

NHỮNG HẠN CHẾ TRONG HOẠT ĐỘNG PHÒNG, CHỐNG TỘI PHẠM THAM NHỪNG TẠI VIỆT NAM TRONG THỜI GIAN QUA VÀ KIẾN NGHỊ HOÀN THIỆN

NGUYỄN HUỖNH BẢO KHÁNH

Khoa Luật Hình sự, Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh
Criminal law Department, Ho Chi Minh City University of Law
Email: nhbkhnh@hcmulaw.edu.vn

Tóm tắt

Phòng, chống tham nhũng đang là yêu cầu cấp thiết hiện nay tại Việt Nam bởi tác hại của tham nhũng không chỉ gây tổn hại về kinh tế mà còn đe dọa sự ổn định về mặt chính trị. Trong thời gian qua mặc dù các chủ thể phòng chống tội phạm đã triển khai nhiều biện pháp phòng, chống nhưng tình hình tội phạm tham nhũng tại Việt Nam đang diễn biến phức tạp. Điều này cho thấy hoạt động phòng, chống tham nhũng hiện nay tại Việt Nam còn bộc lộ nhiều hạn chế. Bài viết tập trung vào những hạn chế của hoạt động phòng, chống tham nhũng trong thời gian qua, đồng thời chỉ ra những nguyên nhân của những hạn chế, từ đó đề xuất các biện pháp phòng, chống tham nhũng trong thời gian tới.

Từ khóa: tham nhũng, nhận diện, phòng chống tham nhũng

Abstract

Fighting against corruption is currently an urgent requirement in Vietnam because harmful effects of corruption not only cause economic damage but also threaten political stability. In recent years, although many measures have been implemented to prevent and fight against corruption, the situation of corruption in Vietnam is complicated. This article focuses on the defects of anti-corruption activities in the past, and points out the causes of these defects and proposes anti-corruption measures in the near future.

Keywords: corruption, recognizing, anti-corruption activities

Ngày nhận bài: 20/02/2020

Ngày duyệt đăng: 20/5/2020

1. Nhận thức chung về phòng, chống tội phạm tham nhũng

Theo Điều 3 Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2018 thì tham nhũng là hành vi của người có chức vụ, quyền hạn đã lợi dụng chức vụ, quyền hạn đó vì mục đích vụ lợi. Để cụ thể hóa khái niệm này, Điều 2 Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2018 đã liệt kê 12 hành vi bị coi là tham nhũng.¹ Khi tội phạm hóa, Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017) chỉ quy định 07 tội danh tại Mục 1, Chương XXIII Các tội phạm về tham nhũng, bao gồm Tội tham ô tài sản (Điều 353), Tội nhận hối lộ (Điều 354), Tội lạm dụng chức vụ quyền hạn chiếm đoạt tài sản (Điều 355), Tội lợi dụng chức vụ, quyền hạn trong khi thi hành công vụ (Điều 356), Tội lạm quyền

¹ Điều 2 Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2018 quy định các hành vi tham nhũng bao gồm: tham ô, nhận hối lộ, lạm dụng chức vụ, quyền hạn chiếm đoạt tài sản; lợi dụng chức vụ, quyền hạn trong khi thi hành công vụ, nhiệm vụ vì vụ lợi, lạm quyền trong khi thi hành công vụ, nhiệm vụ vì vụ lợi; lợi dụng chức vụ, quyền hạn gây ảnh hưởng đối với người khác để trục lợi; giả mạo trong công tác vì vụ lợi; đưa hối lộ, mồi giới hối lộ để giải quyết công việc của cơ quan, tổ chức, đơn vị hoặc địa phương vì vụ lợi; lợi dụng chức vụ, quyền hạn sử dụng trái phép tài sản công vì vụ lợi; không thực hiện, thực hiện không đúng hoặc không đầy đủ nhiệm vụ, công vụ vì vụ lợi; lợi dụng chức vụ, quyền hạn để bao che người có hành vi vi phạm pháp luật vì vụ lợi; can thiệp trái pháp luật vào việc giám sát, kiểm tra, thanh tra, kiểm toán, điều tra, truy tố, xét xử, thi hành án vì vụ lợi.

thủ tục phê chuẩn nội bộ của EU và các quốc gia thành viên EU, theo mô hình như Hiệp định Thương mại tự do và Hiệp định Bảo hộ đầu tư giữa EU với Singapore, ngày 26/6/2018, EU và Việt Nam thống nhất tách EVFTA thành hai hiệp định: một hiệp định về thương mại tự do (vẫn gọi là *The EU-Vietnam Free Trade Agreement* (EVFTA), nhưng phần đầu tư chỉ giữ lại phần tự do hóa đầu tư trực tiếp nước ngoài) và một hiệp định về bảo hộ đầu tư (*The EU-Vietnam Investment Protection Agreement* (EVIPA)).¹ Hai hiệp định này đã được các bên ký kết vào ngày 30/6/2019 và được Nghị viện EU thông qua vào ngày 12/02/2020. Dù vậy, về mặt thủ tục pháp lý thì về phía EU, EVIPA còn phải được nghị viện của 27 quốc gia thành viên EU thông qua.

EVIPA đưa ra 3 phương thức giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư nước ngoài và nước tiếp nhận đầu tư: tự giải quyết tranh chấp (gồm thương lượng và hòa giải), tham vấn và trọng tài. Trước khi sử dụng các phương thức khác để giải quyết tranh chấp đầu tư, EVIPA khuyến nghị các bên nên tự giải quyết tranh chấp (*amicable resolution*) bằng đàm phán hoặc hòa giải. Quy định này tương tự như quy định tại Hiệp định Đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương (*The Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership* (CPTPP)), chỉ khác là EVIPA không đề cập phương thức môi giới (*good offices*) như trong CPTPP. Việc tự giải quyết tranh chấp này được khuyến khích áp dụng ở bất kỳ thời điểm nào, kể cả khi đang giải quyết tranh chấp theo các phương thức khác.² Quy định này sẽ tạo cơ hội tối đa cho việc có được phương án giải quyết tranh chấp trên cơ sở đồng thuận của hai bên, từ đó tạo thuận lợi cao nhất cho việc thực thi

Khi các bên tranh chấp không thể tự giải quyết tranh chấp, nhà đầu tư nước ngoài có thể gửi yêu cầu tham vấn cho nhà nước tiếp nhận đầu tư về biện pháp vi phạm. Khác với Công ước về giải quyết tranh chấp đầu tư giữa nhà nước và công dân của nước khác (*The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States* - ICSID), thủ tục tham vấn trong EVIPA là thủ tục bắt buộc trước khi nhà đầu tư nước ngoài nộp đơn yêu cầu giải quyết tranh chấp bằng trọng tài. Quy định này là tương tự như trong CPTPP.³ Yêu cầu tham vấn phải đáp ứng các điều kiện về thời gian: i) trong vòng 3 năm sau khi nguyên đơn nhận thấy biện pháp do nước tiếp nhận đầu tư áp dụng vi phạm quy định về bảo hộ đầu tư như quy định ở Chương 2 EVIPA và gây ra thiệt hại cho nguyên đơn; ii) trong vòng 2 năm sau khi nguyên đơn rút đơn kiện khỏi trọng tài hay Tòa án trong nước và trong mọi trường hợp không muộn hơn 7 năm kể từ ngày nhận thấy biện pháp vi phạm do nước tiếp nhận đầu tư áp dụng và thiệt hại do biện pháp

¹ <http://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme/a-balanced-and-progressive-trade-policy-to-harness-globalisation/file-eu-vietnam-fta>. truy cập lần cuối ngày 02/03/2020

² Điều 3.29, Chương III, EVIPA

³ Điều 9.19, CPTPP

này gây ra. Tham vấn phải được tiến hành trong vòng 60 ngày kể từ ngày yêu cầu tham vấn, trừ khi các bên có thỏa thuận khác.⁴ Nếu việc tham vấn thất bại thì nhà đầu tư nước ngoài mới có thể sử dụng phương thức trọng tài để giải quyết tranh chấp.

Việc EVIPA khuyến khích các bên sử dụng phương thức tự giải quyết tranh chấp ở bất kỳ thời điểm nào cũng như việc bắt buộc phải tham vấn trước khi kiện ra trọng tài là tương thích với xu thế chung trong các điều ước quốc tế về đầu tư. Tính đến 01/12/2018, trong 3.340 điều ước quốc tế về đầu tư đã được ký kết thì hầu hết đều có quy định về thương lượng và tham vấn.⁵ Quy định này của EVIPA cũng giúp các bên tranh chấp có thể có được một giai đoạn “hạ nhiệt” xung đột nhằm giải quyết “êm thấm” và hiệu quả nhất vụ việc tranh chấp.⁶ Mặc dù vậy, các quy định pháp luật trong nước của Việt Nam vẫn chưa minh thị quyền hạn, trách nhiệm của các cơ quan liên quan, quy trình thương lượng, tham vấn để đạt hiệu quả cao trên thực tế. Quyết định số 04/2014/QĐ-TTg ngày 14/01/2014 của Thủ tướng Chính phủ ban hành Quy chế phối hợp trong giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế (sau đây gọi là Quyết định số 04) chủ mới đưa ra một vài quy định khá sơ sài, chung chung về các phương thức giải quyết tranh chấp này.

2. Khởi kiện ra trọng tài, quy tắc tố tụng trọng tài và luật áp dụng

2.1. Khởi kiện ra trọng tài

EVIPA quy định trước khi khởi kiện ra trọng tài thì nguyên đơn phải gửi thông báo ý định khởi kiện. Nếu tranh chấp không được giải quyết trong vòng 90 ngày kể từ ngày yêu cầu tham vấn, nguyên đơn có thể gửi thông báo về ý định khởi kiện cho nước tiếp nhận đầu tư liên quan: Việt Nam, EU hoặc nước thành viên EU. Trong trường hợp thông báo được gửi đến EU, EU phải xác định rõ tư cách bị đơn là EU hay nước thành viên EU và trả lời nguyên đơn trong thời hạn 60 ngày kể từ ngày nhận thông báo về ý định khởi kiện của nguyên đơn.⁷ EVIPA yêu cầu phải có thông báo về ý định khởi kiện là quy định mới so với ICSID và CPTPP. Quy định này được cho là sẽ tạo thuận lợi cho nước tiếp nhận đầu tư có thể thấy trước nguy cơ cận kề của việc bị kiện để điều chỉnh cho phù hợp trong quá trình tham vấn hoặc có thời gian cho việc chuẩn bị tham gia vụ kiện. Tuy nhiên, thực tiễn Việt Nam cho thấy, nhiều trường hợp nhà đầu tư nước ngoài gửi thông báo ý định khởi kiện chủ yếu mang tính chất “đe dọa”, “gây áp lực” cho Nhà nước để giải quyết nhanh, có lợi cho yêu cầu của nhà đầu tư hơn là thực sự

⁴ Điều 3.30, Chương III, EVIPA

⁵ Trần Anh Tuấn and Trịnh Hải Yến, *Pháp luật Việt Nam về đầu tư nước ngoài: giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế trong thời kỳ đổi mới*, Nxb. Chính trị quốc gia Sự thật, 2020, tr. 205.

⁶ Johan Billiet, *International Investment Arbitration: A Practical Handbook*, Maklu Publishers, 2016, tr. 60.

⁷ Điều 3.32(2), Chương III, EVIPA.

mong muốn khởi kiện.⁸ Vì vậy, dù không chính phủ nào mong muốn bị khởi kiện, việc xử lý vụ việc trên cơ sở thông báo ý định khởi kiện phải được tiến hành nhanh chóng nhưng cũng đòi hỏi sự cẩn trọng từ phía các cơ quan chức năng của Việt Nam. Để giúp cho việc giải quyết vụ việc có thể dứt điểm trước khi bị mang ra trọng tài thì việc xây dựng và thực thi hiệu quả cơ chế phòng ngừa tranh chấp ISDS của Việt Nam là rất cần thiết. Tuy thế, pháp luật hiện hành của Việt Nam và việc thực thi pháp luật về vấn đề này vẫn còn hạn chế. Chẳng hạn việc thành lập các Nhóm chuyên gia về ISDS dù đã được đề cập trong Quyết định số 1063/QĐ-TTg ngày 14/6/2016 của Thủ tướng Chính phủ phê duyệt Đề án nâng cao năng lực cho đội ngũ công chức, viên chức các bộ, ngành, địa phương về pháp luật quốc tế và giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế giai đoạn 2016 - 2020 nhưng hiệu quả của việc sử dụng các Nhóm chuyên gia này trên thực tế còn khá mờ nhạt. Công tác đào tạo, bồi dưỡng kiến thức, kỹ năng phòng ngừa tranh chấp ISDS cho đội ngũ cán bộ dù đã được thực hiện trong mấy năm gần đây nhưng chưa đủ để tạo sự chuyển biến rõ rệt về trình độ chuyên môn, kỹ năng giải quyết tranh chấp ISDS của đội ngũ cán bộ có liên quan.

Nếu tranh chấp không thể giải quyết trong vòng 6 tháng kể từ ngày yêu cầu tham vấn và ít nhất sau 3 tháng kể từ ngày gửi thông báo về ý định khởi kiện thì nguyên đơn có thể nộp đơn khởi kiện đến Tòa trọng tài sơ thẩm (*Tribunal*). Bằng cam kết về vấn đề khởi kiện ra trọng tài trong EVIPA, Việt Nam và EU coi như đã chấp thuận việc có thể bị kiện bởi các nhà đầu tư của bên thành viên kia ra Tòa trọng tài sơ thẩm theo cơ chế ISDS. Vì vậy, nhà đầu tư có thể khởi kiện ra Tòa trọng tài sơ thẩm của EVIPA một cách đơn phương mà không cần sự chấp thuận của Việt Nam hay EU. Quy định về đơn phương khởi kiện và thời hạn để khởi kiện tính từ ngày yêu cầu tham vấn của EVIPA là giống như CPTPP.

Mặc dù vậy, EVIPA cũng đưa ra các quy định để hạn chế việc lạm dụng cơ chế giải quyết bằng trọng tài của Hiệp định. Cụ thể là các quy định về việc từ chối trong các trường hợp như:⁹ (i) vào thời điểm nhà đầu tư tiếp nhận quyền sở hữu hoặc quản lý khoản đầu tư liên quan tranh chấp thì tranh chấp đã phát sinh hoặc nhà đầu tư biết rõ sẽ phát sinh tranh chấp nhưng nhà đầu tư vẫn tiếp nhận với mục đích chủ yếu là để khiếu kiện; (ii) khiếu kiện của nhà đầu tư rõ ràng không có giá trị pháp lý; (iii) đơn khiếu kiện của nhà đầu tư không phải là về vấn đề pháp lý. Cùng theo EVIPA, nguyên đơn sẽ không được kiện ra Tòa trọng tài sơ thẩm của EVIPA nếu như đã có đơn kiện đang được thụ lý tại Tòa án hoặc cơ quan tài phán hành chính trong

⁸ Trần Anh Tuấn (Chủ nhiệm đề tài). *Cơ chế giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư nước ngoài với Nhà nước Việt Nam và đề xuất các biện pháp phòng ngừa*. Báo cáo Kết quả đề tài nghiên cứu khoa học cấp Bộ (Bộ Tư pháp), Hà Nội, 2017, tr. 91

⁹ Điều 3.43 - 3.45, Chương III, EVIPA

nước hay quốc tế liên quan tới cùng biện pháp vi phạm hay cùng về thiệt hại, trừ phi nguyên đơn rút đơn kiện ở các Tòa án/cơ quan tài phán hành chính đó.¹⁰ Quy định này là tương tự với một số hiệp định thương mại song phương của EU như Hiệp định Kinh tế và thương mại toàn diện giữa EU và Canada (*EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement - CETA*)¹¹ hay CPTPP.¹² Giới hạn lựa chọn cơ quan giải quyết tranh chấp trong EVIPA như trên nhằm loại bỏ các thủ tục tố tụng song song, qua đó tránh lãng phí chi phí tranh tụng và sự bất đồng trong các phán quyết. Như vậy, để tránh việc bị khởi kiện tại trọng tài ISDS của EVIPA thì các quốc gia cần nâng cao tính hiệu quả, hấp dẫn của việc giải quyết tranh chấp tại Tòa án, trọng tài trong nước. Điều này là yêu cầu hết sức bức thiết đối với Việt Nam khi thống kê cho thấy, chưa có vụ kiện nào về ISDS được giải quyết tại Tòa án, trọng tài trong nước.

2.2. Quy tắc tố tụng trọng tài và luật áp dụng

Theo EVIPA, việc xét xử của Tòa trọng tài sơ thẩm có thể tuân theo một trong 4 quy tắc tố tụng sau:¹³ (i) ICSID; (ii) Bộ quy tắc phụ trợ của Trọng tài ICSID; (iii) Bộ quy tắc trọng tài của Ủy ban Luật Thương mại quốc tế của Liên hợp quốc (UNCITRAL); và (iv) các quy tắc khác do hai bên thỏa thuận. Các quy tắc này phải được áp dụng cùng với các quy định trong EVIPA cũng như bởi các quy tắc được chấp thuận bởi Ủy ban (*the Committee*)¹⁴, Tòa trọng tài sơ thẩm hoặc Tòa trọng tài phúc thẩm (*Appeal Tribunal*). Dù EVIPA quy định khá tương đồng với CPTPP, nhưng với quy tắc (i) và (ii) thì CPTPP chỉ cho phép lựa chọn khi cả bị đơn và quốc gia của nguyên đơn đều là thành viên của ICSID. Thủ tục làm việc của Tòa trọng tài phúc thẩm do chính Tòa này soạn thảo nhưng phải đảm bảo sự tương thích với các quy định trong Mục B Chương III EVIPA (quy định về ISDS) và Phụ lục 13 (Thủ tục làm việc của Tòa trọng tài phúc thẩm). Trong vòng 1 năm từ ngày EVIPA có hiệu lực, Chủ tịch Tòa trọng tài phúc thẩm phải trình dự thảo Thủ tục làm việc của Tòa trọng tài phúc thẩm cho Ủy ban thông qua. Nếu bản dự thảo không được Ủy ban thông qua trong vòng 3 tháng kể từ ngày trình, Chủ tịch Tòa trọng tài phúc thẩm phải sửa đổi bản dự thảo này và trình lại lên Ủy ban. Bản dự thảo Thủ tục làm việc đã được sửa đổi sẽ được xem là được thông qua nếu Ủy ban không từ chối trong vòng 3 tháng kể từ ngày trình.¹⁵

¹⁰ Điều 3.34(1), Chương III, EVIPA.

¹¹ Điều 8.24, CETA.

¹² Điều 9.21, CPTPP.

¹³ Điều 3.33, Chương III, EVIPA.

¹⁴ Ủy ban (*Committee*) gồm các đại diện của EU và Việt Nam, họp mỗi năm 1 lần, trừ phi được Ủy ban quyết định khác đi, hoặc trong trường hợp khẩn cấp theo yêu cầu của ít nhất một trong các bên (Điều 4.1, Chương IV, EVIPA).

¹⁵ Điều 3.39(10), Chương III, EVIPA.

Về luật áp dụng để giải quyết tranh chấp, tương tự như CPTPP, theo quy định của EVIPA, khi xét xử Tòa trọng tài sơ thẩm và Tòa trọng tài phúc thẩm sẽ áp dụng các quy định của Hiệp định này, các nguyên tắc của luật quốc tế có thể áp dụng cho các bên, có tính tới pháp luật nội địa của bên tranh chấp với tính chất như là sự kiện thực tế.¹⁶

3. Hệ thống tòa trọng tài thường trực, hai cấp xét xử

Khác với mô hình trọng tài truyền thống giải quyết ISDS ở các hiệp định trước đây vốn là trọng tài không thường trực (*ad-hoc tribunal*) và chỉ xét xử một lần, điểm nổi bật và gây nhiều tranh luận trong các hiệp định giữa EU với các nước thời gian gần đây là mô hình hệ thống tòa trọng tài thường trực với hai cấp xét xử. Cụ thể là hệ thống tòa trọng tài ISDS bao gồm Tòa trọng tài sơ thẩm và Tòa trọng tài phúc thẩm. Mô hình trọng tài ISDS này được khởi xướng bởi EU,¹⁷ đã được ghi nhận trong CETA, Hiệp định bảo hộ đầu tư giữa EU và Singapore (*The EU-Singapore Investment Protection Agreement (EUSIPA)*)¹⁸ và EVIPA cũng không phải là ngoại lệ.

Tòa trọng tài sơ thẩm là cơ quan thường trực bao gồm 9 trọng tài viên được bổ nhiệm bởi Ủy ban. Trong đó, 3 trọng tài viên là công dân các nước thành viên EU, 3 trọng tài viên là công dân Việt Nam và 3 trọng tài viên là công dân nước thứ ba. Ủy ban cũng sẽ quyết định tăng hoặc giảm số lượng trọng tài viên theo bội số của 3 và đảm bảo cơ cấu nêu trên. Các trọng tài viên có nhiệm kỳ 4 năm, Chủ tịch và Phó chủ tịch Tòa trọng tài sơ thẩm có nhiệm kỳ 2 năm.¹⁹ Các trọng tài viên của Tòa trọng tài sơ thẩm phải có kiến thức chuyên sâu về công pháp quốc tế và được kỳ vọng có thêm kiến thức trong các lĩnh vực cụ thể như luật đầu tư quốc tế, luật thương mại quốc tế, giải quyết tranh chấp liên quan các hiệp định thương mại và đầu tư quốc tế. Khi có đơn khởi kiện, trong vòng 90 ngày, Chủ tịch Tòa trọng tài sơ thẩm chỉ định 3 trọng tài viên tham gia giải quyết tranh chấp. Trong đó 1 trọng tài viên là công dân EU, 1 trọng tài viên là công dân Việt Nam và 1 trọng tài viên là công dân nước thứ ba. Trọng tài viên là công dân nước thứ ba sẽ là Chủ tịch Hội đồng. Các bên cũng có thể thỏa thuận tranh chấp được giải quyết bởi 1 trọng tài duy nhất là công dân nước thứ ba do Chủ tịch Tòa trọng tài sơ thẩm lựa chọn.

¹⁶ Điều 3.42, Chương III, EVIPA; Điều 9.25, CPTPP.

¹⁷ Mô hình này được đưa ra trong Bản đề xuất cho Hiệp định Thương mại tự do xuyên Đại Tây Dương (*Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)*), nhưng đàm phán TTIP đến nay vẫn chưa kết thúc. Khi CETA kết thúc đàm phán (năm 2014) thì vẫn sử dụng mô hình ISDS kiểu cũ, chỉ đến tháng 2/2016 khi kết thúc *điều chỉnh pháp lý* (sau khi EVFTA và EVIPA đã kết thúc đàm phán), EU với Canada mới tuyên bố thay đổi từ mô hình ISDS kiểu cũ sang mô hình ISDS kiểu mới.

¹⁸ EUSIPA được ký tháng 10/2018, được Nghị viện EU phê chuẩn vào tháng 2/2019 và *vẫn đang* trong quá trình chờ nghị viện các quốc gia thành viên EU phê chuẩn.

¹⁹ Điều 3.38, Chương III, EVIPA

Khác với ICSID và CPTPP, theo quy định của EVIPA, phán quyết của Tòa trọng tài sơ thẩm có thể bị kháng cáo lên Tòa trọng tài phúc thẩm. Tòa trọng tài phúc thẩm là cơ quan thường trực được thành lập để giải quyết kháng cáo đối với phán quyết của Tòa trọng tài sơ thẩm. Tòa trọng tài phúc thẩm bao gồm 6 trọng tài viên do Ủy ban bổ nhiệm với nhiệm kỳ 4 năm, trong đó 2 trọng tài là công dân EU, 2 trọng tài là công dân Việt Nam và 2 trọng tài là công dân nước thứ ba. Chủ tịch và Phó chủ tịch Tòa trọng tài phúc thẩm có nhiệm kỳ 2 năm. Ủy ban có thể tăng hoặc giảm số thành viên Tòa trọng tài phúc thẩm theo bội số của 3 và bảo đảm cơ cấu như trên.²⁰ Các thành viên Tòa trọng tài phúc thẩm cũng cần có năng lực chuyên môn như yêu cầu đối với thành viên Tòa trọng tài sơ thẩm. Các bên tranh chấp có thể kháng cáo lên Tòa trọng tài phúc thẩm trong thời hạn 90 ngày kể từ ngày Tòa trọng tài sơ thẩm ra phán quyết.²¹ Đối với mỗi tranh chấp, số lượng trọng tài phúc thẩm tham gia giải quyết tranh chấp là 3 trọng tài viên, trong đó 1 trọng tài viên là công dân nước thành viên EU, 1 trọng tài viên là công dân Việt Nam và 1 trọng tài viên là công dân nước thứ ba. Chủ tịch Tòa trọng tài phúc thẩm lựa chọn trọng tài phúc thẩm tham gia hội đồng xét xử kháng cáo trên cơ sở luân phiên và ngẫu nhiên, đảm bảo các bên đều có cơ hội ngang bằng nhau. Việc xét xử phúc thẩm không kéo dài quá 180 ngày, trong trường hợp đặc biệt có thể kéo dài nhưng không quá 270 ngày.²² Tòa trọng tài phúc thẩm có thẩm quyền xem xét 3 vấn đề: (i) Tòa trọng tài sơ thẩm có sai sót trong giải thích hoặc áp dụng pháp luật hiện hành; (ii) Tòa trọng tài sơ thẩm có sai sót trong đánh giá các tình tiết, bao gồm cả sai sót trong đánh giá pháp luật quốc gia có liên quan; hoặc là (iii) những căn cứ kháng cáo được quy định tại Điều 52 của ICSID, trong chừng mực chúng không thuộc 2 trường hợp trên.²³

Việc đưa ra mô hình hệ thống tòa trọng tài thường trực, hai cấp, loại bỏ quyền tự do lựa chọn trọng tài viên của nhà đầu tư và loại bỏ quyền lựa chọn trọng tài viên trực tiếp cho từng vụ kiện của nhà nước (nhà nước có quyền đề cử trọng tài viên thông qua cơ chế bổ nhiệm của Ủy ban, nhưng không có quyền lựa chọn trọng tài cho từng vụ việc cụ thể) của EVIPA được kỳ vọng là sẽ khắc phục những tồn tại đã và đang hiện hữu trong mô hình trọng tài đầu tư truyền thống. Thực tế cho thấy ở các hiệp định đi theo mô hình trọng tài đầu tư truyền thống thì chỉ có một số trọng tài viên nhất định được chỉ định nhiều lần và các trọng tài viên thường là công dân của các nước phương Tây. Chẳng hạn, theo thống kê của Hội nghị Liên hợp quốc về thương mại và phát triển (*United Nations Conference on Trade and Development*

²⁰ Điều 3.39, Chương III, EVIPA.

²¹ Điều 3.54, Chương III, EVIPA.

²² Điều 3.54(5), Chương III, EVIPA.

²³ Điều 3.54, Chương III, EVIPA.

- UNCTAD), từ năm 1987 đến năm 2017, trong khoảng 500 trọng tài viên được lựa chọn thì hầu như hơn một nửa chỉ được lựa chọn giải quyết khoảng hơn 1 vụ, một số ít trọng tài được lựa chọn giải quyết trên 30 vụ và chỉ có 3 trọng tài viên được lựa chọn giải quyết hầu hết các vụ. Cùng theo thống kê này, chỉ trừ một trọng tài viên còn lại tất cả trọng tài viên được lựa chọn đều là công dân của EU hoặc các nước Bắc Mỹ.²⁴ Điều này đặt ra những lo ngại về tính ổn định, khách quan và hiệu quả của trọng tài trong giải quyết vụ việc. Việc EVIPA thiết lập các tòa trọng tài thường trực với số ít trọng tài viên thường xuyên duy trì có thể loại bỏ được lo ngại này. Mô hình trọng tài truyền thống cho phép tự do lựa chọn trọng tài viên cũng đặt ra lo ngại về trình độ pháp luật của trọng tài viên cũng như sự hiểu biết của trọng tài viên đối với môi trường đầu tư của nhà nước tiếp nhận đầu tư. Nhất là sự tự do lựa chọn trọng tài viên dường chỉ phù hợp với bối cảnh trọng tài thương mại quốc tế, mà không phù hợp với trọng tài đầu tư quốc tế vốn phải xem xét các vấn đề dù không hoàn toàn là luật công thì ít nhất cũng là sự pha trộn giữa luật công và luật tư.²⁵ Để khắc phục điều này, EVIPA đã đặt ra các tiêu chuẩn nhất định về trình độ chuyên môn của trọng tài viên như đã nêu ở trên cũng như quy định về quyền bổ nhiệm trọng tài viên của Ủy ban và quyền lựa chọn trọng tài viên cho từng vụ việc cụ thể của Chủ tịch Tòa trọng tài sơ thẩm/phúc thẩm. Cơ chế trọng tài thường trực, hai cấp khả tương tự với cơ chế giải quyết tranh chấp của WTO cũng nhằm tạo ra cơ hội khắc phục các sai sót của trọng tài ở lần xét xử đầu tiên - điều vốn không có trong mô hình trọng tài đầu tư truyền thống chỉ xét xử duy nhất một lần. Việc duy trì danh sách các trọng tài viên phục vụ toàn thời gian cho hoạt động của Tòa trọng tài sơ thẩm hay phúc thẩm và nhận lương cố định hàng tháng trong EVIPA cũng được kỳ vọng sẽ đảm bảo sự tận tâm, khách quan của trọng tài viên và nhất quán trong quan điểm xét xử về từng vấn đề tình tiết hay pháp lý tương tự của các vụ tranh chấp. Tuy vậy, khác với EU, với một nước còn ít kinh nghiệm trong giải quyết ISDS như Việt Nam, mô hình tòa trọng tài thường trực hai cấp sẽ đặt ra thách thức nhân tiền đối với việc lựa chọn trọng tài viên của Việt Nam tham gia hệ thống tòa trọng tài EVIPA. Thách thức không chỉ là việc cần sớm cụ thể hóa các tiêu chí lựa chọn trọng tài viên mà còn từ việc phải có chiến lược, kế hoạch đào tạo, bồi dưỡng bài bản để tạo nguồn trọng tài viên đủ trình độ, uy tín tham gia vào các tòa trọng tài EVIPA khi mà trên thực tiễn những năm qua, trong các vụ kiện ISDS Việt Nam đều phải thuê luật sư nước ngoài tư vấn.

²⁴ UNCTAD, "World Investment Report 2018 Investment and New Industrial Policies", 2018. https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2018_en.pdf, tr.95, truy cập ngày 08/03/2020.

²⁵ Jose E. Alvarez, "Is Investor-State Arbitration "Public"?", *Journal of International Dispute Settlement* 5:34, 2016, No. 7(3).

4. Minh bạch hóa thông tin vụ kiện và việc tài trợ của bên thứ ba cho vụ kiện

Theo nguyên tắc chung của mô hình trọng tài đầu tư truyền thống (cùng như mô hình trọng tài thương mại) thì việc xét xử trọng tài là bí mật, trừ khi các bên tranh chấp có thỏa thuận khác. Nguyên tắc này đã tồn tại từ xa xưa, tạo ra sự khác biệt lớn trong xét xử trọng tài so với Tòa án (vốn dĩ về nguyên tắc là xét xử công khai), được cho là nhằm bảo vệ bí mật và uy tín cho các bên tranh chấp. Tuy vậy, EVIPA đã quy định theo hướng việc xét xử trọng tài là công khai, trừ một số trường hợp ngoại lệ.²⁶ Về vấn đề này, dù khác với nguyên tắc truyền thống về sự bí mật của xét xử trọng tài, EVIPA thực ra chỉ tiếp tục cách tiếp cận của UNCITRAL và các quy định về việc minh bạch hóa thông tin vụ kiện đều được EVIPA viện dẫn tới Bộ nguyên tắc về tính minh bạch của UNCITRAL (*The UNCITRAL Transparency Rules*). Các quy định về tính minh bạch trong xét xử trọng tài của UNCITRAL vốn được cho là cần thiết trong xét xử của trọng tài ISDS bởi lẽ các vụ việc này thường là mối quan tâm chung của công chúng khi mà chúng liên quan tới tiền thuế của người dân và các vụ kiện thường liên quan tới các vấn đề thuộc về tài nguyên thiên nhiên và môi trường.²⁷ Tuy vậy, việc minh bạch hóa có thể tạo ra nguy cơ đối với Việt Nam sẽ phải hứng chịu nhiều vụ kiện theo hiệu ứng domino khi các sai sót, vi phạm đối với nhà đầu tư được công khai trong các vụ kiện quá khứ hay hiện tại sẽ tạo "niềm tin" và "động lực" cho những nhà đầu tư khác tiếp tục khởi kiện. Nhìn ở khía cạnh ngược lại, mối nguy cơ đó có thể sẽ là áp lực để Nhà nước Việt Nam sớm rà soát, hoàn thiện mạnh mẽ hơn nữa pháp luật về đầu tư nước ngoài cũng như việc thực thi pháp luật về lĩnh vực này.

Quy định về khả năng nhận tài trợ từ bên thứ ba là một quy định mới của EVIPA so với nhiều hiệp định trước đó, bao gồm ICSID và CPTPP, cũng như so với UNCITRAL. Cụ thể là một bên tranh chấp có quyền nhận tài trợ của bên thứ ba với yêu cầu: bên đó phải thông báo đến bên tranh chấp còn lại và Tòa trọng tài cấp sơ thẩm hoặc Chủ tịch Tòa trọng tài cấp sơ thẩm về sự hiện hữu và bản chất của thỏa thuận tài trợ, tên và địa chỉ của bên thứ ba tài trợ. Thông báo này phải được gửi cùng lúc với đơn khởi kiện hoặc trong trường hợp thỏa thuận tài trợ được ký kết hoặc việc trợ cấp, hỗ trợ được thực hiện sau thời điểm nộp đơn khởi kiện.²⁸ Dù có quan điểm cho rằng cơ chế này sẽ hỗ trợ tốt hơn cho nhà đầu tư trong quá trình khởi kiện, Nhóm công tác thứ III của UNCITRAL nhận định cơ chế tài trợ của bên thứ ba tạo ra sự bất bình đẳng giữa Nhà nước và nhà

²⁶ Điều 3.46, Chương III, EVIPA

²⁷ <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/transparency/facts>, truy cập ngày 07/03/2020.

²⁸ Điều 3.37, Chương III, EVIPA.

đầu tư (nhà đầu tư, chủ không phải nhà nước tiếp nhận đầu tư, thường sẽ được nhận tài trợ của bên thứ ba).²⁹

5. Thực thi phán quyết trọng tài

Khi có cơ sở để kết luận rằng biện pháp mà một bên áp dụng là vi phạm các điều khoản liên quan, Tòa trọng tài cấp sơ thẩm sẽ ra phán quyết tạm thời và yêu cầu bên vi phạm bồi thường bằng tiền và/hoặc hoàn trả tài sản cho nguyên đơn.³⁰ Trong thời hạn 90 ngày, nếu các bên không có kháng cáo, phán quyết tạm thời sẽ trở thành phán quyết cuối cùng.

Phán quyết cuối cùng (bao gồm cả phán quyết của Tòa trọng tài sơ thẩm và Tòa trọng tài phúc thẩm) phải được các bên tuân thủ, không được kháng cáo, rà soát, bãi bỏ, hủy bỏ hay bất kỳ biện pháp sửa đổi nào.³¹ Với quy định này, EVIPA nhấn mạnh hơn giá trị pháp lý của phán quyết cuối cùng so với ICSID và CPTPP. ICSID và CPTPP (trong trường hợp phán quyết cuối cùng theo ICSID) cho phép khả năng sửa đổi, hủy bỏ phán quyết.³² Tuy vậy, việc sửa đổi phán quyết theo ICSID chỉ trong trường hợp có tình tiết mới³³ và các căn cứ để hủy bỏ phán quyết đều không liên quan tới việc mâu thuẫn trong giải thích quy định của hiệp định đầu tư mà chỉ là các sai sót về tố tụng hoặc hội đồng không đưa ra căn cứ cho phán quyết của mình.³⁴ Theo EVIPA, hai bên cam kết công nhận và cho thi hành phán quyết cuối cùng trên lãnh thổ của mình như phán quyết cuối cùng của Tòa án quốc gia.³⁵ Theo đó, phán quyết cuối cùng của hệ thống tòa trọng tài EVIPA có giá trị pháp lý như phán quyết cuối cùng của Tòa án quốc gia. Đây là một cam kết rất cao về giá trị pháp lý của phán quyết của trọng tài đầu tư, vốn chưa từng có trong mô hình trọng tài đầu tư truyền thống. Tuy vậy, Việt Nam được dành cho giai đoạn 5 năm chuyển tiếp tính từ khi Hiệp định có hiệu lực hoặc thời gian dài hơn do Ủy ban quyết định, trong thời gian đó nếu Việt Nam là bị đơn thì việc công nhận và cho thi hành phán quyết trọng tài sẽ tuân theo Công ước New York năm 1958 của Liên hợp quốc về công nhận và thi hành quyết định của trọng tài nước ngoài.³⁶ Nghĩa là trong thời hạn này, phán quyết vẫn có thể được xem xét lại hay hủy bỏ. EVIPA cũng quy định rõ là biện pháp bảo hộ ngoại giao không được phép áp dụng trừ trường hợp một bên không thực thi phán quyết

²⁹ https://www.uncitral.org/pdf/english/workinggroups/wg_3/WGIII-34th-session/930_for_the_website.pdf, đoạn 57, truy cập ngày 07/03/2020.

³⁰ Điều 3.54(1), Chương III, EVIPA.

³¹ Điều 3.57, Chương III, EVIPA.

³² Điều 51 và 52, ICSID, khoản 9 Điều 9.29.CPTPP.

³³ Điều 51, ICSID.

³⁴ Điều 52 1, ICSID

³⁵ Điều 3.57 (2), Chương III, EVIPA

³⁶ Điều 3.57(3)(4), Chương III, EVIPA

cuối cùng của trọng tài.³⁷ Quy định này cũng tương tự như ICSID và các cơ chế giải quyết tranh chấp đầu tư khác.

Kết luận

EVIPA đã thiết lập hệ thống tòa trọng tài đầu tư thường trực, hai cấp trong cơ chế ISDS vốn được coi là cách tiếp cận mới đối với bảo hộ đầu tư những năm gần đây của EU. Theo lời của Cao ủy thương mại EU Cecilia Malmström thì “*Bằng cách kiến tạo hệ thống giải quyết tranh chấp [ISDS kiểu mới] hoạt động như một tòa án quốc tế, sự thay đổi đó sẽ bảo đảm rằng các công dân có thể tin cậy vào hệ thống này để có được những phán quyết công bằng và khách quan*”.³⁸ Những đổi mới về thủ tục khởi kiện, mô hình tòa trọng tài, minh bạch hóa thủ tục trọng tài, tài trợ của bên thứ ba và việc thực thi phán quyết cho thấy EVIPA, về mặt lý thuyết, đang hướng tới điều đó. Dầu vậy, liệu hệ thống tòa trọng tài ISDS có thể là công cụ để các nhà đầu tư nước ngoài trực lợi, gây ra nhiều khó khăn cho nước tiếp nhận đầu tư và những đổi mới trong phương thức trọng tài của EVIPA so với mô hình trọng tài đầu tư truyền thống có mang lại hiệu quả trên thực tế? Thực tiễn thực thi EVIPA trong tương lai hẳn sẽ là câu trả lời thỏa đáng nhất cho những quan ngại này. ●

Tài liệu tham khảo

- [1] Johan Billiet, *International Investment Arbitration: A Practical Handbook*, Maklu Publishers, 2016
- [2] Jose E Alvarez, “Is Investor-State Arbitration “Public””, *Journal of International Dispute Settlement* 534, 2016, No. 7(3)
- [3] Quyết định số 04/2014/QĐ-TTg ngày 14/01/2014 của Thủ tướng Chính phủ ban hành Quy chế phối hợp trong giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế [trans: Decision 04/2014/QĐ-TTg, dated on 14 January 2014, of the Prime Minister on Cooperation Regulations on Resolving International Investment Disputes]
- [4] Trần Anh Tuấn và Trịnh Hải Yến, *Pháp luật Việt Nam về đầu tư nước ngoài, giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế trong thời kỳ đổi mới*, Nxb. Chính trị Quốc gia Sự thật, 2020 [trans: Tran Anh Tuan and Trinh Hai Yen, *Vietnam's Laws on Foreign Investment and Foreign Investment Dispute Settlement in the Renovation Period*, National Political Publishing House, 2020]
- [5] Trần Anh Tuấn, *Cơ chế giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư nước ngoài với nhà nước Việt Nam và đề xuất các biện pháp phòng ngừa*, Báo cáo Kết quả đề tài nghiên cứu khoa học cấp Bộ (Bộ Tư pháp), Hà Nội, 2017 [trans: Tran Anh Tuan, *State-Investor Dispute Settlement between Foreign Investor and Vietnam, and Proposal on Preventing Measures*, Research Result Report of the Ministerial Level Research Project, Hanoi, 2017]
- [6] UNCTAD, “World Investment Report 2018: Investment and New Industrial Policies”, 2018, https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2018_en.pdf, accessed on 08/03/2020

³⁷ Điều 3.58, Chương III, EVIPA.

³⁸ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-399_en.htm, truy cập ngày 07/03/2020.