

KHÁI NIỆM, NỘI DUNG VÀ HÌNH THỨC CỦA THỎA THUẬN HÒA GIẢI NHÌN TỪ GÓC ĐỘ SO SÁNH GIỮA LUẬT VIỆT NAM VÀ ĐỨC

Lê Nguyễn Gia Thiện*

Lê Nguyễn Gia Phúc**

* NCS. Giảng viên Khoa Luật, Trường Đại học Kinh tế - Luật, Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh

** NCS. Trường Đại học Kinh tế - Luật, Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh

Thông tin bài viết:

Từ khóa: hòa giải thương mại, hòa giải viên, thỏa thuận hòa giải, nội dung của thỏa thuận hòa giải, hình thức của thỏa thuận hòa giải, Nghị định số 22/2017, Đạo luật Hòa giải của Đức năm 2012.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 14/08/2017

Biên tập : 07/09/2019

Duyệt bài : 15/09/2017

Article Information:

Keywords. commercial conciliation; conciliator; conciliation agreement; conciliation contents; form of the conciliation agreement; Decree No. 22/2017; German Mediation Act of 2012

Article History:

Received : 14 Aug. 2017

Edited : 07 Sep 2017

Approved : 15 Sep. 2017

Hòa giải thương mại (HGTM), với tư cách là một phương thức giải quyết tranh chấp ngoài tòa án, được sử dụng rộng rãi và phổ biến trên toàn thế giới. Đặc thù của phương thức hòa giải này được biểu hiện ở

Tóm tắt:

Bài viết trình bày ba nội dung chính của thỏa thuận hòa giải là khái niệm, nội dung và hình thức của thỏa thuận hòa giải trên cơ sở so sánh giữa luật Việt Nam và Đức; đưa ra một số vấn đề cần lưu ý nhằm hoàn thiện chế định này.

Abstract

This article provides three substantial contents of the conciliation agreement: the concept, contents and form of the conciliation agreement on the basis of a comparison between the Vietnamese law and the German one. It is also to raise a number of matters that need to be reviewed, addressed for further improvement of this regulation.

khả năng tự định đoạt một cách tối thượng của các bên trong tranh chấp. Các bên tranh chấp sẽ tự thiết lập các nội dung của thỏa thuận hòa giải (TTHG), vốn chứa đựng tất cả các yếu tố của quy trình hòa giải, và khi

quy trình hòa giải kết thúc, chính các bên, chứ không phải bất kỳ một ai khác, sẽ tự thỏa thuận với nhau về các kết quả hòa giải sao cho êm đẹp và phù hợp nhất. Ở Đức, HGTM được áp dụng rất thường xuyên và có một lịch sử lâu đời¹ nhưng mãi đến năm 2012, HGTM mới được quy định một cách chính thức trong Đạo luật Hòa giải trên cơ sở nội luật hóa Chỉ thị 2008/52/EC của Nghị viện châu Âu và Hội đồng châu Âu về những khía cạnh liên quan đến các vấn đề hòa giải dân sự và thương mại (Chỉ thị 2008/52/EC)². Tương tự, HGTM tại Việt Nam cũng chỉ mới được luật hóa một cách chính thức khi Nghị định số 22/2017/NĐ-CP về HGTM (Nghị định HGTM) được Chính phủ ban hành ngày 24/2/2017.

Sự xuất hiện của các văn bản này³ có những ý nghĩa sau: (i) các bên tranh chấp, những người chịu ảnh hưởng nhiều nhất, có cơ sở để đặt niềm tin vào quy trình hòa giải vì các bước, các vấn đề đều đã được pháp luật dự liệu một cách rõ ràng, minh bạch; (ii) Nhà nước thể hiện sự ủng hộ đối với phương thức hòa giải thông qua việc luật hóa chi tiết các vấn đề liên quan đến quy trình này; (iii) sự xuất hiện của các đạo luật tạo nên sự tin tưởng của nhà đầu tư nước ngoài và đưa nền pháp chế tiệm cận với những chuẩn mực hiện đại, hiệu quả của các phương thức giải quyết tranh chấp thương mại nói chung trên bình diện thế giới. Một trong những yếu tố được xem là căn nguyên và cốt lõi của cả quy trình hòa giải là TTHG, bởi lẽ, không

có TTHG thì không có sự tồn tại của quy trình hòa giải. TTHG, thoạt nhìn dường như khá cơ bản và giản đơn, nhưng thực tiễn của HGTM trên thế giới, mà cụ thể là Đức, chứng minh rằng vấn đề này lại rất đa dạng chứa đựng nhiều khía cạnh pháp lý thú vị.

1. Khái niệm thỏa thuận hòa giải

Theo pháp luật Việt Nam⁴, HGTM là phương thức giải quyết tranh chấp thương mại do các bên thỏa thuận và được hòa giải viên thương mại làm trung gian hòa giải hỗ trợ giải quyết tranh chấp theo quy định của Nghị định HGTM. Pháp luật Đức thì cho rằng⁵, hòa giải trước hết là một quy trình bảo mật và được tổ chức chặt chẽ, dựa trên tinh thần tự nguyện và tự định đoạt mà các bên tìm đến để giải quyết tranh chấp của mình thông qua một giải pháp thân thiện với sự hỗ trợ của một hay nhiều hòa giải viên. So sánh hai khái niệm về hòa giải thương mại này, có thể rút ra một số điểm tương đồng và khác biệt như sau:

- Cả pháp luật Việt Nam và pháp luật Đức đều nhấn mạnh đến tính tự nguyện và tự định đoạt (freiwillig und eigenverantwortlich), hay nói khác đi là tính thượng tôn thỏa thuận của các bên khi tham gia vào quá trình hòa giải. Chính các bên, chứ không phải ai khác, sẽ đứng ra để thỏa thuận với nhau về khả năng sử dụng phương thức này.

- Đạo luật Hòa giải 2012 của Đức đã nhấn mạnh được ưu thế của hòa giải là tính bảo mật, tính chặt chẽ về mặt quy

1 Trước khi ban hành các phán quyết của mình, các thẩm phán ở Đức từ lâu đã rất hữu ích cho các bên với vai trò là người hòa giải tranh chấp, xem: Peter Olsen, Court based Mediation in Germany and transposition of the mediation directive 2008/52/EC, website: www.civilmediation.org/downloads-gef?id=494, truy cập ngày 20/4/2017.

2 Cần lưu ý là nội dung của các tranh chấp có thể được các bên mang ra hòa giải theo Chỉ thị 2008/52/EC và Đạo luật hòa giải của Đức rất rộng, bao gồm hầu hết các tranh chấp trong lĩnh vực dân luật, chứ không chỉ riêng các tranh chấp thương mại. Ngoài ra, đạo luật này còn bao gồm cả hòa giải trong tố tụng tại tòa án và hòa giải ngoài tố tụng. Trong phạm vi của bài viết, để phù hợp các tiêu chí so sánh với pháp luật Việt Nam, chúng tôi chỉ phân tích pháp luật hòa giải của Đức dưới khía cạnh hòa giải ngoài tòa án đối với các tranh chấp thương mại.

3 Trong bài viết này, do chỉ đề cập đến hòa giải thương mại nên thuật ngữ “hòa giải thương mại” nhiều khi được gọi tắt là “hòa giải”.

4 Điều 3(1) Nghị định HGTM.

5 Điều 1(1) Đạo luật Hòa giải 2012.

trình⁶. Hơn nữa, Đạo luật cũng đã nêu bật được bản chất của quyết định hòa giải thành, vốn được định danh là giải pháp thân thiện (einvernehmliche Beilegung) giữa các bên, đồng thời Đạo luật cũng xác định rõ ràng vai trò của hòa giải viên chỉ là hỗ trợ các bên trong suốt quá trình giải quyết tranh chấp, đặc biệt là khi thông qua kết quả hòa giải thành. Thật đáng tiếc khi những chi tiết này chưa được đề cập đến trong pháp luật Việt Nam về HGTM.

Trong HGTM, các bên không thể cậy nhờ đến cơ quan hòa giải giúp mình giải quyết tranh chấp nếu giữa các bên không tồn tại một thỏa thuận đề cập đến vấn đề này (gọi là TTHG). Một câu hỏi được đặt ra là liệu TTHG có thể được các bên dự liệu từ trước khi xuất hiện tranh chấp hay sau khi tranh chấp đã có rồi thì các bên mới thỏa thuận về việc lựa chọn cơ chế hòa giải? Điều 3(2) Nghị định HGTM của Việt Nam có câu trả lời cụ thể cho nghi vấn này, theo đó *TTHG là thỏa thuận giữa các bên về việc giải quyết tranh chấp có thể phát sinh hoặc đã phát sinh bằng phương thức hòa giải*. Pháp luật Đức không có bất cứ điều khoản nào có nội hàm tương tự như của pháp luật Việt Nam.

Chúng tôi cho rằng, sở dĩ nhà làm luật của Đức không dự liệu về thời điểm hình thành nên TTHG cũng phần nào hợp lý, vì thời điểm hình thành nên TTHG hoàn toàn độc lập với thời điểm tranh chấp xảy ra và trên thực tế các bên trong những hợp đồng thương mại vẫn không dự liệu các điều khoản hòa giải trước khi tranh chấp xảy ra⁷. Vì vậy, sự xuất hiện của TTHG hoàn toàn phụ thuộc vào ý chí chủ quan của các bên, bất cứ khi nào các bên thống nhất được ý chí

về việc mang tranh chấp đến cậy nhờ hòa giải viên giải quyết thì lúc đó TTHG được hình thành. Theo chúng tôi, dường như Điều 3(2) Nghị định HGTM chủ ý là nêu lên thời điểm xuất hiện của TTHG hơn là nêu lên khái niệm về TTHG. Tuy nhiên, việc nêu lên khái niệm về TTHG cũng không thật cần thiết và bằng chứng là luật Đức cũng không nhắc gì đến khái niệm này, vì *TTHG cũng chỉ là thỏa thuận của các bên đề cập đến khả năng giải quyết tranh chấp thông qua phương thức hòa giải*.

2. Nội dung của thỏa thuận hòa giải

Nội dung của TTHG là một vấn đề rất khó để mô tả một cách cụ thể vì các đạo luật về hòa giải trên thế giới, ví dụ như Đạo luật Hòa giải của Đức hay Nghị định HGTM của Việt Nam đều đề ngỏ vấn đề này. Đây cũng là điều hợp lý vì dựa vào bản chất của hòa giải là sự tự định đoạt một cách toàn vẹn và chủ động của các bên, nên những gì các bên nêu lên trong TTHG đều có thể được xem như là một phần không thể tách rời của TTHG. Trong số các nội dung liên quan đến TTHG, chúng tôi cho rằng, để bảo đảm không phát sinh những rắc rối pháp lý, các bên trong tranh chấp cần lưu tâm đến một số vấn đề sau đây:

- *Tên của cơ quan hòa giải*⁸

Tên của cơ quan hòa giải nêu đích danh cá nhân hoặc tổ chức nào đó sẽ đứng ra thụ lý và giải quyết tranh chấp cho các bên. Tương tự như trọng tài, hòa giải cũng bao gồm hai loại hình cơ bản nhất là hòa giải thường trực và hòa giải vụ việc. Hòa giải thường trực là việc cơ quan giải quyết tranh chấp cho các bên được vận hành trong

6 Chúng tôi sử dụng thuật ngữ "quy trình hòa giải" hay "quy trình giải quyết tranh chấp" chứ không phải thuật ngữ "quy trình tố tụng" vì về mặt bản chất, hòa giải không hề có sự xuất hiện của bất kỳ cơ quan tài phán nào, đây cũng là sự khác biệt cơ bản giữa hòa giải và trọng tài.

7 Hess/Pelzer, *Mediation in Germany: Finding the Right Balance between Regulation and Self-Regulation*, in trong Esplugues/Marquis (chủ biên), *New Developments in Civil and Commercial Mediation*, Springer, 2015, p. 296.

8 Chúng tôi gọi chung cơ quan đứng ra thực hiện việc hòa giải cho các bên là cơ quan hòa giải, cơ quan này có thể bao gồm một hoặc nhiều hòa giải viên, cũng như có thể thuộc về một tổ chức cung cấp dịch vụ hòa giải nào đó hay vận hành hoàn toàn độc lập.

khuôn khổ của một tổ chức cung cấp dịch vụ hòa giải nhất định. Ngược lại, trong hòa giải vụ việc, các bên không cần viện đến bất kỳ một tổ chức hòa giải nào cả, mà những cơ quan hòa giải, tức các hòa giải viên vụ việc, hoạt động hoàn toàn độc lập và tham gia vào quá trình hòa giải là hoàn toàn nhân danh chính bản thân mình.

Ví dụ, ở Đức, nếu tranh chấp về việc thanh toán hợp đồng vận tải tàu biển giữa hai doanh nghiệp A và B được dẫn chiếu đến việc hòa giải thông qua Hiệp hội Trọng tài hàng hải Đức (German Maritime Arbitration Association - GMAA)⁹ thì đây là hòa giải thường trực vì GMAA sẽ thụ lý và tiến hành hòa giải cho các bên và khi đó quy tắc hòa giải của GMAA sẽ được áp dụng¹⁰. Trái lại, nếu các bên chỉ thỏa thuận về việc tranh chấp xảy ra thì sẽ được một hòa giải viên A nào đó thụ lý thì hòa giải trong trường hợp này là hòa giải vụ việc.

Một điều cần lưu ý là nếu các bên cần viện đến phương thức hòa giải, nhưng lại ghi sai tên của tổ chức hòa giải thì hệ quả pháp lý sẽ như thế nào, ví dụ thay vì ghi là German Maritime Arbitration Association lại ghi rằng German Maritime Arbitration Center? Thỏa thuận này có được xem là TTHG vụ việc hay không hay mặc nhiên là một thỏa thuận vô hiệu? Căn cứ vào lý thuyết xem TTHG là một thỏa thuận dân sự thuộc địa hạt của dân luật thì rõ ràng trường hợp này liên quan đến giao dịch dân sự vô hiệu do nhầm lẫn đến từ cả hai phía.

Đương nhiên là sau khi TTHG được thiết lập, các bên phát hiện ra sai sót về tên của cơ quan hòa giải và đã sửa lại cho đúng

thì TTHG sẽ hợp pháp. Ngược lại, nếu đến khi tranh chấp xảy ra mà các bên mới phát hiện về việc nêu sai tên của cơ quan hòa giải trong TTHG và nếu một bên trong các bên vẫn không muốn sửa lại tên cho đúng thì TTHG trong trường hợp này *mặc nhiên vô hiệu, vì vốn dĩ không thể định danh được chính xác tên của cơ quan giải quyết tranh chấp và do đó coi như không tồn tại TTHG*¹¹.

- Luật áp dụng cho quy trình hòa giải

Hòa giải là quy trình của riêng các bên, vì thế luật áp dụng cho quy trình hòa giải cũng sẽ hoàn toàn do các bên tự thương lượng với nhau. Hầu hết, nếu không nói là tất cả, các trung tâm cung cấp dịch vụ hòa giải đều có bộ quy tắc hòa giải riêng cho mình và khi các bên chọn một trung tâm nào đó thì cũng đồng thời chấp nhận luôn việc hòa giải viên sử dụng quy tắc này như là luật áp dụng cho quy trình hòa giải. Một tình huống hoàn toàn có thể xảy ra trên thực tế là liệu các bên có thể sử dụng bộ quy tắc hòa giải của một trung tâm khác với trung tâm được nêu tên trong TTHG hay không? Câu trả lời là hoàn toàn có thể vì quy trình hòa giải vốn dĩ là sự tự định đoạt của các bên.

Nếu hòa giải được tiến hành thông qua những hòa giải viên vụ việc thì sẽ không có sẵn bộ quy tắc cho các bên áp dụng, trong tình huống này, các bên có thể thỏa thuận về việc sẽ sử dụng một bộ quy tắc của trung tâm hòa giải nào đó¹² hoặc áp dụng Bộ Quy tắc về hòa giải của Ủy ban Thương mại quốc tế của Liên hiệp quốc (UNCITRAL Conciliations Rules) hoặc tự mình thỏa thuận hết về tất cả các bước của toàn bộ quy trình hòa giải. Việc các bên tự thỏa thuận về

9 Hầu hết các trung tâm trọng tài đều cung cấp dịch vụ hòa giải. Tại Việt Nam, việc các trung tâm trọng tài cung cấp dịch vụ hòa giải đều rất phổ biến. Đơn cử, Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam (VIAC) bắt đầu cung cấp dịch vụ hòa giải thương mại từ năm 2007, xem: Bộ Tư pháp, Dự thảo Tờ trình và Nghị định về HGTM (Dự thảo ngày 4/3/2015).

10 Điều khoản hòa giải mẫu (Mediationsvertragsklauseln) được chính trung tâm này khuyến nghị như sau: "Wegen aller sich aus oder im Zusammenhang mit diesem Verträge ergebenden Streitigkeiten wird ein Mediationsverfahren nach der Mediationsordnung der German Maritime Arbitration Association durchgeführt", tạm dịch: "Tất cả các tranh chấp phát sinh từ hoặc liên quan đến hợp đồng này sẽ được tiến hành thông qua quy trình hòa giải của Hiệp hội Trọng tài hàng hải Đức".

11 Điều 119 Bộ luật Dân sự Đức và Điều 126 Bộ luật Dân sự năm 2015 của Việt Nam.

12 Ví dụ như GMAA.

toàn bộ quy trình hòa giải là việc rất hiếm hoi vì vốn dĩ các bên trong hòa giải thương mại là các doanh nghiệp, thế nhưng việc các bên có những sự thỏa thuận mang tính bổ khuyết và hiệu chỉnh các điều khoản được dự liệu sẵn trong những bộ quy tắc hòa giải của các trung tâm hoặc Bộ Quy tắc về hòa giải của UNCITRAL là hết sức phổ biến.

- Địa điểm, ngôn ngữ và số lượng hòa giải viên

Những vấn đề trên đây hoàn toàn chịu sự điều chỉnh bởi thỏa thuận của các bên, cả pháp luật Việt Nam và Đức đều không quy định bất kỳ điều khoản nào về các vấn đề này. Địa điểm hòa giải có thể là bất cứ đâu, thường thì để đảm bảo tính trung lập và không thiên vị của hòa giải, các hòa giải viên sẽ đề nghị các bên tiến hành hòa giải tại một nơi mà không chịu sự ảnh hưởng, ít nhất là về mặt tâm lý, từ phía các bên. Vì vậy, địa điểm hòa giải sẽ thường không là trụ sở của một trong các bên, mà là trụ sở của trung tâm hòa giải/văn phòng làm việc của hòa giải viên hoặc bất kỳ nơi nào thuận tiện cho các bên nhưng vẫn đảm bảo tính trung lập và độc lập. Trong thương mại quốc tế, khi có tranh chấp được giải quyết bằng hòa giải, các doanh nghiệp thường chọn địa điểm là một nước trung lập, không phải quốc gia mà các bên tranh chấp có trụ sở hoặc đăng ký doanh nghiệp¹³.

Ngôn ngữ trong quy trình hòa giải cũng sẽ do các bên thỏa thuận hoặc do hòa giải viên đề xuất để các bên thống nhất chọn. Ngôn ngữ được lựa chọn phải là ngôn ngữ

có thể đảm bảo rằng các bên hiểu rõ tất cả những gì diễn ra trong cả quá trình hòa giải. Nếu hai bên tranh chấp sử dụng các ngôn ngữ khác nhau thì đề quy trình được diễn ra thuận lợi, ngôn ngữ được đề xuất để giải quyết tranh chấp thường sẽ là tiếng Anh¹⁴.

Số lượng hòa giải viên cũng là một vấn đề mà các bên cần lưu ý. Đối với tổ tụng trọng tài, số lượng trọng tài viên có ý nghĩa rất lớn¹⁵. Nếu là một số lẻ, hầu hết là một hoặc ba, thì quá trình tổ tụng sẽ được diễn ra suôn sẻ và phán quyết được thông qua dễ dàng. Thế nhưng, nếu số lượng trọng tài viên của hội đồng trọng tài là một số chẵn thì rất nhiều khả năng phán quyết trọng tài sẽ không được thông qua vì không đạt được đa số. Hơn nữa, nếu hội đồng trọng tài được thành lập bao gồm một số lượng trọng tài viên khác với con số mà các bên đã thỏa thuận thì đây có thể là duyên cớ để một bên sử dụng đề yêu cầu tòa án hủy phán quyết trọng tài hay không công nhận và cho thi hành phán quyết trọng tài nước ngoài. Đối với cơ chế hòa giải, bởi vì các hòa giải viên không có thẩm quyền ban hành quyết định mang tính ràng buộc và chung thẩm như trọng tài nên số lượng hòa giải viên tham gia vào quy trình hòa giải không có nhiều ý nghĩa. Do đó, số lượng hòa giải viên hoàn toàn theo ý nguyện của các bên hoặc theo quy tắc hòa giải của trung tâm hòa giải. Cần lưu ý là các hòa giải viên phải cùng nhau làm việc trong suốt quá trình hòa giải¹⁶, có các quyền và nghĩa vụ như nhau, cùng liên đới chịu trách nhiệm trừ khi các bên có thỏa thuận khác hoặc quy tắc hòa giải quy định khác.

13 Và Thụy Sĩ luôn là một sự lựa chọn tin cậy hàng đầu.

14 Dù Đạo luật Hòa giải 2012 không quy định một cách trực tiếp, nhưng theo thực tiễn hòa giải tại Đức thì sử dụng thông thạo tiếng Anh là điều kiện tiên quyết để tham gia giải quyết các tranh chấp thương mại. Điều 7 Nghị định HGTM của Việt Nam khi liệt kê các tiêu chuẩn của một hòa giải viên không đề cập đến tiêu chí về khả năng ngoại ngữ, thế nhưng khi tham gia giải quyết các tranh chấp mà một hoặc các bên đương sự là doanh nghiệp nước ngoài thì sự thông thạo ngoại ngữ, mà nhất là tiếng Anh, sẽ cũng có niềm tin của các bên dành cho hòa giải viên.

15 Lê Nguyễn Gia Thiện, Số lượng trọng tài viên trong hội đồng trọng tài nhìn từ góc độ luật học so sánh, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, Số 15, 7/2012, tr. 44 - 49.

16 Thực tiễn tại Đức cho thấy, đôi khi các bên tranh chấp ngộ nhận về vai trò của các hòa giải viên, các bên này thường lầm tưởng rằng nếu có hai hòa giải viên cùng tham gia giải quyết tranh chấp thì mỗi hòa giải viên sẽ đứng ra bảo vệ lợi ích cho một bên. Điều này là hoàn toàn sai lầm vì hòa giải viên có sứ mệnh là giúp các bên đạt được những nguyện vọng của mình thông qua việc trao đổi và đối thoại, chứ không phải nghiêng hẳn về một bên một cách thiên lệch như vậy.

- Thỏa thuận đa lớp¹⁷

TTHG đa lớp là thỏa thuận được hình thành hoàn toàn dựa trên ý chí của các bên, theo đó tranh chấp xảy ra giữa các bên sẽ được giải quyết theo những phương thức giải quyết tranh chấp riêng biệt, độc lập với nhau và sự kết thúc của phương thức này sẽ là căn nguyên để một bên khởi sự tố quyền của mình tại một phương thức khác. Ví dụ điển hình của thỏa thuận đa lớp sẽ là: “Tranh chấp phát sinh từ hoặc liên quan đến hợp đồng giữa các bên trước hết sẽ được giải quyết thông qua sự thương lượng trên tinh thần thiện chí. Nếu thương lượng không thành công, một bên có thể mang tranh chấp đến GMAA để giải quyết theo phương thức hòa giải được vận hành bởi Quy tắc hòa giải của GMAA. Nếu hòa giải bất thành, một bên có quyền khởi kiện bên kia theo phương thức trọng tài vận hành bởi Quy tắc tố tụng trọng tài của GMAA”. Thỏa thuận như trên là hoàn toàn hợp pháp vì đã chỉ rõ các bước mà các bên trong hợp đồng cần phải dự liệu khi tiến hành giải quyết tranh chấp của mình. Các bên chỉ có thể mang tranh chấp đến GMAA nếu như đã thương lượng với nhau về nội dung vụ tranh chấp nhưng không đạt được kết quả. Tương tự, một bên cũng không thể kiện bên còn lại ra trước trọng tài của GMAA nếu các bên chưa tiến hành hòa giải theo đúng quy trình do GMAA cung cấp.

- Các điều khoản nhằm hạn chế sự không tham gia hòa giải

TTHG là sự đồng thuận về mặt ý chí của các bên, đặt các bên vào tình thế thiện chí để tham gia vào quy trình hòa giải¹⁸. Thế nhưng một khi tranh chấp xảy ra, khả năng một bên không muốn tham gia vào

quá trình hòa giải là hiện hữu, bên này rõ ràng là không hề thiện chí vì vốn dĩ đã đi ngược lại những gì mình cam kết trước đó. Vậy thì, liệu bên còn lại có phương cách gì để buộc bên không thiện chí phải tham gia vào quá trình hòa giải hay không? Chúng tôi không tìm thấy câu trả lời trong cả luật Đức và Việt Nam. Theo pháp luật Đức, việc một bên buộc bên đối ước của mình phải tham gia vào quy trình hòa giải là điều không thể, hơn nữa bên thiện chí cũng không có quyền khởi kiện bên không thiện chí ra trước Tòa án để buộc bên không thiện chí phải tham gia vào hòa giải¹⁹. Cái mà bên thiện chí có thể cậy nhờ trong trường hợp này chính là những điều khoản có khả năng ràng buộc trách nhiệm của bên không thiện chí từ trước khi tranh chấp xảy ra. Điều khoản phạt (hay ước khoản dự phạt) là một sự lựa chọn phù hợp. Ví dụ, các bên có thể quy định với nhau trong thỏa thuận hòa giải rằng nếu bên nào không chịu tham gia một cách thiện chí vào quá trình hòa giải thì bên đó sẽ chịu phạt một khoản tiền bằng 1/5 vụ tranh chấp²⁰. Thỏa thuận phạt này là một sự răn đe hữu hiệu dành cho bên không thiện chí, góp phần bảo vệ kỷ luật hợp đồng nói chung và tinh thần tuân thủ TTHG nói riêng.

3. Hình thức của thỏa thuận hòa giải

Hòa giải được vận hành hoàn toàn dựa vào sự tự do hình thành từ thỏa thuận của các bên, vì vậy sự tự do về mặt hình thức của TTHG cũng là vấn đề cần được ủng hộ²¹. Pháp luật Đức không quy định về hình thức của TTHG, tuy nhiên hình thức văn bản sẽ được khuyến khích vì có giá trị chứng cứ không thể chối cãi. Tương tự với hình thức bằng văn bản, nếu TTHG được lập thông qua thông điệp dữ liệu điện tử thì cũng có

17 Thomas Arntz, Eskalationsklauseln: Recht und mehrstufiger Streiterledigungsklauseln, Carl Heymanns Verlag, 2013.
 18 Như Điều 242 BGB, Điều 3(3) BLDS 2015. Xem: Hess/Pelzer, tldd, tr. 296.
 19 Greger/Unberath, Mediationsgesetz, Sec. 1, Comment 169.
 20 Khi một bên kiện bên không thiện chí ra trước tòa án để yêu cầu bên không thiện chí phải trả khoản dự phạt, bên khởi kiện hoàn toàn có thể yêu cầu bên không thiện chí phải bồi hoàn những thiệt hại mà mình phải chịu do việc không tham gia hòa giải của bên không thiện chí gây ra. Xem: Hess/Pelzer, tldd, tr. 296.
 21 Hannes Unberath, Mediationsklauseln in der Vertragsgestaltung: Prozessuale Wirkungen und Wirksamkeit, Neue Juristische Wochenschrift, 2011, S.1323.

giả trị tương đương như văn bản²². Trên thực tế, các Tòa án Đức chưa bao giờ xác định sự vô hiệu của một TTHG căn cứ vào sự sai phạm về mặt hình thức²³. Ngược với pháp luật Đức, hình thức của TTHG được pháp luật Việt Nam minh thị rõ ràng, TTHG phải được xác lập bằng văn bản²⁴. Mặc dù Nghị định HGTM không đề cập đến việc có chấp nhận các TTHG được xác lập thông qua các thông điệp, dữ liệu điện tử hay không, tuy nhiên, chúng tôi cho rằng, hình thức này sẽ đương nhiên được xem là văn bản vì Bộ luật Dân sự năm 2015, với tư cách là luật chung đã dự liệu rõ ràng²⁵.

Do pháp luật Đức không có bất kỳ điều khoản nào nói về hình thức của TTHG, nên trên thực tế đã dẫn đến sự tranh luận về việc liệu rằng các quy định về hình thức của thỏa thuận trọng tài tại Điều 1031 ZPO có thể được áp dụng vào trường hợp của TTHG hay không²⁶? Điều 1031 ZPO, được nội luật hóa từ Điều 7 Luật Mẫu về Trọng tài Thương mại quốc tế của UNCITRAL, nhấn mạnh rằng, thỏa thuận trọng tài có thể được xác lập thông qua những hình thức như: (i) thỏa thuận trọng tài có thể nằm trong văn bản được ký bởi các bên, hoặc thông qua việc trao đổi thư từ, fax, điện tin hoặc các hình thức thông tin khác có chứa đựng thỏa thuận trọng tài; (ii) thỏa thuận trọng tài nằm trong một văn bản được chuyển từ bên này đến bên kia hoặc từ một bên thứ ba đến cả hai bên và, nếu không có sự phản đối trong thời gian phù hợp, nội dung của văn bản này sẽ được xem như là một phần của hợp đồng

theo thực tiễn thương mại; (iii) thỏa thuận trọng tài cũng được thành lập từ sự dẫn chiếu đến một điều khoản trọng tài nằm trong một văn bản nhất định; (iv) trong trường hợp một bên là người tiêu dùng thì thỏa thuận trọng tài phải được lập thành văn bản có chữ ký của các bên²⁷. Trọng tài hay hòa giải đều là những hình thức giải quyết tranh chấp tư nhân, nơi mà sự linh động và mềm dẻo luôn được đề cao²⁸, vì thế, với tinh thần ủng hộ hòa giải (pro-mediation) cũng như ủng hộ các phương pháp giải quyết tranh chấp ngoài tòa án nói chung (pro-ADR)²⁹, chúng tôi cho rằng, không có lý do gì những quy định của Điều 1031 ZPO lại không thể được áp dụng cho hình thức của TTHG.

Quay trở lại bối cảnh của luật Việt Nam, việc áp dụng các quy định về hình thức của thỏa thuận trọng tài vào TTHG sẽ gặp nhiều khó khăn vì Điều 11(2) Nghị định HGTM vốn đã hạn định hình thức của TTHG chỉ có thể là văn bản. Vì vậy, để đạt được tinh thần pro-arbitration³⁰ và pro-ADR, chúng tôi kiến nghị điều khoản này nên được thay thế bằng điều khoản sau: "Hình thức của TTHG giống như hình thức của thỏa thuận trọng tài theo quy định của pháp luật về trọng tài thương mại".

Một vấn đề nữa cần lưu tâm là sự tồn tại của TTHG. Do chịu ảnh hưởng của quan điểm chỉ công nhận hình thức là văn bản của TTHG nên pháp luật Việt Nam có dự liệu về hai trường hợp mà TTHG có thể tồn tại³¹: tồn tại dưới dạng một điều khoản trong hợp đồng³² hoặc là một dạng thỏa thuận riêng

22 Điều 126(3) BGB.

23 Rützel/Wegen/Wilske, Commercial Dispute Resolution in Germany, C.H. Beck, 2005, p. 162.

24 Điều 11(2) Nghị định HGTM 2015

25 Điều 119(1) Bộ luật Dân sự 2015.

26 Xem các ý kiến tranh luận tại Tochtermann in Hopt/Steffek, Mediation, p. 549; Unberath, NJW 2011, 1320, 1322; dissenting; và Risse, Wirtschaftsmediation, section 3 comment 14.

27 Điều 16(2) Luật Trọng tài thương mại của Việt Nam cũng quy định tương tự.

28 Về bản chất, hòa giải linh động hơn trọng tài.

29 Alternative dispute resolution (ADR)- giải quyết tranh chấp,

30 Có nghĩa là ủng hộ trọng tài.

31 Điều 11(1) Nghị định HGTM 2015.

32 Thường được mệnh danh là Điều khoản giải quyết tranh chấp và thường nằm ở cuối hợp đồng, nếu nhìn từ khía cạnh kỹ thuật soạn thảo hợp đồng.

biệt³³. Ở Đức, mặc dù pháp luật hoàn toàn không quy định về hình thức vận bản như Việt Nam, tuy nhiên, trên thực tế, sự tồn tại của hai trường hợp này là hiện hữu³⁴. Chúng tôi cho rằng, số dĩ như vậy là vì TTHG là một thỏa thuận hoàn toàn độc lập với hợp đồng thương mại giữa các bên nên sự tồn tại của nó là trong hay ngoài hợp đồng thương mại không ảnh hưởng gì đến hiệu lực cũng như tính ràng buộc của TTHG.

TTHG là căn nguyên của cả quy trình hòa giải thương mại, vì các bên không thể mang tranh chấp đến cậy nhờ cơ quan hòa giải giải quyết nếu giữa các bên không tồn tại một TTHG phù hợp. TTHG trước hết là một thỏa thuận dân sự đặc biệt, nên cũng như tất cả mọi thỏa thuận dân sự khác, TTHG tuyệt đối thượng tôn tinh thần tự do thỏa thuận của các bên. Vì lẽ đó, trong các văn bản pháp luật về hòa giải của cả Việt Nam và Đức, không bao hàm những quy định cụ thể

nhằm điều chỉnh nội dung và hình thức của TTHG. Điều này tạo điều kiện để các bên phát huy tối đa sự chủ động và thiện chí của mình khi thiết lập TTHG. Mặc dù HGTM, với tư cách là một dịch vụ giải quyết tranh chấp, đã được một số tổ chức tư nhân, điển hình là các trung tâm trọng tài, triển khai từ khoảng 10 năm nay ở nước ta, nhưng thực tế số lượng vụ việc được giải quyết bằng hòa giải ít hơn nhiều so với trọng tài. Chúng tôi hy vọng rằng, những kinh nghiệm của pháp luật Đức về HGTM nói chung, cũng như TTHG nói riêng, sẽ phần nào hữu ích cho việc thiết lập một hệ thống HGTM hiệu quả và ngày càng tiệm cận với những chuẩn mực HGTM trên thế giới■

HOÀN THIỆN CÁC CHẾ TÀI ĐỂ ...

(Tiếp theo trang 40)

ra được những thông tin chứng minh những tài sản có được là hợp pháp, thì cơ quan công tố sẽ khởi kiện vụ án dân sự để chuyển giao tài sản đã có được cho Nhà nước (Luật này bắt đầu thi hành từ ngày 3/12/2012).

- Ở Singapore, Điều 165 Bộ luật Hình sự năm 2007 quy định: với loại tài sản lớn hơn TS, TN đã kê khai hoặc có TS, TN tăng thêm mà người kê khai không giải trình được một cách hợp lý về nguồn gốc thì người kê khai "sẽ bị phạt tù đến 2 năm, phạt tiền hoặc cả hai hình phạt".

- Ở Trung Quốc, Điều 395 Luật Hình sự năm 2011 quy định: Bất kỳ công chức nào có tài sản hoặc chi tiêu rõ ràng vượt quá

thu nhập hợp pháp, nếu có sự khác biệt thì có thể bị yêu cầu giải thích về nguồn gốc tài sản của người đó. Nếu công chức không thể giải thích được về nguồn gốc hợp pháp của tài sản, thì phần tài sản vượt quá thu nhập hợp pháp của họ sẽ bị coi là tài sản bất hợp pháp, và bị phạt tù đến 05 năm hoặc cải tạo không giam giữ và tài sản vượt quá thu nhập hợp pháp sẽ bị tịch thu.

Trở lại dự thảo Luật PCTN (sửa đổi) của chúng ta, theo chúng tôi, tài sản bất minh (trong đó chủ yếu là tài sản tham nhũng) thì *phương án tốt nhất, khả thi nhất là phải sung công* (cho dù có thể phải sửa đổi, bổ sung một vài điều của Bộ luật Tố tụng hình sự, Bộ luật Tố tụng dân sự... song việc này hoàn toàn trong tầm tay của cơ quan lập pháp)■

33 Có thể châm chước gọi là "hợp đồng hòa giải"

34 Xem. Hess/Pelzer, *Mediation in Germany: Finding the Right Balance between Regulation and Self-Regulation*, Esplugues/Marquis (chủ biên), *New Developments in Civil and Commercial Mediation*, Springer, 2015, p. 296.