

VỀ GIAO DỊCH QUYỀN SỬ DỤNG ĐẤT THEO PHÁP LUẬT HIỆN HÀNH

*Lưu Quốc Thái**

Giao dịch quyền sử dụng đất (QSDD) là một hoạt động mang tính tất yếu khách quan, trong điều kiện chế độ sở hữu toàn dân đối với đất đai và yêu cầu của nền kinh tế hàng hóa vận động theo cơ chế thị trường ở nước ta. Tính tất yếu này đã được cụ thể hoá trong các chủ trương, chính sách của Đảng, Nhà nước và gần đây nhất là chủ trương: “Hình thành và phát triển thị trường bất động sản (TTBĐS), cho phép chuyển QSDD theo quy định của pháp luật. Từng bước mở TTBĐS cho người Việt Nam ở nước ngoài và người nước ngoài tham gia đầu tư.”¹ Mặc dù vậy, người sử dụng đất (NSDD) chỉ chính thức bắt đầu được thực hiện các giao dịch quan trọng này từ ngày 15/10/1993,² khá chậm so với việc thực hiện quan điểm đổi mới cơ chế và cơ cấu nền kinh tế của Đảng từ năm 1986. Trải qua hơn 10 năm thực hiện, dù pháp luật đã có những điều chỉnh tiến bộ nhưng các quy định về quyền giao dịch QSDD vẫn còn có khoảng cách khá lớn so với yêu cầu của thực tiễn. Điều này làm cho việc quản lý nhà nước về đất đai kém hiệu quả, các giao dịch bất minh về QSDD ngày càng có dấu hiệu bùng phát, ảnh hưởng xấu đến đời sống kinh tế xã hội³. Trong nỗ lực xây dựng khung pháp lý cho TTBĐS ở nước ta, hoàn thiện pháp luật về

giao dịch QSDD là một trong những nội dung quan trọng nhất. Bài viết này sẽ phân tích những hạn chế, bất cập cơ bản của pháp luật hiện hành về giao dịch QSDD, với hy vọng đóng góp một vài ý kiến hữu ích cho việc hoàn thiện một vấn đề tuy không quá lớn nhưng đầy phức tạp, từ đó có thể góp phần lành mạnh hoá thị trường QSDD (TTQSDD) ở nước ta.

1. Vấn đề QSDD là đối tượng của các giao dịch QSDD

QSDD là yếu tố quan trọng, không thể thiếu đối với bất kỳ giao dịch QSDD. Hơn nữa, sự công bằng giữa các chủ thể SDĐ và sự phong phú của TTQSDD phụ thuộc rất lớn vào sự phong phú của “hàng hoá QSDD”. Tuy nhiên, quy định về vấn đề này hiện nay còn những bất hợp lý và thiếu thống nhất sau:

(i) QSDD được coi là hàng hoá ở thị trường sơ cấp và thị trường thứ cấp thiếu thống nhất với nhau

Theo pháp luật hiện hành, đối với đất thuê trả tiền thuê đất hàng năm thì NSDD không được thực hiện các giao dịch QSDD mà chỉ được thực hiện các giao dịch về tài sản thuộc sở hữu của mình gắn liền với đất; muốn giao dịch đối với QSDD thuê thì NSDD phải trả trước tiền thuê đất một lần (cho cả thời gian thuê)⁴. Quy định này đã dẫn đến những bất hợp lý và hạn chế sau:

- Thứ nhất, QSDD thuê dù là trả tiền thuê đất hàng năm thì cũng đã được coi là hàng hoá ở thị trường QSDD sơ cấp (xét trong mối quan hệ giữa Nhà nước với NSDD). Tuy nhiên, ở thị trường QSDD thứ cấp (xét trong mối quan hệ giữa NSDD với NSDD hoặc với các chủ thể khác) thì nó lại không được coi là hàng hoá, bởi NSDD

* Thạc sỹ Luật học, Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh

¹ Báo cáo chính trị của Đại hội lần thứ IX của Đảng. Xem thêm Lê Thanh Khuyến, *Bàn về cơ sở lý luận và khoa học trong việc tổ chức và quản lý thị trường bất động sản ở Việt Nam*, Tạp chí Địa chính số 12/2001, tr. 10-12.

² Ngày Luật Đất đai 1993 có hiệu lực thi hành.

³ Theo www.vnn.vn ngày 19/04/2004, ước tính có đến 70 – 80% giao dịch QSDD trên thị trường là giao dịch ngầm với phương thức mua bán trao tay. Xem thêm Lưu Quốc Thái, *Pháp Luật Đất đai và vấn đề khung pháp lý cho thị trường bất động sản ở nước ta*, Tạp chí Khoa học Pháp lý, số 1/2005, tr. 14-25.

⁴ Điều 111, 114, 119 Luật Đất đai 2003.

không được thực hiện giao dịch đối với đất này. Cần thấy rằng, giá trị QSDĐ thuê không chỉ được tạo lập nên bởi khoản tiền thuê đất trả trước mà nó là sự hợp nhất của nhiều giá trị, bao gồm tư bản của NSDD đầu tư vào đất đai (như chi phí cải tạo đất, san lấp mặt bằng...). Những khoản này buộc phải được tính vào giá trị QSDĐ thuê sau khi người SDD được Nhà nước cho thuê đất. Hơn nữa, giá trị QSDĐ tại thời điểm Nhà nước trao QSDĐ cho NSDD, xét trên bình diện chung, không thể nào coi như bằng với giá trị QSDĐ sau đó, khi mà đời sống kinh tế - xã hội luôn phát triển, *cầu* về đất đai càng ngày càng vượt xa *cung* về đất đai. Vì vậy, quy định này thiếu sự "sòng phẳng" thoả đáng và không hề mang tính thị trường, nên không thể phù hợp cho việc xây dựng và phát triển nền kinh tế thị trường ở nước ta.

Sự bất hợp lý này càng lớn hơn khi pháp luật đất đai hiện hành có sự phân biệt đối xử giữa các loại chủ thể SDD, đó là, kể từ ngày Luật Đất đai 2003 có hiệu lực thi hành, tổ chức, hộ gia đình, cá nhân trong nước được Nhà nước cho thuê đất chỉ được trả tiền thuê hàng năm, trong khi các chủ thể SDD là người Việt Nam định cư ở nước ngoài và tổ chức, cá nhân nước ngoài thuê đất thì lại được lựa chọn phương thức trả tiền thuê hàng năm hoặc trả một lần.⁵ Điều này có nghĩa là, tổ chức, hộ gia đình, cá nhân trong nước được Nhà nước cho thuê đất từ ngày 01/7/2004 trở đi sẽ không còn cơ hội được giao dịch QSDĐ nữa. Nếu như họ muốn thực hiện giao dịch đối với QSDĐ (thuê) của mình thì phải chuyển sang hình thức giao đất có thu tiền SDD. Quy định này rõ ràng là muốn làm khó các chủ thể SDD trong nước một cách vô lý, bởi tiền SDD phải trả theo quy định hiện nay luôn cao hơn tiền thuê đất rất nhiều lần⁶.

⁵ Điều 35, 108 Luật Đất đai 2003.

⁶ Theo Quyết định 1357/TC/QĐ/TCT ngày 30/12/1995 và Thông tư 35/2001/TT-BTC ngày 25/5/2001 của Bộ Tài chính thì tiền thuê đất phải trả đối với tổ chức, hộ gia đình, cá nhân trong nước mỗi năm được quy định ở mức 0,5% hoặc 0,7% giá 1m² đất do Nhà nước quy định tùy trường hợp. Như vậy, nếu thuê đất đến 70 năm

- Thứ hai, Nhà nước sẽ không thể kiểm soát được các giao dịch QSDĐ thuê, vì pháp luật cho phép NSDD thuê (trả tiền thuê đất hàng năm) được bán tài sản thuộc quyền sở hữu của mình gắn liền với đất thuê và người nhận tài sản gắn liền với đất sẽ được Nhà nước cho thuê đất (và tất nhiên trở thành chủ thể SDD mới) đối với diện tích đất có tài sản gắn liền đã được giao dịch.⁷ Bài học từ Luật Đất đai 1987 lại được Luật Đất đai 2003 lặp lại, khi đó pháp luật cấm mua bán, chuyển nhượng đất đai dưới mọi hình thức nhưng lại không thể cấm NSDD mua bán tài sản gắn liền với đất⁸. Đây chính là điều kiện để phát sinh những giao dịch về QSDĐ thuê trá hình dưới hình thức giao dịch tài sản trên đất thuê. Điều này trước mắt ảnh hưởng trực tiếp đến lợi ích của Nhà nước bởi trong nhiều trường hợp Nhà nước sẽ không thể điều tiết thu nhập từ việc chuyển QSDĐ thuê, cho dù khi giao dịch về tài sản, NSDD đã tính luôn cả giá trị QSDĐ thuê (dù trả tiền thuê hàng năm) vào giá trị tài sản được giao dịch⁹.

- Thứ ba, lợi ích chính đáng của người SDD thuê không thể đảm bảo được, từ đó càng "đào sâu" thêm sự khác biệt bất bình đẳng giữa họ với người được Nhà nước giao đất. Theo khoản 2 Điều 38 Luật Đất đai

thì tiền thuê đất phải trả cao nhất cũng chỉ bằng 49% tiền SDD đối với trường hợp giao đất có thu tiền SDD với thời hạn tương tự. Xem thêm Nghị định 198/2004/NĐ-CP ngày 03/12/2004 về tiền SDD.

⁷ Xem: Điểm c Khoản 1 Điều 111, điểm b khoản 1 Điều 114 Luật Đất đai 2003. Thủ tục cho thuê đất đối với người mua tài sản gắn liền với đất thuê như thế nào, hiện vẫn chưa có quy định cụ thể.

⁸ Xem: Điều 5, 17 Luật Đất đai 1987.

⁹ Đối với tổ chức kinh tế thì Nhà nước có thể điều tiết bằng thuế Thu nhập Doanh nghiệp theo Luật Thuế Thu nhập doanh nghiệp 2003, nhưng đối với hộ gia đình, cá nhân SDD thì không thể chịu sự điều tiết này vì pháp luật quy định hộ gia đình, cá nhân nếu có thu nhập từ việc chuyển QSDĐ thì phải nộp thuế chuyển QSDĐ. Tuy nhiên trường hợp này về hình thức hoàn toàn không có sự chuyển QSDĐ (dù thực chất có thể có). Xem thêm: Nghị định 152/2004/NĐ-CP ngày 06/8/2004 về sửa đổi, bổ sung Nghị định 164/2003/NĐ-CP ngày 22/12/2003 quy định chi tiết thi hành Luật Thuế thu nhập doanh nghiệp; Điều 3 Nghị định 19/2000/NĐ-CP ngày 08/6/2000.

2003, tổ chức được Nhà nước cho thuê đất mà trả tiền thuê hàng năm nếu bị giải thể, phá sản, chuyển đi nơi khác hoặc giảm nhu cầu sử dụng thì Nhà nước sẽ thu hồi đất. Trường hợp này theo quy định, NSDD sẽ không được bồi thường những thiệt hại do việc Nhà nước thu hồi đất gây ra¹⁰. Đây phải chăng là quy định nhằm “ép” NSDD trong nước, đặc biệt là các chủ thể SDD cho hoạt động sản xuất kinh doanh, phải lựa chọn hình thức giao đất có thu tiền SDD - hình thức SDD mà nghĩa vụ tài chính họ phải gánh chịu nặng nề hơn nhiều so với trường hợp họ thuê đất?

(ii) Có trường hợp QSDĐ là hàng hoá đối với NSDD này, nhưng đối với NSDD khác thì lại không được coi là hàng hoá.

Quy định bất hợp lý này ảnh hưởng trực tiếp đến các tổ chức SDD mà không phải là tổ chức kinh tế. Pháp luật đất đai hiện hành cho thấy, quyền giao dịch QSDĐ chỉ được Nhà nước trao cho các chủ thể được coi là có nhu cầu “thường xuyên” giao dịch QSDĐ. Cụ thể là, đối với tổ chức trong nước thì quyền này chỉ được trao cho tổ chức kinh tế.¹¹ Như vậy, những tổ chức khác mà QSDĐ của họ (có được bằng cách hợp pháp nào đó) dù thuộc trường hợp được coi là hàng hoá vẫn không thể đem ra giao dịch, ví dụ, trường hợp một tổ chức xã hội được cá nhân SDD tặng cho hoặc để thừa kế QSDĐ ở¹². Giả sử trường hợp tổ chức xã hội nói trên muốn chuyển nhượng QSDĐ ở này để có nguồn thu phục vụ cho các hoạt động xã hội của mình thì cũng không thể được, vì pháp luật hiện hành không cho phép. Sự hạn chế nói trên, dù vô tình hay cố ý, theo tôi không xuất phát từ lý do chính đáng và hoàn toàn có thể tránh được nếu người tặng cho, để thừa kế thực hiện chuyển nhượng QSDĐ của mình cho người khác trước rồi lấy

tiền để tặng cho hay để thừa kế bằng tiền sau. Cho nên, quy định này chỉ thể hiện sự can thiệp quá sâu của Nhà nước vào việc thực hiện quyền tài sản của NSDD chứ không đem lại lợi ích gì. Ngược lại, những hạn chế này sẽ gây khó khăn hơn cho Nhà nước trong việc quản lý đất đai và bảo vệ lợi ích hợp pháp của NSDD. Giả sử đối với trường hợp trên, NSDD lách luật bằng cách thay vì tặng cho, để thừa kế QSDĐ cho tổ chức thì họ sẽ làm cho cá nhân đứng đầu tổ chức chẳng hạn. Giao dịch trá hình này rất có khả năng đem lại kết quả không tốt đẹp, nếu như người “đại diện” ngầm này “trở mặt”. Hạn chế trên cho thấy, có những chủ thể có quyền tài sản (QSDĐ) nhưng không thể giao dịch tài sản của mình – điều chỉ có trong lĩnh vực đất đai ở nước ta. Hạn chế này hiện nay không chỉ được áp dụng cho tổ chức không phải là tổ chức kinh tế, mà còn cho cả các chủ thể SDD khác như cơ sở tôn giáo, cộng đồng dân cư,¹³... Hậu quả là (trước hết về lý thuyết) một số trường hợp QSDĐ sẽ “biến mất” khỏi các giao dịch QSDĐ và lượng hàng hoá cho giao dịch QSDĐ sẽ giảm sút giả tạo, một hiện tượng không hề tốt đẹp cho một TTQSDĐ lành mạnh.

Vì vậy, những quy định quá đặc thù kiểu này không nên tiếp tục tồn tại trong pháp luật đất đai.

2. Vấn đề chủ thể tham gia đối với từng loại giao dịch QSDĐ

TTQSDĐ và TTBDĐ cũng không thể tồn tại và phát triển nếu thiếu các chủ thể tham gia giao dịch, mà cụ thể là NSDD thực hiện quyền của mình và các chủ thể “nhận QSDĐ”¹⁴. Dù càng ngày pháp luật đất đai càng có sự cởi mở hơn về vấn đề này (như không còn sự hạn chế về thành phần kinh tế tham gia giao dịch như trước đây nữa, bằng việc cho phép cả tổ chức, cá nhân nước ngoài chuyển nhượng QSDĐ¹⁵), nhưng những thay

¹⁰ Xem: điểm d khoản 1 Luật Đất đai, khoản 2 Điều 7 Nghị định 197/2004/NĐ-CP ngày 03/12/2004 về bồi thường, hỗ trợ và tái định cư khi Nhà nước thu hồi đất.

¹¹ Xem: Điều 110, 111, 112 Luật Đất đai 2003.

¹² Theo điểm c, d khoản 1 Điều 99 Nghị định 181/2004/NĐ-CP ngày 29/10/2004 về thi hành Luật Đất đai 2003, tổ chức có thể nhận tặng cho, nhận thừa kế QSDĐ.

¹³ Xem: Điều 117 Luật Đất đai 2003.

¹⁴ Lưu ý có những giao dịch QSDĐ xét về bản chất không phải là chuyển QSDĐ, như thế chấp, bảo lãnh bằng QSDĐ thực chất là các biện pháp đảm bảo nghĩa vụ bằng QSDĐ.

¹⁵ Xem: từ Điều 119 – Điều 121 Luật Đất đai 2003.

đổi tiến bộ trong các quy định của pháp luật xem ra còn quá dè dặt và khiêm tốn. Điều này dẫn đến hạn chế “muôn thuở”, đó là, việc NSDD và các chủ thể liên quan được tham gia vào loại giao dịch QSDĐ nào luôn xuất phát từ ý chí chủ quan của nhà làm luật chứ chưa thực sự xuất phát từ yêu cầu, từ thực tế của đời sống xã hội. Theo tôi, vấn đề mấu chốt chính là *sự giới hạn về loại chủ thể SDD theo từng loại giao dịch QSDĐ* còn quá nhiều, nên đã tạo ra những *đặc thù* không đáng có trong quan hệ đất đai.

Có thể thấy rõ hạn chế nói trên ở đa số các hình thức giao dịch. Đối với *chuyển đổi QSDĐ*, pháp luật chỉ quy định quyền này cho hộ gia đình, cá nhân SDD nông nghiệp mà không phải là đất thuê¹⁶. Quy định này có thể phù hợp vào thời điểm cách đây 10 năm, khi mà kinh tế nông nghiệp đang giữ vai trò chi phối và trong điều kiện pháp luật chưa có đủ khả năng để kiểm soát các giao dịch về đất đai, cũng như nhằm mục đích mang tính xã hội là giúp “dồn điền đổi thửa”, xóa bỏ tình trạng manh mún đất đai trong nông nghiệp. Ngày nay, hoàn cảnh kinh tế xã hội đã hoàn toàn khác, nền kinh tế đã có sự chuyển dịch cơ cấu và tình trạng manh mún đất đai trong nông nghiệp cũng không còn nhiều. Trong điều kiện nền kinh tế hàng hóa vận động theo cơ chế thị trường, khi tính hàng hóa của QSDĐ được thừa nhận cao hơn, quyền chuyển đổi QSDĐ cần phát huy hết vai trò của mình thì không còn lý do gì để Nhà nước tiếp tục hạn chế việc thực hiện chuyển đổi QSDĐ giữa các chủ thể SDD trong các trường hợp khác, khi mà họ có nhu cầu thực sự. Ví dụ, một doanh nghiệp (DN) kinh doanh nhà ở muốn thực hiện dự án đầu tư tại địa điểm có nhiều hộ gia đình, cá nhân đang SDD. Trường hợp này sẽ rất tiện lợi nếu họ được thỏa thuận chuyển đổi QSDĐ (nếu như các chủ thể này mong muốn thực hiện theo cách này), trong đó có thể DN sẽ chuyển giao đất đã hoàn thành việc xây dựng công trình hạ tầng ở một địa điểm nhất định của mình để đổi lấy đất của hộ gia đình, cá

nhân nơi mình muốn thực hiện dự án. Thực ra pháp luật cũng đã cho phép nhà đầu tư thỏa thuận với người đang SDD để nhận QSDĐ thực hiện dự án,¹⁷ nhưng phạm vi thỏa thuận này còn quá hạn chế và không thể đáp ứng được đầy đủ nhu cầu của xã hội. Theo ví dụ trên, việc áp dụng hình thức chuyển đổi QSDĐ sẽ đơn giản, thuận tiện hơn rất nhiều (nếu người đang SDD cố yêu cầu này) so với các cách thức khác, từ đó có thể giúp DN rút ngắn thời gian thực hiện dự án, giảm chi phí kinh doanh và lợi ích của người đang SDD có thể được đảm bảo hơn.

Hạn chế tương tự như trên còn tiếp tục thể hiện ở các giao dịch khác như chuyển nhượng, cho thuê, tặng cho QSDĐ, ở cả chủ thể SDD lẫn chủ thể nhận QSDĐ trong giao dịch. Đối với *chuyển nhượng QSDĐ*, tổ chức, cá nhân nước ngoài, người Việt Nam định cư ở nước ngoài SDD chỉ có thể là bên chuyển nhượng chứ không thể là bên nhận chuyển nhượng QSDĐ. Cũng cần nói thêm là có một số quy định cho phép người Việt Nam định cư ở nước ngoài được nhận chuyển nhượng QSDĐ đối với đất trong khu công nghiệp, khu công nghệ cao, khu kinh tế, nhưng những quy định này lại thiếu sự thống nhất, nên càng làm cho pháp luật đất đai vốn không đồng bộ nay càng chứa đựng thêm nhiều mâu thuẫn.¹⁸ Vấn đề tại sao Nhà nước chưa cho phép tổ chức, cá nhân nước

¹⁷ Xem: khoản 1 Điều 40 Luật Đất đai. Nhà nước cho phép nhà đầu tư *nhận chuyển nhượng, thuê QSDĐ, nhận góp vốn bằng QSDĐ* của người đang SDD để thực hiện dự án mà không phải áp dụng thủ tục thu hồi đất. Hiện nay Nhà nước chỉ áp dụng thủ tục thu hồi đất của người đang SDD để chuyển giao cho nhà đầu tư thuộc trường hợp quy định tại khoản 2 Điều 36 Nghị định 181/2004/NĐ-CP; các trường hợp còn lại nhà đầu tư phải tự thỏa thuận với người đang SDD để nhận QSDĐ theo các cách thức hạn chế kể trên.

¹⁸ Điều 90 Luật Đất đai khi quy định về đất khu công nghiệp chỉ cho phép người Việt Nam định cư ở nước ngoài được lựa chọn việc SDD của mình thông qua việc nhận giao, thuê đất trực tiếp từ Nhà nước, hoặc thuê QSDĐ của chủ thể kinh doanh kết cấu hạ tầng, mà không hề nói đến nhận chuyển nhượng. Trong khi đó Điều 120 Luật Đất đai lại cho phép nhận chuyển nhượng. Sự mâu thuẫn này được lặp lại tại Điều 84 và 99 của Nghị định 181/2004/NĐ-CP.

¹⁶ Khoản 2 Điều 113 Luật Đất đai 2003.

ngoài được nhận chuyển nhượng QSDĐ vẫn chưa có câu trả lời thỏa đáng, nhưng sự cấm đoán này đã phát huy tác dụng tiêu cực của nó. Các nhà đầu tư nước ngoài đã biểu lộ sự băn khoăn, lo lắng của mình trong một diễn đàn doanh nghiệp được tổ chức tại Hà Nội và cũng chỉ nhận được lời hứa là: hãy chờ¹⁹. Sự hạn chế này đã dẫn đến quy định “không” cho phép người nước ngoài mua nhà ở tại Việt Nam, vì không thể mua nhà mà không nhận chuyển nhượng QSDĐ²⁰. Quy định này là một cản trở lớn để Việt Nam hội nhập với thế giới về pháp lý - cơ sở quan trọng để chúng ta hội nhập kinh tế, thương mại quốc tế một cách thực sự.

Bên cạnh đó, chính sự phân biệt khiếm cưỡng, không rõ ràng về loại chủ thể trong nước và nước ngoài được tham gia vào các giao dịch QSDĐ nói trên đã dẫn đến sự “gấp ghe” giữa pháp luật đất đai và pháp luật kinh tế.

Pháp luật đất đai hiện hành có sự phân biệt giữa tổ chức kinh tế (trong nước) với tổ chức, cá nhân nước ngoài, người Việt Nam định cư ở nước ngoài SDD thực hiện các dự án đầu tư tại Việt Nam, dù không đưa ra một định nghĩa rõ ràng nào để phân biệt chúng.²¹ Việc phân biệt các loại chủ thể kinh tế này hiện nay trong lĩnh vực đất đai không phải dựa vào nguồn vốn đầu tư, mà hầu như chỉ dựa vào văn bản pháp luật điều chỉnh việc thành lập và hoạt động của chúng. Vì vậy, những DN có vốn đầu tư nước ngoài thành lập theo pháp luật Việt Nam, mặc dù là pháp nhân Việt Nam nhưng vẫn bị coi là tổ chức, cá nhân nước ngoài SDD tại Việt Nam²². Trong khi đó, theo quy định của pháp luật về

khuyến khích đầu tư trong nước, người Việt Nam định cư ở nước ngoài và người nước ngoài thường trú tại Việt Nam lại được lựa chọn pháp luật cho hoạt động đầu tư của mình và DN của họ có thể được thành lập theo hình thức quy định trong Luật Doanh nghiệp, Luật Hợp tác xã²³. Nếu thực tế này xảy ra, các DN này phải được đối xử như các tổ chức kinh tế trong nước và tất nhiên không có lý do gì để cấm họ nhận chuyển nhượng QSDĐ, bởi tổ chức kinh tế trong nước không hề bị cấm chuyển nhượng này²⁴. Như vậy nếu các DN này được nhận chuyển nhượng QSDĐ, về hình thức đây là trường hợp “tổ chức kinh tế trong nước” nhận chuyển nhượng QSDĐ, nhưng về bản chất, khoản tiền bỏ ra để nhận chuyển nhượng QSDĐ có thể hoàn toàn có nguồn gốc từ nước ngoài và như thế thì chẳng có gì khác so với trường hợp đích danh tổ chức, cá nhân nước ngoài hoặc người Việt Nam định cư ở nước ngoài bỏ tiền ra nhận chuyển nhượng QSDĐ.

Những cản trở bất hợp lý trên tiếp tục thể hiện trong giao dịch *cho thuê QSDĐ*. Theo quy định của pháp luật, tổ chức, cá nhân nước ngoài không được thuê QSDĐ của hộ gia đình, cá nhân²⁵. Quy định này có thể tạo ra vướng mắc như trường hợp nhận chuyển nhượng QSDĐ nói trên. Thêm nữa, đối với trường hợp DN liên doanh có vốn đầu tư nước ngoài thì việc cấm đoán này không hiểu sao lại được bỏ qua. Chính vì vậy mà Điều 108 Nghị định 181/2004/NĐ-CP đã có quy định mang tính chấp vá, theo đó DN liên doanh có vốn đầu tư nước ngoài đã thuê QSDĐ của hộ gia đình, cá nhân nay chuyển thành DN 100% vốn nước ngoài thì vẫn được tiếp tục thực hiện hợp đồng thuê QSDĐ; việc thuê QSDĐ này lại được cho phép *thử nghiệm* trên thực tế. Rõ ràng quy định này là trái với Luật Đất đai mà nguyên nhân là do Nhà nước tự làm khó mình bằng những quy định quá rắc rối không cần thiết.

¹⁹ Đề nghị sửa đổi trong lĩnh vực đất đai: Nhà đầu tư hãy chờ, Thời báo kinh tế Việt Nam ngày 22/6/2004.

²⁰ Thực ra Điều 18 Nghị định 60/CP ngày 05/7/1994 về quyền sở hữu nhà ở, quyền sử dụng đất ở tại đô thị đã có quy định về quyền sở hữu nhà ở của người nước ngoài tại Việt Nam, nhưng quy định này hơn 10 năm vẫn chưa được cụ thể hoá để thực hiện trên thực tế.

²¹ Xem: khoản 1, 6, 7 Điều 9 Luật Đất đai 2003.

²² Điểm d khoản 2 Điều 3 Quy định ban hành kèm theo Quyết định 24/2004/QĐ-BTNMT về giấy chứng nhận QSDĐ.

²³ Điều 3, 4 Nghị định 51/1999/NĐ-CP ngày 08/7/1999 quy định chi tiết thi hành Luật Khuyến khích đầu tư trong nước (sửa đổi).

²⁴ Xem: khoản 3 Điều 99 Nghị định 181/2004/NĐ-CP.

²⁵ Khoản 4 Điều 113 Luật Đất đai 2003.

Về giao dịch *tặng cho QSDĐ*, chủ thể tặng cho bị giới hạn trong phạm vi hộ gia đình, cá nhân, tổ chức kinh tế trong nước và người Việt Nam định cư ở nước ngoài (trong vài trường hợp hạn chế). Đối với *hộ gia đình, cá nhân*, quyền tặng cho QSDĐ được quy định tương đối phù hợp và thỏa đáng. Tuy nhiên, đối với tổ chức kinh tế trong nước, người Việt Nam định cư ở nước ngoài thì quyền tặng cho QSDĐ này có nhiều vấn đề cần phải xem xét lại. *Thứ nhất*, phạm vi tặng cho QSDĐ của tổ chức kinh tế, người Việt Nam định cư ở nước ngoài (trong trường hợp được Nhà nước giao đất có thu tiền SĐĐ để thực hiện dự án đất tư) còn quá hạn chế và mang tính áp đặt. Theo quy định tại điểm c khoản 2 Điều 110 và điểm b khoản 1 Điều 119 Luật Đất đai 2003, những chủ thể này chỉ được tặng cho QSDĐ cho ba đối tượng mà thực tế hiếm khi xuất phát từ sự “tự nguyện” của họ, theo thứ tự đó là Nhà nước, cộng đồng dân cư để xây dựng các công trình phục vụ lợi ích chung của cộng đồng và tặng cho nhà tình nghĩa gắn liền với đất. *Thứ hai*, vấn đề tại sao người Việt Nam định cư ở nước ngoài SĐĐ dưới hình thức giao có thu tiền SĐĐ được tặng cho QSDĐ, nhưng nếu họ SĐĐ thuê mà trả tiền thuê đất một lần lại không được thực hiện vẫn chưa rõ, trong khi các giao dịch khác về QSDĐ thì họ đều được thực hiện như đối với đất được giao có thu tiền SĐĐ. *Thứ ba*, nếu việc tặng cho QSDĐ trên chỉ nhằm vào mục đích xã hội, hoặc vì lợi ích chung thì việc quy định cho tổ chức, cá nhân nước ngoài quyền này sẽ chẳng có ảnh hưởng gì, nhưng sao pháp luật lại không cho phép?²⁶

Tình trạng tương tự này cũng có thể thấy ở giao dịch *thừa kế QSDĐ*, trong đó quy định đối với người Việt Nam định cư ở nước ngoài còn hạn chế hơn. Cụ thể là, nếu người Việt Nam định cư ở nước ngoài được sở hữu nhà ở tại Việt Nam theo quy định tại Điều 121 Luật Đất đai thì họ được quyền để thừa kế nhà ở gắn liền với đất, nhưng nếu họ SĐĐ để thực hiện dự án đầu tư tại Việt Nam thì sẽ không có quyền này. Điều này sẽ không đặt

ra nếu DN do người Việt Nam định cư ở nước ngoài thành lập tại Việt Nam là một pháp nhân, lúc đó QSDĐ thuộc về pháp nhân nên không đặt ra vấn đề để lại thừa kế. Tuy nhiên, nếu DN này là DN tư nhân thì QSDĐ sẽ giải quyết ra sao khi họ chết, khi mà việc lựa chọn hình thức đầu tư này đang được pháp luật cho phép? Ngoài ra, đối với trường hợp người Việt Nam định cư ở nước ngoài được chỉ định hưởng thừa kế QSDĐ, quy định của pháp luật cũng *thiếu sự thống nhất*. Theo khoản 5 Điều 113 Luật Đất đai 2003, nếu thuộc trường hợp mua nhà ở gắn liền với QSDĐ tại Việt Nam thì người Việt Nam định cư ở nước ngoài sẽ được nhận thừa kế QSDĐ mà không phân biệt mục đích sử dụng đối với đất được nhận thừa kế²⁷. Tuy nhiên, Điều 99 Nghị định 181/2004/NĐ-CP lại làm hẹp lại phạm vi nhận thừa kế QSDĐ của chủ thể này, đó là họ chỉ được nhận thừa kế nhà ở gắn liền với đất ở mà thôi.

Những hạn chế, bất cập, thiếu ăn khớp trên làm cho pháp luật đất đai ngày càng rối rắm, khó tạo ra một môi trường pháp lý thông suốt cho hoạt động giao dịch QSDĐ – yếu tố quyết định “sức khỏe” của TTBDĐ mới hình thành ở nước ta.

3. Vấn đề thủ tục hành chính thực hiện các giao dịch về QSDĐ

Luật Đất đai 2003 đã có những quy định tiến bộ về vấn đề này, đó là loại bỏ cơ chế xin – cho; quy định cơ chế một cửa trong việc thực hiện các quyền giao dịch của người SĐĐ thống nhất tại một cơ quan dịch vụ công, đó là văn phòng đăng ký QSDĐ (VPĐKQSDĐ). Tuy nhiên, trong khi ưu điểm này cho đến nay vẫn chưa thể hiện được vai trò tích cực thì những cái hạn chế, phiền hà lại phát huy tác dụng trước.

²⁷ Khoản 5 Điều 113 Luật Đất đai 2003 còn quy định thêm là: nếu người Việt Nam định cư ở nước ngoài không thuộc trường hợp được mua nhà ở gắn liền với đất ở quy định tại khoản 1 Điều 121 Luật Đất đai mà thuộc trường hợp được thừa kế QSDĐ (theo di chúc hoặc theo pháp luật) thì họ chỉ được nhận giá trị của phần thừa kế đó. Tuy nhiên, cách thức xác định, cơ quan nào có thẩm quyền xác định giá trị này vẫn chưa được pháp luật quy định.

²⁶ Xem: Điều 119, 120, 121 Luật Đất đai 2003.

Thứ nhất là vấn đề chứng nhận của công chứng đối với hợp đồng, văn bản thực hiện giao dịch. Theo các quy định hiện hành, tất cả các hợp đồng, văn bản thực hiện quyền của người SDD đều phải được chứng nhận của công chứng nhà nước (đối với hộ gia đình, cá nhân thì có thể lựa chọn chứng thực của UBND cấp xã nơi có đất)²⁸. Yêu cầu này theo tôi hoàn toàn không cần thiết, bởi vì các giao dịch QSDĐ đã được kiểm soát tính hợp pháp và xác thực bởi cơ quan quản lý đất đai có trách nhiệm làm thủ tục giao dịch QSDĐ. Hơn nữa, cơ quan công chứng hoặc UBND cấp xã không thể nào có đủ chuyên môn trong lĩnh vực này như cơ quan quản lý đất đai. Bên cạnh đó, việc chứng nhận của công chứng nhà nước hoặc chứng thực của UBND cấp xã như đã nói ở trên không biết có giá trị gì, khi mà các hợp đồng, văn bản giao dịch QSDĐ chỉ có giá trị pháp lý khi được đăng ký tại VPĐKQSDĐ?²⁹ Vì vậy, quy định này chỉ làm cho việc thực hiện các giao dịch về đất đai càng thêm phức tạp, làm lãng phí tiền của, thời gian và công sức của xã hội mà thôi³⁰.

Thứ hai, quy định về hợp đồng, văn bản thực hiện giao dịch QSDĐ thiếu sự thống nhất. Theo khoản 1 Điều 146 Nghị định 181/2004/NĐ-CP thì hợp đồng, văn bản thực hiện giao dịch QSDĐ sẽ do các bên tự lập nên, miễn là không trái với pháp luật dân sự. Tuy nhiên, Thông tư 01/2005/TT-BTNMT ngày 13/4/2005 hướng dẫn thực hiện một số điều của Nghị định 181/2004/NĐ-CP lại đặt ra vấn đề mẫu các hợp đồng khi thực hiện quyền của người SDD. Theo đó, Bộ Tư pháp sẽ cùng Bộ Tài nguyên và Môi trường sẽ phối hợp quy định vấn đề này trong Thông tư liên tịch; và trong thời gian Thông tư liên tịch này chưa được ban hành thì tạm thời áp dụng các mẫu hợp đồng, văn bản theo hướng dẫn của Thông tư 1883/2001/TT-TCĐC ngày 12/11/2001 của Tổng cục Địa chính trước

đây. Đây là biểu hiện phổ biến của tình trạng: văn bản có giá trị pháp lý cao mở ra, nhưng văn bản hướng dẫn thi hành lại “thất lại” những tiến bộ cần thiết.

Tóm lại, giao dịch QSDĐ là một yếu tố rất quan trọng của TTQSDĐ, bộ phận không thể thiếu được của TTBĐS trong điều kiện đất đai thuộc sở hữu toàn dân ở nước ta. Giao dịch bất động sản trong TTBĐS có đa dạng, có đủ sức đáp ứng nhu cầu của xã hội hay không phụ thuộc rất lớn vào các giao dịch QSDĐ. Với những hình thức giao dịch được quy định hiện nay, pháp luật đất đai hiện hành đã tạo ra một tập hợp các hình thức giao dịch tương đối đa dạng, đáp ứng được phần lớn việc lưu chuyển QSDĐ nói chung và QSDĐ gắn liền với tài sản nói riêng.

Tuy nhiên, đối với các giao dịch QSDĐ mà pháp luật hiện hành quy định, điều kiện để được thực hiện, chủ thể thực hiện và các bên tham gia vào hầu hết giao dịch với NSDD còn quá nhiều hạn chế. Điều này ảnh hưởng không nhỏ đến việc hoàn thiện hoạt động của TTQSDĐ nói riêng và việc hình thành, phát triển TTBĐS nói chung. Chính vì vậy, pháp luật về giao dịch QSDĐ cần phải được “cởi mở” hơn nữa. **Tính hàng hóa của QSDĐ cần được thừa nhận là rộng rãi hơn.** Việc thừa nhận này phải được thể hiện qua sự đa dạng của các giao dịch QSDĐ theo nhu cầu đời sống xã hội, **không nên phụ thuộc quá nhiều vào loại chủ thể SDD, mục đích SDD cũng như hình thức SDD** như quy định hiện hành, miễn là nó có thể mang lại nhiều lợi ích hơn cho xã hội và không ảnh hưởng đến chế độ sở hữu toàn dân đối với đất đai.

Bên cạnh đó, khi đã thừa nhận TTQSDĐ và TTBĐS thì phải tạo điều kiện cho các quy luật tiến bộ của thị trường phát huy tác dụng của nó, Nhà nước cần giảm bớt những can thiệp không cần thiết vào các giao dịch mang tính tài sản của người SDD. Có như vậy chúng ta mới có thể tạo ra được một TTBĐS thực sự, góp phần quan trọng cho việc phát triển kinh tế đất nước.

²⁸ Xem: từ Điều 126 – 131 Luật Đất đai 2003; Điều 119 Nghị định 181/2004/NĐ-CP.

²⁹ Khoản 4 Điều 146 Nghị định 181/2004/NĐ-CP.

³⁰ Xem: Lê Anh Đù, *Nỗi khổ... công chứng*, Báo Tuổi trẻ ngày 11/12/2004, tr.6.