

TS. DUONG QUỲNH HOA

**CƠ CHẾ GIẢI QUYẾT
TRANH CHẤP THAY THỂ
ĐỐI VỚI CÁC QUAN HỆ
THƯƠNG MẠI Ở VIỆT NAM
LÝ LUẬN VÀ THỰC TIỄN**



NHÀ XUẤT BẢN CHÍNH TRỊ QUỐC GIA

**CƠ CHẾ GIẢI QUYẾT
TRANH CHẤP THAY THẾ
ĐỐI VỚI CÁC QUAN HỆ
THƯƠNG MẠI Ở VIỆT NAM
LÝ LUẬN VÀ THỰC TIỄN**

**Biên mục trên xuất bản phẩm
của Thư viện Quốc gia Việt Nam**

Dương Quỳnh Hoa

Cơ chế giải quyết tranh chấp thay thế đối với các quan hệ thương mại ở Việt Nam - Lý luận và thực tiễn / Dương Quỳnh Hoa. - H. : Chính trị Quốc gia, 2015. - 260tr. ; 21cm

Thư mục: tr. 247-259

1. Pháp luật 2. Giải quyết tranh chấp 3. Quan hệ thương mại 4.
Thực trạng 5. Giải pháp

343.597081 - dc23

CTM0018p-CIP

Mã số: $\frac{339.13}{\text{CTQG-2015}}$

TS. DƯƠNG QUỲNH HOA

**CƠ CHẾ GIẢI QUYẾT
TRANH CHẤP THAY THẾ
ĐỐI VỚI CÁC QUAN HỆ
THƯƠNG MẠI Ở VIỆT NAM
LÝ LUẬN VÀ THỰC TIỄN**

NHÀ XUẤT BẢN CHÍNH TRỊ QUỐC GIA - SỰ THẬT
Hà Nội - 2015

MỤC LỤC

<i>Chú dẫn của Nhà xuất bản</i>	<i>Trang</i> 9
---------------------------------	-------------------

PHẦN 1

NHỮNG VẤN ĐỀ LÝ LUẬN CHUNG VỀ CƠ CHẾ GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP THAY THẾ ĐỐI VỚI CÁC QUAN HỆ THƯƠNG MẠI	13
--	----

I. Khái niệm cơ chế giải quyết tranh chấp thay thế đối với các quan hệ thương mại	13
1. Phương thức giải quyết tranh chấp thay thế	13
2. Cơ chế giải quyết tranh chấp thay thế	47
II. Các yếu tố tác động và quá trình xây dựng, hoàn thiện cơ chế giải quyết tranh chấp thay thế ở Việt Nam	69
1. Các yếu tố tác động đến quá trình xây dựng cơ chế giải quyết tranh chấp thay thế	69
2. Quá trình xây dựng và hoàn thiện cơ chế giải quyết tranh chấp thay thế đối với các quan hệ thương mại ở Việt Nam	85

PHẦN 2

THỰC TRẠNG VÀ THỰC TIỄN VẬN HÀNH CƠ CHẾ GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP THAY THẾ ĐỐI VỚI CÁC QUAN HỆ THƯƠNG MẠI Ở VIỆT NAM	99
--	----

I. Thực trạng cơ chế giải quyết tranh chấp thay thế đối với các quan hệ thương mại ở Việt Nam	99
--	----

1. Thực trạng về phương thức thương lượng	99
2. Thực trạng về phương thức hòa giải	104
3. Thực trạng phương thức Trọng tài	120
II. Thực tiễn vận hành cơ chế giải quyết tranh chấp thay thế ở Việt Nam	154
1. Thực tiễn vận hành phương thức thương lượng	154
2. Thực tiễn vận hành phương thức hòa giải	164
3. Thực tiễn vận hành phương thức Trọng tài	170

PHẦN 3

PHƯƠNG HƯỚNG VÀ GIẢI PHÁP TIẾP TỤC HOÀN THIỆN CƠ CHẾ GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP THAY THẾ ĐỐI VỚI CÁC QUAN HỆ THƯƠNG MẠI Ở VIỆT NAM

198

I. Quan điểm và phương hướng tiếp tục hoàn thiện cơ chế giải quyết tranh chấp thay thế đối với các quan hệ thương mại ở Việt Nam	198
1. Quan điểm	198
2. Phương hướng	200
II. Các giải pháp tiếp tục hoàn thiện cơ chế giải quyết tranh chấp thay thế đối với các quan hệ thương mại ở Việt Nam	204
1. Hoàn thiện khung pháp luật thay thế, tăng cường khả năng sử dụng các hình thức giải quyết tranh chấp	204
2. Xây dựng cơ sở pháp lý cần thiết cho việc mở rộng các hình thức giải quyết tranh chấp thay thế khác	224
3. Nâng cao năng lực của các thiết chế giải quyết tranh chấp thay thế	233

4. Tăng cường sự tham gia của các thiết chế hỗ trợ trong quá trình giải quyết tranh chấp	235
5. Tăng cường hơn nữa nhận thức của các doanh nhân và của cộng đồng về vai trò của các phương thức giải quyết tranh chấp thay thế và thói quen sử dụng các phương thức đó	238
<i>KẾT LUẬN</i>	243
<i>DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO</i>	247

CHÚ DẪN CỦA NHÀ XUẤT BẢN

Sau gần 30 năm tiến hành công cuộc đổi mới với một trong những nhiệm vụ trọng tâm là xây dựng nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa, thể chế kinh tế thị trường đã được thiết lập và dần hoàn thiện. Hầu hết các quy định của pháp luật kinh tế là sản phẩm của cơ chế kinh tế cũ đã dần được thay thế bằng các chế định pháp luật kinh tế mới của cơ chế kinh tế thị trường. Mặc dù công cuộc cải cách kinh tế mới được tiến hành ở nước ta trong thời gian ngắn nhưng chúng ta đã xây dựng được cơ chế giải quyết tranh chấp kinh tế. Cho đến nay, hệ thống giải quyết tranh chấp kinh tế ngày càng được ghi nhận phù hợp với sự phát triển của các quan hệ kinh tế, đồng thời phù hợp với yêu cầu hội nhập quốc tế. Cơ chế này tuy còn sơ khai nhưng đã hướng tới phục vụ cho các nguyên tắc cơ bản của kinh tế thị trường như tự do kinh doanh và quyền tự định đoạt.

Các phương thức giải quyết tranh chấp thương mại phát triển ngày càng đa dạng. Bên cạnh phương thức giải quyết tranh chấp mang tính chính thức là Tòa án thì cùng với sự tự do ý chí, tự do hợp đồng đã xuất hiện một số phương thức giải quyết tranh chấp khác mang tính không chính thức, phi nhà nước như thương lượng, trung gian, hòa giải, Trọng tài mà ở các nước những phương thức này được gọi chung dưới một cái tên là

"Alternative Dispute Resolution - ADR". Ở Việt Nam, cho đến nay, các phương thức này cũng đã từng bước được ghi nhận với tên gọi là "các phương thức giải quyết tranh chấp thay thế". Tuy cơ chế giải quyết tranh chấp thay thế ở Việt Nam đã bắt đầu được định hình nhưng trong quá trình thực hiện vẫn còn bất cập, chưa đáp ứng được đòi hỏi của đời sống kinh tế trong bối cảnh hội nhập quốc tế ngày càng sâu rộng. Điều này ảnh hưởng không nhỏ đến quá trình giải quyết tranh chấp và ảnh hưởng đến chi số năng lực cạnh tranh trên trường quốc tế.

Bên cạnh những bất cập cần phải hoàn thiện thì Đảng và Nhà nước ta cũng đang rất quan tâm tới việc hoàn thiện hệ thống pháp luật, trong đó có chú trọng đến mảng pháp luật về giải quyết tranh chấp. Điều này được thể hiện trong Nghị quyết số 48-NQ/TW ngày 24-5-2005 của Bộ Chính trị về chiến lược xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam đến năm 2010, định hướng đến năm 2020 và Nghị quyết số 49-NQ/TW ngày 02-6-2005 của Bộ Chính trị về chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020. Các Nghị quyết này đều hướng tới mục tiêu nâng cao hiệu quả của các hình thức giải quyết tranh chấp như thương lượng, hòa giải, Trọng tài nhằm góp phần xử lý đúng và nhanh chóng những mâu thuẫn và giảm nhẹ công việc cho Tòa án và các cơ quan chức năng. Chính vì vậy, pháp luật về các phương thức giải quyết tranh chấp thay thế cần được quan tâm nghiên cứu nhằm tạo ra cơ sở vững chắc cho hoạt động xây dựng pháp luật về giải quyết tranh chấp thay thế.

Nhằm giới thiệu tới bạn đọc một số nội dung cơ bản về giải quyết tranh chấp thay thế trong quan hệ thương mại ở Việt Nam hiện nay, Nhà xuất bản Chính trị quốc gia - Sự thật xuất bản

cuốn sách *Cơ chế giải quyết tranh chấp thay thế đối với các quan hệ thương mại ở Việt Nam - Lý luận và thực tiễn*.

Cơ chế giải quyết tranh chấp thay thế đối với các quan hệ thương mại là một vấn đề rộng, rất khó có thể đề cập một cách toàn diện, đầy đủ trong một cuốn sách chuyên khảo. Những vấn đề đã được đề cập cũng không thể tránh khỏi những thiếu sót, hạn chế nhất định. Vì vậy, tác giả cũng như Nhà xuất bản rất mong nhận được những ý kiến đóng góp của quý vị độc giả để cuốn sách được hoàn thiện hơn.

Xin giới thiệu cuốn sách cùng bạn đọc.

Hà Nội, tháng 6 năm 2015

NHÀ XUẤT BẢN CHÍNH TRỊ QUỐC GIA - SỰ THẬT

PHẦN 1

NHỮNG VẤN ĐỀ LÝ LUẬN CHUNG VỀ CƠ CHẾ GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP THAY THẾ ĐỐI VỚI CÁC QUAN HỆ THƯƠNG MẠI

I. KHÁI NIỆM CƠ CHẾ GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP THAY THẾ ĐỐI VỚI CÁC QUAN HỆ THƯƠNG MẠI

1. Phương thức giải quyết tranh chấp thay thế

a) Khái niệm phương thức giải quyết tranh chấp thay thế:

Trong nền kinh tế thị trường, các nhà kinh doanh thuộc nhiều thành phần kinh tế thương mại có quan hệ rất chặt chẽ với nhau. Họ đều muốn xây dựng lòng tin, duy trì mối quan hệ kinh tế với các đối tác một cách lâu dài nhằm bảo đảm cho hoạt động kinh doanh, thương mại của họ được ổn định và phát triển. Tuy vậy, vì nhiều lý do chủ quan và khách quan khác nhau, trong quan hệ kinh tế thương mại giữa các nhà kinh doanh cũng không tránh khỏi các tranh chấp trong việc thực hiện các cam kết. Để tránh những hậu quả tiêu cực mà các tranh chấp có thể gây ra trong hoạt động kinh doanh, thương mại, việc hình thành những

phương thức giải quyết các tranh chấp là một nhu cầu khách quan. Các phương thức giải quyết tranh chấp ngày càng phong phú, đa dạng. Cùng với sự tự do ý chí trong quan hệ hợp đồng thì cũng xuất hiện một số phương thức giải quyết tranh chấp khác như thương lượng, trung gian, hòa giải, Trọng tài. Những hình thức mang tính chất phi nhà nước này ngày càng phát triển tạo thành một hệ thống. Ở các nước có nền kinh tế thị trường phát triển thì các phương thức này ngày càng trở nên phổ biến, được gọi dưới một cái tên tiếng Anh là "Alternative Dispute Resolution" - viết tắt là ADR. Ở Việt Nam, trong nền kinh tế hội nhập thì các phương thức này ngày càng được ghi nhận rộng rãi. Tuy nhiên, về mặt học thuật thì vẫn có nhiều cách hiểu, chưa có sự thống nhất. Một số người gọi đó là các phương thức giải quyết tranh chấp lựa chọn. Một số người gọi đó là các phương thức giải quyết tranh chấp ngoài tố tụng. Theo người viết, "Alternative Dispute Resolution - ADR" được gọi là các phương thức giải quyết tranh chấp thay thế.

Vậy, phương thức giải quyết tranh chấp thay thế là gì?

Khái niệm giải quyết tranh chấp thay thế là khái niệm tương đối mới nhưng đã được sử dụng rộng rãi. Phương thức giải quyết tranh chấp thay thế được hiểu theo nhiều cách tiếp cận khác nhau:

- Phương thức giải quyết tranh chấp thay thế được hiểu là một hệ thống giải quyết tranh chấp không có tính quy luật, bất thường và không điển hình (chẳng hạn như thủ tục tạo điều kiện cho các bên, thủ tục giải quyết các tranh

chấp nhỏ), nó đối lập với một hệ thống mang tính chính thức, có tính quy luật và mang tính điển hình¹;

- Phương thức giải quyết tranh chấp thay thế là một hệ thống dựa trên quyền quyết định riêng của các bên (thông qua thỏa thuận, giao kết) và nó đối lập với thủ tục dựa trên những quy định và yêu cầu phải được phê chuẩn của cơ quan nhà nước²;

- Phương thức giải quyết tranh chấp thay thế được dùng để chi tất cả các phương thức, ngoài tố tụng (thông qua các tòa án) và Trọng tài để ngăn ngừa và giải quyết các tranh chấp với sự trợ giúp của bên thứ ba³.

Nhìn chung, ở các nước, thuật ngữ “các phương thức giải quyết tranh chấp thay thế” thường được sử dụng để tham chiếu đến bất kỳ biện pháp giải quyết tranh chấp nào ngoài Tòa án với tính cách là một bộ phận của hệ thống tư pháp được thành lập bởi Nhà nước. Nói cách khác, giải quyết tranh chấp thay thế là việc các bên tranh chấp không đưa tranh chấp ra giải quyết theo thủ tục tố tụng tư pháp mà tìm kiếm các cách thức khác nhau để tự giải quyết những tranh chấp đó.

Theo người viết, giải quyết tranh chấp thay thế là những phương thức giải quyết tranh chấp dùng để thay thế phương thức tố tụng tại Tòa án. Thuật ngữ “Alternative”

1, 2. Yasunobu Sato: *Commercial Dispute Processing and Japan*, Kluwer Law International, Netherlands, 2001.

3. Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam: *Trọng tài và các phương thức giải quyết tranh chấp lựa chọn*, 2003, tr.23.

trong tiếng Anh vừa để chỉ hình thức “thay thế”, vừa để chỉ khả năng “lựa chọn”. Phương thức giải quyết tranh chấp thay thế có nghĩa rằng, các hình thức thương lượng, hòa giải, Trọng tài là những hình thức vừa thay cho tổ tụng Tòa án, vừa được dùng một cách tùy nghi để thay thế cho nhau mà quyền lựa chọn là thuộc về các bên tranh chấp. Vì thế, pháp luật và các quy tắc tổ tụng phương thức giải quyết tranh chấp thay thế của các nước đều cho phép và khuyến khích sự lựa chọn thay thế này.

Nếu xét về mặt nguồn gốc, các phương thức giải quyết tranh chấp như thương lượng, hòa giải, Trọng tài xuất hiện từ rất sớm. Nhưng khi có Nhà nước và pháp luật thì những phương thức giải quyết tranh chấp mang tính quyền lực nhà nước lại được coi là chính thức, thể hiện chủ quyền tài phán quốc gia, còn những phương thức dựa trên sự tự do ý chí, tự do hợp đồng như thương lượng, hòa giải, Trọng tài lại được coi là không chính thức. Khi có tranh chấp xảy ra, các chủ thể có quyền tìm kiếm và quyết định sử dụng phương thức giải quyết tranh chấp kinh doanh thương mại phát sinh trong các giao dịch. Bên cạnh phương thức mang tính chính thức mà đối với bất kỳ tranh chấp nào các bên cũng có thể lựa chọn đó là Tòa án thì theo quy định của pháp luật các nước (và cả pháp luật Việt Nam hiện nay), các bên tranh chấp có thể lựa chọn những phương thức không chính thức khác để thay cho việc giải quyết thông qua Tòa án. Như đã nêu ở trên, việc lựa chọn mang tính chất “thay thế” này còn có nghĩa rằng *các bên có thể lựa chọn sử dụng bất kỳ một trong số các phương thức như thương*

lượng, hòa giải, Trọng tài để thay thế phương thức đã sử dụng trước đó trên cơ sở cảm nhận về lợi thế của nó. Chẳng hạn, Luật Trọng tài thương mại năm 2010, tại Điều 9 có quy định rằng: “Trong quá trình tổ tụng trọng tài, các bên có quyền tự do thương lượng, thỏa thuận với nhau về việc giải quyết tranh chấp hoặc yêu cầu Hội đồng Trọng tài hòa giải để các bên thỏa thuận với nhau về việc giải quyết tranh chấp”.

Sự thay thế của các phương thức không chính thức ở đây không có nghĩa là loại trừ hoàn toàn đối với Tòa án, bởi khi sử dụng các phương thức này, cơ chế hỗ trợ của Tòa án vẫn luôn được đặt ra.

Khi nói về mối quan hệ giữa Tòa án và các phương thức giải quyết tranh chấp thay thế, thì có thể nói rằng, đây là hai thiết chế có nhiều điểm tương đồng và chỉ khác nhau về tính chất “công” và “tư”. Phương thức giải quyết tranh chấp thay thế luôn luôn là đối tượng lựa chọn tự do của các bên và cùng với Tòa án tạo nên tài phán thương mại. Chính sách khuyến khích sử dụng phương thức giải quyết tranh chấp thay thế ở các nước cũng xuất phát từ những khả năng lựa chọn này, trên cơ sở thấy rõ những mặt ưu, độ hấp dẫn cũng như những hạn chế của Tòa án và phương thức giải quyết tranh chấp thay thế. Sự tồn tại của mỗi thiết chế ngoài mục đích tự thân của nó, còn có mục đích hỗ trợ cho các thiết chế khác, lấp đi chỗ trống mà các thiết chế khác không thể tự nó khắc phục được rồi tạo ra cái hiệu quả chung cho cả hệ thống tài phán. Nếu xem xét những điểm mạnh, điểm yếu của từng hình thức giải quyết tranh

chấp thì mặc dù phương thức giải quyết tranh chấp thay thế và Tòa án đều là những phương thức giải quyết tranh chấp, không "cạnh tranh" lẫn nhau mà bổ sung cho nhau, nhưng, nếu xét từ góc độ hiệu quả, chính Tòa án phải tự nhận ra những "thế yếu" của mình trước nhu cầu thỏa mãn các mong muốn giải quyết tranh chấp của các bên. Có thể nêu cụ thể hơn những vấn đề đó qua tình hình giải quyết các tranh chấp kinh tế bằng Tòa án ở nước ta, đó là:

i) Các Tòa án luôn bị quá tải công việc, điều đó ảnh hưởng không nhỏ đến chất lượng xét xử, thêm vào đó là những thủ tục tố tụng hết sức nghiêm ngặt, đã làm cho việc giải quyết vụ án bị kéo dài.

ii) Các Thẩm phán của Tòa án không phải bao giờ cũng chuyên về các vấn đề kinh doanh, thương mại và đủ các kiến thức để giải quyết các tranh chấp đó một cách chuyên nghiệp, đặc biệt là trong các vấn đề tranh chấp thương mại quốc tế như các tranh chấp về bằng sáng chế, ngân hàng, tên miền, v.v..

iii) Là một thiết chế quyền lực và mặc nhiên hoạt động trong một quốc gia có chủ quyền, Tòa án thường bị chi phối về tính độc lập của nó bởi sự tác động từ nhiều phía.

iv) Tính quốc tế của Tòa án không cao. Điều đó thể hiện ở nhiều sự ràng buộc khác nhau liên quan đến nguyên tắc chủ quyền quốc gia: Ngôn ngữ áp dụng phải là ngôn ngữ quốc gia, thủ tục tố tụng nhất thiết phải theo quy định của pháp luật quốc gia mà Tòa án lại là thiết chế của quốc gia đó. Phán quyết của Tòa án không mặc nhiên có sự công nhận quốc tế, điều đó chỉ xảy ra khi có một hiệp định song

phương về tương trợ tư pháp giữa hai quốc gia hoặc trong khuôn khổ pháp lý của một cộng đồng các quốc gia, ví dụ như Liên minh châu Âu.

v) Tổ chức theo thẩm quyền xét xử, các bản án của Tòa án có thể bị kháng cáo, kháng nghị. Phiên tòa xét xử nhất thiết phải công khai, trừ một số trường hợp do luật định mà các nhà kinh doanh không phải lúc nào cũng thích.

Trong khi Tòa án có những “điểm yếu” như vậy thì Trọng tài lại thể hiện nhiều ưu việt (được phân tích ở phần sau). Như vậy, từ bình diện chính sách sử dụng các hình thức giải quyết tranh chấp thương mại cũng như trên bình diện các quy định của pháp luật và thực tiễn có thể thấy rõ một nhu cầu bức thiết, một khả năng lựa chọn, thay thế cho nhau giữa các thiết chế đó.

b) Đặc điểm của phương thức giải quyết tranh chấp thay thế:

Một là, các phương thức giải quyết tranh chấp thay thế phát huy đến mức cao nhất quyền tự định đoạt của các bên tranh chấp. Quyền tự định đoạt này thể hiện ở việc các bên có thể lựa chọn bất kỳ một phương thức nào để giải quyết tranh chấp của mình, thủ tục có thể được thỏa thuận và điều chỉnh cho thích hợp, họ có thể tự quyết định có tiếp tục tham gia nữa hay không. Sự tự do ý chí một cách tuyệt đối đó còn thể hiện ở chỗ các bên được hỗ trợ trong quá trình giải quyết tranh chấp để tìm kiếm các giải pháp thích hợp nhất đối với họ.

Hai là, phương thức giải quyết tranh chấp thay thế rất linh hoạt. Sự linh hoạt này thể hiện ở khả năng lựa chọn chủ thể giải quyết, ở thủ tục áp dụng, ở hiệu lực của quyết

định giải quyết tranh chấp. Sự linh hoạt còn thể hiện ngay cả trong sự phân loại các phương thức giải quyết tranh chấp thay thế. Việc phân ra thành các phương thức thương lượng, hòa giải, hay Trọng tài cũng không hoàn toàn là tuyệt đối bởi trong một số trường hợp, các bên tranh chấp có thể kết hợp các phương thức này với nhau.

Ba là, phương thức giải quyết tranh chấp thay thế không mang tính quyền lực nhà nước. Điều này thể hiện ở chỗ chủ thể giải quyết tranh chấp thay thế không đương nhiên có thẩm quyền (thẩm quyền luật định) như Tòa án, toàn bộ thẩm quyền của chủ thể giải quyết tranh chấp hoàn toàn phụ thuộc vào sự trao quyền của các bên có tranh chấp. Sự trao quyền này đòi hỏi phải có sự đồng thuận giữa các bên.

c) Vai trò của các phương thức giải quyết tranh chấp thay thế:

Trong thời đại ngày nay, các phương thức giải quyết tranh chấp như thương lượng, hòa giải, Trọng tài và Tòa án trở thành những giá trị chung của thương mại toàn cầu. Mỗi nước, tùy vào những điều kiện, hoàn cảnh cụ thể có thể có nhiều phương thức giải quyết tranh chấp thương mại. Các nhà kinh doanh lựa chọn phương thức giải quyết tranh chấp theo thói quen, tập quán thương mại, tính hiệu quả và sự thuận lợi của phương thức giải quyết tranh chấp đó. Sự hoàn thiện của hệ thống pháp luật về giải quyết tranh chấp thương mại cũng như mặt bằng trình độ dân trí và văn hóa pháp lý, văn hóa kinh doanh cũng là yếu tố quan trọng tác động đến việc lựa chọn các phương thức giải quyết tranh chấp thương mại.

Khi có tranh chấp xảy ra, thông thường, có hai cách

thức cơ bản để giải quyết, đó là cách chính thức- pháp lý và cách không chính thức - truyền thống với vai trò hỗ trợ lẫn nhau ở cả ba cấp độ: đơn phương giải quyết tranh chấp (tránh xung đột hoặc trực tiếp chống lại bên kia; song phương giải quyết tranh chấp (hai bên trực tiếp thương lượng) và giải quyết tranh chấp với sự trợ giúp của bên thứ ba bao gồm các phương thức như hòa giải, Trọng tài hay tố tụng tư pháp¹.

Mỗi phương thức giải quyết tranh chấp thương mại đều có những ưu điểm, hạn chế nhất định. Chỉ có các bên tranh chấp mới có thể quyết định lựa chọn cho mình phương thức giải quyết tranh chấp nào cho phù hợp với bản chất tranh chấp, và phù hợp với từng hoàn cảnh cụ thể. Việc lựa chọn phương thức nào phụ thuộc vào rất nhiều yếu tố như bản chất tranh chấp, mối quan hệ và uy tín bạn hàng, chi phí thời gian và tính hiệu quả của phương thức giải quyết tranh chấp đó.

Để bảo đảm công lý trong giải quyết tranh chấp thì tố tụng tư pháp là biện pháp hữu hiệu vì các bên có cơ hội công bằng để trình bày, đánh giá vụ việc một cách công khai, theo một trình tự chặt chẽ, quyền được hưởng một phán quyết dựa trên chứng cứ và các căn cứ pháp lý rõ ràng, quyền được yêu cầu cưỡng chế thi hành bản án đã tuyên... Hiện nay, mặc dù thủ tục tố tụng tại Tòa án đã có

1. Dương Thanh Mai, Hoàng Đức Thắng: *Hòa giải trong giải quyết tranh chấp kinh tế tại Việt Nam*, Thông tin khoa học pháp lý, Viện nghiên cứu khoa học pháp lý, Bộ Tư pháp, 1999, số 5, tr.106.

những cải tiến đáng kể theo hướng đơn giản hóa, rút ngắn các thời hiệu, thời hạn tố tụng nhằm bảo đảm việc giải quyết vụ án được nhanh chóng, kịp thời, hiệu quả và tôn trọng quyền tự định đoạt của các bên đương sự, nhưng trên thực tế, việc giải quyết tranh chấp tại Tòa án vẫn còn rất phức tạp, thời gian giải quyết một vụ án còn kéo dài, một số vụ án phải xét xử nhiều lần mà vẫn không đạt được kết quả cuối cùng, chưa bảo đảm quyền tự định đoạt của các bên trong các giai đoạn tố tụng. Thủ tục tố tụng Tòa án mang nặng tính hình thức, không phù hợp với những tính chất và đòi hỏi đặc thù của việc giải quyết tranh chấp thương mại. Đội ngũ Thẩm phán các cấp chưa được đào tạo chuyên sâu để giải quyết các tranh chấp thương mại dẫn đến hiệu quả giải quyết tranh chấp thương mại còn thấp. Trong khi đó, việc giải quyết tranh chấp thương mại, đặc biệt là các tranh chấp phát sinh từ các hợp đồng dài hạn thường làm cho các nhà kinh doanh và luật sư của họ rất quan tâm không chỉ yêu cầu về bảo đảm công lý được thực hiện, mà còn là việc gìn giữ các quan hệ kinh doanh đã được thiết lập từ trước, là việc phải bảo đảm bí mật kinh doanh, phải linh hoạt, nhanh chóng, tiết kiệm thời gian và tiền bạc... Đó là những vấn đề mà nếu giải quyết theo thủ tục tố tụng tư pháp thì khó có thể đạt được do chính các nguyên tắc tố tụng quy định là tính công khai, nhân chứng, quy trình tố tụng... Vì thế, việc các nhà kinh doanh trên thế giới, đặc biệt là các nước thuộc khu vực châu Á - Thái Bình Dương ngày càng quan tâm tới việc khai thác, sử dụng các

phương thức giải quyết tranh chấp thay thế như thương lượng, hòa giải, trọng tài...¹.

Sự áp dụng rộng rãi các phương thức giải quyết tranh chấp thay thế trên thế giới như hiện nay đã đặt ra một câu hỏi lớn đó là lợi thế và vai trò của việc sử dụng phương thức giải quyết tranh chấp thay thế đối với các quan hệ thương mại ra sao?

Những lợi thế và vai trò của phương thức giải quyết tranh chấp thay thế sẽ được xem xét trên những phương diện sau: Chi phí, thời gian, tính bí mật, mối quan hệ làm ăn giữa các bên, và hiệu quả giải quyết tranh chấp:

c.1) Lợi thế về chi phí:

Có nhiều ý kiến cho rằng một trong những thế mạnh nổi bật của các phương thức giải quyết tranh chấp thay thế so với giải quyết theo tố tụng tư pháp đó chính là sự tiết kiệm về chi phí. Một nghiên cứu cho biết, chi phí cho các tranh chấp được giải quyết thông qua phương thức giải quyết tranh chấp thay thế thường chỉ bằng 10% chi phí cho các tranh chấp tương tự được giải quyết bằng Tòa án². Tuy nhiên, kết luận này không phải lúc nào cũng chính xác vì có nhiều trường hợp chi phí cho Trọng tài có thể cao hơn nhiều so với giải quyết tranh chấp tại Tòa án³: Thứ nhất, phí

1. Dương Thanh Mai, Hoàng Đức Thắng: *Hòa giải trong giải quyết tranh chấp kinh tế tại Việt Nam*, Tlđđ, tr.107.

2. Russell Caller: *ADR and Commercial Dispute*, 2002, tr.28.

3. Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackaby: *Constantine Partasides (Pháp luật và thực tiễn trọng tài thương mại quốc tế)*, tái bản lần thứ tư, Nxb. Sweet & Maxwell, Luân Đôn, 2004, tr.24.

và chi phí của các Trọng tài viên (không giống như lương của các Thẩm phán) do các bên chi trả; và trong các vụ Trọng tài thương mại quốc tế quan trọng, những khoản tiền này có thể là đáng kể. Thứ hai, có thể phải trả chi phí hành chính cho một tổ chức Trọng tài, và những chi phí này cũng có thể lớn, đặc biệt khi chúng được tính dựa trên giá trị tranh chấp. Nếu các dịch vụ của một tổ chức Trọng tài không được sử dụng thì việc chi định một thư ký hoặc người giữ hồ sơ để quản lý các thủ tục trọng tài có thể là cần thiết, và một lần nữa cũng phải trả một khoản phí. Việc phải thuê địa điểm để tổ chức các cuộc họp và phiên họp giải quyết tranh chấp mà không thể sử dụng các cơ sở công cộng như của Tòa án cũng tốn một khoản chi phí nhất định. Tuy nhiên, Trọng tài là phương thức giải quyết tranh chấp "một lần", phán quyết của Trọng tài là chung thẩm có giá trị thi hành, các bên không có quyền kháng cáo lên bất kỳ một cơ quan hay tổ chức nào (trừ khi có sự vi phạm về tố tụng thì các bên được quyền yêu cầu Tòa án xem xét hủy phán quyết Trọng tài), do đó, mặc dù chi phí của nó có thể không ít hơn so với tố tụng tại Tòa án nhưng phán quyết của Trọng tài không có hàng loạt các hoạt động kháng cáo tốn kém lên các Tòa án cấp trên¹. Điều này không thể có nếu vụ tranh chấp được đưa ra giải quyết tại Tòa án, nơi thủ tục tố tụng quy định là hai cấp xét xử, ngoài ra còn có giám đốc thẩm, tái thẩm, dẫn đến các bên phải mất nhiều

1. Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackaby: *Constantine Partasides, Tlđđ*, tr.28.

thời gian và tổn kém tiền bạc vì phải theo đuổi vụ kiện kéo dài từ cấp này đến cấp khác.

Tương tự như vậy, giải quyết tranh chấp thông qua thương lượng và hòa giải thông thường là tiết kiệm được chi phí hơn so với giải quyết bằng Tòa án nhưng chỉ trong nỗ lực thương lượng hay hòa giải đó thành công. Chi phí cho việc giải quyết tranh chấp sẽ tăng cao trong trường hợp thương lượng và hòa giải không thành.

Bên cạnh đó, cũng cần phải nhấn mạnh rằng cho đến nay, có rất ít nghiên cứu về chi phí giải quyết tranh chấp thông qua phương thức giải quyết tranh chấp thay thế và xét xử tại Tòa án¹. Những nghiên cứu đã tiến hành lại chỉ được thực hiện một phạm vi hẹp và với một số loại tranh chấp nhất định. Do đó, để có thể đưa ra được những kết luận đáng tin cậy hơn về lợi thế của phương thức giải quyết tranh chấp thay thế so với xét xử tại Tòa án trên khía cạnh chi phí thì cần phải có những nghiên cứu đầy đủ và toàn diện hơn².

c.2) Lợi thế về thời gian:

Giải quyết tranh chấp bằng phương thức giải quyết tranh chấp thay thế có thể thu hút sự chú ý và quan tâm của các bên vào các vấn đề chính, cơ bản của nội dung tranh chấp và hạn chế tối đa sự hao phí thời gian vào các vấn đề mang tính chất tố tụng.

1. Hillary Astor & Christine Chinkin: *Dispute Resolution in Australia*, Butterworths, Sydney, 2002, tr.56.

2. Đỗ Hải Hà: *Các hình thức giải quyết tranh chấp thay thế*, Tạp chí Dân chủ và pháp luật, số 6, 2007, tr.28.

Mỹ là nước đi tiên phong trong việc phát triển các phương thức giải quyết tranh chấp thay thế trong giải quyết tranh chấp thương mại. Trong “sách thực hành ADR”, John J. Wilkinson viết: “trước tiên và trên hết, các phương pháp này tiết kiệm đáng kể chi phí của các bên tranh chấp. Rõ ràng là, chi phí kiện tụng có thể giảm đi đáng kể nếu như các bên có thể giải quyết những bất đồng của mình trong vòng sáu tháng thay vì kiện tụng kéo dài hàng năm”¹.

Giải quyết tranh chấp thông qua phương thức giải quyết tranh chấp thay thế thường được cho là nhanh gọn hơn quá trình xét xử tại Tòa án. Theo kết quả điều tra được tiến hành bởi một số nhà nghiên cứu Ôxtrâyliya thì, thời gian trung bình cho một vụ xét xử tại Tòa án cao hơn thời gian trung bình cho việc giải quyết một vụ tranh chấp bằng phương thức giải quyết tranh chấp thay thế. Tất nhiên, cũng cần phải nhấn mạnh rằng, ưu điểm về tiết kiệm thời gian này chỉ có được trong trường hợp việc giải quyết bằng phương thức giải quyết tranh chấp thay thế thành công. Nếu không thành công thì có thể thời gian giải quyết tranh chấp sẽ bị kéo dài hơn vì các bên cuối cùng sẽ phải đưa tranh chấp của mình ra giải quyết tại Tòa án. Mặt khác, nếu trong trường hợp các bên đã đạt được thỏa thuận, cam kết nhưng do không có sự can thiệp hay giám sát từ phía cơ

1. John J. Wikinson: ADR Practitce Book (sách thực hành ADR) Wiley Law Publication, 1990.

2. Đỗ Hải Hà: Các hình thức giải quyết tranh chấp thay thế, *Tlđđ*, tr.29.

quan pháp luật nên một bên có thể không thực hiện cam kết, và bên kia lại phải khởi kiện ra tòa. Như vậy, có thể nói rằng, nếu một bên không có thiện chí thì việc sử dụng phương thức giải quyết tranh chấp thay thế rất dễ bị lạm dụng như một kế sách hoãn binh nhằm kéo dài thời gian giải quyết tranh chấp để đạt được mục đích, ý đồ nhất định hoặc vô hiệu hóa quá trình giải quyết tranh chấp.

c.3) Tăng cường tính bí mật:

Tính bí mật được coi là một trong những ưu điểm của phương thức giải quyết tranh chấp thay thế. Không giống như tố tụng tại Tòa án, nơi mà phóng viên và công chúng có quyền có mặt do chính các nguyên tắc tố tụng tư pháp quy định (xét xử công khai, nhân chứng...), các thủ tục thương lượng, hòa giải hay Trọng tài không phải là thủ tục công khai. Về bản chất thì đó là một thủ tục kín. Điều này có nghĩa là, các thủ tục này chỉ cho phép những người không liên quan đến tranh chấp tham gia phiên họp giải quyết khi được các bên tranh chấp đồng ý. Điều này giúp các bên hạn chế được sự tiết lộ bí quyết kinh doanh, giữ được uy tín của các bên trên thương trường. Đây cũng là đặc điểm khác biệt so với việc giải quyết tranh chấp tại Tòa án và là ưu điểm của phương thức giải quyết tranh chấp thay thế nói chung. Có thể coi sự khác biệt này là yếu tố "nặng cân" làm cho phương thức giải quyết tranh chấp thay thế trở nên hấp dẫn đối với các nhà kinh doanh. Bởi lẽ, trong kinh doanh không ai muốn tranh chấp xảy ra, nhưng khi đã có tranh chấp thì tâm lý chung của các nhà kinh doanh là không bao giờ muốn người khác biết họ đang

phải theo đuổi một vụ tranh chấp với đối tác, đặc biệt về nội dung tình tiết cụ thể của vụ việc. Nguyên tắc bí mật của phương thức giải quyết tranh chấp thay thế đáp ứng được điều “không bao giờ muốn” này; nói cách khác, là thỏa mãn nhu cầu mang tính nghề nghiệp của các nhà kinh doanh: luôn luôn tìm cách bảo vệ uy tín nghề nghiệp và bí mật kinh doanh.

Trong quy tắc hòa giải của Ủy ban Luật thương mại quốc tế của Liên hợp quốc (UNCITRAL) có quy định hòa giải viên có thể công bố nội dung của bất kỳ thông tin thực tế nào nhận được để cho bên kia có cơ hội đưa ra những giải thích mà họ cho là thích hợp. Tuy nhiên, quy tắc cũng quy định rằng một bên có thể cung cấp thông tin cho hòa giải viên với điều kiện đặc biệt là bảo mật thông tin, trong trường hợp này hòa giải viên phải tuân thủ điều kiện giữ bí mật đó¹.

Hay, một cựu Tổng thư ký của Phòng thương mại quốc tế (ICC) đã phát biểu rằng: “... những người sử dụng Trọng tài quốc tế, ví dụ như các công ty, các chính phủ và các cá nhân là các bên trong vụ kiện, đánh giá cao nhất tính bí mật như là một đặc điểm cơ bản của Trọng tài thương mại quốc tế. Khi được yêu cầu đưa ra các đặc điểm của Trọng tài thương mại quốc tế có sức hấp dẫn các bên tranh chấp so với Tòa án, thì tính bí mật của tổ tụng trọng tài và thực tế là việc tổ tụng này và các phán quyết của Trọng tài được

1. Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackaby: *Constantine Partasides, Sđd.*

tuyên không được công khai, gần như lúc nào cũng được nhắc đến”¹.

c.4) *Thúc đẩy mối quan hệ kinh doanh, thương mại của các bên:*

Giải quyết tranh chấp bằng phương thức giải quyết tranh chấp thay thế một cách thân thiện nhằm tiếp tục giữ gìn và phát triển các quan hệ kinh doanh, thương mại trong thời gian dài vì lợi ích chung của cả hai bên.

Cùng với sự gia tăng độ phức tạp của các giao dịch thương mại trong nước và quốc tế trong điều kiện phát triển khoa học công nghệ và tự do thương mại thì việc các bên không chỉ đạt được thỏa thuận, cam kết trong việc giải quyết tranh chấp mà còn giữ gìn được mối quan hệ làm ăn lâu dài là điều rất cơ bản và nhạy cảm đối với các nhà kinh doanh. Để đạt được mục tiêu này thì các bên cần phải có cơ hội để có thể bộc lộ, giải tỏa và xóa bỏ những hiểu nhầm, xác định lợi ích nền tảng của mình và những lĩnh vực có thể thỏa thuận để tìm ra giải pháp chung².

Một sự cam kết, một quyết định hay phán quyết trong đó ghi nhận sự thỏa thuận của các bên hoặc buộc bên vi phạm phải chịu trách nhiệm tài sản đối với bên bị vi phạm được ban hành sau quá trình giải quyết mang tính thân thiện dễ được tự nguyện chấp hành, tạo sự tin tưởng hơn khi tiếp tục quan hệ làm ăn trong tương lai.

1. Stephen Bold: *Esso/BHP kiện Plowman*, 11 Arbitration International, 1995, No.8.

2. Xem Dương Thanh Mai, Hoàng Đức Thắng: *Hòa giải trong giải quyết tranh chấp kinh tế tại Việt Nam*, Tlđđ.

Việc giải quyết tranh chấp tại Tòa án lại không như vậy. Một trong những yêu cầu đặt ra khi giải quyết tranh chấp là Thẩm phán phải giữ “khoảng cách cần thiết” với các đương sự. Sự thân thiện với đương sự dù dưới góc độ nào cũng bị cấm đối với Thẩm phán. Mặt khác, xét về mặt tâm lý, việc giải quyết tranh chấp kín đáo, không ồn ào của giải quyết tranh chấp thay thế làm cho bên vi phạm dễ nhận lỗi của mình hơn là khi có mặt nhiều thành phần tham gia. Trong trường hợp như vậy, bên có quyền lợi bị xâm phạm cũng dễ thông cảm hơn, từ đó, tránh cho các bên nguy cơ làm tổn thương đến quan hệ hợp tác. Trong khi đó, việc xét xử công khai tại Tòa án thường dễ làm cho các bên luôn bị chi phối bởi sự thắng - thua mà rơi vào tình thế đối địch nhau.

c.5) Nâng cao hiệu quả của việc giải quyết tranh chấp:

Xét về hiệu quả của việc giải quyết tranh chấp, điểm đặc biệt của giải quyết tranh chấp thay thế là khả năng cho phép sử dụng nhiều loại biện pháp, chế tài khác nhau một cách rất linh hoạt để giải quyết tranh chấp. Trong khi đó Tòa án chỉ được áp dụng những biện pháp và chế tài mà đã được pháp luật quy định sẵn. Đặc điểm này tạo ra hai ưu thế của việc giải quyết tranh chấp thông qua giải quyết tranh chấp thay thế so với Tòa án, đó là:

Giải quyết tranh chấp thông qua giải quyết tranh chấp thay thế cho phép tính đến những lợi ích khác nhau của các bên tranh chấp bao gồm cả lợi ích trong tương lai như việc duy trì lâu dài quan hệ làm ăn giữa các bên tranh chấp. Trong khi đó, bản án của Tòa án chỉ tính đến quyền

và nghĩa vụ của các chủ thể trong quan hệ bị tranh chấp chứ không quan tâm đến việc duy trì quan hệ lâu dài giữa các bên¹.

Giải quyết tranh chấp bằng giải quyết tranh chấp thay thế cho phép áp dụng các biện pháp, chế tài thực sự phù hợp với yêu cầu của người có quyền lợi bị xâm phạm. Thực tế cho thấy trong nhiều trường hợp, yêu cầu của người có quyền lợi bị xâm phạm không phải là những đòi hỏi về bồi thường thiệt hại hay thực hiện một nghĩa vụ nào đó về tài sản mà chỉ đơn thuần là yêu cầu phía bên kia không được làm một việc gì đó hoặc đưa ra một lời xin lỗi đối với bên bị vi phạm. Những yêu cầu như vậy thường chỉ có được trong việc giải quyết tranh chấp thông qua giải quyết tranh chấp thay thế mà thôi.

Với những lợi thế này giải quyết tranh chấp thay thế đã trở thành các phương thức giải quyết tranh chấp quan trọng trong hệ thống các phương thức giải quyết tranh chấp của đời sống xã hội, có vai trò to lớn trong việc bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của các chủ thể trong xã hội, góp phần không nhỏ trong việc bảo đảm trật tự các quan hệ xã hội.

Tuy nhiên, do phương thức giải quyết tranh chấp thay thế chỉ được tiến hành hoặc đạt được kết quả khi có sự đồng thuận giữa các bên nên ở khía cạnh quản lý xã hội thì

1. Xem: Hillary Astor & Christine Chinkin: *Dispute Resolution in Australia, Tlđđ*; Đỗ Hải Hà: *Các hình thức giải quyết tranh chấp thay thế, Tlđđ*.

phương thức này không thể thay thế hoàn toàn cho phương thức tố tụng tại Tòa án. Nhà nước, với tư cách là người quản lý xã hội vẫn phải tạo ra một hệ thống cơ quan xét xử chính thức mà người dân có thể yêu cầu bảo vệ quyền lợi khi có tranh chấp phát sinh. Trong mối quan hệ với phương thức tố tụng tại Tòa án: với tư cách là những phương thức giải quyết tranh chấp tồn tại song song với phương thức tố tụng tư pháp, các phương thức giải quyết tranh chấp thay thế trong nhiều trường hợp loại trừ thẩm quyền của Tòa án đối với tranh chấp mà các bên đã thỏa thuận lựa chọn phương thức giải quyết thay thế. Trong trường hợp tranh chấp đã được giải quyết theo phương thức thay thế, Tòa án không có thẩm quyền xem xét lại nội dung của vụ việc hay nội dung của phương án giải quyết tranh chấp mà chỉ có thẩm quyền xem xét lại trình tự, thủ tục tiến hành việc giải quyết tranh chấp đó. Trong một số trường hợp, phương thức giải quyết tranh chấp thay thế đóng vai trò như một hoạt động tiền tố tụng mà nếu thành công thì hoạt động tố tụng tư pháp sẽ không cần tiến hành, còn nếu không thành công thì vai trò giải quyết tranh chấp của Tòa án mới được thực hiện. Các phương thức giải quyết tranh chấp thay thế do vậy có tác dụng rất tích cực trong việc giảm gánh nặng của các Tòa án. Ngược lại, các Tòa án cũng có vai trò rất quan trọng trong hỗ trợ các phương thức giải quyết tranh chấp ngoài tố tụng tư pháp. Với thẩm quyền của Tòa án trong xem xét lại trình tự, thủ tục thực hiện của phương thức giải quyết tranh chấp thay thế, Tòa án sẽ bảo đảm cho các phương thức này được tiến

hành một cách minh bạch, hợp pháp, bảo đảm được lợi ích của các bên sử dụng phương thức giải quyết tranh chấp này, giúp cho các phương thức giải quyết tranh chấp thay thế đạt được ý nghĩa xã hội của nó. Đối với phương thức giải quyết tranh chấp thay thế mà phương án được đưa ra có tính ràng buộc, vai trò của Tòa án là hết sức quan trọng trong việc bảo đảm hiệu lực thực thi của phương án này¹.

d) Nội dung của các phương thức giải quyết tranh chấp thay thế:

Trên thế giới có quan niệm rất khác nhau về phương thức giải quyết tranh chấp thay thế, nó có thể được chia thành rất nhiều loại như thương lượng, hòa giải, trung gian, tố tụng mini và Trọng tài. Trong phạm vi cuốn sách này chỉ tập trung vào ba hình thức cơ bản là thương lượng, hòa giải và Trọng tài.

d.1) Thương lượng:

Thương lượng là phương thức giải quyết tranh chấp thương mại, trong đó các bên tranh chấp cùng nhau bàn bạc, thỏa thuận để đi đến thống nhất một phương án giải quyết bất đồng giữa họ mà không cần bất kỳ sự can thiệp của cơ quan nhà nước hay của bất kỳ người thứ ba nào. Thương lượng chính là sự thể hiện quyền tự do thỏa thuận, tự do hợp đồng và tự do định đoạt của các bên. Đặc điểm cơ bản của thương lượng là các bên cùng nhau bày tỏ quan

1. Bộ Tư pháp - Viện Khoa học Pháp lý: Báo cáo phúc trình đề tài cấp bộ "Hoàn thiện pháp luật và thiết chế giải quyết tranh chấp ngoài tố tụng tư pháp", năm 2010 do Giáo sư Lê Hồng Hạnh làm chủ nhiệm đề tài.

điềm, chính kiến, bàn bạc, tìm các biện pháp thích hợp và đi đến thỏa thuận để tự giải quyết bất đồng.

Phương thức giải quyết theo thủ tục thương lượng có các đặc trưng pháp lý cơ bản sau:

Thứ nhất, đây là một phương thức giải quyết tranh chấp không chính thức và được áp dụng trên cơ sở lựa chọn của các bên tranh chấp. Khi tranh chấp thương mại phát sinh, các bên thường tìm cách điều đình với nhau để thống nhất một cách thức giải quyết, loại bỏ những bất đồng. Chỉ khi nào không thể thỏa thuận được với nhau thì các bên mới tìm đến giải pháp khác.

Thứ hai, các bên tranh chấp tự thỏa thuận với nhau trên cơ sở tự nguyện để tìm ra phương án giải quyết mâu thuẫn đã phát sinh giữa họ mà không có sự can thiệp hay giúp đỡ của bên thứ ba. Quá trình thương lượng chính là sự bàn bạc, trao đổi ý kiến, các bên tự đưa ra giải pháp, thỏa thuận với nhau để giải quyết những bất đồng trong quan hệ kinh tế. Kết quả thương lượng thường là những cam kết, thỏa thuận về những giải pháp cụ thể nhằm tháo gỡ những bế tắc hoặc bất đồng phát sinh mà các bên thường không ý thức được trước đó. Hình thức pháp lý ghi nhận kết quả thương lượng có thể là biên bản hoặc các dạng cam kết, phụ lục mới của hợp đồng hoặc là hợp đồng sửa đổi, bổ sung. Những thỏa thuận trong biên bản này phải được coi là có giá trị pháp lý như hợp đồng và đương nhiên nó có ý nghĩa bắt buộc đối với các bên. Nội dung của biên bản thường ghi nhận những vấn đề sau: Những sự kiện pháp lý có liên quan; Ý kiến, quan điểm của các bên; Giải pháp

được đề xuất; Những thỏa thuận, cam kết đã đạt được; Lộ trình thực hiện cam kết¹.

Ở đây có một số vấn đề lý luận và thực tiễn đặt ra là:

- Các quy định về giao kết hợp đồng, sửa đổi, bổ sung hợp đồng có được áp dụng hay áp dụng tương tự cho quá trình thương lượng giải quyết tranh chấp hợp đồng hay không?

- Thỏa thuận đạt được trong thương lượng có thể xếp vào loại phạm trù pháp lý nào? Ý nghĩa và giá trị của chúng đến đâu?

- Sự tạm dừng, gián đoạn của các loại thời hạn, thời hiệu trong quá trình thương lượng giải quyết tranh chấp hợp đồng sẽ được xem xét như thế nào?².

Thứ ba, quá trình thương lượng thành công hay thất bại phụ thuộc chủ yếu vào thiện chí và kỹ năng đàm phán của các bên. Có thể nói rằng, thương lượng chính là một nghệ thuật đàm phán trực tiếp. Kỹ năng này thiên về kinh nghiệm thương mại hơn là kỹ năng pháp lý. Thương lượng thể hiện quyền tự do thỏa thuận, tự do hợp đồng và quyền tự định đoạt của các chủ thể.

Thứ tư, xuất phát từ tính tự nguyện của các bên trong quá trình thương lượng mà quá trình thương lượng sẽ chấm dứt khi các bên không đạt được thỏa thuận hoặc khi một trong các bên không muốn tiếp tục tiến hành thương lượng.

1. Đào Văn Hội: *Hoàn thiện pháp luật giải quyết tranh chấp kinh tế ở nước ta hiện nay*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2004, tr.65, 66.

2. Trần Đình Hào: *Hòa giải, thương lượng trong việc giải quyết tranh chấp kinh tế*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, 2000, số 1, tr.31.

Ưu điểm của việc giải quyết tranh chấp thương mại thông qua thương lượng:

Một là, giải quyết tranh chấp kinh tế một cách nhanh gọn, ít tốn kém.

Đối với các nhà kinh doanh, thời gian là tiền bạc. Việc giải quyết tranh chấp kéo dài sẽ làm cho họ không có điều kiện chú tâm vào hoạt động kinh doanh, thương mại và do đó, có thể bỏ lỡ cơ hội kinh doanh, dẫn đến thiệt hại về kinh tế. Phương thức giải quyết tranh chấp theo thủ tục tư pháp đòi hỏi phải mất khá nhiều thời gian do các bên cũng như các Tòa án phải thực hiện rất nhiều công đoạn luật định như lập hồ sơ, nộp các khoản phí và lệ phí, thu thập thêm tài liệu, chứng cứ, xét xử... Đối với việc giải quyết tranh chấp thông qua thương lượng thì có thể gián tiếp được hầu hết các công việc nói trên. Trong quá trình thương lượng, các bên không bị ràng buộc bởi bất kỳ một thể thức nào, không phải tuân thủ một thời hạn nào. Các bên tiến hành tự thương lượng với nhau thì mức chi phí bỏ ra sẽ không đáng kể, tránh những thiệt thòi, bất lợi về mặt kinh tế cho các bên. Trong khi đó, nếu các bên tiến hành giải quyết tranh chấp thông qua Tòa án thì phải trả một khoản phí và lệ phí khá lớn¹.

Thứ hai, các bên tranh chấp có thể tập trung vào các vấn đề chính của việc giải quyết tranh chấp, tránh được những vấn đề về thủ tục, hình thức.

1. Trần Ngọc Dũng: *Giải quyết tranh chấp kinh tế theo phương thức thương lượng, hòa giải*, Tạp chí *Luật học*, 2004, số 1, tr.10, 11.

Thứ ba, giữ bí mật kinh doanh, bảo vệ được uy tín của các bên trên thương trường. Trong các hoạt động kinh doanh, thương mại, việc các nhà kinh doanh tạo được một thương hiệu, uy tín và một vị thế trong giới kinh doanh là rất quan trọng. Do vậy, việc phải đưa nhau ra Tòa án để hầu tòa là một việc mà các nhà kinh doanh không hề mong muốn, vì theo tâm lý của người phương Đông, điều này làm ảnh hưởng đến uy tín nghề nghiệp và vị thế của các nhà kinh doanh. Nếu vụ tranh chấp được giải quyết thông qua thương lượng thì đó là một việc xử lý kín, không ai được tham gia vào quá trình thương lượng mà không được sự đồng ý của các bên. Không ai có quyền được tiết lộ thông tin liên quan đến quá trình thương lượng, do đó sẽ không có ai biết gì về vụ tranh chấp ngoài các bên có tranh chấp. Chính vì thế, bí mật kinh doanh của các bên không bị lộ và uy tín nghề nghiệp, danh dự của các bên sẽ được giữ vững, mối quan hệ giữa các đối tác khác sẽ được củng cố và ngày càng phát triển.

Thứ tư, duy trì mối quan hệ thương mại sẵn có giữa các bên. Khi các bên có tranh chấp yêu cầu Tòa án giải quyết thì sẽ có kết quả là bên thắng kiện và bên thua kiện. Điều này gây ra tâm lý không thoải mái đối với các bên, nhất là bên thua kiện. Vì thế, mối quan hệ thương mại giữa các bên có thể bị ảnh hưởng xấu. Còn nếu giải quyết bằng thương lượng thì sẽ không có bên thắng, bên thua mà là cả hai bên cùng thắng (win-win), hai bên đều đạt được những gì mình muốn, từ đó có tâm lý thoải mái và vì thế mối quan hệ thương mại giữa họ cũng ngày càng được củng cố.

Thương lượng đòi hỏi trước hết các bên phải có thiện chí, trung thực, hợp tác, và phải có đầy đủ những am hiểu cần thiết về chuyên môn và về pháp lý. Đối với những vụ việc phức tạp, mỗi bên có thể chỉ định những chuyên gia, những tổ chức có trình độ chuyên môn thay mặt và đại diện cho mình để tiến hành thương lượng. Thông thường, đều có sự kết hợp giữa các chuyên gia kinh tế, kỹ thuật và chuyên gia pháp lý trong các vụ việc tranh chấp kinh doanh được giải quyết thông qua thương lượng. Trong điều kiện nền kinh tế thị trường hiện đại, khi hoạt động của dịch vụ tư vấn pháp lý gắn liền với quá trình giao dịch kinh tế, hầu như các vụ thương lượng, đàm phán trực tiếp giữa các bên đều được thông qua chế định ủy quyền và chế định đại diện pháp nhân. Các cuộc thương lượng để tháo gỡ những vướng mắc bất đồng phát sinh trong các quan hệ kinh tế được thực hiện bởi các luật sư, các doanh nhân, các chuyên gia trong các lĩnh vực nhất định với nhau. Họ là người đại diện cho các bên và được các bên ủy quyền đứng ra giải quyết tranh chấp. Cho nên, cần lưu ý đến những yêu cầu, đòi hỏi nhất định về mặt pháp lý như chế định đại diện, chế định ủy quyền, giao dịch dân sự, hành vi dân sự...

Thương lượng, bên cạnh những ưu điểm thì cũng có những hạn chế nhất định, bởi việc thương lượng của các bên có đạt được kết quả hay không là hoàn toàn phụ thuộc vào thiện chí của các bên. Nếu một bên không có thiện chí thì coi như bế tắc và sẽ mất thêm thời gian để tìm kiếm giải pháp khác, kéo dài thời gian giải quyết tranh chấp.

Việc giải quyết tranh chấp khép kín này dễ gây các hiện

tượng tiêu cực giữa các doanh nghiệp đã bộc lộ ở nước ta trong một số năm vừa qua như xóa nợ, giảm nợ cho nhau trái với các nguyên tắc quản lý tài chính của Nhà nước.

d.2) Hòa giải:

Hòa giải ("conciliation") là một phương thức giải quyết tranh chấp với sự giúp đỡ của một bên thứ ba trung lập, các bên tranh chấp tự nguyện thỏa thuận giải quyết các tranh chấp phù hợp với quy định của pháp luật, truyền thống đạo đức xã hội.

Đặc trưng chung của hòa giải:

Thứ nhất, hòa giải là một biện pháp giải quyết tranh chấp.

Thứ hai, chủ thể trung tâm của hòa giải là bên trung gian giúp cho các bên tranh chấp thỏa thuận với nhau về giải quyết tranh chấp. Điều này làm cho hòa giải có sự khác biệt với thương lượng. Người trung gian có thể là cá nhân, tổ chức luật sư, tư vấn, hoặc các tổ chức khác do các bên thỏa thuận lựa chọn. Người này phải có vị trí độc lập với các bên và hoàn toàn không có lợi ích liên quan đến tranh chấp. Bên thứ ba làm trung gian không đại diện cho quyền lợi của bất cứ bên nào và không có quyền đưa ra phán quyết.

Thứ ba, sự điều chỉnh, thỏa thuận về giải quyết các tranh chấp phải do chính các bên tranh chấp quyết định. Các thỏa thuận, cam kết từ kết quả của quá trình hòa giải không có giá trị bắt buộc cưỡng chế thi hành mà phụ thuộc vào thiện chí, sự tự nguyện của các bên.

Bên cạnh khái niệm về hòa giải, hiện nay trên thế giới cũng như ở Việt Nam, người ta còn sử dụng thuật ngữ "trung gian" ("mediation"). Về cơ bản, trung gian và hòa

giải có nhiều điểm chung nên trên thực tế rất khó phân biệt hai khái niệm này. Ở nhiều nước, hai khái niệm này có thể dùng thay thế cho nhau, đôi khi trung gian lại được dùng như là một biến thể của hòa giải vì chúng đều có đặc điểm là có sự cố gắng dàn xếp để giải quyết tranh chấp của người thứ ba là người trung gian - người giúp các bên đàm phán để giải quyết tranh chấp. Chính vì thế, ở hòa giải có những đặc trưng gì thì trung gian cũng có những đặc trưng ấy, thủ tục hòa giải thế nào thì cũng có thể áp dụng được tương tự đối với trung gian.

Ở một số nước (ví dụ như ở Pháp), lại có sự phân biệt giữa trung gian và hòa giải. Theo quy định pháp luật của một số nước có sự phân biệt giữa trung gian và hòa giải thì người trung gian có thể đưa ra kiến nghị, những giải pháp để hai bên thống nhất, còn đối với vụ việc Hòa giải thì hòa giải viên không đưa ra những lời tư vấn hay giải pháp cho các bên mà chỉ hỗ trợ, thúc đẩy các bên tự quyết định việc giải quyết tranh chấp. Ở Pháp, người trung gian có thể tư vấn cho các bên và chỉ ra những điểm phù hợp và không phù hợp về mặt pháp lý, từ đó thuyết phục các bên đi đến giải pháp thống nhất giải quyết tranh chấp, trong khi đó Hòa giải viên không đưa ra các lời tư vấn mà chỉ sử dụng các kỹ năng cần thiết dẫn dắt các bên để các bên tự đưa ra các quyết định giải quyết tranh chấp¹.

1. Nguyễn Thị Minh: *Hòa giải thương mại và xu hướng phát triển tại Việt Nam*, Kỷ yếu hội thảo về "Mô hình tổ chức và hoạt động hòa giải thương mại tại Việt Nam" do Bộ Tư pháp và cơ quan phát triển quốc tế Hoa Kỳ tổ chức tại Hà Nội ngày 5-8-2011.

Ở Việt Nam, không có sự phân biệt rõ ràng giữa trung gian và hòa giải bởi hòa giải là phương thức được sử dụng chủ yếu và thường xuyên, trong khi trung gian chưa được sử dụng nhiều hoặc có chăng bị sử dụng lẫn với hòa giải, tạo thành một quan niệm chung chung là “trung gian hòa giải”. Mặc dù vậy, xuất phát từ thực tế thực hiện các phương thức này ở Việt Nam, có thể đưa ra một vài điểm khác biệt sau:

- Sự khác biệt dễ nhận thấy nhất giữa trung gian và hòa giải thể hiện ở vai trò của người thứ ba trong quá trình giải quyết tranh chấp. Trong hòa giải, Hòa giải viên có vai trò gặp các bên, thuyết phục các bên ngồi lại với nhau để cùng xác định vấn đề xung đột. Quy tắc hòa giải của Trung tâm Trọng tài quốc tế có đề cập vai trò của Hòa giải viên như sau:

+ Bằng nỗ lực của mình, Hòa giải viên phải hành động một cách độc lập, vô tư và khách quan để giúp các bên đạt được giải pháp hòa giải cho tranh chấp;

+ Hòa giải viên phải căn cứ vào thỏa thuận của các bên, tập quán thương mại, thực tiễn kinh doanh giữa các bên, các bối cảnh liên quan tới tranh chấp để làm cơ sở cho việc hòa giải;

+ Hòa giải viên có thể tiến hành quá trình hòa giải theo cách thức mà mình cho là phù hợp với bản chất, nội dung của vụ tranh chấp cũng như mong muốn của các bên;

+ Hòa giải viên có thể, tại bất kỳ thời điểm nào của quá trình hoà giải, đưa ra đề xuất về giải quyết tranh chấp. Đề

xuất đó không nhất thiết phải lập bằng văn bản và không cần phải kèm theo lý do.

Ở Việt Nam, phương thức trung gian hiện chưa được dùng nhiều. Phương thức này hiểu theo cách thông thường, là việc người thứ ba thực hiện vai trò cầu nối giữa hai bên để chuyển tải quan điểm, cách xử lý tranh chấp của bên này tới bên kia và ngược lại. Trong một số tình huống, người trung gian thậm chí còn cố gắng để đưa ra một giải pháp chung và thuyết phục các bên đi theo giải pháp đó sau khi đã tham vấn ý kiến các bên.

Có thể nói rằng, ở Việt Nam, vai trò của người thứ ba trong hòa giải tích cực và chủ động hơn so với người thứ ba trong trung gian. Cũng chính vì sự tích cực khác nhau này của người thứ ba mà khi đề cập trung gian, người ta thường chỉ nghĩ ngay tới sự độc lập, khách quan, vị trí “ở giữa” của người thứ ba, trong khi đó, nói tới Hòa giải viên, người ta lại nghĩ tới vai trò của họ trong dàn xếp mâu thuẫn¹.

- Trong thực tế, các Hòa giải viên thường là những người có hiểu biết về lĩnh vực liên quan đến vụ việc cần hòa giải. Hòa giải viên có thể đưa ra các giải pháp để giải quyết các vấn đề tranh chấp và cũng có thể đưa ra ý kiến tư

1. Trần Văn Quảng: *Các phương thức thương lượng, hòa giải, trung gian ở Việt Nam*, Tài liệu hội thảo: *Giải quyết tranh chấp ngoài tố tụng tư pháp - Thực tiễn Việt Nam và kinh nghiệm quốc tế*, Bộ Tư pháp và tổ chức phát triển quốc tế Canada (Dự án hỗ trợ cải cách pháp luật) đồng tổ chức ngày 23 - 24-8 tại Hà Nội.

vấn pháp luật. Vai trò của Thẩm phán trong quá trình hòa giải tại phiên tòa, của Trọng tài viên hay Hòa giải viên ở Việt Nam trong quá trình hòa giải đều minh chứng rằng người tiến hành hòa giải không những thực hiện hòa giải mà còn giải thích pháp luật. Chính vì thế, Hòa giải viên không chỉ có uy tín mà cần có hiểu biết chuyên môn, kỹ năng hòa giải, tư vấn. Khác với Hòa giải viên, trong trung gian, yêu cầu về uy tín của người đóng vai trò trung gian được đặt lên trước tiên.

d.3) Trọng tài:

Trọng tài là hình thức giải quyết tranh chấp thông qua hoạt động của Trọng tài viên với tư cách là bên thứ ba độc lập với các bên tranh chấp nhằm chấm dứt xung đột, mâu thuẫn bằng việc đưa ra phán quyết buộc các bên phải thi hành. Khác với hòa giải, bên thứ ba trong tổ tụng trọng tài có quyền quyết định đúng sai giữa các bên tranh chấp và đưa ra phán quyết. Phán quyết này có hiệu lực bắt buộc, nếu không tự nguyện thi hành sẽ bị cưỡng chế bằng quyền lực nhà nước.

Vậy, lý do chính để các bên lựa chọn Trọng tài là gì? Có hai lý do chủ yếu. Đó là:

Thứ nhất, Trọng tài tạo cho các bên có cơ hội lựa chọn một diễn đàn trung lập và một Hội đồng Trọng tài trung lập. Việc đưa tranh chấp ra Trọng tài có nghĩa là tranh chấp đó sẽ được giải quyết ở một diễn đàn trung lập chứ không phải là trên địa giới hành chính, phạm vi lãnh thổ của bên này hay bên kia. Đây là một vấn đề cực kỳ quan trọng, nhất

là trong bối cảnh các tranh chấp thương mại quốc tế ngày càng nhiều trong thời kỳ hội nhập.

Trong khi đó, nếu các bên trong hợp đồng thương mại chọn Tòa án để giải quyết tranh chấp của mình thì thông thường, đó đơn thuần chỉ là những vụ kiện liên quan tới các bên có cùng quốc tịch. Tranh chấp được đưa ra Tòa án của quốc gia mà các bên là công dân. Tuy nhiên, nếu các bên không cư trú cùng một nơi thì trước tiên cũng cần phải quyết định xem tranh chấp sẽ đưa ra Tòa án ở địa phương nào.

Nếu các bên tranh chấp không cùng quốc tịch, nghĩa là họ đến từ các quốc gia khác nhau, thì Tòa án chủ nhà của một bên sẽ là Tòa án nước ngoài đối với bên kia. Và nó là nước ngoài không chỉ theo nghĩa là có thủ tục tố tụng riêng mà thủ tục đó có thể phù hợp hoặc có thể không phù hợp đối với việc giải quyết tranh chấp mang tính quốc tế, mà còn ở nghĩa nó có ngôn ngữ riêng, có các Thẩm phán riêng. Một bên trong một hợp đồng quốc tế mà hợp đồng đó không có thỏa thuận Trọng tài thì tranh chấp phát sinh sẽ phải khởi kiện ra Tòa án nước ngoài, phải thuê các luật sư nước ngoài chứ không phải những luật sư quen thuộc với công việc kinh doanh của họ. Có lẽ sẽ là, không phù hợp khi đưa tranh chấp được điều chỉnh bởi hệ thống pháp luật này cho các Thẩm phán quốc gia khác giải quyết khi mà trình độ chuyên môn và kiến thức của họ lại có cội rễ sâu sắc từ một hệ thống pháp luật khác¹.

1. Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam: *Trọng tài và các phương thức giải quyết tranh chấp lựa chọn*, Tlđđ, tr.63.

Việc lựa chọn Trọng tài là một phương thức giải quyết tranh chấp cũng tạo cho mỗi bên cơ hội tham gia vào việc lựa chọn một Hội đồng Trọng tài trung lập. Các Trọng tài viên được lựa chọn với những chuyên môn và kỹ năng đặc biệt của họ về một lĩnh vực phù hợp nào đó. Một Hội đồng Trọng tài có kinh nghiệm sẽ nắm được vấn đề một cách nhanh chóng về nội dung và pháp luật áp dụng trong vụ tranh chấp và do đó tiết kiệm thời gian và tiền bạc cho các bên cũng như tạo cho các bên khả năng có được một quyết định Trọng tài có thể chấp nhận được.

Thứ hai, Trọng tài, nếu đi đến cùng, sẽ dẫn đến một quyết định có hiệu lực thi hành đối với bên thua kiện không chỉ ở nơi phán quyết Trọng tài được tuyên mà còn trên cả phạm vi quốc tế. Về phương diện này, một quyết định Trọng tài khác với một thỏa thuận là kết quả của thương lượng hay hòa giải, hoặc một hình thức giải quyết tranh chấp khác là chỉ ràng buộc theo nghĩa vụ hợp đồng. Về khả năng có thể thi hành trên bình diện quốc tế thì một phán quyết Trọng tài cũng khác một bản án, quyết định của Tòa án, vì các điều ước quốc tế điều chỉnh thi hành một phán quyết trọng tài được nhiều quốc gia thừa nhận hơn so với điều ước quốc tế về việc công nhận lẫn nhau các bản án của Tòa án¹.

Bên cạnh đó, cũng có những lý do khác nữa khiến các

1. Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackaby: Constantine Partasides: *Pháp luật và thực tiễn trọng tài thương mại quốc tế*, tái bản lần thứ tư, *Tlđđ*, tr.27.

bên lựa chọn Trọng tài, khiến cho Trọng tài là một sự lựa chọn hấp dẫn hơn so với Tòa án. Đó là:

(1) Có thể nói Trọng tài là phương thức giải quyết tranh chấp linh hoạt, và do đó có khả năng giải quyết tranh chấp mau chóng, dễ dàng, làm giảm tải một cách đáng kể số các tranh chấp thường có. Trọng tài là phương thức do các bên tự lựa chọn mà không cần đến nghi thức, không cần nhiều lần về cơ sở vật chất, trang thiết bị, đồng phục, trả lương cho cán bộ, chuyên viên như ở Tòa án. Đa số các quy tắc tố tụng Trọng tài rất linh hoạt trong việc xác định thủ tục Trọng tài, phiên họp giải quyết tranh chấp, thời hạn, địa điểm tổ chức phiên họp giải quyết tranh chấp, nơi các Trọng tài viên gặp gỡ, thời gian soạn thảo phán quyết Trọng tài. Vì vậy, ngoài sự nhanh chóng, Trọng tài còn thể hiện sự linh hoạt của nó ở tính đơn giản, dung dị, dễ tiếp cận.

(2) Trọng tài phán Trọng tài, các bên có thể lựa chọn các Trọng tài viên có trình độ chuyên môn cao miễn là các Trọng tài viên bảo đảm được yêu cầu về tính độc lập. Vì vậy, ở lĩnh vực chuyên môn nào cũng có thể tìm thấy những người có khả năng và trình độ đứng ra giải quyết tranh chấp trong tư cách Trọng tài viên. Điều đó là không thể được khi nói về các Thẩm phán của Tòa án.

(3) Là “người của các bên”, nói cách khác, Hội đồng Trọng tài được hình thành bởi ý chí của các bên, do đó, rất ít khi phát sinh vấn đề về tính độc lập và khách quan của các Trọng tài viên.

(4) Trọng tài có tính quốc tế và do vậy, đây là một kênh

quan trọng để giải quyết các tranh chấp có yếu tố quốc tế một cách có hiệu quả. Điều đó thể hiện ở chỗ, các bên có thể bình đẳng lựa chọn ngôn ngữ sử dụng, quy tắc tố tụng; quốc tịch của Trọng tài viên, đại diện pháp lý. Quyết định Trọng tài dễ dàng đạt được sự công nhận quốc tế trên cơ sở các công ước quốc tế, trước hết là Công ước Niu Oóc 1958 về công nhận và thi hành quyết định Trọng tài. Hiện nay, đã có hơn 120 nước tham gia Công ước này.

(5) Phán quyết của Trọng tài là chung thẩm, không bị kháng cáo trừ trường hợp bị Tòa án tuyên hủy trên cơ sở một số điều kiện nhất định do luật định.

(6) Các phiên họp giải quyết tranh chấp của Trọng tài là không công khai. Đây là một ưu điểm lớn của Trọng tài khi vụ tranh chấp liên quan đến các bí mật, nhất là bí mật thương mại và phát minh.

2. Cơ chế giải quyết tranh chấp thay thế

a) Khái niệm:

Trong lý luận cũng như trong thực tiễn, khái niệm về “cơ chế” được sử dụng khá phổ biến. Theo Đại từ điển tiếng Việt¹ thì “cơ chế” được hiểu đó là cách thức tổ chức, sắp xếp để làm đường hướng, cơ sở theo đó mà thực hiện. Ví dụ, cơ chế thị trường, cơ chế quản lý lao động. Theo Từ điển tiếng Việt của Viện Ngôn ngữ học² có định nghĩa cơ

1. Trung tâm ngôn ngữ và Văn hóa Việt Nam: *Đại từ điển tiếng Việt*, Nxb. Văn hóa Thông tin, Hà Nội, 1998, tr.464.

2. Trung tâm Từ điển học, Viện Ngôn ngữ học: *Từ điển tiếng Việt*, Nxb. Đà Nẵng, 2002, tr.213.

chế là: “cách thức, theo đó một quá trình được thực hiện”. Như vậy, theo định nghĩa này, có thể hiểu cơ chế là muốn đạt kết quả một quá trình, một công việc nào đó, người ta lập ra một hình thức tổ chức phù hợp, cách thức thực hiện quá trình, công việc đó. Trong khoa học pháp lý có thuật ngữ “cơ chế điều chỉnh pháp luật”, đó là toàn bộ những mối quan hệ lẫn nhau giữa các bộ phận cấu thành như chủ thể, quy phạm pháp luật và sự kiện pháp lý¹. Như vậy, có thể hiểu cơ chế ở đây là một quá trình, một tổng thể các mối quan hệ hữu cơ, liên quan đến cách thức tổ chức, hoạt động, cách thức tồn tại và phát triển của sự vật, hiện tượng.

Giải quyết tranh chấp là một loại hoạt động được tiến hành trong trường hợp có phát sinh những bất đồng, mâu thuẫn giữa hai hay nhiều chủ thể trong một quan hệ xã hội và mục đích của nó là khắc phục bất đồng, mâu thuẫn đó. Mục đích này chỉ đạt được khi có một phương án chung xử lý được bất đồng. Quá trình tìm kiếm để đưa ra phương án chung này phải được tiến hành theo các cách thức, phương pháp nhất định, được xác định bởi các yếu tố bao gồm: quy trình, các bước tiến hành, phương pháp được sử dụng để đạt đến phương án chung (có thể là thuyết phục, giải thích hoặc áp đặt), chủ thể tiến hành, vai trò của chủ thể đứng ra giải quyết tranh chấp đối với các chủ thể có tranh chấp, giá trị pháp lý của phương án giải quyết tranh chấp được đưa ra v.v.².

1. Hội đồng quốc gia chỉ đạo biên soạn bách khoa: *Từ điển bách khoa Việt Nam*, Hà Nội, 1995, tr.60.

2. Xem Bộ Tư pháp, Viện Khoa học pháp lý: Báo cáo phúc trình đề tài cấp bộ: “*Hoàn thiện pháp luật và thiết chế giải quyết tranh chấp ngoài tố tụng tư pháp*”, Tlđđ.

Khái niệm về cơ chế giải quyết tranh chấp hiện nay còn chưa thống nhất và vẫn còn nhiều quan điểm khác nhau về vấn đề này. Có quan điểm cho rằng, cơ chế giải quyết tranh chấp chính là các cơ quan giải quyết tranh chấp, ví dụ như hệ thống Tòa án nhân dân, các tổ chức Trọng tài... Quan điểm khác lại cho rằng, cơ chế giải quyết tranh chấp là toàn bộ hệ thống các quy phạm pháp luật quy định về trình tự, thủ tục giải quyết các tranh chấp. Để có thể đưa ra một cách hiểu đầy đủ về cơ chế giải quyết tranh chấp, ta có thể xem xét cơ chế giải quyết tranh chấp dưới hai mặt là mặt động và mặt tĩnh của nó: Mặt động của cơ chế có thể hiểu là trình tự, thủ tục, nguyên tắc vận hành cơ chế. Mặt tĩnh là các phương thức tác động vào hay còn gọi là các thiết chế, các cơ quan tham gia vào vận hành theo các nguyên tắc, thủ tục, quy trình đã được luật định nhằm mục đích khôi phục lại quyền và lợi ích của bên bị vi phạm và khôi phục lại trật tự công cộng. Để đạt được mục đích này thì các bộ phận trên không thể tồn tại một cách tách rời nhau mà giữa chúng có mối quan hệ hữu cơ và tác động qua lại với nhau tạo thành một hệ thống không tách rời giữa các bộ phận của cơ chế giải quyết tranh chấp.

Tổng thể tất cả các yếu tố tác động đến quá trình giải quyết tranh chấp chỉ có thể tạo thành một cơ chế giải quyết tranh chấp hoàn chỉnh nếu chúng được xây dựng theo các yêu cầu sau:

Thứ nhất, các yếu tố tác động đến quá trình này phải có mối quan hệ hữu cơ với nhau, có sự tác động qua lại một cách chặt chẽ để đạt được tính hiệu quả cao trong quá trình giải quyết tranh chấp.

Thứ hai, các yếu tố này không hình thành một cách tự phát mà phải được xây dựng theo trật tự luật định.

Thứ ba, tất cả các yếu tố này phát sinh do nhu cầu thực tiễn. Các yếu tố này không phải là bất biến, ngược lại, chúng ở trạng thái động, luôn được sửa đổi, bổ sung để hoàn thiện, đáp ứng trạng thái luôn vận động không ngừng của hoạt động kinh doanh thương mại trong nước và ở cả phạm vi thế giới.

Thứ tư, phải tuân thủ nguyên tắc chỉ đạo nhất định.

Tổng thể các yếu tố tác động đến quá trình giải quyết tranh chấp là tổng thể các phương thức giải quyết tranh chấp đã được luật định với những quy trình, thủ tục phù hợp và việc thực thi có hiệu quả kết quả của các phương thức giải quyết tranh chấp đó¹. Từ những phân tích ở trên, có thể đưa ra định nghĩa về cơ chế giải quyết tranh chấp như sau:

Cơ chế giải quyết tranh chấp là tổng thể các phương thức, thiết chế, yếu tố tác động và liên hệ với nhau trong quá trình giải quyết tranh chấp theo một trình tự, thủ tục luật định nhằm mục đích khôi phục lại quyền và lợi ích của bên bị vi phạm và khôi phục lại trật tự công cộng.

Từ cách hiểu về cơ chế, cơ chế giải quyết tranh chấp, và giải quyết tranh chấp thay thế, có thể hiểu được cơ chế giải

1. Xem Phan Thị Hương Thủy: *Xây dựng và hoàn thiện cơ chế giải quyết tranh chấp kinh tế của các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài tại Việt Nam*, luận án tiến sĩ luật học, Viện Nhà nước và Pháp luật, Hà Nội, 2002.

quyết tranh chấp thay thế là gì. Vậy, có thể hiểu cơ chế giải quyết tranh chấp thay thế là tổng thể các hình thức, thiết chế, yếu tố liên hệ mật thiết với nhau bảo đảm sự vận hành của quá trình giải quyết tranh chấp được thực hiện thông qua các phương thức do các bên lựa chọn theo một trình tự, thủ tục linh hoạt, mềm dẻo và có hiệu quả kết hợp với sự hỗ trợ của quyền lực công nhằm mục đích khôi phục lại quyền và lợi ích của bên bị vi phạm và khôi phục lại trật tự trong kinh doanh - thương mại.

b) Nội dung cơ bản của cơ chế giải quyết tranh chấp thay thế:

b.1) Các nguyên tắc giải quyết tranh chấp thay thế:

Thứ nhất, nguyên tắc tôn trọng sự thỏa thuận và quyền tự định đoạt của các bên đương sự:

Đây được xem là nguyên tắc cơ bản trong giải quyết tranh chấp thay thế. Trong nền kinh tế thị trường, nền tảng của các quan hệ kinh tế là quyền tự do kinh doanh. Các quan hệ kinh tế là những quan hệ được xác lập một cách tự nguyện, xuất phát từ ý chí và nguyện vọng của các bên mà không có bất cứ sự cưỡng ép, đe dọa nào trong quá trình xác lập, thực hiện. Tự do kinh doanh bao hàm hàng loạt các quyền liên quan đến hoạt động kinh tế như tự do giao kết hợp đồng, tự do lựa chọn các hình thức kinh doanh, quy mô, ngành, nghề kinh doanh, và tự định đoạt việc lựa chọn các phương thức giải quyết tranh chấp khi có tranh chấp phát sinh. Trên cơ sở nguyên tắc bảo đảm quyền tự do kinh doanh, Nhà nước không can thiệp vào các hoạt động kinh doanh hợp pháp.

Các tranh chấp kinh tế phát sinh từ những quan hệ được xác lập trên cơ sở tự nguyện, bình đẳng, thỏa thuận.

Do vậy, khi giải quyết tranh chấp cũng phải bảo đảm tôn trọng quyền tự định đoạt của các bên tranh chấp. Cơ chế giải quyết tranh chấp được thiết kế và vận hành sao cho các bên có thể chủ động lựa chọn cho mình một hình thức giải quyết tranh chấp phù hợp với tính chất và nội dung tranh chấp, phù hợp với thiện chí và thái độ hợp tác giữa các bên.

Các cơ quan tài phán, dù là của Nhà nước hay phi chính phủ đều không tự đưa các tranh chấp của các bên ra giải quyết mà chỉ giải quyết khi có yêu cầu của một hoặc các bên đương sự. Ngay cả khi đã đưa tranh chấp ra giải quyết tại Tòa án hoặc Trọng tài rồi thì các bên tranh chấp vẫn có thể hòa giải với nhau, có thể rút đơn yêu cầu hoặc thay đổi nội dung yêu cầu.

Thứ hai, nguyên tắc bảo đảm bí mật kinh doanh và uy tín của các bên tranh chấp:

Đây cũng là một đòi hỏi khách quan của các quan hệ kinh tế trong nền kinh tế thị trường. Giải quyết tranh chấp là xem xét một hành vi vi phạm quan hệ kinh tế cụ thể chứ không phải xem xét toàn bộ quá trình hoạt động kinh tế của một cá nhân, tổ chức. Các vi phạm có thể do nguyên nhân chủ quan hoặc khách quan. Một nhà kinh doanh trong cùng một thời điểm có thể có nhiều quan hệ kinh tế với nhiều chủ thể khác nhau. Do đó, việc gìn giữ uy tín của các bên trên thương trường cực kỳ cần thiết. Trong hoạt động kinh doanh, uy tín trên thương trường chiếm một vị trí quan trọng, nó quyết định sự thành công của một người trong kinh doanh.

Bảo đảm bí mật kinh doanh là một đặc thù của giải

quyết tranh chấp nói chung và giải quyết tranh chấp thay thế nói riêng. Cơ chế kinh tế thị trường đòi hỏi phải luôn có sản phẩm mới, dịch vụ mới, ai đưa được sản phẩm mới, dịch vụ mới ra thị trường thì người đó thành công. Điều này đòi hỏi phải áp dụng công nghệ để nâng cao chất lượng sản phẩm, hạ giá thành sản phẩm. Các doanh nghiệp phải nắm được quy trình, công nghệ, kỹ thuật trong sản xuất của mình. Trong khi đó, việc đưa một tranh chấp ra giải quyết tại Tòa án ít nhiều bị lộ bí mật kinh doanh.

Thứ ba, nguyên tắc giải quyết tranh chấp nhanh chóng, kịp thời, tiết kiệm:

Trong kinh doanh, thời gian là tiền bạc. Thời gian tạo ra cơ hội kinh doanh. Nếu quá tập trung vào việc giải quyết tranh chấp thì các bên có thể bỏ lỡ cơ hội kinh doanh. Điều đó cũng đồng nghĩa với việc bỏ lỡ cơ hội có lợi nhuận mà có khi nó còn lớn hơn giá trị đang tranh chấp. Hơn nữa, việc giải quyết không nhanh chóng, dứt điểm sẽ gây tâm lý căng thẳng kéo dài cho các nhà kinh doanh và do đó nó sẽ ảnh hưởng không tốt đến hiệu quả kinh doanh. Vì vậy, các nước luôn coi trọng việc xây dựng và phát triển các thiết chế giải quyết tranh chấp đơn giản, thuận tiện và nhanh chóng như hòa giải và Trọng tài. Bản thân các nhà kinh doanh cũng rất ưa chuộng các phương thức giải quyết tranh chấp đơn giản và nhanh chóng như phương thức thương lượng, hòa giải, Trọng tài. Nhiều nhà kinh doanh nói rằng, nếu có tranh chấp, tốt nhất hãy thương lượng, nếu không thương lượng được thì hãy nhờ trung gian hòa giải giúp. Nếu vẫn không thể hòa giải được thì hãy đưa

tranh chấp ra Trọng tài, không giải quyết được bằng Trọng tài thì mới đưa ra giải quyết tại Tòa án.

Thứ tư, nguyên tắc áp dụng thủ tục giải quyết tranh chấp linh hoạt:

Quá trình giải quyết tranh chấp thay thế thường rất linh hoạt. Nó có thể được tiến hành trong nhiều môi trường khác nhau, thủ tục có thể được thỏa thuận và điều chỉnh cho thích nghi để tránh những yêu cầu về thủ tục kỹ thuật quá phức tạp.

b.2) Các thiết chế giải quyết tranh chấp thay thế:

Khi nói đến cơ chế giải quyết tranh chấp thay thế thì không thể không nói đến một thành phần hết sức quan trọng là các thiết chế giải quyết tranh chấp thay thế. Nếu như phương thức giải quyết tranh chấp bằng con đường tố tụng được thực hiện thông qua một thiết chế có tính trung tâm và mang quyền lực nhà nước, cụ thể là, hệ thống Tòa án thì các phương thức giải quyết tranh chấp thay thế được thực hiện bởi những thiết chế hết sức đa dạng, tạo ra nhiều khả năng lựa chọn đối với các bên tranh chấp.

Nói đến các thiết chế giải quyết tranh chấp cần phải nói đến các thiết chế trực tiếp thực hiện việc giải quyết tranh chấp và các thiết chế hỗ trợ cho việc giải quyết tranh chấp.

Trong các phương thức giải quyết tranh chấp thay thế đã đề cập ở trên, chỉ có thương lượng là do các bên tự làm việc với nhau và không có vai trò của bên thứ ba, các phương thức còn lại đều có vai trò của bên thứ ba với tư cách là chủ thể trực tiếp giải quyết tranh chấp. Các chủ thể trực tiếp giải quyết tranh chấp có thể là những thiết chế có

tính chuyên nghiệp, nhưng cũng có thể là những thiết chế không mang tính chuyên nghiệp.

Các thiết chế có tính chuyên nghiệp được thành lập có nhiệm vụ chuyên giải quyết tranh chấp, có cơ cấu tổ chức chặt chẽ, được thành lập trên cơ sở pháp luật. Các thành viên tham gia các thiết chế này phải đáp ứng những tiêu chuẩn nhất định về năng lực và quy tắc đạo đức nghề nghiệp do tổ chức đề ra. Các tổ chức này cũng ban hành các quy tắc giải quyết tranh chấp của tổ chức mình.

Hiện nay, ở Việt Nam, các tổ chức giải quyết tranh chấp thay thế mang tính chuyên nghiệp chỉ có các Trung tâm Trọng tài thương mại làm nhiệm vụ giải quyết tranh chấp thông qua thủ tục trọng tài.

Các thiết chế không chuyên nghiệp trong giải quyết tranh chấp thay thế là bất kỳ cá nhân hay tổ chức nào được các bên tranh chấp thỏa thuận lựa chọn để giải quyết tranh chấp giữa họ. Các cá nhân, tổ chức này có thể là một người hoặc một nhóm người có hiểu biết chuyên môn trong lĩnh vực tranh chấp. Cách thức giải quyết tranh chấp phụ thuộc vào sự thỏa thuận của các bên. Nếu các bên không có thỏa thuận thì sẽ áp dụng các quy định pháp luật tương ứng. Các thiết chế giải quyết tranh chấp không chuyên nghiệp sẽ tự giải tán khi tranh chấp được giải quyết xong. Các thiết chế này phản ánh tính linh hoạt của các phương thức giải quyết tranh chấp thay thế.

Bên cạnh các thiết chế trực tiếp thực hiện việc giải quyết tranh chấp còn có các thiết chế hỗ trợ từ các cơ quan tư pháp như Tòa án, thi hành án và từ các cơ quan hỗ trợ tư

pháp như giám định, công chứng, luật sư... Cho đến nay, ở Việt Nam, các thiết chế hỗ trợ này cũng mới chỉ hỗ trợ chủ yếu cho hoạt động Trọng tài mà chưa hỗ trợ cho thương lượng và hòa giải, nhất là hỗ trợ để công nhận kết quả thương lượng, hòa giải để bảo đảm rằng phương án hòa giải giữa các bên đạt được sẽ mang tính cưỡng chế thi hành. Hiện nay, Tòa án hoặc Trọng tài chỉ có thể ra quyết định công nhận sự thỏa thuận của các bên đương sự đối với các vụ việc đã được Tòa án hoặc Trọng tài thụ lý giải quyết.

Sự hỗ trợ của các cơ quan tư pháp đối với Trọng tài là cần thiết xuất phát từ bản chất của Trọng tài là một quá trình giải quyết tranh chấp dựa trên sự lựa chọn tự nguyện của các bên tranh chấp. Bằng một điều khoản trọng tài hay thỏa thuận trọng tài, các bên tự nguyện đưa tranh chấp ra giải quyết tại một Hội đồng Trọng tài do các bên lựa chọn; các bên tự thỏa thuận về phạm vi các tranh chấp mà Hội đồng Trọng tài được quyền giải quyết; thỏa thuận về luật áp dụng; thỏa thuận về tính chung thẩm và hiệu lực bắt buộc của phán quyết trọng tài đối với các bên tranh chấp. Như vậy, thẩm quyền của Hội đồng Trọng tài bắt nguồn từ "quyền lực theo hợp đồng" hay "quyền lực đại diện" do các bên giao phó¹. Do vậy, khi giải quyết tranh chấp, Trọng tài không nhân danh quyền lực nhà nước mà nhân danh

1. Dương Thanh Mai: *Về mối quan hệ giữa Tòa án và Trọng tài trong việc bảo đảm hiệu quả giải quyết tranh chấp kinh tế*, Tạp chí Nhà nước và pháp luật, 1997, số 12, tr.4.

công bằng, lẽ phải, nhân danh công lý để ra phán quyết. Do hoạt động của Trọng tài mang tính chất của quyền lực tư nhiều hơn nên khi giải quyết tranh chấp nhiều khi Trọng tài gặp khó khăn. Ví dụ, trong khi giải quyết vụ việc, theo sự thỏa thuận của các bên tranh chấp, Hội đồng Trọng tài có quyền ra các quyết định có hiệu lực bắt buộc đối với các bên tranh chấp nhưng lại không có quyền ra lệnh bắt buộc đối với bất kỳ bên thứ ba hay với tổ chức nào khác cho dù có liên quan đến tranh chấp. Với quyền lực hạn chế đó thì không phải lúc nào Hội đồng Trọng tài cũng có khả năng bảo đảm cho quá trình trọng tài diễn ra suôn sẻ, có hiệu quả. Sau khi kết thúc quá trình trọng tài, nếu một trong hai bên không tự nguyện thi hành thì Hội đồng Trọng tài cũng không có quyền cưỡng chế thi hành phán quyết do chính mình ban hành. Trong những trường hợp này, hiệu quả của việc thi hành phán quyết hoàn toàn phụ thuộc vào sự hỗ trợ của Tòa án đối với Trọng tài.

Trong quá trình giải quyết vụ việc, Hội đồng Trọng tài chỉ có thể hoạt động trong phạm vi thẩm quyền mà các bên giao phó, và theo một thủ tục do các bên lựa chọn. Nếu vượt quá thẩm quyền hoặc không theo đúng thủ tục đó thì Hội đồng Trọng tài có thể bị chính các bên tranh chấp yêu cầu cơ quan nhà nước xem xét hủy bỏ và không công nhận và cho thi hành để bảo đảm quyền lợi của các bên tranh chấp. Do đó, cần có một sự giám sát của quyền lực nhà nước đối với Trọng tài để bảo đảm rằng Hội đồng Trọng tài sẽ thực hiện đúng những gì được các bên giao cho. Và do đó, hiệu quả của Trọng tài được nâng lên. Đa số các quốc

gia quy định Tòa án chính là cơ quan đại diện cho quyền lực nhà nước để thực hiện việc giám sát đối với Trọng tài. Như vậy, trong khi xử lý mối quan hệ giữa Tòa án và Trọng tài, các nhà lập pháp vừa phải phòng ngừa, hạn chế sự can thiệp không cần thiết của Tòa án vào quá trình Trọng tài, vừa bảo đảm sự hỗ trợ, giám sát của Tòa án để nâng cao hiệu quả cuối cùng của Trọng tài¹.

Sự hỗ trợ của Cơ quan Thi hành án đối với hoạt động của Trọng tài được thể hiện trong quá trình thi hành phán quyết Trọng tài. Đây là sự hỗ trợ có ý nghĩa căn bản nhất đối với hoạt động của Trọng tài thương mại. Trọng tài là một tổ chức xã hội, không nhân danh quyền lực nhà nước mà nhân danh quyền lực tư, nhân danh công bằng và lẽ phải. Do đó, phán quyết Trọng tài cũng không mang tính cưỡng chế nhà nước mà chủ yếu mang tính khuyến nghị. Việc thi hành hoàn toàn phụ thuộc vào sự tự nguyện của các bên đương sự. Vì vậy, toàn bộ quá trình giải quyết của Trọng tài cho dù có công bằng đến đâu, nhưng nếu phán quyết không được thi hành thì quá trình Trọng tài đó cũng sẽ trở nên vô nghĩa. Do đó, pháp luật của các nước đều có quy định về công nhận và thi hành phán quyết của Trọng tài, coi giá trị của quyết định Trọng tài tương đương với giá trị của một bản án, quyết định của Tòa án; đồng thời, có quy định những biện pháp cưỡng chế nếu phán quyết không được tự nguyện thi hành trong thời hạn quy định.

1. Dương Thanh Mai: *Về mối quan hệ giữa Tòa án và trọng tài trong việc bảo đảm hiệu quả giải quyết tranh chấp kinh tế*, Tlđđ, tr.4.

Như vậy, với sự hỗ trợ của các cơ quan tư pháp, Trọng tài sẽ khắc phục được những điểm yếu căn bản trong hoạt động Trọng tài, tránh bế tắc trong hoạt động Trọng tài, làm cho hoạt động Trọng tài mang tính hiệu quả và tính khả thi. Với sự hỗ trợ này, Trọng tài đã, đang và sẽ là một thiết chế giải quyết tranh chấp được các nhà kinh doanh ưa chuộng không chỉ ở Việt Nam mà còn ở nhiều nước có nền kinh tế thị trường phát triển.

Các cơ quan hỗ trợ tư pháp cũng hỗ trợ rất lớn cho giải quyết tranh chấp thay thế:

Thứ nhất, đối với giám định: Thông qua việc đánh giá, kết luận về phương diện chuyên môn những vấn đề có liên quan đến vụ tranh chấp, hoạt động giám định góp phần giúp cho việc giải quyết các vụ việc được chính xác, khách quan. Trong tình hình hiện nay, khi mà khoa học - công nghệ phát triển, yếu tố kỹ thuật, chuyên môn của hành vi vi phạm và các tranh chấp ngày càng phổ biến thì nhu cầu về giám định hỗ trợ trong hoạt động giải quyết tranh chấp cũng ngày càng lớn và bức thiết hơn.

Thứ hai, đối với hoạt động công chứng: Trong cuộc sống thường ngày cũng như trong quá trình giao lưu dân sự, kinh tế, thương mại... các quan hệ không phải lúc nào cũng diễn ra suôn sẻ. Để phòng ngừa các tranh chấp, bảo đảm an toàn pháp lý cho các quan hệ giao dịch dân sự, kinh tế, thương mại... rất cần có các chứng cứ công chứng (văn bản công chứng). Đó là loại chứng cứ xác thực, chứng cứ đáng tin cậy hơn hẳn các loại giấy tờ không có chứng nhận xác thực hoặc chỉ trình bày bằng miệng. Công chứng là một

hoạt động quan trọng. Xét trên phương diện công dân thì công chứng là một công cụ hữu hiệu bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp, phòng ngừa tranh chấp và vi phạm pháp luật, tạo ra sự ổn định của quan hệ giao dịch dân sự, bảo đảm trật tự, kỷ cương. Còn về phương diện Nhà nước thì công chứng tạo ra một chứng cứ xác thực, kịp thời không ai có thể phản bác, chối cãi, trừ trường hợp có ý kiến của người thứ ba và được quá trình tố tụng cho là không đúng, bởi vậy văn bản công chứng là công cụ pháp lý quan trọng được sử dụng trong Nhà nước pháp quyền.

Thứ ba, đối với luật sư: Luật sư được xem như một người bạn đồng hành cùng doanh nghiệp ngay từ khi đàm phán, ký kết hợp đồng cho đến khi có phát sinh tranh chấp và giải quyết tranh chấp. Luật sư có thể là người đại diện hợp pháp của doanh nghiệp để tham gia vào quá trình thương lượng, hòa giải, Trọng tài. Do vậy, khi tham gia vào quá trình giải quyết tranh chấp, cho dù với tư cách nào thì luật sư cũng phải xem xét tư cách của phía bên kia có đầy đủ thẩm quyền để xác định các vấn đề khi tham gia giải quyết tranh chấp hay không. Vì khác với dân sự, vấn đề ủy quyền trong kinh tế đòi hỏi người ủy quyền phải là người có đầy đủ quyền năng để ủy quyền. Như thế, luật sư mới thực sự là người đại diện hợp pháp của doanh nghiệp để giải quyết tranh chấp.

c) Quy tắc tố tụng trong giải quyết tranh chấp thay thế:

Ngoại trừ việc giải quyết tranh chấp thông qua thương lượng, thông thường, việc giải quyết tranh chấp thông qua hòa giải và Trọng tài phải tuân thủ các trình tự, thủ tục

(quy tắc tố tụng) nhất định. Đây có thể là quy tắc tố tụng do các bên tranh chấp tự thỏa thuận với nhau xây dựng lên hoặc là quy tắc của từng trung tâm hòa giải/ trọng tài quy chế. Quy tắc này được áp dụng trong các phương thức sau:

c.1) Đối với hòa giải:

Thế giới đã biết đến một số quy trình hòa giải được áp dụng khá rộng rãi như: Quy trình hòa giải "Folberg - Taylor" do các giáo sư Hoa Kỳ đưa ra gồm bảy bước; Quy trình hòa giải của Trung tâm hòa giải Bắc Kinh; Quy trình giải quyết tranh chấp thay thế của Trung tâm nguồn lực công cộng (CDR) tại Hoa Kỳ; Quy tắc hòa giải của Phòng thương mại quốc tế (ICC); và Quy tắc hòa giải của UNCITRAL...

Theo nguyên tắc, quy trình hòa giải là do các bên có tranh chấp thỏa thuận lựa chọn sao cho phù hợp, thuận lợi cho các bên đồng thời phải ngắn gọn, đơn giản, linh hoạt.

c.1.1) Quy trình hòa giải Folberg - Taylor:

Qua nghiên cứu tổng kết thực tiễn, các giáo sư Hoa Kỳ đã đưa ra một mô hình hòa giải có tính nguyên tắc gồm bảy bước:

Bước 1: Hòa giải viên (HGV) trao đổi với các bên nhằm tạo niềm tin, gạt bỏ những sự đối đầu giữa các bên do tranh chấp gây ra.

Bước 2: Xác định nội dung tranh chấp và tách biệt các vấn đề có liên quan.

Bước 3: Hòa giải viên đưa ra các giải pháp lựa chọn.

Bước 4: Đàm phán, thương lượng, thỏa thuận, chọn giải pháp.

Bước 5: Làm rõ từng vấn đề được giải quyết theo thỏa thuận và xác định kế hoạch giải quyết.

Bước 4 và 5 không thể thiếu được trong bất cứ cuộc hòa giải nào vì thỏa thuận hoà giải là do chính các bên tranh chấp quyết định. Trên thực tế, thỏa thuận giải quyết thường được thể hiện bằng văn bản (một hợp đồng mới hay hợp đồng bổ sung vào hợp đồng gốc). Thỏa thuận này do đại diện có thẩm quyền của hai bên ký.

Bước 6: Xem xét lại khía cạnh pháp lý của từng vấn đề.

Bước 7: Thực hiện thỏa thuận đã đạt được.

c.1.2) Một số quy trình hoà giải mẫu của các Trung tâm Trọng tài/hoà giải quốc gia và quốc tế:

Nhằm giúp các bên có điều kiện tham khảo, lựa chọn các quy trình hoà giải hữu hiệu và tăng cường sử dụng các dịch vụ hoà giải, các Trung tâm Trọng tài/hoà giải ở nhiều nước và quốc tế đã ban hành các quy tắc hoà giải hay các bản hướng dẫn quy trình hoà giải mẫu.

i) Trung tâm hoà giải Bắc Kinh (Trung Quốc - thành lập năm 1987) để hoà giải các tranh chấp thương mại và hàng hải quốc tế đã ban hành một quy trình ngắn gọn, linh hoạt:

- Các bên có thể cùng chỉ định một Hòa giải viên trong danh sách Hòa giải viên của Trung tâm hoặc mỗi bên tự chọn một Hòa giải viên hoặc ủy quyền cho Chủ tịch Trung tâm chỉ định.

- Hòa giải viên sau khi xem xét các tài liệu do hai bên cung cấp có thể bằng con đường thư tín hoặc gặp mặt trực tiếp tại địa điểm do các bên thỏa thuận để hoà giải. Hòa giải viên giúp đỡ các bên đạt được sự thỏa thuận trên cơ sở hợp

lý, hiểu biết lẫn nhau. Sau khi các bên đạt được thoả thuận giải quyết, Hòa giải viên viết biên bản hoà giải để kết thúc sự việc.

ii) Phòng thương mại quốc tế (ICC) tại Luân Đôn (Anh) cũng ban hành quy tắc hòa giải không bắt buộc gồm 11 điều quy định một quy trình giản đơn, mang tính định khung để Hòa giải viên chủ động tiến hành theo cách thức mà mình cho là thích hợp và theo nguyên tắc công bằng, không thiên vị: Bên yêu cầu hòa giải gửi đơn đến Ban thư ký của Tòa án Trọng tài quốc tế. Trong vòng 15 ngày sau khi được ban thư ký thông báo thì phía bên kia sẽ phải báo lại về việc đồng ý hay không đồng ý tham gia hòa giải. Nếu hai bên đã đồng ý hòa giải thì Tổng thư ký của Tòa án Trọng tài quốc tế sẽ chỉ định một Hòa giải viên; Hòa giải viên thông báo cho các bên về thời hạn để họ trình bày các lý lẽ, tài liệu cần thiết sau đó tiến hành hòa giải theo cách thức, tại địa điểm theo sự thoả thuận của các bên. Hòa giải kết thúc khi các bên ký một thoả thuận giải quyết hay khi một trong hai bên thông báo về việc không tiếp tục tham gia hòa giải nữa.

iii) Quy tắc hoà giải của UNCITRAL ban hành năm 1980 gồm 20 điều đã được nhiều nước tham khảo hoặc thông qua thành quy tắc hoà giải của các tổ chức hoà giải trong nước.

c.2) Đối với Trọng tài thương mại:

Một xu hướng hiện nay đang diễn ra đó là pháp luật trọng tài của các nước ngày càng được hoàn thiện theo hướng dân chủ, nhất thể hoá thông qua việc tiếp nhận Luật mẫu về Trọng tài thương mại quốc tế của UNCITRAL.

Trong Luật mẫu UNCITRAL, các quy định về Trọng tài và tố tụng Trọng tài được coi là đầy đủ và tiến bộ nhất. Từ năm 1986 đến nay, đã có rất nhiều Luật Trọng tài mới được ban hành ở các nước và trong số đó, nhiều Luật Trọng tài đã được ban hành trên cơ sở vận dụng Luật mẫu của UNCITRAL. Trong số các nước tiếp nhận Luật mẫu có những nước theo truyền thống luật Anh - Mỹ (Ôxtrâyliya, Hồng Kông (Trung Quốc), Niu Dilân, Xingapo, 8 bang của Hoa Kỳ...), có những nước theo truyền thống luật châu Âu lục địa (Bungari, Cộng hòa Liên bang Nga, Ucraina, Tuynidi,...) và cả các nước thuộc hệ thống xã hội chủ nghĩa (Cộng hòa Nhân dân Trung Hoa). Đây là kết quả do ảnh hưởng từ quá trình hội nhập kinh tế quốc tế.

Hầu hết các nước trên thế giới đều điều chỉnh hoạt động của trọng tài thương mại bằng các đạo luật. Ví dụ ở khu vực ASEAN: Philíppin có Luật trọng tài ban hành năm 1953; ở Thái Lan, hoạt động trọng tài ngoài Toà án được điều chỉnh bởi Luật trọng tài năm 1987; ở Malaixia có Luật trọng tài năm 1952 (sửa đổi năm 1972 và năm 1980); ở Xingapo, hoạt động Trọng tài trong nước được điều chỉnh bằng Luật trọng tài năm 1970 (được sửa đổi năm 1980 và năm 2001), Trọng tài quốc tế có Luật trọng tài quốc tế năm 1994... Việc điều chỉnh hoạt động của Trọng tài bằng một văn bản luật do cơ quan lập pháp cao nhất ban hành tạo điều kiện cho tổ chức và hoạt động của trọng tài có tính thống nhất và ổn định, các doanh nghiệp trong và ngoài nước được thuận lợi hơn trong việc tìm hiểu, nghiên cứu các quy định pháp luật về Trọng tài.

Ở mỗi quốc gia, bên cạnh việc ban hành đạo luật về Trọng tài thì mỗi Trung tâm Trọng tài/tổ chức Trọng tài quốc tế lại ban hành một bộ quy tắc tố tụng Trọng tài riêng của mình. Trên thế giới, được biết đến nhiều nhất là Quy tắc tố tụng Trọng tài của UNCITRAL, Quy tắc tố tụng Trọng tài quốc tế ICDR, Quy tắc tố tụng Trọng tài của Phòng thương mại quốc tế (ICC), Quy tắc tố tụng Trọng tài của Tòa án Trọng tài quốc tế Luân Đôn (LCIA). Ở khu vực châu Á, có Quy tắc Trọng tài của Trung tâm Trọng tài thương mại quốc tế Hồng Kông (Trung Quốc), Quy tắc Trọng tài của Trung tâm Trọng tài Kuala Lumpur, Quy tắc Trọng tài của Hiệp hội Trọng tài thương mại Nhật Bản, Quy tắc của Trung tâm Trọng tài quốc tế Xingapo... Các quy tắc được đặt ra bởi các Trung tâm Trọng tài có thể được áp dụng một cách hiệu quả trong thực tiễn, và chúng được sửa đổi thường xuyên với sự tư vấn của các chuyên gia hoạt động thực tiễn để bảo đảm sự phù hợp với sự phát triển của pháp luật và thực tiễn Trọng tài thương mại.

Pháp luật Trọng tài thương mại của các nước trên thế giới hầu hết đều quy định trọng tài thương mại có thẩm quyền rất rộng: Có thể giải quyết tất cả các loại tranh chấp phát sinh từ những quan hệ được thiết lập trên cơ sở bình đẳng và thoả thuận của các bên. Tuy nhiên, nhiều nước hạn chế một số loại tranh chấp không thể giải quyết bằng hình thức Trọng tài như các tranh chấp về cạnh tranh, về hôn nhân, thừa kế, nuôi con nuôi, tranh chấp hành chính. Ví dụ, Điều 3 Luật Trọng tài của Trung Quốc năm 1994 quy định: “Các tranh chấp dưới đây không giải quyết bằng Trọng tài:

(1) Tranh chấp liên quan đến hôn nhân, nhận nuôi con nuôi, giám hộ, thừa kế; (2) Tranh chấp hành chính được giải quyết bởi cơ quan có thẩm quyền về hành chính theo quy định của pháp luật”.

Pháp luật Trọng tài thương mại các nước đa số đều ghi nhận mối quan hệ giữa Tòa án và Trọng tài, trong đó, Tòa án hỗ trợ Trọng tài, giúp cho hoạt động giải quyết tranh chấp của Trọng tài được thuận lợi và đạt được hiệu quả. Các hình thức Tòa án hỗ trợ trọng tài như: Tòa án bảo đảm thi hành thoả thuận Trọng tài; chỉ định Trọng tài viên trong những trường hợp cần thiết; Tòa án ra quyết định áp dụng các biện pháp khẩn cấp tạm thời...

Về tiêu chuẩn Trọng tài viên, đa số pháp luật về Trọng tài thương mại trên thế giới đều không quy định tiêu chuẩn cứng đối với Trọng tài viên mà chỉ quy định một số trường hợp không được làm Trọng tài viên như Luật mẫu UNCITRAL, Luật Trọng tài Liên bang Thụy Sĩ, Luật trọng tài Liên bang Mỹ... Việc chọn ai là Trọng tài viên hoàn toàn do các bên định đoạt và khi đã tin tưởng giao cho người đó quyền giải quyết tranh chấp thì các bên phải tôn trọng quyết định của họ - quyết định trọng tài. Sự thông thoáng này tạo điều kiện để hình thành một đội ngũ Trọng tài viên đông về số lượng, đa dạng về ngành, nghề, lĩnh vực chuyên môn là một trong những nhân tố tăng thêm sự hấp dẫn của Trọng tài thương mại ở nhiều nước trên thế giới.

Qua việc nghiên cứu quy tắc tố tụng giải quyết tranh chấp thay thế của một số nước cho thấy sự kết hợp giữa các hình thức giải quyết tranh chấp đang ngày càng trở nên

phổ biến. Sự kết hợp này đã phát huy được những ưu điểm, đồng thời, hạn chế những nhược điểm vốn có của các phương thức giải quyết tranh chấp. Trong đó, sự kết hợp phổ biến hiện nay là sự kết hợp giữa thương lượng, hòa giải với trọng tài.

Khi kết hợp thương lượng, hòa giải với các phương thức khác, các nguyên tắc của thương lượng và hòa giải vẫn phải được tuân thủ.

c.3) Thương lượng, hoà giải kết hợp với các phương thức thay thế khác:

Theo quan điểm của nhiều chuyên gia thì phương thức tốt nhất để phát huy ưu điểm tổng hợp của các phương pháp lựa chọn là kết hợp thương lượng và hoà giải với Trọng tài bằng cách thiết lập một quy trình nhiều bước theo thứ tự sau: Trước tiên là thương lượng trực tiếp giữa các nhà quản lý kinh doanh có thẩm quyền giải quyết tranh chấp. Nếu thương lượng không thành công thì hai bên sẽ cố gắng hoà giải với sự giúp đỡ của Hòa giải viên. Nếu hoà giải cũng không thành công thì tranh chấp sẽ được đưa ra giải quyết bằng Trọng tài theo thỏa thuận trọng tài.

Để tạo cơ sở pháp lý cho sự hình thành và vận động của quy trình này, có hai cách làm: *Một là*, khi soạn thảo hợp đồng, đặc biệt là khi soạn thảo điều khoản trọng tài, các bên phải thống nhất đưa ra quy định là chỉ giải quyết bằng Trọng tài sau khi đã qua giai đoạn thương lượng và hòa giải. Với thỏa thuận điều khoản Trọng tài như vậy, các bên sẽ có khả năng nhận được sự giúp đỡ của Tòa án trong việc buộc bên không thực hiện cam kết phải tham gia vào quá

trình thương lượng, hoà giải như một bộ phận của quy trình Trọng tài. *Hai là*, khi soạn thảo luật Trọng tài hay luật tổ tụng tư pháp có liên quan (thường là luật tổ tụng dân sự) cần đưa vào một điều khoản công nhận thương lượng, hoà giải trong Trọng tài.

Trung Quốc là nước đã tạo được cơ sở pháp lý cho việc kết hợp hoà giải trong Trọng tài kể cả Trọng tài trong nước và Trọng tài quốc tế. Luật trọng tài Trung Quốc (có hiệu lực từ ngày 1-9-1995 và được áp dụng cho cả tranh chấp thương mại quốc tế và trong nước) tại Điều 51 đã quy định: Nếu các bên có yêu cầu hoà giải, Hội đồng Trọng tài có thể hoà giải trước khi ra quyết định Trọng tài. Nếu các bên đạt được sự thỏa thuận thì Hội đồng Trọng tài sẽ soạn thảo Tuyên bố hòa giải hay quyết định Trọng tài trên cơ sở thỏa thuận đó. Quy tắc Trọng tài của các Trung tâm Trọng tài thương mại quốc tế (CIETAC) và Hàng hải quốc tế (CIMAC) của Trung Quốc cũng đều ghi nhận quyền của Hội đồng Trọng tài được hòa giải theo yêu cầu của các bên, kể cả trước hay ngay tại phiên xét xử Trọng tài. Thỏa thuận giải quyết bằng hoà giải được công nhận dưới hình thức quyết định Trọng tài sẽ có hiệu lực cưỡng chế thi hành - điều mà hoà giải độc lập không thể đạt được.

Quy tắc Trọng tài của Phòng thương mại quốc tế (ICC) (Điều 17), Luật mẫu UNCITRAL (Điều 30) và Luật Trọng tài Trung Quốc (Điều 49) đều công nhận thỏa thuận đạt được bằng thương lượng giữa các bên trong quá trình Trọng tài. Nếu các bên có yêu cầu, Hội đồng Trọng tài có thể ra quyết định Trọng tài trên cơ sở thỏa thuận đó. Quyết định này cũng có hiệu lực cưỡng chế thi hành.

c.4) Hoà giải kết hợp với tố tụng tư pháp:

Thông thường, Toà án các nước không nhận đơn và xem xét vụ việc nếu các bên chỉ yêu cầu hoà giải nhưng mỗi nước lại có cách thức khác nhau để kết hợp hoà giải với xét xử.

II. CÁC YẾU TỐ TÁC ĐỘNG VÀ QUÁ TRÌNH XÂY DỰNG, HOÀN THIỆN CƠ CHẾ GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP THAY THẾ Ở VIỆT NAM

1. Các yếu tố tác động đến quá trình xây dựng cơ chế giải quyết tranh chấp thay thế

Trong nền kinh tế thị trường, sự tồn tại và phát triển của cơ chế giải quyết tranh chấp thay thế là một tất yếu khách quan. Vì vậy, việc xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật về giải quyết tranh chấp thay thế là một nhu cầu tất yếu của nhà nước pháp quyền. Nghiên cứu các yếu tố cơ bản ảnh hưởng đến việc xây dựng hệ thống các phương thức giải quyết tranh chấp thay thế có ý nghĩa quan trọng để nhận dạng và giải thích các đặc trưng của hệ thống các phương thức giải quyết tranh chấp thay thế ở nước ta. Pháp luật về các phương thức giải quyết tranh chấp thay thế chịu sự tác động của nhiều yếu tố, song ở đây, chỉ xem xét sự tác động của một số yếu tố cơ bản mang tính quyết định đến nội dung, bản chất của pháp luật trong lĩnh vực này như: kinh tế, chính trị, truyền thống văn hóa dân tộc, và hội nhập quốc tế.

a) Cơ chế kinh tế - yếu tố quyết định đối với việc xây dựng cơ chế giải quyết tranh chấp thay thế:

Sự tác động của cơ chế kinh tế đối với cơ chế giải quyết tranh chấp nói chung và cơ chế giải quyết tranh chấp thay thế nói riêng là sự tác động của cơ sở hạ tầng đối với kiến trúc thượng tầng, trong đó cơ chế kinh tế quyết định cơ chế giải quyết tranh chấp, nó ảnh hưởng đến sự hình thành, xu hướng phát triển, toàn bộ nội dung, tính chất của cơ chế giải quyết tranh chấp, từ các quy định về tổ chức bộ máy cho đến các quy định về trình tự và thủ tục tố tụng. Pháp luật nói chung và pháp luật về giải quyết tranh chấp kinh doanh thương mại nói riêng luôn được sinh ra từ những tiền đề và điều kiện kinh tế nhất định. Trong quá trình tồn tại và phát triển của mình, pháp luật về giải quyết tranh chấp luôn bị lệ thuộc vào những tiền đề và điều kiện kinh tế ấy.

Trước đây, trong thời kỳ nền kinh tế Việt Nam vận hành theo cơ chế kế hoạch hóa, quan liêu, bao cấp, do đặc điểm của nền kinh tế lúc bấy giờ là thuần nhất với nền tảng là kinh tế quốc doanh. Kinh tế tư nhân không được coi là tiêu chí của nền kinh tế xã hội chủ nghĩa, do vậy, bị hạn chế, cải tạo. Cùng với nó là sự bất bình đẳng giữa các hình thức sở hữu, trong đó sở hữu nhà nước được ưu tiên phát triển. Quan hệ kinh tế, xã hội phát triển theo kế hoạch, không mang tính chủ động, phụ thuộc vào ý chí của Nhà nước, cơ chế vận hành mang nặng tính chất hành chính mệnh lệnh. Các chủ thể kinh tế do Nhà nước thành lập không có quyền tự do hợp đồng, quyền tự do kinh doanh,

quyền tự do sở hữu và các quyền tự do khác. Việc giao kết và thực hiện hợp đồng chỉ có mục đích duy nhất là nhằm hoàn thành kế hoạch của Nhà nước giao. Khi các tổ chức kinh tế không có quyền tự do hợp đồng, không có quyền tự do định đoạt các công việc của mình thì cũng không có quyền lựa chọn các hình thức giải quyết tranh chấp để giải quyết tranh chấp của mình và cũng không có quyền bình đẳng giữa các chủ thể kinh doanh ở các loại hình kinh tế. Hợp đồng kinh tế được ký kết nhưng lại không thể hiện ý chí và lợi ích độc lập của các bên tham gia ký kết nên khi xảy ra tranh chấp thì các bên cũng không cần có một cơ quan độc lập để giải quyết tranh chấp cho mình¹. Tranh chấp kinh tế trong thời kỳ này chủ yếu là tranh chấp về hợp đồng kinh tế được ký kết theo chỉ tiêu pháp lệnh. Các giao dịch dân sự, thương mại không có điều kiện phát triển nên không có nhu cầu về các phương thức giải quyết tranh chấp thay thế. Trong bối cảnh của cơ chế kế hoạch hoá tập trung, chế độ bao cấp, thì phương thức hoà giải cơ sở vẫn tồn tại gần như là phương thức giải quyết tranh chấp ngoài tổ tụng tư pháp duy nhất. Cũng chính các yếu tố đó dẫn đến việc ở nước ta trong suốt một thời gian dài hình thành và tồn tại cơ quan Trọng tài kinh tế nhà nước mà không phải là Trọng tài thương mại theo đúng nghĩa của nó. Trọng tài kinh tế nhà nước nằm trong hệ thống các cơ quan hành pháp, với nhiệm vụ không chỉ là giải quyết các tranh

1. Nguyễn Đình Thơ: *Những yếu tố ảnh hưởng đến sự ra đời và phát triển của Trọng tài thương mại*, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật, số 6, tr.16.

chấp về hợp đồng kinh tế mà còn có nhiệm vụ quản lý công tác hợp đồng kinh tế. Phương thức tổ tụng, cách thức thành lập Hội đồng Trọng tài để giải quyết các tranh chấp, cách thức thực hiện quyết định của Trọng tài kinh tế hầu như không có điểm gì tiệm cận đáng kể so với mô hình Trọng tài thương mại phổ biến trên thế giới.

Khi chuyển sang nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa, giai đoạn đầu vẫn là thời kỳ chuyển đổi. Đây là bước quá độ giữa hai cơ chế quản lý kinh tế. Các quan hệ kinh tế thị trường đang nảy nở, phát sinh và phát triển cùng với sự tồn tại của những quan hệ kinh tế mang tính hành chính quan liêu. Bởi thế, quan niệm về tranh chấp kinh tế trong điều kiện kinh tế thị trường giai đoạn đó còn mang dấu ấn của cơ chế kinh tế cũ. Cũng do nền kinh tế thị trường mới hình thành nên các thiết chế giải quyết tranh chấp kinh tế cũng đang trong giai đoạn hình thành và từng bước hoàn thiện. Pháp luật về giải quyết tranh chấp kinh tế đang trong quá trình nghiên cứu, bổ sung nên chưa giải quyết được các vấn đề phát sinh trong thực tiễn. Điều này dẫn đến tình trạng các hoạt động giải quyết tranh chấp kinh tế tồn tại nhiều bất cập. Các phương thức giải quyết tranh chấp thay thế còn mang tính hình thức mà ít hiệu lực thực tế. Trong thời kỳ này, bên cạnh sự tồn tại của Trọng tài kinh tế, trong lĩnh vực ngoại thương còn tồn tại một loại cơ quan tài phán khác là Trọng tài phi chính phủ. Đó là Hội đồng Trọng tài Ngoại thương và Hội đồng Trọng tài Hàng hải với nhiệm vụ giải quyết các tranh chấp phát

sinh trong quan hệ kinh tế giữa nước ta với các nước xã hội chủ nghĩa. Trong quan hệ này, khi phát sinh tranh chấp không thể giải quyết bằng các tổ chức Trọng tài kinh tế nhà nước được, và vì vậy, việc ra đời của các Trung tâm Trọng tài phi chính phủ là hoàn toàn cần thiết. Điều này càng chứng tỏ giải quyết tranh chấp kinh tế phụ thuộc trước hết vào tính chất và trình độ phát triển của nền kinh tế trong từng giai đoạn, thậm chí còn phụ thuộc vào tính chất của từng loại quan hệ kinh tế mà nó bảo vệ.

Bước sang giai đoạn nền kinh tế chuyển đổi khá rõ nét sang nền kinh tế thị trường, chế độ kinh tế thay đổi cả về bản chất và hình thức cũng như cơ chế quản lý và phương thức vận hành. Đó là nền kinh tế mở, thừa nhận và khuyến khích các chủ thể chủ động tham gia thị trường kinh tế, tự do hóa thương mại và hội nhập với nền kinh tế thế giới. Nền kinh tế thị trường thừa nhận sự tồn tại của nhiều hình thức sở hữu với nhiều thành phần, loại hình kinh tế đa dạng, tôn trọng các quyền, tự do ý chí, tự do ký kết hợp đồng, tự do kinh doanh và kể cả tự do lựa chọn các phương thức giải quyết tranh chấp.

Khi nền kinh tế phát triển theo cơ chế thị trường thì mục đích của pháp luật về giải quyết tranh chấp kinh tế không chỉ là để duy trì một trật tự để bảo đảm sự phát triển ổn định của nền kinh tế, mà nó còn là để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của các chủ thể kinh doanh, bảo đảm sự bình đẳng và tự do kinh doanh, cạnh tranh lành mạnh, làm tiền đề cho sự phát triển nền kinh tế. Chính sự tham gia

một cách tự do và bình đẳng của các thành phần kinh tế đã đòi hỏi phải đa dạng hóa hình thức giải quyết tranh chấp với các mô hình phù hợp, phải thay đổi các thủ tục tố tụng nhằm bảo đảm tốt hơn quyền tự định đoạt của các bên, bảo đảm cho phán quyết được thi hành. Hệ thống Trọng tài kinh tế tiếp tục tồn tại trong thời kỳ đất nước thống nhất (năm 1975) và chấm dứt khi đất nước chuyển sang xây dựng nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa. Một phần chức năng của Trọng tài kinh tế chuyển sang cho các Tòa kinh tế được thành lập trong hệ thống Tòa án nhân dân từ cấp tỉnh trở lên, một phần chuyển cho các cơ quan quản lý về kinh tế. Để giải quyết các tranh chấp giữa các chủ thể kinh tế thuộc các thành phần kinh tế khác nhau theo yêu cầu của nền kinh tế thị trường, các Trung tâm Trọng tài thương mại được thành lập và trở thành những thiết chế giải quyết tranh chấp ngoài tố tụng tư pháp thực sự ở nước ta. Sự phát triển của kinh tế thị trường đã dẫn đến nhu cầu thành lập các Trung tâm Trọng tài đúng nghĩa (phi chính phủ) ở Việt Nam.

Như vậy, sự thay đổi của nền kinh tế đã có ảnh hưởng sâu sắc đến pháp luật về giải quyết tranh chấp, nó quyết định đến tính chất và phạm vi, các hình thức giải quyết tranh chấp kinh tế, tạo nên sự thay đổi toàn diện trong nội dung pháp luật về giải quyết tranh chấp kinh tế.

b) Vai trò của thể chế chính trị đối với việc xây dựng cơ chế giải quyết tranh chấp thay thế:

Thể chế chính trị bao gồm nhiều yếu tố khác nhau

nhưng khi nói đến sự tác động của thể chế chính trị đối với pháp luật về giải quyết tranh chấp thay thế thì phải nói đến yếu tố cơ bản của thể chế chính trị, đó là đường lối của đảng cầm quyền.

Đường lối của đảng cầm quyền được thể hiện chủ yếu trong các nghị quyết của đảng. Đường lối chính trị của đảng cầm quyền không phải là pháp luật nhưng có ý nghĩa đặc biệt quan trọng, là kim chỉ nam trong việc chỉ đạo xây dựng pháp luật và là hạt nhân của pháp luật, trong đó có pháp luật về giải quyết tranh chấp thay thế. Pháp luật là phương tiện chủ yếu để chuyển hóa đường lối chính trị của đảng cầm quyền.

Ở nước ta, kể từ Đại hội Đảng toàn quốc lần thứ VI, chính sách đổi mới với quan điểm xây dựng Nhà nước pháp quyền của Đảng đã định hướng cho sự đổi mới căn bản trong nội dung của pháp luật về giải quyết tranh chấp kinh tế ở nước ta, đồng thời, xác định phương hướng hoàn thiện pháp luật về giải quyết tranh chấp trong thời gian tới. Đảng Cộng sản Việt Nam và Nhà nước Việt Nam hiện tại đang rất quan tâm tới việc hoàn thiện hệ thống pháp luật, trong đó chú trọng đến mảng pháp luật về giải quyết tranh chấp. Nghị quyết số 48-NQ/TW ngày 24-5-2005 của Bộ Chính trị về chiến lược xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam đến năm 2010, định hướng đến năm 2020 và Nghị quyết số 49-NQ/TW ngày 02-6-2005 của Bộ Chính trị về chiến lược cải cách tư pháp đều hướng tới mục tiêu nâng cao hiệu quả của các hình thức giải quyết tranh chấp như hoà giải, Trọng tài nhằm góp phần xử lý đúng và

nhanh chóng những mâu thuẫn, khiếu kiện trong nội bộ nhân dân và giảm nhẹ công việc cho Tòa án và các cơ quan nhà nước khác. Chính vì vậy, việc nghiên cứu pháp luật về các phương thức giải quyết tranh chấp thay thế cần được quan tâm nghiên cứu nhằm tạo ra cơ sở vững chắc cho hoạt động xây dựng pháp luật về giải quyết tranh chấp thay thế.

Sự tác động của đường lối chính sách của Đảng Cộng sản Việt Nam đối với pháp luật về giải quyết tranh chấp còn thể hiện thông qua việc xây dựng những nguyên tắc hoạt động các thiết chế giải quyết tranh chấp, chủ thể giải quyết tranh chấp, phạm vi, trình tự, thủ tục giải quyết tranh chấp kinh doanh thương mại. Bản chất của công cuộc đổi mới do Đảng lãnh đạo chính là sự thừa nhận và phát huy quyền tự do kinh doanh. Trong nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa, các chủ thể kinh doanh được bình đẳng, tự mình quyết định các phương thức kinh doanh, đồng thời cũng đòi hỏi Nhà nước phải xây dựng một hành lang pháp lý, một cơ chế giải quyết tranh chấp kinh doanh thương mại phù hợp, nhằm bảo đảm quyền tự định đoạt của các bên đương sự. Đó là yếu tố ảnh hưởng lớn đến pháp luật về giải quyết tranh chấp kinh doanh thương mại.

c) Sự tác động của yếu tố văn hóa truyền thống, phong tục tập quán đối với việc xây dựng cơ chế giải quyết tranh chấp thay thế:

Cũng như pháp luật nói chung, pháp luật về giải quyết tranh chấp thay thế cũng chịu ảnh hưởng bởi các yếu tố truyền thống văn hóa, ý thức pháp luật của người dân ở

mỗi một quốc gia. Những yếu tố này cũng đóng vai trò quan trọng đến các quy định về tổ chức, hoạt động của các thiết chế giải quyết tranh chấp, đến các quy định về thủ tục tố tụng, làm cho các quy định này có thể đi vào cuộc sống và phát huy tác dụng của nó. Vì thế, trong quá trình nghiên cứu và xây dựng pháp luật về cơ chế giải quyết tranh chấp cần phải chú ý đến các yếu tố đó để có phương pháp điều chỉnh phù hợp.

Theo nghiên cứu của các nhà văn hóa về Việt Nam cho thấy, văn hóa Việt Nam có những nền tảng thuận lợi cho sự phát triển của các phương thức giải quyết tranh chấp thay thế. Có thể nói, văn hóa Việt Nam là văn hóa gốc nông nghiệp, gắn với nước, có đặc trưng là mềm dẻo, linh hoạt. Điều này thể hiện ở cách ứng xử với môi trường xã hội có sự dung hợp trong tiếp nhận, mềm dẻo, hiếu hòa trong đối phó; trong tổ chức cộng đồng thì trọng tình, trọng đức, trọng văn, trọng phụ nữ, trọng tập thể, bình đẳng, dân chủ. Nhìn chung, đó là lối sống linh hoạt, quân bình hướng tới hài hòa, dễ thích nghi. Các tôn giáo, học thuyết triết học khi du nhập vào Việt Nam cũng được điều chỉnh phù hợp với truyền thống này. Với truyền thống trọng âm, lối sống mềm dẻo, trọng tình, văn hóa của người Việt rõ ràng là nền tảng tốt cho sự phát triển của các phương thức giải quyết tranh chấp thay thế, có đặc trưng là dựa trên sự tự nguyện, sự hợp tác và thiện chí giữa các đối tượng có tranh chấp, không sử dụng quyền lực để áp đặt đối với các bên. Thậm chí, cảm giác được tự mình định đoạt hướng xử lý đối với tranh chấp còn tạo ra tâm lý thoải mái và do vậy, ý thức tự

nguyên thực hiện sẽ cao hơn các trường hợp vụ việc được phán xử bởi một pháp quan có quyền lực¹.

Trong mối quan hệ với các phương thức giải quyết tranh chấp xã hội, các yếu tố văn hóa chi phối mạnh mẽ sự lựa chọn của người Việt đối với cách thức giải quyết các tranh chấp mà họ gặp phải. Không khó để suy đoán rằng, với bản tính dung hòa, trọng sự yên ổn, trọng thể diện, người Việt dễ dàng chấp nhận các cách thức giải quyết tranh chấp mang tính dàn xếp (hòa giải, thương lượng) và rất dễ có tâm lý phản kháng đối với cách thức giải quyết tranh chấp có tính áp đặt, trái với truyền thống dân chủ, đôi khi có dáng dấp của tính vô chính phủ trong đời sống của họ². Tuy nhiên, cũng chính sự trọng thể diện đôi khi lại khiến người ta vì tự ái mà sẵn sàng theo đuổi kiện tụng đến cùng, và trong trường hợp đó, Tòa án sẽ là phương thức tối ưu để họ lựa chọn, bất chấp lợi hại. Như vậy, ở góc độ văn hóa truyền thống thì Trọng tài không phải là phương thức có nhiều cơ hội phát triển ở Việt Nam, nếu không được đặt trong sự tương tác với các yếu tố văn hóa ngoại lai và trong

1. Xem Dương Thanh Mai: *Giải quyết tranh chấp ngoài tố tụng tư pháp, nhìn từ góc độ văn hóa, truyền thống ở Việt Nam*; tài liệu hội thảo: *Giải quyết tranh chấp ngoài tố tụng tư pháp - Thực tiễn Việt Nam và kinh nghiệm quốc tế*, Bộ Tư pháp và tổ chức phát triển quốc tế Canada (Dự án hỗ trợ cải cách pháp luật) đồng tổ chức, ngày 23-24 tháng 8 tại Hà Nội, 2000.

2. Bộ Tư pháp, Viện Khoa học pháp lý: Báo cáo phúc trình đề tài cấp bộ: *"Hoàn thiện pháp luật và thiết chế giải quyết tranh chấp ngoài tố tụng tư pháp"*, Tlđđ.

bối cảnh hội nhập quốc tế với sự phát triển mạnh mẽ của các quan hệ thương mại quốc tế.

d) Hội nhập quốc tế và việc xây dựng cơ chế giải quyết tranh chấp thay thế:

Trong xu thế hội nhập quốc tế và khu vực ngày càng mạnh mẽ, pháp luật quốc gia nói chung và pháp luật về các phương thức giải quyết tranh chấp thay thế nói riêng cũng chịu ảnh hưởng lớn của pháp luật thương mại quốc tế.

Trong điều kiện hội nhập quốc tế, các tranh chấp kinh doanh thương mại có yếu tố nước ngoài ngày càng nhiều. Điều đó đòi hỏi hệ thống pháp luật về giải quyết tranh chấp nói chung và pháp luật về giải quyết tranh chấp thay thế nói riêng phải được hoàn thiện để tương đồng với pháp luật về giải quyết tranh chấp của các nước trong khu vực và trên thế giới, một mặt tạo điều kiện cho việc mở rộng quan hệ hợp tác, mặt khác giúp các doanh nghiệp Việt Nam dễ dàng hơn trong quá trình hội nhập và hợp tác kinh doanh một cách hiệu quả. Trước đây, Việt Nam chỉ chú trọng việc giải quyết tranh chấp bằng Tòa án và coi trọng Tòa án hơn Trọng tài thương mại. Nhưng với sự tham gia vào khối ASEAN, Hiệp định thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ, gia nhập Tổ chức Thương mại thế giới (WTO) thì vai trò của Trọng tài thương mại cần được phát huy và cần có cơ chế hỗ trợ của Nhà nước trong quá trình giải quyết tranh chấp. Một trong những xu thế phát triển của pháp luật Trọng tài thương mại của các nước hiện nay là việc pháp luật Trọng tài của các nước được xây dựng theo hướng ngày càng xích lại gần nhau thông qua việc tiếp

nhận Luật mẫu về Trọng tài thương mại quốc tế của Liên hợp quốc (UNCITRAL). Bất kỳ một quốc gia nào mong muốn hội nhập quốc tế đều phải chấp nhận xu thế tất yếu này. Việc duy trì một sự khác biệt lớn trong pháp luật quốc gia khi hội nhập quốc tế là điều không thể thực hiện được. Vì vậy, một yêu cầu đặt ra là, trong quá trình hội nhập, các quốc gia cần phải rà soát để sửa đổi và hoàn thiện hệ thống pháp luật của mình, đặc biệt là pháp luật về kinh tế, trong đó có pháp luật về giải quyết tranh chấp thay thế.

Trong Hiệp định thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ, có một số điều khoản liên quan đến thủ tục giải quyết tranh chấp thông qua con đường Trọng tài. Một trong những loại tranh chấp mà Hiệp định quy định có thể áp dụng thủ tục giải quyết bằng Trọng tài, đó là tranh chấp thương mại.

Tranh chấp thương mại theo quy định tại Hiệp định được hiểu là “các tranh chấp phát sinh từ các giao dịch thương mại được ký kết giữa các công dân và công ty của Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam và các công dân và công ty của Hợp chúng quốc Hoa Kỳ”¹.

Hiệp định khuyến cáo các bên tham gia vào quan hệ giao dịch thương mại nên thỏa thuận trước về hình thức giải quyết trong trường hợp có tranh chấp phát sinh, đặc biệt khuyến khích các bên thỏa thuận về việc sử dụng Trọng tài giải quyết tranh chấp. Quan điểm này được thể hiện rất rõ ràng ngay từ phần mở đầu của Hiệp định, điều đó phần nào chứng tỏ hình thức giải quyết tranh chấp bằng Trọng tài được các bên của Hiệp định rất chú trọng.

1. Xem Hiệp định thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ năm 2001.

Theo tinh thần của Hiệp định, các bên tranh chấp được quyền tự do lựa chọn bất cứ hình thức Trọng tài nào cũng như luật được áp dụng trong giải quyết trọng tài và các bên của Hiệp định không được ngăn cấm các bên tranh chấp thực hiện quyền này của họ¹. Do đó, các nhà kinh doanh của Việt Nam được quyền thỏa thuận với bên đối tác Hoa Kỳ để lựa chọn bất cứ hình thức Trọng tài trong nước hay quốc tế nào phù hợp.

Hiệp định cho phép các bên tranh chấp được tự do lựa chọn bất cứ quy tắc trọng tài nào đã được quốc tế công nhận, kể cả các quy tắc trọng tài UNCITRAL ngày 15-12-1976 và những sửa đổi của quy tắc này để giải quyết các tranh chấp thương mại², với điều kiện là phải xác định một cơ quan chỉ định theo những quy tắc nói trên tại một nước thứ ba, không phải là Việt Nam hay Hoa Kỳ. Tuy nhiên, nước thứ ba này cũng phải là một thành viên của Công ước Niu Oóc năm 1958 về công nhận và cho thi hành các quyết định của Trọng tài nước ngoài. Quy định này vừa mở ra một cơ hội thuận tiện để các bên thực hiện quyền sử dụng Trọng tài, vừa bảo đảm khả năng “thi hành án” hiệu quả đối với các quyết định của Trọng tài nước ngoài, tạo ra sự yên tâm trong việc thiết lập và mở rộng quan hệ hợp tác kinh doanh giữa các thương nhân của hai nước³.

1. Xem Hiệp định thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ năm 2001.

2. Xem Hiệp định thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ năm 2001, *Tlđđ*.

3. Lê Thị Thúy Hương: *Về cơ chế giải quyết tranh chấp thông qua con đường trọng tài trong Hiệp định thương mại Việt - Mỹ*, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 2, tr.49.

Với những cam kết trong các hiệp định thương mại, WTO, v.v., Việt Nam đã tiến hành rà soát để sửa đổi và hoàn thiện hệ thống pháp luật của mình, đặc biệt là pháp luật về giải quyết tranh chấp nhằm:

Thứ nhất, nhất thể hóa các quan niệm khoa học pháp lý trong lĩnh vực pháp luật về giải quyết tranh chấp để làm cho các quy định, khái niệm trong pháp luật Việt Nam phù hợp với các chuẩn mực chung về giải quyết tranh chấp trên thế giới. Để thực hiện mục tiêu này, Nhà nước ta đã ban hành Pháp lệnh Trọng tài thương mại năm 2003 và sau đó là Luật Trọng tài thương mại năm 2010 với nhiều quy định đã tiệm cận đến các chuẩn mực chung về Trọng tài thương mại thế giới như khái niệm về hoạt động thương mại được hiểu theo nghĩa rộng, mở rộng thẩm quyền của Trọng tài, quy định chặt chẽ về thỏa thuận Trọng tài làm cơ sở để phân biệt thẩm quyền giữa Trọng tài và tòa án, cho phép Trọng tài viên có thể là người nước ngoài... Có thể nói, Luật Trọng tài thương mại năm 2010 đã hạn chế những khác biệt và tăng cường sự thống nhất, làm cho pháp luật về Trọng tài thương mại của Việt Nam tương thích với pháp luật Trọng tài thương mại quốc tế và của các nước trên thế giới.

Thứ hai, bảo đảm hơn nữa quyền của các bên trong việc sử dụng các phương thức giải quyết tranh chấp. Để thực hiện mục tiêu này, như trên đã nói, Luật Trọng tài thương mại năm 2010 đã mở rộng thẩm quyền giải quyết tranh chấp thương mại, cho phép các bên được quyền lựa chọn Trọng tài viên là người nước ngoài, không phân biệt tranh chấp có yếu tố nước ngoài... Với những quy định mới này,

Luật Trọng tài thương mại năm 2010 sẽ tạo sức hấp dẫn đối với giới kinh doanh nói chung.

Thứ ba, bảo đảm thực thi các cam kết quốc tế về thương mại và Việt Nam là thành viên, trước hết là bảo đảm thực thi các cam kết về mở cửa thị trường dịch vụ, trong đó có dịch vụ Trọng tài. Quá trình soạn thảo dự án Luật Trọng tài đã chú trọng tham khảo và tiếp nhận các quy định của Luật mẫu. Dự án cũng đã tiếp thu những kinh nghiệm thành công của các nước có thị trường dịch vụ Trọng tài phát triển như Anh, Hoa Kỳ, Xingapo và cả những bài học về sự chưa thành công của một số nước như Trung Quốc, Thái Lan, Nhật Bản. Sự tiếp thu Luật mẫu sẽ tạo thuận lợi cho các doanh nhân nước ngoài lựa chọn Trọng tài Việt Nam để giải quyết các tranh chấp của họ và từ đó tạo thêm một yếu tố hấp dẫn mới cho các hoạt động thương mại và đầu tư nước ngoài tại Việt Nam.

Về vấn đề công nhận và thi hành bản án, quyết định dân sự của Tòa án nước ngoài và Trọng tài nước ngoài, cho đến nay, ngoài việc tham gia Công ước Niu Oóc năm 1958 về công nhận và thi hành quyết định của Trọng tài nước ngoài (Công ước Niu Oóc năm 1958), Việt Nam đã tham gia và ký kết 15 Hiệp định tương trợ tư pháp với các nước, bao gồm Liên bang Nga, Séc, Xiôvakia, Ba Lan, Hunggari, Bungari, Cuba, Cộng hòa Dân chủ Nhân dân Lào, Trung Quốc, Cộng hòa Dân chủ Nhân dân Triều Tiên, Ucraina, Belarút, Pháp, Mông Cổ. Nội dung cơ bản của các Hiệp định này gồm các vấn đề như: phạm vi công nhận và thi hành; điều kiện công nhận và thi hành; nội dung đơn yêu

cầu công nhận và thi hành; thủ tục công nhận và thi hành; việc chuyển tiền và tài sản để bảo đảm thi hành quyết định.

Việc công nhận và thi hành các quyết định của Trọng tài nước ngoài hiện nay được hầu hết các nước áp dụng theo Công ước Niu Oóc năm 1958. Trong các Hiệp định tương trợ tư pháp mà nước ta ký thời gian gần đây (Hiệp định với Nga, Trung Quốc, Pháp) cũng quy định đối với việc công nhận và thi hành các quyết định của Trọng tài thực hiện theo các quy định của Công ước này. Nội dung Công ước Niu Oóc năm 1958 quy định các nước thành viên phải công nhận các phán quyết Trọng tài được đưa ra ngoài lãnh thổ của họ và các phán quyết không được coi là phán quyết trong nước của các nước thành viên. Các phán quyết trọng tài nước ngoài sẽ được thi hành như những quyết định của toà án địa phương và hệ thống các cơ quan tư pháp của Nhà nước có thể áp dụng các biện pháp cưỡng chế để thi hành phán quyết.

Vấn đề công nhận và cho thi hành tại Việt Nam bản án, quyết định dân sự của toà án nước ngoài và quyết định của trọng tài nước ngoài hiện đã được điều chỉnh trong Bộ luật tố tụng dân sự năm 2004 sửa đổi, bổ sung năm 2011. Bộ luật đã luật hoá hai Pháp lệnh trước đây điều chỉnh về vấn đề này là Pháp lệnh công nhận và thi hành tại Việt Nam bản án, quyết định dân sự của toà án nước ngoài được Ủy ban thường vụ Quốc hội thông qua ngày 17-4-1993 và Pháp lệnh công nhận và cho thi hành tại Việt Nam quyết định của Trọng tài nước ngoài được Ủy ban thường vụ Quốc hội thông qua ngày 14-9-1995. Phần thứ sáu của Bộ luật tố tụng

dân sự năm 2004 về “Thủ tục công nhận và cho thi hành tại Việt Nam bản án, quyết định dân sự của toà án nước ngoài, quyết định của Trọng tài nước ngoài” quy định một cách chi tiết không chỉ về thủ tục, trình tự xét công nhận và cho thi hành mà cả các quy định mang tính nguyên tắc cơ bản của việc công nhận và cho thi hành.

2. Quá trình xây dựng và hoàn thiện cơ chế giải quyết tranh chấp thay thế đối với các quan hệ thương mại ở Việt Nam

a) Cơ chế giải quyết tranh chấp thay thế trong giai đoạn trước thời kỳ đổi mới:

Sau thành công của Cách mạng tháng Tám năm 1945, cùng với lịch sử dân tộc, lịch sử Nhà nước và pháp luật Việt Nam đã bước sang một trang mới. Nền tư pháp của chế độ dân chủ nhân dân được hình thành và từng bước kiện toàn. Hệ thống Tòa án với tư cách là hệ thống cơ quan tư pháp trong bộ máy nhà nước đã được thiết lập. Tuy nhiên, hệ thống tư pháp và pháp luật dân chủ chưa kịp vận hành thì đất nước bước vào cuộc kháng chiến. Trong bối cảnh ấy, những phương thức giải quyết tranh chấp ngoài tố tụng tư pháp không có điều kiện để hình thành và phát triển¹.

Tiếp đó, sau thắng lợi của cuộc kháng chiến chống thực dân Pháp năm 1954, đất nước chia cắt thành hai miền.

1. Bộ Tư pháp, Viện Khoa học pháp lý: *Báo cáo phúc trình đề tài cấp bộ: “Hoàn thiện pháp luật và thiết chế giải quyết tranh chấp ngoài tố tụng tư pháp”*, Tlđđ.

Miền Bắc tiến hành công cuộc xây dựng chủ nghĩa xã hội và chống chiến tranh phá hoại của đế quốc Mỹ, trong khi miền Nam tiếp tục cuộc đấu tranh giải phóng giành toàn vẹn lãnh thổ Tổ quốc. Trong giai đoạn này, nền kinh tế vận hành theo cơ chế kế hoạch hóa tập trung, theo mệnh lệnh hành chính. Trong điều kiện đó, trước năm 1956, lịch sử pháp luật giải quyết tranh chấp ở Việt Nam không có sự phân biệt giữa tranh chấp kinh tế với các loại tranh chấp tài sản khác. Từ năm 1956, Nhà nước ban hành Điều lệ tạm thời số 735/TTg ngày 10-4-1956 về hợp đồng kinh doanh. Theo bản Điều lệ này, cơ chế giải quyết riêng đối với các tranh chấp kinh tế đã được mạnh mẽ.

Việc giải quyết tranh chấp được quy định tại Điều 20 của Điều lệ này: “Nếu là tranh chấp giữa tư doanh với nhau, giữa tư doanh với quốc doanh hay hợp tác xã thì đưa ra cơ quan đăng ký hay thị thực hợp đồng giải quyết. Nếu xét thấy cần đề nghị truy tố trước Tòa án nhân dân nơi sở tại.

Nếu có tranh chấp giữa các tổ chức hợp tác xã hay tổ chức quốc doanh với nhau thì đưa lên cơ quan cấp trên hoặc hội nghị liên tịch các cơ quan cấp trên mà giải quyết”.

Trong thời kỳ này, các giao dịch dân sự, thương mại không có điều kiện phát triển. Trong bối cảnh đó, khó có thể nói đến nhu cầu về các phương thức giải quyết tranh chấp thay thế. Về cơ bản, các tranh chấp về hợp đồng kinh doanh đều do các cơ quan hành pháp giải quyết. Các cơ quan hành chính có thẩm quyền giải quyết tranh chấp kinh tế này có thể coi là tiền thân của Trọng tài kinh tế nhà nước trong nền kinh tế kế hoạch hóa tập trung bao

cấp. Trong thời kỳ đó, phương thức hoà giải cơ sở vẫn tồn tại gần như là phương thức giải quyết tranh chấp ngoài tố tụng duy nhất.

Nghị định số 020/TTg ngày 14-01-1960 của Chính phủ đã ban hành Điều lệ tạm thời về hợp đồng kinh tế, từ đó Việt Nam bắt đầu hình thành hệ thống Trọng tài Nhà nước về kinh tế. Đó là một trong những thiết chế đặc thù của việc giải quyết tranh chấp thay thế được thành lập trong hệ thống cơ quan quản lý hành chính của Nhà nước ta. Thể chế Trọng tài Kinh tế Nhà nước được xác lập dựa trên hàng loạt các văn bản quy phạm pháp luật như Nghị định số 20/TTg ngày 14-01-1960, Nghị định số 94/CP ngày 10-6-1965, Nghị định số 75/CP ngày 14-4-1975, Nghị định số 24/HĐBT ngày 10-8-1984. Cho đến Pháp lệnh Trọng tài Kinh tế Nhà nước năm 1990 được ban hành thì thể chế Trọng tài Kinh tế Nhà nước phát triển đến đỉnh cao nhất. Hệ thống Trọng tài này được thành lập từ cấp Trung ương đến cấp Bộ, tỉnh, huyện, có chức năng chủ yếu là quản lý công tác hợp đồng kinh tế, theo dõi thực hiện kế hoạch, đồng thời, có chức năng giải quyết các tranh chấp giữa các xí nghiệp quốc doanh, giữa các xí nghiệp quốc doanh với các hợp tác xã, tức là giữa các doanh nghiệp của kinh tế xã hội chủ nghĩa bao gồm kinh tế nhà nước và kinh tế tập thể theo quan điểm chính thống trong thời kỳ đó. Phương thức tố tụng, cách thức thành lập Hội đồng Trọng tài để giải quyết các tranh chấp, cách thức thực hiện quyết định của Trọng tài Kinh tế hầu như không có điểm gì chung so với mô hình Trọng tài thương mại theo mô hình

Trọng tài phổ biến trên thế giới. Đây hoàn toàn không phải là tổ chức phi chính phủ, mà là cơ quan nhà nước được giao nhiệm vụ giải quyết các tranh chấp kinh tế. Bởi vậy, về mặt bản chất, Trọng tài này không phải là Trọng tài thương mại theo đúng nghĩa của nó.

Nền kinh tế quản lý theo cơ chế kế hoạch hóa tập trung tạo tiền đề cho sự ra đời của một loại hình cơ quan giải quyết tranh chấp thuộc cơ quan hành pháp là Trọng tài kinh tế nhà nước vì, Nhà nước là chủ sở hữu của mọi tư liệu sản xuất. Doanh nghiệp nhà nước tuy có sự độc lập tương đối về mặt tổ chức nhưng về bản chất chỉ là bộ phận cấu thành của bộ máy kinh tế mà Nhà nước với tư cách là chủ sở hữu, là người chỉ huy toàn bộ nền kinh tế; cũng như mọi tổ chức khác, các xí nghiệp quốc doanh là các đơn vị có trách nhiệm xây dựng và thực hiện các chỉ tiêu pháp lệnh, Trọng tài kinh tế nhà nước có trách nhiệm theo dõi và giúp đỡ các xí nghiệp quốc doanh trong việc thực hiện các chỉ tiêu pháp lệnh này; sự tồn tại của chế định hợp đồng trong nền kinh tế tập trung với ý nghĩa là một hình thức pháp lý đặc biệt, không thể hiện ý chí của các bên tham gia ký kết mà chỉ là một phương tiện, một công cụ thực hiện kế hoạch nhà nước. Giải quyết tranh chấp kinh tế có mục đích là bảo vệ lợi ích của Nhà nước và bảo vệ việc thực hiện kế hoạch nhà nước¹.

1. Dự án VIE/94/003: *Báo cáo chuyên đề về các lĩnh vực của khung pháp luật kinh tế tại Việt Nam; tăng cường năng lực pháp luật tại Việt Nam*, tập IV, 1998, tr.51.

Hệ thống Trọng tài kinh tế tiếp tục tồn tại trong thời kỳ đất nước hoàn toàn thống nhất vào (năm 1975) và chấm dứt năm 1994 sau khi đất nước chuyển sang xây dựng nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa. Một phần chức năng của Trọng tài Kinh tế chuyển sang cho các Toà kinh tế được thành lập trong hệ thống Toà án nhân dân từ cấp tỉnh trở lên, một phần chuyển cho các cơ quan quản lý chức năng về kinh tế. Để giải quyết các tranh chấp giữa các chủ thể kinh tế thuộc các thành phần kinh tế khác nhau theo yêu cầu của nền kinh tế thị trường, các Trung tâm Trọng tài thương mại được thành lập. Sự phát triển của kinh tế thị trường đã dẫn đến nhu cầu thành lập các Trung tâm Trọng tài đúng nghĩa (phi Chính phủ) ở Việt Nam.

Như vậy, sau hơn 30 năm (1960-1994) tồn tại và phát triển, từ chỗ được thành lập chủ yếu để giải quyết các tranh chấp hợp đồng kinh tế, trở thành cơ quan vừa giải quyết tranh chấp hợp đồng kinh tế vừa thực hiện quản lý nhà nước về công tác hợp đồng kinh tế, các cơ quan Trọng tài kinh tế nhà nước đã hoàn thành sứ mệnh của mình, nhường chỗ cho sự ra đời của trọng tài phi chính phủ.

Cùng với việc thành lập tổ chức Trọng tài kinh tế nhà nước vào năm 1960 như phần trên đã trình bày thì trong năm 1963 và 1964, trong lĩnh vực ngoại thương, hai tổ chức Trọng tài nằm ngoài hệ thống nhà nước được thành lập để giải quyết các tranh chấp quốc tế là Hội đồng Trọng tài ngoại thương và Hội đồng Trọng tài Hàng hải. Sự tồn tại của hai thiết chế này xuất phát từ nhu cầu của quan hệ thương mại quốc tế của Việt Nam với các nước xã hội chủ

nghĩa. Các hiệp định mà Việt Nam ký với các nước xã hội chủ nghĩa có điều khoản quy định là các tranh chấp giữa các tổ chức ngoại thương của nước đó với các tổ chức ngoại thương Việt Nam được giải quyết bằng các tổ chức Trọng tài quốc tế đặt bên cạnh Phòng Thương mại và Công nghiệp ở các nước.

Tuy được xác định là Trọng tài phi chính phủ nhưng hai tổ chức Trọng tài này hoạt động theo Điều lệ tổ chức do Chính phủ chuẩn y và chịu sự giám sát của cơ quan nhà nước, cụ thể là đặt dưới sự phụ thuộc của Bộ Ngoại thương và Bộ Giao thông vận tải thời kỳ đó. Hai thiết chế này hoạt động rất hạn chế bởi vì trong thời kỳ kinh tế tập trung bao cấp, trên lĩnh vực kinh tế đối ngoại, Việt Nam chủ yếu quan hệ với các nước xã hội chủ nghĩa anh em trong việc nhận hàng viện trợ. Các tranh chấp về hợp đồng mua bán ngoại thương và tranh chấp về vận tải biển rất ít xảy ra. Chẳng hạn, theo số liệu báo cáo thì tính từ năm 1963 đến năm 1988, hai tổ chức Trọng tài chỉ giải quyết 3 vụ tranh chấp¹. Từ khi Việt Nam trở thành thành viên chính thức của Hội đồng tương trợ kinh tế (SEV) vào năm 1978, các hợp đồng mua bán giữa các đơn vị kinh tế của nước ta với tổ chức của các nước thuộc khối SEV chủ yếu là thực hiện Nghị định thư trao đổi hàng hóa giữa Việt Nam và các

1. Hoàng Thế Liên: *Về các phương thức giải quyết tranh chấp chủ yếu tại Việt Nam trong lĩnh vực kinh tế và đầu tư nước ngoài*, số chuyên đề về: "Các phương thức giải quyết tranh chấp kinh tế ở Việt Nam hiện nay", Viện Khoa học pháp lý, Bộ Tư pháp, tr.11.

nước này. Khi có khiếu nại xảy ra liên quan đến hợp đồng mua bán ngoại thương, các bên thường giải quyết bằng thương lượng trên tinh thần hợp tác. Rất ít trường hợp tranh chấp phải đưa ra Trọng tài để giải quyết, ngay cả khi đã kiện ra Trọng tài thì tổ chức Trọng tài cũng tạo điều kiện, cơ hội cho các bên thương lượng giải quyết để bên nguyên đơn rút đơn kiện¹.

Theo Quyết định số 204/TTg ngày 28-4-1993 của Thủ tướng Chính phủ, hai thiết chế Trọng tài này được sáp nhập lại thành Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam. Đây là một tổ chức Trọng tài phi chính phủ được đặt bên cạnh Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam. Tổ chức và hoạt động của Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam được quy định trong Điều lệ tổ chức Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam ban hành kèm theo Quyết định số 204/TTg ngày 28-4-1993 của Thủ tướng Chính phủ và bản quy tắc tố tụng của Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam do Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam ban hành. Trung tâm có tính độc lập và không thuộc cơ cấu tổ chức của Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam. Tính bên cạnh ở đây một phần thể hiện sự quản lý nhưng chủ yếu thể hiện tính độc lập về mặt chuyên môn nghiệp vụ của tổ chức trọng tài.

Trong giai đoạn này, cũng tương tự như Trọng tài, phương thức thương lượng không có cơ hội phát triển. Nhà

1. Nguyễn Đình Thơ: *Hoàn thiện pháp luật trọng tài thương mại của Việt Nam trong điều kiện hội nhập quốc tế*, Tlđđ, tr.34.

nước độc quyền ngoại thương, quản lý nền kinh tế chủ yếu bằng mệnh lệnh, hành chính. Vì vậy, khác với các nước có nền kinh tế thị trường phát triển thì ở Việt Nam thời kỳ đó, phương thức giải quyết tranh chấp kinh tế chủ yếu bằng con đường khiếu nại. Vai trò của thương lượng hầu như không đáng kể.

Về phương thức hòa giải thì có thể khẳng định rằng trong suốt thời kỳ thực hiện cơ chế kinh tế kế hoạch hóa, tập trung quan liêu bao cấp cho đến nay, trong hệ thống pháp luật cũng như trong đời sống xã hội Việt Nam vẫn có sự tồn tại của hòa giải cơ sở, một phương thức duy nhất mang những đặc trưng của giải quyết tranh chấp thay thế¹.

Như vậy, sự phát triển của lịch sử Việt Nam, trong những giai đoạn nhất định đã tạo ra cơ sở xã hội cho sự phát triển của phương thức giải quyết tranh chấp thay thế. Tuy nhiên, chỉ đến giai đoạn phát triển nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa, các phương thức giải quyết tranh chấp thay thế mới thực sự có những cơ hội phát triển. Nhu cầu về những thiết chế như vậy bắt nguồn từ đòi hỏi của các chủ thể thị trường thuộc các hình thức sở hữu khác nhau.

b) Cơ chế giải quyết tranh chấp thay thế từ sau thời kỳ đổi mới đến nay:

Quá trình chuyển đổi từ nền kinh tế kế hoạch hóa, tập

1. Bộ Tư pháp, Viện Khoa học pháp lý: *Báo cáo phúc trình đề tài cấp bộ: "Hoàn thiện pháp luật và các thiết chế giải quyết tranh chấp ngoài tố tụng tư pháp"*, Tlđđ.

trung bao cấp, chuyển sang nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa dẫn đến nhiều loại hình chủ thể kinh doanh và quan hệ kinh tế mới được hình thành, các hoạt động kinh tế phát triển cả về chiều rộng và chiều sâu. Thực tiễn này kéo theo hệ quả tranh chấp trong kinh doanh phát sinh ngày càng nhiều với tính chất phức tạp, nội dung đa dạng và đòi hỏi phải có tổ chức chuyên giải quyết các tranh chấp này. Mặt khác, quyền tự do kinh doanh - nguyên tắc cơ bản của kinh tế thị trường bao gồm quyền quyết định việc lựa chọn mô hình tổ chức kinh doanh; lựa chọn ngành, nghề, mặt hàng kinh doanh; tự do giao kết hợp đồng; tự do quyết định tất cả các vấn đề phát sinh trong quá trình quản lý, điều hành sản xuất - kinh doanh và tự do lựa chọn cơ quan tài phán giải quyết các tranh chấp phát sinh. Nhà nước đã thừa nhận quyền tự do kinh doanh thì đồng thời có trách nhiệm bảo đảm thực hiện các quyền đó. Và như vậy, phải có cơ quan tài phán khác (ngoài Toà án) để các chủ thể kinh doanh thực hiện quyền lựa chọn cơ quan giải quyết tranh chấp. Đây là lý do hệ thống Trọng tài kinh tế nhà nước bị giải thể và Trọng tài kinh tế phi chính phủ theo Nghị định số 116/CP ngày 5-9-1994 về tổ chức và hoạt động của Trọng tài kinh tế ra đời. Lúc này, bên cạnh Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam, Nhà nước cho phép thành lập các Trung tâm Trọng tài kinh tế ở các tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương. Như vậy, trong giai đoạn đầu khi chuyển sang nền kinh tế thị trường, ở nước ta tồn tại hai hệ thống Trọng tài phi chính phủ trên lĩnh vực kinh tế, tuy giống nhau về tên gọi nhưng khác

nhau về bản chất. Đây chính là đặc thù của Việt Nam trong thời kỳ chuyển đổi nền kinh tế.

So với Trọng tài kinh tế nhà nước trước đây, Trọng tài kinh tế phi chính phủ được thành lập theo Nghị định số 116/CP có một số điểm khác biệt cơ bản như sau: *Một là*, Trọng tài kinh tế theo Nghị định số 116/CP là một tổ chức phi chính phủ, hoạt động như những tổ chức xã hội - nghề nghiệp; *Hai là*, các Trung tâm Trọng tài kinh tế phi chính phủ là những chủ thể pháp lý tồn tại và hoạt động hoàn toàn độc lập với nhau, giữa chúng không có bất kỳ một mối quan hệ về tổ chức cũng như tổ tụng; *Ba là*, các Trung tâm Trọng tài kinh tế phi chính phủ chỉ có một chức năng duy nhất là giải quyết tranh chấp kinh tế; *Bốn là*, hoạt động xét xử của nó được tiến hành theo những nguyên tắc đặc trưng cho Trọng tài đã trở thành phổ biến trên thế giới như các bên tranh chấp được tự do lựa chọn Trọng tài viên; Trọng tài chỉ xét xử một lần; xét xử bí mật... Những nguyên tắc này hoàn toàn xa lạ với hoạt động của Trọng tài kinh tế nhà nước trước đây.

Mặt khác, cũng từ việc Chính phủ ban hành Nghị định số 116/CP ngày 05-9-1994 cho phép thành lập Trọng tài kinh tế phi chính phủ, tiền thân của các Trung tâm Trọng tài thương mại, nước ta bắt đầu tồn tại song song hai hệ thống tài phán cùng có chức năng giải quyết các tranh chấp kinh tế: Thứ nhất là, Tòa án kinh tế. Thứ hai là, Trung tâm Trọng tài kinh tế phi chính phủ có đối tượng xét xử được mở rộng hơn nhiều so với Trọng tài kinh tế nhà nước dưới thời kỳ kế hoạch hóa tập trung. Tình hình đó đáp ứng

những đòi hỏi của nền kinh tế thị trường vì trong nền kinh tế thị trường thì việc giải quyết tranh chấp không chỉ là chức năng của Nhà nước mà còn là chức năng của xã hội. Nhà nước không còn độc quyền giải quyết tranh chấp kinh tế nữa. Điều này cho thấy nguyên tắc quyền tự định đoạt, tự do kinh doanh, tự do lựa chọn các phương thức giải quyết tranh chấp đã được đề cao dựa trên cơ sở phát huy dân chủ trong hoạt động kinh doanh và hoạt động giải quyết tranh chấp.

Như vậy, tại Việt Nam tính đến thời điểm này tồn tại hai mô hình Trọng tài phi chính phủ, hoạt động theo hai văn bản khác nhau. Cụ thể, Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam bên cạnh Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam hoạt động theo Quyết định số 204/TTg ngày 28-4-1993 của Thủ tướng Chính phủ. Trong khi đó, có 5 Trung tâm Trọng tài được thành lập theo Nghị định số 116/CP. Với bản chất quyền lực dựa trên ý chí tự nguyện của các bên tranh chấp, Trọng tài kinh tế theo Nghị định số 116/CP đã bước đầu đáp ứng yêu cầu của các doanh nghiệp về một cơ quan giải quyết tranh chấp linh hoạt, thuận tiện, giữ được bí mật kinh doanh. Tuy nhiên, hạn chế lớn nhất của Nghị định số 116/CP là chưa quy định về hình thức Trọng tài vụ việc và tính được bảo đảm thi hành bằng sức mạnh cưỡng chế của Nhà nước đối với quyết định Trọng tài. Điểm hạn chế này chính là nguyên nhân chủ yếu dẫn đến việc trong khoảng 10 năm (1994 - 2003), chỉ có 5 Trung tâm Trọng tài kinh tế được thành lập như đã nói ở trên và bản thân các Trung tâm Trọng tài này cũng chỉ hoạt động ở mức độ cầm chừng.

Nhằm khắc phục những điểm hạn chế của Nghị định số 116/CP, tăng cường hiệu quả và năng lực của các Trung tâm Trọng tài và đội ngũ Trọng tài viên, ngày 25-02-2003, Ủy ban Thường vụ Quốc hội đã ban hành Pháp lệnh trọng tài thương mại. Từ năm 2003, các Trung tâm Trọng tài kinh tế có cơ sở pháp lý cao hơn để tổ chức và hoạt động nhằm từng bước đáp ứng yêu cầu của hội nhập kinh tế quốc tế đặt ra đối với lĩnh vực giải quyết tranh chấp thương mại.

Sự ra đời của Pháp lệnh trọng tài thương mại năm 2003 đã đánh dấu một bước tiến mới trong việc hình thành và hoàn thiện pháp luật về Trọng tài tại Việt Nam, đáp ứng được nhu cầu lựa chọn phương thức giải quyết tranh chấp của các bên, đồng thời, nó cũng góp một phần giảm tải gánh nặng cho hệ thống Tòa án.

Tuy nhiên, qua hơn sáu năm thực hiện, cùng với sự xuất hiện của nhiều nhân tố mới như Việt Nam đã là thành viên của Tổ chức thương mại thế giới, với sự xuất hiện của các đạo luật mới: Luật thương mại năm 2005, Luật đầu tư năm 2005* v.v., Pháp lệnh trọng tài thương mại năm 2003 đã bộc lộ không ít những hạn chế và bất cập, và không còn phù hợp với tình hình mới, cần được khắc phục bằng việc ban hành một đạo luật mới về trọng tài thương mại - Luật Trọng tài thương mại năm 2010 đã thay thế Pháp lệnh Trọng tài thương mại năm 2003 trên cơ sở kế thừa những chế định tiến bộ và bổ sung những quy định mới, hoàn

* Luật đầu tư năm 2014 thay thế luật đầu tư năm 2005. Luật có hiệu lực thi hành từ ngày 01-7-2015.

chính hơn. Luật Trọng tài thương mại năm 2010 được xây dựng phù hợp và đáp ứng nhu cầu thực tiễn hoạt động kinh doanh và thực tiễn giải quyết tranh chấp hiện nay và dự báo trong thời gian tới khi nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa ở nước ta ngày càng đi vào chiều sâu và bề rộng của nó.

c) Về thương lượng và hòa giải: Như phần trên đã đề cập, ở Việt Nam thời kỳ kinh tế kế hoạch hóa tập trung, các quan hệ kinh tế đối nội được điều khiển từ một trung tâm duy nhất là Chính phủ, mọi hoạt động sản xuất kinh doanh đều theo chỉ tiêu pháp lệnh. Quan hệ kinh tế, xã hội phát triển theo kế hoạch, không mang tính chủ động, phụ thuộc vào ý chí của Nhà nước, cơ chế vận hành mang nặng tính chất hành chính mệnh lệnh. Các chủ thể kinh tế do Nhà nước thành lập không có quyền tự do hợp đồng, quyền tự do kinh doanh, quyền tự do sở hữu và các quyền tự do khác.

Trong lĩnh vực quan hệ kinh tế đối ngoại, Nhà nước độc quyền ngoại thương, hoạt động thương mại chủ yếu được tiến hành trong khuôn khổ khối SEV. Vì thế, khác với các nước có nền kinh tế thị trường phát triển thì ở Việt Nam thời kỳ này phương thức giải quyết tranh chấp kinh tế chủ yếu bằng con đường khiếu nại. Vai trò của thương lượng và hòa giải hầu như không đáng kể.

Bước sang thời kỳ đổi mới, thương lượng và hòa giải được xem là nguyên tắc đầu tiên để giải quyết các tranh chấp kinh tế. Tuy nhiên, việc ghi nhận các phương thức này trong pháp luật thực định lại rất sơ sài, mới dừng lại ở mức nguyên tắc chung, chủ yếu là ghi nhận quyền được

thương lượng, hòa giải của các bên tranh chấp. Hiện nay, Việt Nam chưa có một văn bản pháp luật quy định riêng về thương lượng, hòa giải mà chỉ có thể tìm thấy các quy định về thương lượng và hòa giải nằm rải rác trong một số văn bản pháp luật của từng lĩnh vực cụ thể.

Có rất nhiều vấn đề về thương lượng và hòa giải chưa được pháp luật quy định như những loại tranh chấp nào không được thương lượng, hòa giải? Thủ tục tiến hành thương lượng, hòa giải ra sao? Giá trị pháp lý của kết quả thương lượng, hòa giải đến đâu?... Hàng loạt các vấn đề này chưa có câu trả lời. Vì thế, mặc dù phương thức thương lượng và hòa giải đã được pháp luật ghi nhận từ lâu nhưng thực tiễn thi hành của những phương thức này chưa được như mong muốn.

PHẦN 2

THỰC TRẠNG VÀ THỰC TIỄN VẬN HÀNH CƠ CHẾ GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP THAY THẾ ĐỐI VỚI CÁC QUAN HỆ THƯƠNG MẠI Ở VIỆT NAM

I. THỰC TRẠNG CƠ CHẾ GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP THAY THẾ ĐỐI VỚI CÁC QUAN HỆ THƯƠNG MẠI Ở VIỆT NAM

1. Thực trạng về phương thức thương lượng

Trong tranh chấp kinh tế thương mại, thương lượng, tự thỏa thuận giữa các bên là một hình thức giải quyết không cần có sự can thiệp của bất kỳ tổ chức hoặc cá nhân nào khác mà do các bên có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan tự bàn bạc, cân nhắc, thảo luận, đàm phán với nhau để đi đến cách giải quyết vụ tranh chấp trên cơ sở đồng thuận của tất cả các bên.

Bất cứ một sự tranh chấp về kinh tế - thương mại nào thì thương lượng bao giờ cũng là biện pháp giải quyết đầu tiên được các bên lựa chọn, vì nó không gây phiền hà, tổn kém lại giữ được bí mật, uy tín của nhau trong kinh doanh

trên thương trường. Đồng thời, khi thương lượng đạt kết quả thì vụ việc được giải quyết nhanh chóng, dứt điểm trên cơ sở tự nguyện thi hành của các bên. Chỉ khi nào biện pháp này không đạt được kết quả mong muốn thì các bên mới lựa chọn hình thức, cơ chế giải quyết bằng biện pháp khác. Điều này thể hiện quyền tự do thỏa thuận, tự do giao kết hợp đồng và tự do đình đốn của các bên trong giao lưu dân sự nói chung và trong giao lưu kinh tế - thương mại nói riêng.

Hiện nay, trong lĩnh vực thương mại, thương lượng được quy định như một phương thức giải quyết tranh chấp bên cạnh hòa giải, Trọng tài và Tòa án. Điều 317 Luật thương mại năm 2005 quy định thương lượng giữa các bên là một trong những hình thức giải quyết tranh chấp. Khoản 1 Điều 14 Luật đầu tư năm 2014 cũng quy định: “Tranh chấp liên quan đến hoạt động đầu tư tại Việt Nam được giải quyết thông qua thương lượng, hoà giải...”.

Hiện tại, pháp luật Việt Nam không bắt buộc các bên phải thương lượng trước khi đưa vụ việc đến cơ quan tố tụng mà khuyến nghị các bên trước hết nên giải quyết tranh chấp bằng thương lượng. Điều 9 Luật Trọng tài thương mại năm 2010 có quy định: “*Trong quá trình tố tụng Trọng tài, các bên có quyền tự do thương lượng, thỏa thuận với nhau về việc giải quyết tranh chấp hoặc yêu cầu Hội đồng Trọng tài hòa giải để các bên thỏa thuận với nhau về việc giải quyết tranh chấp*”. Khoản 2 Điều 5 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2004 sửa đổi, bổ sung năm 2011 quy định: “*Trong quá trình giải quyết vụ việc dân sự, các đương sự có quyền chấm dứt, thay*

đòi các yêu cầu của mình hoặc thỏa thuận với nhau một cách tự nguyện, không trái pháp luật và đạo đức xã hội”.

Trong phương thức thương lượng, do đặc điểm của phương thức này là một quá trình đàm phán trực tiếp giữa các bên liên quan đến tranh chấp mà không có sự tham gia của bên thứ ba, là quá trình khép kín nên các bí mật không bị lộ ra ngoài. Tuy nhiên, trong điều kiện nền kinh tế thị trường hiện đại, khi dịch vụ tư vấn pháp lý gắn liền với quá trình giao dịch thương mại, hầu hết các vụ thương lượng, đàm phán trực tiếp giữa các doanh nghiệp, các công ty - chủ thể của tranh chấp đều được thông qua chế độ ủy quyền và chế độ đại diện pháp nhân. Các cuộc thương lượng để tháo gỡ những vướng mắc, bất đồng phát sinh được thực hiện bởi các luật sư, các doanh nhân, các chuyên gia trong một số lĩnh vực với nhau. Họ là người đại diện, người được ủy quyền để đứng ra giải quyết tranh chấp. Do vậy, trong những trường hợp này, để bảo đảm cho thương lượng thành công thì cần phải có quy định chặt chẽ về việc ủy quyền, đại diện và năng lực hành vi của người trực tiếp tham gia đàm phán. Đồng thời, cũng phải quy định nghĩa vụ giữ gìn bí mật trong quá trình thương lượng của những người đại diện, người được ủy quyền này.

Thương lượng là phương thức giản đơn nhất và có thể đạt hiệu quả cao trong việc giải quyết tranh chấp so với các phương thức khác nhưng do nhiều nguyên nhân dẫn đến phương thức này chưa thể phát huy được hết những ưu điểm của mình. Nguyên nhân khách quan là do các quy định của pháp luật chưa đầy đủ, thống nhất và còn lỏng lẻo.

Nguyên nhân chủ quan là do nhận thức, trình độ năng lực và sự tự giác của các đối tượng áp dụng còn hạn chế, không tuân thủ chặt chẽ các quy định của pháp luật. Xét trong lĩnh vực thương mại, hầu hết các văn bản quy phạm pháp luật chuyên ngành điều chỉnh việc giải quyết tranh chấp thương mại đều quy định về phương thức giải quyết tranh chấp bằng thương lượng giữa các chủ thể. Như trên đã trình bày, trước đây, Pháp lệnh thủ tục giải quyết các vụ án kinh tế năm 1994 quy định trong đơn khiếu kiện, đương sự phải trình bày rõ về quá trình thương lượng giữa các bên. Luật thương mại năm 1997 và sau này là Luật thương mại năm 2005 cũng quy định tranh chấp thương mại trước hết phải được giải quyết thông qua thương lượng giữa các bên. Hiện nay, rất nhiều văn bản quy phạm pháp luật chuyên ngành trong lĩnh vực thương mại đều quy định ưu tiên sử dụng hình thức giải quyết tranh chấp thông qua thương lượng giữa các bên tranh chấp. Trong thực tiễn, hầu hết các hợp đồng kinh tế, thương mại đều có điều khoản quy định các bên trong hợp đồng ưu tiên áp dụng phương thức thương lượng để giải quyết các tranh chấp phát sinh trong quá trình thực hiện hợp đồng. Song, do cả nguyên nhân chủ quan và khách quan, phương thức này đã không thể hiện được hết các ưu điểm của mình để trở thành phương thức hữu hiệu nhất.

Trong pháp luật về thương mại của Việt Nam từ trước tới nay chưa có một văn bản nào quy định những loại tranh chấp nào thì không được thương lượng. Do đó trên thực tế,

có những tranh chấp phát sinh từ các giao dịch trái pháp luật thì các bên cũng vẫn thương lượng với nhau.

Hiện nay, thủ tục tiến hành thương lượng cũng đang bị bỏ ngỏ. Mọi cuộc thương lượng giữa các bên tranh chấp hoàn toàn mang tính tự phát, nhiều khi thương lượng thất bại ngay từ những phút đầu tiên do các bên lúng túng trong việc sử dụng thủ tục thương lượng.

Thương lượng là hình thức giải quyết tranh chấp kinh doanh do các bên tranh chấp trực tiếp thực hiện. Phương thức thương lượng cho phép các chủ thể tranh chấp chủ động dàn xếp và kiểm soát quá trình giải quyết tranh chấp. Tuy nhiên, cho đến nay, pháp luật Việt Nam chưa có quy định về hình thức pháp lý của việc ghi nhận kết quả thương lượng giữa các bên tranh chấp trong việc giải quyết tranh chấp.

Pháp luật của các quốc gia có nền kinh tế thị trường phát triển đều quy định hình thức pháp lý của việc ghi nhận kết quả thương lượng là biên bản. Nội dung chủ yếu của biên bản thương lượng phải đề cập các vấn đề sau:

- Những sự kiện pháp lý có liên quan;
- Chính kiến của mỗi bên (sự bất đồng);
- Các giải pháp được đề xuất;
- Những thỏa thuận, cam kết đã đạt được.

Thông thường, khi biên bản thương lượng được lập một cách hợp lệ, những thỏa thuận trong biên bản thương lượng được coi là có giá trị pháp lý như hợp đồng và đương nhiên nó có giá trị bắt buộc đối với các bên. Trong trường hợp kết quả thương lượng không được một bên tự giác thực hiện vì

thiếu thiện chí, biên bản thương lượng sẽ được bên kia sử dụng như một chứng cứ quan trọng xuất trình trước các cơ quan tài phán để yêu cầu các cơ quan này thừa nhận và cưỡng chế thi hành những thỏa thuận nói trên.

Pháp luật Việt Nam thừa nhận hình thức giải quyết tranh chấp thông qua thương lượng song lại không thừa nhận khả năng cưỡng chế thi hành những cam kết của các bên trong biên bản thương lượng. Đây là rào cản lớn nhất và trên thực tế nó loại bỏ phần lớn khả năng trao đổi, đàm phán trong các vụ tranh chấp.

Như vậy, mặc dù thương lượng là biện pháp giải quyết tranh chấp có nhiều ưu điểm và luôn được khuyến khích, song chỉ khi khắc phục được những điểm yếu như trên thì thương lượng mới có thể trở thành một biện pháp hữu hiệu đối với doanh nghiệp Việt Nam trong giải quyết tranh chấp phát sinh trong quá trình tham gia vào hoạt động thương mại quốc tế.

2. Thực trạng về phương thức hòa giải

Như đã phân tích ở phần trên, hòa giải luôn được coi là một trong những phương thức giải quyết tranh chấp kinh doanh thương mại quan trọng và có hiệu quả. Ở Việt Nam, phương thức hòa giải đã được sử dụng nhưng phạm vi và hiệu quả áp dụng còn ở mức khiêm tốn. Đặc biệt, hòa giải với tư cách là một phương thức giải quyết tranh chấp thay thế dường như được coi là công việc riêng tư của các bên nên cho đến thời điểm hiện tại hầu như không có văn bản nào quy định cụ thể, hướng dẫn chi tiết về quy trình, thủ

tục, nội dung, hiệu lực của phương thức giải quyết tranh chấp này.

Nghị quyết số 49-NQ/TW của Bộ Chính trị ngày 02-6-2005 về chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020 đã khẳng định: “khuyến khích việc giải quyết một số tranh chấp thông qua thương lượng, hòa giải, Trọng tài; Tòa án hỗ trợ bằng quyết định công nhận việc giải quyết đó”. Đây là chủ trương rất quan trọng làm cơ sở cho việc xây dựng các quy định pháp luật về các phương thức giải quyết tranh chấp thay thế như hòa giải, Trọng tài.

Pháp luật hiện hành đã có một số quy định liên quan đến hòa giải tranh chấp kinh doanh, thương mại, tuy nhiên mới chỉ được ghi nhận trong pháp luật thực định ở những nguyên tắc cơ bản.

Điều 12 Bộ luật dân sự năm 2005 quy định: “Trong quan hệ dân sự, việc hòa giải giữa các bên phù hợp với quy định của pháp luật được khuyến khích. Không ai được dùng vũ lực hoặc đe dọa dùng vũ lực khi tham gia quan hệ dân sự, giải quyết các tranh chấp dân sự”.

Điều 11 Luật thương mại năm 2005 quy định về nguyên tắc tự do, tự nguyện thỏa thuận trong hoạt động thương mại: “các bên có quyền tự do thỏa thuận không trái với các quy định của pháp luật, thuần phong mỹ tục và đạo đức xã hội để xác lập các quyền và nghĩa vụ của các bên trong hoạt động thương mại...”

Điều 317 Luật thương mại năm 2005 có quy định hòa giải là một trong những phương thức giải quyết tranh chấp nhưng hình thức này chưa được quy định một cách cụ thể.

Điều 14 Luật đầu tư năm 2014 quy định: “Tranh chấp liên quan đến hoạt động đầu tư kinh doanh tại Việt Nam được giải quyết thông qua thương lượng, hoà giải. Trường hợp không thương lượng, hoà giải được thì tranh chấp được giải quyết tại Trọng tài hoặc Tòa án...”.

Trong Luật Trọng tài thương mại năm 2010 cũng có một số quy định về hoà giải. Việc quy định thương lượng, hoà giải trong tổ tụng Trọng tài nhằm tăng cường vai trò của các hình thức giải quyết tranh chấp thay thế, khuyến khích các bên tranh chấp sử dụng chúng; tăng cường vai trò hỗ trợ của Nhà nước (Tòa án). Thực tiễn giải quyết tranh chấp nhiều nước trên thế giới cho thấy việc sử dụng các hình thức giải quyết tranh chấp thay thế mang tính chất rất phổ biến. Có thể lấy nhiều minh chứng trong số đó như Philippin, Ấn Độ, Malaixia, Xingapo, Nhật Bản, Hoa Kỳ, Canada... Điều khoản này cũng nhằm khuyến khích các bên tranh chấp giải quyết tranh chấp của mình một cách hoà bình, nghĩa là bằng thương lượng, hoà giải trước khi đưa vụ tranh chấp ra Trọng tài. Khi đã thương lượng hoặc có trung gian hoà giải thì mối quan hệ giữa các bên sẽ có sự thân thiện. Hình thức của nó cũng linh hoạt và mềm dẻo. Hoà giải nếu được thực hiện tốt thì sẽ rất nhanh chóng về thời gian và tiết kiệm được chi phí. Chi phí xét xử của Trọng tài đã rất thấp nhưng nếu tham gia hoà giải lại còn thấp hơn. Quy trình và thủ tục hoà giải cũng rất đơn giản.

Năm 2010, Quốc hội đã ban hành Luật bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng. Luật này có hiệu lực thi hành kể từ ngày 01-7-2011. Điều 30 Luật bảo vệ người tiêu dùng năm 2010

có quy định hòa giải là một trong những phương thức để giải quyết tranh chấp giữa người tiêu dùng và tổ chức, cá nhân sản xuất kinh - doanh hàng hóa.

Trong các điều ước quốc tế mà Việt Nam tham gia như: các hiệp định bảo hộ và khuyến khích đầu tư, các hiệp định thương mại song phương và đa phương cũng có những quy định về áp dụng phương thức thương lượng, hòa giải như là các biện pháp ưu tiên trong việc giải quyết các tranh chấp phát sinh. Hiện tại ở Việt Nam, chưa có văn bản pháp luật nào điều chỉnh về trình tự, thủ tục hòa giải một cách đầy đủ. Cho đến nay, mới chỉ có hai Trung tâm Trọng tài có quy tắc hòa giải là Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam (VIAC) và Trung tâm Trọng tài quốc tế Thái Bình Dương, nhưng chỉ có VIAC là đã xây dựng và ban hành được quy tắc hòa giải riêng của mình còn Trung tâm Trọng tài quốc tế Thái Bình Dương áp dụng Quy tắc hòa giải của UNCITRAL. Đây là một nỗ lực lớn của VIAC trong việc định hướng cho các bên lựa chọn Hòa giải viên và khuyến nghị trình tự thủ tục cho các bên lựa chọn làm căn cứ cho quá trình hòa giải với tính chất là một thủ tục giải quyết tranh chấp thay thế.

Trong khi đó ở nhiều quốc gia, họ đã có Luật hòa giải thương mại. Hầu hết các tổ chức Trọng tài thương mại lớn trên thế giới đều có quy tắc hòa giải và tổ chức việc hòa giải nhằm giúp các tổ chức, cá nhân kinh doanh giải quyết tranh chấp một cách nhanh chóng và hiệu quả. Hoạt động hòa giải đã thể hiện được những ưu điểm rõ rệt về thời gian, chi phí và hiệu quả, thu hút được sự chú ý của đông đảo giới luật sư và doanh nghiệp. Chẳng hạn, tại Xingapo,

theo số liệu thống kê của Trung tâm Hòa giải Xingapo (SMC), tính tới tháng 4 năm 2009, đã có 1.400 vụ tranh chấp được đưa tới trung tâm này để hòa giải, trong đó tỷ lệ hòa giải thành công chiếm khoảng 75%. Trong số các vụ tranh chấp được hòa giải thành, trên 90% được giải quyết chỉ trong vòng một ngày làm việc. Các tranh chấp được đưa ra hòa giải tại đây rất đa dạng từ các tranh chấp trong lĩnh vực ngân hàng, xây dựng, hợp đồng, công ty, bảo hiểm, hàng hải cho tới các loại tranh chấp trong lĩnh vực hôn nhân và gia đình, lao động, công nghệ thông tin, bồi thường thiệt hại... Ngay cả những vụ tranh chấp có giá trị lớn (trên 90 triệu đô la Xingapo) cũng đã được tiến hành hòa giải tại SMC. Về mặt chi phí, các bên tranh chấp rõ ràng cũng đã tiết kiệm được một khoản chi phí rất lớn nếu so với tố tụng tại Tòa án. Ví dụ, đối với một vụ tranh chấp thuộc thẩm quyền của Tòa chung thẩm ("High Court"), nếu các bên chọn con đường hòa giải tại SMC, các bên có thể tiết kiệm được tới 80.000 đô la Xingapo. Trong một cuộc khảo sát được thực hiện vào cuối năm 2008 với 18.884 bên tranh chấp và 1.563 Luật sư đại diện cho các bên tranh chấp khi tham gia hòa giải tại SMC, trên 80% đối tượng được hỏi đã khẳng định tiết kiệm được chi phí và thời gian khi sử dụng phương thức này và trên 94% cho biết sẽ giới thiệu phương thức này cho các tổ chức cá nhân khác khi có tranh chấp tương tự¹.

1. ThS. Lưu Hương Ly: *Hòa giải trong thương mại và phát triển phương thức hòa giải trong thương mại ở Việt Nam*, đăng trên <http://danang.toaan.gov.vn/portal/page/portal/tandtc>.

Về thiết chế thực hiện hòa giải:

Mặc dù hòa giải đã được pháp luật quy định thành một nguyên tắc và được các nhà kinh doanh ghi nhận là phương thức giải quyết tranh chấp có hiệu quả, nhưng trong thực tế ở Việt Nam, còn thiếu sự nghiên cứu một cách có hệ thống để làm rõ các vấn đề lý thuyết về hòa giải, đưa ra các mô hình hòa giải có hiệu quả. Luật hòa giải cơ sở năm 2013 là văn bản pháp luật có hiệu lực pháp lý cao nhất quy định đầy đủ và đồng bộ các vấn đề về hòa giải ở cơ sở. Luật này quy định nguyên tắc, chính sách của Nhà nước về hòa giải ở cơ sở, Hòa giải viên, tổ hòa giải; hoạt động hòa giải ở cơ sở; trách nhiệm của cơ quan, tổ chức trong hoạt động hòa giải ở cơ sở. Tuy nhiên, Luật hòa giải ở cơ sở năm 2013 chủ yếu được áp dụng đối với những việc được quy định trong Điều 3 của Luật này mà không áp dụng đối với những tranh chấp thương mại.

Ở Việt Nam, việc hoàn thiện hệ thống pháp luật nói chung và hệ thống pháp luật về giải quyết tranh chấp thay thế nói riêng vẫn theo lối cắt khúc thành từng mảng và chưa thành hệ thống. Tư tưởng phân chia hệ thống pháp luật thành các ngành luật dựa trên đối tượng điều chỉnh và phương pháp điều chỉnh đã ngự trị trong nhiều năm qua không chỉ ở trong học thuật mà còn ở trong hoạt động xây dựng pháp luật. Chính vì thế, ở Việt Nam, có cách tiếp cận là thương mại thuộc lĩnh vực kinh tế chứ không phải dân sự nên khi xây dựng Pháp lệnh hòa giải ở cơ sở cũng như Luật hòa giải cơ sở chỉ đề cập những tranh chấp dân sự

theo nghĩa hẹp mà không điều chỉnh những tranh chấp thương mại.

Hiện nay, tại Việt Nam, phương thức hoà giải thường được tiến hành kết hợp với phương thức tố tụng trọng tài hay Tòa án, theo đó, việc hòa giải giữa các bên tranh chấp chủ yếu do các Thẩm phán hoặc Trọng tài viên tiến hành trong quá trình tố tụng. Ngoài ra, trên thực tế, các bên tranh chấp cũng có thể nhờ tới các chuyên gia là những người có kỹ năng và kinh nghiệm về hòa giải hoặc một chuyên gia có uy tín trong lĩnh vực đang tranh chấp (như tài chính, vận tải, ngân hàng, bảo hiểm...) đứng ra thực hiện việc hòa giải. Trung tâm hòa giải với tư cách tổ chức hòa giải thương mại chuyên nghiệp mới bắt đầu được hình thành với việc Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam bên cạnh Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam (VIAC) đưa ra Bộ quy tắc hoà giải và bắt đầu cung cấp dịch vụ này vào năm 2007. Chúng ta có Trung tâm hòa giải thuộc Hiệp hội bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng, song đây là một tổ chức bảo vệ người tiêu dùng, không phải là một tổ chức trung lập, chưa đáp ứng các tiêu chuẩn về hòa giải. Ví dụ, một trong các yêu cầu của cuộc hòa giải là bí mật tuyệt đối thông tin thu được từ các bên tranh chấp, trong khi đó một số cuộc hòa giải chưa kết thúc tại Trung tâm hòa giải thì Hòa giải viên đã thông tin với báo chí và ngay lập tức báo chí đăng tin về các vi phạm của người sản xuất với lý do công bố trên báo chí để nhà sản xuất rút kinh nghiệm và để cho người tiêu dùng biết các thông tin về sản phẩm, bảo vệ người tiêu dùng.

Vấn đề đào tạo Hòa giải viên cũng chưa được đặt ra. Hiện nay chưa có cơ sở đào tạo hay một cơ quan, tổ chức nào được Nhà nước cho phép đào tạo kỹ năng hòa giải cho những người mong muốn trở thành Hòa giải viên nên phần lớn việc thực hiện hòa giải của người thứ ba - Hòa giải viên do các bên lựa chọn hầu như là dựa trên kiến thức, kinh nghiệm tích lũy được của bản thân mà chưa mang tính chuyên nghiệp. Trong khi đó, ở các nước có nền kinh tế thị trường phát triển, một người muốn trở thành một Hòa giải viên thì phải qua một khóa đào tạo về kỹ năng hành nghề. Kết thúc khóa học họ sẽ được nhận chứng chỉ hành nghề Hòa giải viên. Do pháp luật quy định về Hòa giải viên chưa thật cụ thể nên khi áp dụng thủ tục hòa giải, các bên thỏa thuận lựa chọn Hòa giải viên hoàn toàn trên cơ sở quen biết cá nhân. Điều này khó tránh khỏi tình trạng lựa chọn những người, những tổ chức không phù hợp làm người hòa giải.

Về quy tắc hòa giải:

Hòa giải, với tính chất là một phương thức giải quyết tranh chấp thay thế có nhiều đặc điểm ưu việt nhưng mới chỉ được ghi nhận trong pháp luật nước ta ở mức độ những nguyên tắc chung. Pháp luật Việt Nam cho đến nay, vẫn chưa có quy định cụ thể về thủ tục hòa giải ra sao, thời điểm bắt đầu thủ tục hòa giải là từ khi nào. Thiếu sót đó đang làm cho những quy định về nguyên tắc hòa giải trong giải quyết tranh chấp thương mại trong nước cũng như quốc tế vẫn nặng về hình thức. Các doanh nghiệp muốn sử dụng hòa giải để giải quyết tranh chấp rất khó áp dụng do

không biết phải thực hiện theo trình tự, thủ tục thế nào, nên việc hòa giải hầu hết được thực hiện đều mang tính tự phát. Nhiều khi việc hòa giải bị thất bại ngay từ đầu do các bên tranh chấp lúng túng trong việc sử dụng thủ tục hòa giải...

Khi tiến hành hòa giải, thông thường, các bên cần phải tiến hành một thủ tục gồm các bước sau:

Thứ nhất, các bên nêu vấn đề và nguyện vọng giải quyết tranh chấp bằng hòa giải:

Khi một bên phát hiện thấy có tranh chấp thì một bên hoặc các bên phải liên hệ ngay với bên kia, thông báo cho bên kia biết về quan điểm và ý định giải quyết tranh chấp bằng thủ tục hòa giải. Nếu bên kia chấp nhận thì tranh chấp sẽ được giải quyết bằng hòa giải, nếu không chấp nhận thì vụ việc sẽ được giải quyết bằng Trọng tài hoặc Tòa án.

Thứ hai, các bên lựa chọn Hòa giải viên:

Việc lựa chọn Hòa giải viên của các bên có thể được tiến hành như sau:

Các bên thỏa thuận cùng chọn một Hòa giải viên hoặc mỗi bên chọn một Hòa giải viên, sau đó các Hòa giải viên này sẽ thống nhất lựa chọn một Hòa giải viên thứ ba. Người thứ ba này sẽ đóng vai trò là chủ tịch Ủy ban hòa giải/Hội đồng hòa giải.

Thứ ba, các bên có thể trực tiếp hoặc gián tiếp trao đổi ý kiến, quan điểm, nguyện vọng giải quyết tranh chấp của mình. Hòa giải viên sẽ hỗ trợ các bên trong việc hòa giải, nêu ra những khuyến nghị cần thiết. Nếu các bên không tự

tìm ra được phương án giải quyết thì Hòa giải viên có thể đưa ra một số phương án để cho các bên có thể lựa chọn một phương án phù hợp.

Thứ tư, ghi nhận kết quả thương lượng:

Nếu các bên tranh chấp có thể thỏa thuận với nhau về phương án giải quyết tranh chấp thì Hòa giải viên lập một biên bản hòa giải thành. Thông thường, biên bản hòa giải thành được xem như một hợp đồng mới hoặc một phụ lục hợp đồng. Các bên thi hành thỏa thuận hòa giải trên cơ sở tự nguyện.

Hiện tại ở Việt Nam, mới chỉ có VIAC xây dựng và ban hành Quy tắc hòa giải. Quy tắc hòa giải gồm 20 điều, có hiệu lực từ ngày 10-9-2007. Quy tắc hòa giải này áp dụng cho việc hòa giải tranh chấp phát sinh từ hoặc liên quan tới quan hệ pháp lý trong hoạt động thương mại, khi các bên quyết định tiến hành hòa giải tranh chấp của mình thông qua VIAC.

Quy tắc này có một số điểm nổi bật như sau: Các bên được quyền tự do lựa chọn Hòa giải viên theo danh sách do VIAC giới thiệu hoặc người ngoài danh sách đó; các Hòa giải viên phải tuân thủ nguyên tắc độc lập, vô tư, khách quan và phải tôn trọng thỏa thuận của các bên cũng như tính tới tập quán thương mại, thực tiễn kinh doanh của các bên, các bối cảnh liên quan đến tranh chấp để tiến hành hòa giải; nghĩa vụ giữ bí mật của Hòa giải viên và các bên đối với những tổ chức, cá nhân không liên quan; các bên và Hòa giải viên được chủ động đề xuất phương án giải quyết tranh chấp; các bên cam kết không tiến hành bất cứ tố tụng

Trọng tài hoặc Toà án nào đối với tranh chấp đang là đối tượng của quá trình hoà giải; khi hoà giải thành, các bên kết thúc tranh chấp và bị ràng buộc bởi thoả thuận hoà giải đã ký theo các quy định của pháp luật dân sự.

Quy tắc cũng có quy định trình tự tiến hành một phiên hoà giải như sau: Khởi đầu quá trình hoà giải, bên có yêu cầu hoà giải phải gửi đơn đến VIAC trình bày nội dung tranh chấp và yêu cầu của mình; đồng thời nộp tạm ứng phí hoà giải. Trong thời hạn 05 ngày làm việc, kể từ ngày nhận được đơn yêu cầu hoà giải và tạm ứng phí hoà giải, VIAC thông báo cho bên kia biết về nội dung của việc hoà giải và yêu cầu nộp tạm ứng phí hoà giải. Trong vòng 15 ngày kể từ ngày nhận được thông báo, bên nhận được yêu cầu hoà giải phải thông báo cho VIAC biết về việc chấp nhận hay từ chối hoà giải.

Trong trường hợp VIAC nhận được trả lời không đồng ý hoà giải hoặc nếu hết thời hạn 15 ngày nêu trên mà VIAC không nhận được trả lời thì đơn yêu cầu hoà giải coi như bị bác và VIAC thông báo cho bên gửi đơn yêu cầu hoà giải biết.

Quá trình hoà giải bắt đầu khi VIAC nhận được thông báo chấp nhận hoà giải bằng văn bản và tạm ứng phí hoà giải của bên nhận được yêu cầu hoà giải. Mọi chấp nhận hoà giải phải được làm thành văn bản hoặc các hình thức có giá trị tương đương văn bản, bao gồm điện báo, telex, fax, thông điệp dữ liệu và các hình thức khác theo quy định của pháp luật.

Trong trường hợp các bên cùng có đơn yêu cầu hoà giải

gửi tới VIAC thì quá trình hoà giải bắt đầu từ thời điểm VIAC nhận được đơn yêu cầu và tạm ứng phí hoà giải.

Trong trường hợp các bên đều chấp nhận hòa giải, thủ tục chỉ định Hòa giải viên sẽ được tiến hành theo quy định tại Điều 4 của Quy tắc. Hòa giải viên, ngay sau khi được chỉ định, yêu cầu mỗi bên nộp bản trình bày ý kiến của mình về các vấn đề đang tranh chấp. Mỗi bên đồng thời phải gửi bản trình bày đó cho phía bên kia. Tại bất cứ thời điểm nào của quá trình hoà giải, Hoà giải viên có thể yêu cầu một hoặc các bên nộp cho mình bản trình bày và các căn cứ bổ sung về những vấn đề liên quan đến vụ tranh chấp, hoặc bất cứ tài liệu nào xét thấy cần thiết cho việc hoà giải.

Hoà giải viên có thể trực tiếp gặp từng bên hoặc các bên và cũng có thể giao dịch, trao đổi với họ dưới bất kỳ hình thức nào. Trừ khi các bên có thoả thuận về nơi gặp gỡ với Hoà giải viên, việc tổ chức nơi gặp gỡ sẽ do Hoà giải viên quyết định, có tính tới hoàn cảnh của quá trình hoà giải.

Hoà giải viên có thể, tại bất kỳ thời điểm nào của quá trình hoà giải, đưa ra đề xuất về giải quyết tranh chấp. Đề xuất đó không nhất thiết phải lập bằng văn bản và không cần phải kèm theo lý do. Khi xuất hiện những khả năng cho việc giải quyết tranh chấp có thể được cả hai bên chấp nhận, thì Hoà giải viên soạn thảo hoặc hỗ trợ các bên soạn thảo thoả thuận hoà giải. Bằng việc ký vào văn bản thoả thuận hoà giải, các bên kết thúc tranh chấp và bị ràng buộc bởi thoả thuận hoà giải đó theo các quy định của pháp luật dân sự.

Quá trình hoà giải sẽ chấm dứt vào ngày mà các bên ký vào văn bản thoả thuận hoà giải. Cũng có thể, vào ngày công bố văn bản của Hoà giải viên về việc không thể giải quyết vụ tranh chấp bằng hoà giải sau khi Hoà giải viên đã nỗ lực hỗ trợ, nhưng các bên không thể đạt được một thoả thuận hoà giải. Cũng có khi, hoà giải chấm dứt khi một bên hoặc các bên gửi tới Hoà giải viên yêu cầu chấm dứt hoà giải. Cũng có thể vào ngày, một bên hoặc các bên đưa vụ tranh chấp đang là đối tượng của quá trình hoà giải ra kiện tại Trọng tài hoặc Tòa án. Trong quá trình hoà giải, các bên phải cam kết không tiến hành bất cứ tố tụng Trọng tài hoặc Tòa án nào đối với tranh chấp đang là đối tượng của quá trình hoà giải. Trong quá trình hoà giải, nếu một bên hoặc các bên đưa vụ tranh chấp đang là đối tượng của quá trình hoà giải ra kiện tại Trọng tài hoặc Tòa án thì việc hoà giải mặc nhiên bị coi là chấm dứt.

Các bên phải ký cam kết, dưới bất cứ hình thức nào, không sử dụng làm căn cứ hay bằng chứng trong những vụ kiện tại bất kỳ cơ quan Trọng tài hay Tòa án nào mà nội dung vụ kiện liên quan đến tranh chấp là đối tượng của quá trình hoà giải: Băng ghi âm, ghi hình, ảnh chụp, bản ghi chép nội dung các cuộc tiếp xúc trong quá trình hoà giải; các quan điểm hoặc những đề nghị mà bên kia đưa ra về giải pháp cho tranh chấp; sự chấp nhận mà bên kia đưa ra trong quá trình hoà giải; những đề xuất mà Hoà giải viên đưa ra, sự chấp nhận của một bên đối với đề xuất về giải quyết tranh chấp đó.

Việc ban hành Quy tắc hòa giải của VIAC và việc xây

dựng một số điều khoản về hòa giải và thương lượng trong Luật Trọng tài thương mại năm 2010 thể hiện, hòa giải đã bắt đầu có xu hướng phát triển thành một phương thức giải quyết tranh chấp kinh doanh thương mại độc lập ở Việt Nam.

Qua việc nghiên cứu các quy định về hòa giải trong pháp luật Việt Nam cho thấy, vấn đề bảo mật thông tin chưa được giải quyết triệt để. Vấn đề này có thể trở thành rào cản pháp luật rất lớn đối với sự phát triển của phương thức hòa giải tại Việt Nam trong thời gian sắp tới. Vấn đề bảo mật có vai trò rất quan trọng, bởi vì, hòa giải chỉ có thể trở nên hấp dẫn nếu các bên tin tưởng rằng, các thông tin liên quan đến hòa giải sẽ được giữ bí mật và niềm tin này phải được củng cố bằng việc quy định nghĩa vụ bảo mật của các bên và của Hòa giải viên. Thông tin muốn nói đến ở đây không chỉ là các thông tin được tiết lộ trong quá trình hòa giải mà còn bao hàm cả diễn biến và kết quả của quá trình hòa giải, các nội dung liên quan đến việc hòa giải được xử lý trước khi ký thỏa thuận hòa giải, ví dụ như: các điều khoản của thỏa thuận hòa giải, đề nghị hòa giải, việc chấp nhận đề nghị hòa giải hay việc từ chối đề nghị hòa giải, v.v..

Thực tiễn phát triển của phương thức hòa giải trên thế giới cho thấy, chìa khóa thành công của phương thức này phụ thuộc rất nhiều vào sự cởi mở của các bên trong việc chia sẻ các thông tin liên quan đến vụ tranh chấp. Vấn đề đặt ra là, liệu các bên có “dám” trao đổi thẳng thắn và cởi mở với nhau không nếu như pháp luật chưa có cơ chế nào

để bảo đảm tính bảo mật của các thông tin được trao đổi trong quá trình hòa giải? Bước đầu, tại khoản 3 Điều 4 Luật hòa giải ở cơ sở năm 2013, về nguyên tắc hoạt động hòa giải ở cơ sở: "khách quan, công bằng, kịp thời; có lý, có tình; giữ bí mật thông tin đòi tư của các bên...". Bộ luật tố tụng dân sự năm 2004 (sửa đổi, bổ sung năm 2011) chưa có quy định cụ thể nào nhằm hạn chế quyền của Tòa án trong việc triệu tập Hòa giải viên như là một nhân chứng của vụ án. Trong khi Bộ luật tố tụng dân sự năm 2004 (sửa đổi, bổ sung năm 2011) đã có quy định người làm chứng được từ chối khai báo nếu lời khai của mình liên quan đến bí mật nghề nghiệp nhưng lại không có quy định, liệu những thông tin mà Hòa giải viên có được trong quá trình hòa giải có được coi là bí mật nghề nghiệp và Hòa giải viên có quyền từ chối cung cấp những thông tin này?¹. Như vậy, vấn đề bảo mật các thông tin, tài liệu trong quá trình hòa giải và vấn đề hạn chế việc triệu tập Hòa giải viên với tư cách người làm chứng vẫn là những vấn đề chưa được quy định rõ trong pháp luật Việt Nam.

Vấn đề sử dụng chứng cứ thu được từ thủ tục hòa giải vào thủ tục khác cũng đang là vấn đề bị bỏ ngỏ trong pháp luật Việt Nam. Kinh nghiệm của nhiều nước trên thế giới về vấn đề này là, họ thường coi việc cấm sử dụng các thông tin nhận được từ trong quá trình hòa giải vào một thủ tục khác là một nguyên tắc chung của hòa giải thương mại.

1. ThS. Lưu Hương Ly: *Hòa giải trong thương mại và phát triển phương thức hòa giải trong thương mại ở Việt Nam, Tlđđ.*

Trong thủ tục hòa giải, các bên thường đưa ra những đề xuất hay ý kiến của mình, hay thừa nhận một vài sự việc nhằm mục đích giải quyết những bất đồng, mâu thuẫn. Nhưng có thể với những nỗ lực đó, hòa giải vẫn không thành và một bên tiến hành thủ tục tố tụng Trọng tài hay Tòa án thì các ý kiến, sự thừa nhận nói trên có thể bị sử dụng để chống lại phía bên kia. Điều này khiến bên đang tích cực tìm kiếm các giải pháp giải quyết tranh chấp trong quá trình hòa giải nản lòng, và vì thế, làm giảm lợi thế của thủ tục giải quyết này. Vì vậy, pháp luật của một số nước và pháp luật thương mại quốc tế thường có quy định là, khuyến khích các bên trao đổi thẳng thắn và trung thực với nhau trong quá trình hòa giải bằng cách cấm sử dụng những thông tin được tiết lộ trong quá trình hòa giải vào bất kỳ một thủ tục tố tụng tiếp theo nào và cấm việc Hòa giải viên đã tham gia hòa giải lại tham gia vào một thủ tục tố tụng khác có cùng đối tượng giải quyết tranh chấp; đồng thời, quy định các chứng cứ này không được chấp nhận và Hội đồng Trọng tài hay Tòa án không được công bố chúng.

Trong Bộ luật tố tụng dân sự năm 2004 (sửa đổi, bổ sung năm 2011) cũng có quy định, Tòa án không công bố công khai chứng cứ có liên quan đến bí mật nghề nghiệp và bí mật kinh doanh theo yêu cầu chính đáng của đương sự. Tuy nhiên, pháp luật chỉ yêu cầu Tòa án không công bố công khai chứ không cấm Tòa án sử dụng nhằm chống lại một bên. Như vậy, vấn đề sử dụng chứng cứ thu được từ thủ tục hòa giải trong một thủ tục khác vẫn là vấn đề chưa được pháp luật Việt Nam giải quyết.

Pháp luật Việt Nam hiện nay chưa có quy định về giá trị pháp lý của các biên bản hòa giải thành. Vì thế, pháp luật Việt Nam cần phải quy định trong trường hợp các bên đã có thỏa thuận hòa giải thì biên bản hòa giải phải có hiệu lực pháp luật. Tòa án và Trọng tài không được thụ lý vụ án trong trường hợp các bên đã có thỏa thuận hòa giải. Thỏa thuận hòa giải phải được Tòa án công nhận. Các bên có nghĩa vụ thi hành thỏa thuận này. Theo kinh nghiệm của một số nước, khi các bên hòa giải thành thì hầu hết họ tự nguyện thi hành. Chỉ có rất ít trường hợp các bên không tự nguyện thi hành. Trong trường hợp này, các bên cũng không được kiện ra Tòa án về vụ việc đã tiến hành hòa giải. Tòa án cũng không xét xử lại vụ án mà chỉ xem xét biên bản hòa giải thành và coi biên bản hòa giải thành như một hợp đồng mới, khi đó, việc một bên không tự nguyện thi hành sẽ bị xem như là sự vi phạm hợp đồng. Trong trường hợp các bên không tự nguyện thi hành thì sẽ bị cưỡng chế. Còn ở Việt Nam, cũng giống như thương lượng, pháp luật không thừa nhận khả năng cưỡng chế thi hành những cam kết của các bên trong biên bản hòa giải thành. Với hạn chế này, các bên tranh chấp thường quyết định tiếp cận công lý dưới hình thức khác.

3. Thực trạng phương thức trọng tài

a) Các nguyên tắc cơ bản trong giải quyết tranh chấp bằng trọng tài:

a.1) Nguyên tắc tôn trọng quyền tự định đoạt của các bên tranh chấp:

Đây là nguyên tắc cốt lõi của toàn bộ quá trình tố tụng trọng tài, vì thực chất sự hình thành trọng tài là do ý chí tự nguyện của các bên đương sự. Khoản 1 Điều 3 Pháp lệnh Trọng tài thương mại năm 2003 quy định “*Tranh chấp được giải quyết bằng Trọng tài, nếu trước hoặc sau khi xảy ra tranh chấp các bên có thoả thuận Trọng tài*”. Nguyên tắc này thể hiện các bên có toàn quyền lựa chọn hay không lựa chọn phương thức Trọng tài để giải quyết tranh chấp; nếu các bên đã có thoả thuận Trọng tài mà một bên kiện ra Tòa án thì Tòa án không có thẩm quyền thụ lý giải quyết vụ tranh chấp này. Các bên tranh chấp được quyền thoả thuận với nhau để lựa chọn một hình thức trọng tài, một Trung tâm Trọng tài phù hợp để giải quyết tranh chấp; các bên tranh chấp được chọn Trọng tài viên để thành lập Hội đồng Trọng tài giải quyết vụ việc. Trường hợp nghi ngờ tính vô tư, khách quan của Trọng tài viên thì có thể yêu cầu thay đổi Trọng tài viên; và cao hơn nữa họ còn có quyền thoả thuận các quy tắc tố tụng của Trọng tài; được quyền rút lại, thay đổi hoặc bổ sung yêu cầu, có thể thoả thuận để lựa chọn địa điểm tiến hành Trọng tài phù hợp. Thậm chí, trong quá trình tố tụng, các bên có quyền thoả thuận giải quyết tranh chấp và quyết định việc chấm dứt tố tụng Trọng tài.

Tuy nhiên, quyền tự do của các bên trong việc lựa chọn thủ tục Trọng tài nào được tiến hành không phải là không có giới hạn. Đối với các vụ tranh chấp có yếu tố nước ngoài, các thủ tục do các bên đặt ra phải tuân theo những quy định bắt buộc và yêu cầu về lợi ích công cộng của pháp

luật nơi tiến hành Trọng tài. Đồng thời, cũng phải xem xét những quy định trong các công ước quốc tế về Trọng tài nhằm bảo đảm quá trình phân xử được tiến hành một cách công bằng. Nếu điều này không được thực hiện thì quyết định Trọng tài có thể bị hủy hoặc bị từ chối công nhận và thi hành¹.

Việc dành cho các bên quyền định đoạt về nhiều vấn đề trong quá trình giải quyết tranh chấp là hoàn toàn phù hợp với hoạt động kinh doanh vốn linh hoạt và đầy nhạy cảm. Có thể nói, đây là ưu thế nổi trội của Trọng tài so với Tòa án trong việc giải quyết các tranh chấp về kinh doanh thương mại, tạo nên sự hấp dẫn của Trọng tài đối với các nhà kinh doanh.

a.2) *Nguyên tắc Trọng tài viên phải độc lập, khách quan, vô tư và tuân thủ pháp luật*: Các Trọng tài viên chỉ căn cứ vào pháp luật và các tình tiết thực tế để làm sáng tỏ sự thật khách quan nhằm giải quyết đúng đắn vụ tranh chấp. Các Trọng tài viên tham gia Hội đồng Trọng tài, không chịu sự chỉ đạo và tác động của bất kỳ tổ chức, cá nhân nào và hoàn toàn độc lập với nhau khi tham gia giải quyết tranh chấp. Hội đồng Trọng tài ra quyết định theo nguyên tắc đa số, Trọng tài viên có ý kiến thiểu số được bảo lưu ý kiến của mình và được ghi nhận ý kiến đó trong biên bản phiên họp Trọng tài.

Để bảo đảm tính vô tư, khách quan của Trọng tài viên

1. Alan Redfeen, Martin Hunter, Nigel Blackaby: *Constantine Partasides, Pháp luật và thực tiễn Trọng tài thương mại quốc tế*, Tlđđ, tr.320.

khi tham gia giải quyết tranh chấp, pháp luật về Trọng tài quy định, Trọng tài viên phải từ chối giải quyết vụ tranh chấp hoặc bị thay đổi nếu là người thân thích của một bên hoặc có lợi ích liên quan đến vụ tranh chấp hoặc có căn cứ rõ ràng cho thấy, Trọng tài viên không vô tư, khách quan khi làm nhiệm vụ (Điều 12 Luật Trọng tài thương mại năm 2010). Quyết định Trọng tài có thể bị Tòa án hủy nếu có Trọng tài viên không vô tư, khách quan khi tham gia giải quyết tranh chấp.

a.3) *Nguyên tắc xét xử không công khai*: Đây chính là một trong những ưu thế nổi trội của Trọng tài so với Tòa án vì nó hợp với mong muốn của các nhà kinh doanh. Với nguyên tắc xét xử không công khai, việc giải quyết các tranh chấp tại Trọng tài hạn chế được việc tiết lộ bí mật, bí quyết kinh doanh và không ảnh hưởng tới uy tín kinh doanh của các bên tranh chấp. Theo nguyên tắc này, các phiên họp Trọng tài không công khai (khoản 1 Điều 55 Luật Trọng tài thương mại năm 2010); ngoài Trọng tài viên và các bên tranh chấp không ai được tham dự trừ khi có sự đồng ý của các bên; Trọng tài viên phải bảo đảm giữ bí mật những vấn đề liên quan đến hoạt động kinh doanh của các bên mà mình biết được trong quá trình giải quyết tranh chấp (khoản 3 và 5 Điều 21 Luật Trọng tài thương mại năm 2010); phán quyết của trọng tài không được công bố công khai trừ khi được các bên cho phép...

a.4) *Nguyên tắc xét xử một lần*: Đây là nguyên tắc đặc trưng của Trọng tài, theo đó phán quyết của Trọng tài, nếu không bị các bên yêu cầu Tòa án xem xét hủy do vi phạm

các quy định về tố tụng trọng tài thì sẽ có hiệu lực thi hành ngay, các bên phải nghiêm chỉnh chấp hành. Phán quyết trọng tài không thể bị kháng cáo (khoản 3 và 5 Điều 61 Luật Trọng tài thương mại năm 2010).

b) Thiết chế thực hiện và thiết chế hỗ trợ việc giải quyết tranh chấp bằng Trọng tài:

b.1) Trọng tài thương mại:

Pháp lệnh Trọng tài thương mại năm 2003 quy định hai hình thức Trọng tài là: Hội đồng Trọng tài do các bên thành lập (Trọng tài vụ việc/Trọng tài ad hoc) và Trọng tài quy chế (Trọng tài thường trực). Hình thức Trọng tài vụ việc lần đầu tiên được thừa nhận chính thức trong một văn bản pháp luật quan trọng áp dụng giải quyết tranh chấp trong quan hệ kinh tế trong nước và quan hệ kinh tế quốc tế. Đây được xem là điểm đổi mới đáng kể trong nội dung pháp luật về Trọng tài. Kế thừa các quy định của Pháp lệnh này, Điều 3 Luật Trọng tài thương mại năm 2010 vẫn tiếp tục quy định về hai hình thức Trọng tài này.

Điều 6 Điều 3 Luật Trọng tài thương mại năm 2010 quy định: *Trọng tài quy chế là hình thức giải quyết tranh chấp tại một Trung tâm Trọng tài theo quy định của Luật Trọng tài thương mại và quy tắc tố tụng của Trung tâm Trọng tài đó.* Trọng tài quy chế có trụ sở cố định, có bộ máy giúp việc, có một danh sách Trọng tài viên và có quy tắc tố tụng riêng. Các quy tắc được đặt ra bởi các tổ chức Trọng tài này có thể được áp dụng một cách hiệu quả trong thực tiễn và chúng có thể được sửa đổi thường xuyên với sự tư vấn của hàng loạt chuyên gia hoạt động thực tiễn để bảo đảm sự phù

hợp với sự phát triển của pháp luật và thực tiễn của Trọng tài thương mại. Khi giải quyết tranh chấp thông qua Trọng tài quy chế, các bên chỉ có thể lựa chọn Trọng tài viên từ danh sách Trọng tài viên của Trung tâm Trọng tài mà mình đã chọn. Việc giải quyết tranh chấp của Trọng tài viên được tiến hành trên cơ sở tuân thủ quy tắc tố tụng của trung tâm đó.

Việc có quy tắc tố tụng riêng biệt cùng với một danh sách các Trọng tài viên là các chuyên gia pháp lý, kinh tế và các nhà hoạt động thực tiễn có nhiều kinh nghiệm là ưu điểm nổi bật của Trọng tài quy chế. Khi đã lựa chọn Trọng tài quy chế, ở một thời điểm nào đó trong tương lai, một bên không muốn tiếp tục quy trình giải quyết bằng Trọng tài thì các Trung tâm Trọng tài vẫn bảo đảm tranh chấp được giải quyết bằng Trọng tài vì quy tắc tố tụng đã có quy định về việc giải quyết những trường hợp như vậy.

Tuy nhiên, giải quyết tranh chấp bằng Trọng tài quy chế còn có một số bất cập, đó là sự chậm trễ do việc cần thực hiện các bước nhất định trong thủ tục thông qua cơ cấu của Trung tâm Trọng tài và chi phí tốn kém bởi vì, ngoài việc phải trả thù lao cho các Trọng tài viên thì các bên còn phải thanh toán các khoản phí cho các dịch vụ hành chính, văn phòng và các dịch vụ khác cho việc giải quyết tranh chấp.

Trọng tài vụ việc, theo quy định của Luật Trọng tài thương mại năm 2010 đó là, phương thức Trọng tài tuân theo các quy định do chính các bên thỏa thuận. Các bên được tự do trình bày và thiết lập những quy định về thủ

tục dành cho mình bảo đảm sự công bằng cho các bên, phù hợp với tính chất và nội dung của tranh chấp. Đây là hình thức Trọng tài được thành lập nhằm giải quyết một vụ tranh chấp cụ thể và sẽ tự giải thể khi giải quyết xong tranh chấp đó. Trọng tài vụ việc không có trụ sở riêng, không có danh sách Trọng tài viên và không có quy tắc tố tụng riêng.

Lợi thế riêng biệt của Trọng tài vụ việc là nó có thể được tạo ra sao cho phù hợp với mong muốn của các bên và thực tiễn của vụ tranh chấp cụ thể. Để tránh sự phức tạp do phải thỏa thuận để xây dựng quy tắc tố tụng thì các bên tranh chấp có thể thỏa thuận với nhau về việc áp dụng một quy tắc tố tụng nào đó sẵn có, thường là những quy tắc tố tụng được thừa nhận rộng rãi, như bản Quy tắc tố tụng Trọng tài của UNCITRAL. Trọng tài vụ việc có độ linh động cao, các bên không bị ràng buộc bởi thời hạn, trình tự tố tụng như Trọng tài quy chế. Loại Trọng tài này thường thích hợp với những tranh chấp nhỏ và ít phức tạp.

Điểm bất lợi cơ bản của Trọng tài vụ việc là việc phụ thuộc quá nhiều vào sự hợp tác và sự hiểu biết pháp luật Trọng tài của các bên, và sự hỗ trợ của hệ thống pháp lý tại nơi giải quyết tranh chấp. Nếu một bên không có thiện chí, và không nắm được pháp luật Trọng tài thì quá trình tố tụng rất dễ có nguy cơ bị trì hoãn. Việc trì hoãn trong tố tụng trọng tài cũng có thể xảy ra khi có bên từ chối chỉ định Trọng tài viên, sự khó khăn trong việc kiểm chứng tính công minh của các Trọng tài viên. Nếu như một bên tỏ ra khó khăn hay ngoan cố ngay từ đầu thì không có Trọng tài nào trong thực tiễn cũng như không có quy định nào để

giải quyết tình huống này. Sự hỗ trợ duy nhất mà các bên có thể nhận được là từ Tòa án, nhưng nhiều khi sự hỗ trợ này cũng không đáp ứng được hết yêu cầu của các bên. Chỉ khi có Hội đồng Trọng tài được thành lập và những quy định phù hợp được ban hành thì Trọng tài vụ việc mới có thể thực hiện trôi chảy như Trọng tài quy chế, nếu như một bên không thể thực hiện hoặc từ chối vai trò của mình trong vụ kiện. Hơn nữa, Trọng tài vụ việc không có tổ chức nào giám sát trong quá trình Trọng tài và giám sát các Trọng tài viên nên có trường hợp phát sinh sự kiện các bên không dự liệu được trước thì quá trình Trọng tài dễ đi vào bế tắc.

Với việc thừa nhận hai hình thức Trọng tài cùng tồn tại song song, pháp luật Trọng tài thương mại Việt Nam đã có một bước tiến lớn để hài hòa với pháp luật trọng tài thương mại quốc tế và các nước trên thế giới. Nhưng làm thế nào để việc tiếp cận và sử dụng Trọng tài là sự lựa chọn đầu tiên mà các nhà kinh doanh mỗi khi tìm giải pháp cho việc giải quyết tranh chấp.

b.2) Các thiết chế hỗ trợ trong giải quyết tranh chấp bằng trọng tài:

Là tổ chức phi chính phủ, Trọng tài thương mại ở tất cả các nước đều không mang trong mình quyền lực nhà nước khi giải quyết tranh chấp. Điều này tạo nên cho Trọng tài những thuận lợi về việc chủ động trong quá trình tố tụng giải quyết tranh chấp, tôn trọng và bảo đảm cho các bên quyền tự do định đoạt tối đa về mọi lĩnh vực liên quan đến giải quyết tranh chấp. Tuy nhiên, nó cũng đặt ra cho Trọng

tài thương mại những khó khăn khi không có sự đồng thuận, hợp tác thiện chí của cả hai bên tranh chấp trong quá trình tố tụng cũng như việc thi hành phán quyết Trọng tài. Đây có thể coi là vấn đề góp phần quyết định đến sự hấp dẫn của phương thức tài phán này và quyết định hiệu quả trong giải quyết tranh chấp kinh doanh, thương mại của trọng tài.

b.2.1) Tòa án:

Với những nước có Luật Trọng tài, có lịch sử phát triển lâu đời của Trọng tài thương mại thì trong nội dung của pháp luật về tài phán kinh tế đều có những quy định về sự hỗ trợ quyền lực nhà nước thông qua vai trò của cơ quan tài phán tư pháp là Tòa án để Trọng tài hoạt động thuận lợi hơn trong giải quyết tranh chấp kinh doanh. Trên thế giới, thực chất mối quan hệ đặc trưng giữa Tòa án và Trọng tài là mối quan hệ hỗ trợ và giám sát. Nhờ có sự hỗ trợ và giám sát của Tòa án mà Trọng tài tuy là tổ chức tài phán phi chính phủ nhưng vẫn hoạt động được một cách có hiệu quả.

Riêng Việt Nam, suốt một thời gian dài của lịch sử lập pháp chúng ta không hề quy định về sự hỗ trợ của tài phán nhà nước đối với tài phán phi chính phủ trong pháp luật về tài phán kinh tế mà chỉ đơn thuần là sự quản lý hành chính nhà nước đối với hoạt động của Trọng tài. Pháp luật Trọng tài của chúng ta trước đây được xây dựng trên một quan điểm hoàn toàn xa lạ với thông lệ quốc tế. Theo quan điểm này, Trọng tài là một thiết chế tài phán phi chính phủ, do đó, phải được thiết kế sao cho có thể tồn tại một cách độc

lập với Toà án. Hậu quả là, giữa Trọng tài và Toà án ở nước ta trong thời gian đó không hề tồn tại bất cứ một mối quan hệ nào và đây có thể coi là một trong những nguyên nhân cơ bản nhất làm suy yếu sức mạnh và sức hấp dẫn của Trọng tài. Đó là một trong những nguyên nhân cơ bản làm cho hình thức tài phán này ngày càng kém hiệu quả, không thuyết phục được các nhà kinh doanh lựa chọn yêu cầu giải quyết tranh chấp, mặc dù trên thế giới Trọng tài là phương thức rất được các doanh nhân ưa chuộng.

Sự ra đời của Pháp lệnh Trọng tài thương mại năm 2003, Pháp lệnh thi hành án dân sự năm 2004*, Bộ luật tố tụng dân sự 2004 (sửa đổi, bổ sung năm 2011), và Luật Trọng tài thương mại 2010 đã thể hiện một quan điểm mới tiếp cận với sự phát triển của pháp luật tài phán của các nước phát triển. Trong đó, một trong những nội dung cơ bản là việc thừa nhận vai trò, trách nhiệm của Toà án nhân dân trong hỗ trợ, giám sát hoạt động tố tụng giải quyết tranh chấp của Trọng tài thương mại và sự hỗ trợ của Nhà nước thông qua cơ quan Thi hành án dân sự về cơ chế thi hành phán quyết của Trọng tài. Có thể gọi đây là một sự tiếp sức cho Trọng tài, thể hiện quan điểm của Nhà nước trong việc đa dạng hoá phương thức giải quyết tranh chấp và tạo điều kiện thuận lợi tối đa cho các chủ thể kinh doanh có được sự bảo hộ của Nhà nước về mặt pháp lý trong quá trình thực hiện giao dịch thương mại. Đó cũng là một sự

* Luật thi hành án dân sự năm 2008 sửa đổi, bổ sung năm 2014 thay thế Pháp lệnh thi hành án năm 2004 (BT).

minh chứng về việc đáp ứng nhu cầu hội nhập của Việt Nam trong nền kinh tế thị trường hiện nay.

Khi xem xét mối quan hệ giữa Tòa án và Trọng tài cần phải nhận thấy rằng, Tòa án và Trọng tài là hai phương thức giải quyết tranh chấp có nhiều điểm tương đồng nhưng chỉ khác nhau về tính chất công và tư, Tòa án và Trọng tài luôn luôn là đối tượng lựa chọn tự do của các bên tranh chấp. Mặc dù vậy, nhận thức về vai trò, vị trí của từng thiết chế đó cũng rất khác nhau, không chỉ trong các giới kinh doanh mà ngay cả trong tư duy của các Thẩm phán, nhất là trong vấn đề về mối quan hệ giữa Tòa án và Trọng tài. Bằng chứng là nhiều quốc gia đã phải có những nỗ lực cải cách chính sách và đổi mới pháp luật theo hướng khuyến khích lựa chọn Trọng tài, xác định ngày càng rõ hơn vai trò của Tòa án đối với hoạt động của Trọng tài. Chính sách khuyến khích sử dụng Trọng tài đều xuất phát từ nhận thức chung là bảo đảm để hệ thống tài phán thương mại thực sự là một trong những yếu tố quan trọng của thị trường và mức độ hiệu quả của nó là biểu hiện của mức độ hấp dẫn của thị trường. Trong khi đó, mỗi hình thức của nền tài phán, bao gồm cả Tòa án, bên cạnh những ưu điểm thì đều có những hạn chế cố hữu. Từ đó, sự tồn tại của mỗi thiết chế tài phán ngoài mục đích tự thân của nó còn có mục đích hỗ trợ cho các thiết chế khác, “lấp” đi những “khoảng trống” mà thiết chế khác không thể tự nó khắc phục được để cuối cùng tạo ra cái hiệu quả chung của hệ thống tài phán.

Chính là xuất phát từ sự hiểu biết về những thế mạnh,

điểm yếu của Tòa án và trọng tài trong việc giải quyết các tranh chấp thương mại như đã đề cập trong Phần 1, có thể rút ra nhận định sau:

Thứ nhất, mối quan hệ giữa Tòa án và Trọng tài là mối quan hệ hợp tác. Có người đã ví quan hệ này như một cuộc chạy tiếp sức, mỗi bên đóng một vai trò khác nhau tại các thời điểm khác nhau của tổ tụng trọng tài.

Thứ hai, trong mối quan hệ này, Tòa án cần xem Trọng tài như là sự bổ sung không thể thiếu được cho vai trò của mình với tư cách là một thể chế của thị trường, của xã hội và cộng đồng kinh doanh, trong việc thực thi sứ mệnh bảo đảm công lý, dùng công lý để thúc đẩy tiến bộ xã hội và hiệu quả kinh tế. Nếu không, những bất cập cố hữu của Tòa án sẽ bộc lộ lâu dài trước con mắt của công chúng. Vì vậy, về nguyên tắc, không nên có tranh chấp về ranh giới giữa thế giới công của Tòa án và thế giới tư của Trọng tài.

Xét một cách cụ thể hơn, vai trò của Tòa án đối với Trọng tài được thể hiện không giống nhau ở từng giai đoạn liên quan đến giải quyết tranh chấp:

- Ở giai đoạn khi chưa thành lập Hội đồng Trọng tài, Tòa án đóng vai trò duy trì công lý, bảo đảm sự tôn trọng thỏa thuận Trọng tài và ý chí của các bên cố ý đưa nó ra Tòa án, trừ trường hợp xét thấy thỏa thuận Trọng tài vô hiệu và không có giá trị, không thi hành được hoặc không có khả năng thi hành.

Thỏa thuận Trọng tài là sự nhất trí của các bên cùng đưa tranh chấp ra giải quyết theo quy tắc của một tổ chức Trọng tài nhất định hoặc Hội đồng Trọng tài do các bên

thành lập. Khi đã có thỏa thuận, các bên phải thực hiện các nghĩa vụ phát sinh từ thỏa thuận này và không bên nào được tự ý đơn phương thay đổi hoặc vi phạm thỏa thuận Trọng tài. Vì vậy, việc Toà án hỗ trợ thi hành thỏa thuận Trọng tài là điều rất cần thiết. Sự hỗ trợ này được thực hiện bằng việc Toà án khi nhận đơn khởi kiện yêu cầu giải quyết tranh chấp đã có thỏa thuận trọng tài mà thỏa thuận này không vô hiệu thì Toà án không thụ lý đơn. Quy định này cho thấy ý nghĩa quan trọng của thỏa thuận Trọng tài trong việc xác định thẩm quyền giải quyết vụ tranh chấp và vấn đề hiệu lực của thỏa thuận Trọng tài.

- Cũng ở giai đoạn này, Tòa án có vai trò quan trọng trong việc thành lập Hội đồng Trọng tài, khi các bên, tuy đã có thỏa thuận trọng tài, nhưng không đưa ra được thỏa thuận thích hợp về việc thành lập Hội đồng Trọng tài, hoặc thiếu vắng các quy tắc cần thiết cho việc thành lập Hội đồng Trọng tài.

Trong tố tụng Trọng tài, việc thành lập Hội đồng Trọng tài giải quyết vụ tranh chấp thuộc quyền của các bên tranh chấp. Nguyên đơn và bị đơn có quyền lựa chọn và thành lập Hội đồng Trọng tài gồm một hoặc ba thành viên để giải quyết tranh chấp cho mình. Đối với hình thức Trọng tài vụ việc, nếu bị đơn hoặc các bị đơn không chọn được Trọng tài viên, hoặc hai Trọng tài viên được chọn không chọn được Trọng tài viên thứ ba, hoặc các bên đương sự không chọn được Trọng tài viên duy nhất thì có quyền yêu cầu Toà án cấp tỉnh nơi bị đơn có trụ sở hoặc cư trú chỉ định Trọng tài viên (Điều 41 Luật Trọng tài thương mại năm 2010). Toà án

cấp tỉnh nơi bị đơn có trụ sở hoặc cư trú cũng hỗ trợ đối với Trọng tài vụ việc trong trường hợp các bên muốn thay đổi Trọng tài viên mà mình đã chọn hoặc bản thân các Trọng tài viên đã được chọn hay chỉ định muốn từ chối giải quyết vụ tranh chấp (Điều 42 Luật Trọng tài thương mại năm 2010). Quy định này nhằm tránh bế tắc trong tố tụng trọng tài trong trường hợp không thành lập được Hội đồng Trọng tài hoặc không chọn được một Trọng tài viên duy nhất, đồng thời bảo đảm vụ tranh chấp sẽ được Trọng tài giải quyết vì vụ tranh chấp đã được các bên thỏa thuận giải quyết theo thủ tục Trọng tài.

Pháp luật nhiều nước cũng có quy định về việc Tòa án hỗ trợ Trọng tài trong việc chỉ định, thay đổi, khước từ Trọng tài viên. Ví dụ, Điều 13 Luật Trọng tài thương mại Thái Lan năm 1987 có quy định: Trong trường hợp người phải chỉ định Trọng tài viên không chỉ định trong thời hạn được quy định theo thỏa thuận Trọng tài hoặc trong thời gian hợp lý theo Điều 12, hoặc trong trường hợp cho thấy người này không sẵn sàng chỉ định Trọng tài viên, thì bất kỳ bên nào sau đó có thể nộp đơn kiến nghị lên Tòa án có thẩm quyền để ra quyết định chỉ định Trọng tài viên. Hoặc Luật Trọng tài thống nhất Hoa Kỳ năm 1955 có quy định: “Nếu trong thỏa thuận Trọng tài đưa ra một cách thức chỉ định các Trọng tài viên thì phải tuân theo cách thức này. Nếu không đưa ra cách thức chỉ định, hoặc nếu cách thức chỉ định như đã thỏa thuận không được tuân theo vì bất kỳ lý do gì, hoặc khi Trọng tài viên được chỉ định không hoặc không thể thực hiện nhiệm vụ của mình và người kế nhiệm

Trọng tài viên đó không được chỉ định đúng, trên cơ sở yêu cầu của một bên, Tòa án sẽ chỉ định một hoặc nhiều Trọng tài viên...”.

Tuy nhiên, điểm khác biệt giữa pháp luật Trọng tài của Việt Nam và pháp luật Trọng tài của các nước trong việc quy định sự hỗ trợ của Tòa án trong việc chỉ định, thay đổi Trọng tài viên, đó là pháp luật các nước có quy định chung, khi rơi vào những trường hợp theo quy định của pháp luật thì, các bên có quyền yêu cầu Tòa án hỗ trợ trong việc chỉ định, thay đổi Trọng tài viên. Còn pháp luật Trọng tài của Việt Nam thì lại có quy định khác nhau đối với Trọng tài vụ việc và Trọng tài thường trực. Theo đó, đối với Trọng tài vụ việc thì việc chỉ định, thay đổi Trọng tài viên do Tòa án cấp tỉnh nơi bị đơn có trụ sở, cư trú hỗ trợ, còn đối với Trọng tài thường trực thì lại do Chủ tịch Trung tâm trọng tài giúp đỡ.

Thứ ba, trong hoạt động Trọng tài có một quy định rất quan trọng về quyền thuộc thẩm quyền, trong đó có vấn đề khước từ thẩm quyền của Hội đồng Trọng tài. Trong trường hợp đó, cần có vai trò của Tòa án trong việc quyết định hướng giải quyết tranh chấp.

Một vấn đề được đặt ra, là khi nào thì hiệu lực của thoả thuận Trọng tài được xem xét và ai có thẩm quyền quyết định về hiệu lực của nó. Vấn đề này được Luật Trọng tài thương mại năm 2010 xử lý đầy đủ và toàn diện hơn so với Pháp lệnh Trọng tài thương mại năm 2003, mặc dù một số nội dung cơ bản liên quan đến vấn đề này vẫn được cả hai văn bản điều chỉnh với cách tiếp cận tương tự.

Việc xem xét hiệu lực của thoả thuận trọng tài chỉ đặt ra

khi có yêu cầu của đương sự. Ngay cả khi thoả thuận trọng tài thuộc một trong các trường hợp bị coi là vô hiệu nhưng không có yêu cầu xem xét hiệu lực của thoả thuận đó thì Trọng tài vẫn được thụ lý và giải quyết bình thường. Tuy nhiên, đây là một tình huống chứa đựng rủi ro cao bởi quyết định Trọng tài có thể bị Toà án huỷ với lý do thoả thuận Trọng tài vô hiệu.

Việc xem xét hiệu lực của thoả thuận Trọng tài, pháp luật hiện hành giao cho cả Hội đồng Trọng tài và Toà án đều có thẩm quyền xem xét nhưng Hội đồng Trọng tài xem xét và quyết định trước. Nếu các bên không đồng ý với quyết định đó thì có quyền yêu cầu Toà án cấp tỉnh nơi Hội đồng Trọng tài đã ra quyết định xem xét lại quyết định của Hội đồng Trọng tài. Về vấn đề này cũng có ý kiến cho rằng, Hội đồng Trọng tài có thẩm quyền giải quyết yêu cầu xem xét hiệu lực của thoả thuận trọng tài là bất hợp lý vì *nếu thoả thuận Trọng tài vô hiệu* thì không có cơ sở để thành lập Hội đồng Trọng tài. Pháp luật trọng tài quy định, nếu không có thoả thuận trọng tài thì không có hoạt động trọng tài. Hội đồng Trọng tài chỉ được thành lập khi thoả thuận trọng tài có hiệu lực. Chính thoả thuận trọng tài hay ý chí của các bên lựa chọn Trọng tài để giải quyết tranh chấp cho mình đã trao quyền tài phán cho trọng tài chứ không phải là Trọng tài đương nhiên có thẩm quyền tài phán¹. Mặt khác,

1. Xem Nguyễn Thị Yến: *Sự hỗ trợ của cơ quan tư pháp đối với hoạt động của Trọng tài thương mại*, luận án Thạc sĩ Luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội, Hà Nội, 2005.

giao cho Toà án có thẩm quyền giải quyết yêu cầu xem xét hiệu lực của thoả thuận Trọng tài cũng là bất hợp lý vì, nếu thoả thuận trọng tài có hiệu lực, thì chính Toà án đó không có thẩm quyền tiếp nhận vụ việc để giải quyết¹. Tuy nhiên, cần phân biệt rõ tính chất hai loại vụ việc mà Toà án hoặc Hội đồng Trọng tài được tiếp nhận hoặc phải từ chối thụ lý. Đó là, việc yêu cầu xem xét về hiệu lực của thoả thuận Trọng tài và việc yêu cầu giải quyết vụ tranh chấp thương mại xảy ra giữa các bên. Thoả thuận trọng tài về lựa chọn Trọng tài có thẩm quyền giải quyết vụ tranh chấp thương mại xảy ra giữa các bên, do đó, việc thoả thuận đó có hiệu lực hay vô hiệu chỉ có ý nghĩa trong việc xác định thẩm quyền giải quyết vụ tranh chấp thương mại mà không liên quan tới việc xác định thẩm quyền giải quyết yêu cầu xem xét hiệu lực của thoả thuận trọng tài. Tuy nhiên, quy định hiện hành về thẩm quyền của Hội đồng Trọng tài và của Toà án trong việc xem xét hiệu lực của thoả thuận trọng tài chỉ thực hiện được khi Hội đồng Trọng tài đã được thành lập².

Thứ tư, Toà án ra quyết định áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời nhằm tạo điều kiện thuận lợi cho Trọng tài trong việc giải quyết tranh chấp.

1. Xem Nguyễn Thị Yến: *Sự hỗ trợ của cơ quan tư pháp đối với hoạt động của Trọng tài thương mại*, luận án Thạc sỹ Luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội, Hà Nội, 2005.

2. Xem Bộ Tư pháp, Viện Khoa học pháp lý: *Báo cáo phúc trình đề tài cấp bộ: "Các phương thức giải quyết tranh chấp ngoài tố tụng tư pháp"*, Tlđd.

Trong quá trình giải quyết vụ tranh chấp, nhân vật trung tâm là các Trọng tài viên. Hội đồng Trọng tài và các trọng tài viên phải chịu trách nhiệm về quá trình tố tụng Trọng tài: đưa ra các thời hạn, tổ chức các phiên họp xét xử, hướng dẫn các bên về thủ tục, xem xét các bằng chứng, các dữ kiện, lý lẽ pháp lý mà các bên đưa ra, ban hành phán quyết trọng tài. Trong quá trình đó Hội đồng Trọng tài được hiểu như một thiết chế tài phán thực thụ mà đặc trưng và đòi hỏi cơ bản của nó là tính độc lập, khách quan, vô tư bảo đảm sự tin cậy của các bên tranh chấp. Vì vậy, ở giai đoạn này, mối quan hệ với Tòa án không thể được quan niệm như một sự can thiệp nào đó của Tòa án vào quá trình tố tụng. Mọi sự can thiệp hoặc mọi việc làm ảnh hưởng đến tính chất tài phán độc lập của Trọng tài đều là không hợp pháp. Vì vậy, trong giai đoạn này, chỉ có thể nói đến sự hỗ trợ của Tòa án đối với Trọng tài trong việc: Thu thập chứng cứ, bảo vệ tài sản tranh chấp, áp dụng các biện pháp nhằm bảo đảm để quá trình tố tụng Trọng tài được tiến hành thuận lợi, có hiệu quả.

Pháp luật của các quốc gia và *Luật mẫu và Quy tắc* của UNCITRAL đều đặt ra những trường hợp, theo đó Hội đồng Trọng tài có quyền đưa ra các biện pháp khẩn cấp tạm thời vào bất kỳ thời điểm nào của quá trình tố tụng. Tuy vậy, các biện pháp đó chỉ có thể có hiệu lực đối với các bên tranh chấp mà thôi.

Trong khi đó, người ta đã xác định được các tình huống sau đây, theo đó thẩm quyền của Hội đồng Trọng tài không đủ để thực hiện và do đó, cần đến sự hỗ trợ của Tòa án, đó là khi:

(a) Hội đồng Trọng tài không được pháp luật quy định là có thẩm quyền ban hành các biện pháp này.

(b) Các biện pháp đó cần được áp dụng trước khi Hội đồng Trọng tài được thành lập. Trong trường hợp này thường có 2 cách giải quyết: (i) Một Trọng tài thể chế có thể chỉ định một Trọng tài viên đưa ra một lệnh về áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời, sau đó Trọng tài viên này sẽ không tiếp tục được tham gia quá trình giải quyết tranh chấp; (ii) Nhờ đến Tòa án có thẩm quyền.

(c) Biện pháp khẩn cấp tạm thời liên quan đến bên thứ ba.

(d) Biện pháp khẩn cấp tạm thời có tính quốc tế, cần đến sự hỗ trợ của công quyền nước ngoài.

Theo quy định của Pháp lệnh Trọng tài thương mại năm 2003 thì: “Trong quá trình Hội đồng Trọng tài giải quyết vụ tranh chấp, nếu quyền và lợi ích hợp pháp của mình bị xâm hại hoặc có nguy cơ trực tiếp bị xâm hại, thì các bên có quyền làm đơn đến Tòa án cấp tỉnh nơi Hội đồng Trọng tài thụ lý vụ tranh chấp yêu cầu áp dụng một hoặc một số biện pháp khẩn cấp tạm thời...” (Điều 33 Pháp lệnh Trọng tài thương mại năm 2003). Theo quy định này thì các bên chỉ có thể yêu cầu Tòa án áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời trong quá trình Hội đồng Trọng tài giải quyết vụ tranh chấp. Điều này đồng nghĩa với việc yêu cầu Tòa án áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời chỉ có thể được tiến hành sau khi Hội đồng Trọng tài được thành lập. Nếu một bên muốn áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời thì họ phải chờ đến khi Hội đồng Trọng tài thành lập. Tuy nhiên, việc phải chờ đợi như vậy sẽ dẫn đến có một số

trường hợp việc áp dụng biện pháp khẩn cấp sẽ không còn ý nghĩa do tính “khẩn cấp” của vụ việc. Vì vậy, biện pháp khẩn cấp tạm thời phải được áp dụng ngay khi một bên thấy quyền lợi hợp pháp của mình bị xâm phạm hoặc có nguy cơ bị xâm phạm. Do vậy, sự hỗ trợ của Tòa án trong việc ra quyết định áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời trong trường hợp này có ý nghĩa lớn trong việc bảo vệ quyền lợi hợp pháp của bên bị xâm phạm.

Pháp lệnh chi giới hạn thẩm quyền của Tòa án, nơi Hội đồng Trọng tài thụ lý vụ tranh chấp mới có quyền ra quyết định áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời. Điều này có thể gây khó khăn cho cả Tòa án và các bên trong quá trình áp dụng quy định này. Ví dụ, khi các bên khởi kiện ra Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam, theo pháp luật trọng tài thương mại, nếu muốn áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời thì chỉ được phép làm đơn yêu cầu Tòa án nhân dân Hà Nội ra lệnh áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời. Điều này chỉ hợp lý và thuận lợi khi cả hai bên đều có trụ sở tại Hà Nội hoặc đối tượng tài sản yêu cầu áp dụng đặt tại Hà Nội. Khi tài sản nằm ở địa bàn khác nhất là trường hợp tài sản ở nước ngoài mà yêu cầu Tòa án Hà Nội ra quyết định áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời sẽ không khả thi và không hợp lý.

Hiện nay, Luật Trọng tài thương mại năm 2010 đã cho phép một bên yêu cầu Tòa án áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời sớm hơn so với Pháp lệnh Trọng tài thương mại năm 2003. Theo đó, “Sau khi nộp đơn khởi kiện, nếu quyền và lợi ích hợp pháp của mình bị xâm hại hoặc có nguy cơ

trực tiếp bị xâm hại, một bên có quyền làm đơn gửi đến Tòa án có thẩm quyền yêu cầu áp dụng một hoặc một số biện pháp khẩn cấp tạm thời". (khoản 1 Điều 53 Luật Trọng tài thương mại năm 2010). Như vậy, ngay sau khi nộp đơn yêu cầu Trọng tài giải quyết, một bên có quyền yêu cầu Tòa án áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời. Đây là một thay đổi đáng kể của Luật Trọng tài thương mại năm 2010 so với Pháp lệnh Trọng tài thương mại năm 2003.

Luật Trọng tài thương mại năm 2010 cũng quy định mở rộng thẩm quyền của Tòa án trong việc áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời: "Đối với yêu cầu Tòa án áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời thì Tòa án có thẩm quyền là Tòa án nơi biện pháp khẩn cấp tạm thời cần được áp dụng" (điểm đ khoản 2 Luật Trọng tài thương mại năm 2010).

Thứ năm, Tòa án có quyền hủy quyết định Trọng tài:

Một nguyên tắc quan trọng của Trọng tài là Trọng tài hoạt động một cách độc lập, không một cơ quan hay tổ chức, cá nhân nào được quyền can thiệp vào các hoạt động hợp pháp của Hội đồng Trọng tài. Nhưng điều đó không có nghĩa là, Trọng tài có thể làm việc hoặc ra quyết định một cách tùy tiện. Để hạn chế sự tùy tiện của các Trọng tài viên trong việc giải quyết tranh chấp, làm cho họ phải vô tư, khách quan, nhằm bảo đảm việc giải quyết tranh chấp đúng pháp luật, bảo vệ quyền lợi hợp pháp cho các bên; khắc phục nhược điểm của thủ tục "xét xử một lần", Pháp lệnh Trọng tài thương mại trước đây, và hiện nay là Luật Trọng tài thương mại quy định các bên có quyền yêu cầu Tòa án xét hủy phán quyết Trọng tài trong những trường

hợp nhất định. Hủy phán quyết Trọng tài có nghĩa là, Tòa án với tư cách là cơ quan xét xử của Nhà nước có thẩm quyền xem xét lại phán quyết Trọng tài. Tuy nhiên, khác với thủ tục phúc thẩm trong tố tụng dân sự, thủ tục hủy phán quyết Trọng tài không phải là thủ tục xét xử lại vụ kiện. Khi nhận được đơn yêu cầu hủy quyết định Trọng tài đối với tranh chấp đã được Trọng tài giải quyết, Tòa án có thẩm quyền không xét xử lại vụ tranh chấp mà chỉ đối chiếu với các trường hợp hủy phán quyết Trọng tài được quy định tại Điều 68 Luật Trọng tài thương mại năm 2010. Nếu bên yêu cầu chứng minh được rằng phán quyết Trọng tài đã tuyên thuộc một trong các trường hợp bị hủy thì Tòa án sẽ ra quyết định hủy phán quyết trọng tài. Việc đưa cơ chế hủy phán quyết Trọng tài của Tòa án có thẩm quyền đối với những phán quyết Trọng tài vi phạm pháp luật của Trọng tài thương mại đã “làm yên lòng” các bên tranh chấp, vì họ bị “phản bội” thì đã có Tòa án ra tay giúp họ. Rõ ràng, cơ chế này đã góp phần hạn chế sự tùy tiện trong hoạt động xét xử của Trọng tài viên, làm cho họ phải khách quan, vô tư trong khi hành nghề. Làm được điều này tức là pháp luật đã góp phần trang trí thêm cho bộ mặt của trọng tài, làm cho nó trở nên hấp dẫn hơn đối với các nhà kinh doanh”¹.

Cuối cùng, tại giai đoạn thi hành phán quyết Trọng tài cũng cần đến vai trò của Tòa án. Sở dĩ như vậy là vì, trước

1. Nguyễn Thị Yến: Sự hỗ trợ của cơ quan tư pháp đối với hoạt động của Trọng tài thương mại, luận án Thạc sĩ Luật học, *Tlđđ*, tr.45.

hết, cần hiểu phán quyết của Trọng tài là một bộ phận hợp thành của tài phán. Và mặc dù là tài phán tư, nhưng kết quả của việc thực hiện phán quyết trọng tài có ảnh hưởng đến trật tự công và lợi ích của các bên trong cộng đồng. Vì lẽ đó, sự can thiệp của Tòa án để cho phán quyết của Trọng tài được thực thi trên thực tế là một đòi hỏi của công lý và thể hiện trách nhiệm của cơ quan tư pháp trước xã hội và người dân.

b.2.2) Cơ quan Thi hành án dân sự:

Xuất phát từ bản chất của một tổ chức xã hội nghề nghiệp, Trọng tài không nhân danh quyền lực nhà nước và cũng không có sức mạnh cưỡng chế của Nhà nước. Việc giải quyết tranh chấp tại trọng tài nhân danh ý chí của các bên và mang tính quyền lực tư nhiều hơn. Vì vậy, thi hành phán quyết trọng tài trở thành điểm yếu nhất trong tổ tụng trọng tài. Trước đây, khi chưa có Pháp lệnh Trọng tài thương mại năm 2003, nếu phán quyết Trọng tài không được một bên tự nguyện thi hành thì bên kia có quyền yêu cầu Tòa án nhân dân có thẩm quyền xét xử theo thủ tục giải quyết các vụ án kinh tế hoặc sẽ áp dụng các biện pháp cưỡng chế theo quy định của pháp luật. Tuy nhiên, trên thực tế, không có quy định nào của pháp luật về cưỡng chế thi hành phán quyết trọng tài. Từ khi ban hành Pháp lệnh Trọng tài thương mại năm 2003 và Pháp lệnh thi hành án dân sự năm 2004, Cơ quan thi hành án sẽ thi hành phán quyết của Trọng tài thương mại như một bản án và quyết định của Tòa án. Từ đây, các chủ thể khi đưa tranh chấp ra giải quyết tại Trọng tài thương mại sẽ cảm thấy yên tâm vì

phán quyết trọng tài đã được thi hành bởi một cơ quan nhà nước, nhân danh Nhà nước cưỡng chế thi hành.

Trước khi Việt Nam gia nhập Công ước Niu Oóc năm 1958 về công nhận và thi hành các quyết định trọng tài nước ngoài, thì đối với các vụ tranh chấp thương mại có yếu tố nước ngoài, nếu do Trọng tài Việt Nam giải quyết và bên Việt Nam thắng kiện thì cơ hội được thi hành quyết định đó khá cao do hầu hết các nước đều đã có cơ chế hỗ trợ bảo đảm cho việc cưỡng chế thi hành quyết định trọng tài. Ngược lại, nếu bên Việt Nam thua kiện (vụ việc vẫn do Trọng tài Việt Nam giải quyết) thì bên nước ngoài chỉ có thể trông cậy vào sự tự giác của bên Việt Nam vì pháp luật Việt Nam chưa có quy định cụ thể về biện pháp cưỡng chế thi hành quyết định của Trọng tài Việt Nam. Đây là một trong những lý do khiến cho bên nước ngoài ngay từ đầu đã không muốn lựa chọn Trọng tài Việt Nam là cơ quan giải quyết tranh chấp. Sau khi gia nhập Công ước Niu Oóc năm 1958, phán quyết của Trọng tài nước ngoài được công nhận và cưỡng chế thi hành ở Việt Nam nhưng phán quyết của Trọng tài trong nước đối với cả hai bên đương sự là người Việt Nam lại không được Cơ quan thi hành án cưỡng chế thi hành. Việc này tạo ra sự bất bình đẳng giữa các bên tranh chấp khi giải quyết bằng Trọng tài.

Từ sau khi có Pháp lệnh Trọng tài thương mại năm 2003, Pháp lệnh thi hành án dân sự năm 2004, Luật thi hành án dân sự năm 2008, sửa đổi, bổ sung năm 2014 và Luật Trọng tài thương mại năm 2010, Cơ quan thi hành án có thẩm quyền thi hành phán quyết của Trọng tài thương mại

Việt Nam và Trọng tài nước ngoài như bản án, quyết định dân sự của Tòa án. Tuy nhiên, có sự khác biệt về thủ tục công nhận và cho thi hành phán quyết của Trọng tài trong nước và phán quyết của Trọng tài nước ngoài. Đối với phán quyết trong nước, khoản 5 Điều 61 Luật Trọng tài thương mại năm 2010 quy định: “Phán quyết trọng tài là chung thẩm và có hiệu lực kể từ ngày ban hành” và Điều 66 quy định: “Hết thời hạn thi hành phán quyết trọng tài mà bên phải thi hành phán quyết không tự nguyện thi hành và cũng không yêu cầu hủy phán quyết trọng tài theo quy định tại Điều 69 Luật này, bên được thi hành phán quyết trọng tài có quyền làm đơn yêu cầu cơ quan Thi hành án dân sự có thẩm quyền thi hành phán quyết trọng tài”. Như vậy, đối với phán quyết của Trọng tài trong nước thì không cần phải qua thủ tục công nhận và cho thi hành thì vẫn được thi hành giống như bản án, quyết định của Tòa án. Riêng đối với phán quyết của Trọng tài vụ việc, bên được thi hành có quyền làm đơn yêu cầu Cơ quan Thi hành án dân sự có thẩm quyền thi hành phán quyết Trọng tài sau khi phán quyết được đăng ký. Còn đối với phán quyết của Trọng tài nước ngoài thì lại phải qua thủ tục Tòa án công nhận và cho thi hành thì phán quyết đó mới được chuyển đến cơ quan Thi hành án để thi hành tại Việt Nam.

Như vậy, có thể nói các thủ tục để phán quyết của Trọng tài nước ngoài được thi hành tại Việt Nam khắt khe hơn so với thủ tục để phán quyết của Trọng tài trong nước được thi hành.

b.2.3) Các tổ chức dịch vụ pháp lý:

Một trong những yếu tố bảo đảm hoạt động của các cơ quan, tổ chức giải quyết tranh chấp tiến hành hiệu quả là nhờ sự tham gia tích cực của các cơ quan hỗ trợ tư pháp, các tổ chức dịch vụ pháp lý trong quá trình thu thập chứng cứ, xác định thiệt hại, giám định chất lượng hàng hóa nhằm hỗ trợ hoạt động giải quyết tranh chấp một cách khách quan.

Các cơ quan hỗ trợ tư pháp, các tổ chức dịch vụ pháp lý bao gồm luật sư, giám định tư pháp, công chứng... nhưng trong phạm vi cuốn sách chỉ đề cập sự trợ giúp của luật sư và cơ quan giám định tư pháp trong giải quyết tranh chấp thương mại thông qua Trọng tài thương mại.

Tuy nhiên, thực tế cho thấy, nhu cầu sử dụng các dịch vụ hỗ trợ tư pháp của Trọng tài như kết quả giám định của cơ quan giám định trong quá trình xét xử là không lớn. Có nhiều vụ tranh chấp, nội dung yêu cầu được giám định thuộc nội dung chuyên sâu, đòi hỏi trình độ, kỹ thuật và phương tiện giám định ở mức độ cao nhưng cơ quan giám định lại chưa đáp ứng được hoặc có những lĩnh vực chỉ có duy nhất một cơ quan giám định đồng thời lại là cơ quan phê duyệt thiết kế, nên kết quả giám định khó bảo đảm khách quan. Vụ tranh chấp giữa Công ty TTNT và Công ty TNHH BS dưới đây là một ví dụ:

Nguyên đơn: Công ty TTNT (Bên A)

Bị đơn: Công ty TNHH BS (Bên B)

Bên A ký hợp đồng thuê bên B đóng mới tàu vỏ gỗ ngày 26-02-2004 cùng các phụ lục hợp đồng ký các ngày

25-3-2004, 25-6-2004, 11-8-2004 với nội dung quy định hình thức thanh toán, thời hạn và thỏa thuận thay đổi thời hạn thanh toán trong trường hợp tàu bị hư hỏng nặng.

Ngày 28-8-2004, hai bên ký giao nhận tàu. Ngày 07-9-2004, ký biên bản nghiệm thu kỹ thuật về việc đóng mới tàu gỗ Bonsai. Ngày 08-9-2004, cả hai bên ký biên bản thanh lý hợp đồng. Theo biên bản thanh lý hợp đồng thì, bên A có nghĩa vụ thanh toán cho bên B số tiền đợt 4 là 808.212.000đ, hạn cuối cùng là ngày 30-10-2004, đồng thời, bên A cũng phải hoàn trả cho bên B số tiền bảo hành là 323.286.000đ sau khi hết thời hạn bảo hành 6 tháng. Tuy nhiên, đến ngày 30-10-2004, bên A mới thanh toán cho bên B số tiền 300.000.000đ.

Bên B khởi kiện yêu cầu bên A trả số tiền đợt cuối cùng tiền lãi và số tiền bảo hành không tính lãi. Bên A sau một thời gian đưa tàu vào sử dụng và tàu bị hỏng nặng. Bên A đã nhiều lần liên hệ với bên B yêu cầu đến sửa tàu. Bên B có cử người đến xem xét và xác nhận tàu hỏng hóc nặng, tuy nhiên không sửa chữa. Do đó, bên A phải tự bỏ chi phí ra sửa tàu theo hai đợt, chi phí hết 422.173.342đ. Bên A phản tố đòi bên B phải trả số tiền đã bỏ ra để sửa chữa tàu và chi phí ngưng trệ kinh doanh do bên B chậm giao giấy tờ và thời gian sửa chữa tàu.

Tòa sơ thẩm Tòa án nhân dân thành phố ĐN. tuyên: bên A phải thanh toán cho bên B như bên B yêu cầu, bác hồi tố của bên A.

Tòa phúc thẩm TANDTC tại thành phố ĐN sửa quyết định của Tòa sơ thẩm, phán quyết bên A phải thanh toán

cho bên B số tiền bên B yêu cầu, trừ khoản lãi từ số tiền phải trả đợt 4. Bên B phải trả số tiền bên A đã bỏ ra để sửa chữa tàu trong hai đợt là 461.647.342đ¹.

Sự khác nhau giữa phán quyết của Tòa sơ thẩm và Tòa phúc thẩm là do sự đánh giá khác nhau về tình trạng hỏng hóc và trách nhiệm đối với tình trạng hỏng hóc đó. Tòa phúc thẩm đánh giá dựa trên sự kiểm tra của Công ty TV, do đó đã có kết luận công bằng hơn cho bên A.

Đối với luật sư, trong những năm gần đây, nhu cầu của xã hội đối với dịch vụ pháp lý ngày càng gia tăng. Để đáp ứng nhu cầu của xã hội, đội ngũ luật sư của nước ta gần đây đã có sự phát triển nhanh chóng. Nhiều doanh nghiệp đã ý thức được tác dụng to lớn của việc sử dụng dịch vụ luật sư trong quá trình đàm phán, soạn thảo hợp đồng để tránh những rủi ro không đáng có về mặt pháp lý, đồng thời, hỗ trợ doanh nghiệp trong việc phòng ngừa và giải quyết tranh chấp. Luật sư được coi là người đồng hành với doanh nghiệp từ khi doanh nghiệp tham gia vào các quan hệ thương mại đến khi không may xảy ra tranh chấp thông qua việc đưa ra những ý kiến tư vấn về mặt pháp lý. Tuy nhiên, có nhiều ý kiến cho rằng, giữa doanh nghiệp và luật sư chưa có một mối quan hệ hợp tác thường xuyên, bền chặt. Các doanh nghiệp Việt Nam chưa có thói quen sử

1. Xem Dương Thanh Mai (chủ nhiệm dự án): Dự án điều tra cơ bản về thực trạng tranh chấp, giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế của doanh nghiệp Việt Nam và vai trò của các thiết chế tư pháp, hỗ trợ tư pháp, Báo cáo tổng hợp kết quả, Viện khoa học pháp lý, Bộ Tư pháp, Hà Nội, 2010.

dụng các dịch vụ pháp lý như một công cụ hữu hiệu để bảo vệ quyền lợi của doanh nghiệp mình. Về phía luật sư, sự non yếu về kinh nghiệm, ngoại ngữ, hiểu biết và khả năng tư vấn trong lĩnh vực giải quyết tranh chấp thương mại và đặc biệt là thương mại quốc tế là những rào cản cho sự tham gia của luật sư vào quan hệ thương mại quốc tế.

Có thể thấy, đầu tư nước ngoài đang là xu hướng kinh doanh được các doanh nghiệp Việt Nam lựa chọn. Tuy vậy, bên cạnh ý nghĩa tạo ra nhiều điều kiện cơ hội kinh doanh mới cho doanh nghiệp Việt Nam, đồng thời, cũng có thể đặt các doanh nghiệp này vào tình thế đối mặt với không ít khó khăn và rủi ro, trong đó có vấn đề về pháp lý. Tình trạng thiếu hiểu biết pháp luật khi giải quyết các tranh chấp sẽ đẩy các doanh nghiệp vào nguy cơ trắng tay, nhất là trong bối cảnh các giao dịch quốc tế ngày càng gia tăng. Một điều dễ hiểu là, khi Việt Nam gia nhập Tổ chức Thương mại thế giới (WTO), cũng đồng nghĩa với việc phải thực hiện các nghĩa vụ thành viên, các cam kết quốc tế. Việc đó không chỉ đặt doanh nghiệp mà cả các cơ quan nhà nước trước sức ép cạnh tranh gay gắt. Thực tiễn cho thấy, bước vào hội nhập kinh tế quốc tế, các doanh nghiệp trong nước đã không phải ít lần “lao đao” vì gặp phải các vụ tranh chấp thương mại quốc tế. Và trong đó, có những vụ doanh nghiệp Việt Nam đã bị thua kiện dẫn đến thiệt hại hàng triệu USD... chỉ vì sự thiếu hiểu biết pháp luật thương mại, tập quán kinh doanh quốc tế. Trong khi đó, doanh nghiệp khi cần thuê luật sư để đàm phán giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế thì doanh nghiệp lại gặp khó

khăn khi trong nước không có luật sư đáp ứng được yêu cầu do còn thiếu trình độ ngoại ngữ, thiếu kinh nghiệm trong tư vấn, đại diện cho doanh nghiệp Việt Nam khi tham gia giao dịch hoặc giải quyết tranh chấp phát sinh trong các giao dịch thương mại. Vì vậy, hầu hết các vụ kiện quốc tế vừa qua, doanh nghiệp đều phải thuê luật sư nước ngoài.

Trình độ ngoại ngữ của đội ngũ luật sư nước ta hiện nay đang là một hạn chế lớn khi luật sư tham gia vào các mối quan hệ thương mại quốc tế. Nhiều luật sư khó chen chân vào việc tư vấn cho các nhà đầu tư nước ngoài tại Việt Nam do trình độ ngoại ngữ kém. Đặc biệt, khi Việt Nam tham gia vào WTO thì luật sư lại càng phải hiểu sâu về pháp luật các nước, có như vậy mới đáp ứng được yêu cầu của khách hàng. Trình độ ngoại ngữ là một yếu tố không thể thiếu để tiếp cận với pháp luật nước ngoài cũng như luật sư nước ngoài. Thực tế cho thấy, một số luật sư có trình độ ngoại ngữ thì lại thiếu kinh nghiệm hành nghề, còn những luật sư có kinh nghiệm thì lại kém về ngoại ngữ.

Sự phát triển mạnh mẽ của các quan hệ thương mại cùng với sự thay đổi trong nhận thức của doanh nghiệp về vị trí, vai trò của luật sư làm gia tăng nhu cầu sử dụng dịch vụ luật sư và cũng gia tăng yêu cầu đối với dịch vụ pháp lý của luật sư, đặc biệt là khả năng hỗ trợ pháp lý cho doanh nghiệp trong các quan hệ thương mại quốc tế. Điều này đòi hỏi các luật sư Việt Nam phải tăng cường năng lực, không chỉ dừng lại ở việc tìm hiểu các quy định pháp luật trong nước mà còn nắm chắc những tập quán thương mại quốc tế, pháp luật quốc tế và pháp luật của nước đối tác. Đặc

biệt là, đòi hỏi về khả năng ngoại ngữ, tin học đặt ra rất lớn để luật sư có thể nghiên cứu, tìm hiểu cũng như tham gia kỹ năng tư vấn, tranh tụng, giúp đỡ và hỗ trợ doanh nghiệp trong quá trình kinh doanh.

c) Quy tắc tố tụng trọng tài:

Tố tụng trọng tài được hiểu là tổng hợp các quy định về trình tự, thủ tục giải quyết tranh chấp thương mại bằng Trọng tài. Thời điểm bắt đầu tố tụng Trọng tài là khác nhau giữa Trọng tài quy chế và Trọng tài vụ việc. Trong trường hợp tranh chấp được giải quyết bằng Trọng tài quy chế, nếu các bên không có thỏa thuận khác thì thời điểm bắt đầu tố tụng Trọng tài được tính từ khi Trung tâm Trọng tài nhận được đơn khởi kiện của nguyên đơn. Trường hợp tranh chấp được giải quyết tại Trọng tài vụ việc, nếu các bên không có thỏa thuận khác thì thời điểm bắt đầu tố tụng Trọng tài được tính từ khi bị đơn nhận được đơn khởi kiện của nguyên đơn.

Do bản chất Trọng tài là hình thức tài phán tư mà ở đó quyền lực Trọng tài có được là do các đương sự thỏa thuận ủy quyền, không mang tính quyền lực nhà nước, do đó, có nhiều điểm khác với tố tụng tại Tòa án. Tố tụng trọng tài không chỉ bao gồm những quy định của pháp luật mà còn bao gồm cả quy tắc tố tụng do các Trung tâm Trọng tài đưa ra và quy tắc tố tụng do chính các bên tranh chấp tự thỏa thuận - trong trường hợp tranh chấp được giải quyết bởi Trọng tài vụ việc. Thông thường, pháp luật về Trọng tài của các nước chỉ quy định những vấn đề mang tính nguyên tắc về tố tụng trọng tài, còn các thủ tục, trình tự cụ thể đều

do các Trung tâm Trọng tài xây dựng thành các bản quy tắc tố tụng trọng tài riêng của Trung tâm mình. Do đó, trên thực tế, không tồn tại một bản quy tắc Trọng tài thống nhất, áp dụng chung cho tất cả các hình thức Trọng tài hay các Trung tâm Trọng tài¹.

Tố tụng trọng tài, so với Pháp lệnh Trọng tài thương mại năm 2003, Luật Trọng tài thương mại năm 2010 quy định rõ hơn những điểm dưới đây:

Thứ nhất, xác định tố tụng trọng tài bắt đầu từ khi Trung tâm Trọng tài nhận đơn kiện của nguyên đơn, hoặc từ khi bị đơn nhận được đơn kiện của nguyên đơn nếu vụ tranh chấp được giải quyết bằng Trọng tài vụ việc. Thời điểm này có ý nghĩa quan trọng, nhất là để xác định xem vụ tranh chấp có còn thời hiệu giải quyết hay không.

Thứ hai, phí trọng tài do Trung tâm Trọng tài ấn định hoặc do Hội đồng Trọng tài ấn định nếu vụ việc được giải quyết bởi Trọng tài vụ việc.

Thứ ba, địa điểm giải quyết vụ tranh chấp do các bên thoả thuận. Luật Trọng tài thương mại năm 2010 bỏ quy định về địa điểm phải bảo đảm thuận tiện cho các bên trong việc giải quyết, vì đây là quy định khó áp dụng trong thực tế, bởi lẽ, trong nhiều trường hợp các bên có trụ sở tại những địa điểm khác nhau, hầu hết là ở những nước xa nhau nên rất khó có thể sắp xếp địa điểm giải quyết thuận lợi cho cả hai bên. Trên thực tế, đã có trường hợp các bên

1. Đào Văn Hội: *Hoàn thiện pháp luật giải quyết tranh chấp kinh tế ở nước ta hiện nay*, Tlđđ, tr.45.

lấy lý do không thuận tiện về địa điểm làm lý do để xin hủy quyết định trọng tài. Luật chi quy định rằng: Các bên có quyền thoả thuận địa điểm giải quyết tranh chấp, trường hợp không có thoả thuận thì Hội đồng Trọng tài quyết định... (Điều 11 Luật Trọng tài thương mại năm 2010).

Thứ tư, nếu bị đơn cho rằng vụ tranh chấp không thuộc thẩm quyền của Trọng tài, không có thoả thuận Trọng tài hoặc thoả thuận Trọng tài vô hiệu thì phải nêu trong bản tự bảo vệ đó. Luật Trọng tài thương mại năm 2010 đã kế thừa Pháp lệnh Trọng tài thương mại năm 2003 khi quy định việc gửi bản tự bảo vệ. Đây vừa là quyền, vừa là nghĩa vụ tố tụng của bị đơn khi nhận được đơn khởi kiện và các tài liệu kèm theo của nguyên đơn. Đây là điểm tiến bộ, phù hợp với thực tiễn thương mại ngày nay khi mà tranh chấp thương mại ngày càng đa dạng và phức tạp, nhiều vụ mang tính chuyên môn sâu, nên bên nào cũng có lý lẽ, lập luận để bảo vệ quyền lợi của mình, thậm chí bị đơn có thể chứng minh bên vi phạm nghĩa vụ chính là nguyên đơn chứ không phải bị đơn. Quyền tự bảo vệ thông qua việc gửi bản tự bảo vệ bảo đảm cho một quá trình tố tụng công bằng.

Luật Trọng tài thương mại năm 2010 cho phép bị đơn có quyền kiện lại nguyên đơn về những vấn đề có liên quan đến vụ tranh chấp. Đơn kiện lại của bị đơn phải được gửi cho Trung tâm Trọng tài. Trong trường hợp vụ tranh chấp được giải quyết bằng Trọng tài vụ việc, đơn kiện lại phải gửi cho Hội đồng Trọng tài và nguyên đơn. Đơn kiện lại phải được nộp cùng thời điểm nộp bản tự bảo vệ. Trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày nhận được đơn kiện lại,

nguyên đơn phải gửi bản tự bảo vệ cho Trung tâm Trọng tài. Trường hợp vụ tranh chấp được giải quyết bằng Trọng tài vụ việc, nguyên đơn phải gửi bản tự bảo vệ cho Hội đồng Trọng tài và bị đơn. Việc giải quyết đơn kiện lại do Hội đồng Trọng tài giải quyết đơn khởi kiện của nguyên đơn thực hiện theo quy định của Luật Trọng tài thương mại năm 2010 về trình tự, thủ tục giải quyết đơn khởi kiện của nguyên đơn.

Luật Trọng tài thương mại năm 2010 quy định thời hiệu khởi kiện giải quyết vụ tranh chấp bằng trọng tài là hai năm. Các bên có quyền thoả thuận về việc xác định thời điểm bắt đầu của thời hiệu. Nếu các bên không có thoả thuận thì thời điểm đó được xác định theo các quy định của Bộ luật dân sự năm 2005. Quy định này đã khắc phục được những hạn chế của quy định trước đây trong Pháp lệnh Trọng tài thương mại năm 2003. Theo quy định của Pháp lệnh Trọng tài thương mại năm 2003, đối với vụ tranh chấp mà pháp luật không quy định thời hiệu khởi kiện thì thời hiệu khởi kiện giải quyết vụ tranh chấp bằng Trọng tài được tính là hai năm kể từ ngày xảy ra tranh chấp, trừ trường hợp bất khả kháng. Thực tiễn trong thời gian thi hành Pháp lệnh cho thấy, việc quy định thời điểm bắt đầu của thời hiệu khởi kiện như vậy bộc lộ nhiều bất cập, vì thế nào là sự kiện “ngày xảy ra tranh chấp” thường được mọi người nhìn nhận theo những tiêu chí chủ quan của mình và cụm từ “tranh chấp” cũng thường được định nghĩa theo cách hiểu của mỗi người. Mặt khác, cách xác định thời hiệu theo Luật Trọng tài thương mại năm 2010 phù hợp với quy định của Bộ luật tố tụng dân sự năm 2004 (sửa đổi, bổ sung

năm 2011) (khoản 3 Điều 159) cũng như Bộ luật dân sự năm 2005 (Điều 427, Điều 607). Theo đó, thời hiệu khởi kiện giải quyết vụ tranh chấp bằng Trọng tài sẽ được tính từ ngày "quyền và lợi ích hợp pháp bị xâm phạm". Cách xác định thời hiệu khởi kiện như vậy có ưu điểm là dễ xác định. Tuy nhiên, cách thức quy định thời điểm bắt đầu thời hiệu khởi kiện là thời điểm quyền và lợi ích hợp pháp bị xâm phạm chỉ được một số nước áp dụng. Quan điểm của nhiều nước khác lại coi thời điểm bắt đầu thời hiệu khởi kiện là thời điểm người có quyền biết hoặc phải biết về việc người khác xâm phạm quyền và lợi ích hợp pháp của mình.

Nhằm khuyến khích các bên tranh tụng ứng xử nhanh để việc giải quyết tranh chấp tại Trọng tài bảo đảm thời gian và hiệu quả, khuyến khích cách hành xử có trách nhiệm và giữ gìn uy tín, hạn chế các hành vi bội tín và hành xử mâu thuẫn trong tố tụng trọng tài, Luật Trọng tài thương mại năm 2010 đã đưa khái niệm "Mất quyền phản đối" (Điều 13). Theo quy định này, một bên sẽ mất quyền phản đối tại Trọng tài hoặc Tòa án, nếu biết quyền của mình bị vi phạm mà không phản đối trong thời hạn quy định bởi Luật Trọng tài thương mại.

II. THỰC TIỄN VẬN HÀNH CƠ CHẾ GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP THAY THẾ Ở VIỆT NAM

1. Thực tiễn vận hành phương thức thương lượng

Khi có tranh chấp phát sinh, thương lượng là phương thức đầu tiên không chỉ được các doanh nghiệp áp dụng

mà còn được cả các luật sư với nhiệm vụ tư vấn giải quyết tranh chấp khách hàng của mình lựa chọn. Mục đích các doanh nghiệp lựa chọn phương thức này phần lớn là muốn duy trì quan hệ hợp tác làm ăn.

Phương thức thương lượng được các doanh nghiệp sử dụng không chỉ ngay sau khi phát sinh tranh chấp mà còn trong suốt quá trình giải quyết tranh chấp. Khi có tranh chấp thương mại xảy ra, các bên chủ động liên hệ, gặp gỡ nhau để cùng tìm ra giải pháp tháo gỡ mâu thuẫn. Ngay cả khi tranh chấp và mâu thuẫn được tiến hành giải quyết bằng các phương thức khác như hòa giải, Trọng tài hay Tòa án, thì các bên vẫn tiếp tục thương lượng với nhau.

Qua quá trình khảo sát của Viện Khoa học pháp lý, Bộ Tư pháp về “Thực trạng tranh chấp, giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế của doanh nghiệp Việt Nam và vai trò của các thiết chế tư pháp, hỗ trợ tư pháp” cho thấy, phần lớn doanh nghiệp đều lựa chọn thương lượng như một phương thức giải quyết tranh chấp đầu tiên. Theo số liệu thống kê từ việc khảo sát thực tiễn đối với các doanh nghiệp thuộc địa bàn điều tra cho thấy có 82,5% doanh nghiệp cho biết thương lượng là phương thức đầu tiên mà doanh nghiệp lựa chọn nếu xảy ra tranh chấp, bất đồng, trong khi đó việc lựa chọn phương thức Trọng tài chiếm 7,1%, Tòa án chiếm 2,3%, hòa giải 5,6%¹.

1. Dương Thanh Mai (chủ nhiệm dự án): *Dự án điều tra cơ bản về thực trạng tranh chấp, giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế của doanh nghiệp Việt Nam và vai trò của các thiết chế tư pháp, hỗ trợ tư pháp*, Tlđđ, (tr.66).

Cũng trong dự án điều tra này cho thấy, trong tổng số 367 doanh nghiệp đã gặp tranh chấp trả lời phiếu khảo sát có 270 phiếu doanh nghiệp có vụ tranh chấp thương mại quốc tế giải quyết bằng phương thức thương lượng trực tiếp (trong đó số vụ việc doanh nghiệp đã thực hiện việc thương lượng thành công là 544/758 vụ)¹. Như vậy, có thể thấy rằng, các doanh nghiệp cũng đã sử dụng thương lượng như là một phương thức giải quyết tranh chấp tương đối nhiều, và tỷ lệ thương lượng thành công cũng khá cao.

Về thời điểm thực hiện việc thương lượng. Thực tiễn cho thấy, việc thương lượng giữa các bên diễn ra liên tục trong quá trình giải quyết tranh chấp. Theo thống kê từ các bản án, quyết định mà nhóm khảo sát thu thập được, trong tổng số 34 quyết định đình chỉ giải quyết vụ án tranh chấp thương mại quốc tế, thì gần một nửa trong số đó căn cứ để Tòa ra quyết định đình chỉ là do đương sự rút đơn khởi kiện, rút đơn kháng cáo do thương lượng thành công.

Tranh chấp giữa Công ty Cổ phần vật tư nông nghiệp NA và Công ty SPA. Các bên đã khởi kiện ra Tòa án nhân dân HN và Tòa đã có Bản án kinh tế sơ thẩm số 37/2006/KDTM-ST ngày 20-4-2006. Ngày 05-5-2006, các bên có kháng cáo nội dung bản án sơ thẩm trên và Tòa Phúc thẩm Tòa án nhân dân tối cao tại Hà Nội đã thụ lý giải quyết vụ án theo trình tự thủ tục phúc

1. Dương Thanh Mai (chủ nhiệm dự án): *Dự án điều tra cơ bản về thực trạng tranh chấp, giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế của doanh nghiệp Việt Nam và vai trò của các thiết chế tư pháp, hỗ trợ tư pháp, Tlđđ*, (tr.66).

thẩm. Tuy nhiên, tại phiên tòa phúc thẩm ngày 14-8-2006, đại diện hợp pháp của nguyên đơn đã xin rút toàn bộ nội dung kháng cáo, phía bị đơn triệu tập lần thứ 2 mà vẫn vắng mặt, bị coi như từ bỏ việc kháng cáo, do vậy, Tòa phúc thẩm đã đình chỉ xét xử phúc thẩm. Qua liên hệ với doanh nghiệp thì lý do của việc rút kháng cáo, từ bỏ quyền kháng cáo như trên là do các bên đã tự dàn xếp giải quyết tranh chấp với nhau.

(Nguồn: Quyết định đình chỉ việc xét xử phúc thẩm án dân sự số 155/2006/KDTM-QĐPT, ngày 14-8-2006 của Tòa Phúc thẩm - Tòa án nhân dân tối cao tại Hà Nội).

Trong vụ việc yêu cầu bồi thường thiệt hại hợp đồng giữa nguyên đơn là Công ty xuất nhập khẩu V và tàu Ch, sau đã có đơn khởi kiện, ngày 11-5-2007 nguyên đơn lại có đơn đề nghị rút đơn khởi kiện để hai bên tự hòa giải và thương lượng với nhau. Căn cứ vào đề nghị của nguyên đơn, Tòa án nhân dân thành phố HP đã Quyết định đình chỉ giải quyết vụ án dân sự số 04/2007/QĐ-ST.

Hay trong vụ án tranh chấp hợp đồng mua bán giữa Công ty Lương thực và Công nghệ thực phẩm và Công ty SOE: Theo Quyết định đình chỉ giải quyết vụ án kinh tế số 128/ĐC-KTST, ngày 12-5-2004, tại Tòa án nhân dân thành phố H mặc dù tranh chấp đã được Tòa án nhân dân thành phố H thụ lý nhưng sau đó, các bên đã tự thương lượng và giải quyết thỏa đáng nên ngày 11-5-2004, nguyên đơn là Công ty Lương thực và Công nghệ thực phẩm đã có Văn bản xin rút đơn khởi kiện đối với Công ty SOE. Căn cứ Công văn đó; điểm b, khoản 1 và khoản 2 Điều 39 Pháp lệnh thủ tục giải quyết các vụ án kinh tế; căn cứ điểm 1, Điều 18 Nghị định 70/CP

ngày 12-6-1997 của Chính phủ về án phí, lệ phí, Tòa án ra quyết định đình chỉ giải quyết vụ án kinh tế đã thụ lý.

Ngoài ra, việc thương lượng giữa các bên cũng được thực hiện trong suốt quá trình Tòa án, Trọng tài, hòa giải giữa các bên. Bên cạnh vai trò hòa giải của cơ quan tài phán, không thể phủ nhận việc các bên vẫn tiếp tục trao đổi và có thiện chí để đi đến phương án thống nhất. Tuy nhiên, nhiều trường hợp thương lượng không thực hiện được do đối tác không thiện chí thương lượng.

Nếu như trong giải quyết tranh chấp bằng Trọng tài hoặc Tòa án, các bên tranh chấp đều phải tuân thủ những thủ tục, trình tự nhất định theo quy định pháp luật hoặc theo quy tắc tố tụng Trọng tài thì đối với biện pháp thương lượng, quy trình hoàn toàn do các bên chủ động quyết định. Trên thực tế, việc thương lượng thông thường được các bên tiến hành theo 4 bước như sau:

Bước 1: Định hướng và hình thành các quan điểm thương lượng:

Sau khi phát sinh những bất đồng, mâu thuẫn, tranh chấp, một hoặc các bên liên hệ với bên kia để bày tỏ mong muốn và thiện chí của mình trong việc thương lượng để tháo gỡ mâu thuẫn, tranh chấp. Khi các bên đã đồng ý thương lượng thì mỗi bên sẽ định hướng và hình thành quan điểm thương lượng với các phương án đàm phán từ mức đạt được ý muốn cao nhất đến mức trung bình và mức thấp nhất có thể chấp nhận được.

Bước 2: Tranh luận và thuyết phục:

Các bên sẽ trực tiếp trao đổi, đàm phán để đạt đến một cách giải quyết mà các bên đều chấp nhận được. Trong quá

trình này, các bên sẽ sử dụng khả năng lập luận và thuyết phục của mình để điều hòa lợi ích và có thể có sự nhượng nhandu. Việc trao đổi, đàm phán có thể thông qua trực tiếp gặp gỡ nhau để thương lượng hoặc thương lượng gián tiếp qua công văn, tài liệu, thư từ, thư điện tử, fax, điện thoại...

Bước 3: Tìm ra lối thoát hoặc khủng hoảng:

Không phải tất cả các tranh chấp đều có thể dễ dàng thương lượng được. Có lúc, vấn đề thương lượng đi đến khủng hoảng, bế tắc, lúc này đòi hỏi hơn nữa sự thiện chí của các bên cũng như quyết tâm thương lượng để cùng nhau tìm lối thoát cho việc giải quyết này.

Bước 4: Thỏa thuận hoặc thất bại:

Việc thương lượng có thể đi đến kết quả là đạt được thỏa thuận, cũng có thể là thất bại. Trường hợp các bên đạt được sự thỏa thuận thì sự thỏa thuận đó được xem như một thương lượng mới, thường các bên, để bảo đảm cho thỏa thuận đó được thực hiện nghiêm chỉnh đều đưa vào điều khoản bổ sung, phụ lục của hợp đồng.

Khi đánh giá về lý do lựa chọn thương lượng là phương thức giải quyết tranh chấp thì, đa số các doanh nghiệp chọn phương thức thương lượng để duy trì quan hệ đối tác (42%), số doanh nghiệp chọn để tiết kiệm chi phí chiếm 18%, doanh nghiệp chọn để thuận lợi cho các bên (24%), doanh nghiệp chọn để giữ bí mật kinh doanh (9%), nhanh gọn...¹

1. Xem Dương Thanh Mai (chủ nhiệm dự án): *Dự án điều tra cơ bản về thực trạng tranh chấp, giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế của doanh nghiệp Việt Nam và vai trò của các thiết chế tư pháp, hỗ trợ tư pháp, Tlđd.*

Mặc dù có nhiều ưu điểm vượt trội hơn so với các phương thức giải quyết tranh chấp thương mại khác, song, trên thực tế, vẫn còn nhiều doanh nghiệp e ngại sử dụng phương thức này bởi tính hiệu quả của nó, cụ thể:

Thứ nhất, do phương thức này chỉ dựa trên sự thỏa thuận của các bên nên biên bản thương lượng không mang tính ràng buộc. Sau khi các bên thương lượng thành công, nếu các thỏa thuận chỉ được ghi nhận trong văn bản thương lượng thành, không được đưa vào như một cam kết mới của hợp đồng thì các bên có thể không tự nguyện thi hành mà không phải chịu bất kỳ ràng buộc nào.

Thứ hai, mặc dù phương thức thương lượng dựa trên nền tảng là sự thỏa thuận thống nhất, hài hòa lợi ích của các bên, tuy nhiên, trên thực tế, một bên phải chịu thiệt thòi khi thương lượng là rất lớn nếu như vị thế, trình độ hiểu biết và kinh nghiệm của các bên tranh chấp có sự chênh lệch cao.

Thứ ba, các doanh nghiệp e ngại phương thức thương lượng dễ trở thành khe hở cho doanh nghiệp vi phạm nghĩa vụ cố tình trì hoãn, kéo dài thời gian để qua thời hiệu khởi kiện.

Thứ tư, một nhược điểm lớn của phương thức thương lượng là các bên thường không thỏa thuận được gì bởi khi đã có tranh chấp thì quan điểm của các bên thường rất khác nhau. Do vậy, giải quyết tranh chấp theo phương thức này chỉ đạt được kết quả khi các bên đều có mong muốn bảo đảm lợi ích chính đáng của nhau và các bên thấy được hậu quả bất lợi mà các bên phải gánh chịu khi giải quyết theo phương thức đó không thành. Chính vì vậy, có thể nói, sự thành công của phương thức thương lượng phụ thuộc vào

ý thức xây dựng, sự hiểu biết pháp luật và bản chất vụ tranh chấp giữa các bên.

Thứ năm, kết quả thương lượng phụ thuộc rất nhiều vào kỹ năng thương lượng và ý thức tự nguyện thi hành của các bên tham gia tranh chấp. Thương lượng là biện pháp có nhiều ưu việt để giải quyết tranh chấp, song do cách giải quyết này chỉ là giữa các bên với nhau, không có người đứng giữa để điều hoà lợi ích nên mức độ bảo đảm quyền lợi phụ thuộc rất nhiều vào kỹ năng cũng như năng lực đàm phán của doanh nghiệp. Với thực tế là, doanh nghiệp Việt Nam gần như mới tham gia vào quan hệ thương mại quốc tế so với các đối tác nước ngoài khác, kinh nghiệm ít ỏi, mức độ cọ sát không nhiều, tiềm lực tài chính thấp, nhất là việc sử dụng dịch vụ pháp lý chưa được các doanh nghiệp quan tâm và đầu tư đúng mức nên không khó khăn gì để có thể đoán biết rằng năng lực thương lượng để giải quyết các tranh chấp của doanh nghiệp cũng khó có thể so được với đối tác nước ngoài.

Các cuộc trao đổi với luật sư, doanh nghiệp cũng cho thấy một thực tế là, không chỉ khi đàm phán hợp đồng mà ngay cả khi thương lượng để giải quyết tranh chấp, nhiều doanh nghiệp cũng vẫn không có những kế hoạch và chiến lược đàm phán rõ ràng để có những bước tiến, thoai hợp lý khi thương lượng nhằm bảo đảm thu được thắng lợi cho việc thương lượng¹.

1. Xem Dương Thanh Mai (chủ nhiệm dự án): *Dự án điều tra cơ bản về thực trạng tranh chấp, giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế của doanh nghiệp Việt Nam và vai trò của các thiết chế tư pháp, hỗ trợ tư pháp, Tlđd.*

Về ý thức tự nguyện thi hành, các doanh nghiệp Việt Nam hiện nay chưa có ý thức tốt trong việc chấp hành các thỏa thuận trong biên bản thương lượng thành, nhất là các doanh nghiệp vi phạm nghĩa vụ. Thực tế, các vụ tranh chấp giải quyết thành công nhờ thương lượng đa phần là những vụ việc có giá trị tranh chấp không lớn hoặc quy mô nhỏ.

Việc lựa chọn phương thức giải quyết tranh chấp trong kinh doanh có tầm quan trọng đặc biệt bởi nó ảnh hưởng tới mức độ thiệt hại của doanh nghiệp một khi thương vụ bị đổ bể. Trong một khảo sát của Tòa án nhân dân tối cao thì, hầu hết các doanh nghiệp tham gia khảo sát khi được hỏi đều cho rằng, họ đã có những tính toán, cân nhắc trước khi lựa chọn sử dụng một phương thức giải quyết tranh chấp kinh doanh thương mại. Nhiều doanh nghiệp tham gia khảo sát đã từng giải quyết tranh chấp kinh doanh thương mại tại Tòa án đều cho rằng, việc đưa tranh chấp kinh doanh thương mại ra giải quyết tại Tòa án là phương án cuối cùng sau khi doanh nghiệp đã nỗ lực tiến hành thương lượng, đàm phán với đối tác. Trên thực tế, trong những tranh chấp kinh doanh thương mại được đưa ra giải quyết tại Tòa án, mức độ mâu thuẫn giữa các bên đối tác đã ở mức cao. Chính vì vậy, nhiều trường hợp, việc hòa giải bằng Tòa án không đạt được.

Cũng theo kết quả khảo sát của Tòa án nhân dân tối cao trong chương trình “Hỗ trợ doanh nghiệp” thực hiện năm 2007, các doanh nghiệp tại 6 tỉnh, thành phố thuộc địa bàn khảo sát đã từng phát sinh tranh chấp thương mại, có 42,2% doanh nghiệp được hỏi đã lựa chọn phương thức

giải quyết tranh chấp bằng thương lượng, đàm phán trực tiếp với đối tác. Tuy nhiên, chỉ có 20,3% doanh nghiệp được hỏi cho rằng, việc giải quyết tranh chấp bằng thương lượng, đàm phán trực tiếp với đối tác là có hiệu quả. Nhiều doanh nghiệp được hỏi cho biết, mặc dù trong quá trình thương lượng, đàm phán với đối tác để giải quyết tranh chấp, các bên đã đạt được những thoả thuận tích cực để giải quyết tranh chấp nhưng sau đó, bên đối tác không thực hiện theo những thoả thuận đã đạt được, trong khi doanh nghiệp không có một công cụ pháp lý nào để bắt buộc đối tác tôn trọng và thực hiện theo các thoả thuận đã đạt được. Điều đó chỉ ra rằng, việc thiếu sự bảo đảm pháp lý đã dẫn đến việc phương thức giải quyết tranh chấp bằng thương lượng không đạt được hiệu quả tích cực như bản chất vốn có của nó.

Để đạt được kết quả cao trong thương lượng đòi hỏi các bên phải có thiện chí, trung thực, hợp tác và phải am hiểu về vấn đề chuyên môn và pháp luật, thông thường cần có sự kết hợp chặt chẽ giữa các chuyên gia kinh tế, kỹ thuật và các chuyên gia pháp lý để đạt được thành công trong thương lượng. Thực tiễn cho thấy, việc tham gia của các chuyên gia pháp lý trong quá trình thương lượng thì vấn đề đạt đến thoả thuận thường cao hơn. Nếu như việc tham gia của các chuyên gia kinh tế, kỹ thuật sẽ giúp các bên “cân đo” và tìm ra giải pháp chung về mặt chuyên môn thì, việc tham gia của các chuyên gia pháp lý sẽ giúp đánh giá về mặt pháp lý, dự liệu khả năng “thắng thua” trong trường hợp giải quyết thông qua thiết chế tài phán, từ đó

dự kiến được mức độ mà thương lượng có thể đạt được cũng như đặt ra những phương án cho việc thương lượng.

Phát triển phương thức giải quyết tranh chấp bằng thương lượng sẽ góp phần thúc đẩy cho các quan hệ thương mại, đồng thời, giảm thiểu và hạn chế được các tranh chấp phát sinh. Để thực hiện điều đó trước tiên cần hoàn thiện hệ thống pháp luật trong lĩnh vực thương mại: cần có quy định bảo đảm thực thi các thỏa thuận giữa đôi bên. Các kết quả thương lượng thành cần phải được bảo đảm thực hiện.

Thương lượng là dựa trên sự tự nguyện, ý chí của các bên, vì thế, quy định pháp luật điều chỉnh phương thức thương lượng trong giải quyết tranh chấp không phải là nhiều. Tuy nhiên, đã là một phương thức giải quyết tranh chấp, nó cần có các điều kiện để bảo đảm thực thi và áp dụng trên thực tế, có như vậy, phương thức thương lượng mới có thể hoàn thành được tốt nhiệm vụ của nó là một phương thức hữu hiệu, ít tốn kém về mặt thời gian, chi phí, công sức và giảm thiểu hiệu quả các tranh chấp dễ xảy ra.

2. Thực tiễn vận hành phương thức hòa giải

a) Tổ chức và hoạt động hoà giải tại Việt Nam:

Một trong những lợi thế quan trọng của phương thức giải quyết tranh chấp thương mại bằng hòa giải so với các phương thức khác chính là, việc các bên tranh chấp có thể tự do thỏa thuận lựa chọn bên thứ ba là tổ chức hoặc cá nhân bất kỳ mà họ cảm thấy đủ năng lực và uy tín để tham gia hòa giải vụ việc. Pháp luật Việt Nam chưa có quy định

cụ thể về quy trình, thủ tục giải quyết tranh chấp thương mại bằng hòa giải, do đó những vấn đề liên quan đến bên thứ ba đóng vai trò hòa giải hầu như do các bên trong quá trình giải quyết tranh chấp bằng hòa giải tự động thỏa thuận với nhau.

Về tổ chức hòa giải tranh chấp thương mại ở Việt Nam hiện nay, nước ta chưa có các tổ chức hòa giải thương mại với đúng nghĩa của hòa giải theo thực tiễn thương mại quốc tế. Hiện tại, ở nước ta, có Trung tâm hòa giải thuộc Hiệp hội bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng. Tuy nhiên, đây là một tổ chức bảo vệ người tiêu dùng, không phải là một tổ chức độc lập, chưa đáp ứng tiêu chuẩn về hòa giải.

Hòa giải thương mại ở nước ta chưa thực sự được coi là một phương thức giải quyết tranh chấp độc lập mà đang được thực hiện một cách "mò mẫm"¹. Hiện nay, Việt Nam có 7 Trung tâm Trọng tài thương mại nhưng thực tế cũng chỉ mới có Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam (VIAC) là một tổ chức có thể nói là chuyên nghiệp đã có dịch vụ giải quyết tranh chấp thương mại bằng hòa giải. Nhưng thực tế là số vụ việc đã được đưa ra VIAC để hòa giải cũng rất ít. Cho đến nay, mới có một số vụ được đưa ra hòa giải tại VIAC theo quy tắc trên.

Ngoài dịch vụ hòa giải của VIAC, trên thực tế, quá trình hòa giải tranh chấp thương mại của các bên còn có sự tham

1. Xem Nguyễn Thị Minh: Hòa giải thương mại và xu hướng phát triển tại Việt Nam, kỷ yếu hội thảo về "Mô hình tổ chức và hoạt động hòa giải thương mại tại Việt Nam", *Tlđđ*.

gia hòa giải của bên thứ ba là các văn phòng Luật sư có uy tín, cả trong nước và cả nước ngoài; các hiệp hội; các công ty lớn... Thực tiễn cho thấy, trong các vụ việc tranh chấp thương mại quốc tế, trường hợp các bên thỏa thuận và trực tiếp cùng nhau tới nhờ công ty luật thực hiện thủ tục hòa giải là rất ít. Nhưng cũng đã có trường hợp, sau khi được một bên đề nghị đứng ra thay mặt doanh nghiệp giải quyết tranh chấp thì trong quá trình tiếp xúc, công ty luật lại trở thành người hoà giải giữa hai bên.

Về năng lực của Hòa giải viên. Trên thực tế, việc khảo sát về năng lực của Hòa giải viên thương mại là điều vô cùng khó khăn do không thể thống kê được một cách đầy đủ danh sách các cá nhân đã từng tham gia thực hiện hòa giải tranh chấp. Việc đánh giá thực tiễn năng lực của các Hòa giải viên chỉ có thể được phản ánh một phần thông qua đánh giá của các doanh nghiệp và Luật sư đã trực tiếp giải quyết tranh chấp thương mại bằng hòa giải thông qua các Hòa giải viên. Có thể suy luận rằng, nhờ những tổ chức, cá nhân khi đã được các doanh nghiệp nhờ cậy với vai trò là Hòa giải viên thì hầu hết đều là những chủ thể có uy tín, danh tiếng và có trình độ chuyên môn nhất định trong những lĩnh vực phát sinh tranh chấp. Do đó, chất lượng Hòa giải viên thực tế đã tham gia giải quyết tranh chấp thương mại theo logic sẽ được đánh giá ở mức cao, đạt yêu cầu.

b) Thực tiễn giải quyết tranh chấp kinh doanh thương mại thông qua hòa giải:

Như phần trên đã đề cập, ngoài VIAC có quy tắc hòa giải và thực hiện việc hòa giải tranh chấp kinh doanh

thương mại khi được các bên yêu cầu, hiện nay ở Việt Nam, chưa có một tổ chức chuyên nghiệp thực hiện chức năng hòa giải tranh chấp thương mại. Vì thế, rất khó có thể thống kê được số vụ tranh chấp được giải quyết thông qua hòa giải. Kết quả giải quyết tranh chấp thương mại chủ yếu được phản ánh thông qua sự đánh giá kết quả của các doanh nghiệp tham gia khảo sát.

Mặc dù, hòa giải có nhiều ưu thế song thực tế khảo sát của Viện Khoa học pháp lý Bộ Tư pháp lại cho thấy, cho đến thời điểm mà cuộc khảo sát được tiến hành thì, phương thức giải quyết tranh chấp thương mại bằng hòa giải chưa được các doanh nghiệp Việt Nam sử dụng một cách thực sự hiệu quả. Số liệu điều tra thu được từ Dự án khảo sát này đối với các doanh nghiệp trên địa bàn 8 tỉnh thành phố lớn của cả nước cho thấy, trong số 367 doanh nghiệp Việt Nam đã gặp tranh chấp thương mại quốc tế trên thực tế, có 100 doanh nghiệp đã từng giải quyết tranh chấp bằng hòa giải, chiếm tỷ lệ 26,9%. Nếu so sánh với số lượng các doanh nghiệp đã giải quyết tranh chấp bằng thương lượng là 73,6%; đã giải quyết tranh chấp bằng Trọng tài là 9,3%; đã giải quyết tranh chấp bằng Tòa án là 19,6% thì số doanh nghiệp đã từng giải quyết tranh chấp bằng hòa giải cao hơn so với các phương thức Trọng tài và Tòa án¹. Số doanh nghiệp đã từng giải quyết tranh chấp

1. Xem Dương Thanh Mai (chủ nhiệm dự án): *Dự án điều tra cơ bản về thực trạng tranh chấp, giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế của doanh nghiệp Việt Nam và vai trò của các thiết chế tư pháp, hỗ trợ tư pháp*, Tlđđ.

thương mại quốc tế bằng hòa giải này chủ yếu là các doanh nghiệp trên địa bàn Hà Nội và Thành phố Hồ Chí Minh, điều này được lý giải một phần vì hai thành phố này là hai trung tâm thương mại lớn nhất trong cả nước, có nhiều doanh nghiệp hơn, điều này cũng đồng nghĩa với việc tranh chấp thương mại quốc tế của hai thành phố xảy ra nhiều hơn, một lý do nữa là sự hiểu biết về phương thức hòa giải của các doanh nghiệp trên địa bàn hai thành phố cũng ở mặt bằng cao hơn so với doanh nghiệp tại các địa phương khác.

Qua tìm hiểu nhận thức của các doanh nghiệp về phương thức giải quyết tranh chấp thông qua hòa giải, có thể nhận thấy rằng:

Thứ nhất, hiểu biết của các doanh nghiệp về hòa giải như là một phương thức độc lập để giải quyết tranh chấp thương mại nói chung còn kém. Doanh nghiệp còn nhầm lẫn giữa hòa giải và thương lượng, nghĩ rằng, thương lượng và hòa giải là một, thậm chí là nhiều doanh nghiệp lớn cũng không hề biết nếu muốn tiến hành thủ tục giải quyết tranh chấp thương mại bằng hòa giải thì họ phải tìm đến đâu, hay thủ tục tiến hành việc hòa giải ra sao. Pháp luật Việt Nam hiện hành quy định về hòa giải tranh chấp thương mại với tư cách là một phương thức độc lập còn giản đơn. Chưa có một văn bản nào quy định về trình tự, thủ tục tiến hành hòa giải, giá trị pháp lý của biên bản hòa giải ra sao, trong khi đó, công tác tuyên truyền cho các doanh nghiệp về hòa giải như là một phương thức giải quyết tranh chấp thương mại độc lập bên cạnh thương

lượng, Trọng tài, Tòa án gần như chưa có. Doanh nghiệp đã có những hiểu biết nhất định về các phương thức giải quyết tranh chấp khác như thương lượng, Tòa án, Trọng tài, trong khi về hòa giải thì họ lại chưa nắm được. Một số doanh nghiệp cho biết, khi gặp vụ việc tranh chấp với các đối tác nước ngoài và được đối tác nước ngoài hướng dẫn sử dụng phương thức giải quyết tranh chấp bằng hòa giải thì họ mới biết và thấy được những sự ưu việt của phương thức này.

Thứ hai, có nhiều doanh nghiệp lại cho rằng, khi có tranh chấp xảy ra họ muốn sử dụng phương pháp hòa giải, nhưng đối tác của họ không biết, hoặc không muốn sử dụng phương pháp này, trong khi đó trong hợp đồng không quy định về vấn đề hòa giải điều khoản về giải quyết tranh chấp. Do đó, sau khi thương lượng không thành, các bên buộc phải giải quyết tranh chấp bằng các phương thức khác như Trọng tài hay Tòa án, tốn kém rất nhiều tiền bạc, thời gian, công sức, trong khi phán quyết cuối cùng đưa ra nhiều khi lại không thỏa mãn yêu cầu của cả hai bên. Và sau quá trình giải quyết tranh chấp này mối quan hệ đối tác làm ăn giữa các bên đã xấu đi rất nhiều.

Thứ ba, lý do doanh nghiệp lựa chọn phương thức giải quyết tranh chấp thương mại bằng hòa giải nói chung được phản ánh chủ yếu là để duy trì quan hệ với đối tác, tiết kiệm chi phí, giữ bí mật kinh doanh và để thuận lợi cho các bên.

Thứ tư, cũng đã có một số doanh nghiệp có sự hiểu biết nhất định về phương thức giải quyết tranh chấp thương

mại bằng hòa giải. Điều này được thể hiện trước hết trong hợp đồng, một số doanh nghiệp đã thương lượng với đối tác và quy định hòa giải là phương thức giải quyết đầu tiên khi có tranh chấp phát sinh từ hợp đồng. Cũng từ thực tế cho thấy, một số doanh nghiệp có hiểu biết nhiều về phương thức giải quyết tranh chấp thương mại bằng hòa giải. Thậm chí, có doanh nghiệp đã sử dụng cả những cơ quan hỗ trợ tư pháp như cơ quan giám định để hỗ trợ cho quá trình hòa giải. Nhưng theo số liệu điều tra nêu trên thì, số doanh nghiệp hiểu biết về hòa giải và quy định trong hợp đồng hòa giải là phương thức giải quyết tranh chấp đầu tiên mà họ lựa chọn là rất ít, chỉ chiếm 5,4%, trong khi đó, số doanh nghiệp chọn thương lượng chiếm 82,5%; số doanh nghiệp chọn Trọng tài 7,1% và chọn Tòa án chiếm 2,3%.

3. Thực tiễn vận hành phương thức Trọng tài

a) Thực tiễn tổ chức của Trọng tài thương mại:

Trước đây, trong cơ chế kế hoạch hóa tập trung, Trọng tài Kinh tế Nhà nước tồn tại với tư cách là cơ quan nhà nước. Đây là một công cụ pháp lý quan trọng đã từng góp phần đắc lực cho Nhà nước trong việc quản lý nền kinh tế kế hoạch hóa tập trung trong những thập kỷ 70, 80 thế kỷ XX. Trước yêu cầu giải quyết tranh chấp kinh tế ngày càng cao trong quá trình chuyển đổi nền kinh tế kế hoạch hóa tập trung sang nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa và đòi hỏi khách quan việc thực hiện các nguyên tắc của nền kinh tế thị trường, Trọng tài Kinh tế Nhà nước với

tư cách là một cơ quan nhà nước tỏ ra không còn phù hợp với yêu cầu mới. Từ ngày 01-7-1994, hệ thống cơ quan Trọng tài Kinh tế Nhà nước chấm dứt hoạt động. Chức năng giải quyết tranh chấp kinh tế được giao cho Tòa án. Trong cơ chế kế hoạch hóa tập trung, ngoài hệ thống Trọng tài Kinh tế Nhà nước còn có Hội đồng Trọng tài Ngoại thương và Hội đồng Trọng tài Hàng hải. Năm 1993, Trung tâm Trọng tài Quốc tế Việt Nam được thành lập theo Quyết định số 204/TTg của Thủ tướng Chính phủ trên cơ sở sáp nhập Hội đồng Trọng tài Ngoại thương và Hội đồng Trọng tài Hàng hải.

Năm 1994, Chính phủ ban hành Nghị định số 116/CP ngày 05-9-1994 về tổ chức và hoạt động của Trọng tài kinh tế thì sau đó cả nước có 6 Trung tâm Trọng tài kinh tế được thành lập theo Nghị định số 116/CP. Với 6 Trung tâm Trọng tài trên phạm vi cả nước và tổng số 136 Trọng tài viên thì có thể nói rằng phương thức giải quyết tranh chấp thông qua Trọng tài chưa được coi trọng ở nước ta. Thực tế cho thấy, các doanh nghiệp ít khi chọn các Trung tâm Trọng tài để giải quyết các tranh chấp phát sinh. Không phải các doanh nghiệp không có tranh chấp và không muốn giải quyết tranh chấp thông qua các Trung tâm Trọng tài. Lý do chủ yếu là họ chưa có niềm tin rằng các phán quyết của Trọng tài sẽ được thực thi. Tình trạng này dẫn đến việc Nhà nước hạn chế thành lập các Trung tâm Trọng tài và chỉ cho phép thành lập ở các tỉnh và thành phố lớn, nơi thực sự có nhu cầu hình thành các Trung tâm Trọng tài. Chính vì thế, Pháp lệnh Trọng tài thương mại

năm 2003 đã "buộc phải tự mâu thuẫn" với chủ trương tăng cường hoạt động trọng tài trong lĩnh vực giải quyết tranh chấp thương mại¹. Để cụ thể hoá Pháp lệnh, Nghị định số 25/2004/NĐ-CP ngày 15-01-2004 đã liệt kê một số địa phương được thành lập mới Trung tâm Trọng tài bao gồm: Hà Nội, Đà Nẵng và Thành phố Hồ Chí Minh. Các tiêu chí thành lập mới các Trung tâm Trọng tài ở các địa phương khác cũng được Nghị định số 25/2004/NĐ-CP ngày 15-01-2004 quy định.

Việc hạn chế thành lập mới các Trung tâm Trọng tài xuất phát từ một thực tế mang tính hoàn cảnh. Thay vì đi tìm giải pháp để củng cố niềm tin của các doanh nghiệp và Trọng tài thì pháp luật hiện hành lại hạn chế việc thành lập mới các Trung tâm Trọng tài. Có thể thấy rằng, chính chủ trương hạn chế việc thành lập mới các Trung tâm Trọng tài này đã mâu thuẫn với chủ trương mở rộng khả năng trở thành Trọng tài viên. Trước kia, các quy định của Nghị định số 116/CP đặt ra những tiêu chí chặt chẽ và áp dụng chế độ thi tuyển trước khi cấp Giấy chứng nhận Trọng tài viên. Sau đó, Pháp lệnh Trọng tài thương mại năm 2003 đã đi xa hơn một bước nhằm tạo ra sự tự do hơn trong việc trở thành Trọng tài viên. Pháp lệnh Trọng tài năm 2003 đã hủy bỏ cơ chế tuyển chọn và công nhận Trọng tài viên được quy định trong Nghị định số 116/CP ngày 05-9-1994. Như

1. Xem Bộ Tư pháp, Viện Khoa học pháp lý: Báo cáo phúc trình đề tài cấp bộ: "*Hoàn thiện pháp luật và các thiết chế giải quyết tranh chấp ngoài tố tụng tư pháp*".

vậy, Pháp lệnh đã "phi chuyên nghiệp hoá" chức danh Trọng tài viên. Với những điều kiện đơn giản như được quy định ở khoản 1, Điều 12 Pháp lệnh Trọng tài thương mại năm 2003 và với việc các bên tranh chấp có thể chọn Trọng tài viên không nằm trong danh sách của các trung tâm. Bất cứ ai có bằng đại học và có 5 năm công tác đều có thể trở thành Trọng tài viên. Tuy nhiên, việc mở rộng điều kiện trở thành Trọng tài viên liệu có ích gì khi số lượng các Trung tâm Trọng tài bị hạn chế. Nếu như cứ để cho các Trung tâm Trọng tài được thành lập như trước, nhưng thành lập, song không hoạt động được hoặc hoạt động không hiệu quả thì cũng không ảnh hưởng đến hiệu lực quản lý nhà nước. Việc loại bỏ lẫn nhau cứ để cho cơ chế sàng lọc tự nhiên thực hiện. Bên cạnh đó, việc thành lập thêm Trung tâm Trọng tài cũng không làm tăng thêm gánh nặng ngân sách vì các Trung tâm Trọng tài tự chủ về mặt tài chính, nó cũng không làm tăng thêm gánh nặng hay chi phí xã hội. Vì vậy, dùng các quy định pháp luật để hạn chế việc thành lập mới các Trung tâm Trọng tài là không cần thiết.

Một vấn đề nữa liên quan đến tổ chức của Trọng tài Thương mại, đây là vấn đề nguồn nhân lực. Việc giải quyết tranh chấp bằng phương pháp Trọng tài có hiệu quả hay không phụ thuộc rất lớn vào năng lực của đội ngũ Trọng tài viên. Để có thể hoạt động hiệu quả và có được sự phát triển thực sự, các Trung tâm Trọng tài cần quan tâm đến năng lực và trình độ của Trọng tài viên. Hiện nay ở Việt Nam, nếu tính về mặt số lượng những người có điều kiện trở thành Trọng tài viên thì có thể nói, chúng ta có nguồn

lực rất dồi dào. Mỗi năm có hàng nghìn sinh viên tốt nghiệp cử nhân luật. Như vậy, vướng mắc trong sự phát triển của phương thức Trọng tài không nằm ở số lượng mà nó nằm ở chất lượng nguồn nhân lực.

Khi nói đến chất lượng nguồn nhân lực là muốn nói đến năng lực thực sự của họ. Đây là vấn đề không chỉ riêng của lĩnh vực Trọng tài mà của tất cả các lĩnh vực khác. Trong bối cảnh hiện nay ở nước ta, Trọng tài viên khó có được năng lực chuyên môn cao. Một trong những lý do không thể không nói tới, đó là do cách thức, chương trình đào tạo nói chung và đào tạo luật học nói riêng ở nước ta. Đào tạo luật học ở Việt Nam trang bị kiến thức lý luận mà chưa trang bị cho sinh viên các kiến thức về thực tiễn. Sinh viên đến trường chỉ để nghe giảng và ghi chép, rồi trả bài thi, rất thụ động trong việc học. Do vậy, khả năng sáng tạo và thích nghi của sinh viên với hoàn cảnh thực tiễn và các tình huống cụ thể rất hạn chế, đa phần các sinh viên tốt nghiệp xong, khi gặp các tình huống cụ thể trên thực tế đều cảm thấy rất lúng túng, không biết xử lý ra sao. Rất hiếm các cử nhân luật khi ra trường có thể độc lập xử lý các vấn đề pháp lý vốn rất đặc trưng cho việc giải quyết tranh chấp.

Hiện nay, cùng với quá trình hội nhập quốc tế sâu rộng, các tranh chấp thương mại phát sinh trong đời sống thương mại ngày càng nhiều và tỷ lệ các tranh chấp có yếu tố nước ngoài tăng cao. Do đó, sự hạn chế về trình độ ngoại ngữ cũng ảnh hưởng lớn đến khả năng hành nghề của các Trọng tài viên ở nước ta. Các giao dịch thương mại cũng như các vụ giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế ở các

Trung tâm Trọng tài quốc tế đều được tiến hành chủ yếu bằng tiếng Anh, nên nếu như các Trọng tài viên không biết tiếng Anh thì khả năng tiếp cận của Trọng tài viên nước sẽ bị hạn chế.

Việc không chuyên nghiệp hoá bên cạnh tác dụng xã hội hóa hoạt động trọng tài đã gây ảnh hưởng nhất định đối với chất lượng hoạt động xét xử của Trọng tài viên. Việc mở rộng khả năng lựa chọn Trọng tài viên dễ dẫn đến tình trạng các Trọng tài viên kém năng lực ra những phán quyết mà có thể bị Tòa án tuyên hủy vì không bảo đảm được những yêu cầu pháp lý. Tình trạng cũng sẽ ảnh hưởng xấu đến vai trò vị trí của phương thức Trọng tài trong hoạt động giải quyết tranh chấp thương mại.

Một lý do khác ảnh hưởng đến chất lượng của các Trung tâm Trọng tài thương mại, đó là do nhận thức về nghề Trọng tài của các Trọng tài viên. Nhận thức của bản thân các Trọng tài viên đối với hoạt động của chính mình không đầy đủ. Các luật gia, chuyên viên đang công tác ở các cơ quan nhà nước thì coi việc trở thành Trọng tài viên như là công việc làm thêm. Các luật sư hành nghề thì coi Trung tâm Trọng tài như để hỗ trợ cho Văn phòng luật sư của mình. Ít người coi việc làm Trọng tài viên như nghề nghiệp chính của mình. Vì vậy, tính chuyên nghiệp của các Trung tâm Trọng tài và các Trọng tài viên chưa cao.

b) Thực tiễn hoạt động Trọng tài thương mại:

Thực tiễn giải quyết tranh chấp thương mại bằng Trọng tài tại Việt Nam trong những năm qua, về mặt nguyên tắc, hoạt động Trọng tài tại Việt Nam được thực hiện thông qua các Trung tâm Trọng tài thường trực và các Hội đồng

Trọng tài ad hoc giải quyết các vụ việc. Tuy nhiên, xuất phát từ tính chất của mình nên số liệu thực tế các vụ tranh chấp giải quyết bằng Trọng tài "ad hoc" không được ghi nhận một cách chính thức ở bất kỳ tài liệu nào. Vì vậy, thực tiễn hoạt động Trọng tài tại Việt Nam được đánh giá chủ yếu thông qua hoạt động của các Trung tâm Trọng tài thường trực thành lập trong khuôn khổ pháp luật về Trọng tài Việt Nam. Hiện tại, có 7 Trung tâm Trọng tài phi Chính phủ tại Việt Nam, bao gồm: Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam bên cạnh Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam, Trung tâm Trọng tài thương mại Hà Nội, Trung tâm Trọng tài thương mại Á Châu, Trung tâm Trọng tài thương mại Thành phố Hồ Chí Minh, Trung tâm Trọng tài thương mại Cần Thơ, Trung tâm Trọng tài thương mại Thái Bình Dương, Trung tâm Trọng tài thương mại Tài chính Ngân hàng Việt Nam. Số lượng Trọng tài viên trong danh sách của các trung tâm còn quá ít, chỉ khoảng 288 người¹, năng lực giải quyết tranh chấp thương mại của đội ngũ Trọng tài viên còn hạn chế. Chính vì vậy, mặc dù đã tồn tại ngót nửa thế kỷ nhưng phương thức Trọng tài có vẻ chưa thực sự bén rễ vào hệ thống giải quyết tranh chấp tại Việt Nam.

Theo kết quả khảo sát của đề tài "Báo cáo nghiên cứu đánh giá chức năng của các phương thức giải quyết tranh chấp kinh doanh, thương mại ở Việt Nam hiện nay", chỉ có 3,6% doanh nghiệp được hỏi đã từng đưa tranh chấp kinh

1. <http://moj.gov.vn/httpNews/Lists/Trongtaithuongmai/View-Detail.aspx>.

doanh thương mại ra giải quyết tại Trung tâm Trọng tài thương mại mặc dù trong số các doanh nghiệp được phỏng vấn có tới 59,1% doanh nghiệp đã từng gặp tranh chấp trong kinh doanh.

Theo thống kê của một số Trung tâm Trọng tài, kể cả Trung tâm Trọng tài quốc tế bên cạnh Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam là Trung tâm Trọng tài uy tín và lâu đời nhất của Việt Nam thì số lượng vụ việc được giải quyết qua các Trung tâm Trọng tài cũng rất ít ỏi. Năm 2013, số lượng vụ việc đưa ra giải quyết tại Trung tâm VIAC là 99 vụ, cao nhất trong vòng 21 năm qua¹.

Trong khi đó, so với một số nước trong khu vực và quốc tế thì số vụ tranh chấp đưa ra trọng tài để giải quyết là tương đối lớn. Năm 2013, số vụ việc được thụ lý giải quyết tại Toà án Trọng tài quốc tế Luân Đôn (290 vụ)²; Trung tâm Trọng tài quốc tế Viên (Áo) (132)³; Hội đồng Trọng tài thương mại và kinh tế Trung Quốc (1256 vụ)⁴; Trung tâm Trọng tài quốc tế Hồng Kông (Trung Quốc) (463 vụ); Trung tâm Trọng tài quốc tế Xingapo (259 vụ)⁵. Khi so sánh về số liệu của Trung tâm Trọng tài quốc tế Xingapo (SIAC) cho thấy số lượng tranh chấp mà một bên là doanh nghiệp Việt Nam

1. <http://viac.vn/thong-ke/thong-ke-tinh-hinh-giai-quyet-tranh-chap-nam-2013-tai-viac-al70.htm>.

2. Xem <http://www.lcia.org/LCIA/reports.aspx>. Registrar's Report 2013.

3. Xem <http://www.viac.eu/en/service/statistics/89-service/statistiken/171-viac-statistics-2013>.

4. <http://www.ejetac.org/index.cms>.

5. <http://www.siac.org.sg/2014-11-03-13-33-43/facts-figures/statistics>.

mà SIAC thụ lý giải quyết trong giai đoạn 2000-2014 là 54 vụ, chỉ riêng trong năm 2010 là 15 vụ¹. Số liệu này cho thấy việc doanh nghiệp Việt Nam lựa chọn Trung tâm Trọng tài nước ngoài là không nhỏ.

Các số liệu thống kê ở trên cho thấy một thực trạng là, so với một số Trung tâm Trọng tài quốc tế khác thì số lượng các vụ việc giải quyết bằng Trọng tài tại Việt Nam là rất ít. Tình trạng hoạt động cầm chừng này của các Trung tâm Trọng tài thường trực tại Việt Nam hoàn toàn trái ngược với sự gia tăng nhanh chóng của các quan hệ thương mại ở nước ta trong một vài thập kỷ trở lại đây.

Các lĩnh vực tranh chấp được giải quyết bằng Trọng tài Việt Nam phần lớn là những tranh chấp liên quan đến hợp đồng mua bán (63%)² mà chủ yếu đó là những vụ tranh chấp liên quan đến việc không thanh toán đúng theo hợp đồng hoặc các tranh chấp về chất lượng hàng hóa được giao, về các điều kiện giao hàng, thanh toán. Một số ít các tranh chấp thuộc các lĩnh vực khác như xây dựng, công nghệ thông tin, đại lý, phân phối, liên doanh, hợp đồng hợp tác kinh doanh... Theo số liệu mà VIAC cung cấp thì trong năm 2013, trong số các vụ kiện được thụ lý tại VIAC

1. Xem <http://www.sjac.org.sg/2013-09-18-01-57-20/2013-09-22-00-27-02/annual-report>, Dương Quỳnh Hoa (2012). Xây dựng và hoàn thiện cơ chế giải quyết tranh chấp thay thế đối với các quan hệ thương mại ở nước ta trong giai đoạn hiện nay, Luận án Tiến sĩ luật học, tr.116.

2. Xem <http://viac.vn/thong-ke/loai-hinh-tranh-chap-a168.html>.

thì có (48,5%)¹ số lượng tranh chấp mà trung tâm thụ lý giải quyết là giữa doanh nghiệp Việt Nam với nước ngoài từ 12 quốc gia², vùng lãnh thổ khác nhau trong đó phần lớn bị đơn là doanh nghiệp nước ngoài.

Ngoài ra, khi đã có phán quyết Trọng tài, các doanh nghiệp Việt Nam thường rất lúng túng trong khâu thi hành, đặc biệt là đối với những trường hợp cần yêu cầu và công nhận thi hành tại nước ngoài. Phần lớn các doanh nghiệp không am hiểu thủ tục yêu cầu và công nhận thi hành phán quyết Trọng tài tại nước ngoài và cho rằng, trách nhiệm trợ giúp thực hiện quá trình này thuộc về các Trung tâm Trọng tài. Tuy nhiên, các Trung tâm Trọng tài thường chỉ hướng dẫn chung cho các doanh nghiệp về thủ tục và giới thiệu địa chỉ các văn phòng luật sư. Việc thi hành phán quyết trọng tài được hay không phụ thuộc lớn vào nỗ lực của bản thân doanh nghiệp thắng kiện.

Như vậy, có thể nói rằng ở Việt Nam Trọng tài thương mại cho đến nay vẫn chưa thật sự phát triển, nhiều doanh nghiệp chưa tin tưởng và lựa chọn Trọng tài, chưa hiểu hết các thuận lợi của Trọng tài, chưa có thói quen lựa chọn phương thức giải quyết tranh chấp. Hoạt động Trọng tài ở nước ta chưa thể hiện là một chế định giảm gánh nặng xét xử cho Tòa án. Trong khi ngành Tòa án thì quá tải với khối lượng công việc khổng lồ thì số lượng vụ việc mà Trung

1. Xem <http://viac.vn/thong-ke/cac-ben-lien-quan-a167.html>.

2. <http://viac.vn/thong-ke/cac-ben-lien-quan-a167.html>, truy cập lần cuối ngày 17-5-2015.

tâm Trọng tài thụ lý lại chưa tương xứng với tiềm năng của các trung tâm.

Tình hình hoạt động có thể nói là kém cỏi của các Trung tâm Trọng tài thương mại Việt Nam, theo các Trung tâm Trọng tài và Trọng tài viên thì có nhiều lý do, trong đó có một số lý do được nói đến nhiều nhất là:

Thứ nhất, việc tuyên truyền phổ biến về phương thức giải quyết tranh chấp bằng Trọng tài chưa đạt hiệu quả dẫn đến nhiều doanh nghiệp, cá nhân không am hiểu những vấn đề liên quan đến tố tụng thông qua con đường Trọng tài thương mại. Mặc dù đã xuất hiện từ khá sớm nhưng Trọng tài Việt Nam chưa thực sự thể hiện được vai trò của mình là một công cụ giải quyết tranh chấp thương mại vì khi đó nền kinh tế nước ta là kinh tế tập trung bao cấp, hoạt động thương mại không phát triển. Trọng tài kinh tế nhà nước quản lý hợp đồng kinh tế giữa các chủ thể kinh tế nhà nước. Nhưng việc đó đã được bãi bỏ. Từ đó, các doanh nghiệp và nhân dân chỉ quen tranh chấp bằng con đường tố tụng tại tòa kinh tế. Nghiên cứu cho thấy, hầu hết các hợp đồng kinh tế chỉ có quy định hai biện pháp tranh chấp là tự thương lượng giải quyết, nếu không giải quyết được thì đưa ra giải quyết tại Tòa án có thẩm quyền. Trong một ngàn hợp đồng, chỉ có một vài hợp đồng chế định việc giải quyết tranh chấp tại Trọng tài kinh tế. Như vậy, phương pháp tự xử và xử lý tranh chấp tại Tòa án đã ăn sâu vào tiềm thức của các doanh nghiệp.

Các doanh nghiệp chưa có nhận thức đầy đủ về phương thức giải quyết tranh chấp bằng Trọng tài. So với những phương thức giải quyết tranh chấp khác, Trọng tài là

phương thức tương đối mới ở Việt Nam. Không đương nhiên như Tòa án, Trọng tài là phương thức chỉ được áp dụng khi các bên tranh chấp lựa chọn. Ở Việt Nam, không nhiều doanh nghiệp biết đến Trọng tài như một phương thức giải quyết tranh chấp phát sinh từ hoạt động kinh doanh của họ, số doanh nghiệp biết về những lợi thế so sánh của Trọng tài với các phương thức giải quyết tranh chấp thương mại khác càng ít hơn. Trong nhiều năm qua, các hoạt động tuyên truyền về Trọng tài còn rời rạc và thiếu hệ thống. Thực tế, mới chỉ có một ít số khoá học ngắn giới thiệu cho các doanh nghiệp về Trọng tài, một số bài báo về Trọng tài nói chung hoặc các vụ việc có liên quan đến phương thức giải quyết tranh chấp này.

Xuất phát từ nhận thức và thái độ không đúng mực đối với các tranh chấp kinh doanh thương mại mà nhiều doanh nghiệp Việt Nam hiện nay không quan tâm đến cơ chế giải quyết tranh chấp khi giao kết hợp đồng. Trên thực tế, nhiều doanh nghiệp đã vướng phải những lỗi căn bản dẫn đến không thể sử dụng được phương thức giải quyết tranh chấp như mong muốn, ví dụ, thỏa thuận sai về Trung tâm Trọng tài hoặc không lường được tính khả thi của việc sử dụng Trọng tài trong giải quyết tranh chấp (lựa chọn Trọng tài nước ngoài), hoặc có ghi nhận điều khoản về giải quyết tranh chấp nhưng trong điều khoản đó lại vừa chọn Trọng tài, vừa chọn Tòa án, hoặc ghi tên tổ chức Trọng tài không chính xác. Ví dụ, có một số điều khoản trọng tài ghi như sau: “mọi tranh chấp phát sinh từ hoặc liên quan đến hợp đồng này sẽ được giải quyết tại Trung tâm Trọng tài quốc

tế Việt Nam theo Pháp lệnh thủ tục giải quyết các vụ án kinh tế”, hoặc “tranh chấp nếu có sẽ được giải quyết tại Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam và Tòa án Trọng tài quốc tế ICC”... Việc này dẫn đến không có một Trung tâm Trọng tài nào thụ lý giải quyết vụ tranh chấp của doanh nghiệp, vì theo quy định của Pháp lệnh Trọng tài thương mại năm 2003 thì những trường hợp như trên được xếp vào những lỗi làm cho thỏa thuận Trọng tài bị vô hiệu. Hoặc thậm chí, có doanh nghiệp không quan tâm đến việc xác định phương thức giải quyết tranh chấp trong hợp đồng hay thỏa thuận “sẽ đưa ra Công an giải quyết nếu xảy ra tranh chấp”. Trong nhiều trường hợp, do không chọn trước cơ quan nào giải quyết nên khi phát sinh tranh chấp doanh nghiệp rất lúng túng, không biết phải quyết định lựa chọn phương thức giải quyết tranh chấp như thế nào trong khi việc đàm phán và thỏa thuận với đối tác vào thời điểm đó là rất khó khăn. Ngay cả đối với những doanh nghiệp lớn hoạt động trong những lĩnh vực mà nguy cơ xảy ra tranh chấp kinh doanh thương mại rất cao, như xuất nhập khẩu, dịch vụ xây lắp,... mặc dù nhận thức được nguy cơ và khả năng phát sinh tranh chấp nhưng hầu hết các doanh nghiệp này không có bất kỳ sự chuẩn bị nào cho việc giải quyết các tranh chấp đó.

Thứ hai, cũng có nhiều doanh nghiệp, đặc biệt là doanh nghiệp nước ngoài, hoài nghi về chất lượng xét xử của Trọng tài, chưa tin vào tính độc lập, vô tư, khách quan của Trọng tài. Do đó, khi phát sinh tranh chấp, các doanh nghiệp nước ngoài thường không chấp nhận đề nghị của bên doanh nghiệp

Việt Nam về việc lựa chọn Trung tâm Trọng tài Việt Nam là tổ chức giải quyết tranh chấp.

Những hạn chế về năng lực của đội ngũ Trọng tài viên ảnh hưởng rất lớn đến hiệu quả hoạt động của các Trung tâm Trọng tài. Theo kết quả khảo sát cho thấy: 30% số Trọng tài viên được hỏi nói rằng, mình chưa từng tham gia giải quyết một vụ tranh chấp thương mại nào; 11,4% ý kiến trả lời đã từng tham gia giải quyết một vụ tranh chấp; số Trọng tài viên giải quyết từ 2 đến 5 vụ chiếm 37,1%; số Trọng tài viên đã giải quyết từ 6 đến 10 vụ chiếm 18,6% và số Trọng tài viên giải quyết trên 10 vụ tranh chấp chỉ chiếm 2,9%¹. Các số liệu nói trên cùng với số lượng tương đối lớn Trọng tài viên vừa mới được đưa vào danh sách cho thấy, Trọng tài viên rất ít có cơ hội được cọ sát với thực tiễn nghề nghiệp để tích lũy kinh nghiệm, trau dồi kỹ năng hành nghề. Đối với những Trọng tài viên chưa từng tham gia giải quyết một vụ tranh chấp nào, thì thời gian làm Trọng tài viên có thể là rất nhiều năm, nhưng vẫn chưa thể hiện được năng lực thực tế của họ.

Các Trọng tài viên của các Trung tâm Trọng tài hiện nay bao gồm các chuyên gia trong nhiều lĩnh vực khác nhau của hoạt động thương mại. Những Trọng tài viên này là những người có bề dày kinh nghiệm thực tế và kiến thức chuyên môn sâu trong lĩnh vực có tranh chấp cần giải quyết. Mặc dù họ là những chuyên gia trong lĩnh vực nào

1. Dương Thanh Mai (chủ nhiệm dự án): *Dự án điều tra cơ bản về thực trạng tranh chấp, giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế của doanh nghiệp Việt Nam và vai trò của các thiết chế tư pháp, hỗ trợ tư pháp, Tlđđ.*

đó nhưng kiến thức pháp lý của họ lại chưa thật đầy đủ, sâu sắc, trong khi điều này lại rất có ý nghĩa trong việc bảo đảm tính hợp pháp của các thủ tục tố tụng trọng tài và là cơ sở pháp lý của các quyết định mà họ ban hành. Điều này đặc biệt quan trọng trong việc yêu cầu công nhận và thi hành các quyết định Trọng tài này ở nước ngoài.

Bên cạnh đó, một nguyên tắc quan trọng của Trọng tài là phán quyết Trọng tài là chung thẩm, tranh chấp đã giải quyết bằng Trọng tài sẽ không được xét xử lại, vì thế, những sai sót về pháp lý của Trọng tài viên, về nguyên tắc sẽ không có cơ hội để sửa chữa. Đây không chỉ là những lo ngại mang tính lý thuyết. Trên thực tế, có khá nhiều vấn đề về chất lượng của các quyết định Trọng tài Việt Nam: Căn cứ pháp lý của nhiều quyết định còn quá sơ sài, một số quyết định chỉ tính đến tính hợp lý mà chưa quan tâm đúng mức đến tính hợp pháp của giải pháp giải quyết tranh chấp... Vấn đề sẽ nan giải hơn một khi quyết định Trọng tài có liên quan đến việc áp dụng hoặc giải thích pháp luật nước ngoài.

Cần phải khẳng định một điều là, tính chất và nội dung của các vụ tranh chấp ngày càng đa dạng và phức tạp; các yếu tố mang tính pháp lý trong quá trình xét xử cũng đòi hỏi ngày càng chặt chẽ, chuẩn xác hơn; đội ngũ các Luật sư đại diện cho các bên trong vụ tranh chấp ngày càng nhiều hơn và họ thường bằng mọi cách để đưa ra các chứng cứ, lập luận nhằm bảo vệ thân chủ của mình, dù đúng hay sai. Điều này đòi hỏi các Trọng tài viên vừa phải giỏi về chuyên môn nghiệp vụ, vừa phải nắm vững pháp luật

điều chỉnh các vấn đề đang tranh chấp cũng như quy tắc tố tụng và phải có bản lĩnh vững vàng kết hợp với "nghệ thuật" xét xử.

Cho đến nay, chưa có một chương trình đào tạo nào thực sự quy mô về kỹ năng giải quyết tranh chấp cũng như kiến thức pháp lý cần thiết cho công việc của các Trọng tài viên. Đa số các Trọng tài viên tại các Trung tâm Trọng tài vẫn thực hiện công việc của mình chủ yếu dựa trên kinh nghiệm và thói quen. Với thực trạng trình độ của các Trọng tài viên và chất lượng của các quyết định Trọng tài như vậy, các doanh nghiệp có lý do để e dè khi quyết định giao các tranh chấp gắn với nhiều lợi ích kinh tế của mình cho Trọng tài để giải quyết chung thẩm ngay cả khi họ nhận thức được đầy đủ về những lợi thế về nguyên tắc của phương thức Trọng tài nói chung.

Thứ ba, thực tiễn như vậy, nhưng mạng lưới Trọng tài của chúng ta lại quá thưa thớt: Đến thời điểm hiện nay, chúng ta chỉ có thể đếm trên đầu ngón tay. Hoạt động của các Trung tâm Trọng tài chỉ dựa vào nguồn vốn tự có của các nhà sáng lập, nguồn thu từ các vụ tranh chấp. Nhưng các vụ tranh chấp quá ít ỏi, nguồn thu quá hạn hẹp, hạn chế khả năng phát triển công nghệ, mạng lưới, tuyên truyền, đào tạo...

Thứ tư, hiệu lực thi hành phán quyết Trọng tài thấp.

Thứ năm, truyền thông, văn hóa ứng xử trong vấn đề giải quyết tranh chấp của người Việt Nam nói chung và của các thương nhân Việt Nam nói riêng là "chín bỏ làm mười", tránh mâu thuẫn, tranh cãi nên số vụ việc phải đưa ra cơ quan tài phán ít đi đáng kể. Nếu không may có tranh chấp thì người ta tìm

cách thương thuyết “tay đôi” để giải quyết ổn thỏa, nhằm giữ quan hệ làm ăn lâu dài. Vì lẽ đó, việc đưa nhau ra xử lý bằng Trọng tài hoặc Tòa án các bên đều không muốn. Do đó, không phải ngẫu nhiên mà trên thực tế, không chỉ Trọng tài mà các Tòa Kinh tế của Việt Nam cũng hoạt động rất cầm chừng.

Thứ sáu, thực tế những năm qua cho thấy, nguyên nhân chủ yếu về tình trạng hoạt động cầm chừng của các Trung tâm Trọng tài Việt Nam chính là ở những bất cập trong pháp luật Việt Nam về trọng tài:

Một là, đã có cách hiểu khác nhau về thuật ngữ “thương mại” trong Pháp lệnh Trọng tài thương mại năm 2003. Điều này dẫn đến tranh cãi trong việc xác định phạm vi giải quyết tranh chấp của trọng tài.

Đến thời điểm này theo Luật doanh nghiệp năm 2014 thì: “Kinh doanh là việc thực hiện một, một số hoặc tất cả các công đoạn của quá trình đầu tư, từ sản xuất đến tiêu thụ sản phẩm hoặc cung ứng dịch vụ trên thị trường nhằm mục đích sinh lợi”, (điểm 16 Điều 4). Luật thương mại năm 2005 quy định: “Hoạt động thương mại là hoạt động nhằm mục đích sinh lợi, bao gồm mua bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ, đầu tư, xúc tiến thương mại và các hoạt động sinh lời khác” (điểm 1 Điều 3). Mặc dù định nghĩa theo phương pháp liệt kê nhưng trong Luật thương mại năm 2005 quy định mang tính khái quát hơn trong Pháp lệnh Trọng tài thương mại năm 2003 tại khoản 3 Điều 2 cho phép tất cả các hoạt động nhằm mục đích sinh lợi đều là hoạt động thương mại. Bộ luật tố tụng dân sự năm 2004 sửa đổi, bổ

sung năm 2011 tại khoản 1 Điều 29 lại có cách giải thích về tranh chấp kinh doanh, thương mại có một số điểm giống với khái niệm hoạt động thương mại trong Pháp lệnh Trọng tài thương mại năm 2003, nội dung rộng hơn song lại không bao hàm cả hai khái niệm kinh doanh trong Luật doanh nghiệp năm 2014 và khái niệm thương mại trong Luật thương mại năm 2005 và khái niệm thương mại trong Pháp lệnh Trọng tài thương mại năm 2003. Trong quá trình thi hành Pháp lệnh Trọng tài thương mại năm 2003, đã có cách hiểu khác nhau về thuật ngữ “thương mại”. Điều này dẫn đến tranh cãi trong việc xác định phạm vi giải quyết tranh chấp của Trọng tài. Vấn đề gây tranh cãi đó là những tranh chấp phát sinh trong nội bộ doanh nghiệp, tranh chấp liên quan đến việc mua bán cổ phiếu, trái phiếu có được giải quyết bằng Trọng tài không? Có quan điểm cho rằng, các tranh chấp này thuộc thẩm quyền của Trọng tài bởi vì, việc mua bán cổ phiếu, trái phiếu cũng như việc góp vốn chính là hoạt động đầu tư, tài chính vì có bản chất kinh doanh thu lợi nhuận. Hơn nữa, cần phải hiểu tính “mở” của khái niệm thuật ngữ thương mại trong Pháp lệnh Trọng tài thương mại năm 2003. Theo đó, ngoài việc liệt kê các hành vi thương mại, Pháp lệnh Trọng tài thương mại năm 2003 còn quy định các hành vi thương mại khác theo quy định của pháp luật. Do vậy, bất kỳ quy định nào của pháp luật xác định lĩnh vực hoạt động là thương mại thì Trọng tài đều có thẩm quyền giải quyết.

Tuy nhiên, có ý kiến khác cho rằng, Trọng tài không có thẩm quyền giải quyết các loại tranh chấp trên bởi vì, các

tranh chấp này không được liệt kê cụ thể tại điểm 3 Điều 2 của Pháp lệnh Trọng tài thương mại năm 2003. Do vậy, chỉ có Tòa án mới có thẩm quyền giải quyết các tranh chấp này. Cụ thể, dựa theo quan điểm “mở” Trọng tài có thể thụ lý giải quyết các tranh chấp thuộc Điều 29 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2004 sửa đổi, bổ sung năm 2011. Tuy nhiên, nếu áp dụng một cách “máy móc” và dựa theo nguyên tắc “chỉ được làm những gì luật pháp cho phép”, thì Tòa án sẽ cho rằng Trọng tài vượt quá thẩm quyền. Do có cách hiểu, giải thích và áp dụng khác nhau khiến cho việc đưa tranh chấp ra Trọng tài không được chắc chắn và có nhiều bất an do các quyết định Trọng tài có nguy cơ không được Tòa án công nhận và cho thi hành. Do vậy, khi pháp luật còn chưa thống nhất thì quy định thẩm quyền theo cách loại trừ sẽ thuận lợi hơn rất nhiều trong thực tiễn áp dụng, bảo đảm hiệu lực pháp lý của phán quyết Trọng tài, hạn chế việc vô hiệu các phán quyết do nhầm lẫn trong xác định phạm vi thẩm quyền.

Hai là, vấn đề lựa chọn quy tắc tố tụng Trọng tài trong giải quyết tranh chấp có yếu tố nước ngoài:

Hiện nay, mỗi Trung tâm Trọng tài sau khi thành lập đều có quy tắc hoạt động riêng của mình. Về nguyên tắc, nếu các bên tranh chấp lựa chọn Trọng tài “ad hoc” thì họ có thể thoả thuận chọn áp dụng các quy tắc tố tụng của bất kỳ Trung tâm Trọng tài nào kể cả trong nước và quốc tế. Nhưng điều này đối với hình thức trọng tài do các Trung tâm Trọng tài Thương mại Việt Nam tổ chức thì không thể áp dụng được trong thực tiễn. Quy định này tại khoản 2

Điều 49 Pháp lệnh Trọng tài thương mại năm 2003 đã cản trở hoạt động của Trọng tài và quyền khởi kiện của các bên tranh chấp. Thực tiễn cho thấy, khi các bên tranh chấp có thoả thuận theo cách thức này thì các Trung tâm trọng tài thường từ chối không thụ lý vì cho rằng, không thể thực hiện được. Pháp luật hiện hành không quy định nghĩa vụ thụ lý của Trọng tài, mà chỉ xác định là quyền. Khi Trung tâm Trọng tài đã chọn không thụ lý, các bên gửi đơn đến Toà án cũng sẽ không được thụ lý vì lý do đã có thoả thuận Trọng tài. Trường hợp này, nếu các bên tranh chấp thiện chí để thoả thuận lại thì coi như bên có quyền lợi hợp pháp bị gây khó khăn, mất quyền khởi kiện mà không có cơ chế bảo vệ cho họ.

Ba là, pháp luật hiện hành về Trọng tài thương mại chưa đưa ra được những tiêu chí cụ thể và đầy đủ để xác định tư cách chủ thể của thương nhân là vấn đề quan trọng trong việc xử lý các tranh chấp thương mại quốc tế. Thông thường, các Trọng tài viên khi xét xử các tranh chấp thương mại đều xem xét tư cách chủ thể của các bên tham gia hợp đồng có phát sinh tranh chấp. Tư cách chủ thể của các bên tranh chấp thường được xác định theo pháp luật của nước nơi chủ thể có đăng ký kinh doanh. Chính vì vậy, sự không tương thích trong pháp luật giữa các quốc gia về tư cách chủ thể gây nhiều khó khăn cho việc giải quyết tranh chấp. Pháp luật dân sự hiện hành về xác định tư cách chủ thể tham gia ký hợp đồng so với pháp luật quốc tế còn có nhiều bất cập. Cụ thể:

Theo quy định tại Điều 3 của Pháp lệnh Trọng tài

thương mại năm 2003, chỉ có các chủ thể là: “tổ chức, cá nhân kinh doanh” mới có quyền được lựa chọn hình thức giải quyết tranh chấp bằng trọng tài.

Về thuật ngữ “cá nhân kinh doanh”. Do Pháp lệnh Trọng tài thương mại năm 2003, và các văn bản hướng dẫn thi hành Pháp lệnh không giải thích thế nào là “cá nhân kinh doanh” nên có nhiều cách hiểu khác nhau về thuật ngữ này. Có quan điểm cho rằng, bất kỳ một cá nhân nào bỏ vốn ra để đầu tư, kinh doanh không phân biệt phạm vi và quy mô kinh doanh đều được gọi là cá nhân kinh doanh. Tuy nhiên, quan điểm khác lại cho rằng để được gọi là “cá nhân kinh doanh” thì cá nhân đó phải có đăng ký kinh doanh.

Về thuật ngữ “tổ chức kinh doanh”. Trong thực tế, có rất nhiều tổ chức không phải là tổ chức kinh doanh, như các ban quản lý dự án, cơ quan hành chính sự nghiệp tham gia đấu thầu hoặc giao kết các hợp đồng, kể cả các hợp đồng mua sắm chính phủ, trong đó sử dụng Trọng tài theo khuyến nghị của các nhà tài trợ, định chế tài chính quốc tế như Ngân hàng Thế giới, Ngân hàng Phát triển châu Á, v.v. và trên thế giới các chủ thể này hoàn toàn có quyền lựa chọn Trọng tài để giải quyết tranh chấp, tuy nhiên tại Việt Nam lại không được phép lựa chọn Trọng tài vì không phải là tổ chức, cá nhân kinh doanh.

Ngoài ra, với sự xuất hiện của Luật đầu tư năm 2005¹,

1. Luật đầu tư năm 2014 có hiệu lực thi hành từ ngày 01-7-2015. Luật này thay thế Luật đầu tư năm 2005 (BT).

trong đó xác định Trọng tài có thẩm quyền giải quyết các tranh chấp mà một bên chủ thể là cơ quan quản lý nhà nước. Do vậy, các quy định của Pháp lệnh Trọng tài thương mại năm 2003 trở nên không còn phù hợp với tình hình mới.

Thực tiễn xét xử cho thấy, có một điểm thường xuyên gây khó khăn cho việc xác định thẩm quyền của Trọng tài đối với các tranh chấp đó, là thỏa thuận trọng tài. Trong thực tế xảy ra trường hợp vụ tranh chấp có thỏa thuận trọng tài nhưng một bên cho rằng, thỏa thuận trọng tài vô hiệu nên đã làm đơn khởi kiện ra Tòa án yêu cầu giải quyết tranh chấp. Trong trường hợp này, Tòa án chỉ được quyền thụ lý vụ án khi thỏa thuận Trọng tài đó thực sự là vô hiệu. Tuy nhiên, đối với những tranh chấp có thỏa thuận Trọng tài vô hiệu thì Pháp lệnh Trọng tài thương mại năm 2003 lại không quy định rõ thẩm quyền xem ai sẽ xem xét và quyết định (Chánh án, thẩm phán hay một Hội đồng...) xem thỏa thuận này vô hiệu? Tòa án phải có quyết định bằng văn bản về việc thỏa thuận Trọng tài vô hiệu hay chỉ xem xét thấy thỏa thuận Trọng tài vô hiệu là cho thụ lý vụ án ngay. Bộ luật tố tụng dân sự năm 2004 được ban hành sau Pháp lệnh Trọng tài thương mại năm 2003 và có hiệu lực cao hơn cũng không đề cập vấn đề này. Trong quy định về thẩm quyền của Tòa án ở các Điều từ 25 đến 37 và các quy định về trả lại đơn kiện ở Điều 168 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2004 (sửa đổi, bổ sung năm 2011) đều không có quy định thẩm quyền đối với những tranh chấp có thỏa thuận về trọng tài vô hiệu. Vì vậy, một lần nữa những

vướng mắc lớn của thực tiễn Trọng tài vẫn chưa được giải quyết thoả đáng.

Trọng tài viên là hạt nhân của các Trung tâm Trọng tài, họ quyết định uy tín và hiệu quả hoạt động của các Trung tâm Trọng tài. Kết quả giải quyết vụ tranh chấp có khách quan, công bằng hay không hoàn toàn phụ thuộc vào phẩm chất và năng lực của Trọng tài viên. Vì vậy, khi thành lập Trung tâm Trọng tài, việc đầu tiên là phải xây dựng được đội ngũ Trọng tài viên giỏi, có uy tín trong những lĩnh vực hoạt động mà Trung tâm đã chọn. Trọng tài là tổ chức phi chính phủ hoạt động theo nguyên tắc tự trang trải nên các Trọng tài viên không hưởng lương từ ngân sách nhà nước mà thường là kiêm nhiệm và chủ yếu hưởng thù lao theo vụ việc mà họ tham gia giải quyết. Mỗi Trung tâm Trọng tài đều có danh sách Trọng tài viên của riêng mình. Đó là yếu tố tiên quyết để khẳng định uy tín và cạnh tranh về hiệu quả hoạt động giải quyết tranh chấp. Pháp luật ở hầu hết các nước đều có một đòi hỏi chung đối với các Trọng tài viên là phải có uy tín, hiểu biết sâu sắc các lĩnh vực hoạt động của Trọng tài. Mỗi nước có những quy định cụ thể về tiêu chuẩn để trở thành Trọng tài viên. Pháp lệnh Trọng tài thương mại năm 2003 quy định cụ thể về điều kiện, tiêu chuẩn để trở thành Trọng tài viên. Theo quy định này thì người nước ngoài không được làm Trọng tài viên của các Trung tâm Trọng tài Việt Nam. Điều này sẽ hạn chế quyền tự do lựa chọn của các bên tranh chấp, đồng thời, hạn chế sự tiếp cận của Trọng tài Việt Nam đối với kinh nghiệm và thực tiễn giải quyết tranh chấp của các Trọng tài các nước. Việc mời chuyên gia nước ngoài làm Trọng tài viên không

chỉ bảo đảm quyền tự do định đoạt của các bên tranh chấp mà còn tăng tính cạnh tranh cho hoạt động Trọng tài, giúp các Trọng tài viên Việt Nam nâng cao trình độ trong quá trình hội nhập và thúc đẩy sự phát triển của Trọng tài Việt Nam. Luật Trọng tài của nhiều nước quy định cho phép lựa chọn Trọng tài viên ở phạm vi rộng theo nguyên tắc bất kỳ cá nhân nào cũng có thể được chọn làm Trọng tài viên. Bởi lẽ, việc trở thành Trọng tài viên là do nhu cầu của thị trường xác định và việc lựa chọn là do các bên tranh chấp quyết định vì chính các đương sự trả thù lao cho các Trọng tài viên. Trong hoạt động của Trọng tài, sự vô tư khách quan là tiêu chí hàng đầu của Trọng tài viên. Điều này được quy định trong rất nhiều các văn bản pháp luật về Trọng tài của quốc tế và các nước (Quy tắc Trọng tài UNCITRAL; Quy tắc Trọng tài của Ủy ban kinh tế Trọng tài châu Âu; Quy tắc Trọng tài của Phòng Thương mại quốc tế Luân Đôn; Luật Trọng tài Braxin, v.v..).

Việc không cho phép Trung tâm Trọng tài của Việt Nam thu nhận Trọng tài viên là người nước ngoài, trong khi thẩm quyền của Trọng tài không những chỉ giải quyết tranh chấp thương mại trong nước mà còn giải quyết cả những tranh chấp trong quan hệ thương mại quốc tế. Điều này ít nhiều tạo nên tâm lý e ngại cho các bên tranh chấp mang quốc tịch nước ngoài, khiến cho họ ít lựa chọn các Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam tham gia giải quyết các tranh chấp. Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam là nơi giải quyết nhiều vụ việc nhất hiện nay cũng cho thấy thực trạng này. Theo báo cáo tổng kết năm 2005, có 18 vụ giải quyết tại Trung tâm thì 15 vụ nguyên đơn là doanh

ngiệp Việt Nam. Mặt khác, các Trọng tài viên của Việt Nam chủ yếu là các chuyên gia pháp lý mà ít có những nhà kinh tế có trình độ chuyên môn cao và kinh nghiệm quản lý sản xuất, kinh doanh giỏi. Trong hoạt động kinh doanh của kinh tế thị trường thì yếu tố nghiệp vụ chuyên ngành kinh tế là rất quan trọng, nếu chỉ giỏi về trình độ pháp lý thì chưa chắc đã đủ khả năng xử lý tốt những vấn đề phát sinh trong hoạt động sản xuất, kinh doanh. Sự hiện diện của các chuyên gia kinh tế trong đội ngũ Trọng tài viên sẽ là một trong những nhân tố làm tăng thêm sức hấp dẫn của Trọng tài Việt Nam.

Về thời hiệu yêu cầu xem xét thoả thuận trọng tài vô hiệu: Tại Điều 10 Pháp lệnh Trọng tài thương mại năm 2003 có quy định sáu trường hợp thoả thuận trọng tài bị vô hiệu. Trong đó, tại khoản 6 quy định: “Thời hiệu yêu cầu tuyên bố thoả thuận trọng tài vô hiệu là 6 tháng kể từ ngày ký kết thoả thuận trọng tài nhưng phải trước ngày Hội đồng Trọng tài mở phiên họp đầu tiên giải quyết vụ tranh chấp”. Trong thực tiễn áp dụng quy định này đã vướng mắc ở 2 vấn đề:

- Thời hiệu 6 tháng áp dụng chung cho cả 6 trường hợp tại Điều 10 Pháp lệnh Trọng tài thương mại năm 2003 hay chỉ áp dụng cho trường hợp thứ 6 là do bị lừa dối, đe dọa mà ký kết thoả thuận trọng tài. Nếu áp dụng riêng cho trường hợp thứ 6 thì các trường hợp còn lại có được hiểu là vô thời hạn hay không? Nếu áp dụng cho tất cả thì cách thực hiện kỹ thuật lập pháp của Điều 10 Pháp lệnh Trọng tài thương mại năm 2003 không thể hiện điều đó, đương sự khiếu nại sẽ giải quyết như thế nào?

- Thỏa thuận Trọng tài thường được các bên ghi vào trong hợp đồng khi ký kết. Thời hạn của hợp đồng có thể là 6 tháng nhưng cũng có thể còn dài hơn rất nhiều. Vậy khi hợp đồng đang còn hiệu lực, các bên chưa tranh chấp về hợp đồng họ có thể gửi đơn đến trọng tài để yêu cầu tuyên bố thỏa thuận trọng tài vô hiệu mà không yêu cầu giải quyết tranh chấp hay không? Nếu không được thì chờ đến khi tranh chấp hợp đồng mới yêu cầu thì lại hết thời hạn 6 tháng, lúc này sẽ giải quyết thế nào.

Quy định về hủy quyết định trọng tài còn nhiều bất cập. Một trong những nguyên nhân khiến cho số lượng quyết định trọng tài bị yêu cầu hủy gia tăng, đó là cơ chế hủy quyết định trọng tài quá đơn giản. Điều 50 Pháp lệnh Trọng tài thương mại năm 2003 quy định “trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày nhận được quyết định trọng tài, nếu có bên không đồng ý với quyết định trọng tài thì có quyền làm đơn gửi Tòa án cấp tỉnh nơi Hội đồng Trọng tài ra quyết định trọng tài, để yêu cầu hủy quyết định trọng tài”. Tranh chấp là vấn đề phức tạp, khi các bên không thể tự giải quyết được mới đưa ra Trọng tài để giải quyết. Do vậy, quyết định trọng tài khó có thể thỏa mãn được cả hai bên. Trong khi đó, theo Pháp lệnh Trọng tài thương mại năm 2003, chỉ cần điều kiện “không đồng ý với quyết định trọng tài” thì có quyền làm đơn yêu cầu hủy. Điều này vô hình trung đã khuyến khích các bên làm đơn yêu cầu hủy quyết định trọng tài với nhiều mục đích khác nhau, đặc biệt là để kéo dài thời hạn thi hành quyết định Trọng tài, để kịp thời tẩu tán tài sản. Một khi đưa đơn yêu cầu hủy ra Tòa án, thủ tục

giải quyết đơn yêu cầu hủy tại Tòa án phải qua 2 cấp: sơ thẩm và phúc thẩm, thời gian giải quyết tại Tòa án cũng không xác định là bao lâu.

Như vậy, nếu như các bên mong muốn được giải quyết tranh chấp bằng Trọng tài do Trọng tài có ưu điểm nhanh chóng, đơn giản thì thực tế các quy định của Pháp lệnh Trọng tài thương mại năm 2003 lại không được như các bên mong đợi. Vấn đề này cần sớm được khắc phục để tránh sự lạm dụng một cách có chủ ý của các bên, nhất là bên thua kiện tại Trọng tài. Nếu không sớm giải quyết, các quyết định Trọng tài sẽ có nguy cơ trở thành các bản án sơ thẩm.

Cũng liên quan đến việc yêu cầu Tòa án hủy quyết định Trọng tài, một thực tế có thể xảy ra là, khi Tòa án thụ lý thì vụ việc tranh chấp đã được Trọng tài giải quyết. Nếu trước đó, trong quá trình tố tụng Trọng tài các bên đã yêu cầu xem xét thoả thuận vô hiệu nhưng Hội đồng Trọng tài xác định không vô hiệu, đã ra quyết định và tiếp tục giải quyết tranh chấp. Nay đương sự yêu cầu lại vấn đề này thì toà án có quyền xem xét lại lần nữa hay không? Nếu xét thì thủ tục như thế nào và căn cứ vào quy định nào. Vì hiện tại cả Pháp lệnh Trọng tài thương mại năm 2003 và Bộ luật tố tụng dân sự năm 2004 sửa đổi, bổ sung năm 2011 (sau đây gọi là Bộ luật tố tụng dân sự hiện hành) chỉ quy định, toà án có quyền tuyên hủy quyết định giải quyết tranh chấp của trọng tài mà không quy định quyền tuyên hủy các loại quyết định khác của Trọng tài trong quá trình tố tụng Trọng tài.

Tác giả cuốn sách đồng ý với quan điểm cho rằng, sau

khi toà án xác định trọng tài không có thẩm quyền giải quyết tranh chấp thì việc đương sự khởi kiện tại toà án phải áp dụng thời hiệu theo Điều 15 Bộ luật tố tụng dân sự hiện hành chứ không thể áp dụng thời hiệu được quy định tại Điều 21 Pháp lệnh Trọng tài thương mại năm 2003 bởi hai lý do: Pháp lệnh Trọng tài thương mại năm 2003 không thể áp dụng cho tố tụng toà án, và cách tính thời hiệu khởi kiện của Pháp lệnh Trọng tài thương mại năm 2003 hoàn toàn khác cách tính thời hiệu khởi kiện trong Bộ luật tố tụng dân sự hiện hành. Do vậy, Pháp lệnh Trọng tài thương mại năm 2003 không thể chứa đựng quy định về thời hiệu khởi kiện tại toà án khi mà vụ tranh chấp thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án nhân dân.

Các quy định tại Điều 53 và Điều 56 của Pháp lệnh Trọng tài thương mại năm 2003 sử dụng khái niệm "Hội đồng xét xử" và khái niệm "phiên toà sơ thẩm, phiên toà phúc thẩm" cho thủ tục xét đơn yêu cầu huỷ quyết định trọng tài là mâu thuẫn với Bộ luật tố tụng dân sự hiện hành và không thể thực hiện được. Bởi lẽ, theo quy định tại Điều 30 Bộ luật tố tụng dân sự hiện hành thì đây gọi là yêu cầu về kinh doanh, thương mại (tức là một việc dân sự) chứ không phải là một tranh chấp kinh doanh, thương mại theo quy định ở Điều 29 Bộ luật tố tụng dân sự hiện hành. Vì vậy, theo các quy định từ Điều 311 đến Điều 318 Bộ luật tố tụng dân sự hiện hành việc xem xét yêu cầu huỷ quyết định của Trọng tài không thành lập Hội đồng xét xử, không mở phiên toà mà chỉ mở phiên họp (kể cả thủ tục sơ thẩm và thủ tục phúc thẩm).

PHẦN 3

PHƯƠNG HƯỚNG VÀ GIẢI PHÁP TIẾP TỤC HOÀN THIỆN CƠ CHẾ GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP THAY THẾ ĐỐI VỚI CÁC QUAN HỆ THƯƠNG MẠI Ở VIỆT NAM

I. QUAN ĐIỂM VÀ PHƯƠNG HƯỚNG TIẾP TỤC HOÀN THIỆN CƠ CHẾ GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP THAY THẾ ĐỐI VỚI CÁC QUAN HỆ THƯƠNG MẠI Ở VIỆT NAM

1. Quan điểm

Nếu xét từ góc độ các tranh chấp kinh tế - thương mại và giải quyết tranh chấp kinh tế - thương mại, quá trình phát triển kinh tế - xã hội ở nước ta đang diễn ra với những đặc điểm sau:

Thứ nhất, sự phát triển theo chiều sâu của các quan hệ kinh tế thị trường ở nước ta đang ngày càng nhiều hành vi và chủ thể của các quan hệ thị trường và tất yếu dẫn đến nhiều tranh chấp thương mại.

Thứ hai, quá trình hội nhập quốc tế ngày càng sâu rộng

đòi hỏi phải hoàn thiện cơ chế giải quyết tranh chấp thương mại cho phù hợp hơn với các chuẩn mực quốc tế, hài hòa hơn với thực tiễn và thông lệ quốc tế nhằm hỗ trợ đắc lực cho quá trình hội nhập.

Thứ ba, cùng với các quá trình khách quan này thì nhận thức của các doanh nhân về khả năng lựa chọn và sử dụng các hình thức giải quyết tranh chấp của họ càng ngày càng chuẩn xác, đầy đủ và nhu cầu của họ về giải quyết nhanh chóng, tiết kiệm, an toàn ngày càng cao.

Do vậy, việc hoàn thiện cơ chế giải quyết tranh chấp thay thế là một nhu cầu tất yếu khách quan. Việc hoàn thiện cơ chế giải quyết tranh chấp thay thế phải phù hợp và gắn liền với việc hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam. Quan điểm chỉ đạo chung là, đẩy mạnh việc xây dựng và hoàn thiện khung pháp luật phù hợp với kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa. Nghiên cứu sửa đổi, bổ sung pháp luật hiện hành phù hợp với yêu cầu thực hiện chiến lược kinh tế - xã hội và yêu cầu hội nhập kinh tế quốc tế. Vì vậy, việc hoàn thiện cơ chế giải quyết tranh chấp kinh tế nói chung và cơ chế giải quyết tranh chấp thay thế nói riêng cần phải quán triệt các quan điểm sau:

- Bảo đảm tối đa quyền tự do kinh doanh và quyền tự định đoạt của các bên trong việc giải quyết tranh chấp.

- Phát triển hệ thống pháp luật phải xuất phát từ thực tiễn nước ta trên cơ sở có tiếp thu chọn lọc kinh nghiệm quốc tế. Hệ thống pháp luật Việt Nam phải thể hiện được bản sắc của nền văn hóa Việt Nam, hài hòa tính truyền thống và tính hiện đại, phù hợp với các chuẩn mực quốc tế,

tạo điều kiện thuận lợi để thực hiện đầy đủ các cam kết quốc tế trên cơ sở giữ vững độc lập, tự chủ và định hướng xã hội chủ nghĩa.

- Thể chế hóa đường lối của Đảng về phát triển nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa.

2. Phương hướng

a) Cần hình thành một cách đồng bộ các phương thức giải quyết tranh chấp thay thế trên cơ sở bảo đảm các quy luật khách quan của nền kinh tế thị trường:

Với sự phát triển của nền kinh tế thị trường và hội nhập quốc tế, các quan hệ kinh tế phát triển nhanh chóng. Cùng với sự phát triển của các quan hệ kinh tế thì nó cũng kéo theo sự gia tăng của các loại tranh chấp kinh tế với tính chất ngày càng phức tạp và quy mô ngày càng lớn. Trước kia, chúng ta chỉ quen với việc giải quyết tranh chấp thông qua Tòa án, nhưng cùng với sự phát triển của nền kinh tế thị trường, yêu cầu của cộng đồng doanh nhân là phải giải quyết tranh chấp của họ một cách nhanh chóng, dứt điểm, linh hoạt, tiết kiệm chi phí tránh dây dưa, kéo dài, đòi hỏi hình thành một cách đồng bộ và đa dạng các hình thức giải quyết tranh chấp. Cùng với sự tự do ý chí trong quan hệ hợp đồng đã xuất hiện một số phương thức giải quyết tranh chấp khác như thương lượng, trung gian, hòa giải, Trọng tài. Những hình thức mang tính chất phi nhà nước này ngày càng phát triển tạo thành một hệ thống.

Bên cạnh sự đa dạng của các hình thức giải quyết tranh chấp, cần phải xây dựng khung pháp lý cho việc sử dụng

các hình thức này có hiệu quả cao. Mỗi hình thức giải quyết tranh chấp đều có những ưu, nhược điểm vốn có của nó. Vì vậy, nhiệm vụ của các nhà lập pháp là phải phát huy được những thế mạnh và hạn chế được những nhược điểm của các phương thức đó; tạo sự phối hợp chặt chẽ giữa các phương thức và sự hỗ trợ, giám sát từ phía các cơ quan công quyền.

Trong nền kinh tế thị trường, tự do kinh doanh luôn được tôn trọng. Xét riêng trong lĩnh vực giải quyết tranh chấp thì tự do kinh doanh, bao gồm tự do lựa chọn các phương thức giải quyết tranh chấp, các thiết chế giải quyết tranh chấp. Đây chính là quyền tự định đoạt của các bên trong giải quyết tranh chấp. Vì thế, pháp luật về giải quyết tranh chấp nói chung và giải quyết tranh chấp thay thế nói riêng phải được xây dựng sao cho quyền tự định đoạt của các bên được mở rộng hơn.

Với sự đa dạng của các phương thức giải quyết tranh chấp thay thế, một mặt tạo điều kiện cho các bên có quyền lựa chọn các phương thức giải quyết tranh chấp phù hợp với từng loại tranh chấp, thể hiện quyền tự định đoạt của các bên tranh chấp; mặt khác nó còn tạo sự cạnh tranh giữa các phương thức, các thiết chế giải quyết tranh chấp để thúc đẩy sự tự phát triển của các phương thức, các thiết chế này.

b) Tiếp thu có chọn lọc kinh nghiệm xây dựng và sử dụng cơ chế giải quyết tranh chấp trên thế giới, đặc biệt là của những nước có nền kinh tế thị trường phát triển và các nước có nền kinh tế chuyển đổi để từ đó xây dựng và hoàn thiện cơ chế giải

quyết tranh chấp thay thế mang đậm bản sắc của Việt Nam, phù hợp với chuẩn mực quốc tế, hài hòa hơn với thực tiễn và thông lệ quốc tế nhằm hỗ trợ đắc lực cho quá trình hội nhập:

Những tập quán truyền thống được hình thành từ xa xưa có ảnh hưởng rất lớn đến việc xây dựng pháp luật nói chung và đặc biệt là pháp luật về giải quyết tranh chấp nói riêng. Truyền thống người Việt Nam là tinh thần tương thân tương ái, chín bỏ làm mười nên khi có tranh chấp thì muốn giải quyết ổn thỏa bằng sự nhân nhượng để giữ gìn tình cảm, uy tín và sự đoàn kết. Việc phát triển nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa đã dẫn đến sự thay đổi về tư duy và cách làm trong hoạt động kinh tế. Tự do kinh doanh được tôn trọng, các tranh chấp phát sinh ngày càng nhiều, đa dạng và phức tạp đòi hỏi phải có cơ chế giải quyết phù hợp. Tuy nhiên, những đặc điểm mang tính truyền thống về tập quán kinh doanh hình thành từ lâu đời thì vẫn có ảnh hưởng đến pháp luật nói chung và pháp luật về giải quyết tranh chấp nói riêng.

Chủ động hội nhập quốc tế là chủ trương của Đảng và Nhà nước ta, nhằm phát triển nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa. Khi tham gia, chúng ta phải chấp nhận, tuân thủ những nguyên tắc chung về giải quyết tranh chấp thương mại được quy định trong các điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên, đồng thời, thừa nhận các tập quán, thông lệ quốc tế trong lĩnh vực này. Vì vậy, chúng ta nên tiến hành rà soát và tiếp tục hoàn thiện pháp luật về giải quyết tranh chấp với tầm nhìn hội nhập, tiếp thu có chọn lọc kinh nghiệm của nước ngoài.

c) Xây dựng và hoàn thiện các thiết chế giải quyết tranh chấp thay thế:

Hiện nay, chúng ta chưa có thiết chế giải quyết tranh chấp thông qua trung gian hòa giải tồn tại một cách độc lập mà chỉ thực hiện hòa giải thông qua các Trung tâm Trọng tài thương mại. Do đó, bên cạnh việc xây dựng và hoàn thiện khung pháp lý của các phương thức giải quyết tranh chấp thay thế thì cần xây dựng và hoàn thiện các thiết chế giải quyết tranh chấp theo hướng:

- Đối với hòa giải, nên thành lập các Viện hòa giải thương mại. Viện hòa giải này trước mắt nên trực thuộc cơ quan quản lý nhà nước về Trọng tài. Tổ chức này sẽ đóng vai trò tiên phong trong công tác trung gian hòa giải tại Việt Nam và đóng góp cho công cuộc thúc đẩy biện pháp giải quyết tranh chấp bằng hòa giải một cách hiệu quả (Mô hình này có thể tương tự như mô hình của Thái Lan khi Viện Trọng tài, hòa giải trực thuộc Bộ Tư pháp). Với những chuyên gia đầu ngành trong lĩnh vực thương mại, họ chỉ cần bồi dưỡng thêm về kỹ năng hòa giải và sẽ trở thành lực lượng nòng cốt thực hiện các vụ việc giải quyết tranh chấp bằng hòa giải, giảm gánh nặng cho Tòa án và giảm chi phí xã hội.

- Đối với Trọng tài, cần thành lập các Trung tâm Trọng tài đủ mạnh, với đội ngũ Trọng tài viên có trình độ, có khả năng cạnh tranh với các Trọng tài viên nước ngoài.

d) Việc hoàn thiện cơ chế giải quyết tranh chấp thay thế phải được tiến hành đồng bộ với việc hoàn thiện pháp luật các lĩnh vực khác có liên quan:

Pháp luật về giải quyết tranh chấp thay thế là một bộ

phần của pháp luật kinh tế. Do đó, việc hoàn thiện pháp luật về giải quyết tranh chấp thay thế cần phải được đặt trong mối quan hệ với pháp luật kinh tế nói chung. Phải có giải pháp tiến hành đồng bộ từ việc rà soát, loại bỏ những quy định đã lỗi thời đến việc sửa đổi, bổ sung và ban hành những quy định mới cho phù hợp, tránh những mâu thuẫn chông chéo giữa các văn bản pháp luật, gây khó khăn cho việc áp dụng.

Trong tiến trình cải cách tư pháp có nội dung tiến hành cải cách thể chế và thiết chế tư pháp nhằm nâng cao chất lượng và hiệu quả hoạt động của các cơ quan tư pháp. Trong lĩnh vực giải quyết tranh chấp kinh tế, cần phải cải cách về tổ chức và hoạt động của Tòa án, Trọng tài thương mại, các thiết chế hỗ trợ tư pháp như Luật sư, giám định công chứng nhằm phục vụ cho yêu cầu giải quyết các tranh chấp thương mại, bảo đảm quyền và lợi ích hợp pháp của các chủ thể tranh chấp.

II. CÁC GIẢI PHÁP TIẾP TỤC HOÀN THIỆN CƠ CHẾ GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP THAY THẾ ĐỐI VỚI CÁC QUAN HỆ THƯƠNG MẠI Ở VIỆT NAM

1. Hoàn thiện khung pháp luật thay thế, tăng cường khả năng sử dụng các hình thức giải quyết tranh chấp

Luật Trọng tài thương mại đã được Quốc hội thông qua ngày 17-6-2010 và có hiệu lực thi hành từ ngày 01-01-2011. Luật này có nhiều quy định tiến bộ, đã tiệm cận được với những chuẩn mực pháp lý quốc tế. Tuy nhiên, Luật này

vẫn còn có một số điểm cần được hoàn thiện thêm, đồng thời, cần tạo ra những bảo đảm cho việc thực hiện Luật này trong thực tế.

a) Mở rộng thẩm quyền của Trọng tài

So với Pháp lệnh Trọng tài thương mại năm 2003, Luật Trọng tài thương mại năm 2010 đã có nhiều quy định mới liên quan đến nhiều mặt: Phạm vi thẩm quyền của Trọng tài xác định thỏa thuận trọng tài vô hiệu và thỏa thuận trọng tài không thể thực hiện được; quyền của người tiêu dùng; tiêu chuẩn Trọng tài viên; những quy định khuyến khích phát triển Trọng tài vụ việc; các hình thức của Trọng tài quy định mối quan hệ giữa Tòa án và Trọng tài; vấn đề luật áp dụng; địa điểm tiến hành Trọng tài; xác định Trọng tài trong nước và Trọng tài quốc tế, v.v..

Có thể nói rằng, đằng sau những điểm mới này của Luật Trọng tài thương mại năm 2010 là một loạt các vấn đề cần được nghiên cứu nhằm tạo cơ sở pháp lý và cơ sở thực tiễn nhất cho việc triển khai thực hiện chúng.

Trước hết, đó là vấn đề phạm vi thẩm quyền của Trọng tài.

Điều 2 Luật Trọng tài thương mại năm 2010 quy định, phạm vi thẩm quyền giải quyết tranh chấp của Trọng tài thương mại bao gồm:

- (1) Tranh chấp giữa các bên phát sinh từ hoạt động thương mại;
- (2) Tranh chấp phát sinh giữa các bên trong đó ít nhất một bên có hoạt động thương mại;
- (3) Các tranh chấp khác giữa các bên mà pháp luật quy định được giải quyết bằng Trọng tài.

Bằng những quy định này, Luật đã dỡ bỏ hạn chế trước đây của Trọng tài, mở rộng phạm vi đó tới nhiều loại tranh chấp liên quan đến quyền và lợi ích của các bên. Tuy nhiên, theo cách xác định trên thì ít nhất có vấn đề được đặt ra cần được giải quyết, đó là:

- Làm thế nào để bảo đảm sự tương thích giữa các quy định hiện hành của các đạo luật như Bộ luật dân sự, Bộ luật tố tụng dân sự, Luật thương mại, Luật đầu tư và các luật chuyên ngành liên quan đến khái niệm hành vi thương mại hay hoạt động thương mại. Nói khác đi, như thế nào là một hoạt động thương mại để phân biệt với các hành vi không phải là thương mại và do đó khi phát sinh tranh chấp thì đó là tranh chấp thuộc thẩm quyền của Trọng tài nào?

- Trường hợp nào các hoạt động tuy không phải là thương mại nhưng vẫn được các văn bản pháp luật khác quy định được đưa tranh chấp ra Trọng tài? Nói khác đi, làm thế nào để bảo đảm được sự nhất quán của người làm luật khi đưa ra những quy định ngoại lệ về thẩm quyền của Trọng tài thương mại?

Đây là những tình huống mới mà nếu không có sự nhận thức chung sẽ dẫn đến những khó khăn cho các bên tranh chấp cũng như của Hội đồng Trọng tài và Tòa án trong hoạt động thực tiễn.

Theo Nghị định thư Ginevo năm 1923, một hợp đồng thương mại cần được hiểu theo nghĩa rộng, đó là hợp đồng được xác lập bởi thương nhân trong quá trình kinh doanh - dù là họ mua và bán thiết bị văn phòng hay thuê ô tô. Những hợp đồng này được điều chỉnh bằng một tập hợp

các quy phạm pháp luật đặc biệt của Luật thương mại tách biệt khỏi luật chung về nghĩa vụ. Do đó, có thể đưa ra Trọng tài tranh chấp giữa hai thương nhân mà họ xác lập trong quá trình kinh doanh, ví dụ, đưa ra Trọng tài tranh chấp về hợp đồng phân chia tài sản được lập trên cơ sở hôn nhân của con cái họ.

Nghị định thư nói trên, như vậy, cũng đã thừa nhận có sự khác biệt giữa hành vi thương mại và hành vi không thương mại, thừa nhận quyền của pháp luật quốc gia được quy định phạm vi những hoạt động được coi là thương mại và từ đó, cho phép đưa các tranh chấp liên quan đến những quan hệ thương mại đó ra Trọng tài.

Điều quan trọng ở đây là phải phân biệt được mối quan hệ pháp lý nào là quan hệ pháp lý thương mại. Ở đây, vấn đề phân biệt này không còn đơn thuần là vấn đề học thuật của các nhà lý thuyết mà liên quan đến nhiều trường hợp thực tiễn, chẳng hạn, với việc xem xét và yêu cầu cho thi hành phán quyết trọng tài nước ngoài ở một quốc gia đã gia nhập Công ước Niu Oóc năm 1958, khi nước đó là quốc gia có phân biệt khái niệm phạm vi thương mại theo nghĩa hẹp thì sẽ phát sinh khó khăn.

Từ đó, theo tác giả cuốn sách, việc quy định ở Điều 2 Luật Trọng tài thương mại năm 2010, nên có sự giải thích hoặc hướng dẫn chính thức. Sự xác định cụ thể, rõ ràng khái niệm “hoạt động thương mại” là cần thiết trong bối cảnh nước ta đã hội nhập đầy đủ với nền thương mại toàn cầu và có quan hệ thương mại và đầu tư song phương với rất nhiều quốc gia trên thế giới. Do đó, nên xác định nội

dung và phạm vi của “hoạt động thương mại” theo cách khuyến cáo của Luật mẫu UNCITRAL như sau: Thuật ngữ thương mại nêu được định nghĩa theo nghĩa rộng để bao gồm các vấn đề phát sinh từ tất cả các quan hệ có bản chất thương mại, cho dù có quan hệ hợp đồng hay không. Các quan hệ có bản chất thương mại bao gồm, nhưng không bị giới hạn bởi các giao dịch sau: các giao dịch mua bán hàng hóa hoặc cung ứng dịch vụ; thỏa thuận phân phối; đại diện hoặc đại lý thương mại; môi giới; thuê mua; xây dựng; tư vấn; kỹ thuật; đầu tư; tài chính; ngân hàng; bảo hiểm; khai thác; liên doanh và các hình thức kinh doanh hoặc công nghiệp khác; vận chuyển hàng hóa hoặc hành khách bằng đường hàng không, đường biển, đường sắt hoặc đường bộ (Điều 1 (1) của Luật mẫu).

b) Thúc đẩy phát triển Trọng tài vụ việc (ad hoc):

Mặc dù được coi là muộn màng, nhưng các tổ chức Trọng tài ở nước ta cũng đã hình thành và nhanh chóng đi vào hoạt động. Như các số liệu đã nêu ở phần trên cho thấy, các tranh chấp được giải quyết bằng Trọng tài ở nước ta cho đến nay chỉ được thực hiện thông qua Trọng tài quy chế, tức là các Trung tâm Trọng tài. Vì vậy, vấn đề được đặt ra là: làm thế nào để phát triển hình thức Trọng tài vụ việc bên cạnh việc phát triển và củng cố các Trung tâm Trọng tài ở nước ta?

Để có thể giải quyết đúng đắn vấn đề này, cần nắm rõ những lợi thế và bất lợi của cả hai hình thức Trọng tài và từ đó thấy được hình thức nào sẽ là hình thức cần được ưu

tiên phát triển ở nước ta trong điều kiện phát triển kinh tế thị trường và hội nhập quốc tế.

b.1) Về Trọng tài quy chế: Theo điểm 6 Điều 3 Luật Trọng tài thương mại năm 2010 thì: "Trọng tài quy chế là hình thức giải quyết tranh chấp tại một Trung tâm Trọng tài theo quy định của Luật này và theo quy tắc tổ tụng của Trung tâm Trọng tài đó". Thông lệ Trọng tài trên thế giới cho thấy, tất cả các Trung tâm Trọng tài đều có cho mình một quy chế riêng và các quy tắc tổ tụng. Theo đó, các bên tranh chấp sẽ rất tiện lợi và dễ hiểu trước khi quyết định lựa chọn trọng tài. Một lợi thế quan trọng khác của Trọng tài quy chế là ở đó có một danh sách những Trọng tài viên đã qua đào tạo và có nhiều kinh nghiệm. Tuy nhiên, giải quyết tranh chấp tại các Trung tâm Trọng tài có khả năng bảo đảm rằng, Hội đồng Trọng tài sẽ được chỉ định, các chi phí thanh toán trước đã được thanh toán cho các Trọng tài viên có thời hạn sẽ được theo dõi sát sao, các bảo đảm về cơ sở vật chất cũng là một thuận lợi. Phần chi phí này được ấn định trên cơ sở giá trị của vụ việc tranh chấp. Tóm lại, các Trung tâm Trọng tài là những tổ chức đã hoạt động và do đó hiệu quả hoạt động có thể được các bên biết rõ trước khi lựa chọn. Trong tổ chức Trọng tài không liên quan gì đến chất lượng của các quyết định hay phán quyết của Hội đồng Trọng tài nhưng tổ chức đó có thể bảo đảm về mặt kỹ thuật cho văn bản của Hội đồng Trọng tài và cả cho Trung tâm Trọng tài.

Khi đưa một vụ việc ra giải quyết tại Trung tâm Trọng tài, vấn đề thời gian cần để nộp đơn, trình chứng cứ, tài

liệu chỉ định Trọng tài viên không kéo dài. Đối với bên bị đơn thường bị động về mặt thời gian cho sự chuẩn bị tài liệu và chứng cứ.

b.2) Về Trọng tài vụ việc: Điểm 7, Điều 3 Luật Trọng tài thương mại năm 2010 xác định: “Trọng tài vụ việc là hình thức giải quyết tranh chấp theo quy định của Luật này và theo trình tự, thủ tục do các bên thỏa thuận”. Quy định này hoàn toàn mới trong pháp luật Việt Nam. Trước đây, Pháp lệnh Trọng tài thương mại năm 2003 chỉ nhắc đến khái niệm “Trọng tài vụ việc” mà không hề có một định nghĩa nào về nội dung của khái niệm này. Sự không rõ ràng đó cũng là một trong những nguyên nhân dẫn đến tình trạng không phổ biến của Trọng tài vụ việc ở Việt Nam.

Trong khi đó, Trọng tài vụ việc là hình thức hết sức tiện lợi. Trước hết, bất kỳ chuyên gia nào thuộc lĩnh vực chuyên môn liên quan đến tranh chấp đều có thể được các bên lựa chọn làm Trọng tài cho mình mà không cần qua giới thiệu hay chỉ định của tổ chức nào. Đó là điều kiện để tiết kiệm thời gian và tiền bạc cho các bên kinh doanh. Việc không thống nhất phải theo đúng quy tắc của một tổ chức Trọng tài đã được mặc định như trong trường hợp sử dụng Trọng tài quy chế cũng là một lợi thế của việc sử dụng Trọng tài vụ việc.

Độ “linh động” này đã chứng minh tính hiệu quả của việc giải quyết tranh chấp bằng con đường Trọng tài vụ việc. Vì thế, nhiều vụ tranh chấp mà một bên là Chính phủ đã sử dụng hình thức này. Trên thế giới, có những vụ lớn, như: vụ tranh chấp nổi tiếng có liên quan đến Công ước về

nhượng quyền dầu khí như: Sapphirie, Texaco, BP, Liamco đã sử dụng hình thức Trọng tài vụ việc. Người ta đã lý giải sự ưu việt đó như sau:

Khi Chính phủ là một bên trong tranh chấp thì người đại diện cho Chính phủ đó thường là Luật sư của Chính phủ. Họ có thể đưa ra những quyết định nhanh chóng thay mặt Chính phủ về những vấn đề phát sinh trong quá trình giải quyết tranh chấp bảo hộ, có mối liên hệ sẵn có với Chính phủ. Nhưng nếu theo Trọng tài quy chế thì Trọng tài viên đó được tổ chức Trọng tài chỉ định không có ưu thế đó và phải tốn thời gian để cùng với Chính phủ mà Trọng tài viên đó là đại diện làm rõ các vấn đề có liên quan. Trong một vụ giải quyết tranh chấp bằng Trọng tài vụ việc, với cách các bên tự lựa chọn cho mình Trọng tài thương mại thì không bên nào bị coi là bên bị đơn, điều này về mặt tâm lý thường hay dẫn đến sự bất hợp tác giữa các bên tranh chấp để đi đến một giải pháp nhanh chóng. Thông qua Trọng tài vụ việc có thể tạo ra thủ tục tố tụng có lợi cho cả hai bên mà vẫn đạt được những yêu cầu đặt ra, kể cả trong những vụ việc nhạy cảm có liên quan đến một bên chủ thể là quốc gia.

Điểm bất lợi lớn nhất của Trọng tài vụ việc cũng chính là điểm nằm trong đặc điểm chủ yếu của Trọng tài vụ việc: do sự phụ thuộc hầu như hoàn toàn vào ý chí của các bên khi chỉ định Trọng tài viên (nếu so với Trọng tài quy chế). Việc trì hoãn thủ tục Trọng tài là rất dễ xảy ra, chỉ cần bởi sự từ chối hoặc sự cố tình trì hoãn của một bên tranh chấp và khi đó thì hầu như không thể thành lập được Hội đồng

Trọng tài. Trọng tài vụ việc chỉ thực sự hoạt động kể từ khi Hội đồng Trọng tài được thành lập.

Từ những đánh giá trước đây về những lợi thế và bất lợi thế của hai hình thức Trọng tài, để những quy định của Luật Trọng tài thương mại năm 2010 đi được vào cuộc sống, phát triển đồng thời cả hai hình thức Trọng tài là Trọng tài quy chế và Trọng tài vụ việc, cần triển khai tốt một loạt các giải pháp. Cần tạo dựng những thương hiệu tốt và uy tín cho các Trung tâm Trọng tài thông qua những giải pháp bảo đảm tính ổn định cao của chúng. Trước hết, mỗi Trung tâm Trọng tài cần có Quy chế hoạt động, danh sách các Trọng tài viên và hướng dẫn về tổ tụng Trọng tài trên cơ sở chỉ rõ loại quy tắc nào được áp dụng, được viện dẫn (ví dụ, viện dẫn Quy chế tố tụng của ICC, của LCIA, của UNCITRAL) hoặc tự mình có bộ quy tắc riêng. Đó là điều cần thiết đầu tiên nhằm bảo đảm sự ổn định và cơ sở cho lòng tin của khách hàng.

Các quy tắc Trọng tài cần bảo đảm tính hiện đại, luôn luôn được cập nhật để kịp thời thay đổi cho phù hợp với pháp luật trong nước và pháp luật quốc tế. Chẳng hạn, không thể thỏa mãn được yêu cầu của khách hàng khi Trung tâm Trọng tài sử dụng bộ quy tắc trọng tài đã được ban hành cách đây 30-50 năm. Thực tế thì, các Trung tâm Trọng tài có tên tuổi trên thế giới như LCIA (Tòa Trọng tài thương mại Luân Đôn, thành lập năm 1892), AAA (Hiệp hội trọng tài Hoa Kỳ, thành lập năm 1926), ICC (Tòa trọng tài quốc tế thuộc Phòng Thương mại quốc tế được thành lập tại Pari năm 1923), Trung tâm trọng tài của Tổ chức Sĩ

hữu trí tuệ thế giới WIPO thành lập năm 1960, v.v., đều đã luôn luôn kịp thời sửa đổi các bộ quy tắc Trọng tài của họ, mặc dù đây là những bộ quy tắc trọng tài rất được ưa chuộng và được nhiều người biết đến.

Ngoài yêu cầu về “cơ sở pháp lý” cho hoạt động Trọng tài, các Trung tâm Trọng tài nước ta cần nỗ lực xây dựng và đào tạo, bồi dưỡng để có một “cơ sở nhân lực” tốt, một đội ngũ Trọng tài viên và nhân viên có kinh nghiệm, đạt tiêu chuẩn quốc gia và quốc tế. Thực tế đã cho thấy rằng, đã có nhiều vụ tranh chấp, trong đó có trường hợp mà một bên tranh chấp là cơ quan nhà nước hoặc các tổng công ty lớn của Nhà nước đã phải đưa tranh chấp của họ ra trước Trọng tài nước ngoài và vì thế đã phải gánh chịu những bất lợi trong quá trình thay đổi vụ việc.

Để thúc đẩy các bên tranh chấp sử dụng hình thức Trọng tài vụ việc thì vai trò hướng dẫn, đào tạo và bồi dưỡng kiến thức và kinh nghiệm trọng tài của các Trung tâm Trọng tài là rất lớn.

c) Vai trò địa điểm tiến hành trọng tài hay còn gọi là địa điểm giải quyết tranh chấp: Theo Điều 3 Luật Trọng tài thương mại năm 2010, địa điểm giải quyết tranh chấp là nơi Hội đồng Trọng tài tiến hành giải quyết tranh chấp theo sự thỏa thuận lựa chọn của các bên hoặc do Hội đồng Trọng tài quyết định nếu các bên không có thỏa thuận. Nếu địa điểm giải quyết tranh chấp được tiến hành trên lãnh thổ Việt Nam thì phán quyết phải được coi là tuyên tại Việt Nam mà không phụ thuộc vào nơi Hội đồng Trọng tài tiến hành phiên họp để ra phán quyết đó.

Việc xác định địa điểm trọng tài có ý nghĩa rất quan trọng vì nó liên quan đến nhiều vấn đề, chẳng hạn, vấn đề về luật áp dụng: luật nội dung cũng như luật về tố tụng trọng tài. Nhiều điều ước quốc tế đều đưa ra những quy định gắn với địa điểm trọng tài. Chẳng hạn, Nghị định thư Gionevơ năm 1923 quy định: “Thủ tục tố tụng Trọng tài, bao gồm cả việc thành lập Hội đồng Trọng tài, sẽ được xác định bởi ý chí của các bên và bởi *luật quốc gia tại nơi tiến hành Trọng tài*”. Công ước Niu Oóc năm 1958 cũng có quy định tương tự.

Địa điểm tiến hành trọng tài là điểm trung tâm và là vấn đề trọng tâm của thủ tục với tố tụng trọng tài vì nó liên quan đến luật áp dụng. Do đó, cần khuyến cáo các bên tranh chấp tìm hiểu kỹ về nguyên lý này trước khi thỏa thuận về địa điểm trọng tài.

Tuy nhiên, điều đó hoàn toàn không có nghĩa rằng toàn bộ quá trình tố tụng trọng tài đều phải tiến hành tại địa điểm đó, mặc dù, cần phải khẳng định là những phiên họp chủ yếu, những hoạt động chủ yếu của Hội đồng Trọng tài phải xảy ra ở đó.

Quy tắc tố tụng trọng tài của nhiều tổ chức trọng tài đều có những điểm khá cụ thể trong vấn đề này mà không chỉ đưa ra một nguyên lý chung như Điều 3 Luật Trọng tài thương mại năm 2010. Chẳng hạn, Quy chế của Tòa Trọng tài quốc tế Luân Đôn xác định: Hội đồng Trọng tài có thể tùy ý tổ chức các phiên họp giải quyết vụ tranh chấp, các cuộc gặp và các cuộc bàn thảo tại bất cứ địa điểm thích hợp nào về mặt địa lý; và nếu địa điểm

đó khác với địa điểm tiến hành trọng tài thì phải coi như tổ tụng trọng tài được tiến hành tại địa điểm tiến hành trọng tài và quyết định trọng tài được đưa ra tại địa điểm tiến hành trọng tài vì bất kỳ lý do nào. Quy tắc trọng tài của ICC cũng quy định: “Sau khi tham khảo ý kiến các bên, Hội đồng Trọng tài có thể tổ chức các phiên họp giải quyết vụ tranh chấp và các cuộc gặp tại bất cứ địa điểm nào mà họ cho là thích hợp trừ khi các bên có thỏa thuận khác. Hội đồng Trọng tài có thể thảo luận tại bất kỳ địa điểm nào mà họ cho là thích hợp. Luật Mẫu của UNCITRAL cũng cho phép Hội đồng Trọng tài được gặp tại bất kỳ địa điểm nào mà họ cho là phù hợp để bàn bạc hoặc lắng nghe những người làm chứng, trừ khi các bên phản đối” (Điều 20 (2) Luật mẫu).

Đây là các quy định hợp lý. Các quy định đó phản ánh một thực tế của Trọng tài thương mại, khi mà các bên, các luật sư, chuyên gia là Trọng tài thì nên đến từ các quốc gia khác nhau, các khu vực khác nhau trong nước và sẽ là bất lợi khi họ chỉ vì một cuộc gặp mà phải đi lại tốn kém thời gian và tiền bạc. Quy định đó tạo ra khả năng linh hoạt cho hoạt động của các Trọng tài viên vì để giải quyết một vụ việc, nhất là những vụ việc phức tạp thì phải tiến hành rất nhiều cuộc gặp, thảo luận, lấy chứng cứ, ý kiến. Chẳng hạn, các Trọng tài viên cần phải đến tận các công trường xây dựng của một dự án cấp quốc gia để kiểm tra vấn đề có liên quan thu thập chứng cứ. Tuy nhiên, mỗi sự di chuyển của Hội đồng Trọng tài không có nghĩa là thay đổi địa điểm tiến hành trọng tài. Địa điểm tiến hành trọng tài vẫn

là địa điểm được thỏa thuận ban đầu giữa các bên và vì lợi ích của các bên.

Trong các vụ việc liên quan đến trọng tài quốc tế thì việc lựa chọn địa điểm tiến hành trọng tài đồng nghĩa với việc lựa chọn luật của quốc gia tại nơi tiến hành trọng tài. Đây là điều mà Luật Trọng tài thương mại năm 2010 chưa xác định rõ. Đến luật điều chỉnh tổ tụng trọng tài ("Lex arbitri") còn bị quy định bởi chính sách công của quốc gia để ban hành ra đạo luật này. Do đó, việc xác định luật áp dụng gắn chặt chẽ với khái niệm "chính sách công" hoặc còn gọi là "trật tự công cộng". Ở Việt Nam, khái niệm này không thông dụng, trong khi các văn bản hướng dẫn cũng như các tài liệu nghiên cứu cũng chưa đề cập một cách thích đáng.

d) Về luật áp dụng giải quyết tranh chấp:

Luật Trọng tài thương mại năm 2010 đưa ra quy định như sau: Điều 14 Luật này áp dụng giải quyết tranh chấp:

- Đối với tranh chấp không có yếu tố nước ngoài, Hội đồng Trọng tài áp dụng pháp luật Việt Nam để giải quyết tranh chấp.

- Đối với tranh chấp có yếu tố nước ngoài, Hội đồng Trọng tài áp dụng pháp luật do các bên lựa chọn; nếu các bên không có thỏa thuận về luật áp dụng thì Hội đồng Trọng tài quyết định pháp luật mà Hội đồng Trọng tài cho là phù hợp nhất.

- Trường hợp pháp luật Việt Nam, pháp luật do các bên lựa chọn không có quy định cụ thể liên quan đến nội dung tranh chấp thì Hội đồng Trọng tài được áp dụng tập quán

quốc tế để giải quyết tranh chấp nếu việc áp dụng không trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam.

Những nội dung trên đây của Điều 14 Luật Trọng tài thương mại năm 2010 so với Pháp lệnh Trọng tài thương mại năm 2003 được coi là một nỗ lực mới của nhà làm luật nhằm tạo cơ sở pháp lý cho các trường hợp có yếu tố quốc tế trong các tranh chấp khi điều luật đã phân biệt “tranh chấp không có yếu tố nước ngoài” và “tranh chấp có yếu tố nước ngoài”. Tuy nhiên, nếu nhìn nhận quy định đó từ góc độ của nguyên tắc về quyền tự do định đoạt của các bên tranh chấp thì đây là một cản trở pháp lý của quyền tự do để khi “đối với tranh chấp không có yếu tố nước ngoài Hội đồng Trọng tài áp dụng pháp luật Việt Nam để giải quyết tranh chấp”, tức là, điều này đồng nghĩa với việc hạn chế quyền lựa chọn luật áp dụng đối với các bên tranh chấp là công dân Việt Nam. Phương án này đã gây tranh cãi trong quá trình soạn thảo Luật Trọng tài thương mại năm 2010, nhưng đáng tiếc là đã được nhà làm luật thông qua. Quy định đó không chỉ trái với nguyên tắc về tự do định đoạt của các bên mà còn trái với nguyên lý về sự phụ thuộc của việc xác định luật áp dụng vào kết quả của sự lựa chọn địa điểm tiến hành Trọng tài, như đã nêu ở trên. Do đó, nếu như nguyên lý này là bất di bất dịch thì quy định tại khoản 1 Điều 14 Luật Trọng tài thương mại năm 2010 thành vô nghĩa.

Luật áp dụng phải bao hàm trong đó luật thủ tục và luật nội dung. Việc lựa chọn luật thủ tục không nhất thiết phải trùng hợp với việc lựa chọn luật nội dung và ngược

lại. Khái niệm về *luật điều chỉnh tố tụng trọng tài* ("*Lex arbitri*") nhất là trường hợp để cho tố tụng trọng tài được tiến hành ở quốc gia này chịu sự điều chỉnh của luật thủ tục của quốc gia khác đã trở thành chủ đề của nhiều cuộc tranh luận trên các diễn đàn khoa học và thực tiễn trọng tài quốc tế. Nguyên tắc bất di bất dịch ở đây là phải cho phép các bên trong tố tụng trọng tài có thể tiến hành thủ tục tố tụng trọng tài theo luật thủ tục mà họ lựa chọn. Nếu luật thủ tục của một quốc gia nào đó có lợi hay quen thuộc đối với các bên khiến họ mong muốn áp dụng thì họ sẽ cố gắng hơn để tiến hành tố tụng trọng tài tại quốc gia đó. Chính vì vậy, quy định tại khoản 1 Điều 14 Luật Trọng tài thương mại năm 2010 là chưa hợp lý và sẽ có thể là một rào cản pháp lý mới đối với việc sử dụng Trọng tài để giải quyết tranh chấp thương mại tại Việt Nam.

Về luật áp dụng cho nội dung, hay là luật nội dung của tố tụng trọng tài: Khoản 3 Điều 14 Luật Trọng tài thương mại năm 2010 đưa ra quy định: "Trường hợp pháp luật Việt Nam, pháp luật các bên lựa chọn không có quy định cụ thể liên quan đến nội dung tranh chấp thì Hội đồng Trọng tài được áp dụng tập quán quốc tế để giải quyết tranh chấp nếu việc áp dụng hoặc hậu quả của việc áp dụng không trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam".

Trước khi có những phân tích và kiến nghị nhằm hoàn thiện quy định nêu trên thiết nghĩ cần làm rõ các vấn đề có liên quan sau đây:

Thứ nhất, vì sao việc lựa chọn luật áp dụng về mặt nội

dung lại cần thiết và quan trọng và thuộc về sự tự do ý chí của các bên?

Thứ hai, cần hiểu như thế nào về luật nội dung được lựa chọn?

Có thể nói, trong hầu hết các hợp đồng thương mại, bao gồm các hợp đồng có sự tham gia của Nhà nước hoặc một cơ quan nhà nước cũng như sự tham gia của tư nhân, một hệ thống pháp luật nhất định sẽ được các bên lựa chọn làm luật áp dụng cho hợp đồng. Việc lựa chọn này xuất phát từ nhiều yếu tố: Khi nghĩ về một hệ thống pháp luật, các bên thường hiểu đó là một hệ thống pháp luật ổn định với đầy đủ các yếu tố quan trọng hợp thành hệ thống đó mà không chỉ là những quy định rời rạc, đơn nhất. Đó là các quy tắc, các nguyên tắc pháp lý, các chế định pháp luật đã được áp dụng trong thực tiễn, được các Tòa án giải thích và áp dụng. Khi chọn một hệ thống pháp luật của quốc gia nào đó làm luật nội dung cho việc áp dụng hợp đồng, các bên có liên quan, bao gồm các bên trong hợp đồng, căn cứ vào sự hiểu biết của mình về hệ thống pháp luật đó, có đủ cơ sở để tự tin mà xác định rõ được các quyền và nghĩa vụ của mình; còn trong trường hợp phát sinh tranh chấp thì có thể đoán trước được cái lý của mình nằm ở quy định nào, nguyên tắc nào của hệ thống pháp luật đó. Các Trọng tài viên cũng nhờ đó mà có thể biết rõ trước những căn cứ cho các quyết định của mình trong quá trình xử lý vụ tranh chấp, những gì cần viện dẫn. Các bên và các nhà tư vấn có thể biết trước được phải trình bày những lập luận pháp lý gì hay có thể bị yêu cầu đưa ra những lập luận pháp lý nào

(ví dụ, về lỗi vi phạm, về mức bồi thường, v.v.); cuối cùng, họ có thể dự đoán được phần thắng của mình nằm ở đâu.

Về nguyên tắc, có thể nói, hệ thống pháp luật của bất cứ nước nào cũng có thể là một hệ thống pháp luật hoàn hảo vì nó được các nhà làm luật ở đó xây dựng công phu, nhất là trong một thời đại cởi mở của các nền thương mại. Tuy nhiên, trên thực tế, xét từ góc độ của thương mại hiện đại thì vẫn có những hệ thống pháp luật lỗi thời, thiếu phù hợp với yêu cầu của thương mại quốc tế. Luật của từng quốc gia đương nhiên là phản ánh tình hình kinh tế - xã hội của quốc gia đó. Nếu một quốc gia quản lý giao dịch xuất nhập khẩu theo kiểu độc quyền Nhà nước, cấm tự do bán ngoại tệ thì chắc chắn một môi trường như vậy không thể là môi trường thuận lợi đối với thương mại và giao dịch quốc tế phát triển. Hoặc luật của một quốc gia không cho phép tự do trao đổi hàng hóa, dịch vụ qua các biên giới quốc gia chắc chắn không phải là luật phù hợp nhất để điều chỉnh các hội đồng thương mại quốc tế và là cơ sở tốt cho việc giải quyết tranh chấp có thể phát sinh từ các hợp đồng.

Đó là điều giải thích vì sao các bên khi ký kết hợp đồng thương mại cần có sự lựa chọn kỹ càng và đầy khó khăn về luật áp dụng.

Từ đó, có thể suy ra, quy định tại khoản 1 Điều 14 Luật Trọng tài thương mại năm 2010 đã tạo ra bất cập cho việc tự do lựa chọn luật áp dụng không chỉ về mặt tố tụng trọng tài mà cả về mặt cơ sở pháp lý cho việc giải quyết tranh chấp trọng tài.

Khoản 3 Điều 14 Luật Trọng tài thương mại năm 2010

đã quy định mở rộng phạm vi của Luật lựa chọn. Theo đó, luật của Việt Nam (khi các bên tranh chấp có quốc tịch Việt Nam) hoặc trong trường hợp luật do các bên lựa chọn không có quy định liên quan đến nội dung tranh chấp thì Hội đồng Trọng tài được áp dụng tập quán quốc tế để giải quyết tranh chấp.

Như vậy, quy định này chỉ cho phép được áp dụng “tập quán quốc tế” khi thiếu quy định tương ứng trong luật của quốc gia được các bên lựa chọn. Đồng thời, điều luật này cũng chỉ đặt ra vấn đề đó ở bối cảnh trong luật Việt Nam hay luật được lựa chọn không có quy định tương ứng.

Vấn đề được đặt ra là: Liệu việc lựa chọn của các bên có thể bị giới hạn trong hệ thống pháp luật của quốc gia đó hay có thể mở rộng ra chẳng hạn, có thể áp dụng các nguyên tắc pháp lý, các quy tắc “luật của các thương nhân” (“lex mercatoria”) hay nguyên tắc công bằng và lương tri? Vấn đề này, thực tiễn giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế đã và đang giải quyết theo hướng tuân theo thứ tự ưu tiên áp dụng, nhưng không bắt buộc, cụ thể:

- Luật quốc gia;

- Các nguyên tắc và quy phạm của công pháp quốc tế;

- Luật phát triển quốc tế, luật của các thương nhân, các tập quán thương mại: còn được gọi là luật xuyên quốc gia, chẳng hạn như nguyên tắc UNIDROIT.

- Thực tiễn thương mại được tổng kết, qua án lệ của Tòa án hoặc Trọng tài.

- Đòi hỏi của sự công bằng và của lương tri.

Như vậy, khi nói đến lựa chọn luật nội dung cho hợp

đồng thực tiễn thương mại quốc tế đã không chỉ bó hẹp trong pháp luật quốc gia. Việc Luật Trọng tài thương mại năm 2010 chỉ xác định hai nguồn lựa chọn duy nhất, đó là hệ thống luật quốc gia hoặc tập quán thương mại như vậy không đầy đủ, và có thể nói là chưa phù hợp với chuẩn pháp lý đã được cộng đồng thương mại quốc tế thừa nhận. Điều vô lý tiếp theo trong quy định của khoản 3 Điều 14 Luật Trọng tài thương mại năm 2010 là sự lựa chọn thứ hai chỉ có thể xảy ra khi trong sự lựa chọn thứ nhất không có nội dung có liên quan đến tranh chấp. Điều đó đồng nghĩa với việc coi áp dụng luật Việt Nam thay một hệ thống nào đó là có tính chất mặc định.

d) Về các quy định liên quan đến Trọng tài viên:

Luật Trọng tài thương mại năm 2010 có những đổi mới rất quan trọng trong các quy định về Trọng tài viên -yếu tố trung tâm của hoạt động trọng tài. Theo đó, Luật không yêu cầu Trọng tài viên phải có quốc tịch Việt Nam. Điều đó có nghĩa rằng người nước ngoài cũng có thể được chỉ định hoặc được các bên chọn làm Trọng tài viên ở Việt Nam. Quy định này đã thực sự đáp ứng nhu cầu thực tế trong giai đoạn Việt Nam tăng cường hội nhập quốc tế. Bên cạnh đó, Luật cũng đã xác định những *tiêu chuẩn tối thiểu của Trọng tài viên*, bao gồm:

- Có năng lực hành vi dân sự đầy đủ theo quy định của Bộ luật dân sự.

- Có trình độ đại học và đã qua thực tế công tác theo ngành đã học từ 5 năm trở lên (Điều 20 Luật Trọng tài thương mại năm 2010).

Điều luật nêu trên còn có một quy định cho phép chọn một người làm Trọng tài viên khi người đó tuy không hội đủ các tiêu chuẩn đã nêu nhưng là chuyên gia có trình độ chuyên môn và có nhiều kinh nghiệm thực tiễn.

Có thể nói rằng, việc đưa ra các “tiêu chuẩn tối thiểu” hay là “tiêu chuẩn cứng” cho các Trọng tài viên là không thật sự phù hợp với bản chất của Trọng tài, cũng là bất cập so với xu hướng chung của thế giới, nhất là trong lĩnh vực hoạt động kinh doanh, thương mại, trong một thế giới ngày càng hội nhập sâu rộng.

Trên thực tế, có thể nói khi mới ra đời và tranh chấp thương mại chưa nhiều, chưa đa dạng và phức tạp lắm thì người ta đã đòi hỏi các Trọng tài viên như là đòi hỏi các vị Thẩm phán Tòa án, nghĩa là, phải có kiến thức pháp lý. Ví dụ, Luật Trọng tài Tây Ban Nha năm 1988 có quy định: Trọng tài viên phải là một Luật sư và hơn thế nữa người đó phải có trình độ tương ứng với các vụ việc liên quan. Luật Trọng tài của Thụy Sĩ cũng có quy định tương tự (trước đây) và đã bỏ những quy định đó từ đầu những năm 80 của thế kỷ XX. Nói chung, số lượng các quốc gia áp dụng các hạn chế đối với việc lựa chọn Trọng tài viên ngày càng ít đi. Thay vào đó, luật của các nước thường đưa ra yêu cầu đối với việc giải quyết các vụ tranh chấp thương mại trong trường hợp Hội đồng Trọng tài có 3 thành viên thì ít nhất phải có hai trong số họ là *các thương nhân* (Luật Trọng tài Tây Ban Nha năm 2003¹, Luật Trọng tài Italia năm 1995,

1. Luật Trọng tài Tây Ban Nha năm 2003 thay thế cho Luật Trọng tài Tây Ban Nha năm 1988.

Luật Trọng tài Ấn Độ năm 2004, v.v..). Ở đa số các nước có nền kinh tế thị trường phát triển, Trọng tài luôn được hiểu là một phương thức giải quyết tranh chấp linh hoạt, không phải là tấm gương phản chiếu các thủ tục tố tụng tại Tòa án. Một trong những đặc tính tạo nên sự hấp dẫn của Trọng tài là ở đó người giải quyết tranh chấp là *chuyên gia am hiểu chuyên môn và "bếp núc" của lĩnh vực tranh chấp*. Chẳng hạn, một tranh chấp phát sinh từ một hợp đồng xây dựng quốc tế có liên quan đến các vấn đề về kỹ thuật xây dựng công trình dân dụng, chắc chắn đòi hỏi Trọng tài viên là chuyên gia trong lĩnh vực đó. Thực tiễn Trọng tài cho thấy, không nên ấn định trong pháp luật những tiêu chuẩn cứng về Trọng tài viên mà tốt nhất chỉ tiến hành lựa chọn Trọng tài viên phù hợp khi cần phải lựa chọn: đó là khi đã phát sinh tranh chấp. Nói khác đi, đó là quyền của các bên lựa chọn bất kỳ ai mà họ cho là thích hợp.

Quy định của Luật Trọng tài thương mại năm 2010 trên thực tế chưa xuất phát từ tính chất tài phán tư của Trọng tài trong điều kiện phát triển các quan hệ thiết chế tổ chức, kể cả trong lĩnh vực giải quyết tranh chấp lựa chọn. Nó đã làm mất đi khả năng lựa chọn của bên tranh chấp, đồng thời không khuyến khích loại hình Trọng tài vụ việc đây là loại hình linh hoạt hơn nhiều so với Trọng tài quy chế.

2. Xây dựng cơ sở pháp lý cần thiết cho việc mở rộng các hình thức giải quyết tranh chấp thay thế khác

Như đã phân tích ở phần 1, có nhiều cách để giải quyết một tranh chấp thương mại. Cách thức đơn giản nhất là

thương lượng giữa các bên với sự hỗ trợ của các chuyên gia, cố vấn. Bởi vì, các bên chính là những người ở vào vị trí tốt nhất để hiểu được vụ việc đó. Nếu họ cần tư vấn về những vấn đề khó hoặc còn tranh cãi, họ chỉ cần thuê tư vấn từ các luật sư, các chuyên gia bao gồm các kỹ sư, kế toán, nhà thiết kế, công trình sư, v.v..

Vì vậy, phát triển và khuyến khích sử dụng hình thức thương lượng, hòa giải và các hình thức đa dạng thích hợp, tương tự là điều cần thiết trong quá trình tạo “hạ tầng dịch vụ” giải quyết tranh chấp thương mại.

Tính thời sự của giải pháp giải quyết tranh chấp thay thế được đặt ra bởi nhiều lý do. Trước hết, đó là sự quá tải của Tòa án. Ở Việt Nam, đó cũng không phải là một ngoại lệ cũng như Trọng tài, các hình thức thương lượng, hòa giải là sự lựa chọn thay thế cho tố tụng tại Tòa án bằng việc tạo cho các bên sự linh hoạt và bảo đảm bí mật. Mặt khác, chi phí ngày càng tăng của tố tụng tại Tòa án nhiều khi cũng là gánh nặng không chỉ cho các cá nhân doanh nhân mà cả đối với các công ty. Vì vậy, cần tạo khả năng giải quyết tranh chấp đỡ tốn kém hơn là đưa nhau ra Tòa án. Thêm vào đó, cần nhớ rằng, tố tụng tại Tòa án luôn luôn là hình thức bắt buộc, còn các hình thức giải quyết tranh chấp thay thế không mang tính bắt buộc. Trong các hình thức không bắt buộc này thì ngoài hai bên tranh chấp cũng có khi cần có người thứ ba, làm nhiệm vụ phân xử, nhưng khác với Tòa án, họ là người trung gian, trung lập. Và đó cũng là một thuận lợi cho các bên tranh chấp. Người này không áp đặt một quyết định nào đó với các bên, nhưng ngược lại vai

trò của người này là giúp đỡ các bên, hỗ trợ, chỉ dẫn *các bên tự giải quyết* tranh chấp của họ. Thủ tục này hoàn toàn không mang tính nghi thức.

Việc tạo cơ sở pháp lý thúc đẩy phát triển các hình thức này cần được xác định trước hết trên cơ sở làm rõ bản chất pháp lý của từng hình thức đó.

Bản chất pháp lý của hình thức trung gian ("mediation") là các bên tự mình giải quyết tranh chấp phát sinh giữa họ, với sự nhờ cậy đến một người thứ ba độc lập, làm "trung gian", đóng vai trò "con thoi" giữa hai bên tranh chấp. Người này sẽ lắng nghe những nét chính của vụ việc và gặp riêng từng bên để thuyết phục, giảng giải, tư vấn. Nhiệm vụ của Hòa giải viên cần được xác định là tập trung thuyết phục mỗi bên xem xét kỹ hơn lợi ích, nhu cầu thực tế của họ mà không đòi co nhiều vào họ là quyền, là lý của họ theo hợp đồng. Nói khác đi, đây là sự giải quyết tranh chấp mà kết cục là không có bên "thắng" và bên "thua" mà cả hai bên "đều thắng", tức là toàn được cái lợi cho mình, một giải pháp mà cả hai "đều đồng ý".

Hòa giải ("conciliation") về cơ bản cũng có tính chất pháp lý như trung gian và có rất nhiều điểm giống nhau. Cái khác hơn là ở chỗ, Hòa giải viên thường đi xa hơn so với người trung gian trong việc chấp nối các bên bằng cách tự đưa ra các phương án giải quyết bắt đồng để các bên nghiên cứu, lựa chọn. Vì có nhiều điểm quá giống nhau mà trung gian và hòa giải thường được coi là một. Theo hệ thống luật lục địa chúng được chia tách thành hai hình thức, trong khi theo thông luật thì chỉ một cách gọi là "mediation".

Ở Việt Nam, phương thức trung gian, nhất là trung gian trong giải quyết tranh chấp thương mại, chưa phổ biến. Trung gian ở Việt Nam chỉ mới được hiểu như trường hợp có tranh chấp thì có người thứ ba lo “chấp nối” hai bên để chuyển tải ý kiến, quan điểm, cách xử lý hay mức độ xử lý. Không rõ ranh giới giữa trung gian với Hòa giải nên ở Việt Nam người ta thường ghép cả hai cặp từ trung gian hòa giải thành một khái niệm. Đi vào thực tế, sự phân biệt đó cũng không thực sự cần thiết. Vì vậy, chúng ta cần hình thành một cơ sở pháp lý chung cho cả hai hình thức: *xây dựng Luật hòa giải thương mại*, sau khi chúng ta đã có Luật Trọng tài thương mại.

Hoạt động thương lượng trong tranh chấp thương mại và hoạt động hòa giải trong tranh chấp thương mại đều đã có những cơ sở pháp lý nhất định.

Về thương lượng, đó là các quy định tại Luật thương mại năm 2005 Điều 317 Luật thương mại năm 2005 quy định, hình thức giải quyết tranh chấp thông qua thương lượng, hòa giải, Trọng tài hoặc Tòa án. Còn hình thức hòa giải trong các tranh chấp thương mại cũng chỉ mới được ghi nhận ở mức độ nguyên tắc chung. Bên cạnh đó, nhiều điều ước quốc tế mà Việt Nam tham gia như các hiệp định bảo vệ và khuyến khích đầu tư, các hiệp định song phương và đa phương cũng có những quy định về áp dụng phương pháp thương lượng, hòa giải và coi đó là những giải pháp xử lý được ưu tiên khi có phát sinh tranh chấp giữa các bên. Cả thương lượng và hòa giải đều chỉ được coi là những phương cách dàn xếp riêng tư giữa các bên mà

không phải là bước đi bắt buộc và cũng không được pháp luật điều chỉnh trực tiếp, rõ ràng.

Trong quá trình thương lượng, giữa các bên thường có hoặc không có lập biên bản mà không được đưa vào như một cam kết mới của hợp đồng. Điều đó dẫn đến hệ quả là các bên không tự nguyện thi hành kết quả thương lượng vì không chịu một sự ràng buộc hay chế tài nào. Đó chính là điều đã tạo sự e ngại của các doanh nghiệp đối với việc xác định phương thức thương lượng. Vì thế, cần có sự hướng dẫn các doanh nghiệp khi ký kết hợp đồng thì nên đưa vào điều khoản giải quyết tranh chấp quy định: “Kết quả thương lượng là thỏa thuận mới có giá trị ràng buộc đối với các bên”. Cần có những quy định nhằm bảo đảm cho phương thức thương lượng không bị lạm dụng và làm ảnh hưởng đến quyền sử dụng các phương thức giải quyết tranh chấp thương mại khác. Để doanh nghiệp không e ngại khi sử dụng phương thức thương lượng thì pháp luật tố tụng cần làm rõ thời hiệu khởi kiện được tính từ khi kết thúc những nỗ lực cuối cùng để thương lượng giữa các bên, tránh trường hợp một bên sử dụng thương lượng như là một biện pháp trì hoãn để làm mất quyền khởi kiện của bên kia.

Đối với hòa giải, cho đến nay cũng chỉ mới có bản Quy tắc hòa giải của Trung tâm Trọng tài Quốc tế bên cạnh Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam năm 2007. Việc sử dụng phương thức hòa giải thương mại ở Việt Nam hiện nay chỉ mới được coi là việc làm tùy nghi của các bên. Luật Trọng tài thương mại năm 2010 cũng lại đưa ra

một quy tắc mang tính khuyến cáo: “Trong quá trình tố tụng trọng tài, các bên có quyền tự do thương lượng, thỏa thuận với nhau về giải quyết tranh chấp hoặc yêu cầu Hội đồng Trọng tài hòa giải để các bên thỏa thuận với nhau về việc giải quyết tranh chấp” (Điều 9 Luật Trọng tài thương mại năm 2010).

Tuy nhiên, để bảo đảm tính hiệu lực của các phương thức trung gian hòa giải thương mại, chúng ta cần tạo ra những cơ sở pháp lý vững chắc hơn, cũng giống như đã làm đối với Trọng tài thương mại. Có thể khẳng định rằng, kể từ năm 2003 và đặc biệt là từ năm 2010, chúng ta đã nhìn nhận đúng và đã tạo được những cơ sở pháp lý cần thiết cho hoạt động trọng tài đáp ứng yêu cầu của kinh tế thị trường, của hoạt động kinh doanh và của quá trình hội nhập quốc tế.

Với ý nghĩa đó, thiết nghĩ rằng, *ban hành Luật hòa giải thương mại sẽ là một bước đi tiếp theo mang tính logic và tính hệ thống của hoạt động xây dựng pháp luật ở nước ta.*

Việc thể chế hóa tư tưởng và định hướng này nên được thực hiện trên những quan điểm sau đây:

a) Nên tạo dựng một chính sách công khai, chính thức khuyến khích các bên tự giải quyết tranh chấp trước hết bằng con đường thương lượng và hòa giải, tương tự như việc Nhà nước đã có thái độ về hình thức trọng tài thể hiện ở Điều 6 Luật Trọng tài thương mại: Tòa án phải từ chối thụ lý, trong trường hợp các bên tranh chấp đã có thỏa thuận trọng tài mà một bên khởi kiện tại Tòa án. Thậm chí, Luật thương mại năm 1997 của Việt Nam, tại Điều 239 đã

từng có quy định: "Tranh chấp thương mại trước hết phải được giải quyết thông qua thương lượng giữa các bên" với nhau hoặc "đưa ra trọng tài kinh tế" (Điều 7). Pháp lệnh thủ tục giải quyết các vụ án kinh tế năm 1994 cũng đã quy định một trong những nội dung bắt buộc trong đơn khởi kiện là "Quá trình thương lượng của các bên". Đáng tiếc là về sau các quy định đó đã bị dỡ bỏ trong pháp luật thương mại hiện hành; nói khác đi, pháp luật hiện hành của Việt Nam không coi thương lượng và hòa giải là một bước mang tính bắt buộc mà chỉ đưa ra khuyến nghị đối với các bên tranh chấp, trước hết nên giải quyết tranh chấp bằng các hình thức đó.

b) Bảo đảm thể hiện được những đặc trưng cơ bản của phương thức giải quyết tranh chấp thay thế gồm: quyền tự quyết định của các bên; sự tôn trọng của pháp luật đối với sự lựa chọn của các bên; tính năng động, linh hoạt trong thủ tục giải quyết các tranh chấp; sự hỗ trợ của Nhà nước với việc thực hiện các thỏa thuận đạt được thông qua phương thức giải quyết tranh chấp thay thế; bảo đảm tính riêng tư, bí mật của những thông tin liên quan đến tranh chấp được giải quyết theo cơ chế giải quyết tranh chấp thay thế.

c) Nên quy định trình tự, thủ tục mang tính giống tổ tụng cho các hình thức trung gian, hòa giải với tính cách là những thủ tục giải quyết tranh chấp thương mại. Thủ tục đó nhất thiết phải cho phép làm rõ thiện ý của các bên giải quyết các bất đồng của họ bằng hình thức thương lượng hoặc hòa giải: Bằng hình thức nào, bắt đầu như thế nào,

chủ thể là ai, v.v. đều thể hiện thiện chí đích thực đó. Nếu thiếu sự rõ ràng đó thì quá trình thương lượng, dù có bắt đầu, cũng không thể có khả năng tạo ra sự ràng buộc của các bên. Tính chính thức của thủ tục này còn cần được xác định bởi việc pháp luật coi đó như một phương thức giải quyết tranh chấp, một phần của quá trình giải quyết tranh chấp.

d) Nên hỗ trợ xúc tiến hình thành một mạng lưới các Trung tâm hòa giải thương mại và hình thành, đào tạo và bồi dưỡng đội ngũ Hòa giải viên, chuyên gia trung tâm thương mại; xây dựng các bộ quy tắc về hòa giải và thương lượng. Trên phạm vi quốc tế đã có những bộ quy tắc hòa giải hiện đại và được áp dụng rộng rãi trong thực tiễn giải quyết tranh chấp thương mại như: Quy tắc hòa giải của UNCITRAL, của ICC, của ICSID, v.v., trong đó, bộ Quy tắc hòa giải của UNCITRAL được Đại hội đồng Liên hợp quốc giới thiệu tháng 12 năm 1980 là bộ Quy tắc được nhiều quốc gia cập nhật nhất. Ngoài ra, năm 2002, UNCITRAL còn cho xuất bản Luật mẫu về hòa giải thương mại quốc tế. Giống như Luật mẫu của UNCITRAL về Trọng tài thương mại quốc tế, Luật này được dùng như một bản hướng dẫn và khuyến cáo cho các quốc gia muốn ban hành pháp luật về hòa giải.

đ) Nên tạo ra những mối liên kết hữu cơ giữa những phương thức giải quyết tranh chấp được quy định trong đó với phương thức trọng tài và phương thức tố tụng tư pháp, theo đó các phương thức giải quyết tranh chấp thay thế hỗ trợ trong việc giảm tải công việc cho hệ thống Tòa án, bảo

đảm để quá trình tố tụng tư pháp không buộc phải khởi động, vận hành để xử lý các vụ tranh chấp quá nhỏ bé về giá trị cũng như ý nghĩa xã hội của nó.

e) Nên có sự tương thích với các quy tắc phổ biến trong pháp luật và thực tiễn giải quyết tranh chấp thay thế ở các nước và nhất là trong thực tiễn thương mại quốc tế.

Thực tiễn ký kết và thực hiện hợp đồng thương mại ở Việt Nam đã cho thấy, thương lượng và hòa giải cũng thường được các bên ghi nhận trong hầu hết các hợp đồng. Tuy nhiên, do cho đến nay, pháp luật nước ta chưa có các quy định về hình thức pháp lý để ghi nhận thủ tục, các điều kiện và kết quả thương lượng, hòa giải giữa các bên tranh chấp nên việc thực thi những gì đã đạt được đã không có gì bảo đảm. Cần có những quy định bảo đảm thực hiện những thỏa thuận giữa các bên. Kết quả thương lượng thành phải có những bảo đảm để thực hiện.

Đối với phương thức hòa giải, yếu tố quan trọng bảo đảm hiệu quả của phương thức này là vấn đề giá trị của biên bản hòa giải thành. Mặc dù việc thi hành kết quả hòa giải là dựa trên sự tự nguyện của các bên và không phải là đối tượng để cưỡng chế thi hành, nhưng để bảo vệ lợi ích của một bên khi bên kia thiếu thiện chí thực hiện thỏa thuận hòa giải thì pháp luật cần khẳng định kết quả hòa giải thành phải được coi là thỏa thuận mới giữa các bên. Khi tranh chấp được đưa ra giải quyết tại các cơ quan có thẩm quyền thì biên bản hòa giải thành phải được coi là có giá trị ràng buộc các bên và các bên có trách nhiệm thi hành.

Về nội dung, Luật hòa giải thương mại cần thể hiện một số nội dung cơ bản sau:

- Luật phải xác định được phạm vi hoà giải, nguyên tắc hoà giải.

- Các thiết chế thực hiện hoà giải: các tổ chức hòa giải và Hoà giải viên; tiêu chuẩn đối với Hoà giải viên, quyền và nghĩa vụ của Hoà giải viên; thủ tục, trình tự của hoạt động hoà giải, phương thức/kỹ năng hoà giải, trách nhiệm của các cơ quan, tổ chức, cá nhân trong công tác hoà giải; quản lý nhà nước về công tác hoà giải.

- Thừa nhận các giá trị pháp lý của các thỏa thuận đạt được thông qua hòa giải như các điều khoản bổ sung của hợp đồng hoặc như một hợp đồng mới.

- Quy định về sự hỗ trợ của Nhà nước đối với hoạt động hòa giải.

3. Nâng cao năng lực của các thiết chế giải quyết tranh chấp thay thế

Năng lực, kinh nghiệm, kỹ năng của những người tham gia giải quyết tranh chấp là một trong những nhân tố cần thiết cho sự phát triển tiềm năng của các phương thức giải quyết tranh chấp thay thế. Do vậy, cần tăng cường tổ chức việc trao đổi kinh nghiệm, kỹ năng giữa những người đã từng tham gia giải quyết tranh chấp theo những phương thức này để họ có thể học hỏi lẫn nhau, có thể đó là những bài học kinh nghiệm thành công hay thất bại, những vướng mắc về pháp luật và thể chế và cách xử lý, để từ đó nâng cao kinh nghiệm, kỹ năng của bản thân, nâng cao hiệu quả hoạt động của những người tham gia giải quyết tranh chấp.

Cần hoàn thiện tiêu chuẩn tối thiểu và kỹ năng của những người tiến hành giải quyết tranh chấp thông qua thương lượng, hòa giải nâng cao chất lượng hòa giải, thương lượng. Tổ chức các khóa đào tạo, bồi dưỡng nghiệp vụ cho đội ngũ những người thực hiện các phương thức này.

Đối với thương lượng, cần thu hút được đội ngũ luật sư giỏi tham gia, bởi thực tế tại Việt Nam những năm gần đây cho thấy, ngày càng có nhiều doanh nghiệp sử dụng dịch vụ luật sư với vai trò người đại diện cho các bên tranh chấp tham gia thương lượng. Chính vì thế, cũng nên quan tâm tới việc đào tạo khả năng thương lượng, đàm phán giải quyết các tranh chấp của luật sư trong chương trình đào tạo chung.

Đối với phương thức hòa giải, để phát triển và khuyến khích áp dụng phương thức này, bên cạnh việc nâng cao nhu cầu của doanh nghiệp đối với phương thức hòa giải thông qua các biện pháp tuyên truyền, phổ biến, nâng cao nhận thức của doanh nghiệp thì cần phải có chính sách phát triển các Trung tâm hòa giải, bao gồm cả việc bổ sung chức năng hòa giải trong các Trung tâm Trọng tài, nâng cao năng lực của Hòa giải viên trong việc giải quyết tranh chấp thương mại. Đây là giải pháp cần thiết để phát triển phương thức giải quyết tranh chấp bằng hòa giải trên thực tế. Bên cạnh đó, cần đẩy mạnh việc cung cấp thông tin, mở các lớp tập huấn và thông qua các buổi hội thảo dành cho các đối tượng là các doanh nghiệp và các luật sư về hòa giải thương mại để họ thấy được những ưu điểm cũng như hạn

chế của phương thức này, phân biệt được với các phương thức khác; đồng thời, cung cấp cho doanh nghiệp những thông tin có giá trị về những Hòa giải viên giỏi, các Trung tâm hòa giải có uy tín.

Đối với Trọng tài, cần tăng cường năng lực giải quyết tranh chấp cho các Hòa giải viên thông qua các lớp tập huấn về kỹ năng xét xử. Việc tuyên truyền, quảng bá của các Trung tâm Trọng tài cũng là một biện pháp cần thiết để các doanh nghiệp biết đến và sử dụng trọng tài như một phương thức giải quyết tranh chấp hữu hiệu. Ngoài ra, cũng cần tăng cường những hỗ trợ ban đầu từ phía Nhà nước cho việc nâng cao năng lực của các Trung tâm Trọng tài thông qua việc miễn giảm thuế, thông qua các khoản tín dụng ưu đãi để tăng cường cơ sở vật chất, thực hiện các hoạt động đào tạo chuyên môn cho những người thực hiện việc giải quyết tranh chấp ngoài tố tụng tư pháp, mở rộng hợp tác với nước ngoài để tranh thủ nguồn lực, học hỏi kinh nghiệm.

4. Tăng cường sự tham gia của các thiết chế hỗ trợ trong quá trình giải quyết tranh chấp

a) Sự hỗ trợ từ phía các cơ quan Tư pháp:

Trong mối quan hệ giữa Tòa án và Trọng tài, việc hoàn thiện các quy định bảo đảm sự hỗ trợ của Tòa án đối với Trọng tài là một vấn đề quan trọng. Các trường hợp hỗ trợ của Tòa án đối với Trọng tài bao gồm, xác định thẩm quyền của Hội đồng Trọng tài, chỉ định, thay đổi Trọng tài viên, áp dụng các biện pháp khẩn cấp tạm thời, giải quyết yêu

cầu hủy phán quyết trọng tài. Với mục tiêu tăng cường sự hỗ trợ của Tòa án đối với Trọng tài, cần phải khắc phục những bất cập của các quy định pháp luật hiện hành đang làm hạn chế vai trò này. Đó là, hiện nay Luật Trọng tài thương mại năm 2010 chưa có những quy định cụ thể, chi tiết về trách nhiệm của Tòa án trong việc thu thập chứng cứ, lưu giữ chứng cứ, thủ tục và trình tự mà Trọng tài phải tuân thủ khi thực hiện yêu cầu thu thập chứng cứ hoặc triệu tập nhân chứng. Vì vậy, cần có những văn bản hướng dẫn thi hành Luật Trọng tài thương mại năm 2010 trong đó có các quy định về vấn đề nêu trên.

Luật Trọng tài thương mại năm 2010 đã quy định việc thi hành các phán quyết của trọng tài được thực hiện theo pháp luật về thi hành án dân sự. Tuy nhiên, có thể thấy Luật Trọng tài thương mại năm 2010 vẫn chưa xử lý được các vấn đề sau ngay cả khi viện dẫn đến Luật thi hành án dân sự năm 2008 sửa đổi, bổ sung năm 2014.

Một là, khi bên phải thi hành án không tự nguyện thực hiện phán quyết của Trọng tài thì cơ quan Thi hành án nào có thẩm quyền thực hiện việc cưỡng chế. Liệu bên được thi hành án có thể yêu cầu bất cứ cơ quan Thi hành án nào thực hiện việc cưỡng chế hay không. Thực tế hiện nay, cả nước mới có 7 Trung tâm Trọng tài, trong khi đó người được thi hành án và người phải thi hành án có thể là doanh nghiệp hay doanh nhân có trụ sở hoặc nơi cư trú ở nhiều tỉnh khác nhau. Đây là vấn đề mà trong Luật thi hành án dân sự năm 2008 sửa đổi, bổ sung năm 2014 chưa có quy định cụ thể.

Hai là, hồ sơ yêu cầu cưỡng chế thi hành án phải gồm những loại văn bản, giấy tờ nào và thủ tục yêu cầu cưỡng chế thi hành phán quyết Trọng tài ra sao cũng chưa được quy định cụ thể trong Luật Trọng tài thương mại năm 2010. Do vậy, các văn bản hướng dẫn thi hành Luật Trọng tài thương mại 2010 cần phải có những hướng dẫn cụ thể về vấn đề này.

Đối với hoạt động hòa giải, cho đến nay chưa nhận được sự hỗ trợ từ phía các cơ quan công quyền từ việc thành lập các Trung tâm hòa giải, cho đến việc công nhận giá trị pháp lý của thỏa thuận hòa giải và thi hành thỏa thuận hòa giải. Để thúc đẩy sự phát triển của phương thức giải quyết bằng hòa giải thì Nhà nước cần phải có sự hỗ trợ bằng việc cho phép thành lập các trung tâm, các viện hoặc tổ chức hòa giải thương mại, thực hiện việc quản lý nhà nước đối với hoạt động của các trung tâm, các viện hoặc các tổ chức này. Nhà nước cần hỗ trợ trong việc tổ chức đào tạo nguồn nhân lực có trình độ để tiến hành việc hòa giải. Cùng với đó là xây dựng cơ chế hỗ trợ tư pháp đối với việc giải quyết các tranh chấp theo hướng các bên tự hòa giải và đề nghị tòa án ra quyết định công nhận để có thể cưỡng chế thi hành án trong thực tế. Cần ban hành văn bản hướng dẫn mang tính liên ngành giữa các cơ quan tư pháp trong việc phối hợp xử lý những vấn đề xảy ra trong thực tiễn đối với hoạt động giải quyết tranh chấp.

b) Sự hỗ trợ từ phía các cơ quan hỗ trợ tư pháp:

Cần có những biện pháp nâng cao vai trò của Luật sư trong việc soạn thảo, ký kết hợp đồng thương mại giữa các thương nhân, các doanh nghiệp với nhau.

Cần có những biện pháp khuyến khích sự phát triển của đội ngũ Luật sư và nâng cao năng lực giải quyết tranh chấp thương mại của Luật sư thông qua các Liên đoàn Luật sư toàn quốc. Liên đoàn Luật sư cần tổ chức các hoạt động bồi dưỡng, nâng cao kỹ năng, trao đổi kinh nghiệm giữa các Luật sư.

Nâng cao năng lực của Công chứng viên, Giám định viên thông qua việc đào tạo bồi dưỡng kỹ năng công chứng, giám định trong các tranh chấp thương mại.

5. Tăng cường hơn nữa nhận thức của các doanh nhân và của cộng đồng về vai trò của các phương thức giải quyết tranh chấp thay thế và thói quen sử dụng các phương thức đó

Theo thống kê của Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam, tính đến đầu tháng 7 năm 2013 cả nước có gần 460.000 doanh nghiệp đang hoạt động¹ đặc biệt số các doanh nghiệp nhỏ và vừa ngày càng gia tăng và đóng vai trò ngày càng quan trọng vào đời sống kinh tế của đất nước. Theo đó, các vụ việc tranh chấp sẽ ngày càng nhiều hơn, nhu cầu giải quyết tranh chấp linh hoạt, nhanh chóng được đặt ra ngày càng bức xúc hơn.

Trong khi đó, nhìn vào hiện trạng sử dụng các hình thức giải quyết tranh chấp thương mại ở Việt Nam, có thể thấy rằng, các hình thức đó chưa được coi trọng. Bằng chứng là số lượng vụ tranh chấp do các tổ chức Trọng tài

1. Xem: vov.vn/kinhhte, ngày 21-7-2013.

Việt Nam giải quyết cho đến thời điểm hiện nay là rất khiêm tốn...

Trong bối cảnh đó cần phải tăng cường nhận thức của cộng đồng, trước hết là của các cộng đồng doanh nghiệp về vai trò của các hình thức giải quyết tranh chấp thay thế:

Thứ nhất, về phía Nhà nước: Trên cơ sở nhận thức về lợi ích của các phương thức giải quyết tranh chấp thay thế, thông qua pháp luật cũng như các giải pháp khác, cần có một chính sách nhất quán và những thông điệp chính thức về chính sách khuyến khích các bên giải quyết tranh chấp của họ bằng con đường thương lượng, trung gian hòa giải, Trọng tài. Có thể tham khảo kinh nghiệm của các nước và vùng lãnh thổ như: Anh, Hồng Kông (Trung Quốc), Canada, Ấn Độ, v.v.. Trong những đạo luật mới nhất đã quy định trách nhiệm của Tòa án từ chối thụ lý vụ tranh chấp nếu các bên chưa đưa vụ tranh chấp đó ra giải quyết bằng một trong những hình thức giải quyết tranh chấp thay thế và nếu các bên quyết định đưa thẳng vụ tranh chấp ra Tòa án thì phải có lý do xác đáng được Tòa án chấp nhận. Chính sách khuyến khích đó đã thực sự có hiệu lực thực tế, bằng chứng là các vụ tranh chấp đưa ra Tòa án đã giảm đáng kể, còn số các vụ tranh chấp do Trọng tài giải quyết tăng rất mạnh.

Luật Trọng tài thương mại năm 2010 cũng đã phản ánh khá rõ xu hướng khuyến khích sử dụng các hình thức giải quyết tranh chấp thay thế. Điều 6 của Luật này quy định: *“Trong trường hợp các bên tranh chấp đã có thỏa thuận trọng tài mà một bên khởi kiện tại Tòa án thì Tòa án phải từ chối thụ lý, trừ trường hợp thỏa thuận trọng tài vô hiệu hoặc thỏa thuận*

trọng tài không thể thực hiện được". Điều 9 Luật Trọng tài thương mại năm 2010 cũng quy định: "Trong quá trình tố tụng trọng tài, các bên có quyền tự do thương lượng, thỏa thuận với nhau về việc giải quyết tranh chấp hoặc yêu cầu Hội đồng Trọng tài hòa giải để các bên thỏa thuận với nhau về việc giải quyết tranh chấp".

Tuy nhiên, ngoài những quy định trên, chưa có một văn bản nào của các cơ quan nhà nước đưa ra những chủ trương mang tính khuyến khích hoặc định hướng sử dụng các hình thức giải quyết tranh chấp thay thế thay vì đưa vụ kiện ra Tòa án. Thậm chí, trong nhiều trường hợp, mặc dù các bên đã có thỏa thuận Trọng tài nhưng những người có trách nhiệm ở các Tòa án vẫn "khuyên" họ đưa vụ việc ra Tòa án giải quyết.

Đối với chính sách của Nhà nước, chúng ta cần tạo ra được một nhận thức rằng, hệ thống tài phán thương mại phát triển và đa dạng là một trong những biểu hiện của mức độ phát triển của thị trường, là thước đo mức độ hấp dẫn và đáng tin cậy của nền kinh tế.

Đối với nhận thức chung của xã hội, chúng ta cũng cần thấy được một thực tế là, mỗi một hình thức cụ thể của một hệ thống tài phán thương mại (bao gồm cả Tòa án) bên cạnh những ưu điểm thì đều có những hạn chế cố hữu của nó. Từ đó, sự tồn tại của mỗi thiết chế tài phán ngoài mục đích tự thân của nó còn có mục đích hỗ trợ cho các thiết chế khác, lấp đi những khoảng trống mà các thiết chế khác không thể tự nó khắc phục được để cuối cùng tạo ra các hiệu quả chung của cả hệ thống tài phán thương mại.

Thứ hai, từ phía các chủ thể tranh chấp: Để có nhận thức đúng về vai trò của các phương thức giải quyết tranh chấp thay thế và khả năng sử dụng các phương thức đó trong việc giải quyết các tranh chấp phát sinh, các cộng đồng kinh doanh cũng như cá nhân nhà kinh doanh cần tạo cho mình những hiểu biết đúng đắn và đầy đủ về các hình thức giải quyết tranh chấp thay thế mà trước hết là nhận thức về tính hiệu quả của Trọng tài.

Theo quy định của Pháp lệnh Trọng tài thương mại năm 2003 cũng như của Luật Trọng tài thương mại năm 2010, Tòa án và cơ quan Thi hành có nhiệm vụ hỗ trợ hoạt động của Trọng tài thương mại. Thế nhưng, qua kết quả khảo sát đối với các tổ chức Trọng tài thì đa số ý kiến cho rằng, Trọng tài chưa nhận được sự hỗ trợ cần thiết trong hoạt động từ phía các Tòa án. Bản thân các Thẩm phán Tòa án thì cho rằng, tình trạng trên là do hoạt động Trọng tài còn quá ít, quy định của pháp luật chưa có hoặc chưa phù hợp với trách nhiệm của Tòa án, hoặc Trọng tài viên chưa yêu cầu Tòa án hỗ trợ.

Việc nâng cao nhận thức của các chủ thể tranh chấp cần được thực hiện thông qua việc tuyên truyền, nâng cao hiểu biết của doanh nghiệp về các phương thức giải quyết tranh chấp, cụ thể:

- Trong các sách giáo trình (phần về các phương thức giải quyết tranh chấp), cần dành nhiều hơn về các phương thức thương lượng và hoà giải (hiện nay, phần này chủ yếu tập trung vào phương thức Trọng tài và Tòa án). Trong đó, cần có sự phân tích so sánh về các dạng hoà

giải phổ biến được áp dụng ở các quốc gia trên thế giới. Đối với doanh nghiệp và thương nhân cần có chương trình định hướng vào tác dụng và ưu thế của việc giải quyết tranh chấp bằng hợp đồng, những yêu cầu cơ bản của thoả thuận Trọng tài và cách thức soạn thảo một thoả thuận Trọng tài có hiệu lực. Cần soạn thảo một số lượng tờ rơi với những nội dung trên gửi đến tận các giám đốc doanh nghiệp. Những nội dung trong tờ rơi phải rất cô đọng và mang tính cảm nang. Bên cạnh in các tờ rơi, cần tìm cách chuyển vào địa chỉ điện tử của các doanh nghiệp những thông tin này.

- Sử dụng nhiều hơn diễn đàn doanh nghiệp và câu lạc bộ pháp chế doanh nghiệp để lồng ghép các nội dung cần tuyên truyền.

- Tăng cường quan hệ giao lưu, hợp tác quốc tế về trọng tài và với các Trung tâm hoà giải độc lập khác trên thế giới: Đây là một biện pháp quan trọng để nâng cao hiệu quả hoạt động của Trọng tài, đặc biệt là trong điều kiện hội nhập kinh tế quốc tế.

KẾT LUẬN

Phương thức giải quyết tranh chấp thay thế được sử dụng để tham chiếu đến bất kỳ biện pháp giải quyết tranh chấp nào ngoài Tòa án với tính cách là một bộ phận của hệ thống tư pháp được thành lập bởi Nhà nước. Đó là những hình thức giải quyết tranh chấp dùng để thay thế Tòa án nhưng nó cũng được dùng một cách tùy nghi để thay thế cho nhau mà quyền lựa chọn thuộc về các bên tranh chấp.

Cơ chế giải quyết tranh chấp thay thế là tổng thể các hình thức, thiết chế, yếu tố liên hệ mật thiết với nhau bảo đảm sự vận hành của quá trình giải quyết tranh chấp được thực hiện thông qua các phương thức do các bên lựa chọn theo một trình tự, thủ tục linh hoạt, mềm dẻo và có hiệu quả kết hợp với sự hỗ trợ của quyền lực công nhằm mục đích khôi phục lại quyền và lợi ích của bên bị vi phạm và khôi phục lại trật tự trong kinh doanh - thương mại.

Cơ chế giải quyết tranh chấp thay thế ở Việt Nam nhìn về tổng thể, nó mang những giá trị phổ biến và giá trị đặc thù. Nó chịu sự tác động bởi các yếu tố kinh tế, chính trị, văn hóa, xã hội và hội nhập kinh tế quốc tế. Đặc biệt, dưới sự tác động của kinh tế thị trường với những yêu cầu về tự do ý chí, tự do hợp đồng nên đã xuất hiện nhu cầu phải xã

hội hóa các phương thức giải quyết tranh chấp. Các phương thức giải quyết tranh chấp thay thế có ưu thế vượt trội, đó là sự linh hoạt, nhanh chóng, tiết kiệm, bí mật. Tuy nhiên, tính “thay thế” ở đây cũng chỉ mang ý nghĩa tương đối. Trong mọi trường hợp, dưới góc độ cơ chế điều chỉnh pháp luật, cơ chế giải quyết tranh chấp thay thế luôn đặt trong tính hệ thống của pháp luật và cần có sự hỗ trợ của cơ chế tổ tụng tư pháp nhằm bảo đảm hiệu lực, hiệu quả của nó, thể hiện rõ nhất là cơ chế thực thi.

Cơ chế giải quyết tranh chấp thay thế đã dần được hoàn thiện, nó trở thành một xu thế của quá trình hội nhập quốc tế. Tuy nhiên, do ở Việt Nam, nền kinh tế thị trường của nước ta được hình thành và phát triển chưa làm rõ nhiều vấn đề còn đang trong quá trình hoàn thiện nên thể chế thị trường nói chung và cơ chế giải quyết tranh chấp nói riêng cũng chưa được toàn diện, chưa đồng bộ. Các phương thức giải quyết tranh chấp thay thế ở nước ta chưa phát huy được hết các ưu điểm của mình, chưa khẳng định được uy tín để trở thành những phương thức có thể thay thế được cho Tòa án, giảm gánh nặng cho Tòa án trong việc giải quyết các tranh chấp kinh doanh, thương mại.

Pháp luật về giải quyết tranh chấp thay thế của Việt Nam, về cơ bản đã hòa nhập vào xu thế phát triển chung trên thế giới. Tuy nhiên, quá trình thực hiện cho đến nay cho thấy các quy định pháp luật về các phương thức giải quyết tranh chấp thay thế một mặt còn sơ sài (đối với thương lượng, hòa giải), một mặt còn có những vướng mắc, bất cập, chưa tạo ra được một cơ chế thật sự thông

thoáng cho hoạt động của các thiết chế giải quyết tranh chấp thay thế. Thực tế này đòi hỏi pháp luật về giải quyết tranh chấp thay thế phải được tiếp tục hoàn thiện. Đây không chỉ là nhu cầu của nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa mà còn là của quá trình nhận thức của xã hội, cũng như của cải cách tư pháp ở Việt Nam.

Để mở đường cho việc tạo ra bước ngoặt trong việc hoàn thiện cơ chế giải quyết tranh chấp thay thế, Luật Trọng tài thương mại năm 2010 đã ra đời. Tuy nhiên, đó mới chỉ là một bộ phận trong hệ thống cơ sở pháp lý giải quyết tranh chấp. Do vậy, để tạo ra một chỉnh thể thống nhất, nền khoa học pháp lý của Việt Nam vẫn cần phải tiếp tục nghiên cứu một số vấn đề về hòa giải, thương lượng; tạo ra được sự đồng bộ, có mối quan hệ mật thiết với nhau giữa giải quyết tranh chấp trong tố tụng và ngoài tố tụng tư pháp, bảo đảm hiệu quả của điều chỉnh pháp luật. Đây cũng là một trong những biểu hiện của chỉ số năng lực cạnh tranh quốc gia, đáp ứng yêu cầu hội nhập.

Trên cơ sở nghiên cứu một cách cơ bản, toàn diện các vấn đề lý luận và thực tiễn cơ chế giải quyết tranh chấp thay thế ở Việt Nam, tác giả cuốn sách đã đưa ra một số giải pháp liên quan đến thể chế, thiết chế và các lĩnh vực khác có liên quan nhằm tiếp tục hoàn thiện cơ chế giải quyết tranh chấp thay thế ở Việt Nam, như kiến nghị tiếp tục hoàn thiện khung pháp luật thay thế, tăng cường khả năng sử dụng các hình thức giải quyết tranh chấp, trong đó chú trọng đến những bảo đảm cho việc thực hiện Luật Trọng tài thương mại, xây dựng Luật hòa giải thương mại;

kiến nghị tăng cường năng lực của các thiết chế giải quyết tranh chấp; tăng cường năng lực của các thiết chế hỗ trợ; và nâng cao nhận thức của doanh nghiệp và doanh nhân về vai trò của các phương thức giải quyết tranh chấp thay thế và khả năng sử dụng chúng.

Hoàn thiện cơ chế giải quyết tranh chấp thay thế ở đây không chỉ hoàn thiện về pháp luật thực định mà nó còn có ý nghĩa hoàn thiện, nâng cao về văn hóa pháp lý, cách tư duy, cách tiếp cận pháp luật giải quyết tranh chấp. Nó yêu cầu các chủ thể tham gia quan hệ thương mại phải đề cao chữ tín, đề cao trách nhiệm của mình trong kinh doanh.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

TÀI LIỆU TIẾNG VIỆT

1. Đảng Cộng sản Việt Nam: Văn kiện Đại hội Đảng toàn quốc lần thứ IX, X, XI.
2. Ban chấp hành Trung ương Đảng: Nghị quyết số 08/NQ-TW ngày 02-01-2002 của Bộ Chính trị về một số nhiệm vụ trọng tâm công tác tư pháp trong thời gian tới.
3. Ban chấp hành Trung ương Đảng: Nghị quyết số 48-NQ/TW ngày 24-5-2005 của Bộ Chính trị về Chiến lược xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam đến năm 2010, định hướng đến năm 2020.
4. Ban chấp hành Trung ương Đảng: Nghị quyết số 49-NQ/TW ngày 02-6-2005 của Bộ Chính trị về Chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020.
5. Bộ luật dân sự năm 2005.
6. Bộ luật tố tụng dân sự năm 2004.
7. Luật thương mại năm 2005.
8. Luật Trọng tài thương mại năm 2010.
9. Luật trọng tài của nước Cộng hòa Nhân dân Trung Hoa năm 1994 (bản dịch của Ban soạn thảo Pháp lệnh Trọng tài thương mại).

10. Pháp lệnh Trọng tài thương mại năm 2003.
11. Luật mẫu UNCITRAL về trọng tài thương mại quốc tế năm 1985.
12. Albert Jan Van Den Berg (chủ biên): *Trọng tài quốc tế và Tòa án quốc gia: câu chuyện không hồi kết* (trích dịch), Kỷ yếu Hội nghị lần thứ 10, Hội đồng Trọng tài quốc tế, Nxb. Lao động, Hà Nội, 2010.
13. Hoàng An: *Quan hệ có hiệu quả giữa Tòa án và Trọng tài với việc áp dụng tốt Pháp lệnh Trọng tài thương mại*, 2007.
14. Trần Hoàng An: *Để tránh đi đến một thỏa thuận “bất đắc dĩ”*, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật, số chuyên đề về Trọng tài thương mại quốc tế, 2005, số 4.
15. Báo cáo giải trình, tiếp thu, chỉnh lý dự thảo Luật Trọng tài thương mại, tháng 4-2010.
16. Báo cáo Quốc hội về thi hành Pháp lệnh Trọng tài thương mại, hồ sơ trình Quốc hội khóa 12, kỳ họp thứ 7 ban hành Luật Trọng tài thương mại 2010.
17. Bộ Tư pháp, Viện khoa học pháp lý: Báo cáo phúc trình đề tài cấp Bộ: *“Hoàn thiện pháp luật và các thiết chế giải quyết tranh chấp ngoài tố tụng tư pháp”*, Hà Nội, 2010.
18. Nguyễn Minh Chí: *Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam- Những chặng đường phát triển*, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật, số chuyên đề về Trọng tài thương mại quốc tế, 2005, số 4.
19. Phạm Liêm Chính: *Doanh nghiệp Việt Nam đón nhận trọng tài như thế nào trong bối cảnh hội nhập kinh tế quốc tế hiện nay?*, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật, số chuyên đề về trọng tài thương mại quốc tế, 2005, số 4.

20. Dự án Star - Việt Nam: *Đánh giá tác động kinh tế của Hiệp định thương mại song phương Việt Nam - Hoa Kỳ* (báo cáo kinh tế năm 2002), Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2003.
21. Trần Ngọc Dũng: *Giải quyết tranh chấp kinh tế theo phương thức thương lượng, hòa giải*, Tạp chí Luật học, 2004, số 1.
22. Vũ Ánh Dương: *Báo cáo thực tiễn áp dụng Pháp lệnh trọng tài tại Trung tâm trọng tài Quốc tế Việt Nam - Các kiến nghị, tài liệu Hội thảo về Dự thảo Luật Trọng tài thương mại*, 2008.
23. Trần Thái Dương: *Thế chế trọng tài kinh tế, thương mại Việt Nam - Quá trình phát triển và hội nhập quốc tế*, 2003.
24. Gabriele Crespi Reghissi: *Trung gian hòa giải - Hòa giải ở châu Âu như là sự lựa chọn thay thế cho các quyết định giải quyết tranh chấp của Tòa án, giải quyết tranh chấp có yếu tố nước ngoài*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2000.
25. Đỗ Hải Hà: *Các hình thức giải quyết tranh chấp thay thế*, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật, 2007, số 6.
26. Lê Hồng Hạnh: *Khái quát các phương thức giải quyết tranh chấp trong pháp luật một số nước ASEAN, tài liệu hội thảo Giải quyết tranh chấp ngoài tố tụng tư pháp - Thực tiễn Việt Nam và kinh nghiệm quốc tế*, Bộ Tư pháp và Tổ chức phát triển quốc tế Canada (Dự án hỗ trợ cải cách pháp luật) đồng tổ chức ngày 23 - 24/8 tại Hà Nội, 2008.
27. Trần Đình Hào: *Hòa giải, thương lượng trong việc giải quyết tranh chấp kinh tế*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, 2000, số 1.

28. Dương Văn Hậu: *Trọng tài thương mại Việt Nam trong tiến trình đổi mới*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 1999.
29. Hiệp định thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ.
30. Phan Chí Hiếu: *Thực trạng pháp luật giải quyết tranh chấp kinh doanh ở Việt Nam*, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật, 2005, số 12.
31. Nguyễn Am Hiếu: *Tổ chức giải quyết tranh chấp kinh tế ở một số nước ASEAN và một số bài học kinh nghiệm*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 6.
32. Dương Quỳnh Hoa: *Về lợi thế của các phương thức giải quyết tranh chấp thay thế*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, 7-2010.
33. Đào Văn Hội: *Giải quyết tranh chấp kinh tế trong điều kiện kinh tế thị trường ở Việt Nam*, Luận án tiến sĩ Luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội, Hà Nội, 2003.
34. Đào Văn Hội: *Hoàn thiện pháp luật giải quyết tranh chấp kinh tế ở nước ta hiện nay*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2004.
35. Hội đồng quốc gia chỉ đạo biên soạn bách khoa: *Từ điển bách khoa Việt Nam*, Hà Nội, 1995.
36. Dương Đăng Huệ: *Cơ sở khoa học và thực tiễn của việc xây dựng pháp luật thương mại - kinh tế ở nước ta*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, 1996, số 11.
37. Dương Đăng Huệ: *Trọng tài kinh tế phi Chính phủ ở Việt Nam - Thực trạng và những giải pháp nhằm nâng cao hiệu quả hoạt động của nó*, Thông tin khoa học pháp lý, Viện nghiên cứu khoa học pháp lý, Bộ Tư pháp, 1999, số 5.
38. Dương Đăng Huệ: *Những nguyên nhân làm hạn chế tác*

- dụng của Trọng tài kinh tế và những giải pháp khắc phục, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, 1999, số 7.
39. Dương Đăng Huệ: Một điển hình của việc xây dựng pháp luật theo hướng hội nhập, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, 2003, số 6.
 40. Trần Hữu Huỳnh: Pháp luật Trọng tài, thực trạng và hướng hoàn thiện, Tài liệu hội thảo về Trọng tài thương mại, Bộ Tư pháp, 2000.
 41. Trần Hữu Huỳnh: Một số điểm về phương thức giải quyết tranh chấp bằng Trọng tài, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật, 2005, số 10.
 42. Trần Hữu Huỳnh: Giải quyết tranh chấp theo phương thức Trọng tài ở Việt Nam, Tài liệu hội thảo Giải quyết tranh chấp ngoài tố tụng tư pháp - Thực tiễn Việt Nam và kinh nghiệm quốc tế, Bộ Tư pháp và Tổ chức phát triển quốc tế Canada (Dự án hỗ trợ cải cách pháp luật) đồng tổ chức ngày 23-24/8 tại Hà Nội, 2008.
 43. Lê Thị Thúy Hương: Về cơ chế giải quyết tranh chấp thông qua con đường trọng tài trong Hiệp định thương mại Việt - Mỹ, Tạp chí Khoa học pháp lý, 2006, số 2.
 44. Bùi Nguyên Khánh: Phương thức giải quyết tranh chấp giữa người tiêu dùng với thương nhân ở Việt Nam hiện nay - Hiện thực và triển vọng, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, 2010, số 11.
 45. Lê Song Lai, Phan Tôn Việt Anh: Pháp luật Việt Nam và vấn đề giải quyết tranh chấp kinh tế có yếu tố nước ngoài, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, 1996, số 9.
 46. Nguyễn Duy Lãm, Nguyễn Thành (chủ biên): Thuật ngữ pháp lý, Nxb. Tư pháp, 2004.

47. Đào Thị Xuân Lan: *Hòa giải trong giải quyết tranh chấp kinh tế tại Tòa án Việt Nam*, Luận án tiến sĩ Luật học, Viện Nhà nước và Pháp luật, Hà Nội, 2002.
48. Hoàng Thế Liên, Phạm Hữu Nghị, Trần Hữu Huỳnh: *Hợp đồng kinh tế và vấn đề giải quyết tranh chấp kinh tế ở nước ta hiện nay*, Nxb. Thành phố Hồ Chí Minh, 1993.
49. Hoàng Thế Liên: *Về các phương thức giải quyết tranh chấp chủ yếu tại Việt Nam trong lĩnh vực kinh tế và đầu tư nước ngoài*, số chuyên đề về: "Các phương thức giải quyết tranh chấp kinh tế ở Việt Nam hiện nay", Viện Khoa học pháp lý, Bộ Tư pháp, 1999.
50. Nguyễn Tấn Lộc: *Pháp luật về Trọng tài ở Việt Nam - Thực trạng và phương hướng hoàn thiện*, Luận án thạc sĩ Luật học, 2000.
51. Dương Thanh Mai: *Về mối quan hệ giữa Tòa án và Trọng tài trong việc bảo đảm hiệu quả giải quyết tranh chấp kinh tế*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, 1997, số 12.
52. Dương Thanh Mai: *Việc tiếp nhận Luật Mẫu của UNCITRAL về Trọng tài thương mại quốc tế ở một số nước và việc xây dựng Dự thảo Pháp lệnh Trọng tài của Việt Nam*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, 1998, số 9.
53. Dương Thanh Mai, Hoàng Đức Thắng: *Hòa giải trong giải quyết tranh chấp kinh tế tại Việt Nam*, Chuyên đề các phương thức giải quyết tranh chấp kinh tế tại Việt Nam, Thông tin khoa học pháp lý, Viện Nghiên cứu khoa học pháp lý, Bộ Tư pháp, số 5.
54. Dương Thanh Mai (chủ nhiệm dự án): *Dự án điều tra cơ bản về Thực trạng tranh chấp, giải quyết tranh chấp thương*

mai quốc tế của doanh nghiệp Việt Nam và vai trò của các thiết chế tư pháp, hỗ trợ tư pháp, Báo cáo tổng hợp kết quả, Viện Khoa học pháp lý, Bộ Tư pháp, Hà Nội, 2010.

55. Nguyễn Thị Minh: *Hòa giải thương mại và xu hướng phát triển tại Việt Nam, kỷ yếu hội thảo về “Mô hình tổ chức và hoạt động hòa giải thương mại tại Việt Nam”* do Bộ Tư pháp và cơ quan phát triển quốc tế Hoa Kỳ tổ chức tại Hà Nội, ngày 5-8-2011.
56. Nguyễn Thị Mơ: *Hoàn thiện pháp luật về thương mại và hàng hóa trong điều kiện Việt Nam hội nhập kinh tế*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2002.
57. Phạm Duy Nghĩa - Jetro: *Cơ sở pháp luật kinh tế Việt Nam vì một nền kinh tế phát triển bền vững và toàn cầu hóa*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2003.
58. Phạm Duy Nghĩa: *Chuyên khảo luật kinh tế* (Chương trình sau đại học), Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, Hà Nội, 2004.
59. Nhà pháp luật Việt Pháp: *Tuyển tập một số văn bản về trọng tài và hòa giải thương mại*, Nxb. Từ điển bách khoa, Hà Nội, 2010.
60. Lê Hoàng Oanh: *Hoàn thiện pháp luật thương mại hàng hóa trong bối cảnh hội nhập kinh tế quốc tế*, Luận án tiến sĩ Luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội, 2003.
61. Loong Seng Onn: *Trung gian hòa giải - Kinh nghiệm Xingapo, Tài liệu hội thảo Giải quyết tranh chấp ngoài tố tụng tư pháp - Thực tiễn Việt Nam và kinh nghiệm quốc tế, Bộ tư pháp và Tổ chức phát triển Quốc tế Canada* (Dự án hỗ

trợ cải cách pháp luật) đồng tổ chức ngày 23-24/8 tại Hà Nội, 2008.

62. Nguyễn Như Phát: *Pháp luật tố tụng và các hình thức tố tụng kinh tế*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, 2011, số 11.
63. Nguyễn Thị Hoài Phương: *Hoàn thiện pháp luật về tài phán kinh tế ở nước ta hiện nay*, Luận án Tiến sĩ Luật học, Viện Nhà nước và Pháp luật, Hà Nội, 2007.
64. Trần Văn Quảng: *Các phương thức thương lượng, hòa giải, trung gian ở Việt Nam*, Tài liệu hội thảo Giải quyết tranh chấp ngoài tố tụng tư pháp - Thực tiễn Việt Nam và kinh nghiệm quốc tế, Bộ tư pháp và Tổ chức phát triển quốc tế Canada (Dự án hỗ trợ cải cách pháp luật) đồng tổ chức ngày 23-24/8 tại Hà Nội, 2008.
65. Trần Văn Quảng: *Chế định hòa giải trong pháp luật tố tụng dân sự Việt Nam - Cơ sở lý luận và thực tiễn*, Luận án tiến sĩ Luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội, 2004.
66. Nguyễn Bích Thảo: *Hòa giải tranh chấp kinh doanh, thương mại - Kinh nghiệm quốc tế và một số gợi mở đối với Việt Nam*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, 2009, số 7.
67. Nguyễn Hoàng Nhật Thi: *Thực trạng hòa giải tranh chấp thương mại quốc tế ở Việt Nam*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, 2010, số 3.
68. Nguyễn Đình Thơ: *Những yếu tố ảnh hưởng đến sự ra đời và phát triển của Trọng tài thương mại*, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật, 2006, số 6.
69. Nguyễn Đình Thơ: *Hoàn thiện pháp luật trọng tài thương mại của Việt Nam trong điều kiện hội nhập quốc tế*, Luận án tiến sĩ luật học, 2003.

70. Phan Thị Hương Thủy: *Xây dựng và hoàn thiện cơ chế giải quyết tranh chấp kinh tế của các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài tại Việt Nam*, Luận án tiến sĩ Luật học, Viện Nhà nước và Pháp luật, Hà Nội, 2002.
71. Phạm Thị Phương Thủy: *Pháp luật giải quyết tranh chấp thương mại bằng hình thức Trọng tài*, Luận án thạc sĩ Luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội, Hà Nội, 2004.
72. Nguyễn Thị Thu Thủy: *Về pháp luật trọng tài thương mại ở nước ta hiện nay*, Luận án thạc sĩ Luật học, Trường Đại học Quốc gia Hà Nội, Hà Nội, 2003.
73. Nguyễn Trung Tín: *Công nhân và thi hành các quyết định của Trọng tài thương mại Việt nam*, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, 2005.
74. Trần Văn Trung: *Tài phán kinh tế ở nước ta hiện nay*, Luận án tiến sĩ Luật học, Viện Nhà nước và Pháp luật, Hà Nội, 2003.
75. Trung tâm trọng tài Quốc tế Việt Nam: *50 phán quyết Trọng tài quốc tế chọn lọc*, 2002.
76. Trung tâm trọng tài quốc tế Việt Nam: *Trọng tài và các phương thức giải quyết tranh chấp lựa chọn*, 2003.
77. Trung tâm trọng tài quốc tế Việt Nam: *báo cáo kết quả hoạt động 2004, 2005, 2006, 2007, 2008*.
78. Trung tâm trọng tài quốc tế Việt Nam: *Hỏi đáp về Luật Trọng tài thương mại*, Hà Nội, 2010.
79. Trường Đại học Quốc gia Hà Nội: *Về việc thực hiện Hiệp định thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2002.
80. Đào Trí Úc: *Cải cách hệ thống tư pháp và vấn đề hệ thống hóa pháp luật tố tụng dân sự Việt Nam trong giai đoạn hiện*

nay - Những quan điểm cơ bản về Bộ luật tố tụng dân sự Việt Nam, đề tài cấp Bộ, Viện Nhà nước và Pháp luật, Hà Nội, 2001.

81. Đào Trí Úc: *Những vấn đề cơ bản của Luật Trọng tài*, Hội thảo về Dự thảo Luật Trọng tài, 2008.
82. Nguyễn Thị Vân: *Tình hình hoạt động trọng tài thương mại ở Việt Nam hơn một năm sau khi có Pháp lệnh trọng tài thương mại*, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật, số chuyên đề về Trọng tài thương mại quốc tế, 2005, số 4.
83. Đoàn Thị Hồng Vân (chủ biên): *Đàm phán trong kinh doanh quốc tế*, Nxb. Lao động - Xã hội, Hà Nội, 2010.
84. Viện khoa học xã hội - Trung tâm ngôn ngữ học: *Từ điển tiếng Việt*, Hà Nội, 1992.
85. Viện Nghiên cứu khoa học pháp lý: *Các phương thức giải quyết tranh chấp kinh tế ở Việt Nam hiện nay*, Hà Nội, 1999.
86. Nguyễn Thị Yến: *Sự hỗ trợ của cơ quan tư pháp đối với hoạt động của trọng tài thương mại*, Luận án thạc sĩ Luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội, Hà Nội, 2005.

TÀI LIỆU TIẾNG ANH

87. Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackaby: Constantine Partasides *Pháp luật và thực tiễn Trọng tài thương mại quốc tế*, tái bản lần thứ 4, Nxb. Sweet & Maxwell, Luân Đôn, 2004.
88. G Bellow và B Moulton: *The Lawyering Process: negotiation [Quá trình làm luật sư: đàm phán]*, Foundation Press, Mineola, New York, 1981.

89. Berat L: *The Role of conciliation in Japanese legal system* [Vai trò của hòa giải trong hệ thống pháp luật Nhật Bản], in trong Port KL "Luật và quy trình pháp lý ở Nhật", 1992.
90. L Boulle và T Hwee: *Mediation: Principles, process, practice* [Trung gian hòa giải: nguyên tắc, quá trình và thực tiễn], Butterworths, Singapore, Chương 11 và Phụ lục A, 2000.
91. Carroll và Dixon: *Alternative Dispute Resolution Developments in London* [Sự phát triển các phương thức giải quyết tranh chấp thay thế ở London], Tạp chí *Xây dựng quốc tế*, 1990.
92. Civil Conciliation Act of Japan [Luật hòa giải dân sự Nhật Bản].
93. M Davies và các tác giả: *Promoting Mediation Thúc đẩy Trung gian hòa giải*, Cơ quan kế hoạch Chính sách và Nghiên cứu, Báo cáo nghiên cứu về chương trình trung gian hòa giải của Hội Luật học Bristol trong giai đoạn đầu, Nghiên cứu số 21 Hội luật học, thuộc Chương trình Bristol, 1996.
94. Pryan A. Garner (chủ biên): *Black's Law Dictionary*, tái bản lần thứ 8, Nxb. West, 2004.
95. H Genn, *Central London County Court Mediation Pilot: Evaluation Report*, [Thí điểm Trung gian hòa giải ở Tòa án Trung tâm Luân Đôn: Báo cáo Đánh giá], Loạt chương trình nghiên cứu LCD, số 5/98.
96. Henderson DF: *Conciliation and Japanese Law: Tokugawa and Modern*, [Hòa giải và pháp luật Nhật Bản: thời

- Tokygawa và thời hiện đại], Nhà xuất bản Đại học Tokyo, Tokyo, 1965.
97. Henry Brown and Athur Marriott, *ADR- Principles and Practice*, [Giải quyết tranh chấp thay thế - Nguyên tắc và thực tiễn], Sweet and Maxwell.
 98. Hillary Astor & Christine Chinkin: *Dispute Resolution in Australia* [Giải quyết tranh chấp ở Australia], Butterworths, Sydney, 2002.
 99. Iwai N: *Alternative Dispute Resolution in Court : Japanese Experience* [Giải quyết tranh chấp thay thế trong Tòa án: Kinh nghiệm Nhật Bản] 6 J. Disp. Res. 201, 1991.
 100. Katja Funken, *Alternative Dispute Resolution in Japan* [Giải quyết tranh chấp thay thế ở Nhật Bản], tài liệu có thể download trên website <http://ssrn.com/abstract=458001>.
 101. Takeshi Kojima tái bản; Kawashima T: *Dispute Resolution in Contemporary Japanm*, [Giải quyết tranh chấp ở Nhật Bản đương thời], được in trong: Pháp luật Nhật Bản: Trật tự pháp luật trong sự thay đổi của xã hội, 1963.
 102. Kusano Y: *A Discussion of Compromise Techniques* [Thảo luận về kỹ thuật hòa giải], Pháp luật Nhật Bản, 1991.
 103. Naoyuki Sakumoto, Masayuki Kobayashi and Shinya Imaiumi: *Law, Development and Socio-economic changes in Asia* [Pháp luật, sự phát triển và những thay đổi về kinh tế - xã hội ở châu Á], Institute of Developing Economies: Japan External Trade Organisation, Japan, 2003.
 104. Oda H, Hiroshi: *Japanese Law* [Pháp luật Nhật Bản], Nxb. Đại học Oxford, 1999.

105. Pardieck AM: *Virtuous ways and Beautiful Custom: The Role of Alternative Dispute Resolution in Japan*, 1997.
106. M Power: *Educating mediators metacognitively*, [Đào tạo cán bộ trung gian hòa giải], 1992.
107. A Prior: *What do the parties think?* [Các bên nghĩ gì?], 4, ADRJ 99, 1993.
108. M Rogers và C McEwan: *Mediation : Law policy & Practice* [Trung gian hòa giải: Chính sách pháp luật và Thực tiễn], Hiệp hội luật sư, Rochester New York, 1989.
109. Russell Caller: *ADR and Commercial Dispute* [Giải quyết tranh chấp thay thế và tranh chấp thương mại], 2002.
110. Yasunobu Sato: *Commercial Dispute Processing and Japan*, [Nhật Bản và Quy trình giải quyết tranh chấp thương mại], Kluwer Law International, Netherlands, 2001.
111. Stephen Bond : *Esso/BHP kiện Plowman*, 11 Arbitration International No.8, 1995.
112. A Taylor : *Toward a Comprehensive theory of mediation* [Hướng tới một lý thuyết toàn diện về trung gian hòa giải], *Tuần san Hòa giải của Tòa án*, 1981.
113. John J. Wikinson: *ADR Practice Book* [sách thực hành ADR], Wiley Law Publication, 1990.
114. http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode09/usc_sup_01_9_10_1.html.
115. www.vibonline.com.vn
116. www.mediation.com.sg

Chịu trách nhiệm xuất bản
Q. GIÁM ĐỐC - TỔNG BIÊN TẬP

TS. HOÀNG PHONG HÀ

Chịu trách nhiệm nội dung

ỦY VIÊN HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP - XUẤT BẢN

PHẠM VIỆT

Biên tập nội dung: VĂN THANH HƯƠNG

HOÀNG THỊ TUYẾT

Trình bày bìa: NGUYỄN MẠNH HÙNG

Chế bản vi tính: LÂM THỊ HƯƠNG

Sửa bản in: PHÒNG BIÊN TẬP KỸ THUẬT

Đọc sách mẫu: HOÀNG THỊ TUYẾT

In 500 cuốn, khổ 14,5x20,5 cm, tại Nhà in Sự Thật.

A2CN4 Cụm công nghiệp Từ Liêm - Hà Nội.

Số đăng ký xuất bản: 595-2015/CXBIPH/29-137/CTQG.

Quyết định xuất bản số: 6287-QĐ/NXBCTQG ngày 10-9-2015.

Mã số ISBN: 978-604-57-1495-9.

In xong nộp lưu chiểu tháng 9 năm 2015.

NHÀ XUẤT BẢN CHÍNH TRỊ QUỐC GIA - SỰ THẬT - 12/86 phố Duy Tân, Cầu Giấy - Hà Nội
ĐT: 080.49221, Fax: 080.49222, Email: suthat@nxbctqg.vn, Website: www.nxbctqg.vn

TÌM ĐỌC

BAN KINH TẾ TRUNG ƯƠNG

- Hoàn thiện thể chế kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa ở Việt Nam

PGS.TS. NGUYỄN ANH TUẤN

- Hiệp định đối tác xuyên Thái Bình Dương (TPP) và tác động tới Việt Nam

PGS.TS. LÊ QUỐC LÝ (Chủ biên)

- Thành công và bài học đắt giá của doanh nghiệp nhà nước



Giá: 70.000đ