

HÒA GIẢI THEO VỤ VIỆC (AD HOC MEDIATION)

1. Các số liệu thống kê về hòa giải

Theo tổng kết của CEDR năm 2014¹, trung tâm hòa giải uy tín hàng đầu tại Anh và trên thế giới, trung bình một năm có 9500 tranh chấp được giải quyết bằng hòa giải với tổng giá trị tranh chấp mỗi năm khoảng 9 triệu Bảng Anh (tương đương gần 300 tỉ VNĐ). Cũng theo CEDR, hòa giải thương mại đã tiết kiệm cho doanh nghiệp khoảng 2,4 triệu Bảng Anh mỗi năm (tương đương gần 80 tỉ VNĐ) bằng việc giải quyết tranh chấp nhanh chóng bằng hòa giải.

Ở Brazil² và Canada³, hòa giải ad hoc là rất phổ biến (chiếm đa số). Theo một cuộc khảo sát được thực hiện trên toàn Bắc Mỹ, 45% các chuyên gia pháp chế của các doanh nghiệp tại Mỹ cho biết thường xuyên sử dụng hòa giải ad hoc⁴.

2. Luật hòa giải mẫu và các văn bản khác của UNCITRAL quy định về Hòa giải theo vụ việc

2.1. Khái niệm chung:

- **UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law)** là Ủy ban Pháp luật thương mại quốc tế của Liên Hợp quốc, cơ quan pháp lý chủ chốt của Liên Hợp Quốc trên lĩnh vực Luật thương mại quốc tế. Ủy ban gồm có các nước thành viên trên toàn thế giới chuyên sâu vào lĩnh vực cải cách luật thương mại quốc tế. Nhiệm vụ của UNCITRAL là làm hiện đại hoá và hài hoà hoá hệ thống quy tắc luật lệ trong thương mại quốc tế. Để mở rộng và tăng cường các cơ hội đó trên khắp thế giới, UNCITRAL đưa ra các quy tắc hiện đại, công bằng và hài hoà đối với các giao dịch thương mại trong đó bao gồm các quy ước, luật và quy tắc mẫu được chấp nhận trên toàn thế giới trong đó có Luật mẫu về Hòa giải thương mại quốc tế.
- **Nhóm công tác số 2 của UNCITRAL:** UNCITRAL đã thành lập 6 nhóm công tác để thực hiện việc nghiên cứu và xây dựng các văn bản trong các lĩnh vực khác nhau nằm trong chương trình làm việc của Ủy ban. Mỗi nhóm công tác bao gồm các thành viên của Ủy ban. Tuy nhiên, Việt Nam chưa phải là thành viên của UNCITRAL nên không là thành viên của bất cứ nhóm công tác nào.

¹ CEDR Mediation Audit 2014 <<http://www.cedr.com/docslib/TheMediatorAudit2014.pdf>>

² Linklater, 2013 Commercial mediation – a comparative review, p. 10

³ Ben Mills and Linden Dales, Canada, Getting the Deal Through (Mediation) 2015

⁴

<<https://imimediation.org/private/downloads/qkB0zjcJyWc7IWGeBHivbA/IMI%20User%20Survey%20Summary.pdf>>

Từ năm 2000 đến nay, Nhóm công tác số 2 chuyên nghiên cứu về các vấn đề liên quan đến trọng tài và hòa giải. Theo chương trình làm việc của Nhóm công tác này⁵, mục tiêu quan trọng trong thời gian tới là xây dựng một công ước về công nhận kết quả hòa giải thành có nội dung và mục đích tương tự như công ước New York 1958 về công nhận và thi hành phán quyết trọng tài nước ngoài. Như vậy, việc Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015 vừa được Quốc hội thông qua quy định về việc công nhận kết quả hòa giải ngoài tòa án là hoàn toàn phù hợp với xu hướng chung của thế giới.

2.2. Luật Mẫu của UNCITRAL về Hòa giải thương mại quốc tế năm 2002 (“Luật mẫu”)

Điều 1. Phạm vi điều chỉnh và giải thích thuật ngữ

[...]

3. Trong Luật này, “hòa giải” là một thủ tục được gọi bằng cụm từ hòa giải, trung gian hay một cụm từ khác có nghĩa tương đương trong đó các bên yêu cầu một bên thứ ba (“hòa giải viên”) hỗ trợ mình trong nỗ lực giải quyết theo thỏa thuận tranh chấp phát sinh từ quan hệ pháp luật trong hợp đồng hoặc ngoài hợp đồng hoặc tranh chấp gắn với quan hệ pháp luật đó. Hòa giải viên không có quyền áp đặt giải pháp giải quyết tranh chấp cho các bên.

➔ Theo định nghĩa này khái niệm hòa giải được hiểu theo nghĩa rộng bao gồm cả hòa giải ad hoc và hòa giải quy chế.

2.3. Sổ tay Hướng dẫn sử dụng và chuyển hóa vào luật quốc gia Luật mẫu về Hòa giải thương mại Quốc tế của Ủy ban pháp luật thương mại quốc tế của Liên Hợp quốc (2002) [Đoạn 32]

Để giải thích và hướng dẫn về việc áp dụng định nghĩa “hòa giải” được nêu tại Điều 1 của Luật mẫu, Sổ tay Hướng dẫn sử dụng và chuyển hóa vào nội luật cũng khẳng định:

“Khái niệm hòa giải theo nghĩa rộng

32. Cụm từ “thủ tục”, dù được gọi là “hòa giải”, “trung gian” hay một cụm từ khác có ý nghĩa tương đương tại khoản 3, nhằm chỉ ra rằng Luật mẫu được áp dụng dù các bên gọi cơ chế mà mình sử dụng theo cách nào đi chăng nữa. [...] **Luật mẫu có thể áp dụng cho hòa giải “ad hoc” cũng như hòa giải “thể chế” trong đó quá trình hòa giải thường được điều chỉnh bởi quy tắc của một tổ chức nhất định.**”

2.4. Quy tắc Hòa giải mẫu của UNCITRAL

Điều 1. Phạm vi áp dụng Quy tắc

⁵ Chương trình làm việc dự kiến của Nhóm công tác số 2 của UNCITRAL:
<http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/2Arbitration.html>

1. Quy tắc này áp dụng cho việc hòa giải tranh chấp phát sinh từ hoặc liên quan tới quan hệ hợp đồng hoặc pháp lý khác khi các bên mong muốn một biện pháp giải quyết thân thiện cho tranh chấp của mình đồng ý rằng Quy tắc Hòa giải UNCITRAL sẽ được áp dụng.

[...]

→ Kháng định Quy tắc Hòa giải UNCITRAL sẽ được áp dụng nếu như được các bên thỏa thuận bất kể việc hòa giải được tiến hành theo theo hình thức quy chế hay ad hoc. Tuy nhiên, trên thực tế cũng giống như đối với Trọng tài, Quy tắc Hòa giải mẫu của UNCITRAL thường được áp dụng cho hòa giải ad hoc.

Điều 8. Hỗ trợ hành chính

Để tạo điều kiện thuận lợi cho việc tiến hành hòa giải, các bên hoặc hòa giải viên với sự đồng ý của các bên, có thể thu xếp để có được sự hỗ trợ hành chính của một cơ quan, tổ chức hoặc cá nhân thích hợp

→ Quy định này được thiết kế dành riêng cho hòa giải ad hoc, khi các bên không lựa chọn giải quyết tranh chấp bằng hòa giải tại một tổ chức cung cấp dịch vụ hòa giải thì có thể yêu cầu hỗ trợ hành chính của một cơ quan, tổ chức hoặc là cá nhân khác để tạo điều kiện thuận lợi cho việc tiến hành hòa giải (gọi là Appointing Authority).

2.5. Dự thảo Công ước công nhận thỏa thuận hòa giải thành

Một trong những vấn đề mà các thành viên của Nhóm công tác số 2 đặt ra khi nghiên cứu việc soạn thảo Công ước về công nhận thỏa thuận hòa giải thành là định nghĩa khái niệm “hòa giải” để giới hạn phạm vi áp dụng của Công ước. Các thành viên của Nhóm công tác đồng ý với việc sử dụng định nghĩa “hòa giải” như được quy định tại Điều 1 (3) của Luật mẫu như được trích dẫn phía trên. Một học giả chuyên về Hòa giải đã đề xuất định nghĩa về Hòa giải như sau:

*“Hòa giải”, dù được nhắc đến là trung gian hay bất cứ cách diễn đạt nào khác có bản chất tương tự, nghĩa là quá trình mà hai hoặc nhiều bên tự nguyện yêu cầu một bên thứ ba (“hòa giải viên”) hỗ trợ họ trong nỗ lực đạt được thỏa thuận giải quyết tranh chấp (“thỏa thuận hòa giải thành”) với quy trình được điều hành bởi một tổ chức được thành lập hợp pháp cung cấp dịch vụ hòa giải (“hòa giải quy chế”) **hoặc bởi một hòa giải viên hoặc/và bản thân các bên (hòa giải ad hoc)**...”⁶*

Qua đó cho thấy, pháp luật quốc tế luôn thừa nhận cả hai hình thức hòa giải quy chế và hòa giải ad hoc mà không có sự phân biệt nào trong việc quy định pháp luật về hòa giải đối với hai hình thức này.

⁶ Chang-fa Lo & Winnie Jo-Mei Ma, *Draft “Convention on Cross-border Enforcement of International Mediated Settlement Agreements”* trình bày tại Hội thảo quốc tế về Trọng tài và Hòa giải tại Đài Bắc, tháng 9/2015.

3. Luật các quốc gia khuyến khích phát triển về ADR

3.1. Trước hết, cần khẳng định các quốc gia trên thế giới phát triển về ADR (chẳng hạn như Brazil⁷, Trung Quốc⁸, Nhật Bản⁹, Hà Lan¹⁰, Thụy Điển¹¹ và các nước EU khác...) mặc dù không có quy định cụ thể về hòa giải ad hoc nhưng thực tế vẫn tồn tại cả hòa giải ad hoc và hòa giải quy chế và pháp luật hòa giải của các nước này đều điều chỉnh chung cả hai hình thức này mà không có sự phân biệt nào cả.

3.2. Một số quốc gia khác có quy định riêng về hòa giải ad hoc mà tiêu biểu là:

a. Luật Hòa giải thống nhất của Hoa Kỳ (bổ sung sửa đổi năm 2003): một quốc gia rất phát triển về hòa giải thương mại.

ĐIỀU 3. PHẠM VI ÁP DỤNG.

(a) Trừ trường hợp có quy định khác tại điểm (b) hay (c), Luật này áp dụng cho hoạt động hòa giải trong đó:

[...]

(3) các bên hòa giải sử dụng hòa giải viên hay cá nhân tự xác định là hòa giải viên, hoặc quá trình hòa giải được thực hiện bởi người tự xác định là người cung cấp dịch vụ hòa giải.

Bình luận:

[...]

⁷ Linklater, 2013 Commercial mediation – a comparative review, p. 10

<<http://www.linklaters.com/Insights/Commercial-mediation-comparative-review-2013/Pages/Index.aspx>>

⁸ Michael J. Moser, “People’s Republic of China” chapter in Michael Charles Pryles, *Dispute Resolution in Asia*, p.91

<https://books.google.com.vn/books?id=R_Tr97Q_Cy0C&pg=PR9&lpg=PR9&dq=%22institutional+mediation%22+and+%22ad+hoc+mediation%22&source=bl&ots=A6COLI4AQ5&sig=-SrBcYBUhCmHidWSSAo_SjZwbPI&hl=en&sa=X&redir_esc=y#v=onepage&q=%22institutional%20mediation%22%20and%20%22ad%20hoc%20mediation%22&f=false>

⁹ Kazuo Iwasaki, “Japan” chapter in Michael Charles Pryles, *Dispute Resolution in Asia*, p. 215

¹⁰ Amnie J. Roo and Robert W. Jagtenberg, “Chapter 11: The Dutch Landscape of Court Encouraged Mediation” in Nadja Alexander (ed), *Global Trends in Mediation, Global Trends in Dispute Resolution*, Volume1, Second Eds (Kluwer Law International 2006) pp. 279 - 304

¹¹ Christer Holm, Sweden, Getting the Deal Through (Mediation) 2015

Cơ chế áp dụng thứ 3 tại Điều 3(a)(3) tập trung vào các tổ chức, cá nhân cung cấp dịch vụ hòa giải, quy định áp dụng Luật khi việc hòa giải được thực hiện bởi người tự xác định là hòa giải viên. Chẳng hạn, hai nhà hàng xóm có tranh chấp tham gia hòa giải cùng một tình nguyện viên của trung tâm hòa giải cộng đồng sẽ là đối tượng của Luật, vì trung tâm này được coi là nơi cung cấp dịch vụ hòa giải. Tương tự như vậy, các trường hợp hòa giải được thực hiện bởi hòa giải viên tư nhân tự quảng cáo là người làm dịch vụ hòa giải cũng là đối tượng của luật vì hòa giải viên tư nhân tự nhận mình trước công chúng là hòa giải viên. Do hòa giải viên được công nhận trước công chúng nên các bên sẽ mong muốn một cách hợp lý rằng những trường hợp hòa giải do những người này thực hiện sẽ tuân thủ luật pháp, đặc biệt là Luật này. Bằng việc áp dụng cho cả đối tượng là hoạt động hòa giải do hòa giải viên tư nhân tự xác định tư cách thực hiện, Luật đã áp dụng cùng lý thuyết như đối tượng những nghề nghiệp khác. Trong những trường hợp khác, việc “tự nhận” còn bao gồm thuyết trình công khai về việc mình tham gia làm nghề gì hay nhờ người khác thuyết trình. Xem 18A Am. Jur.2d Corporations, Điều 271 (1985).

[...]

- b. **Đạo luật về ADR 2004 và Quy tắc thi hành Đạo luật về ADR của Philippines:** một thành viên của ASEAN có cùng trình độ phát triển kinh tế xã hội như Việt nam

Đạo luật về ADR 2004

CHƯƠNG 2 – HÒA GIẢI

Mục 7. Phạm vi

Các điều khoản trong Chương này sẽ áp dụng với việc hòa giải tự nguyện, **dù là ad hoc hay quy chế**, ngoài việc hòa giải tại Tòa án. Cụm từ “hòa giải” sẽ bao gồm cả “trung gian”.

Quy tắc thi hành Đạo luật về ADR 2004

Quy tắc 2 – Giải thích từ ngữ

B. Giải thích từ ngữ và áp dụng với Chương về Hòa giải

1. Hòa giải ad hoc là bất kì phương pháp hòa giải nào khác ngoài hòa giải quy chế và hòa giải tại tòa án

2. Hòa giải quy chế là bất kì quy trình hòa giải nào được thực hiện theo quy tắc của một tổ chức hòa giải

3. Hòa giải tại Tòa án là quy trình hòa giải được tiến hành dưới sự giám sát của tòa án và tuân theo hướng dẫn được thông qua bởi Tòa án tối cao sau khi Tòa án đã chấp nhận thẩm quyền đối với tranh chấp đó.

Quy tắc 10 – Phí và chi phí Hòa giải

Điều 3.25. Phí và chi phí Hòa giải Ad hoc

Đối với Hòa giải ad hoc, các bên được tự do sắp xếp về phí và chi phí hòa giải. Nếu như không đạt được thỏa thuận, phí và chi phí sẽ tuân theo biểu phí đã được OADR thông qua.

4. Khuyến khích phát triển hòa giải ad hoc ngay tại các tổ chức cung cấp dịch vụ hòa giải (cung cấp cơ chế chỉ định hòa giải viên, cơ sở vật chất...)

Rất nhiều tổ chức cung cấp dịch vụ hòa giải nổi tiếng và uy tín trên thế giới cũng khuyến khích việc sử dụng hòa giải ad hoc bằng việc cung cấp các dịch vụ chỉ định hòa giải viên hoặc hỗ trợ tài chính, cơ sở vật chất mà không bắt buộc phải sử dụng Quy tắc hòa giải của tổ chức đó. Ví dụ tiêu biểu là:

4.1. Trung tâm quốc tế về ADR thuộc Phòng thương mại quốc tế (ICC International Centre for ADR)

Điều 1(3) của Quy tắc Hòa giải của Trung tâm quốc tế về ADR của ICC¹² quy định rằng các bên có thể tiến hành thủ tục hòa giải không tuân theo Quy tắc này miễn là các bên thỏa thuận đồng ý với việc này. Điều 1(4) của Quy tắc này cũng cho phép các bên sửa đổi bất cứ điều khoản nào của Quy tắc. Trong các trường hợp này, việc hòa giải sẽ tiến hành theo hình thức ad hoc với ICC chỉ đóng vai trò hỗ trợ hành chính và/hoặc cơ quan chỉ định hòa giải viên.

4.2. Hiệp hội Trọng tài Hoa Kỳ (American Arbitration Association -AAA)

Ngoài cung cấp các dịch vụ giải quyết tranh chấp như hòa giải và trọng tài theo quy chế, Hiệp hội Trọng tài Hoa Kỳ còn cung cấp dịch vụ quản lý giải quyết tranh chấp (case management service). Dịch vụ này rất đa dạng, từ việc cung cấp danh sách hòa giải viên, chỉ định hòa giải viên, cung cấp địa điểm hòa giải,... tùy thuộc vào yêu cầu của các bên tranh chấp¹³.

5. Hòa giải tranh chấp đầu tư quốc tế (Investment mediation)

¹² Quy tắc Hòa giải của ICC <<http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/mediation/rules/>>

¹³ Dịch vụ quản lý giải quyết tranh chấp của AAA

<https://www.adr.org/aaa/faces/services/fileacase/casemanagement/casemgmtmediation?_afzLoop=499577364750591&_afzWindowMode=0&_afzWindowId=14u572n09x_476#%40%3F_afzWindowId%3D14u572n09x_476%26_afzrLoop%3D499577364750591%26_afzWindowMode%3D0%26_adf.ctrl-state%3D14u572n09x_532>

Hiệp định đối tác xuyên Thái Bình Dương (TPP) mà Việt Nam vừa kí kết cũng có quy định về việc giải quyết tranh chấp bằng hòa giải. Cụ thể, Điều 28.6 của Hiệp định quy định:

“Điều 28.6: Trung gian hòa giải

- 1. Các Bên có thể thỏa thuận tự nguyện thực hiện một phương pháp khác để giải quyết tranh chấp như trung gian hòa giải.*
- 2. Thủ tục tố tụng liên quan đến trung gian hoà giải sẽ được bảo mật và không ảnh hưởng đến quyền lợi của các Bên ở bất kỳ thủ tục tố tụng khác.*

[...]”

Bên cạnh đó, Hiệp định thương mại tự do giữa Việt Nam và Liên minh châu Âu vừa được lý kết cũng có điều khoản tương tự khuyến khích việc giải quyết tranh chấp đầu tư bằng hình thức hòa giải¹⁴. Cả hai Hiệp định này đều không có quy định về tổ chức cung cấp dịch vụ hòa giải cụ thể nào. Hơn nữa, các nhà đầu tư nước ngoài cũng rất ngần ngại trong việc lựa chọn một tổ chức hòa giải của Việt Nam. Do đó, việc giải quyết tranh chấp bằng hòa giải theo các Hiệp định này rất có thể sẽ được tiến hành theo hình thức hòa giải ad hoc cũng tương tự như các vụ nhà đầu tư nước ngoài kiện Chính phủ Việt nam hiện nay đều thực hiện dưới hình thức Trọng tài ad hoc theo quy tắc Trọng tài của UNCITRAL. Chính vì vậy, việc quy định về hòa giải ad hoc cũng tạo điều kiện phát triển giải quyết các tranh chấp đầu tư bằng hình thức hòa giải tại Việt Nam, điều cũng đã được khẳng định tại hội thảo mới đây của Vụ Pháp luật Quốc tế của Bộ tư pháp về Phòng ngừa và giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế tổ chức tại Sầm Sơn, Thanh Hóa dưới sự tài trợ của dự án GIG (USAid).

¹⁴ Bản ghi nhớ về việc Việt Nam và EU đạt được thỏa thuận kí kết Hiệp định thương mại tự do ngày 04 tháng 08 năm 2015 <<http://wtocenter.vn/sites/wtocenter.vn/files/survey/attachments/EVFTA%20-%20Memo.pdf>>