy định tại khoản 2 Điều 133 Bộ luật Dân sự năm 2015, Hội đồng xét xử công nhận thỏa thuận chuyển nhượng, trả lại đất cho người có quyền lợi nghĩa vụ liên quan.

4. Kết luận

Từ thực tiễn xét xử giải quyết tranh chấp dân sự, khiếu kiện hành chính liên quan đến giao dịch bất động sản và giải quyết các vụ án hình sự tại Tòa án nhân dân Thành phố Hồ Chí Minh nói riêng, Tòa án nhân dân các cấp nói chung, việc không minh bạch thông tin, không có sự thẩm định tình trạng pháp lý của bất động sản là những nguyên nhân trực tiếp và gián tiếp dẫn đến những vi phạm gần đây trong việc quản lý hoạt động kinh doanh bất động sản, tranh chấp dân sự và gây thiệt hại đặc biệt nghiêm trọng cho các tổ chức, cá nhân khi có sai phạm từ hoạt động này. Vì vậy, để hạn chế việc mất thời gian, công sức để khắc phục hậu quả phát sinh, tác giả cho rằng việc nâng cao vai trò của công chứng trong hoạt động công chứng về giao dịch bất động sản là nhu cầu cấp thiết nhằm kiểm soát chặt chẽ các giao dịch bất động sản.

VĂN BẢN CÔNG CHỨNG - CÔNG CỤ PHÁP LÝ HIỆN ĐẠI ĐẢM BẢO AN TOÀN CHO CÁC GIAO DỊCH BẤT ĐỘNG SẢN CỦA NHÀ NƯỚC PHÁP QUYỀN XÃ HỘI CHỦ NGHĨA VIỆT NAM

CCV. Nguyễn Hồ Phương Vinh

Phó Trưởng phòng Phòng Công chứng số 1, TP. Hồ Chí Minh

Tóm tắt:

Bất động sản là một trong những đối tượng có giá trị lớn, giao dịch bất động sản rất phổ biến trong xã hội và an toàn pháp lý cho các giao dịch này được hầu hết mọi người quan tâm. Bài viết này tác giả tập trung phân tích những vấn đề lý luận về an toàn pháp lý của văn bản công chứng đối với hợp đồng giao dịch của Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam, văn bản công chứng là công cụ pháp lý hiện đại đảm bảo an toàn pháp lý cho các giao dịch bất động sản. Từ đó bình luận, kiến nghị sửa đổi Luật Đất đai, Luật Kinh doanh bất động sản, Luật Nhà ở, Luật Công chứng phần các quy định pháp luật về phạm vi bắt buộc công chứng đối với các giao dịch bất động sản nói chung và các giao dịch bất động của cá nhân, tổ chức có chức năng kinh doanh, về xác nhận thông qua sàn giao dịch bất động sản, về công chứng điện tử... nhằm mục tiêu “bảo đảm an toàn pháp lý cho các bên tham gia hợp đồng, giao dịch, phòng ngừa tranh chấp, bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của các cá nhân, tổ chức; đổi mới hoạt động công chứng đáp ứng yêu cầu phát triển kinh tế - xã hội của đất nước và cải cách tư pháp, đưa hoạt động công chứng Việt Nam hội nhập với khu vực và thế giới”¹ trong tiến trình cải cách tư pháp của Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam hiện nay.

Từ khóa: Công chứng, công chứng viên, văn bản công chứng, công chứng điện tử, an toàn pháp lý, bất động sản

Dẫn nhập:

Vai trò chính của Công chứng là hoạt động cung cấp dịch vụ công về tính xác thực và tính hợp pháp cho hợp đồng, giao dịch. Vai trò này đã rất thành công ở nhiều quốc gia thuộc hệ thống công chứng La tinh (the Latin Notary System). Việt Nam tham gia Tổ chức Liên minh Công chứng quốc tế từ năm 2013, những ưu điểm của hệ thống công chứng La tinh đã

¹ Nghị quyết số 172/NQ-CP ngày 19/11/2020 của Chính Phủ về Chính sách phát triển nghề công chứng.

giúp văn bản công chứng² trở thành công cụ pháp hiện đại đảm bảo an toàn cho các giao dịch bất động sản của Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam.

1. Những vấn đề lý luận về an toàn pháp lý của văn bản công chứng đối với các hợp đồng giao dịch của Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam

1.1 Hình thức của văn bản công chứng (VBCC)

Cuộc cách mạng công nghiệp 4.0 đang bùng nổ và tác động đến hầu hết các quốc gia trên thế giới. Theo đó, việc ứng dụng công nghệ thông tin vào các lĩnh vực của đời sống xã hội đang trở thành một xu thế tất yếu và mang tính toàn cầu với mục tiêu tiện lợi, nhanh chóng, giảm thời gian, chi phí, nhân lực, việc đi lại và giảm giao dịch trực tiếp... Hoạt động công chứng cũng không nằm ngoài xu thế này. Công chứng đã và đang từng bước ứng dụng công nghệ thông tin ngày càng mạnh mẽ trong hoạt động của mình, trong đó phải kể đến công chứng điện tử. Vì vậy hiện nay, ngoài công chứng trực tiếp trên văn bản giấy thì việc công chứng còn được thực hiện trực tuyến trên môi trường điện tử (VBCC điện tử).

Công chứng điện tử³ (CCĐT) là việc công chứng viên chứng nhận tài liệu bằng phương thức điện tử. Một trong những phương thức thực hiện CCĐT là sử dụng chữ ký số và con dấu số để chứng nhận và xác nhận tính hợp lệ bằng việc chứng nhận số. CCĐT là một quy trình trong đó công chứng viên (CCV) gắn chữ ký điện tử và con dấu công chứng có sử dụng khóa bảo đảm vào tài liệu điện tử (tập tin PDF hoặc Word).

CCĐT đã được thực hiện tại nhiều nơi trên thế giới như: (1) Trung Quốc ứng dụng công nghệ thông tin trong hoạt động công chứng đã bắt đầu từ năm 2000; (2) Nhật Bản, công chứng trực tuyến được bắt đầu từ năm 2000 đối với các tài liệu cá nhân, đến năm 2002 phạm vi CCĐT được mở rộng đối với việc công chứng điều lệ của công ty; (3) Hàn Quốc từ năm 2010, cho phép xác nhận người dùng (CCV) thông qua máy tính hoặc điện thoại thông minh.. Từ ngày 20/6/2018, luật pháp Hàn Quốc mới cho phép người yêu cầu công chứng gặp CCV thông qua hội nghị trực tuyến (video-conference) và nhận văn bản công chứng trực tuyến, thay vì phải trực tiếp đến tổ chức hành nghề công chứng; (4) Pháp, CCĐT bắt đầu triển khai từ năm 2008. Để thực hiện CCĐT, Pháp đã sửa đổi, bổ sung nhiều quy định có liên quan, trong đó có

² VBCC là hợp đồng, giao dịch, bản dịch đã được công chứng viên chứng nhận theo quy định của Luật Công chứng (khoản 4 Điều 2 LCC năm 2014). Như vậy, VBCC về BĐS bao gồm hợp đồng, giao dịch, bản dịch về BĐS đã được CCV chứng nhận theo quy định của LCC. Tuy nhiên, trong phạm vi bài viết, tác giả chỉ tập trung vào đối tượng VBCC là hợp đồng, giao dịch về BĐS được công chứng; bản dịch về BĐS được công chứng không phải đối tượng nghiên cứu trong bài viết này.

³ Phan Thị Bình Thuận, 2021, Công chứng điện tử tại Việt Nam trong bối cảnh Cách mạng công nghiệp 4.0, tại <http://lapphap.vn/Pages/TinTuc/210703/Cong-chung-dien-tu-tai-Viet-Nam-trong-boi-can-Cach-mang-cong-nghiep-4.0.html>, truy cập ngày 12/4/2023

(sửa năm 2000) và ban hành quy định về chữ ký điện tử, CCĐT. Văn bản CCĐT có giá trị như văn bản công chứng giấy.

Cho đến nay, pháp luật về công chứng của Việt Nam chưa quy định về công chứng điện tử hay công nhận giá trị của văn bản CCĐT⁴. Tuy nhiên pháp luật Việt Nam đã có những quy định về cách thức thực hiện giao dịch trên môi trường điện tử như Luật Giao dịch điện tử năm 2005, Nghị định số 45/2020/NĐ-CP ngày 08/4/2020 của Chính phủ về thực hiện thủ tục hành chính trên môi trường điện tử. Mặc dù chưa có quy định về cách thực hiện công chứng các hợp đồng giao dịch điện tử trên môi trường điện tử nhưng Nghị định 45/2020/NĐ-CP đã có quy định về cách thức chứng thực bản sao điện tử từ bản chính thông qua Cổng dịch vụ công quốc gia⁵.

Bộ Tư pháp cho biết, “sau bảy năm thi hành Luật Công chứng (LCC) năm 2014, bên cạnh những kết quả đạt được thì hoạt động công chứng chưa bắt kịp tiến bộ và ứng dụng công nghệ thông tin trong bối cảnh chuyển đổi số. Vì vậy, nhằm khắc phục điều này, quá trình xây dựng dự thảo LCC (sửa đổi) có quy định về văn bản công chứng điện tử, đồng thời hình thức này sẽ có giá trị pháp lý như văn bản công chứng trên giấy. Đây chính là câu chuyện tương lai”⁶ cho nghề công chứng của Việt Nam. Khi xây dựng được chế định Công chứng điện tử tại Việt Nam thì đây là điều kiện thuận lợi cho quá trình chuyển đổi số mạnh mẽ của Việt Nam nói chung và của nghề công chứng nói riêng phục vụ cho hội nhập quốc tế và thương mại điện tử cho tất cả các lĩnh vực giao thương, trong đó có các giao dịch về BĐS.

1.2 Văn bản công chứng đảm bảo an toàn pháp lý cho các hợp đồng, giao dịch

An toàn pháp lý của VBCC được xác lập từ chính những quy định trong VBCC và sau đó là những bảo đảm của CCV. Trước hết, an toàn pháp lý được bảo đảm từ chính VBCC đối với các cá nhân và Nhà nước.

Hiệu quả của VBCC xuất phát từ những đặc trưng. Những đặc trưng chính của VBCC: Có những đặc trưng gắn liền với điều kiện ký VBCC, có những đặc trưng khác gắn với hệ quả của việc ký VBCC.

(1) Có 3 điều kiện để ký VBCC. *Thứ nhất*, các bên đương sự phải có mặt trước CCV. Điều đó cho phép kiểm tra được giấy tờ tùy thân (chứng minh nhân dân/căn cước công dân/hộ chiếu...) của các bên ký kết, năng lực pháp lý, thẩm quyền của các bên. *Thứ hai*, CCV phải có mặt. CCV phải có mặt để kiểm tra sự thoả thuận giữa các bên và giải thích một số vấn đề

⁴ Phan Thị Bình Thuận, 2021, Công chứng điện tử tại Việt Nam trong bối cảnh Cách mạng công nghiệp 4.0, tại <http://lapphap.vn/Pages/TinTuc/210703/Cong-chung-dien-tu-tai-Viet-Nam-trong-boi-can-Cach-mang-cong-nghiep-4.0.html>, truy cập ngày 12/4/2023

⁵ <https://dichvucong.gov.vn/p/home/dvc-trang-chu.html>

⁶ <https://thanhnien.vn/huong-toi-cong-chung-dien-tu-1851492587.htm>, truy cập ngày 12/4/2023

cho các bên biết về quyền, nghĩa vụ và hậu quả pháp lý của hợp đồng, giao dịch, tư vấn, giải thích cho các bên để đảm bảo sự công bằng, bình đẳng giữa các bên khi tham gia giao kết hợp đồng giao dịch, không phân biệt giữa bên có thế lực (bên mạnh) với bên yếu thế (không có thế lực, không am hiểu pháp luật ...). *Điều kiện thứ ba* là một đặc trưng của VBCC trong pháp luật: VBCC phải có chữ ký của CCV và đóng dấu của Tổ chức hành nghề công chứng. Khi ký vào văn bản này, CCV phải chịu trách nhiệm về nội dung và các hệ quả của văn bản;

(2) Các hệ quả của việc ký VBCC, VBCC có 4 đặc quyền cơ bản.

Đặc quyền thứ nhất VBCC được bảo quản, lưu trữ VBCC rất chuyên nghiệp, tuân thủ nghiêm ngặt quy định của LCC và Luật Văn thư lưu trữ. VBCC phải được lưu trữ, bảo quản ít nhất 20 năm, và tại Phòng Công chứng số 1 TPHCM (nơi tác giả làm việc) thì các VBCC đã được bảo quản cẩn thận, có hệ thống phòng cháy chữa cháy rất tốt... và điều đặc biệt là đã 35 năm nay, Phòng Công chứng số 1 chưa tiêu huỷ bất cứ VBCC nào, vì đây là tài liệu cực kỳ quan trọng bảo vệ giá trị chứng cứ, giá trị thi hành của VBCC và bảo vệ cho các bên tham gia giao dịch trước Tòa án, kể cả trước cơ quan điều tra khi có vụ án hình sự liên quan đến VBCC.

Đặc quyền thứ hai, là VBCC được đảm bảo chắc chắn về ngày tháng, địa điểm giao kết. Nghĩa là ngày tháng ghi, địa điểm giao kết ghi trong văn bản không thể bị phản bác, trừ trường hợp chứng minh được ngày tháng đó là sai, theo một thủ tục rất phức tạp mà chúng tôi gọi là thủ tục khiếu kiện sự giả mạo giấy tờ.

Đặc quyền thứ ba, là giá trị chứng cứ của VBCC. VBCC có giá trị chứng cứ (không phải chứng minh).

Đặc quyền thứ tư, là hiệu lực thi hành của VBCC. VBCC được công chứng có hiệu lực thi hành đối với các bên liên quan; trong trường hợp bên có nghĩa vụ không thực hiện nghĩa vụ của mình thì bên kia có quyền yêu cầu Tòa án giải quyết theo quy định của pháp luật, trừ trường hợp các bên tham gia hợp đồng, giao dịch có thỏa thuận khác.

Như vậy, với bốn đặc quyền cơ bản nói trên, chúng ta thấy rằng VBCC là một là yếu tố chứng cứ tuyệt vời trong xã hội pháp luật hiện đại. Chính vì vậy, chẳng có gì là ngạc nhiên khi văn bản công chứng được sử dụng làm chứng cứ cho những vấn đề chủ chốt, như chuyển quyền quyền sở hữu, sử dụng BĐS, góp vốn BĐS, giao dịch đảm bảo về BĐS ...

An toàn của văn bản công chứng đối với cá nhân.

An toàn pháp lý được bảo đảm trên ba phương diện:

Thứ nhất là ở giá trị chính thức của văn bản, do văn bản phải tuân thủ những trình tự, thủ tục nhất định, đã được xem xét, kiểm tra và củng cố sự thoả thuận của các bên. Sự kiểm tra của CCV đối với các khía cạnh pháp lý khác nhau của hợp đồng thể hiện ở chỗ CCV kiểm tra xem hợp đồng có tuân thủ những quy định pháp luật có liên quan không.

Thứ hai, VBCC đảm bảo sự công bằng trong cam kết giữa các bên, vì trước hết, một đặc thù trong nghề công chứng là CCV không phải là luật gia, luật sư của khách hàng mà họ bảo vệ mà là luật gia của một hồ sơ cụ thể. ở tất cả các nước theo hệ thống luật Châu Âu lục địa, CCV chịu trách nhiệm cả đôi với bên bán cũng như bên mua, bên cho vay cũng như bên vay, bên đảm bảo cũng như bên nhận đảm bảo, bên mạnh (bên có thế lực) cũng như bên yếu thế... Nhiệm vụ của CCV là đảm bảo sự công bằng giữa các cam kết của các bên, CCV là luật gia công nhận sự thoả thuận, nhất trí của các bên chứ không phải là luật gia giải quyết tranh chấp giữa các bên. CCV có nghĩa vụ trung lập, khách quan trọng việc công chứng.

Thứ ba VBCC có tác dụng phòng ngừa tranh chấp. Tác dụng phòng ngừa tranh chấp này được minh chứng thông qua báo cáo tổng kết 07 năm thi hành Luật Công chứng năm 2014 của Bộ Tư pháp thì chỉ có khoảng 0,01% các vụ án liên quan đến hợp đồng, giao dịch đã được công chứng, và số vụ việc có bản án yêu cầu bồi thường thiệt hại là rất ít, với tổng số khoảng hơn 12 tỷ đồng, nhiều địa phương không có trường hợp nào phải bồi thường thiệt hại cho người yêu cầu công chứng⁷. Và so sánh với một số quốc gia trên thế giới như⁸: Estonia những năm gần đây không có vụ kiện chống lại các CCV (CCV) về BĐS; Italy xác nhận số vụ kiện ra tòa liên quan đến các CCV “gần bằng 0”; Ủy ban châu Âu về Hiệu quả Tư pháp (European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ)) báo cáo chỉ 0,003% các vụ việc công chứng liên quan đến BĐS được đưa ra trước Tòa án mỗi năm; Hàn Quốc báo cáo có từ 1 đến 3 trường hợp chống lại CCV mỗi năm⁹

An toàn pháp lý đối với Nhà Nước.

Vì VBCC đảm bảo được an toàn pháp lý của giao dịch nên nó phục vụ lợi ích của các bên và đồng thời, đảm bảo để được cả lợi ích của Nhà nước. Thực vậy, với nhiệm vụ do Nhà nước giao, CCV thực thi hai chức năng nhân danh Nhà nước.

Chức năng thứ nhất mang tính chất xã hội. CCV là trung gian hoà giải, trọng tài giữa các bên, cố gắng thống nhất quan điểm của các bên. CCV áp dụng một chế độ lệ phí mang tính chất xã hội, đảm bảo đại đa số người dân được cung cấp dịch vụ pháp lý này.

Chức năng thứ hai CCV thay mặt Nhà nước thực hiện chức năng dịch vụ công. Công chứng viên chịu trách nhiệm, bằng con dấu do Nhà nước uỷ quyền sử dụng, cung cấp các dịch

⁷ 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

⁸ Ninh Thị Hiền, Vai trò của hoạt động công chứng trong tiến trình cải cách tư pháp ở Việt Nam truy cập ngày 14/4/2023 từ <https://vietnamnotary.org/nguyen-cuu-trao-doi/vai-tro-cua-hoat-dong-cong-chung-trong-tien-trinh-cai-cach-tu-phap-o-viet-nam-hien-nay>

⁹ Study on the the definition of notary authentic act and annex on costs. truy cập ngày 12/4/2023 từ https://www.uinl.org/documents/20181/339555/ANM_CGK-11-1-EN-Acte+Authent.%2BCosts/6dd7b827-63d9-41d9-868b-2856af50b105

vụ công về hợp đồng trong lĩnh vực tư pháp, mà không đòi hỏi kinh phí từ chính quyền Nhà nước, Nhà nước không phải chịu trách nhiệm về các dịch vụ của CCV. Như vậy, dịch vụ công chứng vừa là một đảm bảo đối với Nhà nước vừa là một đảm bảo đối với các cá nhân.

Đảm bảo của công chứng viên.

Công chứng viên hoàn toàn độc lập với VBCC, có thể đảm bảo an toàn cho các bên như thế nào? Bảo đảm này được thể hiện trên 2 phương diện.

Thứ nhất, là việc thanh tra, kiểm tra hàng năm đối với mỗi Tổ chức hành nghề công chứng bởi các Đoàn thanh tra chuyên ngành (Sở Tư pháp, Sở Tài chính...). Đoàn thanh tra có nhiệm vụ kiểm tra tính xác thực và chính xác của các tài liệu kế toán, tính hợp thức của các văn bản mà CCV nhận làm dịch vụ, các văn bản này được lựa chọn bất kỳ trong số tất cả các văn bản mà CCV nhận được trong năm.

Đảm bảo thứ hai, của CCV đối với khách hàng là CCV phải. Trách nhiệm nghề nghiệp của CCV do Tòa án xem xét và giải quyết theo yêu cầu của một khách hàng nào đó cho rằng mình bị thiệt hại do VBCC gây ra, do CCV không tuân thủ nghĩa vụ kiểm tra hoặc nghĩa vụ tư vấn của mình. Khách hàng bị thiệt hại có thể được bồi thường bởi Tổ chức hành nghề công chứng nếu do lỗi của CCV của họ gây ra (từ Bảo hiểm trách nhiệm nghề nghiệp của CCV, đây là chế độ bảo hiểm bắt buộc theo Luật định).

Như vậy, có thể kết luận rằng VBCC là một công cụ bảo đảm hiệu quả pháp lý, an toàn pháp lý. VBCC là một ví dụ điển hình về một công cụ pháp lý hữu hiệu trong một Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam. Với tính chất là một văn bản chính thức, VBCC bảo vệ quyền tự do cá nhân. Với tính chất hiệu quả, dữ liệu công chứng hoàn thiện có thể đảm bảo bảo vệ các lợi ích kinh tế. Với tính chất rõ ràng, minh bạch, dịch vụ công chứng đảm bảo vai trò kiểm tra, giám sát của Nhà nước. Như vậy, VBCC thể hiện sự cân bằng không thể thiếu được giữa vai trò kiểm tra, giám sát của Nhà nước và nhu cầu đầu tư và kinh doanh của các cá nhân, tổ chức. VBCC là một công cụ tự do có sự điều tiết của pháp luật vì nó đòi hỏi phải tuân thủ các quy định pháp luật nhất định, trái ngược với chủ nghĩa tự do trong đó phần thắng thuộc về kẻ mạnh, kẻ giàu có, kẻ thù đoạn nhất, nghĩa là theo luật rừng.

VBCC là một công cụ pháp lý hiện đại của các Nhà nước pháp quyền hiện đại, đặc biệt là Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam, là công cụ pháp lý của thế kỷ 21. Ngày nay, lợi ích của VBCC đã được thừa nhận một cách rõ ràng, thậm chí cả ở Mỹ. An toàn pháp lý là một yêu cầu không thể thiếu được. Tất cả mọi người đều muốn được đảm bảo an toàn pháp lý. Hiệu quả kinh tế là một mục tiêu quan trọng vì nó động chạm đến vấn đề tiền bạc, chi phí. Người ta nhận thấy rằng người Mỹ gặp rất nhiều khó khăn bởi hệ thống pháp luật của họ và những tranh chấp không thể kể hết và cũng đang cố gắng tìm hiểu lợi ích của VBCC. Nhiều hội nghị bàn về vấn đề này đã được tổ chức tại Mỹ và việc tổ chức những hội nghị đó

xuất phát từ những ý tưởng rất hiện đại, đó là sự xuất hiện của các công nghệ mới. Người ta nhận thấy rằng cùng với sự phát triển của các công nghệ mới thì nhu cầu về an toàn pháp lý, về độ xác thực của các giao dịch ngày càng cao. Như vậy, có thể nhận thấy vai trò của CCV ở mọi nơi trên thế giới¹⁰.

2. Văn bản công chứng - công cụ pháp lý hiện đại đảm bảo an toàn cho các giao dịch bất động sản

Theo quy định, các CCV của tổ chức hành nghề công chứng được công chứng các hợp đồng, giao dịch mà theo quy định của pháp luật bắt buộc phải công chứng và theo yêu cầu của người dân¹¹. Quy định này cũng hoàn toàn phù hợp với các quy định chung của pháp luật chuyên ngành có liên quan đến việc bắt buộc và không bắt buộc công chứng hợp đồng, giao dịch về bất động sản (BDS)¹². Khi thực hiện công chứng đối với các hợp đồng, giao dịch về BDS, CCV cũng phải đảm bảo tuân thủ đúng quy định về địa hạt công chứng¹³.

Bất động sản là một trong những đối tượng có giá trị và tương đối phổ biến trong các giao dịch dân sự. Theo quy định của Bộ Luật Dân sự (BLDS) năm 2015, BDS gồm: Đất đai; Nhà, công trình xây dựng gắn liền với đất đai; Tài sản khác gắn liền với đất đai, nhà, công trình xây dựng; Tài sản khác theo quy định của pháp luật. Các loại giao dịch BDS hiện nay bao gồm: mua bán, chuyển nhượng, tặng cho, đổi, thừa kế, góp vốn, cho thuê, cho thuê mua, cầm cố, thế chấp, cho mượn, cho ở nhờ, ủy quyền quản lý¹⁴

Giao dịch dân sự về BDS là một trong những loại giao dịch phổ biến nhất hiện nay và hệ quả tất yếu dẫn đến tranh chấp phát sinh từ việc giao kết, thực hiện hay chấm dứt các giao dịch này giữa các bên diễn ra hết sức thường xuyên.

Trong thực tiễn hiện nay, tranh chấp phát sinh từ giao dịch dân sự về BDS tồn tại dưới nhiều dạng khác nhau. Tuy nhiên, về cơ bản, yêu cầu của các bên có thể được chia thành các loại như sau¹⁵: (1) Tranh chấp về hiệu lực của giao dịch về BDS (yêu cầu tuyên bố giao dịch vô hiệu vì các lý do như BDS không thuộc trường hợp được phép giao dịch, năng lực chủ thể của các bên, thẩm quyền ký kết giao dịch... hoặc yêu cầu công nhận hiệu lực của giao dịch);

¹⁰ Jean Paul DECORPS, nguyên Chủ tịch danh dự Hội đồng công chứng tối cao Pháp, Văn bản công chứng ở Pháp, Tài liệu Lóp Bồi dưỡng về công chứng ngày 25&26 tháng 9 năm 2006

¹¹ Xem khoản 1, Điều 2 LCC năm 2014.

¹² Xem Khoản 2 Điều 119 BLDS năm 2015; Khoản 3 Điều 167 LĐĐ 2013; Khoản 1,2 và 3 Điều 122 Luật Nhà ở 2014; Khoản 2 Điều 17 Luật Nhà ở 2014.

¹³ Xem Điều 42 LCC năm 2014

¹⁴ Theo quy định của BLDS năm 2015, Luật Đất đai năm 2013 và Luật Nhà ở năm 2014, Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014

¹⁵ Huỳnh Quang Thuận, “Xác định toà án có thẩm quyền giải quyết tranh chấp phát sinh từ giao dịch dân sự về bất động sản”, xem *Đỗ Văn Đại (2022) Giao dịch dân sự về bất động sản (sách chuyên khảo, xuất bản lần thứ 2)*, tr 568-569

(2) Tranh chấp về việc thực hiện quyền và nghĩa vụ của các bên trong giao dịch (buộc thực hiện hợp đồng, buộc thực việc giao nhà, đất; yêu cầu trả tiền còn thiếu; yêu cầu trả nhà đất cho mượn, cho ở nhờ, cho thuê...); (3) Tranh chấp về việc hủy bỏ, chấm dứt hợp đồng (như yêu cầu chấm dứt hợp đồng cho thuê, yêu cầu hủy bỏ hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất...); (4) Tranh chấp phát sinh từ các vấn đề liên quan đến di chúc đối với di sản là BĐS (hiệu lực của di chúc, nội dung di chúc...).

Đối với các hợp đồng, giao dịch nói chung và hợp đồng, giao dịch về BĐS nói riêng mà theo quy định của pháp luật phải bắt buộc công chứng hoặc người dân yêu cầu công chứng, qua thực tế gần 35 năm tồn tại và hoạt động của Phòng công chứng số 1 TPHCM (nơi tác giả làm việc), tác giả nhận thấy: các hợp đồng, giao dịch này luôn cơ bản đảm bảo tính xác thực, tính hợp pháp nên từ đó an toàn pháp lý của các hợp đồng giao dịch luôn được bảo đảm. Bởi tại thời điểm chứng nhận các loại hợp đồng, giao dịch này, CCV phải đảm bảo các điều kiện có hiệu lực của hợp đồng về năng lực chủ thể tham gia ký kết; bảo đảm đối tượng được giao dịch không phải là đối tượng mà pháp luật ngăn cấm; phải tuân thủ các nguyên tắc, quy trình chứng nhận của LCC... Bên cạnh tuân thủ các quy định của pháp luật thì CCV còn phải bảo đảm các nội dung của hợp đồng giao dịch không trái đạo đức xã hội. Do đó, các hợp đồng này đa phần đảm bảo giá trị thi hành cho các chủ thể có liên quan theo quy định tại Điều 5 của LCC năm 2014.

Theo báo cáo của của Tòa án nhân dân tối cao thì các vụ án mà Tòa án phải thụ lý trong năm 2019 là: “*Tranh chấp về quyền sử dụng đất 16.812 vụ; Tranh chấp về hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất (QSDD) là 10.235 vụ; Tranh chấp đòi đất cho mượn, cho ở nhờ, lấn chiếm là 4.966 vụ... Số lượng các loại vụ, việc mà các Tòa án phải thụ lý, giải quyết tiếp tục có xu hướng gia tăng với tính chất ngày càng phức tạp*¹⁶, số lượng vụ án hình sự về tội “*Làm giả con dấu, tài liệu của cơ quan, tổ chức*” ngày càng nhiều¹⁷. Và theo báo cáo tổng kết 07 năm thi hành LCC năm 2014 của Bộ Tư pháp thì chỉ có khoảng 0,01% các vụ án liên quan đến hợp đồng, giao dịch đã được công chứng, và số vụ việc có bản án yêu cầu bồi thường thiệt hại là rất ít, với tổng số khoảng hơn 12 tỷ đồng, nhiều địa phương không có trường hợp nào phải bồi thường thiệt hại cho người yêu cầu công chứng¹⁸.

Số liệu thực tế cũng chứng minh, các hợp đồng, giao dịch được công chứng rất ít xảy ra các tranh chấp, trường hợp có tranh chấp thì hợp đồng, giao dịch luôn đảm bảo tính hiệu lực

¹⁶ Trích Báo cáo số 01/BC-TA ngày 09/01/2020 về Tổng kết công tác năm 2019 và nhiệm vụ trọng tâm công tác năm 2020 của Tòa án nhân dân tối cao.

¹⁷ <https://nld.com.vn/phap-luat/vuong-mac-xet-xu-toi-pham-dung-giay-to-gia-20200311211331855.htm>, truy cập ngày 12/4/2023

¹⁸ 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

cũng như giá trị thi hành cho các bên chủ thể tham gia ký kết hợp đồng, giao dịch. So với các hợp đồng, giao dịch không được công chứng (do pháp luật không bắt buộc) thì tranh chấp xảy ra nhiều hơn và mức độ an toàn pháp lý cho các chủ thể tham gia ký kết hợp đồng luôn ở mức thấp hơn so với hợp đồng, giao dịch được công chứng.

Có thể nói đến vụ việc xảy ra tại Công ty cổ phần Địa ốc Alibaba, theo ghi nhận tại bản án số 607/2022/HS-ST ngày 29/12/2022 của Tòa án nhân dân Thành phố Hồ Chí Minh, do việc ký kết hợp đồng không qua công chứng (do pháp luật không bắt buộc), nên khi ký kết hợp đồng không đảm bảo đúng về hình thức, nội dung của hợp đồng, giao dịch, nên rất nhiều hợp đồng đã bị tòa án tuyên vô hiệu, gây thiệt hại cho nhiều tổ chức, cá nhân đầu tư, kinh doanh BĐS và gây thiệt hại cho nhà nước, ảnh hưởng xấu đến trật tự xã hội. “*Đây là vụ án “kỷ lục” về số lượng bị hại, số lượng bút lục hồ sơ, người liên quan. Trong đó, số lượng bị hại lên đến 4.361 người, hàng trăm người được xác định là người có quyền lợi và nghĩa vụ liên quan. Để phục vụ cho phiên tòa “kỷ lục” này, TAND TP Hồ Chí Minh đã căng rập ở sân tòa, đồng thời liên thông hai phòng xử lớn nhất của tòa để tiến hành xét xử*”¹⁹.

3. Một số bình luận, kiến nghị nhằm đảm bảo an toàn pháp lý cho các giao dịch bất động sản

Trong phạm vi bài viết, tác giả sẽ bình luận về tính “thống nhất, đồng bộ” của các Dự thảo văn bản pháp luật liên quan đến công chứng, liên quan đến phạm vi bắt buộc công chứng và liên quan đến nội dung xác nhận qua sàn giao dịch BĐS có làm thay công chứng được không.

Cục Bổ trợ tư pháp Bộ Tư pháp có nhận xét trong Báo cáo định hướng xây dựng LCC (sửa đổi) rằng “*Phạm vi các giao dịch công chứng bắt buộc còn quá hẹp, tiềm ẩn rủi ro lớn cho người dân khi giao kết các giao dịch không được công chứng*”²⁰. Và hiện nay, dự thảo các Luật Đất đai (LDD) (sửa đổi), Luật Nhà ở (sửa đổi), Luật Kinh doanh bất động sản (LKDBĐS) (sửa đổi) đang dự kiến sửa đổi như sau:

+ Điểm a, b khoản 3 Điều 28 của dự thảo LDD (sửa đổi) đang được lấy ý kiến Nhân dân thì “*a) Hợp đồng chuyển nhượng, tặng cho, thế chấp, góp vốn bằng quyền sử dụng đất, quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền với đất phải được công chứng hoặc chứng thực, trừ trường hợp kinh doanh BĐS quy định tại điểm b khoản này*”. *b) Hợp đồng cho thuê, cho thuê lại*

¹⁹ Vụ án Công ty cổ phần Địa ốc Alibaba: Gần 5000 người sẽ có mặt tại phiên tòa, truy cập ngày 13/4/2023 từ <https://cand.com.vn/Ban-tin-113/vu-an-cong-ty-co-phan-dia-oc-alibaba-gan-5000-nguoi-se-co-mat-tai-phiên-toa-i676613/>

²⁰ Báo cáo định hướng xây dựng Luật Công chứng (sửa đổi) của Cục Bổ trợ tư pháp Bộ Tư pháp số 365/BTP-BTTP ngày 20/12/2021.

quyền sử dụng đất, quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền với đất, hợp đồng chuyển đổi quyền sử dụng đất nông nghiệp; hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất, quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền với đất, tài sản gắn liền với đất mà một bên hoặc các bên tham gia giao dịch là tổ chức hoạt động kinh doanh BĐS được công chứng hoặc chứng thực theo yêu cầu của các bên”.

+ Khoản 1 Điều 162 của dự thảo Luật Nhà ở (sửa đổi) đang trình Ủy ban Thường vụ Quốc hội thì “*Trường hợp mua bán, thuê mua, tặng cho, đổi, góp vốn, thế chấp nhà ở, chuyển nhượng hợp đồng mua bán nhà ở thương mại thì phải thực hiện công chứng, chứng thực hợp đồng, trừ trường hợp quy định tại khoản 2 Điều này*”.

+ Khoản 3 Điều 45 và khoản 5 Điều 61 LKDBĐS (sửa đổi) dự thảo lần thứ 5: “*3. Hợp đồng kinh doanh BĐS, hợp đồng kinh doanh dịch vụ BĐS được lập thành văn bản. Việc công chứng, chứng thực hợp đồng do các bên thỏa thuận; trừ hợp đồng mua bán, thuê mua nhà ở, công trình xây dựng và hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất mà các bên tham gia giao dịch là tổ chức, cá nhân quy định tại khoản 2 Điều 10 của Luật này thì phải công chứng hoặc chứng thực.*” (khoản 3 Điều 45 Dự thảo LKDBĐS). “*6. Người đại diện pháp luật của Sàn giao dịch BĐS xác nhận các giao dịch BĐS thực hiện thông qua sàn theo quy định của Luật này. Xác nhận này 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 tài sản, quyền sử dụng đất theo quy định Luật này và các luật khác có liên quan*” (khoản 5 Điều 61 Dự thảo LKDBĐS)

Như vậy, so với quy định pháp luật hiện hành thì dự thảo các Luật nêu trên cũng chưa mở rộng phạm vi các giao dịch công chứng bắt buộc và các nội dung trên tồn tại nhiều mâu thuẫn, chưa đồng bộ, không thống nhất, việc này tiềm ẩn rủi ro lớn cho người dân khi giao kết các giao dịch không được công chứng và tính khả thi của các dự án Luật trên. Vì thực tế cho thấy tranh chấp giữa chủ đầu tư và người mua nhà thời gian qua xảy ra rất nhiều và thiệt hại lớn cho người dân. Trong thời gian qua đã có nhiều chủ đầu tư bán nhà hoặc huy động vốn khi chưa đủ các điều kiện để bán theo quy định của pháp luật, thậm chí một tòa nhà được thế chấp nhiều lần. Tại TP. Hồ Chí Minh, 375 căn hộ thuộc dự án Alto của Công ty Vĩnh Phú, 204 căn hộ thuộc chung cư cao tầng - Thảo Điền với do Công ty Cổ phần đầu tư BĐS SIC làm chủ đầu tư... đều đã thế chấp quyền sử dụng đất nhưng vẫn bán và cho thuê mua nhà ở hình thành trong tương lai ảnh hưởng nghiêm trọng đến quyền lợi của người mua nhà²¹ vẫn có thể được bán cho hàng trăm người dân mà không có cơ chế để kiểm soát hữu hiệu, vì Luật Nhà ở

²¹ Cảnh báo việc mua bán nhà ở trong tương lai tại nhiều dự án đang thế chấp, truy cập ngày 12/4/2023 từ <https://laodong.vn/bat-dong-san/canh-bao-viec-mua-ban-nha-o-trong-tuong-lai-tai-nhieu-du-an-dang-the-chap-981207.ldo>

và LKDBĐS không bắt buộc công chứng trong trường hợp một bên là tổ chức kinh doanh BĐS.

Các nội dung nêu trên được dự định đưa vào trong 03 Dự thảo Luật, theo tác giả có những điểm chưa bảo đảm “thống nhất, đồng bộ” sau:

Thứ nhất: Cả 03 Dự thảo luật chưa có sự thống nhất khi quy định về các loại hợp đồng giao dịch bắt buộc công chứng, chứng thực. Dự thảo LDD, Dự thảo Luật Nhà ở có xác định một số loại giao dịch nhà đất bắt buộc công chứng, chứng thực nhưng đến Dự thảo LKDBĐS thì lại quy định “Hợp đồng kinh doanh BĐS... được lập thành văn bản. Việc công chứng, chứng thực hợp đồng do các bên thỏa thuận” trừ một số loại giao dịch phải công chứng, chứng thực theo khoản 2 Điều 10 của Dự thảo. Tuy nhiên, các giao dịch bắt buộc công chứng, chứng thực được liệt kê tại khoản 2 Điều 10 của Dự thảo LKDBĐS khác với các giao dịch đã được quy định tại Dự thảo sửa đổi LDD (Điểm a, b khoản 3 Điều 28) và Dự thảo sửa đổi Luật Nhà ở (khoản 1, Điều 162).

Thứ hai: Trong từng Dự thảo Luật cũng có những nội dung chưa bảo đảm sự đồng bộ, thống nhất.

• Dự thảo LDD (sửa đổi), quy định của điểm a và b trong khoản 3, Điều 28 có 02 sự mâu thuẫn: (1) Về số lượng các loại hợp đồng giao dịch: các loại hợp đồng mà người sử dụng đất thực hiện giao dịch đã được liệt kê có sự chênh nhau (điểm a có 05 giao dịch nhưng điểm b nhiều hơn 05 loại giao dịch); (2) Về căn cứ để xác định thẩm quyền công chứng, chứng thực: Khoản a đề cập đến thẩm quyền công chứng, chứng thực một số loại hợp đồng dựa trên đối tượng là quyền sử dụng đất, nhưng khoản b lại quy định các loại hợp đồng cơ bản có cùng đối tượng đó nhưng lại căn cứ chủ thể của hợp đồng (tổ chức hoạt động kinh doanh BĐS) để xác định thẩm quyền công chứng, chứng thực.

Như vậy, là căn cứ xác định thẩm quyền công chứng, chứng thực không thống nhất.

Ngoài ra, điểm b còn quy định: “Hợp đồng ... mà một bên hoặc các bên tham gia giao dịch là tổ chức hoạt động kinh doanh BĐS được công chứng hoặc chứng thực theo yêu cầu của các bên”: Đây chính là quy định “mở đường” để Dự thảo LKDBĐS tiếp tục quy định theo hướng các dạng nhà, đất của các doanh nghiệp kinh doanh BĐS giao dịch thông qua sàn, không bắt buộc công chứng, chứng thực. Tuy nhiên, thực tế thi hành quy định của LKDBĐS 2014 cho phép tổ chức kinh doanh BĐS ký hợp đồng trực tiếp bán sản phẩm cho cá nhân không thông qua công chứng, chứng thực đã dẫn đến những hậu quả nặng nề cho xã hội (xin nêu cụ thể ở phần sau, khi nhận xét về Dự thảo LKDBĐS).

Vì vậy, nếu được, xin bỏ toàn bộ điểm a và viết lại điểm b nêu trên như sau: “Hợp đồng giao dịch khi thực hiện các quyền của người sử dụng đất mà một bên là cá nhân phải được

công chứng, chứng thực. Hợp đồng giao dịch giữa các chủ thể sử dụng đất khác được công chứng, chứng thực theo quy định của pháp luật hoặc theo yêu cầu của các bên”.

•Dự thảo LKDBĐS (sửa đổi), quy định: “Hợp đồng kinh doanh BĐS, hợp đồng kinh doanh dịch vụ BĐS được lập thành văn bản. Việc công chứng, chứng thực hợp đồng do các bên thỏa thuận...” (Khoản 2 Điều 45 Dự thảo) đồng thời cũng quy định: Xác nhận giao dịch qua sàn là “cơ sở để các chủ thể tham gia giao dịch kê khai nộp thuế cho nhà nước, đăng ký biến động, sang tên quyền sở hữu tài sản, quyền sử dụng đất...” (Khoản 5 Điều 61 Dự thảo).

Đề nghị xem xét lại quy định trên, vì năm lý do sau đây:

(i) Quy định trên không góp phần “giảm thiểu khiếu kiện, tranh chấp” theo tinh thần của Nghị quyết 18-NQ/TW do an toàn pháp lý khi giao kết hợp đồng không được bảo đảm

Theo tài liệu do Thủ tướng Chính phủ báo cáo khi triển khai Nghị quyết 18-NQ/TW ngày 16/6/2022 của BCHTW thì trong giai đoạn từ 2013-2020, cơ quan hành chính các cấp tiếp nhận 324.241 đơn khiếu nại, tranh chấp đất đai, chiếm 62,9% tổng số đơn khiếu nại; Những năm gần đây, trung bình hàng năm số vụ án liên quan đến đất đai đã được xét xử chiếm trên 70% lượng việc của Tòa án các cấp.

Thực trạng trên cho thấy, các khiếu kiện về đất đai chiếm tỷ trọng rất lớn và có chiều hướng ngày càng tăng làm mất nhiều thời gian, chi phí cá nhân, tổ chức và cả nhà nước, thậm chí gây ảnh hưởng đến trật tự, an ninh, ổn định của xã hội.

Nguyên nhân thực trạng trên, có rất nhiều, nhưng có lẽ một trong nguyên nhân là chúng ta chưa chú trọng phòng ngừa ngay từ khâu giao kết hợp đồng, nên các rủi ro về mặt pháp lý trong các điều khoản nội dung của hợp đồng không được bảo đảm. Vì sàn GDBĐS, về bản chất, chỉ là nơi diễn ra việc làm trung gian cho các bên trong mua bán, chuyển nhượng...chứ không phải là cơ quan thứ 3 có tính khách quan để giải thích, tư vấn có tính độc lập về các tình tiết sự kiện cần có trong hợp đồng; dự liệu các rủi ro, phòng ngừa các tranh chấp; chứng nhận tính xác thực, tính hợp pháp của các điều khoản hợp đồng mà các bên đã thỏa thuận...qua đó, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của các bên, bảo đảm an toàn pháp lý cho các bên, làm cho trật tự xã hội được tôn trọng, lợi ích chung xã hội được bảo đảm, góp phần giảm thiểu khiếu kiện tranh chấp, ổn định trật tự xã hội.

(ii) Sàn giao dịch bất động sản không phải là công cụ quản lý nhà nước, không thực hiện các dịch vụ công, chỉ đóng vai trò là môi giới, trung gian, cung cấp thông tin. Dự thảo Luật đã quy định rõ trách nhiệm doanh nghiệp kinh doanh bất động sản phải công khai thông tin, cùng các quy định khác để bảo đảm tính công khai, minh bạch về thị trường, bảo đảm sự quản lý của Nhà nước. Theo Thường trực Ủy ban Kinh tế, đối với những dự án bất động sản có đầy đủ cơ sở pháp lý, chủ đầu tư có đủ năng lực, uy tín thì việc giao dịch trực tiếp, không thông

qua sàn giao dịch bất động sản vẫn diễn ra thuận lợi, ít rủi ro. Thường trực Ủy ban Kinh tế cũng lo ngại việc buộc giao dịch qua sàn giao dịch bất động sản sẽ làm tăng thêm tầng lớp trung gian, tăng chi phí giao dịch và được tính vào giá giao dịch. Tiềm ẩn nguy cơ lợi dụng quy định của pháp luật để độc quyền hoặc sàn giao dịch bất động sản câu kết với một trong các bên tham gia giao dịch, làm nhiễu loạn thị trường, không phản ánh đúng quan hệ cung cầu, giá cả.²²

(iii) quy định trên khó bảo vệ quyền lợi hợp pháp của bên yếu thế trong quan hệ hợp đồng theo BLDS và bảo vệ lợi ích chính đáng của người tiêu dùng theo Luật thương mại

Do Sàn GDBĐS do chính chủ đầu tư lập hoặc nếu không thì chỉ bán và để hưởng % trên sản phẩm bán được nên thường họ phải đẩy mạnh quảng cáo để bán được sản phẩm càng nhiều thì lợi nhuận càng cao. Và lợi nhuận chính là mục đích tối cao của doanh nghiệp nói chung và sàn GDBĐS nói riêng. Chính vì vậy, nếu có những nội dung điều khoản gây rủi ro, bất lợi cho người mua (thực tế các hợp đồng mẫu của các doanh nghiệp kinh doanh BĐS hiện nay có rất nhiều điều khoản có lợi cho chủ doanh nghiệp nên người mua đã mua, nhận nhà vào ở nhưng không cấp được giấy tờ sở hữu) nếu sàn GDBĐS biết thì họ cũng không có nghĩa vụ thông tin, tư vấn cho người mua hoặc cũng không có trách nhiệm báo cáo để chủ đầu tư xem xét sửa đổi nên người mua sẽ lãnh hậu quả. Thậm chí, có khi người mua là những người am tường về hợp đồng, họ muốn sửa các điều khoản bất lợi cho họ nhưng cũng khó gặp được người có trách nhiệm bên chủ đầu tư để thương thảo, vì lý thuyết tuy là 02 chủ thể bình đẳng khi giao kết, nhưng thực tế họ cũng chỉ là “bên yếu thế” trong quan hệ hợp đồng mà thôi (vì bên bán thường có bộ máy hùng hậu, chuyên nghiệp để chuyên về soạn thảo hợp đồng nên bên mua gần như chỉ có quyền duy nhất là mua hay không mua mà thôi). Có lẽ với phương thức như vậy, nên tranh chấp giữa khách hàng và chủ đầu tư đã xảy ra khá phổ biến ở hầu hết các địa phương, và thiệt hại đa phần đều thuộc về người mua - người tiêu dùng.

(iv) Việc buộc một số giao dịch phải thông qua sàn là bước thụt lùi trong xây dựng chính sách, có biểu hiện của lợi ích nhóm

Quy định giao dịch BĐS phải thông qua sàn giao dịch BĐS từng được quy định trong Điều 59 LKDBĐS năm 2006. Với quy định này, theo phản ánh của Báo Tiền Phong ngày 11/11/2021 thì hàng ngàn sàn GDBĐS “như nấm sau mưa” đã được thành lập. Khi giai đoạn thị trường BĐS tăng nhiệt, các sàn đã góp phần làm lũng đoạn thị trường, làm cho thị trường tăng ảo, người mua không tiếp cận được giá thật, và các sàn kiếm được rất nhiều tiền từ % phí

²² Lo ngại về bắt buộc giao dịch bất động sản qua sàn, truy cập ngày 13/4/2023 từ <https://dangcongsan.vn/phap-luat/lo-ngai-ve-bat-buoc-giao-dich-bat-dong-san-qua-san-635426.html>

hoa hồng môi giới (thường 2%) và phân chênh lệch giá bán của Chủ đầu tư và giá sàn thực tế bán.

Trước tình hình bất cập nêu trên, Ban chấp hành Trung ương đã có Nghị quyết số 19 – NQ/TW năm 2012 không đề cập giao dịch BĐS thông qua sàn, từ đó LKDBĐS 2014 đã bãi bỏ việc bắt buộc phải thông qua sàn các giao dịch BĐS.

Vì vậy, nay lấy lại quy định cũ mà gần như chưa có lập luận căn cứ, cơ sở chưa có đánh giá toàn diện, đồng bộ lợi ích của việc thông qua sàn thì sẽ rất khó thuyết phục. Điều đó rất dễ để có thể tạo ra cơ chế bắt tay giữa chủ đầu tư và sàn giao dịch BĐS nhằm hợp thức hóa các sai phạm của chủ đầu tư trong việc huy động vốn và bán sản phẩm. Do vậy, cần nên có sự đánh giá và làm rõ có hay không “lợi ích nhóm” được lồng ghép trong việc quay trở lại chế định trên?

(v) Dự thảo quy định mâu thuẫn, chông chéo với LCC

Khoản 5 Điều 61 Dự thảo LKDBĐS quy định: Xác nhận giao dịch qua sàn là cơ sở để các chủ thể tham gia giao dịch kê khai nộp thuế cho nhà nước, đăng ký biến động, sang tên quyền sở hữu tài sản, quyền sử dụng đất...

Quy định trên đã đánh đồng giá trị pháp lý của xác nhận quan sàn cũng tương đồng với giá trị pháp lý của VBCC (khoản 4 Điều 57 LCC năm 2014); quy định trên đã tạo nên sự chông lán về kết quả hoạt động giữa Sàn giao dịch BĐS và tổ chức hành nghề công chứng.

Trong khi, về bản chất, sàn giao dịch thiên về các dịch vụ mang tính chất môi giới, là cầu nối giữa bên bán và bên mua, giữ vai trò cung ứng dịch vụ bán hàng chủ yếu cho bên bán (và có khi cũng cho cả bên mua hoặc phục vụ cả 2) và được trả phí. Còn công chứng có chức năng “cung cấp dịch vụ công do Nhà nước ủy nhiệm thực hiện nhằm bảo đảm an toàn pháp lý cho các bên tham gia hợp đồng, giao dịch; phòng ngừa tranh chấp; góp phần bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của cá nhân, tổ chức; ổn định và phát triển kinh tế-xã hội” (Điều 3 LCC năm 2014).

Bởi vậy, nếu xét về lợi ích và mục đích hoạt động, sàn giao dịch BĐS có xu hướng gắn kết và có mối liên hệ về lợi ích với các chủ đầu tư nhiều hơn là với người tiêu dùng. Do vậy, không thể đòi hỏi sàn yếu tố khách quan trong các hoạt động, đặc biệt khi các sàn trực tiếp góp vốn của chủ đầu tư để kiếm lời, hoặc làm đại lý bán hàng cho chủ đầu tư để hưởng chênh lệch.

Tại Hội thảo do Trường Đại học Chu Văn An tổ chức ngày 14/3/2023 có khẳng định rằng “Sàn giao dịch bất động sản không thể “làm thay” công chứng. Các chuyên gia tại hội thảo cho rằng không nên quy định sàn giao dịch bất động sản làm thay cho công chứng, chứng thực; đẩy rủi ro pháp lý cho người dân, trong trường hợp một bên tham gia giao dịch là doanh

nghiệp kinh doanh bất động sản, tức các giao dịch nhà, căn hộ tại dự án bất động sản. Bởi bất động sản là tài sản lớn, liên quan tới nhiều thủ tục pháp lý phức tạp. Không phải người dân nào khi đi giao dịch cũng có thể đủ hiểu biết để kiểm tra, kiểm soát được. Việc công chứng trong trường hợp này sẽ có vai trò kiểm soát để cảnh báo, phòng ngừa và ngăn chặn rủi ro cho người dân. Ngoài ra, nếu chỉ giao dịch qua sàn, không qua bước công chứng, các cơ quan chức năng sẽ khó kiểm soát, xác định được giá bán nhà, đất một cách khách quan, để tránh thất thu thuế, do lúc này chỉ có bên sàn và chủ đầu tư đưa ra giá bán.”²³.

Từ những căn cứ pháp lý, lập luận nêu trên và nhằm đảm bảo an toàn cho các giao dịch bất động sản của Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam và để phù hợp với các nguyên tắc, Điều lệ của công chứng quốc tế UINL (mà Việt Nam là 01 trong những nước thành viên), tác giả đề xuất:

1. Với thực trạng hiện nay, các giao dịch về bất động sản đang tiềm ẩn, tồn tại nhiều rủi ro, cơ chế phòng ngừa rủi ro pháp lý chưa được chặt chẽ, các chủ thể là cá nhân (“bên yếu thế”) bị thiệt hại trong thời gian qua là khá phổ biến, rải đều khắp các tỉnh, thành, gây ra nhiều bất ổn, ảnh hưởng đến trật tự, an toàn xã hội và phát triển kinh tế ...nên sửa đổi LkDBĐS, LĐĐ, Luật Nhà ở lần này, cần quy định theo hướng: Hợp đồng giao dịch về bất động sản mà một bên là cá nhân phải được công chứng, chứng thực. Hợp đồng giao dịch về bất động sản giữa các chủ thể khác được công chứng, chứng thực theo quy định của pháp luật hoặc theo yêu cầu của các bên

2. Trường hợp cơ quan soạn thảo xem xét sửa đổi LKDBĐS, LĐĐ, Luật Nhà ở, LCC theo hướng gia tăng sự đảm bảo an toàn pháp lý cho các chủ thể tham gia giao dịch BĐS (bao gồm cả chủ thể là tổ chức có chức năng kinh doanh BĐS) thì nên quy định theo hướng bắt buộc công chứng, chứng thực tất cả các hợp đồng, giao dịch BĐS. Quy định này tính đến nay được đảm bảo bởi vì số lượng và chất lượng của CCV. Hiện nay các TCHNCC đã có trên 1000 tổ chức, gần 4000 CCV, với hàng chục ngàn nhân viên...(được đào tạo bài bản, sàng lọc kiểm tra sát hạch khá kỹ lưỡng và đạo đức quy định rõ ràng) được “phủ khắp, trải đều” ở tất cả các tỉnh, thành đủ khả năng, điều kiện để thực hiện công chứng tất cả các hợp đồng, giao dịch. Khi bắt buộc phải công chứng, chứng thực, pháp luật cần tính toán để có thể giảm phí công chứng áp dụng cho doanh nghiệp kinh doanh BĐS tương tự với mức phí công chứng hợp đồng mua bán tài sản đấu giá hiện nay, thủ tục cũng cần đơn giản hơn, vì CCV chỉ cần kiểm tra tính pháp lý của dự án bảo đảm điều kiện huy động vốn, ký hợp đồng với khách hàng một lần khi doanh nghiệp đăng ký chữ ký mẫu, đồng thời với đó là có thể giảm mức phí bảo lãnh ngân hàng trong bán, cho thuê mua nhà ở hình thành trong tương lai theo quy định tại Điều

²³ Sàn giao dịch bất động sản không thể "làm thay" công chứng, truy cập ngày 13/4/2023 từ <https://vtv.vn/kinh-te/san-giao-dich-bat-dong-san-khong-the-lam-thay-cong-chung-20230320143407633.htm>

56.1 LKDBĐS năm 2014, vì đã có biện pháp công chứng hạn chế rủi ro, giúp doanh nghiệp tiết giảm chi phí, hạ giá thành sản phẩm. Mặt khác, đối với các hợp đồng, giao dịch nhằm mục đích huy động vốn cho dự án kinh doanh BĐS phải ràng buộc chủ đầu tư thỏa thuận điều khoản thanh toán qua ngân hàng, hạn chế thỏa thuận thanh toán bằng tiền mặt ngay trong hợp đồng, văn bản, theo đó chủ đầu tư phải mở tài khoản riêng để nhận tiền từ người mua, nhận chuyển nhượng (chuyển khoản hoặc nộp tiền vào tài khoản) tại ngân hàng chấp nhận bảo lãnh cho dự án đó, để bảo đảm sử dụng đúng mục đích số tiền đã huy động được vào việc hoàn thành dự án đúng tiến độ.

3. Xác nhận giao dịch qua sàn chỉ nên xem là một thủ tục trong một số giao dịch nhất định mà các bên giao kết hợp đồng có quyền chọn tham gia hay không tham gia (không bắt buộc)²⁴. Xác nhận giao dịch qua sàn không thể sử dụng làm căn cứ kê khai, tính thuế vì chưa thể bảo đảm rằng mức giá giao dịch đó phản ánh đúng giá trị giao dịch thật của các bên. Ngoài ra, để đăng ký biến động, sang tên quyền sở hữu bất động sản thì giao dịch cần phải đáp ứng được các điều kiện về mặt hình thức quy định tại Điều 117, 119 BLDS và quy định về điều kiện có hiệu lực của giao dịch tại LDD, Luật Nhà ở. Nếu quy định xác nhận của sàn giao dịch bất động sản làm căn cứ đăng ký biến động, sang tên quyền sở hữu bất động sản sẽ có thể xung đột trực tiếp với BLDS, LDD, Luật Nhà ở và pháp luật về công chứng, chứng thực.

4. Sửa đổi Luật Công chứng cần bổ sung quy định về công chứng điện tử. Theo tác giả cần phải có lộ trình từng bước, tùy tình hình thực tế của Việt Nam mà quy định áp dụng công nghệ thông tin (sử dụng môi trường điện tử) trong một số công đoạn (một số bước) của quy trình công chứng, sau đó tiến tới quy định toàn bộ quy trình công chứng được thực hiện hoàn toàn trên môi trường điện tử (song song với quy trình công chứng trên văn bản giấy). Khi nghiên cứu chế định công chứng trên môi trường điện tử thì theo tác giả hoạt động công chứng trên môi trường này phải đáp ứng được các yêu cầu sau đây: *Một là*, mọi thủ tục, quy trình công chứng từ tạo lập hồ sơ công chứng, cung cấp dịch vụ, trao đổi, thu thập, xử lý, lưu trữ tài liệu thông qua mạng Internet, mạng máy tính, hệ thống thông tin, cơ sở dữ liệu. Chỉ riêng điều này đã yêu cầu chúng ta phải sửa rất nhiều luật mà trước hết là Luật Hộ tịch, Luật Đất đai, Luật Nhà ở, vì các loại giấy tờ này phải được luật công nhận giá trị pháp lý khi nó khi tồn tại dưới dạng dữ liệu điện tử và phải có công nghệ đảm bảo an toàn để không thể bị thay đổi hay làm giả.... Hiện nay, Luật Giao dịch Điện tử không điều chỉnh đối với việc cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà và các bất động sản khác, văn bản thừa kế, giấy đăng ký kết hôn, quyết định ly hôn, giấy khai sinh, giấy khai tử, hồi phiếu và các giấy tờ có

²⁴ Chủ tịch Quốc hội: 'Tham gia sàn bất động sản hay không là quyền của dân', truy cập ngày 13/4/2023 từ https://tuoitre.vn/chu-tich-quoc-hoi-tham-gia-san-bat-dong-san-hay-khong-la-quyen-cua-dan-20230412122706811.htm?zarsrc=31&utm_campaign=zalo&utm_medium=zalo&gidzl=X1fR4BhEDrE335yUjz4qNOyBLHQjrJnRabXG6AQ1F5I8L5SPeDreL9vJ0nkWXsy3cre2GMCCx5bxkiSoKm&utm_source=zalo

giá khác²⁵; *Hai là*, văn bản công chứng được thực hiện trên môi trường điện tử phải đảm bảo giá trị pháp lý thông qua việc công chứng viên phải định danh được chủ thể tham gia giao dịch; phải xác thực được năng lực hành vi dân sự; ý chí giao kết hợp đồng của các bên và việc ký tên vào văn bản của các bên tham gia hợp đồng phải nằm trong sự chứng kiến của công chứng viên²⁶; *Ba là*, cần phải có một hệ thống kết nối mạng thông suốt, hệ thống thông tin đảm bảo an toàn, có nơi lưu trữ và đảm bảo cơ sở dữ liệu đủ lớn, công nghệ bảo mật an toàn, yêu cầu về trình độ sử dụng công nghệ thông tin của CCV đủ để có thể vận hành và áp dụng công nghệ thuần thực; *Bốn là*, cho dù sử dụng công nghệ nào đi chăng nữa thì công nghệ cũng không thể thay thế cho công việc của CCV mà công nghệ chỉ là phương tiện nhằm giúp cho CCV giải quyết công việc trên môi trường điện tử để phục vụ tốt hơn lợi ích của người yêu cầu công chứng về mặt thời gian, tiền của, bảo vệ môi trường, thông tin được xử lý kịp thời và nhanh chóng... Nhưng nó cũng không đảm bảo chắc chắn về loại trừ mọi rủi ro đặc biệt là rủi ro về mặt bảo mật và xác định được ý chí chính xác của người yêu cầu công chứng hoặc có thể loại trừ được khả năng người yêu cầu công chứng bị cưỡng ép, đe dọa kể cả trong trường hợp quay video trực tiếp vì người đe dọa, cưỡng ép đã ở ngoài tầm thu hình của thiết bị quay đó.

Tài liệu tham khảo

1. Phan Thị Bình Thuận, 2021, Công chứng điện tử tại Việt Nam trong bối cảnh Cách mạng công nghiệp 4.0, tại <http://laphap.vn/Pages/TinTuc/210703/Cong-chung-dien-tu-tai-Viet-Nam-trong-boi-can-Cach-mang-cong-nghiep-4.0.html>, truy cập ngày 12/4/2023.

2. Báo cáo “Xây dựng thông tin của công nghệ công chứng Trung Quốc” của Hiệp hội công chứng Trung Quốc tại Hội nghị toàn thể lần thứ 8 Ủy ban các vấn đề Châu án của Liên minh công chứng quốc tế tổ chức tại Tây An, Thiểm Tây, Trung Quốc, tháng 9 năm 2018 tr.19.

3. <https://dichvucong.gov.vn/p/home/dvc-trang-chu.html>, truy cập ngày 12/4/2023.

4. <https://thanhvien.vn/huong-toi-cong-chung-dien-tu-1851492587.htm>, truy cập ngày 12/4/2023.

5. Ninh Thị Hiền, Vai trò của hoạt động công chứng trong tiến trình cải cách tư pháp ở Việt Nam hiện nay, từ <https://vietnamnotary.org/nghien-cuu-trao-doi/vai-tro-cua-hoat-dong-cong-chung-trong-tien-trinh-cai-cach-tu-phap-o-viet-nam-hien-nay>, truy cập ngày 14/4/2023.

6. Study on the the definition of notary authentic act and annex on costs, từ https://www.uinl.org/documents/20181/339555/ANM_CGK-11-1-EN-

²⁵ Điều 1 Luật Giao dịch Điện tử.

²⁶ Khoản 1 Điều 117 Bộ Luật Dân sự; khoản 1 Điều 46 và khoản 1 Điều 48 Luật Công chứng năm 2014.

[Acte+Authent.%2BCosts/6dd7b827-63d9-41d9-868b-2856af50b105.](#), truy cập ngày 12/4/2023.

7. Jean Paul DECORPS, nguyên Chủ tịch danh dự Hội đồng công chứng tối cao Pháp, Văn bản công chứng ở Pháp, Tài liệu Lớp Bồi dưỡng về công chứng ngày 25&26 tháng 9 năm 2006.

8. Huỳnh Quang Thuận, “*Xác định toà án có thẩm quyền giải quyết tranh chấp phát sinh từ giao dịch dân sự về bất động sản*”, xem Đỗ Văn Đại (2022) *Giao dịch dân sự về bất động sản* (sách chuyên khảo, xuất bản lần thứ 2), tr 568-569.

9. Trích Báo cáo số 01/BC-TA ngày 09/01/2020 về Tổng kết công tác năm 2019 và nhiệm vụ trọng tâm công tác năm 2020 của Tòa án nhân dân tối cao.

10. <https://nld.com.vn/phap-luat/vuong-mac-xet-xu-toi-pham-dung-giay-to-gia-20200311211331855.htm>, truy cập ngày 12/4/2023

11. 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.

12. Vụ án Công ty cổ phần Địa ốc Alibaba: Gần 5000 người sẽ có mặt tại phiên tòa, từ <https://cand.com.vn/Ban-tin-113/vu-an-cong-ty-co-phan-dia-oc-alibaba-gan-5000-nguoi-se-co-mat-tai-phiien-toa-i676613/>, truy cập ngày 13/4/2023.

13. Cảnh báo việc mua bán nhà ở trong tương lai tại nhiều dự án đang thế chấp, từ <https://laodong.vn/bat-dong-san/canh-bao-viec-mua-ban-nha-o-trong-tuong-lai-tai-nhieu-du-an-dang-the-chap-981207.ldo>), truy cập ngày 12/4/2023.

14. Lo ngại về bắt buộc giao dịch bất động sản qua sàn, từ <https://dangcongsan.vn/phap-luat/lo-ngai-ve-bat-buoc-giao-dich-bat-dong-san-qua-san-635426.html>, truy cập ngày 13/4/2023.

16. Sàn giao dịch bất động sản không thể "làm thay" công chứng, từ <https://vtv.vn/kinh-te/san-giao-dich-bat-dong-san-khong-the-lam-thay-cong-chung-20230320143407633.htm>, truy cập ngày 13/4/2023.

17. Chủ tịch Quốc hội: 'Tham gia sàn bất động sản hay không là quyền của dân', từ https://tuoitre.vn/chu-tich-quoc-hoi-tham-gia-san-bat-dong-san-hay-khong-la-quyen-cua-dan-20230412122706811.htm?zarsrc=31&utm_campaign=zalo&utm_medium=zalo&gidzl=X1fR4BhEDrE335yUjz4qNOyBLHQjrJnRabXG6AQ1F518L5SPeDreL9vJ0nkWXsy3cre2GMCCx5bxkiSoKm&utm_source=zalo, truy cập ngày 13/4/2023.

TĂNG CƯỜNG CÔNG TÁC QUẢN LÝ NHÀ NƯỚC VỀ CÔNG CHỨNG TRÊN ĐỊA BÀN THÀNH PHỐ HỒ CHÍ MINH - GIẢI PHÁP GÓP PHẦN ĐẢM BẢO AN TOÀN PHÁP LÝ TRONG GIAO DỊCH BẤT ĐỘNG SẢN

Sở Tư pháp Thành phố Hồ Chí Minh

Tóm tắt:

Bài viết phân tích và trình bày các nội dung quản lý nhà nước về hoạt động công chứng nhằm quản lý chất lượng cung cấp dịch vụ công về công chứng từ Nhà nước. Từ đây, Nhà nước nâng cao vai trò phòng ngừa tranh chấp trong hợp đồng, giao dịch thông qua một trong những hoạt động của các công chứng viên hoạt động tại các tổ chức hành nghề công chứng.

Từ khóa: Quản lý nhà nước về công chứng; Giám sát; Kiểm tra; Hoạt động công chứng; Công chứng viên.

Abstract:

The article analyzes and presents the details of governmental administration concerning notarial services, the aim of which is to control the quality of notarial public services. Accordingly, the Government promotes the function of conflict prevention via one of the services provided by notaries working at notarial organizations

Keywords: *Sstate management of notarization; Supervision, Examination; Notarial activities; Notary*

Chức năng của Nhà nước là tổ chức và cung cấp dịch vụ công trong đó bao gồm dịch vụ công chứng, cho mục đích phòng ngừa tranh chấp khi các bên tham gia các quan hệ hợp đồng giao dịch, đặc biệt trong lĩnh vực bất động sản, những giao dịch có giá trị lớn, ảnh hưởng đến đời sống của người dân, gia đình và xã hội. Nhà nước tổ chức, quản lý giao dịch hướng các bên tuân thủ đúng quy định pháp luật, cung cấp các phương thức minh bạch thị trường và cho mục tiêu quản lý nhà nước.

Tại địa phương, Sở Tư pháp là cơ quan tham mưu Ủy ban nhân dân Thành phố tổ chức triển khai thực hiện Luật Công chứng trên địa bàn Thành phố; Đồng thời Sở Tư pháp cũng đã chủ động nghiên cứu và thực hiện nhiều giải pháp nhằm tăng cường công tác quản lý nhà nước đối với hoạt động công chứng trên địa bàn Thành phố.

Hiện nay, Thành phố Hồ Chí Minh có 117 tổ chức hành nghề công chứng (trong đó có 7 Phòng Công chứng và 110 Văn phòng công chứng), với 494 Công chứng viên đang hành nghề (trong đó có 65 Công chứng viên hành nghề tại các Phòng Công chứng và 429 Công chứng viên hành nghề tại các Văn phòng công chứng). Qua thống kê số liệu từ ngày 01 tháng

01 năm 2015 đến 31 tháng 12 năm 2022 thì các tổ chức hành nghề công chứng trên địa bàn Thành phố đã thực hiện việc công chứng hợp đồng, giao dịch, bản dịch, nhận lưu giữ di chúc, cấp bản sao văn bản công chứng đối với 10.326.757 vụ việc với tổng số phí công chứng thu được là 3.477.112.868.000 đồng; tổng số thù lao công chứng và chi phí khác thu được là 628.923.944.000 đồng; đã thực hiện được 33.475.823 việc chứng thực chữ ký, chứng thực bản sao từ bản chính với tổng số phí chứng thực thu được là 696.555.047.000 đồng; tổng số tiền nộp vào ngân sách Nhà nước là 745.990.849.000 đồng. Những nội dung chính về quản lý Nhà nước trong lĩnh vực công chứng gồm:

I. Công tác quản lý nhà nước về công chứng trên địa bàn Thành phố Hồ Chí Minh

1. Công tác xây dựng tuyên truyền, phổ biến pháp luật về công chứng, chính sách phát triển nghề công chứng

Sau khi Luật Công chứng năm 2014 được ban hành, Sở Tư pháp đã chủ trì, phối hợp với các cơ quan liên quan thực hiện nhiều biện pháp để tuyên truyền, phổ biến pháp luật về công chứng, tập huấn những quy định mới về công chứng cho cán bộ, công chức, viên chức, công chứng viên, tổ chức hành nghề công chứng và các cơ quan, tổ chức có liên quan; kịp thời theo dõi, hướng dẫn hoặc báo cáo Bộ Tư pháp, Ủy ban nhân dân Thành phố giải quyết vướng mắc liên quan đến hoạt động công chứng.

Đối với công tác chứng thực, Sở Tư pháp đã tham mưu Ủy ban nhân dân Thành phố triển khai thực hiện và tổ chức hội nghị quán triệt, tập huấn Nghị định số 23/2015/NĐ-CP ngày 16 tháng 02 năm 2015 của Chính phủ về cấp bản sao từ sổ gốc, chứng thực bản sao từ bản chính, chứng thực chữ ký và chứng thực hợp đồng, giao dịch và các văn bản hướng dẫn thi hành cho công chứng viên, cán bộ trực tiếp làm công tác chứng thực tại quận, huyện, xã, phường, thị trấn của Thành phố.

Ngoài ra, Sở Tư pháp đã trình Ủy ban nhân dân Thành phố ban hành các văn bản triển khai thực hiện Luật Công chứng trên địa bàn Thành phố như: Quyết định số 08/2016/QĐ-UBND ngày 21 tháng 3 năm 2016 quy định mức trần thù lao công chứng trên địa bàn Thành phố Hồ Chí Minh; Các Quyết định về công bố thủ tục hành chính thuộc phạm vi chức năng quản lý của Sở Tư pháp được chuẩn hóa tại Thành phố Hồ Chí Minh, Quyết định số 1198/QĐ-UBND ngày 29 tháng 3 năm 2018 về ban hành Quy chế cung cấp thông tin, khai thác, sử dụng, quản lý cơ sở dữ liệu công chứng điện tử tại Thành phố Hồ Chí Minh... Đồng thời, kịp thời triển khai các văn bản của Bộ Tư pháp về hướng dẫn nghiệp vụ đến các cơ quan, đơn vị, các tổ chức hành nghề công chứng thực hiện.

Sở Tư pháp đã ban hành Quyết định số 613/QĐ-STP ngày 03 tháng 11 năm 2017 về quy trình thực hiện kết hợp các thủ tục hành chính trong lĩnh vực luật sư, thừa phát lại, công chứng, quản lý thanh lý tài sản với thủ tục cấp phiếu lý lịch tư pháp tại Sở Tư pháp Thành phố Hồ

Chí Minh. trong đó, có thủ tục đề nghị bổ nhiệm công chứng viên và cấp phiếu lý lịch tư pháp; thủ tục đề nghị bổ nhiệm lại công chứng viên và cấp phiếu lý lịch tư pháp.

Như vậy có thể thấy, trong công tác quản lý, ngoài việc đảm bảo thực hiện đúng, đầy đủ các quy định pháp luật về công chứng, Sở Tư pháp thường xuyên nghiên cứu, đề xuất, đưa ra các cơ chế, chính sách đảm bảo thuận tiện cho người dân, góp phần vào việc đẩy mạnh cải cách thủ tục hành chính trên địa bàn Thành phố Hồ Chí Minh.

2. Việc thực hiện các biện pháp phát triển tổ chức hành nghề công chứng trên địa bàn Thành phố

Quy hoạch tổng thể phát triển tổ chức hành nghề công chứng đến năm 2020 được Thủ tướng Chính phủ ban hành kèm theo Quyết định số 2104/QĐ-TTg ngày 29 tháng 12 năm 2012. Trên cơ sở quy hoạch tổng thể phát triển tổ chức hành nghề công chứng đã được Thủ tướng phê duyệt, Ủy ban nhân dân Thành phố đã ban hành Quyết định số 3121/QĐ-UBND ngày 15 tháng 6 năm 2012 về Đề án quy hoạch phát triển tổ chức hành nghề công chứng trên địa bàn Thành phố Hồ Chí Minh đến năm 2020 (sửa đổi, bổ sung tại Quyết định số 2869/QĐ-UBND ngày 12 tháng 6 năm 2015); theo đó, mục tiêu đến năm 2020 trên địa bàn Thành phố sẽ có 110 tổ chức hành nghề công chứng.

Sau khi quy hoạch bị bãi bỏ, trên cơ sở Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của 11 Luật có liên quan đến quy hoạch, Sở Tư pháp đã tham mưu Ủy ban nhân dân Thành phố ban hành Quyết định số 13/2021/QĐ-UBND ngày 18 tháng 5 năm 2021 quy định về tiêu chí xét duyệt hồ sơ đề nghị thành lập Văn phòng công chứng trên địa bàn Thành phố Hồ Chí Minh, góp phần đảm bảo chất lượng hoạt động hành nghề công chứng của các Văn phòng công chứng sau khi được cho phép thành lập. Từ khi thực hiện Luật Công chứng năm 2006 đến nay, Thành phố Hồ Chí Minh chưa có trường hợp Văn phòng công chứng thực hiện hợp nhất, sáp nhập, chấm dứt hoạt động.

Việc tiếp nhận hồ sơ thành lập Văn phòng công chứng tại Sở Tư pháp được thực hiện công khai, minh bạch, theo trình tự quy định. Nhìn chung, mạng lưới tổ chức hành nghề công chứng trên địa bàn Thành phố Hồ Chí Minh hiện nay được phân bố đều khắp các địa bàn quận, huyện, thành phố Thủ Đức, hạn chế tình trạng tập trung đông các tổ chức hành nghề công chứng để phục vụ nhu cầu của cơ quan, tổ chức, cá nhân tốt hơn.

Ngoài ra, Sở Tư pháp đã tiếp nhận và giải quyết hơn 3.100 hồ sơ về thủ tục hành chính khác trong lĩnh vực công chứng. Trong đó, hồ sơ đề nghị bổ nhiệm công chứng viên được Sở Tư pháp quan tâm để đảm bảo đội ngũ công chứng viên là những người có đủ tiêu chuẩn về chính trị, đạo đức, chuyên môn nghiệp vụ, có tâm huyết đối với công việc. Nhìn chung, công tác tiếp nhận hồ sơ, thực hiện các thủ tục đề nghị bổ nhiệm công chứng viên được Sở Tư pháp thực hiện rất chặt chẽ, rà soát kỹ tiêu chuẩn bổ nhiệm theo quy định pháp luật.

3. Việc duy trì hoạt động của Phòng Công chứng, bảo đảm cơ sở vật chất và phương tiện làm việc cho các tổ chức hành nghề công chứng

Thành phố Hồ Chí Minh có 07 Phòng Công chứng với 198 viên chức, người lao động, trong đó có 65 công chứng viên; cơ sở vật chất và phương tiện làm việc được đảm bảo. Căn cứ Quyết định số 2070/QĐ-TTg ngày 08 tháng 12 năm 2021 của Thủ tướng Chính phủ phê duyệt quy hoạch mạng lưới các đơn vị sự nghiệp công lập thuộc phạm vi quản lý nhà nước của ngành tư pháp đến năm 2025, định hướng đến năm 2030 thì Thành phố tiếp tục duy trì hoạt động của 07 Phòng Công chứng, giữ vai trò chủ đạo trong cung cấp dịch vụ công chứng.

Đối với các Văn phòng công chứng, Sở Tư pháp đã tổ chức kiểm tra việc bố trí cơ sở vật chất và phương tiện làm việc đáp ứng yêu cầu của hoạt động công chứng theo Tiêu chí thành lập do Ủy ban nhân dân Thành phố ban hành. Nhìn chung, tất cả các tổ chức hành nghề công chứng trên địa bàn Thành phố đều đảm bảo việc bố trí cơ sở vật chất và phương tiện làm việc để phục vụ cá nhân, tổ chức có nhu cầu công chứng tốt nhất.

4. Công tác kiểm tra, thanh tra, xử lý vi phạm và giải quyết khiếu nại, tố cáo về công chứng

Kiểm tra, thanh tra là công cụ quan trọng trong hoạt động quản lý nhà nước về công chứng; qua công tác thanh tra, kiểm tra đã góp phần nâng cao hiệu quả, hiệu lực quản lý nhà nước, kịp thời chấn chỉnh những thiếu sót, tháo gỡ các khó khăn, vướng mắc, rút kinh nghiệm về chuyên môn nghiệp vụ trong hoạt động công chứng. Bên cạnh đó, công tác thanh tra, kiểm tra cũng đã góp phần tạo sự chuyển biến về nhận thức và tăng cường ý thức tuân thủ pháp luật của các công chứng viên, tổ chức hành nghề công chứng.

Qua thống kê, từ ngày 01 tháng 01 năm 2015 đến ngày 31 tháng 12 năm 2022, Sở Tư pháp đã tổ chức tranh tra, kiểm tra 117 tổ chức hành nghề công chứng, ban hành 50 quyết định xử phạt vi phạm hành chính đối với tổ chức hành nghề công chứng, công chứng viên và người yêu cầu công chứng tương ứng số tiền xử phạt là gần 400.000.000 đồng. Công tác xử lý đơn thư, giải quyết khiếu nại, tố cáo được Sở Tư pháp phân loại để xử lý theo quy định pháp luật.

Ngoài ra, công tác phối hợp với Bộ Tư pháp trong công tác kiểm tra, thanh tra; phối hợp với Ban Pháp chế Hội đồng nhân dân Thành phố tổ chức khảo sát tình hình tổ chức và hoạt động công chứng trên địa bàn Thành phố được Sở Tư pháp thực hiện nghiêm túc, hiệu quả.

5. Việc thực hiện các nhiệm vụ, quyền hạn khác theo quy định của Luật Công chứng

a) Về tổ chức xã hội - nghề nghiệp của công chứng viên

Với đặc điểm của địa phương có số lượng công chứng viên hành nghề nhiều so với cả nước, Sở Tư pháp đã tham mưu Ủy ban nhân dân Thành phố quyết định thành lập Hội Công chứng Thành phố Hồ Chí Minh (nay là Hội Công chứng viên Thành phố Hồ Chí Minh) vào

ngày 09 tháng 4 năm 2012. Đến ngày 09 tháng 01 năm 2022, được sự cho phép của Ủy ban nhân dân Thành phố, Hội Công chứng viên Thành phố đã tổ chức thành công Đại hội Hội Công chứng viên Thành phố nhiệm kỳ 2021 - 2024.

Từ khi thành lập, Hội Công chứng viên Thành phố với tư cách là đại diện của Việt Nam trong Liên minh Công chứng quốc tế (UINL) đã thể hiện tính chủ động tích cực tham gia các hoạt động hợp tác quốc tế, phát huy vai trò tự quản đối với hoạt động của Hội và Hội viên; triển khai hiệu quả hầu hết các nhiệm vụ theo quy định của Điều lệ Hội. Sở Tư pháp đã phối hợp với Hội Công chứng viên Thành phố ban hành Quy chế liên tịch số 98/QĐLT-STP-HCCV ngày 10 tháng 3 năm 2016 để tăng cường công tác quản lý hoạt động hành nghề công chứng trên địa bàn Thành phố.

Bên cạnh đó, Sở Tư pháp thường xuyên làm việc với Hội Công chứng viên Thành phố để trao đổi về tổ chức, hoạt động, kịp thời nắm bắt các khó khăn, vướng mắc để xem xét giải quyết, đề ra phương hướng, nhiệm vụ, giải pháp thực hiện trong thời gian tới.

b) Về bồi dưỡng nghiệp vụ công chứng viên

Hiện nay, việc bồi dưỡng nghiệp vụ công chứng trên địa bàn Thành phố do Hội Công chứng viên Thành phố chủ trì, phối hợp với Sở Tư pháp thực hiện. Từ năm 2015 đến nay, Sở Tư pháp đã tổ chức cho hơn 3.500 lượt công chứng viên, nhân viên nghiệp vụ của các tổ chức hành nghề công chứng tham dự bồi dưỡng nghiệp vụ công chứng tại Thành phố.

Nhìn chung, việc bồi dưỡng đã kịp thời cập nhật, bổ sung quy định mới của pháp luật liên quan đến hoạt động công chứng, tạo diễn đàn để công chứng viên trao đổi về những vấn đề khó khăn, vướng mắc, giải pháp từ thực tiễn, qua đó học hỏi được nhiều kỹ năng và kinh nghiệm trong công việc chuyên môn và quản trị điều hành đơn vị.

c) Nâng cao hiệu quả công tác quản lý nhà nước đối với tổ chức và hoạt động công chứng

Nhìn chung hiện nay, hệ thống chính sách, pháp luật, chiến lược phát triển nghề công chứng trên địa bàn Thành phố cơ bản đã đầy đủ và hoàn thiện; công tác quản lý nhà nước về công chứng tại Thành phố đáp ứng yêu cầu của Trung ương, Thành ủy, Ủy ban nhân dân Thành phố.

Xuất phát từ nhu cầu thực tiễn của Thành phố, Sở Tư pháp tham mưu Ủy ban nhân dân Thành phố Hồ Chí Minh ban hành Đề án Tăng cường quản lý nhà nước trong hoạt động công chứng trên địa bàn; trong đó, tập trung tham mưu các nhóm giải pháp như: Hoàn thiện thể chế về công chứng; Tăng cường công tác tuyên truyền, quán triệt, phổ biến quy định pháp luật về công chứng; Thực hiện hiệu quả công tác bổ nhiệm, miễn nhiệm công chứng viên; thành lập, đăng ký hoạt động Văn phòng công chứng và các thủ tục hành chính khác về công chứng;

Tăng cường công tác bồi dưỡng nghiệp vụ cho công chứng viên và đội ngũ thư ký nghiệp vụ; Tăng cường công tác phối hợp quản lý nhà nước về công chứng; Đẩy mạnh ứng dụng công nghệ thông tin trong hoạt động công chứng; Tăng cường công tác thanh tra, kiểm tra; Tổng kết, đánh giá kết quả thực hiện đề án và tuyên dương, khen thưởng. Hiện nay, các sở, ban, ngành Thành phố, địa phương và các tổ chức hành nghề công chứng đang triển khai thực hiện Đề án nêu trên.

d) Đẩy mạnh ứng dụng công nghệ thông tin trong hoạt động công chứng, đáp ứng yêu cầu của việc xây dựng Chính phủ điện tử và cuộc Cách mạng công nghiệp lần thứ tư

Tại Thành phố Hồ Chí Minh, từ năm 2007, để thực hiện quy định về xóa địa hạt công chứng theo quy định của Luật Công chứng năm 2006, Thành phố đã xây dựng Chương trình thông tin ngăn chặn. Bên cạnh đó, từ năm 2010, để tăng cường ứng dụng công nghệ thông tin trong hoạt động công chứng và giúp nâng cao chất lượng công chứng phục vụ người dân, Sở Tư pháp đã xây dựng Phần mềm quản lý hồ sơ công chứng. Hiện nay, hai phần mềm trên đã được sử dụng tại tất cả tổ chức hành nghề công chứng của Thành phố và giao cho Trung tâm Thông tin và Tư vấn công chứng Thành phố Hồ Chí Minh quản lý, khai thác và sử dụng.

Sở Tư pháp đã tham mưu Ủy ban nhân dân Thành phố ban hành Quyết định số 1198/QĐ-UBND ngày 29/3/2018 về Quy chế cung cấp thông tin, khai thác, sử dụng, quản lý cơ sở dữ liệu công chứng điện tử tại Thành phố Hồ Chí Minh. Hằng năm, Sở Tư pháp chỉ đạo Trung tâm Thông tin và Tư vấn công chứng thường xuyên rà soát, phối hợp với Hội Công chứng viên Thành phố tổ chức các lớp bồi dưỡng, tập huấn kỹ năng khai thác, sử dụng cơ sở dữ liệu công chứng điện tử tại Thành phố Hồ Chí Minh đạt hiệu quả.

Sở Tư pháp đã chủ động phối hợp với Sở Tài nguyên và Môi trường, Sở Thông tin và Truyền thông ký kết Kế hoạch liên tịch số 5104/KHLT-STP-STNMT-STTTT về kết nối, chia sẻ cơ sở dữ liệu công chứng và cơ sở dữ liệu địa chính để hoàn thiện cơ sở dữ liệu về công chứng và đất đai góp phần nâng cao hiệu quả hoạt động công chứng tại Thành phố. Hiện nay, Sở Tư pháp, Sở Tài nguyên và Môi trường, Sở Thông tin và Truyền thông đang hoàn thiện công cụ kết nối và thực hiện thí điểm tại một số tổ chức hành nghề công chứng và Văn phòng đăng ký đất đai, dự kiến cho phép triển khai thực hiện chính thức trên địa bàn Thành phố vào cuối năm 2023.

Nhìn chung, trong thời gian qua, Sở Tư pháp đã triển khai đồng bộ các giải pháp tham mưu, giúp Ủy ban nhân dân Thành phố thực hiện tốt chủ trương xã hội hóa hoạt động công chứng thông qua việc thành lập các Văn phòng công chứng gắn với địa bàn dân cư theo tiêu chí chặt chẽ, quy trình công khai, minh bạch để phục vụ kịp thời nhu cầu công chứng của cá nhân, tổ chức. Việc Hội Công chứng viên Thành phố được thành lập, đi vào hoạt động đã hỗ trợ cho công tác quản lý công chứng được thuận lợi. Công tác thanh tra, kiểm tra các tổ chức

hành nghề công chứng được tăng cường góp phần nắm tình hình, tổ chức hoạt động, tháo gỡ khó khăn, vướng mắc, xử lý nghiêm hành vi vi phạm (nếu có); qua đó, bảo đảm an toàn pháp lý cho hợp đồng, giao dịch (nói chung) và các giao dịch bất động sản (nói riêng) trên địa bàn Thành phố Hồ Chí Minh.

II. Một số giải pháp tăng cường công tác quản lý nhà nước về công chứng

Để đảm bảo an toàn pháp lý đối với hợp đồng, giao dịch của cá nhân, tổ chức (nói chung) và an toàn pháp lý trong giao dịch bất động sản (nói riêng), với góc độ là cơ quan quản lý nhà nước, Sở Tư pháp nhận thấy trong thời gian tới cần tập trung thực hiện tốt các giải pháp tăng cường công tác quản lý nhà nước trong hoạt động công chứng, cụ thể như sau:

1. Tiếp tục tham gia góp ý hoàn thiện pháp luật về công chứng đối với điều kiện bổ nhiệm công chứng viên, điều kiện hành nghề công chứng viên

Công chứng viên là người có đủ tiêu chuẩn theo quy định tại Điều 8 Luật Công chứng năm 2014, được Bộ trưởng Bộ Tư pháp bổ nhiệm để hành nghề công chứng; cung cấp dịch vụ công do Nhà nước ủy nhiệm thực hiện nhằm bảo đảm an toàn pháp lý cho các bên tham gia hợp đồng, giao dịch; phòng ngừa tranh chấp; góp phần bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của cá nhân, tổ chức; ổn định và phát triển kinh tế - xã hội.

Do đó, bên cạnh việc đáp ứng những tiêu chuẩn, điều kiện chặt chẽ thì cá nhân phải tham gia học tập nghiệp vụ công chứng, tập sự hành nghề công chứng và tham dự kỳ kiểm tra kết quả tập sự hành nghề công chứng do Bộ Tư pháp chủ trì tổ chức trước khi được xem xét bổ nhiệm; hằng năm, công chứng viên phải tham gia bồi dưỡng nghiệp vụ công chứng theo quy định pháp luật.

Để góp phần nâng cao chất lượng đội ngũ công chứng viên trong thời gian tới, Sở Tư pháp kiến nghị Bộ Tư pháp xem xét sửa đổi, bổ sung Luật Công chứng hiện nay theo hướng:

- Hạn chế việc mở rộng thêm đối tượng được miễn đào tạo, miễn tập sự hành nghề công chứng và tăng thời gian đào tạo nghề công chứng, bồi dưỡng nghiệp vụ công chứng hằng năm. Qua đó, góp phần chuẩn hóa đội ngũ công chứng viên ngay từ giai đoạn đầu trước khi bổ nhiệm, hạn chế tình trạng chất lượng công chứng viên chưa đồng đều.

- Bổ sung quy định công chứng viên khi đến độ tuổi nhất định (ví dụ từ 60 tuổi trở lên) nếu muốn tiếp tục hành nghề thì hằng năm phải có giấy khám sức khỏe đủ điều kiện để làm việc và bổ sung quy định về cơ chế giám sát việc hành nghề công chứng của các công chứng viên có tuổi cao (trên 60 tuổi).

2. Tăng cường công tác tuyên truyền, quán triệt, phổ biến quy định pháp luật về công chứng

Tại Nghị quyết số 172/2020/NQ-CP ngày 19 tháng 11 năm 2020 của Chính phủ về chính sách phát triển nghề công chứng đã đề ra yêu cầu: “*Đẩy mạnh việc tuyên truyền nâng cao nhận thức của công dân, cơ quan, tổ chức, doanh nghiệp về vị trí, vai trò của hoạt động công chứng*”. Với mục đích phục vụ người yêu cầu công chứng, giám sát việc tuân thủ, chấp hành nghiêm pháp luật trong hoạt động công chứng thì việc nâng cao nhận thức, các cá nhân, tổ chức hiểu rõ hơn về quyền, nghĩa vụ trong việc thực hiện các hợp đồng, giao dịch có công chứng; hiểu đúng, hiểu đủ về chức năng, nhiệm vụ của các tổ chức hành nghề công chứng và công chứng viên, hiểu rõ giá trị pháp lý của hợp đồng, giao dịch được công chứng viên chứng nhận. Theo đó, Sở Tư pháp tiếp tục tổ chức tuyên truyền, phổ biến rộng rãi Luật Công chứng năm 2014 và các văn bản hướng dẫn thi hành thông qua các giải pháp thiết thực sau:

- Phát huy vai trò của Hội đồng phổ biến, giáo dục pháp luật Thành phố (Sở Tư pháp là thường trực Hội đồng) và quận, huyện, thành phố Thủ Đức để xây dựng các tờ rơi, tờ gấp, tài liệu tuyên truyền trực tuyến, tài liệu cho báo cáo viên pháp luật, các Chương trình trao đổi, đối thoại của Thành phố để tuyên truyền, giải đáp pháp luật về công chứng.

- Thường xuyên cập nhật thông tin mới quy định pháp luật về công chứng, về giao dịch dân sự, nhà đất... lên Trang Thông tin điện tử Sở Tư pháp và đề nghị phối hợp đăng tin trên Trang thông tin điện tử của Hội Công chứng viên Thành phố, các tổ chức hành nghề công chứng và trên mạng xã hội của đơn vị (nếu có).

- Tiếp tục phối hợp với Hội Công chứng viên Thành phố định kỳ tổ chức giao ban công chứng, tập huấn kỹ năng, bồi dưỡng nghiệp vụ, hội thảo chuyên đề, hội thi nghiệp vụ, hội nghị trực tuyến... để kịp thời cập nhật kiến thức pháp luật cho đội ngũ công chứng viên.

4. Tăng cường vai trò của Hội Công chứng viên Thành phố Hồ Chí Minh

Chức năng cơ bản của tổ chức xã hội - nghề nghiệp của công chứng viên là bảo vệ quyền lợi của công chứng viên và giám sát công chứng viên trong việc chấp hành pháp luật và đạo đức hành nghề công chứng.

Tuy nhiên, cho đến hiện nay chưa có văn bản hướng dẫn về hình thức, cách thức, phương pháp giám sát của tổ chức xã hội - nghề nghiệp đối với công chứng viên trong việc chấp hành pháp luật và quy tắc đạo đức khi hành nghề; hoặc khi phát hiện công chứng viên vi phạm, qua công tác giám sát thì thẩm quyền xử lý vi phạm của tổ chức xã hội - nghề nghiệp vẫn chưa có chế tài cụ thể...

Do đó, trong thời gian tới, Sở Tư pháp sẽ phối hợp với Hội Công chứng viên Thành phố rà soát, sửa đổi Quy chế liên tịch trong quản lý hoạt động hành nghề công chứng trên địa bàn thành phố Hồ Chí Minh. Mặt khác, Sở Tư pháp sẽ quan tâm, phối hợp với Hội Công chứng viên Thành phố đóng góp ý kiến hoàn thiện các quy định pháp luật về điều chỉnh chức năng,

nhiệm vụ của Hội, nâng cao vai trò tự quản và có cơ chế, chế tài để xem xét trách nhiệm công chứng viên đáp ứng yêu cầu hoạt động của Hội.

5. Tăng cường công tác kiểm tra, thanh tra về hành nghề công chứng

Thực hiện chủ trương xã hội hóa hoạt động công chứng thì việc tăng cường hoạt động thanh tra, kiểm tra và xử lý hành vi vi phạm pháp luật trong tổ chức và hoạt động của tổ chức hành nghề công chứng, công chứng viên là yêu cầu trong công tác quản lý nhà nước về công chứng. Theo đó, Sở Tư pháp tập trung thực hiện các giải pháp sau:

- Xây dựng chương trình, kế hoạch thanh tra, kiểm tra hoạt động các tổ chức hành nghề công chứng trên địa bàn Thành phố; kịp thời phát hiện và ngăn chặn hành vi có dấu hiệu vi phạm pháp luật; xử lý hoặc kiến nghị xử lý theo thẩm quyền các sai phạm trong hoạt động hành nghề công chứng.

- Nâng cao vai trò của Hội Công chứng viên Thành phố trong việc chủ động thực hiện giám sát hội viên tuân thủ quy định của pháp luật về công chứng, Quy tắc đạo đức hành nghề công chứng và Điều lệ Hiệp hội Công chứng viên Việt Nam, kịp thời phát hiện và cung cấp thông tin giám sát đến Sở Tư pháp đối với các hành vi có dấu hiệu vi phạm pháp luật để xem xét, xử lý theo quy định.

- Góp ý hoàn thiện pháp luật để có chế tài xử lý thật nghiêm đối với các hành vi vi phạm của công chứng viên, tổ chức hành nghề công chứng; theo đó, cần nghiên cứu, bổ sung quy định về thu hồi Thẻ công chứng viên và cấm hành nghề công chứng vĩnh viễn đối với các hành vi vi phạm nhiều lần hoặc vi phạm nghiêm trọng đạo đức hành nghề công chứng.

Những giải pháp trong công tác quản lý nhà nước nêu trên sẽ góp phần đảm bảo an toàn pháp lý đối với hợp đồng, giao dịch của cá nhân, tổ chức (nói chung) và an toàn pháp lý trong giao dịch bất động sản (nói riêng) trên địa bàn Thành phố Hồ Chí Minh./.

RỦI RO PHÁP LÝ ĐỐI VỚI BÊN MUA TRONG GIAO DỊCH BẤT ĐỘNG SẢN KHÔNG BẮT BUỘC CÔNG CHỨNG VÀ MỘT SỐ KIẾN NGHỊ SỬA ĐỔI DỰ THẢO LUẬT KINH DOANH BẤT ĐỘNG SẢN

ThS. Nguyễn Thị Bích Mai

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

Tóm tắt:

Nội dung bài viết chủ yếu phân tích các vấn đề sau: (i) vai trò của hoạt động công chứng đối với bên mua trong giao dịch bất động sản; (ii) rủi ro pháp lý đối với bên mua trong giao dịch bất động sản không bắt buộc công chứng; (iii) một số quy định pháp luật về giao dịch bất động sản không bắt buộc công chứng theo Dự thảo Luật Kinh doanh bất động sản sửa đổi và (iv) kiến nghị.

Từ khóa: công chứng, giao dịch bất động sản, bên mua, rủi ro pháp lý

1. Đặt vấn đề

Công chứng là dịch vụ công do Nhà nước ủy nhiệm cho công chứng viên thực hiện nhằm cung cấp tính xác thực và tính hợp pháp cho hợp đồng, giao dịch. (Điều 2¹ và Điều 3 Luật Công chứng năm 2014)². Tại Việt Nam, giao dịch bất động sản (BDS) nào bắt buộc phải công chứng và giao dịch bất động sản nào được công chứng tự nguyện luôn là một vấn đề được các nhà làm luật quan tâm hàng đầu.

Pháp luật hiện hành từ Bộ Luật Dân sự, đến Luật Đất đai, Luật Nhà ở, Luật Kinh doanh Bất động sản (KDBDS) đều có quy định các trường hợp hợp đồng, giao dịch BDS bắt buộc phải công chứng và các trường hợp giao dịch BDS không bắt buộc công chứng. Nhìn ở góc độ pháp lý và khảo sát thực tiễn, các giao dịch BDS bắt buộc công chứng chắc chắn sẽ đem lại nhiều lợi ích cho các bên tham gia, đặc biệt là bên mua (bên được xem là bên yếu thế cũng là người tiêu dùng trong giao dịch BDS. Công chứng không chỉ đem lại lợi ích pháp lý mà còn cả lợi ích về kinh tế, thương mại, hạn chế được những ảnh hưởng xấu, thậm chí là phá sản

¹ Khoản 1 Điều 2 Luật Công chứng 2014 định nghĩa, “Công chứng là việc công chứng viên của một tổ chức hành nghề công chứng chứng nhận tính xác thực, hợp pháp của hợp đồng, giao dịch dân sự khác bằng văn bản (sau đây gọi là hợp đồng, giao dịch), tính chính xác, hợp pháp, không trái đạo đức xã hội của bản dịch giấy tờ, văn bản từ tiếng Việt sang tiếng nước ngoài hoặc từ tiếng nước ngoài sang tiếng Việt (sau đây gọi là bản dịch) mà theo quy định của pháp luật phải công chứng hoặc cá nhân, tổ chức tự nguyện yêu cầu công chứng”.

² Ninh Thị Hiền, “Vai trò của Nhà nước trong bảo vệ chính sách công đối với hợp đồng, giao dịch về bất động sản thông qua hoạt động công chứng”, Tạp chí Tòa án nhân dân, số 01/2022, trang 14-16.

cho bên mua trong các giao dịch BĐS. Bên cạnh đó, giao dịch BĐS được công chứng giúp kiểm soát, hạn chế thất thu về thuế cho Nhà nước, phòng tránh các tranh chấp, khiếu kiện xảy ra, từ đó giảm gánh nặng cho Tòa án và giúp thị trường bất động sản ổn định hơn rất nhiều. Phân tích cụ thể, chúng ta sẽ thấy được vai trò của hoạt động công chứng đối với bên mua trong các giao dịch BĐS, và ngược lại, các rủi ro pháp lý đối với bên mua trong giao dịch BĐS không bắt buộc công chứng.

1.1. Vai trò của hoạt động công chứng đối với bên mua trong giao dịch bất động sản

Thứ nhất, công chứng đảm bảo giá trị thi hành của giao dịch BĐS, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của bên mua trong giao dịch BĐS. Hợp đồng, giao dịch BĐS được công chứng có hiệu lực thi hành đối với các bên liên quan; trong trường hợp bên bán không thực hiện nghĩa vụ của mình thì bên mua có quyền yêu cầu Tòa án giải quyết theo quy định của pháp luật, trừ trường hợp các bên tham gia hợp đồng, giao dịch có thỏa thuận khác. Hợp đồng, giao dịch BĐS được công chứng có giá trị chứng cứ; những tình tiết trong hợp đồng, giao dịch được công chứng không phải chứng minh, trừ trường hợp bị Tòa án tuyên bố là vô hiệu. Giao dịch được công chứng có hiệu lực kể từ ngày được công chứng viên ký và đóng dấu của tổ chức hành nghề công chứng. Hợp đồng công chứng không chỉ có hiệu lực tại quốc gia nơi phát hành văn bản công chứng mà có hiệu lực bên ngoài lãnh thổ quốc gia phát hành. Giao dịch BĐS thông thường là những giao dịch có giá trị lớn, trong khi đó, chi phí công chứng chỉ là một khoản chi phí rất nhỏ so với giá trị tài sản giao dịch; do đó, các giao dịch BĐS được công chứng sẽ có độ an toàn pháp lý cao hơn so với các giao dịch không được công chứng³.

Khi bên bán thực hiện đúng và đầy đủ nghĩa vụ của mình trong hợp đồng thì quyền và lợi ích hợp pháp của bên mua được đảm bảo, do đó công chứng sẽ có ý nghĩa bảo vệ bên mua trong giao dịch BĐS. Bảo vệ bên mua trong giao dịch BĐS chính là bảo vệ người tiêu dùng trên thị trường BĐS, đây là trách nhiệm của toàn xã hội trong quá trình phát triển và hội nhập kinh tế. Việc bảo vệ quyền lợi bên mua không chỉ mang lại lợi ích tiêu dùng mà còn thúc đẩy xây dựng môi trường kinh doanh BĐS lành mạnh, tạo động lực quan trọng cho nền kinh tế phát triển ổn định.

Thứ hai, công chứng giúp phòng ngừa rủi ro cho bên mua, hạn chế tranh chấp phát sinh trong giao dịch BĐS. Lý do công chứng giúp giảm thiểu các tranh chấp, khiếu kiện trong các giao dịch quan trọng trong xã hội đặc biệt là giao dịch BĐS vì văn bản công chứng là chứng cứ đáng tin cậy, không phải chứng minh trong tố tụng, thuận lợi cho Tòa án khi xét xử⁴. Thực

³ Thái An, “Công chứng trong giao dịch bất động sản giúp phòng ngừa và ngăn chặn rủi ro”, Báo điện tử Pháp luật và Xã hội, tham khảo ngày 17/4/2023.

⁴ Hoàng Mạnh Thắng, “Văn bản công chứng và giá trị pháp lý của văn bản công chứng”, Tạp chí Nghề Luật, số 06/2022, trang 68 – 75.

tiền đã chứng minh, các giao dịch BĐS có công chứng thì tranh chấp, khiếu kiện rất ít so với các giao dịch không qua công chứng. Về quy trình công chứng, công chứng viên phải kiểm tra giấy tờ trong hồ sơ yêu cầu công chứng. Trong quá trình công chứng, nếu phát hiện trong hồ sơ có vấn đề chưa rõ; việc giao kết hợp đồng, giao dịch có dấu hiệu bị đe dọa, cưỡng ép; có sự nghi ngờ về năng lực hành vi dân sự của người yêu cầu công chứng hoặc đối tượng của hợp đồng, giao dịch chưa được mô tả cụ thể thì công chứng viên đề nghị người yêu cầu công chứng làm rõ hoặc theo đề nghị của người yêu cầu công chứng, công chứng viên tiến hành xác minh hoặc yêu cầu giám định; trường hợp không làm rõ được thì có quyền từ chối công chứng. Công chứng viên phải tuân theo quy định pháp luật, khách quan trung thực, trong trường hợp xác định được việc công chứng hoặc nội dung công chứng là trái pháp luật, trái đạo đức xã hội thì không được thực hiện công chứng.

Đồng thời, giao dịch BĐS được công chứng thì văn bản công chứng đó sẽ có giá trị chứng cứ hay nói cách khác, những tình tiết sự kiện đã được ghi trong văn bản công chứng không phải chứng minh. Văn bản công chứng nếu được bên mua và bên bán công nhận và thực hiện thì không xảy ra các tranh chấp và không cần Tòa án xét xử, giảm thiểu kiện tụng, giảm lãng phí thời gian tiền bạc công sức của các bên.

1.2. Rủi ro pháp lý đối với bên mua trong giao dịch bất động sản không bắt buộc công chứng.

Theo Từ điển Luật học, rủi ro là sự thiệt hại, trở ngại có thể xảy ra⁵. Như vậy, rủi ro pháp lý đối với bên mua trong giao dịch BĐS không bắt buộc công chứng chính là những thiệt hại, trở ngại có thể xảy ra với bên mua nếu giao dịch BĐS không công chứng. Từ phân tích trên, chúng ta nhận thấy, nếu giao dịch BĐS không bắt buộc công chứng thì bên mua sẽ gặp phải một số rủi ro pháp lý vì trong trường hợp này, hoạt động công chứng đã không thể phát huy được vai trò ưu việt của mình đối với bên mua. Theo Luật Đất đai năm 2013, Luật Nhà ở năm 2014, Luật KDBĐS năm 2014 đều không bắt buộc thực hiện công chứng đối với một số giao dịch về bất động sản mà có một bên trong hợp đồng, giao dịch là các chủ thể kinh doanh bất động sản thì không bắt buộc phải công chứng. Với quy định trên thì các giao dịch phổ biến như của tổ chức hoạt động kinh doanh bất động sản là mua, nhận chuyển nhượng để bán, chuyển nhượng, cho thuê mua bất động sản pháp luật không bắt buộc phải thực hiện công chứng. Từ đây đã phát sinh nhiều bất ổn cho người dân nhất là bên mua, nhà nước và thị trường bất động sản.

Trong giao dịch bất động sản nói chung, bên mua thông thường được xác định là bên yếu thế hơn, họ luôn là bên đối mặt với nhiều rủi ro tiềm ẩn hơn từ giao dịch BĐS. Theo một nghĩa chung nhất, bên yếu thế là chủ thể mà trong những hoàn cảnh giống nhau khi tham gia

⁵ Từ điển Luật học, Viện Khoa học Pháp lý Bộ Tư pháp, Nhà xuất bản Tư pháp, 2006, trang 422.

vào một quan hệ pháp luật thì họ luôn gặp những bất lợi hơn so với bên khác trong cùng một hoàn cảnh⁶. Nói cách khác, những đối tượng này phải thực hiện theo một cách hoàn toàn bất lợi với họ trong quan hệ đó. Rủi ro pháp lý đối với bên mua trong giao dịch BĐS không bắt buộc công chứng cơ bản bao gồm:

Thứ nhất, quyền và lợi ích hợp pháp của bên mua bị vi phạm. Quyền quan trọng nhất của bên mua BĐS là được nhận nhà, đất theo đúng thời hạn đã thỏa thuận trong hợp đồng. Do giao dịch BĐS không bắt buộc công chứng nên giá trị thi hành của giao dịch không được đảm bảo chặt chẽ, nếu bên bán không thiện chí, không thực hiện nghĩa vụ giao nhà, đất đúng như thỏa thuận thì bên mua có thể vừa mất tiền lại không nhận được nhà đất. Đây là rủi ro lớn nhất đối với bên mua, trên thực tế có nhiều trường hợp mua bán nhà chỉ qua giấy tờ viết tay, khi có tranh chấp xảy ra, hợp đồng này sẽ bị tòa án tuyên bố vô hiệu, người mua nhà có nguy cơ mất trắng cả nhà và tiền bạc, công sức bỏ ra⁷. 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 gồm cả trả lãi vay và nợ gốc⁸. Tuy nhiên, nếu giao dịch BĐS đó có công chứng theo quy định thì quyền và lợi ích hợp pháp của bên mua sẽ được bảo vệ tốt hơn vì giao dịch BĐS được công chứng có giá trị thi hành, là căn cứ bảo vệ sự ngay tình của bên mua khi tham gia giao dịch. Trong trường hợp này, bên bán không thực hiện đúng nghĩa vụ, không bàn giao nhà đất đúng như thỏa thuận, bên mua có quyền yêu cầu các cơ quan có thẩm quyền liên quan áp dụng biện pháp cưỡng chế cần thiết buộc bên bán thực hiện mà không cần đặt lại vấn đề xem xét hiệu lực của giao dịch đã được công chứng⁹. Nếu bên bán không thực hiện đúng nghĩa vụ của mình thì bên mua có quyền yêu cầu Tòa án giải quyết theo quy định pháp luật, trừ trường hợp các bên tham gia giao dịch có thỏa thuận khác. Giá trị thi hành của giao dịch BĐS được công chứng không chỉ đối với bên mua, bên bán mà còn có giá trị bắt buộc thi hành đối với cơ quan nhà nước, tổ chức, cá nhân khác có liên quan. Do đó, để hạn chế rủi ro mất tiền lại không được nhận nhà, đất cho bên mua, đảm bảo công bằng xã hội, bảo vệ bên yếu thế cũng như góp phần minh bạch thông tin trong thị trường BĐS thì các giao dịch về BĐS cần phải có sự xác nhận của một bên hoàn toàn độc lập, không phụ thuộc về mặt lợi ích với các chủ đầu tư kinh doanh BĐS, và đó chính là vai trò của các tổ chức hành nghề công chứng thực hiện.

⁶ Tường Duy Lượng, “Bảo đảm quyền lợi cho người yếu thế trong quan hệ hợp đồng”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 21/2019.

⁷ Lê Văn Quang, “Bàn về giải quyết tranh chấp hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất không có công chứng, chứng thực”, Tạp chí Kiểm sát, số 3/2020, trang 22 -26.

⁸ Lưu Quốc Thái, “Các biện pháp đảm bảo quyền lợi hợp pháp của khách hàng mua nhà hình thành trong tương lai”, Tạp chí Khoa học Pháp lý Việt Nam, số 06 (100), trang 23 – 32.

⁹ Hoàng Mạnh Thắng, tài liệu đã dẫn.

Thứ hai, tổn thất thiệt hại đối với bên mua do tranh chấp phát sinh. Đây là rủi ro tiếp theo bên mua có thể gặp phải sau khi đã đổi mặt với rủi ro đã đề cập là bên bán nhận tiền nhưng không bàn giao BĐS cho bên mua. Lúc này, mục đích và lợi ích của bên mua khi tham gia giao dịch BĐS không đạt được nên tranh chấp xảy ra là điều khó tránh khỏi. Nếu giao dịch BĐS thuộc trường hợp không bắt buộc công chứng, trong khi bên mua lại thiếu hiểu biết pháp luật thì bên bán sẽ dễ dàng lợi dụng kẽ hở để vi phạm, cố tình trục lợi, huy động vốn của bên mua trái pháp luật. Do không công chứng nên bên bán không chịu sự kiểm tra, làm chứng chuyên nghiệp của công chứng viên, từ đó bên bán có thể giả mạo về chủ thể hoặc giả mạo giấy tờ trong giao dịch, gây thiệt hại cho bên mua. Hơn nữa, do không bắt buộc công chứng nên giao dịch BĐS có thể mất đi tính xác thực và hợp pháp, nên quyền và lợi ích hợp pháp của bên mua khó được bảo vệ nếu có tranh chấp xảy ra. Thực tiễn có những giao dịch đã được công chứng nhưng vẫn bị giả mạo về chủ thể hoặc giấy tờ nhưng tỉ lệ này rất thấp và đa số các vụ việc giả mạo thường được các công chứng viên phát hiện và ngăn chặn kịp thời. Mặt khác, các công chứng viên khi hành nghề luôn gắn với chế độ bảo hiểm trách nhiệm nghề nghiệp để bồi thường thiệt hại phòng khi tranh chấp xảy ra mà những giao dịch không được công chứng không có đặc quyền này. Do đó, nếu phát sinh tranh chấp trong giao dịch không bắt buộc công chứng thì thiệt hại, tổn thất sẽ nhiều hơn cho bên mua, rủi ro sẽ cao hơn. Theo đó, hậu quả và chi phí phát sinh do xử lý tranh chấp, kiện tụng và giải quyết những hệ lụy phát sinh từ những tranh chấp này sẽ lớn hơn rất nhiều so với chi phí công chứng.

Khi tranh chấp xảy ra, để có thể bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của bên mua thì cần thiết phải có chứng cứ chứng minh, nếu không sẽ bị bác bỏ. Chứng cứ là vấn đề mấu chốt để giải quyết tranh chấp bất đồng, đóng vai trò quyết định làm sáng tỏ các khúc mắc nhằm lẫn, là cơ sở để Tòa án phân xử, nói cách khác, giao dịch được công chứng thì văn bản công chứng có giá trị chứng cứ được công nhận. Hệ quả tất yếu là bản thân những tình tiết sự kiện của giao dịch đó không cần phải đánh giá lại tính xác thực, tính hợp pháp, mặc nhiên xem đó là chứng cứ không thể phủ nhận. Do vậy, nếu giao dịch BĐS không bắt buộc công chứng thì khi có tranh chấp phát sinh, trách nhiệm chứng minh của bên mua sẽ khó hơn. Như vậy, ở phương diện hỗ trợ tư pháp, công chứng sẽ hỗ trợ cho hoạt động tư pháp, hạn chế giảm thiểu tranh chấp, kiện tụng, tiết kiệm chi phí, thời gian, tiền bạc, công sức cho bên mua.

2. Một số quy định pháp luật về giao dịch bất động sản không bắt buộc công chứng và kiến nghị sửa đổi (trong giới hạn phạm vi bài viết, tác giả chủ yếu phân tích quy định pháp luật và kiến nghị từ Dự thảo LKDBĐS sửa đổi).

2.1. Quy định pháp luật và bất cập

(i). Một là, Điều 45 Dự thảo LKDBĐS sửa đổi quy định như sau

“Điều 45. Hợp đồng trong kinh doanh bất động sản

1. Các loại hợp đồng kinh doanh bất động sản:
 - a) Hợp đồng mua bán, thuê mua căn hộ chung cư;
 - b) Hợp đồng mua bán, thuê mua căn hộ du lịch, căn hộ văn phòng kết hợp lưu trú;
 - c) Hợp đồng mua bán, thuê mua nhà ở riêng lẻ;
 - d) Hợp đồng mua bán, thuê mua nhà, công trình xây dựng khác không thuộc trường hợp quy định tại các điểm a, b, c Khoản 1 Điều này;
 - đ) Hợp đồng thuê nhà ở, công trình xây dựng;
 - e) Hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất đã có hạ tầng kỹ thuật;
 - g) Hợp đồng cho thuê quyền sử dụng đất đã có hạ tầng kỹ thuật;
 - h) Hợp đồng chuyển nhượng toàn bộ dự án bất động sản;
 - i) Hợp đồng chuyển nhượng một phần dự án bất động sản;
 - k) Văn bản chuyển nhượng hợp đồng bán, cho thuê mua nhà ở, công trình xây dựng.
2. Các loại hợp đồng kinh doanh dịch vụ bất động sản
 - a) Hợp đồng dịch vụ sàn giao dịch bất động sản;
 - b) Hợp đồng dịch vụ môi giới bất động sản;
 - c) Hợp đồng dịch vụ tư vấn bất động sản;
 - d) Hợp đồng dịch vụ quản lý bất động sản;
3. Hợp đồng kinh doanh bất động sản, hợp đồng kinh doanh dịch vụ bất động sản được lập thành văn bản. Việc công chứng, chứng thực hợp đồng do các bên thỏa thuận; trừ hợp đồng mua bán, thuê mua nhà ở, công trình xây dựng và hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất mà các bên tham gia giao dịch là tổ chức, cá nhân quy định tại khoản 2 Điều 10 của Luật này thì phải công chứng hoặc chứng thực”.

Theo quy định trên, nếu khoản 3, Điều 45 Dự thảo LKDBĐS không bắt buộc công chứng là không bảo đảm được an toàn pháp lý cho người dân. Vì quy định này sẽ không hợp lý, không trả lời thỏa đáng lý do tại sao giao dịch BĐS khi có một bên tham gia là doanh nghiệp kinh doanh bất động sản lại không bắt buộc công chứng. Điều này có nguy cơ tiềm ẩn nhiều rủi ro về pháp lý cho người mua và thực tế đã chứng minh khi có xảy ra tranh chấp, người mua luôn là bên yếu thế.

Bất động sản là tài sản lớn, có giá trị cao đối với người dân, song các sản phẩm BĐS của các doanh nghiệp kinh doanh BĐS liên quan đến rất nhiều hồ sơ, thủ tục pháp lý, điều kiện kinh doanh, năng lực của chủ đầu tư, ..rất phức tạp, mà bản thân mỗi người dân không phải ai cũng có thể kiểm tra, kiểm soát được, vì không phải ai cũng tường minh pháp luật về đất đai, kinh doanh bất động sản, nhà ở, đầu tư.¹⁰ Do đó, việc công chứng trong trường hợp này sẽ có

¹⁰ Lê Sơn, “Sửa đổi Luật Kinh doanh bất động sản 2014 nhằm đảm bảo an toàn pháp lý trong giao dịch bất động sản”, Báo điện tử Tài nguyên và Môi trường, tham khảo ngày 17/4/2023.

vai trò kiểm soát để cảnh báo, phòng ngừa và ngăn chặn rủi ro cho người mua, là bên yếu thế trong các GDBDS.

ii). Hai là, Điều 57 Dự thảo Luật KDBDS sửa đổi quy định như sau:

“Điều 57. Các giao dịch bất động sản phải thông qua sàn giao dịch bất động sản

1. Chủ đầu tư bán, cho thuê mua nhà ở, công trình xây dựng hình thành trong tương lai và chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê lại quyền sử dụng đất đã có hạ tầng kỹ thuật trong dự án bất động sản phải thực hiện giao dịch thông qua sàn giao dịch bất động sản theo quy định của Luật này.

2. Nhà nước khuyến khích tổ chức, cá nhân thực hiện giao mua bán, chuyển nhượng, cho thuê mua, cho thuê nhà ở, công trình xây và quyền sử dụng đất không thuộc trường hợp quy định tại Khoản 1 Điều này thực thông qua sàn giao dịch bất động sản.”

Theo quy định trên, Điều 57 Dự thảo xác định giao dịch BĐS hình thành trong tương lai phải thông qua sàn giao dịch BĐS. Theo khoản 11 Điều 3 Dự thảo định nghĩa: *“Sàn giao dịch bất động sản là nơi diễn ra các giao dịch về mua bán, chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê lại, cho thuê mua bất động sản được thành lập và hoạt động theo quy định của Luật này và pháp luật có liên quan”*. Sàn giao dịch là nơi đảm bảo chặt chẽ thông tin sản phẩm BĐS, đảm bảo lợi ích cho khách hàng Tuy nhiên, với tính chất là doanh nghiệp hoạt động kinh doanh dịch vụ vì mục đích lợi nhuận, tính khách quan trong hoạt động của sàn giao dịch BĐS không được đảm bảo¹¹. Do đó, việc giao dịch qua sàn mà không được công chứng, chứng thực thì chưa đảm bảo về mặt pháp lý. Vì vậy, các cơ quan soạn thảo cần tính toán lại. Sàn giao dịch có chức năng giúp Nhà nước kiểm soát tính công khai minh bạch thông tin dự án, kiểm soát điều kiện mua bán, chống gian lận. Trong khi, việc giao kết hợp đồng giao dịch BĐS là văn kiện pháp lý quan trọng cần phải được kiểm soát bằng tính pháp lý. Vì vậy, không thể loại trừ hoạt động công chứng.

Thực tế cho thấy thời gian vừa qua, nhiều sàn giao dịch BĐS được lập ra để bán hàng cho các chủ đầu tư, thậm chí hợp thức hóa những sai phạm của chủ đầu tư trong việc huy động vốn hoặc bán hàng khi chưa đủ điều kiện. Nhiều sàn giao dịch BĐS trực tiếp bỏ vốn thực hiện dự án cùng chủ đầu tư hoặc được giao đặc quyền bán sản phẩm cho chủ đầu tư với mức chiết khấu lớn. Nhiều vụ án được phát hiện, điều tra, truy tố, xét xử thời gian vừa qua cho thấy có sự tiếp tay hoặc được thực hiện thông qua hoạt động của các sàn giao dịch BĐS.

2.2. Kiến nghị sửa đổi

¹¹ Thùy Linh, “Bản khoản khi đưa lại quy định bắt buộc giao dịch bất động sản qua sàn”, Báo điện tử Chính phủ, tham khảo ngày 17/4/2023.

Luật Kinh doanh bất động sản 2014 sau 8 năm đi vào thực thi đã bộc lộ một số bất cập cần sửa đổi. Các hoạt động kinh doanh bất động sản đã được quy định rất rõ trong Luật này nhưng thực tế vẫn còn hiện tượng các chủ đầu tư huy động vốn khi chưa đủ điều kiện. Nhiều sàn BĐS mở ra chưa chuẩn mực về pháp lý, thậm chí tiếp tay cho chủ đầu tư để lừa dối khách hàng. Vì vậy, nhiều ý kiến cho rằng, Dự thảo Luật Kinh doanh bất động sản (LKDBĐS) sửa đổi sắp tới cần chú trọng bảo vệ quyền lợi của bên mua nhiều hơn nữa.

(i). Thứ nhất, kiến nghị sửa đổi khoản 3 Điều 45 Dự thảo Luật KDBĐS theo hướng: *“Hợp đồng kinh doanh bất động sản, hợp đồng kinh doanh dịch vụ bất động sản theo quy định tại Khoản 1, Khoản 2 điều này được lập thành văn bản, phải công chứng hoặc chứng thực hợp đồng”*

Rủi ro trong hoạt động KDBĐS phát sinh ở mọi giai đoạn của quá trình giao dịch, từ thời điểm dự án chưa hình thành cho đến thời điểm người mua nhà nhận bàn giao. Thực tế, trên thị trường đã xảy ra nhiều vụ án hình sự như vụ án bán dự án ma lừa đảo hàng chục nghìn khách hàng của công ty Alibaba; dự án khu đô thị mới Điện Nam - Điện Ngọc (Quảng Nam) huy động vốn khi dự án chưa đủ pháp lý. Điểm chung, các khách hàng đều ký vào hợp đồng góp vốn, hợp đồng hợp tác đầu tư với những nội dung lỏng lẻo. Nhiều điều khoản được cài vào hợp đồng theo hướng có lợi cho chủ đầu tư, đẩy rủi ro cho khách hàng. Khi xảy ra tranh chấp, khách hàng nhận ra mình rơi vào tình huống yếu thế.

Để tránh tình trạng này, theo các nhà làm luật, cần thiết phải sửa đổi Điều 45 theo hướng bắt buộc tất cả hợp đồng trong KDBĐS được liệt kê theo khoản 1, khoản 2 Điều 45 phải công chứng, chứng thực; chứ không phải chỉ công chứng, chứng thực theo thỏa thuận của các bên. Với kiến nghị này, pháp luật cũng tăng cường mở rộng phạm vi hợp đồng, giao dịch bất động sản bắt buộc phải công chứng, kể cả trường hợp các giao dịch BĐS mà một bên tham gia là các chủ thể kinh doanh BĐS cũng bắt buộc công chứng, chứng thực.

(ii). Thứ hai, kiến nghị sửa đổi Điều 57 Dự thảo Luật KDBĐS theo hướng:

“Điều 57. Các giao dịch bất động sản phải thông qua sàn giao dịch bất động sản

1. Chủ đầu tư bán, cho thuê mua nhà ở, công trình xây dựng hình thành trong tương lai và chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê lại quyền sử dụng đất đã có hạ tầng kỹ thuật trong dự án bất động sản phải thực hiện giao dịch thông qua sàn giao dịch bất động sản và công chứng, chứng thực theo quy định pháp luật”.

Theo định nghĩa, sàn giao dịch bất động sản là nơi diễn ra các giao dịch về mua bán, chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê lại, cho thuê mua bất động sản. Như vậy, đây là nơi diễn ra các hoạt động kinh doanh của các doanh nghiệp BĐS, do đó, cơ quan quản lý nhà nước không thể sử dụng sàn giao dịch bất động sản để “kiểm tra tính pháp lý của các sản phẩm bất

động sản trước khi đưa vào giao dịch” thuộc quyền quản lý của mình. Điều này không đảm bảo tính minh bạch, khác quan cho toàn bộ nội dung của giao dịch về bất động sản. Hoạt động quản lý nên phải được tách ra khỏi hoạt động kinh doanh. Bản chất của sàn giao dịch BĐS là hoạt động môi giới, trung gian, cung cấp thông tin và xúc tiến thương mại chứ không phải là một công cụ pháp lý để ngăn ngừa rủi ro và trực tiếp bảo vệ quyền lợi của các chủ thể tham gia giao dịch. Đặc điểm này không chỉ được thể hiện ngay trong Dự thảo Luật Kinh doanh BĐS (sửa đổi) mà còn được chứng minh trên thực tế ở nhiều các quốc gia trên thế giới.

Bên cạnh đó, hiện nay đang có nhiều ý kiến khác nhau khi Dự thảo LKDBĐS (sửa đổi) lấy lại quy định bắt buộc giao dịch BĐS phải qua sàn giao dịch (vốn đã được bãi bỏ trong Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014). Một nhóm ý kiến cho rằng quy định này chưa hợp lý và nên chăng thay thế quy định giao dịch BĐS qua sàn bằng hoạt động công chứng vì bản chất độc lập trong hoạt động công chứng sẽ giúp kiểm tra, giám sát việc thực thi, chấp hành đúng pháp luật của chủ đầu tư, nhân viên môi giới, tư vấn BĐS để bảo vệ người yếu thế, đồng thời nhằm duy trì ổn định, trật tự để kinh tế phát triển.

Kết luận

Hoạt động công chứng có vị trí rất quan trọng, góp phần đảm bảo cho việc thực hiện các giao dịch bất động sản một cách minh bạch, đúng pháp luật, bảo đảm quyền lợi của các bên liên quan trong giao dịch. Trong thực tiễn, giao dịch dân sự giữa các chủ thể ngày càng đa dạng, phức tạp, dễ phát sinh tranh chấp, đặc biệt là các giao dịch liên quan đến tài sản có giá trị lớn như bất động sản. Nhằm đảm bảo an toàn pháp lý, hạn chế tranh chấp, việc xác lập giao dịch BĐS theo trình tự thủ tục công chứng được các chủ thể ưu tiên lựa chọn, nhất là bên mua BĐS. Việc này còn có vai trò kiểm soát để cảnh báo, phòng ngừa và ngăn chặn rủi ro cho người dân, nhất là bên mua BĐS – bên yếu thế trong giao dịch. Do đó, pháp luật hiện hành, như Luật KDBĐS, Luật Đất đai, Luật Nhà ở, Luật Công chứng luôn hướng đến sửa đổi hoàn thiện đảm bảo sự phát triển kinh tế, ổn định trật tự an toàn xã hội, và góp phần bảo vệ người tiêu dùng là bên yếu thế trong thị trường BĐS.

Tài liệu tham khảo

1. Luật Kinh doanh Bất động sản năm 2014
2. Luật Nhà ở năm 2014
3. Luật Công chứng năm 2014
4. Luật Đất đai năm 2013
5. Dự thảo Luật Kinh doanh Bất động sản 2023 (sửa đổi).
6. Từ điển Luật học, Viện Khoa học Pháp lý Bộ Tư pháp, Nhà xuất bản Tư pháp, 2006.

7. Lưu Quốc Thái, “Các biện pháp đảm bảo quyền lợi hợp pháp của khách hàng mua nhà hình thành trong tương lai”, Tạp chí Khoa học Pháp lý Việt Nam, số 06 (100), trang 23 – 32.
8. Ninh Thị Hiền, “Vai trò của Nhà nước trong bảo vệ chính sách công đối với hợp đồng, giao dịch về bất động sản thông qua hoạt động công chứng”, Tạp chí Tòa án nhân dân, số 01/2022.
9. Trương Duy Lượng, “Bảo đảm quyền lợi cho người yếu thế trong quan hệ hợp đồng”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 21/2019.
10. Hoàng Mạnh Thắng, “Văn bản công chứng và giá trị pháp lý của văn bản công chứng”, Tạp chí Nghề Luật, số 06/2022, trang 68 – 75.
11. Hoàng Mạnh Thắng – Phạm Thị Thúy Hồng, “Xác minh, giám định và phòng, chống giả mạo trong hoạt động công chứng”, Tạp chí Nghề Luật, số 01/2020, trang 30 – 37.
12. Võ Xuân Cường, Đặng Văn Dinh, “Nâng cao chất lượng hoạt động công chứng thời kỳ hội nhập”, Tạp chí Tòa án nhân dân, số 11/ 2021.
13. Lê Văn Quang, “Bàn về giải quyết tranh chấp hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất không có công chứng, chứng thực”, Tạp chí Kiểm sát, số 3/2020.
14. Nguyễn Kiều Oanh, “Sự cần thiết của pháp luật bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng”, Tạp chí Công thương, số 11/ 2022.
15. Thái An, “Công chứng viên là người gác cổng để đảm bảo quyền lợi các bên”, Báo điện tử Pháp luật và Xã hội, tham khảo ngày 17/4/2023.
16. Thái An, “Công chứng trong giao dịch bất động sản giúp phòng ngừa và ngăn chặn rủi ro”, Báo điện tử Pháp luật và Xã hội, tham khảo ngày 17/4/2023.
17. Lê Sơn, “Sửa đổi Luật Kinh doanh bất động sản 2014 nhằm đảm bảo an toàn pháp lý trong giao dịch bất động sản”, Báo điện tử Tài nguyên và Môi trường, tham khảo ngày 17/4/2023.
18. Thùy Linh, “Bản khoản khi đưa lại quy định bắt buộc giao dịch bất động sản qua sàn”, Báo điện tử Chính phủ, tham khảo ngày 17/4/2023.

BẢN CHẤT CỦA XÁC NHẬN QUA SÀN VÀ GIÁ TRỊ PHÁP LÝ CỦA VĂN BẢN CÔNG CHỨNG

CCV. Lê Ngọc Tình

Phó Trưởng phòng Phòng Công chứng số 2 TP.HCM

Tóm tắt:

Thị trường bất động sản cho thấy xu thế tăng trưởng lên, xuống luôn cùng chiều với sự tăng trưởng của nền kinh tế phù hợp với các quy luật của kinh tế thị trường, việc giao dịch qua sàn giao dịch bất động sản và việc xác nhận của sàn giao dịch chỉ như là công cụ, biện pháp hỗ trợ thị trường, giải pháp để Nhà nước quản lý, điều tiết, nó không phải là nguyên nhân dẫn đến thị trường bất động sản “nóng, sốt”, “lặng sóng” hoặc “đóng băng”. Sự tồn tại của sàn và xác nhận bất động sản (BDS) giao dịch qua sàn không phải là liều thuốc trị đúng bệnh “nóng, sốt” hay “cảm lạnh” của thị trường BDS Việt Nam. Thông qua việc so sánh giữa sàn giao dịch BDS thực hiện việc xác nhận BDS giao dịch qua sàn với giá trị pháp lý của văn bản công chứng, tác giả mong muốn làm rõ hơn bản chất thực sự của 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 khóa: “Sàn giao dịch bất động sản”, “Xác nhận qua sàn”, “Công chứng”, “Giá trị pháp lý của văn bản công chứng”.

Dẫn nhập:

Bất động sản là lĩnh vực phức tạp, thị trường bất động sản là một trong những thị trường cơ bản trong nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa. Ngành nghề kinh doanh bất động sản cũng là một trong những yếu tố đảm bảo cho tăng trưởng của nền kinh tế và liên quan đến nhiều ngành nghề khác nhau. Đây còn là kênh thu hút các nguồn lực, tạo ra các tài sản cố định cho nền kinh tế, thúc đẩy các ngành kinh tế khác cùng phát triển (thị trường tài chính, xây dựng, sản xuất vật liệu xây dựng, nội thất, lao động...), đáp ứng nhu cầu về chỗ ở của người dân, phát triển đô thị, du lịch... nhưng thị trường bất động sản cũng luôn tiềm ẩn nhiều rủi ro có thể dẫn đến sự phát triển thiếu ổn định và bền vững. Chính phủ đánh giá thị trường bất động sản hiện đang gặp vướng mắc về pháp lý, còn doanh nghiệp thì luôn ưu tiên giải pháp kinh doanh nào “tối đa hoá lợi nhuận” mà chưa đề cao tinh thần thượng tôn pháp luật, tuân thủ pháp luật, chấp hành pháp luật, chưa hài hòa lợi ích của người dân, doanh

nghiệp, lợi ích của Nhà nước để thị trường này phát triển theo hướng ngày càng minh bạch, lành mạnh, an toàn, bền vững.

Trong nhóm nhiệm vụ và giải pháp thứ 3 tại Nghị quyết số 27 –NQ/TW ngày 09/11/2022 của 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 đã đề ra là: *“Tiếp tục hoàn thiện hệ thống pháp luật và cơ chế tổ chức thực hiện pháp luật nghiêm minh, hiệu quả, bảo đảm yêu cầu phát triển đất nước nhanh và bền vững”*, với trọng tâm *“Xây dựng hệ thống pháp luật dân chủ, ... đồng bộ, thống nhất, công khai, minh bạch, ổn định, khả thi, dễ tiếp cận, đủ khả năng điều chỉnh các quan hệ xã hội, lấy quyền và lợi ích hợp pháp, chính đáng của người dân, tổ chức, doanh nghiệp làm trung tâm, thúc đẩy đổi mới sáng tạo. Tập trung hoàn thiện hệ thống pháp luật trên tất cả các lĩnh vực, tháo gỡ kịp thời khó khăn, vướng mắc, khơi dậy, phát huy mọi tiềm năng và nguồn lực, tạo động lực mới cho phát triển nhanh và bền vững của đất nước.”*

Vì vậy, làm rõ bản chất của việc xác nhận bất động sản đã được giao dịch qua sàn giao dịch bất động sản trong dự thảo Luật Kinh doanh bất động sản (Luật KDBĐS) (sửa đổi) và đánh giá về bản chất pháp lý của việc xác nhận này với giá trị pháp lý của văn bản công chứng giúp có thêm góc nhìn làm sáng tỏ hơn các quy định của dự thảo Luật. Liệu rằng quy định này có thực sự sẽ trở thành công cụ hữu hiệu, bảo đảm quyền và lợi ích hợp pháp, chính đáng của người dân, tổ chức, doanh nghiệp khi Luật được ban hành và đi vào thực tế cuộc sống sẽ khơi dậy, phát huy tiềm năng và nguồn lực BĐS, tạo động lực mới cho phát triển nhanh và bền vững của đất nước trong thời gian tới khi bắt buộc giao dịch qua sàn và xác nhận BĐS đã giao dịch qua sàn hay không? Việc giao dịch qua sàn và xác nhận có xung đột, mâu thuẫn với các luật khác, nhất là Bộ luật Dân sự, Luật Đất đai, Luật Nhà ở, Luật Công chứng hay không? Kinh doanh bất động sản phải qua sàn và được sàn xác nhận có xung đột với *quyền tự do kinh doanh, lựa chọn hình thức, phương thức huy động vốn; tự do tìm kiếm thị trường, khách hàng và ký kết hợp đồng* được quy định tại Điều 7 Luật Doanh nghiệp năm 2020 hay không? Các quy định của Luật KDBĐS (sửa đổi) phải trở thành công cụ quản lý chặt chẽ thị trường bất động sản, đồng thời cũng là giải pháp kiến tạo để thị trường phát triển bền vững, thực sự góp phần *“đẩy mạnh thương mại hóa quyền sử dụng đất”¹, “bảo đảm hài hòa lợi ích của Nhà nước, người dân và nhà đầu tư, tạo nguồn lực và động lực mới để phấn đấu đến năm 2030*

¹ 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”

nước ta trở thành nước công nghiệp hiện đại, có thu nhập trung bình cao; và đến năm 2045 trở thành nước phát triển, thu nhập cao”².

I. Sơ lược về thị trường bất động sản Việt Nam qua các thời kỳ và sự xuất hiện của sàn giao dịch bất động sản ở Việt Nam

1. Sơ lược về thị trường bất động sản Việt Nam qua các thời kỳ³

Việt Nam bắt đầu đổi mới từ năm 1986, khi đó **thị trường bất động sản (BDS)** cũng manh nha hình thành. Thị trường bất động sản được cho là chính thức hình thành kể từ năm 1993, sau khi Quốc hội thông qua Luật Đất đai đầu tiên và Pháp lệnh Nhà ở, tạo khuôn khổ pháp lý ban đầu cho thị trường về quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở, tạo điều kiện cho mua bán nhà, chuyển nhượng quyền sử dụng đất dễ dàng hơn trong bối cảnh kinh tế tăng trưởng, nhu cầu đất ở và đất sản xuất tăng cao, giao dịch bùng nổ. Con số đầu tiên đã diễn ra, thúc đẩy giá nhà đất tăng mạnh. Giai đoạn từ năm 1995 – 1999 đã xảy ra tình trạng bán tháo đất đai, xả hàng ồ ạt đã làm cho thị trường bất động sản ở trạng thái cung vượt cầu và quay đầu lao dốc. Bước vào năm 2000, giá nhà đất bắt đầu biến động và đạt đỉnh khi chủ trương cho Việt kiều mua nhà và ban hành giá đất mới thúc đẩy nhu cầu đầu tư nên nhiều người mua đất khắp nơi ở vùng ven, đầu cơ gia tăng mạnh mẽ, giao dịch mua bán sôi động nhưng rất ít công trình hay nhà ở nào được xây dựng, thể hiện đây là cơn sốt từ nhu cầu ảo, giá ảo.

Luật Đất đai năm 2003 được Quốc hội thông qua và Chính phủ ban hành Nghị định 181/2004 với quy định “dự án phải xây dựng nhà xong mới được bán” đã tác động mạnh đến tình trạng “phân lô bán nền” dẫn đến thị trường đất nền gần như tê liệt, cơn lốc đầu cơ lắng dần. Năm 2005, bảng giá đất mới được điều chỉnh theo hướng sát với giá thực tế làm cho chi phí đền bù giải toả lên cao khiến các dự án tiếp tục gặp khó khăn, thị trường nhà đất “đóng băng”.

Đến năm 2007, Việt Nam chính thức gia nhập WTO, đón nhận làn sóng đầu tư lớn sau hội nhập, tăng trưởng tín dụng cao, thị trường chứng khoán phát triển, nhu cầu thị trường có sự chuyển đổi từ nhà mặt tiền, nhà phố sang căn hộ cao cấp và biệt thự. Đây cũng là năm Luật KDBDS năm 2006 có hiệu lực, cùng hành lang pháp lý dần hoàn thiện làm cho nhà đầu tư yên tâm hơn khi tham gia thị trường nên cũng xuất hiện đông đảo giới đầu cơ lướt sóng. Từ năm 2009 – 2013 Thị trường bất động sản suy thoái nặng nề do bị ảnh hưởng từ cuộc khủng hoảng tài chính toàn cầu năm 2008, kinh tế Việt Nam suy thoái, lạm phát và nợ xấu tăng nhanh, chính sách thắt chặt tín dụng của Chính phủ nhằm kiểm soát bóng bóng bất động sản

² 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

³ <https://batdongsan.com.vn/interaktivestory/luoc-su-thi-truong-bat-dong-san-viet-nam/>, truy cập ngày 27/3/2023

và kiềm chế lạm phát. Thị trường bất động sản bị “xì hơi” giá nhà đất lao dốc mạnh, giao dịch nguội lạnh, nhiều cá nhân, doanh nghiệp bất động sản lao đao.

Thị trường BĐS có dấu hiệu hồi phục từ cuối năm 2013 và phát triển ổn định, mạnh mẽ cho đến năm 2018. Sau đó thì chững lại và đi ngang rồi rơi vào cảnh ảm đạm. Đầu năm 2019, sốt đất tiếp tục bùng phát ở nhiều địa phương nhưng cơn sốt qua rất nhanh, thị trường nhanh chóng rơi vào trầm lắng. Bước sang năm 2020, đại dịch toàn cầu Covid-19 tác động mạnh mẽ tới nền kinh tế và thị trường bất động sản. Năm 2022 trôi đi với nhiều cung bậc của thị trường bất động sản: đầu năm “nóng” sau thời gian dài cả nước bị phong tỏa bởi dịch Covid-19 năm 2021, sau đó bắt đầu “nguội” dần rồi rơi vào cảnh ảm đạm cuối năm khi giá bất động sản chững lại. Thủ tướng Chính phủ đã ra Chỉ thị số 13/CT-TTg ngày 29/8/2022 về một số giải pháp thúc đẩy thị trường bất động sản phát triển an toàn, lành mạnh, bền vững có nhận định tồn tại, bất cập có nguyên nhân từ quy định giao dịch bất động sản không bắt buộc qua sàn đã tạo cơ sở cho việc hình thành nên các “dự án ma”, các vụ việc lừa đảo khách hàng, còn nhà nước thì gặp khó khăn trong công tác quản lý thông tin về thị trường bất động sản, đồng thời xảy ra tình trạng thất thu thuế, thất thu ngân sách nhà nước. Thủ tướng Chính phủ đã thành lập Tổ công tác theo Quyết định số 1435/QĐ-TTg ngày 17/11/2022 để rà soát, đôn đốc, hướng dẫn tháo gỡ khó khăn, vướng mắc trong triển khai thực hiện dự án bất động sản cho các địa phương, doanh nghiệp. Sau đó, Chính phủ đã ban hành Nghị quyết số 33/NQ-CP ngày 11/3/2023 về một số giải pháp tháo gỡ và thúc đẩy thị trường bất động sản phát triển an toàn, lành mạnh, bền vững.

2. 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 bất động sản. Các hợp đồng mua bán nhà, chuyển nhượng quyền sử dụng đất liên quan đến doanh nghiệp kinh doanh bất động sản được công chứng (đối với nhà ở tại đô thị nơi có các Phòng Công chứng và thực hiện 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 UBND cấp xã nơi có đất, chuyển Phòng Địa chính thẩm tra, nếu hồ sơ hợp lệ thì trình UBND cấp huyện hoàn thành việc 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. Bên nhận chuyển nhượng được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất. Sau khi Luật Đất đai năm 2003 có hiệu lực ngày 01/7/2004, các giao dịch về quyền sử dụng đất vừa thuộc thẩm quyền của công chứng vừa thuộc thẩm quyền chứng thực của UBND cấp xã nơi có đất. Luật Nhà ở năm 2005 cũng quy định song song thẩm quyền công chứng, chứng thực đối với giao dịch nhà ở như Luật Đất đai.

Ngày 19-5-2004, Chính phủ ban hành Nghị quyết số 06/2004/NQ-CP về một số giải pháp phát triển lành mạnh thị trường bất động sản đã đánh giá *“Nhà nước chưa có giải pháp hữu hiệu trong quản lý và điều tiết thị trường bất động sản; tình trạng đầu cơ nhà đất, kích cầu ảo để nâng giá bất động sản diễn ra khá phổ biến; mua bán “trao tay” và xây dựng tự phát... gây ảnh hưởng không tốt đến hoạt động đầu tư, tác động xấu tới tâm lý và đời sống của nhân dân nhất là các đối tượng có thu nhập thấp, những hộ bị thu hồi đất và làm cho sự phát triển đô thị thiếu bền vững”* nên trong các giải pháp phát triển thị trường bất động sản Chính phủ đã yêu cầu *“từng bước hoàn thiện cơ cấu của thị trường và lành mạnh các giao dịch trên thị trường bất động sản trong đó đặc biệt chú trọng việc thiết lập “Sàn giao dịch quyền sử dụng đất”, “Trung tâm giao dịch bất động sản” 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, góp phần hạn chế đầu cơ, ổn định thị trường. Quy định bắt buộc việc bán nhà và chuyển quyền sử dụng đất tại các dự án được Nhà nước giao đất, cho thuê đất phải thực hiện công khai để mọi đối tượng có nhu cầu được tiếp cận các thông tin qua các Trung tâm giao dịch bất động sản.*

Tại Báo cáo số 512/BC-UBTVQH11 ngày 14/6/2006 Ủy ban Thường vụ Quốc hội cũng cho rằng: *Việc quy định đối với tổ chức cá nhân kinh doanh bất động sản bắt buộc phải qua sàn giao dịch bất động sản là có lợi cho cả người mua và người bán, có điều kiện lựa chọn loại bất động sản, giá mua, giá bán; còn đối với tổ chức, cá nhân khác có nhu cầu giao dịch không phải là kinh doanh bất động sản thì khuyến khích giao dịch qua sàn giao dịch bất động sản, không bắt buộc.* Và sau đó sàn giao dịch bất động sản đã chính thức được quy định trong Luật KDBĐS khi Quốc hội thông qua ngày 29/6/2006.

Sàn giao dịch BĐS ra đời sau khi Luật KDBĐS 2006 có hiệu lực kể từ ngày 01/01/2007, nhưng sàn chỉ thực hiện quyền xác nhận BĐS của các doanh nghiệp kinh doanh BĐS 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 tháng 10 năm 2007 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành Luật Kinh doanh bất động sản, theo mẫu tại phụ lục 4 với mục đích là: *“để xác nhận bất động sản đã được giao dịch theo đúng quy định của pháp luật”*. Thông tư này không quy định xác nhận của sàn làm cơ sở để kê khai nộp thuế, đăng ký quyền sở hữu, quyền sử dụng đất. Chỉ đến khi Bộ Xây dựng ban hành Thông tư số 01/2009/TT-BXD ngày 25/02/2009 quy định về cấp giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà ở và hướng dẫn mẫu hợp đồng mua bán nhà chung cư trong dự án đầu tư xây dựng của tổ chức kinh doanh nhà ở thì mới quy định tại điểm 2.2.c khoản 2 Điều 1 như sau: Bản sao văn bản xác nhận của sàn giao dịch bất động sản về căn hộ đã được giao dịch qua sàn theo mẫu tại Phụ lục số 4 kèm theo Thông tư số 13/2008/TT-BXD ngày 21 tháng 5 năm 2008 của Bộ Xây dựng là thành phần hồ sơ mà tổ chức kinh doanh nhà ở (Bên bán) phải nộp cho cơ quan cấp giấy

chứng nhận. Đối với trường hợp huy động vốn mà có thoả thuận phân chia nhà ở thì Sở Xây dựng sẽ xác nhận danh sách được phân chia nhà ở tối đa là 20% số lượng nhà ở thương mại trong mỗi dự án không phải thông qua sàn giao dịch bất động sản. “Xác nhận của Sở Xây dựng về việc phân chia nhà ở quy định tại khoản này được thay thế cho giấy xác nhận đã giao dịch qua sàn giao dịch bất động sản và là cơ sở pháp lý để cơ quan có thẩm quyền cấp giấy chứng nhận quyền sở hữu về nhà ở cho đối tượng mua nhà ở”. “Đối với nhà ở thương mại của doanh nghiệp kinh doanh bất động sản tại các tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương đã có sàn giao dịch bất động sản (không phân biệt nguồn gốc tạo lập nhà ở) mà không thực hiện mua bán, cho thuê, cho thuê mua qua sàn theo đúng quy định tại Điều 60 của Nghị định số 71/2010/NĐ-CP, pháp luật về kinh doanh bất động sản và quy định tại Điều này thì hợp đồng đã ký không có giá trị pháp lý; trong trường hợp mua bán hoặc cho thuê mua nhà ở thì người mua, người thuê mua nhà ở không được Nhà nước cấp giấy chứng nhận quyền sở hữu đối với nhà ở đó.”⁴

Trong giai đoạn từ 2007 – 2013 dù bắt buộc giao dịch bất động sản qua sàn và phải có xác nhận của sàn giao dịch, nhưng thị trường này 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: *hoạt động của các sàn giao dịch bất động sản đã tạo ra một sân chơi minh bạch cho các nhà đầu tư bất động sản và đem lại nhiều lợi ích cho người dân khi tiếp cận hàng hóa bất động sản nhất là nhà ở, kênh cung cấp thông tin thị trường quan trọng cho người dân và cho cơ quan quản lý nhà nước..., nhưng thị trường bất động sản vẫn trong tình trạng phát triển không ổn định. Trước năm 2011 thị trường bất động sản phát triển “nóng”, giá bất động sản tăng cao gây ảnh hưởng không tốt đến việc tạo lập về chỗ ở của người dân. Từ đầu năm 2012 đến 2013, thị trường bất động sản lại rơi vào tình trạng “nguội lạnh”, giá cả bất động sản sụt giảm ở tất cả các phân khúc thị trường. Số lượng giao dịch không nhiều, một số dự án không có giao dịch, thị trường bất động sản trầm lắng kéo dài, bất động sản “đóng băng”, thông tin về thị trường bất động sản 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. Luật KDBĐS năm 2006 quy định bán, cho thuê, cho thuê mua bất động sản phải thông qua sàn giao dịch bất động sản trên thực tế lại làm tăng thêm thủ tục, thêm chi phí mà người mua, người thuê, người thuê mua bất động sản phải gánh chịu thêm.*

Việc bắt buộc giao dịch BĐS qua sàn và phải được sàn xác nhận BĐS đã giao dịch qua sàn đối với doanh nghiệp kinh doanh BĐS với kỳ vọng ở vai trò độc lập, công khai, minh bạch và bảo vệ quyền lợi của các bên theo Luật KDBĐS 2006 đã không biến thành hiện thực khi

⁴ Điều c khoản 8 Điều 8, khoản 1 Điều 18 Thông tư số 16/2010/TT-BXD ngày 01/9/2010 quy định cụ thể và hướng dẫn thực hiện một số nội dung của Nghị định số 71/2010/NĐ-CP ngày 23 tháng 6 năm 2010 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành Luật Nhà ở

luật đi vào cuộc sống, xung đột với quyền tự do kinh doanh, tìm kiếm thị trường, khách hàng của doanh nghiệp, tăng thêm chi phí trung gian nên Luật KDBĐS 2014 đã bãi bỏ quy định bắt buộc việc kinh doanh bất động sản phải qua sàn giao dịch.

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) đang được lấy ý kiến Nhân dân, Điều 17 Luật KDBĐS năm 2014, Điều 45 bản dự thảo Luật KDBĐS tháng 3/2023 thì hợp đồng kinh doanh BĐS không bắt buộc phải thực hiện công chứng, chứng thực. Căn cứ theo khoản 2 Điều 117, khoản 2 Điều 119 của Bộ luật Dân sự năm 2015, thì điều kiện về hình thức giao dịch bằng văn bản là có công chứng, chứng thực, đăng ký. Cá nhân, tổ chức chỉ phải tuân theo điều kiện này khi luật có quy định. Bộ luật Dân sự không quy định hình thức giao dịch bằng văn bản phải có “xác nhận” của doanh nghiệp kinh doanh BĐS này cho doanh nghiệp kinh doanh BĐS khác mới làm cho hợp đồng, giao dịch KDBĐS có giá trị pháp lý, có hiệu lực pháp luật. Do vậy, khi doanh nghiệp kinh doanh BĐS 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 mới được làm các công việc này.

Qua các giai đoạn thăng trầm của thị trường bất động sản 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, việc giao dịch qua sàn giao dịch và việc xác nhận của sàn giao dịch chỉ như là công cụ, biện pháp hỗ trợ thị trường, giải pháp để Nhà nước quản lý, điều tiết, nó không phải là nguyên nhân dẫn đến thị trường bất động sản “nóng, sốt”, “lạnh sóng” hoặc “đóng băng”. Sự tồn tại của sàn và xác nhận BĐS giao dịch qua sàn không phải là liều thuốc trị đúng bệnh “nóng, sốt” hay “cảm lạnh” của thị trường BĐS Việt Nam. Do đó khi luật quy định việc bắt buộc kinh doanh BĐS phải qua sàn và được sàn xác nhận phải bảo đảm không tạo đặc quyền, đặc lợi cho các sàn giao dịch bất động sản; không được để sàn giao dịch bất động sản làm thay cho công chứng, chứng thực; đẩy rủi ro pháp lý cho người dân với thực tế đã chứng minh khi có xảy ra tranh chấp, người mua, nhận chuyển nhượng BĐS của chủ đầu tư luôn là bên yếu thế.

II. 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 kinh doanh BĐS đều thực hiện hoạt động kinh doanh BĐS 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 2020. Câu hỏi đặt ra là tại sao 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 (điểm e khoản 1 Điều 11 Luật Đầu tư năm 2020) mà luật lại đưa ra quy định bắt buộc doanh nghiệp này phải bán, cung cấp sản phẩm hàng hóa của mình thông qua một doanh nghiệp khác, tại sao họ không có quyền bán, kinh doanh trực tiếp có phải tiết kiệm chi phí hơn? Không những thế dự thảo Luật KDBĐS (sửa đổi) còn dự tính trao cho doanh nghiệp kinh doanh dịch vụ sàn giao dịch BĐS 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 (khoản 6 Điều 61), tức là nếu không có xác nhận này thì hợp đồng, giao dịch KDBĐS đó không có giá trị pháp lý, chưa phát sinh hiệu lực pháp luật. 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 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?

Để nhìn nhận bản chất việc qua sàn và qua công chứng được khách quan, chúng ta có thể so sánh một số vấn đề pháp lý và thực tiễn hoạt động thông qua bảng so sánh giữa Luật KDBĐS hiện hành và dự thảo sửa đổi với Luật Công chứng dưới đây:

Sàn giao dịch bất động sản	Công chứng
Cả nước có khoảng 1.000 sàn ⁵	Cả nước có khoảng 1.300 tổ chức hành nghề công chứng ⁶
* 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,	* 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 .

⁵ <https://quochoi.vn/tintuc/Pages/tin-hoat-dong-cua-quoc-hoi.aspx?ItemID=74827>, truy cập ngày 17/4/2023

⁶ 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

⁸ Khoản 1 Điều 2 Luật Công chứng 2014

<p>chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê lại BĐS⁷.</p>	
<p>Không phải là công cụ quản lý nhà nước. Trong nội dung hoạt động của sàn không tồn tại yếu tố được Nhà nước ủy nhiệm để cung cấp dịch vụ công mà chỉ thực hiện hoạt động kinh doanh để cung cấp dịch vụ sàn giao dịch BĐS nhằm mục tiêu tìm kiếm lợi nhuận⁹.</p>	<p>Hoạt động công chứng mang tính chất công quyền thể hiện qua việc được Nhà nước ủy nhiệm thực hiện cung cấp dịch vụ công nhằm bảo đảm an toàn pháp lý; bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp, chính đáng của các bên tham gia hợp đồng, giao dịch; phòng ngừa tranh chấp; góp phần ổn định kinh tế - xã hội¹⁰.</p>
<p>Sàn giao dịch BĐS được đăng ký thành lập và hoạt động theo Luật Doanh nghiệp, Luật KDBĐS bởi các cá nhân, tổ chức, pháp nhân mà cũng có thể do chính doanh nghiệp có BĐS đưa lên sàn thành lập nhằm giới thiệu, quảng cáo, môi giới, trung gian, cung cấp thông tin, tổ chức việc bán, chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê mua, cho thuê lại sản phẩm hàng hóa BĐS và thu phí dịch vụ của khách hàng có bất động sản được đưa lên sàn giao dịch bất động sản, mức phí dịch vụ do các bên thỏa thuận¹¹.</p>	<p>- Văn phòng công chứng phải có từ hai công chứng viên hợp danh trở lên. Văn phòng công chứng không có thành viên góp vốn. Người đại diện theo pháp luật của Văn phòng công chứng là Trưởng Văn phòng. Trưởng Văn phòng công chứng phải là công chứng viên hợp danh của Văn phòng công chứng và đã hành nghề công chứng từ 02 năm trở lên¹².</p> <p>- Các công chứng viên thành lập Văn phòng công chứng phải có hồ sơ đề nghị thành lập Văn phòng công chứng gửi Ủy ban nhân dân cấp tỉnh xem xét, quyết định. Hồ sơ đề nghị thành lập Văn phòng công chứng gồm đơn đề nghị thành lập và đề án thành lập Văn phòng công chứng, trong đó nêu rõ sự cần thiết thành lập, dự kiến về tổ chức, tên gọi, nhân sự, địa điểm đặt trụ sở, các điều kiện vật chất và kế hoạch triển khai thực hiện¹³.</p>

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

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

¹¹ Điều 69, Điều 71 Luật KDBĐS 2014, khoản 1 Điều 58, Điều 61, 62 dự thảo Luật KDBĐS (sửa đổi)

¹² Khoản 2 Điều 22 Luật Công chứng năm 2014

¹³ Khoản 1, 2 Điều 22, khoản 1 Điều 23 Luật Công chứng năm 2014

	<p>- Nếu thành lập Phòng Công chứng thì phải căn cứ vào nhu cầu công chứng tại địa phương, Sở Tư pháp chủ trì phối hợp với Sở Kế hoạch và Đầu tư, Sở Tài chính, Sở Nội vụ xây dựng đề án thành lập Phòng công chứng trình Ủy ban nhân dân cấp tỉnh xem xét, quyết định thành lập¹⁴. Người đại diện theo pháp luật của Phòng công chứng là Trưởng phòng. Trưởng phòng công chứng phải là công chứng viên, do Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức¹⁵.</p>
<p>Phí dịch vụ các sàn 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 Kinh doanh bất động sản (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%¹⁶.</p>	<p>Phí công chứng: 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)¹⁷.</p>

¹⁴ Khoản 1 Điều 20 Luật Công chứng 2014

¹⁵ Khoản 1 Điều 19 Luật Công chứng năm 2014

¹⁶ <https://vnexpress.net/uy-ban-kinh-te-ban-bat-dong-san-qua-san-lam-tang-chi-phi-doi-gia-4592298.html>, truy cập ngày 12/4/2023

¹⁷ 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>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.</p>
<p>Tiêu chuẩn đối với người quản lý, điều hành sàn giao dịch bất động sản¹⁸:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Có giấy chứng nhận hoàn thành khóa học quản lý điều hành sàn giao dịch bất động sản do cơ sở đào tạo hợp pháp cấp và phải có chứng chỉ hành nghề môi giới bất động sản. - Có đầy đủ năng lực hành vi dân sự khi xác lập, thực hiện quyền, nghĩa vụ dân sự; không đang trong tình trạng bị truy cứu trách nhiệm hình sự hoặc chấp hành án phạt tù. - Không bị cấm hành nghề theo quyết định của cơ quan có thẩm quyền. 	<p>Để có quyền nộp hồ sơ đề nghị Bộ trưởng Bộ Tư pháp bổ nhiệm làm công chứng viên¹⁹ thì đầu tiên người đó phải là Công dân Việt Nam thường trú tại Việt Nam, tuân thủ Hiến pháp và pháp luật, có phẩm chất đạo đức tốt và có đủ các tiêu chuẩn sau đây thì mới được xem xét, bổ nhiệm:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Có bằng cử nhân luật; 2. Có thời gian công tác pháp luật từ 05 năm trở lên tại các cơ quan, tổ chức sau khi đã có bằng cử nhân luật; 3. Tốt nghiệp khóa đào tạo nghề công chứng hoặc hoàn thành khóa bồi dưỡng nghề công chứng; 4. Đạt yêu cầu kiểm tra kết quả tập sự hành nghề công chứng; 5. Bảo đảm sức khỏe để hành nghề công chứng.
<p>Giá trị pháp lý của giấy xác nhận BĐS đã giao dịch qua sàn về bản chất là sự ghi nhận thông tin các chủ thể đã thực hiện giao dịch đó qua sàn, không phải là điều kiện về hình thức của giao dịch bằng văn bản phải tuân thủ để có hiệu lực pháp luật mà được dùng làm cơ sở để kê khai thuế, đăng ký chuyển quyền sở hữu, quyền sử dụng sẽ gây mâu thuẫn với Bộ luật Dân</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</p>

¹⁸ Điều 59 dự thảo Luật KDBĐS (sửa đổi)

¹⁹ Điều 8 Luật Công chứng năm 2014

<p>sự 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>dịch được công chứng có giá trị là chứng cứ không phải chứng minh trước Tòa²⁰.</p>
<p>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.</p>	<p>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.</p>
<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 chẽ²¹ 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</p>

²⁰ 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

²¹ Điều 40, Điều 41 Luật Công chứng năm 2014

	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.
Người đại diện của sàn trước khi thực hiện xác nhận thì không có trách nhiệm phải hướng dẫn các bên trong hợp đồng phải tuân thủ pháp luật, không có nghĩa vụ giải thích ý nghĩa, hậu quả pháp lý của việc tham gia hợp đồng, giao dịch. Và họ cũng không bị ràng buộc bởi quy định nào mang tính nguyên tắc phải chịu trách nhiệm trước pháp luật và các bên tham gia kết hợp đồng KDBĐS về giấy xác nhận đã giao dịch qua sàn.	Công chứng viên khi thực hiện công chứng phải có trách nhiệm hướng dẫn người yêu cầu công chứng tuân thủ đúng các quy định về thủ tục công chứng và các quy định pháp luật có liên quan đến việc thực hiện hợp đồng, giao dịch; có nghĩa vụ giải thích cho người yêu cầu công chứng hiểu rõ quyền, nghĩa vụ và lợi ích hợp pháp của họ, ý nghĩa và hậu quả pháp lý của việc tham gia hợp đồng, giao dịch ²² . Và công chứng viên bị ràng buộc bởi nguyên tắc hành nghề là phải chịu trách nhiệm trước pháp luật và người yêu cầu công chứng về văn bản công chứng ²³ .

III. Một số nhận định và đề xuất, 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, làm sao cho lợi nhuận là tối đa, chi phí là 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 nại²⁴.

Theo báo cáo thẩm tra 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

²² Điểm d Khoản 2 Điều 17, khoản 4 Điều 40 Luật Công chứng năm 2014

²³ Khoản 4 Điều 4 Luật Công chứng năm 2014

²⁴ 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

nhuận làm nhiều loạn thị trường, không phản ánh đúng quan hệ cung cầu, giá cả. Do đó, việc bắt buộc giao dịch bất động sản qua sàn tiềm ẩn nguy cơ lợi dụng để độc quyền, câu kết, gây ảnh hưởng đến minh bạch thị trường và quyền lợi các bên trong kinh doanh bất động sản. 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 luật kinh doanh bất động sản “quy định điều kiện thành lập sàn giao dịch, cơ chế hoạt động của sàn giao dịch còn người mua tham gia hay không giao sàn giao dịch là quyền của người mua.”²⁵

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. Mặt khác, nội hàm của việc xác nhận qua sàn theo dự thảo vô tình trở thành một điều kiện về hình thức giao dịch mà chủ thể kinh doanh BĐS, khách hàng phải tuân thủ để hợp đồng có hiệu lực, có giá trị pháp lý và thiếu sự thống nhất, đồng bộ với khoản 2 Điều 117 và khoản 2 Điều 119 Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định giao dịch bằng văn bản mà có công chứng, chứng thực, đăng ký thì mới phải tuân theo quy định đó.

Trong điều kiện thực tế hiện nay, khi mà công tác quản lý, điều tiết thị trường, trong đó có thị trường bất động sản, còn nhiều bất cập, rất nhiều vụ án liên quan đến doanh nghiệp kinh doanh bất động sản 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, điển hình như chỉ một vụ án Tập đoàn địa ốc Alibaba mà báo chí đã đăng, với vai trò chủ mưu của Nguyễn Thái Luyện thành lập 22 pháp nhân, vẽ ra nhiều dự án không có thật đã làm thiệt hại cho 4.361 người, lừa đảo chiếm đoạt số tiền 2.264 tỷ đồng²⁶. Chưa kể rất nhiều doanh nghiệp tìm đủ kiểu lách luật huy động vốn khi chưa đủ điều kiện²⁷, 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 thỏa thuận hợp đồng nguyên tắc để bán, chuyển nhượng, hợp đồng đặt cọc²⁸, thỏa thuận đăng ký giữ chỗ ... mà thị trường có biến động hoặc sau đó thấy

²⁵ <https://quochoi.vn/tintuc/Pages/tin-hoat-dong-cua-quoc-hoi.aspx?ItemID=74870>, truy cập ngày 17/4/2023

²⁶ <https://tuoitre.vn/toa-se-cang-rap-de-xet-xu-vu-alibaba-140-ruong-ho-so-1-trieu-but-luc-4-361-bi-hai-20220728143952868.htm>, truy cập ngày 15/8/2022

²⁷ <https://plo.vn/chung-cu-monarchy-chua-nghiem-thu-da-ban-cho-khach-hang-post627745.html>, truy cập ngày 26/9/2022

<https://plo.vn/so-xay-dung-khuyen-cao-ve-dat-coc-giu-cho-mua-nha-post660984.html>, truy cập ngày 26/9/2022

<https://plo.vn/du-an-the-muse-da-nang-chua-duoc-huy-dong-von-post683019.html>, truy cập ngày 15/8/2022

²⁸ <https://thanhvien.vn/sau-4-nam-mua-nha-khach-hang-nhan-duoc-thong-bao-cham-dut-hop-dong-185230418145458292.htm>, truy cập ngày 20/4/2023

nội dung thỏa thuận bất gây lợi cho doanh nghiệp thì doanh nghiệp sẵn sàng thông báo đơn phương chấm dứt hợp đồng, cần nữa thì kiện khách hàng ra tòa để tuyên bố hợp đồng vô hiệu²⁹. Nếu pháp luật quy định các hợp đồng, giao dịch bất động sản của các doanh nghiệp này khi ký với khách hàng (nhất là mua bán nhà “trên giấy” (nhà ở hình thành trong tương lai) dưới bất kỳ hình thức nào mà nhằm mục đích huy động vốn, lấy tiền của người dân, khách hàng đều phải công chứng thì có lẽ đã không xảy ra những hậu quả đáng tiếc cho hàng nghìn người dân trên khắp cả nước, ảnh hưởng đến niềm tin của người dân vào Nhà nước pháp quyền cùng với bao hệ lụy khó khắc phục như thực tế đã diễn ra.

Trường hợp luật quy định phải công chứng, thì cần tính toán để giảm phí công chứng cho doanh nghiệp kinh doanh BĐS, thủ tục cũng thuận lợi, đồng thời phải xác định lại mức phí bảo lãnh ngân hàng trong bán, cho thuê mua nhà ở hình thành trong tương lai theo quy định tại khoản 1 Điều 56 Luật kinh doanh bất động sản năm 2014 để doanh nghiệp tiết giảm chi phí, hạ giá thành sản phẩm. Trong các hợp đồng, giao dịch KDBĐS phải có điều khoản về thanh toán qua ngân hàng, không thanh toán bằng tiền mặt. Điều khoản đó cần nêu rõ chủ đầu tư phải mở tài khoản riêng tại chính ngân hàng chấp nhận bảo lãnh cho dự án đó để người mua, nhận chuyển nhượng chuyển khoản hoặc nộp tiền vào và ngân hàng có trách nhiệm giám sát việc sử dụng số tiền mà doanh nghiệp đã nhận được sử dụng đúng mục đích để dự án hoàn thành theo tiến độ cam kết để bàn giao cho khách hàng. Đây có thể là cách thức để cụ thể hóa trong thực tế giải pháp về tăng cường thực hiện thanh toán qua ngân hàng, không dùng tiền mặt trong giao dịch bất động sản.³⁰

Thách thức và đáp ứng là quy luật của cuộc sống, quy luật của sự phát triển, Luật kinh doanh BĐS (sửa đổi) phải là sự đáp ứng thành công của Nhà nước trong việc quản lý chặt chẽ thị trường bất động sản, nhưng cũng kiến tạo điều kiện để thị trường này phát triển bền vững, không còn tái diễn câu chuyện "bong bóng bất động sản". Để điều tiết thị trường, thúc đẩy tăng trưởng theo quy luật của thị trường thì công chứng là một sự lựa chọn với tư cách bên thứ ba độc lập, khách quan, phù hợp với định hướng phát triển nghề công chứng là khuyến khích người dân sử dụng dịch vụ công chứng để bảo đảm an toàn pháp lý cho các bên giao dịch, phòng ngừa vi phạm pháp luật³¹. Quản lý nhà nước bằng công cụ công chứng đã được thực tiễn các nước trên thế giới và Việt Nam đã chứng minh công chứng thực hiện tốt vai trò, chức năng người làm chứng khách quan, trung thực, đứng giữa, không thiên vị, không bị ảnh

²⁹ <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

³⁰ Mục 2.4 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”

³¹ 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

hưởng bởi quyền, nghĩa vụ và sự thỏa thuận của các bên để phòng ngừa, hạn chế rủi ro, khi có tranh chấp xảy ra thì các tình tiết, sự kiện được ghi nhận thành văn bản trên cơ sở ý chí và sự tự do thể hiện ý chí sẽ là căn cứ xác thực để các bên yên tâm thực hiện hoặc lấy đó làm bằng chứng phân xử với nhau, qua đó góp phần phòng ngừa tranh chấp, hạn chế rủi ro, bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp và bảo đảm an toàn pháp lý, trật tự công cộng được duy trì, trật tự pháp luật được tôn trọng sẽ củng cố niềm tin trong xã hội vào nhà nước pháp quyền, khi đó cho thị trường bất động sản cũng sẽ phát triển ổn định, minh bạch, bền vững, người dân thực sự thụ hưởng thành quả của sự phát triển để mà “an cư, lạc nghiệp”./.

Tài liệu tham khảo

1. Báo cáo số 512/BC-UBTVQH11 ngày 14/6/2006 Ủy ban Thường vụ Quốc hội giải trình, tiếp thu, chỉnh lý một số vấn đề của dự thảo Luật kinh doanh bất động sản;
2. Luật Kinh doanh bất động sản năm 2006;
3. Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014;
4. <https://moc.gov.vn/vn/tin-tuc/1173/1039/bo-truong-nguyen-hong-quan-doc-to-trinh-quoc-hoi-luat-kinh-doanh-bat-dong-san--minh-bach-cac-giao-dich-bat-dong-san.aspx>, truy cập ngày 23/3/2023;
5. <https://plo.vn/can-xem-lai-de-xuat-ban-nha-tren-giay-phai-qua-san-post726106.html>, truy cập ngày 29/3/2023;
6. <http://donre.hochiminhcity.gov.vn/tintuc/Lists/Posts/Post.aspx?List=f73cebc3%2D9669%2D400e%2Db5fd%2D9e63a89949f0&ID=2755>, truy cập ngày 17/4/2023;
7. <https://vneconomy.vn/bat-dong-san-dong-vai-tro-quan-trong-trong-nen-kinh-te-quoc-dan.htm>, truy cập ngày 25/4/2023;
8. Luật Công chứng năm 2006;
9. Luật Công chứng năm 2014;
10. Học viện Tư pháp, Giáo trình kỹ năng hành nghề công chứng, Nxb. Tư pháp, Hà Nội - 2020;
11. CCV. Tuấn Đạo Thanh, CCV Phạm Thu Hằng, Bình luận Luật Công chứng năm 2014, Nxb. Tư pháp, Hà Nội – 2022;
12. Bộ Tư pháp, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật, Thực hiện pháp luật về công chứng, Ấn phẩm đặc biệt dành cho Hiệp hội Công chứng viên Việt Nam, Hà Nội – 2020;

13. TS. Ninh Thị Hiền, Vai trò của hoạt động công chứng trong tiến trình cải cách tư pháp ở Việt Nam hiện nay, Chuyên đề số 2 – Thực hiện pháp luật về công chứng, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật – Bộ Tư pháp, Nxb. Tư pháp, Hà Nội – 2021;

14. Liên minh Công chứng quốc tế, Các nguyên tắc cơ bản của hệ thống công chứng La-tinh, thông qua ngày 8 tháng 11 năm 2005 tại Rome, Italie, Bản dịch của Bộ Tư pháp;

15. Bộ Tư pháp, Viện Khoa học pháp lý, Từ điển Luật học, Nxb. Từ điển bách khoa, Nxb. Tư pháp – 2006.

XÁC NHẬN GIAO DỊCH QUA SÀN VÀ CÔNG CHỨNG ĐỐI VỚI GIAO DỊCH BẤT ĐỘNG SẢN - LIÊN HỆ PHÁP LUẬT MỘT SỐ QUỐC GIA VÀ KINH NGHIỆM THAM KHẢO CHO VIỆT NAM

TS. GVC. Vũ Thế Hoài

Phó Trưởng khoa Luật - Trường Đại học Sài Gòn

Nguyễn Phạm Thanh Hoa

Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh

Tóm tắt: Dự thảo Luật Kinh doanh bất động sản (sửa đổi) đang được tổ chức lấy ý kiến sâu rộng trong nhân dân, một trong những nội dung được quan tâm và tranh luận nhiều là vấn đề liên quan đến quy định phải xác nhận giao dịch qua sàn giao dịch bất động sản và hợp đồng không phải công chứng, Bài viết này tập trung phân tích bản chất của hoạt động xác nhận giao dịch qua sàn và công chứng đối với giao dịch bất động sản, liên hệ pháp luật của một số quốc gia tiêu biểu như Pháp và Đức. Từ đó, tham khảo kinh nghiệm để đánh giá sự phù hợp của quy định xác nhận qua sàn của giao dịch bất động sản trong Dự thảo Luật kinh doanh Bất động sản (sửa đổi), đưa ra một số góp ý nhằm hoàn thiện pháp luật và hướng đến mục tiêu đảm bảo an toàn pháp lý đối với giao dịch bất động sản.

Từ khóa: Giao dịch bất động sản, xác nhận qua sàn, công chứng.

Đặt vấn đề:

Tại kỳ họp thứ 5 sắp tới, Quốc hội khóa XV, Quốc hội sẽ cho ý kiến nhiều đạo luật quan trọng có ảnh hưởng và chi phối đến sự phát triển kinh tế - xã hội như Luật Đất đai (sửa đổi), Luật Nhà ở (sửa đổi), Luật Kinh doanh Bất động sản (sửa đổi), tiến tới sửa đổi Luật Công chứng hiện hành. Với mục tiêu hoàn thiện cơ chế, chính sách nhằm phát triển thị trường bất động sản ổn định, lành mạnh; đảm bảo vận hành các quan hệ kinh doanh bất động sản theo cơ chế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa thì Dự thảo Luật Kinh doanh Bất động sản (sửa đổi) đã được đưa ra để lấy ý kiến với nhiều quy định được sửa đổi, bổ sung, nhiều nội dung cũng được quy định mới, trong đó, có quy định về xác nhận giao dịch qua sàn đối với giao dịch bất động sản. Tuy nhiên, quy định này lại nhận về rất nhiều quan điểm trái chiều, nhiều chuyên gia cho rằng, việc xác nhận qua sàn đối với giao dịch bất động sản là không thật sự cần thiết trong khi văn bản công chứng đã và đang làm tốt chức năng xác thực này.

1. Bản chất của xác nhận giao dịch qua sàn và giá trị pháp lý của văn bản công chứng trong giao dịch bất động sản

Khoản 6 Điều 3 Luật Kinh doanh Bất động sản năm 2014 (Luật KDBĐS 2014) định nghĩa sàn giao dịch bất động sản là nơi diễn ra các giao dịch về mua bán, chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê lại, cho thuê mua bất động sản. Đây sẽ là bên trung gian làm nhiệm vụ của cả hai bên thực hiện giao dịch, đứng ra trao đổi, đàm phán và ký kết hợp đồng mua bán, chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê lại, cho thuê mua bất động sản. Tại Điều 57 Dự thảo Luật KDBĐS (Dự thảo lần thứ 3)¹, đã có quy định mới liên quan đến sàn giao dịch bất động sản, cụ thể: *chủ đầu tư bán, cho thuê mua nhà ở hình thành trong tương lai, công trình xây dựng hình thành trong tương lai; 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 thông qua sàn giao dịch bất động sản*. Và Nhà nước cũng khuyến khích tổ chức, cá nhân mua, bán, cho thuê nhà ở, các công trình xây dựng không thuộc trường hợp trên thực hiện giao dịch bất động sản thông qua sàn để đảm bảo công khai, minh bạch và quyền lợi của các bên. Vậy bản chất của các giao dịch bất động sản khi phải thông qua sàn bất động sản là gì?

- *Một là*, đối tượng bắt buộc của việc xác nhận qua sàn giao dịch bất động sản là các giao dịch mua, bán, cho thuê mua nhà ở hình thành trong tương lai, công trình xây dựng hình thành trong tương lai; chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê lại quyền sử dụng đất đã có cơ sở hạ tầng trong dự án bất động sản. Có thể thấy, đất đai, nhà ở (sẵn có), công trình xây dựng (sẵn có) khi là đối tượng của các hình thức giao dịch trên thì không bắt buộc phải thông qua sàn bất động sản. Nói cách khác, Dự thảo luật hướng đến đối tượng phải thực hiện việc xác nhận qua sàn là những bất động sản hình thành trong tương lai hoặc quyền sử dụng đất đã có cơ sở hạ tầng trong dự án bất động sản, còn đối với những giao dịch khác có liên quan đến bất động sản thì chỉ mang tính chất khuyến khích từ phía cơ quan nhà nước.

- *Hai là*, một giao dịch bất động sản khi thực hiện qua sàn giao dịch bất động sản bao gồm nhiều hoạt động như giới thiệu, kiểm tra giấy tờ về bất động sản bảo đảm đủ điều kiện giao dịch; niêm yết, cung cấp công khai thông tin về bất động sản cho các bên tham gia có nhu cầu giao dịch, làm trung gian cho các bên trao đổi, đàm phán và ký kết hợp đồng; cung cấp các thông tin giao dịch bất động sản cho cơ quan quản lý nhà nước... Khi một bất động sản thuộc đối tượng bắt buộc phải qua sàn thì sàn sẽ được thực hiện một, một số các công việc trên, trong đó, có xác nhận thông tin về bất động sản tham gia giao dịch là đủ điều kiện theo quy định của pháp luật, cũng như cung cấp thông tin về tính thanh khoản của bất động sản tham gia giao dịch.

- *Ba là*, về giá trị pháp lý của giao dịch bất động sản được thực hiện qua sàn giao dịch bất động sản. Tại khoản 6 Điều 61 Dự thảo Luật KDBĐS đã ghi nhận giá trị của giao dịch bất

¹ Link: <https://vibonline.com.vn/du-thao/du-thao-luat-kinh-doanh-bat-dong-san-sua-doi-3?download=yes>, truy cập ngày 24/4/2023.

động sản qua sàn. Theo đó, xác nhận các giao dịch bất động sản thực hiện thông qua sàn sẽ làm cơ sở cho các chủ thể tham gia giao dịch kê khai nộp thuế cho Nhà nước, đăng ký biến động, sang tên quyền sở hữu tài sản, quyền sử dụng đất. Khi một giao dịch được xác nhận qua sàn thì người sử dụng đất sẽ dùng văn bản xác thực đó để làm cơ sở cho việc thực hiện các nghĩa vụ với cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Tức là, sự xác nhận của sàn giao dịch bất động sản với các giao dịch thông qua sàn sẽ có giá trị như xác nhận hợp đồng của tổ chức hành nghề công chứng². Giá trị xác nhận ở đây được hiểu trong mối quan hệ giữa chủ thể tham gia giao dịch thực hiện các nghĩa vụ về đất đai đối với cơ quan nhà nước. Hơn nữa, việc xác nhận trong trường hợp này chưa đủ giá trị pháp lý trong vai trò kiểm soát, cảnh báo, phòng ngừa và ngăn chặn rủi ro cho người dân khi giao dịch bất động sản như công chứng đối với giao dịch bất động sản. Theo Luật KDBĐS năm 2014 thì các hợp đồng của chủ đầu tư khi bán bất động sản không buộc phải công chứng, nay Dự thảo buộc phải qua sàn có giá trị như công chứng là không đúng. Việc xác nhận của sàn, sàn vẫn làm, việc của công chứng để công chứng làm mới đúng bản chất phòng ngừa tranh chấp của một bên độc lập cung cấp dịch vụ công về công chứng.

Đối với một giao dịch dân sự nói chung và giao dịch bất động sản nói riêng thì văn bản công chứng có giá trị pháp lý cao. Công chứng là việc công chứng viên của một tổ chức hành nghề công chứng nhận định tính xác thực, hợp pháp của hợp đồng, giao dịch dân sự khác bằng văn bản, tính chính xác, tính hợp pháp, không trái đạo đức của bản dịch mà theo quy định của pháp luật phải công chứng hoặc cá nhân, tổ chức tự nguyện yêu cầu công chứng. Nói cách khác, một văn bản khi được công chứng sẽ có giá trị pháp lý gần như là tuyệt đối, trừ những trường hợp sai sót trong quá trình công chứng, đây cũng là cơ sở để người dân dựa vào khi trở thành các bên giao dịch có liên quan đến những tài sản có giá trị lớn, trong đó có bất động sản. Tại Điều 5 Luật Công chứng năm 2014, thì văn bản công chứng sẽ có các giá trị pháp lý:

(i) Văn bản công chứng có hiệu lực kể từ ngày được công chứng viên ký và đóng dấu của tổ chức hành nghề công chứng;

(ii) Hợp đồng, giao dịch được công chứng có hiệu lực thi hành đối với các bên liên quan, trong trường hợp bên có nghĩa vụ không thực hiện nghĩa vụ của mình thì bên kia có quyền yêu cầu Tòa án giải quyết theo quy định của pháp luật, trừ trường hợp các bên tham gia hợp đồng, giao dịch có thỏa thuận khác.

² TS. Ninh Thị Hiền (2023), 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](https://plo.vn/giao-dich-bat-dong-san-phai-qua-san-nen-thay-bang-cong-chung/), truy cập ngày 20/4/2023.

(iii) Hợp đồng, giao dịch được công chứng có giá trị chứng cứ; những tình tiết, sự kiện trong hợp đồng, giao dịch được công chứng không phải chứng minh, trừ trường hợp bị Tòa án tuyên bố là vô hiệu;

(iv) Bản dịch đã được công chứng có giá trị sử dụng như giấy tờ, văn bản được dịch.

Có thể thấy rằng, trong giao dịch bất động sản, văn bản công chứng có giá trị trong việc đảm bảo giao dịch đó sẽ được thi hành trên thực tế, các chủ thể của giao dịch phải tuân thủ các cam kết, nghĩa vụ quy định trong hợp đồng. Ngoài giá trị thi hành thì văn bản công chứng còn có thể trở thành nguồn chứng cứ khi các bên xảy ra tranh chấp. Lúc này, văn bản công chứng giữ vai trò xác định lại tính đúng sai, tính hợp pháp hay không hợp pháp của giao dịch mà không buộc các bên phải chứng minh. Theo Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015 thì những tình tiết, sự kiện đã được ghi trong văn bản và được công chứng, chứng thực hợp pháp thì không phải chứng minh, trường hợp có dấu hiệu nghi ngờ tính khách quan của những tình tiết, sự kiện này hoặc tính khách quan của văn bản công chứng, chứng thực thì Thẩm phán có thể yêu cầu đương sự, cơ quan, tổ chức công chứng, chứng thực xuất trình bản gốc, bản chính (khoản 1 Điều 92). Nói cách khác, Tòa án chỉ cần dựa vào văn bản công chứng, miễn là văn bản đó được xác lập đúng pháp luật, thì gần như là đủ cơ sở pháp lý để giải quyết tranh chấp nếu như tranh chấp đó chỉ cần dựa trên văn bản công chứng.

Bản chất giữa việc xác nhận bất động sản giao dịch thông qua sàn giao dịch bất động sản và công chứng trong giao dịch bất động sản là khác nhau. Nếu công chứng đang thực hiện chức năng là cung cấp dịch vụ công về phòng ngừa tranh chấp của Nhà nước với một vai trò độc lập thì xác nhận bất động sản thông qua sàn giao dịch bất động sản chỉ đang thực hiện một trong các nội dung hoạt động của sàn. Tại Điều 61 Dự thảo Luật KDBĐS quy định: "giấy xác nhận giao dịch qua sàn là cơ sở để các chủ thể tham gia giao dịch kê khai nộp thuế cho Nhà nước, đăng ký biến động, sang tên quyền sở hữu tài sản, quyền sử dụng đất theo quy định Luật này và các luật khác có liên quan". Cần nghiên cứu, xem xét lại quy định này để đảm bảo thống nhất với Dự thảo Luật Đất đai, pháp luật về công chứng. Hiện nay, quy định của pháp luật đất đai về đăng ký quyền sử dụng đất, cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất không căn cứ vào giấy xác nhận giao dịch qua sàn. Pháp luật về công chứng quy định về việc công chứng các giao dịch, hợp đồng liên quan đến quyền sử dụng đất và đây là một trong các căn cứ quan trọng để thực hiện các thủ tục như: thực hiện nghĩa vụ nộp thuế cho Nhà nước, cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất.

2. Quy định pháp luật của một số quốc gia về xác nhận giao dịch qua sàn và công chứng trong giao dịch bất động sản

Hiện nay, pháp luật một số quốc gia trên thế giới đã có những quy định về xác nhận giao dịch qua sàn và công chứng đối với giao dịch bất động sản.

Ở Pháp, tại Chương V Bộ luật Dân sự Pháp năm 2013 quy định về Cơ quan đăng ký công cộng về quyền lợi đất đai và bất động sản, cụ thể là Điều 710-1 quy định về hình thức của hành vi xác thực giao dịch bất động sản như sau³: mọi hành vi hay quyền, để thực hiện các thủ tục công khai liên quan đến đất đai đều phải được thể hiện dưới hình thức văn bản công chứng do một công chứng viên hành nghề tại Pháp lập, quyết định của Tòa án hay một văn bản của cơ quan hành chính. Tuy nhiên, quy định này sẽ không áp dụng đối với các thủ tục công khai đất đai, chẳng hạn như liên quan đến việc nộp đơn khiếu nại tại Tòa án, các lệnh cấu thành việc tịch thu tài sản, các hành vi tố tụng và phán quyết khác nhau liên quan đến chúng...

Như vậy ở Pháp, tất cả các giao dịch bất động sản diễn ra đều phải được xác thực bởi công chứng viên⁴. Nói cách khác, giá trị pháp lý của văn bản công chứng và vai trò của công chứng viên là yêu cầu bắt buộc, việc xác nhận qua sành đối với giao dịch bất động sản là không mang tính bắt buộc và phụ thuộc vào sự tự nguyện của người dân. Theo đó, trong các giao dịch bất động sản, các bên và công chứng viên sẽ thực hiện một chứng thư chuyển nhượng có công chứng, tức là văn bản công chứng, có đóng dấu và được đăng ký với cơ quan đăng ký đất đai địa phương kể từ khi thực hiện để việc chuyển nhượng quyền sở hữu đối với bất động sản sẽ có hiệu lực đối với bên thứ ba⁵. Công chứng viên sẽ chịu trách nhiệm pháp lý về giá trị pháp lý của văn bản được công chứng nên ở Pháp, độ tin cậy của những văn bản này luôn ở mức cao và vấn đề an toàn minh bạch trong giao dịch bất động sản luôn được bảo đảm. Do vậy, các giao dịch bất động sản mà thực hiện qua sành tại nước này sẽ không được công nhận về mặt pháp lý, điều này cũng đồng nghĩa rằng, các bên của giao dịch phải thực hiện thủ tục công chứng để thi hành giao dịch bất động sản này trên thực tế.

Còn tại Đức, giá trị pháp lý của văn bản công chứng đối với các giao dịch bất động luôn được đề cao. Tại Điều 925 Bộ luật Dân sự Đức năm 2002, sửa đổi năm 2021⁶ có quy định: hợp đồng chuyển nhượng quyền sở hữu bất động sản giữa người chuyển nhượng và người mua lại cần phải được công chứng với sự có mặt của cả hai bên trước cơ quan có thẩm quyền. Có như vậy thì giá trị pháp lý của hợp đồng này mới được công nhận. Cũng tương tự với Pháp,

³ Bộ luật Dân sự Pháp, <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/fr/fr512en.pdf>, truy cập ngày 20/4/2023.

⁴ *French notary, a real-estate expert*, <https://www.notaires.fr/en/housing-tax-system/buying-and-selling-various-stages/notaires-property-specialists#:~:text=the%20sale%20price.-,Notary%2C%20guarantor%20of%20legal%20security,security%2C%20not%20to%20mention%20confidentiality.>, truy cập ngày 20/4/2023.

⁵ Corinne Knopp, *Deloitte Global Real Estate Leader (2022)*, Handbook for Real Estate Transactions, <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/Legal/dttl-legal-handbook-for-real-estate-transactions.pdf>, truy cập ngày 20/4/2023, tr.85.

⁶ Bộ luật Dân sự Đức năm 2002, sửa đổi năm 2021, https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p4486, truy cập ngày 20/4/2023.

tại Đức, hoạt động công chứng và công chứng viên có một vai trò đặc biệt quan trọng trong xác thực các giao dịch, trong đó có giao dịch đối với bất động sản. Theo đó, các thỏa thuận về mua bán ở quốc gia này có yêu cầu khá khắt khe về mặt công chứng nếu đối tượng của giao dịch mua bán ở đây là bất động sản. Cho nên một thỏa thuận riêng tư bằng văn bản thì không đủ để cấu thành nghĩa vụ ràng buộc về mặt pháp lý và có hiệu lực thi hành chuyển nhượng bất động sản đối với các bên. Vì vậy, khi thực hiện các giao dịch có liên quan đến bất động sản thì buộc các bên phải đảm bảo tuân thủ quy định về công chứng giao dịch.

3. Một số đề xuất về việc xác nhận giao dịch qua sàn và công chứng giao dịch bất động sản trong Dự thảo Luật Kinh doanh bất động sản (sửa đổi)

Quy định về xác nhận giao dịch qua sàn đối với giao dịch bất động sản trong Dự thảo Luật KDBĐS là không thật sự cần thiết và thuyết phục vì một số lý do sau:

- *Thứ nhất*, đây từng là nội dung đã được Luật KDBĐS 2006 điều chỉnh, tuy nhiên quy định này đã bị bãi bỏ bởi Luật KDBĐS 2014. Đến Dự thảo Luật sửa đổi lần này, nội dung về xác nhận giao dịch qua sàn lại tiếp tục được đưa vào. Trước đó, Luật KDBĐS 2006 quy định rằng, tổ chức, cá nhân kinh doanh bất động sản phải bán nhà, công trình xây dựng thông qua sàn giao dịch bất động sản (khoản 2 Điều 22); tổ chức, cá nhân kinh doanh bất động sản cho thuê, cho thuê mua nhà, công trình xây dựng phải thực hiện thông qua sàn giao dịch bất động sản (khoản 2 Điều 28, khoản 3 Điều 33). Lý do là tại thời điểm Luật KDBĐS 2006 có quy định này là nhằm tạo ra một diện mạo mới cho thị trường bất động sản, tác động vào ý thức người dân để thay đổi dần tập quán giao dịch cũ cũng như từng bước xây dựng một môi trường kinh doanh bất động sản minh bạch cho các nhà đầu tư, là kênh cung cấp thông tin thị trường cho người dân và cho cơ quan quản lý nhà nước⁷. Tuy nhiên, hiện nay, căn cứ vào lý do này để đưa một quy định vốn đã bị bãi bỏ vào Luật KDBĐS (sửa đổi) dường như không còn phù hợp. Như đã phân tích ở phần 2, hiện nay, pháp luật một số quốc gia không bắt buộc các giao dịch bất động sản phải thực hiện qua sàn, nói cách khác, chỉ cần giao dịch bất động sản được công chứng viên công chứng là đã đủ giá trị pháp lý về việc tuân thủ các nghĩa vụ của hợp đồng giữa các chủ thể tham gia giao dịch, giữa các chủ thể với cơ quan quản lý nhà nước về đất đai và cơ quan có thẩm quyền khác khi xác lập giao dịch.

- *Thứ hai*, việc xác nhận giao dịch qua sàn giao dịch bất động sản tiềm ẩn nhiều rủi ro khó lường, cụ thể:

Một là, sàn giao dịch bất động sản chưa đủ sự an toàn về mặt pháp lý để đảm bảo một giao dịch bất động khi được xác nhận qua sàn là xác thực như văn bản được công chứng. Theo đó, điều kiện để thành lập sàn giao dịch bất động sản là khá đơn giản, cụ thể, tổ chức, cá nhân

⁷ Bộ Xây dựng, Tờ trình đề nghị xây dựng dự án Luật Kinh doanh Bất động sản (sửa đổi).

kinh doanh dịch vụ sàn giao dịch bất động sản phải thành lập doanh nghiệp; phải có ít nhất 02 người có chứng chỉ hành nghề môi giới bất động sản; người quản lý, điều hành sàn giao dịch bất động sản phải có chứng chỉ hành nghề môi giới bất động sản và sàn phải có quy chế hoạt động, tên, địa chỉ, cơ sở vật chất, kỹ thuật đáp ứng yêu cầu hoạt động (Điều 69). Có thể thấy rằng, về bản chất, sàn giao dịch bất động sản chỉ là nơi trung gian diễn ra các giao dịch mua bán, chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê lại, cho thuê mua bất động sản và cũng chỉ là một doanh nghiệp được thành lập theo pháp luật về doanh nghiệp, hoạt động như các doanh nghiệp khác và không phải là cơ quan nhân danh nhà nước⁸. Hơn nữa, với số lượng bắt buộc tối thiểu là 02 người có chứng chỉ hành nghề là chưa đủ đáp ứng về trình độ chuyên môn. Lĩnh vực bất động sản cũng như các giao dịch trong lĩnh vực này là vô cùng rộng và phức tạp, đòi hỏi người hành nghề phải có trình độ, năng lực chuyên môn cao cũng như kinh nghiệm, với việc chỉ yêu cầu ít nhất 02 nhân sự có chứng chỉ hành nghề là chưa đủ đảm bảo sự chính xác, an toàn trong quá trình hoạt động của sàn giao dịch bất động sản, từ đó có thể làm ảnh hưởng rất lớn đến quyền lợi của người dân.

Hai là, thực tế hiện nay, việc phân bổ sàn giao dịch bất động sản là chưa đồng đều trong phạm vi cả nước. Theo thống kê, tập trung nhiều nhất là ở Thành phố Hồ Chí Minh có 280 sàn giao dịch bất động sản, tiếp đến là Hà Nội với 154 sàn giao dịch, tiếp theo là Quảng Ninh, Đồng Nai, Bình Định, Thành phố Cần Thơ, Thái Nguyên lần lượt là 51, 19, 14, 10, 5 và thấp nhất là Bình Thuận với 0 sàn giao dịch bất động sản⁹. Với số lượng sàn giao dịch bất động sản không đồng đều giữa các địa phương như hiện nay thì khi quy định về xác nhận giao dịch thông qua sàn là bắt buộc đối với một số trường hợp thì ở các địa phương chưa có sàn giao dịch bất động sản sẽ phải áp dụng nội dung này như thế nào. Hơn nữa, quy mô và điều kiện hoạt động của các sàn giao dịch bất động sản ở các địa phương là khác nhau dẫn đến năng lực xác thực giao dịch của mỗi sàn cũng sẽ khác nhau.

Ba là, nguy cơ độc quyền và gia tăng các khoản phí không cần thiết khi xác nhận giao dịch bất động sản qua sàn. Vì khi có quy định bắt buộc các giao dịch gồm bán, cho thuê mua nhà ở hình thành trong tương lai, công trình xây dựng hình thành trong tương lai; 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 thông qua sàn giao dịch bất động sản thì bắt buộc các chủ đầu tư phải tìm đến các sàn giao dịch bất động sản để thực hiện việc xác nhận giao dịch. Xuất phát từ yếu tố ràng buộc về mặt pháp lý mà các chủ đầu tư không còn lựa chọn nào khác, từ đó, nhiều sàn giao dịch bất động sản sẽ lợi dụng điểm này để độc quyền hoặc cấu kết với một trong các bên

⁸Kỳ Thư (2023), *Đề xuất giao dịch bất động sản qua sàn “Quy định lỗi thời, lạc hậu”*, <https://vietnamfinance.vn/de-xuat-giao-dich-bat-dong-san-qua-san-quy-dinh-loi-thoi-lac-hau-20180504224281228.htm>, truy cập ngày 20/4/2023.

⁹ Bộ Xây dựng Hệ thống thông tin nhà ở và thị trường bất động sản, Thông tin về các sàn giao dịch bất động sản trên địa bàn cả nước, <https://batdongsan xaydung.gov.vn/sanbds.aspx>, truy cập ngày 20/4/2023.

tham gia giao dịch gây ra tình trạng nhiễu loạn thị trường¹⁰. Hơn nữa, tình trạng tăng giá là tất yếu. Bởi các sản phẩm giao dịch bất động sản có chức năng chính là môi giới, định giá tài sản, quản lý và đầu tư kinh doanh bất động sản, quảng bá loại hàng hóa đặc biệt là bất động sản nên đây là một kênh trung gian giúp cho các chủ đầu tư tìm kiếm bất động sản và thực hiện các giao dịch thuận tiện hơn. Do vậy, nếu quy định thêm về vấn đề xác nhận giao dịch qua sàn là bắt buộc thì chi phí mà chủ đầu tư bỏ ra sẽ phải tăng thêm so với chi phí trong bối cảnh thực tế hiện nay.

- Thứ ba, quy định về xác nhận giao dịch bất động sản qua sàn sẽ tự tạo rủi ro cho giao dịch bất động sản trong khi văn bản công chứng đã và đang làm tốt điều này. Bất động sản là một loại hàng hóa đặc biệt và có giá trị lớn nên khi trở thành đối tượng của các giao dịch thì các bên tham gia luôn đặt vấn đề an toàn pháp lý, minh bạch lên hàng đầu. Nếu không đảm bảo được yêu cầu này thì quyền lợi của các bên sẽ bị ảnh hưởng. Do vậy, công chứng đã được đặt ra trong các giao dịch bất động sản. Như đã đề cập trước đó, văn bản công chứng mang giá trị pháp lý mà việc xác nhận qua sàn giao dịch bất động sản chưa đảm bảo được là giá trị thi hành và giá trị chứng minh. Văn bản công chứng là cơ sở pháp lý vững chắc để đảm bảo tính hợp pháp trung thực và tránh các sai sót về nội dung của giao dịch. Từ đó, các bên sẽ dựa vào nội dung đã được xác thực để thi hành trên thực tế. Khi xảy ra tranh chấp, các bên không tìm được cách giải quyết thỏa đáng thì Tòa án sẽ là cơ quan đứng ra giải quyết và văn bản công chứng sẽ là tài liệu mà Tòa án dựa vào để đưa ra phán quyết đối với các bên tham gia tham gia giao dịch. Bởi văn bản này là nguồn chứng cứ được Bộ luật Tố tụng Dân sự quy định nên nó có giá trị chứng minh về tính hợp pháp của một giao dịch bất động sản. Có thể nói, công chứng đã và đang giữ vai trò quan trọng trong việc xác thực tính hợp pháp của các giao dịch liên quan đến bất động sản. Vì vậy, hiện nay Luật KDBDS (sửa đổi) không nhất thiết phải đưa ra một quy định mới trong khi quy định này chưa thật sự cần thiết và thuyết phục để giải quyết các bất cập liên quan đến giao dịch bất động sản.

Kết luận

Từ các đánh giá và phân tích trên, nhóm tác giả đề xuất điều chỉnh quy định *chủ đầu tư bán, cho thuê mua nhà ở hình thành trong tương lai, công trình xây dựng hình thành trong tương lai; 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 thông qua sàn giao dịch bất động sản* tại Điều 57 của Dự thảo Luật KDBDS (sửa đổi) và kiến nghị sửa đổi lại Điều 57 như sau:

¹⁰ Thành Chung (2023), *Bắt buộc bán bất động sản qua sàn tiềm ẩn nguy cơ độc quyền, tăng chi phí*, <https://tuoitre.vn/bat-buoc-ban-bat-dong-san-qua-san-tiem-an-nguy-co-doc-quyen-tang-chi-phi-20230412101906952.htm>, truy cập ngày 20/4/2023.

“Điều 57: Khuyến khích các giao dịch bất động sản thông qua sàn giao dịch bất động sản

Nhà nước khuyến khích tổ chức, cá nhân thực hiện giao dịch bất động sản thông qua sàn giao dịch bất động sản để đảm bảo công khai, minh bạch và quyền lợi của các bên”.

Vấn đề có thực hiện xác nhận giao dịch bất động sản thông qua sàn giao dịch bất động sản hay không nên dựa trên sự tự nguyện của các bên tham gia giao dịch. Việc quy định bắt buộc như trong Dự thảo Luật KDBĐS (sửa đổi) vô hình chung đẩy người dân vào thế khó. Vì bất động sản - một loại hàng hóa có giá trị lớn nên nhiều người không thể đặt tất cả niềm tin của mình vào sàn giao dịch bất động sản trong khi đó chưa đảm bảo được độ an toàn về mặt pháp lý cho các giao dịch bất động sản. Nhưng đối với công chứng thì ngược lại, công chứng đang thực hiện tốt vai trò của mình trong đối với các giao dịch bất động sản. Điều mà Dự thảo cần làm để nâng cao sự minh bạch, an toàn đối với các giao dịch bất động sản thực hiện qua sàn là hoàn thiện các quy định về vai trò của sàn giao dịch bất động sản, cụ thể là các nguyên tắc tổ chức và hoạt động của sàn giao dịch bất động sản, điều kiện đối với người quản lý, điều hành sàn; điều kiện về số lượng nhân sự tối thiểu có chứng chỉ hành nghề...¹¹.

Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014 trải qua hơn 08 năm triển khai thực hiện, hoạt động kinh doanh bất động sản đã phát triển và dần dần trở nên an toàn hơn về mặt pháp lý. Tuy nhiên, thông qua quá trình áp dụng pháp luật trên thực tế, bên cạnh những kết quả tích cực đã đạt được thì nhiều quy định đã phát sinh bất cập cần được sửa đổi, bổ sung. Từ đó, Dự thảo Luật KDBĐS (sửa đổi) đã được đưa ra lấy ý kiến, trong đó, có nội dung về xác nhận giao dịch bất động sản qua sàn. Trong bối cảnh hiện nay, việc bắt buộc các giao dịch bất động sản quy định tại Điều 57 của Dự thảo phải xác nhận qua sàn là không thật sự cần thiết. Nhóm tác giả cho rằng, Dự thảo chỉ nên quy định cụ thể về điều kiện và nội dung hoạt động của các sàn giao dịch bất động sản để tăng tính minh bạch và an toàn pháp lý, còn vấn đề xác thực tính hợp pháp của giao dịch bất động sản cần tập trung vào giá trị pháp lý của công chứng khi văn bản công chứng đã và đang làm rất tốt chức năng xác thực này trong thực tiễn./.

Tài liệu tham khảo

1. Bộ luật Dân sự năm 2015;
2. Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015;
3. Luật Kinh doanh Bất động sản năm 2006;
4. Luật Kinh doanh Bất động sản năm 2014;

¹¹ Bảo Yến (2023), Hoàn thiện các quy định về sàn giao dịch bất động sản khả thi, hiệu quả góp phần minh bạch hóa thị trường, <https://quochoi.vn/tintuc/Pages/tin-hoat-dong-cua-quoc-hoi.aspx?ItemID=74841>, truy cập ngày 20/4/2023.

5. Luật Công chứng năm 2014;
6. Dự thảo Luật Kinh doanh Bất động sản năm 2022 (sửa đổi);
7. Tờ trình đề nghị xây dựng dự án Luật Kinh doanh Bất động sản (sửa đổi);
8. Bộ luật Dân sự Pháp năm 2013;
9. Bộ luật Dân sự Đức năm 2002, sửa đổi năm 2021;
10. Bộ Xây dựng Hệ thống thông tin nhà ở và thị trường bất động sản, Thông tin về các sàn giao dịch bất động sản trên địa bàn cả nước, <https://batdongsan.xaydung.gov.vn/sanbds.aspx>, truy cập ngày 20/4/2023;
11. Bảo Yến (2023), *Hoàn thiện các quy định về sàn giao dịch bất động sản khả thi, hiệu quả góp phần minh bạch hóa thị trường*, <https://quochoi.vn/tintuc/Pages/tin-hoat-dong-cua-quoc-hoi.aspx?ItemID=74841>, truy cập ngày 20/4/2023;
12. Kỳ Thu (2023), *Đề xuất giao dịch bất động sản qua sàn “Quy định lỗi thời, lạc hậu”*, <https://vietnamfinance.vn/de-xuat-giao-dich-bat-dong-san-qua-san-quy-dinh-loi-thoi-lac-hau-20180504224281228.htm>, truy cập ngày 20/4/2023;
13. Thành Chung (2023), *Bắt buộc bán bất động sản qua sàn tiềm ẩn nguy cơ độc quyền, tăng chi phí*, <https://tuoitre.vn/bat-buoc-ban-bat-dong-san-qua-san-tiem-an-nguy-co-doc-quyen-tang-chi-phi-20230412101906952.htm>, truy cập ngày 20/4/2023;
14. TS. Ninh Thị Hiền (2023), *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 20/4/2023;
15. *French notary, a real-estate expert*, <https://www.notaires.fr/en/housing-tax-system/buying-and-selling-various-stages/notaires-property-specialists#:~:text=the%20sale%20price.-,Notary%2C%20guarantor%20of%20legal%20security,security%2C%20not%20to%20ment ion%20confidentiality>, truy cập ngày 20/4/2023;
16. Corinne Knopp, *Deloitte Global Real Estate Leader (2022)*, Handbook for Real Estate Transactions, <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/Legal/dttl-legal-handbook-for-real-estate-transactions.pdf>, truy cập ngày 20/4/2023, tr.85.

MỘT SỐ VẤN ĐỀ PHÁP LÝ VỀ CÔNG CHỨNG SỐ TRONG GIAO DỊCH BẤT ĐỘNG SẢN

ThS. Lê Thị Ngân Hà

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

Nguyễn Văn Dương

Học viên CHL Kinh tế khóa 36, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh

Tóm tắt: Với yêu cầu chuyển đổi số ngày càng mạnh mẽ thì chuyển đổi số đối với hoạt động công chứng cũng là một điều tất yếu. Theo đó công chứng số đang được quan tâm và phát triển tại Việt Nam, đặc biệt là công chứng số đối với các giao dịch bất động sản. Tuy nhiên, khung pháp lý về công chứng số tại Việt Nam đang trong quá trình hình thành và tương đối mỏng, do đó chưa tạo điều kiện cho việc phát triển công chứng số tại Việt Nam. Trong bài viết này nhóm tác giả phân tích về khái niệm về công chứng số, từ đó làm rõ được bản chất của công chứng số, phân tích những khó khăn trong việc thực hiện công chứng số liên quan đến giao dịch bất động sản và đưa ra một số gợi ý, kiến nghị nhằm hoàn thiện khung pháp lý về công chứng số hiện nay.

Từ khóa: công chứng số, giao dịch bất động sản, Luật Công chứng, Luật Giao dịch điện tử

Abstract: *As the demand for digital transformation increases, the digitization of notarization is also inevitable. Accordingly, digital notarization is being focused on and developed in Vietnam, especially for real estate transactions. However, the legal framework for digital notarization in Vietnam is still in the process of formation and relatively thin, thus not creating favorable conditions for the development of digital notarization in Vietnam. In this article, the authors analyze the concept of digital notarization, clarify the essence of digital notarization, analyze the difficulties in performing digital notarization related to real estate transactions, and provide some suggestions and recommendations to improve the current legal framework for digital notarization.*

Keywords: *digital notarization, real estate transactions, Notary Law, E-commerce Law.*

1. Khái niệm công chứng số

Trong công cuộc chuyển đổi số quốc gia nói chung và chiến lược phát triển Chính phủ điện tử hướng tới Chính phủ số giai đoạn 2021-2025, định hướng đến năm 2030, thuật ngữ công chứng số (Digital notary) được sử dụng giống như sự kết hợp giữa số hóa dữ liệu và số hóa quy trình trong hoạt động công chứng, bao gồm việc chuyển đổi các dữ liệu bằng văn bản sang dạng số và sử dụng một số thiết bị, công nghệ kỹ thuật số để thực hiện hoạt động công chứng¹.

Như vậy, về cơ bản khi áp dụng công chứng số, hoạt động công chứng vẫn được thực hiện như quy trình truyền thống, việc ứng dụng công nghệ, kỹ thuật số mang tính chất hỗ trợ cho các công đoạn hoặc công việc cụ thể trong quy trình đó để công việc trở nên đơn giản về dễ dàng thực hiện hơn. Ví dụ, việc gửi nộp và trả hồ sơ công chứng có thể thực hiện qua mail, zalo, facebook messenger do tài liệu đã được “số hoá” dưới dạng file như ảnh chụp, scan, PDF, word; việc đối soát, xác thực hồ sơ có thể thực hiện trực tuyến (nếu phức tạp) hoặc tự trích xuất, phân tích, kiểm tra, đối chiếu trên dữ liệu hệ thống (nếu đơn giản); việc chứng nhận văn bản có thể thực hiện bằng cách sử dụng con dấu, chữ ký, chứng chỉ xác thực điện tử.

Cần phân biệt công chứng số với công chứng điện tử (E-Notary). Công chứng điện tử được hiểu là việc công chứng viên chứng nhận tài liệu bằng phương thức điện tử. Thay vì xác thực bằng chữ ký giấy và con dấu truyền thống, công chứng viên chứng nhận và xác thực tính hợp lệ bằng gán chữ ý điện tử và con dấu công chứng có sử dụng khóa bảo đảm vào tài liệu điện tử (tập tin PDF hoặc Word)².

Như vậy có thể thấy nội hàm khái niệm công chứng số rộng hơn khái niệm công chứng điện tử, nếu như công chứng số là chỉ quá trình áp dụng các công nghệ, kỹ thuật số vào việc công chứng từ đó làm thay đổi các cách thức, phương pháp, quy trình thực hiện, thì công chứng điện tử là chỉ sự thay đổi trong hình thức xác thực, chứng nhận văn bản công chứng.

Hiện nay, tùy vào điều kiện và cơ sở phát triển kinh tế xã hội mà các quốc gia quy định khác nhau về công chứng số. Ở Mỹ, việc áp dụng các công cụ công nghệ mới đã phát triển phương thức công chứng truyền thống thành các phương thức: công chứng trực tuyến từ xa (RON); công chứng điện tử trực tiếp (IPEN); công chứng chữ ký mực từ xa (RIN). Đối với RON, công chứng viên và người ký gặp nhau từ xa từ các địa điểm khác nhau bằng công nghệ

¹ Xem: Đào Duy An, <https://daoduyan.com/2022/02/ly-luan-va-thuc-tien-ve-cong-chung-so-tai-viet-nam/>, truy cập ngày 20/04/2023.

² Phan Thị Bình Thuận, “Công chứng điện tử tại Việt Nam trong bối cảnh Cách mạng công nghiệp 4.0”, *Tạp chí Nghiên cứu lập pháp*, <http://www.lapphap.vn/Pages/TinTuc/210703/Cong-chung-dien-tu-tai-Viet-Nam-trong-boi-can-Cach-mang-cong-nghiep-4.0.html>, truy cập ngày 20/04/2023.

giao tiếp nghe nhìn và việc công chứng thường được thực hiện từ xa bằng chữ ký và hồ sơ điện tử. Đối với IPEN, công chứng viên và người ký vẫn gặp mặt trực tiếp, thay vì chữ ký và tài liệu bằng bút và giấy, công chứng viên và người ký sử dụng chữ ký điện tử để ký và công chứng tài liệu điện tử (thường được gọi là “hồ sơ điện tử” theo luật tiêu bang). Đối với RIN, người ký ký vào một tài liệu giấy trong khi giao tiếp trực tiếp với công chứng viên trực tuyến. Người ký có thể được yêu cầu ký vào một tuyên bố theo hình phạt về tội khai man về tài liệu họ đã ký và gửi kèm cho công chứng viên³.

Tại Pháp, theo Đạo luật xác thực điện tử (AEE), văn bản công chứng có thể được chứng nhận bằng cách lập và ký dưới dạng điện tử (máy tính bằng kỹ thuật số), theo đó công chứng viên phải sử dụng chìa khóa máy tính giống USB đã được mã hóa có chứa dữ liệu nhận dạng và chữ ký của công chứng viên. Công cụ này đảm bảo tính xác thực của chứng thư. Bên cạnh đó, văn bản công chứng phải đăng ký và lưu trữ trong MICEN (*Minutier central électronique des notaires de France*). Được quản lý bởi Conseil Supérieur du Notariat (CSN), đây là một máy chủ bảo mật dành riêng cho việc lưu trữ tập trung các hành vi công chứng trên phạm vi toàn quốc. Nhờ kết an toàn điện tử này, chứng thư chỉ có thể được truy cập bởi công chứng viên ký tên. Chỉ họ mới có thể tham khảo hoặc chỉnh sửa bản sao bất cứ lúc nào. Cuộc cách mạng kỹ thuật số ở quốc gia này cũng làm thay đổi theo hướng đa dạng hoá các phương thức công chứng như: Xác thực điện tử từ xa (AAED); Xác thực bằng cách xuất hiện tại nhà từ xa (AACD); Công chứng Giấy ủy quyền từ xa. Đối với AAED, bằng cách sử dụng hệ thống hội nghị truyền hình đã được phê duyệt, công chứng viên có thể ký các tài liệu từ văn phòng tương ứng của họ trước sự chứng kiến của khách hàng. Đối với AACD (đã dừng thực hiện vào năm 2020), biện pháp đặc biệt này được đưa ra khi bắt đầu cuộc khủng hoảng sức khỏe để cho phép các công chứng viên tiếp tục thực hiện hoạt động của họ trong thời gian phong tỏa hoàn toàn đối với một số hành vi: quyên góp đơn lẻ, bán tài sản hình thành trong tương lai (VEFA); Đối với Công chứng Giấy ủy quyền từ xa, hoạt động này được quy định tại Nghị định 2020-1422 của Chính phủ ngày 20 tháng 11 năm 2020 để duy trì thông lệ được thực hiện trong thời gian đóng cửa. Quy định này cho phép một công chứng viên soạn thảo giấy ủy quyền xác thực bằng điện tử khi các bên liên quan không có mặt tại văn phòng công chứng⁴.

Tại Hàn Quốc, Luật Công chứng, chương 5 quy định về xác thực tài liệu công chứng điện tử, chữ ký kỹ thuật số của công chứng viên và hình thức xác thực tài liệu điện tử bằng webcam. Theo đó, việc công chứng từ xa được thực hiện nếu khách hàng tuyên thệ trước sự chứng kiến của công chứng viên trong trường hợp sử dụng webcam hoặc thiết bị hội nghị

³ Xem: https://www-nationalnotary-org/notary-bulletin/blog/2019/12/remote-notarization-vs-traditional-notarization-infographic?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=vi&_x_tr_hl=vi&_x_tr_pto=sc, truy cập ngày 20/04/2023.

⁴ Xem: <https://www.bonnefous.com/en/blog/the-electronic-authentic-act-eaa-part-and-parcel-with-the-new-world-of-notaries/>, truy cập ngày 20/04/2023.

truyền hình, xác định nội dung của văn bản điện tử là trung thực thì sẽ được công chứng viên xác thực chữ ký số đính kèm thông tin chi tiết vào văn bản điện tử bằng phương tiện điện tử. Khi thực hiện công chứng từ xa có sử dụng webcam hoặc thiết bị hội nghị truyền hình, công chứng viên sẽ ghi lại toàn bộ quá trình công chứng. Ngoài ra, công chứng viên sẽ xác minh danh tính của khách hàng hoặc người đại diện thông qua việc yêu cầu họ nộp bản điện tử giấy chứng nhận đăng ký cư trú hoặc các giấy chứng nhận nào khác có ảnh do cơ quan có thẩm quyền cấp⁵.

Tóm lại, qua các phương thức công chứng số ở một số quốc gia kể trên, có thể thấy: i) Việc áp dụng phương tiện điện tử có thể cho toàn bộ quy trình công chứng (từ khâu tiếp nhận hồ sơ, xử lý hồ sơ đến việc Công chứng viên chứng nhận văn bản công chứng thông qua chữ ký số/chữ ký điện tử và đóng dấu số), hoặc chỉ sử dụng trong một công đoạn của quy trình công chứng; ii) Xu thế chung là các bước của quy trình công chứng sẽ dần được thực hiện trực tuyến thông qua các phương tiện điện tử. Để làm được điều này, các nước cần đảm bảo ba yếu tố: i) Quản lý cơ sở dữ liệu công chứng số; ii) Hành lang pháp lý cho việc tạo lập văn bản công chứng số; iii) Quy chế pháp lý cho chữ ký số⁶.

Tại Việt Nam, Luật Công chứng hiện hành tuy chưa có quy định về công chứng số, nhưng đã quy định về cơ sở dữ liệu công chứng, Theo đó, cơ sở dữ liệu công chứng bao gồm các thông tin về nguồn gốc tài sản, tình trạng giao dịch của tài sản và các thông tin về biện pháp ngăn chặn được áp dụng đối với tài sản có liên quan đến hợp đồng, giao dịch đã được công chứng. Ủy ban nhân dân cấp tỉnh có trách nhiệm xây dựng cơ sở dữ liệu công chứng của địa phương và ban hành quy chế khai thác, sử dụng cơ sở dữ liệu công chứng. Bộ Tư pháp chủ trì phối hợp với Bộ Tài nguyên và Môi trường, Bộ Xây dựng và các bộ, ngành có liên quan chỉ đạo, hướng dẫn việc xây dựng và quản lý, khai thác cơ sở dữ liệu công chứng tại các địa phương⁷.

Ngoài ra, các quy định của Luật Giao dịch điện tử và Nghị định 130/2018/NĐ-CP quy định chi tiết thi hành Luật Giao dịch điện tử về chữ ký số và dịch vụ chứng thực chữ ký số, Nghị định 45/2020/NĐ-CP Về thực hiện thủ tục hành chính trên môi trường điện tử cũng đã tạo hành lang pháp lý để tạo lập văn bản điện tử, chứng thực chữ ký điện tử, chứng thực bản sao điện tử. Theo đó bản sao điện tử được hiểu là bản chụp dưới dạng điện tử từ bản chính dạng văn bản giấy hoặc tập tin có nội dung đầy đủ, chính xác như nội dung ghi trong sổ gốc, bản chính dạng văn bản giấy. Người có thực hiện chứng thực điện tử của cơ quan, tổ chức có

⁵ Xem: https://elaw.klri.re.kr/eng_mobile/viewer.do?hseq=46308&type=part&key=7, truy cập ngày 20/04/2023.

⁶ Nguyễn Thanh Đình, “Cơ sở pháp lý cho sự hình thành và phát triển công chứng số ở Việt Nam”, *Tạp chí nghề Luật số* 06/2022, tr.46.

⁷ Điều 62 Luật Công chứng năm 2014.

thâm quyền căn cứ vào bản chính dạng văn bản giấy để chứng thực bản sao bằng hình thức điện tử là đúng với bản chính. Đây là các yếu tố cần thiết để tiến tới công chứng số.

2. Một số khó khăn trong việc thực hiện công chứng số liên quan đến giao dịch bất động sản tại Việt Nam

Công chứng số trong giao dịch bất động sản là cách thức công chứng viên chứng nhận tính xác thực và hợp lệ các giao dịch bất động sản bằng phương thức điện tử thông qua công cụ số với nền tảng dữ liệu số, để tạo ra văn bản công chứng điện tử phục vụ cho các giao dịch điện tử và lưu trữ điện tử của cá nhân, tổ chức theo trình tự, thủ tục luật định. Công chứng có ý nghĩa quan trọng đảm bảo các giao dịch bất động sản được thực hiện minh bạch, đúng pháp luật, bảo vệ quyền lợi các bên liên quan. Ngoài ra, công chứng cũng góp phần cảnh báo, phòng ngừa và ngăn chặn rủi ro liên quan đến giao dịch bất động sản, giúp Nhà nước quản lý đất đai hiệu quả hơn.

Theo phân tích trên, hiện tại Việt Nam chưa triển khai áp dụng công chứng số nói chung và công chứng số trong giao dịch bất động sản nói riêng, tuy nhiên các tiền đề để thực hiện hoạt động này đã và đang được thực hiện nhưng vẫn còn tồn tại một số khó khăn nhất định.

2.1. Sự thiếu sót khung pháp lý điều chỉnh về hoạt động công chứng số

Khung pháp lý để điều chỉnh hoạt động công chứng số được xuất phát và điều chỉnh bởi nhiều đạo luật khác nhau, nhưng về cơ bản thì Luật Giao dịch điện tử và Luật Công chứng là hai luật cơ bản tạo ra nền tảng cho hoạt động công chứng số tại Việt Nam phát triển. Tuy nhiên, cho đến thời điểm hiện tại giữa Luật Giao dịch điện tử và Luật Công chứng chưa đạt được sự tương thích nhất định, điều này vô tình khiến cho một số quy định của Luật Giao dịch điện tử khó triển khai trên thực tế.

Hiện nay, Luật Giao dịch điện tử đã có quy định về hợp đồng điện tử, thừa nhận giá trị pháp lý của hợp đồng điện tử, cho phép các bên được giao kết và thực hiện hợp đồng điện tử. Tuy nhiên, pháp luật về công chứng chưa có quy định cụ thể hay hướng dẫn liên quan đến việc công chứng đối với hợp đồng được giao kết bằng phương thức điện tử. Trong khi đó, công chứng là thủ tục quan trọng, gắn liền với giao dịch bất động sản tại Việt Nam. Việc thiếu những quy định liên quan đến công chứng giao dịch bất động sản được giao kết bằng hợp đồng điện tử đã hạn chế các bên trong giao dịch. Vô hình trung đã bỏ lỡ lợi thế nhanh gọn, tiện ích mà hợp đồng điện tử mang lại. Ngoài ra, theo quy định tại khoản 1 Điều 5 Luật Công chứng quy định: “*Văn bản công chứng có hiệu lực kể từ ngày được công chứng viên ký và đóng dấu của tổ chức hành nghề công chứng*” theo quy định này giá trị của văn bản công chứng sẽ có hiệu lực khi công chứng viên ký và đóng dấu, như vậy một câu hỏi pháp lý được đặt ra rằng: liệu khi văn bản công chứng được công chứng viên ký và đóng dấu dưới dạng điện tử thì có hiệu lực hay không? Thực tế, Luật Công chứng và các văn bản hướng dẫn thi

hành chưa đề cập đến việc ký tên hoặc đóng dấu bằng chữ ký điện tử và con dấu điện tử, điều này có nghĩa là pháp luật về công chứng chưa thừa nhận giá trị pháp lý của chữ ký điện tử trong văn bản công chứng mà cần phải chữ ký và con dấu trên giấy. Đặc biệt tại khoản 1 Điều 2 Luật Công chứng quy định: “*Công chứng là việc công chứng viên của một tổ chức hành nghề công chứng chứng nhận tính xác thực, hợp pháp của hợp đồng, giao dịch dân sự khác bằng văn bản (sau đây gọi là hợp đồng, giao dịch), tính chính xác, hợp pháp, không trái đạo đức xã hội của bản dịch giấy tờ, văn bản từ tiếng Việt sang tiếng nước ngoài hoặc từ tiếng nước ngoài sang tiếng Việt (sau đây gọi là bản dịch) mà theo quy định của pháp luật phải công chứng hoặc cá nhân, tổ chức tự nguyện yêu cầu công chứng*”. Tuy nhiên, tại Điều 11, Điều 12, Điều 13 Luật Giao dịch điện tử đã có hướng quy định nhằm đảm bảo giá trị pháp lý cho thông điệp dữ liệu, thông điệp dữ liệu có giá trị như văn bản và thông điệp có giá trị như bản gốc. Qua đó, có thể nhận thấy Luật Công chứng và Luật Giao dịch giao dịch điện tử đã có sự khác biệt rõ rệt về việc thừa nhận giá trị pháp lý của thông điệp điện tử nói chung và văn bản dưới dạng điện tử nói riêng.

Hành lang pháp lý là một điều kiện quan trọng trong việc thúc đẩy phát triển công chứng số không chỉ riêng Việt Nam, mà các quốc gia trên thế giới đã xây dựng khung pháp lý cho công chứng số trước khi triển khai trong thực tế, hiện nay có hơn 100 quốc gia đã có khung khổ pháp lý liên quan đến giao dịch điện tử. Về cơ bản phạm vi các quy định pháp luật có liên quan đến giao dịch điện tử của các quốc gia trên thế giới là khác nhau⁸ có thể kể đến như:

Tại Hàn Quốc, tại Luật Công chứng đã có những quy định tạo ra khung pháp lý về công chứng số tại quốc gia này. Tại Chương 5 Luật Công chứng Hàn Quốc đã quy định về xác thực tài liệu công chứng điện tử như: điều kiện để văn bản công chứng điện tử có hiệu lực, tài liệu điện tử, xác thực tài liệu điện tử, chữ ký kỹ thuật số của công chứng viên, chứng thực các tài liệu số hóa,... Ngoài ra, Hàn Quốc còn ban hành Luật về chữ ký kỹ thuật số nhằm hướng dẫn một cách cụ thể về việc thừa nhận giá trị pháp lý của chữ ký kỹ thuật số, phương thức vận hành và đảm bảo tính pháp lý của chữ ký số⁹. Ở Hàn Quốc, chữ ký kỹ thuật số được sử dụng rộng rãi từ ngân hàng đến việc xác minh bản thân trong các giao dịch trực tuyến. Ban đầu chữ ký điện tử được chỉ định là chữ ký số duy nhất dựa trên cơ sở hạ tầng khóa công khai. Theo đó, Đạo luật Chữ ký điện tử ban đầu được luật hóa trên cơ sở PKI vào năm 1999, và sau đó được sửa đổi để bao gồm các công nghệ sinh trắc học đa dạng và tiên tiến hơn lần lượt vào các đạo luật năm 2002, 2017.¹⁰

⁸ Xem: <https://quochoi.vn/tintuc/Pages/tin-hoat-dong-cua-quoc-hoi.aspx?ItemID=69514>, truy cập ngày 11/04/2023.

⁹ Luật Chữ ký kỹ thuật số Hàn Quốc, <https://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=195204&urlMode=engLsInfoR&viewCls=engLsInfoR#0000>, truy cập ngày, 11/04/2023.

¹⁰ Xem: “E-Commerce statutes”,

Tại Nhật Bản, Luật Công chứng Nhật Bản cũng đã quy định một số quy định cơ bản tạo tiền đề cho hoạt động công chứng số như: Hồ sơ điện tử, hồ sơ dưới dạng từ tính (certifying electronic or magnetic records); điều kiện để văn bản công chứng điện tử có hiệu lực,... Tương tự Hàn Quốc, Nhật Bản cũng ban hành Đạo luật về Chữ ký điện tử và Kinh doanh chứng nhận để ghi nhận và điều chỉnh những vấn đề liên quan đến chữ ký điện tử tương đối chi tiết về áp dụng chữ ký điện tử trong các giao dịch. Điều này đã tạo ra khung pháp lý cơ bản về công chứng số hình thành và phát triển tại Nhật Bản.

Qua đó, có thể nhận thấy để xây dựng và phát triển công chứng số thì các quốc gia trên thế giới cần có những quy định tạo thành khung pháp lý cơ bản để công chứng số được triển khai là nhu cầu tất yếu của các quốc gia. Theo đó, Việt Nam cũng cần thiết phải có những quy định mang tính định hướng cho công chứng số.

2.2. Cơ sở dữ liệu công chứng chưa đồng bộ, thống nhất

Để đảm bảo cho công chứng số có thể được thực hiện trên thực tế thì đòi hỏi công chứng viên phải có một cơ sở dữ liệu lưu trữ các thông tin như: nguồn gốc tài sản, tình trạng giao dịch của tài sản... có thể nói rằng đây là hạ tầng cơ sở căn bản và nền tảng tạo tiền đề cho công chứng số tại Việt Nam được triển khai và thực hiện. Theo Điều 62 Luật Công chứng đã quy định về cơ sở dữ liệu công chứng, tại cơ sở dữ liệu này sẽ chứa các thông tin về nguồn gốc tài sản, tình trạng giao dịch của tài sản và các thông tin về biện pháp ngăn chặn được áp dụng đối với tài sản có liên quan đến hợp đồng, giao dịch đã được công chứng. Ủy ban nhân dân cấp tỉnh có trách nhiệm xây dựng cơ sở dữ liệu công chứng của địa phương và ban hành quy chế khai thác, sử dụng cơ sở dữ liệu công chứng. Bộ Tư pháp chủ trì phối hợp với Bộ Tài nguyên và Môi trường, Bộ Xây dựng và các bộ, ngành có liên quan chỉ đạo, hướng dẫn việc xây dựng và quản lý, khai thác cơ sở dữ liệu công chứng tại các địa phương. Tuy nhiên, Luật Công chứng giao việc xây dựng cơ sở dữ liệu thuộc về Ủy ban nhân dân cấp tỉnh và hệ thống cơ sở dữ liệu sẽ dẫn đến một số tình trạng nhất bất cập nhất định, như sau:

Một là, cơ sở dữ liệu giữa các tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương thiếu tính đồng bộ và truy cập cơ sở dữ liệu thông tin liên tỉnh. Xuất phát từ việc các tỉnh sẽ tự xây dựng cơ sở dữ liệu công chứng và ban hành quy chế khai thác và sử dụng điều này đã tạo ra 63 cơ sở dữ liệu công chứng trong nước ta, điều này có thể có ưu điểm là các địa phương có thể chủ động hơn trong quá trình xây dựng và khai thác đối với cơ sở dữ liệu này và các địa phương có thể xây dựng hệ thống cơ sở dữ liệu với những nền tảng phù hợp với hiện trạng của địa phương. Tuy nhiên, cơ sở dữ liệu này lại bị giới hạn trong phạm vi hành chính của địa phương mà không có cơ sở dữ liệu của các địa phương khác. Ngoài ra, Luật Công chứng cũng không yêu cầu các địa phương phải xây dựng hệ thống cơ sở dữ liệu với một chuẩn mẫu nhất định và đáp

ứng điều kiện có thể liên kết dữ liệu với nhau tạo thành một mạng lưới về dữ liệu công chứng trong phạm vi cả nước. Điều này sẽ gây ảnh hưởng lớn đến hoạt động công chứng của công chứng viên đối với những vấn đề liên tỉnh.

Hai là, nhiều địa phương chưa thật sự quản lý được cơ sở dữ liệu công chứng¹¹. Việc xây dựng và quản lý cơ sở dữ liệu công chứng không phải là một vấn đề đơn giản, điều này phụ thuộc rất lớn vào nguồn lực tại địa phương. Nguồn lực của địa phương không đồng bộ cũng dẫn tới việc khó khăn trong việc xây dựng và triển khai cơ sở dữ liệu công chứng. Trên thực tế, phần lớn các địa phương được xem là đã hoàn tất việc xây dựng cơ sở dữ liệu công chứng¹², tuy nhiên vẫn chưa phải là đơn vị xây dựng và quản lý hệ thống này mà thường phải thuê lại các hệ thống cơ sở dữ liệu từ các công ty tư nhân. Hậu quả của việc này là sự quản lý của các nhà nước gặp nhiều khó khăn trong việc xử lý, lưu trữ thông tin, đặc biệt là khi gặp phải sự cố kỹ thuật. Việc phụ thuộc quá nhiều vào các doanh nghiệp cung cấp dịch vụ cơ sở dữ liệu này cũng gây ảnh hưởng đến tính ổn định và độ bền của hệ thống trong tương lai. Có thể kể đến, cơ sở dữ liệu công chứng (Jdata) của Thành phố Cần Thơ được xây dựng bởi Công ty đầu tư công nghệ và chuyển đổi số AlphaGroup, tỉnh Hưng Yên thì phần mềm được Công ty cổ phần công nghệ VSD Việt Nam xây dựng, tỉnh Bình Phước thì phần mềm được cung cấp bởi Tập đoàn Bưu chính viễn thông VNPT Bình Phước,...

Ba là, cơ sở dữ liệu công chứng của các tỉnh tự xây dựng hoặc thuê lại từ doanh nghiệp nên khó liên thông, kết nối với nhau và kết nối với các cơ sở dữ liệu chuyên ngành khác¹³. Việc công chứng viên trước khi công chứng các văn bản công chứng nào cũng cần phải xem xét đến nhiều yếu tố khác nhau như: chủ thể, tài sản, chứng từ liên quan,... đặc biệt là đối với các giao dịch bất động sản thì càng đòi hỏi công chứng viên cẩn thận và chi tiết trước khi thực hiện công chứng. Điều này đòi hỏi công chứng viên phải yêu cầu người đi công chứng cung cấp các giấy tờ tùy thân, chứng từ chứng minh tài sản, tuy nhiên hiện nay mọi chứng từ đang dần được số hóa và được lưu trữ tại các cơ sở dữ liệu khác nhau như: cơ sở dữ liệu về dân cư quốc gia, cơ sở dữ liệu về đăng ký giao dịch bảo đảm,... Có thể nói rằng các cơ sở dữ liệu này tương đối phân tán, tách biệt, do đó công chứng viên cần phải thực hiện tra cứu và đánh giá qua nhiều khâu và công đoạn khác nhau dẫn đến kéo dài thời gian công chứng khiến gia tăng chi phí của người dân. Ngoài ra, cơ sở dữ liệu chưa đồng bộ, chưa được liên thông nên việc

¹¹ Sở Tư pháp, “Cần đẩy mạnh ứng dụng công nghệ thông tin trong hoạt động công chứng”, https://stp.thuathienhue.gov.vn/DichVu/ThongTin/CapNhat/prints.aspx?tinid=6828#_ftn1, truy cập ngày 10/04/2023

¹² Tính đến ngày 30/6/2021, cả nước có khoảng 47/63 địa phương hoàn thành việc xây dựng cơ sở dữ liệu thông tin về công chứng, chiếm tỷ lệ khoảng 75%, tham khảo tại: Báo điện tử Đảng Cộng sản Việt Nam, “47 địa phương hoàn thành việc xây dựng cơ sở dữ liệu thông tin về công chứng”, <https://dangcongsan.vn/day-manh-cai-cach-tu-phap-va-hoat-dong-tu-phap/tin-tuc/47-dia-phuong-hoan-thanh-viec-xay-dung-co-so-du-lieu-thong-tin-ve-cong-chung-604511.html>, truy cập ngày 10/4/2023.

¹³ Sở Tư pháp, “Cần đẩy mạnh ứng dụng công nghệ thông tin trong hoạt động công chứng”, *tlđd*(10).

quản lý để thực hiện chủ trương chống thất thu thuế trong các giao dịch, nhất là giao dịch liên quan đến bất động sản còn khó khăn. Như vậy, việc đấu nối dữ liệu tại các cơ sở dữ liệu khác nhau là điều cần thiết và hợp lý hiện nay.

Khi so sánh với một số quốc gia trên thế giới thì cơ sở dữ liệu về công chứng không được xây dựng một cách phân tán như Việt Nam hiện nay mà được giao một cơ quan, tổ chức chủ quan xây dựng hệ thống cơ sở dữ liệu này. Có thể kể đến, cơ sở lưu trữ tài liệu công chứng điện tử của Hàn Quốc do Hiệp hội công chứng viên thành lập và vận hành dưới sự chấp thuận, cho phép của Bộ Tư pháp, tiêu chuẩn của cơ sở lưu trữ tài liệu điện tử phải bảo đảm về cơ sở vật chất và được sự chấp thuận bằng pháp lệnh của Bộ Tư Pháp¹⁴. Tại Trung Quốc, cơ sở dữ liệu được xem là cơ sở dữ liệu công chứng quốc gia bao gồm năm cơ sở dữ liệu (cơ sở dữ liệu về thông tin nhân sự các tổ chức, cơ sở dữ liệu về thông tin các ngành nghề, cơ sở dữ liệu quản lý ngành, cơ sở dữ liệu về các rủi ro, cơ sở dữ liệu về uy tín)¹⁵. Tại Pháp, thì toàn bộ các văn bản công chứng điện tử đều được lưu trữ tại Trung tâm MICEN đặt dưới sự giám sát của Hội đồng công chứng tối cao Pháp. Công chứng điện tử tại Pháp được đánh giá là một sự chuyển biến lớn về phương pháp và môi trường thực hiện công chứng, giúp việc công chứng nhanh, hiệu quả hơn, văn bản công chứng lưu trữ lâu dài hơn¹⁶. Những cơ sở dữ liệu này đều được cơ quan thuộc chính phủ xây dựng mà không phải xuất phát từ các đơn vị hành chính cấp tỉnh. Điều này nhằm đảm bảo tính đồng bộ và thống nhất trong quá trình truy xuất dữ liệu của công chứng viên.

Theo nhóm tác giả, việc tạo ra đầu mối thực hiện xây dựng và triển khai cơ sở dữ liệu là phù hợp. Bởi vì, điều này tránh sự mất liên kết và không thống nhất giữa các dữ liệu nhằm phục vụ cho hoạt động công chứng, đây là kinh nghiệm mà Việt Nam cần phải tiếp thu và điều chỉnh hợp lý.

2.3. Quy định về chữ ký điện tử chưa cụ thể và rõ ràng

Như nhóm tác giả đã phân tích, chữ ký điện tử là một thành tố quan trọng trong hoạt động công chứng số, việc các quy định pháp luật về chữ ký điện tử chưa được cụ thể và rõ ràng là trở thành rào cản kiềm chế sự phát triển của công chứng số. Chữ ký điện tử được tạo lập dưới dạng từ, chữ, số, ký hiệu, âm thanh hoặc các hình thức khác bằng phương tiện điện tử, gắn liền hoặc kết hợp một cách logic với thông điệp dữ liệu, có khả năng xác nhận người ký thông điệp dữ liệu và xác nhận sự chấp thuận của người đó đối với nội dung thông điệp dữ liệu được ký¹⁷. Theo quy định tại Điều 22 Luật Giao dịch điện tử thì trong trường hợp pháp

¹⁴ Điều 77-9 Luật Công chứng Hàn Quốc.

¹⁵ Nguyễn Thanh Đình, *tlđđ* (6), tr. 49.

¹⁶ Phan Thị Bình Thuận, *tlđđ* (2).

¹⁷ Khoản 1, Điều 21 Luật Giao dịch điện tử.

luật quy định văn bản cần có chữ ký thì yêu cầu đó đối với một thông điệp dữ liệu được xem là đáp ứng nếu chữ ký điện tử được sử dụng để ký thông điệp dữ liệu đó đáp ứng các điều kiện như: phương pháp tạo chữ ký điện tử cho phép xác minh được người ký và chứng tỏ được sự chấp thuận của người ký đối với nội dung thông điệp dữ liệu; phương pháp đó là đủ tin cậy và phù hợp với mục đích mà theo đó thông điệp dữ liệu được tạo ra và gửi đi. Như vậy, hiện nay Luật Giao dịch điện tử đã thừa nhận giá trị pháp lý của chữ ký điện tử. Đây là cơ sở quan trọng cho việc thực hiện công chứng số tại Việt Nam. Tuy nhiên, khái niệm về chữ ký điện tử tương đối rộng và các quy định về điều kiện để đảm bảo an toàn cho chữ ký điện tử hiện nay đang tương đối mơ hồ. Mặc dù, đã có sự hướng dẫn tại Nghị định số 130/2018/NĐ-CP, tuy nhiên tại Nghị định này chỉ tập trung hướng dẫn đối với chữ ký số chứ không phải là chữ ký điện tử. Do đó, một vấn đề được đặt ra những dạng chữ ký điện tử ngoài chữ ký số có được xem là hợp pháp để thực hiện trong hoạt động công chứng số hay không. Điển hình như hiện nay các giao dịch thực tế chữ ký điện tử dưới dạng áp dụng một hoặc kết hợp các công nghệ xác thực điện tử như mã OTP qua SMS/ứng dụng/token, User và mật khẩu/PIN hoặc dấu hiệu sinh trắc học (như vân tay, giọng nói, khuôn mặt,...), sau khi xác thực dữ liệu này sẽ gắn liền hoặc kết hợp một logic với thông điệp dữ liệu trong giao dịch điện tử đã được thực hiện và các thao tác xác nhận được lưu trữ để xác nhận sự chấp thuận/đồng ý. Vì vậy, việc có thể khẳng định OTP/Msign là một dạng chữ ký điện tử theo quy định tại Điều 21 Luật Giao dịch điện tử hay không là một vấn đề mà pháp luật đang bỏ ngỏ. Dường như, cho đến thời điểm hiện tại thì Luật Giao dịch điện tử và Nghị định số 130/2018/NĐ-CP đang có các quy định hướng các chủ thể đến việc sử dụng chữ ký số mà không phải là chữ ký điện tử. Điều này chưa phù hợp với Luật Giao dịch điện tử, bởi lẽ chỉ cần chữ ký điện tử đáp ứng được điều kiện luật định sẽ được thừa nhận giá trị pháp lý, việc chỉ giới hạn trong chữ ký số khiến cho hoạt động triển khai phổ biến công chứng số trở nên khó khăn, vì thực tế hầu như chữ ký số được sử dụng phổ biến bởi các tổ chức, còn đối với cá nhân thì tương đối hạn chế. Tuy nhiên, những giao dịch liên quan đến bất động sản thường là những tài sản có giá trị cao, do đó để đảm bảo cho giao dịch bất động sản được diễn ra an toàn, nhóm tác giả nhận thấy nên áp dụng chữ ký số đối với hoạt động này, bởi lẽ quy định liên quan đến chữ ký số hiện tại của Việt Nam tương đối đầy đủ chặt chẽ và đảm bảo tính an toàn hơn so với chữ ký điện tử thông thường. Như vậy, về mặt kỹ thuật thì chữ ký số có thể trở thành nguyên tắc áp dụng chung áp dụng cho chữ ký số của công chứng viên¹⁸.

Bên cạnh việc ban hành Luật Giao dịch điện tử, các quốc gia đã ban hành thêm những đạo luật quy định riêng về chữ ký điện tử có thể kể đến như: Trung Quốc, Hàn Quốc, Hoa

¹⁸ Nguyễn Thanh Đình, *tlđđ* (6), tr. 51.

Kỳ,...¹⁹ Tại Hoa Kỳ, Đạo luật Chữ ký điện tử (E-Sign Act) và Đạo luật Thống nhất về giao dịch điện tử (UETA) đã được ban hành. Hai đạo luật này đã điều chỉnh nhằm bảo đảm tính hợp pháp của các hợp đồng được ký bởi chữ ký điện tử và việc chữ ký trên tài liệu là chữ ký điện tử sẽ không bị từ chối hiệu lực pháp lý hoặc bị phán quyết không thể thi hành. Ngoài ra, hai đạo luật này cũng có những quy định thống nhất nhằm điều chỉnh về chữ ký điện tử và lưu trữ tài liệu trực tuyến. Luật Chữ ký điện tử của Hoa Kỳ cũng quy định rằng chữ ký điện tử có thể là âm thanh, biểu tượng hoặc quá trình được tạo bởi phương tiện điện tử, đính kèm hoặc kết hợp logic với một thông điệp dữ liệu và thực hiện thông qua người ký²⁰. Tại Trung Quốc, Luật Chữ ký điện tử đã được ban hành vào năm 2004 nhằm chuẩn hóa phương pháp tạo ra chữ ký điện tử và bảo vệ quyền lợi của các bên tham gia giao dịch trực tuyến bằng cách quy định việc xử lý dữ liệu điện tử. Việc chuẩn hóa này cung cấp đầy đủ các khuôn khổ pháp lý để đảm bảo tính bắt buộc của chữ ký điện tử tại Trung Quốc. Theo luật chữ ký điện tử của Trung Quốc, chữ ký điện tử là dữ liệu điện tử chứa đựng trong thông điệp dữ liệu hoặc đính kèm với thông điệp dữ liệu, được sử dụng để nhận biết người ký và biểu thị sự tán thành của người ký với nội dung của thông điệp dữ liệu. Như vậy, theo quy định của Trung Quốc thì chữ ký điện tử chính là các dữ liệu điện tử chứa đựng trong thông điệp dữ liệu hoặc đính kèm với thông điệp dữ liệu²¹.

2.4. Khó khăn trong việc xác định tính “thật – giả” của chứng từ trong giao dịch bất động sản khi thực hiện công chứng số

Theo quy định tại khoản 1 Điều 2 Luật Công chứng thì công chứng viên phải chịu trách nhiệm về tính xác thực, hợp pháp của hợp đồng, giao dịch dân sự khác bằng văn bản, tính chính xác, hợp pháp, không trái đạo đức xã hội của bản dịch giấy tờ, văn bản từ tiếng Việt sang tiếng nước ngoài hoặc từ tiếng nước ngoài sang tiếng Việt (sau đây gọi là bản dịch) mà theo quy định của pháp luật phải công chứng hoặc cá nhân, tổ chức tự nguyện yêu cầu công chứng. Như vậy, trước khi thực hiện công chứng đối với các giao dịch bất động sản đòi hỏi công chứng viên phải kiểm tra, xác minh tính hợp pháp của các giấy tờ, văn bản pháp lý liên quan để thực hiện giao dịch bất động sản đó (như giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, giấy chứng nhận nhà ở, giấy tờ tùy thân...). Tuy nhiên, hiện nay tình trạng giả mạo chủ thể và giả mạo giấy tờ trong hoạt động công chứng đang trở nên phổ biến và càng tinh vi hơn, đặc biệt là giả mạo về giấy tờ trong hoạt động công chứng. Như trường hợp căn nhà số 63/19 Phố Đức

¹⁹ Lê Anh, “Sửa đổi Luật Giao dịch điện tử: Góc nhìn từ kinh nghiệm quốc tế”, <https://quochoi.vn/UserControls/Publishing/News/BinhLuan/pFormPrint.aspx?UrlListProcess=/content/tintuc/Lists/News&ItemID=69514>, truy cập ngày 11/04/2023.

²⁰ Section 106 of the Electronic Signature 2000 of the USA.

²¹ Phí Mạnh Cường, “Giá trị pháp lý của chữ ký điện tử ở một số quốc gia trên thế giới”, *Tạp chí công thương điện tử*, <https://tapchicongthuong.vn/bai-viet/gia-tri-phap-ly-cua-chu-ky-dien-tu-o-mot-so-quoc-gia-tren-the-gioi-59149.htm>, truy cập ngày 11/04/2023.

Chính, Quận 1, L đã dùng giấy tờ giả để tiến hành ủy quyền, thế chấp, bán và đã qua mặt 05 tổ chức hành nghề công chứng khác nhau tại Thành phố Hồ Chí Minh; hoặc căn nhà số 15 Phan Đình Phùng, Phường 17, quận Phú Nhuận, người thừa kế là ông D, đã dùng giấy tờ giả để thực hiện giao dịch cho thuê, thế chấp tại 01 văn phòng công chứng và 01 Phòng công chứng và đã thực hiện trót lọt; Ông B, ngụ ở Tân Uyên, Bình Dương đã dùng giấy tờ giả, tự mình hoặc thuê người đóng thế vai để thực hiện mua bán, thế chấp lừa đảo trót lọt hàng chục lần, chiếm đoạt hàng chục tỷ đồng, sau khi “qua mặt” nhiều lần các công chứng viên của các tổ chức hành nghề công chứng ở huyện Tân Uyên và tỉnh Bình Dương²². Từ đó, đòi hỏi công chứng viên phải có kỹ năng kiểm tra các giấy tờ một cách kỹ lưỡng trước khi thực hiện công chứng đối với giao dịch bất động sản như: đối với giấy chứng nhận quyền sử dụng thì công chứng viên cần xem xét kỹ phôi giấy, chất liệu dấu, dấu mộc chìm, chi tiết giấy, đường nét của chữ ký,... Điều này đòi hỏi công chứng viên phải được tiếp xúc trực tiếp với giấy tờ để kiểm tra trước khi công chứng. Tuy nhiên, đối với công chứng số thì các hồ sơ chứng từ đều là dạng điện tử được lưu dưới dạng pdf, hoặc dưới dạng điện tử khác. Do đó, công chứng viên sẽ rất khó để kiểm tra tính “thật – giả” của những giấy tờ có liên quan đến giao dịch bất động sản. Ngoài ra, với công nghệ hiện đại, hồ sơ chứng từ dễ dàng bị can thiệp và chỉnh sửa không đảm bảo được tính toàn vẹn và tính hợp pháp của chứng từ, vậy nên công chứng viên sẽ e ngại khi thực hiện công chứng mà chứng từ không được đảm bảo như vậy. Điều này có thể khắc phục bằng cách xây dựng hệ thống cơ sở dữ liệu công và được liên kết với các hệ thống cơ sở dữ liệu khác như: cơ sở dữ liệu về dân cư, cơ sở dữ liệu đất đai, cơ sở dữ liệu về đăng ký giao dịch bảo đảm,... để công chứng viên có thể kiểm tra trực tiếp trên hệ thống những dữ liệu liên quan đến giao dịch bất động sản cần thiết trước khi thực hiện công chứng số.

3. Một số kiến nghị, gợi mở nhằm hoàn thiện pháp luật về công chứng số trong giao dịch bất động sản tại Việt Nam

Thông qua phân tích và đánh giá những khó khăn, bất cập và tham khảo kinh nghiệm một số quốc gia trên thế giới của hoạt động công chứng số trong giao dịch bất động sản tại Việt Nam. Nhóm tác giả đưa ra một số gợi mở, kiến nghị nhằm hoàn thiện pháp luật, như sau:

Thứ nhất, để đảm bảo được việc công chứng số đối với giao dịch bất động sản tránh được các rủi ro như: giả mạo giấy tờ, chữ ký, chủ thể có quyền sở hữu,... dữ liệu hóa toàn bộ trên hệ thống cơ sở dữ liệu về đất đai, hộ tịch, dân cư,... là vấn đề cần thiết và để đảm bảo được vấn đề này cần có văn bản hướng dẫn của Chính phủ về việc kết nối hệ thống cơ sở dữ liệu nêu trên với cơ sở dữ liệu về công chứng. Điều này hỗ trợ công chứng viên đối chiếu so

²² Bộ Tư pháp, “Những cảnh báo liên quan đến giả mạo trong hoạt động công chứng”, <https://moj.gov.vn/qt/tintuc/Pages/ngghien-cuu-trao-doi.aspx?ItemID=1863>, truy cập ngày 12/04/2023.

sánh đôi với các chứng từ liên quan đến bất động sản từ đó giúp đảm bảo tính an toàn pháp lý đối với hoạt động công chứng nói chung và công chứng số nói riêng.

Thứ hai, Luật Công chứng cần được sửa đổi, bổ sung nhằm tạo ra khung pháp lý cơ bản về hoạt động công chứng số tại Việt Nam. Theo đó, nhóm tác giả đề xuất sửa đổi một số điều khoản sau của Luật Công chứng:

Sửa đổi, bổ sung khoản 1 Điều 2 Luật Công chứng thành: *“1. Công chứng là việc công chứng viên của một tổ chức hành nghề công chứng chứng nhận tính xác thực, hợp pháp của hợp đồng, giao dịch dân sự khác bằng văn bản, thông điệp dữ liệu (sau đây gọi là hợp đồng, giao dịch), tính chính xác, hợp pháp, không trái đạo đức xã hội của bản dịch giấy tờ, văn bản, thông điệp dữ liệu từ tiếng Việt sang tiếng nước ngoài hoặc từ tiếng nước ngoài sang tiếng Việt (sau đây gọi là bản dịch) mà theo quy định của pháp luật phải công chứng hoặc cá nhân, tổ chức tự nguyện yêu cầu công chứng”*.

Sửa đổi, bổ sung khoản 4 Điều 2 Luật Công chứng thành *“4. Văn bản công chứng là hợp đồng, giao dịch, bản dịch, thông điệp dữ liệu đã được công chứng viên chứng nhận theo quy định của Luật này”*.

Sửa đổi, bổ sung khoản 1 Điều 5 Luật Công chứng thành *“1. Văn bản công chứng có hiệu lực kể từ ngày được công chứng viên ký và đóng dấu của tổ chức hành nghề công chứng. Đối với thông điệp dữ liệu được công chứng có hiệu lực kể từ ngày công chứng viên ký điện tử”*.

Ngoài ra, Luật Công chứng cũng cần bổ sung quy định liên quan đến văn bản công chứng điện tử có hiệu lực, tài liệu điện tử, xác thực tài liệu điện tử, chữ ký kỹ thuật số của công chứng viên, chứng thực các tài liệu số hóa,... Từ đó, bổ sung hành lang pháp lý cho công chứng số nói chung và công chứng số đối với giao dịch bất động sản nói riêng.

Thứ hai, xây dựng cơ sở dữ liệu công chứng quốc gia thay cho cơ sở dữ liệu công chứng tại từng đơn vị hành chính cấp tỉnh. Như nhóm tác giả đã phân tích và học hỏi kinh nghiệm một số quốc gia trên thế giới, việc xây dựng cơ sở dữ liệu công chứng tại từng địa phương gặp phải nhiều vướng mắc và bất cập. Theo đó, việc xây dựng cơ sở dữ liệu công chứng quốc gia là vấn đề phù hợp với thực tiễn. Vì vậy, nhóm đề xuất sửa đổi, bổ sung Điều 62 Luật Công chứng như sau:

“Điều 62. Cơ sở dữ liệu công chứng quốc gia

1. Cơ sở dữ liệu công chứng quốc gia bao gồm các thông tin về nguồn gốc tài sản, tình trạng giao dịch của tài sản, dữ liệu công chứng điện tử, hồ sơ công chứng điện tử và các thông tin về biện pháp ngăn chặn được áp dụng đối với tài sản có liên quan đến hợp đồng, giao dịch đã được công chứng.

2. Bộ Tư pháp có trách nhiệm xây dựng cơ sở dữ liệu công chứng quốc gia và ban hành quy chế khai thác, sử dụng cơ sở dữ liệu công chứng.

3. Bộ Tư pháp chủ trì phối hợp với Bộ Tài nguyên và Môi trường, Bộ Xây dựng và các bộ, ngành có liên quan chỉ đạo, hướng dẫn việc xây dựng và quản lý, khai thác cơ sở dữ liệu công chứng quốc gia.

4. Cơ sở dữ liệu công chứng quốc gia được kết nối dữ liệu với các cơ sở dữ liệu quốc gia khác.

5. Chính phủ quy định chi tiết điều này.”

Thứ ba, cần có quy định và hướng dẫn cụ thể về chữ ký điện tử. Hiện nay, Nghị định 130/2018/NĐ-CP chỉ hướng dẫn liên quan đến chữ ký số mà không phải là hướng dẫn chung cho chữ ký điện tử. Đây là vấn đề đang bị bỏ ngỏ và cần có khung pháp lý rõ ràng nhằm cơ sở để áp dụng chữ ký điện tử trong thực tiễn, đặc biệt là hoạt động công chứng số. Ngoài ra, Luật Giao dịch điện tử và các văn bản hướng dẫn thi hành cũng cần khẳng định vai trò và tạo lập hành lang pháp lý cho OTP/Msign đang được sử dụng thường xuyên trong thực tiễn. Qua khảo sát các khung pháp luật của các quốc gia trên thế giới để tạo ra khuôn khổ pháp lý liên quan đến giao dịch điện tử nói chung và công chứng số nói riêng, các quốc gia đã ban hành song song các luật về giao dịch điện tử, Luật chữ ký điện tử hay Luật văn bản điện tử và chữ ký số,... Như vậy, Việt Nam ngoài Luật Giao dịch điện tử thì Luật về chữ ký số cũng cần được cân nhắc và xem xét ban hành nhằm tạo ra hệ thống pháp lý toàn diện hơn đối với giao dịch điện tử trong thời kỳ công nghệ.

KẾT LUẬN

Công chứng số trong hoạt động giao dịch bất động sản là một vấn đề mới và cần được quan tâm tại Việt Nam nhằm đảm bảo tăng cường tính an toàn pháp lý cho hoạt động giao dịch bất động sản. Tuy nhiên, đây là một vấn đề chưa có đầy đủ khung pháp lý nhằm tạo điều kiện phát triển đối với công chứng số. Ngoài ra, hạ tầng cơ sở để phát triển cho công chứng số tại Việt Nam còn chưa được tối ưu, từ đó tạo ra những rào cản nhất định cho việc phát triển công chứng số nói chung và công chứng số đối với giao dịch bất động sản nói riêng. Vì vậy, việc sửa đổi, bổ sung khung pháp luật như: Luật Công Chứng, Luật Giao dịch điện tử,... là vấn đề cần được quan tâm hiện nay.

Danh mục tài liệu tham khảo

1. Luật Công chứng số 53/2014/QH13 ngày 20 tháng 6 năm 2014.
2. Luật Giao dịch điện tử số 51/2005/QH11 ngày 29 tháng 11 năm 2005.

3. Nghị định số 130/2018/NĐ-CP ngày 27 tháng 9 năm 2018 của Chính phủ Quy định chi tiết thi hành luật giao dịch điện tử về chữ ký số và dịch vụ chứng thực chữ ký số.

4. Nghị định số 45/2020/NĐ-CP ngày 8 tháng 4 năm 2020 của Chính phủ về thực hiện thủ tục hành chính trên môi trường điện tử.

5. Nghị định số 130/2018/NĐ-CP ngày 27 tháng 9 năm 2018 của Chính phủ Quy định chi tiết thi hành luật giao dịch điện tử về chữ ký số và dịch vụ chứng thực chữ ký số.

6. Nguyễn Thanh Đình (2022), “Cơ sở pháp lý cho sự hình thành và phát triển công chứng số ở Việt Nam”, *Tạp chí Nghề Luật*, số 06/2022.

7. Bộ Tư pháp, “Những cảnh báo liên quan đến giả mạo trong hoạt động công chứng”, <https://moj.gov.vn/qt/tintuc/Pages/nghien-cuu-trao-doi.aspx?ItemID=1863>, truy cập ngày 12/04/2023.

8. “Cần đẩy mạnh ứng dụng công nghệ thông tin trong hoạt động công chứng”, https://stp.thuathienhue.gov.vn/DichVu/ThongTin/CapNhat/prints.aspx?tinid=6828#_ftn1, truy cập ngày 10/04/2023

9. “E-Commerce statutes”, http://www.koreanlii.or.kr/w/index.php/E-Commerce_statutes?ckattempt=1#cite_note-3, truy cập ngày 11/04/2023.

10. “Sửa đổi Luật Giao dịch điện tử: Góc nhìn từ kinh nghiệm quốc tế”, <https://quochoi.vn/UserControls/Publishing/News/BinhLuan/pFormPrint.aspx?UrlListProcesses=/content/tintuc/Lists/News&ItemID=69514>, truy cập ngày 11/04/2023.

11. The Electronic Signature 2000 of the USA.

12. Phí Mạnh Cường (2019), “Giá trị pháp lý của chữ ký điện tử ở một số quốc gia trên thế giới”, *Tạp chí công thương điện tử*, <https://tapchicongthuong.vn/bai-viet/gia-tri-phap-ly-cua-chu-ky-dien-tu-o-mot-so-quoc-gia-tren-the-gioi-59149.htm>, truy cập ngày 11/04/2023.

13. Phan Thị Bình Thuận (2021), “Công chứng điện tử tại Việt Nam trong bối cảnh Cách mạng công nghiệp 4.0”, *Tạp chí nghiên cứu lập pháp điện tử*, <http://www.lapphap.vn/Pages/TinTuc/210703/Cong-chung-dien-tu-tai-Viet-Nam-trong-boi-can-Cach-mang-cong-nghiep-4.0.html>, truy cập ngày 11/04/2023.

14. Luật Chữ ký kỹ thuật số Hàn Quốc, <https://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=195204&urlMode=engLsInfoR&viewCls=engLsInfoR#0000>, truy cập ngày, 11/04/2023.

15. Luật Công chứng Hàn Quốc, https://elaw.klri.re.kr/eng_mobile/viewer.do?hseq=46308&type=part&key=7, truy cập ngày 20/04/2023.

16. Xem Đào Duy An, <https://daoduyan.com/2022/02/ly-luan-va-thuc-tien-ve-cong-chung-so-tai-viet-nam/>, truy cập ngày 20/04/2023.

17. Phan Thị Bình Thuận, “Công chứng điện tử tại Việt Nam trong bối cảnh Cách mạng công nghiệp 4.0”, *Tạp chí Nghiên cứu lập pháp*, <http://www.lapphap.vn/Pages/TinTuc/210703/Cong-chung-dien-tu-tai-Viet-Nam-trong-boi-canhh-Cach-mang-cong-nghiep-4.0.html>, truy cập ngày 20/04/2023.

18. Báo điện tử Đảng Cộng sản Việt Nam (2022), “47 địa phương hoàn thành việc xây dựng cơ sở dữ liệu thông tin về công chứng”, <https://dangcongsan.vn/day-manh-cai-cach-tu-phap-va-hoat-dong-tu-phap/tin-tuc/47-dia-phuong-hoan-thanh-viec-xay-dung-co-so-du-lieu-thong-tin-ve-cong-chung-604511.html>, truy cập ngày 10/4/2023.

TỪ CÔNG CHỨNG TRUYỀN THỐNG ĐẾN CÔNG CHỨNG ĐIỆN TỬ CHO CÁC GIAO DỊCH BẤT ĐỘNG SẢN TẠI NHẬT BẢN – MỘT SỐ GỢI MỞ CHO VIỆT NAM

TS. Phan Hoài Nam

Phó Trưởng Khoa Luật Quốc tế, Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.

Huỳnh Thanh Thoảng

Sinh viên lớp cử nhân Luật TMQT 45B

Dương Bạch Trúc Vy

Sinh viên lớp cử nhân Luật TMQT 45B

Tóm tắt:

Hoạt động công chứng đóng vai trò rất quan trọng, góp phần đảm bảo cho việc thực hiện các giao dịch bất động sản (BDS) một cách minh bạch, đúng pháp luật, bảo đảm quyền lợi của các bên liên quan từ đó giúp giảm rủi ro pháp lý cho người dân. Cùng với sự phát triển nhanh chóng của công nghệ thông tin, chuyển đổi số dần đi sâu vào các lĩnh vực, công chứng cũng không ngoài nằm xu hướng này với sự ra đời của công chứng điện tử (CCĐT). CCĐT đã được vận hành tại một số quốc gia trong đó có Nhật Bản, đặc biệt lĩnh vực BDS cũng đã được áp dụng mới đây. Trong phạm vi bài tham luận này, nhóm tác giả sẽ trình bày sơ khảo về hoạt động công chứng truyền thống, CCĐT liên quan đến lĩnh vực BDS tại Nhật Bản, từ đó gợi mở kinh nghiệm cho Việt Nam trong tương lai.

Từ khoá: công chứng điện tử, giao dịch bất động sản, Nhật Bản

1. Công chứng truyền thống đối với các giao dịch bất động sản ở Nhật Bản

Luật Công chứng Nhật Bản 1908 (sửa đổi, bổ sung 2011)¹ không đưa ra định nghĩa “công chứng” là gì nhưng thông qua Điều 1 Luật này, có thể hiểu công chứng là hoạt động của công chứng viên nhằm thực hiện một trong các công việc sau: tạo lập văn bản công chứng, xác thực tính hợp pháp của tài liệu cá nhân hoặc điều lệ công ty, và chứng nhận ngày đối với văn bản (tạm dịch từ officially-attested dates). Do đó, giao dịch liên quan đến BDS cũng có thể là đối tượng chứng nhận tính hợp pháp khi có yêu cầu hoặc bắt buộc phải được công chứng bởi công chứng viên (CCV). Bộ luật Dân sự Nhật Bản năm 1896 (sửa đổi, bổ sung 2017) tại Điều 86 định nghĩa: “*Bất động sản là đất đai và những công trình gắn liền với đất đai*”. Giao dịch

¹ Sau đây gọi là Luật Công chứng

BDS trên thực tế có nhiều loại như hợp đồng tặng cho, thế chấp, mua bán, góp vốn quyền sử dụng đất,.. nhưng pháp luật Nhật Bản chủ yếu tập trung đến hai loại lớn là hợp đồng chuyển nhượng và hợp đồng cho thuê.

Khi đề cập đến vấn đề phát sinh hiệu lực của một hợp đồng liên quan đến giao dịch BDS, quy định trong Bộ luật Dân sự Nhật Bản cụ thể tại Điều 555 (Hợp đồng chuyển nhượng nói chung) không đặt yêu cầu rằng phải công chứng hợp đồng thì mới có hiệu lực. Bởi lẽ, theo pháp luật Nhật Bản, với hợp đồng chuyển nhượng, pháp luật đề cao vấn đề phải đảm bảo việc thể hiện ý chí của các bên trong việc thiết lập hợp đồng chuyển nhượng, chứ pháp luật không đưa ra quy định ràng buộc về điều kiện liên quan đến hình thức là phải công chứng thì hợp đồng mới phát sinh hiệu lực. Có thể nói, việc lựa chọn có công chứng hay không thuộc về các bên trong giao dịch. Cụ thể hơn, đối với hợp đồng chuyển nhượng BDS, vấn đề được các bên quan tâm là bên chuyển nhượng có thể nhận được tiền chuyển nhượng còn bên nhận chuyển nhượng có thể trở thành chủ sở hữu BDS. Vấn đề sở hữu BDS của bên nhận chuyển nhượng, cho bất kỳ trường hợp chuyển giao hoặc tạo ra quyền sở hữu hoặc bất kỳ quyền thực tế nào sẽ không được khẳng định đối với bên thứ ba, trừ khi các bên đã thực hiện việc đăng ký BDS theo Đạo luật đăng ký BDS. Công chứng hợp đồng chuyển nhượng ở đây nếu có thì sẽ là một biện pháp đảm bảo hơn cho các bên thực hiện nghĩa vụ của mình, chứ lại không phải là yêu cầu bắt buộc mà quan trọng xuất phát từ ý định ban đầu của các bên khi tham gia vào giao dịch chuyển nhượng BDS này.

Tuy nhiên, mặc dù Điều 601 (Hợp đồng cho thuê nói chung) và cụ thể Điều 602 (Hợp đồng cho thuê BDS) trong BLDS cũng không đặt ra yêu cầu trực tiếp về công chứng, chứng thực song trong luật chuyên ngành có liên quan là Luật cho thuê đất và công trình gắn với đất (Act on Land and Building Leases) năm 1997 (sửa đổi, bổ sung 2022) tại Điều 22 và khoản 3 Điều 23 thì yêu cầu “Hợp đồng cho thuê đất với thời hạn trên 50 năm” và “Hợp đồng cho thuê công trình dùng cho mục đích thương mại với thời hạn trên 30 năm, không quá 50 năm (không có gia hạn)” phải được công chứng viên lập thành chứng thư công chứng (tạm dịch từ 公正証書/notarial instrument)² thì hợp đồng mới có hiệu lực. Yêu cầu công chứng viên lập thành chứng thư công chứng đối với các hợp đồng này là có cơ sở vì đây đều là các hợp đồng với thời hạn cho thuê rất dài, chứng thư được lập hợp pháp sẽ ràng buộc, bảo vệ quyền và nghĩa vụ của các bên trong giao dịch, đảm bảo tốt hơn cho sự an toàn của giao dịch với thời hạn dài này. Công chứng viên trong trường hợp này cần xem xét cẩn thận các vấn đề để không có việc

² Tạm dịch từ “...A notarial instrument is an official document prepared by a notary in accordance with the law”: “Chứng thư công chứng” là văn bản chính thức được thành lập bởi công chứng viên theo quy định pháp luật, Japan National Notaries Association, *How to make good use of Japanese Notaries*, [<https://www.koshonin.gr.jp/pdf/english2.pdf>], tr. 13, (truy cập ngày 11/4/2023).

trốn tránh pháp luật nào xảy ra không³. Ngoài ra, theo khuyến nghị của Hiệp hội Công chứng viên Nhật Bản, các bên nên trao đổi với văn phòng công chứng trước vì công chứng viên có thể tư vấn cho khách hàng về các vấn đề như cách xác định các điều khoản hợp đồng⁴, sau đó khách hàng chọn lập chứng thư công chứng hợp đồng ngay tại văn phòng công chứng sẽ là phương án pháp lý hợp lý tăng thêm độ an toàn, xác thực cho giao dịch của mình.

Đối với các hợp đồng liên quan đến BĐS còn lại, các bên có quyền lựa chọn công chứng hoặc không công chứng⁵. Đa số các hợp đồng BĐS có giá trị không nhỏ, dễ xảy ra lừa đảo, giả mạo hay các bên dễ lợi dụng che lấp ý đồ thật của mình khi tham gia giao dịch nên thường xuyên gia tăng tranh chấp giữa các bên liên quan. Do đó, các bên thường tìm đến sự hỗ trợ của công chứng viên khi soạn thảo hợp đồng, sau đó là thực hiện quá trình công chứng hợp đồng. Bởi lẽ, công chứng một hợp đồng sẽ thay đổi bản chất của nó, công chứng sẽ tăng thêm giá trị bằng chứng cho hợp đồng và là một cơ sở cho việc thực thi khoản nợ (nếu có). Ngoài ra, lợi ích nữa khi hợp đồng BĐS được công chứng là văn bản công chứng là một tài liệu chính thức và có hiệu lực pháp lý, và ngay cả khi nó bị mất cũng có thể được cấp lại ngay lập tức do đã được lưu trữ với thời hạn 20 năm tại văn phòng công chứng⁶.

2. Công chứng điện tử đối với giao dịch bất động sản ở Nhật Bản

Công chứng điện tử là dịch vụ công chứng trực tuyến thực hiện thông qua một hệ thống trên môi trường điện tử có tên gọi là Trung tâm CCĐT do Hiệp hội Công chứng viên Nhật Bản sở hữu⁷. Trong hệ thống CCĐT, một công chứng viên được Bộ trưởng Bộ Tư pháp chỉ định thực hiện công việc CCĐT đối với hồ sơ điện tử/từ tính (tài liệu điện tử - tạm dịch từ electronic/magnetic records) để đáp ứng công việc hiện tại do công chứng viên thực hiện⁸, danh sách công chứng viên được chỉ định thực hiện CCĐT được đăng tải công khai trực tuyến trên trang của Bộ Tư pháp phù hợp với Điều 7-2 mục 4 Đạo luật và thuận tiện cho việc theo dõi, đặt lịch hẹn với công chứng viên được chỉ định tại trụ sở văn phòng công chứng nơi họ làm việc trước khi đến. Thông tin điện tử được trao đổi giữa khách hàng và công chứng viên

³ 岡山公証人合同役場, 不動産賃貸借 - Về vấn đề cho thuê bất động sản, [<http://okayamakousyou.sakura.ne.jp/fudousantintaisyaku.html?showall=1>] (truy cập ngày 12/4/2023).

⁴ Hiệp hội Công chứng viên Nhật Bản - 日本公証人連合, 土地建物賃貸借 - Về vấn đề cho thuê đất và công trình gắn với đất, [<https://www.koshonin.gr.jp/business/b04>] (truy cập ngày 12/4/2023).

⁵ Andrew M. Pardieck (2015), *Executing Contracts in Japan*, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2667858] (truy cập ngày 13/4/2023), tr. 8.

⁶ 【公正証書】不動産の売買は契約書で良いの, [<https://sohko.net/etc/deed-sales-contract.html>] (truy cập ngày 12/4/2023).

⁷ Japan National Notaries Association, *How to make good use of Japanese Notaries*, [<https://www.koshonin.gr.jp/pdf/english2.pdf>], tr. 13, (truy cập ngày 11/4/2023).

⁸ Điều 7-2 Luật Công chứng

được chỉ định được mã hóa bằng SSL để ngăn chặn các bên thứ ba làm sai lệch và xem trái phép, thực hiện một dịch vụ an toàn và bảo mật.

Cũng giống với công chứng truyền thống, CCĐT thực hiện các công việc như: (i) xác thực tài liệu điện tử (bao gồm xác thực các điều khoản, cả điều lệ công ty dưới dạng số); (ii) chứng thực ngày vào tài liệu điện tử; (iii) lưu trữ văn bản CCĐT đã được công chứng; (iv) cung cấp bản sao văn bản CCĐT ở mục (iii); (v) xác nhận rằng tài liệu được CCĐT là thuộc quyền sở hữu của một người không phải là công chứng viên là không bị thay đổi và đồng nhất với tài liệu điện tử được lưu giữ theo mục (iii) ở trên. Nhìn chung, nội dung không có gì thay đổi so với thủ tục truyền thống, chỉ khác là các hành vi công chứng như hợp đồng cho vay tiền, cho thuê đất và tòa nhà, và di chúc hiện không được phép theo hệ thống CCĐT⁹. Cho đến tháng 5 năm 2022, hợp đồng điện tử trong lĩnh vực BĐS được số hóa thì hoạt động CCĐT mới được thực hiện đối với lĩnh vực này.

Công chứng viên có nghĩa vụ lưu giữ văn bản CCĐT, văn bản công chứng, văn bản điện tử đã được đóng dấu chính thức và xác nhận sự tồn tại cũng như nội dung của văn bản điện tử ngay cả khi không có yêu cầu của khách hàng. Tất cả các dịch vụ này sẽ không nhất thiết phải được bắt đầu cùng một lúc. Với thời hạn lưu trữ đối với các tài liệu điện tử đã xác thực trong 20 năm và dữ liệu về ngày xác nhận điện tử trong 50 năm¹⁰, hệ thống CCĐT sẽ xác nhận rằng thông tin có cùng nội dung với thông tin đã được xác thực hoặc ngày tháng đã được giữ nguyên. Việc lưu trữ này dựa trên yêu cầu, nhưng đối với thông tin này, thông tin tương tự sẽ được cung cấp sau đó khi có yêu cầu, ngoài cung cấp dưới dạng điện tử, nó cũng có thể cung cấp dưới dạng văn bản¹¹.

(i) Phạm vi công chứng điện tử trong lĩnh vực bất động sản

Tương tự với phạm vi CCĐT thì trong lĩnh vực này, hệ thống CCĐT cũng sẽ giúp chứng thực tính hợp pháp của tài liệu BĐS dưới dạng điện tử (tạm dịch từ 電子私署証書の認証) và chứng nhận ngày (tạm dịch từ 電子確定日付の付与) vào tài liệu BĐS điện tử. Luật thi hành Bộ luật dân sự cũng cho phép công chứng viên chứng nhận ngày (tạm dịch từ officially-attested date) vào văn bản dưới dạng điện tử. Theo đó, “*official attested-date*” là một loại thủ tục công chứng cho phép chứng minh rằng tài liệu đã tồn tại vào ngày đó. Công chứng viên được chỉ định có thể đính kèm thông tin chứa ngày tháng vào thông tin được ghi trong hồ sơ điện tử để xác nhận rằng tài liệu cá nhân hoặc dữ liệu điện tử đã tồn tại vào một thời điểm nhất

⁹ タイムビジネス協議会 (2013), 公証制度の電子化適用に関するガイドライン検討報告書, tr. 19.

¹⁰ Điều 23 Pháp lệnh về các quy trình liên quan đến hồ sơ điện tử hoặc từ tính của công chứng viên được chỉ định (Pháp lệnh Bộ Tư pháp số 24 ngày 01 tháng 3 năm 2001).

¹¹ 法務省 - Bộ Tư pháp Nhật Bản, [<https://www.moj.go.jp/MINJI/DENSHIKOSHO/denshikoshol-1.html>] (truy cập ngày 15/4/2023).

định và khi thông tin này được đính kèm, nó được coi là chứng chỉ có ngày cố định (Luật thi hành Bộ luật dân sự Điều 5, Đoạn 2 và 3).

Đối với lĩnh vực BĐS, chứng nhận ngày điện tử (official attested-date) được sử dụng cho hợp đồng thuê nhà, hợp đồng điện tử cho vay mua nhà¹². Một công ty BĐS thường sẽ có nhiều chuỗi cửa hàng trên toàn quốc, vấn đề lưu trữ số lượng lớn hợp đồng thuê BĐS của công ty dưới dạng giấy đã gây nhiều trở ngại và khó khăn trong việc tìm kiếm một hồ sơ nào đó, nhờ có CCĐT xác nhận ngày điện tử và lưu dưới dạng dữ liệu để tạo hợp đồng thuê BĐS, thuận lợi cho quá trình lưu trữ và có thể ngăn ngừa tranh chấp bằng cách cho phép chứng minh nội dung vào một ngày sau đó theo bản chất của thông tin điện tử. Cũng như thế, một tổ chức tài chính tạo hợp đồng điện tử cho các khoản vay mua nhà (Flat 35¹³...) trên toàn quốc và đăng ký ngày xác nhận điện tử. Để đảm bảo hơn, dữ liệu xác nhận ngày điện tử khi có yêu cầu lưu giữ sẽ được bảo quản nghiêm ngặt trong vòng 50 năm bởi hệ thống CCĐT do Hiệp hội công chứng Nhật Bản quản lý và vận hành.

Tuy nhiên, cần lưu ý phạm vi CCĐT trong lĩnh vực BĐS không bao hàm tất cả các loại hợp đồng, giao dịch BĐS mà chỉ áp dụng cho một số loại. Các loại hợp đồng BĐS sẽ được thực hiện trong phạm vi CCĐT đó là hợp đồng mua bán BĐS¹⁴, hợp đồng cho thuê đất có thời hạn (ngoài loại phải lập chứng thư công chứng tại Điều 22-2 và hợp đồng cho thuê công trình có thời hạn (Điều 38-2 Luật Cho thuê đất và công trình 1997 (sửa đổi, bổ sung 2022)). Điều kiện đặt ra là các hợp đồng này phải được các bên yêu cầu công chứng thì quy định của CCĐT mới được áp dụng vì đây là các loại hợp đồng không bắt buộc phải công chứng.

Đối với hai loại hợp đồng là “Hợp đồng cho thuê đất với thời hạn trên 50 năm” và “Hợp đồng cho thuê công trình dùng cho mục đích thương mại với thời hạn trên 30 năm, không quá 50 năm (không có gia hạn)”¹⁵ bắt buộc phải được lập thành chứng thư công chứng (tạm dịch từ authentic instrument/公正証書) thì hợp đồng đó mới có hiệu lực. Tuy nhiên, hiện nay theo quy định pháp luật công chứng Nhật Bản lại chưa cho phép công chứng viên tiến hành lập chứng thư công chứng trên môi trường điện tử, tức trong phạm vi CCĐT không bao gồm hoạt động này. Vì vậy, đối với các loại hợp đồng kể trên chưa được điều chỉnh bởi quy định của hoạt động CCĐT nói chung, do đó có thể nói hiện nay trong lĩnh vực BĐS, mô hình CCĐT sẽ không bao hàm hết các loại hợp đồng có thể phát sinh, mà chỉ ở mức độ nhất định, phạm vi “hẹp”. Nhưng theo nhóm tác giả nghiên cứu được, hiện nay vấn đề số hóa đối với hoạt động

¹² Hiệp hội Công chứng viên Nhật Bản, [<https://www.koshonin.gr.jp/center>] (truy cập ngày 15/4/2023).

¹³ ... là một khoản thế chấp có lãi suất cố định cho toàn bộ thời hạn và lãi suất của khoản vay có thể được cố định trong tối đa 35 năm, được thực hiện bởi Chính phủ.

¹⁴ 不動産・建設経済局- 国地交通省 (2022), 不動産取引時の書面が電子書面で提供できるようになります, [<https://www.mlit.go.jp/report/press/content/001479777.pdf>] (truy cập ngày 14/4/2023).

¹⁵ Điều 22 và Điều 23 Luật Cho thuê đất và công trình gắn với đất năm 1997 (sửa đổi, bổ sung 2022)

tạo lập chứng thư công chứng đã được dự định, xem xét trong đề án Luật Công chứng sửa đổi của Bộ Tư pháp Nhật Bản nhằm hướng đến sự thuận tiện trong thủ tục ở xã hội số¹⁶. Ở tương lai (theo kế hoạch của Bộ Tư pháp là trễ nhất đến năm 2025¹⁷) Luật Công chứng sửa đổi phải được triển khai, trong đó quy định công nhận cho phép công chứng viên tạo lập chứng thư CCĐT thì phạm vi CCĐT nói chung và phạm vi CCĐT trong lĩnh vực BĐS nói riêng sẽ được hoàn thiện ở mức độ đầy đủ nhất điều chỉnh tất cả các loại giao dịch trong lĩnh vực này.

(ii) Công chứng điện tử đối với các giao dịch bất động sản thì cần yếu tố nào?

Theo quy định, quy trình của CCĐT được thực hiện hoàn toàn trên môi trường điện tử, yêu cầu tài liệu khi tiếp nhận phải là hồ sơ dưới dạng điện tử hay từ tính¹⁸, đây chính là yếu tố quan trọng để có thể triển khai CCĐT. Từ khi Luật Cải cách kỹ thuật số sửa đổi cho phép các tài liệu BĐS, chẳng hạn như hợp đồng mua bán và giải thích các vấn đề quan trọng được ký và gửi dưới dạng kỹ thuật số tại Nhật Bản từ ngày 18 tháng 5 năm 2022, CCĐT bắt đầu được triển khai trong lĩnh vực BĐS, có thể xem đây là vấn đề mới của Nhật Bản.

Với đầu vào là hợp đồng BĐS được số hóa, đây được xem là điều kiện quyết định để tiến hành CCĐT. Trước đây, ngành BĐS đã bị chặn trực tuyến do nhiều quy định khác nhau, pháp luật ban hành lệnh cấm số hóa tài liệu đối với các giao dịch BĐS do giao dịch này có giá trị tài sản lớn tiềm ẩn rủi ro rắc rối cao, việc soạn thảo hợp đồng mua bán là bắt buộc theo Luật Kinh doanh môi giới BĐS (Luật Kinh doanh BĐS) và Luật Cho thuê đất, cho thuê nhà, phải đóng dấu và bằng văn bản giấy¹⁹. Đây cũng là lý do CCĐT không được phép thực hiện đối với hợp đồng liên quan đến BĐS trước khi hợp đồng giao dịch điện tử liên quan đến BĐS được công nhận²⁰. Có thể thấy, việc số hóa hợp đồng BĐS là một bước ngoặt lớn, tạo điều kiện cho giao dịch BĐS trực tuyến trong tương lai trở nên sôi động hơn, hoạt động CCĐT từ đó được mở rộng thêm như là một phương pháp đảm bảo tính an toàn và an tâm hơn cho các bên trong quan hệ BĐS.

Về cơ bản, hợp đồng điện tử không thể được sử dụng trong hợp đồng BĐS trừ khi được bên kia đồng ý. Ngay cả khi môi trường ký kết hợp đồng điện tử được chuẩn bị để thuận tiện,

¹⁶公正証書、手続きオンライン化へ＝改正案を来年通常国会に提出—法務省,

[https://www.arabnews.jp/article/japan/article_72656/] (truy cập ngày 14/4/2023).

¹⁷ 法務省 - Bộ Tư pháp Nhật Bản, 公正証書の作成に係る一連の手續のデジタル化について, [https://www8.cao.go.jp/kisei-kaikaku/kisei/meeting/wg/2201_05digital/220301/digital02_0401.pdf] (truy cập ngày 14/4/2023).

¹⁸ Đoạn (iv) Điều 1 Luật Công chứng

¹⁹ 売買契約書も電子化できる？ | 不動産業界を中心にすすむ電子契約, [<https://hcm-jinjer.com/blog/e-sign/sales-and-purchase-agreement-digitization/>] (truy cập ngày 17/4/2023).

²⁰ Hiệp hội Công chứng viên Nhật Bản, 電子公証 - Công chứng điện tử, [https://www.koshonin.gr.jp/business/b07_5?fbclid=IwAR24ABEe9k9ZIKc0UtEUQ7YskUxF4Tpxv4qyIVbFb26xH--bogfE3YN4h80] (truy cập ngày 17/4/2023).

nếu bên kia không đồng ý, không có lựa chọn nào khác ngoài việc tiếp tục giao dịch bằng hợp đồng giấy như trước đây. Mặc dù nhu cầu về hợp đồng điện tử ngày càng tăng, nhưng không thể nói rằng chúng đã thâm nhập hoàn toàn vào toàn xã hội. Bởi vì một số người đánh giá cao sự an toàn khi có một hợp đồng giấy, e-dè và hoài nghi khi sử dụng hợp đồng điện tử, có thể một phần là do việc đầu tư các thiết bị cho một hợp đồng điện tử là tốn kém. Trong tương lai, mọi lĩnh vực sẽ được số hóa nên việc chuẩn bị một hệ thống là tất yếu. Do đó, để hiện thực hóa một công ty không cần giấy tờ, điều quan trọng là phải yêu cầu bên kia hiểu và hợp tác với các hợp đồng điện tử.

Với hợp đồng điện tử, thủ tục giao dịch BĐS trước đây được thực hiện bằng hợp đồng giấy thì nay được thực hiện bằng dữ liệu điện tử. Thủ tục hợp đồng được nâng cao với các văn bản hợp đồng điện tử tồn tại dưới dạng kỹ thuật số và chữ ký bằng văn bản trên hợp đồng giấy được thay thế bằng "chữ ký điện tử" để đảm bảo tính xác thực của hợp đồng. Chữ ký điện tử đóng vai trò hết sức quan trọng trong CCĐT và đặc biệt là hợp đồng giao dịch điện tử liên quan đến BĐS nhằm mục đích chỉ ra người tạo thông tin được ghi trong hồ sơ điện tử (danh tính) và xác nhận rằng văn bản điện tử được tạo ra có bị thay đổi hay không (đặc tính không bị giả mạo). Mặc dù chữ ký điện tử có thể chứng minh tính không giả mạo, nhưng chúng không thể chứng minh "khi nào" chữ ký được tạo. Do đó, có thể định nghĩa rằng một hệ thống có thể đính kèm "dấu thời gian" được chứng nhận bởi một tổ chức công vào hợp đồng điện tử sẽ an toàn hơn²¹. Còn đối với CCĐT thì chúng chỉ kỹ thuật số sẽ được yêu cầu để xác minh tính hợp lệ của chữ ký điện tử, nên chữ ký điện tử và chứng chỉ điện tử thường được đính kèm thành một bộ được cấp bởi cơ quan cấp chứng chỉ CA: Certificate Authorities.

3. So sánh giữa công chứng điện tử và công chứng truyền thống trong lĩnh vực bất động sản

Từ những phân tích trên có thể thấy điểm khác biệt rõ nhất của CCĐT so với công chứng thông thường đối với BĐS đó là dữ liệu đầu vào. Đối với công chứng thông thường bắt buộc hồ sơ công chứng phải là văn bản giấy có chữ ký và con dấu, đây được xem là bằng chứng để chứng minh tính xác thực của hợp đồng. Khi mua bán BĐS như đất đai và nhà cửa, hoặc động sản cần phải đăng ký hoặc sang tên sau khi mua, do số tiền lớn có thể phát sinh nhiều rủi ro nên cần phải lập hợp đồng mua bán. Bằng cách ký tên và đóng dấu của các bên trong hợp đồng, có thể để lại bằng chứng cho thấy đã có sự đồng ý của chính người đó cho việc mua bán. Nhưng từ khi ban hành các luật liên quan đến cải cách kỹ thuật số nhằm hiện thực hóa một "xã hội không giấy tờ" và "không con dấu", công chứng BĐS được thực hiện trên môi trường điện tử với đầu vào là dữ liệu dưới dạng điện tử. Từ đó, hợp đồng giao dịch điện tử sử dụng

²¹ 電子契約の安全性はどのくらい？不動産取引に導入するための必要知識,[\[https://release.estate/blogs/safety\]](https://release.estate/blogs/safety) (truy cập ngày 16/4/2023).

chữ ký điện tử thay thế cho chữ ký tay và không cần đóng dấu vẫn đảm bảo an toàn và có giá trị pháp lý tương đương với văn bản giấy.

Công chứng truyền thông sẽ cần nhiều nguồn lực vật chất như giấy tờ, con dấu của văn phòng công chứng cũng như tốn nhiều thời gian của công chứng viên với khách hàng. Sang đến CCĐT, so với công chứng thông thường chính là sự tiết kiệm tối đa nguồn vật chất, vì đây là mô hình giúp tối thiểu hết mức các loại giấy tờ, quy trình “không con dấu”, cũng như rút ngắn thời gian hoàn thành thủ tục của cả hai bên công chứng viên và khách hàng của họ. Tuy nhiên, quá trình vận hành CCĐT trong lĩnh vực BĐS lại yêu cầu sự đồng bộ chặt chẽ từ cơ sở vật chất đến yếu tố con người để hệ thống dễ dàng vận hành vào đời sống.

Về cơ sở hạ tầng vật chất, cần thiết đạt được sự phủ sóng toàn diện của mạng internet trên toàn quốc cùng việc phổ biến giao dịch điện tử BĐS đến người dân cũng như phải đảm bảo cơ sở dữ liệu đất đai được kết nối chặt chẽ logic với cơ sở dữ liệu công chứng. Ngoài ra, cần có đội ngũ công chứng viên lành nghề, thành thạo, trung thực trong việc sử dụng thủ tục công chứng hiện đại này để có thể chứng nhận tính xác thực, hợp pháp của hợp đồng BĐS với giá trị giao dịch lớn mà vẫn đảm bảo an toàn qua môi trường điện tử. Cuối cùng, người dân Việt Nam cũng cần trang bị cho mình kiến thức, kỹ năng vận dụng công nghệ nhiều hơn công chứng truyền thống hỗ trợ cho việc thực hiện dịch vụ công chứng của mình, đặc biệt là quá trình công chứng đối với giao dịch BĐS đã được số hóa. Bởi lẽ so với công chứng truyền thống, CCĐT cần sự chủ động, thành thạo của khách hàng hơn trong việc chuẩn bị tài liệu dưới dạng điện tử, cũng như tiến hành sử dụng chữ ký điện tử ký vào hợp đồng BĐS của họ để mang đi công chứng.

4. Phòng ngừa tranh chấp trong công chứng điện tử so với công chứng truyền thống ở lĩnh vực bất động sản

Mô hình CCĐT được áp dụng với hi vọng sẽ góp phần vào việc phòng ngừa tranh chấp xảy ra giữa các bên trong giao dịch, đặc biệt với loại giao dịch có giá trị lớn như BĐS. Khi giới thiệu tổng quan về mô hình này, Bộ Tư pháp Nhật Bản xác định CCĐT như một cơ chế bảo đảm tránh mất mát hoặc làm sai lệch cũng như xác thực thông tin. Cụ thể, mục đích của hệ thống CCĐT không chỉ dừng lại ở việc xác thực chữ ký điện tử và người ký chữ ký điện tử mà còn là lưu giữ hồ sơ để có thể chứng minh sự tồn tại và độ tin cậy của nội dung thông tin trong trường hợp tranh chấp xảy ra sau đó, cho thấy sự hữu ích của nó trong việc ngăn ngừa và giải quyết tranh chấp. Theo hệ thống này, các công chứng viên sẽ đóng vai trò của Third Trusted Parties (Bên thứ ba đáng tin cậy)²².

²² 法務省 - Bộ Tư pháp Nhật Bản, [<https://www.moj.go.jp/MINJI/DENSHIKOSHO/denshikoshol-1.html>] (truy cập ngày 15/4/2023).

Ở nước ta, vấn đề giả chữ ký trong giao dịch BĐS là vấn nạn dễ dàng xảy ra và thực chất đã có trường hợp kẻ gian giả chữ ký để chiếm đoạt hàng tỷ đồng. Như vụ việc giả chữ ký “qua mặt” công chứng viên để bán nhà, theo đó bị cáo giả chữ ký, chữ viết của chủ nhà trong hợp đồng chuyển nhượng được công chứng ngày 30-10-2018 tại văn phòng công chứng Tiến Đạt để chiếm đoạt của bị hại 7,1 tỷ đồng, gây hậu quả nghiêm trọng cho người bị hại²³. Khi đó, nếu trong hệ thống CCĐT thì ưu điểm đáng ghi nhận sẽ là phòng ngừa phần nào loại tranh chấp này do công chứng viên khi chứng nhận tính xác thực, hợp pháp của hợp đồng sẽ phải thông qua bước kiểm tra chữ ký điện tử của các bên để xác minh xem có đúng các bên trong giao dịch ký điện tử ký hay thông qua cơ chế bảo mật mã khóa công khai của chữ ký. Tiếp theo đó, khi công chứng viên xác minh đầy đủ các yếu tố thì sẽ dùng chữ ký số của mình xác thực lần nữa, tăng thêm tính chắc chắn, hợp pháp cho giao dịch này, đóng vai trò Bên thứ ba đáng tin cậy của giao dịch.

5. Một số gợi mở mang tính phòng ngừa rủi ro cho Việt Nam khi công nhận công chứng điện tử với các giao dịch bất động sản

Từ những phân tích trên, nhóm tác giả xin đưa ra một số gợi mở liên quan đến việc triển khai hệ thống CCĐT trong lĩnh vực BĐS ở nước ta trong tương lai như sau:

(i) Thứ nhất, bổ sung quy định minh thị công nhận giá trị pháp lý của giao dịch điện tử trong lĩnh vực bất động sản

Pháp luật Việt Nam đã có hành lang pháp lý một cách đồng bộ liên quan đến hợp đồng nói chung và hợp đồng điện tử nói riêng. Hợp đồng điện tử được ứng dụng ở mọi mặt trong nhiều lĩnh vực tuy nhiên, pháp luật liên quan đến giao dịch điện tử về BĐS lại bị giới hạn. Tại Điều 1 Luật Giao dịch điện tử 2005 loại trừ các trường hợp không áp dụng luật giao dịch điện tử, trong số đó có việc cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà và các BĐS khác. Một số văn bản pháp luật có liên quan cũng giới hạn hình thức giao kết hợp đồng trong lĩnh vực BĐS, chỉ ghi nhận giá trị pháp lý dưới dạng văn bản “giấy” như: Điều 121 Luật Nhà ở 2014 bắt buộc Hợp đồng về nhà ở phải có “Chữ ký và ghi rõ họ, tên của các bên, nếu là tổ chức thì phải đóng dấu (nếu có) và ghi rõ chức vụ của người ký”; hay tại khoản 1 Điều 122 Luật Nhà ở 2014 bắt buộc Hợp đồng mua bán, tặng cho, đổi, góp vốn, thế chấp nhà ở, chuyển nhượng hợp đồng mua bán nhà ở thương mại phải được công chứng, chứng thực hợp đồng trừ trường hợp loại trừ luật định (tặng cho nhà tình nghĩa, mua bán nhà ở xã hội,...). Do đó, những hợp đồng mua bán nhà ở, BĐS, mà giao kết bằng phương tiện điện tử thì sẽ không có hiệu lực

²³ Phương Nam (2022), *Làm sai, một công chứng viên bị đề nghị 8 - 10 năm tù*, [<https://plo.vn/lam-sai-1-cong-chung-vien-bi-de-nghi-8-10-nam-tu-post681869.html>] (truy cập ngày 15/4/2023).

do vi phạm điều kiện về hình thức theo quy định tại Điều 129 Bộ Luật Dân Sự 2015 (trừ trường hợp các bên đã thực hiện ít nhất 2/3 nghĩa vụ).

Có thể thấy các quy định trình bày ở trên ảnh hưởng đáng kể đến thị trường số hóa giao dịch BĐS, gây cản trở nghiêm trọng đến sự tự do hợp đồng, tự do lựa chọn phương thức giao kết hợp đồng của các chủ thể. Do vậy, nhóm tác giả nhận thấy cần thiết để có hành lang pháp lý riêng biệt đối với các hợp đồng điện tử trong giao dịch kinh doanh BĐS, Luật Giao dịch điện tử 2005 nên được sửa đổi, điều chỉnh cả đối với các giao dịch kinh doanh BĐS, để khắc phục những tồn tại hạn chế hiện nay. Vì trên thực tế, bối cảnh chuyển đổi số đang diễn ra mạnh mẽ, tác động mạnh đến đến mọi ngành, lĩnh vực, giao dịch kinh doanh BĐS không sớm thì muộn cũng buộc phải thích ứng để có thể tiệm cận xu hướng phát triển với thị trường. Trong đó,

Hơn nữa, khi đã công nhận các giao dịch điện tử với BĐS, ngoài việc pháp luật công chứng cũng cần có sự đồng bộ với các quy định khác trong khung pháp luật điều chỉnh về các giao dịch điện tử với BĐS như BLDS 2015, Luật Đất đai, Luật Nhà ở, Luật Kinh doanh bất động sản như đã trình bày ở trên thì pháp luật cũng cần có sự chi tiết trong các chính sách về giá trị pháp lý của thông điệp dữ liệu; chính sách về giá trị pháp lý của chữ ký điện tử, chính sách về dịch vụ tin cậy trong giao dịch điện tử; quy định về giá trị pháp lý của hợp đồng điện tử; quy định quy định về an toàn, an ninh, bảo vệ, bảo mật trong giao dịch điện tử... trong Luật Giao dịch điện tử. Trong đó, đặc biệt lưu ý đến vấn đề số hoá hợp đồng và lưu trữ hợp đồng điện tử đối với các giao dịch BĐS. Có như thế mới đảm bảo được tính thống nhất, đồng bộ của hệ thống pháp luật điều chỉnh về giao dịch điện tử đối với BĐS.

(ii) Công nhận giá trị pháp lý của văn bản công chứng điện tử trong Luật Công chứng hiện hành và tạo hành lang pháp lý quy định cụ thể về hoạt động công chứng điện tử

Theo quy định hiện hành, tại các điều luật sau hợp đồng BĐS phải được công chứng, chứng thực thì mới có hiệu lực như hợp đồng chuyển nhượng, tặng cho, thế chấp, góp vốn bằng quyền sử dụng đất, quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền với đất (Điều 167 khoản 3 điểm a Luật Đất đai năm 2013), hợp đồng mua bán, tặng cho, đổi, góp vốn, thế chấp nhà ở, chuyển nhượng hợp đồng mua bán nhà ở thương mại phải được công chứng, chứng thực hợp đồng trừ trường hợp loại trừ luật định (khoản 1 Điều 122 Luật Nhà ở năm 2014). Tuy nhiên, hiện tại Điều 5 Luật Công chứng năm 2014 chỉ mới ghi nhận giá trị pháp lý của văn bản công chứng theo phương thức truyền thống, nên hợp đồng BĐS điện tử sẽ không thể được công chứng do ở dạng tài liệu điện tử. Do đó, nhóm tác giả đề xuất bổ sung thêm khoản 5 vào Điều 5 Luật Công chứng năm 2014 với nội dung như sau: “*Văn bản công chứng điện tử sẽ có giá trị pháp lý như văn bản công chứng trên giấy, nếu đáp ứng quy định trong Luật này và các quy định liên quan*”.

Hiện tại đã có Đề cương chi tiết Luật Công chứng (sửa đổi) đề cập đến việc bổ sung quy định cho phép CCĐT và một số quy định liên quan điều chỉnh hoạt động CCĐT, tuy nhiên còn mang tính khái quát. Cần bổ sung quy định thẩm quyền CCĐT, theo đó quy trình này chỉ được thực hiện bởi những CCV được Bộ trưởng Bộ Tư pháp chỉ định, họ sẽ được hành nghề sau khi hoàn thành khóa đào tạo chuyên môn trong lĩnh vực này và được cấp một chứng chỉ CCĐT. Ghi nhận quyền và nghĩa vụ của CCV được chỉ định, trách nhiệm cá nhân gắn với hoạt động CCĐT. Vì vẫn còn rất mới với người dân, do đó cần quy định cụ thể trình tự, thủ tục thực hiện thực hiện CCĐT, tại Nghị định hướng dẫn thi hành Luật Công chứng sẽ được đề cập rõ hơn từng bước để cho người dân và cơ quan tiến hành hoạt động CCĐT dễ dàng tiếp cận và thực hiện.

Có quan điểm cho rằng, một khi các giao dịch đối với BĐS đã được thực hiện trong môi trường điện tử thì không cần sự xuất hiện của công chứng điện tử do các bên chủ thể của giao dịch, chữ ký và thậm chí là con dấu của họ đều đã được số hoá với công nghệ hiện đại và hoàn toàn có khả năng dễ dàng để chứng minh trước các cơ quan giải quyết tranh chấp. Nhận định này sẽ đúng trong một môi trường lý tưởng khi mà có sự đồng bộ trong sự phát triển của hạ tầng cơ sở, trình độ dân trí, và khung pháp luật hoàn thiện điều chỉnh về hoạt động này. Song, trong quá trình chuyển đổi từ mô hình công chứng truyền thống sang CCĐT, rõ ràng, bối cảnh Việt Nam hiện nay, cần thiết phải có sự đồng hành của hoạt động CCĐT với các giao dịch điện tử dành cho đối tượng là BĐS.

(iii) Kết nối chặt chẽ cơ sở dữ liệu đất đai và cơ sở dữ liệu công chứng

Hệ thống cơ sở dữ liệu công chứng, trong đó có Dữ liệu nguồn gốc tài sản đối với quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất là một trong những yêu cầu bắt buộc mà Luật Công chứng quy định nhằm chia sẻ thông tin góp phần bảo đảm an toàn pháp lý, hạn chế rủi ro cho việc công chứng, chứng thực²⁴. Đặc biệt, trong lĩnh vực BĐS thì việc làm này giúp nhà nước phòng chống việc giả mạo người khác, giấy tờ để công chứng và đăng ký đất đai. Đây cũng là tiền đề thực hiện liên thông các thủ tục công chứng - đăng ký quyền sử dụng đất, tài sản gắn liền với đất - thuế và xây dựng chính phủ điện tử, đô thị thông minh. Tuy nhiên, hiện nay, đa số các tỉnh thành trên cả nước thì vẫn còn có sự “lệch pha” trong kết nối, liên thông với các cơ sở dữ liệu liên quan, đặc biệt là với cơ sở dữ liệu địa chính để xác định thông tin về nguồn gốc tài sản đối với quyền sử dụng đất, nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất.

Ví dụ điển hình như tại Tp. Hồ Chí Minh, theo Sở Tư pháp, cơ sở dữ liệu (CSDL) công chứng tại TP. Hồ Chí Minh vẫn chưa hoàn chỉnh do chưa được kết nối với cơ sở dữ liệu địa chính (ngành tài nguyên và môi trường quản lý). Vẫn còn thiếu thông tin về nguồn gốc tài sản

²⁴ Điều 62 Luật Công chứng 2014.

đối với quyền sử dụng đất, nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất. Hiện nay, CSDL đất đai vẫn đang trong giai đoạn hoàn thành mục tiêu xây dựng thành một hệ thống tập trung, thống nhất, đồng bộ, đa mục tiêu, kết nối liên thông trên phạm vi cả nước với việc thí điểm từ tháng 8.2022, Sở Tư pháp, Sở TT-TT, Sở TN-MT đã triển khai thí điểm kết nối, chia sẻ cơ sở dữ liệu công chứng tại 7 phòng công chứng với cơ sở dữ liệu địa chính tại Chi nhánh Văn phòng đăng ký đất đai Q.1 và Chi nhánh Văn phòng đăng ký đất đai Q.6...Các đơn vị tham gia thí điểm có thể tra cứu thông tin trong các cơ sở dữ liệu để tham khảo, phục vụ cho hoạt động công chứng và đăng ký quyền sử dụng đất, tài sản gắn liền với đất²⁵. Và cho đến thời điểm hiện nay, việc kết nối này cũng chỉ dừng lại ở việc thí điểm.

Như vậy, để hoạt động CCĐT trong lĩnh vực BĐS được triển khai trên phạm vi cả nước, yêu cầu thực hiện tốt, nghiêm chỉnh Đề án phát triển ứng dụng dữ liệu về dân cư, định danh và xác thực điện tử phục vụ việc chuyển đổi số quốc gia giai đoạn 2022-2025, tầm nhìn đến năm 2030 (Đề án 06). Trong đó kết nối CSDL đất đai với CSDL quốc gia về dân cư được xác định là bước quan trọng trong sử dụng dữ liệu chung của Chính phủ; là tiền đề thay đổi phương thức làm việc trên môi trường số; là nguồn dữ liệu tin cậy cung cấp những thông tin cần thiết cho các giao dịch BĐS (lịch sử giao dịch trong quá khứ, thông tin về môi trường xung quanh liên quan đến các giấy tờ cần thiết như giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, nhà ở, hợp đồng thuê nhà,...) để công chứng viên kiểm tra tính xác thực của giao dịch trong quá trình thực hiện CCĐT. Từ thực tiễn trên, nhóm tác giả kiến nghị cần phải đẩy nhanh quá trình hoàn thiện CSDL đất đai, khắc phục những bất cập trên thực tế khi bước đầu sử dụng phần mềm CSDL đất đai để tạo một môi trường thuận lợi hỗ trợ cho công tác triển khai và áp dụng CCĐT vào lĩnh vực BĐS trong tương lai gần.

6. Kết luận

Công chứng điện tử trở thành xu thế của thời đại công nghệ 4.0 với vai trò tiên phong trong của nhiều nền pháp luật tiên tiến trong đó có Nhật Bản. Hoạt động công chứng tại Việt Nam cũng không thể nằm ngoài xu hướng này. Do đó, kinh nghiệm của các nước cụ thể trong bài viết này là Nhật Bản sẽ cho chúng ta những gợi mở nhất định trong việc thừa nhận CCĐT, đặc biệt là đối với các giao dịch BĐS. Trong đó, chủ yếu nhất là những kinh nghiệm liên quan đến việc điều chỉnh khung pháp luật được quy định cụ thể trong BLDS, Luật Đất đai, Luật Nhà ở, Luật Kinh doanh bất động sản, Luật Giao dịch điện tử và Luật Công chứng...với yêu cầu bảo đảm sự đồng bộ, thống nhất trong các quy định về giao dịch, hợp đồng phải công chứng; chia sẻ thông tin trong các cơ sở dữ liệu về dân cư, doanh nghiệp, đất đai, BĐS, đảm bảo các hoạt động công chứng được thực hiện chính xác, thuận lợi, nhanh chóng, chi phí thấp,

²⁵ Ngân Nga (2022), *Cơ sở dữ liệu công chứng nhà đất ở TP.HCM 'lệch pha' đến khi nào?*, [<https://thanhnien.vn/co-so-du-lieu-cong-chung-nha-dat-o-tphcm-lech-pha-den-khi-nao-1851542426.htm>] (truy cập ngày 17/4/2023).

góp phần đảm bảo an toàn pháp lý cho hợp đồng, giao dịch; phòng ngừa rủi ro, tranh chấp; tăng cường quản lý Nhà nước trong các lĩnh vực đất đai, BĐS, nhà ở, tránh thất thu thuế cho Nhà nước²⁶.

Tài liệu tham khảo

- [1] 【公正証書】不動産の売買は契約書で良いの, [<https://sohko.net/etc/deed-sales-contract.html>];
- [2] Andrew M. Pardieck (2015), *Executing Contracts in Japan*, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2667858], tr. 8;
- [3] Ngân Nga (2022), *Cơ sở dữ liệu công chứng nhà đất ở TP.HCM 'lệch pha' đến khi nào?*, [<https://thanhvien.vn/co-so-du-lieu-cong-chung-nha-dat-o-tphcm-lech-pha-den-khi-nao-1851542426.htm>];
- [4] Hiệp hội Công chứng viên Nhật Bản - 日本公証人連合, *土地建物賃貸借 - Về vấn đề cho thuê đất và công trình gắn với đất*, [<https://www.koshonin.gr.jp/business/b04>]
- [5] Hiệp hội Công chứng viên Nhật Bản, *電子公証 - Công chứng điện tử*, [https://www.koshonin.gr.jp/business/b07_5?fbclid=IwAR24ABEe9k9ZIKc0UtEUQ7YskUxF4Txpv4qyIVbFb26xH--bogfE3YN4h80];
- [6] Japan National Notaries Association, *How to make good use of Japanese Notaries*, [<https://www.koshonin.gr.jp/pdf/english2.pdf>];
- [7] Phương Nam (2022), *Làm sai, một công chứng viên bị đề nghị 8 - 10 năm tù*, [<https://plo.vn/lam-sai-1-cong-chung-vien-bi-de-nghi-8-10-nam-tu-post681869.html>];
- [8] タイムビジネス協議会 – Tài liệu Hội nghị Time Business (2013), *公証制度の電子化適用に関するガイドライン検討報告書*, tr. 19;
- [9] 不動産・建設経済局- 国地交通省 (2022), *不動産取引時の書面が電子書面で提供できるようになります*, [<https://www.mlit.go.jp/report/press/content/001479777.pdf>];
- [10] 公正証書、手続きオンライン化へ＝改正案を来年通常国会に提出—法務省, [https://www.arabnews.jp/article/japan/article_72656/];
- [11] 売買契約書も電子化できる？ | 不動産業界を中心にすすむ電子契約, [https://hcm-jinjer.com/blog/e-sign/sales-and-purchase-agreement_digitization/];
- [12] 法務省 - Bộ Tư pháp Nhật Bản, [<https://www.moj.go.jp/MINJI/DENSHIKOSHO/denshikoshol-1.html>];

²⁶ VTV (2022), “Tiến tới thực hiện công chứng hợp đồng, giao dịch trên môi trường điện tử”, nguồn: <https://vtv.vn/chinh-tri/tien-toi-thuc-hien-cong-chung-hop-dong-giao-dich-tren-moi-truong-dien-tu-20221218171649522.htm> (truy cập ngày 21/4/2023).

[13] 法務省 - Bộ Tư pháp Nhật Bản,
[<https://www.moj.go.jp/MINJI/DENSHIKOSHO/denshikoshol-1.html>];

[14] 法務省 - Bộ Tư pháp Nhật Bản, 公正証書の作成に係る一連の手續のデジタル
化について, [https://www8.cao.go.jp/kisei-kaikaku/kisei/meeting/wg/2201_05digital/220301/digital02_0401.pdf];

[15] 電子契約の安全性はどのくらい? 不動産取引に導入するための必要知識,
[<https://release.estate/blogs/safety>].

VAI TRÒ CỦA CÔNG CHỨNG TRUYỀN THÔNG VÀ CÔNG CHỨNG ĐIỆN TỬ ĐỐI VỚI CÁC GIAO DỊCH LIÊN QUAN ĐẾN LĨNH VỰC BẤT ĐỘNG SẢN - KINH NGHIỆM TỪ PHÁP LUẬT CÔNG CHỨNG CỘNG HÒA PHÁP

ThS. Trần Ngọc Hà

Giảng viên Khoa Luật Quốc tế trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh

Nguyễn Hoàng Minh Như - Trần Ngọc Vân Quỳnh

Sinh viên lớp cử nhân Luật thương mại Quốc tế 45B trường Đại học Luật TP. HCM

Tóm tắt:

Giao dịch bất động sản là loại giao dịch có sự tham gia của nhiều bên, có giá trị lớn và tồn tại các vấn đề pháp lý phức tạp. Công chứng trong giao dịch bất động sản là một trong những biện pháp tất yếu nhằm bảo vệ quyền lợi hợp pháp của các bên và phòng ngừa những tranh chấp liên quan đến bất động sản. Cùng với sự phát triển của công nghệ kỹ thuật, chứng thư bất động sản không chỉ được lập mà còn được công chứng thông qua phương tiện điện tử. Bài tham luận tập trung trình bày về hoạt động công chứng truyền thông, công chứng điện tử liên quan đến lĩnh vực bất động sản tại Pháp, từ đó chỉ ra sự khác biệt và ưu điểm của công chứng điện tử trong việc phòng ngừa tranh chấp khi giao dịch bất động sản nói chung.

1. Công chứng truyền thông bất động sản ở Pháp

Theo quy định của BLDS Pháp, chứng thư công chứng là chứng thư được xác thực bởi một công chức có đủ khả năng và phẩm chất¹. Hoạt động công chứng được thực hiện bởi công chứng viên – một công chức nhà nước do Bộ trưởng Bộ tư pháp bổ nhiệm². Theo Điều 1 Sắc lệnh 45-2590 ngày 2 tháng 11 năm 1945, công chứng viên có nhiệm vụ nhận tất cả các chứng từ và hợp đồng mà các bên phải hoặc mong muốn xác thực tính hợp pháp. Giao dịch liên quan đến bất động sản là một trong những đối tượng cần được công chứng viên xác thực tính hợp pháp. Bất động sản ở Pháp, theo quy định của BLDS từ Điều 517 đến Điều 526 được phân thành ba loại sau:³

(i) Bất động sản xét theo tính chất: dựa trên các tiêu chí về tính chất vật lý, bao gồm đất đai và mọi thứ gắn liền với đất đai

¹ Điều 1369 BLDS Pháp

² Notaires de France (2020), “Le rôle du notaire (Vai trò công chứng viên)”, [<https://www.notaires.fr/fr/profession-notaire/role-du-notaire-et-ses-principaux-domaines-d'intervention/le-role-du-notaire>] (truy cập ngày 15/4/2023).

³ Điều 517 BLDS Pháp

(ii) Bất động sản xét theo mục đích của chủ sở hữu: động sản được gắn vĩnh viễn vào bất động sản

(iii) Bất động sản xét theo đối tượng áp dụng: quyền sử dụng bất động sản, quyền sở hữu hoặc dịch vụ đất đai, các hành động có xu hướng yêu cầu một bất động sản.

Nghị định số 55-22 ngày 4 tháng 1 năm 1995 về cải cách ruộng đất là nghị định đầu tiên quy định cụ thể về việc đăng ký đất đai và công chứng chứng thư bất động sản tại Pháp. Đối với việc đăng ký đất đai, công chứng viên ở Pháp chịu trách nhiệm kiểm tra và đăng ký đất đai⁴. Căn cứ vào Điều 4 Nghị định này: “*Bất kỳ chứng thư nào được công khai mà có trách nhiệm đăng ký đất đai đều phải được lập ở dạng xác thực*”⁵. Theo đó, để có hiệu lực thi hành đối với bên thứ ba, việc chuyển nhượng quyền sở hữu bất động sản phải được đăng ký với cơ quan đăng ký đất đai địa phương (“*services de la publicité foncière*”) và chỉ những chứng thư chuyển nhượng được xác thực bởi công chứng viên Pháp mới được đăng ký⁶. Công chứng viên xác thực bằng chữ ký và đóng con dấu vào chứng thư bất động sản, đồng thời phải đăng ký chứng thư đó với cơ quan đăng ký đất đai địa phương trong vòng 1 tháng kể từ khi thực hiện để việc chuyển nhượng quyền sở hữu có hiệu lực đối với bên thứ ba⁷. Vì là thủ tục công chứng truyền thống nên hầu hết các chứng thư bất động sản đã xác thực bởi công chứng viên được trình bày dưới dạng giấy từ những năm 1956⁸ cho đến trước giai đoạn số hóa vào năm 1998. Chứng thư công chứng nói chung hay chứng thư công chứng bất động sản ở Pháp nói riêng được công chứng viên lưu trữ trong thời hạn 100 năm⁹, sau thời hạn này tất cả giấy tờ, chứng thư sẽ được chuyển đến Trung tâm lưu trữ công cộng (*Les Archives publiques*).

Giao dịch bất động sản trên thực tế có nhiều loại như hợp đồng chuyển nhượng (mua bán, tặng cho, thừa kế), hợp đồng cho thuê, hợp đồng thế chấp,... Tuy nhiên, pháp luật Pháp chỉ đặt ra yêu cầu bắt buộc công chứng đối với những chứng thư dùng cho mục đích đăng ký đất đai¹⁰ như hợp đồng chuyển nhượng bất động sản. Đối với những loại hợp đồng khác, các

⁴ Henry LETULLE, “La sécurisation des transactions immobilières en France”, Phòng công chứng Paris, [<https://paris.notaires.fr/sites/default/files/presentation-letulle-secourisation-transactions-immobilieres-france-def.pdf>] (truy cập ngày 15/4/2023).

⁵ Lược dịch “*Tout acte sujet à publicité dans un service chargé de la publicité foncière doit être dressé en la forme authentique.*”

⁶ Corinne Knopp (2022), “*Real Estate law in France*”, Deloitte Legal Handbook for Real Estate Transactions (2022), tr85.

⁷ Tlđđ (8), tr85.

⁸ Laura Serruya (2022), *Le Notaire Face Au Numérique*, Luận văn thạc sĩ, Đại học Paris-Saclay, tr.15.

⁹ Điều 17 Sắc lệnh số 79-1037 ngày 3 tháng 12 năm 1979.

¹⁰ Notaires de France (2020), “L’acte authentique du notaire (Chứng thư xác thực của công chứng viên)”, [https://www.notaires.fr/fr/profession-notaire/role-du-notaire-et-ses-principaux-domaines-d-intervention/lacte-authentique-du-notaire?fbclid=IwAR17H7P9hc-rcCekz9Mf_ET2Mem_XYurAOMBxECGOdb8YICPNz3XIJalzO4] (truy cập ngày 25/4/2023).

bên có quyền lựa chọn công chứng hoặc không công chứng nhưng trên thực tế để tránh xảy ra tình trạng lừa đảo, giả mạo thì các bên thường tìm đến sự hỗ trợ của công chứng viên. Ở Pháp, mua bán bất động sản là một hoạt động phức tạp, do vậy thông thường các bên sẽ chuẩn bị một bản dự thảo hợp đồng và bản hợp đồng dự thảo này sẽ chỉ có giá trị pháp lý khi các bên ký vào chứng thư công chứng¹¹. Dự thảo hợp đồng có thể là thỏa thuận mua bán hoặc cam kết đơn phương hứa bán bất động sản. Điều 1589-2 BLDS có quy định rằng: “*Bất kỳ cam kết đơn phương nào liên quan đến việc bán một bất động sản, quyền bất động sản, quyền cho thuê liên quan đến toàn bộ hoặc một phần bất động sản được đề cập trong Điều 728 và 1655 Bộ luật thuế chung đều vô hiệu nếu không được chứng minh bằng chứng thư xác thực hoặc chứng thư cá nhân được đăng ký trong vòng mười ngày.*”. Việc lập dự thảo hợp đồng không chỉ giúp các bên nắm rõ thông tin về các cam kết cũng như điều kiện mua bán được xác định theo thỏa thuận giữa hai bên hoặc của bên bán mà còn đảm bảo giao dịch sẽ xảy ra đúng thời hạn.

Nhân xét:

Có thể thấy, hoạt động công chứng truyền thống đối với các giao dịch liên quan đến bất động sản được thực hiện với sự hiện diện của công chứng viên và các bên tham gia giao dịch. Hồ sơ bất động sản và chứng thư bất động sản bằng giấy sẽ được công chứng viên lập và chuyển đến cơ quan đăng ký đất đai bằng hình thức di chuyển thông thường. Do đó, quá trình công chứng giao dịch bất động sản dễ gặp phải tình trạng đình trệ do khối lượng lớn sổ sách, bản sao giấy tờ tùy thân của các bên, hồ sơ và chứng thư bất động sản cần phải xác thực.

2. Công chứng điện tử bất động sản ở Pháp

Công chứng điện tử (Electronic Notarization) được xem là cách thức mà một công chứng viên chứng nhận tài liệu thông qua phương tiện điện tử và cách thức này được áp dụng tối ưu khi thực hiện các thủ tục trong các giao dịch bất động sản. Trong quá trình giao dịch bất động sản, người mua nhà thường ký chứng thư tại văn phòng công chứng và công chứng viên có trách nhiệm thu thuế, đăng ký mua bán và đảm bảo rằng tất cả các khoản thanh toán thế chấp được thực hiện khi đến hạn. Để thực hiện quá trình này, công chứng viên phải tạo ra một lượng dữ liệu khổng lồ để nhập vào nhiều sổ đăng ký công khai.¹² Đồng thời, công chứng viên cũng là chủ thể duy nhất có thẩm quyền thực hiện chuyển nhượng bất động sản, lập dự thảo hợp đồng bất động sản, soạn thảo hợp đồng, giao dịch kinh doanh và ủy quyền ở hầu hết Châu Âu. Trên cơ sở nghề công chứng là một trong những nghề tiên phong ở Châu Âu sử dụng công nghệ chữ ký điện tử, công chứng điện tử ở Pháp đã ra đời nhằm hiện đại hóa và nâng cao chất

¹¹ Robin Anesi (2017), La formation du contrat de vente immobilière: vers un contrat solennel?, Luận văn thạc sĩ, tr.44.

¹² Bechini, U., & Gassen, D. (2008), “[A New Approach To Improving The Interoperability Of Electronic Signatures In Cross-border Legal Transactions](#)”, Michigan State University College of Law Journal of International Law, 17(3), tr.705, tr.719-720.

lượng của hoạt động công chứng, hỗ trợ các công chứng viên quản lý hiệu quả khối lượng lớn hồ sơ bất động sản.

Từ năm 2000, Pháp tiến hành sửa đổi BLDS để có thể triển khai hoạt động công chứng điện tử vào thực tế, cụ thể tại Điều 1317 BLDS Pháp đã ghi nhận “hành vi xác thực” bằng phương tiện điện tử. Từ đó đến nay, mô hình công chứng điện tử ở Pháp ngày càng được phát triển và hoàn thiện nhanh chóng.

Hoạt động công chứng từ xa tại Pháp được triển khai thực hiện từ năm 2020 trong bối cảnh đại dịch COVID-19. Các chứng thư được công chứng trong thời gian thực (real time) ngay cả khi các bên ở hai tỉnh/thành phố khác nhau thông qua hội nghị truyền hình (videoconferencing), miễn là mỗi bên có sự hiện diện của một công chứng viên của họ¹³. Khi công chứng từ xa giao dịch bất động sản, các bên có thể đang không sinh sống tại nơi có bất động sản được chuyển nhượng; do vậy một trong các bên phải tự mình hoặc nhờ đến công ty môi giới tìm kiếm một công chứng viên thực sự sống ở địa điểm có bất động sản để thực hiện những thủ tục cần thiết¹⁴. Sau đó, công chứng viên tiến hành xác thực hồ sơ bất động sản, một số giấy tờ liên quan và soạn dự thảo hợp đồng hoàn toàn từ xa thông qua email và hội nghị truyền hình. Công chứng viên còn có trách nhiệm thu thập chữ ký của các bên liên quan¹⁵, sau đó đóng dấu chữ ký của mình vào tài liệu cần xác thực. Với tính chất đặc thù của giao dịch bất động sản là phải được ký kết ở nơi có bất động sản, các bên tham gia được phép ủy quyền cho công chứng viên ký chứng thư theo quy định tại Nghị định số 2020-1422 ngày 20 tháng 11 năm 2020 về việc thiết lập giấy ủy quyền có công chứng từ xa trên phương tiện điện tử mà giá trị của chứng thư vẫn tương tự như công chứng truyền thống.

Hoạt động công chứng điện tử bất động sản ở Pháp được đặc trưng bởi số hóa các dịch vụ đăng ký đất đai (bằng hệ thống Télé@ctes) và quyền tiếp cận hồ sơ bất động sản của công chứng viên (ANF). Tháng 5 năm 2006, sự ra đời của hệ thống Télé@ctes đã cho phép các công chứng viên tại Pháp trao đổi chứng thư sở hữu với cơ quan đăng ký thế chấp ở dạng điện tử. Đồng thời, Télé@ctes còn tiến hành số hóa các bản giấy của chứng thư bất động sản.

2.1. Télé@ctes - công cụ hỗ trợ cho nghề công chứng giúp tin học hóa hoạt động đăng ký đất đai

Télé@ctes là một hệ thống truyền từ xa được thiết lập tại các văn phòng dịch vụ công

¹³ (2007). [Promoting Confidence in Electronic Commerce: Legal Issues on International Use of Electronic Authentication and Signature Methods](#). New York, United Nations, tr.55-56.

¹⁴ Notaires de France (2021), “Immobilier: est-il possible de vendre à distance un bien situé l'étranger?”, [<https://www.notaires.fr/fr/faq/comment-vendre-a-distance-un-bien-immobilier-situe-letranger>] (truy cập ngày 26/4/2023).

¹⁵ Laura Serruya (2022), *Le Notaire Face Au Numérique*, Luận văn thạc sĩ, Đại học Paris-Saclay, tr.49.

liên quan, hỗ trợ giúp cho việc trao đổi dữ liệu được vi tính hóa giữa cơ quan đăng ký đất đai và công chứng viên diễn ra một cách một cách an toàn triệt để trong lĩnh vực bất động sản. Télé@ctes đã thực hiện một bước tiến lớn trong việc thúc đẩy trao đổi tự động tài liệu số hóa giữa cơ quan nhà nước và lĩnh vực công chứng. Hệ thống được thiết lập tại các văn phòng công chứng và cơ quan dịch vụ công liên quan (như đăng ký đất đai, quản lý quỹ, thuế), các công chứng viên thực hiện các trao đổi điện tử giữa văn phòng của họ với cơ quan dịch vụ đăng ký đất đai (SPF), Caisse des Dépôts (quản lý chuyển giao quỹ) và quản lý thuế (thanh toán thuế chuyển nhượng, thuế lãi vốn, ...)¹⁶. Công chứng viên Pháp thông qua Télé@ctes được quyền truy cập vào tệp hồ sơ bất động sản (được quản lý bởi Tổng cục Tài chính công DGFIP¹⁷) để có thể phục vụ cho công việc của mình một cách thuận tiện, hiệu quả hơn.

Télé@ctes - mô hình hợp tác giữa Công chứng viên và Tổng cục tài chính công (DGFIP)

Ở cấp độ quốc gia, Télé@ctes là mô hình hoạt động dưới sự quản lý của Hội Đồng Công chứng Cấp cao Pháp¹⁸ và Tổng Cục Tài chính công Pháp¹⁹

Ở cấp độ địa phương, Télé@ctes hoạt động dưới sự phối hợp giữa các Phòng Công chứng địa phương và Tổng cục Tài chính công khu vực và cấp bộ²⁰.

a) Số hóa dữ liệu ở văn phòng đăng ký đất đai từ phía cơ quan nhà nước - FIDJI²¹

Giai đoạn từ năm 1998 đến năm 2003, với sự phát triển mạnh mẽ của kỹ thuật số, hoạt động vi tính hóa đăng ký đất đai được tiến hành. Các văn bản về đăng ký đất đai, hồ sơ bất động sản, sổ ký gửi đã được tin học hóa, từ đó đã thiết lập nên tệp dữ liệu pháp lý về bất động sản (FIDJI). Năm 2003, công cuộc vi tính hóa, số hóa văn phòng hỗ trợ đăng ký đất đai đã hoàn thành, các công việc tại văn phòng đăng ký đất đai từ nay về sau sẽ được chuyển sang FIDJI. Tệp FIDJI sẽ vừa cung cấp cơ sở dữ liệu mới cập nhật, vừa chứa những dữ liệu cũ hơn liên quan đến bất động sản. Hành vi mới được xác lập liên quan đến bất động sản sẽ được cập nhật và truyền đến sổ đăng ký đất của cơ quan đăng ký đất đai ở dạng điện tử và các dữ liệu cũ hơn liên quan đến bất động sản (dữ liệu bất động sản từ năm 1956 thì sẽ được quét tạo

¹⁶ Les Notaires du Grand Paris (2012) “Télé@ctes : des échanges dématérialisés avec le service de la publicité foncière (Trao đổi phi vật chất hóa với dịch vụ đăng ký đất đai)” [<https://notairesdugrandparis.fr/fr/les-outils-du-notariat-au-service-des-franciliens/telectes-des-echanges-dematerialises-avec-le-service-de-la-publicite-fonciere>] (truy cập ngày 25/4/2023).

¹⁷ La Direction générale des finances publiques (DGFIP)

¹⁸ CSN Conseil supérieur du notariat

¹⁹ DGFIP Direction Générale des Finances Publiques

²⁰ Directions régionales ou départementales des Finances publiques

²¹ Le Fichier informatisé des données juridiques immobilières (FIDJI) là hệ thống quản lý dữ liệu bất động sản có tính chất pháp lý dưới sự kiểm soát của Cục quản lý đất đai Pháp

thành FIDJI-Stock) đã được lưu trữ số hóa²².

Tuy nhiên, giai đoạn này vẫn chưa có một cơ chế thủ tục từ xa cho phép công chứng viên chuyển các yêu cầu liên quan đến giấy tờ thuộc thẩm quyền quản lý nhà nước bằng máy tính hoặc để nộp chứng thư công chứng cho cơ quan quản lý nhà nước. Do đó, để hoàn thiện được mô hình đăng ký đất đai trực tuyến thì cần phải có công cụ số hóa các dữ liệu trao đổi với người dùng.

b) Số hóa tài liệu, dữ liệu ở các văn phòng công chứng từ phía công chứng viên – nền tảng PLANÈTE

Cùng với hoạt động tin học hóa dữ liệu của cơ quan quản lý nhà nước về đăng ký đất đai, các văn phòng công chứng đã nỗ lực thực hiện việc tin học hóa nguồn dữ liệu của mình trên cơ sở hợp tác với Tổng cục tài chính công để thiết lập một cơ chế thủ tục từ xa đối với hoạt động công chứng liên quan đến bất động sản. Hiệp hội phát triển dịch vụ công chứng (ADSN Groupe) đã tiến hành xây dựng nền tảng trao đổi an toàn PLANÈTE. Nền tảng này cho phép xử lý, xác minh và điều hướng các luồng dữ liệu máy tính gửi bởi các văn phòng công chứng cho các bên thứ ba²³. Về phía cơ quan nhà nước, Tổng cục tài chính công DGFIP tiến hành thiết lập một hệ thống tiếp nhận tập trung các luồng dữ liệu từ văn phòng công chứng, sau đó phân phối lại cho các cơ quan có liên quan. Bằng cách này, các tệp hồ sơ chuyển nhượng và đăng ký bất động sản có thể được các văn phòng công chứng gửi đến cơ quan quản lý thuế, dịch vụ đăng ký đất đai liên quan. Các công chứng viên cũng nằm trong một mạng lưới với Dịch vụ ngân hàng CDC Net/EDI (Caisse des dépôts et consignations CDC Net/EDI- thanh toán các loại thuế và nghĩa vụ từ chứng từ nhận được²⁴). Dịch vụ ngân hàng CDC Net/EDI có thể truy cập thông qua các chức năng của phần mềm kế toán công chứng, cho phép thanh toán an toàn thông qua hình thức chuyển khoản điện tử ngay lập tức giữa CDC và các văn phòng công chứng. Việc chuyển khoản thanh toán hoặc đăng ký được thực hiện trên phần mềm soạn thảo chứng từ của văn phòng công chứng viên, sau đó phần mềm kế toán lập lệnh chi ngay cho CDC để nộp tiền thuế và nghĩa vụ cho ngành thuế. Tuy nhiên, để thực hiện được thao tác này, các công chứng viên phải tuân theo các thông số kỹ thuật do Hội đồng công

²² Corine Delphine Dauchez (2020), “La coproduction de la publicité foncière en ligne par l’État et le notariat” (Nhà nước và cơ quan công chứng hợp tác đăng ký đất đai trực tuyến), *Revue française d’administration publique* (Tạp chí hành chính công Pháp) năm 2020, số 173, tr. 181-194.

²³ Aude Roelly (2014), “Le notariat, une profession qui a effectué sa transition numérique!” (Nghề công chứng, một nghề đã thực hiện quá trình chuyển đổi kỹ thuật số), *Hiện đại hóa và lưu trữ: Những suy nghĩ về công tác quản lý và thu thập tài liệu lưu trữ*, [<https://siaf.hypotheses.org/125>] (truy cập ngày 18/4/2023)

²⁴ La Caisse des dépôts et consignations (CDC) hay được gọi đơn giản là Quỹ tiền gửi và Ký gửi (Caisse des dépôts), là một tổ chức tài chính công của Pháp, là một phần của tổ chức Chính phủ dưới sự kiểm soát của Nghị viện [<https://www.caissedesdepots.fr/modele-unique/nos-missions>] (truy cập ngày 24/4/2023)

chứng cấp cao thiết lập.

Nhằm tăng cường hỗ trợ cho hoạt động của các công chứng viên, Trung tâm lưu trữ dữ liệu công chứng điện tử (MICEN) - một mạng lưới lưu trữ chung dành cho tất cả công chứng viên của nghề công chứng được xây dựng. Việc lưu giữ biên bản giấy tờ công chứng không chỉ được lưu trữ riêng lẻ ở các văn phòng công chứng (như nền tảng PLANÈTE lưu trữ dữ liệu liên quan đến bất động sản) mà còn được lưu trữ ở Trung tâm lưu trữ dữ liệu công chứng điện tử, trong đó các chứng từ xác thực điện tử sẽ được lưu giữ sau khi công chứng viên đã đóng dấu chữ ký điện tử của mình.

Hệ thống Télé@ctes - mô hình hợp tác giữa công chứng viên và Tổng cục tài chính công, là kết quả của sự hợp tác chặt chẽ giữa Hội đồng Công chứng Cấp cao (CSN), Tổ chức tài chính công quản lý quỹ của Pháp Caisse des Dépôts (CDC) và Tổng cục Tài chính công (DGFIP)²⁵ được ký kết vào ngày 2 tháng 5 năm 2006. Télé@ctes cho phép truyền các yêu cầu cung cấp thông tin từ xa của công chứng viên (giấy chứng nhận bất động sản sau khi chết, mua bán bằng một hoặc nhiều điều khoản khác, đăng ký, giải phóng đăng ký) đến các cơ quan nhà nước lưu trữ giấy tờ liên quan. Hệ thống Télé@ctes đồng thời còn truyền tải các luồng thông tin từ văn phòng công chứng đến tệp FIDJI của Dịch vụ đăng ký đất đai (SPF) dưới dạng hỗ trợ nhập dữ liệu. Télé@ctes còn liên kết mở rộng sang các luồng tài chính với việc bắt buộc sử dụng phương thức thanh toán bằng chuyển khoản số hóa của Caisse des Dépôts.

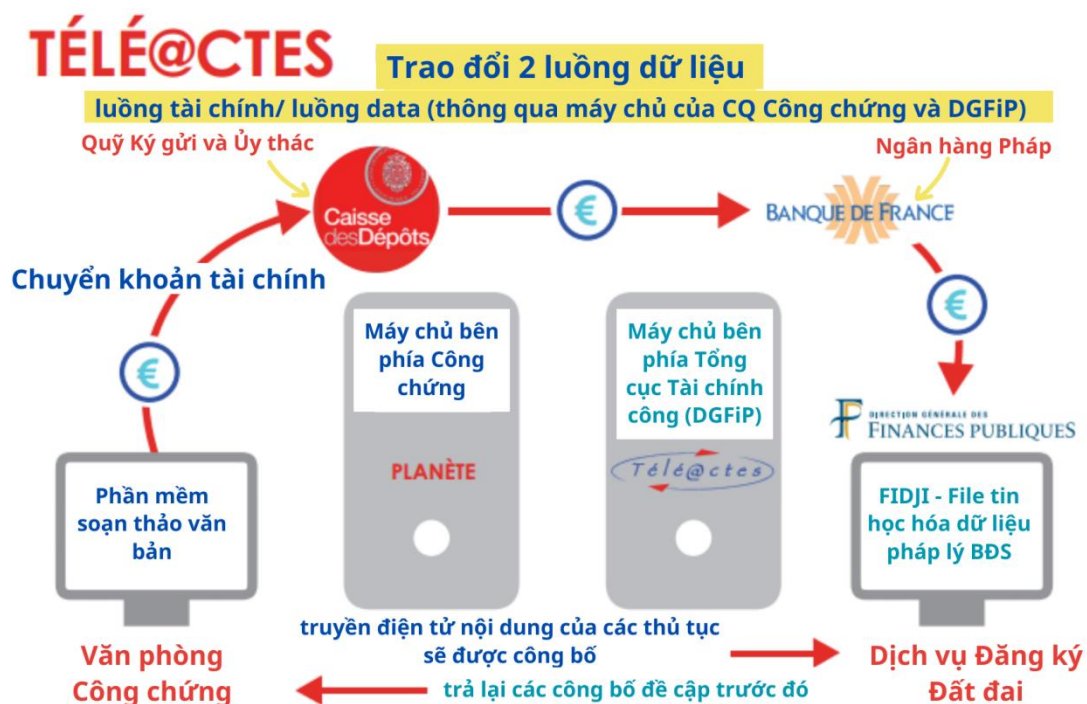
Căn cứ Nghị định số 2017-770, kể ngày ngày 01 tháng 01 năm 2018, việc thực hiện trao đổi số hóa những tài liệu, thông tin, công bố liên quan đến bất động sản của công chứng viên là hoạt động mang tính chất bắt buộc. Quá trình này cho phép các công chứng viên gửi dưới dạng số hóa tất cả các loại yêu cầu trích xuất từ hồ sơ bất động sản cho cơ quan nhà nước. Télé@ctes can thiệp vào các giai đoạn khác nhau của việc mua bán bất động sản: về yêu cầu cung cấp thông tin, sao chép tài liệu, xuất bản, đăng ký, hủy bỏ. Công chứng viên và nhân viên có quyền truy cập trực tiếp vào dịch vụ Télé@ctes nhờ có “khóa số thực” (Clé REAL)²⁶ cũng như đăng ký CDC Net/EDI cho phép họ xác thực và gửi yêu cầu.

Sự xuất hiện của hệ thống Télé@ctes cho phép công chứng viên tiết kiệm được rất nhiều thời gian, đơn giản hóa các thủ tục. Các dữ liệu được truyền ở dạng điện tử cũng có giá trị pháp lý tương tự như việc nộp các tài liệu ở dạng giấy, bản sao của chứng thư trên phương tiện điện tử hoặc giấy chứng nhận được gửi đến dịch vụ đăng ký đất đai đều được công chứng

²⁵ Finances Publiques (2017), “La DGFIP, interlocuteur privilégié des notaires en matière de publicité foncière” (DGFIP, người đối thoại đặc quyền của công chứng viên trong các vấn đề đăng ký đất đai), La Direction Générale Des Finances Publiques: Partenaire Des Notaires (Tổng Cục Tài Chính Công: Đối Tác Công Chứng)

²⁶ Do bản dịch ở mỗi ngôn ngữ là khác nhau, có bài nghiên cứu nêu tên gọi đây là “secure electronic signature”, có bài nghiên cứu gọi đây là “Signature électronique sécurisée”, hay “la Carte REAL”, hay “la clé REAL” nên ở đây tác giả xin lược dịch là “khóa số thực”.

viên xác nhận để chứng thực việc hoàn thành thủ tục.



Hình 1: Hình ảnh hướng dẫn dẫn từ Tổng Cục Tài Chính Công của Pháp (lược dịch Tiếng Việt bởi nhóm tác giả)

2.2. Quy định của Pháp liên quan đến công cụ Télec@ctes

Nghị định số 2017-770 ngày 4 tháng 5 năm 2017 quy định việc công chứng viên bắt buộc sử dụng Télec@ctes để nộp tiền công chứng với các dịch vụ đăng ký đất đai, có hiệu lực thi hành đối với các văn bản được ký kết từ ngày 01/01/2018. Nghĩa vụ này liên quan đến các văn bản mua bán, văn bản xác lập quyền sử dụng đất, giấy chứng nhận bất động sản sau khi chết,... được lập theo chứng thư công chứng hoặc cần có sự can thiệp của công chứng viên.

Cụ thể, Quyết định ngày 2 tháng 6 năm 2017 và Quyết định ngày 30 tháng 4 năm 2018 xác định chi tiết phạm vi nghĩa vụ đối với các công chứng viên phải nộp tài liệu của họ theo phương thức điện tử với Dịch vụ đăng ký đất đai (SPF) gồm:

- (1) Chứng thư mua bán;
- (2) Chứng từ, tài liệu liên quan đến tuyên bố lãi của thu nhập bất động sản, thuế theo quy định tại các Điều 1529 và Điều 1605 của Bộ luật thuế chung²⁷;
- (3) Chứng từ mua bán với tài liệu khảo sát;

²⁷ Code général des impôts

- (4) Hành động xác lập quyền sử dụng đất;
- (5) Giấy chứng nhận bất động sản sau khi chết;
- (6) Giấy chứng nhận khắc phục sau khi bị từ chối;
- (7) Các chứng từ liên quan đến thỏa thuận trả lại tài sản thế chấp thông thường;
- (8) Chứng thư hủy đăng ký đã được công chứng viên xác nhận rằng chủ nợ đã đồng ý hủy bỏ một hoặc nhiều đăng ký, theo yêu cầu của con nợ.

Ngoại lệ: Nghĩa vụ này sẽ không áp dụng đối với các văn bản, tài liệu liên quan đến quy định về miễn thuế và đóng góp tài sản đảm bảo bằng bất động sản dẫn đến việc không thu phí dịch vụ đăng ký đất đai²⁸.

2.3. Quyền truy cập của Công chứng viên vào Hồ sơ Bất động sản (ANF)

Tháng 6 năm 2016 tại lễ khai mạc Đại hội Công chứng viên lần thứ 112, Tổng cục tài chính công DGFIP công bố dự án Hồ sơ bất động sản (ANF), cho phép công chứng viên truy cập trực tiếp vào hồ sơ bất động sản²⁹. Dự án Truy cập Hồ sơ Bất động sản (ANF) được kỳ vọng sẽ thay thế hệ thống Tél@ctes bằng cách cho phép các công chứng viên thực hiện việc tìm kiếm thông tin thế chấp một cách trực tiếp và nhanh chóng vào hồ sơ bất động sản do Tổng cục tài chính công (DGFIP) quản lý (mà không còn cần phải gửi yêu cầu của họ tới dịch vụ đăng ký đất đai SPF như trước).

Nghị định số 2018-1266 ngày 26 tháng 12 năm 2018 (sửa đổi bổ sung cho Nghị định số 55-1350 ngày 14 tháng 10 năm 1955 về đăng ký đất đai) quy định cụ thể về thủ tục cấp thông tin và bản sao chứng từ trong hồ sơ đất đai cho công chứng viên, đồng thời nghị định này còn thiết lập quyền tiếp cận của công chứng viên đối với hồ sơ bất động sản được gọi là “ANF”. ANF sẽ là cơ sở dữ liệu cập nhật liên tục theo tệp FIDJI của dịch vụ đăng ký đất đai SPF dành riêng cho công chứng viên, được lưu trữ trong hệ thống thông tin của Tổng cục Tài chính công DGFIP. Như vậy, hoạt động phát hành bản sao chứng thư trước kia được ủy thác cho dịch vụ đăng ký đất đai (SPF) từ nay sẽ được chuyển giao cho các công chứng viên. Khối lượng công việc của các nhân viên dịch vụ đăng ký đất đai SPF sẽ được giảm đáng kể, bởi công chứng đã có quyền truy cập trực tiếp vào dữ liệu hồ sơ bất động sản ANF, họ sẽ không còn là trung gian cung cấp thông tin cấp phát bản sao chứng thư. Cụ thể, theo Điều 54 của quy định mới này

²⁸ Direction Générale Des Finances Publiques (2017), “Tél@Ctes L’incontournable Du Quotidien”, [https://www.impots.gouv.fr/sites/default/files/media/3_Documentation/depliant/parte_teleacte_incontournable_quotidien.pdf] (truy cập ngày 25/4/2023)

²⁹ Finances Publiques (2017), “La DGFIP, interlocuteur privilégié des notaires en matière de publicité foncière” (DGFIP, người đối thoại đặc quyền của công chứng viên trong các vấn đề đăng ký đất đai), La Direction Générale Des Finances Publiques: Partenaire Des Notaires (Tổng Cục Tài Chính Công: Đối Tác Công Chứng)

quy định: “*Công chứng viên có thể nhận được bản sao hoặc được cung cấp thông tin, bằng cách đệ trình yêu cầu của mình lên Tổng cục Tài chính công thông qua một ứng dụng máy tính chuyên dụng do cơ quan này thiết lập*”. Nghị định số 2018-1266 thật sự đã cải cách hành nghề công chứng, từ nay công việc của công chứng viên sẽ thuận tiện hơn khi được tiếp cận trực tiếp với hồ sơ bất động sản. Công chứng viên không còn cần phải thông qua dịch vụ đăng ký đất đai SPF để có thể truy cập các bản sao chứng thư trong tệp bất động sản. Thủ tục mới này là một phần của quá trình chuyển đổi kỹ thuật số dịch vụ công trong khuôn khổ chương trình Hành động Công (Action Publique 2022) của Chính phủ Pháp³⁰.

ANF cho phép các công chứng viên có tùy chọn đưa ra yêu cầu về thông tin nhanh chóng và thuận tiện tương tự như yêu cầu hệ thống Télé@ctes truyền đạt đến SPF theo cách truyền thống bằng “khóa số thực” của mình. Tuy nhiên khác với hệ thống Télé@ctes phải mất đến khoảng 10 ngày để yêu cầu của công chứng viên gửi đến dịch vụ đăng ký đất đai SPF được giải quyết, thì ANF cho phép phản hồi được truyền nhanh chóng hoặc thậm chí tự động đến hồ sơ bất động sản. Tuy nhiên, bên cạnh sự tiện lợi về mặt thủ tục mà ANF mang lại, ANF vẫn tồn tại nhiều rủi ro. Dữ liệu thông tin do ANF thu được không có độ tin cậy tương đương như dữ liệu thông tin do dịch vụ đăng ký đất đai SPF cung cấp. Vì không như tệp FIDJI được chịu trách nhiệm bởi dịch vụ đăng ký đất đai SPF, trong trường hợp có sai sót, thiếu sót hoặc sự cố kỹ thuật trong hệ thống ANF, nhà nước không thể chịu trách nhiệm pháp lý. Theo cách hiểu này, Điều 54 của Nghị định số 2018-1266 (sửa đổi bổ sung Nghị định số 55-1350 ngày 14 tháng 10 năm 1955) quy định rằng thông tin nhận được qua ứng dụng ANF “*không làm phát sinh chứng từ (ne donnent pas lieu à certification)*”. Vì vậy, có thể hiểu công chứng viên có quyền truy cập vào hồ sơ bất động sản ANF để thực hiện nhanh hơn các thủ tục công chứng của mình song lại phải đối mặt với việc tự chịu trách nhiệm pháp lý cho những yêu cầu về thông tin, bản sao chứng thư của mình. Do đó để ngăn chặn những rủi ro phát sinh khi truy cập và sử dụng hồ sơ bất động sản ANF, công chứng viên cần suy xét về sự phù hợp khi đưa ra yêu cầu đối với loại thông tin, bản sao chứng thư nào từ ANF. Đồng thời, nghề công chứng viên cần cung cấp cho các công chứng viên những khóa đào tạo cách sử dụng và vận hành công nghệ này sao cho phù hợp. Ngoài ra, những người được ủy quyền truy cập hồ sơ bất động sản phải được chỉ định chuyên biệt bởi các Văn phòng công chứng.

Nhận xét:

Hoạt động công chứng truyền thống liên quan đến bất động sản thông thường sử dụng số lượng lớn nguồn lực vật chất như giấy tờ, con dấu,...cũng như hao tốn khá nhiều thời gian

³⁰ Edouard Philippe (2021), “Action Publique 2022 : pour une transformation du service public”, Tin tức Chính phủ, [<https://www.gouvernement.fr/action/action-publique-2022-pour-une-transformation-du-service-public>] (truy cập ngày 25/4/2023)

do công chứng viên phải đem chứng thư bất động sản đến trung tâm đăng ký đất đai. Hơn nữa, những chứng thư bất động sản được công chứng viên lưu trữ trong 100 năm đòi hỏi một không gian lưu trữ tài liệu đáng kể và tài liệu giấy được lưu trữ có thể xảy ra tình trạng mất hoặc hư hỏng, làm mờ thông tin theo thời gian. Ngược lại, công chứng điện tử giúp tinh giản thủ tục dịch vụ, góp phần đẩy nhanh quá trình thực hiện giao dịch vì công chứng viên có quyền truyền dữ liệu về chứng thư bất động sản giữa văn phòng công chứng và văn phòng đăng ký đất đai thông qua phương tiện điện tử. Dữ liệu thông tin về hồ sơ bất động sản, chứng thư bất động sản hoàn toàn có thể được tìm kiếm, truy xuất, chia sẻ một cách thuận tiện trên các phương tiện điện tử. Bên cạnh đó, cách thức thanh toán liên quan đến các hoạt động về bất động sản cũng được thay đổi hoàn toàn bằng hình thức chuyển khoản nhằm đảm bảo tính minh bạch, nhanh chóng và an toàn khi giao dịch.

Nguồn dữ liệu đầu vào là điểm khác biệt lớn nhất giữa công chứng truyền thống và công chứng điện tử. Đối với công chứng truyền thống, hồ sơ bất động sản được trình bày dưới dạng giấy, chứng thư giấy phải được xác thực bằng chữ ký tay và con dấu của công chứng viên, đây là bằng chứng để chứng minh tính xác thực đối với bên thứ ba. Đối với công chứng điện tử, nguồn dữ liệu đã được thay đổi thành dữ liệu điện tử và công chứng viên sử dụng “khóa số thực” (hay chữ ký điện tử an toàn) để xác nhận văn bản hoặc giao dịch mà giá trị pháp lý vẫn có bằng chứng giống như văn bản viết trên giấy³¹. Hoàn toàn có thể khẳng định tốc độ thực hiện nhanh chóng, chính xác và tiện lợi là ưu điểm nổi trội của hoạt động công chứng điện tử so với công chứng truyền thống đối với các giao dịch bất động sản.

3. Hiệu quả phòng ngừa tranh chấp của công chứng điện tử so với công chứng truyền thống ở lĩnh vực bất động sản

Bất động sản là tài sản lớn, liên quan tới nhiều thủ tục pháp lý phức tạp song không phải trường hợp nào các chủ thể liên quan đều có đủ hiểu biết để kiểm tra, kiểm soát các vấn đề pháp lý phát sinh khi giao dịch bất động sản. Với giá trị lớn nên hợp đồng bất động sản dễ xảy ra tình trạng lừa đảo, giả mạo hay các bên lợi dụng để che giấu ý đồ thật nên việc xảy ra tranh chấp xảy ra khá thường xuyên. Do đó, công chứng có vai trò kiểm soát để cảnh báo, phòng ngừa tranh chấp và ngăn chặn rủi ro không đáng có cho các chủ thể. Công chứng viên là công chức nhà nước và là người chịu trách nhiệm pháp lý về giá trị pháp lý của giao dịch được thực hiện thông qua chứng thư công chứng. Với năng lực chuyên môn, kiến thức pháp luật cũng như kinh nghiệm của mình, công chứng viên có trách nhiệm xác minh các vấn đề sau: (1) danh tính, năng lực, quyền hạn và ý chí ban đầu của mỗi bên khi tiến hành giao dịch; (2) tính pháp lý của quyền sở hữu bất động sản (như quy hoạch đô thị, môi trường, giấy phép xây dựng,

³¹ Điều 1316-1 Luật số 2000-230 ngày 13/3/2000,

[https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006437885/2000-03-14] (truy cập ngày 04/3/2023).

tình hình thế chấp và cho thuê,...). Việc kiểm tra kỹ lưỡng trước khi ký hợp đồng bất động sản sẽ giúp các bên tránh phát sinh tranh chấp về sau. Nếu chỉ thực hiện giao dịch bất động sản mà không thông qua thủ tục công chứng thì các cơ quan chức năng hay bên thứ ba khó xác định tính hợp pháp của các loại hồ sơ, giấy tờ kèm theo.

Bản chất của công chứng điện tử là thực hiện hoạt động công chứng truyền thống trên môi trường điện tử. Công chứng điện tử ra đời cũng góp phần vào mục tiêu chung là phòng ngừa tranh chấp xảy ra về sau giữa các bên thông qua việc xác minh một số vấn đề cần thiết cho một giao dịch bất động sản. Tuy nhiên, công chứng điện tử giao dịch bất động sản vẫn có điểm nổi trội và hiệu quả hơn so với công chứng truyền thống. Cụ thể, công chứng điện tử sử dụng đường truyền internet, do vậy công chứng viên có thể dành nhiều thời gian để giải thích về các điều khoản, tư vấn một số vấn đề quan trọng cho khách hàng khi soạn thảo hợp đồng. Bên cạnh đó, công chứng điện tử được thực hiện thông qua nền tảng kỹ thuật số sử dụng công nghệ mã hóa hiện đại để đảm bảo rằng chứng thư được xác thực hợp pháp và các tài liệu bất động sản không có sự giả mạo, lừa đảo, giúp ngăn chặn các tranh chấp phát sinh ngay từ đầu. Hơn hết, hệ thống liên kết giữa cơ quan công chứng và các bên liên quan (ngân hàng, cơ quan nhà nước) giúp công chứng viên thực hiện nghĩa vụ nộp thuế với sao kê rõ ràng, minh bạch. Ngoài ra, khi các bên lựa chọn thực hiện giao dịch bất động sản theo hoạt động công chứng từ xa, điều đó có nghĩa là các bên không phải có mặt trong cùng một vị trí, vì vậy sẽ tiết kiệm thời gian, chi phí di chuyển trong quá trình giao dịch bất động sản. Xét trường hợp có xảy ra tranh chấp giữa các bên, công chứng viên có thể cung cấp bằng chứng thông qua Télé@ctes được quyền truy cập vào tệp hồ sơ bất động sản được quản lý bởi Tổng cục Tài chính công, đồng thời tìm kiếm lại chứng thư bất động sản đã xác thực được lưu trữ ở Trung tâm lưu trữ dữ liệu công chứng điện tử một cách thuận tiện. Tóm lại, công chứng điện tử giao dịch bất động sản là hoạt động thích hợp với thời đại công nghệ số như hiện nay.

Tài liệu tham khảo

[1] (2007) *Promoting Confidence in Electronic Commerce: Legal Issues on International Use of Electronic Authentication and Signature Methods*, New York, United Nations;

[2] Bechini, Ugo & Gassen, Dominik (2008), “A New Approach To Improving The Interoperability Of Electronic Signatures In Cross-border Legal Transactions”, Michigan State University College of Law Journal of International Law, 17(3);

[3] Đoàn Thị Phương Điệp (2010), “Đăng ký giao dịch bất động sản trong luật dân sự Pháp và so sánh với việc đăng ký giao dịch đảm bảo ở Việt Nam”, [http://www.lapphap.vn/Pages/tintuc/tinchitiet.aspx?tintucid=206932&fbclid=IwAR1ntLkGrdaBHCDGMoR4sNbaxQeKjy1R9IMxZLHG1oex_W6T5rYBDY2Zl0];

[4] Aude Roelly (2014), “Le notariat, une profession qui a effectué sa transition

numérique!” (Nghề công chứng, một nghề đã thực hiện quá trình chuyển đổi kỹ thuật số), Hiện đại hóa và lưu trữ: Những suy nghĩ về công tác quản lý và thu thập tài liệu lưu trữ;

[5] Direction Générale Des Finances Publiques (2017), “Télé@Ctes L’incontournable Du Quotidien”;

[6] Finances Publiques (2017), “La DGFIP, interlocuteur privilégié des notaires en matière de publicité foncière” (DGFIP, người đối thoại đặc quyền của công chứng viên trong các vấn đề đăng ký đất đai), La Direction Générale Des Finances Publiques: Partenaire Des Notaires (Tổng Cục Tài Chính Công: Đối Tác Công Chứng);

[7] Manuella Bourassin, Corine Dauchez, Olivier Leproux, Marc Pichard (2019), Notariat et numérique. Pratiques et perceptions des acteurs dans les Hauts-de-Seine (Công chứng và kỹ thuật số. Thực tiễn và nhận thức của các chủ thể ở Hauts-de-Seine), Rapport de recherche CEDCACE - Université Paris Nanterre 2019, tr. 38;

[8] Corine Delphine Dauchez (2020), “La coproduction de la publicité foncière en ligne par l’État et le notariat” (Nhà nước và cơ quan công chứng hợp tác đăng ký đất đai trực tuyến), *Revue française d’administration publique (Tạp chí hành chính công Pháp)* năm 2020, số 173, tr. 181 - 194;

[9] Notaires de France (2020), “Le rôle du notaire (Notary’s rôle)”, [<https://www.notaires.fr/fr/profession-notaire/role-du-notaire-et-ses-principaux-domaines-d'intervention/le-role-du-notaire>];

[10] Corine Dauchez, Jean-Pierre Marguénaud (2021), “Le droit d’accès au cyber-notaire (Quyền truy cập vào mạng công chứng)”, *Tài liệu Hội thảo La Semaine Juridique Notariale et Immobilière (Tuần lễ công chứng và pháp lý bất động sản)*, 2021, Etude 1283, số 37, tr. 21;

[11] Laura SERRUYA (2021), Le Notaire Face Au Numérique (Công chứng viên đối mặt kỹ thuật số), Luận văn Thạc sĩ Luật học, Đại học Paris-Saclay, tr. 15;

[12] Edouard Philippe (2021), “Action Publique 2022 : pour une transformation du service public”, Tin tức Chính phủ;

[13] Henry LETULLE, “La sécurisation des transactions immobilières en France (Biện pháp bảo đảm các giao dịch bất động sản ở Pháp)”, Phòng công chứng Paris,.